

陳顧遠編著

國際私法總論

于友仁



作者白：

近五年來，執教滬濱，未嘗以一書問世，恐濫也；而膽亦甚怯也。何云乎濫？作品非意所適，取材非心所許，徒以『發表熱』與『著作狂』而刊之，於編著責任上終不免於缺陷，此愚青年時代之所自經歷者也。何云乎怯？學問無涯，知識有限，縱有千得，難無一失，此固著作界之通象，然著作者終恐有一失，而爲全璧之玷，愚亦同此懼耳。

夫旣恐濫而又怯矣，則國際私法之刊，復何爲哉？約有二義：一則我國損失之法權，將漸收回，

國際私法之需用甚感急切；而環視海內，關於此項刊物，殊爲缺少，此究非一應有之現象也。故欲引起著作界對斯學之注意，正不必藏拙以求全，姑無妨拋磚而引玉，己之文縱濫，而他人必有不濫者在焉。一則在滬上擔任本課者數校，歷時三載，修習者之困難何在，教授者之途徑何採，出自身所經歷，當易粗知其梗概。故爲促進學問之發展計，芹雖微物，亦不可不一獻之，濫固不免，怯亦莫如之何矣。

不憚於濫，無屈於怯，竟發刊焉；則關於本文

之應特別提出者，不可不略及之：

(一) 定名方面。國際私法一名，雖爲國人所通用，然『國際』兩字既易引起『法的性質』之辯論，『私法』兩字又嘗發生『法的內容』之爭執，殊爲不當。初擬改用『法律適用法』一名，又覺其範圍較廣，苦無適當之名稱，姑沿舊名，非卽以國際私法一名之是許也。

(二) 分卷方面。向之敘述國際私法者，多有緒論及本論之分，而緒論所占之篇幅，大都不及本論十分之一，其在本論之中，或更列以所謂總論者。

分量既不平均，內容亦欠羅輯。愚認爲國際私法純正之內容，應限於敘述法律之衝突，以解釋法律條文，或其對各種涉外的法律關係之適用爲主，如我國之法律適用條例，德國之民法施行法中有關於國際私法之規定者，爲之類列而研究之是。他如國際私法之所以存在，國際私法之所以發展，以及其學說之經過，其適用之原則；與夫國籍問題，外國人地位問題，均不應與前者併爲一談，故特分之爲總論與各論兩卷。

總論之所述者，偏於國際私法學之研究，及國

際私法之立法政策方面，而國籍等問題附之。各論之所述者，偏於衝突法則之解釋，及國際民商法等之適用方面，而各國制度比較及之。如是，在分篇之材料上似較平均；並可脫去前人之窠臼，於義理上亦較一貫。故此之分總各論，與普通之刑債等法總各論之分，實異其趣；恐有以詞害義之嫌，故特聲明之。

(三) 章段方面。本書章段，不依通例，於編，章之下，再分節，款，項，目。特於章以下，以一，二，三……之數目記節段；再下以甲，乙，丙……

……之次序記款項，俾醒讀者之目，而免翻閱之苦。並於編首列以綱要，將甲，乙，丙……所含之內容，再分爲（A），（B），（C）……；更分爲（a），（b），（c）……以區別之。恐於文內盡作如是分類，仍不免涉於瑣繁，故列之於綱要中，兼所以使讀者不閱本文，粗知每編內容所含之材料何指。

（四）敘述方面。此文雖有總各論之分，對於學理及實際各有所重；但在全部敘述之分量上，均以法理之闡明爲主，各國立法政策及法例比較次之，至於法律適用條例等之解釋，亦盡量附見於各節段

中。

且國際私法一科目，即治政治經濟之學者，在相當場合，亦應略悉之。故其敘述也，不僅貴於詳盡，尤應力求平易；兼欲眉目之清醒，義理之明晰，則惟有以圖表補助焉。愚在學校講授此課，有賴於圖表之說明甚多，累年增修，共得二三百種；由是並感覺『圖表教學法』之必要，固不僅以國際私法爲然。不過本書中所列諸圖，以限於篇幅，尙未能特別詳加註釋，是所憾耳。

（五）編排方面。此稿付印，雖爲愚數年來授課

之結果，顧初並未編撰講義，此次始行編印之，其中錯誤之點，當所難免；而印刷時間急促，魯魚亥豕，恐亦有之，尙望海內達者予以指正爲幸。

又此稿於編印方面，多得方文政，郭元覺兩先生之助；於抄錄方面，多得楊鏡如先生，梅晴嵐女士之助；合併聲明，誌謝！

民十九，十，二一，於安徽大學。陳願遠

國際私法總論上册目錄

第一編 國際私法存在論

第一章 國際私法之存在地位

(一) 法律適用問題之意義與其對象

(二) 法律適用問題之發生與其解決

(三) 法律適用問題之性質與其特徵

第二章 國際私法之成立背景

(一) 國際交通之開展

(二) 權利平等之享有

(三) 內國法權之統一

(四)各地法律之歧異……………二二三

第三章 國際私法之敘述範圍……………二四

(一)國籍及住所問題……………二七

(二)外國人之地位問題……………三〇

(三)法律衝突問題……………三二

(四)準國際私法問題……………三七

(五)統一私法問題……………三九

第四章 國際私法之研究方法……………四〇

(一)原理派的研究法——大陸派的敘述法……………四二

(二)成法派的研究法——英美派的敘述法……………四五

第二編 國際私法本體論……………四九

第五章 國際私法之性質……………四九

(一)國際法主義——法意比德等國之學說……………五〇

(二)國內法主義——英美日等國之學說……………六三

(三)國際私法尚爲國內法——吾人應有之見解……………七一

第六章 國際私法之名稱……………九三

(一)從法律狀態上而設名者……………九四

(二)從法律效力上而設名者……………九九

(三)從國際字樣上而設名者……………一〇四

(四)從法律適用上而設名者……………一〇八

第七章 國際私法之術語……………一三

(一)術語之關於『人』的方面者……………一四

(二)術語之關於『地』的方面者……………一八

(三)術語之關於「行」的方面者……………一二〇

(四)術語之關於「法」的方面者……………一二二

第八章 國際私法之淵源……………一二八

(一)成文法規……………一二九

(二)法庭判例……………一三一

(三)國際條約……………一三二

(四)習慣法及習慣……………一三七

(五)條理及學說……………一三八

第九章 國際私法之規定……………一四一

(一)自規定之實質言……………一四二

(二)自規定之地位言……………一四四

(三)自規定之內容言……………一四八

(四)自規定之系統言……………一五一

第二編 國際私法哲學論……………一五五

第十章 國際私法學之發軔……………一五五

(一)萬民法時代……………一五六

(二)種族法時代……………一五八

(三)領土法時代……………一六〇

第十一章 國際私法學之創始……………一六一

(一)法則區別說……………一六四

(二)法規三分說……………一七〇

第十二章 國際私法學之變遷……………一七三

(一)荷比學派……………一七五

(一) 英美學派……………一七七

第十三章 國際私法學之革新……………一八一

(一) 具有修正色彩之新法國學派……………一八二

(二) 具有革命色彩之新德國學派……………一八五

(三) 具有創作色彩的新意國學派……………二〇一

(四) 具有保守色彩之新英美學派……………二〇七

第十四章 國際私法學之輓近……………二一〇

(一) 法儒披庵之法律目的性質論……………二一三

(二) 德儒基得爾曼之超國家的國際私法論……………二一六

圖表目次

(一) 涉外的法律關係之解剖表……………六

(二)	法律的衝突之解決圖	一一
(三)	內外國人之權利享有表	一一
(四)	領事裁判權治外法權及施行國際私法權力之比較圖	一一
	(A) 領事裁判權圖	一一
	(B) 治外法權圖	一一
	(C) 施行國際私法權力圖	一一
(五)	國際私法範圍問題之學說表	二六
	(A) 法律衝突問題	二六
	(B) 與法律衝突問題的解決有關之問題	二六
(六)	國籍問題在國際私法中之領域學說表	二九
(七)	外國人的地位如何敘述之意見表	三一
(八)	民事訴訟法及破產法是否屬於國際私法之意見表	三五

(九)	原理的研究方法圖	四三
(十)	成法的研究方法圖	四六
(十一)	國際主義者解釋國際公法與國際私法之矛盾表	五三
(十二)	國際法主義者之法律衝突問題即主權衝突問題圖	五九
(十三)	法律衝突問題非國際間主權衝突問題圖	六〇
(十四)	國法主義者之國際私法與國際公法的形式相異圖	六五
(十五)	國法主義者內容差異設之弱點圖	六六
(十六)	當事人之差異圖	六八
	(A) 國際私法當事人圖	六八
	(B) 國際公法當事人圖	六八
(十七)	法律關係差異圖	六八
	(A) 國際私法之法律關係圖	六八

(B) 國際公法之法律關係圖	六八
(十八) 國內法之系統表	七二
(十九) 純粹國內法與純粹國外法圖	七三
(A) 純粹國內法圖	七三
(B) 純粹國外法圖	七三
(二十) 純粹國際法圖	七四
(A) 第一種形式圖	七四
(B) 第二種形式圖	七四
(二一) 外交作用法—國際公法圖	七六
(二二) 仇托之國際關係法之內容表	八一
(二三) 國際立法之效力圖	八五
(二四) 法則區域說之內容略表	九五

(二五)	國際之兩種意義圖	一〇五
(A)	國際公法中之國際意義圖	一〇五
(B)	國際私法中之國際意義圖	一〇五
(二六)	英德法三國國際公法與國際私法兩名之對照表	一〇九
(二七)	國際私法之各種名稱之時代及類別表	一一二
(二八)	本國法之適用圖	一一五
(二九)	住所地法實際適用圖	一一六
(三十)	屬人法與人的處所之關係表	一一七
(三一)	國際私法與其準據法之區別表	一二三
(三二)	適用規則與準據法之關係簡表	一二四
(三三)	反致法圖	一二七
(三四)	轉定法圖	一二八

(三五)	國際私法會議之年次表	一三六
(三六)	國際私法之法系表	一五四
(三七)	國際私法與萬民法之區別表	一五七
(三八)	萬民法等對於國際私法學之相關與相反圖	一六一
(三九)	法則區別說之發生圖	一六三
(四十)	巴託路斯學說綱領表	一六五
(四一)	度穆朗之法則區別說表	一六九
(四二)	達爾曠得理之法則三分說表	一七二
(四三)	德意志學者之法則三分說表	一七三
(四四)	荷比學派之國際禮讓說表	一七七
(四五)	英國之國際禮讓說表	一七八
(四六)	斯托立之國際禮讓說表	一八〇

(四七)	十八世紀法國學派之概略表	一八五
(四八)	薛夫那之學說綱要表	一八七
(四九)	衛希他之學說及其謬誤表	一九一
(五十)	法律共同團體圖	一九三
(五一)	薩焚宜的『內外法律同等說』之原意與誤解圖	一九八
(A)	原意圖	一九八
(B)	誤解圖	一九八
(五二)	薩焚宜之法律關係的本據說表(法律分類表附)	一九九
(五三)	新意國學派之學說表	二〇六
(五四)	戴色之既得權保護說略表	二〇九
(五五)	披庵之『法律目的性質說』表	二一五
(五六)	基得爾曼之學說表	二二〇

(五七) 國際私法學之變遷總表……………二二一

圖表目次

國際私法總論 上冊

綱要

第一編 國際私法存在論

第一章 國際私法之存在地位

(一) 法律適用問題之意義與其對象

(甲) 廣義的法律適用問題

(A) 中國舊有之法律適用問題

(B) 通常所有之法律適用問題

(乙) 狹義的法律適用問題

綱 要

(A) 法律關係成立方面中所含之涉外性——人，物，行爲

(B) 法律關係救濟方面所含之涉外性——法庭

『圖表一』 涉外的法律關係之解剖表

(二) 法律適用問題之發生與其解決

(甲) 法律適用問題之發生

(A) 法律之效力與法律之目的之衝突

(B) 領土主權與人民主權之衝突

(乙) 法律適用問題之解決

(A) 解決之原則

(B) 解決之方法

(a) 從一國法律之內容上而知法律有不以適用於外國人爲目的者

(b) 從一國法律之效力上而知亦不許外國法律當然適用於內國

(o) 因之以獨立自主之法權爲外國法之適用

『圖表二』 法律的衝突之解決圖

(三) 法律適用問題之性質與其特徵

(甲) 與民商法制定問題

(乙) 與法律施行問題

(丙) 與法律程序問題

第二章 國際私法之成立背景

(一) 國際交通之開展

(甲) 理由——經濟發達

(乙) 政策——門戶開放

(二) 權利平等之享有

綱 要

國際私法總論

(甲) 權利平等之由來

(A) 古昔不承認外人之權利

(B) 近世始承認外人之權利

(a) 基於人權學說之勃興而然

(b) 基於經濟開展之情形而然

(乙) 權利保護之方法

(A) 失當之保護

(a) 爲外國人另定法律

(b) 與內國人同一法律

(B) 得當之保護

(丙) 權利享有之種類

(A) 得享有者

(a) 純粹以人之資格而享有之私權

(b) 與個人生活有重要關係之公權

(B) 不得享有者

(a) 純粹以國民資格而享有之公權

(b) 與國家存在有重要關係之私權

『圖表三』 內外國人之權利享有表

三 內國法權之統一

(甲) 治外法權與國際私法

(乙) 領事裁判權與國際私法

『圖表四』 領事裁判權治外法權及施行國際私法權力之比

較圖

(A) 領事裁判權圖

國際私法總論

六

(B) 治外法權圖

(C) 施行國際私法權力圖

(四) 各地法律之歧異

(甲) 反面之觀察

(乙) 正面之討論

第三章 國際私法之敘述範圍

『圖表五』 國際私法範圍問題之學說表

(A) 法律衝突問題表

(B) 與法律衝突問題的解決有關之問題表

(一) 國籍及住所問題

(甲) 國籍

(A) 國籍法衝突問題

(B) 國籍法自體問題

(乙) 住所

『圖表六』 國籍問題在國際私法中之領域學說表

(二) 外國人之地位問題

(甲) 此問題應列入國際私法中討論之理由

(乙) 此問題應否列入國際私法中之學說

『圖表七』 外國人的地位如何敘述之意見表

(三) 法律衝突問題

(甲) 民法及商法

(乙) 民事訴訟法及破產法

(A) 歐陸學派——不許列入

(B) 英美學派——許列入之

『圖表八』 民事訴訟法及破產法是否屬於國際私法之意見
表

(丙) 刑法及刑事訴訟法

(A) 屬於國際私法之範圍說

(B) 不在國際私法之範圍說

(a) 應列入國際公法

(b) 應列為特別法

(四) 準國際私法問題

(甲) 準國際私法成立之原因

(A) 因割讓而得之新領土

(B) 因合併或殖民而得之新領土

(C) 地方立法權與特別法之設立及制定

(乙) 準國際私法存在之地位

(A) 英美學派——爲國際私法之一部

(B) 歐陸學派——應有特別之地位

(五) 統一私法問題

(甲) 主張列入之論據

(乙) 反對列入之理由

第四章 國際私法之研究方法

(一) 原理派的研究法——大陸派的敘述法

(甲) 原理的研究法之內容

(A) 就研究之對象言——與國際公法同其性質

(B)就研究之目的言——重在發現普遍之原理

『圖表九』 原理的研究方法圖

(乙)原理的研究法之得失

(A)優點

(a)爲各國立法者立一標準

(b)爲各國裁判官設一拘束

(B)缺點

(a)疏於重視實際

(b)過於重視理論

(二) 成法派的研究法——英美派的敘述法

(甲)成法的研究法之內容

(A)就研究之對象言——與國內法同其性質

(B)就研究之目的言——重在解釋判例制度

『圖表十』 成法的研究方法圖

(乙)成法的研究法之得失

(A)優點

(a)確定國際私法之性質

(b)熟於國內制度之解釋

(B)缺點

(a)整個的國際私法不能任其進步

(b)一國的衝突規則不易達於修正

第二編 國際私法本體論

第五章 國際私法之性質

(一) 國際法主義——法意比德等國之學說

(甲) 基於國家間的法律關係之分類上之理由

(A) 內容

(a) 國際公法係規定國家公益之國家間的法律關係者

(b) 國際私法係規定國家私益之國家間的法律關係者

(B) 批評

(a) 國家間之法律關係並無公私之別

(b) 凡私益之涉及國家者均為公益化

「圖表十一」 國際主義者解釋國際公法與國際私法之矛盾表

(乙) 基於國際私法遲於國際公法發達之理由

(A) 內容

(a) 公的國際交通發展始有私的國際交通

(b) 國際私法之幼稚由於國際立法之幼稚

(B) 批評

(a) 法之由來問題非法之本質問題

(b) 國際公法良否無關於國際私法

(丙) 基於國際私法嘗受國際條約限制之理由

(A) 內容

(a) 依事實言——南美諸國間之國際會議

(b) 依法理言——國際條約之國際法性貧

(B) 批評

(a) 條約之國內的效力問題

(b) 條約之法律的淵源問題

(c) 條約之國際間勢力問題

(d) 條約之違反的責任問題

(e) 條約之有無統一性問題

(丁) 基於法律衝突概為主權衝突問題之理由

(A) 內容

(a) 各國私法概出自各國主權方面之作用

(b) 國際私法乃決定各國主權之行動範圍

「圖表十二」 國際私法主義者之法律衝突問題即主權衝突

問題圖

(B) 批評

(a) 國際私法乃各國解決其法律的適用之範圍

(b) 領土人民兩主權衝突乃法之成立背景問題

『圖表十三』 法律衝突問題非國際間主權衝突問題圖

(戊)基於國際私法係謀友邦利益而然之理由

(A)內容

(a)國家在其國際法上之義務如此

(b)保護友邦私人利益之理由所在

(B)批評

(a)保護外國私人之利益乃各國之自動行爲

(b)至多只國際道德上或國際政策上之義務

(己)基於國際私法與其他法律比較上之理由

(A)內容

(a)與國內私法之內容絕異

(b)與國際公法之內容相同

國際私法總論

一六

(B) 批評

(a) 各種國內私法之內容絕非一致

(b) 國際公法之內容有同於國內法

(二) 國內法主義——英美日等國之學說

(甲) 就形式上言——國際私法非國際法

(A) 內容

(a) 立法上之差異

(b) 規定上之差異

『圖表十四』 國法主義者之國際私法與國際公法的形式相異者

(B) 批評

(a) 立法上未見其完全差異

(b) 規定上未見其完全不同

(c) 法之形式問題非即法之本質問題

『圖表十五』 國法主義者內容差異之弱點圖

(乙) 就實質上言——國際私法非國際法

(A) 內容

(a) 法律當事人之差異

(b) 法律關係上之差異

『圖表十六』 當事人之差異圖

(A) 國際私法之當事人圖

(B) 國際公法之當事人圖

『圖表十七』 法律關係差異圖

(A) 國際私法之法律關係圖

(B) 國際公法之法律關係圖

(B) 批評

(a) 當事人問題

(b) 法律關係問題

(丙) 就裁判上言——國際私法非國際法

(A) 內容

(a) 違法責任之差異

(b) 救正方法之差異

(B) 批評

(a) 以違法責任而言

(b) 以救正方法而言

(三) 國際私法尙爲國內法——吾人應有之見解

(甲)從國際公法上說明國際私法爲國內法

(A)國際公法實質上爲國內法

『圖表十八』 國內法之系統表

(a)國際公法非國外公法

(b)國際公法非純粹國際法

(c)國際公法乃外交作用法

『圖表十九』 純粹國內法與純粹國外公法圖

(A)純粹國內法圖

(B)純粹國外公法圖

『圖表二十』 純粹國際法圖

(A)第一種形式圖

(B)第二種形式圖

「圖表二二」 外交作用法——國際公法圖

(B) 國際私法即同於國際公法亦不過取得國內法之地位

(乙) 從國際關係上說明國際私法爲國內法

(A) 國際關係法命名之誤解

(a) 巴爾之主張

(b) 仇托之說明

(B) 國際關係法存在之真意

(a) 國際關係法非即國際法

(b) 一切與國際關係有關者皆可隸之

「圖表二二」 仇托之國際關係法之內容表

(丙) 從世界私法上說明國際私法爲國內法

(A) 世界私法根本不能成立

(B)法之理想問題非即法之本質問題

【圖表二二二】 國際立法之效力圖

(丁)從國際私法上說明國際私法爲國內法

(A)各國採用國際私法完全一國法權之自主行爲

(a)避免他國人民主權在內國之發展

(b)保全內國人民主權在他國之存在

(B)各國採用國際私法兼爲各國立法之進步表示

(a)各國採用國際私法不一其時期

(b)內外國人平等主義之功效所在

(C)各國採用國際私法並非國際法上之義務負擔

(a)國際私法中何以不僅以適用外國法爲限？

(b)外國人之私權何以在特別場合而有限制？

- (c) 既為義務關係何以又能保全各國之主權？
- (d) 外國之義務是視安知非內國之權利所在？

第六章 國際私法之名稱

(一) 從法律狀態上而設名者

(甲) 法則區別說

(A) 命名之由來

- (a) 源於意大利各城市法則之衝突
- (b) 分法則為人法物法行為法三類

(B) 命名之錯誤

- (a) 法律關係非僅為人法或為物法
- (b) 與法律關係之本據說相去太遠

【圖表二四】 法則區域說之內容略表

(乙) 法律衝突論

(A) 命名之由來

(a) 荷蘭學者所創

(b) 英美學者是繼

(B) 命名之錯誤

(a) 國際私法上並無真正法律衝突之事

(b) 衝突云者不過外內法異其規定之意

(丙) 法律選定論

(A) 命名之由來

(a) 英國戴色之所創

(b) 係修正前名而來

(B)命名之錯誤

(a)與外國法非法律之觀念不合

(b)但在此一類中爲較優之名稱

(二) 從法律效力上而設名者

(甲)法律之領域外效力論

(A)命名之由來——爲十八世紀末葉偶然所用之名稱

(B)命名之錯誤——一國法律效力不能當然達於域外

(乙)法律之場所的界限論

(A)命名之由來——薩焚宜所創

(B)命名之錯誤——以口頭用語與科學名詞混

(丙)外國法通用論

(A)命名之由來

(a) 十九世紀德國學者之所創

(b) 德民法第二草案亦曾採之

(B) 命名之錯誤

(a) 國際私法並不限於適用外國法

(b) 適用外國法非國際私法之主旨

(丁) 涉外私法或對外私法

(A) 命名之由來

(a) 日本學者中有主張者

(b) 瑞士曼利氏亦其一人

(B) 命名之錯誤

(a) 法律無絕對對內對外之分故對外私法一名不妥

(b) 涉外私法一名在此類尚比較可用但亦非最妥者

(三) 從國際字樣上而設名者

(甲) 國際私法

(A) 命名之由來

(a) 德儒薛夫那之所創

(b) 歐陸法系多用此名

(c) 對國際兩字之特解

(B) 命名之錯誤

(a) 私法兩字不合實際

(b) 國際兩字失其本意

『圖表二五』 國際之兩種意義圖

(A) 國際公法中之國際意義圖

(B) 國際私法中之國際意義圖

(乙)私國際法

(A)命名之由來

(a)法儒菲立庫士之所創

(b)各國學者今尚有用者

(c)別於公之國際法而言

(B)命名之錯誤

(a)或與其學說內容發生矛盾

(b)或搖動國際法之本質問題

(丙)國際民法

(A)命名之由來——意法學者之所創

(b)命名之錯誤——與國私內容不合

(四)從法律適用上而設名者

(甲)『國際』兩字之應廢

『圖表二一六』 英德法三國國際公法與國際私法兩名之對

照表

(乙)『私法』兩字之宜改

(A)國際私法內容不以私法爲限

(B)國際私法地位並非私法性質

(丙)『採用法律適用法』之意義

(A)能包括以上所述各名之所長

(B)法律適用法一名之缺點方面

『圖表二一七』 國際私法之各種名稱之時代及類別表

第七章 國際私法之術語

(一) 術語之關於「人」的方面者

(甲)『本國法』與『國旗法』

(A)本國法之意義

(B)本國法之適用

(C)國旗法之意義

『圖表二一八』 本國法之適用圖

(乙)『住所地法』與『居所地法』

(A)住所地法命名之意義

(B)住所地法適用之範圍

(C)居所地法之意義所指

『圖表二一九』 住所地法實際適用圖

『圖表三十』 屬人法與人的處所之關係表

綱 要

(二) 術語之關於『地』的方面者

(甲)『法庭地法』或『訴訟地法』

(A) 法庭地法之意義

(B) 法庭地法之適用

(乙)『動產所在地法』及『不動產所在地法』

(A) 物之所在地法之意義

(B) 物之所在地法之適用

(丙)『內國法』與『外國法』

(A) 內國法與法庭地法之同異

(B) 外國法爲內國法相反之名

(三) 術語之關於『行』的方面者

(甲)『法律行爲地法』

(A) 意義

(a) 贈與地法，契約地法，協商地法

(b) 約定地法履行地法

(B) 適用

(乙)『不法行為地法』

(A) 意義

(a) 結果地法說

(b) 實施地法說

(B) 適用

(四) 術語之關於『法』的方面者

(甲)『準據法』

(A) 準據法之命名

綱 要

(B) 準據法之意義

『圖表三一』 國際私法與其準據法之區別表

(乙)『適用規則』

(A) 適用規則與適用法則

(B) 適用規則與準據法

『圖表三二』 適用規則與準據法之關係簡表

(丙)『適用區域』

(A) 適用區域之意義

(B) 適用區域之性質

(丁)『反致法』

(A) 反致法之命名

(B) 反致法之意義

(C) 反致法之適用

『圖表三三二』 反致法圖

(戊) 『轉定法』

(A) 轉定法之命名

(B) 轉定法之意義

『圖表三四』 轉定法圖

第八章 國際私法之淵源

(一) 成文法規

(甲) 內外實質法之比較研究

(乙) 民商法及司法作用法之研究

(丙) 衝突規則之本身問題

綱 要

(二) 法庭判例

(甲)判例適用之範圍

(A)英美派以之爲原則

(B)歐陸派以之爲例外

(乙)判例存在之性質

(三) 國際條約

(甲)國際條約之學說

(A)成文法規說

(B)非『法之淵源』說

(C)爲『法之淵源』說

(乙)國際條約之實例

(A)美州各國會議

(a) 第一次南美會議

(b) 第二次南美會議

(c) 第一次全美會議

(d) 第二次全美會議

(B) 歐洲各國會議

(a) 民法會議四次

(b) 商法會議二次

『圖表三五』 國際私法會議之年次表

(四) 習慣法及習慣

(甲) 法律上之習慣

(A) 習慣法之意義

(B) 習慣法之供獻

(乙)事實上之習慣

(五) 條理及學說

(甲)條理之意義及作用

(乙)學說之效用及寄託

第九章 國際私法之規定

(一) 自規定之實質言

(甲)無明文規定之時代

(乙)有明文規定之時代

(A)規定之沿革

(B)條文之加增

(二) 自規定之地位言

(甲)規定於普通法中者

(A)規定之經過

(B)規定之缺點

(乙)規定於施行法中者

(A)規定之經過

(B)規定之缺點

(丙)規定於特別法中者

(A)規定之經過

(B)規定之缺點

(C)規定之救濟

(三) 自規定之內容言

(甲)一方的規定

綱 要

(A) 事例之說明

(B) 得失之批評

(乙) 偏狹的規定

(A) 事例之說明

(B) 得失之批評

(丙) 雙方的規定

(A) 事例之說明

(B) 得失之批評

(四) 自其規定之系統言

(甲) 屬地主義

(A) 屬地主義之適用

(B) 屬地主義之得失

(乙) 屬人主義

(A) 屬人主義之適用

(B) 屬人主義之得失

(丙) 法律關係性質主義

(A) 法律關係性質主義之適用

(B) 法律關係性質主義之得失

『圖表三六』 國際私法之法系表

第二編 國際私法哲理論

第十章 國際私法學之發軔

(一) 萬民法時代

(甲) 萬民法之與國際私法

(乙) 萬民法之非國際私法

『圖表三七』 國際私法與萬民法之區別表

(二) 種族法時代

甲) 種族法之意義

(A) 民族法主義

(B) 極端屬人法主義

(C) 出生法主義

(乙) 種族法之性質

(A) 種族法之與國際私法

(B) 種族法之非國際私法

(三) 領土法時代

(甲)領土法之意義

(乙)領土法之作用

『圖表三八』 萬民法等對於國際私法學之相關與相反圖

第十一章 國際私法學之創始

『圖表三九』 法則區別說之發生圖

(一) 法則區別說

(甲)意大利學者巴託路斯之學說

(A)巴氏學說之發生

(a)一地方之法則能否適用於不屬其地方之人

(b)一地方之法則能否在其領域以外發生效力

『圖表四十』 巴託路斯學說綱領表

(B) 巴氏學說之內容

(a) 人法與物法問題

(b) 契約本體之效力問題

(c) 法律行為之方式問題

(d) 訴訟程序問題

(e) 遺囑及無遺囑之繼承問題

(f) 物權問題及其他問題

(C) 巴氏學說之價值

(a) 缺點——文典區別說

(b) 優點——爲斯學之先鋒

(乙) 法蘭西學者度穆朗之學說

(A) 度氏學說之發生

(B) 度氏學說之內容

(C) 度氏學說之價值

『圖表四一』 度穆朗之法則區別說表

(二) 法規三分說

(甲) 法蘭西學者達爾驥得理之學說

(A) 達氏學說之內容——爲向之屬地主義張目

(B) 達氏學說之影響——爲國際禮讓主義先鋒

『圖表四二』 達爾驥得理之法規三分說表

(乙) 德意志學者及判例所承認之說

(A) 德意志學說之原則

(B) 德意志學說之特質

『圖表四三』 德意志學者之法規三分說表

第十二章 國際私法學之變遷

(一) 荷比學派

(甲) 荷比學派之背景

(A) 封建制度之猶存

(B) 達氏學說之輸入

(乙) 荷比學派之內容

(A) 適用外國法爲國際禮讓

(B) 希伯爾所立之三大原則

(丙) 荷比學派之特質

『圖表四四』 荷比學派之國際禮讓說表

(二) 英美學派

(甲)英美學派之背景

(A)歐陸學說之輸入

(B)英美分別之採用

(乙)英美學派之內容

(A)較荷比學派尤爲極端

(B)斯托立所倡之三要點

(a)法律效力之積極方面

(b)法律效力之消極方面

(c)法律效力之實施方面

(丙)英美學派之批評

『圖表四五』 英國之國際禮讓說表

『圖表四六』 斯托立之國際禮讓說表

綱 要

第十三章 國際私法學之革新

(一) 具有修正色彩之新法國學派

(甲) 蒲爾亞諾等之修正主義

(A) 反對屬地法之勢力

(B) 擴張屬人法之範圍

(乙) 民法編纂者之綜合主義

(A) 民法中揭示之三大原則

(B) 消滅法則區別說之研究

(C) 擴大衝突的規則之範圍

『圖表四七』 十八世紀法國學派之概略表

(二) 具有革命色彩之新德國學派

(甲) 薛夫那之法律關係發生地說

(A) 薛氏學說之內容

(B) 薛氏學說之價值

(a) 破壞國際禮讓說

(b) 陷於循環論法中

(c) 應用上亦有缺點

『圖表四八』 薛夫那之學說綱要表

(乙) 衛希他之法律衝突應依三原則而解決說

(A) 三大原則之內容

(B) 三大原則之批評

『圖表四九』 衛希他之學說及其謬誤表

(丙) 薩焚宜之法律關係的本據說

(A) 薩氏學說之破壞方面

(a) 反對過於重視主權獨立之原則

(b) 不重視僅依內外人平等之原則

(B) 薩氏學說之建設方面

(a) 內外法律絕對平等之法理及事實的根據

(b) 法律關係的本據爲國際私法之中心所在

『圖表五十』 法律共同團體圖

(C) 薩氏學說之變通方面

(a) 絕對的強行法不應適用外國法

(b) 否認之外國制度應適用外國法

(D) 薩氏學說之價值方面

(a) 創立現代國際私法之基礎

(b) 薩氏學說之錯誤與其語病

『圖表五一』 薩焚宜的『內外法律同等說』之原意與誤解

圖

(A) 原意圖

(B) 誤解圖

(丁) 巴爾之事物性質說

(A) 巴爾學說之內容

(B) 巴爾學說之價值

(三) 具有創作色彩的新意國學派

(甲) 新意國學派之代表

(A) 意大利之馬志尼

(B) 比利時之羅蘭

綱要

(C) 法國之威而士

(乙) 新意國學派之批評

(A) 優點——本國法之占勢

(B) 缺點

(a) 學理上之錯誤

(b) 實例上之衝突

『圖表五二』 薩焚宜之法律關係的本據說表 (法律分類表附)

『圖表五三』 新意國學派之學說表

(四) 具有保守色彩之新英美學派

(甲) 新國際禮讓說

(A) 破壞——不能專以解決管轄問題為主旨

(B) 建設——國際禮讓係立法政策上之必然

(乙) 既得權保護說

(A) 戴色之國際私法六大原則

(B) 戴色學說之陷於循環論法

『圖表五四』 戴色之既得權保護說略表

第十四章 國際私法學之輓近

(一) 法儒披庵之法律目的性質論

(甲) 兩大法系之起源

(乙) 兩大法系之異點

(A) 研究方法之差異

(B) 性質認識之差異

(C) 法則適用之差異

綱 要

五 一

(D) 法則解釋之差異

(二) 歐陸法系輓近之新說

(甲) 法儒披庵之法律目的性質論

(A) 披庵學說之內容

(B) 披庵學說之批評

『圖表五五』 披庵之『法律目的性質說』表

(二) 德儒基得爾曼之超國家的國際私法論

(A) 超國家的國際私法之構成

(B) 超國家的國際私法之原則

(C) 超國家的國際私法之實用

『圖表五六』 基得爾曼之學說表

『表圖五七』 國際私法學之變遷總表

性質，一涉國際關係均成公益問題，倘如說者以國家公私利益問題爲國際公法與國際私法之分別，則實際上國際私法直可併入國際公法中，公法私法將無區別之必要，然而說者又謂其不能合併研究，豈非矛盾之甚，（圖表十一）總之，凡規定國家間之法律關係，僅一所謂『國際法』而已，並無公私之別。國際公法實卽所謂『國際法』之訛稱，特加一『公』字者，因國際私法之名出，藉以區別，且因誤認國際私法爲國際法之一部，遂不惜將『國際法』改爲國際公法，俾其成爲國際法之另一部分耳。

『圖表十一』國際主義者解釋國際公法與國際私法之矛盾表

說者謂

國家間法律關係之內容＝（國家公益問題）＋（國家私益問題）

國際公法之內容＝規定國家公益之國家間法律關係

國際私法之內容＝規定國家私益之國家間法律關係

所以

……規定國家間法律關係之國際法 = 國際公法 + 國際私法

然而

實際上國家間法律關係之內容 = 國家公益問題

因之(私益問題) + (國家間的關係) = 國家公益問題化

亦即

國家間法律關係之內容 = (國家公益問題) + (國家公益問題化)

則國際公法之內容 = (國際公法固有部分) + (國家公益問題化部分(國際私法))

結果

矛盾

……規定國家間法律關係之國際法 = 國際公法

(乙)基於國際私法遲於國際公法發達之理由 謂基得爾曼曾云：『近世國際私法之幼稚，由於國際立法之幼稚，』可知國際私法賴國際公法而發達，兩者既有連帶關係，自必屬於同一性質。再質言之，國際交通本為國際社會(Community of nations)之起原，亦即普通國際法所以發生之背景也。國際交通一方面為各國家之權利，一方面又為各國家之義務；因國際交通最先表現者為公法的國際交通，故此原則在國際公法中為根本原則之一。既有公法的國際交通後，事實上仍不足保障國民的國際交通之安全，即私法的國際交通之安全，遂進一步由國際保護國際生活之私法的關係，各國始有國際私法之成立，此亦各國對於國際交通所負之國際法上私的義務也。在今日，因國際公法尙未能完全確定其地位與法則，故維持私法的國際交通之國際私法，仍不免失之幼稚也。

按：國際私法之發達固在國際公法之後，要不能以此理由即謂國際私法與國際公法同屬國際法也。誠然！國際私法之成立背景，積極方面為內外國人之交通，及外國人之權利保護，此確為國際交通後始有之事，而亦為國際公法成立後始為世所注意之事。顯是種情形，不

過。爲。國。際。私。法。所。由。來。之。一。種。原。因。而。非。即。國。際。私。法。本。質。之。斷。定。耳。例。如。民。事。訴。訟。法。之。發。達。在。民。法。以。後，要。不。能。影。響。一。爲。公。法。一。爲。私。法。之。性。質；又。如。民。法。之。制。定。往。往。又。在。政。府。組。織。法。之。後，亦。不。能。影。響。一。爲。私。法。一。爲。公。法。之。性。質。

至謂無良好之國際公法，遂亦無良好之國際私法，姑認其持論正確，但仍不能因是即許其同屬國際法。如由立法院制定民法，倘立法院之組織法不良，必無若何優良之立法成績，所制定之民法亦必幼稚，此固可信也；然究不能謂因有良好之立法院組織法，其所制定之良好的民法，亦即公法的性質，恐無是理焉。況國際公法與國際私法又非主法與從法之關係，內容良好與否，確切言之，豈足互引爲咎之所歸耶？他若謂國際私法爲保障私法的國際交通之安全，此亦不然，國際交通之法的關係，只有公法的關係，私人的國際交通，乃事實上之現象，無關於法之問題，有之，即變爲國際公法之內容，非復國際私法之事也。

(丙)基於國際私法嘗受國際條約限制之理由 謂國際私法往往有爲國際條約所限制者，如南美諸國間，關於國際民法及國際民事訴訟法等條約，凡締約者皆有依條約制定國法之義

務，違者即須受國際上之制裁；依此事實，可知其已變一國私法之性質爲國際法矣。蓋國際條約之自體，既屬於國際公法之範圍內所討論者，其效力又能拘束國家，而發生遵從國際公法之事實，且條約之表現又往往創造國際公法上之原則；則一國內之制定衝突規則須依國際條約，違即裁制隨之，當然使國際私法不得不具有國際法之性質，毫無疑義。

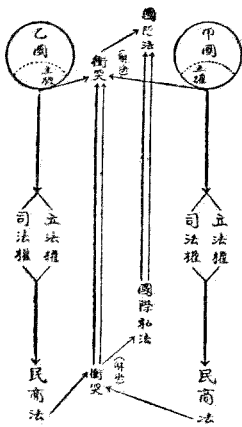
按：國際私法受條約之限制，此無害其爲國內法之性質也。一則在國際公法之關係上，一切條約於批准之日成立，或無須形式上之批准而即成立；在國際私法之關係上，其條約必於條約在內國公布之日成立。不特影響於國際私法立法之國際條約如是，即所有內國法，如以條約爲其立法之根據者皆然。二則國際條約拘束國際私法之立法，實出自各國之自願，不然，儘可以不批准，甚或可以不公布。其所以批准而又公布者，不過視國際條約爲其所立之法之淵源而已。國內立法似此情形者多矣，如各國之勞動立法多根據國際勞動會議之決議，民法制定亦有以國際條約爲法源者，豈皆以有此情形遽謂勞動法及民法爲國際法乎？三則即謂非各國自願，而出於國際間之勢力，然此不過外因，與法之爲法毫無影響。如國際聯盟有

限制各國添增軍隊之約，日本憲法上則以添增軍隊爲天皇特權，於是當時即有人主張刪去此條，或主張另加解釋，俾免與國際盟約相違；是明明受有國際的勢力在，但不能謂日本憲法即變爲國際法之性質，四則違背國際條約而受國際上之裁判，此亦不能爲國際私法非國內法之論據。因所謂違背條約係指條約之批准一點而言，所裁判者亦只在其批准而不實行耳。倘根本不批准，則亦無違約之事。今予以批准，則在國際私法之立法關係上。不過採以爲立法之淵源，故必公布後始在內國發生效力，與批准之在國際關係上爲兩事也。要之，批准與公布，事雖有一貫之關係，在法律上則各有其地位，批准即發生國際法上之效力，公布始發生國內法上之效力，自不能將違背批准之國際裁判，論之於條約公布之關係上。五則姑退百步言之，認其論據有力，然國際私法之立法受國際條約之拘束者，爲例甚少，即南美諸國，其例亦不完全。國際私法之現實狀態，大部分尚非如此，吾人即以最小部分之情景，欲說明其全部，既不適於實況，亦未免立論過早矣。

(丁)基於法律衝突概爲主權衝突問題之理由 謂國際私法爲解決各國私法所應適用範圍

之規則，此言固成定論，但因各國私法本出自各國主權之作用，則決定各國私法所應適用之範圍云者，實即決定各國主權之行動範圍耳。質言之，國際私法者，乃就私法關係，以決定各國主權行動範圍之規則也。披庵云，所謂法律衝突問題，概為主權衝突問題，亦即此意。夫主權乃屬於國家之所有，主權衝突不啻兩國家之衝突，而解決國家間衝突之法則，非國內法實國際法也，故國際私法與國際公法同其性質。

「圖表十二」國際法主義者之法律衝突問題即主權衝突問題圖

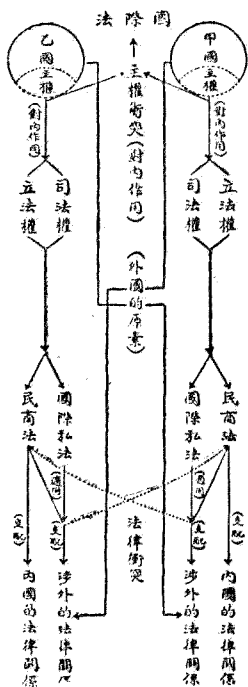


的固在解決內國之領土主權與人民主權之衝突，然此不過國際私法成立背景之一而已。至國

按：此一論據之誤點，在認為國際私法為解決各國私法所應適用範圍之規則，實則國際私法乃各國解決其法律適用範圍之規則耳。既如是，各國之法律雖出自各國主權之作用，要為主權之對內的性質如此，又怎能發生國際間主權之衝突耶？且各國之制定國際私法，其目的固在解決內國之領土主權與人民主權之衝突，然此不過國際私法成立背景之一而已。至國

國際私法成立後之性質，則不能依此一種背景而斷論之。蓋成立背景為法之由來問題，究屬何類之法為法之本質問題，兩者關係既異，自難比之而同。

『圖表十三』法律衝突問題非國際間主權衝突問題圖



(戊)基於國際私法係謀友邦利益而然之理由 謂勃爾克哈脫(B. Reckhardt)曾云：『內外法之適用問題，斷非專謀法律關係當事人之私益而止，蓋亦兼顧彼所應適用法律

之國家的利益也。』可知設定共同之原則，以決定內外法律之適用問題，非僅為謀私法適用之正當計而然也，亦非僅對於立法者及裁判官為正義之要求計而然也，實則為謀諸友邦之利益計，在各國家所應負擔之國際法上之義務也。且進一步言之，充實國際私法內容之衝突規則，苟不以兼顧諸友邦之利益為其前提，則諸友邦私人之利益，又將憑誰而保護之哉？故現

今各國之私人得在友邦而依國際私法以受保護其私益之實者，直可認爲繫乎各國家間克負國際法上的義務之故。夫既如是，則國際私法當然爲國際法矣。

按：一國施用國際私法之結果，固使外國人之利益得以保護，但此乃其國自動而爲之，非對國際法上有何義務之負耳。即認爲衝突規則之設定，出於不得不然，而爲義務之性質；惟此種義務至多只爲國際道德上之義務，或國際政策上之義務，絕非國際法上之義務。國際法上之義務，背後必有一程度極強之迫力，觀於向來各國採用國際私法既各異其年代，設立衝突規則又各異其內容，即知之矣。後當詳論，姑不多贅。

(己)基於國際私法與其他法律比較上之理由 謂國際私法與國內私法，內容絕不相同，而與國際公法之內容則甚相似，故與其稱國際私法爲國內法，無甯稱之爲國際法也。蓋國內私法之內容原爲解決私人間之權利義務關係而設，然國際私法之內容則專在解決各國私法所應適用之範圍而止，非所以直接解決國際私人間權利義務關係之法則也。兩法之目的既異，其性質自難混而爲一。至於國際公法，如關於海上捕獲規程，決定所有者之有無敵性，曾有

歐陸之國籍主義，與英美之住址主義相對峙，一似各國國際私法內容之互異。又如歐戰時我國之局外中立條規，英美日法各國之海陸戰爭法規，均非國際團體對於國家之命令，而為國家對於內部之命令，一似衝突規則之由國內立法者制定，而行之國內也。兩法既皆緣國際之關係而生，其形式又極相等，國際公法終不失其為國際法，國際私法又烏得而異之耶？

按：國際私法之主要目的雖為解決私法之適用區域，顧實際上並不以私法為限，自不能以與國內私法內容相異，而否認其為國內法。況國內法並非專限於私法，其他一切國內之公法均屬之，而各種公法之內容亦極不一致，有規定國家組織者，有規定行政作用者。有規定犯罪裁制者，更有規定實現各法之程序者，不特各為公法，且與民法同屬國內法也。國際私法之在國內，亦一規定特殊問題之法律，與其他之國內法性質正等，以與民商等法不同內容，而即稱其非國內法，誤矣。此其一。國際公法之內容有時誠然相類於國際私法，顧相異之部分究超過相類之部分，自亦不能以小同而即視之為完全相同。況國際公法之因有不同規定之關係，及對內部命令之關係，曾有人即否認其為有法之性質；愚更以因有此等關係，國

際公法是否爲真正的國際法。抑或爲國家之外交作用法，實大有問題也。卽不以此爲然，國家對內部命令關係之局外中立條規等，依然一國內法，其對於國際公法之地位，不過構成其法之一種淵源而已。各國採用不同的原則之關係，亦只能認爲其法規定之不明瞭，致有類於所謂國際私法，斷不應以兩法之此一點相類，反稱國際私法之同於國際公法，俱屬於『國際法』也。此又其一。

(二) 國內法主義——英、美、日等國之學說

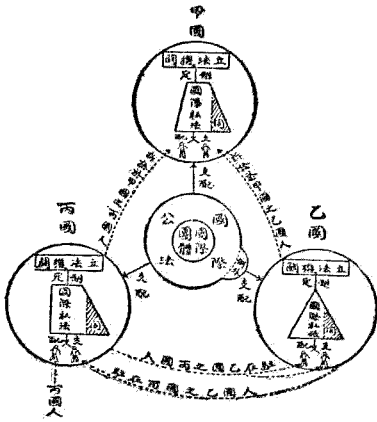
謂國際私法爲國內法之性質者，以英、美、日等國爲最盛，但德國亦有學者作反國際法主義之論。此派學者之代表，在英如奧濱罕 (Oppenheim)，戴色 (Dicey)；在美如斯托立 (Story)，在日如山口弘一，山田三良，館田謙吉；在德如康納 (Kane)，衛希他 (Wächter)，尼邁爾 (Niemeyer) 等。其論據析述如下，並附以批評。

(甲) 就形式上言——國際私法非國際法 謂國際私法乃一國規定私法適用區域之國內法，

就其形式上言實有兩點與國際公法不同：第一點爲立法上之差異，國際私法之產生乃一國之主權者，因對內關係以國家之資格對於私人所發布之命令也；國際公法之產生純然國際關係，由國際共同團體對於國家所發布之命令也。簡言之，國際私法爲一國主權者自由制定之法則，國際公法爲依國與國之共同行爲而成立之法則。一之立法由於內部，一之立法由於外部；一之立法由於主權者自由制定，一之立法由於國際間共同行爲；兩者顯然有別，自非同一性質之法。第二點爲內容上之差異，各國國際私法之規定，內容互異，換言之，卽解決法律衝突之規則，各國異其規定是。故雖屬同一法律關係，甲國有採當事人之本國法者。乙國有採當事人之住所地法者，丙國或丁國更有採當事人之行爲地法或訴訟地法者。此種不能統一之情形，爲國內法之特性，如甲國之民商法，其內容卽不同於乙國之民商法；乙國之民刑訴訟法，其內容亦卽不同於甲國之民刑訴訟法。國際公法之內容則不然，既成於國際間之共同行爲，其規定必彼此一致，爲各國共同所遵守者。雖有時各國各採用其特殊之規則，此不過原則中之例外耳。故如甲國所遵守之國際公法的內容，絕對不同於乙國者之事，則未之聞

也，簡言之，國際私法之內容，雖各國有相同者，然大部分則因國而異焉；國際公法之內容，雖各國有相異者，然原則上則各國皆同焉。此其故，不外國際私法為國內法，各依其國情而定，相異者當然，相同者偶然；國際公法為國際法，以共同規則支配各國，相同者原則，相異者例外而已。

【四十表圖】
 法國主義者之國際私法
 與國際公法之形式相異

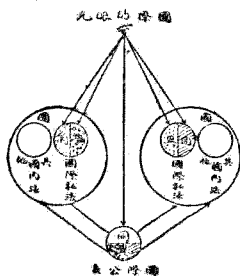


按：從立法上與內容上證明國際私法非同於國際公法之性質，此誠近似矣。然猶未能為強有力之論據也。蓋國際私法固由一國主權者之自由制定，國際公法則不盡為國際團體對於國家所發布之命令，海牙會議以前之陸戰規則，概以各國對內國所發布之陸戰訓令充之，則在立法上亦未見其相異，採國

際法主義者，當振振有辭矣。此其一。國際私法因國而異其內容，其相同者偶然；國際公法

各國皆同其規定，其相異者例外；此亦不足難國際法主義者。因國際法主義者固可曰：『國際私法內容差異最大者，為英美派與大陸派，此既與國際公法之情形同；其在同派中之各國，則大抵無若何重要區別。可知國際私法內容之相同點，乃當然非偶然，一如國際公法之相同點為原則非例外，是兩法同其性質矣。』又可曰：『國際私法與國際公法之內容，既由國際的眼光而觀察其相同點，自非純粹國內法可比，因國內法除學理討論時之比較外，斷無於決定其法律性質時而憶及與他國法律之同點也。復由國際的眼光而觀察其相異點，此正足以證明其皆為國際法，

『五十表圖』
內容者義主法國
圖點弱之說異差



因國際法所以成為國際法者，即在乎相同中而含有不同，若國內法自由主權者比而一之。換言之，國際間無最高之主權者，只憑各國之共同行為，促成同一之法律

，然即因是又不免於同中之異焉。』故國法主義者以內容之同異為言，適足與反對派以攻擊之口實。此其一。抑又言之，從形式上決定國際私法是否何種性質，實為根本錯誤，法之同

形式者甚多，要不能皆謂同一性質，反之，不同形式者，亦未必即非同一性質也。如民法與民事訴訟法，立法之手段相同，則未有人稱其同爲公法或同爲私法；又如一國制定之國憲與一縣制定之縣憲，立法之機關各異，亦未有人稱其一爲公法一爲私法，卽此故耳。依同理，國內習慣法各地不同，正與國際公法各國採用特殊規則者相等，然萬不能以習慣法爲國際法也。一國將他國某種法律之全部，向國內公布而實行之，此與各國採用國際公法之普通原則者結果相同，然亦不能以某種法律爲非國內法也。此其三。

(乙)就實質上言——國際私法非國際法 謂在實質方面，國際私法亦有兩點與國際公法不同：第一點爲法律當事人之差異，國際私法上之當事人爲私人而非國家，恰與民法上法律關係之主體同；國際公法上之當事人爲國家而非私人，確係國際法之本性如此。故國家雖亦有爲國際私法的法律關係之當事人時，但並非以國家之資格而爲當事人，不過一外國法人而已(圖表十六(A))！個人雖在事實上有享受國際公法上之權利，或受其義務之拘束者，但在法理上非個人之有此資格，乃因其爲國家之代表，或其他有關於國家之原因而已(同圖(B))！

第二點爲法律的關係之差異，國際私法之法律關係，乃內外人間之權利義務之關係也；國際公法乃國家間之權利義務之關係也。故前者不外保護私人之權利，實即規定私人間之平等關係（圖表十七(A)）；後者不外維持國家自身之權利實即規定國與國之平等關係。據此以觀，國際私法乃國內法而非國際法也。

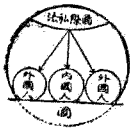
按：此一論據頗屬有力，故國際法主義者多不敢從正面反駁之，而國法主義者亦即因是

『七十表圖』

圖異差係關律法

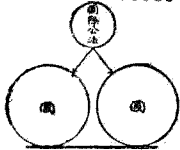
(A)

之法私際國
圖係關律法



(B)

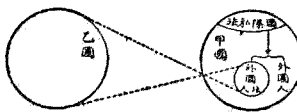
之法公際國
圖係關律法



成立其主張焉。然專恃此種理由，仍不免爲國際法主義者所攻擊。一則當事人問題，國際法主義者固可曰：「當事人資格之同不同，乃法之對象問題，非法

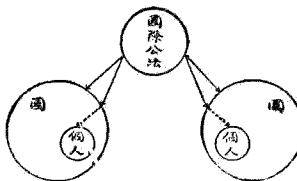
『圖表十六』當事人之差異圖

圖人事當法私際國



(B)

圖人事當法公際國



中的內外人間之權利義務之關係也；國際公法乃國家間之權利義務之關係也。故前者不外保護私人之權利，實即規定私人間之平等關係（圖表十七(A)）；後者不外維持國家自身之權利實即規定國與國之平等關係。據此以觀，國際私法乃國內法而非國際法也。

之本質問題。民法以普通人爲主體，商法以商人爲主體，官吏懲戒法以官吏爲主體，縣組織法以縣爲主體，固不能以主體相異，卽稱其爲異性質之法；然亦不能稱其爲同性質之法，蓋兩問題無因果之聯絡也。國際私法之當事人雖不同於國際公法。但未見其性質上亦如此也，『再則法律關係問題，國際法主義者亦可曰：『國際私法固係規定內外私人間平等關係的法律，但須知所以必如是規定者，乃出自國際私益之保護故耳。兩法皆根據國際的關係而成立，不過一爲國與國之直接關係，一爲國與國之間接關係而已。苟無國，或有國而未交通，國際公法固難成立，而無由規定其內容；國際私法更根本失去對象，莫能構成矣。可知兩法爲同一性質也。』如此辯難，雖非定論，然國際私法之國法的性質，終亦不能確定矣。

（丙）就裁判上言——國際私法非國際法 謂在違法與其裁判方面，國際私法仍有兩點與國際公法不同，故國際私法非國際法。何兩點；其一爲違法責任之差異，國際私法之違法責任不對國際負之，故縱令有純粹國際私法之原則產出，國家若違背此原則，亦可不受他國家之問罪；國際公法則不然，國際制裁確有相當之效力。故違法須由國家向國際間負其責任也。

換言之，國際私法爲國內法，因之不負國際之違法責任；國際公法爲國際法，因之違法責任須向國際間負之耳。其一爲救正方法之差異，倘一國違反國際私法，其救正方法與通常私法同，於一國之法庭依訴訟法爲之，蓋國內法之本質使然也。倘一國違反國際公法，其救正方法則行之於國外，或依外交談判，或依公斷仲裁，或依武力戰爭爲之，蓋國際法之本質使然也。

按：此一論據殊爲薄弱，實不足推翻國際法主義，且亦不易樹立國內法主義。蓋以違法責任而言，國際私法上未見其全然不負責任者，如南美各國對於確定之國際私法原則，卽不能任意違反。此雖不能因之認國際私法爲國際法，然在形式上，吾人亦不能否認其在此一點上，與國際公法不相同也。反之，國際公法上亦未見其全然有負責任者，在平時，如強者之對待弱者，類多違反公法，且或認之爲當然；在戰時，如歐戰中，各方破壞戰時法則極多，又何曾有第三者出與師問罪之舉？在此一點上，兩法之違法責任又相同矣。更以救正方法而言，此與法的本質問題之決定，實無關聯。例如在君主立憲國，君主雖在法理上須受憲法之

限制，同時又因君主有神聖不可侵犯之地位，故違憲後，除人民革命外，即無救正之法。在民主立憲國，大總統始終受憲法之嚴格限制，一旦違憲，須負法律上之責任，是有救正之法。然無論其救正方法之有無同異，要不能謂此爲憲法彼非憲法也。故以救正方法之差異，欲證明國際公法與國際私法之不同，殊可謂不得其要領也。

(三) 國際私法尙爲國內法——吾人應有之見解

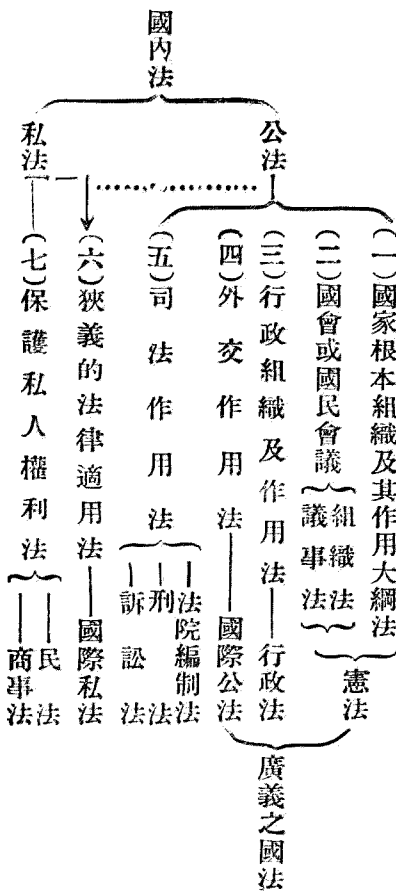
兩派學者對於國際私法之性質，各有見地，各設論據，且互相詆責，展轉無已，吾人究將何所適從？如不從客觀方面精細研究之，即以某派自居，是道聽途說，盲從附和者也。愚以爲在現實上，無論如何，國際私法究不能認爲國際法，是國際法主義者之說當然難採。但如國際法主義者雖結論確當，惜其論據無若何力量，並國際私法所以爲國內法之積極的理由，亦疏略之，此適與國際法主義者以反證材料。吾人倘抄襲其論據，以主張國際私法之國內法性質，既終不免陷於循環辯難中，尚不如投誠於國際法主義者之爲愈也。鑒則愚之新論據何

在？除前所述之按語外，其他有如下述：

(甲)從國際公法上說明國際私法為國內法 認國際私法為國際法者，積極證明國際私法與國際公法之相同；認國際私法為國內法者，積極辨別國際私法與國際公法之相異；蓋皆以國際公法具有國際法之性質，同於國際公法即同於國際法，異於國際公法即異於國際法者也。

• 然依憑研究國際公法論之結果，國際公法在表面上言之，固為國與國間之法；從實際上言

表統系之法內國『八十表圖』



之，乃廣義的國法中之外交作用法耳（圖表十八）何以故？國際公法者公法也，欲包括一切現有的公法而能盡釋之『公法定義』，莫如謂為適用於國家其物之法為公法，如是則國際公法當然為適用於國家其物之法律，而與憲法等對於國家之地位相等；不過國際公法為外交作用法，其趨向重於在外而不重於

在內耳。說者謂國際公法為

對於國內公法而立之國外公

法，此當錯誤，因國外公法

云者，乃與國家其物無關之

公法也（見圖表十九(A)(B)）。然則稱其為國際法之性質，而亦不背於公法適用於國家其物之原

理，又何不可乎；殊不知自有國際公法以來，斷自今日，因國際間無立法之機關，無執行之

機關，無裁制之實力，無統一之法則，即有一派學者否認其為法，是欲根本推翻其基礎，尚

何國際法國內法之爭？吾人雖覺國際間不能不有法，更不能使國際公法變為國際道德，致搖

『圖表十九』純粹國內法與純粹國外公法

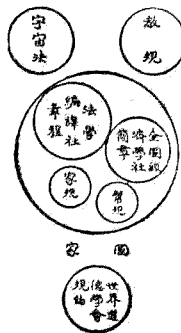
(A)

純粹國內法圖



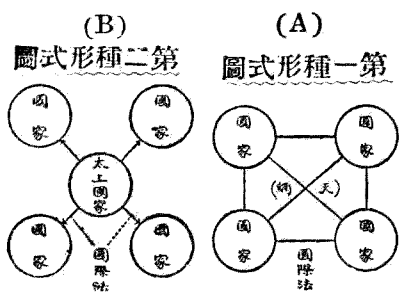
(B)

純粹國外公法圖



動國際關係之安定；然以國際法之性質解釋國際公法之是法，繆莫由說囑事實上各國何以異其規定，各國何以必遵守國際公法而不憚於主權之受損，且既應遵守矣，違反規定何以又無有效的裁制之例也。關於此端，或可託言國際公法有普通法與國別法之分，國別法固難統一

『圖表十二』純粹國際法圖



，普通法則為普遍不變之準則，人類以理性的感覺，各知努力實現之，如老子之所謂『天網』是，故亦不需制定機關與執行機關，此誠可謂為純粹國際法矣（圖表二十(A)）。然現今國際公法學者，則以此為舊日自然法學派之說，根據其主觀的哲學上之見解，作為國際關係的準則，不特涉於玄想，抑且有近武斷，當然與事實不合而難承認者也。又可託言今日之國際公法尚甚幼稚，將來必有一種團體，依通常之程序，為國際間制定一共同遵守之法則，則在國際公法之法的性質上，種種困難問題，

必可應俛而解，國際公法終必成為國際法矣（圖表二十(B)）。然如此仍非國際公法學者之所能

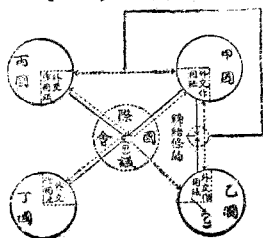
承認。因他團體制法而由各國家遵守之，此害其國之主權最甚，該法雖在實質上爲國與國間之法，究非吾人今日所願之國際法也。夫兩者皆不可，則純粹之國際法在事實上直付缺如。然則對於國際公法既須確定其法之性質，又須承認其法之成立程序，更須將一國主權之作用與國際公法之遵守混爲一事，並須將各國異其規定認爲無害國際公法之存在，則惟有列國際公法於廣義之國法中，屬於外交作用法也。

蓋國際公法成立之直接淵源，最主要者如國際習慣國際條約及國際會議等，皆係出自國家主權之對外的作用，其結果構成一種應遵守之法規。此非國家以外又有何種國際的力量，足以限制國家，乃國家依其主權之作用，構成國際團體，締結國際條約，遵守國際習慣，自己限制自己之行爲，以期活動外交之進行而已。其他淵源如國內普通法律，政府訓令，外交文書等，更係以一國爲主體，行之而有利，各國自動地效之，遂亦變爲國際公法中之準則，是遵守國際公法更無有害各國主權之虞。夫國際公法既出於各個國家之制定，即國際立法亦不外各個國家之共同制定，是有立法之機關可知。各國本於主權之作用，及外交之目的，各

限制自己行爲，自樂於遵守之；如遇重大事故，較影響外交之運用爲要，亦多不遵守之；其遵守也，其違反也，皆以一國之自願爲主，事實上終不免於實力之裁制，則法律上無裁制之機關何害？且既爲國家之自己制定，則國際公法不特飽含法之實質，並須認其爲國內法而後有此結果，各國對於國際公法之法則，有時採取不同，此不使其法之性質受有影響，正因其爲國內法之故耳（圖表二十一）。愚之此說雖甚奇特，究非全然臆造，乃依實際情形以立論據，至少在現代之國際公法上如是。此問題不解決，實無以定國際私法之性質，故先略述如上，詳待專論。

（圖解）『↓』符號，表示甲丙丁三國主權向外活動之方向；『甲』表示其衝突點；結果乃開國際會議制定法規而遵守之。『…』符號，表示各國受自己所制定的法規之支配；『乙』表示外交作用法既因之成立，倘其他內國法與之抵觸，殊妨礙外交之作用，故以之使其他內國法有所修改

『一十二表圖』



圖法公際國一法用作交外

，此仍出於自願，無損失主權之虞也。乙國有「∴」符號，無「↓」符號，表示國際會議乙國未加入，但其所制定之法規，以後乙國如預防其主權與他國衝突，免再開國際會議解決，亦可自動地採用也。至於甲乙兩國因其主權之衝突，而結條約救正，互遵守之，其理由與上同；以後甲丙等國如遇同一情形，即可不待主權之衝突及條約之救正，即可依甲乙兩國之例，而爲其外交之活動，故此種條約亦爲國際公法內容之一部焉。

國際公法既非純粹國際法之性質，而同於國內法，則國際法主義者雖盡力證明國際私法與國際公法相同，即許其立論無誤，仍不能使國際私法失其國內法之地位也。如謂法律衝突問題即主權衝突問題；維持私法的國際關係同於維持公法的國際關係；國家私益的規定有類國家公益的規定；兩法皆同有一國際拘束力在其後，其採用何等原則爲對於國際上應盡之義務；然其最大作用，不過使國際私法變爲國際公法或等於其性質，國際公法既非國際法，國際私法何能獨異耶！如謂局外中立條規爲國家對於內國之命令，陸戰法規係自政府訓令脫胎

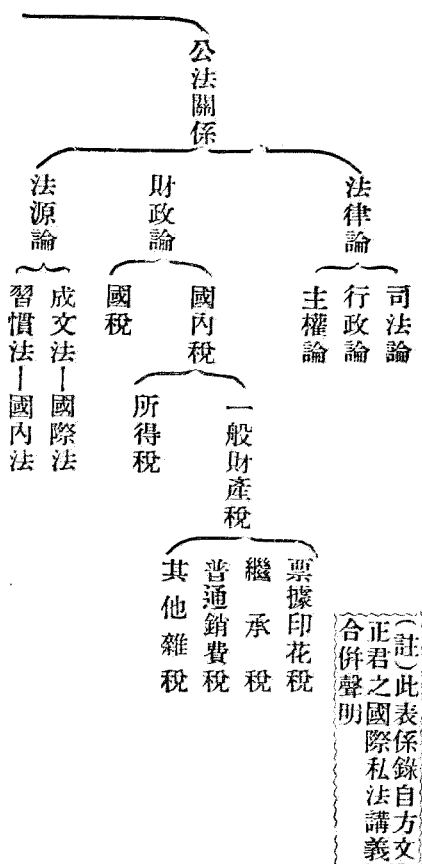
而出，皆無害國際公法之爲國際法，則國際私法由內國主權者制定而施之，自亦不影響其國際法之地位，然須知國際公法中之此等事例，正國際公法之所以爲國內法之一堅決理由，今引爲國際私法之同調，更適足證明國際私法爲國內法耳。如謂各國國際私法之規定，內容互不相同，一如國際公法上萬國無統一之條約，彼此又常有相反之準則，後者既不失爲國際法，前者自難據此而否認其爲國際法；然既爲國際法即不應有此情形，故學者遂據此而否認國際公法之爲法，且無一定之立法主體究亦不成其爲法，此所以國際公法必確定其爲國內法也，國際私法當亦同此理由。倘認國際私法爲國際法，不特其國際法之性質不能與以確定，並國際私法之基礎，亦有推翻之虞。至於國法主義者，不求國際私法何以爲國內法之理由，惟只盡力說明與國際公法之相異，此亦誤國際公法爲國際法也。縱使兩法之辨別極爲精確，不過國際私法與國際公法之辨別，實非國際私法與純粹國際法之辨別，故辭多浮淺，不能爲有力之論據。況國際公法既爲國內法，實際上與國際公法確有同點不少，而強爲之分別，此又適足與主張兩法性質相同之國際法主義者以反駁之機會也。

(乙) 從國際關係上說明國際私法爲國內法 說者或又將一切規律國家間關係之法則，概名之曰國際法；從中再分別爲國際公法，國際私法，國際民事訴訟法，國際破產法，國際刑法，國際刑事訴訟法等，如巴爾(Bahr)之主張是也。他如一九一九年荷蘭學者仇托所示國際關係法之內容，亦採廣義的對象(圖表二十二)此不特使國際私法與國際公法同爲國際法，凡與國際有關係之法則皆列入也。惟彼等所謂國際法既與國際關係法一語可互用之，必非與吾人向之所謂對國內法而立之國際法同其意義。謂一切規律國家間關係之法律統名曰國際法，不啻說明其法行使之方向，與發生之背景，與國際有其直接間之關係，並未說明法之本質爲何狀態也。蓋彼等固以此卽國際法矣，國際關係法亦卽國際法矣，則凡與國際有關係之法則，皆非國內法；國際私法之成立，既以內外國人之交通爲其首要素，而免避甲國之領土主權與乙國之人民主權衝突，又爲其法之重要目的，當然與國際關係不能脫離，更非國內法也。無如以國際關係之有無，爲國際法與國內法之區別，終覺範圍過廣，恐使大部分之國內法皆將變爲國際法矣。如一國之勞動法與著作權法等，人皆許其爲國內法，然勞動法之內容恆

有受國際勞動條約之拘束者，著作權法之規定亦有不能違背國際著作權條約之限制者，依其說，皆可稱之爲國際法，有是理乎？如一國之民法及商法，更不能認爲國際法，然法源有時亦有出自公布後之國際條約者，此雖與國際關係非直接的，亦間接的，依其說，亦可否認其爲國內法，豈若是哉？甚如一國之憲法行政法等，欲立國於國際社會，往往不能作反國際之規定；國際條約限制軍備，而其國之憲法上忽添入某人有擴充國軍無限權之條文；國際往來習尚平等，而其國之行政法上忽許外交部對友邦代表可有不禮貌之待遇，此皆絕對不可也。依其說，各國因國際的關係，此等法律既不能自由爲反國際之內容，又何嘗非國際法，安不駭人聽聞？故謂國際私法國際刑法等與國際有重要之關係固可，甚或冷然稱其爲國際關係法，如司法作用法，行政作用法之例，亦無不可。然以國際關係法即屬於與國內爲別之國際法，一方面固搖動一切國內法之地位，一方面於其本身上尤不能自圓其說也。蓋除國際公法尙類似國與國間之法外，國際私法即無國與國之直接的法律關係，其他國際刑法等更爲一國依領土主權之結果，而對於外國人所施之刑罰權而已。此僅與國際關係有相當之連絡，其本

身絕不因是而即變為國際法也。況國際公法亦不過形式上為國與國間法，實質上乃國家之外交作用法，其他更何待論。然則以國際關係法解釋國際法，而欲證明國際私法之為國際法亦不過作吾人反駁之材料而已。

「圖表二十二」仇托之國際關係法之內容表



國際關係法

私法關係

程序法

實體法

民事法

商事法

財產法

債權法

無體財產法

物權法

不動產物權法

動產物權法

身分法
親屬法
繼承法

國際破產法

國際票據法

國際商法

契約債權

法定債權

不法行為

準契約債權

買賣

僱傭

信用

射倖

合夥

保險

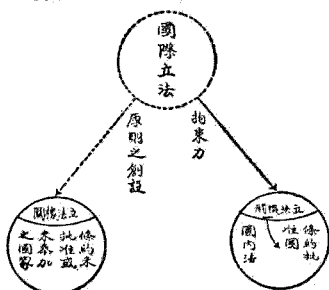
(丙)從世界私法上說明國際私法爲國內法 說者或又以國際私法爲達到世界的統一私法之初步，換言之，統一私法一時尙爲理想之談，惟賴國際私法暫代其地位耳。故國際私法之研究，雖表面上以解決法律衝突問題爲目的，而最後則在實現統一私法，其研究之趨向當然亦卽在此。既欲如是，舍認其爲國際法外，實無由達其目的。蓋知國際私法之非國內法，必注意各國應採用之共同原則，成立所謂統一的國際私法，再進一步卽可使世界私法實現也。

雖然，理固有如是之高超，事絕不如是之單簡，世界私法能否成立，實爲首要之先決問題。吾人知一種法律之存在，恆與其地其時之種種自然環境及社會背景有關；地不限於一隅，時不永此存在，自然環境社會背景又不統一，則欲統一世界之法律，恐終成其爲理想耳。慢言世界如此，在每一國家中，疆域如失之凌散龐大，地團如各有歷史背景，雖以人力求其法律之整齊劃一，亦勢所不能；卽在有統一法律之國家中，因各區人民習慣之不同，尤有各區不統一之習慣法在，法律統一殊未易言也。故世界私法欲其順自然之勢而實現，固所難能，結果惟有賴人力以強爲之，恐亦無何成績。縱使其然，在世界帝國下施行世界私法，此私

法之性質亦一國內法，則國際私法之存在，與其如說者之謂向國際法之途發展，無甯改爲向國內法之途發展，較易自圓其說也。易言之，至多祇能謂國際私法在發展之歷程中，爲國際法之性質，而發展之目的既爲實現世界私法，無論如何絕不能否認其非爲另一種國內法之預備也。

倘此發展之歷程能依其說而實現，吾人姑不妨認國際私法爲國際法，然而未能也。發展之歷程云者，指統一之國際私法而言，即各國關於涉外的法律關係所適用的衝突規則之統一是也。蓋如前說，法律爲社會心理之反映，社會心理各地不同，各時有異，則一地一時之法律必有差異；不特實質法如此，適用規則亦如此。例如國際私法中，關於人之身分能力問題，法國適用本國法，英國適用住所地法，並非故立奇例，強持己見，實因與其地理國情等，各有不得不用之重要理由而然。故欲國際私法之適用規則統一，亦惟有由一超國際之權力者，不顧各地之特殊情形，強爲統一之，但如是則又非立說者所願也。誠然，在事實上如南美各國受其國際立法之限制，似可認爲統一的國際私法之發軔；惟限制之發生由於其國之批

『三十二表圖』
圖力效之法立際國



准條約，而各國批准條約與否則各有自由，甚至加入會議與否，亦無他勢力得以強迫之。是國際力之限制國際私法之立法，可謂甚微，或且無有。國際立法之最大效力，惟在於國際私法之法理趨於統一，殊不易使各國之適用規則趨於統一，此在其他法律亦然。例如國際之勞動立法，關於八小時工作之規定，此無直接法律效力也，故各國有採用者，有不採用者。採用者即依之而定為法律，不採用者亦知八小時工作為此項立法之原則，是即國際立法僅有之力量也（圖表二十三）。又如國際公法，此在表面上誠難否認其背後之國際力，但不過因其實質雖為外交作用法，其形式則為國與國間法，國際力之想像即不能免。惟此國際力亦只求其不違法，並非依國際力使一國所遵守之法，皆為一個系統下之法也。據此可知適用規則之完全統一，殊非事實上所能也。即退百步言之，將來縱有統一的適用規則出，為世界各國所採用，且不得不採用，亦只法之理想問題，而非法之實在問題，以哲理論混入本質論

，而欲說明國際私法之性質，失之遠矣。

(丁)從國際私法上說明國際私法爲國內法 吾人應承認國際私法爲國內法之性質，不僅以反面之辯論爲足，尤須從國際私法之本身上，說明其具有國內法性質之理由。關於此端，可自數方面述之：

第一，各國採用國際私法，完全一國法權之自主行爲。吾人知自國際交通開展後，法律之效力與法律之目的即發生不一致之結果，欲積極實現內國之人民主權，必防害他國之領土主權；欲絕對運用內國之領土主權，必影響他國之人民主權。且如各國以嚴格的領土主權爲本位，勢必實現嚴格的屬地主義，各國的人民主權亦即不能維持於海外。夫人民既相往來，乃無法律以爲保障，則內外交通將有斷絕之虞。如各國以絕對的人民主權爲本位，勢必實現絕對的屬人主義，各國的領土主權亦即不能維持於國內。夫各國人民主權衝突於一地之上，則世界平和破裂，將有戰爭永續之危。於是各國之主權者，值此無可避免之衝突，而嚴格的屬地主義與絕對的屬人主義又不能適用，遂本一國獨立自主之法權，各有國際私法之制定或

認定，藉以避免他國人民主權擴充於內國，致損及內國之領土主權，並得使在外國之內國人，因內國採用國際私法，亦可望外國與以國際私法之待遇，致內國法律在實際上可以支配之也，說者謂國際私法之設立，係其國為謀各友邦人民之利益計，在各國家間所應負擔之國際法上之義務，實則不然，此特各國各謀其自己利益計耳。

何言乎國際私法之採用，為避免他國人民主權之發展，致有保全內國領土主權的地位之利益？此可從領事裁判權方面解釋之也。領事裁判權為外國人民主權發展於內國之著例，其損害內國領土主權最甚，雖為不合國際公法之行爲，然其實施也，必以內國無良好之法律為藉口。良好之法律云者，範圍固廣，國際私法實居其主要部分。內國苟能採用國際私法，外國即不實際擴張其人民主權，而其人民之在內國者，固可依內國自定之國際私法，享受其相當法律之保護也。換言之，依領事裁判權之結果，適用在內國的外國人之本國法，因其本於外國獨立自主之法權而然，對於內國為極不利益者；依國際私法之結果，適用其本國法，因係出自內國獨立自主之法權而然，內國之領土主權依然如故。可知內國之採用國際私法，亦

認外國人之權利，意欲撤廢實際上及思想上之領事裁判權，實爲重要目的之一，此乃爲內國利益計，非以維持友邦人民之利益爲唯一目標也。

何言乎國際私法之採用，爲於不損害他國之領土主權中，而得在實際上有完成內國人民主權的。功效之利益？蓋他國對於內國人之在其國者採用國際私法，在今日固多出自其國立法進步之結果而然，固不以內國對其國人民之在內國者是否採用國際私法爲斷。然如內國不對在內國之他國人採用國際私法，他國並亦不能或竟不願採用領事裁判權制度之際，必對在其國之內國人不與以國際私法待遇，藉謀抵制，此當然應有之結果也。故內國欲於不損害他國之領土主權中，使其國有國際私法之適用，俾間接達到內國法律得相當地保護在內國之內國人，則惟有先對在內國之外國人採用國際私法始也。觀於國際私法之沿革，初則由兩國各訂條約，相互地對於在其國之人民採用國際私法，無約者即付缺如；繼則以某國對在其國之內國人民採用國際私法，內國亦如之，否則亦不與以國際私法之待遇；可知國際私法設立之原來目的，實含有一交換之目的在。今相互主義之勢雖衰，已進爲內外人平等主義，然倘有一

國不平等之，則他國之平等主義，苟無他方法救濟，亦必不平等之，是相互主義之餘勢猶在焉。然則一國之採用國際私法，依然爲內國人民利益計也可知。

夫國際私法既非以保護諸友邦人民之利益爲其唯一義務，而以擁護內國國權及人民之利益爲其首要目的，其法之本身當然屬於國內法之性質，不得目之爲國際法也明甚。顧有說者曰：『國際私法既以國際交通爲其發生動因之一，而又牽涉兩國主權問題，此實爲國際法之確證，非國內法也。』殊不知此乃法之發生問題，非其屬性問題；乃法之由來問題，非其本質問題。例如國際公法之爲法，並不能因其有由條約而來者，卽否認其爲法；民法之主要法源爲民法法典，亦不能因其須由國家編纂公布，而始有效，卽稱其爲公法。國際私法固以國際交通爲其成立背景之一，究爲一國依其獨立自主之法權，制定衝突規則，藉以擁護其國家及人民之種種利益，此當然具有國內法之性質，實無疑義。

第二，各國採用國際私法，兼爲各國立法之進步表示。國際私法之所以成立，除上述之情形外，各國立法上之自覺，亦屬次要者；既如是矣，其爲國內法之性質更明顯焉。蓋各地

對於外國人之待遇，其始爲敵外主義，再次爲賤外主義，此皆不許其享有法律之保護；又次爲排外主義，雖使服從內國法，然恆使之處於不利地位，當然無國際私法之適用；更次爲條約相互主義，爲法律相互主義，始於保護在外國之內國人民的利益，謀向他國取得交換條件之形勢下，施行國際私法；最後爲內外人平等主義，無條約國人及無國籍人，均可在內國享有權利，國際私法之適用更擴張其範圍。是明明出自各國立法上之自覺，非國際間任何勢力之強迫可知。因其如此，故各國採用「外國人享有私權之平等原則」其時期亦不相等，如荷蘭爲一八二九年，葡萄牙爲一八六八年，比利時爲一九〇〇年；實由於各國立法之自覺非能同時，於是各國完全實現其國際私法，亦即有先有後。倘爲國際力之逼迫，則正可各國一律同時實現，當無先後之差矣。

何以故採用內外人平等主義，而國際私法之範圍更形擴大，且益足證明其爲國內法？因除施行國際私法，藉以保障內國人在外國所享的利益之理由外，即無約國人等，亦應享有私權之平等原則。而一律保護之。但保護外國人之私權當依何國法律，實一問題。如使之悉依

內國法，彼非內國人，何能盡使其服從內國法，此明明有害於其私權矣。一則私權之確定與承認之程度，各國不同，使其皆依內國法，必有與其生活習慣不能相應者，亦即影響其在一定的社會生活內所應享之私權。一則內國法律如僅屬身分人事上者，本不以適用於在內國之外國人爲目的，今使外國人悉依內國法，既非外國人所能安，且於內國之公安上亦無所損，內國更無適用於外國人之必要。故如一國遇有涉外的法律關係，其國之民商法不能適用，自以適用外國法爲宜。特各國法律，其效力除不合理之領事裁判權外，亦本無當然可行於他國之性質，故由各國依其獨立自主之法權，自動地創設國際私法，以爲決定適用內國法律或外國法律之標準。在此情形下，國際私法更不限於向特定的國家之人民適用，並對於一切外國人之在內國者，值其爲訴訟當事人時而如此焉。且既由一國自動地擴充其適用之範圍，是實一國立法的進步之結果，其性質之爲國內法，益爲顯然。

第三，各國採用國際私法，並非國際法上之義務負擔。國際法主義者恆謂國際私法之採用，係各國對於國際法上所負擔之義務而然，此爲其主張最有力之一點。然依前兩段之結論

，其言當然非確，特因其頗關重要，於本章之最後，再一申辯之。國際私法中，不僅限於適用外國法，同時並有極端應適用內國法者；倘以其適用爲對國際的義務負擔，則內國立法者規定某項法律關係適用內國法，而稱之曰國際上的義務，豈非奇談？此其一。且既爲義務，則內外人平等之私權享有，必非一國立法自覺之結果；然何以各國雖採用平等之原則，而因一國之特殊情形，又各設限制辦法，不聞有人非難耶？因義務云者必含有強制其實行而不可抗之力故也。此其二。況認國際私法爲國際法，而以國際義務爲論據，是完全內國之立法，竟於其後無端置一國際力，終不免有害內國之主權。雖曰各國皆負此種義務，則在全體上似無若何片面的損失；顧由每一國家觀之，究不免各損主權之嫌。雖曰此種義務係各國鑒於內外交通之重要而自願負之，乃出於自限，故亦無傷主權；但如領事裁判權亦係根據條約而生，此固政理論上所難承認者，其在法理論上亦係自限耳。知乎此之不可，更益瞭然義務說之謬，此其三。卽以義務許之，亦非單純地各國家對於國際應負之義務，仍係爲其國權利計而如此，非純粹義務也。蓋外國視內國對外國人採用國際私法，謂爲內國對外國人在國際上

之義務負擔；內國亦可視外國對內國人如此，歸之同一義務，其實此兩義務之所以發生，則各係取得其所交換之權利而來矣。換言之，在外國視爲義務，在內國則爲權利；吾人知一國採用國際私法，必有獨立自主之法權爲前提，故領事裁判權不撤，卽無所謂國際私法之存在，其法權亦受損失，內國之權利所在，正外國之義務是視也。此其四。總之，根據國際私法而採用內國法，姑無論矣，其採用外國法並非因其爲國際上之義務負擔，不得不認爲法律之結果，實乃由內國制定的國際私法之結果，不得不適用焉；換言之，卽以所適用之法作爲內國法一部之內容，而適用之耳。

第六章 國際私法之名稱

國際私法之名稱向不統一，且屢有變遷，迄今仍未有一確定者，卽吾人現所用之『國際私法』四字，亦不過隨習沿用、姑以此稱而已。蓋學者制名，所依惟實，實爲其主，名爲其賓；國際私法之研究，旣因時而異其說，復因國而分其派，斯名之多矣。自有『法則區別說』

一名而來，重要之名稱不下十種，雖其中有已成爲過去者，但仍多有存留者，正名爲治理學術之基礎，故吾人不僅貴知其種種名稱，且須擇一以爲己用，必要時更應創造新名，使之足以代表其實也。惟各種名稱既多因每說每派之特殊見解以定，非評判其見解之正確與否，卽不易知其名之適當與否，此又吾人於明瞭國際私法之性質後，始進而爲其名稱之研究也。茲分述之：

(一) 從法律狀態上而設名者

此一類之名稱係根據其法律存在之種種狀態而下，昔爲歐陸學者所創設，今尙爲英美學者所採用。其中更分三種：

(甲) 法則區別說 法則區別說(Theory of statutes)一名，或譯爲法制區別說，爲國際私法最早之名稱，而亦沿用最久者。蓋在十四世紀之中葉，始於意大利諸城市間，發現國際私法之研究。因意大利各城市商務繁興，彼此人民往來頻繁，而各城市「法則」異致，頗不利於

此種情勢，遂不得定其法則適用之區域，是即國際私法之發端也。但此法則適用的區域之規定，係以區別法則之種類爲基礎。最初分法則爲兩類，有所謂關於人之法則者，此爲屬人法，隨當事人之所往而適用之；有所謂關於物之法則者，此爲屬地法，爲支配其物所存在之地域之法律。較後又加一關於行爲之法則，即依行爲所在地之法律是也。換言之，一切法則依其種類而爲區別，因之以定其適用之區域，學者遂稱爲『斯他超特 (Statutes) 說』，斯他超特云者，意大利各城市『法則』(Statutes) 之名，其意義即『法則區別說也。』

學者根據此名，研究國際私法之學約有四百五十年之久，至十九世紀始歸湮沒，蓋以人法物法等區別法則之種類，依之以定其適用之區域，此並非以法律關係爲適用法律之本據，故其內容實與現代之國際私法異。且人法物法之分亦無顯然之標準，一法律問題之發生，必常兼人與物之兩事，究將何從，殊難爲斷。後之學者遂根本排斥其說，名亦隨之俱去。

『圖表二十四』法則區域說之內容略表

法則 (Statutes)

人之法則——屬人法——絕對適用於在任何地之本城市人
 行爲之法則——行爲地法——法律行爲之方式等適用之
 物之法則——屬地法——絕對支配於其所在地任何人之物

(2) 法律衝突論 法律衝突論 (Conflict of Laws) 譯法律牴觸論，爲十九世紀中葉以前，繼『法則區別說』而盛行之名稱，沿用之歷史約有二百餘年之久。此名稱係一六五三年荷蘭學者盧登堡 (Rodenburg) 所創，其國學者遂本此名稱，以研究國際私法。同時國際私法學以荷蘭爲盛，全歐嚮往，於是其名稱並漸爲全歐各國所採用，尤以英美法學者爲甚。美國判事斯托立號稱近代英美派國際私法之巨擘，其著作卽以『法律衝突論』名。自一八三四年以來，英美學者皆以斯托立爲宗，故此名稱雖歐陸諸國早於十九世中葉以後，歸於廢除，而在英美則依然猶存焉。

此一名稱，驟觀之似甚確當，蓋通常皆稱國際私法爲研究如何解決法律衝突之學問，其名正可表示此種形狀也。例如甲國採夫妻共產制，乙國採夫妻分產制，丙國採妻產夫監護

制，茲有住於乙國之甲國夫妻，在丙國法庭提起分析財產之訴訟，依其本國法則請求駁斥，依其住所地法則請求勝利，依其訴訟地法則請求變更，其結果如何一視適用何國法律爲定。值此場合，有甲乙丙三國法律之取決，一般學者皆稱其發生內外法律之衝突，卽吾人於用語上亦然。然而欲取之以立名，使其嚴正地代表整個的國際私法，則有問題矣。何以言之？衝突一語，猶物理學上兩物體同時占一空間之謂；如有水在孟，同時復有水注入，乃發生衝突之現象，至吾人習用之衝突云者，多屬假定之詞，非真有衝突之事也。所謂法律衝突者，卽後一類之例耳。

何以謂國際私法上無真正法律衝突之事？倘同一當事人能於同一時間，兼受內外兩國法律之支配，此固可謂之爲衝突。無如在法理上，內國法律但能行於內國而有效，外國法律亦僅行於外國而有效，衝突事實在國際私法上殊無由發現。在昔學者及現代操國際法主義者，往往謂適用外國法者，乃擬以外國法律行於內國，是誠可發生法律之衝突思想。但在今日及吾人見解，外國法律除在領事裁判權之情勢下，得直接行於內國外，概以不出其法域行使爲

原則，事實上國際私法中所適用之外國法，不過以之爲內國法之內容而適用之，故對等的法律之互相衝突一事，殆無由存。

普通所謂法律衝突之用語，不外關於內外法律對於或種法律關係異其規定之意而已。在立法者方面，當其制定國際私法之際，欲以內外國規定各異之法律，任意定其適用之準則，覺有內外法律衝突之現象而已。在裁判官方面，有成文的國際私法時，依之以行判決，此根本無衝突可言；反之，裁判官於當適用內外法律而決定之之際，以其所流轉於腦海者，認爲內外法律衝突之現象而已。然既爲現象，即無實質；既無實質，必無物體；又安確有衝突哉？故以『法律衝突論』各國國際私法，雖可粗略地表其作用，究非合於科學之用語也。

(內)法律選定論 法律選定論爲英國戴色(Dicey)所創之名，係改法律衝突論而有者也。因嚴格論之，與其謂國際私法爲論法律衝突問題之學問，無寧謂其爲避此衝突而定其適用何方法律之學問，法律衝突論一名之缺點，即在於斯。依上所云，國際私法不外關於法律的選定之學問，即於內外法律中，選擇其可適用的法律之法則耳。此法律選定論一名之所以立

也。

此名在此一類之名稱中。較爲進步，惜採用者甚少，故不能在使用上有何根基。顧其名雖優於法律衝突論，依然有可議之點。蓋法律選定論之意義，在字面上實含有選定已有的法律而適用之之解釋，然外國法律究不能當然在內國有其法律之性質，遇事實上適用外國法時，而以選定爲言，終不免有以外國法律爲法律之嫌，而成爲國際法主義者之流亞矣。於此吾人可進一步言之，與其謂國際私法爲於內外法律中，選擇其可適用的法律的法則，無寧謂其爲於某種法律關係中，決定內國法適用，或不適用，不適用則以外國法爲事實，作爲內國法之一部而適用之之法則也。如是，則法律選定論一名，亦當然非絕對適宜者。

(二) 從法律效力上而設名者

此一類之名稱係根據一國法律的效力似有擴展於一定法域外之趨勢而下，均爲歐陸諸國學者所創用，英國學者雖有遵之者，然甚少。其中更分四種：

(甲)法律之領域外效力論 法律之領域外之效力論 (Extra-territorial Authority of law) 一名，爲十八世紀末葉以後，學者研究國際私法偶用之題目。蓋以國際私法爲研究法律對於領域外之效力問題之學問，遂卽以此名之。

此一名稱當然不確，一國法律僅在領域內而有效，不能擴充於領域外；事實上外國有時採用內國法，以處理在其國之內國人，此係根據其獨立自主之法權而然，不過在想像上覺內國法律之效力於此一點上達於領域外。非法理上亦以效力在領域外爲正當之解釋也。依此名稱，必有人誤會一國法律，於其領域外尚有當然效力，是非爲國際私法之名稱，乃不啻代表宗主國對於屬國的法律關係之學問也。蓋必如是，一國之法律效力始可當然達於領域外耳。

(乙)法律之場所的界限論 法律之場所的界限論 (Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen) 一譯法律之場所的效力論。此名與前一名大致相近，但較通行，十九世紀後期德國多數學者屢採用之。蓋創此名者爲薩焚宜。薩氏當一八四九年以定法律的支配力之場所的界限。研究國際私法，其同國之學者一時風從，亦以國際私法爲關於法律場所之效力問題之

學問，遂卽以此名之。

此名之失與上同，法律支配之領域或場所，限於其國，唯一國有領事裁判權之存在，外國法律之力或得行使於內國耳；否則自國之領域內，必不許外國法之支配，有之，亦以自國之權力作爲條理而適用之。其名雖未指明領域外之效力，但旣以定法律之場所的界限爲名，實隱然含有此意也。吾人固嘗謂國際私法爲定內外法律適用區域之法則，卽對於在外國之法律關係，行使內國之法律，爲內之法律；反是爲外之法律；但實際上並非外國法能行於內國，不過內國立法者或法庭自由決定而適用外國法而已。以外國之法律行使於內國爲言者，乃口頭上之簡便用語，非眞外國法有行使於內國之權能，以之爲名，流弊甚大。

薩氏一派之採用此名，亦自有故；因彼等多爲國際法主義派，根本認爲適用外國法，卽以外國法爲法律所致，自不發生如何問題。然吾人已斷定國際私法爲國內法，非國際法，當然不能沿用之矣。且卽依其說，其名亦難代表國際私法之實質，因國際私法者，非僅論關於法律場所之效力，固亦論關於人之效力之學問也。況此名稱與前一名稱尤有共同缺點，卽其

名稱之用字，冗長繁雜，究不適宜於代表事物，故應廢除之。

(丙)外國法適用論 外國法適用論 (Application of foreign Law) 一名，於十九世紀之初，創自德國。當時德國學者，有唱國際私法爲定適用外國法律之法則者，於是其國之一部分學者即宗其說，而以外國法適用論之研究即是國際私法之研沿，遂即以此名之。不特今日尚有一部分學者襲用此名，且在立法上曾亦採用之，如德意志民法第二草案，其第六編即題爲外國法之適用，其中共三十條，用以揭示國際私法之規定。惟至三讀會即刪削，而設其規定於民法施行法總則第七條以下，不另揭綱目而已。最高法院及其他法庭，初亦以外國法適用論是用，改爲國際私法之名，乃其後之事也。英國某學者之國際法上，謂國際私法爲規定外國法適用之條件者，即依此說而然。

此一名稱亦甚失當，因國際私法不限於適用外國法，適用內國法者甚多，與其謂爲外國法適用論，無甯謂爲內外法律適用論。況嚴格言之，國際私法決非由內國決定外國法之適用，實以明定內國法律之適用區域爲目的者，惟不過附隨此目的亦定外國法之適用區域耳。換

言之，內國法不適用者，乃始依『條理』之地位，將外國法適用之。既非以外國法爲適用之主體，更非認外國法有適用於內國之當然，故此名不足採。

(丁) 涉外私法或對外私法 日本學者中，有謂國際私法爲規定內外交涉之法律關係，當名爲涉外私法。瑞士學者曼利(Melli)亦宗其說，名其所著之國際私法曰：『一名涉外私法，或對外私法』云。

此名在此類之名稱中較爲適宜，惟流傳甚尠，故無相當地位。說者雖以爲涉外一語亦不過對於外國或外國人而言，不足以表示國際私法之性質，而反對之；但此或可指責『對外私法』一名之不當，『涉外私法』一名不如是也。因嚴格言之，對外私法似必有對內私法爲前提，然一國之法律皆係對內，無所謂對外，卽無所謂對內私法之名。同時國際私法亦非專對外國或外國人而言，乃以內之法律適用於此等人，甚或不必皆在外國之內國人而已。此對外私法一名之尚有可議也。惟國際私法固非專意對外，究與涉外的法律關係有其依藉，故普通內國法，僅適用於內國之法律關係，名之爲涉內法律亦非全誤，則國際私法雖爲內國法而

因適用於涉外之法律關係，即稱其為涉外私法，又何不可？

然則涉外私法一名，固毫無可議乎？亦不然。一則國際私法之內容不僅限於私法，涉外私法以私法為言，終嫌過狹；再則如刪去私法兩字，又無相當的用語綴其下，倘以涉外法為名，則反為隱晦。故此一名不過在此一類中為特出，亦非絕對適當之名。

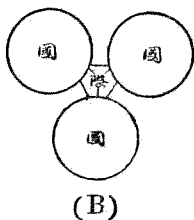
(三)從國際字樣上而設名者

此一類之名稱皆含有國際之字樣，其中有主張其為國際法而如是者，亦有主張其為國內法而對國際兩字另加以解釋者。共有三種：

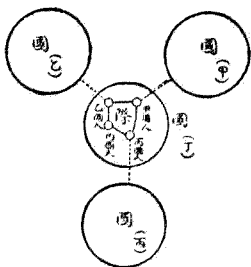
(甲)國際私法 國際私法 (International private Law) 一名為德國學者薛夫納 (Schaffner) 所創。蓋當一八四一年著『國際私法學史』，首以此名，德國學者多襲用之；近且除學者之著述外，德國最高法院之判例亦採及之。其他德語盛行之國家，如奧國瑞士概以此稱；即荷蘭學者亦然，往往更於用法語所著之書沿用此名。日本中國相繼採用，更無論矣。德國學

者之採用此名，並非認其為國際法而採之，乃仍視其為國內法也。既以其為國內法，而復以國際名之，何故？蓋國際公法之本名為國際法 (International Law)，係英人邊沁 (Bentham) 所創；邊沁之前，英人左烏志 (Zouch) 以國家間法 (Jus Inter gentes) 名國際公法，後瑞士人瓦特爾 (Vattel) 又以萬國法 (Law of nations) 名國際公法；至邊沁而名始定。此國際法之名傳於大陸，德法兩國正各苦無適當之名以代表國際私法，遂於國際法一名之中，加入一私字以名其學。然在大陸——尤其是德國，雖採用國際兩字，實與所謂國際公法之國際兩字意義不同。英人之所謂國際，乃指國與國之意 (圖表二十五『A』)；國際私法之所謂國際，乃指內外諸國之法 (圖表二十五『B』)。故所謂國際私法者，非其法律之規定為國際的，惟受其適用之法律關係有國

(A)
圖義意際國之中法公際國



(B)
圖義意際國之中法私際國



際的，即外國的原素而已；而國際私法所以異於他之國內法者，亦祇在適用於國際的即內人之私法之一點也。

此一名稱在此二類中，雖較以後諸名爲優，甚或較前兩類之大部分名稱爲善，且用之又久，似可作爲定稱，然吾人之意終覺未宜也。一則名爲私法，實則係關於私法適用之法則，非實質之私法，名實即不相稱；況正當之範圍又不僅限於私法乎？再則國際之用語原以國際法爲限，此則強置之於國內法上，而另作解釋，究不合於科學之用語。倘必堅持原意，與其名之爲國際私法，無甯稱之爲『一國對於內外人之國際交通上之法律的適用之法則』，始可不致引起其他悞會。然如是之名，則長冗無例，尤不足採也。

(2) 私國際法 私國際法 (Private International Law) 一名爲一八四三年法國學者菲立庫士 (Foilix) 所創。初之用此名者，國際兩字尙作爲內外諸國之解釋；後因法意學者，多認國際私法爲國際法之一部，遂沿用私國際法一名，用以表明國家之私益關係。故私國際法云者，乃別於公之國際法而言；如舍私國際法之名不用，而易以國際私法，欲使其意義不改，

則與之並立者非公之國際法之名，乃國際公法之名，此又法國會加一「公」字於「國際法」一名中之原因也。此私國際法一名，不特今日法意尚有採用者，即英美學者亦有做其說者，每於其所著之『法律衝突論』上，有「一名私國際法」之標題云。

此名稱係以國際私法爲國際法之一部爲前提，苟於根本之錯誤，置而不論，或竟附和之，不惟不能責其不當，且較主張國際私法爲國際法者，所沿用之國際私法一名尤爲切合。無如國際私法並非國際法，亦即不能與以私的國際法之名稱；英美學者既力主國際私法爲國內法，而猶用此名稱，更不免於自相矛盾之嫌。故賀連德(Holland)等即極論此一名稱之缺點，致搖動國際私法之本質問題，戒人慎用之焉。

(丙)國際民法 意法學者中尚有不用私國際法之名稱，而改稱國際民法者。此則認國際私法之範圍以民法爲限，故即以此名之。且所以用此名者，以國際私法上所研究者，乃國際法上所用之民法問題，故與私國際法一名，語雖異而實則一，不過研究範圍尤較狹耳。

此一名稱在此一類中爲最下乘，無論國際私法爲國際法，抑國內法，要皆非以民法爲限

，故不足採。

(四)從法律適用上而設名者

法律選定論，涉外私法，國際私法三名，固爲各類中比較優適之名；然嚴格言之，均不免有缺點。愚更以爲法律選定論，只能爲所謂國際私法學之稱，未足以名其法之本體；涉外私法，只能置重涉外的法律關係一點，私法兩字既不應綴於其下，則外交作用法又何嘗不可以涉外法爲名；此兩名之所以不能認爲最確當而卽沿用之也。國際私法一名雖在我國爲通行，愚且從衆，並以名吾書，然究非意之所許，未敢以爲定稱。故愚特根據所謂國際私法不外一遇有涉外的法律關係，解決法律如何適用之規則，卽從法律適用上，擬定其名爲『法律適用法』。

何以言國際私法一名之不妥？愚嘗論之於前，茲再分兩端言之：第一，『國際』兩字之應廢。國際私法性質之爭論，雖因學者之見解不同而如此，然既以『國際』名，至少亦必深其

糾紛；雖大陸學者中，釋爲『諸國』或『內外國』之意，以示與所謂國際公法之『國際』不同，究屬曲解，非名之正也。不過在歐洲諸國，無論學者如何主張國際私法之性質，其在正式之通行用語上，國際公法與國際私法兩名，絕不並用，以『國際』兩字名公法者，必將國際私法另採一名，以國際私法爲名者，亦必另採無『國際』字樣之名以代表國際公法；故兩法混淆尙少（圖表二十六）。例如法國初亦用『國際公法』之名，近來恐與國際私法混淆，仍改用最早之『萬民法』以別之。在日本，國際公法與國際私法兩名並稱；中國初名國際公法爲萬國公法，今亦與日本相同。夫兩法既同有『國際』兩字，即非主張國際私法爲國際法者，驟見此名，亦必疑其爲國際公法之同列，故欲正其名，首宜廢此『國際』兩字，舍此無他道焉。

『圖表二十六』英德法三國國際公法與國際私法兩名之對照表

英語	International Law	國際法	(國際公法)
.....	Conflict of Law	法律衝突論	(國際私法)
.....	Völkerrecht	萬民法	(國際私法)
第二編	國際私法本體論	第六章	國際私法之名稱

.....Internation privarecht.....國際私法.....(國際私法)

法語.....Droit des gens.....萬民法.....(國際公法)

.....Droit International Prive.....國際私法.....(國際私法)

第二，『私法』兩字之宜改。私法云者所以別於公法也。然國際私法中所研究的法律之適用區域，不限於民商法，且涉及民事訴訟法及破產法之範圍，而國籍法更爲各學者共同主張研究者，是兼有公法之存在矣。雖說者有將民事訴訟法破產法除外者，有主張此兩法爲達保護私權之必要程序，自宜列入者，有認爲國籍法之研究只限於國籍衝突之一點者，有說明國際私法之主要目的實在於私法，特就沿革上之理由仍宜稱爲私法者；顧此不過各學者本其主觀的見解，藉以保留『私法』之稱而已。倘就客觀的地位，觀察整個的國際法私；絕不能否認其無公法在，此『私法』兩字之一不可也。國際私法非如民商法之爲實質法，乃一適用規則耳。倘以私法爲名，不啻謂在民商法而外之另一類的實質私法，如再冠以『國際』兩字，確似羅馬時代之外籍公用法——即萬民法 (Jus gentium)，不亦失之太遠乎？夫國際私法既

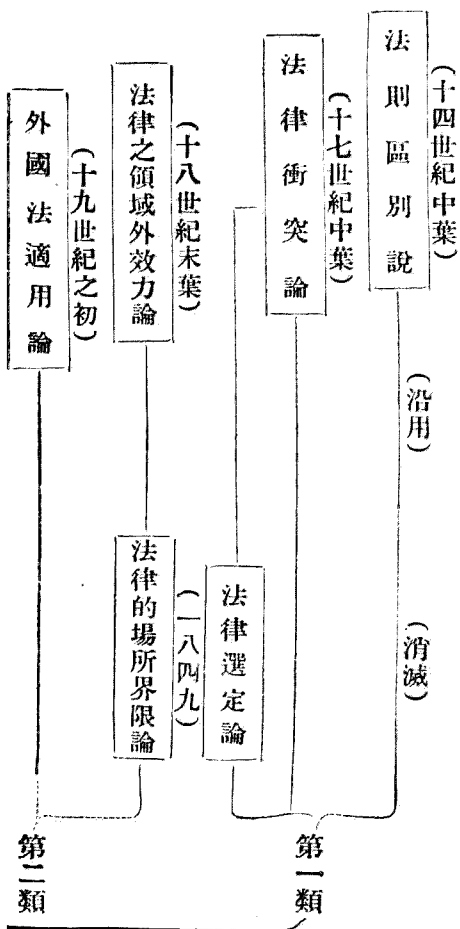
爲一法律適用之規則，雖不能謂與一切程序法或施行法爲一類，而屬於純粹之公法，但謂其爲一私法之地位，終非所宜，此『私法』兩字之二不可也。

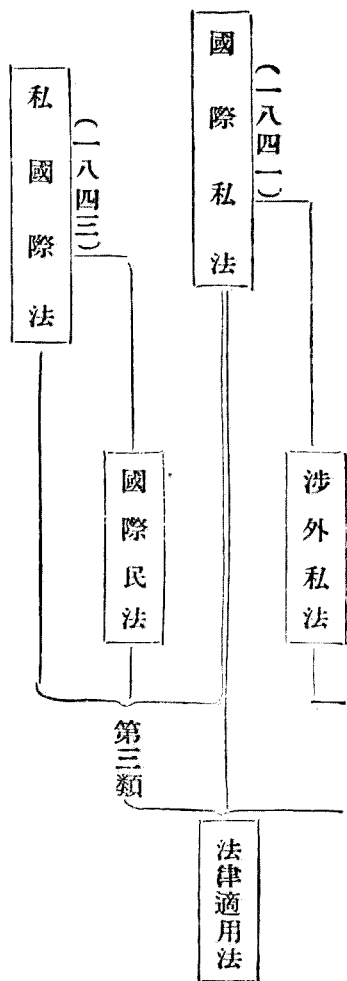
國際私法一名，除『法』字外，既無一字可採，不若直稱『國際私法』爲『法律適用法』，較爲相宜；且我國於民國七年有『法律適用條例』之公布，是立法之用語上，已早採用之矣。愚以爲『法律適用法』一名，不特較國際私法四字爲合，似更可包括前三類各名稱之重要意義。蓋法律適用法云者。係指一國發生涉外的法律關係，決定內國法是否適用之法則也。換言之，其法則係決定在某項法律關係適用內國法，如不適用，則以外國法作爲內國法而適用之是也。以『法律適用』爲『法』之名，是有關於法律之狀態矣；法律適用一語中，含有積極適用與消極適用兩意義，是有關於法律之效力矣；法律適用問題之發生必以涉外的法律關係爲背景，是雖無國際字樣，但已含有『諸國』之意義矣。

雖然，愚固擬以『法律適用法』代替『國際私法』之名，惟此名亦有可慮者在。卽一切法律對於具體之單獨事件實現其效力，及對於某人某事某物不能實現其效力，皆何嘗非法律之適

用？特一時再未覺有較勝於此之名，故以之立說焉。且因於『法律適用』四字下，綴一『法』字，當然係指所謂國際私法而言，其他廣義的法律適用問題，或未必即能與之混淆，遂姑留之以待。

『圖表二十七』國際私法之各種名稱之時代及類別表





第七章 國際私法之術語

學術上專門之用語，謂之術語；不先明瞭術語所含之意義，即無由進行學術之其他研究，國際私法亦猶是也。國際私法非實質法，乃一法律適用之法則，於某種法律關係適用某種法律，此某種法律必有一專門名詞以表示之，故昧於此術語之解釋，必難知果爲何種法律之適用矣。雖每種術語，可於述其實際應用時，單獨解釋之，但有時既失於繁雜，且不易與其

他術語作比較觀，故不如彙而述之之爲宜也。且吾人於此，不惟得對於各術語有一明瞭觀念，並得對於適用法則之內容有一概括印象，乃一舉兩得之事焉。分述如下：

(一)術語之關於『人』的方面者

國際私法上，在當事人自身的關係方面所用之術語，概爲屬人法之性質，共有左列各種：

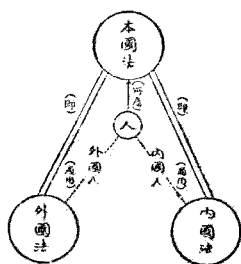
(甲)『本國法』與『國旗法』『本國法』者，謂當事人其所屬之國之法律也；當事人對其所屬國的法律之稱，亦可曰『本國法』。此本國法以人之所屬之國之法律，爲其實際所適用之法，故不限於外國法，亦不限於內國法。當事人爲內國人，其本國法即爲內國法，當事人爲外國人，其本國法即爲外國法；故本國法之實際上爲某國法律，全依當事人之國籍何屬而定耳。習常之用語上，往往以本國法與自國之法律混爲一義，此非國際私法上專門用語之所許也(圖表二十八)。

本國法之適用範圍，以意大利之國際私法爲最廣：凡涉外的法律關係以適用本國法爲原則，其他均屬例外。蓋其本國法之適用，亦有三種限制，即違反國內公共秩序之事項，必改用內國法；契約依當事人之意思，定其應適用之法律；法律行爲之方式，根據歷來通例依行爲地法是也。此外歐陸法系諸國，其適用本國法，大抵以人之能力及親屬繼承部分爲多。我國亦偏於本國法之適用，『法律適用條例』上採用本國法之處，約有二十項之數，較任何他法爲甚，即明證也。

『國旗法』者，謂船舶所屬之國之法律也。蓋船舶除海盜之所有者外，亦有其國之所屬，與一般人相同，故常揭其本國之國旗，以示其所屬之國。國旗爲某一國之旗，即適用某一國之法，故曰『國旗法』，實則與本國法同一意義，不過一用於船舶之關係上，一用於人之關係上而已。

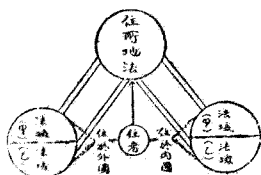
(乙)『住所地法』與『居所地法』 『住所地法』一稱『住址地法』，謂當事人其人有住所之國

『八十二表圖』
圖用適之法國本



之法律也；當事人對其住所所在國的法律之稱，亦可曰『住所地法』。然何以不稱『住所國法』？當有故也。蓋住所地法之實際所適用之法，有為內國法律者，亦有為外國法律者，依當事人之住所所在於某國而定，此固與本國法之情形同。但有時住所雖在於一國之內，而因其國之法不統一，住所之在甲域者與住所之在乙域者，其法律之規定即不相同，故不以『國』名，而

【圖表二十九】
住所地法實際適用圖



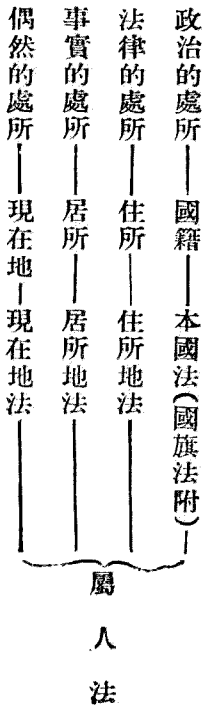
以『地』稱也（圖表二十九）。其他凡以『地』字代替『國』字而云者，固不免於沿用之慣，大體上終多少含有此種見解而然也。

在新意大利派之本國法主義以前，國際私法上關於屬人法之適用法則，大都為住所地法。以後，歐陸方面雖多趨向於本國法之採用，然迄今英美方面仍以住所地法為屬人法適用之原則。如英國關於婚姻成立之要件，其決定即依住所地法，而不依本國法，乃明例也。其在歐陸法系之國，住所地法或適於債權關係方面，或適用於無國籍者之人的關係方面，如日本，無國籍人之本國法，以其住所地法代替之是也。

『居所地法』一名『居址地法』，即當事人居所所在地之法也。此與住所地法之實質的意義相同，其異者居所與住所之別耳。兩種之分別詳於法學通論及民法總論，茲簡單言之：住所者，須有居住之事實，及常住之意義；居所云者，其滯留之事實及意思，乃一時的，非永久的；或亦可謂一屬於法律上的住址，一屬於事實上的居處耳。

凡適用住所地法者，苟其人無住所，則適用居所地法；故居所地法可謂爲住所地法之代替者也。倘再無居所，依通例，自可以其人之『現在地法』補之，無庸贅言。

『圖表三十』屬人法與人的處所之關係表



(二)術語之關於「地」的方面者

國際私法上，在法律支配的地域方面所用之術語，概爲屬地法之性質，共有左列各種：

(甲)『法庭地法』或『訴訟地法』『法庭地法』一稱『訴訟地法』，又稱『裁判所所在地法』，即法庭稱其所屬之國之法律也，亦即法庭所在地之法律也。易詞言之，當決定國際私法問題時，法庭對於自國法律之稱也。

在昔，屬地主義甚佔優勢，凡涉外的法律關係常適用法庭地法，有時適用外國法，則目之爲國際禮讓。近世，漸承認外國人權利之保護，即謀適用所以能保護其權利之法律，法庭地法之勢始衰。然英國之學者，迄今猶認法庭地法爲國際私法上之原則，英國國際私法學之所以終未進步者，此亦一端耳。

(乙)『動產所在地法』及『不動產所在地法』此兩名總稱之曰『物之所在地法』，或簡稱之曰『所在地法』；謂動產及不動產所在國之法律也。如就對『人』之關係而言之，此亦可謂爲出

於對『物』之關係，然既以所在地之法律爲其適用之法律，則隸於屬地法也固甚顯然。

物依所在地之法律，乃國際私法上原則之一，故各國對於其適用也，大抵相同。其有問題者惟動產或不依所在地法耳。如意奧等國之民法，即規定動產依所有者之本國法，英國判決例即採用動產依所有者之住所地法是也。

(丙)『內國法』與『外國法』 『內國法』指自國之法律而言，與『法庭地法』同一意義；我國法律適用條例上，所云之『中國法』，即內國法之另稱也。但嚴格論之，內國法與法庭地法兩名，似仍略有分別。因在一國數法之國中，內國法之用語係表示其國之一切法律，法庭地法則僅表示某一法庭所在地之法律；前者之存在爲統一的，後者之存在爲分歧的，其範圍實有廣狹之不同耳。

與內國法立於相反之地位者，爲外國法，即自國以外之他國法律是也。此爲一概括之名稱，舉凡本國法，住所^{dwelling}地法，物之所在地法等，只須其實際應用之法律，非以內國之法律作準據者，皆可以外國法稱也。故國際私法上無單獨於某項法律關係上，有適用外國法之言，

蓋其適用已包括於本國法等術語中矣。

(三)術語之關於『行』的方面者

國際私法上，在法律行爲的關係方面所用之術語，總稱之爲行爲地法，共有左列各種：

(甲)『法律行爲地法』 法律行爲地法或亦簡稱爲行爲地法，謂爲法律行爲時所在地之法律也。因法律行爲有單方行爲，雙方行爲，及協同行爲之別，故法律行爲地法中，又有贈與地法，契約地法，及協商地法之稱。雖然，法律行爲地法，通常固指法律行爲之『約定地法』而言，然亦有人謂應指其『履行地法』而言，究以何者爲是，當按實際上各單獨事件的性質分別定之耳。蓋法律行爲之實現，往往約定地與履行地合而爲一，即不同爲一地，亦往往以約定地爲主要也。其非如是者，如遺產分析，自應以約定地爲其行爲地，不能以最後實際分產之地充之；如夫婦身分成立，自應以婚姻履行地爲其行爲地，不能以最初訂婚之地充之。

法律行爲地法之適用，以法律行爲的方式一項爲最普遍。他如由契約而生之債權關係，

亦以採法律行爲地法者最多，法比荷西英美日等國皆然。至於英美之對於票據能力，日本對於票據所生之權利義務，亦皆以行爲地法是用也。

(乙)『不法行爲地法』 不法行爲地法一稱侵權行爲地法，卽爲不法行爲時所在地之法律也。其解釋有兩派，有主張『實施地法』者，有主張『結果地法』者。依實施地法說，則所謂不法行爲地法者，實行不法行爲之地——卽表示意思之地——之法律也。依結果地法說，則所謂不法行爲地法者，生不法行爲結果地之法律也。如有人在日本印寄損害他人名譽之傳單至上海，被毀者受此傳單影響而失業，向之要求損害賠償；倘認爲應依不法行爲地法處理之，實際上若採日本法，則是以實施地爲不法行爲地，若採中國法，則是以結果地爲不法行爲地。然在德國判例，兩地皆認爲不法行爲地也。

不法行爲地法之適用，在歐陸諸國，凡由不法行爲所發生之債權，其處理皆用此法；在英美諸國，兼須法庭地法上，認爲不法行爲，然後其行爲地法上之不法行爲，始能有效，我國亦採之。

(四)術語之關於『法』的方面者

國際私法上之術語，更有爲『法』的自體關係所設立者，其中有詳於『國際私法適用論』一篇者，姑一併略釋之如左：

(甲)準據法 準據法者，根據國際私法之規定，實際上所適用之實質法之稱也。易詞以言，準據法非國際私法；國際私法乃定實質法所適用範圍之法則，不啻一解決涉外的法律關係所定之形式法耳。依此形式法，實際適用之法律，卽準據法也。蓋國際私法既非直接爲權利義務準則之規定，而爲關於此規定之法則，則遇有某項法律關係，必依之以求其可適用之法律，於是對此內外法律中，定所適用於某項法律關係之法律，遂以準據法名之。亦卽此項法律關係，準據其所指定之法律，而定其權利義務的關係之謂也。故國際私法亦可謂爲定法律關係之準據法之法則矣。因準據法之性質爲就某項法律關係而『判斷其法律上效果是否存在之法律』，故亦有人稱之曰『效果法』。

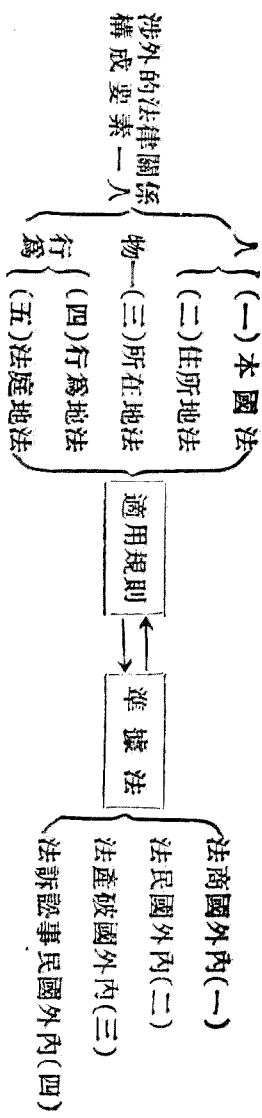
茲舉一例以明，中國法律適用條例第五條云：『人之能力依其本國法』，此係適用規則也，如當事人爲中國人，則因中國法爲其本國法，實際所適用者即中國法；如當事人爲外國人，則因其人所屬之國之法律爲其本國法，實際所適用者，即外國法；此中國法或外國法，對於該第五條規定之關係，即處於準據法之地位。故適用規則上僅說明在涉外的法律關係中，決定當事人之能力，採用本國法之一點而已。至實際上其人之有無能力，須視所準據之實質法爲中國法，抑爲外國法，其中規定之如何而取決耳。

總之，準據法乃國際私法中之適用規則，實際上所準據而適用之實質法；亦可謂爲內外實質法在國際私法的關係上之稱也。

『圖表三十一』國際私法與其準據法之區別表

國際私法	形式法	適用法則	其本體爲內國之法	爲間接規定權利義務之準則	爲準據法
準據法	實質法	效果法	兼有內律外律	爲直接決定權利義務之準則	爲國際私法之目的

(乙)『適用規則』 適用規則一稱『衝突規則』，或『規則』均改『法則』，則意義微歧矣。因國際私法爲決定實質法適用範圍之法則，亦即解決內外法律衝突之法則，故學者亦有略而稱爲『適用法則』或『衝突法則』者，此蓋就整個的國際私法而言也。至適用規則或衝突規則云者，係指國際私法中具體地規定如何適用實質法，或解決內外法律衝突之條項而言，如云某項法律關係適用其人之住所地法，某項法律關係適用物之所在地法，某項法律關係在某一種情形下，不適用外國法而適用內國法，皆適用規則或衝突規則也。故適用規則或衝突規則與準據法地位之關係，有如盤弓射人，箭在弦上之際，定其東發或西發，即適用規則之地位；殆方向已定，箭發而中，即準據法之地位。無部位之定，或甚箭在韜而不弦，則亦無發而中『的』之事，此涉外的法律關係中，欲實質法之適用，不能不有賴於適用規則之情形也。無中『的』之能，或甚箭在弦而不發，則亦失所以爲射之意，此又既有衝突規則，即不能不有賴於準據法適用之情形也。



(內)『適用區域』 適用區域爲實質法的適用區域之縮稱，與所謂『法域』或『法境』同一意義；卽一種法律所行的區域之稱也。依通例言之，法域限於一國所領之地，卽其法律一般地適用於其領土主權所及之範圍地也。但在事實上則不如此，有時根據領事裁判權於領土外亦存在者，此固應作別論；有時根據國際私法，於領土內亦有不及者，如外國法之適用，卽因內國法之不適用而然耳。故立法者與司法者，對某項法律關係，雖當事人皆爲內國人，而在法理上以適用外國法爲宜，其衝突規則卽亦可稱爲定外國法之適用區域；對某項法律關係，雖當事人之法律行爲地在外國，人與住所亦與內國無關，而在法理上以適用法庭地法爲宜，

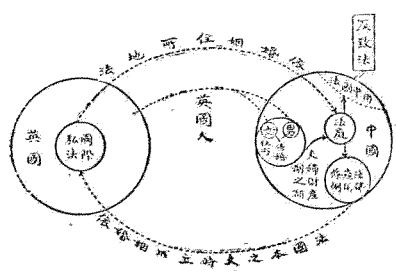
其適用規則亦可謂爲定內國法之適用區域。人恆稱『國際私法者，定內外私法適用區域之法律』者以此。但須知實際上內外法適用區域雖因法律關係而交換，但所以主持此交換之權衡者，仍係一國之立法權，故國際私法之自體初不因此而失去國內法之性質。卽就適用區域言之，在外國發生之法律關係，依內國法以爲斷，表面上固係內國法之適用區域及於外國，然必以內國法庭有處理此事之機會爲前提，非眞如領事裁判權之向外擴張其法域之情形也。至有時外國法庭亦適用內國法，此則出於其國主權之作用，我非根據法律之力而如此，乃以偶然事實而若是，自亦不能以適用範圍爲言。反之，在內國發生之法律關係，依外國法以處理，表面上固似外國法之適用區域及於內國，但須知此因向有之內國法不能適用，乃以外國法作爲新的內國法而適用之，非眞爲以外國法作爲嚴正的法律之遵守也。至於外國法庭對於內國人在內國之法律關係，因起訴於其地之事實，致有時適用其外國法，此亦根據其國際私法而定，尤與我之所謂適用區域問題無關，更甚顯然。

(丁)『反致法』 反致法一名『反定法』，又名『反据法』或更稱『反据主義』，其實『反』應作

『返』，則『返定法』一名，似較明顯耳。蓋反致法云者，謂國際私法對於某項之涉外的法律關係，規定其適用外國法，但此外國之國際私法，對此同一法律關係，却規定適用內國法；當此際也，內國離開其實質法之適用，即依其國際私法之規定，以內國法代外國法之適用是也。內國之衝突規則既已決定適用外國法，而因外國之衝突規則決定適用我國法，遂再決定以內國法代外國法，是返來始為實際適用實質法之決定，故以『返定』。『返定』一名為宜。例如英籍夫婦自締婚以至現在，其在中國之住所永未變更；今關於夫婦財產制之決定，依中國法，應採用婚姻成立時夫之本國法（法律適用條例第十條第二項），但依英國法，則應採婚姻住所地法；若中國法庭當處理此事件時，以中國法為根據，是即反致法之採用耳（圖表三十三）。

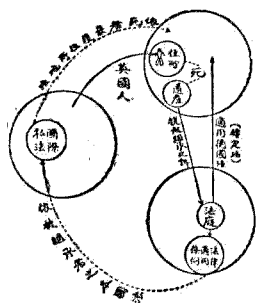
反致法之適用創始於法國，歐陸法系諸國多效之。我國法律適用條例總綱第四條云：『依本條例適用當事人本國法時，如依其本

圖表三十三 反致法圖



國法應適用中國法者依中國法」，即反致法之規定也。

【圖表三十四】轉定法圖



〔復反致法〕，皆一也。即國際私法上對於某項之涉外的法律關係，命適用外國法，而其國之國際私法却命適用第三國之法律時，即以第三國法代該外國法之適用是也。例如住所所在德國之美國人，死於德境，有人於中國法庭提起遺產繼承之訴；依中國法，應採被繼承人之本國法（法律適用條例第二十條），即美國法，但依美國法，則應採用死者最後住所地之德國法，今如以德國法處斷，即轉定法也（圖表三十四）。

轉定法之採用為例甚少。

第八章 國際私法之淵源

國際私法之淵源者，國際私法本體之由來問題也，簡言之，即法源問題也。何以有此問

題？蓋任何物體必因質料而成，是卽其物體之成因，亦卽其物體之基礎；『法』何獨不然！任何法律必自『源泉』(Source of guele)而出，是卽其法律之由來，亦卽其法律之根據；『國際私法』又何獨不然！成因昧然，物體無由之存，淵源不清，法律難望其立，在國際私法中亦如此也。國際私法固非聚衆盈庭而專談法理，亦非各國一律而整部頒行，其來也各有所自，其集也尤甚其雜，如不明之，殊覺缺然。蓋其國如無成文的國際私法，此法源問題固甚重要；卽有成文的國際私法，當立法者制定法律之際，亦不能依主見而爲律，當必求其適宜的源泉之所在；司法者雖可以成文的國際私法爲其適用法律時之主要根據，但法之所疏漏者，案之遇奇特者，亦不能不另求根據，此根據之所在卽法源之所在也。至於某種事物，爲其法之主源淵源，亦嘗因國際私法的性質上之各派而異，愚則認爲法之淵源與法之本質各爲一事，故依敘述之便次之於左：

(一) 成文法規

爲國際私法之淵源者，首爲一國之成文法規；此不限於民法商法等之法律，卽如憲法，司法作用法及教令部令等之法規，爲其淵源者亦多。蓋國際私法之所由起，係遇有涉外的法律關係，內國民商法不能適用，遂因而謀解決之。於此得爲國際私法之淵源者，有兩種情形：第一，國際私法既以實質法爲其準據法，若無實質法，自亦無國際私法，其關係之密切可知。故不知實質法，則不能適用國際私法之原則，且在實際上亦不能判斷國際私法的原則之果與正常與否。於是學者中卽有人主張，研究國際私法當始於內外實質法之比較研究，而終於內外實質法之適用者。其實不僅在學者研究方面如是，卽立法者設定衝突規則之際，及司法者適用不成文的國際私法之際，亦不能不關心於內外實質法之比較也。民商法爲一國實質法中之主要者，民商法之得爲國際私法的淵源，甚爲顯然。第二，有國家不特別制定衝突規則，卽將其規定於民商法中，或民法施行法中，或不規定而出自其民商法適用之當然解釋，於此更不能不以民商法爲此法之淵源也。

司法作用法中，如一國民事訴訟法之規定，直接或間接論及對涉外的法律關係訴訟程序

上之適用者；憲法中，如公權之規定，直接或間接論及此權享受之主體而與外人有關者；以及教令部令之處理兩國個人間之交涉者；均可採爲國際私法之淵源。

於此有一問題，即衝突規則之本身，如爲成文的，是否可爲國際私法之淵源？此應分別而論：如就國際私法學而言，衝突規則實爲最主要而最確實之材料，在敘述上不能不認爲無上淵源之一。如就國際私法自體而言，則僅限於立法者制法之際，以他國所用或自國舊有的衝突規則，作其參考之一點而已。因衝突規則不外國際私法在另一方面觀察之名詞，其本身即國際私法之主要部分，他之部分雖未明白規定，有待於從國際私法各種淵源中完成之；但爲其淵源者只在完成其不成文的衝突規則，非即以淵源爲國際私法也。故衝突規則在此情形，乃國際私法之自體，非國際私法之淵源，學者有等而列之者誤矣！

(二) 法庭判例

法庭判例爲國際私法之淵源，在英美實占重要之地位。蓋英美學者之研究國際私法，均

自判例入手；而在事實上，其國視成案之效力幾與律文等，凡與成案相同或類似之案件，各級法庭均應遵守其各該法庭之判例，下級法庭均應遵守其同級或高級法庭之判例；國際私法上自亦如是。歐陸法系諸國及日本固採不認判例法主義，然亦不無例外；我國仍承認判例法之效力，法律適用條例公布以前，民國三年，北京大理院上字一五五號，五七六號，六〇六號諸判例，均係關於國際私法之問題，皆可視作國際私法之淵源。

判例法本不成其爲法，且法庭依其自有地位，原祇適用法律，不能制定法律，故其判例亦只能拘束本事件，不能拘束他事件，實原則也。但在事實上往往一判例既定，後復同一性質之案件發生，苟無特別原因，必仍下同一性質之判決。說者謂係第一次之判例，雖非有法律上之拘束力，不能謂無事實上之拘束力，基於此拘束力以爲同樣之判決，一再援用，遂生法律上之效力云云；其實此乃判例爲法律淵源而發生之作用，不必堅使其自體有法之性質也。

(三) 國際條約

依國際法上之條約，設國際私法之規定者，例恆有之，此等條約當然亦國際私法之淵源。然關於國際條約在此情形中之地位，則有異說二：一說認條約爲成文法規之一，應併入第一項論之。實則非是，條約與法律異，猶之普通契約，所不同者當事人爲國家而非個人耳。持此說者，大都以其條約爲國際私法之國際立法，致有此誤，殊不知即在國際公法中，條約亦只爲其法之淵源，而非卽是其法，遑論他哉？一說認條約非依法公布後，不能在國內發生效力，是條約不能爲國際私法之淵源可知。實亦非是，國際條約雖不能認爲卽是法律，然各國依條約而定法者，確爲事實；法之淵源不必皆限於純粹之國內法令，舉凡爲法之所自來者，均可以其所自來之本體爲法之淵源，條約固如是也。茲將關於國際私法之國際條約，擇要縷述於左：

(A) 美洲各國會議 一八七八年南美諸國如秘魯，亞爾然丁，智利，波利維亞，厄瓜多爾，委內瑞拉，哥斯大利加等派遣代表，會於祕魯首府之利馬 (Lima)，結利馬條約八章，共六十條，是爲列國開國際私法會議之始。惟調印諸國，其後卒未見諸實行，可證其無立法

之拘束力也。一八八九年復開會議於烏拉圭首府之蒙得維的亞(Montevideo)，議決國際民法商法刑事訴訟法及著作權發明權商標權等法之條約草案，但各國終未與以批准也。一八九一年由美國主持，集南美各國，及中美墨西哥等國，開第一次全美會議；一九〇〇年至一九〇一年又開第二次全美會議，皆擬對全美之國際公私法，謀其統一，締結條約實行於諸國間，然實際上亦如南美兩次會議，無若何立法上之拘束力，不過爲與會各國之國內立法，或增一淵源耳。

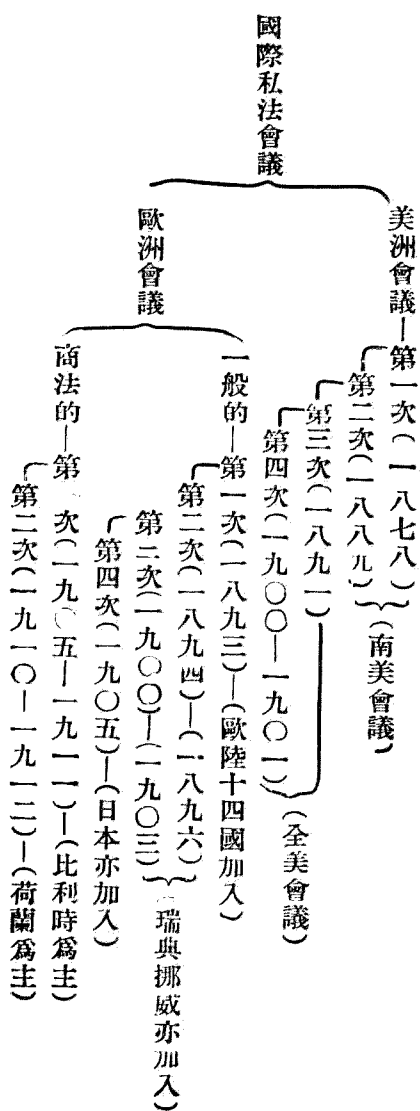
(B) 歐洲各國會議 其中以規定民法關係爲主者，共有四次之重要會議：第一次國際私法會議在一八九三年，由荷蘭政府根據本國學者阿塞爾(Asser)博士之提議，得歐陸十四國——德，法，意，俄，奧，匈，比，西，葡，瑞士，丹麥，盧森堡。羅馬尼亞，及荷蘭——之同意，開會於海牙(Hague)。第二次國際私法會議在一八九四年，除第一次與會諸國外又加瑞典，挪威兩國，議決民訴條約及婚姻離婚條約等。其中關於民訴上之共助保證等條約，於一八九六年法，意，比，西，葡，瑞士，盧森堡，荷蘭八國認爲確定條約，互相調印，其後

除俄國外，均加入；此十五國遂皆於一八九九年以現行條約實施之。第三次國際私法會議在一九〇〇年，議決關於婚姻離婚監護及繼承四條約。前三條約於一九〇三年在海牙會合德奧法意等國，調印批准；後一條約則留待下次會議再議。第四次國際私法會議本定於一九〇三年開，後就延至一九〇五年五月十六日開議，日本因為歐陸法系國之一，亦派代表加入。議決關於民訴條約草案二十九條，係改正一八九六年之現行條約；關於繼承遺言條約草案十四條，係承第三次會議而再議者；以及關於夫婦財產及身分上權利義務條約草案十五條，禁治產及類似禁治產之保護條約草案十九條，關於破產條約草案十條。海牙之四次會議，歐洲國家大都參與，惟英國及土耳其始終未加入，此適足證明其為同一法系之統一，非國際私法全部之統一，況參加者，其調印批准又不一致，故吾人亦祇承認其為國際私法之淵源，不願以實際的立法目之也。

其中以規定商法關係為主者，共有兩次之重要會議：第一次在一九〇五年，由比利時根據國際法學會之建議，開國際海法會議，於一九一一年議決船舶衝突及救助條約；第二次在

一九一〇年及一九一二年間，由荷蘭以統一票據法爲目的，開海牙會議，議決票據條約統一草案。其內各包含解決法律衝突之規則，故無論與會國之批准與否，要不失爲國際商法之重要淵源也。

『圖表三十五』國際私法會議之年次表



(四) 習慣法及習慣

習慣有事實上的習慣及法律上的習慣之分。習慣法者，事實上的習慣有法律的效力之謂，即法律上的習慣是也。習慣法雖為不成文的，而為法律所認為不成文法者也；此不成文法對於成文法，在今日皆許其有補充之效力，即成文法中未規定之事項，不妨取之於習慣法也。國際私法之有賴於習慣法為其淵源，亦猶是。衝突規則未備之事項，而為習慣法中所有者，即可移而用之於國際私法關係上也。在國際私法之原則上，習慣法尤有莫大之供獻；如法律行為之方式，適用處所支配行為之習慣，應從行為地法；不動產之物權，適用屬地主義之習慣，應從不動產所在地法；關於親屬繼承之規定，適用屬人主義之習慣，對於暫僑國內之人民不適用內國法是。此皆數百年來多數國家一致默認之習慣法，無人得而違之也。

至於單純之習慣，即尚未成為習慣法，而只事實上之習慣是也。此有時亦可認為國際私法之淵源。蓋其習慣如不違反公之秩序及利益，雖未經明定或默認其有法之效力，固不妨害

其採用爲淵源，因一經採用之後，同時兼賦與法之性質耳。換言之，普通之習慣法，其第一次之成法，必由事實之習慣而來。何以必使其成法？亦不過作爲他法之淵源，遂有如此之當然結果。故習慣法及習慣均國際私法之淵源。

(五) 條理及學說

條理者，因成文法之規定不備，而習慣法與判決例上又不能採爲法源之際，由法官基於人性自然之判斷，所適用之原理是也。各國法律關於民商法部分，往往設有『法律無明文者，依習慣，無習慣者依條理』之規定，是各國已公認條理爲民商法之淵源，國際私法亦然。蓋衝突規則之規定，無論如何嚴密，勢必不能將一切法律關係包舉無遺，苟否認條理爲國際私法法源之一，則遇律無明文之訴件，惟有拒絕判決之一道而已。然終無解於『裁判官知法律』之格言矣！故如國籍各異之船舶，於公海衝突時，現行之國際私法，倘無明文規定，而習慣亦無者，自不能不依條理定其準據法，絕不能却下不理也。

條理之作用在無成文的國際私法之際，尤爲顯著，蓋多依之以爲適用法律之準據也。民三，北京大理院上字一五五號判例中有言：『凡審判寄居內國之外國人民相互間，或與內國人民間，因不法行爲所生債權之訴訟，審判衙門應適用何國法律，各國之立法例及學說不能盡同。有取法庭地主義者，有取事實發生地主義者，有兼取兩主義者；其第三主義在條理上較爲允當，爲多數國所採用。現在民國關於國際私法之條規，尙未頒行，自應由審判衙門擇至當之條理，以爲適用法律之準據。』即條理爲國際私法淵源之一證。

關於條理爲國際私法之淵源，亦有持異說者在，謂各國法庭以適用內國之法律爲原則，適用外國之法律爲例外，除有明文以外國法爲準據法外，不許以條理取外國法而適用之。此當然錯誤！國際私法雖爲決定內國法之適用與否，不適用者以外國法作爲內國法而適用之，但非原則上皆偏於適用現行的內國法，此當視其法律關係之性質如何而定，性質上如均不適用現行法，縱盡依條理取外國法，作爲內國法而適用，又何害？況在無成文的國際私法之際，適用外國法既無明文，將完全不能適用之乎？苟如其說，其結果又何國際私法之是云？

學說者，法律家及哲學家之主張，或由個人著作以表現，或由羣衆集會而發表者也。學說固不盡皆爲有力之條理，然通常之條理莫不出於學說中，則可斷言；是學說得爲國際私法之淵源，於條理中已可見之矣。然學說之效用，尙不僅爲司法官所採用，尤其爲國際私法原則構成之要因，及立法者規定法則時之重要參考耳。如薩焚宜出，而使國際私法之面目更新；斯託立出，而使英美學派之基礎成立；薩夫納破壞『國際禮讓』之謬，馬志尼(Mazzini)樹立『本國法』之地位；此非個人學說創造國際私法之著例乎？其結社發表意見者，如法國之比較立法社(Societe de legislation comparee)發有國際私法雜誌(Journal de droit international prive)；德國在一八九一年以後，亦有國際私法及刑法雜誌之刊行；日本在明治維新後，亦有日本法學協會雜誌之印刷；其他如歐陸方面，比利時之國際法學會(Institut de droit international)，英美方面，英國之國際法協會(International Law Association)，雖關於國際公法之討論爲主，然亦有關於國際私法上之資料，均可積極或消極爲其法之淵源。

第九章 國際私法之規定

關於『國際私法之規定』一章，歷來著述者恆以『國際私法之沿革』揭其綱目；沿革云者，其規定的沿革也，此固無若何差異。惟向來又分國際私法之沿革，爲國內的立法之沿革及國際的立法之沿革，併而述之，此則不免有議。蓋所謂國際立法，在實質上，其效力殊不能與國內立法等，亦即非真正國際私法之立法，故國際私法之規定，惟限於國內立法一種耳。說者有言曰：『國際私法非各國立法者共採同一原則，殊難達其實行之目的。故學者依學理之研究，謀國際私法之立法，各國歸於一致，或以著述，或以學會之決議，而求其統一之原則；同時各國之立法者亦漸審其必要，嘗開列國會議，謀依條約之締結而實現之，是即國際之立法。』可知此不過欲謀國際私法的原則統一之一種特定的國際會議，正與欲謀國際私法的立法一致之一種各別的學者會議，地位相等，對於國際私法之實際立法，均無直接之支配力，不過爲其淵源之一而已。國際法主義者以國內立法與國際立法並列，猶可託爲依其主張之

結果而如是，國法主義者竟隨同之，究不知其既承認國際私法爲國內法，而又承認國際立法之用意何在也。故所謂國際立法一事，愚終以爲列爲國際私法淵源之一，比較爲宜。然國際法主義者，亦有人以國際條約依愚說而敘述之，不其相同？非也！彼雖於法源中述及國際條約，同時亦將衝突規則作爲法源而敘述之，亦再無國際私法立法之討論；是國內立法與國際立法仍並列之，不過未爲之立一專章，特附於國際私法之淵源中論之，此亦非吾人之所應取也。國際私法之規定，既出於國內立法之結果，茲特依此決定而縷述之：

(一) 自規定之實質言

各國國際私法不必皆爲成文的規定，亦有採不成文法者，惟在原則上言，究以成文的規定爲合於法之安定性也。自十四世紀來，最初國際私法不過僅爲學問上之研究，其後見於實際者亦無非各法庭之自由適用，再後仍根據屬地主義之原則，而以偶爾適用外國法爲出自國際禮讓。今日採不成文法之國，雖不能稱其仍隸於前一時代，但既無成文的規定，至少可謂

爲前一時代之延續耳。

現代國際私法之規定，首見於法典者爲普魯士之普通法總則中之規定；但爲今日各國國際私法之規範者，實以十八世紀末法國民法前加編第三條爲嚆矢。前加編第三條之內容，爲衝突規則之設定；殆後歐洲各國編纂法典，多做法國民法，漸載國際私法之規定。旋又因國際關係之益爲發達，內外交通之更加頻繁，不特其規定隨之複雜，往往並脫離民法之範圍，獨自成法。繼法國之後者，如一八一一年之奧民法，一八六八年之葡民法，一八八九年之西民法，皆依例於前加編中定之。破除法國之例者，如一八二九年之荷蘭法例，以及日本法例，均爲特別法之性質；一八六五年意大利雖仍置之於民法前加編中，而另設一法例之地位，國際私法卽在其中，亦非法國舊例。其他如門的內哥羅與德意志兩國雖未成立特別法，但前者則規定於一八八八年之財產法中，後者於十九世紀末之民法施行法中定之，皆與法不同。至於條文之加增，亦甚於前，法國民法但有一條之規定，德國民法施行法中，關於國際私法之規定，多至二十五條。日本法例增至二十八條，仍非完備，因當時其國際民法外，商法民

訴法等方在修正中，無從設定此等特別衝突問題之規則，故其後在商法施行法及破產法中，亦嘗散見國際私法之規定。我國法律條例專為規定國際私法而設，共二十七條，但僅限於民商法之衝突問題，當然非完全無缺者也。

(二) 自規定之地位言

國際私法規定之地位云者，察其在一國法典上應有如何之地位是也；換言之，即衝突規則之形式問題是也。各國立法例不同，大別之有三種：

(甲) 規定於普通法中者 採此形式者，有法蘭西，摩洛哥，盧森堡，奧大利，西班牙，葡萄牙，塞爾維亞，羅馬尼亞，門的內哥羅，亞爾然丁，智利等國。但其中有規定於民法前加編者，有規定於民法總則者，有規定於財產法者。意大利雖亦採第一種之形式，但其前加編作為特別法而公布之，故不計焉。以國際私法規定於普通法中，為國際私法最早而較為多數採取之形式。蓋法國民法為私法法典之前進，其體例多倣於為其母法之羅馬法，關於法律

的效力適用及解釋之總則，概揭於法典之首，稱曰前加編，即以衝突規則入之。後之國家制定民法法典，多做其例，或規定於民法總則中，或規於財產法中，皆脫胎於法國之成例而然，此衝突規則之規定於普通法中之由來也。

例固如此，究非所宜；國際私法不但定民法之適用區域，即商法及其他一二公法之適用區域亦規定之，自不得獨述之於民法中。苟如不然，則爲應事實之需要起見，勢必每一法中，而有衝突規則之規定，不惟支離散漫，難於統一，抑且繁雜瑣冗，無法促進矣！即謂一二公法之衝突不在國際私法範圍內，民商法固可統一於一法典，則規定於民法中，商法之適用問題遂亦附之；無如實際上各國尚不免有民商法分立之例，遇此場合又將如何處理之乎？

(乙)規定於施行法中者 採此形式者，有德意志等國。德意志於民法施行法總則中有國際私法之規定，本係偶然得之；緣最初擬列爲民法之第六編，嗣經刪除，無可插列，遂併入之。然學者則或謂『國際私法之規定爲關於法律場所之效力，既不規定於民法，即應規定於民法施行法，因民法施行法係關於法律之時的效力之規定故耳』。主張民法施行法中規定國

際私法爲最妥。至於日本，曾將商法之衝突規則，定於商法施行法，此爲補其『法例』之不足，須別論焉。

理固近似，實則全非：國際私法的規定，既非僅爲關於民法場所的效力之規定，亦非僅爲關於民法施行之一時限的經過之規定，乃爲定法律適用區域而有永久的性質之規定，自不能認爲在民法施行法中規定爲妥當。德之所以然者，除其爲事實上偶有之規定外，且德之民法施行法亦與他國異，不僅爲其經過的規定，凡宗國民法與各邦民法之立法關係，亦定於此，是含有永久性質，而爲一準國際私法之規定；則德國以國際私法規定於民法施行法中尙非全誤。但欲取以爲原則，認他國皆宜倣效之，殊失矣。

(丙)規定於特別法中者 採此形式者，有荷蘭瑞士日本中國等國；意大利亦宜屬之。其例首創於荷蘭，一八二九年制定之荷蘭法例，以『王國立法的總則』一名而設爲特別法，始以關於國際私法之規定，與民法相分離矣。繼之者爲意大利，發布民法時，將關於所謂前加編之規定，題爲『關於一般法律公布解釋及適用之總則』，作爲特別法而公布之，國際私法之規

定卽列其中。日本倣意大利之例，稱其名曰『法例』，立於民法之外，爲獨立之法律。法例用語出自中國，李愷法經第六編之『具法』，商鞅蕭何所用之『具律』，魏律首篇所用之『刑名律』，皆法例之意，蓋用以統括全典則律也。晉賈充復分之爲二，一刑名律，一法例律，是卽法例兩字之所自始，北齊復合併之稱爲例律，隋唐因之；皆含有法律通則之意，日本亦如是也。不過日本在此一般之法例外，尙有特別之法例，卽凡稱特定的法律之一般的總則之法律，概亦稱爲法例，如刑法之法例，商法之法例是。此中亦不免有國際私法之規定，但對於一般之法例，可謂其有如普通法與特別法之關係也。我國之國際私法之成文的規定，爲『法律適用條例』，此係以特別法規定之，而非規定於特別法中，與以往之成例又似有變。

式固可採，猶有問題：蓋知其規定於普通法及施行法中之不宜，自以規定於特別法中，或以特別法規定之爲愈。然卽因其在特別法方面，有『規定其中』或『以之規定』之兩種情形，而發生孰更適宜之問題。就普通言之，一般法律的解釋及適用之總則，既獨立於民商法等以外，而居於特別法之地位，國際私法亦爲法律適用問題，並解釋法律之效力如何，事屬一律

，自宜規定於此特別法中。然在事實上，各國不必皆有所謂法例之特別規定，即有此規定矣，仍不免於在此法例以外，同時又有各法在其法典中之單獨規定。由前之例，本無所謂法例之特別法，何由而爲國際私法之規定？由後之例，法例既不能有統一之規定，則國際私法恐亦散見於各法例中，無法統一矣。我國之法律適用條例，並非「法律適用例」，乃純粹一衝突規則之規定，即以特別法規定之是也。此當然較規定於其他特別法中爲便利，如再能擴充其一切關於涉外的法律關係之適用規則於內，並可成一國際私法之統一法典。且必如是，而後國際私法始可在國內法中，充分表現其特殊的地位焉。

(二) 自規定之內容言

各國國際私法規定之內容，因立法之背景不同亦不一致，尼邁爾(Niemeyer)曾分列之。茲本其意而改述之如下：

(甲) 一方的規定 此僅對於應適用內國法之事項，設有規定；至對於不適用內國法之事

項，究應適用若何之外國法，則並未規定，其適用亦只限於內國人而已。換言之，僅定內國人之適用內國法爲主，故曰『一方的規定』，其衝突規則亦可曰『一方的衝突規則』。例如法國民法前加編第三條除定外國人在法國所有不動產，應依法國法外，大部分僅定法國人在法國之所有不動產，及在外國之身分能力，皆適用法國法；至法國人之在外國所有不動產，及外國人之在法國身分能力，應適用何國法律，則無明文也。

此種內容之規定，以內國及內國人爲主，不免過重視屬地主義。雖國際私法以解決涉外之法律關係中，內國法是否適用爲主，但如不適用，則須以相當之外國法，作爲內國法而適用之，非僅在事實上祇限於內國法適用也。現今法國在其規定之解釋上，已有變遷，可知此一規定之不妥。

(乙)偏狹的規定 此之規定仍僅以定內國人之事爲主，間亦定外國人之事；其定外國人之事，雖有時亦採雙方的規定，如後所述，但大部分所規定者，固兼涉內外法之適用關係，但其所定應適用外國法者，僅以與內國有關係之事項爲限而已。換言之，僅限定外國人在內

國有住所時，或外國人與內國人共為法律關係之相對人時，始適用外國法，故曰『偏狹的規定』，其衝突規則亦可曰『不完全的雙方衝突規則』。例如德國民法施行法第十三條第一項云：『締結婚姻，遇當事人之一造為德國人時，各當事人應從其本國法之所定；又外國人欲在德國締結婚姻者亦同。』是雖規定適用外國法之事項，然僅及其一部而非全部，即關於外國人在外國締結婚姻時，訴於內國，應適用何國法，尙未規定也。

此種內容之規定，固較上一規定為進步，然亦祇有一半合理，不可取法者也。宜乎有人稱其仍屬於一方的規定，不過略有變通之點而已。

(丙)雙方的規定 此不僅規定適用內國法之事項，並將內國法不適用而須以外國法作為內國法適用之事項，亦規定之。換言之，即通常所謂規定內外法所應適用之範圍是，故曰『雙方的規定』，又曰『內外人共通規定』，其衝突規則亦可曰『完全的衝突規則』。如我國法律適用條例第五條第一項云：『人之能力依其本國法』。此『人』字不僅指內國人，即外國人亦含於內；而所謂本國法者，非僅指中國法，即外國法亦包括之。其他如日本法例荷蘭法例西

班牙民法意大利民法法例，皆作如是規定。

此種內容之規定，最適於內外人平等之原則，且符合一國所以設定衝突規則之用意。故以上之兩種規定，只能認爲沿革上之餘迹，不足爲立法之標準，可無再言。

(四) 自其規定之系統言

國際私立法之根本思想，各國亦不能完全盡同。蓋如不動產之屬地法，法律行爲的方式之行爲地法，各國雖皆有同一之規定，然關於動產之法律行爲，關於人之身分能力等法律關係，則均未能一致；於是各國之國際私法，遂亦互異，綜合之有三大系統，而各有其根據之主義。

(甲) 屬地主義 爲英美法系所根據者。其關於國際私法之明定或默定，以屬地法之範圍爲廣，迥異於他國之國際私法。卽其在屬人法方面，亦易本國法而爲住所地法，則在內國之外國人，苟有住所，仍須適用內國法，不必特爲其適用外國法，而破壞屬地主義之原則。採

此主義之國，以英美爲主。南美諸國屬之。

英美之採此主義，一方面固係國際私法的沿革上之理由，一方面因英美國境闊大，屬地廣多，外國人駐於其法域者亦衆，故不願使多數之外國法在其境內發生實際上之效力耳。然依法理言之，究覺不宜。例如蘇格蘭對於離婚之判決例，即依其屬地主義，採法庭地法，認爲有關於其地之善良風俗故也。但如當事人之本國法律，不認其應離婚者，反從而宣告之，此不特妨害當事人應享之利益的保護，且有侵害其國人民主權之嫌矣。舉此一例，可以反三，不再贅。

(乙) 屬人主義 爲法國法系所根據者。其關於國際私法之規定，以屬人法之範圍爲廣，異乎英美法。屬人法之規定，不用住所地法而用本國法，尤以意大利民法爲最極端。故法系雖以法國名，而屬人主義之代表則爲意大利；其他採此主義之國，在歐洲爲比利時，瑞士，西班牙，葡萄牙，荷蘭，舊俄國等，在美洲爲墨西哥；但其本國法之採用，較意爲狹，多限於身分能力之部分而已。

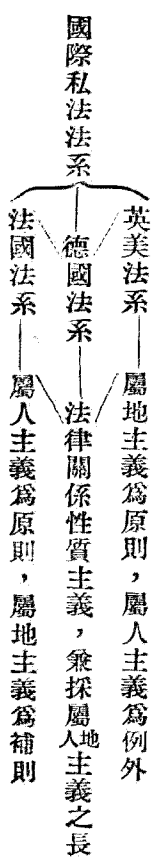
意大利之創此主義，一方面固與馬志尼所倡之民族主義有關，一方面亦所以補救屬地主義之缺陷，故各國景從之，而成立一獨立法系。但專以屬人法爲主，有時亦有其失，如離婚在比意等國，即依其屬人主義，採本國法，蓋人之身分適用本國法，爲其國際私法一大原則也。但如離婚之原因不爲內國法所承認，反以之而宣告之，此殊違反內國立法之目的，而影響於內國現行法之信用，亦所不宜。

(丙)法律關係性質主義 爲德國法系所根據者。其關於國際私法之規定，雖以本國法爲屬人法，然非若法國法系認爲絕對的原則，往往因保護內國及其人民之利益，對於本國法加以種種之限制。故其規定，可謂介於英美法系及法國法系之間，不偏於屬地主義，亦不偏於屬人主義，而以法律關係的性質爲其適用某法之標準者也。採此主義之國際除德國外，奧大利日本皆在其系統中，我國亦然。

德國之採此主義，一方面固受薩焚宜『法律關係本據論』之影響，一方面亦以此主義能採屬人屬地兩主義之長，故我國亦倣之。蓋屬地主義過於重視一國之領土主權，屬人主義過於

推崇他國之人民主權，其結果，傾於此者必失於彼，重於彼者必輕於此，有所長即有所短也。法律關係性質主義調和，兩者之間，依法律關係之性質，決定其適用屬人法，或屬地法，或兩者兼用，不獨以某種為原則，原則即法律關係性質之本體也。例如離婚，在日本則兼取本國法主義及法庭地法主義，即因此種案件之法律關係的性質，律論依屬地主義，或屬人主義，必有失於一方面，故以兼而採之為當也。

『圖表三十六』國際私法之法系表



第三編 國際私法哲理論

第十章 國際私法學之發軔

自十四世紀來，始發現國際私法之研究，以前，因關於國際私法成立之條件不備，固不許其存在，而亦無所謂學也。故近代之法學率多淵源於羅馬法，獨國際私法則否，其於羅馬建國以上，無國際私法之端倪，更何待論。然有說焉，國際私法學之創始，固不能求之於此一時際中，但其所以創始，除當代特殊背景爲其發生原因之一外，前代之種種法例與學說，仍不失爲消極地發生之原因。蓋無萬民法之存在，較早必昧於對外國人而亦應適用法律；無種族法及純粹屬地法之存在，亦不易即時促成以後國際私法之發生。故由積極方面言之，在封建制度以前，並無國際私法學之地位，由消極方面言之，在萬民法時代以後，即遇國際私法學之發軔，茲更分爲三期而述之：

(一) 萬民法時代

羅馬法爲歐洲各國法律之母法，此固世所熟知，惟其中之萬民法 (*Jus gentium*)，既非國際公法之前身，亦非國際私法之淵源，其與國際私法有關者，僅標示對原有之內國人而亦應適用法律之一點而已！論蓋現代之國際私法者，雖非國與國間之法，究爲在國際的形勢下，各有其同等對峙之法律，因之而發生衝突之問題是也，羅馬當時，版圖遠達非亞，自以爲世界唯一之帝國，而亦不承認有相對立之國家，實無定適用內外法律之必要，姑不論萬民法之性質如何，在此狀況下，終不容國際私法之存在焉。

羅馬之萬民法係對其市民法 (*Jus civile*) 而設，市民法專以適用於羅馬市民間之法律關係爲限，乃其固有之法律；萬民法係適用於無市民權之外籍人民及其與羅馬市民間之法律關係，乃其增添之法律。此兩者皆爲羅馬實質的民法，相並而行，並非後法爲前法之適用法則，尤爲非國際私法淵源之明證。且在後期，因羅馬市民之範圍擴大，外籍人取得市民權者甚衆

，而萬民法又較市民法進步，前者幾有取後者而代之勢，更不能謂其具有國際私法之性質。近世學者或謂國際私法由羅馬之萬民法變化而來，殊謬！

【圖表三十七】國際私法與萬民法之區別表

<p>(一) 羅馬國內之實質法</p> <p>(二) 解決內國的法律關係</p> <p>為對於尚未取得羅馬市民權之外人間及其與市民間直接規定其權利義務之準則</p>	<p>性質</p>	<p>(一) 則法用適之法的內對國</p> <p>(二) 解決內國的法律關係</p> <p>為對於尚未取得羅馬市民權之外人間及其與市民間直接規定其權利義務之準則</p>
<p>(三) 市民權之外人間及其與市民間直接規定其權利義務之準則</p>	<p>作用</p>	<p>(三) 之事實間人接維持其權利</p> <p>則法用適之法的內對國</p>
<p>(四) 根據排外主義而制定之</p>	<p>制定</p>	<p>(四) 根據排外主義而制定之</p>
<p>(五) 自『我羅馬市民』之觀念而出</p>	<p>制定</p>	<p>(五) 自『我羅馬市民』之觀念而出</p>
<p>(六) 因羅馬為世界唯一之帝國而然</p>	<p>背景</p>	<p>(六) 因羅馬為世界唯一之帝國而然</p>

萬民法

國際私法

(七) 一稱外籍公用法……稱謂……

(二) 種族法時代

紀元四七六年西羅馬滅亡後，日耳曼民族侵入羅馬民族各領地，構成歷史上黑暗時代。此際各民族雖遷徙不一，然因國家及領地之觀念甚為薄弱，而日耳曼民族又習於農村生活，舊有之城市亦多毀滅荒廢；遂聽被征服者，各依其種族，仍服從其固有之習慣法律。雖同居一地，拉丁民族 (Latin) 則用羅馬法，德意志民族 (German) 則用日耳曼法，法蘭克民族 (Frank) 則用法蘭克法，故學者恆稱之為『種族法時代』，或『民族法時代』。因每一民族之人，無論居於何地，其民族固有之法律與習慣，永附隨其人而支配之，故又可稱之為『極端屬人法時代』。據瑞士學者曼利稱，此種族法所示適用之範圍，如私法關係，依父之系統為律；繼承依被繼承人之血統；故一可稱之為『血統法時代』。契約，當事人各依其出生法；寡婦依其出生法；生命賠償依被害者之出生法；故並可稱之為『出生法時代』。然亦有一二例

外，即妻從夫之法律，契約或依其所定宣誓之法律是也。至於不法行爲依屬人法，更係當然。

種族法既爲極端之屬人法，似可爲近代國際私法中採用屬人主義者之淵源，殊不盡然。種族法對於國際私法之影響，不過提醒國際私法學者，對屬人法保持其相當之適用，而引以爲例；如『繼承依被繼承人之血統法』，頗與今日之『繼承依被繼承人之本國法』相近。其『妻從夫之法律』之例外，在現代固發生問題，然數百年來，國際私法上皆採用之，即在現代之各國立法實例上，仍多如故；此所以不能不認爲種族法有關於國際私法之發軔也。但謂種族法即是國際私法之雛形，則因當時個人皆服從其固有之種族法，而爲其法律行爲，雖與他族人同處一隅，而實各有其法，此與今日之屬人法全異根據；有時與異族間爲法律行爲時，依被告者之種族法，一如今日在有領事裁判權之地，不同國籍之外國人間之法律行爲，須服從被告之領事裁判權然，其屬人法殊不能與國際私法相容。要之，萬民法時代，雖有『國』而過於龐大，自認爲世國唯一之國，根本取消『外國人』之地位，亦即無國際私法之存廢；

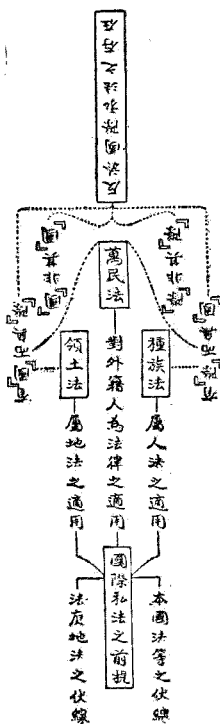
種。族。法。時。代，帝。國。之。局。雖。破，而。又。處。於。無。『國』之。情。勢。下，幾。如。各。種。族。互。為。同。一。土。地。之。主，此。又。國。際。私。法。之。難。於。成。立：『學』之。不。能。發。生，固。有。由。也。其。所。賜。於。國。際。私。法。學。者，不。過。隱。約。間。之。一。種。事。實。上。的。伏。線。而。已！

(三) 領土法時代

九世紀以後，最初移住於一地之各民族，漸養成共同之特種風俗習慣；同時封建制度亦興，土地之觀念大變，曩之種族法主義遂歸淘汰。蓋其人既為土著，自必以土地為主，人為其從，公私之關係率以對於土地利益的分配定之。諸侯雖不服從其法律，然任何民族之入諸侯領土者，皆須依其領土之法律習慣。領土之觀念既如是發達，法律在其領土內即有最高無限之權力，他之法律無論以何種名義，均不能稍行於其間，而領土內之法律在領土外，亦無若何之效力。是法律與領土有不可分離之關係，其適用亦以領土之界限為標準，故曰『領土法時代』，亦可稱之為『極端的屬地法時代』也。

領土法既為極端的屬地法，今日國際私法中偏於屬地主義者，不能不許其肇始於此一時代；然不過片段的承接，整個的國際私法實難存在於有其『國』而不能『際』之時代。斯固極確之事實矣，但國際私法之開始研究，却與此一時代有相當之關係。何以言之？各領土間

『圖表三十八』萬民法等對於國際私法學之相關與相反圖



以開始研究也。故國際私法學之發達，雖在封建制度極盛以後，而其創始之伏線則早存在於前之時代。

第十一章 國際私法學之創始

悉厲行屬地主義，則其時人民之往來異域者，備嘗痛苦可知；殆後，時勢所趨，需要內外交通甚急，自非謀其補救方法不可，此國際私法學之所

初期之國際私法學，可用『法規分類主義』一名概括之，由意大利學者創始，法蘭西學者繼承之；其後播傳於歐陸各國，支配國際私法學術界之勢力；至十九世紀開始而始大衰。蓋當十二三世紀之頃，因種種關係，封建制度漸呈衰運，並因十字軍東征之結果，打破田園自給的經濟制度；於是各地商業興起，內外人交通之需要益急，遂不能不限制屬地法之適用，遂漸開國際私法學研究之曙光。

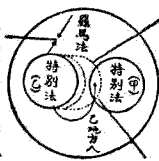
此種情勢，在意大利首先發現，封建諸侯之勢力日就凌替，各地都會漸呈獨立之狀態，不啻一小共和國。然此各小共和國，初亦為封建領土之模倣，各有其自治權與立法權，於是各地方各頒布其特別法，所謂『法則』(Statute)者是。其法之內容，不特各地方不能盡同，即與普通所行之羅馬法，亦非一致。但事實上各小共和國之基礎，均建設於業商之上，斷不容閉關自守，而無往來於異域互市之事。純依屬地主義，內外通商必感不便，於是各地方所頒布的特別法之間，即不免發生法律衝突之問題，而各特別法與羅馬法間，亦有同樣之問題。易詞以言；其問題實有三種，各地方之特別法與普通所行羅馬法，有違反時，究否有效？

此其一。如有效，則其與羅馬法之關係，在適用時，將如何限定其範圍？此其二。各特別法相互間之衝突，應如何解決之？此其三。時意大利之普羅里亞大學為世界著名之法學校，羅馬法之註釋家皆出其中，對此等問題謀其所以解決之策，尤認為第三問題，與各地方間之往來通商便利有關，更屬必要。大都主張解決此等衝突，應以顧全各地方之共同利益為主，故法庭認為遇或種事件，實有適用他領土的法律之當然也。法規分類主義即導源於此。

此學於十六世紀由意大利而移於法蘭西，其背景亦與意大利近似。一則因法國會為封建制度盛行之國家，各地方之習慣法為極端屬地主義，於是彼此兩地方之習慣法，時有衝突問題，為謀各地方人民交通便利之必要，即不能不輸入意大利之此項學問，以謀解決之。一則國內王權日漸發達，亦謀統一各小諸侯之法律，遂不得不先從適用方法之入手，此又國際私

『圖表二十九』法則區別說之發生圖

(乙特別法能否問題) (擴展於其域外)
(甲特別法能否問題) (適用於外地人問題)



『特別法與羅馬法衝突問題』

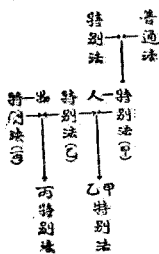
法學的研究之不容已也。不過較後研究之結果，與意大利學說微有不同，德意志各地之判例則取法乎法國學者之說。故法規分類主義可分爲兩支派而敘述之。

(一)法則區別說

法則區別說爲中世紀意大利學派所主張者，其中以巴託路斯(Bartolus)爲特出。巴氏生於一三一四年，卒於一三五七年，研究此種學問，久稱巨擘，被推爲國際私法學之祖，一如谷羅秀斯(Grolius)在國際公法學中之地位然。繼巴氏之學而獨得大名者爲度穆朗(Dumoulin)。度爲法蘭西之大儒，生於一五〇〇年，卒於一五六六年。故純正之法則區別說，應以此二人爲代表。但有一事須知者，卽兩人所研究之對象，不過解決各都市法律之衝突規則，及解決各地方特別習慣法之衝突規則，第爲一國內某地方之特別法而已。與今日研究內外國法之衝突問題，尙稍不同，然後者之存在，則實出自前者之遞嬗而成也。茲再將兩人之學說分述於下：

(甲)意大利學者巴託路斯之學說 巴託路斯解釋其時所發生之法律衝突問題，首主張普
 通所行之羅馬法，與各都市所行之習慣法，發生衝突時，則依羅馬法上特別法優於一般法之
 原則，斷定各都市之法則較羅馬法而有特別法之效力。次進而研究各特別法間之衝突，當如
 何解決；則就法律之自體上，分爲物之法則，及人之法則兩種；物法

『圖表四十』 巴託路斯學說綱領表



以適用物之所在地法爲原則，而爲屬地主義；人法以適用人之住所地
 法爲原則，而爲屬人主義。故如一特別法與他特別法衝突，倘係物之
 關係，則視物在某地，即適用某特別法。倘係人之關係，則視人之法
 律行爲如何，而定其準據法。氏之研究國際私法學也，除此綱領以外
 ，更揭兩問題，以立適用法律之原則：

第一問題爲「一地方之法則，對於不屬於其地方之人，能否適用？」據氏之意見，可得
 適用者有下列諸事：(一)契約本體之效力，如能實現其結果者，依契約地法；不能履行者，
 依履行地法；遲延及過失，依法庭地法。(二)法律行爲之方式，依行爲地法。蓋方式簡易之

法則，外國人亦得適用之，故外國人從其行爲地法而不從其固有之屬人法，亦得爲當然有效之方式。且方式之規定本皆出於圖個人之實用及便益，受此便益之人，不必但限內國人，即外國人亦得依此便益而爲之也。(二)訴訟之程序依訴訟地法。(四)遺囑之實質視與契約等，依遺囑地法——即契約地法；其方式亦依行爲地法。(五)無遺囑之繼承，依其標的物之所在地法。(六)關於物權依物之所在地法，例如外國人於市內有房產，生權利義務爭執時，是爲直接關於房屋——即所謂物的問題，其適用法律自當依物之所在地法也。

第二問題爲『一地方之法則，對於其領土外之效力，能否存在？』據氏之意見，可得存在者有下列諸事；(一)關於權利能力及行爲能力，不能適用契約地法。故本地方人在他地方爲契約，雖契約本體之效力須依他地方法，而當事人是否有締約能力，則須依本地方法定之。(二)關於婚資及夫婦財產之契約，從夫之住所地法，不依契約地法。(三)在他地方有『遺囑能力之規定，他地方人不能適用』之規定，亦即本地方則之適用於外者。(四)制限人之行爲諸規定，若對其人爲不利益者，則其人一至境外，即不適用該不利益之規定；若爲有利

益者，雖至境外，仍適用該利益之規定。(五)本地方法則上，如云：「長子繼承財產」，是注重以人爲準則，則財產雖在境外，亦不依財產所在地法。

巴託路斯之學說，有一根本之錯誤，即不重法律關係之性質，惟重法律自體之分析，然法律並非可以一律判爲人的法律，或物的法律，大都同時關於人亦關於物，其性質概爲規定人事之關係而已。以繼承言之，外國人在內國有財產而死亡者，其繼承應依何種法律處之？從繼承本身而觀，則應依人法；從財產其物而觀，則應依物法，殊未能有確定之標準也。巴託路斯亦知其困難，遂主張當尋繹繼承法規及習慣之根本意義，以資解決；如其國之法律云「死者之財產屬於長子」，是以物爲主，則依物之所在地法；如其國之法律云「長子繼承遺產」，是以人爲主，則依人之屬人法。然此不過法律規定之文字上的區別耳。夫因法條所用文字位置前後之殊，遂異其適用之法律，此頗爲後人所譏評，稱其爲「文典區別說」，殆非過言。

雖然，巴託路斯究亦不因是而損其應有之地位。蓋氏首爲詳細研究『法律適用區域』可及

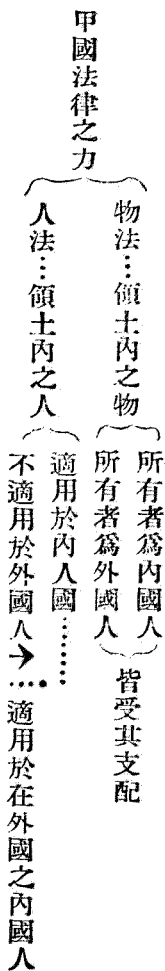
於如何之人物』問題者，開近代國際私法學之基礎，推爲斯學之鼻祖，固已無慚。且其所倡解決法律衝突之原則，雖云未能完備，並有錯誤，然其中約爲今世所宗者仍不少。如能力問題依當事人之屬人法，物權依物之所在地法，訴訟程序依訴訟地法；並承認『場所支配行爲』之大原則，而使法律行爲之方式，依行爲地法；此皆大有供獻於後之學者也。

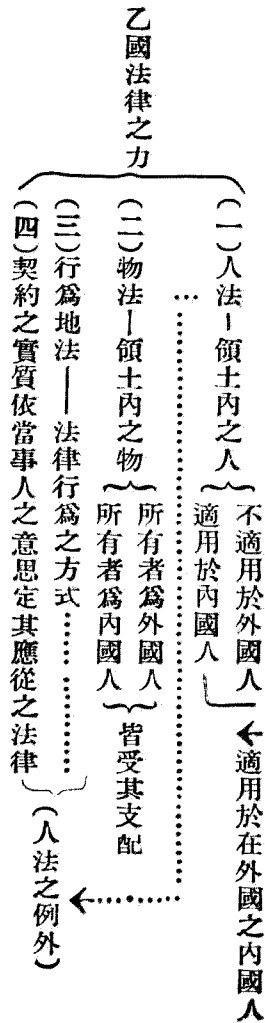
(乙)法蘭西學者度穆朗之學說 依前所述，十六世紀之法國，一方面屬地主義尙盛，一方面需要交通甚急；欲廢各地之特別法，非事實上所能立即成功，欲斷絕異地人之往來，亦爲社會局勢所不容；於是遂不能不依意大利學者之方法而調和之。度穆朗卽爲輸入意大利學說於法國之工人，雖不失爲巴託路斯之繼，但對其說，則有改良之點。度氏所倡人法物法之區別及其適用，較巴氏爲清晰。謂某法規之關係於人者爲人法，人法從人，其效力及於領土之外；故內國之人法，以不適用於外人爲原則。某法規之關係於物者爲物法，物法從物，凡在領土以內一切之物，悉受其支配；至於所有權之是否爲內國人或外國人，則非所問。他若法律行爲之方式，仍遵巴氏之說，謂應依行爲地法；外國人之法律行爲地如在內國，其方

式即依內國法，是爲人法適用之例外。契約之實質，則反巴氏及從來之通說，排斥契約地法。應依當事人之意志定其應從之法律；倘當事人爲外國人而願從內國法，則依內國法定其效力，此亦人法適用之例外也。

度穆朗之學說，固未出巴託路斯之大範圍，但條理清醒，則有過之；尤以契約不依契約地法之主張，樹今日國際債法中所認「意思自由的原則」之權輿，爲最特出。且於人法物法之外，有關於人法適用例外之分別研究，度氏雖未曾承認其與人法不同，然亦可謂以後之法則三分說，已預伏於度氏之學說中；愚擬稱度氏爲法則兩分說與法則三分說之過渡者，或非無據。

『圖表四十一』度穆朗之法則區別說表





(二)法規三分說

法規三分主義係於人法物法之外，更加以第三種之區別，即既關於人又關於物之法則，特提出之，錫以混合法之名。創此說者為法蘭西學者達爾驥得理 (D. Argente 1619-690)，不特補充歷來法則區別說之缺點，且為力主屬地主義之先鋒，與巴託路斯及度穆朗等，又異其趣。其說並未在法國占有勢力，却風行於荷比之間，然僅屬地主義之原則為其採用，其他則面目全非，故不能以法規三分說之嫡系目之。實際遵法規三分說者，為十六十七世紀德意

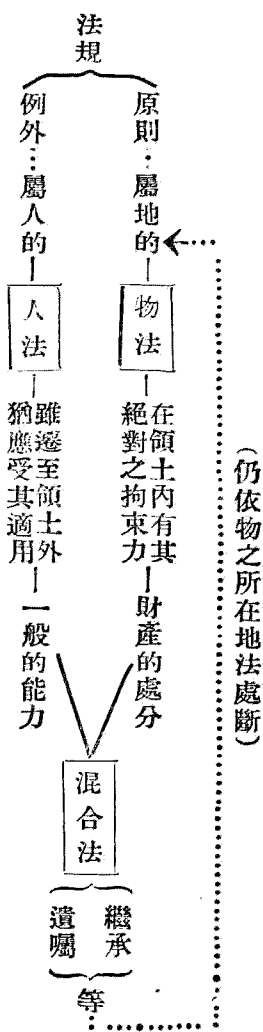
志之各邦，然關於混合法之解釋則亦有異也。茲分兩項述之：

(甲)法蘭西學者達爾驥得理之學說 達氏認為法規之關於人者爲人法，關於物者爲物法；既有關於人，又有關於不動產者，爲混合法，例如對於不動產之均等繼承，與人之身分及不動產，俱有關係，卽此類也。至其適用也，達氏以爲法律皆爲屬地的，須以物法爲原則，卽法規與習慣之效力，只能及於其領土內，但却有絕對之拘束力。不過在例外上，以關於人一般的能力之法規，爲有屬人之效力而已。卽其人雖遷至領土外，猶應受其適用，所謂人法是也。至於混合法，雖與物法有別，然如繼承遺囑等均非以關於一般之能力爲主，乃以關於財產之處分爲主，是此法但有屬地的之效力，仍應依物法爲準則也。

達爾驥得理之學說，一言以備之曰，爲屬地主義張目而已。謂其非託路斯之嫡系，而爲法則區別說之反動，亦不爲過。蓋法則區別說之目的，卽在解除屬地主義之困難，故有人法物法之區別，兩爲原則，不偏於一端者也。但達氏之說影響於後世者却亦甚大，『國際禮讓主義』固直接傳其衣鉢，英美屬地主義亦間接受其影響，此研究國際私法學者所不可不知

之事也。並其學說之概略表於後

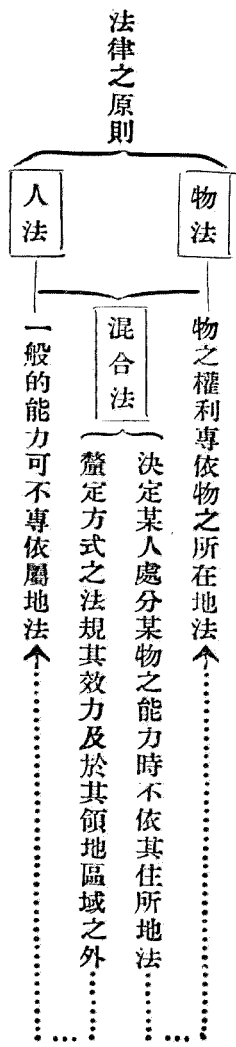
「圖表四十二」達爾驥得理之法規三分說表



(乙)德意志學者及判例所承認之說 法規三分說於十六七兩世紀曾推行於德國。其所認之原則有三：關於物之權利，專依物之所在地法，此一原則也。關於人之事項，凡設有地域之限制者，不依人法；故欲決定其人是否有處分某物之能力時，不應依處分者之住所地法，而須依物之所在地法，此又一原則也。依照行為地法所定方式之法律行為，雖至國外，仍然有效，此更一原則也。

德意志之說與達爾驥得理之說，又微有異，即行爲法亦屬混合法之一，說者謂法規三分說之混合法，實即行爲地法，即係指德說而言，然亦只一半如此而已。行爲地法在混合法中，其適用與其謂以物法爲原則，毋甯謂以人法爲原則，蓋其說主張雖在領地外仍有效，自不得再以屬地主義目之也。至此第三原則之自體，實即「釐定方式之法規，其效力及於領地之外」之原則，爲現今國際私法學者皆所承認者也。

「圖表四十三」德意志學者之法規三分說表



第十二章 國際私法學之變遷

次。之。國。際。私。法。學。可。用『國。際。禮。讓。主。義』一語概括之；其學宗自達爾驥得理之說，爲荷比學者所倡始，英美學者所繼承者也。蓋當十七世紀，荷比等地之地方自治團體，各有特別之習慣法，互不相容；同時亦無意大利商業繁興之特別背景，及法蘭西王權擴張之特殊事實，故不必有賴於國際私法而救濟之。但國際私法之研究，已成爲三百年來之潮流，殊亦不能輕視，適達爾驥得理所倡之屬地主義，頗有返於封建制度之色彩，故其說輸至荷比，遂備受歡迎，而以屬人法之適用，歸之於國際禮讓。以新的研究而維持舊的事實，此與社會契約說之時代，君權論者同以契約說證明君權之合理，其用心之巧，正相同也。故後之學者，謂荷比學者之於國際私法學，毫無成績，亦有見而言。

英美關於國際私法學之研究，遲在十八世紀；例如英國法院之發生外國法適用問題，實自一七五三年始，以前則未之聞，卽其證也。蓋英美素採屬地主義，其由歐陸輸入國際私法學也，仍以不遠背屬地主義之原則爲主；而國際禮讓主義恰合此種需要，故因之而爲此說之繼承者耳。雖至現代猶有人主張之。茲分爲兩端而敘述之：

(一) 荷比學派

荷比學派之學說，尤以荷蘭爲其中心，法律衝突論之名即起於是時，盧登堡，希伯爾等皆此派之代表也。當時學者以屬地法爲應遵守之絕對原則，除契約及其他之法律行爲，認行爲地法外，概不得當然適用外國法。契約等之行爲地，有在內國者，有在外國者；前項無論當事人爲內國人或外國人，自不發生適用外國法問題，後項行爲地既在外國，依行爲地法即係適用外國法；此實原則之例外耳。除此例外，法律上即不許再有外國法之適用。其故有二，一爲各地方自治團體均爲法律上之主權者，故不負自己領土外法律之義務；一爲若適用外國法於自己領土內，則更不免侵害自己之主權。此種積極與消極之理由，誠爲依屬地主義而存在的法律上之正當主張；然撇開法理而言事實，則亦不能不有變通。因絕對適用屬地法，往往關於人之身分能力諸於規定，不免陷於困難。故爲表示國際禮讓起見，就此等問題應適用外國人之屬人法，即當事人之住所地法。當時所謂法律衝突者，其範圍亦只指在國際禮讓

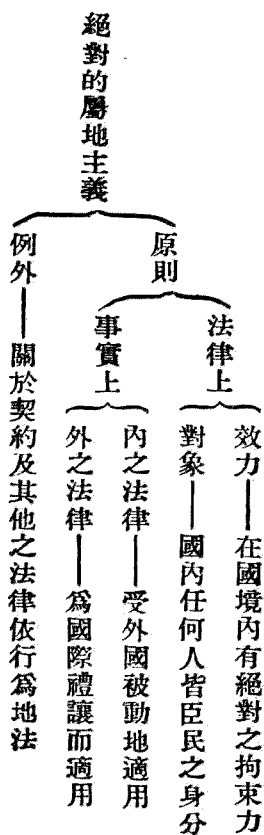
下，屬地法與此等屬人法之如何適用而已！

在荷比學派之共同意見以外，希伯爾又唱有解決內外法律衝突之三要則：一就法律之效力言，法律在其領域內，有拘束一切人民之力，同時，得不出於國境以外。『得』之云者，外國如依國際禮讓而用內國法，是內國法出於國境之外矣；然此非原則也。一就法律之對象言，無論在領域以內，爲永久居住，或暫時僑寓，均謂之臣民 (Sutjet)。臣民云者，指完全被治之身分而言，故有時對外國人適用其屬人法，並非法律上對其人當然之允許，乃對其所屬之國表示好感耳。一就法律之實施而言，各國爲互謀國際禮讓起見，一國之法規，在無礙他國君主權力或人民權利之範圍內，務求維持其效力。故實際上雖有時適用外國法，仍有一消極之限制，以保障屬地法之安定；否則即可不適用之，自屬國際禮讓說之當然結果。

荷比學派與達爾驥得理之根本觀念，甚有殊異，此固吾人所承認者。說者謂「達氏以適用屬人法，爲對於適用屬地法原則之例外；荷比學派乃絕對的屬地主義，其承認外國法之效力，則全係出於國際禮讓，而決非義務」爲兩派之區別點。愚對此解亦相當贊同，惟覺其猶

不充足，特再補出之。達氏以屬地主義爲法規分類說之研究，荷比學派以屬地主義定法律衝突論之界限，此其相異者一。達氏以適用屬人法爲法規的原則之例外，荷比學派以適用行爲地法爲法規的原則之例外，此其相異者二。達氏對於屬人法之適用認爲有法律之性度，荷比學派則僅認爲事實上之關係，此其相異者三。

『圖表四十四』荷比學派之國際禮讓說表



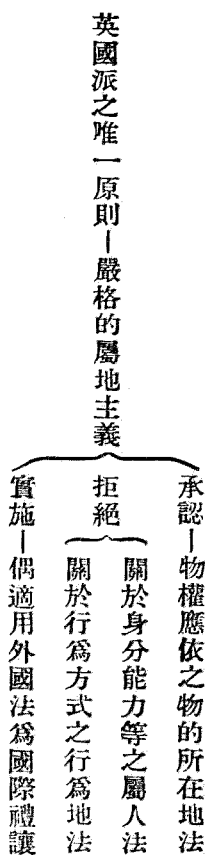
(二) 英美學派

歐洲大陸諸國既相率而有國際私法學之研究，英國雖處西隅，以海爲隔，而國內封建制度之痕跡，亦甚薄弱，然終不免受其潮流之影響，於十八世紀自歐陸輸入此學矣。惟其輸入也，據衛斯磊克(Westlake)之言，並非整個地輸入其全部，僅就其適於英國國情者，及與英國立法之原則不相衝突者，先爲採用耳。蓋英國向爲尊重土地所有權主義者，歐陸學說中，所最適用者爲物權應依物的所在地法之原則，故直接承受之。至關於身分能力之屬人法，關於法律行爲的方式所依之行爲地法，此種種原則實反於英之主義，均歸拒絕。惟其如是，輸入歐陸學說亦不自法而自荷蘭，因法國向爲法規分類主義盛行之地，以人法物法分析法律在適用上之範圍，卽或不然，仍視人法爲物法之法律上的例外，含有不得不然之勢，此當然非英國之所願也。荷蘭學派則以屬人法之適用，非法律上之若是，乃出自事實上之國際禮讓關係，頗近於英國歷來之屬地主義，遂迎入之。故在事實上，英國法院偶亦適用外國法，其理由亦卽謂根據國際禮讓而已！

總觀英之學說，較荷比學派更爲極端，因荷比學派尙承認在法律上有行爲地法適用之一

例外，行爲地在外國，內國以之而適用外國法，此並非根據國際禮讓而然，乃根據法律而然。是其派雖關於一般屬人法之適用，祇承認事實的，然在法律上仍存有適用外國法之規定。英國則並對此僅存之例外而否認之，一切均歸於國際禮讓，故與荷比學說更偏激也。

『圖表四十五』英國之國際禮讓說表



美國與英國有特殊之關係，其法律制度頗多沿英國之舊，故國際私法學之輸入也，亦傾向於荷蘭學派。但爲英美國際私法學之巨擘者，則最早不在英而在美，其人即美國判事斯托立是也。斯氏之說頗與荷蘭學者希伯爾之主張，有符合處。所倡之原則，要旨不外三點：一、法律效力積極方面，各國法律根據其唯一的領土主權而存在，根據其有效的裁判權而實施，

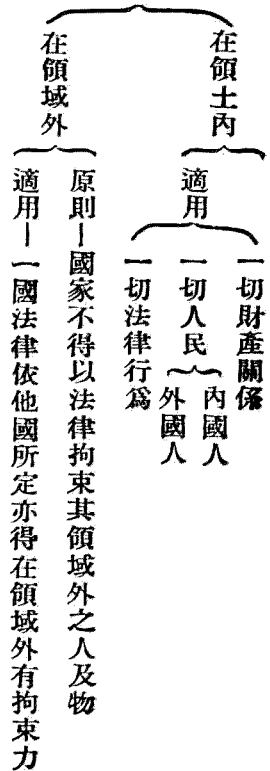
則在其領土內卽有絕對而完全之支配力；無論內外國人，無論內外國人所有之財產，無論內外國人所爲之一切契約，或其他行爲皆然。二法律效力之消極方面，各國家法律之效力既各在其領域內，有絕對的支配性，則一國自不得以其法律，拘束其領域以外之財產及人。三法律效力之實施方面，有時他國對內國爲國際禮讓之表示，則內國法律之效力，在實際上亦可及於領域之外；但此係出於被動之結果，非法律運用上之當然。故一國之法律，能否於他國發生拘束力，悉應依他國之所定。

斯托立爲十九世紀上半期之學者，故其說較英國學派稍形和緩，而爲和蘭學派之正宗。氏雖仍嚴格主張屬地主義，而以適用外國法，歸諸國際禮讓，然謂此國以國際禮讓爲外國法之適用，則他國亦可承認在此場合，其法律能擴張於其境外，是不啻從反面打破此國之屬地主義矣。

「圖表四十六」斯托立之國際禮讓說表

原則——各國之法權完全而絕對地支配其領域

法律之效力



第十三章 國際私法學之革新

法規分類主義與國際禮讓主義，雖在國際私法學史上，不能湮沒其應有之地位，然現代之國際私法學則非直接自其系統而來，中嘗有一度之大革新，乃近百年間或不及百年間之事也。蓋意大利學派之法規分類主義，人法物法及以後之混合法，其區別學者各異主張；且懸二三寬泛之原則，欲以解決一切法律衝突問題，事實上究感不便；於是新法國學派首在法律上以明文規定之，使其研究無形告終。荷蘭學派之國際禮讓主義，表彰封建制度之精神，而

以屬地主義爲原則，欲以用之於十九世紀開展後之國家，環境上實所不許；於是新德國學派相繼排斥其說，使其勢力歸於衰微。新德國學派中，有薩焚宜 (Savigny) 者，創法律關係本據說，認法律之適用卽以此本據爲其標準，遂奠現代國際私法學之基礎，故巴託路斯在國際私法學上之地位爲『開創之太祖』，薩焚宜卽『中興之世祖』也。繼新意大利學派興，創立本國法主義，薩氏學說之不完備者，於實用上多賴其救濟，歐陸法系之國際私法學，遂有今日之成績。其在英美方面，亦受薩氏之影響，拋棄其絕對的國際禮讓主義，亦可稱之爲新英美學派，惟仍多以旣得權保護主義爲其立說之根據，故較他之學派不無遜色耳。茲依次分述之：

(一) 具有修正色彩之新法國學派

法則區別說爲法國學者之所宗，荷比派學說又法國學者之所始，此兩說雖至十九世紀完全失勢，然在十八世紀，法國首對其異派達爾驥得理之說，加以攻擊，同時亦連及荷比學派，而對其屬地主義有實際上之反響，用以維持法則區別說之勢力。且因研究之結果，發現種

種之新原則，並規定於法國民法前加編中；既成爲一確定之準則，不復有需研究，於是更使法則區別說之自體，歸於消滅而無人置問矣。故欲詳悉新法國學派之究竟，應先述：

(甲)蒲爾亞諾等之修正主義 法國自蒲爾亞諾 (Poullenois 1682-1762) 等出，益研究法則區別說，而求此學之進步。其對通說承認之點，不外一切法律，可大別爲人法物法兩類，及屬地主義爲法之原則，屬人法則其例外是也。但在法律之適用上，則主張物法係依封建主義之習慣，人法係以正義觀念爲基礎，遂力圖擴張人法之範圍，縮小物法之區域。其甚者更主張關於人之法則及物之法則不明時，當視作關於人之法則，依屬人法；或並主張不問關於人或關於物之法則，均應入屬人法中。此不特與荷比學派之說正相反對，卽與純正的法則區別說亦不盡同焉。

此修正派之主張，在法國盛行百年之久，十八世紀末大法學家波基友，亦係祖述其說之一人。據茲事實，亦可謂以屬人法爲國際私法適用之原則，在十八世紀之法國已發現矣。

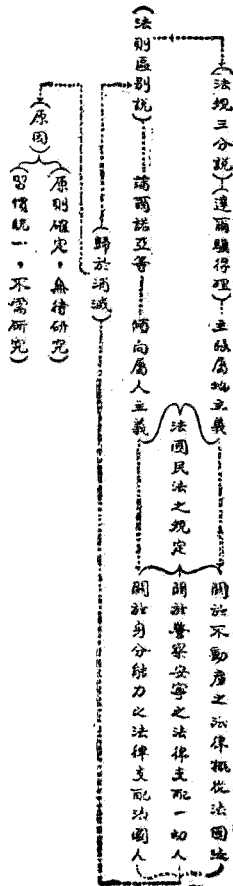
(乙)民法編纂者之綜合主義 法國民法之編纂者受蒲爾亞諾一派之影響甚深，而承認屬

人法之原則；同時對於屬地法之原則，亦相當保留之。於是綜合從來學說，於民法前加編第三條，揭示三大原則：（一）關於警察及安甯之法律，支配一切人；不問爲內國人或外國人，皆當從法國法，不許依他國之法律。此一原則與人之法物之法無關，乃依立國之必要，不能不抑屬人法而推屬地法也。（二）關於不動產之法律，當從法國法；雖係外國人之所有亦然。此一原則係由物之法而來，卽其承認向來屬地法之原則也。（三）關於身分能力之法律，支配一切法國人；法國人在本國固無論，卽在外國，其身分能力仍依法國法。至於外國人之在法國，其默認外國人之屬人法，自不待言。此一原則係由人之法而來，卽其承認向來屬人法之原則也；惟其所謂屬人法係指其人之本國法，而非向來之住所地法，是所異耳。

法國法典之編纂，原係統一各地之習慣，俾立於整個的法系下，故向之法則區域說，以研究各地方之習慣法爲主，至是卽失其必要，尙不僅以原則已定，不能再需研究已也。自法國民法頒布後，各國相繼制定法典，此又法則區別說消滅於他國之一因。由茲以降，國際私法學卽變爲真正研究內外國之法律衝突問題之學問，不似前之所謂內外，往往指甲地方與乙

地方之關係而言，吾人雖以內外國名，要不過用語上之方便而已！法國民法上所採之屬人法，為本國法，非住所地法，此固另有理由，然既如此，亦足證明非以內國之甲地與乙地之法，為其學之研究對象，其範圍實有所擴大焉。

『圖表四十七』十八世紀法國學派之概略表



（二）具有革命色彩之新德國學派

德意志原為法規三分主義領域之一，因此主義本含有屬地主義之色彩，故十七世紀以後

，荷蘭之國際禮讓主義亦即輸入其地而盛行之。殆十九世紀，德國學術盛興，漸疑其非，努力於新學說之發明。當一八三〇年頃，即有人唱『既得權保護說』，謂國際私法所以適用外國法國者，乃保護既得權之結果，故當依人之住所地法。此說理由，本極薄弱，因『權』既以『既得』名，究依何種法律得此權利，究由何種原因認為既得，全不明瞭，殊無異乎以問答問。但自斯以降，學者輩興，皆謀推翻舊說，創立新義，其開始之功固亦不可沒也。茲特擇四著名學者之主張如左所述：

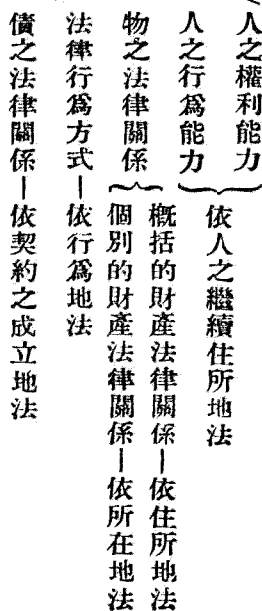
（甲）薛夫那之法律關係發生地說 薛夫那於一八四一年國際私法學史一書問世，首創『國際私法』之名；其中歷指從來各說之謬誤，自立法律關係發生地說。蓋謂關於法律之適用問題，有成文法規者依成文法規，無之，則應依其法律關係之成立地法以決定焉。例如人之能力，以人之繼續住所地為其法律關係之成立地，即應依人之繼續住所地法。又如法律行為之方式應依行為地法；行為實質如純然為債務關係者應依契約成立地法；關於概括的財產之法律關係應依財產所有人繼續住所地法；關於個別的財產之法律關係應依物之所在地法；皆

同此理同。

薛夫那之說，當時學者雖多附和之，實則其說之自體殊無所取。僅自表面上觀察，誠持之有故，言之成理；然對於何時爲法律關係之成立，既未明言，則所謂法律關係發生地者，奚由確定？換言之，雖有一定之事實在於其地，但此事實究爲法律行爲，抑爲法律關係，當先定其依何法律而知其然。今不之圖，直以法律關係發生地，爲其法律關係中適用法律之準則，此不啻謂『國際私法者國際私法也』，亦陷於循環之論，而與『既得權保護說』同一誤點。即退一步言之，謂依法律關係發生地法以適用法律之爲宜，顧在實際上亦多扞格難行之處；例如契約——依其說——應依契約成立地之法律，無如其成立地不必皆在同一法域內之地，倘要約者與承諾者在兩法域內之地，藉郵電之便而結約，是兩地皆爲法律關係發生地，即不免發生適用法律時究何所從之困難矣。雖然，薛夫那在國際私法學上之地位，誠無建樹之成績，究對國際禮讓說破壞無餘，爲斯學別開途徑，特開生面，其功自不可沒。

『圖表四十八』薛夫那之學說綱要表

法律關係發生地說之適用



(2) 衛希他之法律衝突應依三原則而解決 衛希他 (Wächter) 著『私法衝突論』一書，亦對從來各說表示不滿，創立三大原則，以爲解決法律衝突問題之依據。第一原則：『立法者就法律衝突問題設特別規定時，裁判官當從此規定，適用外國法律。』易言之：裁判官首應調查內國法律上，關於法律衝突問題有無規定，如有之，則應遵守；蓋以裁判官爲國家之司法機關，自應受其國法律之拘束耳。第二原則：『若無特別規定，裁判官當研究該當內國的實質法之立法精神及目的，以爲可否適用外國法之決定。』換言之，裁判官應就現實問題之法律關係，按照自國之法律研究其命意之所在，然後決定其應依外國法，抑應依內國法。

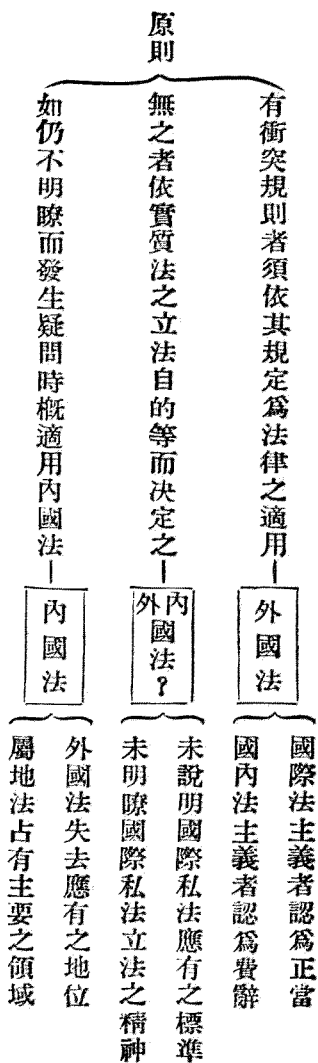
第三原則：『若據內國的實質法之立法精神及目的，仍不知當依何國法時，概從內國法。』換言之，其規定之命意所在，不能得有確釋，致成疑問時，則依內國法辦理。

衛希他之學說，其成績仍係有破壞而無建設，於攻擊從來各說之點，可告成功，於創立新說之點，則猶未能也。試就後儒對於其各原則的批評而觀之：關於第一原則之批評，學者見解不一。大抵操『國內法主義』者，稱其『甚為正當』，蓋闡明國際私法為一國內之法律，裁判官遂應先依其國之衝突規則而適用法律，打破向之以國際私法為國際法之謬解，故較從來他之學說為進步。操『國際法主義』者，則稱其『實屬費辭』，蓋適用外國法為國家間對於國際法上所負擔之義務，故當適用之際，裁判官亦宜自擬於外國法官之列而忠實適用之，若列適用外國法首須依其國之特別規定，為第一原則，是不特隱然反乎國際私法之為國際法的性質，且究屬無謂之原則。但平心而論，衛氏之第一原則，依本論第五章之結論，尙不能認為無相當之價值。至於第二第三兩原則，殊不足為國際私法之原則，而列為此一學問之基礎，無論何派學者均指其謬，如曼利，跡部定次郎，山田三良等，皆反攻之最劇者也。

在第二原則之錯誤上，有兩要點：其一，衝突法則中遇有未設明文之場合，裁判官必應有其當依之標準，以適用法律；今衛氏但言當研究實質法之目的及精神，未言當依如何之標準，解釋其立法之精神，此根本與國際私法學之性質不合。其二，國際私法立法之精神目的，非直接規定權利義務的實質法立法之精神目的，今研究前者立法之精神目的，而依後者立法之精神目的，此又不免將國際私法學與其他之國法學，混爲一事而研究，未免謬誤之甚！在第三原則之錯誤上，亦有兩要點：其一，外國法固不能在內國有其當然之效力，然某項法律關係應依固有之內國法，抑或應依『作爲內國法而適用』之外國法，其間絕不能有內外法優劣之區別；今以『實質法立法之精神目的不分明時，概依內國法』，是顯然以固有之內國法爲優。故說者謂衛氏猶受封建屬地主義之餘波，竟蹈前人覆轍，而不能自拔；殆非過言。觀於衛氏之以私法衝突論名其著作，卽知衛氏對於荷蘭盧登堡之學說，總必有其傾心之點，宜其有此一主張。其二，依此原則，實不啻與裁判官以不明立法精神爲口實，將有概行適用內國法之虞；其外國法之適用亦只限於立法者之有明文規定之場合而已。至在完全無成文的國

際私法之國，其流弊益為顯然。

『圖表四十九』衛希他之學說及其謬誤表



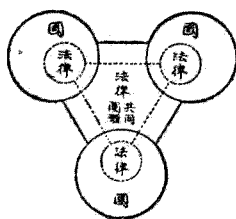
(丙)薩焚宜之法律關係的本據說 薩焚宜為近代歷史的法律派之泰斗，於國際私法學中亦居首要地位。一八四九年，刊行『現今羅馬法之系統論』一書，其第八卷研究關於法律場所之效力，即係解釋法律衝突問題。其說不特為『國際法主義』者嘗引以為據，即『國內法主義』者亦多奉以為宗，故特分段詳及之：

(A) 薩氏學說之破壞方面 薩氏認爲以往學者之討論法律衝突問題，有一總錯誤，即過於重視『主權獨立之原則』，恆多主張一國之法律於其領地內，有完全之效力，同時於他之領地內，『則失去其效力。』其結論自必偏於屬地主義，而不能不以適用外國法爲出於國際禮讓，即不然，亦必以內外法應有優劣之別，而趨重於內國法之適用。故如仍根據此原則以研究法律衝突問題，究無良好之結果必矣。薩氏又謂近世諸國法律關於外國人之私權保護，雖認爲與內國人同等，且爲所以需要國際私法之前提；但如專依此內外人平等主義以述敘之，究亦失之空泛，對此問題不能充分說明，故必更進一步而求其根據焉。於是薩氏遂以內外法律平等主義及法律關係的本據說，爲其學說之中心理論。

(B) 薩氏學說之建設方面 薩氏首主張內外法律皆爲平等，當然適用某國法時，即不能不適用之，斷不應以內國法之適用爲主。何言乎內外法律平等？其故有二：方今各國已形成國際的共同團體，互相承認其團體地位及主權完全，從而亦承認其憲法與法律。故國與國間如有國際團體之存在，則各國之法律與法律間，實即有法律共同團體之存在。在國際團體中

，國與國爲平等，不以大小強弱分；在法律共同團體中，法律與法律亦皆平等，不能以內外分。故謂內外法律，有優劣之區別者，誤之甚矣。此其一（圖表五十）。一國內各地方間之特

『圖表五十』法律共同團體圖



別法所生的衝突問題，即普通所謂準國際私法問題是，其解決嘗按各種法律關係之特別性質，分別探求其應從屬之法域，並未曾以某法優於某法爲取舍也。國際私法之發展，雖另有其系統，或竟在準國際私法以先，但內外國之法律衝突問題，實與普通國家內各地方特別法之衝突問題，事例相近，應即同視，

而依同樣原則辦理，則內外法律之不能歧視，更爲顯然。此其二。況夫內外人民既須平等待遇，則內外法律亦應平等待遇，固事理之當然者。倘以適用外國法爲一國對於他國之恩惠行爲，並可以優劣之說任意出入，是內外人平等之說亦徒託諸空言而已！

內外法律既皆平等，則遇有內外人間之法律關係，即不能豫定其所當適用之法律爲內國法，抑爲外國法。必須由其法律關係之本來性質上，以決定所當依之法律，而爲之據，此據

云者，即法律關係之本據是也。換言之，依照其法律關係的特質性質之如何，求其所應從屬之法域；得其應從屬之法域，斯得其法律關係之本據矣。例如關於人之身分及能力等，係以人之住所地爲其本據之存在；故關於是等之法律關係，自當依當事人之住所地法。當事人住所地在內國，則住所地法爲內國法；在外國，則爲外國法，此惟隨其事實以定，不以豫存內外法律優劣之見，而採擇之。他如以物之所在地爲物權關係之本據，以債務履行地爲債務關係之本據，從而關於此等之法律關係，皆當依其所在地法及履行地法，理由與上相同（詳圖表五十二）。然則所謂國際私法學者，不外決定各種法律之性質上，究屬何一種法律所當支配者之學問也。

薩氏更謂適用外國法，既應根據此種原則，則知其非爲裁判官任意之結果，乃由各國民間相互的共同利益之必要而生；故裁判官有適用外國法之義務。此一轉語，爲薩氏進一步主張國際私法爲國際法之論調，依吾人主張的立場觀之，不認爲薩氏學說中之精華也。

(C) 薩氏學說之變通方面 薩氏雖主張內外法律平等，不以內國法爲優；但認爲在特殊

情形中亦有例外；遇此例外，在法律關係之性質上，縱有當依外國法者，仍應使依內國法。『例外』究由何種情形而出？薩氏謂有兩種：其一，就內國法律之性質上言，如係絕對強行法，即應絕對適用內國法。蓋薩氏分法律為強行法與任意法兩種。任意法者，不以內外關係而設輕重之別；強行法者，則往往於某種場合得拒絕外國法之適用。在相對的強行法方面，為對於權利者之利益而設之規定，以圖司法行政之劃一為目的，例如婚姻年齡之規定是。此一強行法雖在原則上不得有兩歧之適用，然遇有涉外的法律關係，而從其法律關係之性質上，當依外國法之際，雖反乎內國法，亦不得不適用外國法。在絕對的強行法方面，非為權利者之利益而設，乃根據於社會上道德上政治上經濟上之理由，而以絕對的強行為目的者，例如禁賭禁娼之規定是。外國人雖在其國因娼賭之營業，為另一人之債權者，至內國為追償債金之請求，即可駁斥不理，因內國法不認此種債的關係之成立也。薩氏此種主張，頗與巴託路斯之『限制人之規定，苟對其人有利益者，雖至境外亦可適用』之說，有同一旨趣。其二，就外國法律之性質上言，如其法律——甚或其制度——為內國完全否認者，則不能在內國主張有若

何之權利。故若外國承認奴隸制度或多妻制度，縱由法律關係之性質上，爲當依外國法，但內國既根本否認之，卽應絕對拒絕外國法。此一情形實爲前一情形之反面，內國絕對強行法之制定，自含有在此狀態下，不承認同樣的外國法制之意味。但須知另以外國法之性質爲言者，乃表示卽內國無此項之絕對強行法，倘其法律制度非內國所承認，亦可拒絕之也。

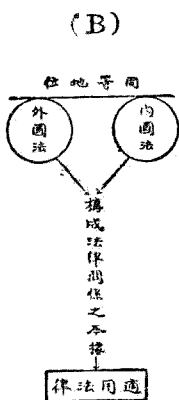
(D)薩氏學說之價值方面 薩氏固係主張國際私法爲國際法之性質者，但就其學說之全部價值而言，與其謂爲有造於國際法性質之說明，無甯謂其有功於現代國際私法基礎之創立，尤其在歐陸法系之諸國如此。蓋薩氏所主張之內外法律平等原則，吾人認爲於適用法律之際，不能豫以內外法爲價值上之評論，應依法律關係之性質定之，此固較衛希他諸人之說爲極透闢者。然進而主張法官有適用外國法之義務，則有誤，至少亦有語病。何言乎「誤」？薩氏於原則外，承認在兩例外中，無論如何絕對不適用外國法；旣爲「義務」，自不應再顧慮內國之道德與公安等問題，及重視內國否認外國法場合之一點。此薩氏主張之矛盾處，亦卽國際私法之非國際法處。何言乎「病」？如必欲以義務爲言，亦只限於依法律關係之性質，

定其準據法時，倘爲外國法，法官卽對之而有適用之義務，此與對內國法之義務相等，其義務之對象係向內國而負。非向外國法之自身而負。苟向外國法之自身而負，則與內國法併合而言時，內外法律固無優劣之分，但在此一場合，以適用外國法爲對國際交通上之義務，是顯視外國法優於內國法，不其與內外法律同等之原則相反乎？薩氏之爲此言也，卽以『義務』解之。仍有不甚分明之弊。

雖然，薩氏之討論此一問題，實係繼衛希他之後而起。固曾明言，『內國之立法者，關於法律之衝突問題，設有特別規定時，裁判官自當絕對服從；然使各國皆無此規定，卽有，亦但規定一二原則……』卽不能不求所以適用法律之準據矣。是薩氏不啻謂內國法律未有規定時，與其如衛希他之主張適用內國法，無甯認內外法律同等，而依法律關係的本據定之。然則薩氏立說之本意，固未嘗於法律適用之上而唱內外法同等也（圖表五十一）。況當薩氏之時，各國國際私法之立法確未完備，多任裁判官之自由適用，於國際私法之爲國內法之性質，尙無充分的證據，此亦難怪薩氏學說中之有矛盾處，後之學者不察，變本加厲，廣薩氏國

際法主義之主張，如僅研究國際私法之理想所在，尙無不可，乃用以解釋國際私法之現有實質，此更大誤而特誤者也。

『圖表五十一』薩焚宜的『內外法律同等說』之原意與誤解圖

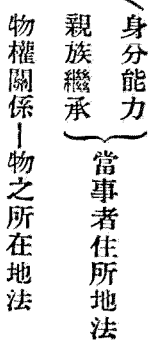


次再就薩氏之法律關係的本據說觀之：此說諸薛夫那之法律關係的發生地說爲進步，得列爲國際私法之原則；顧於原則之適用上，仍不免有難達其說之憾。蓋法律關係的發生地云者，僅說明某法律關係之應適用何法，卽以其法律關係發生於某一地而定；但何以知其如此，不可答也。法律關係本據說卽在補此缺陷，而答以適用某法者，乃根據法律關係之性質，

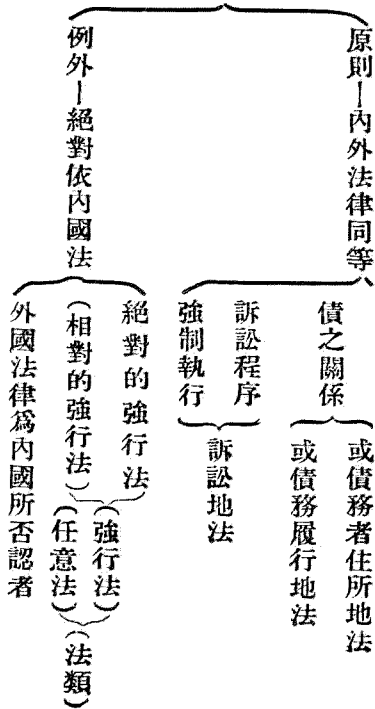
以其地之法律爲此項法律關係之所據以成立耳。故薩氏對於國際私法適用的原則之研究，一言以備之曰，定如何之法律關係爲如何之本據是也。

雖然，法律關係的本據說固大體無誤，如細究之，依然不免於循環論法之失。因既謂依法律關係之性質，定其所當依之法律，但所謂法律關係者，究依何法律而定之，不明乎此，則甚果爲法律關係與否，亦不可得而知也。國際私法上所欲解釋之問題，其首端卽爲應依如何法律而定其法律關係，故當決定此問題之際，自不得以法律關係之本據爲說也。況卽以本據爲言，亦有或種法律關係，其本據並不在於一地，如雙務契約之場合，雙方皆有債務，並各有其住所，則將何所據而定之耶？此又薩氏學說之有待於補充者。

『圖表五十二』薩氏宜之法律關係的本據說表（法律分類表附）



法律關係之本據



(丁)巴爾之事物性質說 巴爾(Bair)為薩焚宜學說之補充者，於一八六九年出書，雖於國際私法之原則上，及國際私法為國際法之主張上，多祖述薩氏，惟關於各種準據法則之決定，則不以法律關係之本據說為然。巴氏主張應根據國際內外交通之必要，研究各種法律關係之事實；然後依其事物自然之性質，而斟酌其所常準據之法則。易詞以言，當以人之國籍居住所，物之所在地，及法庭之所在地為研究之基礎，即依此等事實，以定事物之性質上究

當依何法律支配之焉。例如關於身分能力，薩氏以當事人之住所地爲其法律關係之本據，從而用住所地法；巴氏從事物性質上研究，身分能力之規定，實以其所屬之國之法則，最適宜於其人之遵守，故直改爲用本國法，又如債之關係，巴氏改爲應從當事人自由意思決之，倘不明時則從債權者意思決之，其說今尙行於德國，亦與薩氏不同。至於物權因尊重領土主權故，與薩氏同主張應依物之所在地法，然結果雖同，理由則異也。

自巴氏之學說出，薩氏之缺陷乃補；而巴氏著作亦多譯爲外國文字，流行甚廣，故與薩氏同在國際私法學壇上，有相當之地位。雖然，巴氏固一『國際法主義』者，吾人雖咎其誤解國際私法之性質，而對於其衝突規則本體之研究，則亦許其有相當之價值，爲吾人所願承襲者。

(三) 具有創作色彩的新意國學派

國際私法學本創意大利學派，傳之於法荷比德英美等國，幾經變遷，至十九世前後，

而法德諸國對向之學說首起反響。於是此學問發源地之意大利亦不甘人後，繼新德國學派唱『本國法主義』，是爲新意大利學派。此派以本國法之適用爲國際私法上之根本原則，恰與荷比學派所唱之屬地主義立於反對地位，乃其特點。同時並主張一國之法律，本無所謂人法物法之分，不過立法者，參酌其國人民之風俗習慣需要環境等事，而爲民創設之耳。故人民卽有遠徙，倘不失其國籍，內國法律亦必隨其後以保護之。反之，一國對於外僑間之法律衝突問題，除有違反內國公共秩序者外，卽不能拒絕適用外國法；此不特說明所以主張本國法主義之理由，並其地所創之法則區別說亦連帶而攻擊之矣。

新意大利派成立後，比法學者卽有人繼承之。其在法國，除襲新意大利派之學說外，尙有其歷史上之原因，故其結果頗佳。吾人知在十八世紀，法之希伯爾等研究法則區別說，卽偏重於屬人法；其國編纂民法時，又以從來屬人法之爲住所地法者，易爲本國法；此不啻爲輸入新意大利學派所預設之大道，遂成立所謂近世意法屬人主義之學派，而法國法系一名亦由是出。茲再將新意大利學派分兩段述之：

(甲)新意國學派之代表 新意國學派既爲意大利學者所創，而爲比利時法蘭西學者所宗，故爲明瞭其學說之內容起見，姑就三國中各擇一人以述：

首應述者，爲意大利之瑪志尼 (Mazzini)。瑪志尼爲首唱本國法主義者，而以一八五一年所發表之民族主義說，作本國法主義之唯一基礎。緣當時意大利尙未統一，瑪氏原欲以民族主義，使意大利民族有國際公法上所承認之地位。然其用意，在政理論上固屬正當，在法理論上以國際公法之主體唯限於國家，意大利民族既未取得統一國家之地位，卽不能享受國際公法上之權利，其計劃遂歸失敗。於是轉而用爲國際私法學方面之探討，始獲效果。蓋謂國家之成必應以同一國民性之民族爲基礎，今同一民族而分爲數國，乃極不合理之事，故須統一之，共建其國也。夫國際法上列國所以相對立之原因，此實由於同一國民性的民族間相對立故耳。因之，同一民族之法律，無論其人移至何地，皆不可不依其民族固有之法律；向之以住所等偶然之事實爲屬人法，實誤也。此本國法主義之屬人法，時亦應受限制，惟限於有關一國公益之特別例外時耳。

次應述者，爲比利時之羅蘭 (Laurent)。羅蘭於一八八〇年著國際民法論，其中有本國法主義之論題，力附瑪氏之說。謂國籍與人格不可相離，今既認外國人之人格，則關於規定當事人的人格之『本國法』，亦應認之；否則外國人被認之人格亦等諸空言矣。

再應述者，爲法蘭巴黎大學教授之威而士。威而士認爲本國法所以爲國際私法之唯一原則者，因凡關於私益之法律，皆以個人之便利爲目的；此法律既爲支配爲其目的之人，則其人無論至於何地，均應依其本國法支配之。其原則僅於所謂國際公安，及場所支配行爲之場合，及須依當事者自由意思之限制等。設以例外，他之事項皆不可不適用本國法也。

(乙) 新意國學派之批評 此派以『本國法』爲國際私法之唯一原則，其他均屬之例外，不特在學理上有誤，抑且與實際情形不合。蓋屬人法之本國法，不過國際私法原則之一，他如依當事者自由意思之準則，場所支配行爲之準則，何莫非與屬人法之原則相對峙，另自成爲一獨立之原則。苟根本不承認此諸種準則之存在，而返於種族法時代之情形，則本國法自可爲唯一之原則。今於事實上又不能否認之，則其爲屬人法外之另一原則可知，縱以例外爲

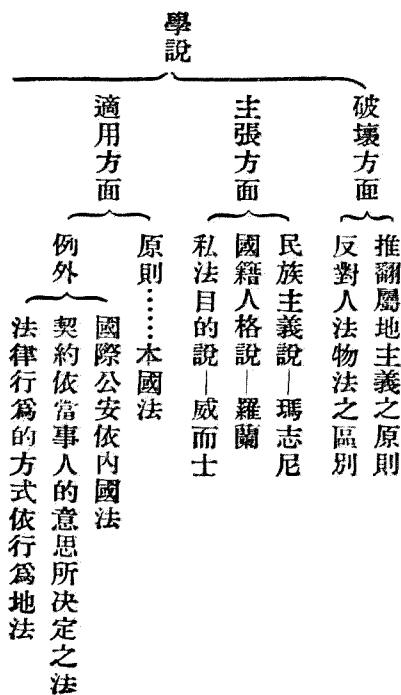
言，恐結果屬人法亦不免有視爲他原則之例外之嫌。各爲原則，互爲例外，自不能以某法獨爲原則，他法皆某法之例外也。

又如關於國際公安之準則，實與薩焚宜之絕對的強行法之限制同；故卽不承認其爲一原則而爲一例外，但此例外亦非僅屬人法之例外也。蓋遇國際公安之必要，須採用內國法之際，非特屬人法在此場合失其效力，卽如依當事者自由意思之原則，場所支配行爲之原則，同亦不能維持，是實對於一切國際私法之原則而爲例外者。夫既爲一切原則之例外，而又有所以得爲例外之理由，不啻又爲一獨立之原則矣。此新意國學派在學理上之誤。

且卽以意法諸國之法律言之，屬人法惟適用於身分能力之法律關係，其他法律關係，有依行爲地法者，有依所在地法者，有依訴訟地法者，各有應依之理由在，並非如其學者所主張之『例外』視之也。況對於屬人法之適用，範圍雖較英美爲廣，甚至德日對之亦覺其狹，然亦非因其爲當事人之本國法，當然可行於內國；不過仍因身分能力等之事物性質，以依其本國法爲正當，乃作爲一原則而用之耳。此新意國學派在實例上之反。

雖然，自有此說出，屬人法之一原則，在國際私法上可謂得其鞏固之地位；而各國之編纂法典，向之以住所地法為屬人法者，及偶然採用本國法者，至是皆以本國法為定則，均改遵之；未始非其功也。

『圖表五十三』新意國學派之學說表



〔影響方面〕 法國法系之成立
住所地法之變化

(四) 具有保守色彩之新英美學派

英美學者對於國際私法學之研究，遠不如歐陸學者之進展。自荷比學派之國際禮讓說輸入後，始以適用外國法爲出於國際上之好意，其中以美國斯托立爲最主張者。顧卽如是，英美方面乃漸趨重於此學問之研究，雖與大陸各派之立場不同，要不失爲改變國際禮讓說之前因。自薩焚宜之書行世，英美學者遂大受其影響，將國際禮讓說加以新的解釋；同時衛斯磊克及戴色等，更致力於此學問之根本研究。惜英人保守性成，其說皆歐陸學者所遺棄者，英人撫拾之以爲說，蓋始終不忘屬地主義之原則，美國亦隨而倣之，此其所以獨成立其英美法系也。茲分段述之：

(甲) 新國際禮讓說 根據國際禮讓說之結果，國際私法學本不易有深刻之研究，於是學

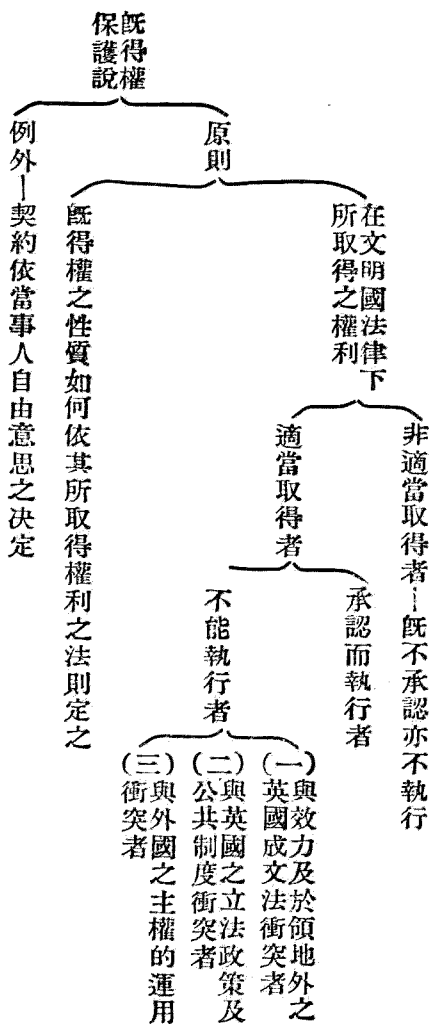
者遂趨重於實際方面，認爲國際私法問題，以解決裁判管轄問題爲主，法律衝突問題次之。即首先研究外國人或在外國所爲之法律關係，在如何狀態下，英國法庭始有管轄權。此一問題決定後，再進而探求其以何法爲其目的。故當時英美之國際私法學，一言以備之曰，就各個之法律關係說明以上之兩問題，卽爲已足。殆薩焚宜之說輸入後，學說爲之一變，漸傾向於國際私法學之根本研究，卽素所遵守之國際禮讓說，亦另加新義。謂國際禮讓云者，非指法官對於外國法之適用，可以自由取舍，而爲好意之表示；乃基於正義公理之要求，立法政策之必然，不得不用外國法，以完成國際禮讓耳。

(乙) 既得權保護說 此戴色之主張也。謂當法律衝突之際，果從何國之法律，除一二例外，常依其始所取得權利之法律定之。於是戴色認爲國際私法之大原則共有六種，其中兩則係關於裁判管轄者，餘皆關於法律選擇者。在法律選擇方面，戴色首主張：凡在文明國法律下，所適當取得之權利，英國法庭皆當承認，且一般皆執行之；惟非適當取得者則否。但雖爲適當取得，英國法庭固亦應承認之，若執行有礙，則亦不能執行。詳言之，或則因其執行

，係與「效力及於領地外」之英國成文法的規定相衝突者；或則因其執行，係與英國立法政策及公共制度之維持有衝突者；或則因其執行，係與外國主權之存在有衝突者；均不執行之。例如外國人之宣告失蹤，雖其國許有死亡之推定，應與之承認；但果因承認而執行之，則不特使當事人喪失其人格，且因此種處置，爲其所屬之國，對於其所乘之特權，更不免有侵害其權力之嫌，故只承認而不能執行也。至於在某國法律下所取得之權利的性質如何，戴氏主張即依其取得權利之法律定之。同時戴氏又認爲雖原則上以既得權的保護，爲適用法律之標準，但仍有一例外，即關於法律行爲之效果如何，依當事者之意思而定其所服從之法律之場合，則依其所豫採之法律定之是也。

按既得權保護說，新德國學派之初期已有人主張之，戴氏摭拾舊說，以立論據，雖較詳密，終無由解循環論法之譏。蓋以既得權所在之法律，爲決定法律適用之根據，但依何法律而知其爲既得權，更依何法律而定其爲既得權，終未與以說明，是仍爲題外之文章耳。

『圖表五十四』戴色之既得權保護說略表



第十四章 國際私法學之輓近

國際私法學之在今日，因各國學說之沿革不同，發展有異，遂演成三大法系之鼎立。英、美等國於十八世紀，始襲荷比之國際禮讓說，將國際私法作為習慣法之一部而研究之。其後

雖受歐陸改革之影響，終不願徹底變更，而搖動其歷來之根本觀念——屬地主義，遂膺英、美、法系之名。德、奧等國於十九世紀，以反對國際禮讓主義而在國際私法學界放一異彩，復經薩焚宜、巴爾等爲學理上積極之建設，創立各種對等之原則，遂膺德、國、法系之名。法、意等國於十八世紀，國法之法則區別說已偏於屬人法之主張，殆十九世紀，新意國學派更大唱本國法主義，以爲國際私法之唯一原則。遂膺法、國、法系之名。其實德國法系與法國法系所不同者，僅在屬人法之適用，略有狹廣之分，其他則相同者甚多，故亦有人合而稱之曰歐陸法系，以與英美法系相對立。

此兩大法系之異點，舉其要者而言，共有四端：第一，爲研究方法之差異，歐陸法系之學者多採理論的研究法，重於國際私法學理之探討，及其原則之批評；英美法系之學者，多採成法的研究法，重於國際私法事實之推求，及其判例之解釋。詳第一編，不繁贅。第二，爲性質認識之差異，歐陸法系之學者多爲國際法主義派，以國際私法爲國際法之一部，其中尤以法國法系爲甚；英美法系之學者多爲國內法主義派，以國際私法爲國內之法律，而與國

際法無關。某系理由特長，或各有缺憾，詳見第二編。第三，爲原則適用之差異，歐陸法系之學者多爲國際禮讓主義之反對派，故對於屬地法之原則，祇主張限於與立國基礎及其公安上有關者，始適用之；英美法系之學者多爲國際禮讓主義之改良派，故適用屬地法之範圍爲廣，不特物之法律關係如此，卽法律行爲自體，亦皆主張以行爲地之法律定之。詳見後各論中，茲從略。第四，爲法則解料之差異，歐陸法系之學者，昔固多以住所地法爲屬人法，今則概主張本國法；英美法系之學者，則沿住所地法爲屬人法之舊，迄今依然。此固由於英之屬地甚多，而各異法；美之國爲聯邦，不同其制，遂以住所地法較本國法之採用爲便；實際亦因住所地法較本國法適用內國法之機會多，仍爲屬地主義之所致耳。

國際私法之學說及立法，既已構成此兩大法系之對峙，或三種法系之鼎立，可謂暫告一段落矣。輒近學者立說，不過追述前人之意旨，濶色舊儒之主張，尙未聞有能脫離此已立之各系，而獨樹一幟者。免強求之，惟有就其說明方法方面，取其新穎者而已！姑舉二人，以例其餘：

(一) 法儒披庵之法律目的性質論

披庵 (Pillie) 以『適合法律之目的』一辭，爲解決法律衝突問題之扼要語。欲知法律目的之如何，當先知法律性質之如何；而法律性質則因從來所謂之屬人法及屬地法而異之也。故披氏首對此屬地法及屬人法之成語，加以闡明。謂屬地法云者，不外指此項法律在其積極方面，於領土以內有完全之效力，凡領土內之人民皆應服從之；在其消極方面，亦不能擴張其效力於領土以外。屬人法則反是，不特在領土以內支配其人民，並可追隨其人民於領土以外，使其繼續遵守之；此固向之所熟知也。但即因是而各有其所含之性質矣。屬地法僅有普通之適用性，亦可謂爲法律之固有性；屬人法則有連續之適用性，亦可謂爲法律之涉外性。此兩性質在國內之法律關係上，各發展其作用而不衝突，實際上亦無庸爲此種區別。但就國際之法律衝突問題言，因其起於一國法律之國內的效力，與他國法律之國外的目的兩不相容之故，而謀有以解決之，則法律兩種性質之分別，實屬必要。蓋在此場合，兩性質即發生衝突

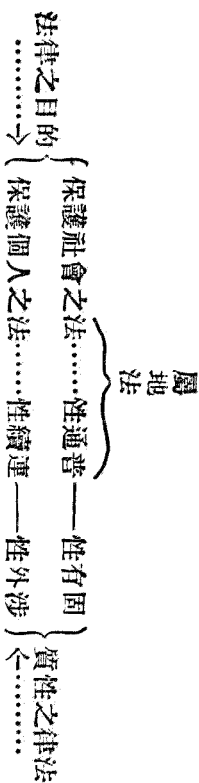
問題，主張外國法律之連續性，必妨害內國法律之普通性；維持內國法律之普通性，必拒絕外國法律之連續性。兩不並立，必去其一；而取舍之標準，即以適合法律之目的而定之也。

屬地法既具有普通適用性質，其在法律目的方面，必可達保護社會一般利益之目的；屬人法既具有連續適用性質，在其法律目的方面，必可達保護各個私人利益之目的。故遇有法律衝突問題發生之際，如需要保護社會之法，自應以屬地法為其適用；如需要保護個人之法，自應以屬人法為其適用；然後再依屬地法或屬人法，分別適用為其據準之實質法焉。故披氏之法律目的如何適合之準則，不啻為國際私法的原則之原則，必決定此一大原則，其他各原則始自其中出也。

按披氏之說，表面上固極新穎，實則仍係自薩焚宜巴爾之主張改變而來。薩氏謂法律衝突問題之解決，須按照各種法律關係之特別性質，求其應從屬之法域；巴氏謂法律衝突問題之研究，須按照事物自然之性質，求其應準據之法律；與披氏同係就或種性質上而為此學問

研究之綱領耳。所不同者，薩氏泛就整個的法律關係言，巴氏特就發生法律關係之事物言，披氏則就法律之本身言而已。有人批評披氏學說，稱其僅將國際私法問題，改變外觀，並未如何更進一步之說明，殆即以是而云也。抑又有言者，披氏之此種設論，如用之於實際，恐尤遜於薩氏等之主張。因保護社會之法貴有法律之普通性，保護個人之法貴有法律之連續性，斯誠然矣。但何種法律究為保護社會而設，何種法律究為保護個人而設，殊不易辯明。屬地法不必完全與保護個人無關，屬人法亦不必完全與保護社會相反，此亦其說之弱點是在。

『圖表五十五』披庵之『法律目的性質說』表



國
人
法

(二) 德儒基得爾曼之超國家的國際私法論

在國際公法學者中，曾有人分國際公法為普通國際法與特別國際法，或純理國際法與實用國際法兩種；所謂普通，所謂純理，皆偏於統一的原則之說明，擬以為特別或實用的國際法之是宗也。基得爾曼(Zitelmann)之研究國際私法，即襲用此種方法，分國際私法為兩種，一為超國家的國際私法，實即普通的純理的國際私法；一為國內國際私法，實即特別的實用的國際私法。此超國家的國際私法如何而成立？應有如何之原則？當如何適用之？茲依基氏之意分述於下：

(甲) 超國家的國際私法之構成 基氏以『就各種權利，分別定其應適用之法律』一義，為研究國際私法之中心論點。故其說明超國家的國際私法，亦以此為開始之論。氏謂國際私法

上之問題，雖感複雜，但歸併之，不外應適用某國法律，於某種法律關係之問題而已。其實即當事人能否向相對人主張其權利之問題耳。例如甲當事人負有債務，為債權者起訴，此際決定是否適用債務者之本國法，不外債務者能否主張『在其本國法上所授與債務保護之權利』之問題是也。然『權利』一語，並非廣義上認為『生而賦得』，通常皆認為根據法律而存在，由法律而產生；則權利者，實由國家所授與法律上之效力，而使當事人得以主張之。既為國家於立法中所授與，則亦有奪回之權甚明，一予一奪皆出自國家耳。但此情形欲行之於國際間，似有不便；而國際私法之問題却為予奪當事人的權利之問題，何以對於外國人之為當事人，內國亦有此予奪之權？故欲在國際間，猶能貫徹此權，則非在國際法上承認其法律之效力不可。故國際私法實具有國際法之性質，不過以現所存在而實用之國際私法，稱為國內國際私法，至國際私法之本體，則專為決定國際間當事人權利之予奪問題，不能限於一國家內，是即所謂超國家的國際私法。

(乙)超國家的國際私法之原則 關於國際私法上之當然而普遍適用之原則，即超國家的

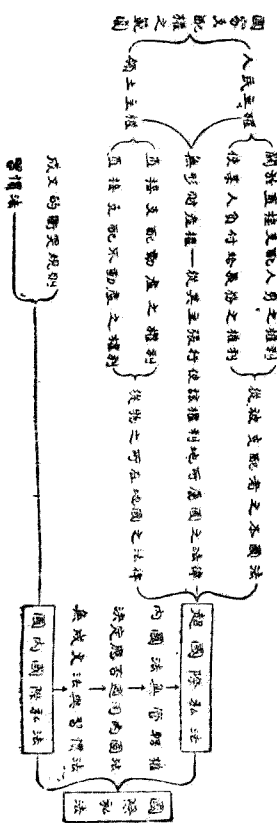
國際私法中所討論者。此原則之制定，不外以根據各種權利，分別定其應適用之法律為基礎。基氏認為共有三種：其一為關於直接支配人身之權利等，應從被支配者之本國法。蓋國際法上承認一國的人民主權之作用，內國之人民無論至何國，皆有服從內國主權之義務，亦即其人民有受本國法保護之權利；故國際私法之實際立法，自應依之而定屬人法之界限。其二為關於直接支配動產或不動產之權利，應從其物所在地之領土隸屬國之法律。蓋國際法上並承認一國的領土主權之作用，在內國領土以內，不許他國主權之行使，今關於物之權利既由所在地國之法律而定，他國即不能越俎而代謀之；故國際私法之實際立法，自亦應依之而定屬地法之界限。其三為關於不屬於以上兩種之權利，應從其主張行使該權利時領土隸屬國之法律。基氏對此，蓋指無形財產權，如專買權著作權等事而言；依其意，當然應歸於其權利所以成立的法律，為其適用之法律。實際立法亦宜依之而定此項法則之界限。總之，基氏認為『權利之為國際所承認』，乃國際私法問題之要義；而欲其如此，更必以主宰權利之國家支配權，允為國際所承認為其先決條件。故國際私法上之原則，實不啻自國家支配權之原則演

釋而出，基氏所述三原則之創立，其基礎卽在於此。因之又有人稱基氏之說爲「國家支配權之界限論。」

(丙)超國家的國際私法之實用 在今日，欲將超國家的國際私法之原則用之於一切國家，使其皆依之而適用法律，基氏固知其不可能也。於是主張此超國家的國際私法，處於爲國內國際私法的補充法之地位。蓋當法律衝突問題發生之際，首宜依國內國際私法取決之；卽國內已有成文的衝突規則或習慣法之存在，法官自須遵守其條規是也。倘無此等規定之可據，卽是國內國際私法之不完全，則須進一步決定應否適用內國法。此之標準，惟依國家所默認自己之立法的支配權，所應有之界限而定；而國家支配權之範圍則又本諸國際法之是定也。於此，超國家的國際私法卽發展其作用矣。詳言之，法官根據國際法之原則，探求國家對於支配權界限之默認意思，遇有某種法律關係，倘國內法有其管轄權者，則適用內國法；無之者，則依超國家的國際私法中之原則，適用相當之外國法。故在實用上，超國家的國際私法不過爲國內國際私法之補充的適用規則，爲其後備者而已。

按基得爾曼之超國家的國際私法論，雖其目的在將國際私法置之於國際法之範圍內，並以之而創設一「統一的國際私法」；但此不過其法律哲學上之見解，未足以搖動現實的國際私法之基礎也。即基氏亦不否認所謂國內國際私法之存在，更在實用上僅以超國家的國際私法為其補充法，則知其主張非即用以解決現實問題也。且據實言之，所謂超國家的國際私法，實亦不成其為法，無非關於國際私法的根本原則之一種說明而已。縱各國之實際立法與規則適用，皆依基氏所示之三原則而定，仍不外為國際私法的淵源之性質，非即是國際私法之自

『圖表五十六』基得爾曼之學說表



體。故超國家的國際私法云者，不過基氏根據自己哲學上之特殊見解，欲以自擬之原則統轄一切，遂定之爲法，豈真有是法哉？未之敢信！

『圖表五十七』國際私法學之變遷總表

