

孫君志英



國際私法商事編

(一名國際商事法論)

于友



上海圖書館藏書

社會科學叢書

陳願遠著

國際私法商事編

一名國際商事法論



上海民智書局發行



270226

作者白：

愚既有國際私法總論之作，並有國際私法本論之續，於國際私法之通常領域上，自可告一段落。然學問並無止境，人事日有推進，以言材料，愈搜集必愈多，以言理法，愈分析必愈詳；爲引宏著之來，曷敢自懶，雖有一得之私，未可藏拙；此又國際商事法論之所以補及，藉作同治斯學者前站一小卒而已！爲將校之前站，似應代負文告之責；處小卒之地位，當必有其聲明之點：用師此意，敢有云焉。

將何以『代負文告之責』？僅依管見所及者，擇要先爲提出，爲義共有四端：

(一)就商事問題之地位上言，國際商事法論之補，爲不容已也。民商分立，學者非議，民商合一，我國所採，似不應再有國際商事法論矣。顧民商合一，不過民商法典合一，非即民事商事之不分也。英國法民商不分，學者間猶有商法之論；瑞士法民商不分，學者間亦有國際商法之作：吾人非編纂法典，而爲敘述事實，研究法理，自不應膠柱鼓瑟，受其限制。况如公司，票據，海商，保險等法，卽在我國，仍認爲民法法典外之特別法乎？故商法雖無何等特殊理由，得別於民法而獨立；但關於商事上之特殊規則，爲民法所未能盡，或不能盡者，別於民事法而特殊研究之，乃當然應有之事也。

(二)就商事法則之性質上言，國際商事法論之補，爲不容已也。吾人知國際私法之內容，通常多以國際民事法爲主；適用法則之條款，各國亦惟國際民事法是限；但於實際之適用上，不免有時而窮，莫

可準據。蓋國際商事法，往往構成特殊之理論，其適用法律並不必皆與一般之適用條款，處處爲同。試觀各國對於國際商事之法律適用，其準則固亦偶於適用法則中，規定一二，然大部分，或則規定於有關商事之實體法中，或則規定於有關商事之施行法中；縱或不然，亦多根據判例，或習慣，或法理以處理之；可知其然；夫一般適用法則之內容，既不能概括一切商事法而有之，吾人進而求其適用之法則，更所當然！

(一)就商事發展之實際上言，國際商事法論之補，爲不容已也。國際往來，以貿易爲要，涉外爭議，以商事爲常；故在適用法律上，較民事關係所引起之問題，實爲複雜。況在今日，商不限於個人，且由合夥進而爲公司，又進而爲客特耳；事不限於一端，既於海商之外有陸商，並於其外有空商；在在皆足發生涉外的法律關係。他如國際票據，國際保險，充分具有涉外色彩者，更無論矣。一國之立法者，必如何而爲重要之創制，乃可使人民與外商爲買賣而無害，一國之司法者，必如何而爲公正之審判，乃可使人民與外商爲貿易而各便，固不能對國際商事法有所漠視；即從事商業者之人民，仍應豫知國際商事方面所應準據之法律，乃可不受外商之巧取，免於正當利益之犧牲。此種需要所在，自非補以國際商事法論，無由應之。

(二)就商事公約之存在上言，國際商事法論之補，爲不容已也。國際商事法之敘述，對於民事法尚有一特殊之點，即國際間各種商事統一法規是。民事法方面誠不乏其例，然因商事方面需要統一法規甚

般，故關於其統一運動之會議，統一公約之產生，如雨後春筍，日有發展！果統一運動而真成功，統一公約而皆生效，則各國法律上之衝突，必可減免，故其趨勢要未可輕視焉。即在今日，各公約中，更嘗有適用條款之規定，於實質法之未能統一以前，先謀國際私法之統一，亦爲吾人所不可忽者。故吾人於研究商事之準據法外，商事法之統一問題同爲必要，此又爲國際商事法論有待補及之一因。

將何以『有其聲明之點』？僅就其犖犖大者，擇要報告，爲說亦有四項：

(一)就研究之範圍上言：國際商事法雖別於國際民事法而研究之，不過以前者視爲後者之特別法之故而已！非謂營商業者守此特別法，即與民事法無何關係；不然，則商人成一特殊階級，亦有反於吾人特別論及國際商事法之本意也。故營商業者，於普通事項含有涉外的原素時，仍應注意民事法之適用；即係確爲商事，而國際商事法方面未論及者，一律從民事法之準則，更無待言。反之，國際商事法論固應以商事法之適用爲主，但亦有涉及民事法之點，如民事公司問題，民事票據法問題皆是。此非爲例不純，要係因便而設，且所涉及之民事法，或可準用商事之準據法，或與商事有相當之連絡，亦非絕無關係而可含棄者也。

(二)就編述之體例上言：民商分立之國，雖有商法法典，而體例龐雜，莫供吾人參考；且吾人非編纂法典，更不必受其拘束。故爲敘述之便利，及事理之當然，分編爲五，列章二十有二。第一編，國際商事法泛論云者，就商人，商業，商事(舊之商行爲大部分)三端而首論之，所以提其綱也。第二編，公

司法適用論云者，就其國籍，住所，設立，支店，能力等事而概論之，所以誌其要也。第三編，票據法適用論云者，以民事票據法，票據關係法，票據行使法，特種票據法四項並列，所以詳其事也。第四編，海空法適用論云者，於海船之國籍與資格，物權與債權而外，兼及空船之種種，俾空商在國際私法上有其相當地位，所以備其類也。第五編，保險法適用論云者，於陸上保險外，並將海上保險，空中保險併入之，所以齊其論也。至若每種商事法之統一運動，基本衝突，與夫其準據法之勢力比較以及如何而為準據法之實際的適用；則於各編中，標有『總綱』，列為章首，又所以分別綜其說也。例之所關，不敢不告，是否得當，有待指正！

(二)就材料之採取上言：因有法律衝突之事項，始有法律適用之可言；此各種法律關係之衝突點，不能不於比較商事法中，擇取其要端而特述之也。因達法律適用之目的，必先審判管轄之決定；此在別於通常訴訟程序時，不能不於國際訴訟法中，提出其大綱而先及之也。『圖』，所以解繁雜之法理；『表』，所以省複雜之說明；此又愚於本作中，附有圖表共七十有三之微意也。至於材料之應詳而難盡詳者，有如空運事業及國際客特耳兩種：空運事業為國際間之新興起者，法律之如何適用，日感切要；國際客特耳為公司之擴大組織者，法律之如何支配，益感複雜。無如各國法律，或則尚無何等完備規定，或則並無確定之準據法可守；國內法家雖早注目，其法案依然多在進行之中，國際學者雖嘗聚談，其結果仍然難有一定之論。愚之對此諸事固有論列，但欲盡量取材為用，則惟有靜待事實之發展，一切期諸

將來而已！

(一)就發刊之豫備上言：古人著書立說，輕不發表，自可有從容之時間，爲慎密之推敲，一字褒貶，皆有遜色。蓋其書在傳世，藏名山而待其人；說在立名，歷羣倫而成其私，皆非可語於今也。今世，學問非間暇階級之獨占品，一作之人而發刊之，雖作者須負責任，但目的所在，不過供世人共同研究之資，未可卽以之爲定論，而憚於他人之批評。况愚小卒，意在冲鋒，本作雖經時一載而成，較之古人所費時間，不免於急就之誚：其中錯誤或所難免，除自己有所發現時，於再版補正外，尤望海內賢達不吝指教爲幸！

民國二十三年，七月，二十日，於金陵龔家橋金陽里三號雙晴書屋

陳願遠

國際商事法論

國際商事法論目錄

第一編 國際商事法泛論

第一章 總綱

- (一) 商事法適用之性質……………一
- (甲) 商事法適用論之地位……………二
- (乙) 商事法適用論之界限……………五
- (二) 商事法適用之原則……………六
- (甲) 關於商人平等主義之原則……………六
- (乙) 關於商習慣法適用之原則……………八
- (丙) 關於內國公安維持之原則……………九
- (三) 商事法適用之內容……………一〇
- (甲) 關於自由選擇法之適用問題……………一一
- (乙) 關於行爲地法之適用問題……………一三

(丙)關於其他準據法之適用問題……………一四

第二章 商人……………一七

(一)商人之資格……………一七

(甲)關於商人資格之法律問題……………一七

(乙)關於商人資格之法律衝突……………一九

(丙)關於商人資格之法律適用……………二三

(二)商事之能力……………二七

(甲)關於商事能力之法律衝突……………二八

(乙)關於商事能力之法律適用……………三一

第三章 商業……………四一

(一)商業登記……………四一

(甲)商業登記之法律衝突……………四二

(乙)商業登記之法律適用……………四三

- (二) 商號選用.....四五
- (甲) 商號問題之法律衝突.....四六
- (乙) 商號問題之法律適用.....四八
- (三) 商標問題.....五四
- (甲) 商標問題之法律衝突.....五五
- (乙) 商標問題之法律適用.....五九
- (四) 商業帳簿.....六二
- (甲) 商業帳簿之法律衝突.....六二
- (乙) 商業帳簿之法律適用.....六三
- (五) 商業使用人.....六四
- (甲) 商業使用人之法律衝突.....六四
- (乙) 商業使用人之法律適用.....六七
- (六) 代理商.....六八
- (甲) 代理商之法律衝突.....六八
- (乙) 代理商之法律適用.....七一

第四章 商事.....七二

(一) 商事買賣.....七三

(甲) 關於買賣契約者.....七四

(乙) 關於買賣效力者.....七五

(丙) 關於買賣救濟者.....七七

(二) 交易所營業.....七八

(甲) 關於交易所之涉外問題者.....七九

(乙) 關於交易所之買賣契約者.....八〇

(丙) 關於交易所之差金交易者.....八一

(三) 銀行交易.....八六

(甲) 關於銀行之基本問題者.....八七

(乙) 關於銀行之寄託關係者.....八八

(四) 行紀與承攬運送.....八八

(甲) 關於行紀之法律關係者.....八九

(乙)關於承攬運送之關係者·····	九一
(五)運送營業·····	九二
(甲)關於一般運送者·····	九五
(乙)關於鐵道運送者·····	九八
(丙)關於內河運送者·····	一〇三
(六)無記名證券·····	一〇四
(甲)關於無記名證券之本體問題者·····	一〇五
(乙)關於無記各證券之喪失問題者·····	一〇八
(丙)關於無記名證券之買賣問題者·····	一一一
(七)商事上之不法行為·····	一一四
(甲)關於責任能力之準據法者·····	一一五
(乙)關於行為自體之準據法者·····	一一六
(丙)關於損害賠償之準據法者·····	一一八

第二編 公司法適用論·····一一九

第五章 總綱……………一一九

(一)公司之意義……………一二〇

(甲)關於公司意義之法律衝突者……………一二〇

(乙)關於公司意義之法律適用者……………一二一

(二)公司之性質……………一二五

(甲)關於公司性質之法律衝突者……………一二五

(乙)關於公司性質之法律適用者……………一二六

(三)公司之種類……………一三一

(甲)關於公司種類之法律衝突者……………一三一

(乙)關於公司種類之法律適用者……………一三三

第六章 公司之國籍及其住所……………一四一

(一)公司之國籍問題……………一四一

(甲)關於決定公司國籍之意見者……………一四二

(乙)關於決定公司國籍之標準者·····	一四三
(二)公司之住所問題·····	一五九
(甲)住所與公司國籍之關係·····	一六〇
(乙)住所與公司本店之關係·····	一六一
(丙)住所與法律適用之關係·····	一六五
第七章 公司之設立及其支店·····	一六六
(一)公司之設立·····	一六七
(甲)增加公司設立條件之原因·····	一六七
(乙)增加公司設立條件之方法·····	一七一
(二)公司之支店·····	一七七
(甲)關於外國公司支店之資格問題·····	一七九
(乙)關於外國公司支店之設立問題·····	一八四
(丙)關於外國公司支店之公布問題·····	一八七
(丁)關於外國公司支店之人員問題·····	一九二

(三)公司之聯結……………一九五

(甲)關於『公司之聯結』之實質法者……………一九五

(乙)關於『公司之聯結』之準據法者……………一九七

第八章 公司之能力……………一九九

(一)公司之權利能力……………二〇〇

(甲)外國公司權利能力之來源……………二〇〇

(乙)外國公司權利能力之範圍……………二〇五

(二)公司之行為能力……………二〇八

(甲)外國公司行為能力之問題……………二〇八

(乙)外國公司行為能力之原則……………二一〇

(丙)外國公司行為能力之例外……………二一一

(三)公司之責任能力……………二一三

(甲)外國公司責任能力之問題……………二一三

(乙)外國公司責任能力之解決……………二一五

(四)公司之訴訟能力.....二一六

(甲)從權利能力上說明外國公司之訴訟能力.....二一七

(乙)從行為能力上說明外國公司之訴訟能力.....二一八

(五)公司之犯罪能力.....二二〇

(甲)關於公司自身之罰金者.....二二〇

(乙)關於公司解散之強制者.....二二一

第九章 公司之股債.....二二四

(一)關於股東之法律適用者.....二二四

(甲)為他國公司股東之法律問題.....二二五

(乙)有關於股東方面之訴訟問題.....二二六

(丙)新加入為股東者之責任問題.....二二六

(二)關於股票之法律適用者.....二二七

(甲)外國公司股票在內國之發行.....二二七

(乙)外國公司股票在內國之轉讓.....二二八

(三)關於公司債之法律適用者.....二三〇

(甲)公司債之募集.....二三〇

(乙)公司債之證券.....二三〇

第二編 票據法適用論

第十章 總綱.....二二一

(一)票據法之統一運動.....二二一

(甲)票據法統一問題之發生.....二二一

(乙)票據法統一運動之經過.....二三五

(丙)票據法統一工作之結果.....二三八

(二)票據法之涉外規定.....二四一

(甲)關於國際立法條約者.....二四一

(乙)關於國內適用規則者.....二四二

(三)票據法之適用問題.....二四四

(甲)關於票據法適用之範圍者.....二四五

(乙)關於票據法適用之法則者·····	二四九
(丙)關於票據法適用之次序者·····	二五五

第十一章 民事票據法·····二六五

(一)票據能力·····	二六六
(甲)票據能力問題之注意點·····	二六六
(乙)票據能力問題之準據法·····	二六八
(二)票據代理·····	二七四
(甲)適法代理問題·····	二七四
(乙)無權代理問題·····	二七六
(丙)無權簽名問題·····	二七七
(三)票據豫約·····	二七七
(甲)票據豫約之法律性·····	二七七
(乙)票據豫約之準據法·····	二七八
(四)票據基礎·····	二七八

(甲) 票據原因問題.....二七九

(乙) 票據資金問題.....二七九

(五) 他種問題.....二八一

(甲) 票據記載無效問題.....二八一

(乙) 票據授受效力問題.....二八二

(丙) 票據各種轉讓問題.....二八三

(丁) 票據貼現押匯問題.....二八四

(戊) 取款委任背書問題.....二八四

(己) 同一當事人間問題.....二八五

(庚) 第三人之清償問題.....二八五

(辛) 票據利得償還問題.....二八六

第十二章 票據關係法.....二八七

(一) 票據要件.....二八七

(甲) 票據行爲之私法上的要件.....二八八

(乙) 票據行爲之公法上的要件……………二〇〇

(二) 票據效力……………二〇三

(甲) 關於票據債務人之義務者……………二〇三

(乙) 關於票據權利人之義務者……………三二七

第十三章 票據行使法……………二四七

(一) 票據支付……………三四七

(甲) 關於票據付款人之付款者……………三四八

(乙) 關於票據債務人之償還者……………三五三

(二) 票據時效……………三五七

(甲) 關於票據上債權之時效問題……………三五八

(乙) 關於票據時效外之時效問題……………三六二

(三) 票據訴訟……………三六六

(甲) 關於票據強制力問題……………三六七

(乙) 關於票據執行問題……………三六七

(丙)關於票據證據問題……………三六九

(丁)關於票據滅失問題……………三六九

(戊)關於票據管轄問題……………三六九

第十四章 特種票據法……………三七一

(一)他地付票據……………三七一

(甲)他地付票據之本質問題……………三七二

(乙)他地付票據之法律適用……………三七五

(丙)他地付票據之審判管轄……………三七七

(二)市場票據……………三七八

(甲)正市場票據……………三七九

(乙)準市場票據……………三八〇

(三)支票……………三八〇

(甲)支票之要件問題……………三八一

(乙)支票之契約問題……………三八五

(丙) 支票之資金問題……………三八九

(丁) 支票之付款問題……………三九一

(戊) 支票之償還問題……………三九三

第四編 海空法適用論

第十五章 總綱……………四〇一

(一) 海商法之國際性質……………四〇二

(甲) 從沿革上說明海商法之國際性……………四〇五

(乙) 從近例上說明海商法之國際性……………四〇八

(二) 空商法之統一運動……………四一二

(甲) 從航空公法上說明空商法之統一趨勢……………四一五

(乙) 從航空私法上說明空商法之統一趨勢……………四二〇

(三) 海空法之適用問題……………四二三

(甲) 海空商法涉外的適用……………四二四

(乙)海空商法實質的適用……………四二七

第十六章 海空商船之國籍與資格……………四二〇

(一)海空商船國籍之標準……………四三一

(甲)航海船之國籍標準……………四三一

(乙)航空船之國籍標準……………四三六

(二)海空商船國籍之決定……………四三九

(甲)關於國內立法上之預防者……………四四〇

(乙)關於國際私法上之處理者……………四四四

(三)海空商船之資格問題……………四四七

(甲)關於其商業上之資格者……………四四七

(乙)關於其航行上之資格者……………四四九

(丙)關於其法律上之資格者……………四五二

第十七章 海空商船之物權與其債……………四六三

(一) 海空商船之所有權關係·····	四六四
(甲) 關於海空商船所有權之法律衝突·····	四六四
(乙) 關於海空商船所有權之法律適用·····	四六八
(二) 海空商船之抵押權關係·····	四七〇
(甲) 關於海空商船抵押權之法律衝突·····	四七〇
(乙) 關於海空商船抵押權之法律適用·····	四七二
(三) 海空商船扣押及假扣押·····	四七四
(甲) 關於此一問題之法律衝突·····	四七四
(乙) 關於此一問題之法律適用·····	四七六
(四) 海空商船優先權與租賃·····	四七七
(甲) 關於優先權及租賃權之法律衝突·····	四七七
(乙) 關於優先權及租賃權之法律適用·····	四八三
(五) 因所有權關係而有之債·····	四八五
(甲) 關於船主責任問題之法律衝突·····	四八五
(乙) 關於船主責任問題之法律適用·····	四九一

(六) 船長船員及經理人之債	四九三
(甲) 關於此類問題之法律衝突	四九四
(乙) 關於此類問題之法律適用	四九八
第十八章 海空商船之碰撞與救助	五〇一
(一) 船艇碰撞之本質問題	五〇三
(甲) 船艇碰撞之實體法	五〇三
(乙) 船艇碰撞之準據法	五〇六
(二) 船艇碰撞之管轄問題	五一八
(甲) 關於船艇碰撞之扣押者	五一八
(乙) 關於船艇碰撞之訴訟者	五一九
(三) 海難空難之救助問題	五二一
(甲) 遇難救助之實體法	五二一
(乙) 遇難救助之準據法	五二四
第十九章 海空商船之運送及海損	五二九

(一) 海上運送……………五三一

(甲) 海上運送之法律衝突……………五三三

(乙) 海上運送之法律適用……………五四〇

(二) 空中運送……………五四二

(甲) 空運契約之國際性與其準據法……………五四三

(乙) 空運契約之國內性與其準據法……………五四六

(丙) 空運契約之涉外性與其準據法……………五四八

(三) 共同海損……………五五〇

(甲) 共同海損之法律衝突……………五五二

(乙) 共同海損之法律適用……………五五六

第五編 保險法適用論

第二十章 總綱……………五五九

(一) 保險法之統一問題……………五六一

(甲) 一般保險之規定繁雜……………五六二

(乙)海上保險之統一草案……………五六三

(二)保險法之強制問題……………五六五

(甲)保險公法之強制規定……………五六五

(乙)保險私法之強制規定……………五六八

(三)保險法之適用問題……………五七〇

(甲)屬於準據法方面者……………五七〇

(乙)屬於實質法方面者……………五七〇

第二十一章 一般保險……………五七一

(一)一般保險之法律衝突……………五七一

(甲)關於保險契約之要件者……………五七一

(乙)關於保險契約之內容者……………五七四

(丙)關於保險契約之效力者……………五七六

(丁)關於保險契約之變則者……………五七九

(二)一般保險之法律適用……………五八一

(甲) 保險關係之主要的準據法	五八一
(乙) 保險關係之實用的準據法	五八三
(丙) 保險關係之特殊的準據法	五八五
(丁) 保險關係之附帶的準據法	五八七
第二十一章 特殊保險	五八七

(一) 海上保險	五八八
(甲) 海上保險之法律衝突	五八八
(乙) 海上保險之法律適用	五九一
(二) 航空保險	五九三
(甲) 航空保險中之強制法	五九三
(乙) 航空保險中之契約法	五九三

(一) 關於商之各種分類表	一六
---------------	----

圖表目次

(二)關於商爭之能力表·····	三九
(三)商業登記之各問題表·····	四四
(四)關於商號問題之內容表·····	五二
(五)行紀之法律關係圖·····	八九
(六)運送之分類表·····	九三
(七)公司意義之法律衝突及適用表·····	一二三
(八)公司與合夥之比較簡圖·····	一二九
(A)合夥圖·····	一三〇
(a)普通合夥圖·····	一三〇
(b)隱名合夥圖·····	一三〇
(B)公司圖·····	一三〇
(a)無限公司圖·····	一三〇
(b)兩合公司圖·····	一三〇
(c)股份有限公司圖·····	一三一
(d)股份兩合公司圖·····	一三一

(九)公司之純理的分類表·····	一三四
(一〇)各國立法例上公司種類之參照表·····	一三八
(一一)日本商法第二五八條之解釋表·····	一四九
(一二)決定公司國籍之各種學說及其名稱表·····	一五七
(一三)公司住所之意義表·····	一六四
(一四)內國公司之形式及實質表·····	一七七
(一五)關於外國公司支店之各問題表·····	一九四
(一六)外國公司在我國添設支店之註冊程序表·····	一九四
(一七)公司各種能力之準據法表·····	二二二
(一八)票據學說表·····	二四〇
(一九)票據法之編制表(附票據之性質表)·····	二四〇
(二〇)票據法之意義表·····	二四六
(二一)法國法上票據之關係圖·····	二四八
(二二)德國法上票據之關係圖·····	二四九
(二三)票據行為略表·····	二五三

(二四) 票據之分類表.....二五七

(二五) 票據之雛形圖.....二五九

(A) 匯票圖.....二六〇

(B) 本票圖.....二六〇

(C) 支票圖.....二六〇

(二六) 票據當事人之主要順序圖(以匯票爲例).....二六一

(二七) 票據問題中之一切關係人圖.....二六一

(A) 關於匯票之圖.....二六一

(B) 關於本票之圖.....二六三

(C) 關於支票之圖.....二六三

(二八) 對已匯票及指已匯票圖.....二六四

(A) 對已匯票圖.....二六四

(B) 指已匯票圖.....二六四

(C) 對已兼指已匯票圖.....二六五

(二九) 票據基礎關係圖.....二八一

(A)原因關係圖·····	二八一
(B)資金關係圖·····	二八一
(三〇)票據要件準據法之例外圖·····	二九七
(三一)票據要件之法律適用表·····	三〇一
(三二)執票人與票據債務人之關係圖(匯票)·····	三〇四
(三三)票據義務問題之準據法表·····	三一—
(三四)本票發票人在法律上之地位圖·····	三一四
(三五)到期後背書圖·····	三一六
(三六)背書之連續及間斷圖·····	三一七
(三七)我票據法第十三條之規定圖·····	三二〇
(三八)日商法第四三七條第二項之規定圖·····	三二一
(三九)英國法上承兌人對票據變造責任圖·····	三二二
(四〇)德國法上承兌人對票據變造責任圖·····	三二三
(四一)隱票據保證圖·····	三二四
(四二)拒絕證書作成之機關表·····	三三八

(四三)我票據法上關於通知之規定圖	三四一
(四四)票據支付之準據法表	三五六
(四五)我票據法之票據時效表	三五九
(四六)票據時效及與票據事實有關之或種時效準據法表	三六五
(四七)匯票本票支票之同異表	三九六
(四八)海法之分類表	四〇二
(A)通常之分類表	四〇三
(B)愚之分類表	四〇三
(四九)海商法之地位與性質圖	四〇四
(A)地位圖	四〇四
(B)性質圖	四〇四
(五〇)航空法之分類表	四一三
(五一)各國之主要的航空法律表	四一七
(五二)海空商事之實質地適用法律表	四二九
(五三)航海船國籍決定之標準表	四三五

(五四) 航空船國籍決定之標準表·····	四三八
(五五) 船舶在法律上之分類表·····	四五五
(五六) 船舶在事實上之分類表·····	四五六
(五七) 航空器 (Flying-Machine) 之分類表·····	四五九
(五八) 海空商船必備之文書及標誌表·····	四六一
(五九) 我海商法關於優先權之規定要點表·····	四八〇
(六〇) 海員之分類表·····	五〇〇
(六一) 船舶碰撞之雙方國旗法主義圖·····	五一二
(六二) 損害額之甲乙兩法分配圖·····	五一三
(六三) 船舶碰撞之類別表·····	五一五
(六四) 船舶碰撞之進據法表·····	五一七
(六五) 關於海難救助之進據法表·····	五二八
(六六) 關於海運之契約及種類表·····	五三二
(六七) 運費之分類表·····	五三六
(六八) 共同海損在海損中之地位表·····	五五一

(六九) 保險法之分類表	五六〇
(七〇) 保險及保險費之分類表	五六四
(七一) 人身保險之分類表	五六四
(七二) 損害保險之分類表(上)	五六四
(七三) 損害保險之分類表(下)	五六四

國際商事法論

陳顧遠著

第一編 國際商事法泛論

第一章 總綱



吾人深知使商法法典獨立於民法法典外者，不過基於沿革上承認商人爲一特殊階級，作爲其唯一之身分法而適用之耳。當今，人民在法律上之地位既爲平等，自無特爲商人立法之必要，即強作爲一特別法典，其內容亦多爲民法法典所吸收，領域日見縮小，此尤事實上所不能否認者。然則在國際私法方面，雖因其他種種之見地，不能不於民法法適用論外，以商事法適用論爲續，但欲根據所謂商法典之體例，依次述及商事法之適用，則亦甚感困難。蓋在英，美，瑞士，蘇俄，暹羅，土耳其及我國，根本無商法法典，已難取藉；即在有商法法典之國，如日本則分爲總則，會社（即公司），商行爲，手形（即票據），海商五編；如德國則分爲商人之身分，商事公司及隱名合夥，商行爲三編；如法國則分爲總則（公司商行爲皆在其內），海商，破產，商事裁判所四編；內容既無一定之標準，體例莫助吾人之參照，尤爲顯然。雖有『法典』，而或種商事法竟又屏除於外，雖有『總則』，往往並不能包括商事法之全體，何從何舍，頗不易定。於此，惟有本諸吾人所以續及商事法適用論之原因，擇其與法律適用問題極有

關者，依純理之區分，彙爲一編而首及之。至若公司，票據，海商，空商諸端，固爲商事法主要部分，但因在民商合一之國，每多以特別法定之，其中又往往有牽及民事法之點；且惟其爲主要部分，每端之內部亦甚複雜，故各特立專編以述。實則例非自我所創，曼利 (M. L. L.) 之國際民商法論，其商法之部，卽以所謂國際商法，票據法，海上法三事並列，惟公司則歸之國際商法部分也。

(一) 商事法適用之性質

民商合一，不特爲現代立法之新趨勢，且在商法之編制上，亦非與民法迥異，而處於絕對獨立地位者。如是，則國際私法上所謂國際商事法之討論，附入於國際民事法中，不更善乎？殊不盡然！蓋所謂民商合一與民商分立之爭，如由著述界眼光觀之，不過一國內之法典編制問題，法律形式問題，並非於法律規定之實質上，亦無民事與商事之界限，而不得相對研究者也。故愚之續以商事法適用論者，其要點卽在：不因法律形式方面之最近趨勢，牽及法律實質方面之特殊研究而已！雖然，商事法之性質，無論如何，究不能脫去民事法之基本關係，則商事法適用之無明文可據者，無習慣可依者，雖屬民事之適用規則，其最後仍可適用於商事方面，此固極明顯者。茲再詳述之：

(甲) 商事法適用論之地位 不以法律形式問題，牽動法律實質問題，此愚之所決定者，然何故而必如是耶？其理由有二：

第一，基於國際規約之理由。經濟世界化，商業國際化，已為現代莫能否認之事實，關於商事之法律，自不容其僅具地域之性質，亦不限於意人談奈（Diana）獨說明其為有世界之性質也。故歐美各國，莫不努力於國際商法原則之追求，俾諸國對於商事之規定日趨統一；否則因商業既越國境而行，又以行於內外國人間居多，苟法律上之衝突點甚烈，其適用法律時之困難，必百倍於純粹民事者也。今日，各國對於衝突點之減免，固日有進步，但同時更從國際私法上設法，謀準據法之統一，以補實質法不統一者之缺點。其在歐洲者，如一九一〇年之國際海商法會議議決之船舶衝突及救助條約，一九一二年及一九三〇年之國際統一票據法會議之各種公約；商事實體法與商事適用法，兩皆及之。其在美洲者，如一九二八年第六次全美大會通過之畢時達滿特所著國際私法典，第一編為國際民法，第二編即國際商法，而分為普通之商人及商事，特別商事契約，海商及空商，與時效各章，共十四節，六十四條。夫國際間，尚將商事法之研究，或其規約，別於民事法而為之；則吾人為集中此一問題討論之目標，至少在今日未可即做民商合一之例，取銷商事法適用論在國際私法上之地位。

第二，基於適用法則之理由。國際私法之說明，不限於一國之法律，恆與他國之法律有關；甲國雖民商法合一，乙國仍民商法分立，則吾人將商事法適用論特別提出研究之，亦未見其毫無根據。蓋他國既以商法列為民法之特別法，總多少有其特別之規則，而非民法所盡概括者，分別研究亦所當然。即就適用法則之本身而言，商事法之適用，或規定於商法施行法中，或散見於商事實體法中，普通之適用法

則，大都以民法爲主，非盡能將商法之適用包括於內。且商法之適用，倘無明文者，尤多注意於國際之習慣而解決之，普通之適用法則更非能盡其運用。例如我法律適用條例，其中誠有牽及商事法之點，但僅關於船舶之物權（第二二條參照），及「以行使或保全票據上權利爲目的之行爲」的方式（第二六條參照）數項而已！波蘭法亦然，仍不過關於商行爲之能力，及商事契約數條而已！其他未規定之商事，不勝枚舉，吾人將何所爲據乎？要之，吾人非研究適用法則之如何編纂問題，惟在說明商事法範圍內之法律適用問題，故於形式方面，不必斤求其與民商法典之體例相合，正與愚之將國際民法從條理上分四編而說明之，其意義同。

第三，基於商事法規之理由。我國雖採民商法合一主義，並非以一切商事法規，入於民法法典中，其最主要者，不過將有商事性質之契約，如交互計算，居間，行紀，寄託，倉庫，運送營業，承攬運送；以及商法總則中之經理人及代辦商等，規定於債編中者外，其不能合併者，如公司法，票據法，海商法等，依然訂立單行法規，吾人即專就此種單行法規之涉外的適用而言，仍須承認商事法適用論地位之存在。況在英國，以全國之人受制於同一法律爲原則，私法上並無所謂商法，雖公司（Company）亦只有法人非法人之別，而無民事公司與商事公司之分；然學者在研究上，亦嘗有將關於商務各種法律，如買賣，代理，合夥，轉運，匯票，保險彙而研究，即統稱之曰商法。在瑞士曾無民法商法兩種法典，而學者中仍有所謂國際商法之專論：凡此更使商事法適用論在國際私法上應有其特別地位。蓋法典縱不可分

，而民商事則不能完全無別，就其事以研究其在涉外的法律關係中，應如何確定其準據法，當亦為讀者所許耳。

(乙) 商事法適用論之界限 愚雖認為於研究之標準上，應使商事法適用論，在現代國際私法中，仍暫保持其原有之地位，但並非與民事法之適用，有絕對嚴格之界限可分。蓋所謂商事法者，無論其承認為民法之一部分，或民法之特別法，要皆不能脫離民法之基本關係。故關於商事，商法無規定者，適用商習慣法；無商習慣法者，適用民法；其最後所適用之法律仍為民法。日本商法第一條固有如是之明文，德國商法施行法第二條之規定，又曷嘗不然。反而言之，縱在民商法分立之國家，其民法上之條文，亦未必絕對不能適用於商事方面，更可推知。國際私法頗同其例，初不因有商事法適用論之存在，屬於商事之法律事件，即與民事法適用論毫無關係。愚在國際私法本論各編中，既根據我法律適用條例之規定，對船舶之物權，票據之方式，略有提及；即專屬於民事法方面之準據法，仍有可與商事法適用論參照者。姑舉一例：我法律適用條例第五條第二項之規定，謂外國人依其本國法為無能力，而依中國法為有能力者，就其在中國之法律行為，視為有能力，但關於依親族法繼承法及在外國不動產之法律行為，不在其限。然則所謂在中國之法律行為究何所指？此當然以關於財產法之法律行為為主，而所謂商行爲者尤其要端也。故吾人雖應在國際私法上，與商事法適用論以特有地位，但亦非絕對與民事法適用論分立，不過主旨在說明所謂商事法適用之特點而已！

(二) 商事法適用之原則

商事法適用論自體之地位與界限，有如前之所述；然猶不能已於言者，在國際私法上適用商事法之各種原則，究爲若何？用特述其重要者於左：

(甲)關於商人平等主義之原則 必須承認內外國人法律上之平等地位，然後始有國際私法之成立；尤其是在商事法之適用方面，須貫徹此一原則。吾人知國際私法之創始，在第十四世紀意大利各城市間，其所以能掙扎於封建思想之束縛外者，無非基於貿易便利之心理，首謀內外商人之平等待遇而已。後世國際交通益形開展，各國門戶開放，其主因亦不外商務之關係；而國際條約中，更係以兩國友好通商條約，爲締約國間敦睦國交之先聲。故外國人在內國經營商工等業，得與內國人同享法律上之保護，殊爲現代公認之原則。此有定之於法律上者，有認之於條約中者。前者之例，如葡萄牙商法第一〇九條云，『外國之商事公司，雖在葡國未有本店支店，及或種之代表者，亦得爲商行爲；惟其行爲反於葡國之法律者，不在其限。』西班牙商法第一五條云，『外國人及在外國設立之公司，關於在西班牙境內之設立營業所，以及商業與內國法院之管轄，遵照內國商法之規定，得在西班牙經營商業。』皆是。又蘇俄憲法，一切公民在法律上平等，無國籍宗教之別；此外國人之取得蘇俄公民權者，以工作於蘇俄境內，而非以驅使他人爲生者有此資格；則屬於其民法上之交易，承攬，保險，公司等等事業，此項外國人得同

其內國人平等爲之，自無待言。亞爾然丁一八五三年之憲法，第一六條既認爲凡在亞爾然丁之居民，在法律前一律平等；復在第二〇條列有外國人在亞爾然丁領土內，得有爲國民所享有之各種私權；而執行工業商業及其他職業，實其最主要之一端。後者之例如一九二八年我國與義比、葡西、丹等國所結之友好通商條約，均規定『兩締約國決定於最短期間內，根據完全平等，互尊重主權及兩國商業上無歧視之各原則，議訂一通商航海條約。』較後與希臘及捷克斯拉夫之條約，更明文規定依照所在國法律章程，享有經商營業之權利皆是。

雖然，原則固如是也，但各國因實際上之利害關係，或採條約相互主義者，或採法律相互主義者，亦未嘗無之；即採平等主義者，仍皆有所保留。其保留之方法，不出法律與條約兩途。前者之例，有出於禁止者，如法國一九二四年之法律，不許外國人在法國經營航空事業，我國亦然。有出於限制者，如瑞士一八九二年之定貨承辦人特許法，苟此定貨承辦人爲外商，必其本國亦許瑞士人爲之者，始與瑞士商店之定貨承辦人受同一待遇，否則須納特稅；倘其本國對瑞士商店之定貨承辦，與以禁止或限制者，則瑞士自可由聯邦會議，禁止其營業，是也。後者之例，亦有出於禁止者，如一八七五年前後，瑞士與匈之住居條約，雖明示以雙方人民平等爲原則，然對於藥劑師業則特別聲明不在其限。又有出於限制者，如中希、中捷條約，雖互許他締約國人民，得在此締約國境內經商營業，但以兩國允許任何他國人民享有此項權利之處所爲限，並須依照所在國法律章程而享有之。故所在國法律章程所禁止或限制者，以

及未許他國人民在某處經營商業者，雖在原則上許其在所在國有從事商業之權利，實際上亦不能與所在國人民享有同等之權利也。

(乙)關於商習慣法適用之原則 習慣法與國際私法之進展，有極密切之關係。法則區別說之發生，不外意大利各城市之特別法相互間，及其與共同遵守之羅馬法間有所衝突而然。此特別法云者，實即當時各城市之習慣法，尤其是商事習慣法也。然此不過證明因商習慣法之衝突，致有國際私法之創始，猶未能深悉商習慣法之在商事法適用上之地位也。商事上之法律適用，無論為內外習慣法，或內外實體法之衝突，其最初非皆有明文之規定，不過沿用多年來之習慣，認其為具有法律性質之定則而已！吾人知習慣法亦為國際私法之淵源，但其最有勢力者，莫若商習慣法。在昔，無通商條約，仍有內外互市之事，將皆何支配其關係？當今，有商事適用法，亦非盡可包括一切，將如何嚴密其適用？皆賴有習慣法補充之也。商習慣法之中心，應推貿易部分，古代之習慣為今日法律上明定或默認者，不在少數，例如倫敦市場所行之市場習慣，即具有法律上充分之效力是也。且現代各國之適用法則，皆詳於民事法之適用，略於商事法之適用，除另有他之法則，或可比擬民事之準據法者外，惟有賴於法律上之商習慣，以定其應適用何種法律，此商習慣法與決定準據法之關係者一。

一國之商事法若賦與或種法律關係之效力，於商習慣法之時，其在國際私法上，倘以其國之商事法，作為準據法而適用之，則在適用者方面可謂承認外國商習慣法之效力，與外國實質法之作用全然一致

。例如德國商法第九〇條云，「關於通常營業中所生費用，及代墊金，苟無反對之契約，或特異之商慣例時，代辦商不得請求賠償。」我國民法中之商事條款，如第五六〇條云，「代辦商得依契約所定，請求報酬，或請求償還其費用；無約定者依習慣；無約定亦無習慣者，依其代辦事務之重要程度及多寡，定其報酬。」又第五八二條云，「行紀人得依約定或習慣請求報酬，寄存費，及運送費；並得請求償還其爲委託人之利益而支出之費用及其利息。」苟以各該條款爲商事適用法上之準據法時，遇當事人並無約定之際，縱適用者之內國法，否認習慣之可以爲法，要不得不以外國之商習慣法，爲實際間之適用。且在商人之法律行爲方面，時亦許其適用契約自由之原則，苟商人依交易場所之習慣而爲契約，縱不依其地之實體法爲之，在法理上仍應認爲其習慣之規定，有契約法之效力；此商習慣法與適用準據法之關係者又一。

(丙)關於內國公安維持之原則 在所謂國際民法方面，除英美法系偏於屬地主義，各國對於物權依物之所在地法主義外，其他部分均偏於屬人法之適用；惟限於與內國公共秩序有直接影響者，始斷然適用地方法耳。此消極之規定，在商事之適用法則方面，固亦承認之，故或種之商事法律關係，雖應以外國法爲其準據法，但該外國法之內容，爲內國所絕對禁止者，則不能認其與內國法毫無影響依然適用之也。然商事法之適用，除基於此種意義適用地方法外，倘外國商人而欲在內國營業，因營業之種種，牽及商公法之處甚夥，雖內國人恒須受其支配，外國商人自不能不守其規定；則公共秩序問題之重要，於

商事法之適用上爲尤顯也。

行爲地法主義，在民事適用方面，頗無主要之勢力，不過於法律行爲之方式，及債的關係上，作爲準據法之一而已！在商事適用方面，其作用則超過之，且多單獨適用之；蓋商，以商行爲構成其要質，故解決一切商事，苟無特殊之理由，自必偏重其行爲所在地之法律也。不依行爲者之人所屬國法律，而須依其行爲所在地之法律，從廣義言，亦可謂具有地方法主義之意味。然則行爲地法之特殊適用，不其與所謂國際民法又一相異之點也歟！

(二) 商事法適用之內容

在公司，票據，海空商等之法律關係上，所應適用之法律，其中不少構成特別之理論者，應詳於各該編，於此暫置不論。茲僅就普通商事方面言之。其中如商人資格，商事能力，商業設備種種，屬人法確有相當勢力，但一涉及內國之公安問題，則以屬地法之勢力爲優，此與民事法上所採之準據法，大體尙屬相同。惟值所謂商法上之法律關係場合，換言之，卽商事契約問題，則微有異。蓋在國際民事法上，關於由法律行爲而發生之債，根據契約自由之原則，由當事人自定其適用之法律；當事人意思不明時，始有以何國法律爲其準據法之問題。惟亦因主義紛繁，未易知所指歸，不過就中以行爲地較切實際，故爲多數國家所採用耳。此種民事契約之準據法實不能盡量適用於商事契約方面，故於本節有特別提出

說明之必要，詳如下述：

(甲)關於自由選擇法之適用問題 普通民事契約，以當事人自定其適用之法律為原則，以行為地法等為補則，商事契約亦法律行為之一，於法理上當然不能外例。然因商事契約，非僅當事人間之關係，往往並間接影響於一地之商業經濟問題，各國對之多有特別強制之規定，非盡可讓諸私人自由決定其準據法者。故在商事契約上，與其謂以自由選擇法為原則，無寧謂以自由選擇法為補則；蓋僅在無關於強行法者，始得以當事人之意思，選定其特別服從之法律耳。此之特別服從，不僅在法律管轄上如是，即裁判管轄上亦有時及之。茲先述：

第一，特別約定之及於法院管轄者 有以契約直接約定之者，例如當事人於其約定書，定其法院之管轄是。通常於契約中選定法院，即含有服從於其法院所在地法律之意思；若更於明定法院管轄外，並及其準據法者，倘當事人之一方雖拋棄契約之一部，而出訴於他之法院時，却不能因之而拋棄其所選定之準據法，其法律關係苟認為可依據自由選擇法之原則者，仍取決於其先所選定之準據法，不因中途變更其法院管轄而異。有因引用特定市場之約款，而及於法院管轄者。例如瑞士朱立克市(Nürnberg)紡績業規約，其第一條所謂『加入於本規約之瑞士紡績業者，對於外來綿商之品質粗惡，重量不足，及不正裝載，而有之請求權，僅承認朱立克法院管轄之綿業者，為與之負交易之義務』是也。依此規約，凡埃及，北美，東印度各綿業輸出商店，與瑞士紡績業為交易時，即不能不約定服從朱立克市之法院管轄。至在法

律之適用上，亦以適用瑞士法為原則，蓋在選定法院管轄之事實上，推定其有因之而服從法律管轄之意思，故除當事人另有特約者外，不必適用輸出國之法律也。法院管轄之所以約定，在實際上不外締結契約之先決條件，出於偏重為一方利益之保護而設者也。故依契約或規約所定，受理其訴訟之法院，多少與當事人之一方有其密切之關係，斷未有不承認之者；除另有約定之準據法，或可依據外，亦必盡量於法律關係之性質上，為內國法之適用，蓋必如是，始可完全達保護當事人一方利益之目的也。次再述：

第二，特別約定之及於法律管轄者。有由法律上推定其有自由約定之意思者，此例不多見，可得述及之者，為意國商法第五八條但書之解釋；即當事人雙方為同一國之人時，推定其為有依於其本國法之意思者是也。又鄂爾敦堡（Oldenburg）王國一八三九年之商法草案，第一千零一條云，『內國人在外國為法律行為時，其行為之效力，限於當事人得證明其於行為當時，有依於其地法律之意思者，以其行為地法定之。在內國之外國人間，所為法律行為之效力，限於具備同一條件者，得以外國法定之。』亦不失為可參證者。有由當事人於契約上明定其準據法者，大都由一方提出約款，經他方承認，而為締結契約之先決條件。例如銀行之通常交易，往往設有須依於特定場所一切交易習慣之條件，而使顧客承認之者。又如在上海為保險契約，當我國保險法尚未實行以前，要保人或被保險人即不能不依各保險公司之章程而結契約，此章程即係當事人自由選擇之法律。更如法國馬賽（Marseille）之穀物買賣，所生之一切爭議，非於契約上有特別之約定者，惟有從馬賽穀物鑑定局之規則決之；既許其特別約定，則當事人得以

意思表示，服從於特定之法律，固無容疑；且得以自由選擇其法律而不選擇，最後適用馬賽穀物鑑定局之規定，又不啻爲其消極地選擇之表示也。

綜上以觀，可知自由選擇法在商事契約之適用方面，其領域並不廣闊，遇強行法存在之場合，縱當事人有特別約定者，亦歸無效。其所以在所謂國際商事法上，尙有相當之勢力者，不外大部分之約定，多係服從法院所在地之法律，故受理其訴訟之法院遂願維持之焉。

(乙)關於行爲地法之適用問題 商事契約主要之準據法，爲行爲地法；英，法，意，比，葡，瑞士，日本皆然。蓋以行爲地乃法律行爲之成立地，而又便於聚不同國籍不同住所之人於一地，爲商事契約之締結故也。茲先述：

第一，行爲地法適用之範圍 意國商法第五八條云：『商事契約之要件及方式；或由商事契約所生權利之行使，保全，及執行等，爲其行爲必要之方式及效力；依契約締結地之法律，或爲依前述的行爲及爲其執行地之法律與習慣……』葡萄牙商法第四條云：『商行爲之內容及效力，當事人非有特約者依其成立地法；其履行之方法依履行地法，其行爲之方式非有特約者仍依行爲地法。』鄂爾敦堡王國商法草案第九九九條云：『在外國所爲法律行爲之法定要件，實質的，形式的皆依行爲地法；其中有證書之作成時，依證書作成地法。……』又次條『在外國所爲之法律行爲，其效力亦依行爲地法，至其時效則依負責義務地之法律。因強制執行而致拘人之身體者，不與前項之效力同視，在內國之得以容許與

否，專依內國法決之。』綜上以觀，商事契約之內容，效力，與方式，各國大都以行爲地法爲其準據法之原則，締約地法與履行地法兩並重之，尤非在民法適用上無履行地法之地位也。

第二，行爲地法適用之方法。當事人於隔地間爲商事契約，究以何地爲其行爲地？各國解決之方法非一，有採發信主義者，有採承諾主義者，有採承諾通知地主義者，有採承諾通知到達地主義者；此當然依法庭地法是決，其詳，見國際私法本論，不再述。惟畢氏國際私法典對於商事契約之關於此者，設有一原則，用錄及之；即其第二四五條所謂『隔地者間之契約，必須各締約者之立法，因此行爲所規定之條件成就，乃爲完備』是也。

(丙)關於其他準據法之適用問題 此可分爲本國法，住所地法，法庭地法等論之。

第一，就本國法之適用言。同國籍人依其自由選擇之意思，或可爲本國法之一試，舍此，關於商事契約，非存有確定之理由，不得適用當事人之本國法。但對於商事法上所規定之其他問題，如商事能力等等，當作別論。

第二，就住所地法之適用言。當事人普通住所所在地之法律，在商事法適用上，其範圍頗狹。一方之住所地法，固不能絕對適用，即雙務契約，巴爾(Bair)雖主張分其契約爲二，各依其住所地法，曼利則謂此在民法上固不可用，即在商法上，亦不能採用之也。但如有特別約定者，於承認自由選擇法之場合，及關於商業方面住所地之法律，得以採用，自

第三，就法庭地法之適用言。當事人特定法院管轄者，頗多傾向於法庭地法之適用。至在歐洲，關於商事，往往有商事法院之設；一種行爲，欲決定其屬於何法院之管轄，此亦依法庭地法決之。蓋如甲國之法律，認爲商事者，倘乙國法不認之者，即不得屬於乙國商事法院之管轄；反之，乙國法認其屬於商事法院管轄之案件，縱其案件依外國法認爲民事，仍然依乙國法，受商事法院之管轄云。此外，法庭地法實無獨立地爲商事契約準據法之理由。不過在實際上，商事契約之締結於內國者，內國即其行爲地，內國法即其行爲地法；而處理其爭端，亦以在內國法院爲多，適用行爲地法，適用內國法，在另一方面，又何嘗非以法庭地法是許耶？此證諸在內國之各種涉外的買賣契約，外國商店在內國的支店之商事契約，如何適用其法律，即可顯然。至於內國法之原來適用，則凡屬公法之規定者，如決定課稅標準之類，皆依之；故在此場合，其行爲是否屬於商事，皆不適用外國法也。

(E) 商類

營業商

非營業商

就營業之地域而分類

以其地位言

代理商

以其目的言

為己商
為人商(行紀)

以其範圍言

大商
小商

以其所在言

陸商
海商
空商

以其作用言

輸入商
輸出商
通過商

以其疆界言

國外商
國內商
同地商
異地商

(F) 商法

國際商法

國內商法

普通通商條約
領事職務條約
國際商事慣例

國際商事立法條約

有關於商事實體法者
有關於商事適用法者

各國商事適用法則

(非各國共同的商法之謂，乃商事法之涉及國際者是)

商公法

商國法

商行政法

營業法
商會法等
交易所法

實質的商法

商刑法

商訴訟法

商習慣法

民法中之商事條款

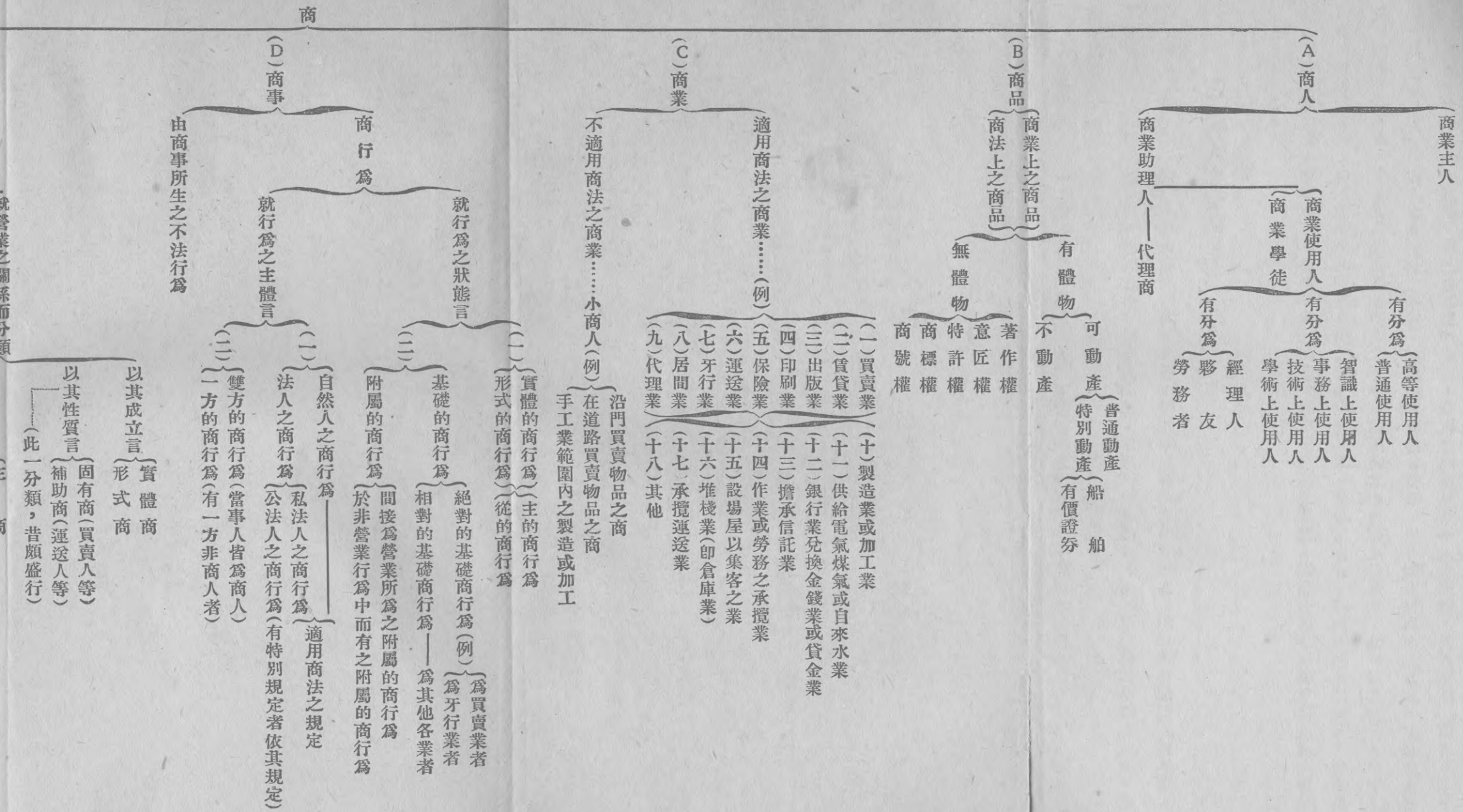
商普通法——商法法典

形式的商法

商私法

商特別法

「圖表一」關於商之各種分類表



就營業之關係而分類

主商

第二章 商人

關於商事法之如何適用，愚已言其梗概如上，茲再進而論及商事上之主體，普通所謂「商人」(Merchants)是也。當今，商人雖非特殊之階級，僅以商事而成其資格，但各國關於商法之規定，主義既不肯同，認識亦各有異，於是其人是否具有商人資格，則須視其依何國法律決定，始可知其結果。法律上之衝突既顯然存在，自不能不求其所應適用之準據法焉。又，商事之能力，各國法例上之規定，仍極異致，無商事能力者，或根本不得從事一定之商業，或須受特別之限制，間接亦大有影響於商人資格者在，故彙而論之。

(一) 商人資格

商人資格者，當事人是否商人之問題之謂，學者或以商人^之身^分稱之；然因其有偏於主觀之嫌，不取焉。商人非僅自然人得有此種資格，即法人亦然，不過在商事公司方面，往往構成特別之理論，應詳於公司編，茲不多贅。

(甲)關於商人資格之法律問題 古代以商人為特殊階級，而有其特殊身分，惟商人始得適用商法，他之人雖有商行為，依然由民法支配之，故商人非商人之區別，頗關重要；在國際私法上之適用法律，

更不能違此原則。今則多數國家，在實際上皆認民商之平等地位，似只應以事爲別，無再以人爲異之必要；但如舍棄階級身分，而從職業身分上言，則爲商業者，固係商人也。商人有其應分享受之權利，亦有其應分負擔之義務，未可與非商人同一而視。況在國際私法關係上，特殊之營業，各國多對外國人設有限制，則人之能否取得其商人資格，如何取得其商人資格，尤關重要。特再就其著者一言：

第一，從法律之適用上言。吾人固知今日之商事法規，即在民商分立場合，並非僅關於商人之法，縱使非商人而於爲特定之商行爲時，亦往往受商法之適用；然非商人者，究係限於其行爲有關商事者，始依商法之規定，不似商人積極服從商事之法規。故除小商人外，例如商業註冊乃其法律上必有之責任，商號選用乃其營業上應有之標示，商業帳簿乃其職分上莫避之設備；非商人則不得爲之，或不必爲之。又商業使用人之地位，限於其主人有商人資格者始可，代理商名義之成立，限於爲他之商人之代理者始然。至若交互計算，任何商人皆可爲之，而非商人非以商人爲對方，則不得爲之。其他類此之事不一而足，苟不明定商人之資格，則因商人資格而發生之附帶事項，如上所述者即莫由處理之矣。純粹內國之商事關係如是，涉外之商業關係，更因各國商人資格規定之異，在決定他之準據法時，尤覺有首先解決此一問題之必要。

第二，從法院之管轄上言。在我國，無爲商事特設之法院，且亦無其必要，則其人是否商人，對於審判管轄上尙無若何關係。然在歐洲，因古代商人團體有自設之法院，後雖與商人團體同歸消滅，但多

代以國家之特別法院，即商事法院是也。雖荷蘭西班牙自一八三八年以來，希臘自一八七九年以來，意大利自一八八四年以來，依次廢止其制；然法國，比利時則仍存之，瑞士二三之邦亦然，法官雖由國家任命，而充任之者必須商人。德國亦曾於一八七七年以來，取銷獨立之商事法院，但仍於地方法院中，置商事部，由代表商人之商業團體，並商會等之推薦，以政府所任命之商事法官組織之。英國固無一切之設置，然關於商事之訴訟，依然許其由商人選出陪審員，輔助訴訟之進行。在商事法官或陪審員之選任，誠須限於有商人資格者爲之，尙不過國境以內之事，若何事應歸其管轄，應依其程序，則須問其是否商之行爲，或商人之行爲而定，即與商人資格問題有關，雖外國人亦應如是決之，不容外例。商人或商事應受特別之管轄，姑置不論，惟實際上既有此種制度，則在國際私法上亦不容否認之；此從法院之管轄上，對於商人資格一事，又不能不先確定者也。

(乙)關於商人資格之法律衝突 商人資格之決定，爲商事法適用之前提，各國對之皆有其相當確定之觀念；無奈彼此之命意不盡爲同，遂即在涉外之法律關係方面，首先發生適用何國法律，以定其人是否商人之問題矣。各國對於商人，非商人之命意，究何所異？

第一，自然人之商人資格 此可分爲積極的規定與消極的規定而說明之；積極的規定者，商人之定義是也，消極的規定者，在某一事業中，不得主張商人資格是也。茲先言：

(a)商人資格之積極的規定 各國本其商業法編纂主義之差異，對商人資格之規定，遂多不同，在

民商法合一之國，如英國，蘇俄等，根本否認商人之特殊身分，僅以事之爲商者，適用關於商事之條款，故多不對「人」，設其商事資格上之定義。但在瑞士債務法第八六五條第四項之規定，則近於以營業之方法，爲定商人資格之要件，如謂「依商業，製造業，及其他商人方法，爲營業者，當登記於商業登記簿」是也。在民商法分立之國，有以商行爲爲基礎，而定商人之意義，是曰商行爲本位主義，如日本商法第四條云「本法所稱商人，謂用自己之名，以商行爲爲業者」是也。有以商行爲在原則上爲商人之行爲，而所謂商人者，則指經營商業之人而言，是曰商業本位主義，如法國商法第一條云「凡行商業之事，以之爲平常自己之職分者，是爲商人」是也。有以商法上之商人，皆須登記於商人登記簿，是更以形式的要件爲貴；西班牙舊商法第一條，葡萄牙舊商法第十一條皆是，今廢，但南美諸國仍有宗之者。有以商人之資格，須從各方面定之，如德國商法第一條第一項云「本法所稱商人者，謂營商業者是」，此在形式上採商業本位主義，與法國同；第二項云「於左列各種行爲中，以其一爲目的之各種營業，爲營商業」，故以其列舉之行爲而經營之人，乃爲商人，此在實質上採商行爲本位主義，與日本同。不特此也，在此種所謂自然的，純粹的，直接的商人以外，又承認所謂人工的，假定的，間接的商人之存在。如第二條之因強制登記而爲商人者，第三條之因任意登記而爲商人者，此又偏重形式之要件，與南美諸國同。我國北政府所公布之商人通例，對於商人資格之規定，類似德國。其第一條第一項，謂本條例所稱商人，謂爲商業之主體之人；第二項列舉十七款之營業，爲商業之界說，藉定商人之資格。其第

二條，則以其備形式之要件者，亦得爲商人，故謂除第一條第二項所列各種外，凡有商業之規模布置者，自經呈報該管官廳註冊後，一律作爲商人云云。

雖然，各國對於商人資格之規定，尙不僅定義字面上有所衝突，而在其內容之解釋上爲異尤多。蓋各國無論採何種主義，大都側重於商業之內容，或商行爲之事狀，而此端則各國首未能同，遂不免影響於商人資格之解釋。例如日本不以賃店屋，及販賣自己所採掘之礦物者爲商人；倘他國以之列舉於商行爲中，則又具有商人之資格矣。又如德國以『爲他人製造或加工之行爲』爲業者爲商人，倘他國不爲之列舉於商業條款中，則又成爲普通所謂之工業者矣。總之，吾人如將各國所認以爲商業者之範圍，所認以爲商行爲之內容，比較參閱，縱兩國對於商人之定義完全同其規定，仍不能認爲其對於商人資格之命意，爲一致也。

(b) 商人資格之消極的規定 對於一定之人，不許爲商人資格之主張，此將論之於商事之能力節中；今所論者，對於一定之事，禁止私人經營是也。例如各國對於書信之運送；有害善良風俗書畫之販賣，奴隸之販賣等，或則由政府爲之，或則直消除之，根本不視之爲商業，即亦不許其有此種商人之資格。各國對此，皆基於公安之理由，以權力之作用，對任何商業，或限於以法律禁止之，或更得以命令禁止之，故其範圍與種類，絕不相同。有若蘇俄，其民法第十七條規定，凡在蘇俄聯邦共和國境內之人（法人亦然），非由對外貿易部之介紹，不得參加對外貿易；至國外商場方面，亦非有法律特定之機會，

及對外貿易部之監督，不得自由貿易』，此限制之極嚴者也。有若日本，煙草則由政府專賣，他如銀行營業則須財政部長許可，保險營業則須農商部長特許，以及度量衡，肥料，古物，藥品，銃礮火藥等等營業，亦非當然可得爲之；苟未經特許或許可者，即不得主張其商人資格。總之，此種禁止或取締，充分具有地方法之性質，無論內外國人，苟住居於其地，或往來於其地，皆須受其限制。

第二，法人之商人資格。如何之法人得爲商人，或不得爲商人，各國認定之標準不一，應分爲公法人及私法人論之：

(a) 公法人之商人資格問題。由公法人經營之事業，有係出於稅收之目的者，如食鹽專賣，或煙草專賣，有係出於公益之目的者，如郵政儲金，或救貧貸款；此皆屬於公法行爲，不得以商業視之，即不得認其爲有商人之資格，固無論矣。倘如爲營利之行爲而營商業者，則公法人之於此場合，是否即爲商法上之商人，各國規定各異：有否認其爲商人者，如意國商法第七條云，『國家，省及地方團體，不得爲商人，但得爲商行爲，其行爲服從於商法及商習慣法』；葡萄牙商法第十七條有類似之規定。有承認其得爲商人者，如德國商法第三六條，第四二條，明文規定凡帝國，各邦或其地方自治團體之企業，可不用商號及商業帳簿之特殊規定云；蓋必認其爲商人，而後始有此例外之適用耳。他如官設鐵道之運送營業，國家亦具有商人資格，此可從其第四五二條之解釋得之。顧在該條之正面，則公法人亦有非商人資格之場合，所謂『本章之規定，帝國及各邦之郵務局，所爲運送品之運送，不適用之；以郵務局不得

視爲本法意義之商人故」是也。他如德國國家銀行及其支店，亦非商人。日本商法既在其第二條規定，「凡公法人之商行爲，限於法令中，別無所定者，適用本法之規定」，學者多解釋認爲國家等具有商人資格，說者雖有主張此係國庫等所有之資格，但其爲商人者一也。有承認在一定條件之下始爲商人者，如蘇俄民法第十九條云，「國有企業或其聯合，如改爲商業性質，而不由國家豫算給予補助者，即可依照與國庫無關之獨立法人，自由貿易；但其債務，須由其得自由處分之財產擔負之……」是也。易詞以言，在通常情形下，國家雖經營企業，而非商人。

(b) 私法人之商人資格問題。私法人之得爲商人者，如商事公司，此固顯而易見者；他如社團法人中之公益法人，及財團法人，亦多不許其營商業，從而不得爲商人，更爲不成問題者。但普通民法上所規定之營利法人，及其他之特別法人，是否商人則有問題。例如普魯士一八四三年之法律，規定股分有限公司，不問目的在於商業與否，有商人之權利義務；德聯邦國一八七〇年之法律，更加入兩合公司，亦不問其目的如何，悉視爲商人。日本，則以商事公司，限於以行商行爲爲業之目的，而設之社團；民法上之營利法人雖一切準用商事公司之規定，但究不得爲有商人資格。又產業組合，德國亦認爲商法上之商人，日本以其目的事業，雖爲商行爲，而利益則非分配於組合員，故不認其爲商人。

(丙) 關於商人資格之法律適用。商人資格如何確定之標準，各國既不相同，則在國際私法上，將以何國法律，決定外國人之商人資格歟？共有左列諸說：

第一，本國法主義。謂商人非商人之區別，不外人之身分上之區別；身分能力依本國法定之，乃國際私法上一大原則，則凡人之本國法，認之爲商人者，內國亦當然視其爲商人也。例如意大利民法總則第六條『人之身分能力及親屬關係，依其所屬國之法律』；葡萄牙民法第二十七條『外國人身分及民事上行爲能力依其本國法』云云：此身分兩字之解釋，非獨限於親屬法上之身分，即商人之身分亦在其內。

按此一主義，在古代或可行之，而非現代之所能適用也。古代以商人爲特殊階級，有其特殊身分，則其人是否有此一資格，應由其本國法解決，免以內國法干涉他國權力之嫌。無如在今日，商人階級既歸消滅，階級身分一無所存，所謂商人資格者，至多不過一職業身分而已；換言之，一從事商業之身分而已！既爲從事商業之身分，則其身分之取得，惟有依所欲從事商業之地之法律而定。蓋營業自由，雖在原則上亦列爲人權之一，仍得受法律之限制，內國人既已如是，外國人何能獨異？縱使依其本國法爲商人，倘非內國認爲商業之營業，即不得認之爲商人。譬諸一國對於烟酒公賣，不許自由經營之，則外國人雖在其本國，取得經營此項營業之商人資格，自亦不能在內國主張之也。更進一步，縱使內國以經營此項商事者，認爲商人，倘對外國人設有限制或禁止條款，如我國之航空事業，交易所營業即其例；外國人雖在其本國有此等業務之商人資格，仍不得在內國主張其商人資格也。此其一。且所謂本國法者，當然指商人所屬國之法律，此在商業由一人獨立經營之者，不難以其人之國籍，定其人本國法之何

在；苟由不同國籍之多人經營，或更成爲一權利義務之主體者，如所謂商業公司是，其國籍何屬，本國法何指，首成問題，故在實際之適用上亦極不便。即退一步言之，凡以身分能力連貫規定者，或可免強作如是解釋；若我法律適用條例第五條之規定，不用身分之文字，即不得作爲依其本國法之解釋。此又其一。

第二，行爲地法主義。謂商人者何，以商行爲爲業者也。商行爲既爲商人必備之要件，則其是否具有商人資格，惟有依支配商行爲自體之法律決之。支配商行爲自體之法律云者，通常卽行爲地法耳。按此一主義，用以解決商行爲問題，尙有根據，但非商人資格問題之準據法也。商人固須以商行爲爲業，而商行爲在今日通例上，既非限於以之爲業者得爲之，則是否商人，有時仍不得而解決也。且國際私法上，解決商人資格問題之主要目的，在決定如何使其享有商人之權利，如何使其負擔商人之義務，與其謂與行爲地關係密切，無甯謂與營業地關係密切；而行爲地不必卽其營業地，自不能作爲商人資格問題解決之原則也。

第三，營業地法主義。謂商人資格之確定，與營業有密切之關係，不應問其行爲地之何在也。蓋雖爲商行爲，而非以之爲業者，卽非商人，故其人是否具有商人之資格，不可不依營業地之法律地之。

按此一主義，如係關於一地之營業自體方面法律問題，自甚可採；無如今所研究者，爲商人資格問題，則專依營業地法，仍難盡其適用。蓋商人之營業不皆限於一地，常有及於數國者，究將以何國營業

地之法律，定其資格。苟甲營業地法律，承認其爲商人，而乙營業地法律不許者，又將如之何？

第四，法庭地主義。謂商人之定義，無論如何規定，要皆以從事商業爲前提；一國或對於某種商行爲，不許私人或外國人以之爲業，其人即須負有守法義務，不得再經營之。蓋商人資格云者，質言之，不外一特別權利享有之能力，在內國既不能享有從事某項商業之權利，自不得視其有商人資格，此所以須依法庭地法定之。況事實上，外國之商人，在內國有爲單純之旅客者，有爲遊學之生徒者，苟不以法庭地法定其資格，而仍根據他之準據法，視爲商人，必無是理。

按此一主義，誠有不可拒絕之論據，然用之以爲解決商人資格問題之唯一準據法，仍無完全之效力。蓋如其人離開其營業地，而在內國有商行爲之事，因之發生訴訟，即不得完全依法庭地法，定其商人資格也。又如外國商事公司之商人資格，縱內國承認此種公司得爲商人，然仍須視其在該公司之成立地或其他關係地，取得商人資格與否而定，不得純依法庭地法決之。

第五，法律關係準據法主義。謂以上各說，雖皆不適於用；但在他之方面，又各有其理由，則商人資格問題之解決，自不能限於某種特定之法律可知。且今日，商法之適用，非絕對以商人爲本位，而以商事爲本位，不過有時在法律關係上不免牽及商人資格問題而已！既如是，則其人是否商人，惟有在於有定之之必要時，而後定之。故其有無商人資格，即以其前提之法律關係之準據法，作爲商人資格問題之準據法。例如關於營業之事項，須問及商人資格時，則就實際營業地之法律定之；關於商行爲事項

，須以商人資格爲參考時，則就行爲地之法律定之；關於破產宣告事項，有爲商人特定之法規時，則就法庭所在地之法律定之；關於特許事業之商人資格，欲決其是否成立，則在原則上亦可就其關係地之法律定之是也。愚採此說。

按此一主義，愚所以採之者，不外商人之特殊身分，已非存在於今日，商人之資格云者，不過一經營、商事資格之稱；固不必人人於任何地皆有此資格，亦不必人人於任何地皆無此資格，只須其商事所準據之法律上，承認有此資格，自得而主張之也。例如畢氏國際私法典第二三條『關於有公共性質之一切效力，商人資格，均依其關係之證書成立地，或實際經營地法支配之』云云，與此一主義頗相近，可供參照。

(二) 商事之能力

商事之能力一語，有數種解釋：第一種解釋，或稱此爲商人能力，如我舊日商人通例是；或稱爲商行爲能力，或又稱爲商人之行爲能力，或更稱爲商人在商法上之行爲能力，如各學者分別在其著作中所用者是。愚以爲倘偏重於商人方面，說明其能力，則不能包括非商人之商行爲能力；倘偏重於商行爲方面，說明其能力，則不能包括『有無商業設備之能力』於內；於此，惟有以商事之能力稱之。第二種解釋，商事之能力，除行爲能力外，權利能力亦應爲其內容。惟權利能力之分析，愚在上節及國際私法總論

外國人地位論一編中，皆有所及；同時權利能力之準據法，在原則上固皆依其主張此權利之國之法律，故愚對於商事之能力問題之敘述，亦惟偏重於行為能力方面耳。第三種解釋，商事不限於自然人得爲之，即法人亦得爲之，則其有無能力問題，不可不同時解決之。惟因如前所述，法人之能力問題，亦嘗構成特殊之理論，惟有詳於公司編中；茲僅就自然人之關於商事能力者，分爲法律衝突，與法律適用兩端述之：

(甲)關於商事能力之法律衝突 古代商法，以商人具有特殊之身分，商法居於身分法之地位，故詳爲規定商事之能力，各依其歷史民俗爲之設定。今日，雖國家得以法令限制營業之自由，然在原則上絕不承認因人在社會上之地位，及男女老幼內外之別，而使其在商事能力上有絕對差異。故各國皆減少特殊之規定，凡依民法規定有行為能力者，皆有從事商業之能力，不過僅對於在一定期間，具有一定身分之人，或限制其爲商事耳。至於民法上爲無能力或限制能力者，則又或依一定之條件，而視之爲有商事能力也。茲先言，

第一，一般人之商事能力問題 法國法，關於商人能力問題之規定，有二：一爲未成年，不問男

女，滿十八歲以上，免監護者，而營商業時，關於其商業之事，民法上視之與成年人同。但其欲爲商業，則須得父之同意；父死亡，或失蹤，或受禁治產之宣告時，則須得母之同意；父母皆不在時，則須得親屬會議之同意，並須經民事法院之允諾；此外更須以或種同意書，登記於其欲爲住所地之商事法院之

簿冊：否則仍不得開始營其商業。至於因商業所結之契約，依然不視同成年人所爲者。一爲有夫之婦，不得夫之同意，不得爲公的商人；其關於商品之零售時，則非公的商人也。婦爲公的商人時，關於其商業之事，得不經夫之同意，自爲契約；但在此際，夫婦如採共同財產制者，夫亦應負其契約之義務。日本法，民事上以『未成年人』與『妻』，列爲無行爲能力者，然在商事上，則於一定之場合，有與通常人同視者。在未成年人之方面，或則由法定代理人代其營業，如是未成年人者，固商人也；或則由法定代理人許以一種或數種之營業，關於其營業，更與獨立人有同一之能力。但自營商業時，與以許可者，得取銷或限制之，且可用以對抗第三人。在妻之方面，欲營商業，須受夫之許可，然依法律之所定，在法許之條件下，亦可自由經營商業；應受夫之許可而未得其許可時，夫得取銷或限制其營業，但不得對抗善意之第三人。無論未成年人或妻，如經許其爲公司之無限責任社員，凡關於該公司之業務，又皆視爲有能方者也。至於禁治產人無自營商業之能力，從而禁治產人爲商人時，皆以監護人代營商業。準禁治產人，因其保佐人非法定代理人，故不能代爲營其商業；但如準禁治產人得保佐人之同意，選任經理人營其商業時，始可以之爲商人。德國法，我國法，對此問題無特殊規定，一皆以民法之條款是用；然其間之衝突，更爲彰然。次再言，

第二，特定人之商事能力問題。各國往往基於公益上之理由，對於一定期間，具有一定身分之人，限制其兼營商業，實例之所恒見者。例如日本，對於法院推事，行政法院院長及評事，在職中禁其營商

業；律師如未得律師公會之許可，不得營商業；官吏或其家屬，在得本屬長官之許可者外，不許營商。我國，亦有此種限制，若會計師條例第十一條云：『會計師於登錄後，不得兼營工商業』；審計部組織法第十二條云『審計，協審，稽察在職中，不得兼任公私企業機關之任何職務』，則營商業亦在解釋中。其他各國仍多有此一類之或種限制，不難於其各種公法內尋知之。

此外，各國基於保護某一定人利益之理由，而禁止他特定人營商業者，亦恆有之。我國法，經理人或代辦商，非得其商號之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業；亦不得爲同類事業無限公司之股東；違之者，其商號得請求因其行爲所得之利益，作爲損害賠償（民法第五六二——三條參照）。日本法，限制更嚴。經理人非得商業主人之允許，不得爲自己或第三人而爲商行爲，並不得爲無限公司之股東；違之者，則其所爲之商行爲，主人得視之爲主人自己而代爲者（日商法第三二條參照）。故經理人直負有不商行爲，而商業主人更具有介入權（又稱奪取權，或侵入權），不僅以損害賠償已

也。代理商之規定與我國同，所謂禁競義務者是；不過主商仍可行使其介入權，奪其所爲者爲主商自有之耳（日商法第三八條參照）。德國法，凡商業助理人，不得主人許可而營商業，及以自己或他人之計算，而爲屬於主人營業部類之行爲；違之者，主人得請求損害賠償，或又得以代損害賠償之方法，而請求以其所爲者，爲視同爲主人而爲者，其由於以他人之計算而爲之行爲，則將報酬，歸之主人（德商法第六〇——一條參照）；又與我國及日本之範圍廣狹不同。至於公司之無限責任股東，及董事，各國亦

都規定其禁競義務，不許其經營一定之商業，或為一定之商行為，而內容亦未盡同，無須詳舉。然則關於商事之能力問題，將依何國法律解決之乎？

(乙)關於商事能力之法律適用 商事能力問題，既有一般人與特定人之分，則其準據法之決定，應分為兩種方法研究之，自係當然應有之結果；混而同之者，似非適宜。茲先言：

第一，普通能力問題之準據法 當事人是否有營商業之能力，或為商行為之能力，如僅就其一般的能力問題方面言之，共有下列諸說：

(a)本國法主義 一稱義務者本國法主義，謂商人在商法上之行為能力，與民法上之能力同；民事法關於能力之支配，既以本國法為其唯一準據法，則商事法關於能力之支配，自同其例。依此主義，外國人之有能力與否，專依其本國法而決定；若依其本國法為無能力者時，雖依內國法為有能力，在內國所為之商交易，仍不得以有能力者視之。此說之採用者，在國際條約或決議上，如畢氏國際私法典第二三二條云，『經營商事，及參加商行為與商契約之能力，依各當事人之屬人法支配之』；屬人法云者，除住所地法外，本國法亦其對象之一也。次條更謂『無能力及其使有能力，均從同一之法』，可知其對於何例使無能力之外國人，依內國法為有能力之舉，充分地與以排斥。又國際法協會 (Institut de Droit International) 一八八八年之決議第一條，亦云『基於在奧克斯福 (Oxford) 所採用之原則，人之能力，無論民事商事，一依其本國法定之。』在學者之主張上，如巴爾於國際法協會，曾述其意見曰：『行為

能力，雖商事亦應依當事人之本國法。在各國之立法例上，如葡萄牙商法第一二條云，『葡萄牙於外國，外國人於葡萄牙國，其負商人義務之能力，各以其本國法定之；但外國人於其本國法，須保留反對於葡萄牙公法之情事者』。法國亦以其民法第三條爲基礎，而採本國法主義。

按此一主義，用之於商事法方面，殊爲不便。何以言之？當今商業範圍，擴於世界，名都大埠尤爲內外人聚會之所，商事交易不惟不以內國人爲限，抑且不以特定外國之人爲限；如依此說，則內外交易之先，必一一調查其屬於何國，有無行爲能力，殊非事實所許，而於商業應貴迅速之原則上，又不無阻礙也。故縱係採本國法主義者，仍不無一二例外之設，可知本國法主義之不能絕對適用也。有如：畢氏國際私法典第二三四條云，『關於使無能力者由其代理人，及婦女由其自己，自行經營商業之廣告必要方法，應適用經營此商業之地方』。是其在此場合，依然爲行爲地之公益而計畫也。又國際法協會一八八八年之決議第二條亦云，『商事當事人之一方，若以其無能力爲理由，而爲無效之申訴，苟證明其對手方爲陷於錯誤而爲，且有重大之結果存在時，法官得拒絕其申訴，根據行爲地法，認其行爲爲有效。』是其仍主張在此一場合，拒絕本國法之適用也。又巴爾亦對本國法之適用，設有例外，即，『當事人之一方，或其繼承人，爲善意而無重大之過失時，其行爲能力適用契約地法，依之以定契約之效力。』是其在此一場合，主張得依行爲地法代替本國法而適用也。又葡萄牙商法雖嚴格採本國法主義，仍對於爲入妻者經營商業時，在其營業範圍內，依所在地爲有能力者，不能主張法律上妻之保護。故即於

其商法第十二條又特別規定曰「爲人妻者之經營商業，不得主張依其本國法，享有女子之法律上保護。」是其對於營業商之妻，依然反對本國法之適用也。至於法國民法之規定，則僅對於法國人在外國之能力而設，外國人在法國之能力，尤其是關於商事之能力，當然不必絕對依其規定自屬可知，蓋在此一場合，至少可依據反致法之作用，仍對外國人而用法國法也。由此觀之，本國法主義之不能絕對地解決商事之能力問題也，自甚顯然。我國學者中，有謂依我法律適用條例第五條之規定，我國對於商人在商法上之行爲能力，亦採本國法主義，此更錯誤！因我法適第五條第一項，固係本國法主義，但其第二項則有反對之規定，而最適於商事之用者，卽此反對之規定耳。

(b) 住所地法主義 凡立法例對於一般的行爲能力採用住所地法主義者，除英美瑞士外，其對於商事之行爲能力，往往亦排斥本國法之適用，而採當事人住所地法主義。今日南美諸國如亞爾然丁，烏拉圭，巴西等是也。

按此一主義，於漠視行爲地法，應爲商事能力之準據法一點，其失與本國法主義同；至本國法主義與住所地法主義之自身優劣，屢見於前，不再冗贅。茲須一補及者，吾人知屬人法以住所地法爲內容之國，其實際上之理由，不外一國數法之關係而然；但在南美各國採住所地法者，則又有其理論，此爲國內各書，及恐在以前各冊所未及之者也。理論爲何？卽，美洲國家既爲，或應爲移殖民族所構成者，則歐洲移住美洲之人民，如仍依其本國法，支配其身分與締約之能力，在美洲各國視之，卽無異在美洲

國家內創造一國家，而置其於降伏制度之下，故極力主張住所地法應變為在美洲支配個人身分與能力之唯一法律。此為哥倫比亞及哥斯大利加代表團對於一九二八年全美大會通過之畢氏國際私法典，其保留書中所提示者，雖係一國之言，正可作為南美諸國所以永存其所謂神聖的住所地法制之普通理由也。

(c) 行爲地法主義 謂商事以迅速敏捷爲貴，則關於商事之能力問題，惟有採屬地主義，而以其行爲之所在地法律定之；行爲之所在地法云者，在通常行爲中，即契約地法是也。依此說，例如未滿二十三歲之荷蘭人，依荷蘭法，無商業之能力，然在採行爲地主義之國，爲商事，則其國必依自國之法律而定其能力也。國際法協會一八八三年在奧克斯福之決議，曾採此說；英美對於一般能力問題，已有傾向於行爲地法之趨勢，故對於商事之能力問題，尤主張採契約地法主義。其他如，德，意，瑞士等國，學者雖稱其與英美同採行爲地法主義，實則英美之行爲地法係以領土法主義爲根據，而其他各國之行爲地法主義，係與屬人法主義合而用之，應認爲兩不相同者，較妥！

按此一主義，倘僅就絕對行爲地法主義而言，則當否各得其半。何言乎「當」？商事之行爲能力，如絕對不依行爲地法，不特不足保護交易之安全，更有時不免使內國法有屈伏於當事人本國法之嫌。蓋如營業之妻，原非根本無能力，而各國有與以限制者，不外基於舊觀念保護夫權，以維持一家和平之理由而已！內國如承認男女在法律上之平等地位，自不應依其人之本國法，而仍認爲係限制能力者。且如夫婦不同其國籍，而能力之有無，又各異其規定時，究將依夫之本國法，抑將依妻之本國法，亦成爲

問題矣。何言乎「失」？商事之行為能力，苟絕對依行為地法，則雖同國籍人間之商事，偶以行為地之異，即變更其能力，亦屬不妥；而無商事能力之同國人，更可相率而赴能力規定較寬之國，締結商約，參加商事，此殊不可為訓也。且依此說，如上所述之營商業之妻，縱其本國法認之為有能力，為貫徹行為地法主義之精神，倘行為地法不認其有獨立之能力，自不得不依之；又安可哉？

(d) 屬人法及行為地法主義 一稱折衷主義。謂人之行為能力，當然依其本國法，但在內國而與內國人為商事時，基於交易安全之理由，雖其本國法視之為無能力，只須合於內國法者，即視之為有能力是也。我法適第五條，日法例第三條，其第一項之規定，皆採本國法主義；其第二項之規定，皆主張依其本國法為無能力，而於內國法有能力者，則就其在內國之法律行為，視為有能力；此特別於商事之能力問題適用之。然猶莫如一八三九年鄂爾敦堡王國商法草案第九九八條之規定，為最明顯：『外國人單獨為商行為之能力，依其本國法；但外國人在內國對於內國人而為法律行為，此外國人當依於內國法律為能力者，不在此限。』中美薩爾瓦多耳 (Salvador) 國對於第六次全美大會之保留書，謂，凡關於外國人依其屬人法，對於經營商業，或參加商行為與商契約之無能力，如行為在薩爾瓦多耳成立，而不違反內國之法律，並應在內國領域內發生效力者，該項無能力，在薩爾瓦多耳則保留否認之權利云云，即此一主義也。意國於其民法第六條採本國法主義；於商法第五八條關於商事能力，採締結商事契約地法主義。說者或謂民法第六條對於商法無其適用，然商法第五八條則又有但書之規定，即『共同受一本國法

之適用，而爲民法第九條所規定者，不在其限』，是依然兼採本國法之適用也。無論學者對此但書如何解釋，如謂此不過關於同國人間之法律行爲，推定其有依本國法之意思，於商事能力原則問題，並不發生何等影響；如謂既有此但書，民法第六條之規定，應推定其爲當然適用於民法及商法者；而意國終不得謂爲採絕對的行爲地法主義也。他如德國，瑞士，亦皆採屬人法及行爲地法主義，不另及。

按此一主義，雖其中仍不免兩派之分，卽，或以本國法爲原則，以行爲地法爲補則；或以行爲地法爲原則，以本國法爲補則；要皆兩法並用，不獨偏重，最適宜於商事能力問題之解決也。蓋同國人間之商事，雖在內國爲之，自應依其本國法定其能力，俾與民法上之普通原則有所一致；異國人間之商事，如其當事人之一爲內國人時，爲保障內國人交易之安全，對於其一方之外國人，亦惟有以內國法定其能力；如其當事人雙方皆非內國人時，因無共同屬人法之許可，且鑒於交易迅速之關係，只須其能力合於行爲地之法律者，內國得與以方便，而承認之，更係當然。至於妻之商事能力，如前所述，其問題之發生原非正當，故除其本國法及行爲地法皆認爲須受夫權之限制者，始可認之爲無獨立能力人，此亦惟採屬人法及行爲地法主義，乃得若是適用之也。故愚認爲此一主義，較舊日各說爲最適當者。雖然，波蘭國際上私法適用法則又有一較新之說，用特介紹於左：

(e) 商店所在地法主義。波蘭法第二條云「商人關於其商行爲之能力，依商店所在地法」；以商店所在地之法律，定商人關於其行爲之能力，此實簡當之至。然如有數商店時則如何？依其第九條第四項

之規定而解釋之，則以該商行爲所在之商店爲主；是其實際上，於此場合仍不外行爲地法主義也。顧商人之能力云者，並不限於商行爲，並有得否從事商業之根本的能力問題，此則惟有依其第一條之規定，以本國法或住所地法爲原則上之準據法；並依其第三條之規定，在波蘭爲法律行爲，而其效果將發生於波蘭時，如爲交易上安全之必要，則又以波蘭法爲補則上之準據法：是仍一屬人法兼行爲地法主義也。故波蘭法之與通例所異者，不外特別標明商人之商行爲之能力，依其商店所在地法一語而已！

第二，特別能力問題之準據法。在一定之期間，或種特定之人，得否具有商事之能力？此在今日，均主張以適用地方法爲原則，固甚然也。但亦有一二情形，稍破其例，用特分別及之：

(a) 絕對適用地方法者。凡通常之禁止商事兼營，均依其法律效力所及之地，定其人之是否有此項能力，固不問爲內國人或外國人也。例如在公職務間能否兼營商事？在商事代辦人職間能否兼營商事？在行紀職間能否兼營商事？皆應適用地方法定其關係。至於在一定地方，因特別法律或規定禁止商事兼營，此尤不能不承認其地之公權力之作用，更須受地方法之支配可知。畢氏國際私法典第二三五——六條卽作此說，愚採錄之如上。

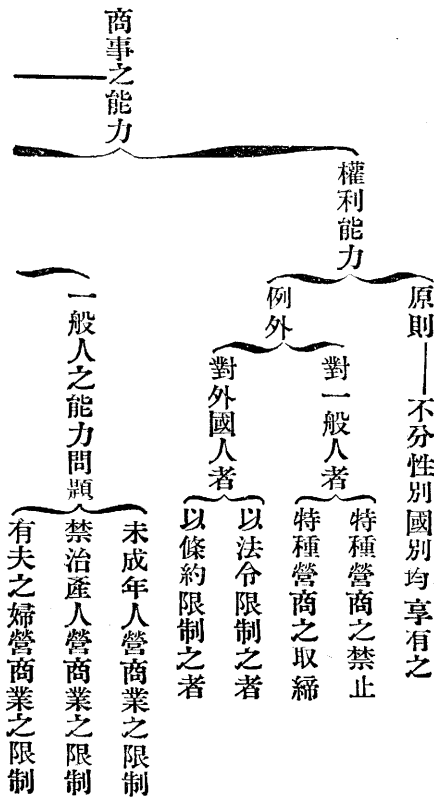
(b) 相對適用地方法者。畢氏國際私法典第二三七條云，「此種不能兼營之關於外交官及領事官者，從其任命國之法律；但其駐在之國家，亦有禁止其經營商業之權」；是與前例，又稍不同。茲特將領事官之有無商事能力一說明之。領事在十六世紀以前，乃一國僑外商人之代表，處理船員或商人間之爭

訟，其產生方法或由選舉，或由推薦，當然以商人爲限，自得兼營商事。後歸國家派充，迄今成爲純然商務官，無外交官之特權，且須服從其地民刑審判管轄權；於此，爲避免因負債受民事審判之故，遂禁止其兼營工商業。但如非所派之任務領事 (Consul mission)，而由駐在國商人，或他國在此之商人中，選委之名譽領事 (Consul Election)，使之執行領事職務，因不受一定之俸給，故得兼營工商業，此幾成爲今日國際法上之公例，在法律適用上殊少衝突。且領事之派遣，大都有領事職務條約或友好通商條約爲之根據，其能否兼營商業，條約上尤有明文；如中希條約第二條第三項「兩締約國應保留不以商人派充總領事，正領事，副領事，代理領事等官；但名譽領事不在其限；」又捷條約第三條第三項「兩國政府不得任命經營工商業人民爲領事；但名譽領事不在其限。」故此一問題之決定，尙不僅依國際私法上之如何原則而適用之，並牽及於所謂國際公法上之種種關係焉。

(c) 絕對適用契約法者 特定商事之不能兼營，非基於法律上之規定，而基於商人合法成立之契約者，其有無兼營商事之能力，則不能依他之準據法，惟有以其契約定之。例如甲乙結有契約，甲在丙地，決不經營某種商業，販賣某種商品；在其契約有效期間，甲即無此一定事項之能力；然如甲在丁地而經營之，販賣之；或即在丙地，而非某種商業之經營，非某種商品之販賣，則又當然有其能力也。不過須注意者，此契約倘有反於公之秩序或善良風俗，則亦根本失其效力，當事人可不受其約束；至於有效期間之長短，仍應受法定期間之限制，固無待言。

(d)相對適用契約法者 關於營業轉讓場合之競業禁止，以及股東或董事對於公司之競業禁止，各國多有明文之規定，或更許當事人得有特約者；則當事人中，對於某一種商事，有無其能力，此殊不能盡依契約定之；更須參照地方法以解決之。畢氏國際私法典第二三八條云，『關於公司股東以團體名義，或兩合公司之出資股東爲自己或他人實行商行爲，或此行爲某一種之禁止，適用公司契約及在必要時所應從之法律。』可供參照。

『圖表二』關於商事之能力表



行為能力

特定人之能力問題

公務職中之商事兼營問題

關於司法官之問題

關於普通官吏之問題

關於駐外使領之問題

關於律師會計師問題

關於代辦商之問題

關於商業經理人之問題

關於行紀之問題

關於無限責任股東對於公司之問題

關於董事對於公司之問題

營業轉讓中之商事兼營問題

商契約中之商事兼營問題

普通契約中之商事禁止問題

不商之義務

競業之禁止

經營商事之能力

參加商行爲與商契約之能力

自然人關於商事之能力

法人關於商事之能力

第三章 商業

商行爲固不必皆限於經營商業之人有之，然普通所謂商人者，則皆以經營商業爲主也。商業(Commerce, Trade)之種類雖多，要皆有相類之設備，及所謂商業助理，以爲經營之基礎。此項設備，如商業登記，商號選用，商業帳簿等事，在在皆足以引起國際私法上研究之趣味，與商業助理中之代理商及經理人之說明，同爲重要。此外若商標問題，雖不限於商業上之使用，並以工業上之使用爲主(有人特以工標名之)，然其爲專用權也，在法律上之性質及其保護之理由，無異於商號權，遂附及焉。惟其中所謂營業所者，自一商人，經合夥，而至商事公司，皆有之，似應爲本章所不可缺者；但因營業所之情形，在公司方面爲特別複雜，而適用之範圍亦極寬泛，故留待公司編詳之。至關於營業轉讓一事，因已於商事之能力節，將所含之要點，有所解決，故不再述。

(一) 商業登記

商業登記(Commercial register)云者，關於商業上一定之事項，命其依法定之程序，登錄於商業登記簿；俾達公示之目的，而保商業之信用是也。德商法，日商法，西商法，葡商法，匈商法，以及瑞士債務法，皆有關於商業登記之一般規定；法，比，荷，意，各國商法，則分別規定於各款下，無一般之

說明；即在德，日等國，仍非盡覽其特別法中之規定者，及非訟事件程序法中所規定者，不能詳知；其實在國際私法之範圍，亦無詳列之必要。茲特就各國立法例上，關於商業登記衝突之要點，及其應適用之法律，一略及之：

(甲)商業登記之法律衝突 通常以公司之登記，為商業登記中之最繁者，自然人則以商人為限，普通人不適用其規定。然各國立法上之衝突點依然存在。例如：

第一、就登記之機關言 在管轄問題上，英美以商業登記隸屬於行政官廳；法國隸屬於商事法院；德日隸屬於普通法院；我國舊亦以之隸屬於縣知事署（商業註冊規則第一條）；此其異一。在審查問題上，有採實質的審查主義者，多數國家如是；有採形式的審查主義，德意志帝國法院曾有其例；有採折衷的審查主義者，即登記官吏非負責質的審查之義務，但認為必要時，得進而審查事實之真偽，日本是也。此其異二。

第二、就登記之義務言 商事公司之登記，各國皆認為必要，尤其對於外國公司如此。但因各國對

於公司之認許，主義既有殊別，種類亦非一致，於是在登記方面之事，其間自難相同。此其異一。自然人商業之登記，在德國，凡在法律上應為登記而不登記者，處三百馬克以下之罰金。在日本，凡未成年入，妻，監護人之為商業者，須負登記義務，不登記者亦無罰金。西班牙，葡萄牙，自然人之為商人，登記於商業登記簿與否，一任當事人之自由；惟登記者，始享有由登記所生之效果耳。此其異二。

第三、就登記之公示言。登記之目的，有純粹作爲公示者，有兼作爲成立要件者；然均有望於公示者一也。公示之方法，有僅爲登記而已足者，謂世人欲知某事項之有無，自行調查登記簿而明之可也。有在登記以外，更須公告者，即將其登記事項，掲載於官報或新聞紙是，多數國家採之。此其異一。登記與公告抵觸者，有認爲應保護當事人利益，以登記爲準者，日本是也。有認爲應保護第三人利益，以公告爲準者，荷蘭是也。有不設明文，而任諸法官之解釋者，德國是也。此其異二。

第四、就登記之效力言。有以之爲絕對對抗第三人之要件，有以之爲對抗善意的第三人之要件，更有以之爲對抗無正當事由的善意第三人之要件，既不相同；而各國雖各有其原則，又復有其例外，諸難一一比較之。其詳讓諸比較商法專籍，茲從略。

(乙)商業登記之法律適用。商業登記如屬於絕對登記事項者，則登記乃營商業者之應有義務；如屬於相對登記事項者，則登記爲特別權利之取得；既爲權利義務關係，自不問內外人之區別，凡在內國有以登記爲必要者，皆須守其規定是也。故商業登記之準據法，乃絕對的屬地主義，不容有例外焉。畢氏國際私法典第二四一條云，『關於在外國商人及外國公司之商事登記簿登記之規定，均爲屬地法』；次條『決定債權及第三人之權利，在登記所生效力之規則，與前條有同樣之性質』：係以明文規定者之例，故特錄之。

『圖表二』 商業登記之各問題表

商業登記之規定

一般規定之者(德, 日)

另有其特別規定

各別規定之者(法, 意)

行政官廳管轄主義(英, 美)

管轄權(商事法院管轄主義(法))

普通法院管轄主義(德, 日)

實質的審查主義(多數國家)

審查權形式的審查主義(德之判例)

折衷的審查主義(日)

商號之登記

經理人之登記

未成人之登記

有夫之婦之登記

監護人之登記

商業登記

商業登記之機關

商業登記之事項

以種類言

關於自然人為商人之事項

關於一般商人之事項

關於商事公司之事項

以性質言
絕對的登記事項
相對的登記事項
為對抗第三人而設者

為對抗善意的第三人而設者

商業登記之公示
登記公示主義
公告公示主義(公告與公示牴觸時)
登記為準主義(日)
公告為準主義(荷蘭)

依案解釋主義(德)

商業登記之效力
權利設定登記
權利確保登記
權利公示登記

(二)商號選用

商號(Trade name)云者，商人於營業上用以表示自己之名稱；換言之，商人以之為自己之商行為及為署名之名稱是也。商號既為商人表示自己商業上實用之名稱，自與商標獨為商品之標識不同；且前者在原則上以商人使用為限，後者則商人以外之製造及販賣業皆得用之，又其所異。商號之在亞東，先有個人之商號，後有公司之商號；歐西對於商號之演進，適反其例。故今日，法，意，荷，西，比等國之商法以及英國法，僅對於公司，設商號之規定，不及自然人方面之商號；但如德，葡，匈，瑞等國，

則又皆有一般之規定也。

(甲)商號之問題法律衝突 小商人果否適用關於商號之規定；商號是否有獨立之人格；此皆屬於學理上之辯駁，與實際之立法例無何影響，故不具述。茲所言者：

第一、商號之自體 姑先撇開商號權問題，而就商號之本身論之，有下列種種之顯著衝突：

(a)以商號之選定言 各國立法例上，有採自由主義者，英國法系，法國法系，及日本屬之。除商事公司之商號略有限制，自然人之商號，得以姓，或姓名，及其他之名稱爲之。惟日本則規定非公司，商號中不得用可示公司之文字；他人之氏名亦不能任意用之。至於公司之商號，英國於一九一六年之法律，凡一部或全部屬於外國人之營業所，或受外國人之支配而營業者，皆不得用『英國的』或其類似的字樣爲商號，否則拒絕其登記，亦一例外。有採干涉主義者，德國商法，瑞士債務法採之。德國，自然人方面，必以姓名爲商號，且禁附加使人誤解其營業種類，或範圍，及營業主人關係之文字；無限制公司之商號，必須包含總股東，或股東中一人之姓名，並表示其爲公司之附號；兩合公司之商號，必須包含無限責任股東中至少一人之姓名，並表示其爲公司之附號；股份有限公司，股份兩合公司等，以其爲目的之事業爲商號，並須爲某種公司之表示。瑞士，更認爲外國公司，倘以有關於瑞士之國土及國性之名稱爲商號者，登記官署有檢查此等名稱之權。此其異一。

(b)以商號之文字言 商號能否以外國文字爲之，有認爲商號既採自由選定主義，應承認外國文字

亦有效者，有認爲須有一定之限制者，在實例上，德國之商號用語，當然限於德文及拉丁文，俄羅斯文不在其例；日本之商號用語，亦以漢字及假名文字爲正則，盡用歐語則非通說所取。最成問題者，外國商人之原有商號，能否以其原文用於在內國之營業所，斯則牽涉法律適用問題，詳待後論。此其異二。

(c) 以商號之使用言 有認爲商號可作訴訟行爲者，如德國商法第十七條第二項「商人得以自己之商號而起訴或受訴」之規定是；有認爲除公司之商號外，不能爲訴訟主體者，如日本明治三十四年六月二十八日大理院之判例，謂個人之商號，依民法第一九〇條之規定，不得爲表示當事人之名稱是。此其異三。

第二、商號之權利 各國立法例上，關於商號權方面，其最顯著之衝突，可得述之者，亦有三事：
(a) 以商號權之取得言 商號必須登記後，始可排斥他人以不正競爭之目的，而使用同一或類似者，故商號權之取得惟賴登記而已。然在德國，使商人負選定商號，呈請登記之義務，否則科以罰金；是其商號權之成立與商號選定出於同時，蓋視登記爲確保既存之商號權也。在日本，除公司商號，依設立之登記，屬於絕對的登記事項外，自然人之商號採登記自由主義，不登記商號仍在，必登記之，始生商號專用之權，故視登記爲設定商號專用權也。此其異一。

(b) 以商號權之存在言 德國，自然人之商號必以其姓名爲之；無限公司兩合公司之商號，亦必以

股東之姓名爲之；同姓名者惟加附號以區別之；故認商號權爲姓名權之擴大者。姓名權，通常列於人格權之範圍，因之，商號權之本質不外一人格權而已！日本，商號權因登記而取得。且有財產上之價值而得讓與，故與特許權，意匠權等，同視之爲無形財產權。不過未登記之商號，他人倘無同一商號，而濫用之，致加損害於有其商號者，則被損害人得依民法之規定，對於其不法行爲請求救濟，不失爲一種人格權也。此其異二。

(c) 以商號權之讓與言 在德國既視商號爲一種人格權，故禁止以商號與營業分離而讓與；他之國家亦有以商號爲營業之名稱，離其固有之營業卽失寄託，或致詐欺公衆之嫌，而不許單獨讓與者。在日本既視登記之商號爲一種財產權，故認爲得與營業分離，而爲單獨之讓與。此其異三。

(乙) 商號問題之法律適用 各國關於商號之規定，既不相同，而商號權之本質，又有人格權說與財產權說之異，則對於外國商人之商號問題，究將以何國法律爲其準據法？操人格權說者，注重內國法之適用，不過對於內國之強行規定，須保留之而已。操財產權說者，注重內國法之適用，認爲與物權同依所在地法而爲支配；換言之，關於商號之性質，效力，及其讓與等，與商業登記同受營業地法之支配是也。愚認爲此一問題之解決，應於前提上，撇開上述之主觀的見解，而依實際的情形以論斷之。

第一、國際貿易場合商號之準據法 商號爲營業組織之代表的名稱，而營業之在今日，又不限於國境之內，則不同國籍之商人間，或與自然人間，締結之商事契約，自必以商號爲一方或雙方之署名，或

爲其他關於一切商行爲之用。在此場合，縱使外國商人之商號，其本國法與內國法非爲一致，亦不可不依其本國法。而承認其效力；至若外國商事公司之商號，縱由外國或外國之專門名詞而成者，仍須於可能範圍內承認之。一八八三年萬國工業所有權同盟條約第八條，曾規定商號縱使爲商標之一部，但在商號之一方面，於各締約國內，仍無寄託而受保護云云，用之於單純的國際貿易場合，爲最適宜。一八九四年德瑞保護特許意匠及商標條約第一條，亦特別聲明『不能因此規定而解釋爲德國商號，於瑞士服從瑞士關於商號之法律；及瑞士商號，於德國服從德國關於商號之法律』云，此更爲極明顯之規定也。

右之論斷，無論以商號爲屬於人格的或財產的，均可以之爲據。依人格權之解釋，例如說者謂『國際民法上，根據身分登記簿所確定之氏名，既爲任何所至之地而承認之；則商號在國際民法上亦不可不共認之。』斯誠不能謂無理由！依財產權之解釋，無形財產權之取得與登記，以及其享受，皆從其給與之地方，乃多數立法例及學者所採；外國商人之商號有無此權，自惟依其給與地法定之。既已取得此權，而以之使用，按照物權依所在地法之原則，內國於此場合，實不能否認其權利之存在。斯亦不能謂無根據！

(b) 國內營業場合商號之準據法

外國人在內國設立商業，或成立商事公司，商號之如何選定與登記，不可不依內國法爲之，此固無待言者。惟外國商店之支店商號，應依何國法律定之，則成問題。今

日各國大都否認主商號從商號之說，而以之在觀念上，應與本店之商號爲同一。惟亦有少許之限制，例如瑞士，爲使其別於他商號，有時不可無或種文字之追加；德國認爲外國股份有限公司之支店，要不得純然用人之商號是也。

右之論斷，蓋基於內國公安關係之見地而然。既在內國經營商業，或更設立公司，一切程序既須依內國之法律章程而定，則關於商號之規定，自亦不能獨外其例。至設立支店，固可少爲通融，但內國人關於商號問題所受之限制，要亦不能對外國人解其禁例。瑞士人之商於瑞士，其商號既不能別於他人，外國人支店之商號，須有追加之文字，乃原則，非例外也。德國人之在德國之股份有限公司，爲表明其公司之性質，既已限制其用人的商號，俾免其公司之真性質，爲人的商號所蔽；則外國公司之支店，苟許其如此，必有使公衆誤解其性質之危險，故須依例限制之，此亦原則，非例外也。

(c) 擅用他人商號場合之準據法 商號之專用權，無論在實質上，或程序上，皆須經過登記之程序，然後對於他人之擅用者，始能請求制止。外國人之營商或設立公司於內國，自須與內國人同守此種規定，必履行登記之義務後，即可對擅用商號者起訴。然如在外國成立之商號，或內國不以登記爲權利設定者，則內國有擅用外國人商號者，是否予以取締？依法，比兩國之實例言之，非在一定條件之下，不取締其擅用也。蓋在法國，以商號權視爲民法上權利之一，非以『人』之資格而享有；既爲民權，則依其民法第十一條及第十三條之規定，苟外國人非在法律或條約相互主義之下，或法國政府許可其得有住

所於法國者，即無任何民權之享受，商號權自在其中。因之，法國最高法院於一八七〇年之判決，即曰『除由法國政府允可其得有住所於法國者外，外國人於人之擅用商號，不得起訴於法國』；又一八七三年之法律，外國人爲其利益，援用法國之法，以根據條約或法律有相互主義之擔保者爲限；除此以外，外國人之對於擅用商號者，殊不能求其直焉。比利時之最高法院，亦曾宣言『關於擅用名號之刑法規定，專爲保護內國工業而設；外國人之無住所或營業所於比國者，不得對其名之擅用起訴云云。然如學者藩奧（Fiore）則曰：『擅用他人之商號，無論從正義法或國際公道上觀之，皆不外對於人格及公的信用之一種加害行爲；故不問商號所有者之國籍若何，或法律上與條約上相互主義之有無，皆應許其依地方法而起訴。』此在原則上，主張外國人之商號應與內國人者受同一之保護，殊不能謂其絕非正當之論。至若外國人所已經採用之商號，倘在其本國認爲有公用之性質，而不認爲係營業者之專用權時，則內國自亦不保護之。例如德國之判例，對於以李璧（Liebig）爲商號一名之事，即依此種理由，不保護專用之權是也。

右之論斷，基於內外人權利之平等享有而然，故凡外國人依內國人取得專用權之程序而爲之者，自應同樣爲之取締擅用者。顧吾人雖在原則上承認對外國人之商號權，於任何場合爲平等之保護，但遇有外國商號必須登記之際，爲增加一國登記之效能計，則亦不妨以其登記與否而爲保護之取決也。

『圖表四』關於商號問題之內容表

商號之沿革

歐洲——先商事公司之商號——次個人商業之商號
亞洲——先個人商業之商號——次商事公司之商號

商號之種類

以其主體言

純正的商號
個人之商號
公司之商號
非純正的商號——民法上營利公司之商號
加入『營業之目的』
外國人之商號

以其性質言

自然的商號
加入『營業之地名』
或為商人之出生地字樣
或為商品之出產地字樣
或為主的營業地字樣
人工的商號（非自然的商號，如日本之藝名是）
人的商號（以氏名為商號者）

以其內容言

物的商號（非人的商號）
混合的商號（人，物兼用）

如何發生
原始的商號（自由選定）
繼受的商號（受自他人）

以其狀態言

如何存在
登記的商號
未登記的商號

商號

商號之選定

選定之方法

自由主義(日)
干涉主義(德)

外國文字能否用入問題
他人氏名能否引用問題
疆土字樣能否選定問題

積極主義(商號商業名實一致)

消極主義
非公司不得用公司字樣餘可自由
公司須標明其種類餘可自由

選定之原則

商號專用之原則

嚴格主義(以登記為必要，而防其同)

任意主義(不登記亦可但登記後得專用之)

承認說(二人對於同一營業不得有數商號)

商號單一之原則

否認說(一業有數營業所得各有其商號)

折衷說(一業而分於異區域者始能有各別商號)

商號之使用

營業行為

營業上之署名
代理人用之而交易

等等，當然適用

商事公司——得為主體

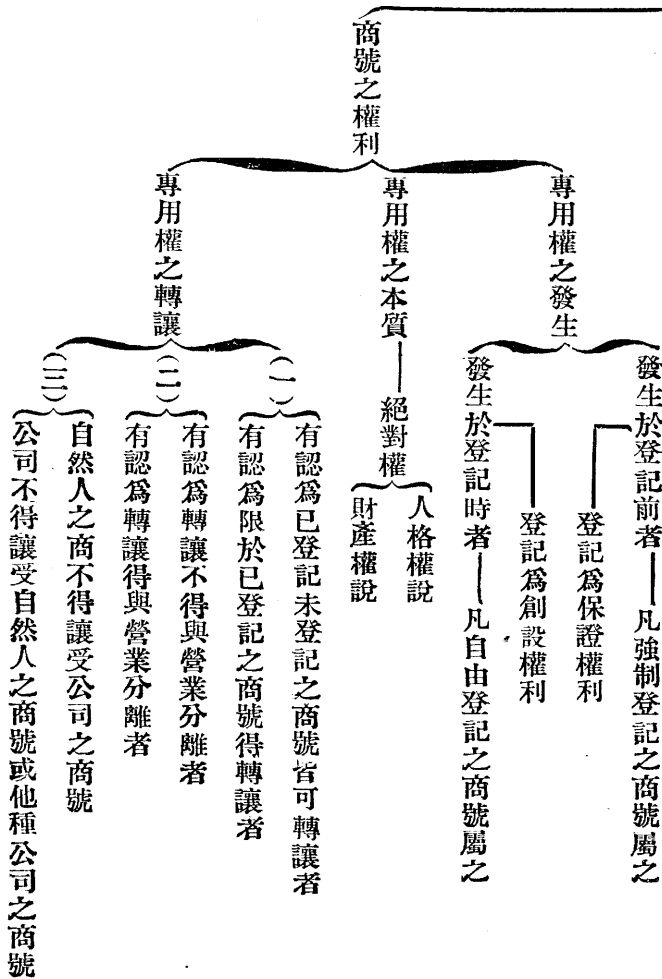
外國商事公司未在內國登記者不能

訴訟行為

個人商號

有認為得起訴受訴者(德)

有認為不得為原被告者(日)



(三) 商標問題

商標者，為表彰自己所生產，製造，加工，揀選，批售，或經紀之商品；所用文字，圖形，或記號

之謂也。歐洲古昔有所謂商人記號者，用以表彰自己之商品，或代爲自己之署名，或附記於署名；漸後表彰商品之風日盛，遂演爲現代之商標，各國均以特別法規定之。其爲用也，在增加商品之信用，形成財產無量之根源；保護正當之競爭，維持商業發展之秩序。但因各國關於商標法之規定有異，於是遂又發生國際私法上之問題矣。

(甲) 商標問題之法律衝突 今日各國之商標法，雖皆不願有反於世界大勢，終以各國政體之異，民情風俗之別，而難一致。其最顯著之衝突點，有如下：

第一、就權利之認識上言。所貴乎商標者，在有專用權；此專用權處於如何之狀態，有兩大主義之不同。一爲商標專用權認定主義，英，美，法，法等國採之。蓋以使用時日之長短爲衡，而判定註冊商標之有效與否；換言之，必其商標使用已久，然後始允其註冊，有專用之權，即前段所謂之權利確保登記耳。一爲商標專用權設定主義，德，奧，西，日及我國採之。蓋以呈請註冊之先後爲衡，而判定註冊商標之有效與否；換言之，欲專用商標者，須賴註冊爲權利之創設耳。顧其中又有絕對主義與相對主義之分。絕對主義者，凡最先呈請註冊之商標，卽爲有專用權者，固不問此商標是否他人從來所用之者，亦不問其是否同一商品在習慣上所通用之者，皆得與之對抗是也。西班牙一八五〇年之商標條例採之。相對主義者，雖在原則上仍以呈請之先後，爲決定執有專用權之標準，但呈請人外，苟有他人從來亦使用此一商標，而爲世所公認者，則亦依法與以保護之是也。我國及德，日之商標法採之。然所謂他人從來所

使用該標章之事實，各國所指仍非一致。有認爲須以法律上所定時期以前使用之事實爲準者，日本現行商標法之規定是也。有認爲在呈請以前，他人有使用之事實，一概不許註冊者，日本舊商標法之規定是也。有認爲須以在註冊以前，有最先使用之事實，而得有商標專用之優先權者，奧國商標法之規定是也。有認爲使用之事實，如有先後，則許實際使用最先者註冊；均未使用，或不能分別先後者，則以最先呈請者註冊；同日呈請，則不許註冊者，我國商標法之規定是也。其他尙有多種特例，不及縷舉，然已足徵各國立法例上之異致矣。

第二、就註冊之條件上言 各國對於商標之註冊，皆設有一定之條件，合其例者始准註冊，否則拒絕。有在商標法上，積極地定其註冊之條件者，英，法屬之；蓋重在商標之如何構成也。有在商標法上，消極地定其註冊之條件者，美，德，日屬之；蓋重在商標所不能違反之各款也。有在商標法上，對於註冊之條件，合積極消極而規定之者，奧國，我國屬之；蓋一折衷主義也。姑不此論，即僅從各種條件上觀之，其衝突之點仍甚顯然：

何以見構成條件上之衝突？ 我國法，以特別著明之文字，圖形，記號，或其聯合式而成者爲限；

日本略同。西班牙法，限於製造人於自己所製造之商品，擇適當之記號，以爲商標。法國法，凡以特別字體，所記姓名，稱號，徽章，印章，證印，封印，草花，模樣，雕刻，文字，數字之包裝；以及其他記號，用以表標自己之商品，皆謂之爲商標；但用以表彰自己之製品者，則認之爲工標耳。英國法，凡

一切圖形，印像，名稱，帖箋，公司個人營造物之名，署名，數字文字，或其聯合而成者，均可認爲商標。美國法，不論何物，除二三之限制外，凡足以表示其貨物之標章者，皆得認爲商標，其範圍殊爲廣泛。以上係指商標構成之形態而言。我國法，商標須指定所施之顏色，是對色彩而爲附加之保護。奧國法，純以色彩，或以色彩與其他圖形結合而成者，亦可單獨作爲商標；惟商標用紙之色彩，不與其列。英國法；註冊時，亦及其色彩，但註冊後，無論變何色彩，仍可享受保護權之權利。美國法，呈請人苟以色彩施之於顯著部分者，亦在保護之列。丹麥法，商標構成不以色彩爲要件，苟呈請人有此請求，而列於說明書中者，則特與保護之。以上係指商標構成之色彩而言。

何以見禁止條件之衝突？此大部分基於公益上之理由而爲禁止，故各不能同，試參照我商標法第二條之規定，即可知其複雜。姑以『他人之姓名及商號』爲例，我國法，以未得他人之承諾者，不得作爲商標，呈請註冊。至於相同於孫中山先生之姓名及別號者，更根本禁止之。日本法。普通所使用之姓名，商號，而依普通書體所記載者，不得爲商標之註冊。丹麥法，他人之姓名及商號，包含於不當之形狀中，不得作爲商標。美國法，單寫呈請人之名，亦不許作爲商標。然在他國，則有不爲禁止者，如奧國法，以文字註冊之商標，與他人以文字爲商號相同者，因其性質不同，仍可以註冊；或以省文之字，與他人之名，省文所寫同者，亦可註冊是也。再以『公共之徽章標記』爲例，我國法，相同或近似於中華民國國旗，國徽，國璽，軍旗，官印，勳章，或中國國民黨黨旗，黨徽者；相同或近似於紅十字章，或

外國之國旗，軍旗者；相同或近似於政府所給獎章，及博覽會勸業會等所給獎牌，褻狀者，皆不得作為商標。但係以自己所受之獎章等作為商標之一部份時，不在其限。奧國法，皇帝族之徽章，及國家與公共團體之徽章，皆不許作為商標；但宮內物品之用，或博覽會物品之用，而經特別許可者，則在例外。日本法，菊花紋章及相類似之圖形，與國旗軍旗及外國之國旗相同或類似者，皆不准註冊。法國法，丹麥法，西班牙法皆有類似之規定，不再具舉。

第三、就審定之關係上言。有採用註冊主義者，呈請商標註冊，不必有審查之事，須待他人有申請異議時，始審查之；法國是也。有採用審查主義者，每有呈請，皆須審查，限於呈請適法者，始為之註冊，德國，美國，奧國，丹麥，西班牙，日本是也。有採用公示主義者，於註冊前之一定期間，應為公告，無人置異議者，始為註冊，英國我國是也。此關於審定之方法者。

有由商標局或特許局，辦理註冊審定之事務者，我國，德國日本是也。有由各地方分別接受呈請，再遞呈上級機關註冊或審查者；如法國，由呈請人住所之商事法院，轉呈註冊局，按次註冊；如西班牙，由地方長官彙齊一切書類，經農工商部轉送工藝院長，審查其有無與他人註冊重複之事是也。有由地方與中央專管機關，分別與以審查者；如奧國，呈請人向營業地之商工會議所呈請，由其所設之商標局，審查其有無違反公益之禁止條件，然後送交商務部，審查其有無相同或類似他人註冊之商標是也。又有由特許局及其分局，按照商品之種類，分別担任註冊之事者，英國是也。此關於審定之管轄者。

他如，我國，商標呈請人對於核駁，有不服者，得依限呈請再審查；仍不服時，得依法提起訴願。英國，對於特許長官之核駁，可以控訴於商務部，認為可以控訴，則集兩造，由審判以決定之；認為控訴適當，則移其控訴於法院，由法院判決之。德國，呈請人不服特許局之審查，仍在特許局提起抗告。奧國，因有違反公益規則，為商工會議所之商標局拒絕，而不服時，則可上控於商務部。丹麥，不服註冊官吏之核駁者，則上控於內務總長。此關於拒絕之抗告者。

此外，我國，對於既註冊之商標，如違背商標法第一至第五條之規定者，由商標局評定，作為無效。日本，除有由特許局長以其職權撤銷者外，苟他人發見其有反於法院條件處，亦可向特許局呈請審判，由特許局與法官會議而決定之，得使其歸於無效，英國，美國，意國對於撤銷註冊之商標，一概歸於法院決定。德國，類似日本，惟由第三人呈請撤銷者，商標主不來聲辯，即仍由特許局予以撤銷；否則應由法院判決後，特許局依其判決而為撤銷。奧國，既註冊之商標，而有違反公益條件者，商務總長得依其職權撤銷之；如僅與私人利益有關者，得由該關係人，訴於商務部撤銷之。丹麥，撤銷權為內務總長所有，以審判定之；苟有不服，則可向法院申訴。此關於商標之撤銷者。

(乙)商標問題之法律適用 各國商標法之規定，雖不少衝突之點，然以商標有關於工商業之發展最大，各國皆不願永其此衝突，故有萬國工業所有權保護同盟條約之締結，以期各國規定，歸於劃一；即未加入同盟者，亦多受其影響。一八九一年四月在西班牙，又創立一商標國際法；凡加入其同盟者，其

國民人民曾在本國所註冊之商標，由其本國政府向伯倫（Bonn）聯合事務局，重行註冊，自可取得同盟各國之保護。故在今日，國際私法上關於商標問題之準據法，頗傾向於國際條約，尤其在加入保護同盟之國間如是。茲再擇其要者一及：

第一、關於註冊呈請之先後者。無論在何情形中，外國人之商標欲受內國政府之保護者，除去所謂國際註冊確能實行外，非經過在內國註冊之程序不可。於是同一商標，既須在本國呈請註冊，又須在外國呈請註冊，苟其所欲註冊之標章，非早有使用事實；則在外國同時有人呈請註冊者，則將以何人為有優先權歟？凡加入保護同盟條約之國，大部認為在本國已為合式之呈請，則在外國呈請，但無害他人之權利者，自本國呈請之日起，在四個月期間內，有優先權。例如呈請人為法國人，已在法國商事法院呈請註冊，而又欲在意國取得專用權，則在此四個月內，雖意國人以同樣商標，早於法國人向意國之註冊專管機關呈請，則仍以法國人之呈請為先。但如意國人呈請在此四個月以先；或法國人依期未能呈請，而意國人於此四個月後，首先呈請，則法國人自不得主張優先權也。凡未加入保護同盟條約之國，對於外國商標之保護，大部以條約相互為前提，得受保護者，更須依所欲享受國之法律，呈請註冊始可；故其呈請之先後，及其有無優先使用權，即依其法律之規定而決之，不能以其已在本國呈請註冊，遂無條件而有法定期間之優先權於他國也。

第二、關於註冊呈請之批准者。商標呈請註冊，須合於法定之條件，否則核駁，此固各國之所同。

故外國人之商標爲其本國所不許者，內國自不得予之註冊；但在其本國，爲呈請合例之商標，而與內國之條件不符者，則當如何？凡加入保護同盟條約之國，限制較寬，只須其商標無害於內國之風俗及公安。皆與以註冊，縱其形象，不符合內國之法定者，亦不能爲拒絕呈請之理由。美國，日本，例之最顯者也。未加入保護同盟條約之國，限制可以自由，蓋既須絕對依其法而爲註冊，有涉及禁止條件者，固不許其註冊；即與商標構成條件不符者，爲保障內國商業之安全，亦應不爲之註冊也。例如奧國人以色彩之商標，向我國註冊者，自不許焉。

第三、關於以商號作爲商標者 以商號所用之文字，用作商標，呈請註冊者，如係自己之商號，各國大部許之；惟日本不以爲然。如係他人之商號，則有絕對否認者，有認爲能取得他人之承諾，亦可許之者。於茲場合，亦有法律適用問題之發生。即，內國欲保護此類之商標，必以商標主之本國，承認此項之保護爲限，不以是否加盟於工業所有權保護同盟，而異其例。如日本人欲以其商號作爲商標，而向德國請求之，德國即可拒絕，蓋外國之保護，隨於本國法而發生，日本所不許者，德國自不許耳。反之，德國人以其商號在德國作爲商標而被保護，即可向瑞士依期請求保護，人雖欲以其名爲商號而冒用之，則不可也。又契約上以自己之商號，許他人用爲商標，享其保護之本國，否認此種契約合法之存在者，則內國亦不予以保護，又多數學者之通說也。

(四) 商業帳簿

商業帳簿 (Trade books) 者，商業上記載財產動靜之帳簿也；換言之，商人依商法之規定，常備各種帳簿，俾明瞭其財產之狀況，非若通常人所置之家事費用帳簿等，於法律上無關係也。此之爲用，直接爲商人證明其商業上關係之材料，間接使商人明悉其計算，藉以達保護債權人之目的；並於破產時得以確知支付停止之原因焉。凡所謂日記帳 (Journal) 財產目錄 (Inventory)，借貸對照表 (Balance-Sheet) 皆屬之。

(甲) 商業帳簿之法律衝突 各國對於商業帳簿之種類，及其如何作成，與帳簿中所列之財產應附若何之價格等等，皆極不一致，殊難詳爲比照；特就其大者一述；

第一、就商業帳簿之義務言 有採放任主義者，不以法律直接命令商人作成商業帳簿，而由其自爲之，英、美是也。惟在英國，受破產宣告之債務者，苟無營業通常必要之帳簿，則處以過怠破產之罰，並不得享受通常破產時之免除命令之利益耳。有採干涉主義者，商人依法律，負作成商業帳簿之義務，不得圖卸其責；法、意、比、西、葡是也。就中如法國，更爲嚴格，強制設備各種帳簿，非特其作成及記載之方法須合法定之程式，具以之屬於官廳之監督也。有採折衷主義者，較英美主義爲嚴，較法國主義爲寬，德、日是也。德國之日記帳，只須其能證明商人之交易，及財產之狀況即可，不強制以特定之

名稱；而如財產目錄等，亦不取乎官廳監督制度。日本尤爲寬大，各種帳簿雖爲法律上所必備者，但不嚴格地或特殊地限以程式，只須合於整然且明瞭之條件，斯即可矣。

第二、就商業帳簿之信用言。有採形式採證主義者，認爲商業帳簿之所載者，有公的證據力，故在必要時非提出於法院不可，德國、法國是也。有採自由採證主義者，認爲商業帳簿之證據力，無公的信用；不過作爲法官之參考，自由採用其所記載者，日本是也。

第三、就商業帳簿之保存言。商業帳簿無論其在訟件上，作爲證據，或參考，皆應有相當期間之保存，以備臨時之用。此保存期間，各國規定亦不同。有規定以三十年爲保存期間者，荷蘭是也。有規定從最後記載之時起算以十年爲保存期間者，德、法、意、比、日是也。有規定從營業廢止清算後五年爲保存期間者，西班牙是也。有規定以營業繼續期間爲保存期間者，智利、玻利非亞是也。有規定保存期間，以關係債權之消滅時效爲標準者，普蘭司爾是也。

(乙)商業帳簿之法律適用。外國商人在內國經營商業，應適用內國公法規定，及營業規定，乃今日國際商事法適用上一大原則。商業帳簿問題乃營業規定之一種，故雖爲外國商人，如在採干涉主義或採折衷主義之國家以內營業，即不能不依其法律，有作成整齊之商業帳簿及保存之義務。例如中國人之在德國營業，關於借貸對照表，必須以德國之買賣行情作成之；並須對於其一切之財產及債務，附以作成當時之價格；於不確實之債權，僅以概算之價格記入之，其不能收回之債權更須除去之；即不可不依其

商法第四〇條之規定也。他如奧國，於外國股份有限公司及股份兩合公司營業許可條例之第五條，更明文規定其須負內國法上商業帳簿之義務。

至於商業帳簿所用之文字，如係外國公司，在原則上自許其使用外國語。雖如賴溫康 (Lyons-Caen) 主張外國人在法國營商業，宜以法國語作成商業帳簿；但同時又聲明，如法國無禁止以外國語作成之規定，則不得否認其帳簿之證據力云云。然各國以明文規定商業帳簿之用語者，例頗不少。德國商法第二四三條規定必須用通常之語言及文字爲之；南美及中美之或國則規定以西班牙語爲限；如智利商法第二六條 闕都拉斯商法第二六條，即規定以西班牙語或其他國語，作成商業帳簿；有此特殊之明示者，亦惟有營業地法所許用之文字而爲之耳。

(五) 商業使用人

商業主人因營業而使用之人，稱爲商業使用人 (Commercial assistants)。有以關於營業全部之各種行爲而使用之者，曰經理人，日本曰支配人；有因營業之某種類或特定之行爲而使用之者，曰夥友，日本曰番頭 (司帳)，手代 (夥計)；有祇因勞務而使用之者，曰勞務者，即俗所謂『老司務』等是。

(甲) 商業使用人之法律衝突 夥友與勞務者，在商業使用人之地位上，不如經理人之重要，且多與一般使用人之關係，無所特異，故僅就經理人方面，一述各國立法例上之衝突點

第一、就經理人之法律地位而言。經理人與商業主人在法律上立於何等之地位？有認爲非所謂商業使用人之關係，而爲民法上之普通關係者，法，荷，比是也；故民商雖爲分離，而其商法上對此問題，則亦不規定之。有認爲與商業主人爲代理權之關係者，意，西，葡是也。有認爲一方面爲代理權之關係，一方面爲商業使用人之關係者，德，匈是也；故其商法中，依此標準分爲兩章，各就所關者，爲之規定耳。有認爲在選任之行爲上，經理人係併合僱傭與委任之複雜契約而有其關係；在代替主人之行爲上，則有代理之關係者，日本是也。至於我國，經理人則定於民法債編中，係指有權爲商號管理事務，及代其簽名之人而言，乃一委任關係；而所受之權，亦非代理權，不過一管理權而已（我民法第五五三條參照）！又與上之各例不同。

第二、就經理人之職務任免而言。關於經理權之授與，有限於明示者，德國商法第四八條『代理權，惟限於商行爲之所有者，或其法定代理人；且須以明示之意思表示，始得授與之』是也。故經理人當示自己之名，與爲支配人之文字，附記於主人之商號，以之署名。有認爲明示默示均無不可者，我國是也。日本無明文規定，學者謂依民法之一般原則，得認爲有默示之選任；然依其商法施行法第一九條之規定，舊之所稱爲經理人者，倘無法律上經理人之權限者應改其名，否則以經理人論，是經理人之選任必貴附以經理人之名稱可知。且經理人之選任及其經理權之消滅，在日本，皆須由主人在本店或支店登記之，實際上仍以偏於明示者爲多。

關於經理權之消滅，在德國，「不因商行爲之所有者之死亡而消滅」（德商法第五二條第三項）；在日本，「由委任而有之代理權，其本人雖死亡，而此代理權不因之而消滅」（日商法第二六八條）；此與完全適用民法上之代理關係者，自不相同。然在我國，則範圍更廣，「經理權……不因商號所有人之死亡，破產，或喪失行爲能力而消滅」（我民法第五六四條）是也。

第三、就經理人之權限而言，關於經理權之內容，我國法，經理人對於第三人之關係，就商號或其分號，或其事務之一部，視爲其有爲管理上一切必要行爲之權；且就所任之事務，視爲有代表商號爲原告或被告或其他一切訴訟上行爲之權。但經理人對於不動產，除有書面之授權外，不得買賣，或設定負擔。德國法，與我略同，即經理人有爲裁判上及裁判外之行爲之權；及有爲商行爲所發生之法律行爲一切之權；但關於不動產之轉讓及負擔，則非有特別委任，不屬於經理人之權限。日本法，對於不動產方面之行爲，不加何等限制，並明示經理人有選任並解任番頭手代等之權。

關於經理權之限制，有認爲經理權範圍之限制，對於第三人均無效力者，德國，匈國是也。有認爲經理權所加之限制，不得對抗善意之第三人者，瑞士，我國，日本是也。惟我國，則認爲關於一定之特殊事項，仍可對抗善意之第三人（參照我民法第五五七條）；日本，則認爲經理權所加之限制，非屬於登記之事項，縱令登記之，仍不得主張對抗之效力。至於共同經理權，德，瑞，匈，及我國，皆承認之。惟德國，則共同經理，須有登記，非共同行之，其行爲根本失效，得以對抗善意之第三人；我國，數

經理人中有二人之簽名者，對於商號，即生效力，藉以保護第三人之利益：是所不同耳。他如日本，不設共同經理之規定，故在事實上有授權於數經理人者，仍認為係經理權自體之限制，不論如何行使，仍對於善意之第三人不得對抗之。

關於經理人之責任，有採不商義務主義者，有採競業禁止主義者；以及其如何裁制之方法，亦各不同；因在商事之能力一節中，已有所及，姑從略。

(乙) 商業使用人之法律適用 此一問題之準據法，應分為兩種論之：

第一、商業主人與商業使用人之法律關係 無論其僅為僱傭關係，或為委任關係，要不可不依所謂國際民法上關於此一類契約之準據法定之。蓋民事上之僱傭契約或委任契約，實為商事上此類契約之基礎，況如勞務者之地位，更與普通使用人無別，自可用同一之準據法也。此準據法之在今日，首應由當事人自擇其所適用之法律。如無之者，或則主張同國籍者依其本國法，或則主張同住所地法者依住所地法；否則皆依行為地法；或更主張依行為地法，其說亦極不一致。然最適宜於爲此一問題準據法之用者，莫若比擬波蘭法第八條第七款之規定，以商業所在地法爲適用之準則也。蓋該款謂『關於僱主與工人所訂之勞工契約，依工商業或鑛業之所在地法』云云，無經理權之商業使用人，當然適用之；即有經理權者，用之亦無何不便也。

第二、商業主人與第三人之法律關係 此因有關於交易之安全，商業之信用；無論商業主人與商業

使用人間有如何之約定，或依據何種法律而成立其關係；皆不可不以營業所在地法爲其唯一適用之法律。例如商號之與經理人，雖其關係以中國法律爲其準據，依法無書面之授權，而爲不動產之買賣，得以之對抗善意第三人；但如營業地在日本，或其分號在日本者，經理人有如是之行爲，即不可不依日本法，善意之第三人仍得對商號主張其利益也。

(六) 代理商

代理商 (Commercial agents) 者，商業之輔助機關，代理商而處理一定處所或一定區域內之事務者；例如上海商人，不於北京別設支店，而使北京商人代理其行爲是。首承認其制度者爲德國，歐洲其他各國尙少規定，我國則稱之爲代辦商，義亦稍異；畢氏國際私法典所謂商業代理人者，恐猶指其廣義者而言也。茲特擇其要者述之。依例先及：

(甲) 代理商之法律衝突 從左列之標準上，得知各國立法例上對於代理商規定之衝突點何在。

第一，就代理商之意義言 法，荷，意，匈等國，不與代理商以特殊地位，故在商法上無其規定。

英國，以代理人與居間人合而視之爲代理商。德國，日本，均以代理商非商業使用人，係謂爲一定之商人，平常代理或媒介屬於其營業部類之商行爲者。換言之，代理商雖一面爲一定商人之機關，而補助其營業者；一面則仍爲獨立之商人，依自己之名，行代理或媒介之事，且可同時受數商人之委託，故其意

義較廣。我國，所稱爲代辦商者，謂非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人；故其意義較狹。

第二，就代理商之地位言。代理商與本商人之關係，固以契約定之；然此契約究屬何種性質？我國認之爲委任契約之一種，故與經理人列爲一節，而規定於普通委任以後。日本認爲在商行爲代理之委託上，屬於法律行爲之委託，應視爲委任契約；在商行爲媒介之委託上，則非商行爲事務之委託，應視爲準委任契約；學者總稱之爲代理商契約。德國認爲委任必須無償，故多數學者及德國新商法參考書，則視之爲僱傭契約之一種；而德帝國法院則又稱其爲有償契約之一種。蓋德國商法規定代理商有向本商請求報酬之權利，不似我國法依契約或習慣而定，日本委諸法於有商行爲之際再定耳。

第三，就代理商之權義言。德國，依上所述，不論代理商之行爲有無，須對之支付報酬，我國，日本，則不若是；日本，代理商，凡因商行爲之代理或媒介而生之債權，得留置爲其本人所占之物，故留置權之範圍極廣，在他國則不若是。又，德國規定，對於代理商得爲關於物品瑕疵之通知，並關於物品履行及類似之各種表示；日本規定，受物品販賣之委託的代理商，有受買賣之目的物之瑕疵，或其數量之不足，及其他關於買賣履行之通知之權限；我國則規定代辦商對於第三人之關係，就其所代辦之事務，視爲其有爲一切必要行爲之權，倘有書面之授權，亦可負擔票據人之義務，或爲消費借貸，或爲訴訟也。以上係關於代理商之權利或權限者。

德國，代理商當其為代理之行爲時，必須以通常商人之注意，保護本商人之利益；且應負對於本商人為必要通知之義務；其於各個商行爲之締結時，尤不可遲延其通知。日本，代理人既為商行爲之代理或媒介之時，須速即通知本商人。我國，代辦商，就其代辦商之事務，應隨時報告其處所或區域之商業狀況於其商號；並應將其所爲之交易，即時報告之。此三者在解釋上自不相同。又德國，僅被委任為商行爲之媒介之代理商，其商行爲以本商人名義與第三人締結時，本商人知悉後，苟不迅速對第三人通知拒絕之意，則認為其行爲為已得本商人之承諾者。日本，代理商苟非本商人之承諾，不得為自己或第三人，而行屬於本人營業部類之商行爲，或為以同種營業為目的之公司中無限責任股東，違之者本商人有人入權；但自知其行爲之時起，經二週間不行使，或自行爲之時起，經過一年不行使者，其請求權即歸消滅。我國，與日本略同，但違之者，其商號得請求因其行爲所得之利益，作為損害賠償；而自知其行爲之時起，經過一個月不行使，始消滅此請求權也。此三者在規定上仍非一致。以上係關於代理商之義務或責任者。

第四，就代理商之終任言。有契約上規定之期間者，在通常情形下，依其期間，此固各國之所同。然如未定有期間，而須解約時，在我國，則須於三個月前通知他方；在日本，則須於兩個月前，豫告解約；在德國，則須於一定時期，置六週間之解約豫告為之。此其異一。又，德國，認為契約關係之主要事由存在時，未由各方置解約豫期間，亦得解約；日本，認為當事人不問其定契約之期間與否，如有不

得已之事，任何時得以解約；我國，當事人之一方，因非可歸責於自己之事由，致不得不終止契約者，得不先期通知而終止之；斯固極不相同也。而我國依民法第五六四條之規定，代辦權不因商號所有人之死亡，破產，或喪失行為能力而消滅；則與日本列本商人之破產，爲『不得已之事』解釋之一，又自各別。此其異二。

(乙)代理商之法律適用 此問題倘專從代理商與本商人之法律關係方面言之，在今日，一致主張依本商人之住所地法，或本店之營業地法而定，無論學說與立法例皆然。巴爾固如是承認之矣，即畢氏國際私法典亦於其第二五五條云『代理人之義務，從委任人之商事住所法』。蓋本商人與代理商，亦代理人關係之一，雖就其契約之發生而言，似依例可自由決定其所適用之法律，意思不分明時，始爲之代定準據法；然因代理商契約究非普通之契約，與商業使用人之兼有僱傭性質，或完全爲僱傭性質者，不能並語；故以法定準據法之適用，爲所必要。同時代理權或代辦權之存在，係以本商人之賦與爲其前提，而本商人又負能所委託的商事上最後之責任，故其契約之準據法，更不能不有取於本商人之住所地法，或本店之營業地法也。况本商人之委託代理商或辦商，必非限於一處所或一區域而始有之，苟不依本商人之住所地法，則同爲代理商或代辦商之關係，而各適用不同之法律，亦非甚便。

雖然，此固原則也。若夫例外，則代理商營業地之法律亦有時可得而適用焉。例如本商人對於代理商營業地之第三人，有法律上之關係時，則因其爲達交易靈活之目的，免第三人受不豫期之損失計，即

不。可。不。依。代。理。商。營。業。地。法。決。之；而。代。理。商。之。營。業。於。其。營。業。之。公。示。方。面，尤。不。可。不。依。其。營。業。地。之。法。律。例。如。其。地。之。法。律，倘。規。定。代。理。商。須。將。授。權。書，在。代。理。店。之。官。廳。登。記。之，即。不。能。藉。口。他。之。法。律。未。有。此。種。要。求，遂。不。履。行。各。種。程。序。也。

第四章 商 事

民商分立之國，於商法中，往往設有商行爲 (Commercial Transaction) 一編，指關於商事之法律行爲而言；但在民商合一之國，則多規定之於民法債編中，其不能歸入者，另制單行法以救濟之，如保險法規是也。愚既根據學術研究之見地，而於民法適用論外，有商事法適用論之作，故與向之所謂商行爲有關者，遂亦彙而述之於此。

商。事。之。法。律。行。爲，與。民。事。之。法。律。行。爲，時。有。不。相。同。者：如。商。行。爲。之。委。任。代。理。人。之。權。限，即。較。普。通。之。委。任。爲。廣；普。通。委。任。僅。得。處。理。特。定。之。事。項，惟。於。緊。要。之。際，因。解。釋。而。稍。擴。張。之，若。商。行。爲。之。受。任。者，只。須。在。委。任。範。圍。以。內，而。不。背。於。其。本。旨。者，縱。無。委。任。亦。可。爲。之。又。代。理。人。之。行。爲，在。商。事。方。面，雖。未。表。示。爲「本。人」而。爲。時，「本。人」有。時。亦。得。直。接。有。其。權。利。及。義。務，此。亦。異。於。普。通。代。理。事。件。者。更。如。債。務。之。履。行，其。履。行。之。場。所，無。論。民。事。商。事，通。常。皆。爲。債。權。人。之。場。所，然。在。商。事。方。面，則。以。營。業。所。先。於。住。所，有。本。店。及。支。店。時，應。於。本。店。履。行；至。在。支。店。所。爲。之。交。易，則。以。支。店。爲。營。業。所。他。如。商。事。債。權。之。擔。保。問。題，商。

事債權之消滅時效，各國亦多異於普通債權之規定。彼此之實質方面既非一致，在國際私法上之準據法方面，亦當然不能盡同。

但無論如何，商事之法律行爲，究非別於民事之法律行爲而獨立存在，不過較爲處於特別之地位而已！換言之，商事之法律行爲，一以民事之法律行爲爲其基礎，僅於特殊場合有所異也。故畢氏國際私法典第二四四條云，『本法典第一編第四章第二節，對於民事契約所設立之普通規則，概適用於商事契約』，可供參證。夫既若是，吾人在國際私法對於有關所謂商行爲之研究，亦只擇其重要者述之；至於商法上之不法行爲，雖與法律行爲有異，而在廣義上究不失爲商事之一，故特於本章之末附及之。

(一) 商事買賣

買賣者，當事人約定一方移轉財產權於他方，他方約定支付價金之契約也；無論民事買賣，商事買賣皆同。各國有於其商法內，對商事買賣所以設特別之規定者，不外商業交易，貴於迅速，商品市價，復多變動，爲避民事法上之繁重規定而然耳。但在今日，民事買賣亦日趨於簡捷，英，俄，瑞士，我國皆規定之於民事法中，其買賣果屬於商事，抑屬於民事，惟依事之何在爲別而已。願通常適用於民事買賣上之準據法，未必即一一合於商事買賣之適用，故就買賣準據法之有關於商事者，特別提出論之。其中關於無記名證券之買賣等，因在國際私法上另有其特殊理解，當於他節再詳。

(甲)關於買賣契約者 由行紀契約而成立之買賣，非商人間直接而爲之買賣契約，應另有其準據法；商店零售貨物之契約，非純粹商業上之買賣，且應依商店所在地法，已甚瞭然；皆非此之所論。茲所言者爲下列諸事：

第一，買賣契約之準據法 買賣契約者，約定締結買賣本契約之契約也。其法律上之衝突點，頗爲繁雜。在奧，瑞等國，對於一般豫約均承認之；日本則僅承認買賣上，片務豫約之存在；德國，法國，並無明文規定，學說上有承認之者，有反對之者；我國與法德同，但有得預行約定本契約之方式之規定。此其一。國際貿易之習慣，每由商人選任一種代表，從於自己之所計算，使締結出賣商品於市場之契約；而約定於一定期間內，交易一定數量之商品。有人稱此契約之性質，爲定其將來應締結買賣條件之豫約。有人稱此種豫約，苟係雙方豫約，即令履行時期屬於將來，然出賣人與買受人既同以一定之條件，爲相互之約束，是即純然之買賣契約；必其屬於出賣人一方之豫約，對他方表示意思，謂依於或種條件，彼可負締結賣却某種商品契約之義務，乃爲真正之買賣豫約；反之，受買人之一方，亦可向他方爲購買商品之豫約。此兩種解釋，對於買賣契約之是否成立，出入頗大，此又其一。買賣豫約之義務人，如故意不爲此項意思之表示，權利人頗爲不利，必應有救濟之法。或則主張請求其履行，履行不能時，得解除其豫約；或更許以請求損害賠償之權利；或則主張於約定之期間內，靜待對手方履行之，過此期間，豫約失其效力；如無約定期間者，豫約者，得定相當期間，催告對手方履行之。此更其一。遇此情

形，當依何地法律定之？

歐。陸。各。國。大。都。依。履。行。地。法。或。契。約。地。法。而。決。依法理言，因買賣豫約問題，不外一種契約問題，商事買賣既不限於同國籍人間爲之，而又貴於敏捷，自應以契約地法爲其適用之原則。但如買賣豫約，往往亦有牽及履行問題者，則豫知履行地何在者，或約有履行地者，依履行地法決之，亦未始不可。惟其所謂契約地法或履行地法，不僅限於其地有明文規定之法律，即習慣法亦在其內。

第二，貨樣買賣之準據法。貨樣買賣者，出賣人對於買受人約明以符合貨樣之物品爲支付之買賣契約也。民事商事皆有之，其買賣契約自體之準據法，自與一般之買賣同。惟有問題者，在歐洲某數國家，依於貨樣所爲之買賣，貨樣保管人，往往須宣誓其所提出之貨樣，與其所受領之貨樣爲同一。在瑞士，則以提出人在法院能爲舉證已足；蘇俄，雖規定貨樣買賣，然只重在交付物與貨樣不同者，應由出賣人負責之一點，關於他之舉證責任別無明文規定，我國同。倘貨樣買賣之準據法以宣誓爲必要，而在不以宣誓爲證據方法之地，發生訴訟，究將仍依準據法主義，抑依法庭地法主義歟？學者中如曼利等，皆主張不可無其與宣誓方法相當者，以爲宣誓之代；其實既有舉證責任之規定者，即依之而爲，無待再以他種方法代之；至於法庭地法僅規定擔保義務者，則在事實上爲證明交付物果否與樣本無異，而樣本果否爲原本之樣本，當事人亦相互負有舉證之責也。

(乙)關於買賣效力者 買賣效力云者，出賣人與買受人權利義務之問題是也。除受領遲滯及異議通

知兩事，另爲提出外，特就其有關於法律之適用者，述之於左：

第一，契約履行地之確定。買賣契約成立後，出賣人方面負有交付商品之義務，買受人方面負有交付價金之義務，究應於何地交付之，是即所謂履行地問題也。此則首以有無特約爲準，有特約者依其特約；例如薩爾勃爾愛肯市之鑛山局，其交易條件中，即豫先約定須以其地爲當事人雙方之履行地；因契約而發生之義務，當事人雙方須服從其地法院之管轄。如無特約，而契約地另有習慣者，從其習慣。倘並此而無時；則關於商品之交付地，如爲特定物之性質，須於訂約時其物所在地爲之；如爲不特定物之性質，則於買受人現在之住所地爲之。但在瑞士，由法國售棉於其朱立克（Neuchâtel）市，契約之締結爲隔地者，通常認爲買受人須赴出賣人之住所，受領其商品，遂又以出賣人之住所地爲履行地，而買賣之準據法，更皆以此定之。關於價金之交付地，與商品交付爲同時者，即以商品交付地爲其交付地，不同時者，則應於出賣人之住所地爲之。

第二，商品檢查地之確定。買受人對於所受領之商品，應依通常之程序，爲檢查之事，俾通知出賣人盡其應負瑕疵擔保責任之義務。此檢查地究在何處爲宜。通常以商品到達地爲其檢查地，乃原則也，例如由西班牙送往滋克之葡萄酒，自須在滋克檢查之。但因商品受領地，往往有由契約而定者，其檢查地遂亦不免有所變更。例如路哀起稀之鑛山公司，於其一般之賣卸條件，即有『煤炭之裝載船舶者，於河岸賣卸之；裝載火車者，於山前賣卸之；買受人即於河口或山前領受之』之規定，其商品既於發送地

領受，檢查地亦即在此。蓋國際慣例，各大鑛山業者，嘗自定其締結煤炭買賣契約之約款，固不僅檢查地豫有規定，即法院管轄之事亦嘗及之。如該鑛山公司賣卸條款中，所謂『關於契約之解釋，或執行所生一切之爭議，須以路哀起稀之地方法院為有專管權者而提起之』是也。

(丙)關於買賣救濟者 締結買賣契約當事人之一方，不依所約履行契約，法律上嘗設有救濟之方法。惟各種情形不同，為法亦不一致，而各國規定尤極複雜，在適用法律上遂不免於問題發生。應特別提出說明者，有左列兩事：

第一，受領遲滯問題 買賣契約成立後，出賣人實行其交付商品之義務，而買受人不願受領，或不能受領者，是曰受領遲滯。遇此情形將如何辦理？有國家認為買受人應負遲延責任，對出賣人為損害賠償，並給付保管商品之必要費用。有國家並認為於保管外，出賣人更得定相當之期間為催告後，得依買受人之計算，賣卸其物品於他人；倘為易於損壞之物，不為催告亦可行之。此種自助賣卸 (Self-help sale)，任何出賣人是否皆有其權利；在如何條件下，得行使此種權利；依如何之形式而行使之；不為自助賣卸，將如何處理買受人之遲延責任問題？凡此，皆依商品交付地之法律以決；換言之，買受人遲延受領之效力，惟依履行地法以定之也。瑞士聯邦法院曾有關於此一問題之判例在焉。

第二，異議通知問題 買受人對於受領之商品，成應為受領之商品，發生異議，須通知出賣人，請求其履行擔保責任，是曰異議通知。此固仍依商品交付地之法律而決，然其地特定之習慣，苟具有法律

之效力者，並須依之而無疑。例如棉業買賣，法國勒哈佛爾 (Le Havre) 爲賣棉最盛之場，凡對於其地所已送之商品，根本有不能再述異議之習慣。又生絲買賣，瑞士朱立克市之商習慣，關於商品狀態之異議，於其受領後六十四小時中通知之，但假日及星期日不在其限；過此時間，及商品已變更其原始狀態者，即不得爲異議通知，視爲承認其所受領之物。至若海外貿易，在原則上亦不能以品質粗惡爲唯一理由，而送還其所應受領之商品，惟買受人受領其商品，極感不便時，則爲例外，各國際市場之習慣大抵皆然。倫敦穀物貿易組合，其所擬定之契約格式，即設有『買受人非有仲裁人或控訴委員會之裁斷，不得以受領物品質之差異，拒絕受領』之條款，蓋即本諸習慣而設者也。

(二) 交易所營業

交易所 (Exchange)，日本稱之爲取引所，爲現代商業市場中最顯著之組織。其主要之事務，仍屬買賣之事項，如爲有價證券之賣賣者，通常稱曰證券交易所 (Stock exchange)。爲一種或同類數種物品之買賣者，通常稱曰物品交易所 (例如 Cotton Exchange)。然其買賣之方法，則與通常之買賣異，蓋通常買賣物品，原則上多以現貨交易，交易所之買賣，則非買賣現貨，主要目的係就市價上，與營業者間爲相互之交易耳。同時因交易所之設，對於調濟市面，平衡金融，有相當之關係，影響於所在地之公安問題甚大，故此項交易法規，遂皆列於商行政法之範圍，致與通常之商事買賣法，在性質上亦非盡同。故

(甲)關於交易所之涉外問題者 交易所既與內國公益有重大之關係，雖遇有涉外問題，苟爲內國法所絕對禁止者，不能以外國法例上或習慣上之任何見地，爲抗辯之理由。例如我交易所法第四〇條云，『無論何人不得在交易所以外，以差金買賣爲目的，設立類似交易所之市場而行買賣』；縱使行此買賣者爲外國商人，仍不能以其本國有與該條相反之規定或習慣，而不遵之。此一原則最適用者，爲左列之事。

第一，交易所組織之事 各國對於交易所之經紀人或會員，大抵皆不許外國人充之。日本對於股份有限公司組織之交易所，初亦不許外國人有股東資格；自明治三二年法律第五八號變更其制，於次年七月十七日實行之，外國人始有此項權利。蓋此等問題，原屬外國人在內國享有如何權利之範圍內，故其能爲此種事業與否，一依內國法定之。故雖甲國許乙國人得爲其交易所之股東，甲國人之在乙國，苟依乙國法而無此資格者，仍須依乙國法決之。

第二，買賣委託人之事 交易所之買賣者，雖以該所之經紀人或會員爲限，但質言之，經紀人或會員大都處於居間人之地位，實際上之締結買賣契約者，則爲買賣之委託人。此委託人，外國人是否得爲之，仍視內國法之如何規定而決。例如法國一九二四年二月二十三日之命令，外國人非向主管機關領得許可證時，不得入有價證券交易所，是設有限制之例也。然通例，各國固多許外國人爲買賣之委託人，

此又所以爲國際私法上須解決交易所買賣契約之一因也。

又內國之法律上，倘禁止某種特定職業者，在交易所爲交易之行爲，對於外國人是否適用其禁止規定，亦一問題。例如瑞士朱立克一八九六年關於有價證券交易法，其第十條曾有『朱立克邦之官吏或雇員，而須納身分保證金者，不得與第三人爲有價證券之期限附買賣』之規定，他之各邦或外國之此項官吏，是否得在朱立克之交易所，締結定期交易契約？曼利認爲對於外國之此項官吏，不適用之，因內國初無謀外國之利益，不必斤斤使外國官吏得免於交易所之危險也。愚亦云然。

(乙)關於交易所之買賣契約者 雖屬交易所之買賣行爲，其準據法在原則上，仍偏重於契約地法；盡必如是，始可使買賣契約者，服從於交易所所在地之法律，而所謂交易所法者，亦始能完成其商行政法之旨趣也。試以左列數事說明之：

第一，締約能力之事 外國人之行爲能力，在原則上應依其屬人法決之。惟商事貴於迅速，故多認爲應有例外，以行爲地法定之。交易所之交易，尤瞬息萬變，不容細密調查外國人之屬人法如何規定。故外國人自臨於內國之交易所爲交易時，有無締約之能力，更須依契約地法取決。蓋以外國人既能臨場交易，即可以擔保其爲有能力者也。惟瑞士，依其行爲能力法第一〇條之規定，外國人在外國而與瑞士之交易所爲交易，其能力則依瑞士法，以其住所地法定之，微有不同。

第二，契約解釋之事 在交易所所爲之買賣契約，是否有效成立，以及出賣人之擔保義務，與任何

一方之遲延責任等事，皆不可不謂爲服從於交易所所在地之法律。畢氏國際私法典第二五八條，固明定關於在交易所所爲諸事，爲屬地法云云；而波蘭之國際上私法關係適用法第八條，亦曾載有『在交易所或公共商場訂立之契約，依其地之現行法』之語；曼利之國際民商法並謂『交易所之交易，與在市場之交易，從同一之原則』，即所在地法也。此所在地法云云，既同時爲其締結契約之行爲地，而依其法律，亦即契約地法也可知。

外國人在內國之交易所爲交易者，其交易之準據法，固須依契約地法——交易所所在地法；即內國人與外國之交易所，由通信方法所締結之交易，例如以電報或電話等方法爲之是，仍同其例，而受外國之交易所所在地法之支配。蓋自通信之方法發達後，不以羣集於市場或交易所爲必要，法律遂參酌此種事實而允許之。易詞以言，凡在交易所之交易者，依通常情形，不問交易者之爲內國人或外國人，亦不問躬自臨場與否，只須受交易所所在地法律之支配，俾得保全交易之利益，法律上之要件惟在此也。夫既容納外國人之從事交易，又或許以通信方法爲之，則爲維持交易所所在地之公益計，一切自亦有依交易所所在地法而已矣。况交易所爲辦理業務之敏捷計，縱認爲外國法不妨適用，事實上又豈容有研究外國人法律之餘暇乎？

(丙)關於交易所之差金交易者 差金交易一稱差金買賣，日人稱爲差額取引，蓋指買賣當事人以明示或默示之意思表示，除去其爲買賣標的物之商品或證券之收受，而僅爲市價差額之授受而言也。其實

在交易所之交易，大都爲差金交易，而所謂定期交易者，總推定其爲差金交易；故有人直釋交易所爲商人經紀人所設之集合所，而用投機方法爲交易者也。差金交易之買賣商（對經紀人言，稱爲買賣之委託人），既係乘貨品證券等之漲落，以空言買入或賣出，並無實物及充分之本金以爲後盾，雖一方面有調濟市面金融之功能，他方面亦易陷入賭博之範圍，各國對此皆慎重出之。於是甲國人在乙國交易所，因差金交易所負之債，而乙國倘解釋此一定之差金交易行爲，爲有賭博性質者，則債權人能否對之有訴權，遂成爲國際私法上一大問題。用特詳述如左：

第一，被告住所地法主義

謂在異國交易所締結之差金交易，被告之住所地法如不認時，不能發生

訴權；即交易所所在地之法院，亦可因之而卻下其請求。瑞士聯邦法院及德國法院，皆傾向此一主義。

蓋在瑞士，依其債務法第五一二條之規定，「債權不因賭博而發生……差金交易而有賭博之性質者同」

是以有賭博之性質，爲限制差金交易無訴權者之一條件。然交易所既不能免於差金交易，在如何條件下爲有賭博性質？依其解釋，當事人一方於其交易之商品，保留受領之權利時，或其有選擇現實之受讓與

差金之授受權利時，其交易不爲差金交易，即非有賭博性質者。其法院認爲此種規定與解釋，縱瑞士人

在外國交易所締結之交易，亦得充分而適用之。嘗有判例述其理由，不外立法者於其有賭博性質之定

期交易，所以奪其訴權者，純然本於道德上之理由，及公安上之關係，而有排斥外國法適用之必要，當

事人不得援用外國法以強求之。且爭訟中之法律行爲，爲有賭博性質不生訴權與否之問題，更得僅依法

庭地法決之。即使關於此種法律行為之訴，被告不提出賭博之抗辯，法官亦不可不卻下之。凡依瑞士法，無訴權之差金交易，對於債務之爲承認，或更改，或交互計算等事，皆屬無因行為者也。在德國，依其一八九六年交易所法第六六條之規定，當事人之雙方，雖已締結其在交易所之定期交易，而不屬於交易所登記簿所登錄之部類者，無訴權之發生；因之擔保之設定，債務之承認亦以不生效力爲原則。第六八條更明定雖在外國締結之交易，或應在外國履行之交易，亦充分適用第六六條之規定云云。

雖然，此固被告住所地法主義適用之原則也；若謂於外國所締結之差金交易，因內國否認其訴權，遂致關於此之法律行為爲之一切，皆歸無效，亦未必然。姑舉數事以證：關於差金交易，於外國法支配下，已變更其債務之性質，或已爲債務之承認者，雖債權人依差金交易之準據法，爲無訴權者，仍應酌量情形承認其效力。又，債權人或第三人於取得差金交易上之債權，爲擔保自己或他人之債務，設定權利質權於其上，雖在原則上因差金交易之失效，而此權利質權亦不存在，然債務證書之善意取得者，仍不可不保護之。又，差金交易固無訴權，但對於爲此項賭博性質之組合契約，亦非完全無效，例如組合員對於他組合員，得請求按其持分分担損失或分配利益，往往於一定之條件下，應爲法律所許是也。

第二，交易所在地主義 謂差金交易，依交易所服從之法律爲有效時，在任何地皆爲有效，而生訴權；例如法國法之規定，凡由經紀人所媒介之差金交易，在法國皆視爲有效是也。反之，差金交易，在爲此之交易所所在地不生訴權時，雖買賣商之所在地爲生訴權者，其訴權亦不發生。所持之理由，

不外差金交易所以須依交易所所在地法者，意在維持交易上之信義，而保障交易之安全故耳。蓋在外國有效成立之交易，殆後，因適用債務者服從之法律，竟使此項交易歸於無效，是顯然與不道德行為以獎勵也。何以言之？因若是而為，狡黠者徒，必利用其機會，發其正反相對之兩定單於二交易所；有利於己之交易，則承認之；不利於己之交易，則為賭博之抗辯矣。夫既一方面可要求他人之履行債務，一方面自己對人，不惟不履行契約之義務，且可請求其所供資金之返還，其失平為何如耶！

瑞士聯邦法院雖不採此一主義，然其聯邦會議之某案裁決書，則受此一主義之影響，微有變動其嚴格之見解。蓋認為交易所締結不生訴權之純粹差金交易，其遺害殊大，故此種交易根本上不可締結，但既締結則必履行之，二者不可不恪守其一。倘既締結之交易而不履行，是明明違反道義或信用，亦非所許。觀於此種聲勢，可知依債務人服從之法律，一味否認在外國有效成立之差金交易之效力，為人攻擊之原因所在矣。

第三，折衷主義 愚認為此一問題之解決，應兼交易所所在地法與被告住所地法而論之。在原則上，交易所所在地法實為其最適宜之準據法：一則差金交易之應否有效成立，與其謂關於買賣商個人之利害甚大，無寧謂關於交易所所在地之公益為尤大也。蓋過分投機之買賣，往往倒賬牽及市面故耳。於此，交易所所在地之法律，必豫先以審慎周詳之心思，及臨機應變之方法，規定如何之差金交易為合法者，如何之差金交易為有賭博性質者，於其地而為此項交易，則其債權債務之是否有效成立，自不能舍此

根本之法律而不問。再則商業信用之說，亦極重要，在外國交易所有效成立之差金交易，原爲正當之買賣事業，各信爲真正的法律行爲以實現之；豈能事後更依被告住所地法，使當事人之一方負不豫期的法律之支配乎！況對於外國有效成立之差金交易，苟依內國法許當事人之一方，以賭博抗辯，而冀免其義務者；外國交易所不難基於背信之理由，宣言禁止其入交易所，不啻間接斷絕當事人經濟上一種活動，對於當事人亦極不利。三則內國法僅能行之於內國而有效，雖否認差金交易之訴權，要以其行爲係在內國者絕對適用之，固不問及爲內國人或外國人也。但不能因之過信內國法之力，致使內國人亦不能參加外國交易所爲差金交易，更不能因之將住在內國之外國人，在外國交易所之差金交易，亦與以否認也。且所謂被告住所地法主義者，不僅在被告住所地，應採此一主義，即交易所所在地之法院，亦應採之。然實際上交易所所在地之法律，既認差金交易爲有效，乃依被告住所地法主義，強其亦否認其訴權，此恐不可能也。故通常之所謂被告住所地法主義者，要不過法庭地法之適用而已！契約之有無成立，以法庭地法爲其唯一之準據法，究竟不妥，更何言哉？

然則被告住所地法絕對無適用之餘地乎？亦非盡是。蓋果爲具有賭博性質之差金交易，外國仍視之爲合法存在，倘此投機者之買賣兩方，皆爲內國之人，雖差金交易締結於外國交易所，根據內國法律於任何地得支配內國人之原則，固亦不妨一用義務者服從之法律也。又，內國法如規定非有營業主人承認書之營業使用人，不得爲差金交易；官吏不得與其屬員爲差金交易；苟外國交易所許之，則在內國起訴

，仍可否認其訴權。因倘依交易所所在地法承認其有效，即直接有影響於內國之公安者在焉。且在交易所為交易之能力，各國既依交易所所在地法決之；同時對於某種人能否在其交易所為交易，不代顧及他國之公安，而亦適用之於他國人；則他之國家遇此情形，亦惟有自為補助，賴否認其訴權之方法，以求公安之有所維持，在此場合自非過於推崇內國法之效力也。舍此之外，關於差金交易之準據法，仍非以交易所所在地法為原則不可！

(二) 銀行交易

銀行 (Bank) 營業雖亦有涉及買賣之事項，如生金銀及有價證券之買賣 (參照我銀行法第九條) 是；然如收受存款及放款，票據貼現，匯兌或押匯，尤為其交易節目中之主要者，而倉庫 (Warehouse) 業之兼營，商事寄託之承擔，信託業務之特許，亦在其範圍中；同時交互計算 (Current Account) 之契約，更最適用於銀行業者；故不能以通常商事買賣準據法概括說明之。雖然，欲於此而將關於銀行方面之一切準據法，搜羅無遺，亦勢所不許。一則票據貼現，匯兌或押匯等等事，性質上涉入票據法適用論之範圍，未便預為之及。一則除普通之商業銀行外，若法之動產銀行，土地抵押銀行，德之不動產銀行，證券銀行，日之興業銀行，英之金融銀行，性質各不相同，法律關係之牽涉範圍，亦極廣泛，更未便詳為之及。茲特就商業銀行之主要的準據法，為之一述：

(甲)關於銀行之基本問題者 此問題可分爲兩方面論之，一爲銀業營業權之問題，一爲銀行契約法之問題。

第一，銀行營業之準據法。外國人能否在內國爲銀行之設立？能否加入內國何種銀行爲其股東？如能營業須受何種限制？如能爲股東又依何種條件？凡此問題，皆絕對由內國法決之。蓋銀行事業固爲商業之一種，但因其有特殊性質，對於社會金融，所關極大，非他種商業可比，雖內國人設立之，其程序亦極繁重，各國罕有採放任主義或準則主義者，卽其明例。則外國人之在內國，欲爲銀行營業，有無此營業權利，既須依內國法律有無賦與此種權利而定；卽許其有營業權，一切在原則上皆須受內國法之支配，尤必然之道也。畢氏國際私法典第二五三條云，『關於兌換券發行銀行，貼現銀行，寄託物品倉庫公司，及其他類似者之創立，運用，與特權之規定，均爲屬地法』；曼利亦云，『由證券發行所生銀行之責任，適用銀行所服從之法律』，皆可參照之。

第二，銀行契約之準據法。凡外國人與內國銀行，或內國人與外國銀行之間，所爲之法律行爲，而屬於銀行營業者，由其行爲生一切之效力，除限於有特別理由者外，皆以適用銀行所服從之法律爲其原則。蓋銀行之創設，及運用，既須依其所在地法，則關於銀行交易之契約，自不能絕對適用自由選擇法。爲不背銀行法之規定，皆豫設以契約之一定雛形，以爲締結真實契約之基礎，其主要部分對於任何顧客均未便變更之。且在實際上，銀行日常之交易，斷不能以各個不同之方法，爲契約之締結，而參酌無

從豫計之顧客法律也。不僅存款，放款，貼現等事如此，即其交互計算契約，應生如何效力之問題，亦依銀行所服從之法律而決。惟有一事，應在此一原則保留之列，即放款於外國之利息是也。蓋依畢氏國際私法典第二五七條云，「商事利息之限制，或自由，均為國際的公共秩序法」，則放款於外國之利息，不能專依銀行所服從之法律也明甚。

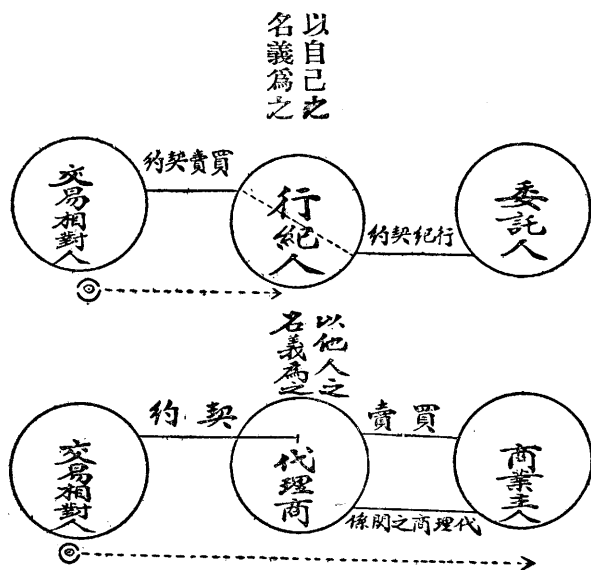
(乙)關於銀行之寄託關係者 保管貴重物品，及倉庫業，既為銀行營業之一部分，此種法律關係之準據法，依然為銀行服從之法律。其理由有二：一為履行地之關係，瑞士聯邦法院對於外國人與瑞士銀行之間，所締結之寄託，判決其應依瑞士法，即認為此契約既在瑞士所締結，自應於瑞士履行之，而服從瑞士法也。一為寄託地之關係，依畢氏國際私法典第二五六條云，「受託人之非民事的義務，依寄託地法支配之」，不外商事寄託，貴於敏捷，且非為任何特定人而設，無調查寄託人所屬法律之必要及可能，故須以寄託地法決之。銀行寄託關係上之履行地與寄託地，不問而知其為銀行之所在地；銀行既依其所在地之法律而為交易，則寄託關係亦當然在其內也。

右所決定之原則，不僅銀行之寄託關係如是；即普通之倉庫營業，典當營業，其一切之法律關係，亦可取而用之，不再重述。

(四)行紀與承攬運送

行紀 (Commission agency) 者，以自己之名義為他人之計算，承擔動產之買賣，或其他商業上之交易，而受委託者報酬之營業之謂；我國舊稱牙行，日本稱為問屋，歸入「取次買賣」之類，最早皆出於所謂委託販賣商者也。承攬運送 (Forwarding agency) 者，以自己之名義為他人之計算，使運送人運送物品而受貨主報酬之營業之謂；因其行為之本質，等於行紀行為，故各國皆認為準用關於行紀之規定，在日本於稱其為運送級取業外，或又稱其為準問屋之一，並有加以「回漕問屋」之名稱者。此兩種營業，既皆與純粹代理商，僅以他人之名義所為之買賣，顯然不同；而兩者彼此間之性質，又極相近，則其在國際私法上，所應適用之法律，自無何等懸殊可知，故彙而及之。

【五表圖】 行紀之法律關係圖



（甲）關於行紀之法律關係者 吾人知行紀之買賣行為，雖係為他人之計算，究係用自己之名義而為，與單純之代理關係，仍用他人之名義而為不同（圖表五參照）。因其對於交易之相對人，自得權利並自負義務，故自該相對人方面視之，行紀直為

買賣之當事人，即爲其本人。夫行紀之事業既有特質若是，欲研究其整個的法律關係，自亦不能不分爲二。一爲行紀人與委託人之關係；一爲行紀人與交易相對人之關係；在運送承攬方面亦同，得分爲貨主與運送承攬人之關係，及運送承攬人與運送人之關係是也。

第一，行紀業務中之買賣關係。行紀對於交易之相對人，自得買賣上之權利，自負義務，而交易之相對人亦不問買賣裏面之當事人爲誰，惟對行紀人而爲買賣；故行紀人與交易相對人之關係，不外一買賣之普通關係，其在國際私法上所應適用之法律，當然爲商事上一般買賣之準據法，不必再詳。於此須一論者，行紀得否自爲出賣人或買受人之問題；此屬於行紀人對於委託人之權利問題，宜依後所述之行紀契約準據法解決，固係正當辦法。但因此而生之買賣契約，仍從其關於買賣契約之規則，不能認爲係行紀契約之部分也。換言之，行紀契約中，固得以行紀人自爲出賣人或買受人之旨相約，而實際上之買賣契約締結，則與行紀契約之準據法無關也。

第二，行紀業務中之行紀關係。行紀之行紀行爲，係於行紀人與委託人之間而成立者，其買賣行爲不過行紀之目的而已。故行紀契約之履行，行紀人須買賣委託人之物品，同時委託人支付以報酬是也。此種契約之成立及其效力，應依如何之準據法？說者雖有主張其契約爲雙務契約之性質，於行紀人委託人相互間之權利義務得兩分之，而適用當事人雙方各個住所地法決之。然大多數學者則主張行紀問題，以行紀人之義務爲其中心，故行紀契約之成立，及由其所生當事人之權利義務，依行紀人之住所地法；

倘行紀人爲商事公司時，則依公司事務所所在地法，蓋公司之事務所在地，含有公司住所所在地之意味故耳。故凡行紀人對於委託人主張權利之問題，委託人對於行紀人有何權利之問題，行紀人因其過失而毀損受託商品之責任問題，及其盡保管義務與否問題，在如何條件下行紀人得自爲出賣人或買受人問題，與夫行紀契約之解約問題等等，皆不可不依此一原則決之。

(乙)關於承攬運送之關係者 承攬運送之法律關係，既類於行紀，故關於其準據法之意見及解決，皆與行紀同。茲再擇其最著之事及特殊之事言之。

第一，承攬運送關係中之住所地法 承攬運送契約之成立及其效力，除有主張依承攬運送人及託運人各該住所地法者外，通常皆採承攬運送人之住所地法主義。有如承攬運送人之權利與責任問題，託運人應負如何之義務問題，皆從其同一之原則是。至於數人相次而爲運送之承攬時，其承攬運送契約，是否仍依承攬運送人之住所地法，似成問題。實則亦極簡單！次於初之承攬運送人，如係直接與託運人締約，則係另一承攬運送契約，當然依其人之住所地法，與前一承攬運送締約無涉。如次於初之承攬運送人爲初之承攬運送人所使用者，處於所謂中間承攬運送人之地位時，與託運人根本不發生直接關係，向之承攬運送契約依然繼續存在，故當事人間之權利義務，不問而仍受原來承攬運送人住所地法之支配。至於承攬運送中與中間承攬運送人之關係，除有影響於承攬運送契約者外，則另成一法律關係也。

第二，承攬運送關係中之到達地法 關於承攬運送之準據法，或又有唱履行地法主義者，但適用之

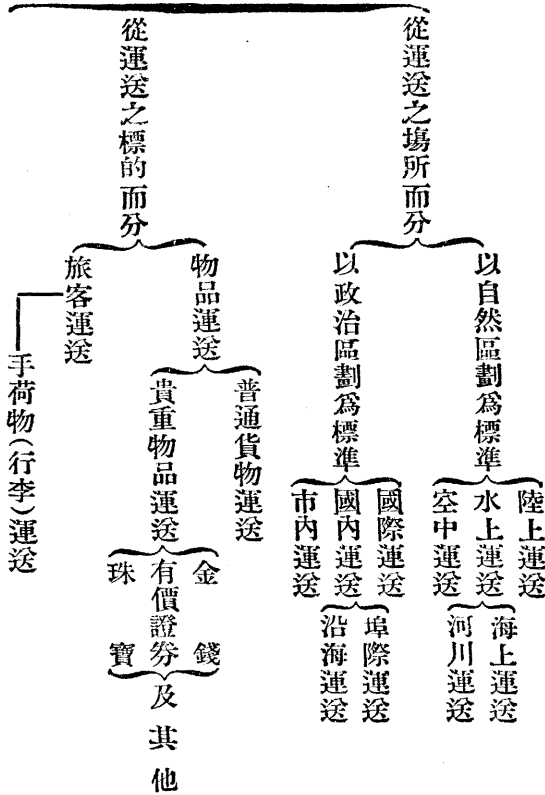
結果，仍與承攬運送人之住所地法爲同一。蓋履行地法並非物品到達地法之謂；雖承攬運送人設有支店於物品到達地，且預先編列號數而運送其物品，使其爲交貨於受貨人之媒介，要不得以此認爲承攬運送契約之履行地，而使其服從於到達地之法律。何以言之？承攬運送之委託人。既於承攬運送人之住所，實行其委託，同時承攬運送人依之而承諾契約之要約，其契約即告成立；根據契約實現其事，即是契約之履行，其地固非到達地，自不能採及到達地之法律也。不過對於貨品交付自體上有關係之事，固屬於物權移轉之性質，在必要時，自須服從物品到達地之法律及習慣，亦當然也。

(五)運送營業

凡以運送物品或旅客爲營業，而受運費之人，曰運送人；以對於對手方約定，從一場所移轉其物品或身體於他場所，而受有報酬之契約，曰運送 (Carriage) 契約。運送營業之首見於法律規定者，爲海上運送；其次始爲陸上運送，內河運送，最後始爲空中運送。海上運送與空中運送，由海空商營之，歸於海空商法之範圍；內河運送各國大都使從陸運之規定；故如德，日等國，稱運送人者，僅指在陸上，湖川或港灣內，而以運輸物品或旅客爲業者是言也。但自實際上運送業發展之程序論之，則首爲一地方對他地方之運送，自都市發生，商業開展，一方面因海外貿易之盛，發生全世界之運送，一方面因都市區域推廣，發生市內之運送；至運送之方法，除肩荷，馬載而外，火車，汽車，輪船，飛機依次而興；

於是所謂運送人者，小如車夫，挑夫，大如鐵路公司，輪船公司皆在其內也。同時在運送之目的物方面，又有物品運送，旅客運送，手荷物運送之分，亦極複雜。吾人於此，除依成例，將海上運送，空中運送，歸於海空商法適用論之研究，以及運送物之歸於郵務方面者，已脫離商法之適用，不再贅及外；惟有提出其應為說明者，若一般運送，鐵道運送，內河運送等事，擇要一述而已！

『圖表六』 運送之分類表



運送

從運送之方法而分

以運送工具為標準

以運送行為為標準

人力運送(肩負及人力車之類)

獸力運送(牛負馬載之類)

鐵道運送

軌道企業運送(小火車)

汽力運送

汽車運送

汽船運送

電力運送(電車之類)

通常運送

相繼運送

事實的相繼運送

法律的相繼運送

(一) 運送人分段委託其他之人為運送之相繼運送

(二) 託運人分段與數個運送人各結獨立契約之相繼運送

(三) 各運送人對於一個運送締約連帶負責之相繼運送

一個大運送由多數運送人與託運人各別締結契約之相繼運送

單獨責任

連帶責任

(甲)關於一般運送者 除鐵道運送，內河運送，及與其相類似之運送，另爲說明外，關於普通運送之事，及不屬於各特別運送中之事，先於此彙而論之。

第一，從運送契約上研究運送之準據法 運送應受何種準據法之支配，當先問運送契約之性質若何

；無如各國學者對之，爲說不一，於是運送行爲應適用之法律，亦即各有所異，至少在其法理上之說明如此。英國學者，認運送契約爲寄託性質，其寄託法中之大部分，爲關於運送法之說明；蓋以寄託爲保管他人之物，且須負善良管理者之注意；運送亦係保管他人之物而爲之移轉者，同須負善良管理者之注意；故有人直稱運送爲『寄託之華』，意指寄託者運送之所由出也。依此說，運送契約之性質既爲寄託，則其所應適用之準據法，除特例外，自惟有依寄託關係之準據法耳。法國學者，認運送契約爲僱傭契約之性質，換言之，爲所謂勞務借貸契約之性質；即不然，亦往往認爲係僱傭與寄託混合契約之性質。蓋以僱傭爲當事人之一方，對他方約服勞務，而他方約給報酬之契約；運送人亦係供有形無形之勞務，而以運送貨物搭客爲目的，並受報酬者也。依此說，運送關係之準據法，除特例外，自惟有依僱傭關係之準據法耳。德國學者，認運送契約之性質與承攬契約同；換言之，即承攬契約之一種是也。蓋以承攬雖重在一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成後，給付以報酬，但此作業之承攬，不過屬於民事之範圍，若商事者，固爲勞務之承攬也。今運送，在運送人方面，既以其勞力，約爲運送之事，在託運人方面，通常於運送終了，對運送人支以運費之報酬，頗與商事承攬相近；故於運送營業之規定有不足

時，並可使其準用關於承攬之規定焉。依此說，運送關係之準據法，除特例外，自惟有依承攬關係之準據法耳。中日學者，認爲運送契約爲獨立特殊之契約，不能純然以他種契約之性質擬之。蓋寄託以於一定之場所保管其物爲主，無移轉其物於他場所之意，自不得視運送爲寄託。僱傭以單純的勞務之供給爲主，不以因於勞務而得之結果爲主，自不得視運送爲僱傭。承攬固可用以解釋運送之事，然不過大體相近，非卽運送爲承攬之一種，觀於立法條文上，對於運送不曰準用承攬之規定，卽知其意。要之，因運送事實之發達，遂依之而構成特別之法理，運送人之權利義務，既有其特別者在，關於運送而作成之書類，如運單，提單等，又各有其特色，故應認爲獨立之契約也。依此說，運送關係之準據法，惟有依其法理以另求之耳。

右列諸說，依愚觀之，運送契約在大體上，固不失爲獨立特殊契約之性質；然因運送之範圍極泛，運送之種類極夥，鐵道運送，輪船運送，誠係如此，一般之人力運送，獸力運送，以及其他之短途運送，零星物品運送，恐不必皆屬於獨立特殊之運送契約也。則其所應適用之法律，自亦與鐵道運送等之準據法，大異其趣，此卽愚之所進而欲言者也。

第二，從運送事別上研究運送之準據法。長途運送有賴火車輪船之使用，爲運送行爲中之顯而且要者，斷難以僱傭或承攬之法理解釋之；雖其行爲中之一部分，有與寄託相同者，而究非寄託可知故其準據法，應依運送之特別理由尋之，有如後述。若夫日常所見之短途運送，以及小器物運送，而以使用人

力獸力爲主者，其運送契約大都由於當事人之意思解釋，或依當地之習慣爲之，免於商事法之適用者甚多。日本學者雖主張運送契約爲獨立契約，但亦承認在此場合，與其謂當事人間之契約爲運送契約，無寧謂其充分具有僱傭契約之意味；其結果，僱傭契約之準據法亦卽此項運送契約之準據法。僱傭契約之準據法云何？卽民事法上一般法律行爲之準據法，先適用當事人之自由選擇法，否則，適用行爲地法是也。

愚以爲在結果上，對於普通習見之運送，若挑夫之搬運貨物或行李，人力車夫之搭客，內地騾負馬載之貨物轉運，甚至摩托車之搬場或送迎雇者，其法律行爲之準據法，誠然與民事法上一般法律行爲無異。但在法理上，釋之爲僱傭契約之性質，莫若釋之爲承攬契約之性質較妥。因僱傭重在勞務之供給，其報酬係對勞務而生，且受僱人非經僱用人同意，亦不得使第三人代行勞務。承攬以發生勞務之結果爲目的，供給勞務乃其方法，故雖供給勞務而不發生結果，通常卽無報酬可言；苟能發生預定之結果，雖承攬人使用第三人代盡其勞務亦可。試將以上所列之各種運送，與僱傭及承攬比照之，卽知其性質近於承攬而非僱傭也。倘更須撮要一言，則一般運送契約，實含有包辦之意味，此當然與承攬之性質爲近耳。且關於承攬之報酬額數，多由當事人按照勞務之情形，自由約定其額；未約定者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付（我民法第四九一條第二項參照）；此尤適合上列各種運送之實況也。

第三，從公安關係上研究運送之準據法。運送之關係中，所適用之法律，無論其為自由選擇法，或為特定之準據法，但如直接違反一地方特別法之規定者，則亦不可。畢氏國際私法典第一九九條所謂「關於水上運送，陸上運送，及空中運送之特別地方法律與規則，為屬地法」云云，即此意也。例如在上海公共租界，人力車之搭客，兩女同乘，可以招搖過市；一抵法租界則禁止此種運送之方法；挑夫搬夫之運送價目，各有定章，雖得以小費之名目超過之，但果為正當運費問題而涉訟，則亦不許超過之。凡此，皆涉及警察法之範圍，人不分內外，皆須遵守之也。至若物品運送中之提單，運單，因其為要式證券，證據證券，其形式與記載之內容，各國皆有法律上之強制規定，亦惟有依其請求發給地之法律定之。

(乙)關於鐵道運送者 鐵道運送之在今日，居陸上運送之主要部分，國內之長途運送既有所賴，即在國際之陸上運送，亦占顯著地位。但鐵道之性質，不僅關於商業運送之一端，且涉入國防國計之範圍，因之鐵道運送，遂構成其特別理論，觀於德國商法，以「運送營業」與「以鐵道運送貨物及人者」兩事並列，可知其故。其他各國亦各設有鐵道法，即德國仍然於商法之規則外，另有屬於公法性質之鐵道規則；必於此特別規定中無明文者，鐵道運送始適用一般運送之規定耳。同時，鐵道之國際運送，歐陸各國又曾結有國際鐵道物品運送條約，俾資適用，更不得以一般運送事務論。茲再析述如下：

第一，國際條約下之鐵道運送 國境內之鐵道，固完全受其國行政權之支配而無疑問，即關於運送

之事亦如之；然當茲世界交通頻繁，商業範圍廣泛，各國鐵道運送首貴聯絡，而鐵道運送法之彼此異歧，尤須設法化除。雖曰一國之鐵道，可禁止他國火車之往來；雖曰，可使自國之火車，換載他國火車所卸之貨客；不惟運送之程序不便或繁重，足以阻止國際商業之發展，抑且分裂一個大運送之契約，莫由劃一運送契約之法律。於是國與國間爲應付國際聯運之需要，嘗有鐵道貨物交通同盟之舉，歐陸各國之國際鐵道物品運送條約，卽其一也。

先就此種條約之經過事實言，國際鐵道物品運送條約係於一八九〇年十月十四日所締結，設中央事

務局於瑞京伯倫 (Bern)，加入者爲德、比、意、荷、奧、法、俄、及瑞士、盧森堡九國；英、西、葡以地居海島或半島，故未加入；丹麥則於一八九七年始加入之。後因其中之第六條，第七條，第一四條第四條有修正點，又於一八九六年在巴黎開會討論，一八九八年始各簽字，一九〇一年七月十日經全體同盟國批准，於爲年十月十日施行之，是爲巴黎追加條約。以後又有關於新加入國所採用追加規定之一條，及施行法第一條追加之件，並其附錄第一表改正之件。

次就此種條約之規定概略言，其規定之要點，在統一各締約國間之運送法規，俾便於國際運送之事；換言之，僅爲關於由此締約國版圖內，運送物品於他一締約國版圖內之鐵道運送，若旅客運送，及手荷物運送則在其外。然所謂物品運送者，仍只限於『通行運貨單』之物品運送，至於逐關換照之物品運送，亦不在此條約之範圍。各締約國依此條約，須先提出其表錄與地圖，指定其適於爲國際運送之鐵道

綫，即作為國際聯運之一段。他如國際運送之訴訟規則，此條約中亦曾涉及，如其第二三條，第五條第一項之規定是也。

次就此種條約之法律適用言，在此條約有效力之國境內，凡鐵道物品運送契約，及由其所生一切之效力，無論在於何國關係聯運之事，皆服從同一之法律，換言之，均須受條約之拘束者也。最要者，凡在國際運送之鐵道綫上為運送契約者，於一定程度，皆各負有直接運送要求之義務，而其契約亦不能任由當事者各自締結之。鐵道與鐵道間之關係，依此條約，一鐵道對於他鐵道嘗負其運金之信用借出，或代他鐵道索取運費之義務。有如阿爾卑斯山 (Alps) 脈中之聖鄂達爾 (Saint Gothard) 鐵道，連絡德、瑞、意三國，意國火車開赴德國，必經瑞士，德國火車亦須經瑞士而至意國；其運費之如何收取分配，皆依此條約之規定，而由伯倫之中央事務局處理其事。

至若鐵道運送人與託運人之關係，最要者莫若運送人對於運送物因其喪失，毀損，或遲到而發生之損害賠償責任，此其第二七條所規定者也。依此條文，凡運送品之喪失，毀損，或遲到，由受領運送品之鐵道，交付此運送品於受貨人之鐵道，及發生損害於其線路內之鐵道，負有連帶責任；學者稱之為純正的受領主義。蓋在聯運中而發生運送人之賠償責任，苟依通常程序，必使託運人或有託運人之權利者，免得實際加害者，向之請求賠償；則各段之運送人皆可推諉其責，即使將來責有所屬，仍必經過種種之艱難，始可證明其損害為由於某運送人之運送中而發生者，對於託運人方面頗為不利，故以一切運送

人之責任作爲連帶，使託運人或有託運人之權利者，對於不論何人，均得爲損害賠償之請求焉。其他，若交付運送品於受貨人之方式，則宜以交付地之地方習慣爲重，無待言也。

第二，通常國際間之鐵道運送，國際鐵道運送，雖有同盟條約之締結，但究無通常所謂萬國同盟條約之存在，蓋由於水隔間隔，不能使世界各國之鐵道一概連續之也。於是在未加入前項條約之國間，或加入國與未加入國間，其所發生國際運送，即不能受前項條約之明示的或默示的支配；於此，惟有各就其內國法爲適用。例如由西班牙之罰倫，運送物品於瑞士朱立克之鐵道運送，其法律關係之準據法，即分爲二：關於西班牙境內之運送，適用西班牙法；由西班牙國境至於瑞士之運送，即不得以國際鐵道運送條約爲適用，而必依瑞士之特別法。

誠然，凡加入前項國際條約之國，往往於制定其內國之特別法時，務使內國之鐵道運送法，與前項條約有一致之精神；故如運送人之損害賠償責任，連帶負責，亦恆爲各國特別之規定所習見者，瑞士一八九三年之新鐵道法，即爲明例。甚而言之，縱未加入前項國際條約之國，若我國民法第六三七條之規定，亦具此種精神，固不僅德國商法第四六九條，日本商法第三三九條同有此種規定已也。但既爲各該內國之特別法，即不能謂其與前項國際條約絕無差異，則兩種法律適用之結果，亦必有別。雖在瑞士，一八九三年之新鐵道法，於其序文曾鄭重聲明，務使其規定與前項國際條約爲一致，然對於非條約國之國際鐵道運送，仍不得不設有必要之規定，並直言由外國發送貨品於瑞士，或由瑞士發送貨品於外國之

運送，不受現在國際鐵道物品運送條約之支配。且規定運送物之損害發生於外國鐵道者，瑞士鐵道能證明一定之事實者，全免其責，惟關於遲到一事仍須負連帶責任耳。至於並未加入前項國際條約之國，關於國際運送立法之異致，更係當然。

第三，一國區域內之鐵道運送。在一國疆域以內之鐵道運送，因鐵道之自身，關係一國之軍事與經濟重大，不僅運送行爲須受內國法強制之支配，即營鐵道運送業者，在通例中，亦往往禁止外國人爲之；苟其國家採鐵道國營主義，外國人之不能有此權利，更無容問。然亦有因條約而許外國人在內國敷設鐵道，或營鐵道運送業之權者，此則仍須受內國法之支配。如瑞士一八九六年鐵道業計算法第一條之規定，『在瑞士之一切鐵道業計算，適用本法之規定，雖外國公司之所有，或營業於瑞士境內之鐵道，其條約無特別之所定者，皆適用本法之規定』是。

國境內之鐵道運送，既須受內國法之強制支配，則無論任何國人，對於內國鐵道運送締結物品運送，或旅客運送之契約者，其惟一適用之法律，即運送者本據地之法律也。此不僅基於公法關係上之理由，並在私法關係上，因鐵道運送契約，係依一定之格式，而爲多數之締結者，亦以適用運送者本據地法爲便，且又合於法律所爲依行爲地法之原則也。但如外國商營之鐵道公司，在內國設有特別事務所者，其豫結之運送契約將依何國法律是決？愚認爲特別事務所之能否設立，及其如何設立，固純粹應以內國法之規定爲斷；至其運送契約之成立與效力，除有特別規定外，似仍應依其鐵道公司本據地之法律，即

外國法是。因必如是，於不妨害內國之公安關係中，兼可顧全外國對於在其國內鐵道運送之強制規定也。此種情形中，其契約之準據法，誠不適用於契約地法之原則，但爲預免兩法之抵觸起見，該外國公司自應先履行公告之程序，俾內國之締約者，知此項契約應依某種法律而成立，並其效力如何，不致盲然有援用行爲地法之誤。

(丙)關於內河運送者 內國河川湖泊港灣之運送營業，因與一國之領水權極有關係，故皆不許外國船舶有航行之權；除有特殊情形如比利時者，以沿岸較少，無關重要，姑許外國船舶通運耳。至於我國，因不平等條約之結果，沿海及長江一帶，外輪自由往來，從事運送，均係暫局而非常態。但如經過數國之國際河川，通常皆以自由航行爲原則，雖在自國領水之一部分，亦許外國商輪之往來，不過須服從內國法律之支配耳。蒲芬道夫 (Pufendorf) 曾曰，『通航他國領河所惹起之爭議，須由其領河者判斷其正當與否』；此意義後適用之於一八七一年關於聖勞倫士河 (St. Lawrence) 之華盛頓會議，美國雖有航行權，但經過坎拿大領水時，則須受英國及坎拿大法律的支配；非僅公法關係如是，即私法上關於貨物運送之強制規定亦然。又，事實上之國際河川，上下游諸國之商輪，相繼爲貨物運送時，非於法律上肯特別規定者，無與他國人之同業者，共負鐵道法上之損害賠償連帶責任，此又與鐵道運送微有不同者。

國際湖泊之運送，亦與國際河川之情形相似。例如孔士坦士湖 (Constance) 爲德國、瑞士、奧國 (

戰前)所環抱，而其出口之萊茵河又係經過德、瑞、法、荷諸國，於是關於運送業者之責任問題，遂不易定。某次，曾由沿岸各國締結條約，認為船長對於收受運送之責任，及船主對於船長使用之行為，負其責任與否，並其責任程度如何，皆依於各沿岸國之民法定之云。

要之，苟僅為純粹一國版圖內之河川湖泊，其運送之準據法，自惟內國法之適用。但一涉及所謂國際河川，國際湖泊，內國雖有一部分之領水權，究非可以完全支配；於是即發生航行自由之問題，遂又返而發生何為國際河川，國際湖泊之問題。在國際法上尙未得有一絕對之準則，足供吾人參用，於是在國際私法上之研究，亦頗受其影響，如欲得有詳妥之說明，惟有俟諸異日。

(六)無記名證券

無記名證券云者，謂持有人對於發行人得請求其依所記載之內容為給付之證券；故與指示他人將金錢，有價證券，或其他代替物給付第三人之指示證券不同。各國對於無記名證券之法律關係，以規定於商法中為原則，惟或則以無記名證券重在表示無記名債權，俾在債權中，與指名債權，指示債權鼎足而三，亦有規定於民法中者，如德國民法第七九三條至第八〇八條之規定是也。此外尙有不設專節條款者，日本民法是也。然無論如何，無記名證券與商事之關係，究為重要，非同他比；且其性質又使債權易於移轉，權利人究為何人，往往不能確知，但視持有人為誰而定；並亦不需指示證券移轉時之「背書」

程序，此所以爲商事關係上最易接觸者也。其尤爲惹人注目者，莫若無記名證券之買賣一事，與其他之商事買賣，同在國際私法上發生如何解決其準據法之問題。其他之商事買賣，愚已述之於前，茲惟有就關於無記名證券者一論耳。

(甲)關於無記名證券之本體問題者 無記名證券以持有人爲債權人，發行人爲義務人，與普通契約之性質不盡爲同；故在法律上遂構成一特別之理論。吾人對於無記名證券雖重在說明其移轉，喪失，取得諸事，但對於其發行，與效力各端，因亦有適用法律之問題，故不能不先及之：

第一，無記名證券之發行 無記名證券之性質原係單務契約，換言之，由其所發生之債的關係，乃因發行人有使債務發生之單獨意思表示而生耳。據是則其債務之成立，只須就其證券完成『製就簽押』之程序即可，本不以發行爲其要件。觀於我國民法第七二一條，德國民法第七九四條，皆有『無記名證券發行人，其證券雖因遺失被盜或其他非因自己之意思，而流通者，對於善意持有人，仍應負責；無記名證券不因發行在發行人死亡或喪失能力後，失其效力』之規定，更自可知。然則在無記名證券之發行關係上，得謂無法律適用之問題乎？亦不盡然！蓋各國不少有對無記名證券之製就及發行，設以限制者，例如『無利息見票即付之無記名證券』，今日固多不設限制，然亦有沿襲古例而禁止者。又如日本商法第四四九條之規定，匯票金額在三十圓下者，不許爲無記名式之發行。德，意，瑞，法，俄，更絕對不許有此種發行之事。再如德國民法第七九五條之規定，在德國發行無記名證券，支付一定之金額者，

惟限於政府許可者，始准流通之；未經許可而流通之者，其債權爲無效；於此場合，對於持有人當賠償因發行所生之損害；但政府所發行者，不受此條之支配云云。設發行無記名證券人，遇此強制之規定，即不可不恪守其發行之法律；發行人違此規定，持有人即不得在其地對於發行人有關無記名證券之訴權，但爲因違法發行致持有人生有損害之賠償請求權，則固許之也。此外，或國家倘以無記名證券之發行雖在外國，遇有明文規定須得內國政府之許可，始許在內國流通者，發行人苟不依此種規定，則亦在內國不能有關於此事之訴權也。

第二，無記名證券之效力。所謂無記名證券之效力者，指發行人與持有人間之法律關係而言，而尤重在債務者所處之地位之說明也。發行人對於證券之流通負如何之責，在如何之條件下有爲給付之義務，得本如何之事由以對抗持有人，因給付而收回證券是否皆免其債務，各國法律規定，不皆爲同，究將以何國法律爲其準據法乎？

有主張應依債務人住所地法者，謂無記名證券不外一種財產權之表示，故必依其所在地法定其關係；債務人之住所地，即係此項財產權之所在地，其結果自應依債務人住所地法決之。且無記名證券之發行，引起債權債務關係，法律以保護債務人爲目的，僅基於此一理由，亦應採此一準據法而用之。但無記名證券之發行人與給付地，而僅注意於債務人之住所地法，苟其住所與發行人給付地非爲一致，或任其在解釋上發生積極衝突，致有二以上之住所時；縱認爲適用債務人之住所地法爲絕對正當，亦

無由解此困難也。况其理由，尙有推敲者在乎！

有主張應依債務人之主事務所所在地法者，此卽一九〇四年萬國國際法學會所採用之債務人本國法主義。謂由無記名證券所生之法律關係，通常皆於其主事務所實現之，而發行地亦往往卽其主事務所，故不可不以其主事務所所在地法爲其準據法。且主事務所之爲意，不外指商人在商業上之住所而言，依此主義更兼採債務人住所地法主義之長云。但此一準據法，或可用之於一特定關係之場合，若關於無記名證券之一般效力而亦用之，則因在實際上，無記名證券之發行與給付，未必皆與其主事務所有關，自未便卽適用其地之法律。苟以爲無記名證券之發行地給付地，究以在債務人主事務所所在地爲常則，故其主事務所所在地法之採用，不啻爲發行地法或給付地之採用，如是則亦不能稱爲債務人主事務所所在地法主義矣。

有主張應依證券所在地法者，謂無記名證券所表彰之權利，幾爲權利之化體，至少在證券之依法存在期間如此；日本民法第八六條第三項，並明白規定其爲動產之一；動產之法律關係，多數國家既依其所在地法，則無記名證券之法律關係，自亦不可不依其所在地法決之。但無記名證券既富於流通之性質，其所在地必常變換而不定，姑無論此說者之理由若何，卽此一端，已莫能適用矣。說者或又謂證券所在地法之意，係指當債權發行之際，證券存在地之法律，如是則爲發行地法，而非證券所在地法矣。有主張應依債的履行地法者，亦可稱爲給付地法主義，謂無記名證券之法律關係，重在依所記載之

內容而爲給付；且任何債權之內容，皆對於履行地具有充實之性質；故應依債的履行地法定之。但於證券發行後，因特殊事故，變更其履行地者亦非絕對無之，於此又豈可取以爲據？

有主張應以債的準據法爲其準據法者。謂無記名證券既爲債的關係之一種，自應仍依債的準據法決之；換言之，發行證券之地，即係設立債的關係者，故證券面荷無特別之意思表示時，則其自體上之一切法律關係，依證券發行之地法決之。愚認此說較妥。因無記名證券雖與商事有密切關係，而其自體之存在，依然一無記名債權問題，惟有以普通債的準據法，爲其準據法，始可充分爲其本質之表現。普通債的準據法，以自由選擇法爲原則，以契約地法爲補則；無記名證券既非由當事人彼此訂立契約而成立其法律關係，乃一單務契約之性質；故其契約地法只有發行之地法律；足以充當耳。同時證券之面，若有特別之意思表示；則除有違於發行之地法之公安規定者外，亦可依其所選擇之準據法。例如發行人約於發行之地以外爲給付時，自得隨其情形而授用他國之法；蓋給付爲無記名證券最後之效力，當事人既預先表示給付地不同在發行之地方面，足徵其有服從他國法之意思，及以他國法爲準據法之豫約，依於自由選擇法之原則，在此場合，自可爲給付地法之適用也。

(乙)關於無記名證券之喪失問題者。無記名證券係用以表示權利者，幾與動產同視之；苟持有人喪失證券之占有，將如何維持其法益，證明其權利歟？各國法律之規定，不盡皆同，遂不能不進而研究其準據法之何屬；但如涉及買賣者，則又須另爲討論，不在其範圍也。

第一，一般救濟問題。證券之持有人，倘因遺失，被盜，或滅失等事由，喪失其占有時，有無救濟之方法歟？此概依事實發生地法決之。例如法國一八七六年六月十五日之法律，規定除法蘭西銀行之兌換券，及法國政府之公債證書外，凡持有人喪失其證券時，須向法院詳具喪失證券之事由書，爲公示催告之聲請；即由承發吏以其意旨通知債務人，禁止對證券之支付；同時並以該持有人之異議，登載於特定之報紙，倘其證券於報紙登載後，爲讓與之事，債務人對於述異議者，即不生其效力。此種救濟辦法，不僅關於喪失法國之無記名證券如是，凡在法國所流通之外國證券而被竊取者，亦可適用之。蓋其喪失之事實既在內國，如須以公示催告之程序，救濟之者，固不必問其爲外國證券，抑內國證券，因外國證券不必卽爲外國人所持有，喪失其占有者或卽內國人，自不應使其向外國法院爲公示催告之程序也。縱使喪失其占有者爲外國人，其證券既流通於內國，爲保障交易之安全計，內國亦有與以救濟方法之必要。

無記名證券之喪失，如係出於盜竊，詐取等之不法原因者，此又引起侵害法益之問題。在發行人方面，雖基於此等原因而流通者，對於善意持有人仍應負責；在持有人方面，如不及補救，則亦喪失其應受給付之利益，而對於善意取得者，或更不能爲返還之請求、此種直接損失又將如何救濟之耶？盜竊，詐取之原因外，苟有人偽造無記名證券而使用之，不特有侵害發行人及持有人利益之慮，並往往損害其他收受證券人之利益，將以何種法律課其賠償之責亦一問題。在此場合，因其係基於犯罪之債務，自應

與犯罪受同一法律之支配（畢氏國際私法典第一六七條參照），換言之，即犯罪地法是也。畢氏國際私法典第二七二條曾明白示之，謂「關於偽造，盜竊，或詐取無記名證券與貨幣有價證券之規定，為國際的公共秩序法」云云，亦即事實發生地法之意。

第二，無效宣告問題。持有人喪失無記名證券時，雖得於事實發生地，提出公示催告之聲請，其結果是否即宣告證券為無效，而代之以新證券，抑或無證券而由債務人履行債務歟；於宣告之前，某種無記名證券亦得以公示催告宣告無效歟；於宣告之後，將如何實施其宣告之效力歟？此則不能以宣告無效地為其準據法，因外國雖可對於在其國流通之證券，而喪失者，進行公示催告之程序，此不過一管轄權問題，非即其準據法；換言之，外國對於內國證券，須依內國法而始得以公示催告宣告無效也。畢氏國際私法典第二七三條云，「不能因採用事實發生地法所規定之辦法，而免除當事人採用此項證書與證券標準地法，及其給付地法所確定之其他一切辦法」，亦即此意。

依德國聯邦法院之判例，及曼利之見解，均主張以發行地法為無效宣告之準據法。因無記名證券之性質，本於發行者之意思，其效力之決定既依之，則關於其存續或消滅之條件，亦應適用同一之法律，乃當然之結果也。愚更推論之若發行人於其初選擇給付地法，定證券之效力時，則此問題亦可改由給付地法決之。要之，無效宣告之準據法，不論如何，總須與無記名證券效力之準據法為同一，故又可稱為無記名證券效力準據法主義。觀於此，可知萬國國際法學會之決議，對此問題，主張依債務人主事務所

所在地法決之，其真意不外主事務所所在地，通常即證券之發行地，或給付地故耳。

此外，尚有主張依證券所在地之法律者。但證券既已喪失，確在何處，或不可知；縱能知之，因其流通迅速，亦莫一定之所在地，此種主義當然不可適用也。

第三，效力回復問題。因宣告而失其效力之無記名證券，如再欲取得效力而新發行者，依新發行地法定之。蓋無記名證券一經宣告無效，即等於廢紙，再欲取得效力，須經過重新之發行，實不能視為原有之效力回復，故與新的證券用同一之準據法，以新發行地法為其適用之原則，乃當然也。

(丙)關於無記名證券之買賣問題者。無記名證券之性質原富有流通力，故可為買賣之標的，而於國際市場最為活躍。然同時因無記名證券有喪失情事，苟其物因買賣輾轉而入善意買得者之手，遂又發生買受人如何保護之問題，於商業交易之安全上，更關重要。特分為左列各目論之：

第一，無記名證券通常買賣問題。無記名證券之買賣，通常皆於公共市場行之，關於其買賣之準據法，與公共市場服從同一之法律；換言之，即契約地法是。畢氏國際私法典第二四三條云，『關於交易所及公證券與無記名證券正式標價一切地方之規定，均為國際的公共秩序法』，可參照也。至於出賣證券人對於買賣受證券人之擔保責任問題，亦依契約地法而決，尤以服從其買賣場所之習慣為最要。例如證券之流通力，已為限制時，即欠缺普通買賣前提之性質，出賣人是否擔保此種責任？又如宣告無效之證券，雖轉讓亦不為有效之履行，出賣人將如何擔保其證券，未因公示催告，而宣告無效？更如買賣當

時，既有公示催告之開始，將由買受人負於適當期間，爲其權利之申報之責，抑仍由賣出人負完全責任？皆與買賣契約適用同一之準據法。

第二，無記名證券適法取得問題。

無記名證券持有人，喪失其證券時，依證券之種類，或向法院爲

公示催告之聲請（我民法第七二五條參照），或直接以其事通知於發行人（我民法第七二七條參照）；當在公示催告進行期間，或於「法定關於定期給付之時效期間屆滿前」，有人出而爲權利申報，或向發行人提示該項證券者，將依何國法律決定其證券之所屬乎？雖有人主張應依法庭地法，或後持有人之住所地法而決之者，但今日各國均以取得地法爲原則。換言之，前持有人喪失其證券，後持有人如以惡意而取得，自負返還之責；若在公共市場上以善意而取得，是根據正當的法律行爲而生，是否對前持有人應負返還之責，自應依取得地法定之。例如德，奧等國，無記名證券之善意取得者，其證券雖爲盜品或遺失物時，能取得完全之所有權，喪失人不得請求返還之。瑞士之國內法，則規定其有返還之責任。在此項情形中，證券之應歸前持有人，抑歸後持有人，惟有視其在德國取得，抑在瑞士取得而決之。不過瑞士爲免專依內國法，有使內國人取得德，奧證券，仍負返還義務之不公，亦曾於其債務法第二〇八條第二號，設有國際私法之規定，即「在不認所有權回復之國（指德奧），以善意且有價取得之無記名證券，不負償還之義務」云云是也。依此取得地法主義，瑞士人在瑞士被盜之瑞士證券，而取得之在德國者，無論何人則亦不能對取得者，爲返還之請求也。

萬國國際法學會對於此一問題，曾有下列之決議：『不問發行無記名證券之債務人屬於何國，無記名證券於禁止有返還之國，爲買賣之標的時，雖占有喪失當時，或返還請求權行使當時，係在許其返還之國，亦不得請求返還之。反之，無記名證券於許其返還之國，爲買賣之標的時；雖返還請求權行使當時，或占有喪失當時，係在禁止其返還之國，亦得請求返還之；但其證券爲適法取得者，不在此限』。

此種決議重在以近世市場法意義之契約地法，爲其準據法，與前述之取得地法主義正同。其所異者，前述之取得地法主義，僅就善意取得者應否負返還義務而立論，此種議決則不問取得爲惡意爲善意，皆歸之買賣地法決定其能否返還，惟在買賣地許其返還場合，將善意取得者除外而已！

第三，無記名證券最後責任問題。在甲國喪失證券，已爲除權判決，其證券即被宣示無效；倘其證券輾轉流入乙國，歸於善意取得者所有，應如何處理，實一問題。說者根據除權判決之效力能否及於他國而設論：謂於我國爲除權判決，須依我國法決之，認爲其效力得及於外國，否則債務人不可不爲二重之給付，有失平允；反之，於外國爲除權判決，應認爲其效力不及於我國之善意取得者，蓋爲保障內國貿易之安全，不得不如此耳。愚則主張外國除權判決之效力，亦得及於我國之善意取得者，因取得者縱不能向債務人要求給付，自可向賣人請求履行担保責任，以爲補救；因買賣通則上，無記名證券之出賣人，不特担保其權利確係存在，並應担保其證券，未因公示催告，而宣告無效故耳。况出賣人之應負此種責任，尙不僅關於擔保義務問題，更有自己放棄正當利益，甘受損害，及詐欺之情形在。何以言之。

？除權判決由公示催告而生，外國之公示催告除黏貼於管轄法院之牌示處外，並登載於公報或新聞紙，其地有交易所者並往黏貼於該交易所；且其經過之期間亦較久，非短時間內即宣告無效者。今日，世界消息靈通，瞬息萬里，證券發生糾葛之事，不難在其期間內聞知之。出賣人如係以善意向他人取得其證券者，即不應出賣，惟有依申報權利之程序，以維持其利益，應申報而不申報，是甘自拋棄其權利，縱受直接損失，又將誰怨？出賣人既知有公示催告之事實，即不得於其期間，再為轉讓，明知買受人有損失之危，而不明告，致其遭除權判決之事，買受人之損害更應由出賣人負擔也明矣。再推論之，外國已對其證券為除權判決，即買受人亦未必多為善意者，苟認為除權判決之效力不及於內國，則雖惡意者必起而為善意之爭，轉足以有破壞交易之常則矣。不過在一種情形中，或可作為例外，即，外國雖對其證券為除權判決，倘其給付地在內國，或在內國得以強制其發行人給付之，如必欲保障內國善意取得者之利益，既能為有效之給付，則亦不妨否認外國除權判決之效力。然在公平原則上，既許內國除權判決之效力，及於外國，而不許外國除權判決之效力，及於內國，究竟不宜！蓋如不許外國除權判決之效力，及於內國，則亦不應主張內國除權判決之效力，及於外國：始不失為持平之道也。

(七) 商事上之不法行為

因不法行為而發生之債，愚曾於財產法適用論中詳述之矣。其準據法，在歐陸各國之立法例，係採

行爲地法主義，在英美之判決例及我國，則採行爲地法及法庭地法主義（我法律適用條例第二五條參照）。商事上之不法行爲，原與民事上之不法行爲無根本而絕對的差別，即以民事的不法行爲之準據法，爲其準據法，似無問題。不過關於商事之準據法，既較民事債的關係，偏於行爲地法之適用，則在商事上之不法行爲，與其採用同一之法律，亦未嘗不可。况商事之關係，貴在迅速，行爲地往往即被侵害人之損害賠償請求地，雖曰依行爲地法，實質上亦即含有法庭地法之意味焉。茲再分及之：

（甲）關於責任能力之準據法者 責任能力云者，對於不法行爲有負責任之能力之謂。在商事上發生之不法行爲，將由何人負此責任乎？原可分爲兩端論之：

第一，商公司之責任能力 公司之不法行爲，由公司自身負其責任，抑由公司機關之個人負其責任；此在原則上仍取決於行爲地法，但公司主事務所所在地法不承認公司自身負責者，雖行爲地法承認之，公司自身亦無責任能力也。詳見公司法適用論。

第二，普通商人之責任能力 爲不法行爲人或準不法行爲人之責任能力，依行爲地法，亦今日之通例。蓋如不正確之成年者，或僞爲得許可之商人而實未成年者，乃於市場上與人爲商事契約，縱依其本國法認爲不能發生契約之效力，但依行爲地法仍須負責者，則不能免除其責任。我國民法第八三條云，限制行爲能力人，用詐術使人信其爲有行爲能力人，或已得法定代理人之允許者，其法律行爲爲有效；日本民法第二〇條云，『無能力者，欲使人信已爲能力者，而用詐術之時，不得取消其行爲』；瑞士

債務法第三三條，奧國民法第八六六條，皆有類似之規定；苟在此各地爲其詐欺之行爲，不論其國籍何屬，對其行爲皆須負有責任，蓋各該地爲其行爲之所在地，故必依其法律決之耳。

至於加害人外，第三人之責任問題，亦依行爲地法定之。例如由商業輔助人所爲之不法行爲，商業主人應否負賠償責任之類是也。但如商業主人住所地法，認爲應由輔助人自負其責者，在或種場合，亦有參用之可能也。

(乙)關於行爲自體之準據法者 或種行爲是否不法行爲，應否使行爲人負其責任，皆依行爲地法決之；即或不然，亦必以行爲地法爲原則，另以法庭地法爲補則而已。茲僅就行爲地法之如何適用，擇例一述：

第一，行爲地之在外國者 住於巴黎之銀行家，赴柏林參加或種會議，勸人應購法國某種證券，乃自出賣該項證券，買受人因之而受損害，因行爲地在德國，自須依德國法定其責任。反之，住於德國之德國人，於法國爲不正當營業之競爭，亦不問其係自爲者，抑係代理店或代理人爲之者，其行爲地既在法國，即須依法國法定其責任。

第二，行爲地之在內國者 內國人在內國所爲之行爲係適法者，任何國不得認爲不法，此亦行爲地主義之原則所致。試以瑞士之染料工業及模倣化學製品等事說明之：瑞士關於特許權之保護範圍，嘗不及於染料工業等事，瑞士人之在其國經營此等事業，雖侵害外國人會所取得之特許權，然他人亦不能

奈何之，因其行爲專受瑞士法之支配也。即輸出其製成之品於外國，亦因瑞士製造家之行爲，係完了於瑞士版圖以內，其輸出不過行爲之必然結果，故仍依瑞士法，其模造之行爲，既不在特許權範圍，並不見其不適法也。換言之，其行爲地既在瑞士，依瑞士法而非不法，遂卽了結其『惹起一切屬於當時或將來之損害賠償』之糾紛。此不特在瑞士法官眼中視之，苟依他國之特許法爲斷，則執行反於內國法之法律，將使內國所認爲適法之行爲，陷於不法，爲絕對不可者；卽由他國法官眼中視之，雖覺瑞士人之模倣行爲，反於正義之觀念，而瑞士法亦不免有保護不可認爲正當事件之狀態，但其行爲地非在其國，實莫能專依自國法律之力，稱其爲不法也。故在德國特藉政治之力以爲補救，卽瑞士之此項製品營業，非在德國公報爲一定之揭載者，不與德國人受同一之保護云云；瑞士之特許法在未修正以前，而德國亦始終未爲揭載之履行，蓋惟有以報復手段處理耳。

第三，行爲地之在兩地者。隔地間所爲之不法行爲，雖有依原因地法與依結果地法各種見解，然在普通商事方面所發生之不法行爲，應以發生實際損失之地爲其要點，蓋以受損害者不僅被侵害人之一身，甚或牽及其他與交易有關之人耳。例如住於里昂 (Lyon) 之某，以不誠信之態度，向朱立克市之商人，有關於顧客信用之推薦書，朱立克市之商人信其報告，與之交易，而受有損害。依法國民法第一三八四條，對某提起損害賠償之訴，究應適用法國法，抑瑞士法頗成問題。因其係一不法行爲生於兩地，其實行，始於推薦書之發送，終於朱立克市之受領，並同時於其地發生損害之結果；兩地皆爲行爲所在地

，而法律規定又不必盡同，適用何地法律自不能不猶豫也。惟因授與不實報告之不法行爲，當其投此信件於郵筒，對於所指名人之權利，其侵害行爲不過甫經着手，必此書信入於其指名人手之地，其行爲始告完了，故多數學者皆主張依瑞士法決之。德國聯邦法院亦有與此相類事件之判決例。

(丙)關於損害賠償之準據法者 依行爲地法認爲係不法行爲者，其損害賠償之程度若何，及有無其他處分，皆民事上之不法行爲，概以法庭地法爲斷，商事上亦如是歟？又一國關於損害賠償之判決，是
否有顧慮執行地法律之必要歟？如下所述：

第一，損害賠償之請求 商事上不法行爲，其損害賠償之程度，仍應依行爲地法而決；蓋在此場合，其受損害者，不僅一人，往往影及交易上之安全，苟不依行爲地法，則侵害人他日欲再在其地爲正當之法律行爲，或亦不免受有阻礙，是不啻間接斷絕侵害人商事上之生命於其地也。且商事上之訴訟，往往爲迅速解決之故，多於行爲地之法院爲之，雖不以法庭地法爲斷，事實上採用行爲地法之結果，亦常爲法庭地法也。

第二，損害賠償之執行 一國對於損害賠償請求權之判決，得執行於被告之住所地否，此爲另一問題，不影響於判決之決定。例如法國人雖住在巴黎，而對於瑞士人之商標，爲不法之公告，載之於朱立克市之新聞紙；被侵害人對之向瑞士法院提起損害賠償之訴，一切自依瑞士法決之，不問其果能在巴黎爲執行與否也。

第二編 公司法通用論

第五章 總綱

公司(Company)，日本稱爲會社，隨近代工商業之發達而產生者也。古昔僅有合夥(Partnership)而無公司，因是羅馬法上未有規定；近代開始，企業驟興，營利團體應其需要，有所謂公司之成立，以迄於今。然初不過視之爲特別契約關係，不與以獨立地位；西班牙，葡萄牙之商法，列公司爲商事契約之一種；畢氏國際私法典列商事公司於特別之商事契約中，皆基於此一沿革之理由而然。現今，多數之立法例，均認公司爲法人，在法律上具有權利義務主體之資格，與組織或維持公司之個人，不同其人格；顧亦有其例外，蓋少數耳。是故僅從實質上觀察之，公司頗似於尋常商業上之合夥，尤其爲無限公司若此；而其所以不同者，正如德國學者所謂合夥，有合夥人而無合夥，公司則無論爲何種者，於原則上大都自有其自體之存在，得獨立爲法律行爲，並有爲訴訟之權能，且負擔各種之責任也。夫公司既有異於合夥，自體之能力與責任特重；其成立又有種種之形式，不一其類；而今日國際商場上，更以公司爲最占勢力之組織，自然人之商業莫能與抗；則因適用法律之繁，與夫適用法律時之應爲謹慎，遂使公司問題，在國際私法上極顯其重要之地位。舉凡所謂外國公司者果否即承認其爲外國公司；雖承認其爲外國公

司，其在內國營業是否有害內國交易之安全；將如何辨別之，將如何取締之，將如何利用之，在在皆有關於法律適用問題，而不容漠視者也。

愚雖於國際私法，總論外國法人及其地位章，並其他各章中，述及有關公司問題之種種，終因公司自體在國際私法上，構成特別之理論，故不能再詳之。惟關於其說明，只就最重要之各點，總括一述，不另就某種公司一一分別求之，且無其必要也。又，其中須待說明之點，雖有時涉及民事公司者，而究以商事公司為主，自亦不能認其爲出於商事法適用論範圍之外。茲先將公司之意義，公司之性質，公司之種類彙而及之，藉爲研究其他問題之前提。

(一) 公司之意義

各國所稱之公司，非皆有同一意義，有限於商事公司者；有包括民事公司者；有對於商民事事皆以公司稱，而法律不同其規定者；更有對於其中之一二種無分商民事事，而其他則不然者。此種衝突，究將如何解決之耶？茲先及：

(甲) 關於公司意義之法律衝突者 我國公司法，謂公司係指以營利爲目的而設立之團體，故除所謂商事公司外，縱非營商業之社團，若所謂農事公司，工業公司，漁業公司，鑛業公司等等，只須以營利爲目的，而取得法人之資格者，皆得適用關於公司之規定，以純然的公司稱。英國公司法，瑞士債務法

，蘇俄民法中之合夥法，皆依此種意義定公司之範圍。日本商法，以會社法之會社云者，係指以商行爲業而設立之社團，換言之，卽『法人之商人』是，質言之，限於商業公司者是。故非法人之團體，僅稱爲『組合』，固不得列於公司；卽通常之社團法人，雖亦得爲各個獨立之商行爲，但非以其爲業，自亦不得以爲會社。雖然，吾人試一參閱其民法第三五條之規定，既謂以營利爲目的之社團，得從商會社設立之條件而爲法人，又謂此項社團法人，均準用關於商會社之規定；則知普通以營利爲目的之團體，雖在形式上不以會社稱，而在實質上與所謂商業會社固無若何顯著之差異，不過認其爲別於商法上之商業公司，獨成一所謂民事公司之地位而已！德國商法，無限制公司與兩合公司，限於具有共同之商號，以商行爲業而設立之者，當然不包括所謂民事公司於內；但雖屬此項公司，如無特別規定者，仍適用民法上關於合夥之規定，實質上自不得謂其毫無關連。至股份有限公司，股份兩合公司，則更不必限於商事或商業也。匈商法略同。法國商法，據其第一九條之規定，謂法律上認爲商業公司者，共有三種，卽所謂合名公司，差金公司，無名公司是；有人謂無名公司及其他之一種，則不限於商事或商業者。至於其民法第三編第九卷，關於合夥亦以公司稱，蓋所謂純然之民事公司也。他若意國商法，奧國商法，比國商法，荷蘭商法，則無論在形式上，實質上，皆採最狹之義，惟以商事或商業爲目的之團體，始得稱爲公司耳。次再及：

(乙)關於公司意義之法律適用者 此一問題之法律適用，學者及各國立法例上，甚少注意；惟畢氏

國際私法典第二四七條第二四八條規定之。特先錄其原文於左：

(一) 無限公司或兩合公司之商事性質，依公司章程所從之法律支配之，否則依其商事住所地法支配之。

如二法對於商事公司與民事法團並無區別，適用提出問題於其法院之國法。

(二) 股份有限公司之商事性質，依公司章程所從之法律支配之；如無，則依其股東大會召集地法；如再無，則依其事務所或事務委員會通常所在地法。

如此等法律對於商事公司與民事法團並無區別，則視公司登記與否，以應判決問題之國之商事登記簿，定其性質之為商事或民事；如無商事登記簿，則適用判決問題國之地方法。(錄自中華

法學雜誌蕭金芳之譯文)

依其所述，無論何種公司，決定其為民事或商事，皆首以公司章程所從之法律為其準據法；其最後皆以判決問題國之地方法為其準據法。果真有為民事或商事區別之必要者，此種解決之法，或可作實際上重要之參考也。

雖然，公司性質之為民事或商事之解決，表面上似關重要，但在實質上依現在之情形觀之，亦絕非須詳慎研究者，學說及立法例上之辯為注意此問題者，或即此故。蓋無論公司意義之廣狹，要皆以商事公司為各國共同承認之者，且為共同而主要地承認之者，斷未有只承認民事之為公司，而否認商事公司

者；此已減少法律衝突之重要性，而吾人特將公司問題，置於國際商事法論中討論者，亦因是也。民商合一之國家，凡以營利爲目的而設立之團體，皆爲公司，無民商事之分，皆適用同一之規定；在其國家之相互間，自不發生民事商事性質之爭。即在日本等國，商法上之公司自以商事公司爲限，然所謂民事公司仍準用商法之規定，實性上仍與未曾分開相等。故公司之民事商事性質，苟就其確實之內容言，殊覺其在國際私法上之領域，日趨於小；愚基於敘述便利之理由，往往特別附及所謂民事公司之問題，又因是也。倘有時在特殊場合，非豫先決定其爲民事或商事之性質不可時，愚則認爲應依爲其前提之法律關係之準據法定之；換言之，遇有須分別其公司是否商事或民事之必要時，即從此必要之情勢下，所應適用之法律爲其準據法是也。例如適用公司之屬人法時，其屬人法有確定商事公司或民事公司之必要者，即以其屬人法定其性質；反之，適用公司之屬地法時，而有分別之必要者，亦以其屬地法定其性質。所以然者，公司之在今日，非純粹股東間之契約關係，自不必拘守契約法之原則，定其準據法；同時既爲團體之組織，更多爲權利義務之主體，則其是否爲商事或民事之性質，仍不外一商人資格問題，愚之所以如是主張者，不外使與商人資格問題之準據法，歸於一致而已！

『圖表七』 公司意義之法律衝突及適用表

公司之意義

法律之衝突

法律之適用

廣義的規定

狹義的規定

折衷的規定

蘇俄法——依民法一定條款而組織之團體曰公司

中英法——依公司法以營利為目的而設立之團體曰公司

荷比法——惟以商事或商業為目的而成立之團體曰公司

日本法——以商行為為業而設立之社團曰公司(商業公司)
不以商行為為業而設立之營利法人曰準公司(民事公司)

德法法——依民法合夥而成立之團體曰公司(民事公司)
依商法規定而成立之團體曰商事公司

——但亦有二種不限於商事

否則——無限公司
兩合公司——依其商事住所地法——如民商並無區別——最後

畢氏國際私法典——依公司章程所從之法律……依判決問題國之地方方法

以應判決問題之國之——如無商事登記——最後
商事登記簿定其性質——簿或未曾登記

否則股份有限公司——依股東大會——否則依其事務所或事務委——如民商並
召策地法——否則依員會通常所在地法——無區別

管見——問題準據法主義(於商人資格適用同一之準據法)

(二)公司之性質

公司之性質云者，公司在法律上之地位之謂也。多數國家，大都認公司爲具有人格者，且自鞏固公司基礎，增加公司信用，發展公司營業方面言之，亦應如此。願在他之國家仍不少否認公司，或其中之數種爲法人者；而對於外國公司是否一律認其爲法人，更有問題。故公司在國際私法上之性質，因有無人格之關係，致其所受之影響，亦非淺鮮！依例先及：

(甲)關於公司性質之法律衝突者 有以明文直接規定公司爲法人者，如我公司法第三條「公司爲法人」；日本商法第四條「會社爲法人」之規定是；至於意，比，西，葡之商法，亦皆明定公司爲法人。有以明文規定公司須呈請登記，領有證書，始取得人格，否則即係通常之合夥者：英，美，俄是也。英國之普通合夥，實與我國之無限公司相似；限制合夥實與我國之兩合公司相似，其不同者，重在非法人之一點，而在英國之別於公司者，亦不外重在七人以下之組織而已。美國亦有限制合夥與普通合夥之制，頗與英同；惟其股份合夥公司之一種，在新澤稷 (New Jersey)，維基尼阿 (Virginia)，密執安 (Michigan)，俄亥俄 (Ohio) 等邦，固與他之公司同，然其他四十餘邦，則多不認其爲法人也。俄國之普通合夥 誠同於我國民法上之合夥，及日本民法上之組合；然其完全合夥，信託合夥，有限責任合夥，股東合夥 則與他國之公司無異。凡完全合夥，股東合夥，其民法第二九八條，第三三九條皆明定自

登記之日起，即可認爲法人，得獨立爲法律行爲，並在裁判上得以本身名義提起訴訟；信託合夥依其第三一三條之規定，準用完全合夥之各規定，自亦可以登記而取得法律上之人格；惟關於有限責任合夥無明文耳。有雖無明文規定，而學說及判例均承認公司爲有人格者，法，荷商法上所規定之公司是，惟法國之共分公司，却非即擬之爲法人也。有雖無明文規定，而却默認公司有相當之能力，間接示其爲法人者，匈牙利，瑞士是也。至德國，股份有限公司，股份兩合公司，固與匈瑞爲同，但如無限公司，兩合公司，則以適用民法上關於合夥之規定，且以無限公司等爲多數人之集合體，既負有連帶之責任，同時各個股東亦有連帶之權利，故在學說上及判例上皆不_以之爲法人也。據上所述，可知公司之具有人格，雖不失爲立法上一種原則，而是否必皆具有人格，尤視各國立法而異。然則在國際私法上關於公司人格有無之衝突，究將如何解決？依例再及：

(乙)關於公司性质之法律適用者 根據法人本質論之原理，以研究如何解決外國公司之人格問題，殊不合於實際之用。蓋依柏尅 (Bekker)，耶林 (Jhering) 和爾德 (Holder) 等之財產集體說，直否認法人之存在，任何公司皆須以其股東負完全責任，此自不可。依薩焚宜 (Savigny) 之法人擬制說，公司人格只限於在其賦與國之內有效，出國境而仍欲具有人格，惟有由其所在國另賦以新人格乃可；此頗足阻害國際商業之發達，而斷世界經濟之連絡，亦難適用。依基爾克 (Cierke)，斐拉 (Ferre) 之法人實在說，則既不能否認外國人之人格，即亦不能否認外國公司之人格；然因在實際上法人，尤其是股份公司

之活動能力極大，而危險亦最堪慮，內國皆須承認其原有之人格，仍非妥善之道。故輓近學者及立法例，對於公司的人格之法律適用，皆撇開此各種理論，惟就國際私法上之見地，求其正鵠所在焉。此應分爲兩項論之：

第一，法理上之原則。既係討論公司之人格問題，自應歸之屬人法之範圍，此實無可疑義者也。故在純粹之法理上，應承認左列兩種解決方法：

(一) 甲國公司之爲法人者，雖乙國法上否認此種公司之人格，其在乙國時，乙國斷不許以此爲唯一理由，否認其人格。

(二) 甲國公司之非法人者，雖乙國法上承認此種公司應有人格，其在乙國時，乙國仍可視之爲無人格。

關於第一原則，不能以『法律之效力，不及於國外，甲國法上承認之法人，非當然使國外認其人格』爲理由，而許乙國否認之。乙國固可基於他之理由，否認其人格之存在，要不得以在內國法上非有人格，爲唯一口實，蓋人格權之問題與其本國法最有關係耳。且今日既視在甲國合法成立之公司，於一定情形下，乙國不能以內國之法律上無此種公司而否認之，則於其人格問題，應爲同一處理，不容有所歧視，更甚顯然！畢氏國際私法典第二五二條云『除屬地法所設定之限制外，凡在一締約國內正當設立之商事公司，均得在其他各國內，享有民法上同一之人格』，卽一旁證。故如乙國法亦承認其爲有人格者，

在原則上不能獨對外國公司否認其人格，自無待論。

關於第二原則，來溫康 (Lyon-Caen) 最為主張，其實在法理上亦當然應如此也。蓋公司之人格，不外一法人之問題，法人與自然人雖同係人格者，顧一則究係無形之人，一則究係有形之人，此則不免有出入矣。自然人之人格，由於自然人之形體而取得，故自然人縱其本國認之爲奴隸，倘入我之國境，卽有其完全人格，荷蘭固爲明文規定於先，各國亦皆認爲當然原則於後，此蓋基於內外人絕對平等之原則，不得不然耳。法人原非生而有形體者，乃法律以之爲有人格者，故公司既未在其本國取得法人之資格，我國亦從而視爲有人格者，並未有何害於人之地位平等之原則；且不如是爲之，徒減輕外國公司股東之責任，與我商業交易上以莫大之損害矣。既無所圖，復有隱患，苟非至愚，何可爲之！至於甲國法不認之爲有人格者，乙國法亦如之，此項公司不能於任何地享有人格，亦無待論。

第二，實際上之運用。雖在法理上有如上述之原則，而各國對於公司人格之引用法律，往往基於特殊理由，於實際上則皆自由爲之。不特各國所採方針，彼此難同，卽一國所有判例，亦嘗抵觸，要在隨時隨地，以保護內國利益，爲其主要之目的而已。故凡在有益於內國之場合，雖原則上不應認爲有人格者，仍可相當承認其人格；反之，有損害於內國之場合，雖法理上應認之爲法人者，亦可絕對否認其人格。

大抵，一國如鑒於國際貿易之關連，內外商業之交錯，倘否認外國公司之人格，必不能爲一切之

易；同時如發生訴訟，則亦不易擇其主體；故只須其本國承認其爲有人格者，內國自可於一定之條件下承認之。即其本國否認其爲法人者，苟內國法上認其有人格，只須於不抵觸公益之範圍內，亦不妨相當承認其人格；蓋純粹有所便於內國耳。

反之，如因承認其人格之存在，而不利於內國時，則亦可相當否認之。即畢氏國際私法典上亦以「除屬地法所設定之限制外」爲言，而非當然皆須承認外國公司人格之存在也。故如蘇俄於一九二二年十一月十一日之命令第八條，即規定外國公司非得蘇俄政府之特許者，在蘇俄不認其有法人人格，德國於一九一八年之法律，對於外國法人之住所不在其境內者，其取得法人之人格，須得其國會參議院之特許；法國於一八五七年五月三十日之法律第一條，第二條，以股份有限公司，（股份兩合公司在解釋上同），有關公安，非得法政府之特許，或條約上之相互，在法國不承認其人格；皆著例也。凡不承認外國公司之人格時，將如何處理？或則直接禁止其營業，或則適用合夥之規定，使行爲者負擔無限責任，有數人時，使之負擔連帶責任；後者德國民法施行法曾有規定，可參照也。今日，外國人在我國設立之種種公司，縱謂在原則上雖不必即否認其人格，且或強制其登記，而間接增加其效力，然仍可做法，俄之例，根據特殊理由，設法取締之也。因之，此一問題既與國際私法總論外國法人之認許一節有關，尤與本章公司之能力一節相聯，非盡於本節所可充分討論者也。

「圖表八」 公司與合夥之比較簡圖

圖 司 公 (B)

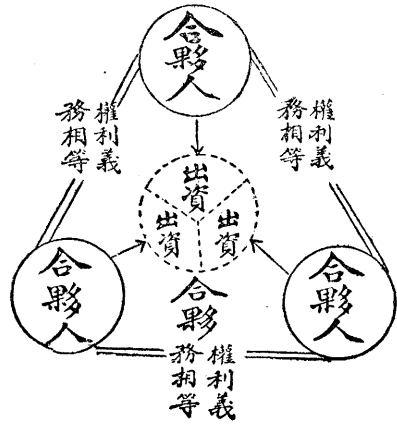
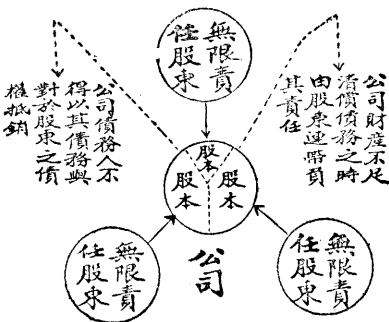
(a)

圖 夥 合 (A)

(a)

圖 司 公 限 無

圖 夥 合 通 普

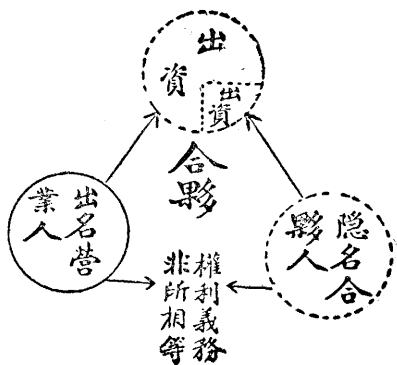
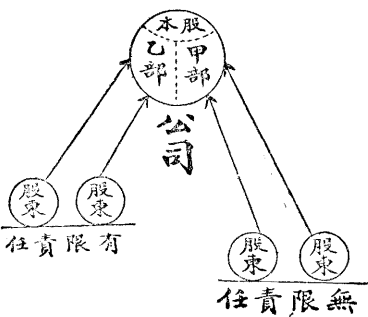


(b)

(b)

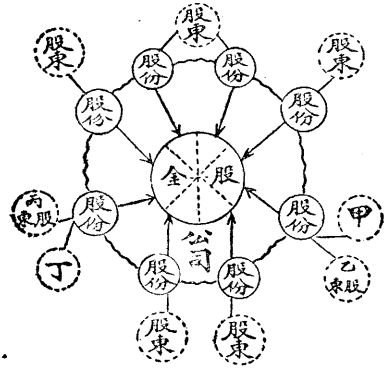
圖 司 公 合 兩

圖 夥 合 名 隱



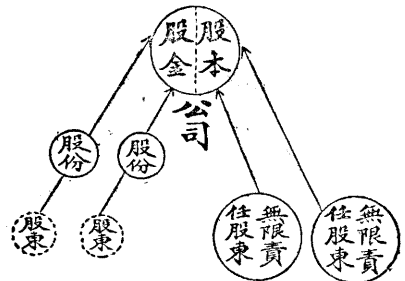
(c)

圖司公限有份股



(d)

圖司公合兩份股



(三) 公司之種類

公司之種類云者，非指學理上公司之分類而言，乃指法律上規定公司之種類而言。蓋前者，可由吾人任取一標準而分之，如所謂人合公司，資合公司，及折衷公司之分類是，於法律之規定無直接之關係；後者，為法律直接所承認，非依其規定，不得創設任何一種之公司，故各國法律上皆明示所承認的公司之種類焉。因各國立法例上規定之不同，遇有外國承認之公司，而非我國承認者；或外國否認之公司，而非我國否認者，究將如何處理之歟？依例先及：

(甲)關於公司種類之法律衝突者 我[◎]公司法上，分公司之種類爲四，無限公司，兩合公司，股份有限公司，及股份兩合公司是也；日本商法上公司之種類與我同，所謂合名會社，合資會社，株式會社，株式合資會社是也。然在荷蘭，匈牙利，則僅規定無限公司，兩合公司，股份有限公司；而股份兩合公司即非其所承認也；英美制度中，亦無此種股份兩合公司。在德國，於前列四種之外，又有所謂『有限公司』(Gesellschaft mit beschränkter Haftung)之一種；有限公司云者，無監察人之選任，無股東會之規定，自與股份有限公司不同，並因股東所負之責任有限，非無限，換言之，僅按照個人出資之同等倍數負責，非以其全部財產負責，又與無限公司不同。此即非我國，日本，瑞士，荷蘭，匈牙利等國所有者也，在法國，於我國及日本所承認之四種公司外，亦有所謂共分公司之一種，或譯共算公司；謂數人集合資金，買入物品，或爲一二特定之商業，由股東一人以自己之名義，爲其處理，殆其事完結後，共同計算其得失而分配損益之公司也。結立此種公司，雖不必履行他種公司設立之程序，但仍須呈出簿冊於法院，而證其事。他國或以之歸於民法上之合夥，不以之爲公司也。他[◎]如英國之保證有限公司，美國之股份合夥公司(Joint Stock Company)，以及英美盛行之信託(Trust)制度，皆非他國盡爲承認者。

除以上所述之實質的差異外，同時在命名之形式上，各國亦極不相爲同。例如法國，雖合夥仍以公司(societ)稱之，如蘇俄，除普通合夥外，所謂完全合夥即係無限公司，所謂信託合夥即係兩合公司，所謂有限責任合夥即是有限公司；惟股東合夥稱爲股份公司，即各國之股份有限公司是。如英國，雖以

七人以下者爲合夥，七人以上者爲公司，然其所謂普通合夥 (Ordinary Partnership) 頗似德之無限公司；所謂限制合夥 (Limited Partnership) 頗似德之兩合公司，蓋皆非『法人』之資格，則所異者，又不外名之爲難同耳。至於各國因達特種事業之目的，而承認之特種公司，無論爲所謂民事者，或所謂商事者，其不能彼此一致，更無待言。依例再及：

(乙)關於公司種類之法律適用者 外國法人須經內國之認許，始有其在內國法律上之地位，愚曾於國際私法總論第二十四章詳述之矣。但如甲國所承認之公司，爲乙國所無者，乙國應否基於此一理由，不承認其存在歟？此應分別論之：外國人欲在內國依其本國法設立內國法所無之公司；或在其本國合法呈請設立，而將其本店置於內國者，內國皆不應承認其公司之存在。例如我國以領事裁判權之惡因，外國人常設有非中國法所認之公司，於租界內，甚或於中國自關之商埠內，更或於北平崇文門一帶，僅依其本國法向領事註冊而爲之；英商並有向香港英總督而註冊者，其妨害中國行政權之系統，危及中國工商業之安全，自不能謂中國應無條件承認其地位也。但如其公司原在外國合法設立，而本店亦設於外國，內國之法律上雖未認此項公司，然爲增進國際商業之聯絡，促成內國交易之圓活，在此狀況下，亦應承認其存在。瑞士曼利 (Meili)云：『依於屬人法而成立之外國商事公司，內國之公司雖無與之同種者，但內國法不可不承認之』。即係指此而言。蓋不如是，非將各國公司之種類化而爲同，即不能充分達內外貿易之目的矣。

吾人固承認在一定之場合，外國某種公司非內國所有者，仍認其存在；究以其為異種之公司，內國人不必即能明瞭其內容，故亦不妨命其履行一定之條件。意國商法第二三〇條云，『外國公司無相當於第七十六條所列公司之一種時，須履行股份有限公司訂立章程之程序，以及關於公告之種種方式；且其董事之對於第三人，須與股份有限公司之董事，負同一之責任』。即其一例。此項限制，非僅對於內國之無此種公司者，而須如此；即內國有此一種公司，又何嘗不可為之；正如畢氏國際私法典第二五一條所謂『使公司因其營業關係，必須有一特別制度之法律，亦為屬地法』是也。

【圖表九】 公司之純理的分類表

依其信用所在而分類

人的公司（對人之信用）……………例 我國之無限公司

財的公司（對財之信用）……………例 法國之共分公司

折衷公司（對人兼對財之信用）……………例 各國之兩合公司

合名公司……………例 法國之無限公司

無名公司……………例 法國之股份有限公司

（一） 差金公司（一稱混合公司）……………例 法國之兩合公司

實質的分類

依其構成要件而分類

合人公司(以社員為重)……例

無限公司

兩合公司

(二)

合股公司(以股本為重)……例

股份有限公司

股份兩合公司

明示其為有人格者……例——我國之公司

具有人格之公司 默示其為有人格者……例——法國之公司

依其人格有無而分類

依法定程序取得者……例——英國之公司

不具人格之公司……例——德之無限公司兩合公司

無限公司

股份有限公司

從公司組織本體言

單純組織之公司……例

兩合公司

複雜組織之公司……例

股份兩合公司

依其股東類別而分類

從法人之為股東言

純粹自然人組織之公司……例——無限公司

純粹法人組織之公司……例——英美之托辣斯

兼有法人股東之公司……例——或種之股份

有限公司

公司的分類

商事公司(依商法而成立者)例——在其國之普通百貨公司

(在東亞或稱當然公司)

從民商分立之國方面言

(在日本或稱準公司)

民事公司(依民法而成立者)：例

- 農事公司
- 工事公司
- 漁業公司
- 鑛業公司
- 林墾公司
- 牧畜公司
- 等

依其準據之法而分類

從民商統一之國方面言……無民事商事之區別

普通公司(依公司法或商法設立之公司)：例——我國之先施公司

特殊公司(兼依特別法令設立之公司)：例——我國之民業鐵道公司

各國之移民公司

各國之保險公司

依其經營之人而分類

國營企業公司(以國庫投資為主)：例——我鑛業法第五〇條
民營企業公司(以人民投資為主)：例——我鑛業法第五條第三項

普通營利公司

形式的分類

依其登記之事而分類

絕對登記之公司(不登記不得成立)……例

我國之公司

德國之股份有限公司

相對登記之公司(登記始可對抗第三人)……例

日本之公司

德國之無限公司及兩合公司

依其國籍之事而分類

積極說

內國公司

外國公司……例——日本商法第二編第六章

消極說——公司非內國的亦非外國的……例——巴巴拉圭亞爾然丁

『註』表中所列之合名公司，即無有限公司，日本直以合名會社稱；因在歐洲各國，此項公司須以股東之氏名，名其公司，如德商法第十九條，法商法第二一條之規定是，但日本則不以此為要件耳。所列之無名公司，即股份有限公司，不以股東之氏名，為公司命名之用，法商法第二九條關於無名公司(Sociétés anonymes)之規定，即其例。所列之差金公司，即兩合公司，表示股東擔任資金之有差也。日本舊用此名，商務所譯之法國六法，即以此名譯法國之兩合公司(Société en Commandite Simple)。日本松波仁一郎謂日本後改稱合資公司，致公司之實質，轉為其名稱所隱焉。又法國當編纂商法典之際，有人因兩合公司之股東，有有限責任與無限責任混合之事，曾擬示此特質，附以混合公司之名，但立法例上並未採之也。

「圖表十」

各國立法例上公司種類之參照表

兩合公司		無限公司	法國	我國
	股份有限公司	合資公司	舊公司律	
合資社會		合名社會	日本商法	
Kommanditgesellschaft		公開公司 Offene Handelgesellschaft	德國商法	
Société en Commandite simple		合名公司 Société en Nom Collectif	法國商法	
Société in accomandita Simple		合名公司 Société in Nom Collectif	意大利商法	
同		同	荷國商法	
信託合夥		完全合夥	蘇俄民法	
限制合夥 Limit d Partnership		普通合夥 Ordinary Partnership	英法合夥	英國
	無限股份有限公司	無限公司	法國公司	
Limited Partnership		Ordinary Partnership	美國法	

	司 公 限 有 份 股	
	同	司 公 限 有 資 合
	社 會 式 株	
	A Ktien gesellschaft	司 公 限 有 Gesellschaft mit beschränkter haftung
	Société par actions, 尤其是Société anonyme (無 名 公 司)	
	Socie á Par azioni. 尤其 是 Societa anonima (無 名 公 司)	
	同	
	夥 合 東 股， 司 公 份 股	夥 合 任 責 限 有
份 股 證 保 司 公 限 有	Limied Company	司 公 限 有 證 保
	Corporation	

		司公合兩份股	
		社會資合式株	
Kartelle 耳特客		Kommandit- gesellschaft	
	司公分共 或 司公算共	Société en Commandite par actions	
		Società in accomandita per azioni	
		無	
Trust 斯辣托		中夥合制限於合包	
Trust 斯辣托			司公夥合份股 Joint Stock Company

(註)表中關於蘇俄部分，係依照顧樹森之蘇俄新法典而製；英美之公司種類繁多，未見其法令之全籍，僅依各學者著作中所援引者，列之於中，合併聲明。

第六章 公司之國籍及其住所

於內國營業之公司，非皆限於內國公司，又有所謂外國公司在；於外國營業之公司，有時亦非盡爲外國公司，或亦有認爲內國公司在；然則如何之公司，始果爲外國公司或內國公司耶？同時公司亦如自然人，應有其住所，俾免於浮浪莫稽，遺害靡窮；而確定內外公司之標準，有時或即取決於其住所之何在；然則又應以何地爲公司之住所耶？此不僅與公司問題中之本國法及住所地法的適用所關甚切，且與一國商公法之支配力，尤有影響。雖然，關於法人之國籍與住所，愚固於國際私法總論第二十四章外國法人與其地位中論及之，惟涉於商事公司方面者則甚略，其詳正所以留待本章也。

(一) 公司之國籍問題

公司之國籍云者，指其發生國際私法上之關係時，何國應有保護之權利與義務，此即依其公司屬於何國而決；屬於內國者，原則上即歸內國保護，屬於外國者，原則上即歸外國保護，故對於其法律關係所適用之準據法，亦因之而別。然在歐戰中，平日所視其爲內國公司者，往往因其人員之國籍有異，又以待遇外國公司之辦法對之，於是學者間，對於公司之究竟有無國籍，遂成疑問，大有繼以前法人國籍否認說之理論而興之勢。但否認公司之國籍，於實際上究感不便，斯則惟在如何妥善求其決定公司國籍

之標準，抑或以他種方法化除歐戰中之矛盾現象而已焉！

(甲)關於決定公司國籍之意見者 在昔，學者中頗有以公司非如公法人有一定之領域，若設立地與營業地之分於數國，本店與支店之不同其域，皆顯而易見者，而航海公司，鐵道公司之營業，又往往跨於數國之間，遂否認公司之有國籍。且以公司縱在法律上認其為法人之一，但國家構成之分子為國民，而非公司，國民組織公司，雖可增加其經濟之勢力，而不能對於人口有何增加；既其存在，不關於國家之組織，則國家與公司之間，即亦無權力服從之關係可言，當然更無所謂國籍也。然自一八九〇年巴黎之股份有限公司會議，曾明示『公司皆為有國籍者』之後，故今日除南美之亞爾然丁，巴拉圭，可命比亞等國外，公司應有國籍，實為多數國家所公認，而無疑問者。雖於歐戰中，發生極充分之反證，為學者攻擊公司有國籍之材料；而各國立法家終亦未能斷然拋棄成例，惟漸知如何補救此矛盾之現象也。

何以公司國籍能發生矛盾之現象？蓋公司究為法人，而非自然人，既無血統之可言，亦無似自然人之確定的出生地，於是首使學者及立法例，各因其觀察點之所在，異其區別內外公司之標準，結果遂無無統一之原則可守，此固足以與否認公司之有國籍者以口實；同時，即國內之判例，抑且前後矛盾，不必有一貫之原則，更為問題矣。雖曰，公司之人格，究屬抽象之物，果應屬於何國，乃為解釋問題，自難怪其如此；然在平時誠可利用法律之解釋，俾實質上之外國公司，被視為內國公司，受內國法之支配，而在戰時向之所視為內國公司者，如仍以內國公司視之，內國則須負有保護之義務，不得視為有敵性

者，此當然非內國之所願，矛盾之現象遂由是生。考其由來，皆內外公司國籍之決定，初無確切之標準所致耳。

近十餘年來之趨勢，各國始漸將決定公司國籍的標準之目光，移而注意於增加公司國籍的條件方面，不可謂非根本之圖。因前者重在如何決定其爲外國公司，抑內國公司，故其惟一所賴者爲區別之標準；不幸此標準何在，不易取決，遂使公司之國籍問題亦感於困難。後者重在如何爲內國公司成立之必要條件，苟合於其條件雖在公司之關係中，含有涉外的原素，仍可以內國公司認之，此有助於公司國籍問題之解決，爲功非微！茲因敘述之便，將後者歸入公司之設立中，姑先一及前者：

(乙)關於決定公司國籍之標準者 向之決定公司國籍之標準，雖其弱點甚多，然各國既尙用其某種標準，以決定公司之國籍，則亦不可不詳及之。何言乎其弱點之在？例如今日通說恆以公司住所爲其國籍之標準，住所所在內國者爲內國公司，在外國者爲外國公司。倘有國家對於外國公司之承認，採條約相互主義，若法國是，其採用此一標準之弱點，立即現於吾人之前。蓋吾人雖常見法國與某國訂約，承認在其國有住所之公司，爲屬於該國之公司，得在法國享有人格，而一考此公司之組織者與其勢力，或完全與所屬國一無所關，豈非與訂約時，專以利惠對方國人民爲目的之意旨，大相違背乎？於此，吾人固可承認此種標準極不合理，然亦不能抹煞現有之事實，置諸不顧也。用析關於此問題之各說於左：

第一，組織者國籍主義 謂公司之國籍，應依設立人或股東的國籍定之；由內國人全體成立之公司

爲內國公司，反之者爲外國公司。惟此嚴格界限，頗不爲事實所容，故如多數股東爲內國人者，仍不失爲內國公司，僅少數股東爲內國人者則爲外國公司。其理由不外：自然人既得以血統定其國籍，公司因股東而成，則以其組織者之國籍定其國籍，自係當然。且公司之存在及發展，莫不有賴於資本，故以出資者之內外，決定公司之國籍，又理之極正者也。至關於此一主義之名稱，尙須有討論者：有稱之爲社員國籍主義者，說者謂此名稱可以適用於一切社團法人，非適用於公司之專有名稱；愚又按日本特以無限公司兩合公司出資之人，名曰社員，合股公司出資之人，名曰株主；而法國學者並有主張無限公司之國籍，應依組織者國籍說；則用此名，究不免含有最廣並最狹的意義之嫌。有稱之爲設立人國籍主義者，此則不免偏重於實際設立之時之人方面，或更以所謂發起人爲其唯一之對象，苟無特殊之命意，似不宜用。有稱之爲資本國籍主義者，似又偏重於金錢方面，於以信用或勞務爲出資之代替者，究覺難包括之。有稱之爲股東國籍主義者，此在我國爲最可用，因我國對於任何公司所出之資，皆曰股份，其出資之人皆曰股東故也；然在英、法、德、日等國，資本與出資者之名稱，合人公司與合股公司，各有所別，亦非盡可概括之。故愚甯取專涉於廣義之組織者國籍主義一名，雖有特殊命意之相類名稱，仍可離其範圍也。

按此一主義，用爲內外公司區別之絕對標準，既不合於法理，且難切乎實用。何以言之？公司之在今日，通常究以具有人格爲占多數，其組織者之契約關係實非重要，不外以共同行爲之結果，創設一權

利義務之主體而已！此主體離乎組織者之個人，有其離立之人格，即應有其自有之國籍。故公司之國籍與其組織者之國籍，其間並無若何之關係，而以後者之國籍，定前者之國籍，未知有何取義？縱係未具有人格之公司，至多只能以特別契約之關係，定其準據法，與其組織者之國籍亦非有直接因果；尤其是所謂商事公司之法律行爲的經濟方面，不絕對爲其組織者之國籍所限，自不應絕對地用以定公司之國籍。此關於法理方面者。使一公司之組織者，能常屬於同國之人，以其國籍爲公司之國籍，雖悖於理，要亦可用。無如今日，不特內外人得以組織合股公司，即組織合人公司，共負無限責任，亦常有之事；組織者之國籍既彼此相異，究將以何爲別？雖曰以多數同一國籍之組織者定之，然內外人數相等又如何？即不相等，股份與股東人數之多少，成反比例者，依內外股份之多寡以定，則明明反於此一主義；仍依組織者之人數，倘內國人少於同國籍之某國人，而所持之股份却多至數倍，則又與從資本關係上，決定採此主義之理由顯然有違矣。况如發行無記名股票之公司，股東之國籍無從考查之者，欲貫徹此說之作，亦不易也。至若一國如不別設限制，則因股份流轉於內外人間，更嘗有莫知公司國籍究何所屬之虞。此關於實用方面者。

雖然，公司國籍之標準，固不能絕對以組織者之國籍定之，但如立法上作爲內國公司構成要素之一，則對於解決公司國籍問題之作用，亦極可觀。換言之，組織者之國籍誠非決定公司國籍之標準，但依其他標準定爲內國公司者，苟能於組織者之國籍上設以限制，實爲補救其弊端之一道也。

第二，資金募集地主義。謂從資金募集地之內外，以決定公司之國籍；於內國募集時爲內國公司，於外國募集時爲外國公司；故又有股本募集地主義，或資本主義之稱。其理由：應募人對於公司內部組織，及其對外負有何種責任，極有利害關係；所以須依募集地主義者，即在便於應募人熟知其所應遵守之法律耳。故學者中直稱此說爲股東募集地主義者亦恆有之。同時又有人謂此說應限於定股公司之國籍，蓋以合股公司與股份所出之地，關係較密，應以之定其公司之所屬；凡在外國募集股份者爲外國公司，在內國募集股份者爲內國公司。故操此特殊見解者，則又以股份募集地主義稱之。日本學者從人之關係方面，稱株主募集地主義者，亦係限於合股公司之解釋也。

按此一主義，以資金或股東之募集地，爲決定公司國籍之標準，如絕對適用之，在法理上固非所通，在實際上亦非甚便。何以言之？公司之國籍，重在以公司具有人格爲前提，而公司之人格，非以財產之集合狀態爲其成立要素，尙有重於此者在；故資金募集地一事，實與公司之國籍，無求其必爲一致之理由。如謂爲資金募集地即係股東之屬人法所在地，所以便於股東之熟知法律而然，姑無論在事實上不易達此目的，縱使股東皆在於斯地，並未見有法律上，絕對強制公司必依資金募集地之法律設立，而不顧其他重要之關係也。况資金雖於其地募得，而出資者未必即係其地之人，又何熟知其地法律之是云？此關於法理方面者。合股公司固以募集資金爲通常之情形，但如合人公司等之不爲完全募集者，此說將如何適用之歟？縱認爲此說應限於合股公司國籍之決定，合人公司之國籍又將如何定之歟？依其意，對

於合人公司似傾向於社員國籍主義，無如社員國籍主義，依前所述，終亦非所宜也。卽專就合股公司論，卽時設立之公司，並不依股份募集之程序者，此說既失其適用之對象矣。縱募集之，事實上往往同時於多數之國募集，以何國爲其募集地，殊成疑問。况公司之股票苟非限定其記名，則轉移不定，將來與募集地甚或毫無關係，而仍以其地之何屬，定公司之國籍，當無是理，則公司國籍究何所屬，不易測也。此關於實用方面者。雖然，資金募集地主義固不足採，但不言其募集地，僅以資金之所屬主爲言，對於增加內國公司之要素上，亦有相當之作用，未可一律漠視之。

第三，準據法主義。謂公司之設立必有其所準據之法律，凡準據內國法律而成立之公司爲內國公司，準據外國法律而成立之公司爲外國公司。其理由不外，公司既通常爲有法人之資格者，法人資格之取得，乃出之於法律的規定，故以設立時所準據之法律，定公司之國籍，最爲相宜。凡操法人擬制說，或法定人格說者，頗傾向於此一主義。此外又有所謂認許主義者，雖係同指一事，而義則覺較狹，卽以認許公司設立之國，爲其公司之本國，謂依內國認許而成立者爲內國公司，依外國認許而成立者爲外國公司；蓋以任何種類之公司，皆推定其爲依於國家之認許而成立者，故取之爲公司國籍之標準焉。

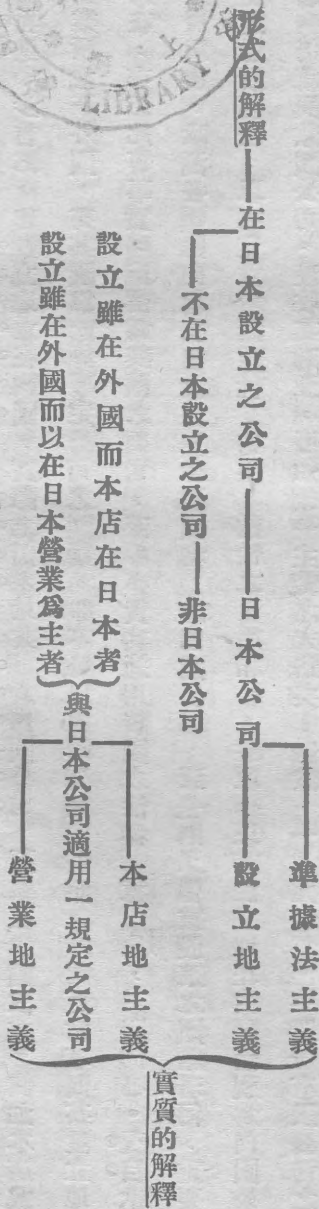
按此一主義，如適用之，雖於內國爲設立，苟依外國法爲設立者，卽爲外國公司；雖於外國爲設立，苟依內國法爲設立者，卽爲內國公司；此不特有反於事實，且又有隱憂在焉。蓋準據外國法而成立者，有時亦爲內國法人；準據內國法而成立者，有時亦爲外國法人；例如在意大利，縱其公司依外國法而

成立，甚或其設立地亦在外國；但如其本店及營業主要之目的物在意國者，即直視爲意國之公司，應絕對而當然的適用意國商法之規定也。况依此一主義之結果，尤不利於我國之採用，外國在我通商口岸所設之公司，不受中國法律之支配，其自以爲居於外國公司之地位者，即不外以準據法主義爲其憑藉。甚至中國之奸商，施展其偷法舞弊之伎倆，依外國法律組織其公司，人固華籍，號稱洋商，倘採準據法主義，又將何以善其後耶？縱退百步言之，認爲此一主義，在通常之現象上，絕非全誤；然亦未說明如何之公司，始須準據內國法律或外國法律而成立，僅云依據何國之法律而成立者爲何國之公司，是亦不過以問答問耳。至於以認許主義爲稱者，則尤難解；一般法人之設立，雖其中多有採認許主義者，而公司除特殊公司外，通常皆偏於準則主義，不必經政府特別之許可，只科以登記形式已耳，更不足以定公司之國籍也。

第四，設立地主義 謂公司之國籍，當視其完成設立行爲之地，爲內國抑爲外國以定之。易詞以言，依公司設立地之內外，以爲決定公司國籍之標準，設立地在外國者，爲外國公司，在內國者爲內國公司。其理由不外，公司之設立地實即公司之出生地，自然人既得以出生地定其國籍，公司不似自然人之尙有血統主義可採，則以設立地定其國籍，不特同於自然人之情形，且亦無善於此種標準者。此說日本商法上曾採及之。其第二五八條云，『凡本店設在日本，及在日本營業爲主之公司，雖設立於外國，與設立於日本之公司，須從同一之規定』。其解釋頗不統一，有人謂此爲本店所在地主義，然如山口弘

一等則謂係設立地主主義。松波仁一郎並謂此條規定，係分公司在日本設立，抑在外國設立而云然，即設立地主主義也。其在形式上固應如此解釋，但在日本有本店，或於日本營業，不使從日本法令，殊為不可，遂亦使其與在日本設立之公司，從同一規定，此乃實質的解釋也。故在日本設立之公司，實當然之日本公司，此因係採設立地主主義所致；不過更擴充及於本店地主主義及營業地主主義；而其在日本設立之公司，必須適用日本法，更係當然，是又同時兼採準據法主義者云云。依愚觀之，固不能謂日本非此主義之採，不過正如松波仁一郎之說，非單獨採用之耳。

「圖表十一」 日本商法第二五八條之解釋表



按此一主義，似可為解決公司國籍之妥善標準，實亦不然！例如日本雖說者謂其採及此說，何嘗若是？蓋依此說，設立地在內國者，雖準據外國法而成立，固為內國公司；設立地在外國者，縱於設立後



，置其本店於內國而爲營業，仍爲外國公司，不能強制其與設立於內國者，適用同一之規定；夫然後始合於所謂設立地主義即是自然人之出生地主義焉！日本當然非此，可知其非眞設立地主義之見於實用者也。再進一步言之，即設立地之在內國，實際上仍未見其即爲內國公司，蓋雖在內國設立，倘如本店或主營業所之在外國，苟其國以此等事定公司之國籍，即不得以內國公司稱；而在外國更常不問其設立地之何在，亦以此等事實，直認爲其國之公司，至少亦責其適用該國之法律，意，比，其明例也。況自歐戰爆發以後，歐洲各國雖向以公司設立地在內國者，爲內國公司，至是則又偏重股東之國籍若何，重要職員之居所在，以決定其有無敵性。苟與其敵性之標準相合，縱原來以其設立地在內國而視爲內國公司者，仍視同敵國公司，沒收其財產，可知此一主義之末路矣！雖然，一八九〇年巴黎股份有限公司之會議，亦曾採設立地主義；顧其所列，乃係指依設立地及同時事務所所在地之法律定其國籍；又限定公司之事務所不得在於設立地以外之國；則非僅以設立地定其國籍可知。

於此附帶有一問題：既不應以設立地定公司之國籍，則外人在我國設立之公司，我國將永不能支配之耶？亦非也！茲所言者，僅說明設立地主義之不宜，非即準據法主義之可用也。且縱認爲外國公司之存在，亦應受內國關於外國公司之特殊法令之限制，至少亦不能超過內國公司權利之限度，又係各國之所同。外人在我國所設立之公司，僅以外國法爲準據，不問其是否皆應如此，且不受中國法之任何限制，是已出於設立地主義討論之範圍，而牽入一國法權問題之領域中，當然不容有此畸特現象！更質言之

吾人並非主張外國公司之在中國者，皆應視為中國公司，倘其本店設之於中國者，不問其依何國之法律而成立，即應依本店地主義（或營業地），而強制其受中國法律之支配；故與設立地主義顯然不同。即如南滿鐵道公司，吾人即以其本店在於中國，為其得受中國法律之直接支配，更不能以其設立地之在日本，遂以日本公司視之，此正係有反於設立地主義者。雖然，此種公司之爭其為內國公司，不過於無可奈何中，求一補救之方法，非真內國公司也；故如在中日戰爭之際，則又可一變而為有敵性之公司，直沒收其財產，此皆不可以常例論耳。蓋類似此一性質之公司，總應依一定之條件而為內國公司，不能歸之外人操縱，更不應為外國公司。夫既反於常矣，則在平時，惟有求其列於內國公司，俾受內國法律之支配；戰時自亦應列為敵性公司，俾適合於立法原意；以非常之處理，應非常之事例，此又在我國特殊情形下，不能免避者也。

第五，本店所在地主義。或簡稱為本店地主義，或更稱為主事務所主義，或又稱為總管理處主義，立名用意固各有所重，但大體上尚非顯然各別，故不詳及。此與後列各說，在學說上統稱之為住所地主義，以住所地定公司之國籍，正與定其他公私法人所用之標準同，住所所在內國者為內國公司，住所在外國者為外國公司，故學者及各國之立法例，皆主張之。無如住所地究何所指？則又極不一致，此以住所地為區別內外公司之唯一標準，亦徒有其名而已！凡認為公司住所地指本店所在地者，多以此說直稱為住所地主義；然在學說之敘述上用之，則失之泛而不切也。

本店所在地主義云者，以公司之本店所在地，爲公司國籍區別之標準；凡公司以合法之程序，而設有本店之國，則視爲公司之本國是也。故於內國設本店者，不問其營業區域之如何，股東國籍之如何，皆視之爲內國公司；於外國設本店者，亦不問其設立行爲地之爲內國或外國，皆視之爲外國公司。其理由不外，公司之本店，乃公司之總機關，爲董事會及股東會會址之所在地，而發令指揮者也；故以之定公司國籍之所在，最爲適宜。各國立法例上探此說者，英、法是也。英國判例，公司住所之在外國者，爲外國公司，住所云者，即本店——管理處——所在地是；法國向之判例，亦以公司本店——管理處——所在地爲公司之本國，苟其本店設於外國，不問其營業或在法國，或跨數國，皆認爲外國公司。其對摩洛哥所規定之法國人及外國人私法上地位法，第六條云「民事及商事之團體視爲自然人」；第七條云「團體之國籍，依其適法設立之事務所所在地之法律定之」；亦相類似。德國雖亦採本店所在地主義，但須公司之本店所在，爲事實上之本店，不得以章程所定者爲準，則實非絕對採此主義也。我國公司法第四條，「公司以其本店所在地爲住所」，自係採此一主義，然皆在解釋上應同於德，對於外國公司之本店，不能專以章程爲主，自亦不能即認其爲本店所在地主義。日本商法第四四條，「公司之住所在其本店之所在地」，似亦爲本店所在地主義，然依其第二五八條之規定，則不免前後矛盾；雖山田三良謂設本店於日本之公司，當然爲日本公司，不必再規定其「適用同一之規定」，認爲第二五八條條文之一半爲無用者，但亦謂關於營業中心地說之一部分，爲本店所在地說之例外，則日本仍非絕對地採本店所

在地主義明矣。

按此一主義，若本店與主營業所同在一處，或設於同國之內，而其國有統一之法律者，自不失為一正確之標準。但如兩者分設於異國，或各在同國之一處，而其國為因地異法者，遂不免有竊法舞弊之情形發生。蓋專依此說，本店在何國者為何國公司，不問其營業中心地之何在！則一公司之欲得或國之國籍者，僅須將本店置於其國足矣。於是公司之設立者，雖以在內國之營業為目的，為規避內國法律之拘束，即可於外國設一有名無實之本店，以遂其詐欺行為，此主義實無法以防止也。且即使誠意設立本店於內國，仍不難因利之所在，而移轉其主事務所，則公司之國籍更可由設立人之意思而變動，亦此主義之所難救濟者。至於駁者或又謂當公司設立之際，往往不能即行決定其本店所在地，於此時，則公司豈不視為無國籍者歟？以為反對本店所在地主義之理由。愚於此亦難為同；因本店所在地主義之缺點，惟在不易防止竊法舞弊之情形，非根本如準據法主義之以問答問也。今日各國採本店所在地主義，或則認為非在本店所在地主管官署登記後，不得成立（參照我公司法第五條）；或則認為雖尚未取得法律上有效之本店，亦必先有事實上之本店，其後之法律上的本店即係此事實上的本店所變化；則在設立之際，謂不能即行決定本店之所在地者，恐未有也。即退一步言之，認為駁者之此說尚妥，願亦屬於內國公司應依如何條件而設立之問題，非絕對適於反駁「以本店所在地為內外公司決定的標準之用語也。

第六、營業中心地主義 或簡稱為營業地主義，或更稱為主營業所主義，或又稱為業務執行地主義

：命名意義大體相類。至稱爲事業地主義者，則係指一般私法人之國籍標準而言，非公司方面之專用名稱；稱爲住所地主義者，則係以主營業所認爲公司之住所，或更稱其卽是本店，如威斯（Weiss）是，此種名稱又含有特殊意義矣。營業中心地云者，公司營業之中心點之謂，故公司之本店與其營業之中心點相異時，當視後者爲其住所，以定公司之國籍。營業中心地在內國者，爲內國公司，在外國者爲外國公司，不問其管理處之何在是也。其理由可分兩端言之：在積極方面，主營業所爲公司經濟活動中心之所在，與其地社會之關係，至爲密切，以之定爲公司國籍之所屬，俾爲其本國法之對象，自係當然。且營業中心地之所在，須賴有真確之事實以表現之，更非以私意所可左右者，以其地定其籍，更非涉於空泛可知。在消極方面，一國公司法之規定，乃以在內國營業之公司爲目的，非僅以有本店之公司爲目的，倘不依營業中心地主義，依理勢非採本店所在地主義不可，然本店之如何選定，乃設立者之自由，如是則設立者爲避營業中心地法律之支配，故意設本店於外國矣。爲防止此弊，惟有用營業中心地主義，不問本店所在地之如何，苟公司之營業中心地在內國，則認爲內國公司，使其絕對受內國法之規定；苟公司之營業地在外國，則認爲外國公司，使其屬人的關係，受外國法之支配可也。比利時一九一三年五月二十五日之法律，謂一切公司之主營業所在比國者，雖其設立曾在外國，仍適用比國法律云云；雖其判例有時不必卽視爲比國公司，然有時則根據此條規定，直視之爲比國公司；卽此一主義之見於實用者。

按此一主義，與本店所在地主義，於實例上皆有相當之勢力，而學說上亦多採之。然同時仍有莫能補救之缺點，正與本店所在地主義同。蓋公司之營業不必皆限於一國之內，若跨多數國家之營業，如航空公司，保險公司，鐵路公司之類，為最易見者，則將如何？雖曰既為營業中心地主義，而非營業地主義，則雖數地營業，固可以其重要地之所在，定公司之國籍；然若營業地無從為主從之分時，即不免有時而窮，無由為營業中心地主義之適用矣。况縱有營業中心地之可求，而營業中心地誠亦為事實之表現，但事實並非永久不變，今日甲地為其營業中心地，安知他日不變為乙地，僅依此說，更使公司之國籍，不免有屢次變更之虞。

第七，本店所在地兼營業中心地主義。普通稱為折衷主義，亦可謂之為本店所在地原則主義。蓋認為既以住所定公司之國籍，則須問何地為公司之本據所在，然後始適合所謂住所之意義；此乃本店所在地而非營業地也。且事實上，公司之擇定本店，在常理，亦必與其營業中心地有關，縱數地營業難分主從，而設其本店於其中之一地，亦必自視以為較重要於他地耳。放以本店所在地定公司之國籍，於法理，於事實，皆能兼顧，用為決定內外公司之原則，無善於此。惟堪慮者，適用此一原則之結果，如前所述，往往易發生詐欺的竊法行為，故意置本店於外國，冀圖避免內國法律之支配，則莫能妨止。故遇有此等情形，則惟有舍原則而用例外，以營業中心地定其國籍云。一八九一年國際私法協會，在漢堡（Hamburg）議定股份有限公司之國籍時，限於在無詐欺之場合，始可依本店所在地，定其國籍，即所謂「

以無詐欺而設定法律上之事務所之國，視為股份有限公司之本國」之決議是也。各國之採本店所在地主義者，亦往往重視其真實之本店，極端反對其章程上之假的本店，即係受此說之影響。至若日本，形式上係採設立地主義，而於實質上，公司之本店或其主營業所，有一在日本時，須適用日本法，在此場合，似亦不失爲此一主義；然亦只能以折衷主義稱，不能以本店所在地原則主義稱，因其原則爲設立地主義也。若意國，在外國設立之公司，須其本店及主營業所同在意國者，即爲意國公司，但如只有其一在意國者，究作何解，未可臆斷；說者雖謂意以主營業所爲主者，然此係偏於在其內國設立之公司而言，否則與上例又有矛盾矣。故意國所採之說，雖亦可列入此一主義中，而不必完全相同，固可言也。

按此一主義，在各種學說中，尚不失爲平允而切於事實之論，故多數學者採之，愚亦隨同。惟須知者，此一主義之適用，莫善於平時爲內外公司決定之標準，非可完全適用於戰時者；因有此一缺點，故今日各國已從根本上，從增加內國公司之條件方面，以謀解決公司國籍之問題矣。不過新的立法政策，尙多係偏於特殊公司者，通常公司尙非如是之甚；至少在我國如此，而原有之公司尤未必皆一律有所改組，或突予解散，則此一主義尙不必即失其重要之地位也。此外尙有一說，附錄於後：

第八，畢氏國際私法典上之主義

其第一八條云，「非匿名之民事法團，商事公司，或工事公司，

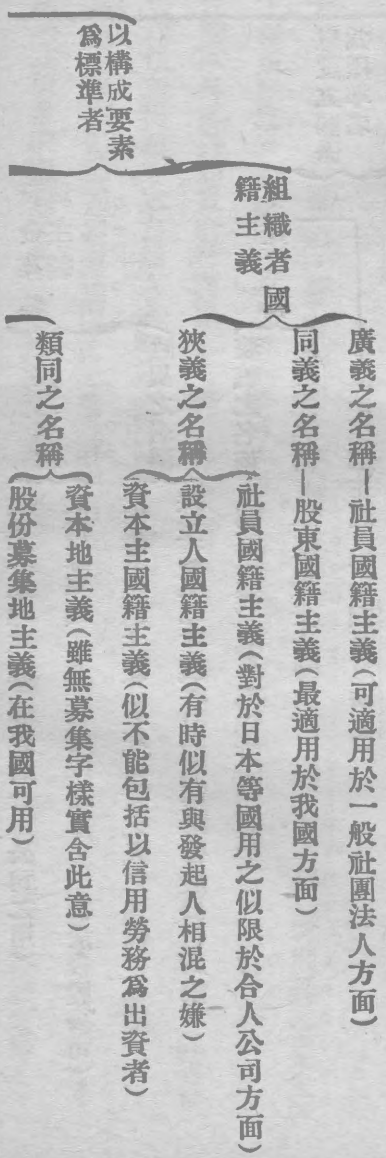
其國籍卽爲其章程所規定之國籍；或在必要時，爲其管理處或主事務所通常所在地之國籍」此關於合人公司之可適用者。第一九條云「關於匿名公司之國籍，依其章程決定之；或在必要時，依股東大會定期

召集地法決定之；否則依其總會，或其事務又管理會議所在地法決定之。此關於合股公司之可適用者。第二〇條又規定，「除領土主權有變更外，凡公司等國籍之變更，均應服從其舊法律與新法律所必要之條件；若因獨立事實而發生領土主權變更者，若新成立之國，已經爭議之國承認者，應適用新國之法律，否則仍適用舊國之法律。」是又關於公司歸化之規定者，用併錄之，以作參考，不另詳焉。

按此一主義，其關於國籍標準之規定者，以公司之章程爲主要，有近於準據法主義；且因其視公司雖爲有人格者，終不失其爲特別契約而構成之性質，故關於標準採擇之次序，亦處處表現此一色彩焉。但在最後之解決上，則又不失爲一本店所在地主義也。

【圖表十二】

法定公司國籍之各種學說及其名稱表



內外公司之
區別標準

以設立關係
為標準者

資金募集
地主主義

較狹之名稱

股本募集地主主義(似偏於合人公司之用)
股份募集地主主義(在他國用之,似偏於合股公司)

略異之名稱

股東募集地主主義(重在出資之人之關係)
株主募集地主主義(日本名稱以合股公司為限)

準據法主義

狹義之名稱——認許主義(或又稱認許國主義)

略異之名稱——章程規定主義

準據法原則主義(畢氏國際私法典)

設立地主主義

設立地原則主義(日商法第二五八條)

設立地及本店主義(一八九〇年巴黎會議)

廣義之名稱
主事務所主義(可適用於一切法人)

總管理處主義(公法人除外)

本店所在
地主主義

相同之名稱——本店地主主義

混同之名稱——住所地主義

(業務執行地主主義(可適用於一切私法人))

〔以住所所在
為標準者〕

營業中心
地主義

廣義之名稱

營業地主義（未能分營業地之主從）

相同之名稱——主營業所主義

混同之名稱——住所地主義

本店兼營業地主義——相同之名稱——折衷主義

本店所在地原則主義（一八九一年漢堡會議）

本店或營業中心地主義（日商法所採之例外）

本店及營業中心地主義（意國對於有涉外原素之公司如此）

（二）公司之住所問題

公司一如自然人或其他法人，應有其住所，以為營業活動之本據，並為履行其他法律關係之基本地；故在法律上極重視之。普通商店非具有人格者，因之普通商店只有所在地，而不能以其所在地即視之為住所，其住所不外經營商業者在商事上之住所耳。公司既有此住所之事實，學者遂以之定公司之國籍，蓋鑒於英美以住所何在，定自然人之何屬，歐陸以住所關係，定無籍人之本籍而然。但他之國家，反對公司有國籍者，又正因公司有住所，不必再有國籍，而堅其主張。然則公司之住所究何所指乎？吾人已知有本店與主營業所兩說之異，其實詳細言之，更為複雜。茲特就前段之所未及者，撮要一述：

(甲)住所與公司國籍之關係 以公司之住所定公司之國籍，雖因住所之對象何擇，致有數說之異；而住所所在內國者爲內國公司，住所在外國者爲外國公司，則幾成今日之通說矣。但如亞爾然丁，巴拉圭，可倫比亞，哥斯大利加，三多明各等國，則皆以住所關係，否認公司之有國籍，至少亦必否認其有外國國籍；雖一九二八年全美大會通過之畢氏國際私法典第二六條，特別聲明關於一般法人及公司之國籍規定，對於否認其有國籍者之締約國，不適用之；然各該國加入全美大會之代表團，仍各分別提出保留書或聲明書，鄭重否認關於公司國籍之規定也。亞爾然丁之保留書，略謂「代表團不認可直接或間接與亞爾然丁民商法所設立的規則，有影響之規定。依照該規則，法人之存在完全賴諸其認許國之法律；故法人實無所謂內外國之分，而其權限，則依照生自該法律所承認之住所之規則，依該法律決定之。」巴拉圭之保留書，略謂「凡法人之存在完全賴諸其認許國之法律；故法人既非本國的，亦非外國的，其職權由一特別法與關於住所之規定一致決定之。」依此等保留書而言，即知亞爾然丁與巴拉圭只承認公司之有其職權，而不承認其有國籍；住所也者，所以定其職權之關係，而基於特許主義以產生者也。又可倫比亞及哥斯大利加之聲明書，略謂「關於法人，吾人之意見，以爲凡與其觀念及其承認相關者，皆應服從地方法；無論依照科學原理，或依照美洲最高尙與最永久之便利，法人皆不能有國籍。甯願在吾人行將簽字之法典中，凡可用以認定法人——特別爲資本公司——有國籍者，皆未敢贊同。」此雖未標明一般法人及公司之住所用語，然既以地方法之適用爲原則，又對於住所之規定未作反對，自係承認公司

住所之存在，而特不以之爲有國籍耳。又三多明各之保留書，亦聲明關於公司國籍之規定有所保留，蓋只須公司有任何住所於三多明各領域以內，即只能屬於其國，而不得承認該公司之有其他國籍也。綜上以觀，雖否認公司之有國籍，而皆承認公司之有住所，有此一點上正與通例同，不過住所之何在，特偏於內國而已！此在形式上誠屬反對公司國籍之存在，實質上與住所定公司之國籍，又有何異？故與其謂爲否認公司之國籍，無甯謂於擴大內國公司之範圍，使一切在內國之外國公司，皆爲內國公司化，絕對而完全受內國法律之支配，三多明各之保留書，正係一語道破之矣。何故而必如是？法律上之理由，不外地方主義爲其素所重視，自然人之國籍既採出生地主義，屬人法之適用又採住所地法主義；推而至於一般法人及公司，更不能使其有所謂本國法者在，以妨內國法之完整的適用。且公司之國籍既須以住所爲其標準，而公司之住所又非如自然人者之易於解釋，任何解釋，苟稍合理，即不能不於內國，有所謂外國公司之存在，於是直稱其公司無國籍，以省他之糾紛；而所謂住所者亦可任意解釋之，俾其有利於內國焉。政治上之理由，不外防止歐洲移住其國之人民，設立公司，以公司應有國籍之論，設法求得其所原所屬國之法律之支配，漸致各該國之主權有所損失故耳。然則任從何方面，以觀察住所與公司國籍之關係，皆非漠然無涉者可知。其所異者，惟住所之解釋而已！

(乙)住所與公司本店之關係 住所或謂指公司之本店，或謂指公司之主營業所，曾如前述。然細分之，其說並不僅此；而質言之，本店一語又不盡與主營業所判然有別。何以言之？

吾人所稱公司之本店，不外指公司之主事務所而言，即指公司管理機關之所在地而言；而主營業所另成一語，與本店對立。例如漁業公司之漁場所在，工業公司之工場所在，商業公司之貿易所在，皆係營業中心地，非其管理地，即不得稱爲公司之住所。必其管理機關所在之本店，乃公司之真正住所，始可依之而進行法律上種種程序是也。說者謂關於公司方面所指之事務所，係就公司之事務而言，應與工業上商業上所謂事務所者有別；其實即公司之主事務所之意，即公司之本店之意耳。意國商法，日本商法，均從公司之管理處與營業處之觀點上，將公司之本店與主營業所分爲兩事；我國在解釋上亦然。我國及日本於原則上均以公司之本店何在而定公司之住所，惟意國有人謂在原則上，以主營業所何在，定公司之住所焉。

然同時主張以主營業所爲公司住所者，又往往謂主營業所之所在地，即是公司之本店，其管理機關何在，並無若何重要之關係，故不得以本店稱；威斯，賴溫康之說是也。即在實際上，他之國家，雖有以管理處爲重視者，其本店之用語，亦不必顯然與營業所分之爲二也。

無論本店之如何解釋，大都視爲公司之住所，必載其所在於公司章程上；由章程以求其住所何在，似極簡易者也。無如章程上之本店，可由公司設立者自由定其所在，不必即合於事實，兼以解釋之異，遂不免有種種問題發生。蓋若總管理處與主營業所皆在一地，或同在一國而其國非異法者，與章程上之本店所在又爲一致者，自無何等問題；即全不一致者，亦可反證章程之爲僞設，而以事實上真實之住所

爲準，或直否認其有住所皆可。惟獨總管理處與主事務所既不在一國，又或在一國之各地，而其地爲異法者，則立法例上之解釋遂各有異。以本店解爲總管理處，或重視之者，即基於本店爲公司業務基礎之理由，只須其事實上之總管理處與章程上之本店相合，遂以之爲住所所在，英國法國即採此說。我國之對於中國人所設立之公司，只置其管理機關於中國，而營業於外國者，自可依公司法第四條「公司以其本店所在地爲住所」之解釋，認其住所在於中國。尤其是在中國募集資金，携往外國營業，爲增加其信用起見，於中國設立公司，以管理處置於中國，在情理上亦不能否認其爲中國公司。以本店解爲主營業所，或重視之者，即基於本店爲公司活動中心之理由，只問其事實上之主營業所與章程上之本店是否相合，不問其總管理處之所在是否一致；合則以章程上之本店爲住所，不合則以事實上之主營業所爲住所，比國即採此說。然在實際上，各國或以總管理處爲本店，或以主營業所爲本店，要皆兼採折衷之論，以爲原則之補救。前者雖以載於章程上之本店爲標準，推定其爲真的本店，但須與事實上之本店爲一致，如設立者以竊法舞弊之行爲，故意在章程上置一假住所，即不可不以其主營業所之所在地爲其真住所，學者中如曼利等亦如是主張之。後者雖以事實上之主營業所爲本店之所在地，然亦視章程上所規定之本店所在若何，苟無特殊之緣由，則認爲有竊法舞弊之嫌，主營業地之法院遇有必要時，不僅應視其住所不在章程上所規定之所在地，而在營業中心地，並可進一步宣告其公司之無效，實行清算焉。

綜上以觀，吾人可知公司之總管理處及主營業所皆在一地，而又與章程上之所規定者一致，無論住

所如何是指，本店如何解釋，皆不發生問題。但如有竊法舞弊之情形者，或於章程上假為管理處之設，而暗置營業所於他地；或於章程上假為「營業處之本店」之設，而將真正的營業處置為章程所指定之地點以外，任何說者均又不以章程所載者為準，亦異中之所同也。

雖然，以外尚有一種相異致之說，既不以總管理處定其住所，亦不以主營業所定其住所，三多明各即其一例。茲錄三多明各代表團對國際私法典之保留書第三段於後，以實愚言。即「論及外國公司之住所，無論該公司之章程若何，該公司設立住所之地方若何，或公司本店所在之地方若何；在三多明各和國內，吾人須保留左列各項屬於公共秩序之原則：一，凡在三多明各領域內，履行法律生活的行為之自然人或法人，皆以其設立地或代理事務地為其住所；一，至於與發生於三多明各領域內的行為相關之法律關係，不論其性質若何，此住所皆有向法院請求裁判之權利」是也。(係錄蕭金芳之譯語)。

【圖表十三】

公司住所之意義表

總管理處與主營業所同在一地者

與章程為一致者即以章程上之本店為其住所
與章程不相合者章程上規定之本店應歸無故

以本店為住所者

以總管理處

原則

只須事實上之總管理處與章程規定為一致者即以章程上之本店為住所

公司之住所

總管理處與主營業所各在一地者

視爲本店者

例外

故意於章程上置一假的

總管理處者其住所無效

原則

只須事實上之總管理處與章程規定

爲一致者即以章程上之本店爲住所

以主營業所視爲本店者

例外

故意於章程上置一假的

本店於他國則以竊法論

不以本店爲住所者——以設立地或代理事務地爲其住所

(丙)住所與法律適用之關係 關於公司住所之法律適用，應自兩方面觀之：一爲決定住所本體之法

律如何適用，一爲住所所在地之法律如何適用。前者，如公司住所之取得，變更，喪失，回復等問題，

一若自然人之住所方面，依各國立法主義之異，分別依同一之屬人法或屬地法決定之，無庸詳述。惟在

住所之衝突方面，此則與自然人方面，其範圍微有廣狹之異。自然人之住所，有重住所與無住所之問題

，同爲重要之對象；公司方面似發生住所之消極衝突者甚少，因各國大都爭其住所所在於已國，鮮有否認

其住所所在者故也。一公司而爲兩國爭執其住所所在時，此更當然視其由何國爲解決此問題者，即以何

國之住所爲其住所，一純粹屬地法之適用耳。但由第三國解決時，則亦惟有依法院地法所採用之規則而

定。後者，係指任何場合適用公司之住所地法，此則不能於此特詳，應散見於各種商事之法律關係中。

凡一事件，應依公司本店所在地之法律爲之者，皆公司之住所地法之適用也。且公司國籍之決定，今日各國既多以公司住所所在爲其標準，則普通所謂公司之本國法，或公司之根本法，在實際上依然不外，一公司之住所地法而已！此又公司之住所地法與自然人之住所地法，適用時兩不相同之一點也。雖然，關於公司住所之法律適用，因其與公司之活動，商業之進展，所關甚巨，稍一不慎，即有莫大影響；故各國又恆締結條約，以互惠之原則，謀其兩有所便，而改變其變用之原則者，亦爲常見之事。

第七章 公司之設立及其支店

公司設立之原則，因公司性質而異；公司設立之程序，因公司之種類有別；固非此之所應詳論者，在國際私法上亦不必詳論者。蓋所謂外國公司，誠許其在內國營業，然除條約相互者外，非當然可設立於內國者；且在內國之設有支店或代理機關，仍須受有內國法之限制；則比較各國對於公司設立法律之異同，於國際私法上實無若何必要之關係。國際私法上研究公司之設立，其論點惟集中於內國公司應否含有涉外的原素，苟許有之，又有如何之限度而已！倘以公司之設立與公司之支店，比照而觀，則公司之設立亦可謂爲趨重於說明公司之本店云爾。

支店一名，原爲日本所創，其俗稱爲出店，我國習慣上稱爲分店，係對本店而言；自一商人至於結

社而爲公司，皆得有之。雖個人商店支店與公司支店，在一定場合，或因解釋之異兩不相同，如日本學者謂普通支店之商號，不必與本店同，而公司則須與本店有同一之商號是；然大體上則無若何之懸殊，故置支店於本章論之，個人商店之支店以三隅反。

此外，在歐美，各公司又常有結合或聯合之事：如美國盛行之託辣斯 (Trust)，即係數個公司而爲之結合；如德國盛行之客特耳 (Cartel)，即係數個公司而爲之聯合是也。此種結合或聯合，苟其構成之分子，僅爲同一國籍之各公司，其法律關係尙易解決。但其所以設立也，既以壟斷專利，或限制競爭與調節市面爲目的，則爲發展其效能計，即不能受公司國籍上之限制，而常成爲國際的一種結合，遂即惹起法律之適用問題，且爲一極複雜之問題矣。倘以公司之支店問題與此問題比照而觀，則前者可稱爲公司設立後之内部的擴展，後者可稱爲公司設立後之外部的擴展，兩者頗有相通之點，故附於公司支店之後論之。

(一) 公司之設立

因決定公司國籍之標準，無一完全而妥善者，故現代之趨勢，莫不欲從公司之設立方面，增加其條件，以爲補救，愚已屢言之矣。但其原因究何所在，其辦法又何適從，則不能再詳之。

(甲) 增加公司設立條件之原因 關於公司設立之原則，今日固由嚴漸進於寬，所以應事實之需要，

便經濟之發展也。然在他之方面，因種種關係，對於公司構成分子之條件，則同時由寬而嚴，又所以保內國之利益，妨他國之侵略也。茲從兩種觀點上，述其原因：

第一，由特種公司方面觀之。特種公司云者，指普通商事公司以外之他種公司而言，如所謂保險公

司，鐵道公司，儲蓄公司，採礦公司，漁業公司，牧畜公司，墾殖公司，移民公司，以及其他之民營公用事業公司是也。此種公司既以經營特種事業爲目的，多與所在國之國計民生有直接利害之關係，對於其如何設立，向即偏於嚴格主義，雖係純粹內國人。欲經營之，亦以採特許主義或批准主義，爲最多數，其甚者更採公立主義，由國家自爲股東，另加入少數民股，則設立條件之嚴，自係當然。例如關於公用事業，在原則應以國家有其獨占權，然後始免於以純粹營利爲目的，而達公用事業之作用。然國家或感於資金之不易一時籌措，或望於民間之資本有所利用，亦往往許人民集資，設立公司經營，過一定之期間，公家仍得備價收回。以是，民營公用事業公司，如電燈公司，電話公司，其他電氣事業公司，自來水公司，電車公司，公共汽車公司，煤氣公司，航運公司，航空公司等；皆應限於內國人民經營，不特不得加入外股，抑且不得抵借外債，有違之者，監督機關更得停止其營業權之一部或全部（參照我民營公司事業監督條例第十一條及第十六條）。蓋公用事業影響於所在地人民之利害甚大，由純粹內國人經營之，尙須以所在地區域內之人民，有創辦及投資之優先權，並須有其監督機關；當然不可歸諸外國人操縱，致倒持太阿，授人以侵略之機。然則外國人在我國之「租界」，設有種種之公用事業公司，其爲

變例，損及國權，不問可知。又如交易所之股份有限公司組織者，因此項公司與內國市面之金融調濟，極有重要關係，故其組織分子，大都限於內國之自然人或法人。外國人，及外國法人，固不能有此資格，即外國人之爲內國公司之股東者，倘負有無限之責任，或爲有限責任而握有公司之實權者，此公司亦在屏除之列；其限制可謂嚴矣！

如是，則關於各種特殊公司，皆限於內國人經營之，不盡善乎？亦不然！各國或以利用外資，開發實業之故，於不損失主權之範圍內，除普通借款外，其國政府亦嘗採用與外商合資經營各種建設事業，即以公司名義經營之；或由人民經營，而許其容納外股。例如依我監督商辦航空事業條例第五條，限於有中國國籍者爲之；並不得參加外資並借用外債。然交通部則與美國飛運公司，有『中國航空公司』之組織；與德國漢沙航空公司，有歐亞航空郵運股份有限公司之組織，皆出自國家自身之利用外資而然也。又如我鑛業法第六一條，明示『小鑛業不得加入外國資本』，然依第五條，中華民國人民經營鑛業，如係公司組織，以股份有限公司爲限；得許外國人入股，但須受有一定之限制；第五〇條，國營之鑛，國家自行探採時，准許私人入股，但外國人仍須受同一之限制。其目的亦即在利用外資故耳。夫既欲利用外資而不有損主權，自必同時重視設立之條件，俾其在實際上仍由純粹內國人設立之內國公司，毫無所異，更當然也。又如瑞典一九一六年五月三十日之法律，關於探鑛事業，惟瑞典人得爲之；外國人無論爲個人或公司，除有國王之特許外，不得主張其權利。換言之，苟基於特殊之理由，而由國王特許

者，始可爲之耳。

第二，由普通公司方面觀之。此以所謂商事公司爲主，各國除奧、荷等國尙採批准主義外，多數國家皆採準則主義，公司設立只須合法定之條件即可；而英國更採放任主義，公司設立只須將一切公示於衆，並將章程登記，即可告成，較前尤爲自由。故此項公司之設立，無論依何國法律，較之設立特殊公司，實不深感困難。公司之國籍不以準據法爲其標準者，此亦其理由之一。然縱使依內國法設立及運用，且其住所亦在內國，純粹爲一內國公司，倘如構成方面之外國原素，其色彩過濃，則仍失其需要。此項內國公司之原意。蓋名義上雖爲內國公司，股東甚至全爲外人，股金甚至全爲外資，公司實權自係操之外人，危及內國之經濟必非淺微。即不然，亦不出乎外國人利用內國人之名義，設立此有名無實之內國公司，對內國固非佳象，且往往又與公司設立者以竊法舞弊之機會，人已兩皆不便。

其在戰時，凡形式上之內國公司，不特無助於內國，抑且有利於敵國，歐戰中，頗與各國以困難也。蓋戰爭開始，雖有人唱通商自由之說，究因實際上之種種利害關係，不能不斷絕商業往來，並沒收敵國人之財產，俾免資敵爲用，而增加敵之兵力。然此項內國公司，雖多數股東爲敵國之人，又或大部分之資本爲敵國人所有，如不停止其營業，及沒收其財產，不啻消極地維持敵國之力量；而若斷然爲之，則其公司固明明有其本店於內國，且或更依內國法設立於內國者，從來皆認爲內國公司，又曷能自反其例？雖其結果，英以公司之經理人，苟駐於德奧境內，或由德奧人操公司之大權，住所縱在英國，皆認

其具有敵性；法以縱在法國有住所之公司，若受德與人之支配者，其財產得沒收之；德以英法等國人占有重大利益之公司，縱其本店設立於中立國，仍視其有敵性，其設於德國者無待再論；而究與向之以公司住所所在內國者，即爲內國公司之原則，斷然相反。歐戰以後，各國有鑒於此，知向之斤斤於公司國籍標準之決定，不過一消極工作，有時即失其用；於是各國進而從積極方面增加內國公司設立之條件，俾名實歸一，便於支配。惟在我國，對於特許公司之允許外人投資者，已採此種新的原則，普通商事公司之限制，則尙未如各國之甚，自有待於將來也。

(乙)增加公司設立條件之方法 現代各國，對於內國公司設立之條件，除責其設立住所於內國，並須準據內國法而成立者外，且又漸次重視公司人員之國籍與資本兩事。適合於其限制條件者，爲名實相符之內國公司，享有一切應享有之權利，否則，即認之爲內國公司，亦必限制其法律上之權利，或竟根本上不許其成立。前者，如西班牙一九一七年五月二日之法律，凡依限制條件而組織之西班牙公司，始得享有金錢之貸與，利益之保障，課稅之免除種種特惠；蓋此種特惠爲獎勵其內國之工業而設，限於其內國人有其便利，有名無實之西班牙公司自須除外。我國之華僑回國興辦實業獎勵法，規定更爲嚴格，凡外國人假託華僑名義，或華僑與外國人合股在國內投資者，均不得享受本法之獎勵。於此場合，即普通依限制條件而成立之內國公司，亦非可與其列。後者，如瑞士一九一九年七月八日之法律，設有種種條件，以限制外國人之勢力；凡公司之債權人及股東，俱有要求公司遵守現行法律，起訴於法院之權，

倘仍不遵守時，並可請求法院解散之。我國，凡一切准許外人之投資之特許公司，倘未能依照限制之條件而設立者，其在法律上失效，自爲應有之解釋。茲再就各種限制條件，分別言之：

第一、關於股東國籍之限制者。欲充實內國公司之質素，股東國籍之何屬，實一主要問題；蓋向之擬單獨以股東國籍，爲決定公司國籍之標準，誠於法理事實方面，兩皆不可；但以之作爲增加內國公司之條件，則固極可重視者也。先就各國之例言之：西班牙，凡享有工業獎勵之公司，在無限公司，股東之過半數須爲西班牙人；兩合公司，股份兩合公司，無限責任股東須全爲西班牙人，有限責任股東亦須過半數爲西班牙人；股份有限公司，應有三分之二之股票主爲西班牙人。瑞典，凡稱爲瑞典公司者，苟有一名或數名之外國股東，須預得國王之特許。股票之記名者，外國人之股票數不得超過總數五分之一；倘投票不以票額計算，其投票權亦不得超過總數五分之一。法國，一九一九年之商業註冊法，公司股東之國籍，列爲必要事項之一，而無限責任股東更爲詳細，除姓名及國籍外，並須記其出生地及出生之年月日；苟曾變更國籍者，且須記明如何及何時取得新國籍之事。雖未嚴格限制其國籍應何屬之，但同年公布之關於在中國所設的法國公司之命令，即限制無限公司股東之半數，須爲法國人以及公司資本之半數，應實在地爲法國人所有，此項命令固係有損於我國之主權，然亦可藉知法國重視其內國公司設立之條件矣。意大利一九一七年六月二十二日之命令，亦規定嗣後於商工會註冊者，須載明各種公司中無限責任股東之國籍，蓋亦知所注意也。次就我國之例言之：依確定利用外資方式實施實業計畫案之規定，

華股須占全部股份百分之五十一以上；鑛業法第五條，第五〇條，所謂公司股份總額過半數，應為中華民國人所有，亦即此意。惟關於通常之商事公司，對於此一限制，尚無若何積極之規定，不過無限公司，兩合公司，股份兩合公司，其無限責任股東非全為中華民國人者，股份有限公司，股份額過半數，及議決權過半數，非中華民國人者，並加他之條件，不得為交易所之經紀人或會員之數種特例而已（交易法第十一條參照）！

第二、關於股票記名之限制者。股份有限公司之類，以各股之金額為單位，非直接以股東之個人為單位，故欲限制股東之國籍，惟有賴於股票之記名。顧記名之股票，雖亦可以轉讓，而究不如無記名式股票之流通便利，故法國終因此故，恐記名式之股票，有減合股公司之作用，未敢毅然從此一途徑上謀其改革。然在意大利則力行之：初則尚係以課稅法謀其改革，當一九一七年，對於記名式股票僅徵稅百分之二，無記名式股票則徵稅百分之五，一九二〇年更增至百分之十五。同年四月之特令，並直接規定銀行及兌換券發行所之股票，皆應為記名式云；九月議會又進一步議決，凡由國家，地方團體、合股公司及其他一切法人所發行之無記名式股票，更須一律改為記名式云。英國對於非鐵金屬之工業，若採掘，熔鑄，調和，精製，及批發等公司，亦有此項限制。凡公司之無記名式股票，苟不變為記名式者，主管機關得拒絕其營業。其變更之程序係由公司催告股票主，至公司換取記名式股票；不應之者，即停止其出席股東會及分配紅利之權，他若瑞士，公司資本在五萬佛郎以下者，其股票須為記名式；瑞典，合

股公司發行無記名股票者，須預得國王之特許，苟爲記名式者，股票如爲瑞典人所有，則於票面上，及股票登記簿中，載以禁止讓與外國人之明文故外國人取得其股票皆歸無效；西班牙，三分二之股票須註明屬於西班牙人所有；蘇俄，股票須以記名發行之，若章程內非有豫約，不得用不記名式；皆直間接有關於股票主國籍之取締者。日本，商法施行法第六〇條，更早有較詳之規定：凡依法令之規定，專以日本人組織之股份有限公司，及專以日本人組織爲條件，而有特別權利之股份有限公司，俱不得發行無記名式股票，違反者，其股票無效，以最後之記名股東爲其股東；倘董事竟發行無記名式股票者，處以百圓以上，千圓以下之罰金。至若我國公司法第一一八條云「公司得發行無記名股票，但其股數不得超過股份總數三分之一。」此種限制，在普通公司方面，其目的固不外，防止大股東之便於收買，致公司大權操縱於其手；防止爲市場上投機之主要標的物，致有濫發股票之流弊；並防止股東隨時易人，致股東與公司之關係失其連絡而已；然我國對於各種實業公司，既限制外人之股份，則欲達此限制目的，正可賴此「三分之二記名式股票」，之規定爲區別內外國人股東之利器也。

第三、關於各項人員之限制者。公司之股東雖過半數爲內國之人，然如擔任公司職務之人員，若仍以外國人占其多數，大權在握，任意操縱，依然不足稱爲絕對名實相符之內國公司；故各國並有於此一項加以注意者，惟程度則非一致耳。在西班牙，凡欲沾工業獎勵之特惠者，除必具備股東國籍之條件外，在無限公司並須經理人之全數爲西班牙人；在股份有限公司亦須總經理，及董事會三分二之董事爲西

班牙人始可。在法國，對於在中國設立之法國公司，凡董事長，兼任經理人之董事，經理人，有代公司簽字權之經理人，檢查員，監察人，以及其他執行業務之重要人員，皆限於法國人。對於在法國之公司，於登記時，亦須記載經理，或代公司有簽字權者，及監察人之姓名及其國籍於登記簿是也。在瑞士，一九一六年之兩法令，一則令合股公司每年應作成人員名簿，並記其國籍，報告註冊局一次；且其名簿爲公開者；一則規定經特許其得利用水力之公司，其執行業務人員，至少三分之二爲瑞士人，並住於瑞士。一九一九年之公司公示法，凡公司之董事及其代表者之姓名與國籍，應記入於註冊簿，而公司之經理人，監察人，董事之過半數，皆須爲瑞士人。在意大利，雖無如上嚴格之規定，但其一九一七年六月二十二日之命令，股份有限公司董事等之國籍，亦列爲登記之必要事項，漸知有所注意。在我國，各項實業公司之特許利用外股者，在此一條件上，第一、『華董事須占多數』，即礦業法第五條所謂『公司董事過半數以上，應爲中華民國人民』是；第二，『董事長及總經理等職應由華人充任之』，即礦業法所謂『公司董事長及總經理等職應以中華民國人充任』是。至於普通華洋合資之商事公司，尙未有如何嚴格限制，但如欲爲交易所之經紀人或會員，除股東國籍之限制外，股份有限公司亦須董事監察人三分之二以上，均爲中華民國人民；其他之公司，更須執行業務之職員全體爲中華民國人民始可耳。

第四、關於通常事項之限制者。今日各國雖皆知增加內國公司設立之條件，然向之用以爲內外公司區別之標準，亦不能完全漠視，如所謂準據法及住所地二者是也。蓋既欲使有名無實之內國公司，變爲

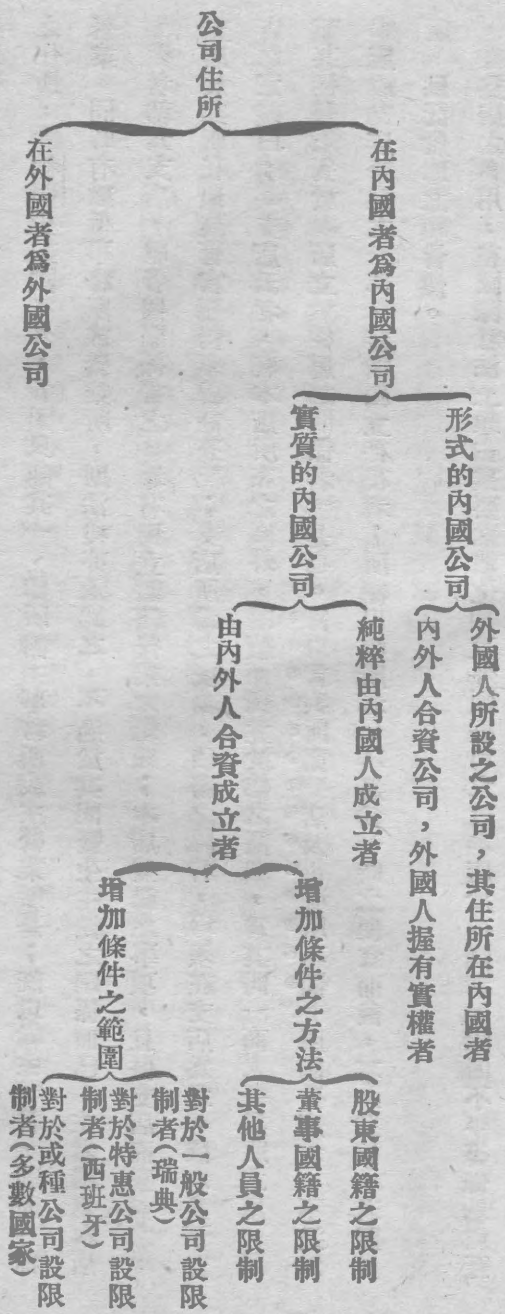
內容充實之內國公司，自須令其純粹依內國法而成立，且必如是，內國所規定之限制，始能為實際上表現。非然者，依外國法而成立之公司，內國或以他種標準，認之為內國公司，仍不足完成真正內國公司之效用也，其次若住所，凡內國公司仍須限制其設於內國境內，不變向之原則。例如瑞士，關於特許利用水力之公司，即明文限制其應設本店於瑞士是。此一條件之維持，愚認為有兩大重要作用：其一，外國公司之設住所欲內國者，通例既視為內國公司，則名實相符之內國公司，自不應拋棄住所之限制，而許其自由設立於任何地。蓋其住所設於外國，外國正可援用住所所在之原則，而視之為該外國之公司也。其二，倘只增加內國公司設立之條件，不問其住所何在，勢必發生如法國在我國設立的法國公司之變態的事實，影響於或國之主權頗甚。蓋類似法國在我國之公司，究為法國公司，抑為中國公司，其解釋權應操之中國，乃國際法上之原則，不得由法國武斷其為法國公司也。但反言之，如由中國方面解釋之，則法國所設之種種限制，必歸無用，故須同時限制其住所應在法國，然後法國始可完全達其所以限制之目的矣。

要之，在今日，關於公司之國籍，住所之標準仍不失為原則，不過專依住所而決定之內國公司，往往有名實不符之現象。在平時，固可以其名義之所在，使受內國法律之絕對支配；在變時，則以其實質之非是，依向例辦理，反又不利於內國；同時又因利用外資之故，對於特許之實業公司，或政府主辦之公司，謀於不損失主權之範圍內，加入外股：於是不得不進一步，而求所以充實內國公司設立之條件，

俾其名實統一，縱有涉外的原素，要不得動搖所以為內國公司之特質，此實今後之一大趨勢也。至若基於他故，不能盡為如此之限制者，則亦惟有依公司住所之是否在於內國，作為是否內國公司之標準而已焉！

「圖表十四」

內國公司之形式及實質表



(二)公司之支店

支店之對於本店，雖在原則上須從本店之指揮命令，且須爲同一之營業，然多少有其獨立之地位，與所謂分店，出張所或出勤所或派出所，全然隸屬於本店者不同。何以言多少有其獨立之地位？因公司之住所，除德國少數國家外，各國只認其一，即所謂主事務所或主營業所是；既以「主」言，則因一種營業，同時有數個事務所或營業所，則法律亦承認之，不過於其間發生主從之關係而已！主者稱爲本店，從者稱爲支店，就各個關係言之，均有獨立繼續營業之組織；本店登記之事項，且併支店而登記之，支店於其所在地該管官廳仍須聲請登記；支店所爲之交易，債務之履行，均須在支店爲之。故有人下支店之定義曰：「支店云者，在本店所在之區外，繼續而獨立於他之區域，爲其同一商人營業所之用，因而其性質上對於本店立於從屬之關係者」是也。何以言與所謂分店及出張所不同？所謂分店者，不過爲本店或支店營業之一部，非能獨立存在者；所謂出張所者，不過爲一時之便宜而設，不必登記，若販賣所，供託倉庫之類皆然。

支店之爲用，在國際私法上頗占重要之地位，蓋外國公司之設本店於內國者，除因不平等條約或互惠條約下之情形外，各國或直認其爲內國公司，或存外國公司之名，而仍適用內國之法律；其得稱爲純粹之外國公司，而又與內國有絕對重要之關係者，要皆指外國公司在內國所設之支店而言；至若外國公司在內國之代表，或代理店尙其次端。日本商法第二編，特爲外國公司設有一章，即係對於外國公司支店爲詳細之規定者；他如何牙利，一八七五年，一八七六年兩年之商法，亦設有外國商事公司之一目，

不外特對其支店並代理店而規定者。代理店云者，屬於商人營業部類商行爲之代理或媒介而已！故代理商雖亦有其事務所或營業所，究非本商人之事務所或營業所，自不能以支店擬之。然在國際私法上，對於外國公司之代理店，除特殊情形外，亦往往與支店適用同一之法律，故不再論。

(甲)關於外國公司支店之資格問題 公司支店成立所必要之形式條件，雖須絕對適用內國法之規定，如登記，公示，及商號名稱之限制等等是也。但其成立所必要之實質條件，則在原則上，以既承認其爲外國公司之支店，自不可不依其本店之屬人法，尤其是關於本店與支店之連絡關係，及支店之內部關係應如此；不過如牽及營業關係而內國對之有必要之規定者，則仍須受其支配耳。茲之所謂公司支店之資格問題者，即偏重於後一解釋，說明其本質之如何確定，及與其本店之關係何在是也。

第一、公司支店之本質問題 吾人知公司之支店，既與代理店不同，又與分店，出張所等有異，其法律關係自亦各別；然在法例上，或種之場所，甲國認之爲支店，乙國則或否認者；在事實上，商人雖稱爲支店，而法律上不以之視爲支店者，亦或有之。於茲場合，其是否支店將依何國法律決定之耶？茲先述：

(a)號稱支店者果否爲支店之確定方法 商人所自稱之支店，果爲支店，抑爲本店，此在國際私法上爲最易發現者。一則甲國以主事務所爲本店，乙國以主營業所爲本店，設如公司之主事業所與主營業所不同其地，甲國公司在乙國所設之主營業所曰支店，乙國對之是否仍以支店視之，則有問題。一則商

人故弄伎倆，竊法舞弊，假設一本店於國外，而將國內之實質的本店，稱爲支店，此又如何應付之。前者，除關係國間以條約相互承認其爲支店者外，究爲支店與否，皆依法庭地法決之。蓋此問題，實即公司住所與國籍問題之另一方面的觀察耳。後者，無論其假的本店所在國如何承認，一皆依內國法規定之。脫法行爲而處理之，否認其爲支店，更無問題。惟須研究者，以外國公司在內國設立之支店，視爲本店，倘有數支店存在時，非可皆爲本店也，必擇其一，則將何所是擇？依原則，自應以初設者爲本店，然亦應視其重要之程度如何。某支店雖係最先設置，其重要程度漸減，後設之支店或反居上，則其代表人執行業務之時，亦有可直視其爲本店者在也。

商人所自稱之支店，果爲支店，抑爲分店或出張所，是否又依當事人所附之名稱而判斷之歟？有以實際上所稱爲支店者，則解爲支店，有其他之名稱者，則解爲非支店，是謂之形式說，日本學者中有作如是之解釋者。有以惟實質上之從事務所或從營業所始爲支店，不問其名稱之如何，是謂之實質說，德國之判例及學說皆如是主張之。外國公司在內國所設之支店，應否採某一主義，僅依學理言，自以後說爲當，因支店在法律上之地位，較分店等爲重要，自不可不依其實質定之；即依實際言，亦以後說爲主，因其非支店而以支店稱，或竟不能負擔支店在法律上應有之義務，則莫如豫先否認其地位之爲愈也。故縱在公司之本國，重視形式主義，但苟非內國亦採此主義者，即有由實質方面，鑒定其果爲支店與否之必要。此實質的條件之決定，在公司本店所在地之法律，縱亦採實質主義，固不必純粹由內國法決定

之，但內國法上對於公司支店所設之必要條件，則須遵守不待言也。至於此種支店與其本店之關係，而不影響於營業者，自亦惟依本店之屬人法，以定其果爲支店，或非支店焉。次再述：

(b) 非稱支店者果否非支店之確定方法。名義上不以支店稱，而實質上無異於支店，則以後者定其標準，與前正同。茲須特別提出者，同一非具有支店之稱者，在甲國擬之爲支店，乙國仍視爲非支店，將如何解決之？例如鐵路公司之停車場，在德、瑞各國之學說與判例，皆認爲鐵路設備之一部，不可謂獨立之營業所，故非鐵路公司之支店；然在日本行政法院，屢次判例，均以停車場爲獨立營業場，向其徵收附加稅，以普通支店擬之。又如公司之工場與倉庫等，只爲事實上之行爲，都不認之爲支店。前者若瑞士聯邦會議，曾決定僅爲製造之工廠，不爲支店，縱使工場之使用人，爲其購貨而結有交易契約，或因履行方便而爲之附屬的行爲，仍不可爲支店云；後者若奧大利商人在維也納所有之一種倉庫，雖有或公司所命常設之代理人，但此代理人對於第三人不能爲法律上之獨立，即非支店。然瑞士之例，既有契約之締結，又有履行之情事，在他國亦往往有認其爲支店者；奧國之例，英美則以公司之代表稱，頗近於支店之擬附。他如移民公司之代理店，各國固皆不以之爲支店，但瑞士聯邦法院則曾一度認其爲支店；保險公司之代理店，不過居於介紹之地位，其契約則由公司之主幹在公司事務所締結之，自非其支店；然在德日兩國，則以其總代理店，視之爲訴訟上之事務所，與支店等也。凡此問題之解決，當視其問題由何種法律關係而生，如僅係公司內部之法律關係，及不影響於內國公安之法律關係，自應依其本店

所在地之法律以定；非然者，則以內國法定之，蓋既非支店而內國須視之爲支店者，此當然基於內國公安上必要之理由而如此，不能因其係外國公司所有者而破例焉。縱使不認之爲支店，內國苟認爲對於外國公司之此類設備，有所取締，或特別設以限制，仍得自由爲之也。

第二、公司支店之存在問題 公司支店存在之資格，當然以其本店爲轉移，蓋支店對於本店雖多少有其獨立地位，究處於主從之關係，而相對地服從其指揮命令，自須如此也。說者雖有人主張本店營業雖已消滅，而支店仍可賴其獨立繼續之組織，依然存在；但如是，則支店必變爲本店始可，非能仍以支店之地位存在；說者又有人稱支店與本店不必皆屬同一主人，則支店存在之資格，自不必絕對隨其本店之後；但如是，則非法律上之支店，其資格之本體尙有待於確定，又何能言其存在問題？茲先述：

(a) 本店存在場合之支店的地位 公司雖有事務所或營業所於數處，並不生有數個之人格，不過以主事務所或主營業所爲其人格之總寄託者，其他之事務所或營業所乃由其所分出者而已。換言之，支店雖對本店多少有其獨立地位，究在法律上無獨立之生命，其生命之來源實出於本店之所賦與，故其存在之資格，不可不重視本店之關係。例如瑞士關於商業登記，有如下之規定：一、支店登記與本店登記適用同一之規定；二、支店登記非在本店登記後，不得爲之；三、爲支店之登記時，必呈出其本店商業登記之謄本；四、在非有類似商業登記制度之地，有其本店之支店，以前項所定之謄本代之；五、支店須

呈出其本店所在地適法成立之官廳證明書。內國公司支店之登記固如是，外國公司支店之登記亦然。他國在大體上更爲類似。蓋未有本店未適法成立，而他國即承認其支店之地位者也。支店隨於本店之關係，在債務之抵銷上尤其顯然：吾人固知公司之債務人，不得以其債務與其對於股東之債權抵銷（我公司法第三九條，第七一條參照），爲立法上較爲確當之原則；然支店之債務人則得以其債務與其對於本店之債權抵銷，縱本店與支店之商號，有時而不同一者，仍無變此原則，學者多操斯說，固不僅曼利一人之言也。其故不外公司之與股東，各有其人格，自不可混而爲一；支店之與本店，僅有一人格，亦不可判而爲二是也。至於支店營業之目的，固須與本店相同，否則，各爲相異之目的，其所謂支店，在營業地之法律上即可直視之爲本店；然雖爲同一營業，其範圍是否必爲一致，此屬於支店成立實質的條件之一，當然依本店之屬人法定之，無所疑問。次再及：

(b) 本店消滅場合之支店的地位。支店之生命既係寄託於本店，故本店消滅，支店即當然隨之消滅，而支店之消滅則對本店在法律上之地位，無直接之影響。例如外國公司本店之登記因故撤銷時，其在內國所設之支店，無論本店所在國登記官吏有無通知，內國即可依其事實，撤銷該支店之登記。再舉實例以明：俄國在未有革命以前，俄人所組織之工商業公司，嘗有支店散分各國；殆蘇俄政府成立，一律收爲國有，其在各國之支店即根本失其基礎。初，各國尙諉爲不承認蘇俄政府之行動，對於舊俄公司之支店，聽其照常營業。但在以後，各國漸次承認蘇俄之國家，並締結通商條約，此失去生命之源之支店

，亦惟有暫歸封閉，俾將其財產交付於其應得者，支店之地位遂告終止。

(乙)關於外國公司支店之設立問題。外國公司支店之本質及存在，已如上述，但外國公司不必皆在內國得有支店之設立，須內國認許其法律上之地位，然後始可設立之。故此一問題，與國際私法總論第五編中外國法人之認許一節，尤有關聯，可參閱焉。且即認許其設立矣，而基於內國公法上之理由，更有充分適用內國法者在。關於登記公示問題，另詳次段，茲先就外於此者言之：

第一、公司支店得否設立之問題。外國公司既在其所屬國合法成立，能否在內國設立支店，此須以內國認許其公司之法律上地位為前提。或為條約相互認許，須締結條約者始許他國之公司，設支店於內國；或為法律一般認許，只依法律之規定，對於任何國公司，皆許設立其支店於內國，但亦有與此原則相反之事例；或為分別予以認許，依公司之種類，有認許者，有不認許者，於是外國公司之支店，經其認許者，即得設立，否則不許設立。例如德國向以合股公司，雖利於企業之發展，而危險性亦與之俱增，能否許外國公司之設立支店，以營其業，為關於警察行政之一，應歸於各聯邦之立法決定。故其商法第二〇一條第三項之規定，認為外國股份有限公司之支店，欲登記時，限於其在內國所為之營業，已經國家之認可；並須將此認可書與聲請書同時提出，而證明之。法國對於合股公司之得否設立支店，亦須得其政府之特許，否則縱默認其設立，至多僅視為外國公司在其內國之派出所，不予以關於支店之各種權利。雖然，今日多數國家，對於商事公司大都採一般認許主義，凡在其本國合法成立者，要多許其設

支店於內國，不過同時加以種種監督，俾其不至爲害，乃其主要之目的也。

於此，設有外國公司之種類而爲內國法所無者，能否在內國爲其支店之設立，各國大都基於屬人法主義而許之。試以瑞士爲例：商事公司之本店在外國者，其支店每向瑞士官廳，申請商業登記，但此等公司係依其本店所在地之法律而設立，其法律必不與瑞士法爲一致，於是在瑞士所設立之支店，即有種種之異同，能否一律登錄於商業登記簿，遂因究竟承認此種相異之公司與否而成問題。瑞士之司法及警察部，對於一八九八年外國公司之商業登記，曾發覆文於各州之監督機關，主張仍應承認，許其登記也。蓋以瑞士之法律每有差異，一一求其相當於瑞士之公司種類，自屬困難；且外國商事公司之於瑞士，依原則更不得有妨其營業之事；據此理由，使此種公司與瑞士公司立於同一條件之下，登錄於瑞士之商業記簿，乃瑞士人之利益也。故外國公司之支店，雖瑞士法所不認其有此組織者，亦許其爲商業登記，且在必要時，不可不謂爲應強制之者，無須進而調查其公司所服從之法律與瑞士法一致與否，或瑞士法之承認此種類與否也。但如所登記之公司組織，對於瑞士商業認其有危險之理由者，登記官吏與監督官廳亦可協議取決之。

其在日本，依其商法第二五五條第一項之規定，「凡外國公司開設支店於日本者，應照日本人設立之同種公司，及與此相似之公司，一例爲其登記及公告」；有人遂解釋如類似者亦無之時，則不得爲登記，其結果，在日本可常由第三人否認其成立，如松波仁一郎之說是也。依此說，則日本對於異種之外

國公司，僅限於類似日本或種公司之組織者，始許其依登記之程序，為支店之設立，其範圍未免失之於狹。實則日本四種公司之組織，乃公司種類中之四大柱石，他國雖有異其種類者，要皆可擬於其中之任何一種相似者；倘必絲絲入扣，則任何一種皆非可擬者。其立法之原意，或係指外國公司支店之登記，與日本同種類者，依同種類者之登記；否則擇與其相似者之登記而依之，並非如松波之以最類似者為解也。

要之，異種之外國公司，在內國設立支店，苟吾人非採屬地法主義，而以此一問題應依屬人法主義者，即不能再以內國有無類似之此種公司，為許其設立與否之標準。吾人只須對於其登記，設有嚴格之條件，自足以盡監督之能事矣。

第二、公司支店如何設立之問題。此一問題牽及內國之公安關係，不可不依內國法定之。除登記與公告之條件外，或則對於特殊的公司之支店設立，保留內國法之自由適用；或則對於一般的商事公司之支店設立，有其特別之規定。前者，如畢氏國際私法典第二五三條云，「關於兌換券發行銀行，貼現銀行，寄託物品倉庫公司，及其他類似者之創設，運用，與特權之規定，均為屬地法」，外國公司之支店自亦在其解釋中。普通對於此等公司支店之設立，苟不根本與以否認者，大都認為應由所在國課以保證金（日人稱之為供託金），以防其一旦倒閉，或不履行債務場合，即以此金攤還與債權人，俾免遺內國莫大之害。他如外國保險公司，外國移民公司，倘擬營業於內國而設代理店者，除須取得內國政府之特

狀外，並須提出相當之保證金，瑞士，日本皆然。其在瑞士所設之條件，尤較他國爲難。如外國保險公司，須於其營業所在地，以自己之名，證明其有權利義務能力之責；並指定其在瑞士之主任所及總代理人，且提出其附與總代理人授權書之謄本皆是。至對於移民公司一節，國際法協會於一八九七年尤有決議，定其一切。後者，如日本商法施行法第九二條云，「外國公司在商法施行前，已設支店於日本者，得以勅令設特別之規程；外國人在商法施行前設立公司及組織合於日本者同。」此項特別規程之在各國，有若外國公司之支店，在內國不得爲不正當之營業競爭，以免其使內國之同種商店營業，受其損害；又若外國公司之支店，其商號如何採取，雖依其本店而定，但在德國不得絕然用人之商號，以免其與個人商店之商號，混同不辨；更若內國法於公司之支店營業，須得有正式之許可時，則亦不問公司本店之屬人法若何，不可不請求之。凡此，皆須絕對遵守之，毫無疑問。

又，國際法協會關於股份有限公司之議決案第二六條，「事業之性質上，公司服從於特別之制度時，雖外國公司之支店及代理店，亦服從於其制度，與內國公司受同一之裁制」；畢氏國際私法典第二五一條，「使公司因其營業關係，必須有一特別制度之法律，爲屬地法。」比利時一九一三年五月二十五日之法律，第一三〇條第一項，「關於公布公司章程及財產目錄之規定，以在比設有支店或其他任何之營業所者爲限，亦適用於外國公司。」：皆可謂與此一問題有關，故錄及之。

(丙)關於外國公司支店之公布問題 公司之設立，須登記之，於本店外面設立支店者，亦須依限向

所在地主管官廳聲請登記（我公司法施行法第二八條參照）；或更須於其本店及他支店之所在地登記其設支店之事（日商法第五一條參照）；所以慎重公司支店之設立，而堅固交易之信用也。外國公司之設立支店於內國者，自應依同一之規定，國際法協會關於股份有限公司之決議第二四條，所謂「設立代理店或支店於內國之外國公司，須履行公示之方式」，即係此故。且因外國公司之本店既在外國，更不能僅以在其本店之登記爲已足，必賴其在內國之登記，而達監督之目的；爲力求慎重起見，各國又多規定在登記以外，並應爲公告之事。茲分述之：

第一、公司支店登記之先決問題

既爲公司之支店，首須其本店合法成立，否則失其憑藉，自難予

以承認；故外國公司在內國設立支店，於登記時，不可不提出其本店在外國登記之證明文件。此證明文

件之提出：有由其駐在內國之領事證明者，西班牙，葡萄牙是也。西班牙一八八五年之商法第二一條末

項，「擬在西班牙設立支店之外國公司，當其爲商業登記之聲請時，除章程等件外，須該國駐西之領事

，證其爲遵照該國法律所設立，且係得其許可者，並加之以證明書而登記之。」葡萄牙商法第五五條

，「擬在葡萄牙設立支店或代理店之外國商事公司，當其爲商業登記之聲請，須該國在葡萄牙之領事館

，證其設立爲依於其本國法，且加以許可之旨，而由領事以書面表示之。」有由於當事人自己證明者，

多數國家是也。德國商法第十三條云，「於支店所在地法院之登記，非有在本店所在地法院之證明不得

爲之」；其次項並謂此亦適用於外國公司之支店，即其一例。我國，支店聲請登記，須呈明本店所在地

本店登記執照所載事項及執照號數，對於外國公司支店之設立，並應添記原註冊地點及註冊機關；但執照號數，得不記載。不過外國公司之本店所在地法，倘未有商業登記之制度者，又當如何？此仍不可不依其他方法，證明其法律上之資格，而後始許其支店登記，曼利固早言之矣。至於外國公司在內國之設立支店，倘以必須取得內國之特別許可為條件，此許可書應與登記聲請文件同時提出，自屬當然，又不僅德國商法第二〇一條之規定已也。

第二、公司支店登記之程序問題 外國公司支店得向內國官廳登記者，其程序須依照內國法令為之。前次，上海日商三井控訴洪滄亭擔保一案，曾發生外國公司在中國設立支店之登記問題，前工商部復外商之電文，足供參照。即，「凡在中國境內設立之公司，不問中商外商，均應依照中國公司法呈請註冊，方取得法人資格；外國公司本店設在外國，依據外國法成立者，在中國設立支店，應依照中國法令呈請支店註冊」云云是也。各國對此，亦皆規定其為依內國法而行登記之事。

支店登記之進行由何人為之？仍依內國法令而定。例如瑞士，限於其支店之業務執行者為之，意在登記義務由其負擔，則凡不具備支店之要件者，即不能為支店之登記；但如是，其本店之主人，竟亦不能為支店登記之事，殊屬費解。顧外國公司既欲設立支店於瑞士，亦惟有依其規定而為之耳。我國對於外國公司支店之註冊，亦係由支店經理人呈請之。倘其人非中華民國人民時，更應由駐在本口岸之本國領事，出具國籍證明書。

外國公司之初設支店於內國者，固須依內國法而登記，即於其後增設支店時，亦悉應依內國法而登記；已登記者，若其事項發生變更，並須依內國法而爲變更之登記。惟其變更倘係發端於外國者，則依日本商法第二五六條，其登記期限，應從其通知到達之日起算，各國對此，大抵皆然。至於登記之撤銷，亦與內國公司之支店同一辦理，縱其本店對之有何請求，皆可不理，蓋既依內國法而登記，自可依內國法而撤銷焉。但如撤銷之行爲未依內國法之規定者，亦當然許其抗告也。

第三、公司支店登記之效力問題。公司支店之登記一事，屬於公法之性質，無論爲內國者，爲外國者，皆須依法爲之，始能享法律上之保護，猶之商標註冊，內外皆然。故內國雖承認外國公司在法律上之地位，但如其在內國設立支店，而不依內國法登記者，則直可進而否認其人格之存在。不過此之否認，並非根本的否認，無非增加內國登記的效力之一種制裁而已！換言之，內國對於外國公司，或因立法的一般認許，或因條約的相互認許，或因行政的特別認許，是外國公司在內國之人格，不待登記而已成立；且不設支店於內國之際，通常亦因認許結果，而承認其人格；則在其於設支店之場合，自非絕對以其有無登記，爲承認外國公司之絕對標準。然支店雖非本店之比，究係外國公司在內國營業之縮影，而爲多少有獨立之地位者，苟不依內國法而爲登記之事，不啻自行放棄其應享之權利，並非內國故食認許之言，直接與以否認也。試觀日本商法第二五七條云「外國公司當其初來日本開設支店，於支店所在地登記以前，第三人得否認其公司之成立」，亦不過重在外國公司，欲在日本設立支店，取得對抗第三人

之條件即不可不爲登記之事。反而言之，第三人雖得在此場合，否認外國公司之成立，但在於有利益之際，日本學者曾亦主張其得承認其人格，而主張自己之權利也。

據上所述，外國公司支店之登記，在法理上並非由內國特別賦與以人格，不過外國公司欲在此一場合，保持其人格，不可不依內國法而登記之。倘以賦與人格爲言，則公司之人格唯一，直不容有支店之設立；公司之支店甚夥，皆斷絕其本店之生命，又安可哉？况以登記爲公司取得人格之條件，而漠視其他關係，則今日我國之外國公司，其公司資格之取得，只須登記於任何一國之領事館，卽爲已足，不問公司本店所在地之關係，自非吾人所許。知乎此之不可，對於外國公司支店之登記，不能爲其人格之賦與，更甚顯然。

第四，公司支店公告之種種問題。各國之對於商業登記，有僅爲登記而已足者，有於登記之外更爲公告者。前者，世人欲知其某事項之有無，可自行調查其登記簿；後者，則登記之後，由官廳無遲滯地公告其事於世人，通常必有公告，始完成對抗第三人之條件。外國公司支店之設立，於登記外，應否並爲公告，視支店所在地之法律而定；例如日本，登記與公告並舉，外國公司設立支店於日本者，亦應如此（日商法第一一條，第二五五條參照）。蓋公告係爲公共的秩序及利益，使一般人周知之者，不能以內外爲別也。

且外國公司之種類，或非內國所有，卽有之，而其本店亦係設於外國，則在內國所設之支店，除登

記外，更有公告於內國之必要。意大利商法第二三〇條，有云，「於其本國為適法設立之公司，在意大利設立支店或代理店時，關於其章程，其變更，及貸借對照表之寄託，謄本，揭示及公示，服從本法之規定。且管理支店代理店，及其他在意大利代表公司者之姓名，須公告之。」即其一例。他如英國，對於外國公司之設支店於英國者，賬單，信箋，公示，廣告，及其他一切公開之文件由公司發出者，皆須明記其名稱及國籍，違者科罰，亦不外另一種之使衆周知之方法也。

(丁)關於外國公司支店之人員問題 外國公司既在內國設立支店，必有其代表，及其業務執行者，有涉於此等問題者，又將如何解決？

第一、公司代表者之選任問題 公司代表者，即所謂經理人或支配人；或代公司有簽字權，或代公司有領受一切通知權，或代公司有關於其營業的一切裁判上或裁判外之行為權是也。日本商法第二五五條第二項，所謂「外國公司開設支店於日本者，除遵行前項外，宜妥定其在日本之代表人」云云，即指此言。惟須知公司之代表者，雖在支店，決非僅為支店之代表者，乃為外國公司之代表者耳。如是，則在解釋上，外國公司雖未設立支店於內國，亦可有或種代表人在；然瑞士之判例，非有支店不承認外國公司代表人之存在，與他國不盡為同。

應以何人為代表者，能否為數個代表者之選任，在原則上，學說及判例上大都承認由其公司之本國法而決；但同時必不可不於內國之公司法上，亦為適於為代表者之人。在實際上，有時尚非僅此消極

的限制已也；例如英國一九〇八年之公司法，外國公司在英國設立支店，其代表人須限於就住在英國者中選之；而德國之聯邦法院亦曾宣言，商人限於外國一定地域，選任代表人時，得服從外國關於此種之法律。

此項代表人須在設立支店之際定之；當在內國登記其開設支店時，代表人之姓名住所，皆須一併登記，英，日均有明文規定。在意大利，更須將其姓名公告之。至於代表人有變動時，亦須爲其相應之登記，不成問題。

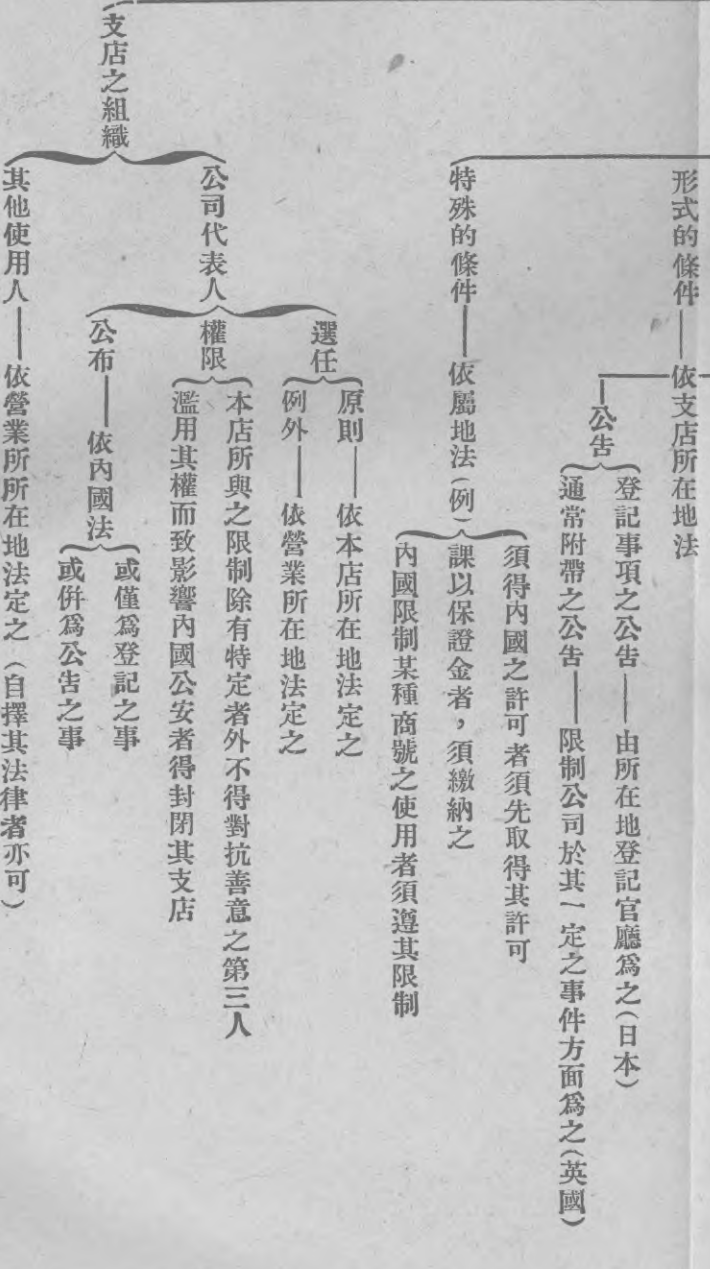
第二、公司代表者之責任問題 外國公司之代表人，既代公司而爲訴訟上及訴訟外之一切行爲，其責任重大可知，尤其對於支店之關係上爲甚。縱公司本店對於此項代表人之權限，如有如何之限制，除其一定之事件外，亦不得對抗善意之第三人；故公司代表者之行爲，又往往對公司自體之責任而加重之。日本於此，特設嚴格之規定；即其商法第二六〇條所謂「凡外國公司在日本開設支店，其代表者經理公司業務，或有背於公共秩序，及善良風俗之行爲，法院得以檢察官之請求，或自以職權，而命封閉其支店」是也。

爲三、關於其他使用人之問題 外國公司支店之夥友等等，與公司立於僱傭契約之關係，通常依營業所所在地法而定，但當事人間自擇其適用之法律亦可，不必限於內國法之適用。惟業務執行者，苟爲重要人員時，在英國，支店登記時，須附其名單，如有變動，亦須報告於註冊局。他國對此，較爲通融

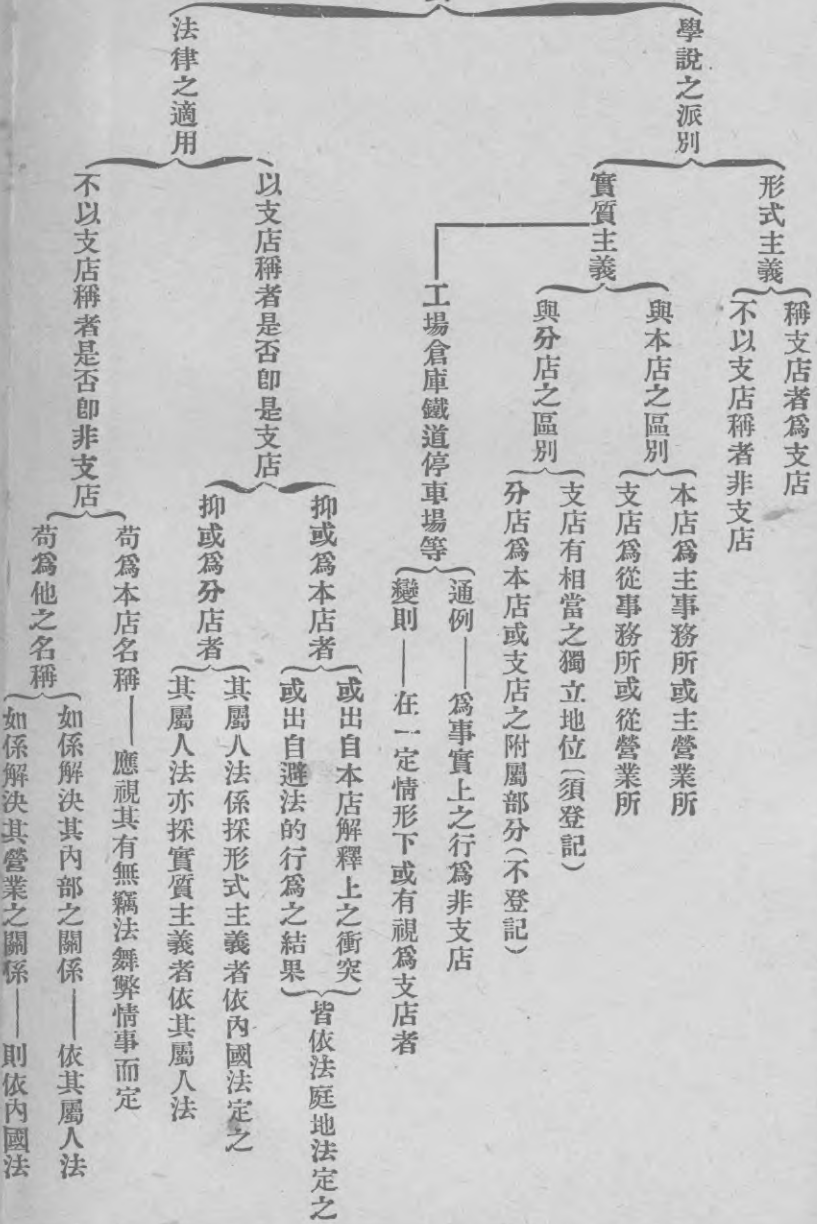
，故多不設何等限制，僅對於號稱內國公司者爲之，俾便於檢查公司國性，是否與實際情形相合時之參考而已。

外國公司

支店之設立



支店之本質



支店之組織

(二)公司之聯結

公司因擴張其營業，往往於各地設有營業所，是謂公司之支店；反之，二以上之公司，因達經濟上特殊之目的，或則如美國式之托辣斯，由各公司以其個體混合於總體，無復獨立之個性，是謂公司之結合；或則如德國式之客特耳，每公司之個性，依然保存，是謂公司之聯合。顧無論其為結合也，為聯合也，一如公司之支店問題，皆足引起國際私法上之研究，而為最近各國學者所重視之一事，尤其德國學者如是。華而富 (Wohl) 既有國際的客特耳之法理之著作，藍斯泰因 (Reinstejn) 並有客特耳與國際私法之論文；而在一九二八年國際法學會 (International Law Association) 在瓦薩 (Warsaw) 開會時，亦有國際的托辣斯之法律問題之提出。此種問題之在今日，尙在研究中，茲特就其與法律適用問題之有關者，略述於左：

(甲)關於「公司之聯結」之實質法者 公司之聯結，就其形式言，固不外多數公司之聯合或結合，但就其實質言，則為大產業之聯合或結合。雖其功用能限制競爭，調節市面，而其流弊則亦可壟斷企業，操縱市面，小企業家消費者及工人恆受其害，故各國對其法皆各本其經濟情形之所需，而決定其政策，致未能同。又各國之託辣斯或客特耳組織中，恆有所謂重層公司或相關公司 (Double Company or Binary Company) 之存在，此亦公司中之特殊情形者，在研究上同為吾人可耐味者也。

第一、聯結公司之法律規定問題

政治學家每以聯邦國，君合國，政合國等總稱之曰聯結國；愚做其義，將公司之結合或聯合之總組織，稱之曰聯結公司；實即指託辣斯或客特耳之自體而言耳。各國對聯結公司之立法政策，有採放任政策者，有採獎勵政策者，更有採絕對禁止政策者。然除採最後之政策者外，無論採何政策，大都設有取締之法規，俾其流弊有所制止；取締之種類若何，取締之程度若何，一任各國之自由規定，斯即構成法律上之衝突問題矣。就大體言之：各國取締聯結公司之法律，不外兩途，一為防止各組織分子貿易自由之非法的阻撓，一為防止聯結公司對於市面及物價之過度操縱是也。前一種取締之法規，為屬於聯結公司之組織者，不許其侵害各組織分子之正當貿易權；德國一九二三年之客特耳律第八條，謂客特耳分子若有重大原因，得即時退出；英國亦有禁止妨礙貿易律，以保護各分子之利益，皆屬於此者也。後一種取締之法規，為屬於聯結公司之活動者，不許其有破壞市面及防礙工商業之行為；德國客特耳律第四條，謂客特耳之行為有危害國家或公共經濟利益之虞時，公共經濟部長得執行相當之裁制；美國亦有取締託辣斯律，以及法國刑法第四一九條之規定，皆屬於此者也。故關於聯結公司之問題，在國內法方面已感困難，若其範圍擴及國外，而其構成分子，又非屬於同一國籍時，其在國際私法上之繁雜，更可想見矣！

第二、重層公司之法律地位問題

重層公司者，聯結公司於協定限制競爭，調節市面之外，復又另組一公司，俾於特定事件為聯結公司之機關，其形式上，頗似我國招商局所設之積餘公司是也。所謂特

定事件云者，或代聯結公司買賣，或代管其財產，或保管各組織分子之保證品皆可；保證品之所由來，乃德國各國，遇公司之加入客特耳時，須有保證，先交於第三人收執，以爲信券耳。重層公司之法律上的關係，依德國客特耳法之觀念，係一獨立公司，而與其所自出之客特耳非爲一體；客特耳既爲公司之聯合，非結合，即非法人之組織，而其所組織之重層公司，則爲另一組織；不過與客特耳及其各分子，皆可法律上之關係已焉。但他國之法律，是否許此重層公司之存在；即許之矣，是否即認爲一獨立之組織；皆不見其必與德例相同。然則在國際的聯結公司下，設有重層公司者，其公司又將以何種法律爲其依歸，殊成問題。

(乙)關於「公司之聯結」之準據法者 因聯結公司之組織，各國有承認者，有否認者，則國際的聯結公司究應依何國法律而成立，頗難決定；且同認其組織者，而關於其活動之趨向與限度，各國仍不同其規定，此又應以何國法律爲其活動之根據乎？

第一、聯結公司組織上之準據法 華而富謂既於各國法律衝突中，發現國際的聯結公司之困難情形，則爲避免任何一國法律之限制計，最好莫如模中做古之商人法庭，與普通法庭並行之辦法將構成聯結公司之各造所爭執之事由，歸自設之公斷處審判，相約不赴任何一國法院起訴，即可免却一切困難矣。蓋公斷處之審判，並非根據某國之法律，乃係根據國際共認之商業習慣而然。不僅審判上如此，即其執行，仍不假手任何一國之法院；初惟賴商業道德完成其執行之事，否則同起而抵制公斷之造，或沒收其

品證皆可。

然如此公斷僅以商業道德爲準，且不依國家權力執行其審判，可否稱其爲法，必有疑問；而有關係之國家是否許其如此，仍難確定。况聯結公司之成立，要須有其公約，公約縱可自由締結，終必有法律上之根據，未可純以商業習慣與道德爲其內容。即組織聯結公司之各個分子，既出於限制競爭之目的，則一時對於其出產之貨量，專利之利益，必有相當之犧牲，既犧牲矣，進而求其可以保障權利之強行法以爲依藉，亦人情之常，尤未見其能相約以公斷程序解決一切也。華爾富或有鑒於此，又謂聯結公司公約之制定，能不與各國法律牴觸，且能約定某事以何國法律爲準，則多數困難可以避免；且依契約自由之原則，各國法院於裁判國際的聯結公司案件時，不必拘束於任何一國之法律，其解釋各造之意思，亦不宜根據任何一國之法律；蓋各造訂立公約時，其心意中必有商業上之共同觀念，質言之，即國際貿易之習慣耳。

愚以爲華而富之說，過於重視聯結公司自身之利害，而將公共之利害置諸不問，故處處欲使聯結公司之組織，免於任何一國法律之支配也。實則聯結公司之非法人組織者，如客特耳是，僅有公約而無集體，不過一契約之問題而已！契約之根本合法與不合法，有關於公的政策，自應依地方法定之，毫無疑問。如認爲合法，則契約自由原則自可適用，故除依或種法爲強制部分之外，可依當事人自定之法律；如無，則依其訂約地法可也。聯結公司之爲法人組織者，是自有其單位，而爲獨立之公司，其應根據何

種法律而組織之，與一般公司同，不必另視其爲有特殊性質，而再求一不同之準據法也。至在實際上，各國對於聯結公司組織，苟有侵害其組織分子之貿易自由者，仍往往基於公的見地，爲內國法之適用。換言之，無論其爲外國之聯結公司，或內國之聯結公司，苟聯結公司中之被害的分子，只須有國籍或住所之關係，而屬於一國國法所及者，皆可於其所及之地，提起其自由被聯結公司不法侵害之訴是也。

第二、聯結公司活動上之準據 聯結公司縱各國許其存在或成立，但爲維持內國市場之利益起見，恆多防止其過分發展，而有相當之取締法律，此純然一商行政法之性質，籍無內外，皆須遵守之。華而富亦主張聯結公司之在何國活動，須受何國法律之制裁，乃當然也。至關於：

第三、重層公司存在上之準據法 如認爲係聯結公司外之另一獨立公司，則關於其一切設立之事，自與一般公司之準據法同；否則依聯結公司之準據法定之。然如否認聯結公司者，其所設立之重層公司，不論其爲有獨立地位，或無獨立地位，皆應在否認之列，或無問題。但華爾富對此問題，亦詳有論列也。（本節請參照中華法學雜誌三卷一號王建祖之客特耳與國際私法譯文）

第八章 公司之能力

公司應具有如何之能力，各國之立法例既異其致，外國公司得具有如何之能力，各國又往往設有特殊規定；於是關於外國公司之權利能力，行爲能力，責任能力，訴訟能力，以及犯罪能力等等，將依何

國法律定其有無歟？即或同認為有某項之能力，而各國之解釋亦非盡同，又依何國法律定其效力歟？詳如下述：

(一) 公司之權利能力

權利能力云者，德國學者以「人格者」稱之；法日學者又恒以「權利之享有」稱之；依通常之解釋，即「得為權利義務主體之資格」而言。故權利能力，不僅指其在法律上享有權利之資格，抑且指其在法律上負擔義務之資格，換言之，同時亦為義務能力是；瑞士所稱為權利及義務能力者即此。權利能力普通認為專指私權能力，而將公權能力除外，特稱後者為公法上之能力，其實在廣義上，公權能力，私權能力，皆權利能力也。人類之在今日，除公權能力或尚有限制外，固皆有權利能力；若夫法人，既非自然人，故其權利能力之範圍，又與自然人有其差異。公司，各國更不盡認之為法人，其權利能力之有無，並成爲首先決定之問題，而外國公司之在內國，縱其本國認為有權利能力者，內國是否隨同承認之，仍一問題。此之解決，有一共同遵守之原則，即，公司之權利能力，依其所主張地之法律。不過關於其人格果否具有之先決問題，仍有依照其本國法之必要耳。

(甲) 外國公司權利能力之來源 公司之種類各國不盡爲同，公司之是否皆有人格，各國尤爲紛歧；而公司之取得人格，又因法人本質說之異致，而別其觀念：於是外國公司能否在內國具有權利義務主體

之資格，首成問題。依原則言之，外國公司在內國之權利能力，實不外一外國人地位之關係，全然屬於國內法之範圍，不必問及其本國法方面之如何規定。但在實際上若嚴格守此原則，苟對外國公司一律否認其權利能力，則必不免引起外交上之抗議；苟對外國公司依內國法一律承認其權利能力，則外國公司之本無此能力者而亦予之，更有損於內國之公安關係。故在國際私法上欲確定外國公司之在內國，有無權利能力；不可不從三個階段上定之：

第一，外國公司之固有的權利能力。此為第一個階段，而與前述之公司的性質，最有連絡，可參照之。即，外國公司之在內國，欲為權利義務之主體，首須其本國法上承認其為有人格者，蓋既為外國公司，其權利能力之有無，自不可不從其最初所由成立之屬人法以定。是故德國不以無限公司，兩合公司為具有人格者，法國不以共分公司為具有人格者，美國不以股份合夥公司為具有人格，則各該國之此等公司，任在何國皆不能有所謂權利能力者在；除非變更其國籍，純粹依內國法成立，或可取得之，然如是則非外國公司矣。要之，外國公司之本國法，承認其有權利能力者，內國是否同樣承認，固無一定；但如無權利能力之於其本國者，內國亦絕不承認其有權利能力，實通例也。

第二，外國公司之繼續的權利能力。此為第二個階段，而與前述之法人的認許，最有關係，可參照之。即外國公司之在其本國，雖有權利能力，能否在內國而繼續之是也。在純粹之學說上，吾人知操法人擬制說者，謂公司之人格出自一國法律上之擬託，外國公司雖在其本國法上為具有人格者，不能踰越

法域而強內國以必從，苟非得內國認許，即不能在內國享有權利能力。操法人實在說者，謂自然人與法人均屬事實，並非抽象，自然人不以國境而變更其人格，公司之爲法人者，亦應到處而繼續其人格。前說偶有合於事實者，於法理上則大謬；後說雖有合於法理者，於事實上則相反。於是披庵 (Pillan) 則唱「凡公司依其本店所在地法，有一確定之章程，其人格能否在內國繼續，須視其章程爲轉移；倘使其章程爲內國所承認者，自可在內國繼續其權利能力；倘使其章程爲違反內國公共秩序者，則皆在拒絕之列」之說。其實仍不外一折衷說，以承認外國公司之繼續其權利能力爲原則，以否認爲例外耳。但無論在學說上爲如何之辯駁，今日各國之實際的立法，對於外國公司權利能力之承認，總須經過認許之程序，即在意，比等國，採一般認許主義，凡外國之合人公司合股公司，只須在其本國依法成立，於意，比皆爲適法之存在，仍係由其立法上之表示而如此，不過未若他國之猶待於行政或司法方面之決定耳。然則外國公司之權利能力，能否存在於內國，惟視內國法上之如何規定而決，縱在學理上或有可議，要不失爲事實上一大原則。再以左列諸事爲證：

非商事之特別公司，即在其本國，亦多由特許主義或批准主義而成立，在內國不能當然享有人格，自甚顯然。即爲商事公司，倘其性質偏於特殊者，若外國之保險公司，集資公司，儲蓄公司，在在皆與內國之經濟極有關係，尤須得內國之特許，方得在內國登記營業，主張其權利義務主體之資格，各國大抵皆同，因不僅法國一九一七年，一九〇七年，一九一三年之法律所規定者已也。至於普通商事公司，

今日，各國大都傾向於一般認許主義，但並非如法人實在說之當然認許，仍係基於內國之法令而然。例如意大利，則係根據其商法第二三〇條至第二三二條之規定而如此。比利時，則係根據其一八七三年五月十八日之法律，第一二八條「凡一切公司合法設立於外國者，得在比國營業，並有起訴之權」而如此，初，對於合股公司在判例上尚不盡認其為有權利能力者。西班牙，依其商法第一五條之規定，承認外國公司之地位，但第二項則云「前項之規定，在特別事情之下，不妨以條約或合意特別定之」；是承認之權仍操之於己可知。日本，則依其民法第三六條「外國法人，除國之行政區域，與商事公司外，不認許其成立；但依法律，若條約已得認許者，不在此限」之規定，而對外國商事公司為一般之認許。我國，則依民法總則施行法第一一條「外國法人，除依法律規定外，不認許其成立」之規定，縱在實際上對外國公司之屬於商事者，承認其權利能力，亦非當然認許，不過現今尚無認許外國法人之法律耳。

外國公司權利能力在內國之繼續，既須以內國之認許為條件，則在他之方面，內國自可根據其特殊理由，而不認許之，更係當然應有之事也。例如法國，對於外國之合人公司，雖一般認許之，對於合股公司則保留否認之權；換言之，後之公司欲在法國享有人格，須得其法令或條約始可。最先以法律認許者，為一八五七年五月三十日之法律，對於比國之合股公司如此，其次一八五九年對於埃及及土耳其；一八六〇年對於意國；一八六一年對於盧森堡，葡萄牙，西班牙，希臘；一八六五年對於舊俄；一八六六年對於普國；一八六八年對於瑞士，瑞典，奧國；一八七七年對於挪威；一八八二年對於美國；一九

○八年對於羅馬尼亞；一九二四年對於亞爾然丁；皆先後以法令承認之。其未以法令認許者，又往往於所訂之通商條約及之，如一九一〇年之與丹麥條約第一條；一九二二年之與波蘭條約第一六條；與哥得馬拉條約第一七條，與加拿大條約第二五條；一九二三年與奧國條約第二五條，與捷克斯拉夫條約第二八條；與新土耳其所結之魯桑條約第五條；一九二六年與希臘所結之條約；皆然。凡合股公司不得法令或條約之特認者，不惟不能在法國為權利義務之主體，即在外國所為之法律行為，法國亦不與以保護，因法國法律上根本不承認其存在故也。又德國，向之對於合股公司，亦以不認許為原則，外國之此類公司欲在德國繼續其權利能力，須有條約上之根據，如一九〇四年與舊俄之通商條約是，而希臘，南非共和國，塞爾維亞等，雖與之締約在先，亦以最惠國待遇之關係，取得同一之待遇。又瑞士，對於合股公司亦採條約相互主義，曼利之國際民商法論，曾詳載與各國條約，大可參考，不特及。惟在瑞士，則重在以條約承認外國合股公司之訴訟能力，至在內國能否經營商業，及其程度如何，專依國家或各州之法律定之，非即以條約而認其一切權利之享有，一八六九年與北德聯邦所結之條約，一九〇一年與希臘共同所發之宣言，皆其明例。蓋不過承認在締約國為有效之設立時，在瑞士亦認為法律上有效之成立者而已！至其得否經營商業等問題，則認為應依於其國之關於此之規定而決。

第三，外國公司之保證的權利能力。此亦可謂為第三個階段，而與公司的登記極有聯結，可參照之。即，外國公司雖經內國認許後，許其享有人格，但欲在內國營業者，則因支店之設，仍不能不依內國

法而履行登記之程序，否則內國於此場合，依然可不與以權利之保護。換言之，外國公司雖在內國，因認許而具有權利義務主體之資格，不必再經何種程序；但在內國添設支店而營業時，須依內國法而登記之，其權利能力始可得有保證，不如是，則係自己拋棄在內國之權利能力，此亦與自然人之不同點也。（我民法第一六條參照）。例如經我國認許之外國公司，在我國設立支店，欲保證其權利能力之存在，則惟有依民法總則施行法第十三條「外國法人在中國設事務所者，準用民法總則第三十條……第四十五條……之規定」。所謂民法第三〇條者，即「法人非經向主管官署登記，不得成立」；所謂民法第四五條者，即「以營利為目的之社團，其取得法人資格，依特別法之規定」；為民法之特別法之公司法第五條亦云，「公司非在本店所在地主管官署登記後，不得成立」其施行法第二八條，並限制公司設立支店，亦須向所在地主管官署，聲請登記；故凡外國公司在中國設立事務所（支店）者，苟未經登記，對外自不得主張其為公司，即亦不得主張其有權利義務主體之資格，所以然者，蓋外國公司自己怠於取得權利享有之保證耳。至於在外國合法成立之公司，而為內國所無者，苟經內國認許其權利能力之繼續，即不在內國設立支店，欲在內國實際上享有其權利，各國更多以公布程序為條件。故此之所謂第三個階段，實一消極地保證其權利之階段而已！

（乙）外國公司權利能力之範圍 因公司權利能力之範圍，學說上，立法例上常有衝突，於是外國公司之在內國的權利能力，將依何國法律定其範圍？蓋公司以法人之資格而有其權利能力，自較自然人之

權利能力爲狹，故專屬於自然人之權利義務，如身體權，親屬權，公司皆不能享有之，此固各國之所同。但如其他權利則如何？有謂公司之能力只限於財產權之一種者，有謂他如名譽權與信用權等等，皆可享受者；有認爲公司與自然人同有繼承權者（參照國際私法本論法人之繼承一題），有否認之者；有限制公司領有土地及某定額以上之財產者，有 unlimited 之者；有規定公司僅於其目的範圍內有權利能力者，有規定公司於法令限制內，除專屬於自然人之權利外，有享受權利與負擔義務之一切能力。此外更或有承認公司得享有公權能力者，而權利能力之範圍，各國又往往因公司之種類，復有差異。凡此，皆足引起外國公司之權利能力，依何國法人而解決之問題。其決定，一言以備之曰，依內國法定之而已！茲再分及之：

第一，關於特定的公權能力者。即普通所謂之公法上的能力，此不問內國法上准許內國公司享有與否，亦不問外國公司之本國法上准許其享有與否，對於外國公司皆一例拒絕之。例如日本商業會議所法第一二條之規定，商業會議所議員之選舉權被選舉權，惟日本公司有之；市制第一四條，關於市議員之選舉權；町村制第一二條，關於町村議員之選舉權，亦惟日本公司有之。他如有涉及公性質之權利者，外國公司亦往往不能享有，如交易所會員之資格，領受特殊獎勵金之資格是也。

第二，關於普通的私權能力者。外國公司之私權能力，以內國法上所認爲同種類之公司，所享有之範圍爲其標準。即我民法總則施行法第一二條所謂「經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中

「國法人，有同一之權利能力」；日本民法第三六條第二項所謂「已得認許之外國法人，與在日本所成立之同種者，有同一之私權；但外國人不得享有之權利，及法律或條約中有特別之規定者，不在其限」是也。但如外國公司之種類，非內國所有者，則其權利能力之範圍，又將如何確定？此當然依其種類之相似者定之，即不然，由內國特以法令限制其權利能力之範圍，又未嘗不可！

限制外國公司私權享有之最要者，莫如土地所有權一事。凡不許外國人享有土地所有權者，外國公司當然無此權利，我國現在之情形是也。即在形式上之內國公司方面，假使由外國人操公司之實權，或其股東有多數之外國人在其內，或其股票爲無記名式，而有流入外國人手之可能者，說者謂其即屬中國公司，亦應無土地所有權，俾免間接爲外國人所有；縱不爲然，亦應限制其面積之最高額，不得超過其營業所必要之範圍云云，况純然之外國公司乎？此種限制，其實亦非盡屬內國法之妙用，在國際私法上仍有他之原則可據。吾人知物權依物之所在地法，爲今日公認之原則；曼利並特別聲明無論合人公司，或合股公司，此原則皆依舊存在，不容變更；則外國公司能否在內國享有不動產所有權，當然依內國法決定，因此之所謂不動產，係指在內國之不動產而言故也。

第三，關於其他義務能力者。此亦依內國之同種或類似之公司，所負擔者而負擔之。我民法總則施行法第一二條第二項云「前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同」；蓋權利義務之在今日，本一事之兩方面，有其權利，即當然有其義務也。但在特殊場合，外國公司在內國所負擔之義務，

或亦不免有加重之處。例如外國股份有限公司之在英國，須負有於可能範圍內，隨時明示其名稱及國籍之義務；我國，內國公司支店之註冊費，僅交國幣十元，外國公司在內國之設立支店，則按公司種類及其一定的資本總額分別繳之是也。

(二) 公司之行為能力

行為能力云者，親自取得權利或負擔義務之行為的資格之謂；換言之，即權利行使之資格之謂，與權利能力為權利享有之資格不同。此原有廣狹兩義，狹義者即通常所謂之行為能力，實指法律行為能力而言，即依人之意思表示，能使其法律行為發生一定效力之法律上的資格是也。廣義者，兼包括不法行為能力而言，不法行為能力即所謂責任能力，另詳於後，茲特以法律行為之敘述為限。吾人知有權利能力者，不必即有行為能力，在自然人方面已如此；於是公司因取得法人資格而有權利能力，實際上不能自由活動，必待自然人代而行使之，此代之性質，因解釋不同，遂影響於公司行為能力之有無；因公司行為能力各國規定之異致，遂又發生國際私法上之法律適用問題。此之解決，在原則上，各國皆傾向於公司本國法之適用；惟其與在內國之營業有關者，則依內國法決定之。

(甲) 外國公司行為能力之問題 公司行為能力問題之所以發生，實因各國立法例上對於公司行為能力之規定，有所衝突而然。

第一，公司行爲能力之基本的衝突。最使公司行爲能力發生法律上規定或解釋之衝突者，仍係由所採之法人學說而異其見解：採擬制說者，謂行爲能力以有意思能力爲前提，公司之人格係由法律所擬設者，無意思能力可知，自不能有行爲能力。但雖不能自爲法律行爲，却可依代理人之行爲，發生法律上之效果。換言之，代理人之行爲非即公司自體之行爲，不過其行爲之效力及於公司而已！日本學者對其國之法律，多偏於此一解釋。採實在說者，謂公司與自然人同有其意思能力，不過後者以腦爲之發動，前者依一定之形式而成立，如股東之總意是。其所謂董事者，亦即公司之機關，依公司之意思於其行使職權時所爲之行爲，實即公司自身之行爲，故公司爲有行爲能力者。瑞士民法第五四條，第五五條，曾明文規定法人有行爲能力，自可適用之於公司方面；我民法第二七條第二項「董事就法人一切事務，對外代表法人」，德民法第二六條第二項「董事於裁判上及裁判外，代表社團，而有法定代理人之地位」，皆可用以解釋公司之行爲能力。因此兩種見解之異，其對於法律行爲上之一切，自因之而生不同，更或影響於責任問題也。

第二，公司行爲能力之其他的衝突。姑再就此代理人或代表機關之實際情形言，各國立法例上之規定，亦不盡同。例如無限制公司之代表權，我國及日本，只認單獨代表權之存在，德國並認共同代表權之存在；又如其代表權之效力，公司對於公司代表者所加之限制，我國及日本，規定不得對抗善意之第三人，德國則規定不得對抗一切之第三人，尚有國家，以此項限制有無公示，爲對抗第三人之標準。他如

股份有限公司之董事，法，葡，瑞士，日本，我國限於股東充任之；德國則否；意，比於選任時可不依此條件，但實際充任者，則須同時取得股東之資格。又英國，董事在任期內，負無限之責任，他國則非如是；德國，監察人之能力大於董事，他國則不盡然。凡此，皆直間接有關於公司之行為能力問題，應依何國法律決之，自屬必要之間。

(乙)外國公司行為能力之原則 決定外國公司行為能力之有無，及其如何表現，並發生如何之效力，原則上皆依公司之本國法定之。蓋人之行為能力依其本國法，外國公司之人格既為內國承認其在內國繼續存在，則以其本國法定其行為能力，乃當然應有之結論也。換言之，內國認許外國公司之人格，既以其在本國合法成立，已具有權利能力者，為第一個階段；則隨權利能力而生之行為能力，自惟有依其本國法定之。公司之本國法者，公司一切行為之最初的根源，依其本國法而無或種之行為能力，不問內國法之如何規定，亦當然無之；依其本國法而有或種之行為能力者，雖在內國亦得以有之為其原則。

葡牙商法第一〇九條所謂「雖外國之商事公司，在內國未有本店支店，及或種之代表者，亦得為商行爲；惟其行為反於葡牙之法律者，不在此限」，可供參照。一八九〇年關於合股公司之巴黎會議，其決議第二二條曰：「關於公司之設立，運用，及其機關之責任問題，應依公司之本國法決之」。曼利更明白主張之曰：「外國公司之法律上性質，及其機關之代表公司而為法律行為之權限，依公司事務所之所在地法定之。」尤為近世各國立法例之所共同承認者。惟在瑞士，其判決嘗為反對之解釋，否認外國公

司之行為能力，蓋以瑞士法對於外國人行爲能力之規定，僅係對於自然人主張之，無關於法人之能力云云；一八五五年九月六日之英瑞條約，亦曾申明此意，此當然不妥也。

又，美洲各國多不承認公司之有國籍，並以公司之本質係寄託於公司章程之上，故畢氏國際私法典，對此一問題之準據法，即在其第二四九條，另爲之詞曰：「凡與商事公司之組織與運用，以及其機關之責任有關者，均從公司之章程及其被要時，其被支配之法律。」此雖與巴黎會議之措辭上絕有所異，適用亦不盡同，然皆非以內國法決之，則固一致也。

於此，有一問題，設公司依其本國法，無行爲能力時，其所爲之法律行爲是否根本不能成立？例如商事公司於其事務所或營業所不爲有效設立者，即無商事公司之資格，亦即無法律行爲之能力；但已有事實上之公司存在，而又與他人有法律行爲，將如何處理耶？此則由行爲人與各股東以個人之資格，負其責任，不得視其法律行爲爲無效，尤以在合人公司之場合如此。

(丙)外國公司行爲能力之例外 外國公司之行爲能力，如未設立支店於內國，或僅涉及其內部之關係，皆依其本國法之規定，並無何等問題。但各國往往因維持內國交易之安全，外國公司如設支店於內國者，遂不能完全爲其本國法之適用，在例外上實有適用內國法之必要。巴黎會議之決議第二四條後半云「支店經理人與代理店代理人對於所在地第三人所負之責任，一如經理所在地之內國公司」；畢氏國際私法典第二五〇條後半云「代辦店與支店之管理人對於第三人所負之責任，均從地方法」；曼利云「在

支店所爲之法律行爲，常宜適用支店之所在地法。皆其明例。而葡萄牙商法第一一二條之規定，亦令外國公司之代表人，於一定場合，對其由自己所締結之一切交易，負連帶無限之責任，自不能藉口於其本國法上無此規定，而卸責也。說者謂公司之行爲能力，有時可依行爲地法，實即地方方法之意。蓋如外國公司設支店於第三國時，在此情形下，關於其支店之法律行爲，必適用其所在地法，即第三國法，亦可謂之爲行爲地法。然如統以行爲地法稱之，則有流弊，蓋雖不設支店於其地，而以締約地之是在，依行爲地法之用語，即不能不用其地之法律，此當然不可。

又，前所述之支店登記，及內國無同類之外國公司，在內國之公布程序，從權利能力方面言之，固可稱其爲在內國享有權利之第三個階段；然從行爲能力方面言之，亦可稱其爲在內國行使權利之一種條件。即，內國承認外國公司之權利能力後，但欲在內國因之而有其行爲能力，在一定場合不可不依內國公布之方式是也。

凡應依我國法，確定其法律行爲之資格者，苟不遵照之，公司自身即無法律行爲能力之可言，裁判上惟有比照合夥法例定之，而以其行爲歸之行爲人等之個人所有。至於本爲合夥之外國商行，其經理人以其商行名義，與他人爲法律行爲，當然由經理人與合夥人負連帶責任；如該商行合夥員已不在中國，或有其他難使合夥人負責情形時，則由行爲人即經理人負其責任。此又我司法院院字第六三九號之解釋，認爲民總施行法第一五條之規定，不僅適用於在中國無權利能力及行爲能力之外國公司，並適用於於外

國合夥商行之情形。以其與實際之適用法律有關，故附及之。

(二) 公司之責任能力

責任能力云者，因故意或過失，而侵害他人之權利，在法律上須受制裁之資格之謂；故關於法律行為之結果，所負之責，雖為責任之一，而非責任能力也。責任能力雖應泛指一般違法行為而言，然在民商法上則以不法行為為限，或稱侵權行為能力者是也。其目的僅在使其對於被害人，負損害賠償之責任，非若刑法上之責任，其制裁必受國家之刑罰，而特以犯罪能力，稱其有負擔其刑罰的制裁之資格也。自然人因意思能力之有無，定其有無責任之能力；公司之為法人者，不過有其權利能力，有無行為能力，說既非一，則責任能力之有無，更成問題。縱各國之立法例上，皆認為其有責任能力，規定亦不相同，於是在國際私法上，關於公司之責任能力，亦有研究其準據法之必要。此之解決，以行為地法為主，而公司之本國法有時亦在參用中。

(甲) 外國公司責任能力之問題 公司究有責任能力與否，仍因法人學說而異其見解；探擬制說者，謂公司之法人的資格，僅能於其所認許的目的內存在，越此目的之行為，即非公司之行為；所謂董事者，固為公司之代理人，然只可為適法行為，對於不法行為則無代理之可言。况公司雖有權利能力，而無意思能力，又何以故意或過失，有侵害他人權利之行為？法律上縱認公司在或種場合負損害賠償之責

，此亦不過爲保護第三人之利益，並維持公司自己之信用，一種事實上之便宜規定，非即公司自身有此責任能力也。探實^①在說者，謂公司之有法人資格者，當然有思想能力，既因之而有行爲能力，更不能謂無責任能力；所謂董事者，並非公司之代理人，實爲公司之代表機關，在公司目的之範圍內，一切行爲皆公司之行爲，其所加於他人之損害，公司自有賠償之責；蓋公司既依其代表機關而活動，且對之而有監督改選之權，則雖係其機關之不法動作，由外面視之，實即公司自身之不法動作也。此兩種解釋，雖在事實上未能使各國之立法顯有涇渭之分，然在特殊場合，專依之以探求立法之用意，對於賠償之責任，應由公司自身負之，抑應由董事個人負之，其間實有輕重之別。

其次，姑撇開學理上之解釋，再就各國立法上之實際情形言，仍有顯然之衝突者在：德國，依其民法第三一條之規定，「董事，董事之一員，或社團章程上所任命之他項代理人，於執行其權限以內之事務，所加於第三人之損害，由社團任其責」；公司爲社團之一，在此情形中，其責任係由公司單獨負之。我國，依民法第二八條之規定，「法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責任」；公司法第三三條之規定，「代表公司之股東或經理人，因執行業務致他人受有損害時，應由行爲人與公司連帶負賠償之責（一四五條第二項於合股公司之董事準用之）；皆與德有異，蓋一方面欲明公司之責任，使公司負其責，一方面欲使執行職務者，有所慎重，並使與該行爲人連帶負責也。但其加害行爲，如非公司機關之行爲，或爲公司機關，而非於行使職務時加害於他人之行爲，公司

皆不任賠償之責，則固中，德之所同者。日本，則微有異，其民法第四四條第一項云：「當董事或其他之代理人執行職務，若加賠償於他人，法人任賠償之責。」此由法人單獨負責，有同於德，而在法理上則認為有似於商主對於使用人所爲之侵害行爲而負責耳。至若在法人目的之範圍以外之行爲，而加損害於他人者，則依其同條第二項云，「贊成其議決之社員理事及履行其事之董事，並其他代理人，應連帶任賠償之責。」是更引用其民法第七一九條，所規定之共同不法行爲之責任於此場合也。公司爲法人之一，關於其責任能力之在日本，自可比照上之所述知之。然則外國公司之在內國，有無責任能力，並其責任程度之若何，將以何國法律爲其準據法歟？

(乙) 外國公司責任能力之解決 公司對於其機關之不法行爲，有責任能力與否，及其所負私法上之責任程度，雖瑞士聯邦法院嘗對某一判例，曾主張用公司之事務所所在地法，即，公司之本國法。但多數學者，則認為應依公司之機關當時交易締結所在地之法律，即，行爲地法；不過關於此能力之有無者，不可不限於其事務所所在地法，亦爲有責任者，乃可令其負擔耳。故公司之責任能力問題之準據法，據實言之，應分爲兩端而定：其一，公司自體有無責任能力問題，依其事務所所在地法與行爲地法定之。即，事務所所在地法認爲公司有責任能力，而行爲地法否認之者，公司不任其責，蓋公司非有不法行爲於行爲地也。反之，行爲地法認爲公司有責任能力，而事務所所在地法否認之者，公司亦不任其責，蓋機關之責任如何，牽及其行爲能力問題，而須依其本國法定之，則機關之不法行爲，於此場合，只爲

機關個人之行爲，不能即視之爲公司自身之行爲也。故必事務所所在地法，及其行爲地法同認公司有責任能力者，始對於其機關之不法行爲，負其損害賠償之責任也。其二，斷定公司有責任能力後，關於其損害賠償之程度，則依行爲地法定之。以事由之發生在行爲地，依行爲地法處斷，較公平耳。

在國際民事法上，關於由不法行爲所發生之債，其不法行爲是否成立，依行爲地法及法庭地法決之；其損害賠償之請求，依法庭地法決之；而此之解決竟不適用法庭地法者何故？蓋此之問題重在公司自體之有無責任能力，換言之，關於不法行爲之責，由公司負擔，抑由行爲人負擔，並非是否爲不法行爲之問題，自無適用法庭地法之必要。雖然，亦或有之，例如外國公司之設支店於內國者，其支店所爲之不法行爲，其行爲既在內國，而支店對其本店又多少有獨立之地位，且有遵守內國法之義務，則其責任能力之屬及其程度問題，自依內國法決之，亦可謂法庭地法之適用也；然在他國當解決之任者，仍依前之內國法之規定處理，依然爲一行爲地法耳。

(四)公司之訴訟能力

訴訟能力云者，能爲有效的訴訟行爲之資格之謂；公司自體有無此種資格，學者之間固已有其爭論；而外國公司能否在內國有此資格，尤成問題。此之解決，因訴訟依訴訟地法，乃國際私法上一大原則，故關於訴訟能力之有無，亦當然由內國法決之。雖今日各國在通商條約上，每多規定締約國間之一國

公司，在他國互有訴訟能力；但實際欲進而爲訴訟之當事人，仍不可不遵內國法之規定也。茲再分之：

(甲)從權利能力上說明外國公司之訴訟能力。從廣義言之，訴訟爲司法上之要求權，故訴訟能力，必以有權利能力爲前提，未有無權利能力，而卽有訴訟能力者也。外國公司在內國權利能力之來源，其第一個階段，爲在其本國爲合法成立者；訴訟能力亦如之。在其本國法上無訴訟能力者，任何國皆得否認之。此在無限公司場合爲易見者。一八九四年德俄通商條約第四條，一九〇一年之瑞士希臘之共同宣言，皆謂於兩國之一方所成立之合股公司等，在其地依當時之法律爲有效之設立時，於他方卽認爲法律上有效之成立者，其中有得爲原告被告而爲訴訟之權利云云，卽其一證。但專憑此一階段，而認定外國公司有其訴訟能力，則無條約者或其他之方法認許者，亦可有訴訟權利，不其與權利能力在內國繼續之原則，相矛盾乎？故此一階段，不過外國公司在內國有無訴訟能力之先決條件，非卽其實際享有之條件也。

實際欲享有之，則與在權利能力中所述之第二個階段有關，須經內國承認其公司在內國爲合法之存在，始許其自身有訴訟能力。一八九四年之德俄條約，一九〇一年之瑞希宣言，卽係以條約而爲外國公司之認許者，一八六八年法國對於瑞士公司之特別認許法令，謂瑞士公司須得法國之許可；凡得許可之合股公司等，遵守法國之法律，得於法國行使其一切權利，且爲訴訟云云，則凡未經法國認許之地國公

司，在法國自無訴訟能力。

外國公司經內國認許後，在原則上有訴訟能力，自無問題；而如一八九〇年巴黎會議之決議，第二條更謂「於一國相當設立之公司，於他國不必遵守其國所定特別之條件，得以締結契約而為訴訟」；然如其特別條件為公司權利能力繼續之保障者，則不依此條件，根本即失其權利能力，訴訟能力自亦同然。例如外國公司在我國之設支店者，倘不依民總施行法第十三條之規定，為登記之程序，即根本失去其權利能力；無權利能力者，依我民事訴訟法第五一條第一項之規定，即不得有當事人能力；無當事人能力者，依其次條規定，其訴訟行為不生效力。故縱可提起訴訟，則非先依內國法令補行登記不可。否則惟其使其變更訴訟主體，由原來公司之代表人，處於全體股東代理人之地位而訴訟之，但如是，則所謂公司者，實無異於合夥，公司自身依然無訴訟能力也。或則由原來公司之代表人，以個人之名義訴訟，但如是，則凡非其個人署名經辦之事，亦無當事人之能力，且亦非由公司之訴訟能力而如此也。無論以公司之名對外所為之訴訟，或以公司之名對內部職員所為之訴訟皆然。

(乙)從行為能力上說明外國公司之訴訟能力 訴訟能力固與權利能力有其密切之關係，但與行為能力亦有相互之連絡，行為能力上所發生之種種問題，皆可適用之於訴訟能力方面，因訴訟，在廣義上言之仍係行為之一耳。何人有代公司而為其法律行為之權限？原則上皆依其主事務所所在地之法律定之；故公司之普通審判籍，各國皆依其主事務所所在地定之（我民訴法第三條第二項參照）。但外國公司如在

內國設立支店，法律上既承認其以之而有較爲獨立之行爲能力，於是其普通審判籍，即依其在內國之事務所在地定之。易詞以言，公司之訴訟能力如屬關於被告者，原則上限于本店所在地，爲其行使之範圍，但有事務所於內國者，此事務所即爲其在內國之審判籍。德民事訴訟法第二二條曾詳定之，所謂「凡一切人等，爲製造，營商，及其他之一切營業，而有直接爲交易之營業所時，則凡有關於其營業所之交易訴訟，得對於其所在地之法院提起之」是也。匈牙利商法第二一一條亦云「凡在何國之各外國合股公司，由其代表人因交易所生之爭訟規定，應服從何國之法律及裁判管轄；」更爲一證。

至於爲原告之權，內國既承認其訴訟能力，自應許其行使，然亦須服從內國法律爲其條件之一。一八九〇年巴黎會議之決議第二五條，雖曰「內國法定其對外國公司之締結契約，或爲訴訟所必要之條件，外國公司雖其行爲不滿其條件，不爲無效；」但亦非即認爲有效耳。故如外國公司之支店，對於侵害其店之特別商號，得在內國起訴，然須此種特別商號係因履行內國所完之程序而取得者始可。又如關於保護製造標，商標，產地標之訴訟，如在瑞士，必應依瑞士法有製造所或常住營業所於瑞士國內者始可。更如三多明各，雖對公司之住所，解釋甚寬，認其皆有向法院請求裁判之權，然仍限于與發生於三多明各領域內之行爲，相關之法律關係如此。他若實際爲訴訟之進行，其須依內國通常之程序，更無待論；中捷條約第六條第一八條所謂「依照所在國法律，自由選任律師或代理人」云云，即其中之一端。總之，外國公司在內國之訴訟權行使問題，首須內國承認其有訴訟能力；次須依內國法，定其在如

何場合，行使其訴權及被訴權，並如何行使之。關於如何行使之一事，其程序固係依內國法，而代公司執行訴訟程序之人，則為依公司章程上有代表權之人，苟非此如，非有公司之委任不可，否則不成為公司自身之訴訟矣。

(五)公司之犯罪能力

犯罪能力云者，危害社會之安寧秩序，在刑法上須受裁制之資格之謂；故有人直稱其為刑法上之能力，如就廣義言之，亦不失為責任能力之一。公司非自然人，而刑罰上亦無處罰公司之規定，於是公司有無犯罪能力，較私法上之責任能力，更成問題。其實，犯罪並不限於自然人之行為，刑罰亦非以加於人身之痛苦為限，故公司之有犯罪能力，不能謂其毫無根據。各國之立法例對此漸皆有所注意，惟其程度則非一致，在國際私法上將如何定之耶？此之解決，因係關於內國公之秩序問題，自以內國法律為其唯一之準據法。茲再分及之：

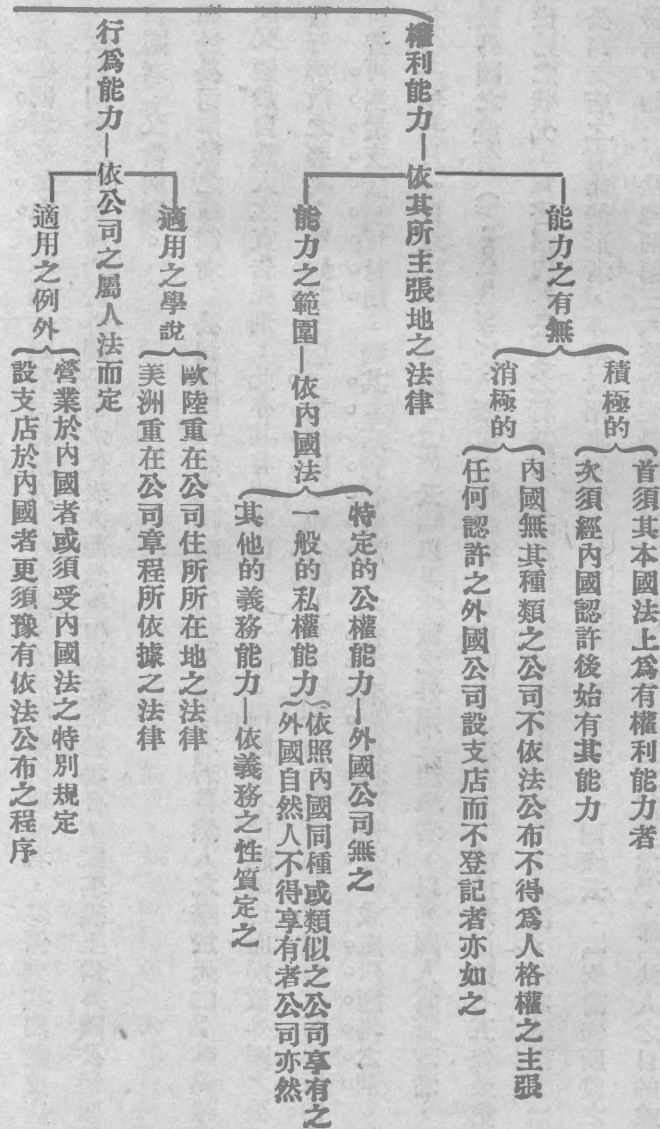
(甲)關於公司自身之罰金者 普通所謂公司之罰則，可解為處罰公司自身之規則，亦可解為處罰組織公司之人，及為公司機關之人之罰則。後者為自然人之處罰，如德，如日，如我國皆然，公司自身不受處罰也。前者為法人之處罰，英國公司法，公司與公司執事人不同時一併科罰者，即有關於公司自身之犯罪者在焉。外國公司之在內國，可否使其自身受罰金之處罰，則以內國法律上如何規定而決，其對

公。司。之。自。然。人。處。罰。者。亦。如。之。不。過。外。國。公。司。自。然。人。之。在。內。國，立於受罰之地位者，多係與其開設支店之情事有關，故此罰金之科恆係對於外國公司之代表人而為。但如在特殊場合，雖名義上為外國公司而設其本店於內國者，又當別論。

(乙)關於公司解散之強制者 公司得因一定之事由，歸於解散；有若自然人之歸於死亡；其為強制解散者，則又似於自然人之宣告死刑；此亦其有犯罪能力之一證。內國雖不能越國境而解散外國之公司，且亦無實行解散之必要；然如其支店設於內國，或名義上為外國公司而本店則在內國者，苟不依內國法之規定，皆可對於支店實行封閉，對其本店實行解散，不從之者更得科以罰金，或處以應得之刑。例如法國一九〇一年七月一日之法律，其第一二條云「以過半數之外國人組織者，以外國人為管理者，或有事務所於外國之社會 (Association)，紊亂有價證券，及商品之市場常態，或於刑法第七五條至第一〇一條所豫見之狀況，為害國內外公安之行爲者，共和國大總統得經內閣會議之取決，命其解散；」則純粹外國公司支店之有此情形者，亦得封閉也可知。我民法總則施行法第一四條云，「依前條所設之外國法人事務所，如有民法總則第二六條所定情事，法院得撤銷之；」第二六條云者，即「法人之目的或其行爲，有違反法律，公共秩序或善良風俗者，法院得因主管官署，檢察官，或利害關係人之請求，宣告解散」是。依此所述，外國公司之支店撤銷，自在其解釋中，而我公司法上之第六條，第七條，對於外國公司之支店，得適用其規定，仍屬當然。至於未登記之外國公司之支店，不僅得否認其人格之存在，

苟有危害內國公共秩序情形者，並得封閉之，更無問題。其在日本，則雖為外國公司代表其在業務上之不法行為，亦須使公司担負犯罪責任，遂因之有封閉其支店之事，此其商法第二六〇條所明定者也。

「圖表十七」 公司各種能力之準據法表



又有謂專依事務所所在地法者

責任之有無

其他之說
亦有謂專依行為地法者
例外之事——有支店於內國者關於其支店之事依內國法

公司能力——責任能力——依事務所所在地法及行為地法

責任之程度——依行為地法

(一) 事務所所在地——有責任能力
行為地——無責任能力
無

(二) 事務所所在地——無責任能力
行為地——有責任能力
無

(三) 事務所所在地——有責任能力
行為地——有責任能力
有

從權利能力方面觀之

訴訟能力——依內國法

從行為能力方面觀之

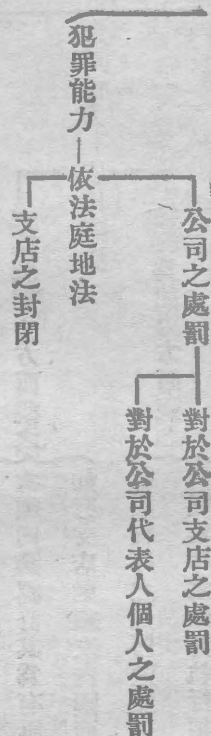
首須在其本國法上為有訴訟能力者

次須內國認許其為有訴訟能力者

如有支店更須依內國而為公布者

訴訟程序之如何遵照須依內國法

訴訟程序之如何執行須為公司之代表



第九章 公司之股債

國際私法上關於公司法之適用，上之各端已及其要，似不必再為論列矣。惟不能已於言者，尚有數事，用特彙而殿之於茲。厥事惟何？即，股東，股票，及公司債等是也。股東之說明，主以合人公司為其對象；股票，公司債之說明，自以合股公司為其範圍；且亦非事事論斷，不過擇其顯然有關於法律適用者一及耳。

(一) 關於股東之法律適用者

外國人為外國公司之股東，內國人為內國公司之股東，股東與其公司服從同一之法律，並無若何問題。然如外國人而為內國公司之股東，內國人而為外國公司之股東，或公司之本店非即在其股東所屬國之境內時，則將如何？又，關於股東之直接訴訟，各國規定不盡為同；公司成立後，新加入為股東者，

對於以前公司之債務，居於何等地位：在國際私法上皆成問題。此可依左列所述決之。

(甲)爲他國公司股東之法律問題 先以合人公司爲言：股東個人之人格雖異於公司自身之人格；然在公司構成之要素上股東實居於主要地位，無股東則亦無公司，故無限公司之股東僅存一人，兩合公司之無限責任股東，全體退股，其公司皆根本歸於解散也。股東既與公司有如是之密切關係，自不能許公司與股東受各別法律之支配，苟以股東爲異國人，適用其個人之本國法，則支配公司之法律，所實際能支配公司者僅矣。換言之，股東只以外國普通人之資格，當然可盡量依其法律關係爲其本國法之適用，但牽涉於公司法規者，則惟有依其公司所受之支配，同被支配焉。是故公司之有住所於外國者，而內國人爲其股東時，此股東須與公司同受該外國法之支配；外國人之爲內國公司股東者亦如之。舉凡股東之出資，股東之權利，股東之責任，股東之退股，股東之除名等等皆然。德意志聯邦法院曾有與此同一之判決，可資證明；其例曾舉於曼利之國際民商法論中者也。

次以合股公司爲言：除股份兩合公司之無限責任股東外，合股公司以股份爲其直接構成要素，股東則居於間接地位，故與公司受同一法律支配之機會較前似少；但須依其法律之場合，仍不能有其例外。故爲外國合股公司之股東者，依然不可不依其章程所承認，服從於外國之公司法，換言之，即公司住所。在地法。例如關於發起時之第一次繳納股銀，任何國人加入德國之股份有限公司，不得少於票面四分之一；加入比國之公司，不得少於十分之一；加入瑞士之公司，不得少於五分之一；加入意國之公司，

不得少於十分之三；加入我國之公司，不得少於二分之一；以及補繳義務之規定，與特定之通知方法等事皆然。或國家更有規定外國人爲內國公司之股東者，須在內國選定其住所，此亦不外有須受內國法院管轄之一種表示云。

(乙)有關於股東方面之訴訟問題 如上所述，股東應與公司受同一法律之支配，則股東對於第三人，亦當然依公司所在地之法律定之。例如在無限責任股東方面，既係直接對於公司之債權人負有責任，則債權人可否直接控訴股東，均依公司之所在地法以決。瑞士人爲亞爾然丁無限制公司之股東，依亞商法之規定，於公司之債務，直接受訴時，不能請求第三人先向公司起訴。反之，亞爾然丁人爲瑞士無限制公司之股東，依瑞士債務法第五六四條第三項之規定，非先向公司起訴後，股東不直接承受其訴也。凡此，皆依公司所在地法而定，不問股東個人之國籍若何。然在英國學者及判例方面，其見解則微有異，以此事件列爲訴訟法上之問題，故股東之直接受訴，苟法庭地法許其成立，縱公司所在地法否認，仍得直接受訴也。

(丙)新加入爲股東者之責任問題 合人公司已經成立，新加入之股東，對於加入前之債務，應否負責，各國規定不同。在我國，德國，日本，皆須一律負責，即使有反於此種規定之契約，亦對第三人爲無效。我國公司法第三六條「加入公司爲股東者，對於未加入前公司之債務，亦應負責；」日本商法第六四條「雖設立後始加入會社之社員，於其加入前所生之會社債務，亦負責任」；德國商法第一〇三條

「無論何人，苟爲加入於已存在之公司者，於其加入前所生公司債務，與他股東同負第一二八條，第一二九條之責；且不問變更商號與否，而反於此項之契約，對於第三人爲無效」：即其規定。他如瑞士債務法第五六五條，意國商法第七八條，皆有同一規定。然在英、美、法等國，或以明文，或以判例，皆認爲新加入之股東，對於以前債務不負責任，惟與舊股東或公司債權人訂有特約者爲例外耳。學者中如阿米奧（Amiot）亦極端主張此說。關於此問題之解決，因係與能否對抗第三人之事有關，惟有依於公司營業所在地法定之。賴溫康等雖主張新舊股東間結有契約，反對加入前之負責者，應依其契約，但贊成者頗少。然無論如何，依新加入股東之住所地法或本國法，則終無人用以解決本問題也。

（二）關於股票之法律適用者

公司於其本店所在地，發行股票，及股東爲股票之轉讓，皆依其公司所受支配之法律以爲之，固無問題：但如股票發行地與轉讓地，非與公司本店所在地爲同一者則若何？此可依左列所述決之。

（甲）外國公司股票在內國之發行 公司之股份不必皆由發起人全數担任，亦不必皆募集於其本國；故外國公司恒有在內國發行股票之事，此則不問公司之屬人法若何，惟依地方或內國法是定。一八九〇年巴黎會議決議第二二條第二項曰：「關於發行股票或公司債券之規定，不問爲募集者公司之國籍或所屬，得爲內國法之適用。」一九二八年全美大會通過之國際私法典第二五〇條曰：「股票與公司債券在

一縮約國內之發行，廣告之形式與担保……，均從地方法。」皆其著例。日本對於外國公司在日本爲股票之發行，依其商法第二五九條之規定，更充分爲日本法之適用。例如：外國公司非在日本爲支店之登記後，不得在日本發行股票，苟發行者其發行之股票無效；使因此而蒙損害者，並得請求其賠償；公司於增加資本時，迄於爲增加登記而止，亦不得發行新股票；至其股票無論記名式或非記名式，在日本則無限制，股金全額繳清後，股東更得請求以其記名式股票改爲無記名式，但以無記名式之股票，請求改爲記名式者，則非日本法律之所承認。夫外國公司在內國發行股票，所以須受內國法之支配，或更嚴於內國公司者，蓋恐外國人以公司之名，行捲款之實，故不得不慎重處理耳。

至於內國公司發行之股票，如限制外國人有取股東之資格，各國更多設有特別之規定，豫爲之防，已詳公司之設立一節中，不再贅。

(乙)外國公司股票在內國之轉讓 股票爲商業證券之一，無論爲記名式，或不記名式，皆得以之轉讓；而無記名式在轉讓上更爲自由，愈富有流通於市場之性質，作爲買賣，交換之純粹的目的物焉。惟一方面雖有圓活商業經濟之功能，一方面即有危害當地經濟之可慮；故關於公司股票之轉讓，雖在原則上應本其章程所依據之法律，而實際上之轉讓行爲，則不能不受行爲地法之限制；於是股東由股票轉讓所生之義務，亦舍其公司住所地法之支配，依於其轉讓行爲所適用之法律矣。此於外國公司股票在內國市場流通者，更爲顯然。

一八九〇年巴黎會議之決議第二二條第三項，即規定關於外國公司股票及債券在內國發行而適用內

國法之原則，於股票及債券之公的流通亦適用之。法國，亦曾限制凡外國公司之股票，如欲在法國交易所，列入官價表者，非得交易所經紀人公會之許可不可；而其股票金額，下於法國法所定之最低額，或未付齊股票金額四分之一時，尤不得與之。歐戰時，限制更甚，凡外國之有價證券非得法財政部之特許，不特不得發行，抑且不得轉賣。日本，於其商法第二五九條，更充分規定之。例如：外國公司之股票，雖在日本許其轉讓，但非有支店之登記，及其登記以前，不得以之轉讓，及為轉讓之豫約；增加資本時之新股票，迄於增加登記為止，亦不得以之轉讓，及為轉讓之豫約；其為記名式股票之轉讓者，如非記載受讓人之姓名住所於股東名簿，且記其姓名於股票，不得以之對抗公司及其他之第三人。此皆與日本公司適用同一之規定，不過以外國公司開始設立於日本之支店，在此場合視為對於日本公司之本店用耳。我國，對於外國公司之股票買賣，向來注意公司支店之登記，亦未設有機關，檢查其公司之信用，遂往往與外國浪人以詐欺取財之機，如曩日海上之所謂橡皮公司股票風潮，即為一證。彼僅以甫購土地，初種橡樹之最小組織之結合，於中國發賣股票，故抬高價，操縱市場，結果席捲數千百萬而遁；又何怪乎各國對此事件皆主張內國法之絕對適用也！

至於內國公司之股票，如不許轉讓於外國人者，外國人縱以正當之交易，執有其股票，仍絕對適用內國法，否認其有效；此亦見於公司之設立一節中，不再詳。

(二) 關於公司債之法律適用者

公司債即日本之所謂社債^①，於公司缺乏現金之時，以廣告而募集之是也。此一問題之關於法律適用者，可歸納為兩事而述之。

(甲) 公司債之募集 公司債之性質為說甚多，然為法律行為之一則無疑問。根據契約自由之原則，似可讓諸公司與應募人自擇其法律為之。但因公司所需要者，多為巨額之資金，非盡能以普通借貸方法得之，故各國恒於商法或公司法中，許為公司債之募集，制有種種強行之規定，以防流弊，如我國，英國，日本，意，比等皆然。夫既對於公司債之募集，各有強制之限制，此即不能在國際私法上，再適用自由選擇法也可知。於此，對於公司債之成立問題，惟有依其公司章程所依據之法律而定；但若募集地若有特別之規定，更須依其規定，自係當然之理。

(乙) 公司債之證券 即所謂公司債券是也。在內國發行或轉讓者，須受內國法之適用，與股票同，此巴黎會議之決議第二二條第二項第三項，及畢氏國際私法典第二五〇條所明示者也，日本商法第二五九條亦認為關於日本公司，債券發行及轉讓之規定，準用之於外國公司，更其明例。蓋公司債券既有自由買賣之性質，且其持有人於公司解散時，又有先於股東受償還之權利，更易於流通，為慎重計，對於外國公司之債券，尤覺有適用內國法之必要云。

第三編 票據法適用論

第十章 總綱

票據 (Bill 英、Wechsel 德、Lettre 法)，日本以手形稱之，其法律關係至爲複雜，不僅在學說方面各異其說，在法系方面各有其派，即在票據行爲之本身方面，亦非一單純之法律行爲可以解釋。原夫票據云者，『發票人約定自己支付一定金額，或使他人支付一定金額，不要因而要式之有價證券；簽名於其上者，依其文字而負單方之責任者也』(用王效文語)；易詞以言，『票據者，具備法定的要件，而證明支給一定的金額之抽象的約定，或抽象的委託之書面也』(用白鵬飛語)。票據既具有如是之特質，其在經濟上之效用，除可賴以爲送金之天外，又可藉以爲信用之具，更可依之抵銷國際借貸，於是票據流通之效力隨而顯著；故票據者，又可稱其『約爲一定金額之支付，或委託一定金額之支付之流通證券也』(用王孝通語)。若此，則所謂票據行爲者，發票行爲固其一端，而背書行爲，保證行爲，保付行爲，承兌行爲，參加承兌行爲皆有其獨立地位，蓋爲增加票據之信用，推廣票據之流通，不得不然也。同時國際市場愈發達，信用制度愈開展，而世界貨幣之創設，又遠屬諸將來者；則爲貨幣代替物之票據，其爲用亦隨之而愈廣大，尤非限於在一國範圍內顯其作用；一種票據，於中國發行，於英國流通，

於美國付款，固常有之事也。綜上以觀，可知票據法之適用，雖在原則上，應歸入商事法適用論中討論之，但以其理論之特殊，內容之繁雜，且關於其討論，又往往牽及民事票據法，甚或公票據法之範圍，自不得不特設專編述之。茲先就有關票據法適用之各事，擇要一及：

(一) 票據法之統一運動

國際條約爲國際私法重要淵源之一，吾人已熟悉之；其甚者或更稱此種條約爲國際私法之國際立法，雖其持論非吾人所宗，但足見其關係之密切，爲世之所公認者：此於國際之票據法統一運動，而尤顯其功效。蓋經濟既爲世界化，商業亦爲國際化，票據又以貨幣代替物之資格，隨商業之發達，流通於國際間，有關世界金融者甚大。然各國立法紛歧，不惟因所屬法系異其規定，卽同屬一法系下，亦復不相爲同，在國際商業方面所引起之困難，不可勝言，於是統一運動由是而興，裨益於票據流通之前途，殊爲可觀；而在各國之適用法則上，關於票據法之如何適用，亦極有影響者也。故愚認爲此一事之敘述，不惟應在國際私法之領域，且應首及之者。

(甲) 票據法統一問題之發生 最初之票據不過爲兌換商作爲送金之具，遞次發達始有今日之流通性，故票據法之來源實自商業習慣而生；雖在同國亦必經過統一運動，而後始有國內共同遵守之票據法。例如法國，在一六七三年路易十四編纂商令以前，票據法頗爲複雜，各地異制，至是始統一之，今日法

國所行之制，卽一八〇七年拿破侖編纂商法時依路易十四商令之基礎而成者也。又如德國，當十七世紀以後，各地方咸頒布票據法，衝突之點甚多，實際頗感不便，一八四六年關稅同盟開會時，始有制定德統一票據法之提議；卒於一八四七年根據普國法案議決普通票據法，爲同盟各邦所採用，最後復於一八七一年公布爲德帝國之法律，歐戰後，仍沿用之。又如英國，既無成文之民商法，故票據亦趨重於習慣，但終以慣習爲用，往往失諸正確，於是銀行家首唱統一之論，實業家立法家亦贊成之，乃由却爾梅 (Chalmers) 彙集判例，編纂成法，卽一八八二年所公布者是；初不過欲行之於英格蘭及愛爾蘭，嗣復行之於蘇格蘭，終乃行之全英各領土焉。又如我國，票據之制，近溯票商，銀行錢莊繼之，以謀利用；然其種類不定，名目非一，方式既因地而相異，記載並因莊而難同。以言匯票，則匯券，匯兌券，匯兌信等名與之對立；以言本票，則莊票，期票，信票，存票，約票，憑票等名與之相混；以言支票，則有劃條，撥條，計條，便條，執帖，上單等名與之爲雜；甚至借券而膺匯票之名，匯票而有外埠支票之稱；皆爲著例，莫能盡舉。自前清光緒末年票據法草案始，卽謀全國有共同遵守之法律，直至民國十八年方有國民政府正式公布之票據法，施於全國而共守之。觀於票據法之國內統一運動之所以發生與其結果，卽知國際票據統一運動之原因何在，及其在國際間何以認爲刻不容緩之事也。茲再特就其原因之主要者，分述於左：

第一，從票據之實質上言其衝突點

依前所述，各國雖將國內之票據法與習慣，依次歸於統一，然

因彼此之成案不盡相同，內外之習慣有所為異，而編制之年代有先有後，根據之學說有新有舊，於是對票據之實質問題，各國立法例上首先發生衝突之點。概略言之，在法國法系之國，以票據代現金之輸送，對於票據上之法律關係，不認其與票據之基礎關係，為嚴正之分離；故法國法上，票據上如未載兌價文句，則認為要件欠缺，不生效力；發行人苟能證明業已交付資金於付款人者，責任應即免除。夫既以票據僅為證明基礎關係之契約，則關於票據流通等事之規定，直付缺如，自所當然。在德國法系之國，以票據為信用之媒介，斷然將票據關係與基礎關係分為二；視票據為抽象證券，且有獨立之效用故極富流通之性質。在英美法系之國，形式上雖與法德為異，而實質上則與德同；然兩系之間，仍大有差異：例如德之對於拒絕承兌，只能請求担保，英則可以請求償還；英之無記名式匯票，恩惠日之允許，分期付款之規定，則皆非德之所有；蓋英以固有之習慣為基礎，制定其票據法，毫不遷就德國票據法之如何規定，故又成為獨立之票據法系。因向日三大法系之鼎峙，各有其一定之原則，於是關於票據之發行，背書，承兌，到期，付款，追索權，及拒絕證書等等細目之規定，亦大相逕庭矣。

不特此也，即在同一法系之國，有時仍難為同。例如奧國票準法固係倣德國法而制定者，而法官對於其中同一之規定，仍不能有一致之解釋，兩法之衝突由是以生，此在關於拒絕證書之解釋方面為最顯著。至若意大利，比利時初從法國主義，繼採德國主義；日本或稱其隸於德國法系，或稱其半屬法系，半屬德系，且間有英系之痕跡；荷蘭或稱其隸於法國法系，或稱其不獨立屬於任何一系；則其間之法律

衝突，更可觀焉。

第二從支票之地位上言其衝突點。支票 (Check 英 · · Cheque 德 · · Scheck 法) 是否屬於票據之範圍，各國學者之見解與其立法例，仍各有異。英票據法第七三條，以支票爲『向銀行支取之見票即付之匯票』(a bill of exchange drawn on a banker payable on demand)，美各邦之流通證券法從之；故認支票爲匯票 (Bill of exchange 英 · · Der gezogener Wechsel 德 · · Lettre de Change 法) 之一種，應適用票據法之規定。但就其實質上言之，匯票與支票雖同爲委託證券，但前者則屬信用證券之性質，後者則屬支付證券之性質，非皆一致。故匯票之付款人無定，且不限於見票即付；支票之付款人爲銀錢業者，且均爲見票即付之證券。匯票不重視資金關係，不重視契約，且有承兌之程序，以承兌人爲主債務人；支票皆與之反，而主債務人在原則上即發票人。以是在歐陸各國，均僅以匯票本票稱爲票據，關於支票之規定，大都以單行法行之；其在荷，意，西，葡等國，雖皆將匯票，本票，支票同規定於其商法內，惟均認爲支票爲票據外一種特別之證券，不適用一般票據規則之支配。但支票雖與匯票不同其性質，而究竟皆爲委託證券，必有條文相互準用之點；以是我國與日本之票據法規，則又以支票列於其中，惟非如英美法系視其爲匯票一種，實有其獨立地位也。故在支票之地位方面，各國亦不無彼此對峙，而各有其特色，此亦可認爲票據法國際統一運動應有之一因也。

(乙) 票據法統一運動之經過 六十年以來，各國法律家及商人，鑒於各國立法互異，阻礙商業進展

，莫不力唱票據法統一之論；例如本斯泰因（Bernstein）述其關於無記名證券及指示證券，即希望列國有同一之法律，謂『新世紀於世界法之地面，以栽植關於流通證券之世界法，爲其第一株』。而非立庫士（Foelix）梅野（Meyer）更擬有統一票據法案及統一支票法案，詳具理由，說明一切，同時各國學者之集會，政府派遣代表之集議，亦時有所聞，爲效更勝於個人之提倡與鼓吹。用分兩端述之：

第一，歐戰以前之統一運動 票據法之統一運動，始於一八六九年意大利之商業會議，惟僅有建議，而未見諸實行；一八七二年德國法律學會認爲歐美票據法共通之制定，於國際商業交易及國際信用，爲必要而不可缺者，於是遂有編纂歐洲統一票據法之議決。一八七五年國際法學會（International Law Association）亦於海牙開會，爲編纂統一法典之籌備。一八七六年於布勒門（Bremen），一八七七年於盎凡爾（Antwerp），一八七八年於德國法蘭克福（Frankfurt）繼續開會，有所謂布勒門規則（Bremen rule）一十七條出現。後於一八〇八年布達佩斯（Budapest）之會議，又略有修正。此規則在大體上係根據德國主義而定，惟關於追索權者，係採英國之一構主義而已！此外又有國際法協會（Institut de droit international），屢開會議，於一八八五年在布魯塞爾（Brussels）議決所謂模範票據法一百零六條，亦係以德國主義爲根據也。

一八八五年比利時政府開展覽會，乘機召集各國代表，商議統一票據法之事，議決模範法五十七條，稱爲盎凡爾法案；一八八八年又開會於布魯塞爾，有所修正，增爲六十八條，稱爲布魯塞爾法案；

在大體上係以比利時之票據法爲本，而略具有法國法之色彩者也。

此各種會議之結果，因其偏重於一特定法系之精神，故在實際上均無若何之效力：故自一九〇〇年以來，票據法統一運動之呼聲，仍然高張。首由德國總商會，於會議席上，提出勸告各國關於票據法統一法律案制定之必要；於是一九〇八年遂由德、意、荷三國政府，向各國提議舉行會議，殆一九一〇年票據統一會議遂於海牙(Hague)開會，參加者三十二國，惟英美聲明不願加入，日本則於實際上亦未派員加入也。此次會議，議決草案八十八條，統一條約案二十六條。一九一二年之開第三次會議，議決匯票本票統一規則八十條，雖仍脫胎於德國法系者，而英、法兩系之精神，則亦兼容並收；支票法草案三十四條，惟認爲係未確定之法規；又成立一種使各國承認並施行統一票據法之公約，共三十一條，簽字者有二十七國，惜因種種關係，未經各國批准。

第二，歐戰以後之統一運動。海牙二次會議雖有統一規則(Uniform regulation)之議決，當時與會各國亦知其未盡妥善，會議定於五年後重行修正之，旋因歐戰發生，遂無結果。一九二〇年布魯塞爾之財政會議，對票據法之統一問題主張重新研究，而國際商會亦努力從事於解決之準備，於是引起國際聯盟之深切注意。首由其經濟委員會決定向英荷法德四位專家諮詢，請其發表對於統一問題之意見，並探尋各國對於海牙會議工作之態度；一九二三年四專家之報告書送出，認爲英法與歐陸法完全調和，尙非其時，但歐陸各國之票據法，甚至與拉丁美洲諸國，必可因漸次之同化作用，有所進步。其結果，由經

濟委員會於一九二六年任命富於票據經驗之專家，組織委員會，從事研究，更覺有使各國立法速為統一之必要，並以國際協定認為最適宜担任此統一之工作者；同時國際商會亦編有統一之草案，希望國際聯盟繼續海牙會議之使命，召集第三次國際會議，以其草案為討論之基礎。聯盟之經濟委員會遂再進一步，組織法律專家委員會，負責起草法規與公約草案，此草案送達各國政府後，有二十四國主張召集一種會議以解決之。一九三〇年之統一票據法國際會議遂由是而開幕矣。

會開於日內瓦，參加者三十三國，我國未與焉。主席為荷蘭代表林白格（Limburg）國際商會，國際經濟委員會，羅馬統一私法國際學院，均以顧問資格參加之。關於匯票本票統一歐陸系立法之各種議案，均通過；支票則留待他日討論。又決議三種公約：一使締約各國負責採用統一法之公約；二匯票事項與法律衝突有關之公約，三匯票本票事項與印花稅有關之公約。此三種公約彼此獨立，由各國自由簽字，經國聯會員七國之批准或加入，惟其中須有三國為行政院之常任理事者，三種公約即同時發生效力；倘至一九三二年十一月一日，尙未能依其預定條件發生效力，則由國聯秘書長召集會議以研究之。計閉會時，簽字於第一，第二公約者二十二國，第三公約者二十三國，能否有效實行，則視批准之結果如何而定。

（丙）票據法統一工作之結果 因票據有關國際貿易，故各國頗願趨於統一之途；即如一九一二年之海牙統一規則，雖未經各國與以批准，然各國多隱然奉為圭臬，以求改革；一九一四年德國之新票據法

草案，一九二二年法國關於票據制度之法律，同年意國商法修正案關於票據部分之修正，以及一九二九年我國之票據法，皆大受統一規則之影響者也。又一九三〇年統一票據法國際會議，法律專家委員會於事前曾根據海牙會議之經驗，未敢毅然提出一種統一法律，俾各國政府無條件地接受，故僅成立若干基本原則，由參加各國自由採入其立法內；而其草案提出於會議後，多數代表則認為於公約中明文規定各國應在其立法上制定一種統一法律，事屬可行，且比採入基本原則於其立法內者，較為澈底，故各國希望統一運動成功之熱，可想而知，果此希望能奏成效，則特殊的國際票據法問題之主要部分，即應歸之消滅。

雖然，票據法統一之希望，固人人之所有；而欲此運動之完全成功，尙非其時，於是國際私法上關於票據法之部分，依然保全其領域如昔。何以言之？票據法之三大系統久相鼎峙，後之立法者雖兼採之，然仍係以一法系為基礎，而加入他系之色彩，非即融新舊主義於一爐也。一九二三年，國聯委託之四專家發出之報告書，即謂匯票法之全體一致，尙非其時，蓋基於憲法上之理由及事實上之問題，英美法仍須保持其原來之精神，不能遷就其他；現時只有求歐陸系之多數國家，並包及拉丁美洲各國，立法一致即為已足。故一九三〇年日內瓦會議之目的，惟在促成歐陸法系各種不同立法之統一，若英美系之立法，則非所問；然即在此一定限度之範圍內，支票統一問題猶未談及。據是，可知世界票據法之統一，尙在進行中，何日始完全達其目的地，仍須有待焉。

更進而言之，海牙之統一規則，日內瓦之統一法（Uniform Law），究未能包羅各國全部立法之節目，被其遺落者，惟有仍依各國國內法之純然規定。且對於採用統一法案之公約，均設有保留條文之附件，依此附件，締約各國於一定場合，並得以其國內特別規則代替統一法。則彼此間立法之衝突，依樣未能盡免，况簽字既非一致，批准尙多猶豫，加入又非盡國而有之乎？即在會議方面，亦知於所預擬之統一以外各點，各國法律終不免有所衝突，爲補救基於此種情勢之困難計，又各設有關於法律衝突之公約，以求國際私法於此場合之統一；無如實際採用之權衡，依然操之於各國之自由判斷也。

總之，票據法統一運動果能完全成功，則各國皆有共同遵守之法律，國際私法上關於票據法之適用，根本無其地位，影響於國際私法之前途甚大。今則固非其時，但各方既竭力從事於此運動，多少總能變轉各國立法及其適用法律之趨勢；故吾人雖如舊於國際私法中，爲票據法適用之研究，而對於影響其存在地位之前提！票據法統一問題，亦不能不注意之。

票據法

就其內容而言

英票據法
美流通認券法

支票為匯票之一種

本票

委託證券

我票據法

匯票 (日稱爲替手形)

經濟上之信用證券

日商法

本票 (日稱約束手形)

預約證券

支票 (日稱小切手) : 經濟上之支付證券

就其法系而言

英國法系

英國本部及其殖民地

加拿大略有變更

法國法系

法國、希臘、土耳其

雖仍爲法法系而有德法系之色彩——西、荷、葡、羅
雖改入德法系而存法法系之痕跡——意、比

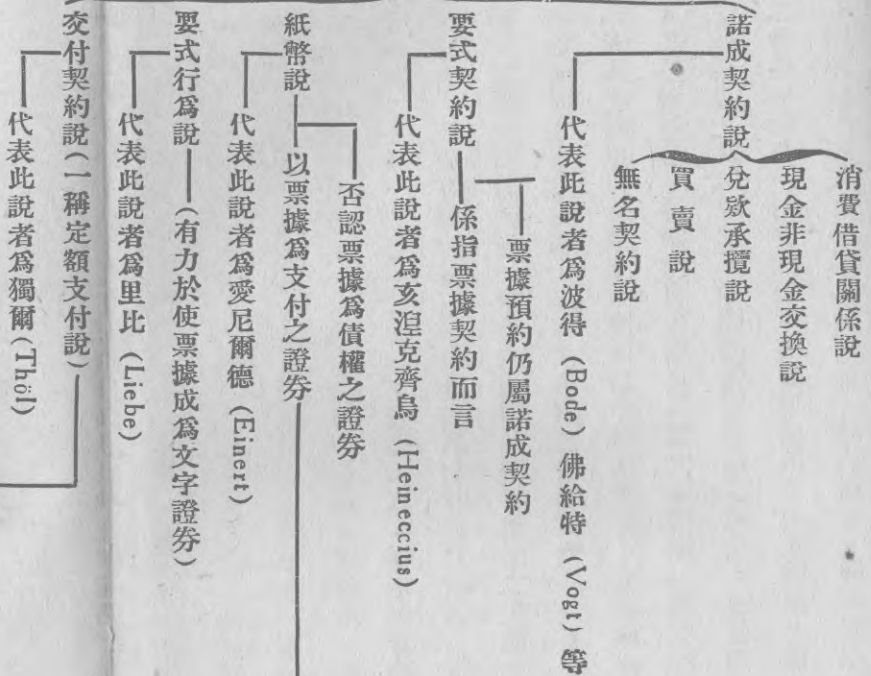
我國、日本

德國法系

德、奧、舊俄

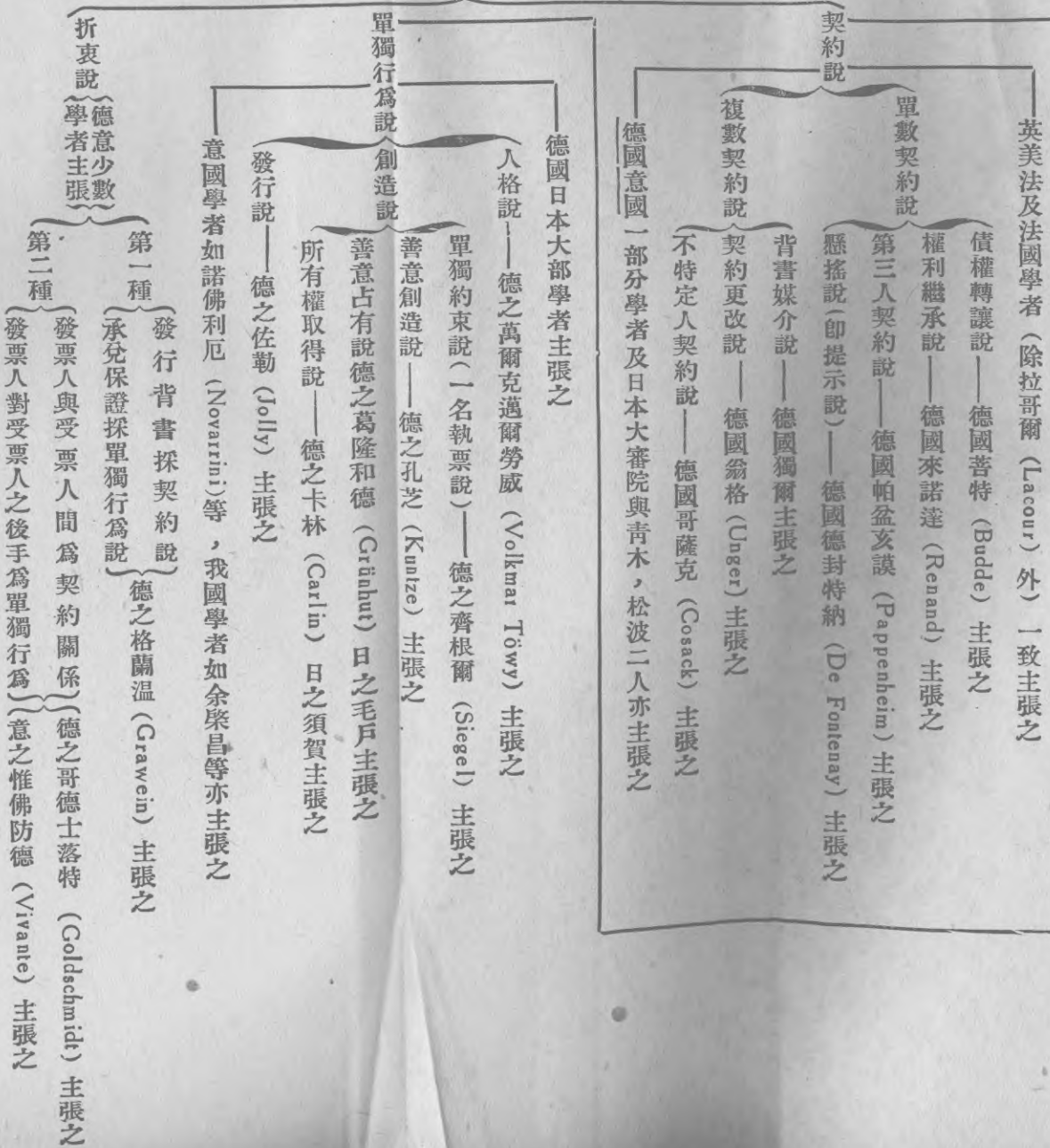
匈、瑞典、挪威、瑞士

失勢之學說



票據主義

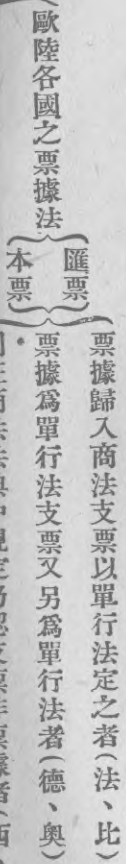
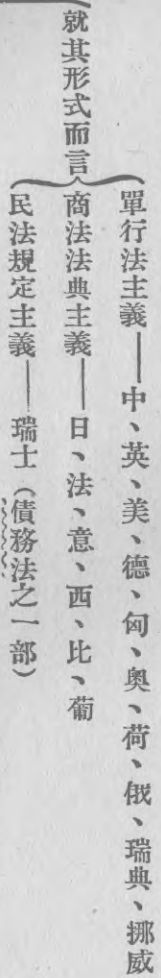
現存之學說



(註)右表大部分參考王效文中「中國票據法論緒論」第四節而成, 合併聲明。

「圖表十九」

票據法之編制表 附票據之性質表



同左商法法典中規定仍屬支票非票據者(西、葡)

(二) 票據法之涉外規定

世界各國既尙未有完全一致之票據法，共同遵守，而票據則隨國際貿易開展之勢，輾轉流通於各國之間，因之常發生涉外的法律關係，而如何適用法律之問題，遂感必要，此即國際私法上對於票據法所欲研究之中心點也。易詞以言，各國關於票據法之規定，如前所述，既不相同，一旦發生衝突問題，將如何而決定其準據法歟？各國對此有成文的適用規則者，固不乏例，無規定者亦不在少；前者，遇問題之發生，固依成文法規以爲斷；後者，則惟有依照習慣，比附前例，參用條理，或借用民事法之適用規則，以決定其爲如何之準據法耳。茲特將各國票據法之涉外規定，及其與此問題有關者，撮要及之。

(甲)關於國際立法條約者 國際立法條約雖無直接之力量，使與會國之政府無條件而遵守之；然其衝突法則之訂立，至少可使各國政府作爲適用法律時之參考，縱在非與會國方面亦然，故國際立法條約之關於票據衝突法則者，固不能即以成文法規視之，究不失爲極佔勢力之一種條理焉。

第一、歐洲公約上之規定 一九一二年海牙統一規則中，曾設有法律衝突一章，一九三〇年日內瓦

決議中，更通過匯票本票與法律衝突有關之公約，皆足使一國對涉外的票據問題之法律適用，受其影響。姑就海牙統一規則而論，其中最主要之原則，若其第七、四條關於票據行爲能力之規定，以依票據債務人之本國法爲原則，以依行爲地法爲例外；第七、五條關於票據締結行爲之方式之規定，適用場所支配行

爲之原則，依其行爲簽名地所屬國之法律；第七六條關於「行使或保全票據上權利必要行爲之方式」之規定，悉依作成拒絕證書地及其他各行爲所屬國之法律是也。但關於票據行爲之效力，應適用如何之準據法，統一規則無明文規定，不可謂非疎略。

第二、美洲公約上之規定 一九二八年第六次全美大會，開於古巴首都哈瓦那 (Havane)，其通過之國際私法典，第二編第二章第六節即係關於票據之規定。惟在另一方面，則又極力擴充此項規定適用之範圍，觀其第二七一條「本節規則，得適用於國庫券，債券，銀行鈔票，及支票」云云，即可知矣。

(乙)關於國內適用規則者 國內法上對於票據衝突問題，設有規定者，法國法系之法律不在其列；因法法系僅視票據爲送金之用，而又以票據之全部性質爲通常契約關係之一，故關於法律適用之範圍頗狹，且又可援通常契約之準據法以爲用耳。其他法系之國，既視票據應具有信用與流通之力，其法律關係在國際上遂感複雜，總多少有關於法律適用之規定，雖在英國，亦特對於票據法設其衝突規定。

第一、諸國法律上之規定 德國票據法之條文雖簡，而有題爲外國法之一章，即係關於票據法之適

用規則者；孔芝 (Kenz) 稱其概遵從奏有實效之國際法原則而然，故海牙統一規則之關於衝突規定，即與德票據法中之所設者相類也。德之此種規定，除奧國費用外，他如塞爾維亞票據法，題爲他國法章之第一六八條至第一七〇條；瑞典，挪威題爲外國法章之第八四條至第八六條；匈牙利題爲外國法章之第九五條至第九七條；以及瑞士債務法，題爲外國法章之第八二二條至第八二四條；亦皆費用德國票據

法之章節及規定者。不過瑞典挪威之舊票據法，則僅於其第八一條規定「外國人負票據義務之能力，依其本國法定之；其本國法無此能力而於瑞典爲此行爲者，苟其合意依瑞典法生其效力時，則任其責」，與前述各例爲稍異其規定耳。

英國之票據法頒行於一八八二年，其中之第七二條即係關於法律適用法之規定者。舉凡票據法律關係中之種種方式，票據行爲之種種解釋，拒絕證書之應否作成，支付金額之如何計算，支付期之如何確定；其應適用之準據法皆有所及，蓋儼然一縮形的票據法適用法則也。日^①本關於票據法衝突問題，規定於其商法施行法中，其第一二五條係規定票據行爲之要件之準據法者，第一二六條係規定以行使或保全票據上權利而爲的行爲方式之準據法者。各詳於後。

第二，我國法律上之規定。我國最早之票據法規，爲前清光緒末年，清政府請日人志田^②鉀太郎所擬之票據法草案，雖從未公布，其中第一編第一章曾設有「例法」之題目，可一提及之。其原文爲：

第一條 本法規定關於一切票據事件，本法所未規定者，適用各地方習慣法；其無習慣法者，適用民法。

第二條 票據債務者，其能力依本國法定之；本國法有規定適用他國法律者，即適用其法律。

依前項所指定法律，雖爲無能力者，然依他國法律，若爲有能力時，則其在他國領土內所發票據期約，即爲有效。

第三條 票據締結之款式，依其締結所在國之法律。

第四條 執票人行使票據權利或爲保全債權，而作成拒絕證書一切行爲，悉依所在國之法律。

此之規定，當然係依德國票據法之內容，而無疑問，故與以後海牙統一規則關於法律衝突規定之精神，亦恰相合。民國十五年北京政府司法部公布之票據法案，民國十八年國民政府公布之票據法，及十九年公布之票據法施行法，均無關於法律衝突之規定。惟民國七年公布之法律適用條例中，則有及之者，第二六條第二項「以行使或保全票據上權利爲目的之行爲，其方式不適用前項但書規定」云云卽是。至於其他之法律問題，惟有援用條例中性質相近之條文以爲準據而已！

(二) 票據法之適用問題

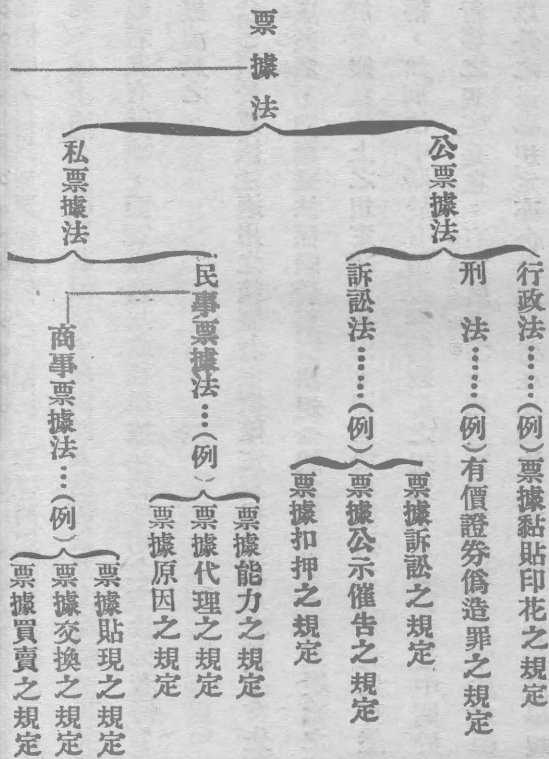
票據之法律關係，頗爲複雜，不僅票據自體方面之特別規定，已非簡單，並往往於票據法中有涉及民事之規定。蓋通常立法，常將票據自身關係與票據基礎關係，視爲兩事，不相關聯，乃因後一關係，係指票據資金票據原因之關係而言，除法法系外，各國皆認爲與票據自身關係分離，應完全受民事法或普通商事法之支配；故有時雖規定之於票據法中，而因不能以票據關係論，其準據法彼此卽難爲同。通常又將票據上之權利與票據法上之權利，分而爲二，不爲混視，乃因後一權利，係指票據法上所承認之權利，而非票據法上所稱票據上之權利，故其法律上之性質仍一民事法或普通商事法上之關係，而其準

據法之何屬，自異於票據關係之準據法。票據問題既在法律上有如是之複雜關係，則吾人對於其適用法律問題，遂不能不先決定其領域，以作吾人應為論列之範圍。其次若決定票據各種關係之準據法，可成爲問題者共有幾種，而實際適用或種準據法時所用之方法又若何；此亦關於票據法適用之先決事件，故一件提前及之。

(甲)關於票據法適用之範圍者 欲確定票據法適用之範圍當先一論所謂票據法廣狹意義之問題。有探最廣義者，謂票據法係關於票據法規全體之總稱，一若最廣義之商法，係關於商法全體之總稱是。不僅關於票據私法上之規定統在其內，即關於票據公法上之規定亦然。票據在公法上之規定，普通以公票據法稱，如刑法中關於有價證券偽造罪之規定；民事訴訟法中關於票據訴訟之規定，以及公示催告，強制執行等之規定是也。有探廣義者，謂票據法係關於私票據法之總稱；不僅票據法自身之特別規定在內，即以外之民事規定亦含及之，苟在民商法分立之國，普通商事規定有關於票據者，亦在其範圍內自無待言。民事規定，若票據能力，票據代理，票據預約，票據原因，票據資金等關係皆是，通常稱其爲民事票據法也。商事規定，若票據買賣，票據貼現，票據交換，以及營業轉讓中之票據繼承等關係，對民事業票據法言，亦可以商事票據法稱之。有探狹義者，謂票據法係指票據法之單行法，或其商法法典中關於票據法之規定而言，至於票據法施行法，與夫類似之附屬法令，亦當應在其中也。有探最狹義者，謂票據法係指關於票據自身關係之特別規定而言，雖在所頒布之票據法中，凡涉及非票據自身關係之規

定，不過因其由票據而起，始為便宜而規定之，自應擴之於票據法外焉。其他對於票據法之意義，尙有多少見解，不能具述。然則吾人在國際私法上究應採如何之範圍乎？愚以為票據自身關係法之如何適用，固為吾人之所應研究者，即所謂民商事票據法，以及票據訴訟法等，既與票據自身關係有多少之連絡，或無連絡而有相當之參照者在，亦惟有擇要以及之耳。用再申述者左：

「圖表二十」 票據法之意義表



固有票據法

票據要件之規定

票據義務之規定

票據支付之規定

票據行使法

票據時效之規定

票據訴訟之規定

國家間之約定者

票據法之統一規則

解決票據衝突之公約

所謂國際票據法

國內法之規定者

關於國際票據之特殊規定

關於一般法律適用之規定

第一、從法法系上說明吾人研究範圍之廣闊。使民事票據法與固有票據法分爲兩種觀念，乃德國學者

者改革所致，藉以表示票據之信用與流通之功能，法法系之國並不若是也。法法系之國家，迄今仍將民事票據法固有票據法在原則上與以混同；換言之，不使票據自身關係與爲其基礎之資金兌價等關係，有嚴正分離之界限；蓋尙沿昔日送金觀念，視票據僅爲證明基礎關係之契約而已！故如法國於票據上，必須載明兌價文句，否則以要件缺欠，不生效力；對於指示文句之載明亦然。又如以票據義務與資金有密切關係，發行人苟能證明業已交付資金於付款人者，其責任即可免除；而所謂承兌者，亦即資金受領之

證據也。此當然使票據失其獨立之效用，非吾人之所認為適當者。然立法例上既有將固有票據法與民事票據法混同者，吾人研究之範圍，自亦不能將票據豫約，票據兌價，票據資格等等之民事關係，斷然除去不論。

第二、從德法系上說明吾人研究範圍之廣闊 在德法系，甚至英國法系，將票據自體關係與其基礎關係劃然分離，不問發行時之兌價如何，發行後之資金如何，凡善意取得票據者，皆由法律保障之，票據債務人不得以票據基礎關係上之理由，與之對抗；蓋一則屬於民事票據法之範圍，一則為票據自體關係法之性質耳。信如是也，則吾人研究之範圍，似不應再及於民事票據法。殊亦不然！德國法系之立法例，不過將票據自體關係，使其有獨立地位，並非將其其他關係盡於票據法中而除去也。蓋某一種法律關係，縱非票據自體上之法律關係，然或則與票據關係有相當之牽涉，或則附於票據關係中而表現其事

【一十二表圖】

圖係關之據票上法國法

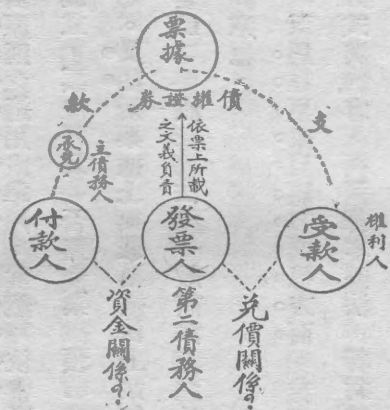


(背書關係略)

實，祇須知其屬於民事票據法之性質已足，不必即行刪去不為規定也。夫立法例上雖對於此兩種關係，立有嚴格之界限，而却未專限於票據自體關係法之規定，則吾人自亦不能不從廣的立場上，為研究票據

法適用之範圍，匪特民法應及之，即票據訴訟等事，亦因其與票據問題有密切連絡，未能存而不論。

要之，吾人最應注意者，惟在應知法律上所謂固有票據法與民事票據法之區別，不特有助票據之流通，應為普通國內法方面所注意之事，並對於國際私法上關於適用法律問題，亦大有關係，正如曼利之所云云。蓋票據自體關係既有獨立之理由，其準據法自不必即與民事票據法中之問題相同，苟混一之，勢必演成法國法系國家所為之判例，恆有不足自圓其說者在焉。易詞以言，吾人所以提及固有票據法與民事票據法之區別，非在於舍其一而存其一，以為論列之界限，乃在於劃分其問題之性質，以為各求其準據法之標準而已！



（背書關係略）

揭其綱，有若左述：

第一、自由選擇法適用之領域。票據行為之性質，究為單獨行為，抑為契約，為說雖不一致，而屬於法律行為則同。因法律行為而發生之債，既以自由選擇法為其準據法之原則，則關於票據行為之成立

（乙）關於票據法適用之法則者 國際私法上對於票據自體問題，及其他與票據有直接間接關係之問題，其所適用之準據法，可成為問題者，究為何種，而每種所有之領域又若何？總

及效力，自須依當事人之意思，自由選擇其所適用之法律；因之學者中遂有人認為自由選擇法適用之領域，大於其他一切之準據。信如是也，則票據法適用論直可取銷，附入債法適用論中足矣，何待吾人特為研究乎？雖然，若謂自由選擇法無絲毫之領域，則尤非也。

大抵在所謂民事票據法之關係方面，其法律行為之成立與效力，既別於票據行為而存在，則依契約自由原則之適用或準用，當然可依當事人之意思，定其準據法。例如關於票據授之預約問題，其預約是否成立，票據行為是否遵守票據預約，此乃民事上之契約問題，自可適用國際民事法上契約自由之原則決之。又如於票據上記載票據法上並無規定之事項，縱令記載，亦不發生票據上之效力（我票據法第九條參照），然在民法或一般商法上之效力，仍得享有。將如何享有之耶？亦須首視當事人有無自擇之法律而定也。

至於在票據自體之關係方面，昔雖許當事人自由記載服從外國法之爰句於其票據，且關於票據行為之方式與內容，得選擇本國法與行為地法以為常，有若一八四〇年鄂爾敦堡（Oldenburg）王國商法草案理由書第二卷第七六八頁所載者是；然現今，一方面因票據有關一國營業之榮枯，其規定多具強行之性質，一方面力謀各國票據法之統一，俾增加票據之信用，更不容許以個人之自由意志，任定其準據法，致惹起法律上之額外糾紛；故現代學者中，對於票據行為之要件，及票據行為之效力，雖有仍唱自由選擇主義者，究不能斷然見採於吾人者，豈徒然哉！

然則自由選擇法在票據本體關係上，毫無領域也歟？亦非也！蓋雖無完全之適用性質，而不完全之適用，要不能謂無其例。此可從兩方面言之：一為積極地不完全之適用，依此準則，固可自由選擇外國法以服從之，但或必為之於一定條件之下，或須於一定之場所始發其選擇之效力。前者之例，有如關於票據之支付，今日皆認為依付款地之法律，付款地通常為付款人之營業所住所，或居所所在地；故若匯票，只載付款人之姓名或商號，而不載付款地者，亦恒有之事（我票據法第二一條參照）；今若以非付款人住所之地，定為付款地，法律上既承認有此事實，則在票據之支付關係上，自可謂其允許發票人為支付關係而得以自由選擇其服從之法律也。且多數通例，更謂此種他地付票據，一切關於其票據之義務，皆應視為直接服從於付款地之法律。但如僅以外國文字或做外國之格式，作票據，用為在外國付款之具，則無論如何，不能推論其因此而遂為一切服從於外國法者。此一事也。當事人苟約定服從於特定之或國票據法，其關於票據自體關係者。在內國因違反內國票據法之強制規定，自不許其發生效力，然如債務人至或國時，其票據亦即發生效力，自由選擇法之見諸實用，惟限於在或國之場合耳。例如甲國人於乙國依甲國之票據法，而簽名，雖其簽名，於乙國不生效力，但在甲國法院則亦往往認為有效，不以純依行為地法為限，故只半面之適用焉。此又一事也。一為消極地不完全之適用，依此準則，雖不得自由選擇異國之法律，為其所準據之法律；但在所服從之法律範圍內，則認當事人有相當之自由權。換言之，吾人對於票據自體之關係，在國際私法上已決其準據法之何屬，但在此確定之準據法中，有使當事

人自由選擇如何服從之餘地，則雖非承認當事人之自由選擇法主義，顧在消極方面，亦不失與當事人以自由服從之選擇機會也。其範圍如何，當然依各國實質法之規定為斷。可舉以為例者，如：

一、得以特種貨幣，或外國貨幣，為支付標的之記載。（統一規則第四〇條，德票據法第三七條，瑞債務法第七五六條，英票據法第七二條，我票據法第七二條一項但書）

一、關於見票後定期付款之匯票，其承兌之提示法定期間，發票人得依特約縮短或延長之。（我票據法第四二條，日商法第四六六條第一項）

一、發票人或背書人得為免除作成拒絕證書之記載；雖有此記載，執票人仍得請求拒絕證書之作成。（統一規則第四五條，德票據法第四二條，瑞債務法第七六三條，我票據法第九一條，日商法第四八九條）

一、執票人於拒絕承兌時，於請求擔保與請求償還中，任擇其一行之（西班牙，亞爾然丁行之）。

或由接受請求之「前手」，得任意提供擔保，或逕行償還（法、比、葡行之。但在英、美、德、日、我國則不適用此選擇權。）

凡關於票據要件以外之記載，除有不發生票據上之效力者（如原因文句，資金文句），及妨害票據上之效力者（如德國發票人聲明不負票據責任之記載）外，若我國法上關於利息之記載，免除擔保承兌之記載，禁止轉讓之記載，付款處所之記載等事，全隨當事人之意思，不記載，其票據固非無效，記載

之，其事項即發生票據上之效力：皆可謂消極地不完全之自由選擇法之適用也。

第二、行為地法適用之領域。行為地法在票據問題方面，適用之範圍頗廣。在民事票據法之關係上，雖置重於當事人之自由選擇法，然如當事人之意思不明時，則又多以行為地法補充之也。如所謂票據契約締結地法，交付票據於受款人地法，兌價支付地法皆是。

在票據法自體關係法上，行為地法之適用尤廣，舉凡票據要件，票據義務等事，今日皆以適用行為地法為原則，即關於票據時效，英美雖採法庭地法，而歐陸各國依然為行為地法之適用也。普通所謂發票地法，背書地法，承兌地法，保證地法，以及保付支票之保付地法等皆是。惟其中之付款地法，則在行為地法之範圍中，含有履行地法之意義，關於票據之支付，自以適用此一準據法為最相宜，但學者或有唱在票據義務問題方面，亦宜以付款地法為準據，如武蒂(Vogel)所主張者是，是直欲以履行地法代行為所在地法而適用之，則非吾人所取。

「圖表二十三」

票據行為略表



票據義務之履行
付 款
參加付款

承 兌
參加承兌

第三、本國法與住所地法適用之領域

為準據法之原則，其他如許自由選擇法之存在場合，本國法亦恆為其所選擇的法律中之重要者。舍此，關於票據問題，實不能再以本國法為占有優勢之地位。但有時，票據當事人屬於同一國籍者，應以行為地法為其準據法，乃反而服從於其本國法，雖其行為在其本國認為有效，似不失為本國法之適用，且亦可認為與自由選擇法無何差別者，將何如為說？此不過行為地法之例外，僅其本國之一方面認為有效，而非在任何國家公然許當事人有此選擇權者，故與純然之自由選擇法顯有不同；而此時所謂本國法者，實際上乃一內國法適用之意味而已！

住所地法之適用，因其恆與行為地法暗合，故於表面上多不見其顯用。例如，關於票據之提示，承兌，付款請求，對於承兌人或本票發票人破產時擔保之請求等事，票面上無指定之處所時，則在票據債務人營業所為之，無營業所者，在其住所或居所為之（我票據法第一七條參照）。此種為行使或保全票據上權利，對於票據債務人應為之行為，其準據法固為行為地法，然行為地既有時為債務人住所地，則行

爲地法之在此場合，亦可謂含有住所地法之意味。但無論如何，絕不能使票據法律行關係之全體，趨重於債務人住所地法，因票據上之債務既異於普通之債務，而普通之債務亦非純然以債務人住所地法爲其準據法故耳。不過關於票據行爲地有所不明時，或一偶然爲住所地法之適用也。

第四，法庭地法適用之領域。票據訴訟之提起，與其如何進行，皆依法庭地法以爲斷，對於其他關係概不適用之。但在英美法系票據時效之準據法，亦採法庭地法，斯則與歐陸各國爲所異耳。

(丙)關於票據法適用之次序者。任何票據事件，一旦決定其準據法後，其最先實際適用者，自爲爲其準據之票據法，其票據法無規定者，則適用習慣法；無習慣法時，則適用民法或商法。

第一、何以首須適用爲其準據之票據法？因票據法規之制定，係一國化除各地不同之習慣，而具有統一之性質者，其效力既強於習慣法，自應首先適用之。且雖屬於民事之問題，但與票據問題有相當之聯絡者，各國之立法例亦恆爲便宜計，不規定於民法中，而規定於其票據法中；縱使在民法中有其規定，或因牽涉票據問題時，有須遵守特別之條件，則又須於票據法中，爲特別之規定；此尤不能不先適用爲其準據之票據法也。例如票據之利得償還請求權，並非由票據之授受而生，乃純粹由民法上之關係而生，除英美法外，各國大都在票據法上規定此種權利，民法上雖有不當得利請求權之規定，究不能認爲相類之事；故關於此問題之如何解決，舍服從爲其準據之票據法規定外，別無他法。

既首先適用爲其準據之票據法，則其所謂準據法者，其「法」字自不得解釋爲指異國之國際私法而

言，致發生返定法或轉定法之現象，此固一大原則也。但如適用法律之國，有明文規定於某種場合，得如是適用之，則於例外上亦不妨為返定或轉定法之適用，改以內國法或第三國法為其準據法。例如海牙統一規則第七四條第一項云『票據債務人之能力，依其本國定之；如本國法規定依據他國法律者，即適用其法律』，或國家若有與此相同之規定者，則可不適用為其本國法之票據法，須首適用其適用法則；但其適用法則所指之準據法，經吾人實際適用，仍然以成文的票據法為先耳。不過返定法等，通常不外達其本國法與住所地法互換適用之目的，而本國法之適用領域，如前所述，在票據問題上極為狹小。則真能與返定法等以適用之機會者，亦微矣！

第二、何以次須適用習慣法？票據關係應重習慣，甚至票據法之大部分，亦係生自票據習慣者，有如平行線支票制度，實即採自英國票據交換所之習慣而然，蓋各國立法。對於習慣之宜改善者，固不能曲予遷就，對於習慣之宜保存者，亦不必一筆抹煞也。故票據法無明文規定者，自應依其習慣法，其他之私法尚在其次；雖原則上習慣之效力小於他之私法，然於特例上固可以法律明認或默許之也。換言之，票據之習慣規則，今日雖被票據成文法規取而代之，實則究未能盡習慣規則之量，而為成文的規定，此又吾人於票據法無規定時，而須適用習慣法之原由也。例如我票據法第一八條『為行使或保全票據上權利，對於票據關係人應為之行爲，廣於其營業日營業時間內爲之』，此固在法律有明文規定者；但營業時日究何所指，一讓諸各地之習慣，法律上不能與以列舉，惟有按照其地之習慣法以解決焉。

第三、何以又須適用民商法？票據自體關係雖與民商法之關係不同，但就廣義言之，前者究不能謂與後者漠不相關，不過處於特別之地位而已。故民商法對於票據法及票據習慣法，實具有普通法之資格，則在最後，當然可為補充之適用；在適用法律之國自不得藉口其為準據法所在之地，無票據法或習慣法之可供適用，遂以內國法代之也。

况有時雖屬於票據之特別規定，然亦不無與民商法之規定，有可共同適用者在，即不必重為規定，而吾人於適用之時仍然有依其民商法規定之必要。例如票據時效，以票據之有關流通，採用短期時效主義，為票據法之所特詳；但關於其時效之中斷問題，時效期間能否以法律行為伸縮問題，與夫得否預先拋棄時效利益問題，皆屬民法上之規定，當然依準據法所在國之民法決之。

至於附託於票據自體關係而表現之一般私法上關係，其須適用準據法所在國之私法，更無待言。例如取欺委任背書，各國票據法大都規定之，但一進而研究取欺委任背書人與被背書人間之關係，則實一般私法上之委任契約關係，對於有無報酬及報酬多寡等事，票據法上自不規定，自惟依準據法所在國之一般私法決之。

『圖表二十四』

票據之分類表

以「記載」為分類標準

依受款人之姓名記載而言

記名票據

歐陸法系各國限於此種票據

英美法——皆承認之

無記名票據

日本法——匯票金額在三十圓以上者許之

我國法——見票即付之本票金額在五十圓以上者許之

依票據要件由誰記載而言

空白票據

票據要件之記載或全部或一部歸之受票人

依給付標的而言

金錢票據

多數國家限於此種票據

物品票據

意商法第三三三條承認之

票據

以「給付」為分類標準

依給付地點而言

與發票地之關係

國內票據——發票地與付款地均在國內者

外國票據

國際票據——發地與付款地一在國內一在國外者

與付款人住所之地之關係

同地付票據——付款地與付款人住所地同地者

異地付票據——付款地與付款人住所地異地者

以「其他」爲分類標準

依資金關係而言

委託票據——資金關係存於委託人與付款人或承兌人之間

非委託票據——資金之義務人爲發票人

依發票方面而言

普通票據

還原票據——日稱戻手形，我國學者稱回頭票

執票人對其前手所發之票據

依票據冊類而言

原本

由發票人發行之

複本

匯票——冊類全備

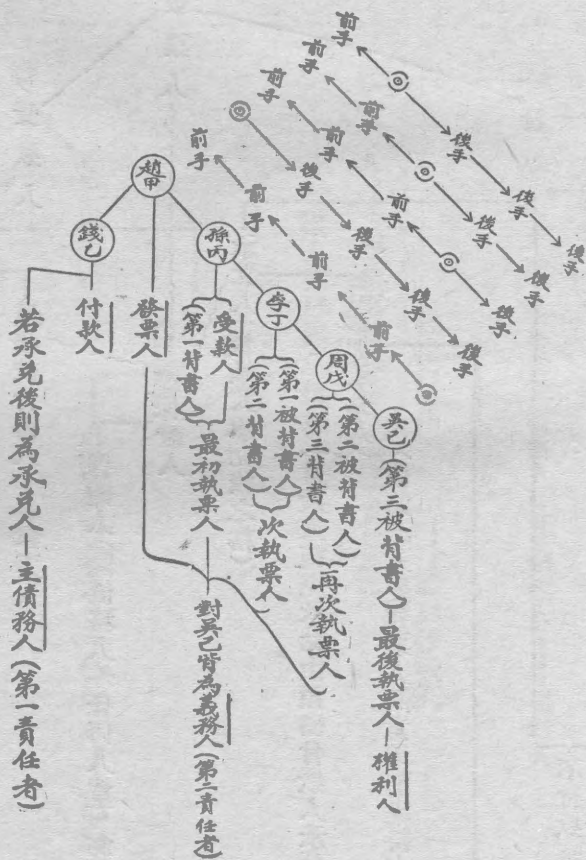
本票——複本無之

謄本——由執票人作成之

支票——複本謄本均不通用

(註)此外又有商業票據與非商業票據之分，銀行票據(由銀行發票)則前者之一種也。

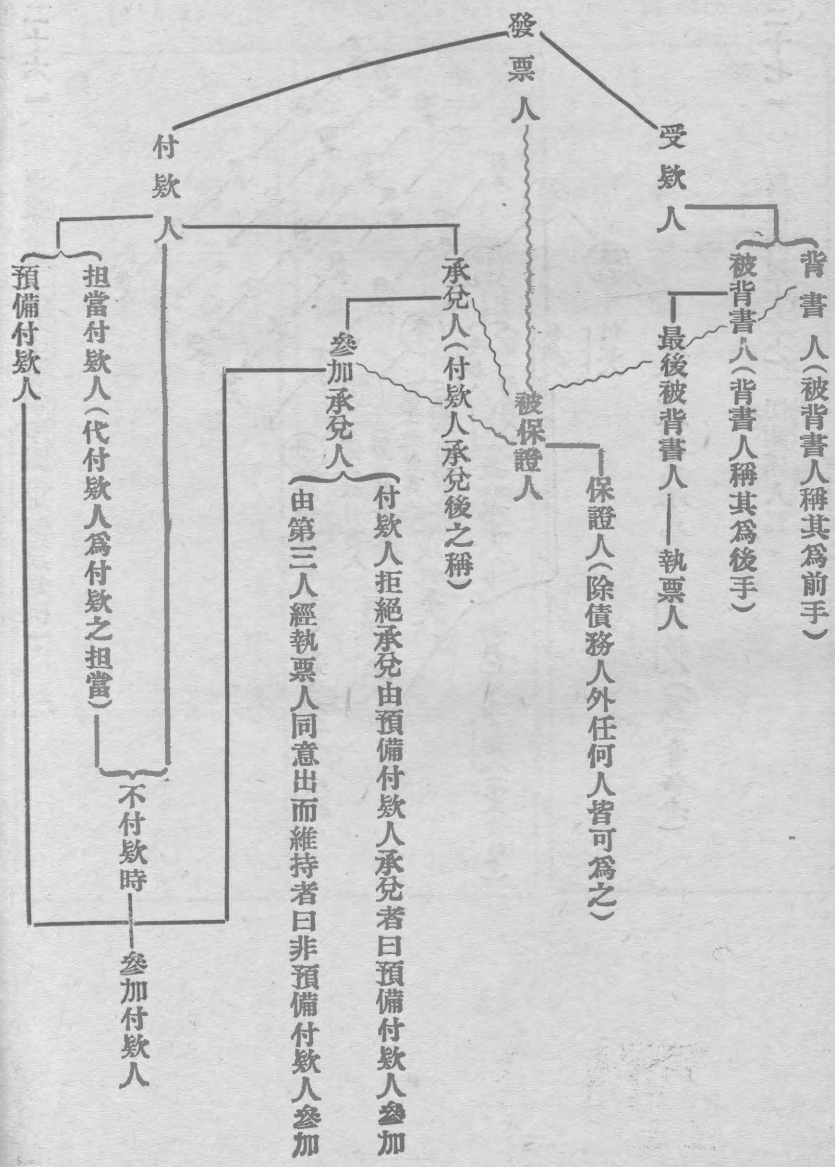
「圖表二十五」 票據之雛形圖



「圖表二十七」

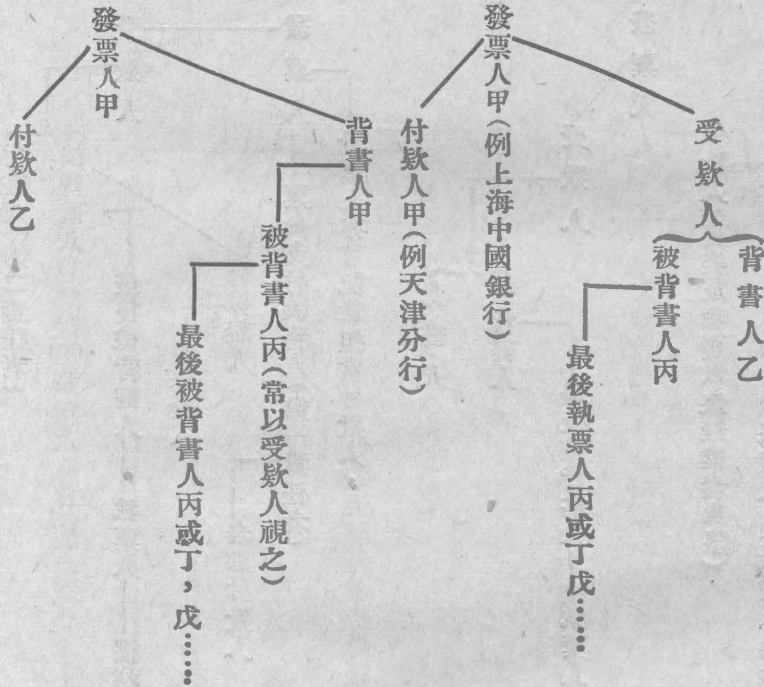
票據問題中之之一切關係人圖

關於匯票之圖 (A)

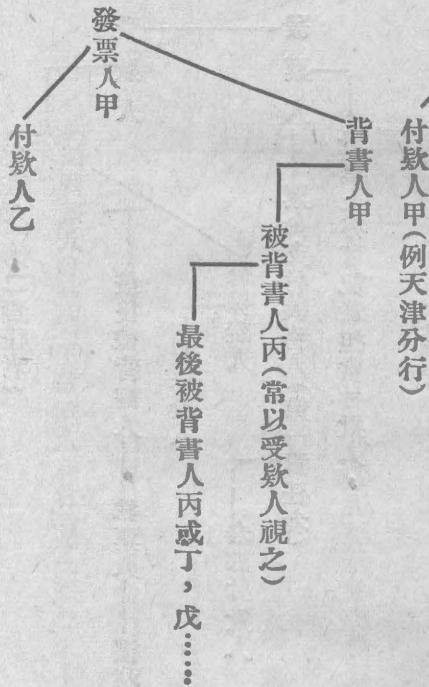


「圖表二十八」
對已匯票及指已匯票圖

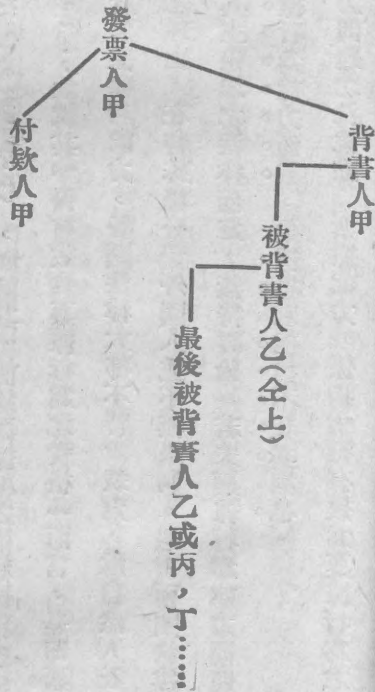
圖票匯已對 (A)



圖票匯已指 (B)



(C) 對已兼指已匯票圖



(註)對已匯票以發票地與付款地異地者為常，其目的在增加票據之流通力；指已匯票多在商品買賣之時為之，其目的在達請求銀行貼現之效用；至於同時以一人兼有匯票上之三人格，立法例上有認許者，有否認者。

第十一章 民事票據法

票據自體關係既與一般民事關係而分立，自不能混而論之。但同時票據自體關係之存在，又往往使吾人連帶而想及其民事上之關係若何；兩種關係之本質固不容混，兩種關係之表現則常參錯，故縱在德國法系之國，其票據法中亦恆有涉及民事上之規定，不過較為普通者，如票據約問題，票據資金問題，

則讓諸民事法之規定耳。我國余榮昌之票據法講義，日本松本蒸治之手形法論，皆於其第一章中，特設一節以論列之；而曼利於其所著之國際民商法論，在票據法一章中，亦設有特節，論及民事票據法；愚做其意，特將民事票據法之適用，先為論及。

此種論列，固以票據法中所規定之民事關係為主，但雖非票據法中所規定者，而在研究票據問題之時，所能聯想而及之事，亦未可置諸不論。不過票據之民事關係，其範圍極為廣泛，為敘述上之便利計，自未能一一於此及之；故擬言者，皆其犖犖大端而已！

(一) 票據能力

票據能力 (Wechselfähigkeit)，如就其「能為票據上之權利義務主體而言，是曰票據權利能力 (Wechselrechtfähigkeit)；如就其「得有效為票據行為之資格」而言，是曰票據行為能力 (Wechselgeschäftsfähigkeit)。關於票據權利能力，各國法律大都不特設規定，故自然人及法人均得為票據上之主體；不過有時基於公安之理由，在特殊場合對外國人或不無限制。遇有兩國法律互相衝突之點，在國際私法之解決，惟有依其主張地之法律而定，無待詳論。若夫票據行為能力問題則較複雜，通常所謂票據能力者，大都指此票據行為能力而言，票據權利能力不在其列也。

(甲) 票據能力問題之注意點 票據能力既係指「得有效為票據行為之資格」而言，此票據行為云者

，無論稱其爲單獨行爲，抑稱爲契約，要皆不失法律行爲之一；故票據行爲亦同於其他之法律行爲，首先發生行爲能力之問題也。且依原則言，票據能力應有如何制限，大都適用於一般法律行爲之規定，因之，一般法律行爲能力規定之衝突，票據行爲能力自亦統屬於其中。然深言之，票據行爲非盡同於一般法律行爲，則其行爲能力問題之發生狀態，即不必毫無特殊之點；而各國在票據法中，更或有特殊之規定；於是對票據能力問題之適用法律，遂又不能不首先注意矣。

第一、對於票據行爲爲獨立行爲之注意。無能力人依民法之規定，實無負擔票據義務之資格；故關於票據能力問題，根據其所已確定之準據法，決定該義務人爲無能力者，當然使其債務歸於無效。然須注意者，票據行爲固爲負擔票據上義務之行爲，但其行爲因發票，背書，承兌，參加，保證等關係之不同，而又各成相互獨立之行爲，是謂票據行爲之獨立性。易詞以言，凡發票人，背書人，承兌人，參加人，保證人等，簽名於票據者，各個人負其獨立之責任；其中縱有一人，因無能力而使債務歸於無效，絕不影響於其他簽名者之權利義務（我票據法第五條，日商法第四三八條參照）。例如禁治產人甲發行票據與乙，乙以背書移轉於丙，丁又與以承兌；甲之發票行爲，倘依我民法第七五條應歸無效，其票據等於未發行，法律上可謂無票據之存在；然乙對於丙之背書責任，丁對於丙之承兌責任，並不因之受何影響。票據行爲之效力各自獨立發生，其原因在便利票據之流通，非此之所應論者，惟既有此種原則之存在，吾人對於票據能力之適用法律時，亦應首先視其問題發生於票據行爲之某一場合，以之爲斷。

第二、對於行為能力的一切規定之注意 何人有票據能力，何人無票據能力，無票據能力者之票據行為，其結果又若何；此固依其所已擇取之準據法決之；然票據能力不必皆規定於票據法中，故必進而適用民法上之規定。例如日本大審院曾彙示票據行為適用民法一般規定之結果，其涉及能力問題者，若「無意思能力者之票據行為無效」；「無能力者之票據行為，從民法之規定得取消之」是也。又如決定票據能力問題之準據法為中國法時，則我民法第一三條，第一五條，第七五條，第八二條等之規定，皆得對於票行為能力問題適用之。更如準據法為法國法時；其商法第一一三條及第一一四條，既有妻及未成年者不得署名於匯票之特別規定，則亦惟有先於民法而適用之也。

(乙) 票據能力問題之準據法 依何國法律而決定其人有無票據能力，是為國際私法上之主要問題。各國對此問題所採之主義頗不一致，約而言之，不出三種：

第一、屬人法主義 其中又可分為本國法主義，及住所地法主義，蓋屬人法採住所地法主義之法律，對於本問題亦依於住所地法，而非依於本國法故耳。此種主義昔在歐洲頗為通行，且為法國學者所唱，故有舊主義之稱。姑舉二三之例以明：葡萄牙商法第一二條云，「葡萄牙人於外國，外國人於葡萄牙國，其負商人義務之能力，各以其本國法定之；但外國人於其本國法，須保留反於葡萄牙公法之場合。」票據能力之準據法即在其解釋中。法國法之於票據法，曾無明示之適用規則，然學者則以其民法第三條第三項之規定為基礎，認為於發票人，背書人，保證人之資格，其在匯票上負有義務之能力，從其本

國法定之；蓋只就其義務之性質，決其爲應如此，不必問及爲民事爲商事也。觀於威斯（Wies）對於判例，於或種場合有不適用外國人本國法之傾向一事，大加攻擊，即可知矣。他如在德國票據會議中，盧俾克（Lubek），布勒門（Bremen）等邦，亦皆係採本國法主義者。總之，無限制採用屬人法主義之國，外國人之於內國，內國人之於外國，能否有票據行爲能力問題，一依於義務者之屬人法是決；舉凡未成年與成年之問題，外國之禁治產及其由此所生之能力限制問題，皆屬之。惟須注意者，外國經營商業之既婚婦，在其營業範圍內，得負有票據上之義務時，則不得援用其本國法上既婚婦通常所有之救濟手段，而致發生能力問題。又國際習慣上一大原則，無論在採何種主義下，皆若是也。

按此派對於票據能力所以傾向於屬人法主義者，其故不外基於國際民事法上「身分能力依屬人法之原則」而然。且根據「無論何人不可不知對手方法律上地位」之理論，認爲對於票據能力之適用當事人屬人法，亦無何等不便。縱使外國之未成年人爲票據行爲，必詐示其爲有能力者，而後始見信於吾人，遇此，自可依民法之規定，使其票據行爲有效，又未見其於吾人實際之利害上有何影響，故票據能力之準據法，認爲仍以採屬人法主義爲當。

雖然，商事之法律關係貴於迅速，究不必皆與民事關係爲同。票據之事，誠不限於商人間有之，而實以貿易場合爲習見；時值今日，商業貿易頻繁之際，苟絕對採屬人法主義，於爲票據行爲之前，必先調查對手方國籍何屬，住所何在，依其地之法律有無能力，非特事實上所困難，抑且爲交易之阻塞，此

已非可也。况票據之性質，以能流通爲貴，無能力者之票據行爲常歸無效，今專注重義務人之本國法，或住所地法，對此流通之性質，亦必使其大爲減色也。

第二、屬地法主義 一稱行爲地法主義，英美學者以票據行爲爲契約關係，故又稱爲契約地法主義，此外或更稱爲領土法主義；因唱此說者多爲英美人士，因之學者又有英美主義之稱。英美對於一般行爲能力問題，原採住所地法主義，致歐陸多數學者屢認爲英美對於票據能力問題亦如此，其實非是，曼利已明辯之矣。依此主義，不問當事人之屬人法如何規定，其票據能力惟就其票據行爲地法決之。惟須注意者，此票據行爲地，係指真正爲票據行爲之地而言，未可擬以其他之行爲地。例如當事人相約票據能力，服從於或種行爲地之法律，此固非許；即使票據上所記載之行爲地苟係假託，則當事人之能力，亦不可以其地之法律爲其準據法；蓋因關於能力規定不應依當事人意思之原則故也。又如仇托 (Titia) 主張以發票地之法律定票據能力，此亦僅能使發票能力若此，如背書能力，承兌能力，參加承兌能力等，均以發票地法爲其準據法，是顯然違背票據行爲之獨立性，亦非所謂行爲地法主義也。

按此派對於票據能力所以側重屬地法主義者，其故不外票據有關於商業交易者甚巨，苟必一一調查對手方之屬人法，始爲票據行爲，頗爲迂遠，不切事實。然反對此一主義者，則謂依此說，不有票據能力之外國人，在內國爲票據行爲，其能力依內國法而決，是不特侵害內外人平等保護之原則，且於頃刻之間，不啻化外國人爲內國人，過甚用之，必不免常召外交上之抗議；至於不能有效執行於義務者之所

屬國或住所，更不待言。故說者遂斷定此一主義，倘係因外國政府之挑釁，對之而為報復手段，未嘗不可，若以之為原則，終覺不宜也。

第三、折衷主義。因屬人法主義及屬地法主義各走極端，於是又有併合兩主義之長，而創一折衷主義，普通稱為新主義者是：此新主義以本國法為原則，以行為地法為例外，對於絕對的本國法主義，又有相對的本國法主義之稱。在折衷主義中，關於本國法之適用亦不盡同：德國，瑞士，瑞典，匈牙利，塞爾維亞，日本皆採此說，我國及意大利亦可歸入之。

茲先就德國法述之，德國民法施行法第七條第三項之規定，票據能力問題雖亦包括於內，但其票據法第八四條，仍有特別規定曰，「外國人負擔票據上義務之能力，依其本國法定之；但依其本國法無票據能力之外國人，依內國法有能力時，就其在內國之票據行為，負票據上之義務」。德國之採此折衷主義，係於票據會議席上以對於九票之十票而通過，其最大理由不外，凡在內國為法律行為者，應視其為一時之臣民，而服從於內國法；且在外國人之本國，縱有相反之規定，內國終無「認外國人在內國所為有特權」之義務。為說雖不適當，但其實際上之結果，頗便於商業交易，且外國買主，集於內地，並不因其為外國人而有害於票據之安全，正如伯倫知理(Burke)之所稱讚也。一八八五年之盎凡爾法案，一八八八年之布魯塞爾法案，對此原則莫不承認。

次再就瑞士法述之，瑞士債務法第八二二條，亦有同於德國票據法折衷主義之規定。謂「外國人負

擔票據上義務之能力，依其本國法定之；但依其本國法爲無能力者之外國人，當其在瑞士所爲之票據行爲，依瑞士法爲有能力時，仍負擔票據上之義務」云云。瑞士法之與德國法異者，不僅規定外國人在瑞士之票據能力，並規定瑞士人在外國之票據能力，即第八二二條第三項「關於瑞士人之票據能力，不問其住在內國，抑住在外國，皆適用本法之規定」是也。惟其解釋則有兩種：苟不受他種特殊規定之變更，而爲原來之解釋，則住於外國瑞士人之票據能力，不問住在國之是否使瑞士人服從於瑞士法律，不可不斷定其爲服從於瑞士法者：苟受其居住居留民法第二八條第二號之影響，而爲變更之解釋，則住於外國瑞士人之票據能力，惟限於住在國不使瑞士人服從於其國之法律時，始能爲瑞士法之適用也。

次再就我國法述之，我國對於票據能力問題之解決，無明示之適用規則，自不能不援用法律適用

條例第五條之規定以解決之，依第五條一二兩項之精神而言，仍不外一折衷主義也。茲須特別提出者，我票據法草案第二條對此問題，曾有明文規定：與海牙統一規則第七四條之內容相同，對於德、瑞法之精神又稍有異，故一及之。依其規定，「票據債務人之能力依其本國法定之；本國法有規定適用他國法者，即適用他國法律；依前項所指定法律雖爲無能力者，然依他國法律爲有能力者時，其在他國領土內所發票據，仍屬有效」。此固亦折衷屬人屬地兩主義所設之規定，但其爲異者，在探本國法主義之際，兼承認反致法或轉致法之作用耳。例如英國以滿二十一歲爲成年，我國以滿二十歲爲成年，蘇俄以滿十八歲爲成年；倘滿二十歲之英國人發行票據於我國，依其人之本國法爲無票據能力，但英國法既對票據

力探行為地法主義，即依我國法認其爲有能力，是反致法之用也；倘滿十八歲之英國人發行票據於蘇俄，則我國對於此英國人票據能力之解決，亦可根據轉致法之作用，依蘇俄法認其爲有票據能力也。至於年滿十六歲之英國人，倘在土耳其或波斯爲票據行爲，則在其領土內所發之票據，仍屬有效；因土耳其以十六歲爲成年，波斯以十五歲爲成年故耳。此端則係兼探行爲地法也。

次再就日本法述之，日本法之精神同於德瑞法，惟無特殊之規定，仍不外適用其法例第三條而已。第三條第一項係採能力本國法主義，第二項係以行爲地法限制本國法之適用，合而言之，則仍不失爲一折衷主義也。說者或根據日本商法施行法第一二五條之規定，謂日本係採相對的行爲地法主義，而非德，瑞之折衷主義，殊屬非是。蓋其商法施行法第一二五條之規定，可稱爲票據成立要件之準據法，與票據能力問題並無何等關係也。

末更就意國法言之，其票據能力之準據法，非依法例第六條之規定，而依商法第五八條之規定。此規定係以契約地法爲原則，若係同國人間之法律行爲，其行爲能力則依其本國法，故與以上所述之各種折衷主義又自不同。但厄斯配笙 (Esperon) 則持相反之見解，謂關於票據能力，舉凡意大利一切之普通適用法則，皆能適用於票據方面，如是則維持法例第六條之適用矣。然商法第五八條之規定，既係對法例第六條爲排斥條款之性質，厄斯配笙之說，當然非宜。

(二) 票據代理

票據之行爲須簽名於票據，簽名者更須依票據上所載之文字而負其責，學者稱爲票據上之責任。但同時票據行爲亦爲法律行爲之一，則關於其署名，自可如一般法律行爲，得由代理之爲之，是曰票據代理。票據代理原可適用民商法上關於代理之普通規定，以其爲民事或商事之性質而然；但票據法上亦往往有特殊規定，而與民商法上之普通規定多異其趣；不過雖有後之規定，前之規定並非正式且絕對地被其排斥，故後之規定依然一民事或商事之性質也。至於代表人之爲法人在票據上簽名，固係別爲一事，究不無與票據代理有共同之點，特於左列各段中附及之。

(甲) 適法代理問題 吾人知票據行爲不限於本人，可由代理人爲之；故凡發票人，背書人，承兌人或保證人皆不必自簽其名，得委託他人代簽其名，或由其已有之代理人簽之。前者如經理人之代商業主人在票據上簽名是；後者如監護人之代被監護人而簽名是。惟票據代理與一般代理稍有異致，在一般代理。代理人於代理權限內，以本人名義所爲之意思表示，直接對本人發生效力；換言之，本人對於代理人代理權限內之行爲，直接對之而負責任耳。其在或國家，承認商人之特殊地位者，對於商人間所有商行爲之代理，更基於商業貴於迅速之理，代理人雖不明示其行爲係代理本人，對於本人亦生效力，又不必遵守民事法上須明示爲本人代理之旨，如日本是。在票據代理，則有兩個關係，一爲民商法上之代理。

能關係，即本人對於簽名代理人，依民商法之規定，直接負其責任；一爲票據上之關係，簽名者對於債權人應依票上文義負其責任，不問民商法上之代理關係如何。苟簽名者欲僅以代理人之資格，使本人直接對債權人負票據上之義務，多數國家皆於票據法上規定代理人之爲票據行爲，須載明爲本人代理之旨，而簽名於票據者，始對本人發生效力，如我票據法第六條，日商法第四三六條之規定是也。至於公司或其他法人對於票據行爲，則多數立法例，僅記載公司等之名稱，而押蓋其印章，固不足表示其票據行爲有效；即僅由代表人簽蓋名章，而未載明代表公司或其他法人之旨，其責任亦由代表人自負之。蓋票據爲文字證券，權利之效力依所記載之文字而定，故取得票據者，僅注意其記載文字，而不問簽名者之果爲本人，抑爲代理人或代表人，因之，代理人或代表人之簽名而欲使本人或法人負責，即不可不注明爲本人代理或代表法人之旨。

各國對於票據適法代理問題，大體上不出以上之規定，人苟真爲代理人，示本人之名於票據而簽名時，本人因此負其票據上之義務；非然者，本人得不負其責。但其票據上之關係雖可如是解決之，而本人與代理人間之關係，各國法律之規定則不一致，或則民事代理與商事代理有別，或則民事代理與商事代理同例，於票據代理之單純代理關係，究應如何是決？此既不關於票據自身問題，自惟有依普通民商法所適用之原則定之。易詞以言，普通民商法對於代理問題之如何適用法律，此際亦如何適用之。例如畢氏國際私法典第二五五條主張「代理人之義務，從委任人之商事住所法」，倘民商事之一般代理，採

此規定，則簽名於票據之代理人，與本人間之關係如何取決，亦惟有依此同一規定。如其地之民商法與票據法規定相同，自無何等問題；如非同一，則票據責任何屬，惟有依票據法之規定，而代理人與其本人間之權利義務問題，與其或方損害之如何救濟問題，又分別情形，各依其民法或商法之規定而決也。

(乙)無權代理問題 無代理權而以代理人名義簽名於票據者曰無權代理。此種無權代理有僅適用民商法之規定者，有特適用其票據法上之特殊規定者。據民商法一般之原則，無權代理行為須經本人追認，始對本人發生效力，否則無權代理人須對善意相對人負損害賠償之責，但無直接履行債務之義務（我民法第一一〇條，第一七〇條，第一七一條參照）：苟其國之票據法上別無規定者，自適用其規定。然若我國票據法第七條，瑞士債務法第八二一條，則又基於票據為文字證券，執票人無調查其代理權限之義務，與夫票據貴於流通，尤不應隨便使票據上之權利歸於消滅之理由；認為無代理權而假設一人之名，記載於票據上，且並簽以自己之名者，在票據法上應由無權代理人直接負其債務之責任，自不得適用民商法上一般無權代理之規定。至於越權代理，就其權限外之部分觀察之，亦有視為無權代理之一種者，其適用法律時之衝突點，與上相同。

無權代理，既無真正之本人，或有本人而代理人超出其授權之範圍，則此代理人有如何義務，依於行為地法決之，乃通則也。蓋本問題牽及票據責任之點甚多，故應與票據關係之準據法為同一，詳如後述。至於公司或法人自稱為代理人時，則應適用其事務所所在地之法律，又當別論。

(丙)無權簽名問題 無其權而簽他人之名於票據，且亦未簽自己之名者，其責任若何？多數學者認爲此與票據之偽造或票上簽名之偽造有關，應依其偽造簽名地之法律決之；換言之，即不法行爲地法也。然亦有謂未經各人親自簽名之票據，實無真的票據簽名，簽名者自己支付其票據金額，只負民法上之責任，固不負票據上之責任，而亦不得以不法行爲論，一切仍依行爲地法決之。關於公司代表人之無權簽名亦同。此一問題，即在一國之判例上，因觀察點之異，而不一致。例如公司之代表人，爲自己或他人之利益，以公司之名義而爲票據行爲，日本大審院刑事判決，則認爲票據之偽造，公司不負責任；民事判決，則認爲私法上之代理人，苟在代理權限內，表示爲本人而爲之票據行爲，不問利益何屬，應由本人負責，不得以偽造視之是也。

(二)票據豫約

票據豫約者，以授受票據爲其標的之契約也。換言之，在票據授受之前，授受人間必有一種合意，而定票據之如何授受是也。其中有票據發行豫約與票據背書豫約之分；前者爲發行人與受票人間，關於票據種類，票上金額，期日前後，記名有無，付款地與付款人之擇定等等之豫約是；後者爲背書人與被背書人間，關於背書種類，被背書人對於背書人所與兌價之多寡等等之豫約是。茲再分及之：

(甲)票據豫約之法律性 欲在國際私法上解決票據豫約之準據法，當先確定票據豫約在法律上之地

位。票據豫約爲獨立之契約行爲，而非依票據法以成立者，蓋票據豫約非票據行爲之一，亦不能直接發生票據上之權利義務；乃爲發生票據行爲之原因，由此票據行爲，始發生票據權利義務之關係耳。故依於其豫約而爲票據之發行或背書，則其豫約即因履行而歸消滅，將來一切問題則屬票據關係，而與豫約無關。在昔雖以票據與票據豫約相混，然在今日則嚴爲分別，票據法上只規定票據行爲以後之事，而不及發生票據行爲之豫約；因豫約之是否成立，票據行爲是否與豫約相符，皆依民法一般規定而裁決之。

(乙) 票據豫約之準據法 票據豫約既爲普通契約之性質，純然爲民法上之關係，則關於其準據法之何屬，亦惟有依民商法上如何解決契約問題之原則定之。大抵以適用自由選擇法爲原則，若當事人意思不明時，則適用契約地法耳。至於不履行票據豫約之義務，以豫約自身不能發生票據上之權利義務，故雖可發生關於票據授受之通常訴權，而不得爲票據訴訟之主張，固無待言。

(四) 票據基礎

吾人知票據關係與其基礎關係絕然不同，基礎關係云者，票據原因，票據資金之謂也。在法國法系之國，票據關係與其基礎關係聯爲一事，認票據爲要因證券，尙以兌價文句爲票據之一要件；同時對於資金關係亦極多其規定，如關於委託票據之規定卽是一例。然在最新之立法趨勢，則將此基礎關係另爲

分立，認爲純然民法上之行為，與票據行為之本身無涉。雖我票據法施行法有關票據兌價之規定，票據法第一三六條有關資金之規定，然亦無礙其爲民事行為之性質也。夫既若是，則在國際私法上所決定其應適用之法律，自亦與一般票據關係之準據法不同。用分述之：

(甲) 票據原因問題 票據原因有稱之爲票據之兌價或對價者，即所以生授受票據之理由之關係是，此關係之實質或爲贈與，或爲買賣，或爲確保當事人間已存之法律關係，或爲消滅已存之法律關係，不一其例。要之，此一關係乃發票人與受款人間，或背書人與被背書人間之關係，與付款人與承兌人無關，一票據授受人間之報酬問題而已！此原因關係是否與票據關係有直接牽涉之處，自應依票據關係之準據法決之；惟如僅論及票據授受人間之報酬問題，是否成立，是否合法，則祇有依其爲原因之法律行為的準據法而定；換言之，我法律適用條例第二三條之規定，亦處理此事的適用規則之一也。

(乙) 票據資金問題 資金關係與票據之授受無關，乃付款人或承兌人與發票人或其他資金義務人間之關係：或如付款人受有發票人之底款，而對於其票據付款；或如付款人於付款後，始向發票人請求補償之是也。此種資金之關係，其實質除金錢外，或係付款人對於發票人原負債務者，或發票人與付款人預爲信用契約者，或縱無契約而付款人信用發票人爲其付款者。但無論如何，除法國法系外，資金關係斷非票據自體之關係，正與票據原因關係所處之地位同。故關於資金所適用之法律，惟有依其原債務，或信用契約等之同一準據法而決之；一純然之民事關係也。畢氏國際私法典第二六四條云，「如無明示

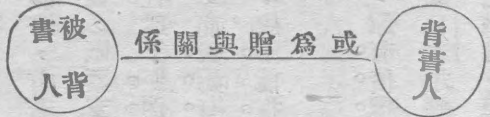
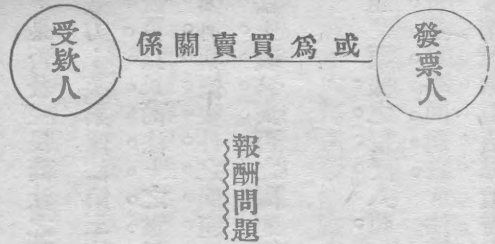
或默示之約定，則匯票發票人與其承兌人間之法律關係，依發票地法支配之，即係關於資金準據法規
定之一例也。因之，資金之請求權，並非票據上之權利，自不能依票據訴訟以爲請求。例如付款人既爲
票據之承兌，即不得以未受取資金之故，而免除票據上之責任；又如發票人亦不得以既供資金於付款人
之故，而拒絕執票人清償之請求是。

但於此則發生一問題矣。吾人知法國法律之法律，以票據上之義務與資金有密切之關係，故票據之
發出，要皆發票人對於付款人有債權而成。依法國不變之判例，執票人當發票人破產之際，特有一種重
要之權利，換言之，即資金移轉於執票人手是。但如付款人所服從之法律不以資金關係爲票據關係，而
否認資金移轉者將如何處理？或則主張票據之發出，僅限於發票人及付款人雙方之法律許爲資金之移轉
者許之；或則主張以發票地之法律爲其準據法。實則此問題之性質，乃因民事票據法與票據關係法之混
同而起，自以前說之解決爲妥。

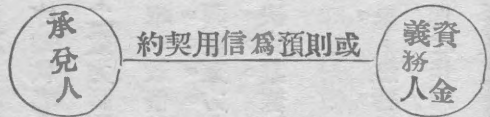
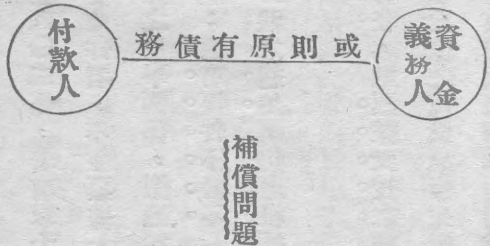
『九十二表圖』

圖係關礎基據票

(A)
圖係關因原



(B)
圖係關金資



(五)他種問題

吾人固不能於茲，且不應於茲，將所謂民事票據法之法律適用問題，一一提出而討論之；但尙有數事，頗關重要，亦不可不略及之：

(甲)票據記載無效問題 票據為要式證券，故其作成如不具備票據法上所定之記載事項，即不能發生票據之效力。反之，若記載非要件之事項者，在票據上則以無效為原則。但例外或又有以票據之偶素

視之者，即不記載者聽，記載者同樣發生票據上之效力；或又有以其認為破壞票據之要件視之者，即記載者，根本使票據之自身歸於無效是。所謂以無效為原則者，亦非法律上全然不生何等之效力，而在民商法上之效力，仍然享有之。於茲，有一問題：一事項在甲國不視為票據要件者，在乙國則承認之，或視為記載以後，則發生票據上之效力，此因其與票據自體關係相涉，不屬民事法之範圍，自應依票據要件之準據法決之，無待再論。然如當事國同視為只發生民商法上之效力，若法國法系以外之國，大都以原因字樣，資金字樣之記載視為無效；而各國民商法之規定，又不相同，此應採何國法律處理之歟？又如缺欠票據要件之事項者，是否發生民商法之義務，有若瑞士債務法第八〇二條，署有以十字架代名之票據行為，不生票據上之效力；英票據法第三條，匯票支付委託而附有條件者，不生票據上之效力諸例，將依何國法律決定其是否再負民商法上之責任歟？照例，此事為純然之民事關係，似應採取一般債的關係準據法而遵從之；但因有票據要件之問題，而後始有非要件之問題；因有要件不備不生票據效力之問題，而後始有發生民商法上義務與否之問題；故不能推重於自由選擇法之適用，仍應根據決定票據要件問題之準據法為斷。

(乙) 票據授受效力問題 票據之授受人間，原有債權債務關係之存在，則票據授受之結果，影響於其債的關係如何，此亦一普通民事問題也。法國日本之判例及學說，以票據之授受只發生確保之作用，除當事人有特約者外，並無消滅原有債權債務之效力。德國舊派學者及其他國之判例，認為票據之授受

有更改之作用，換言之，既存之債權債務，因票據之授受即歸消滅是也。涉外的法律關係中，遇此問題將如何解決之？此仍然適用普通債的準據法為善，如我法律適用條例第二三條所規定者，即其方法之一。除恐在國際法私本論第十四章所述之理由，解釋吾人對此問題，所以仍採債權固有法主義外；即在此問題之自身上，最近各國學者，大都主張依當事人明示默示之意思，定票據授受對於原來債的關係之效力如何，僅於當事人意思不明時，始可解為有確保之作用；則吾人在國際私法上問其適用如何之法律，自亦應保持自由選擇法之精神較妥。至於因票據授受而生之交付手續，當然依交付地法，不再冗贅。

(丙) 票據各種轉讓問題 票據轉讓通常以背書方法為之，此屬於票據上之關係，當依票據關係準據法決定其一切。但若當事人不為背書轉讓，僅依通常程序以交付為轉讓，是否發生民商法上之義務，乃一問題。又發票人為背書之禁止時，其票據雖不能依背書而讓與，能否依普通債權讓與之方法而為讓與，更一問題。又期限後背書作成於拒絕付款證書後，或作成於拒絕證書期限經過後者，其背書人不負票據上責任，然必如何而發生通常債權轉讓之效力，亦一問題。凡此，固皆屬於民事法上之問題，但與票據背書之法律關係相互有所表現，自應依票據背書之準據法辦理，再質言之，此各種問題之解決，惟有以行為地法為其準據法而已！

以上係關於票據權利轉讓之事，茲更進而一論票據義務轉讓之事：票據義務在票據法上，係因負責之簽名行為而生，承兌人既對任何執票人有付款義務，而任何前手亦對於其後手有補償責任，不能謂可

轉讓也。但在民事法上則往往有之。例如關於包括貸借兩方之營業轉讓，一般國家則認為此係債法上包括繼承之一種，營業之讓受人與繼承人同，對於營業上之債權人負其義務，故雖前營業主之票據簽名，其義務則移轉於繼承人；但亦有認為雖為包括繼承之營業轉讓，前營業主仍不得免除票據上之義務者。值此場合，營業之讓受人是否負票據上之責任？如僅係對營業讓與人之關係而言，當然依商事法上關於營業轉讓之準據法決之。如係對執票人之關係而言，仍然本諸票據關係之準據法決之，即營業之讓受人欲代讓與人解除票據上之責任，亦必依其準據法上之民事規定而為之是也。

(丁) 票據貼現押匯問題 票據貼現，日本稱為手形割引。凡未到期之票據，例不能向付款人支款，但銀行可代付款，而向執票人要求每百圓貼補若干費用，是謂貼現。匯票押匯，日本稱為荷送為替。凡甲地商人售貨於乙地商人，不待達乙地即欲支款，於是以提貨單交甲地銀行，銀行除去往來日期之利息，及相當之酬勞費，付餘款於甲地商人；而甲地銀行遂以提貨單寄至乙地銀行，令乙地商人備款換取提貨單，以之取貨，是謂押匯。凡此問題，皆在商事法之範圍，而又與銀行有直接之關係；其應採之準據法，自為銀行所服從之法律無疑。

(戊) 取款委任背書問題 取款委任背書云者，執票人以委任取款為目的與被背書人以行使一切票據上權利之權限背書也。各國法律皆有此項規定，我票據法第三七條亦及之。專就取款委任背書自體論，當然屬於票據關係之範圍；但就此項背書人與被背書人間之關係論，則屬於一般私法上之關係。易詞以

言，取款委任背書人對於被背書人有如何之權利，例如取款委任之目的不能達，得否收回其票據是；被背書人對於背書人享如何之利益，例如有無取得報酬，及報酬多寡是。此等關係之準據法，因其仍屬於一通常債的性質，首應尊重當事人間之契約，不能不採自由選擇法主義。必當事人間無特約時，則惟有進而依委任地法決之。

(己)同一當事人間問題 票據之關係人，非立於同一地位者，如發票人之與受款人，背書人之與被背書人，執票人之與承兌人等，此為另一問題，非此之所論者。茲特提出之事，為立於同一地位之關係人，其所負之權利義務，及其相互間之權利義務，應依何國法律而定之歟？發票人，背書人，因法律上大都許二人以上為共同之簽名，故有共同發票人，共同背書人之事；其對於執票人之關係，在我國為連帶負責（票據法施行第五條），在美國為共同負責（紐約流通證券法第一一八條）；此當然依票據關係之準據法決之。但在發票人或背書人相互間之法律關係，則屬民事之性質，國際民商法之原則，得適用焉。受款人之為數人者，付款人之為數人者，保證人之為數人者，其相互間之法律關係，亦適用民商法之原則而決定之；但牽及票據關係者，自在例外。至於有數預備付款人為參加承兌時，各國法律上大都讓執票人任選一人，使其參加；有數人為參加付款時，各國法律上大都須執票人擇其能免除最多債務之人，受其付款；故鮮民商法上關係之存在，當另成一問題。

(庚)第三人之清償問題 凡以自白之方式，承認票據上之義務時，發生如何權利與否之問題，此當

然屬於民法上第三人償還之事。例如：承兌必須付款人或其法定代理人爲之，別人不得於參加承兌外而代庖之，苟代庖時在票據法上則爲無效，但在民商法上則或可以第三人之資格負其責任。又如：支票之在我國，及德奧荷等國，無參加付款之制，但實際上苟爲參加付款者，亦自無妨，惟所適用者，仍爲民法上關於第三人償還債務之規定耳。凡一種法律關係，是否爲第三人償還之關係，抑爲票據關係，此當然適用票據關係之準據法決之；如已確定其爲第三人償還之關係，其所適用之法律，則依一般民商法之準據法定之。

(辛) 票據利得償還問題 票據之利得償還云者，票據上之債權，或於法律所定期限內，不爲票據行爲而消滅，或不爲提示，或忽於作成應有之拒絕證書而消滅，使執票人對於發票人或承兌人於其所受利益之限度，得請求償還是也。此種權利之規定，雖票據法中有之，如我票據法第一九條第四項，日本商法第四四條，德國票據法第八三條皆是；然其關係則非票據自體之關係，仍係一般私法上之關係耳。如前所述，德、法諸國承認爲此救濟制度之存在，但若英美法即無此種利得償還制度之規定；即在同一承認此制度者，關於利得償還請求權之行使主體，行使範圍，成立要件，最後結果，各國立法例亦未見其完全一致，遇有此種問題，將以何國法律是探乎？愚以爲此種請求權，雖與民法上不當得利之性質相似，而義務人之利得則非無法律上之原因，自不能依事實發生地法；但謂其屬於契約所生之債務關係，依然非是，更不能適用契約關係之準據法。於此，惟有適用當事人之共同屬人法，如無共同屬人法時，

則適用發票人或承兌人之住所地法焉。

第十二章 票據關係法

票據關係法者，係將民事票據法除外，專指關於票據自體之特別規定而言，故又稱爲固有票據法者是也。蓋票據法規原有廣狹兩義，廣義票據法，關於票據之特別規定固在其內，卽民商法上之一般規定亦含之；狹義票據法僅就票據特有之法理關係論之，票據關係法卽係指此。不過，如前各段所述，各國票據法中亦嘗有關於民事之規定，但除法國法系外，無非因便利而然，非皆認爲票據自體之關係也。票據自體之法律關係，最主要者爲票據要件，票據效力等事；至於票據支付，票據時效，票據訴訟等事，雖與票據行爲之本體有密切關係，而究非其本體上之事，故另論之。

(一) 票據要件

票據行爲係包括發票、背書、承兌、保證、及參加承兌等行爲而言，支票中之保付行爲亦屬之。因票據爲要式證券，故其行爲之成立，須以一定之款式爲其要件；此一定之款式，一決之於票據之本體，不許以票據以外之事實，或當事人之意思，補充之或變更之。凡一票據如不依法律規定，而記載其事項時，縱使其行爲不歸無效，但亦必否認其票據關係之存在，票據效力之發生也。然則所謂票據要件者，

簡單言之，不外票據行爲之成立，須具備法律上一定的款式之謂也。

票據所遵守之一定的款式，其性質既爲票據行爲成立之要件，缺欠其款式者，其票據行爲自始即不成立；故不能絕對與「以行使或保全票據上權利爲目的之行爲方式」，同等論列。國內學者每對票據要件一事，以「票據之方式」爲標題；而各國學者對此，亦不少有唱爲方式上之問題者，皆屬非是。蓋票據法上票據行爲之款式云者，非僅一形式問題，兼具有實質問題，票據行爲之成立也，唯在於斯，較之通常法律行爲之方式，不無特殊之意味耳。况就實際上言之，縱以普通法律行爲之方式問題解釋票據要件之事，然其結果，國際民法上，關於法律行爲方式之原則，於票據法上仍不能有所適用，即勉強適用之，亦必大有變更，則吾人自不必爲此混淆之舉。此不僅管見如此，曼利已先愚而闢之矣。夫若是焉，則關於拒絕證書作成之方式等事，乃純然一方式問題，具亦非票據行爲自體成立之形式的要件，故反通例而另及之。茲特將票據要件分爲公法的與私法的兩大類以述：

(甲)票據行爲之私法上的要件 私法的要件云者，在法律上必依如何要件，始發生票據上義務之謂；換言之，或種證券應視爲票據歟，抑應視爲單純之指示證券，與債務證書歟，皆以是否備有此種要件決之。故此種要件，以之對票據行爲人有無真實意思而言，固不能稱爲「實質的」，以之就票據行爲之成立言，則亦非純粹屬於「方式的」；吾人縱於通常用語上，稱票據要件爲票據款式，但不能即視其爲普通所謂法律行爲之方式之事也。欲決定票據要件準據法之何屬，當先一及票據要件之衝突點何在：

第一、關於私法上的要件之衝突點

因關於支票者，愚將特別於本編最後一章中，有所討論，故僅

以匯票本票示例。

(a) 就發票行為之要件言 發票(Drawing)行為，日本稱為振出行爲。其主要之衝突點，有如下述：

(1) 在法國，票據須記載一定之文字，如兌價文句，指示文句是；英、美、德認票據關係與基礎關係分離，故否。此其一。(2) 德、匈、俄、意、瑞士、瑞典、日本，及我國，於票據上須表明其爲票據之字樣，如匯票須記載「匯票」文字是；法、比、英、美則否。即在同認有此項記載者，或則以國語爲必要，或則認爲商業上通用之英語亦可，仍難爲同。此其二。(3) 英日我國票據債權之標的以金錢爲限，故票據上須記載一定之金額；但意大利、羅馬尼亞等國則並認物品之票據，故一定金額之記載即非唯一之要件。即同爲須有一定金額之記載者，在英美及我國，於票據金額下，並得記載利息及利率；德、匈、俄、意，則對支付利息之記載視爲無記載；奧國對於此項記載者，其票據根本無效；日本、法國對此無明規定，其有效無效依學者之意見爲斷；已自不同。而記載金額文字與其號碼不符者，我國、英、美以文字爲準；德、匈、意、俄、瑞士則以數額少者爲準；依然有異。此其三。(4) 我國、日本、俄國承認對已匯票之事，故許發票人與付款人同爲一人之記載；德國、匈牙利、瑞士則限定此項記載，須以發票地與付款地不同在一地者爲條件，瑞典、挪威，及法、意、比國之學說，則有此項記載者爲本票而非匯票；英、美則或爲匯票，或爲本票，由執票人自己定之。此其四。(5) 英、美，對於不記載受款人姓名

之無記名式匯票許之；德、意、法、俄、瑞士禁之，日本則以匯票之金額在三十元以上者始可。此其五。⑥他如關於指己匯票之事，發票人自己為受款人之記載，屬於匯票者，其記載固為各國所承認，但在指己本票方面，則有承認之者，有否認之者，不一致，如德國一般通說及判例皆否認指己本票是，瑞士亦然。匯票發票人除以自己記載為受款人外，同時復記載自己為付款人時，德國判例，英國法律，皆承認此三種人格之同時存在，我國票據法第二二條並有明文規定之；但在日本等國既無明文規定，學者亦皆反對之，顯然不同。此其六。⑦關於發票年月日之記載，在我國，及歐陸國家，以其與發票日後定期付款匯票之到期日之起算點，見票即付匯票，及見票後定期付款。匯票之提示期間之起算點，極有關係，並以有年月日之記載，可藉知發票人於發票時有無行為能力，故認為應記載之；但在英美及葡荷牙之法律，則認為不必要者，依英票據法，票據上缺乏之日期，不得作為無效，得於某種情形之下，為之補填原來日期，藉以推算到期之日，故發票年月日，於發票之前填就，或發票之後補填，均無不可。此其七。⑧關於付款之記載，在英、美、比、及我國，不視為絕對之要件，如我票據法規定未載付款地者，得以付款人之營業所，住所，或居所所在地為付款地故耳；但在德、匈、瑞士、俄、意則以為必要，日本學者如松本等對於其商法第四五二條之解釋，謂不記載付款地，而付款人之姓名或商號旁，亦不附記其地址，其票據即應無效，即後例之一。此其八。⑨關於發票人表示責任之簽名，歐西各國普通只以簽字為定；瑞士債務法第八二〇條更規定署有以十字架代替名號之票據行為，不生票據上之效力；

日本則以自署爲原則，但得以記名捺印代之；我國票據上之簽名，亦得以蓋章畫押代之；形式不必盡同。此其九。(10)關於空白票據之發行，俄國，英國，美國之法律，皆明文允許之；德國，意國，日本之法律，則無明文規定，惟德國於解釋上則定爲有效；我國，無顯明之規定，學者以其危險性大，多主無效，其他各國必有同然者。此其十。

(b)就背書行爲之要件言 背書 (Indorsement) 行爲，日本稱爲裏書行爲，其主要之衝突點有如下述：(1)近世多數立法例皆承認複本背書之制，但比利時之票據法，背書人只能在票據之背面或黏單上背書之，複本上爲之者無效。此其一。(2)記名背書中，法、荷、比、西，以記載背書之年月日爲其要件；英、美及多數國家則反之。此其二。(3)無記名式背書——即空白背書，係不記載被背書人之姓名或商號，多數國家大都承認之，然在法國商法及法國法系之法律則否認之。此其三。(4)他如背書人表示責任之簽名其款式之異，與發票之簽名同，不再冗贅。

(c)就承兌行爲之要件言 承兌 (Acceptance) 行爲，日本稱爲引受行爲，其主要之衝突點有如下述：(1)多數國家之法律，承兌須在票據正面爲之，如德票據法第二一條，我票據法第四〇條第一項所規定者是；但亦有承認於票背書承兌者，爲同一有效，惟不常見（參照謝菊曾票據法概論第一一頁）；在美國數州，更許於票據之騰本或黏單，甚或別紙，爲承兌行爲；其他數州，並有以口頭承兌爲有效者。此其一。(2)我國法律，承兌須記載承兌字樣，由付款人簽名，英國，坎拿大，及美國多數州（如紐

約)，法律上亦皆規定承兌，必須出之繕寫，而由付款人簽押其上。然在我國，雖有記載承兌字樣，僅有付款人票面之簽名者，亦以承兌視之；在他之各國，承兌字樣爲承兌不可少之要件，執票人得要求承兌人爲承兌字樣之合法的繕寫，承兌人如不允之，即視其票爲拒絕承兌，此其二。

(d) 就保證行爲之要件言 保證行爲者，以担保由主票據行爲所生債務爲目的所爲之從票據行爲也。其行爲之成立，須以在匯票（或本票）或其騰本上記載保證字樣爲必要，此項記載之在各國，事實上亦可於黏單上爲之，惟我國則不承認黏單上之保證。(1)但無論我國法或德國法系之法律，爲之於他種書面，則不生保證之效力。反之，在法國商法及其他法國法系之法律，却認票據之保證，得於他種書面上爲之，顯然有異。此其一。(2)保證人之簽名應由有保證人資格者爲之，始生效力，此具有保證人之資格者，我國法，票據債務人不與其選；然在他國法中，亦有認爲即使爲票據債務人，亦得更爲他債務人之保證人，負票據上之責任；因之其簽名之有無效力，遂因法律之規定不同而異。此其二。

(e) 就參加承兌行爲之要件言 參加承兌行爲之成立要件，有三種規定：我國，英國，日本之法律，參加承兌應在匯票正面記載一定之款項，由簽加承兌人簽名，不得於票據之騰本或黏單爲之；德國，匈國之法律，參加承兌認爲得於騰本爲之；西班牙，葡萄牙之法律，參加承兌則於拒絕證書中爲之，法國亦然。

據上以觀，各個票據行爲之成立要件，列國法律之規定迥不相同，遇有一票據關係而有涉外的原素

存在時，自不能不慎求其所以應爲準據之法律也。

第二、關於私法上的要件之準據法。說者有謂票據行爲一般的要件之準據法，應適用『因法律行爲而發生之債』之準據法；換言之，即我法律適用條例第二三條之適用是也。故票據行爲之成立，須從當事人之意思，選其所準據之法律而適用之；倘當事人之意思不明時，則依行爲地法；惟在內國爲票據行爲，自當依內國法云云。此種主張，殊爲錯誤：一則票據行爲雖爲法律行爲之一，但票據行爲所成立之法，以命令規定爲主，自不容當事人有選擇之自由，觀於在內國爲票據行爲者，須依內國法之事實，即可知矣。二則票據上之債務人，不能以票據法上無規定之事由，爲其抗辯，故對權利人負有嚴酷之責任，所謂『票據強力』者是，普通債務人絕不若是；兩者性質既異，又怎能適用同一之準據法？三則票據行爲各個獨立，縱此一票據行爲之成立，其要件可許當事人自由選擇其適用之法律，他票據行爲未必皆然。四則發生票據之債務的原因，固應以適用我法律適用條例第二三條之規定，爲正當辦法；但此原因關係，甚或預約關係，皆與票據關係兩不相涉，票據行爲之是否成立，皆無關於其事。蓋票據關係之成立，票據要件之是重，其以前之種種關係皆爲其掩蔽矣。可知說者之持論，更將票據基礎關係與票據自體關係，混而爲一，遂不得不有此失。

今日學者通說，大都以行爲地法爲解決此一問題之唯一準據法，於例外則兼採本國法及內國法耳。但其所採之論據，亦有非吾人所能贊同者。用分兩項述之：

(a) 關於準據法之原則者 一八八五年國際法協會之國際規則草案第二條云，『匯票本票及其背書 承兌保證之成立及效力，依於爲此等行爲地之法律；但關於票據署名者能力之規定保留之』；畢氏國際私法典第二六三條云，『匯票之發票，背書，保證，參加，承兌……等款式，從各行爲之成立地法』；日本商法施行法第一二五條第一項云，『在外國所作手形行爲之要件，依其行爲地法律』；英國票據條例第七二條中云，『匯票之發票，背書，承兌，及參加承兌之解釋，除本法有特別規定者外，依行爲地之法律定之』；我票據法草案第三條云，『票據締結之款式，依其締結所在國之法律』；他如德國票據法第八五條，瑞士債務法第八三三條，海牙統一規則第七五條，以及匈牙利，意大利之法律，皆有相類之規定。可知此一問題之解決，依行爲地法，乃今日普遍之現象，已成一公例也。

何故而須如此？此在表面上當然係依場所支配行爲之原則而然，但不能完全解釋其爲謀個人之便利，稱其與一般法律行爲之方式採行爲地法，爲具有同一之作用也。場所支配行爲之原則，所以見採於此者，其故不外，凡在票據，其法律行爲以一定之要式條件，爲之基礎，而此要式條件皆具有強行之性質，缺一卽失票據之效力；票據行爲既成立於其地，苟不依其地之法律，其票據行爲根本卽難成立，此所以內國人或外國人在內國或外國所爲之票據行爲，只須遵守此行爲要件成立地之法規者，卽認其票據生有法律上之效力也。且依行爲地法，內國票據縱有涉外的原素，仍可準據內國法律而強行之，外國票據縱有涉內的原素，仍可準據外國法律而強行之，均可以行爲地法主義是解，而又可保持各國票據法規之

強行性，兩有所便，爲用甚當。至於介於二國間之國際票據，任何一國之法律，既不能完全支配票據行爲之全體，而任何一種票據行爲之成立於某地者，在原則上即處於某地票據法規之強制性下，更覺以行爲地法之適用爲便利也。

惟所謂行爲地法者，固指票據行爲成立地之法律而言，此在背書，承兌，保證，參加承兌等行爲中，自可依其事實而斷之；但發票行爲中，除票據上未載明發票地者，通例即以發票人之營業所，住所，或居所地爲發票地外，倘記載之發票地，而爲非真的記載時，則此行爲地究何所指？在理論上，自應絕對依於真的行爲地法，以定其要件；但判例上則有採與此爲反對之見解者。曼利會例示：宣言在瑞士所發出之票據，記載倫敦爲發票地，而其票據適合於英國法之要件時，雖與瑞士法之款式規定不同，則仍有效云云。依此判例，票據上所記載之發票地，不必即眞爲其發票之地，行爲地法之適用，惟以票據記載之發票地爲其對象，故一部分學者遂謂票據上所以記載發票地者，其目的不外於國際私法上適用行爲地法之時，作爲依據而已！然依愚觀之，苟以此種理由爲正當，則票據上所記載之發票地，縱使就眞的發票地而書，亦應以意思表示視之；發票人對發票地之任意記載，頗有趨重自己選擇法主義之嫌。葛隆和德 (Gronow) 曾發折衷之論，謂票據成立要件所依據之行爲地法，採眞正行爲地之法律，抑採票據所記載之地之法律，應就票據取得者之善意惡意而別；惡意者則依眞正行爲地法，善意者則依票據上所載地法。顧所謂善意惡意者，頗不易定其界限，則此種區別於實用上可謂全失其效。吾人於此，只有認爲

凡無特殊原因，而故意不記載真實行為地，以圖達竊法舞弊之目的者，根本應禁止其發出；倘一旦發出，則根據票據強力之理論，票據流通之論據，仍應承認其記載地為正式之發票地，不過對發票人在票據關係外，另課以罰金，或令負以因此而引起他故之責任，即可。要之，在此情形中，為顧全事實上之便利計，對於一切利害關係真為票據行為之地，或法例上認為不必依真正行為地（見後（b）項）之時，其行為地亦惟有以記載於票據上之發票地為其標準。但在理論上，此種辦法終有攻擊餘地，故吾人亦只可曰：『票據上所記載之發票地，與行為地同視之而已焉！』

行為地法固為此一問題之唯一準據法，但德國學者中，有以此行為地云者，實即契約地法之謂，故有時稱票據成立之要件，依其契約地法定之。不過票據行為為法律行為之一，究為契約，抑為單獨行為；縱某一種票據行為為契約性質，而其他是否皆然，學者聚訟盈庭，尚無統一之論，自不如仍以行為地法稱之，較為概括。曼利又謂依行為地法與依住所地法者，概同其結果，故於此，得同與巴爾以行為地法與住所地法等視之；依其意，似亦可稱票據成立之要件，依住所地於定之。實則不然！此際雖同其結果，不過行為成立地與其住所地偶合於一，不可以之為訓；蓋票據行為為人於其住所外，而為票據行為者亦恆有也。况住所無定，常有遷移，苟謂依住所地法，則在舊住所地所為之票據行為，而依新住所地法定其成立之要件，斷無是理。雖曰，可依行為成立之當時住所地法，但何不直稱其為依行為地法，更為簡當乎？

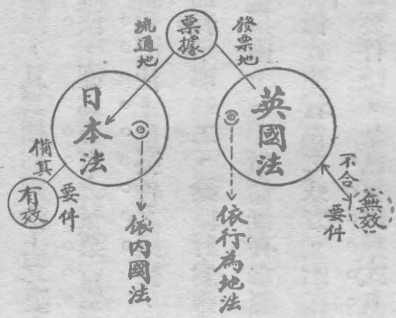
(b) 關於準據法之例外者

巴爾及其他之學者，嘗主張「各票據行為之形式為有效者，以遵守行為

地法已足」；此不過在通常情形中若是，但欲便利票據之流通，保持票據之特性，擴大票據之作用，則仍不能不有例外。惟是所謂例外也者，絕不能純然歸結於行為地法原係一任意法之理由，而認為「採行為地法者，本係謀個人之便利而然，則自無強其非依此原則不可」云云。此例外之所以設，不外兩種情形，有如左述：

第一種情形，在內國附加於「基本票據」而為之票據行為，如對發票行為而為之背書行為等是，雖基本票據不適合於外國作成地之法律，而適合於內國之法律時，在內國所附加之票據行為仍發生其效力

『十三表圖』
票據要件準據法之例圖



；同時，此基本票據行為之成立要件，在此場合，即非依其行為地法，而依內國法也。例如在英國發行票據，以其要件不具備，歸於無效之後；乃輾轉流通於日本，而於日本法律上要件具備時，其票據於日本即為有效，許其依票據關係之定則而流通之是。日本商法施行法第一二五條第二項云，「不拘前項規定，其在外國所作之手形行為，有具備日本法律所定之要件者，雖按外國法律尚有未備之要件時，爾後，在日本所作之手形行為，則為有效

」，即關於此一例外之規定。

其理由：一、票據法之制定，具有強行性質者也。外國發出之票據，雖未具備外國法上之要件，而既流通於內國，且具備內國法上之要件，則爾後所爲之票據行爲，即不能否認其爲非正當之附屬行爲。苟依行爲地法，認爲原有之發票行爲根本不能成立，則在內國所爲之背書行爲等等，即不免發生疑義。夫根據具備內國法上的要件之票據，而爲背書行爲等事，猶不能決然確定其效力，則票據法之強行性質，究何由而表示耶？二、票據行爲雖有主行爲與從行爲之分，要皆爲相互獨立之行爲。背書行爲等固須爲於既存之票據上，而所謂既存之票據者，非必純然在實體上爲絕對有效之票據，即於款式具備之票據上背書之，仍發生背書之效力。此在純粹內國票據已然如是，今外國票據縱不適合其成立地之要件，而適合內國之要件時，是已構成款式具備之票據之性質，自難仍認爲無效之票據，而使其附屬之票據行爲，亦生問題。三、外國票據雖在成立地不具備條件，而以無效視之，但既流通於內國，並具備內國法上之要件，於此際苟不採內國法決之，不僅在法理上有所抵觸，即對交易之安全，經濟之發展，亦有絕大影響。蓋票據義務人儘可以票據之根本無效，希圖免除其責任，縱使其抗辯不能成立，亦足以害及票據之流通，而阻礙商業之活動也。至於此一例外之設，對於或國家不以票據文字爲必要，或認無記名票據之存在，或認爲有兌價文句及指示文句必要之立法例，有其實用，自不待言。

第二種情形，內國人在外國，欲對於內國人負票據上之義務時，得依於該外國法，或兩人所共之內國法而爲票據行爲；換言之，同爲內國人相互間所爲之票據行爲，雖行爲地在外國，則不限於絕對依外

國法，故許其於行爲地法及本國法兩端，由當事人自由選擇其所服從之法律也。但如當事人之一方，僅爲內國人時，則無此種選擇權利。反之，在內國之外國人，對其本國人爲票據義務之負擔，而依其發票人本國法所爲之票據行爲，亦只能由其本國視爲有效，若以後此票據雖入於內國人之手，則不得更爲有效。因之，此種例外，亦只限於內國人在外國對於內國人所爲之票據行爲情形下許之。日本商法施行法第一二五條第三項云，「日本人在外國對於日本人所爲之手形行爲，具備日本法律中所定之要件者同」；意謂此種票據行爲縱不具備其行爲成立地法律之要件，而具備內國法律所定之要件者，其票據在日本亦爲有效，即明例也。

其理由：一、在此情形中，涉外的要素不外「地」的一點，而「人」的關係則純爲內國的，一國家除萬不得已外，必不願使自已之法律不能支配自己之人民，於是遂推定內國人雖在外國發出票據，而究有服從內國法律之意思，且亦應於可能範圍內，使其服從內國之法律，屬人主義遂大顯其作用於茲。二、行爲地法之爲任意法一點，雖不能解釋一切之例外，而在此一例外上，則可作爲相當之論據。即，既許其服從行爲地法，固法理上之當然，究亦含有多少便利於其中，同爲內國人則其對內國法更所熟悉，只須適合內國法上之要件，在此一場合，自可認爲其票據行爲之成立，不其更爲便利歟？

於茲，尚有一事須聲明者，即，此一例外，不過使本國法居於選擇之地位，行爲地法仍有其效力也。但巴爾等學者，對於此情形中之同國人相互間之票據行爲，認爲如許有例外之事，即應絕對地爲本國

法之適用，不應再留一行爲地法之選擇。依其說，內國人在外國對內國人所爲之票據行爲，固應如是；卽外國人在內國對外國人所爲之票據行爲，亦宜遵之。此在公平之原則上頗是，然無解於票據法現在一國內之強行的性質，且不啻將行爲地法主義推翻，而代以行爲地法兼本國法主義，自非善策，學者不取焉。

(乙) 票據行爲之公法上的要件 此係指票據之貼用印花而言。蓋票據行爲之成立，固以具備私法上之要件爲衡，然如在發票行爲中，各國大都實其爲印花之黏貼，苟不黏貼之，卽有問題發生。觀於票據上所以須有發票地之記載者，學者卽稱其意在知票據之是否遵守印花稅法；所以須有發票年月日之記載者，學者卽稱其意在足知其應否遵守印花稅法；雖其說有人非難，而印花貼用與票據行爲成立之關係，其密切則甚顯然，可以知矣。茲再分兩段及之：

第一、公法上的要件之衝突點 英國法，凡票據上之印花，不能於執行後補貼，如不依法貼用，或黏不足額，其票據概爲無效。故銀行對於票據之貼現，被背書人對於票據之承受，首須視票據之是否合於要件，次卽視印花之是否貼足，蓋同可因其缺欠而使票據歸於無效也。因之，不貼用印花之票據，在英國，卽不能提出於法庭之前也。歐陸法，不貼用印花之票據，僅對不貼用之人，視爲犯罪行爲，科以罰金，而票據仍爲有效。日本明治三十三年法律第五四號，三十七年法律第七號亦如是主張之。我國同於歐陸法。至於黏貼印花之地位，通常須於票面爲之；匯票之有複本者，只須黏貼一通，卽屬有效；但

是否皆須如此，抑或有其他之例外，皆依各國印花稅法之規定而異。此種衝突問題，將依何國法律而決之耶？

第二、公法上的要件之準據法。未貼用印花，或貼用印花而不足額，表面上似應依內國法，因印花貼用，乃具有公的性質故耳。實則不然，票據以富於流通之力為貴，輾轉讓與不限國境，苟依內國法，不免陷於法律關係於極複雜之境，自非所宜。且印花貼用，雖係出於公法上之條件，實際上仍一票據行為成立之要件，不過非如一般私法上的要件而已！其性質既是焉，故所適用之法律，依然為行為地法；質言之，即發票地法耳。例如由英國發出之票據，未貼印花，其票據之在他國自屬無效；反之，由德國發出未貼用印花之票據，其票據在他國仍為有效，蓋皆依發票地法而然也。此不僅國際法協會曾採是說，即英國重視貼用印花者，其對國際票據亦主張依行為地法。如其票據法第七二條中，有云，「在英王國內，發出匯票時，其票據依於發票地之法律，不為其未貼用印花而無效」，即明證也。不過在實際上，關於國外匯票等，發票人為預防將來之糾紛計，亦往往參照付款地法律為之辦理，自動地免除法律上之衝突者，恆有之也。

『圖表三十一』 票據要件之法律適用表

票據要件

一般的要件之準據法

法律行為準據法主義

行為地法主義

原則

(一) 自由選擇法(?)

(二) 行為地法

又有以契約地法稱者(?)

又有認為與住所地法有同一結果者(?)

例外

內國法之唯一適用

外國視為無效之票據

流通於內國並具備內國法規定之要件者

行為地法之選擇適用

內國人在外國對於內國人所為之票據行為

在前項情形中又有主張唯本國法之單獨適用者(?)

附加的要件之準據法(印花貼用問題)——行為地法主義

(二) 票據效力

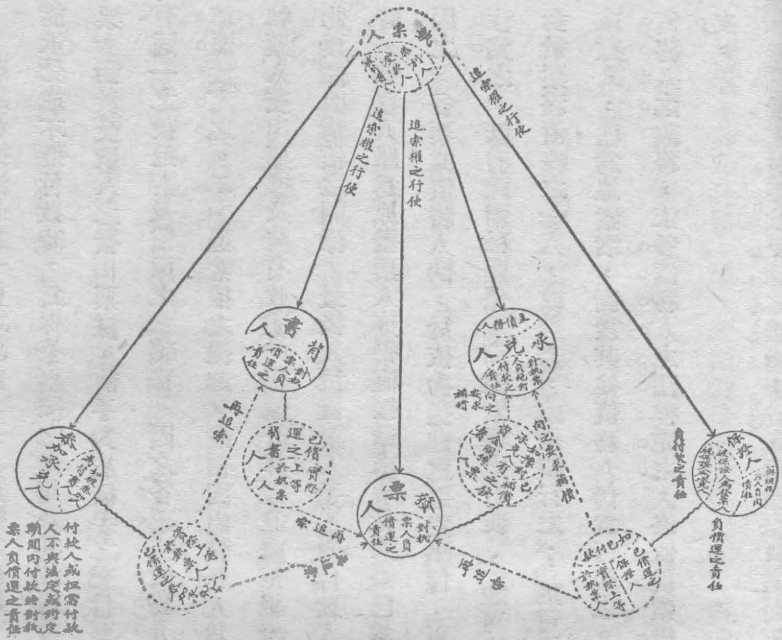
票據行爲具備一定之要件成立後，當即發生票據行爲之效力，換言之，票據行爲所生之權利義務是也；質言之，票據當事人之權利義務是也。如爲特別表明票據債務人在法律上之地位，又直可以『票據義務』稱。然依廣義言之，此票據義務不僅票據債務人負之，即所謂享有權利之執票人，於行使或保全其票據上之權利時，必履行一種必要之條件，從另一方面觀察，依然可認爲負有相當之義務也。用分兩段述之：

(甲)關於票據債務人之義務者 發票人及背書人之對於其後手，承兌人及參加承兌人之對於執票人，以及保證人之對於執票人，皆所謂票據債務人。故如發票人，因其發票之行爲，遂對於受款人及其以後一切人，負擔保承兌及付款之責任，而於票據不獲承兌或不獲付款時，法律上即使其負有償還之義務。又如背書人對於其後手，亦有擔保承兌及付款之義務，故拒絕承兌或拒絕付款之時，背書人須負以償還之責。又如承兌人因其承兌行爲之成立，即應依票據上所載之文義，而負付款之責任；縱如執票人爲原發票人，在一般情形下，承兌人亦應負此付款之責；到期而不付款時，更應與執票人以合法之損害賠償。又如參加承兌人，因其參加承兌行爲，倘付款人或擔當付款人不於法定及約定期限內付款時，參加承兌人須負支付一定金額於執票人之義務。又如保證人，因其保證之行爲，即與被保證人對執票人負同

一責任；被保證人爲發票人者，其所負之償還義務，自與發票人同，被保證人爲承兌人者，其所負之付款義務自與承兌人同。（更如支票之保付人，因其保付之行爲，發票人及背書人皆得免除其責任，保付人對於所保付之支票，卽向執票人負有絕對付款之義務是。）以上不過根據我國票據法規之定，略爲說明之，實則各國法律之規定，斷非一概如是，遇有涉外的法律關係，遂卽發生適用何國法律之問題。姑先以例明之：匯票到期不獲承兌或不獲付款時，執票人在行使或保全票據上權利之行爲以後，對於背書人發票人及匯票上其他債務人，得行使追索權，此固各國法律之所承認者。然在德、日法上，必拒絕付款時，始承認執票人之償還請求權，僅拒絕承兌時，只承認其擔保請求權，所謂兩權主義是；英美法上，完全否認擔保請求權，卽使僅在拒絕承兌時，執票人亦得對於前手爲償還之請求，所謂一權主義者是；法、比、葡國法上，拒絕承兌時，接受擔保請求之前手，得任意提供擔保，或逕行償還；以及西班牙、亞爾然丁法上，則由執票人於請求担保，與請求償還二者中，任選其一，所謂選擇主義者是。於是債務人所負義務之範圍及其表現，卽因此等規定之異，彼此之間大有差異，其他法律衝突之點，更不在少，故不能不妥慎地求其準據法之適用。

『圖表三十二』

執票人與票據債務人之關係圖（匯票）



第一、各種學說之取舍。此可分為兩大主義，一為準據法一貫主義，一為準據法各別主義。準據法一貫主義者，僅採一個準據法，支配所有票據行為之效力，為一貫的適用是也。準據法各別主義者，依於各個之票據行為，決定其各應適用某種之法律是也。因一票據上之各種票據行為，視為相互獨立而各別之行為，故今日適用前一主義者頗少其例。茲再就各種學說分別言之：

(a) 支付地法主義。支付地法云者，票據金額之支付地之法律也，支付地法主義者，謂一切之票據義務皆宜服從於唯一之法律，固不僅發票人，承兌人與受款人間之票據關係應如是，即背書人與被背書人，保證人與執票人間之票據關係亦然。此唯一之法律即支付地法是也。何以如是？分為兩端言之：

關於準據法必爲一貫之理由：一、票據之發出，以受取票據上所記載之一定金額爲最後目的，設不能承兌或不獲付款時，爲保全票據之信用及其流通力，又可對其前手或其他債務人行使追索權。因而發票人對於受款人之發出票據，前手對於後手之交付票據，保證人對於權利人之保證其票據之安全，皆負有同一之被追索及償還之義務。因之各票據債務人之間，可謂有一種共同之關係存在，自應以同一之準據法定之。二、追索權之提起，最初固由執票人爲之，但執票人之前手，如已履行償還之義務，則在執票人交出票據及附有收據的償還計算書並或拒絕證書之情形，又可對自己之前手行使再追索權。即使此票據因清償之關係，最後入於發票人手，倘付款人已經承兌，發票人並對付款人曾爲資金之供給，此時，執票人雖爲原發票人亦得直接請求承兌人（已爲承兌之付款人）支付，觀於『圖表三十二』自明。因之，各票據債務人間，於依次提起之追索事件，更可謂有一種連屬之關係存在，自亦應以一貫之準據法定之。既有此兩種關係，而追索權之行使，並可依『飛越追索權』之承認，得不依債務人之先後，對於票據債務之一人，或數人，或全體行之；更可依『變更追索權』之承認，得對於債務人之一人，或數人，已爲追索者，對於其他債務人仍爲行使之。在此情形下，苟不採用準據法一貫主義，而關於債務人之義務，依各債務人之法律定之，必使追索權之行使，極其混亂，而有種種意外不可測之結果矣。

關於支付地法見採之理由：一、票據之目的，不外票據金額之支付，當事人之所期望者亦在於此，

設發行票據而不支付，即無發行票據之必要；故支付地法實爲一切義務中心之一種，所謂唯一適用之法律者，非此莫當。二、票據爲流通證券之一，債的履行地非在債權人之處所，而在債務人之處所；票據關係中之債務人雖非一人，而主債務人却爲由付款人而變之承兌人，故其履行地即支付地，所以採支付地法主義者，實即一履行地法主義之意味耳。三、既爲履行地法主義之意味，則凡一切票據行爲之成立，當事人皆預存一履行地法於其目中，於是其權利與義務，皆可由猶豫的而變爲確定焉。主支付地法之說者，往昔各國判例頗多有之；學者中如卜羅賽 (Brocher) 羅稜繪 (Lorenzen) 諸氏亦有同一之意見。

按此一主義，於其採準據法一貫主義之點上，吾人知票據行爲之在今日，依發票、背書、承兌、保證，及參加承兌等事，而分爲各個獨立之法律行爲，不能以一整個的法律行爲視之，根本上即無所謂共同或連屬之關係存在，自無亟亟求其服從唯一的法律之必要。且各行爲人對其後手或執票人各負以嚴格之責任，根本上亦不必求其結果之相同；故雖執票人同時對債務人行使追索權，一則雖可爲償還請求，一則只得爲担保請求，此亦無何害也。蓋原本即爲互相獨立之數個法律行爲，其成立既非依據一貫的準據法，其效力曷可以一個準據法定之乎？於其以支付地法爲唯一的準據法之點上，更爲不妥！債的關係應否依其履行地法已有疑問，况僅以承兌人所在地法，爲一切義務之履行地法乎？且票據發行之當時，承兌人之義務尙未確定，而以之定債務人之義務，未免有涉武斷！

此外，學者中有謂「支付地不必一定，有時且有在數地爲支付者，而票據內對支付地亦常未能載明

，若推定當事人當發行票據時，有依其所不知之支付地法的意思，此乃未免過於牽涉附會者也；故支付地法之不當，自不待言」云云，用以爲反對支付地法之論據。但其持論，亦有疑問焉。蓋支付地之記載爲票據成立之要件，其未記載者則以付款人之營業所，住所，或居所所在地爲支付地；且此項記載必須單一，若記載甲地或乙地，或以金額之一部分於甲地付，他部分於乙地付，其記載皆失其效，故其持論殊非確當。不過以支付地解爲償還地，則其云云，或可爲駁斥支付地主義之理由。何以言之？追索權行使之結果，執票人之前手，前手之前手，以及參加承兌人，保證人等，對於執票人及其前手，皆可履行償還責任，而爲票據金額之支付。此各種債務人之支付地，不必皆限於一定之地點，並不必由一人爲全數金額之支付；票據行爲成立之時，更不必預知事實上有無償還之不幸，及償還地之究何所在。則欲以支付地法爲唯一之準據法，自不可通。

(b) 普通債權準據法主義 謂票據爲契約之一種，其行爲之效力，自應依一般契約之原則而定之。

契約，首依當事人自由意思定其準據法，意思不明時，依行爲地法，如我法律適用條例第二三條所規定者是。則定發票人等對執票人之義務，亦不得不先依其意思，意思不明時，再從行爲地法云。此說之代表，如畢氏國際私法典第二六五條云，「如無明示或默示之約定，受讓人與執票人間之權利義務，依受讓地法支配之」；第二六六條云，「在同樣之設例中，因背書所發生背書人與被背書人間之法律效力，依從匯票背書地法」；第二六八條云，「在同樣之情形中，票據保證依其訂立地法支配之」皆是。

按此一主義，最後適用行爲地法，固極妥當；然仍以自由選擇法置於最先，而引契約效力之法理以解釋之，則似不宜！票據行爲有特殊性質，不能與普通法律行爲相提並論，屢如前述，自不應與普通債的關係，採用同一準據法。畢氏國際私法典第二六四條「如無明示或默示之約定，則匯票發票人與其承兌人間之法律關係，依發票地法支配之」之規定，實際上並非一票據自體關係，乃一資金的關係，故可依普通債的關係之準據法；其他則與此情形異，自不可也。且票據法規有強制性，個人處此，實亦無選擇法律之絕對自由，故此種主義只一半之適用也。

(c) 行爲地法主義 準據法各別主義，以此說爲正宗。即，發票人義務，依發票地之法律，背書人義務，依背書地之法律；承兌人義務，依承兌地之法律；保證人義務，依保證地之法律；參加承兌人義務，依參加承兌地之法律是也。例如英國人在英國發出發票，交付於日本人，日本人於日本以之讓與德國人，而使其爲最後執票人；如一旦遇有拒絕承兌之事，對於發票人之英國人，依英國法雖可請求償還，而對於背書人之日本人，依日本只可爲担保請求而已！蓋以各種行爲相互獨立，自應如此也。一八八五年國際法協會之國際規則草案第二條之規定，一八三九年鄂爾敦堡 (Oldenburg) 王國之商法草案第一〇〇三條亦云，「因不支付而爲之償還請求，其適法不適法及其範圍，依於被請求人負其義務地之法律。」皆採此說。他如英票據法第七二條中，亦有「形式上之要件，於匯票之效力，依發票地之法律定之；其他如承兌，背書，參加承兌等附加的行爲之效力，在形式上之關係，依行爲地之法律而定」云云，

可供參照也。

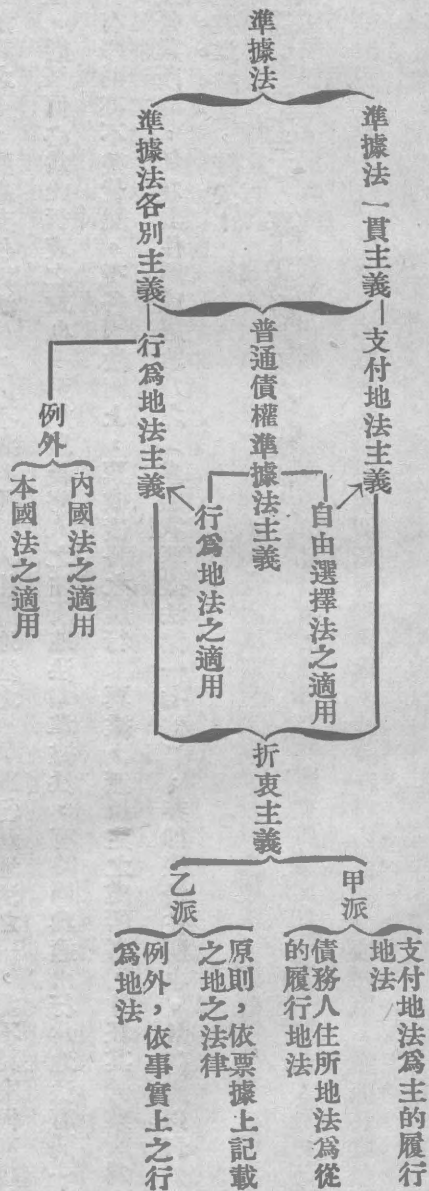
按此一主義，最爲妥善！其與普通債權準據法主義異者，在刪去自由選擇法之適用，惟將行爲地法之適用保留之，故其論據應亦有異：一票據之票據行爲，既各有其獨立地位，且非凡一票據，皆可預斷有同一數目之獨立行爲，除基本的發票行爲外，餘皆因票據之種類，流通之強力，臨時附加以他種票據行爲。故凡爲票據行爲者，只能推測其惟此行爲爲地之法律，置於目的，於是一票據所表現之各種義務，服從於種種之法律者，實不足怪。且在今日，國際貿易極盛，公私市場甚多，而票據轉讓，又多行之於交易所；倘於此等場所，爲票據之行爲，而排斥行爲地法，則商業與金融，皆蒙不少之損害，此又今日各國傾向於行爲地法主義之一因。况票據行爲之成立要件，既採行爲地法主義，其效力與之採同一準據法，自更便利。於此，吾人更可知票據效力之準據法，雖以行爲地法爲適用，設遇票據行爲成立要件，採有行爲地法例外之內國法或本國法者，則此問題之準據法，亦有同一之例外在也。

(d) 折衷主義 謂票據義務之所以採支付地法者，爲重視債務之履行也；支付地法主義縱有不妥，而此履行地之意味，終不可沒。票據因承兌而付款，固爲票據債務之履行，即追索而償還，亦爲票據債務之履行。於此，惟有將支付地法易爲履行地法；其所謂履行地法者，則非僅指一支付之法律，凡各種償還地之法律亦及之。然則此履行地法究爲何法律乎？質言之，證券債務之履行，係就債務人之住所而爲，票據既爲證券，自難例外；故依履行地法云者，實即依義務人之住所地法也。例如巴卑斯替(Babe-

recht) 謂票據行爲效力之決定，不可不依事之性質上履行地之法律。其所謂事之性質上履行地法者，卽票據義務人負有義務地之法律；亦卽提起訴訟地之住所地法也。故巴氏之最後結論，雖亦謂『發票人之義務，不可不依發票地之法律，背書人之義務，不可不依交付地之法律；承兌人之義務，不可不依支付地之法律』，固與吾人之見解相同，但其心目中，則實以履行地法之意味爲主觀，而一支付地法主義之變相論也。又有一派，謂票據債務之履行地，原則應依票據上記載之地，若無記載時，依事實上之行爲地；故仍非絕對排斥支付地法主義，不過於支付地法主義外，兼採行爲地法主義而已！

按此一主義，其目的不外使支付地法主義之餘勢保持之，遂以履行地法之解釋，救其危運。實則在此種解釋之下，所謂支付地法，仍不過爲義務人住所地法之一，或行爲地法之一，並不見有何高越之地位，則又何必爲此折衷之說也！至於以義務人之住所地法爲準據法，有時固與適用行爲地法有同一結果，有時則亦不盡皆然。况各國法例上，票據債務之履行，票據上無指定之處所者，首在其營業所爲之，無營業所時，始在其住所或居所爲之（參照我票據法第一七條），非卽限於住所也。故仍應以行爲地法稱其準據法，較妥！

『圖表三十三』 票據義務問題之準據法表



第二、行爲地法之適用。依上所述，決定票據債務人之義務，以行爲地法爲最妥之準據法，尙矣！

但行爲地法適用之結果若何，是即引起各票據義務者法律上之地位問題，用再擇其要端，分別言之：

(a) 發票人之義務。關於匯票發票人 (Drawer) 之義務，最重要者，爲依行爲地法，決定其有無被

追索之義務及其範圍。故此項發票人票據上之義務，雖自始即應照匯票文義，對於受款人及其一切後手，負擔保承兌及付款之責；必票據金額不獲承兌或不付款時，乃見其實效，行爲地法之實際適用，惟在此時耳。至於所爲地法在此情形中適用之例：有如朱立克市之某甲，以倫敦某乙爲受款人而發出之匯票

，某甲既立於發票人之地位，其償還義務自應服從於瑞士法。又如中國之發票人，對某外國人發出匯票

，並依中國票據法第二六條之規定，曾與受款人結有特約免除担保承兌之責；後，此票又由受款人讓與其後手，發生拒絕承兌之事，執票人縱依任何法律，要求提供承兌担保，但依發票地之中國法，發票人實無此種義務也。他如關於非票據義務，而為票據法上之義務，有若票據複本之發行，德國學者對德票據法之解釋，受款人請求者，限以三通，受款人以外請求者，限以一通；荷蘭商法則限於三通以下；英票據法國內票據無複本，國際票據通常複本為三通，但無法律上之限制；我票據施行法條十二條，匯票之複本以三份為限。則發票人所負發給複本數目之義務，亦以發票地法決之。此外若複本之發行時期，德，法皆主張於票據到期日後，甚或票據上權利因手續欠缺而消滅後，發票人仍負有交付複本於請求人之權利；而英，吉，利，西，班，牙之法律，則反對之；以及票據原本喪失以後，發票人有無複本發給之責，各國解釋亦不一致；凡此，皆同以發票地法決定之。

關於本票發票人 (Maker) 之義務，在一般情形中，皆與匯票之發票人異。本票發票人居於主債務人地位，同於匯票之承兌人，故對於執票人絕對負有票據金資支付之義務。除票上有擔當付款人之記載者外，即使執票人手續欠缺，發票人亦不得因此而免其責。不過其義務之範圍，與細則，各國亦難盡同，自惟有依發票地之法律解決。因發票地通常即發票人之營業所，住所，居所所在地，說者遂謂住所地主義，在此場合，與行為地主義，為同一之適用也。

(b) 背書人之義務 因各國關於背書之立法例，規定不能一致，而有衝突之事件，遂對於背書人 (

於第二六條發票人義務之規定是。不過發票人對於付款人有所謂資金關係之存在，背書人無此情形是其異耳。此一原則乃現在各國票據法之所共認者。他如各背書人相互間，除特別情形外，皆依照其背書之先後，定負責之先後；以及「各背書人責任範圍之大小，不能變更發票人及其被背書人 (Indorsee) 之權利義務」(畢氏國際私法典第二六七條)等事，皆日趨於統一。其結果，依任據何國法律皆可，行爲地法之在此場合，自無由顯其特殊之作用可知。

行爲地法之能實際表現者，可舉三種之例明之：

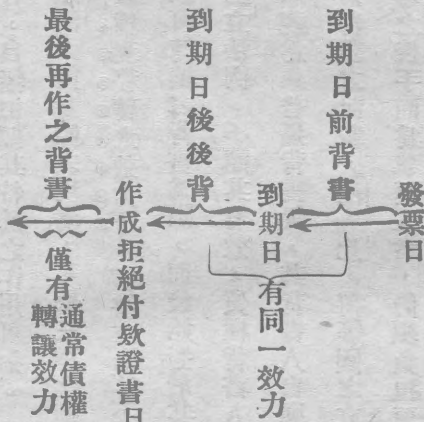
一，在權利移轉之效力下，係將票據上之權利 (或稱係票據所有權) 依背書而移轉於被背書人，其前提必以可轉讓之背書爲限，而後始對於其後手，負票據上之義務，有如前述者。但如質權背書，雖各國多數之立法例，不認其有效，質權背書人亦不負票據上之責任；而在法，意，葡等商法，及海牙統一規則，則視爲與普通背書等，其背書人自應負有票據上之責任。又如背書人於爲背書時，關於禁止其受讓人再爲背書之記載，法，比，荷等國之立法精神，不許有此事，則雖有此記載，視爲無效，背書人對於其後手之後手而爲執票人者，仍須負擔票據上之責任；但在德，英，日等國則許之，遇有禁止再背書之記載，背書人只對於其直接之後手負責任也。此種規定，彼此顯有衝突，自不能任選一法而適用之，惟有視其行爲地之究在何地而定。

二，在權利擔保之效力下，可以「到期後背書」爲例以明。到期後背書一稱滿期日後背書，或稱期限

後背書；謂票據到期日後所為之背書也。此時之背書是否與到期日前背書有同一效力，背書人之義務是否未變，則因各國法律規定之不同，而有問題。英，美法律，則僅規定，對於到期日經過後之背書，被背書人取得背書人同樣之權利。我國，匈牙利法律，及海牙統一規則認為到期日後背書，與到期日前背書，有同一效力，背書人須負票據上責任；但作成拒絕

『五十三表圖』

到期後背書圖



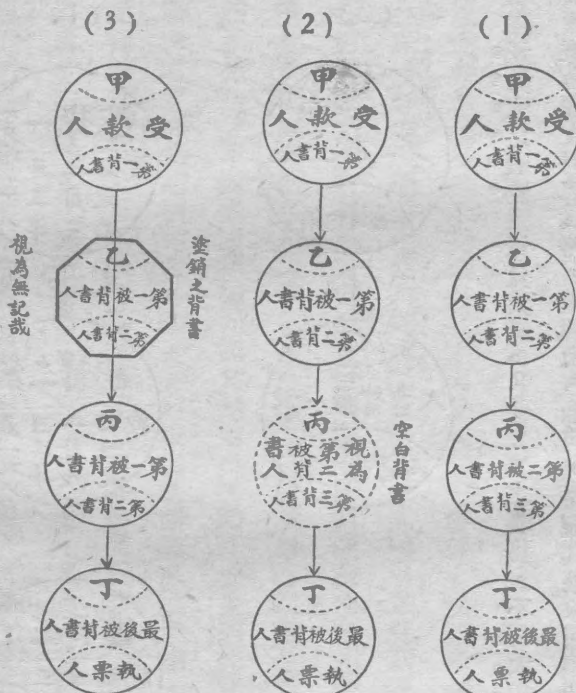
付欸證書後，或作成拒絕證書(Pareca)期限經過後所為之背書，一律僅有通常債權讓與之效力，背書人不負票據上之責任。德國，瑞士法律，則又以作成拒絕付欸證書後之背書，背書人不負票據上之責任，同於我國；但作成拒絕付欸證書經過以後之背書，其背書人須對於其承兌人及其後手之背書人之關係，負票據上之責任。各國對此規定既異，遂有依其行為地之所在，而定其適用

何國法律之必要矣。

三，在權利證明之效力下，執票人應以背書連續證明其取得權利之正當，是謂背書之連續。但此問題，各國法律規定亦不一致，因之，背書人對不連續之背書，是否負責據上之責任，即難一致。歐陸各國及我國法律，均認為背書有間斷時，執票人對於發票人及間斷前之背書人，無票據上之權利；即在間

斷後，雖有背書，執票人亦無行使追索之權。然在英國法，則探他之見解，如其票據法第五五條第二項「圖表三十六」背書連續及間斷圖

圖 續 連 (A)



(模範連續)

(變式連續)

(視同連續)

云，「匯票之背書人，根據其背書對於直接或間接之被背書人，當其為背書之時，即失其否認此票據之有效，及其票據所有之正當權原」，是受償還請求之背書人，苟從英國之法律，即不能謂其得以背書之間斷為引用矣。又如關於背書上年月日，苟有顛倒之記載，在我國及日

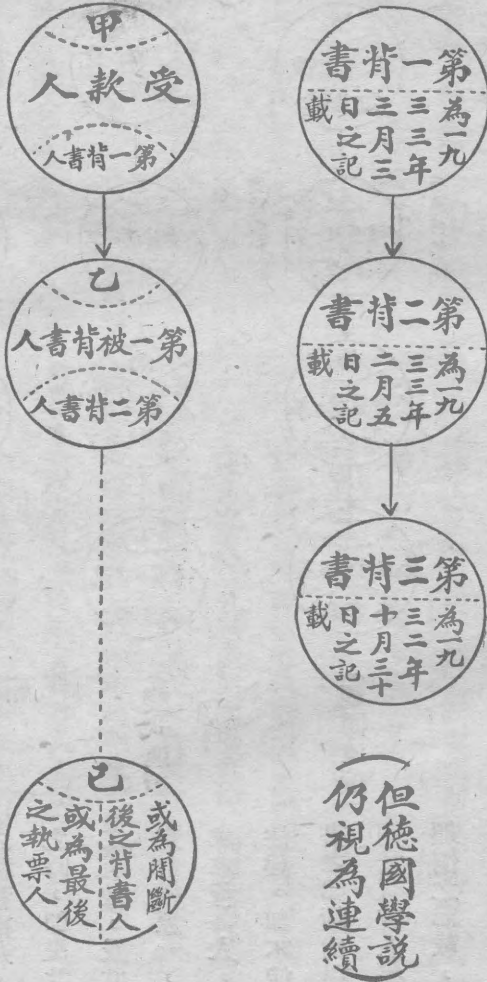
本之解釋，均視為破壞背書之連續，背書人對執票人得用以為抗辯之理由；在德國，大多數學者，則認為無關連續之事，背書人之義務自不相同。行為地法之適用於此種場合，自因行為地法之果為何國法律

而異其法律上之支配也。

圖 斷 間 (B)

(2)

(1)



(英國對此尚有問題)

(C) 承兌人之義務 承兌人 (Acceptor) 之義務，不為大於其服從法律之所定；換言之，其對執票

人所負票據金額支付之義務，範圍大小如何，必視其果以何國法律之承兌條款而服從之，始能決定也。

說者或謂承兌人依其所服從的法律而定之義務，倘較發票人之法律所定為輕時，似有援用發票人的法律

，以定承兌人義務之必要。然承兌人之義務，非以發票人義務之有效為其條件，他之要據義務者，亦罕

有以發票人義務有效爲條件，而始加入於票據關係者也。茲再姑舉二三之例，藉以說明承兌義務中，行爲地法之適用。

首須提出者：承兌爲一獨立之票據行爲，固無問題，但或以之視爲付款人 (Drawee) 之單獨行爲，並非付款人與執票人間有何契約關係，或以之視爲對於執票人之票金支付契約，依簽名於票據而成立者，或更以之視承兌與爲承兌而訂立之契約爲同一事件；於是承兌人在票據上所負之責任即因之各別。立法例之採第一說者，絕對否認口頭承兌時，承兌人所負之付款責任；採第二說者因以簽名爲承兌要件，亦然；採第三說者，則雖無簽名於票據之事，只須口頭允之，承兌人即不能對執票人，爲無付款責任之抗辯。有如美國之伊里諾斯 (Illinois) 州之法律，以口頭承兌爲有效，故從英國倫敦發出之匯票，於是州爲口頭承兌時，不因他國法律而認爲無效也。此外，美國往往宣告得以電信法締結契約，學者中如拉斐尼 (Seraini) 等遂引伸之，謂亦得以電信法爲票據之承兌，惠來彌庵 (Willemaier) 更謂美國在實際上有此種承兌之事；果在承認電信承兌之地爲承兌，其承兌人即因之而負付款責任，不得以電信法承兌解爲「爲承兌而訂立之契約」也。

次再提出者，在所謂「票據變造」情形下，其關於票面金額之變造者，承兌人所負付款責任之大小，因各國法律規定各異，更有依行爲地法決定之必要也。原所謂票據變造者，不法變更票據上與權利義務有關係之記載，如日期，支付金額，支付時期，支付地點之更改皆是。故有權限之合法變更，即不得

之曰票據變造。凡簽名於變造之票據者，因票據行為有獨立性，即應對於善意或無重大過失之執票人，依其變造票據之文字而負責任；其簽名在票據變造前者，通常仍依原有文字負責，如我票據法第十三條之規定，即指此言。因之，承兌人簽名於變造之票據者，仍負絕對付款之義務，簽名於票據之變造前者

依原有文義負責

【七十三表圖】
我國票據法第三十條之規定圖



依變造文義負責

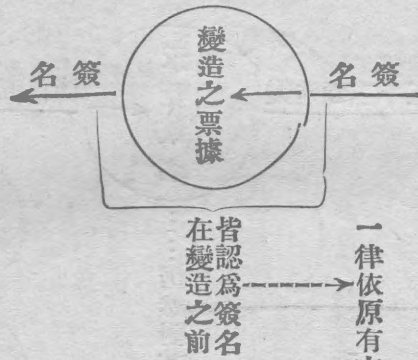
也。惟簽名於變造前者，除確切之先為簽名的事實外，究以何種方法，定其先後；簽名於變造後，其所負支付義務，又有如何之範圍與限度；各國法例顯然有異，此殊有關於行為地法之適用也。先就簽名在變造後言之：有如三千元之匯票變造為三萬元，而背書讓與他人，有乙者於該變造之票據為承兌，則對於善意或無重大過失之執票人，即須負支付三萬元之責任。但此係確知承兌簽名在變造後

第二項之規定，為保護票據之債務人起見，對簽名人之責任無前後之分，凡簽名於變造之票據者，一律推定其簽名在變造前；故承兌人之簽名縱在變造後，法律上亦以在變造前視之，縱為善意之執票人，承兌人亦只負三千元之支付義務而已；依此而論，因承兌行為所在地之法律不同，承兌人之義務遂不免有

大小之別也。次就簽名在變造前言之：因承兌人不僅對於承兌當時之執票人有支付金額之義務，即對於承兌當時執票人以後之執票人亦有之。設於承兌簽名後，有偽造票據之事，承兌人負有如何之支付義務各國法律即甚歧異。在一般國家，均主張簽名於變造前者，仍須依變更前之金額，直接負其責任。試以

「八十三表圖」

圖定規之項二第條七三四第法商日



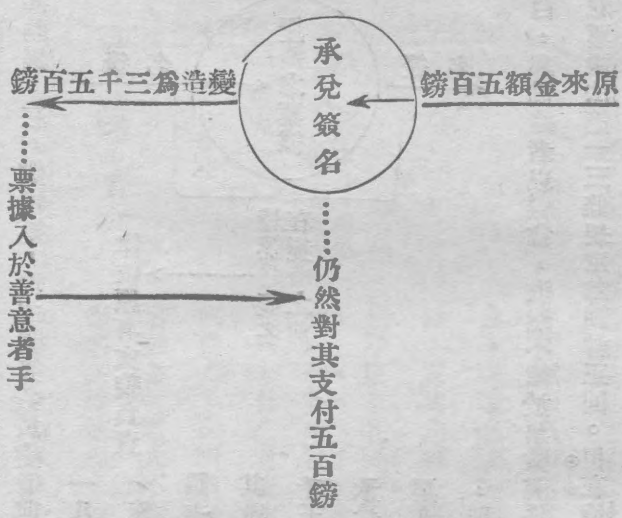
一八九六年英國法庭關於斯科飛德與隆德斯波洛伯爵一案 (Scholfield V. Earl of Landsborough) 證之 (

圖表二十九參照)：有一匯票，原金額為五百鎊，因其數字未曾緊靠邊緣書起，留有空白，遂有人易為三千五百鎊。但偽造在承兌人簽名之後，故法庭判決，承兌人對於任何當事人，即使此票入於出價購得之執票人手中，承兌人除依照提示時之金額付款五百鎊外，別無其他之責任。縱認為承兌人於承兌時，不彌補

數目字之空白，與偽造者以機會，依然不能於票據關係上使負其有疏忽之義務也。日本大審院之法例亦採此說，與我票據法第一三條規定之精神正同。但在德國，對此問題之解決，則大異其趣：學者中如葛隆和德 (Grinbalt)，本斯泰因 (Bernstein)，斯陶已 (Staub) 等，皆以變造已成立合法之票據，即是變更或破毀票據之要件，使票據根本失其效力，故承兌人在票據變造前之簽名，根本上不負任何文義責任。

。例如前述之變造三千五百鎊之票據，依德國學者視之，不能認為原時金額五百鎊，包括於三千五百鎊之中，而使承兌人仍負五百鎊之責任。應知票據一定金額之記載，為票據債務之必要款式，既為三千五百鎊之債務，必無同時又為五百鎊之債務；承兌人既未簽名於三千五百鎊之票據，承兌人實無理

「九十表圖」
英國法上承兌人對票據變造責任圖



由為其支付五百鎊之金額也。此種主張，德國商事法院之判例曾引用之。故依德國法雖其原為五百鎊之票據，承兌人亦無承認之義務。

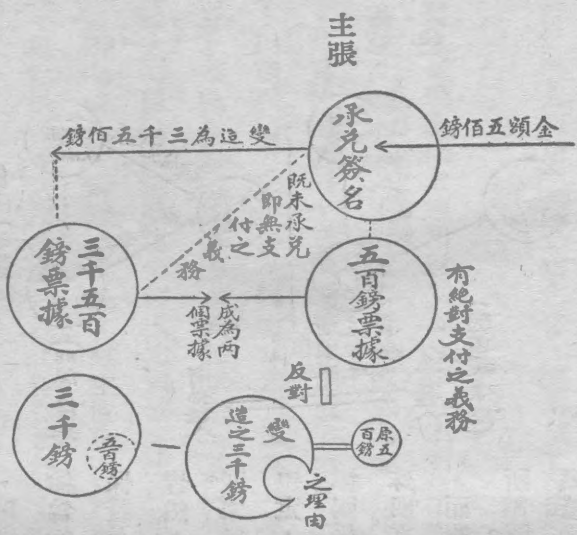
此外，各國法律關於承兌義務之規定，其常發生衝突問題者，如在數付款人為承兌之情形下

：德國帝國法院判例，原探限於一人之消極說，後於一九〇〇年三月三十一日，聯合部決議不採用之。故今日德國已改採得載數人之積極說，但

支。付。人。在。他。國，則或與此有異。承兌人自應各依其行為地之法律，而負擔其義務。又如在承兌撤銷之情形下，德，日，奧，匈等國，絕對不許撤銷，縱撤銷之，承兌人仍須票據上之責任；英國，我國，只許

於返還票據前或通知前撤銷，不依此者，承兌人有付款之義務；至於俄，意限於在返還票據前撤銷之；葡，比限於在考量期內撤銷之，亦惟在此期限內，為承兌之撤銷，方可免於承兌義務之負擔也。故承兌

德國法國承兌人對票據變造責任圖 [十四表圖]



人有無撤銷承兌之權利，藉以免除其付款之義務者，自然視其承兌行為在何地成立，即依其地之法律而定焉。更如在承兌延期之情形下，德票據法第一八條，匈票據法第一七條，日商法第四六五條 皆採即時承兌主義，付款人對於承兌之提示，須即時表示承兌之可否，承兌則簽名，否則作成拒絕證書，毫無考量餘地；但在英美及統一規則，並我國，則採取考量期限主義，而許延期承兌，此亦依承兌地之何在而決定之。至於英如拿大匯票法第一七條，紐約流通證券法第二二六條更有一特例，即曾經拒絕承兌者，嗣後復允承兌，承兌人仍依原來提示之日期而負其責，如其

地為承兌，一切皆取決於其地之法律也。

(d) 保證人之義務。保證債務，其形式上雖以主債務（即任何被保證之債務，與匯票之承兌人債務

之例，以互相抵銷之尾數，再發折票，以爲通融餘地，實即有關係於保證者耳。故在行爲地法上對於票據保證之效力，無顯著之明文時，不可不依於其地一般之判例，或習慣，甚或依當事人之意思定之。曼利更謂當事人使用票據款式之際，必希望其在票據法生有效力，乃一般商人之通情，故不可不重其意思也。

票據保證關係之適用行爲地法，在其對象上，亦有特別顯出其作用者及徒具其名者之分。例如保證人之義務負擔，不以主債務之有效成立爲要，此蓋原於保證爲獨立的法律行爲而然，任何國不能有異議者也。其見諸明文者，若我票據法第五八條第二項云，「被保證人之債務，縱爲無效，保證人仍負擔其義務；但被保證人之債務，因方式之欠缺爲無效者，不在此限。」日商法第四九七條云，「匯票保證所生之債務，雖匯票簽名於其謄本或黏單者。其債務爲無效時，仍與主債人負同一之責任。」意商法第二七五條云，「保證人承受主債務人之義務，主債務人之義務雖屬無效，亦負其票據上之義務。」匈牙利票據法第四七條云，「票據保證，雖主債務人無消極的票據能力（負票據上義務之能力）時，亦爲有效。」皆然。在此場合，適用行爲地法，除細節外，與未適用相等，蓋任何國之法律，皆有相同之結果耳。但如在保證人爲二人以上時之情形下，行爲地法之作用則特別顯著：有國家認爲此共同保證人各自負擔全部之責任者，如松本對日商法之解釋是；有國家認爲共同保證人負有連帶之責任，如我票據法第五九條之規定是。故用甲國法，抑乙國法，其間關於共同保證人之責任，顯有差異，即不能不先問其行爲地之

何在，而後乃可決定果用何國法律以支配之也。

(c) 參加承兌人之義務 參加承兌者，付款人不為單純承兌，或有其他原因，無從為承兌指示，或付款人或承兌人受破產宣告不供相當擔保時，為防止票據滿期前償還請求權之行使，所為之附屬的票據行為也。故參加承兌之行為，須以拒絕證書之作成為條件，預備付款人之設，其目的即為參加承兌及參加付款而設；英國所稱為名譽的承兌是也。試先就參加承兌人之前身言：日商法第五〇一條，德票據法第五七條，參加承兌人以預備付款人 (Procurator in Case of Need) 為限，法商法第一二六條及其他法律系之法律，任何人參加承兌，執票人不得拒絕，然同時雖有參加承兌，執票人仍不喪失其追索權；英票據法第一五條第六五條，美流通證券法第二一五條第二八〇條，以及我票據法第五〇條，參加承兌固為預備付款人之應有責任，但執票人得以自己之意思，定此項權利之是否應用。此參加承兌人之義務的資格，各國規定既不相同，其解決惟行為地法之適用也。再就參加承兌人之責任言：如我票據法第五四條云，『付款人或擔當付款人不於第六十六條及第六十七條所定期限內付款時，參加承兌人應負支付第九十四條所定金額之責』，倘其參加承兌行為地在我國，即惟我票據法第五四條之適用。他國法律與此規定有異致者，其參加承兌行為地，果即其地，亦即其地法律之適用也。其他，參加承兌之效力及於執票人之事，及於被參加人及其前手之事，如我票據法第五三條所規定者，其衝突之解決，當然仍為行為地法，無待論矣。

(乙)關於票據權利人之義務者 票據權利人云者，執票人對於承兌人，背書人，發票人及其他票據債務人所處之地位之稱也。「因執票人行使追索權而償還」之背書人等（或稱之為被逼付款人），雖對於其前手仍得行使再追索權，似亦為票據權利人之一；但因償還人於償還時，須以執票人交出原票據及其他文件為條件，故償還人於其前手行使再追索權時，必執有原票據在手，即謂票據關係中之一切權利人為執票人，亦無不可。惟執票人雖具有權利人之資格，但僅指票據上權利而言，非指票據法所認之權利而言，更非指一般債的關係中之權利而言；且在後兩種性質之權利方面，執票人亦非皆為權利人也。姑就票據法所認之權利觀之，如對於發票人或承兌人行使利益償還請求權之執票人，對於發票人行使複本給與請求權之執票人，對於複本接收人行使交還請求權之執票人，對於原本接收人行使交還請求權之贖本執票人；執票人雖為行使權利者，而其權利則屬於一般私法上請求權之性質，自不可謂其在此際仍為票據關係中之權利人。至於因惡意或重大之過失而取得票據，雖在形式上為執票人，非特不能行使何等權利，且其他之正當權利人，又可對其行使票據返還請求權；則執票人未必皆為票據法所認之權利人，更甚顯然。故票據權利人者，惟指執票人在行使或保全票據上權利之場合之資格，及最後追索權之行使之資格，以及清償人對於其前手行使再追索權之資格云爾。

行使或保全票據上權利之行爲，即提示票據，請求承兌或付款；倘不獲承兌，不獲付款，或無從為承兌提示時，關於拒絕證書之作成，及拒絕事實之通知是也。此種種行爲，其對於領受票據上一定金額

及行使追索權而言，可稱爲權利人須踐之法定程序，在積極方面，爲權利行使之條件，在消極方面，即權利保全之條件。執票人苟不行使此種條件，即無由爲權利之主張，經過一定時間，必消滅其票據上之債權；而遇追索權之行使時，亦以有無履行此種條件，定追索權之有無。故執票人以行使或保全票據上權利爲目的之行爲，依正當用語，固只能以條件稱，若曼利之所主張者是；但就執票人不履行此種條件，即不能享受票據關係中之正當權利觀之，又何嘗不可依一般用語，而稱此種行爲爲執票人欲達其權利之一種必然的義務。蓋權利與義務乃相對之名詞，權利人欲享受其權利，其過程中之一種不可不爲之行爲，即是義務；以不如是爲之，即不能責義務人之盡其義務，而義務人之對權利人之此一點上，亦即義務人所享之一種權利也。茲再就有關國際私法者，擇其要而論於左：

第一，票據提示之責任問題。票據提示應分爲承兌之提示與付款之提示兩種：前者係指執票人欲得

付款人之承兌，當將票據提示付款人，以期達到目的，英語所謂 *Presentment for acceptance* 者是；後者係指執票人欲主張其票據上之債權，須向承兌上所明定或默認之地方，提示票據於付款人是；此蓋由於票據爲提示證券之結果，執票人遂負有在適當時期爲請求承兌或付款之提示之義務耳。故執票人不爲承兌提示時，通常即無由進而向付款人請求付款；不爲付款提示時，即使過期遲延，付款人亦不負責；然尤莫大於以之視爲行使追索權之首一前提，即如匯票上雖有免作拒絕證書之記載，通常認爲執票人仍應於所定期限內爲承兌或付款之提示（我票據法第九二條參照），則追索權之能否行使，以執票人已否盡

此。一。義。務。為。斷。可。知。雖然，票據提示之規定，各國法律未見其完全一致，其影響於執票人所負義務之大小，自甚顯然，於是在國際私法上遂發生依何國法律而決之問題矣。此問題應從兩方面求其解決：

(a) 關於票據提示義務之實質者。執票人未盡提示之義務，或不於適當期間內為提示，對於追索權等之行使，即有問題。例如以匯票承兌之提示言，依英法，認為承兌提示為執票人對於發票人及背書人行使追索權之一種必然的義務，且發票人於票據上更得為承兌提示之命令；故執票人於請求付款提示以前，為請求承兌提示之遲延者，以及見票後付款之匯票，執票人不在適當期間內，逕為請求承兌之提示者，皆不能架其責任於發票人或背書人（紐約法二四〇條至二四一條）依日本法，認為請求承兌為執票人之權利而非義務，發票人不得為何種限制之記載，則承兌提示只須執票人於滿期日以前為承兌提示，任何時日皆無不可（日商法第四六條）。依德瑞法，請求承兌提示，原則上固以執票人自由為之，但除見票即付之匯票外，則許發票人或背書人為請求承兌之記載，並得指定其期限，俾前手所負擔之債務早為結束，故執票人不依其記載為承兌提示之義務者，即不得作成拒絕承兌證書，向前手為追索權之行使（德票據法第一八條瑞士債務法第七三六條，我票據法第四一條）。以匯票付款之提示言，依英法，付款提示須於匯票之到期日為之，設於是日不提示，執票人即喪失票據上之追索權（英票據法第四五條）。依法比法，亦須到期日提示，不提示者須任損害賠償之責（法商法第一六一條；意商法第二八八條）。依我國及日本法，執票人應於到期日或其後二日內為提示，怠此義務者，對其前手不能請求償還

(我票據法第六六條第一項，日商法第四八二條)。

他如依英美法，不承認擔當付款人之制度，票據上雖記有擔當付款人，執票人於期限屆滿時，不向擔當付款人爲付款之提示，承兌人之義務依然存在。依法意法，擔當付款人只以「他地付之票據」爲限，執票人於普通票據自無向所謂擔當付款人爲付款之提示，即亦無影響於其任何權利之行使也。依德日法，票據上如有擔當付款人之記載時，執票人應向擔當付款人爲之，否則對於前手既失其償還請求權，對於承兌人亦失其票據上之權利，我國同（我票據法第六六條第二項）。其他如在本票中，關於執票人向發票人爲付款提示之義務，應如何負之，對發票人以外之前手有何結果；關於有擔當付款人之記載時，執票人有無向其爲付款提示之必要，以及對於發票人之責任有何影響；各國法例之規定，皆不盡同，固無庸一一詳及之也。

在此場合之票據關係中，含有涉外之原素者，究以何種法律爲其準據法？依英國票據法第七二條之規定：「關於承兌或付款提示之執票人義務，以及須作成拒絕證書與否，或單以拒絕之通知爲已足與否，依於行爲地或拒絕地之法律定之」，則是採行爲地法或拒絕地法說。但此問題屬於提示義務之實質的意義，非義務履行之方式問題，自不能純以拒絕地之法律定之。易詞以言，不履行提示義務，或不依法履行之，在主債務人方面，誠可依拒絕地法減輕其義務，而欲使匯票之發票人及票據背書人只根據拒絕地法律之所定，爲其接受追索權之標準，頗不易見諸實行也。又國際法協會之第四決議，謂「關於承兌

及支付提示之執票人義務，依於匯票或本票發票地之法律，然提示義務之影響，不僅與發票人之權義有關，並與背書人等牽連甚多，故亦不能以發票地法為唯一之準據法。愚謂此，應與債務人之義務問題，採同一之準據法，即，提示義務與發票人發生關係者，依發票地法；與背書人之關係依背書地法；與承兌人之關係依承兌地法。是。蓋票據義務人在執票人盡有義務之條件下，而盡其義務，票據持有人在義務人負擔義務之條件下，而享其權利；其準據法即不能不為一致，似較適宜。

(b) 關於票據提示義務之方式者。票據提示義務之履行也，有其程序，有其時間，有其地點，各國法律對此規定，亦不盡同。如以程序為言，正式提示當然向付款人，或有權代表付款人得以決定承兌或拒絕者為之。如有二以上之付款人時，則因各國法律對共同付款人規定之異，有須分別向其提示者，有認為有一人而能代表全體，僅向一人提示即為已足者。如付款人死亡時，有認為可免提示，有認為須向其私人代表提示之。此外更有認為如經雙方訂明或於習慣無抵觸時，藉郵局以為提示者，亦同一有其效力。再以時間為言：履行提示之義務，應在票據關係人之營業日營業時間為之，無特定營業日或未訂有營業時間者，應於通常營業日營業時間內為之。此特定之時日，各國法律之規定不必具備，通常之時日，各地亦各有其習慣，斷不能以甲地之法律或習慣而衡乙地可知。再以地點為言：我國法上，提示須在票據上指定之處所為之，無指定處所，在其營業所為之；無營業所者在其住所或居所為之。但亦有認為向付款人為請求承兌之提示時，任在何處均可，祇須可以覓到付款人，以達所以提示之目的，即在途中

爲之，亦同一有效，仍不相同。

票據提示之僅屬於方式性質者，爲便利當事人計，可不必與票據提示之實質問題，採同一之準據法，只遵守其提示地之法律，即爲已足；且在事實上亦爲當然之結果，無容其有所變更。惟須知此僅爲履行提示義務之細則與程序諸事如此，苟一牽及義務之實質問題，即不能以提示地之法律爲準。

第二，拒絕證書之形質問題。拒絕證書爲證明票據上權利行使或保全之前提條件，並證明其行爲的結果之公證書也；有此證書債務人固可不致受有詐欺，執票人亦可免去舉證之煩，故法律上多規定執票人在實際行使追索權以前，有請求作成拒絕證書之義務。拒絕證書雖依其作成之必要事實如何，得分爲拒絕承兌證書，拒絕付款證書，拒絕複本交還證書，拒絕原本交還證書，但其在國際私法上所須提出討論者，不問何種拒絕證書，皆應分爲兩事，各爲求其應適用之準據法。兩事云何：一爲拒絕證書問題與行使追索權有何種關係，換言之，即拒絕證書的作成之實質的意義是；一爲拒絕證書作成之款式，場所，及時日，換言之，即票據法上之純粹的方式問題是。

(a) 關於請求作成拒絕證書的義務之實質者。拒絕證書雖在通例上視爲因行使追索權而使執票人負有請求作成之義務，但各國法律之規定不盡爲同，則此請求義務的履行，抑有必然性，抑僅爲選擇性，即成問題。例如依英美法，除國外票據外，執票人有作成與否之自由。蓋國外票據，凡拒絕付款者，先在公證地方登錄拒絕事實，名曰 *Noting*，然後再由公證人出面作成拒絕證書，以之視爲止付票據之唯

一合法證據；反之，國內票據拒絕承兌或付款時，僅由公證人再向付款人或承兌人爲第二次正式提示，然後以其所答之拒絕付款理由，書一小箋，附於票據之上，以資證明；英票據法第五一條，美證券法第二六〇條，可參照也。依意比法，拒絕證書之作成，許其以拒絕者在票據上之證明代之，意商法第三〇七條，比一八七七年七月十日法律第五條以下，可參照也。依日本法，認爲拒絕證書爲證明行使權利之唯一證書，除特別情形外，斷不許自始即以他種之證書，代爲證明，日商法第四九五等條，可參照也。依我國法，原則上係做日例，票據不獲承兌，或不獲付款，或無從爲承兌提示時，執票人應請求作成拒絕證書證明之；例外上則從意例，付款人或承兌人在票據上記載提示日期，及承兌或付款之拒絕，經其簽名後，與作成拒絕證書有同一效力。凡此皆與追索權之行使，極有關係。又如關於拒絕承兌證書之作成期限，依英美法，對於國外匯票限於拒絕承兌之當日作成之；依西班牙法，限於拒絕承兌後之首一營業日作成之；依我國法及多數立法例，於提示承兌期內作成之。關於拒絕付款證書之作成期限，依法，意，比，西班牙，等國法，則不許於付款日當日作成之；依我國法，應於拒絕付款日或其後二日作成之；依瑞士法，至遲必在支付日後第二之營業日作成之。至於執票人允許延期付款時，其拒絕付款證書之作成期限，或國之立法例，則認爲付款延期之約，僅發生效力於該當事人間，而與他之票據債務人絕無關係，執票人對於票據債務人仍應履行一般的保全權利程序，不能變更原來作成拒絕付款證書之期限；或國立法例，則以既允付款延期，而又於延期末滿之前，請求作成拒絕付款證書，不無矛盾，故應另訂

作成期限，如我國法謂應於延期之末日，或其後二日作成之是。故在未有特約，免除作成拒絕證書時，不依各該法律所定之期限作成，執票人對其前手，即負遲延之責。

請求作成拒絕證書之實質的問題，既發生法律上之衝突，其義務之有無及其履行之期限，將依何國法律定之？(一)有主張發票地法者，謂凡追索權之條件，皆應服從發票地之法律，較為便利，請求拒絕證書亦其條件之一，自不可不依同一之方法解決之。例如朱立克市之發票人，發出匯票於倫敦，而不獲承兌，或不獲付款，則執票人之請求作成拒絕承兌證書，是否必要，應依瑞士法定之是。此說為國際法協會所唱者。夫僅對發票人之償還問題，而決定拒絕證書作成之效力，以發票地法為其準據法，自無不可，奈拒絕證書作成之效力如何，並與背書人等之償還義務有關，曷可皆以發票地法是採乎？(二)有主張支付地法者，如薩爾比烏斯謂「支付地之法律，當無效之裁決之下，於定此方式之履行而不履行時，追索權即歸消滅；支付地之法律未定其嚴格之形式時；追索權之存在與否，不依於拒絕證書之有無而定」。(三)有主張行為地法者，如伯刺西爾商法第四二四條云，「票據關於提示承兌，支付，拒絕證書之作成，或通知等行為之爭訟，依於為是等行為地之法律，或交易所之習慣決之」。瑞士債務法草案委員會，亦有人提議第八二四條之追加規定，而設一項如下，「反之，在瑞士與外國之市場，由其票據行為所生之權利，而在瑞士主張時，於保全或行使其權利，以或行為為必要之問題，依瑞士法決之」。但拒絕證書之在實體上是否必要問題，實與純為方式之規定有別，不能皆以拒絕證書作成地之法律或支付地

法定之，故瑞士之追加規定，雖被採用，旋即刪去，非偶然也。(四)有主張與票據債務人的義務採同一準據法者，換言之，即適用票據義務所服從之法律是也。此說德國高等商事法院主張之，而一八三九年鄂爾敦堡王國之商法草案第一〇〇三條第一項云，「因不支付而爲之償還請求，其適法與否及其範圍，依於被請求者負其義務地之法律」，亦類似之。根據前述票據提示的義務之準據法理由，以此說較當。

(b)關於請求作成拒絕證書的義務之方式者 執票人對於其被追索之前手，既負有請求作成拒絕證書之義務，以證明其已爲票據上權利之行使，或保全所必要之行爲，及其行爲之結果；但應依如何之程序與方法而作成之，始符於證明證券之性質，實一問題。各國法律對其規定，頗不一致。

即如，以作成之程序言：在英國，依其票據法規定以公證人 (Notary Public) 爲作成機關，凡遇請求時，公證人首向付款人或承兌人爲第二次之正式提示，然後將所答復之拒絕理由，作爲正式拒絕之記錄，再進而以之爲拒絕證書之作成；無公證人之地，任何家主或負責之居民，有二人在場作證，亦可簽寫一證書，記錄該票之拒絕事由，惟在此二人中，其一人須爲確悉止付事實之公民。在美國，依其流通證券法第二六二條之規定，公證人或拒絕地方可尊敬之住民得作成拒絕證書，但私人作成證書，須有二名以上之證人。在德國，依其票據法第八七條之規定，拒絕證書須公證人或法院官吏作成之；又依其一九〇八年拒絕證書簡易法之規定，郵務吏員亦可作成之。在瑞士，依其債務法第八一四條之規定，作成機關爲公證人，及其他依法律或依官廳職權受有權限之人，斯堪的納維亞之票據法規同；瑞士一八九四

年之郵務特權法，對於以郵務吏員作成拒絕證書之事，謂另定之，未知現今有無其制。在比利時，以承發吏爲作成機關，一八七七年七月十日之商法，並許以郵務吏員爲之。在奧國，葡國，荷國，則以公證人或法院官吏作成之，同於一九〇八年以前之德國制度。在日本，依其商法第五一四條之規定，以公證人或「執達吏」爲之，法，意兩國同。在西班牙，較日，意，法更簡單，僅限於以公證人爲作成拒絕證書之機關。在我國，依票據法第一〇三條之規定，「拒絕證書，由執票人請求拒絕承兌地或拒絕付款地之公證人，或法院，商會，銀行公會作成之」。其相互之衝突也若是。

以證書之內容言，各國法律對記載於拒絕證書之事項，其所列者，不皆爲同；我票據法第一〇四條，德票據法第八六條，瑞士債務法第八五條，日本商法第五一五條，法國商法第一七四條，意商法第三〇五條之規定，皆可參證。此等事項，依其程度價值各異，有爲必須記載者，有可隨意記載者；故各國法律上，大都認爲不恪守關於此之列舉規定，不必即宣言其拒絕證書爲無效；但欠缺其必須記載者之一，拒絕證書之依其準據法爲無效與否，不可不按照各種情形而研究之。例如在拒絕證書上須記載其已爲提示之旨與否問題，依法國商法第一七四條則然，依德國票據法第八八條即不然。又如拒絕證書以記載拒絕者之姓名與商號爲必要與否之問題，德國高等商事法院，及票據法第八八條第三號，皆主張任何拒絕人，皆以明示於拒絕證書爲必要；但瑞士法上關於法人則不能贊成此說。更如關於簽用作成機關之印章，依於瑞士債務法第八一五條第六號，日本商法第五一五條，我票據法第一〇四條之規定，皆認爲

必要；而依德票據法第八條第六號則反對之。其彼此之不同也又若是。

他如作成拒絕證書之方法，各國立法例亦不一，有另作證書而繕寫票據上所記載之全文於其上者；有不作證書，即就票據本體或以另紙粘於票據而作成之者。凡此，對於拒絕證書之有效無效問題，皆極有關係者，不可不進而決定其準據法之何在：

因此問題屬於票據法純粹之方式問題，故以適用行爲地法爲便；換言之，即拒絕證書作成地之法律是。有人稱其爲適用支付地法者亦通；而畢氏國際私法典第二七〇條所謂「關於……拒絕證書之細則與程序，從地方法」，皆可謂與行爲地法之適用，有同一意義。行爲地法之適用，當然係指爲行爲當時之法律而言，不問其後之法律變更如何；故拒絕證書之作成，只須合於作成地當時之法律，即謂之適法，倘或有所欠缺其條件，拒絕證書之爲無效與否，亦依同一之法律調查之，曼利謂「票據法上之方式，不可遵守行爲地法」；鄂爾敦堡王國之商法草案第一〇〇三條第二項「證明不支付書面之方法，依其書面之作成地法」；皆可參證。海牙統一規則亦有同一主張，不具述。

不僅外國人之在內國，請求作成拒絕證書應依內國法，即內國人之在外國請求者，亦應依外國法作成之。日本商法施行法第一二六條云，「在外國因行使或保全手形上之權利，而爲之行爲方式，依行爲地法律」，即係明定之一例。同時，此一論題雖屬行爲之方式問題，但對於普通的法律形爲之方式，則居於特殊地位，故其準據法亦只限於行爲地法，而爲絕對的適用，不許當事人有選擇之自由。故我法

第三，拒絕事實之通知問題。執票人爲充分達其行使追索權之目的，於作成拒絕證書外，或在免除拒絕證書作成之情形下，更須對於償還義務人負拒絕事實通知之義務；蓋票據義務人固有償還之責，若不預知拒絕之事實，即無由爲清償之準備，故此種義務各國法律在原則上對執票人皆課之。至其準據法之何屬，仍分兩層以求：

(a) 關於通知的義務之實質者。通知對於追索權之行使，在實質上有如何之影響，各國法律之規定亦有差異之點。試先以通知效果言：有探嚴正通知主義者，以通知爲行使或保全追索權之條件，執票人如不於法定之期間內，通知票據義務人，即喪失其對於前手之追索權，英票據法第四九條以下，美流通證券法第一六一條以下之規定，可參照也。有探通知時效主義者，執票人行使追索權時，固應先發通知，倘通知以後仍不得償，應自通知日起十五日內，向法院提起訴訟，法國商法第一六五條以下，可參照也。以上二例，認通知爲追索權行使之條件，不爲通知者，喪失其追索權，故通常統以條件主義稱之。有探通知義務主義者，執票人不於一定之期間內，履行此種通知之義務，仍得行使追索權；但因其怠於通知，致票據義務人發生損害時，應負賠償之責，德票據法第四五條以下，我票據法第九〇條之規定，可參照也。

再以通知之時間言，各國法律規定仍不一致：例如我票據法第八六條之規定，須於拒絕證書作成後四日內爲之，有特約免除作成拒絕證書時，應於拒絕承兌或拒絕付款後四日內爲之；背書人應於收到其

通知後，二日內通知其前手。但在英國，除特別情形外，授受通知之當事人，同居一地者，通知應於即日達到接受人之所；異地居住者，通知應於即日發出，倘無郵班時，不妨於翌日寄出之。更以通知之免除言，我票據法第八七條云，「發票人背書人及匯票上其他債務人，得於第八十六條所定通知期限前，免除通知人之義務」。然在他國法律，則或對於經過適當之勤勉，不能覺得被通知人之所在，致不能達其通知者，得免除其通知，又自有異。在此情形中，則關於義務之盡與未盡，依法律之規定而大不相同，其對於追索權之充分行使，亦發生問題矣。

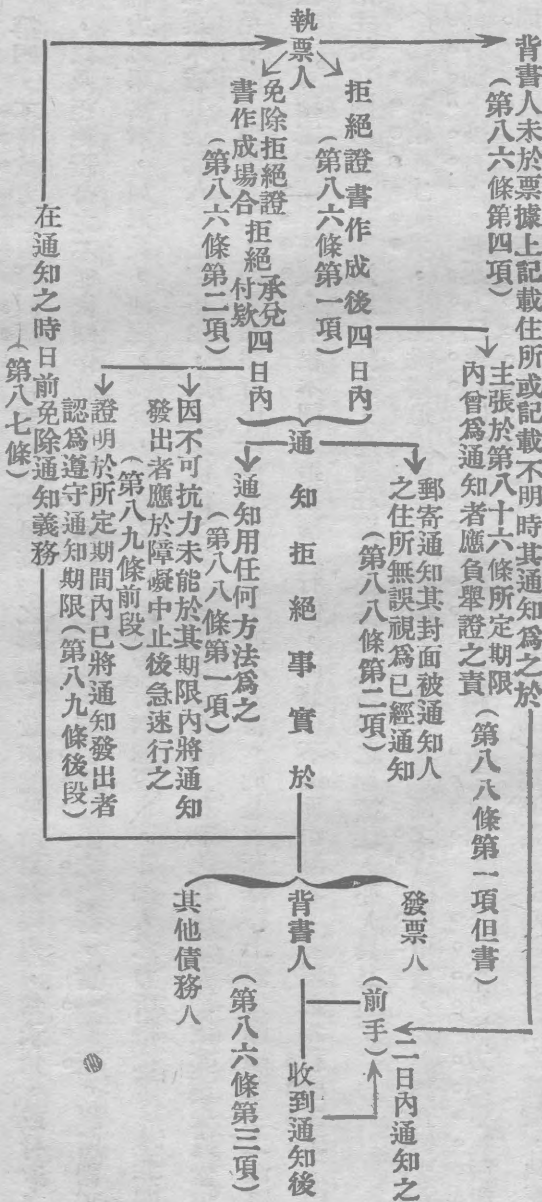
在此場合，其唯一適當之準據法，非發票地法，亦非通知地法，依然為義務者所服從之法律。曼利謂「通知，對參與票據行爲一切之人（愚意，支付人除外），皆有關係，其爲必要與否，依被通知者所服從之法律決之。」即此。故依被通知者法律之規定，有爲通知之必要，及一定期限內通知之必要者，怠於通知時，即不能爲償還之請求，或負損害賠償之責焉。

(b) 關於通知的義務之方式者 執票人所用之通知方法，或以書函爲之，或可口頭傳送，或直接達知，或郵電寄遞，只須對於拒絕事實能達於被通知人之處所者，皆無不可；故各國法律，對此皆許執票人自由爲之。我票據法第八八條且明定「通知得用任何方法爲之」；但主張於第八十六條所定期限內曾爲通知者應負舉證之責而已！

此種方式問題之準據法，自爲行爲地法，無待討論。如前所述，在實際上似無若何之應用，因各國

法律對於通知之方法，其規定大抵相同故也。實亦不盡其然。例如英國習慣上，銀行執行代理人之職務，代其主顧收取匯票，遇有拒絕付款之事，原則上應將原票退還其主顧，由爲其主顧之執票人，即時通知於債務人，以備追索權之行使；但如銀行僅與其主顧以拒絕付款通知書，而未將原票附下者，則執票人可不必再致通告於各債務人，以發通知之責，歸之其代理人之銀行。設有或國家之法律與此習慣有異者，則因發通告之地點在英國，銀行以代理人資格所發之通知，在或國家自亦有效也。

『圖表四十三』 我票據法上關於通知之規定圖



第四，不可抗力之影響問題。執票人因不可抗力之事變，致不能於所定期限內，爲承兌，或付款之提示，以及拒絕證書之不能依期作成，其對於追索權之行使，有何實際上之影響，實一問題。原所謂不可抗力之事實者，如天災，地變，戰爭，檢疫，與夫國定支付猶豫等事，非個人之力所得抗爭，並非關於執票人或其委託人一己之事由，則其未能依法爲行使或保全票據上權利之程序，而即使其喪失追索權，未免過酷；但仍許之，則又顯然有反法律上之規定，亦不妥當。於是，有在法律上規定障礙發生之救濟方法者，可稱之爲消極主義；有根本認爲追索權之行使，因條件不備而消滅者，可稱之爲積極主義；因此兩主義在國內法上各別適用之結果，遂致在國際票據法上所採之準據法，亦大異其趣：

(a) 關於消極主義者，此說謂追索權之是否消滅，不應依於遲滯之客觀的事實，而必調查執票人主觀的行動；換言之，執票人已盡其依法提示及請求作成拒絕證書之勤慎，無奈爲不可抗力之事變所阻者，即不能因此而消滅其追索權之行使也。故如拒絕證書之作成，被追索人提起遲滯其期之抗辯，執票人仍可更爲國際上災害，國定支付猶豫，及檢疫結果交通斷絕等不可抗力之再抗辯焉。法國即唱此論，並明認其一八七〇年及一八七一年所發布之法律，不能妨及追索權之消滅。蓋當普法戰爭之際，法國於其最初之一月，及後之數月，爲支付猶豫法之公布，以之延長商業證券之支付期。第一次爲到期日之延期，第二次爲拒絕證書作成期間之延長，最後則禁止拒絕證書之作成，而皆認爲無影響於追索權之存在。因之此一主義又有法蘭西主義之稱。

英美學說均傾向法蘭西主義，稱爲「諒恕票據的貽誤提示」之例。故執票人受不可避免的不幸事件之壓迫，或因付款人與執票人相處之間發生戰爭等等，以及任何非常事件，足以使商業交通停止者，證明其提示義務，及請求拒絕證書作成之義務，不能履行時，法律上即將此種義務免除之，使其在票據上之權利於事變後，依然可以完全行使之焉。英票據法第四一條，第四六條，美流通證券法第二四五條，第一四一條，第一四二條，以及紐約民法第一七六九條，第一八〇四條，並皆以明文規定之。蓋英美法上，對執票人所課之義務，雖有多端，而焦點則在適當之勤慎一事，不可抗力之事變發生，縱勤慎亦無由履行其義務，此所以與法蘭西主義有同一之結論。此外若瑞典，挪威，丹麥在一八八一年所實施之共同票據法，其第九二條之規定，與意大利之法律，與意大利之判例皆然。至於海牙統一規則第五三條，我票據法第一〇二條之規定，雖不盡與法國主義相同，但在設有救濟方法而不根本消滅追索權上一點而言，則亦有同一之精神。

依法國主義，如其一八七〇年及一八七一年票據支付猶豫法之支配下，能否爲國際的一原則，殊有問題。易詞以言，其法律，對於不服從法國之人，遂生有效與否之爭；執票人雖於法國人承兌之票據，提示於滿期之日，而不使其作成拒絕證書時，對於在法國外之背書人及發票人得提起追索之訴，實成疑問。在法國則欲使其法之效用，成爲國際的，而一八八五年國際法協會之國際規則草案第八七條，亦提議下之規定：『不可抗力有由於交通阻斷，洪水橫流，內外國戰亂等之一般原因時，拒絕證書作成

之期間，得以延期；以行有本法等國之法律，爲不可抗力之確定，雖於他國亦有其效力。』但在事實上，於此場合，專依事變發生地法（實即支付地法），即不免破壞他國『票據強方』（即日本之所謂手形嚴正）之原則，殊未見其當。畢氏國際私法典第二七三條云，『不能因採用品實發生地法所規定之辦法，而免除當事人採用此項證書與證券標準地法及其支付地法所確定之其他一切辦法』，雖係指信用證券及無記名證券之偽造，竊盜等事而言，但吾人亦可易其語而言之，謂『在不可抗力之事變下，對於行使追索權之條件，不能因採用事變發生地法所規定之辦法，而免除當事人採用此項證券標準地法所確定之其他一切辦法』。

奧國法院之判例，亦認事變發生地法有國際的效用，但其論據，則視拒絕證書之作成，爲票據法上之純粹方式問題；關於方式問題之準據法，既爲行爲地法，則行爲地法規定於不可抗力之事實下，拒絕證書之作成可免除之，他國自應承認其效力也。學者對此主張，亦頗有表示同情者，其實在法理上亦自有其立足之點。無如依於正當之見解，拒絕證書之作成，與追索權行使之關係，不僅爲單純之方式問題，而實爲追索義務絕對地必要之條件，猶之遺囑上之指定繼承人，欲主張遺囑上之權利，則遺囑之提出，爲絕對必要是。且因不可抗力之事變，致拒絕證書不能作成，尤與其如何作成之純粹方式問題，顯爲兩事，又曷可一併論之。

愚以爲事變發生地之法律，只能適用服從於其地法律之人，殊不應使其發生國際的效用，且事實上

在規定相異之國，亦不能發生效力也。於此，似仍以適用債務人所服從之法律爲妥。倘係兩國法律同採消主極義者，此一準據法更有妙用。何以言之？例如關於障礙發生，雖同設有例外，以救濟之，或國家則主張延長期限，即事變終止後，執票人應急速提示或作成絕對證書；或國家則主張免除提示及作成拒絕證書之程序，逕向背書人，發票人，或其他票據債務人請求償還；或國家則折衷其說，以延長期限爲原則，而於事變延至到期日後若干日以外時，執票人得逕行使追索。此究依何國法律，以解決其救濟之道？自惟有依債務人所服從之法律而定之也。

(d) 關於積極主義者。此說謂票據之法律關係所以別於他之法律關係，即在當事人須嚴格遵守其應履行之條件或義務，不能以票據關係外之理由，爲其抗辯或答辯之資；不僅債務人之抗辯受有限制，即執票人在其義務履行之被要求上，亦不能爲任意之抗辯，而解除其應盡之義務。執票人之不能履行義務，雖原於不可抗力之事變，但不能以之翻推法律上之嚴格規定，而使同一法律中，有兩種立法精神之嫌。故如拒絕證書之作成，被追索人提起遲滯其期之抗辯，執票人即不得更爲國際上災害，國定支付猶豫，及檢疫結果交通斷絕等不可抗力之抗辯焉。德國即唱此論，其票據法不明定如何救濟障礙之發生，非無故也。且德國之高等商事法院，於法國主義亦常爲正反對之判決，認爲因不可抗力而不能作成拒絕證書時，執票人之追索權即根本消滅；此原則雖有時不無過酷，而在票據上義務之觀點言，則爲必然所生之結果。學者中如巴爾(Barr)等，更直謂在不可抗力之事變下，負其追索義務者，對於前手不得爲償還

之請求，依此辦法，縱爲至酷，而亦無其救濟之道。惟伯倫智理 (Burnschi) 之見解，則微有異，謂因於市之爲人圍攻，及公共災害，致票據市場之交通爲所阻斷，又因是而政府命其提示期間之延長時，其不可抗力之辯，例外得以許之；惟不可抗力之存在，要爲無疑者始可。因之，此一主義，又有德意志主義之稱。

瑞士探德國主義之精神，於其債務法第八一三條，已明白決定本問題，而否認票據權利人不可抗力之抗辯；其爲無過失而不遵守期間或程序之調查，則爲另一問題。由是觀之，不能爲提示或拒絕證書之作成，無論本於如何情事，在瑞士法上，其追索權之行使皆歸消滅，雖如執要人有遭盜等事，亦無所異。

依德國主義，因不可抗力而不能作成拒絕證書時，追索權之行使，雖國際的亦不爲存在。故德國高等商事法院，對於法國票據支付猶豫法，即宣言在德國斷然不能使其有效；瑞士朱立克市之商事法院，亦爲同一之判決；而學者曼利亦同樣主張之。不過如德國主義之解決，果成爲世界各國公認之原則，則因不可抗力而不能作成拒絕證書時，國際上亦消滅其追索權，原無不可；否則，其效力亦只能見諸承認如此解決之國家而已！故愚認爲在國際私法上，德國主義之能否實用，亦惟有視債務人所服從之法律爲如何決定而決定耳。

此外，尚有一問題，須附及之，即票據之署名及其他記載事項之塗銷，發生如何效果是也。依德國多數學者見解，票據爲要式證券，記載事項一經塗銷即無要式可言，自應喪其效力，故意塗銷，過失塗銷，有權塗銷，無權塗銷在所不問。依我票據法第一四條及英國法，非有權利人故意爲之者，不影響於票據上之效力，惟英國法，凡票據之塗銷皆推定其爲故意耳。國際私法上遇此問題將如何解決之？因其一方面與票據之要件有關，一方面又與票據之效力有關，故仍應以行爲地法是斷。惟行爲地法云者，並非指塗銷地之法律，乃指票據行爲成立地之法律耳。

第十三章 票據行使法

票據行使法云者，並非法律上一種現有的術語，乃愚爲敘述之便利計，用以指票據支付，票據時效，及票據訴訟諸事而已！蓋票據最後之目的，在於支付票據上一定之金額；苟權利人不行使其權利時，經過一定之年限後，票據上權利即歸消滅；而票據事件一旦發生糾紛，當事人爲維持其票據上權利，或欲免除票據上義務，又多求直於法院，以期最後之決定：故特彙而論之。

(一) 票據支付

票據支付，在通常之情形下，係指付款人對於到期日之票據，依其所記載之金額而支付之之謂。但

就廣義言之，償還義務人對於執票人追索權行使之結果，償還票據上之債，雖非通常之票據支付，亦不失為特殊之支付情形。此兩事既有相同之點，則其準據法之對象，自有共通者在；顧在另一方面，究各有其相異之點，則其準據法之採取，又有分別者在。欲知其詳，縷述於左：

(甲)關於票據付款人之付款者 匯票之付款人，須承兌後，始絕對負付款之責任（支票之付款人，須有保付行為，乃與匯票之付款人地位同）；本票之付款人即是發票人，不得預料自己將來不為票金之支付，而如匯票以預備付款人記載於票據：凡類於是之各問題，固皆與票據之支付，有直接間之關係，然其本質，不屬於票據要件，即屬於票據效力，非此之應再討論者也。茲所及者，為票據支付之時日，條件，標的，與金額提存諸事而已！故其準據法之採用，殊甚簡單，質言之，即支付地法是，不過其中亦有不盡然者。然則支付地法之效用及其限度，果若何乎？

第一，付款之時日問題 欲說明付款之時日問題，當先一及票據之到期日問題。到期日者，票據上規定之付款日期，其方式最主要者，不外定日付款 (At the fixed date)，發票日後定期付款 (After date)。見票即付 (At Sight 或 on demand) 及見票後定期付款 (After Sight) 諸種，各設有一定之到期日，俾票據金額於其時有所支付之也。但因各國關於日曆之計算不同，於是在國際票據場合，首即發生法律上之衝突。例如世界之一般商習慣，一年均作三百六十五日計算，正與我民法第一二三條第二項末段之規定同；然在美國數州如伊里諾斯 (Illinois) 等州，則規定一年作三百六十日計算，顯自有異。倘

有匯票之到期日，定爲一年，由伊里諾斯發出，在英國倫敦承兌後付款，將以第三百六十五日，抑以第三百六十日爲其到期日乎？通例，係分票據到期日之方式論之：即，定日付款，或發票日後定期付款，依發票地之日曆定其到期日；如爲見票後定期付款者，依請求承兌地之日曆定其到期日。又如關於期間之計算法不同，亦有影響於到期日在各國法律上之衝突：依德國民法第一八七條，日本民法第一四〇條但書之規定，以日，星期，月，年定期間者，其時間如由午前零時起，當日仍須算入；我民法並無明文，學者多解爲始日一律不應算入；則到期日即有一日之差，此亦應本諸前例同一解決之。至於見票即付之票據，各國大都以提示之日爲到期日，尙係一致，無何問題；不過關於提示之期限，各國規定亦不盡同，則其實際上因提示期限之長短，致彼此對於到期日之計算，仍有問題。但此事，實一票據提示之關係，其所採之準據法，前已及之，非此之所應討論者也。

發票後或見票後定期付款，其期間之長短，各國票據法上固不必皆有限制，但在國際票據方面，別有所謂公定之支付猶預日（Usance）者，係依發票地與支付地之習慣而定，亦不可不遵守之。但如由倫敦寄至美國之匯票，其公定支付猶預日爲六十天；直寄荷蘭首都，德國漢堡（Hamburg）者爲一個月，法國爲三十天；柏林維也納爲見票後十四天是也。

到期日之如何確定，如何計算，此不特與付款人或承兌人之權利義務有關，且與發票人或背書人之票金償還有關，故應分別適用發票地法，或支付地法。若夫專爲支付人之便利，及防止追索權之濫用，

以及到期之日 適逢星期或假期，則實際的付款日時，自惟有完全適用支付地法，乃近世各國立法之通例；此與債務履行之須依履行地法爲同一意義，與貨物交付之須依交付地法有同一情況，事實上非依支付地法，確有不能爲支付之故使然耳。英票據法第七二條中，謂「在一國發出之匯票，應在他國支付時，其支付期依支付地之法律定之」；又鄂爾敦堡王國商法草案第一〇〇二條亦云，「爲支付或執行於外國時，關於其支付執行，或欠缺之事項，一切依於執行地法」，可參照也。例如匯票之非見票即付者，各國有常於規定時日之外，增加數日，曰恩惠日(Days of Grace)，其日期各國不同，如英國，坎拿大均有三日之恩惠日是(英票據法第一四條參照)。其在美國，州自爲政，各不相同，凡訂有流通證券法者，均將恩惠日撤銷。法，德，意，荷，比，丹，瑞典，挪威，日本等國，例無恩惠日，故匯票之在此諸地付款者，付款人不能享額外三日之權利。我國亦無恩惠日之設，不過付款人經執票人之同意，得爲延期三日之支付，此與德，意，法事實上皆許付款人得延期一日，於翌日付款之例相類，而與英之三日爲法定延期之恩惠日，則大異也。(我票據法第六七條參照)但在習慣上，關於新加坡匯票之在上海付款者，除付款人爲銀行及外商外，均須依原定日期，延遲三日，此僅一最小部分之例外而已！在此情形下，倘由橫濱發出之匯票，在倫敦支付，支付人依支付地之英國法，自得享有三日之恩惠；同時由倫敦發出之匯票，在橫濱支付，其支付人依支付地之日本法，即不能享有此額外之利益；如易支付地而爲上海，則經執票人之同意者，支付人亦得爲三日延期付款，蓋支付地之中國法有此規定故耳。

又如匯票到期之日，適逢星期或假日者，將如何辦理，各國法律習慣皆非一致：在我國，上海等埠之習慣，向於翌日付款，民法第一二二條並有明文「於一定期日或期間，應為意思表示或給付者，其期日或其期間之末日，為星期日，紀念日，或其他休息日時，以其休息日之次日代之」，可資引用。在美等國，大都須於星期日之前一日付款，至當地法律別有規定者，則為例外，故美之數州亦有遲至次日付款者。又英國，於票據付款，須適用恩惠日者，倘其末日為銀行假期，亦得於次日之營業日付款；倘其末日為星期日，其前一日又為銀行假期，仍可延至下星期一付款。是故票據之法定或約定付款日，值星期日或休假日，該票之應否提早或延遲一日付款，惟有依付款地之法律與習慣為之，不能執一而論。

此外，關於付款日之付款時間，或則認為得於到期日之銀行營業時間內，任何時候付款；或則認為得於一日內之某時間中拒絕付款，而允照付於其他時間，或則認為應以全日之任何時為付款之時間；法律習慣均難一致。此亦惟有適用支付地法以決定之，更無待言。

第二，付款之標的問題。付款之標的為貨幣，但票上所記載之貨幣，非皆限於付款地通用之貨幣；因世界貨幣制度之不統一，遂又發生貨幣之給付，應依何地習慣或法律之問題。通例，票據當事人間，如有特約，必須以票上表示之貨幣支付，即其貨幣為付款地不通用者，仍須以表示之貨幣支付之；在此點上，可謂採取自由選擇法主義。然除此種情形外，則皆以支付地之習慣或法律，為其準據。英票據法第七二條中云。「在英聯境外發出之匯票，應在英聯境內支付，而不以英聯之通用貨幣，記載其票據金

額時，除有特別所定者外，至到期日，依支付地發出見票即付之匯票時價而計算之。即爲明例。我票據法第七二條云，『表示匯票金額之貨幣，如爲付款地不通用者，依付款日行市，用付款地通用之貨幣支付之……表示匯票金額之貨幣，如在發票地與付款地名同價異者，推定其爲付款地之貨幣』。此在國際匯票之情形中，亦一例適用之。故在實際上，發票人爲預防糾紛，恆參照付款地之幣制，而記載其種類，如付款地之在上海者，則用規銀 (Shanghai T. els) 或銀幣 (Dollars) 字樣，在橫濱者則用金圓 (Gold Yen) 字樣，在倫敦者則用金鎊 (Pounds) 先令 (Shillings) 辨士 (Pence) 字樣，在巴黎者則用佛郎 (Franc) 生丁 (Cenime) 字樣，在德國者則用馬克 (Mark) 分尼 (Pfennig) 字樣，在俄國者，則用盧布 (Rouble) 戈比 (Kopeck) 字樣，在美國者則用金幣 (Gold dollars) 生脫 (Cent) 字樣是也。

此外，尙有一事，須提及者，即執票人倘於請求付款期間內，不爲付款之提示時，付款人得否將票金提存於付款地之法院，商會，銀行公會，或其他得受提存之公共會所？海牙統一規則，德，法等國之法律，及我票據法第七三條之規定，皆承認此一辦法，英美法以在實行上不甚方便，而否認之。因提存，有免除提存人債務之效力，而提存費用又歸執票人負擔，故又有決定其準據法之必要。此仍以支付地法是答，蓋提存辦法，亦一純然之支付事件也。

第三，付款之條件問題 付款之條件，如付款人對於票據之收回，執票人對於收款之記載，其細則皆依支付地法辦理之。不過在大體上，各國皆有相類之規定，與共同之習慣，無若何重要之衝突點也。

蓋票據爲返還證券，故付款人於付款時，須向執票人索還其票據，並要求於票據上記載收訖字樣，以防善意者取得其票據，爲二度付款之危險；同時執票人於收受票款時，亦負交出票據之義務。不過有二例外，一爲一部付款之時，執票人爲就殘賸之金額請求償還，尙有保存其票據之必要，僅給與付款人一部付款之收據，並由付款人於票據上爲一部付款之記載，藉資證明而已！一爲付款人以支票償付者，執票人可不立即繳回票據，必須支票收到之後，始可授與之，此亦習慣上之所許者。凡此，大都各國之所同，如其中稍有異點，苟無影響於追索權之行使者，皆當然適用支付地法，有如前述。

第四，付款之參加問題。參加付款云者，於拒絕付款之時，爲防止追索權之行使，對於特定之票據債務人所爲之付款也。其中最大之衝突點，如凡預備付款人或參加承兌人以外之參加付款人，不明示其被參加之人，則其付款，依日商法第五一一條之規定，視其爲付款人而爲；依我票據法第七九條及德英學說，視其爲發票人而爲；依法國學說則視其爲最後之被背書人而爲是。凡此問題，皆以參加付款地之法律解決之。但如參加付款之事，而涉及執票人追索權之能否根本行使時，則亦有適用票據義務人所負義務地法律之必要也。

(乙)關於票據債務人之償還者 因執票人行使追索權之結果，票據債務人即負有清償票金之義務，對之爲一種支付的行爲。其付款之時日，條件，及標的等事，除其中有特約者外，仍與通常票據支付之情形同，以實際上支付所在地之法律爲其準據法，無待再論。惟須特別提出者，尙有兩事，即償還之金

額，與償還之方法是也。

第一，償還之金額問題

承兌人或其他應負付款責任人，付款於合法之執票人者，是謂正當的償付

(Payment in due Course)，其金額不外票據上所記載之一定金額，甚或其利息而已。若失償還，則係因執票人未獲付款，或背書人已代償還而生，執票人或已償還之背書人，因追索權之行使，或償還義務之履行，皆受有相當之損害，故各國法律均責執票人之前手，或再追索人之前手與承兌人，更須負有賠償此種損失之責，因之償還金額之數量，亦必超過票據上所載之一定金額。但超過之程度如何，此實各國法律所未能一致者也。有採劃一主義者，如海牙統一規則第四七條，第四八條，德票據法第五〇條，第五一條，以及其他德國法系國法律之規定，皆不問各人之有無損害，與夫損害之程度如何，一律加算百分之之一之手續費。蓋認為損害之程度因人而異，如必一一依實計算而補償之，殊有礙於票據之流通，故特以明文規定，償還義務人於票金外，並另外支付以一定之金額，以代損害之賠償金額焉。有採各別主義者，我票據法第九三條第九四條之規定，即為著例。即，執票人向匯票債務人所要求之金額，為：一，被拒絕承兌或付款之匯票金額，如有約定利息者，其利息；二，自到期日起如無約定利率者，依年利六釐計算之利息；三，作成拒絕證書與通知及其他必要費用。於到期日前付款者，自付款日至到期日前之利息，應由匯票金額內扣除；無約定利率者，依年利六釐計算。已為清償之背書人對於承兌人或前手，以及已為清償之發票人對於承兌人，所要求之金額，為：一，所支付之總金額；二，前款金額之利息

；三，所支出之必要費用是。此兩種立法主義之衝突，在國際私法上將如何解決之乎？

償還義務人對執票人或其他權利人支付之償還金額，乃一履行償還義務之性質；償還義務之種種決定，既各依其行為地法，則償還金額之大小，有關於償還義務之範圍者甚巨，故不能若支付之程序等事，而依支付地法，必仍依決定償還義務之準據法始可，換言之，即背書人爲償還者，依背書地法；發票人爲償還者依發票地法，承兌人被追索者，其償還金額依承兌地法是也。例如某甲於其住所地之巴黎，以背書行爲簽名於票據時，後雖變更其住所，在我國被執票人追索，而爲償還之事，即不能依我國法，仍須依法國法也。雖實際上如發票人承兌人大都有其固定之營業所或住所，票據行爲地通常即在此地，票據金額償還地亦在此地，適用行爲地法與適用償還地法，往往有同一之結果；然在學術之用語及法理上，究竟謂其準據法爲與決定償還義務之採同一的行爲地法，較爲妥當也。

第二，償還之方法問題。受追索之人，得要求追索人交付拒絕證書，償還計算書，及原來票據，此皆各國法律所共同規定者，卽有相異之點，只須其無影響於再追索權之行使者，皆可依償還地之法律決之。惟須特別提出者：在所謂還原匯票（一稱回頭票）之情形下，執票人及背書人爲償還之請求時，得不收取現款，而以其前手或其他票據債務人爲付款人，再發行見票卽付之匯票；此匯票之金額，將如何定之乎？通常之清償金額，依票據債務人所服從之法律定之，與在前述之一般清償情形中同；但各國又往往規定於償還之金額以外，再入加經紀費及印花稅；或國家亦有不肯承認者，將依何國法律，卽有問

題。此在表面上似應採同一之準據法，但細審之，還原匯票之准許發行與否，固可依原來行為地法之規定，而須取得票據債務人之同意；但既許執票人或背書人發行此還原票據，則因發行還原票據而生之費用，似應依發票地之法律較當。易詞以言，票據義務人償還地之法律，苟不承認此種費用，即是否認還原匯票之發出；苟承認而責執票人及背書人負擔，則事實上亦必無還原匯票之發出；既許之矣，既有之矣，有費用自應依發票地之法律，而由償還人清償之焉。

至於還原匯票之付款實數，因匯兌上之損失或利得關係，常使所請求之金額有所增減；其計算亦依發票地之發票日的匯價定之。我票據法第一百條，曾規定執票人發還原匯票時，其金額依原匯票付款地匯往前手所在地之見票即付匯票市價定之；背書人發還原匯票時，其金額依其所在地匯往前手所在地之見票即付匯票之市價定之；此之市價，以發票日之市價為準；各國習慣上亦有此同一情形。故付款人之多付或減付，皆依發票日之匯價為定，不得依付款日之市價，定其計算標準也。

「圖表四十四」 票據支付之準據法表

到期日之計算

定日付款——依發票地之日曆計算之

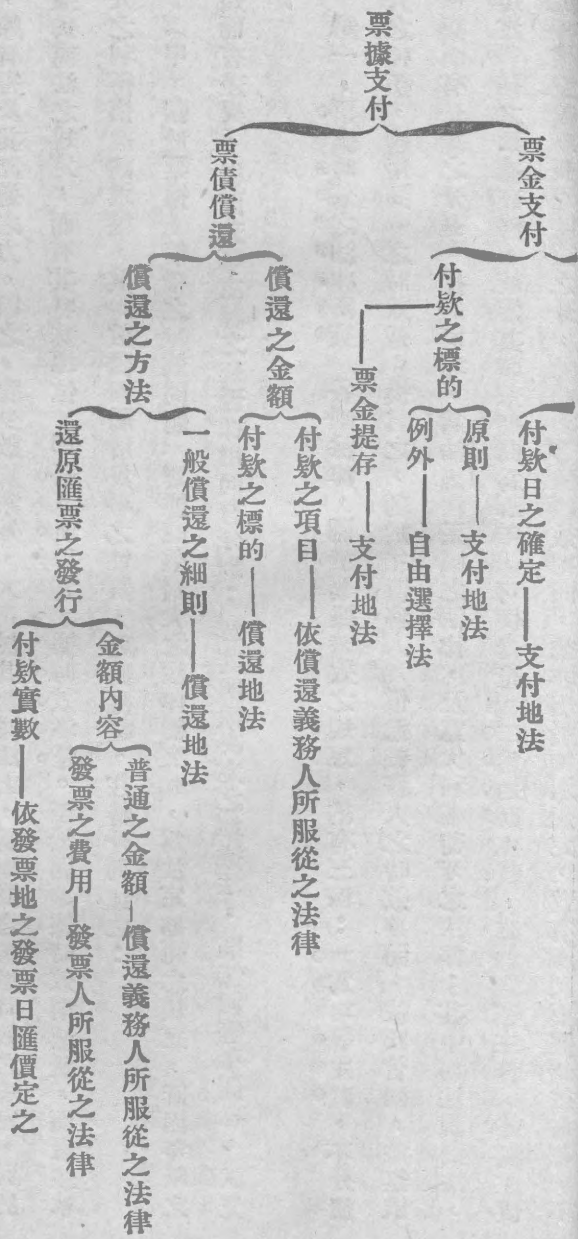
發票後定期付款——全上

見票後定期付款——依承兌地之日曆計算之

見票即付——以提示日為到期日

付款之時日

(提示之日究應為何日，乃另一問題)



(二) 票據時效

票據時效云者，票據上之權利，因一定之期間，永續不行使之，即喪失其權利之謂也。故票據時效實即民法所規定的消滅時效之一種；惟民法上關於消滅時效，除特種債權之請求，或採短期時效外，普通債權之消滅時效，大都有較長之期間，如德，法，意為三十年，我國

爲十五年，暹羅爲十五年是。惟在商事方面，一切交易貴於迅速了結，勢又不得不採短期時效制度，即如公司法第六九條規定「股東之連帶無限責任，自解散登記後，滿五年而消滅」，對民法十五年之原則即爲例外；其他各國法例，商事上債權之消滅期間，普通亦爲六年，皆此一理由也。其在票據方面，更較一般商業交易，貴於敏捷，尤以速結爲要；否則票據債務人久負嚴格責仕，必感覺以簽名於票據爲苦，頗有害及其流通之力。因之，除少數國家外，大都於其票據法上，爲票據之消滅時效之規定，別於普通民商法之規定，而有其特殊地位，即吾人所稱爲票據時效者是。至於因票據時效消滅後，而發生執票人之利得償還請求權，其時效問題屬於民事之性質，更無待論。茲特分別述之：

(甲) 關於票據上債權之時效問題 票據時效最大之法律衝突點，爲法定期間之規定，既因年限之長短而有差異，復因差等主義之是否採用而有分別；然其所欲決定之準據法，則無何等不同也。試先言：

第一，票據時效之法律衝突 各國法律，關於票據時效之規定，約有三派：一爲均等主義，不分債

務人之種類，適用同一之時效是；換言之，對於主債務人及償還義務人之時效期間，彼此皆同，並無依其種類而有長短之分是。採此制者，爲法國法系國之法律，及意大利葡萄牙之法律；其中如法國商法，即規定一切之票據義務，統定其時效期間爲五年，可供參證。二爲通則主義，雖如均等主義，並無主債務人與償還義務長短時效之分，然此均等的時效期間，並非出於特別規定，致有所謂票據時效者在，不

過仍適用民法上一般之規定而已！採此制者爲英美法；例如紐約民法上一般時效期間爲六年，票據時效亦爲六年是也。三爲差別主義，分主債務人及償還義務人而定時效期間之長短；換言之，匯票之承兌人，本票之發行人，皆爲票據上之主債務人，故其消滅時效比較爲長；其他之償還義務人，因處於中間之地位，不過爲償還義務者之一人，而最後給付之請求，仍爲票據上之主債務人，故其期間無妨再短也。採此制者爲德國法系諸國之法律，若，瑞士，日本皆然；海牙統一規則第七〇條之規定，亦此。我票據法第一九條前三項之規定，更爲明證。

此等衝突尙係顯而易見者，其他若期間之年月究爲若干；時效之進行究從何日何時起算；時效之中斷究如何認定；若詳細比較之，當必更有彼此相異者在。故雖同採差別主義者，或採均等主義者，其時效期間之實際的年月，終難免於紛歧；縱相同焉，而因起算之例不一，亦必有時日前後之差；縱無差焉，苟時效中斷之認定各異，仍不能一一盡同之也。然則關於票據時效問題之法律衝突，將如何解決之乎？次再言：

「圖表四十五」

我票據法之票據時效表

匯票承兌人	之票據上債權	自到期日起算	時效三年
票據權利人對於本票發票人	之票據上債權	自到期日起算	時效一年
支票發票人之票據上債權	之票據上債權	自到期日起算	時效一年

票據時效
執票人對於其前手之追索權

應作成拒絕證書者

匯票
本票
自作成日起算——時效一年

支票——自作成日起算——時效四個月

免除作成拒絕證書者

匯票
本票
自到期日起算——時效一年

支票——自提示日起算——時效四個月

背書人對於其前手之追索權

匯票
本票

自清償之日
或被訴之日
起算——時效六個月

支票

自清償之日
或被訴之日
起算——時效二個月

第二、票據時效之法律適用

吾人於國際民法中，曾論及債的消滅時效之準據法，衆說紛紜，各有其是；在票據時效自亦如之。但因票據時效，既別於普通債的時效而有其特殊地位，故其準據法之結論，亦不能與吾人在債的討論中所主張者絲絲入扣也。票據時效準據法之決定，英、美、法與歐陸法實立於絕對相反之地位：

英、美、法認為票據時效與一般債的消滅時效，皆與其權利之實質問題無關，不過一訴訟法上之程序問題而已！觀其不特別於一般消滅時效外，為票據債權設以短期之時效，可知其不承認票據權利與票據時

效，有何等直接關係，甚爲明顯。既爲 訟法上之程序問題，所謂既羅時效者，無非消滅其票據訴權之意，乃出於一國公法的規定而如此耳。因之，其準據法惟以適用法庭地法爲最確當。票據時效之在他國未完成者，依英國法而已完成，即不能再爲票據訴訟；反之，在他國已完成者，依英國法而未完成，亦不能認其爲既羅時效，拒絕其訴。此種法庭地法主義，既大違背各國所以規定票據時效之原意，且使在他國既羅時效之票據債權，仍有起訴之權，得向對方主張之，不免使法律關係更陷於繁雜無序也。

歐陸法對此問題，大都適用行爲地法，換言之，即票據義務所服從之法律。蓋票據時效同於一般時效，並非訴訟法上之制度，乃義務消滅之實體法上之一原因，故不可不依支配法律關係全體之法律定之。鄂爾敦堡商法草案第一千條云，「……在外國所爲之法律行爲……其時效則依於負交付義務地之法律」，可供參證。此法律既指票據義務所服從之法律，依前所述，票據義務之決定，以票據行爲成立地法爲其準據法，吾人對此問題之準據法，以行爲地法稱之者，意即在斯。但又有問題焉，設有爲其準據法之行爲地法，以時效認爲訴訟法上之制度時，則將仍本行爲地法主義，適用其地之法律歟，抑將依其地之立法精神，而改用法庭地法歟？當然仍以行爲地法主義爲妥！因吾人採用行爲地法者，乃本於內國適用法則之指示，實際地爲行爲地法之實質法之適用，不能顧及行爲地法對於時效問題之作如何解決也。德國帝國法院曾有一判例，不問及紐約法律以時效爲訴訟法上之制度，而只依紐約法，使本票服從於六年之時效，即一明證。

票據時效，以行爲地法爲其準據法，似與愚在債的時效關係中，主張債權準據法主義，有所不同；且債權準據法主義者，實際上亦係以自由選擇法或其他爲債的成立所準據之法律爲其適用，確與票據時效之只適用行爲地法有異。然票據債權之成立，既單以行爲地法爲斷，則關於其時效問題，而適用行爲地法，質言之，依然不外一票據債權準據法主義而已！又行爲地法既指各個票據行爲之成立言，故又可稱爲票據義務所服從之法律，然無論如何，却不能與債務人住所地法同視。雖行爲地與債務人住所地有時同在一地，或更爲常見之事實；且巴爾，曼利亦皆有債務人住所地法主義之唱；愚則認爲終應分別視之，取行爲地法主義，排斥債務人住所地法主義，乃正當辦法。其理由，愚在債的關係中，已詳論之矣。故如住在巴黎之瑞士人，在巴黎爲票據之承兌，後變更住所，移居於瑞士，其關於時效問題，仍適用法國法，非即適用瑞士法；雖曼利亦如是主張之，可知債務人住所地法主義之適用，並不澈底，不如但然稱以行爲地法主義之爲愈也。

(乙)關於票據時效外之時效問題 票據上之債權雖罹於時效，不能對義務人有所主張之，但法律上又往往承認利得償還請求權之存在，其消滅時效如何決定，亦一問題。又法國法系諸國之法律，以票據基礎關係與票據自體關係混而爲一，德國法系諸國之法律，雖將票據基礎關係，提出於票據自體關係之外，然在此票據基礎關係中，如有債的問題，其消滅時效之決定，又依何國法律歟？茲本我國票據法之精神，稱前一事例，爲票據法上債權之時效問題；後一事例，爲與票據關係相連的普通債權之時效問

題。

第一、票據法上債權之消滅時效。利得償還請求權，或稱其爲票據上請求權之殘餘物，或稱其爲票據法上之要素，與一般私法上之要素，相合而成之一種獨立請求權；但無論如何解釋，要皆係因票據債權關係而發生之權利，故一般皆規定之票據法中，故稱之爲票據法上之債權。關於此種債權之由來，固基於票據債權而生，而其性質則一民事的法律關係也。其時效當然適用民法上之時效期間，不能再適用票據法上關於票據時效之規定。曼利曾云，「執票人，票據上之權利消滅後，對於發票人或承兌人，所受利得償還之請求權，雖爲本於票據法之規定，而其根源則實存在於普通私法的關係中；於其時效，則依於國際民法，由票據上債權消滅後之時計算之。」意謂義務人雖以消滅時效完成，而得免除票據債務之要求，但須服從於一般私法規定之民法上義務，依然存在，非再罹於一般時效，即不能拒絕執票人利得償還之請求權也。

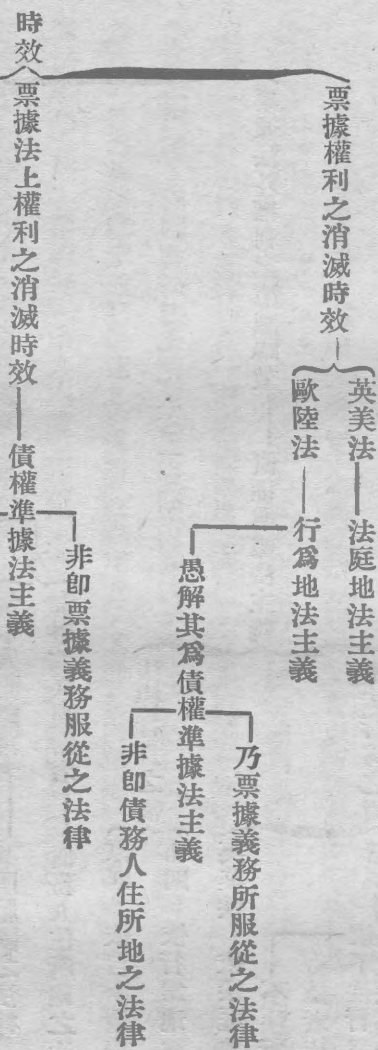
利得償還請求權之時效，既適用民法上一般之規定，如在法國爲三十年，在我國爲十五年，在暹羅爲十年，在蘇俄爲三年；假定其法律關係有涉及此數國之法律者，將以何國法律爲其準據法歟？此在外形上，仍然如一般債的時效，應採債權準據法主義。惟此種債的關係之成立，並無契約的成分在內，且與民法上不當得利之情形相似，其不同者，僅有無法律上之原因等點而已；故債權準據法主義之適用，即不能先以自由選擇法爲其對象，亦不能以事實發生地法爲其內容可知。所可適用者，因利得償還請求

權之成立，爲債務人一種義務之負擔，故應依債務人所服從之法律定之；債務人所服從之法律，不可誤解爲票據義務人所服從之法律，因其債務並無票據之直接關係在內而然。然則債務人所服從之法律云何？即債務人之住所地法是，如當事人爲同國籍者，亦可代以本國法是。因之，在利得償還請求權場合，其時效採債權準據法主義云者，實際上即係以債務人之住所地法或本國法爲其適用之對象也。不特在時效期間之決定，應如是解決之，推而至英美法，不承認利得償還請求權之存在，欲適用其法律，不欲爲時效問題上之考慮，亦應先問其法律是否合於債務人住所地法或其本國法之資格而定。

第二、票據法外債權之消滅時效。承兌人對於發票人之票據資金請求權，票據義務人對於變造票據人之損害賠償請求權，票據授受人間之原有的債權請求權，共同付款人間相互之債的請求權，共同保證人間相互之債的請求權等，雖皆與票據事實有其相關連之點，但與票據關係截然兩事，較利得償還請求權尤爲明顯，故通例對於此等事件之規定，皆置之於票據法外，惟適用民法上一般之規定而已。其債的關係之成立，如由法律行爲而發生之債，則首先適用自由選擇法，當事人意思不明時，依行爲地法；如由不法行爲而發生之債，通常皆適用不法行爲地法與法庭地法；則在其消滅時效之計算上，亦惟有分別本語其債權成立之準據法而定之耳。例如票據義務人對於變造票據人之損害賠償請求權，乃一由不法行爲而發生之債，當然依不法行爲地法及法庭地法定其時效是。但此有一問題，即不法行爲地法與法庭地法之時效期間不同者，將如何辦理之歟？此在實際上則以法庭地視時效爲何種性質而定，如認時效爲單

純的訴訟程序，只須其既罹於法庭地法上之時效，即認為時效完成，不問不法行為地法上之如何規定；如認時效為義務消滅之實體法上之一原因，在歐陸各國僅以行為地法，作為由不法行為而發生之債的準據法，通例皆以行為地法上時效期間為斷；我國既不以之視為訴訟程序問題，而又兼採法庭地法，似應採取兩法中之最長時效期間以定。蓋此種債權既由不法行為而起，質言之，直可謂由犯罪行爲而起，自應加重債務人之負擔，以最長之期間定其時效；故如依法庭地法既罹於時效，而依行為地法未完成者；或依行為地法既罹於時效，而依法庭地法未完成者，皆不許債務人以既罹於時效為口實，冀圖免除其債務也。

『圖表四十六』 票據時效及與票據事實有關之或種時效準據法表



乃當事人同國籍者——其所屬國之法律

當事人異國籍者——債務人住所地之法律

原則——依自由選擇法定之

補則——依行為地法等定之

英美法——依法庭地法定之

不法行為地法時效期間

長者依不法行為地法

依不法行為地法兼法庭地法定之

法庭地法時效期間長者

依行為地法

歐陸法——依不法行為地法定之

法律行為之債

不法行為之債

票據法外權利之消滅時效——債權準據法主義

(二) 票據訴訟

票據既為信用之證券，而又為流通之證券，為保障執票人之安全計，為增加票據行為之效力計，故各國法律上，特使票據上之債務人，負擔嚴酷之責任；即因票據關係而發生訴訟也，其一切程序，多數國家亦往往使其較普通訴訟程序趨於簡易，俾票據流通之作用，有所保全：此種情形，我國學者稱之為

票據強力，日本學者稱之爲手形嚴正。因之，票據強力，依上所述，實可分爲兩種：一爲票據實質上之強力，即票據上債務之抗辯，受有限制；執票人於主張權利之際，債務人不得舉票據法所規定以外之事項，以爲抗辯之理由是。一爲票據形式上之強力，即由票據所生之請求，須依證書訴訟以爲請求，不適用通常訴訟程序而求救濟是。（我民事訴訟法上無證書訴訟之特則，與通例異。）必依如何條件，始合於票據實質上之強力，此固依票據義務所服從之法律定之，已見於前，不必再爲討論；但抗辯權之範圍牽及訴訟程序者，以及票據形式上之強力，並票據拘留問題，與夫訴訟進行中之證據問題，各國法律之規定，亦不一致，自有再進而研究其準據法之必要，俾票據關係發生糾紛時，在國際私法上得有一最後之辦法也。

（甲）關於票據強力問題 訴訟上之票據強力問題，自以所謂票據形式上之強力問題爲主，依法庭地法決定其一切，乃一般之例。蓋票據形式上之強力問題，誠與票據義務之制度，關係甚切；然票據強力容許之條件若何，一樣地與一國訴訟制度之關係，亦非細微。故當事人雖於外國負有票據義務，倘發生訴訟於內國，內國訴訟法上所定之票據強力條款，亦適用之。即如法庭地許其爲票據訴訟時，所負票據義務之外國法，縱未設有迅速之票據訴訟程序者，亦得在內國提起票據訴訟。德國帝國法院會根據其票據法第八五條，第四條，第九六條之規定，認爲外國票據之依其準據法而認爲票據者，即以當於其票據法意義之票據爲理由，縱爲外國票據亦許其在德國提起票據訴訟。蓋德國民事訴訟法第六〇二條，於票

據法意義之票據上請求，規定許其爲票據訴訟故耳。

票據實質上之強力問題，而牽及訴訟法者，如債務人抗辯之範圍，有規定限於對物抗辯，有規定對人對物皆得抗辯者，其關於細節之差異者，更不乏例。其他如相殺之抗辯，在形式上應否允許，各國法律規定亦不一致。凡此，雖兼與票據義務制度有其關係，但不能純然依票據義務所服從之法律定之；須分別其強力問題，在實際上果否只有形式上之影響，如表面上爲實質的強力，內容上仍係形式的強力，自應仍以法庭地法定之。

(乙)關於票據執行問題 票據執行問題，自以所謂票據拘留問題爲主，此亦服從於法庭地法。蓋古代立法，對於債務之清償，往往使債務人受身體上之拘束；例如鄂爾敦堡商法草案第一千條第二項云，「爲強制執行一方法之拘束人之身體，不與前項之效力同視，而依行爲地法；其在內國得以許容與否，專依本法決定之」是。今各國雖對此例漸次改正，但關於票據債務仍有承認此辦法者，不過在德、法、瑞士等國則早已廢止之矣。票據拘留乃基於訴訟制度而有之事，與票據行爲地之法律，並無密切之關係，不得誤視其爲票據之實質的效力，而主張「內國雖否認此票據拘留制度，依其實質的效力方面之準據法，有此拘留制度時，不得不適用」也。易詞以言，票據拘留，無非一票據訴訟執行程序而已！在原則上，自須依於法庭地法；縱票據義務人在否認票據拘留之國，已爲票據行爲，而爲法庭地法所認者，則亦不可不服從法庭地法。至對於票款之能否施行假扣押辦法，亦以法庭地法決之，與能否拘束債務人身

體之準據法同。

關於執行之其他事項，一國法律有特別之規定者，如瑞士債務法第七二〇條，強制執行破產法第三九條，第一七七條之規定是，在國際私法上亦依法庭地法。瑞士債務法第七二〇條所規定，乃指關於票據之強制執行及訴訟等特別規定，僅對於受商業登記簿之登錄者，始適用之耳。又英國票據法第六九條，及美之數州法律，匯票在未過期前遺失者，執票人得請求發票人另予以同樣條款之別頁匯票；如發票人既不要求其予以保證，又復置之不理時，得以法律強制執行之，此條款在國際私法上亦限於其為法庭地法時而適用之也。

(丙)關於票據證據問題 票據證據，是否須提出一切書面之問題，此依法庭地法決定之。例如票據法第八三條第二項規定『付款人或承兌人之破產，應以破產宣告書之騰本證明之』；則關於此種情形之問題，而起訴於我國法院時，即應提出破產宣告書之騰本，以資證明。至於法庭地之訴訟法規所規定必須提出之書狀，更不可不依之。

票據訴訟中，關於外國法內容之證明一事，此誠然亦依法庭地法決之；但各國皆有一共同之慣例，是應注意者。蓋在外國發出票據，或背書之，及使其作成拒絕證書者，在內國提起票據訴訟，苟具備內國關於票據法上追訴之要件時，固不能不承認之。但在此情形中，而抗辯，而證明內外法之差異，認為根據外國法之規定，不應許其追訴者，則被告之責任也。又在內國所提起之票據訴訟，其訴訟依於內國

法，雖非有應為保護之事項，而外國法其事項應為保護時，為此外國法內容之證明者，則原告之責任也。至於拒絕證書之作成或通知，主張不適合於其準據法者，持異議者亦不可不證明之。

此外若票據能力之缺點，否認之者，須為證明尤所當然；蓋票據法上之請求，於票據能力之存在，不特理論上為訴訟之根本，且於裁判之實際上，亦不可不以為前提；故如被告既為否認請求者之有票據能力，遂即不可不證明其能力之是否欠缺；瑞士聯邦法院曾有為此一意義之判決云。

(丁)關於票據滅失問題 票據如遭遺失，盜劫，或消滅之時，此應如何救濟，始得為法院承認其原有之效力，此不可不為公示催告之聲請，藉以維持其權利也。公示催告聲請之程序，詳於各國之民事訴訟法，在某地為聲請者，一切即依某地民事訴訟法所規定之程序為之。但此際，法庭地法之適用，僅限於票據滅失如何救濟之事；若夫因其滅失而牽及票據之實質問題，其準據法之何屬，又當別論。

(戊)關於票據管轄問題 此當然仍依法庭地法而定。例如德國民事訴訟法第六〇三條云，「票據之訴，得提起之於支付地法院，或被告有其普通裁判籍地之法院；數票據義務者，共同受訴時，在支付地法院以外，各人所有普通裁判籍地之法院管轄之。」故欲在德國提起票據訴訟者，自須依其規定而提起之。又如我國民事訴訟法第一四條云，「本於契約或票據有所請求而涉訟者，得由義務履行地之法院管轄。」在我國提起票據訴訟者，亦可依是條之規定而提起之。

第十四章 特種票據法

在國際私法之立場上，關於票據法之如何適用，大體有若上之所述，似不應再爲何等特殊問題之論列矣。顧尙不能已於言者，爲有數類之票據，雖其本身仍不離匯票或本票之範圍，而在票據之付款方面，或使用方面，則與通常之票據異；於是對於其準據法之決定，彼此亦不免有所差異焉。此數類之票據，質言之，卽他地付票據與市場票據是也。所謂他地付票據者，付款地與付款人之住所地爲異地時之謂；所謂市場票據者，票據作成於市場而卽在市場支付之謂。現代各國固有不承認或不注意此種票據者，但認許之者亦不乏例，故有特別提出研究其準據法之必要。此外若支票，日本稱曰小切手，在英美法固以之與匯票同視，在我國及日本法亦以之視爲票據之一種，愚且於以前各章之所述，並將支票與匯票本票同置於心目中。但在德、意等國之法律，不認支票爲票據，特於票據法外，另以單行法規之，其見解之異致也如此！於是學者中，對於支票之準據法，往往又持特殊之見解，認爲亦應不與匯票本票相提並論者也。姑無論法理上之允許與否，但既有此種事實，吾人爲充分了解票據法之適用起見，自亦不能存而不論；惟須聲明者，此章之列入，重在介紹已有之學說與判例，個人之主張非不得已時，力避參加；其以特種票據法標題之意，亦不過爲彙述之便，指其與通常之適用票據法，略有區別，更非認爲此三類票據，有如何顯然之特殊地位，立於票據法之外也。

(一) 他地付票據

他地付票據，日本稱之爲他所拂手形。凡票據上所記載之付款地，與匯票之付款人，或本票之發票人等，住所之地不同時，皆爲他地付票據；蓋別於通常之同地付票據，付款地與付款人之住所地，須爲同一地點之故，而有是稱也。例如由倫敦之甲，出一萬元匯票與橫濱之乙，而令付款於上海之丙；則付款人住處之橫濱與付款地之上海各異，是卽他地付票據。吾人知票據在歐洲之起源始於十二世紀意大利各都市兌換商所發行之兌換證書，於甲地受取商人貨幣，而於乙地支付之，在今日視之，卽他地付本票之一種也。哥德士密特 (Goldschmidt) 並證明此種票據自一六〇年以來，直傳於今日而未衰，可知他地付票據起源之早矣。關於此之問題，德票據法第二四條，瑞債務法第七四三條，日商法第四七二條，皆有其規定，可參照之。茲再就其與國際私法有關之問題，分三段論列於後：

(甲) 他地付票據之本質問題 付款地爲票據金額之支付地，故爲票據記載之必要事項；但有時亦有不記載之者，是否於其特殊場合，得以他地付票據是認？卽或記載矣，而如在對已匯票中，有國家以之與本票同視，發票人之住所地與付款地亦非一地，是否可視之爲他地付票據？又如不單純承兌中，承兌人爲付款地之變更，是否應以他地付票據之成例是認？凡此各種關於他地付票據之本質問題，在票據習慣上有如何決定，倘彼此法律異致，又當如何爲最後之決定，皆不可不一明之：

第一、在票據未記載付款地之場合。他地付票據之成立要素，以付款地與付款人之住所，不同在一地點者爲主，故付款地必須特別記載之。蓋以付款地爲票據付款之地，而又爲執票人要求付款之地，

拒絕證書作成之地，通常皆須記載之，况付款地而在付款人住所以外之地，謂不記載之乎？票據之所

以有不記載付款地之例外者，於匯票則推定以付款人之營業所，住所，或居所所在地爲付款地（參照我

票據法第二一條）；於本票則因其係自己發票，自己付款，故除票上有反對記載外，即視發票地爲付款

地（參照我票據法第一一七條，日商法第五二六條，德票據法第九七條）；皆純然視其爲同地付票據辦

理也。且在匯票方面，事實上雖於付款地無其記載，而往往於付款人姓名或商號之側，附記其地址，法

律上即視之爲付款地及付款人之住所，故實際上縱付款人之住所非在其地，亦不能謂爲他地付票據之

關係。在本票方面，發票人即爲付款人，票據上根本不列付款人之記載，除有特別付款地必須記載者外

，正以不記載付款地爲必要，而即以發票地當之。發票地通常爲發票人營業所，住所，及居所所在地，

法律對於未記載發票地者，亦如是推定之；則雖未記載付款地，依然可認爲係同地付票據，且不必以實

際上發票人之住所何在而定，蓋發票人之營業所或居所所在地，仍可作爲發票地故耳。倘發票地之記載

在發票人營業所，住所，或居所所在地以外時，此亦非他地付票據，因其依然以發票地爲付款地，並不

見其有何異地之感覺也。要之，在匯票，對於付款地之記載，須與付款人之住所，爲異其地；在本票

，須不以發票地爲當然之付款地，而於票面上另有異地之付款地記載；乃爲真正之他地付票據，不能因

票據上未記載付款地時，僅以實際上付款人住所在地之何在，定同地付異地付之分別也。茲一問題與票據準據法之最後決定，頗有關連，故首論之。

第二、在對已匯票認爲本票之場合，對已匯票者，發票人與付款人同爲一人，例如一商店而有數多之營業所，其營業所間互相發行之匯票是，或發票人至付款地自行付款之時之票據是。此在瑞典挪威之法律，直視爲一種本票；法、比、意之學說亦然；英、美、法則讓諸執票人決定，故亦有視爲本票者；德、瑞、匈國之法律，雖名義上稱爲匯票，實質上則以之爲變相的本票，其發行也須以發票地與付款地不同在一地爲條件。苟以本票解釋對已匯票之性質，則因普通同地付票據，在本票方面，付款地即是發票地，甚或爲發票人之住所地，今對已匯票之付款地，在發票地以外，按以上述之理由，似不失爲他地付票據之性質也。實則兩者亦有其區別點在，各國雖有將對已匯票，視同本票，而其性質究爲匯票中之一種；既爲匯票之性質，發票地與付款地異其地點，乃其當然，自不應援本票之事例，而比擬其爲他地付票據。反而言之，本票之發票地與付款地記載不同者，並非即是對已匯票，又何以對已匯票稱爲他地付票據乎？蓋指已匯票仍非經過承兌之程序，始行付款，根本上不能以本票法理明之也。至於我國，日本，及俄國之法律，則直以對已匯票，認爲純然之匯票；故關於擔保請求，償還請求之法律規定，皆適用於對已匯票；其在國際私法上之適用法律，更同於一般票據問題之準據法，無待再爲特殊之討論也可知。

第三、在承兌人變更付款地之場合。票據之承兌，原則上限於單純承兌 (General Acceptance)，不許對於票面文句有所變更。但例外上又有所謂不單純承兌 (Qualified Acceptance) 者，對於票面文句得加限制或變更之，其中如變更付款地之承兌，即發生他地付票據之能否承認問題。蓋如本為在我國上海付款之匯票，於承兌時變為在日本橫濱付款之匯票，表面上固儼然構成一他地付票據，但在日本及我國，除一部承兌外，其他一部承兌附條件者，皆視為承兌之拒絕，根本上不許其變為他地付票據，故執票人對於前手償還之請求，仍應以初時之票據關係為標準，而與付款地之變更不能有何影響。故執票人為圖省事計，不願行使追索權，而允承兌人變更付款地，承兌人雖依所附條件負其責任，然亦不能影響其他票據當事人之法律地位，致改為他地付票據以辦理焉。(我票據法第四四條參照)。在英國及美國，則又微有所異：執票人得拒絕附有條件之承兌，如限定在異地為付款是；但如已接受此種附條件之承兌，而發票人背書人曾明許或默許，或事後同意者，則可視為他地付票據辦理之。甚至發票人及背書人接到此種附條件之承兌通知後，若不於適當時間內，向執票人表示反對者，仍以同意論，而使之變為他地付票據。英坎拿大匯票法第四四條，紐約流通證券法第二三〇條參照。是故在承兌場合，能否有他地付票據之發生，惟視其承兌地之法律如何規定而決；在國際私法上，對於變更付款地之承兌，有無法律之效力，及其是否即為他地付票據，亦惟有以承兌地之法律為其準據法也。

(乙)他地付票據之法律適用 他地付票據之準據法，學者及判例皆趨重於支付地法之適用，而與以

前各章所決定者，迥然不同。此問題可分兩段述之：

第一、適用支付地法之理由。吾人知在昔之票據關係，法據上每承認當事人在票據法之自由權，許其以契約服從於外國之票據法；換言之，自由選擇法之原則，依然在票據法之適用方面，有其相當之勢力，與在一般債的關係中同。然迄今，所謂當事人之自由權被承認者，不過二三之關係，而他地付票據之關係，即其一也。曼利亦謂「在近世以非支付人住所地，定為支付地，得依此而推定其服從於外國法」云云。蓋如他地付本票之發票人，由其發票之意思表示，可知其以其他——即住所地以外——之地為支付地，實有願服從其地法律之意思，而受款人所以願承受他地付票據者，背書人保證人等所以願在他地付票據上簽名者，皆可認為有服從於契約上特定的法律之意思。又如承兌人為付款地變更之匯票，欲承認其為他地付匯票，不僅執票人願接受承兌人之變更條件，更須發票人及背書有明示默示或事後承認始可，亦不失為當事人自由約定之旨趣。因自由選擇法之殘餘勢力，在此一端上未被排斥，故遂承認他地付票據之準據法，有別於通例而適用支付地法之必要。德國帝國法院更明白宣示，「票據如為他地付時，支付地應視為票據義務之本據法，全體之義務不可不依是地之法律而決之」云。

第二、適用支付地法之事例。支付地法在他地付票據場合之適用，實即第十二章中所述之準據法一

貫主義者是。一切票據關係皆依當事人之自由意思，而適用支付地法。例如我票據法第五六條規定，保證應在匯票或其騰本上為之；倘為之於他種書面，則不生票據保證之效力。然法國商法第一四二條則規

定，票據之保證得於他種書面爲之。倘有保證人於中國以他種書面保證住在中國之承兌人，對於在法國付款之匯票上的債務，則不能依中國法，認爲非票據保證，應依支付地之法國法，對於執票人，與主債務人負連帶之責，至於保證之民法上性質，依中國法視之，亦僅保證人及主債務人於內部之關係，爲生其效力耳。又如多數國家皆承認他地付票據，得設有擔當付款人，或由發票人記載之，或由承兌人指定之，則付款提示，應依限先向擔當付款人爲之，否則承兌人即因之而消滅票據上之義務；英美法反之，不承認擔當付款人之記載，設有類似之立法，則他地付票據即須付款人親自赴付款地爲支付，則付款提示，即須依限直向付款人爲之；又依我國法，擔當付款人以一人爲限，德國帝國法院曾宣言，凡記載擔當付款人有數人時，票據法上得許之，彼此亦不爲同。凡此，在他地付票據關係中，論者皆主張依支付地法決之。他如關於消滅時效等等規定，據曼利主張，仍應依支付地法而決云。

(丙)他地票據之審判管轄 在瑞士等國，不特主張他地付票據之準據法，應爲支付地法，且進而主張直接服從於支付地之法律。其聯邦法院曾宣言，「他地付票據，不惟有定支付地效力之旨，且更確定使其有服從於支付地審判管轄及法律之效力」云云；而某年，其某州之州庫，由其機關發出他地付之票據，於審判管轄問題之爭，曾提起訴願於聯邦會議，聯邦會議即根據票據爲他地付時，不可不判爲已承認其支付地之審判管轄之理由，而却下某州之請求；可知其對於此種主張之堅持矣。但就通例言之，謂他地付票據必須受支付地之審判管轄，殊亦未見有何重大理由，蓋依其支付地法而決一切，即爲已足，

不必堅決變更其審判籍也。故欲以支付地爲其審判管轄地，必須爲其準據法之票據法或訴訟法，以支付地爲選定住所，而認其審判籍之時爲然。換言之，於普通審判籍之外，亦得於支付地發生任意之審判籍耳。因而吾人對於瑞士等國堅決主張他地付票據之審判管轄，應爲支付地之法院，雖不能無疑，但如援其強制執行破產法第五〇條第二項規定之理由，則亦未嘗不可承認支付地法院之管轄權也。所謂該項之規定者，即「住於外國之債務人，或爲債務之履行，選定特別之住所於瑞士境內時，其債務之強制執行，得於其特別之住所地爲之」是也。

(二) 市場票據

市場票據之在歐洲，實起源於十六七世紀。蓋自大市場如香賓 (Champagne)，里昂 (Lyon)，柏桑 (Besancon) 等興起以後，兌換商集合於一定地點，以爲票據之清算；不僅成立所謂市場票據，凡關於票據之形式，承兌，以及拒絕證書之作成，與夫參加，保證之關係，皆發生於此時矣。降至今日，凡市場之爲商業及金錢交易之中心者，各國法律上往往許有票據事實之存在，蓋其目的在免於現款往來之頻繁，而便於商業交易之靈活故耳。即在通常之票據情形中，於或種程度以內，亦恆使其在市場內履行之，雖非正式之市場票據，而究與市場法有關連之點在。故質言之，市場票據云者，並非別於通常之票據，另爲獨有特殊性質之一票據，實乃通常票據之見用於市場中而已。曼利對此問題，直以「票據法之

市場法一標題，非無故也。

(甲)正市場票據 正市場票據云者，指通常正式之市場票據而言。凡於市場所作成之票據，一切問題服從於其市場法；行爲能力亦然。蓋根據瑞士行爲能力法第一〇條第三項屬地的規定，及其債務法第八二二條，德國票據法第八四條，日本法例第三條第二項，我法律適用條例第五條第二項之規定，皆應作如是之決定也。

市場票據之法律上效力，各國法律亦多有較普通票據爲簡易或特殊之規定者，試以德、瑞之法律明之：例如關於到期日之記載，普通票據以其係定債權人行使權利及債務人履行債務之時期，必須依一定之方式記載之；市場票據依德票據法第四條第四號，瑞債務法第七二二條第四號之規定，以記載市之期節而已足。又如關於到期日之計算，普通票據頗甚複雜，市場票據則依德法第三五條，瑞法第七五條之規定，以市場所行之地方法律定之，苟市場法未定準確之支付期者，以其市終了之前一日爲到期日，其僅爲一日之市者，即以其日爲到期日。又如關於承兌之提示，普通票據依德法第一八條，瑞法第七三六條之規定，執票人有隨時提示承兌之自由，不許有一切消極之限制；市場票據則依德、瑞各該條第二項之規定，市場之執票人，於例外僅得於市之提示日提示其票據，而求承兌。

假使或國家對於市場票據之規定，與德瑞法律對於市場票據之規定有衝突時，此不問當事人之國籍何屬，住所何在，只依其在何國市場爲票據之行爲，即以其市場所服從之法律決之。蓋純然一行爲地法

之適用，而在他一方面，又不能脫離屬地法色彩之一種準據法也；故與普通票據所採之各個行為地法，其立場又稍有異。

(乙)準市場票據 準市場票據云者，指通常票據於或種場合，執票人履行其行使或保全票據權利之條件於市場之謂。票據法上對此，往往許當事人得選擇市場法而適用之。例如為承兌或付款之提示，拒絕證書之作成，其他票據上權利之保全及行使等必要之行為，當事人之意見苟一致時，得於其交易所為之是也。又如我票據法第六六條第三項云，「為交換票據，向票據交換所提示者，與付款之提示，有同一效力」；其他各國縱無明文規定，大都認票據為表示權利義務之證券，許其相互交換，以相殺其權利義務，故於票據交換所為提示者，皆默許其為廣義的請求付款之提示，以適應實際商情之需要。凡此，皆可加以準市場票據之名，其在此際所為之票據行為，原則上皆依其地之法律，關於票據能力者亦然。

他如英國英格蘭銀行所發行之七日票據及其他票據，即，於七日之後，或其他與此相近之短期付現者也；法國法蘭西銀行所發行之短期票據，以及其他小銀行發行之一百佛郎以下之小面額票據等，皆含有市場票據之意味，一切皆依銀行所服從之法律決之。

英、美、日，及我國，皆認支票爲票據之一種，與匯票之性質爲相近者；但在法、比、奧、匈、德、意、荷、西、葡等國，無論其對支票有無單行法規，要皆視爲票據外一種特別之指示證券。歐洲屢次之統一票據法會議，或則另爲支票法統一之運動，或則置支票於不論，即本諸歐陸各國之見解而然。故依英美法系之觀察，前數章對票據法適用之原則，於支票問題亦可在大體上一例適用；依歐陸法系之觀察，則支票問題之準據法，即須分別探求，不能當然適用一般票據關係之準據法。

雖然，支票重契約，而匯票本票不重契約；支票重資金關係，而匯票不重視資金關係；雖吾人宗美法系之規定，惟於此點所關，自亦不能斷然稱其與一般票據之準據法完全相同。曼利謂支票之契約，從於債權法之一般原則，吾人誠不能謂其絕對如此，要亦不能謂其毫無供參考之價值也。茲再分述之：

(甲)支票之要件問題 支票同於匯票本票，皆須記載一定之事項；其中如發票行爲，背書行爲，保付行爲之成立，皆視其是否具備此種要件而定。但支票要件之條款若何，各國法律規定仍不一致，於是遂有決定適用何國法律之必要矣。

第一、關於支票要件之衝突點 因支票中之背書行爲，各國法律大都規定準用匯票或本票之規定（我票據法只有第三二條，對支票不適用之）；保證行爲僅奧、比、瑞、意承認之，我國及其他大多數國家，皆不承認支票保證之制；承兌行爲及參加承兌行爲，又皆支票中所未有者；故特就發票行爲及保付行爲示例如左：

(a) 就發票行為之要件言。關於支票文句之記載者，如我票據法第一二一條中云，「表明其為支票之文字」；日商法規定「支票中應將表示其為支票之文字記載之」；德、匈、瑞士之法律皆同；但英、美等國，則無如是之規定。此其一。關於支票付款人商號之記載者，法支票法第一條，比支票法第一條，瑞士債務法第八三〇條，皆無一定之限制，故可依法任意記載之；意商法第三三九條，則以商人為限；德支票法第二條第二九條，匈支票法第二條第二四條第二五條，以銀行與銀行類似之商號為限，我票據法第一二三條，謂以銀錢業者為限，意同；奧支票法第一條，則以銀行與郵政儲金局等為限；英票據法第七三條，美證券法第三二一條，則僅以銀行為限。此其二。關於以發票人為付款人之記載者，英、美法及我國法，均承認對已支票之有效；但在德、奧、匈諸國法律之解釋上，則皆否認之。此其三。關於受款人姓名或商號之記載者，在英國及日本，葡萄牙等國，以受款人之記載為必要條件，至少亦須以非人的受款人 (Impersonal Payee) 或其他方法表示之；在我國，德國，及瑞士，奧大利，匈牙利，保加利亞等國，若不記載受款人時，即以執票人為受款人，是承認無記名式支票之存在可知；在丹麥，挪威，瑞典，意大利等國，凡無記名式支票之記載，根本無效，又不相同。此其四。關於發票年月日之記載者，英國不以日期為必要條件，他國則皆以此為必要，不過在實際上，因銀行每拒絕不填日期之支票，故英國之對支票填寫日期，亦恆有之事，而與匯票有異。此其五。關於到期日之記載者，我票據法第一二四條，匈票據法第五條，奧支票法第五條，瑞士債務法第八三三條，日商法第四三九條之規定，支票限

於見票即付，有相反之記載者，其記載無效；德支票法第七條，海牙決議第三條，以及土耳其希臘諸國法律之規定，支票若記載見票即付以外之到期日者，則其支票無效；且以到期日之記載，係與承兌有關，更皆以明文禁止支票之承兌。但在意大利，葡萄牙等國，則反前例，認為到期日之記載為有效也。此其六。此外，關於印花稅之問題，在英國等之支票上須黏印花，否則支票無效；在德國，則科以罰金，而支票仍有效；在我國，印花稅法雖亦列入支票之條，然尙未能施行，事實上未貼印花者依然有效；此又其相異之點也。關於支票複本之問題，在我國，與國，意，支，票無複本之發行，簽名於各分支票之上者，獨立而負各分之責任；在英國，美國，法國，匈，國，則皆承認支票亦如匯票得有複本之發行；德支票法第九條並以明文規定，限於記名之外國支票，得發複本，本國支票則不許之，與海牙決議第二六條之規定：此亦其衝突之點也。

(b) 就保付行為之要件言 保付與匯票之承兌相類而不相同；即付款之銀行，因發票人或受款人之請求，於支票上記載「可靠」(Good)，或已經「保付」(Certified)，或其他同義字樣，而免除發票人或背書人責任之謂。此種保付之記載，原發生於美國，英及我國亦早通行，故承認之；但在日本，法律上以支票係見票即付之票據，期間較近，故無明文規定，學者否認之，而習慣上，銀行間向有保證之法，其大審院對於保付支票，亦主負有絕對債務之責任，於是保付要件之如何完備，惟有依其習慣定之。此其一。保付支票須貴有保付一類之字樣，以明其地位，故英國法律即規定保付支票須出以繕寫，美國有

數州亦然；但同時美國其他之數州，雖有流通證券法，而對保付之程序則無規定，於特殊情形之下，並認口頭保付亦爲有效者，此外在美國更有電報通訊保付之例；有如支票執票人電詢是否照付支票上之金額，銀行答以確實可靠等語即是；兩者顯然不同。此其二。

第二、關於支票要件之準據法。依何國法律，決定支票之要件，此當然仍依行爲地法，與匯票本票同；例如在瑞士不記載支票文句而發出之支票，雖發出於不必以此文句爲必要之國，如英國是，然在瑞士及我國視之，非支票也。惟關於其行爲地法之適用亦有例外兩點：（一）在外國所作支票之缺點，苟在內國法上爲有效，無害其在內國爲支票簽名之效力，如背書行爲是。甚而言之，實際上支票之作成，如在瑞士，而記載支票發票地爲倫敦，如瑞士等國則不問其真的事實，只依其支票上之所記載，視爲票發之於倫敦，縱違於瑞士法，未記載支票文句，形式上仍視其爲有效也。（二）內國人在外國以內國人爲受款人而發出之支票，縱不合於外國法，而適合於內國法時，得爲有效。瑞士債務法第八三六條規定其適用關於匯票之規定，曼利即作如上之解釋，可供參證。

但於此端應注意者，支票要件一事，因支票之重視契約與資金之故，似不能與匯票本票之要件，同視爲含有特別之意味，而與所謂「形式行爲」，斷然分離，如愚前之所述者，至少在歐陸法系之學者見解如此。質言之，支票要件之準據法，誠無異於匯票本票要件之準據法，然在意義上，一則作爲票據行爲成立之唯一要件而視之，一則作爲法律行爲之方式而視之。蓋支票除此形式上之要件以外，尚有契約

與資金等關係，同時須重視之故耳。

(乙) 支票之契約問題 支票重視契約關係，然此契約究何所指，爲說頗不一致；於是即影響於各當事人之責任問題矣。仍依前例，分別一及：

第一、支票契約之衝突點 雖同以契約說解釋支票之性質，無奈說者各本其見解，而難爲同，遂發生絕大之衝突點，試分爲發票之契約與保付之契約而明之：

(a) 在發票契約方面 有探發票人與銀行間之契約說者，英美學者及科因 (Colin) 等多主張之；有探發票人與受款人 (Drawee) 間之契約說者，歐陸多數學者及我國學者多主張之；有探發票人授與代理權於銀行之契約說者，法國學者多主張之。依第一說，執票人對於付款人無直接請求之權利，故未經保付之支票，在執票人方面，不過一種支付請求書，如銀行拒絕付款，執票人即無權可向銀行提起訴訟；蓋銀行之契約，係與存戶締訂，與執票人無關，而執票人之持此支票，要爲信任發票人而然，不能將付款人牽之於內。英美之立法例大都如是主張。例如英國票據法第五十三條，謂匯票本身不能作爲付款人手中款項之一種轉讓，即利用之以之付款；凡非經付款人承兌一如該法之規定者，付款人對於該項票據，不負責任云云，於支票亦適用之。又如紐約流通證券法第三二五條，謂支票本身不能作爲發票人存在銀行款項之任何部分之一種轉讓，故除銀行對於支票之保付者外，對於執票人不負責任。但在蘇格蘭，其支票對於所支款項，在向付款人提示之時，却視爲轉讓與執票人，乃一例外。而美國間有數州，亦以

銀行與其存戶間，依商業習慣，由存戶發出支票，遇提示時，即當照付，乃公衆了解之事，故彼等間實各默認預聞契約上之秘密，而後完成此種契約，執票人對銀行應有直接請求之權，與其通例亦異。依第二說，支票乃發票人約定以第三人支付一定金額之票據；則銀行處於第三人之地位，與匯票中之未履行承兌程序之付款人同。執票人爲付款提示而遭銀行拒絕支付，亦惟有向發票人或其他之前手，爲追索權之行使，不能直接請求銀行之付款也。德、日、我國皆然。依第三說，既爲代理權之授與，則以支票之支付，即爲發票人權利之移轉；支票之付款人，遂立於主債務人之地位，執票人自得直接請求其付款也。法國法及其他法國法系之法律，皆如是焉。以上係就支票付款人之地位而言。

依第一說，支票之對於執票人，不過一支付請求書，故在提示收款之前，隨時可以註銷之；易詞以言，發票人得隨時撤銷其支付之委託，蓋支票契約爲發票人委託銀行付款，因之可以撤銷也。例如英國票據法第七五條云，「銀行支付支票之義務及權限，因撤銷支付之命令，及委託人死亡之通知而終止」

；智利一九二九年法律之規定，若發票人以書面通知付款人不爲付款者，付款人不得付款，但通知發出於付款之後，付款人不負責任云云是也。依第二說，注意點爲發票人與受款人之關係，故不得隨意撤銷，致妨害受款人之既得權；但與受款人之利益無關時，仍可於一定期限經過後，撤銷其支付之委託也。

例如德國法，支票付款之撤銷，僅能於提示期限經過後，發生效力，匈牙利，奧大利之法律亦然；我票據法第一三〇條云，「發票人於第一百二十六條所定期限內，不得撤銷付款之委託，但支票遺失，或被

盜竊，或以惡意或重大過失取得時，不在此限」是也。依第三說，付款人既對執票人立於主債務人之地位，而執票人又對付款人有直接請求權，故不許發票人撤銷其委託，乃當然也。法國法律之規定，即其明例。以上係就支票發票人之地位而言。

(b) 在保付契約方面 此並非因契約說之內容差異而有衝突，乃因保付當事人之事實的變易而有分別。蓋如支票發票人爲一已故，及爲本身利益故，將發出之支票預先取爲保付，然後交付於受款人者有之；或如受款人不信任發票人，於支票交付以前，先請發票人代爲向銀行取得保付者有之；或如支票執票人提示其支票，原可即時付款，乃因彼與銀行雙方之同意，由銀行保證支票之爲可靠，於其間構成一保付之新契約者有之；或如銀行存戶結清賬目時，言明以其剩餘款項，用以抵付流通在外之支票，銀行默許保付者有之。第一種保付契約，爲發票人與付款人間之契約，無涉及執票人之事，故發票人不得因此種保付而免除其責任。第二種保付契約，雖受款人與發票人有須保付之豫約，然其契約本身仍一發票人與付款人間之契約，故付款人並不因其保付而成爲主債務人，減免發票人之責任。第三種保付契約，乃執票人爲一己利益計，不願收現，而以保付支票代之，契約當事人爲執票人與付款人耳。蓋一經保付之後，其款即非原發票人所有，不再受其控制或提用，而銀行亦由原存款人之債務人，一變而爲執票人之債務人，隨時有支付款項之義務；反之，發票人及背書人之責任，則由是完全免除。第四種保付契約，表面上爲發票人與付款人間之契約，但銀行既於發票人支票發行之後，默認爲特定支票之保付，亦可

謂有執票人之關係在內；故付款人對於此默認保付支票之執票人，例應負責；惟欲證實是項默認之行爲，必須明示當時付款人一方之意志，否則發票人仍難卸責。各國對此保付契約之承認，有四種皆爲承認者，有只承認其中之數種者，其間之法律關係即不無衝突之點。

不過其中之第三種保付契約，採支票保付制者皆承認之，顧規定之內容仍非一致。例如付款人於存款額外，或信用契約所約定數目以外之保付，有則認爲無關事實，不必取締，有則認爲危險甚大，絕對禁止。又如支票保付，有其權限者，皆依銀行之通常程序而定，則各地自不相同；而銀行職員權限之問題，是否可以對抗請求保付之執票人，又各國法律上之所異也。此外，若付款人僅表示發票人有資金存在之事實，而如歐陸各國於支票上爲 *Ceachen*, *Vuei bon*, *Visa* 等等之記載時，是否亦如付款人對執票人保付之例，而因之有拘束付款人之效力，亦一問題。

第二、支票契約之準據法

支票之契約關係，應依何國法律爲之決定？愚以爲原則上仍應依行爲地

法決之。例如發票地爲英國，則不可不尊重主顧與銀行之關係；發票地爲德國，則不可不重視發票人與受款人之關係；發票地爲法國，則亦不可忽略銀行與執票人之關係。又如保付契約問題，仍視其契約成立於何地，而即依其地之法律也。惟在實際上，則因支票之付款人，除意國外，各國均以銀錢業者爲限

，英之視發票契約爲發票人對銀行而生，固無論矣；即德之重視與受款人間之關係，而以外對銀行仍有一委託之關係在，至法之代理權授與契約說，更使銀行與執票人發生直接關係，是銀行在支票契約中，

無論如何解釋，皆有相當地位。故說者遂又主張，凡對銀行發出之支票，主顧應服從於其銀行之法律，易詞以言，除主顧之能力問題外，凡發票契約之效力及內容，均依銀行法定之；其中主顧從於支票契約，對其使用人之行爲，負其責任與否，以及銀行當其支票之簽名調查，盡其義務與否之問題，皆適用銀行法決之。要之，銀行法對於支票發票契約之地位，固甚重要，但不能以之即爲原則；因由支票契約而發生之效力，有時僅係執票人與發票人之問題者，故吾人仍應尊重行爲地法之適用；發票人之服從銀行法律，乃實際的關係，或與行爲地法適用有同一之結果而已！即不然，亦係支票發票契約之當事人，所選擇之法律，作爲行爲地法適用之例外而已！至於保付契約，無論何地，皆視銀行爲其他當事人對象之一，其契約之締結地即在銀行所在地，所謂行爲地法者，亦即銀行法，一而二，二而一，此固無何疑問者也。

(丙)支票之資金問題 吾人知法國法系之法律，仍以票據視爲送金之具，則重支票之資金，誠無待論。顧即在將票據關係與資金關係分離之國，而於支票以其爲支付證券之性質，亦不能不以資金關係爲支票之必要條件；惟非如法國法系視支票爲資金轉讓證書而已！仍依前之各例，分別一及：

第一、支票資金之衝突點 法國法系之支票資金關係，與德國法系及英美法系之支票資金關係，其意義顯然不同，有如上述。茲再進而：

(a) 就資金之存放言 支票之目的，原所以便利銀行與其存戶間款項之提取，並避免現金之搬運；

故存戶發行支票，須有存款於銀錢業者始可，即不然，亦必先有信用契約允許其發行始可。惟關於資金之何時存放，各國法例則不一致。我國，德國，美國，比國，以及芬蘭，西班牙，摩洛哥，墨西哥諸國，均須於發票時存放之；但在英國，奧國，荷國，以及丹麥，巴西，智利等國，則規定於付款時，資金存在於銀行者亦可。此種衝突之效果，與發票之裁制頗有關係。故再進而：

(b) 就發票之裁制言。無資金而濫發支票，不特損害支票信用，且足擾亂金融，故各國皆裁制之。惟承認資金於付款時存在於銀行者，則僅對以支票為欺騙搪塞之具者裁制之；主張發票時即須有資金存放者，兼對於支票為延期支付之具者裁制之，是所不同。至於裁制之方法，在英美等國僅使發票人負主債務人之義務，因事實上銀行之開立新戶，及發給支票原簿，皆經過極慎重之考慮，其流弊甚少故也。在日本等國則處以罰鍰，如日本商法第五三六條云，「如無資金或無信用，漫然發出支票者，處以千圓以下之過料」是也。他若瑞士等國，則責之以賠償。我國則對於無資金之支票，或故意超過資金金額之支票，或於付款提示期內故意提回其存款之全部或一部者，皆科以支票金額以內之罰金，票據法第一三六條所規定者是也。

第二、支票資金之準據法。支票之資金關係，如將法國法系之見解除外，乃一發票人方面之關係；換言之，即支票發票人所負之資金的義務是也。故資金之存在，應以何時為準，其發票之裁制，應以何種情形為其標的，皆惟有依發票地之法律決定，實無問題。至於裁制之方法，因其有關於公的規定，則

不。可。不。推。重。法。庭。地。法。正。與。我。法。律。適。用。條。例。第。二。五。條。第。二。項。規。定。之。意。義。同。不。過。在。事。實。上。支。票。資。金。問。題。之。裁。判。管。轄。通。常。皆。屬。於。發。票。人。住。所。所。在。地。之。法。院。故。雖。以。適。用。法。庭。地。法。為。言。仍。多。與。適。用。發。票。地。法。等。耳。至。於。法。國。法。系。以。支。票。為。資。金。轉。讓。之。證。書。者。其。對。於。發。票。人。之。關。係。亦。必。其。發。票。地。在。法。國。等。處。始。能。如。是。決。定。也。

(丁) 支票之付款問題 支票之付款應出以何種方法，在何種情形下，銀行得拒絕付款，其情形固有與匯票相同者，亦有其特異者。用依前之各例，再分別一及：

第一、支票付款之衝突點 試分為支票付款之對象，支票付款之拒絕，支票付款之程序，而說明之：

(a) 支票付款之對象 就普通之支票言，除記載受款人真實之姓名者外，或為非人的受款人之記載，或為虛構的受款人之記載，何者視其與「交付來人」之用語同，何者視其為交付發票人或其指定人，而須由發票人背書其後，此各國法律與習慣之首不一致者也。就平行線之支票言，一般國家皆規定畫平行線兩道，依其文義，付款人僅能對銀錢業者或特別銀錢業者付款；秘魯，依其商法第五三二條規定，發票人或執票人得在支票正面書明特定銀行或特定公司，使其受款，是僅承認特別平行線支票，而無普通平行線支票；西班牙法律，亦非畫平行線兩道，僅於支票票面上，書明特定銀行字樣或僅又「o」，即有平行線支票之用。他如奧國，比國，為防止支票遺失或盜竊之危險，曾規定在支票上記載記賬字樣者

，銀行即不得對於執票人付以現款，僅能將支票之金額，記入賬簿，作為存款，是又與平行線支票相類似者也。至於平行線支票之能否撤銷，各國法律之規定亦不一致。比利時一九一九年五月三十日法律第八條第三項，規定執票人不得撤銷平行線或特定銀行之名字；智利土耳其之法律有同樣規定；英國習慣上發票人可撤銷平行線支票，但法律上則不許之。我國，依票據法施行法第一七條之規定，「平行線支票得由發票人於平行線內，記載照付現款或同義字樣，由發票人簽名於其旁，支票上有此記載者，視為平行線之撤銷」，異於上例，而與坎拿大票據法第七六條第七節之規定則相同也。

(b) 支票付款之拒絕 執票人向銀行支取票據，銀行得以各種原因拒絕之。綜其著者：如存款不足 (Not Sufficient) 數目不符 (Words and figures differ) 尙未到期 (Post-dated) 托收款項，尙未收到 (Effects Not cleared) 關照止付 (Orders not to pay) 日久失效 (Out of date) 背書不合 (Endorsement irregular) 支票毀損 (Cheque mutilated) 請與發票人接洽 (Refer to Drawer) 發票人簽押不符 (Drawer signature differs) 更改處須發票人簽押 (Alteration requires drawer's initials) 以及發票人去世 (Drawer deceased) 無此戶 (No account) 此戶業已結清 (Account closed) 等等皆是。此種種原因，各地既非皆盡用之，即同用其一者，而其內容如何，解釋如何，彼此仍難盡同也。

(c) 支票付款之程序 關於一部之付款也，依票據法第一三二條之規定，「付款人於發票人之存

款，或信用契約所約定之數，不敷支付支票金額時，經執票人同意，得就一部份支付之，是承認支票一部之付款。然在他之國家，則或主張發票人存款不足，銀行即不能支付或承認付款者亦有之。關於付款之標的也，承認支票保付制度者，或以保付代現金之交付；承認類似平行線支票之記賬制者，或以記賬代現金之交付；承認支票抵銷債務之事者，或以抵銷代現金之交付；皆依各地之法律及習慣而有同異；至於貨幣種類之差異，亦因地而不同，更無待論。關於付款之時期也，因支票須為見票即付，無所謂到期日之事，然在英美與我國，或在習慣上，或在法律上，承認所謂遠期支票 (Postdated Check)，票上所填日期，後於真確出票之日，其票須俟到期之後，方可付款。於是在英國則以之既為支票，即不能視同匯票，與以恩惠日之通融；在美國則有數州之法官，以既不能於出票日即行付款，須於將來之一時日方可付款，應與匯票同樣辦理，當有恩惠日之可能；我國對匯票根本無恩惠日之規定，遠期支票亦只事實的現象，支付時期一如通常支票，無何特殊問題發生也。

第二、支票付款之準據法。支票付款，須經銀行之法，乃國內法上一定則，在國際私法上亦然。故以上各種衝突點之解決，惟有適用銀行所服從之法律。因支付之實行，即在銀行所在地，稱其為適用支付地法，亦無不可。蓋不依此等法律，即無達支付之目的；於是發票人，執票人等，苟一涉及純粹付款之關係時，亦莫不預存一銀行法於其心目中焉。

(戊) 支票之償還問題。支票之執票人享有何種權利，發票人背書人負有何種義務，各國法律規定不

皆一致；然總言之，不外追索權之問題，亦即所謂票據金額償還的請求之問題而已！仍依前之各例，分別一及：

第一、支票償還之衝突點。此應分爲償還請求之條件，與償還請求之內容而論；前者爲執票人所負之義務，後者爲支票義務人所負之義務。茲先言：

(a) 償還請求之條件

因支票非流通證券，故雖有背書制度，而流通期間，各國類皆與以最短之期限；在此期限內，爲付款之提示，而被拒絕時，自可行使追索權，否則對追索權之運用即有疑問。顧此提示之期限，究爲若干日，各國規定迥不相同。例如，巴西，保加利亞，西班牙等國，則規定在發票地付款者五日，不在發票地付款者八日，固相同矣；然有以發票日計算於內者，有不以發票日計算於內，如巴西，而西班牙對於在國外發票在國內付款者，又特別定爲十二日。又如比利時，在發票地付款者三日，不在發票地付款者六日，發票日皆計算於內；瑞士，在發票地付款者八日，不在發票地付款者十五日；墨西哥，在發票地付款者八日，不在發票地付款者，每一百基羅邁當加一日；土耳其在發票地付款者十日，不在發票地付款者一月；我國，在發票地付款者，發票日後十日內，不在發票地付款者，發票日後一個月內，發票地在國外，付款地在國內者，發票日後三個月內；亞爾然丁，在發票地付款者十五日，不在發票地付款者一月；智利，在發票地付款者三十日，不在發票地付款者六十日，在國外發票在國內付款者三月；是與巴西等國之例亦各顯然不同。更如秘魯，羅馬尼亞等國，不分在發票地付款或不

在發票地付款，一律八日，發票日計算於內；希臘，則一律三十日，而發票日亦不計算於內；至於日本則又一律十日，更與各例有異。他如英美等國，則無一定之期限，僅責執票人以相當的勤慎，為付款之提示。英國票據法第七四條 紐約流通證券法第三二二條，所謂執票人必須在適當時間內，為請求付款之提示；適當時間云者，當視票據之性質，所在地之商業，與銀行之習慣，以及其他特別案件之事實以為準；即其明證。通常在實際上，在發票地付款者，如無特別情形，執票人於支票收到之日，須即提示；不在發票地付款者，如無特別情形，執票人須當日將收到之支票，寄交於付款地之代理人，而該代理人亦須於收到之日，隨即提示。

此外若拒絕付款證書之作成與代替，拒絕通知之送出與省却，以及不可抗力之事變問題，各國法律規定，亦非盡同，無須一一及之。次再言：

(b) 償還請求之內容 我國法，執票人如不於法定期限內為付款之提示，或不於拒絕付款日或其後二日內，請求作成拒絕證書者，對於發票人以外之前手，喪失其追索權；如因怠於提示，致使發票人受有損失，則執票人應負賠償之責，英國法，付款之提示，已成為執票人之義務，執票人當盡其力之所能及，儘先遵辦，否則因提示遲延，遇有銀行倒閉情形事，發票人即免其責，執票人惟有向銀行之資產提出要求；倘發票人在銀行之存款為信用契約者，不惟發票人得免其責，執票人並亦不能向銀行之資產有所要求。德國法，以支票視為指示證券，不視為票據之一，故於拒絕付款之後，執票人即不能本於證券

而向發票人行使追索權，惟對於直接之前於我者有其請求權而已！然則遇有此種衝突時，將依何國法律處理之乎？

第二、票據償還之準據法。關於償還請求之條件方面，如與償還之實質問題有關，當然依被請求償還人所服從之法律決之；如僅係償還請求之形式關係，則依行為地法決之，如拒絕證書之如何作成是也。關於償還請求之內容方面，因其為一追索權之實質問題，與發票人背書人之牽涉甚大，故須與發票行為背書行為採同一之準據法。曼利云，「支票之發票人，負其追索義務與否之問題，依於發票地法決之」，即一例也。

「圖表四十七」 匯票本票支票之同異表

律法		經濟的效用 (一)			匯	票	本	票	支	票
不重視契約	委託證券(無條件委託)	富有匯兌作用	流通力最強	信用證券	全	匯	票	支	付	證券
全	預約證券(無條件自己約付)	少有兌匯作用	次	之	最	弱	(期間短)	代	現	金之用
重視契約	全匯票	代	現金之用	最	弱	(期間短)	代	現	金之用	全

付 款 人 問 題 (五)					受 款 人 問 題 (四)			發 票 人 問 題 (三)		的 立 場 (二)	
金 額 提 存	付 款 之 延 期	在 英 國 付 款 有 恩 惠 日	付 款 人 須 承 任 後	以 自 己 為 匯 票 人	對 承 兌 人 有 直 接 請 求 付 款 權	許 發 行 無 記 名 式 者	有 指 己 匯 票	發 票 人 之 義 務 為 最 後 償 還 義 務 人 因 承 兌 人 為 主 債 務 人 故	發 票 人 及 償 還 義 務 擔	當 事 人 受 款 人	重 視 承 兌 但 無 資 金 關 係
全 匯 票	全 匯 票	全 匯 票	即 負 付 款 責 任 承 兌	當 然 再 無 對 己 本 票 之 說	對 發 票 人 有 之	金 額 須 在 五 十 元 以 上 者 許 之	無 指 己 本 票	發 票 人 以 其 為 付 款 人 故	發 票 人 無 承 兌 担 保 責 任	當 事 人 受 款 人	不 須 承 兌 亦 不 必 另 有 資 金 關 係
無	無 延 期 之 說	無	除 保 付 支 票 外 付 款 責 任	有 對 己 支 票 (德 為 例 外)	除 保 付 支 票 外 對 付 款 人 無 之 (法 國 例 外)	全 匯 票 但 外 國 有 不 然 者	有 指 己 支 票	發 票 人 但 保 付 支 票 除 外	全 本 票	全 匯 票	無 承 兌 但 重 視 資 金 之 關 係

票 據 的 方 (七)				其 他 當 事 人 (六)									
複本 (因承兌而來)	依數種方式為到期日之記載	委託文句之記載	付欸處所之記載	通常以付欸人之營業所，住所或居所所在地為付欸地	有付欸人之記載	參加付欸人	擔當付欸人 (發票，承兌皆有)	預備付欸人 (發票背書皆有)	無保付人	有保證人	有參加承兌人	有承兌人	背書人負擔義務
無	全匯票	無	有	通常付欸地為發票地	無其記載	全匯票	發票有之	發票背書無 (日背書亦有之)	無	全匯票	無	無	背書人無承兌擔保責任
無 (但德國對外支票有之)	限於見票即付	有	無	全匯票	有	無 (他國有例外)	皆	皆	有	無 (奧比有之)	無	無	全本票

護維的利權 (八)			式	
追索權與承兌擔保關係	拒絕複本或原本交還證書	拒絕承兌證書	無平行線方式	謄本
無	無	無	全匯票	有(俄為例外)
無	無	無	有	無

第四編 海空法適用論

第十五章 總綱

海空法者，海商 (Maritime Commerce) 法及空商法之謂也。海商法有以海上法 (Law of Maritime) 稱之者，有以海運法稱之者；空商法有以空中法稱之者，有以空運法稱之者；其範圍不失之廣，即失之狹。實則在吾人之用語上，海商法或空商法，應作爲海商法或空商法之解釋，較爲合理；而其內容亦不必絕對限於私法，因各國之此種實質法，亦恆有關於公法之規定故耳。例如德國商法第四編爲關於海商之規定，即有涉及海員之點；日本商法第五編爲關於海商之規定，即有涉及船舶之點；而海員之在德國，船舶之在日本，又皆有單行法之頒布，屬於公法之性質是也。至於空商法之在各國，其規定更多偏於公的性質，私法規定僅居其中之一點，無待例示即可顯然。

海商法之起源爲最早，陸商法尙在其後；商事法沿革之初，即爲海商法沿革之初；今日世界法系中之所謂海法系者，即指海商法之系統而言。空商法之起源，乃最近四十年來之事，故各國關於空商事法之規定，諸多未備；但其爲民用商業上之運輸，較之輪船火車尤爲便利，前途發展未可限量，故各國法家及學者，亦亟亟謀法律之制定，俾得適用於實際也。愚對於本編之敘述，不限於海商法，而兼及於空

商法者；及所以認海商法爲主體，而以空商法爲輔者，無非是故而已！茲先就有關海空商事法適用之事，擇其要端而總述之。

(一)海商法之國際性質

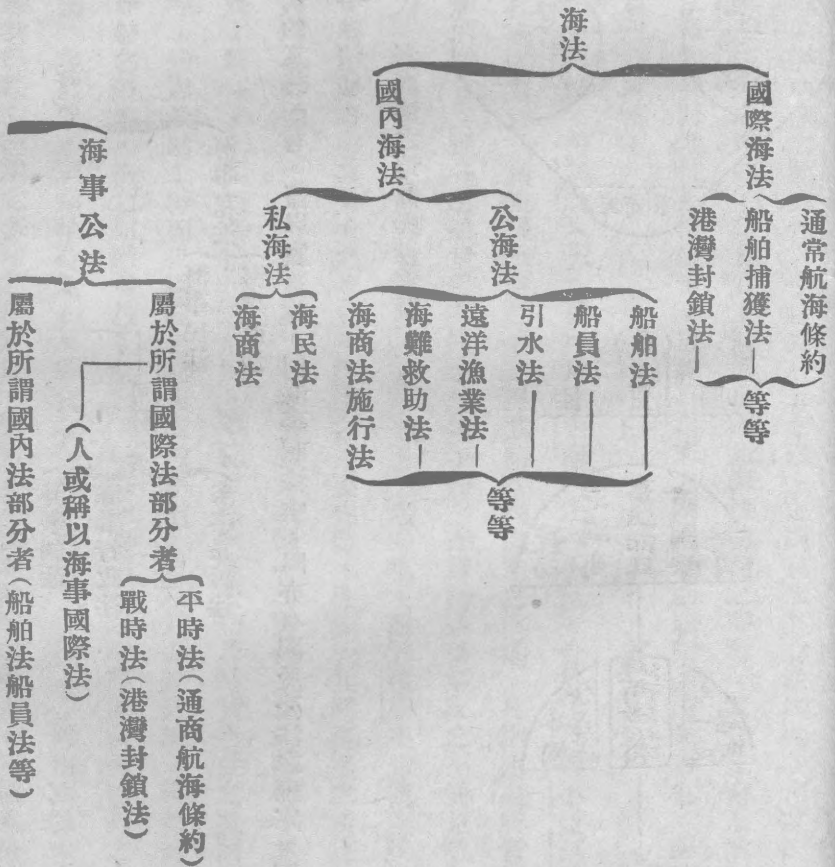
法律學家將關於海事法規之海法，分爲國際海法，國內海法兩種，以公海法與私海法爲國內海法之兩大支，而海商法即私海法中之一種；然據是，即謂海商法爲純粹之國內法性質，實有誤也！蓋海商法之爲法，最初即具有國際的性質，雖後世各國成文法發生，制法者與執法者，每對海商法之範圍，隨國而異其見解，究不過一比較的差異，而規定之大綱符合處，依然不少。况近世交通日形便利，航業愈趨發達，國際貿易常以船舶爲之；以一船舶在各港口裝運貨物，往往得以航行於各國之間，苟不有類是之共同規定，則亦大感不便也。今世各國擬對海商法更進一步而統一之，如票據法例，實有其然。自茲以往，世界苟有共同之海商法，支配一切海商事之關係，國際私法上自亦無海商法適用論之領域；顧在未能統一以前，解決海商事件之衝突法則，即不能少，而國際間努力於同一的衝突法則之成立，尤覺其爲統一的海商法之前導，不可忽視之焉。

「圖表四十八」

海法之分類表

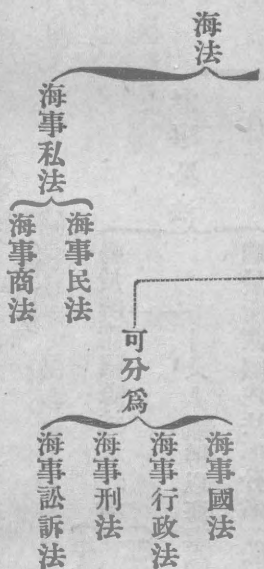
(A)

通常之分類表



(B)

分類表

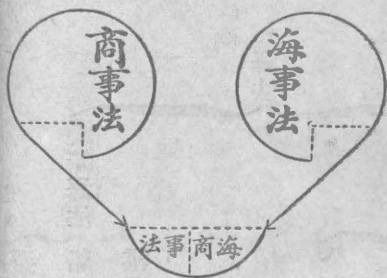


(註)此係就形式的意義而言，蓋以實質論，則海事商法中，固亦有關於公法之規定，即不得謂其為純粹之海事私法也。

『圖表四十九』 海商法之地位與性質圖

(A)

地位圖



(B)

性質圖



(甲)從沿革上說明海商法之國際性 今日雖有五十以上之國家，其立法機關各用其國內法之形式，以制定海商法；但其所規定之準則，在實質上則係由國際海法協會之年會，及修正海上航行規則之臨時會以形成者。故海法系之現時地位，仍殘留其自羅馬以來之系統，而未完全消失者也。此種海法之系統，約略言之，可分爲三個段落：

第一、古代之洛定海法

洛定斯 (Rhodes) 爲地中海中之一小島，介於埃及與小亞西亞間；當希臘時代漸爲當日船舶往來之要地，殆至羅馬時代，更握其時各國商業之霸權。凡洛定斯所習用之航海規則，既爲歐洲各地船舶所遵守，而各船舶於途次所發生之事件，亦皆在該島解決之；於是歷久相沿之習慣，遂具有法律之效力，被稱爲洛定海法 (Rhodia sea law) 者是也。觀於羅馬皇帝謂「朕支配陸，洛定海法支配海」之語，即足以證明其勢力之雄矣。此法之主要內容，係關於共同海損之規定，大意爲船舶所有人與貨物所有人間，由裝貨起，至卸貨止，法律上視爲共同合夥關係。在海難中，其分配損害之法，須基於一定之條件：第一，「共同海損」之危險，須係直接對於船舶及積貨所生之共同危險；第二，「共同海損」之犧牲，須因救助二者而供犧牲，初尙限於甲板上之積貨而投諸海，後並認一切之救助方法，皆在其內，即如船之毀壞，桅之切斷皆然；第三，「共同海損」之程序，須受船長之命令而實現之；第四，「共同海損」之目的，須爲維持船舶及積貨之一部分而然。後世，各國海商法中之共同海損規定，皆莫能完全脫離其範圍；而洛定海法之在當日，則實具有世界法規之性質，不僅爲後世海商事法之

所本，歐西學者更多認爲係國際法規之開端。

第二、中世之三種海法

洛定海法以後，降至中世紀，由第十一世紀起，第十六世紀止，歐洲共受

三種海法之支配。鄂列倫（Oléron）海法編纂最早，係在第十一世紀；因鄂列倫爲法國沿岸之一島名，海法編纂於此，即以其地名之。凡大西洋之海事習慣，悉載入鄂列倫海法中。全法共二十四章，其最要之規定，如船舶買賣之禁止，海難之救助，與船長在航海中，遇有必要之需用得將所載運之葡萄酒出售等事是也。後世，英海法之制定，多以此法爲宗，故英人直稱其法爲在英國成立者，雖非信史，實足以證明其關係之密切也。鄂列倫海法之支配大西洋，約數百年，除英國之海員遵守之外，西班牙，葡萄牙等國亦然；而法國對於海商法之採用，頻於大西洋者亦以鄂列倫海法是依。

康薩拉都海法

（Consulada del mare）

之編纂，係在第十四世紀中，爲支配當時地中海海事之唯一

法規。編纂地點之在意大利，抑在法蘭西，意法兩國各爭其當日編纂係在己國，則編纂於巴塞羅那（Barcelona）之說，自待考證。此法之稱爲「康薩拉都」者，直譯之，即「海上推事」之意；遇有海事執爭事件，法院推事依其法而判決之，故之爲名云。全法共十四章，其內容，固以海商法爲主，但亦有關於海上捕獲之規定，而屬於公法者。法國當日對於海商法之採用，頻於地中海者，則以康薩拉都海法是依，不受同時對大西洋方面適用鄂列倫海法之影響。

威斯貝

（Wibb）

海法之編纂較遲，係在第十五世紀，爲支配當日波羅的海及北海海事之唯一法規

。蓋在第十二世紀之頃，日耳曼在波羅的海沿岸之諸邑國，即已從事於商業，雖時受盜賊橫行之障礙，但於一二四一年盧俾克 (Lubeck) 漢堡 (Hamburg) 即有漢撒同盟 (Hanseatic League) 之唱始，至第十四世紀中葉，列入同盟者八十五邑國。雖最初僅以防禦盜賊為共同目的，再進而則以振興商務為主件，最後於一四〇七年由布魯日 (Bruges) 商人之提議，遂為海法之編纂，其中以共同海損為主要規定；旋又將鄂列倫海法三十四章一併加入，總稱為水法，共同遵守之。今日，德瑞諸國之海商法，受威爾斯海法之影響甚深者，亦即此故。

第三、近代之海商法。現代各國以國內法之形式，制定海商法者，以一六八一年法皇路易十四所頒布之海事條例 (Ordonnance de la Marine)，為其嚆矢。蓋法國左右臨海，類於地中海者，既為康薩拉都海法所支配，類於大西洋者又為鄂列倫海法所支配；雖曰東西異地，兩不相涉，究竟解決海事，顯然分歧，故路易十四乘其稱霸歐洲之威，遂統一之。其內容共有五章，即海事法院之吏員及管轄，船舶及海員，海事契約，港灣及沿岸警察，漁業等等之規定是也。惟須知其僅於形式上有所更新，而實質之大部分仍不出乎兩海法之範圍也。迨拿破崙編纂商法法典，遂將其中之海事契約編為海商法列入其中之第二編；後之編纂商法者，多奉之以為圭臬，如德，如日皆是。但在無商法法典之國，則以單行法規定之，未可同論。與海事條例相類之海法，尚有一七三七年西班牙之畢爾巴鄂 (Bilbao) 法典，一七八六年之威尼斯海法規；一七九四年之普魯士海法；皆稱頌於一時。

英國之商船法 (Merchant shipping act)，雖以鄂列倫海法爲基礎，然受路易十四海事條例之影響亦不少，蓋商船法都七百四十八條，其內容之船舶船員海事資金等公法之規定爲多，實本海事條例之意而然耳。美國僅有一八九三年之哈德條例 (Harter Act)，係關於船主責任之規定者；其他除依英之習慣法及成文法外，多由各邦獨立規定之。德國之新商法，關於船員另有海員法之頒布。而舊商法則亦未脫離海事條例之範圍。日本海商法之形式爲德法系，而實質則採取英法兩國者仍不少。要之，今日各國之海商法，大體上各由相同之淵源而出，具有國際性之成分頗富；其在法律之地位而發生衝突者，乃各個大同中之小異，與夫適用法律之見解，或有所異故也。

(乙)從近例上說明海商法之國際性質 海外貿易，賴有船舶始通；公海往來，又爲萬國所共；如無萬國共同之原則，以資遵守，不僅船舶碰撞，救助撈救事件之發生，無從爲適當之解決，即關於船舶抵押，共同海損，海上保險等事件亦然：此海商法之本質，即應具有國際性者也。雖如前述，海商法之創始已非以一國家爲背景，而各國以後所制定之海商法，亦彼此各由共同之淵源而出；但須知前代之國際性云者，範圍較狹，只數國間的，非世界萬國間的；各國海商法之淵源相同，亦只彼此數國間之相同，而非全世界任何國家間之相同，况其間尙有不同者在乎？故近世學者，目睹商業發展之趨勢，自第十九世紀以來，即從事於海商法統一之運動，迄今不衰；苟其功一旦告成，國際私法之範圍，自因之而縮小矣。此種統一運動之著者，有如：

第一、國際法學會之決議

此係關於共同海損之統一者。吾人知在洛定海法中，即有關於共同海損之規定；後雖各國法律對立，而海上危險性質從同，國際法學會之學者首謀有所統一之。於是隨一八六〇年之約克規則 (York Rule)，而有一八七七年之約克盎凡爾規則 (York and Entwerp Rule)，復於一八九〇年一九〇三年迭為追補，漸趨完整。最後又於一九二四年更為增訂，被稱為新共同海損法者是；計分文字規定與數目規定兩大部，文字規定係表明共同海損之七要點，數目規定係編成二十三條示之（原文與譯文見王效文中國海商法論第一九〇頁至第二三〇頁）。此種決議，雖無法律上之拘束力，但實際上則多為各國所採用矣。

第二、國際法協會之決議

國際法協會對於統一海商法一事，亦極努力，而尤其注意於共同的衝突規則。某次，在意大利開會，即聲明其決議，為對於匯票，其他流通證券，運送契約，及海商法占重要之部分云。此會關於海商法最要之決議案，應推海上保險之統一規則；即被稱為海上保險之格拉斯哥規則 (Glasgow Rules of Marine Insurance) 者是也。至於作成萬國海上捕獲法院組織之案，雖亦可觀，但不盡屬海商法之範圍，應另論之。

國際法協會於求海上之如何統一外，並對於海商法之法律衝突，謀其所以解決之方法；於其國際規則草案中，即定有種種之原則，而推重於本國法之適用，容後再詳。

第三、萬國海法會之決議 當一八八五年，比利時於盎凡爾曾招集萬國商法會議，對票據法有模範

法之決議，對海商法則有共同的衝突規則之決議；一八八八年又開修正會議於不魯塞爾，在票據法則有不魯塞爾法案六十八條，在海商法則與國際法協會關於解決海商法衝突之法則，有同然也。當此之際，各國之海法學者及海運業者。遂組織一萬國海法會，或譯國際海上委員會，即英國之學者亦加入之。屢次召集會議，以研究關於海商法之統一問題；一八九九年由比政府之催請，並開一海法統一之國際會議。後又於一九一三年，同國際法協會在丹麥之國都哥本哈根（Copenhagen）開會，擬定關於海難救助，船舶碰撞，船長責任，船舶債權等統一案。

第四、歐美國際間之條約 在歐洲，比利時於一九〇五年，召集各國開國際海法會議；一九〇九年繼續開會；卒於一九一〇年在不魯塞爾議決船舶碰撞及海難救助之條約，互相遵守之。蓋海難救助之事，雖中世以前不承認之，自路易十四海事條例以來，始設保護海難之規定，顧此不僅一國船舶之關係，須有世界統一之規定，故歐洲各國力謀其實現也。日新商法第五編第五章，關於海難救助之規定，即係修正商法之際，基於歐陸各國之海難救助條約而追加規定者。此外，在一九二三年各國又成立一船舶優先權及抵押權公約，但英國並未贊許，且極力反對焉。

在美洲，學者對海商法之統一，與歐洲同；有所謂倍諾斯愛勒規則（Regles, dies de Buenos—Aires）者，即係美洲國際法學會（International Law Association）在亞爾然丁首都所議決之海商統一法案。但具有條約之性質，而富有拘束力者，仍為一九二八年第六次全美會議所通過之國際私法典，其中第二

編第三章，關於「海商及空商」之規定，所列之二十一條款是也。但其性質，却非海商法之統一，乃海商法適用規則之統一，與歐洲之海難救助條約，雖同為趨於統一之途，而實歧路兩分，各有其立場也。

第五、統一河川法之問題。河川雖異於海，但國際河川之航行，則實與海運有所近似。故一九〇五年，航行會議在意大利之米蘭 (Milan) 開會時，即已研究河川航行統一私法之問題；同時，萬國海法會於比利時之盎凡爾開會中，亦認海上之船舶抵押，應適用於河川之船舶抵押。歐戰以後。國際河川航行日有發展，河川法之統一遂益重要：一九二一年關於確定多腦河 (Danube) 地位公約之訂定，翌年關於易北河 (Elbe) 航行條約之締結，皆充分表示河川法應歸統一之精神；而來因河 (Rhine) 航行中央委員會亦於一九二一年決定研究如何統一來因流域關係國間之河川法問題。

於是在一九二二年，國際聯盟之交通與運輸委員會，遂認為歐洲各水道內河航行之私法統一，頗屬可能，且以早能實現為佳。一方面請託國際聯盟秘書長籌備一切，並與各國際河川委員會要求合作；一方面成立一專門委員會，共擬就公約草案三種：即，(一)關於專為證明內河航行船舶國籍之行政處分者，(二)關於河川法上之船舶登記，船舶所有權，債權，優先權，及抵押等問題者，(三)關於內河航行船舶碰撞事項或種規則之統一者。此統一河川法國際會議遂於一九三〇年十一月十七日在日內瓦開幕，就所擬之三種公約草案而為討論，參加國家除沙哈區域 (Saar Territory) 外，共二十國。此種統一運

動。雖非海商事件之統一，然實質上則頗與之相近，故附及之。

(二)空商法之統一運動

空法之具有國際性，更較海法爲顯著；無論採空中自由主義，空中共管主義，空中主權主義，其關於空中法律之制定，終必受國際的力量之影響。最初成立及現時各國所有之航空法，大部分爲國際航空公法之類，即不然，亦往往係與國際航空有直接間接關係之法律；故航空公法之地位，可謂自始即趨向於統一之途也。航空私法，在今日尙未有單行法規，或在某法中爲專編之規定；大都散見於各航空公法中，遇有事件，或更依國際法學者之見解，作爲法理而適用之。故其情形頗爲複雜。然無論如何，航空船之飛行，不必皆限於自國法境之內，而依國際航空公約之規定，他國飛船亦有無害地通過一國國境之自由；與其努力於一國內航空私法之編制統一，無寧先爲國際航空私法之擬定。俾將來減免各國法律上之衝突，此國際航空法家專門委員會之所以成立，而國際航空私法會議之所以召集也。至於航空私法之內容，因其以民用或商用航空船爲對象，故如航空運輸契約，空中保險契約，航空船之抵押問題，航空船之碰撞問題，皆極有關於空商事法之範圍者也。

國際航空私法會議，固爲吾人所應述及者，但航空公法之統一運動，雖屬於國際法之領域，而因其爲航空法之首一歷程，且航空私法又多散見於各國之航空公法中，無妨一略提及之。蓋必如是，然後始

能充分了解空商法，在整個的空法中，其地位為何如也。用先示之以表，再進而言其兩大統一運動。

【圖表五十】 航空法之分類表

航空公法

所謂國際航空公法者

平時法

戰時法

萬國條約

巴黎航空公約

馬德尼航空公約

法瑞航空條約（一九一九年）

英丹航空條約（一九二〇年）

丹挪航空條約（一九二一年）

奧匈航空條約（一九二二年）

兩國條約

比瑞航空條約（一九二三年）

丹波航空條約（一九二四年）

荷瑞航空條約（一九二五年）

德法航空條約（一九二六年）

德捷航空條約（一九二七年）

第一次海牙和平會關於在空中拋擲射擊物等之決議

第二次海牙和平會關於同樣事件之決議

一九二三年五強及荷蘭簽定之空戰法六十二條

航空法

所謂國內航空公法

空中管理法（西班牙之航空路線令）
航空檢查法（日之航空機檢查規則）

駕駛員特許法（我之飛機駕駛員取允許狀況須知）

航空獎勵法（日之航空獎勵規則）

航空船登記法（各國航空法令中有之）

航空法施行法（日，法之航空法施行細則）

國際航空私法統一公約（尙在進行）

所謂國際航空私法者 國家的私行爲（中美中德航空郵運合同）

各國對於航空私法衝突之適用法則

航空私法

地上權之問題

損害賠償之問題

勞動契約之問題

空中法律行爲之問題

航空運輸契約問題

空中保險問題

空中商事法

飛行船碰撞問題

飛行船抵押問題

飛行遇難損害責任負擔問題

所謂國內航空私法者

(甲)從航空公法上說明空商法之統一趨勢 航空爲現代新興之事業，除軍事航空外，交通航空與運輸航空，皆日趨於重要之地位。國際商業會議，鑒於航空事業，與貿易確有絕大之關鍵，故特爲積極活動以圖進步，此實非可漠然視之者。故商業航空，在平時既居航空事業之主要地位，其貴有世界統一之法規而支配之，實爲必要。不過空中之性質，並非海面與陸上之可比，不先有國際航空公法之統一原則，即無由達商業航空受世界統一法規支配之目的；此所以自近世重視航空事業以來，無論其基於軍事航空之見地，或商業航空之見地，而國際間與學者間，莫不先從討論航空公法之統一入手也。蓋既爲商業航空之先決條件，即不能不首爲討論，尤其關於航空船之國籍如何決定，航空船如何飛行於他國之空際，爲與商業航空最有影響者也。然而在此種國際航空之統一運動中，同時亦未嘗無關於民用或商用航空諸事之條款，在國際私法之觀點上，或可謂爲已有統一之事實或統一之趨勢矣。茲再分而述之：

第一、國際航空公約與其會議 飛行船之使用雖爲時較暫，然汽球則發明於第十八世紀之末，一八七〇年普法戰役，法人甘必大 (Cambetta) 更自巴黎突圍，請兵勤王；故首先爲空中法之統一者，只限於軍用而已！一八九九年第一次海牙和平會議，曾有一決議，即，禁止在汽球或以後發明性質類似之航空器上，拋擲射擊物及爆裂品；以五年爲有效期間云。一九〇七年第二次海牙和平會議，重爲同樣之決議，而特別延長其有效期間，至第三次會議閉幕時爲止云。

歐戰告終以後，有重要之民用航空公約兩種：一爲一九一九年十月十三日之巴黎航空公約（一九二

九年曾修改之)，曾由二十七國簽字，十九國批准。約凡九章四十三條，及關於技術問題之附約八種，其中與國際空商法直接有關之事，若空商之權利能力（第二條至第五條參照）等問題是也。一爲一九二六年十一月一日之馬德尼（Madrid）航空公約，係由西班牙發起，聯合中美，南美十數國家而締結者，現僅由墨西哥、巴拉圭、聖多來尼堅等三國批准，尙未實用。約凡四十三條，及附約五種，與巴黎航空公約所異者，僅六條而已！兩種公約，對於航空船之國籍問題，皆有詳細論列，吾人於空商法上之本國法之如何適用，正可取以爲重要之參考材料也。

此外，若一九二三年二月十九日，五大強國在海牙簽字之空戰法凡八章六十二條，則屬於軍用航空之範圍；一九二九年五月十四日，在巴黎所開之國際航空衛生會議，一九三〇年十二月十日，在巴黎所舉行之國際航空安全會議，其決議或爲航空技術問題，或爲航空行政法問題；皆非有關於空商法之統一事件，自不在吾人注意之列。

第二、航空國際法學會之努力 在巴黎航空公約成立以前，當一九〇九年，即有航空國際法學委員會

（Comité Juridique International de l'Aviation）之成立，係由法國法學家，律師，及法官所發起，

參加大表國，除法外，有德、奧、匈、比、丹、西、意、土、俄、英、蘇、瑞士、瑞典、摩洛哥、及美、加、巴西、亞爾然丁、並埃及、紐西蘭等國，議訂暫時航空法規，以爲工作程序之標準。設常務委員會，常川駐於巴黎，研究各項法律問題及起草事宜。該會曾於一九一一年在巴黎，一九一二年於日內瓦

，一九一三年在法蘭克福，一九二二年在捷克京城舉行年會，皆有關於航空法規之討論。

國際法協會 (Institut de Droit International) 在一九〇五年至一九一一年之間，對於航空船之物權，自由飛行權，領土主權等問題，研究甚深。迨一九一一年開會於馬德尼 (Madrid) 始具體化，擬就航空規則，為巴黎航空公約之所本，惟國際自由飛行一點為所棄耳。國際法學會，對航空法之統一，亦嘗有提案，同為一努力者。其中不必皆限於航空公法，與空商法有直接間接關係者亦恆有之。

歐戰以後，一九二七年九月各國國際法學家，又在瑞士羅山城開會，其決議之航空規則原則一件，關於飛行船國籍之規定，固可為吾人於國際私法上，對航空船適用本國法時之參勢；而關於飛行船船舶主及貨主共同負擔損害賠償。責任之規定，則直為空商事法性質之規定也。

此外，在美洲當一九一一年以前，美國航空協進會之組織頗占勢力；迨一九一六年三月，汎美航務聯合會又舉行會議於智利首都散地牙哥 (Santiago)，亦曾決議若干航空規則；然除國籍問題一點有關國際私法上本國法之適用外，餘多偏於領空權及空戰法之研究耳。

『圖表五十一』 各國之主要的航空法律表

頒布日期		國名	法名	規條	名備	考
年	月日					
一九一	六	八	美，康涅狄格州	飛行條例	(Connecticut)	

一九一三			美，馬塞諸塞州	飛行條例	(Massachusetts)
一九一九	十二	十	奧	航空臨時規定法律	
	十二	三十一	加拿大	航空法	
一九二〇	一	二十七	瑞士	瑞士國內航空令	是日係經聯邦參議院議決
	六	十六	委內瑞拉	航空法	
	六	十六	瑞典	關於瑞典國土上航空令	
	六	二十五	英國	航空法	一九二三年一九二五年尚有航空法令兩件
一九二一	一	十七	俄國	關於航空俄國人民法令	
	四	九	日本	航空法	此外尚有航空單行規則十餘種
	十一	十五	秘魯	航空規則	
一九二二			烏拉圭	關於國土上航空通過令	
	一	二十四	瑞士	關於水上航空之規定	
	五	二十六	瑞典	航空損害賠償法	
	八	一	德國	航空法	

	六	二十三	葡 萄 牙	航 空 交 通 法 令	
	七	八	捷 克 斯 拉 夫	航 空 法	
	九	四	亞 爾 然 丁	關 於 航 空 規 則 之 法 律	
	十	十七	智 利	航 空 法	
一九二六	五	二十	美 國	航 空 法	
	六	七	立 陶 宛	航 空 法	
	六	十九	但 澤	航 空 交 通 法 律	
	六	三十	麥 丹	關 於 航 空 規 則 之 法 律	
一九二九	一	二十二	國 國	監 督 商 辦 航 空 事 業 條 例	立 法 院 通 過
一九三〇	三		國 國	飛 行 規 則	
四	二十	中 國	飛 機 駕 駛 員 取 允 許 狀 須 知	尚 有 各 種 程 式 五 種	

(乙)從航空私法上說明空商法之統一趨勢 前所述之航空國際法學委員會，係由法國法學專家發起之，其目的並不限於統一航空公法，不過在步驟之採擇上，先偏重於此一部分耳。顧法國人士對於航空私法之統一運動，終竟實現，即一九二五年所成立之國際航空私法會議是也。

第一、國際航空私法會議之成立與組織。歐戰以後，商業航空日趨興盛，臨時發生各種法律問題，急待解決；而國際空中運輸賠償責任問題，尤為急務。法政府於一九二三年八月十七日，遂根據此一理由，通告駐外各公使，向各國政府接洽，擬另召集國際航空私法會議，除解決此一問題外，其他一切私法問題應否討論及之，皆待此次召集之國際會議，加以考慮。嗣因各國，皆欲預知此會議之內容，故一九二三年，一九二四年均延會，直至一九二五年十月始在巴黎開會，以國際空中運輸賠償責任公約之初稿，作為統一各國航空法律之第一步，而為會中討論之主要案件。顧因各代表尙未能化除成見，致無結果，遂將此外交會議暫緩開會，乃議決設一國際航空法家專門委員會之永久機關於巴黎，俾從容討論各種統一法案之初稿。

國際航空法家專門委員會之命名，係別於國際航空委員會而稱；國際航空委員會係專管公法問題之會，此則加以法家兩字，示其專指國際私法而言，俾與前者不相衝突；而又加以專門兩字者，則係表示其專門委員會聯席會議之性質，俾與國際航空私法會議有所區別也。此委員會之下，分設四股：第一股專管航空所有權，航空統計，航空抵押等問題；第二股專管運輸賠償責任，及關於客票行李提單程式諸問題；第三股專管空中保險，及第三人在地面上所受損失之賠償問題；第四股專管航空船管理人在法律上之地位問題。各委員分股會議之決議，提出於委員會聯席會議，雖經多數之贊成，而尙有少數反對者，仍須退回，再加修正；俾全體意見一致，始可作為確定之公約初稿，準備向國際航空私法會議提出；

故在一九二九年以前，公約初稿僅成一種，而國際航空私法第二次會議終延期至一九二九年十月始在波京華沙舉行也。

第二，國際航空法專家專門委員會之工作。截至一九三〇年止，委員會聯席會議共開四次，委員分股會議共開七次，而以第二分股開會次數最多。計第一股所預備之公約初稿，為航空抵押公約，及其附件航空所有權以及航空登記之公約。其最為注意之點，在公約正件上為各種特別優先權之規定，保險賠款分配上優先權之規定，留置權之規定；在附件上，最要點為凡飛行船之所有權移轉權以及一切物權，均須註冊，但抵押權屬於例外云。第二股所預備之公約初稿，為關於旅客貨物與行李之國際運輸公約，各國代表意見，已歸一致。現擬進行者，尚有輪船或火車與航空船相聯絡之運輸問題，遊客之運輸問題，飛行船之共同損失問題，以及重壓物之向空擲下問題。第三股所預備之公約初稿，為對第三人所蒙地面損失應負賠償責任之公約，共計八款；其中關於損害範圍之規定，賠償責任原因之規定，要求賠償管轄權之規定，請求時效之規定，各國代表意見均為一致；惟成問題者，乃營業者與此損失之人，應負聯帶責任，抑負單獨責任，及責任之為無限制，抑為有限制，相爭甚烈，仍須由該股酌加修改，始可望委員聯席會全體通過耳。第四股所預備之公約初稿，為航空船管理人法律上地位之公約，惟尚在起草中，審查通過，未知究在何日，則提出國際航空私法會議，為時更遙遠矣。

(三)海空法之適用問題

海空商法之本質固皆具有國際性，而關於其統一運動，任何方面又皆有共同之表示，或強烈之要求，則世界統一私法之主張，或能於海空商法方面而證實之，未可全非。苟如是矣，則任何國之海空商法皆為同一規定，自不發生應否適用某國法律之問題，國際私法在此一點上，無其存在地位，可以斷言。不過全部海空商法之統一，今日尙非其時：法學會議之決議，僅供各國立法家之參考，並無法律上之拘束力；外交會議之召集，僅與會國或遵守其規定，並不能對締約以外之國發生效力。故各種統一運動之效果，只能謂其富有統一之趨勢，尙未能盡達於統一之領域也。各國法律一日未能統一，即一日含有衝突；既一日含有衝突，即一日須有解決衝突之法則；此所以海空商法方面之國際私法問題，在法律統一運動之聲浪中，仍頻頻發生而不克避焉。甚至學者會議或國際條約，竟亦有舍海空商法之實質統一而不論，惟注目於海空商法適用法則之統一，俾造成一統一的國際私法之部分，此又其另一發展也。

關於海空商法實質的適用，吾人於國際私法上，如以某國法律為準據法時，自可在其法律上發現如何適用之方法；此種實際上的適用法律，各國法律上大致皆有明文。關於海空商法涉外的適用，即，遇有涉外的法律關係時，應以某國法為其準據法之問題，各國現行之海商法，頗少明示之規定，空商法亦然，惟法航空法第一〇條，比利時航空法第四六條，亞爾然丁關於航空規則之法律第一〇條，意關於航

空規則之勅令第八條，瑞士國內航空令第二條，則爲關於解決法律衝突之規定也。

(甲) 海空商法涉外的適用 此種涉外的適用，愚將於以後各章，依次詳論，茲之所云，爲每一種準據法在海空商法方面，適用之領域若何，及其變遷若何，而所謂主準據法又何屬之諸問題：

第一，本國法適用之領域。船舶之航行於海上，機艇之飛行於空中，非受國家之特別保護，不得安全；故船舶與航空船等雖非「人」，但可有一定之國籍，藉以表示其與所屬國之關係。國際私法上如對海空商法之準據法，採及船舶或航空船等所屬國之法律，是即普通關於本國法之適用也。不過因船舶或航空船通常恒懸有所屬國之國旗，故在此際，多不用本國法之名，特改用國旗法之稱，實則其意一也。且又以船舶或航空船，既有一定之國籍，復領有國籍證書，皆係指船舶或航空船之本身而言，與自然人之情形初不相同，遂更有船籍國法之稱，實則皆一事也。

本國法之適用領域，在海空商法上爲最廣，與行爲地法之在票據法上之地位同。船舶物權，船舶碰撞，船舶救助，共同海損等問題，今日皆趨重於本國法之適用；航空船方面亦多類之。一八八五年國際法協會在其國際規則草案中，認爲有十種重要問題，皆應依本國法決之。十種重要問題云者：(一)關於所有權之移轉，應爲公示之方式問題；(二)船舶所有者之債權中，當船舶轉讓之際，如何定其有無溯及權之問題；(三)船舶得爲抵押與否問題；(四)海上抵押之公示方式問題；(五)何種債權有優先受償之權問題；(六)優先受償之權之順位問題；(七)船長於航程中爲冒險借貸，所應履行之方式問題；(八)

船舶所有者對於船長及船員之行爲，所負責任程度問題，以及船舶所有者委付其船舶及運金，得免責任與否問題；（九）共同海損之責任分擔問題；（十）於共同海損所應負擔之財團，須如何組成，以及特別關於船舶所有者之負擔，又如何組成之問題是也。畢氏國際私法典關於海船所列之準據法，亦偏於「國旗法」之適用；並於第二八二條云，「本節上述之規定，於航空船適用之」；而巴拉圭代表團更對畢氏法典特別保留國旗法對於海上法關係問題之應用；亞爾然丁亦對之聲明關於海上法問題，尤其是關於租船契約及其法律關係，而視爲應服從到達港之法律與審判者，特別保留國旗法之應用；可知本國法在海空商法方面適用之範圍若何。曼利稱其爲居於主準據法之地位，良有以也。

雖然，關於本國法之適用，其標準亦極複雜；有關於一船舶範圍內之事而適用本國法者，如船舶上之物權是也；有關於船舶與船舶間之事而適用本國法者，如船舶之碰撞是也。在後一例中，有時僅用一種本國法而決定之，如同國籍之船舶碰撞是也；有時兼用兩種本國法而決定之，如異國籍之船舶碰撞是也。在異國籍船舶間之關係方面，亦非盡爲兼用兩種本國法爲之決定，亦有僅用一方之本國法而決定之者，如關於海難救助，通常適用救助船之本國法是也。不僅此也，在適用本國法之先，因船舶國籍常有衝突，其本國法之對象究何是指。亦恒發生極複雜之問題。關於此端，留待下章再詳及之。

第二，法庭地法適用之領域。此在昔日，爲海商法方面之主準據法；瓦格涅（Wagner）謂無論如何，原則上關於海商事件之決定，總應適用法庭地法。但此種見解，早經一八八五年盎凡爾之萬國商法會議

，全場一致之嚴肅反對，而破壞之矣。蓋當日之決議，爲「關於海商法之衝突，不能適用惟一之原則，不可不區別各種情事言之」；雖不盡係對於法庭地法之適用而發，然究爲反對之主要目標也可知。

法庭地法之適用，今日，惟英，美，德諸國尙較重視。例如德國之帝國法院，對於兩英船在俄國領海衝突之事件，即依德國法而爲判決。不過以法庭地法爲準據法者，亦非直然稱其爲法庭地法之適用，常假共同海法說以爲之，即以法庭地法強爲共同海法之內容是也。至於因訴訟程序而適用法庭地法者，乃一般之例，並非爲海商法中獨有之領域也明甚。

至於法庭地法在空商法方面之適用領域，亦與前同；不過因其往往牽及空中主權問題之關係，似較在海商法方面之適用爲尤廣也。

第三，他種準據法適用之領域。以自由選擇法言，運送契約，因其係一種由法律行爲而發生之債的關係，故多數國家認爲應與債的關係，採同一之準據法。即，先依當事人之意思，定其應適用之法律；意思不明時，或依本國法，或依契約地法決之。於此，並可知及行爲地法適用之領域矣。

以所在地法言，因船舶或飛行船爲動產之一，而又具有不動產之性質，故關於其物權關係，在昔即有盛唱所在地法主義者。今雖不合時代，然在法國仍採此說。

此外，尙有發航地法，到達地法，卸貨地法種種準據法主義者，不過備學者之一說，於實際上並未有何等勢力。至於住所地法之在此種事件上，毫無適用之領域，仍屬當然之理；但說者謂船籍港無異於

自然人或法人之住所，船舶之登記與登錄，皆於船籍港爲之，亦可謂爲不完全的住所地法之適用也。

(乙) 海空商法實質的適用 海空商法之準據法決定後，其爲準據之法律，當然指實質法而言，不能解釋準據法之字爲指其適用法則，致有反致法或轉致法之事發生。此爲準據法之實質法，通常之適用也，仍有三大程序，請分述之：

第一，首須適用爲其準據之海空法。海商法爲成文法，故其效力優於習慣法，又爲特別法，故其效力優於民法；則爲其準據之海商法，自應先適用之。但關於海事之特別法令，若船舶法，船員法，損害賠償法，對於海商法又爲特別法，亦須先海商法而適用之，必此種特別法無規定時，始能適用海商法也。空商法之在今日，各國尙未能有其純粹商事性質之法律，故其適用之對象，自爲各國之航空法；但在航空法以外，各國又多有制定空事之單行法令，此對於航空法亦居特別法地位，應先適用之。若夫我國，並航空法而未頒布，則實際上用以爲準據之法律者，其第一程序惟有依種種特別法令而決定之也。

第二，次須適用其他公認之習慣法。海事習慣法或空事習慣法與海事習慣或空事習慣不同；蓋關於海空事而確認為有法律之效力者是也。此對於民法仍處於特別法之地位，而對於海空商法爲不成文法，故其適用，先於民法而次於海空商法也。日本商法第一條規定，「凡關於商事，本法無規定者，適用商習慣法；無商習慣法者，適用民法」，可供參照。但我海商法第七條則云，「海商本法無規定者，適用民法之規定」；或以我國無特異之商習慣法，故直接適用民法，或以我國民商合一，商習慣法對於民法

爲不成文法，應民法無規定者，始適用之。其實皆非：商習慣法不能謂絕對無之，更不能謂現時未發現者將亦永無之；民商法典雖合於一，而實際上之民事商事終分爲二；此皆不可用以解釋我海商法第七條之規定也。按第七條所謂適用民法之規定者，不僅實際地爲民法規定之適用，即民法第一條所謂「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」，亦在其列。不曰本法，而曰法律者，自非限於民法之未規定者，始依習慣；舉凡所認爲民事之法律，就民商法典合一主義之用語方面言之，即吾人號稱商事法規之公司法，稟據法，並海商法，皆屬於該第一條所稱民事範圍也。故關於海商習慣法之適用，在我國法律上，依此解釋，仍可謂先於民法也。至於民法之未規定者，而再依習慣，依法理，此又爲不能適用民法時以後之事，而此之習慣云者，自亦非海商習慣法之謂，不過一普通之習慣法耳。至於空商習慣法之適用，可參照上列各語而解釋之。

第三，次須適用爲普通私法之民法。此之所謂民法，係指民法法典而言。但在適用民法法典之際，如有民事特別法令，亦必先民法法典而適用之。例如海空商法中之海上保險，或空中保險無規定時，而又無關於其事之習慣法時，即須先於民法而適用保險法，不能逕依民法之規定也（參照我海商法第一四五條）。又民商分立之國，商法對民法爲特別法，亦必先適用商法總則，而後及於民法。

海商法上對於民法規定之適用，依我海商法言之，除第七條外，其以明文規定直接適用之者，如第八條「船舶，除本法有特別規定外，適用民法關於動產之規定」；第八九條「民法第六百二十七條至第

六百三十條及第六百四十九條，關於提單之規定，於載貨證券準用之」是也。其規定之精神無異適用民法之規定者，如第一一條及第三七條之與民法物權第七五八條；第一〇條之與民法物權第七五六條；第三八條之與民法物權第八六七條及第八六八條是也。其無明文而最後可適用民法規定者，如船舶之取得時效，適用民法物權第七六八條；船舶共有之部分轉讓，適用民法物權第八一九條；船員僱用之適用民法債第四八二條以下；船舶租賃之適用民法債第四二一條以下；貨物運送損害之計算，適用民法債第六三八條；貨物留置之適用第六四〇條第六四七條第六五〇條及第六五二條；行李運送之責任，適用第六五七條等等是也。

空商法上對於民法規定之適用，各國之實際情形，兩法往往陷於混沌狀態。然亦有明示之者：如關於航空賠償問題，在奧國臨時航空規則之法律第一六條，「對於旅客及運送人之賠償責任，依民法之規定行之」；在巴西航空法第七二條第八四條，烏拉圭航空法第二條第三條，皆認為應參用民法之規定，對於貨物，則適用鐵道運輸規則，及商法之規定是也。要之，各國對於航空法無論如何規定，而認為民法，有補充航空特別法之意義，則一致之見解也。

『圖表五十二』 海空商事之實質地適用法律表

(一) 海空商事之特別法令——海空商法

(二) 海空商事之特別習慣法

(三) (民商合一之國) 民事特別法令

(民商分立之國) 商法

民法法典

普通習慣法

第十六章 海空商船之國籍與資格

海空商所賴以為其事業之基本的工具者，為船舶，分析言之，即航海船與航空船是也。船之為物，雖稱動產，但同時在法律上則賦與以兩大特性；因其價值高而轉移難，人類棲息其間不啻家屋，故有時視為具有不動產性；因其航行之地點無定，既須以受所有國之主權為原則，又須有特定之船名以代表船體，故雖物而認為具有人格性。前一特性，與其物權關係甚切，詳待後論；但在依不動產登記程序之效果上，與海空商船之資格問題，亦有相當關係也。後一特性，為海空商船所以發生國籍問題之總因，故海空商船之國籍問題，即由此點而發生矣。夫船舶為物也，而又有其人格性；為動產也，而又有其不動產性；此又海空商船之在法律上，為構成特別之理論，雖僅關於國際私法之研究，亦不能不注意之。

(一) 海空商船國籍之標準

當茲國家時代，自然人以民的資格具有國籍，法人以團體人的資格具有國籍，海空商船以其被認為有人格性而具有國籍，此在表面上固完全相同，無待再論者也。然法律上何故而認海空商船為具有人格性，並具有國籍，致國際法及國際私法上皆列為最要論點，此則不能不簡單明之。其理由不外：海空商船之受國家保護也，因國家一面堅持其領土主權，一面發展其人民主權，海空商船離內國之領水領空而遠適，仍欲使內國之法律力量，隨於其後，自須假定其有人格性，並具有國籍，始可援用人民主權之理論，以保護之。海空商船之與盜船分別也，空中盜船尚不多見，海上盜船則為顯著事實；盜船，人人得而捕之，不視其為有所屬國，海空商船須有國籍之故，亦所以有別於此。海空商船之爭議待解決也，因關於海空商船及航海航空之爭議，為生於海空商船共有人之間，船主與船長之間，及船主或船長與船員之間，歷史上與慣例上皆依船籍國之法律，更不能不假定其有國籍也。他如國家對於特定國海空商船捐稅之減免，對於特定地點限於本國海空商船之航行，亦必賴其有一定之國籍，始能分別處理之焉。然則海空商船之國籍，其標準將何如確定之乎？此問題，一方面固為國際法上之問題，一方面因各國海空商法中亦有關於其國籍之規定，而國籍衝突之如何解決，與夫本國法之適用問題，又皆與其有重要關係，故在國際私法上同樣有重要之地位也。

(甲)航海船之國籍標準 軍艦巡船係歸國有，旗號確定，故其國籍顯然易知；若夫一般航海之商船，其船籍分子，因各國商船製造之精粗不同，各國商業交易之性質又異，各國經濟之狀況各別，一依各國國內法定其寬嚴之標準。然大體言之，不外就船舶所有者國籍，船長及船員國籍，船舶製造原地，或財產所屬等點上，取以爲用(參照國際私法本論第四章第三節甲段)。立法趨於嚴格主義者，各點完全採之；否則，採用其中之三兩點，或一點而已。茲再分述於左：

第一，船舶所有者專屬主義。此與船舶所有者分屬主義統稱爲船舶所有者國籍主義，或另稱船舶所有權(Property)主義；係以船舶所有者是否爲自國人之標準，而定船舶之是否爲自國船舶也。所謂船舶所有者專屬主義者，無論船舶所有者爲一人，或二人以上，總須其全體皆爲自國人，其船舶始得稱之爲自國船舶也。例如英，德，西，葡，挪，巴西，智利，諸國，皆以船舶所有者之國籍，定商船之國籍，苟其中有一人而非隸英國籍或葡國籍者，其船舶即不能被認爲英國或葡國之船舶。美國法律上亦規定船舶所有者須爲美國籍，其船舶始爲美國船，與英國一八九四年商船法案之規定正同；惟在歐戰以前，美國却非單純採船舶所有者專屬主義，並兼採自國製造主義耳。我國，依海商法第三條之規定，凡中國官署所有者，中國人民所有者，皆爲中國船舶，其屬於專屬主義自無疑問。至依照中國法律所設立，在中國有本店之或種公司所有者，亦爲中國船舶；其中若全體股東爲中國人之無限公司，認其船舶爲中國船舶，仍不失爲專屬主義。至於僅全體無限責任限東之兩合公司或股份兩合公司，僅董事三分之二以上爲中

國人並其資本三分之二以上爲中國人所有者之股份有限公司，其所有之船舶仍爲中國船舶，似兼採乎分屬主義矣。但如就此項船舶爲法人所有之船舶一點而言，則因所列之各種公司，無論組織者之國籍是否統一，而皆爲中國法人，以之定其船舶爲有中國國籍，依然不失爲專屬主義也。至於日本，依其船舶法第一條之規定，大致與我國相類；惟關於股份有限公司，須全體董事爲日本臣民，其所有之船舶始爲日本船舶；並多一「於日本有主要事務所之法人，其代表之全體爲日本臣民者所有之船舶」，亦爲日本船舶而已。

第二，船舶所有者分屬主義。所謂分屬主義者，以船舶所有者一定之數額爲自國人時，即得以其所有之船舶爲自國船舶是；有人謂此一定之數額，通常爲在半數以上，認爲又可稱爲半屬主義，實亦不然。例如法國，數船舶所有者中，只須有一人籍隸法國者，即得認爲法國船舶是也。採此分屬主義者，除法國外，與匈，荷，意，瑞典，丹麥，波蘭等皆然。但分屬主義，對於船舶所有者之國籍，雖甚通融，而其目光則集中於財產所屬之標準，故船舶所有者縱三分二爲自國人，僅一人爲外國人，倘前者之資本不能合占半數以上，則亦不許爲自國船舶，實亦恒有之事。法國一八四五年六月九日之法律，即規定號稱法國之船舶，須至少有一半產業屬於法國人；意國一八七七年之航海法典，曾規定凡意國船舶，須至少三分二爲意國人之財產，或係住居意國滿五年以上者之財產；匈國一八七九年四月九日之法律，亦曾規定凡匈國之商船，須至少有三分二爲匈國人之財產，或匈國內某公司之財產；奧國同年五月七日之

法律，其規定與匈國四月九日之法律同；波蘭則規定爲五分之三以上：皆爲顯例。故船舶所有者分屬主義，亦可稱爲船舶產權半屬主義也。

第三，海員國籍主義。簡稱海員 (Seaman) 主義者是。因各國決定船舶之標準，船舶所有者之國籍問題，爲其要點，於是海員之國籍如何，乃附於前兩主義中而併行之，未有單獨以海員國籍定船舶之國籍者也。故說者對於船舶國籍之決定，恆否認有此一主義在；其實在構成船舶國籍之分子上，仍不失爲一重要標準，不過非單獨採用而已！此主義之原意，係主張船舶中之船員須皆爲自國人，始取得自國國籍，有一外國國籍之人，則不能取得之。實際上之採用，因其失之過嚴，諸多變通辦理。有僅以船長須爲自國人者，如奧匈一八七九年法律之規定是。有須以船員之大部分爲自國人者，如法國一七九三年九月二十日之律令，規定船長及上等船員之全部，及合船水手至少四分之三，皆須爲法國人；意國一八七七年之商航法典，規定船長及合船水手，須三分之二爲意國人；美國亦以船長須爲美國人，其他上等船員及水手亦須三分之二(或云四分之三，待查)爲美國人是。他如英國，在其商船法案上固未限定其自國船舶之船長須爲英國人，然在一九一九年外國人限制法中，亦以明文禁止外國人取得商船正副船長，航海正副船長，正副技師長，漁船正副船長，及其他海員資格也。

第四，自國製造主義

在昔各國爲獎勵自國造船事業之發達，自國船舶須在自國製造之，其甚者，更有採材料出產地 (Origin) 主義者，必須製造船舶之材料，出產於自國，始能取得自國國籍，尤屬趨

之極端。此種主義，昔雖唱始於法，而繼行於德，推行於英美。但法國一八六六年五月十九日之法律，則規定嗣後凡法國籍之船舶，不必一定在法國建造，即在外國製就之船舶，只須合於他之條件亦可入法國籍；英國一八九四年之商船法案，亦規定凡英國船不必一定在英國建造，只須全船為英國人之產業即可，德國一八九九年六月二十二日之法律及一九一〇年五月二十九日之法律，亦規定凡商船無論在何處造成，全部海員無論其籍屬何國，只須船舶所有者為德國人，其船舶即為德國船：皆捨棄自國製造主義也。不過在事實上，各國往往對於不在自國製造之船舶，課以重稅，或不給獎金，別於其他自國船舶之待遇，乃出於獎勵造船事業而然。至於美國，於採船舶所有者專屬主義及海員國籍主義之下，前時亦兼採自國製造主義，故此主義又有『船主船員及自國製造主義』之稱，即指美國之例而言。惟在歐戰以後，美國亦將自由製造之條件廢止矣。

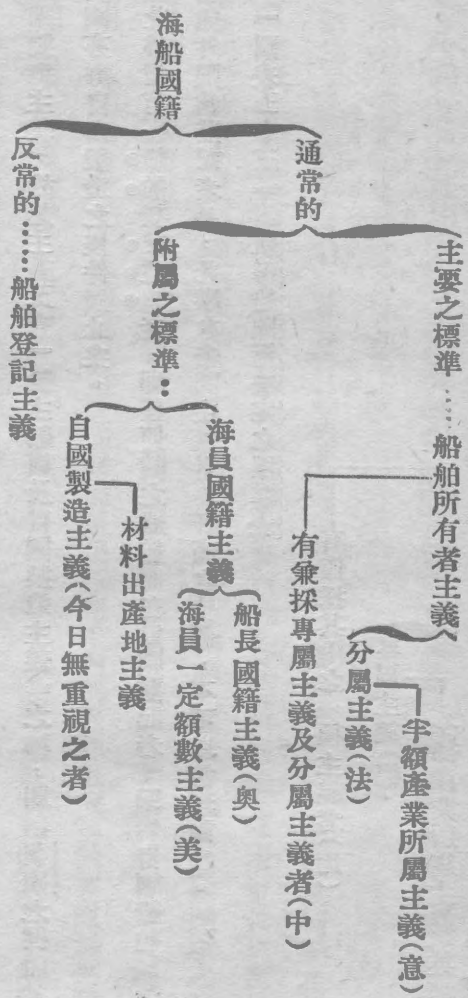
此外尚有一船舶登記主義者，即任何國之船舶而在自國登記者，即為自國船舶，如華船之懸外國旗，而向外國為登記者是，此事本帝國主義者與奸商之伎倆，不可以常理論也。

「圖表五十三」航海船國籍決定之標準表

有僅採其中之一種主義者(比)

專屬主義(德)

全部產業所屬主義(英)



(註) 國際私法本論上冊之圖表七，可以參照。

(乙) 航空船之國籍標準 航空船之為軍用者，其國籍易於辨別，與軍艦同；但為商用者，因係私家或準私家所有，而所有者往往又涉及二以上之國籍，其情形則較複雜，將如何而定其國籍乎？此似可比擬海船國籍之標準，以求其解決，為便益計，自無不可；但航空為新興事業，航空船之飛行降落又常涉及他國之領土範圍，於是關於其國籍決定之標準，學者遂聚訟盈庭，致有左列各說：

第一，航空船所有者國籍主義 係以航空船所有者之國籍為標準，而定航空船之國籍，蓋依海船國籍之決定，以船舶所有者國籍為標準，而有此說也。法國學者如福西爾 (P. Fauchille)，古謨理葉 (H.

Couannier) 、格法雷 (Grosvaler) 、拉撲納德耳 (de Lapradelle) 及羅蘭 (Rolland) 等皆主張之。此標準，今日各國法律上頗多採之，如德航空法第二條，法航空法第五條，意航空規則第六條，日航空法第二條，芬蘭航空法第四條，但澤航空交通法律第二條之規定皆然。即在國際航空條約上，亦有以此項標準作為航空船國籍之是屬者，如一九二三年之德丹航空條約，一九二六年之德法，德比航空條約是也。其中仍有專屬主義與分屬主義之別：德國之個人所有航空船，其國籍之決定，係採專屬主義者也；意大利，則正異其趣，凡航空船，意大利人之負擔在其總額過半數以上時，得認定為具有意大利之國籍，係採分屬主義者也。但此一標準，如率然而採用之，不加以其他條件，則在採分屬主義方面，兩國間必易發生航空船國籍衝突之事；倘航空船之所有者，人數各同，資本相等，其問題更甚複雜矣。雖曰，可依照柏林莫斯科間之定期航空，該德俄航空公司之航空船，其國籍之隸屬，一部分為德國，一部分為俄國；顧在航空路線上飛行時，確引起不少之疑難問題，非可取法者也。

第二，航空船所有者住所主義 係以航空船所有者之居留地方，定其國籍。航空國際法學委員會於一九一二年在日內瓦開會時，德國各會員主張此說甚力。但僅依航空船所有者之住所地，定航空船之國籍，與航空船之所以需用國籍之理由，根本不合；况住所時有變遷，尤不足為國籍之標準也明甚！

第三，航空船製造地主義 係以製造航空船之地方定其國籍，故與海船國籍之自國製造主義相當。惟自國製造主義出之各國為發展其造船業而然，此則偏於學理上之見解也。蓋以人之國籍取得，不外血

統主義與出生地主義兩根源，航空船既無血統之可言，其國籍之決定惟有依其出生地之何在爲標準耳。此說法國阿爾孟戈 (Arnaud) 曾於一九一二年之國際航空法學叢刊上主張之。但在今日，航空船之製造，不必皆在自國，僅一製造之關係，即以製造地爲其國籍之所屬，亦何貴乎有此國籍。吾人試一觀航海船之取消自國製造主義，更可瞭然矣。

第四，航空船飛行場隸屬主義 係以航空船所隸屬之飛行場在於何地定其國籍；換言之，係以航空船從而飛出，又常按時飛歸之地方爲其標準，故又有母港主義之稱。英儒奧濱罕 (Openheim)，比儒杜耳 (Durr)，法儒白那協 (Blachere)，地瓦 (Dirald) 等皆主張之。但國際航空船之母港，並不限於一地，常有分設於兩國以上者，將如何定之乎？

第五，航空船單純登記主義 係以航空船註冊登記之國定其國籍，例如亞爾然丁航空規則第二條規定，航空船輸入於內國，至少經過四個月後，不問所有者之國籍如何，須登記於內國之號冊，即有內國國籍云云是也。此說英儒拍牢温 (Renoune)，意儒潘奧 (Fiore)，法儒威斯 (Weiss)，比儒洛郎 (Rollin)，希儒波里地士 (Politis) 等皆主張之。但僅以登記爲標準，而不附加以條件，則航空船所有者，即可自由選擇其國籍，而達竊法舞弊之目的；且登記爲形式上之事，航空船國籍決定，於形式外，並應重視其實質上之關係，乃與其所以需要國籍之原來旨趣，始相合也。

『圖表五十四』

航空船國籍決定之標準表

重視人的條件者……航空船所有者主義

國籍標準主義

專屬主義

分屬主義

實質的標準

重視地的條件者

飛行場所在主義

製造地所在主義

住所標準主義

空船國籍

形式的標準——航空船單純登記主義

(航空船條件登記主義)……(註，詳見下節)

(二) 海空商船國籍之決定

關於海空商船之國籍標準，衆說紛紜，莫衷一是；而各國法律之規定，尤尙未能一致；於是國籍衝突之事，即不可免，航空船方面更其甚者也。此一問題，在實際上之解決，不外兩端：其一，加重海空商船取得內國國籍之實質的要件，一如歐戰後各國對於公司國籍之辦法，捨其無關緊要之國籍標準，僅限定內國公司成立必須具備之要件，則其衝突之事自可減少也。其二，縱有衝突之事發生，則惟有依國際私法上解決船舶國籍衝突之法則，而解決之也。前者可稱爲出自國內法上之預防，後者可稱爲出自國際私法上之救濟；但預防雖出自國內之立法，亦有涉及國際法並國際私法者在焉；而國際私法既以救濟

爲主要目的，仍有正式之適用法則在焉。

(甲)關於國內立法上之預防者 海空商船之取得或國籍，在形式上須經過一定之程序，始能領有國籍證書，通行證書，並懸掛國旗，以表示其國籍之所屬。此一定之程序就司法方面言曰登記，就行政方面言曰登錄，我國則統稱爲登記；然無論如何，海空商船必須經過此種程序，始有取得正式國籍，乃各國之所同。於是學者間遂主張在登記之際，應嚴格地爲登記之限制，必確爲內國人之船舶者，始許登記之，是即所謂海空商船條件登記主義者是也；各國今日在實際地辦理海空商船之國籍事件時，亦多有此傾向。試分言之：

第一，海空商船登記之實質的要件 海空商船須經過登記之程序，然後乃有確定之國籍，已如上述。其在聲請登記之際，一切自必依照內國法律之所定，否則必致駁斥。此項應具備之條件，最重要之一點，即所有者國籍與資本兩事，須極端排斥涉外的關係是也。

先就航海船之國籍言，船舶所有者國籍主義，固爲多數國家所採用，但其最後，仍非登記，領有國籍證書，不能航行，乃普通之原則。因之可稱爲船舶取得國籍之條件有二，一爲登錄於一定之登記簿，一爲船舶所有權之全部或一部，爲屬於該國之人民；故無後項之原因，即無前項之登記，即不能取得國籍證書，而爲航海之用。例如我海商法第三條，規定中國船舶須爲中國官署，中國人民，中國公司所有；故船舶登記法第三六條，即規定『聲請登記所有權時，登記權利人之國籍有疑義者，

應出具切結，聲明確無冒認中華民國國籍情事……」云云，而以之視爲登記之先決條件。蓋恐他國人之竊法舞弊，以一船舶而兩地登記，致發生重國籍之事。苟世界萬國皆能爲嚴格登記之規定，航海船之國籍衝突自可減少。

次就航空船之國籍言，此之衝突問題更甚易見。今日最有力之主張，雖係仍以航空船註冊登記之地方，定其國籍，但認爲各國僅能登記其本國人所有之航空船，亦不失爲一預防國籍衝突之辦法也。主此說者有德儒巴爾（Barr）等；法儒福西爾雖主張航空船所有者國籍主義，然在一九二七年出版之國際法大全上，則認爲此一辦法，較單獨以所有人之國籍，定航空船之國籍，爲尤妥也。他如航空國際法學委員會於一九二二年在捷克京城開會時，亦認此種主張爲一可行之原則。依該委員會之決議，如屬於多人之航空船，須半數加一之多數人，均爲一國人民，其國始能准其註冊登記；如屬於股份之航空器，須其經理人及辦事人之半數均爲一國人民，某國始能准其註冊登記。倘由數人公有之航空船，其半數以上之資本屬於其本國人，即另有數外國人爲其所有者，亦可在內國註冊登記之。又，潤爾納爲我國所擬之空中交通法第五條，「凡航空機須完全爲中國國民所有，方得在中國航空機登記冊登記。凡社團，須其個人負責社員全爲中國國民，方能登記爲航空機之所有人。」亦極力引用此說之精神。然以上所云，皆偏於學者之主張，其在事實上仍有例證在：一九一九年之巴黎航空公約中第六條云，「航空器所隸之國籍，按照附約甲號第一款丙項之規定，以在何國註冊者，即隸何國之國籍。」同時第七條即規定「凡航

空器，如非完全爲一締約國人民之所有，不得登記於該國之號冊；凡公司如非隸於其航空器所註冊之國之國籍，或非其總理及其三分以上之董事亦皆隸屬於該國籍，又或非該公司遵守該國法律所得規定之其他各條件，則不得註冊爲航空器之所有人」云云：是雖主張登記主義而與以實質的條件之限制也。

德國航空法第二條，即本此精神而爲如下之規定：「凡無限公司，兩合公司及有限責任公司之登記，以全部德國之國籍爲必要條件；其他若商業合夥，並普通法人團體之在德國者，其全部個人負責之社員爲德國人時，被登記之航空船，始爲其航空船之所有人。」我國，依監督商辦航空事業條例第一條之規定，「航空事業除軍用外，均由國民政府行政院交通部經營之；但依本條例之規定，國辦航空事業得由公司或個人呈准交通部經業之。」而第五條又規定「經營航空事業以有中華民國國籍者爲限，並不得參加外資及借用外債」，則其國籍之確定，在實質亦係重視所有人之國籍也。至若因利用外資由我交通部與美國飛運公司所訂立之航空合同，而設立之中國航空公司，我國有權認五千五百股，美國有權認四千五百股；我國董事三人，美國董事二人；我國提出董事長副董事長各一人，美國提出副董事長一人；依然重視資本與國籍兩事，在登記之時，即以此種情形爲其實質上之條件也。

總之，海空商船國籍之決定，不在其有一泛然之標準，爲執法者所遵守，而在其有一條件附之登記，爲立法者所預定，乃現代多數國家最注意者也。此種條件，自以海空商船諸關係人之國籍何屬，爲居其首；而一外國人能否加入他國海空商船之關係中，自亦依其國籍法是斷也。畢氏國際私法典第二八三

條云，「關於海船及航空船所有人國籍，利用人國籍，管理人國籍，船員國籍之規則，均爲國際的公共秩序法。」國際的公共秩序法云者，無論是否國民，凡住居於其領土內，即須受其強制者之謂；故外國人之得否爲海商船之關係人，惟依船籍國之法律而定，觀此更爲顯然！

第二，海商船登記之形式的要件。海商船之登記，既在實質方面，嚴格地課其登記之條件，俾確定其具有內國籍之鞏固地位；於是在登記之形式方面，首卽應規定凡尚未在他國登記者，始能在內國登記，此對於預防因登記而致發生國籍衝突之事爲最有效者也。巴黎航空公約第八條云，「一航空器在一國以上註冊時，其所得國籍，法律上不得認爲有效」，是雖僅就航空船而言，但在航海船方面能有此同一之規定，則條件登記主義之作用，對於避免重國籍發生，必更大焉。

海商船於登記之先，必自定船名，船籍港；於登記之後，取得船之國籍：是卽構成船之人格性之三大要素。其中之船籍港云者，與自然人或法人之住所無異，乃船的航行之根據地，故又有母港之稱。船籍港通常卽在其營業港，但亦有分爲兩地者。我國船舶登記法第二條，「船舶登記，由船籍港主管航政官署行之」；日本海船法條四條，海船之登記與登錄，均應於船籍港爲之。但德國法，船籍港專指船舶營業之本據地而言，或在外國或在內國則所不問，另有所謂登錄港者，指船舶公法上私法上權利證明地而言，其所在地限於國內或準國內。凡此皆屬於一國的行政必要而設，在解決其國籍之是否依正當程序而取得，自惟有依其註冊國之法律而決。至於船名，在法國，永不能更改之；在日本，須經管海官

應許可，始得變更；在美國，須由國會核准；在英國，須得商部特許；此亦依其曾經註冊國之法律而決。航空船之法律有類似規定者，其解決衝突之法則同。

(乙)關於國際私法上之處理者 在國際私法之關係上，欲決定一海船或商船之國籍，通常則以表示船籍之證據為準；但無證據或有隸於兩法域之證據時，則惟依解決國籍衝突之法則決之。

第一，認定國籍何屬之法則 畢氏國際私法典第二七四條云「海船（航空船同）之國籍，由通行證書與登記證書確定之，而以其國旗為區別之標誌。」此關於認定一海船或空船國籍何屬之法則，整個地見於明文者也。各國在實際上處理時，其法則大體上亦不外是。國旗為表彰船籍最簡便之方法，航海船之國籍外態與標誌上頗重視之。我船舶法第二條「非中國船舶，不得懸掛中華民國國旗，」其故即此。但在實質上，詐掛國旗事之恒有，殊無切實證明船籍之價值；不過詐掛行為而出之船長者，則必依被詐掛之國旗國刑法而處罪耳。航空船於有時兼用國旗外，並皆於其船上標有數個字母，其第二字母以下（或易為「數」字）為註冊標誌，其第一字母係代表所屬之國名，如中國用C字，法國用F字（有若F—AIFO），意國用I字（有若I—DIAR），日本用J字（有若J—COCD），德國用D字（有若D—985），奧國用A字（有若A—19）是。但遇國際競賽時，則必以旗幟為標識；而各國對於水上飛機，亦往採用海法之規定，許其揭用商船旗，如德國，英國是也。

國旗揭用，不過形式上證明船籍之所屬而已！欲確定其國籍，依畢氏國際私法典之規定，更有賴於

通行證書及登記證書。登記證書者，在海商方面，即海船登記後。由主管航政官署所發給之證書，依日本船舶法第二條之規定，此證書在公的方面，即係指船舶國籍證書而言；依我國船舶法第二五條之規定，除所謂登記證書後，尙須呈請交通部發給船舶國籍證書。愚意，在通例上確定船舶之國籍，與其謂依登記證書，無寧直接謂依國籍證書，蓋船舶除特例外，非領有國籍證書，不得航行；而船舶在船上應備之文書，又以國籍證書爲首要，此各國大體皆然，固不僅我海商法第四條第一款，第五條，及船舶法第四條之規定已也。况在外國港取得船舶，而認定內國某港爲船籍港，於未能正式登記以前，尙可從取得地之內國領事館聲請發給臨時國籍證書，以便航行（我船舶法第三〇條，日船舶法第一六條參照）；於停泊之外國港中，船舶國籍證書有毀滅損失或登記事項變更時，船長亦得向其地之內國領事館爲臨時國籍證書之請領；若於航行之途中而有此等情事，則向到達港請領之（我船舶法第二七條，日船舶法第一三條參照）；是船舶國籍證書縱付缺如，而在合法之程序上，又有臨時國籍證書代替，最足爲船籍之證據者也。且國旗之懸掛，不僅須爲內國之船舶，除特別事由外，並須在領有國籍證書或臨時國籍證書以後，如我船舶法第五條之所規定者；是又於確定船舶之國籍一事上，較國旗尤妥當也。通行證書者，船舶航行之憑證，所以定航線之事由；因其爲船籍港該管官署所發給，而又爲船上必備之次要文書，故亦可爲確定船舶國籍之一要件。至於航空船，其國籍與註冊標誌，一皆於航空船上標明；而加入巴黎航空公約之國，又可依其第九條之規定，「締約各國，每月應將前一月在該國號册登記及註銷事項，另備謄

本，彼此交換一次；並送一份交第三十四條所述之國際航空委員會存案備考』，則其國籍之何屬，當更易確定之，蓋不僅賴註冊證書已耳。

第二，解決國籍衝突之法則。海空商船之國籍，各國立法固極力預防其衝突，然終以規定之內容不盡處處皆同，即難免有衝突之事發生。說者對航海船之國籍衝突，恒謂亦可分爲積極極消兩種；而解決此問題，仍依解決自然人國籍衝突之法理決之云云；愚已在國際私法本論第四章第三節乙段中駁之。蓋船舶雖曰具有人格性，而究無人性；即如一八九二年之日內瓦會議，視船舶爲法人，一八九六年威尼斯會議，有人提議船舶爲法人，而比利時等國學說，亦多有此說；然究非正當之論：自不得準用解決自然人國籍衝突之法理。且關於船舶之消極衝突，在事實上亦極罕見，因船舶必領有國籍證書始能航行故耳。即在試航時，或丈量噸位時，或有正常事由時，其航行不必具有任何國籍證書，但亦必經主管航政官署之許可，此時不過尙未正式有國籍之標誌，不能即謂無國籍也。船舶國籍衝突實以積極者爲主，即一船舶而有兩個國籍是。巴爾於此，主張由所有者之意思，決定其國籍何屬，意見不一致時，則保留最初之國籍云。不過在事實上，船舶以登記而取得國籍，如係內國國籍與外國國籍衝突，內國必信內國之登記爲合理而有效，故當解決之責任時，即不能讓諸所有人之選擇，惟有以內國國籍爲準。如係兩外國國籍之衝突，愚在國際私法本論中，一面固贊成巴爾之主張，一面認爲前一國籍之取得，倘非合法者，後一國籍亦屬有效。此在航海船方面，今日尙無關於此問題之公約，固不妨如是主張之也，若夫航空船，



因巴黎航空公約第八條之規定，一航空船在一國以上註冊時，其所得國籍，法律上不得認為有效，而以前各條又限定註冊時之條件；則凡加入此項公約之國，一航空船或因註冊而費用折者有之，斷不能同在兩國註冊，即註冊亦屬無效，是隱然含有依最初之國籍而斷之意。於此場合，與其謂係解決國籍衝突之法則如此，更無寧謂為預防國籍衝突之法則如此也。一九二七年瑞士羅山城會議，更有明白之決議，認為凡航空船均須有一國籍，且只能有一國籍，此國籍即其註冊登記地之國家。任何國家固得自由制定，停止，並取銷其註冊登記之各項資格與條件；然除有相反之特別協約外，任何國家均不能許已在他國註冊者再在國內註冊登記。每值變更註冊地之時，如尚未在他國註冊取得新國籍，則仍保持其原國籍是也。

(三) 海空商船之資格問題

海空商船既皆具有國籍矣，於是內國船與外國船之分別，遂甚顯然；此首影響於船之商業上的資格者。其次關於船之航行上的資格，亦往往分別內國船與外國船而定，至於法律上的資格，在原則上則又皆依船籍之法律而定。凡此，均與海空商船之國籍問題，有直接或間接關係，故併述之：

(甲) 關於其商業上之資格者 海空商船之為用，在經營商業；但既有國籍之區分，則隸屬何國國籍之船，始有在何地何時為其商行為之權，遂成問題。茲分兩端論之：

第一，在領海及領空之船 一國之領海及領空，乃各國主權之所及者，正與領陸之關係同；則外國

海○空○商○船○能○否○在○其○間○經○營○商○業○，自○有○依○所○領○國○之○法○律○決○之○。畢氏國際私法典第二八四條云，「關於經營河上商事，湖上商事，沿海商事，各締約國一定場所間商事之海船及航空船之國籍規定，為國際的公共秩序法；在領海中經營漁業及其他海中事業者亦同。」其國際的公共秩序法云者，即屬地法，或領土法是也。例如沿海商事，比利時以其國沿岸線甚短，許外國船舶為之；我國以不平等條約之存在，暫許外國船舶為之，而他國則皆不許之也。至於非內國船舶而在內國港灣口岸停泊者，除避難船外，亦必須係法律有特別規定及經內國政府許可者始可（我船舶法第三條參照）；因之何國船舶得以停泊，一皆依所領國之法律而定。又如航空船之能否在他國經營商業，亦視其國之規定如何：前北京政府所擬之航空條例修正草案，其第四八條云，「凡不屬於中國之航空器，不得在中國各地點，為運載客貨之營業，」其草案苟能有法律之效力，任何國之航空船，自必依之而行。至於中外合辦之航空，其航空載運權仍須由中國政府許允，而在限定之路線內為之，中美航空合同第五條一二兩節之規定，可參照也。此種情形，不僅我國若是，巴黎航空公約第一六條亦云，「一締約國為謀本國航空器利權起見，得保留及限制在其本國境內兩地點運載人貨之營業權……」德國瑞典航空條約第一二條，德丹條約第九條，奧德條約第一四條，奧匈條約第一五條，丹比條約第一一條，荷挪條約第一二條，英挪條約第三章第一條及追加第二條，更有詳密之規定，而皆認為領空國有保留本國空中商事之權利也。

第二，在公海及公空之船 公海大洋在今日則為絕對自由的，其原則完全適用於海面空間，不受任

何國家之支配。故任何國之海空商船，除受其本國法律支配外，並不因國籍區別，而在權利能力上發生問題也。雖如奴隸買賣船，依一八九六年不魯塞爾公約，絕對禁止，得與海賊同視爲國際法之犯罪，任何國之國權皆可及之；然此仍非基於國籍之異而然，不過出於行爲之關係而已！

(乙)關於其航行上之資格者 海空商船之航行上的資格，係指其船之能否勝任航行，與夫航行線之是否因內外籍船有別而言。

第一，能否勝任航行之船 先就航海船論之：船舶因登記而取得國籍證書，但在登記之前，必須先領有船舶檢查證書，及船舶噸位證書，與聲請登記書一併呈送而請求之（我船舶法第二四條及船舶登記法第三五條參照）。故在原則上，於船籍港宣言航海無礙之船舶，雖外國亦不可不認爲航海之無礙，蓋即以其檢查證書爲準也。但船舶檢查爲公的行爲，而受檢查之船舶航行期間亦有限制，於是在事實上即不能專依船籍港之宣言爲斷；而其檢查更不僅以內國船舶爲限。例如我船舶法第一六條，『中國人民所租用在中國各港間，或中國與外國間航行之外國船舶，依交通部命令之規定，施行檢查』；又第一七條，『外國船舶自中國港載客貨出發者，應由船長向該港之主管航政官署，呈驗該船舶之檢查證書；如經驗明該證書有效期間已屆滿時，應由該官署施行檢查』：是即對於外國船舶檢查之規定，並須發給檢查證書後，方得航行。至於噸位證書，依我國船舶法第二二條之規定，外國船舶由中國港載運客貨出發者，亦須呈驗之；除該國丈量程式與中國丈量程式相同或互相承認者外，得由主管航政官署施行丈量，換

發噸位證書。(此外若行政上之檢查，如岸上之警官與法官，亦有權登入外國商船搜檢案件，惟須會同該船所屬國之領事官共同爲之耳。)故畢氏國際私法典第二八〇條云，「海船檢查，僱用領港，及海船警察，均依從屬地法，」是於船籍港法律外，特別注重停泊港之法律者也。

次就航空船論之：航空船之航行也，除應備有註冊證書外，並須備有適航證書及航空人員之勝任證書特及許狀；後者與航空船之本身無關，暫置不論。前者係表示其船能滿足其要求安全之要求，而有勝任航行之資格者也。故在航空船登記以前，須先經過適航檢驗之程序，因之此項適航證書應由其所屬國發給之。但如航空船係委託外國製造者，則在製造地亦可領有適航證書，惟須由其所屬國承認其爲合法有效，如巴黎航空公約第一一條之規定是。不過有時航歸所屬國，應呈請主管機關檢核換發，亦恒有之事也（我航空條例修正草案第一五條參照）。然無論如何，航空船之能否勝任航行，一皆以其所屬國之允許或承認爲準，至少在巴黎航空公約之締約國間，一體認爲有效（該公約第一三條第一項參照）。但此不過一原則耳。若事實上，航空船之適航，並非有永久性，其船之狀態變更，時在預料中，不能謂有適航證書，亦即有航行資格也。故警察爲行使其保護公眾安全之職責，依巴黎國際公約第二一條之規定，「航空器發航時及降落時，當地官長有察看航空器，並檢查該器應備文件之權」。德丹航空條約第八條，英挪條約第八條，丹比條約第十條，荷挪條約第二條，奧匈條約第一四條皆有同樣之詳密規定。倘檢查其不適航行，如機器之損壞，即應阻止其再飛，須點俟缺復原後始可。倘原所發之適航證書

時期已滿，亦可依航海船之辦法，由當地國施行檢查後，另與以適航證書。（此外若行政上之檢查，一國可用特別信號，使他國飛行船強行降落，以實行其警察權，固爲巴黎航空公約之所許；但因此發生航空船之損害，影響於其適航資格，其責任則由其國負之也。）

第二，能否隨意航行之船。先就航海船論之：在公海中之航行，但有國籍保護，除奴隸買賣船外，均得自由航行，不受任何外國拘束，不受任何外國檢查；須其船舶在他國領海內有犯罪行爲，被領海國船舶繼續追蹤而至公海者，始有受其檢查之義務耳。在他國領海內之航行，必須依條約或領海國法律之規定，方有航行資格，否則領海國除對於避難船外，皆可拒絕之。

次就航空船論之，在公海上面之航行。一如海船，無論屬何國籍，均得一律自由飛航；一國之航空船，對於他國之航空船不得擾及其自由，且只有正當防衛權，不能有攻擊之情事；而任何國之軍用航空船並不得對他國之航空船有監察及檢查權。但法儒福西爾則主張爲防止違犯國際法之行動，亦有查驗國旗及檢察客貨之權。在南北極及非洲之荒地上飛航，各國均有飛行停降之自由，與公海同；一九一二年航空國際法規委員會於日內瓦開會，一九二二年美洲國際法學會在亞爾然丁開會，皆有此項決議者也。在他國領海上或陸地上之航行，學說上常因空中自由說與空中主權說之不同而異其趣，依前說，任何國之航空船，皆有一國領域上空中之航行資格；依後說，除內國之航空船外，任何國之航空船皆不能在內國領域上之空中有航行資格。今日已不採用此絕對原則，而以各國有權自衛與國際互助，爲並存相

互之原則焉。凡加入巴黎航空公約之國，依其第三條之規定，各國因軍事上緣由，或為公共安寧起見，有禁止他國航空船飛越本國領土內指定區域之權；但本國民有航空船與他國航空船，亦不得有所區別；而如英瑞航空條約第三條，德法條約第三條，德奧條約第四條，荷比條約第四條等，皆依此更為詳密之規定：是禁航城區之航行資格剝奪，內國船與外國船等也。至於一國關於准許他國航空船飛入其領土上面之一切規章，如我國臨時特許外國飛機飛航國境暫行辦法中所規定之種種，自許遵守之；惟依巴黎航空公約第二條之規定，則特別聲明，應不分外國航空船之國籍，一體適用耳。凡未加入巴黎航空公約之國，一國之航空船在他國之空中有無自由航行資格，依巴黎航空公約第五條之規定，原則上不得准其飛航本國領土，但經特准或暫准者不在其例；依馬德尼航空公約第五章之規定，則許各國有允許或禁止之完全自由：實際上各國之航空船欲在他國之空中，取得航行資格，一如航海船，須依兩國條約或領空國法律規定而決之耳。

(丙)關於其法律上之資格者 海空商船之法律上的資格，係指海空商法事之適用，必如何之船始有受其法律適用之資格；以及航行於國外之船，是否於任何時地皆有受其法律適用之資格而言。

第一，由法規上說明船之法律上的資格 以航海船論，在我國，海商法之所稱船舶，係謂「在海上航行及在與海相通能供海船行駛之水上航行之船舶」而言；但如總噸數不及二十噸，或容量不及二百擔之船舶，專用於公務之船舶，及以櫓權為主要運轉方法之船舶，除船舶碰撞外，亦不適用海商法之規定

。在英國，依其一八九四年頒布，一九〇六年修正之商船法案既不分海船與內水船，而亦不問其爲商事與非商事，皆適用其規定。法國商法海商編，對於適用範圍雖無明文，然在學說與判例上，大致與英相同；即不問其是否商事，對於海船均適用之。在德國，航海船以營利爲目的者，概適用其商法海商編之規定，如漁船即其一例；不以營利爲目的者，則不適用之。在日本，以商行爲爲目的而供航海之用者，適用其商法海商編之規定；至若研究學術及供娛樂或漁業所用之船舶，如探險船遊覽船競賽船等，唯依船舶法第三五條之規定，得準用其規定而已！是故一船舶有無被適用海商法之資格，各國規定，既非一致，在原則上自惟依船籍國之法律決之。

以航空船論：種類亦極複雜，既有國有私有之別，又有公用民用之分，而其形式，若氣船，飛機，飛機等等不一而足，究應以何者爲具有受空商事法支配之資格，此皆依其所應取以爲或種法律關係之準據法決之。如我國空中交通法草案第一條第二項云，「本法律稱航空機者爲飛機，汽球，鳶式飛機，以及供空中運動之切器具」；航空條例修正草案第三條云，「本條例所稱航空器，係包括飛機，氣艇，氣球，飛鳶等而言」；監督商辦航空事業條例第二條，則指飛機飛機及其他航空器而言：苟適用各該法律時，航空船必具如何資格。自依其法律之規定而決。此種法律，在事實上往往即係船籍國之法律，故與航海船之辦理仍然一致也。

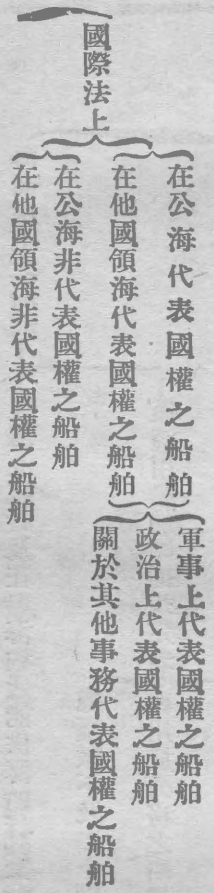
第二，由國籍上說明船之法律上的資格。以航海船論：在公海上，所有船上發生之爭議，皆依船籍

國之法律；即船長與船員之不法行爲或準不法行爲，依例須注意不法行爲地法之適用，亦因公海無特定之法律，仍不能依船籍國之法律，蓋即以船舶作不法行爲地視之也。在他國領海內，原則上有兩大主義，依法國主義，僅關於船舶內部紀律，而不擾及港中治安者，歸其祖國管理；如爲外客犯及岸上治安或船員擾亂而危及港中和平者，則歸岸上司法機關審判之。依英國主義，凡航行英國領海中，或停泊英國口岸之外國商船，如船上出事，無論其爲民事或刑事，亦無論其會否擾及岸上治安，一律交由英國審判之；蓋重視所在地法之作用而然。但在實際上各國之適用法律亦不免有互相矛盾者在：例如馬利亞路斯 (Maria Luz) 船案：此秘魯船於一八七〇年之傾，載有中國苦力若干名回國，經日本領海，遇風停泊，日本官署知之，以武力釋放中國苦力。日本法院，根據奴隸主有權爲日本法律所無，不准秘魯人之賠償請求；雖秘魯不服，經俄國仲裁，仍認爲船舶之駛入他國領海，應即受其國法律之拘束也。然在 *Crisole* 船案，此美國船載有奴隸，由維基尼阿 (Virginia) 州，赴新奧爾良 (New Orleans)，中途遇風，停泊於英殖民地；經英人查驗後，將其奴隸悉釋放之；而混合公斷委員會之裁判，竟不直英人所爲，是又一極端相反之例也。

以航空船論，飛行大海上之航空船，僅受其所屬國之法律約束，不受任何他國之主權管轄，乃其原則。國際空中法草案第二三條以下，曾提議「凡在公海或無國家組織地面上之航空船，須服從其航空船所屬國之法律，及審判權」，一九二四年九月在瑞典京城斯德哥爾摩 (Stockholm) 所開之國際法協會，

亦贊同之。至飛行他國空中之航空船，因須於維持國際交通之見解中，仍承認各國發展其主權之作用，故須受所在地國法律之一點上，較航海船為尤嚴格云。然其大部分多係涉及公法之範圍，或私法的公法化之範圍；若夫純粹之私法上的關係，則亦有適用其船籍法之處。前之國際法協會，及空中法草案皆有如下之決議或規定。即，凡在外國領土上之航空船，其在船上之一切行為，如對於該國之主權，保安，或公共秩序有妨礙時，或牽及其國之徵稅問題時，皆依其國之法律及審判而決；至於其他之行為，則應依航空船所屬國之法律及其審判權而決是也。又法國航空法第一章第一〇條之規定，航空中，外國航空船所載之旅客間之爭議，依法國法；航空船之本身問題，依國旗法；瑞士法第二條，意法第二章第八條，比法第七章第四六條，亞爾然丁法第一章第一〇條皆同。然說者則主張旅客間之爭議，應先問其航空船是否在國境內降落，而始能決定其所適用之法律；因途中無停息之陸上航行，爭議原因發生之當時係在何國領空，有時殊難判斷，故謂絕對地應受通過國法律之支配，事實上殊難成立云。

【圖表五十五】 船舶在法律上之分類表



船舶

國內法上

海商法上之船舶

在海上航行及在與海相通能供海船行駛之水上航行之船舶

僅適用船舶碰撞規定者
專用於公務之船舶

總噸數不及二十噸或容量不及二百擔之船舶
以櫓權為主要運轉方法之船舶

非海商法上之船舶

不能航行者

橋船
蘆船
燈船

透漈船(有推進器者例外)

非水上航行者

飛船
沙船
潛水艇

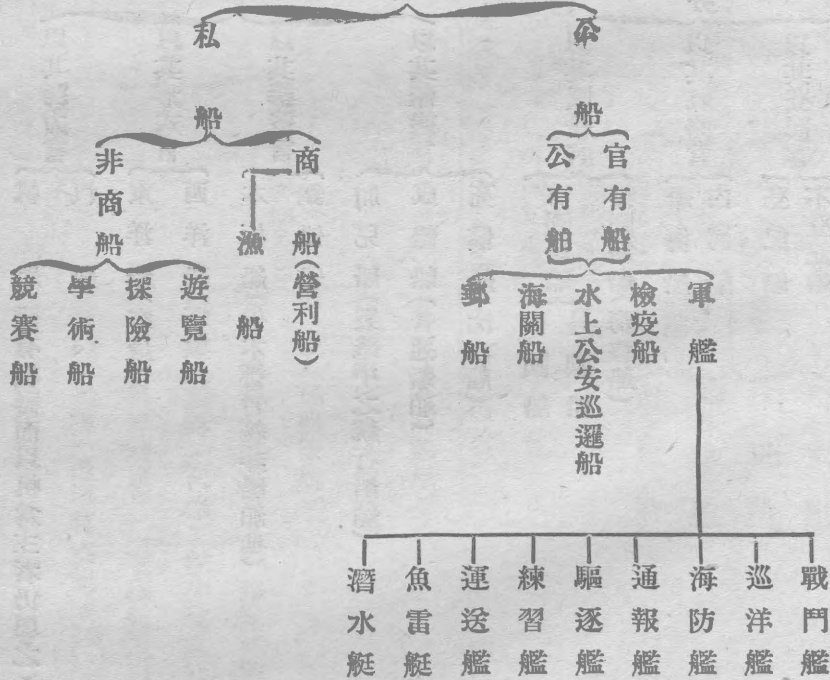
航行於非與海相通之水上者

內河船

「圖表五十六」

船舶在事實上之分類表

依船主之資格而分



船舶

依船舶之自體而分

以其動力言

帆船 (雖有機器而以帆為主者仍屬之)

以其形式言

東洋船 (容量)
西洋船 (噸數)

以其構造言

木板船 (但木排竹筏非船舶也)
鋼鐵船

以其體態言

胎兒船 (製造中之航行船舶)
成體船 (普通船舶)
死骸船 (沈沒船)

以其國籍言

有國籍船
無國籍船 (海盜船)

依其他之標準而分

以其航路言

內河船
船海船

非船舶

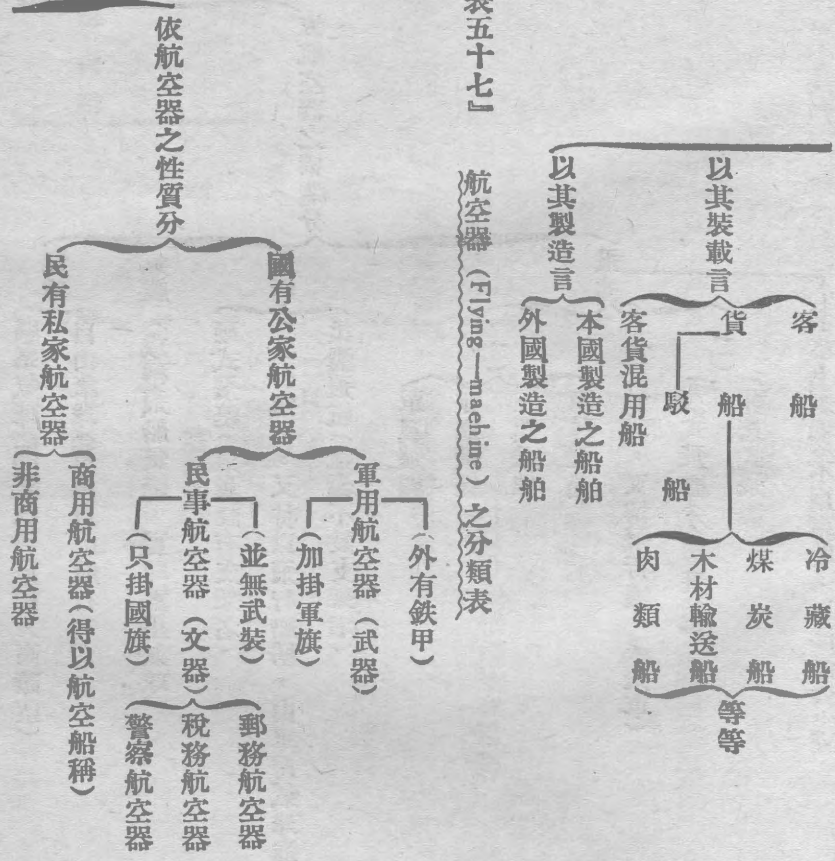
木筏
牛皮浮包

以其登記言

登記船
不登記船

【圖表五十七】

航空器 (Flying-machine) 之分類表



航空器

依航空器之構造分

氣球

懸系氣球(即繫球, 只能升高瞭望)

自由氣球(可以自由航行)

氣艦 (或稱飛船氣艇, 實即軍用氣球)

硬式飛艇(氣囊設有支架者)

飛艇 (具有氣球, 又特以飛行船稱, 由軍用氣球進化而來)

柔囊飛艇(氣囊不設支架者)

飛機

單翼飛機

雙翼飛機

三翼飛機

四翼飛機

(一) 不設氣球, 又稱飛行機, 或飛車

(二) 鳶式飛機(又稱飛鳶)

非鳶式飛機

水上飛機(不用車輪, 以浮體代之)

海空商船

空商船

標誌

船名——船籍港名

船舶登記噸數——船舶登記號數

吃水尺度

文書

證書之類

(一) 註冊證書

製造地所發之適航證書

(二) 適航證書

(即通航證書，航空力證明書)
註冊地所發之適航證書

(三) 勝任證書

(即航務人員之能力證明書)

(三) 裝置無線電機之特許狀

冊簿之類

(一) 載客時之旅客各單

(二) 運貨時之提單及運貨單

(二) 航空日記簿

任何時須備有者：航程日記

航空器日記

載客貨時須備者：發動機日記

信號日記

國籍標識

標誌 註冊標識

非營業之標識 (畫黑色橫線一道)

第十七章 海空商船之物權與其債

海空商法研究之中心爲船艇，船艇雖在法律上視爲具有人格性，而發生國籍等問題，如前章之所述者；然船艇之本質究爲有體物，且爲有特殊性質之動產，易詞以言，即船艇爲動產而又具有不動產之特性是：此船艇之所以又有物權關係而不能不討論者也。船艇之物權自以所有權與抵押權爲主；先買權在我國僅見之於船艇共有關係中，留置權在我國海商法亦無其規定，他國立法例或有之。至於優先權本有擔保物權之性質；頗似日本民法上之先取特權，我舊日之海船法草案則特稱其爲法定質權，實視其爲物權之一種；我海商法上則認其係「基於海商法之明文規定，而發生之優於其他債權而受償」之一種特種債權。日德等國學者，並以抵押權與優先權合稱船舶債權；此船舶債權究爲單獨債權，抑爲有擔保性之物權，爲說亦不一致。此外意大利一八八二年之法律，並承認船舶之有典權，但不使債權人占有船舶，故與抵押權名異而實同。他如民法上其他物權，若地役權，永佃權，地上權等，於性質上自不得在船艇上創設可知；雖航空船之飛航，往往亦涉及他人之地上權問題，如起飛時利用他人之地面，前進時利用他人地面上之空間，在在皆足引起法律關係之研究，願此種地上權問題云者，乃指他人之地上權而言，非以航空船爲具有地上權者也。

海空商船之債的關係，如運送契約，船艇碰撞，遇難救助，船艇損害，海空保險諸事，皆可屬之；

但非本章所認為研究之標的也。本章關於海空船之債的論列，係指由船艇其物而發生之債，或與其物權有直接影響之債而言，如優先權，租賃權，以及船艇所有者因所有權關係而發生之債，與夫船艇所有者與其雇傭者間之債是也。

(一) 海空商船之所有權關係

航海船舶之所有權問題，除船舶所有者之資格，為屬於公法的規定外，一切關於船舶之得喪變更，與夫船舶之共有關係，及船舶所有者之權利義務，各國均於其海商法或商法海商編中，有詳細之規定。但航空船之所有權問題，今日尙只散見各國關於航空之法令中，或直準用民法上關於所有權之規定，自不能如航海船方面材料之富豐，故在此端之敘述上，亦只能以船海船為主。不過關於船舶所有者權利義務一節，則另立「因所有權關係而有之債」一標題，不歸本節之範圍，所以使「物權及其債」之關係有別焉。

(甲) 關於海空商船所有權之法律衝突 此一問題可分為所有權之支配範圍，所有權之得喪變更，以及所有權之共有關係為例而說明之：

第一，所有權之支配範圍 船舶所有者，對於船舶之如何部分，發生所有權之效力，是即所有權之範圍問題。蓋船舶組成之部分，甚為複雜：如龍骨甲板等屬於構造上之成分，客艙貨艙等屬於營業上之

成分，舢板鐵錨等則爲必要之屬具；桌橙鍋灶等則爲應有之設備品。此等物件，是否皆應視爲所有者所有？如不盡爲其所有，又是否承認其所有權之支配範圍，及於其全部？關於前者：或採積極說，謂屬具對於船舶居於從物地位，當與其主物同屬一人所有；或採消極說，謂事實上屬具有非船舶所有者所有，自不應認爲必出於其所有。關於後者：日本商法第五三九條規定「船舶屬具目錄所記載之物，推定爲船舶從物」，而假定其屬於船舶所有者，船舶移轉，保險，或委付時，本「從物隨主」之格言，其效力及之；但如爲屬具目錄所未載者，即不得推定其爲從物而適用此一原則。我國海商法第九條規定「除給養品外，凡於設備上及營業上必要之一切成分及屬具，皆視爲船舶之一部」，則較日法例之範圍廣大，爲彼此最異之點。

第二，所有權之喪變更。船舶所有權之得喪變更與一般物權同，原則上當然適用民法上之規定，顯亦有在海商法中爲特別之規定者，各國法例亦不必皆同。如關於其所有權全部或一部之讓與，在程序上並不與一般動產之辦法相同；英美法比諸國，僅以作成讓與書面爲必要；意國，則以作成公證書爲必要；荷國，更以作成書面及登記爲必要；日本，船舶轉讓，只須當事人有意表示，即可成立契約；但爲對抗第三人計，不僅登記，並以變更船舶國籍證書爲必要。我舊日之海船法草案第八條，則規定「海船所有權之移轉，須呈請登記，且須將旨趣記入海船國籍證書，並領到該證書後發生效力」；是移轉而不登記，不特不得對抗第三人，即當事人間亦不生移轉效力。我海商法第一〇條第一一條之規定，又微

不同，「船舶所有權全部或一部之讓與，非作成書面並依左列之規定，不生效力：一，在中國，應呈經讓與地或船舶所在地主管官署蓋印證明；在外國，應呈經中國領事官署蓋印證明」：是當事人間之效力發生，須以作成書面及有公證力為必要可知。「船舶所有權之移轉，非經登記，不得對抗第三人」：是登記僅為對抗第三人之要件可知。又如關於船舶所有權之原始取得，其由製造而取得者，一般雖適用民法上之承攬契約之規定，而我海商法第二二條則有一特殊規定：「船舶建造中，承攬人破產，而破產管財人不為完成建造者，船舶完造人得將船舶及業經交付或預定之材料，照估價扣除已付定金給價收取之；並得自行出資在原處完成建造，但使用船廠應給與報償。」此又他國海商法中無規定者，而為獨有之例。

關於航空船之轉讓，我國以航空事業須由國辦，經特許者始許其經營，則航空船轉讓之事，諸多限制。如監督商辦航空事業條例第一八條云，「商辦航空事業，非經交通部之許可，不得將營業權轉讓他人」，隨營業而有之航空船，其轉讓自不易也。但在實際上，各國對於航空船所有者變更時，大都許所有者或承受者向航政官署換領註冊證書，標誌牌，及適航證書等，如舊日北政府航空條例修正草案第一〇條第一四條中所規定者是。如能搜羅各國航空法令而比較之，其間衝突之點必甚多也。

第三，所有權之共有關係。船舶共有云者，二人以上共有一船舶之謂也。其法律上之衝突點最夥。以共有之本質言：有採單純共有說者，法國學者多主張之；謂船舶共有人間，只有物權關係，而無債權

關係，故各共有人得自由處分其應有部分。我國立法上採此主義，故海商法第一八條云，「共有關係不因共有人中一人之死亡，破產，或禁治產而終止」。其爲部分之轉讓也，即係依民法第八一九條之規定，各共有人即不得依他共有人之同意，亦得轉讓其應有之部分；而非依債編第六八三條關於合夥之規定。不過共有人出賣其應有部分時，依海商法第一四條之規定，其他共有人得以同一價格儘先承買；及因共有權一部分之出賣，致該船舶喪失中國國籍者，應得共有人全體之同意而已！有探合夥關係說者，德國學者主張之，謂共有人間，固爲物權共有關係，但同時又有債權合夥關係存在，其適用之結果與單純共有說正爲相反。有探折衷合夥說者，日本學者主張之，謂共有人之船舶在本質上僅爲單純共有關係，若從事於航海業則有合夥關係。日商法第五一條云「船舶共有人之間，雖有合夥關係，而各共有人，即不得他之共有承諾，亦得以持分之全部或一部，轉讓於人；但船舶經理人不在其限」，即此主義實際上之適用也。以共有之部分言，法意諸國，分割船舶爲二十四之想像的不特定部分，而以一部分爲單位，即係以二十四分之一爲單位，定其共有之持分。英美諸國（英海船法案第五條），則分爲六十四部分，亦以一部分爲單位而定共有之持分；雖六十四部分不必爲六十四人所有，然在原則上則如是，少於六十四人所有者，乃例外也。日商法第五四六條，我海商法第一三條，則捨棄此項想像的分割單位，而規定曰，「共有船舶之處分，及其他與共有人共同利益有關之事項，應按各共有人應有部分之價值，以其過半數決之」。所謂過半數者，非指共有者人數之過半，乃就其持分價格之過半數而言耳。凡關於船舶

利用，如航海，如賃借，皆依此項規定是決，不必賴有如何想像的分割單位，定其持分後，始再進行其如何決定之程序也。

航空船當然亦有共同之關係在，惟多適用民法或海船法之規定。且在今日公司制度日形發達，航空船雖不必爲一人所有，但爲法人所有者則爲習見，故在實際上航空船之共有關係殊少，其法律上之衝突亦因之而減。

(乙)關於海空商船所有權之法律適用 在昔關於船舶物權之準據法，大都採用訴訟地法，則關於所有權之法律適用，當然在其中。今則此說已成過去，立法例及學說上，約之不外兩種主張：

第一、船舶所在地主義 謂物權依所在地法，乃今日不易之原則；船舶既爲有體物，雖爲動產而又具有不動產之特性，關於其物權之得喪與夫其他關係，當然依所在地法主義決之。主此說者僅有法國。

按此一主義，在昔國際貿易未盛，船舶只航行於一國之沿海間，或可用之。今則以一移動不定之船舶，時而航行於內海，時而航行於公海，時而航行於他國領海，倘仍如一般物權關係，依物之所在地法，必因所在地之不同，甚或轉瞬之間，而屢異其準據法，於是其法律關係將永陷於不確定之狀態矣。况航行公海之上，只有所在地，而無所在地法，即欲爲所在地法之適用，亦莫可如何，苟必如此，其法律關係更永無法爲之決定矣。不過此僅就所有權之準據法言，若夫抵押權之準據法，又當別論之。

至於航空船所有權之準據法，其不能適用所在地法更爲當然。蓋航空船不特時而飛行於他國領海之上，且進而飛行於其領陸之上；不特時而飛行於公海之上，且進而飛行於荒地之上故耳。

第二、船舶國旗主義。即本國法主義是。其理由有採人格假定說者，謂既認船舶具有人格性，有名稱焉，有國籍焉，有住所（船籍港）焉，即不可不依人之身分從本國法之原則，而決定船舶之物權關係。且所以認船舶之具有人格性，其目的即在使人民主權之作用，適用於船舶之物，謂船舶之物權而不應依國旗法乎？有採領土假定說者，又稱領土延長說，謂船舶既爲具有不動產性之動產，則其航行於異地也，不啻自國領土之延長，關於船舶之物權關係，當然爲自國主權之所及，而應受其本國法律之支配也。此說爲一八八五年國際法協會，同年盎凡爾會議，及一八八八年不魯塞爾之商法國際會議皆採之。國際法協會之決議，如「於所有權之讓與，所應爲公示之方式如何；船舶所有者之債權中，當船舶轉讓時，如何者有其溯及權，如何者則無之」，皆採船舶本國法決定是也。曼利亦謂關於各共有者之權利，變更國旗之權利，以適用其本國法爲正當云。其見諸實際之法規規定者，若我法律適用條例第二二條第一項云：「關於物權依物之所在地法；但關於船舶之物權，依其船籍國之法律」是。畢氏國際私法典上亦有相當規定，如第二七五條云，「關於轉移海船所有權（航空船適用之）相當廣告之形式，依國旗法支配之」；又第二七七條云，「海船（航空船適用之）出賣後，海船債權人之權利及其消滅，均依國旗法支配之」；皆可參證。據是更可推知航空船所有權之準據法，亦傾向於本國法之適用，已有人主張之。

矣。

按此一主義，雖有人謂只能作為船舶物權準據法之原則，例外仍須從所在地法，是蓋就所有權抵押權種種而言耳。若夫僅指船舶之所有權論，則本國法之適用，實為適當，而無何疑問者也。

(二) 海空商船之抵押權關係

海空商船所具不動產物權之特性，除登記外，承認其抵押權之存在，亦為表示此種特性之一端。船舶抵押權雖在羅馬法亦已認之；但後世否認動產抵押權，此制遂歸消滅。降至十九世紀，一方面因船舶不動產性之賦與，一方面因優先權之有所不便；於是首由荷蘭為船舶抵押權之承認，英國海船法案繼之，而各國遂皆倣效，並設法以增其強力焉。顧抵押權之類別雖多，而關於船艇抵押權者，其規定則大都限於契約上之抵押權，且皆許其準用民法上關於不動產抵押權之規定也。故其法律上之衝突點，頗多涉及民法上之規定者，自難詳論。然亦有可述者如左：

(甲)關於海空商船抵押權之法律衝突 試以航海船言：通常以航海船雖為動產，但已登記之船，與不動產同，自得為抵押權之標的，其未登記者，當然無此資格。至多只能設定動產質權而已！第在我國，依海商法第三五條之規定，「船舶抵押權得就建造中之船舶設定之」，是在船舶自身登記之先，亦可為抵押權之創設矣。抵押權之效力，在日本，除及於船舶自體外，僅及於屬具目錄所載之屬具，在我國

，凡法律視其爲船舶之一部者，即未曾見載於屬具目錄，亦可及之。此外若抵押權之成立，是否僅以書面爲必要？抵押權之登記，是否僅爲對抗第三人之條件？抵押權之設定，於船舶所有人或受其特別委任人得爲之而外，是否尙有他人得爲之？船舶共有人以其應有部分供抵押時，是否應得其他共有人全體或多數之同意？而船長之抵押船舶，是否限於支付船舶修繕費救助費或其他繼續航海所必要之費用而然？若參照各國海商法及民商法而觀，必更有衝突之點在。蓋關於船舶抵押權之法制，學者曾分爲法國法系，德國法系，英美法系而敘述之；每系既有其獨立地位，其法律之規定自必有異，無待言也。

航空船之抵押權，在歐洲各國皆規定其得適用民法中關於抵押權之規定；並特別重視註冊之公證力之作用。法國航空法第一一條第一二條第一四條，及一九二四年三月三十一日頒布之施行細則，皆認爲航空船註冊簿，應予以相當程度公證之信用，依此，基於有關國內船舶登記之規定，許其抵押。意國航空法第九條第二六八條第二七二條，亦認爲航空船註冊簿，有公證之信用，至航空船及其附屬物之抵押，則依民法之規定處理。似此，其法律上之衝突點，亦惟有讓諸民法方面之比較矣。不過因近代航空之經濟的要求，各航空公司每每借債而闡大其營業範圍，爲担保債權計，抵押權之適用甚廣；不僅對一特定之航空船而行抵押，甚或出之以連帶抵押之形式。故國際間頗感於有製定航空船抵押權統一法案之必要，德國司法部已製定一種草案，待時而提出於國際航空會議，苟能發生效力，減少其法律上之衝突，正自不少。至於國際航空法家專門委員會亦制有航空抵押公約之草稿，殆通過委員會後，即向國際航空

私法會議中提出，其收效亦有望於將來者也。

(乙)關於海空商船抵押權之法律適用 說者謂船艇之物權關係，既採國旗法主義；抵押權者，物權也，當然依例適用同一之準據法。如國際法協會之決議，謂船舶得為抵押與否，海上抵押之公示所應為之方式如何，皆應依船籍國法決定之是。實則僅關於所有權之準據法，當然適用國旗法而無疑；若夫抵押權之準據法，則不能不於國旗法之外，而兼用物之所在地法也。

何以言須認國旗法為其準據法之原則？船艇物權準據法之所以採國旗法主義者，在此一點上，領土延長說實較人格假定說，占有優勝之地位；既為領土之延長，則偏重於船艇之不動產特性可知，而船艇之不動產特性，則係充分表現於其抵押權上者，故不能反對國旗法之適用者宜也。但就另一方面言之，船艇究不過一擬制之不動產，其本質上仍然一動產之性質，自不能絕對依領土延長說之理由，完全適用國旗法，且亦為事實上所不許也。因之，國旗法只能作為船艇準據法之原則，而與其所有權之關係微有不同。此原則之適用，雖在他國，亦應發生效力；一九二三年成立之船舶優先權及抵押權統一公約第一條云，「依船舶所屬國之締約國法令，及經該管船籍港，或中央官廳登記之船舶，由正當程序所設立之抵押權及典權，他一締約國自當尊重，併應認為有效」。又畢氏國際私法典第二七八條云，「依照國旗法而設立之海船抵押權……與物上担保權（航空船同），即在立法不承認或不制定此抵押權……之國內，亦得發生效力。」即為明例。曼利亦謂依船籍國法設定其抵押權，只須已登錄於公的登記簿者，不問

船籍國法與船舶停泊地法異其方式與否，皆可謂既得之權利，船舶縱航至外國之領海內，亦不能否認此既得權之效力。德國司法部制定之關於航空船抵押權國際的法案中，亦謂經一定之程序及順序而設定之抵押權，出賣或在外國暫行抵押之場合，仍得發生其效力，乃當然之事實也。至於此之所謂國旗法云者，依通例，當然係指訂約當時之船籍國法而言，故以後船舶即變更其國籍，而準據法之對象仍採不變主義者也。

何以言須認所在地法爲其準據法之例外？船艇航行國外，遇有損壞等事，勢須修理，所費亦非細微，苟必依國旗法而行抵押，倉卒間必難有人應募，故說者謂在此情形中，應相當承認所在地法之適用。曼利亦謂凡至外國之船舶，以復航於內國爲目的者，其停泊港實可視爲或種意義之住所，則不得以在內國抵押權記載方法之異爲理由，而害其在外國所發生之船舶抵押權；且不如是，則於世界交通，亦蒙不利也。故認爲依於滯在地之法律，宣言爲適法之船舶抵押權登記，而合於或種之條件者，在船籍國亦爲有效：此條件，一爲記載其抵押事實於船舶國籍證書，一爲於一定期間內履行船籍國法必要之方式是也。

在德國，於事實上，曾認其從於荷蘭之法律，所設定船舶之抵押權，更爲明例。關於此種方式之事，在今日因各國在國外之領事館林立，舉行船籍國之必要方式，較昔殊爲便利；故我船舶登記法第五條云，「船長依據海商法第五十四條規定，設定抵押權而聲請登記時……在國外以最近之中國領事官署，爲登記官署」，卽此故耳。其實就法理言之，縱未在內國於國外所設之登記官署登記，只須於所在地公

的登記簿登錄之，同樣不應否認其效力。雖然，所在地法之適用，不過一例外耳。倘依於全然不知所在地法律之方法，而為抵押權之登記時，或船籍國法於船籍港外，概禁止其不應不履行一定之方式，而為抵押權之登記時，於實際上在船籍國方面，自亦不視之為有效也。關於航空船之準據法，於例外上如何適用所在地法，可依是而推論之。

(二) 海空商船扣押及假扣押

扣留他人所有或占有之物，通稱扣押；但海商法上所稱之船舶扣押，則係指依照民事訴訟法所規定之程序，查封他人所有或占有之船舶，而屬於對船舶物權強制執行之事也。假扣押者，因金錢之債權或可易為金錢債權之請求，對於船舶為保全強制執行而施行之查封也。此外在民事訴訟法上之保全程序中，尚有假處分一事，乃為保全強制執行而設之處分，亦可適用之於船舶方面。各國法律上對於此等問題之規定，不盡為同，遂引起如何適用法律之爭。航空船亦有此等情事，與航海船同；不過其強制執行，偏於公的原因者，在今日則居於重要之地位耳。

(甲)關於此一問題之法律衝突 船艇之得為強制執行，固與他種財產初無所異；日本民事訴訟法第七一七條中，謂「商船及他海船之強制執行，依不動產強制競賣之規定……」云云，可為參證。但對於發航準備已終之後，而亦許之，則不特船艇所有者受其害，凡貨物旅客之裝載於船艇者，皆將蒙其影響

：故日本民事訴訟法同條中，又謂「但因事物之性質與該規定顯有差異者……不在此限」。因之，日商法第五四三條，即認爲船舶之扣押，或假扣押，對於發航準備終了之船舶不得爲之。我海商法第六條，亦認爲船舶之扣押，假扣押，自船長執有發航許可書之時起，以迄於航海完成時止不得爲之。但爲使航海可能所生之債務，如因修理或購煤米所生之債務，自不能與普通債務相提並論，仍得許債權人聲請扣押或假扣押耳。他如德商法第四八二條之規定，以及其他法國法系國之法律，皆承認此種禁止扣押之原則；然在英美比荷瑞典挪威諸國，則否認之，雖對於發航後之船舶亦得扣押之。至於假處分能於此際爲之否？學說上仍分兩派：一派爲積極說，謂在原則上，既對船舶得爲扣押，假扣押，或假處分，今不過於發航準備已終之船舶，於例外上不許扣押，或假扣押，並未以明文禁止假處分，則假處分自不包括於內。一派爲消極說，謂對於發航準備已終之船舶，所以禁止扣押或假扣押者，乃爲公益計也；則依立法精神言，假處分自亦不得爲之。因此解釋之異，各國即爲同一之規定，更因其採何解釋，而發生衝突之點矣。此外若扣押等之方式與其進行，各國規定之異致，更爲顯然。

關於航空船之扣押等問題，尙少有特別法爲之直接規定，各國大都參照其民訴法或海商法而適用之。但關於公的性質者，則有巴黎航空公約第一八條之規定，「凡航空器飛越一締約國境，或中途降落，或飛越間不得已而暫停；其所經過之國，因該器違反正式登記之商標或圖樣式樣之故，擬扣留查辦時，則該器須交納若干保證金後，始得繼續航行……」；故不提擔保金者，即不免有扣押航空船之事件發

生。然非締約國，對此當如何；即發生於締約國間者，其保證金之數目，又當如何決定；而亦發生適用何國法律之問題也。此外在國際航空法家專門委員會所制定之航空抵押公約草稿中，亦規定享有優先權者，對航空船有扣押之權云，錄之以作參考。

(乙)關於此一問題之法律適用。此之準據法，舉要言之，亦有國旗法主義與所在地法主義之爭。採國旗法主義者，謂扣押，假扣押，假處分之事，一方面固與債權有其關係，一方面則係直接對船艇之行為；而船艇之物權關係，其準據法既以國旗法為原則，此際亦當然適用國旗法而無疑。採所在地法主義者，謂船艇之物權上一切關係，固以依國旗法為原則，但既航行於諸國之間，自須同時服從其領土權；且扣押等問題之發生，又多含有公益之關係者在；受所在地法之支配，乃當然也。

按此兩說，以所在地法主義較合實際，如畢氏國際私法典第二七六條云，「凡在法院扣押及出賣海船（航空船同）之能力，無論此海船已否裝載及已否差遣，均應從所在地法」是見之於明文者也。但質言之，與其謂為領土主權之關係，無寧謂為訴訟上程序之關係；則關於一般民事上之扣押問題，謂其採法庭地法主義，自無不可。說者或謂此一問題之準據法有三，除國旗法主義所在地法主義外，尚有法庭地法主義，且其以法庭地法主義為通說云云，實則所在地法主義即是法庭地法主義，因法庭之扣押船舶，不能外於其法域而實施之故也。不過關於航空船之公的扣押，當然不能完全排斥領土主權於觀念外，其解決，更應依法庭地法是決；如巴黎航空公約第一八條之後段規定「……此項保證金之數目，如雙方

不能議定，則由當地官長趕速判定」是也。

(四)海空商船優先權與租賃

優先權[◎]之最初發生，係爲担保及便利冒險借貸 (Boatman) 進行而然。冒險借貸原於羅馬法上之 *Nauticum Foreans*；係債權人對船舶及船貨爲物之擔保，用以借入金錢，故又有船隻抵銀契約之稱。因航海苟不能安然完成，債權人即不得請求返還貸借資金，頗含有射倖之性質。優先權之承認，即所以與債權人以保障也。殆後，漸推廣其利用之範圍，成爲今日海商法之優先權，並有極強之效力；不過最近立法趨勢，多主張以抵押權補充優先權之用，有如一九〇八年比利時之修正法，一九一〇年希臘之新法，皆力減優先權之使用；即在中日法例中，日本之優先權爲數共九，我海商法則僅有六，可知其然。至於優先權之性質，不僅各國法律上之規定有異，即一國學者之見解亦彼此不同，或以之爲純粹物權，或以之爲純粹債權，或以之爲由物權而担保債權者；今日尙無統一之見解。租賃權[◎]雖在本質上爲債權，然關於船艇之租賃權，則適用不動產之辦法，許其爲租賃權之登記，藉以對抗第三人，與物權之結果，頗爲相類。故併論之。

(甲)關於優先權及租賃權之法律衝突 此之敘述，以海船方面爲主，空船除特殊者外，可推及之。
茲先言：

第一、優先權之衝突點 優先權者，依於法律之規定，對於債務人之財產，有優先於其他債權人而受清償之權利是也。但何種債權始有優先受償之權？優先受償之標的物又爲何種？屬於同次航海之優先權，其位次將如何規定？優先權之消滅又基於何種原因？各國法律對此等問題之規定絕不相同，因之，其衝突點時尖銳化。蓋關於海商法上之優先權規定，學者亦分爲法國法系，德國法系，英美法系而論之，至比利時及希臘，則更在此各法系以外；其法律上規定之不能爲同，乃當然也。

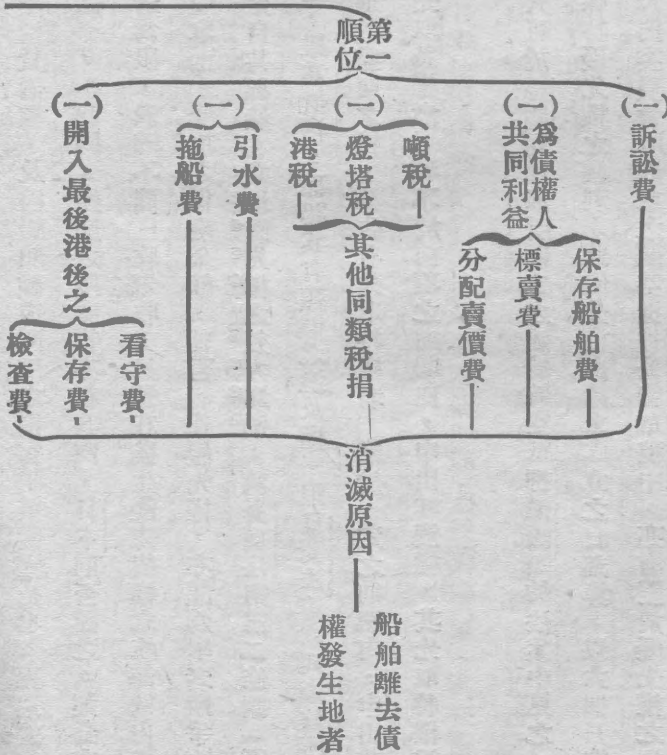
試以優先權之性質爲例：我國及法法系國之法律，固以優先權視爲債權人對於其權利標的物上，一種優先受清償之權；但他國則不盡然。日本法仍稱其爲先取特權，德國法則稱其爲法定質權，其在解釋上即不能爲同。英國法，其海法 (Maritime Law) 中所承認之海上典權 (Maritime Lien)，固似我之優先權，即其由成文法對於或種債權所承認之法定典權 (Statutory Lien)，亦與我之優先權有相近處；此外若普通法的典權 (Common Law Lien)，衡平法的典權 (Equitable Lien) 亦時用之，故其情形尤爲複雜。至於美國，其一九二〇年之商船法案，亦有關於海上典權之規定，此皆相似相類，而在此一權利之性質上，究難盡同者也。再以優先權之種類爲例：法法系國之法律，賦與優先權最多，且其消滅時效亦極短；德國法，日本法在此點上有近於法法系，但以「因船員過失所生之債」，入之於內，則又係與法法系爲反對者，故其種類依然非少。我國海商法減其種類爲六，即第二七條所規定者是（另見圖表）。英國，如只就其海上典權論，更僅爲五種之少；即救助費債權，海員薪金債權，船長薪金先期墊付及由

船長權限內適法行爲所生之債務，冒險借貸債權，及因船舶碰撞所生之損害賠償債權是也。更以優先權之標的爲例：船舶不問而知爲其標的之一，但我國，船舶之殘餘物亦在其內，日本則否認之。運費亦可爲其標的之一，但日本則以未曾收取者爲限，我國不問已收未收，只須在發生優先債權之航海期內者皆可。此外，債權人對於船舶所有人應受取而未受取之保險金額，能否行使優先權，亦頗爲學者所爭論，於是各國之立法例，不能有一致之決定自甚顯然。並以優先權之效力爲例，我海商法第三二條謂「優先債權不因船舶所有權之移轉而受影響」，雖爲債權，而認其有類似之追及權。但日商法第六八四條所謂「船舶所有者讓渡其船舶之時，受讓人須於登記之後，公告有先取特權者，應於一定之期間內，申出其債權；但其期間，不得在一個月之內。先取特權者，若不於前項之期間內，申出其債權，其先取特權歸於消滅。」彼此之規定顯爲衝突可知。

航空船方面承認優先權之事，吾人可於德國司法部所制定之關於航空抵押權國際的法案中見之，謂某優先權者於註冊後，對於抵押權得保持優先權之權利；此優先權由請求成立之日起算，以六個月期間爲限云云，卽爲明例。國際航空法家專門委員會所起草之航空抵押公約草稿中，亦有關於優先權之規定：如所謂司法機關及行政機關之手續費，並飛行器最後一次降落時，應納之費而尙未繳清者；飛時遇險時之救助費；對第三人所受損害（如飛機降落撞壞房屋）應負之賠償，飛行人員購用汽油等物所欠之款；於飛行器出售時須先清償，然後始及於抵押之債權者。但飛機失事，保險公司之賠償，則抵押之債權

者有其優先權。至於此等優先權皆以公開者為限，若夫秘密上之優先權，則無法律上之效力云。然則在各國之法律上，自亦有其極端衝突之點在也。

【圖表五十九】 我海商法關於優先權之規定要點表



其位次在抵押權之前者

第二順位

船長船員及其他服務人員
本於僱傭契約所生之債權
其期間未滿一年者

消滅原因——自債權得為請求之日起，經一年不行使者

第三順位

(一) 撈救及救助所負之報酬
(二) 對於共同海損之分担額

消滅原因——自行為完成或海損分担保定之日起經過六個月不行使者

第四順位

(一) 因船主或船員過失所致之船舶碰撞
(二) 其他航海事變

旅客——之身體傷害
船員——滅失
積貨之——損壞
海港——
倉庫——
航路工作物——之損害賠償

消滅原因——自損害發本之日起，經過六個月不行使者

優先權之自體

(抵押權)……第五順位

其位次在抵押權之後者

第六順位

船長在船籍港外依其職權而為之保存船舶及為繼續航海而發生之種種債權

消滅原因——自債權得為請求之日起經過六個月不行使之者

第七順位

對於託運人所負之損害賠償——消滅原因——同於第四順位

優先權

優先權之優劣

不屬同次航海之優先債權

- (一) 後次航海之優先債權在後
- (二) 前次航海之優先債權在後

訴訟費等為最先

(一) 對於託運人所負之損害賠償為最後

屬於同次航海之優先債權

(二) 同一順位中之債權不分先後比例受償

第三第六順位中之債權發生在後者

(三) 同一種類而有二以上者優先受償

(一) 船舶或其殘餘物

屬具

(二) 在發生優先權之航海期內之運費

但第二順位之債權得就同一僱傭契約期內所為一切航海應得之運費全部優先受償

船舶所受損害

應得之賠償

(三) 船舶所有人因本次航海中運費損失

(四) 船舶所有人因共同海損應得之賠償

(五) 船舶所有人在航海完成前為施行救助所應之報酬

優先權之標的

第二、租賃權之衝突點

租賃權者，租賃他人所有之船艇，而供自己利用之權利也。換言之，租賃

權係基於租賃契約而成，一方約付租金，他方約以船艇供其使用收益；與傭船契約之關係則有微異，更與無償之使用借貸不同也。不動產之租賃，必登記，而後可以對抗第三人，故船艇之租賃權亦如之；但在我國（船舶登記法第三條參照）及日本（日商法第五七七條參照）外，他之國家中，更有認為船艇之使用借貸，亦可依登記而取得對抗第三人之效力，此其根本上之不相同者。即僅就租賃權自身言之：如關於船舶之利用也，我國及日本法律上，視其與船舶所有者無異，故有選任船長之權；然在德國法律上，則認為船舶所有者尚有保留選任船長之權。關於船舶之轉租也，日本法律上不特禁止租船人轉讓其租賃權，且禁止轉租之事；我國法律上則認為此項轉租之事，許其以特約定之。關於租船人之責任也，如以海產而對第三人負責，是否包括船舶在內；又是否得援船舶所有者之例，委付船舶而免責任；各國法律上之規定實難為同。此外，若租賃契約之成立也，租金數額有無限制，存續期間有無定期，付租時期又如何遵守，亦足以引起法律上之衝突。凡此問題，在國際私法上將皆如何決定之耶？

(乙)關於優先權及租賃權之法律適用 此兩種問題之準據法，微有不同，故分別說明之：

第一、優先權之準據法

優先權之在我國，雖認為係一種特定債權，而實具有擔保物權之性質；所

有權既以國旗法為其準據法，抵押權之準據法亦以國旗法為原則，則優先權之準據法，自不能舍國旗法而另求之。國際法協會之決議，謂何等債權，以優先權為其担保耶，船舶上之優先權，其次序若何，凡

此問題皆依於船籍國之法律決之，即爲明例。畢氏國際私法典上，更明定船籍國之法律效力，其第二七八條云，『依照國旗法而設立之海船（航空船同）……優先權……，即在立法不承認或不制定此……優先權之國內，亦爲發生效力。』可以參照。顧優先權既爲擔保債權而設，與抵押權之作用頗同，得否依例許其於例外上適用所在地法耶？此不可能：因優先權係出自法律上規定之結果，而非由於當事人間契約關係成立之；依國旗法則一切須依國旗法，否則一切依所在地法。不然，優先權之順位必因兩法參用之結果，而雜亂無序，亦根本失其所以爲優先權也。故即認其爲有適用所在地法之必要時，仍須船籍國之法律有此一例外之規定，依其國旗法而適用之耳。

第二、租賃權之準據法 因租船而發生之船舶物權關係，及其對於第三人之關係，皆依租賃權之登記地法定之。蓋租賃權之成立，雖在於租賃契約，而取得對於第三人之種種效力，則始自登記之日，故

不可不依登記地國之法律。我船舶登記法第一六條，所謂『中國人民所租用在中國各港間，或中國與外國間航行之外國船舶……』云云，而不加入中國人民所租用在外國航行之外國船舶於其內者；因此種情事，既無涉於中國之航海立法，且亦無在中國登記之必要，故一切皆可不必依中國法也。將依何國法乎？則視其在何國登記租賃權而決定焉。但關於租賃契約成立之事，此乃一純然債的關係，其內容之如何，首推自由選擇法，待當事人意思不明時，則依行爲地法或本國法決之。我船舶登記法第五四條中，謂『因租賃權之設定而聲請登記時，聲請書內應載明租金數額，其定有存續期間或付租時期，或許可轉

租，或其他之特約者，均應載明……。」是承認當事人間有特約之事。縱其法律關係中，含有涉外的要素，此種規定之精神，當亦不致變更。

(五) 因所有權關係而有之債

船艇所有者或其企業者，除有時自兼船長外，其爲船艇之利用也，大抵皆僱有船長及其他船員爲之，而自居於僱用人之地位。因是，其受僱人於航行中對於他人所加損害，原則上僱用人與受僱人應連帶負損害賠償之責，其出自僱用人之行爲或過失者，尤應負無限責任。不過在實際上，各國對於海船所有者之責任，一方面基於船主對航海事業不能盡相當之注意，且縱能之，而因航海事業之危險，亦常不能免除損害之發生之理由，一方面基於爲獎勵航海事業，即應與船主以優利之理由，而皆有減輕船主責任之趨勢，所謂船主責任之限制者是也。然其限制之範圍若何，限制之程度若何，一皆歸各國法律之規定，遂不免發生種種衝突問題。在航空船方面，其責任之如何担負，雖與海船有異，但此種問題，同爲各國法家所注目者。國際航空法家專門委員會雖擬有賠償責任之初稿，仍未通過，而在其他之國際條約上，均尙無畫一之規定；以故巴黎航空公約及其他國際條約，對於此一問題，一任各國自由處理之。其發生法律上之衝突更爲顯然。然則將如何解決其衝突耶？是即吾人最後之所願研究者也。

(甲) 關於船主責任問題之法律衝突 因海船所有者與航空船所有者，對於航行所負之責任，各國非

皆適用同一法律之規定，自易發生法律上之衝突，特分別撮要言之：

第一、航海法上之衝突點。此又可分爲有限責任之範圍，有限責任之程度，有限責任之海產，三端爲例明之：

(a) 有限責任之範圍。海船所有者之有限責任，並非指一切債務言之，乃指特定原因所生之債務而言，如船長於其法定權限內行爲所生之債務（參照我海商法第二三條第一項第九款），及海員職務執行上行爲所生賠償之債務（參照同條同項第一款至第八款）而已！至若因海船所有者行爲或過失所生之債務，或本於船員及其他服務於船舶者之僱用契約所生之債務，各國則皆課以無限責任，如我海商法第二四條所規定者是。但若船長在其法定權限內之行爲，而於事先經船主特別委任，或事後經其允許者，則關於因船長在職權內所生之債務，抑爲無限責任歟，抑仍爲有限責任歟？我海商法第二四條第二款之規定，及德法諸國之學者，皆採無限責任說。然在日本，除松波等外，若松本等則以特別委任，乃船主船長之內閣關係，與第三人無涉，認爲應採有限責任說，立法例亦或有其說者。又如海船所有者，自兼船長時，此際應負無限責任，抑應負有限責任？法商法第二一六條第三項，我舊日海船法草案第一三條第二項之規定，皆採無限責任說，故如海船共有人中之一人，自爲船長者，除按其股份成數而定其分担額外，倘尙不足，並自負担其不足額。德、日法中對此問題並無明文，但德國學者中則有三派主張：或以船主兼爲船長，其行爲乃船主行爲而採無限說；或以船主船長資格各別，雖一人兼爲仍應採有限說；

或以法律上所定之有限責任，倘須以船主船長異其人爲前提，須負無限責任，否則仍負有限責任，而採折衷說。於實際上如何適用，要視其判例採某種學說而定。至於我國，依我海商法第二六條之規定，則注重船主之兼船長者，對於航海之責任，以是否過失爲前提；倘確係船長或其服務人員過失之行爲，則僅負有限責任；如非過失而係故意之行爲，則須負無限之責任。觀此兩例，可知船舶所有者之責任，各國法律上雖皆以有限爲原則，以無限爲例外；然或種特定之債，究應對之負無限責任，抑負有限責任，仍未能有其一致之規定，在法律上遂不免於衝突矣。

(b) 有限責任之程度 船主責任之限制，固爲今日各國海商事法所採之一大原則，然其限制之程度若何，各國立法例上所採之主義，斷然不同。有(一)採委付主義者，爲法國及法國法系諸國之法律，日本亦然，故又有法主義之稱；對於美法主義，又有絕對委付主義之稱。實則其起源在荷蘭，路易十四於一六八一年始採入其海事條例中耳。依此主義，船主對於船舶一切債務所負之責任，雖以無限爲原則，但由法律上特定原因所生之債務，得因委付而免除其責任；委付 (Abandonment) 云者，船主委付其船舶財產之權利或處分權，於特種債權人，而免除自己因所有權關係而有之債之謂也。故委付之結果，船主之責任限於其海產，不及陸產。但須注意者，委付必須先委付之，否則因時效而消滅委付權；且須將船舶扣留，不能由船主繼續利用，否則亦無委付權之存在；故船主失去其委付權者，即不能不負無限責任。有(二)採海產主義者，爲德國及德國法系諸國之法律，我國亦然，故又有德法主義之稱；因此主

義，限制債權人僅對於船主之海產執行，又有執行主義（Execution System）之稱。實則其起源爲鄂列倫海法，後與威斯貝海法合併，始漸爲德國瑞典挪威丹麥等國所採用矣。依此主義，船主在原則上所負之責任，初只以海產爲限，不及其陸產，故海產經執行而清償債務，倘有餘額仍歸船主，不似委付主義之將海產皆歸債權人，債額多寡在所不問也。故執行主義之別於委付主義者，即船主責任之始終有限，非若委付主義之船主責任原爲有限，因委付而始變爲有限耳。有二採金額主義者，見於英國之法例，故又有英法主義之稱；因其拋棄海產陸產之區別，只根據船舶登簿噸數之比例，而定船主之責任，又有噸數主義之稱。其起源實自英之一八六二年商船法案。依此主義，船主所負責任之賠償金額，依船體大小及其被害標的物而定：例如損害他人之自身生命時，海船一噸負十五磅之責任，損害他人之物品，一噸負八磅之責任是。但此數目僅指一次事變而言，若同一航海中，事變發生三次，則爲四十五磅或二十四磅之數云。有（四）採船價主義者，見於美國之法例，故又有美法主義之稱；對於法法主義又有選擇委付主義之稱。依此主義，船主之有限責任，原以船舶財產即船舶之價值爲限，但船主亦得委付其船舶，或以相等之價值爲委付而免其責任。此所以更有併合主義之稱。此四種主義適用之結果，顯有衝突，故比利時特（五）採擇一主義以折衷之，即所謂比法主義者是。依其一九〇八年之法律所定，船主得任意選擇前列四種主義之一，俾免無限責任也。一九〇七年萬國海法會議亦曾謀各種主義之統一，而未成功，僅他船主於四種主義中，自由選擇其一，不啻爲比法主義之作俑。殆一九〇八年於比利時開會，則又使

船主於法英美三主義中選擇其一；後復於一九〇九年一九一〇年兩次開會時，重加討論，又將法主義刪除，僅保留德英美三國之主義；而無補救於實際上法律之衝突也如故！最後一九二二年之船主責任統一條約案，又（六）採一併合主義，亦稱航海主義，係以船價主義為原則，參以金額主義；此亦不過英美主義之併合而已！

（c）有限責任之海產 船主有限責任之負擔，除英法主義外，既皆與其海產有關，此海產之範圍若何，各國法律上皆隨之而有相當規定，然仍不免於衝突也。雖一九〇七年萬國海法會議，於其船主限制條約草案第二條第一項規定，凡船主之責任，以關於該航海之船舶，運送費，及附隨於船舶運送費之權利為限，顧亦無影響於各國立法之相互歧異焉。例如以運送費言，德例，僅及於未收之運送費，若已收者則歸為陸產，不在其內；法例，則不問已收未收皆在其內；我國，雖以德例為原則，但對於船員等僱用契約所生之債務，依海商法第二九條之規定，則又兼採法國之學說也。以附屬費言，我海商法第二三條第二項，明定其「指船舶因受損害應得之賠償」，似不包括因救助等所得之報酬於內；日商法第五四四條之規定，則兼損害賠償請求權與報酬請求權而有之；法德兩國之法律，對此問題無明文，學者間除採消極說與積極說外，更有採折衷說者，謂報酬之中，僅視同運送費之拖船費應含於內，至若救助費，停泊費等，皆不在其列；其相異有若是者。且即以損害賠償而言，船舶保險時，船主係於保險人所有之保險金額請求權，是否亦包括之？歐陸法系諸國之學說及判例，皆認為保險金乃由陸產中支出之保險費

之代價，非船舶之代價，故不認為係附屬費之一，比利時海商法第七條，且以明文規定之；然日本大審院以前之判例，則以保險金額為船舶代價之理由，與通例為相反之適用。此外，日法兩國雖同採委付主義，但關於委付之海產，其關於移轉效力者，仍有衝突之點。日本係採積極說，認為所委付船舶之所有權，因委付之效果歸屬於債權者，故登記及船舶國籍證書皆須更換；而債權者對於委付船舶，得不處分而留為自己所有，即拍賣之，若賣金超過債額，其超過額仍歸債權人所有。法國係採消極說，認為所委付之船舶，依然為船主所有，不過債權者得對之強制拍賣，以清償其債權而已！

第二、航空法上之衝突點 航空船所有者對航空方面所負之責任若何，尤其是代航空船飛行員所負之責任若何，國際條約上尙未見有何明白之規定；於是關於其法律上之見解，實施上之條件，各國各自為政，遂不免於種種繁雜問題之發生矣。依德國航空法第一九條之規定，航空損害發生時，當審查其原因，果否為賠償責任者所惹起之危險，抑或因他之危險而發生；苟因航空營業而發生之災害，如致人於死，人體或其健康上與以損害，抑或有物件之損失時，航空船所有者應負其損害賠償責任；即使航空船使用時，航空船所有者無何過失，對於現使用航空船者之行爲，亦負連帶之責。至於他人未得其允諾，而任意使用者，致發生損害時，則後者代前者負其責任，又德國學者之通說也。依法國及亞爾然丁之法律，因航空船之行動而發生之較大損害，航空船之業務經營者，可不依法律上之規定，當然任其賠償責任；但如被害者確因其自身過失而致此，可免除之。一九二五年秋及一九二六年春，在巴黎所開之國際

會議，法國亦曾提議，航空企業者對於其使用人，當自負其責；但如因飛行員之過失而致之損害，苟企業者能證明其對此已曾爲適當之處置者，可免其賠償責任。依丹麥、挪威兩國之法律，在飛機場中，非乘客及貨物所受之損害，航空船所有者對之僅負有相當之責任；國際商業會議抑且以之定爲其草案內容之一。依奧國、巴西等國之法律，所有者責任如何，除依特定之法則外，並以一般之民法列於補充法之地位，以決定之。要之，其情形極爲紛亂，且將所有者之責任問題，與航空船之一船損害賠償法則相雜，於吾人未能有全部材料供參考之際，殊未能爲之分條比較。不過可斷言者，航空船所有者之責任，並不似海船所有者以有限責任爲原則，此則多本於民法上損害賠償之立法精神而爲之耳。

(乙)關於船主責任問題之法律適用 此之準據法共有三種主義，一一分別述之如下：

第一、法庭地法主義 謂船主之有限責任問題，應依所提起訴訟之地之法律決定之。英海船法案第五〇三條即是規定之；學者瓦格涅 (Wagner) 亦主張之。按此主義雖便利法官之適用法律，然使原告有任意選擇有利於己之審判籍之嫌，使船主頗蒙不利云。

第二、責任原因地法主義 一稱契約地法或不法行爲地法主義。謂船主之債由契約發生者，其責任如何依契約地法；由不法行爲發生者依不法行爲地法，故又可稱爲行爲地法主義。巴爾 (Bar) 主張之。按此主義，首將行爲之原因與行爲之結果混同，以致行爲的準據法與責任的準據法無所區別，實爲一大錯誤。况即依行爲地法，一行爲而涉及兩國者，將以何國法律定其責任；行爲之在公海或公空者，又將

如何爲行爲地法之適用乎？

第三、國旗法主義 爲今日通行之主義。蓋欲決定船主責任問題之準據法，當先定船主責任之範圍；船主責任問題云者，其要點係指船主之權利義務而言，尤其是對於受僱人之行爲負有何種義務；故其債之發生，實因所有權之關係而云然。所有權既以國旗法爲其準據法，則船主應負如何責任之問題，自亦應適用同一之法律決之。德國一八七七年至一八七八年之判例，皆採此說。國際法協會之決議，亦謂對於船長及海員之行爲，船舶所有者責任之程度如何，以及船舶所有者得委付其船舶及運送費，而免其責任與否，皆依船籍國之法律決之，可爲明證。畢氏國際私法典第二七九條，亦謂海船（航空船同）所有人與海船利用人對於船長行爲之責任，從國旗法云云。更知國旗法主義之通行也。雖盎凡爾之萬國商法會議，早謂專依於船籍國法，決船舶所有者責任之點，爲踰越其適當之程度；蓋以船長及船員之不法行爲或準不法行爲，不可不謂當適用行爲地法者。然須知船主責任之負擔，與船長等之不法行爲究係兩事。決定船長等之行爲是否不法，固須依其行爲地法，例如船長因遵守當地法律命令之結果，致加損害於他人，即不得認其有不法行爲，而發生賠償責任之問題是。惟行爲地法所決定者，只此不法行爲之是否成立，如果有待賠償其損害，將由行爲者負責，抑由船主負責，乃屬另一問題，而歸國旗法決定之矣。况不法行爲之發生於公海或公空者，其所謂不法行爲地法，仍然以其國旗法代之乎？

至於損害賠償之管轄權，或爲被告住所地之法院，或爲損害發生地之法院，皆有權受理其訴訟，亦

海空商事之所同者也。

(六) 船長船員及經理人之債

在船舶共同關係中，不能人人共管船舶之事，必選任經理人以經理其營業；在航空船方面，營業務者今日多爲公司之組織，其總經理亦有似於船舶之經理人，惟趨重於公司法之適用耳。經理人而外，實際上指揮航員並管理船舶之一切事務者，則有船長，各國皆同。航空船方面，雖事實上有人主張不必有航空長及機長之設，然各國航空法之通例，皆認機長之存在；例如丹麥航空法第二二條云，「凡航空船上對於職工人員及乘客，必須指定有指揮權而負切實責任者一人以管理之」，即係指機長而言，機長云者，即海船方面之船長也。船長而外，凡機師，航師，火夫，水手等，亦無論其爲高等者，爲普通者，爲艙面者，爲管機者，爲事務者，皆以船員稱；惟在船舶營業所之從事營業者，修理船舶而雇用之職工，卸載貨物而雇用之夫役等皆不在內耳。航空船方面，雖通常不似海船方面之複雜，然機師等則皆當然有之也。其中經理人與所有者之關係，非盡皆以僱傭關係爲前提，而更有委任或準委任關係者在；船長與所有者之關係，則以僱傭關係爲主，以委任關係爲從；船員與所有者之關係，乃又純然一僱傭關係也。於是其相互間之債，並各自對於第三人之間題，皆有差異；而各國法律對於每一情形之規定，亦非盡能一致，遂在國際私法上發生適用何國法律之間題。

(甲)關於此類問題之法律衝突 仍依經理人，船長，船員三標準，擇其要點爲例明之：

第一，經理人方面之債的問題 船舶經理人對於所有者之關係，有主張應爲法定代理人之關係，因之，船舶經理人須自共有人中選出之。有主張應認爲意定代理人之關係，得於共有人以外選出之。更有主張船主以其意思，選任經理人，任何情形中，皆一意定代理人之關係，即委任代理人之關係是。我海商法第一九條之規定，係採意定代理人說。此外，若船舶經理人對於共有人有如何之權限，其所受共有人所加權限上之限制，在如何條件下，可對抗第三人，各國法律之規定，亦均不能盡同。例如依我海商法第三九條之規定，船長由船舶所有人僱用之，則經理人無此權也明甚；但依日本商法第五三條之解釋，則經理人亦得代表船舶所有人，而有選任船長之權矣。凡類於此之各種問題，將依何種法律解決之乎？

第二，船長方面之債的問題 船長於私的資格外，兼具有司法上之資格；觀於德海法學者懷古奈稱「船長係代行公權者」，公法學者智龍稱「船長有船舶權」等語即可知矣。既具有公法上之地位，則其私法上之地位必常受其影響，乃當然之事；例如船長之僱用，其權雖操之船主，但不合於國家所定船長之資格者，自亦無自由僱用之權。此項公法上之限制，各國首不相同，已足以引起法律上之衝突矣。即以船長純粹私法上之地位而言：

如關於其爲船主之委任代理人一點上，其代理權之範圍，有(一)採船主主義者，即船舶所有人所在

地主主義，法商法第二三二條用之，故又有法法主義之稱。依其說，船長於船主之所在地時，非經船主之同意，無代理權限，即對於僱入船員一事亦然；故第三人與船長交易時，須調查船主之果否在其地，以及有無特別委任，而定其代理權之範圍。然所謂船主所在地究何所指？最初係以船主的居所爲本位，後漸改以其住所爲本位，最後又改爲以船籍港爲本位。有（一）採船長主義者，即行爲主義；英商船法案第四三條用之，故又有英法主義之稱。依其說，須首先分別行爲之種類，船長僅有代理船主爲某種行爲之權限，不必經船主之許可；若非屬此種行爲者，則船長須得船主之特許始得爲之。有（二）採船舶主義者，即船籍港主義，德商法第五二六條用之，日商法第五六六條之規定亦然，故又有德法主義之稱。依此說，船長之法定權限，視其是否在船籍港而定：船長在船籍港時，除受有特別委任者，僅有僱入船員或解僱船員之權限，在船籍港外時，得爲航海必要上之一切審判上或審判外之行爲，故其代理權限極爲廣大。至於我國，係參照德法兩國之例，而以船籍港與船主或其代理人所在地爲標準，而區別船長代理權限之大小，可謂（四）採合併主義者，亦可稱之爲船舶及船主主義。我海商法第五二條「船長得代表船舶所有人僱用服務於船舶之人員，並得訂立航海所必要之契約；船舶在船籍港或在艙裝港，而船舶所有人或其代理人亦在該港時，船長非經其同意，不得爲前項行爲」之規定是也。

如關於其得爲非常行爲一點上，其變賣船舶，依我海商法第五三條之規定，除受雇契約另有約定外，船長非航政主管官署證明船舶不堪航海，並受船主之特別委託者，不得變賣；否則變賣無效，如有損

害，並應賠償。但依日商法第五七〇條之規定，船長如依於法定之條件，雖未得船主委託，亦可變賣船舶；此法定條件有三，即船舶於船籍港外不能航海或別有必要時（如因戰爭不能回航是），得管海官署之許可時，及依拍賣之方法時是也。此既有相異矣。其冒險借貸，在我國法上並未正式承認此種制度，故與海商法第五四條所列舉之「抵押船舶，為金錢之借入，將積貨之全部或一部變賣或出質」之意義，不無稍異。即僅以此各種行為之範圍言，我海商法限於支付船舶之修繕費救助費或其他繼續航海必要之費用，始得為之。但他國法律或有不如是規定者，更或有禁止此項之非常權限者。且在此情形中，質賣積貨之結果，恆又發生船主對於積貨所有人賠償責任上之法律衝突；蓋關於賠償損害額確定之標準，並不依裝載地與出賣地或出質地當時之價值，而依貨物應到達時目的港（日稱陸揚港）之價值定之；倘質賣之價值高於到達時目的港之價值者，依德商法第六一二條第二條之規定，以貨物變賣之價值為準，我國法對此無明文，學者中有主張依不當得利之規定，由船主返還其差額，在實際之適用上，兩者即不能謂絕對無別。

此外，若船長過失之責任如何，對於託運人之賠償責任如何，以及在職務上所負之義務如何；各國法律上均有詳細規定，而皆不能為同；又將依何國法律為之決定乎？

第三，船員方面之債的問題。船員與船主間之關係，純係僱傭契約之一種，即有不然者，亦為類似僱傭契約之無名契約，別無所謂公的資格之存在，如船長是；但法律上為保護船員起見，亦多有關於公

益之規定，而列入強行法規之內也。例如以僱傭契約之本身言，各國多認爲須經公認之程序，而始發生效力是。然其規定，仍非盡同：有認船員僱傭契約爲要式契約之一，須以書面爲之；如意商法第五二一條，葡商法第五一六條之規定是。有認爲諾成契約之一，但仍須以書面證明之；如法商法第二五〇條，及比一八七九年八月之法律第四七條之規定是。有認爲船員僱入，須作成書面，惟是否要式契約，法無明文，但學者則多以諾成契約解之；如英商船法案第一一三條，德海員法第二七條之規定是。我海商法對此，則一無所載，當然視爲諾成契約無疑。至於船員僱傭契約之期間，各國法律上之規定，亦非一致：依日商法第五八五條之規定爲一年；依德舊海員法第六一條之規定爲三年；依德新海員法第七四條之規定，在歐洲內者爲一年，在歐洲外者爲一年半；我海商法上無一定之限制，而海員法亦尙未頒布，惟有依民法第四八八條之規定處理之。此外，在船員依僱傭關係成立而享有之權利與擔負之義務中，時亦發現法律衝突之點：以其權利言，例如關於送回原港之權利，依英商船法案之規定，僅有船主不得遺棄船員於國外之語，無費運送並未規定；依美國法之規定，凡船員因疾病傷殘或在國外解僱時，應送回原港，其費用由國庫負擔之；依日商法第五八八條之規定，船員基於一定之原因，得請求送回原港，但船長得代送還，而以費用支給之；依我海商法第六五條之規定，於受僱港外解僱時，不問何種原因，船長均有送其回原港之義務，其因患病或受傷而上陸者亦同。以其義務言，如關於乘船之義務，船員經船長強制其上船者，因強制而發生之費用，依德國海員法第三三條第二項，歸船員負擔之；依日本海員法第

六一條，則只云加以罰金，或懲戒，別無其他規定。我國法亦無若何明文。又如關於船員服務時間之義務，仍因國而異其制，如德國海員法，船員至多服務，不得超過十小時，如在熱帶區，除負有監督責任及待客之船員外，皆不得超過八小時是也。

航空員方面，其職務依然係根據僱傭契約而成立，然其被任用也，多受公益規定之支配。因航空船不必皆設有機長，即設有者，而如駕駛人員，所負之職責亦極重大，故各國對於其雇用皆加以相當之注意，而有勝任證書之發給（高級船員在日本亦有駕駛證書，且以男子為限），並保留其取銷權。在其間，因尚無統一之國際法規，故各國法律規定之異致，在所不免。至關於航空職工之保護，如勞動時間等問題，各國大都適用勞動法上類是之規定，惟德國於其新勞動保護法規中，特為航空員設有規定：彼此亦難盡同也。然則海空船員之債的問題，在國際私法上又將以何國法律為其準據法乎？

(乙)關於此類問題之法律適用 經理人，船長，船員等與船主之契約關係，無論其為僱傭性質者，為委任性質者，要皆依國旗法決之。蓋凡爾萬萬國商法會議之決議，謂關於船舶及航海之爭議，為生於船舶共有人相互之間，船主與船長之間，及船主或船長與船員之間，依於船籍國之法律決之，即為一例。此何以不援通常契約關係之準據法，推重當事人之自由選擇法，並於最後適用契約地法；而須適用國旗法者，亦有其說：一則海空商法雖為私法之性質，而賴以為營商工具之船舶，通常擬之為國法上的營造物，故關於其一切之法律關係，皆趨重於法規條款之絕對適用，不容當事人有絕對選擇之自由。二則如

船長之地位，於私的資格外，兼有公的地位，海空商法中亦往往規定及之，當事人締結契約之際，即不能不受其影響；即船員雖無代行公職之地位，然關於公益規定則有之，契約仍不能絕對自由而締結之。是故縱欲保留自由選擇法之適用，亦必於適用其國旗法之際，苟國旗法中許當事人間有特約者，始可依其特約以決定之。

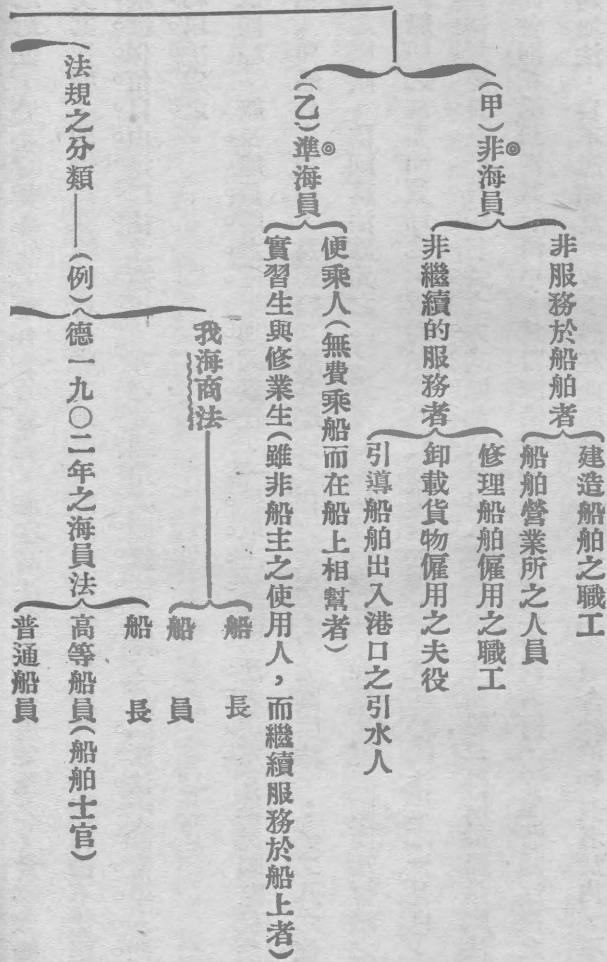
依同理，船長船員等之權限與其責任，一皆取決於國旗法之規定。畢氏國際私法典第二八一條云，「管理人與船員之責任，及海船（航空船同）內之秩序，均從國旗法」；第二八六條云，「船長對於冒險借貸之權限，依國旗法確定之」；皆可參照。推而遠之，如盎凡爾萬國商法會議之決議，亦謂「船長為應於船舶之需要而賣卸之，或為登錄及冒險借貸之權限，依船籍國法定之」是也。

但關於船長在航海中行爲之方式則如何？盎凡爾會議，主張船長得依於船籍國法，或行爲地法。國際法協會則謂船長當其航海中，為冒險借貸，所應履行之方式若何，依船籍國法決之。依通常情形，縱依行爲地法，自不應謂為無效；然在此場合，其方式規定多有含公的性質者於內，不依其方式或即根本上推翻其行爲，故仍應依國旗法行之為當。例如我海商法第五三條之規定，其變賣海船，在中國者，須目的港或停泊港之主管官署，在外國者，須中國領事官署，證明其為不堪航海者，始得依他種條件而變賣之；自不能專依變賣地之法律也。

至於船長與第三人之契約關係，則以行爲地法為原則。畢氏國際私法典第二八七條云，「除有反對

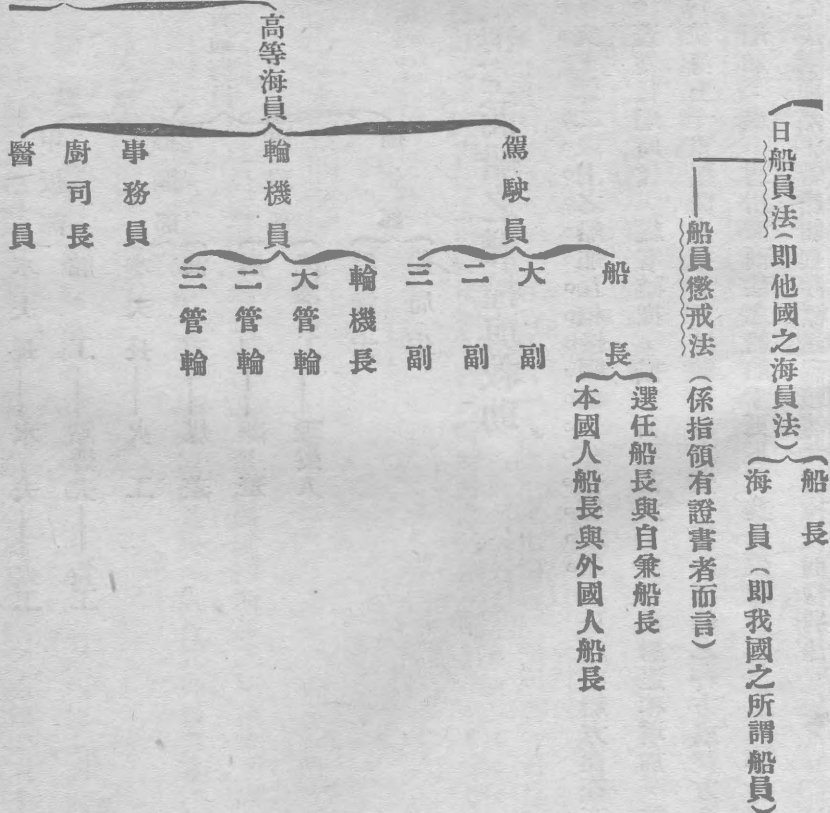
之約定外，凡冒險借貸契約，均從借貸履行地法，可供參照。此外，關於船長之地位原則上雖依國旗定之；但與之交易之第三人，對於其職權內部之限制，則依行為地法，而決定其是否承認，又一通例。

「圖表六十」 海員之分類表



海員

事實之分類



第十八章 海空商船之碰撞與救助

船舶碰撞一稱船舶衝突，係二以上之船舶互相接觸而發生損害之謂；在航空船方面亦有此種情形，

惟海船方面為更顯著耳。蓋當帆船時代，縱有碰撞，損失尚不甚大；近世汽船速率增加，往來頻繁，碰

撞之事層見疊出，遂成為航海上一重要問題矣。至於碰撞之本質，無論海船之一方或雙方，是否停泊；

亦不問其為適用海商法之船舶，或不適用海商法之船舶；更不問其發生於海洋之上，抑為平水航路之上

，要皆須係船舶與船舶之接觸而然，若船舶與浮標或碼頭等之碰撞，則當別論。



次於船舶碰撞而應討論者，爲遇難救助一事。關於海難救助，始自路易十四之海事條例，德新舊商法，英商船法案，日新舊商法皆規定之。我海商法上亦有救助與撈救一章，救助云者，係做自日舊商法之救援而設，指海難程度較淺，海員尙占有其船舶與貨物，而由第三人加以接引，致得救濟之時而言；撈救云者，係做自日舊商法之救助而設，指海難程度較深，船舶貨物已離去海員之占有，行且沈沒，漂流，而由第三人予以援助，致得救濟之時而言。關於空難救助，始自巴黎航空公約之規定，但各國之所注目者，多爲航空船之海難遭遇，如德法條約第二章第一八條，德比條約同章同條，丹挪條約同章第三二條皆有關於海難救護之規定。國內法上對此問題尙無何等特殊之法則，除訂有條約者依條約外，多依民法及海商法之規定而處理之。

(一) 船艇碰撞之本質問題

船艇碰撞之本質問題云者，係就船艇碰撞之責任而言，至於因碰撞所生之請求權，其時效問題，雖亦可包括於內，但在英國則視爲訴訟程序上之事，專依法庭地法是決，故吾人亦暫舍之不論。茲分爲船艇碰撞之實體法與船艇碰撞之準據法而述於左：

(甲) 船艇碰撞之實體法 現代各國對於海船碰撞均在其國內法中有詳細之規定；同時關於海上航行之通則，所以爲避免責任之點，亦爲各國所默認；而一九一〇年各國所締結之船舶碰撞：公約，雖非與

國內法有同一效力，要仍爲實體法上之一大補助。至於航空船方面，國內之特殊規定尙少，但國際間已努力於此途矣。吾人對此，不可不擇要一先明之：

第一，從法規上說明船舶碰撞之責任。此又可分爲古代之法規與現行之法規而述。所謂

(a) 古代之法規 包括羅馬時代及中古而言。蓋碰撞責任應如何決定，羅馬法上即已重視此一問題，主張適用亞基拉法 (Lex Aquila) 之原則；謂碰撞之發生而由於過失者，乃有損害賠償之義務，否則即宜以不可抗力例之。降至中世紀，羅馬法雖仍有採用之者，然在大洋東海北海方面之法律，則規定非由過失碰撞而生之損船舶與其所載之貨，定其平均之分價，碰撞原因不明者亦適用之。所謂

(b) 現行之法規 如依三種法系而觀察之。若西班牙，意大利，墨西哥，德意志，日本諸國之法律，在此一問題上可謂隸屬於羅馬法系者，我國亦然。其賠償責任之担負，以有無過失爲唯一之標準，試參照德國商法第七三四條第七三五條等，日本商法第六五〇條，我海商法第一一四條至第一一七條等之規定，即可知矣。若英吉利，法蘭西諸國之法律，仍略保存中世紀損害分配之主義，在此一問題上可謂隸屬大洋法系者。依其規定，碰撞原因不明者，平均負責；雙方皆有過失時，英則平等，法則區別其過失之輕重而分配其損害。至於航海規則，及國際上所定規則之究應遵守與否，必按各種情事以檢查之。

此一法系，對於雖有過失而不在海員者，如引水人之過失，即不能由船舶代負責任；亦顯然與我海商法第二三條第一一七條，認爲由引水人過失而致船舶碰撞，仍須由船主担負責任之規定有異。此外，若荷

關，舊俄羅斯等國之法律，則依舊沿用中古之見解，在此一問題上可謂隸屬於採中世見解之法系。其法律之規定，當有異於他國者在。基於此種關係，雖國際間力謀統一法案之完成，而仍不能不求其所以解決衝突之法則者，豈無故哉？然則國際公約上，對於船舶碰撞責任之見解，又若何乎？

第二，從公約上說明船艇碰撞之責任。此亦可分為默認之公約與協定之公約而述。所謂

(a) 默認之公約 係指習慣上之航行規例而言，為海船碰撞責任之所本也。舉其要者，如在公海中，船舶應交叉其右舷 (Cross & Tribord)；汽船須讓道於帆船；夜間進行或已停泊之帆船，應於高桅懸掛有火之大燈；汽船除於高桅上設燈外，並於右舷應設一綠燈，於左舷應設一紅燈；違此規定而致碰撞他船者，應負損害賠償之責。顧此不過為決定有無過失之標準，對其過失應如何負責；以及過失之標準是否只限於此；則皆有待於各國國內法之詳密規定，因此，法律上之衝突遂終無以免矣。所謂

(b) 協定之公約 如不魯塞爾會議之公約，即其一種。依此公約之規定，碰撞倘係因偶然事由或不可抗力而起，或碰撞原因不明時，其損害則歸受之者自行負擔 (該約第二條)；若因船舶一方之過失而起，

由有過失者負損害賠償之責 (該約第三條)；若雙方船舶共有過失，則依各自過失之輕重分担責任，若事實上不能定其分担之程度，或認為過失均等時，則其責任平等 (該約第四條)。凡船舶，貨物，或船員旅客及其他在船舶內者之行李或財產等所生之損害，由過失船對之單獨負責，第三人不連帶負責；但過失船因死傷所生之損害，則歸過失船與死者所在船，對死傷者或其關係人連帶負責賠償 (同第四條

。此之規定，除對於軍艦及專供公用之船舶不適用外（同第一二條），一切關於航海船相互間，或航海船與內水航海間之碰撞，亦不問其係船舶，抑係船舶內之物與人之損害賠償，並碰撞之水面若何悉適用之（同第一條）。且締約國對於非締約國之利害關係人，亦適用此約（同第一二條）；甚或船舶因其運用上之作爲不作爲，或違反規則，損害他之船舶，或船內之人與物，縱未碰撞，仍適用此約（同第一三條）。是可知公約之內容與運用，極爲詳盡概括，對於船舶碰撞之法律衝突，預防之作用甚大，苟能盡遵守之，自亦無關於此一問題之準據法之爭也。無如參加之國既非盡世界萬國而有之，做照公約之內容而定其國內法者，亦僅少數德國法系國之法律，他之法律依然不少與其有異致者，故仍無助於法律衝突現象之避免也。

關於航空船之碰撞，國際商業會議會根據意德之慣例，提議兩項辦法：一，航空船於空中碰撞時，倘此碰撞係以偶然事變，或因氣候所惹起時，得從一九一〇年九月二十三日德國所頒布之船舶碰撞之協定，及以過失之原則而生之損害，其責任當由被害者自負之。一，設其碰撞係由航空船之過失時，則航空船之修理等責任，應由負過失責任者負擔之。然此辦法，尙未見諸實行，即實行矣，冀料其不能免於法律上之衝突者，必尙如故；因而畢氏國際私法典上遂兼爲航空船碰撞應適用何國法律解決之注意，蓋當然也。

（乙）船艇碰撞之準據法 海空商船碰撞，因地點之不同，得分爲領海內或領空上之碰撞，及公海內

或公空上之碰撞兩種，而異其適用之法律。且無論在某一地點之碰撞，又可從事實上爲偶然碰撞與過失碰撞之分，說者謂有時於其決定適用何國法律之際，此種分別亦有相當關係；但通常則僅依碰撞地點之標準，決定準據法後，始分別偶然碰撞與過失碰撞，以便爲準據法上某條款之適用而已。茲分別明之：

第一，領海內或領空上之碰撞。此之準據法，在今日有兩國法例，一爲通用之領海或領空所屬國法

主義，一爲畢氏國際私法典第二八九條至第二九一條所採之國旗法或所在地法主義。所謂

(a) 領海領空所屬國法主義。即船艇在領海或領空碰撞者，不依船艇國籍之異同，與夫偶然原因或過失原因之區別，其碰撞之責任概依領海或領空所屬國之法律決之。一八五五年盎凡爾萬國商法會議，曾宣言「於內港或其他內水之船舶碰撞，依碰撞地法決之」，即爲一證；其實在歷來之判例上，亦莫不如此。何故而須適用碰撞地之法律？說者謂碰撞地即船艇碰撞之加害地，實含有不法行爲或準不法行爲之意義於其中；觀於日本法例第一一條之規定，謂船舶之衝突雖有故意過失之分，然不外一不法行爲，故依對於一般不法行爲之準據法決之，即可知矣。顧依其說，因故意或過失之碰撞，固可作如是解釋之，而無由爲偶然碰撞亦適用碰撞事實發生地法之說明。愚以爲船艇之在領海或領空碰撞，一律須適用海空所屬國法律者，與其謂爲純係私法上之原因，無寧謂涉於公法上之原因。蓋在一國領域內之船艇碰撞，如其船艇爲領域所屬國者，當然適用其國法而無疑義。如有其一，或兩船皆爲外國籍者，則因一國船

艇航行於他國領域之內，無論爲法國習慣，或英國習慣，船艇所發生之案件而擾及陸上治安者，所在國皆有全權處理，船艇碰撞擾及治安之最甚者也，如難否認碰撞地國之領土主權之作用，當然亦適用其地之法律也。雖曰損害賠償之請求，爲私法上之關係，但既請求於其國之法院，即不能不依其法律之支配；倘以第三國法院而當解決之任時，仍須顧全碰撞地國領土主權之作用，而決定其責任之所屬。况在或國家之法律上，往往不問實際上碰撞之原因，每推定碰撞船之一爲有過失；例如停泊船與駛行船之碰撞，帆船與汽船之碰撞，皆課後者以嚴格之義務，俾其預爲注意，此實趨重於公的規定，爲充分具有屬地法之色彩，含有強行法之性質，謂可不依之乎？

雖然，對於領海或領空所屬國法主義之適用，實際上亦有時不免於困難發生。以領海言，其距離普通定爲從海潮最低水之處三海里是；然英美曾於一八六四年宣言改爲五海里；西班牙則將該國領海定爲六海里；法國則定爲離岸二十啓羅邁當，約合十海里；俄國則定爲十二海里；一八九四年國際法學者曾建議平時爲六海里，一九二七年九月又在瑞士開會，則於六海里之外，再加六海里之附屬海區。究以何種區域爲領海，而定其爲在領海之碰撞耶？以領空言，或則主張自領土領水能以實力爲空中之防禦者爲其範圍，或則主張空中主權可展至任何高度；或則主張以其國內最高建築物爲其範圍；或則主張一如領海之三海里水帶之解釋。且因領海之範圍爲說各異，則在領海以上之空中，亦莫由爲領空之確定。此又將以何種區域爲領空，而定其爲在領空之碰撞耶？是種先決問題，當然屬諸國際法之討論範圍，不過既

與法律問題有關，則何者爲在領海或領空之碰撞，何者爲非領海或領空之碰撞，亦惟有依法庭地法處理而已！所謂

(b) 國旗法或所在地法主義 即畢氏國際私法典第二八九條，「在領海或領空內之偶然衝突，如國旗相同，從相同之國旗法」；第二九〇條，「在同樣之情形中，如國旗不同，適用所在地法」；第二九一條，「凡在領海或領空內之過失衝突，均適用同一之地方法」之規定是也。此與領海或領空所屬國法主義不同之點，爲國旗相同者之偶然碰撞，適用國旗法。如依船舶所以重視國旗法之理由而觀，在船舶國當解決之任時，固可如此辦理之，然以碰撞地之法院解決時，則視所在地之公益爲重，本國法之利益輕也。且既願訴訟於碰撞地之法院，則願服從其地之法律更爲顯然。况碰撞之原因出自偶然，是否確爲如此，不問其適合國旗法上之條件與否，總須先由事實發生地法上認爲如此而後可，故縱由船籍國處理之際，亦有不能不參用碰撞地法者在焉。

第二，公海內或公空上之碰撞 此之準據法，因船艇國籍之異同而有分別。大抵碰撞船之國籍同者，依共同之國旗法；國籍異者，則爲說甚夥，頗難一致。此外尙有一派學者主張不分同國籍與否，凡船艇碰撞於公海或公空者，一律依法庭地法而決之。茲再將各種主義，一一平列於左：

(a) 共同國旗法主義 同一國籍之海船或航空船，在公海或公空碰撞時，依共同之國旗法，即適用本國法之原則也。所以然者，公海或公空不屬於任何國家，自無一定國權之存在，原則上惟依本國法之

支配，以決定其法律上之關係；今碰撞之船艇，既屬同一國籍，則關於碰撞責任之解決，正此原則之充分適用也。雖有學者為法庭地法之主張，然實際上各國判例，對於同一國籍船艇在公海或公空之碰撞，均採共同國旗法主義；葡萄牙商法且以明文對海船碰撞規定之。蓋凡爾萬國商法會議，亦有「兩船舶屬於一國者，其碰撞於公海依其本國法而決之」之語。而畢氏國際私法典第二九二條更明白規定曰：「在公海或公空中偶然或過失衝突，如一切海船或航空船之國旗均相同，適用相同之國旗法。」皆可為證。然碰撞之船，國旗不相同者，事實上自難為共同國旗法之適用，又將如何處理之？有如：

(b) 一方國旗法主義 其中又可分為加害船國旗法主義，及被害船國旗法主義。

加害船國旗法主義者，謂船艇之在公海或公空中，唯服從其本國法，乃公認之原則；於是因碰撞事實而發生之債務，事實發生地既無法律，為其遵守，則當然依其本國法而處理之。蓋加害船根本無服從被害船國旗法，或其他國法律之義務故也。此外尚有謂碰撞他船而使受有損害之行為，係出自船體之接觸，與夫在船內工作者之故意或過失，要皆由船舶內部之關係而生；海員責任，船內秩序，船舶其物既皆依國旗法，則由其所發生之加害行為，亦惟有依加害船之國旗法也。依此主義，頗可減少加害船所有者之責任，使其常立於有利之地位，但殊反於國際關係上維持公平之目的。即以法理言，碰撞本由二以上之物體同時占同一空間而生，並不盡為碰撞者內部之關係；今碰撞場所明明在船之外部，屬於公海或公空，曷可謂應援船之內部關係解決之例，為加害船國旗法之適用耶？縱謂「加害船之責任，苟不依其

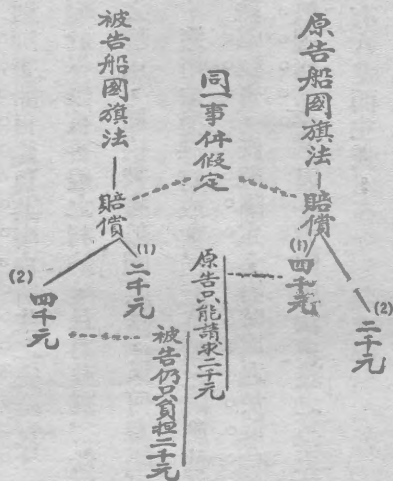
國旗法而定，則必使其服從他國之法律，而在公海或公空中，加害船無此服從之義務也；然則依加害船國旗法，被害船即有此服從之義務耶？故此說不可通。

被害船國旗主義者，謂船艇關係之所以認國旗法爲其主的準據法者，在於保護遠航之船艇，俾其免於受欺也。故被害船，無論在自國之領海或領空上，或在公海或公空中，均有享受其本國法保護之權利；則由碰撞而生之債權，自不可不依其國旗法決之。且即就公平之原則言，船艇碰撞，出於加害船之行爲，則加害船自應負其事由所生之完全責任，而依被害船國旗法者，即此完全責任之所表現也。此說雖不免偏於保護被害船之利益，且有強加害船服從被害船國旗法之嫌，但如確能知其爲被害船，則依完全責任之理由，即依被害船國旗法，又何嘗不可！即如畢氏國際私法典第二九三條，亦謂「如衝突係有過失者，適用被撞海船或被撞航空船之國旗法」是也。無如船艇之碰撞，有時出之於疑問的碰撞，孰爲加害，孰爲被害，既難斷定；有時出之於混合的碰撞，兩船同時皆爲加害者，皆爲被害者，又何從而適用被害船國旗法乎？因一方國旗法主義之不正確，於是遂有人進而主張：

(c) 雙方國旗法主義。一稱各該本國法主義；對於加害船國旗法主義及被害船國旗法主義，又有折衷主義之稱。謂凡公海或公空異國籍之船艇，各從自己國旗法之規定義務，且不得爲自己國旗法不許之以上要求。又有人謂由碰撞所生之債務，當依加害船國旗法爲原則，同時更依被害船國旗法以限制之。

，於雙方國旗法所共通認定之範圍內，而設定其債權債務是：其意一也。一八八五年盎凡爾萬國商法會議，首主張碰撞之船，若異其國籍時，各該船於其船籍國法之範圍內，負其責任；且不得受較多於其船籍國法之所與。蓋謂原告船被告船各適用其本國法；但原告船僅於其本國法所認之範圍內，得主張其權

圖義主法旗國方雙「一十六表圖」

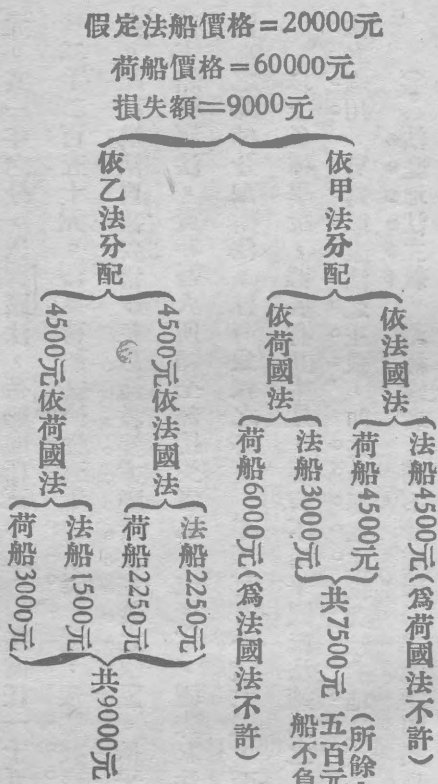


利是也。國際法協會對此規則亦贊許之。曼利同謂船舶於公海之碰撞，須折衷於兩船各有之本國法，即原告得僅因於被告本國法所認之損害賠償而為請求；且其額，原告之本國法於其同一場合，不得較其所與於被告之額為大。而巴爾更認為此一主義，對於任何主義之適用，較為妥當。今日各國實例，頗多認之，葡國商法並以明文採此原則。

此說不獨依加害船國旗法，或被害船國旗法，而定其損害賠償之責，可謂合於公平之意義。即在船艇碰撞之混合的現象中，各有加害之責任，依雙方國旗法之解決，亦易得一公平之辦法。顧在疑問的碰撞方面，如適用雙方國旗法主義，則又不免於疏漏之點。程樹德教授曾於其比較國際私法中為例證之，擇要一及：例如有值四萬元之荷國船，與值二萬元之法國船，發其疑問的碰撞，其損害額為九千元；依荷國商法第五三八條之規定，應比例船舶之價格分配損害額，則荷船負擔六千元，法船負擔三千元；依

法國商法第四〇七條之規定，損害金額平均分配，則各負擔四千五百元。今採雙方國旗法主義，則荷國船只能為四千五百元之負擔，不願為四千五百元以上之負擔，因同時依法國法不許超過平均分配之標準也；反之，法國船亦只能為三千元之負擔，不願為三千元以上之負擔，因同時依荷國法不許超過船價比例而負擔之也。於是荷國船至多負擔四千五百元，法國船至多負擔三千元，則僅七千五百元之數；而損失全額為九千元，其所餘之一千五百元，任依何國法律皆無負擔之部分，故此說仍非至善。於是畢氏國際私法典對此分配損失額之問題，則又採：

【圖表六十二】 損失額之甲乙兩法分配圖



(d) 分別國旗法主義 其第

二九四條云，「關於在公海或公空中之偶然衝突，若海船或航空船之國旗不同者，應各擔任損失總額之半，照一方之法律分配之，其餘一半，則照他方之法律分配之。」如前例，應將損失額九千元分為兩半，每半為四千五百

元。其一半之分，依荷國法，荷船擔任三千元，法船擔任一千五百元，他一半之分配，依法國法，各擔任二千二百五十元。結果荷船共擔任五千二百五十元，法船共擔任三千七百五十元，九千元之損失額適盡。此種辦法自甚妥當，足以補救雙方國旗法主義之缺點。惜乎該法典，對於不同國籍之過失碰撞則採被害船國旗法，實非吾人所願全部接受者也。依管見，國際私法上如欲保留雙方國旗法主義地位，則該法典之此種分配辦法，殊有兼採之必要，亦不可因一瑕之微，而抹煞全璧之光彩也。

以上各種學說，雖各有其主見，要皆不出乎國旗法適用之範圍；此外，尚有兩說，則完全舍去國旗法之適用，另為準據法之主張，即共通海法主義與法庭地法主義是也。

(一) 法庭地法主義 最極端者，謂不分碰撞船之國籍同異與否，凡在公海上之碰撞者，概適用法庭地法；其次者，則以異國籍之船，應適用法庭地法，美國之通說及其判例即然，英國一八九四年之商船法案亦然。按法庭地法主義，最不妥者，為使原告有任意選擇準據法，而致被告受最不利之法律支配之嫌；換言之，原告得採擇利於自己之法律，就其地之法院，為損害賠償之請求焉。同時公海或公空上之船艇碰撞，只能研究其為何種國旗法之適用，絕無使其有服從法庭地法之義務，乃為要點。然在適用法律之國，依法庭地法自較依任何準據法為便利，故適用法庭地法之結果，雖不免於專斷，雖不免於失平，而今日如英、如德、如法、則又頗以法庭地法為一般之傾向，當然非正則也。

(二) 共同海法主義 一稱萬國主義，即各國之共通法是也。為法人賴溫康 (Lyons-Caen) 所首倡，意

謂公海原不屬於任何國之領域，因之公海上，亦非自國法律所能行，宜依萬國共通之法律而遵守之。此主義在理想上固極適當，惟降自今日，事實上尙無一完備的世界共同海法，以共同海法爲此問題之準法，至少斷自現在，終不免涉於空論。但自有此說以後，或國家即不免根據無習慣時依法理之原則，而推定法理之對象，即是共同之法律；結果仍不外適用法庭地法，所謂以共同海法之名，行法庭地法之實是也。例如美國判例，亦嘗以無反證爲限，則認法庭地法爲共同海法云。依此主義，對航空船之公空中碰撞，當然亦有共同空法主義之設，自係同例，無待探求。

以上所述，限於商船與商船之碰撞，然則軍艦與航海商船之碰撞，或軍用航空船與商事航空船之碰撞，其準據法又應如何決之？吾人知軍艦或軍用航空船，處於國權代表之地位，而有其特殊之性質；但在私法上，並無與商船各異之理由，我海商法第二條，更明定專用於公務之船舶，亦適用海商法上關於船舶碰撞之規定，則遇有碰撞事實發生時，自應與商船間碰撞爲同一準據法之適用，無待再論。

【圖表六十三】 船艇碰撞之類別表

依碰撞之地點言
公海或公空內之碰撞
領海或領空內之碰撞

船艇碰撞

依碰撞之物體言

(一) 公務船與公務船之碰撞
公務船與商用船之碰撞

商用船與商用船之碰撞

(二) 駛行船與駛行船之碰撞

駛行船與停泊船之碰撞

(一) 帆船與帆船之碰撞
帆船與汽船之碰撞

汽船與汽船之碰撞

(二) 航空船與航空船之碰撞

航空船與海船之碰撞

依碰撞之原因言

惡意碰撞

過失碰撞

偶然碰撞 (例如因不可抗力而致碰撞)

單純碰撞 (加害與被害之界限顯然)

混合碰撞 (同時為被害者亦為加害者)

疑問碰撞 (孰為加害孰為被害不可得知)

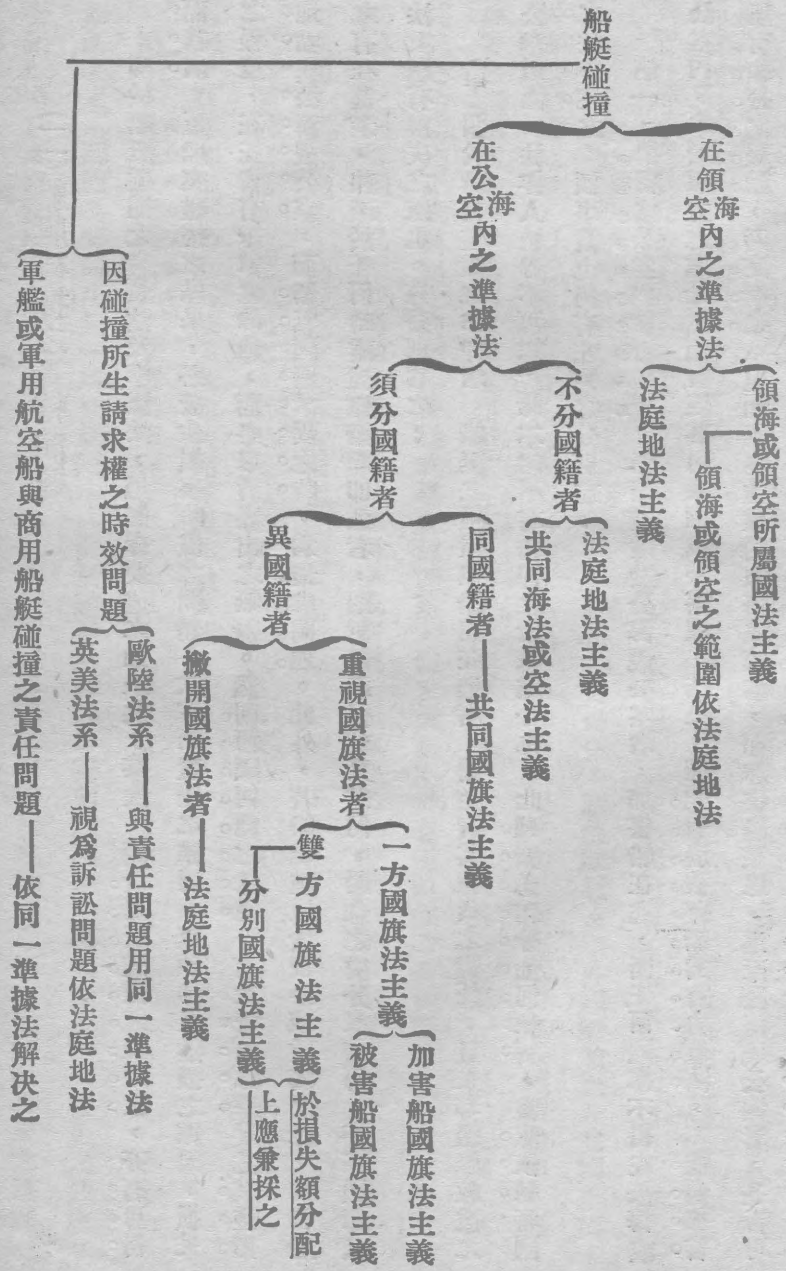
依碰撞之現象言

船舶與浮標或碼頭等之碰撞

飛行船與空中建築物等之碰撞

非船艇碰撞

「圖表六十四」 船艇碰撞之準據法表



(二) 船艇碰撞之管轄問題

關於船艇碰撞之實質法及準據法，愚既擇要述之如上矣；其次，關於船艇碰撞之程序法，亦有可得而言者。蓋船艇碰撞之結果，必發生損害賠償之問題；欲定此責任之誰屬，更須涉及碰撞之原因，損失之程度，在在皆有爭執之餘地，而必以訴訟出之無礙。然則何國何地之法院，有此管轄權乎？尤其碰撞地點在公海或公空，而船艇國籍又異之時，為最成問題。此外，若船艇碰撞於夜中或重霧之際，加害船之有在逃者，甚至於任何時碰撞他船而即逃者，則訴訟之提起又若何，緊急之處分又若何，亦在國際私法上應有解決之道也。茲分別言之：

(甲) 關於船艇碰撞之扣押者 船艇之碰撞他船而在逃者，圖免避其應負之責任，且失却遇難救援之公衆道德，法律人情皆不可恕，此不能不有扣押之緊急處分也。此種緊急處分如何執行，當然依執行國之法律定之；顧事實上仍有左列之分別左：

第一、公海或公空內能否扣押？船艇碰撞於公海或公空者，加害船在逃，因任何國家不得在公海或公空內，本於權力之處分，而行使其司法權或警察權，結果，僅能對於被害船為實力救濟，不能對加害船有扣押之舉動，乃定則也。但如船艇碰撞於領海或領空，而加害船被追，逃至公海或公空者，是否可扣押之？各國法律尙皆未認是例，愚以為應依國際法上追捕領海犯罪船，越領海而至公海拿捕之例，認

爲在此情形中，可以扣押。

第二、領海或領空內如何扣押？此絕對依領海或領空所屬國法而定，不以有涉外的原素而異；蓋扣押爲屬於公法上之關係，乃國際的公共秩序法之一，任何人皆須守之是也。例如我海商法第一一九條云，『船舶碰撞，不論發生於何地，若被害爲中國船舶或中國人；在中國港口，河道或領水內，不論何時，法院皆得扣押加害之船舶；前項被扣押船舶得提供相當擔保，請求放行。』外國船舶之在我國，處於加害船之地位者，即不能不遵守此種規定。倘在他國而有相異之規定者，其領域內之任何國船舶，而有加害之行爲者，亦從其規定云。至於航空船之扣押與提供擔保，依巴黎航空公約第一八條之規定，只限於航空船違犯正式登記之商標或圖樣式樣之故而然，尙未能適用於碰撞扣押之事。不過在蘇俄，瑞士，秘魯，法國等國，已漸注意航空船之臨時扣押，或因損失而惹起之扣押權，應有詳密規定之事，則此問題或同在其注意中，而於將來其亦有相當之規定也歟！

(乙)關於船艇碰撞之訴訟者 船艇碰撞之後，爲求損害賠償，常不免發生訴訟行爲；何地法院有此管轄權？在不知加害船之爲誰，又如何而保留其損失賠償請求權？

第一、常時之碰撞訴訟 受害船知加害船之爲誰，而對之提起訴訟，何地法院得受理之，皆依法庭地法決定。例如我海商法第一二條規定，『關於碰撞之訴訟，得向左列之法院起訴：一、被告之住所或營業所所在地之法院；二、碰撞發生地之法院；三、被告船舶船籍港之法院；四、船舶扣押地之法院

。』其中第一款，第三款，以被告爲中國船者爲主，但如外國船主有住所或營業所於中國者，亦可受理其訴訟。第二款，凡船舶之碰撞於中國領海者，不問其中國船間，或外國船間，或中國船與外國船間之碰撞，皆可受理之。第四款，外國船因碰撞而加害於中國船或中國人，無論其碰撞地之在中國領海，抑在公海，甚至在他國之領海，只須在中國領域內已實施扣押者，亦可受理之。至於被告之住所或營業所在地，碰撞發生地，被告船舶籍港，船舶扣押地，皆不在中國者，則被害者無論其爲何國籍者，只有向外國法院提起訴訟耳。

航空船之碰撞訴訟，今日各國尙無特殊之規定，自各依其訴訟法，或援用海船碰撞訴訟之規定而處理之。但在意國之航空規則A第二七五條至第二七八條內，則有關於航空船災害審理之規定，航空船碰撞亦不失爲災害之一，在解釋上或可準用其規定也。依其規定，凡航空遇有災害時，無論航空船之爲本國者，或外國者，爲軍用者，非軍用者，一律受意國航空官署之干與；航空官署認爲必要時，得將航空災害情形，報告就近管轄之法院。若在外國發生航空災害時，關於審查事件，得委之於意大利駐在國之外交官，或領事館處理之云。

第二、變時之碰撞訴訟 碰撞於深夜或重霧之際，而加害船之有在逃者，既不知加害船之爲誰，亦無由明瞭加害船之國籍，此時欲爲請求之通知或提起訴訟，頗感困難。即知其船籍何屬，而於公海或公空碰撞後在逃者，於履行請求之通知一程序上，亦甚不便。但如置之不理，則將來縱有可以請求之機會

，或將因時效既過而無由請求矣。法學家雖提議請求通知之期間，按照各種情形，從其自然之正義而定，但此等見解，仍不免於廣泛。蓋凡爾會議，對於請求之通知，及提起訴訟之期間與方式，亦有一決議云，「船舶碰撞於公海時，船長得依其船籍國之法律，碰撞船之法律，或碰撞後最初所入港之法律，遵其所定之方式與期間，為請求之通知，即以是而保留其權利。」所以得為三種法律之選擇者，亦不外為此種事實之補救而已。尤其是在採及碰撞後最初所入港之法律一點上如是。

(二) 海難空難之救助問題

海難空難云者，係指航海或航空固有之危險而言；舉凡船貨共同所遭之危險，船艇或貨物單一之危險，以及旅客船員之淹沒或墮下等等，皆得以海難或空難稱。各國法律對此問題之規定，其注目點不外兩事：一為規定法定之救助義務問題，如船長於不甚危害其船舶，船員旅客之範圍內，對於淹沒或其他危難之人，應盡力救助；船舶碰撞後，各碰撞船舶之船長，於不甚危害其船舶，船員或旅客之範圍內，對於他船舶海員及旅客，應盡力救助（參照我海商法第一二二條第一二八條各該第一項）是也。一為規定第三人救助或撈救之報酬問題，如我海商法第一二二條至第一二七條之規定是；國際私法上所認為論論之中心者，亦即在此。茲分為遇難救助之實體法，與遇難救助之準據法而述於左：

（甲）遇難救助之實體法 各國自路易十四海事條例以後，皆有關於海難救助之詳密規定，惟彼此不

甚一致，遂不免發生法律之衝突問題；雖屢開國際會議，謀有統一，依然未能完全達其目的。至在航空船方面，遇有空難救助問題，各國尚無若何確定之法則；其見諸於國際公約或條約者，亦皆限於航空船救助之義務問題，因救助而有之報酬請求權等事，則直付闕如。謹先：

第一、從國內法上說明遇難救助之規定。試以救助報酬之請求言：如關於人命之救助也，有採消極

說者，謂人命救助為道德上之義務，而人身亦非權利之標的，自以無報酬為原則；不過於實行施救中，救人者對於船舶及財物之救助報酬金，有參加分配之權而已！採此說者，如德商法第七四〇條第七四八條，日商法第六五二條，及我海商法第一二六條之規定是。有採積極說者，謂給救助費不但無損人格，且得因此而獎勵人命之救助，故救人者應有請求報酬之權。採此說者，如英商船法案第五四四條之規定是。即在同一事例之中，依日商法第六五二條第二項之規定，人命救助者得優於一般救助者，取得被參加分配之救助報酬金；依我海商法第三〇條第二項，救人與救物同在一位中，則不分先後，一律比例受償；亦不相同。而關於人命救助費之負擔，又有『由被救助者自己負擔，由船主負擔，及依危險原因所由起之責任者負擔』三說之爭苟立法例上採用不一致時，其發生法律上之衝突，更屬顯然！此外，若救助義務人之範圍若何，應依何之標準決定其為非救助義務人，而可有報酬之請求？屬於同一所有人之船舶間之救助與撈助，得否請求報酬？取各國法律而對照之，亦或有衝突之問題發生也。

再以救助報酬之金額言：依我海商法第一二四條之規定，由當事人協議定之，協議不成時，得聲請

法院定之。但依日商法第六五二條內之規定，則無特約者，不得超過其被救助物之價額；若被救助物上存有優先權時，則金額不得超過扣除該債權後之殘額；而積貨所有者之支付救助費，則以救助之積貨爲限而負其責；至於以契約約定金額者，若其額數顯有不當，當事人並得請求其增加或減少之。此種規定，不特異於我國法例，且與德商法之規定，只許被救助者得請求減少約定之金額，不許救助者請求增加約定之金額有別。至關於報酬金額之分配，依我海商法第一二五條之規定，施救人員與船舶間，及施救人間分配報酬之比例，依然由其協議定之，協議不成時，得聲請法院定之。然在日本商法上，則認爲關於施救人間之分配報酬，如無特約則由法院酌量定之；關於船主與海員間之分配報酬，不許有何特約。船主所得者，汽船得其三分之一，帆船得其二分之一；船長所得者爲其殘額之半，其他一半則由船長分配於船員，船長怠爲者，最後由管海官廳代分派之。夫各國法律之規定，既有是之衝突點，則在國際私法上求其準據法之何在，乃必然之事也。次更：

第二、從國際法上說明遇難救助之傾向。一九一〇年九月二十六日各國在不魯塞爾會議所通過之海難救助公約，即係謀海難救助法規之統一者；一九三二年十月我國批准之國際海上人命安全公約，其中亦有海難救助之規則。但此多趨重於救助之義務，且並非萬國而加入，而批准，故仍不能免於各國法律之衝突。即以歷來之國際習慣論，一船在公海中，遭遇海難，他船聞聲接電，即須往救，未沉者救援之，已沉者撈救之，大率不索報酬，然英美等國之法律，雖在公海救生，亦得索報酬，而德日等國之法律

，則又許其參加對於船舶及財物之救助報酬金之分配：是又以內國法而破壞國際之習慣矣。至於航空船之遇難救助，巴黎航空公約第二二條云，「凡締約國之航空器，降落他締約國時，應與該國本國之航空器，受同等之援助；遇危險時，尤宜不分畛域。」英挪航空條約臨時協定第九條云，「凡兩國之航空船，均有降落陸地之權利；若遇難時，得向航空海船降落之國，要求其予以對於該國本國航空船之同等援助。」凡此，皆係規定國際間之救助義務，無關於救助報酬問題也。惟巴黎航空公約第二三條之規定，則涉及之；所謂「航空器在海上失事時之援救，其報酬辦法，如他項條約內無別樣之規定，則各締約國得按照航海法之原則辦理之」是也。但航海法上仍無完備之統一原則，可資遵守，則其不能免於各國判例上之衝突者，可想見矣。

(乙) 遇難救助之準據法 因遇難救助關係中之事由不同，可分為救助義務，救助報酬，報酬分配三點，分別求其準據法；而關於救助報酬之請求，其準據法通常又因公海或公空內之救助，與領海或領空內之救助而異。為便利說明起見，共約之為四種，平列於左：

第一、關於救助義務者之準據法 國際公約上或兩國條約上，如規定締約國間之遇難船艇，對其互負救助之義務者，即以其公約或條約為決定救助責任之唯一準據法。故非締約國者，自可不受其拘束也。設依公約或條約，締約國應負救助義務而不救助時，是為違反條約，其最後解決屬諸國際法之範圍，另為一問題焉。

國內法所規定之救助義務，欲決定其承擔者爲何人，於何場合可免除此義務，則依救助船或得爲救助船之國旗法決之。蓋救助義務乃法定之義務，承擔此義務者於法律所規定之範圍，必須爲救助之作爲，否則受國法之制裁，以刑事論罪矣。此既有涉於公益之規定，當然依救助義務者之本國法而定，不問其被救助之人籍隸何國，亦不問發難地點在何處也。

至船艇因碰撞後，各碰撞船艇之船長，是否及如何負互相救助之義務？此可依船艇碰撞之準據法決之。即碰撞於領海或領空內者，依領海或領空所屬國法；碰撞於公海或公空者，依雙方之國旗法。雙方國旗法云者，依兩船籍國法共同之點而決定之是也。

第二、關於領域內救助之準據法 即，於領海或領空內爲救助所適用之準據法也。故以海難救助而言：此在今日，凡關於領海內之救助，其救助費等之決定，皆依領海所屬國之法律，學說判例均屬一致。何以云然？因船舶救助之法律性，乃係一種事務管理，與國際民事法上之事務管理爲同一性質。我法律適用條例第二四條云，「關於凶事務管理……發生之債，依事實發生地法」；畢氏國際私法典第二二條亦云，「對於他人事務之管理，依實行管理地法規定之」；即其所應準據之法律。蓋如在或國家之領海內，爲救助行爲，或國家之法律，亦即其實行管理地法是也。但依日本法例第一一條之規定，則暗含事務管理爲準契約之一，適用領海所屬國法律者，與其謂爲實行管理地法之性質，無寧謂爲通常行爲地法之性質。曼利亦云，「於領海爲救助時，適用行爲地法；蓋此之所以爲問題者，爲準契約上之請求

權，以適用行爲地法爲適當也。」顧此不過起於事務管理之準契約性質問題，實際上無論其謂爲實行管理地法也，抑爲行爲地法也，要皆依事務管理之法理，解釋其所以依領海所屬國法之理由，則彼此並無何異。

此外，尙有一問題：由領海救助開始，而達於公海時，將依如何之準據法？多數學者仍主張依領海國法，因其着手時之地點爲在領海耳。實則此之決定，即置法理不論，爲便利計亦應如此；蓋在公海救助之準據法，爲說甚夥，自以適用在領海救助之準據法爲省事也。

第三、關於領域外救助之準據法 即，於公海或公空內爲救助所適用之準據法也。仍以海難救助爲言；因救助於公海時，雖救助仍不失爲事務管理之性質，無奈只有實行管理地，而無實行管理地法，此即不能不另求所準據之法律矣。如雙方國籍爲相同時，依船舶航行於公海者，僅受自國法律支配之原則，用其所共同之國旗法決之，尙無問題。但如雙方國籍有異，應依何法，則爲說紜紛，不易確定。約而言之：

有主張被救助船國旗主義者，謂在救助事件中，被救船之擔負報酬，常歸其責於船舶所有者；而船舶所有者則僅依其本國法擔負由航海所生之義務，此所以須依被救助船國旗法而決。但如進而問及，何以船主僅負擔其本國法上所負之義務？吾人知其必歸於依領土延長說或人格假定說而須如此；無如船舶之被救，往往瀕於危險至迫之際，則早已失去其獨立自主之地位，又何能再適用通常之法理？故此說

，在今日已不爲人重視之。

有主張救助船國旗法主義者，謂海難中，第三人之救助雖在道德上爲必要，而在法律上則爲任意行爲；則其報酬自當依救助者之本國法，即救助船之國旗法是。且必如是，於海難中，始可鼓其勇往直前之精神，使其從事救助。曼利更謂一船既瀕於危難急迫之際，實惟救助船是賴，在或種意義上，亦可謂被難船爲救助船之一部分，其報酬當然依救助船國旗法無疑。一八八八年凡爾會議之決議，「關於在公海上之救助，從救助船國旗法，與以報酬」同採此說。但此說於實際適用之時，或仍不免發生困難。何以言之？數多之船爲救助，而其國籍又各異者，將適用某一船舶之國旗法，殊成問題。

於是，或則主張應依最初着手救助船之國旗法；然救助之效果不必皆爲其所完成，自不能獨依其法以定報酬。或則主張應依重要救助船之國旗法，然既有他船之參加救助，則亦不能完全抹煞其本國法上之利益。且在實際運用上，如何而始爲救助最初着手者，如何而始爲重要之救助行爲，欲決定之，更感困難。因而又有人主張，宜採船舶碰撞之例，國籍同者依共同國旗法，不同者依雙方國旗法云。

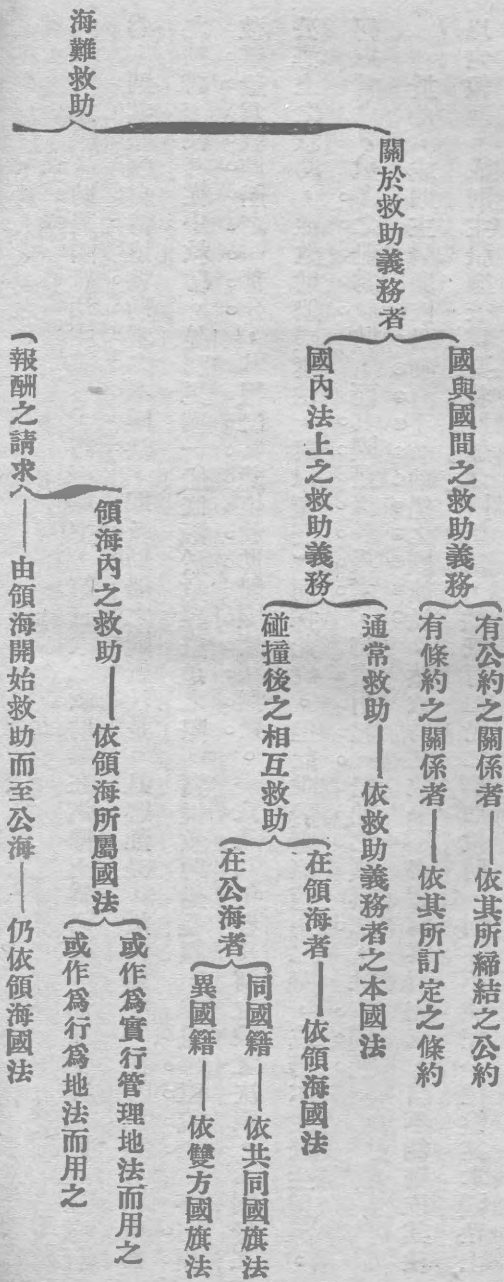
第四、關於救助費分配之準據法 就施救人與船舶間之分配報酬言，此係一船舶之內部關係，無論救助費之取得，由於公海之救助，或領海之救助，皆依船籍國法決之。故爲中國船者，必係適用我海商法第一二五條之規定；爲日本船者，必係適用日商法第六五二條之七之規定是也。

就施救人間之分配報酬言，凡在領海所取得之救助費，無論二以上之救助船爲國籍相同與否；因救

助費之取得既依事實發生地法，則救助費之分配亦當然依發生救助事實之領海國法；不過事實上各國之實質法規定，於此點，皆偏重於當事人間之協議耳。凡在公海所取得之救助費，因無事實發生地法，則此多數救助船之國籍為同者，依共同國旗法定其分配，為異者，依雙方國旗法定其分配，與取得救助費之準據法同。

「圖表六十五」

關於海難救助之準據法表



關於救助報酬者

公海內之救助

同國籍者——依共同國旗法

異國籍者

被救助船國旗法(?)

應依救助船國旗法

數救助船同國籍者——依共同之國旗法

或主張依最初着手救助船之國旗法

數救助船異國籍者

或主張依重要救助船之國旗法

或主張依雙方國旗法

一救助船內部之分配——依船籍國法

在領海——依領海國法

救助者相互間之分配

在公海

同國籍者——依共同國旗法

異國籍者——依雙方國旗法

第十九章 海空商船之運送及海損

海上運送或空中運送，其運送之工具為海船或航空船，而運送之處須在海上或在空中，故不特與陸上運送有異，且與不通於海之河川運送各別。惟關於運送之標的，為貨物與旅客，且須在運送保管監督

之下，則數者之間初無稍異。即關於運送契約之法律性，彼此亦大體相近；蓋海空運送契約云者，仍不外當事人之一方，與他方訂定由甲地至乙地，在海上或空中運送貨物或旅客，同時由他方給付相當報酬之契約而已！不過因沿革及習慣上之關係，陸運海運空運等，遂各有其獨立之地位，隨之其法規之內容，及關於法律衝突之解決，彼此間亦即不能全同。愚既依於通例，將陸上運送及河川運送，述於第四章第五節中，在海空商法適用論中自僅就海運與空運而論之耳。

海損者，在各國海商法中，多就共同海損而為特殊之規定；凡在海難中，船長為避免船舶及積貨之共同危險所為處分而直接發生之損害及費用，即是共同海損，其損害及費用在原則上由關係者共同負擔之。故關於共同海損之規定，就其精神言，亦可謂為係貨物運送法之一部也。蓋共同海損之最普通者，為投貨於海，以保全船安全，其目的既為免除共同危險，其損失自不能由貨主獨負擔之；縱非投貨，而為預先繞道避難入港，其目的既為保全全船客貨，其費用仍不能由船主獨支出之：凡此，皆與運送法有相當關係，亦所以有別於陸上運送者焉。

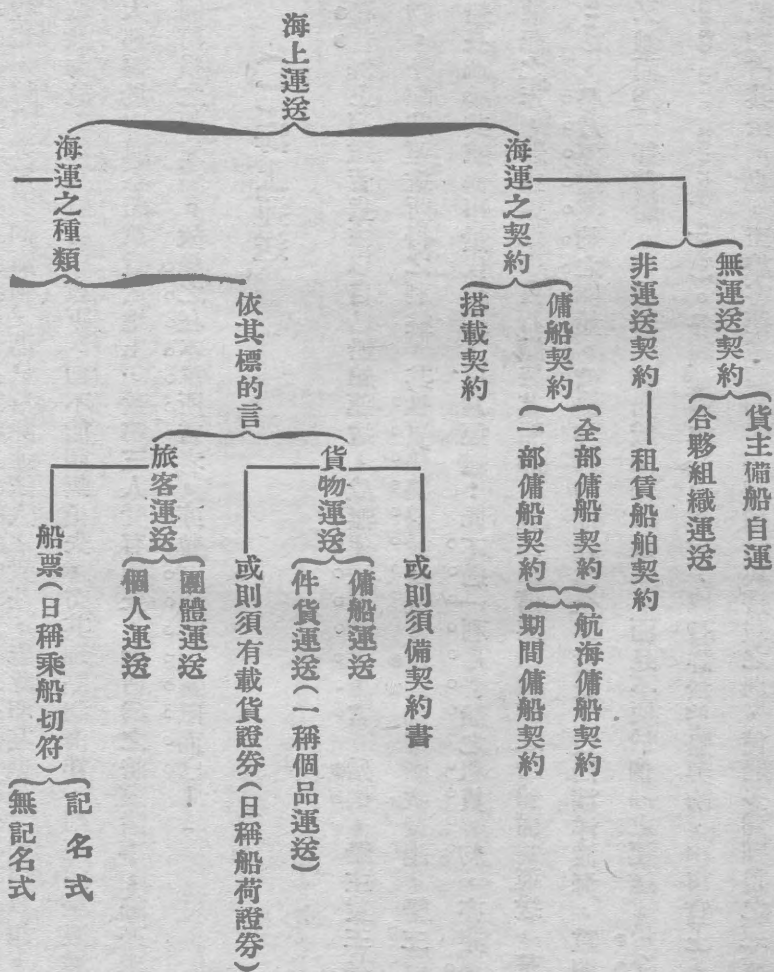
既有共同海損之事，當亦有共同空損之事，惟法律之可供吾人之說明者甚少，各國之是否承認此制，尙難斷言；縱承認之，而關於在海面之空中，為投貨者，必當然適用海損之規定無疑。法國航空法第四四條曾規定「為航空船之安全有必要而不可缺時，對於託運人及受貨人，不負有運送人之責任，得將其運件為投下之行爲」；巴西航空法第七章第一四條，關於貨物之投擲問題，與法國有同一之規定：然

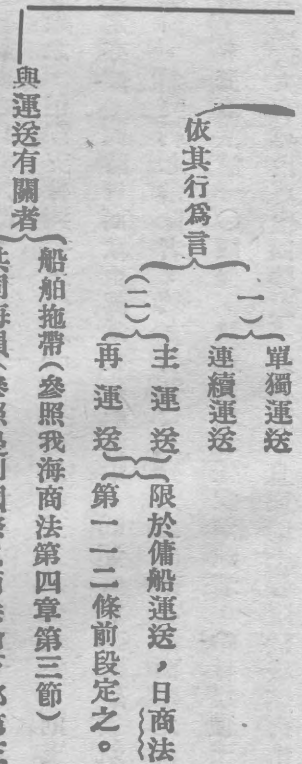
此種規定，雖有近於共同海損，而只解除運送人之責任，未說明其損失之如何負擔。誠然，投貨於陸，貨仍依然如故；然在航行中投下，即不能謂無損失，苟其地點為海洋，則更完全毀滅矣。此外之各種規定，大都偏於由航空船投貨於地上，致第三人受有損失，如何為之賠償諸事，終亦未見有進一步而為類似共同海損之規定者。故愚之在本章所言者，亦暫有以海損為限而已！

(一) 海上運送

在昔海上運送皆貨主以自己船舶運送，故無運送契約之可言。殆後，船主貨主及船員以合夥組織運送貨物，分配其運送所得之利益，其性質仍無異於自運。及至商業漸次發達，船主造船以供租賃，貨主自為船長或委其航海事於代理人，以為運送：此不過一利用海船之租賃契約，亦非運送契約之關係。泊乎中世紀之末，船主遂進而自行贖裝其船舶，貨主則備其已贖裝之船舶而為運送，是為傭船契約 (Charter Party)，是乃運送契約之開始。傭船契約初則皆為全部傭船，後因涉洋渡海，重視大船，一人財貨有限，又繼而為一部傭船。但傭船契約究感關係之複雜，而且不便於個品之運送，於今更進而有搭載契約 (Carriage in a general ship)。各國海商法之規定，雖皆詳於傭船契約，但事實上，今之海上運送殆以搭載契約占其全部也。至旅客運送契約，亦有傭船與搭載之別，傭船多為團體之運送，如移民輸送是，搭載則普通旅客之運送焉。茲分為海上運送之法律衝突與海上運送之法律適用兩段論之：

「圖表六十六」關於海運之契約及種類表





(甲)海上運送之法律衝突 一國公法上關於海上運送之規定，其同異，應歸諸外國人法部分討論之（參照國際私法總論第二章），於此不必再爲冗及；茲僅依左列標準，擇其要者，說明各國海商事法上之衝突規定，藉爲研究其準據法之前提：

第一，關於運送之契約者，以運送契約之成立言：運送契約在於業務之完成，不在於勞力之供給，故皆認爲係承攬契約，而非僱傭契約。因之託運人即全部備船，亦不占有船舶，對船主不過有使之爲我運送之權而已；但在歐美各國，則有視備船契約與租船契約爲相等者，此既與我國及日本之法例，有所異矣。即同認爲係承攬契約者，其對於件貨運送與旅客運送之契約，固皆視其爲諾成契約之性質，只須當事人雙方合意，契約即可成立；但關於備船契約，則爲說不一。依我海商法第七一條之規定，「以船舶之全部或一部供運送爲目的之運送契約，應以書面爲之」；第七二條並規定運送契約應記載之事項：

是其爲要式契約可知。依日本商法第五九〇條之規定，「以船舶之全部或一部，爲運送契約之目的者，各當事人須應其相手方之請求，而交付運送契約書」；苟無請求，即可不交付契約書，而書面上之記載亦任諸當事人之意思：則又爲諾成契約可知。而在或國家中，並有認備船須作成書面爲之，但此不過視爲契約成立之證據，契約自體之成立却不關乎此云。

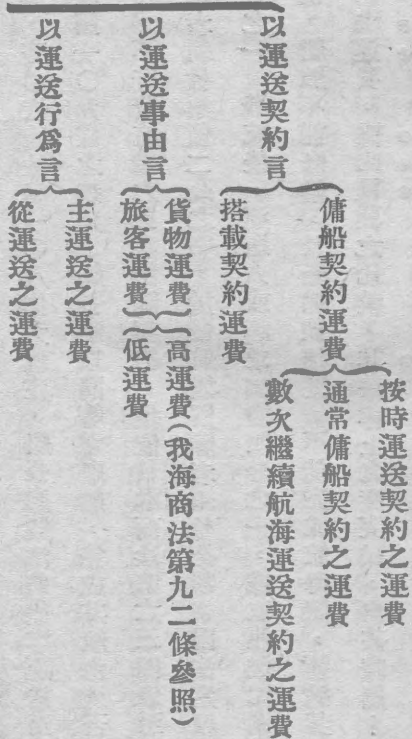
以運送契約之解除言：試就備船契約爲例，關於法定原因解除者，我海商法第七四條，僅規定「運送人所供給之船舶，有瑕疵不能達運送契約之目的時，託運人得解除契約。」但日本商法第六一四條，則規定航海或運送因違反法令，或其他不可抗力，至不能達契約之目的時，當事人得解除契約；其在發航前解除者無須支付運費，在發航後解除者，則託運人須依運送之成數支付運費。關於任意解除者，我海商法上只規定發航前之解除，而無發航後之解除；日本商法於發航前解除外，並承認發航後之解除，此既兩相異矣。且發航前之任意解除，其規定亦不致。例如我海商法第七五條規定，全部備船契約，託運人得於發航前解除之，但應支付運費三分之一；日商法第五九八條規定，則支付運費二分之一，德商法第五八〇條之規定亦然。同時日商法更認爲往復航海中，託運人於其歸航發航前，或在發航港外裝貨，於其裝載港發航前，爲契約之解除者，須支付運費三分之二，亦我海商法之所未定者也。再就旅客運送契約之解除爲例，我海商法第一〇四條，只規定旅客任意解除者，給付票價三分之一，因死亡疾病等法定原因解除者，運送人有要求票價四分之一之權利；且原則上皆限於發航前解除之，發航後，縱船舶

因不可抗力不能繼續航海，亦必依同法第一〇八條之規定，船長應設法將旅客運送至目的地；縱船舶在航海中修繕，亦必依同法第一〇九條之規定，船長須以同等之船舶，完成其航海，否則須無償供給旅客之住居與給養：無論如何，不許發航後之此項解除契約。但依日本商法第六三四條至第六三七條之規定，旅客於發航前任意解除者須付票價二分之一，於發航後解除者須付全額；因法定原因解除者，發航前，運送人得請求票價四分之一，發航後，運送人或請求票價四分之一，或依運送比例請求運費，得自由選擇之；至若因船舶沉沒，船舶不能修繕，及船舶被捕獲，不能完成航海時，運送契約亦即終止，而運送人仍得依運送比例，請求運費。據此種種之比較，其法律上之衝突點，自甚瞭然！

第二，關於運送之報酬者。即運送費，或簡稱爲運費者是。此在事實上，其額數每以契約預定之；然其計算方法，各國法律上又皆有其特殊規定，而均不能爲同。例如以貨物之重量或容積定送運費，倘其在航海中有增減時；依英國法，以最少量爲標準，依法國法以最多量爲標準，而依德商法第六二〇條商法第六〇八條之規定，則以貨物交付時之重量或容積定之。我國法亦以運送契約爲承攬契約之一，而與德日法採取同一辦法。又如以期間定運送費時，依英國法，自發航之日起，至卸載終了之日止，託運人負擔運費；裝載期間則不計入。依德國商法第六二二條，運費自船長通和裝載準備已齊之翌日起，至卸載終了之日止，依期間定之；且因非爲船主應當負責之事由，其在航海中之停泊或修繕時之期間，亦得算入之。依日商法第六〇九條，則期間始自貨物裝載着手之日起，至卸載終了之日止，定其運費；但

船舶因不可抗力而在發航港或航海中停泊，或於航海中為修繕，則一概不許算入。依我海商法第七九條及第八三條，裝載期間之起算與終點，略與德同，而託運人在原則上，則僅就船舶可使用之期間負擔運費，故船舶之停止，而出自船主或其代理人之行爲或因船舶之狀態所致者，則不負擔運費，但因航海事變而生者，仍應繼續負擔之；至於船舶失蹤之時，則以得最後消息之日止，負擔運費之全部，並自最後消息後，以迄於該次航海通常所需之期間應完成之日，負擔運費之全數云。此外關於運費之其他種種，仍有不少之衝突點在，此不過其一二例耳。

「圖表六十七」 運費之分類表



運費

約定運費

以運送路程言

單程運費 (去船運費)
雙程運費 (歸航運費)

以支付時期言

前付 (元付) 運費 —— 由備船人或送貨人於裝載時支付 (例外)
後付 (向付) 運費 —— 由受貨人於卸載時支付 (原則)

以計算標準言

重量或容積運費 (搭載契約多如此)
期間運費 (備船契約多如此)

原運費 (約定的)

新運費 (事實的)

(我海商法第九五條參照)

擬制運費

一稱虛偽運費，又稱假想運送，即未完成運送事件
而得請求全額運費之謂如海損被投的貨物之運費是

成數運費

(斟酌航海距離及費用而定者，日商法第六一三條二項參照)

解約運費

(我海商法第七五條第七六條參照)

法定運費

更改運費

新舊兩運費差額半數之運費
增高額之運費 (我海商法第九五條參照)

折扣運費

(我海商法第八〇條第九六條參照)

去航運費

(我海商法第九三條參照)

第三，關於運送之責任者，以航海能力之擔保言，一八八八年之不魯塞爾會議，曾擬定關於海船航海能力之擔保義務，積貨保管交付之義務；船員及其他使用人之重大過失，不得以特約免責；並勸各國採用之。於是日本商法第五九二條，遂規定船主因自己過失，海員及其他使用人之惡意或重大過失，或船舶不堪航海所生之損害，雖有特約亦不得免責。一八九三年美國哈德法案 (Harter Act) 亦規定船主對於船長之過失，及發航時船舶狀態之過失，不得免責云。然此項統一之點，僅在船主不得以特約免責而已；至於航海能力之如何擔保，在英國則採客觀主義，船舶能航行與否，以事實定之，不問船主已否有注意之行爲，皆應負損害賠償之責；在他國則採主觀主義，船舶有不能航海之事實，而船主於發航時，倘能注意於航行，即不負何等責任，如日商法第五九一條，德商法第五九條所規定者是。此亦非盡同者也。

以損害賠償之請求言，其賠償責任之發生與免負，各國法律規定不一，無待比較。即就此項請求權之消滅而論，我國海商法無此規定，自依照民法第六二三條及第六四八條決之；然與日本商法第三三八條及第六一九條之規定，仍然不同。蓋如運送物內部有喪失，或毀損，不易發現者，各國法律固皆規定不因受貨人已受領運送物，並支付運費及其他費用，而即消滅運送人之責任；然在何種期限內，受貨人應負通知之義務乎？依我國法，受貨人須於受領運送物後十日內，將其喪失或毀損通知於運送人，運送人仍負損害賠償之責，過此，則解除矣。依日本法，則受貨人須於交貨之日起，在二週內爲之。又如

一般之賠償請求權之消滅時效，依我國法，自運送終了或應終了之時起，二年間不行使而消滅，運送人之有無詐欺隱蔽，在所不問；然依日本法，則自受貨人受領貨物之日起，如貨物全部滅失，自貨物應交付之日起，經過一年因時效而消滅，但船主有惡意時，不在此限。

第四，關於運送之文件者，以載貨證券之發行言，關於發行主體者，我海商法第八五條之規定及多數立法例，皆由船長發給之；但日本商法第六二一條之規定，則主張船主得自發行，或委船長以外之人代爲之。關於發行時期者，日商法第六二〇條之規定，限於運送品裝載後發給；德商法第六四二條之規定，雖於運送貨物裝載以前，亦得發行，所謂空頭證券者是。

以載貨證券之形式言，關於記載事項者，各國皆設有應記載之法定事項，不盡爲同。例如我海商法第八六條規定，載貨證券須由船長簽名，船長姓名不在各款事項之內；日商法第六二二條規定，船長以外之人作載貨證券時，船長之姓名，當同於船籍船名等而記載之是。關於證券份數者，我海商法第八七條第一項及德日法之規定，皆許因託運人之請求，發給數份，而未確言其份數。但依英國法則限三份，一份爲送貨人所執，一份爲受貨人所執，一份爲船長所執。依法國法則限四份，一份爲船主所執，餘與前同：是又其相異之點。

觀於以上所述，可知海上運送法之各國規定，其衝突之點殊爲繁瑣，然則將如何而決定法律之適用乎？詳如下：

(乙)海上運送之法律適用 此可分為關於公益規定之準據法及關於私益規定之準據法兩端論之。所謂：

第一，關於公益規定之準據法者 其最主要之點，為海運權利享有之規定，此當然依權利享有國之法律決之。例如英國自一八五四年以來，採用自由主義，海運開放，無內外船舶之差別；則外國船在英國自得享有海運事業之權利。又如美國，始終採保護干涉主義，即美國與其屬地間之航運亦如此，外國船之在美國，自不能有海運權利之享有。更如法國於一八一六年恢復干涉主義後，除一七六八年與西班牙締結條約，許其與法國船受同等待遇外，他國船皆無在法國沿岸裝載貨物之權。再如德國依其一八八八年之法律規定，沿岸貿易及航行，只以德國船為限，但由條約或命令特別許可者則為例外，故除一八八一年允許英意瑞丹挪諸國船，一八八六年允許荷蘭船而外，他國船之未經特許或有條約，皆無在德國沿岸經營海運之權。

其次若一國之海運法上，有關公益之規定者，縱以他國法為準據法時，於此點則亦不能適用之。例如依日本法，船主於航海中因船舶不可抗力致難繼續航海，得對旅客解除運送契約；設在我國發生訴訟，以旅客人地生疏，無可設法，倘不使船長負繼續運送之責，必或流落我國，為害公安甚大，故須依我海商法第一〇八條之規定處理，不問運送契約之原來準據法，究應為何國之法律也。畢氏國際私法第一九九條內，所謂「關於水上運送……之特別地方法律與規則，為屬地法」云云，可參照之。次再論：

第二，關於私益規定之準據法者 係就運送契約之成立與其效力諸而言。為說頗不一致，約有左列諸種：

(a) 發航港地法主義 謂貨物或旅客之運送，由發航港而開始，故應依發航地法，定其契約之關係。畢氏國際私法典第二八五條第一項，謂「如備船而不止一加入契約，依商品輸出地法支配之」云云，亦有近於此一主義。但細審之，發航地之何在，與運送契約並無何等關係；且船主與貨主或旅客皆為國籍者，而因發航港之在外國，則採發航港地法主義，是更不合於理論也。

(b) 到達港地法主義 謂運送契約之效力，以損害賠償為主，而各國法律上關於損害賠償標準之規定，無論為貨物全部滅失時或一部滅失時，其賠償皆依應交付時或交付時到達港之價值定之；則關於運送契約之準據法，自以適用到達港地法為宜。此說在昔頗為盛行，而德國亦採之。然船舶之到達港每不止一處，將依何處之法律歟？即預定者，而發航後，又常以電報變更之，則陷法律關係於不確定之狀態中，又將如何？

(c) 船籍國法主義 謂海運所以與陸運不同者，在船舶供海上之運送是；船舶既在海運關係中為主體，而船籍國法又為海商法適用之主要的準據法，則運送契約自亦不能外其例也。此說英國採之。顧船舶與貨主倘為同國籍者，依船籍國法定其契約關係，尚無不可；倘為異國籍者，則實無解於貨主何故須服從船籍國法之故，蓋海運契約，一方固以船主為當事人，他方又以貨主為當事人，而皆居於重要

地位，不能稍有分歧之視耳。

(d) 契約地法主義 謂運送契約既爲契約之一，則不外一因法律行爲而發生之債的關係，當依一般債的原則決之。即，首須依當事人之自由意思解釋；意思不明時，在日本，法國則直依其締結契約之行爲地法在，我國（法律適用條例第二三條參照）則同國籍者依其本國法，國籍不同者依契約地法是也。契約地法云者，締結運送契約之公司或商店營業所等之所在地耳。曼利謂在原則上，關於契約之依如何條件成立，發生何種效力，皆宜依此準據法，愚亦云然。

以上係就契約之成立與其效力而言，倘論及契約之執行問題，則應如畢氏國際私法典第二八五條第二項『契約之執行，依其執行地法執行之』之規定辦理，自屬當然。

(二) 空中運送

空中運送所賴以爲運送之工具者，爲航空船；而航空船之發明與改進，不過近數十年間事，故空中運送之歷史頗短，與海運相較，殊爲遠甚！且在歐戰以前，多屬於軍用，歐戰以後，各國始以過剩之器，改爲商用。空運之事亦如雨後春筍，日有發展，又只十餘年事而已！其間關於航空運送法之規定，自然無完整之法律，足供適用。同時，各國對於空運，亦不過視爲平時利用航空船之一種方法，而其主要目的則在爲國防上之豫備，以故空中運送營業諸多劃歸國辦，商人經特許者始得爲之，即有關於空中運

送之特殊法律，亦偏於公的着眼上而爲規定，具有強制的性質者甚夥，不能與海上運送各端同等並視。既因航空船有關一國之防務，而空運又往往須經國家之特許，於是國際間遂多締造公約或條約，希望有一統一的法規實現，俾共遵守，此後果能見諸實效，則各國制有完備之空中運送法時，當亦不必有如何顯著衝突點，致成爲國際私法上之一大問題。茲特就此種尙未成熟之法律有關國際性或涉外性者，約略述之：

(甲)空運契約之國際性與其準據法 國際間苟有一包括萬國而且實行之空中運送公約，各國國內法完全遵其規定而設條款，除該公約讓權於各國自由規定之點外，彼此莫或敢異，則遇有涉外的空運關係，自不發生應適用何國法律問題之必要，亦即可無涉及準據法一事之研究矣。無如此事之在今日，尙屬虛想，故在國際私法上仍有相當之領域。雖然，各國因空運之涉及國際關係甚夥，遂日努力於統一之途，亦有已成之公約，或正在進行中之公約，將來實行之後，締約國自須受其拘束，而爲各準據法之主要淵源，自可想見。

第一，波京訂立之國際航空運送條例 此條例係一九二九年十月十二日訂立於波蘭京城者，其目的在劃一國際航空應用文件及運送人之責任等事。與會者有德，奧，比，法，英，荷，意，西，匈，希臘，瑞士，瑞典，挪威，波蘭，捷克，羅馬尼亞，保加利亞，墨西哥，委內瑞拉，埃及，及我國，日本等三十二國。「約」分五章，共四一條。第一章，總綱，說明條例之適用範圍，凡旅客行李貨物，係出資

用航空船運送於國際者皆適用之，不出資而用航空船之航空運送營業亦適用之；由數運送人繼續航空運送時，視同一次運送者固適用之，而國家法人經營之運送事業，合於國際空運之性質者，亦適用之。但國際郵政協約所規定之運送，則不適用。第二章，運送證書，說明客票，行李票，航空運送書之給與，及其法定之款式，並法律之效力等事。例如規定運送人若不發給或要求託運人爲或種證書之給與者，即不得享受條例中免除責任或限制責任之權利是。第三章，運送人之責任，說明運送人負責，免責，限制責任之事由，並損害賠償之標準，以及責任履行並訴訟等事。關於責任履行，及訴訟一節，其中亦不少涉及國際私法上之規定，愚將於後特別提出論之。至於運送人負責賠償之事由，如航空船在飛行中或升降時，旅客之受傷或死亡；已經登記之行李貨物，在航空運送期內之毀損或遺失；航運之旅客，行李，貨物等因遲到所受之損失皆是。運送人免責賠償之事由，如運送人能證明自己或其職員曾盡避免損害，或係不可抗力時；能證明係因駕駛術之錯誤，而發生行李貨物之損失，及自己與其職員曾盡力使之避免時皆是。運送人限制責任之事由，如運送人能證明係因兇徒故意傷害，或助成此種損失時，法院依其職權得免除之或減輕之是也。第四章，混合運送之規定，說明一部分航空，一部分用別種方法運送之關係。第五章，結論，重在說明條例批准，修改，及加入公約與退出之手續。依其規定，以波蘭爲公約事務之主管者，有五締約國批准，即自第五國批准書寄存於波蘭外部之圖書館後九十日起，五國間即發生效力，嗣後每一國批准或加入，皆自批准書寄存後或照會波蘭政府後九十日起，對其國發生效力。

第二，國際航空私法會議所進之行公約。吾人知一九二五年所成立之國際航空私法會議，係由法國召集之，其目的即在討論空運賠償責任問題，爲統一各國航空法之第一步。是年會議，曾將法國所擬之空中運送賠償責任公約之初稿，作爲討論主題，雖無結果，而國際航空法家專門委員會之永久機關却由是成立。其會中之第二股，即係專管運送賠償責任諸問題者；截至一九三〇年止，其正在進行之公約初稿，爲航空船與海船或火車之聯運問題，及旅客之運送問題。其中關於航空與鐵道之聯運，在德國，瑞典之國境內已見實行；與鐵道及船舶之聯運，英美兩國間對於棉花之運送，已實行之。故在國際商業會議亦正從事於研究航空鐵道船舶等共同適用之運送單，俾有統一之法例，以便遵守。此外尙有非以國家爲單位，而由航空企業家所組成之國際團體，亦不少有統一空運契約之點者在。有如下：

第三，國際航空運送協會之決議。凡英國倫敦，法國巴黎，德國柏林，荷蘭海牙，奧國維也納，比

國不魯塞爾，匈國布達佩斯（Budapest），瑞士國巴塞爾（Basle），瑞典國斯德哥爾摩（Stockholm），丹麥國哥本哈根（Copenhagen），愛沙尼亞（Esthonia）國勒佛爾（Revel）各地之航空公司，大都爲國際航空運送協會會員；故擬從實際上統一各航空公司之運送事件，其有補助於立法者之工作，自屬非淺，當一九二七年二月在維也納舉行會議時，德英兩國即提議，凡加入是協會者對於旅客及貨物之運送，應有運送之統一條件，而關於賠償義務，亦認爲應特別研究，以求統一之必要。於是遂議決關於運送貨物條件及運送旅客條件之法案，由加盟之公司一律遵守之。其中對於貨物運送單及航空券等問題，尤有詳密

之規定云。

(乙)空運契約之國內性與其準據法 前不云乎？各國以航空運送，雖在事業之本質上，不外一「連續運貨載客及供游覽之商行爲」；然以其往來空中，不免與領土主權及國防設備有直間接之關係或影響，故各國對之皆有強行法規之存在，即國際公約上亦不因其有所紛歧而仍承認之。畢氏國際私法典第一九九條中，有云「關於……空中運送之特別地方法律與規則，爲屬地法」，即其一例。故一國對空運契約之締法，外商是否有此權利能力；即因條約而許之者，於運送事業上有無如何法定之限制，皆依其權利享有之法律或條約是決，與海運權之問題正同。

第一，關於空中運送營業之限制者 倘係專爲內國之運送，各國大部不許外商經營之。例如我國，航空事業除軍用者外，皆歸交通部經營，惟公司或個人得呈准交通部辦理；但以有中華民國國籍者爲限，並不得參加外資或借用外債（我監督商辦航空事業條例第一條第五條參照）。此外前北京政府航空署十年六月所擬定之航空條例修正草案，其第四八條亦明白規定，「凡不屬於中國之航空器，不得在中國各地點爲運載客貨之營業，」皆可作吾人之參考者也。倘係關於國際之運送，批准國際間航空公約之家，自須受公約之拘束，未加入或未批准者，自有允許或禁止其飛航本國領土上之完全自由，則空運權之有無，自亦包括於其中。例如我軍政部航空署於十九年頒布之臨時特許外國飛機飛航國境暫行辦法，即規定外國飛機經中國政府特許後而來中國者，除不得攜帶違禁物品，照相器具，無線電機外，並不得

攜帶郵件及運載貨物是。

第二，關於空中運送營業之特許者。國家有時爲利用外資起見，亦嘗有與外國航空公司合辦國內或國際空運之事，內國法之適用頗充分表現於其間，此蓋由於特許之關係而然。即自彼此締結條約而成立之國際運送，亦有時爲內國特別規則適用之保留，至於其他之關係，自依條約之規定處理之。例如一九三〇年二月二十一日我國與德國漢沙航空公司所訂立之歐亞航空郵運合同，首即聲明雙方願本合作之精神，依照中華民國之法律，共同組織歐亞航空郵運股份有限公司，以經營歐亞兩洲間之航空郵運。並劃定航空路線，其國際郵運專交公司担任之。同時公司雖無在中國領土內享有國內航空郵運，貨運，或客運權利，但公司得於國有之航綫內，未設有國內航空路線時，受中國政府之委託辦理各項空運事務。又同年七月與美國飛運公司訂立合同，亦聲明依中國法，共同組織中國航空公司，經營在中國之航空載運，並須經中國政府核准備案，正式用書面通知美方公司始生效力。依此合同，公司在劃定之路綫內，按照其與中國郵政總局同日所訂合同上之條款，有航空載運之專利權；同時公司亦得在所定路線載運客貨，但非專利，並不得因而妨礙航空郵運之安全及效能云。

國際航空郵運之協定，一九二四年萬國郵務會議在瑞京斯德哥爾摩舉行之際，雖一度提及，迄今尙未有成立之運命：於是各國特以條約而定彼此間之郵運關係，例如：英荷航空臨時協定第二章第七條，即規定，郵運，依兩國郵局間關於是項問題有協定時，得運送之；德瑞典航空條約第三章第一〇條，亦

規定，郵運，準雙方締約郵局間所直接訂定之特別協定以行之云。他如德法條約第三章第八條，德比同章同條，德奧第一三條，德丹第二章第七條，英挪同章同條，荷比第三章第六條，挪丹第二章第一七條之規定均然。但雖以條約規定，而內國法仍有適用之點：如德國航空法第五章第一一條，曾規定對於從事定期航空者，應郵局之要求，於各定期航空時，以補償相當之費用，而負此郵運之義務；立陶宛航空法第三條，曾規定最初即由交通部規定運送郵件之運費；並有或國之法律，認為關於某種郵件之運送，如保險信，掛號信等，皆須得特別之許可；凡此，皆一國之強制法規，則依條約而在其國有航空運權者，自不能不負擔其郵運之義務；依條約而在其國享有郵運權者，又不能不依其法律規定而為郵運之事也。可知。

至於國際間之貨物運送，依各國之狀況，如認為有害一國治安時，即國際公約上亦嘗許為一定物品之運送，則各國對於運送物之禁令，對於任何情形下之空運業者一律有效，不成問題。其見諸於國際公約者，如巴黎航空公約第二八條云「為公共安寧起見，各締約國對於第二十六（按即炸藥軍器及軍火之運載）第二十七（按即禁止或限制照相器具之攜帶或使用）兩條所列以外之物品，亦得加以限制……」是也。其見諸國內法則者，如德國交通規定第一四條云「於航空交通上，武器，火藥，爆發物，毒瓦斯，傳書鴿，照像器，以及無線電通信材料等之攜帶，須得有主管機關之許可後，始准攜帶或運送」是也。

（丙）空運契約之涉外性與其準據法 空運契約既往往涉及國際條約及國內公益之關係，則任何一涉

外的法律關係，即不可不以此等問題之注意，爲其先決者。但如國際條約及法律無特別規定者，各國皆認爲應適用原有民法上之規定，是空運契約又不失爲一普通的法律行爲之性質，則在此點上欲決定其涉外關係之準據法，亦可依普通之原則行之。

第一，自由選擇法之適用。法律行爲依當事人意思之原則，吾人既已承認之，則運送契約亦一法律行爲，除關於一地強行之規定外，於相當之範圍內，自不能不尊重當事人之意思，此自由選擇法所以仍有適用之餘地。即國際航空運送條例亦相當承認當事人間之約定，爲有法律上之效力。例如，運送人應於貨物到達時，即通知受貨人；但有特約者除外。運送旅客時，運送人對每一旅客之賠償，以十二萬五千佛郎爲限；但與運送人約定者；其賠償得超過此數。運送已經登記之行李貨物，運送人之責任以每啓羅克蘭姆二百五十佛郎爲限；惟送貨人交包裹時，有特別聲明者，不在此限。連續運送中，只能對災難或危險發生部分之經管運送人起訴；惟第一運送人有另約規定負全部航行之責時，不在此限。蓋既以契約稱，即不能完全否認當事人間之協議故耳。

第二，契約地法之適用。如當事人意思不明時，自應進而適用契約地之法律。例如契約成立於法國者，即依法國之法律；成立於英國者，即依英國法律。實際上，各航空公司已將其所須遵守之法律，擇要而告知於託運人或旅客，依契約地法云者，不外依航空公司所遵守之法律而已！例如法國之 Air union 公司之航空券，即列有乘客須知共六條，並聲明依一九二四年三月十二日之法令，凡因遲到而生之損害

，遇不測事故而生之損害，及因旅客之行李而發生之事變等之損害賠償，概不負責云。又如英國之 Imperial Airways Limited 公司之航空乘坐券，亦列有對於乘客之條件共十二條，係根據英國法律而制定者。乘客結其契約於其地，即不能不服從此地之法律。倘在外國而乘此等公司之航空船，亦須依其章程者，又不外自由選擇法之運用也。

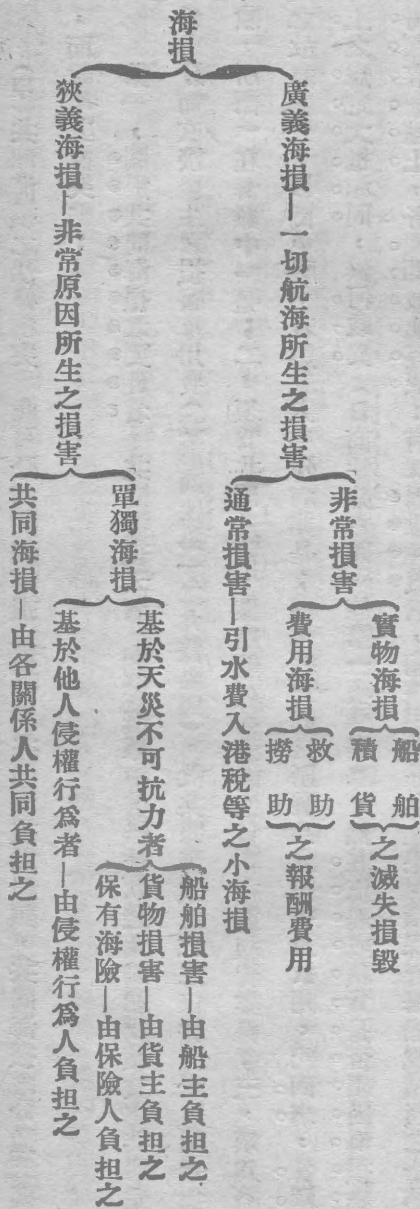
第三，法庭地法之適用。因空運契約有時須受地方方法之限制，地方方法之適用於實際者，恒賴其地之法庭爲之，故在另一方面亦可謂爲法庭地法之適用。國際航空運送條例，並有承認適用法庭地法之點：例如第二二條第一項云，「運送旅客時，運送人對於每一旅客之賠償，以十二萬五千佛郎爲限；若該管法庭所通用之法律，係規定一種撫卹年金者，則其年金額之基本金，不得逾此限……」。又第二八條云，「履行責任時，可由對方之要求，在一協約國之領土，或在運送人所在地，或運送總所所在地，或經理契約之商號，所在地，或受貨人所在地之法庭履行之。前項之案件，應按受理法庭之法律處理之」。又第二九條云，「關於責任案件，應自貨物到地日，或航空船應到之日，或制止運送日起兩年內，提起訴訟。日之計算方法，由受理法庭定之」皆是。蓋此諸事，又涉及訴訟之程序，須依法庭地法，更屬當然！

(二) 共同海損

共同海損在海事法上發達最早，洛定海法即有其規定，所謂「投棄分擔」者是；現今各國商事法亦皆有之。學者為統一其法規起見，自一八六〇年議定約克規則以後，一八七七年又議定約克盎凡爾規則；後一規則經一八九〇年，一九〇三年，一九二四年迭為補加，頗為完善，殊可作實際上立法之參考。但因各國對於共同分擔之法理上見解有異，其規定遂終不免於紛歧：例如英國以衡平觀念解釋之，德國以免避共同危險解釋之，法國日本則以不當得利解釋之是也。茲分為共同海損之法律衝突，與共同海損之法律適用兩段論之：

「圖表六十八」

共同海損在海損中之地位表



(甲)共同海損之法律衝突 此可分爲共同海損之要件，共同海損之種類，共同海損之分擔三個標準，而說明其衝突點：

第一，關於共同海損之要件者 共同海損云者，謂在海難中，船長爲避免船舶及積貨之共同危險所爲處分而直接發生之損害及用費（我海商法第一二九條參照）。故共同海損成立之條件，一，須爲現實危險，所謂「在海難中」是；二，須爲共同危險，僅船舶被捕獲或僅貨物被盜劫皆非是；三，須爲船長等之故意處分，以圖免禍，若第三人處分者非是；四，須爲直接所發生之損害及費用。此四者，各國法律上之規定大抵相同，無何歧異。（日商法第六四一條第一項參照）。然在海船或積貨是否須因海損處分而得保存一點上，各國即彼此互異：有採因果主義者，謂海損處分之結果，須保存海船或積貨之全部或一部；苟海損處分毫無結果，嗣以他種原因而保存者，則對之不生共同海損問題。例如海船坐礁，用拖船救助，迄未奏效，嗣經投貨而脫險，拖船費用非得以前保存船貨之原由，則不算入共同海損而由船長負之是也。英國法，日本法皆採此說。有採殘存主義者，謂海損處分後，只須海船或積貨有所保存即可，與海損處分有無因果關係在所不問。故如前例之拖船使用，雖未發生效果，而以投貨得以保存者，其拖船費用，仍爲共同海損是也。德國法，我國法皆採此說。又共同海損之分擔，須以有保存之標的物爲前提，而此標的物之如何保存，各國立法例仍難一致：依德國商法第七〇三條之規定，則須積貨與船舶併爲保存；依法國商法第四二二條之規定，則僅須爲船舶之保存；依英國法，及日商法第六四二條，我海商

法第一三五之解釋，則不論船舶或積貨，有其一之保存即可。凡此，遇有涉外的法律關係時，即不能不先決其準據法之何屬也。

第二，關於共同海損之種類者 一九二四年追補之約克盎凡爾規則對此有詳密之規定。其明定應視

爲共同海損者：(一) 爲共同安全所受船貨之損害，及因投棄貨物開艙進水所受之損害；(二) 爲消防船舶上之火災，船貨因水或其他原因擱淺，或穿孔所受之損害；(三) 船舶遇有觸礁或擱淺之危險時，爲免除船舶貨物，運送等之損失，故意駛入海灘，所有因擱淺而受之損害；(四) 遇有其他情形，爲共同安全，將船舶故意駛入海灘，因此所受之損害；(五) 爲共同安全，使船舶離地，或使船舶更上海灘所受之船帆，及其他物件等之損害；(六) 船舶擱淺海灘，因免除危險，爲共同安全，使之重浮水面，致機器與汽鍋毀壞所受之損害；(七) 船舶擱淺，貨物燃料及儲藏品因其共同海損行爲卸載時，卸載或重裝等特別費用，及因此所受之損害；(八) 船舶遭遇危難時，爲共同之安全，除預裝足之燃料外，將船具及儲藏品用作燃料之損害；(九) 船舶因遭遇事故，或其他特別情形，爲共同安全之必要，駛入避難港或駛回裝載港之費用；(十) 船舶裝載原貨物之一部或全部，於駛入避難港或駛回裝載港後，因重航所受之費用損失；(十一) 於裝載港，寄航港，或避難港，關於貨物，燃料，或儲藏品，爲共同安全上，或爲被害船舶修理上必要之臟裝或卸載費用；(十二) 認貨物，燃料，或儲藏品，臟裝或卸載費用，爲共同海損時，對於此種貨物，燃料，及儲藏品之重裝重儲費用，以及其他對於此種貨物，燃料及儲

藏品之保管費用（火險在內）；（十三）在貨物裝卸未完備前船舶不能航海或拋棄航海時，至裝卸完成日止之上述各種儲藏費用；（十四）船舶因遭遇事故受損害，為共同安全之必要，駛入避難港，於碇泊期間內及船舶準備繼續航行之時止，其船長及船員所支付之薪工及給養；（十五）船舶不能航行或停止航行時，於卸載完成前之上述海員薪工及給養；（十六）在共同海損時，因傳遞，卸載，入倉，重裝，拖帶貨物燃料或儲藏品而生之損害；（十七）為共同安全，在裝載港，寄港港，或避難港，對船舶為臨時之修繕，或對因共同海損行為而生之損害，為臨時修繕之費用；（十八）偶然損害之修繕，僅在完成航海時其所減省之修繕費用；（十九）因共同海損行為所致貨物損害而生之運費損失；（二十）因該貨物之損害而生之運費損失；（二十一）因船舶駛入避難港，或歸航於裝載港，而延長航海時，倘其進港或歸港之費用，認為共同海損者，其被消費之燃料及儲藏品，船長及船員之薪工與給養；（二十二）於裝載或裝載地，寄航港，避難港或避難地，在船長船員等之薪工給養，視為共同海損期間內，其超過滯泊期間所消費之燃料及儲藏品；（二十三）對於共同海損所支出百分之二之手續費；（二十四）分担義務人不供給基金時，因發行冒險貸借證券，或依其他方法而得基金之必要費用，或物主因此出賣物品所受之損失；（二十五）為保險支付共同海損金額之安全，而給付之保險費。

其明定不得認為共同海損者：（一）因航海之遲延所受船舶貨物之損害或滅失，及因同種原因所受間接之損失，如船舶遲航費，與市場之損失是；（二）除為商習慣所認應為運送之貨物外，其餘貨物之

投棄；(三) 船貨直接被火焚燬之部分；(四) 爲切斷因海難而破損之物件材料所受之滅失或損害；(五) 使船舶浮於海上，因帆之強用，致船貨運費等受有之損害；(六) 船舶原浮於水面時，因使用機器及汽鍋所受之損害；(七) 船舶爲共同安全計，駛入避難港後，若船舶不能航海或拋棄航海時，其以後對於各種貨物燃料及儲藏品等之保管費用；(八) 避難港中，船舶不能繼續航行或不再繼續航行時，其以後所有對於船長及海員等之薪金及給養；(九) 未向船主或其代理人聲明，或聲明不實，其所裝運貨物之損失，但被救助時，應仍分擔共同海損之責。(參照王效文譯文，見其中國海商法論第一九〇頁至第二〇五頁)

各國法律之規定，在大體上皆不出乎上述之範圍，然因繁簡各異，取舍不同，遂使彼此法律上之衝突點依然存在耳。且各國商法上對於共同海損種類之規定，大都對非共同海損者，擇要列舉之；共同海損只偏重條件之規定，而非如約克克魯爾規則之列舉；於是在解釋上更不必彼此皆同。吾人雖未一一比較其異，然實際上可推而知之，故從略。

第三，關於共同海損之分擔者 共同海損之分担，各國法例亦不盡同；例如關於共同海損分擔額之標準，有採即時主義者，係以處分行爲當時之狀態，而爲分擔額之標準，英國於費用海損採之；有採航終主義者，係以航海終了時之狀態，而爲分擔額之標準，德，法，及我國採之。此外若共同海損分擔之主體若何，共同海損分擔之履行若何，因分擔而發生之債又若何；各國法律亦非一致。然則將如何而確

定其準據法耶？

(乙) 共同海損之法律適用 關於共同海損之準據法，迄今尙無完備之說，雖以船舶國旗法主義爲較適用，然亦有其缺點。茲分別述之如左：

第一，發航地法主義 謂共同海損之標的物，船貨之關係既皆有之；共同海損之分担額，船主貨主之責任又皆在之；專依貨主方面之法律固不可，專依船主方面之法律亦失當，惟有依兩方同爲便利之法律而定。兩方同爲便利之法律自以發航地位爲妥，蓋發航地法，兩方同易知之故耳。此說，在古代頗見採用。然事實上往往因積貨場所之異，有數發航地時，又將以何地法律爲發航地法耶？

第二，到達地法主義 謂到達地較發航地爲簡單，通常只爲一處；而海損之計算通常又在到達地爲之；而海損計算人之所最熟悉者，亦爲到達地之法律：故不可不依到達地法。此說，今日歐陸諸國多採用之。蓋在中世紀，運送貨物，對於受到達地法支配之支店，有密切之關係；此後共同海損計算人之法律，即由此推嬗而出；而海損之實際計算，亦在船舶到達以後；其損害額關於船舶者又以到達地到達時之船舶價格定之：此所以認到達地法爲共同海損之準據法也。然在實際上，到達地亦非確定如一者，有時爲偶然之決定，例如避難港之類；有時有數多之到達地，至出帆後而始指定；苟採到達地法主義，是以偶然之事實，決定其準據法，自非所宜！

第三，船舶本國法主義 即國旗法主義是。謂共同海損之發生，普通多在公海，當然不應以到達地

法爲準據，國旗法之適用乃屬至當；且船舶之本國法，較之到達地法，事前易於確定，而共同海損之利害，當事人常皆着眼於船舶之本國法：故採船舶本國法主義爲最能適合於當事人之意思也。此說賴溫康（Lyon-Caen）首唱之。國際法協會亦主張「爲共同海損而得使利害關係人分擔之海損，須有如何性質？於共同海損所應負擔之財團，應如何組成之？尤其關於船主之負擔，應如何組成之？」諸問題，皆依船籍國法律是決。畢氏國際私法典同樣採用此說，如其第二八八條「決定海損爲單獨海損或共同海損，及海船與裝載分擔海損之比例，適用國旗法」之規定是也。然此說之在今日，雖爲最有力之學說，而因船舶往往轉運他國貨物之故，專依船舶本國法，於理亦有不妥；不過基於當事人易於辨認，並通常易於保護當事人之關係上，遂被認爲較當之說云。

第四，卸貨地法主義。即日本所謂荷卸港法，上陸港法，或陸揚港法主義是。謂船舶與貨主不必皆同其國籍，自不應專依船舶之本國法；但依到達地法，則恆有不能抵預定之到達地的事，莫若依卸貨法，苟現爲卸貨地之法律，其地即不必以到達地爲必要也。此說爲盎凡爾之萬國商法會議所採，蓋否決本國法主義後而爲所備補之準據法也。然此說仍與到達地法主義有同一流弊，即因偶然之事實決定準據法是；蓋因避風浪之故，往往常在預定地以外卸貨故耳。且卸貨地若係荒蕪之區，即欲適用其地之法律，亦有所不能矣！

第五，海運契約準據法主義。依以所述，共同海損問題，迄今尙無一完備之準據法；而曼利亦謂「

使海損之絕對服從於惟一之法律者，其根本上爲已誤也。按共同海損之性質：雖在各國法律上，別於運送契約另爲規定，其本質實爲海上貨物運送法之一部，則與運送契約採同一之準據法，似尙相宜。即首先由當事人自定其準據法：無之者，船貨爲同國籍人所有，即依共同之本國法而決之：非同國籍，則依締結貨物運送契約之公司或商店營業所等之所在地法而決之是也。倘以此種辦法不妥，則船舶與貨物爲同國籍所有者，依船舶之本國法：非同國籍而有確定未變之到達地或卸貨地者，依到達地法或卸貨地法；以一種混合主義處理之，亦或不失實用之效。然最後之解決，尤望各國於立法上，依約克盎凡爾規則之所示，自動地減免其衝突點，則依任何地之法律皆可，乃根本之辦法也。

第五編 保險法適用論

第二十章 總綱

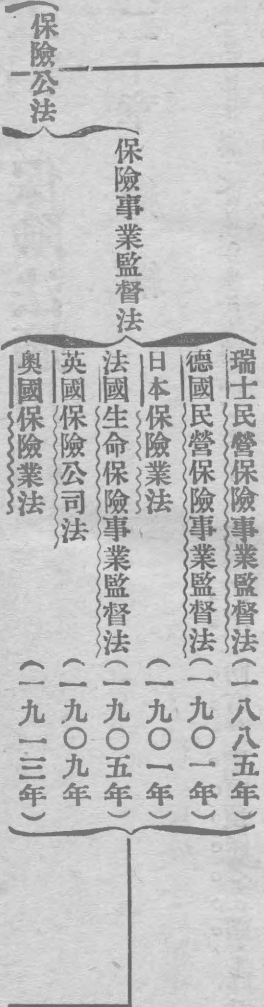
保險 (Insurance 英; Versicherung 德; L'assurance 法) 云者，防有危險而預保之之謂；詳言之，衆多之人恐有同種危險受其損害，因以利害攸同，結爲團體，或加入焉；苟其中偶有受損害者，即共同分擔之是也。惟如人身保險，則非以損害填補爲目的，乃以支付一定金額爲目的，故有時即無損害，而因一定事故之發生，有其經濟上之需要者，亦得取途於保險耳。其起源遠在十二世紀之頃，以海上保險爲最早，火災保險次之，而人身保險之發達，則近五十年間事。最初均無特種法令之頒行，所有一切保險契約之訂立，皆依照一切之商習慣以行；至其判斷，亦僅憑法官之意旨而定，無法令上之根據。嗣後因保險爲業，性含徼倖，苟不善用，易陷賭博，始有保險公法以監督之；而商習慣亦漸寢成一種保險私法，遂創爲今日之大觀！蓋保險法規之最早者，爲一三六九年之熱那亞 (Genova) 法令；一四三五年之巴塞羅納 (Barcelona) 法令；一五二三年之佛羅稜薩 (Florence) 法令；一五五六年之西班牙保險法典；一六〇一年之英國保險法案；然皆內容繁雜，兼乎公私。自一六八一年路易十四之海事條例頒布後，其中有海上保險之一部，德國之漢堡 (Hamburg) 即於一七三一年頒布海損及保險條例，英國亦於一七五六年由

曼斯菲爾德 (Lord Mansfield) 編有海上保險法，美國後亦效之；他之國家對於海上保險法，則歸之海商法中。此外各國，如荷，如比，如意，如西，復於商法中，設有一般保險之規定；惟德國，瑞士，則於一九〇八年另制保險契約法，以單行法頒布之，英，美亦然。

我國在昔，沿襲日例，將一般保險規定於商行爲草案中，十八年十二月三十日公布之保險法，則爲單行法；至海上保險，則依通例納之海商法中。既若是矣，吾人之敘述保險法適用論也，即不能仍舊將其置於商事一章中，而與銀行，交易所，運過，行紀等事同觀；所以另立一篇，俾與立法精神有所一致。然如海上保險，雖規定於海商法中，並非有何特殊原因，不過出於依例從舊之舉；實則置於一般規定之損害保險中，亦無不可；故愚特別移而述之於茲。

「圖表六十九」 保險法之分類表

有採放任主義(自由主義)者——荷，比。



保險法

保險私法

社會保險法 (勞動保險法)

德之國家保險 (Reichsversicherung) 法
英之國民保險 (National Insurance) 法

有採干涉主義(強制主義)者——德, 法, 日。

關係保險事業主體之法規(散在保險公法中)

保險業之移轉
保險業之合併
保險業之計算
保險業之公告

廣義保險法

保險契約法

以單行法規定之者

德國(一九〇八年)
瑞士(一九〇八年)
奧國(一九一七年)
其他(英, 美...)

編入商法法典中者(日, 西, 葡...)

海上保險法(多與海商合定)

狹義保險法

(一) 保險法之統一問題

吾人知票據法，海商法之統一運動，日有發展；縱未能得何成效，但至少可減各國法律上之衝突，而與後之立法者以借鏡。保險法之在此一問題上，除海上保險外，殊未見國際間有何努力。學者間雖嘗謂「陸上保險，各國制度大略同一，不生國際私法之問題」（見程樹德比較國際私法第一九八頁），則因之而不感及統一保險法之必要；然一般保險之各國規定，實際上並不如何簡單而統一，為減少衝突起見，當然有待於統一者也。

（甲）一般保險之規定繁雜 各國保險契約法之內容，彼此因所採主義不同互異者，愚將例示之於下章，茲姑不論。即：

第一，以保險法規之編制言 已然感覺其繁雜。德國保險法分爲總則 損害保險，人壽保險，傷害保險，附則四章，共一九四條。瑞士保險法分總則，物保險，人保險，總法規定及附則等章，共一〇四條。我國票據法分總則，損害保險，人身保險三章，共八二條；而於損害保險章中，又分通則，火災保險，責任保險二節；於人身保險章中，又分通則，人壽保險，傷害保險三節。日本則以保險法規定之於商法中之商行爲編，既已有異前之各例；且分爲損害保險，生命保險兩章，於損害保險中，列舉火災保險與運送保險兩種，共五〇條：亦不相同。其他各國必更有與此爲異者，結果，在法律之適用上，必不便利，蓋章節不同，詳簡互異，遂影響於條款之性質，解釋之範圍等事矣。此有望於統一者一。再：

第二，以保險種類之取舍言 保險之人爲的分類，係依於法規而爲唯理的分析，如所謂原保險與再

保險，填補一種危險之保險與填補數種危險之保險之類，實與保險法之統一問題無涉。保險之自然的分類，係依於保險標的物而為事實的分析，其種類繁雜，不可勝言；各國法理上對其取舍，或輕或重遂各相異。例如日本商法，以火災保險與運送保險為損害保險之兩大目；實則汽鍋保險，盜劫保險等亦各有其特殊之情形，何以不與並列歟？又如我國保險法，以火災保險與責任保險為損害保險之兩大目；但運送保險之特殊性，並不下於責任保險，而摒除之，亦未能明其所以然。要之，保險種類之何取何舍，孰輕孰重，迄今皆讓諸一國法律之自由規定，於法律之適用上自亦感其困難。此有望於統一者又一。

(乙)海上保險之統一草案 海上保險向來認為係海商法之一部，因海商法之統一運動，國際間亦連帶注意及之。不僅一八八八年盎凡爾之萬國商法會議，有關於海上保險準據法統一之決議；國際法協會抑且有海上保險統一法草案之制定。附錄其要端如左：

第一，關於保險契約之締結者 船舶及積貨，關於航海之危險，有可用金錢估計之利益者，得以此為海上保險契約之標的；貨物及船客之運送金，因冒險借貸之海上利益，因貨物所得之利益，因承攬介紹等所得之報酬，亦得以此為其標的；但一國或以特別法禁海員俸金之保險者，不在此限。

第二，關於保險責任之範圍者 凡戰爭之危險，及由第三人之行為而生之危險，非有特別之規定者，不包含於保險之內；船長船員之職務懈怠及過失，於其無反對之規定者，則包含之。

第三，關於被保險物之事由者 就其估價言：因當事人之合意，選定鑑定人使其估計被保險物之價

格時，保險人除以詐欺爲理由外，不得對於所估之價，有何爭議。就其委付言：被保險物之委託，限於船舶破壞時，被捕獲時，被官署扣押時，因海上危險而致不能航行時，被保險物之毀滅或損失達於全價四分之三以上時，以及無德國商法第八六條（新商法第八六二條）所定之期間報知時，得以爲之；但各國仍得特別以法律限制此委付之情形。就其買賣言：於被保險物之買賣，新所有人對於被保險人，爲前所有人權利義務之代位時，保險爲新所有人之利益而存續；但契約有反對之訂定者，不在此限。

以保險事業為標準

- 就其組織之性質而言
 - (甲) 自由主義之保險 (荷比等國之保險)
 - 強制主義之保險 (勞動保險)
 - 準則主義之保險 (依我舊商法草案而成立之保險)
 - (乙) 私立主義之保險 (私營保險 Private ins.)
 - 公立主義之保險 (公共保險 Public ins.)
 - (即社會保險 Social ins.)
- 就其組織之方式而言
 - 營利組織之保險 (商事的或簡稱營業保險)
 - 相互組織之保險 (特殊的或簡稱相互保險)
 - 混合組織之保險
 - (一) 稱利益分派保險 Assurance with Participation

就契約之性質而言

- 原保險 (或又稱原受保險)
- 再保險 (Reinsurance)
 - 再保險之再保險 (海上保險有之)

以保險契約為標準

就保險之價額而言

- 保險金額未超過保險價額者
 - (甲) 全部保險 (Total ins.)
 - 一部保險 (Under ins.)
 - 共同保險 (分担保險 Co-ins.)
 - (或又稱同時保險)
 - (乙) 相繼保險 (或稱順次保險)
 - 預備保險 (或仍稱重複保險)
 - 保險金額皆超過保險價額者
 - (甲) 超過保險 (Over ins.)
 - 同時重複保險 (Concurrent polize)
 - (乙) 重複保險 (Double ins.)
 - 異時重複保險 (或僅以重保險稱)
- 廣義重複保險

保險

就被保之利益而言

- 定價保險
- 不定價保險
- 單純的——個別保險 (Single ins 或譯單獨保險)
- 集合保險 (Collective ins.)
- 多數的
 - 繼續保險 (Laufende Versicherung)
 - (更稱預約保險英美之 Running or open Policy 即其一種)
 - 包括保險 (Pauschal Versicherung)
 - (英美之 Blanket Policy 即是)

以危害關係為標準

- 留伊斯 (Lewis) 主張依危險之種類分為
 - 填補一種危險之保險 (火災保險獸疫保險是)
 - 填補數種危險之保險 (海上保險旅行保險是)
 - 損害保險 (填補損害，即計其實際損害而填補之)
 - 定額保險 (協訂一定之保險金)
- 哀倫堡 (Ehrenberg) 主張依損害之性質分為
 - 人身保險 (Person ins.)
 - 傷害保險 (Accident ins.)
 - 人壽保險 (Life ins.)
 - 物體保險 (Gütervers.)
 - 資產保險 (Vermögenswertvers.)
 - (無體物)

以保險事故為標準

- 救濟人身上之危險難者——人身保險 (Person ins.)
- 填補財產上之損害——損害保險 (Property ins.)
 - 海上保險
 - 空中保險
 - 陸上保險

以保險費之內容為標準

- 依保險政策而定
 - 平均保險費 (公共保險用之)
 - 等級保險費 (私營保險用之)
 - 普通保險費 (如人壽保險)
 - 特殊保險費 (如戰死保險)
- 依特殊事由而定
 - 自然保險費 (Natural Premium)
 - 平準保險費 (Level Premium)
 - (一) 稱公積保險費 (Reserve Premium)
- 依徵收數目而定
 - 定額保險費 (營利保險多用之)
 - 不定額保險費 (相互保險多用之)

保險費

以保險費之數目為標準

就其組織之方式而言 相互組織之保險 (特殊的或簡稱相互保險)

混合組織之保險

(一) 稱利益分派保險 Assurance with Participation

就契約之性質而言 原保險 (或又稱原受保險)

再保險 (Reinsurance)

再保險之再保險 (海上保險有之)

保險

以保險契約為標準

就保險之價額而言

保險金額未超
過保險價額者

(甲) 全部保險 (Total ins.)
一部保險 (Under ins.)

(乙) 共同保險 (分担保險 Co-ins.)
(或又稱同時保險)

相繼保險 (或稱順次保險)
預備保險 (或仍稱重複保險)

(甲) 超過保險 (Over ins.)

(乙) 重複保險 (Double ins.)

同時重複保險 (Concurrent polise)
異時重複保險
(或僅以重保險稱)

廣義重複保險

定價保險
不定價保險

單純的——個別保險 (Single ins. 或譯單獨保險)

集合保險 (Collective ins.)
繼續保險 (Laufende Versicherung)
(更稱預約保險 英美之 Running or open Policy 即其一種)

包括保險 (Pauschal Versicherung)
(英美之 Blanket Policy 即是)

以危害關係為標準

留伊斯 (Lewis) 主張依危險之種類分為

填補一種危險之保險 (火災保險 獸疫保險是)

填補數種危險之保險 (海上保險 旅行保險是)

損害保險 (填補損害, 即計其實際損害而填補之)

定額保險 (協訂一定之保險金)

以保險事故為標準

救濟人身上之危險難者——人身保險 (Persona lins.)

人壽保險 (Life ins.)
傷害保險 (Accident ins.)
(有體物)

物體保險 (Gütervers.)

資產保險 (Vermögenswertvers.)
(無體物)

填補財產上之損害——損害保險 (Property ins.)

海上保險

空中保險

陸上保險

以保險費之內容為標準

依保險政策而定

平均保險費 (公共保險用之)
等級保險費 (私營保險用之)

普通保險費 (如人壽保險)
特殊保險費 (如戰死保險)

依特殊事由而定

自然保險費 (Natural Premium)
平準保險費 (Leve Premium)

(一) 稱公積保險費 (Re serve Premium)

保險費

以保險費之徵收為標準

依徵收數目而定

定額保險費 (營利保險多用之)
不定額保險費 (相互保險多用之)

依徵收時間而定

預納主義之保險費 (現皆採之)
集金主義之保險費 (古時用之)

(一) 稱賦課主義

依徵收次序而定

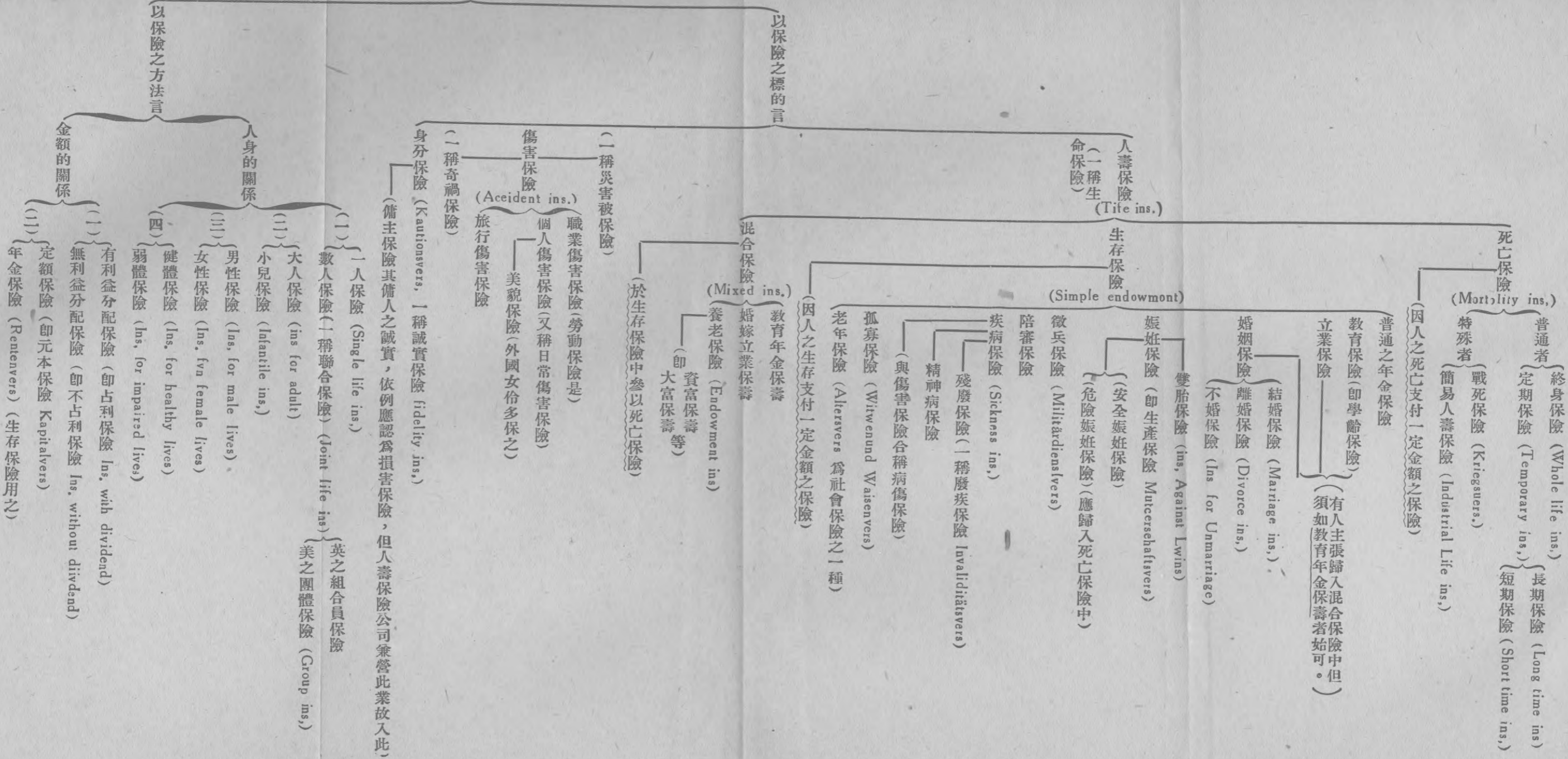
一時保險費 (即一次付足保險費見於博覽會保險)
繼續保險費 (通常保險多如此)

以保險費之成分為標準

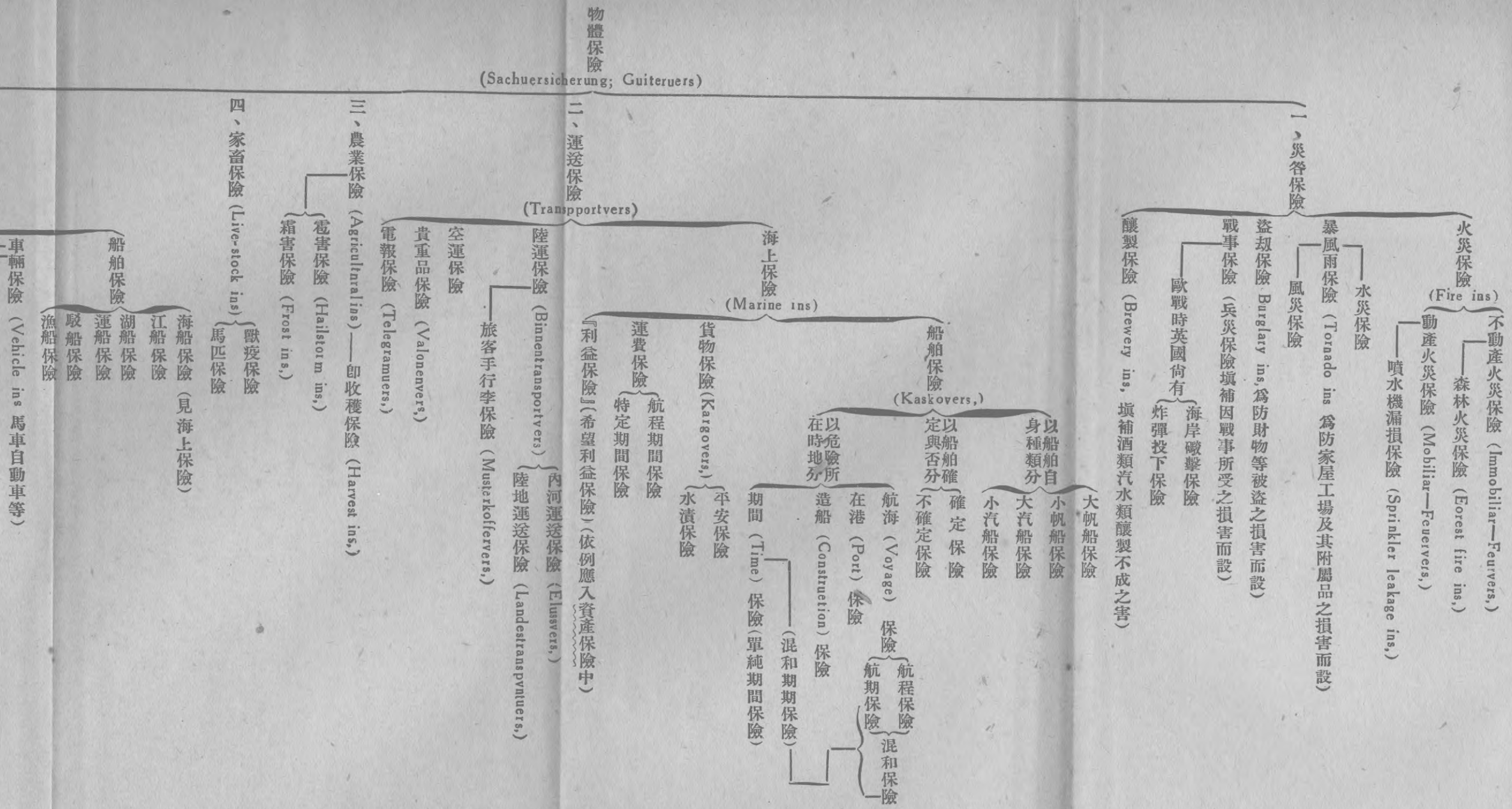
營業保險費 (Business Premium)

淨保險費 (Net Premium)
附加保險費

人身保險 (Personal insurance, Personenversicherung)



英之組合員保險
美之團體保險 (Group ins.)



物體保險
(Sachversicherung; Güteruers)

二、運送保險
(Transportvers)

海上保險
(Marine ins)

船舶保險
(Kaskovers,)

以船舶確
定與否分
不確定保險
確定保險

小汽船保險

以危險所
在時地分

航海 (Voyage) 保險
在港 (Port) 保險
造船 (Construction) 保險

航程保險
航期保險
混和保險

期間 (Time) 保險 (單純期間保險)

貨物保險 (Kargovers,)
平安保險
水漬保險

運費保險
航程期間保險
特定期間保險

『利益保險』(希望利益保險)(依例應入資產保險中)

陸運保險
(Binnentransportvers)

內河運送保險 (Eisvers,)
陸地運送保險 (Landestransportvers,)

旅客行李保險 (Musterkofferfers,)

空運保險
貴重物品保險 (Valoneners,)
電報保險 (Telegrammers,)

三、農業保險
(Agricultrualins) —— 即收穫保險 (Harvest ins,)

雹害保險 (Hailstorm ins,)
霜害保險 (Frost ins,)

四、家畜保險 (Live-stock ins)

獸疫保險
馬匹保險

船舶保險

海船保險 (見海上保險)
江船保險
湖船保險
運船保險
駁船保險
漁船保險

車輛保險 (Vehicle ins 馬車自動車等)

汽車保險 (Motor car ins, 保其自身損壞及不能行駛)
定期車票保險 (Season ticket ins,)

工業具保險 (Werkzeugvers,)

機械保險 (Machinevers,)
汽罐保險 (即汽鍋保險 Dampfkesslivers, Boiler ins,)

家屋保險

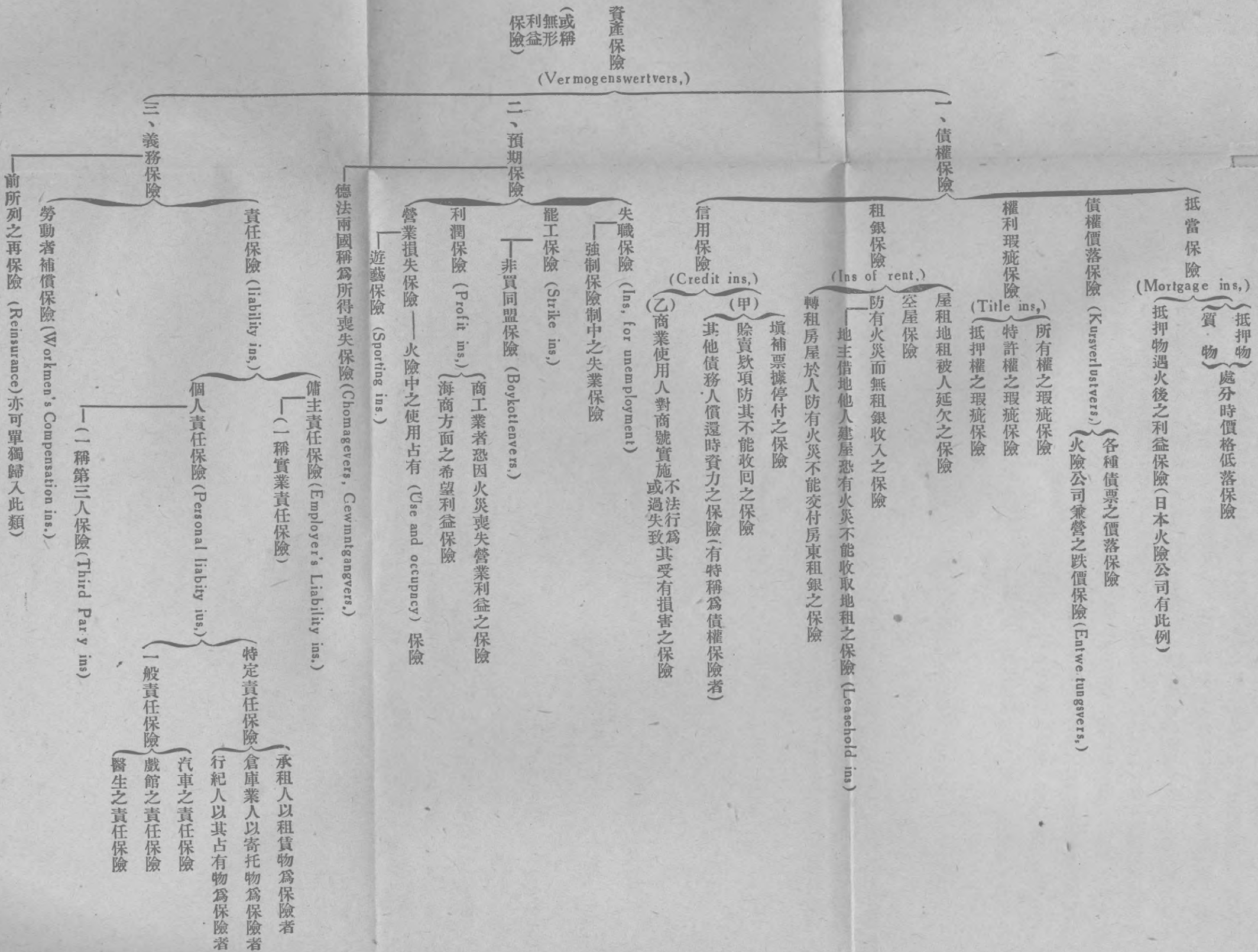
玻璃保險 (Plate glass ins, 門窗之玻璃等)
水管保險 (Waterpipe ins,)
屋蓋保險 (Dachschadenvers,)

小器物保險

鍵保險 (Key ins,)
傘保險 (Umbrella ins,)
鐘表唱機保險 (我國亨達利已行之)

五、其他物品保險

損害保險之分類表 (下)



(二) 保險法之強制問題

保險在經濟上之效用，既保障個人生產之安全，又獎勵冒險事業之發展，同時復使保險標的物之信用與價格增加，商業交易亦因之趨於圓活；實社會及國家之所不可少者。然保險契約，無論如何，究近於射倖契約，在被保險人或要保人方面，或則誘發其詐欺行爲，或則誘發其重罪作爲，如保火險後而放火圖賠者有之，保壽險後而殺人取財者有之；在保險人方面，或則誘發其賭博之行爲，與要保人締結不正當之保險契約，或則冒昧經營之，而危害社會之利益，甚至濫用公積金於投機，致公司倒閉，不免涉於斂財貳衆之舉。於是瓦格涅 (Wagner) 等即主張，以保險業之性質，非可委於自由競爭與自由經營之營業，力唱國立保險之論。其說雖偏極端，然國家對於保險一事，須有監督之權，按諸保險之性質。則亦不能否認。此頗影響於甲國人在乙國之保險營業權問題，與夫保險契約違反或國家之強制規定之效力問題矣。

(甲) 保險公法之強制規定 此之規定，大都爲權利能力之問題；依權利能力服從於權利享有國之法律之原則，不特內外國人同須受其支配，且如特別對於外國人有限制者，外國人更須單獨服從之也。茲分別述之：

第一、內外國人同受之限制 現代各國對保險營業採放任主義者，僅荷比等國；英國在昔，雖與之

同，然自頒布保險公司法之後，復於商務院設保險課以監督之，與德日法例爲近。凡採干涉主義者，保險業不許由人民任意經營，其成立須經行政官署之核准並時施檢查，或使報告，甚至於必要時，停止其營業，或解散之。內國人固絕對受其限制，即外國保險公司之設支店於內國者亦然。此外若日本與國對於保險公司之組織，除相互組織外僅限於股份有限公司，而日本保險業法第一條第二條第四條並規定非資本十萬元以上之股份有限公司，或相互公司，不得經營保險業，且同時不得兼營損害與人壽之兩種保險；德國則除人壽，傷害，電害保險等須爲股份有限公司外，其他則否；法國對於人壽保險，亦只限於股份公司或兩合公司。外國公司之欲設支店於其國者，既須經其特准程序，則公司之種類等，是否應與內國法之規定相合，內國自有權以斟酌之。例如日本既限定內國保險公司之成立，須資本在十萬元以上，而外國公司之設支店日本者，即須納十萬元之供託金是。蓋保險爲業，網羅無數之被保險人，以行危險之分担，即不得不力求其事業之鞏固，俾免於爲害社會公安，固不能以內外人有所分也。

第二、外國公司所受之限制。因保險事業須受所在地國之嚴重監督，故凡採干涉主義之國，皆不以條約規定外國保險公司之特許，外國保險公司能否在內國設立支店或總代理店，一任內國之自由。有如普魯士即嘗解釋一八九〇年德瑞住居條約第一條及第三條，謂其僅係關於自然人之規定，不包含公司於內；因之在德國，關於瑞士人壽保險公司之准許，較諸其內國公司尤爲困難，蓋因適用德國民營保險事業監督法第八五條以下之規定故耳。然在瑞士方面，亦早於一八八五年所頒布之民營保險事業監督法中

，設有對於外國保險公司之重要規定，如其第三條是。姑舉最要之點而言：外國公司須於其營業所在地，以自己之名，證明其有享權利負義務之能力；外國公司須指定其在瑞士之主住所，及總代理人，且須提出其附與於其總代理人授權書之謄本；私立保險公司須供託聯邦會議所定之保證金於其會議等是。日本依於其一九〇一年之保險業法第一一五條；同年九月勅令第三八〇號第一條，第五條至第七條，及第十條，與一九〇四年之農商務省令之規定，皆對外國保險公司有其限制。凡外國人或外國保險公司，欲設支店於日本，營保險業時，須定出代表人，申請農商務省許可之，並須納以十萬元之供託金，且如人壽保險公司之責任準據金在十萬元以上時，則更於其超過額中，命其供託相當之金額。在日本之保險契約人，被保險人，及對於支店或代理店之一般債權人，於供託金上皆有優先債權之存在。

外國保險公司所以須受此嚴格之監督者，不外保險事業利害參半，禍福社會至為鉅大，而如人壽保險等更具有一種儲蓄性質，被保險人或受益人往往於數十年後，始受保險金額之支付；則負其責任者之保險公司，不特須置資本於內國，確保其信用，而因欲保護內國保險公司之發達，自亦不能濫許外國保險公司之在內國營業也。然一九〇〇年六月瑞士聯邦會議所議決而公布之「一八九八年瑞士民營保險業報告書」其中第一二頁瑞士保險官曾有反對之見解，附錄要義於下，藉作參考：「對於外國保險公司之保證金與放資，較對於內國公司為嚴重之要求者，殊嫌過度！……國家所以鞭策之者，自始無非欲營業於各國間之保險公司，益負擔其義務，多供託其保證金，又使其多作統計表，不能不廣知法規而已。但

國際之間，於此等義務，不免互有抵觸，即不免難於履行；……且監督之程度過於繁重，必大困民營之保險業者，致與以巨大之喪資及煩勞，殊失監督者保險契約者之本心。蓋既以民營保險業爲有利之制度，望其營業之推廣於各國，則不可不謀其所以發達之條件……而於監督之注意外，並應謀及保險業得爲國際營業之共存方法一云云。

(乙)保險私法之強制規定 保險契約法既爲私法，故除關於公益之例外規定外，概爲任意法規，當事人得以契約之條款任意變更之；然其變更仍有相當之限制，非僅直接有害於公益者，始不得變更之，即間接有牽及公的政策時，亦不得變更之耳。且有時對於在內國之外國公司，與內國人結保險契約者，或更有嚴格之限制。茲分別述之：

第一、內外國人同受之限制

例如德瑞保險契約法皆規定不得以契約變更爲要保險者之不利益；我

保險法第二條亦云，『本法之強制規定，不得以契約爲不利於被保險人之變更』；蓋保險私法雖爲任意法，倘其中有強制之規定者，一切須依法律條文是歸，不問當事人之國籍若何，皆不得以契約自由變更之。我保險法之此種強制規定，如第一三條云，『因履行人道上之義務，所致滅失或損害，應由保險人負責』；第四七條云，『由救護行爲及拆卸房屋所致於保險標之物之損害，保險人應負賠償之責』；第六六條第一項云，『被保險人故意自殺者，保險人無給付保險金額之義務，但應將該保險之積存金，給還於應得之人』；以及第二六條所謂契約中有『文義廣泛，如載明違背法律或章程時，要保人或被保險

人即失其權利之條款』，或「載明因要保人或被保險人聲明或通知之遲延或遺漏，即失其權利之條款」，其條款無效云云皆是。故如華安合羣保壽公司保險單其他條款第一條之所謂「違章」規定；以及上海現行之人壽保險通則，凡死於決鬥，死於法律，保險人多不負責任等等辦法即不必皆能發生法律上之效力，而亦不問保險業經營者之爲何國人也。

強制規定之外，當事人固得以條款任意約定之；然因保險人係與多數之要保人締結契約，故多分別定其條款，特預先制定一普通保險約款，以爲訂約之準則。此種約款，各國通例，須經主管官署之核准，且應於保險單中記載全文，或添附於其書面，藉以保護保險關係人之利益。一國苟須保險公司履行此約款核准之程序者，仍不問爲內國保險公司，或爲外國保險公司，皆須一律爲之。

第二、外國公司所受之限制。外國公司特別所受之契約上的限制，吾人可舉瑞士民營保險事業監督法第三條第四項之規定以證，即：『一切外國之私立保險公司，爲營業而定其法律上之住所於各州以內者，除保險契約以原告住所地之法院，爲其管轄法院外，必須使其州內之住民，於其右之法律上住所地，如公司在瑞士之住地，關於與公司所締結之保險契約，得以提起訴訟。又被保險人關於火災保險契約上之請求，得提起之於物之所在地之法院。至於保險公司之請償債務，應在被保險人之住地；但以被保險人住所所在之州之公司住所，保險契約上定爲履行地時，不在此限。凡保險契約之約款，反於以上之規定者，皆屬無效。』是也。

(三) 保險法之適用問題

保險公法之適用，當然為屬地法之性質，依其所在地國之法律而處理，有如上述。至關於保險私法之適用，其：

(甲) 屬於準據法方面者，各國法律上對此尙少特殊之規定，僅波蘭國際上私法關係適用法第八條中及之；其他則或見之學者著作或判例方面。主要之準據法，普通認為係自由選擇法，然實際上莫如謂其為契約地法；同時內國法之適用，在保險契約方面，亦有相當之領域，為不可否認者。其：

(乙) 屬於實質法方面者 為其準據之法雖有多種，自必先特別法而後普通法。例如海上保險，則須先用其海商法上之規定，無之者始適用一般保險法，我海商法第一四五條所謂『關於海上保險，本章無規定者，適用保險法之規定』是也。我保險法第一條，亦規定『保險，除法律另有規定外，不論其種類與性質，均準用本法之規定』，更可參照之。至於保險法無規定者，因其對於民法又為特別法，自須進而適用民法上之規定；例如要保人受他人之委任而締結之保險契約，對於被保險人有如何之權利與義務；即應依民法上委任之規定是也。倘在民商法分立之國，並須先依商法中總括的規定，始能進而採及民法之適用，自無待言。

第二十一章 一般保險

一般保險係指通常之損害保險及人身保險而言。損害保險云者，即賠償損害之契約之謂；詳言之，以填補因偶然一定事故所生財產上之損害或其滅失爲目的之保險契約也。人身保險云者，死亡或生存之人壽保險，及人身之傷害保險之謂；詳言之，以人身爲保險之標的，關於人身之一定事故發生，給付一定金額之保險契約也。此兩種契約之性質，雖一爲損害填補之契約，一爲給付一定金額之契約，但皆爲有價契約，爲雙務契約，爲對人契約，爲獨立契約，並皆有其相當之任意性，及未可否認之射倖性；則在其準據法之決定上，除一二特例外，通常並不因保險契約之爲損害，爲人身，致有絕大分別；故爲節省篇幅計，合而論之。

(一) 一般保險之法律衝突

保險法之衝突點，爲例甚多，不勝縷舉，特擇其重要者，分爲左列各款，俾例有所明，知其法律適用問題之所以發生，斯可矣！

(甲) 關於保險契約之要件者 除左列數事件，保險單之爲記名式，爲指示式，抑爲無記名式，亦屬於保險契約要件問題者；既意在示列，故不必一一舉之。

第一、保險契約之作成問題。保險契約之爲要式契約，抑爲諾成契約，各國法律上首即發生衝突。

在古代，保險契約大都爲要式契約，如普國法原定人壽保險及海上保險爲書面契約（法國商法亦原定海上保險如此）是。近代法律則多視爲諾成契約之一種，保險單之作成，不過契約成立後之一種證明文件，而契約之成立實在於保險單未作成以前。例如日本商法第四〇三條第一項云，「要保人得請求保險人作成損害作險單」；既出於要保人之要求，又在保險契約成立以後，自非契約成立要件可知，不過保險單之本身仍爲一要式證券而已！然在我國，依保險法第七條「保險契約應以保險單或臨時保險書爲之」，第八條「保險契約應記載左列各項由當事人雙方簽名」之規定，則實爲要式契約之一種，而與日本等國之法律有異。

第二、保險事故之存在問題。保險事故爲災禍之原因，通常以危險稱之；惟保險學上之災禍，不限於事實之損害，即婚嫁所需之費，於保險場合亦可視爲一種災禍。此事故之存在與發生，須爲可能的，須爲合法的，須爲偶然的，須爲將來的，且須爲不確定的。但各國立法例上之所謂不確定，實有客觀的不確定主義與主觀的不確定主義之分。客觀主義云者，締結契約時，其事故之發生須不確定；例如保火險而物已被焚，保運險而貨已起卸，其契約即屬無效是。瑞士保險契約法第九條第一〇條採之。主觀主義云者，事故之發生或不發生，現雖確定，苟不知之，猶爲不確定，得以訂約；故當事人知保險事故不至發生或知其已發生者，契約始無效也。德保險契約法第二條，日商法第三九七條採之。我保險法第九

條第一〇條之規定，則採折衷主義，原則上，保險契約訂立時，如危險已消滅，或已發生者，其契約無效，是與客觀主義相合；例外上，運送保險，或在國外物品之火災保險，其危險已消滅或已發生，於訂約時為當事人雙方所不知者，則仍有效，是主觀主義相合。三種法例顯然各別。

第三、保險契約之同意問題。要保人以他人為被保險人而締結之人壽保險契約，今日雖以積極論為通例，承認為他人生命之保險之存在，然皆設有一定之限制，俾防流弊。此一定之限制云者，是否須得被保險人之同意之謂也。有採利益主義者，謂要保人對於被保險人須以具有利害關係為必要條件，同意問題尙在其次。英國法律，美國判例，則限於金錢的利益，要保人非對於他人之生死有金錢上之利益者，不得以他人之生命付諸保險。意商法第四四九條第二項，葡商法第四五六條，荷商法第三二〇條，比一八九四年頒布之保險法第四條第三項，其規定則包括一般的利益，只須對於被保險人之生死，有金錢，愛情，或其他各種互利之利益之一即可，否則契約無效。有採同意主義者，要保人對於被保險人有無任何利益關係在所不問，苟取得其人之同意，即可為之保險；德法第一五九條，瑞法第七四條日本改正商法第四二條，我保險法第六一條之規定皆採之。惟德瑞諸國，被保險人之同意，僅限於訂約之時，至因契約而生之權利移轉，則無須同意；我國及日本法，則始終以同意為必要，又其異耳。有採折衷主義者，利益與同意均須兼備，缺其一種即屬無效；奧保險法第一三一條，匈商法第四九七條之規定是也。又採同意主義者，若被保險人為係無能力時，依瑞法第七四條第一項之規定，須得其法定代理人之書面上

同意，依德法第一五九條第二項之規定，亦然，惟法定代理人自爲要保人者無效。我保險法第六三條則規定其爲無能力者保險，契約根本無效；如保險人或要保人故意爲之者，並有罰則處之。各種法例，顯又相異。

(乙)關於保險契約之內容者 此係指爲保險契約標的之被保險利益而言，試就保險價額保險金額等方面，述其衝突之點：

第一、保險價額之估計問題 保險價額者，被保險利益之價額之謂，乃損害保險契約特有之內容也。其以契約預定之者曰定價保險，未以契約預定之者曰不定價保險。不定價保險之保險價額，究應如何評價，各國法例規定各異；依瑞士保險契約法第四九條之規定，「保險價額，依契約訂定時被保險利益所有價額定之」；惟學者間則主張依其第三九三條之規定，以損害發生地當時之價格定之。依德國保險契約法第五〇條之規定，則以保險事故發生時之價額爲標準，我保險法第三一條第二項之規定，亦有此種意義。日本商法無一般規定，學者援其第三九三條第一項之規定，爲類推的解釋，主張依標的物所在地當時之價額定之。至於估計價格，究應依被保險人所認識之價額，抑應依一般人所認定之價額乎？爲例亦不一致。在我國，依保險法第三三條之規定，不能以市價估計者，得由當事人約定之；故除約定者外，保險標的物之價格，當以交換價格估計之是。

第二、保險金額之超過問題 保險金額者，保險人因填補損害所約支付之金額之謂。保險金額倘超

過於保險價額者，謂之超過保險；其超過部分是否有效，各國法例亦非一致：有採絕對主義者，不問訂約之動機爲善意或惡意，僅使超過部分無效，契約本身不受影響；日商法第三八六條，荷商法第二五三條，智利商法第五三二條之規定是。有採相對主義者，如爲善意，僅使超過部分無效，如爲惡意，全部無效；法商法第三五七條第三五八條，意商法第四二九條，比商法第二一一條之規定是。有採事實主義者，善意所結之契約，僅於保險標的物價值之限度內有效，如當事人一方將超過價值之事實通知他方後，保險金額及保險費均應比例減少；若惡意者，不特得請求解約，如有損害，他方並得請求賠償；我保險法第三二條，蘇俄民法第三六九條，德保險契約法第五一條，瑞士同法同條，奧同法同條之規定是。重複保險之保險金額總和，超過保險價額之總和者，其辦法各國皆依超過保險之例，可參照之。

第三、保險金額之分担問題 就保險價額之一部締結保險契約者，曰一部保險；倘此種保險，其標的物全部損失時，保險人自應給付保險金額之全部；若僅爲一部損失，苟無特約，保險人與被保險人如何決定其損失之負擔？又重複保險，所有數個之保險契約，其保險金額之總和，超過保險價額之超過部分，固爲無效；但其有效部分，將如何決定各保險人之負擔？先以一部保險言，依歐陸法系之法律，則採按分填補主義，例如保險價額一萬元，以四千元之保險金額付之保險，今損失五千元，則保險人僅負擔二千元，其三千元之損失則由被保險人負擔之。依英美法系之法律，則採金額賠償主義，如前例，保險人負擔仍爲四千元，餘千元歸被保險人負擔之。我國採折衷主義，依保險法第三四條之規定，原則上，

保險人之負擔，以保險金額對於保價標之物之價值比例定之；但有特約者，則依金額賠償主義，乃例外也。再以重複保險言，依德保險契約法第五九條之規定，則採連帶責任賠償主義，各保險人仍各以保險金額為限度，負連帶責任，不得以分攤責任對抗被保險人；英美法亦然，惟規定以保險價額為限度，各負連帶責任耳。依瑞士保險契約法第五三條第七一條之規定，則採連合分擔填補主義，各保險人之負擔額，固各依其保險金額之比例定之，但支付不能之保險人之負擔額，他保險人仍負其責。依法商法第三三四條第三五九條，意商法第四二六條第四二七條，荷商法第二五二條第二七七條，日商法第三八七條第三八八條之規定，則採折衷分擔賠償主義，同時訂立之重複保險契約，採分擔賠償主義；異時者，採依次賠償主義。至於我國，依保險法第三七條之規定，則以比例分擔主義為原則，與奧法第五四條之規定固同，而以特別約定為例外，又有別於一切之法例也。

(丙)關於保險契約之效力者 此在說明因保險契約而發生當事人間之權利與義務之事，乃廣義的保險契約之效力之謂。用依左列各問題，述其衝突之點：

第一、要保人之聲明義務問題 一稱告知義務，即訂立契約時，保險人以書面詢問，要保人應據實聲明是，瑞法第四條，我法第一六條皆是規定之；但他之法例並有認為雖無書面質問之事，即保險人口頭詢及，亦有其聲明之義務。至於聲明義務之範圍，有唱客觀主義者，謂不問要保人自己確知與否，須與客觀的存在之事實相符而聲明之，法比等國採之。有唱主觀主義者，謂就自己所知悉者，直接聲

明之已足，其不知而聲明者，並不反於聲明義務，多數法例及我國法採之。違反據實聲明之義務者，其效果若何？有採無效主義者，認契約根本無效；法商法第三四八條，比商法第九條，荷商法第二五一條之規定是也。有採解約主義者，於一定期間，與保險人以解約之權，怠之者解約權即歸消滅；我保險法第一六條第二項，德法同條同項及第一七條第一項，瑞士第六條，奧法第三條之規定是也。

第二、要保人之保費義務問題。保險費之給付爲要保人之義務之一，各國皆承認之。但如要保人不得扣除受益人之保險金額，以對抗要保人之不付保險費；依德法第七八條，奧法第二七條之規定，則固得扣除之也。我保險法第七三條，亦有「利害關係人均得爲要保人代付保險費」之規定，與德例同。至於要保人之宣告破產者，是根本無給付保險費之能力，其契約之效果如何？法（第三四六條）意（第五八五條）日（舊商法第四〇五三項）智（商法第五五九條三項）等國法律，採選擇主義；保險人對於要保人請其提供擔保，或解除契約。比（第二九條第二項）盧（保險法第二八條二項）等國法律，採順序主義；先向其要求提供擔保，不應，則進而解除契約。德國（第一四條）及我國（第二九條）法律，採終止主義，要保人破產時，契約仍爲破產債權人之利益而存在；但破產管理人及保險人皆得於破產宣告一定期內，爲契約之終止是也。

第三、保險人之賠償問題。填補損害之責任，爲保險人主要之義務。但因要保人或被保險人行爲所

致者，保險人是否仍負責任，各國法例各異：日本法（第三九六條後段），由其惡意或重大過失所生之損害，保險人不賠償之，我國法（第一二條略同。瑞士法（第一四條二項），因重大過失所生損害，保險人仍任其責，惟得斟酌重大過失之程度，減少負擔額而已！德國法（第六一條，第一五二條，第六九條，第一七條，第一八一條），一般保險固限於輕微之過失，保險人任損害賠償責任，但關於責任保險及遭難保險，雖為重大過失所致之損害，保險人仍任其責。又在人壽保險中，被保險人之自殺者，保險人有無給付保險金之責任？各國法律雖大都規定，對故意自殺者，不負責任；然如美國法，則自契約訂立後，一年內自殺者，不負責任；我國法（第七六條）保險單內載有被保險人故意自殺，保險人仍應給付保險金額之條款者，其條款僅於訂立二年後始生效力；彼此仍不相同。又受益人故意致被保險人於死亡時，保險人之責任若何？依德保險契約法第二七〇條第二項之規定，保險人仍不能免除給付保險金額之責；依我保險法第七七條第一項之規定，則如保險年費已給付三次以上，保險人應將其保險積存金給付於應得之人；亦各相異。此外若火災保險之賠償期限，在歐美通例，限於六十日內，實行賠補，在我國法（第一五條），無約定者，應於接到通知後十五日內給付之；若保險人破產後之給付問題，在日本法（舊商法第四〇五條），則或令其提供但保，或進而解約，在德（第一八條）瑞（第三七條）及我國法（第二八條），則人壽保險於破產宣告日終止，損害保險於宣告後一個月而終止；其間皆不能有一致之規定也。

(丁)關於保險契約之變則者 此擬從保險契約之轉讓，保險契約之變動，及保險契約之代位三方面而論之：

第一、保險契約之轉讓問題 被保險人死亡，或保險標的物轉移時，保險契約是否仍為繼承人或受讓人之利益而存在？法意兩國之法律，契約上非有反對之約定者，從前所有人之權利義務，不移轉於受讓人。奧國之法律（保險法第六四條第六七條），則區別轉移物之為不動產或動產而定，不動產雖認保險債權之移轉為當，而動產，則直視為契約之消滅矣。德（保險契約法第六九條）瑞（第五四條）日本（商法第四〇四條）及我國（保險法第四〇條）之法律，被保險標的物之移轉，並不消滅保險契約關係，而却將保險債權移轉於受讓人是。但德國法，轉讓人與受讓人彼此則應負連帶之責，瑞士法，已屆清償期之保險費，前之所有人仍應負責，與我國法例微有異耳。至於德瑞及我國所採之此項同時移轉主義，皆許保險人或繼承人受讓人有終止契約之權：不過在我國則規定此種終止契約權，自知有繼承或受讓時經過一個月，不行使而消滅。在德國，則規定保險人自轉讓時起，以一個月之預告期間，得解除契約；受讓人自轉讓時起，一個月內，若不知有保險契約時，則自己知時起，一個月內，隨時解除契約。在瑞士，保險人知所有人變更後，十四日內得解除契約；契約解除後，保險人之責任自為解除之通知時起，經過四星期而消滅；又取得人於取得後十四日內，得拒絕其移轉。凡此，又皆其相異者。

第二、保險契約之變動問題 如保險費之減少等事，皆屬於保險契約內容之變動者，茲以受益人之

變更爲例言之。人壽保險中所指定之受益人，要保人是否得變更之？歐洲各國法例有固定與不固定之異。固云有，受益人對於保險之利益，自簽定以後，即已確定，即要保人亦不能改；故受益人宣告破產時；苟契約上有可返還之積存金，此金額亦須歸受益人之債權者享受之。不固定云者，要保人得在契約存在期間，變更其受益人，故受益人於契約未曾到期之前，宣告破產，則此保險單上之權利，仍須視作要保人之財產也。此既有相異矣，即同認指定變更權者：在日本（商法第四二八條第二項），則採保留主義，須要保人於指定他人爲受益人時，得表示反對意思，保留其指定變更之權利，苟未及行使權利而死亡，受益人之權利，即因是而確定。在德國（第一六六條）瑞士（第七七條第一項）及我國（第六八條第一項）則採直接主義，受益人經指定後，要保人仍有以契約或遺囑處分其保險利益之權，不必以表示反對意思爲保留條件。是又同而有異者也。

第三，保險契約之代位問題 質言之，即保險人之代位權問題也。蓋代位云者，保險人於給付保險金額後，即取得對於被保險人所有之權利之謂；有物上代位與權利代位之分。近代立法僅重視權利代位，即被保險人因保險人應負保險責任之損害發生，而對於第三人有損害賠償請求權，保險人得於給付保險金額後，代位行使被保險人對於第三人請求權是也。此種代位行使，各國法例之解釋，仍不盡同：依美國最高法院之判例，認爲此種權利係起於賠償契約之關係，而由要保人移轉於保險人者；易詞以言，保險人對於第三人實無求償權，不過以要保人之名義而行之耳。依日商法第四一六條之規定，認爲保險

人對於第三人有損害賠償之請求權，但無其他例外之規定，故雖與美之判例有異，而亦不同他國之法律。依德國保險契約法第七六條及瑞士民法第七二條之規定，認為保險人有此種求償權；但德法則限定有害及被保險人者，及因被保險人之家屬且與為共同生活者之過失而生損害時，保險人皆不得主張之；瑞法則限定因與被保險人為共同生活者或被保險人應任其責者之輕微過失而生損害時，保險人無求償權。依我保險法第四五條之規定，因與德瑞之例相類，但在例外規定上，列有僱用人與同居人，則亦不無少異。

各國法律之規定，既有如上所述之各種衝突點，遇有涉外原素之保險契約，將如何決定其法律之適用乎？

(二) 一般保險之法律適用

一般保險關係之準據法，說者或誤於各國保險法之無何重要衝突，舍而不論；或偶論之，亦不過謂與普通法律行為，同其準據法：實則絕不如是之簡單也。依愚之觀察，至少可供研究者，有左列數點。試一一述之：

(甲) 保險關係之主要的準據法 此係指保險契約之成立與效力之一般準據法而言，所謂其準據法之原則者是也。原則維何？當然不外一般契約準據法主義；試擇要一及：

第一，一般契約準據法主義之採用理由。謂保險契約之關係無論如何複雜，究不外「當事人之一方，約定賠償因一定意外事故而生之損害，或給付一定之金額，其他方對此約定與以一定之報酬之雙務契約」耳。既與通常之契約無異，即係法律行為之一，自應依一般契約之準據法決之；易詞以言，即依一般法律行為之準據法決之。學者與判例之對於此種採用之理由，固皆相同，然因各國對一般契約準據法之採用有異，則其結果自亦不能盡同；故在我國，則依法律適用條例第二三條處理之，在日本則依其法例第七條之規定焉。

第二，一般契約準據法主義之採用程序。契約準據法之特色，在首依契約自由之原則，而認當事人間之特別約定為有效。例如住於日本之日本人與美國保險公司締結人壽保險契約，苟明白指示服從於公民事務所所在地之法律，則無論起訴於何國，皆以其所約定之美國法為準據法也。但如當事人意思不明時，依波蘭國際上私法關係適用法第八條「當事人於適用之法律未經訂定時……，關於保險之契約，依保險公司所在地法……。」保險公司所在地法云者，即契約地法是也。然在我國，依法律適用條例第二三條第二項之規定，國籍同者則依本國法，國籍不同者，始依契約法；而畢氏國際私法典第二六二條前段亦云，「其他（指火險契約以外者）之保險契約，依照普通規則，由各締約者之共同屬人法支配之，如無，則依契約之締結地法支配之」。是同採一般契約準據法主義，但於各種準據法之適用程序上，彼此仍不免有所差異也。

第三，一般契約準據法主義之採用限度。保險契約同以適用一般契約之準據法爲原則，但在實際上，一方面因各國保險法上之強制規定，往往不許以特約變更，一方面因各地保險公司，皆預先擬定約款，呈由主管官署批准：則所謂自由選擇法之適用，其色彩亦極淡薄，不必皆符契約自由之原則。當事人間所選擇之法律，僅於一定限度下，或一定情形內，有斟酌之餘地，舍此即不能見諸實用。故一般學者雖在法理上，不爲自由選擇法之否認，惟依事實上之見地，直稱保險契約之準據法，爲依於保險地之法律，或保險公司主事務所所在地之法律者，仍甚多也。依此，吾人當進而論及：

(乙)保險關係之實用的準據法 保險地法爲保險契約實用的準據法，有如上述，顧此保險地法究何所指，是否即限於保險公司主事務所所在地法，情形不一，有如左列各端：

第一，保險地法之正則的適用 此當然指保險公司主事務所所在地之法律而言；蓋保險契約與銀行交易契約，同爲所謂大量契約，而根據一定之雛形（即約款）所締結者，其主要部分多經主管官署批准，斷不容對於一切要保人有所變更。故外國人與內國保險公司，及內國人與外國保險公司，所結之契約；凡由其契約所生一切之效力，在通常情形中，不可不謂其依於保險公司主事務所所在地之法律，換言之，即保險公司所服從之法律是。學者中，如巴爾（Bar）華東（Wharton）曼利（Meili）等皆同此說。曼利之言曰，『由保險契約所生之權利義務，依於公司主事務所所在地之法律』；巴爾之言曰，『定保險人義務之法律，爲發行保險單之公司，其於發生損害後支付保險賠金之事務所所在地之法律』：均可

爲證。依此情形，內國人雖住於內國，而與在外國之保險公司直接訂約者，外國人雖住於外國而與在內國之保險公司直接訂約者，皆以保險公司主事務所所在地爲保險地，故即適用其地之法律，無何疑義。不過一國保險公司，發展其事業於國外，必須在他國有保險介紹人之存在，或更認爲有所謂支店之存在，當事人之訂立契約多經其手，在此情形中，依保險地是否即公司主事務所所在地，有時即不免發生動搖也。

第二，保險地法之變則的適用。一國之保險公司與住在他國之外國人，締結保險契約，固事之最普通者；但其駐在他國之機關，須以其具有保險契約介紹人之純粹資格爲前提。此介紹人云者，不過對於保險契約之締結，加以直接之助力，非即契約之當事人；例如以媒介保險契約爲業者，謂之保險經紀人，以保險契約之代理或媒介爲業者，謂之保險代理店，若德法第四三條至第四八條，奧法第四三條至第四七條，瑞法第三四條所規定者是。故保險代理店之性質，於此場合非即保險公司之代理人，不過居於居間人之地位，而真正保險契約之締結，則仍係由保險公司主幹在其公司之主事務所締結之。蓋保險單雖發行於要保人之住所地，而一切皆依固有之約款以爲，可推知其最後決定仍然操其權於公司主事務所中之主幹也。說者中，欲維持此種正則之絕對的適用，常不惜否認一國保險公司在他國有所謂支店之說，因既承認其爲支店，則由支店而結之契約，契約地即在支店所在地，非即公司主事務所所在地故耳。

然無論一國保險公司在他國，設有支店，或僅代理店，倘此等機關有締結保險契約之獨立權，則保險地法即非公司主事務所所在地之法律，而為其所在國之法律，是即保險地法之變則的適用是。波蘭法第八條第五款後半，謂「關於與外國代理機關在波蘭訂立之契約，依波蘭法」，即為明例。在德國，依其民訴法第二一條之規定，認為保險公司之總代理店，亦一保險公司之事務所，則推而論之，由此事務所所締結之契約，其保險地法自不能謂為係公司主事務所所在地之法律。在美國，學者如華東等，亦主張有契約締結權之保險代理店，在某邦經營其事業時，即服從於其邦之法律，判例上多近似之。在英國，其判例，則謂應依契約效力之完成地何在而定，依於公司之總經理簽名而始完成者，其保險地法當然係指公司主事務所所在地法無疑；依代理店之簽名而即完成，或非其簽名不為完成者，其保險地法則為代理店所在地法矣。

(丙) 保險關係之特殊的準據法 保險關係之準據法，以自由選擇法為名義上之主據準法，以保險地法為實用上之主據準法；然此皆其據準法之原則耳。尙有反於此之決定者，用再述之：

第一，由保險性質上而發生之特殊法 社會政策或工業政策上所施行之種種強制保險，其中最著者如勞動保險，皆屬於公的性質，其關係上所準據之法律，皆為國際的公秩序法，不問是否其國之人民，凡住居於其國，均須受其強制。畢氏國際私法典第一九八條云，「關於保護勞動事變及勞動者之法規為屬地法」，則勞動保險法自亦包含其中，無庸詳及；此其準據法之有別於一般情形之保險者。

第二，由保險種類上而發生之特別法。畢氏國際私法典上曾主張之，其第二六一條謂「火災保險契約，依契約締結時被保險物所在地法支配之」是也。然保險契約乃債權契約，非物權契約，實無適用物所在地法之必要。至於說者或謂損害保險，固可由當事人選擇保險公司主事務所所在地之法律或保險單發行之法律，若夫人壽保險，則以適用前項之法律為宜，傷害保險則以適用後項之法律為宜；此並無所以區別之理由，而證明其特殊的準據法之適用，更難承認也。

第三，由保險管轄上而發生之特別法。此為保險契約之準據法上一大例外，即內國法之絕對地適用是也。蓋各國許可外國公司之營業於內國者，往往規定其須受內國法之支配，其意除公的規定外，僅重在外國公司於此場合須服從內國法院之管轄而已。德國通常之許可書，皆有明文如是規定。至於準據法之是否為內國法，惟視其法律關係應否適用內國法而定。但在瑞士，其聯邦法院之判例，則將內國法適用之領域，為之特別擴大。初則認為瑞士民營保險業監督法第二條第三款及第四款，僅為審判管轄之規定，但實際上，外國保險公司在瑞士與瑞士之被保險人所締結之契約，雖瑞士之實體法亦應服從之。次並認為依同法第三條第三款至第五款之規定，不可不論結使在前情形中之外國保險公司亦服從於瑞士之實體法。末更進一步主張被保險人或其破產財團與有權利於保險契約上之第三人間所有爭議，亦依於瑞士法而決。此種完全抹煞當事人之自由選擇法之適用，並積極地以內國法代替保險地法之適用，頗為學者所非議，如瓦特起（Waldkirch）即為其一。

(丁) 保險關係之附帶的準據法 除上述者外，在保險關係方面，有數事之準據法，與保險契約之成立與效力之準據法，不必盡同，用附及之：

第一，各種方式問題之準據法 此當然依行爲地法無疑。畢氏國際私法典第二六二條但書云，「但爲設立對於執行或維持訴訟或權利之必需與不作爲之外面方式，依使作爲或不作爲發生地法支配之」云，可資參照。

第二，權利轉讓問題之準據法 因保險標之物之移轉，保險契約上之權利，是否同時移轉，或依何種方法而移轉之？此當然適用保險人之住所地法。蓋此問題乃一債權之轉讓問題，債權轉讓問題之準據法，雖爲說不一，而其最合理最通行者，則債務者之住所地法是也。不過保險契約既爲雙務契約，當事人雙方各負有相當之義務，則關於讓與人之責任，亦依於例外，而以讓與人之法律爲其準據法耳。

第三，權利質押問題之準據法 曼利曾論及之。謂其與保險契約上權利之轉讓場合同論，蓋質入者有時而亦爲轉讓也。反之，若無記名式之保險單，則適用交付質物於質權人之地之法律云。

第二十二章 特殊保險

特殊保險係指海上保險及航空保險而言；特殊云者亦非與前述之一般保險，有如重大區別之點，不過因其發展之沿革不同，遂各有其範圍，且亦不無少有特殊之性質也。

(一) 海上保險

海上保險云者，以填補因航海事故而生之損害為目的之一種損害保險契約也。故其異於普通之損害保險者，惟在其所填補之損害，為由航海事故而發生之耳。既如是矣，各國法律遂皆規定，「海上保險法之無規定者，適用一般保險法之規定」，乃當然也。因之，關於海上保險之法律衝突及其法律適用，皆惟從簡論之。

(甲) 海上保險之法律衝突 各國中有全不設海上保險之制度者，如南美諸國及土耳其是，此既與一般承認之國家，在立法上有絕對之差異矣。即在同認海上保險制度之國，其規定仍各不相同。擇其要者示例於左：

第一，關於保險標之上之衝突者 何物得為海上保險之標的。何物不得為之，各國法律各有其限制。例如關於運費保險，英美德比意日等國皆承認之；法國則只許淨運費之保險，總運費之保險概非所許，而一般國家所採之運費保險，大都兼指總運費及淨運費之保險而言也。又如以海員薪工及報酬請求權而為保險時，在日本等國無明文限制，在德國則絕對禁止之。皆為顯證，不再縷舉。

第二，關於保險價額上之衝突者 保險價額，當事人自以契約規定者，自應從當事人之意思；如未訂明，則關於保險價額之計算，各國法律恆不同其標準，此亦引起法律上之衝突者。例如船舶保險，通

常皆以保險責任開始時之船舶價額爲保險價額，若我海商法第一五七條，日商法第六五六條所規定者然。但依英國法，發航準備費則包含於船價之內；依德日法，則除有特約外，不包含之是也。

第三，關於保險責任上之衝突者。我海商法第一五三條云，「因要保人或被險人或其代理人之重大過失所生之危險，保險人不負責任」；日商法第六六七條第三款，則規定積貨保險及希望利益保險，若因要運送人或收貨人之惡意及其重大過失所生之損害，保險人不負賠償之責；德保險契約法上，關於一般保險，固與我法例相同，但關於遭難保險，則雖要保人有重大過失，保險人仍負責任。此其異一。被保險之船舶，受他船碰撞所生之損害，保險人自應負責，然依英一八三六年之判例，他船主支付其損害賠償額者，即不得向保險人再要求之；依日本法，則以損害額四分之三爲限度，保險人任其填補之責。至於碰撞他船舶時，對他船之損害賠償，依一般通例，此種間接損害，除有特約外，保險人不負其責；但依德國商法第八二〇條之規定，保險人仍應負其責。此其異二。此外，若保險標的，因共同海損處分而受有損害時，保險人所應賠償之損害額，有主張爲扣除分擔額後之殘額者，德商法第八三八條第八三九條以明文規定之，法國舊時學者同宗此說；然在英國判例及日本學者，則皆主張保險人賠償全額，且同時取得被保險人分擔額之請求權。又其所異者三。非共同海損之損害及費用，在如何限度下，保險人得免其責，我國法無明文規定，法商法規定若不過保險價額百分之一，保險人不負填補之責；日商法規定之比例則爲百分之二，德商法規定之比例則爲百分之三。又其所異者四。其他爲例尙多，如單獨海

損不担保 (Free from Particular Average) 中，卽有英國派約款 (F. P. A. E. C.) 與美國派約款 (F. P. A. A. C.) 之顯然區別，皆可推知，不必再舉。

第四，關於委付問題上之衝突者，委付云者，海上保險之標的物雖未全滅，而被認為係推定的全損 (Constructive Total Loss) 時，被保險人得將其殘餘之利益，表示移轉於保險人，而請求保險金額之全部是也。此種關係之規定，各國法律上更形歧異。試以委付之性質言：德日法上認之爲單獨行爲，只須被保險人表示委付之意思，其委付卽生效力；英美法上認委付須經承諾，始生效力；我海商法第一六八條，謂委付，須經承諾或經判決爲有效後云云，亦與德日法有異。再以委付之原因言，我海商法係將船舶委付，貨物委付，及運費委付之原因分別規定之，日本法國之商法，則概括一切海上保險之委付而言，無船貨之分別：此既彼此爲異矣。卽關於船委付之原因者，雖皆同認船舶自身發生危艱，爲委付原因之一；但依我海商法第一六三條之規定，則列舉船舶之被捕獲時，沉沒時，或破壞時；依日商法第六七一條之規定，則僅有船舶沉沒與被捕獲，於破壞無明文；依法商法第三六七條之規定，雖有被捕獲，及破壞，而又無沉沒字樣，且破壞則又分爲觸暗礁或暗砂而船破壞時，與因風波而船破壞時兩款。雖皆承認船舶失蹤或被官署扣押已逾一定期間仍未放行時，爲委付原因之一；但在我國法，其限定之時間，僅爲四個月；在日本法，則明定兩者皆以六個月爲限；在法國法，既有通常航海與遠路航海之分，又有六個月，一年，十八個月期限之別，與我國日本之例，皆顯然有異。更以委付之時效言：日商法第六七四條，

定爲三個月，我海商法第一七三條定爲四個月，已不相同；而關於期限之計算，在日本，則因委付之原因不同而異其起算點，我國，則概自知委付原因發生後，得爲委付之日起算，亦其所異者也。

(乙)海上保險之法律適用 海上保險事件，既有如上所述之法律衝突，法律上遇有涉外的保險關係，其準據法將如何決定之歟？

第一，保險契約爭議之準據法 當事人間基於保險契約而生之爭議，正如曼利所謂『對於海上危險之保險契約，在國際上從於國際民法之原則而定』，易詞以言，與一般保險採用同一之準據法是也。蓋海上保險之本質，不失爲損害保險之一，且既爲契約之爭議，自應同依契約自由之原則，先問及當事人有無自由選定其適用之法律；如無，則最後進而適用契約地法，即保險地法是也。一八八五年盎凡爾之萬國商法會議，其決議云，『關於海上保險契約之爭議，而保險單所未預訂者，當事人依於作成保險單之法律條款及習慣決之』，卽一明例。

然何地爲保險地，其問題與在一般保險方面同；英美判例，以保險公司主事所所在地（卽本店所在地）爲保險地，保險契約地法卽係依於其地之法律；若在支店保險，而保險單又非經支店簽字不生效力時，則以支店所在地法爲保險地法，學者多稱其爲至當之論云。

何以須認爲保險公司主事務所所在地法，爲原則的保險地法？蓋歐美各國有海上保險經紀人（Insurance Broker）之設，爲保險人與要保人處理海上保險之一切手續，雖遠住於異國之要保人，亦可直接經其

手而與保險公司締結契約；且海上保險業者亦常派遣店員分赴各地誘勸海上保險之投保，手續更爲簡便；即在我國與日本，無保險經紀人，仍可赴外國公司設在內國之代理店，書明投保單 (Application) 而提出之，以爲締結正式契約之預備。保險公司雖不在同地，因締約手續之關係，故多操其最後完成契約之權於公司之總理，遂即以其地之法律爲保險地法焉。

第二，保險契約方式之準據法。此與契約之實質的關係採同一之準據法，即，仍依其所採之保險地法而定之是也。故凡外國海上保險單，皆須保險公司總理之署名；公司之秘書及經理人證明其保險單上記載保險金額之確數，亦當署名其上；否則被保險人於發生爭議時，即有不便。

第三，共同海損計算之準據法。蓋凡爾萬國商法會議對此亦有決議，認爲「關於共同海損之計算，保險人須承認被保險人所服從之法律」；而曼利亦謂「保險人不可不承認共同海損之計算，特關於所謂共同海損計算師之行爲爲然。」此時即不能再以保險地法爲準據，乃依於海商法之特質而變更者。共同海損之計算，今日以約克 查爾規則之規定爲最周密，故歐美各國之海上保險單，對此規則亦大都載明之，爲契約當事人之共同所遵守者。

第四，基於公的政策之準據法。此爲自由選擇法或保險地法之一大例外；蓋關於船舶國旗法之適用是也。如在德國，禁止屬於德國船舶之船長，以其薪金保險，蓋恐其怠於職務，而影響公共安全之故耳。則其船長雖依保險地法，得有效地締結此項保險契約，但由德國當解決爭議之任時，則仍屬無效也。

(二) 航空保險

因航空事業之爲新興，關於航空保險之法律，自尙未能有何成績，更未可尋求其衝突點，而爲其準據法之決定。即就德國國內而言，航空業者與保險人間，亦未能有一致之見解，他可知矣。不過就大體上言，可供吾人之敘述者，有左列各項：

(甲) 航空保險中之強制法 航空船所有人，對於其服務人員之僱傭部分，現今各國皆依其本國之勞動法及公司保險法以保護之。於是即有僱傭者保險之事。此外若航空船所有人之損害賠償責任保險，國際間亦有力謀其以強制保險之形式出之。凡此，皆屬於一國之公的規定，其所準據之法律自爲屬地法而無疑。

(乙) 航空保險中之契約法 乘客保險爲人身保險之一，貨物保險，船體保險爲損害保險之一，皆須依保險契約而成立之。其保險人或爲航空保險公司，或爲航空保險公司之聯盟；或爲航空公司自己經營，如德國勞夫特漢沙(Luft Hansa)公司所自營之乘客一般災害保險是。然無論當事人之爲誰，皆有一定之約款可據；故其準據法首爲自由選擇法，如無，則斟酌契約地之相當法律與習慣而處理焉。

中華民國二十三年十一月初版

(外埠酌加郵費隨費)

國際私法商事編

(每冊定價大洋二元五角)

著者

陳 願 遠

印刷者

(上海塘山路九二六號)
民智印刷所

發行者

民智書局

分發行所

(南京 廣州 武昌 長沙)
民智書局

分售處

各大書坊

總發行所

(上海河南路1005至1011號)
民智書局

版權所有

上海图书馆

上海图书馆藏书



A541 212 0002 89718

張