

部定大學用書

# 國際私法綱要

翟楚編著

國立編譯館  
中正書局  
出版  
發行

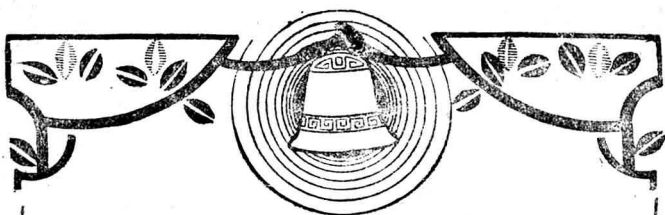




部定大學用書  
國際私法網要  
翟楚編著



國立編譯館出版  
正中書局印行



版權所有  
印刷必究

中華民國三十四年七月渝初版  
中華民國三十五年九月滬一版

國際私法綱要

全一冊 定價國幣六元  
(外埠酌加運費匯費)

編	著	者	翟	楚
出	版	者	國	立
發	行	人	吳	秉
發	行	所	正	中
印	刷	所	正	中
發	行	所	正	中

(1968)

整：德  
核：勁



# 目次

緒論 …………… 一

第一章 國際私法之概念 …………… 一

第一節 國際私法之發生 …………… 一

第二節 國際私法之意義 …………… 四

第三節 國際私法之詞源 …………… 七

第二章 國際私法之性質 …………… 一三

第一節 國際私法之本質 …………… 一三

第二節 國際私法與國際公法之關係 …………… 一六

第三節 國際私法與實質法之關係 …………… 一八

第三章 國際私法之學派 …………… 二一

第一節 法則區別說 …………… 二二

第二節 德意志學派 …… 二九

第三節 義法學派 …… 三四

第四節 英美學派 …… 三六

第四章 國際私法之立法沿革 …… 三九

第一節 國內立法之沿革 …… 三九

第二節 國際立法之沿革 …… 四二

第五章 國際私法之根據及其法源 …… 四七

第一節 國際私法之根據 …… 四七

第二節 國際私法之法源 …… 四九

第六章 國際私法之研究方法及其範圍 …… 五三

第一節 國際私法之研究方法 …… 五三

第二節 國際私法之研究範圍 …… 五六

第一編 國籍及住所 …… 六三



第七章	國籍之概念	………	六三
第一節	國籍之意義	………	六三
第二節	國籍法之制定	………	六四
第八章	國籍之取得	………	六七
第一節	生來之國籍取得	………	六七
第二節	傳來之國籍取得	………	七二
第九章	國籍之喪失及回復	………	九一
第一節	國籍之喪失	………	九一
第二節	國籍之回復	………	九九
第十章	國籍之衝突	………	一〇五
第一節	國籍之積極衝突	………	一〇七
第二節	國籍之消極衝突	………	一一六
第十一章	住所與居所	………	一二二
第一節	住所之概念	………	一二二









圖表目次：

(一)	國際私法之研究方法比較表	五五
(二)	各國制定國籍法時所採之立法原則及其主義表	七一
(三)	國籍之回復圖	九九
(四)	國籍之再取得圖	一〇〇
(五)	跡部定次郎之解決國籍衝突方法分析表	一二〇
(六)	住所之分類表	一三二
(七)	國際私法本論之內容分類表	一九〇
(八)	法律適用之準則表	二〇五
(九)	直接反致圖	二三四
(十)	轉據反致圖	二三五
(十一)	間接反致圖	二三六
(十二)	適用反致條款之輪環圖	二四四







## 緒論

### 第一章 國際私法之概念

#### 第一節 國際私法之發生

國際私法爲近世文明之產物，而其發生亦較他種法律爲獨遲，蓋古時各國閉關自守，交通阻塞，內外國人鮮相往來，領土之內既無外人，故受法律之適用者，僅屬內地人民而已，國際私法自亦無由確立。降至近世，交通日繁，商務漸盛，各國人民之往來與時俱增，相互接觸之關係日益複雜，而法律之衝突於以發生，其結果不得不確定適用之法，以相調和。有主屬地主義者，即以領土爲範圍，不論當事人之爲內國人抑外國人，凡在本國領土內者，悉適用內國法；有主屬人主義者，即以人民爲主體，不論當事人之在內國抑在外國，凡屬本國人民者，悉適用本國法。

上述二種主張各有利弊，對於解決法律衝突問題之方法固爲簡便，但其於近世法律關係，殊難盡爲適用。

且於涉外法律關係，若貫徹屬地主義而盡用內國法，頗有侵害外國主權之嫌；若尊重屬人主義，盡用外國法，又有違反立國之道，尤非所宜。兩全之道，即分別法律關係之性質，何者當根據屬地法，何者當根據屬人法，為適宜之規定，確立適用準則，於是國際私法尙焉。

國際私法發生之確期雖無可考，但其存在之背景，則不外下列五點：

一、內外國人之交往 國際私法者，即所以確定內外國之法律孰應適用於涉外法關係之法規也。故其法律關係，具有涉外原素（foreign element），始有適用國際私法之需要（註一）。蓋任何法律關係，如無涉外原素，自無適用外國法之機會，僅依內國法之規定而謀適當之裁決可也。夫涉外因素，發生於內外國人之交往。昔日各國皆取鎖國主義，人民之交往限於地域，境內人民鮮有跋涉於異邦者，涉外法律關係既少，則國際私法自亦無由發展。迨至國際交通發達，商務振興，各國人民之交往因而頻繁，涉外之法律關係亦愈複雜，而法律之衝突生焉。若異國籍之人民，相為婚姻者有之；互締契約者有之；病歿異邦，遺留財產者有之；經商海外，購置財產者亦有之。凡此種種法律關係，含有涉外原素，則不得不確定適用內外國法之法規，以資調和。此國際私法之所由發生者一也。

二、外國人之權利保護 內外國人既相往來，若外國人在其本國之外不能享有權利，或內國對外國人之權利不與相當之保護，則國際私法仍無由發生。按古代各國，相互歧視，故以權利為國民之特權，凡非國民，不得

享有。而國際私法既以外國人享有權利之保護爲前提，若外國人權利不予保護，則國際私法即無存在之必要矣。然至近世，文明各國，或取相互之主義，或採平等之原則；故凡在內國之外國人，除法律另有規定者外，皆得享有同一之權利。因是，正義和公允之觀念生，外國人權利之保護問題亦生焉。一國既負有保護外國人權利之責，則應適用何國法律予以保護，此國際私法之所由發生者二也。

三、獨立自主之法權 內外國人既相交往，外國人亦已享有權利之保護，苟一國獨立自主之法權受有限制，對於境內外國人不能行使法權時，則國際私法亦無由發生。蓋一國對於領土內之外僑可以行使法權，此乃國際公法上之通則。但歐美列強根據條約之規定，享有所謂領事裁判權者，即歐美各國之人民僑居亞洲各國者，如涉有法律關係，仍由其本國行使裁判權，不受所在國法律之支配，故受領事裁判權拘束之國家，主權爲之破壞，法權爲之殘缺；在此情況之下，國際私法既非所需，更無發生之可能。蓋一國具有獨立自主之法權，乃能於涉外法律關係，就其性質爲適宜之規定，以確立適用何國法律之準則。此國際私法之所由發生者三也。

四、各國法律之互異 上述三點，固爲國際私法成立之要件，苟各國之法律一致相同，內外國法之差異無由存在，適用何國法律問題亦無從發生，則國際私法將無存在之必要。蓋外國人所享有之權利保護，有根據內國法者，有根據其本國法者，更有根據第三國法者；若其法律之規定既同，則其結果必屬一致，而法律之適當問題因之而消滅矣。然法律爲社會之反映，亦爲國民精神之表現，各國社會之狀態及國民之精神既不能盡同，則



其法律之內容自亦不能一致；各國法律之互異，正所以形成國際私法之發展也。各國之法律既不能相同，對於涉外法律關係究應適用何國法律之問題因之而起。此國際私法之所由發生者四也。

五、內外國法之並用 內外國法之並用，為國際私法之發生背景之一（註二）。蓋凡涉外法律關係既含有涉外因素，則外國法即有適用之可能。國際私法即所以對於涉外法律關係，決定內外國法之何者應為適用也。若內外國法不能並用，遇有涉外法律關係發生時，概由內國法院管轄，專適用內國法足矣；或僅任外國法院之管轄，專適用外國法足矣；既專適用一國之法律，國際私法當然無從存在。惟其內外國法並用，因而何者應適用內國法，何者應適用外國法，不可不有適當之準則，其確定此等之準則者，即為國際私法。此國際私法之所由發生者五也。

(註一) Minor: Conflict of Laws, 1901, p. 4.

(註二) 此為日本學者志田御太郎所主張。

## 第二節 國際私法之意義

國際私法發生之背景，既如上節所云，則國際私法之意義，究當如何而確定之，此乃本節之所當研討者也。學者對於國際私法所下之定義，彼此不同，但其不同之點，僅為文字之紛歧，或含蓄之廣狹，對於國際私法之意

義無甚損益，故無列舉說明之必要。茲爲研討之便，擬一定義如左。

「國際私法者，對於涉外法律關係，就內外國之法域及法律，決定其孰應管轄及適用之法則也。」

茲就此定義加以說明：夫所謂法律關係者，乃法律所規律之生活關係也。而法律關係中，有內國法律關係，外國法律關係，暨涉外法律關係三種之區別。關於內國法律關係，由內國法院適用內國法律；外國法律關係，由外國法院適用外國法律，均不發生法域管轄（註一）及法律適用之問題。惟涉外法律關係有涉及外國人者（見例一），有涉及外國地者（見例二），有既涉及外國人復涉及外國地者（見例三），故對於此類法律關係，應由內國法院之管轄，抑應由外國法院之管轄，又管轄法院應適用內國之法律，抑應適用外國之法律，種種之問題，即由是而起。決定此種問題者，即國際私法是也。

（例一）美國人某甲死於中國，並於中國遺有財產，其妻爲法國人，在中國法院請求繼承遺產時，與本案有關之國家，有中、美、法三國，而本案之法律關係僅涉及外國人也。

（例二）有住所於德國之中國人某甲，死於英國，有遺產在法國，某子某乙在中國法院請求繼承遺產時，與本案有關之國家，有中、德、英、法四國，而本案之法律關係僅涉及外國地也。

（例三）英國人某甲在日本時與中國女子某乙結婚，生子某丙於美國，後甲移住法國，死於中國，在諸國均有遺產，乙與丙在中國法院請求繼承遺產時，與此案有關之國家，有中、英、美、法、日五國，而此案

之法律關係，既涉及外國人，復涉及外國地也。

上列三例中，應為解決之問題有二：一為法域管轄權之所屬，即各案應由關係中之何國法院管轄；二為法律適用之選擇，即管轄法院應適用何國法律而裁判之（註二）。又所謂法域管轄者，係對法院管轄而言，國際私法案件中，所應解決者，為法域管轄之所屬，而非法院管轄之所屬，蓋法院管轄之所屬，乃為內國之法制，非國際私法所應討論者也。

由此觀之，國際私法之案件，雖如何複雜繁夥，而歸納之，則不外二端：一曰法域之管轄，一曰法律之適用。蓋同一法律關係，各國規定既不相同，則遇有涉外原素者，適用何國法律固一問題，而何國法院有其管轄權尤為先決之問題也。而於此所應注意者，即凡屬合法管轄之國所解決之涉外法律關係，其效力應為其他有關國家所承認。故由於各國法律之衝突，而發生法律適用之問題，由於法域之管轄，而牽涉於法律效力之問題，此吾人研究國際私法所不可不特加注意焉（註三）。

（註一）法域（territorial legal unit）云者，即於特定土地領域內有其獨自法律之謂也。英美法上，以「法域」代指國際私法上之國家。例如美國之各州、英國之蘇格蘭、英吉利、愛爾蘭自由邦以及各殖民地，因各地法律之互異，自成「法域」，亦即各成爲國際私法上之國家也。

參閱 I. Restatement of Conflict of Laws, Sec. 2.

（註二）Dicey: Conflict of Laws (6th ed.), 1932, p. 3.

(註三)關於國際私法之內幕，大陸法系之學者，對於法域管轄權一點每爲遺忽，實際上法域管轄權之誰屬，不僅有個人之權利，且有國家之主權，故於國際私法中，自應詳爲研究。

### 第三節 國際私法之詞源

國際私法之名稱，紛歧雜出，欲擇一名副其實者，實不可得。大陸學者中有稱之爲國際私法，英美學者中有稱之爲法律衝突，然詳加研究，均與斯法之意義與性質未能相合。總之，國際私法尙在萌芽時代，故其名稱未能確定。茲將其名稱中之重要者，略述如左：

一、法則區別說 (theory of statutes) 此爲國際私法鼻祖義大利學者巴塔路斯 (Bartolus) 所創之說。(註一)當十四世紀中葉義大利各自由都市(註二)各有其特別之法則 (statute)，巴氏爲避免各市法則之衝突，乃規定法則適用之標準，並區別此等法則爲二種：一爲人之法則，一爲物之法則；而以前者解決關於人之衝突，又稱之爲屬人法，以後者解決關於財產之衝突，又稱之爲屬物法。故巴氏之說稱之爲「法則區別說」。歐洲學者宗此名稱研究國際私法，達四百餘年。惟此說究與國際私法之實質不甚相合。蓋以一切法律衝突，決非屬人和屬物之法則所可適用無遺；矧每一法律問題之發生，恆兼涉人物兩方，例如有住所在美國之英國人，在法國購有財產，死於德國時，則其繼承問題，應適用屬人法乎？抑屬物法乎？殊難揣斷。故法則區別說至十九世紀初

業，大受學者之排斥，此名稱遂亦湮滅，不復為學者所沿用。

1. 法律衝突論 (conflict of laws) 此名稱為一六五三年荷蘭學者羅登堡 (Roderburg) 所創設。羅氏以法則區別說不切適於國際私法之實質，乃創此論，以正其名。當時歐美學者皆採用此名稱，且通行甚久。(註三) 其意謂各國法律之規定，對於同一法律關係各不相同，而皆可適用，是為法律之衝突，國際私法即對此衝突之現象而謀解決之法者，故稱為「法律衝突論」。惟「法律衝突」一詞雖為英美學者所慣用，但嚴格解釋之，殊非得宜，以之定名，更非所宜。(註四) 故英國學者戴西 (Dicey) 曾謂，法律衝突，不外法官腦海中因內外國法對於同一法律關係規定互異而生衝突之現象，故思選擇其一，以解決其法律關係。(註五) 由斯言之，國際私法所討論者，乃避免法律之衝突，而就內外國法選擇其一而適用之，由是戴氏創「法律選擇論」(choice of laws) 以替代法律衝突論。(註六) 故大陸學者自十九世紀以後，即不復用此名稱者矣。

II. 外國法適用論 (application of foreign laws) 自十九世紀初葉，德國學者俞斯大達 (Oestadt) 以國際私法為規定外國法適用之法則，而外國法適用論之說遂以盛行。德意志各邦多採用之。(註七) 其在英國，國際私法學者梅茵 (Maine) 謂國際私法為規定外國法適用條件者。(註八) 其用意亦與此相同。此輩學者因國際私法有時適用外國法，故稱之為「外國法適用論」。然此名稱殊欠正確。蓋國際私法雖為規定對於涉外法律關係，就內外國法決定其執應適用之法則，但其所決定者實不以外國法為限，且既謂之外國法，當然包括其

公法及私法，國際私法應否將公法列於討論範圍之內，尙屬疑問；故以外國法適用論名國際私法，範圍殊失之過廣。再國際私法所應解決之問題，既爲管轄與法律之選定，僅以外國法適用論名之，其範圍又失之過狹。由此觀之，此名稱之沿用，殊不足表彰國際私法之實質也。

四、法律之域外效力論 (extraterritorial effect of law) 十八世紀末葉以後，學者如高西 (Cocceius) 見一國之法律當爲他國法院所適用，因以法律域外效力論名國際私法 (註九)。德國學者沙維尼 (Savigny) 以國際私法爲規定支配場所之界限之學，因而定名爲「法律之場所效力論」 (Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen) 亦卽此意也 (註一〇)。然此名稱之不當，甚爲明顯。蓋國際私法非爲規定法律效力場所之學，更非所以規定一國法律之域外效力；且一國法律之效力，依據國家獨立權說之原則，亦僅限及於本國領域內；內外國法雖有時互爲適用，亦僅其本國法行使之結果，而非承認外國法之效力行於內國，或內國法之效力行於外國也。

五、私國際法 (private international law) 此名稱創自法國學者斐律克士 (Poelix) 法義二國學者多贊成之。蓋其意以爲國際法分爲公、私兩種，其規定公益關係者爲公國際法，其規定私益關係者爲私國際法。斐氏之稱爲私國際法，卽本於此。英美學者均認國際私法爲內國法，但學者如魏司特立克 (Westlake) 傅脫 (Foster) 又以「私國際法」名其著作，誠難揣其用意也 (註一一)。要之，就國際私法之現狀觀之，其非爲國際法，毫

無疑義(註二)；且以公益私益爲區別公國際法及私國際法之標準，更屬不當也。

六、國際私法(international private law) 此名稱爲德國學者薛福納(Schaeffner)所創設；當一八五一年氏所著國際私法沿革史(Die Entwicklung des Internationaler Privatrechtes)首以此名。其後爲德國學者及法院判例所仿用，他若奧大利、瑞士、荷蘭等國之學者，採用此種名稱者，亦頗不少。我國學者相繼沿用，爲時已久，不便驟改，故各大學之教程亦以「國際私法」名之。但所謂「國際私法」與上述之「私國際法」名雖相似，實則互異。上述之「私國際法」，乃認爲國際法之一種；茲則不認爲國際法，而認爲國內之私法，惟此種國內之私法，不適用於國內之私法關係，而僅適用於國際私法關係，故謂爲「國際私法」也。此種名稱雖爲一般學者所通用，然亦不能謂爲正當之名稱。何則？國際私法因爲國內法，而非規定國家間行爲之法則；茲則冠以「國際」二字，殊不甚妥；且使讀者誤爲與國際公法相對立(註三)；又國際私法爲規定私法適用之規則，並非規定內外國人權義之法則，其本身實爲一種程序法，屬於公法性質，此則謂之爲私法，根本上已屬錯誤。故「國際私法」之名稱，亦不得謂適當之詞也(註四)。

除上列各名稱外，尚有日本學者有稱之爲「涉外私法論」(註一五)；比國學者稱之爲「國際民法」(註一六)；瑞士學者稱之爲「國際民商法」；而我國則以「法律適用」字樣以名規定國際私法之法則(註一七)；種種名稱舉不勝舉，然皆不得謂爲完善無疵，是有待於學者之努力研究焉。



(註一)巴氏著作可參閱卡耳(Beale)所謂之 *Barolus on Conflict of Laws* 一書中。

(註二)如 *Venice, Florence, Milan* 等地為義大利商業繁盛之區域。

(註三)如歐陸學者 *Haber, Wachter* 等；英美學者 *Dacey, Story, Laurenz, Beale* 等；彼等皆以「法律衝突論」名其著作。

(註四)關於「法律衝突」一詞之不當，可參閱李偉譯述 *日本山田三良* 所著之「國際私法緒論第二章」第一三頁至一四頁。

(註五) *Dacey: The Conflict of Laws* (5 ed.), 1932, p. 9。戴氏並謂「國際私法包管轄之範圍及法律之選擇二點，法律衝突論」

一詞，僅包「法律之選擇」而遺漏「管轄之範圍」。

(註六) *Dacey, p. 8.*

(註七) 德意志民法第二草案第二編，即以「外國法之適用」名之。關於國際私法之規定，共計三十條。此項規定，至第三國會之草案時，始被刪除；而對於此項規定，則歸納於民法施行法總則內，不另設編目。但據近來德意志之判例，預有改稱之勢；如各級法院皆已不用「外國法適用論」之名稱矣。參閱李偉譯 *山田三良* 原著，緒論第二章，第十五頁。

(註八) *Holland: Jurisprudence, p. 415.*

(註九) *Beale: A Treatise on Conflict of Laws, pp. 13-16.*

(註一〇) 沙氏於一八四九年首創此名。

(註一一) 如 *Weslake. Private International Law* (7 ed.), 1923; *Foots: Private International Law* (5 ed.), 1925.

(註一二) 國際私法為國際法抑國內法，可參閱本書緒論第二章「國際私法之性質」。

(註一三) Meili: *International Civil and Commercial Law*, translated by Arthur K. Kuhn, 1905, pp. 5-6.

(註一四) 國際私法爲公法抑爲私法，可閱本書第二章(緒論)

(註一五) 日本學者謂國際私法乃爲規定內外交涉之法律關係，故以「涉外私法論」名之。瑞士學者梅利(Meili)亦曾以「涉外私法」一詞名其所著。

(註一六) 爲比國學者羅蘭(Laurent)於一八八一年以「國際民法論」名其所著，瑞士學者梅利更以「國際民商法」名其著作。

F. Harrison: *Jurisprudence and Conflict of Laws*, p. 130.

(註一七) 法律適用條例於民國七年八月五日教令第三十二號公布。

## 第二章 國際私法之性質

### 第一節 國際私法之本質

國際私法既爲法律而自成系統，則國際私法究爲何種法律？國際私法與他種法律究有何種關係？亦爲學者間爭論之問題。茲先就國際私法之本質加以研討，明其體系，再申述其與他種法律之關係。

一 國際私法爲國際法抑國內法 國際私法之名稱既冠以「國際」二字，則其究爲國際法，抑爲國內法，諸說紛歧，尙無定論。大陸學者，如法之畢拉（Pillet）（註一）及衛斯（Andres Weiss）（註二）根據國際關係之演進，多有倡論國際私法爲國際法之一部，稱之曰國際法學派。英美學者，如英之戴西、美之施多銳（Story）（註三）根據國際法之實質，而認其爲國內法之一部，稱之曰國內法學派。前者立論固多失當（註四），後者主張亦非盡善（註五）。惟就國際私法之現狀觀之，其爲國內法而非國際法實屬毫無疑義。蓋國際公法既無統一立法議會，又無強制執行機構，故學者間對其有無法律之性質，尙滋疑竇；則以國際私法爲國際法之一部，殊無理由。且就國

際公法之本質。之歐美諸國於其憲法中亦多認爲國內法之一部者是則國際私法與其謂爲國際法無寧謂爲國內法也（註六）。

二、國際私法爲公法抑私法？國際私法既爲國內法，則其究爲國內之公法抑私法，學者間議論叢生。認國際私法爲私法者曰：凡定適用範圍之法，均爲實質法，而實質法又必爲私法。國際私法既爲畫分實質法適用區域之法，當屬私法而非公法。認國際私法爲公法者，則駁之曰：以定適用範圍之法爲程序法，而非實質法。且凡屬私法，必爲實質法而凡屬程序法，又必爲公法。故國際私法既爲規定實質法適用之程序法，則當屬公法而非私法也（註七）。且國際私法除畫分實質法適用之區域外，復規定各國法院之管轄權。其性質有關國家之主權，而凡規定國家主權之法律，概爲公法。故學者多主國際私法爲公法而非私法也（註八）。

三、國際私法爲實質法抑程序法？凡屬私法，必爲實質法；凡屬程序法，又必爲公法。但凡屬實質法，則未必畫爲私法。例如刑法、憲法、行政法等，雖爲實質法，而皆屬公法也。故國際私法既爲公法，則其究爲實質法抑程序法？大陸學者於此尙多紛歧，而英美學者則已確定其爲程序法。然余則認國際私法爲程序法而非實質法。蓋法律者即所以保障吾人之權利，亦即吾人於法律上欲爲某種行爲時，得受正當之保護以強制他人有所行爲或不行爲。例如債權爲要求他人之行爲（清償），身體權爲要求他人之不行爲（傷害）。故任何法律案件中，應爲解決之問題有二：一爲權利之實質，謂之原始權（original right）；一爲權利之救濟，謂之救濟權（remedial

Right) 例如債務人不履行其債務時，乃發生「債權人之損害救濟權」2. 其救濟權之如何獲得兩問題，實質法爲於原始權受損害時，確定其救濟權之性質及範圍之法則；程序法爲規定救濟權之如何獲得之法則（註九）。故民法、刑法稱爲實質法，而民事訴訟法、刑事訴訟法稱爲程序法。國際私法既不直接規定內外國人間權義之實質問題，而僅於涉外法律關係，確定其法域管轄權之所屬及法律適用之選擇，故余謂國際私法爲程序法也（註10）。

(註1) Pillet: *Principles de Droit International Privé*, 1908, p. 88.

(註11) Weiss: *Manuel de Droit International Privé*, 1925, p. 6.

(註12) Minor, pp. 2-4.

(註四) 據國際法學派之立論，國家間之法律關係分爲二種：一爲規定國家間之公益而以國家爲主體者，曰國際公法；一爲規定國家之私益而以私人爲主體者，曰國際私法。故凡法律關係，不論其公私之區別，均與國家間有關，即應屬國際法之領域。此種立論，殊欠妥切。蓋既均認爲國家間之法律關係，即不應再有公私之區別；且凡國家間之法律關係，幾無不與公益有關，故國際法僅爲國際公法而已。參閱李偉譯山田三良所著之國際私法，緒論第一章第二節，第七頁至第九頁。

(註五) 國內法學派之理論根據，參閱本章第二節。

(註六) 參閱虞峻著國際私法之理論與實際第二十九頁至三十頁。

(註七) 學者門以國際私法爲規定私人間之法律關係者，實乃大誤。蓋國際私法雖就私人間之法律關係，定其孰應適用之法律，但規定私人

間之法律關係者，乃其所適用之實質法，非國際私法之本身，此為學者所不可不注意焉。

(註八)學者間如康任 (Kant) 認為國際私法既不為公法，又不為私法，但另屬一種之法律。其立論以公法私法之區別，應根據下列之標準

1. 以法律所保護之利益為標準者，即凡保護國家公益為目的之法律為公法；凡保護私人利益為目的之法律為私法。以法律關係之主體為標準者，即凡法律規定國家與其他社團相互之關係，或國家與人民間之關係者為公法；凡法律規定人民相互間之關係者為私法。國際私法既非保護國家公益為目的，而國家又非國際私法之主體，自不能視之為公法，故認為國際私法為另屬一種之法律，不無相當之理由。

(註九) Goodrich: *Conflict of Laws*, 1927, pp. 157-158.

(註一〇) 大陸學者有認程序法為規定如何應用實質法之法則，而國際私法係在確定適用何國之實質法，故仍須依據程序法之規定方得運用裕如，故國際私法不能視為程序法，亦不無相當之理由。

## 第二節 國際私法與國際公法之關係

國際私法為國內法而非國際法，既略如前述，茲復將學者所舉兩者差異之點，分為評述，以資區別：

一、立法上之差異 國際公法之產生，由於各國之共同協議，非任一國之自由制定；但國際私法則由一國主權者自由規定，其立法程序，與一般國內法律殊無分別，故兩者之性質，亦相互差異。此種論據，殊未盡善。蓋國際私法，固由各國主權者自由制定，國際公法雖為各國共同協議之規約，要非經各國主權者之承認，無由使其

效力發生於國內。故英美憲法明定國際公法爲國內法之一部，職此故也。

二、內容上之差異 國際公法既成於各國之共同行爲，其規定必爲一致，縱有不同之規定者，亦僅特殊之例外。國際私法由於各國自由制定，則其內容亦因國而異，雖屬同一之法律關係，有採當事人本國法者，有採當事人所在地法者，此種不統一，爲國內法之特質。依此種立論，國際私法內容之差異，固屬實情；但其不同，實與國際公法之不能完全統一，正相脗合，特不過程度上之差異耳；且徵以今日國際之國際私法立法漸形發展，將來統一，亦自非難事。

三、實質上之差異 國際私法與國際公法在實質上之差異，約有下列各點：（一）當事人之差異。國際公法之主體爲國家，國際私法之主體爲私人。雖有時國家亦得爲國際私法之當事人，但決非以國家資格，而實以私人資格爲之也。（二）國際私法爲適用法，乃就法律關係而決定其應適用之法則者；國際公法爲實質法，乃規定法律關係之實質者。（三）國際私法之目的，在間接處理涉外之法律關係；國際公法之目的，在直接處理國際間之法律關係。就上述三點觀之，除第二點外，其餘兩點之差異，似是非。蓋國際公法除規定國際間之法律關係外，又有直接規定私人之法律關係者；如無國籍人之權利保護，禁止販賣奴隸，保護婦孺等問題，皆以私人爲主體，並以私人間之法律關係爲對象。至兩者之目的，一爲國際間國家之關係，一爲國際間私人之關係；然其以國家爲媒介，而以保護法律關係，固無任何特殊之差異也。



四、制裁上之差異 國際私法與國際公法，對於違法之制裁，各不相同。國際私法之制裁機關為國內法院，其方法則依訴訟法之規定實施之；國際公法之制裁機關則為國際社會，其方法或依外交手續，或依仲裁公斷，或依報復手段，或依戰爭行動。兩者制裁之機關及方法雖不相同，但與本質問題不相關聯，故不能謂制裁之不同，而推定其性質上之差異也。

國際私法與國際公法之差異，既如上所云，兩者之間確有密切之關係。蓋國際私法之發達，實以國際往來為前提；故國際公法之進步，亦能促國際私法之進步。則兩者之間，固相關連而不可或離者也。德國學者邱特兒曼（Zitelmann）謂：近世國際私法之幼稚，實由於國際公法之幼稚，誠非虛言（註一）。

（註一）Zitelmann 為十九世紀末葉有名之法學家，並著有國際私法一書，參閱緒論第三章。

### 第三節 國際私法與實質法之關係

如前所述國際私法，既非直接權義之準則規定，而為關於適用此規定之法則；為權義準則之規定者，是謂實質法，即內外國民商等法是也。國際私法與實質法雖有上述之差異，然二者之間確有相當之關係。茲就準據法之適用及比較法之研究兩方面，申述國際私法與實質法之關係如左：

一、由於準據法之適用 國際私法既於涉外法律關係發生之際，決定將如何適用其所應適用之法律，其

所決定應爲適用之法律，無論其爲國內法抑外國法，皆謂之準據法。即對於某種涉外法律關係，準據其所決定之法律，而確定其權義關係之謂也。故國際私法雖可謂爲決定法律關係的準據法之法則，但其本身並非準據法。一切法律適用規則，皆不外對於某一涉外法律關係求其準據法之實現，因法律關係性質之不同，於是其所準據之法律自亦有異。由是言之，準據法者即國際私法上所應適用之法則也；各國之法院，依國際私法之規定，對於某種涉外法律關係實際適用某國之法律也。例如有法國人某甲，因能力關係，在中國法院發生訴訟，中國法院即依中國法律適用條例第五條第一項「人之能力依其本國法」之規定，適用法國之法律以爲裁判。故無國際私法之規定，則準據法之適用無有所本；但無實質法之規定，則國際私法之規定亦無由適用。因是可知，由於準據法之適用，國際私法與實質法之連繫關係而確立矣。

二、由於比較法之研究，國際私法上所規定之準據法，實即內外國之實質法；故不知內外國法之異同，即莫由爲國際私法原則之適用；即令適用之，亦難而難確，更或不能判其原則之當否。研究化學者，貴有實驗之證；研究生物學者，貴有標本資藉；研究國際私法學者，亦貴知各國法律之異同，其理一也。故學者有謂：國際私法之研究，始於內外國法之比較研究，而終於內外國法之適用也（註一）。是則可知由於各國法律之比較研究，既有便於國際私法原則之適用，則其所定應爲準據之法律，似亦較爲確切，而國際私法與實質法之關係亦因之而更形密切矣。

各國法律之比較研究，雖於國際私法上與以莫大之助力，但法律之比較固不應牽入國際私法之範圍。蓋二者不僅目的相異，而其性質亦各不同。比較法律之目的，在研討各國法律之內容，比較其異同，而謀各國法律之統一；國際私法則僅考察各國法律相互衝突之異點，以定其適用之區域，並不涉於法律之實質問題（註二）。故比較法律之統一目的成功愈大，則法律之衝突愈少，而國際私法之範圍亦愈形縮小。故兩者雖各自獨立，但亦相互為用。學者不知各國法律之內容，則不能適用國際私法之法則也。由是國際私法與比較法律之關係雖為密切，但其性質與內容則各不相同。此為學者所應詳加留意焉（註三）。

（註二）參閱李俾譯山田三良所著之國際私法緒論第一章第三節第一一頁。

（註三）Meili, p. 10.

（註四）Faty, Polarized Law, 1914, p. 5.

### 第三章 國際私法之學派

一種學術之產生，固依據事實之所昭示，但尤仰賴學理之所推演。故吾人對於國際私法欲求徹底之瞭解，除研究其歷史之發達，以明瞭其產生及演進之事實外，尤須究討其學說之學派，以循求前後學者運用事實構成學理之途徑。本章爰就主要之學派加以敘述，以明其演進之史實及其學理之構成。

西洋近世之法學，幾莫不淵源於羅馬法，然於國際私法則並無若何之影響。蓋羅馬法雖分爲市民法（*ius civile*）及萬民法（*ius gentium*），但前者僅適用於羅馬之固有市民，與國際私法不相關聯，後者爲適用於居住羅馬之各國人民，其性質屬於實質法，與國際私法爲適用法者不同，故亦非足爲國際私法之淵源論也。是以近世學者以羅馬法爲各國實質法之母法，未始不可，但以國際私法爲基於羅馬之萬民法者，此實大謬（註一）。

至於古代希臘，自認爲優越民族，故有國際仲裁法庭之設立，並以保護各國人民之利益爲目的。但此種保護外國人之思想，亦僅基於宗教觀念，並無法理上之根據。至第五世紀中葉，羅馬滅亡，日耳曼人侵凌其地，代之而興。因日耳曼民族之酷好自由，各民族皆各依其固有法律而自相支配，雖在同一統治者之下，拉丁（*Latin*）

民族依羅馬法，日耳曼（German）民族依日耳曼法，法蘭克（Frank）民族依法蘭克法，故學者稱其時爲「種族法時代」或「屬人法時代」。此種種族法，固於國際私法不能相容，但其內容要點亦頗適合於國際私法上之一般原則。瑞士學者梅利關於種族法之內容，曾有下列之立論：

「私的關係，依父之系統爲準則，妻從夫法，寡婦恢復其出生地法，契約，依當事人之出生地法，繼承，依死亡者之宗族法，侵權行爲，依被害者之出生地法」（註二）。

然而第九世紀後，歐洲封建制度漸以盛行，不論貴族庶民，皆因土地權利之分配，而公私法上之權義乃定，故凡屬領域內之一切人物，皆須受其法律之支配，不容外國法律稍行於其間。是法律與土地有不可分離之關係，昔之屬人主義由是一變而爲屬地主義矣。但屬地主義之實施，有礙內外國人之交往，於茲遂漸覺有研究國際私法之必要，蓋所以輔救屬地主義之缺點也。然而國際私法發生於封建制度發達以後，經幾多之變遷，始成爲今日獨立之學科。茲於其演進之概要，分述於後：

（註一）參閱 Meili, p. 51.

（註二）Meili, p. 62.

## 第一節 法則區別說

義大利文藝之復興，當十二世紀之初，有碩儒安尼利（Inerius）（註一）者，首創法律學院於普羅那（Bo-logne）大學，以從事於羅馬法研究。於是法律思想日形發達，一時人材蔚起，號稱「註釋學派」。當時義大利封建制度漸衰，而自由都市之制度，因以代興。遂有都市法之制定，稱曰「法則」（statuta）。後以此等自由都市互通貿易，各都市法間之衝突亦隨之而發生，然究應適用何種法律以謀救濟之策，由是法則區別說因之而興焉。法則區別說為羅馬法後期註釋家巴塔路斯（Barolus）所首創，查巴氏在當時為一代碩儒，頗受學者之崇拜，或稱之為「法律之父」（pater juris）或稱之為「法律之光」（lucerna juris），故後世稱之為國際私法之鼻祖。巴氏在國際私法之地位，恰與荷蘭學者格羅秀士（Hugo Grotius）在國際公法之地位相等，而得享國際私法鼻祖之推戴，勢所必然也（註二）。

依巴氏之意見，當時法律之衝突不外下列二種情形：其一為通行之羅馬法與各都市習慣法之衝突；其二為各都市習慣法相互間之衝突。關於前者，巴氏依據羅馬法上特別法強於普通法之原則，主張適用各都市之習慣法；關於後者，巴氏區分都市法則為人法（statuta personalia）及物法（statuta realia）。人法以適用人之住所地法為原則，物法以適用物之所在地法為原則（註三）。故某種衝突，如係物之法律關係，則適用物之所在地法，如係人之法律關係，則適用人之所在地法。此為巴氏所創之法則區別說，亦即所以樹立義大利學派者也。依據此種學說之原則，巴氏進而研究法律適用之區域，究應及於何種人及物，於是釐定下列二問題，而為

適用法則之根據焉

其一地方之法則，可適用不屬其地之人否？

其二，地方法則之效力，能及於其地之境外否？

關於第一問題，巴氏曾有以下各項之說明：（一）關於權利能力及行為能力諸問題，不必依據契約地法；（二）依契約當時之情況，能生效力之契約，依契約地法；（三）關於法律行為之方式，依行為地法；（四）關於行為之限制，依法庭地法；但已指定履行地者，依履行地法；（五）關於繼承之衝突，A. 無遺囑之繼承，依物之所在地法；B. 關於遺囑能力之實質範圍，對於外國人不適用地方法則（Local Law）；C. 關於遺囑執行之方式，依行為地法；（六）關於物權，依物之所在地法；（七）關於訴訟程序，依訴訟地法。

關於第二問題，據巴氏之主張，於下列情事之一者，一國之法律有域外之效力：（一）凡一國之法律，為限制人之行為能力，而認為於其人有利益者，則其人雖在國外，仍得適用之；（二）財產繼承權，依財產所在地法；例如義大利人有財產於英國，而死亡於義國，則其財產之繼承問題，應依英國法（註四）。

巴氏學說因專重法律本身之分析，殊為不當。蓋法律關係不能僅以人法物法包括之。且判斷何者應屬人法，何者應屬物法，亦殊無確定之準則（註五）。例如財產之繼承，由繼承本身觀之，則應從人法，而由繼承財產言之，則應從物法；然則將屬於人法之管轄乎，抑屬於物法之管轄乎？此實曖昧難明者也（註六）。雖然，巴氏學說之

原則亦有不可湮滅之價值，如關於人之身分能力，依屬人法；而關於物權，則依屬地法；均爲近世國際私法所奉爲圭臬之法則也。

義大利自巴氏以後，而有白特斯 (Balduis) (註七) 及薩立斯塔 (Salicet) (註八) 二氏研究法則區別說。然當第十六世紀時，此種學說之研究中心，已由義大利而漸移於法蘭西。法國學者中以杜穆林 (Dumoulin) (註九) 及阿根德理 (D. Argentré) (註一〇) 二氏最享盛名。杜氏雖祖巴氏之說，但其區別人法物法之適用，殊較巴氏詳晰 (註一一)。而阿氏則於人法物法之外，又加一混合法 (statuta mixta)。阿氏將法律行爲歸納於三種公式：其一，內國法得適用於國內之一切法律行爲；其二，有時內國法附隨於人，其效力亦能及於國外；其三，外國屬人法與內國屬地法衝突時，從屬地法。第一公式係規定關於物之關係，故爲物法；第二公式係規定人之關係，故爲人法；第三公式係規定關於人及物之共同關係，故爲混合法 (註一二)。於是法則二分說變爲三分說矣。

至第十七世紀，法則區別之學說遂以荷比爲中心。當時學者如樸更達斯 (Burgundus) (註一三)、葛拉斯丁 (Christineans) (註一四)、史托克曼 (Stockmans) (註一五)、羅登堡 (Rodenburg) (註一六)、赫白爾 (Huber) (註一七) 均崇奉巴氏學說，其中最有貢獻者首推赫氏 (註一八)。總之，荷比學者之學說，以屬地法爲原則，惟契約及其他之法律行爲，依行爲地法；人之能力爲屬人法，依當事人之住所地法；遇有衝突時，由於國際交往及禮讓，適用外國法。故法律衝突論實始於此。目今英美學者尙有崇奉荷比之禮讓學說者也 (註一九)。



降至十八世紀之初，法則區別說之研究又以法國爲中心點矣，其代表當時之學者有包利諾(Boullenois)(註二〇)及卜衣埃(Bonhier)(註二一)二氏。此輩學者對於阿根德理之屬地主義加以攻擊，並認物爲人而設，人法勝於物法，故對於人的法則與物的法則不能辨別時，當視爲人的法則，依屬人法。其所持之學說，則基於下列諸原則：(一)一切法律分爲人法物法兩種；(二)人法爲原則，物法爲例外；(三)物法爲封建制度之結果，人法爲正義之要求，由是物法之範圍漸小，而人法之適用日廣(註二二)。

包卜諸氏學說影響於法國民法之編纂甚大。其民法第三條，即綜合其學說，而規定三大原則：(一)警察及治安之法律，支配境內之一切人民；(二)不動產依法國法，雖爲外國人所有者亦然；(三)關於身分及能力之法律，適用於一切法國人，即法國人在外國亦然。此即承認以屬人法爲原則，而以屬地法爲例外也。此所謂屬人法，乃係指當事人之本國法，而非住所地法(註二三)。

自法國民法三大原則確認後，法國各地之法律已趨統一，而法則區別說之研究亦以消滅。總之此派之學說，自巴塔路斯創設，至十八世紀末葉，支配歐洲之學界幾五百年，當時研究國際私法者，即法則區別說也。其學說之偉大，可想而知。但國際私法之能成爲真正獨立學科，實始於十九世紀，法則區別說亦僅爲近世國際私法之前身，其學說固非直接存續於今日耳。

(註一)安氏生一〇五五年，死於一一三〇年，爲「註釋學派」之創始者，著有「*Quaestiones de juris subtilioribus*。」

(註二)巴氏生於一三二四年，死於一三五七年，格氏生於一五八三年，死於一六四五年。

(註三)參閱 Pillet: *Mannuel de Droit International Privé*, ii, p. 339.

(註五)參閱 Meili, pp. 93-95.

(註五)參閱 Beale: *A Treatise on Conflict of Laws*, p. 28.

(註六)巴氏曾有言曰：「例如有兩種條文，一爲「長子繼承不動產」(Pringentius succedat immobilia)爲「不動產歸長子繼承」

(*Immobilia veniant ad primogenitum*)，此兩種條文，各有意義，不能認爲相同，於前之條文，以「長子」爲文章之主語，故屬於人法。後之條文，以「不動產」爲文章之主語，故屬於物法。然此實僅爲文字上之區別，因文法上位置前後之不同，而異其適用之法律，殊不合於法理。此後世學者所以噴巴氏之說爲文典上之區別說也。

(註七)巴氏生於一三二七年，死於一四〇〇年前後。其學說，主張未成年及其他無行爲能力人，在外國不能成立有效的法律關係。

(註八)薩氏生於一三六三年，死於一四二二年。主張：1. 契約締結地法爲契約之適用法；2. 夫對於妻之遺產繼承權問題，依夫婦之最後婚姻住所地法；3. 財產繼承問題，依死亡者之住所地法。參閱 Meili, p. 60.

(註九)杜氏生於一五〇〇年，死於一五六六年，乃一律師而兼大學教授。當談法國內國法之端，一而爲具有遠大目光之國際主義者。其學說之要點：1. 法律行爲之方式，仍遵巴氏之說，依行爲發生地法；2. 契約之實質要件及效力，杜氏以爲遵巴氏主張，依契約締結地法，殊嫌過嚴，故應依契約當事人之意志，定其應適用之法律。氏著有 *Commentaire sur la Coutume de Paris* 一書。

(註一〇)阿氏生於一五一九年，死於一五九〇年，爲一史家兼法家，並爲絕對屬地主義之先驅。其時法國之建制度漸形腐敗，故阿氏學

在法國未占優勢，然其影響於荷比學者及後世英美屬地主義者誠非淺鮮。著有 *Commentaire sur la Coutume de Bretagne*；

*Histoire de Bretagne* 等書

(註一) 杜氏認人法從人，其效力能及於本國境外之內國人，物法從物不論所有人為內國人抑外國人，悉依物之所在地法為原則。

(註二) Meili, pp. 71-72.

(註三) 樸氏生於一五八六年，死於一六四九年。

(註四) 葛氏生於一五四三年，死於一六三一年。

(註五) 史氏生於一六〇八年，死於一六七一年。

(註六) 羅氏生於一六一八年，死於一六六八年。

(註七) 赫氏生於一六三六年，死於一六九四年。

(註八) 赫氏主張一國之法律，在其境內，對於內外國人絕對有效，但並無域外效力，是一國之法院，並無適用外國法律之義務，但有時因國

際交往及禮讓，在不抵觸本國主權及其人民之利益範圍內者，得適用外國法。

(註九) 參閱 Meili, p. 76.

(註一〇) 包氏生於一六八〇年，死於一七六二年。主張人法與物法不能辨別時，依物法。以研究習慣法與成文法之衝突著名。

(註一一) 卜氏生於一六七三年，死於一七四六年。主張關於混合法，依人法。關於人之自身能力，亦依人法。氏為法國之民法學家，成名甚早。

(註一二) 參閱 Meili, p. 87.

(註三)法國民法於一八九三年所編纂者，法國現行民法於一九二七年所頒布者。

## 第二節 德意志學派

第十六七世紀時，德國學者尙多遵崇法則區別說，當時德國最高法院關於國際私法曾採用下列三原則：(一)關於物權之法律，依物之所在地法。故財產之繼承，不依被繼承人之住所地法，而依物之所在地法。但關於動產，則採用「動產從人」(*mobilia personam sequuntur*)及「動產附骨」(*mobilia ossibus inhaerent*)之原則，即動產雖屬於物，但不依物法而依人法；(二)關於物的能力之處分問題，不依所有人之住所地法，而依物之所在地法；(三)依照行爲地法所定方式之法律行爲，無論國內外皆是爲有效。由此觀之，德意志之學說，實祖法則區分說，而分法規爲人法、物法、及混合法三種也。(註一)。

德意志之習慣法，既基於法則三分說，故未能居於學術中心之地位。迨至十九世紀，文學勃興，法學遂亦隨之發達，學者輩出，而國際私法之學說爲之一新，遂爲今日世界法學之中心。茲將其著名學者之學說略述如左：

一、伊黑霍(Eichhorn) 一八三〇年伊氏研究法則區別說，漸覺其非，乃倡既得權說，認內國之所以有時適用外國法者，乃所以謀國際貿易之發達，藉以保護當事人之既得權利也。(註二)。故依國際私法之原則，適用外國法者爲保護既得權之結果，而決非依於國際之禮讓，惟既得權云者，究爲依何種法律取得之權利，殊欠明

確故學者多非議之。

二、薛福納 (Schaeffner) 一八四一年薛氏著國際私法沿革論一書，其中多指摘各派學說，而自倡「法律關係發生地說」，主張涉外法律關係，應適用其關係發生地之法律（註三）。例如人之權利能力及行為能力，依人之住所地法；法律行為之方式，依行為地法；關於全部或概括財產之法律關係，依所有人之住所地法；關於各別不動產之法律關係，依物之所在地法；關於法律行為之實質，不設一般原則，而依各種情形，異其規定。但薛氏之說雖為當時學者所推重，而實際適用之時亦感困難。例如契約，依薛氏之說，應適用契約發生地之法律；但若要約人與承諾人居於不同之法域時，則二處均為法律關係發生地，則將適用何處法律以決其從違，殊難確定。故其說與伊氏之既得權說同蹈於循環論，而不能自成為學說者也（註四）。

三、華黑特爾 (Waechter) 華氏曾著私法衝突論 (Archiv für Civilistische Praxis) 一書，評論當代各

說，自創「立法命意說」。其說謂法官應從立法者之意思以適用外國法；若立法者之意思不明白時，或無明文規定時，則適用內國法。故依華氏之說，關於涉外法律關係，應以下列三原則為解決之標準：(一) 法官之職責，在適用內國之實質法，但依明文之規定應適用外國法者，應適用其規定；(二) 若無明文規定時，法官當究內國法之立法精神及目的，以決定應否適用外國法；(三) 若立法之精神及目的有疑義時，則概適用內國法（註五）。是說也，第一原則固屬正當，蓋承認國際私法為內國法之一部，而依內國法之明文規定，以適用外國法，誠理所當。

然。惟華氏之第二、第三兩原則殊有不妥之處。關於第二原則，僅言當研究內國之立法精神及目的，但未言及應依何種標準而解釋其精神及目的，其結果不免同一之法律關係，因法官之主見不同而異其適用之法律。第三原則認法律精神及目的有疑義時概適用內國法，則不啻內外國法有優劣之分，而認內國法優於外國法，且不免予法官以疑義爲口實，將有概從內國法之虞，而致違反國際私法之根本原則。

四、沙維尼 (Savigny) 沙氏爲國際私法之革新家，於一八四九年著有現代羅馬法系統論 (System des heutigen römischen Rechts) 一書，共有八卷，其第八卷研究法律場所之效力，而解釋法律衝突之問題。其意謂：同一之法律關係，基於世界之真理，而歸於同一之解釋，不必拘泥於內外國法之區別。故關於法律衝突，係基於各國法律關係之性質，而定孰應適用之法域，不應以適用外國法爲國際禮讓解也。沙氏因倡「法律關係本據說」，其言曰：「一切法律關係各有一定之本據 (Satz)，而其本據則因法律關係之性質而有不同，故國際私法對於此等法律關係，卽以此本據地之法律爲應適用之法律」(註六)。例如能力之本據在其住所，故應適用住所地法；物之本據在其所在地，故應適用所在地法；契約之本據在其履行地，故應適用履行地法。

惟沙氏雖主張適用外國法爲各國人民相互之共同利益所必要，內外國法固無優劣之分，但有下列情形之一者，應認爲例外，卽依本據說應適用外國法者，而仍須適用內國法(註七)：(一)屬於強制性質之法律，卽基於政治上經濟上或道德上之理由，應絕對適用內國法，例如禁止重婚之法律，則屬於此種強制法，倘外國有

反此規定者，則不得適用於內國也。(二)內國所不能承認之法制，例如奴隸制度、監禁僕役制度等，縱使就其法律關係之性質當依外國法，然因內國否認其制度，該外國法絕對不能適用。

總之沙氏雖以內外國法平等為原則，但外國法之規定有背內國公共秩序或善良風俗者，仍不適用之。中國法律適用條例第一條，即本此原則而規定者也。(註八)

以上所述，乃沙氏學說之概要。其所主張之內外國法平等原則及法律關係本據說，其風行於歐洲大陸各國無論矣。即英美學說亦大受其影響。若美學者麥拿 (Minor) 乃因襲沙氏之本據說，而為其所著法律衝突論一書分章之標準。日本之法例，亦即係依照本據說而為制定者。沙氏在國際私法上供獻之偉大，概可想見。後世非難此說者，謂「法律關係本屬無形，安有本據」，但沙氏所謂本據，原係擬制之詞，如此非難，殊覺未合也。(註九)

五、巴爾 (Bar) 巴爾教授為德國國際私法學者，雖亦甚推重沙氏之說(註一〇)，但巴氏學說與沙氏學說亦有不同之點。沙氏主張首先推究法律關係本據之所在，從而確定適用之準則；而巴氏則主張根據國際交往之必要，採求各國法律關係之真相，就事物之性質而定其適用之準則。故巴氏之學說亦名曰「事物性質說」。亦即凡法律關係應從當事人之國籍、住所及居所、物之所在地、法律行為地及法庭所在地等方面，以觀察事物之性質，即依其性質，以定其應適用之法律也。例如身分問題，沙氏以為身分之本據在住所地，故應依當事人之

住所地法；而巴氏則先研究身分之性質，以爲當事人所屬之本國爲最有關係，且最易遵守，故主張當依當事人之本國法。故巴氏學說，正所以補沙氏學說之不足也。

六、邱特爾曼 (Zitelmann) 邱特爾曼爲十九世紀末葉德國學者，分國際私法爲二種：一爲國內的國際私法，一爲國際的國際私法（註一）。法官僅應適用國內的國際私法，但於涉外法律關係，若國內的國際私法無明文規定時，則有國際的國際私法之適用。依邱氏主張，國際私法乃規定當事人之權利問題之法則，申言之，即以各種權利性質之中心，分別定其應適用之法律。但權利之中，有受屬人主權 (personal supremacy) 保護者，有受屬地主權 (territorial supremacy) 保護者。依邱氏學說，凡受屬人主權保護之權利，依屬人法，即本國法；受屬地主權保護之權利，依屬地法；其不受屬人主權或屬地主權保護之權利，則依主張權利地法，即依主張其權利時領土所屬國之法律。例如智能權、人格權，以及一切無形財產權，應依其權利所以成立之法律是也。是說也，亦屬沙氏本據說之一派，非爲創見之說，乃以權利之觀念，代替法律關係之本據而已。且邱氏將國際私法分爲國內的與國際的二種，尤屬不當。故學者批評邱氏學說，猶如「錦繡製衣，雖甚美觀，實不適體」，可謂確論也（註二）。

（註一）Meili, pp. 80-81.

（註二）Eichhorn: Karl Friedrich, Das Privatrecht, S. 27 伊氏生於一七八一年，死於一八五四年，爲德國歷史法學派之法學家。



(註三)參閱 Meili, p. 90.

(註四)參閱李倬譯山田三良著國際私法，緒論第三章第二節。

(註五)參閱 Meili, p. 50. 華氏生於一七九七年，死於一八八〇年，為德國之法學家。

(註六)參閱 Savigny, S. 318. 沙氏生於一七七九年，死於一八六一年，為德國歷史法學派之鼻祖。

(註七)Savigny, S. 349.

(註八)日本法例第三十條亦依沙氏學說之原則而規定。

(註九)參閱李倬譯山田三良著第三十一頁至三十二頁。

(註一〇)Far: Theorie und praxis des internationalen Privatrecht, 1889, p. 32. 巴氏生於一八三六年，死於一九一三年，為德國

之國際私法學家，博學多識，造詣甚深。

(註一一)「國際的國際私法」應譯作「超國家的國際私法」。

(註一二)Beale: A Treatise on Conflict of Laws, p. 39. 與邱氏同享盛名者，則為法國學者畢拉氏畢氏倡法律之社會目的論，謂法律

之社會目的為解決法律衝突問題之要鍵，即社會目的如在保護一般的社會利益，則適用屬地法；社會目的如在保護私人之利益，則適用屬人法，故依畢氏之主張，何種法律關係之應適用何種標準法，當以社會之目的為依歸。

## 第三節 義法學派

法國既因編纂民法之結果，以本國法爲當事者之屬人法，至十八世末葉，法國之法則區別說，以屬人法爲原則，以屬地法爲例外之思想漸次發達，已如上所述。此種思想傳入義大利，頗爲學者所推崇，因之而有「本國法說」之產生。首創此說者，爲義大利著名學者曼志尼（Mancini）（註一）。蓋其時義大利民族尙未統一，不能具有國際公法上主體之資格，故曼氏自一八五一年以來，乃倡民族統一之說，謂凡同一之民族，當適用同一之法律。依曼氏之主張：（一）今日國家組織國際團體，即應依真理之原則，而有相互尊重各國法律之義務；（二）故各國人民，不論來自何國，均應適用其本國之法律；（三）但有背內國之公共秩序或善良風俗時，則視爲例外，仍適用內國法律。曼氏學說會一時風靡於歐陸之學術界中。一八八〇年，比利時學者羅蘭（Laurent）著有國際民法論一書，即以曼氏學說爲張本，認人格附於國籍，不可分離，即既認外國人之人格，則關於外國人格之法律亦當承認，故凡關於身分、繼承、親屬等問題，應依當事人之本國法（註二）。其後法國學者亦因襲曼氏之本國法說，主張凡關於涉外法律關係，應以本國法之適用爲原則（註三）。

此種本國法主義之學說，爲現今義法學者所採用，故名之曰義法學派（註四）。近世各國因編纂法典之結果，皆以屬人法之爲住所地法者易而爲本國法，此雖爲法典編纂偶然之結果，但此派學說主張以屬人法爲本國法，亦與有力焉。總之，此派學說既以本國法之適用爲根本原則，是不獨推翻高比學派所倡之屬地主權原則；且以民族主義爲出發點，認本國法爲屬人法，實亦推翻沙氏以住所地法爲屬人法之主張。故此派學說對於國

際私法上之貢獻實非淺鮮。但其所認之原則，置一切法律皆爲屬人法，即以本國法爲國際私法之惟一原則，於事實上及理論上，似均欠根據之處。蓋國際私法因法律關係之性質互異，而有各種不同之原則，如物權所在地法，法律行爲之行爲地法，皆原則也，本國法亦僅爲其原則之一而已。況此派學者更認有例外多種，其結局仍不能不依法律關係之性質，以定其適用之法，故此派學說對於惟一原則而爲例外者，實由於理論上分類之錯誤也（註五）。

（註一）曼氏生於一八一七年，死於一八八八年，爲意大利之法學家，對於法理學及國際私法造詣甚深。

（註二）Laurent: *Le droit civil international*, t. 1, p. 162.

（註三）參閱李偉譯山田三良著國際私法第三十三頁至三十五頁。當時法國巴黎大學教授衛施（Weiss）即爲該派之代表者，曾謂：一切法律關係應用當事人之本國法，但有背於內國公共秩序或善良風俗時，則適用內國法，此說可視爲義法學派之基本原則。

（註四）學者亦有稱之爲「新義大利學派」。一八六五年之義大利民法即以該派之屬人主義爲基礎。

（註五）參閱 Baty, p. 170。該學派以屬人主義爲原則，而設有三種例外，即：1. 關於公共秩序者，2. 關於自由意志者，3. 關於行爲方式者。凡遇此三種例外之情形，即不能適用屬人法則故該學派有此三大例外，方能維持其原則也。

#### 第四節 英美學派

英美之國際私法切於實際，缺於學理。自十七世紀以來，因受荷比學派國際禮讓主義之影響，其於國際私

法殊無多大貢獻，且因採行昔日歐洲屬地主義，凡當涉外法律關係之問題發生時，則常適用內國法，其關於外國法之適用，乃係根據國際之禮讓也。但自沙維尼之書問世後，英美學者對於國際禮讓之意義，予以新解釋，謂：國際禮讓云者，乃一國法官之適用外國法，非係根據國際之好意，有自由裁量之權，而實為正義之要求，立法政策之必要，不得不適用之耳（註一）。

英美學派中首推多銳氏。施氏學說多因襲荷蘭赫白爾學說（註二），並無任何特殊貢獻。其所持之原則，亦有三點：其一，基於一國主權之觀念，對於領域內之人及物有絕對支配權；其二，基於國家平等之觀念，一國法律之效力不能支配其領域外之人及物；其三，基於國際禮讓之觀念，外國之法律倘不反於內國之政策及利益者，得適用之（註三）。此種禮讓觀念，實有礙英美學派之進步，故邇來英美判例中鮮有採取之矣。

與施氏同稱為英美國際私法泰斗者，有戴西（Dicey）。戴氏為英國牛津大學教授，亦承荷蘭學派，並倡既得權說，謂凡依文明國家法律所適當取得之權利，內國法院即應承認之，並應執行之；但遇有下列情形之一時，不在此限：（一）與有域外效力之英國成文法相牴觸時；（二）與英國之立法政策及公安制度相牴觸時；（三）與英國主權者之權利相牴觸時（註四）。按英國向採取訴訟地法說，以適用內國之法律為原則，故戴氏倡既得權說，以為一切法律關係雖應適用內國之法律，但依文明國之法律取得之權利亦應保護，既然保護，則不可不認有例外，而適用外國法，故戴氏之說，不特與德意志學派異，且與義法學派亦有不同。其於國際私法上，不無有相

當之貢獻，但仍不免陷於循環論法之非難。蓋所謂既得權者，果依何國法律而確定。並未說明，是亦無補於實際也。

英美學派與歐陸學派未能盡同，已如前所述，其異點則有下列諸端：（一）英美學派視國際私法為國內法之一部，歐陸學派則視之為國際法之一支；（二）英美學派承封建制度之餘蔭，其實用屬地法之範圍較廣，歐陸學派則以屬人法之範圍較廣；（三）英美學派以住所地法為屬人法，歐陸學派則以本國法為屬人法。由是可知英美學派與歐陸學派之差異矣。

（註一）Story, S. 15. 關於施氏之學術地位，參閱 Roscoe Pound “The Place of Judge Story in the Making of American Law,”

43 American Law Review, 484 (1914).

（註二）23 Journal de droit international, p. 486.

（註三）參閱 Cheshire: Private International Law, 1935, p. 35.

（註四）Dicey, p. 17, 25. 戴氏生於一八三五年，死於一九二二年，為英國公法學家。

## 第四章 國際私法之立法沿革

### 第一節 國內立法之沿革

國際私法立法之沿革，可分爲國內立法之沿革與國際立法之沿革二種，而國內立法之沿革，又可分爲左列三種：

一、實質上之沿革 關於國際私法之規定編入於法典者，當以一八〇三年法國民法之前加編第三條爲嚆矢，自是以後，歐洲各國相繼仿效，編纂法典，亦皆編載關於國際私法之規定。如一八一一年之奧國民法規定六條；一八二九年之荷蘭法例規定六條；一八六五年之義國民法法例規定七條；一八六八年之葡萄牙民法規定六條；一八八九年之西班牙民法規定四條；一八八八年之黑山國（Montenegro）財產法，於其編首規定原則五條，更於第六編中規定十五條。降至近世，內外國人交往日繁，涉外法律關係日益複雜，而法典中關於國際私法之規定，自亦較詳。故一八九九年德國民法施行法中關於國際私法之規定，竟有二十餘條之多；一八九八

年之日本法例亦有二十八條，中國仿日本法例，一九一四年之法律適用條例規定二十七條。就以上所述，則關於國際私法之規定，以中國及日本爲最詳。但以當今國際關係之複雜，涉外法律關係之微妙，則此種規定亦必更加詳密。故中國法律適用條例亦僅規定其概略，且其中格於事實難於實行者甚多，將來之修正實不容緩也。

二、形式上之沿革 形式上之沿革云者，即關於國際私法之規定，在內國法典中編列之沿革也。考各國對於國際私法之編列，約有三種形式：（一）規定於民法中者。法國民法仿羅馬法之體例，揭國際私法之原則於法典之卷首，稱之爲前加編。其他各國法典，多仿此例，有列於民法總則者，有列於民法前加編者，均附於民法法典之中（註一）。（二）規定於民法施行法中者。德國以此種規定爲法律適用之法則，故揭於民法施行法第七條至三十一條。（三）規定於單行法中者。一八二九年之荷蘭法典則將國際私法與民法分離，而成爲單行法規，名之爲「王國立法之總則」。一八六五年義大利頒布一單行法規，稱之爲「一般法律之公布解釋及適用之總則」。國際私法之規定揭於總則之內。一八九六年之日本法例，亦以關於國際私法之規定應在民法範圍之外，故制定獨立之單行法。

就理論言之，國際私法之規定不限於民法之適用，故附於民法之內實覺不當；但如德國之規定於民法施行法中，亦有未合，蓋以民法施行法規定民法施行之程序，其性質殊與國際私法不同，故關於國際私法之規定，應有獨立之單行法規，固爲至當合理之法例也。中國採第三種立法例，稱曰「法律適用條例」，於民國七年八

月五日公布，民國十六年八月十二日國民政府令暫准援用。

三、體系上之沿革 各國現行之國際私法，其規定雖互異，而於其重要之點則有共同之原則。例如關於不動產之規定，各國皆採屬地法，即依不動產所在地法；關於行爲法律之方式，皆認「場所支配行爲」之原則（*locus regit actum*），而依行爲地法；惟關於動產之規定，或依行爲地法，或依物之所在地法；關於身分能力之規定，或依當事人之住所地法，或依其本國法，或依其行爲地法。由斯觀之，各國之國際私法，有大致相同者，有相互歧異者。約而言之，有左列三系：

（一）英美法系 英美現行之國際私法，以住所地法爲屬人法，且其範圍甚廣，即凡在英美各國有住所之外國人，縱其法律關係有於個人之身分能力者，皆適用英美法律而確定之。此系以英美爲主，而南美諸國多屬焉。

（二）法國法系 法國法系認屬人法之範圍甚廣，並以適用當事人之本國法爲原則，故法國人縱然居留外國，關於身分能力等，仍受法國法律之支配。此系當以法國爲主，義大利、西班牙、葡萄牙、荷蘭、比利時及墨西哥等國皆屬焉。

（三）德國法系 德國法系雖以本國法爲屬人法，但非如法國法系適用範圍之廣，有時因保護內國交易之安全，而限制本國法之適用。故德國法系實折衷英美與法國兩大法系。此系當以德國爲主，而奧大利及日本



皆屬焉。

以上三法系，英、美法系膠執成例，不便於推行；法國法系偏重理論，又不適於實際；惟德國法系折衷於兩者之間，既不背於學理，又復適於實用，可謂權衡至當。中國法律適用條例乃模仿德日之成法，並參配中國固有之國情而制定者，故屬德國法系者也（註二）。

（註一）如法國國民法前加編第三條；葡萄牙民法第二十六條至三十一條。

（註二）參閱中國法律適用條例第一條，第五條及第九條以下各條。

## 第二節 國際立法之沿革

國際私法雖為國內法，如各國不採同一之原則，難免紛歧而礙適用。是以自十九世紀以來，國際間曾舉行各種會議，以謀將各國國際私法原則作畫一共同之規定。雖無若何顯著之成效，然既經造端終有成功之一日。茲爰就歷來各項會議略述如左：

一、里馬會議（Lima Conference）南美諸國欲謀國際私法原則之統一，於一八七八年由祕魯政府之動議，召集南美各國開會於其首都里馬，共同討論關於國際私法、訴訟法及刑法等條約議案。參加會議者，除祕魯外，有阿根廷（Argentina）、玻利維亞（Bolivia）、哥斯達黎加（Costa Rica）、智利（Chili）、厄瓜多（Ecuador）及

委內瑞拉 (Venezuela) 等六國當議決條約案八章，都六十條，規定人之身分、能力、財產、婚姻、繼承、法律行為、法院之管轄、判決之執行等問題。該項條約雖經各國簽字，但未能實行。

一、蒙特維多會議 (Montevideo Conference) 於一八八八年至一八八九年間，由阿根廷、烏拉圭 (Uruguay) 二國之發起，開會於烏拉圭首都蒙特維多。會中設四委員會，區分四股工作：第一民法，第二商民，第三刑法，第四訴訟法。著作權、發明及商標等分別審議，結果，締結關於國際民法、商法、訴訟法、著作權法、刑法、商標法、特許法等各種條約。出席各國對於各種條約均經簽字，惟巴拉圭 (Paraguay)、智利二國對於國際民法及國際刑法二種條約，未予簽字。

三、汎美會議 (Pan-American Conference) 蒙特維多會議對於國際私法之統一漸有成效，於是美國於一八九一年召集全美各國，開會於華府，企圖統一全美各國之國際私法及國際公法，同時並協議關於財政、經濟、交通等問題。自第一次會議後，屢次開會，惟以討論範圍過於廣泛，致實際上無何成效。至一九二八年，開第六次會議於古巴首都，通過布斯特曼地 (Codigo Bustamante) 國際私法典，內分國際民法、商法、刑法、訴訟法等四卷，共四百三十五條，實屬空前之創舉。惟全美各國對此條約聲明保留之條款，不一而足，且該條約對於屬人法問題，仍未能協調。故國際私法之統一，尙未能實現。(註一)

四、海牙會議 (Hague Conference) 歐洲各國鑒於全美會議之結果，遂亦努力於國際私法統一會議。最

初由荷蘭政府以其國法學家阿塞 (Asser) 之建議，於一八九二年邀請歐洲各國，開第一次國際私法會議於海牙。當時參加會議者，除荷蘭外，有奧、匈、德、俄、法、瑞士、比、義、西班牙、葡萄牙、丹麥、羅馬尼亞、盧森堡等國。其所討論者，爲關於婚姻、民事訴訟、繼承、遺囑等主要問題。至一八九四年，又開第二次海牙會議，參加者除第一次出席之各國外，又加入瑞典、挪威二國。其議案依照第一次會議者外，又及於婚姻效力、遺囑監護、及破產等問題。並締結民事訴訟法之條約案。其後屢次開會，於一九〇〇年開第三次海牙會議，繼續訂締婚姻、離婚、監護、繼承等問題。一九〇四年開第四次海牙會議，其議程係於一八九四年所議決各案重行討論，並議決草約數十條。日本法例因仿歐陸法系，故亦曾參加此次會議，英國因法系不同，未曾加入。其後於一九二五年開第五次海牙會議，一九二八年開第六次海牙會議，雖有各種草約之議決，但皆無顯著之成效（註三）。但海牙會議之會議辦法，與全美會議不同。全美會議擬締結一國際條約，包括國際私法之一切原則，此爲事實上所難實現；至海牙會議則以一原則締結一條約，贊成者共遵行之，否則與會各國仍得任意而不受拘束。故凡會議一次，必有批准之條約。綜計海牙會議之成績，共成立左列各種條約：

(一) 關於民事訴訟法條約 此約訂於一八九六年，但自一八九九年始經德、奧、匈、比、丹、法、義、俄、瑞典、丹麥、瑞士、西班牙、盧森堡、挪威、荷蘭等國同意批准，又此條約於一九〇四年之會議加以修正，於一九〇五年簽字，至一九〇九年始經各國批准。

(二)關於婚姻離婚別居監護之法律及裁判管轄之衝突條約 訂於一九〇二年，並於一九〇四年經德比、法、瑞典、荷蘭、盧森堡、羅馬尼亞等國批准；其後西班牙、義大利、瑞士、葡萄牙、匈牙利等國亦漸次批准實行。

(三)關於夫婦財產身分及婚姻效果之法律衝突條約 訂於一九〇五年；自一九一二年始經德、義、法、荷、蘭、瑞典、葡萄牙、羅馬尼亞等國批准實行；比利時於一九一三年同意批准。

(四)關於禁治產及類似禁治產之保護條約 此約亦訂於一九〇五年；自一九一二年經德、匈、義、法、荷、羅馬尼亞等國同意批准。

除上列各約外，並議決關於繼承、遺囑、及破產等草約數十條，但未經各國批准實行。蓋國際會議之召集及條約之簽訂，其目的不外統一國際私法之原則，但終以各國之利害不同，意見難歸一致，故其成效極微。去國際私法原則之統一時期尙遠。考其所以如此困難者，厥有數因：(一)法律為社會環境之產物，國際私法既認為內國法之一部，自亦不能脫離一國特殊環境之影響，欲以共同之國際私法原則，適用於各種不同之環境中，自非易事；(二)各國皆以本國所規定之國際私法完善無缺，不願放棄其本國之規定，而採用統一之原則；(三)各國之文明程度不等，欲以同一之國際私法原則適用於文明不等之各國，自亦不無困難。職是之故，歷次國際會議所議決之草約，斷難經各國全部批准實行。此於國際私法統一之前途，大有窒礙者也。

(註) Bustamante 爲古巴哈巴拿大學國際法教授，其所起草之國際私法法典，政治斯學者實有參考之必要。

(註二) 第一次國際法典編纂會議於一八三〇年三月十三日在海牙開會，參加者共四十八國，百二十餘代表，內有多數在國際法上之威權學者，此次會議之議題，為國籍、領水及國家責任三個題目。其結果最佳者為國籍問題。此議題之主旨，在解決重國籍及無國籍之問題。會議依據委員會之報告，通過四種約章：<sup>1</sup> 關於國籍法衝突問題之協約；<sup>2</sup> 關於重國籍場合之兵役義務之議定書；<sup>3</sup> 關於無國籍場合之議定書；<sup>4</sup> 關於無國籍之特殊議定書。除此之外，會議尚通過八項建議或希望，載入會議之最終議定書。再一九三一年兩次日內瓦會議之結果，訂有一九三〇年六月七日關於匯票本票之私法畫一、法律衝突及印花稅之三種日內瓦公約，一九三一年三月十九日關於支票之私法畫一、法律衝突及印花稅之三種日內瓦公約。

## 第五章 國際私法之根據及其法源

### 第一節 國際私法之根據

國際私法乃對於涉外法律關係，就內外國法決定其孰應適用之法則也。蓋涉外法律關係，有時涉於外國人，有時涉於外國地，故適用法律亦有時適用內國法，有時適用外國法。在內國法院對於涉外法律關係而適用內國法，是其職責所在，並無何等疑問。惟於內國法院對於涉外法律關係而適用外國法，則其理由安在，是為學者所當研究之問題，否則國際私法亦無存在之根據矣。對此問題，學者之主張頗不一致，大別之可分為四種：

一、主權說 此說謂內國法院之所以不適用外國法者，因其適用之結果，有損害內國主權。但內國法院依國際私法法則而適用外國法時，並無外國主權侵入內國之嫌。蓋內國法院既依內國法之規定而適用外國法，是其適用仍為內國法之適用，而非外國法之適用也。內國法院適用外國法，既為內國法之所命，安有侵害內國主權之嫌？更不得謂非內國法院之職責（註一）。是說也，立論尚無不合，惟以近來主權觀念已失所據，主權說亦

因而發生搖動也。

二、禮讓說 此說創自荷蘭學派，而為英美學者所採用。但當今學者多排斥之，認為此說為封建時代之遺說，毫無根據，不足論也。禮讓說之立論，適與主權說相反。其主張謂內國法說對於涉外法律關係，非為內國主權之所命，實乃係根據國際禮讓之結果。蓋甲國之法律行於乙國，與乙國之法律行於甲國，本屬相同，莫非由於相互禮讓之結果也。此說之不妥，一在誤認外國法在內國法院之性質為法律，二在誤執國際禮讓之意義。且國際間僅有權義關係，而無禮讓存在其間。故禮讓之說，實無可採之處（註二）。

三、義務說 此說為德國學者樸謀永（Von Bulmering）所主張。其意略謂：各國組織國際團體，應相互負有法律上之權義；一國適用外國法，決非根據國際禮讓之結果，乃係該國負有國際義務而予以讓步之表現也（註三）。此說立論雖尚巧妙，但於理論並無根據。蓋一國法律之效力，不能逾越國境，而內國法院絕無適用外國法之義務；適用外國法，乃適用內國法所生之結果，並非直接適用外國法也。故此說認內國法院適用外國法為一國應負之義務，實有侵害內國主權之嫌。

四、實利說 此說為德國學者沙維尼所主張。其意略謂：當今國際交通日繁之時，各國人民之往來與時俱增，不僅國際關係因而複雜，即私人之法律關係亦愈微妙；內國法院依國際私法之規定，適用外國法，既非為國際禮讓，更非為國際義務，蓋此種外國法之適用，即所以謀內外國人交往之實利也（註四）。此說以司法實利為

前提，注重實際，自較適當（註五）

(註一) Meili, p. 187

(註二) Goodrich, pp. 7-8.

(註三) "Das Völkerecht" in the Handbook of Morquardsen, p. 208.

(註四) Savigny: System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1819, pp. 27, 28.

(註五) 參閱瑞士組銳黑羅 (Canon of Zurich) 之民法第一條規定云：「內國法對於內外國人均爲適用；但遇特殊場合，外國法可在內國適用，而內國法亦可適用於外國。」此項規定，即以調劑內外國人間之實利爲目的也。

## 第二節 國際私法之法源

法源一語，學者之間解釋不同，有以河流之水源比擬法律之法源，謂河流發源之地卽爲水源所在，執此義以繩「法源」，則法律所從生之處，斯卽法源也。大地之上水脈縱橫，正如法典之中條理密察，如同法自何來，勢必上窮其源，欲得其源，當於社會之史迹中求之。是則「法源」者，乃歷史上一種事實，由是以生行爲之準則，及法律上之拘束力者也。

法律之成立，莫不各有法源。國際私法既爲法律之一種，故其成立亦必有其由來。茲將其法源臚述如左：



一、法律 此間所謂法律，係指一國之成文法而言，其所包括約有憲法、法規、法令三種，皆為國際私法之來源也。一國之法律係逐漸構成，故前法往往為後法之法源；不僅內國法為國際私法之法源，即外國法亦可為國際私法之法源也。例如日本之舊法例為其現行法例之法源，即以內國法為法源之例也。而我國之法律適用條例，又以日本之現行法例為法源，即以外國法為法源之例也（註一）。查法律之所以為國際私法之法源者，現行國際私法各國之規定或語焉不詳，或散漫無紀，適用之時，自不能不根據內國之民商法，以為適當之規定；換言之，凡國際私法規無明文規定時，自不得不由內國之民商法求之。

二、習慣 習慣為法律之法源，學者公認，國際私法亦然。惟習慣之成立，基於社會之成例（註二）。申言之，即某種行為，經社會奉行已久而認為有法律上之拘束力者，則由是推得之定例，即屬習慣法。故凡國際私法規所未備，而為習慣所有者，即可依習慣而解決之。如法律行為之方式適用場所支配行為之習慣，故依行為地法；不動產之物權適用屬地主義之習慣，故依物之所在地法；身分能力，適用屬人主義之習慣，故依屬人法是。由此可知昔年之習慣，今則成為國際私法之原則矣。

三、判例 司法官審判案件，有法律則從法律，無法律則從習慣；二者皆無，司法官即不能不詳考學說，衡情酌理，以為審判。而此等判例對於日後性質相同之案件，其勢力亦等於法律。故判例者所以濟法律與習慣之窮也。故判例之為國際淵源，實屬重要。例如我國法律適用條例頒行以前，北京大理院關於國際私法問題之判例

(註三) 均爲其後國際私法規則之法源，其顯例也。可爲國際私法之法源者，不限於內國判例，卽外國判例與國際判例，亦有可爲國際私法之法源者。故判例於國際私法之實行與發達上，其貢獻殊非淺鮮（註四）。

四、條約 條約爲國際間之契約行爲，亦爲國際私法之淵源。各國常以謀國際私法原則之統一，互訂條約而資遵守。迭次海牙條約，卽其例也。但國際條約雖可爲國際私法之法源，然不能卽視國際條約爲國際私法；蓋國際條約爲國家間之合意表示，故其效力僅能拘束締約之國家。若國家於訂約之後，不用適約之方式公布於國內，則無法律之效力，人民亦無遵從之義務。惟一國於制定國際私法時，每據爲參考資料，定其取捨。故謂條約卽爲法律則不可，而謂其爲國際私法之法源，則無不當。

法律、習慣、判例及條約，爲國際私法之四大法源。學者尙有列舉他種法源者，則係誤解原因作法源之故。其所稱爲法源者，乃影響國際私法逐漸成長之勢力，非其取得法律效力之歷史事實也。例如學者之學說（註五）實屬重要之勢力。國際私法之發達，賴學說之推展，亦不能否認。故有人認學說之本身固非法律，而學說經立法者或司法官援用後，卽成爲法律之法源。其實不然。蓋其爲法源者，乃爲立法者之議決案或司法官之判例，而非其所援用之學說。故學者之學說僅足以影響國際私法之成長，而不能卽謂之爲國際私法之法源也。

此外，尙有一種特殊之勢力，其名曰「條理」，亦足以影響國際私法之成長。「條理」云者，事物之正義也。國際私法規定有遺漏不足時，司法官自當根據自然之正義補充之。故司法官審判案件，於法律無明文時，依習

慣法無習慣法時，依條理理所當然（註六）。惟條理者，既無明文之規定，又非為世俗之習慣，其足以構成法律行為之準則者，則為法官願以所為之判例。故其性質宜置於第三種（判例）之法源內者，而條理本身決非國際私法之法源也。

（註一）昔日各國對於國際私法上問題，多漠然置之。迨至最近，除波蘭曾於一九二六年八月二日制定國際私法全部法典外，惟德國在民法施行法上，自第七條至三十一條，有較詳之規定。其餘各國，如日本雖有一八八九之法例，中國雖有一九一四年之法律適用條例，皆以規定欠詳，未足以稱為國際私法法典也。

（註二）習慣與成例不同。如對於某種行為已有明顯不斷之慣例發生，可信其在法律上既正確而有拘束力者，稱之曰習慣；反之，不信其在法律上為正確而有拘束力者，則謂之成例。行為之已成成例者，不必即為習慣。故習慣之意義，在法律用語中，較成例為狹隘。是以某種行為，縱已成成例，然非出於習慣法也。參閱 L. Oppenheim: *International Law*, Vol. I, § 17.

（註三）例如大理院民國二年上字一五五號，民國三年上字六〇六號，及上字五七六號等判例。

（註四）判例之為國際私法法源，在探不成文法之國家，尤屬重要。例如英美法院，對於性質相同之案件，皆援引前判例為判決之基礎。故判例雖無法律之性質，而其法律之法源，不容否認也。

（註五）例如巴塔路斯 (Bartholus) 之法則區別說，沙維尼 (Savigny) 之法律本據說，斯多銳 (Story) 之訴訟地法說，曼志尼 (Manchini) 之本國說等是。

（註六）參閱民國二年大理院上字六四號判例云：「判斷民事案件，應先依法律之所定；法律無明文者，依習慣法；無習慣法者，依條理。又民法第一條規定之「法理」，其意義實即條理也。」

## 第六章 國際私法之研究方法及其範圍

### 第一節 國際私法之研究方法

國際私法之研究方法，學者之間各有不同，且亦因國而異，非必採同一之方法。大別可分爲理論的研究方法，與實驗的研究方法二種（註一）。前者爲大陸學者所採用，故又名爲大陸派之研究方法（註二）；後者爲英美學者所採用，故又稱爲英美派之研究方法（註三）。大陸學派側重學理之探討，以研究國際私法之原則原理；英美學派側重法則之闡明，以確定國際私法之性質。此兩派研究之方法，孰優孰劣，未能斷言。茲將兩派之研究方法，述其概略如左：

一、大陸派之研究方法 大陸派注重理論之研究，即將一切問題由理想上設定一基準，據此基準以發見國際私法之原理原則，即以此原理原則評斷各國現行國際私法之得失。例如關於身分能力之法律，其目的在保護個人，而個人之保護爲其所屬國之職責，且惟其所屬國能爲有效之保護，故依當事人之本國法。關於財產

之法律，其目的在保護財產所在地國之領土主權，故當依財產所在地法（註二）。此種研究方法為演繹法，即由基本觀念而演繹出各種法例，其出發點視國際私法為各國共通之法規，故為國際法之一支；其目的在基於理論發現共通之原理原則，俾各國立法有所準據。故此派之學者非研究現實之國際私法，乃研究必如何而後可為國際私法也。此派之理論研究法，論其利益，在能促進國際私法之發達，使漸趨統一，然置現實之國際私法於不顧，而僅憑理論不務事實，則其制定之原理原則，恐難適用於實際，未能達成統一之目的也（註五）。

二、英美派之研究方法 英美派注重成例之研究，即以本國之判例為基礎，探求國際私法之原則，以明本國現行國際私法之真相（註六）。至各國之國際私法若何，各國之共通原則若何，皆非所問。例如：關於身分能力之法律，英美兩國為多數法域之複合國，故適用住所地法；義法大陸諸國為統一之法域單純國，故適用本國法。此種不同之規定，不能以共通原則解釋之。此種研究方法則為歸納法，即由各種判例而歸納於國際私法之原則；其出發點認國際私法為內國法之一部，其法律之效力乃由國家之立法權及司法權而發生，故其研究不得不自本國之國際私法着手，而其目的僅在闡明本國現實之國際私法。此蓋英美二國對於國際私法無明文之規定，故不得不依一般判例，作為研究之根據。此種研究方法，論其利益，在以判例為標準，而不尚空論，故原則與實際尚能相符；然其囿於內國法之研究，而不顧共通之原則，殊足妨國際私法之進展也。

總之，大陸派以演繹方法研究國際私法，視國際私法為法律哲學，認國際私法為國際法之一支，並以發現

共同之原理原則爲目的，英美派以歸納方法研究國際私法，視國際私法爲法律科學，認國際私法爲國內法之一部，並以闡明本國之國際私法爲目的。故兩派研究方法各有得失。吾人研究國際私法，取長捨短，折衷其法，是爲正軌。況我國法律適用條例，殊欠精密，且其法文之意義及精神，均待研究。故宜取英美派之研究方法，明其真象。然僅就此條文而研討，又未免失之狹隘，無由改正其弊。故又須參用大陸派之研究方法，比較研究各國立法，藉資借鏡。本書之內容，卽基此標準：一方釋明我國國際私法之法則，一方復引證各國立法條例，以資參考，俾取二種方法之所長，而收相輔相成之效。

(圖表一) 國際私法之研究方法比較表



(註一) Dicey, p. 11.

(註二)如 Savigny, Wachter, Schaeffner, Pillet, Bar 等是

(註三)如 Story, Dicey 等是

(註四)Pillet: Principes de droit international privé, p. 76.

(註五)Dicey, p. 13.

(註六)Dicey 曾謂法官判斷國際私法之案件，應先依法令之所定；無法令者，依內國之判例；無判例者，或依外國判例，或依學者見解，或依條理。見 Dicey, pp. 15-16.

## 第二節 國際私法之研究範圍

國際私法研究之範圍，學者之間議論紛紛，莫衷一是。惟為一般所公認必當研究者，即法律之衝突問題是也。(註一) 至與解決法律衝突之有關問題，如國籍、住所及外國人地位等，亦為一般學者所認為應附帶研究及之。此外更有荷蘭學者紀特 (Jitta) 主張國際私法之範圍應涉及哲理方面，而認為「統一私法」問題亦應為其研究之目的。茲特將各問題分論如次：

一、國籍及住所 國際私法乃就涉外法律關係，而決定其應適用之法律者也。涉外法律關係，除涉及外國地者外，即為涉及外國人者，不可不確定之。因是關於國籍法之研究，應否列入國際私法之範圍，亦一問題。對此

問題，學者之間主張不一，可分爲三派：

(一)主張不應研究者 此派爲德國學者所主張(註二)。其意略謂：舉凡國籍之取得、變更、喪失，皆爲國際公法之問題，即不認屬於國際公法之領域，亦當認爲內國公法上之問題，故不應在國際私法內研究之。

(二)主張應行研究者 此派爲法義學者所主張(註三)。其意略謂：國際私法所解決者既爲涉外法律關係，則誰爲外國人，不能不先爲確定；欲確定當事人之所屬國，是惟賴國籍之研究。

(三)主張相對研究者 此派爲英美學者所主張。其意略謂：國籍之本體問題，如國籍之取得、變更、喪失等，雖屬於國際公法範圍，或應獨立研究，但涉外法律關係既以國籍爲先決條件，則於國際私法內應就國籍之衝突問題合併討論之。

余以爲國籍問題之性質雖屬國際公法之範圍，但其研究則應列入於國際私法之範圍。蓋各國之國際私法，有以當事人之本國法爲準據法者，設當事人有重國籍，或無國籍，而發生衝突時，非先經解決其國籍問題，則不能確定其應適用之本國法，故國籍衝突問題之研究，應屬於國際私法之範圍。至國籍之本體問題既與國際私法所應解決之管轄選擇及法律選擇問題無關，原則上不屬國際私法範圍；如欲知國籍之是否或如何衝突，即不能不先知國籍之取得、變更或喪失本體之事，故雖與國際私法不發生直接關係，實有間接上研究之需要。且於現今國際交通頻繁之時，尤應將關於國籍之規則歸入於國際私法範圍內而研究之，較爲便利。故本書對



於國籍之衝突，固加討論，即對於國籍之本體，亦併入其中以說明之。

又關於住所之問題，亦頗重要。英美立法例，以當事人之住所地法爲屬人法，即大陸國家，雖以當事人之本國法爲屬人法，但有時以住所地法代本國法（註四），或以住所地法代行爲地法（註五）。此所以住所之取得，喪失以及衝突問題，除各國民法中略有規定者，外國國際私法亦應論及。故本書於國籍編中述之。

二、外國人之地位 在國際私法上有內國人與外國人之區別。此種區別，即爲國籍法之目的。內外國人既經確定之後，則所研究者，即凡外國人應享有何種權利，此即外國人之地位問題。惟此種問題，應否屬於國際私法研究範圍之內，學者意見亦頗不一致。大別之，亦可分爲三派：

（一）主張不應研究者 此派爲英美學者所主張。其意略謂：外國人之地位與法律之衝突問題，實質上並非相同。既無管轄上之選定，又無適用法律選擇之必要。而純由法庭地國依其內國法解決之可耳。故外國人之地位，不應在國際私法內研究之。

（二）主張應行研究者 此派爲法義學者所主張。其意略謂：國際私法以外國人享有一定之權利爲其存在之前提條件（註六）。蓋不認外國人之權利享有，則法律之衝突問題，即無由生。故外國人之地位，應於國際私法中詳細研究之。

（三）主張相當研究者 此派爲德國學者所主張。其意略謂：外國人之地位問題，雖應於國際公法或國際

關係中研究之，但關於外國人之享有權利，亦應於國際私法中研究之。故此派專以外國人私權享有之大原則列入國際私法範圍之內。

余以爲國際私法既以外國人享有一定之權利爲其存在之前提，則欲知國際私法之存在，不妨將外國人之地位兼論之。且關於外國人既得權保護之法則，已由歐洲之國際法協會認爲國際私法之一大原則。蓋以在一國所合法取得之私權，他國必當尊重之主義，爲其理由之根據也。故本書仿義法學者，關於外國人之地位另立一編，以之屬於國際私法研究之範圍。

三、法律之衝突 國籍與外國人之地位問題，雖爲解決國際私法之先決要件，然既與決定管轄法院及適用之法律無關，要非屬於國際私法之本論。國際私法之本論專爲法律之衝突問題。故學者所定之範圍雖各有不同，然於法律之衝突一項，則未有捨置之者。因捨置法律之衝突，則無所謂國際私法矣。但究以解釋何種法律之衝突爲目的，則學說分歧。茲分述之：

(一) 民法及商法 國際私法名爲私法，其研究之範圍是爲私法之衝突問題。但其所謂私法是否包括商法，則學者主張亦頗不一致。如比利時之羅蘭 (Laurent)、德國之邱特爾曼 (Nielmann) 主張國際私法專研究民法之衝突問題。但贊同此種主張者究屬少數。據一般學者之意見，國際私法應爲研究民法、商法等一切私法之衝突問題。蓋涉外法律關係，在今日國際生活中，泰半爲關於商行爲之法律關係。故國際私法若不討論商法，

其研究之範圍殊嫌過狹。且如我國現行法律，民商合一，國際私法自應包含商法在內也（註七）。

（二）民事訴訟法及國際破產法 主張民事訴訟法與國際破產法之衝突應在國際私法研究範圍之內者，謂民事訴訟法與國際破產法雖為公法，然皆為保護私權之程序法；且民事訴訟法為民商法所必需之助法，國際破產法又具有商法性質。故當與民商法之衝突問題共同討論。此所以英美學者均以裁判管轄問題為國際私法之內容，並先於實質法之衝突討論之也（註八）。

（三）刑法及刑事訴訟法 刑法及刑事訴訟法之衝突問題，應否屬於國際私法之範圍內，學說各殊，大別可得正反二說。主張應列入其內者（註九），謂：國際私法乃決定一切法律之衝突者，故刑法、刑訴之衝突，亦應由國際私法決定之。蓋刑法刑訴雖與民法商法不同，但其含有涉外要素而決定其衝突之方法則一，故於國際私法中研究之，殊為便利。其主張不應列入其內者（註一〇），謂刑法刑訴乃關於刑罰權問題，與一國之主權有關，且其規定有關一國之政策，故其效力祇限於國內，他國無服從之義務，故其性質亦與國際私法之一般衝突問題迥然不同，自不得併合討論之（註一一）。由是本書亦以之為關於國際刑法之問題，不屬於國際私法研究之範圍。

由上所述，國際私法研究之範圍，為（一）國籍及住所，（二）外國人之地位，（三）法律之衝突三大問題。而此三問題有聯帶之關係，並有一定不變之次序，即：（一）當事人究具何國國籍？（二）享有何種權利？（外國人地位問題？）（三）應由何國法院管轄，並適用何國法律予以保護（法律衝突問題？）於此應注意者，即此三問題有

單獨發生者，有聯帶發生者，此則常視案情爲轉移而無定例，惟當此三問題皆發生時，其次序決不至顛倒耳。

(註一) 有主張國際私法僅研究民法之衝突問題，如比利時之羅蘭 (Larocq) 有主張民法商法均應研究者，如瑞士之梅利 (Meili) 更

有主張不獨民商法，即民訴國際破產法，國際刑法均應研究者，如法國之雷內 (Laine)。

(註二) 此亦爲美國學者卜爾 (Beale) 及麥摩 (Minor) 所主張。

(註三) 如法國之畢拉 (Pillet) 但英 學者如 Dancy, Foote, Hibbert 等所著之國際私法書中，對於國籍問題均有詳細之討論。

(註四) 參閱我國法律適用條例第二條。

(註五) 參閱我國法律適用條例第二十三條。

(註六) 外國人之地位，在法國學者常列入國際私法之重要部分。畢拉曾謂：「在解決涉外法律關係應適用何國法律問題之先，應首知外國

所享有何種權利」(見 Pilliet: *Traité pratique de droit international*, p. vé. 1927, p. 31.)

(註七) 查我國法律適用條例，除第二十二條及第二十三條之附帶規定外，不涉及於商法，但我國商法漸臻完備，國際私法關於商法問題，自

亦不難研究。

(註八) 大陸學者多認民事訴訟法及國際破產法均爲程序法，有公法性質，不應於國際私法內研究之，故對於管轄權之衝突問題，多歸於國

際私法內論及。

(註九) 如法國學者雷內 (Laine) 主其說。

(註一〇) 此種主張之學說有二：一謂應併入國際公法內研究之者，如荷蘭學者哈塞爾 (Asser) 主其說；一謂應作獨立之科學，爲國際刑法

國際私法綱要

研究之者，如美國學者過德立（Goodrich）主其說。

（註一）參閱 Goodrich. Conflict of Laws, 1927, p. 19.

# 第一編 國籍及住所

## 第七章 國籍之概念

### 第一節 國籍之意義

國際私法既涉及外國原素問題，不得不藉國籍以區別內外國人，故研究國際私法本論之前，不可不研究國籍問題。但關於國籍之意義，各國解釋頗不一致。如英美學派則曰：國籍者，人民對於國家永盡忠順（*Allegiance*）之關係（註1）。德國學派則謂：國籍者，人民對於國家絕對服從之關係，而法國學派則採盧梭之羣約論（*Theory of Social Contract*）（註2）謂國籍為人民對於國家締結契約之關係，惟「羣約論」本屬臆說，不切事實，今欲引證之以為闡明國籍之意義，則其不確切也明矣。

由此觀之，國籍者，人民對於國家忠順之關係也。凡有國籍之人民，謂之國民，所以示其為一國人民之政治地位，而定其與國家之關係也。由此關係，人民對於國家享有特殊之權利，而同時負有特殊之義務，此為國籍之

效果並非國籍之本質，故人民對於國家之關係，謂之忠順，則可謂之契約，則不可。此種觀念，初僅發生於自然人，但近來學說對於法人、船舶及飛機等，亦有國籍問題之發生。

(註1) "By a man's nationality is meant that political relationship which exists between him and the sovereign state to which he owes allegiance," Foote, *Int. ed.*, p. 1.

(註2) 軍約論刊於一七六二年。依盧氏之意見，自由契約為一切政治權力之根據，而統治者乃受人民之委託也。

## 第二節 國籍法之制度

國籍既為區別內外國人之標準，又為國家成立之要件，故現今各國均有關於國籍法規之制定者。其制定之方式，約有下列三種：

一、規定於憲法者 現今各國以國籍規定於憲法中之立法例者，如北美合眾國於一八六八年將國籍取得之條件規定於憲法中，西班牙於一八七〇年將國籍取得與喪失之原則規定於憲法中。

二、規定於民法者 現今各國以國籍規定於民法中之立法例者，如一八一一年之法國及奧國民法，一八二九年之荷蘭民法，一八四四年塞爾維亞(Serbia)民法，義國民法，一八六六年之葡萄牙民法等是。

三、規定於單行法者 現今各國以國籍規定於單行法中之立法例者，如德國、日本、英國等是。我國於民國

十八年二月五日所頒布之國籍法(註一)亦係以單行法而制定國籍法者。此種方式實為最適當最普通之立法例。至關於國籍法上立法之原則約有三端：

第一，國籍必有之原則。即無論何人不可不有國籍。故人而無國籍，猶物之無主，此為一種變態，應設法避免之也(註二)。

第二，國籍單一之原則。即無論何人同時不得有二以上之國籍；不然則發生重國籍矣(註三)。

第三，意思尊重之原則。即無論何人隨時可以改易其國籍。惟其改易國籍時，當事人之意思固宜尊重而關係國家之認可亦不可忽略(註四)。

以上三點均為國籍取得之原則，並為各國立法者所承認。我國對於確定國籍事項，尙無常設機關，因此等事件之發生，通常由內政部為之審議而核定。但法、奧諸國則有特設之機關，專司國籍之確定事項也。

(註一)我國於民國元年十一月曾經公布國籍法。現行國籍法由立法院於十八年一月二十九日第十次會議通過，同年二月五日國民政府公布，都二十條，內分五章。

(註二)事實上世界上無國籍之人甚多。嘗一九一〇年時，瑞士政府曾建議召開國際會議，以解決無國籍人之問題；但因各國均漠然置之，乃罷其議。參閱緒論第四章第二節註二。

國際法學會於一八九六年在(Venice)開會時，曾主張廢除剝奪國籍之利制。



(註三) 昔日德國依得爾伯魯克 (Dalberg) 法律，允許其人民歸化外國，仍保存其德國國籍。後經凡爾賽和約第二七八條之規定，德國廢除此種保存二重國籍之制度，而採用「一人一國籍」之原則。

(註四) 此項原則有關歸化，惟歸化具有三要素：1. 當事人之意，2. 屬原國之許可，3. 所向國之允准。

## 第八章 國籍之取得

### 第一節 生來之國籍取得

生來之國籍取得者，因人之出生而取得國籍之謂，亦即我國國籍法中所謂之固有國籍也。考其沿革，昔時以親子關係爲主，採用血統主義（*jus sanguinis*），以定其國籍，是卽人之出生皆取得其父母之國籍也。迄至中世紀，因封建制度之發達，厲行屬地主義，而關於國籍之取得亦以土地爲主，是卽出生於其地者卽取得其出生地之國籍，謂之出生地主義（*jus soli*）。但時至今日，由於國家民族觀念之發生，除少數國家（如南美各國），因有特殊關係者外，已漸有回復血統主義之趨勢。雖然，屬人主義及屬地主義，若各自單獨行之，往往發生困難，故現今各國國籍法上關於固有國籍之規定，除採用血統主義及出生地主義外，復又採用併合主義，以資補救。而併合主義又分爲二種：一爲以血統主義爲基礎之併合主義，一爲以出生地主義爲基礎之併合主義（見圖表二）。惟各國所採之主義既不能一致，國籍之衝突因之而發生，茲將各種主義略爲申述如次：

一、血統主義 血統主義者即純依血統以定其固有國籍之主義也。此種主義，不問當事人出生於何地，但依據其父或母之所屬國，以定其國籍。採此主義最著者為德奧兩國（註一）。其他如匈牙利、挪威、羅馬尼亞、瑞士等國皆屬焉。

二、出生地主義 出生地主義者，即純依出生地以定其固有國籍之主義也。此種主義，不問其父母所屬何國，但視其出生於何地，即據之以定其國籍。採此主義最著者為南美阿根廷、智利兩國（註二）。其他如玻里維亞（Bolivia）、厄瓜多（Ecuador）、哥倫比亞（Columbia）、巴拉圭（Paraguay）、祕魯（Peru）、烏拉圭（Uruguay）、委內瑞拉（Venezuela）等國皆屬焉。

三、併合主義 併合主義者，即不專採血統主義，亦不專採出生地主義，乃兼採兩種主義，以定其固有國籍之主義也。此種主義，更可分為二種：

（一）以出生地主義為基礎之併合主義 此種主義，在原則上依據出生地主義以定當事人之固有國籍，但備有一定之條件，亦得保其父母之國籍，即以出生地主義為原則，血統主義為補則者也。採此主義最著者為英美兩國。依英國法律，凡生於英國領土內者，即取得英國國籍；但成年後，得拋棄英國國籍，而歸於其父母之國籍（註三）。依美國法律，凡生於美國領土內者，即取得美國國籍；但其人為外國人之子女，居住於其父母之本國，且其父母之本國係採用血統主義者，則其人不得享有美國國籍之利益（註四）。但英美兩國皆以內國人之子

女，雖生於外國，仍得爲內國人也（註五）。

（二）以血統主義爲基礎之併合主義。此種主義，在原則上依據血統主義以定當。人之固有國籍，但出生於內國，倘有一定之條件，亦能取得內國國籍。即以血統主義爲原則，出生地主義爲補助者也。採此主義最著者爲義大利、法國、比利時及日本諸國。其他如荷蘭、丹麥、瑞典、西班牙、土耳其等皆屬焉。採此主義之國家復有程度高下強弱之不同，茲摘其要者，述之如次：

1. 義大利 以血統主義爲原則，但生於義大利，其父母無可考或無國籍者，或依其父母之本國法不從其父母之國籍者，皆取得義大利國籍（註六）。

2. 法國 以血統主義爲原則，但生於法國，其父或母亦生於法國者，則爲法國人，惟其人成年後，得宣示脫離法國國籍（註七）。

3. 比利時 以血統主義爲原則，但生於比利時，其父母無可考或無國籍者，或其父母雖爲外國人，但其父或母生於比利時者，皆取得比利時國籍（註八）。

4. 日本 以血統主義爲原則，但生於日本，其父母無可考或無國籍者，或生時其父無可考或無國籍，其母爲日本人者，皆取得日本之國籍（註九）。

以上所述，皆關於世界各國之立法例。至我國國籍法第一章「固有國籍」，即基於出生之事實而取得之。

國籍也。我國國籍法之固有國籍，亦以血統主義爲原則，出生地主義爲補則，是即以血統主義爲基礎之併合主義也。蓋採用主義，須以人口問題爲標準。凡人口已足，且能向外發展者，宜採用血統主義；反之，國內人口未足，尚須藉外族以充實者，則又以採用出生地主義爲宜。此吾國立法者之所以採用血統主義者一也。再我國僑胞在國外者甚多，不得不採用血統主義，以保存其本身及其子女之國籍。惟極端採用血統主義，則易產生無國籍人（Heimatlose）。此吾國立法者之所以參用出生地主義而謀調劑者二也。茲將我國國籍法關於固有國籍之規定，分爲下列二點說明之：

一、基於血統 我國國籍法第一條前三款之規定，乃爲極端應用血統主義者，即依父母之國籍以定其子女之國籍也。惟我國所採之血統主義，乃以父系爲原則，母系爲例外。故凡生時父爲中國人者，或生於父死後，其父死時爲中國人者，皆屬中華民國國籍，但父無可考或無國籍，其母爲中國人者，亦屬中華民國國籍。此即所謂有父從父，無父從母者是也。惟於此應注意者，即各國立法例有以子女出生時從其父之國籍者，有以子女受胎時從其父之國籍者，兩者相較，當以前者爲妥。我國國籍法係採出生時之血統主義，日本國籍法係採懷胎時之血統主義（註一〇）。

二、基於出生 我國國籍法第一條第四款之規定，乃爲參用出生地主義者，即依當事人之出生地以定其國籍也。故生於中國地，父母無可考或無國籍者，亦屬中華民國國籍。由此可知我國立法者之所以參用出生地

主義者，即避免產生無國籍人也。

(圖表二) 各國制定國籍法時所採之立法原則及其主義表



(註一) 見一九一三年十二月二十二日德國國籍法第三條及第四條；一八一一年奧國法律第二十九條至第三十二條。

(註二) 見一八六九年十月八日阿根廷第三四六號法律第一條第一項；一九二五年九月十八日智利憲法第五條。

(註三) 見一九一四年英國國籍及外國人地位法(Nationality and Status of Aliens Act, 1914)；葡萄牙法仿英國法。

(註四) 見一九二二年九月二十二日美國法律(Act of September 22, 1922)。

(註五) 依英國之法律，英國住民在外國所生之子女，取得英國國籍，但非在英國所生之英國人或歸化英國之英國人在外國所生之子女，則

不得認有英國國籍。

(註六) 見義大利民法及一九二二年六月十三日法律。

(註七)見一九二七年八月十日法國國籍法。

(註八)見一八八一年八月六日比國時之法律。

(註九)見日本國籍法第一條至第三條。

(註一〇)見日本國籍法第二條第一項「懷胎時父爲日本人者，取得日本國籍」。

## 第二節 傳來之國籍取得

傳來之國籍取得者，因出生之事實既取得國籍，復因出生後之原因又取得他國國籍之謂也。我國國籍法第二章「國籍之取得」，乃爲規定外國人取得中國國籍之方法者。此傳來之國籍，乃因變更國籍而取得。其取得之原因有三：

第一，親屬法上之原因——即法律效果；

第二，歸化上之原因——即個人意思；

第三，國際法上之原因——即領土割讓。

一、親屬法上之原因 外國人依親屬法上之原因而取得國籍者，可細別爲婚姻、贅婿、養子、及認知等四種。茲分別述之如次：

(一) 婚姻 婚姻爲家族之根源，夫婦有同居之義務，妻之國籍應從其夫，學者多主張之，蓋所以使家庭間國籍之一致也。故現今各國立法例概認妻因婚姻而取得夫之國籍。例如日本國籍法第五條第一款規定：「外國女子爲內國人妻者，取得日本國籍」。歐洲大陸各國亦多認夫婦有同籍之必要，因而從日本立法例，如西班牙、荷蘭、挪威、瑞典、比利時等國是也。然亦有例外，仍保留妻之本國國籍者，如英國、美國、委內瑞拉、巴西等國是也。至依我國國籍法第二條第一款之規定，凡外國女子爲中國人妻者，即取得中華民國國籍，此爲家庭間之和睦，不得不採夫婦同籍制也。惟今日各國有以獎勵其女子與外國人結婚而仍保留其本國國籍者（註一）。故我國國籍法同條同款有「但依其本國法保留國籍者，不在此限」之例外規定，乃爲避免國籍之重覆而爲設定也。

(二) 贅婿 日本國籍法規定：外國男子爲日本人贅婿，並在日本繼續一年以上，有住所或居所，而且品行端正者，經內務大臣之許可，而取得日本國籍（註二）。贅婿爲日本之特殊制度，歐美各國並無贅婿婚姻之制度，當然不能認出贅外國爲喪失國籍之原因也。

(三) 認知 凡非婚生子，因其父或母之認知（註三），取得其父或母之國籍，此亦各國所共認爲取得國籍之原因。惟關於非婚生子之認知，各國立法例殊不一致。約而言之，可別爲下列兩大類：

第一，父系認知主義。即以父之認知爲主者。申言之，非婚生子之認知，不拘認知時間之前後，而以父之認知爲主，取得父之國籍。如義大利、西班牙、荷蘭等國，皆採用此主義。



第二，母系認知主義。即以母之認知爲主者。申言之，非婚生子皆取得母之國籍，不因父之認知而對於其母系國籍發生任何影響。如法、德、奧、匈、瑞典等國，皆採用此主義。

依我國國籍法之規定，父有優先認知權，母在父無可考或不認知時，始得行使認知權（註四）。惟以條文簡單，頗足引起國籍之衝突。蓋吾人就非婚生子之能取得國籍言之，其機會有三：（一）依出生地主義，取得出生地國籍；（二）依母系血統主義，取得母之國籍；（三）依父系認知主義，取得父之國籍。於是遂有取得三國國籍之弊（見例一）。故各國關於非婚生子之認知，皆設有限制，以避免國籍之衝突也。例如日本國籍法第六條規定，非婚生子因認知而取得日本國籍者，須具左列之條件：

第一，非婚生子須依其本國法爲未成年者；

第二，非爲外國人之妻者；

第三，父母之中先認知者，須爲日本人；

第四，父母同時認知時，父須爲日本人。

（例一）中國男甲與德國女乙同居時，在美國生子丙。依美國之出生地主義，丙爲美國人；依中國之父系

認知主義，丙爲中國人（註五）。依德國之母系血統主義，丙又爲德國人（註六）。

（四）養子。養子爲東亞各國之特殊制度，養子入養家，其權利與婚生子相等。若養子爲外國人時，則非其

取得內國國籍者不可。故日本國籍法第五條第四款規定：外國人爲日本養子時，取得日本國籍；但須經內務大臣之許可。我國向以家族爲單位，因維持家族之和睦，故重養子制度。我國國籍法第二條第四款規定：「爲中國人之養子者」，即取得中華民國國籍。歐洲各國昔時亦有此種養子制度，今則一變而以個人爲單位，故已不以此爲變更國籍之原因矣。如法國國籍法規定：法國人爲外國人之養子者，並不喪失法國國籍。其他歐美各國皆不以養子爲喪失國籍之原因。

二、歸化上之原因 外國人因歸化上之原因而取得國籍者，即因外國人之請求，國家依行政之處分，而以國籍許予之謂也。蓋歸化既不能專恃個人意思，如因親屬法上之原因，而取得國籍者，亦不能獨特國家權力，如因國際法上之原因——領土之割讓，而變更國籍者。故歸化成立之要件有二：（一）當事人之請求，（二）國家特惠之許可。至歸化之基本觀念，可分爲下列三種討論之：

第一，謂歸化爲權利關係，即外國人具備法定條件，即可申請歸化也。行此制度者爲英國、美國及希臘等。

第二，謂歸化爲權力關係，即外國人之處於內國某種地位者，乃強制其歸化也。行此制度者爲南美各共和國（註七）。

第三，謂歸化爲契約關係，即外國人之歸化內國，宜任其個人之意志，而不應加以條件者也。行此制度者，爲昔日之法國（註八）。

第四謂歸化爲行政關係，卽外國人之歸化內國，一方面既須由當事人之申請，他方面又須經國家之特許。蓋外國人請求歸化時，允之拒之，國家自有權衡也。行此制度者，爲德國、瑞士、比利時、義大利等國。

以上四種制度，當以第四種爲最妥。我國國籍法自第三條至第九條，皆有關於歸化者，亦卽視歸化爲行政關係也。茲將歸化之條件，手續及其效力分述如次：

一、歸化之條件 歸化既爲特惠而非權利，且得設種種條件以限制之，條件何如，因國而異，但其作用固相同也。各國國籍法共同之條件有三：

第一，一定年限間有住所或居所者；

第二，有足以自活資力者；

第三，品行端正無害於內國社會者。

(一)住所或居所之年限 住所或居所以表示聲請歸化人與內國之關係，故欲知此種關係之深淺，僅視住所或居所之久暫以爲準。各國對於年限之規定頗不一致，而住所與居所之間亦無一定之限制與區別。例如奧國法律規定繼續十年之居所，塞爾維亞法律規定七年之居所，荷蘭、南非共和國、日本等法律規定五年之住所，英國法律規定五年之居所，法國及芬蘭法律規定三年之居所，瑞士法律規定二年以上之住所，巴拉圭法律規定二年之住所，烏拉圭法律規定無妻者二年之居所，有妻者三年之居所，葡萄牙及尼加拉瓜 (Nicaragua)

法律規定二年以上之住所；閩都拉斯（Honduras）法律規定一年之居所。

我國國籍法第三條第二項第一款規定繼續五年以上之住所，但第四條規定：

「左列各款之外國人，現於中國有住所者，雖未經繼續五年以上，亦得歸化：

一、父或母曾爲中國人者；

二、妻曾爲中國人者；

三、生於中國地者；

四、曾在中國有居所繼續十年以上者」。

以上四種關係，當以第四種爲最強。蓋十年之居所應視爲有五年住所之效力者。至於第一、第二、第三等款之外國人，「非繼續三年在中國有居所者，仍不得歸化」；「但第三款之外國人，其父或母生於中國地者，不在此限。」

再我國立法者規定固有國籍時，既採用血統主義，則於規定歸化時，亦宜注意及之。故國籍法第五條規定：「外國人現於中國有住所，其父或母爲中國人者，雖不具備第三條第二項第一款、第二款及第四款條件，亦得歸化。」且重視血統主義，即重視民族主義，此爲規定歸化時所不可疏忽者也。

此外尚有一種外國人可以免除住所或居所之限制，而得率然歸化中國者，即國籍法第六條所規定之有

殊勳於中國之外國人是也(註九)。但同條第二項規定：「內政部爲前項歸化之許可，須經國民政府核准。」其許可之手續較爲嚴密，所以防濫等也。

(二)行爲能力 請求歸化，必須有行爲能力，此理之至顯者。凡未達法定年齡者，不能視爲有完全行爲能力之人，此爲各國法律所公認之原則。惟法定之年齡，則因各國環境之不同而不一致，故審定能力時，究應適用何國法律，各國立法例亦未能盡同。茲摘其要者歸納於下列四種立法例：

第一，依內國法及當事人本國法審定者。採此種立法例最著者，爲日本。日本法律規定：「歸化出願(聲請)者，當年滿二十歲以上，從其本國法有行爲能力者。」依此規定，(甲)依歸化人本國法爲無行爲能力者，固不能爲歸化之聲請；(乙)即從其本國法爲有行爲能力者，苟依日本法律之規定，尙未滿二十歲時，則亦不得爲歸化之聲請。與日本同採此例者，爲葡萄牙。

第二，依內國法單獨審定者。採此種立法例最著者，爲法國。法國法律規定：「歸化人常年滿二十一歲，依法國法有行爲能力者。」依此規定，歸化人之行爲能力概依法國法審定之，歸化人之本國法如何規定，在所不計。與法國同採此例者，有德、奧、匈、挪威、墨西哥、摩洛哥(Morocco)等國。

第三，依歸化人本國法審定者。採此立法例最著者，爲美國。美國法律規定：「凡聲請歸化者，須依其本國法有行爲能力者。」依此規定，凡歸化人本國法認爲有行爲能力者，即得爲歸化之聲請，因美國視歸化爲一種權

利，不容內國法參預審定者也。與美國同採此例者，有希臘、荷蘭、比利時、瑞典、巴西等國。

第四，不設行為能力之規定者，即關於歸化人之行為能力不另設特殊之規定者，採此種立法例者，有英國、西班牙、羅馬尼亞、智利、委內瑞拉、玻利維亞（Bolivia）等國。

我國國籍法第三條第二項第二款規定：「年滿二十歲以上，依中國法及其本國法為有能力者」，依此規定，關於歸化條件之限制較為嚴密。蓋各國立法例，關於人之行為能力，通常本應依其本國法，但我國國籍法規定當事人之能力除依其本國法外，尚須參用中國法，此殆為慎重耳。

（三）無害於內國社會 歸化者，即特許外國人為內國國民，此與普通社會容許新社員殆無稍異。故一國法律規定外國人歸化內國時，應受下列兩種限制：

第一，道德上之限制。歸化人必須為善良之國民，所以拒絕犯罪人及流浪人之歸化，而維護內國之公益者也。現今各國立法例多有此規定，例如我國國籍法第三條第二項第三款規定：歸化人須品行端正者（註一〇），亦即道德上之限制也。其他如日本、德國、奧國、匈牙利、塞爾維亞等，均有同樣之規定。惟英國法律規定歸化人以品行端正並能說英語者為限，此又較他國立法例為嚴。

第二，經濟上之限制。歸化人必須具有相當之財產或藝能足以自立者，此亦為各國立法之通例也。惟各國法律對於此種限制，所規定之標準則有強弱之分，不一致。例如德國法律規定以能給養本身及親屬者為限；

芬蘭法律規定以得能糊口者爲限；巴拉圭法律規定以有不動產或有營業資本，或學術技能或經營製造業者爲限；秘魯法律規定以經營商業製造業或工業者爲限；羅馬尼亞法律規定以所有資本金額之計算書附於歸化申請證明書者爲限；日本法律規定以有營獨立生計之資產及技能者爲限；我國國籍法第三條第二項第四款規定「須有相當之財產或藝能足以自立者」。此爲保證歸化人得能自立生存，而不得不有如此之規定者也。（註一一）

二、歸化之手續 關於歸化手續之繁簡，一視各國之人口政策爲標準。故人口不足之國家，規定歸化手續較簡；反之，人口過剩之國家，規定歸化手續較繁。至於我國人口既非不足，又非過剩，故規定歸化手續不宜過於繁簡，求其適中而已。我國國籍法規定之歸化手續如次：

（一）須經內政部之許可 許可乃行政行爲，其許可與否，完全由主管官署之自由裁量，不容當事人置喙也。各國立法例對於歸化之拒絕，皆不允當事人有訴願權，蓋以歸化爲特惠而非權利，前已詳言之矣。我國國籍法第三條第一項規定：「外國人或無國籍人經內政部許可，方可歸化」，正同此例也。

（二）須當事人出具聲請書 國籍法第三條對於歸化手續，語焉不詳，故特於國籍法施行條例第三條中詳細規定之。其條文如次：

「依國籍法第二條第五款（歸化人）願取得中華民國國籍者，應由本人出具左列書件，聲請住居地

方之該管官署轉請內政部核辦。

一、願書；

二、住居地方公民二人以上之保證書。

內政部核准歸化時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之。

觀於上列條文，關於歸化手續應知有所遵循矣。

三、歸化之效力 關於歸化之效力，可分下列兩點討論之：即（一）爲歸化效力之時效；（二）爲歸化效力之範圍是也。茲分別詳述如次：

（一）歸化效力之時效 歸化效力之時效，僅關將來，不溯既往；此爲法律上一大原則也。但其效力究自何時發生，各國立法例頗不一致。茲舉例以明之：

第一，凡具備歸化條件，由歸化人向內國宣誓竭忠順時，即可發生效力。如英國、美國、西班牙、瑞典、挪威、墨西哥及塞爾維亞等國皆屬焉。

第二，凡具備歸化條件，由歸化人登記歸化許可證於戶籍簿時，即可發生效力。如葡萄牙及一八八九年前之西班牙皆屬焉。

第三，凡具備歸化條件，由歸化人取得歸化許可證時，即可發生效力。如德意志、奧大利、匈牙利及哥倫比亞



等國皆屬焉。

第四，凡具備歸化條件，經歸化國之許可，復由當事人承諾時，即可發生效力。如比利時、荷蘭等國皆屬焉。

第五，凡具備歸化條件，由內國政府公報公布時，即可發生效力。如日本、法國、義大利等國皆屬焉。

我國國籍法第七條規定：「歸化須於國民政府公報公布之日，自公布之日起，發生效力。」依此規定，我國採用上述第五種立法例也。

(二)歸化效力之範圍 歸化之效力，在使外國人取得內國國籍，而與內國國民享有同等權利及負有同等義務也。歸化效力之時效，已於上節說明。但自其效力發生之日起，則對於歸化人之本身及其親屬，究將發生若何影響，此即所謂歸化效力之範圍也。關於此點，各國立法例約可分為下列三種：

第一，以歸化效力關於全家者。如德、英、法、義、日、瑞士等國皆屬焉。

第二，以歸化效力關於個人者。如葡萄牙、土耳其等國皆屬焉。

第三，以歸化關於個人，但對於未成年子仍予以歸化之便利者。如比利時、巴西及希臘等國屬焉。

我國國籍法關於歸化效力之範圍，不僅及於歸化人之本身，即對於歸化人之妻子，亦生國籍變更之效力。蓋由於使其夫妻親子均取得同一國籍，而謀其家庭之和睦也。(註一二)茲再就下列兩點加以闡明：

(甲)關於歸化人本身之效力 歸化人與內國人享受同一權利並負擔同一義務，此為理論上之原則。各

國立法例對於歸化人所負之義務，與內國人完全相同；惟對於其所享之權利，則加以限制，而於公權中之參政權限制尤嚴，例如法國法律規定，凡歸化人於歸化後十年內不得爲國會議員，又終身不得爲大總統及副總統；美國法律規定，凡歸化人於歸化後七年內不得爲國會議員，又終身不得爲大總統及副總統；義大利法律規定，凡非大歸化 (grand naturalization) 者，不得爲國會議員之選舉人及法院之陪審員；日本國籍法規定，凡因特殊功勳而歸化者，非俟歸化滿五年，其他自歸化後滿十年，並經內相裁決解除後，不得任政府要職。註一三。其他各國對於參政權之享有，亦多加以一定年限之限制，或終身不許享受者。此爲現今各國通行之原則。

### 我國國籍法第九條規定：

「依第二條之規定，取得中華民國國籍者，及隨同歸化人取得中華民國國籍之妻及子，不得任左列各款公職：

- 一、國民政府委員各院院長及委員會委員長；
- 二、立法院立法委員及監察院監察委員；
- 三、全權大使、公使；
- 四、海陸空軍將官；
- 五、各省區政府委員；

## 六、各特別市市長

### 七、各級地方自治職員」。

上列規定，將親屬法上之原因而取得國籍者亦包括在內，而加以限制，但所列公職之權利，對於歸化人並非終身剝奪之，經相當期間後，仍與內國人同等享受。故我國國籍法第九條第二項規定

「前項限制依第六條規定歸化者，自取得國籍日起滿五年後，其他自取得國籍日起滿十年後，內政部得呈請國民政府解除之」。

惟於此應注意者，即依國籍法第六條之規定而歸化者，即於中國有殊勳者，顯與普通歸化者不同，故特縮短其受限之年限，以示優遇也。

(乙)關於歸化人妻及子之效力 歸化人之妻及其未成年之子，隨同取得新國籍，此為學者所共認之原則。但各國立法例，設例外之規定者，亦頗不少。例如妻從夫歸化之原則，為學者所同認，德、義、奧等國皆以妻因夫之歸化而變更其國籍，但葡萄牙則認妻之國籍非常然變更（註一四）。其他如法國法系諸國，則認非由妻自行申請歸化者，則不發生效力。至於英美立法例，則認若妻與夫同住內國者，則隨時得申請歸化，而不受住所年限之限制。日本國籍法第十三條規定，妻因夫之歸化而取得日本國籍，但同條第二項規定，若妻之本國法有反對之規定時，即不認妻為當然取得日本國籍（註一五）。再如子，親歸化之原則，亦為學者所承認。惟各國立法例，僅將

此項原則限於未成年之子，若其子已成年者，則從其子之自由意思而決定之。故英、美、奧、義、法等國規定，凡未成年之子，於成年後，得依其自由意思，不受其親歸化效力之影響。日本國籍法第十五條第一項規定，未成年之子同親歸化，已成年之子依其自由之意思，同條第二項規定，未成年子之本國法有反對之規定時，則不在此限。

### 我國國籍法第八條規定：

「歸化人之妻及依其本國法未成年之子，隨同取得中華民國國籍；但妻及未成年之子，其本國有相反之規定者，不在此限」。

由此觀之，我國國籍法第八條乃倣日本法例而規定者。至於子之成年與否，所以依其本國法之規定者，蓋恐依中國法爲未成年，而依其本國法爲成年，因此而引起立法之衝突。且該條但書之規定，亦爲避免國籍之衝突而設也。

三、國際法上之原因 一國人民因國際法上之原因而變更國籍者，此即因征服、併合、割讓之結果，變更領土之主權，同時凡居住其地之人民，其國籍亦隨之而生變更。此亦爲取得國籍原因之一。各國國籍法對於此種原因，並無明文規定。蓋以其國籍之取得，不能憑法律之規定，而必須基於條約之締結，始克生效也。故學者稱爲國際法上之國籍取得，或稱爲領土割讓之國籍取得。

當國家領土變更時，其人民國籍是否應爲變更？對此問題，學者主張頗爲紛歧。惟依國際慣例，其解決之方

法，可由下列三種情形觀之：

(一) 因領土割讓而人民國籍無須變更者 此種情形，試以三種實例說明之：數獨立國聯合而為聯邦時，各獨立國人民仍各保其固有國籍（註一六）。如一八七一年德意志聯邦中之保威利亞（Bavaria）、符騰堡（Württemberg）、巴登（Baden）等國人民，並不失其固有國籍。此其例一也。兩獨立國而為君合國或政合國時，各獨立國仍各保其固有國籍。如尼德蘭（Netherlands）之與盧森堡（Luxembourg）（註一七）、挪威之與瑞典（註一八），各國人民仍各保其固有國籍。此其例二也。一國在他國保護之下時，被保護國人民仍保其固有國籍。如安南國人民並不因受法國保護而取得法國國籍。此其例三也。

(二) 因領土割讓而人民國籍應予變更者 領土之割讓，即為主權之喪失，故其人民國籍亦應予變更。惟領土割讓之條約，其影響不及於第三國之人民。故其人民國籍應予變更者，僅以割讓地住民為限。而所謂割讓地住民者，約可分為四種：在割讓地有住所而無本籍者一也；在割讓地有本籍而無住所者二也；在割讓地有本籍且有住所者三也；在割讓地僅有居所而無住所本籍者四也。此四種住民，除第四種不因領土割讓而受影響外，其餘三種之國籍應否變更，條約既無明文規定，而學者意見復不一致，迄今猶難有正確之解答。茲述其要者如次：

第一，住所主義依此主義，凡有住所在割讓地者，皆應變更國籍，而取得新國籍。至其本籍是否在割讓地，則

可不問(註一九)

第二，本籍主義。依此主義，凡有本籍在割讓地者，皆應變更國籍，而取得新國籍；至其住所是否在割讓地，則可不問(註二〇)。

第三，併合主義。此即兼採住所與本籍兩種主義，以確定國籍應否變更也。採用此主義者，為德法兩國學者。惟法國學者主張於割讓地有本籍且有住所者，始得變更其國籍(註二一)。德國學者主張於割讓地有本籍或住所者，即可變更其國籍(註二二)。故德法兩國雖採同一之主義，而有程度高下強弱之分。其所以然者，蓋原於普、法領地割讓之結果也。

上列三種主義，究應採用何種主義為較適當，則當視割讓條約締結時之狀態及國情如何，為最後決定之標準。

(二) 因領土割讓而人民國籍有選擇權者。近世國際條約特為規定，凡欲保有舊國籍者，得於一定年限內退出割讓領地，其不退出者，則當然取得新國籍。此即所謂國籍選擇權 (option) 是也。國際條約中設此規定者，稱為國籍選擇條款。徵之實例，亦不少見。例如一八六〇年法塞條約 (Treaty of France and Sardinia, 1860) (註二三) 規定，凡住於薩伏衣 (Savoie) 及尼斯 (Nice) 之義大利人民，欲保有義國國籍者，應於該條約批准之日起一年以內，正式向主管官署聲明之，並由薩尼二地移住於義大利境內(註二四)。一八九五年中日所締

結之馬關條約（註二五）其第五款規定：「本約批准互換之後，限二年之內，日本准中國讓與地方人民願遷居讓與地方之外者，任便變賣所有產業，退去界外，但限滿以後，尚未遷徙者，酌宜視為日本臣民。」一九一九年凡爾賽和約（Treaty of Versailles）規定，喪失國籍之人民，於二年期內有選擇國籍權。如經聲明保留其舊國籍者，於聲明後十二個月內移住於本國，而移住者原有之不動產仍可保有之。至其動產之欲攜歸本國者，出入邊境，概予免稅。此項規定，可視為國際法上之原則。嗣後波蘭、巨哥斯拉夫（Yugoslavia）以及羅馬尼亞，國其恢復或擴大領土之居民，即採用此辦法也。

（註一）依美國法律，美國女子並不因與外國人結婚而喪失其國籍，惟於婚姻繼續中移住於外國，則停止其美國國籍之效力。

（註二）參閱一八九九年三月日本法律第五條第二項。

（註三）我國法律適用條例上「認知」為「認領」。

（註四）參閱我國國籍法第二條第三款。

（註五）參閱我國國籍法第三條第二項。

（註六）參閱德國一八七〇年之法律。

（註七）如巴西法律規定，凡外國人與內國女子結婚者，或主有不動產者，或有住所者，即強予以國籍。

（註八）法國自一九二七年八月十日公布新法後，即認歸化為行政關係，尤之拒之，國家自有權衡。

（註九）此種特殊之歸化，有時稱之為大歸化（Grand naturalization）。

(註一〇)「品行端正」之標準，由內政部自由評列。

(註一一)葡萄牙法律同採此例。

(註一二)參閱我國國籍法第八條。

(註一三)所謂政府要職者，爲1. 國務大臣，2. 樞密院議長，副議長，或顧問，3. 宮內勅任官，4. 特任全權公使，5. 陸海軍將官，6. 大審院院長，會計

檢查長，或行政裁判所評事，7. 帝國議會議員。

(註一四)昔日之帝俄法律，同採此例。

(註一五)但日本國籍法第十四條規定，歸化人之妻不必具備歸化條件，得隨時聲請歸化。此與第十三條第二項之限制實不相符。

(註一六)惟以各國之上有聯邦，故其人民對外另冠以聯邦之國籍。

(註一七)尼，處於一八一五年至一八九〇年聯合爲君合國 (Personal Union)。

(註一八)挪，瑞於一八一五年至一九〇五年聯合爲政合國 (Reise Union)。

(註一九)一九一九年凡爾賽和約所規定者，概以住所原則爲變更國籍之標準。

(註二〇)一八七一年十二月十一日普法所訂之附加條約規定，凡生於阿羅二州之人民，不論其有無住所，皆變爲德國國籍。此採用本籍主義也。

義也。

(註二一)一八七一年五月十日普法所訂之法蘭克福和約 (Treaty of Frankfurt) 其第二條規定，阿羅二州割讓時，凡在該地有住所且生

於該地者，均應變更國籍，而爲德意志人民。此採用法國學者之意見也。



(註二二) 一八六〇年法義所訂之都林條約 (Treaty of Turin) 規定，凡在薩尼二地有住所或本籍者，即變更爲法國國籍。德國政於一八七一年與法訂立和約後，曾主張不特生於阿羅二州而無住所者可變爲德國國籍，即僅有住所而非生於該地者亦得變爲德國籍。此種主張爲法國所拒絕。一九一九年凡爾賽和約折衷德法學者之意見，概以住所原則爲變更國籍之標準。

(註二三) 卽爲都林條約。

(註二四) 該約內僅載有，妻得其夫之許可者可回復其國籍，但未言及未成年人者。因之，法義雙方對此解釋遂各不相同。例如法國法院之判例，則謂未成年人者經其父母之許可，卽回復國籍（參閱一八六二年十二月 Chambery 法院之判例）。但義大利法院之判例，則謂未成年之子須俟其成年後之第一年，方得行使其回復國籍之權（參閱一八七四年一月十四日都林法院之判例）。

再一八七一法蘭克福條約對於婦女及未成人之國籍，並未規定。故德法兩國對此問題，亦皆以判例解決之。關於婦女之國籍，法國法院主張妻經夫之許可，得選擇其國籍；但德國法院主張妻應隨夫之國籍，至關於未成人之國籍，法國法院主張未成人經監護人或保佐人之協助，有國籍選擇權；但德國法院則主張凡未成人應隨父之國籍。此爲已往歷史上之糾紛也。一九一九年凡爾賽條約規定，妻隨夫之國籍，十八歲以上者，有國籍選擇權；未滿十八年者，應隨其父之國籍。戰後所成立之新國家，即採用此原則也。

(註二五) 又名中日講和條約，共十一條，於一八九五年四月十七日訂立，五月八日互換本約，批准執行。

## 第九章 國籍之喪失及回復

### 第一節 國籍之喪失

國籍喪失者，卽一國人民脫離其國籍之謂也。昔時各國禁止其人民自由脫離國籍，故凡爲一國之人民，卽永爲其國之人民；如有私自脫離者，卽以叛逆論，每處以極刑。至於近世，自由平等之說興，而脫離國籍之事亦成爲公認之原則。但各國立法例設例外之規定者，亦非必無。茲就各國現行立法例，關於喪失國籍之辦法，分爲下列三類：

第一，禁止自由脫離國籍者。如南美委內瑞拉及阿根廷屬焉。

第二，允許自由脫離國籍者。如英國、比利時、西班牙、希臘、義大利、瑞士等屬焉。

第三，允許脫離國籍，但附以條件者。如法國、日本等屬焉。

我國國籍法從第三種立法例，卽我國人民具備喪失國籍之原因者，得申請脫離中國國籍。國籍法第二章

「國籍之喪失」乃爲規定中國人喪失中華民國國籍之原因、效力及其限制者也。茲分述之如次：

一、國籍喪失之原因 國籍取得之原因，有固有國籍之取得原因與傳來國籍之取得原因二種。而國籍之喪失，則僅有人爲之原因，可分爲三點：(一)因親屬法上之原因而喪失國籍者，(二)因歸化上之原因而喪失國籍者，(三)因國際法上之原因而喪失國籍者。以上三種原因，除第三種因領土割讓而喪失國籍者，已於前章詳述，不再贅述外，其餘二種原因，分爲敘述如次：

(一)親屬法上之原因 依各國國籍法之規定，其親屬法上喪失國籍之原因，約有二端：

第一，婚姻。妻從其夫之國籍，雖爲各國所共認之原則，但內國女子爲外國人妻者，是否喪失國籍，各國立法例頗不一致。有許喪失國籍者，如日本國籍法第十八條規定，日本女子爲外國人妻者，則喪失日本國籍（註一）；有許保留國籍者，如美國法律規定，美國女子爲外國人妻者，並不因之喪失美國國籍，但於婚姻繼續中移住於外國者，則不在此限（註二）。我國立法者以美日兩國之立法例各有所失，乃採折衷辦法，如國籍法第十條第一項第一款規定：「中國女子爲外國人妻，自請脫離國籍，經內政部許可者」，則喪失中華民國國籍。依此規定，中國女子嫁於外國人時，其從夫籍與否，可聽自便，若不經自行呈請脫離者，仍得爲中國人。此其優點一也。倘中國女子嫁於無國籍人時，依此規定，可保留中國國籍。此其優點二也（註三）。

第二，認知。凡非婚生子或棄兒取得國籍後，苟經其外國之父或母認知者，則採親子同籍主義，而喪失其國

有國籍；此爲各國立法共認之通例。例如日本國籍法第二十三條規定：「有日本國籍之子，因其父或母爲外國人，經其認知，取得其親國籍時，喪失日本國籍；但於認知前已爲日本人妻或入夫養子者，則仍保有日本國籍。」我國國籍法之規定，採親子同籍主義，亦以認知爲喪失國籍之原因。國籍法第十條第一項第二款規定：「父爲外國人，經其父認知者」；同條同項第三項規定：「父無可考，或未認知，母爲外國人，經其母認知者」；則喪失中華民國國籍。惟上述各款，依同條第二項之規定，尚須受兩種限制，卽因認知而喪失國籍者，須以1. 依中國法未成年者，或2. 非爲中國人妻者爲限。換言之，依中國法而成年者，或爲中國人妻者，均不得因認知而喪失中國籍也。

至於喪失國籍之手續，甚爲簡便。依國籍法施行條例第四條之規定，凡因認知而喪失中華民國國籍者，「應由本人或父或母聲請居住地方之該管官署核明，轉報內政部備案，並由內政部於國民政府公報公布之。其往居外國者，得聲請最近中國使領館轉報」。由此可知對於該項聲請，地方該管官署有核明之權，僅向內政部備案而已。

(二) 歸化上之原因 此卽內國人自願歸化外國，因而喪失內國國籍。一國人民，苟對滯留國已有歸誠之念，卽可拋棄舊國籍，取得新國籍；此爲近世各國所共認者也。但爲防止弊害起見，各國亦均設有一定之條件。有以取得外國國籍方准喪失內國國籍爲條件者，如義大利是也；有以自願歸化外國經內國主管官署許可爲條

件者，如英國、法國、荷蘭及日本等是也。我國國籍法從後者立法例；如國籍法第十一條規定：「自願取得外國國籍者，經內政部之許可，得喪失中華民國國籍；但以年滿二十歲以上，依中國法有能力者為限。」依此規定，凡因歸化而喪失中國國籍者，應具有三條件：

第一，須依歸化人之意思。此所以防止強制之歸化也。中國人民必先有歸化外國之意思，而後始喪失中國國籍。倘外國強制歸化，而非出於己意者，則中國否認之。

第二，須年滿二十歲以上者。此所以避免意外之弊害也。凡未定法定年齡者，意志薄弱，易受人之誘惑，種種危險固不堪想也。

第三，須依中國法有能力者。此所以尊重中國之主權也。中國人民依外國法有能力，且已取得其國國籍，倘依中國法為無能力者，內政部仍得否認其效力，而不許其喪失中國國籍也。

對於自願取得外國國籍者之喪失國籍手續，我國國籍法施行條例第五條，亦有詳細之規定：

「依國籍法第十一條規定，願喪失中華民國國籍者，應由本人出具聲請書，呈請居住地方之該管官署，轉請內政部核辦；其居住外國者，得聲請最近中國使領館轉經內政部核准。喪失國籍時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之。自公布之日起，發生效力。」

上列條文之規定，頗為詳晰，無庸再加闡釋（註四）。

二、國籍喪失之限制 各國立法所以允許其國民喪失國籍者，一以避免國籍之衝突，一以尊重個人之意。但民爲邦本，苟任其自由脫籍，毫無拘束，有危國本，殊非立國之道。故各國對於國籍之喪失，均加限制。我國亦然，其限制有二，卽一般限制與特別限制是也。

(一)一般限制 國籍法第十二條定規：

「有左列各款情事之一者，內政部不得爲喪失國籍之許可。

一、屆服役年齡，未免除服役義務，尙未服役者；

二、現服役者；

三、現任中國文武官職者。」

本條第一款及第二款之規定，實爲現在採行徵兵制之國家所共認，而所以預防免役之政策也（註五）。如義大利一九一二年六月十三日之法律第八條，德意志一九一三年七月二十二日之（*Deutsches*）法律第二十六條，及法蘭西一九二七年八月十日之法律第九條，日本國籍法第二十四條，均有類似之規定。至於同條第三款之規定，亦爲各國所共認，故凡現任官職者，皆不得喪失其國籍，此蓋不認外國人爲內國官吏之結果也。我國立法者爲加強此種限制起見，特於國籍法施行條例第十條爲下列之規定：「國籍法施行前及施行後，中國人已取得外國國籍，仍任中華民國公職者，由該管長官查明，撤銷其公職。」此所以申法紀而護公益者也。

(二)特別限制 國籍法第十三條規定：

「有左列各款情事之一者雖合於第十條第十一條之規定，仍不喪失國籍：

- 一、爲刑事嫌疑人或被告人；
- 二、受刑之宣告執行，未終結者；
- 三、爲民事被告人；
- 四、受強制執行，未終結者；
- 五、受破產之宣告，未復權者；
- 六、有滯納租稅或受滯納租稅處分，未終結者」。

此條之規定，實屬非常重要，蓋所以防止奸宄之徒，將假此以爲逃罪之途徑也。故內政部審核喪失國籍之請求時，若發現其有該條各款情事之一者，當拒絕其請求；其經內政部許可後而發現者，應即撤銷其許可，並於國民政府公報公布之。此種辦法，固已規定於我國國籍法施行條例第八條也。

三、國籍喪失之效力 蓋國籍喪失之效力，僅圖將來，不溯既往，此與歸化之效力正相同也。現今各國立法例，關於國籍喪失之效力，除及於本人外，尚可及於其妻子，此由於夫妻親子同籍關係而生者也（註六）。關於此種效力，我國國籍法更有明文規定，茲分左列兩點說明之：

(一)關於喪失國籍者本身之效力 喪失國籍者，即喪失內國人民之資格，而取得外國人之資格者也。故凡非內國人不能享有之權利，則與國籍同時喪失之。其中對於公權與公職，固應喪失（註七）其他如外國人不得享有之私權，同時亦應受限制。然對於財產權中之不動產，乃規定准其於相當期間讓渡於內國人；此所以深示體恤之意也。如國籍法第十四條規定：「喪失國籍者，喪失非中國人不能享有之權利。喪失國籍人，在喪失國籍前已享有前項權利者，若喪失國籍後一年以內不讓於中國人時，其權利均屬國庫。」此規定一年之猶豫期間是也（註八）。

(二)關於喪失國籍者妻及子之效力 喪失國籍者之妻及子，是否隨同喪失國籍，各國立法例頗不一致。而我國國籍法關於此點並無明文規定（註九）。在解釋上，妻不能隨同其夫喪失中國國籍。至關於喪失國籍者之子，應就子之成年與否，為不同之解釋。子已成年者，不應隨同喪失國籍；反之，其未成年者，為生活及教養計，應以隨同喪失國籍為妥（註一〇）。

上所敘述者，為關於國籍之喪失也。

(註一)德國、匈牙利、希臘等皆從此例。

(註二)英國從此例。

(註三)法國從此例。如法國一九二七年八月十日之法律第八條第二款規定：「法國女子為外國人妻者，仍保留法國國籍；但明白聲言願依



其夫所屬國之法律，取得其夫之國籍者不在此限。

(註四) 考各國立法例，尙有其他種種喪失國籍之原因，茲摘其要者述之如左：

1. 未經本國政府或國會之許可，而擔任外國公職者，即喪失國籍，如德、義、荷、葡、希、日等是也。
2. 本國政府命其解職，於相當期限內而不從者，即喪失國籍，如德、法、奧、匈是也。
3. 未經本國政府之許可，僑居外國十年，並未報告本國政府者，即喪失國籍，如德、匈、墨西哥等是也。
4. 服役期中逃往外國，或避免召集而出國境者，即喪失國籍，如美國是也。
5. 未經本國政府之許可，而擔任外國軍職者，即喪失國籍，如荷、法、義等是也。

以上均係由於國家因公益上之關係，而加以喪失國籍之制裁，然以剝奪國籍爲制裁之手段，實有害國際道德。故國際法學會有鑒於此，於一八九六年開會時，曾申斥剝奪國籍以爲刑罰之非是。

(註五) 查徵兵制度爲充實自衛力量根本要圖，各國行之已久。是以國民政府於二十二年六月十七日公布兵役法，並於二十五年三月一日起施行，蓋即所以實行通國皆兵之制也。

(註六) 關於國籍喪失之效力，各國立法例可分爲三種：1. 以喪失效力關於全家者，如德、義、法、英、日等是。2. 以喪失效力關於個人者，如葡、土等是。3. 以喪失效力關於未成年之子者，如比、巴、西、希臘等是。

(註七) 參閱國籍法施行條例第十條之規定

(註八) 日本法律從此例

(註九)參證國籍法第十條之規定。

(一〇)日本國籍法規定，喪失日本國籍者之妻及子，皆隨同喪失日本國籍。

## 第二節 國籍之回復

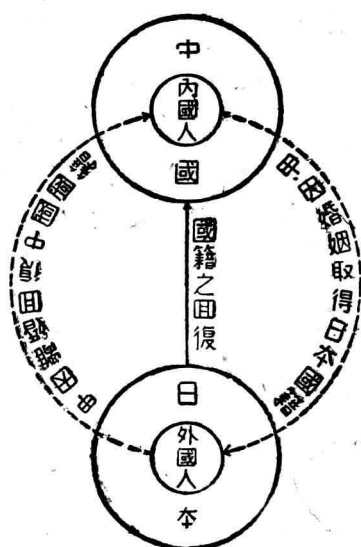
國籍回復者，即內國人曾經喪失國籍，而復取得內國國籍之謂也。現代各國對於國籍喪失，一任個人之意，對於國籍回復，亦莫不如此。惟國籍回復與歸化不同，因請求歸化者本為外國人，而請求回復國籍者本為內國人，喪失內國國籍後，又欲回復內國國籍也（見例一）。職是之故，如原係歸化人，喪失內國國籍後，再欲取得

內國國籍者，僅能視為國籍之再取得，非茲所謂國籍之回復也（見例二）。

(例一) 中國女子甲為日本人妻，自請喪失中國國籍，並經內政部之許可而取得日本國籍。後甲因與其夫離婚，又欲回復中國國籍（依我國國籍法第十五條之規定，甲得回復中國國籍）。

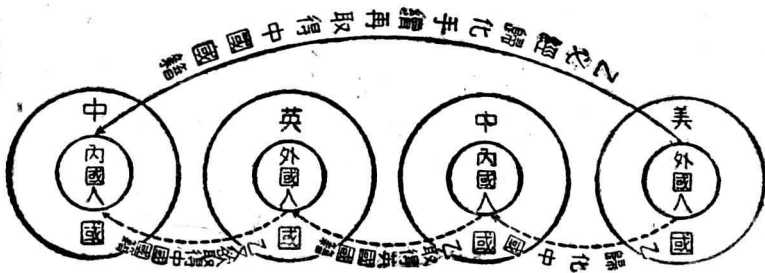
(例二) 美國人乙歸化中國後，因故脫離中國國籍，

圖復回之籍國 (三表圖)



國籍之喪失及回復

圖得取再之籍國 (四表圖)



而取得英國國籍，倘乙再欲由英國國籍改易為中國國籍時，則乙必須經歸化手續，方能取得中國國籍。

由此二例觀之，「例一」中之甲本為中國人而喪失國籍者，故不經歸化手續，而許其國籍之回復。但「例二」中之乙，本為外國人而喪失國籍者，故必經歸化手續，而許其國籍之再取得。

世界各國雖均承認回復制度，但其限制則有寬嚴之別。根據此點，分為下列三種：

第一，便宜主義。即對回復國籍者設有特別較寬之條件也。日等國屬焉。

第二，嚴格主義。即對回復國籍者設有特別較嚴之條件也。此種辦法，係對因服外國兵役或任外國公職而喪失國籍者所加之限制，其他因婚姻或歸化而喪失國籍者則不適用。法、葡等國屬焉。

第三，折衷主義。即對回復國籍者所設之條件，與外國人歸化之條件無稍異也。英、德等國屬焉。

我國國籍法第四章規定回復國籍之制度。其所據之學理，則為便宜主

義。即以簡單之條件，使喪失國籍人回復中國國籍也。茲將回復國籍之條件及其效力，分別說明如次：

一、回復國籍之條件 回復國籍應具備簡單之條件，實為各國之所公認。我國國籍法第十五條及第十六條係規定回復國籍之條件。茲將其規定分述如下：

第一、因婚姻喪失國籍者之回復國籍條件，國籍法第十五條規定：「依第十條第一項第一款之規定喪失國籍者，婚姻關係消滅後，經內政部之許可，得回復中華民國國籍。」由此可知因婚姻喪失國籍者，其回復國籍之條件有二：一曰婚姻之消滅，二曰內政部之許可。惟於此應注意者，即婚姻之消滅乃因夫之死亡或離婚而發生者，故惟寡婦或離婚婦始得請求回復國籍，並須經內政部之許可。且回復國籍既以婚姻消滅為條件，則其不足為解除婚姻關係者，如歐美各國之別居制度，雖終身別居，尚不足消滅其婚姻關係，故凡取得別居之宣告者，仍不能回復中國國籍也（註一）。

第二、因歸化喪失國籍者之回復國籍條件。國籍法第十六條規定：「依第十一條之規定喪失國籍者，若於中國有住所，並具備第三條第二項第三、四款條件時，經內政部許可，得回復中華民國國籍；但歸化人及隨同取得國籍之妻及子喪失國籍者，不在此限。」由此可知因歸化喪失國籍者，其回復條件有四：（一）在中國有住所者（註二）；（二）品行端正者；（三）有相當之財產或藝能足以自立者（註三）；（四）經內政部許可者。凡因歸化喪失國籍者，具備上列四條件時，即可回復中國國籍（註四）。但此種規定不無例外，即本條但書所規定之限制也。

蓋此等歸化人喪失國籍後，又爲外國人，對於我國已無誠意內向，故必經歸化手續，始許其取得中國國籍也（註五）

二、回復國籍之效力 回復國籍之效力究自何時發生，各國立法例頗不一致。茲舉例以明之：

第一，凡具備回復國籍之條件，完成法定手續時，即可發生效力，如義大利、墨西哥等屬之。

第二，凡具備回復國籍之條件，取得許可證時，即可發生效力，如瑞士屬之。

第三，凡具備回復國籍之條件，許可證登記時，即可發生效力，如英國、加拿大等屬之。

關此點，我國國籍法並無明文規定，在解釋上當可參照國籍法第七條之規定，即回復國籍須於國民政府公報公布之日起發生效力。至於回復國籍後之效力，可就下列二點討論之：

（一）關於回復國籍者本身之效力 各國立法例，對於回復國籍者本身之效力，稍有出入。有認國籍回復，即恢復公民資格，與內國人相同者。有認國籍回復，其結果雖爲內國人，但其所應享有之權利，究不能不稍加限制者。例如日本法律規定，回復國籍者得享有一切公民所得享有之權利，與特典毫無限制；是採前者立法例也。我國國籍法第十八條規定：「回復國籍人，自回復國籍日起三年以內，不得任第九條第一項各款公職。」是採後者立法例也。惟於此應注意者，即本條僅曰三年，則較因有殊勳而歸化者之須滿五年，其他取得中國國籍者之須滿十年者（註六），已有寬嚴之別矣。且依本條之規定，回復國籍人滿三年後即可擔任各款公職，而絕無所

限制也。

(二)關於回復國籍者妻子之效力 依各國立法之通例，回復國籍人之妻，隨同回復國籍；但其妻爲外國人時，則爲新國籍之取得，而非舊國籍之回復。再回復國籍人之效力，僅及於喪失國籍前所生之子，而尙未成年者，得隨同回復其國籍；倘其子已成年，或父爲外國人時所生者，則須經歸化手續，而爲國籍之取得。採用此種立法例最著者，爲日本（註七）。其他如德、奧、義等國皆屬焉。我國立法例似亦仿此。例如國籍法第十七規定：「第八條規定於第十五條、第十六條情形準用之。」是卽回復國籍人之妻，及依其本國法未成年之子，依第八條之規定，應隨同回復中國國籍；但妻或未成年之子，其本國法有反對之規定者，不在此限。惟第八條所稱：「依本國法未成年之子」，並非僅指回復國籍人於喪失國籍後所生之子，卽於喪失國籍前所生之子，而其子仍未成年者亦包括在內。此爲研究國籍法者所不可不注意焉。再第八條對於已成年之子既未提及，則依邏輯之解釋，當然不能隨同回復中國國籍。然按諸情理，此種已成年之子，非普通外國人可比，故對其歸化條件，當予以特別之優待。此我國國籍法所以有第五條之規定也。

至於回復國籍之手續，則各國立法例互不一致。有依歸化手續辦理者，如英、德等國是也。有依輕易方法辦理者，如日、義等國是也。關於此項手續，我國國籍法施行條例第七條規定：「依國籍法第十五條至第十七條回復中華民國國籍者，準用本條例第二條、第三條及第六條之規定。」茲特將本條之規定，加以分析說明如次：

第一、凡依國籍法第十五條及第十六條回復中國國籍者(註八)當依國籍法施行條例第三條辦理(註九)。  
第二、凡依國籍法第十七條回復或取得中國國籍者(註一〇)當依國籍法施行條例第二條辦理(註一一)。  
第三、上述之回復中國國籍者當依國籍法施行條例第六條之規定遵照內政部所指定新聞紙二種登載回復國籍之事實(註一二)。

(註一)日本國籍法第二十五條規定，因婚姻喪失國籍者之回復國籍條件有三：1. 婚姻之解除，在日本有住所者；2. 有內務大臣之許可。

(註二)此項僅以住所為條件，不必繼續五年以上之住所。如國籍法第三條第二項第一款之所規定。

(註三)參閱國籍法第三條第二項第三、第四款之規定。

(註四)日本國籍法第二十六條規定，因歸化喪失國籍者之回復國籍條件有二：1. 有住所，在日本者；2. 經內務大臣之許可者。

(註五)查國籍法第十五條並無如第十六條之但書，故因婚姻而喪失國籍者，如係歸化女子，在解釋上，亦必能回復中國國籍者矣。

(註六)參閱國籍法第九條第二項之規定。

(註七)參閱日本國籍法第二十七條。

(註八)即因婚姻或歸化喪失國籍人而欲回復中國國籍者。

(註九)參閱該條條文。

(註一〇)即回復國籍人之妻及未成年之子而欲回復中國國籍者。

(註一一)參閱該條條文。

(註一二)參閱該條條文。

## 第十章 國籍之衝突

前三章所述，爲國籍法上當依何種條件始能取得喪失及回復國籍之說明。在原則上，凡爲人民不可不有國籍，而又不能有二以上之國籍，此卽所謂國籍必有與國籍單一之原則也。然各國國籍法之規定互有差異，所採之主義又未能一致，其結果於此原則外往往發生例外。例外者何？卽一人有時竟無一國籍，或有時竟有二以上之國籍是也。無一國籍者，謂之無國籍，此國籍之消極衝突也；有二以上之國籍者，謂之重國籍，此國籍之積極衝突也。

惟國籍之衝突，對於公法上及私法上均能發生不可避免之弊害，故一九三〇年各國在荷蘭召開國際法典編纂會議時，締結國籍法公約，簽字者共三十國（註一）。該公約締結之目的，在謀統一國籍之原則。但終以各國之利害不同意見難歸一致，故縱有統一原則，亦必設保留條款以合事實，其欲統一國籍規定，良非易事。故國籍之統一，有賴於內國立法者更殷。內國制定國籍法時，應設法避免國籍之衝突。例如法國採血統主義，但其一九二七年之新國籍法則規定：「法國人民生於採出生地主義之國家者，應屬該國國籍」，所以避免重國籍也。



又如美國探出生地主義，但其法律規定：「外國人生於美國，而移住於其父之本國者，喪失美國國籍之效力」亦所以避免國籍之積極衝突也。再如我國國籍法第一條第四款規定：「生於中國地，父母均無可考或均無國籍者，屬中華民國國籍」，亦所以避免國籍之消極衝突也（註二）。惟各國關於國籍所採主義，多因內國特殊情勢，非可遽改，故實際上對於避免國籍之衝突，亦非易事。

由斯言之，國際會議既不能謀國籍之統一，國內立法又不能免國籍之衝突，則欲免除國籍衝突之弊害，亦戛戛乎其難哉！考其所以如此困難者，厥有數因。蓋國際會議係由各國自願集合，既未能強集世界各國與會，又未能直接支配各國立法，故其成效極微。此其一也。而各國立法關於國籍所採主義，既不能相同，其關於國籍之規定又多不完善，此於國籍規定之統一尤屬困難。此其二也。茲將各種國籍衝突之原因及其解決之方法分別評述於下列各節。

（註一）我國對於此項公約，曾由外交部呈請行政院，提交立法院審議，立法院於民國十九年十二月二十七日通過，國民政府尙未批准，參閱緒論第四章第二節註二。

（註二）參閱法國一九二七年八月十日法律第一條第七款；德國一九一三年七月二十二日法律第四條第二項；義大利一九二一年六月十

三日法律第一條；比利時一九二二年五月十五日法律第一條；瑞典一九二四年五月二十二日法律第一條；羅馬尼亞一九二四年八

月八日法律第一條；丹麥一九二五年四月十七日法律第一條；日本國籍法第四條。

## 第一節 國籍之積極衝突

一、衝突之原因 國籍衝突之因原，由於國異其法，國無宪法，已如前述。國籍之積極衝突，可分爲生來之國籍積極衝突與傳來之國籍積極衝突。前者爲由出生時之事實而有重國籍之謂，故又稱同時之積極衝突；後者爲由出生後之事實而有重國籍之謂，故又稱異時之積極衝突。職是之故，國籍積極衝突之原因，有由於生來衝突者，亦有由於傳來衝突者。茲分述之：

(一) 生來衝突之原因 此即因出生時取得重國籍而生之積極衝突。按其原因，約有兩種：

第一，由於採用主義之不同。按各國對於生來國籍之取得，所採用之主義各不相同；有採血統主義者，有採出生地主義者，有採併合主義者；併合主義之中，又有以出生地主義爲原則者，有以血統主義爲原則者（註一）。有此種種不同之主義，國籍之衝突在所難免。茲舉例以明之：

(例一) 由血統主義與出生地主義所生之衝突 德國採血統主義，阿根廷採出生地主義。今設有僑居阿根廷之德國夫婦，生子於阿根廷時，則此子依阿國法屬阿國國籍，依德國法又屬德國國籍，因出生而同時取得德阿兩國國籍矣。

(例二) 由血統主義與併合主義所生之衝突 先就由血統主義與以血統主義爲原則之併合主義間

所生之衝突言之。今設有德國夫婦在法國所生之子甲，則德法兩國依血統主義均認甲爲德國人。但甲結婚後，又在法國生子乙，依德國血統主義原則，乙爲德國人。但依法國法，又爲法國人。則乙因出生而同時取得德法兩國國籍矣。

再就由血統主義與以出生地主義爲原則之併合主義間所生之衝突言之。今設有僑居英國之奧國夫婦生子於英國時，則其子依奧國血統主義原則爲奧國人；但依英國法，雖於其子成年後許其選擇父之國籍，但在未成年前居於英國時，仍認爲英國人。如其子因出生而同時取得英奧兩國國籍矣。

第二，由於立法規定之不同。按各國對於生來國籍之取得，所採用之主義縱屬相同，但因立法規定之不同，復有程度強弱之別，亦能發生國籍之衝突。茲舉例以明之：

(例一) 由血統主義間所生之衝突。日本與法國均爲採血統主義者，但因日本採懷胎時之血統主義，法國採出生時之血統主義，在實際上每生衝突。設某甲出生前，其父本爲日本人，出生時其父取得法國國籍，則依法國法，甲爲法國人；依日本法，又爲日本人。如是甲因出生而同時取得法日兩國國籍矣。

(例二) 由出生地主義間所生之衝突。南美各國多採出生地主義，但依巴拉圭國法律，凡國內人生子於外國者，如在內國服務時，即視爲內國人。今設有巴拉圭人生子於智利，而其本人係服務於巴拉圭，則依巴拉圭法，此子爲巴拉圭人；但依智利出生地主義原則，又爲智利人。則此子因出生而同時取得巴智

## 兩國國籍矣。

(二)傳來衝突之原因 此即因出生後取得重國籍而生之積極衝突，傳來國籍之衝突，較生來國籍之衝突爲複雜。蓋各國對於國籍之變更，規定互異，故其結果有在甲國爲喪失國籍之人，在乙國且認爲取得國籍者。其原因甚多，不遑枚舉。茲舉其要者述之如次（註二）：

第一，婚姻。此即因婚姻而生國籍之衝突也。依日本法，外國女子爲日本人妻者，即取得日本國籍。依美國法，美國女子爲外國人妻者，並不因之喪失美國國籍，惟於婚姻繼續中移住於外國，則停止美國國籍之效力。今設有美國女子與日本人結婚，而居住於美國。此女子將因婚姻而取得美日兩國國籍矣。

第二，認知。此即因認知而生國籍之衝突也。依中國國籍法，非婚生子之父爲中國人，經其父認知者，即取得中國國籍。依德國法，非婚生子之母爲德國人，經其母認知者，即取得德國國籍。今設有中國人甲與德國女子乙姘居時生子丙，而先爲甲所認知，後又爲乙所認知，則丙依中國法爲中國人，依德國法爲德國人，是即丙因認知而取得中德兩國國籍矣。

第三，養子。此即因入養而生國籍之衝突也。依中國國籍法，外國人爲中國人之養子者，取得中國國籍，但歐美各國對於入養而變更國籍，並無明文規定。今設有美國人甲爲中國人之養子，則甲依中國法，取得中國國籍，但依美國法，仍保有美國國籍。是即甲因入養而取得中美兩國國籍矣。

第四，贅婿。此即因入贅而生國籍之衝突也。依日本國籍法，外國人爲日本人贅婿者即取得日本國籍。但歐美各國並無贅婿制度，當然不認入贅爲喪失國籍之原因。今設有英國人甲爲日本人之贅婿，則甲依日本法，因入贅而取得日本國籍；依英國法，並不因入贅而喪失英國國籍。是即甲因入贅而取得英日兩國國籍矣。

第五，歸化。此即因歸化而生國籍之衝突也。此種衝突之發生，可由下列三例說明之：

(例一) 由歸化本身而生之衝突。按各國對於歸化之觀念既不相同，對於歸化之條件又不一致，則國籍之衝突即由是而生矣。例如依阿根廷法，歸化人僅喪失其原屬國之參政權，而仍保有其原有國籍；依瑞士法，外國人歸化瑞士者，即取得瑞士國籍。今設有阿根廷人歸化瑞士，依瑞士法，取得瑞士國籍；但依阿根廷法，仍保有阿根廷國籍。是即因歸化本身而生之衝突一也。再如古巴憲法對於具備歸化條件之華僑，強制其歸化；但依我國國籍法，中國人自願歸化外國者，始得爲脫籍之聲請。今設有僑居古巴之中國人被追歸化古巴；但依中國法，仍保有中國國籍。是即因歸化本身而生之衝突二也。

(例二) 由隨同歸化而生之衝突。按各國關於歸化之效力，規定不同；有及於全家者，有及於個人者。有此不同之規定，而國籍衝突生矣。例如依德國法，妻因夫之歸化而變更其國籍；但依葡萄牙法，妻之國籍不因夫之歸化而變更。今設有葡萄牙人歸化德國，則其妻依德國法，取得德國國籍；但依葡萄牙法，仍保有葡萄牙國籍。是即因隨同歸化而生之衝突也。

(例三) 由特殊歸化而生之衝突 按各國對於有殊勳於內國者，雖不具備法定條件，准其歸化，然該歸化人脫離其本國國籍，如依其本國法，應得其本國官署之許可，而未得許可時，卽生國籍之衝突矣。例如有殊勳於中國之英國官員而爲中國大歸化時，依中國法，當因而取得中國國籍，但依英國法，「現任官員不歸化外國」之規定，仍爲英國人，是卽因大歸化而生之衝突也。

二、衝突之解決 各國對於國籍之取得，規定不同，由是而生國籍之衝突，是卽內國國籍與外國國籍之衝突，外國國籍與外國國籍之衝突也。此兩種衝突之情形不同，故解決之方法亦異。茲分別言之：

(一) 內外國籍之衝突 當內國國籍與外國國籍衝突時，吾人僅須適用各國所共認之原則，卽衝突國籍中如有內國國籍時，則以內國爲其本國，以內國法爲其本國法；換言之，卽依內國之國籍法決定其人之國籍也。一九三〇年之國籍法公約第三條規定：「除本約另有規定外，凡有二個以上國籍者，各該國家均得視之爲國民」，卽所以適用此原則。例如中國人某甲生於美國，而有中美兩國之國籍，設甲在中國法院發生國籍爭執之訴訟，則中國法院依中國國籍法，認甲爲中國人，因之以中國法爲其本國法；反之，設甲在美國法院發生訴訟，則美國法院依美國國籍法，認甲爲美國人，因之以美國法爲其本國法。其理由蓋因一國之國籍法，既以區別內外國人，與國家公益有關，具絕對強制性質，法院有不可不遵從之義務。我國法律適用條例第二條第一項但書之規定：「但依國籍法應認爲中國人者，依中國之法律」，卽所以言明此項原則也。

(二)外國籍間之衝突。當外國籍與外國籍衝突，而發生訴訟於內國法院時，內國法院究應如何解決之，乃困難問題也。欲解決此問題，非如內外國籍衝突之單純，學者意見既甚紛歧，各國立法例又不一致。茲依國籍衝突之性質，而分同時衝突與異時衝突二方面說明之：

第一，同時衝突，此即人因於出生而同時取得重國籍之謂也。例如德國人某甲生於南美阿根廷，則甲於其出生時，既因血統取得德國國籍，復因出生地取得阿根廷國籍。是即甲於出生時所生之國籍衝突，故謂之同時衝突，此為最難解決之問題，蓋既為同時取得，自無先後之分，俾得依時定其取捨也。學者於此，其解決辦法約有二端：

(甲)主義上之採用較優者。此為德國學者巴爾(Bal)所主張。其說略謂：「由血統主義取得之國籍，較優於由出生地主義取得之國籍，故因出生地主義與血統主義發生衝突時，則應拋棄出生地主義」。依此說解決國籍之衝突，雖甚方便，但採用血統主義，忽略出生地主義，殊有蔑視他國獨立法權之嫌，故反對此說者甚多。

(乙)法律上之適用較切者。此為多數學者所主張，其說略謂：「如為同時之國籍衝突，則就衝突之國籍中，以其與當事人關係較切之國為其本國，即以該國之法為其本國法」。此為今日通說，但所謂關係較切者，究將基於何種準則而確定之，學者於此，視當事人在重國籍中有無住所而分別確定之。

1. 當事人於重國籍中有住所時 當事人有重國籍時，應視其在何國有住所，即以其有住所地國爲其本國；無住所時，則視其在何國有居所，即以其有居所地國爲其本國。蓋當事人既設住所或居所於該國，足見其選擇該國國籍，排斥他國國籍之意思也。此說以住所爲確定國籍之標準，尙切合情理，故學者多主張之。

2. 當事人於重國籍中無住所時 如當事人於重國籍中均無住所或居所時，則應如何確定其國籍。學者於此，所採之學說頗不一致。有主張當事人爲無國籍人，可依無國人辦理（註三）。蓋當事人於重國籍中，既均無住所或居所，所以定其本國，則該當事人實與無國籍人無異。惟此種主張殊不切合事實，蓋其不但實際有國籍，且有二重國籍，實不能謂其無國籍也。又有主張應比較重國籍中所採之主義，近於法庭地國所採之主義者，則以其國爲當事人之本國者（註四）。例如生於阿根廷之日本人，在中國發生國籍訴訟，中國法院因其在日阿二國均無住所，則選定日本國籍爲其國籍，因日本所採之血統主義，與我國相類似故也。惟此說之立論是否正確，姑可忽論，即於事實亦頗難適用。蓋若衝突國間之國籍主義完全相同，而發生重國籍時，將無從定其本國矣。故又有主張以當事人因血統而取得之國籍爲其國籍者（註五）。例如中國人在美國所生之子，則以中國爲其子之國籍。此說偏重於血統主義，而排斥出生地主義，實非完善之說；且倘當事人無國籍，或國籍無可考時，則又無從定其本國矣。

由此觀之，當事人於重國籍中均無住所或居所時，法庭地國究應如何確定其國籍，實爲最難解決之問題。



學者於此，尚無妥善完備之解決辦法。一九三〇年國籍法公約第五條規定：

「在第三國之領土內有一個以上之國籍者，應視為祇有一國籍。在不妨礙該國關於身分事件法律之適用，及有效條約等範圍之內，該國就此一所有之各國籍中，應擇其通常主要居所所在之國家之國籍，或在各種情形之下似與該人實際上關係最切之國家之國籍，即承認其為唯一之國籍。」

查該條之規定，蓋謂一人有二以上之國籍，第三國得擇一而承認之，但不知第三國選擇國籍時，又應據何標準乎？是則國籍法公約所未言明者也。

第二，異時衝突。此即人因出生後而取得新國籍，尚保有舊國籍之謂也。例如阿根廷人歸化德國，依阿根廷法，內國人歸化外國者僅喪失其參政權，仍保有內國國籍，是則既取得德國之新國籍，尚保有阿國之舊國籍也。當此之時，重國籍之取得有先後之分，各國學者及立法例，均認為異時衝突發生於第三國時，當以國籍取得之先後，而為解決之方法。關於此點，我國法律適用條例第二條第一項已有極明白之規定：「依本條例適用當事人本國法時，其當事人有多數之國籍者，依最後取得之國定其本國法；但依國籍法應認為中國人者，依中國之法律。」（註六）此項規定，即所以適用「後法勝於前法」之原則也。前例之阿國人，雖保有阿國國籍，而又歸化德國，當其在中國發生法律關係，中國法院則因其最後取得之國籍既為德國，即以德國法為其本國法，其理由：（甲）以當事人之意思為決定其國籍之標準，蓋該阿國人既已歸化德國，自當願服從德國法也；（乙）以阿國

之所以保有其國籍者，乃基於內國之政策；而一國之政策，其效力不出國境，中國當無遵守之義務。故中國法院否認其人仍保有阿國國籍也。

惟於此應注意者，本條之規定僅能解決異時之國籍衝突，而不能解決同時之國籍衝突，不得謂非缺點。但我國既已加入國籍法公約，關於同時衝突之解決辦法，自當依據該公約第五條之規定，就重國籍中選擇一其而承認之，以補救法律適用條例之缺陷也。

(註一) 參閱本編第二章第一節。

(註二) 參閱本編第二章第二節。

(註三) 主此說者為 Neumann 氏。

(註四) 主此說者為 Wiciss 氏。

(註五) 主此說者為日本跡部定次郎，其解決方法，依四種程序行之：1. 當事人於重國籍中現有或曾有住所時，則以住所地法為其本國法；2. 依前方法未能解決時，則以當事父母之現在或過去住所地法，為其本國法；3. 依上二方法仍不能解決時，則依當事人於重國籍中現有居所地法，為本國法。· 依以上各方法仍不能解決時，則以當事人因血統所得之國籍為其國籍，即以其國之法為其本國法。

(註六) 參閱日本法例第二十七條；德國民法施行法第二十九條。

## 第二節 國籍之消極衝突

一、衝突之原因 國籍之消極衝突，無國籍之謂也。其發生原因約有二種：（一）由出生時所發生之國籍消極衝突，簡稱爲生來衝突；即人於出生時，由於各國所採之主義不同，而未嘗取得國籍之意也；（二）由出生後所發生之國籍消極衝突，簡稱之爲傳來衝突；即人喪失原有國籍後，而未取得新國籍之意也。茲分別申述如次：

（一）生來衝突之原因出生即無國籍，揆其原因，仍不外由於各國採用主義及立法規定之不同。其發生之事由，分述如次：

第一，由於採用主義之不同。即由於各國採用種種不同之國籍主義而發生國籍之消極衝突也。試舉例以明之：

（例一）由血統主義與出生地主義所生之衝突 血統主義與出生地主義之衝突，不僅可生國籍之積極衝突，且可發生國籍之消極衝突。例如阿根廷人生子於德國，阿根廷法規定：「內國人之子生於外國，而未表示選擇內國國籍之意，則不能取得內國國籍」（註一）。依此規定，此子既生於德國，在未表示選擇阿根廷國籍之意思前，當非阿根廷人；而德國採行絕對血統主義，則其父既爲阿根廷人，此子當又非德國人。故其結果爲一無國籍人。

(例二) 由不同併合主義間所生之衝突。以血統主義爲原則之併合主義與以出生地主義爲原則之併合主義衝突時，亦能發生國籍之消極衝突。例如英國法規定：「英國人在外國所生之子，雖可取得英國國籍，但非在英國所生之英國人，或歸化英國之英國人，在外國所生之子，則不能取得英國國籍。」設有生於中國之英國人，在中國所生之子，此子依英國法既非英國人，依中國法又非中國人，乃爲無國籍人。(註二)

(二) 由於立法規定之不同。各國立法雖採同一之國籍主義，但因其程度有強弱之分，遂發生國籍之消極衝突。試舉例以明之：

(例一) 由血統主義間所生之衝突。德國與羅馬尼亞同採絕對血統主義。依羅馬尼亞之法律，內國人擅任外國公職者，即喪失羅馬尼亞國籍。(註三)。設有羅馬尼亞夫婦因此而喪失國籍，同時又未取得新國籍，其後移住德國，則其在德國所生之子，因出生時父已喪失羅馬尼亞國籍，不能認爲羅馬尼亞人，但依德國之血統主義原則，又不能取得德國國籍，其結果，則此子爲無國籍人。

(例二) 由出生地主義間所生之衝突。巴西與阿根廷同採絕對出生地主義。依巴西之法律，凡爲其本國服務之外國人，在巴西所生之子，不能取得巴西國籍。設有爲其本國服務之阿根廷人，居住於巴西，並生子於巴西，則此子依巴西之法律，既非巴西人，依阿根廷之出生地主義原則，又不能取得阿根廷國籍，將

爲無國籍人矣。

(二) 傳來衝突之原因 由於出生後之事實發生無國籍，其發生原因大都基於婚姻（見例一）、歸化（見例二）、解籍（Expatriation）（見例三）等（註四）。其他如領土割讓，亦易致生無國籍問題。蓋當一國割讓領土時，其割讓地住民願否變更其國籍，必須自行選擇，故苟不選擇，亦將爲無國籍人矣（註五）。

(例一) 日本女子爲美國人妻者，依日本國籍法，即喪失日本國籍（註六）。依美國法，外國女子爲美國人妻者，亦非常然取得美國國籍（註七）。則此女子將爲無國籍人。

(例二) 依我國國籍法之規定，凡外國人之歸化中國者，須具備各種條件，並須經內政部之許可。設有居留於中國之外國人，已喪失其本國國籍，但其歸化中國未經內政部之許可，亦成爲無國籍人矣。

(例三) 解籍者，解除國籍之謂也。解除國籍者於未取得新國籍時，爲無國籍人。例如依荷蘭法，出生於外國之荷蘭人，若未呈明，連續居住外國十年以上者，則喪失荷蘭國籍，設有生於中國之荷蘭人，居住中國十年以上，而未呈報其本國，則既喪失荷蘭國籍，又未能取得中國國籍，遂亦爲無國籍人矣。

二、衝突之解決 依國際私法，應適用當事人之本國法時，須先確定其國籍，始能適用其所應適用之本國法。故即無國籍之人，亦應假擬其本國，以確定本國法之適用。消極衝突之原因，有發生於生來國籍者，有發生於傳來國籍者。解決方法，亦可分二方面言之：

(一) 生來衝突之解決 各國立法例及學者意見，對於生來之消極衝突，皆以當事人現在住所地爲其本國，住所地法爲其本國法；如無住所或住所不明時，以其現在居所地爲其本國，居所地法爲其本國法。我國法律適用條例第二條第二項規定：「當事人無國籍者，依其住所地法；住所不明時，依其居所地法。」此項規定，卽所以適用各國所認之通則也。惟日本學者跡部定次郎對於此點另有主張，其解決方法分爲三種程序：

第一程序：當事人有父母者，以其父母（婚生子從父，非婚生子從母）國籍所屬之法律爲其本國法。

第二程序：如當事人之父母無可考，或無國籍時，以當事人現在住所地法爲其本國法。

第三程序：如當事人現無住所時，則以其現在居所地法爲其本國法（見圖表四）。

跡部定次郎之學說與各國通說不同之處，卽先以當事人父母之本國法爲其本國法；此其獨創之見識，與國際私法所採用「法律適用有疑義時，應適用與當事人關係較切之法律」之原則，最相符合。

(二) 傳來衝突之解決 傳來國籍之消極衝突，發生於當事人喪失其原有國籍而未取得新國籍者也。關於解決之方法，學者之主張有二：

第一，以原屬國爲其本國者。此爲德國學者巴爾（Bähr）之主張，蓋其認傳來衝突之無國籍者，與生來衝突之向無國籍者情形不同，因而主張以當事人之原屬國籍爲其國籍也。日本學者跡部定次郎亦主張此說。其理由，謂當事人於喪失原屬國籍而未取得新國籍前，與當事人關係最密切及其國民性最適合之法律，厥惟原屬

之本國法，故以國民性爲基礎之各種私法關係，自以從原屬之本國法最爲適合。

第二，以住所地爲其本國者。此爲德國學者邱特爾曼（Zielmann）之主張，蓋其認當事人已喪失原屬國籍，第三國決無強其保存之理；因而主張傳來衝突之無國籍，與生來衝突之向無國籍者，應同以當事人之住所或居所爲其本國。

以上兩說，當以第一說較合於法理，因定當事人之本國法，應先注意國民性故也。我國法律適用條例第二條第二項爲概括之規定，不分生來衝突之無國籍，與傳來衝突之無國籍，一律適用住所地法；住所不明時，適用居所地法。係採用邱特爾曼之學說也。

惟於此應注意者，卽一國數法之問題也。按此項問題係發生於英、美、瑞士等國，卽明知當事人爲有國籍之外國人，而當適用其本國法時，因其本國各地方之區分，而本國法之規定亦因之而各不相同，則究當以何地法律爲其本國法。學者主張以當事人之住所地法爲其本國法，但若其住所不在內國而在外國，不依其本國法，而依其住所地法，不僅不切合於事實，且違反法律適用之旨趣。我國法律適用條例第二條第三項規定：「當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法。」如是則地方雖異，而其範圍仍在其本國之內也。

（圖表五）跡部定次郎之解決國籍衝突方法分析表

### 國籍衝突之解決方法

#### 一、國籍之積極衝突時

(一) 依當事人現有或曾有住所所在之本國法；

(二) 依當事人父母現在或過去住所所在之本國法；

(三) 依當事人現有居所所在之本國法；

(四) 依當事人血統所屬國之法律爲其本國法。

(一) 依當事人父母之本國法爲其本國法；

(二) 依當事人現有住所所在之本國法；

(三) 依當事人現有居所所在之本國法。

#### 二、國籍之消極衝突時

(註一) 參閱阿根廷國籍法第一條第二款。

(註二) 依美國法凡未居住於美國之美國人在外國所生之子，未能取得美國國籍參閱一八五五年二月十日之法律。

(註三) 參閱一九二四年二月二十六日法律第三十六條。

(註四) 關於解籍之事由，參閱本編第三章第一節附註四 Wharton, *Conflict of Laws*, 3rd Ed., 1905, Ch. 2, §§ 20-81。

(註五) 參閱本編第二章第二節關於國際法上之原因。

(註六) 參閱一八九九年第六六號法律第十八條。

(註七) 參閱一九二二年九月二十二日法條第二節。



## 第十一章 住所與居所

### 第一節 住所之概念

關於住所問題，屬於民法之範圍，關於住所衝突問題，屬於國際私法之範圍；故學者多於國籍衝突章，以住所衝突章。然所以爲住所衝突之解決者，其目的亦不外如何爲住所地法之適用；而欲爲住所地法之適用，不能不首先略述住所之概念及種類，而定其適用之理由及範圍。茲先將住所之概念分爲下列兩點述之：

一、住所之意義 各國法律上及學者間關於住所之意義，未能相同，茲舉其要者如次：

(一)各國學者關於住所之學說 就學說言，大陸學者因住所地法適合之場合較少，對於住所之確切意義未嘗深研（註一）。英美學者因採住所地法爲屬人法，故對於住所之意義闡發較詳；有以住所爲定個人與特殊地域之法律關係者（註二），有以住所爲特殊地域之處所，並證明其有久住之意思者（註三）。二者意見未能盡同。惟前者認住所爲法律關係，殊屬未妥；因先有住所，而後發生法律關係故也。故多數學者崇尚後說，即各國

立法例亦莫不以久住之意思及住居之事實，爲構成住所之要素。

(二)各國法律關於住所之規定 就法例言，我國民法總則第二十條規定：「以久住之意思住於一定之地域者，卽爲設定其住所於該地」；日本民法第二十一條規定：「各人生活之本據所在地，爲其住所」；法國民法第一〇二條規定：「住所爲私權執行所定之居所」；義大利民法第十二條規定：「民事上之住所者，爲營利及其他業務上之中心點」；上列各國法律之規定，要皆淵源於羅馬法上「人之住所者，生活於其地，而定爲生活之中心點」之規定。依此規定，住所須具備二要素：

第一，所謂「生活於其地」者，卽於一定之地有住居之事實；

第二，所謂「定爲生活之中心點」者，卽於一定之地有久住之意思。

兩者具備，始構成住所。由此觀之，住所者，以久住之意思，住居於一定地域之內也。惟此間所謂地域，卽法域之義。凡於特定土地單位內有其獨自治律者，稱曰法域 (Territorial legal unit) (註四)。例如美國之各州，因其法律之互異，自成法域。故謂設住所於美國之某州則可，若謂設住所於美國則不可。

二、住所之性質 住所於國際私法上有重大之關係。昔日歐洲各國，以法律關係之衝突係限於內國之人民，實際上無所謂本國法，故舉凡法律關係有關人之能力身分者，悉依住所地法解決之。迄十九世紀，自屬人法適用以來，固已棄住所地法而依本國法，然在英美，因國內法域之不統一，當適用本國法時，仍依住所地法。(註

五、英美學者對於住所之研究極爲精密，職此故耳。至英美法上關於住所之原則，歸納之有四：（一）「凡人皆有特定住所」之原則。此即英美法律以住所地法爲屬人法，苟無住所，即無住所地法，故一人必有一住所也；（二）「一人同時限有一住所」之原則。此即不論何人不得同時有二以上之住所，其目的在使其人之權歸屬於特定之法域也；（三）「住所取得後不得無故喪失」之原則。此即一經取得之住所，非再取得其他之新住所，不得無故拋棄之也；（四）「能獨立人始有選住自由」之原則。此即有行爲能力之人，許其有選定住所之自由，其所以然者，尊重個人之自由也。

英法系國家關於屬人法之適用，限於住所地法，但住所地法之適用，則不限於爲屬人法之用。即在大陸法系國家，明文爲住所地法之規定者：一爲代替本國法之適用。例如我國法律適用條例第二條第二項規定：「當事人無國籍者，依其住所地法；住所不明者，依其居所地法」（註六）；又第三條規定：「外國法人經中國法認許成立者，以其住所地法爲其本國法」（註七）。是也。二爲代替行爲地法之適用。例如我國法律適用條例第二十三條末項規定：「若受要約人於承諾時不知其發信地者，以要約人之住所地視爲行爲地」是也（註八）。三爲完成內國法之適用。例如我國法律適用條例第六條規定：「凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法及中國法同有禁治產之原因者，得宣告禁治產」，及第七條、第八條、第十八條、第十九條等之規定是也（註九）。依此規定，外國人之適用中國法，必以其有住所或居所爲條件，實際上不會爲住所地法之適用也。

住所地法之適用性質，既如上所述，則國籍與住所均爲屬人法之標的，惟兩者之性質究非盡同。蓋國籍爲人民與特定國家之關係，具有公法性質，故人民對於國籍之變更，不得任意爲之；而住所爲居民與特定法域之關係，具有私法性質，故居民對於住所之選定，得隨時決之（註一〇）。是住所問題應詳加討論，以與國籍問題互相參照。惟於茲尙須說明者，即住所與居所之區別是也。蓋前者含有永久居住之意思，而後者則無此種意思之存在，此其大較也。至居所在法律上之關係，即所以代替住所地法之適用。我國法律適用條例第二條第二項後半段規定：「住所不明時，依其居所地法」，卽爲一例。至於英國，則舉凡訴訟管轄、租稅徵收、婚姻關係等，均可適用居所地法，以其便於解決，而非欲以居所爲住所也。

（註一）德國學者巴爾（Bar）謂「住所爲生活之中心地」，邱特爾（Zitelmann）謂「住所爲以久住之意思而居住其地」。

（註二）如傅脫（Foote）參閱 Foote, J. A., *Private International Law*, 5th Ed., Ch. 2, p. 77.

（註三）如費立摩（Sir. R. J. Phillimore）參閱費氏善國際法第四卷第四十九節。

（註四）參閱本書緒論第一章第二節註一。

（註五）關於訴訟管轄、身分、婚姻、動產移轉等問題，依英美法之判例，從當事人之住所地法。

（註六）參閱德國民法施行法第二十九條，日本法例第二十七條。

（註七）參閱德國民法施行法第十條。

(註八)參閱義大利民法總則第九條日本法例第七條第九條。

(註九)參閱德國民法施行法第八條第九條第二十三條等；日本法例第四條第五條第六條第二十四條第二十五條等。

(註一〇)參閱英國(Udry v. Udry)判例(1869, L. R. 1. H. 1., See also)中曾有下列一段評語：各國法律對於人民附以兩種

不同之身分：1. 政治身分(Political Status)即人民與國家發生政治上之聯繫也；2. 市民身分(Civil Status)即居民與地方政

生權義上之關係也；前者以國籍為標準，後者以住所為標準。

## 第二節 住所之種類

住所可依各種不同之觀察點，而異其分類之方法。其依住所性質而分類者，有民事住所(Civil Domicil)及商事住所(Commercial Domicil)二種。前者以久住意思及居住事實為構成要素，適用於屬人之法律關係，屬於國際私法應行研究之範圍；後者乃為交戰國之一方臨時推定，意在確定個人財產之敵性，而達其捕獲沒收之目的，適用於戰時之任何國人，屬於國際公法應行研究之範圍(註一)。其依住所範圍而分類者，有國住所(National Domicil)準國住所(Quasi-national Domicil)及市住所(Municipal Domicil)三種。國住所為在單一國內設定之住所，如在法義等國設定之住所；準國住所為在複合國之分子國設定之住所，如在美國各州設定之住所；市住所為在無獨立主權區域內設定之住所，如在城市設定之住所。國住所與準國住所僅因其政

治制度之不同而異其名稱，其內容實質則毫無區別。至市住所，其性質則不同，乃爲個人與特殊區域之市政關係，非其人與該區域之法律關係。故其適用僅爲完成徵稅及選舉之效果，而與住所地法之適用根本無關。其依住所時間而分類者，有現在住所、最後住所、舊時住所及當時住所四種。現在住所即當事人依自由選擇或法律規定而現在所有之住所；最後住所，即當事人在現有或舊有之住所中最後所有之住所；舊時住所，即當事人在先時所有之住所；當時住所，即某種法律關係成立時當事人所有之住所。其依住所狀態而分類者，有固有住所（Domicil of origin）（註1）、選擇住定（Domicil of choice）及法定住所（Statutory domicile）三種。固有住所，即人於出生時所取得之住所；選擇住所，即依個人意思所取得之住所；法定住所，即依法律所賦予之住所。然國際私法上所適用之住所，要必以種種之住所構成其全部之範圍，於適用時擇一施之，試爲申述如次：

一、固有住所 一稱原始住所又稱生來住所，即爲人於出生時所取得之住所。各國法律關於固有住所之規定，設有種種之限制。即（一）於父生存中之婚生子，從出生時父之住所；但生於父死後，則從出生時母之住所。（二）非婚生子從出生時母之住所，但經其父認知者，則從認知時父之住所。（三）父母無可考或未認知者，以出生地爲其住所；不知出生地者，以其發現地爲其住所。由此觀之，人之固有住所，即爲其父或母之住所。法律與學說，莫不皆然也。

二、選擇住所 一稱選定住所，又稱獨立住所，即爲人於出生後因選擇而取得之住所。固有住所，非經居住

所已取得者，不得離棄。故選擇住所之成立要素，就積極方面言，其人對於新取得之住所，須有移住之事實 (Factum of removal) 並存久住之意思 (Animus manendi)；就消極方面言，其人對其原有之住所，須有離棄之事實 (Animus non relinquendi) 並存無回復之意思 (Animus non revertendi)。茲將此二要素分別說明：

(一)事實之證明 選擇住所之成立要素，一方面當事人對於新住所須有移住之事實，另一方面當事人對於舊住所須有離棄之事實。此種事實，可於下列兩種情形證明之：(甲)苟當事人曾親蒞其地，雖無寢饋之事實，即可認其在該地已取得住所 (見例一)。(乙)苟當事人親臨其地時，雖無確定之處所，即可認其在該地已取得住所 (見例二)。

(例一) 甲因欲由倫敦移住巴黎，親往巴黎購買房屋，但離開倫敦後，往美國旅行並未在巴黎房屋住過。在其旅行期內，甲之住所在巴黎。

(例二) 甲由香港移往上海後，即寄寓於旅舍，且時復遷移，但在上海有久住意思；甲之住所在上海。

(二)意思之表示 選擇住所之成立要素，當事人對於新住所須有久住之意思，並對於舊住所須存無回復之意思。此種意思可於下列情形表示之：(甲)當事人之意思須為設定家之所在，非欲取得特殊法益而願於某地取得住所者 (見例一)。(乙)當事人之意思須限於現任之意思 (Present intent)，並未附以條件而願於

某地取得住所者（見例二）（丙當事人之意思須出於自由意旨之行使，並非受他人之強制而願於某地取得住所者（見例三））

（例一）甲離棄其紐約之固有住所而移住於加州（California），其目的在控訴其夫遺棄於加州法院

（註三）甲雖向人表示其住所在加州，但甲之住所仍在紐約。

（例二）甲之固有住所在菲律賓，親往新加坡購置房屋時，曾向人表示於結婚後即往遷入；在未結婚前，

甲之住所仍在菲律賓。

（例三）甲服務於美國海軍，其固有住所在伊州（Illinois），其後遣駐於夏威夷島（Hawaii Islands）多年，甲之住所仍在伊州。

於此應注意者，當事人於離棄舊住所後而未取得新住所前，究應如何確定其住所之何在？對此問題，英美判例不同。美國判例認住所所有繼續性，當事人於未取得新住所前，其舊住所繼續存在（註四）。英國判例則認固有住所之效力強於選擇住所，當事人離棄舊選擇住所而未取得新住所時，回復其固有住所（註五）。

中國法律關於因選擇而取得之住所，約有兩種規定：其一為通常之選擇住所，如民法第二十條之規定：「以久住之意思住於一定之地域者，即為設定其住所於該地」是。其二為特殊之選擇住所，如民法第二十三條之規定：「因特定行為選定居所者，關於其行為視為住所」是。



三、法定住所 一稱擬制住所 (Constructive Domicil)，又稱強制住所，即不依個人意思，而由法律規定取得之住所。人既不能無住所，而某種人因特殊關係又不能自行設定住所，法律則不能不謀所以補救之道，法定住所即爲此種場合而設。大陸法系國家，以固有住所與法定住所混合爲一。其實兩者各不相同，固有住所爲出生時法律賦與之住所，而法定住所則爲出生後法律規定之住所。茲將法定住所之適用，分爲左列兩種情形言之：

(一) 以他人之住所爲住所者 英美法上能獨立人始有選擇住所之自由，能獨立之人即有行爲能力之人。反言之，無行爲能力之人不得選擇住所，故以其法定代理人之住所爲其住所。此爲各國立法上之通則，我國民法第二十一條規定：「無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所」，即爲一例。但此項原則，於實際適用時不無例外，試例舉以明之：

(例一) 未成年人以其父或母或其他監護人之住所爲住所，並隨其住所之改變而改變之。(註六) 但如放棄其法律上之監護權，或其保護關係 (Tutelage) 消滅，未成年人得以自由選擇住所。

(例二) 結婚女子以其夫之住所爲住所，並隨其夫住所之改變而改變之；但夫如有遺棄情事而設定新住所時，妻得不隨夫之住所，而以夫婦最後之共同住所爲住所。(註七)

其他如非婚生子以其母之住所爲住所，並隨其母住所之改變而改變之；但母如與生父結婚，則隨父之住

所。精神喪失人而未成年者，其情形與未成年人同。故關於其住所之法律，亦當與關於未成年人住所之法律相同；但精神喪失於成年後者，則以其喪失前之最後住所爲住所。至於禁治產人，各國立法例要皆以財產管理人之住所爲其住所。

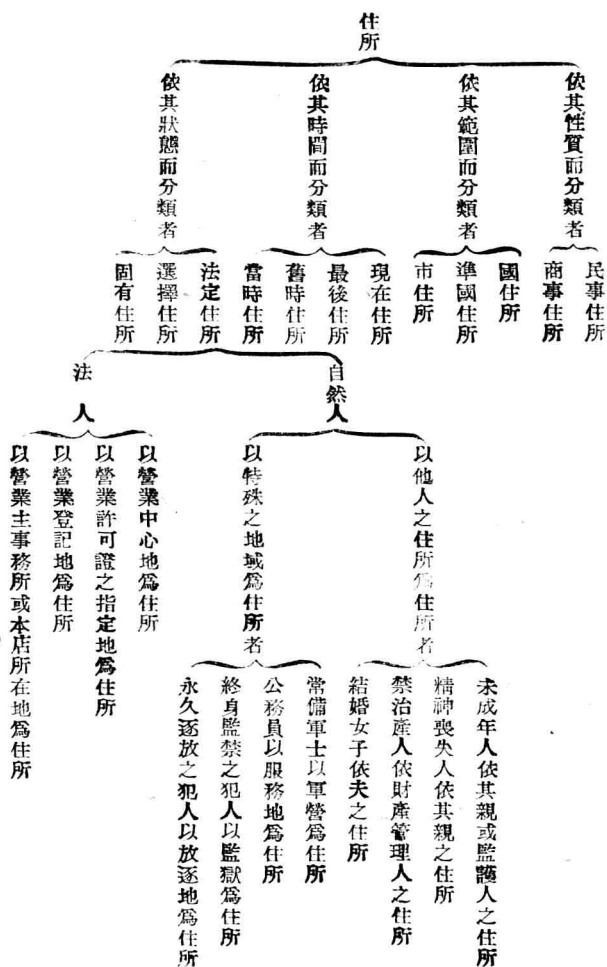
惟於此應注意者，尙有二問題：其一，父死，子隨母之住所爲其住所；母若改嫁，子之住所是否因之而改變？學者於此，有謂子之住所仍爲其母改嫁時之住所者；有謂當依子之是否與母之後夫共同生活爲標準，以決定其住所者。以上兩說，當以後說爲當。蓋子固不應以繼父之住所爲住所，若與繼父同住而仍保有其母改嫁時之住所，亦非所宜也。其次，未成年人已結婚者，能否有選擇住所之自由？學者於此主張不一。但英美判例認未成年人雖因結婚自行設立單獨之居所，但並不能保有單獨之住所。蓋親子間之保護關係出於天然，非婚姻所能影響；且一人因有居所於某處，雖亦得與該處發生相當關係，但不能發生因住所所發生之法律關係。故欲以居所爲住所，則須有以居所爲其久住處所之意，殊未可也。

(二)以特殊之地域爲住所 以上就無行爲能力人及限制行爲能力人而言。至若當事人雖有行爲能力，但因特殊關係，既不能保其原有住所，又不能以他人之住所爲住所，則以特殊之地域爲其住所，以爲補救之策。法國民法第一〇七條規定：「凡軍士終身服務於軍營者，或官員終身爲國家服務者，因職務上關係，即以軍營或服務地爲其住所；但爲外交官員者，不在此限。」卽爲一例。其他如流囚各犯，倘爲暫時放逐，則保其原有住

所，倘爲終身監禁或永遠放逐而無歸返故里之希望者，則以監獄或放逐地爲其住所。

以上兩點皆就自然人而言。至法人之住所，應依何標準而確定之，尙無統一之主張，有以營業中心地爲住所者（註八），有以營業許可證（Charter）之指定爲住所者（註九），有以營業登記地爲住所者（註一〇），有以營業主事務所或本店所在地爲住所者。現今歐洲各國及日本皆採用第四種之主張，我國民法第二十九條規定：「法人以其主事務所之所在地爲住所」；公司法第一章第四條規定：「公司以其本店所在地爲住所」；亦卽探此主張。

（圖表六）住所之分類表



(註一)參閱 Foote (5th), Part I, Ch. II, p. 97.

(註二)著者將 Domicil of Origin 譯為「固有住所」以與國籍法所稱之「固有國籍」(Nationality of Origin) 詞相配合也。

(註三)紐約與加州之法律皆認遺棄為離婚之原因，但關於遺棄之期限，加州法律規定為一年而紐約法律則規定為五年本案之輕答，可參

閱本書第三篇第七章第一節。

(註四)參閱 Price vs. Pitt, 158 Penn., 617.

(註五)參閱 Uday vs. Uday (1859); King vs. Foxwell (1876)

(註六)歐陸國家之法律，認未成年人之住所，由其父死時之住所而確定之，故在其未成年期間，不得隨其母或監護人之住所而改變。但漢突判例，則認未成年人之住所，父死則從母之住所，並隨母之住所之改變而改變。參閱 Crumpton's Judicial Factor Finch Noyes (1915)——葛婦某甲生於蘇格，於其夫死後，放棄其婚姻住所（在Baradoes），偕其子回到蘇格，並繼續住居有六年之久，法院認爲甲已回復蘇格之固有住所，同時其幼子亦得因而取得蘇格之住所。

(註七)依民七上第八六三號之判例，妻如欲離婚，爲防夫之牽制並保護其利益計，得有獨立住所。

(註八)此爲英國判例所採。參閱 Foots, p. 178; "The domicile of Corporation is in fact the place where the brain which control the operations of the company is situated."

(註九)參閱 Lindley, Company Law, 7th ed., pp. 1221-1223.

(註一〇)此爲美國判例所採。

## 第二節 住所之衝突

住所之存在，具有兩大要素：一爲行爲，一爲意思，皆非確定而不變者。故當事人之意思或其行爲一經搖動，

住所亦必隨之而變更；而各國法律上關於住所之規定亦互不一致。則衝突之發生，實所難免。即原有之住所並未變更，而又依法取得另一住所，是謂重住所，即住所之積極衝突也。亦有未曾取得新住所，而已先喪失舊住所，是謂無住所，即住所之消極衝突也。選擇住所因多易發生衝突，即法定住所，亦時因他人住所之重複或喪失，隨同發生變更；而固有住所，或因年代失據，無由調查，或因父母之住所得失，引起糾紛。值茲變更無常之場合，關於住所之衝突，自不能不有準據法以爲解決之標準。茲分住所之積極衝突、住所之消極衝突，及住所地法之適用述之如左：

一、住所之積極衝突 此即所謂重住所也。一人同時有二以上之住所，各在其地爲合法之存在，則關於住所地法之適用，究依何地之法律乎？欲解答此問題，不能不首先略述住所衝突之原因及其解決之方法，而一定住所地法適用之原則也。

(一)衝突之原因 重住所之發生原因，有由法律規定各異而致者，有由於事實認定各異而致者茲舉例以明之：

(例一) 由於法律規定不同而發生衝突者 英國法認一人僅有一住所，而德國法認一人同時得有二以上之住所(註一)。設有住所在英國之某甲，往德國設定第二住所。在英國視之，甲既未離棄其英國住所，根本不得取得德國住所，故其住所仍在英國；但在德國視之，甲因同時有兩住所，則德國住所亦即合

法住所。此將於適用住所地法時，無由適從矣。

(例二) 由於事實認定不同而發生衝突者 棄兒之出生地不明者，以發現地爲其住所。設有棄兒發現於兩國交界之接壤，則此兩國均可認其住所地在內國。於此適用住所地法時，又將何所從乎？

(二)衝突之解決 關於重住所之解決方法，學者之主張頗不一致。茲舉其要者如左：

第一，以個人意思爲其解決標準者。謂一人有重住所時，應以個人之意思爲標準，而決定其住所；即以當事人所選定之法律爲住所地法也。蓋以住所之選擇爲個人之自由，則住所之決定，亦應從個人之意思。惟國際私法上解決住所衝突之目的，則決定屬人法，或屬人法之代用法，則應依屬人法之理由解決之，而不應任諸當事人之自由意思。此說以個人意思爲標準，故非正當之說也。

第二，以法庭地法爲其解決標準者。謂一人有二以上之住所時，應以法庭所在地爲標準，而決定其住所；即以法庭地法爲其住所地法也。蓋以訴訟既發生於法庭地國，故解決住所之衝突，自亦不可不依法庭地法。惟以法庭地法爲解決住所之標準，則住所亦將時爲變動而無確定處所，故此說亦非妥切。

第三，以適用目的爲其解決標準者。謂一人有二以上之住所時，應以適用目的爲標準，而決定其住所；即以適用之法律爲其住所地法也。蓋以住所之決定不能一概而論，應視其目的而異其適用之法律。如以個人身分能力爲適用本國法之目的，則住所之決定亦必依本國法。又如以遺產繼承爲適用所在地法或本國法之目的，

則住所之決定亦必依所在地法或本國法。再如破產爲適用訴訟地法之目的，則住所地法亦必依訴訟地法。惟此說必以有他之準據法爲其前提，倘住所地法之適用卽爲基本之準據法，則對於住所之衝突將無從確定解決標準。且其內部複雜，當實用時不便甚多，故亦非完全之說。

第四，以衝突情形爲其解決標準者。謂一人有二以上之住所時，應以衝突情形爲標準，而決定其住所；卽爲內外國住所之區別而各求其決定之標準者也。茲分別言之：

(甲) 內外國住所之衝突 此種衝突，應以內國住所爲住所，並爲之適用內國法，卽住所地法。

(乙) 外國間住所之衝突 此種衝突，有同時衝突與異時衝突之別，分述如左：

1. 同時衝突 此爲同時取得二以上之住所而生之衝突。其解決方法有二：一則應由法官決定當事人於重住所中，以其與當事人最有密切關係者爲其住所；一則應以當事人有居所之住所爲其住所。若各處均無居所，應以其夫或其父母最後取得之住所爲其住所。

2. 異時衝突 此爲先後取得二以上之住所而生之衝突。其解決方法以取得時間爲標準，亦有二種：一則以當事人最先取得之住所爲住所，卽依舊住所地法；一則以當事人最後取得之住所爲住所，卽依新住所地法。此說乃羅列各家之學說，並非獨立之學說，故不必評論。

以上關於住所衝突之各說，皆以爲解決住所之衝突，乃爲決定屬人法或屬人法之代用法，然其缺點，卽未



爲因財產關係作一解決辦法也。日本學者跡部定次郎主張關於重住所之衝突，依左列二種情形，分別解決之：

其一，以住所地法爲屬人法或屬人法之代用時，其解決方法有三種程序：a. 依當事人現在居所所在之住所地法，b. 各住所地均無居所時，則依其父母之現在住所地法（婚生子從父，非婚生子從母）；如其父母無現在住所時，則依其父母之過去住所地法。c. 依前方法仍不能解決時，則依當事人最後取得居所所在之住所地法。

其二，以住所地法爲財產關係之準據法時，其解決方法有二種程序：a. 依當事人現在居所所在之住所地法，b. 各住所地均無居所時，依過去取得居所所在之住所地法；各住所地均有居所時，依現在最後取得居所所在之住所地法。

由斯觀之，跡部氏之學說能兼顧雙方，實較前述諸學爲完密也。

二、住所之消極衝突 此卽所謂無住所也。一人於任何場合皆無其住所時，關於住所地法之適用，究將如何解決？此種消極衝突之問題較爲單純，用分述之：

（一）衝突之原因 無住所之發生原因，有由於法律規定不同而致者，有由於事實關係而致者，茲舉例以明之：

（例一）由於法律規定而發生衝突者 英美法認一人非取得新住所時不得喪失其舊住所，反言之，一

人於取得新住所時，其舊住所即歸消滅。又法國民法第十三條規定：「外國人之在法國取得住所者，須經大總統之許可；否則雖有事實上之存在，亦不視為法律上之存在。」設有英國人具備事實與意思兩要素，於法國取得住所，但未經法國大總統之許可。由英國判例言之，其住所在法國；但依法國法律言之，其住所在英國。結果為一無住所人。故關於住所地法之適用，將無從確定其住所矣。

(例二) 由於事實關係而發生衝突者 德國學者沙維尼謂凡有下列情形之一者，即為無住所人：一為拋棄舊住所而未取得新住所者，二為無家可歸終身為旅行者，三為無業遊民到處飄泊者（註二）。惟英美法既以「住所必有」為其原則之一，則在英美法院根本不得發生無住所也。

(二) 衝突之解決 住所消極之衝突解決較易，學者之間意見大致相同。但仍可分為二說：其一，認無住所者則以居所代住所；其二，認現無住所者以最後之住所為住所，如無最後之住所時，則以居所代住所。故此兩說皆最後取決於居所，惟居所多出之偶然，並不足達屬人法所以適用之目的；且遇居所不明時，則其說之運用窮矣。至其說之忽略對於財產關係上之適用，更屬其缺點所在。故日本學者跡部定次郎關於住所消極之衝突，主張依下列兩種情形分別解決之：

其一，以住所地法為屬人法或屬人法之代用時，其解決方法有二：一為曾有確定之住所者，依其住所地法；一為自始即無住所者，依四種程序解決之：a. 依當事人父母之現在住所地法（婚生子從父，非婚子從母）；如

其父母無現在住所時，依其父母之過去住所地法。b. 依上方法不能解決時，則依當事人現在住所地法；如無現在住所時，則依其過去住所地法。c. 當事人於數國有住所時，依其最後取得之住所地法。d. 當事人更無住所時，依其現在地法。

其二，以住所地法爲財產關係之準據法時，其解決方法有三種程序：a. 依當事人現在住所地法。b. 當事人於數國有住所時，依其最後取得之住所地法。c. 當事人更無住所時，依其現在地法。

跡部氏之學說較爲完密，故爲世所稱，惟以現在地爲最後解決之方法，用之於屬人法關係上則欠妥當。因現在地法即法庭地法，爲屬地法之性質故也。

三、住所地法之適用 以上僅就住所衝突之理論而言，茲再將適用住所地法之實質問題，略爲評論。查中國法律適用條例關於住所之規定者，有七條條款，即第二、第六、第七、第八、第十八、第十九及第二十三等條，但非皆有解決衝突之必要也。如第六、第七、第八、第十八及第十九等條，皆以其在中國有住所或居所爲適用中國法律之條件。至於第二條及第二十三條規定之住所及居所，並無內外國之區別，故其適用，則有時發生住所衝突之問題。惟此兩條之規定，一以住所地法代本國法，一以住所地法代行爲地法。然解決衝突之規定，則以第二條爲限，與第二十三條無關。第二條第二項之條文規定如下：

「當事人無國籍者，依其住所地法；住所不明時，依其居所地法。」

查該項規定之住所地法，爲屬人法之代用法，且以當事人無國籍爲條件，乃關於住所地法特別之規定，非一般之規定。如日本之現行法例第六十八條第一項規定：「應依當事人之住所地法時，若不知其住所，則依其居所地法。」是即關於住所地法之適用所設之一般規定。我國法律適用條例關於住所地法之適用，並無一般之規定，實屬缺漏。再該項後段規定：「住所不明時，依其居所地法。」似以徧於無住所場合之適用爲主，而對重住所場合之適用究非妥當。因重住所乃當事人現有二以上之住所，當此之際，斷無捨其現有之住所而代以居所之理。故其規定不可謂非缺點。我國民法第二十條雖規定：「一人同時不得有二住所，」但實際上不能謂絕無重住所問題之發生。既有問題，應如何解決之？法律適用條例中並無規定。在解釋上，似可依第二條第一項之規定而準用之，即當事人之住所皆在外國者，依其最後取得之住所地法；若有其一在內國者，則不論取得之先後，以內國之住所爲其住所。此種辦法是否合理，姑可勿論；而在法例解釋上，則非如是莫能解決。然亦非無同一之立法例。如日本法例第二十八條第二項規定：「當事人各住所中有一在日本時，則不問住所取得之先後，皆以日本之住所爲其住所，以定適用之法律，若其住所皆在外國時，自以其最後取得之住所爲標準，而適用住所地法。」德國法亦有相同規定。布氏國際法私法典 (Codice Bustamante) (註三) 第二十五條規定：「關於自然人或法人住所之變更，若法院屬於當事國之一方時，依訴訟地法決定之，否則依最後取得之住所地法決定之。」亦可資參證也。且該項之規定，關於住所之衝突，係以居所爲最後之解決方法，倘當事人有二以上之居所或無居所

時，應如何解決之？（註四）觀夫布氏國際私法法典第二十六條規定：「人無住所時，以其居所或其現在地為其住所」，不可謂非我國立法上之疏也。由此觀之，我國現行法律適用條例之應加修正，實為當務之急。

（註一）德國民法第七條。

（註二）Savigny, S. 354.

（註三）Codigo Bustamante 為古巴巴大學教授 Dr. Bustamante 所起草，於一九二八年第六次汎美會議議決通過，實施於美洲各國。參閱緒論第四章第二節。

（註四）第二十三條所示之住所，如發生消極衝突，即無由於條文中得其為住所地法適用時之所能依據者焉。

## 第二編 外國人之地位

外國人之地位云者，即外國人在內國法律上之地位也；詳言之，即外國人所享權利及所負義務之實際狀態也。吾人欲知外國人在內國享有何種權利及負有何種義務，僅須依據內國法律，至該外國人之本國法律如何規定，是所不計。故解決外國人之地位問題，絕無法律衝突問題之發生。但外國人之地位問題，與法律之衝突問題有先後之次序，即外國人在內國享有某種權利或負有某種義務後，始有選定法域管轄及適用何國法律之必要；否則，前者不成立，後者亦無由發生也。

近世文明國家皆行使獨立自由之主權，但基於國際公法或國際慣例，皆負有保護外國人之義務。而國際私法又以依據國際私法上之原則外國人享有權利之保護為前提；否則，國際私法無從發生，亦無存在之必要。惟古代各國歧視異國，故外國人在內國實毫無地位可言。其後社會漸進，文化漸開，交往漸繁，事實上有承認外國人在內國享有相當地位之必要；於是或由兩國締結條約，或由內國制定法律，以保護外國人之權利，即所謂相互主義也。迨至近世，權利觀念改變，權利為人類之權利，而非特定人民之權利；且各國人民之生活亦已漸趨

國際化？故內外國人應享同等之權利，而不應分畛域，即所謂平等主義也。本編於研究外國人之地位問題，對其變遷之歷程加以系統之敘述，藉以闡明各時代對於外國人所取之態度，與其所處之地位，而旁證國際私法之發生焉。

## 第十二章 外國人地位之沿革

外國人地位之沿革，徵諸各國法制史，皆由敵對待遇時代漸進於平等待遇時代而經左列之四期：

- 第一期 敵對待遇時代
- 第二期 差別待遇時代
- 第三期 相互待遇時代
- 第四期 平等待遇時代

### 第一節 外國人之敵對待遇時代

古昔人民文化未開，聚族而居，各據其地，相互讎敵，故族外之民不僅不得享有任何權利，即其生命財產亦

受法律上之保障。迨後社會進化，需要日增，內外交往，一國對其友鄰人民雖未敵視，仍尙賤視，東西各國，莫不如此。如中國昔日稱外人曰東夷、西戎、南蠻、北狄、埃及日外人爲不潔之民，得代神行罰而虐待之；希伯來自稱爲神之選民，故視外人爲下賤人類，猶太人以其宗教爲無與比倫之宗教，故賤視異教人民而虐待之；希臘人視外人爲蠻民，故不與以法律上之保護（註一）。又如羅馬分外國人爲友民與蠻民二種。凡與羅馬有友好關係者，稱之爲友民，雖不能享有市民法（*Jus Civiles*）上之權利，但可受萬民法（*Jus gentium*）上之保護；而羅馬對於北方之日耳曼民族則視爲蠻民，不僅未能予以保護，且時加凌虐，再如印度之摩奴法典，別國民爲二種：一爲戰勝之國民，一爲戰敗之國民，故後者與前者不能享受同等之待遇（註二）。最後如日耳曼民族初僅爲一社團，加入社團者爲友民，共享權利同負義務，凡在社團以外者，視爲夷民，不得享有絲毫權利上之保障，其有犯輕微之罪者，卽有殺傷生命、剝奪財產之虞，且盛行屬人主義，故凡屬夷民，一律不許加入其社團。其隗外賤外之情況，於此可見一斑（註三）。

（註一）古昔政教合一，因宗教之觀念，而探鑽國攝夷之主義，以排斥外國人爲語法。觀於拉丁語及德意志古語所謂外國人，皆含有敵人之意者，可以知矣。又因讎視外國人之故，而視殺傷其生命、剝奪其財產爲正當矣。

（註二）此種階級之發生，實由於戰爭之結果，而敵視主義之所由實現者。

（註三）當羅馬帝國滅亡時，北方之蠻人征服羅馬帝國，而傳播其蠻人制度於中歐各地，此等蠻人以日耳曼人爲主。



## 第二節 外國人之差別待遇時代

當第七世紀末葉，歐洲各地盛行封建制度，以土地為政治之基礎，人民為土地之附屬物，故外國人之意義，亦隨之而改變。昔日稱社團以外者為外國人，茲則以生於國土以外者為外國人。關於法律之規定，昔日採絕對屬人主義者，今則改為絕對屬地主義。故凡於外國人之入境者，或徵使特種公役，或課收特別租稅，並實行「國庫繼承權」以禁止財產之繼承及移轉，或以消極方法予外國人以限制地位，差別其待遇，以達保護內國人利益之目的（註一）。

其後封建制度漸衰，王政時代繼之興盛，於是外國人之地位又生變化。蓋此時代為文藝復興時代，羅馬法之研究日見發達，其結果遂區別一切權利為二種：一為由萬民法所規定者，一為由市民法所規定者。萬民法所規定之權利，如買賣、借貸、典質及贈與等權利，外國人亦得享有；市民法所規定之權利，如養子、父權及監護等權利，則為內國人所享有，由此可知外國人權利之保護，至此始有深切之注意（註二）。

（註一）當時尚有所謂「遭難船沒收權」者，即遇遭難之船舶，不僅沒收其船舶及其貨物，即其人員亦加以逮捕而奴役焉。

（註二）學者之間亦有稱此時代為排外主義，蓋所以別前期之賤其主義者前者為內外國人實質保護之區別所由來，而後者則為內外國人品質優劣之觀念所胚胎。故排外主義之初期與賤外主義之末期實際上之結果雖無所軒輊，而其思想則迥不相同。蓋賤外主義之時

代，以外國人不服從國法及不享有權利爲原則；而排斥主義之時代，則僅與外國人以限制地位，差別其待遇，使內國其較人立於不利之地位而已。參閱李偉譯山田三良著國際私法第一〇七頁。

### 第三節 外國人之相互待遇時代

迨十八世紀末葉，國際交通漸次發達，通商貿易亦漸次進步。排斥外人不僅有礙國際交通之自由，且於己國亦殊多不便。兼以文藝復興以後，自由主義乘時而起。於是各國之立法者遂於國家公益之範圍內增進外國人之地位（註一）或互締條約，規定本國人在相對國之權利義務；或以內國法制定內外國人之平等保護。前者稱曰條約上之相互主義，後者稱曰法律上之相互主義。茲分述如左：

一、條約上之相互主義 一稱外交上之相互主義。蓋以外交方式，由關係國各別使其本國人在外國享受平等之待遇，即締約國人民在彼此領土內，其權利享有之條件悉依條約上之規定是也。採此主義最著者，爲法國。其民法第十一條之規定，譯舉如下：

「若一國家已或將與法國訂約，允許法國人民在彼之領土內得享某某私權時，則該國人民在法國亦得享有同等之權利」。

與法國同採此主義者，尚有比利時及盧森堡。希臘民法第十三條規定：「凡外國人非依條約之互許，不得享有

在原則上保留於國民所享有之權利，蓋採相互主義也。依此主義，無約國人殊不予以保護，故對於外國人未與以一律平等待遇。此與外國人之差別待遇時代實無甚何區別。然法國之所採用此主義者，蓋當法國革命時，平等思想甚囂塵上，對於異國人亦期與以平等待遇，但於制訂民法之際，復因與外國人以完全平等待遇，未免過於寬縱，故法國學者沿用羅馬法之分類，即市民法與萬民法之區別，分私權爲民權與自然權二種。民權在原則上應專屬於內國人之私權，外國人則依民法第十一條之規定，須有條約之互許而後始得享有；自然權則爲不必要條約上之互許，外國人皆以同等享有爲原則。但民權與自然權之區別，毫無學理之根據，依學者之見解而異其標準，且現今之法律思想，皆以內外國人享有同等之私權爲原則，更不能容私權有民權與自然權之區別也（註二）。

二、法律上之相互主義 一稱立法上之相互主義。凡國外立法對於內國人之在其國者得有相當之權利保護，內國立法則亦予該國人民之在內國者以同樣權利保護，即所謂相善互惠之意也。惟因單視對方國之立法或法律，而不以條約爲根據，故名之曰單純之相互主義。採此主義最著者，爲奧國。其民法第三十三條之規定，譯舉如下：

「外國人與內國人享同一權利，負同一義務，但專屬內國人得享受之權利，不在此限。外國人行使與內國人同一之權利，須證明其本國對於奧國人民有同一之權利。」

與奧國同採此主義者，有瑞典、匈牙利、利塞爾維亞（註三）等國。德國民法施行前之普通法，曾亦採此主義。依此主義，外國人得與本國人享有同一之權利，但以相互為原則。此為法律上之報復規定，不限於條約相互之國。故雖無約國人，祇須合此條件，亦得享有權利保護。其範圍較廣，並含有內外國人平等原則之成分，是為此主義之優點。但無國籍人因無其本國法為之依據，仍不能享有同等之權利，是為此主義之缺點。

總之，私權之保護及其享有問題，是為一國主權上之問題，屬於國家自由之規定。故國家以相互主義為保護法律上權利之基礎者，殊與現今法律思想相背馳，不當實甚。且採相互主義諸國之法律，於保護同一之權利，亦依享受權利者所屬國法律之如何而異其規定，故不合於畫一私權保護之原則。且如條約上之相互主義，則私權之享有一任於條約上之規定，不特有背一國民法及通商條約之性質，且使無約國人不能享受何等之私權，殊有害內外國人交往之自由。故以相互主義規定私權之享有者，實不能容於現今之法律思想。或依立法上之修正，或依裁判上之解釋，此主義亦漸以消滅矣。

（註一）當時曾區別外國人為三種，而各與以相當之保護：1. 對於居住於都市之外國人，與以內國人相同之權利，如繼承、遺贈等權利。2. 對於友好國家之人民，與以條約上或法律上所規定之權利。3. 對於有職業之外國人，予以內國人享有之權利。

（註二）參閱山田三良著，第一〇九頁。

（註三）依塞爾維亞一八四四年所頒布之民法第四十五條及四十七條之規定，採用與奧國同一之主義。

#### 第四節 外國人之平等待遇時代

至於近世，平等之說日見興盛，一般學者（註一）皆認在法律上內外國人應立於同等之地位，即關於私權之享有，除有害內國之公益者外，應以內外國人平等為原則。其理由蓋以權利者非法律所創設，乃人類之所天賦，故既屬人類，則不問內外國人，決無區別之理。且平等待遇，所以促進人類文化之發展，鼓勵國際貿易之增進。是其主義乃最適當而且最公平之主義也。

平等主義既切於理論，復合乎潮流，故世界各國莫不認此主義為永久不變，顛滅不破之原則。於今日各國法律中，採用平等主義者，可分為二種：

一、內外國人完全平等者。行此主義最著者，為一八二九年之荷蘭民法。其第二條第一項有云：「在王國之領土內者，皆為自由人，有享受私權之能力。」其第二項云：「奴隸或其他人役，不問其性質或名稱之如何，在王國內皆不承認之。」其第一項則汎指一切關於私權之享有，以內外國人平等為原則。第二項則奴隸及其他人役為自由之人類，亦得享有私權。此蓋當時歐洲奴隸制度，而荷蘭獨否認之，可謂難得。

其次一八六五年義大利民法亦採平等主義，其第三條規定：「外國人享有內國人平等之私權。」此條文基於曼志尼自由平等博愛之三大綱領，實為絕對的內外國人平等主義之原則。他如葡萄牙（註二）、西班牙（註

三、日本(註四)及阿根廷(註五)等民法亦相繼仿之(註六)。

二、以平等爲原則而加以限制者。採此主義最著者，爲羅馬尼亞、德國及挪威等國(註七)。如羅馬尼亞雖以內外國人同享平等待遇，但依一八七九年之法律，外國人不得購買農村不動產；又如德國雖亦採平等主義，但如有一國家拒絕德國僑民享受某種權利時，德國爲報復起見，亦得拒絕該國人民以此種權利；再如挪威在原則上以內外國人立於平等地位，但如未經挪威政府之許可，外國人不得取得不動產，即依繼承方法亦所不許。

其他如英國雖向採排斥主義者，至一八四四年八月六日之法律始許外國人得租借不動產，且以二十一年爲限；至一八七〇年五月十二日之法律(註八)，乃允許外國人可以各種合法手續，主有取得及讓與動產及不動產。此後關於私權方面，內外國人遂同享平等待遇(註九)。在美國，關於外國人之地位問題，各州法律之規定各不相同，故其結果至爲紛歧也(註一〇)。至於蘇聯之新憲法則規定凡工人皆得享有一切私權，而不問其國籍。又其民法第八條規定，凡已許外國人享有之私權，未經特別法令撤消時，仍得繼續享有之，且對於物權及債權不得以特別法令撤消之。

今世界各國規定外國人之地位，所採用之平等主義，既如上所述，但平等主義之編入於法典者，約有三種編制方法：(一)明文規定法，即以明文規定內外國人平等享有；如義大利民法第三條之規定是。(二)總括規

定法，即法文混統規定，而不爲外國人設特別之明文，如羅蘭起草之比利時民法草案第十五條規定：「凡人皆享有私權」。此條文乃賦與私權於一切之人，而不爲內外國人之區別也。(三)折衷規定法，即以明文規定除法律或條約之限制外，外國人應與內國人享有同一之私權，如日本民法第二條之規定是。以上三種方法，明文規定法遇有例外情事仍須由另文規定，殊多不便；總括規定法遇有因國策關係外國人不能平等享有時，又無適當之規定，殊亦不免過於含混，故以折衷規定法爲最適當之方法。

總之，法律上之內外國人平等主義，實爲現今各國所採行之通例。各文明國家之立法者，對於外國人除有明文之限制外，皆認爲外國人與內國人享有同等之權利。但所謂一切權利，並非可與外國人完全享受，而不稍加限制。如參政權則無論何國均不許外國人享有。即私法上之權利亦各設有限制，其限制之多寡，則依國情而異其程度，最主要者，莫若土地所有權、船舶所有權、漁業權、礦業權及訴訟上之保證義務(註一)等是也。

(註一)提倡平等主義最力者，當推比利時學者羅蘭德與德國學者耶林 (Thiering, Rudolf von, 1818-1892) 謂：「權利及自由，猶空氣之與水，不問內外國人，所當共同享有之共有物也。」

(註二)一八六八年葡萄牙民法第二十六條規定：「除法律及條約另有規定者外，外國人與內國人享有同一之私權。」

(註三)一八八九年西班牙民法第二十七條規定與葡法同。

(註四)一八九八年日本民法第二條規定：外國人除爲法令或條約所禁止者外，享有私權。」

(註五) 阿根廷對於外國人之地位，乃以一八五三年之憲法規定之，第十六條規定：「居住於阿根廷者，在法律上一律平等。」第二十條規定：「凡外國人在阿根廷領土內得享有內國人所享有之一切私權。」

(註六) 其他如一八九一年康果自由國 (Congo Free State) 法律第一條規定：「外國人享有私權，關於其身體財產之保護，與內國人享有同一之權利。」一八七八年南美八國間所締結之利馬 (Lima) 章約第一條之規定，與義大利民法第三條同，即「外國人與內國人享有同一之私權。」一八八〇年國際法學協會會議決國際私法之原則八條，其第一條之規定如下：「外國人不問其國籍及宗教，除現行法律另有規定者外，皆與內國人享有同一種權利。」

(註七) 昔日之俄國本許外國人得享有私權，但依一八八七年之法令，凡在邊省外國人，不能取得不動產。

(註八) 一九一四年八月七日英國國籍及外國人地位法 (The British Nationality and Status of Aliens Act of 1914) 第十七節，關於外國人之地位規定如下：「外國人得依合法手續，與本國人享有同一主有、取得及讓與動產和不動產之權利。但下列各種權利，外國人不得享有之：

1. 在合衆王國境外之不動產所有權，
  2. 政府官職及其他議會之特權，
  3. 英國船舶所有權，
  4. 凡未經法律明文規定之產權，
- F. 凡經明文規定限制之權利。」

(註九) 但英國對外國人之居留條件限制甚嚴，如一九〇五年外人居留法 (Aliens Act) 一九一四年外人限制法，其中所規定外國人之居



留條件，甚爲嚴苛。由此可見英人之狡滑；一方面允許內外國人同享平等之待遇；一方面將外國人居留條件加以限制，使其外國人不易入其國，此所謂許而不與也。

(註一〇) 學者有謂英國與美國採行自由主義者，所謂自由主義，即允許外國人得享有某種權利，而並不以何種主義爲根據。參閱于能換著

國際私法大綱第一一八頁至一一九頁。

(註一一) 例如我國民事訴訟法第九十六條，原告於中華民國無住所，事務所及營業所者，法院應依被告聲請，以裁定命原告供訴訟費用之擔保。之規定，實係爲外國人在中國無住所而設，非所以與外國人以不平等之待遇，乃爲無住所之外國人，逃匿較易，若非如此規定，外國人將利用其情形，而易爲無理由之請求，實所以使內外國人之原告，對於訴訟之結果有同等權利與義務，是無不平等之處也。

## 第十三章 外國人地位之現狀

上章所述，爲外國人地位之沿革。本章所論，爲外國人地位之現狀。現今世界各國，關於外國人之地位問題，多有依據內國法而爲規定者。惟一國有一國之制度，各因其政治之關係而不同（註一），且與其國籍法有密切之關係。凡國家因人口不足，希望外國人易於歸化者，則規定外國人取得國籍之條件爲寬，而規定外國人之地位則較嚴；反之，凡國家人口已足，無須外國人歸化者，則規定外國人之地位較寬，而規定外國人取得國籍之條件則較嚴。此爲兩大普通原則也。

各國法律上，外國人之地位分爲公權私權二種。然公權私權及公法私法之區別，學者意見頗爲紛歧；茲僅就一般之意見而言。凡規定國家與個人間之法律關係者，是爲公法；規定個人相互間之法律關係者，是爲私法。依公法規定所保護之利益，爲公權；依私法規定所保護之利益，爲私權。茲將世界各國現行法令上，外國人所享有之公權及私權，分述於下：

（註一）現在世界各國規定外國人之地位時所採用之制度，可歸納之爲三種：（1）自由主義，英美兩國採用之；（2）相互主義，又分爲二種：a. 條約

上之相互主義，法國、比利時、盧森堡及希臘等國採用之；b. 法律上之相互主義，奧國、塞爾維亞及瑞典等國採用之；c. 平等主義，又分爲二種：a. 絕對的平等主義，義大利、西班牙、荷蘭及阿根廷等國採用之；b. 限制的平等主義，羅馬尼亞、德國、挪威、蘇聯等國採用之。

## 第一節 外國人之公權

公權者，爲國家所享有之利益及人民對於國家所享有之權利也。前者係指國家之獨立權、生存權、平等權、通商權等是，係屬於國際公法之範圍；後者包括自由權、請求權、參政權等。本節所討論之公權，係指後者而言。申言之，此間所謂公權者，可分爲左列三種：一、個人因對於國家之關係上所生之權利，即以保護個人自由爲目的之權利；二、個人對於國家請求保護或救濟之權利；三、個人參與國家統治權行使之權利。茲將此三種權利，略爲評述於左：

一、自由權 自由權者，即法律上不受外力干涉，人類之基本權利也。凡屬人類均有此權，是不論內外國人應同享自由權。此種觀念，始於一二一五年英國權利之大憲章（*Magna Carta*），而成於一七七六年美國獨立之憲法。但自一七九一年法國大革命之憲法所謂人權宣言者，益擴充其範圍以來，各國憲法皆有保障個人自由權之規定，即個人之自由權不受國家之限制也。然外國人自由權之行使有礙於內國公益時，則內國爲自衛計，自應予以相當之限制。

所謂個人自由權者，即往來居住之自由權，身體之自由權，精神上之自由權及營業之自由權等是。此等自由權，在近世文明國家，外國人雖皆以享有為原則，但未能必與內國人享有同一之程度，且此等自由權恆有為行政權行使所左右之虞。故各國因其僑民權利之必要，概以國際條約為享有此等權利之擔保。故於研究外國人在內國法律上之自由權，應研究內國現行之法令及其條約也。

(一) 往來居住之自由權 內國人之往來居住，固有絕對之自由權，然外國人之入境居住，則特於條約之保障，而為對等相互之關係，故設有種種之限制：

第一，拒絕入境。對於入境之拒絕，各國皆有之。而此種限制，則基於一國之安寧、秩序之維持、經濟之政策，以及公益上之必要，而為設定。如陰謀內亂者、赤貧勞動者、患傳染病者、浮浪犯罪者，各國雖有條約之互許，亦得拒絕其入境也。(註一)。論者謂一國基於內國之政策，拒絕外國人之入境，並無不可。此種論調要非適當。當今國際交通日繁，內外國人之往來亦因而頻繁，故外國人之自由入境，已為法律上認可之權利，苟無與內國特殊不利關係，決無拒絕外國人入境之理，故即英國限制外國人入境(註二)、美國拒絕華工入境(註三)，雖其有相當內國政策關係，要皆係顯違國際慣例(註四)。

第二，限制遷居。外國人既已入境，其能否自由遷居，則依內國之法律，及關係國之條約而定之。例如中國除外國教士在內地為設立教堂、學校、醫院等，得有永租土地權利，不准外國人享有內地居住權是也。

第三，驅逐出境。外國人既可入境，當亦許其出境，但外國人有不利於內國之行為者，內國得以行政處分逐放之（註五）。例如外國人有謀叛行為、賣淫、販賣奴隸等，內國得不待其自動離國而即驅逐出境（註六），然行使驅逐，當須有正當理由，否則外國將藉以爲干涉之口實也（註七）。

第四，罪犯引渡罪犯引渡（extradition）二者，即在一國犯法而逃往他國之罪犯，被逮捕交還以受懲戒之謂也（註八）。關於罪犯引渡問題，學者之間主張頗不一致，有主張引渡罪犯爲文明國家之責任者（註九），有主張引渡罪犯須以條約爲根據者（註一〇），迨至現代，引渡問題大率根據條約，即國家在法律上並無引渡犯之義務，引渡之義務純屬條約協定之結果也（註一一）。

罪犯之引渡，限於締約國，且須載有明文者，蓋所以防止管轄權之衝突。但自十九世紀末葉以還，世界相互訂約或制定法令，以列舉引渡之罪情及引渡之程度（註一二）。雖然，犯人不待條約明訂，不得引渡，而爲國際間所公認者，則爲下列三種：

（甲）政治犯。法國大革命後，政治犯不引渡之觀念漸爲普及。十九世紀上期，自由憲政運動與神聖同盟之專制期中，政治犯問題頗引起世人注意，尤以瑞士爲政治犯避難之中心。至十九世紀中期，各國遂贊同政治犯不引渡之原則，規定於引渡條約之中（註一三）。

（乙）內國罪犯。內國人在外國犯罪，而逃至內國，除英美兩國外，歐陸諸國皆以不引渡爲原則（註一四）。據

一八八〇年國際法學會之決議，凡採同一刑事法系之國家間犯人，雖屬內國人，亦可引渡於外國。良以法系既屬一體，則結果不致損毀內國人之權利也。

(丙)逃亡軍人 逃亡軍人，在國際公法上視之，不能與普通犯人等量齊觀。故軍人逃亡不得引渡。如國際法學會亦曾決議：「海陸軍人之逃亡者，又為軍事犯罪者，不得引渡。但此項之規定，不適用於軍艦商船之水手」(註一五)。至水手逃亡時可引渡者，非基於法理，實由於警察上及經濟上之理由而為規定者也。

(二)身體之自由權 身體權為人格權之一種，其本質實為一種私權。故此間所敘述者，僅為身體自由權享有之狀態。夫內國人之身體自由權，係受法律之保障，凡逮捕、監禁、審問、處罰、侵入住宅、沒收財產等，非依法律不得任意剝奪而侵犯之。外國人之身體自由權，則以條約規定其不可侵犯，與內國人處於平等之地位。但實際上不無例外。如對於內亂或暴動等，內國人對於身體財產所受之損害，政府以不賠償為原則；外國人則因不可抗力故，身體財產所受之損害，可由其本國政府依外交手續，要求此等損害發生地之政府為相當之賠償。是外國人所享之身體自由權，較優於內國人也。又如外國人之入境限制、罪犯引渡、驅逐出境等，為內國人之所無。是外國人所享之身體自由權，又較遜於內國人也。

(三)精神上之自由權 所謂精神上之自由權者，即言論著作自由、心靈信教自由、集會結社自由等權利也。此種自由權，亦以內外國人享有同一之保護為原則，但內國人之自由權係憲法所賦予，而為絕對固有之權

利，外國人之自由權，則有賴於條約之規定，而為對等相互之權利。茲將此精神上三種自由權略述如次：

第一，思想自由，亦即言論著作之自由。內外國人享有同一之保護。惟關於新聞紙之發行及編輯問題，有禁止外國人擔任發行人或編輯人者。如法國憲法（註一六）有外國人須合乎相當條件方許為擔任之者；如日本法令之規定，凡外國人在東京、橫濱、神戶等地為報紙發行人者，須提存保證金是也。

第二，宗教自由，亦即心靈信教之自由。此種自由，已成爲歐洲各國之信條。蓋中世紀以降，歐洲政治多受宗教影響，此種自由之取得，已付無窮之代價。故外國人在內國，不僅崇奉其教，且可自由禮拜。此種自由之規定於條約者，在文明國間皆視為當然，並予以保障。惟對於外國之宗教而與內國之公共秩序、善良風俗顯有牴觸者，亦得禁止之。如一夫多妻或病不診醫等之宗教，即在限制之列，且得驅逐傳教士於國外。

第三，團體自由，亦即集會結社之自由。集會結社爲人羣之團體表意行爲，既許外國人有言論著作之自由，當亦許其有集會結社之自由。但外國人享有此種自由權，並非完全放任，漫無限制。蓋外國人能否享有完全自由，則視其集會結社之目的以爲準。若其目的含有政治作用，則依國際慣例，殊當禁止其會社之集結；若其目的具有學術性質，不妨許其完全之自由。

（四）營業之自由權。當今國際交通發達之時，國際貿易亦因而驟增，故世界各國皆承認所謂營業自由之原則，即各人皆得隨其意志在各地營業之原則也。然此種自由之原則，每因營業性質而異其所享有之程度。

蓋茲所謂營業者，約分爲自由營業與特許營業二種；前者內外國人得平等享有，而後者則限於內國人獨享，或規定於一定條件之下外國人亦得共享。茲分類述之：

第一，普通工商業。普通工商業除須由內國政府認可或特許者外（如當舖、古物商、藥店等營業），得許內外國人平等經營之。當今國際通商條約多屬此種之規定。

第二，銀行業。銀行乃一國金融之樞紐，倘未經政府之特許，外國人不得經營，已成通例。例如日本銀行條例施行細則第三條規定：「外國人經大藏大臣之許可，得在日本爲銀行營業，但不得創設國家銀行或政府直接監督之銀行」。蓋以此種銀行與一國之財政直接發生連鎖關係，論其性質，殊不宜許外國人參與設立。故我國中央銀行爲全國金融之中心，由政府創設，其他如中國交通等銀行與中央銀行有密切關係，統不許外人投資（註一七）；至非國家直接監督之銀行，因創設銀行爲人民營業權之一，故許內外國人共同經營之，但不許其發行紙幣。惟我國因受不平等條約之束縛，外國人經營之銀行林立各埠，並得發行紙幣，影響於國民經濟，良非淺鮮，誠屬特殊現象，非可以常例論也。

第三，保險業。保險制度所以保障個人之經濟，關係於國民生計至鉅，故對外國人經營之保險業亦予以認許；但恐欺詐民衆，故外國人經營此業者，必須取得內國政府之許可，且須遵照內國法規辦理。我國保險業法第三條規定：「外國人或外國保險公司在我國經營保險業，非呈請實業部核准，依法登記，不得開業」（註一八）。



第四，運輸業。運輸業可分為陸上運輸、海上運輸、空中運輸三種。就原則言之，除有關國際運輸者外，外國人不得經營任何運輸業，以其有礙國防故也。茲略為分述如次：

(甲)陸上運輸 此又分為國營與民營二種。國營之運輸業，既不許內國人民之參與，則外國人自更無論矣。即民營之運輸業，因有關內國之經濟與國防，故亦多禁止外國人入股。如我國長途汽車（長途汽車公司條例第一條）、民營各種公司事業（民營公用事業監督條例一一一條）均禁止外國人為股東，即其例也。

(乙)海上運輸 此又分為國際運輸與沿岸運輸二種。前者為有關國營交通之自由，原則上認內外國人有平等營業權，惟外國船舶須得內國之許可，始得停泊於港口。後者為沿岸貿易之一，有關於內國之國民經濟，故不容外國人享有營業權。

(丙)空中運輸 此有關一國之經濟及國防，實不亞於陸海運輸之切要，故其營業權外國人不得享有，惟國際航空運輸，有時由內外國人組合營業。此所以我國之歐亞航空公司有外國人之投資也。

第五，交易所業。交易所為一種特殊之經營機構，調濟市面，平衡物價，實利賴之。故凡交易所中之經紀人，多限於內國人民，外國人不得從事斯業。蓋以其與公益上有重大之關係，不許外國人染指。此各國之通例也。例如我國交易所法第十條規定：「非有中華民國國籍之人民或法人，不得為交易所之經紀人或會員。」是

第六，自由職業。自由職業云者，如船長、律師、醫師、藥劑師等是。此種職業，各國皆以不許外國人從事為原則。

例如船長爲一船生命財產所繫，有司法上及行政上之權力，各國多限以內國人任之；律師有半官性質，各國亦以不任用外國人爲原則；他若醫師、藥劑師有關國民健康，亦有禁止或限制外國人執行業務者。我國對於外國人之職業，尙無嚴格之規定（註一九）。

其他如漁獵業、採礦業等經營之權利，皆爲內國人之特權，故非經內國政府之許可，外國人不得自由經營。此種實業，例如我國漁業法第三條第二項規定：「呈請取得漁業者，以中華民國人民爲限」。但我國因財力不足，有吸收外資、發展實業之必要，故原則上規定在不損失主權範圍內，政府亦可與外商合資經營各項實業（註二〇）。

二、請求權 請求權云者，人民對於國家要求保護之權利也。由其方法之差異，可分爲三種：（一）請求立法上保護之權利；（二）請求司法上保護之權利；（三）請求行政上保護之權利是也。此外尙有請求外交上保護之權利。惟以此間所討論者爲內外國人權利之差異，故不論及之。上述三種權利，大都規定於內國憲法，故理論上僅限於內國人始得享有，外國人不得享有之。然內國既許外國人入境，而於此種權利苟不予以平等之保護，則不僅有礙內外國人之交往，且足引起國際之糾紛。故事實上內國應許外國人有相當享受之權利。茲分述之：

（一）請願權 請願權者，即人民請求立法上保護之權利也。凡內國人民，無論何時皆可請願，蓋所以請求立法上之保護。外國人有此權利與否，學說紛歧，惟各國慣例尙無許外國人有請求權者。例如我國約法第二十

條規定人民有請願權。但在解釋上當然以國內人爲限，外國人不得享有也。

(二) 訴訟權 訴訟權者，即人民請求司法上保護之權利也。內國對外國人既負有保護權利之責，訴訟權爲保護人民權利之間接方法，則訴訟權之享有，內外國人自應以平等爲原則；否則，外國人於權利損害，若無訴訟權爲之救濟，則其權利無由保護。我國民事訴訟法關於請求訴訟救助之待遇，係採相互主義（註二）。

(三) 訴願權 訴願權或行政訴訟權者，即人民請求行政保護之權利也。此種權利，概以內外國人平等享有爲原則。如外國人受內國行政機關或官員之違法或不當處分，自當與以訴願權或行政訴訟權，以爲救濟。然事實上每因行政救濟之繁瑣遲延，外國於此場合，率皆請其本國政府爲外交上之保護。

三、參政權 參政權者，人民對於國家意思之構成及其執行得參預之權利也。此種權利係根據國家與人民之關係而發生，故惟限於內國人始得享有。外國人不得享有參政權，此爲今日各國之通例。蓋以外國人既不諳於內國之國情，且無愛國之熱忱，一旦使其參政，恐將發生無限之糾紛與危險。即歸化之人民對於參政權之享有，各國亦設有相當限制（註三），誠以歸化伊始之人民，對於內國之國情未能十分諳熟，若遽予以平等之參政權，不無流弊也。

各國關於外國人不能參政之原則，尙有例外規定者。例如巨哥斯拉夫（Yugoslavia）規定，凡外國人在內國居住十年以上者，經政府之許可，得充任官員。又各國關於選任領事（Consul elect），得以外國人充任之；因

其非收受內國俸給並得兼營工商業故也。我國政府因受條約之束縛，不得不任用外國人充職，如海關之稅務司及郵政局之總務司是。

四、公義務 公義務者，人民對於國家在公法上之義務也。外國人既享有公權，自亦負有公義務。然內國人以基於公民之資格而享有權利，外國人則以居留於內國之地位而享有權利，兩者享有權利之程度既有差別，則其各別應負之義務當亦不能盡同。茲區別其義務之異同，爲左列三種。

(一)服從義務 外國人居住內國有服從內國法律及行政之義務，此乃國際間之通例。至外國人之得在我國享有領事裁判權者，乃基於不平等條約之保證，而非國際慣例上之所認許，此則不可不辯明者也。

(二)納稅義務 外國人既享有內國保護之權利，對於內國之稅收亦有繳納之義務。其稅率與內國人同，不宜歧視待遇，但外國人對於內國所徵收之苛捐雜稅，以及強迫公債 (forced loans)，得拒絕之。(註二二)

(三)兵役義務 兵役爲國民應盡之義務，同時並爲國民獨享之特權。例如我國兵役法 (註二四) 第一條規定：「中華民國男子服兵役之義務，依本法之規定。」依此解釋，則爲限於中華民國之人民，始能服行兵役。是以人民非具有中華民國國籍者，不得強使其服行兵役。故現今國際慣例上，外國人殊無服行內國兵役之義務也。(註二五)

(註一) Labor office, Geneva, p. 168.

(註一)參閱 Aliens Act of 1905.

(註二)參閱 "Treaty Laws and Regulations, Governing the Admission of the Chinese," published by the Bureau of Immigration and Naturalization of the Department of Commerce and Labor (1917), 3 ff.

(註三)參閱 Hershey, Amos S., "Essentials of International Public Law and Organization," Revised Edition, § 244 and Notes. 國際法學會 (Institute of International Law) 在一八九二年關於外國人之入境及驅逐問題曾有所決議。參閱 Scott, "Resolutions of the Institute of International Law" (1916), pp. 103-110.

(註四)參閱 Turner v. William (1904) 194 U. S. 279 判例中，美國最高法院曾謂驅逐外國人乃為一國之主權。參閱 Hershey, § 274, Scott, pp. 88-90.

(註五)參閱 Moore, Digest §§ 393, '99, 463, 550-559.

(註六)在一八九四年，Niraragua 因任意逮捕十二個英國人，並將其驅逐出境，致引起英國政府之干涉，而要求賠償損失。參閱 Moore, § 631.

(註七)參閱 Hershey, § 250.

(註八)國際公法學者如 Grotius, Vattel, Kent, Fiore 等均贊此說。

(註九)學者如 Bluntschli, Fœlix, Martens, Puffendorf, Phillimore, Wheaton 以及其他大多數學者主張此說。

(註一〇)參閱 Moore, Digest, § 30 ff, and Ex radiation (1891), § 9-14; Spear, "Law of Extradiction," 1885, 2nd ed.,

(註一二)法國大革命以前，各國鮮有訂立交渡條約者。一八〇二年英法西及Prussian Republic所締結Treaty of Amiens，其第二十條爲罪犯相互交還之規定。自一八四〇年以後，各國間所締結之通商條約，皆有關於罪犯交還之規定。而將罪犯引渡規定於內國法者，則以一八三三年之比利時法爲始。其後一八七〇年英國議會始通過引渡法（Extradition Act）。美國亦於一八四八年及一八六九年先後制定引渡法（General Extradition Laws）。

(註一三)自一七九三年法國憲法第一二〇條規定收容自他國逃來之爲自由而避難之逃犯，其後如英國瑞士亦曾竭力主張政治犯不得引渡。但迨至一八三三年，不引渡政治犯之規定始初見於比國之內國法。一八三四年，不引渡政治犯之原則始初見國際條約（法比條約）參閱 Graves, "Nature et effets de l'asile politique" (1895), Ch. 2.

(註一四)參閱 Hensley, § 251 and Notes.

(註一五)第十六條之規定。

(註一六)一八八一年法國新聞紙條例。

(註一七)修正中國銀行條例第五條，交通銀行條例第四條並規定該行之股東均以中華民國人民爲限。

(註一八)在日本，凡外國保險公司，須先納相當之保證金，方得開設。

(註一九)我國關於外國人從事自由職業之限制，曾有下列規定：1. 依律師章程第三條之規定，在中國執行律師業務者，以中華民國人民且有一定資格者爲限。2. 依會計師法第三條之規定，外國人不得在中國爲會計師。依西醫條例第一條第二項第三款之規定，外國人在各該國政府得有醫生證書，經外交部證明者，得在中國執行醫業。

(註二〇)依修正礦業法第五條之規定，外國人得投資經營各項礦業。

(註二) 參閱我國民事訴訟法第一〇八條：「對於外國人准予訴訟救助，以依條約或該外國人之本國法中華民國人在其國得受訴訟救助者為限。」

(註三) 參閱我國國籍法第九條。

(註四) 參閱 Moore, §§ 183-184, 540 and 1039, Ch. 92.

(註五) 我國民役法於民國二十二年七月十日公布，二十五年三月一日施行。

(註六) 參閱 Lawrence, T. J., "Principles of International Law," 3rd ed., § 117; Moore, § 458.

## 第二節 外國人之私權

外國人公權之享有，已如前述，茲論外國人私權之享有問題。關於外國人私權之享有，除因條約或法令禁止者外，大都以與內國人平等享有為原則。近代歐美各國對於外國人私權之享有，限制已甚減少。茲將各種私權略述如左：

一、人格權 人格權者，法律上認為權利主體之權利也。如生命、名譽、身體及姓名（註一）等權，皆包括於人格權之內。此種人格權之為公權抑為私權，則視侵害時救濟之方法若何，而為區別之標準。若其侵害依訴訟法或刑法而救濟時，則為公權；若依民法而要求損害賠償為救濟時，則為私權。本節所論，係指後者而言。關於人格

權之保護，不論何國，均不設內外國人之區別。然就實際言之，外國人往往受雙重保護，其所處地位較內國人爲優。例如內國人之人格權，如因不法行爲而受損害，僅能依法訴請損害賠償；而外國人於此場合，如能證明內國政府之過失，並非其本人所可避免者，除以訴訟救濟外，尚可經由其本國政府，向內國政府要求損害賠償，爲外交上之保護。蓋以外國人之保護，除受內國法律之認許外，復有依於條約或國際法爲之保障。此所謂有二重之保護是也。

二、財產權 財產權者，係指物權、債權、智能權、著作權、工業所有權等而言。此種財產權乃爲人類之原有權利，故各國通例，對於財產權之享有，以內外國人之平等爲原則；但因內國政策之必要，則亦認例外爲之限制。茲分述如左：

(一)物權 物權可分不動產物權及動產物權兩種說明之：

第一，不動產。不動產之範圍，各國法律規定不同。我國民法第六十六條規定：「稱不動產者，爲土地及其定着物」。是可知不動產之最重者，爲土地所有權。歐洲各國在十八世紀以前，皆禁止外國人享有土地所有權；至十九世紀，始漸次取消此種限制。現今各國允許外國人享有土地所有權者，不外由於條約之互惠，或內國法律附條件之規定（註二）。總之，外國人能否享有此種權利，則以一國之經濟政策爲轉移。我國除於條約之規定，准外國於通商口岸有住居之權，及宗教機關得在內地永租土地外（註三），不承認外國人享有土地所有權。我國



土地法第二章第七條規定：「中華民國領域內之土地，屬於中華民國國民全體，其經人民依法取得所有權者，爲私有土地……」又同章第十七條之規定：「左列土地，不得移轉、設定負擔、或租賃於外國人：一、農地，二、林地，三、牧地，四、漁地，五、鹽地，六、礦地，七、要塞軍備區域及領域邊境區域。」依此觀之，不僅我國私有土地所有權外國人不得享有，即租賃土地於外國人時，亦受嚴密之限制也（註四）。

第二，動產、動產所有權，各國皆採內外國人平等享有之原則，惟船舶有關內國交通及領水權，故其所有權則限於內國人獨享。然外國人雖不得享有船舶所有權，而外國人有時亦得爲內國船舶公司之股東（註五）。

（二）債權 關於債權，應以內外國人平等享有爲原則，故不論債權之發生原因若何，內國均應予以保護，而國際間更有用條約以保證者，如往昔中國與各國之通商條約，關於中外人間之債務，皆有保證之規定是也。但外國人債權之享有，亦稍有限制者，即如特種銀行之股票禁止外國人取得是也（註六）。我國內國公債，爲無記名式之有價證券，可供買賣抵質之用，則外國人自亦得享有之。但我國現今中央銀行（註七）、中國銀行（註八）及交通銀行（註九）之股東，均以中華民國人爲限，則對於此種銀行之股票，外國人自亦不得享有之。是亦對於外國人之債權所設之限制也。

（三）智能權 智能權亦稱無形財產權，即爲人類智能之創作，並以無形利益爲目的之權利也。此種權利，內外國人應受同等之保護。至其性質，既非債權，又非物權。若謂爲債權，則必限於一定相對之人，而此項智能權

則得對抗一般之人若謂爲物權，則必以有體物爲要件，而此項智能權則僅精神上之作用，而非以有體物爲權利之目的者。然其既爲權利之目的物，且有相當交換之價值，其爲財產權之一，當無疑義。茲可大別爲左列二類而說明之。

第一，著作權。著作權者，卽保護文藝美術作品之權利也。故著作權有文藝著作權及美術著作權兩種。文藝美術有關人類之幸福及文化之增進，不得分內外國人之畛域，理當與以平等之保護。一八八六年，歐洲各國締結著作保護同盟條約，規定外國人之著作經其本國政府許有著作權者，內國不得翻刻複製（註一〇）。是著作權之保護，爲之釐定。我國雖未加入此條約，但與美國條約中亦曾訂有關於著作權之規定。同時依我國著作權法施行法第十四條之規定，凡外國人之著作權，具備下列兩條件時，得享受中國之保護：

1. 外國人之著作物專供中國人應用者。
2. 外國人之本國承認中國人民得在該國享有著作權者。

第二，工業所有權（*industrial property*）。工業所有權指工業上各種權利之總稱。其內容包含特許權、意匠權及商標權三種。特許權者，爲工業上最先之發明，對其發明物有專利之權利也。意匠權者，關於工業之作品，創製新形狀、圖樣、彩色等，依法登記後，所享有之專用權也。商標權者，以一定之符號表章其商品之專用權也。此種權利之享有須經發明、登記及認許之三要素，而始爲確定。昔日外國人之在內國者不得享有此種權利，但自

一八八三年、一九〇〇年及一九一一年間，締結工業所有權保護同盟條約後，各國皆認此種權利內外國人得平等享有，此爲工業所有權設有統一之法規也。我國並未加入此項同盟條約，故外國人之工業所有權是否予以保護，固視條約上有無相互保護之規定，但縱有規定，而未依我國商標法呈請註冊者，仍不受保護（註一）。

三、身分權 身分權者，基於個人間之關係所取得之權利也。故喪失身分，卽所以消滅其權利。例如親屬權係由親子夫婦之關係發生之權利，繼承權係根據繼承人與被繼承人之親屬關係所生之權利。近世各國，對於身分權皆以內外國人平等享有爲原則。茲分述之：

（一）親屬權 舉凡婚姻權、親權、夫權等皆包括於親屬權之內。昔時各國敵視異民，故外國人親屬權之享有，未能予以平等之保護。今則內外溝通，婚姻自由，不限於階級，不囿於種族，外國人之在內國者，亦得享有親屬權。申言之，卽外國人親屬上之既得權利，統與內國人一律保護。惟外國人親屬權之享有，非依內國之親屬法而受保護，乃依其本國之親屬法而受保護（註二）。故我國法律適用條例規定以當事人本國法爲親屬權之準據法，卽本平等保護內外國人親屬權之意也（註三）。

（二）繼承權 昔日外國人無地位，故不得享有繼承權。至於今日各國之立法例，不僅認外國之在內國者，得與內國人享有同等之繼承權，且許其適用本國法，以爲權利之保障。我國不僅法律適用條例有同樣之規定（註一四），卽與外國締結通商條約，亦曾言明內外國人享有同等繼承權，並採取本國法以保護之。例如中波友

好通商航海條約第八條第三款(註一五)及中捷友好通商條約第十一條第二項(註一六)所規定也。惟外國人因繼承而取得土地所有權時，大抵均規定須於一定期間內出賣於內國人，否則此項不動產將歸屬於內國國庫。此因外國人不能享有土地所有權故也。

(註一) 姓名權各國多尚未承認，僅在德國則已保護之。

(註二) 例如美國各州規定互歧，如阿亥州 (Ohio) 及麻薩求薩州 (Massachusetts) 准許外國人取得不動產，加利福尼亞州 (California) 則以在加州有居所之外國人及宣示入籍者為限，始得永久執有土地。

(註三) 參閱民國十四年司法部令，外國人及教堂照約准許之不動產，如聲請登記之時，亦僅能以承租權登記，不許以所有權登記。

(註四) 外國人固不能有土地所有權，但其能有抵押權。查抵押權為擔保物權債務人未能清償債務時，抵押權人依我國民法之規定不能遷有抵押物之所有權。故外國人之有土地抵押權，實無害於內國，不妨許其與內國人有同一權利。

(註五) 例如我國海商法第一章第三條規定：「左列船舶為中國船舶：

一、中國官署所有者；

二、中國人民所有者；

三、依中國法律所設立，在中國有本店之左列各公司所有者；

甲、無限公司，其股東全體為中國人者；

乙、兩合公司或股份兩合公司，其無限責任股東全體為中國人者。

外國人地位之現狀

丙股份有限公司，其董事三分之二以上為中國人，並其資本三分之二以上為中國人所有者。

由此可見中國對於船舶之所有，嚴加限制也。

(註六) 例如日本銀行正金銀行、勸業銀行等之股票，禁止外國人取得是也。

(註七) 參閱修正中央銀行條例第一條。

(註八) 參閱修正中國銀行條例第五條。

(註九) 參閱交通銀行條例第四條。

(註一〇) 此項條約締於瑞士，後於一九〇八年及一九一四年，復迭經修正，而美國與蘇聯至今迄未加入。

(註一一) 中國商標法第五條規定：外國人民依關於商標互相保護之條約欲用其商標時，應依本法呈請註冊。

(註一二) 有時適用內國之稅屬法，但此為例外而非原則。

(註一三) 參閱中國法律適用條例第九、第十及第十五等條。

(註一四) 參閱中國法律適用條例第二十條及第二十一條。

(註一五) 訂於一九二九年九月十八日，於一九三一年七月九日生效。

(註一六) 訂於一九三〇年二月十二日，於一九三〇年十二月五日生效。

## 第十四章 外國法人之地位

### 第一節 外國法人之意義

自然人有內國人與外國人之區別，法人亦然，此為各國之通例。我國民法中不僅有法人之名稱，並規定法人有享受權利負擔義務之能力（註一）。惟未言明法人之意義。所謂法人者，為非自然人而法律上有自然人資格之組織也；所謂外國法人者，為非屬內國國籍之法人也，理論上法人可否有國籍，尙無定論（註二）。然法人在法律上既與自然人同為權利之主體，有獨立人格及法律行為能力，殊當以國籍定其所屬之標準。至法人之國籍究以何為標準，此為區別內外國法人最難之問題，不僅學者間意見分歧，即各國立法例亦不一致。查外國法人中，有一定之領域者，稱之曰地團法人，以土地為成立之要素，例如國家與國家之行政區域是也；無一定之領域者，稱之曰非地團法人，不以土地為成立之要素，例如商業公司是也。故地團法人，即以領域為標準，定其國籍在領域內者，為內國法人，在領域外者，為外國法人。至於非地團法人，無一定領域為之限制，既無領域可據，又不

能與自然人據血統或出生爲標準以定其國籍，將何所適從耶（註三）？對此問題，略舉其重要之學說如左：

一、社員國籍說 此說係依社員之國籍，以定法人之國籍。故依此說，社員之國籍屬於內國者，則爲內國法人；社員之國籍屬於外國者，則爲外國法人（註四）。此與定自然人之國籍時，採用血統主義有同意義者也。惟法人之社員時有改變，若採此說，則法人之國籍亦將因時改變，而不能確定。且法人有其法律上獨立之人格，故以社員之國籍爲法人之國籍，殊覺欠妥。

二、設立地說 此說係依設立地之標準，以定法人之國籍。故依此說，設立地在內國者，則爲內國法人；設立地在外國者，則爲外國法人。此與定自然人之國籍時，採用出生地主義有同意義者也。惟法人之設立地殊不足以定其國籍，蓋以設立於外國者，亦有內國法人；設立於內國者，亦有外國法人（註五）。故以設立地定法人之國籍，亦非妥當。

三、準據法說 此說係依創設時所準據之法律，以定法人之國籍。故依此說，準據內國法律創設者，爲內國法人；準據外國法律創設者，爲外國法人。蓋創設法人，須經法律之認許（*authorization*），故應以所準據之法律定其國籍也。惟法人創設之準據法，亦不足以定其國籍，因準據內國法律創設者，亦有外國法人；準據外國法律創設者，亦有內國法人。此蓋以一國對於外國商業公司在內國營業者，亦必須先經內國認許，然並不因此而取得內國國籍也。

四、住所地說。此說係依住所之所在地，以定法人之國籍。故依此說，住所地在內國者，爲內國法人；住所地在外國者，爲外國法人。蓋以法人與自然人皆有一定之住所，故應以住所地爲標準，以定法人之國籍也。此爲現世多數學者所主張。惟法人之住所應依何標準而確定之，尙無統一之主張。

(一)有以營業中心地爲住所者。依此主張，法人之營業中心地在外國者，爲外國法人；其營業中心地在內國者，則爲內國法人。但若其營業之中心地亘於數國時，則法人之國籍將無以解決之。

(二)有以主事務所或本店所在地爲住所者。依此主張，法人之主事務所或其本店在外國者，爲外國法人；其主事務所或本店在內國者，則爲內國法人。現今歐洲各國及日本皆採用之。我國民法第二十九條規定：「法人以其主事務所之所在地爲住所」；公司法第一章第四條規定：「公司以其本店所在地爲住所」；即採此主張。惟此種主張雖切於事實，但未能防除詐欺之發生。如在甲國營業，可於乙國設一有名無實之主事務所或本店，以圖規避甲國法律之拘束是也。

(三)有以依法人營業許可證 (Charter) 之指定爲住所者。依此主張，法人之住所，以其許可證之所指定爲標準，即其所指定之住所在外國者，爲外國法人；其所指定之住所內國者，爲內國法人。但許可證所開住所，又往往爲非法，人實際營業之處所，亦非妥善之主張。故一八九一年國際法學會乃有下列之議決：

「以無詐欺而設立法律上之主事務所所在地，視爲商業公司之國籍。」



此項議決，乃以主事務所或本店所在地為原則，以營業中心地為例外。蓋以法人之本據所在地定法人之國籍，最合於學理；又於此原則之外設有例外，以防詐欺之弊，尤便於實際。故為各國立法例及學者所採納（註六）。

（註一）我國民法第二十六條規定：法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力，但專屬於自然人之權利義務不在此限。

（註二）大多數學者贊同法人有國籍說，少數學者則主張法人無國籍說。

（註三）參閱 Young, "The Nationality of a Juristic Person," *Harvard Law Rev.*, Vol. 23.

（註四）有謂若社會全體為內國人時，始得認為內國法人；有謂社員之大半或占資本總數之大多數為內國人時，亦得認為內國法人。

（註五）例如中國人在美國設立公司，依中依美任其所擇，不必定依其設立地法。

（註六）此項主張有稱之為折衷主義，即以法人本店為原則，營業中心地為例外之主義也。參閱山田三良著國際私法第一四八頁至一四九

頁。唐紀翔在其中國國際私法論中曾主張內國法人應具備三條件：1. 內法人，在社團法人，其社員須有十分七以上之內國人；在財

團法人，其董事及最初捐助人為內國人。2. 內國法人成立須準據內國法。內國法人之主事務所或本店須設於內國。（見原著第

一三三頁）

## 第二節 外國法人之認許

外國法人欲於內國享受權利，負擔義務（註一），非經內國法律所認許者不可（註二）。此外國法人與外國自然人不同之點也。外國之自然人，苟於其本國享有權利能力，則於內國依然享有權利能力；至是否為內國法

律所認許，則無庸要旨。外國法人則不然，在外國依法成立之法人，內國法律雖不能否認其存在，但其所認者僅爲事實上之存在，而非法律上之存在也。故關於外國法人之認許問題，學者之理論固甚分歧，即各國之立法例亦不一致。茲略述之如左：

一、認許之學理 外國法人在內國是否承認其人格，並准其享有種種權利，自來有兩種主張。一爲主張不認許者，一爲主張認許者。前者稱之曰虛擬說，即認法人之人格爲其所屬國法律上所擬制，非原有獨立之人格，故在其本國外，不得享有此虛擬之人格。蓋一國法律之效力僅限於本國境內，是則依內國法所成立之法人，亦僅限於內國，有人格，故外國法人，非經內國法律重行創設，不能與內國法人同享權利。此說爲昔日少數學者所主張。其根本錯誤之點，即認法人之人格爲法律所擬制，前提既謬，結論自難正確。且當今國際商業發達，絕對否認外國法人之人格，不僅有礙內國經濟之進展，且難免引起國際之糾紛。歐洲各國，爲欲保護其本國之法人而提出交涉者，已不止一次。故揆情度理，內國對於外國法人，只須規定其認許之條件，合者許之，違者拒之可也。（註三）

主張內國須認許者，亦稱之曰事實說，即謂法人非法律所擬制，本具有獨立存在之事實，其本質一如自然人，不得不認有人格，而爲權利之主體。故凡法人既爲外國所認許者，內國即宜認許之。此爲近世之學說。但其立論亦非妥善。蓋法人之經濟活動力較自然人爲大，內國如不審度國情而酌予認許，則經濟命脈每易操於外國

法人之手。故在採取認許主義之國，亦當設有認許之條件，非適合此項條件，不認許外國法人在內國法律上享有人格而為權利之主體也（註四）。

二、認許之法例 各國立法例關於外國法人之認許問題，得有下列四種主義：

（一）特別認許主義 一稱法律認許主義。即對於外國法人，須經內國法律之特許，始能與內國法人共享權利同負義務是也。奧國民法採此主義。此主義以否認外國法人為原則，凡外國法人在內國享受法人之權利者，必須經過認許程序，其手續殊嫌繁瑣。此所以非多數國立法例所採取也。

（二）相互認許主義 一稱條約認許主義。即依兩國之條約，凡為締約國合法成立之法人，予以認許，而視其有人格是也。依此主義，外國法人，若其所屬國與內國締有條約，無須經特別認許之手續。即認其在內國法律上有人格矣。一八五七年法比條約即採此主義。此主義以條約為認許外國法人之先決條件，實含有否認外國法人人格之意義，殊欠妥善。

（三）一般認許主義 一稱自由認許主義。即內國於私法規定，或由於行政手續，認許外國法人常有人格是也。依此主義，凡屬外國法人，無須經特別認許或締結條約，即認許其有法人之資格。德、義、比、瑞士、西班牙等國採用之，英美亦承認之。此主義利在簡便，然實際上未免失之過寬，故當另設限制條款，以資補救。

（四）分別認許主義 一稱類別認許主義。即內國對於外國法人，依其種類，分別採用特別認許主義，或相

互認許主義，或一般認許主義，爲之認許是也。法國採之，此主義係由一般認許主義所演變而成，故其運用較切於事實也。

以上各說，各國分就本國國情採用之。惟依今日各國法律之規定，舉凡外國公法人（註五）、外國商業公司（註六）及外國非營利法人（註七），在內國法律上，皆認其有人格。一八九一年國際法學會決議第一條（註八）及一八九七年國際法學會決議第一條（註九）均有同樣之規定，並可解爲採用一般認許主義。我國民法總則施行法第十一條規定：「外國法人除依法律規定外，不認許其成立」。故我國法例，似採特別（法律）認許主義。但民國十九年七月五日國民政府訓令：「外國公司註冊准駁，以對方國家允否我國同類公司在彼國註冊爲先決條件」，則似又採相互認許主義矣。

（註一）參閱我國民法第二十六條之規定。

（註二）參閱我國民法第三十條規定：「法人非經向主管官署登記，不得成立」。

（註三）例如日本法律雖以否認外國法人爲原則，但仍設各種例外，以資調劑而符事實。

（註四）參閱我國民法總則施行法第一二條及第一五條第二二條規定。經認許之外國法人，於法令之限制內，與同種類之中國法人有同一之權利能力。前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。第十五條規定：「未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任」。

（註五）此種公法人爲私法上權利主體時，我國亦認其有活動權利。

(註六)外國法人是否爲商業公司，應依我國公司法之規定決之。(我國民法總則施行法第一一條)

(註七)外國法人是否爲財團，或以公益爲目的之社團，均依民法第二五條以下各規定決之。

(註八)其規定：「依本國法律所成立之股份公司，不須特別或一般之認許，有在他國訴訟之權利，又在不違反公益法令時，有經營商業及設立支店之權利。」

(註九)其規定：「公法人已爲其本國所認許者，他國亦須當然認許之。」

### 第三節 外國法人之權利

外國法人經內國認許後，取得獨立人格，得爲權利之主體。則外國法人究應享有何種權利，及依何種法律以享有之，是爲本節所當研究者。茲將其所享權利，分外國公法人及外國私法人二方面言之：

一、外國公法人 外國公法人又可分爲外國國家及外國地團二種。外國國家之權利享有，爲國際公法所公認。蓋在今日之國際關係中，一國除公法關係外，常與他國發生私法關係，如契約、借貸等是，故不認外國國家有法人人格，得爲權利之主體，則與內國之私法關係無由發生。至外國地團，有時亦與內國發生買賣借貸等行爲。若無法人資格，又何處爲之耶？故今日各國通例，此種公法人當爲法律上權利主體時，內國亦認許其有活動權利也。

二、外國私法人 此即指外國商公司等而言。凡經認許之外國法人內國認其有法人資格，得為權利主體。此乃既存人格之承認，並非賦與新人格，是以其是否有權利能力，當與自然人同依其本國法定之（註一）。反之，既經認許之外國法人，在內國應享有何種權利，負有何種義務，則不論其本國如何規定，應依內國法也。現今各國所通行之原則，即凡經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之內國法人享同一之權利，負同一之義務（註二）。庶幾內外國法人所享權利及其所負義務立於平等地位。故外國法人依其本國法得享有之權利，若與之內國法人依內國法不能享有時，仍不得享受。反之，若外國法人依其本國法受某種權利之限制，而與同種類之內國法人依內國法無此項限制者，亦不得受其限制。但對此平等原則，亦有例外：

第一，外國法人依法令或條約所不得享有之權利，縱令同種類之內國人得享有者，仍不得享有之。

第二，外國自然人所不能享有之權利，縱令同種類之內國人得享有者，外國法人仍不得享有之。

此所以我國民法總則施行法第十二條特設「於法令限內」之規定條件也。

以上所述，為認許之外國法人，至於未經認許之外國法人，在內國法上僅認其在事實上存在，不得享有法律上應有之權利。倘與他人為法律行為時，則由其行為人負其責任，或由其行為人就該法律行為與該外國法人負連帶責任，我國民法總則施行法第十五條，則規定行為人與該外國法人負連帶責任。

總之，當外國法人之認許，必先認其人格，而後得為權利享有之認許，故外國法人設支店於內國，而從事營

業時。則關於營業監督事項，不可不從內國法律之規定。例如外國法人在我國設事務所時，須依民法第三十條規定，向主管官署登記後，始得成立。否則，如應登記事項而未登記者，不得以其事項對抗第三人（註三）。至於已經認許之外國法人，在內國發生涉外法律關係時，苟應適用物之所在地法、行為地法及事實發生地法，完全與自然人相同。惟適用其本國法時，應以何標準定其本國法，我國法律適用條例第三條特以明文規定，以其住所地法為其本國法，即所以解除外國法人國籍之困難也。

（註一）我國法律適用條例第三條規定：「外國法人經中國法律認許成立者，以其住所地法為其本國法。」

（註二）參閱我國民法總則施行法第十二條。其條文見本章前節附註四。

（註三）參閱我國民法總則施行法第十三條。

## 第三編 法律之衝突

### 第十五章 概論

國籍及住所與外國人地位等問題，雖為解決國際私法問題之先決要件，然非屬於國際私法之本論。國際私法本論之內容，雖如何複雜繁夥，而歸納之不外下列四端：

第一，法律之衝突。國際私法既由各國自由制定，其內容自亦因國而異。故同一之法律關係，各國立法之規定各自相異，殊難盡同。此即所謂法律之衝突也。

第二，法律之適用。同一之法律關係，各國法律規定既不相同，則遇有涉外法律關係，究將以何國法律為其應適用之準據法。此即所謂法律之適用也。

第三，法域之管轄。任何涉外法律關係中，適用何國法律，固應為解決之問題；而應由關係中之何國法院管轄，尤為先決之問題。此即所謂法域之管轄也。



第四，法律之效力。凡甲國所解決之法律關係，其效力能否逾越國境而束縛其他國家。此即所謂法律之效力也。

以上四端爲國際私法本論之內容，亦即本編所當詳加研討者也（註一）。惟於此應注意者，第一及第二兩端，屬於各國之立法問題，亦可稱之曰立法之衝突；第三及第四兩端，屬於各國之司法問題，亦可稱之曰司法之衝突（見圖表七）。立法衝突與司法衝突，雖互有連帶關係，然二者不可混而爲一。此二者之顯然不同，可於下列二點辨明之：

#### 第一，關於衝突解決之次序，

#### 第二，關於衝突適用之法律。

一、關於衝突解決之次序 司法衝突之解決，當先於立法衝突之解決，此爲一定不易之次序。今試舉例以明之：外國人夫婦在美國法院提起離婚之訴，則關於離婚之條件所應適用之法律，爲該外國人之本國法乎？抑其住所在地法乎？固不可不抉擇之。此爲立法衝突問題。然在解決此問題之先，尚有一先決問題，即須知美國法院對於此案有無管轄權是也。若該外國人在美國並無住所或居所，則美國法院對此案無並管轄權，而選擇適用法律一層即不成問題。蓋凡屬合法管轄之法域，始有權力使當事人間產生權利，此種權利方有法律之效力。故欲知某種涉外法律關係，究應由何國法院管轄，乃爲第一問題——即司法衝突之問題。當此第一問題業已確

立，然後合法管轄之區域究應適用何國法律以裁判之，此爲第二問題——卽立法衝突問題。由此觀之，此二問題確有先後不易之次序，學者不可不注意焉。

二、關於衝突適用之法律 司法衝突問題與立法衝突問題之不同，由其所應適用之法律方面亦可辨明之。解決司法衝突時，常爲內國法（法庭地法），此則因當今各國既無共有之準據法則，是捨內國法實無他法可資適從（註二）。至於立法衝突問題則不然，有應適用內國法者，亦有應適用外國法者，此則因解決立法衝突問題規則之不同故也。如我國法律適用條例規定：「人之能力，依其本國法」（第五條），關於物權，依物之所在地法（第二十條）是。

據此以觀，司法衝突問題與立法衝突問題之不同，實屬顯而易見。故某種涉外法律關係，如應由甲國法院管轄，並非當然應適用甲國法律（見例一），應適用甲國法律時，亦未必應由甲國管轄之（見例二）。以上所云，僅爲分別司法衝突與立法衝突之原則，但亦有由管轄權引起適用法律之例外（見例三）。

（例一）英國男甲某與美國女乙某在中國結婚，其後因甲之有無結婚能力問題，訟爭於中國法院。中國法院對於本案雖有管轄審理之權，但其適用之法律，依中國法律適用條例第五條之規定（註三），應從英國法（本國法是）。

（例二）有住所在德國之中國男甲某，與德國女子乙某結婚，其後乙在德國提起離婚之訴，依德國民法

（施行法第十七條之規定）註四，其應依據之法律雖為中國法（乙夫甲某之本國法），但同時德國法院，依德國民事訴訟法，對此離婚之訴亦有管轄權。

（例三）由中國法院管轄審理之訟案，本宜適用日本法律，但以日本法律之規定有背中國善良風俗，因而放棄日本法律，改適用中國法律（註五）。

（圖表七）國際私法本論之內容分類表

國際私法本論之內容	立法之衝突
	一、法律之衝突
	二、法律之適用
司法之衝突	三、法域之管轄
	四、法律之效力

（註一）參閱緒論第一章第二節。

（註二）參閱國際私法典（Codigo Bustamante, Art. 1）查本法典為美洲會議之產物，內分國際民法、國際商法、國際刑法、國際訴訟法等四卷，故研究國際私法者，實有參考該法典之必要。

（註三）法律適用條例第五條第一項規定：「人之能力，依其本國法。」

（註四）德國民法施行法第十七條規定：婚姻之解除，依起訴時夫之本國法。

（註五）見中國法律適用條例第一條。

## 第十六章 法域管轄權之衝突

### 第一節 法域管轄權之意義

凡屬合法管轄之法域，即有權力使當事人產生權利，此種權利當能束縛其他法域，故法域管轄權中應為研究之問題有二：一為取得權利之管轄法域，一為尊重既得之權利。前者即關於選擇一合法管轄之法域，以取得某種權利者（見例一）。後者即尊重一種既已產生之權利，而使之在其他法域發生效力之謂也（見例二）。

（例一）住於中國之法國人甲某，與一中國女子姘居，生子乙某。其後乙欲向甲提起確認親子之訴，宜向何國法院（即管轄法域之選擇）以取得親子之資格乎？此為當事人產生新權利，而選擇其所應管轄之法域也。

（例二）法國之法律，不許外人起訴以追認其父為目的，因與法國公序相反故也。但在前例案中，若在中國

國法院起訴而得勝訴，如判令甲按月給予撫育金時，此項判決若在法國請求執行，法國法院即不得允許之。因此爲有關於既得之權利故也。由此觀之，一國對於某種權利雖不准外人享有，但若該外人在他國已取此項權利之後，有時不能不尊重之。故在國際私法上未得權利與既得權利之區別，應詳加研究焉（註一）。

由此觀之，國際私法上所謂管轄權云者，係指國家對於當事人間取得權利，而使他國亦得尊重此項權利之謂也（註二）。

（註一）在國際私法上未得權利與既得權利之區別，非常重要。故於本編內特設一章以闡明之。參閱本編第二十章。

（註二）參閱 Roger S. Foster, "Choice of Trial in Civil Action," *Harvard Law Rev.*, Vol. XLIII, No. 8 (June, 1932), pp. 1217-1268, 及 Robert Neuner, "Internationale Zuständigkeit," p. 54, Berlin, J. Bensheimer (1929).

## 第二節 法域管轄權決定之準則

法域管轄權之對象，以人物及身分三種爲其範圍。所謂人者，係包含自然人與法人而言。所謂物者，係指動產及不動產、實質物及非實質物而言。所謂身分者，係指夫婦父子監護等身分而言。此外尚有繼承之管轄、債權之管轄、法律行爲方式之管轄。茲分別言之如次：

一、關於人之管轄 此又可分爲自然人之管轄與法人之管轄，述之如左：

(一) 自然人之管轄 凡有下列情形之一者，各國多依據之而認爲內國有管轄權。(甲) 除條約另有規定者外，凡在內國境內之當事人，皆受內國法院之管轄。(乙) 凡在內國有住所之當事人，不論現在是否否在內國，內國法院根據其住所，卽有管轄之權。(丙) 凡當事人中有內國國籍者，不論其在內國有無住所，或其人是否現在內國，內國法院根據國籍，當然有管轄之權。(註一)。(丁) 凡當事人同意受管轄者，內國法院當然有管轄之權。其同意方式或以言詞明白表示，自願受內國法院管轄者；或以行爲暗示，自願受內國法院管轄者。(戊) 當事人在內國發生行爲者，內國對於其行爲有管轄權。例如因不法行爲所生之賠償請求權，各國多認行爲地國法院有管轄權是。

(二) 法人之管轄 內國對於外國法人，有下列情形之一者，亦得有管轄權。(甲) 外國法人自動在內國法院出庭者，應受內國法院管轄；但其出庭之目的若爲反對內國法院之管轄時，則不得視爲自動應訴之行爲也。(乙) 外國法人在內國所爲之營業行爲，內國對之有管轄權；蓋其在內國爲商行爲，內國既負保護之責，當有監督之權，庶幾內外國人處於平等地位，以維國際貿易之利便也。

二、關於物之管轄 今日學說及多數立法例，對於物權之關係，大都傾向於物之所在法地之義。(註二) 惟關於物權之管轄，則美英法例與大陸法例殊不一致。前者主張凡在內國之物，應受內國法院管轄；而後者關於

物之訴訟，則分不動產與動產各別而定其管轄，即不動產之物權，由物之所在地國法院管轄；動產之物權，由被告之住所地國法院管轄。兩者相較，則以英美法例爲善。蓋動產與不動產，皆物也。凡物依所在地法，而受所在地管轄，似無申論之必要。且關於物權之管轄，實含有屬地之性質。蓋所謂物權者，皆起自標的物之所在地，此爲物權不可不由所在地之主因，非僅以不動產爲限而已也。

再就訴訟利便方面而言，則動產之物權亦以採動產所在地國主義爲妥。蓋如被告與訴訟標的物非在同一國家，若依被告住所地之甲國訴追，而標的物則在乙國，則不僅有礙於審判之進行，且不免使物權之執行發生困難，殊不足保護所在地國交易之安全；反不如由動產所在地國法院管轄之較爲利便也。

三、關於身分能力之管轄 論者認法域之管轄與適用之準據法有密切之關係，故關於身分能力之準據法國，即應管轄身分能力之訴訟。惟關於身分能力之準據法，各國立法例規不一：1. 大陸諸國法例，凡關於人之身分能力，依當事人之本國法，故由當事人之本國法院管轄之；2. 英美判例，凡關於人之身分能力，依當事人之住所地法，故由當事人之住所地國法院管轄之。例如離婚之訴，在大陸方面，以夫之本國法院管轄之；在英美方面，以夫婦之共同住所地國法院管轄之。親子關係之訴，在大陸方面，以夫之本國法院管轄之；在英美方面，以子之住所地國，或親之住所地國，或親子之共同住所地國法院管轄之。然依身分能力之準據法定審判之管轄，不僅將司法衝突與立法衝突混合爲一，且於訴訟上亦殊有未便。例如依大陸法院管轄原則，苟遠適異國之夫婦

欲爲離婚，必須回其本國法院訴訟，其不便殊甚。故關於身分能力之訴訟，採本國法院管轄爲原則者，亦有時採住所地國法院管轄爲例外，而採住所地國法院管轄爲原則者，亦有採所在地國法院管轄爲例外也。

四、關於繼承之管轄 關於繼承之訴訟，大都依被繼承人之屬人法而定其法域之管轄（註三）大陸諸國

法例，以當事人本國法爲屬人法，故關於繼承之管轄權，應屬被繼承人之本法國院。英美判例以當事人住所地法爲屬人法，故關於繼承之管轄權，應屬被繼承人之住所地國法院。惟關於不動產之繼承，依物權之原則，適用財產所在地法，故關於不動產繼承之訴訟，應由不動產所在地國法院管轄之，此爲現今各國立法上之通例。

五、關於債權之管轄 債權之發生，有本於契約者，有本於法律者。本於契約所生債權之管轄，各國法律之規定頗不一致。茲舉其要者如左：

（一）締約地國法院管轄說 此說謂凡本於契約所生之債權，應由締約地國法院管轄之。此說殊不適當。何則？蓋契約之成立，往往賴多數行爲；若其行爲發生於數國時，則將無所適從。例如有國籍不同之甲乙二人，一在上海，一在香港，用通信方法結一契約，是上海、香港二地均爲締約地。其時應由何締約地法域管轄之乎？

（二）債務人住所地國法院管轄說 此說謂凡本於契約所生之債權，應由債務人住所地法院管轄之。此說亦不足取。何則？倘使債務人之住所不明，或無住所時，此說即不能適用。又如雙務契約或連帶債務，皆有多數債務人，應由何人住所地國法院管轄之，亦難決定。兼以債權關係不僅關係債務人一方之利害，與債權人之利



害亦極有關係。故專由債務人住所地國法院管轄，殊欠公平。

(三) 契約履行地國法院管轄說 此說謂凡本於契約所生之債權，應由履行地國管轄之。雖事實上苟有多數履行地，即有多數履行地之弊，然實際上最能使債務人履行者，惟履行地國之判決及執行，而債務之履行，又為債權最終之目的。因是本契約所生債權之訴訟，由履行地國管轄之，可謂正當。

其次，由法律規定所生之債權，有由於親屬關係者，有由於物權關係者，有由於事實關係者。茲所欲討論者，以第三種為限，即由於事實關係發生之債權也。屬於此類而為通常法律所規定者有三：第一，無因管理（註四）。

第二，不當得利（註五）；第三，侵權行為（註六）無因管理者，即未受委任，並無義務，而為他人管理事務之謂也（註七）。不當得利者，即無法律上之原因，而受利益，致他人受損害之謂也（註八）。侵權行為者，即因故意或過失不法侵害他人之權利之行為，又故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人之行為也（註九）。凡由無因管理、不當得利、或侵權行為所生之債權，現今各國多數之法例，均以為應由事實發生地國法院管轄之。

六、法律行為方式之管轄 自法則區別說以來，均以為法律行為之方式應依「場所支配行為」(Locus *ragit actum*) 之原則，而適用行為地法。現今各國之立法例均採用此原則。關於法律行為方式之訴訟，應由何國管轄，大抵亦以行為地國管轄為原則。因行為地國最易調。其方式故也。

我國法律適用條例將於管轄之規定，尙付闕如。應用上不免發生困難，而尤以不平等條約之故，幾將我國

關於涉外法律關係之管轄權限制無餘。且我國民事訴訟法關於管轄之規定，採三級三審制，僅有土地管轄而無事物管轄。固可援引而適用之於涉外法律關係之訴訟問題，藉以規定我國法院對於涉外法律關係訴訟之管轄權限，惟將土地管轄與事物管轄混爲一物，殊屬錯誤。

(註一)關於涉外法律關係之人的訴訟，依此項之規定，係由其本國法院管轄之。此項規定顯將司法衝突與立法衝突混爲一物，而墜入謬誤。不足採也。現在學者主張與各國法例，大多主張人的訴訟由被告人之住所或居所地國法院管轄之。此地域管轄權決定之後，他如死應由何級與何區法院審理，則更依該國之內國訴訟法決定之。

(註二)我國法律適用條例第二十二條：「關於物權，依物之所在地法。」則其規定也。但關於船舶之物權，依其船籍國之法律。(同條但書)又爲今日之通例。故船舶固物也，而因其爲最移動之物，不便於依所在地法定其法律關係，遂不受物依所在地法原則之支配。

(註三)關於繼承之訴訟，有主由繼承開始所在地法院管轄者。參閱徐低平著國際私法四三五頁。

(註四)法律適用條例謂之事務管理

(註五)法律適用條例謂之不當利得

(註六)法律適用條例謂之不法行爲。

(註七)民法第一七二條。

(註八)民法第一七九條。

(註九)民法第一八四條。

## 第三節 法域管轄權之衝突

任何涉外法律關係之案件中，應為解決之問題有二：一為法域管轄權之選擇，一為法律適用之選擇。前者為選擇涉外法律關係應屬何國法院管轄；後者為選擇涉外法律關係應依何國法律解決。依現在各國立法例之規定，凡遇涉外法律關係，同時有多數法域行使管轄權時，當依本國（法庭地國）法律決定其有無管轄權（註一）。惟管轄之決定，須依法律關係之性質，並以訴訟為旨趣，而不應以當事人之國籍而區別之也。涉外法律關係之管轄，可分為內外國人間之訴訟及外國人間之訴訟言之（註二）。

一、內外國人間之訴訟 各國立法例關於管轄之規定，概以保護被告為目的，故採被告所在地管轄主義。涉外法律關係既涉及內國人，當可採同一辦法，即凡遇被告在內國有住所或居所時，內國法院即有管轄權。

二、外國人間之訴訟 內外國人間之訴訟，因涉及內國人之關係，各國均依法律關係之性質，予以受理。但外國人間之訴訟，內國法院應否受理，對此問題，各國立法例頗不一致。英美法例持內外國人平等之原則，訴權為人民公權之一，故即外國間之訴訟亦應一律受理，不得歧視。法國民法關於此點並無明文規定（註三），但法國原則上雖採不受理主義，然有時因謀訴訟之利便，於下列情形設有例外：（一）於條約設定例外者；（二）依民法第十三條之規定，外國人在法國有住所者；（三）關於公安之訴訟；（四）關於在法國之不動產訴訟；（五）關於

在法國爲財產上契約之訴訟。(一)若原告能證明別無其他處所可起訴之訴訟(註四)。

(註一)Codigo Bustamante. Art.

(註二)參閱 Peale, 'Jurisdiction of Courts over Foreigners,' 23 Harvard. Law, Rev., 103.

(註三)查法國民法第十四、十五、十六各條規定法國人與外國人之訴訟而於外國人間之訴訟則未述及。

(註四)參閱 Chinet, 176, 291.

## 第十七章 法律適用之準則

法律適用者對於涉外之法律關係，決定將如何適用其所應適用之法律之問題也；申言之，即對於外國人所享有之權利其產生或消滅，決定其應受何國法律之支配之問題也。茲爲例以明之。

僑居中國之美國人甲某，在中國欲與中國女子乙某結婚。中國官廳在允許甲乙結婚之先，究應依據何國法律以決定其是否有結婚之能力？是否合於婚姻成立之要件？簡言之，應依據中國法律乎？抑應依據美國法律乎？

上例中甲之結婚能力應依美國法律而決定之，乙之結婚能力應依中國法律而決定之。因人之身分能力應從其本國法，不僅爲各國之通例，且我國法律適用條例已明白規定也（註一）。

然法律適用問題非如上例之簡單而易爲解決者。試將上例略加變更，則爲下列錯綜複雜之題例。

僑居中國之美國人甲某，在中國與中國女子乙某結婚；後移住英國，生子丙某；甲死亡於法國，在中、美、英、法諸國均遺有財產。設乙、丙在中國法院請求繼承甲之遺產時，與本案有關係之國家，有中、美、英、法四國。如欲

解決乙丙之請求，究應適用何國法律而裁判之？

由上例觀之，法律適用問題實爲國際私法中最複雜之問題。蓋因法律關係性質之不同，於是其所應適用之法律自必有異。茲將法律適用之準則分述如左：

一、以屬人法則爲法律適用之準則者。凡對於人與人之法律關係，各國立法例皆以屬人法則爲標準，而決定其所應適用之法律。屬人法則者，即關於人之法律也。其性質有域外法效；人之所在，即法律效力之所達。考各國國際私法，屬人法則包括本國法與住所地法。所謂本國法者，即當事人所屬國之法律也。本國法雖以當事人之國籍爲準則，然與國籍法截然不同。前者爲適用法則上之名詞，後者爲國內法上之名詞。且須注意者，本國法之對象既爲其所屬國之法律，則其人是否屬於此國，而遇國籍之衝突，又將如何處斷，是又不能不以國籍法爲其先決問題。則國籍法之研究，實爲本國法適用方法之主點。

本國法之適用場所，以義大利國際私法規定最多；其他大陸諸國，凡關於人之身分能力，親屬繼承，亦大都以適用本國法爲原則。日本法例及我國法律適用條例，因脫胎於大陸法例，故用本國法之處甚多（註二）。

住所地法者，乃當事者住所所在地之法律也。英美立法例迄今仍以住所地法爲適用屬人法則之原則。蓋以英美國家屬地徧於全球，人民之蹤跡無處無之，而國內法律又易地而異，本國法之適用自無住所地法之明顯，故以適用住所地法爲屬人法則之標準。而大陸立法例僅以住所地法之適用於屬人法則者，爲無國籍之場

合；其他則概依本國法。所以然者，以大陸國家係統一之法律，故其本國法之適用實較住所地法爲便也。但凡於應適用住所地法之際，苟其無住所者，則以居所替用之。此又爲各國立法之通例。如我國法律適用條例第二條第二項「當事人無國籍者，依其住所地法；住所不明者，依其居所地法」之規定是也（註三）。

二、以屬物法則爲法律適用之準則者 凡對於人與物之法律關係，各國立法例皆以屬物法則爲標準，而決定其所應適用之法律。屬物法則者，即關於物之法律也。國際私法上有「物之所在地法」一語，即動產與不動產所在地法之總稱。物之法律關係依其所在地法，爲國際私法原則之一，各國法律規定大致相同。「但關於船舶之物權，依其船籍國之法律」（註四），亦爲今日之通例。蓋以船舶爲最移動之物，不便於依所在地法定其法律關係，各國遂多以本國法之適用爲原則。航空機與船舶有相同之性質，雖亦不失爲物，其不能依物之所在地法，正同例也。

且物依所在地法，昔日僅以不動產爲限。蓋中世紀之法則區別說，對物並無動產不動產之分。所謂「物法」者，僅對不動產而言，應依所在地法；至於動產則依屬人法，故有「動產隨人」之原則，依人之住所地法。迨至近世，始有人主張動產與不動產應一律依所在地法。我國即採此例。法律適用條例第二十二條：「關於物權，依物之所在地法。」則其規定也。但莫美判例採「動產隨人」之原則，故對於動產之法律關係，仍採所有人之住所地法也。

三、以行爲法則爲法律適用之準則者。凡對於人與行爲之法律關係，各國立法例皆以行爲法則爲標準，而決定其所應適用之法律行爲法則者，即關於行爲之法律大別之，可分爲行爲地法與法庭地法兩種。

(一)行爲地法 行爲地法者，係行爲地之法律也。行爲地法視行爲性質之不同，可分爲法律行爲地法及不法行爲地法兩種。前者即爲法律行爲作成之所在地法律；後者即爲不法行爲作成之所在地法律。而法律行爲地法又可分爲契約地法、履行地法等。契約地法者，契約有效成立地之法律也；履行地法者，契約執行地之法律也。

行爲地法之適用，以關於法律行爲之方式者爲最多(註五)；所謂「場所支配行爲」(Locus regit actum)之原則(註六)，即本於此。各國關於契約之有效成立問題，多依契約地法。契約之執行問題，依履行地法；因不法行爲所生之債權，依不法行爲地法。但現在各國之國際私法關於行爲地法適用之領域，遠不如屬人法之廣大，而又多非強制之規定。此蓋由於行爲地法之適用，較爲困難，行爲每由連續之動作而構成其存在之系統，故同一行爲而有二以上之行爲地；換言之，行爲之所在地往往發生於數處，則究以何者爲行爲所在地，不無疑義。各國立法例，於此有下列不同之解釋。

第一，適用法律行爲地法時困難問題之解釋。一法律行爲而發生於二之行爲地，例如有國籍不同之甲乙二人，一在中國一在美國，以通訊方法結一買賣契約，其行爲固一，而行爲地則有中國與美國，是時究應適用何



行爲地之法律乎？各國立法例對此問題，皆以收信及發信爲解決之標準，而以發信地爲行爲地者爲多。我國法律適用條例及日本法例，皆採發信地主義，即以「發通知之地爲行爲地」（註七）。其關於契約方面，則「以發要約通知地爲行爲地」（註八）。倘受要約人於承諾時不知其發信地者，以要約人之住所地視爲行爲地，而資補救（註九）。

第二，適用不法行爲地法時困難問題之解釋。一不法行爲而發生於二之行爲地，例如甲飼養一犬，於其住居地外，走入鄰國之境，損害他人之財產。其不法行爲（損害）固一，而行爲地則有本國與鄰國兩處。是時究應適用何行爲地之法律乎？各國立法例，皆以原因與結果爲解決之標準。前者謂不法行爲所在地即實行不法行爲之地，故不法行爲地法卽爲不法行爲之原因地法，或稱之實施地法。英美判例卽採此說。後者謂不法行爲所在地不在原因地，而在結果地，故不法行爲地法卽爲不法行爲之結果地法，或稱之加害地法。義大利判例由新開發生不法行爲之責任，依新聞發行地法，卽採此說。

（二）法庭地法 法庭地法又稱訴訟地法，卽訴訟繫屬之法院所在地之法律也。昔日各國探屬地主義，其法律之效力以領土爲範圍，領土之廣袤卽法權之界限，故凡涉外法律關係問題，恆適用法庭地法。迨至內外國人平等主義時代，各國於國際私法上始推翻向時之法庭地法，而代以本國法或住所地法。今日國際私法上，直接規定爲法庭地法之適用者殊爲罕見，蓋卽是故。然則法庭地法完全喪失適用之範圍乎？亦不盡然。不特學說

上有時採用法庭地法，即各國立法例上關於訴訟程序問題，幾一致以法庭地法為準（註一〇）。例如我法律適用條例第二十五條第二項，「不法行為之損害賠償及其他處分之請求，以中國法認許者為限」之規定是也（註一一）。

於此應注意者，依法律關係之性質以定其適用之法則，原則上固不外屬人法則、屬物法則及行為法則等端，然在實際情形上，則不盡如是簡單。蓋雖然同一之法律關係，此法律關係之成立與其效力，既不能混而為一，復因當事人國籍之各異，行為性質之不同，於是同一法律關係之成立，其本體上亦極非簡單，至於效力，有屬於身分上者，有屬於財產上者，在在不能以單一法律處理之。故關於各種法律之適用，又有待於單獨討論者矣。

（圖表八）法律適用之準則表



(註一)參閱我國法律適用條例第五條：人之能力依其本國法。第九條：婚姻成立之要件依當事人各該本國法。

(註二)參閱我國法律適用條例第五條第一項、第十七條、第二十一條第二項等。

(註三)巴爾(Barr)主張契約當事人無意思表示時，則依債務人之住所地法。參閱 Barr, "Theorie und Praxis des internationalen private Rechts," II, pp. 3, 7.

(註四)我國法律適用條例第二十二條但書。

(註五)關於法律行為之方式，其反對適用行為地法之例，如物權得失變更之方式，因其為對世權之性質，及有登記之關係，遂舍行為地法而依物之所在地法。

(註六)「場所支配行為」為 Bartolus 以來國際私法上一大原則。

(註七)參閱我國法律適用條例第二十三條第三項、日本法例第九條。

(註八)我國同條例第二十三條第四項前段、日本法例同條。

(註九)我國同條例同條第四項後段、日本法例同條第二項。

(註一〇)Beale, "A Treatise on the Conflict of Laws," §§ 140, 163.

(註一一)參閱德國民法施行法第十二條、日本法例第十一條。

## 第十八章 外國法之適用

國際私法乃對於涉外法律關係，就內外國之法律，決定其孰應適用之法也。蓋涉外私法關係有時涉於外國人，有時涉於外國地，故適用法律，有時爲內國法，有時爲外國法。因涉外法律關係適用內國法時，固與對於內國私法關係而適用內國法時無所分別；惟因涉外法律關係而適用外國法時，則其情形頗爲複雜。學者對於外國法之適用，莫不特別注意。關於外國法之適用，分爲四端述之：第一，外國法適用之本質問題；第二，外國法適用之證明問題；第三，外國法適用之錯誤問題；第四，外國法適用之限制問題。

### 第一節 外國法適用之本質

在適用法則上，不爲外國法適用之禁止，卽爲相對示及外國法之適用；或如我國法律適用條例第一條之「外國法」之禁止適用，其規定無異於表示無其禁止條件時，亦承認在某種場合得爲外國法之適用也。查外國法適用之原因，約有下列三種：

一、基於內國立法之承受 此即內國立法直接繼承外國法爲內國法之謂也。例如昔德意志曾以羅馬法作爲內國法，比利時曾以拿破崙法典作爲內國法是也。此種外國法之適用，僅以外國法爲內國法之母法。依學術語，僅能稱之爲外國法之採用，而非外國法之適用。蓋其採用完全由於國家主權之認定，其性質與內國法無稍異也。

二、基於國際條約之結果 此即內國依國際條約之規定而爲外國法之適用也。質言之，或因不平等條約之效力，承認外國領事裁判權之存在，而於內國爲外國法之適用；或因治外法權之行使，對於駐於內國之外國使節軍艦等爲外國法之適用。此種外國法之適用，實爲外國人爲其本國法之適用。依學術語，僅能稱之爲外國之替用，而非外國法之適用。蓋以外國法代替內國法，適用於特定之人，其性質與當事人之適用本國法無稍異也。

三、基於國際私法之規定 此即內國國際私法因事物自然之性質，以適用外國法爲宜時，則由內國依自主獨立之法權，而爲外國法之適用也。例如我國法律適用條例第五條規定：「人之能力依其本國法」。此爲國際私法之通則。如該當事人爲外國人，則其所適用之本國法，即屬外國法。此種外國法之適用，既非直接承受外國法律，又非以外國法替代內國法。故本章所謂外國法之適用者，僅指此種場合而言。

以上三種爲外國法適用之原因。第一種爲外國法之採用，第二種爲外國法之替用，故其適用，一爲內國法

之適用，一爲外國人本國法之適用，而兩者皆非外國法之適用也。至於第三種，乃依國際私法之規定，適用外國法者。此果爲外國法之適用乎？欲解決此問題，則又不能不進而研究外國法適用之性質。關於國際私法之性質，學者主張頗不一致。其要者述之如左：

一、事實說 此說曾盛行於歐洲，今則英美學者仍主張之（註一）。其說略謂：依國際私法規定之結果而適用之外國法，就內國觀察之，僅爲單純之事實。因其爲事實，由當事人自行主張而證明之，法官則無適用及調查之責，其理由則有下列兩端：

（一）依沿革言，此說實以國際禮讓爲背景（註二），認一國之法律無域外之效力，苟承認外國法在內國發生效力，不啻侵害內國之主權，故一國不負適用外國法之責；其所以適用者，則不外出於國際禮讓耳。

（二）依現實言，內國之法官僅有適用內國法之職責，絕無適用外國法之義務，故外國法之適用，以之爲事實而適用則可以之爲法律而適用則不可。

此說之謬，在其誤以承認外國法爲法律必致侵害內國之主權。實則無傷。蓋以國際私法規定之結果而適用外國法，並非外國法之效力行於內國，更非內國法官爲外國法之適用，而僅爲依內國法之所命而適用法律。其所適用者，事實上固爲外國法，理解上則仍認之爲內國法也。既依內國法之所命而適用外國法，決無侵害內國主權之嫌，且既認爲內國法，則法官自亦無自由取捨之權；再其所適用者確爲法律，乃曲解爲事實，殊非正確。

之立論。

二、法律說 此說爲法義學者所倡，並爲大陸學派所宗（註三）。其說略謂：依國際私法規定之結果而適用之外國法，具有法律之性質，而非爲事實。因其爲法律，法官應本其職責，爲之調查而適用之，固無待當事人之主張。其理由亦有下列兩端：

（一）依沿革言，此說認國際私法爲國際法，深受沙維尼（Savigny）之內外國法律平等說及法律關係本據說等之影響（註四）。以爲法官之適用外國法，乃依其法律關係之本據，使內外國法律立於平等地位。

（二）依現實言，各國組織國際團體，應相互尊重各國之主權。法律爲主權之表現，故應尊重之。而對於外國法之適用，即對於尊重他國主權應負之義務。況相互爲外國法之適用，並無損於一國之法權，且可爲相互尊重主權之表示也。

此說之立論，不無相當之理由。然此說謂一國適用外國法，由於相互尊重主權之故，殊屬不合。夫「法律之效力不能逾越國境」，仍爲現今國際私法上一大原則。所以然者，恐侵害對方國家之主權耳。此說與此原則，正相衝突。果內國以尊重外國主權之結果，認外國法爲法律而適用，是無異認外國法有域外法效，得能侵害內國之主權矣。即認爲外國主權理當尊重，而以此侵害內國之法權，殊屬未妥。又涉外法律關係往往牽及二以上之外國，若以適用外國法既爲尊重外國主權，則凡牽及外國之法律，宜當共同尊重之。而事實上任何國際私法案

件中，其所應適用之外國法，僅能就有關之外國法中擇決之。於是適用甲外國法，必不能適用乙外國法，則捨乙取甲，殊非同等尊重外國主權之道。故以尊重主權而適用外國法，殊難自圓其說。

三、折衷說 此說亦稱內國法一部說，爲德意志學者所主張，以矯正法律說與事實說之論。其說略謂：依國際私法規定之結果而適用之外國法，不得認爲絕對之法律，亦不得視爲單純之事實，則其所適用者，實爲內國法之一部而已。其理由亦有下列兩端：

(一) 依沿革言，事實說認法官無適用外國法之義務，殊與實際情形不能相合；而法律說認外國法爲當然之法律，亦殊與內國主權之性質不能相容。故德國學者乃倡折衷說。蓋適用外國法既爲內國主權之所命，則其所適用者，實無異內國法之一部也。

(二) 依現實言，依適用法則而適用外國法者，係對於各外國法內容之概括規定。蓋適用法則之構成，非僅以內國法爲其準據，各國之實質法亦各占其一部。例如我國法律適用條例第五條第一項之規定：「人之能力依其本國法」。此雖屬概括之規定，乃爲法律上原則之規定。實則爲「英國人之能力依英國法」，「法國人之能力依法國法」之義耳；各以其所適用之標的不同，而異其本國法；是一國之適用法則，乃各國之法律各占其一部而構成者也。

此說認外國法之適用既非單純事實，又非當然法律，而謂爲內國法之一部；立說巧妙，故學者多倡之。惜其



理論，在有成文國際私法之國，固極明確；惟在不成文國際私法之國，則有疑問。此英美學者所以仍主張事實說也。

四、法理說 此說亦稱內國法內容說，倡於近代，當否尙待研究。其立論基於實利主義，謂外國法之適用，係以外國法爲內國法之內容而適用之。在未經適用以前，外國法之地位，於其本國固爲法律，於內國確爲事實。一經規定應爲適用，或依慣例與條理之原則而必須適用之，則已變爲內國法之內容，有不得不適用之義務矣。蓋法官既不能以無法律依據爲理由，拒絕當事人之請求，而內國法又不適用於，自惟依據「無明文依習慣，無習慣依法理」原則，而適用外國法爲內國法之內容。民國十二年大理院上字一五一號判例內載：「關於身分親屬等事件，依法律適用條例應用俄國人本國法時，得斟酌該地方新舊法令，作爲條理採用」。由是可知我國法院適用外國法，並非以之爲法律而適用，亦非以之爲事實而適用，乃以之爲條理而適用。此卽所謂法理說也。

總之，外國法之適用，其性質不能認爲事實關係，而必屬於法律關係。但所謂法律關係者，亦非指外國法在內國有法律之效力，更非指所適用之外國法爲內國適用法則之一部，乃法官依明文習慣或條理，將事實上之外國法作爲內國法之內容而適用之也。

(註二)證據主義爲十七世紀荷蘭學派所提倡而爲英美學者所崇奉影響於國際私法之前途未可忽視參閱緒論第三章。

(註三)法國學者畢拉氏 (Pillet) 曾謂法律之衝突爲主權之衝突故外國法卽爲法律內國有遵行之義務。

(註四)參閱緒論第三章。

## 第二節 外國法適用之證明

本節所研究者，卽關於外國法適用之證明問題。申言之，外國法既經適用，則其舉證之責究將誰屬？調查之方究將何從？而其所應適用之外國法，不能證明，無法調查時，則其解決之法又將如何？對此種種問題，各國立法例既不一致，而學者意見亦頗紛歧。茲舉其要者，分類述之如左：

一、外國法之證明 外國法之證明問題，依其適用性質之學說而異其主張。認其適用性質爲事實說者，主張當事人應負舉證之責；認其爲法律說者，主張法官當有認知法律之責；認其爲法理說者，主張當事人負輔助證明之責。茲將各說之立論略述如左：

(一)當事人負事實證明之責說 此說爲英美學者所主張。其說略謂外國法爲單純之事實，既屬事實依「當事人主張有利於己之事實，就其事實負有舉證之責」原則（註二），當事人應證明之。故凡當事人援用外國法，而不能證明時，則與不能證明事時相同，應歸於當事人敗訴（註三）。但依國際私法所適用之外國法，本非

單純之事實，自不應責以負舉證之責。即認外國法之適用固非事實，而外國法之存在與否，仍不失為事實，不僅外國法之存在與否為事實，即內國法之存在與否，亦事實也。雖同為事實，然不必因其為事實，即認當事人必負舉證之責。我國民事訴訟法第二七八條規定：「事實於法院已顯著，或為其職務上所已知者，毋庸舉證」；又該條第二項規定：「前項事實，雖非經常事人提出者，亦得審酌之」。由是可知外國法之存在，與當事人之能否證明無關，況當事人未必皆知法律，若因其不能證明，即使之歸於敗訴，殊違背正義之原則也。

(二)法官負認知法律之責說 此說為大陸學者所主張。其說略謂：外國法之存在與否，無須當事人之證明。蓋外國法果認為當然法律，則法官對於職權上所應適用之法律，依「法官知法」之格言，理當知曉，而無須當事人之證明。<sup>(註三)</sup>此說適與前說相對，以「法官知法」為其立論根據。此說之當否，在理論上姑置勿論；在實際上所謂「法官知法」亦僅謂法官較普通人富於法律知識，而非謂法官應知一切之法律也。蓋各國法律條文日異，成文法時有修正，習慣法又非公示，法官原非萬能，欲使其盡知一切事所絕無。故此說將舉證之責由當事人移之於法官之身，殊欠妥善。

(三)當事人負輔助證明之責說 此說為我國、日本及德國立法例所採之主張。其說略謂：外國法之適用，不重視當事人之證明，而重視法官之調查。故各國立法例雖不乏責令當事人證明者，但其所證明者非為法律，乃為內外國法律存在之事實，以供法官於調查外國法時較易着手。例如德國民事訴訟法第二六五條規定：

「當事人於法官所不知之外國法雖有舉證之責，但法官對於此項不知之法律依其職權亦得從事調查。」  
「本民事訴訟法第二一九條規定：『當事人於法官不知之外國現行法及內國習慣法，均負有舉證之責；但法官仍得依其職權爲必要之調查。』我國民事訴訟法第二七一條規定：『習慣地方制定之法規，或外國之現行法，爲法院所不知者，當事人有舉證之責任，但法院得依職權調查之。』（註四）則當事人對於外國法雖負舉證之責，但法院爲證實其所證明起見，得依職權調查之。

此說實具各說之長而無其弊，且適合實際，尤便爲用，不以證明爲當事人唯一之責，合於「法官知法」之格言，僅以證明爲法官調查之輔，更無以其不能證明而歸敗訴之虞。此吾所以言其具各說之長者也。當事人於法官不知之外國法負舉證之責，蓋欲使之助法官之職務，亦可免阻礙訴訟之進行，而當事人縱能證明，猶恐其不實不盡，故法院仍得依其職權，從事調查。此吾所以言其便實際之用也。職是之故，現今多數國家之立法例，認當事人負有輔助法官證明之責任也。

二、外國法之調查 國際私法爲規定外國法適用之法規，則外國法之瞭解當屬要圖。故學者之間，提出種種之方法，以調查外國法之存在（註五）。茲舉其要者述之：

（一）國際協助 國際法協會關於適用外國法屢經討論。於一八八七年，曾謀外國法之相互明瞭，擬有四種方法：1. 設置國際調查局以司外國法之證明；2. 以法令登載於本國政府公報，與各國相互交換；3. 責成圖書

館蒐集各國之法律。4. 准許外國人於內國執行律師職務，俾內國法院得以諮詢。然上述方法皆未見採用。故又決定一種簡易方法，欲使各國政府互締條約，各以其國之現行法規相互通知，俾各國法官皆互知外國之法律。一八九一年又議決：「如當事人間對於外國法之存在及內容發生爭議時，法官得依當事人之聲請，或依其職權，經由司法部或外交部，遞囑託書於外國司法部調查，以決定其應適用之法律。」此種議決，旋經歐陸各國於一八九九年訂立國際條約實行之。我國及英、美、日等國均未加入此約。但我國民事訴訟法第二九五條對於證據之調查，已有類似之規定：「應於外國調查證據者，囑託該國管轄之官署，或駐在該國之中華民國大使、公使或領事爲之。」則關於外國法之調查，自可採取同樣之方法也。

(二) 國內設備 國際協助中之二法：一爲各國互諮，如外國怠於通知，則仍不能知外國之法律；二爲臨時囑託，即使各國因負條約上義務，不能拒絕調查，但周轉費時，有礙訴訟之進行。故欲求完備之方法，莫如整頓內國之法律設備，一方設立完備之國內法律圖書館，以蒐集各國之法律；一方集各方之力，設立一調查外國法律之機關，加以譯述。此不特便於外國法之適用與參證，並得便於學者之著述也。(註六)

三、證明困難之解決 內國法院適用外國法，雖有證明之法，調查之方，然如不能證明，無法調查，則將如何解決之耶？對此問題，依歐陸及英美判例，不外下列兩種方法：

(一) 請求駁回說 此爲一八七九年德國高等商事法院所採之方法，亦爲德儒邱特爾曼 (Zitelmann)

(註七) 及認國際私法爲國際法主義者所主張，其說略謂：適用外國法，乃內國適用法則之所命，故依內國適用法則之規定，有須適用外國法者，即可推知其不許適用其他法律；現應適用之外國法既無從調查而證明之，是其應適用之法律已不存在，法官對於兩造爭點無從判決，則惟有駁回當事人之請求耳。

此說在實際應用上固與法官以極大之便利，然非多數學者所採取，蓋一則因其與法官以極大之便利，使其對於外國法怠於調查，易爲駁回之判決；二則有背於「法官不得藉口法律之不明不備拒絕審判」之原則，故非正當之說。

(二) 適用內國法說 此爲英美日等國之判例，並爲認國際私法爲國內法主義者所採用。其說略謂：應適用之外國法不能證明時，即可推定其與內國法同一規定，而適用內國法。蓋內國之國際私法，雖於特殊場合規定應適用外國法，但無禁止適用內國法之明文。故外國法不能證明之際，法官依內國法判決之，實爲至當。且法官不得以法律之不明不備爲拒絕審判之理由，乃爲司法運用上當然之原則。故外國法不明時，當以內國法替用之也。

此說於實際上雖甚便利，而其所持之理由似欠允當。蓋以內國法之規定，推定爲與外國法之內容相同，未免武斷。至謂內國適用法則雖規定應適用外國法，但並無禁止適用內國法之明文，即以適用內國法，尤屬矛盾。蓋適用法則既規定應適用外國法，而反適用內國法，殊不免與規定相違背也。

以上兩說均屬牽強。學者以為法律之不明不備，不但適用外國法時有此情形，即適用內國法時亦有此情形。故凡遇有外國法不明不備時，應依據「民事無明文者依習慣，無習慣者依法理」之原則（註八），而謀解決之方法。如是，則既可無「法官拒絕審判」之嫌，且可免適用內國法之矛盾也。

（註一）我國民事訴訟法第二六五條。

（註二）參閱 Minor, pp. 528-570.

（註三）Armington, "Précis de droit International privé," p. 280.

（註四）民國七年大理院判例上字第一二五〇號載：「關於審判衙門所應知之外國現行法律，除依職權得自由調查外，並應由主張之當事人主證」用意亦同。

（註五）英美法院對於不知之外國法，或參考外國學者之著作，或請外國律師證明之，或徵詢外國法院之意見。參閱 Westlake, p. 411.

（註六）近年來歐美各國皆有研究外國法律之進行組織，以備法院諮詢如一八六九年巴黎之比較法學會（Société des Législations Comparées）並刊行年報與月報；一九〇八年比利時比較法協會（Institut Belge de Droit Comparé）英美亦有類似之組織。海牙亦設國際諮詢所（Institut Intermediare International）以便各國法院關於外國法律之諮詢。

（註七）參閱緒論第三章第二十八頁。

（註八）參閱我國民法第一條之規定。

## 第二節 外國法適用之錯誤

本節所研究者，即內國法院因涉外法律關係，依據國際私法，應適用某國法律而不適用，或適用之不得其當，當事人得提起上訴與否之問題也。凡由內國法律關係所生之訴訟，對於第二審判決如認為其違背法令，得提起第三審上訴（註一）。所謂違背法令者，即「不適用法規或適用不當之裁判」是（註二）。此固無疑義也。至若內國法院對涉外法律關係，因第二審判決違背法令，當事人得能提起第三審上訴與否，對此問題，學者頗有爭議。茲分二點說明之：

一、依適用法則應適用某國法律而不適用時。此又稱適用錯誤，即依內國國際私法之規定，應適用外國法而不適用，反適用內國法（見例一）；或應適用內國法而不適用，反適用外國法（見例二）；或應適用甲外國法而不適用，反適用乙外國法（見例三）。凡此三種情形，均係違反內國之適用法則，故又可稱之為「直接違反」。各國立法例，除西班牙外，均認為其性質與違反國內法同，得許其為第三審之上訴（註三）。蓋一國之最高法院重在解決法律之爭議，其他各級法院重在解決事實之爭議，適用法律之錯誤判決，即係違反內國之適用法則，是亦法律之爭議，自得上訴於最高法院也。

（例一） 僑居中國之德國人，死於中國，並遺有財產。關於該德國人之遺產繼承，依我國法律適用條例第



二十條之規定，本應適用德國法。而我國法院乃適用中國。是即適用錯誤之一。

(例二) 有住所在中國之英國人，欲在中國結婚，關於該英國人之結婚能力及其婚姻成立之要件，依我國法律適用條例第五條及第九條之規定，應適用英國法；但依英國國際私法之判例，則應適用當事人之住所地法，即中國法。依同條例第四條之規定，即以中國法處理之。而我國法院仍適用英國法，是又適用錯誤之一。

(例三) 僑居中國之外國人甲某，具有德法二重國籍。關於甲之身分能力，本應適用甲之本國法。依我國法律適用條例第二條第一項之規定，應以其最後取得之國籍定其本國法。今如將其先取得之德國國籍定其本國法，是即亦適用錯誤之一。

二、依適用法則應適用外國法而適用不當時，此又稱解釋錯誤，即對於外國法內容錯誤之謂也；換言之，此種錯誤直接於適用法則並不違反，惟誤解外國法之意義，或誤引其條文，故又可稱之為間接違反。例如法國法律規定結婚年齡，男為十八歲，女為十五歲。設法國夫婦二人在中國法院提起婚姻效力之訴。依我國法律適用條例第十條「婚姻之效力，依婚姻成立夫之本國法」，其夫為法國人，中國法院雖適用法國法，但誤認結婚年齡，男為二十歲，女為十六歲。此種錯誤能否得為第二審上訴之理由？對此問題，有贊成與反對兩說，用述如左：

(一) 反對說 此說認內國法院適用本國法之不當，不得第三審上訴其所持理由，大陸學派（註四）認最

高法院爲內國法律統一解釋機關，外國法律自有外國最高法院統一解釋，故內國之最高法院無統一外國法律解釋之必要；縱欲統一解釋之，不僅有所不能，且有侵害外國主權之嫌。而英美學派則認外國法爲事實，則其錯誤之責應由當事人負之，最高法院更非爲解決事實爭議而設立，故外國法之解釋錯誤，不能上訴。

(二)贊成說 此說認內國法院適用外國法之不當，得爲第三審上訴。其所持理由，各派學者亦不盡同。如義大學者認外國法爲當然之法律，則解釋錯誤，自應許其上訴。德國學者則認最高法院較其他法院易知外國之法律；且內國下級法院，若對於同一外國法解釋各異，則使同一案件不能下同一判決；但如最高法院得統一解釋外國法，則外國法適用之不當可望矯正，故以許其上訴爲宜也。

以上二說，依吾人觀之，似以贊成說爲正當。蓋依國際私法而適用外國法時，乃由適用內國適用法則之結果；如適用外國法之不當，無異適用內國法之不當，雖爲外國法之解釋，仍當視爲內國法之解釋。是以內國之最高法院解釋內國之法律，並無不當也。(註五)

(註一)民事訴訟法第四三四條規定：「對於第二審判決上訴，非以其裁判違背法令爲理由，不得爲之。」

(註二)參閱民事訴訟法第四三五條。

(註三)法國僅限於違反法律及條約所認爲國際私法爲原則者，始得上訴耳。

(註四)如法、比、荷、瑞士、西班牙、智利等國之判例及學說，皆採此說。

(註五)適用外國法而須解釋時，多數學者主以該法律所屬本國之解釋為準；少數學者以主管轄法院之解釋為準。

#### 第四節 外國法適用之限制

各國對於國際私法之規定，以適用內國法為原則，而以適用外國法為輔則。庶裁判得合乎正義；但外國法之適用，並非漫無限制。如外國法之規定，有危害內國公安時，不適用之，此為一般所認之原則也。今日各國通例，皆認危害內國公安之外國法，加以限制之適用。茲特分述如下：第一，限制外國法適用之法例；第二，限制外國法適用之困難；第三，限制外國法適用之救濟。

一、限制外國法適用之法例 各國立法例對於法律之適用，有三大原則。三者云何？一曰內國法的必然適用。即國際私法明定其內國法之適用，而不容有所猶豫也。二曰外國法的偶然適用。即國際私法非明定以適用內國法為絕對之必要，而亦非絕對排斥外國法之適用者也。三曰外國法的限制適用。即國際私法明定凡危害內國公安之外國法，均於其適用加以限制也。此三原則皆有關於外國法適用之限制問題，故各國立法例關於此種限制，有左列不同之規定：

(一)間接之限制 此即內國法明文規定，某種內國法為絕對強行，凡與此種內國法抵觸之外國法，即不得適用。例如法國民法前加編第三條規定：「關於警察及公安之法律，凡住居於法國之人，均受其拘束。」荷蘭

法例、比利時民法均採此規定。蓋此種規定發生於屬人法則。屬人法則者，認法律之效力得隨人而及於外國。故一國之某種法律具有絕對強行之性質，如無明文規定，則不免有依屬人法之原則，而適用外國法之嫌。雖然，此種規定，就一國之立法觀念言之，究屬不當。一國之法律，在其領域內對於內外國人皆有拘束之效力。外國法之適用，乃依內國立法承認之結果，屬於例外性質。苟無此種例外規定，內國法應即如故強行，固無問題。今特設某種內國法須絕對強行之明文規定，實非必要。雖適用法則中不乏明示內國法之絕對適用，但此係某種法律關係應為一般內國法之適用，而非係某種內國法應為絕對之適用也。若僅以某種內國法為絕對強行之對象，則未規定之內國法似無強行性質，而對於有害內國公安之外國法無由拒絕，又不能不適用之。故法國法例設此種規定，不免掛一漏萬，而大背於法律之地域性也。

(二)合併之限制 此即一方明文規定某種內國法為絕對強行，一方復規定有害內國公安之外國法不得適用。義及利及西班牙諸國民法皆採此規定(註一)。顯此種規定雖較進步，然仍屬不當。蓋既明文規定有害於內國公安之外國法不得適用，則關於規定某種內國法為絕對之強行，究屬無益之規定。故近代各國立法例多採用直接限制之規定者。

(三)直接之限制 此即內國法明文承認外國法之適用，但外國法與內國公安不並立時，仍不適用之。現在各國立法例多採用之。例如德國民法施行法第三十條規定：「外國法如違反善良風俗或德國法律之目的

者，不適用之。」日本法例第三十條規定：「外國法之規定如違反公共秩序及善良風俗時，不適用之。」我國法律適用條例第一條規定：「依本條例適用外國法時，其規定有背於中國公共秩序或良善風俗者，仍不適用之。」是仿日本法例也（註二）。此種規定較為適當。蓋此項條款之設，在規定不適用有背內國公安之外國法，並非規定，因不適用外國法而必適用內國法。且其設制之目的，在免其為維持少數外國人之利益，而犧牲多數內國人之利益，以使其達成平等保護內外國人之目的。故對此規定，各國立法例多採用之。此我國法律適用條例所以有第一條之規定也。

二、限制外國法適用之困難 關於外國法適用之限制，實有一困難之問題，即所謂「公安」者應如何解釋之問題也。蓋「公安」二字，辭意含糊，範圍廣泛，因而各國法律所用之語句不盡相同，如英美法律則謂之「公共政策」，法國法律則謂之「公共秩序」，德國法律則謂之「善良風俗」，而中日法律則謂之「公共秩序或善良風俗」。細考各種詞句之意義，殊甚晦澀，未易解釋，正如沙維尼所云：「除依內國之道德、內國法之精神及目的，而為解釋，一任於法官之自由判斷外，別無他策也」（註三）。茲就「公安」之意義及其範圍述之如左：

（一）「公安」之意義 所謂「公安」一詞，在民法上早成學者聚訟盈庭之問題，在國際私法上因關係適用外國法，欲確定其意義更覺困難。然學者間曾有將「公安」予以相當之解釋者，茲分述之：

第一，有認「違背內國立法目的」為「違反公安」之解釋者。此為沙維尼所主張。沙氏曾謂：與內國絕對對

法相抵觸之外國法，不得適用之，所謂絕對法者，即原於道德、政治及經濟之強制規定是也。依此主張，則適用外國法之機會亦僅矣。蓋近世各國法律，不僅公法多為強制規定，即所有私法為強制規定者亦屬不少；若與強制規定相抵觸之外國法，皆認為不得適用，則國際私法應依外國法之規定，亦等於具文矣（註四）。

英美學者麥拿（Minor）、華東（Warton）亦主張外國法之有背於內國法之強制規定者，不得適用；但外國法之規定與內國法之不同，不得認為有背於內國法，而排斥其適用也（註五）。

第二，有認「違反內國善良風俗」為「違反公安」之解釋者。此為各國立法例上最普通之規定。惟「善良風俗」一語之解釋，亦極感困難。「善良風俗」云者，本為倫理上之習語，其觀念因地而變，因時而異，乃至無定者。如甲國以為某種規定反於善良風俗，乙國或未必然，乙國以為然者，丙國或又難為強同。昔時所排斥之風俗，今則提倡之；今之所提倡者，或又為未來所糾正者。標準既因時因地而不同，法官自亦無所適從。則公安之意義又無由確定矣。況如以違反善良風俗為排斥外國法之適用，則法官將藉此為固執偏袒之解釋，結果國際私法之規定適用外國法，亦必等於虛設矣。

第三，有認「違反內國公共秩序」為「違反公安」之解釋者。各國立法例上亦多有「公共秩序」之規定。「公共秩序」一語在法文為「l'ordre public」二字，英文亦同（public order），其字甚簡，但考其義，尚有含有公安與善良風俗之意。吾國法律適用條例則以公共秩序與善良風俗二語並用。一八八〇年國際法學會決議：

「一國法律在他國領域內，如與其國公共秩序相違反時，無論如何，不能承認其效力」。然以公共秩序爲公安之解釋，不啻以問答問，公安之意義無從闡明。故學者乃倡公安分類之說，藉以定其範圍，復於其範圍中，以求其意義者也。

(二) 公安之範圍 公安之範圍，由其分類而決之，但其分類方法，學者間意見頗不一致。茲就其要者述之如左：

第一，國際公安與國內公安。創公安分類說之最早者，爲瑞士學者樸洛西 (Brocher) 分公安爲國際公安與國內公安。一國之法律對於內外國人均爲強制之規定，謂之國際公安之規定，例如奴隸制度之取締，一夫多妻之禁止是也。一國之法律僅對內國人爲強制之規定，而對於外國人則無強制適用之必要，謂之國內公安之規定，例如行爲能力及結婚年齡等規定是也。外國法之因違反公安而不得適用者，係專指違反國際公安而言。國內公安無與焉。以公安分類爲根據，解釋公安之意義，殊較明瞭，然何者爲國際公安之規定，何者爲國內公安之規定，仍不能確切說明也。

國際私法學者衛斯 (Weiss) 爲補充樸氏公安分類說之缺點，乃謂凡憲法、行政法、法院組織法、及有關係人之公法、刑罰性質之法律，皆爲國際公安之規定；對於內外國人均絕對強行之，與此相違之外國法不得適用也。除此以外，何者屬國際公安，何者屬國內公安，則惟有任諸法官依立法之精神及目的自由審判而已。(註六)

衛氏之說對於國際公安與國內公安之分類較確定，但仍欠明瞭。故學者間更有謂公共秩序及善良風俗之限制規定於國際私法者，爲國際公安；規定於民法者，爲國內公安。然此說之立論殊與實際情形不合。例如蓄奴、重婚之取締，並非國際私法之所規定，而不失爲國際公安之性質；又如婚姻能力之規定，詳載於國際私法中，而不失爲國內公安之性質。故此說實非所當，而爲學者所不取。

第二，絕對公安與相對公安。分公安爲國際公安與國內公安，實非徹底之解釋。故法國學者雷內（Linné）乃創絕對公安與相對公安之說。其說略謂「國際公安」之規定既適用於內外國人，故宜稱之爲絕對公安；國內公安僅適於內國人，故宜稱之爲相對公安。此說僅將公安分類之名詞予以更改，而於公安之範圍並未另加解釋。故學者畢拉（Pillet）起而反對，主張公安無分類之必要。畢氏略謂：主張公安分類說者，不外以身分能力爲標準，關於身分能力之規定曰國內公安，不關於身分能力之規定曰國際公安。其實身分能力之規定與公安無關，凡與公安有關者，必能適用於內外國人，故簡稱之爲關於公安之規定已足，不必設國際公安與國內公安之區別。但此說謂爲推翻公安分類說則可，謂其解釋公安之意義則未可。茲舉例以說明之：設一英國男子於印度某地納一妾，並爲該地法律所許可者，妾係身分之一，但爲英國法所不承認，依畢氏之說，身分之規定既不屬於公安性質，則英國法將因此而承認之乎？如不承認之，則又將如何之解釋耶？此畢氏之說所以未能確定公安之解釋也（註七）。



總之，公安之分類既莫為標準，公安之解釋亦無由確定；則對於外國法是否違反內國公安，乃任諸法官臨時裁量而已。惟以此重大權限委諸法官，無異以司法而兼立法之權；則法官儘可憑一己之私，見適用其所不應適用之外國法（見例一），而不適用其所應適用之外國法（見例二）；同一案件以法官一念之差前後即大異矣。

（例一）設一英國人某甲於一夫多妻之國已娶一妻乙某，後復於英國娶一妻丙某。甲丙之婚姻是否合法，應以甲乙婚姻之效力決定之。乙國所承認之一夫多妻制，雖係違反英國之公共秩序，但甲乙婚姻仍屬有效，則甲丙婚姻實屬重婚。然英國法官亦可謂乙國之法律根本為英國所排斥，即不應認甲乙婚姻為有效，而以甲丙婚姻為正式之婚姻。

（例二）設一英國人某甲在英國已娶一妻，後於一夫多妻之國又娶一妻乙某。乙若向英國法院請求甲之扶養，則乙之請求能否成立，當先決定甲乙婚姻之是否合法。乙國之一夫多妻制與英國之一夫一妻制相反，甲乙婚姻根本無效，即可拒絕乙之請求。然法官亦可謂為其法律關係之成立在外國，與英國無關，不能因訴訟地之異，而變更其既得權，故當受理之。

由此觀之，「公安」二字，在國際私法上欲確定其意義，實覺困難。故各國皆委諸法官之自由判斷，實亦不得已耳（註八）。

三、限制外國法適用之救濟 依國際私法之規定應適用之外國法，因其違反公安而不得適用時，則對於訴爭案件應作如何處理，亦一問題。學者之間，意見紛歧，茲分說之：

(一) 拒絕審判說 適用法則既規定應適用外國法，既隱示須為外國法之適用而不許他項法律之代用，此種情形與外國法不能證明同；如外國法不能證明時，得拒絕審判，則外國法因違反公安不能適用時，亦得拒絕審判。此種辦法固為法官之便宜，但外國法是否違反公安，任諸法官之自由判斷，苟採此說，則不啻予法官以減少職責之機會，恐大部分所應適用之外國法，均被其解釋為違反公安，而拒絕審判矣。

(二) 保留條款說 一稱內國法代用說。即外國法之所以適用，乃因其較適用內國法合於法理，申言之，國際私法對於某種涉外法律關係，究應適用內國之法律，抑應適用外國之法律，完全以何者法律較為允當，而為解決此問題之標準。苟依國際私法之規定應適用之外國法，違反內國之公安，即失其所以適用之目的，自以適用內國法較為允當。按此說之解釋，殊不妥當。因適用法則上大都為排斥外國法適用之規定，並未明言必適用內國法也。

(三) 分別處理說 國際私法規定適用外國法，既未排斥內國法之適用，又未於外國法違反內國公安時，明文規定應仍適用內國法。故於外國法之不適用時，法官自得審酌案情，應否拒絕審判，抑應以內國法代用，分別處理之。我國法律適用條例第十六條、十八條、十九條等，均規定於某種場合之下，應適用外國法而不適用時。

應以中國法代用之。但於未有明文規定代用法時，殊不能以中國法代用。蓋外國法適用之限制，非根本不應適用，乃因其違反內國之公安始不適用；則有時適用甲外國法雖有背內國之公安，適用乙外國法則否者，此時似亦不妨適用乙外國法。例如法律適用條例第二十三條規定：「法律行為發生債權者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」苟當事人始則選擇甲外國法，因違反內國之公安，不得適用，繼而選擇乙外國法，且與公安並不違反，自可為排斥甲外國法之補救辦法也。

(註一)一八九一年二月之剛果共和國民法第八條：「關於刑法及警察公安之法律，凡住居於內國之人民，概拘束之。」第九條：「違反剛果之公安或社會利益或公共道德之外國法，於內國絕不發生效力。」即其一例。

(註二)例如中國民法不認民事上死亡及別居之制，故不能許此項外國法律之適用，參閱義國民法總則第十二條，西班牙民法第八條第一項。

(註三)Pillet, Manuel de droit international privé, p. 406, note.

(註四)巴爾(Bal)曾謂：適用外國法時，倘有與內國法律相衝突之事實發現，或在內國不容強行之行為而成強制者，則該外國法應排斥其適用。

(註五)Minor, p. 10.

(註六)Weiss, Manuel de droit international privé, p. 267.

(註七)華拉對於公安之範圍，其要旨有三：公安之範圍，因時因地而不同，殊不能預為強制之規定；2. 普遍性或域內性之法律，不必盡與公

安有關，故與公安之法律不可混合；以公安而適用特種規定，並非例外，而為正當之當事，蓋舍此以外，別無他策以達立法上之目的也。

(註八) [美] 判例因公安之意義未易闡明，故主張有下列情形之一者，外國法不得適用之：

1. 外國法之適用違反法庭地國之公共秩序者；
2. 外國法之適用對於法庭地國人民有不公平或損害其利益情事者；
3. 外國法之適用違反文明社會之道德者；
4. 外國法之性質有含懲罰意義者；
5. 關於內國之不動產爭執者。

參閱 Minor, 10-23.

## 第十九章 反致說 (Theory of Renvoi)

「反致」一詞，係譯自法語 (Renvoi)。國內學者有譯稱「反據」「反定」「送還」或其他譯名，不一而足。惟按法語原文所示，含有「迴翔」之意義。無論其譯名如何，要不出此範圍。有人稱「反致說」爲「反致法」者，其用語殊未確當。蓋反致說在國際私法上之地位，並非如本國法、住所地法等，各具有準據法之性質者，此僅爲屬於一種適用方法上之用語，非可以法稱之也。(註一)

反致說云者，即於某種法律關係，依內國國際私法之規定，應適用某外國之法律，而依該外國國際私法之規定，卻應適用內國法或他國法時，即以內國法或他國法代該外國法之適用是也。例如有住所在中國之美國人，死於中國，而遺有動產於美國紐約，今在中國法院發生動產之繼承訴訟。依中國法律適用條例第二十條「繼承依被繼承人之本國法」之規定，則本案應依紐約法律，但依紐約法律，動產繼承依被繼承人死亡時之住所地法，故本案仍須依中國法律審判之。

是以「反致」之說，使法官不能適用其所應適用之法律，而反適用其所不應適用之法律。內國司法官對

於涉外法律關係，應先遵從內國之國際私法制度，選擇內國法或外國法而予以適用；但因外國之國際私法制度規定之不同，遂改適用所應適用外國法以外之一種法律。此種現象，實由於各國現行國際私法所採之屬人法不能一致之結果。歐洲大陸諸國採本國法主義，英美國家採住所地法主義，適用之結果乃發生衝突之現象。此種衝突雖可依國際條約解決之（註二），但終因各國利害之不同，未能實現。故採本國法主義國家，於國際私法中特設反致條款，藉以避兔適用法則之困難。我國法律適用條例第四條規定：「依本條例適用當事人之本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法。」此即反致條款也。茲就下列四點分詳述之：第一，反致條款適用之種類；第二，反致條款適用之法例；第三，反致條款適用之理由；第四，反致條款適用之否認。

（註一）參閱 Har Ide Valladao, a Devolução nos Contratos sobre a Lei Pessoal. 此書僅九十頁，於一九三〇年出版，為研討反致說之專著。

（註二）歐美各國曾舉行各種國際會議，締結各種國際條約，以謀國際私法之統一。如海牙國際私法條約，蒙特維多（Montevideo）國際私法條約，布氏（Buzsármány）家私法典（Codigo Bustarmané），保護著作權萬國同盟條約，保護工業所有權萬國同盟條約及標識統一條約等，皆可謂於相當限度之下以期達此目的也。

## 第一節 反致條款適用之種類

反致條款既屬於適用方法上之規定，學者對此問題之研究，遂就分致之性質，分為直接反致，轉據反致，及間接反致三種討論之。立法者各依其所需，擇而採之，但實際上似以直接反致之採用為較廣耳。

一、直接反致 一稱一等反致 (remittal) 其意義即對於涉外法律關係，依法庭地之國際私法規定，應用某外國法律，而依該外國之國際私法規定，卻須適用法庭地法之際，認此反致，定其須依法庭地法審判之謂也。例如有住所於中國之英國人，因能力問題發生訟爭於中國法院時，依中國法律適用第五條之規定，應適用其本國法，即英國法；但依英國之法律衝突判例，則以其住所地法為標準，住所地法即中國法。於此中國法院自可依反致條款之規定（註一），仍適用中國法也（見圖表九）。

圖致反接直（九表圖）



二、轉據反致 一稱二等反致

(transmission) 其意義即對於涉外法律，依法庭地之國際私法規定，應適用某外國法律，而依該外國之國際私法規定，復應適用第三國法律時，採用轉據反致之原則，定其須依第三國法律審判之謂也。

轉據反致係自直接反致中演變而成所不同者，直接反致係以法庭地法（內國法）代本國法；轉據反致係以第

三國法代本國法耳。例如有住所於法國之美國人，死於日本，並於日本法院發生動產繼承問題。依日本法例之規定，應適用美國法；但依美國之法律衝突判例，應以被繼承人死亡時之住所地法為準，則又應適用法國法也。（見圖表十）。

致反據轉（十表圖）



用法庭地法；法庭地法院則以內國法為最後之適用也。例如有住所所在英國之阿根廷人，死於英國，關於其在日本所有之不動產繼承，發生訴訟於日本法院，依日本法例之規定，該案之審判，應依被繼承人之本國法，即阿根廷法律；而依阿根廷一八七一年民法第三二八二條之規定，則應適用被繼承人最後住所地法，即英國法，苟即適用英國法，是為轉據反致之例，但依英國國際私法之判例，不動產之繼承則應適用不動產所在地法，即日本法律，是由轉據反致而轉入間接反致。故日本法院對於該案，苟為日本法之適用，即間接反致之適用也。

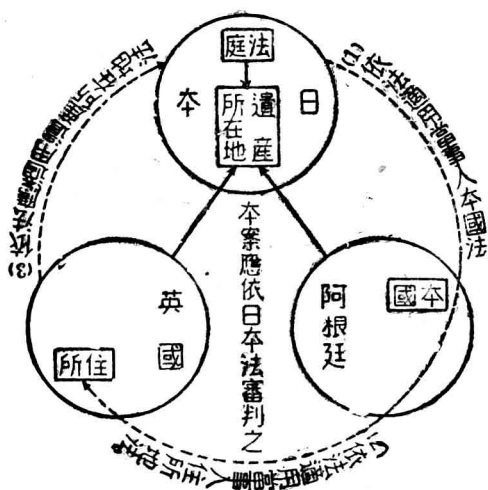
三、間接反致 即對於涉外法律關係，依法庭地之國際私法規定，應適用某外國法律，而依該外國之國際私法規定，應適用第三國法律；復依該第三國之國際私法規定，卻應適



(見圖表十一)

由上例觀之，間接反致之適用情形較為複雜，而其適用範圍，則不能限於屬人法。蓋非從物之所在地法而反致之，則不易以法庭地之內國法，用以代當事人之本國法，並進而代第三國法也。因其情形過於複雜，且其範圍逾於屬人法之外，故各國法律採用之者，為例尚不多見(註二)。

致反接間 (一十表圖)



(註一) 參閱我國法律適用條例第四條之規定。

(註二) 現在各國法例，大多承認反致之成立，以屬人法之範圍為限。

例如：日本一八九八年法律一一九條，規定關於身分問題，可

採用反致辦法；匈牙利一八九四年法律一〇八條，瑞典一九

〇四年七月八日法律，關於結婚能力採用反致辦法；瑞士一

八七四〇十二月二十七日聯邦法律，規定以婚姻問題為適

用反致辦法之範圍；德國民法施行法第二十七條，關於反致

辦法之適用範圍亦以婚姻能力繼承為限，一九〇二年海牙

公約關於婚姻部分，其第一條規定：婚姻之權利，依當事人

各該本國法；但其本國法明定為應依他國之法律者，不在此

限。

## 第二節 反致條款適用之法例

反致之發生，必係於內外國際私法上，對於同一法律關係所適用之法律而異其主義，始可依反致之方法，而定其仍適用內國法或他國法。蓋反致條款之可適用者，通常僅限於採用住所地主義之外國人在內國有住所之場合而已。茲就立法例方面言之，最早適用反致者，爲一八八二年法國最高法院爲「福哥」一案（*Fors* Case）曾判決云：「對於在法國有住所之英國人，仍依法國法」（註1）。此項之判例原爲對於英國之一種報復行爲。蓋法國爲歐陸法系之國，以本國法爲屬人法，對於住於法國之英國人在法國法院發生訴訟，關於屬人法之適用，應依英國法爲準；惟英國爲英美法系之國，以住所地法爲屬人法，住於英國之法國人在英國法院發生訴訟，關於屬人法之適用，仍依英國法爲準。此種不同之規定，對於法國人民有失公允，遂謀有以報復之。故法國法院對有住所於法國之英國人，仍應適用住所地之法國法。但其解釋，並非認此爲以本國法爲屬人法原則之例外，乃謂依法國國際私法應適用英國人之本國法時，所謂本國法，即包括英國之國際私法在內之意。如是依英國國際私法之規定，而適用該英國人住所地之法國法矣。自「福哥」案後，大陸及英美判例多有採用反致規定者；例如比利時大理院一八八三年三月九日之判決，義大利上訴院一八八四年十二月一日之判決，葡萄牙一九〇七年四月六日之判決，德意志帝國法院一九〇七年十月十日之判決，英美判例是否亦有採反致

說者，學者之見解頗不一致，但按諸實情，反致說在英美判例中，不能發生任何作用也（註二）。

以上所述，僅以判例作爲適用反致條款之根據，但其訂入國際私法之成文法則，首自一九〇〇年德國國民法施行法第二十七條，其後日本法例第二十九條更爲推廣之規定，中國法律適用條例第四條，即反致條款也。惟中國法院適用此項反致條款時，則不可不遵守下列條件：

第一，須經法律適用條例規定應依當事人本國法時，始可反致。中國法律適用條例規定應適用本國法者以能力（註三）、親屬（註四）、繼承（註五）爲限。其他債權、物權等法律關係，不能適用反致規定。

第二，須依當事人之本國法以住所地法爲屬人法者，始可反致。如前舉各例，苟英美各國關於能力、繼承等問題，亦採本國法爲屬人法時，則無適用中國法之可能，反致亦無由發生。

第三，須當事人在中國有住所者，始可反致。如前在直接反致中所舉之例，苟該英國人之住所在日本，則依英國判例法之規定，應適用日本法，而無中國法適用之餘地。既不適用中國法，我國法院惟有依英國關於能力問題之實質法判決之。

第四，須爲當事人之本國法直接反致中國法時，始可反致。因中國法律適用條例第四條僅認直接反致，而否認轉據反致及間接反致故也。

(註二) Larenzon 認英美判例從未採用反致觀念(見 Larenzon, La theorie du renvoi dans la jurisprudence Anglo-Américaine, 1911, *Clinet*, pp. 22-23) Schreiber 亦認反致說違反法律衝突之普通法觀念故在英法中不能有何等作用, 見 Schreiber, 81, H. L. R., 570-571)

(註三) 中國法律適用條例第五條至第七條。

(註四) 同條例第九條, 第十條, 第十三條至第十九條。

(註五) 同條例第二十條及二十一條。

### 第三節 反致條款適用之理由

反致條款之應否適用, 因學者意見及各國立法例不一, 今尚為國際私法上之疑問, 主張適用之學者, 如法之衛斯(Weiss)、義之佛奧(Fiore)、德之巴爾(Bar)、英之魏斯屈克(Westlake)等, 莫不盡心竭力, 為反致條款求其依據。茲將其理由臚述如次(註一)。

一、適用反致條款可期各國判決之統一。謂反致條款適用之結果, 可使當事人不論訴爭於何國, 皆受同一法律之適用, 而後始有統一之判決。例如各國關於成年年齡之規定, 多不相同。日本以年滿二十歲為成年, 法國以年滿二十一歲為成年, 美國加州(California)以年滿十八歲為成年, 設有年滿二十歲之日本人, 住於法

國，因法律行爲之能力問題起訴於法國法院，則法國法院必依日本法例判決該日本人爲有能力。若同一問題發生於美國加州法院，苟其法院不適用反致，則將依當事人住所地法之法國法，而認其爲無能力；但若加州法院適用轉據反致，則將依法國之國際私法而適用日本法。如是則不論其問題發生於美、法、日之任何國中，判決莫不同認其爲有能力矣。

反致之能使判決統一，在某種情形之下固毋庸否認；但若有關各國皆設反致條款時，則對於同一之案件，不能得同一之判決。例如中國以年滿二十歲爲成年，英國以年滿二十一歲爲成年，設有已滿二十歲之英國人住於中國，並在中國法院發生能力問題，中國法院適用反致條款，則該問題當依當事人本國法之英國法；而依英國之法律衝突判例，又須適用當事人住所地法之中國法，當認其人爲有能力。若同一問題發生於英國法院時，苟英國亦設反致條款，則此問題當依當事人住所地法之中國法；而依中國法律適用條例之規定，又須當事人本國法之英國法，而認其人爲無能力矣。其結果，同一案件之判決，仍未能一致也。（註一）

二、適用反致條款可爲國際禮讓之表示。謂如承認反致條款，則設反致條款之國與其相對國彼此之間，均能滿意。蓋前者以己國法律得能完全適用，固其所願；而後者亦以與己國法院之判決有同一之結果，更其所願也。此種主張適用之理由，完全視外國法之適用，以國際禮讓爲根據。英國之解釋反致說，即以國際禮讓爲本。更屬明證。惟國際禮讓僅可爲一時之政略，不能爲立法之基礎，故其說實不足取；而反致條款基於國際禮讓所

生之理由，亦無何價值也（註三）。

三、適用反致條款可使內國法域之擴大。各國立法例之採用反致條款者皆以此爲主要用意。德國民法施行法之理由書，對於第二十七條曾列兩點：1. 爲減少本國法與住所地法之衝突；2. 爲使內國法有擴大管轄區域之機會。此種理由，證諸一八八二年法國最高法院判例之原因，更可瞭然。反致條款之規定，固可擴充適用內國法之範圍，但其規定之理由，與國際私法可以存在之理由實不能相容。蓋國際私法之所以規定應適用外國法者，乃以適用外國法較爲妥善。今若以反致之故，而以內國法代替外國法而適用之，則失國際私法所以適用外國法之本旨矣。

四、適用反致條款可保外國法律之完整。英國魏司特立克主張此說最力。其說謂：因解決法律衝突而應適用外國法時，係指外國法之全部而言；該外國之國內法固爲外國法，該外國之國際私法亦爲外國法。故一國適用外國法時，不僅應適用該外國之國內法，亦應適用該外國之國際私法。法國福哥一案之解決，卽以此說爲本。此說之謬，卽以法國關於法律衝突之規定，每列入民商法典內，因而有整個全部而不可分割之論調。惟條文雖列在同一法典，其性質則不必盡同。性質既屬不同，則法律自無不可分割之理由。且各國國際私法之規定，未必列入同入法典。德國於民法施行法內規定之，巴西則於憲法施行法內規定之。凡此情形，足以否認外國法律不可分說之立論。且適用外國法之目的，在解決關係問題之實質，而非僅在判別法律適用之範圍。故不應以外

國法不可分之理由，而拒絕適用外國之國內法。總之，反致學說之根據，不外有二：1. 事實上，一國之法官欲藉反致說以援用其本國法；2. 感情上即以國際禮讓為採用反致辦法之理由。

(註1)關於研究反致說之著述，其要者有：(1)Larenzen, "The Renvoi Theory and the Application of Foreign Law," 10 Col.

L. R. 180 (哥倫比亞大學法律評論第十期第十九〇頁) (2) Larenzen, "The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws",

27, Yale L. J. 509 (耶耳大學法律雜誌第二十七期第五〇九頁) (3) Abbot, "Is the Renvoi a Part of the Common

Law?" 24 Law Quarterly Rev., 133. (法律季刊評論第廿四期第一三三頁)

(註1) Goodrich, pp. 23-24.

(註11) Pillet, Traité pratique de droit international privé, p. 53.

#### 第四節 反致條款適用之否認

贊成適用反致條款者，既不能求其所以存在之理由，則否認反致條款之主張，因之而產生。茲羅列各家之說，將其反對理由述之如左：

一、適用反致條款有陷於循環論法之謬誤 謂反致條款適用之結果，必不能確定其應適用之法律。蓋住所地之國際私法，規定應適用當事人之本國法；而其本國法之國際私法，復規定其應適用住所地法。兩相推讓，

循環無已，而實際應適用之實質法亦將無由確定。此反致條款適用之所以否認也。此種理由誠為至當，但如中國法律適用條例第四條之採用反致條款，已明示為內國法之適用，自不發生此種循環結果也。（註一）

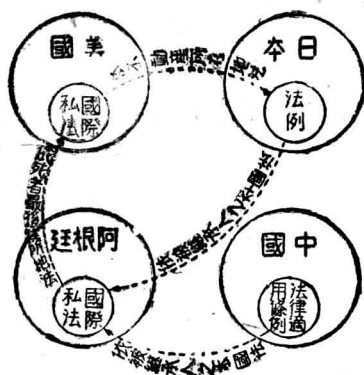
二、適用反致條款有適用外國法律之嫌疑。謂因反致條款之結果，依外國之國際私法而適用內國法，不啻內國法院為外國法之守。且身分能力當依本國法之規定，乃為國際私法之大原則。此種規定具有絕對強行之拘束力，斷不能依外國法規定之異同，而異其適用也。此種理由就法律適用方面而言，固為甚當。蓋身分能力所以規定依本國法者，乃因其性質有依本國法之必要，故審判官亦惟有恪遵此規定，以決定其應適用本國法也。惟就立法旨言，則不甚合。蓋內國國際私法規定適用反致，為一國立法權之行使，並非受外國法強制之規定，要無損內國主權之可言。且既有反致條款之明文規定，則審判官適用外國國際私法所指示之法律，即所以適用內國法也。

三、適用反致條款有對外國法解釋之錯誤。謂對於涉外法律關係，依內國之國際私法規定，應適用當事人之本國法時，所謂本國法，僅指其實質法，並非欲其決定何法之執應適用也。蓋國際私法係解釋各國法律之衝突而產生，其所適用之準據法，即所以使所準據之實質法達其效用，非如此，即不合國際私法之本質。倘其所適用之準據法認為應包括其衝突法則，則試一推其結果，互相推讓，無有已時，究應適用何國之法律將永遠不能確定矣（見圖表十二）。



總之，反致之能在某種情形，使各國法院對於同一之案件，得有統一之判決外，別無他種適用之價值。故反致學說非僅不能解決法律之衝突，且足以搖動國際私法之根本。一九〇〇年國際法學會對於反致曾有確定之議決，即一國之國際私法所指示應適用之外國法，係指該外國之實質法，而非法律衝突之規定。既不適用法律衝突之規定，自亦不能發生反致問題矣（註二）。

（二十表圖）  
圖環輪之款條致反用適



永遠不能確定其應適用之法律也。

（註一）此項反致規定，僅限一次，殊欠理論上之根據。

（註二）參閱 Goodrich, p. 28.

設有住於美國之阿根廷人，死於中國，並在日本遺有不動產，在中國法院提起其不動產繼承之訴訟，依中國法律適用條例第二十條之規定，應依被繼承人之本國法，即阿根廷法；依阿根廷國際私法之規定，又應依死者之最後住所地法，即美國法；依美國國際私法之判例，則又應依不動產所在地法，即日本法；但依日本法例第二十九條之規定，仍應依被繼承人之本國法，即阿根廷法；倘仍依阿根廷之國際私法而前進，則

## 第二十章 既得權之尊重

近世國際私法學者主張既得權之最力者，當推美國哈佛大學國際私法教授卡爾氏（Beale）。卡氏曾謂：英美法院自施多銳（Story）以來，對於任何法律行為，若依法認為有效者，則其效力當及於任何處所。故一國對於外國之合法判決，應承認之。（註一）畢拉（Pillet）氏並將法律衝突分為二大部分：一為權利之取得，一為既得權之尊重。前者即當權利產生或消滅時，就內外國法律中，選擇其孰應適用之法律是也；後者即當依法取得之權利，發生國際效力（international effect）之問題是也。（註二）

考既得權問題，大陸學者多忽視之。（註三）但其在國際私法上所處之地位實屬重要。在一國依法取得之權利，欲其在他國發生效力，則應以既得權原則為其依據。茲將既得權分為下列四節，詳為說明之：第一，既得權之意義；第二，既得權之成立；第三，既得權之效力；第四，既得權之限制。

（註一）參閱 Beale, a Treatise on Conflict of Laws, p. 105.

（註二）參閱 Pillet, Manuel de droit international privé, p. 11, Note, 7.

(註三)大陸學者如 *Glück*, *Savigny* 等，雖曾討論之，但其立論混淆，殊未足代表尊重既得權之觀念。法國學者 *瓦萊士* (*Vareilles*) 雖贊同既得權問題，但認為與法律不溯既往之原則相似而未加以分別。參閱 *Sommaires Synthèse de D. Privé*, I. pp. 12, 19.

## 第一節 既得權之意義

既得權云者，即凡在合法管轄之法域依法取得之權利，而在各國均認其有效成立之謂也。夫任何法律衝突問題，其應解決之點有二：一為取得權利問題，即權利之取得、變更、喪失之準據法問題；是一為既得權問題，即權利在管轄法域依法取得之後，在他國之效力若何，應為規定問題是。前者之例，如住居中國之美國人，欲在中國結婚，究應適用何國法律以取得合法之婚姻，此為權利之取得問題也；茲設此美國人已在日本結婚，欲知其在中國，其婚姻是否為中國所承認，此乃為權利之尊重問題也。

於此應注意者，即取得權利問題與既得權利問題，有先後之次序，即前者問題之發生常先於後者問題，此為一定不移之次序。蓋因權利未取得以前，固無所謂既得權；及已取得，乃發生「國際效力」問題。今試舉二例以明之：

(例一) 蘇聯為採自由離婚制之國家，義大利為採禁止離婚制之國家。設英國夫婦二人，在蘇聯離婚（此為取得權利問題），其後設因各欲結婚關係，在義大利法院發生離婚效力問題。義大利既不許離婚

則其在蘇聯之離婚似不能在義大利發生效力，然在實際上，義大利卻不能不承認其有效。因此爲既得權之尊重問題，而非權利之取得問題也。

(例二) 一九一七年墨西哥之法律禁止親子關係之認領，而日本法律規定不僅父母有認領之權利，並有認領之義務。今有私生子在日本法院追認其墨西哥國籍親生父母（此爲權利取得問題），其後設因繼承財產關係，在中國法院發生追認效力問題。依中國法律適用條例第十三條第二項：「認領之效力，依認領者之本國法」之規定，自當依墨西哥法律爲準，而墨西哥之法律既不承認其認領，中國法院卽判其追認爲無效，未免失當然在實際上，中國法院可依其在有管轄法域之日本已取得親子之權利，承認其追認爲有效，因此爲尊重既得權問題，而非取得權利問題也。

據此以觀，則權利之取得問題與權利 既得問題，發生雖有先後之次序，而其性質之不同亦顯而易見。蓋既得權問題不復關於選擇一適用之法律以取得某種權利之問題，乃規定一種已取得之權利，在他國究生何種效力之問題也。故有人稱之爲「既得權利之承認問題」(recognition of the acquired rights)亦有人稱之爲「權利之輸入問題」(importation of the rights)意謂一種權利產生於甲國後移入乙國時究發生何種效力也。

## 第二節 既得權之成立

既得權之成立須具備左列二要件：

一類依內國國際私法認為出於該管法律者。內國之承認外國取得之權利為有效，則其取得時所依據之法律，須以內國國際私法認為有管轄權之法律。茲舉例以明之：

(例一) 設有甲國夫婦二人於乙國。甲國法律規定：「離婚之訴應適用當事人之本國法。」而乙國法律則規定應適用當事人之住所地法。該夫婦不得以依乙國法律判決之離婚，在甲國主張之。蓋甲國法律不認乙國法律對該案為有管轄權故也。

(例二) 設有甲國夫婦二人，有婚姻住所於乙國，而置不動產於丙國。甲國法律規定：「夫婦不動產，依不動產所在地法。」而乙國法律則依結婚住所地法。該夫婦不得以依乙國法律對於該不動產所得之權利，在甲國主張之。因其不依照丙國法律——即該管法律——故也。易言之，因其權利之取得，乃依照甲國所不認為該管之法律故也。

基於上列二例，可見凡在乙國取得權利，欲甲國承認其為有效，須不違反甲國國際私法之規定。此項理論實以「各國法權自主」之原則為根據。國際法學會於一九二四年在維也納開會時，關於外國判決之執行問

題，曾有下列之決議：「凡判決僅依其取得權利地國之法律爲出於該管法院者，尚不足構成爲既得權」。換言之，即須執行判決之國家，依照其本國國際私法之規定，認定此判決爲出於該管法院者，始承認其爲既得權，而准以執行（註一）。

由此觀之，內國法院裁決當事人在外國取得之權利，是否依照其該管法律，無論其爲內國法律（見例一）或爲外國法律（見例二），皆應以內國國際私法之規定爲準；此爲吾人所應注意者也。總之，內國法院對於當事人在外國取得之權利，應否承認其爲既得權，僅須依照下列之原則決定之：依內國國際私法之規定爲出於該管法律者，則承認之；否則，應否認之。

二、須依取得權利地國法律認爲合法取得者。既得權既爲權利取得後之效力承認問題，苟其權利非依取得權利地國之法律而取得者，則其效力當不爲他國所承認。故舉凡因盜竊、移轉等所取得之權利，苟依取得權利地國之法律，認爲不法取得者，不能認爲既得權；則此種權利，當然不能在其他國家發生效力。茲舉例以明之：

（例一）設有某甲在法國購得經人盜竊之動產，而法國之法律，關於盜竊物、遺失物之規定，失主得於三年期內追回原物。甲對於該物之占有，在法國經過二年後，即將該動產運在義大利。依義大利法律，關於失主追回原物之時效爲二年。但甲仍不以此占爲己物，以對抗失主。蓋當甲離法國時，尚未依照法國法

律有效取得其權利，且義國法律爲在義國購買之動產而設，而非爲先在他國購得而後運至義國者而設也。

(例二) 法國法律規定占有動產之取得爲即時時效，西班牙法律則爲三年時效。設有某甲在法國以善意且無過失而公然占有之動產，運至西班牙，當依法國法律認爲權利取得。反之，甲在西班牙以善意占有動產一年後，運在法國時，甲不能以此爲己物。蓋當甲離西班牙時，尙未依照西班牙法律有效取得其權利也。

基於上列二例，可知凡一權利依取得權利地國之法律認爲合法取得者，始得認爲既得權，而使之在他國發生其效力。因之，關於既得權之成立，吾人可得一普通原則，即「既得權之成立與否，必須依據取得權利地國之法律」。

### 第三節 既得權之效力

既得權之效力，以其在取得地國法律之規定爲限，執行地國不得改變其性質及範圍，否則，將爲權利之取得問題，屬於適用法則之領域。例如某甲在法國因某乙之侵權行爲而受損害，則其損害賠償之性質及範圍，自當依法國法律爲標準。又如英國若承法國之判決效力，則當依法國判決之內容而執行之，決不可變更其內容。

而承認其執行之。

故吾人研究既得權之效力，應注意下列二大原則：

一、凡一權利在外國發生效力，應與其取得地國相同。即凡既得權之承認，決不可使之發生比其本身較大之效力。蓋吾人所認承者，乃既得權之本身，苟無端擴大之，無異創設新權利，而與承認既得權之意義大相逕庭。茲試舉例以明之：

(例) 依義大利法，夫婦可以分居，但不許離婚。設有某婦甲原為義大利人，依義大利法律與其夫分居後，乃歸化法國，即向法國法院請求離婚。吾人應適用尊重既得權之原則，以駁斥甲之請求。第一，甲與某夫乃適用義大利法律而結婚，而此法律乃規定不許離婚者，此即為其夫婦各人之既得權，即在外國亦應受尊重。若因國籍之改易而許其離婚，亦必夫婦二人同時改易之。否則，僅據甲一人之意志而許其離婚，則不免蔑視其夫之意志，不僅違背契約之原理，而於尊重既得權之原則亦相背馳也。第二，依義大利法，分居不能視為離婚之初步；因義大利不許離婚故也。而依法國之法律，分居乃為離婚之減輕辦法，由分居而離婚，乃為極易之事。故法義二國分居制度，名同而實異，即法國分居之效力較義大利分居之效力為大；因之法國法院不能將義大利分居之判決作為甲請求離婚之根據也。(註二)。

二、凡一權利有地域之限制者，不能超出地域之效力。即凡一權利產生於甲國，且專為甲國而設立，則根



據甲國立法之旨，決不能使之在他國得發生其效力。譬如依荷蘭法宣告破產時，其效力僅限於荷蘭國境之內，請舉例以明之：

(例) 設有甲乙二人訂立契約，甲對乙約定：在中國甲不得經營某種商業，則甲所負之契約義務僅限於中國，使甲在日本或其他國經營某種商業，則乙不能責甲以違背契約也。

由此觀之，對於既得權之效力，吾人所應加注意者，即既得權在外國既不能發生較其本身更大之效力，又不能發生其本身所不能發生之效力也。

(註一) 參閱一九二二年七月六日法國大理院對於 *Madame Ferrari* 案之判例，按 *Madame Ferrari* 本為義大利人，依義大利法律與其夫分居後，乃歸化法國，即向法國法院請求離婚，雖得高等法院之許可，而大理院乃駁回之，其理由即認義大利分居制度與法國分居制度大不相同，故不能視為離婚之根據也。

#### 第四節 既得權之限制

既得權之效力僅以取得地國法律所賦予為限，而其行使則受有兩種之限制。此兩種限制，實由權利取得國與權利執行國間之法律制度與法律觀念之不同所致。茲將此兩種限制述之如左：

一、既得權所依據之法制為法庭地國所無者，此即在甲國所取得之權利，欲使其乙國發生效力，必須乙

國之法律承認此權利之存在，以爲國民之享有；否則，此項權利爲乙國法律中所無者，乙國當不能承認之。茲舉國際法上一名案以佐證之。

(例) [Maria Luz] 案 此案乃爲關於苦力之運輸問題。當一八七〇年有一祕魯船，名爲 [Maria Luz]，載有中國苦力，以備運往祕魯販賣。適在途中遇有大風，遂停靠日本口岸。而日本官廳察得其情，乃以武力釋放中國苦力。祕魯與日本政府遂發生外交上之爭執。結果由二國請俄皇仲裁之。俄皇之判詞，認祕魯所取得之苦力主有權，爲日本法律中所無者，故日本官廳並無承認其效力之義務。(註一)

基於前案之判例，關於既得權之行使，可得一正確之原則，即凡依據外國法律所取得之權利，而爲內國法律中所無者，不能在內國發生效力，自亦無強使內國承認之理由也。

二、既得權之行使有背於法庭地國之公安者 此即在甲國所取得之權利，若違反乙國之公安，乙國即不應承認之；因一國之公安絕對不可侵犯故也。譬如一外國判例責令債務人以現金償付欠款，而中國乃爲強迫通行紙幣者，則該判決即爲違反中國之公安，中國法院即應不予以保護而駁回之。

但吾人於此應加注意者，即與公安衝突者，非權利之本身，僅爲取得權利之手續時，則當別論。例如一九二二年前法國法律禁止追認親子訴訟，恐其引爲公安所禁止之證據，但親子關係之本身，實爲當時法律所承認。故凡在外國已確定親子之關係，則在法國請求執行時，法國法院應適用尊重既得權之原則，而准其所請也。

(註一) *Creole* 船案發生之情形與本案情形相似，但其判決則相反。其案情如下：有一美國船載運黑奴，途遇大風，停泊於英國屬地。當地官廳以販賣黑奴觸犯禁律，遂將船上黑奴悉數釋放。美國抗議謂英國不尊重既得權，復將此案移交一混合公斷委員會評決之。審查結果，竟認美國勝利，英國不應釋放之。此項判決當非吾人所能贊同也。

## 第二十一章 竊法舞弊

現今各國對於法律適用尚有種種之困難，此種困難之發生，即因現行之國際私法尚不確具國際性質，故各國對於法律衝突之解決，未能依據統一之方法。此其一也。再關於國際私法上各種基本觀念，未能具有統一精確之意義。如關於反致之學說，公安之觀念，不僅各國立法例不一致，即學者之意見亦頗紛歧。由於此種觀念之紛歧，各國遂不能以統一之方法，而謀法律衝突之解決。因此同一法律關係，各國立法例上規定既不相同，各國法院亦因之而異其判決。於是當事人往往各本其利益而訴訟，其結果遂致發生竊法舞弊之問題。茲將此種問題分述如下：第一，竊法舞弊之意義；第二，竊法舞弊之實例；第三，竊法舞弊之成立。

一、竊法舞弊之意義 竊法舞弊者，即為當事人規避其原應服從內國法律之強行規定，命令規定，或禁止規定，移往外國，藉圖取得其所欲得之法益是也（註二）。此種規避行為，在國內民法上稱為脫法行為。一國法官因當事人有竊法之動機與行動，因而否認其所竊法律之效力。

國際私發上之竊法舞弊，雖與民法上之脫法行為相當，但與其他法律名詞不可相混。茲舉其要者述之如

左：

(一)竊法舞弊與侵權行為不同 侵權行為在法律上不生效力，而法律制裁侵權行為者，乃在保障被侵權者之個人法益及其對於社會秩序所生之影響。竊法舞弊則其行為本為有效之行為，特司法官得以此而否認之，蓋所以保持一國法律之立法精神也(註二)

(二)竊法舞弊與詐害行為不同 詐害行為 (prejudicial act) 者，係指虛構事實，故意損害他人之行為；故當事人之意思表示，非出於自由，因而得許當事人於除斥期間內加以撤銷。竊法舞弊者則並不使他人因詐欺而為意思表示，乃在使自已以規避其所應服從法律之禁條，移往外國而實現其目的也。

(三)竊法舞弊與虛偽表示不同 虛偽表示 (false declaration of intention) 者，即表意人為詐欺第三者，而與相對人通謀，故意為非真意之意思表示也。故又稱為通謀虛偽表示。其意思表示既屬虛偽，亦即意思與表示不能一致，因而其意思表示無效(註三)。竊法舞弊則當事人之意思表示均屬真實，亦即其意思與表示實係一致，但因有竊法原因，故否認其效力(註四)。

(四)竊法舞弊與隱匿行為不同 隱匿行為者，即係一行為中包括另一行為，其原所隱匿之行為仍屬有效；而竊法舞弊則係一行為之後，又繼續有一行為（如歸化後再離婚），則所繼續之行為無效。

由此觀之，竊法舞弊之觀念，實具有特殊之命意。其與反致所不同者，乃在使司法官適用原所欲適用之

法律以外之一種法律，而在使當事人服從原所欲服從之法律以外之法律，再又與公安所不同者，乃非在阻卻外國法之適用，而在阻卻其所竊法律之適用，但兩者之目的，皆在保持本國之公安也。我國法律適用條例第四條，是爲反致條款之規定；同條例第一條，是爲內國公安之規定。但爲我國法律適用條例所未規定者，則爲因當事人竊法舞弊而否認其所竊法律之效力問題也。

二、竊法舞弊之實例 竊法舞弊之意義既如上述，茲再舉例以明竊法舞弊之現象：

(例一)關於變更住所者 此卽爲變更權利而取得新住所者。蓋在以住所地法爲屬人法之國家，住所之變更，卽可使其所適用法發生更易。例如美國各州之法律，皆以遺棄爲離婚之原因，但關於遺棄之期限，則各州法律之規定不同。其最短之期限爲一年，如加州之法律；其最長之期限爲五年，如紐約之法律。設有某甲放棄其紐約之固有住所，而移住於加州，其目的在控訴其夫遺棄於加州法院，苟甲勝訴後仍回復其紐約之固有住所，紐約法院將認其離婚爲無效。因其取得加州之新住所，純爲規避紐約法律之規定故也。

(例二)關於變更國籍者 此卽爲取新利益而變更國籍者。各國判例中以變更國籍爲竊法舞弊之原因者，計有下列數種：1. 避免本國法上禁止離婚之規定(註六)；2. 避免本國法上禁止離婚之規定(註六)；3. 避免本國法不許結婚後變更夫婦財產制契約之規定(註七)；4. 避免本國法上不許

請認知之規定(註八) 5. 避免本國法上關於法院管轄權之規定(註九) 6. 避免本國法上關於行爲能力之規定。

(例三)關於變更行爲地者 此卽爲取得簡易方式而變更行爲地者。例如中國民法規定婚姻須有公開儀式及二人以上之證人，始能有效。設有二中國人在此情勢下，因不易達其結婚之目的，乃赴英國之蘇格蘭舉行結婚，因該地僅須雙方立有願書卽可。按其行爲實爲竊法舞弊，而其方式究爲有效與否，說者不一。多數學者認爲法律行爲地本任當事人自由選擇，法律上無限制之必要。且當事人之住外國，採用外國法規定之方式，究否規避內國法之方式，殊難證明。故應認其法律行爲有效。但少數學者則認爲此係出於詐欺之行爲，不能認爲有效。因法律無保護詐欺之理也。我國法律適用條例關於此點，並無明文規定。故於解釋上，有認爲應採用有效說。余則以爲如當事人在外國所爲法律行爲，確係竊法舞弊之行爲，當然不能認爲有效。因其雖在外國，法律仍當認其在內國，則其行爲不適合於法律行爲方式者，根本無效也(註一)。

(例四)關於變更所在地者 此卽爲取得物權而變更物之所在地者。例如將不可扣押、不能出賣之物移於無限制之國家，將遺失物或盜竊物移於追還時效較短之國家。

(例五)關於宗教者 此卽爲取得新權利而變更宗教者。例如敘利亞之基督教徒因規避給付妻之贍養

實，乃皈依回教。後經敘利亞最高法院判決，認其爲竊法舞弊而駁斥之（註一）。再如奧大利之天主教徒因欲離婚而赴匈牙利，改奉基督教，亦經奧大利高等法院宣告爲無效（註二）。

左述五例爲竊法舞弊之常情。總之，凡以詐欺內國法爲目的，往外國所爲之法律行爲，內國法院得以竊法舞弊之觀念爲根據，否認其效力，以維內國法之強制性。此爲各國立法例及學者意見共同之主張。

三、竊法舞弊之成立 竊法舞弊之成立，須具備左列條件：

（一）須有竊法舞弊之故意 當事人之詐欺行爲，在避免本國法律之強制規定，故其成立以竊法舞弊爲要件（見例一）。但其移住外國，非以詐欺爲目的，即缺乏竊法舞弊之要素（見例二）。至有無竊法舞弊之故意，則爲一事實問題，內國法院當依情裁決之。

（例一）意大利夫婦歸化於法國，乃以離婚爲目的，離婚後仍回復義大利國籍。義大利法院將否認其離婚之效力，因其竊法舞弊也。

（例二）英國夫婦移住外國而得離婚，但其移住目的，經法院裁決非僅爲離婚，乃不構成竊法舞弊，故當認其離婚爲有效。

（二）須法庭地國爲被詐欺之國 當事人之詐欺行爲既以規避本國法律爲目的，則其被詐欺國之法院即爲管轄法院，始得成爲竊法舞弊之行爲。蓋在外國所爲之法律行爲是否構成竊法舞弊，當以一國之公安觀



念爲標準。公安觀念因國而異，甲國之認爲竊法舞弊者，乙國未可強同。且一國無維護他國公安之義務。故惟管轄法院被詐欺時，始得構成竊法舞弊。至以詐欺他國法律爲目的。一國法院不能根據竊法舞弊之觀念，而否認其法律行爲之效力。例如兩義大利人歸化於法國，以規避義大利離婚禁律。今若以竊法舞弊爲理由，向法國法院請求確認無效，其請求必遭駁回。因法國法並未被詐欺故也。但若向義大利法院請求，則必能准如所請，判決其離婚爲無效，因其對義大利法律實有竊法舞弊之情也。

凡由竊法舞弊所構成之行爲，當然不發生法律上之效力，惟其無效之範圍，則以竊法舞弊所生之法律關係爲限。例如兩義大利人因欲達離婚之目的，歸化法國。義大利法院僅能判決其離婚爲無效，對其歸化仍當認爲有效。蓋歸化苟經法義兩國政府所核准，則義大利法院即無權可以宣告其無效，所可能者，惟就其所生之法律關係——即離婚不予承認耳。

(三)須非應用竊法舞弊之觀念即無法補救。司法官應用竊法舞弊之觀念，乃爲一種救濟方法。蓋因適用被竊之外國法將發生弊害，故特應用此種觀念以制止之。惟既爲一種補救方法，則其方法須爲必要者。換言之，當吾人非用此項觀念，即無其他救濟方法時，方宜應用。例如日本夫婦二人爲規避日本法禁止共同遺囑。但日本法既明文禁止共同遺囑，則不必用竊法舞弊之觀念，該日人之遺囑已屬無效。蓋應用竊法舞弊觀念之結果，涉及內外國之法律，苟應用不當，甚易引起國際間之爭論，而影響於國際之福利，殊與國際私法之目的不相

符合也。

(註一)參閱 Meili, p. 148, 亦稱之爲「內法詐欺, Fraud Against National Law」。

(註二)其他如違法偽證等行爲亦同,因此種行爲在法律上本不發生效力,而與竊法舞弊不同也。

(註三)我國民法第八七條第一項規定:表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者,其意思表示無效,但不得以其無效對抗第三人。

(註四)真意保留亦同,真意保留 (Reservation of True Intention) 者,即表意人故意從事於與其真意不符合之意思表示,故其意思與表

示不相符合,因而與竊法舞弊不同。

(註五)參閱瑞士聯邦法院一八八四年三月八日之判例。

(註六)參閱法國一八七五年「La Princesse de Battenbourg」名案。

(註七)參閱法德公斷法庭一九二六年一月十日判例。

(註八)參閱法德最高法院一九二一年六月八日「Michaesco」案件之判例。

(註九)參閱法國最高法院一八九一年二月四日「de Tarr」案件之判例。

(註一〇)德國柏林高等法院一九〇七年,羅馬尼亞最高法院一九二一年五月二十七日,及義大利「Lucques」高等法院一八六七年六

月十一日均有判例。

(註一一)一九二五年六月十二日之判例。

(註一二)一九〇七年六月十一日判例。

## 第二十二章 法律命意說 (Theory of Qualification)

現今認爲一般之準據法者，共有五種：即1. 本國法主義，2. 住所地法主義，3. 所在地法主義，4. 行爲地法主義，5. 法庭地法主義是也。關於人之能力、繼承、親屬等問題，適用當事人之本國法（註一），惟英美各國則適用住所地法（註二）。關於不動產，則適用不動產所在地法；關於法律行爲方式及債權等問題，適用行爲地法；關於訴訟程序，適用法庭地法。此爲國際私法上公認之原則。此項原則雖屬相同，但對於國際私法之解決方法，由於法律命意之衝突（conflict of qualification）仍難一致。例如大陸國家皆以行爲方式歸於行爲地法，以人之能力歸於本國法。但何謂方式，何謂能力，則各國之命意頗爲紛歧。故關於涉外法律關係，雖有同一之法律適用條例，而各國之判決仍難免於衝突，此爲國際私法最著之病態。吾人研究法律命意說之目的，即在剷除此種病態，而謀國際私法之統一。茲就此問題分爲下列各點討論之：第一，法律命意說之意義；第二，法律命意衝突之避免。

一、法律命意說之意義 反致說之外，又有法律命意說，以謀各國判決之統一。法律命意說云者，即一國對

於某種法律上之名詞所賦予何種定義之謂也(註三)。申言之，某種法律名詞之解釋，有關於數國法律，而該數國法律對此名詞各異其觀念時，應依何國法律確定之也。關於涉外法律行為，各國國際私法之規定雖能一致，但因其法律名詞之命意各不相同，仍難有統一之判決。如遺囑方式，荷蘭認為關於能力問題，義大利則認為關於行為方式，此為同一之法律行為而有不同之命意。其例一也。又如繼承問題，英美視為與財產之組織有關，故適用關於財產之法則(註四)，而土耳其則視為與人法有關，故適用屬人法之法則。其例二也。有此二例，而法律命意說之意義及其性質可以明矣。

由此觀之，關於涉外法律行為，各國國際私法之規定雖屬一致，但由於法律命意不同，各國之判決仍難免於衝突。今再舉例以明之：

(例一) 設有住於法國之法國人，未經父母之同意，在英國與某英婦人結婚。依英法兩國法律，雖結婚能力均應依法國法，但法國法認父母同意為結婚能力問題，故依法國法，該法國人之婚姻為無效。英國法則認此為形式問題，故依英國法，其婚姻為有效。於此場合，英國法對於父母同意，與法國法採同一之命意，即認為結婚能力問題，則得認其婚姻為無效，庶英法兩國法院之判決免於衝突。

(例二) 荷蘭與法國二國皆以行為方式歸於行為地法，但依法國法，遺囑方式屬於形式問題，故當歸於行為地法，而依荷蘭法，則屬於能力問題，其結果則不得不歸之於本國法。故荷法兩國國際私法關於行

爲方式雖有同一之規定，但兩國對於行爲方式之命意各執一詞，而兩國法院之判決仍不能一致也。

觀於上列二例，吾人可得一結論：關於涉外法律行爲，設各國對於法律命意不能一致，雖有同一之國際私法，仍不能有統一之判決。此實爲現今國際私法上最著之阻礙。欲謀去此阻礙，則不能不謀免除法律命意衝突之方法也。

二、法律命意衝突之避免 反致說之適用，在使當事人不論起訴於何國，皆受同一法律之適用。但各國對於法律之命意若不能一致，則統一適用法則之目的仍未能盡達。故說者謂法律命意之問題，實爲解決法律衝突之先決問題。然法律命意說之適用，究覺使法律關係之結果更形複雜。蓋關於法律之命意，當以內國法較外國法易於知曉，且內國法之適用外國法，非欲以外國法律制度解釋內國法，因一國當依本國主權確定內國法之意義也。故關於法律命意說，除統一國際私法論者力爲主張外，在各國立法例上殊無若何顯著之勢力耳。

但爲避免法律命意之衝突，則於適用其命意之準據法，自應首先確定。學者對此問題，認爲屬於法律之實質問題，應依「法院適用法律以本國法」之原則，乃以管轄法院之法律爲準。依此辦法，則各國法院對於法律行爲，遵照本國之命意以解釋之。此種辦法固甚簡便，究非爲澄本清源之法，並不足避免法律命意之衝突也。

茲將避免法律命意衝突之方法，略爲敘述如下：

一、國際會議之召集 此即召集一國際私法統一會議，由各國法學專家一方面確定各種法律名詞之意

義以規定統一之法律命意；一方面研究各國法律相互衝突之點，以規定統一之國際私法法典。夫如是，國際私法之衝突既可免除，而各國法院對於同一之法律行爲，乃有統一之判決。自十九世紀以來，國際間曾舉行各種會議，以謀將各國國際私法之原則作畫一共同之規定，惜無若何顯著之成績。但既開其端，終有成功之一日也。  
(註五)

二、國內立法之制訂 國際立法既未至成熟程度，則法律命意之統一，是有賴於國內立法者。國內立法之預防法律命意之衝突，即在制定法律適用條例時，對於各種之法律名詞，參照他國法律加以適當精確之命意，並設法避免其衝突也。

總之，法律之命意既如上述，各國規定既不相同，則衝突之發生實爲當然之結果。且各國若不同採法律命意說，則各國法院之判決將永無統一之可能。惟若欲統一各種法律之命意，實非一人之能事。故今日組織世界國際私法學會，以圖衆謀之僉同，實爲當務之急。

(註一)關於國籍不明時，得適用住所地法。

(註二)關於債權問題亦間有適用住所地法者。

(註三) Larenzen, *Theory of Qualification and Conflict of Laws*, 20 Col. Law Rev., 217.

(註四) 依英美之判例，不動產適用物之所在地法，動產適用死亡人住所地法。

國際私法綱要

(註五) 一九〇四年海牙繼承條約曾得繼承之命意加以明確之規定。

## 第二十三章 外國判決

法院判決爲一國司法權之實施。而司法權之行使，除條約另有規定者外，僅限於本國領域之內。故法院判決當無域外效力，不能強制他國加以承認。惟現今國際交通日益發達，各國人民之交往因而頻繁，涉外法律關係亦愈複雜。若一國之判決在外國不能發生效力，不僅阻礙判決之執行，且違反既得權尊重之原則。故現在各國對於外國判決，多承認之。其承認之方式，約可分爲三種：第一，承認外國判決爲內國法院所當執行者。此爲德、奧、日等國之立法例（註一）。其理由謂：判決爲一國司法權之實施，故凡合法管轄之法院，即能使當事人間產生新權義；而他國法院本諸「一事不再理」之原則，對於此項新權義即應予以尊重而執行之。第二，承認外國判決爲原訴由之證據者。此爲瑞典、西班牙及挪威等國之立法例。其理由謂：法院判決雖爲一國司法權之實施，但其司法權僅限於內國發生效力。外國判決若在內國執行之，不啻外國司法權在內國實施之，有違立國之道，殊非所宜。故外國判決之效力，僅能認爲原訴由（original cause of action）之證據，須經內國法院之訴訟程序而確定之。第三，承認外國判決爲新訴由之證據者。此爲英美等國之立法例。其理由謂：若採用第一種立法例，



而認內國法院有執行外國判決之義務，有侵襲內國主權之嫌；若採用第二種立法例，而認外國判決僅為原訴由之證據，有悖於國際私法之學理，亦非所宜。兩全之道，即承認外國判決之效力已改變當事人間之原訴由，而產生新訴由；內國法院即以外國判決為新訴由之證據而審理之。茲再舉例以明三種立法例對於外國判決之承認方式互有不同：

(例) 甲因乙違約而訴爭於法國法院，甲得勝訴，並由法國法院判令乙付甲伍千元，作為損害之賠償。乙若攜產逃往他國，甲在法國即無法執行其判決。1. 設乙逃往德國，甲即可在德國法院要求執行法國法院之判決，而責令乙如數償付之（見第一種立法例）；2. 設乙逃往瑞典，甲僅可在瑞典法院提起違約之訴，而以法國判決為訴由之證據（見第二種立法例）；3. 設乙逃往英國，甲可在英國法院提起債務之訴（action of debt），以追還伍千元之賠償，並以法國判決為新訴由之證據（見第三種立法例）（註11）

依國際私法之原則，外國判決適合下列條件者，內國法院應承認其效力：

一、其判決為有管轄權國之判決者 即凡屬合其管轄之國，即有權力使當事人間產生權義；此種權義，當能拘束其他國家（註12）

二、其判決適合於自然正義（natural justice）觀念者 即外國判決不背於內國之公共政策（public

policy) 而其訴由又非爲內國所否認者，其判決之效力應爲內國法院所承認。(註四)

三、其判決非含有刑罰性質者，即凡觸犯刑律而受法院處罰者，其判決固無域外效力；至其他因違犯租稅法或市政法而受金錢處罰者，其判決亦爲內國法院所承認也。(註五)

四、其判決爲終局確定之判決者，即外國法院之判決具有終局確定之效力者，內國法院應承認之。否則，雖屬合法管轄之法院，對於當事人並經合法傳喚，且親自庭應訴，但內國法院仍不能承認其判決之效力。(註六)

判決之效力既能改變當事人間之原權義而產生新權義，則內國法院若否認外國判決之效力，或解除當事人間之新權義，須證明該國法院有下列情形之一者：

第一、外國判決係越權而取得者。蓋訴訟事由有屬地域性者 (local action)，有屬越地性者 (transitory action)。其屬地域性之訴訟，僅能於訴由發生地國審理之。(見例一)；其屬越地性之訴訟，則於債務人或其財產之所在地國即可審理之。(見例二) 試舉例以明之：

(例一) A 因 B 在甲國損害其土地，乃控訴 B 於乙國法院。但乙國法院對於該案並無管轄權，因其訴由屬於地域性者。A 僅能在甲國法院控乙，以賠償其土地之損害。(註七)

(例二) A 因欠 B 鉅款逃往甲國，但在乙國置有財產。則 B 於甲國或於乙國皆可控 A，以追償其債務。因

該案訴由屬於地性也(註八)

第二、敗訴被告不屬於判決國之管轄者。蓋判決法院對於被告有管轄權，其判決始認為有效。被告遇有下列情形之一時，得認判決法院無管轄權，並得持以抗辯。

(甲) 被告未在判決法院居住或經商者(註九)。

(乙) 被告未經合法傳喚且未應訴者(註一〇)。

(丙) 原告以詐術誘被告應訴者(註一一)。

但被告遇有下列情形之一時，即認判決法院有管轄權，因而受判決效力之拘束：

(甲) 被告為判決國之人民者(註一二)。

(乙) 當訴訟發生時被告居住於判決國者(註一三)。

(丙) 被告先訴原告於判決法院，後於該法院為反訴者(註一四)。

(丁) 被告自動應訴出庭者(註一五)。

(戊) 被告約諾受判決法院之管轄者(註一六)。

(己) 被告於判決國有不動產，而該不動產又為訴由者(註一七)。

惟於此應注意者，關於外國判決，尚有二種問題：其一為外國判決適用法律錯誤時，內國法院應否承認；其

一爲同一當事人關於同一法律關係，在內外國同時起訴時，究應如何解決？關於前者問題，如外國誤用其本國法時，是爲法律解釋之錯誤；如外國應依甲國法而誤用乙國法時，是爲法律適用之錯誤。大陸立法律多以不承認爲原則；但英美判例則認爲應行承認而執行之，其理由謂：凡屬合法管轄法院之外國判決，內國法院即應承認，至其判決之理由是否充分，則非內國法所當過問也（註一八）。關於後者之問題，各國慣例多主張應由原告選擇其一，繼續進行訴訟（註一九）；但其在其他一處要求停止訴訟時，須證明同一法律關係已在他處起訴，苟不停止其訴，則將於訴訟之進行有所不利也（註二〇）。

我國民事訴訟法亦以承認外國判決爲原則（註二一），但依第四〇一條之規定，若有左列情形之一者，不認其效力：

一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者；

二、敗訴之一造爲中華民國人民而未應訴者；但開始訴訟所需之傳喚或命令已在該國送達本人，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限；

三、外國法院之判決有背公共秩序或善良風俗者；

四、無國際相互之承認者。

總之，凡屬合法管轄法院之外國判決，內國法院即應認其效力。管轄權之對象既以人物及身分爲其範圍。

(註三)則外國判決亦應分爲屬人外國判決 (Foreign Judgments in Personam) 屬物外國判決 (Foreign Judgment in Rem) 及屬身分外國判決 (Foreign Judgment on Status) 三種。故當事人對於外國法院關於其人物或身分有管轄權因而判決者，即應受其判決之拘束，而內國法院亦應承認其判決之效力也。

(註一)依法國民法第二一二三條及民事訴訟法第五四六條之規定，外國判決須經審核合格而取得法國法院之認可書 (Exequatur) 者，始得執行，但此種外國判決，仍以與法國有條約國之判決爲限，故對於無約國之判決，仍保留其審查權，但其程序則須重新起訴也。

(註二)參閱 *William v. Jones* (1845) 13 M. & W. 623.

(註三)參閱 *Godard v. Gray* (1870) 62 B. 149.

(註四)參閱 *Pemberton v. Hughes* (1899) 1 Ch. 781.

(註五)參閱 *Huntington v. Attrill* (1893) A. C. 150.

(註六)參閱 *M. Donnell v. M. Donnell* (1921) 21 J. R. 148.

(註七)參閱 *Livingston v. Jefferson* (Fed. Cas. No. 8, 411).

(註八)參閱 *Hess v. Pawloski*, 274 U. S. 352. 美國之「青天法」(Blue Sky Law) 卽爲不屬地域性之法律關係所設立者也。

(註九)參閱 *Buchanan v. Rucker* (1808), 9 East 192.

(註一〇)參閱前例。

(註一一)參閱 *Godard v. Gray* (1870) 62 B. 159. 但抗辯人頁畢雷之聲參閱 *Henderson v. Henderson* (1841) 6 Q. B. 28

(註二二)參閱 *Rousillon v. Rousillon*, (1883) 142 Ch. D. 351.

(註二三)參閱前例

(註二四)參閱前例

(註二五)參閱前例

(註二六)參閱前例

(註二七)參閱 *Bequet v. McCarthy* (1831) 2 B. & Ad. 951.

(註二八)參閱 *Westlake, Priv. Int. Law*, § 320. 依英國判例，外國法院誤用其本國法或第三國法因而判決者，內國法院應承認其效

力，但若誤用英國法或國際法者，內國法院應不承認其效力參閱本編第十八章節三節

(註二九)參閱 *Westlake*, pp. 415-419.

(註三〇)大陸學者認同一當事人在外國已起訴時，對於同一法律關係，在內國不得再行起訴參閱 *Bar, Theorie und Praxis des internationalen privatrechts*, S. 122.

(註三一)見民事訴訟法第三九二條之規定。

(註三二)參閱本編第十六章第二節

## 附錄

### 甲 重要法規

#### 一 關於國籍法者

(一) 國籍法 (民國十八年二月五日公布)

#### 第一章 固有國籍

第一條 左列各人，屬中華民國國籍：

- 一、生時父為中國人者；
- 二、生於父死後，其父死時為中國人者；
- 三、父無可考，或無國籍，其母為中國人者；

四、生於中國地，父母均無可考，或均無國籍者。

## 第二章 國籍之取得

### 第二條

外國人有左列各款情事之一者，取得中華民國國籍：

- 一、爲中國人妻者，但依其本國法保留國籍者，不在此限。
- 二、父爲中國人，經其父認識者。
- 三、父無可考，或未認知，母爲中國人，經其母認知者。
- 四、爲中國人之養子者。
- 五、歸化者。

### 第三條

外國人或無國籍人，經內政部許可，得歸化。

呈請歸化者，非具備左列各款條件，內政部不得爲前項之許可。

- 一、繼續五年以上，在中國有住所者。
  - 二、年滿二十歲以上，依中國法及其本國法，爲有能力者。
  - 三、品行端正者。
  - 四、有相當之財產，或藝能足以自立者。
- 無國籍人歸化時，前項第二款之條件，專以中國法定之。

附

錄



第四條 左列各款之外國人，現於中國有住所者，雖未經繼續五年以上，亦得歸化：

一、父或母曾爲中國人者；

二、妻曾爲中國人者；

三、生於中國地者；

四、曾在中國有居所，繼續十年以上者。

前項第一、第二、第三款之外國人，非繼續三年以上，在中國有居所者，不得歸化；但第三款之外國人，其父或母生於中國地者，不在此限。

第五條 外國人現於中國有住所，其父或母爲中國人者，雖不具備第三條第二項第一款、第二款及第四款條件，亦得歸化。

第六條 外國人有殊勳於中國者，雖不具備第三條第二項各款條件，亦得歸化。

內政部爲前項歸化之許可，須經國民政府核准。

第七條 歸化須於國民政府公報公布之日，自公布之日起，發生效力。

第八條 歸化人之妻，及依其本國法未成年之子，隨同取得中華民國國籍，但妻或未成年之子，其本國法有反對之規定者，不在此限。

第九條 依第二條之規定，取得中華民國國籍者，及隨同歸化人取得中華民國國籍之妻及子，不得任左列各款公職：

一、國民政府委員、各院長，及委員會委員長。

二、立法院立法委員、及監察院監察委員。

三、全權大使、公使。

四、海陸空軍將官。

五、各省區政府委員；

六、各特別市市長；

七、各級地方自治職員。

前項限制，依第六條規定歸化者，自取得國籍日起，滿五年後，其他自取得國籍日起，滿十年後，內政部得呈請國民政府解除之。

### 第三章 國籍之喪失

#### 第一〇條

中國人有左列各款情事之一者，喪失中華民國國籍：

一、爲外國人妻，自請脫離國籍，經內政部許可者；

二、父爲外國人，經其父認知者；

三、父無可考，或未認知，母爲外國人，經其母認知者。

依前項第二、第三款規定喪失國籍者，以依中國法未成年或非中國人之妻爲限。

#### 第一一條

自願取得外國籍者，經內政部之許可，得喪失中華民國國籍；但以年滿二十歲以上，依中國法有能力者爲限。

#### 第一二條

有左列各款情事之一者，內政部不得爲喪失國籍之許可：

一、屆服兵役年齡，未免除服兵役義務，尙未服兵役者；

二、現服兵役者；

三、現任中國文武官職者。

附

錄

第三條 有左列各款情事之一者，雖合於第十條、第十一條之規定，仍不喪失國籍：

- 一、爲刑事嫌疑人或被告人；
  - 二、受刑事之宣告執行未終結者；
  - 三、爲民事被告者；
  - 四、受強制執行未終結者；
  - 五、受破產之宣告未復權者；
  - 六、有滯納租稅，或受滯納租稅處分，未終結者。
- 第四條 喪失國籍者，喪失非中國人不能享受之權利喪失國籍人，喪失國籍前已享受前項權利者，若喪失國籍後一年以內不讓與中國人時，其權利歸屬於國庫。

#### 第四章 國籍之回復

第五條 依第十條第一項第一款之規定喪失國籍者，婚姻關係消滅，經內政部之許可，得回復中華民國國籍。

第六條 依第十條之規定喪失國籍者，若於中國有住所，並具備第三條第二項第三、第四款條件時，經內政部許可，得回復中華民國國籍，但歸化人及隨同取得國籍之妻與子喪失國籍者，不在此限。

第七條 第八條規定，於十五條、第一六條情形準用之。

第八條 回復國籍人自回復國籍日起，三年以內，不得任第九條第一項各款公職。

## 第五章 附則

第一九條 本法施行條例另定之。

第二〇條 本法自公布日施行

### (二) 國籍法施行條例 (民國十八年二月五日公布)

第一條 在國籍法及本條例施行前依前國籍法及施行規則已取得或喪失或回復中華民國國籍者一律有效。

第二條 依國籍法第二條第一款至第四款及第八條取得中華民國國籍者，由本人或父或母聲請居住地方之該管官署核明，轉報內政部備案，並由內政部於國民政府公報公布之。其住居外國者，得聲請最近中國使領館轉報。

第三條 依國籍法第二條第五款願取得中華民國國籍者，應由本人出具左列書件，聲請住居地方之該管官署，轉請內政部核辦。

一、願書

二、住居地方公民二人以上之保證書

內政部核准歸化時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之。

第四條 依國籍法第十條第一項第二款、第三款喪失中華民國國籍者，應由本人或父或母聲請住居地方之該管官署核明，轉報內政部備

案，並由內政部於國民政府公報公布之。其住居外國者，得聲請最近中國使領館轉報。

第五條 依國籍法第十一條規定願喪失中華民國國籍者，應由本人出具聲請書，呈請居住地方之該管官署，轉請內政部核辦；其居住外國者，得聲請最近中國使領館轉經內政部核准。喪失國籍時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之。自公布之日起，發生效力。

第六條 依國籍法第二條第五款及第十一條取得或喪失中華民國國籍者，內政部須指定新聞紙二種，令聲請人登載取得或喪失國籍之事實。

第七條 依國籍法第十三條至十七條回復中華民國國籍者，準用本條例第二條、第三條及第六條之規定。

第八條 取得、回復或喪失中華民國國籍後，發現有與國籍法之規定不合情事，其經內政部之許可者，應將已給之許可證書撤銷，經內政部備案者，應將原案註銷，並於國民政府公報公布之。

第九條 國籍法施行前，中國人已取得外國國籍，若未依前國籍法及其施行規則呈明者，應依本條例第五條之規定辦理。

第一〇條 國籍法施行前及施行後，中國人已取得外國國籍，仍任中華民國公職者，由該管長官查明，撤銷其公職。

第一一條 本條例所引之聲請書、願書、保證書及許可證書程式另定之。

第一二條 本條例自公布日施行。

(三) 國籍法公約 (西曆一九三〇年 月 日 訂，民國十九年十二月二十七日立法院通過，國府尙未批准。)

## 第一章 總則

第一條 每一國家依照其法律決定何人爲其國民。此項法律如與國際公約、國際習慣及普通承認關於國籍之法律原則不相衝突，其他國家應予承認。

第二條 關於某人是否隸屬某特定國家國籍之問題，應依該國之法律以爲斷。

第三條 除本公約另有規定外，凡有兩個以上國籍者，各該國家均得視之爲國民。

第四條 國家關於本國人民之兼有他國國籍者，對於該第三國不得施外交上之保護。

第五條 在第三國之領土內有一個以上之國籍者，應視爲祇有一個國籍。在不妨礙該國於身分事件法律之適用及有效條約等範圍之內，該國就此人所有之各國籍中，應擇其通常或主要居所所在之國家之國籍，或在各種情形之下似與該人實際上關係最切之國家之國籍，即承認爲其唯一之國籍。

第六條 有一個以上國籍之人，而此等國籍非其自願取得者，經一國之許可，得放棄該國之國籍，但該國給與更優出籍權利之自由，不在此限。倘此人在國外有習慣及主要之居所，而適合其所欲出籍國家之法定條件者，前項許可不應拒絕。

## 第二章 出籍許可證書

第七條 一國之法律規定發給出籍許可證書者，倘領得證書之人非有另一國籍或取得另一國籍時，此項證書對之不應有喪失國籍之效果。

倘領得證書之人在發給證書國家所規定之時間內不取得另一國籍則證書失有效力；但領得證書之時已有另一國籍者，不在此限。領得出籍許可證書者，取得新國籍之國家，應將其人取得國籍之事實，通知發出證書之國家。

### 第三章 已嫁婦人之國籍

第八條 倘妻之本國法規定爲外國人妻者喪失國籍，此種效果應以其取得夫之國籍爲條件。

第九條 倘妻之本國法規定在婚姻關係中夫之國籍變更，妻因而喪失國籍時，此項效果應以其取得夫之新國籍爲條件。

第一〇條 夫在婚姻關係中歸化，倘妻未曾同意，此項歸化對妻之國籍不發生效果。

第一一條 倘妻之本國法規定爲外國人妻喪失國籍時，在婚姻關係消滅後，非經妻自行請求，並遵照該國法律，不得回復國籍；倘妻回復國籍，即喪失其因婚姻而取得之國籍。

### 第四章 子女之國籍

第一二條 規定因出生於國家領土內取得國籍之法規，不能當然的適用於在該國享受外交豁免權者之子女。

各國法律對於正式領事或其他國家官員具有政府使命者所生於該國領土內之子女，應容許以拋棄或其他手續解除該國國籍；惟以其生來即有重復國籍，並保留其父母之國籍者爲限。

第一三條 依歸化國法律未成年之子女，隨父母之歸化取得國籍在此種情形之下，該國法律得規定未成年子女因其父母歸化而取得國籍之條件。

倘未成年之子女因其父母之歸化而取得國籍時，應保留其原有之國籍。

第一四條 父母無可考者，應取得出生地國家之國籍；倘日後其父母可考，其國籍應依照父母可考者之規律決定；倘無反面之證據，案件應推定爲生於發見國家之領土內。

第一五條 倘一國之國籍不能僅以出生而當然的取得，則生於該國境內之無國籍者，或父母國籍無可考者，得取得該國國籍。該國之法律應規定在此種情形下取得該國國籍之條件。

第一六條 倘私生子所隸屬國家之法律得因其民事地位變更（如追認及認知）而喪失時，此種國籍之喪失應以此人取得別國國籍爲條件；惟應按照該國關於民事地位變更影響國籍之法律。

## 第五章 養子

第一七條 倘一國之法律規定其國籍得因爲外國人養子而喪失時，此種國籍之喪失，應以此人按照該外國人之本國法，關於立養子影響國籍之法律，取得立養子者之國籍爲條件。

## 第六章 總結條款

第一八條 各締約國允自本公約發生效力之日起，於彼此相互之關係間，適用前例各條約所定之原則及規定。

本公約載入前項所述原則，規定對於此種原則及規定是否已經構成國籍法之一部之問題，絕無妨害前列各條所未載之點。現行國際公法之原則及規定當然將繼續有效。



第一九條 本公約對於各締約國間現有之各項條約、公約或協定關於國籍或相關事項之規定，絕不發生影響。

第二〇條 任何締約國簽字於本公約時，或批准時，或加入時得就第一條至十七條及二十一條附加明白保留案除去一條或多條。此項業經除去之規定，對於保留國家不能適用。該國家對於其他締約國亦不能採用。

第二一條 各締約國間如因本公約之解釋或適用發生任何爭端，而此項爭端不能以外交手續滿意解決時，即當按照各該國間現行解決國際爭端之協定解決之。

倘各該國間無此項協定，該項爭端應按照各該國間之憲法手續交付公斷，或司法解決。倘各該國未約定交付其他法院，而均為一九二〇年十二月十六日關於國際常任法庭庭規公約之簽字者，該項爭端應交國際常任法庭；倘各當事國間有一國未曾簽字於一九二〇年十二月十六日之公約，該項爭端應交付依照一九〇七年十月十八日和平解決國際爭端之海牙公約而組織之公斷法庭。

第二二條 在一九三〇年十二月三十一日以前凡為國際聯合會之會員國，或非會員國而被邀出席第一次編纂國際法典會議者，或曾受國際聯合會行政員特送公約一份者，均得派遣代表簽字於本公約。

第二三條 本公約須經批准之手續。批准書須存置於國際聯合會秘書廳。秘書長應通知各批准書之存置於國際聯合會之會員國及第二十二條所舉之非會員國，並聲明存置之日期。

第二四條 自一九三一年一月一日起，國際聯合會之會員國及第二十二條所舉之非會員國，未經簽字於本公約者，得加入本公約。加入之手續應以書件為之。此項書件應存置於國際聯合會秘書廳。國際聯合會秘書長應通知各加入國於國際聯合會之會員國及第二十二條所舉之非會員國，並聲明加入之日期。

第二五條 經十個會員國或非會員國存置批准書，或加入書後，國際聯合會秘書長應即作成記事錄。

國際聯合會祕書長應將此項記事錄之簽證本一份送致國際聯合會之會員國及第二十二條所舉之非會員國。

## 第二十六條

自第二十五條所規定記事錄作成後之第九十日起，本公約對於國際聯合會之會員國及非會員國，於記事錄作成之日已存置批書或加入書者，發生效力。

聯合會會員國或非會員國於該日期後存置批准書或加入書者，本公約應於存置日期後之第九十日起發生效力。

## 第二十七條

自一九三六年一月一日起，國際聯合會會員國，或非會員國受本公約拘束者，得為修改本公約條文之請求，致書於聯合會祕書長。倘該項請求送致其他聯合會會員國及非會員國之受本公約拘束者，一年內至少有九國之贊助，則國際聯合會行政院應於諮詢國際聯合會會員國及第二十二條所舉之非會員國後，決定應否為此事召集特別會議，俾於下次編纂國際法會議時討論修改。

各締約國同意，本公約如須修正，則修正之公約得規定本公約條文之一部份或全體，自新公約實行後，在本公約締約國間廢止適用。

## 第二十八條

本公約得宣告廢止之。

宣告廢止應以書面之通知書送致於國際聯合會祕書長，應通告聯合會會員國及第二十二條所舉之非會員國。

宣告廢止於祕書長接到通知之一年後發生效力，但此種效力僅以對於曾被通知宣告廢止之聯合會會員國或非會員國為限。

## 第二十九條

一、任何締約國得於簽字時，批准時，或加入時，宣告雖接受本公約，但關於該國之一切或任何殖民地、保護國、海外地域，或在統治或委託權下之地域，或關於此種地域之一部之人民，不負擔任何義務；本公約對於宣言中所言之任何地域或人民之一部，不得適用。

二、任何締約國，嗣後無論何時，均可通知國際聯合會祕書長，聲明願以本公約適用於前項宣言書內所稱之一切或任何地域或其人民之一部。本公約自國際聯合會祕書長接到通知書後六個月起，對於該通知內所言之一切地域或其人民之一部，即行適用。

三、任何締約國，無論何時，均可宣言本公約對於該國之一切或任何殖民地、保護國、海外地域，或在統治或委託權下之地域，或關於此

種地域內之一部人民，停止適用。本公約自國際聯合會秘書長接到通知後一年起，對於宣言內所言之一切地域或其人民，停止適用。

四、任何締約國關於其一切或任何殖民地、保護國、海外地域，或在統治或委託權之地域，或關於此種地域內一部之人民得於簽字於本公約時，或批准或加入時，或照本條第二項通知時，為第二十條規定之保留。

五、國際聯合會秘書長應將按照本條收到各項宣言及通知書，送致國際聯合會會員國及第二十二條所舉之非會員國。

第三〇條 本條約一經發生效力，應由國際聯合會秘書長登記。

第三一條 本公約之英文及法文本，有同等效力。

## 二 關於國際私法者

### (四) 法律適用條例 (民國十七年公布)

#### 第一章 總綱

第一條 依本條例適用外國法時，其規定有背於中國公共秩序或善良風俗者，仍不適用之。

第二條 本條例適用當事人本國法時，其當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍定其本國法，但依國籍法應認為中國人者，依中國之

法律

當事人無國籍者，依其住所地法；住所不明時，依其居所地法。當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法。

第三條 外國法人經中國法認許成立者，以其住所地法爲其本國法。

第四條 依本條例適用當事人本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法。

## 第二章 關於人之法律

第五條 人之能力，依其本國法。

外國人依其本國法爲無能力，而依中國法爲有能力者，就其在中國之法律行爲，視爲有能力；但關於親族法、繼承法及在外國不動產之法律行爲，不在此限。

有能力之外國人取得中國國籍，依中國法爲無能力時，仍保持其固有之能力。

第六條 凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法及中國法同有禁治產之原因者，得宣告禁治產。

第七條 前條規定，於準禁治產適用之。

第八條 凡在中國有住所或居所之外國人生死不明時，祇就其在中國之財產及應依中國法律之法律關係，得依中國法爲死亡之宣告。

## 第三章 關於親族之法律

第九條 婚姻成立之要件，依當事人各該本國法。

第一〇條 婚姻之效力，依夫之本國法。

夫婦財產制，依婚姻成立時夫之本國法。

第一一條 離婚，依其事實發生時夫之本國法及中國法均認其事實為離婚原因者，得宣告之。

第二條 子之身分，依出生時其母之夫之本國法；如其夫於子出生前已死亡，依其最後所屬國之法律。

第三條 私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法。

認領之效力，依認領者之本國法。

第四條 養子成立之要件，依當事人各該本國法。

養子之效力，依養父母之本國法。

第五條 父母與子之法律關係，依父之本國法；無父者，依母之本國法。

第六條 扶養之義務，依扶養義務者之本國法，但扶養權利之請求為中國法所不許者，不在此限。

第七條 前八條以外之親族關係及因其關係所生之權利義務，依當事人之本國法。

第八條 監護，依被監護人之本國法；但在中國有住所或居所之外國人，有左列情事之一者，其監護依中國法：

一、依其本國法，有須置監護人之原因，而無人行監護事務者。

二、在中國受禁治產之宣告者。

第九條 前條之規定於保佐準用之。

#### 第四章 關於繼承之法律

第二〇條 繼承依被繼承人之本國法。

第二一條 遺囑之成立要件及效力依成立時遺囑人之本國法。

遺囑之撤銷依撤銷時遺囑人之本國法。

## 第五章 關於財產之法律

第二二條 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。

物權之得喪，除關於船舶外，依其原因事實完成時物之所在地法。

關於物權之遺囑方式，得依第三十六條第一項前段之規定。

第二三條 法律行為發生債權者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人意思不明時，同國籍者，依其本國法；國籍不同者，依行為地法。

行為地不同者，以發通知之地為行為地。

契約要約地與承諾地不同者，其契約之成立及效力，以發要約通知地為行為地；若受要約人於承諾時不知其發信地者，以要約人之

住所視為行為地。

第二四條 關於因事務管理不當利得發生之債權，依事實發生地法。

第二五條 關於因不法行為發生之債權，依行為地法；但依中國法不認為不法者，不適用之。

前項不法行為之損害賠償及其他處分之請求，以中國法認許者為限。

## 第六章 關於法律行爲方式之法律

第二六條 法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法。但適用規定行爲效力之法律所定之方式，亦爲有效。

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之規定。

## 第七章 附則

第二七條 本條例自公布日施行。

### (五) 法律適用條例草案 (民國十六年由司法部民事司鈔出)

定名理由： 謹按：內外國法律適用之通則，有規定於民法者，有規定於民法總則或施行法者，有以特別法規定者。夫內外國法律適用問題，不僅爲民法上之關係，自以特別法規定爲宜，故本條例亦採用特別法之制。查日本關於法律適用問題，亦以特別法公布名例。本條例不襲日本之名稱者，以日本法例中有法律施行日期及習慣準法律等其他規定，而本條例則純爲解釋內外國法律適用而設，故定名爲法律適用條例。

## 第一章 總綱

第一條 凡法律屬於公法之規定，於凡在中華民國領土內者，不問何人適用之。

理由 內外國法律抵觸問題僅適用於私法，至公法之規定，如憲法、刑法、行政法、訴訟法等，皆為國家主權所繫，於凡在中華民國領土內者，無論內外國人一律適用。雖我國有領事裁判權，不免稍受限制，但原則固不能不認定耳。

參考 法國民法第三條第一項、義大利民法總則第十一條、西班牙民法第八條第二項、葡萄牙商法第十二條。

附註 各國法律首著適用法律之例者為法國民法，顯僅有三條。嗣後各國法律仿之稍稍擴充，亦復未能詳備，其規定最詳細者為德國、日本在法律未備之國，尊重法例，繁曠不及經述。故本條例參考所列，專以見於法律條約正文者為主。

第二條 凡法律屬於私法之規定，在本條例範圍內，得適用外國法律；但其規定有背於我國公共秩序或善良風俗者，不適用之。

理由 關於私法之規定，依法律屬人之意旨，許外國法律之適用，為法義、德、奧、法系所公認。立國於世界，必當有自衛之權，如外國法律於我國公共秩序或善良風俗有違反之規定者，自不許其適用。如中國民法不認民事上死亡及別居之制，故不能許此項外國法律之適用也。

參考 義國民法總則第十二條、西班牙民法第八條第一項、德國民法施行法第三十條、日本法例第三十條。

第三條 依本條例適用當事人本國法時，如當事人有多數之國籍，除依國籍法應認為中國人外，依其最後取得國籍之本國法。

當事人無國籍，依其住所地法；住所不明時，依其居所地法。

當事人本國內各地方異其法律時，依其所屬地方法。



理由 本條例所取之主義，係當事人本國法主義。但世界各國國際法之規定未能一致，一人有兩國籍或無國籍之弊，勢不能免，故設本條以救濟之。凡當事人有多數國籍，其一為中國國籍時，應適用中國法，因國籍法乃公法也。至本國法雖以國籍為主，但對於無國籍之人，不得不依住居法，以濟其窮。第三項之規定，為法律尚未統一之國而設，例如英、美、俄、瑞、士諸國內各地，方之民法，勢必至無從適用也。

參考 德國民法施行法第二十九條、日本法例第二十七條。

#### 第四條

外國認許成立之法人，經中國認許者，以其住所地法為其本國法。

理由 外國法人，除法律認許者外，應否認其成立。民法草案第六十六條規定甚明，故惟認許成立者，乃許其有本國法。公法人之國籍，自無疑義，至私法人之國籍，有以設立自然人之國際為標準者，有以成立時所根據之法律為標準者，有以成立地之法律為標準者，有以主事所在地為標準者。依義法學說及一八九一年國際法協會議決，俱認住所地（即主事務所所在地主義）為法人國籍之標準，故設右列之規定。

參考 德國民法施行法第二十七條、日本法例第二十九條。

## 第二章 關於人之法律

#### 第六條

人之身分能力，依其本國法定之。

外國人依其本國法為無能力者，其在中國之法律行為，如依中國法為有能力，即視為有能力，但關於親族法、繼承法及在外國不動產之法律行為，不在此例。

有能力之外國人，取得中華民國國籍，依中國法爲無能力時，仍保持其固有之能力。

理由 人之身分能力依當事人本國法爲法，德奧法系公認原則，但爲保護在內國之法律行爲起見，除親族法，承繼法應全依本國法，不動產應依所在地法外，特採德奧法系之制，設有例外，所以謀內國社會之安寧也。至國籍變更，能力隨之變更，於相對人及第三者之利益頗有危險，故設第三項以救濟之。

參考 法國民法第三條第三項，義大利民法總則第六條，西班牙民法第九條，荷蘭民法第六條，葡萄牙民法第二十六條，第二十七條，德國民法施行法第七條，奧國民法第四條，第三十四條，第三十六條，瑞士一八八一年法律第十條，日本法例第三條。

### 第七條

凡於中國有住所或居所之外國人，依其本國法及中國法有禁治產之原因者，宣告禁治產。

宣告禁治產之效力，依禁治產者之本國法。

### 第八條

前條規定，於準禁治產適用之。

理由 禁治產，準禁治產，限制人之能力，應由其本國宣告，但外國人有居住於中國者，爲維持中國社會之安寧起見，特別賦中國法院以宣告之權。至宣告原因，依能力從本國法之原則，必其本國法暨中國法均認可者，乃許宣告。至宣告效力，依其本國法，因其爲能力問題也。

參考 德國民法施行法第八條，日本法例第四條第五條，一千九百零五年德法等國海牙關於禁治產條約第十八條。

### 第九條

凡於中國有住所或居所之外國人生死不明，如有應依中國法律之法律關係時，得依中國法爲死亡之宣告。

理由 人之生死不明時，各國或宣告失踪，或宣告死亡，關係身分能力，與上條情形相同，應由本國宣告。中國法院僅於本條指定之情形時，特別有宣告之權。關於宣告條件及效力，依中國法，因宣告效力僅及於應依中國法之法律行爲也。

參考 德國民法施行法第九條、日本法例第六條。

### 第三章 關於親族之法律

第一〇條 婚姻成立之要件，依當事人雙方之本國法定之。

理由 婚姻成立要件，應從雙方之本國法。蓋自婚姻成立之日起，乃有妻從夫法之原則；在婚姻成立以前，妻固未取得夫之國籍也。一千九百零二年海牙婚姻條約第一條即著此義。

第一一條 婚姻之效力，依夫之本國法。  
參考 德國民法施行法第十三條、日本法例第十三條、一千九百零二年德法等十二國海牙婚姻條約第一條至第七條。

理由 妻有從夫之義務關於婚姻之效力，除財產外，例如妻之能力及其權利義務問題，自當一以夫法為主。  
參考 德國民法施行法第十四條、日本法例第十四條、一千九百零五年德法等九國海牙關於婚姻效力條約第一條。

第二二條 夫婦財產制，依婚姻成立時夫之本國法。

理由 夫婦財產制可分為二種：一契約財產制，二法定財產制。訂有財產契約者，依契約所定；其未訂契約者，法定財產制即為當事人雙方之默約。婚姻成立，妻從夫籍，契約是否成立，能否修改，及法定財產制之若何規定，悉以夫之本國法為主，其必聲明婚姻成立時者，婚姻財產各國多未確定主義，不許其因變更國籍從而變更也。

第一三條 離婚之原因，依事實發生時夫婦之本國法及中國法共同認可者，得宣告之。  
參考 德國民法施行法第十五條、第十六條、日本法例第十五條、一千九百零二年海牙婚姻效力條約第二條至第八條。

離婚之效力，依夫之本國法。

理由 離婚原因爲一國善良風俗所關，故必內國法共同認可時乃得宣告。至其效力則適用其本國法，以其與年分能力問題相關也。  
一千九百零二年海牙離婚別居條約同此規定。

第一四條 參考 德國民法施行法第十七條、日本法例第十六條、一千九百零二年海牙離婚別居條約第一條至第八條。  
嫡子之否認訴訟依其出生時母夫之本國法；如母夫於子出生前已死時，依其最後所屬國之法律定之。

理由 嫡子否認訴訟時，父子之分未定，故稱曰母夫。否認訴訟，乃爲保護母夫之利益而設，故從母夫之本國法。  
參考 德國民法施行法第十八條、日本法例第十七條。

第一五條 私生子認知之要件，依認知者與被認知者雙方之本國法。

認知之效力，依認知者之本國法。

理由 認知與婚姻同，認知確定以前，子不變更國籍，故認知要件必依雙方之本國法。至認知後，大抵子已取得認知者之國籍，故從認知者之本國法。

參考 德國民法施行法第二十二條、日本法例第十八條。

第一六條 養子成立之要件，依當事人雙方之本國法。

養子之效力，依養親之本國法。

理由 歐美養子，其目的僅在傳授遺產，並不取得國籍，中國、日本則認養子爲取得國籍原因之一。養子成立以前，雙方並無關係，故依雙方之本國法；養子成立以後，中日之取得國籍者無論矣，即在歐美諸國，養親於養子亦無非欲依其本國法達其傳授財產之目的，故

依養親之本國法

參 德國民法施行法第二十二條，日本法例第十九條。

第十七條 親權之行使依子之本國法

理由 親權之行使，羅馬時代認為保護父之利益，近世各國均已一致承認為保護子之利益，故依子之本國法。

參考 德國民法施行法第十九條，第二十條，日本法例第二十條。

第十八條 扶養之義務，依扶養權利者之本國法，但扶養權利之請求為中國法律所不許者，不在此限。

理由 扶養義務為保護扶養權利者而設，依法律通例，應依被保護人之法，惟扶養權利請求之範圍，仍以中國法許可者為限，所以保

護吾人之利益也。

參考 德國民法施行法第二十一條，日本法例第二十一條。

第十九條 監護，依被監護人之本國法。

理由 關於監護之法律，英美主義依財產所在地法，其結果多數適用之法律為法義、德、奧法系所不取。至監護之設立，其目的在保護

無能力人，自應以被監護人法律為準。一千九百零二年海牙監護條約亦取此義。

參考 德國民法施行法第二十三條，日本法例第二十五條，一千九百零二年海牙監護條約第一條至第八條。

第二十條 前條規定，於保佐適用之。

理由 保佐適用於準禁治產，為保護能力薄弱之人而設，自應與上條一律辦理。

參考 日本法例第二十四條。

## 第四章 關於繼承之法律

### 第二條 繼承，依被繼承人之本國法。

理由 繼承有法定繼承、遺囑繼承兩種，本條繼承指法定繼承也。各國民法對於法定繼承之規定，多係推測被繼承人之志願，故採被繼承人之本國法。

參考 義國民法總則第八條、西班牙民法第十條、德國民法施行法第二十四條第一項、第二項、第二十五條、第二十六條、日本法例第二十五條。

### 第二條 遺囑之成立要件及效力或其撤銷，依成立或撤銷時遺囑人之本國法。

理由 遺囑之成立關係遺囑人能力問題，自應適用能力法之通則。至遺囑效力雖於死亡後發生，而其能否成立抑或撤銷，則當時業已確定，故不依死亡時之本國法，而依成立或撤銷時之本國法。

參考 德國民法施行法第二十四條第三項、日本法例第二十六條。

## 第五章 關於財產之法律

### 第二三條 關於動產不動產之物權，依物之所在地法。

理由 物權之種類規定於法律，非當事人所得自由增減，其權利得喪之規定，亦多於國家經濟政策有關係，各國承法則區別說學者之餘旨，尚有區別不動產或動產適用之法律者，然動產定義各國民法區別不一，易起爭執，與其依所有人法母寧從所在地法之爲愈。

參考 法國民法第三條第二項、義國民法總則第七條、西班牙民法第十條、荷蘭民法第七條、羅馬尼亞民法第二條、奧國民法第三百條、德國民法施行法第二十八條、日本法例第十條。

#### 第二四條

因法律行為發生之債權，應依何國法律，依當事人意思定之。當事人意思不明時，同國籍者，依其本國法；不同國籍者，依行為地法。行為地不同時，以發通知之地為行為地。

理由 契約自由之原則，應依何國法律，以依當事人意思為準。惟當事人意思不明時，同國籍者，應推定其採用本國法。國籍不明時，依行為成立地法，因其為雙方共同之法律也。至同一法律行為，而行為地在二處以上時，各國民法有取發信地主義者，有取受信地主義者，以學理論，似發信主義較優。故本條不論單獨行為或契約，均以發信地為行為地。

參考 義國民法總則第九條、日本法例第七條第九條。

#### 第二五條

因事務管理，不當利得發生之債權，當事人同籍者，依事實發生地法。

理由 事務管理，不當利得，法國民法稱為比附契約，即羅馬之 *Quasi ex contractu* 也。蓋此等行為，雖無意思表示，固可認為默約。立法家以為當事人若能發表意思，其志願當復相同，故準用契約之規定。

參考 日本法例第十一條。

#### 第二六條

因不法行為發生之債權，依行為地法；但依中國法律不認為不法者，不適用之。前項不法行為之損害賠償及其他處分，以中國法律認可者為限。

理由 不法行為關於其地之公共秩序，應依行為地法及事實發生地之法律也。惟絕對採用行為地法，於內國之公益或多影響，故本條採用英美法制，必雙方俱認為不法行為，乃許其提起訴訟。至賠償責任之範圍，亦以中國法律所許可者為限，以保護國內之公益。

參考 德國民法施行法第十二條，日本法例第十一條。

## 第六章 法律行為之方式

第二七條 法律行為之方式，除第二項規定外，依行為地法，但當事人同籍時，得用其本國法。

設定或處分物權行為之方式，依物之所在地法。

理由 方式依行為地法 *Locus actus* 之原則，為各國所公認，因方式之規定，其目的在防欺詐。各國視其國之風俗道德，恆有特殊之方式，苟行為地認為其確者，固可加以信任。且本國所定方式，外國往往無從適用。例如本國法須公證人證明，苟所在國無公證人，又將何以處之？惟方式依行為地法之通則，各國有以為強制通則者，有以為任意通則者。本條例則取任意通則者之制，如當事人同籍，願採本國法者，自可聽之。至物權之設定或處分，依物權從所在地法之通則，自以依所在地法為妥。

參考 義國民法總則第九條，西班牙民法第十一條，荷蘭民法第十條，德國民法施行法第十一條，日本法例第八條。

第二八條 本條例自公布日施行。

## (六) 日本法例 (一八九八年公布)

第一條 本法例自公布日起，二十日後施行之，但法律另有規定者，不在此限。



台灣、北海道、沖繩縣及其他島地，另以命令定其施行之時期。

第二條 不反於公共秩序或善良風俗之習慣，而非爲法令所禁止者，與法律有同等之效力。

第三條 人之能力，依其本國法定之。

外國人依其本國法爲無能力者，其在本國之法律行爲，如依日本法爲有能力，即視爲有能力。

前項之規定，關於親族法或繼承法，及在外國不動產之法律行爲，不適用之。

第四條 禁治產之原因，依禁治產人本國法，其宣告之效力，依宣告國之法律。

凡於日本有住所或居所之外國人，依其本國法有禁治產之原因者，法院得爲禁治產之宣告；但依日本法無禁治產之原因者，不在此限。

第五條 前條規定於準禁治產適用之。

第六條 外國人生死不明時，祇就其在本國之財產及應依日本法律之法律關係，得依日本法爲失蹤之宣告。

第七條 關於法律行爲之成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

第八條 法律行爲之方式，依定其行爲效力之法律。

不依前條之規定，而依行爲地法所定之方式者，亦爲有效，但設定或處分物權行爲之方式，不在此限。

第九條 對於在法律不同地之人爲意思表示者，以發通知地爲行爲地。

第一〇條 關於動產及不動產物權及其他應登記之權利，依物之所在地法。

前項權利之得喪，依原因事實完成時物之所在地法。

第一條 因事務管理，不當利得，或不當行爲而生之債權，其成立及效力，依其原因事實發生地法。

關於不法行爲，在外國發生之事實，如依日本法不認爲不法者，不適用前項之規定。

在外國發生之事實，依日本法認爲不法者，如依日本法所認之損害賠償或其他處分，被害人不得請求之。

第二條 債權讓與對於第三人之效力，依債務人之住所地法。

第三條 婚姻成立要件，依當事人雙方本國法定之，但其方式，依婚姻舉行地法。

前項之規定，不妨礙民法第七百七十七條之適用。

第四條 婚姻之效力，依夫之本國法。

外國人爲女戶主或贅婿或爲日本人之養子者，其婚姻之效力，依日本法。

第五條 夫婦財產制，依婚姻之當時夫之本國法。

外國人爲女戶主或贅婿或爲日本人之養子者，夫婦財產制，依日本法。

第六條 離婚，依其原因事實發生時夫之本國法，但其原因事實，以非日本法亦認爲離婚之原因者，法院不得爲離婚之宣告。

第七條 子爲嫡出與否，依其生出時母夫之本國法；如母夫於子出生前已死時，依其最後所屬國之法律定之。

第八條 私生子認領之要件，關於其父或母者，依認領時父或母之本國法；關於其子者，依認領時子之本國法。

認領之效力，依父或母之本國法。

第九條 收養之要件，依當事人雙方之本國法。

收養之效力及收養之終止，依養親之本國法。

第二〇條 親子間之法律關係，依父之本國法；如無父時，依母之本國法。

第二一條 扶養之義務，依扶養義務者之本國法。

第二二條 前九條所揭以外之親族關係及因是而生之權利義務，依當事人之本國法。

第二三條 監護，依被監護人之本國法。

在日本有住所或居所之外國人，依其本國法有監護之原因而無人行監護之事務者，及在日本爲禁治產之宣告者，其監護依日本法。

第二四條 前條規定，於保佐準用之。

第二五條 繼承，依被繼承人之本國法。

第二六條 遺囑之成立及效力，依其成立時遺囑人之本國法。

遺囑之撤銷，依撤銷時遺囑人之本國法。

前二項之規定，就遺囑之方式，依行爲地法。

第二七條 應依當事人本國法時，其當事人有二以上之國籍者，依最後所得之國籍定其本國法；但其一爲日本之國籍者，依日本法。

無國籍者，以其住所地法視爲本國法；不知其住所時，依居所地法。

當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法律。

第二八條 應依當事人之住所地法而不知住所時，依其居所地法。

前條第一項及第三項之規定，於應依當事人住所地法時準用之。

第二九條 應依當事人之本國法時，如依其本國法應依日本法者，依日本法。

第三〇條 應依外國法時如其規定反於公共秩序或善良風俗者不適用之。

### (七)德國民法施行法(一八九九年公布)

茲僅就德法與國際私法有關之條文摘譯如次，以供參閱：

第七條 人之法律行為能力依其本國法定之。

外國人依其本國法爲無能力人而依德國法爲有能力者，就其在內國之法律行為視爲有能力人，但關於親族法上之法律行為及其在外國不動產之法律行為不在此限。

第八條 在德國有住所或有居所之外國人，依德國法於德國爲禁治產之宣告。

第九條 失踪人於失踪時爲德國人者，得於德國依德國法爲死亡之宣告。

失踪人於失踪時爲外國人者，就其依德國法律之法律關係及關於在德國之財產，得依德國法於德國爲死亡之宣告。民法第二千三百六十九條第二項之規定，於本項情形準用之。

失踪人爲外國人者，如在德國有最後之住所，且其原爲德國人而住於德國者，或其妻與失踪人於結婚時爲德國人者，得不受第二項之限制，而依妻之聲請，依德國法對於失踪人而爲死亡之宣告。

第一一條 法律行為之方式，依其爲行為目的之法律關係應適用之法律，但適用行為地法，亦爲有效。

前項但書之規定，於該定物權或處分物權之法律行為，不適用之。

第二條 對於德國人關於其在外國所爲之行為，不得爲大於德國法所認之請求。

第三條 婚姻之締結，依各當事人之本國法。

依第九條第三項之規定，對於外國人宣告死亡者，其妻之婚姻依德國法。

在德國締結之婚姻方式，應依德國法。

第十四條 夫婦爲德國人，住於外國者，其相互間之關係，依德國法。夫喪失德國國籍而妻保留之者，亦同。

第十五條 夫婦財產制，於婚姻成立時，夫爲德國人者，依德國法。

婚姻成立後，夫取得德國國籍者，或夫婦爲外國人而於德國有住所者，其夫婦財產制，依婚姻成立時夫之本國法。

夫婦之本國法不許締結夫婦財產契約者，仍得締結之。

第十六條 夫婦爲外國人，或夫婦於婚姻成立後取得德國國籍而於德國有住所者，準用民法第三百四十五條之規定。外國之法定財產制，與

契約財產制有同一之效力。

民法第一千三百五十七條、第一千三百六十二條、第一百四零五條之規定，對於第三人較外國法之所定爲有利時，適用之。

第十七條 離婚，依起訴時夫之本國法。

夫爲外國人時所發生之原因事實，非依該外國法認其事實爲離婚或別居之原因者，不得作爲離婚之原因主張之。

起訴時夫喪失德國國籍而妻爲德國人者，依德國法。

外國法與德國法均許離婚者，得依外國法爲離婚或別居之宣告。

第一八條 子之身分於其出生時，夫爲德國人者，或其出生前已死亡，而其死亡時爲德國人者，依德國法。

第一九條 親子間之法律關係，如父爲德國人者，或父已死亡而母爲德國人者，依德國法；父或母已喪失德國國籍而子仍保存德國國籍者，亦同。

第二〇條 私生子與其母之法律關係，如母爲德國人者，依德國法；又母已喪失德國國籍而子仍保存德國國籍者，亦同。

第二一條 對於私生子之扶養義務，及對於父應賠償之孀、分娥及其扶養費用之義務，依子出生時母之本國法；但所爲請求以德國法律認可者爲限。

第二二條 私生子之認領及養子之收養，如父於認領時，養親於收養時爲德國人者，依德國法。

父或養親爲外國人而子爲德國人者，如未依德國法得其子及其親屬之同意者，其認領或收養爲無效。

第二三條 外國人依其本國法有須受監護之必要，或受禁治產之宣告，其本國不爲監護者，得於德國設置監護。

德國監護法院於監護前得爲假處分。

第二四條 德國人之繼承，雖於外國有住所，依德國法。

若德國人死亡時於外國設有住所者，關於繼承人與繼承債務之責任，得適用被繼承人之住所地法。

使死因處分行爲之成立或撤銷之外國人，取得德國國籍者，其行爲之成立或成立之效力，依其行爲成立時其人之本國法；其人依德國法上雖未達法定年齡，仍保有得爲死因處分行爲之能力，但得適用第十一條第一項第二款之規定。

第二五條 於死亡時在德國有住所之外國人，其繼承依其本國法；但得照德國人於德國繼承法上可主張之請求權，依德國法主張之。

第二六條 於外國發生之遺產，經德國之官署，應變付於依法有權收受之繼承人或受遺人者，此遺產已達到德國時，負交付義務之第三人，不得以自己應爲繼承人或受遺人對其財產有請求權爲理由，而拒絕之。

第二七條 第七條第一項、第十三條第一項、第十五條第一項、第十七條第一項及第二十五條之規定，如依外國法認為應適用德國法時，依德國法。

第二八條 第十五條、第十九條、第二十四條第一項、第二十五條、第二十七條之規定，如有目的物不存在於應適用此等規定之國家領土內，依物之所在地法，應另為規定者，不適用之。

第二九條 應依其人之本國法，而其人不屬於任何國家者，依其人之最後所屬國之法律；又其人自始即不屬於任何國家者，依其住所地法；無住所者，依其居所地法，或當時居所地法。

第三〇條 外國法之通用，如反於善良風俗或德國法律之目的者，不適用之。

第三一條 德國首相經聯邦會議之同意，得以命令對於外國、外國人民，及其權利繼承人，行使報復權。

## (八) 海牙公約

海牙公約為海牙國際私法會議之產物，曾經歐洲各國批准，故為研究國際私法之重要參考資料。茲將其業經批准成為條約者，摘譯如左：

本公約訂於一九〇二年六月十二日，簽字者爲奧、比、法、德、匈、義、羅森堡、荷、羅馬尼亞、瑞典、瑞士諸國。  
法、德、匈、義、羅森堡、荷、羅馬尼亞、瑞典、瑞士諸國。

第一條 婚姻之權利，依當事人各該本國法；但其本國法明定爲應依他國之法律者，不在此限。

第二條 婚姻舉行之法律，對於外國人之婚姻有違反左列事項者，得禁止之：

一、因親族或姻族間之親等，絕對禁止結婚者。

二、因通姦之結果解除相姦者一方之婚姻時，禁止相姦者間之結婚者。

三、與配偶者之一方害殺他方面被處罰時，絕對禁止與該配偶者之結婚者。

違反前項條款而舉行結婚者，如依第一條指定之法律認爲有效時，不得撤銷其婚姻。

除保留本公約第六條第一項之適用外，各締約國因宗教上之障礙或前婚之理由，致認爲違反該國法律之婚姻，無舉行之義務。此等禁止之違反，除在婚姻舉行國外，在其他國家不爲撤銷之原因。

第三條 婚姻舉行之法律，得不受第一條之禁例而許可外國人結婚，但其禁例以基於宗教上之理由者爲限。

其他締約國對於因此種情形舉行之結婚，得否認爲有效。

第四條 外國人欲婚姻時，應證明已具備第一條之必要條件。

此種證明，得依當事人本國外交官或領事之證明書，或依國際條約，或婚姻舉行之地官署認爲充分之其他證據爲之。

第五條 依婚姻舉行之地法所爲之婚姻，就其方式，不論何國應認爲有效；但以宗教上之儀式爲必要方式之國，對於其本國人民在外國不遵守本國法之規定而爲之婚姻，得不認爲有效。



關係公示之規定，應遵守之，但雖未爲公示，除在違反其規定之國外，在其他國家不因而使婚姻爲無效。

婚姻證書，應以認正繕本送付於夫婦各該本國官署。

第六條 婚姻當事人如非婚姻舉行地之人民，其舉行地國不反對其婚姻時，凡依其本國法，在其外交官或領事前而爲之婚姻，關於其方式，不論在何國應認爲有效。

舉行地國不得以婚姻有前婚之存在，或以宗教上之障礙爲理由，認爲違反其國法而反對之。

第五條第二項之規定，對於外交官及領事處而爲之婚姻適用之。

第七條 婚姻之方式，在舉行地國認爲無效，但婚姻當事人如依其各該本國法所定之方式者，在其他國家應認爲有效。

第八條 本公約僅於當事人之一方爲締約國之人民，且於締約國領域內所爲之婚姻適用之。締約國不同本公約負適用非締約國法律之義務（以下從略）。

## 2. 關於離婚者

簽字及批准國家如前。

第一條 夫婦非依其本國法及法庭地法均許離婚時，不得爲離婚之請求。

前項規定對於別居適用之。

第二條 離婚之請求，非依夫婦之本國法及法庭地法均有離婚之原因者，不得爲之。

前項規定對於別居適用之。

第三條 如法庭地法認爲無須依前二條規定者，得專適用本國法。

第四條 夫婦或其一方發生以前有他之國籍之事實時，爲合於離婚或別居原因者，不得援用前數條規定之法律。

第五條 離婚或別居之請求，得於左列之法院提起之：

一、依夫婦之本國法認爲有管轄權之法院；

二、夫婦住所地之管轄法院。

若依夫婦之本國法夫婦無同一之住所時，則以被告住所地之法院爲管轄法院。於離婚或別居之原因發生後而有住所之放棄或變更時，得於最後共同住所所在地之管轄法院請求之。但本國法院就離婚或別居之請求有專管轄權時，得保留此管轄權。外國法院僅就在本國管轄法院不能爲離婚或別居之請求者，有管轄權。

第六條 夫婦在其住所地國不得爲離婚或別居請求時，得以停止同居爲目的，在住所地法院依其地之法律請求假處分。

此種假處分於一年內經其本國法院確認者，應維持之。但其存在期間，不得長於住所地法律所認之期間。

第七條 依第五條規定有管轄權法院所爲離婚或別居之判決，不論何締約國應承認之。但以遵守本公約之規定爲條件。如係缺席裁判者，應依其本國法承認外國判決之特別規定，傳喚被告。

行政官署所爲之離婚或別居判決，如夫婦各該本國法認爲有效時，則不論何締約國亦均應承認。

第八條 夫婦不同國籍者，以夫婦最後之共同法爲前數條適用上夫婦之本國法。

第九條 本公約限於在締約國中一國爲離婚或別居之請求，且至少當事人之一方須爲締約國之人民，始適用之。

締約國非因本公約負適用非締約國法律之義務（以下從略）。

關於婚姻效力者

本公約訂於一九〇五年七月十七日，簽字并經批准者，有比、法、德、義、荷、葡、羅馬尼亞、瑞典諸國；但法國於一九一七年聲明退出。

第一條 關於夫婦身分上之權利義務，依其本國法定之。

前項權利義務之行使，非依行使地法所認之方法，不得爲之。

第二條 無契約時，不論動產或不動產，及於夫婦財產之婚姻效力，依婚姻締結時夫之本國法定之。

夫婦或其一方變更國籍者，不影響於夫婦財產制。

第三條 關於夫婦締結財產契約之能力，依婚姻舉行時當事人各該本國法定之。

第四條 於婚姻繼續中，關於夫婦財產契約之締結、變更或解除之能力問題，依夫婦各該本國法定之。

夫婦財產制之變更，對第三人無追溯效力而使其受害。

第五條 夫婦財產契約之成立及效力，依婚姻舉行時夫之本國法；若於婚姻繼續中締結夫婦財產契約者，依締約時夫婦各該本國法。

夫婦可否及至如何之程度得依他國法律，依前項之法律定之。

夫婦適用他國法律時，夫婦財產契約之效力，即依該國法律定之。

第六條 夫婦財產契約之方式，或依契約國法，或依婚姻舉行時爲夫婦者各該本國法，或依婚姻繼續中夫婦各該本國法，均爲有效。

結婚者一方之本國法，或婚姻繼續中夫婦一方之本國法，如認一定之方式爲必要之條件者，雖在外國爲夫婦財產契約，亦須遵從之。

第七條 本公約對於在特別土地制度下之不動產，不適用之。

第八條 各締約國保留左列權利。

一、以夫婦財產制對抗第三人時，要求特別形式之權利。

二、對於在領土內經營職業之已婚女子與第三人之關係，適用以保護第三人爲目的之規定之權利。

各締約國對於依本條應適用之法規，互負通知之義務。

第九條

夫婦於婚姻繼續中取得同一之新國籍時，第一條、第四條、第五條應適用之法律爲其新本國法。

婚姻繼續中夫婦異其國籍時，關於前數條之適用，以最後共同之法律視爲本國法。

第一〇條

本公約依前數條之規定應適用之本國法，如非締約國之法律，不適用之。（以下從略）

4. 關於監護者

本公約訂於一九〇二年六月十二日，簽字者有奧、比、法、德、匈、義、羅森堡、荷、葡、羅馬尼亞、西班牙、瑞典、瑞士諸國；除奧國外，均經批准。

第一條

未成年之監護，依其本國法定之。

第二條

在外國有永續居所之未成年人，其本國法未爲設置監護時，未成年人本國之外交官或領事得依其本國法設置監護，但其永續居所

國有反對之規定者，不在此限。

第三條

在外國有永續居所之未成年人，如未爲或不能依第一條或第二條之規定設置監護時，應依其所在地法設置並執行之。

第四條

依第三條規定設置之監護成立時，並不阻礙依第一條或第二條新監護之設置。

設置新監護時，須通知最初設置監護之政府，由該政府再通知設置監護之官署；無此種官署時，應通知監護人。

依前之規定最初設置之監護應於何時停止，應依該監護設置國之法律。

第五條 不論在何種場合監護之開始或終止均依未成年入本國法定其原因及時期

第六條 監護上之管理，應及於未成年入之身體及財產，其財產不論在何處。

前項之規定，對於不動產所在地法置不動產於特別土地制度之下者，得認為例外。

第七條 於監護設置前或於緊急情形之下，對於未成年外國人，為保護其身體及利益起見，得由未成年入所在地官署為必要之處分。

第八條 未成年外國人所在地官署如有設置監護之必要時，應即通知該未成年入之本國官署，受此通知之官署應即將已設置監護或應設置監護之旨，答復為通知之官署。（以下從略）

### 5. 關於禁治產者

本公約訂於一九〇五年七月十七日，簽字者，有法、德、義、荷、葡、羅馬尼亞、瑞士、奧、匈諸國，除瑞士外均經批准。

第一條 禁治產，依禁治產人之本法定之，但下列各條設相反之規定者，不在此限

第二條 禁治產，由禁治產人所屬國之管轄官署宣告之；監護，依其國之法律設置之；但下列各條設相反之規定者，不在此限。

第三條 在一締約國內，他締約國之人民依其本國法已備應宣告禁治產之條件者，所在地之管轄官署得因保護其身體及財產，為必要之假

處分。

前項之假處分，應通知其人之本國政府。

此等假處分，如其本國官署已經對於其人採取相當辦法或以裁判決定，而通知於所在地管轄官署者，應即終止。

第四條 外國人被宣告禁治產時，如於領土內有居所國之管轄官署，知其情形後，應即通知其本國之管轄官署，並告知其接受禁治產之請求及其所取之假處分辦法。

第五條 第三條及第四條規定之通告，除於管轄官署間得直接通告者外，依外交手續爲之。

第六條 居所地國所爲之一切確定處分於未接到依照第四條規定通告之答復前，應暫緩執行；若本國官署已表示不願與聞，或於六個月內不得答復時，居所地國之官署於注意其本國官署答復在其本國防礙禁治產之阻礙外，得宣告禁治產。

第七條 居所所在國之官署依前條之規定有管轄權時，得依其人之本國法及居所地法均認爲有權聲請禁治產者，並經認爲有原因者，聲請之。

第八條 居所所在國之官署爲禁治產之宣告時，禁治產人之身體、財產之管理，及禁治產之效力，依居所地法定之；但禁治產人之本國法規定禁治產之監督應委託特定人者，應依其規定。

第九條 依前數條之規定，管轄官署所爲禁治產之宣告，而關於禁治產人之能力及監護者，於締約國間無須請求承認，即生效力。管轄官署宣告禁治產在法律上所規定之公示方法，得聲明外國官署宣告禁治產，亦應適用公示方法，或代以其他類似方法。各締約國應依荷蘭政府之介紹，關於公示方法之處分互相通告。

第一〇條 依第八條設置之監護，不阻礙依禁治產人之本國法，設置新監護。

於前項場合，應速將其事實通知宣告禁治產國之官署。

宣告禁治產國設置之監護何時終止，應依該國法律定之。終止後，依外國官署宣告禁治產之效力，依禁治產人本國法。

第一一條 居所地國之管轄官署宣告之禁治產，依禁治產人之本國法，本國之官署得撤銷之。

宣告禁治產之居所地國之管轄官署，得因禁治產人之本國法或居所地國法律規定之事由，撤銷禁治產。撤銷之請求，得依其本國法或居所地法，由有權利者爲之。

禁治產撤銷之決定，於締約國間無須請求承認，即生效力。

第二條 前數條之規定，對於無能力人之動產與不動產均適用之；但依所在地法存於特別土地制度下之不動產，不在此限。

第三條 本公約之規定，對於禁治產、保佐、裁判上之保佐及其他與此類似之限制處分均適用之。

第四條 本公約限於締約國之人民，且於他締約國領土內有居所者，適用之；但本條約第三條之規定，對於締約國之一切人民，適用之。（以下

從略）

## 乙 參考書目

### 一 關於國際私法之原理者

Bars, Karl Ludwig: 1890-1913 (德)

Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 1889.

Private International Law, translated by G. R. Gillespie, 2nd ed., 1892.

Beale, Joseph Henry: 1831 (英)

A Treatise on Conflict of Laws, Harvard Univ. Press.

Bentwich, Norman (英)

Westlake's Treatise on Private International Law, 7th ed., 1925, London Sweet & Maxwell, Ltd.

Bello, Hugh H. L.: (英)

Foote's Private International Law, 7th ed., 1925, London Sweet & Maxwell, Ltd.

Analysis of Foote's Private International Law, 1925.



- Burgin, (A. B.) and Fletcher, (W. M.): (英)
- Students, Conflict of Laws, 1928, London, Sweet & Maxwell, Ltd.
- Dilly, Albert vonn: 1835-1922. (英)
- Conflict of Laws, 5th ed., 1932, London, Sweet & Maxwell, Ltd.
- Frankenstein, Ernst: (德)
- Internationales Privatrecht, 2 Vols. 1927-1929, Berlin-Greifswald: Dr. Walther Rothschild.
- Gold, Leon A.: (美)
- Outline of Conflict of Laws (National ser.), 1939, Acad-publications
- Goodrich, Herbert Funk, 1889—(美)
- Handbook of the Conflict of Laws, (Hornhook ser.) 2d ed., 1938. West.
- Harrison, Frederick
- Jurisprudence and Conflict of Laws.
- Lorenzen, Ernst Gustav, 1876—(美)
- Conflict of Laws Relating to Bills and Notes, West.
- Meili, Friedrich, —1924 (瑞)
- International Civil and Commercial Law, Translated by Arthur K. Kuhn, 1905.

Minor: (美)

Conflict of Laws (1901), 2nd ed., 1905.

Pillet, Antoine: (法)

Manuel de droit international privé, Paris, 1901.

Principles, de droit international privé, 1903.

Traité pratique de droit international privé, 1932.

Roubier, Paul: (法)

Le Conflict des Lois, 1929. Paris Recueil Sirey.

Seymour, G. D.: (美)

Conflict of Laws in a nutshell 1928, Sweet.

Stooy, C.: (美)

Conflict of Laws, 6th ed., 1865.

Savigny, Friedrich Karl von, 1779-1851: (德)

System des heutigen römischen Rechts: 1819.

Conflict of Laws, translated by Guthrie.

Weiss, André: (法)

Traite theorique et pratique de droit international privé, 1905, 5 Vols.

Manuel de droit international privé, 1925.

Wharton, Francis: (美)

A Treatise on Conflict of Laws, 3rd ed., 1915.

Zitelmann, E., 1852.—(法)

• Internationalen Privatrechts, 1897, 1898.

## 二 關於國際私法之判例者

Beale, Joseph Henry: (美)

Cases on Conflict of Laws, Vols, 2nd ed., 1938.

Hibbert, W. N.: (英)

Cases on Conflict of Laws, London Sweet & Maxwell, Ltd.

Humble, Harry W.: (美)

Cases on Conflict of Laws, 2nd ed., 1929, Chicago: Callaghan & co.

Lorenzen, Ernst Gustav: (英)

Cases on Conflict of Laws (Am. Casebook ser.). 1937, Westis.

Morris, F. H. C. (英)

Cases on Private International Law. 1939. Oxford.

### 三 關於國際私法之刊物者

American Law Review, Boston and St. Louis, 1897—

Columbia Law Review, New York 1910—

Harvard Law Review, Cambridge, 1887.

Yale Law Journal, New Haven, 1891—

Journal, of Comparative Legislation and International Law. (Prior to 1918 entitled Journal of the Society of Comparative Legislation), London, 1896.

Law Quarterly Review, London, 1885.

Journal du droit international privé et de la jurisprudence Comparée Paris, 1874-1976.

*Zeitschrift für Internationales Privatrecht und Strafrecht*, Erlangen, München, and Leipzig, 1891.

*The British Year Book of International Law*, Humphrey Milford, Oxford Univ. Press.

#### 四 關於國際私法之規約者

Darras, Lapradelle-Niboyet: *Recueil de Droit International*, Vols. VI and VII, 1930.

Niboyet-Goullé: *Recueil de Textes usuel de Droit International*, Vol. II, 1929.

*Recueil de Cours de l'Académie de droit International de la Haye*