

法 學 彙 編

— ◆ ◆ ◆ ◆ ◆ —  
國 際 私 法 論



法學彙編

馮涵清

# 國際私法論目錄

## 緒論

第一章	國際私法研究之必要	一
第二章	國際私法發生之要件	四
第三章	國際私法之定義	七
第四章	國際私法之名稱	一三
第五章	國際私法之術語	一七
第六章	國際私法與國際法之關係	二二
第七章	國際私法與內外私法之關係	二五
第八章	國際私法之淵源	二八
第九章	國際私法之學說	三一
第十章	國際私法之法系	四一
第十一章	國際私法立法之沿革	四二

第一節 國內的立法之沿革	四二
第二節 國際的立法之沿革	四四
第十二章 國際私法之研究法	四九
第十三章 國際私法研究之範圍	五一

## 總論

第一章 外國法之適用	五六
第二章 外國法之證明	六〇
第三章 外國法之違背	六五
第四章 外國法適用之限制	六八
第五章 反致條款轉致條款及前後反致條款	七四
第六章 一國法數	七一
第七章 國籍之衝突	七三
第一節 國籍之積極的衝突	八四

第一款	因出生而生之積極的衝突	八四
第二款	因出生後之事實而生之積極的衝突	八七
第三款	國籍之積極的衝突之解決方法	八九
第二節	國籍之消極的衝突	九七
第一款	國籍之消極的衝突之原因	九七
第二款	國籍之消極的衝突之解決方法	九九
第八章	住所之衝突	一〇二

## 各論

### 第一編 關於人之法律

第一章	外國人	一四
第二章	能力	一五
第三章	禁治產及準禁治產	一六
第四章	死亡之宣告	一七

第五章 外國法人……………一四六

第二編 關於親屬之法律……………一五七

第一章 婚姻……………一五七

第一節 婚姻之成立要件……………一五七

第二節 婚姻之效力……………一六〇

第一款 關於身分之效力……………一六〇

第二款 關於財產之效力(夫婦財產制)……………一六三

第三節 離婚……………一六七

第二章 親子……………一七三

第一節 嫡子……………一七三

第二節 私生子……………一七六

第三節 養子……………一八一

第四節 親子關係……………一八九

第三章 扶養義務……………一九五

第四章 其他親族關係……………二〇〇

第五章 監護及保佐……………二〇三

**第三編 關於繼承之法律**……………二〇八

第一章 繼承……………二〇八

第二章 遺囑……………二一一

**第四編 關於財產之法律**……………二一四

第一章 物權……………二一四

第二章 債權……………二二二

第一節 總說……………二二二

第二節 由法律行為發生之債權……………二二三

第三節 由法律規定發生之債權……………二二九

目錄



第五編 關於法律行為方式之法律……………二三三

第一章 法律行為方式之準據法……………二二三

第二章 法律行為方式之立證例……………二三七

第三章 法律行為方式之規定……………二四一

第四章 法律行為方式之問題……………二四三

附錄 (法律適用條例草案)……………二四九

# 國際私法論

## 緒論

### 第一章 國際私法研究之必要

瑞士學者麥里曰：『國際私法之研究。乃極困難之事業。而亦有極重大之價值。』是蓋對於歐美之學界而言者也。若在今日之中國。則國際私法之研究。其事業更加困難。其價值亦更加重大。吾人將因其事業之困難。而裹足不前乎。抑因其價值之重大。而奮勉精進乎。余以為吾人於中國之今日。而研究國際私法。祇應注目其價值之重大。不應畏懼其事業之困難。因吾人研究國際私法。實有後列之必要也。

第一 法權之關係 我國自與列國締約以來。外人之來於我國者。莫不因特別條約而不服從中國之法權。遇有訴訟。則由其本國之領事。依其本國之法律。而裁判之我國之法院既不能裁判外人。故無研究國際私法之必要。以前之學者。不注意國際私法。此實為最大之原因。但今日與昔日不同矣。

如德。奧。蘇聯等國已無領事裁判權。莫不受中國法院之裁判。倘遇涉外私法關係。即不可不適用國際私法。況現在有約各國。均漸屆修改條約之期。改約以後。亦必撤去領事裁判權。服從中國之裁判。就法學會議之報告觀之。似各國已瞭然中國之司法情形。將來撤去領事裁判權。決非難事。自今以後。適用國際私法之處。必當加多。故今日研究國際私法。實有急切之必要。

第二 修改條約之關係 修改不平等條約。撤去領事裁判權。業成爲全國人民一致之希望。但修改條約之難易。與今日裁判之適當與否。大有關係。倘不研究國際私法。則法院對於涉外訴訟。必難爲適當之判決。因之於修改條約。將在英大之阻礙。故爲修改條約之預備。不可不從速研究國際私法。

第三 權利保護之關係 國際私法。不但法官應研究之。卽尋常之人。亦有研究之必要。何則列國之交通。既日見發達。涉外之私法關係。亦必日見殷繁。倘不研究國際私法。則個人私權之損害。或恐難免。國內國人與外國人間之私法關係。有應適用內國法者。有應適用外國法者。有於適用外國法之外。兼適用內國法者。亦有不應適用外國法。因其具備一定之條件。改用內國法者。凡此種種。均於國際私法規定之。倘當事人不知國際私法之規定。漫然與外國人爲法律行爲。鮮不受意外之損害。故一般人爲保護個人之私權。亦有研究國際私法之必要。

第四 國際私法之幼稚 國際私法。與他種法律不同。今日尙在極幼稚之時代。故更有研究之必要。因已經發達之法律。其原理原則。早經發見吾人研究。縱令偶有所得。然仔細體察。究屬人云亦云。或屬末節。而無關重要。欲於斯學而有所貢獻。難矣。國際私法則不然。發生既晚。發達又甚遲。其間待吾人研究者正多。真如未開之礦。一經探索。所獲必豐也。况此法雖爲國內法。而究有國際的性質。果於斯學有所發明。則影響所及。不止於己國。因之博得震動全世界之大名。亦非必不可期之事。吾人幸而生當今日。應各存當仁不讓之心。努力研究。實有必要。

第五 國家地位之增進 一國地位之高下。雖在於富強與貧弱。然學術之發達與否。與國家之地位亦極有關係。倘一國之中。學者輩出。於學術上。身驚人之貢獻。雖屬小國。其地位亦能因之增高。引起世界各國之重視。如比利時。荷蘭。瑞士等國。莫不講學術發達之力。永保持其國家之地位。况我國本爲大國。而國際私法。又有世界的性質。倘使我國學者於斯學有所貢獻。更易引起各國之注意。故爲增進國家之地位。亦有研究國際私法之必要。

國際私法研究之必要既如上述。而研究之困難。亦實不可勝言。因國際私法之著作。國際私法之判例。國際私法之學者。國際私法之學會。在在缺乏。比較研究他種法律。其難易顯然不同。然而研究國際私法。雖爲困難之事。實有重大之價值。吾人萬不可因其事業之困難。裹足不前。祇應羨其價

值之重大。奮勉精進。果使研究有得。非僅成一己之名。於學界。於國家。亦有極大之關係。余願與國內有志斯學者共勉焉。

## 第二章 國際私法發生之要件

國際私法。發生於近世。直至今日。尚在極幼稚之時代。

法律之發生。與國家之成立同時。此大多數學者所承認者。何以國際私法之發生。竟遲至國家成立數千年之後乎。蓋一切法律皆應時代及社會狀態之需要而發生者。若此時代。及此時代之社會狀態。不需要此種法律。則此種法律。即無發生之機會。國際私法。至近世始見其需要。故國際私法之發生。較他種法律為遲。

國際私法之發生。或謂應具備四要件。或謂應具備五要件。余則以為具備五要件。例舉如左。

第一 內外人之交通 古時各國。皆取鎖國主義。不但拒絕外國人之來於己國。即己國人民之往外國者。亦嚴禁之。在此時代。領土之內。祇有己國之人民。法律關係。祇有己國人民間之法律關係。因之適用法律。亦祇以己國之法律。適用於領土內之己國人民而已。故在此時代。國際私法。不能發生。然至近世。各國皆取開國進取之主義。不但內外國人。相互往來。在原則上。不加限制。即或偶

有一國。仍保持其舊日之鎖國主義。各國亦將羣起扣關。甚至不惜訴諸武力。必令其開關而後已。各國人民之交通。既日見興盛。相互之法律關係。亦日見殷繁。於是一國之法律。不僅適用於己國之人民。且於己國之內。亦有時因國內法之所命。而適用外國之法律。因時代之需要。國際私法。因之發生。是爲國際私法發生之第一要件。

第二 外國人之權利保護 內外國人。既已交通。若外國人不能於在留國享有法律上之權利。國際私法。仍無發生之機會。故外國人之權利保護。亦爲國際私法發生之要件。按古代各國。或視外人爲敵人。或視外人如禽獸。故以權利爲國民特權。凡非國民。均不得享有。外國人既不得享權利之保護。故國際私法不能發生。然至近世文明各國。或取相互之主義。或採平等之原則。大致皆不論在內國之外國人。或在外國之內國人。皆得與國內人民享有同一之權利。因是對於此等內外國人之權利。發生如何保護之問題者。國際私法也。是爲國際私法發生之第二要件。

第三 自主獨立之法權 如上所述內外國人。既已交通。外國人亦已享受權利之保護。國際私法。似可以發生矣。然己國若無自主獨立之法權。聽令外國之領事裁判權行於己國。則國際私法。仍無發生之機會。故自主獨立之法權。亦爲國際私法發生之要件。領事裁判權之制度。乃一國以己國之法律。支配在領土外之己國人民。因之此種人民。不受在留國法律之支配之謂也。一國於己國領土之內

而許他國行使領事裁判權。則己國之法權。受外國之限制。而不能自主獨立。無自主獨立之法權之國。國際私法。非其所需。因之不能發生。蓋國際私法者。乃以自主獨立之法權。命令己國之司法官。適用何國之法律者也。由是言之。若無自主獨立之法權。國際私法。當然不能發生。故自主獨立之法權。亦爲國際私法發生之要件。是爲國際私法發生之第三要件。

第四 各國法律之不同 雖具備上述之三要件。尙須各國法律之不同。始見國際私法之需許。否則。國際私法。仍不能發生。蓋各國之法律。若一致相同。則適用內國之法律。與適用外國之法律。其結果毫無差異之處。因之適用何國法律之問題。亦不能發生矣。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。斷乎不能一致。故法律亦不能相同。雖伯倫知理謂「世界將來。必歸統一。世界人民。終須立於同一法律之下。」但就各國之現勢觀之。統一法律之時期。似尙相距甚遠。姑無論世界難望大同。即當大同之後。亦不過撤去國界而已。至各地方之法律。因自然之影響。究不能歸於一致。此徵諸今日『國際私法』之發達。可以推知者也。各國之法律。既不能相同。對於涉外私法關係。應適用何國法律之問題。因之而起。國際私法。卽由此而生。故各國法律之不同。亦爲國際私法發生之要件。是爲國際私法發生之第四要件。

第五 內外法律之並用 上述之四要件。爲日本學者山田三良所主張。亦爲多數學者所主張者也。

。但日本學者志田鉀太郎則謂國際私法之發生。除須具備上述之四要件。尚須具備此第五要件外。蓋非內外法律之並用。國際私法。仍不能發生。此第五要件。乃前提之前提。更爲必要不可缺者也。何則。內國法與外國法若不能並用。則內國之法院。對於涉外私法關係。專適用內國法足矣。既專適用一國之法律。國際私法。當然無從發生。惟其內外法之並用。則何者應適用內國法。何者應適用外國法。不可不臨時解決之。當此解決之任者。卽爲國際私法。故必內外法律之並用。國際私法。始能發生。是爲國際私法發生第五條要件。

以上所述。爲國際私法發生之要件。此五要件。必須完備。缺一不可。否則。國際私法。不能發生。就世界言之。此五要件。至近世始漸次完備。故國際私法之發生。較之他種法律爲獨遲。

## 第三章 國際私法之定義

凡爲一種學問。因學者觀察之不同。故所下之定義。每每不能一致。況國際私法。尚在幼稚時代。故各學者所下之定義。尤爲紛歧。茲爲參考便利起見。先直譯近世諸家之定義如左。

第一 薩威尼 國際私法者。乃就法律關係。以定法規範場所的管轄之原則也。

第二 非利克斯 國際私法者。乃解決各國人民間私法衝突之規則之集合也。換言之。卽於他國



國之領土內。執行某國之民法與商法之規則之總體也。

第三 佛里 國際私法者。以解決各國法律之衝突。規定各國人民相互之關係爲目的。而設定原則之科學也。

第四 威斯 國際私法者。定人民之國籍。又定各國人民在法律上之地位。各國法院判決之效果。各國官吏之行政處分。各國法律之衝突。以及國家間之關係之法律也。

第五 播魯 國際私法者。就私法關係。以定各國之法律。及司法與行政官廳之管轄之規則也。

第六 羅蘭 國際私法者。定外國人之權利。且就私法關係。以定各國法律之管轄之規則之總體也。

第七 戴瑟 國際私法者。規定法律在領土外之活動。及權利在領土外之承認之英國之原則也。

第八 秋特兒曼 國際私法者。乃就各國私法問題。於場所的並立之多數私法中。定其孰爲應適用之法規。即關於私法之場所的適用之法規也。

第九 麥里 國際私法者。其本質上。乃私法的規則。及法規之總體。如因私法關係而生各國法規之競合或衝突時。於各國之法域。限定其應適用之法規者也。

第十 馬爾夫 國際私法者。就當事人在國際範圍內之權利關係。定其適用內國法之法規之總合

也。

第十一 寺尾亭 國際私法者。就個人間之法律關係。決定國家間法律之抵觸之規則也。

第十二 中村進午 國際私法者。乃一私法關係跨於二國以上時。定其法律上。裁判上。及執行上之管轄之法規。而經各國承認者也。

第十三 山口弘一 國際私法者。對於與內容相異之內外私法有關係之事實。於內外私法中。決定其孰應適用之私法也。

第十四 山田三良 國際私法者。定內外私法之適用區域之法則也。

第十五 野澤武之助 國際私法者。一法律關係。跨於二國以上時。決定其應適用之法律之法則之全體也。

第十六 入江良之 國際私法者。對於含有外國的要素之私法的法律關係。以定其應適用之法律之國法之全體也。

第十七 跡部定次郎 國際私法者。就私法關係。以定各國主權之行動範圍者也。

第十八 佐佐野章邦 國際私法者。對於國際的私法關係指定其應準據之法律之法則也。

第十九 館田謙吉 國際私法者。對於國際私法的法律關係。於內外國之法律。指定其應適用之

法律者也。

第二十 泉哲 國際私法者。定內外私法適用之區域之國內法也。

上列東西學者之定義。各有所長。亦各有所短。余爲研究者之參考。亦就余觀察之所得。下定義如左。

國際私法者。對於涉外私法關係。就內外國之法律。決定其孰應適用之國內公法也。

以下就此定義。分析說明之。

第一 國際私法者。國內公法也。

稱國際私法。爲國內公法。似近於滑稽。然決非滑稽。實因國際私法名稱之不當也。欲知國際私法。是否爲公法。

應先知公法與私法之區別。關於公法私法之區別。向有種種學說。然就大體言之。則規定國家與國家之關係者。規定國家與國家機關之關係者。規定國家或國家機關與私人之關係者。皆爲公法。惟規定私人與私人之關係者。始爲私法。國際私法之規定。若就國家對於法院之關係言之。則爲國家與國家機關之關係。若就法院對於當事人之關係言之。則爲國家機關與私人之關係。或逕謂之國家與私人之關係亦可。國際私法規定之關係。無論如何決非私人與私人之關係。故國際私法。非私法。而爲公法。

學者中。雖有以國際私法爲規定私人間之關係者。然實大誤何則。國際私法雖就私人間之關係。定其應適用之法律。但規定私人間之關係者。乃其所適用之實質法。非國際私法之自身。此說混二者而爲一。豈非大誤。

學者中。又有以國際私法卽爲實質私法者。略謂國際私法。乃由各國之民商等法各占其一部。而構成者。民商等法。既爲私法。故由民商等法構成之國際私法。亦不得不謂爲私法。按此說之論據。非不可採。但依此論據。斷定國際私法爲私法。則未免武斷何則。國際私法所定之準據法。雖可謂包含內外各國之民商等法。（參照總論第一章中之內國法一部說）然並非直接之規定。其所直接規定者。不過爲某種私法關係。應適用某種法律而已。故依此論據斷定國際私法爲私法。殊嫌武斷也。

國際私法。爲國際法。抑爲國內法。亦學者間爭論之問題也。對此問題。有二主義。一曰國內法主義。一曰國際法主義。大致國內法主義。爲英美派之學者所贊成。國際法主義。爲大陸派之學者所承認。然余則偏祖國內法主義。因國際法。乃規定國家與國家之關係者。故必行於國家間。否則。不得謂之國際法。國際私法。則非行於國家間。乃行於一國之內者也。又國際法。有超國家的性質。無論何國。皆無單獨制定國際法之權利。國際私法則不然。乃各國依其固有之立法權。以制定者也。因是之故。所以余偏祖國內法主義。認國際私法爲國內法。

就上述者觀之。國際私法。既非私法。又非行於國際。故余謂國際私法。爲國內公法。

第二 國際私法者。對於涉外私法關係之國內公法也。

私法關係者。乃私法上之法律關係。與公法上之法律關係不同。涉外私法關係者。卽私法關係。涉及外國人。或外國地者也。

涉外私法關係一語。有稱爲跨於二國以上之私法關係者。此種用語。最易使人誤解爲私法關係之事實。跨於二國以上之國境。故余不取。又有稱爲內外國人間之私法關係者。此種用語。亦有未妥。何則。私法關係。能引起國際私法之問題者。不一定在內外國人間。卽純爲外國人。或純爲內國人。亦能引起國際私法之問題也。

國際私法之問題。雖由涉外私法關係而生。但國際私法。非能直接處理涉外私法關係。僅能就涉外私法關係。決定其應適用之法律而已。故國際私法。爲涉外私法適用法。又國際私法。雖爲涉外私法適用法。但國際私法之自身。則非私法。亦猶民事訴訟法。雖爲私法之助法。其自身仍不妨爲公法也。

第三 國際私法者。對於涉外私法關係。就內外之國法律決定其孰應適用之國內公法也。

一切私法關係。可分爲三種。卽內國私法關係。外國私法關係。涉外私法關係是也。內國私法關

係。專適用內國法。外國私法關係。專適用外國法。均不發生適用何國法律之問題。惟涉外私法關係。有因當事人國籍之不同而生者。有因行為地而生者。有因物之所在地而生者。有因訴訟地而生者。有因事實發生地而生者。有因履行地而生者。有因住所或居所地而生者。發生之原因。既如是之不同。故其於發生之後。應適用內國之法律。抑應適用外國之法律。又於外國法律中。應適用甲外國之法律。抑應適用乙外國之法律。種種之問題。卽由是而起。決定此等問題者。爲國際私法之職務。故曰國際私法。乃就內外國之法律。決定其孰應適用之法也。

## 第四章 國際私法之名稱

一種學問。必有其適當明確之名辭。始足以表現其意義及性質。關係至重要。國際私法亦然。惟「國際私法」之名辭。雖比較的通行。然細按之。實與斯法之意義及性質。未甚相合。何則。國際私法乃國內法。故「國際」二字未合。又國際私法爲公法。故「私法」二字亦未合。今日仍沿「國際私法」之名稱者。特因其在現今之學界。比較的通行耳。類之明證。法。尙在封建時代。故其名稱。尙無一定。茲略舉諸學者所定之名稱列左。

第一 法則區別說 此爲意大利學者巴託路斯所創之說。當十四世紀意大利各自由都市。各有爲

特別之法則。巴氏欲定其適用之標準。乃區別此等法則爲二種。一爲關於人之法則。一爲關於物之法則。故其說稱之爲『法則區別說』。自巴氏以後。至十八世紀之終。歐洲學者。多用此名稱。以說明今日所謂之國際私法。惟此說究與國際私法之性質。不甚相合。且至十九世紀。大受學者之排斥。故此種名稱。久已不能推行。

第二 法律抵觸論 此名稱爲荷蘭學者羅丁堡所唱。如德之威西特兒。美之司脫里。及英美多數學者。皆用此名稱。且通行甚久。其意以爲二以上國家之法律。對於同一之法律關係。規定不同。而皆可以適用。是爲法律之抵觸。國際私法。卽對此抵觸之現象。而求其解決之法者。故稱爲法律抵觸論。惟『法律抵觸』一語。雖爲一般學者所慣用。然嚴格解釋之。實不能謂之得當。以之定名。殊不相宜。故大陸學者。自十九世紀以後。已無用此名稱者矣。

第三 國際禮讓論 『國際禮讓論』。亦曰『國際好意論』。此乃十八世紀菲里莫爾所定之名稱。其意以爲內國因涉外私法關係。適用外國之法律。非負有適用之義務。不過由於國際禮讓耳。殊不知國際私法之適用法律。不專適用外國法律。亦有時適用內國法律卽當適用外國法律之時。亦由於正義。或由於法律關係之性質。非由於國際禮讓也。

第四 外國法適用論 自千八百二十二年以來。德國學者皆以國際私法爲定外國法適用之法。故

謂之「外國法適用論」英國學者麥因。謂國際私法爲規定外國法適用條件之法。其用意亦頗與此相近。此輩學者。因國際私法有時適用外國法。故稱之爲「外國法適用論」。殊不知國際私法之職務。雖在決定法律之適用。但所決定者。實不以外國法爲限。且既謂之外國法。當然包含公法私法二種。其範圍亦未易太廣。與國際私法之實際。殊不相合。

第五 法律之場所效力論 德國學者薩威尼。以國際私法爲定法律效力之場所的界限之學。故定名爲「法律之場所效力論」。德國學者。贊成此種名稱者頗多。稱國際私法爲「法律之領土外效力論」。者。亦屬此派。此種名稱。亦有未妥。何則。國際私法者。非論法律之效力者。若謂法律在領土外之效力。亦不合於國際私法之性質。蓋國際私法之職務。惟在法律之適用。雖有時適用外國法。亦非承認外國法之效力行於內國也。況此名稱過於冗長。於實用上。亦頗不便。

第六 法律之治外的承認論 此種名稱。爲英國學者荷蘭爾德所出。德國學者播魯。亦贊同之。其意以爲因涉外法律關係。適用外國法。乃承認外國法治外的效力。其用意。與上述之「法律之場所效力論」大致相似。故其缺點。亦與之相同。

第七 私國際法 此種名稱。爲法國學者非利克司所創。法意二國學者。多贊成之。其意以爲國際法。分爲公私二種。私國際法。卽私的國際法。與公國際法。卽公的國際法相對立。國際法。規定



公益之關係。私國際法。則規定私益之關係者也。此種名稱。認國際私法爲國際法之一種。殊與國際私法之現狀不合。且以公益私益。爲區別公國際法及私國際法之標準。亦殊不當也。

第八 國際私法 此種名稱。爲德國學者薩夫納所創。意大利。奧大利。瑞士。荷蘭等國之學者

。通用此種名稱者。亦頗不少。但所謂「國際私法」。與上述之「私國際法」。似頗相類。其實二者之意義。實不相同。上述之「私國際法」。乃認此法與公國際法相對立以爲國際法之一種。茲則不認爲國際法。而認爲國內之私法。惟此種國內之私法。與通常國內之私法不同。通常國內之私法適用於國內。而此種私法。蓋可適用於國際的私法關係。故謂爲「國際私法」。此種名稱。由日本翻譯而傳於我國。爲海學界所通用。然實不能謂爲適當之名稱。何則國際私法之性質。原爲公法。此則謂之爲私法。根本上已屬錯誤。且其所用「國際」一語。亦不妥妥。尤易使人誤會爲與國際公法相對立。故亦不足取。以上所舉之諸種名稱以外。戴慈則稱之爲「法律決定論」。弗特耶斯及愛爾霍會則稱之爲「法源關係論」。或「法源次序論」。播魯則稱爲「國際的私法關係處分論」。私人之國際的法律行爲論。或「私人的國際的法律行爲論」。佛里則稱之爲「依國際法原則之諸國法之效力及適用論」。又瑞士及日本學者。有稱之爲「涉外私法」。或「對外私法」者。有稱之爲「國際民法」或「國際商法」者。最近日本學者。又有稱之爲「國際關係法」者。種種名稱。舉不勝舉。然皆不得謂爲毫無缺點。是實有志

於斯學者之憾事也。

余以爲現在之國際私法。應稱之爲「涉外私法適用法」。此名稱。蓋依據我國法律適用條例而定者也。不逕稱爲「法律適用法」者。因國際私法之適用。應限於私法部分。若用「法律」二字。則有包括公私二法之嫌也。國際私法。雖有涉及屬於公法之民事訴訟法及破產法者。特附帶的關係而已。且爲大多數學者所不取。所以加「涉外」二字者。蓋謂此種「私法適用法」。與單純國內之私法適用法不同。必有涉外的關係者也。惟所謂「涉外私法適用法」。不可誤讀爲「涉外私法」適用法。應讀爲「涉外」私法適用法。是則必應留意者也。

## 第五章 國際私法之術語

日本學者山口弘一。著日本國際私法論。於總論。設術語一章。我國某君編某大學講義。亦採用之。誠以於講義中。設術語一章。可受讀者先瞭解主要之術語。則以後研究。自較便利也。茲亦採用其例。先解釋主要之術語如左。

第一 法廷地法 法廷地法。亦曰訴訟地法即法廷對於涉外私法關係。適用己國之法律時。就其法律。所付與之名稱也。質言之。法廷地法者。即法廷所在地之法律也。以前學者有謂一切之涉外私

法關係。均應適用法廷地法者。現在如此主張者。幾不可得。雖英國學者謂適用法廷地法。乃由法官之職務而生之結果。然亦不能不認有例外。我國法律適用條例第八條。即規定適用法廷法之一例也。

第二 本國法 本國法者。即當事人所屬國之法律也。我國法律適用條例認本國法之處頗多。但與意大利學者之本國法說不同。因意大利之本國法說。乃對於涉外私法關係。以適用本國法為根本原則。我國法律適用條例之認本國法。則因一定之涉外私法關係之性質而生之結果也。(第五條)

第三 住所地法 住所地法者。當事人住所所在地之法律也。依我國法律適用條例之規定。(第二條) 應適用當事人之本國法者。如該當事人無國籍。則適用其住所地法。

第四 居所地法 居所地法者。當事人居所所在地之法律也。依我國法律適用條例之規定。(第二條第二項) 凡應適用住所地法者。如住所不明時。則適用居所地法。

第五 物之所在地法 物之所在地法者。謂關係之。產或不動產所在地之法律也。依我國法律適用條例之規定。(第二十二條) 關於物權。適用物之所在地法。但有例外。如船舶雖亦為物權。則適用其船籍國之法律。而不適用船舶所在地之法律。船籍國之法律。即船舶之本國法也。有稱爲『旗國法』者。

第六 行爲地法 行爲地法者。爲法律行爲之地之法律也。我國法律適用條例第二十三條。第二

十六條。均有行爲地法之規定。

第七 不法行爲地法 不法行爲地法者。實行不法行爲地之法律也。亦有謂由不法行爲發生結果地之法律。爲不法行爲地法者。我國法律適用條例第二十五條。規定關於不法行爲發生之債權。依行爲地法。此條所謂行爲地法。即指不法行爲地法而言。因行爲中。本包括適法行爲。及不法行爲兩種也。

第八 事實發生地法 事實發生地法者。法律事實發生地之法律也。我國法律適用條例第二十四條。規定關於因事務管理。不當利得發生之債權。依事實發生地法。

第九 自由選擇法 自由選擇法者。聽當事人依自由意思選擇之法也。關於債權的法律關係。一任當事人之自由意思。是乃由契約自由之原則而來者也。我國法律適用條例第二十三條規定由法律行爲發生之債權。依當事人之意思。定其應用之法律。即自由選擇法也。

第十 所屬地方法 所屬地方法者。當事人所屬地方之法律也。設有一種涉外私法關係。應適用當事人之本國法而其本國各地之法律不同時。則適用該當事人所屬地方之法。我國法律適用條例第二條第三項。即爲所屬地方法之規定。

第十一 法境 法境。一名法域。即法律施行之境域也。詳言之。即法律之效力所及之範圍也。

法境有與領土之範圍相同者。亦有一國之中數多之法境並立者。我國法律適用條例第二條第三項。特規定所屬地方法。即防當事人之本國有數多之法境也。

第十二 屬人法 一國法律中之某種規定。追隨其所到之處而有效力者。謂之屬人法。然法律不能行於國外。故一國之法律。就原則言之。斷無在國外發生效力之理。茲所謂屬人法。乃由於在留國之法律。承認可以適用其人之本國法。或住所地法之結果。不過就外形觀之。頗類似本國之法律。追隨其人。於外國發生效力耳。

第十三 屬地法 屬地法。亦曰領地法。又曰領土法。通常皆以法廷地法。為屬地法。是由於屬地主義而來者也。其實屬地法之意義。並不如是之狹。即對於一定領土內之物。或行為。強制適用該領土之法律時。由領土方面觀之。則此種強制適用之法律。亦為屬地法。如我國法律適用條例第二十二條規定之物之所在地法。第二十三條第二十五條規定之行為地法。及第二十四條規定之事實發生地法皆是也。

第十四 法律之衝突 法律之衝突。亦曰法律之接觸。即內外國法律之不同也。國際私法之發生。即由於內外國法律之衝突。倘使內外國之法律相同。則適用內國法。與適用外國法。毫無差異。固無需乎國際私法。惟因各國之法律不同。故不得不假國際私法之力。以解決之。法律之衝突一語。已

爲一般學者所習用。實則頗有語病。

第十五 衝突規則 衝突規則。亦曰抵觸規則。即解決法律之衝突之規則也。如日本之法例我國法律適用條例皆是。國內法派之學者。卽以此爲國際私法。國際私法之學者。則稱之爲衝突規則。則蓋以此種規則。不過爲國內法之一種。非卽國際私法也。

第十六 適用規則 適用規則者。卽就內國外國之私法。決定其孰應適用之規則也。與衝突規則同。特選衝突二字而不用耳。

第十七 實質法 實質法者。卽規定私權之實質之法也。實質法。對於適用法而言。例如處理涉外私法關係。必就內外國之民商等法。決定其孰爲應適用之法律。內外國之民法商法。卽實質法。因其規定私權之實質故也。

第十八 準據法及效果法 準據法者。卽處理某種涉外私法關係所應準據之法也。例如有某種涉外私法關係。依國際私法。決定應準據甲國之民法而處理之。則甲國民法。卽某種涉外私法關係之準據法。又此準據法。乃就某種涉外私法關係。判定其法律效果之存否者。故又稱爲效果法。

第十九 準國際私法 準國際私法者。卽行於國內之私法適用法也。例如國內各地方。有各異之私法。設使甲地人。與乙地人。因私法關係。發生訴訟。此際應適用甲地之私法乎。抑應適用乙地之

私法乎。決定此種問題之法。即爲準國際私法。瑞士學者。因其國各地方。分爲各州。故對於國際私法。稱此爲「州際私法」。

第二十 反致條款 反致條款。亦曰反定條款。又曰反致法。或反定法。即依內國國際私法之規定。對於某種涉外私法關係應適用外國法而依外國國際私法之規定。卻應適用內國法。代外國法之適用。此種規定。即謂之反致條款。如我國法律適用條例第四條之規定是也。

第二十一 轉致條款 轉致條款。亦曰轉定條款。又曰轉致法。或轉定法。且有稱爲複反致法。或複反定法者。即依內國國際私法之規定。對於某種涉外私法關係。應適用外國法。而外國國際私法之規定。卻應適用第三國法時。則以第三國法。代外國法之適用。此種規定。即謂之轉致條款。關於此種。在我國法律適用條例上。並無規定。

第二十二 間接反致條款 間接反致條款。亦曰間接反定條款。又曰間接反致法。或間接反定法。即依內國國際私法之規定。對於某種涉外私法關係。應適用外國法。依外國國際私法之規定。應適用第三國法。而依第三國國際私法之規定。卻應適用內國法時。則以內國法。代第三國法之適用。此種規定。即謂之間接反致條款。關於此種。在我國法律適用條例上。亦無規定。

## 第六章 國際私法與國際法之關係

學者間有主張國際私法。爲國際法之一部。而與國際公法相對立者。其意以爲國家間之法律。可分爲二種。一爲規定國家間之公益者。曰國際公法。一爲規定國家間之私益者。一即國家間私人之利益。曰國際私法。此種區別。表面上似甚明瞭。然於實際上。均有未合。余以爲國際私法。乃國內法。不能認作與國際公法相對立。認國際私法。爲國內法之一部則可。認國際私法。爲國際法之一部則不可。因國際法。爲國家間之法。不能分爲公法私法。既謂之爲國際法。則祇見其爲公法而已。由是言之。不但國際私法。不能與國際公法相對立。即尋常所謂國際公法。亦僅能稱之爲國際法而已。故本章標目曰國際私法與國際法之關係。而不曰國際私法與國際公法之關係。

日本學者山田三良曰。『定國家與國家之法律關係。而對於各國有拘束力者。爲國際法。故國際法。實唯一而無公私之區別也。稱國際法。爲國際公法。而特加一「公」字者。實因誤認國際私法爲國際法一部之結果。欲分別爲公私。而特爲附加者耳。』此數語。簡單明瞭。可以知國際私法。決非國際法之一部矣。然歐美國際私法之學者。迄今分爲兩派。一派爲國內法派。一派爲國際法派。互相對立。各不相下。余則認國際私法爲國內法。縱令退讓一步。亦僅能認國際私法。將來或可成爲國際法。至於現在。則絕無認爲國際法之餘地也。

國際私法。就現在言之。與國際法差異之點甚多。茲舉其主要者如左。



第一 性質之差異 國際私法。爲適用法。乃就法律關係。而決定其應適用之法者。國際法。爲實質法。乃規定法律關係之實質者。

第二 目的之差異 國際私法。以間接處理涉外之法律關係爲目的。國際法。以直接處理國際之法律關係爲目的。

第三 成立之差異 國際私法。由一國之承認或制定而成立者。國際法。由各國之承認或協議而成立者。

第四 規定之差異 國際私法。乃規定國家與國家機關之關係。又國家或國家機關與私人之關係者。國際法。乃規定國家與國家之關係者。

第五 適用機關之差異 國際私法之適用機關。爲國內之法院。國際法之適用機關。爲外交官。及各國合組之團體。

國際私法與國際法之差異。即如上所述。似國際私法。與國際法絕無關係矣。是又不然。何則。一、國際私法之發達。實以國際交通爲前提。故國際法之進步。亦能促國際私法之進步。二、國際私法之原則。已漸有以條約定之者。將來逐漸發達。或有脫離國內法之境域。而入於國際法境域之一日。亦未可定。三、國際私法所處理之法律關係。既爲涉外的私法關係。則有時能引起國際法之問題。

又國際私法之問題。與國際法之問題。同時發生。亦爲常有之事。由是言之。國際私法。雖非國際法之一部。然二者之間。則確有密切之關係。德國學者秋特兒曼曰。『國際私法所以如此幼稚者。實由於國際法幼稚之故。』據此。可知二者之關係矣。

## 第七章 國際私法與內外私法之關係

內外私法。即內外國法民商等法也。國際私法。雖與內外私法有相當之關係。然二者之間。則絕不相同。茲將其不同之點。述之如左。

第一 性質之不同 國際私法。爲公法。乃規定國家與國家機關之關係。又國家或國家機關與私人之關係者。內外私法。爲私法。乃規定私人與私人之關係者。

第二 目的之不同 國際私法。以間接處理涉外之私法關係爲目的。內外私法。以直接處理一切之私法關係爲目的。

第三 功用之不同 國際私法。爲適用法。乃就內外私法。定其孰應適用者。內外私法。爲實質法。乃定法律關係之實質者。

國際私法。與內外私法。雖有上述之不同。然二者之間。確有相當之關係。茲就國際私法之適用

。制定。及研究等方面。述其與內外私法之關係。

一國之中。發生涉外私法關係時。則由國際私法。於內外私法中。指定其應適用之法。其所指定之法。謂之準據法。即對於某種涉外私法關係。應準據之法也。準據法可分爲二種。

第一 抽象的準據法 抽象的準據法者。即國際私法條文上所規定應適用之法也。例如能力關係。依國際私法之規定。應適用當事人之本國法。但此所謂本國法不過規定於條文。並未適用於實際。故此種準據法。謂之抽象的準據法。

第二 具體的準據法 具體的準據法者。即司法官。依國際私法之規定。對於某種涉外私法關係。實際適用某國之私法也。例如有日本人某甲。因能力關係。在中國法院。發生訴訟。中國之司法官。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。適用日本民法之條文。以判斷之。此際所適用日本民法條文。即爲具體的準據法。

國際私法上所規定者。爲抽象的準據法。司法官所適用者。則具體的準據法也。如國際私法上。無抽象的準據法之規定。則雖有具體的準據法亦不能適用於實際。如其體的準據法。自始即不存在。則國際私法上。雖有抽象的準據法之規定。亦等於具文。由是可知國際私法之適用。與內外私法之關係矣。

如上所述。乃適用國際私法時。與內外私法之關係也。不但此也。制定國際私法。亦頗有關係。一國當制定國際私法時。應先考查內外諸國私法之異同。倘使某種私法關係。在內外諸國私法上。完全相同。則國際私法。關於此類之條款。即無設置之必要。若於內外諸國私法上。發見其不同。則更應根據諸國立法之精神。以求其所以不同之故。因國際私法。乃為調和內外諸國立法之目的而存在者。故於制定之際。必須明內外所以不同之故。否則。斷不能制定適當之國際私法。

吾人研究國際私法。亦不能捨置內外私法而不顧。因國際私法上所規定之準據法。實即內外諸國之私法。果能於內外私法之立法目的及理由。考證詳明。則國際私法之原則。自不難判定其是否適當。蓋國際私法之研究。與內外私法之比較研究。實有密切之關係也。國際私法學者。若不明內外諸國之私法。非第不易發見國際私法之原則。即令可以發見。亦不敢遽判其當否。故德國學者謂『國際私法之研究。始於內外實質法之比較研究。終於內外實質法之適用。』由此可知國際私法之研究。與內外私法之比較研究。確有密切之關係矣。

國際私法之研究。與內外私法之比較研究。雖有上述之關係。然二者則各為獨私之學科。並非不可分離者也。不過內外私法之比較研究於國際私法之研究上。確能與以莫大之助力。是則敢斷言者。內外私法之比較研究。於國際私法之研究。既與能以莫大之助力。故國際私法學者。對於各國之

法律。不能不加以重視。因是翻譯各國之法律。實爲當今切要之圖。如英國。法國。每年皆由國庫籌鉅額之經費。從事斯業。美國則由該國富豪闊尼格。捐助款項。設置調查機關。德國。日本。雖未設調查之機關。然各國之重要法律。大致皆有譯本。惟我官廳與私人。均未注意此事。就私人方面言之。習法學者。而以學者之態度。研究法學者。則寥寥無幾。故對於各國法律之翻譯。今無人注意。至於官廳方面。數年以前。修訂法律館雖曾翻譯外國法典。然歷十餘年之久。僅僅譯成數種。亦不過官樣文章。虛應故事而已。竊以此等事業。於學術及司法之前途。皆有關係。且事業繁重。非由國家舉辦不可。加以現在涉外的訴訟。日見增多。各省法院。因調查外國之不易。已經發生困難。當此之際。縱一時不能將各國之法律。完全譯成華文。而從事調查。實已刻不容緩。倘由政府責成一定之機關。着手調查。編定目錄。隨時整理。并分存於各地之圖書館。則不但各地官廳。可以得考查之便。國內學者。亦可得參考之資。於公於私。均有裨益。未審中央司法行政機關。及教育機關。亦曾注意及此乎。

## 第八章 國際私法之淵源

淵源一語。學者之間。解釋不同。此處所謂國際私法之淵源。蓋專指國際私法成爲法律之資料而

言也。法律之成立。莫不各於其淵源。國際私法。既爲法律之一種。故其成立。亦必有其淵源。茲特分述如左。

第一 法律 以前之法律。往往爲以後之法律淵源。不但內國法。可爲國際私法之淵源。即外國法。亦可爲國際私法之淵源也。如日本之舊法例。爲其現行法例之淵源。卽以內國法爲淵源之例也。如日本之現行法例。爲我國法律適用條例之淵源。卽以外國法爲淵源之例也。

第二 習慣 一切法律。幾乎無不以習慣爲淵源。不過其痕跡有明顯者。有模糊者而已。且習慣。當未成爲法律以前。往往已與法律有同一之效力。甚或習慣之效力。較法律之效力尤強。故習慣最適用於爲法律之淵源。如「場所支配行爲」。「身分能力依屬人法」等原則。皆爲昔年之習慣。今則成爲國際私法之原則矣。

第三 判例 社會之進步。永無停止。而法律則不能日日修改。以與社會之狀態相追隨。故遇有法文缺略之時。全賴法官一方根據法律之精神。一方參酌習慣或條理。而下判決。此種判決。於果正當。則必爲將來立法者所採取。於我國大理院民國二年上字一百五十五號。民國三年上字六百零六號。及上字五百七十六號等判例。卽爲我國法律適用條例之淵源。其顯例也。可爲國際私法之淵源者。不限於內國判例。卽外國判例。及國際判例。亦有可爲國際私法之源淵者。

第四 條約 條約。爲二以上國家之合意。亦可爲國際私法之淵源。各國間往往因國際私法之問題。訂定條約。以期國際私法之原則。歸於一致。如海牙會議關於國際私法之諸條約。皆可爲國際私法之淵源者也。但條約雖可爲法律之淵源。然不能卽視條約爲法律。學者雖有謂條約爲法律者。然非通說。不足信也。蓋條約。乃國家間之合意。故其效力。僅能拘束兩造之國家。若國家於訂約之後。不用適法之形式。公布於國內。則無法律之效力。人民亦無遵從之義務。況國際私法。爲國內法。與國際法不同。故條約僅能爲國際私法之淵源。而不能卽謂之爲國際私法。

第五 學說 法律之成立及發達。往往借學說之力。播魯曰。適於真理之學說。即可視爲法律。一此說雖未免言之過甚。然亦足見學說可爲法律之淵源矣。學說之來源。或由於著書。或由於雜誌。或由於學會之議決。莫不可爲國際私法之淵源。如巴託路斯之法則區別說。薩威尼之法律關係性質說。皆其最著者也。

第六 條理 條理者。事物自然之理也。比道德正義。意義略廣。自古及今。莫不以條理爲法律之淵源。况以國際法之幼稚。尤不能不恃條理爲補救之具。民國二年大理院上字六十四號判例云。判斷民事案件。應先依法律之所定。法律無明文者依習慣法者。依條理。國際私法。既極幼稚。規定又極簡單。其無明文規定。而又無習慣法可據之時。當然不免。故條理亦爲國際私法之淵源。至於制定國際私

法之時。必期合於條理。是又不待言者也。（民法第一條所謂法理。即條理之意。不過意義稍狹而已。）

## 第九章 國際私法之學說

國際私法學。以意大利之巴託路斯爲鼻祖。在巴氏以前。依據學理。以研究國際私法者。（但當時雖有此種學問。尙無國際私法之名稱。）雖不乏人。然因巴氏在當時爲一代領袖。受一般人極端之崇拜。或稱之爲『法律之父』。或稱之爲『法律之光』。故後世莫不以國際私法鼻祖之榮名。歸之於巴氏。巴氏在國際私法學上之地位。恰與荷蘭之虎哥古拉狄斯在國際法學上之地位相同。稱爲國際私法之鼻祖。不亦宜乎。

巴氏所代表之意大利學派。謂之法則學派。當時此派學者。就意國各自由都市之法則。研究其適用之法。故有此名。此派學者所唱之學說。謂之法則說。又因巴氏區別法則爲人法物法二種。故又謂之法則區別說。

依此派學者之意見。以爲關於人之法律關係。依人之住所地法。所謂人法是也。關於不動產之法律關係。依不動產所在地法。所謂物法是也。至關於動產之法律關係。亦依人法。即依人之住所地法。蓋當時以動產爲人格之一部。又有『動產附骨』及『動產隨人』之格言。故動產雖屬於物。但不依物



法。而依人法。

巴氏以後。法則學派。流傳益廣。歐洲大陸。學者輩出。莫不祖述巴氏之說。至十六世紀。於人法物法之外。又加一混合法。於是法則二分說。變爲法則三分說矣。此派之學說。雖屢經變遷。然自巴氏起。至十八世紀之末。支配歐洲之學界。幾五百年。彼時研究國際私法者。即研究法則區別說也。其勢力之偉大。可想而知矣。

然而法則學派。雖謂關於人之法律關係。依之住所地法。但所謂關於人之法律關係。語意殊嫌曖昧。因一種法律關係。往往由此方面觀之。爲關於人之法律關係。由彼方面觀之。又爲關於物之法律關係。此實際上所常見者也。例如不動產之繼承。既與人有關。又與物有關。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。當時巴氏爲解釋此種疑問。乃唱所謂「文法釋論」。惹起後世學者之譏笑。此實爲最大之原因。巴氏曰。『例如有兩種條文。』一爲「長子繼承不動產」。二爲「不動產歸長子承繼」。此兩種條文。各有意義。不能認爲相同。於前之條文。以「長子」爲文章之主格。故屬於人法。後之條文。以「不動產」爲文章之主格。故屬於物法。』此兩種條文之意義。乃一般人認爲相同者也。巴氏獨謂爲不同。其意不欲彌縫自己之學說。結局於自己之學說。非特未能彌縫。反授人以柄。使人得攻擊之隙矣。

至十九世紀。德國之學者薩威尼。及威西特兒。對於法則區別說大加指摘。因之缺點顯露。自此以後。遂無附和此說之人。諸家之新說。亦即由此而日見發達。茲就新說之中。舉其較重要者如左。

第一 訴訟地法說 此說亦稱爲法庭地法說。主張此說之學者。爲美國之司脫里。英國之非里莫耳。法國意國之學者。亦有主張此說者。此說略謂。一切之涉外私法關係。均應依訴訟地法因審判官祇有適用內國法律之職務。並無適用外國之法律職務。故不論涉外私法之性質如何。均應適用訴訟地法。此說之長處。在能說明審判官之職務。惟於言外疑及審判官適用外國法律所見未免太淺何則。審判官對於涉外私法關係。雖有時適用外國法。然不過其外形爲外國法耳。若論其性質。則仍爲內國法。因適用外國法。乃由內國法之所命。故雖適用外國法。實則適用內國法也。再者若據此說。凡屬涉外私法關係。均應適用訴訟地法。亦殊不當。夫訴訟。特偶然之事實耳。如以法律關係之運命。爲偶然之事實所左右。豈能謂之得當。因法律關係之運命。應確定於成立之當時故也。不但此也。如取此說即審判籍亦必隨之變動。而不能確定。既定爲適用訴訟地法。則爲被告者。必遷有益於己之法律所行之地。遷移其住所。以待原告之起訴。爲原告者。又必如被告所有之審判籍中。遷其有益於己者。提起訴訟。是訴訟當事人。得於法律關係成立之後。恣意遷其利己之法也。果爾。則此說非但妨害人民之交易。且將引入入於巧爲規避之途。實非正當之法也。

因有上述之流弊。故今日各國。於涉外私法。幾無絕對的適用訴訟地法者。然一般學者。皆認於一定條件之下。得適用訴訟地法。但所謂條件。學者之見解。各有不同耳。我國法律適用條例。亦基於多數學者之意見。於第一條。第六條。第七條。第八條。第十一條。第十八條。第十九條。第二十五條。設有明文。於一定條件之下。適用訴訟地法。

第二 法律關係發生地說 此說爲德國學者。之所唱。略謂。一切之涉外私法關係均應適用其關係發生地之法律。此說亦有缺點。因法律關係發生地。往往不易判明。且定於偶然者。亦頗不少。故欲適用法律關係發生地之法律。非但有困難。亦恐發生不當之結果也。

第三 屬地法說 此說爲德國學者威西特兒所唱。略謂。內國之國際私法。對於涉外私法關係。若未明定其適用之法律。則適用內國之實體法。此說亦有不妥之處。因現在各國。尙未能一律制定成文的國際私法。而於親族之關係。未設何等規定之國。尤爲不少。若依此說。則凡關係此類之涉外私法關係。當然適用內國之法律。豈能謂之妥善。且如關於婚姻之成立要件。本應適用當事人之本國法。此乃婚姻自體之性質所當然也。如婚姻年齡。乃立法者參酌自國之氣候風土等自然的關係。及文明程度而定者。若使各國之人。與內國人適用同一之法律。安能適合。然威氏則未注意及此。再者。若從此說。則能生當事人所未豫期之結果。(即法律關係成立之當時所止豫期之結果。)亦屬不當。

例如某外國人。於外國爲某種交易以後。偶然移住所於中國。即因此種交易。發生訴訟。若中國法院。適用中國法律。以判斷之。即能生當事人所未豫期之結果。又如債權關係。應由當事人自由定之。此種原則。爲今日各國所共認。亦債權之性質所當然。若從此說。而適用內國法律。則債權的法律行爲。或竟生違反當事人意思之結果。是又違反債權之性質者也。

第四 本國法說 此說爲意大利學者馬志尼之所唱。略謂。『今日之國家。組織國際團體。有相互尊重其國法之義務。故各國人民。不論乘於何國。均應適用其本國之法律。』此說所以與絕對的屬人主義不同者。因其於此原則之外。認有例外也。按現今各國之法律。往往於己國領土以外。支配己國之人民。不但有此種事實。且有以法律明文規定之者。如我國刑法第五條至第七條之規定。即其例也。但此乃國家與人民之內部關係。不得以之對抗第三人之外國。『法律不能行於國外』之原則。即此意也。而意大利學者之主張本國法說。對此原則。未免忽略矣。況此派學者。於原則之外。更承認許多之例外。故其結局。仍不能不依。法律關係之性質。以定其應適用之法。

第五 法律關係性質說 此說爲德國學者薩威尼所唱。略謂。『一切法律關係。各有一定之本據。而其本據。則因法律關係之性質。而有不同。例如能力之本據。在其本國。物之本據。在物之所在地。故國際私法。對於此等法律關係。即以此本據地之法律。爲應適用之法律。實言之。即以適合於法

律關係之性質之法律。爲應適用之法律也。」非難此說者。以爲「法律關係。本屬無形。安有本據。」此種非難。似乎不合。何則。薩氏所謂本據。原係譬喻之詞。如比非難。不但薩氏不能甘服。適足以自形其淺陋而已。

薩氏之說。現已風靡世界。我國法律適用條例。亦採用其說。蓋法律關係之性質。既不能相同。自不應以同一之法律支配之。否則。斷難適當也。例如人之能力。乃以自然關係及人文關係爲標準而定者。債權關係。則應依當事人之自由意思而處理者。二者之性質。絕不相同。故對亦不能適用同一之法律。設有無能力之外國人。如依其本國法。有保護之必要。則此外國人。雖在內國。亦不可不適用其本國法以保護之。因關於能力之法律關係。其性質上。必應適用其本國法也。如立法者。不顧此義。則此無能力之外國人。來於內國。遂不能與內國人受同一之保護。因而違反私權平等之原則。豈能謂之得當乎。

如上所述。乃爲保護外國人之利益。而適用適合法律關係之性質之法律也。然爲保護內國人之利益。亦有同一之必要。例如有一生於美國之甲中國人。已不想再回中國。而於美國取得不動產所有權。是時適有一與甲中國人同一境遇之乙中國人。由甲中國人之手。買得其所有不動產。其後甲乙二中國人。偶因他事。來於中國。忽因此不動產之買賣關係。發生訴訟。中國法院。因此種不動產之所

在地爲美國。而適用美國法。是依法律關係之性質當然之辦法也。僅使中國法院。不適用美國法。而適用當事人之本國法。則當事人之利益。必不能得適當之保護。因適用當事人之本國法。非當事人所豫期者也。

第六 事物自然說 是說爲德國學者播魯所唱。略謂。一、內外國之人民。因親睦而交通。故不論何國。如因涉外私法關係。適用法律時。不應偏重內國法。惟應求其合於事物自然之性質者適用之。至其爲內國法。抑爲外國法。可以不問。凡遇一種法律關係。應從（一）當事人之國籍住所及居所。（二）物之所在地。（三）法律行爲地。（四）法庭所在地等方面。以觀察其事物自然之性質。即依事物自然之性質。以定其應適用之法律。一按播魯爲薩威尼以後最著名之德國學者。其說頗與薩氏之說相似。薩氏所主張之法律關係之本據。又何嘗不依事物自然之理。是不同而同者也。惟薩氏所據之標準。爲預定的。播氏則必經各方面觀察之後。始得定其標準。是又同而不同者也。播氏對於薩氏之說。雖嘗立於攻擊之地位。然完成薩氏之說者。則播氏之力居多。故播氏對於薩氏。可以謂爲誠懇之諍友亦可以謂爲翊贊之功臣實相得而益彰者也。

第七 秋特兒曼之說 秋特兒曼。亦爲德國學者。其說略謂。國際私法。可分爲二種。一爲國內的國際私法。一爲國際的國際私法。審判官祇能適用國內的國際私法。至合於國際的國際私法與否。

可以不問。然國際私法內的無明文規定時。則不可不依國際的國際私法。就國際的國際私法言之。可分準據法爲二種。一爲屬人法。一爲屬地法。屬地法中。更分爲二種。一爲物法。一爲狹義的屬地法。一爲行爲地。法審判官究應用何法。則依權利之性質定之。權利之中。有受人民主權保護者。有受領土主權保護者。受人民主權保護之權利。則依屬人法。即本國法。受領土主權保護之權利。依屬地法。詳言之。物權依物法。即物之所在地法。智能權。及人格權。依狹義之屬地法。即應主張權利地之法。不法行爲。依行爲地法。『此說亦屬薩威尼之一派。且與播魯之說相似。乃以權利之觀念代替法律關係之本據。或事物自然之觀念也。其調和主權之法理。可謂極盡其妙。惟其同時認國際私法有國內的與國際的二種。似不甚當。然其著作。構思秀拔。形式精美。在一般名著中。罕見其匹。或謂。』秋氏爲法律家中之藝術家。藝術家中之法律家。』批評可爲允當。又有學者謂。『秋氏之著作。譬如以錦繡製衣。雖甚美觀。實不適體。』亦確論也。

第八 戴瑟之說 戴瑟。爲英國學者。其說略謂。『凡依文明國之法律適其取得之權利。英國法院。卽應承認之。并應執行之。但因執行。而有下列三種情形時。不在此限。(一)與英國在外國有效力之成文法相觸抵時。(二)與英國之法律政策。英國法律維持之道德。及政治制度相抵觸時。(三)與外國主權者之權力相抵觸時。』按英國向取訴訟地法說。以適用已國之法律爲原則。故戴氏唱此說。

以爲一切法律關係。雖應適用已國之法律。但依文明國之法律取得之權利。亦應保護。既欲保護。則不可不認有例外。而適用外國法。惟戴氏所謂文明國一語。意義殊嫌曖昧。而不易確定。卽令可以確定。但以何文明國之法律爲權利取得之標準。亦未明言。是則其缺點也。

第九 皮烈之說 皮烈爲法國學者。其說略謂。「法律有二種力。一爲普遍力。一爲繼續力。普遍力者。支配領域內之內外國人民之力也。繼續力者。於廢止以前。持續其效力。並追隨已國人民。至於外國而支配之力也。各國法律。皆有此二種力故外國之法律。與國法之法律。往往因此二力。發生衝突。雖欲避衝突則於二力之中。不可不拋棄其一。至於拋棄之標準。則依法律之目的定之。如已國之法律。其目的在支配領域內之人民。時則其效力爲屬地的。故相對國法律之繼續力。不可不拋棄。如相對國之法律。其目的在支配領域外之人民。時。其效力爲屬人的。故已國法律之普遍力。不可不拋棄。」此說有一疑問。卽屬人的及屬地的效力之存在。應依何國法律決定之是也。如依內國法決定之。則應適用之準據法。常爲內國法。於是所謂內外國法律之衝突。已無研究之必要。如依內外國雙方之法律決定之。則何國法律有優先力。亦一疑問。皮氏對於此等疑問。均未與以解答。故非完全之說。

第十 季達之說 季達爲荷蘭學者。其說略謂。「世人均謂國際私法。爲規定內國法與外國法之關係者。實爲誤解。蓋法律。皆規定人與人之關係者。如國內法。規定國民的人與人之關係。國際法



。規定人類的人與人之關係是也。國際私法。爲國際法乃規定世界人類之關係者。故可名之爲世界私法。』此說徒唱高調。實不足取。何則。國際私法之目的。在決定法律之適用。并非直接規定人與人之關係者。且國際私法。爲國內法。以之爲國際法。亦屬不當。

以上所舉。皆近世學者之說。其主張雖各有不同。然國際私法。實因此等學者之研究。日見進步。如屬人法之範圍擴張。如內外人之地位平等。皆近世學者最著之功績也。

國際私法。雖尙在幼稚時代。果使世界學者。各以慈母之心愛護之。撫育之。以助其發達成長。其前途正未可限量。決不能永在今日狀態之下停留不進也。現今之學者。對於國際私法之前途。大致皆抱左列之希望。

第一 希望內外國人。確立於平私之地位。受同一之保護

第二 希望各國平等。各國法律。亦隨之平等。

第三 希望各國法律統一。俾世界人類。立於同一法律之下。

以上三種希望。原爲一般法律者相同之希望。尤其國際私法學者。更不能不抱此希望。是則不待言者也。惟日本國際私法學者山口弘一。於其近著。『民國十六年出版之日本國際私法論第五七頁。』中。痛論人類不能平等。且謂國際私法。以保護自國人民爲主眼。更就法國瓦列利之論文。『世

界大戰及於國際私法將來之影響）斷章取義。謂世界大戰以後。內外人平等之觀念。已發生動搖。並謂勞農俄國。已拋棄各國憲法上『國民在法律之前一律平等』之套語。將勞動者。與非勞動者。顯然區別。此等論調。出諸學者之口。豈非奇事。無怪跡部定次郎仗義而起。於其最近出版之國際私法論。（合本第五版第二九七頁至第三零七頁）中。痛論其非。且證明瓦列利論文中。絕未發見反對平等主義之文字。是則為吾輩研究國際私法者所應注意者也。現在國際私法。雖尚未脫離國內法之域。無使世界學者感嘆其方。助其發達。由人類之平等。促進法律之統一。是豈第斯學者之幸。亦人類之幸也。公願現世有志於斯學者共勉焉。

## 第七章 國際私法之法系

各國現行之國際私法。皆已變觀之。其規定雖各有不同。然於其重要之點。則可以發見其共同之原則。即無論於何國之規定。不論何國。皆依不動產所在國法。關於法律行為之方式之規定。不論何國。亦依行為地法。而依行為地法。此則相同者也。惟關於不動產之法律行為之規定。或依行為地法。或依物之所在國法。此則不同者也。又如關於身分能力之規定。或依當事人之住所國法。或依當事人之本國法。亦有規定依行為地法以限制本國法者。此亦不同者也。關於以上諸點。各國之

國際私法。有大致相同者。有互相歧異者。大別之可分爲左列之。

第一 英美法系 英美現行之國際私法。以住所地法爲屬人法。且所認屬地法之範圍甚廣。關於此點。與大陸各國之國際私法。大有不同。此系以英美二國爲首。南美諸國。皆屬此系。

第二 法國治系 此系認屬人法之範圍甚廣。以視英美法系。相差甚遠。且以適用當事人之本國法爲唯一之原則。然亦有例外。此系以法蘭西爲首。意大利。比利時。西班牙。葡萄牙。荷蘭。及墨西哥等國。皆屬此系。

第三 德國法係 此法系。與法國法系雖同以本國法爲屬人法。然非如法國法系之認爲唯一之原則。爲保護內國交易之安全。頗限制外國法之適用。故德國法系。可謂爲位於英美法系與法國法系中間之法系。此系。以德國爲首。奧大利及日本屬之。

以上三法系。英美法系。膠執成例不得於推行。法國法系偏重理論。又不適於實際。惟德國法系。折衷於二者之間。便於實用。而又不悖於學理。可謂權衡適當。我國法律適用條例。乃斟酌德國日本之成法。參酌中國之現情而制定者。亦屬於德國法系者也。

## 第十一章 國際私法立法之沿革

### 第一節 國內的立法之沿革

國內的立法之沿革。分爲實質的沿革。及形式的沿革二種。略述如左。

第一 實質的沿革 關於國際私法之規定。揭載於法典者。首推法國。法國於十八世紀念。之末。制定民法。其前加編第三條。卽爲關於國際私法之規定。自是以後。歐洲諸國。多模仿法國之民法。編纂法典。亦皆揭載關於國際私法之規定。然因交通日繁。涉外私法關係。日益複雜。故法典中關於國際私法之規定。亦日益加多。如千八百一十一年之奧國民法。千八百二十九年之荷蘭法律。均規定六條。千八百六十五年之意國法律。則規定七條。千八百六十八年之葡萄牙民法。則規定六條。千八百八十九年之西班牙民法。則規定四條。千八百八十八年之蒙的內韋羅財產法。則於其編首規定六原則五條。更於第六編中規定十五條。至十九世紀之終。德國民法施行法中。關於國際私法之規定。竟多至二十五條。千八百九十八年之日本法例。則增至二十八條。(若連第一二兩條合算。則爲三十條。)(千九百一十四年之我國法律適用條例。亦有二十七條。(近年編定之法律適用條例草案。則增一條。))就以上所述。則關於國際私法之規定。以我國及日本最詳矣。然所謂最詳。乃就比較的言之。實則亦不過規定大體之原則而已。將來國際私法。如再發達。則此種規定。亦必更加詳密。故日本之法例。及我國之法律適用條例。現今雖號稱最詳。然并完全無缺。此則不容諱言者也。

第二 形式上之沿革 所謂形式上之沿革。卽關於國際私法之規定。在一國之法典上。定於如何

地位之沿革也。法國民法。以此種規定。爲法律適用之法則。故仿照羅馬法之體例。而揭於法典之卷首。稱之爲前加編其後各國法典。多仿此例。有定於民法總則者。有定於民法前加編者。均附於民法法典之內。德國雖定於民法施行法中。亦未脫離民法之範圍。惟千八百二十九年荷蘭制定之法律。所謂王國立法之總則者。即爲單行法。是爲關於國際私法之規定。而民法分離最先之例。千八百六十五年。意國公布民法之際。亦將所謂前加編之規定。另以單行法公布之。而名之爲一般法律之公布解釋及適用之總則。國際私法之規定。卽揭載於此種總則之內。日本之舊法例。及現行法例。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。然日本學者中。有以制定單行法爲不當而主張應仿德國之例。規定於民法施行法之內者。殊不知德國所以規定於民法施行法之內者。乃因特殊之情形。日本既無此特殊之情形。故無定於民法施行法內之必要。我國法律適用條例。乃模仿日本之法例而制定者。故亦爲單行法。

綜合上述之形式。可大別之爲二種。一爲附於民法者。一爲另定單行法者。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。如德國之規定於民法施行法中。亦有未合。因民法施行法。規定民法施行之程序。而爲一時的性質。國際私法。則爲永久的性質故也。

## 第二節 國際的立法之沿革

國際私法。雖爲國內法。然各國之立法。若不採用同一之原則。究難望推行盡利。惟欲使各國採用同一之原則。非開列國會議。協定條約不可。學者中最熱心此事者。爲意大利之馬志尼。運動半生。竟無成效。然既經浩端。終有成功之一日。所謂『知難行易』是也。關於此事之歐洲會議。馬氏雖未及見。然美洲會議之召集。實在馬氏生前。是則馬氏之心。亦可以稍慰矣。茲特分別美洲會議。歐洲會議。略述如左。

#### 第一 美洲會議 美洲會議之可述者有四。列舉如左。

(一)里馬會議 南美諸國。因企圖國際私法之統一。由秘魯政府發議。於千八百七十八年。召集各國。開會議於里馬。討論關於國際私法。訴訟法。及刑法等條約案。參加此會議者。爲秘魯。委內瑞拉。哥斯他利加。阿爾然丁。智利。玻里維亞。耶克多耳等國。議決條約案八章六十條。此等條約案。雖經各國簽字。但未能實行。

(二)蒙特維德俄會議 此會議。由阿爾然丁。烏拉圭二國發議。於千八百八十八年。至千八百八十九年。開會於烏拉圭首府蒙特維德俄。此會中設四委員會。區分第一民法股。第二商法股。第三刑法股。第四訴訟法。文藝所有權。發明。及商標股。由此四股分別審議。結果議決各種條約。出席各國。對於各種條約。均經簽字。惟布拉圭智利二國。對於國際民法。及國際刑法二條約。未予簽字。

(三)全美第一次會議 自蒙特維德俄會議以後。法律統一之計畫。漸有效果。美國因不欲南美諸國協定統一之法律。乃自爲主宰者。於千八百九十一年。召集南美及中美各國。開全美會議於華盛頓。企圖全美之國際私法。及國際公法之統一。其後每二年會議一次。除國際私法之外。並協議關於經濟。財政。交通等問題。

(四)全美第二次會議 此會議。乃繼續第一次會議而召集者。目的在使國際私法及國際公法之統一。再進一步。然全美會議之目的。過於廣汎。故難現實際之效力。僅能開國際私法統一之機運而已。

第二 歐洲會議 歐洲會議之可述者。共有五次。列舉如左：

(一)海牙第一次會議 歐洲各國。因受全美會議之彌縫。遂亦努力於國際私法統一之會議。最初由荷蘭政府。根據英國之法學者阿塞爾之提案。爲決定國際私法之問題。一即關於人事法。繼承法。親族法。及民事訴訟法之某部分之法律衝突問題。一由各國提議。舉行列國會議。同時並列舉議案。附送於各國。結局幸得各國政府之同意。遂於千八百九十二年九月一日。開第一次國際私法會議於海牙。參加者爲。德意志。奧大利。比利時。丹麥。西班牙。法蘭西。匈牙利。意大利。盧克森堡。荷蘭。羅馬尼亞。俄羅斯。瑞士等國。此次會議討論之議案。爲關於婚姻。繼承。遺囑。及關於民事訴

訟法等問題。

(二)海牙第二次會議 第二次會議。開於千八百九十四年。除第一次出席之各國外。加入瑞典。挪威二國。此次會議討論之議案。除第一次會議之問題外。更添入關於婚姻之效力。監護禁治產。破產等問題。

(三)海牙第三次會議 第三次會議。開於千九百年。此次會議討論之議案。爲關於婚姻。離婚。未成年人之監護。及繼承等問題。

(四)海牙第四次會議 第四次會議。開於千九百零四年。此次會議。除將千八百九十九年實行之關於民事訴訟法之條約加以修正外。并議決關於繼承。遺囑之條約案。及關於破產之條約案。

(五)海牙第五次會議 自第四次會議以後。久未開會。至千九百二十一年。荷蘭擬開。五次會議。徵求各國之意見。定於千九百二十四年開會。然屆期內準備未能竣事。乃延期至千九百二十五年。是年十月十二日開會。繼續至十一月七日。議決(一)關於破產條約案。(二)關於外國法院之判決互相承認及其執行條約案。(三)關於繼承及遺囑條約案。(四)關於婚姻離婚及別居條約之修正。(五)關於民事訴訟法條約之改正。綜計海牙會議成立之條約有六。列舉如左。

## 第一 關於民事訴訟法條約



第二 規定關於婚姻之法律衝突條約

第三 規定關於離婚并別居之法律及裁判管轄之衝突條約

第四 關於未成人之監護條約

第五 規定關於夫婦之身分財產及於婚姻之效果之法律衝突條約

第六 關於禁治產及類似禁治產之保護手段條約

以上六條約中。第一條約。於千八百九十六年十一月一日簽字。自千八百九十九年。遂實行於德意志。奧大利。匈牙利。比利時。丹麥。西班牙。法蘭西。意大利。盧克森堡。腦威。荷蘭。葡萄牙。羅馬尼亞。俄羅斯。瑞典。瑞士等國。又此條約。於千九百零四年之會議。加以修正。經過千九百零五年七月十七日之簽字。至千九百零九年新條約實行。

第二至第四三條約。於千九百零二年六月十二日簽字。自千九百零四年七月三十一日。遂實行於德意志。比利時。法蘭西。盧克森堡。荷蘭。羅馬尼亞。瑞典等國。其後西班牙。意大利。瑞士。葡萄牙。匈牙利等國。亦漸次實行。

第五至第六兩條約。於千九百零五年七月十七日簽字。自千九百一十二年。德意志。法蘭西。意大利。荷蘭。葡萄牙。羅馬尼亞。瑞典等國。實行第五條約。比利時則自千九百一十三年。實行。又

自千九百一十二年德意志。匈牙利。法蘭西。意大利。荷蘭。葡萄牙。羅馬尼亞等國。實行第六條約。

海牙第四次會議所議決之條約案。出席各國。大多均以為應熟加考慮。俟將來開會時再議。故此等條約案之議決。其目的不在成立國際聯合條約。惟定為兩國締結條約之時。應以此等條約案為標準也。海牙第五次會議所議決之五條約案亦然。由是觀之。各國為企圖國際私法之統一。雖展開會議。然終因各國之利害不同。意見難歸一致。故國際私法之統一。尙難期諸最近之將來也。

再者。前列之六條約。法國雖經簽字實行。然於千九百一十四年。對於第二第三第四等三條約。聲明退出。於千九百一十七年。又對於第五第六等兩條約。聲明退出。比利時於千九百一十九年。亦對於第二第三第四等三條約。聲明退出。加以英國以為英國法律。與大陸諸國之法律。情形不同。斷難調和一致。故對於歷次海牙會議。均未參加。是尤於國際私法統一之前途大有窒礙者也。

## 第十二章 國際私法之研究法

研究國際私法之方法。大別之可分為二種。

第一。大陸派之研究法。大陸派之研究法。一曰理論的研究法。即先依吾人之理想。定一基本。

即據此基本。以發見國際私法之原則之研究法也。此種研究法。不以研究現行之國際私法爲目的。其目的在基於理論。發見國際私法共通之原則。既發見共通之原則。即以此原則爲國際私法。且各國現行之國際私法。果爲正當與否。亦即視其與此原則之適合與否而判定之。故此派之學者。非研究現行之國際私法。乃研究必如何而後可爲國際私法也。此種研究法。論其利益。在能促進國際私法之進步。然於現行之國際私法。不加注意。而偏於空理空論。則又此法之弊也。

第二 英美派之研究法 英美派之研究法。一曰成文的研究法。即以己國之判例爲基本。而求其原則。以說明己國現行之國際私法爲何物之研究法也。此派學者。以國際私法爲國內法。其法律之效力。乃由國家主權之立法司法兩方面而發生。故欲研究己國之國際私法。不能不據此種研究法。但此種研究法所注重者。惟在己國之判例。至於各國之國際私法如何。各國共通之原則如何。皆非所問。蓋英美二國。關於國際私法。一無明文。雜依一般之判例。以作研究之基本而已。此種研究法。論其利益。在以判例爲標準。而不尚空論。然國際私法之原則。在事實上。各國共通之點甚多。若專注己己國之國際私法。而不顧共通之原則。已屬不合。若併不合學理。不適理論之判例。亦竭力保守。而意於改良。尤足妨礙國際私法之進步。英美二國之國際私法學說。所以至今仍甚幼稚者。即因其專採此種研究法之結果也。

以上二種研究法。各有得失。吾人研究國際私法。果應採用何種方法乎。是不可不商量者也。余以爲研究法律。固當以己國之成法研究之基本。然亦不可泥於成法。致阻礙其發達。故更應依據理論。以考求成法之得失。而求其所以改良之道。況我國現行之法律適用條例。雖稱精密。然研究之日。究嫌太淺。研究之人。亦屬無多。其法文之意義及精神。均待研究。故不可不採取英美派之研究法。然專就己國之成法。從事研究。又未免失之狹隘。若無比較。何以改良。因之各國之立法例及學說。又不可不搜求而討論之。以促其發達進步。此大陸派之研究法。又不可不採用者也。法書之編緝。即根據此種標準。以我國現行之國際私法爲基本。而又採歐洲之立法例及學說。以爲參考之資。既兼取二種方法之所長。自可收相輔成之效矣。

### 第十三章 國際私法研究之範圍

國際私法。尙在幼稚時代。已如前述。故國際私法研究之範圍。學者間之主張。頗不一致。姑無論其細目取捨不同。即其大綱。亦各因意見之紛歧。而不能一致。所謂大綱者。即（一）法律之適用。（二）外國人之地位。（三）國籍等是也。此外尙有論及統一私法。及既得權二種者。因非通行之例。故余不採。茲專就前三種逐一討論之。

第一 法律之適用 國際私法。乃就內外國之法律。以決定其孰應適用之法也。故學者所定之範圍。雖各有不同。然於法律之適用一項。則未有捨置之者。因捨置此項。則無所謂國際私法矣。學者有稱此項爲法律之抵觸者。(亦有稱有法律之衝突者)余因法律抵觸一語。不合於實際。故易爲法律之適用。惟於國際私法。應研究何種法律之適用乎。對此問題。學者之主張。頗不一致。大別之可分爲二派

(一) 第一派 此派以爲國際私法。應研究公法及私法之適用。此派中。更可分爲二小派

(甲) 研究刑法。刑事訴訟法。民事訴訟法。破產法。民法商法之適用者。

(乙) 研究民事訴訟法。破產法。民法。商法。之適用者。

(二) 第二派 此派以爲國際私法。應專研究私法之適用。此派中。亦可分爲二小派。

(甲) 研究民法。商法之適用者。

(乙) 專研究民法之適用者。

國際私法。既爲私法適用法。何以刑法。刑事訴訟法。民事訴訟法。破產法等公法。亦在研究範圍之內乎。是不可不討論者也。

主張刑法。刑事訴訟法之適用。在國際私法研究範圍之內者。謂國際私法。乃決定一切法律之適

用者。故刑法。刑事訴訟法之適用。亦應由國際私法決定之。蓋刑法。刑事訴訟法。雖與民法。商法不同。而決定其適用之方法則一。故於國際私法中研究之。取其便利也。反對之學說有二。一謂應併入國際法內研究之者。一謂既不屬於國際法。亦不屬於國際私法。應作獨立之學科。為國際刑法研究之者。

主張民事訴訟法。破產法之適用。在國際私法研究範圍之內者。謂民事訴訟法。破產法。雖為公法。然皆為保護私權之程序法。乃民法。商法之助法。故當與民法商法。之適用一同研究。

余既以國際私法為私法適用法。故如刑法。刑事訴訟法。民事訴訟法破產法等適用問題。均不認其在研究範圍之內。依正當之理論。在研究範圍之內者。惟關於民法之適用。及商法之適用而已。但本書則專述民法之適用。因本書之目的在研究中國之國際私法。故以中國法律適用條例之規定。為研究之範圍。查中國法律適用條例。除第二十二條。及第二十四條。之附帶規定外。不及於商法。故本書。專述民法之適用。亦僅於法律適用條例之涉及於商第者。略述商法之適用而已。

第二 外國人之地位 外國人之地位。應否入於國際私法。研究範圍之內。對此問題。學者之間。主張亦不一致。大別之可分為三派。

(一) 第一派 此派以為國際私法。專為決定法律之適用者。故外國人之地位。不應在國際私法中

研究之。如英美學者。多屬此派。

(一) 第二派 此派謂國際私法。以外國人享有一定之權利。爲其存在之前提要件。故外國人之地位。應於國際私法中詳細研究之。如法意學者。多屬此派。

(二) 第三派 此派一方欲嚴定國際私法之範圍。一方關於外國人之享有權利。亦不欲缺漏。故於外國人之地位。僅說明其私權享有之大原則而已。如德國學者。多屬此派。

以上三派。第一派所定之範圍。雖甚謹嚴。然於外人之地位。絕口不談。於研究法律適用之時。恐亦不免發生障礙。第二派於外人之地位。說明甚詳。然大半皆侵入國際法之範圍。亦非適當之方法。惟第三派。專以外國人私權享有之大原則。列入國際私法範圍之內。既無缺漏之嫌。亦無寬汎之弊。

余於此三派中。取第三派。但余雖述外國人之地位。亦非如他之學者。以外國人之地位。另立一編。亦不過附於各論。關於人之法律。編內。述其大略而已。

第二 國籍 國際私法。乃就涉外私法關係。而決定其應適用之法律者也。涉外私法之關係。除涉於外國地者外。即爲涉外國人者。故內外國人之國籍。不可不確定之。因是國籍應否於國際私法內研究之。對此問題。學者之間。主張亦有不同。可分爲三派。

(一) 第一派 此派以國籍問題。爲國際法之問題。不在國際私法研究範圍之內。如德國學者多屬此派。

(二) 第二派 此派以國籍問題。爲國際私法之先決問題。故應在國際私法內研究之。如法意之學者。多屬此派。

(三) 第三派 此派以國籍問題。不全屬國際私法問題。故於國際私法之內。僅就國籍之取得及喪失。簡單說明之。英美派之學者。多屬此派。

以上三派。實則爲兩派。卽屬於國際法範圍。及屬於國際私法範圍之兩派也。余以爲國籍問題。本應屬於國際法之範圍。即不然。亦應於憲法中附帶研究之。斷不應以國籍之全部。附入國際私法研究範圍之內。惟其與適用法律有關係者。應於國際私法中研究之而已。我國法律適用條例第二條第一項。規定當事人有多數國籍。又第二項。規定當事人無國籍。是皆與適用法律有關係者。即所謂國籍之衝突是也。故本書所述之國籍。以國籍之衝突爲限。而不及於國籍之全部。且不另設一編。祇述之於總論而已。

又關於住所之問題。有於民法適用編內述之者。惟於國際私法中所研究之住所。乃住所之衝突問題。述之國籍衝突之後。較爲便利。故本書於總論中述之。



## 總論

### 第一章 外國法之適用

國際私法。乃對於涉外私法關係。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地。有時涉於外國人。故適用法律。亦有時適用內國法。亦有時適用外國法。惟內國法之適用。無可研究之問題。所以本章專言外國法之適用。

在內國法院。對於涉外私法關係。而適用內國法。是固與對於內國私法關係。而適用內國法。毫無分別。并不發生何等疑問。惟於內國之法院。對於涉外私法關係。而適用外國法。則未免有外國法權侵入內國之嫌。故學者對於外國法之適用。未有不特別注意者也。關於外國法之適用。有左列之三種。

第一 依條約之結果適用外國法者 依條約之結果 適用外國法。即依條約之規定。於內國適用外國法也。例如甲乙兩國。締結條約。甲國承認乙國之領事。於甲國領土以內。依乙國之法律。裁判關於乙國人民之訴訟事件。又如甲乙兩國。相互承認相對國之領事。於己國領土以內。依相對國之法律。裁判關於對國人民之訴訟事件。即所謂領事裁判權之制度是也。

第二 依內國承認之結果適用外國法者 此即爲繼受外國法中之屬於直接繼受者。例如昔年德意志以羅馬法爲內國法。比利時以拿破崙法典爲內國法是也。

第三 依國際私法規定之結果適用外國法者 此乃因國際私法之規定。對於一定之法律關係。雖在內國之法院。亦不適用內國法。而適用外國法也。例如關於人之能力。適用當事人之本國法。乃國際私法之規定。如該當事人爲外國人。則其本國法。即外國法也。

以上三種。爲適用外國法之原因。余以爲第一種。乃外國自設之裁判機關。自己適用其本國法。非外國法適用之問題也。第二種。雖取外國之法律。爲內國之法律。然不能謂爲外國法之適用。因此乃外國法之採用。不過其採用之範圍特廣而已。經內國採用頒布之後。縱令與外國法律字字相同。終不失爲內國法。故其適用。爲內國法之適用。而非外國法之適用。至於第三種。乃依國際私法之規定。適用外國法者。此長爲外國法之適用乎。欲解決此問題。宜先明外國法之性質。關於外國法之性質。學說有三。述之如左。

第一 事實說 此說爲英美學界所唱。略謂因國際私法規定之結果。而適用之外國法。在內國不能認其爲法律。即不能認外國法在內國發生效力也。若承認外國法在內國發生效力。實侵害內國之主權。且內國之審判官。祇有適用內國法之職務。絕無適用外國法之職務。故依國際私法規定之結果。而

適用之外國法。就內國視之。並非法律。不過爲單純之事實而已。』此說以爲內國之審判官。祇有適用內國法之職務。其適用外國法時。僅以之爲事實而適用。並非以之爲法律而適用。推此說之用意。蓋以法律之效力。不能逾國境。故外國之法律。當然無行於內國之理。否則。必侵害內國之主權。殊不知因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。亦非內國之審判官。適用外國法。乃審判官。依內國法之所命。適用法律。即令所適用者。確爲外國法。然當適用之際。固祇見有內國法。不見有外國法也。審判官所適用者。既爲內國法。安有侵害內國主權之嫌。更不得謂非審判官之職務。明明爲法律。乃誣解爲事實。似亦未免多事矣。

（四）國際私法 此說爲近代國際學者所倡。略謂。『依國際私法規定之結果。而適用外國法。卽以其爲法律而適用。並非以其爲事實而適用也。蓋各國組織國際團體。應相互尊重各國之主權。法律爲主權之作用。故亦有尊重之義務。甲國之法律。行於乙國。與乙國之法律。行於甲國。本屬相同。莫非由於相互尊重主權之結果也。』此說謂國家適用外國法。由於相互尊重主權之故。亦屬不合。何則。『法律不能行於國外。』乃一般公認之原則。此說與此原則。正當抵觸。且內國領土以內。若容外國法發生效力。未免侵害內國之主權。說者既謂相互尊重主權。然亦未有因尊重外國主權。而犧牲內國主權之理。且涉外私法關係。倘使涉及甲乙二外國。是時若適用甲國法。固爲尊重甲國之主權。然對於乙國

。應如之何。甲乙二國。同爲友邦。何以乙國之主權。獨不應尊重乎。果爾。且將因適用法律。引起國際之糾紛矣。

第三 內國法一部說 此說爲德國學者所唱。略謂。『依國際私法規定之結果。而適用之外國法。不得認爲外國之法律。若認爲外國之法律。殊與內國主權之性質。不能相容也。然亦不得認爲事實。若認爲事實。又與實在之情形。不能相合也。』蓋此種外國法之適用。乃由於內外國法之所命。且所適用者。實爲內國法之一部。不過就外形觀之。頗類似適用外國法耳。『此說既不認外國法爲事實。又不認外國法爲法律。而謂爲內國法之一部。不但立說巧妙。且於理論。亦無不合之處。惟所謂內國法之一部。是非解說不易明瞭者。例如我國法律適用條例第五條第一項曰。『人之能力。依其本國法。』此所謂『本國法。』實包含各國之法律。但不能一一列舉。惟以『本國法』三字代之耳。如成年之規定。各國法律。各有不同。以十八歲爲成年者。爲俄國。以二十歲爲成年者。爲日本。瑞士。以二十一歲爲成年者。爲法蘭西。意大利。德意志。美利堅。瑞典。比利時。葡萄牙。以二十三歲爲成年者。爲荷蘭。以二十四歲爲成年者。爲奧大利。匈牙利。丹麥。挪威。以二十五歲爲成年者。爲西班牙。智利。玻里維亞。假使將各國之成年。一一規定於法律適用條例之中。則各處法律適用條例之一部。決無可疑之點。今之所以使人懷疑者。乃未用列舉之體例。而代之以概括之體例故也。其實二者之間。雖

有繁簡之不同。其內容則無絲毫之差異。故因國際私法而適用之外國法。並非適用外國法。實取內國法之一部而適用之也。申言之。內國之國際私法。乃由各國之法律。各占其一部而構成者也。此理在有成文國際私法之國。本極明顯。惟在不成交法之國。則不免發生疑問。此英美學者所以有事實說也。

## 第二章 外國法之證明

本章所研究者。即依國際私法應適用之外國法。須當事人證明與否之問題也。對此問題。有相反之二學說。列舉如左。

第一說 此說謂。『外國法。乃單純事實。既屬事實。故當事人應負證明之責任。若當事人祇能援用外國法。而不能證明時。則與不能證明事實相同。應歸該當事人敗訴。』此說乃英美學者所主張。彼既認外國法為事實。遂不能不認當事人有證明之責任。夫外國法雖不得謂為事實。然外國之法存在與否。則事實也。不但外國法之存在與否為事實。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。即認當事人有證明之責任。我國民事訴訟條例第三百二十九條曰。『事實。於法院顯著。或為其職務上所已知者。毋庸舉證。』又該條第二項曰。『前項事實。雖未經當事人提起者。亦得斟酌之。由是可知外國法之存在。不必一定由當事人證明之也。況當事人。未必皆知法律。若因

其不能證明。即使之歸於敗訴。待當事人。不亦酷乎。

第二說 此說謂。『外國法之存在與否。無須當事人之證明。何則。』法官知法』乃羅馬法以來一般承認之格言。法官既知法律。則適用之時。自無須當事人之證明。』此說以『法官知法』之格言爲根據。謂外國法之存在。與否。當事人無須證明。推是說之意蓋以爲凡爲法官。則應知一切之法律也。夫法官既非萬能。安能盡知世界各國之法律。姑無論世界各國之法律。即內國之法律。日出不窮。亦未能盡知者。故民事訴訟條例第三百三十四條曰。習慣法。自治法。及外國之現行法。爲法院所不知者。當事人有舉證之責任。但不問當事人舉證與否。法院得依職權。爲必要之調查。』由是可知當事人於法院所不知之外國法。雖負舉證之責。但法院不能因當事人不能舉證。遽判其爲敗訴。因法院對於此項不知之法律。依其職權。亦得從事調查也。此條之前半。原爲減輕法官之責任。如前所述。外國法雖爲內國法之一部。然欲知其內容。事實上往往甚難。故以明文規定當事人負證明之責任。蓋欲使之助法官之職務。亦可免阻害訴訟之進行也。此種規定。就表面言之。似與。『法官知法』之格言不免抵觸。而其實不然。何則。所謂『法官知法』。亦不過謂法官比普通入富於法律上之知識而已。若藉口此種格言。謂法官應知一切之法律。則誤矣。果使法官能知一切之法律。則法官應無不適用法則。或適用不當之事。因之上告之制度。亦可以廢矣。（參照民事訴訟條例第五百三十三條。及第五百十

四條。)然上告制度。現今各文明國。皆採用之。(我民事訴訟條例。及新頒之刑訴訟法。雖不採上告之名詞。然第三審之上訴。即上告也)由是可知法官之法律知識。亦不過優於普通人。非能知一切之法律也明矣。至此條後半之規定。法院應爲職權之調查。蓋謂法院不爲當事人證明所拘束也。當事人縱能證明。究難免不實不盡。故法院依其職權。應爲必要之調查。

就實際言之。欲知外國法。實非易事。故學者之間。提出種種之方法。或主張設置國際調查局。以司外國法之證明。或主張責成圖書館蒐集各國之法律。然爲調查外國法。特設專局。未免鋪張。以是責諸圖書館。恐又未能實事求是。余以爲欲求簡便易行。則有後列之二法。

第一 國際協助 高國國際法協會。關於適用外國法。屢經討論。於千八百八十七年。決定一種簡單方法。欲使各國政府。互結條約。各以其國之現行法令。通知於各國。俾各國司法官皆得知各國之法律。又關於外國法之證明。至千八百九十一年之會議。議決條款。若當事人間。對於外國法之存在及內容。生爭論時。則審判官。依當事人之請求。或依其職權。以之爲先決問題。宣告其應適用之法律。此種應適用之法律。可以經由司法部。或外交部。遞囑託書於外國司法部。求其證明。此種議決。歐洲大陸。已於千八百九十九年。以國際條約實行之矣。我國若加入此種條約。則關於外國法之證明。自可稍減其困難矣。

第二 國內調查 上述國際協助中之二法。第一法。須待外國之通知。如外國怠於通知。則我國仍不能知外國之法律。第二法。臨時囑託。縱令外國因條約之拘束。不能拒絕。而答覆遲延。亦不免訴訟延擱之弊。故欲求完備之法。莫如自己從事調查。至於調查之機關。似不必另行設置。即以現有之機關。兼辦此事。當亦不致甚難。余以爲後列三種機關。皆可兼辦此事者也。

(一) 立法院 立法院職在議決法律。雖議決內國之法律。凡各國之法律。皆應調查。以資借鏡。現在各國皆有法令大全。法令輯覽等書。且有報告法令之公布變更廢止等事之新聞雜誌。如由該院之編譯處。從事蒐集。分別成文習慣。編定目錄。隨時整理。則何法現正實行。何法業經廢止。皆可一目了然。如是定業編定。既可供該院之參考。亦可應各法院之調查。是誠兩便者也。

(二) 行政院 行政院中。設有外交部。主管國際交涉。亦有知悉各國法律之必要。應命令駐外國之公使領事。負隨時調查之責。凡調查送部之件。亦如上述。派定專員。編定目錄。隨時整理。如是則該部可得參考之資。各法院亦可得證明之便。是不僅爲兩便之道。實外交部應盡之責也。

(三) 司法部 司法部中。設有司法行政部。凡屬司法行政事宜。皆屬該部之職責。不平等條約。正在設法廢除。各國對於我國之領事裁判權。必將逐漸撤去。故將來因涉外私法關係。須適用外國法之處。亦必日漸加多。當此之際。調查外國法。實爲司法行政部分內之事。故以調查外國法。



責成司法院辦理。尤爲相宜。

內國法院。適用外國法。雖有證明之法。調查之方。然就事實上。無從證明。無法調查。亦非必無之事。倘使此種事實發生。應如何解決之乎。對此問題。學說有二。

第一 請求駁斥說 此說謂。『適用外國法。乃內國國際私法之所命。國際私法。既命適用外國法。即可推知不許適用其他之法律。現在應適用之外國法。既無從證明。是應適用之法律。已不存在。應適用之法律既不存在。則審判官。對於爭點。無從判決。故惟有駁斥當事人之請求而已。』此乃千八百七十九年德國高等商事法院所認之主義。德國學者秋特兒曼亦贊成此說。但就法理言之。則不甚適當。何則。『審判官。不得藉口法律之不明不備。拒絕審判。』乃一般公認之原則。若依此說。則正與此原則相反矣。故現在各國。皆不採用此說。

第二 內國法適用說 此說謂。『如應適用之外國法。無從證明之時。即可推定與國內法同其規定。』即適用內國法。蓋內國之國際私法。雖規定應適用外國法。但無禁止適用內國法之明文。故當外國法無從證明之時。可依內國法判決其爭點。』此說於實際上。雖甚便利。然其所持之理由。似又不甚充足。如彼謂內國之國際私法。雖規定應適用外國法。但無禁止適用國內法之明文云云。尤屬牽強。不類學者之口吻矣。蓋當此之際。雖可依。『審判官不得藉口法律之不明不備拒絕審判』之原則。受理其訴訟

。但不應推定外國法之規定。與內國法相同。因此種推定。太嫌武斷也。故此說亦不足取。

以上二說。既均不足取。但此問題。究應如何解決之乎。余以爲法律之不明不備。不但適用外國法時。有此情形。適用內國法時。亦有此情形也。查我國民法第一條曰。『民事法律所未規定者。依習慣。無習慣者。依法理。』又大理院民國二年上字六十四號判例內載。『判斷民事案件。應先依法律所規定。法律無明文者。依習慣法。無習慣法者。依條理。』是皆爲法律之不明不備所設之救濟方法也。現在應適用之外國法。既無從證明。復無法調查。亦惟依此辦法而已。但依此辦法。應適用內國法判決之乎。抑應適用習慣或法理判決之乎。余以爲此際應適用之外國法。原爲內國法之一部。故此際非外國法不明不備之問題。乃內國法不明不備之問題也。既爲內國法不明不備之問題。自應依民法之規定。先調查是否有習慣。有習慣。則依習慣。無習慣。則依法理。查調查之結果。自應相當之習慣。即令實際上。以內國法之規定。爲適用之。而理當適用之。得以之爲內國法而適用之。因國際私法。既無其適用外國法。者。而用內國法。而適用內國法。是爲反國際私法故也。

### 第三章 外國法之違背

本章所研究者。即法苑適用外國法。發生違背之情形時。當事人得上告與否之問題也。查民事訴

訟條例第五百三十三條曰：『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。』又第五百三十四條曰：『不適用法則。或適用不當之裁判。爲違背法令。』此兩條之意。蓋以第三審之目的。一方面在審查第二審判決之當否。一方面在統一法令之解釋適用也。倘使第二審之判決。違背法令。或第一審之判決。違背法令。經第二審仍以該判決爲判決之基礎時。則當事人。均得對之依法上告。但此乃指由內國私法關係所生之訴訟而言也。倘使內國法院。因涉外私法關係。依據國際私法。適用外國法。發生外國法之違背情形時。當事人亦得上告乎。對此問題。應分別左列二項說明之。

### 第一 依國際私法。應適用外國法。而不適用時。此項包括左列兩種情形。

(一) 依國際私法。應適用外國法。而不適用。卻應用內國法時。

(二) 依國際私法。應適用甲外國法。而不適用。卻應用乙外國法時。

以上兩種情形。均係其有國際私法之規定。而當事人不願。當然可以爲上告之理由。由此兩種情形推之。若依國際私法。應適用內國法。而不適用。卻適用外國法時。亦屬於此項。此等判決。學者謂之違背國際私法原則之判決。無論何國。莫不認此爲上告之理由。是各國一致者也。

第二 依國際私法。應適用外國法。而適用不當時。適用不當。即解釋錯誤之結果也。此項與第一項不同。第一項雖一致認爲可以上告。此項則分爲甲乙二派。略述如左。

(一)甲派 此派以爲內國法院。適用外國法。雖適用不當。當事人亦不得據以上告。因最高法院。雖有統一法律解釋之權。但其所統一者。爲內國法律之解釋。非外國法律之解釋也。外國法律之解釋。自有外國最高法院統一之。內國之最高法院。無統一外國法律解釋之必要。且欲統一之。亦有所不能。故下級法院。於外國法適用不當。當事人不得以之爲上告之理由。如法蘭西。比利時。荷蘭。瑞士等國之判例及學說。均屬此派。

(二)乙派 此派以爲內國法院。適用外國法。如適用不當。當事人得據以上告。此派學者所持之理由。亦不盡同。如意大利學者。因認外國法爲法律。故認爲可以上告。如浮幾他諾。撒蘭特尼等是也。德國學者播魯。雖亦主張可以上告。其所持之理由。則謂一則最高法院。比其他之法院。易知外國之法律。二則內國各法院。若對於外國法。解釋各異。則各法院對於同一之事件。必不能下同一之判決。因之而發生莫大之弊害。如最高法院受理此項上告。則在一國之內。外國法之解釋。可望統一。外國法適用之不當。可望矯正。故以准許當事人上告爲便。

然則外國法適用不當之時。即解釋錯誤之時。究竟可認爲上告之理由乎否乎。余以爲我國最高法院。依法院編制法之規定。本有統一法律解釋之權。茲雖爲外國法之解釋。然就法律適用條例言之。此項外國法。乃法律適用條例之一部。(參照總論第一章內國法一部說。)故雖爲外國法之解釋。實則

內國法之解釋也。以內國之最高法院。解釋內國之法律。於理並無不合。況如播魯所云。於實際上。亦大有裨益。故余以爲外國法適用不當之時。應認當事人可以上告。

## 第四章 外國法適用之限制

於內國而適用外國法。是爲各國國際私法之所認。亦可謂因適用外國法。國際私法始發生也。適用外國法。雖爲國際私法之所認。然亦非漫無限制。如外國法之規定。有害內國之公安時。則不能適用。此爲各國之通例。蓋立法者制定法律之其。雖可承認外國法之適用。然不能明知有害內國之公安。而仍適用外國法。故凡有各國公法之與國法。均必設其適用之加其限制。關於此種限制。有三種主義。述之如左。

第一 間接限制主義 間接限制主義。即於法典上。以明文規定某種之內國法。爲絕對的強行。其反面。即係與此種內國法抵觸之外國法。不認其適用也。例如法蘭西民法第三條。明定關於警察。或關於安寧之法律。凡在國內之人。均受其拘束。荷蘭。比利時等國之民法。亦取此種主義。此種主義。乃由於以屬人法爲原則之思想而來。故內國之某種法律屬於絕對的強行。實有以明文規定之必要。因無此明文規定。則應一律依屬人法之原則。而適用外國法也。然此種主義。實與一國立法之觀念不

合。何則。一國之法律。本屬當然行於國權所及之領土。凡在領土以內者。不問其爲內國人。爲外國人。應一律受其拘束。刑法。及其他之公法。固當如此。卽一切私法之規定亦然。苟法律上無反對之規定。當然適用內國之法律。至於外國法。惟依立法者承認其可以適用。始能適用之耳。故對於某種之內國法。實無特別規定其絕對的強行之必要。且卽令設此規定。亦難免一漏萬。倘使絕對的強行之內國法不存在。則明知其爲有害內國公安之外國法。亦不能不適用之矣。其流弊旣然如此。何若設一概括之規定。使凡屬於有害公安之外國法。概不適用之爲愈耶。

第二 間接兼直接限制主義 間接兼直接限制主義。卽於法典上。既規定某種之內國法。爲絕對的強行同時並規定有害公安之外國法。不得適用也。凡模仿法國民法之諸國法典。大致皆取此種主義。如意大利。西班牙之民法。其最著者也。此種主義。較之前者。雖稍進步。然其所規定之某種內國法。爲絕對的強行。究爲無用之規定。故近日各國。更進一步。多採取第三種主義矣。

第三 直接限制主義 直接限制主義。卽以法律明文。承認外國法之適用。惟於外國法與內國之公安不能兩立時。以明文直接限制其適用也。各國取此種主義者甚多。其限制之條件。大致以國家之公安爲標準。特各國法律上所用之文字。不盡相同耳。如英美法。則謂『違反公政策。』法國法。則謂『違反公之秩序。』德國法。則謂『違反善良風俗。或德國法律之目的。』千八百八十年國際法學會之議

決。則謂『違反國際法。及公之秩序。』日本法。則謂『違反公之秩序。或善良風俗。』我國法律適用條例所用之文字。與日本法相同。惟『公之秩序。』易爲『公共秩序』而已。

我國法律適用條例第一條曰。『依本條例適用外國法時。其規定。有背中國公共秩序。或善良風俗者。仍不適用之。』即採用第三主義者也。此種規定。學者謂之排斥條款。又曰保留條款。即謂排斥條款。即排斥外國法之適用之條款也。所謂保留條款。即保留內國法之適用之條款也。余以爲此種規定。謂之排斥條款則可。謂之保留條款則不可。因本條僅規定不適用外國法。並未規定因不適用外國法。必適用內國法也。蓋依本條之規定。有時非適用內國法。不足以維持內國之公安者。則惟有適用內國法之一道。並無何等疑問。然亦有時適用甲外國法。雖有背內國公安。適用乙外國法則否者。此時似亦不妨適用乙外國法。例如因契約關係。適用當事人自由選擇法時。當事人始而選擇甲外國法。因共有背內國之公安。不能適用。繼而選擇乙外國法。此乙外國法。若與內國之公安無礙。則不妨適用之。日本條所定之外國法。專指有背內國公安之外國法而言。亦惟有背內國公安之外國法。應不適用。非必命令司法官適用內國法。亦非必禁止司法官適用有背內國公安之他外國法也。如是解釋。倘使不誤。則本條之規定。當然不得謂之保留條款。

又此種條款。果有特定之必要乎。是宜研究者也。有學者曰。『排斥條款。乃對於應適用外國法

之原則。而設之例外。若無此條款。則雖有妨害內國公安之外國法。亦須絕對的適用。故此種條款。有特設之必要。又有學者曰。『國際私法。對於內外人之利益。原以平等保護爲目的。但因多數人而犧牲少數人之利益。亦爲國際私法之所許。故爲多數之內國人。犧牲少數外國人之利益。自屬當然。此種條款。實有特設之必要。』此二說所持之理由。一則注重事實。一則注重理論。莫不持之有故。言之成理。各國學者無反對之者。此我國法律適用條例所以有第一條之規定也。

關於本條。尙有一極困難之問題。即所謂公共秩序。善良風俗。應如何解釋之問題也。此種問題。學者尙之爲公安問題。茲介紹關於此問題之學說如左。

第一 薩威尼之說 此說略謂。『與內國之絕對法相抵觸之外國法。不得適用之。換言之。國際私法上。外國法之適用。須以與內國之絕對法不相抵觸爲限也。所謂絕對法。即原因於道德。政治。及經濟之強制的規定之總稱也。』若依此說。則適用外國法之時亦僅矣。何則。一國之公法。多爲強制的規定。固不待言。即就私法言之。如關於能力親族等法。強制的規定。亦頗不少。若與強制的規定相抵觸之外國法。皆認爲不得適用。則國際私法上應依外國法之規定。豈非盡成具文乎。故就國際私法言之。所謂公安。斷不能依薩氏之說解釋之。因之瑞士之下洛西又有國內公安。國際公安之說。

第二 卜洛西之說 此說略謂。『公安。分爲二種。一曰國內公安。一曰國際公安。一國法律之中



。專拘束內國人之強制的規定。謂之國內公安之規定。內外國人同受拘束之強制的規定。謂之國際公安之規定。例如成年之年齡。結婚之年齡。爲對於內國人之強制的規定。不能任當事人之意思。自由變更。但對於外國人。則無強制之必要。不但不強制之。且許其適用本國法。因此爲國內公安之規定。非國際公安之規定也。又如禁止人口之買賣。及不許重婚之規定。不論對於內國人。或對於外國人。均爲強制的規定。因此爲國際公安之規定故也。此說解釋國內公安。與國際公安。似已明瞭。然學者間。則有謂此說對於何者爲國內公安之規定。何者爲國際公安之規定。尙不能確切說明者。於是又有爲之說明者矣。

第三 威斯之說 此說略謂。『憲法。行政法。法院編制法等公法。及關於個人之公法。又有刑罰性質之法律。皆爲關於國際公安之規定。不論對於內國人。或對於外國人。均絕對強行之。即與此等規定相反之各國法。不認其適用也。今再進一步。試問除此以外。關於公安之規定。何者爲國內公安之規定。何者爲國際公安之規定。此惟有任諸審判官之自由判定而已。不過審判官當判定之際。不必以其法律有無強行的性質。或命令的性質爲標準。惟應就其法律之精神及目的而判定之耳。』此說說明國內公安。及國際公安。似亦可謂明瞭。然學者之間。仍有謂爲區別未清者。故巴黎大學教授列尼。又創相對的公安。與絕對的公安之說。以解釋之。

第四 列尼之說 此說略謂。『國際公安之規定。乃不問內外國人。均絕對的適用之規定。故國際公安。可稱爲絕對的公安。國內公安之規定。乃專對於內國人認爲公安之規定。故國內公安。可稱爲相對的公安。』此說解釋國內公安。及國際公安。雖甚巧妙。然巴黎大學教授皮烈又起而反對之。以爲不必設此區別。

第五 皮烈之說 此說略謂。『凡所謂公安。或公之秩序。實唯一而不必區別者。如彼主張之國際公安。與國內公安之區別。大致乃由於身分能力之規定而發生者。其實身分能力之規定。並無關於公安。此外之關於公安者。則不問內外國人。一律適用。果爾。則專稱之爲關於公安之規定已足。又何必設此國內國際之區別乎。』

以上數說之外。尙有學者謂。『國內公安。乃一國認爲公安者。國際公安。乃萬國均認爲公安者。故外國法。惟與國際公安不其嗣者。始能適用。』此說亦有不妥之處。何則。國際私法於適用外國法之際而不適用者。實由於某國內國之安全之故。至於是否萬國同認爲公安。則非所問也。

總之。所謂『公共秩序』。『善良習俗』。在法上。早成學者聚訟之問題。在國際私法上。因關係適用外國法。欲確定其意義。更覺困難。故惟有任諸審判官臨時之判定而已。不過以此重大之權限。委諸審判官。實無異以司法而濫立法之權。與三權分立之原則。不無違背之嫌。是又事實上無可如何者。

也。

## 第五章 反致條款轉致條款及間接反致條款

國際私法之發生。由於各國民商法之不能一致。然各國之國際私法。亦未必盡屬一致也。例如甲國以本國法為屬人法。乙國以住所地法為屬人法。倘有乙國人。居住於甲國。因能力關係。在甲國法院。發生訴訟。此時甲國之審判官。將適用當事人本國法之乙國法乎。抑適用當事人住所地法之甲國法乎。是一問題也。對此問題。解決之方法有二。

第一 外交的解決法 外交的解決法。亦曰條約的解決法。即由各國締結條約。以統一各國國際私法之方法也。此種方法。原為世界學界及立法者法所期望。故關於此種之列國會議。在歐美二洲。均曾屢次舉行。如海牙國際私法條約。蒙特維德國際私法條約。保護著作權萬國同盟條約。保護工業所有權萬國同盟條約。關於輪船衝突之規定統一條約。關於救助難船之規定統一條約。及稟據統一條約等。皆可謂於一定限度之下。希望發達此目的者也。然統一國際私法之條約。雖為現世所需要。且為世界所期望。然終因利害之衝突。未能通行於各國。誠憾事也。

第二 國內的解決法 國內的解決法。亦曰國法的解決法。即於一國成文國際私法之中。特設反

致條款。轉致條款。及間接反致條款。藉以避免適用法律之困難之方法也。我國法律適用條例第四條曰。『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。』此即反致條款也。

反致條款。一曰反定條款。又曰反致法。或反定法。即依內國國際私法之規定。應適用當事人之本國法。而依當事人本國國際私法之規定。却應適用內國法時。則以內國法。代當事人本國法之適用之條款也。此種條款。乃由於各國所認之屬人法。未能一致之結果。如我國之國際私法。與歐洲大陸諸國相同。莫不以當事人之本國法。爲屬人法。而英美二國則以當事人之住所地法。爲屬人法。假定有英國人。居住於我國。如因能力關係。發生訴訟。按法律適用條例第五條。人之能力依其本國法』之規定。本應適用當事人本國法之英國法。但英國之國際私法。則以爲應適用當事人住所地法之我國法。當此之際。我國法律適用條例既設有反致條款。即可依據之而適用我國法矣。

近年各國之判例及立法例。皆曾承認此種條款。就判例言之。始於千八百七十五年法國大理院之判例。『對於在法國有住所之英國人。依住所地法之法國法。』此外如比利時。自千八百八十一年以後。意大利。自千八百八十四年以後。亦皆有相同之判例。此其較著者也。至於立法例。如德國民法施行法。瑞士聯邦中數邦之民法。日本之法例。及我國法律適用條例。均有明文規定。此又見諸立法例者也。

學者之間。如法蘭西之威斯。意大利之佛里。德意志之馮巴耳。英吉利之魏史脫勒克。莫不贊成此種條款。然反對之學者。亦頗不少。茲分別反對及贊成之說爲兩派。列舉如左。

### 第一 反對派之學說 此派之學說有三。

第一說 此說謂。一身分能力。當依本國法之規定。乃國家適用法律之大原則。而命諸審判官者。此種規定。爲純然之公法。既爲公法則應絕對的強行。斷不能因外國法規定之異同。而異其適用。且身分及能力。所以特爲規定依本國法者。乃立法者因其性質。認爲有依本國法之必要。故審判官。不應問當事人本國國際私法之規定如何。惟行適用其本國法而已。『批評者曰。此說之一部分。可謂得當。何則。一國之立法者之制定國際私法之時。原本問他國國際私法之。規定如何。惟研究內外實質法之異同。或規定爲應適用本國法。或規定爲應適用住所地法。審判官亦惟有將遵此規定。以決定其應適用之法律。此時適用法律。誠不應問外國國際私法之規定如何。惟應於內外實質法中。求其應適用者而已。是即此說得當之一部分也。惟此說謂不應問當事人本國國際私法之規定如何。似疑爲內國之審判官。而將外國之國際私法者。是實大誤。蓋國際私法。於通常之情形。固以內外之實質法爲基礎。而定其孰爲應適用之法律。而於特別之情形。則不妨參照當事人本國國際私法之規定。以期內外國法律之調和。倘其本國之立法者。以爲應依住所地法之我國法。定其國人

之能力爲正當。似亦不妨限制通則。特設例外。況內國國際私法。既設反致條款。乃內國立法者所制定而命審判官適用者。故審判官依據反致條款。而適用內國法時。並非從外國國際私法之規定。乃從內國國際私法之規定也。

第二說 此說謂。『反致條款。斷難承認。否則。此推彼讓。其結果。必不能確定應適用之法律。何則。住所地之國際私法。以爲應適用本國法。其本國之國際私法。又以爲應適用住所地法。互相推讓。無有已時。究應適用何地之法律。將永遠不能確定矣。』批評者曰。此說亦難謂爲得當。何則。一國之成文的國際私法。如無救濟之規定。固不免此推彼讓。無有已時。若在我國之法律適用條例。則不能發生此種結果。因該條例。已有『依中國法』之規定。倘遇此等事實。即可依據該條例。而適用中國法。又何至永遠不能確定乎。

第三說 此說謂。『若承認反致條款是與住所地法主義以便宜。而本國法主義。反有難期通行之弊。是無異獎勵住所地法主義也。』批評者曰。此說亦不得當。何則。立法者所以承認此種條款者。乃爲己國之便宜。並非與住所地法主義之國以便宜也。故絕無獎勵住所地法主義之嫌。況實際上。既有採住所地法主義之國家。則一國制定國際私法時。即應力避將來之不便。而預設解決之規定。故承認反致條款。實未見有何不當也。

第二 贊成派之學說 此派之學說亦有三。

第一說 此說謂。『如承認反致條款。可以避免起訴於甲國法院。與起訴於乙國法院。所得判決之兩歧。例如英國以滿二十一歲為成年。中國以滿十六歲為成年。設有十七歲之英國人。住於中國。若因法律行為之能力問題。起訴於英國法院。則英國法院。適用當事人住所地法之中國法。認其為有行為能力。其所為之法律行為。不得撤銷。若起訴於中國法院。則中國法院。適用當事人本國法之英國法。認其為無行為能力。其所為之法律行為。得以撤銷。是因不承認反致條款所以有此判決兩歧之結果也。反之。如承認反致條款。則不論在中國法院起訴。抑在英國法院起訴。莫不適用當事人住所地法。故判決之結果。必然相同。』反對者曰。此特中國設反致條款。而英國不設反致條款。乃能如是耳。倘英國亦設反致條款。則仍不能得同一之判決矣。假定英國亦設反致條款。其文曰『依法適用當事人住所地法時。如依其住所地法。應適用英國法者。依英國法。』如是則中國徒反背己國立法之本旨。而設反致條款。其結果。判決仍不能一致也。

第二說 此說謂『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。何則。在中國方面。必喜己國法律之可以完全適用。而在英國方面。亦喜與己國法院之判決。結果相同。是兩國之間。因承認反致條款。皆得滿意。而不致有異議之發生也。』反對者曰。反致條

教。乃由於國際禮讓與好意而生。夫禮讓與好意。可爲一時之政略。不能爲立法之基礎。況各國立法各有自主之立法權。設有條款。必須根據健全之理由。不能問外國是否滿意。若反致條款者。是無異自棄其信爲正當之準據法。而專抑外國立法者之鼻息也。

第三說 此說謂。一國家對於其人民之身分能力。而承認以住所地法。爲準據法。如其人居住於外國。是無異自棄其人民主權。國家既自棄其人民主權。則其人民已立於無國籍人之地位。無國籍人之身分能力。依住所地法。此通例也。故適用住所地法。並非反致特本國法。適用例外耳反對者。曰對於人民身分能力。依住所地法不能卽認爲自棄其人民主權。且解釋爲無國籍人。於理論上。於實際上。均有未合。尤爲謬之最甚者。

余對於反致條款。固立於贊成派方面者也。故對於批評反對派之說者。稱爲批評者。對於批評贊成派之說者。則稱爲反對者。余雖立於贊成派方面。然對於上述贊成派之學說。則不能一一附和。因其所持之理由。未必盡當也。余對於反對派之學說。雖不能表示贊成。然其特理正當者。亦決不先存成見。故意反對。若平心靜氣。研究兩派之學說。終以贊成派之學說。較爲健全也。總之。反致條款。乃以各國國際私法之不同。而求解決之方法爲目的。即以調和國際私法之衝突爲目的也。苟可以達此目的。則不論適用何法。果於事理不甚相反。自不妨略予通融。以求實際上之便利但就嚴格之立法



論言之。則容有未當。因此種條款。實有屈伏於外國國際私法之嫌疑。是則不容掩飾者也。

反致條款外。又有所謂轉致條款。及間接反致條款者。是亦宜研究者也。茲特分述如左。

第一 轉致條款 轉致條款。一曰轉定條款。又曰轉致法。或轉定法。亦曰復後反致法。或複反定法。即依內國國際私法之規定。應適用當事人之本國法。而依當事人本國國際私法之規定。却應用第三國法時。則以第三國法。代當事人本國法之適用之條款也。

第二 間接反致條款 間接反致條款。一曰間接反定條款。又曰間接反定法。或間接反定法。即依內國國際私法之規定。應適用當事人之本國法。依當事人之本國國際私法之規定。應適用第三國法而依第三國國際私法之規定。却應適用內國法時。則以內國法。代第三國法之適用之條款也。

以上二種條款與反致條款。均以調和國際私法之衝突爲目的者也。故此三種條款。實有不可分離之關係。若設其一。而遺其二。則上述之目的。有時仍不能貫徹。故我國法律適用條例僅設反致條款。而不設轉致條款。及間接反致條款。則未免缺略矣。現今之大多數學者。雖均已承認反致條款。但於轉致條款。及間接反致條款。則以爲不可承認。夫轉致條款。及間接反致條款。原與反致條款相同。均爲調和國際私法之衝突而設之規定。既承認反致條款。於轉致條款。及間接反致條款。有何不可承認者乎。若謂轉致條款。及間接反致條款。有屈服於外國國際私法之嫌疑。而反致條款。又何嘗無此嫌

疑乎。若謂反致條款。因其結果。適用內國法。故可承認。轉致條款。因其結果。適用第三國法。故不可承認。此尤無正當之根據。何則。國際私法。既承認屬人法。自不應獨於內國法。有所偏重。況間接反致條款。結果亦適用內國法者。何以亦不承認乎。是真百思而不得其解者也。

## 第六章 一國數法

一國數法者。即於一國之內。各地方各異其法律之謂也。遠溯國際私法之起原。即由於各地方法律之不同。而求其所以調和之法。其效力僅及於內國人民之間。其後屢經變遷。始成今日國際私法之現狀。現今於一國之內。對於各地方法律之不一致。而講求其適用之法者。謂之準國際私法。此種準國際私法。雖亦有於國際私法中研究之者。然余則以此為單純的國內問題。無關於涉外私法關係。故余不於國際私法中研究之。

現在所欲言者。乃一國數法。將以何地方之法。為當事人之本國法之問題也。例如美國各州。各異其法律。設有一美國人。因能力關係。在中國法院。發生訴訟。依中國法律適用條例。應適用該當事人之本國法。現在美國各州之法律。既不一致。則應以何州之法律。為該當事人之本國法乎。此應研究之問題也。此種問題。不但生於聯邦式之美利堅。瑞士等國。即如單一國之英國。日本。亦能發

生此種問題。如英國之英格蘭。蘇格蘭。愛爾蘭等地方之法律。多有不同。各殖民地之法律。亦不一致。如日本內地所施之法律。與朝鮮。台灣等地所施之法律。亦有不同。倘一發生適用法律問題。則單一國。與聯邦國。往往同其困難。因是之故。近世學者。對於此種問題。莫不注意。而其所取之主義。則未能相同。茲特分述如左。

第一 住所地主義。此主義以爲當事人之本國。如各地方之法律不同。則適用其住所地之法律。此種主義。驟觀之。似極適當。然細按之。則有未合。何則。如前述美國人之例。假使該當事人爲加里弗呢亞州人。若其住所。即在該州之內。適用住所地法。固極適當。若該當事人之住所。不在該州。而在第三國。亦將適用第三國之法律乎。

第二 所屬地方法主義。此主義以當事人之本國。如各地方之法律不同。則視該當事人屬於其本國之何地方。即適用何地方之法律。此主義之用意。與住所地法主義相同。而無住所地法主義之缺點。故日本之舊法例。雖取住所地法主義。其新法例。則已改取所屬地方法主義矣。

我國於以上二主義中。果取何主義乎。我國法律適用條例既係模仿日本新法例而制定者。當然取所屬地方法主義矣。查該條例第二條第三項曰。『當事人本國內各地方法律不同者。依其所屬地方之法。』所謂所屬地方之法。即本籍所在地方之法也。如前述之美國人。若其本籍在加里弗呢亞州。即

以加里弗呢亞洲之法。爲其本國法。但此處有一問題。即該當事人。於任何地方。皆無其本籍之時。應如之何。即如上述之美國人。在美國之各州。皆無其本籍。將以何法爲其本國法之問題也。近時學者。對此問題。均不甚注意。惟日本學者山口弘一以爲如各地方均無其本籍時。則以其有住所之地方。爲其所屬之地方。若於各地方均有住所。或均無住所。則依住所衝突之解決法定其所屬之地方。若依此方法。仍不能解決之時。則使該當事人自行選擇。如該當事人。不自選擇。或雖選擇。而選擇第一三國之地方時。則可由法院斟酌定之。此種主張。不過爲一家之說。固不能作爲定論。然由此一端。即可知國際私法中潛伏之問題正多也。

## 第七章 國籍之衝突

國籍者。人民從屬於國家之關係也。凡爲人民。則不可不有國籍。然又不可有二以上之國籍。換言之。即一人以有一國籍爲一般之原則也。然各國國籍法之規定。尙未完全。所採取之主義。又未能一致。因之於此原則之外。往往發生例外。例外者何。即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。有二以上之國籍者。謂之重國籍。(一曰重複國籍。又曰二重國籍。)皆國籍之衝突也。惟重國籍。謂之國籍之積極的衝突。無國籍。謂之國籍之消極的衝突。此兩

種衝突。皆能於適用本國法時。發生障礙。故於國際私法中。不可不研究國籍之衝突。以下分兩節說明之。

### 第一節 國籍之積極的衝突

國籍之積極的衝突。即一人取得二以上之國籍也。此種衝突。有因出生而生者。於因出生後之事實而生者。前者謂之因出生而生之積極的衝突。後者謂之因出生後之事實而生之積極的衝突。以下分款說明之。

#### 第一款 因出生而生之積極的衝突

現今各國國籍法上。關於固有國籍（一曰根原國籍。）之規定。有採用血統主義者。有採用出生地主義者。有採用併合主義者。併合主義之中。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。各國所採用之主義。既不能一致。國籍之衝突。遂因之發生。故欲研究國籍之衝突。應先知此數種主義。以下分述之。

第一 血統主義 血統主義者。即純依血統以定固有國籍之主義也。此主義。不問其出生於何地。但據其父母之國籍。以定其國籍。如嫡子。取得父之國籍。私生子。取得母之國籍。至於出生於何地。則與國籍毫無關係。如德意志奧大利。匈牙利。腦威。羅馬尼亞。瑞士等國。皆取此主義。

第二 出生地主義 出生地主義者。即純依出生地以定固有國籍之主義也。此主義。不問其父母之國籍如何。但視其出生於何地。即據之以定其國籍。如出生於內國之人。其父母雖爲外國人。而其人仍取得內國國籍。視爲內國人。如阿爾然丁。玻里維亞。智利。耶克多耳。科倫比亞。巴拉圭。秘魯。烏拉圭。委內瑞拉等南美諸國。皆取此主義。

第三 併合主義 併合主義者。卽不專取血統主義。亦不專取出生地主義。乃併合二種主義之折衷主義也。此主義。更可分爲二種。

(一) 以出生地主義爲基礎之併合主義 此主義。在原則上。依出生地主義。定固有國籍。但備有一定之條件。亦得保有父母之國籍。卽以出生地主義爲基礎。兼採血統主義也。其例如左。

(甲) 英吉利 凡生於英國領土以內者。卽當然取得英國國籍。但達於成年以後。不論何時。皆得拋棄英國之國籍。而歸於父母之國籍。

(乙) 葡萄牙 與英國同。

(丙) 美利堅 凡生於美國領土以內者。卽當然取得美國國籍。但其人爲外國人所生之子。居住於父母之本國。且其父母之本國。採用血統主義者。則其人不得享有美國國籍之利益。

取此主義之各國。大抵皆以內國人之子。雖生於外國。仍得爲內國人。但各國法律上之規定不同

。有當然認爲內國人者。有俟其人表示(明示或默示。)取得內國國籍之意思。而後認爲內國人者。是乃因其兼採血統主義之結果也。如英吉利。美利堅。葡萄牙等國。皆取此主義。

(二)以血統主義爲基礎之併合主義 此主義。在原則上。依血統主義。定固有國籍。但出生於內國。備有一定之條件。亦能取得內國國籍。即以血統主義爲基礎。兼採出生地主義也。其例如左。

(甲)意大利 以血統主義爲原則。但生於意國。其父母無可考。或無國籍者。又其父母之國法。子不從父母之國籍者。亦取得意國國籍。

(乙)法蘭西 以血統主義爲原則。但生於法國。其父母可考。而且有外國國籍。惟其父母之一方。生於法國者。則爲法國人。但其母生於法國時。則其人達於成年後。得脫離法國國籍。

(丙)比利時 以血統主義爲原則。但生於比國。其父母無可考。或無國籍者。又其父母雖爲外國人。但其父母之一方。生於比國者。則其人亦取得比國國籍。

此主義。於理論上。既無不合。於實際上。亦頗便利。故取此主義之國甚多。如法蘭西。意大利。比利時。土耳其。瑞典。荷蘭。日本等國。皆取此主義。

我國亦取此主義。查我國國籍法第一條曰。『左列各人。屬中華民國國籍。(一)生時父爲中國人

者。(二)生於父死後。其父死時爲中國人者。(三)生於中國地。父無可考。或無國籍。其母爲中國人者。(四)生於中國地。父母均無可考。或均無國籍者。』就本條觀之。(一)(二)兩款。取血統主義。(三)款。取出生地主義。然尙注重母之血統。(四)款。則專取出生地主義。本條所以於血統主義外。兼取出生地主義者。蓋欲防無國籍者之發生也。

如上所述。各國所取之主義。既如是之不同。因之國籍之衝突。遂不能免。例如有中國夫婦二人。僑居阿爾然丁時。產生一子。此子依阿爾然丁法。爲阿爾然丁人。依中國法。又爲中國人。於是此子同時取得兩國國籍。此種國籍之衝突。乃因兩國所取之主義不同之故。然兩國取同一之主義者。亦有時發生國籍之衝突。例如中國夫婦。在法國所生之子。與中國婦人結婚。此新夫婦。來至法國。於僑居中產生一子。此子依法國法。爲法國人。依中國法。又爲中國人。於是此子亦同時取得兩國國籍。中國與法國。均取以血統主義爲基礎之併合主義。何以亦發生國籍之衝突。蓋二國雖皆兼採出生地主義。但其兼採之程度。有高下強弱之不同故也。

## 第二款 因出生後之事實而生之積極的衝突

前款所述。爲因出生而生之衝突。本款所述。則因出生後之事實而生之衝突也。所謂出生後之事實。約有五種。分述如左。



第一 婚姻 外國女子。爲內國人妻。即取得內國國籍。此我國國籍法第二條第一款之所定也。但依美國法律。美國女子。雖與外國人結婚。並不因之喪失美國之國籍。惟於婚姻繼續中。移住於外國。始停止美國國籍之效力。使有美國女子。與中國人。在美國結婚。且居住於美國。依中國法。此女子爲中國人。依美國法。此女子又爲美國人。一人而有二國籍。是即因婚姻而生之積極的衝突。

第二 贅婿 依日本國籍法。外國男子。爲日本人贅婿。即取得日本之國籍。然歐美各國。無贅婿婚姻之制度。當然不認出贅他國。爲喪失國籍之原因。倘有英國人。爲日本之贅婿。雖依日本法。取得日本之國籍。然依英國法。則仍爲英國人。一人而有二國籍。是即因贅婿而生之積極的衝突。

第三 養子 外國人爲中國人之養子。即取得中國國籍。此我國國籍法第二條第四款之所定也。但歐美各國法律。並無因爲外國人之養子。即喪失國籍之明文。使有英國人。爲中國人之養子。則此人依中國法。雖取得中國國籍。然依英國法。仍保有英國國籍。一人而有二國籍。是即因養子而生之積極的衝突。

第四 認知 (我國國籍法。謂之認知。法律適用條例則謂之認領。此處因研究國籍。故從國籍法。) 私生子之父。爲中國人。經父認知者。即取得中國國籍。此中國國籍法第二條第二款之所定也。然德意志。奧大利。匈牙利。瑞典等國之法律。則私生子皆取得母之國籍。倘有中國人之父。與德

國人之母。生有私生子。而爲父所認知。則此私生子。依中國法。爲中國人。然依德國法。則爲德國人。一人而有二國籍。是即因認知而生之積極的衝突。

第五 歸化 關於歸化。依我國國籍法第四條第二項第五款之規定。因取得中國之國籍。即喪失其本國之國籍。如此似無國籍衝突之可慮矣。然依第八條之規定。有殊勳於中國者。雖不具備第四條第二項之條件。亦得歸化。於是國籍之衝突。即由是而生矣。又查各國之法律。關於國籍之規定。有承認人的效果者。有並認家族的效果者。所謂家族的效果。即一人歸化外國。其妻及其未成年之子。亦隨同歸化之謂也。設使一人歸化外國。若其所歸化之國。認家族的效果。而其本國不認家族的效果時。則其妻或其未成年之子。遂生重國籍之問題。一人而有二國籍。是因歸化而生之積極的衝突。

### 第三款 國籍之積極的衝突之解決方法

如前二款所述。以一人而取得二以上之國籍。則何國爲其本國。遂不能確定。因之適用其人之本國法時。即發生困難問題。故於國際私法上不可不研究國籍衝突之解決方法。但國籍之積極的衝突。有內國國籍與外國國籍之衝突。及外國國籍與外國國籍之衝突二種。此二種衝突。情形不同。故解決之方法亦異。茲分別言之。

第一 內國國籍與外國國籍之衝突 此種衝突之解決方法。學者之主張。已歸一致。即衝突之國

籍中。如有一國籍爲內國國籍時。則以內國爲其本國。以內國法。爲其本國法。換言之。即依裁判國之國籍法。定其人之國籍也。例如一中國人。而有中法兩國之國籍。如於中國法院。發生訴訟。則中國法院。依中國國籍法。認此人爲中國人。因之以中國法。爲其本國法。反之如於法國法院。發生訴訟。則法國法院。依法國民法中關於國籍之規定。認此人爲法國人。因之以法國法。爲其本國法。其理由。蓋因一國之國籍法。乃絕對的強行法。法院有不可不遵從之義務也。

第二 外國國籍與外國國籍之衝突 此種衝突。即一人有二以上之國籍。皆爲外國國籍。而由第三國所見之衝突也。例如德意志人。在阿爾然丁。產生一子。因德阿二國所取之主義不同。德國取血統主義。阿國取出生地主義。於是此子遂取得德阿兩國之國籍。倘使此子來於中國。因能力問題。在中國法院。發生訴訟。則中國法院。爲決定其應適用之本國法。不可不先決定其國籍。此子之國籍。究竟應如何決定之。乃困難問題也。欲解決此問題。非如內外國籍衝突之簡單。學者之主張。亦殊不一致。今舉重要之學說如左。

(一) 播魯之說 此說謂。『嚴格之出生地主義。爲過去時代之主義。早已不適應現今之時勢。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。雖極簡單。但在理論上。不能謂之適當。何則。一國採取嚴格之出生地主義。雖不合於理論。然決非

違反國際法。故謂基於出生地主義之國籍。當然否認。實無充分之理由。且蔑視一國之獨立法權。亦殊不可也。

(二) 威斯之說 此說謂一人有二國籍時。應視其人在何國有住所。卽以其有住所。之國爲其本國。因當事人既於該國設置住所。則可以推知其已有選取該國國籍。排斥他國國籍之意思故也。如當事人於二國之中。均無住所時。則應查二國所採之主義。孰與訴訟地國所採之主義最相類似。則以其國爲當事人之本國。例如意國之夫婦。在委內瑞拉。產生之子。在法國法院。發生訴訟。法國法院。因其在意委二國均無住所。則選定意國國籍。爲其國籍。因意國所採之主義。最與法國所採之主義相類似故也。(法意二國。均採以血統主義爲基礎之併合主義。委內瑞拉。則採出生地主義。) 此說分爲兩層。第一層。以住所爲標準。尙無不妥。惟第二層。以訴訟地國所採之主義爲標準。而選其與己國最相類似者。以定當事人之國籍。則純屬武斷矣。且二國所採之主義。僥使於同一之程度。皆與己國類似時。又將如之何。因是此說。亦非完全之說。

(三) 諾伊曼之說 此說謂。『一國之審判官。對於二以上之外國國籍。並無選取其一。排斥其他之權利。蓋審判官之任務。不在定當事人之國籍。惟在定當事人之屬人法而已。因之審判官。應先查國籍衝突之各國。其實質私法。對於該法律關係之規定。是否相同。僥使規定相同。則審判官即可適

此用種規定。自無解決國籍衝突之必要。如規定不同。始生國籍衝突如何解決之問題。此時當求其最適當之解決方法。應就國籍衝突之各國中。以其與當事人在事實上有最深關係之國。爲其本國。所謂最深關係。第一爲當事人之住所。視其在何國有住所。即以何國爲當事人之本國。第二。爲當事人之居所。即當事人在何國皆無住所時。則視其在何國有居所。即以何國爲當事人之本國。如依此方法。尚不能解決。且其他可據之事實。(如當事人在一國有財產。或在一國有官職等事實。)亦不存在時。是已不能決定何國爲其本國。則該當事人與全無國籍者相同。即可照無國籍者辦理。以住所地法。或居所地法。爲其本國法。』此說之前段。以有住所或居所之事實爲標準。以定當事人之本國。尙無不妥。惟後段所定最後之解決方法。以爲應照無國籍者辦理。則於實際上。似有未合矣。且於前段。既謂以住所或居所定當事人之本國。尙不能解決。則當事人無住所或居所。或當事人之住所或居所不明也。可知。然後段復謂照無國籍者辦理。以住所地法。或居所地法。爲其本國法豈非自相矛盾乎。

(四)迭帕捏之說 此說謂。『各國之審判官。關於國籍。僅有適用內國法之權限。對於外國人之國籍。所以必須決定者。專爲求其應適用之法律而已。因之對於國籍不明。或不確定之外國人。而決定其國籍。實屬越權之處置。即令決定。在國籍衝突之各國。亦不能認其有何等之效力。故於此時。審判官祇應決定其適用之法律而已。欲決定其應適用之法律。應視當事人現時在何國有住所。即以有

不問。」此說所據之理由。固無不妥。至其決定之方法。則有未合。何則。純以現在住所地法爲標準。縱使該當事人無住所。或住所不明時。應如之何。

(五)瓦列利之說 此說謂。「國籍之所屬。繫於當事人之意思。此現今一般學者所承認者也。故審判官。欲於多數國籍中。求當事人之國籍。應先查當事人之意思如何。如當事人。因血統之關係。因出生地之關係。以及因其他之關係。於數國之中。而自認爲本國者。則審判官。應調查之。以定其國籍。而適用其國之法律。如當事人。於數國中之一國。或有住所。或有公職。或服兵役。或掌政權。皆足以表見當事人之意思。即可認其屬於此國。」此說亦不甚妥。何則。國籍之所屬。雖繫於當事人之意思。然非指固有國籍而言。因固有國籍。并非對於當事人之意思者也。故以當事人之意思。爲解決此問題之標準。不能謂之得當。且於實際上。如該當事人。尙無表示意思之能力時。則此問題。不能解決矣。再者欲推定當事人之意思。必據其可爲標準之行爲。如該當事人。無爲此行爲之能力時。則此問題。亦不能解決矣。

(六)出口私一之說 此說謂。「如爲同時的國籍之衝突。則應使當事人。就衝突之國籍中。選擇其一。如當事人不選擇。或選擇第三國時。則由法院定之。」此說主張依當事人之意思。決定國籍。與前說同。其與前說不同之處。惟在事依當事人直接選擇之一點。彼以爲當事人不選擇。或選擇第三

國時。則由法院定之。但不知法院定之之時。又應據何標準乎。是則此說所未言者也。

(七) 跡部定次郎之說 此說謂。『外國國籍。與外國國籍衝突時。欲決定其應適用之本國法。應從左列之規則。

(甲) 當事人於重國籍中之一國。現有住所之時。則以此國之法。為其本國法。若於重國籍中之各國。均無住所。而於其中之一國。曾有住所之時。則以此國之法。為其本國法。

(乙) 依(甲)之方法。不能解決之時。(如當事人。於重國籍中之各國。均無住所。或均有住所。或均曾有住所時。)則以當事人之父母(嫡子從父。私生子從母。)現時住所所在國之法。為其本國法。如當事人之父母。無現時住時之時。則以當事人之父母過去住所所在國之法。為其本國法。

(丙) 依以上二法。仍不能解決之時。(如當事人之父母。亦於重國籍中之各國。均無住所。或均有住所。或曾有住所時。)則於重國籍中之各國。視當事人於何國現有居所。則以何國之法。為其本國法。

(丁) 依以上各方法仍不能解決之時。(如當事人。於重國籍中之各國。無現在之居所時。)則以當事人因血統而得之國籍。為其國籍。即以其國之法。為其本國法。

此說。爲最新最完密之說。且處處注意本國法。尤與專解決國籍者不同。蓋於國際私法上。決定外國人之國籍。非爲解決國籍之衝突。乃爲決定應適用之本國法故也。惟此說雖稱完密。亦不過爲相對的完密。不得謂爲絕對的完密。何則。此說以因血統而得之國籍。爲最後之解決。僅使此種國籍。無可考察時。應如之何。是則此說所未計及者也。

以上爲理論之研究。以下述我國法律之規定。法律適用條例第二條第一項曰。『依本條例。適用當事人本國法時。其當事人有多數之國籍者。依最後取得之國籍。定其本國法。但依國籍法應認爲中國人者。依中國之法律。』今欲研究本條之規定。應先知國籍衝突中。有同時的衝突。與異時的衝突之別。

第一 同時的衝突 同時的衝突者。即人於出生之一剎那間。同時取得二以上之國籍之謂也。例如法國人。在阿爾然丁產生一子。此子卽於其出生之時。既因血統。取得法國國籍。復因出生地取得阿國國籍。當此之時。國籍衝突。同時而起。故謂之同時的衝突。

第二 異時的衝突 異時的衝突者。即取得新國籍之人。尙保有舊國籍之謂也。例如有德國人。移住於秘魯五年。依秘魯法。應視爲秘魯人。但依德國法。非移住外國十年。不認其喪失國籍。是則既取得秘魯之新國籍。尙保有德國之舊國籍也。當此之時。國籍之衝突。先後而起。故謂之異時的衝



突。

查本條謂。『當事人有數多之國籍者。依最後取得之國籍。』既謂之最後。則有新舊國籍之關係也明矣。由是可知本條之規定。僅能解決異時的衝突。而不能解決同時的衝突。不待言矣。就本條解釋之。蓋謂一人之國籍。如發生異時的衝突。則從最後取得之新國籍。故未喪失舊國籍。而又取得新國籍者。祇認新國籍。爲當事人之國籍。但新舊國籍中。有一爲中國國籍時。則此中國國籍如爲新國籍。則應爲當事人國籍。假令此中國國籍。非新國籍。而爲舊國籍。亦應認爲當事人之國籍。是蓋因國籍法爲強行法。審判官有不可不遵從之義務也。（或謂此乃出於保護己國利益之理由。似乎非是。）

本條之規定。既僅能解決異時的衝突。而不能解決同時的衝突。豈使同時的衝突發生。應如何解決之乎。余以爲仍應參酌前列諸說。以定當事人之本國法。惟諸說之中。以跡部氏之說。最爲周密。已如前述。故可採用。但余以爲應加一層。即當事人。因血統而得之國籍。無可考時。應依外國法無從證明之例辦理。何則。國際私法上決定外國人之國籍。非爲解決國籍之衝突。乃爲決定應適用之本國法也。現在該當事人之國籍。既無從決定。即係其本國法無從證明。故此際應依外國法無從證明之例辦理。（參看總論第二章）

住所國之法律。爲應適用之法律。果爲有住所之國。則其爲國籍衝突中之一國。抑爲第三國。可以

## 第二節 國籍之消極的衝突

### 第一款 國籍之消極的衝突之原因

國籍之消極的衝突。即無國籍也。無國籍之發生。由於各國國籍法不同之結果。茲就各國國籍法之規定。分述如左。

第一種 自始無國籍者 自始無國籍。即自出生之時。即無一定之國籍也。在各國國籍法上。有左列之數種。

(一) 德國採純然之血統主義。如有無國籍人。在德國生子。則此子當然無國籍。

(二) 英國採以出生地主義為基礎之併合主義。依英國法。英國人在外國所生之子。亦可以取得英國國籍。但非無限制。即非在英國所生之英國人。或歸化之英國人。在外國所生之子。則不認為英國人。設有生於中國之英國人。在中國生子。此子既不能取得英國國籍。亦不能取得中國國籍。遂為無國籍人。

(三) 美國亦採以出生地為基礎之併合主義。依美國法。在外國所生之子。其父於子出生之際。為美國人時。其子亦為美國人。若其父從未居住於美國。則所生之子。不認有美國國籍。假使有生於中國之美國人。從未回國居住。而在中國生子。則此子既不能取得美國國籍。亦不能取得中國國

籍。遂爲無國籍人。

(四)阿爾然丁採純然之出生地主義。依阿國法。內國人之子。若生於外國。而未表示選擇內國籍之意思。則不得取得內國國籍。假使有阿國人。在中國生子。此子並未表示選擇阿國國籍。則此子既不能取得阿國國籍。亦不能取得中國國籍。遂爲無國籍人。

(五)秘魯亦採純然之出生地主義。依秘魯法。秘魯人之父或母。於外國所生之子。非依自己(成年時)或父母(未成年時)之聲請。聲請其身分登記簿。則不能取得秘魯國籍。設有秘魯人。在中國生子。並未聲請登錄。則此子既不能取得秘魯國籍。又不能取得中國國籍。遂爲無國籍人。

(六)波里亞亞採純然之出生地主義。依波國法。內國人在外國所生之子。若非歸化於內國。則不得與內國國籍。(此說又及於利本然。)故使有坡國人在中國所生之子。並未歸化於坡國。則此子既不能取得波國國籍。亦不能取得中國國籍。遂爲無國籍人。

第二種 喪失舊國籍未取得新國籍者 此即原有之國籍。已經喪失。而又未取得他國國籍也。在各國之國籍法上。有左列之數種。

(一)依德國法。如有請求脫離國籍者。縱令其人不保有聯邦之國籍。且無外國之國籍。亦不得拒絕其請求。因之此種脫離國籍之德國人。當然無國籍。

(二)依德國法。以不履行兵役之義務。爲喪失國籍之原因。倘有德國人。並未取得他國之國籍。祇因未履行兵役之義務。遂爲無國籍人。

(三)依德國法。未得本國政府許可。加入外國軍隊。或就外國公職時。則喪失國籍。此爲多數立法例之所認。(如西班牙。荷蘭。葡萄牙羅馬尼亞。土耳其。墨西哥。希臘。法蘭西。奧大利。意大利等國法皆然。)但因此等事實。而附與國籍之國。則甚少。(僅德意志。意大利。奧大利三國。)因之德。西。荷蘭等國人民之加入外國軍隊。或就外國公職者。遂爲無國籍人。

(四)依墨西哥法。非依政府之許可或命令。滯留外國經過十年者。則喪失本國國籍。但墨國人滯留於中國。幾逾十年。亦不能取得中國國籍。於是此種墨國人。遂爲無口籍人。

(五)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。但此種荷蘭人。居住於中國。既已喪失本國國籍。亦未取得中國國籍。遂爲無國籍人。

### 第三款 國籍之消極的衝突之解決方法

依國際私法。應適用當事人之本國法時。必須先查其國籍。始能決定應適用之本國法。如當事人無國籍時。應如何。此必宜研究者也。無國籍者。既如上段所述。分爲二種。故解決方法。亦不應相同。茲分別言之如左。

第一 自始無國籍者 關於此種無國籍之解決方法。有新舊二說。

(一)舊說 此說謂。『以當事人現有住所國之法律。為其本國法。如無住所時。以現有居所國之法律。為其本國法。』此一般學者所認之通說也。

(二)新說 此說謂。『自始無國籍者。欲決定其應適用之本國法。應從左列之規則。

(甲)以當事人父母(嫡子從父。私生子從母。)國籍所屬之國之法律。為其本國法。

(乙)依(甲)之方法。不能解決時。(即父母無可考時。或無國籍時。若父母為重國籍時。則從

上述重國籍之解決方法。)則以當事人現在住所國之法律。為其本國法。

(丙)當事人現無住所時。則以其現有居所國之法律。為其本國法。』

此為跡部定次郎之說。與舊說不同之點。在先以當事人父母之本國法。定其本國法。此其誠力獨到之處。最與國際私法適用當事人本國法之法律相合。雖為東洋學者之說。然不可輕視也。

第二 喪失舊國籍未取得新國籍者 此種無國籍。與自始無國籍不同。關於解決之方法。學說有

三。

(一)播魯之說 此說略謂。『此種無國籍者。其舊國籍雖已喪失。然既未取得新國籍。則應視做當事人尙保有舊國籍。即以舊本國之法律。為其本國法。蓋國籍之喪失。有由國家一方之宣言者。有

由個人之聲請者。當事人既未取得新國籍。他國對之。自無承認其舊國籍喪失之必要。且此種無國籍之人。在外國陷於貧困時。因外國之要求。舊本國仍不得不爲之引受。足見其與舊本國非絕無關係也。『此說之主張。雖合法理。其所持之理由。則不能謂之得當。何則。外國對於此種無國籍者。雖無承認其喪失舊國籍之必要。然亦不能強認其保有舊國籍。至謂外國要求引受一節。亦必須二國間有特別條約之拘束。否則。舊本國對此種無國籍者。即無引受之義務。因國際法上。似此之原則。並不存在也。』

(二) 秋特曼曼之說 此說略謂。『此種無國籍者。與第一種無國籍者。應同以當事人之住所地法。或居所地法。爲其本國法。不應以舊本國法。爲其本國法。何則。舊本國法說。在法理上。毫無根據。且當事人已喪失舊國籍。他國即不能不認此事實。豈可仍以舊本國法。爲其本國法乎。』此說謂舊國法說。不合於法理。是專注目國籍。未注目本國法適用之原理也。實則舊本國法說。較此說爲優。

(三) 跡部定次郎之說 此說略謂。『舊本國與當事人最有密切之關係。非其他之國可比。因舊本國之法律。與該當事人之國民性最相合也。當事人雖喪失其國籍。然於實際上。其從來之國民性。斷無遽然喪失之理。故以國民性爲基礎之人事。親族及繼承法上之諸種關係。以從舊本國法。最爲

適當。是則可信者也。』此說與播魯之說相同。但其所據之理由。則與播魯迥異。故此說。可謂完全之說。

以上爲理論之研究。以下述我國法律上之規定。法律適用條例第二條第二項曰。『當事人無國籍者。依其住所地法。住所不明時。依其居所地法』此種規定。係由採用秋特兒曼之說而來。且不自始無國籍。與曾有舊國籍。一律適用住所地法。或居所地法如是解決。雖甚簡單。然實不合於法理。因定當事人之本國法。應先注意國民性故也。

## 第八章 住所之衝突

住所者。以永住之意思。住於一定地域之內之謂也。(民法第二二條。)住所之存在。依國法決定之。但各國法律之規定。未能相同。故亦如國籍之衝突。而發生住所之衝突。即一人有二以上住所之時。謂之重住所。即住所之積極的衝突也。亦有併一住所而亦無之之時。謂之無住所。即住所之消極的衝突也。

住所發生衝突時。與法律之適用。極有關係。因現在各國之法律。有以住所地法。爲屬人法者。有以住所地法。爲屬人法或行爲地法之代用法者。故於國際私法上。關於住所之衝突。不可不有解決

之方法。茲分爲住所之積極的衝突。及住所之消極的衝突。述之如左。

第一 住所之積極的衝突 住所之積極衝突。即重住所也。解決此種衝突之法。學者之主張。頗不一致。茲舉重要之學說如左：

第一說 此說略謂。『一人有二以上之住所時。應以個人之意思爲標準。而解決之。即以當事人所選定之法律。爲住所應適用之法律。』此說以住所之選定。爲個人之自由。不得依法律命令強制之。故欲決定其住所。亦不可不參個人之意思。此說言其舉輕定住所言之。尚無不合。惟國際私法上解決住所之衝突。其主要之目的。在決定屬人法。或屬人法之代用法。舉前。則應依屬人法之理由解決之。而不應任諸個人之自由意思。此說一以個人之自由意思爲標準。故非正當之說。

第二說 此說略謂。『欲決定當事人之住所。應以本國法律爲標準。蓋住所之選定。雖可依個人之自由意思。然不能不受一定之限制。即於國法之範圍內。可以自由而已。故住所之衝突。應依當事人之本國法解決之。』此說驟觀之。似甚妥當。若細按之。則仍有未妥。何則。當事人之本國法。與內國法之主義。未必相同。倘使主義衝突。亦必拘泥本國法乎。如其不然。將何所依據乎。

第三說 此說略謂。『解決住所之衝突。應以法廷地法爲標準。蓋以訴訟。既發生於法廷地國。故解決住所。亦不可不依法廷地法。』此說亦未周妥何則。若依訴訟地法。爲解決住所之標準。則住



所遂不能確定不動。此流弊固甚大也。

第四說 此說略謂。『欲決定當事人之住所。應依據一定之國法。但因情形不同。應依據之法律。亦不能不異。若於訴訟地有住所時。則依據訴訟地之法律決定之。若於訴訟地無住所時。則依據本國法決定之。』此說亦不完全。何則。此說之主張。不但有第二第三兩說之缺點。且國際私法上任所地法之規定。多半皆關於屬人法。或屬人法之代用法。斷不應以訴訟地有無住所為斷也。

第五說 此說略謂。『欲決定住所。不能一概而論。應視其目的。而異其適用之法律。如目的在個人之身分能力。應適用本國法時。縱其本國內有二以上之法律。若不知其住所。則其應適用之法律。即不得而知。此際則依其本國法。以定其住所。又如目的在遺產繼承。亦須分別言之。若其國以遺產繼承應依所在地法。則亦以所在地法定其住所。反之其國以遺產繼承。應依本國法。則以本國法定其住所。又如目的在破產。則不可不依訴訟地法定其住所。』此說雖大致無誤。然不無複雜之嫌。當實於應用之時。不便甚多。故亦非完全之說。

第六說 此說略謂。『住所發生衝突。應依個人之所在地法決定之。蓋以研究個人之住所。不可不先探求其生活之本據何在。個人必有居住於其土地之意思乎。又果居住於其土地乎。均應依據事實決定之。』此類依據事實。故決定住所。以依所在地之法律。即訴訟地之法律為便。且住所往往關係一

國之公安。故欲決定住所。尤以依所在地之法律。最爲正當。』此說與第三說相同。特其措詞稍異而已。故亦不足取。

第七說 此說略謂：『住所之衝突。有內國住所。與外國住所之衝突。有外國住所。與外國住所之衝突。此應分別言之。』

第一 內國住所與外國住所之衝突 此種衝突。應以內國之住所爲住所。

第二 內國住所與外國住所之衝突 此種衝突。有同時衝突。異同衝突之別。分述如左。

(一)同時衝突 同時衝突。即因二以上之住所。同時取得。而生之衝突也。換言之。即所取得二以上之住所。無新舊之別也。當此之際。解決之法有二。

(甲)當事人同時取得二以上之住所時。應由審判官。審查當事人。於各住所間。孰有最密切之關係。即以關係最密之住所。爲其住所。

(乙)當事人同時取得二以上之住所。應以當事人有居所之住所。爲其住所。若各方均無居所之時。應以其夫或其父母最後取得之住所。爲其住所。

(二)異時衝突 異時衝突。即先後取得二以上之住所也。換言之。即所取得二以上之住所。有新舊之別也。當此之際。解決之法有二。

(甲)當事人異時取得二以上之住所。以最後取得之住所。爲其住所。即依新住所地法也。  
(乙)當事人異時取得二以上之住所時。以最先取得之住所。爲其住所。即依舊住所地法也。

此說乃羅列各家之學說。以備研究。或採取者。並非獨立之學說。故無批評之價值。

第八說 此說略謂。『一人取得二以上之住所。若其一在內國時。則以在內國之住所。爲其住所。若均在外國時。則以現時居所地之法律。爲住所地法。』此說爲威勒克之說。據威氏著書之註解。雖謂採取康氏之居所地法說。然實出於誤解。何則。康氏之主張。乃關於住所之得喪。從內國法。若於一國之內。在其國法上。生重住所或無住所時。則以居所代住所。並非如威氏所云也。

第九說 此說略謂。『住所衝突之解決方法。就原則言之。雖應與國籍衝突之解決方法相同。然亦不應完全相同。何則。內國國籍。與外國國籍衝突之時。歷來皆從內國國籍。若內國住所。與外國住所衝突之時。若亦適用此例。則未見有充分之理由。反不如與兩外國住所之衝突。取同一之解決方法。即應據屬人法之根本理由。就現在之法律問題。以選擇住所也。選擇之法。應視各住所之中。以何住所與現在之法律問題有最強或最久之關係。即以何住所爲其住所。若就一般言之。若爲異時取得時。則舊住所有此種關係。若爲同時取得時。則應審查實際之狀況。以判斷之。』此說

於理論上。並無不合。至其謂內外住所衝突之時。不應與內外國籍之衝突同視。尤有見地。惟於實際上之適用。則缺確定之標準。故不得謂為完全之說。

第二 住所之消極的衝突 住所之消極的衝突。即無住所也。此種衝突之解決。學者之間。意見大致相同。然除新說外。仍須分爲二說。列舉如左。

第一說 此說略謂。『現無住所者。以最後之住所爲住所。如併最後之住所而亦無之之時。則以居所代住所。』此說不得謂之完全。何則。居所多出於偶然。若以居所地法。爲屬人法。往往不合適用屬人法之本旨。大多數學者。每以爲人雖有時無住所。決不能無居所。故往往以居所爲最後解決之法。殊不知無居所者。雖不多見。然實際上。則不能謂之絕無。此說以居所爲最後解決之法。故不得謂爲完全之說。

第二說 此說略謂。『無住所者。則以居所地之法律。爲住所地法。』此爲現時最通行之說。然其缺點。與第一說同。若取兩說比較。則第一說較優。

以上關於住所衝突之各學說。大半皆以爲解決住所之衝突。乃爲決定屬人法。或屬人法之代用法也。然國際私法上發生住所問題者。雖大部分在決定屬人法。或屬人法之代用法。然亦有規定財產關係者。故欲解決住所之衝突。不宜偏重一面。必兩面兼顧。始得謂之完全。現查東西洋之學說。能兼

願兩面者。祇有跡部定次郎之說而已。茲將跡部氏之說介紹如左。

跡部氏曰。『余之主張。與從來之學說不同。應就左列二種情形。分別解決之。』

第一 以住所地法。爲屬人法。或以住所地法。爲屬人法之代用法時。如發生住所之衝突。應依後之方法解決之。

(一)住所之積極的衝突時

(甲)依當事人現在居所所在之住所地之法律。

(乙)各住所地。均無居所時。則依其父母(嫡子從父。私生子從母)之現在住所地之法律。

如其父母無現在住所時。則依其父母之過去住所地之法律。

(丙)依以上之方法。不能解決之時。則依當事人最後取得居所所在之住所地之法律。

(二)住所之消極的衝突

(甲)曾有一定之住所者。依其住所地之法律。

(乙)自最初即無一定之住所者。從左列之規則。

(一)以當事人之父母(嫡子從父。私生子從母)之現在住所地之法律。爲住所地法。如當事人之父母無現在住所時。以當事人之父母過去住所地之法律爲住所地法。

(二) 依右之方法。仍不能解決之時。(即父母無可考或無住所之時。若父母有二以上住所時。則依上述住所積極衝突之解決方法。) 則以當事人現在居所地之法律爲住所地法。若當事人無現在居所地時。則以過去居所地之法律。爲住所地法。

(三) 當事人於數國有居所時。以最後取得之居所地之法律。爲住所地法。

(四) 當事人更無居所時。則以現在地之法律。爲住所地法。

第二 因財產關係。應適用住所地法時。如發生住所之衝突。應依後之方法解決之。

(一) 住所之積極的衝突時。

(甲) 依當事人現在居所所在之住所地之法律。

(乙) 當事人現於各住所時。均無居所時。則依過去最後取得之居所所在之住所地法。若現於各住所時。均有居所時。則依現在最後取得之居所所在之住所地法。

(二) 住所之消極的衝突時。

(甲) 以當事人之現在居所地之法律。爲住所地法。

(乙) 當事人於數國有居所時。以最後取得之居所地之法律。爲住所地法。

(丙) 當事人更無居所時。以現在地之法律。爲住所地法。

此說較之前述諸說。可謂完密已極。但關於消極的衝突。均以現在地爲最後解決之方法。似乎不妥。何則。若在關於財產時。尙無不可。若在關於屬人法時。則毫無理由矣。

以上爲理論之研究。以下述我國法律之規定。查我國法律適用條例。除法人之住所外。規定住所之條款有七。列舉如左。

第二條 依本條例。適用當事人本國法時。其當事人。有多數之國籍者。依最後取得之國籍。定其本國法。但依國籍法。應認爲中國人者。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。準用之。

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。

第十八條 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。有左列情形之一者。

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。

第十九條 前條之規定。於保佐。準用之。

第二十三條 法律行爲發生債權者。其成立要件及效力。依當事人之意思。定其適用之法律。當事人意思不明時。同國籍者。依其本國法。國籍不同者。依行爲地法。

行爲地不同者。以發通知之地。爲行爲地。

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。爲行爲地。若受要約人。於承諾時。不知其發信者。以要約人之住所地。視爲行爲地。

以上各條。雖皆爲住所之規定。然當適用之時。則非皆有解決衝突之必要也。如第六條。第七條。第八條。第十八條。第十九條。皆以其在中國有住所或居所。爲適用中國法律條件之一。如於中國無住所或居所時。則不適用此等規定。反之如於中國有住所或居所。則不論其在外國有無住所或居所。均可適用此等規定。故不發生住所衝突之問題。所以無解決之必要。

至於第二條及第二十三條規定之住所及居所。並不以在中國內者爲限。在外國之住所及居所。亦



包括在內。故此兩條之適用。則有時發生住所衝突之問題。如果發生衝突。必先解決其衝突。始能定其住所。因是本章所應注意者。惟此兩條而已。此兩條之規定。一以住所地法。代本國法。一以住所地法。代行為地法。然解決衝突之規定。則以第二條為限。與第二十三條無干。就此兩條觀之。可知法律適用條例之缺點有五。略述如左。

第一 第二條第二項規定『住所不明時。依其居所地法。』殊不適當。何則。此條規定之住所地法。乃屬人法之代用法。故解決住所之衝突時。應注意屬人法之精神。此條則未注意及此。遽以居所地法代用之。故不得謂之適當。

第二 第二條第二項所謂『住所不明。』是否包括重住所。及無住所兩項而言。殊為疑問。若僅指一項而言。則他之一項。應如何解決。並無規定。暇令解作包括兩項。亦屬不妥。何則。在無住所時。遽以居所代用之。不合屬人法之精神。已如前述。在重住所時。尤為不當。因重住所。乃當事人現有住所。且非止一處。當此之際。斷無捨其現有之住所。而代以居所之理。故此條之規定。不得謂之適當。

第三 第二條第二項。規定『住所不明時。依其居所地法。』是於住所衝突時。以居籍為最後之解決方法也。倘當事人有二以上之居所或無居所時。應如之何。此亦缺點也。

第四 第二十三條規定之住所。如發生衝突。應如何解決之。法律適用條例中。並無規定。或曰。可依第二條第二項之規定解決之。余以爲不然。何則。第二條第二項之住所地法。爲屬入法之代用法。且以當事人無國籍爲條件。乃關於住所地法特別之規定。非一般之規定也。故不能援此種規定。以解決第二十三條住所之衝突。

第五 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。查日本之法例第六十八條第一項曰。『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。所設之一般規定也。我國法律適用條例雖以日本法例爲母法。然獨缺此種規定。是不得謂爲模仿之善者也。

## 各論

### 第一編 關於人之法律

#### 第一章 外國人

法律適用條例所規定之人。原係包括內國人及外國人而言。然於國際私法上所宜研究者。則惟外國人而已。故國際私法之著述。莫不設『外國人之地位』一章。(或一編)以述外國人在法律上之地位。茲亦仿其例。述外國人之地位如左。

外國人之地位。即外國人在在留國法律上之地位也。詳言之。即外國人。在在留國享受權利。負擔義務。實際上之狀態也。國際私法。以外國人享受權利之保護為前提。否則。國際私法無從發生。亦無存在之必要。惟古代各國。不論東方西方。對於外國人。非視為禽獸。即視為仇敵。未有不取排斥主義者。其後社會漸進。文化漸開。始悟與外國人交通。實與己國有利而無害。於是或由兩國締結條約。或由己國制定國法。以保護外國人之權利。即所謂相互主義也。至於近世。更進一步。以為內

外國人應享有同等之權利。而不應顯分畛域。即所謂內外人平等主義也。茲就外國人之地位。略述其沿革如左。

第一 古代 古代之人。智識淺陋。故當時之國家。對於外國人。始而賤視。繼而敵視。不能與內國人同一待遇。當此時代。各國各有特別之宗教。風俗。及習慣。凡宗教。風俗。習慣與我不同者。皆視之爲賤種。或視之爲敵人。因之此時之外國人。斷不能受法律之保護矣。如埃及。以外國人爲不潔之民。得虐待之。蓋代神以行罰也。又如西伯來。稱內國人爲神之選民。視外國人爲下賤之人種。又如猶太。以其宗教爲世界無與比倫之宗教。施行神聖政治。組成國家。故對於信奉他宗教之人民。或賤視之。或虐待之。皆以爲當然。又如希臘。視外國人爲蠻民。旣爲蠻民。當然不能受法律之保護。然其後因交通頻繁。始與外國締結條約。而於條約之範圍內與外國人以幾分之保護。故此時外國人之地位。已稍進於安全。且當時希臘聯邦中。已有許外國人享有一切之權利者。則尤爲進步矣。在羅馬時代。其初亦視外國人爲敵人。不但不與以保護。且常加以非常之虐待。故當時稱外國人爲敵民。然羅馬因抱統一世界之大志。頗感懷柔外人之必要。於是分外人爲二種。第一種爲與羅馬平和交際之外國人。稱此種外國人爲友民。但此種友民。在未與羅馬和好以前。仍稱之爲敵民。第二種爲北方之日耳曼人羅馬人因此種人不服從己國。乃呼之爲蠻民。羅馬對待此兩種外國人。大不相同。友民可

以受萬民法之保護。雖不能享市民法上之權利及政權。然其私權。實已大受保護矣。蠻民則絲毫權利不得享受。因其既不服從。故與敵國人受同一之待遇。

第二 野蠻時代 野蠻時代。即羅馬帝國滅亡後之時代也。查日耳曼古代之習慣。所謂國家。乃一種結社也。人民達於一定之年齡。即加入社團。為社團之一員。享共同之權利。亦負共同之責任。以所領之土地。為社團之共有物。與各社員有非常密切之關係。在此種狀態之下。因外國人為社團以外之人。故絲毫不能受社團之保護。政治上之權利。固不待言。即私法上之權利。亦不能享有也。此時之外國人。偶犯輕微之罪。動遭死刑。雖屬極小之過失。亦難免放逐。外國人欲免此虐待祇有一法。即投身於社員一人保護之下是也。既投身於社員保護之下。遂生保護者與被保護者之關係。保護者對於被保護者之行爲。負一切之責任。因之被保護者之自由。當然減損。故此時外國人所得之保護。謂爲以自己之自由交換而來者。無不可也。

羅馬帝國。漸次衰頹。日耳曼民族。舉族南侵。甲族驅逐乙族。占領其地。乙族復驅逐丙族。占領其地。其結果。歐洲諸民族。遂互換其居住之地位。各民族雖錯雜而居。然各保有其固有之習慣。而受固有法律之支配。即所謂絕對的屬人主義也。蓋一民族。雖合併其他之數種族。而形成一國。征服者。對於被征服者。因知其人種。風俗。習慣之不能混合。並不以同一之法律支配之。仍以各種族

固有之法律習慣支配之也。當此之時。一國之內。各種族之法律習慣。得以同時並存。於是外國人之名稱。遂與往時異其意義。從前稱社團以外者爲外國人。茲則以生於國土以外者爲外國人矣。外國人之意義。雖與往時不同。然外國人既不屬於國內之任何種族。故在重視種族主義之當時。排斥外國人。與往日實無所異。不過至此時已不如昔日之賤視或敵視而已。

第三 封建時代 歐洲各民族大遷徙以後。各地成立王國。其國之國王。因酬臣下之勳勞。乃各付與以一定之土地。此項土地之付與。在最初之時。原以一世爲限。其後則漸變爲世襲。被封者之遺族。既世襲其土地。遂各擴張其領土。以增加自己之威權。即以自己之威權。而行於所領之土地。是即所謂封建時代也。此時代之法制。與往日大不相同。昔日既絕對的屬人主義。今則變爲絕對的屬地主義矣。蓋封建制度。以土地爲政治之基本。視土地上之人及物。均爲其土地之附屬物。各諸侯之主權。絕對的行於所領之土地。凡在其領土以內者。均應受其法律之支配。絕不認屬人法之存在也。

因上所述之故。外國人之意義。亦因之而生變化。由甲諸侯之領土。而入於乙諸侯之領土者。均稱之爲外國人。其種族之是否相同。非所問也。此時外國人之地位甚卑。以其身體爲領主之所有物。且可以沒收其財產之一部。其後耶教漸漸發達。因教義之傳播。外國人之地位。雖略見增高。然仍不能道於與內國人同一之地位。對於外國人。課以特種之公役。及特種之租稅。甚至與內國之奴隸同視。

。彼時各諸侯之國。待遇外國人之制度。雖不必盡同。然對於外國人之虐待。則毫無歧異。當時外國人之最難堪者。即關於遺產繼承是也。通例外國人無遺產繼承之權。亦不得特立遺囑。自由處分其財產。外國人之遺產。既不能傳之於子孫。復不能遺贈於親友。其結果遂歸於領主之所得。即彼時所謂「國庫繼承權」是也。

此時代尚有所謂「遭難船沒收權」者。尤為最野蠻之制度。如遇遭難之船舶。不獨其船舶及其船中之財產。照例沒收。即船上之人。亦一概逮捕之。以為奴隸。其理由以為船既遭難。若不於其土地獲得救助。其生命財產。亦必喪失。茲既得土人之救助。生命得以保全。已屬望外之幸。至於船舶及財產。自應沒收。即船上之人。沒為奴隸。亦屬當然之事。此種思想。彼時皆認為當然。故竟有以此為生財之妙法者。平時期望遭難船之前來。有祈禱於神前者。有設立燈塔者。有於風雨之夜。在岸上燃火者。種種方法。莫非欲誘致遭難之船舶。投奔而來。藉以達其生財之目的耳。此等野蠻制度。非僅對於外國之人民而已。雖對於外國之君主貴族。亦一律適用此例。又彼時各諸侯。自謂代國王保護外人。不問旅行人之需要與否。故設橋梁。街道。關卡等。以待外人之通行。外人通行此地者。則一課以通過稅。為徵收通過稅而設之橋梁關卡。其遺跡之存於今日者。固尚不少也。

第四 王國時代 封建制度漸衰。王國政府。遂漸增加其勢力。於是外國人之地位。又生變化。

蓋此時代爲文學復興之時代。羅馬法之研究。日見興盛。其結果。遂區別一切權利爲二種。一爲由萬民法所規定者。一爲由市民法所規定者。萬民法所規定之權利。外國人亦得享有。市民法所規定之權利。則享有者。以內國人爲限。然羅馬法。於此等區別。殊不明瞭。因之其範圍亦多有變更。即如正式婚姻之權利。正當所有之權利。雖皆爲市民法規定之權利。然此時代則視爲萬民法所規定者。亦准外國人享有之。當時學者。大致以買賣。貸借。典質。及贈與等權利。爲萬民法所規定之權利。以養子。父權。及監護等權利。爲市民法所規定之權利。由是可知外國人所享權利之範圍矣。

如上所述外國人之地位。較之封建時代。雖大有進步。然關於遺產繼承。則全然沿封建時代之遺習。未見改變。是時之外國人。不但不能繼承遺產。或作遺囑。且不得以其財產讓與於他人。與封建時代。何以異乎。其後各國之間。有以條約免除此種限制者。即所謂條約相互主義是也。自此以後。商業日見興盛。交通日見頻繁。相互主義。亦日見發達。不但締結條約。且有以國法規定之者。於是外國人之地位。始有日見增高之傾向。

第五 法國革命時代。文學復興以後。自由主義。乘時而起。當時學者。以爲原始時代之人民。莫不自由。此種思想。深入於法國人民之心。故釀成空前之大革命。革命時代之共和政府。因尊重人類之自由權。對於外國人。務求公平。遂廢止以前限制外國人遺產繼承之制度。至千九百七十一年。



制定憲法。雖認內外人一律平等。然當時學者中。以此種規定過於寬大者。頗不乏人。故其後制定民法之時。議論遂分爲二派。一派主張採用相互主義。一派主張採用平等主義。結局相互主義獲勝。平等主義。遂被排斥矣。

**第六 平等主義時代** 至於近世。平等之說。日見興盛。一般學者。皆認外國人在法律上應與內國人立於同等之地位。至少亦承認關於私權之享有。以內外人平等爲原則。惟有害內國之公益時。則可以特設限制。以爲例外。換言之。卽外國人滯留於內國。除有害內國之公益者外。應與內國人享同一之權利。受同一之保護之謂也。其理由。蓋以權利者。非法律所創設。乃隨人類之出生以俱來者。法律亦不過對其固有之權利。加以確認而已。果爾。則外國人。亦人類也。既爲人類。卽有權利。內國人。同爲人類。則應享同一之權利。自不待言。且就今日之實際言之。一國與他國交通。原屬有利而無害。對於外國人。使與內國人受同一之待遇。本屬當然。況國際交通。日見頻繁。欲使相互之關係圓融。尤不能不取內外人平等之主義。誠以此種主義。乃最適當。而且最公平之主義也。

以上所述。爲外國人地位之沿革。以下所述。爲外國人地位之現狀。現今大多數國家。雖皆採取內外人平等主義。然外國人享有私權。究不能與內國人完全相同。茲特分別各種私權。略述如左。

**第一 人格權** 關於人格權之保護。不論何國。均不設內外人之區別。若就實際言之。外國人且

比內國人。加多一層保護。何則。內國人之人格權。如因不法行爲。而受損害。僅能向法院提起損害賠償之訴。外國人於此際。則不但能向在留國法院提起損害賠償之訴。且能經由其本國政府。向在留國政府。要求損害賠償。又於內亂發生之時。內國人生命身體。縱受損害。不能向內國政府請求賠償。因內國人民。應與國家負擔共同之危險也。外國人則不然。倘因內亂而受損害。則可由其本國政府。向在留國政府。要求損害賠償。因外國人民。本不與在留國負擔共同之危險。且在留國。因不能維持秩序。致外國人受意外之損害。實負有賠償之義務也。由是言之。內國人僅受國法上之保護。外國人則不但受在留國國法上之保護。且受條約上或國際法上之保護。內國人僅享有一種保護。外國人則享有二重保護也。

第二 財產權 財產權。分爲債權。物權。無體財產權三種。分述如左。

(一) 債權 關於債權。外國人與內國人。應受同等之保護。乃各國之所同。但亦稍有限制。即如特種銀行之股票。禁止外國人取得是也。我國中國銀行。交通銀行。及新華儲蓄銀行之股東。均以本國人爲限。(中國銀行則例第五條。交通銀行則例第九條。新華儲蓄銀行章程第二條。)是亦對於外國人之債權所設之限制也。

(二) 物權 物權。有動產物權。有不動產物權。動產物權。外國人雖得享有。不動產物權。則

至今日。尚有限制之者。歐美各國。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。然美國之某州。對於無歸化權之外國人。尚禁止土地之所有。及一定期間以上土地之借用。我國除於條約之規定。准外國人。於通商口岸。租地蓋房。及教堂得在中國購置土地外。（民國八年大理院上字九百一十九號判例。民國九年大理院上字五百九十三號判例。）不承認外國人在中國有土地所有權。並不承認外國人領荒承墾。及領荒造林之權。（國有荒地承墾條例第三條。森林法第十三條。）又外國人及教堂。照約准許之不動產。如聲請登記之時。亦惟能以承租權登記。不許以所有權登記。（民國十四年司法部令。）限制可謂嚴矣。至關於動產物權。各國皆許外國人與內國人同享。惟關於船舶一項。多設限制。或不准外國人所有。或雖許外國人所有。但必須備一定之條件。我國現行法令。關於船舶。則尙未見有限制之規定也。

第三 無體財產權 無體財產權。一曰智能財產權。此種權利。由其得對抗一般人之點觀之。與債權不同。由其不以有禮物爲標的之點觀之。又與物權異其性質。然因其可以買賣讓與。且有交換價格。故爲財產權。此種權利中。包括著作權。及工業所有權兩種。著作權中。有文藝的著作權。及美術的著作權。工業所有權中。有特許。意匠。商標。及實用新案等權。此等權利。雖爲外國人。倘依內國法之規定。亦得與內國人平等享受。各國於千八百六十六年。曾締結萬國著作權保護同盟條約。

於千八百八十三年。曾締結工業所有權保護同盟條約。我國雖未加入此二種條約。然就我國之著作權法。及商標法觀之。對於外國人。亦未設何種之限制。苟外國人。依我國法律。呈請註冊。自當與內國人受同等之保護也。

第四 親族權 外國人。於在留國。雖得享有親族權。然非依在留國之親族法而受保護。乃依其本國之親族法而受保護也。雖亦有時適用在留國之親族法。然非原則。乃例外也。我國法律適用條例第九條。至第十九條。即為關於親族權之規定。

第五 繼承權 外國人享有繼承權。今昔之情形。大不相同。在十九世紀以前。各國均不承認外國人之繼承權。今則不但承認其繼承權。且依其本國法之規定。而受內國之保護。然亦有因特別之情形。而設限制者。如日本法律。不認外國人有為戶主之權利。其結果。外國人遂無家督繼承之權。我國法律則無此限制。

## 第二章 能力

能力。有權力能力。行為能力之分。權利能力。及行為能力中。又各有一般的。及特別的之別。然在我國法律適用條例上。則統以『能力』二字括之而已。關於能力之準據法。各國所採之主義不同。大別之可分為四。即屬地法主義。住所地法主義。本國法主義。行為地法主義是也。以下分述之。

第一 屬地法主義 此主義謂。『人之能力。應依當事人所在地法。即屬地法。蓋因不論何種法律。不能超越其領土。而有效力。故法院不論因如何之情形。不能不適用內國之法律。關於能力問題亦然。故人之能力。應依屬地法。』此主義。殊不足取。何則。此主義以爲不論何種法律。不能超越其領土。而有效力。故關於能力不能不適用內國之法律。此等主張。尙未脫封建時代之思想。與現代法理。殊不相合。且關於能力之法律關係。與關於財產之法律關係不同。無適用屬地法之必要。若以屬地法。定人之能力。則所在之地。一有變遷。人之能力。亦必隨之發生變動。是亦不合於條理。故此主義。現已無人贊成。僅於南美之一隅。(智利)保其殘喘而已。

第二 住所地法主義 此主義謂。『人之能力。應依當事人之住所地法。蓋因一切之私法關係。莫不與住所相關。住所乃人類生活之中樞也。且人既於某地設置住所。足見其已有服從某地法律之意思。故定人之能力問題。不能求之於住所地法以外。』此主義。亦不足取。何則。住所之設置。與法律之服從。大抵無直接之關係。如生活之必要。及利益之關係。實爲設置住所之原因。不能因其於此地設置住所。即謂其有服從此地法律之意思。且住所之變更甚易。以一紙之呈報。即可遷移。程序既甚簡易。變更必至頻繁。若依住所地法。定人之能力。則能力必至時時發生變動。加以住所與居所。最易相混。欲證明之。往往甚難。是在事實上。亦易發生障礙者也。故此主義。亦不足取。

第三 本國法主義 此主義謂。『人之能力。應依當事人之本國法。蓋因用本國法定人之能力。最爲適合。且人之能力。亦不致隨時發生變動。因人之能力。與一國之風土。氣候。人種。文化等。大有關係。惟本國法。乃斟酌本國之風土。氣候。人種。文化等而定者。故惟以本國法定人之能力。始能適合。如取屬地法主義。則當事人在留國之法律。未必與本國法相同。既不相同。則未必合當事人之國民特性。且人之能力。因遷地而發生變動。亦不合於條理。如取住所地法主義。或行爲地法主義。則能力之變動。必更加多。何則。現在交通頻繁。不論來至何國。皆可爲法律行爲。亦不論來至何國。皆可設置住所。使以行爲地法。或住所地法。定人之能力。則人之能力。安能不時生變動乎。人之能力之有無。乃事實問題。斷不許因遷地之故。而發生變動。若取行爲地法主義。或住所地法主義。則難避免此不條理之結果。此所以必須取本國法主義也。』此主義爲現今最有力之主義。亦爲最合理之主義。取住所地法主義之學者。對此主義。雖多方攻擊。然其基礎已固。絕無搖動之虞。是則可信者也。

第四 行爲地法主義 此主義謂。『人之能力。應依行爲地法。蓋因人之能力。不應依住所地法。亦不應依本國法。試看住所地法主義。及本國法主義相互攻擊之言。已可知兩主義之弱點。況吾人日常交易之際。斷不能向相對人。一一問其屬於何國。住於何地。若欲問其本國或住所地之法律。尤

爲其難之事。倘採用本國法主義。或住所地法主義。則當交易之時。勢須一一詢問。否則。卽難免意外之損害。其不便於一般之交易。自不待言。欲避此不便。惟有取「場所支配行爲」之原則。凡關於能力問題。悉依行爲地法決之而已。」此主義。缺點甚多。亦不足取。何則。適用行爲地法。就表面觀之。似甚便利。但實際上。則甚困難。因行爲地。往往不易判明。且多出於偶然故也。况能力之有無。應以智識發達之程度爲準。原屬事實問題。無能力者。斷不能因往外國。變爲有能力。有能力者。亦不能因往外國。變爲無能力。此一定之理也。若取行爲地法主義。則據行爲地之法律。以定能力之有無。倘行爲地一有變更。能力亦必因之而生變動。殊不當也。且既依行爲地法。則必須先知其行爲地。倘與無主土地。或兩國共有之土地。或於國境上爲法律行爲時。則必至無法律可以依據。卽令有法律。亦將不知何所適從。是皆此主義之缺點也。

就上述四主義觀之。本國法主義。比較完全。故大陸各國。莫不採此主義。我國法律適用條例第五條第一項規定曰。『人之能力。依其本國法。』亦取本國法主義也。但我國雖取本國法主義。然非如法國法系之認爲絕對的原則。爲保護內國交易之安全。亦有時限制本國法之制用。即法律適用條例第五條第二項之規定是也。此項規定。蓋因近世各國相互之交通。日見發達。內外之交易。亦日見頻繁。且交易有敏速之必要。若每當交易之際。必須調查相對人。在其本國之法律上。有無能力。不但無

此從容餘裕之閒暇。亦爲事實上難能之事。故欲使內國之交易安全。對於本國法之適用。不可不略加限制。限制之法。即依當事人之本國法。雖無能力。若依內國法。認爲有能力。則就其在內國之法律行爲。視爲有能力者。不許其藉口無能力。而主張撤銷。所以保在內國交易之安全也。但此項規定。並非於內外人間。異其保護。是不可誤解者也。蓋此項規定之目的。原爲保護在內國所爲之法律行爲。不論當事人之一方。爲外國人。亦不論當事人之雙方。皆爲外國人。在外國人中。亦不論其雙方爲同國籍之外國人。仰爲異國籍之外國人。一律適用此項規定。並不限於一方爲內國人。一方爲外國人也。或謂。『此項規定。以善意時爲限。若爲惡意時。則不能適用。』此種主張。殊難贊同。何則。意思之善惡。證明甚難。且法律適用條例上。關於善意惡意。亦無明文之規定也。

又此種限制本國法之規定。乃爲保護基於交易之法律行爲而設者。故非基於交易之法律行爲。當然不能適用。如親族法及繼承法上之法律行爲。縱令該當事人。依中國法。認爲有能力者。仍應依當事人之本國法。認爲無能力。因此等法律行爲。依當事人之本國法。最爲正當。且有必要也。又關於在外國不動產之法律行爲。亦不能適用此種規定。何則。在外國之不動產。應依不動產所在地法。非我國法律所能支配者也。

以上所述。爲法律適用條例第五條第二項之解釋。然此種規定。果有必要乎。以余爲此種規定。



無益於實際。在立法上。實無必要。何則。關於能力。應依當事本人之國法。乃一般公認之原則。原不應輕設例外之規定。外國人既依其本國法。爲無能力。自不應因其在中國爲法律行爲。即依中國法。視爲有能力。因外國人有無能力。乃事實問題。惟其本國法。始能適合此種事實。斷非他國法律所能左右者。雖德國之匯兌法。薩克遜之民法。瑞士之能力法。債務法。及日本之法例。皆有與此類似之規定。然其立法之理由。亦不過爲保護內國交易之安全而已。余以爲雖無此種規定。亦未必即能妨害內國交易之安全也。人於交易之際。關於相對人之有無能力。誠不便一一詢問。然內國人與內國人交易。關於能力之有無。亦未必一望即知。何以獨對於外國人。設此限制之規定乎。且相對人能力之有無。雖不易知。而相對人自己。則未有不知其能力之有無者。倘使無能力人。以詐術使人信其爲有能力。則其所爲之法律行爲。通例皆不准撤銷。各國民法。大致皆有此種規定。我國民法第八十三條。亦定有明文。由是言之。法律適用條例第五條。雖無第二項之規定。亦無虞妨害內國交易之安全矣。故余以爲此項例外之規定。無益於實際。徒破壞第一項之原則。在立法上。實無規定之必要也。

關於法律適用條例第五條之規定。尙有應研究之二問題。分述如左。

第一問題 設有甲國人。取得乙國之國籍。此人依甲國之法。雖已成年。而依乙國之法。則尙未成年。如適用其人之本國法時。將依其舊本國法。視爲有能力乎。抑依其新本國法。視爲無能力

乎。

此種問題。依德國民法施行法之規定。仍保留其成年之地位。德國多數學者。對此問題。亦均以爲應依其舊本國法。視爲有能力。惟其所據之理由。各有不同。有謂此乃基於正義者。有謂此乃由於既得權者。惟播魯唱默認說。略謂。『該甲國人。按照乙國法律。本無能力。惟乙國既許其爲己國之人民。是已默認其有行爲能力矣。故該甲國人。依舊保有其行爲能力。乃當然之事。非基於正義。亦非由於既得權。』余以爲播魯所持之理由。亦有未妥。因取得外國國籍者。不必定有行爲能力也。我國法律適用條例第五條第三項曰。『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。』此項之規定。表面上雖爲第一項之例外。然精神上。則正合第一項之原則。故此項之理由。仍不外採取本國法主義之結果而已。

第二問題 法律適用條例第五條規定之能力。專指行爲能力而言乎。抑權利能力。亦包括在內乎。

余對此問題。與現今一般學者之意見。迥然不同。一般學者。皆以爲第五條規定之能力。專指行爲能力而言。即關於成年問題之規定也。余則以爲此能力二字。不但包括行爲能力。即權利能力。亦包括在內。斷不能僅視爲關於成年問題之規定。茲先就一般學者所根據之理由。加以批評。而後述余

之意見。

一般學者謂。『第五條之能力中。不包括權利能力。因權利能力。應依訴訟地法。不能依本國法。第五條既明定爲依本國法。足見權利能力。不包括在內。若權利能力。亦依本國法。倘使當事人之本國法。認該當事人爲奴隸。我國法院。亦將依其本國法。認該當事人爲奴隸乎。』此種主張。余不能贊同。何則。國際私法上之準據法。乃由內國立法者之所定。如內國立法者。以爲應依訴訟地法。則規定依訴訟地法。如以爲應依本國法。則規定依本國法。此外加以爲應依行爲地法。應依住所地法。以至應依居所地法。莫不如是。此等規定。原屬立法者之自由。斷不能因某學者曾唱權利能力應依訴訟地法之說。則各國立法者。即必須遵從。而不許設相異之規定。更不能因其所規定之能力。未取訴訟地法說。即謂權利能力。不包括能力之內。且依本國法。定人之權利能力。亦決無窒礙之處。姑無論現今各文明國。莫不認人爲權利主體。故適用何國之法律。其結果均大致相同。即令當事人之本國法。認該當事人爲奴隸。而不認爲權利主體。亦非無救濟之法。如法律適用條例第一條。限制本國法之適用。即屬於此種救濟之規定。倘使當事人之本國法。認該當事人爲奴隸。我國即可據法律適用條例第一條之規定。以爲有背於中國之公共秩序善良風俗。而不適用其本國法。又何至必依其本國法。亦認該當事人爲奴隸乎。

一般學者又謂。『第五條規定之能力。專指行為能力而言。即關於成年問題之規定也。法律適用條例。屬於行為能力之禁治產。與準禁治產。皆定有明文。故關於成年之規定。亦不能獨缺。由是可以推知第五條規定之能力。即為關於成年之問題。』此種主張。余亦不能贊同。何則。倘使第五條規定之能力。專指行為能力而言。則應明定為行為能力。而不應僅定能力二字。今既定為能力二字。足知其中所包括者。決不祇行為能力一種。假令明定為行為能力。而行為能力中所包括者。亦有數種。仍不能專解作成年問題。若謂屬於行為能力之禁治產。準禁治產。均有明文規定。即推定第五條之規定。為成年問題。亦屬不當。何則。如日本民法。及我國第一次民律草案。關於行為能力。均規定未成年人。禁治產人。準禁治產人。及妻之四種。若因禁治產。準禁治產。均有明文規定。即推定第五條之規定。為成年問題。又何不可推定為妻之能力問題乎。否則關於妻之能力。又將以何條文代之乎。總之。第五條能力二字。縱以極狹義解釋之。亦不能專指成年問題一項而言。

然則第五條規定之能力。果何所指乎。余曰。此能力二字。不但包括行為能力。權利能力。亦包括在內。不但他條所未規定之成年問題。包括在內。即他條已規定之禁治產。準禁治產。以及死亡宣告。亦包括在內。蓋第五條第一項所規定者。乃關於能力之原則也。凡屬能力。不論其為權利能力。亦不論其為行為能力。均應適用此原則。第六條。第七條。第八條。所以另定禁治產。準禁治產。死

亡宣告者。乃因特種情形所設之例外也。如禁治產。準禁治產之關於行為能力者。死亡宣告之關於權利能力者。就原則言之。均應依第五條第一項之規定。適用當事人之本國法。但因特種之情形。如第六條。第八條規定之情形。則依例外之規定。亦得適用中國法。即就第六條。第八條兩得字觀之。亦可知其爲對於第五條第一項之例外規定矣。不但第六條至第八條。爲例外之規定。即第五條第二項。第三項。亦例外之規定也。總之關於能力。以適用本國法爲原則。凡不適用本國法者。均屬例外。但有設例外之必要者。必須定有明文。凡未定例外之明文者。即應適用原則之規定。如屬於行為能力之成年問題。因無例外之規定。固當適用第五條第一項之原則。即屬於權利能力之人格之終始。胎兒之保護等。亦無例外之規定。自亦當適用第五條第一項之原則。蓋第五條第一項之規定。爲關於能力共同之原則。並不以行為能力爲限。尤不能專指成年問題一項而言。必如是解釋。始能合該條真正之意義。否則。我國法律適用條例關於能力之規定。缺漏太多矣。立法者亦何至疏忽如是乎。

## 第二章 禁治產及準禁治產

禁治產者。因瘋癲癡騃等原因。由一定人之聲請。法院對之。爲無行為能力之宣告之謂也。準禁治產者。因精神衰弱。或濫費等原因。由一定人之聲請。法院對之。爲限制行為能力之宣告之謂也。

我國法律適用條例。及第一次民律草案。均分爲禁治產。及準禁治產二種。第二次民律草案及本年立法院制定之民法。則祇有禁治產。而不設準禁治產之規定。此種規定之方法。在立法上。是否相宜。非此處所應研究者。姑置不論。現在所欲研究者。即關於禁治產。準禁治產適用法律之問題耳。

禁治產。準禁治產。爲法律適用條例第六條及第七條之規定。禁治產之規定。亦適用於準禁治產。故以下爲敘述便利起見。專述禁治產。

國際私法學者。敘述禁治產。通常皆分爲禁治產宣告之管轄。禁治產宣告之原因。禁治產宣告之效力等三項。茲亦仿其例。分爲三項。述之如左。

第一 禁治產宣告之管轄 此項所述。即宣告禁治產。應屬於何國法院管轄之問題也。詳言之。即宣告禁治產。應由其本國法院管轄。抑應由在留國法院管轄之問題也。各國學者。對此問題。尙無定論。然余則以爲應由被宣告人之本國法院管轄之。何則。禁治產。乃關於能力之制度。既關於能力。當然依其本國法。此法律適用條例第五條第一項之規定也。禁治產之宣告。既應依本國法。自以本國法院管轄之。較爲便利。在留國之法院。雖亦可適用被宣告人之本國法。然究不如其本國適用之便利。故此種宣告。應由其本國法院管轄之。然此種原則。亦不可過於拘泥。有時亦應斟酌情形。而承認例外。否則。亦難免窒礙也。假如被宣告人。離國已久。與其本國。幾乎毫無關係。若於此時。猶

必待其本國之法院宣告。非僅其本人或其他關係人。聲請困難。即其本國之法院。爲探知其禁治產之原因。所感之困難。亦可想而知。且禁治產之宣告。其目的非僅保護本人之利益。同時亦預防第三人之損害。乃關於公益之制度也。故在留國。亦不能因其爲外國人。專待其本國之宣告。而置之不顧。爲公益之必要。對於久居內國之外國人。亦非不可爲禁治產之宣告也。蓋以禁治產之宣告。雖應以其本國管轄爲原則。亦可由在留國管轄之。以爲例外。我國法律適用條例第六條規定曰。『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。』即例外之規定也。就本條言之。如中國法院。對於外國人。宣告禁治產須具備兩條件。(一)該外國人。須在中國有住所或居所。(二)須依其本國法及中國法。有禁治產之原因也。二者缺一。即不得對於外國人。爲禁治產之宣告。又本條所規定之住所。學者之間。雖無異議。關於居所。則有以爲不能一概而論者。其說略謂。『被宣告人居所。如持續數年。或數十年。全與住所無異者。則其地之法院。自可有管轄權。尙其居所。僅爲一時之滯留。則其地之法院。實無管轄之必要。』此說雖與理論相合。然於實際上。則未見其得當也。

第二 禁治產宣告之原因 各國法律上所定禁治產之原因。雖大致相同。然不同者。亦頗有之。倘使內外國法律之規定不同。若對於外國人。宣告禁治產。依本國法所定之原因乎。抑應依法庭地法

所定之原因乎。是宜研究者也。對此問題。學者之間。主張殊不一致。有主張應依本國法者。有主張應依法廷地法者。此等絕對的主張。均有未妥。何則。禁治產之宣告。有剝奪能力之效力。能力之有無。應依本國法之所定。若不顧被宣告人之本國法。專適用法廷地法。以剝奪其人之能力。於理論上。殊有未合。此絕對的法廷地法說之缺點也。然主張本國法說者。專以本國法所定之原因爲準。即令本國法所定之原因。爲法廷地法所不認者。而亦據之爲禁治產之宣告。殊背法廷地法之精神。此又絕對的本國法說之缺點也。爲補救此等缺點。故關於禁治產宣告之原因。應以依本國法爲原則。而以法廷地法限制之。最爲正當。我國法律適用條例所謂『依其本國法。及中國法。同有禁治產之原因云云。』即此意也。宣告禁治產之原因。雖須本國法及中國法所同認者。至於宣告之程序。則與一般之訴訟程序相同。應專依法廷地法。此則與本國法無關者也。

**第三 禁治產宣告之效力** 因宣告禁治產而生之效力。各國法律之規定。亦不相同。故應依何國法律之問題。因之而起。關於此種問題。有謂應依本國法者。有謂應依宣告國之法律。即法廷地法者。余以爲若就原則言之。應依本國法。因禁治產之宣告。乃關於能力之問題也。但現今各國之立法例。既皆承認對於外國人。得爲禁治產之宣告。因之宣告之效力。亦不能不依法廷地法。蓋一國法院之宣告。僅能於己國法律所認之範圍內。發生效力。至於被宣告人爲何國人。非所問也。倘各依當事人



之本國法。而生效力。則甲國認禁治產爲無能力者。其所爲之行爲無效。乙國認禁治產爲限制行爲能力者。其所爲之行爲。得以撤銷。同一禁治產。且同爲一國法院所宣告。其效力之不同如此。何以維持交易之安全。故不能不認有例外。依法庭地法。此固當然者也。查日本法例第四條。明定宣告之效力。依宣告國之法律。我國法律適用條例。則無此種明文。因是關於此種效力。有無規定之必要。亦爲應研究之問題也。余以爲此種效力。實無規定之必要。何則。國家對於外國人宣告禁治產。自應從己國之法律。發生效力。此司法權之行使當然之結果也。然就實際言之。亦非依法庭地法不可。否則。既不足以維持交易之安全。且於行使之時。亦不免發生窒礙（如某國之制。禁治產人。應付監護法院之監督。如宣告國。無此制度。則發生實行之窒礙。）故現今各國之立法例。莫不承認關於禁治產之效力。依法庭地法。此乃當然之事實。無以明文規定之必要。日本學者山田三良。謂日本法例第四條之後半。爲無用之規定。可謂批評允當者也。

關於禁治產所應研究者。尙有左列二問題。

第一問題 禁治之宣告。必何人始得聲請乎。

各國之律。對此問題。規定不同。究應依何國之法律。不可不研究之。余以爲禁治產之宣告。關係宣告人之能力。故何人有聲請宣告之權。亦應依其本國法。但有左列之二種情形。則不能不認有例

外。

(一)如依法廷地法。檢察官有聲請權時。縱令依被告人之本國法。檢察官無聲請權。亦應依法廷地法。何則。檢察官。乃代表公益者。法廷地法。既認其有聲請權。是必關係其國之公益也。既關係其國之公益。故不能以他國之法律限制之。

(二)關對禁治產宣告之聲請。有利害關係之第三人。如欲參加其訴訟。倘爲法廷地法之所許。即應准其參加。至於被告人之本國法。是否准許。可以不問。何則。有利害關係之第三人。參加訴訟。與國內之公益上。及經濟上。均有關係故也。

第二問題 在外國宣告之禁治產。我國尙認其爲有效乎。

海牙關於禁治產及類似禁治產之保護手段條約第九條略謂。『締約國中之一國。所爲之禁治產之宣告。在其他締約國。當然有效云云。』是對於外國宣告之禁治產。應認爲有效也。但此種條約。僅能拘束簽字之各國。我國既未加入該條約。自不受其拘束。况禁治產。重在宣告。如未經宣告。不但第三人無由而知。亦無從發生效力。外國宣告之禁治產。並未經我國法院宣告。故不應認其宣告之效力。如欲在我國發生禁治產之效力。非再由我國法院重爲宣告不可。

以上所述者。爲民事禁治產。就現今各國制度觀之。除民事禁治產外。尚有所謂刑事禁治產者。

故關於刑事禁治產。亦應研究之。我國法律。雖不取刑事禁治產之制度。然歐洲尙有取此制度者。故於國際私法上。實有研究之必要。今所研究者。即曾受刑事禁治產之人。如來至他國。仍認其有效與否之問題也。一般學者。對此問題。均以爲。『刑事禁治產。乃刑罰之一種。刑事判決。不應在國外發生效力。蓋刑法之規定。苟在其領土之內。不論爲內國人。爲外國人。均應受其支配。但一旦離其國境。而入於他國領土之時。則不能有何等效力矣。因世界之國家。相互平等。不論何國。均不受他國主權之拘束。此一定之理也。刑事禁治產。乃刑罰之一種。若以此判決宣告之效力。及於他國。是即以一國之主權。拘束他國之主權也。』此說謂刑事禁治產。爲刑罰之一種。其判決之效力。不能及於他國。是固然也。但亦應考察此種判決。與他國民事上之關係。有無影響。不應一概而論。因外國刑事上之判決。亦有時與內國民事上之關係。發生影響。此吾人所屬留意者也。查我國第四次繼承法草案第五條規定曰。『因故意致被繼承人或應繼人於死。或雖未致死。而受刑罰之宣告者不得爲繼承人。』第一次至第三次繼承法草案。亦有與此類似之規定。設有一人。於外國曾犯此罪。因而處刑。當此之時。中國能認此犯罪人爲繼承人乎。由是言之。可知此條規定之精神。必係既犯此罪。因而受刑。即不得爲繼承人。至其犯罪受刑之地。爲內國。抑爲外國。非所問也。果爾。則在外國刑事判決之宣告。於內國民事上之關係。固亦有時發生影響也。由是言之。外國刑事禁治產之宣告。亦未必與內

國絕無關係也明矣。然余亦非謂外國之刑事判決。應在內國發生效力也。蓋謂內國如亦認刑事禁治產之制度時。不妨以外國之判決。爲一事實。對於受此宣告之人。依內國法之規定。剝奪其治產之能力。否則。恐於社會上有危險故也。此乃指認刑事禁治產之國而言。反之若在不認此制度之國。必其不認其於社會上有危險者。故仍以認其爲有完全能力爲適當。

## 第四章 死亡之宣告

死亡宣告者。即失蹤人生死不明。經過一定之年限。法院依利害關係人之聲請。而爲宣告。既經宣告之後。即推定其死亡之謂也。（民法第八條。至第十一條。民事訴訟條例第七百三十九條。至第七百五十五條。）死亡宣告。係根據法律適用條例及民法之用語。至於民事訴訟條例。則謂之宣示死亡。故。死亡宣告規定制度。於人在法律上之地位。關係異常重大。故不論何國法律。莫不認此種制度。特規定不盡相同耳。不但宣告之條件。及失蹤之年限。規定不同。即宣告之效力。規定亦不一致。有一經宣告。即推定爲死亡者。有僅宣告其失蹤。而不爲死亡之推定者。各國法律上之規定。既如是之不同。故關於宣告之管轄。條件。及效力等項。應適用何國之法律。實有研究之必要。茲先述學者之說。以供參考。然後述我國法律適用條例之規定。

關於死亡宣告之學說。主要者有四。略述如左。

第一說 此說謂。『死亡之宣告。有關於人者。有關於物者。關於人者。應適用本國法。關於物者。應適用物之所在地法。例如夫婦之關係。親權之行使等。皆關於人者。應依本國法。如失蹤人之財產。應歸於何人。生死不明。必經過若干年。始得宣告。又其所有之財產。應如何管理等。皆關於物者。應依物之所在地法。』此說不能謂之得當。何則。各國之制度不同。有於宣告之後。即推定爲死亡者。有於宣告之後。尙以爲生存者。因效力之不同。故財產之處分。遂不能一律若從此說。倘使被宣告人。關於身分。依其本國法。尙視爲生存時。則在他國之財產。亦將不能與死亡者同一辦理。因是之故。必將發生種種窒礙。故此說不能謂之得當。

第三說 此說謂『關於死亡之宣告。不分別人與物。一切均適用物之所在地法。因死亡宣告。乃出於保護財產之目的也。但如婚姻之解消。親權之行使等。則應適用本國法。』此說亦未得當。何則。死亡宣告之制度。其目的並非專在財產之保護也。因宣告而生身分能力之變更。亦爲宣告之目的。故以適用物之所在地法爲原則。不得謂爲得當之說。

第二說 此說謂。『死亡之宣告。應絕對的適用物之所在地法。因被宣告人之身分。並不因死亡之宣告而有變更故也。』此說亦不妥。何則。各國之制度。不能一律。被宣告人之身分。固有不因宣

告而變更之國。然大多數國家之制度。則莫不因宣告而變更其身分。此說祇見其一。而不見其他。故亦未妥。

第四說 此說謂。「關於死亡之宣告。應適用之法律。不能一概而論。應分宣告及宣告以前二層。以定其應適用之法律。(一) 在宣告以前。應適用物之所在地法。何則。當此之際。於身分能力。毫無變更。惟發生管理財產之關係而已。對於財產。若無適當之管理人。不但與本人及關係人。發生利害關係。即於一國之公益上。亦大有關係也。故管理財產。應依物之所在地法。但此際由本人之分而生之權利。則應依本國法。是又不待言者也。例如甲國法律。失蹤人有繼承遺產之權利。依乙國之法律。失蹤人無繼承遺產之權利。關於此等事項。則應適用其本國法。(二) 關於宣告。應適用本國法。何則。各國之制度。有因宣告僅變更其身分者。有並身分能力皆隨之變更者。故應依「身分能力。依本國法」之原則。適用本國法。惟有害內國之公序善俗者。則不能不限制此原則。而適用法院地法。是亦不待言者也。例如甲國之法律。於宣告之後。認其配偶人。得行再嫁。乙國之法律。則亦未確實證明死亡而再嫁。為有害於善良風俗。而禁止之。當此之時。則不妨以法院地法。限制本國法。』此說於大體上。均甚相合。惟其主張限於有害善良風俗時。得適用法院地法。以限制本國法。界限未免太狹。然是固比較。善之說也。

以上所述。爲關於死亡宣告之學說。以下所述。爲我國法律之規定。查我國法律適用條例第八條曰。『凡在中國有住所或居所之外國人。生死不明。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。』就本條言之。乃第五條第一項例外之規定也。死亡宣告。與被告人之身分能力。均有關係。就原則言之。惟本國有宣告管轄權。但此種制度。非專爲失蹤人一人之利益而設。亦關於第三人之利益也。且失蹤人既已生死不明。若其一切法律關係。長久繼續。永不確定。於國家之公益上。亦頗有關係。因是之故。不能不認有例外。即應認失蹤人居住之國。亦有管轄權也。既認失蹤人居住之國。有宣告管轄之權。但宣告之時。應依被宣告人之本國法。抑應依法廷地法。亦爲重要之問題。就我國法律適用條例言之。在原則上。固應依第五條第一項之規定。依宣告人之本國法。若具備一定之條件時。則可從第八條例外之規定。依中國法。宣告死亡。所謂條件者。即第八條所規定之二條件也。分陳如左。

第一 普通條件 普通條件。即在中國有住所或居所之外國人。生死不明是也。所以謂之普通條件者。即不論依本國法宣告死亡。或依中國法宣告死亡。均不可不備之條件也。質言之。即宣告管轄之條件也。蓋外國人。若在中國無住所或居所。縱令失蹤。生死不明。實與中國無甚關係。中國對之。無宣告死亡之必要。故生死不明之外國人。必須在中國有住所或居所。中國法院。始得對之爲死亡

之宣告也。此種條件。僅爲中國法院。對於外國人。宣告死亡之條件。而非對於外國人。依中國法。宣告死亡之條件。如欲對於外國人。依中國法。宣告死亡。則尙須備下述之特別條件。

第二 特別條件 特別條件者。即對於外國人。依中國法。宣告死亡之條件也。蓋死亡宣告。關係能力。就原則言之。本應適用外國人之本國法。惟具備特別條件時。亦得依中國法宣告之。所謂特別條件。即（一）就其在中國之財產。（二）就其依中國法律之法律關係也。茲特分述如左。

（一）就其在中國之財產。 在中國之財產。指在中國之財產權而言。若爲在外國之財產權。即非中國法律效力之所及。亦與中國無直接之關係。故不許依中國法。宣告死亡。但必如何始得謂之在中國之財產權乎。是亦應分別言之。

（甲）物權 以不動產爲目的之物權。其不動產。存在於中國時。即爲在中國之財產。至於動產。其所在地。容易變動。今日在中國者。明日即可移於日本。此固常有之事。果爾。則其動產。必何時在中國。始得稱爲在中國之財產乎。余以爲動產之所在地。應決之於聲請宣告之時。如該動產。於聲請宣告之時正在中國。則中國爲該動產之所在地。即可以該動產爲在中國之財產。雖學者有以爲應決之於死亡宣告之時者。然余則不能贊同。因死亡宣告。不過爲確定財產所在地之結果而已。



(乙)債權 必如何始爲在中國之債權乎。余以爲應以給付地定之。如其給付地在中國。則爲在中國之債權亦即爲在中國之財產。但債權之種類不同。故其給付地。亦不一致。此可參照民法之規定。無須贅述者也。(我國民法債權編尙未制定。可參照第二次民律草案債編第三一五條之規定。)

(丙)無體財產權 無體財產權。一曰智能的財產權。即著作。特許。意匠。商標。實用新案等權是也。此等權利。惟視其曾在中國註冊。如曾在中國註冊。即可認爲在中國之財產。

(二)就其應依中國法律之法律關係 所謂應依中國法律之法律關係。即於中國國際私法上。認爲應適用中國法律之法律關係也。例如外國人。與中國之保險公司。締結生命保險契約。設使該外國人。生死不明。其繼承人。爲取得保險金額。向中國法院。聲請死亡之宣告。此種契約。乃在中國締結者。如當事人。對於應適用之法律。意思不明。而又異其國籍者。即應適用中國法。(行爲地法)此種保險契約。即應適用中國法律之法律關係也。

又法律適用條例第八條所謂「依中國法。」即依中國之實質法也。詳言之。即依我民法所規之條件及效力也。我國法院。對於外國人。依中國法。爲死亡之宣告。乃由於公益之目的。故被宣告之人本國。是否認死亡宣告之制度。可以不問。又其本國。曾否爲同種之宣告。亦可以不問。蓋外國人

所爲之死亡宣告。我國不能認其爲有效。因宣告死亡之制度。重在宣告。若未經我國法院宣告。在我國無從發生效力故也。

關於死亡宣告。在我國法律適用條例上。尙有應研究之二問題。列舉如左。

第一問題 法律適用條例第八條所謂『在中國之財產。』非即『應依中國法律關係』乎。

按財產既在中國。由此所生之法律關係。當然爲應依中國法律之法律關係。條文以『在中國之財產。』與『應依中國法律之法律關係』並列。實屬不妥。如於『及』字下。加『其他』二字。則較妥適矣。

第二問題 法律適用條例第八條。所謂『得依中國法』之『得』字。果作『須』字解乎。

我國學者。多有以此『得』字作『須』字解者。是由於誤解條支。且未與第五條第一項關聯解釋之結果也。第五條第一項所規定者。爲能力之原則。第八條則例外之規定也。通常之時。應適用原則。即對於外國人宣告死亡。應依其本國法。如具備第八條所定之條件。亦得適用例外之規定。依中國法宣告之。此正當之解釋也。學者皆以第五條第一項解作成年問題。而與第六條之禁治產宣告。第七條之準禁治產宣告。第八條之死亡宣告。平等對看。遂疑法律適用條例規定死亡宣告者。祇有第八條一條。故以『得』字作『須』字解。意謂如何如何必須爲死亡之宣告也。殊不知此『得』字。乃對於

依中國法而言。非對於宣告而言也。况本條之「祇」字。明係限制之意。豈係督促之意乎。蓋謂對於外國人。宣告死亡。應依第五條第一項之原則。依其本國法宣告之。祇就其在中國之財產。……亦得依中國法宣告之耳。如此解釋。理明詞順。「得」字亦不必另作別解矣。果如學者之說。則對於外國人。為死亡之宣告將永無依其本國法之時。且「得」字既作「須」字解。則本條之「祇」字。亦無着落矣。其說果可通乎。但此說之誤。不能專責我國學者。因我國學者乃沿日本學者之誤也。查日本法例第六條之規定。大致與我國法律適用條例第八條之規定相同。茲錄其條文如左。

於外人生死不明時。裁判所祇就其在日本之財產。及應依日本法律之法律關係。得依日本之法律。為失踪之宣告。

日本學者山口弘一。謂此「得」字應作「要」字解。「日本國際私法論舊板一四二頁」山田三良謂此「得」字應作「不得不」解。（日本早稻田大學國際私法講義二二六頁）我國學者不察。乃沿其誤。以解釋我國法律適用條例。故謂此「得」字作「須」字解。

## 第五章 外國法人

法人之性質。及其理論。應讓之民法及商法。本章所欲言者。惟關於外國法人適用法律之問題而

已。查法律適用條例第三條曰。『外國法人。經中國法認許成立者。以其住所地法。爲其本國法。』就本條研究之。第一。應先研究何爲外國法人。第二。應研究外國法人之認許。第三。應研究外國法人本國法之適用。

法人。與自然人不同。自然人。欲區別其爲內國人或外國人。可依國籍法之所定。凡無內國國籍者。即爲外國人。至於法人則不然。既無法人之國籍法。可以依據。規定法人之民法。亦未明言必如何而後爲外國法人。故欲區別內國法人。與外國法人。實爲最困難之事。查外國法人中。有一定之領域者。如國家及國家之行政區域是也。有無一定之領域者。如學校病院及商事公司是也。有一定之領域者。即據其領域。以定其屬於內國。抑屬於外國。尙非難事。至於無領域之法人。則欲定其國籍。毫無法律上之根據。故學者之間。對於法人有無國籍。頗有爭持。試舉兩派之學說如左。

第一 法人無國籍說 此說謂。『法人實無嚴正意義之國籍。故自然人雖得依其國籍。區別其爲內國人。或外國人。法人則不能依其國籍。區別爲內國法人。或外國法人。』此說雖爲少數學者所主張。然余對於此說。則立於左袒之地位。因余雖認內國法人與外國法人之區別。但不認外國法人必有一定之國籍。所謂外國法人。亦不過爲內國法人以外之法人。至其爲甲國之法人。抑爲乙國之法人。可以不問。如所謂『神聖之座位。』（即羅馬教皇）即無所屬之國。然各國均認其爲法人。其顯例

也。

第二 法人有國籍說 此說謂。『國籍一語。原由於自然人而發達。雖不包含法人在內。然近世諸國之法典。莫不規定外國法人。或外國公司。以與內國法人。或內國公司相對立。蓋法人對於其所屬國之法律。莫不絕對的服從。此種絕對的服從關係。與自然人國籍之關係無異。因自然人之國籍。亦不過表示個人對於國家之絕對的服從關係而已。故國籍一語。亦可轉用於法人。』此說爲大多數學者所贊同。故近世國際私法學者。當說明內外國法人之區別時。每喜用國籍之語。但余則以此說爲不當。何則。如果法人亦如自然人有定國籍之必要。各國法律上。早應有明確之規定。現在各國法律。關係法人之國籍。均無此種規定。其無必要。已可推知。况以絕對的服從關係。比擬國籍之關係。亦非通說。不足爲據。

現在承認法人有國籍之學者。雖然甚多。但據何種標準以定法人之國籍。則學說尙未一致。除對於有領域之法人。以領域定其國籍外。至對於無領域之法人。尤其對於商事公司。乃各據自己之所見。以定其標準。因是有左列之六主義。茲將六主義之主張。及批評者之意見。略述如左。

第一 社員國籍主義 此主義乃以社員之國籍爲標準。以定法人之國籍也。略謂。『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。蓋以社員之國籍。定法人

之國籍。與自然人依血統定國籍之意正同。自然人可以血統定其國籍。故法人以社員之國籍。定其國籍。可謂正當。』批評者曰。此主義。不得謂之正當。何則。法人有獨立之人格。法人之國籍。與社員之國籍。無何等之關係。且同一法人。而有二國以上之社員時。則法人之國籍。遂陷於不能決定之結果矣。

第二 設立地主義 此主義乃以設立之地爲標準。以定法人之國籍也。略謂。『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。蓋以設立地定法人之國籍。與自然人以出生地定國籍之意正同。自然人可以出生地定其國籍。故法人以設立地定其國籍。可謂正當。』批評者曰。此主義不得謂之正當。何則。法人之設立地。不足以定其國籍也。現在實際上。雖設立於外國者。亦有內國法人。設立於內國者。亦有外國法人。故以設立地。定法人之國籍。決非正當。

第三 準據法主義 此主義乃以成立時所準據之法律爲標準。以定法人之國籍也。略謂。『準據內國法律成立者。爲內國法人。準據外國法律成立者。爲外國法人。蓋法人必俟法律之規定。始能存在。故應以所準據之法律。定其國籍。』批評者曰。此主義殊不足取。何則。內國法人。與外國法人之區別。在實際上。有時不能以準據之法律爲標準。因準據外國法律成立者。亦有內國法人。準據內國法律成立者。亦有外國法人故也。

第四 股分募集地主義 此主義。亦曰資本地主義。非對於一般法人而言。乃專對於股分公司而言也。此主義以股分募集之地方為標準。以定公司之國籍也。略謂。『在外國募集股分者。為外國公司。在內國募集股分者。為內國公司。蓋以為股分公司。與股分所出之地。關係比較密切。故應以股分募集地。定公司之國籍。』批評者曰。公司與股分募集地。亦未必有密切之關係。何則。股分雖於其地募得。而出資者。未必即為其地之人。故以股分募集地。定公司之國籍。殊不適當。

第五 資本主國籍主義 此主義。與前述社員國籍主義。微有不同。因社員國籍主義。可以適用於一切社團法人。此則專適用於公司也。此乃以公司資本主之國籍為標準。以定公司之國籍也。略謂。『資本主為內國人者。則為內國公司。資本主為外國人者。則為外國公司。蓋因公司之存立及發展。莫不由於資本。故應以出資人之國籍。定公司之國籍。』批評者曰。資本主為同一國籍之人。雖可據資本主之國籍。定公司之國籍。倘資本主之國籍不同。或因無記名股票。資本主之國籍無可考時。則公司之國籍。無從決定矣。

第六 住所地主義 此主義謂。『法人與自然人同。亦有一定之住所。故應以住所地為標準。以定法人之國籍。住所地在內國者。為內國法人。住所地在外國者。為外國法人。』此為大多數學者所贊同之說。但所謂法人之住所。學者之主張。尚不一致。有以法人之本據所在地。即主事務所或本店

所在地。爲住所地者。有以營業中心地。爲住所地者。因之又生後列之三說。

(一) 法人之本據即主事務所或本店所在地說 此說謂。『法人應以主事務所或本店所在地。爲住所地。其主事務所或本店在外國者。則爲外國法人。其主事務所或本店在內國者。則爲內國法人。』批評者曰。若以主事務所或本店所在地。定法人之國籍。則爲規避甲國法律之拘束。即可於乙國設一有名無實之主事務所或本店。此說對於此等詐欺之行爲。不能防止。故非妥善之說。

(二) 法人營業中心地說 此說謂。『法以應以營業中心地。爲住所地。其營業中心地。在內國者。則爲內國法人。其營業中心地。在內國者。則爲內國法人。』批評者曰。若以營業中心地。定法人之國籍。倘其營業之中心地。互於數國之間。則法人之國籍。遂不能定。

(三) 折衷說 此說乃前二說之折衷說。即以主事務所或本店所在地爲原則。以營業中心地爲例外也此說略謂。『應先注重主事務所或本店所在地。以定一般法人之國籍。然因適用此原則。而生詐欺的脫法行爲時。則適用例外。而以營業中心地。定其國籍。』批評者曰。此說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。以防欺詐之弊。尤便於實際。故千八百九十一年國際法協會之議決。及大多數之學者。均採此說。

以上六主義。以住所地主義。最爲大多數學者所採取。然余則不甚贊成。就實際言之。內國法人



。大致皆設置住所於內國。然在外國設置住所者。亦頗有之。若明明爲內國法人。僅因其設置住所於外國。即認其爲外國法人。而不能與其他之內國法人受同一之待遇。似乎不當。（參照第二次民律草案第八十八條第二項但書。）又準據法主義。亦頗爲學者所採取。余亦不能十分贊成。若就通常言之。內國法人準據內國法而成立。外國法人。準據外國法而成立。似無可疑者。然準據外國法而成立者。亦有時爲內國法人。準據內國法而成立者。亦有時爲外國法人。此等情形。雖不多見。然不能謂之絕無。故準據法主義。亦不能謂之得當。且各國法律。通常皆規定外國人不能享有之權利。外國法人亦不能享有。此關於公益之規定也。既爲關於公益之規定。必爲絕對的強行。而不容稍有假籍。如土地所有權。如中國銀行股分權。依中國法律。向不許外國人享有。外國法人。對於此等權利。亦不能享有。自屬當然。倘有外國法人。因其設置住所於中國。或因其準據中國法而成立。即認其爲內國法人。而許其享有土地所有權。及中國銀行股分權。立法者之意。似不如此。故余以爲斷不能專依住所地。及準據法。以區別內外法人。然則內外法人。應如何區別之乎。余以爲祇應於內國法律上。規定內國法人之條件。合於條件者。即爲內國法人。內國法人以外之法人。均以外國法人視之。可不同其屬於何國。就現代各國之法律觀之。法人實無國籍。祇能區別其內外而已。余以爲內國法人。應具備左列之條件。

第一 關於人的條件 內國法人。在社團法人。其社員須有十分七以上之內國人。（倘公司發行無記名股票。其額不得逾股分總額十分三以上。）在財團法人。其董事。及最初措施人。須為內國人。

第二 關於法的條件 內國法人成立。須準據內國法。

第三 關於地的條件 內國法人之主事務所。或本店。須設於內國。

以上三條件。必須具備。如有缺欠。可以酌量其輕重。或不認為內國法人。或雖認為內國法人。而限制其法律上之權利。但以上所述。不過為個人之意見。並非法律上之規定。蓋欲以此供學者之研究。及立法者之參考而已。

外國法人。欲於內國享受權利。負擔義務。非為內國法律所認許者不可。此外國法人與外國自然人不同之點也。外國之自然人。在其本國。為權利主體。來於內國。依然為權利主體。更不必問其是否為內國法律所認許。因自然人。無論來至何國。未有不認其為權利主體者也。外國法人則不然。在外国有效成立之法人。內國雖不能否認其存在。但所認者。不過為事實上之存在。非法律上之存在也。故各國之法律。皆規定外國法人為二種。一為認其成立之外國法人。一為不認其成立之外國法人。前者不但認其事實上之存在。並認其法律上之存在。後者則僅認其事實上之存在而已。此二種外國法

。人在法律上之待遇。大不相同。前者認其有完全之人格。後者則否。

關於外國法人之認許。文明諸國所採用之主義有三。分述如左。

第一 特別認許主義 此主義。亦曰法律認許主義。即依內國之法律。對於各外國法人。特別認許其成立之主義也。如奧大利民法。俄羅斯民法。即採此主義。

第二 總括的認許主義 此主義。亦曰條約認許主義。即依兩國之條約。凡為相對國合法成立之

某種法人。不必一一調查。均認其成立之主義也。如千八百五十七年法比條約。即採此主義。

第三 一般的認許主義 此主義。亦曰自由認許主義。即對於文明國合法成立之一定法人。不必經司法的或行政的程序。一般認許之主義也。如德意志。法蘭西。瑞士。意大利。西班牙等國之法律。均採此主義。英美之習慣法。亦採此主義。我國民法雖未設外國法人之規定。然就第一次及第二次民律草案觀之。均皆消極的以不認許外國法人為原則。但其例外所認許之外國法人。則亦採用一般的認許主義。

我國第二次民律草案第八十八條第一項曰。『外國法人。除國家。及國家行政區域。商事公司外。非依法律條約。不認其成立。』由是知該草案所認許之外國法人。可分為四種。列舉如左。

第一 國家 此處所謂國家。乃指私權主體之國家而言。並非指統治權主體之國家而言。因關於

統治權主體之國家。應否認爲外國法人。乃公法問題。不屬於民法之規定故也。

第二 國家之行政區域 外國之行政區域。在其本國。有認爲法人者。有不認其爲法人者。其本國認爲法人者。我國亦認許之。如外國之地方團體是也。但此種外國法人。亦僅認其爲私權主體。至於行政法上之權限。非民法之所定。

第三 商事公司 商事公司。包含種種公司在內。依其本國法。認爲法人者。我國亦認許之。

第四 依法律。條約認許之外國法人 此即前三項以外之外國法人。而爲條約或特別法所認許者也。不論其爲公法人。或私法人。亦不論其爲公益法人。或營利法人。苟爲法律或條約之所認許。則亦與民法上規定者相同。

凡爲內國認許之外國法人。除在內國設事務所。應於事務所所在地登記外。無須經何等之程序若爲商事公司。則應依公司條例登記之。

外國法人之權利能力。及行爲能力。與外國自然人同。亦應依其本國法。但於內國法律上。不能限制其範圍。所謂範圍。即與同種類之內國法人。有同一之權利能力。及行爲能力是也。蓋以外國法人之能力。比之內國法人之能力。不宜較廣。亦不宜較狹。否則。於一國之內。同種類之法人。必至能力不同。結果遂使世人迷惑不安。於交易之安全上。殊有妨礙。故其能力本廣者。則縮小之。其

能力本狹者。則擴張之。務令其與同種類之內國法人有同一之能力。但對此原則。有左列之二例外。

第一 依法律或條約不能享受之權利縱令同種類之內國法人。可以享受。然外國法人。則不能享受。因受法律或條約之限制也。

第二 外國之自然人所不能享受之權利。縱令同種類之內國法人可以享受。然外國法人。則不能享受。因此等權利。關係國家之公益也。

以上所述。爲認許成立之外國法人。至於不認許成立之外國法人。在內國應如何處理。亦一問題也。按此種外國法人。在內國法上。不得謂爲法人。倘與第三人爲法律行爲時。則由行爲人負其責任。如德國民法施行法第十條。及其民法第五十四條第二項。及我國第二次民律草案均有此種規定。（參照民國五年大理院上字八百八十二號判例。）

內國所認許之外國法人。既認其有權利能力。及行爲能力。倘發生涉外私法關係。亦必發生適用法律之問題。如應適用行爲地法。物之所在地法。事實發生地法等。完全與自然人相同。並無困難之點。惟適用其本國法時。則不能不發生困難。何則外國法人。不過爲內國法人以外之法人。不能由內國之法律。確定外國法人之國籍。故欲適用其本國法。不能如自然人。以國籍定其本國。因之不得以其他之法。定其本國法。我國法律適用條例。特以文明規定。以其住所地法。爲其本國法。即欲免

除此種困難也。但外國法人。既以住所地法。定其本國法。於是以前之學。者。對此問題。主張不同。有以法人之本據所在地。為法人之住所地者。有以法人營業中心地。為法人之住所地者。我國法律。則取前說。此新民法第二十九條之所定也。

## 第二編 關於親屬之法律

### 第一章 婚姻

婚姻。為組織家族之根源。家族。為組織國家之基礎。故婚姻制度。不但關係一人一家。與國家亦極有關係。不論何國。對於人民之婚姻。莫不設一定之制度。此種婚姻制度。在昔日僅行於內國民之間。故其關係。僅為內國的私法關係。近世則不然。各國交通。日見頻繁。關於婚姻。亦時生涉外的法律關係。故於國際私法上。不可不研究其適用法律之問題。茲特依法律適用條例關於婚姻之規定。分為四節。說明如左。

#### 第一節 婚姻之成立要件

婚姻之成立要件。通常皆分為二種。一曰實質的要件。一曰形式的要件。實質的要件者。如婚姻年齡。近親限制。再婚限制。及特定人之同意等是也。形式的要件者。即婚姻之方式也。按婚姻之方

式。爲法律行爲方式之一。故應於第五編中述之。此處祇述實質的要件。

關於婚姻實質的要件。各國之法律。規定不同。適用何國法律之問題。因之而起。對此問題。有三主義。分述如左。

第一 舉行地法主義 舉行地法主義。亦曰結婚地法主義。此主義謂。『婚姻之成立要件。應依婚姻舉行地之法律。蓋婚姻乃契約之一種。契約既應受行爲地法之支配。婚姻自不能獨異。婚姻舉行之地。即其行爲地。故應依舉行地法。』此主義不能謂之適當。何則現今之通例。關於契約。並不以適用行爲地法。爲不易之原則。且婚姻。亦不能與一般契約同論。蓋婚姻與契約。其相同之處。祇在雙方合意之一點而已。除此以外。實有種種之不同。契約發生當事人間財產上之關係。婚姻則發生當事人間精神上或身體上之關係。契約雖得附以期限。婚姻則否又關於契約。如債務人因過失而不能履行之時。應負賠償之責任。婚姻則不然。縱令當事人間。背反夫婦之義務。(爲犯淫)苟未至於離婚不生賠償之責任。由是言之。以契約之法理。比擬婚姻。斷不能謂之適當矣。

第二 住所地法主義 此主義以爲婚姻之成立要件。應依當事人之住所地法。但所謂住所地法。爲夫之住所地法乎。抑爲夫婦雙方之住所地法乎。因此問題。又有左。列之二說。

(一)夫之住所地法說 此說略謂。『古來各國之法律。莫不以夫爲一家之長。因是婚姻之本據

。捨夫之住所地法外。不能他求。故婚姻之成立要件。應依夫之住所地法。』

(二)夫婦雙方住所地法說 此說略謂。『婚姻之成立要件。關於當事人之身分能力。故應依住所地法。大凡結婚之人。於結婚之際。莫不注意各自之住所地法。其各欲從自己之住所地法也。可以推知。故婚姻之成立要件。應依夫婦雙方住所地法。』

按住所地法。自昔行於一國數法之國家。現在各國。均有統一之法典。已無適用住所地法之必要。況當事人之住所。每定於偶然。以偶然之事實。定婚姻之效力。詎云得。當故現今歐洲大陸各國。莫不反對此說。

第三 本國法主義 此主義以爲婚姻之成立要件。應依當事人之本國法。此主義中。亦有二說。

(一)夫之本國法說 此說略謂。『婚姻之成立要件。應依夫之本國法。至於舉行於何地。可以不問。蓋因由婚姻而生之家族。屬於夫之本國。妻於成婚之後。亦取得夫之國籍。婚姻與夫之本國。關係特重。故婚姻之成立要件。不可不依夫之本國法。』此說於理論上。雖無不合。於實際上。則難免窒礙。何則夫婦之身分。必待婚姻成立以後。始能發生。在婚姻成立以前。尚無所謂夫婦之關係。且依男子之本國法。縱令要件具備。若依女子之本國法。尚缺欠要件。則婚姻仍不能有效成立。故婚姻之成立要件。不能專依夫之本國法。



(二)夫婦雙方本國法說 此說略謂。『婚姻之成立要件。應依夫婦雙方之本國法。蓋婚姻。乃對於特定人之關係。故其成立。應具備雙方本國法所定之要件。不但爲夫之男子。應具備其本國法上之要件。爲妻之女子。亦應具備其本國法上之要件。若僅男子或女子之一方。具備其本國法上之要件。婚姻仍不能有效成立。因是之故。關於婚姻之成立要件。不可不依夫婦雙方之本國法。』此說最爲妥善。故多數國家採用之。

我國法律適用條例第九條規定曰。『婚姻成立之要件。依當事人各該本國法。』是亦取夫婦雙方本國法說者也。

## 第二節 婚姻之效力

婚姻之效力。可大別爲二種。一爲關於身分之效力。一爲關於財產之效力。我國法律適用條例祇稱前者爲婚姻之效力。後者則稱爲夫婦財產制。就表面觀之。似不認夫婦財產制爲婚姻之效力也。其實不然。夫婦財產制。乃由婚姻而生之財產上之關係。實爲婚姻效力之一種。法律適用條例所以分兩項規定者(第十條第一項第二項。同其所適用之法律不同故也。茲爲便利起見。亦分爲兩款說明之。

### 第一款 關於身分之效力

關於身分之效力。即夫婦同居之義務。夫婦相互扶養之義務。以及妻之能力之限制等是也。此等

事項。各國之法律。規定不同。倘有涉外之婚姻。因效力發生問題之時。應適用何國之法律乎。對此問題。主義有四。分述如左。

第一 當事人之意思兼行爲地法主義 此主義謂。『婚姻乃契約之一種。故支配婚姻效力之法律。亦應與普通契約相同。不可不依當事人之意思定之。倘使當事人之意思不明時。則依行爲地法。即依婚姻舉行地之法律也。』此主義不能謂之適當。何則婚姻之成立。關係身分能力之變更。且與一家一國。皆有關係。與普通契約之性質。大不相同。故支配其效力之法律。不能任當事人之意思。自由決定。至謂當事人意思不明之時。依婚姻舉行地之法律。理由亦嫌薄弱何則。婚姻關係。惟婚姻之方式。可以依舉行地法。因婚姻之方式。有時關係舉行地之公安也。至於婚姻之效力。則與舉行地並無何等之利害關係。此主義謂婚姻之效力。應適用舉行地法。豈能謂之適當。

第二 所在地法主義 此主義謂。『關於身分之效力。應依所在地法。因婚姻之效力。關係所在國之公安故也。』此主義亦不適當。何則。婚姻之效力。雖有時關係所在國之公安。然不能因偶然發生之事。遂將婚姻效力之全部。悉歸所在地法之支配。因無關所在地公安之部分。與所在地毫無利害之關係。故關於身分之效力。不應祇依所在地法。

第三 夫婦雙方住所地法主義 此主義謂。『關於身分之效力。應依夫婦雙方住所地法。蓋一切

之身分關係。均應依住所地法。婚姻關係。爲身分關係之一。故亦應依住所地法。惟婚姻與夫婦雙方。均有關係。故應適用夫婦雙方之住所地法。』此主義。在一國數法之國家。尙可採取。至於法律統一之國家。則無採取之必要。現今多數國家。莫不有統一之法律。已如前述。其無須採取住所地法主義。無待贅言。況婚姻之效力。與婚姻之成立要件。性質不同。斷不可適用夫婦雙方之法律。否則。於適用法律之時。未有不發生紛擾者也。

第四 夫之本國法主義 此主義謂。『關於身分之效力。應依夫之本國法。蓋因婚姻之效力。惟與夫之本國。最有利害關係。故應由夫之本國法支配之。』此主義。可謂正當。何則婚姻成立以後。以妻入夫家且取得夫之國籍爲通例。故關於夫婦之權利義務。實以適用夫之本國法爲最便。但所謂夫之本國法。指婚姻當時之本國法而言乎。抑指問題發生時夫之本國法而言乎。余以爲應解作問題發生時夫之本國法。何則。夫於成婚後。取得新國籍。自應以新國籍爲其國籍。若發生重國籍之結果時。依法律適用條例。亦應依最後取得之國籍。定其本國法。（第二條第一項。）且就實際上言之。亦以適用問題發生時之本國法。較爲便利也。

我國法律適用條例第十條第一項曰。『婚姻之效力。依夫之本國法。』是取第四主義者也。但因適用夫之本國法。有害中國之公共秩序。善良風俗時。亦不得適用之。以示限制。例如夫婦相互扶養之

義務。夫婦同居之義務。此各國法律之所同者也。當然可以適用其本國法。如法國法律。有夫婦互守貞操之規定。及夫愛其妻之規定。此等規定。在中國法律上雖無明文。然以其爲良法美俗。亦可以適用其本國法。但法國之法律。夫有請求公力。強制其妻同居之權利。英國之法律。夫有監禁其妻之權利。此等規定。在夫之本國。雖爲法律之所許。在中國則不能適用。因其有害中國之公共秩序。善良風俗故也。總之婚姻之效力。依法律適用條例第十條第一項之規定。應適用夫之本國法。惟因適用夫之本國法。有害中國之公共秩序。善良風俗時。則須受法律適用條例第一條之限制。

## 第二款 關於財產之效力（夫婦財產制）

夫婦財產制。可分爲二種。一曰契約財產制。一曰法定財產制。契約財產制者。依當事人之契約定夫婦財產關係之制也。法定財產制者。依法律定夫婦財產關係之制也。查各國之立法例。有專採用法定財產制者。有專採用契約財產制者。有以採用法定財產制爲原則。以採用契約財產制爲例外者。有以採用契約財產制爲原則。以採用法定財產制爲例外者。又有於採用契約財產制外。復以法定財產制限制之者。在同取法定財產制之國。有採取財產併合制者。有採取財產共通制者。有採取財產分離制者。在同取契約財產制之國。其財產契約。有必須訂於成婚之前者。有於成婚之前後均可訂之者。有必依一定之方式者。有不然者。在方式之中。亦有不同。而須呈報戶籍吏者。有須公證人或法定代

理人署名者。有須向主管官署登記者。各國法律。關於夫婦財產制之規定。既如是之不同。應適用何國法律之問題。因之而起。對此問題。主義甚多。未能一致。茲擇其重要者。分述如左。

第一 財產所在地法主義 此主義謂。『當事人間。如有特別契約。則從其契約。如無特別契約。則應依財產所在地之法律。蓋當事人間。既無特別契約。是對於財產關係。並無自定之意思。當事人既不自定。則法律代定之。所以必依財產所在地之法律者。因其為財產關係故也。』此主義。不甚適當。何則。夫婦財產制。原為調和夫婦之感情。或為保護一家之利益。其目的不專在財產。故與物權法上之財產關係。迥乎不同。此種財產關係。除有害財產所在地之公安時以外。實與財產所在地無直接之利害關係。故無適用財產所在地法之必要。

第二 住所地法主義 此主義謂。『夫婦財產制。應依住所地法。因住所乃個人生活之本據。故夫歸之財產關係。不可不依住所地法。』此住所地法說中。有主張夫之住所地法者。有主張夫婦雙方之住所地法者。又各分為變更主義。及不變更主義二種。

(一) 變更主義 變更主義者。即夫之住所。或夫婦雙方之住所。如有變更。夫婦財產制亦隨之變更。蓋以夫婦財產制。應依問題發生時住所地法也。

(二) 不變更主義 不變更主義者。即夫之住所。或夫婦雙方之住所。雖有變更。夫婦財產制。

並不隨之變更。蓋以夫婦財產制。應依婚姻當時住所地法也。

關於夫婦財產制。而主張依住所地法。不論爲夫之住所地法。或爲夫婦雙方之住所地法。亦不論爲問題發生時住所地法。或爲婚姻當時住所地法。均有未妥。何則。夫財產制。非僅財產之關係。乃附着於夫婦身分之關係。非一時的關係。乃終身的關係也。既爲附着於夫婦身分之關係。及終身的關係。故不宜適用住所地法。因住所乃容易變更者也。即令取不變更主義。亦有未妥。何則。夫婦財產制。與普通財產關係之性質。大不相同。其影響祇及於夫婦之間。即使推而廣之。亦不過影響於家族。或影響於本國。至對於其他之國家。則毫無利害關係也。夫住所。可設置於本國。亦可設置於他國。果使設置住所於本國。而適用住所地法。尙有理由。若設置住所於他國。而仍適用住所地法。其理由果安在哉。故住所地法主義。不論如何。不能謂之妥當矣。

第三 本國法主義 此主義謂。『夫婦財產制。應依其本國法。』上述之住所地法主義。有主張夫之住所地法者。有主張夫婦雙方之住所地法者。此本國法主義之主張。則不如是紛歧。蓋專指夫之本國法也。但亦分變更主義。及不變更主義二種。

(一)變更主義 變更主義者。即夫之本國。如有變更。夫婦財產制。亦隨之變更。蓋以夫婦財產制。應依問題發生時夫之本國法也。

(二)不變更主義 不變更主義者。即夫之本國。雖有變更。夫婦財產制。並不隨之變更。蓋以夫婦財產制。應依婚姻當時夫之本國法也。

就上述各主義觀之。以夫之本國法主義爲最妥。而夫之本國法主義中。又以不變更主義爲最妥。何則。夫婦財產制。若適用婚姻當時夫之本國法。不但於理論上相合。於實際上亦頗便利也。夫婦之關係。與夫之本國法。關係最切。由婚姻而生之家族。屬於夫之本國。妻於成婚之後。通例亦取得夫之國籍。由婚姻而生之種種利害。又莫不與夫之本國。息息相關。故夫婦財產制。應適用夫之本國法。但夫之國籍。非一定不動者也。而夫婦財產關係。則不應隨國籍之變更。而有變更。夫婦財產契約。定於婚姻之當時。既經約定。即不得任意變更。即令無特別契約。而從法定財產制。亦應永遠依婚姻當時夫之本國法。倘使夫於成婚以後。歸化於他國。國籍雖然變更。而夫婦間之財產關係。則一如昔日。而不應稍有變動。因婚姻之當時。當事人之心目中。祇知有當時之法律也。若夫以一己之意思。變更國籍。夫婦財產關係。固不應隨之變更。假令變更國籍之時。曾得妻之同意。亦不應藉口同意。遂變更財產之關係。因夫婦之間。不能與常人同論。雖然同意。未必出於意思之自。世之爲人妻者。由大多數皆偏於懦弱。往往明知夫之主張。不利於己。祇因惑於夫婦之感情。或困於乾威之壓迫。有不得不勉從良人之請者。此種同意。豈能認爲有效。故現今各國之法律。大多數均取不變更主義。蓋

恐夫以不正之意思。欲使妻之財產。盡歸己有。因而變更其國籍。其弊有不可勝言者。因是之故。夫婦財產制。不可不依婚姻當時夫之本國法。

我國法律適用條例關於夫婦財產制。亦有明文規定。該條例第十條第二項曰。『夫婦財產制。依婚姻成立時夫之本國法。』是亦取夫之本國法主義。並取不變更主義者也。按法律適用條例所謂『婚姻成立時夫之本國法。』意以為最先之法律也。惟『婚姻成立之時』一語。殊嫌含混。指結婚之前而言乎。指結婚之際而言乎。抑結婚之後。亦包括在內乎。若以文理解釋之。應指結婚之際而言。因之結婚之前。及結婚之後。皆不包括在內矣。果爾。則日本人於結婚呈報以前。所為之財產契約。（日本民法第七百九十三條。夫婦於婚姻呈報前。得就其財產。締結特別契約）。及瑞士人於結婚以後所為之財產契約。（瑞士民法第一百七十九條。夫婦財產契約。得於結婚前。或結婚後締結之）。若在我國發生訴訟。則難免變更之憂矣。由是言之『婚姻成立時』一語。似應修改。以期正確。日本法例謂為『婚姻之當時。』（第十五條。）雖亦嫌含混。然較之『婚姻成立時。』則包括較廣矣。余以為現在如無相當之用語。不如即用『婚姻之當時。』比較便利。然法律適用條例草案則仍用『婚姻成立時』之語。（第十二條。）想尙未注意及此也。

### 第三節 離婚

#### 各論 第二編 關於親屬之法律



各國法律上關於離婚之規定。殊不一致。有採禁止離婚制者。有採限制離婚制者。有採任意離婚制者。採任意離婚制之國。有專許夫之任意者。有並許妻之任意者。有必須夫婦雙方之合意者。離婚制度。所以如此紛歧者。蓋由於各國之風俗。習慣。及宗教不同之結果。大致東洋各國。自古以來。即承認離婚之制。歐洲則不然。當羅馬時代。其初祇認夫有權主張離婚。其後妻亦有離婚之權利。迨至耶教興起。以結婚爲由於神意。不得以人力分離之。於是耶教國家。遂皆採禁止離婚制。其後各國法律。雖漸次改良。而意奧等國。直至今日。尙維持此種制度。婚姻。乃男女精神上及身體上之結合。原不應加以強制。否則。不但足以破壞家庭之平和。亦足以紊亂社會之風化。甚至釀成犯罪。增加私生子。種種弊害。莫不由此而生。故現今多數國家。均不取禁止離婚制。以防弊害。夫離婚。雖不可絕對禁止。然亦不可絕對放任。因任意離婚制。於人情及風教上。亦不免發生流弊。故現今各國。多取限制離婚制。限制離婚制者。即合於法律規定離婚之原因。始許離婚之制也。現今之國家。除奧大利。意大利。西班牙。葡萄牙採用禁止離婚制。（但認別居制度。）蘇聯俄國採用任意離婚制（千九百二十六年公布之親屬及監護法第十八條。）外。其餘各國。皆取限制離婚制。但取限制離婚制之各國。有祇認呈訴離婚者。如德國。瑞典。荷蘭等國是也。有於呈訴離婚外。并認兩願離婚者。（一曰協議離婚。）如法國。丹桂。挪威。日本是也。我國判例及歷次親屬法草案。亦取限制離婚制。

除認呈訴離婚外。并認兩願離婚。各國所採之制度。既如是之不同。即在制度相同之國。（如同採限制離婚制之國。）其法律之規定。亦殊不一致。故於國際私法上。欲決定其準據法。頗爲困難之問題。茲分爲二款。說明如左。

第一 離婚宣告之許否及其原因 如上所述。因交通發達之結果。關於離婚之管轄。不僅限於本國法院。雖住所地之法院。亦得管轄之。但各國之法律。規定不同。有取任意離婚制者。有取禁止離婚制者。有取限制離婚制者。於是發生離婚之許否。應依何國法律之問題。即令同取限制離婚制。而法律上規定離婚之原因。又未必盡同。於是又發生離婚之原因。應依何國法律之問題。關於此等問題。主義甚多。茲擇其重要者。分述如左。

（一）訴訟地法主義 此主義謂。『離婚之許否。及其原因。應依訴訟地法。蓋欲離婚。必須訴訟地法認許。且須合於訴訟地法所定之原因。否則。不能離婚。因離婚與訴訟地之公序善俗有關係故也。』此主義不能謂爲完全之主義。可則。離婚關係訴訟地之公序善俗。固不待言。但離婚能變更當事人之身分及能力。與其家族所屬之國。更有密切之關係。此主義。祇見其一面。故非完全之主義。

（二）原因發生地法主義 此主義謂。『離婚之許否。及其原因。應依原因發生地法。蓋因離婚。乃對於當事人一方之不法行爲。而加之刑罰。故應視離婚原因之事實發生於何地。即適用何地之法律。

。』此主義完全誤解離婚之性質矣。何則。離婚之目的。一方爲謀當事人及其一家之利益。一方爲維持社會之風紀及安寧。若以之爲刑罰。非僅誤解離婚之性質。且能發生意外之結果。因刑罰之效力。祇能行於國內。若以離婚爲刑罰。則一離宣告之國。卽失效力。必因之發生種種意外之結果。詎云得當。

(二) 家族所屬國法主義 此主義謂。『離婚之許否。及其原因。應依家族所屬國法。若夫妻之國籍相同時。則依其本國法。若不同時。則依其家族所屬國法。而家族所屬國法。通常爲夫之本國法。卽依夫之本國法也。蓋因離婚。關係當事人之身分能力。故應依其本國法。又因離婚與支配其家族之國家。有最密切之利害關係。故應依家族所屬國法。』此主義殊不完全。何則。離婚之制。既關係家族。復關係當事人之身分能力。然當事人一方之國法。雖認許離婚。而他方若不認許離婚。或雖認許離婚。而離婚之原因缺欠時。仍不免發生障礙。且離婚之許否。關係訴訟地之公序善俗。若全不顧訴訟地法。亦難推行盡利也。

(四) 本國法兼訴訟地法主義 此主義謂。『離婚之許否。及其原因。應依本國法。及訴訟地法。蓋因離婚。既關係當事人之身分能力。又關係在留國之公序善俗。故於本國法。及訴訟地法。必須兼顧。否則。欲爲離婚之宣告。終恐發生窒礙。故關於離婚之許否。及其原因。不可不依本國法。並不

可不依訴訟地法。必兩方之法。均認許離婚。且均有離婚之原因時。始能爲離婚之宣告。』此主義雖極適當。但未完全。何則。若夫婦異其國籍時。應依夫之本國法乎。抑應依夫婦雙方之本國法乎。是爲此主義所未言及者也。因有此種問題。遂生後列二說。

(甲)夫之本國法兼訴訟地法說 此說謂。『離婚之許否。及其原因。應依夫之本國法。及訴訟地法。若夫之本國法。及訴訟地法。均認爲可以宣告離婚。縱令妻之本國法。不許離婚或雖許離婚。而缺欠離婚之原因時。仍得爲離婚之宣告。』此說不得謂之完全。何則。倘妻之本國法。以離婚爲宗教上或道德上之大惡。而禁止之。則雖宣告離婚。結果必發生障礙。故此說仍非完全之說。

(乙)夫婦雙方之本國法及訴訟地法說 此說謂。『離婚之許否。及其原因。應依夫婦雙方之本國法。及訴訟地法。必須此三方面之法律。均認許離婚。且均有離婚之原因時。始得爲離婚之宣告。此三方面。若有一方面不認許離婚。或雖認許離婚。而缺欠離婚之原因時。仍不得爲離婚之宣告。』此說。可謂最完全之說矣。

我國法律適用條例第十一條曰。『離婚。依其事實發生時夫之本國法。及中國法。均認其事實爲離婚之原因者。得宣告之。』是蓋取夫之本國法兼訴訟地法之說者也。夫之本國法兼訴訟地法說。既非完全之說何以取之。推立法者之意。必謂妻於成婚之後。通常皆取得夫之國籍。妻既取得夫之國籍

。則夫之本國法。亦卽妻之本國法也。然而各國國籍法之規定不同。因是夫婦異其國籍者。亦偶有之。當此之際。能不發生障礙乎。又夫之本國法。所以明定爲事實發生時之本國法者。蓋謂不適用起訴時夫之本國法。及宣告時夫之本國法也。所以如此規定者。因恐發生當事人所未預期之結果。尤恐夫以不正之意思。爲選擇便利一己之法律。而變更其國籍也。

第二 離婚宣告之效力 離婚宣告之效力者。因離婚之宣告。而發生之效果也。如當事人之再婚。財產之交還。子之監護。扶養費之給與等是也。關於此等效力。仍依法律適用條例之規定。適用事實發生時夫之本國法。及中國法乎。余以爲法律適用條例第十一條。專規定離婚之原因。並未及於離婚之效力。故關於離婚之效力。不能適用該條之規定。然則應適用何國法律乎。余以爲離婚之效力。應適用當事人之本國法。查法律適用條例第十七條規定曰。『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。』此種規定。謂之補充規定。凡屬親族關係。苟爲法律適用條例所未及規定者。均應適用此條之規定。婚之效力。卽法律適用條例所未及規定者。故應依該條之規定。適用當事人之本國法。惟依該條之規定。而適用外國法時。仍受法律適用條例第一條之限制。例如妻因與他人通姦而被離婚者。大多數國之法律。均禁止與相姦者結婚。我國大理院亦有此種判例。(民國七年上字四百九十一號判例。)但英國法律。則與衆異。倘婦女因通姦而被離婚者其相姦者對之

。雖不負娶以爲妻之義務。然在德義上。應娶以爲妻。此在中國。則以爲有背善良風俗。故當此之際。不能適用其本國法。

又歐洲各國。凡取禁止離婚制之國。均取別居制度。即在取限制離婚制之國。亦有兼取別居制度者。倘有外國人。在中國法院。提起別居之訴時。應如之何。對此問題。有謂中國法律上無別居之規定。倘外國人提起別居之訴時。卽應駁斥之。余以爲不然。中國法律上雖無別居之規定。然不能卽以是爲駁斥之理由。因內國法院。裁判涉外之私法關係。原不限定內國法律上必有明文規定也。況別居。爲親族關係之一種。過常應適用屬人法。既應適用屬人法。則與中國法律有無規定。毫無關係。亦惟有依法律適用條例第十七條之補充規定而已。不啻關於別居。可以適用第十七條之規定。凡屬該條例所未規定之親族關係。不論在中國法律上有無明文規定。苟無害於中國之公序善俗。均可適用之。因外國人之親屬關係。既爲其本國法所認。我國法院。斷無輕予抹煞之理。况國際私法。因各國法律之不同而始發生。所謂法律之不同。非專指規定之異同而言。卽規定之有無。亦包括在內也。

## 第二章 親子

### 第一節 嫡子

嫡子者。由婚姻所生之子也。嫡子之身分。與庶子私生子不同。與養子尤異。故各國法律。關於嫡子之身分。均以明文規定其要件。所謂要件者。大致分下列之四。(一)須父母之間爲正式婚姻。(二)須爲父母婚姻中懷胎所生之子。(三)須爲妻所生之子。(四)須爲母夫之子。要件完備。卽推定爲嫡子。是謂之嫡子之推定。但既謂之推定。則未必與事實相合。故各國法律。又皆規定夫之否認權。卽法律之規定。倘與事實相異時。夫得否認之也。是謂之否認訴權。

嫡子之推定。及否認訴權。雖大多數國家之法律。均有規定。但其規定。則各有不同。故於國際私法上。亦發生適用法律之問題。對此問題。主義甚多。其主要者有三。列述如左。

第一 訴訟地法主義 此主義謂「嫡子之推定及否認。應依訴訟地法。蓋因嫡子之推定及否認。與訴訟地之公序善俗。極有關係。故應適用訴訟地之法律。」此主義殊不足取。何則。嫡子之推定及否認。雖有時關係訴訟地之公序善俗。然非一切皆與訴訟地之公序善俗有關也。況起訴於何地。原爲偶然之事實。親子之關係。何等重要。豈可爲偶然之事實所左右。加以嫡子之推定。與一國之風俗習慣。關係甚密。以訴訟地法支配之。於事實上。亦有未合。故此主義。殊不足取。

第二 子之本國法主義 此主義謂。「嫡子之推定及否認。應依子之本國法。蓋因嫡子之推定及否認。與嫡子身分之得失。最有關係。且此等規定。乃專爲保護子之利益而設者。故應依子之本國法

。』此主義不甚適當。何則。嫡子之推定。與父之宗嗣攸關。否認訴權。尤與父有切己之關係。謂此爲關係嫡子身分之得失尙可。謂此爲專爲保護子之利益而設者則誤矣。故此主義。不能謂之適當。

第三 父之本國法主義 此主義謂。『嫡子之推定及否認。應依父之本國法。蓋嫡子之推定及否認。乃欲定此子是否爲其父之子。親權是否發生。亦即由此而定。與父之一方。關係獨重。故應適用父之本國法。』此主義。較之前二主義。則近於完全矣。

我國法律適用條例第十二條規定曰。『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時。依其最後所屬之法律。』是亦父之本國法主義者也。不曰『父之本國法。』而曰『母之夫之本國法』者。因是時此子究爲何人之子。尙未確定。故不能遽稱爲『父之本國法』也。又此本國法。有主張懷胎時之本國法者。有主張出生時之本國法者。我國法律適用條例。則取出生時本國法說。蓋因懷胎時不易證明故也。何以不依現時母夫之本國法。而必依子之出生時母夫之本國法乎。蓋恐母夫不欲承認此子。故意變更其國籍。以就有益於己之法律也。但此皆指母夫生存時而言。若母夫於子之出生前。已經死亡。其他利害關係人。因子之身分問題。提起訴訟時。則依母夫最後所屬國之法律。此種法律。縱有時非子出生時之法律。亦不必爲懷胎時之法律。所以如此規定者。蓋恐依出生後之法律。影響於嫡子身分之得失也。法律適用條例第十二條首句規定『子之身分』一語。是以『子』爲文章之主格



也。第二句中所謂『其母。』當然指子之母而言。並無疑義。但第三句中所謂『其夫。』則不妥矣。何則。『其夫』二字。原係指母之夫而言。若就文義解之。既以『子』為文章之主格。則『其夫。』應解作『子之夫』矣。豈不可笑。法律適用條例草案。改為『母夫。』則妥適矣。查該草案第十四條曰。『嫡子之否認訴訟。依其生時母夫之本國法。如母夫於子出生前已死時。依其最後所屬國之法律定之。』此條改『其夫』為『母夫。』雖甚妥適。但改『子之身分』為『嫡子之否認訴訟』則意義似嫌太狹矣。該草案理由書。『固謂參考德國民法施行法第十八條。及日本法例第十七條。然該二國法律上之規定。均不取如是之狹義。德國謂為『子之婚姻上之系統。』日本謂為『子為嫡出與否。』意義均不如是之狹。今以否認訴訟代之。似不甚妥。反不如現行法律適用條例所謂『子之身分。』有伸縮之餘地也。

## 第二節 私生子

由苟合或無效婚姻所生之子。為私生子。私生子。雖不得與嫡子同論。然其與父母間之親子關係。亦由於懷胎之事實而生。與嫡子原無不同。但私生子與父母間。僅有自然之關係。並無法律上之關係。故德國及法國。均稱私生子為自然子。如欲使私生子與父母間發生法律上之親子關係。不可不依一定之方法。以證明親子關係之存在。此證明之方法。法律上謂之認領。認領。在各國法律上。規定

不同。大別之可分爲四種。分述如左。

第一 無須認領者 此種立法例。以私生子與嫡子之間。不設區別。在法律上。享同等之權利。如千九百二十六年蘇俄公布之親屬法。（第二十五條。）以爲『親子之關係。由於血統而生。非正式結婚所生之子。與正式結婚所生之子。同屬於父母之血統。故應享同等之權利。』是以私生子與嫡子同視。故無須認領。

第二 禁止認領者 此種立法例。不認私生子。故不許認領。如瑞典。挪威。丹抹等國。不認私生子與父母間之親子關係。惟私生子之父。對於達於一定年齡之私生子。負供給教養費之義務而已。除此以外。不發生其他之關係。因之私生子。不能加入父之家族以內。亦不能用父之姓氏。至於不能繼承遺產。更不待言矣。

第三 准許認領者 此種立法例。於嫡子之外。認有私生子。但私生子與父母間之親子關係。必經父或母之認領。始能生法律上之效力。如日本。奧大利。普魯士等國。均屬此種。不但父或母。得認領私生子。私生子。亦得請求父或母認領。且私生子。是否由亂倫犯姦而生者。亦非所問。

第四 限制認領者 此種立法例。雖亦認有私生子。且准許認領。但認領有種種限制。有專須父認領。無須母認領者。如德國是也。有僅許父母認領。不許私生子請求認領者。如法國是也（但有例

外。有僅許衆人認領。不許貴族認領者。如舊俄國是也。有通常之私生子。雖得認領。由亂倫或犯姦而生之私生子。則不許認領者。如法國。意國是也。

我國歷次民律草案。均有私生子之規定。父得認領私生子。私生子亦得請求父之認領。我國舊律。（前清現行律）則謂私生子爲姦生子。依大理院判例。（民國三年上字七百二十九號。及民國五年上字一百八十九號。）亦謂私生子與父得因認領發生親子關係。然亦有與法意二國相類似之限制。因舊律親屬相姦之註內。有『同宗姦生男女。不得混入宗譜。聽隨便安插』之語。是由亂倫而生之私生子。亦在限制認領之列也。

就上述之立法例言之。關於私生子。有無須認領者。有禁止認領者。有准許認領者。有限制認領者。各國法律上之規定。既如是之不同。因之發生認領許否之問題。即在准許認領。或限制認領之國。其認領之成立要件。及認領之效力。亦不能一致。因之又發生認領之成立要件。及其效力之問題。此等問題。在國際私法上。均應研究之。茲分爲兩項。一爲認領之許否及其成立要件。一爲認領之效力。分述如左。

第一 認領之許否及其成立要件 關於此項問題。有四主義。分述如左。

（一）訴訟地法主義 此主義謂。『認領之許否。及其成立要件。應依訴訟地法。蓋因私生子之認

領。關於訴訟地之公序善俗。故關於認領之許否。及其成立之要件。不可不適用訴訟地之法律。』此主義。不得謂之適當。何則。私生子之認領。雖有時關係訴訟地之公序善俗。然其大部分。均與訴訟地之公序善俗無關。豈可因一部以概全部。故此主義。非適當之主義。

(二)被認領者之本國法主義 此主義謂。『認領之許否。及其成立要件。應依被認領者之本國法。即私生子之本國法。蓋因認領。能生親子之關係。此子究爲何人之子。即由認領而定。故認領。與私生子極有關係。且私生子之父母。由認領而取得親權。親權之規定。亦爲子之利益而設者。最能保護子之利益者。則爲子之本國法。故關於認領之許否。及其成立要件。應依私生子之本國法。』此主義。亦不完全。何則。此主義以爲認領專與私生子之利益有關。殊不知父母因認領私生子。而發生種種責任。於父母一方面。亦有重大之利害關係。此主義。偏重子之一方面。似欠公允。故不能謂之完全。

(三)認領者之本國法主義 此主義謂。『認領之許否。及其成立要件。應依認領者之本國法。即父母之本國法。蓋因認領。與認領者有利害關係。私生子一經認領。即與父母發生法律上之親子關係。加入父母家族之內。並取得父之國籍。是均與認領者有利害關係也。故應適用認領者之本國法。』此主義。偏於一方面。與前之主義相同。故亦非完全之主義。

(四)認領者與被領者雙方之本國法主義 此主義謂。『認領之許否。及其成立要件。應依認領者與被領者雙方之本國法。即依父母及私生子雙方之本國法。蓋因私生子之認領。不僅關係私生子一方之利害。亦不僅關係父母一方之利害。實與雙方均有利害關係也。故於理論上。不應偏重一方之法律。且就實際上言之。若僅依一方之法律。亦恐發生障礙。假使依父母之本國法。准許認領。且認領之要件。均已完備。若依私生子之本國法。不許認領。或雖許認領。而認領之要件缺欠時。仍不能認領。反之。依私生子之本國法。准許認領。且認領之要件。均已完備。若依父母之本國法。不許認領。或雖許認領。而認領之要件缺欠時亦然。欲使認領之實現。非依雙方之本國法不可。』此主義。既合於理論。亦不背於實際。故為完全之主義。

我國法律適用條例第十三條第一項規定曰。『私生子認領之成立要件。依認領者與被認領者各該本國法。』是即取第四主義者也。但此處有一問題。即本條所謂本國法。指認領時之本國法而言乎。抑指私生子出生時之本國法而言乎。余以為若就文理解釋之。應指認領時之本國法而言。因於字面上。祇稱各該本國法。故祇能解作現時之本國法。即認領時之本國法也。且就該條例之母法即日本法例言之。益可證明為認領時之本國法。查日本法例第十八條第一項曰。『私生子認領之要件。關於其父或母者。依認領之當時父或母所屬國之法律定之。關於其子者。依認領之當時子所屬國之法律定之。』

『由是可以證明我國法律適用條例第十三條第一項所謂『本國法。』乃指認領時之本國法而言也。但此乃就解釋論言之。若就立法論言之。則尚有研究之餘地也。

第二 認領之效力 何謂認領之效力。即因認領之後。於認領者與被認領者間。發生之法律上之效果也。如父母與私生子。因認領發生親子之關係。私生子在法律上。取得一定之身分。並取得父之國籍。是皆認領之效力也。認領之效力。在各國法律上。規定亦不一致。故亦發生適用法律之問題。我國法律適用條例第十三條第二項定曰。『認領之效力。依認領者之本國法。』查第十三條第一項與第二項所規定者。均為私生子之認領。何以第一項適用認領者與被認領者雙方之本國法。此項獨適用認領者一方之本國法乎。蓋第一項所規定者。為認領之要件。在彼時。親子之關係。尙未確定。故應適用雙方之本國法。此項所規定者。為認領之效力。是時親子之關係已定。被認領者。已入於認領者親權支配之下。且在原則上。亦取得認領者之國籍。故應專適用認領者之本國法。亦實無適用雙方本國法之必要也。

### 第三節 養子

養子者。收養他人之子。以爲己子之謂也。養子制度。發達最早。世界大多數國家。莫不認之。歐洲各國。在家族思想鼎盛之時。無子之人。每收養他人之子。以爲己子。使之繼承家統。接續宗祀。

。略與東洋各國相同。迨至近世。家族制度。漸次湮滅。因之養子制度。亦發生變更。養子與養親之間。已經完全之親子關係。加以學者之說。以養子制度。有妨害婚姻。紊亂倫紀。侵害繼承之弊。因是養子制度。日益敗壞。然因現在社會及家族之需要。養子制度。一時究須保存。故大多數國家。均認養子制度。就現今各文明國之立法例觀之。可大別之爲二種。

第一 不認養子制度者 如英國。美國。荷蘭。及瑞士等國。均不認養子制度。然在家族制度。及財產私有制度未廢止以前。無子之人。對於自己之家統。每不甘心聽令斷絕。對於自己之遺產。亦不甘心付諸不知誰何之人。此亦人情之常。無足怪者。養子制度。即所以彌此缺陷者也。故英國雖不認養子制度。然許贈與人。於贈與之時。附以條件。使受贈人。繼承其姓氏及地位。遺贈人。亦得附此等條件。而爲遺贈。此即變相之養子制度也。（英國亦於一九二六年頒布養子法。而公認養子制度矣。）

第二 認許養子制度者 認許養子制度之國。其認許之程度。亦不相同。可分爲三種。

(一) 完全養子制度 此種制度。以養子與嫡子同視。養子與養親之間。發生完全之親子關係。故養子取得養親之國籍。入居養親之家內。改用養親之姓氏。並得爲家督及遺產之繼承。如日本。即取此種制度。

(二)不完全養子制度 此種制度。養子與嫡子。顯然有別。養子與親子之間。僅有親子之名義。並無完全之親子關係。故養子不必一定入居養親之家內。亦不必一定取得養親之國籍。至於養親之姓氏。尤不必襲用。養子對於養親之家族。幾不生何等關係。惟得繼承養親之遺產而已。如歐洲各國之養子制度。大多數均屬此種。

(三)折衷制度 此種制度分養子爲二種。第一種之養子與養親之間。發生完全之親子關係。與嫡子相同。取得養親之國籍。改用養親之姓氏。對於養親之家族所生之關係。亦與嫡子無異。此種養子。不但得繼承遺產。並得繼承宗祧。第二種養子。乃收養之棄兒及義子。與養親之間。並無完全之親子關係。雖依法應取得養親之國籍。(參照中國國籍法第二條第四款。)入居養親之家內。改從養親之姓氏。但與嫡子。迥然不同。對於養親之家族。亦僅生名義上之關係耳。故此種養子。不得爲宗祧之繼承。惟養親之遺產。得酌給若干。使其承受。尤必以素與養親相爲依倚爲條件。如我國。即取此種制度。我國舊制。於嫡子之外。又有養子與嗣子之分。嗣子之目的。在宗祧繼承養子之目的。僅在收養而已。然此二種區別。乃由我國歷來之法律及習慣而生者。在他國則一律謂之養子。故我國法律適用條例及國籍法所規定之養子。應解作包括此兩種而言。

就上述之立法例言之。有認許養子制度者。有不認許養子制度者。因之發生養子許否之問題。然在



認許養子制度之國。其法律上所定之養子之成立要件。及養子之效力。亦不能一致。因之又發生養子之成立要件及其效力之問題。此等問題。在國際私法上。均應研究之。茲分爲兩項。一爲養子之許否。及其成立要件。一爲養子之效力。分述如左。

### 第一 養子之許否及其成立要件 關於此項問題。有四主義。說明如左。

(一)當事人之意思兼行爲地法主義 此主義謂。『養子之許否。及其成立要件。應以當事人之自由意思。選定其應準據之法。如當事人之意思不明時。則應依行爲地法。蓋因養子之成立。與契約相同。契約之準據法。應由當事人之意思選定之。如意思不明時。則依行爲地法。此一般所公認者也。養子之成立。既爲契約之一種。故亦應適用契約之準據法。』此主義。殊不適當。何則。養子之成立。雖可謂爲法律行爲。然不一定爲契約。如收養遺棄之嬰兒爲養子。則爲單獨行爲。而非契約也。假令認養子爲契約之一種。但養子之成立。關係身分及能力。與一國之公序善俗。時有關係。與普通契約之性質。亦迥然不同。故其準據法。斷不能任當事人之意思。自由決定。至謂當事人意思不明時。依行爲地法。似亦不妥。何則。養子之成立。與行爲地。未必有何等利害關係故也。

(二)養子之本國法主義 此主義謂。『養子之許否。及其成立要件。應依養子之本國法。蓋因

養子之成立與否。與養子之利害關係甚大。能保護養子之利益者。養子之本國法也。故養子之許否。及其成立要件。應適用養子之本國法。此主義。不得謂之完全。何則。養子之成立與否。不但關係養子之利益。與養親之利益。亦有關係。此主義。偏重養子一方面。殊欠公允。故非完全之主義。

(三)養親之本國法主義 此主義謂。『養子之許否。及其成立要件。應依養親之本國法。蓋因養子之成立與否。關係養親之利益。故養子之許否。及其成立要件。應適用養親之本國法。』此主義。亦不得謂之完全。何則。養子之成立與否。與親子兩方面。均有關係。已如上述。此主義。偏重養親一方面。其失與前主義正同。且利益問題。原在親子關係發生之後。亦不應以利益為標準。而定養子成立與否之準據法。故此主義。亦非完全之主義。

(四)養親與養子雙方之本國法主義 此主義謂。『養子之許否。及其成立要件。應依養親與養子雙方之本國法。蓋因養子之成立與否。與親子兩方面。均有關係。故應適用雙方之本國法。是不但在理論上。必如是始能公允。即就實際言之。亦有不能不適用雙方之法律者。何則。假使依養親之本國法。認許養子制度。且養子之成立要件。均已完備。若依養子之本國法。不認許養子制度。或雖認許。而其成立之要件缺欠時。仍不能成立。反之依養子之本國法。認許養子制度。且養子之成立要件。

均已完備。若依養親之本國法。不認許養子制度。或雖認許。而其成立之要件缺欠時亦然。故關於養子之許否。及其成立要件。非適用養親養子雙方之本國法不可。此主義。可謂完全矣。

我國法律適用條例第十四條第一項規定曰。『養子成立之要件。依當事人各該本國法。』是則取第四主義者也。蓋以養子之成立。關係當事人之身分及能力。故應適用當事人之本國法。又因其與養親養子兩方面均有關係。故應適用當事人各該本國法。關於養子之涉外關係。有外國人與內國人間之關係。有同國籍外國人間之關係。有異國籍外國人間之關係。不論屬於何種。其成立之要件。均適用當事人各該本國法。但所謂當事人各該本國法。乃謂關於養子一方之要件。適用養子之本國法。關於養親一方之要件。適用養親之本國法。非謂雙方本國法所定之要件。必須一律適合也。

第二 養子之效力 何謂養子之效力。蓋謂養子成立以後。於養子與養親間。發生之法律上之效果也。如國籍問題。姓氏問題。以及繼承問題等。在各國法律上之規定。殊不一致。故亦發生適用法律之問題。我國法律適用條例第十四條第二項規定曰。『養子之效力。適用養父母之本國法。』查第十四條第一項。與第二項所規定者。均為養子之關係。何以第一項適用養親與養子雙方之本國法。第二項獨適用養親之一方之本國法乎。蓋第一項所規定者。為養子之成立要件。在彼時。養子與養親之間。尙未發生身分關係。故應適用雙方之本國法。第二項所規定者。為養子之效力。是時已發生身分

關係。既取得養親之國籍。復改從養親之姓氏。故應專適用養親之本國法。或曰。『歐洲之養子制度。與中國及日本不同。多有不變更養子之國籍與姓氏者。似無專適用養親之本國法之必要矣。』余曰。歐洲之養子制度。雖有不變更養子之國籍與姓氏者。然未有不繼承養親之遺產者。養親之於養子。無非欲依其本國法。達其傳授遺產之目的耳。故仍應依養親之本國法。（參照法律適用條例草案第十六條理由。）

關於養子。應研究者。尙有三問題。列述如左。

第一問題 法律適用條例。何以無養子解除之規定乎。

查日本法例。關於養子。除規定要件及效力外。並設養子解除之規定。（日本謂之離縁。）我國法律適用條例則無之。殊嫌缺漏。或曰。『非缺漏也。養子之解除。即養子效力之解除也。應包括在效力之內。原無另設規定之必要。』余則以爲不然。果如或者之說。則離婚。亦可謂爲婚姻效力之解除。何以法律適用條例。於第十條。規定婚姻效力之外。復於第十一條。規定離婚乎。况養子之解除。有認許之國。（如中國。日本。）有禁止之國。（如歐洲諸國。）即在認許之國。其解除之要件。亦不一致。且養子之解除。與養子養親兩方面。均有重大之利害關係。應爲國際私法上之重要問題。尤其在中日兩國。既重視養子制度。更不可不於國內之國際私法上。特設明確之規定。而我國

法律適用條例。則效法歐洲各國之立法例。不設養子解除之規定。似不得不謂爲缺漏。查法律適用條例草案。亦未設養子解除之規定。或尙未注意及此乎。

第二問題 法律適用條例第十四條第一項所謂。『當事人各該本國法。』既解作『養親養子雙方之本國法。』倘使夫妻異其國籍。而以第三人爲養子時。將依三方面之本國法乎。

按此等事實。原屬少有。然不能謂之絕無。多數學者。對此問題。均以爲養親之本國法。專指夫之本國法而言。因就通例言之。妻皆取得夫之國籍。即令夫妻異其國籍。然依妻宜從夫之例。亦不必適用妻之本國法。况有配偶人。非經其配偶人同意。不得以他人爲養子。是爲一般之通例。妻既同意。自不必再適用妻之本國法。致生紛擾也。此種主張。就多數國家現行之法律言之。並無不合。就中日二國之法律言之。尤爲貼切。但現在歐洲各國。夫妻異其國籍者。已不乏其例。且當男女平等之思想。日見發達之今日。妻宜從夫之說。亦漸失其勢力。故就現今之法律現狀言之。養親之本國法。雖可專指夫之本國法而言。但就進步之思想言之。似妻之本國法。亦不應不兼顧也。

第三問題 法律適用條例第十四條第二項。所謂『養父母之本國法。』在實際適用之時。是否適用養父母養母雙方之本國法乎。

就字面言之。雖應如此解釋。但現今通例。皆先父後母。故養父在時。祇適用養父之本國法。養

父不在時。始適用養母之本國法。此種疑問。純由條文用字不妥而生者。法律適用條例草案。改『養父母』爲『養親』。自無此種疑問矣。

#### 第四節 親子關係

親子關係者。即法律上父母對於子女之權利義務之關係也。或謂親子關係。即親權之內容。其實不然。親權雖占親子關係之大部分。然親子關係。實不以親權爲限。謂親權包括於親子關係之中則可。謂親子關係即爲親權之內容則不可。因親子關係之意義較廣。親權之意義較狹故也。

親子關係。乃由自然之需要及倫理的觀念而生者。故各國法律上關於親子關係之規定。殊不一致。試就左列各款。述各國規定之異同。

第一 親權之性質 關於親權之性質。有規定親權爲權利者。有規定親權爲義務者。有規定親權一方爲權利一方又爲義務者。

第二 親權之拋棄 關於親權之拋棄。有規定親權屬於義務。不許拋棄者。有規定於一定條件之下。得拋棄親權之一部者。

第三 親權之行使 關於親權之行使。有規定父母皆得行使親權者。有規定父死後母始得行使親權者。有規定嫡子繼母行使親權。與母行使親權相同者。有規定嫡母繼母雖亦得行使親權。但加以一

定之限制者。

第四 親權之喪失 關於親權之喪失。有僅規定法律上之喪失者。有於法律上之喪失外。並規定裁判上之喪失者。

第五 子女之教養 關於子女之教養。各國法律。莫不認爲父母之義務。但此種義務。有規定惟對於未成年之子女。負此義務者。有規定對於已成年之子女。亦負此義務者。有規定父母對於子女之宗教。縱有協商。不生效力者。有關於子女之宗教問題。不設何等規定者。

第六 子女之懲戒 關於子女之懲戒。有規定父母得自行懲戒其子女者。有規定欲懲戒子女。須得法院之許可。送入官立懲戒所者。有規定一方准許父母自行懲戒。一方又准許呈請法院。爲相當之援助者。如因懲戒而施以監禁。其最長期限。有規定以六個月爲限者。有規定以四個月爲限者。如父母對於子女。實施懲戒。有規定准許監禁者。有規定不許監禁者。有規定不許傷子女之身體者。有規定不許妨子女之教育者。又父母對於子女。濫施懲戒之時。有規定由法院剝奪父母之親權者。有規定除由法院剝奪父母之親權外。並將其子女從父母手中索出。交付監護機關撫養者。

第七 子女居住之限制 關於子女居住之限制。有規定子女必須與父母同居者。有規定子女無須一定與父母同居。但其居住之處。須從父母之指定者。又此種指定。有規定子女須永遠服從者。有規

定惟未成年之子女。負此服從之義務者。又子女如不服從時。有規定得由父母強制之者。有規定父母須請求法院。以公力強制之者。

第八 子女之職業 關於子女之職業。有規定父母有允許之權者。有規定在一定之範圍內。可由子女自行選定者。有規定惟未成年之子女。其職業須得父母之允許者。有規定不論子女已否成年。其職業均須得父母之允許者。有規定父母得獨立代子女訂立職務契約者。有規定父母代子女訂立職務契約。須得子女之同意者。

第九 子女之財產 關於子女之財產。有規定子女之財產。即為父母之財產者。有規定子女以自己名義取得之財產。為子女之特有財產者。又子女之特有財產。有規定惟父有管理之權者。有規定母亦有管理之權者。有規定父死後母始有管理之權者。又父母管理子女之財產。有規定父母僅得管理。不得使用收益及處分者。有規定父母於管理之外。並得使用及收益者。

第十 孝敬之義務 關於孝敬之義務。有規定子女對於父母。應盡其孝敬之義務者。有認此為倫理道德之關係。在法律上不設規定者。

如上所述。可知各國法律。規定親子關係。異常紛歧。較之其他法律關係。尤不一致。倘使發生涉外關係。應適用何國法律之問題。必因之而起。對於問題。主義甚多。其重要者有四。分述如



左。

第一 父之住所地法主義 此主義謂。『親子關係。應依父之住所地法。蓋因親子關係。爲親族關係之一。故應適用當事人之住所地法。不適用子之住所地法。而適用父之住所地法者。因子宜從父也。但父之住所地法。有現時之住所地法。及子出生時之住所地法。此則專指子出生時之住所地法而言。蓋恐父任意變更其住所。妨害子之利益故也。』此主義。殊不足取。何則。父子之情。出於天性。利害本屬共同。父視子之利益。較自己之利益尤重。豈有故意遷居。妨害子之利益之理。況住所地法主義。缺點甚多。前已屢言之。久爲大陸諸國所不取。此主義。主張親子關係。依子出生時父之住所地法。倘父有數子。而生處不同。則父對於諸子。必各因其住所而異其關係。其繁雜。尙堪問乎。

第二 父之本國法主義 此主義謂。『親子關係。應依父之本國法。蓋因子皆取得父之國籍。且居住父之家內。依子宜從父之例。故親子關係。應適用父之本國法。』但所謂父之本國法。指子出生時父之本國法而言乎。抑指現時父之本國法而言乎。因此問題。又有左之二說。

(一) 子出生時父之本國法說。 此說謂。『親子關係。應依子出生時父之本國法。蓋因法律上親子關係之規定。乃爲保護子之利益而設者。即子對於父請求保護之權利也。子自出生時。即取得此

種權利。父縱變更國籍。亦不得妨害子之既得權。故親子關係應適用子出生時父之本國法。』此說殊不合理。何則。法律上親子關係之規定。固爲保護子之利益。然亦非專爲保護子之利益。因增進家族之幸福。維持國家之秩序。亦立法者之目的也。且親子關係。亦不得謂爲子之既得權。因權利得自由拋棄。此則爲法律上強制之規定故也。

(二)現時父之本國法說 此說謂。『親子關係。應依現時父之本國法。蓋因親子關係。不但較其他之關係複雜。且各國法律上之規定。極不一致。因之舊本國法之規定。往往爲新本國法所不容。故不可不適用現時父之本國法。且子出生時父之本國法說。其流弊與子出生時父之住所地法主義相同。倘父有數子。而出生時之國籍不同。則父對於諸子。遂不能同其待遇。其不便孰甚。』此說比較允當。故爲大多數國家所採取。

第三 親權行使地法主義 此主義謂『親權。應依親權行使地法。蓋因親權之行使。關係行使地之公安。故不可不適用行使地之法律。』此主義亦不甚妥。何則。此主義於親子關係中。專注目親權一項。已屬偏而不全。即專就親權言之。亦不應專注自行使一項。況親權之行使。亦非一一均關係行使地之公安。豈可以一部而概全部。故此主義。非妥善之主義。

第四 財產所在地法主義 此主義謂。『親子關係中。有身分關係及財產關係之分。身分關係。

雖可適用屬人法。財產關係。則應適用屬地法。故親子關係中。屬於財產之部分。不可不適用財產所在地法。』此主義中分爲二說。一說謂『不動產依所在地法。』一說謂『動產不動產均依所在地法。』其理由。則皆以爲。『物權。依目的物所在地之法律支配之。爲一般公認之原則。故親子間之財產關係。亦應依目的物所在地之法律。』此主義亦不甚妥。何則。親子間之財產關係。並非物權之設定及得喪等問題。不過親對於子之財產。爲之管理而已。此等關係。屬於親族關係。豈可適用物權之原則。而依財產所在地法乎。

第五 家族所屬國法主義 此主義謂。『親子關係。應依家族所屬國法。即家族之本國法。蓋因親子關係。爲家族關係之一。與一家之盛衰。極有關係。不能認爲一人之利益問題。故應適用家族所屬國之法律。家族所屬之國。通常卽爲父之本國。然亦有時父已取得新國籍。而家族尙保有舊國籍者。不過此等事實。殊不多見而已。』此主義持論既極光明。於適用上。亦無窒礙。故爲最完全之主義。

我國法律適用條例第十五條規定曰。『父母與子之法律關係。依父之本國法。無父者。依母之本國法。』是取父之本國法主義者也。所謂無父者。非專指父不在者而言。有時父在者。亦包括在內。如父未認領之私生子。縱令事實上。其父尙在。但既未認領。在法律上。仍爲無父者。故其與母之親

子關係。亦惟有依母之本國法而已。余以爲本條之規定。尙屬妥善。並無修改之必要。然法律適用條例草案則將本條完全修改。是宜研究者也。查該草案第十七條。規定曰。『親權之行使。依子之本國法』此條所定之準據法。其得失姑置不論。即專就其所規定之親權言之。其範圍之狹。已經顯而易見。況所規定之親權。又僅限於行使一項。則範圍更狹矣。不但不能包括親子關係之全部。即親權之所在。喪失範圍。及期間等。亦不能包括。若如現行法律適用條例另設補充之規定。將此條所遺漏者。悉容納於其中。於體例上。已嫌不合。況併補充之規定。而亦無之乎。草案之缺點。（專指第十七條而言。）既已顯著。就鄙見言之。似不如仍舊貫之爲愈也。

## 第三章 扶養義務

扶養義務者。於一定親族之間。互負扶養之法定義務也。此種義務。雖爲各國所同認。然法律上之規定。則各有不同。有限定直系宗親者。有並及旁系之兄弟姊妹者。有僅認同姓之宗親者。有並認異姓之姻親者。此範圍之不同也。有與以一定之金額者。有依權利者之必要。及義務者之資力。而與以生活之費用者。此又程度之不同也。此外又有附以條件者。如貧乏之原因。必須自己無過失。始有請求扶養之權利。否則。無請求之權利。義務者亦即不負扶養之義務。各國法律之規定。既如是之紛

歧。倘因扶養義務。而發生涉外之關係。則適用何國法律之問題。即因之而起。對此問題。有五主義。分述如左。

**第一 家族所屬國法主義** 此主義謂。『扶養義務。應依家族所屬國之法律。若權利者與義務者異其國籍時。則依國籍未變更以前同一家族時之法律。蓋因扶養義務。本由家族而生。若權利者與義務者之國籍不同時。必係其中之一方。曾經變更其國籍。然在國籍未變更以前。則雙方必屬於同一之國籍。故應適用當時之本國法。因雙方既屬親族。在國籍未變更以前。早已取得附停止條件之扶養權利。此種既得權。不因一方之變更國籍而有變更也。』此主義。殊不適當。何則。受人扶養之權利。乃因權利者之必要而始發生。故不能認為附停止條件之權利。若受扶養之權利。可認為附停止條件之權利。則遺產繼承權。亦可認為附停止條件之權利矣。有是理乎。况扶養義務。並不因雙方同一家族而始發生。即自始異其家族者。亦能發生扶養義務。若如此主義之主張。則權利者與義務者。縱令現時非同一家族。亦必曾經同一家族而後可。豈能謂之適當。

**第二 權利者之住所地法主義** 此主義謂。『扶養義務。應依權利者之住所地法。蓋因扶養制度。乃為救助權利者而設者。故應適用其住所地之法律。若不適用住所地之法律。以致權利者不能請求扶養。則不能不仰住所地之救恤。是與住所地之公安。亦大有關係也。』此主義殊不足取。何則。

權利者縱因無力生活。而有妨害住所地公安之虞時。住所地能救恤則救恤之。不能救恤則放逐之。亦無不可。故此種主張。殊不足爲適用住所地法之理由。且權利者雖居住此地。不能即謂此地之法律。確與權利者有益。倘此地之法律。不認權利者有請求扶養之權利時。豈不仍仰該地之救恤。並有礙該地之公安乎。況住所。乃容易變更者也。若權利者爲自己之利益。故意變更其住所。其弊猶屬顯而易見。故此主義。殊不足取。

第三 權利者之本國法主義 此主義謂。『扶養義務。應依權利者之本國法。蓋因扶養義務。乃由親族關係而生者。故應適用當事人之本國法。又因扶養制度。乃爲受扶養人而設者。故應適用權利者之本國法。』此主義。亦不足取。何則。扶養義務之範圍。及其程度。若依權利者之本國法決定之。則必至使義務者依其所不知之法律。而負義務。殊不合理。且國籍雖非如住所之容易變更。而權利者爲自己之利益。變更國籍。亦非必無之事。此主義之缺點。與前之主義相同。故亦不足取。

第四 義務者之本國法主義。此主義謂。『扶養義務。應依義務者之本國法。蓋因扶養義務。乃一定親族間之法定義務。故應適用當事人之本國法。又因扶養義務。乃以義務爲本位之法律關係。故應適用義務者之本國法。』此主義。較之權利者之本國法主義。雖勝一籌。然亦非完全之主義。何則。扶養義務。乃親族間互負之義務。雙方各有請求扶養之權利。亦各負扶養之義務。現在之權利者。

將來亦可變爲義務者。所謂權利者與義務者。不過就當時財產上之地位而區分之耳。故若僅依一方之本國法。往往發生不公平之結果。如今日甲爲義務者。則適用甲之本國法。明日乙爲義務者。則適用乙之本國法。甲乙之本國法。雖同認扶養義務。然範圍之廣狹。程度之高低。未必相同。因之義務者負擔之重輕。權利者享受之豐嗇。亦未必一致。若今日義務者以極充裕之扶養費。供給對方。而至自己貧困之時。則不能得對方之扶養。或雖得扶養。而爲數甚微。豈得謂之公平乎。故此主義。亦非完全之主義。

第五 權利者與義務者雙方之本國法主義 此主義謂。『扶養義務。應依權利者與義務者雙方之本國法。但此本國法乃指義務發生時之本國法而言。若雙方本國法所規定之程度有高低之不同時。則依程度較低之本國法。所以依本國法者。因扶養義務。乃由身分關係而生者也。所以依雙方之本國法者。因扶養義務。乃雙方相互之義務。宜防不公平之結果也。所以依程度較低之本國法者。因扶養義務。爲法定義務。原以義務爲本位。故應保護義務者之利益也。所以依義務發生之當時之本國法者。因適用現時之本國法。恐義務者爲避免其義務。變更其國籍也。』此主義。不但正當。而且公平。可謂爲完全之主義。

我國法律適用條例第十六條規定曰。『扶養之義務。依扶養義務者之本國法。但扶養權利之請求

。爲中國法所不許者。不在此限』是取義務者之本國法主義。兼取訴訟地法主義者也。余以爲本條之規定。採取義務者一方之本國法主義。殊不適當。已如上述。然此主義。究爲多數國家所取之主義。立法者意在統一國際私法之原則。尙不得謂爲無相當之理由。惟本條之但書。兼取訴訟地法主義。則不知其命意何在矣。查現今進步之國際私法。凡兼取訴訟地法主義者。必皆關係內國之公序善俗。我國法律適用條例亦然。如第五條第二項。第六條。第七條第八條。第十一條。第十八條。第二十五條皆是也。惟本條之但書。雖亦兼取訴訟地法主義。則與中國之公序善俗。無甚關係。何則。扶養義務。原含有倫理道德之性質。扶養權利之請求。縱非中國法律所許者。亦決不致害及中國之公序善俗。是可斷言者也。然則本條之但書。兼取訴訟地法主義。其理由果安在乎。或曰。『扶養權利請求之範圍。以中國法許可者爲限。所以保護吾國人之利益也。』（參照法律適用條例草案第十八條理由）余以爲此種規定。若爲保護中國人之利益而設。亦可爲一種理由。然細按之。似又不然。因此種涉外的關係。能發現於中國者。大致可分爲三種。第一種。爲外國人與中國人之關係。第二種。爲同國籍外國人間之關係。第三種。爲異國籍外國人間之關係。此三種之中。第二三兩種。均與中國人無干。自不發生中國人利益之問題。即就第一種言之。若中國人爲扶養權利者。亦未見有何利益可以保護。但不能保護其利益。正因此種規定。剝奪其利益也。由是言之。此種規定。乃專爲中國人爲扶養



義務者而設者也。而條文中又未特別聲明。果爾。則保護中國人利益之說。亦不能成立矣。况中國舊俗。素重倫常。判例所認之扶養範圍。與日本略同。而實寬於其他各國。凡為各國所許。而非中國所許者則甚少。故此種但書。決無規定之必要。然法律適用條例草案第十八條。亦設此種但書。與現行法律適用條例相同。（但草案取權利者之本國法主義）似又非毫無規定之必要矣。否則。草案何以亦設此種但書乎。或曰。『此乃採取德國之立法例也。不觀草案理由中注明參考德國民法施行法。第二十一條乎。』余以為我國立法者所以設此但書者。必有特別之理由。決非因採取德國之立法例。雖草案理由中注明參考德國民法施行法。亦不足為採取德國立法例之據。因德國民法施行法第二十一條所規定者。乃父對於私生子之扶養義務。及對於私生子之母之賠償義務。此等義務。與一般之扶養義務不同。故用明文規定不得逾德國法律所認許之限度。亦因其與公序善俗有關係也。我國法律適用條例所規定者。乃一般之扶養義務。且權利之請求。亦與公序善俗無關。若亦仿照德國民法施行法之規定。則未免無病呻吟矣。

## 第四章 其他親族關係

所謂其他親族關係。即法律適用條例第九條至第十六條以外之親族關係也。法律關係中。以親族

關係爲最複雜。若一一規定其應適用之法律。不但有繁雜之弊。尤恐有罅漏之虞。故立法者於一切親族關係中。除就有特種情形者分別制定條文外。其餘無特種情形可以適用同一之準據法者。則總設一概括之條文。以爲補充之規定。以簡馭繁。較爲便利。如日本之舊法例。及現行法例。均有此種規定。我國法律適用條例。亦仿日本之立法例。於第十七條規定曰。『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。』是卽前八條以外之補充規定也。按法律適用條例所規定之親族關係。自婚姻之要件。至扶養之義務。共計不過數種。即專就我國民律草案親屬編內所規定者言之。所遺漏者已經不少。如親等。家制。家長。家屬。家產。婚約。庶子。準嫡。親屬會等皆是也。至外國法所規定之親族關係。遺漏者必然更多。使無此種補充規定。一旦事實發生。則欲定其準據法。必至無可依據。由是言之。此種補充規定。實爲必要之規定也。

如上所述。補充規定。既爲必要之規定。何以法律適用條例草案不設此種規定。獨不虞事實發生時。無準據法可以依據乎。法律適用條例草案。於第三章。（關於親族之法律。）雖未設補充規定。然於第二章（關於人之法律）第六條。規定人之身分能力。與現行法律適用條例第五條專規定人之能力者不同。倘有親族關係。而非第三章內各條所規定者。則可適用第六條身分之規定。尙不虞無準據法可以依據也。法律適用條例與法律適用條例草案規定之方法。既如上述之不同。然二者之間。

果孰得而孰失乎。余以爲草案之規定。於體例上。似不甚適當。何則。草案第二章之標目。爲『關於人之法律。』第三章之標目。爲『關於親族之法律。』既已顯分兩章。則人與親族。自應分別規定。雖於第六條規定身分與能力兩項。然究在第二章（關於人之法律）之內故第三章（關於親族之法律）所未規定之親族關係。實未便適用第六條之規定。因第二章並非其他各章之總則。在理不能貫徹各章。故章案規定之方法。不能謂之適當。若欲救濟。則惟有仿照日本現行法例之體裁。將原定之章目。一律刪除之一法而已。

法律適用條例草案規定之方法。既不甚適當。然則現行法律適用條例規定之方法。果屬適當乎。余以爲現行法律適用條例規定之方法。亦有研究之餘地。尙不能謂之爲適當也。余向主張該條例第二章第五條第一項。爲關於能力之原則規定。以下各條。（自第五條第二項。至第八條。）爲關於能力之例外規定。（參照各論第一編第二章附述之第二問題。）此種主張。倘不認爲錯誤。則第三章亦應仍照第二章之體例。先設原則規定。次設例外規定。較爲相合。如將第十八條之規定。移於第三章之首。（但須將『前八條以外之』（六字刪去。）作爲親族關係之原則規定。則體例上。似較整齊。而實際上。則毫無出入。何則。第十七條所定之準據法。爲當事人之本國法。若改爲親族關係之原則規定。則依當事人之本國法。亦正相合。但第九條以下之八條。因其所定之準據法。與原則不同。則可作

爲因特種情形而設之例外規定。如是則前後體例。可以一致。與國際私法之精神。亦無不合。更可於此僅僅二十七條之簡短法規內免去補充規定。似亦有利而無弊也。

## 第五章 監護及保佐

監護與保佐。均對於無能力人。（如不足七歲之未成年人。及禁治產人。）及限制能力人。（如七歲以上之未成年人。及準禁治產人。）爲補助其能力而設之制度也。茲爲便利起見。先述監護。後述保佐。

監護。有未成年人之監護。及成年人之監護二種。此我國民律草案親屬編之所定也。然各國監護之制度。若細別之。可分爲下之七種。一未成年人之監護。二胎兒之監護。三不在者之監護。四夫之監護。五妻之監護。六養子之監護。七禁治產人之監護。不但監護之種類不同。即設置之方法。順序。資格。以及權利義務等。亦均不能完全一致。故關於監護。亦發生法律適用問題。對此問題。有五主義。分述如左。

第一 財產所在地法主義 此主義。可分爲二種。

（一）絕對的財產所在地法主義 此主義謂。『對於身體之監護。及關於財產之監護。均應依財

產所在地法。』

(二)相對的財產所在地法主義 此主義謂。『關於身體之監護。雖應依被監護人之屬人法。關於財產之監護。則應依財產所在地法。』但屬於此主義之學者。對於財產之主張。亦不一致。有謂『動產依被監護人之屬人法。不動產依財產所在地法者。』有謂『不論動產不動產。均依財產所在地法者。』

此二主義之理由。皆以爲監護之主目的。在保護被監護人之財產。故皆主張依物權之原則。適用財產所在地法。余以爲此二主義。均不足取。何則。監護之目的。原不專在財產。且有與財產毫無關係者。即就有財產關係者言之。亦不應依物權之原則。適用財產所在地法。因監護之自體。與監護之財產。不能混而爲一也。且監護之財產。分散於數國之時。若如此主義之所主張。勢必須各設監護。因之財產之管理。有不能統一之弊。况動產乃容易變動者。若每易一地。則監護人須改置一人。其煩雜尙堪問乎。故此主義。殊不足取。

第二 被監護人之住所地法主義 此主義謂。『監護。應依被監護人之住所地法。蓋因監護。乃爲保護被監護人之利益。且與住所地之公益大有關係。故應適用被監護人住所地法。』此主義。亦不足取。何則。住所地法主義。缺點甚多。前已屢述。若以監護而依住所地法。更覺不當。故此主義。

亦不足取。

第三 法庭地法主義 此主義謂。『監護。應依法廷地法。蓋以監護制度。與法廷地之公益。極有關係。若適用外國法。殊不足保護法廷地交易之安全。故應適用法廷地法。』此主義雖有相當之理由。然不足取。何則。關於能力。適用當事人之屬人法。已爲一般公認之原則。若取此主義。則正與此原則相牴觸。因監護。乃對於無能力人。及限制能力人。爲補助其能力而設之制度。既關於能力。豈可適用法廷地法乎。故此主義。仍不足取。

第四 被監護人之本國法主義 此主義謂。『監護。應依被監護人之本國法。蓋以監護制度。乃爲補助被監護人之能力。並保護其利益而設者也。故應適用被監護人之本國法。』此主義。不甚完全。何則。監護制度。非僅關係被監護人之利益。與第三人之利益。亦頗有關係。若絕對依被監護人之本國法。不但有時害及法廷地之公益。且實際上。亦有窒礙難行之時。故此主義。亦非完全之主義。

第五 被監護人之本國法兼法廷地法主義 此主義謂。『監護。就原則言。應依被監護人之本國法。然於必要之時。則應以法廷地法補充之。蓋因監護。有成年人之監護。及未成年人之監護。因之有時關係能力。有時並關係身分。故應適用被監護人之本國法。但監護制度。亦關係第三人之利益。』

且於實際上。有不能不參用法廷地法者。故於此際。亦應適用法廷地法以補充之。』此主義。在理論上。實際上。均無不合。故爲最完全之主義。

我國法律適用條例第十八條規定曰。『監護。依被監護人之本國法。……』是以適用被監護人之本國法爲原則也。但爲保護第三人之利益。適應實際之需要。及維持法律之效力。亦有時不能拘守此原則。而不能不設例外者。故於本條又設但書曰。『但在中國有住所或居所之外國人。有左列情之一者。其監護。依中國法。』是以兼適用法廷地法爲例外也。就本條之規定言之。蓋以監護。本爲關於能力之制度。既關於能力。故應依當事人之本國法。又以監護。在當事人間。與被監護人之利益。關係獨重。故應依被監護人之本國法。是爲原則之規定。故如監護之開始。監護之事務。監護之監督。監護之終止。監護人之設置方法。監護人之資格。監護人之次序。以及監護人之權利義務等。均應依原則之規定。而適用被監護人之本國法。但監護之目的。雖在保護被監護人之利益。然亦不能因保護被監護一人之利益。而妨害內國之公益。故當絕對依此原則之規定。以致妨害內國之公益。或並被監護人之利益。亦不能保護之時。則又應依例外之規定。而適用中國法。但既爲例外之規定。則適用之時。應從嚴格。故本條但書內。特定兩條件。如條件缺欠。仍不能依例外之規定。適用中國法。茲將此兩條件。分述如左。

第一 依其本國法。有須置監護人之原因。而無人行監護事務者。例如有日本之某甲。居住中國。尙未成年。而此行親權之人。忽然死亡。此時依日本法。對於某甲。應置監護。但無相當之人行監護之事務。或在日本雖有相當之人。而在中國則無之。此時中國法院。若仍拘守原則之規定。而不依中國法。爲之選定監護人時。則不但不能保護某甲之利益。即第三人亦難免意外之損害。故此時應依例外之規定。適用中國法。

第二 在中國受禁治產之宣告者。例如有日本某甲。居住中國。因瘋癲之症。已經中國法院依法適用條例第六條之規定。宣告禁治產。夫禁治產之宣告。爲開始監護之原因。亦可謂開始監護。爲禁治產宣告之效果。日本某甲既在中國受禁治產之宣告。則爲此宣告效果之監護。仍依中國法。自屬當然。故於此時。亦應依例外之規定。適用中國法。

以上兩條件。不必兼備。但有一條件。即可依例外之規定。惟此種外國人。必須在中國有住所或居所。否則。雖有上述之條件。亦不得依例外之規定。因該外國人。若不居住於中國。則與中國之公益無關。對於該外國人。亦無保護之必要故也。

保佐者。乃對於準禁治產人。爲補助其能力。而設之制度也。保佐與監護。性質相近。特程度上有區別耳。故我國法律適用條例第十九條規定曰。『前條之規定。於保佐。準用之。』蓋以適用被保



佐人之本國法爲原則。以適用中國法爲例外也。一切均與監護同。故不贅述。

### 第三編 關於繼承之法律

#### 第一章 繼承

繼承者乃有一定身分之人。基於一定之原因。繼承被繼承人之人格之謂也。關於繼承之制度。各國所採之主義。多有不同。有兼取宗祧繼承及財產繼承主義者。有兼家督繼承及財產繼承主義者。有專取財產繼承主義者。即在專取財產繼承主義之國。其繼承之方法。亦不一致。有取強制保存法者。有取強制分配法者。有取遺囑自由法者。縱令所取之主義。及方法。完全相同。而其法律上所規定者。如繼承之開始。順序。拋棄。承認。及效力等。亦決不能毫無差異。因是之故。關於繼承。亦發生法律適用之問題。對此問題。有四主義。分述如左。

第一 財產所在地主義 此主義謂。『繼承。應依財產所在地法。蓋因繼承乃物權取得之原因。既爲物權取得之原因。故應依物權之原則。而適用財產所在地法。』此主義。殊不足取。何則。繼承者。乃繼承人繼承被繼承人之人格。繼承之後。則繼承人立於被繼承人之地位。被繼承人之人格。因之延續。是其人雖有變更。而其人之權利義務。則依然不變也。近世繼承之法理。實以此爲中心觀

念。若專認繼承爲物權取得之原因。不但與此中心觀念相背。且繼承之財產若分散於數國之時。則必須受各地法律之支配。倘使甲地取強制保存法。乙地取強制分配法。則必至因法律之衝突而失所依據。况就各國之實際言之。關於繼承。尙有取宗祧繼承主義及家督繼承主義之國。豈能一律認爲物權取得之原因乎。故此主義。殊不足取。

第二 動產不動產區別主義 此主義謂。『繼承財產。屬於動產者。應依當事人之屬人法。屬於不動產者。應依財產所在地法。蓋因繼承物權之關係。若不依所在地法。不能得完全之保護。故屬於不動產者。應適用財產所在地法。至於動產。其性質上。不能一定其所在地。若亦適用財產所在地法。則所在地一有變更。支配該動產之法律。亦隨之變更。則交易之安全。必不能保。故屬於動產者。應適用當事人之屬人法。』此主義。亦不甚妥。何則。繼承問題。有依單一法律決定之性質。若分別動產不動產。而異其適用之法律。必至窒礙難行。况繼承有時專關係財產。有時並關係身分。此主義祇注意財產一方面。亦屬不合。故此主義。不得謂之妥善之主義。

第三 被繼承人之住所地法主義 此主義謂。『繼承。應依被繼承人之住所地法。蓋因被繼承人如有遺囑。應從其遺囑。如未立遺囑而死亡。則可以推知其意思。必以最後住所地之法律。爲解決繼承問題之標準。故關於繼承。應適用被繼承人之最後住所地法。』此主義。亦欠完全。何則。住所者

。可以任意設置。可以任意變更。設置變更。均屬偶然之事實。以偶然之事實。支配人格繼承問題。殊不合繼承之本旨。且被繼承人之住所。若無可考。或於數國有住所。而不能知其設置之先後時。必至無法律可以依據。故此主義。不能謂爲完全之主義。

第四 被繼承人之本國法主義 此主義謂。『繼承。應依被繼承人之本國法。蓋因繼承爲家族制度之一。與被繼承人之本國有重大之關係。且繼承與身分關係。不能相離。在宗親繼承。及家督繼承。固不待言。即就財產繼承言之。亦必以身分爲基礎。既爲身分關係。故應適用被繼承人之本國法。』此主義。在理論上。既甚相合。在實際上。亦無窒礙。故爲最完全之主義。

我國法律適用條例第二十條規定曰。『繼承。依繼承人之本國法。』是取第四主義者也。蓋繼承者。乃對於被繼承人之人格。爲包括的繼承。不論爲身分關係。爲財產關係。其財產。亦不論爲動產爲不動產。亦不論其財產在內國。抑在外國。均爲包括的繼承。應一律適用被繼承人之本國法。因所謂繼承。乃繼承被繼承人所有之權利及義務也。故應依被繼承人之本國法。昔日各國。對於外國人之繼承。與現今不同。或絕對的禁止之。或課重稅以妨害之。總之對於外國人。取排斥主義。不欲使之與內國人享受同等之權利也。近世文明日進。各國皆悟昔日之非。不第承認外國人之繼承權。且於不背內國公安之範圍內而適用其本國法。故本條以明文規定依被繼承人之本國法。固無內外人之分也。

惟繼承。雖依被繼承人之本國法。乃指繼承之自體而言。至因繼承而轉移財產。如轉移之方式。轉移之條件。以及繼承稅等。則不可不適用財產所在地法。此又不可不注意者也。

關於繼承在國際私法上應研究者。尚有一事。即繼承人之缺曠是也（即無人承認之繼承）。倘使繼承開始。無人承認繼承。則被繼承人之遺產。應歸屬於何人乎。對此問題。有謂應歸屬當事人之本國者。有謂應歸屬遺產所在地之地方團體者。有謂應歸屬遺產所在地之國庫者。至於歸屬之性質。學者之主張。亦不一致。有主張最後繼承人說者。有主張主權結果說者。我國大理院判例謂。『戶絕財產。果無繼嗣可立。由親女承受。如並無親女。則應歸國庫。』（民國三年上字三百八十六號判例）可知我國所取者。非最後繼承人說。乃主權結果說也。

## 第二章 遺囑

遺囑者。在生存中。依一定之方式。處置事務或財產。使之於死後發生效力之單獨的法律行為也。各國法律。因遺囑與繼承有密切之關係。故多定遺囑於繼承法之中。我國歷次親屬法草案亦然。各國法律。雖大多數皆有遺囑之規定。然其所規定之內容。則未能一致相同。故於發生涉外關係時。應適用何國之法律。實有研究之必要。現在所欲研究者。一為遺囑之成立要件及效力。一為遺囑之撤銷

。以下分述之。

第一 遺囑之成立要件及效力 遺囑之成立要件。即成立遺囑時必須具備之要件也。有實質要件。及形式要件之分。形式要件。應於第五編中述之。茲專就遺囑之實質要件。及其效力。合併說明之。關於遺囑之成立要件。及其效力。有三主義。分述如左。

(一)財產所在地法主義 此主義謂。『遺囑之成立要件。及其效力。應依財產所在地法。蓋因遺囑乃處分財產之行爲。故應適用財產所在地之法律。』此主義。殊欠完全。何則。遺囑之內容。有關係身分者。有關係財產者。有關係身分財產兩項者。豈能以遺囑專爲處分財產之行爲。且遺囑中之關係財產者。如捐助行爲之遺囑。分產之遺囑。遺贈之遺囑等。亦未便遽依財產所在地法。因其財產若分散於各地。以唯一之遺囑。而受各地法律之支配。其繁雜將不可勝言。故此主義。非完全之主義。

(二)動產不動產區別主義 此主義謂。『遺囑之財產。屬於動產者。應依當事人之屬人法。屬於不動產者。應依財產所在地法。蓋因不動產。關係所在國之領土主權。當然受所在國法律之支配。若欲脫離其支配。則難得最終之保護。故應適用財產所在地法。至於動產。其性質變動無常。且有『動產附骨。』『動產隨人』等格言。故應適用當事人之屬人法。』此主義。亦專注意財產

一方面。與上述財產所在地法主義缺點相同。故亦非完全之主義。

(三)遺囑人之屬人法主義 此主義謂「遺囑之成立要件。及其效力。應依遺囑人之屬人法。蓋因遺囑之性質。與親族身分有密切之關係。難專關係財產之遺囑。其大部分。亦每以親族身分爲前提。故應適用遺囑人之屬人法。」此主義。比較適當。但屬人法。有認爲住所地法者。有認爲本國法者。因之又有住所地法主義。及本國法主義之分。此二主義。前已言之。固應以本國法主義爲當也。

我國法律適用條例第二十一條第一項規定曰。『遺囑之成立要件及效力。依成立時遺囑人之本國法。』此則取第三主義中之本國法主義者也。現今各國。關於遺囑。雖多取本國法主義。然其間亦有不同。有依繼承開始時（即死亡時）之本國法者。有依遺囑成立時之本國法者。本條則規定依遺囑成立時之本國法。而不依繼承開始時之本國法。其理由果安在乎。或曰。『若依繼承開始時之本國法。則遺囑人欲妨害相對人之利益。則可變更其國籍。以就有利於己之法律。故本條規定依遺囑成立時之本國法。所以妨此弊也。』余以爲不然。遺囑。乃單獨之法律行爲。與其他之法律行爲不同。成立以後。不論何時。均得自由更變。並無需變更國籍。况遺囑。爲排斥法定繼承之處分行爲。與繼承關係最密。若不與繼承適用同一之法律。其窒礙不可勝言。故海牙約案。以遺囑之實質要件及效力。適用死

亡者之本國法。即繼承開始時之本國法。以期與繼承應適用之法律相同。（參照關於繼承及遺囑海牙條約案第一條。）可謂得當。我國法律適用條例則模仿日本法例而適用遺囑成立時之本國法。余實未見其有何充分之理由也。

第二 遺囑之撤銷 遺囑之撤銷。有發動於遺囑人直接撤銷者。有因他種原因發生。法律上視爲撤銷者。更有將撤銷行爲復經撤銷者。凡此種種撤銷。均屬遺囑人之自由。而各國法律上之規定。則未能一致。倘使發生涉外關係。則法律之適用。亦應研究之。現在大多數之學說。及立法例。均以爲遺囑之撤銷。應依撤銷時遺囑人之本國法。我國法律適用條例第二十一條第二項規定曰。『遺囑之撤銷。依遺囑人之本國法。』與大多數之立法例相同。此雖未明定撤銷時。然就本條例之文例言之。其爲撤銷時之本國法。可以無疑。法律適用條例草案第二十二條。明定『撤銷時』三字。則更明確矣。

## 第四編 關於財產之法律

### 第一章 物權

物權者。直接支配物之絕對的財產權也。關於物權。雖爲各國法律所同認。然所取之主義。未能相同。有取放任主義者。即認許當事人。得依登記或占有。使關於物之債權。變而爲物權之主義也。

又有取法定主義者。即物權之種類及內容。均以法律明文規定之。不許當事人自由創設之主義也。現今各國。雖取法定主義者居多。然其所定物權之種類。則不能相同。即則種類相同之物權。其所定之性質及效力。亦往往不能一致。其中尤以動產及不動產。在立法例上。最爲紛歧。大別之可分爲四種。

第一 動產不動產同法者 此種可爲二類。

(一) 動產。不動產。均依所有人之本國法者。如比利時民法草案是也。(第十三條。)

(二) 動產。不動產。均依物之所在地法者。如比利時民法草案修正案。(第五條。)

薩克遜民法。(第十條。)

丟利西民法。(第二條。)

都格民法(第三條。)

修夫赫然民法(第四條。)

格勞布雲甸民法。(第一條。)

智利民法。(第十條。)

蒙的內革羅財產法(第七百九十條。第七百九十一條。)

比耳倫人事法草案。(第四條。)

德意志民法第一草案。(第四條。)

第二草案。(第二千二百四十一條。)

蒙特維德俄條約。(第二十六條。至第三十條。)

日本法例(第十條) 等是也。

第二 常置動產與不動產同法者 屬於此種者。如阿爾然丁民法(第一千零十一條。)

烏拉圭民法(第五條。)

等是也。



第三 動產不動產異法者 此種可分爲三類。

(一) 不動產。依物之所在地法。動產。依所有人之本國法者。如西班牙民法。(第十條。) 奧大利民法。(第三百條。) 意大利民法(第七條。) 等是也。

(二) 不動產。依物之所在地法。動產依所有人之住所地法者。如普魯士之普通法。(第二十八條。至第三十二條。) 英美之判例等是也。

(三) 不動產。依物之所在地法。動產。依所有人或占有人之住所地法者。如利威斯特克爾蘭德民法(第三十三條。) 是也。

第四 僅關於不動產設規定者 屬於此種者。如瓦爾利斯民法(第二條。) 闊斯他利喀民法(第四條。) 等是也。

各國法律。關於物權之規定。既如上述之不同。倘因物權發生涉外關係。則適用何國法律之問題。必因之而起。對此問題。有四主義。分述如左。

第一 物之所在地法主義 此主義謂。『物權。不問其屬於動產。或屬於不動產。均應依物之所在地法。』此主義雖爲多數學者所贊同。然所據之理由。則殊不一致。茲特舉諸說之大要如左。

(一) 領土主權說 此說謂。『物權關係。所以必依物之所在地法者。乃由於領土主權之結果也

。主權在領土以內。有絕對的性質。不能承認外國法之適用。且物必存在於一定之處所。如有增減變更。與所在地國之國民生活。亦有重大之關係。故物之所在地國依其領土主權。就物權之種類。特設嚴格之規定。而不能承認他國法律之効力。』

(二)任意服從說 此說謂。『物權之目的物。具有五官可以感觸之形體。必占據空間之一部。其所占據之空間。卽爲其物所在地。今欲於此目的物上。取得權利。共有權利。或行使權利者。必至物之所在地。是乃由其任意願服從該地之法律也。』

(三)必要說 此說謂。『關於物權。必依物之所在地法者。實由於交易上之必要。蓋關於物之權利。不論爲取得。抑爲喪失均不應用屬人法。否則。必引起無數之困難及錯誤。是物權依物之所在地法。乃由於實際交易上之必要也。』

(四)公安說 此說謂。『一國社會之安寧。及經濟之利益。與所有權制度之良否。關係最大。故一國立法者。就各權利中。對於所有權。特別注意。關於物權之法規。既與公安有關。故有屬地的性質。而不能認許外國法。及其他類似之規定。』又曰。『一國之立法者。根據經濟的秩序。及公共的信用等理由。制定關於物權之法律。不論對於內國人。或對於外國人。均絕對的強行。故關於物權。不可不依物之所在地法。』又說曰。『不論何國。莫不以財產爲關係公益者。故物權不

可不依物之所在地法。』

(五)交易安全說 此說謂。『物權關係。如依物之所在地法時。則可避免依屬人法所生之不便。且物權依一定不變之法律。亦可以保交易之安全。』

此主義。雖為大多數國家所採用。然上述各學者所持之理由。則未便一致贊同。現今國際私法學者。雖有謂應綜合各種理由。以為物之所在地法主義之論據者。余則以為諸說之中。惟必要說。及交易安全說。較為得當。

第二 屬人法主義 此主義謂。『關於物權。不問其屬於動產。或屬於不動產。均應依當事人之屬人法。(有主張本國法者。有主張住所地法者。)蓋因人有天賦固有之權利。不論何人。不得侵奪。財產乃人類生活所不可缺少者。決不能因變易其所在地。而受影響。苟不背社會之公安。以前所享有之財產。到處皆得享有。並不因動產或不動產。而有異同。均應依當事人之屬人法。就動產言之。其性質本屬變動無常。而無一定之所在地。若因動產變易其所在地。應適用之法律。亦隨之變更。則交易之安全。必不能保。且一所有人。在各地有動產之時。某動產應依某種法律。在事實上。亦難一一記憶。况動產變易其所在地。往往出於偶然。若因偶然之事實。而變更法律上之效果。在理論上。亦有未當。且動產之在於何地。往往所有人自己亦不深知。若必以所在地法支配之。亦難免不生意外

之損害。故關於動產。不論在於何地。必以一定之法律支配之。實有必要。此動產所以應依屬人法也。至於不動產。亦應依屬人法。若必依物之所在地法。倘不動產之所在地。分屬於二以上之國家。或位置於無主之土地。則適用法律之時。必至發生困難。因分屬於二以上之國家。則應適用之法律。不能確定。位置於無主之土地。則應適用之法律。必不存在故也。況法律非行於物之上。乃行於人之上者。故關於不動產之準據法。惟應注意不動產之所有人。因之適用當事人之屬人法。最爲得當。』此主義。雖立言甚巧。然實際適用。則不便甚多。何則。倘有二以上之人。共有一種財產。是時猶適用何人之屬人法。且財產之得喪。與所在地國之利害攸關。縱令依屬人法判決。若所在地國不允執行。仍不能得最終之保護。加以現在各國。關於物權。多取法定主義。大都不能通融。若必以屬人法支配之。所在地國恐亦不能承認。此主義。既有如是之窒礙。故不足取。

第三 動產不動產區別主義 此主義謂。『關於物權。屬於不動產者。應依物之所在地法。屬於動產者。應依所有人之屬人法。蓋以不動產。與一國之領土主權。及經濟狀況。均有關係。故應依目的物所在地法。至於動產。與不動產固定不動者不同。決不能依所在地法。否則。該動產時時變更。因之支配動產之法律。亦時時變異。殊非保護交易安全之道。況關於動產。有『動產附骨。』『動產隨人』之格言。故動產。應依所有人之屬人法。』此主義。亦不足取。何則。各國法律所認之動產不

動產。實際上未能相同。有甲國認為動產。乙國認為不動產者此例殊不少見。即以蜂房言之。法國以為動產。荷蘭則以為不動產。欲確定其區別。則非依所在地法不可。此主義分別動產不動產。而異其準據法。適用之時。必然窒礙難行。故此主義。殊不足取。

第四 行為地法主義 此主義謂。『關於物權。應依行為地之法律。蓋因欲決定物權之準據法。第一應注目權利行為之發生。至於所有人為何人。所在地為何地。尚屬第二。故關於物權關係。應以行為地之法律定之。若依當事人之屬人法。倘使當事人之國籍不同時。必至發生問題。若依物之所在地法。倘使目的物在當事人雙方無關係之第三國時。又不免發生困難。惟行為地法。乃當事人於行為時所注目之法律。若適用之。不但便利。且適合當事人之意思也。』此主義。就表面言之。似甚便利。但在實際上。則困難甚多。何則。行為地往往不易決定。即令可以決定。而行為地有無法律。亦係應研究之問題。即令行為地可以決定。且有法律可以適用。而判決之後。若目的物所在地之國家。不肯承認。仍舊不能執行。既有如是之困難。何若依目的物所在地法之為愈乎。

我國法律適用條例第二十二條規定曰。『關於物權。依物之所在地法……』就本條言之。則何種權利為物權。何種物件為物權之目的物。目的物之中。何為動產。何為不動產。何為通融物。何為不通融物。凡此種種問題。均應依目的物所在地法。但目的物所在地法。祇適用於物權之自體。至關

於物權之債權。以及設定物權。或處分物權之能力。則不能適用目的物所在地法。此又不可不知者也。

又法律適用條例第二十二條第一項但書曰。『但關於船舶之物權。依其船籍國之法律。』蓋以關於船舶之物權。雖同爲物權。然不能一律適用目的物所在地法。因船舶。乃移動不定之物。有時出於領海。有時入於公海。更有時入於他國之領海。若仍如一般之物權關係。適用目的物所在地法。必至發生種種不便。何則。船舶出入於各國之領海。若依所在地主義。則每異一國之領海。則應適用之法律。亦隨之而異。因是法律關係。將永無確定之時。且船舶在公海之時。祇有所在地。而無所在地法。如必須依所在地法。則法律關係。勢必至無法決定。因有此等不便。故現今大多數國家。關於船舶之物權。皆認爲應依船籍國之法律。船籍者。船舶之國籍也。依何標準而定船舶之國籍乎。對此問題。各國之立法例。頗不一致。有以船舶所有人之國籍定船舶之國籍者。有以船員之國籍定船舶之國籍者。有以船舶之製造地定船舶之國籍者。此三種立法例。以第一種比較適當。惟同一船舶。爲二以上異國籍之所有人共有之時。其國籍應如何決定之。此必然發生之問題也。對此問題。有甲乙二說。甲說謂船舶所有人之全員。必須同屬一國。始能據之以定船舶之國籍。乙說謂船舶之所有人。不必全員同屬一國。但有一定之員數。屬於一國。即可據之以定船舶之國籍。余以爲乙說較妥。

又法律適用條例第二十二條第二項規定曰。『物權之得喪。依其原因事實完成時物之所在地法。』此項所規定者。雖通於一切物權之得喪。然其主要者。則取得時效之問題也。蓋以物權之時效。在各國法律上。解釋不同。因之物權時效之準據法。與物權自體之準據法。是否一致。殊難遽定。故不可不以明文規定之。期於適用之時。不至發生疑問也。就現在之學說言之。有主張依訴訟地法者。有主張依所有人之屬人法者。有主張依目的物所在地法者。現今各國。取一二兩說者甚少。大多數國家。均取第三說。但所謂目的物所在地。指時效進行開始時之所在地而言乎。抑指時效完成時之所在地而言乎。我國法律適用條例規定『依其原因事實完成時物之所在地法。』可知為指時效完成時之所在地而言。因時效。進行開始。雖對於將來有取得權利之希望。然實際之取得。則必待時效完成之日故也。

## 第二章 債權

### 第一節 總說

債權與物權。雖同為財產權。但二者之間。性質不同。物權為支配物之權利。債權乃對於特定人之權利。故所謂債權者。乃特定人。使他之特定人。為一定之行為或不行為之權利也。

債權發生之原因。分爲二種。

第一 法律行爲 法律行爲。亦可分爲二種。

(一) 雙方行爲 如約契是也。

(二) 單獨行爲 如遺囑。廣告等是也。

第二 法律規定。法律規定。可分爲多種。其主要者如左。

(一) 由於親族關係者 如扶養義務是也。

(二) 由於物權關係者 如土地所有人。與鄰地所有人之關係。及不動產共有人間之關係等是也。

(三) 由於事實關係者 如事務管理。不當利得。及不法行爲等是也。

以上所述。爲債權發生之原因。如由遺囑。親族。及物權發生之債權。均不在本章研究範圍之內。蓋本章所研究者。以法律適用條例第二十三條至第二十五條所規定者爲限故也。

### 第二節 由法律行爲發生之債權

由法律行爲發生之債權。其成立要件。及其效力。應依當事人之意思。定其應適用之法律。此爲各國所同認。所謂自由選擇法是也。



自由選擇法者。就債權的法律關係。依當事人之自由意思。選擇其欲適用之法也。契約自由之原則。爲各國法律所同認。自由選擇法。即由此原則而來。蓋因個人主義之發達。私法的自治之原則。即應運而生。其中尤以契約自由之原則爲最著。如契約之締結。契約之內容。苟不違反公序善俗。及法律上禁止之規定。悉聽個人以自由意思定之。不加以何等限制。此雖爲民法上之原則。而國際私法亦承認之。故由法律行爲發生之債權。依自由選擇法。已成一般之通例。但各國之立法例。則未能盡同。有消極的承認自由選擇法者。有積極的承認自由選擇法者。積極的承認自由選擇法之國。有明言契約得依當事人之意思。定其準據法者。亦有限於契約。凡屬法律行爲均得依當事人之意思。定其準據法者。各國法律之規定。雖未能一致相同。然承認自由選擇法則一也。我國法律適用條例第二十三條規定曰。『法律行爲發生債權者。其成立要件及效力。依當事人意思定其應適用之法律。』是亦承認自由選擇法而與各國相同者也。

欲適用自由選擇法。不可不先探求當事人之意思。倘使當事人之意思不明時。當以何國法律爲準據法乎。即以何國之法律。爲最適於當事人意思之法律乎。此必宜研究者也。對此問題。主義甚多。茲舉其主要者如左。

第一 訴訟地法主義 此主義謂。『由法律行爲發生之債權。其成立要件。及其效力。應依自由

選擇法。如當事人意思不明時。應依訴訟地法。蓋因當事人既於訴訟地之法院起訴。即可推定當事人有服從該地法律之意思。故其意思不明時。應適用訴訟地之法律。』此主義。殊不適當。何則。起訴之地。每出於偶然。以債權之成立及效力。繫於偶然之狀態。豈能謂之合理。且訴訟地之選擇。可以自由。若依訴訟地法。則當事人可以選擇訴訟地。以圖適用有益於己之法律。亦與公平之原則不合。故此主義。殊不適當。

第二 履行地法主義 此主義謂。『由法律行為發生之債權。其成立要件。及其效力。應依自由選擇法。如當事人意思不明時。應依債務履行地法。蓋因債務之履行。乃債權最終之目的。當事人既以債務之履行為目的。故可推知當事人之意思。注重在債務之履行。因是於當事人意思不明時。適用履行地之法律。可謂正當。』此主義。殊不足取。何則。債務之履行地。往往出於當事人預想之外。世固有結約於甲國。而履行地轉在乙國者。必推定當事人先有依履行地法之意思不可也。且債務之履行地。倘有二個以上之時。將依何地之法律定之。亦無由解決。又債務之履行。必於債權成立以後。始能知之。故依履行地法。以定債權之果否成立。亦屬本末顛倒之論。凡此諸端。皆為此主義之缺點。故不足取。

第三 債務人住所地法主義 此主義謂。『由法律行為發生之債權。其成立要件。及其效力。應

依自由選擇法。如當事人意思不明時。應依債務人住所地法。蓋因債權關係。乃以債務人之行為或不行為。爲其本體。與債務人之利害。當然有密切之關係。故於當事人意思不明時。應適用債務人住所地之法律。』此主義。雖自中世以來。爲多數學者所贊成。然細按之。仍不無缺點。不得謂爲完全之主義。何則。倘使債務人之住所不明。或無住所之時。此主義即不能適用。又如雙務契約。或連帶債務。皆有二以上之債務人。應依何人之住所地法。亦難決定。加以債權關係。不僅關係債務人一方之利害。與債權人之利害。亦極有關係。茲專依債務人住所地法。亦欠公平。因是之故。此主義不得謂爲完全之主義。

第四 行爲地法主義 此主義謂。『由法律行爲發生之債權。其成立要件。及其效力。應依自由選擇法。如當事人意思不明時。應依行爲地法。蓋以此種債權。依履行地法。或依債務人住所地法。均難免種種困難問題。惟行爲地。最爲明確顯著。債權人與債務人。無不知之。且雙方既於其地爲法律行爲。亦可推知雙方有意服從該地之法律。故於當事人意思不明時。應適用行爲地之法律。』此主義。亦欠完全。何則。行爲地。就通常言之。固不難知。然亦有時不易判明。或雖可以判明。而又苦該地無法律可以依據。此等事。雖不常有。然不能謂之絕無。故此主義。非完全之主義。僅能謂之比較完全之主義而已。

第五 本國法兼行爲地法主義 此主義謂。『由法律行爲發生之債權。其成立要件。及其效力。應依自由選擇法。如當事人意思不明時。應先考查當事人之國籍。是否相同。如國籍相同。應依本國法。如國籍不同。應依行爲地法。蓋因債權關係。乃債權人與債務人雙方之關係。決定此種關係。亦應依雙方共同之法律。行爲地法。雖亦爲雙方共同之法律。然與本國法相較。終覺本國法比較的親切。故於當事人意思不明時。倘使當事人國籍相同。則適用雙方共同之本國法。倘使當事人國籍不同。則不得已而思其次。至是時始適用雙方共同之行爲地法。』此主義。與行爲地法主義不同之點。即在分別當事人之國籍。是否相同。惟於國籍不同時。始適用行爲地法。否則。適用本國法。其目的。惟在適用雙方共同之法律而已。余以爲債權關係。似無適用本國法之必要。但適用行爲地法已足。倘使行爲地在其本國。適用行爲地法。即適用其本國法也。若行爲地不在其本國。僅因其國籍相同之故。遂適用其本國法。似無必要。且亦未必與當事人之意思相合。今既爲自由選擇法。定其代用法。似以專取行爲地法主義爲是。因當事人。既於其地爲法律行爲。即推定其有服從該地法律之意思。無不可也。

以上五主義。我國法律。果取何主義乎。查我國法律適用條例第二十三條第二項規定曰。『當事人意思不明時。同國籍者。依其本國法。國籍不同者。依行爲地法。』是取第五主義者也。法律適用

條例既兼取行爲地主義。倘使一法律行爲。而有二行爲地時。應如之何。例如有國籍不同之甲乙二人。一在倫敦。一在巴黎。用通信方法。結一契約。是倫敦巴黎二地。均爲行爲地。是時應適用何行爲地之法律乎。各國法律。對此問題。皆以收信。發信。爲解決之標準。有採收信地主義者。有採發信地主義者。而以採發信地主義者爲多。我國法律適用條例亦採發信地主義。即於一法律行爲。而有二行爲地時。應考查此二行爲地何地爲收信地。何地爲發信地。即以發信地。爲行爲地也。該條例第二十三條第三項規定曰。『行爲地不同者。以發通知之地。爲行爲地。』我國某學者以爲此項所規定者。爲單獨行爲。而與第四項規定之契約並列。余以爲不然。何則。第三項之規定。由第二項而來。第二項之規定。由第一項而來。第一項明明規定『法律行爲發生債權者……』足見單獨行爲。及雙方行爲。均包括在內。決非以單獨行爲爲限。某學者因第四項規定契約。遂疑第三項之規定。爲單獨行爲。未免誤會矣。查該條第四項規定曰。『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。爲行爲地。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。』由是觀之。可知前三項爲法律行爲之普通規定。第四項爲法律行爲中專屬於契約之特別規定。第三項與第四項。雖皆上承第二項而來。然不得謂第三項專規定單獨行爲。實亦包括契約在內。所以於第四項另規定契約者。乃因契約有特別之情形。（即受要約人。於承諾時。不知其發信地之情形。

（故另設特別之規定。其實雖無第四項之規定。於適用上。亦不至發生障礙也。）法律適用條例草案即將關於契約特別之規定刪除。）某學者不察。以第三項與第四項對看。遽疑第三項爲單獨行爲之規定。謂非誤會而何。

### 第三節 由法律規定發生之債權

由法律規定發生之債權。有由於親族關係者。有由於物權關係者。有由於事實之關係者。前二種。一屬於親族法。一屬於物權法。已於本論第二編。及本編第一章中說明之。現在所欲說明者。以第三種爲限。即由於事實關係發生之債權也。屬於此種者有三。一事務管理。二不當利得。三不法行爲。此三種。如事務管理。及不當利得。通常稱爲準契約。似可準用契約之規定矣。然斯二者。並非由當事人之意思合致。即不能以意思合致之契約爲標準。故不能適用契約之原則。至於不法行爲。顯然無契約之關係。其不能適用契約之原則。更不待言。由是言之。由此三種事實發生之債權。祇有適用事實發生地法。即行爲地法而已。由事務管理。及不當利得發生之債權。適用事實發生地法。各國立法例。一致相同。故已無研究之必要。惟由不法行爲發生之債權。雖亦爲各國法律所同認。但必如何之行爲。而後爲不法行爲。各國法律之規定。則未能一致相同。因是行爲地法。與訴訟地法往往發生衝突。當此之際。應適用行爲地法乎。抑應適用訴訟地法乎。是應研究者也。對此問題。有三主義。

列舉於左。

第一 訴訟地法主義 此主義謂。『由不法行爲發生之債權。應依訴訟地法。蓋因不法行爲之規定。爲關於公共程序之規定。與訴訟地關係甚重。故某種事實。是否爲不法行爲。又由此不法行爲所生之債權。是否存在。均應依訴訟地法定之。』此主義不能贊成。何則。若從此主義。則依訴訟地法。認爲不法行爲者。雖依行爲地法。認爲適法行爲。仍視爲不法行爲。此必然之勢也。如絕對行此主義。則人當行爲之時。何者爲適法行爲。何者爲不法行爲。將迷惑而無所適從。今日所爲者。雖依行爲地法。爲適法行爲。而至後日。因訴訟地之不同。適法者或將變而爲不法。甚至昔日爲適法之行爲。至後日竟負擔損害賠償之責任。天下不公平之事。孰有甚於此者。且各國私法之規定不法行爲。其主要之目的。在賠償損害。至於公共秩序之關係。不過爲間接之目的耳。今以關於公共秩序之故。使之依訴訟地法。則不免混刑事責任與民事責任而爲一。是皆專依訴訟地法所生之結果也。

第二 行爲地法主義 此主義謂。『由不法行爲發生之債權。應依行爲地法。蓋因（一）凡行爲地法認爲適法行爲者。無論何國。均不可不認爲適法行爲。故其結果。依行爲地法不負損害賠償之責者。即令他國認爲不法行爲。亦不負損害賠償之責任。（二）凡行爲地法認爲不法行爲者。無論何國。均不可不認爲不法行爲。故其結果。依行爲地法。因不法行爲發生之債權。應視爲既得之權利。此

種權利。不論何國。均應承認。因既得權之承認。爲國際私法上之大原則也。總之由不法行爲發生之債權。其成立及其效力。應專依行爲地法決定之。』此主義亦不能贊成。何則。此主義第一之論據。謂依行爲地法。認爲適法行爲者。他國亦不可不認爲適法行爲。固屬正當。第二之論據。謂依行爲地法。認爲不法行爲者。他國亦不可不認爲不法行爲。則未見其可。蓋依行爲地法。認爲不法行爲者。依訴訟地法。未必定認爲不法行爲也。且保護既得權。雖爲國際私法上之原則。然亦非毫無限制。倘於內國公共秩序有維持之必要時。對於外國法。亦可適用排斥條款。而不認外國法上之既得權也。

第三 行爲地法兼訴訟地法主義 此主義謂。『由不法行爲發生之債權。應依行爲地法。但於必要之時。應兼依訴訟地法。蓋因由不法行爲發生之債權。必須依行爲地法。及訴訟地法。均認其行爲爲不法行爲。始能成立。若依行爲地法。認爲不法行爲。依訴訟地法。不認爲不法行爲。則不發生損害賠償之請求權。反之。依行爲地法。不認爲不法行爲。即令依訴訟地法。認爲不法行爲。亦不發生損害賠償之請求權。蓋依外國法發生之既得權。就內國法所認之範圍內。始予以保護也。』此主義。一方可以維持國際私法上保護既得權之原則。一方亦可以維持法庭地之公益。折衷適當。故亦稱爲折衷主義。



我國法律適用條例第二十四條規定曰。『關於因事務管理。不當利得發生之債權。依事實發生地法。』事實發生地。即行爲地。不曰行爲地。而曰事實發生地者。因事務管理。不當利得。並非由意思表示。希望發生法律上效果之行爲。故祇能謂之事實。此二種。有均謂爲準契約者。有專謂事務管理爲準契約。而以不當利得。視同不法行爲者。然此不過爲學者之說。或已經過去之立法例。在今日已無關輕重。故無研究之必要。

又法律適用條例第二十五條第一項規定曰。『關於因不法行爲發生之債權。依行爲地法。但依中國法。不認爲不法者。不適用之。』此乃取行爲地法。兼訴訟地法主義者也。蓋以由不法行爲發生之債權。雖以依行爲地法爲原則。第限於中國法。亦認爲不法行爲時。始認債權之成立。否則。債權人方面。無要求賠償之權。債務人方面。亦不負賠償之責。實則債權既不成立。債權人與債務人之名義。亦不發生也。例如歐美各國。爲保護著作權。禁止繙譯他人之著作。如未得著作人之許可。擅行繙譯者。則視爲不法行爲。應負賠償之責任。然我國法律。則不禁繙譯。故亦不以繙譯他人之著作。爲不法行爲。設有中國人某甲。在英國繙譯英國人某乙之著作。某乙以某甲繙譯其著作。根據英國法認爲不法行爲。在中國法院。提起要求損害賠償之訴。中國法院。因中國法律。不認繙譯行爲。爲不法行爲。故不能依行爲地法。認其權利之存在。因此項債權。雖依據原則。應適用行爲地法。但因中

國法律。不認該繙譯行爲。爲不法行爲。故亦可不適用行爲地之法律也。

又法律適用條例第二十五條第三項曰。『前項不法行爲之損害。及其他處分之請求。以中國法認許者爲限。』此項所定。意謂某行爲。雖依行爲地法。及中國法。均認爲不法行爲。然亦未必即發生損害賠償之請求權。蓋損害賠償。有爲外國法所認許。而非中國法所認許者。凡非中國法所不認許之損害賠償。均不得請求。卽令請求。法院亦得駁斥。因損害賠償之請求。必以中國法認許者爲限也。不但損害賠償之請求。須爲中國法所認許。其他處分之請求亦然。蓋非此不足以維持行爲地法與訴訟地法之衡平。亦不足以維持內國立法之目的也。

## 第五編 關於法律行爲方式之法律

### 第一章 法律行爲方式之準據法

法律行爲之方式。與法律行爲之成立。及其效力之發生。關係極重。故其應適用之法律。在國際私法上。頗有研究之價值。自法則區別說以來。均以爲法律行爲之方式。應依『場所支配行爲』之原則。而適用行爲地法。現今各國之立法例。雖有不絕對採用此原則者。然不採用此原則者。則無之。此種原則。雖爲一般所採用。但採用此原則之理由。學者之主張。則尙未一致。茲舉重要之學說如

左。

第一 法則學派之說 此說謂。『一切法律關係之發生。不外三種原因。所謂三種原因者。即人物。及行爲是也。斯三者。各異其管轄之法律。如發生法律行爲之問題時。則不問其爲法律行爲之方式。或爲法律行爲之實體。均應依行爲地法決定之。』此說不能贊同。何則。法則學派所唱之人法。物法。混合法之區域。過於曖昧。久爲一般學者所指摘。故以人法物法混合法爲根據之說。亦無何等之價值。不過在國際私法學史上。占一位置。以備後人之參考而已。

第二 主權說 此說謂。『關於法律行爲之方式。所以必依行爲地法者。乃因在行爲地國領土以內。爲法律行爲。故不可不服從其地之主權故也。』此說專注重國家之領土。仍未脫封建時代之思想。故不足取。果如此說。則不但法律行爲之方式。應依行爲地法。即一切之法律行爲。莫不應依行爲地法。否則。不能貫徹其主張。然關於身分能力者。何以又不依行爲地法乎。再者。如此說所云云。則適用『場所支配行爲』之原則。亦祇應於行爲地國之領土以內。認爲有效。今此原則。任至何國。皆認爲有效。抑又何也。故此說。亦不足取。

第三 證明手段說 此說謂。『法律行爲之方式。原爲後日有所證明也。與法律行爲有關係之各國法律。雖皆可爲該行爲之證明。然以行爲地之法律證明之。尤爲便利。且證據有爲一國所特有者。

故法律行爲之方式。不可不依行爲地法。』此說雖有一部分之理由。但與法律行爲之證明。有密切之關係者。非僅行爲地之法律。即履行地之法律。亦同有密切之關係。且有時履行地之法律。於法律行爲之證明。其關係尤爲切要也。

第四 萬國契約說 此說謂。『法律行爲之方式。如依行爲地法。則各國莫不認其效力。此乃由於萬國相互默認之契約也。』此說所謂萬國契約。純屬一種理想。無從證明。故亦不足取。

第五 任意服從說 此說謂。『法律行爲之方式。所以依行爲地法者。因推定該當事人有服從行爲地法之意思。故任至何國。均應認爲有效。蓋當事人之自由。必應尊重。不得因其違背本國法所定之方式遂認爲無效也。』此說亦有未妥。何則。尊重當事人之自由意思。原不因國之內外而異其必要。若以尊重當事人之自由意思。爲採用『場所支配行爲』之原則之理由。則內國之人民。在內國爲法律行爲。不依內國法律所定之方式。而任意採用外國之方式。亦應認爲有效矣。果爾。則國家所定之方式。豈不盡成爲具文乎。

第六 便宜說 此說謂。『自中世以降。因交通之頻繁。而法律關係之面目。亦爲之一變。私法的法律關係。由國內的。而變爲涉外的者。日見加多。故在外國爲法律行爲時。爲便利計。勢不能墨守本國法所定之方式。若因其違背本國之法定方式。而認爲無效。是無異間接禁止其爲法律行爲矣。』

究其依行爲地法所定之方式。實有種種之便利。不但本國。卽其他各國。亦有認之之必要。是卽由「場所支配行爲」之原則發生之理由也。」此說理由正當。可謂完全之說。

以上六說。惟便宜說。爲現今多數學者所推許。故余亦贊成此說。茲爲便於參考起見。再介紹日本學者山口弘一等所主張之理由如左。

第一 法理上之理由 法律行爲之方式者。乃爲保護其行爲之真正及確實而設者也。故有某種之法律行爲。卽應有每某種之方式。蓋以當事人。有時因強暴脅迫。及詐欺等情形。而不能表示真正之意思。若有一定之方式。以限制之。則此等流弊。自然可免。故此種保護之法。於其行爲成立之當時。實有必要。惟此種保護之法。依各國之文化。風俗。習慣等狀態。而不能一致。往往於此國需要此種方法。而於他國則毫不感其必要。故法律行爲之方式。實以依其行爲成立地之法律。爲最適當也。

第二 實際上之理由 由實際上觀之。亦以依行爲地法所定之方式爲便。若依本國法。或其他外國法。所定之方式。則能生非常之不便。蓋以各國之狀況不同。故其所需要之方式亦各異。例如依本國法。爲法律行爲時。須有公證人到場。然於行爲地。則未必取公證人之制度。因之有無公證人。已發生問題。卽令有公證人。然以其爲外國人之故。而拒絕到場。亦非必無之事。當此之際。該當事人

○非常困難矣。欲求公證人。而不可得。若無公證人。又因缺欠本國法所定之方式。而不能發生效力。於是當事人在外國所爲之法律行爲。遂不能有效成立矣。是不僅該當事人。蒙莫大之不利。卽於各國之交易上。亦覺窒礙甚多。若依行爲地之方式。則無此不便矣。再者久居外國之人。於本國所定之方式。亦往往忘却。不復記憶。卽令牢記不忘。然自其出國以後。本國法倘有修正。亦往往不得而知。况普通之人。雖在本國。亦未必盡知一切之法律。凡遇重要之法律行爲。每以委託律師代辦爲通例。現在既離本國。縱令在留國。亦有律師。然在留國之律師。又未必能知當事人之本國法。當此之際。如必依本國法所定之方式。則終不能爲法律行爲矣。卽或勉強爲之。在本國法上。亦決難望其有效。由是言之。關於法律行爲之方式。在實際上。亦不可不依行爲地法也。

以上二種理由。較之前述六說。明白易曉。且極中肯綮。故譯錄於此。以備參考。（日本野澤武之助及山口弘一合著之國際私法論。）

## 第二章 法律行爲方式之立法例

如前章所述。關於法律行爲之方式。應採用行爲地法主義。似已確定不移。決無例外矣。然就各國之立法例觀之。有採用絕對的行爲地法主義者。有採用相對的行爲地法主義者。在相對的行爲地法

主義之中。有以依行爲地法爲原則。而以依他國法爲例外者。亦有以依他國法爲原則。而以依行爲地法爲例外者。大別之可分爲五主義。列舉如左。

第一主義 此主義謂。『絕對的行爲地法主義。以「場所支配行爲」之原則。有絕對的強行之性質。凡爲法律行爲。其方式必不可不依行爲地法。苟依行爲地法所定之方式。則所爲之法律行爲。可以到處有效。』學者因此主義。乃由法則區別說之混合法發達而來。故稱此主義爲真正之國籍私法之習慣法。然絕對的行此主義。終有窒礙難行之時。故現今各國。墨守此原則。而不設例外之規定者。殊不多見也。

第二主義 此主義謂。『法律行爲之方式。以依行爲地法爲原則。然認有例外。即依法律行爲之效力發生地之法律。亦爲有效。』此主義於原則之外。另設例外。蓋欲矯正第一主義過於嚴格之失也。

第三主義 此主義謂。『法律行爲之式。以依行爲地法爲原則。惟雙方當事人國籍相同時。依其本國法。亦爲有效。』此主義亦於原則之外。設有例外者也。如意大利。法蘭西之學說。及立法例。皆取此主義。

第四主義 此主義謂。『法律行爲之方式。以依行爲地法爲原則。但遵用規定行爲效力之法律。』

亦爲有效。』此主義亦於原則之外。設有例外。如我國法律適用條例。即取此主義。

第五主義 此主義謂。『法律行爲之方式。以依支配行爲自體之法律爲原則。但爲實際上之便宜。依行爲地法。亦爲有效。』是乃以歷來所認之原則。變而爲例外矣。如德國民法施行法。日本法例。皆採此主義。

以上五主義。第一主義。爲絕對的行爲地法主義。第二主義以下。爲相對的行爲地法主義。（雖第五主義以行爲地法爲例外。然究未脫離行爲地法主義。故仍應包於相對的行爲地法主義之內。）欲明此二主義之得失。應先考查行爲地法主義之性質。即應考查個人爲法律行爲時。可否從其所欲。依其本國法及他國法所定之方式乎。抑必須依行爲地法所定之方式乎。換言之。即行爲地法主義。爲任意的者乎。抑爲命令的者乎。對此問題。學者之說。分爲兩派。列舉如左。

第一 命令說 此說謂。『按照國際私法之現狀。如以外國法之適用爲例外時。自可認行爲地法主義。有任意的性質。但就法理言之。實不易發見此主義爲任意的之理由。何則。此主義。在法律上。原爲使個人之意思表示臻於明確。並於事實之存在。爲精確之證明而設者也。換言之。即此主義。可使法律上之事實。增加其明確之程度也。此種明確。應於行爲成立之當時保護之。而保護之最適當者。則爲行爲地法。故不可不強制當事人依行爲地法所定之方式。否則。聽當事人之任意。或依其本



國法所定之方式。或依其他各國法所定之方式。則實際上。必生種種之疑問。例如有國籍不同之二當事人。締結契約。如許其依本國法。則雙方當事人之中。將依何方當事人之本國法乎。又如其契約爲雙務契約。則其方式亦依雙方當事人之本國法乎。若於此際認行爲地法主義。有命令的性質。一依行爲地法所定之方式。則上述之困難。可以完全消滅。故既採用行爲地法主義。則不應聽當事人任意改變。因此主義之性質。實爲命令的也。

第二 任意說 此說謂。「行爲地法主義。乃爲個人於外國爲法律行爲。容易成立而設者。其目的。純在當事人之便利。如當事人以依行爲地法爲便利。則依行爲地法。如以依本國法或其他各國法爲便利。則依本國法或其他各國法。倘於依本國法或其他各國法爲便利之際。必強之使依行爲地法。實不見有何等理由。故此主義之性質。實爲任意的也。」

以上一說。應以任意說爲是。如命令說。以爲依行爲地法。能保護法律行爲之明確。余以爲凡屬方式。莫非爲保護法律行爲之明確者。原不以行爲地法所定之方式爲限也。且一種法律行爲。往往有成立於甲地。而於乙地發生效力者。此際則以依乙地之方式。尤覺明確也。至其所舉之各種困難。乃因其祇認原則不認例外之結果。倘於原則之外。認有例外。取捨自由。何至發生困難乎。況各國法律均取行爲地法主義者。實爲便利起見。既爲便利起見。則除墨守此主義外。如更有比較便利之法。自

不可不從之。此任意說所以可取也。

### 第三章 法律行爲方式之規定

所謂法律行爲方式之規定。即在我國法律上關於法律行爲方式之規定也。查我國法律適用條例第二十六條規定曰。『法律行爲之方式。除有特別規定外。依行爲地法。但遵用規定行爲效力之法律所定之方式。亦爲有效。』是以依行爲地法爲原則。以依規定行爲效力之法律爲例外。亦取相對的行爲地法之主義者也。茲就本條之規定。略加解釋如左。

第一 本條所定『除有特別規定外』一語。學者頗有讚美規定之完密者。其實此種規定。並無必要。何則。一國之法律。倘於普通規定之外。另設特別之規定。則當然適用『特別法優於普通法』之原則。何須用明文規定之乎。若必一一規定。恐將不勝其煩矣。

第二 法律行爲之方式。原爲實質法上應研究之問題。而按諸通說。則所謂法律行爲之方式者。即一定之意思表示。應如何爲之之謂也。例如當事人之意思。應依言詞表示之乎。抑應依書面表示之乎。如以言詞表示。應依通常之言詞表示之乎。抑應依特定之言詞表示之乎。如以書面表示。應依通常之書面表示之乎。抑應依特定之書面表示之乎。又於表示意思時。應否公證人到場乎。抑無須公證

人。但有第三人到場。爲已足乎。凡此種種。皆所謂方式也。此等方式。有關於法律行爲之成立者。有關於法律行爲之效力者。倘使方式缺欠。或不適法。則法律行爲。有時不能成立。有時雖能成立。而不能發生效力。故法律行爲之方式。與法律行爲。大有關係也。

第三 本條規定法律行爲之方式。以依行爲地法爲原則。以依規定行爲效力之法律爲例外。所以如此規定者。因法律行爲之方式。依『場所支配行爲』之原則。爲多數學者所承認。故以明文規定依行爲地法。法律上規定行爲之方式。其目的在防止詐欺。各國因風俗道德之不同。恆有特殊之方式。苟行爲地認此種方式。可以證明其行爲之明確。則不論何國。均可信任。而認爲有效。依行爲地法所定之方式。較之依本國法所定之方式。不但便利。且本國法所定之方式。有時在外國亦無從適用。因是之故。所以應採『場所支配行爲』之原則也。但此原則。乃任意的。而非強制的。故本條爲便利計。於原則之外。又設例外。如當事人遵用規定行爲效力之法律所定之方式。亦認爲有效。例如關於能力之法律行爲。則以本國法爲規定行爲效力之法律。關於不動產之法律行爲。則以物之所在地法爲規定行爲效力之法律。如當事人不用行爲地法所定之方式。而用規定行爲效力之法律所定之方式。依然可以有效。本條於原則之外。另定例外者。蓋欲矯正絕對的規定之失也。

又法律適用條例第二十六條第二項規定曰。『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。』是蓋以票據行爲之方式。取絕對的行爲地法主義也。其他法律行爲之方式。或依行爲地法。或依規定行爲效力之法律。皆認爲有效。惟以行使或保全票據上權利爲目的之行爲。則專依行爲地法。蓋因票據權利之行使及保全。若不依行爲地法。則實行之時。往往困難。且爲證明其行爲。亦以依行爲地法最爲便利。因是之故。英。法。德。葡。日本等國。均取此主義。統一票據規則。亦規定依行爲地法。

## 第四章 法律行爲方式之問題

關於法律行爲之方式應研究者。尙有左列各問題。

第一問題 設定或處分物權之法律行爲。其方式。亦得適用『場所支配行爲』之原則乎。

依法律適用條例第二十六條第一項之規定。法律行爲之方式。或依行爲地法。或依規定行爲效力之法律。均認爲有效。由是推之。則設定或處分物權之行爲。亦爲法律行爲。故其方式。似亦應與一般之法律行爲相同。或依行爲地法。或依規定行爲效力之法律。均無不可矣。然此不能一概而論也。何則。關於物權之法律行爲。其方式。不能依行爲地法。祇能依規定行爲效力之法。即物之所在地之法律。因各國爲保護所在地之第三人起見。對於物權。多設公示之方法。苟其方式不合公示之方法。

則爲無效之方式故也。不但物權如此。即必須登記之債權。如租賃權亦然。日本法例。關於此項。有明文規定。我國法律適用條例草案。亦定有明文。(第二十七條)惟現行法律適用條例。無此規定。似非立法之善者也。

第二問題 一切法律行爲之方式。均應依法律適用條例第二十六條第一項之規定乎。

就我國法律適用條例言之。法律行爲之方式。可分爲二種。一曰普通的法律行爲之方式。一曰特殊的法律行爲之方式。分述如左。

(一)普通的法律行爲之方式 普通的法律行爲之方式。即於法律適用條例中無特別規定者。如婚姻之方式。私生子認領之方式。養子收養之方式。繼承之方式。及關於物權之遺囑方式等是也。此等方式。在法律適用條例中。均無特別規定。故均爲普通的法律行爲之方式。凡屬普通的法律行爲之方式。均應適用第二十六條第一項之規定。或曰。『如第九條之婚姻。第十三條之私生子之認領。第十四條養子之收養。第二十一條之遺囑。均規定成立要件。成立要件。分爲實質的要件。形式的要件二種。形式的要件。即指方式而言也。此等方式。應依各本條所規定應適用之法律。不能一律依第二十六條第一項之規定。』余以爲不然。何則。如婚姻等條所規定之要件。應專指實質的要件而言。形式的要件。即方式。似乎不包含在內。果使婚姻等條規定之要件。包含方式在內。則第二十六條第一

項。不應再設一般的規定矣。或曰。『第二十六條第一項。規定之法律行爲之方式。乃屬於財產之法律行爲之方式。非屬於親族繼承遺囑等法律行爲之方式。因婚姻等方式。於各本條另有明文規定也。』余亦以爲不然。何則。法律適用條例中。關於法律行爲之方式。另定一章。（第六章）足可以證明其包括一切之法律行爲之方式。若爲專屬於財產之法律行爲之方式。則應合併於第五章之內。（第五章。爲關於財產之法律。）又何必另設一章乎。今既另設一章。其爲關係一切法律行爲之方式。可以無疑。總之第二十六條第一項。乃關於法律行爲方式之一般的規定。普通的法律行爲之方式。均應適用此種規定。不適用此種規定者。惟特種的法律行爲之方式而已。

（二）特種的法律行爲之方式 特種的法律行爲之方式。即於法律適用條例中。有特別規定者。如第二十二條第二項之遺囑方式。及第二十六條第二項之票據方式是也。分述如左。

（甲）第二十二條第二項之遺囑方式 遺囑方式。本爲普通的法律行爲之方式。原可依第二十六條第一項之規定。惟第二十二條第二項所規定之遺囑方式。因其爲關於物權之遺囑方式。則爲特種的法律行爲之方式矣。既關於物權。故應依物之所在地法。然爲便利起見。亦可依行爲地法。惟不能依規定。行爲效力之法律。（依第二十一條遺囑之規定。則以遺囑成立時遺囑人之本國法。爲規定遺囑行爲效力之法律。）第二十二條第三項謂。『關於物權遺囑之方式。得依第二十

六條第一項前段之規定。』由是可以推知不得依第二十六條第一項但書之規定矣。此種方式。爲特種的法律行爲之方式。故不能完全依第二十六條第一項之規定。

(乙)第二十六條第二項之票據方式 票據方式。本亦爲普通的法律行爲之方式。故亦可依第二十六條第一項之規定。惟第二十六條第二項所規定之票據方式。乃以行使票據上之權利或保全票據上之權利爲目的者。故爲特種的法律行爲之方式矣。既爲特種的法律行爲之方式。遂不能完全適用第二十六條第一項之規定。故第二十六條第二項規定曰。『以行使或保全票據上之權利爲目的之行爲。其方式。不適用前項但書之規定。』既不適用第二十六條第一項之但書。即專適用行爲地法也。在普通的法律行爲之方式。可以依行爲地法。亦可依規定行爲效力之法律。茲則專依行爲地法。因欲行使或保全票據上之權利。非依行爲地法所定之方式。不能實行故也。(參照統一票據規則第七十六條。)

依上所述。可知惟普通的法律行爲之方式。始能完全適用第二十六條第一項之規定。

第三問題 設有人爲某種法律行爲。因欲規避內國法律上規定之方式。故意赴外國爲之。而外國法律上規定之方式。此種法律行爲。在內國仍認爲有效乎。

對此問。題有二學說。列舉如左。

(一)無效說 此說謂。『此種法律行爲。在內國不能認爲有效。蓋因在外國爲法律行爲。即用外國法規定之方式。本應到處認爲有效。但此乃出於詐欺之手段。則不能認爲有效。因法律無保護詐欺之理故也。』日本舊法例。即取此說。

(二)有效說 此說謂。『此種法律行爲。在內國仍應認爲有效。蓋因爲法律行爲之地。本應聽當事人自由選擇。法律上無限制之必要。况當事人在外國爲法律行爲。用外國法規定之方式。其目的果爲規避內國之方式與否。殊難證明。如必欲限制之。恐徒然引起訴訟之紛雜。於實際上。毫無利益也。』日本新法例。及大多數學者。均取此說。

按我國法律適用條例。關於此項問題。並無明文規定。故於解釋上。以採用有效說爲是。





# 附錄

## 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。名曰法例。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。於在中華民國內者。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。皆爲國家主權所繫。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。意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。爲法國民法。願僅有三條。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。爲德國。日本。在法律未備之國。尊重法例。繁賾不及細述。故本條例參考所列。專以見於法律條約正文者爲主。

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。爲法。意。德。奧法系所公認。但國於世界。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 意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。除依國籍法應認爲中國人外。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。但世界各國國籍法之規定。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。為法律尙未統一之國而設。例如英。美。俄。瑞士諸國內各地方之民法。迥不一致。但言本國法。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籍為標準者。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。依意法學說。及一八九一年國際法協會決議。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 德國民法施行法第十條。

**第五條** 依本條例。適用當事人本國法時。如其本國法規定應適用中國者。依中國法。

理由此條規定反致法之原則。例如本條例第六條規定身分能力。適用當事人本國法。設當事人本國（例如英國）認爲應適用住所地法時。對於當事人有住所於中國者。自應適用中國法。因適用中國法。即依其本國法之規定也。

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。依其本國法爲無能力者。其在中國之法律行爲。如依中國法爲有能力。即視爲有能力。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。意。德。奧法系公認之原則。但爲保護在內國之法律行爲起見。除親族法。繼承法。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。意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。第三十五條。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。得宣告禁治產。

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。為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。必其本國法經中國法均認可者。乃許宣告。至宣告效力。依其本國法。因其為能力問題也。

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。各國或宣告失蹤。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

第十條 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。

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。

第十一條 婚姻之效力。依夫之本國法。

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。自當一以夫法爲主。

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。

### 第十二條 夫婦財產制。依婚姻成立時夫之本國法。

理由 夫婦財產制。可分爲二種。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。即爲當事人雙方之默約。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。悉以夫之本國法爲主。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。

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。

第十三條 離婚之原因。依事實發生時夫之本國法。及中國法共同認可者。得宣告之。  
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。故必內國法與其本國法共同認可時。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。

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。

第十四條 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。否認訴權。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。

第十五條 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。至認知以後。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。

第十六條 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。養親之於養子。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。

參考 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。認爲保護父之利益。近世各國。均已一致承認爲保護子之利益。故依子之本國法。

參考 德國民法施行法第十九條。第二十條。第二十一條。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。爲中國法律所不許者。不在此限。

理由 扶養義務。爲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。仍以中國法許可者爲限。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。爲法。意。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爲準。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。爲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

第二十一條 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 意國民法總則第八條。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。

第二十二條 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。

考參 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

第二十三條 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。毋寧從所在地法之爲愈。

參考 法國民法第三條第二項。意國民法總則第七條。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。

第二十四條 因法律行爲發生之債權。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。依行爲地法。

行爲地不同時。以發通知之地。爲行爲地。

理由 契約自由之原則。應依何國法律。以依當事人意思爲準。惟當事人意思不明時。同國籍者。應推定其採用本國法。國籍不同時。依行爲成立地法。因其爲雙方共同之法律也。至同一法律行爲。而行爲地在二處以上時。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。故本條不論單獨行爲或契約。均以發信地。爲行爲地。

參考 意國民法總則第九條。日本法例第七條。第九條。

第二十五條 因事務管理。不當利得發生之債權。當事人同籍者。依其本國法。不同籍者。依事實發生地法。

理由 事務管理。不當利得。法國民法。稱爲比附契約。即羅馬之 *Quasi ex contractu* 也。蓋

此等行爲。雖無意思表示。固可認爲默約。立法家以爲當事人。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。

第二十六條 因不法行爲發生之債權。依行爲地法。但依中國法律。不認爲不法者。不適用之。

前項不法行爲之損害賠償。及其他處分。以中國法律認可者爲限。

理由 不法行爲。關於其他之公共秩序。應依行爲地法。及事實發生地之法律也。惟絕對採用行爲地法於內國之公益。或多影響。故本條採用英美制。必雙方俱認爲不法行爲。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爲限。以保護內國之公益。

參考 德國民法施行法第十二條。日本法例第十一條。

## 第六章 法律行爲之方式

第二十七條 法律行爲之方式。除第二項規定外。依行爲地法。但當事人同籍時。得用其本國法。

設定或處分物權行爲之方式。依物之所在地法。

理由 方式依行爲地法。Ius regit actum 之原則。爲各國所公認。因方式之規定。其目的在

防欺詐。各國視其國之風俗道德。恒有特殊之方式。苟行爲地認爲其確者。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。惟方式依行爲地法之通則。各國有以爲強制通則者。有以爲任意通則者。本條例則取任意通則之制。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。自以依所在地法爲妥。

參考 意國民法總則第九條。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。

第二十八條 本條例。自公布日施行。