

盧峻著

國際私法之理論與實際

中華書局印行

盧
峻
著

國際私法之理論與實際

上海中華書局印行

民國二十六年七月發行
民國二十八年七月再版

國際私法之理論與實際 (全一冊)



實價國幣一元

(郵運匯費另加)

復

者 盧 峻

行者 中華書局有限公司

代表人 路錫三

刷者 美商永寧有限公司
上海 澳門 路

明 中華書局發行所

埠 中華書局

(本書校對者俞慶善 萬迥備) (二一六五三)

鄭序

十九世紀以來，各國商民，貿易交通，日益繁賾，適用法律，時感齟齬，究心於此者，多謂宜別定準則，以資解決，此國際私法所以變成巨觀也。吾國今日，正擬撤銷領事裁判權，攻治斯學，尤爲當務之急。友人盧君峻，游學美洲，曾問業於彼邦國際私法大師卞耳，歸國後，任東吳大學教師有年，茲抒其心得，著爲本書，囑余爲序。余方將赴海牙，倚裝待發，粗觀其概，則於宏綱要義，大都闡發詳明，固不失爲善本；倘更就各種法則，博稽中外載籍，一一爲之疏通證明，則其聲價當更增矣。總書數語，聊當臨別贈言，不足以爲弁首也。

民國二十五年十二月二十日鄭天錫。

例言

一 著者自美返國後，即應上海東吳大學法律學院之聘，擔任國際私法講席。迄今六載，初以該學院偏重英美法，故以英美之成例教之；然英美判例，對於我國法律適用條例，頗多歧異之處，爲求研究者實際上之應用起見，故不嫌譴陋，於授課餘暇，編成講義。今夏復以諸友好之敦促，經略加整理，始成本書。然研鑽未遂，謬誤難免，其能拋磚引玉，則幸甚焉。

一 本書之目的，非僅爲解釋法律適用條例，且爲灌輸國際私法之基本觀念，指示解決國際私法問題之途徑，藉以觸類旁通，啓發思想。故於各國立法之背景及其理論基礎，探討綦詳，俾爲將來修改我國法律適用條例，以資借鏡。

一 我國法律適用條例，規定甚略，故本書每題，旁採外國立法例及學說，比較研究之，並擇其尤者而與我國立法精神相符合者，以法理之性質闡明解釋之，或補充該條例之規定。

一 本書內容，論述範圍，悉就簡括，除國家管轄權及法律衝突本論外，如國籍住所外國人地位等問題，亦約略述之。

一 本書之用語，不依法律適用條例，而照現行民法稱呼之。例如不稱「不法行爲」而稱「侵」

權行為，」不稱「事務管理，不當利得，」而稱「無因管理，不當得利」是；但本書之編制，一仍法律適用條例。關於商法部份，因該條例規定缺乏，兼以我國民法現採民商合一制度，故如海商保險票據法等，不另章討論，而悉依其性質，各附述於其他章內。

一 坊間關於國際私法書籍，其參考材料，多偏重大陸學派，而忽於英美學派，且對於國家管轄權一點，往往漏述。本書則以大陸英美相提並重，特立國家管轄權一章，摘其管轄要義，更於必要時，於分章前論述其管轄問題。

一 本書材料，大都採取各國教本及雜誌，間亦參入作者之管見，惟國內參考書籍，頗感缺乏，故一部份係作者在美國哈佛大學研究時之筆記，惟因日久，不免遺忘，欲求詳確根據，殊覺困難，是以本書註解，或有不能詳盡之處。

一 本書付梓之前，承郭雲觀及查良鑑二君，詳密校正，用特誌謝。

國際私法之理論與實際

鄭序

例言

緒論

第一章 國際私法之概念……………一

第一節 國際私法發生之背景……………三

第二節 國際私法之定義……………六

第三節 國際私法之命名……………八

第二章 國際私法之範圍……………一八

第一節 國籍及住所……………一九

第二節 外國人之地位……………二二

第三節 法律之衝突……………二二

第三章 國際私法之性質……………二五

第一節 國際私法是國際法抑國內法……………二五

第二節 國際私法是公法抑私法……………三〇

第三節 國際私法是實體法抑程序法……………三一

第四節 國際私法是否比較法……………三二

第五節 準國際私法……………三三

第四章 國際私法之根據……………三五

第五章 國際私法之演成……………三八

第一節 屬人法時代……………三九

第二節 屬地法時代……………四〇

第三節 意大利派時代……………四〇

第四節 法蘭西學派……………四三

第五節	荷比學派·····	四五
第六節	德國學派·····	四七
第七節	英美學派·····	四七
第八節	瑞士學派·····	四九
第九節	新法國學派·····	四九
第十節	新德國學派·····	五〇
第十一節	新意大利學派·····	五四
第十二節	新英美學派·····	五五
第十三節	晚近之國際私法學派·····	五七
第六章	國際私法之立法沿革·····	六三
第一節	國內立法之沿革·····	六三
第二節	國際立法之沿革·····	六四

通論

第一章 國際私法之淵源……………六九

第二章 國際私法之研究方法……………七三

第一節 大陸派之研究方法……………七三

第二節 英美派之研究方法……………七四

第三章 國際私法之術語……………七七

第一節 準據法及域內域外法……………七七

第二節 屬人法則……………七六

第三節 屬物法則……………八〇

第四節 行爲法則……………八一

第五節 其他術語……………八二

第四章 外國法之適用……………八三

第一節 外國法適用之性質……………八四

第二節 外國法之證明……………八六

第三節	外國法之調查	九〇
第四節	外國法不能證明時之解決方法	九一
第五節	外國法適用之錯誤	九三
第六節	外國法適用之限制	九五
第七節	外國法限制適用時之處置方法	一〇一
第五章	外國法之適用與既得權	一〇五
第一節	既得權之意義	一〇五
第二節	既得權之成立要件	一〇六
第三節	既得權之限制	一〇八
第六章	內國法之詐欺	一一〇
第一節	內國法詐欺之意義	一一〇
第二節	內國法詐欺之成立要件	一一一
第七章	反致說	一一四

第一節	規定反致之法例	二五
第二節	反致之種類	二六
第三節	反致說之適用及反對適用之理由	二七
第四節	我國適用反致條款之要件	三三
第八章	法律品質說	二五
第九章	國籍之衝突	二七
第一節	國籍之積極衝突	二八
第二節	國籍之消極衝突	三三
第三節	國籍衝突之避免	三七
第四節	國籍衝突之解決	四〇
第十章	住所之衝突	四八
第一節	住所之意義	五〇
第二節	英美法上住所之原則	五一

第三節 住所之分類……………一五二

第四節 住所衝突之解決……………一六〇

第十一章 外國人之地位……………一六六

第一節 外國人地位之沿革……………一六八

第二節 外國人之公權……………一七一

第三節 外國人之私權……………一八一

第十二章 外國人之地位……………一八六

第一節 外國法人之決定……………一八八

第二節 外國法人之承認……………一九〇

第三節 外國法人之權利……………一九三

本論

第一章 國家管轄權之衝突……………一九五

第一節 國家管轄權之意義……………一九五

第二節	國家管轄權衝突之解決原則	一九六
第三節	國家管轄權決定之準則	一九九
第四節	國家管轄權規定之例外	二〇五
第二章	能力	二〇七
第一節	能力之意義	二〇七
第二節	能力之準據法	二一一
第三節	票據能力之準據法	二一九
第三章	禁治產	二二三
第一節	禁治產宣告之管轄	二三四
第二節	禁治產宣告原因之準據法	二三七
第三節	禁治產宣告之效力	二三九
第四節	禁治產宣告之聲請	二三三
第四章	死亡之宣告	二三六

第一節	死亡宣告之管轄	二三七
第二節	死亡宣告之準據法	二四〇
第三節	死亡宣告之效力	二四四
第五章 婚姻		
第一節	婚姻之意義	二五一
第二節	婚姻之預約	二五一
第三節	婚姻成立之要件	二五四
第四節	婚姻之效力	二六四
第六章 離婚		
第一節	離婚之管轄	二七九
第二節	離婚准否之決定	二八一
第三節	離婚之原因	二八二
第四節	離婚之效力	二八七

第七章 別居……………二九二

第一節 別居之管轄……………二九二

第二節 別居之準據法……………二九四

第三節 別居之效力……………二九五

第八章 婚姻之無效及撤銷……………二九九

第一節 婚姻撤銷之管轄……………二九九

第二節 婚姻撤銷宣告之準據法……………三〇〇

第三節 婚姻撤銷之效力……………三〇〇

第九章 父母子女……………三〇二

第一節 父母與婚生子女……………三〇二

第二節 父母與非婚生子女……………三〇七

第三節 非婚生子女之立正……………三〇六

第四節 養子女……………三〇九

第十章	親子關係	三三〇
第十一章	扶養	三三六
第十二章	監護	三四六
第一節	監護之管轄	三四九
第二節	監護之準據法	三五二
第十三章	繼承	三五五
第十四章	遺囑	三六四
第十五章	物權	三七三
第一節	物權之原始創設	三七三
第二節	動產及不動產物權	三七五
第三節	物權之時效	三六二
第四節	破產	三六四
第十六章	債權	三九一

第一節	因法律行為發生之債權	三九一
第二節	因無因管理不當得利發生之債權	三九八
第三節	因侵權行為發生之債權	四〇〇
第四節	因票據發生之債權	四〇七
第五節	債之效力	四一一
第十七章	法律行為之方式	四二〇
第十八章	訴訟程序	四二七
第十九章	外國判決	四三二

附錄

(一) 法律適用條例	(二) 法律適用條例草案	四三九、四四三
(三) 國籍法	(四) 國籍法施行條例	四五四、四六〇
(五) 國籍法公約		四六一
(六) 海牙公約關於國際私法部份		四六九

國際私法之理論與實際

緒論

第一章 國際私法之概念

國際私法之存在，始於何時，迄無可考。在歐洲中世紀時代，商業未振，交通阻塞，除爲戰爭之故，一國之人民，鮮有跋涉於異邦者，應用私人間之國際行爲法則之機會既少，國際私法自亦無由確立。迨十九世紀，商務漸盛，旅途安謐，內外國人往來頻繁，正義和秩序之觀念生，法律之衝突亦生焉。若異國籍之男女，結婚於甲國而移住於乙國時；若內國人病歿外國，分析遺產於內外國時；若當事人締約於甲國而規定履行於乙國時；此類情形發生，則如何確定適用何一關係國之法律問題生焉。學者間有主張屬地主義者，根據主權獨立原則，謂上述諸案，不論當事者之爲內國人抑外國人，悉適用法庭地國法，以解決一切之涉外法律行爲。葛羅秀（Grotius）云：「與內國人締結契約之外國人，應受內國法律支配，蓋人於某處締結契約，即暫爲該處法律下之人民。」

也。「註一」施多萊 (Story) 亦謂：「法律爲一國主權之表現，在其國內當絕對無比；換言之，即國內不論何故，不容外國法同時適用也。」「註二」

此種解決國際私法問題之方法，固爲簡便。但其爲封建時代之遺跡，殊難適用於近世國際間。當亦不能否認。且採此主義之結果，勢不得不屏棄外國法之適用，以害及當事人在外國法下所已取得之權利，其間接侵害外國主權，無庸諱言。故爲公正及正義起見，內國有時亦不得不適用外國法。國際私法者，即所以在涉外關係中規定內國法抑某一外國適用之法規也。

第一節 國際私法發生之背景

國際私法發生之確期，雖無可考，但其在國家成立之後，殊可斷言。蓋無國即無法，法律爲國家之需要而創設者也。無國與國之關係，自無國際私法發生之可能。在昔國際間之關係式微，應用國際私法之機會亦少，是故數千年來，國際私法尙在演成時期。國家成立，固爲法律發生之要件，國際私法之存在尙有下列之背景在焉。

一 內外國人之交往 國際私法既爲確定內國法抑某一外國法應適用於特定場合之

法規，則其場合含有涉外原素 (Foreign element)，方爲應用。〔註三〕蓋任何場合，如無涉外原素，自無選擇適用外國法之機會，僅依內國法解決之可耳！夫涉外原素，發生於內外國人之交往。最初，人類之需要無幾，各國之經濟自給，國家政策，不但拒外國人入境，抑且禁內國人出境，是以雖疆土毗連之邦，其人民亦鮮有交往者，在此內國經濟時代，國際私法，實無由發展。及後人類刺激漸增，慾望日熾，甲國所需之物，容或乙國有之，乙國之所需者，容或甲國有之，移民通商，由是而生，雖欲閉關自守，亦不可得。既由閉關政策，變爲開放政策，由國內經濟進展至國際經濟，則涉外之關係自繁，欲維持內國之治安秩序，使國內之交往得公平正義，勢不能仍使內國法適用於一切之法律關係上，其關於涉外問題者，又不得不另設法規，調濟內外國法之衝突，此國際私法之所由發生也。

二 外國人之權利保護 內外國人雖有交往，若外國人在其本國之外，不得享受權利，或內國對於外國人之權利，不與相當之保護，則國際私法，仍不能發生。往昔異國歧視，權利爲國民所獨有，非國民卽不得享受權利。國際私法之目的，既爲根據問題之性質，規定適用之法律，使當事人間獲得正義及公平，若外國人之權利不予保護，則國際私法卽無存在之必要矣。故在不保

護外國人權利之狀況下，國際私法亦即無由發生之可能。當今權利觀念與昔不同，自平等之說興，公法學者不獨認國家各有獨立之主權，在國際間互相平等；且以人類不分畛域，各具有獨立之人格，均得為權利之主體，故國際公法規定一國除為根據內國特殊關係得限制外國人某種權利之享受外（如日本禁止外國人購買土地，美國限制華人服勞役是），當予外國人與內國人以平等待遇，此不獨理論上應如此，即為內國之實利着想，何獨不然，蓋在國際互惠原則之下，一國如能閉關自給則猶可，如欲加入國際集團，謀國際貿易之發展，文化之增進，一旦與外國來往，若限制外國人之權利，或竟不保護之，則其國人在外國，亦必將受同等之待遇矣。

外國人之權利保護云者，非內國法設特別法規以保護之之謂也，蓋法律對於人之效力，能及于一般人民為原則，對於外國人殊無特別規定之必要。國際私法，即以此為目的，所以規定如何保護外國人之一般法規也。國際私法稱為一般法規者，即以權利之性質為根據，凡關於涉外問題，不論內外國人，均能同一適用之意。例如：內外國人結婚，依照我國法律適用條例第九條之規定，凡關於「婚姻成立之要件，依當事人各該本國法，」蓋婚姻成立問題，與當事人各該本國法頗有關係，各國恆因其風俗、歷史、地理之不同，異其規定，故該條之規定，於內外國人均適用。

之，此即所以保護外國人之權利也。

三 內國法權之獨立 近世國際公法學者，多認國家之主權獨立，除在相互的條件之下，不受外力限制；但事有不盡然者，有領事裁判權存在諸國，均無統一自主之法權，駐於內國之外國人，涉有法律關係，仍由其本國行使裁判權，不受內國法律支配，在此背景之下，國際私法，亦無適用之可能。既非所需，更無由發生，此所以我國學者，對於國際私法，往往忽視之。

四 各國法律之不同 法律為社會環境之產物，各國社會之狀態，國民之精神，歷史之行程，以及地理風俗等等，既不能盡同，則其法律之內容，自亦不能一致，各國法律之互異，正所以形成國際私法之發展也。蓋若各國法律，一致相同，內國遇涉外的法律關係，即無須決定管轄問題，更不必另定法律之適用，儘可以任何國法院適用任何法律裁判之，其結果必屬一致。例如各國民法，苟對於婚姻成立之要件有同一之規定，則凡遇含外國要素之婚姻成立問題，不論在何國法院，適用當事人之本國法，或住所地法，或結婚地法，其結果劃一，於此情形，如必欲決定管轄之所屬及法律之選用，似為多事。故各國法律之不同，所以產生彼此衝突之機會，國際私法，既為解決各國法律之衝突，則各國法律之不同，即成為國際私法成立之要件矣。

五 內外國法之並用 內外國法之並用，亦爲國際私法之發生背景之一，蓋凡涉外法律關係，既含外國原素，卽有該外國法適用之可能，國際私法，亦卽所以決定某種場合，內外關係國法之何者應爲適用也。苟無內外國法之並在而選用之，則凡涉外法律關係之問題，概由內國法院管轄，而依內國法裁判之，或僅任外國法院之管轄，而依該外國法裁判之可矣。既無法律選用之情形，國際私法，無從存在。近世雖有主張絕對屬地主義之學者，認一國之法律，能絕對使用於本國領域內，而同時亦不能及其效力於本國領域外。但此種主張，純係根據國家獨立主權說而發生，一國主權固不能伸張至本國領域外，同時亦不得容外國主權之侵入，國際私法，所以容外國法在內國與內國法並用者，解釋上，謂爲公平正義之要求，內國法允許其應用，固無侵入內國主權之嫌也。〔註四〕

第二節 國際私法之定義

不論何種科學，冀以數字下精細之定義，使其所包含意義，網羅無遺，頗非易事；且每因觀察不同，立論紛歧，所下定義，不能盡同；況今國際私法，尙在演成時期，欲得完美之定義，勢所不能。余

以爲不論任何科學，因無時不在生長，不能有確切之範圍，如欲以定義闡明其意義，殊有限制其發展之嫌，故欲明了今日之國際私法爲何物，自不得不於其所研究問題中探究之。夫任何國際私法案件中，應爲解決之問題有二：一爲國家管轄權之選擇；一爲法律適用之選擇。「註五」例如有住所在英國之德國人某甲死亡於法國，有遺產在中國，其子某乙在中國法院請求繼承遺產時，與本案有關之國家，有英、德、法、中四國，如欲解決某乙之請求，應解決（一）本案應由關係中之何國法院管轄；（二）管轄法院應依何國法律裁判之二問題。於此應注意者，凡屬合法管轄之國，即有權力使當事人間產生權利，此種權利當能束縛其他國家。又所謂國家管轄權者，係對法院管轄權而言，國際私法案件中，所應解決者，爲國家管轄權之選擇，而非法院管轄權之選擇，蓋法院管轄權之選擇，屬於內國之司法制度，非國際私法所應討論者。

此間所謂國家，與政治學上國家之意義不同。國家即法域之義，凡於特定土地單位內有其獨自法律者，稱曰法域（Territorial legal unit）。「註六」即如美國各州，英之蘇格蘭，英吉利愛爾蘭自由邦，以及各殖民地，因各別之法律不同，亦各成爲國際私法上之國家。

此間所謂法律，係指一國之內國法而言（Particular law of a state），蓋所以別民法

(Civil Law) 普通法 (Common Law) 宗教法 (Ecclesiastic Law) 等法系也。其所包含約有(一)制定法 (Formulated legislative provisions) (二)法庭宣示法(三)國家認可之原理原則。〔註七〕

由此觀之，國際私法者，所以規定一國法律行使之範圍，並於數國法律並存時，決定其某國法律應適用於法之場合 (Legal situation)，使管轄法院以外之他國，承認其判決效力之法規也。

第三節 國際私法之命名

國際私法之名稱，向不一致，蓋其尚在幼稚時代，研究之內容，既學說不一，其性質復因時而異，故欲擇一名副其實者，實不可得。大陸法院中有稱之為國際私法，英美學者中有稱為法律之衝突者，但考其實質，殊均失當。夫無論何種科學，其名稱往往由其內容歸納而定，非先定名而後規定其內容也。但名稱之為用，大都顧名思義，將來國際私法成熟之後，統一之名稱，自不可少，茲將其名稱中之重要者，略舉如左：

法則區別說 (Theory of Statutes) 此爲國際私法最早使用之名稱，爲世稱國際私法鼻祖意大利學者卜塔路斯 (Bartolus) 所創用。〔註八〕十四世紀中葉，意大利各商業繁盛之自由都市，如維尼斯 (Venice) 弗勞林斯 (Florence) 米蘭 (Milan) 等，各以習慣不同而異其法則，卜氏爲欲避免各市法則之衝突，乃不得不定法則適用之標準。其法，卽依法則之種類、區別爲屬人法、屬物法及行爲法三種，而以屬人法解決關於人之法律衝突，以屬物法解決關於財產之法律衝突，以行爲法解決關於法律行爲之衝突。歐洲學者宗此名稱研究國際私法，達四百餘年，至十九世紀初葉，其他名稱紛用，故此說遂歸湮滅，今已無用此名者。

以屬人法、屬物法、行爲法區別法則之種類，據以定其適用之區域，不以法律關係爲適用法律之根據，其研究之本質，實與近代國際私法之內容不同，故以法則區別之名稱，爲國際私法之命名，似欠妥當。矧一切法律衝突，決非屬人法、屬物法、行爲法所可適用無遺，卽認此三種法則，能概括適用於一切法律衝突，但一法律問題之發生，恆兼涉人物兩方，例如有法國人在英國有不動產，病歿於法國時，則其繼承問題，應從何法，殊難揣斷。〔註九〕故法則區別說，現僅爲歷史上之遺跡，不復適用，固所當然也。

法律衝突論 (Conflict of Laws) 繼法則區別說以名國際私法者爲法律衝突論，其首

創者爲荷蘭學者羅登包 (Rodenburg)。羅氏以法則區別說不切適於國際私法之內容，乃創此論，以正其名。當時荷蘭海權甚強，涉外法律關係，時有發生，故國際私法，亦較他國進步。羅氏一倡，全歐附從，歐陸學者如赫白爾 (Huber) 華西特爾 (Wachter) 之所著，亦悉以法律衝突論名之。英美學者如昔之戴西 (Dicey) 施多萊 (Story) 今之勞萊瑞 (Larenzen) 卡爾 (Beale) 等亦宗之，但在歐洲各國，幾無用此名者。

法律衝突論，以表現國際私法之現象則可，以代表國際私法之內容及性質而命名之則不可，何則，就國際私法之案件觀察之，任何問題，均有其衝突之現象。例如成年問題，甲國法規定爲二十五歲，乙國法規定爲二十歲，丙國法規定爲十八歲，茲有二十歲之甲國人與十九歲之乙國人，在丙國締結契約，在乙國發生契約效力問題時，乙國法院即遇甲乙丙三國法律衝突之現象，因此內外法律衝突之現象，而謂國際私法即法律衝突，殊爲不然。蓋衝突云者，於同一時間或同一空間或同一地點有二個以上之法律並存相遇也。但在目今之法理上，一國法律之效力，祇能及於本國之領域內，同時一國除因特殊情形，例如有領事裁判權存在者外，不容外國法之行使

於國內，故內外國法，實無衝突之可能。適用外國法之性質，非外國法以外國法之本質行使於內國也，不過爲正義及便利計，內國不得不以外國法當作內國法之一部而適用之也，故其所適用者仍爲內國法。戴西謂法律衝突，不外審判者腦海中，因內外國數個法律對於某種法律關係規定互歧，殊有牴觸現象而深思擇一以解決其法律關係。〔註一〇〕依此言之，則既爲現象而非實質，自無衝突之可能，又既爲數競合法律中擇一而適用者，故與其名爲法律衝突論，不如稱爲法律選擇論爲適當。

法律選擇論 (Choice of Law) [註一七] 以法律選擇論名國際私法，實較以上諸說爲切當。蓋國際私法所討論者，惟內外國數法競在的場合中選擇其一而適用之而已。此說立論新穎，創設較晚，採用者甚少。雖然，顧國際私法適用外國法之性質言之，其理論亦不免有非議之處，何則，推法律選擇之意，在字面上已含有預認在內國有數法得能適用之概念，國際私法不過指示何者應適用之途徑，如是，自難免認外國法在內國有法律之性質，而與法律衝突論有同一之謬誤矣。

外國法適用論 (Application of Foreign Law) 外國法適用論，創自十九世紀初葉德

學者俞斯大達 (Oerstadt) 德國民法第二章案，曾以此名其編，惟結果即刪去，而對於國際私法之規定，則插於民法施行法總則內，不另設編目，英學者麥因 (Maine) 謂國際私法爲規定外國法適用條件者，「註一二」其意義亦與此相同。

此名稱雖仍爲一部份學者所襲用，但細究之，實與國際私法之實際有下列不符諸點：(一) 國際私法爲規定對於涉外法律關係，內外數法中，應適用何者之法，事實上，其結果不僅爲外國法之適用，亦往往爲內國法之適用，以外國法適用論名之，自不免掛一漏萬之嫌，與其稱爲外國法適用論，不如稱爲內外國法選用論。(二) 就外國法適用之性質言之，前已述及，內國決不容外國法以法律之性質適用於其國內，故不論任何法律關係，內國自以適用其本國法爲原則，因特殊關係，不宜適用其本國法時，始允外國法依條理適用之耳！故外國法適用論之名稱，實有背於國際私法之本質。(三) 既稱爲「外國法」，當然包括其公法及私法，國際私法，是否應將公法列於討論範圍之內，尙屬疑題，以外國法適用論名國際私法，其範圍殊失過廣。(四) 國際私法所應解決之問題，既爲管轄之選定與法律之選定，今僅以外國法之適用論名之，其範圍復失過狹。

法律之域外效力論 (Extra-territorial Effect of Law) [註13] 十八世紀末葉以後，

學者如高西 (Cocceius) 見一國之法律，往往爲他國裁判所適用，即以法律域外效力論爲題，以研究國際私法。德學者沙維尼 (Savigny) 謂國際私法，爲規定支配場所的界限之學，卽此意也。

[註一四]

此名稱之不當，甚爲明顯，蓋國際私法非爲規定法律效力場所之學，更非所以規定一國法律之域外效力也。前屢論及，一國法律之效力，依據國家獨立主權說之原則，祇限及於本國領域內，事實上外國有時採用內國法者，爲該外國本國法行使之結果，非內國法之效力當然能及於該外國也。故法律之域外效力論者無非爲想像上或擬制上之立論，非事實上法律之本質如是也。

涉外私法論 當今日本學者，以爲國際私法爲規定涉外之法律關係，與普通內國法僅規定內國之法律關係者不同，故稱之曰涉外私法論。但涉外之意，似專對外國人而言，不足以表顯國際私法之性質，蓋現今國際私法，非如昔羅馬法中之萬民法，專適用於外國人間之法律關係，乃爲規定內外國人相互間之法律關係也。又國際私法之範圍，實不惟限於私法一部，「涉外」二字之下，隨以私法二字，故亦不當。

國際私法(International Private Law) 國際私法之名稱，爲德國學者薛福納 (Shaeffer) 所首創，其後德國學者及判例多仿用之，其他若荷蘭瑞士亦有用之者，我國學者，相繼採用，沿襲既久，不便驟改，故本書亦以國際私法題之，非謂其名稱正確，特未有其他較當之名稱前，不得不用此名稱耳。

國際私法之名稱，雖爲一般學者所通用，然嚴格言之，此名稱常能混淆對於國際私法之概念。蓋既云國際，則此法爲適用國家間之法 (Interstate Law) 與國際公法，同其適用之主體，然國際私法，固爲國內法，而非規定國家間行爲之法則也。若謂「國際」二字，應解爲其法律之規定爲國際的 (International) 則各國國際私法之規定，互不相同者甚多，故「國際」二字，亦不能表示國際私法之真義，而反使讀者發生模稜兩可之觀念。註一五又國際私法，爲規定私法適用之法則，並非規定內外國人權義之法則，其本身實爲一種程序法，屬於公法性質，惟其被適用者爲內外國私人間法律關係而已。故國際私法之名稱，亦不甚切合於實際。

私國際法 (Private International Law) 私國際法之名稱，爲法國學者斐律寬士 (Fœlix) 所創，當時歐洲之意法學派，羣倡國際法應分公私兩種，其規定公益關係者爲公國際法，規

定私益關係者爲私國際法，斐氏之稱爲私國際法，即本於此；英美諸國，均認國際私法爲內國法。
〔註一六〕但學者如魏斯脫立克 (Westlake) 傅脫 (Foote) 亦以此名其所著，誠屬怪事。

此名稱之當否，自應以國際私法是否國際法之一部爲先決問題。苟認國際私法亦爲國際法，則爲區別公國際法起見，稱之曰私國際法，並無不當。苟認國際私法非爲國際法，則名之曰私國際法，實爲大誤。但就國際私法之現狀觀之，其非爲國際法，彰彰明甚，故私國際法一名，實亦無足採取。〔註一七〕

國際民商法〔註一八〕此名稱創自比國學者羅蘭 (Laurent) 羅氏於一八八一年所著國際民法論一書中所論各點，即現今國際私法中所研究者。瑞士學者梅立 (Meili) 更以國際民商法名其著作。考國際私法研究之範圍，並不以民法爲限，即如民事訴訟法、破產法、行政法等往亦論及之，且其性質，非若民商法以規定權義之實體問題，故此名稱實與「國際私法」具同一理論上之不妥，惟其範圍較稱國際私法爲狹，因而採此名稱者甚少。

法律適用法 日本及我國均以「法律適用」字樣以名規定國際私法之法則，故余以爲根據法律適用條例之名稱以法律適用法名國際私法，在我國實無不當。且考法律適用條例之

意義，係指我國發生涉外之法律關係時，中國法應否適用，如不適用，應以何者外國法作為中國法而適用之是也。既為適用於涉外場合，則已包含國際私法或私國際法之國際二字意義及涉外私法論之涉外性質矣；既於此場合以決定我國內國法是否適用，則無外國法適用論及法律之域外效力論之侵害他國主權之嫌，而有國際私法之實在矣。雖然，任何內國法中之施行法，亦同樣規定其實質法之適用，何特於國際私法稱為法律適用法耶？是故此名稱尙未能視為圓滿。

[註一] Grotius, *II De jure belli ac Pacis*, ch. II S. 5 No. 2.

[註二] Story, *Conflict of Laws*, 6 ed, 1865, S. 18.

[註三] Cheshire, *Private International Law*, 1935, P. 1; Baty, *Polarized Law*, 1914, P. 148; Minor, *Conflict of Laws*, 1901, P. 4.

[註四] Minor, P. 5.

[註五] Dicey, *The Conflict of Laws*, 5 ed, 1932, P. 2.

[註六] I *Restatement of Conflict of Laws*, S. 2.

[註七] I *Restatement*, S. 3.

[註八] 自十三世紀後，意大利商業增繁，屬地主義，不適應用。學者如卜氏等乃將羅馬法予以新的註解，使能運用

於新環境之中。故學者稱其時為羅馬法復興時期。卜氏著作，可見於卡耳教授所譯之 *Bartholus on Conflict*

【註九】見 Cheshire, P. 32.

【註一〇】戴氏又謂國際私法應包含管轄之決定及法律之選擇二點，若稱爲法律的衝突，則當然不能包括管轄之決定一點在內。見 Dicey, P. 9.

【註一一】查此名稱爲戴西氏改法律衝突論而倡見 Dicey, P. 5.

【註一二】Holland, Jurisprudence, p. 415.

【註一三】Beale, A Treatise on Conflict of Laws pp. 13—16.

【註一四】沙氏名爲 Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen.

【註一五】Meili, International Civil and Commercial Law, translated by Arthur K. Kuhn, 1905, pp. 5—6.

【註一六】I Restatement, S. 5 Westlake, Private International Law, 7 ed, 1925, p. 1.

【註一七】Dicey, P. 10.

【註一八】參見 Frederick Harrison Jurisprudence and Conflict of Laws, P. 130.

第二章 國際私法之範圍

主張國際私法爲國際法之一部者，以爲國際私法應與國際公法併合研究之，若國籍問題，外國人之地位問題，既未能明確歸屬於國際公法範圍之內，又難牽強歸屬於國際私法範圍之內，則認國際公法與國際私法應併合討論，無劃分與歸屬之必要。國際私法是否國際法之一部，已屬疑問，目今各種學問，分門別類，如欲詳細研究，不得不詳分界限，庶免重複遺漏之虞。國際私法，何獨不然，其已成爲一獨立之科學，可無疑義。

國際私法既成爲獨立之科學，已如上述，其範圍若何，必先確定。顧國際私法，尙在幼稚時代，學者間議論紛歧，尙未能與以同一確定之範圍。有主張國際私法祇研究民法之衝突問題者，「註一」有主張民法商法均應研究者，「註二」有主張凡關於法律衝突問題，不獨民法，即民事訴訟法、國際破產法、國際刑法，皆應包括在內者。「註三」至與解決法律衝突之有關問題，如國籍、住所及外國人之地位等，雖一般學者，有附帶研究及之者，但亦因對於國際私法之概念不同，有僅述及解決國籍及住所衝突一點者，亦有兼及各國對於國籍及住所本體之立法者，有祇研究

外國人在私法上之地位者，亦有兼而研究外國人之在公法上之地位者。此外更有如荷蘭學者仇特 (Tita) 主張國際私法之範圍應涉及哲理方面，而認為「統一私法」問題，亦應為其研究之目的。茲為簡明便利起見，特將各問題分論於後，以定其應否劃入國際私法之範圍。

第一節 國籍及住所

國際私法應否研究國籍問題，學者間主張不一，有主張絕對不應研究者：「註四」謂舉凡國籍之取得、變更、喪失，皆為國際公法之問題，即不認屬於國際公法之領域，亦當認為內國公法上之問題，與國際私法，絕不相關。有主張應行研究者：「註五」謂國際私法所解決者，既為涉外的法律關係，則何者為外國人，不能不先為確定，欲確定當事者之所屬國，是惟賴國籍之研究。法國學者畢拉 (Pillet) 英學者戴西及傅脫所著之國際私法書中，對於國際問題，均有詳細討論。有主張相對研究之者，謂國籍之本體問題如國籍之取得、變更、喪失等，雖屬於國際公法範圍，或應獨立研究，但涉外問題，既以國籍為先決條件，則國際私法對於國籍之衝突問題，不得不併合討論之。

余以爲國際私法應否研究國籍問題，不應以關於國籍法律之性質爲準，而當以國際私法有否同時研究國籍問題之需要，爲解決本問題之標準。就國籍問題之性質言，國籍法之爲公法而非私法，屬於國際私法範圍以外，甚爲明顯。但考各國國際私法，往往有採當事人之本國法爲準據法者，設當事人有多數國籍，或無國籍，而發生衝突時，則不得不同時謀其解決方法，以決定其應適用之本國法，於此場合，國籍衝突問題之研究，爲國際私法當然之領域矣。至國籍之本體問題，既與國際私法中所應解決之管轄選擇及法律選擇問題無關，原則上不屬國際私法範圍，如欲知國籍之有否或如何衝突，即不能不先知國籍之取得變更或喪失本體之事，故雖與國際私法不發生直接關係，實有間接上研究之需要，是故國際私法對於國籍之衝突，固應詳加討論，即對於國籍之本體，亦當略涉之也。

住所問題，與國籍問題同一重要，英美立法例，以當事人之住所地法爲屬人法以解決一切身分能力繼承等涉外問題，即採當事人之本國法爲屬人法之大陸諸國，常規定於本採本國法之場合，遇當事人無國籍時，亦以住所地法爲本國法之替用。〔註六〕此所以住所之取得、喪失以及衝突問題，除各國民法中，略有規定者外，國際私法亦應論及。

第二節 外國人之地位

外國人之地位，在法國學者常列入於國際私法之重要部份，畢拉曾謂：「在解決涉外之法律關係，應適用何國法律問題之先，當首知外國人所享有之權利若何。」〔註七〕蓋不認外國人之私權享有，則法律衝突問題，即無由生，因此，有主張外國人之地位，應與國籍問題同屬於國際私法範圍者。雖然，外國人之地位與法律衝突問題，實質上並非相同，既無管轄上之選定，又無適用法律選擇之必要，而純由法定地國依其內國法解決之可耳。或曰，外國人之地位問題應於國際公法或國際關係中研究之，不為無由，然此既為國際私法之前提，則欲知國際私法之存在，不妨將外國人之地位兼論之。

第三節 法律之衝突

國籍與外國人之地位問題，雖為解決國際私法問題之先決要件，然既與決定管轄法院，及適用之法律無關，要非屬於國際私法之本論，國際私法之本論，專包含法律之衝突問題，但其範

圍若何，各家之說不同，茲分述之。

一 商法 涉外關係，在今日國際生活中，泰半爲關於商行爲之法律關係，故國際私法若不討論商法，其研究之範圍，殊嫌過狹。且如我國現行法律，民商合一，國際私法，自包含商法在內，我國學者，雖有認法律適用條例，除第二十二條及二十六條有附帶規定商法外，別無規定，對於商法，殊可從略，須知該條例，不過就國際私法問題約略規定，其未規定者，當由其他法規或法理以求解決。我國商法，漸臻完備，國際私法，關於商法問題，自亦不難研究，故認國際私法，僅係研究民法衝突爲限者，竟無其人矣。

二 民事訴訟法及國際破產法 認國際私法具私法性質者，謂民事訴訟法及國際破產法均爲程序法。有公法性質，不能於國際私法內研究之，以故大陸學者，對於管轄權之衝突問題，多未於國際私法內論及。雖然，目今國際私法之性質，爲公法抑爲私法，尙是議論紛歧，卽認其爲公法，但民事訴訟法爲民商法所必需之助法，國際破產法具有商法性質，宜與民商法之衝突問題，共同討論之，此所以卞耳。羅萊瑞諸氏均以裁判管轄問題，爲國際私法之當然內容而先於實質問題之衝突討論之也。

三 刑法及刑事訴訟法

刑法及刑事訴訟法上之法律衝突問題，應否列入國際私法範圍而與其他衝突問題相提並論，學者間主張有正反二說，主張應列入其內者，如法學者雷內（Laine）等，以為刑法刑訴之問題與其他法律衝突問題，目的雖各不同，但其含有涉外要素而發生衝突則一，故於國際私法中研究之，殊為便利。有主張不應列入其內者，如英美學者過德立（Goodrich）等，以為刑法及刑訴，有關於刑罰權問題，與一國之主權有關，且其規定，往往根據一國之特殊政策，其效力，祇限於本國之領域內，他國無服從之義務，故其性質亦與國際私法之一般衝突問題，迥然不同，自不得併合討論之。「註八」

〔註一〕 此為羅蘭氏所主張。

〔註二〕 此為梅立氏所主張。

〔註三〕 此為雷內（Laine）氏所主張。

〔註四〕 如美國學者下耳、麥拿等是。

〔註五〕 英國學者如罕勃爾塔（Hibbert）魏斯脫立克等均列國籍於國際私法本論之前。

〔註六〕 參見我國法律適用條例第二條。

〔註七〕 Pillet, Traité pratique de Droit, International privé, 1923, P. 310.

【註八】 Goodrich, Conflict of Laws, 1927, P.13.

第二章 國際私法之性質

第一節 國際私法是國際法抑國內法

國際私法之爲法，固無爭議，然其名稱既冠以「國際」二字，究竟是否國際法之一部而與國際公法相對峙，尙無定論。大陸學者，根據國際關係之演進，多有倡論國際私法與國際公法同爲國際法者，其持論固多有奇特玄想之處，要亦未可忽視。英美學者，細察今日國際私法與國際公法之異點，而認其爲國內法之一部。茲爲便於研究計，將雙方所持之理由及其得失，分述如左：

一 國際法學派 此派以法之畢拉、瑞士之衛斯（*Wass*）爲代表，其立論以國家間之法律關係，總分爲二：凡規定國家間之公益而以國家爲主體者爲國際公法，規定國家間之私益而以私人爲主體者爲國際私法。故舉凡關於國家主權、領土種種之衝突問題，屬於國際公法範圍，而關於國家私人間之能力、婚姻、財產等之衝突問題，則統歸屬於國際私法討論之；但不論公的法律關係或私的法律關係，均與國家間有關，故悉屬國際法之領域。「註」雖然，既均認爲國家間之法律關係，殊不當再分公私之別，蓋國家間之法律關係，幾無一而非公益問題，苟以國家私

人間之關係而惹起國際關係，則已變為公益關係，而非私益關係矣。故國際法，僅為國際公法，日本學者山田三良謂國際法實唯一而無公私之別，誠非虛言。〔註二〕

晚近學者，又預料將來國際私法發達之狀態，而認定國際私法將為國際法者，其理論完全根據國際公法之發達史，而推想將來國際私法之趨勢，往昔國際公法亦為內國法之一部，迨後國際關係漸繁，國際社會生活，使一國對於他國，固得行使主權；但同時亦須負擔相當義務，故國際公法亦漸脫離國內法之範圍而具有超國家之性質。當今國際關係益密，國際社會，除欲保護國家自體之權利外，尚須兼及國家間私人之法律關係。今日之國際私法，雖無如國際公法之為國家相互間之行爲規則，然就過去國際公法之歷程觀之，當將有不失為有國際法之性質也。

復有基於國際私法與其他內國法之異點，而謂國際私法為國際法者，蓋國際私法與內國法之目的既異，則其性質自亦不能苟同。前者之目的在解決法律之衝突，而後者則在直接決定法律關係之實質。前者之性質在指定法院管轄權及選擇適用法律，而後者則無此種性質。雖然，國際私法固非直接規定法律關係之實質，而實含有程序法之性質，然內國法之規定程序問題者，比比皆是，自不得以其含程序法性質而謂其非內國法。且國際私法與一般內國法雖有不同

之點，要其與國際公法，更多不同之點，故以其性質與其他法律比較之，與其謂國際法無寧謂內國法也。

二 內國法學派 此派首先發生於英美學者，戴西、施多萊等主張之。「註三」其理論根據約有下列數端：

甲 就「國際」二字字義上言 查國際公法之產生，由於國家間之共同合意行爲，非任一國之自由制定，但國際私法爲一國主權者自由制定，其立法程序，與一般內國法，毫無分別，故兩者之性質亦迥然不一。又就兩者之內容觀之，亦未盡同。國際公法，既發生於國際共同行爲，其內容必然一致，而爲各國所共遵，雖或偶有採取不同之規定，亦不過少數例外。國際私法則反是，其立法既由各國自由制定，其內容自亦因國而異，故同一之法律關係，如能力問題，雖多數國均採屬人法爲準，然大陸法系，則採當事人之本國法主義，而英美法系則採當事人之住所地法主義，此種各自爲用之情形，爲內國法之特徵。今以各國不同之國際私法法規，而稱之爲國際法，就形式言，已名實不相符矣。

以上論據，殊未盡善，蓋國際私法，固由各國主權者自由制定，國際公法雖表面上爲國際社

會對於國家所加束之規例，要非經各國主權者之認可無由使其效力發生於內國也。故英德憲法中，明認國際公法爲內國法之一部，誠非謬也。至國際私法內容之差異，亦不足以難國際法學派，蓋其不同實與國際公法不能完全統一，竟相脗合，特不過程度上之差異而已。今國際之國際私立法，漸形發展，將來統一，自不待言。

乙 就實質上言 國際私法在實質上亦有數點與國際公法不同，其一、爲當事人之差異。國際公法之主體爲國家而非私人，國際私法之主體則爲私人而非國家，雖有時國家亦得爲國際私法之當事人，但決非以國家資格而實在以私人資格爲之也。其二、國際公法之性質在規定國家間權義之實質，國際私法則規定國家管轄權及適用之法律問題，純屬程序法性質。其三、國際公法之目的，在直接處理國際間之法律關係，國際私法則解決內外國人間之法律關係。

按上述理由，似是而非。歐戰以前，國際公法學者，雖均認國家爲國際公法之主體，但戰後此種理論已屬陳腐，國際公法除規定國際間之法律關係外，又有直接規定私人之法律關係者，如無國籍人之權利保障，禁止販賣奴隸，保護婦孺等問題，均以私人爲主體，而以私人間之法律關係爲對象，至兩者之目的，雖略有不同，國際公法爲規定國家間公家之關係，而國際私法爲規定

國際間私人之關係，一爲國與國之直接關係，一爲國與國之間接關係，然其以國家爲媒介而以保護法律關係，固無任何不同也。

丙 就違法與裁判上言 國際公法與國際私法，對於違法之責任，兩者性質上絕對不同。違背國際公法者，對於國際社會負違法責任，違背國際私法者，不負國際之違法責任，誠以國際私法爲內國法故耳。至違法之裁判，兩者亦互不相同。國際公法之制裁機關，則爲國際社會，其方法爲輿論、外交談判、公斷、居中調停、報復或逕以戰爭爲之；國際私法則以內國法院爲裁判機關，其方法一若違背一般內國法之裁判。

關於國際私法之違法責任，雖不涉於國外而生國際上之責任，然內國法院若不妥善行之，往往引起司法之拒却問題（Denial of Justice）。故究其實，國際私法之違法責任，與國際公法之違法責任，兩者有連鎖之關係，不能明定其界限。若謂兩者裁判或違法之糾正方法不同，殊與本質問題無關，不能謂制裁之不同，即推定其性質亦不同也。

上述國際私法爲內國法之理由，既無可採取，則其果爲內國法抑爲國際法耶？余以爲國際私法依照今日情形觀之，當爲內國法而非國際法。其理由：（一）國際公法，因無統一立法機關及

無切實強制執行機關，學者間對於其有無法之性質，尙滋疑竇，則國際私法無能附之爲國際法之理由矣。(一)卽就國際公法之本質言之，歐美諸國，於其憲法中，亦多認爲內國法之一部者，是則國際私法，與其稱爲國際法，不如直認之爲內國法之一部較爲簡確也。

第二節 國際私法是公法抑私法

國際私法名稱中之「私法」二字，係表顯其法爲規定國際私人間之法律關係，並非謂國際私法之本質爲私法也。國際私法究爲公法抑私法，學者間議論叢生。有認爲私法者之言曰：凡定適用範圍之法，均爲實質法，而實質法又必爲私法，國際私法既爲劃分實質法適用界域之法，當爲私法而非公法。認國際私法爲公法者則曰：以定適用範圍之法，認爲實質法，已屬謬誤，故此爲出發點而認國際私法爲私法，自未適當。且凡屬私法，必爲實質法，國際私法既爲規定實質法適用之程序法，自不能與實質法並論爲私法，又國際私法除劃分實質法適用之界域外，復規定各國司法權之管轄範圍，其性質有關於國家之主權，而凡規定國家主權之法律，恆爲公法，故泰半學者，均主國際私法爲公法。

國際私法是公法抑私法問題，殊不能遽就國際私法之內容定其性質，而應先明乎公法與私法之別，而後劃定國際私法之所屬。分別公法與私法之標準，雖有各種，其主要者，不外（一）以法律所保護之利益為標準者，謂凡保護國家公益為目的之法律曰公法，凡保護私人之利益為目的之法律曰私法。（二）以法律關係之當事者為標準者，謂凡法律規定國家與其他公共團體相互間之關係，或國家與人民間之關係者為公法，凡規定人民相互間之關係者為私法，國際私法既非保護國家利益為目的，而國家亦非國際私法之主體，自不能視之為公法，但國際私法，不規定法律關係之實質問題，全認為公法，亦有未妥，故學者如康伍（Kahn）認國際私法為另屬一種之法律，亦有相當理由。

第二節 國際私法是實體法抑程序法

不論任何法律案件，必包含權利之實質及權利之救濟兩問題，例如甲在丙國毆傷乙，乙之身體權受損害，乃發生乙之損害代替權及代替權之如何獲得問題，實體法為於原權利受損害時確定其代替權之性質及範圍之法；程序法為規定代替之如何取得之法。「註四」故民法刑法

稱爲實體法，而民事訴訟法刑事訴訟法稱爲程序法。國際私法不直接規定內外國人間權義之實質問題，而指示某涉外法律關係，管轄權之所屬及適用法律之選擇，既不涉及私人權義之實質範圍，故純粹爲一種程序法。

或曰程序法爲規定如何運用實質法之法，而國際私法係在指定適用何國之實體法，指定之後，仍須依據程序法之規定，方得運用裕如，故國際私法亦不可與程序法同視。此說固有相當理由，惟就一般程序法之內容及性質言之，殊非定論。國際私法除指定適用何種實體法外，尚須首先決定某一涉外法律關係應由何國法院之管轄問題，程序法往往首先規定案件之法院管轄問題，故國際私法與一般程序法同其內容，又程序法之功用，既爲奪到實體法之效用，其性質爲助法，此與國際私法助實體法之運用，無何差異。以故大陸學者對於國際私法是否爲程序法問題，雖尙多懷疑，而英美學者則已確定其爲程序法。

第四節 國際私法是否比較法

一國於制定國際私法之初，往往細察各國內國法之內容，比較其異同，從而定適當之國際

私法之法則，可見國際私法與比較法有密切關係，非假借之，實無由達圓滿之境。但國際私法與比較法二者，不特目的相異，而性質亦各不同，不能目爲一物。比較法之目的，首在探究法律材料之性質，比較各國法律制度之異同，繼而彙謀各國法律之統一；國際私法則僅研究內外國法之異點及其因此而發生之衝突問題，以定其適用之區域，不涉於法律之實質問題。「註五」比較法之統一目的成功愈大，則法律之衝突愈少，而國際私法之範圍亦愈形縮小。二者相互爲用，學者非深諳各國法律之內容，則不能適用國際私法之法則，涉外法律關係自難得妥善之解決也。故認國際私法與比較法有密切相連之關係則可，而認二而一，一而二則不可。「註六」

第五節 準國際私法

準國際私法者，於一國內，有不同之法域存在，於各法域相衝突時爲之選擇某種法律應適用之法規也。其起源發生於意大利之城邦間，如當時之維尼斯、弗勞林斯諸城之人民，往來頻繁，商務繁盛，各地法律之衝突，時有發生，故始有謀解決之道，於是準國際私法尙矣。故其內容與性質，初與國際私法無何差異，英美判例及學者，認法律衝突論，爲解決法域間法律衝突之法規，與

國域無關，故無國際私法與準國際私法之分，惟日本之與臺灣高麗，因該二處有特殊之風俗習慣，其一部份之法律與日本本土大殊，亦有準國際私法之應用。惟自（一）其得有共同之最高主權者及（二）發生法律上衝突時，得設政府機關解決之二點觀之，則彼之所認準國際私法，實與國際私法，非盡相同，故其適用之場合，則爲國內之地方法規衝突而已。

【註一】 Pillet, *Principles de Droit International Privé*, 1903, P. 58; Weiss, *Manuel de Droit International privé*, 1925, P. 6.

【註二】 李倬譯山田三良所著國際私法第九頁。

【註三】 Baty, P. 8; Minor, PP. 2—4.

【註四】 Goodrich, PP. 157—158.

【註五】 Meili, P. 10.

【註六】 Baty, P. 5.

第四章 國際私法之根據

國際私法，乃對於涉外法律關係而定內國法或何者外國法應適用之法規。適用內國法，固爲一國法院之職責，若依國際私法準則而適用外國法，則其理由安在，當須研究。否則，國際私法實無存在之根據矣。對此問題，學者間主張不一，大約不外下列四種：

一 主權說 此說謂內國之所以限制外國法適用者，因其適用之結果，有損害內國主權，但內國法官之依國際私法準則而適用外國法時，並無違反內國或外國主權之嫌，蓋既爲內國法官，其依內國法之規定而適用外國法，本屬職責內之事，換言之，內國之法官適用外國法者，蓋由內國法令而爲之，是實仍適用內國法也。〔註一〕

二 禮讓說 此說創自荷蘭學派，其後英美學者亦宗之，但目下已無人採用。禮讓說之理論，適與主權說相反。其主張略謂，內國法官，因國際私法之規定而適用外國法律，非該法官服從內國主權之職責，蓋一國法律之效力祇限於本國領域，而內國法官絕無適用外國法之義務。適用外國法律係根據國際禮讓之結果，全非義務，法官得有自由裁量取捨之權。此說之不妥，一在

誤認外國法在內國法院之性質爲法律，二在誤執國際禮讓之意義。夫禮讓云者，既無定論，又非必要，國際間祇有權義關係，而無禮讓存在其間，往昔學者凡其所採取之主張無理論上根據時，輒以禮讓二字爲搪塞，故禮讓之說實無可採之處。〔註二〕

三 義務說 此說爲德國學者樸銘靈 (Von Bulmering) 所主張，其意略謂國家間互負有法律上之權義，一國適用外國法，蓋該國負有國際義務而予以讓步之表現也。〔註三〕此說持論新奇，惜無實際根據，故亦無足採取。

四 正義說 此說爲沙維尼等所主張，其意略謂依國際公法，一國加入國際社會後，其人民必與他國人民往來，發生種種內外國人之法律關係，國際私法內規定適用外國法者，卽所以調濟內外國人間之實利也。一國固可由內國法規定不許適用外國法，但其結果，往往自蒙不利，故內國之適用外國法非爲國際禮讓，而爲內國之功利計也。〔註四〕瑞士組立克郡 (Canton of Zurich) 之民法第一條規定云：「內國法對於內外國人均爲適用，但遇特殊場合，外國法可在內國適用，而內國法亦可適用於外國。」

以上諸說，主權說係根據國際私法之主權觀念而生，不免發生搖動，蓋近來主權觀念已失

所據，主權說亦因而發生影響；義務說謂內國法官有適用外國法之義務，亦有背於法律效力不越國境原則；禮讓說爲封建時代之遺說，毫無根據，更不足論；正義說以司法實利爲前提，着重事實，自較適當。

【註一】參見 Gierke, Deutsches Privatrecht, P. 212; Meili, P. 137.

【註二】 Cheshire, P. 6; Goodrich, PP. 7—8.

【註三】“Das Völkerecht” in the Handbook of Marquardsen, P. 208.

【註四】 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, viii, 1849, PP. 27, 29; Wharton, A Treatise on the Conflict of Laws, 3rd ed, 1905, ss. 1a, 2, 3.

第五章 國際私法之演成

研究國際私法，探索其歷史之起源，實爲必要之捷徑。「註一」大陸法系諸國幾莫不以羅馬法爲母法，國際私法雖實質上並無受羅馬法如何影響，然中世紀學者將國際私法之論據，與羅馬法之原則比擬，此實大謬。「註二」羅馬法包含市民法(Jus Civile)及萬民法(Jus Gentium)兩種法律，前者僅適用於羅馬原有市民，與國際私法不相關；後者爲適用於外國人間及羅馬市民與外國人之法律關係，其性質屬於實體法，與國際私法爲適用法則者不同，非足爲國際私法之淵源。其後羅馬市民之範圍擴大，而萬民法進步之速，幾有代市民法適用之趨勢，自更無國際私法之性質矣，且其時羅馬勢駕列國，虎視一切，不認國家平等原則，不論內外國人間法律關係或異國人間法律關係，不准當事者適用本國法，在此絕對屬地主義之下，既不認外國人之權利享有，國際私法當然無從發生。

至古代希臘，自以爲天定優越民族，以保護各國人民之利益爲目的，認國家間政治平等原則，圖設國際仲裁法庭，然此種保護外國人之思想，純係發生於宗教觀念，蓋當時希臘民族認國

家由神保護，是對於外國人之歧視虐待，即爲褻瀆神命，故其觀念本無哲理上之根據也。

第一節 屬人法時代

國際私法之認爲科學，雖始於中世紀末葉之意法學者，其實際起源，當在中世紀之日耳曼民族。紀元後約第五世紀中葉，西羅馬亡，日耳曼人代興，其時因除沙蒙一朝外（Reign of Charlemagne）並無強盛統一政府，兼之日耳曼民族酷好自由，各民族不論民刑案件，悉聽諸各別之固有法律支配，雖在同一統治者之下，日耳曼（German）民族依日耳曼法，法蘭克（Frank）民族依法蘭克法，拉丁（Latin）民族依羅馬法。甚如阿格巴生（Bishop Agobard）主教致羅狄（Ludwig the Pious）函內所云：「五人行坐，各受制於不同法律。」〔註三〕故學者稱其時爲「種族法時代」或「屬人法時代」。瑞士學者梅立規定種族法之結果曰：「私的關係，依父之系統爲準則，妻從夫法，寡婦回屬其出生法（Law of Birth），契約依各當事人之出生法，繼承依死亡者之宗族法，侵權行爲依被害者之出生法。」〔註四〕

由此觀之，種族法影響於國際私法中之屬人法，使其於某種法律關係有相當之適用，自不

能否認，例如「繼承依死亡者之宗族法」，頗與國際私法之「繼承依被繼承者之本國法」原則相髣髴，「妻從夫法」在現在國際私法，雖非一般原則，但各國立法例，尙有採用之者。

第二節 屬地法時代

第九世紀後，各民族互相同化，發生共同之風俗習慣，同時封建制度興，國家領土觀念亦因之改變，土地占一切物中之最要部份，不論王侯庶民，均因土地權利之分配，而公私法上之權義以定，故不論人或物，一入特定領域，即絕對屬該領域之法律支配，因之其他法律，亦即無由在同一領域發生效力，是法律與土地有不可分離之關係。昔之屬人法主義由是一變而爲屬地法主義矣。但屬地法主義之絕對施行，常使內外國人之交往不便，故自第十世紀始，學者則深切研究國際私法，所以謀解決上述之困難，國際私法之爲一種科學，因此確定。

第三節 意大利派時代

自第十世紀以後，封建制度正盛行於德法諸國之時，而意大利之自由都市已紛紛成立，至

第十二世紀，此種都市悉已完全獨立自治，頒行市政條例，稱曰「法則」(Statuta)，此種法則之內容，恆因各都市之風俗習慣，互有出入，故其規定不獨都市間不同，即與普通所行之羅馬法，亦有差異。此種都市面積雖小，大都却因建設於商業之上，交往頻繁，乃各都市頒行之法則，之間不免引起衝突，即各法則與羅馬法間亦難免發生同樣問題，於是^{有三種問題矣}：第一、法則與羅馬法衝突之處是否有效；第二、如認為有效，則法則與羅馬法各別適用之範圍，應如何劃分；第三、都市法則相互間之衝突應如何解決之。「註五」解決上述問題，當時意大利學者，大都主張應以顧全各都市間之共同利益為主，故為實現此種目的起見，即適用他領域上之法律，亦可認許，法則區別，說即源於此。

法則區別說，為卜塔路斯所首倡，卜氏觀當時之法律衝突問題不外兩種：其一為通行之羅馬法與各都市習慣法之衝突；其一為各都市習慣法互相間之衝突。關於前者，卜氏引用羅馬法上特別法強於普通法原則，主張應適用各都市之習慣法；關於後者，卜氏分都市間一切法律為人法(Statuta Personalia)及物法(Statuta Realia)兩種。人法以適用人之住所地法為原則；物法以適用物之所在地法為原則。「註六」故某種衝突，如係物之關係，則適用該物之所在地法，

如係人之關係，則視人之法律行為之性質而定其適用之準據法。此外卜氏復釐定二問題，為適用法則之根據：

(一) 某地之法律，對於不屬其地之人，能否適用；

(二) 某地法律之效力，能否及於其地之外。

關於第一問題，卜氏曾謂(一)權利能力及行為能力問題不必依據契約地法；(二)依契約當時之情形，能生效力之契約依契約地法；(三)法律行為之方式，依行為地法；(四)行為之限制，依法庭地法，但已指明履行地者依履行地法；(五)關於繼承之衝突，(A)無遺囑之繼承，依物之所在地法，(B)關於遺囑處分能力之實質範圍，對於外國人不適用地方法則(Local law)；(C)關於遺囑執行之方式，依行為地法；(六)物權依物之所在地法；(七)訴訟程序依訴訟地法。

關於第二問題，據卜氏之意，於下列諸事，一國之法律有域外之效力：(一)禁止人為有某種行為能力之法則，如認為於其人有利益者，其效力能及於國土之外，換言之，一國限制人之行為諸法則，若對其人為有利益者，則其人雖在國外，仍得適用於其身上；反之，該法則若對其人為不利益者，則其人一越本國領域，即不能適用於其身上；(二)財產繼承權，依財產所在地法，故如意

國人有財產於英國而死亡於其本國，對於該財產之誰有繼承權問題，應依英國法。〔註七〕

卜氏學說，不重法律關係之本質而重法律自體之分析，殊為不當，蓋法律關係，不能一切僅以人法物法包括之，且判斷何者屬人法何者屬物法，又感困難。〔註八〕例如繼承，由繼承本身觀之，則應從人法，而由繼承財產言之，則應從物法。雖然，卜氏之原則，亦有不可湮滅之貢獻，其重要者，如不動產依物之所在地法，人之身分能力依屬人法，法律行為之方法依行為地法等，近世國際私法，仍持為金科玉律。

繼卜氏學說者以意大利白特斯 (Baldus) 及薩立西塔 (Salicet) 為最著名，此二人在荷蘭學派勃興之前，其學說最有影響於整個的法學。白氏生於一三二七年至一四〇〇年間，絕對主張未成年人或其他無行為能力人，在外國不能成立有效的法律關係。薩氏生於一三六三年至一四一二年間，主張（一）契約締結地法為契約之適用法；（二）夫對於妻之遺產繼承權問題，依夫婦之最後婚姻住所地法；（三）財產繼承問題，依死者之住所地法。〔註九〕

第四節 法蘭西學派

當第十六世紀，歐洲學術中心，已由意大利漸移於法蘭西，法爲一封建制度盛行之國，屬地法適用於其領域內之一切法律關係，於是各地方間之特殊習慣，不免時有衝突，而使各方人民便於交往起見，此種衝突，有賴乎意大利法則學說之輸入而解決之，此所以國際私法盛行於當時之法國也。其時最享盛名者有杜穆林（Dumoulin 1500-1566）及阿根德理（Argentré 1519-1590）二人。杜氏爲一律師而兼大學教授，嘗謀法國內國法之統一，而爲具有遠大目光之國際主義者，其所倡學說，多襲意大利學派，但其區別人法物法之適用，殊較卜氏詳晰。杜氏認人法從人，其效力能及於本國領域外之內國人，物法從物，不論所有人爲內國人抑外國人，悉依法之所在地法爲原則。法律行爲之方式，仍遵卜氏之說，依行爲發生地法，如關於契約、判決、遺產及其他一切各書，依作成地法是。契約之實質要件及效力，杜氏以爲遵卜氏主張依契約地締結地法，殊嫌過廣，故應依契約當事人之意志定其應適用之法律，當事人無明白表意時，應以各種事實爲根據推測其默示之意思，如結婚契約當事人未規定其準據法時，推定應依締約時夫之住所地法是。〔註10〕

阿氏學說又與杜氏不同，彼爲一史家兼法家，認意大利派學說完全錯誤，而主張一切法律

行爲可歸納於下列三種公式：(一)內國法得能適用於國內之一切法律行爲；(二)但有時內國法附隨於人，其效力亦能及於國外；(三)外國屬人法與內國屬地法衝突時，從屬地法。第一公式係規定關於物之關係，故爲物法；第二公式係規定人之關係，故爲人法；第三公式係規定關於人及物之共同關係，故爲混合法(Statuta mixta)。[註11]例如：依外國屬人法之未成年人欲在內國轉讓不動產時，則適用不動產所在地法，其理由：蓋阿氏認第一公式爲原則，凡法律行爲均是屬地的應適用屬地法第二公式爲例外，認關於人之能力問題則可依人之屬人法，然如無能力之外國人轉讓內國不動產等問題，雖有牽及於能力問題，其本身實屬不動產之處分問題，自以適用上述原則爲主，故仍依物法爲準據。

杜阿二氏學說，均受各別政治思想之影響，杜氏主張國內各處之法律，均具同等價值，阿氏主張聯省自主，爲絕對屬地主義之先驅，其時法國之封建制度，漸形崩潰，故阿氏學說在法國未占優勢，然其影響於荷比學者及後世英美屬地主義學者，誠非淺鮮。

第五節 荷比學派

十七世紀之荷比學派，係繼十六世紀法國學派而興，當時學者如樸根達（Burgardus

1586-1649）葛拉斯丁尼（Christinaeus 1543-1631）羅頂堡（Rodenburg 1618-1668）赫白

爾（Huber 1633-1711）等均為該派之代表，而其中最為貢獻者首推赫氏。赫氏主張一國之法律，在其境內，不論內外國人，絕對有效，但並無域外效力，是甲國之法官，無適用乙國法律之義務，但有時因國際交往及禮讓，在不牴觸本國主權及本國臣民之利益範圍內者得適用外國法，故赫氏雖認法律行為之效力依行為地法，人之品質依其住所地法，關於不動產之法律行為依不動產所在地法，均為絕對屬地主義原則之例外。註一二其所以原則上禁止適用外國法者，蓋有二因：（一）各自治團體法律均有獨立之主權，自無遵守外國法之義務；（二）內國適用外國法，自未免有侵害內國主權之嫌，此種理由，法律上即認為正當，實際上，則不能不略為變通。如能力身分問題，若絕對採內國法，往往反覺不善，因此赫氏認此種場合亦須適用外國法，但其適用之理由，非謂外國法當然能適用於內國之外國人，不過為國際禮讓故耳。

荷比學者，其學說雖各有不同，大都不外乎下列諸點：（一）國際私法為國際公法之一部，各自治團體既為法律上之主權者，無服守外國法之責；（二）應用外國法，係一國根據國際禮讓之

自動行爲；(三)關於人之身分依人之本地法(Local Law) [註111]

荷比學說，雖有人謂能排除國際私法發達之一切阻礙，其實不獨不能促進國際私法之進步，且適足以使其退步，其所持之禮讓主義，仍爲目今有數之英美學者所崇奉，影響於國際私法之前途，未可忽視。

第六節 德國學派

第十六十七世紀，荷蘭學派之在德國者多尊法則區別說，當時德帝國最高法院，關於國際私法，採用下列三原則：(一)關於人的事項，法律的效力，限於本國領域內，故決定處分物之能力問題，不依所有人之住所地法，而依物之所在地法；(二)關於物的權利，專依物之所在地法，故財產繼承，不依被繼承人之住所地法而依物之所在地法，但關於動產則採「動產從人」之原則；(三)依照行爲地法所定方式之法律行爲，無論何處，均當視爲有效。由此觀之，德意志學派之說，亦分法規爲人法物法，混合法三種。[註一四]

第七節 英美學派

當歐洲學者盛行研究國際私法之時，英國因地處西陲，與大陸本土，以海爲隔，且以盎格羅薩克遜（Anglo-Saxon）民族與拿曼（Norman）人之同化，國內法律早臻統一，故其普通法（Common Law）及其補充適用之成文法（Statute Law）內，關於國際私法之法則，當付闕如，依雷內（Laine）調查，降至一七九三年斯克滿沙案（Scrimshire vs. Scrimshire）發生，始知有適用外國法之需要。「註一五」嗣後海軍法院及教會法院時有適用外國法，英國學者，往荷蘭留學亦漸增加，兼之威廉第三（William III 1650-1702）一方爲英國元首同時又爲荷蘭之七州都督，故荷蘭學說，亦漸次輸入英國。但據魏斯脫立克所云，當時英國採取荷蘭學說亦有相當範圍，並未將其全部輸入，僅就其與英國內國立法原則不相衝突者採用之，其最先採取者，卽物權依物之所在地法之原則，蓋英國本採屬地主義者，上述法則，適與屬地主義相脗合，至於身分能力之依屬人法原則，因反英國之主義，故未採用。「註一六」

美國向採英國法系，故其國際私法之學說，亦承襲荷比學派，施多萊氏爲美國最先研究國際私法者，其主義多譯述荷蘭赫氏學說。「註一七」並無任何特殊貢獻，其所持之原則，亦惟有三點：
（一）根據主權觀念，一國法律在本國領域內，不論內外國人，不論何種之法律關係，有絕對支配

力；(二)根據各國之主權平等觀念則一國法律之效力，不能支配本國領域外之人及物；(三)根據國際禮讓觀念，甲國之法律因乙國之禮讓表示，或可及於乙國領域內，故一國法律之涉外效力，純係出於被動之結果，非當然可適用於外國也。〔註一八〕此種禮讓觀念，阻礙英美學派之進步至大，數十年來，英美學者，自知深冒不韙，故判例中亦多無採取之矣。

第八節 瑞士學派

瑞士之國際私法，開始於氏族法 (Race Law) 當封建時代，其規定亦多屬屬地主義之法律，以其國內研究國際私法者甚少，其尙足以代表者惟盧耶 (Jen)一人。盧氏主張：(一)關於物之事項，依物之所在地法；(二)人之能力身分，依人之住所地法；(三)法律行為依事實發生地法；(四)法律行為之方式依行為地法。〔註一九〕

第九節 新法國學派

法則區別說在十九世紀，雖呈衰頹之象，然十八世紀之新法國學派，曾竭力稍改其原則而

謀拓展，當時學者如福羅蘭（Froland）包來拿（Boullenois）輩，首對阿根德理之以屬地主義原則加以攻擊，認物爲人而設，人法勝於物法，故對於人的法則及物的法則不能辨別時，當視爲人的法則，而適用屬人法，其所持之原則，大約根據下列諸點：（一）一切法律，可分爲人法物法兩類；（二）人法爲原則，物法爲例外；（三）物法爲封建制度之結果，人法爲正義之要求，由是物法之範圍逐漸縮小而人法之適用日廣。〔註二〇〕

福包諸氏學者，影響於法國民法之編纂甚大，其第三條規定三大原則：（一）警察及公安之法律，支配域內之一切人民；（二）不動產依法國法，雖爲外國人所有者亦然；（三）關於身分及能力之法律，適用於一切法國人，即法國人在外國亦然，此即承認以屬人法爲原則而以屬地法爲例外也。但此所謂屬人法係指當事人之本國法，而非住所地法。

第十節 新德國學派

法則三分說，本爲德意志之習慣法，迨至十九世紀，學者漸覺其非，從而爲新學說之探求，一八三〇年伊西霍氏（Eichhorn）始倡既得權說，認內國之所以有時適用外國法者，乃所以謀

國際貿易之發達，藉保護當事人之既得權利也。註二惟既得權應依何種法律而取得，殊欠明確，故多有非議之者。伊氏之後，學者輩出，茲將其著名者之學說略述如次：

一 **薛福納**(Schaeffner) 一八四一年薛氏著「國際私法之沿革」一書，其中多抨擊各

派學說之非，而自倡法律關係發生地說，主張一切法律關係，依關係發生地之法律決之。註二二例如法律行爲之方式，依行爲地法，人之權利能力及行爲能力，依人之繼續住所地法，關於全部或概括財產之法律關係，依所有人之向來住所地法，關於各別不動產之法律關係，依物之所在地法，法律行爲之實質，不設一般原則，而依各種情形，異其規定。

薛氏之說，雖爲當時學者所推重，實則適用之際，時感困難，未臻盡善，例如契約，依薛氏之說，應依契約發生地之法律，但若契約者與承諾者處於二種不同之法域時，是二處均爲法律關係發生地，何者應用，殊難解決，此所以有人譏其說與伊氏之既得權說同少真詮也。

二 **華西特爾** 華氏曾著「私法衝突論」一書，評當代各說甚詳，自揭三大原則，爲解決法律衝突問題之標準：(一)法官之職責，在決定內國之實質法，是否關於某法律衝突問題，是否有明文規定，倘有明文規定，當適用其規定；(二)倘無明文規定時，法官當研究內國法之精神及

動向以決定是否應適用外國法；(三)倘據內國實質法之精神及動向有疑義時，則概適用內國法。〔註二二〕

若認法律衝突法則，爲內國法之一部，一國法官，依其內國法之明文規定從而解決衝突問題，理所當然，惟華氏之第二第三原則，殊係根據謬誤之概念，關於第二原則，僅言倘未有明文規定時，當研究法律之精神及動向，從而定其是否適用外國法，但並未言及應依何標準解釋法律之精神及動向，其結果庶不免同一之法律衝突問題，因法官之主見不同而異其適用之法律，第三原則，認法律精神及動向有疑義時概從內國法，是不啻內外國法有優劣之分而認內國法優於外國法，結果，不免予國際交往以極大阻礙。且如此可與法官以疑義爲口實，不究實在應否適用外國法而概從內國法。

三 沙維尼

沙氏爲一國際私法之革新家，其所著「現代羅馬法系統論」一書，累編浩帙，一掃以前各家之誤點，異軍突起，獨樹一幟。夫沙氏以前學說，多發生於「獨立主權」之根本觀念，由此觀念，即發生屬地主義及禮讓主義。前者認一國法律在本國領域內有完全支配力，而同時亦以本國領域爲限，其效力不能及於外國；後者認外國法之例外適用，爲內國之恩惠行

爲，並非義務或必需之行爲。沙氏則以爲上述二主義，均屬謬誤，蓋國家互相間既爲平等，則各國之法律，自亦平等，固無軒輊可分，國家間有共同利益，以達到共同利益爲目的，必須適用外國法，理所必趨，故不能以法律衝突問題，以適用內國法爲主，而以適用外國法爲國際禮讓解也。沙氏因倡法律本座說 (Seat)，其意認法律衝突問題，應依法律關係之本質，以定其所應據之法律，換言之，即應依本質所在地法也。〔註二四〕例如：身分繼承問題，其本座在住所，故當依住所地法，不動產之本座在所在地，故當依所在地法，契約之本座在履行地，故當依履行地法。

沙氏雖主張適用外國法，爲各國人民間相互的共同利益所必要，內外國法固無優劣之分，但有兩種情形，應認作爲法律關係本座說之例外。於此情形，雖依本座說之結果，應依外國法，但仍須依內國法，即（一）強行性質之法律，往往係根據內國社會上道德上經濟上之特殊理由，應絕對適用內國法，例如歐洲各國多採一夫一妻主義，爲土耳其人之妾，在採一夫一妻制之基督教國，不能受法律上身分之保障；（二）外國某種法律制度爲內國所不承認者，在內國不能爲法律上之請求。〔註二五〕故若奴隸制度，監禁僕役制度等，縱使就其法律關係之性質，當依外國法，然因內國否認其制度，該外國法絕對不能適用。

沙氏所主張之內外國法平等原則及法律關係本座說，實與國際私法有莫大貢獻，即降及近世，若美學者麥拿 (Minor) 仍因襲沙氏之本座說，而爲其所著「法律之牴觸」一書分章之標準，而當時學者若巴爾 (Von Bar) 亦甚推重其說。〔註二六〕雖然，巴氏學說與沙氏學說亦有根本不同之點，沙氏主張首先推究法律關係本座之所在，從而定適用之準據法；而巴氏則主張應根據國際交往之必要，探求各國法律關係之真相，就事物之性質，定適用之準據法則。例如身分問題，沙氏以爲身分之本座在住所地，故應依當事人之住所地法，而巴氏則先研究身分之性質，以爲當事人所屬之本國，爲最有關係，且最易遵守，故主張當依當事人之本國法。

巴氏學說，所以補沙氏學說之不足，後世之人，以巴氏與沙氏並稱，亦無不當。

第十一節 新意大利學派

繼新德意志學派唯「國法主義者」有新意大利學派，蓋當十八世紀末葉，意大利民族，尙未統一，不能有國際公法上主體之資格，才志尼者 (Mazzini)，首倡民族統一之說，凡隸於同一民族之人，不論往至何處，仍當遵守其民族固有之法律，然有違反其國之公共秩序善良風

俗時，則視爲例外，仍適用內國法律。比國學者羅蘭，以馬氏學說爲張本，於一八八〇年著「國際民法論」一書，認人格附於國籍，不能分離，既認外國人之人格，則關於規定外國人人格之法律，亦當承認，故凡關於身分、繼承、家屬問題，應依當事人之本國法。〔註二七〕

新意大利學派，以本國法之適用爲根本原則，是不獨絕對推翻荷比學派所倡之屬地主權原則，且以民族主義爲出發點，認本國法爲屬人法，實亦推翻沙氏以住所地法爲屬人法之主張。雖然，其學說尙不能認爲純潔無瑕，蓋認「本國法」爲國際私法之惟一原則，不獨學理上失之過狹，卽於情理上亦嫌未合。蓋國際私法，因法律關係之性質互歧，其原則，非僅一種，若不動產依所在地法律行爲方式依行爲地法，均原則也，而本國法不過其中之一而已；且馬氏所認之公共秩序善良風俗，未有定界，其意義殊過浮輕，難於適從，如甲國以爲某種規定有關於公共秩序者，乙國未必亦然，此所以新意大利派亦不能自圓其說也。〔註二八〕

第十二節 新英美學派

英美學派，因受荷比學派國際禮讓主義之影響，其於國際私法，殊無多大貢獻；但自沙維尼

之書問世後，英美學者對於國際禮讓之意義，予以新解釋，然研究者少，國際私法不能盡量發展，致其學說多摭拾歐洲學者之唾餘，耿耿不忘於昔日歐洲屬地主義思想，此所以目今之英美學派，與大陸學派，多持背馳之主張也。

英美學派中，首推施多萊氏，對於國際私法有深刻之研究，施氏深受沙維尼學說影響，謂國際禮讓云者，乃一國法官之適用外國法，非係根據國際之好意，有自由裁量之權，而實為正義之要求，不得不適用之耳。〔註二九〕

與施氏同稱為英美國際私法泰斗者，有戴西氏，戴氏係英國牛津大學教授，曾倡既得權說，謂凡依文明國家法律所適當取得之權利，內國皆當承認且執行之；但遇下列情形之一時，不在此限：（一）如與有域外效力之英國成文法牴觸時；（二）如有背於英國立法政策及公共制度時；（三）如有與英國主權之存在衝突時。〔註三〇〕戴氏既得權說，於國際私法有相當貢獻，固不可否認，然仍不免陷於循環論法之弊，蓋既得權果依何法而確定，尙未說明，是亦無補於實際也。

前已述及，英美學派與歐陸學派，未能盡同，其不同之點，約有下列數端：（一）英美派承封建主義之餘蔭，其適用屬地法之範圍較廣，歐陸派則以屬人法之範圍較廣；（二）英美派視國際私

法爲國內法之一部，歐陸派則視之爲國際法之一支；（三）英美派以住所地法爲屬人法，歐陸派則以本國法爲屬人法。

第十三節 晚近之國際私法學派

晚近國際私法之學說及立法，皆承襲已往學者之理論，殊無特殊進展可言，姑就其比較重要者，得有德學者徐德爾曼（Zitelmann）及法學者畢拉二氏焉。

徐氏著有「國際私法」一書，爲十九世紀末葉法學大儒，分國際私法爲超國家的國際私法與國內的國際私法兩種。其研究方法，以各種權利之性質爲中心，分別定其應適用之法律，氏謂國際私法問題，雖甚複雜，要言之，無非爲對於何種法律關係，應適用何國之法律而已，實則即當事人能否向相對人主張其權利之問題。例如甲國人被乙國人因債務起訴時，其所應解決問題，即該甲國人能否主張依其本國法賦予之權利或抗辯是。故國際私法乃決定當事者之權利問題之法則，但其法律關係之發生，係涉於內外國人間，故有超國家的國際私法之適用。

爲決定適用法律基礎之權利，依徐氏主張，大別之爲三：其一、爲支配保護人身之權利，應依

被支配者或被保護者之屬人法，蓋凡人身問題，不論其人至何處所，皆有服從其內國法之義務，亦卽有被內國法保護之權利也。其二、爲支配物權之權利，應依物之所在地國之領土法，蓋國際私法既承認領土主權觀念，則凡在內國領土之物，自無受外國法支配或保護之理。其三、爲關於不屬以上兩種之權利，應依主張其權利時領土所屬國之法律，如智能權、人格權以及一切無形財產權，當依其權利所以成立之法律是。

徐氏深知欲以超國家的國際私法原則，用之於一切涉外法律關係，勢所不能，故主張常法律發生牴觸之時，應先從國內的國際私法解決之，換言之，對於何種涉外之法律關係，如內國法已有明文規定或習慣法存在時，法官首宜遵從之。倘無相當規定，然後依超國家的國際法之原則解決之，故超國家的國際私法，爲國內的國際私法之補充法。

徐氏分別權利之性質，而推求適用之準據法，與沙維尼等之根據法律關係之性質以定適用之法律，同出一轍，非爲創見，其目的雖欲使國際私法置於國際法範圍內，藉謀將來國際私法之統一，此不過僅闢法律哲學上之新見解，其未深合現實國際私法之本質，固亦爲徐氏所知也。

畢氏學說與徐氏並駕齊驅，氏首倡法律之社會目的論，謂法律之社會目的，爲解決法律衝突問題之要鍵，欲知法律之社會目的，當先知法律之性質若何。法律之性質可分爲永久性的及普遍性的兩種：前者爲屬人法；後者爲屬地法。屬人法附著於人，不但能支配內國人，且能追隨其人於本國領域外，使其仍有遵守之義務；屬地法於一國領域內之事或物，均有完全支配之權力，然僅以本國領域爲限，不能有域外效力，凡對於涉外之法律關係，往往不能將此兩種性質之法律，同時保持，不然兩者必生牴觸。蓋永久性之法律，對於本國人民在外國者，亦能發生效力，必將與他國之普遍性法律相衝突。在此場合，必去其一，方得解決，取捨之標準維何，曰：法律之社會目的。已社會目的云者，法律存在之根據也。如社會目的，在保護一般的社會利益，則適用具普遍性質之屬地法，如社會目的，在保護私人之利益，則必須適用具永久性之屬人法，始克有效。故依畢氏主張，何種法律關係之應適用何種準據法，當以社會之目的爲依歸。

畢氏之說，驟視之殊爲新奇，實則與沙維尼之主張，無甚差異。惟沙氏以事物之性質爲決定適用法律之根據，而畢氏以社會目的爲本，決定適用之法律，此爲其不同之點。

〔註一〕關於國際私法史的研究，英美學者間，除卡耳威雪爾（Cheshire）之著述略有述及者外，餘均未予討論。

大陸學者如 Laine, Introduction on droit international privé; Laurent, Droit civil international; Weiss, Manuel de droit international privé; Arminzon, Précis de droit, international privé 均有論述。

【註一】參見 Meili, P. 51.

【註二】 Savigny, The Conflict of Laws, Guthrie's translation vol 1, c. 3; Gibbon, Decline and Fall of the Roman Empire, Ch. 38.

【註三】 Meili, P. 60.

【註四】 Meili, P. 62.

【註五】 Pillet, Manuel de Droit International privé, ii P. 339.

【註六】參見 Meili, PP. 63—66.

【註七】 Beale, A Treatise on Conflict of Laws; P. 26; Cheshire, P. 32.

【註八】參見 Meili, P. 69.

【註九】參見 Meili, PP. 74—75.

【註一〇】參見 Meili, PP. 71—72.

【註一一】參見 Meili, PP. 79—80.

- [註一三] 參見 Meili, P. 76.
 [註一四] 參見 Meili, PP. 80—81.
 [註一五] Haggard's Consistory R ports, P. 207.
 [註一六] Westlake, PP. 8—9, 20.
 [註一七] 23 Journal de Droit International, P. 486.
 [註一八] 參見 Cheshire, P. 34.
 [註一九] 參見 Meili, P. 86.
 [註二〇] 參見 Meili, P. 87.
 [註二一] Eichorn, Das Privatrecht, S. 27.
 [註二二] 參見 Meili, P. 90.
 [註二三] 參見 Meili, P. 91.
 [註二四] Savigny, S. 348.
 [註二五] Savigny, S. 349.
 [註二六] Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrecht, 1889, P. 25.
 [註二七] Laurent, Le droit civil international, I. S. 162.

【註二八】 Baty, P. 170; Weiss, *Manuel de droit international privé*, p. 577.

【註二九】 Story, S. 35.

【註三〇】 Dicey, PP. 17, 25.

【註三一】 Beale, *A Treatise on Conflict of Laws*, P. 98; Meili, PP. 98—99.

第六章 國際私法之立法沿革

第一節 國內立法之沿革

國際私法之國內立法沿革，可分為實質上的沿革與形式上的沿革二種：

一 實質上的沿革 國際私法在十八世紀之前，足供學術上之探討其載於法典者，爲一八〇三年法國民法之前加編第三條，此後歐洲各國，漸次仿倣，如一八二九年之荷蘭法例，規定六條；一八六五年之意國民法法例，規定七條；一八六八年之葡萄牙民法，規定六條；一八八九年之西班牙民法，規定四條；降至近代，內外國人交往更繁，規定自亦較詳，故一八九九年德國民法施行法中，竟規定至二十五條之多。一八九八年之日本法例亦有二十八條，我國仿日本法例，一九一四年之法律適用條例，規定二十七條，其後中外貿易益多，法律適用條例，不過規定其大概，且其中格於事實難於實行者甚多，將來之修改，實不容緩。

二 形式上的沿革 形式上之沿革云者，即國際私法在內國法中編列之沿革也。考各國對於國際私法之編列，殊不一致，法國民法，揭國際私法之原則，於前加編第三條，其他各國有仿

法國例者，有將其原則列於民法中者，但一八二九年之荷蘭法典，則將國際私法規定與民法分離，而成爲單行法規。其後意大利瑞士日本等國皆仿效之，我國法律適用條例，亦爲民法之特別法，實與日本之法例相髣髴。但德國則將國際私法規則，規定於民事施行法中，與各國之立法例又不相同。

第二節 國際立法之沿革

學者恆以現實國際私法原則，因國而異，不能謂爲共同共有之法律，其結果往往對於同一法律關係，因當事者或地域之不同而異其解決，失法律之穩固性，故多主張苟不能將各國之內國法，去其異點，而規定統一之民商法，亦宜設法將各國國際私法原則作劃一共同之規定。於是關於國際私法之國際會議，自一八七八年利馬 (Lima Conference) 會議以後，迭次召集議訂條約，冀以國際立法程序，謀國際私法原則之統一。

一 利馬會議 南美諸國，欲謀國際私法原則之統一，於一八七八年由秘魯政府之動議，召集南美維尼瑞拉、厄瓜多爾、玻拉維亞、考斯塔立哥、阿根廷、智利等七國，開會於其首都利馬，討

論關於國際私法、訴訟法及刑法等條約議案，當議決條約案八章，都六十條，規定人之身分、能力、財產、婚姻、繼承、法律行為、管轄、判決之執行等問題。

二 蒙特維地會議 (Montevideo Conference) 於一八八八年至一八八九年間由阿根廷及烏拉圭二國發起，開會於烏拉圭首都蒙特維地，會中設四委員會，第一民法，第二商法，第三刑法，第四訴訟法，著作權、發明及商標。結果，締結民商法、訴訟法、著作權法、刑法、商標法、特許法等條例多種。

三 第一次全美會議 (First Pan-American Conference) 蒙特維地會議對於南美諸國國際私法之統一，甚有成效，於是於一八九一年由美國發起，召集南美及中美各國，開第一次全美會議於其首都華盛頓，其後每二年繼續開會一次，其討論範圍甚廣，除國際私法之外，兼及財政、經濟、交通等問題。

四 第二次全美會議 (Second Pan-American Conference) 第二次全美會議，於一九〇〇年至一九〇一年繼第一次全美會議而開，故進而研究國際私法與公法之統一問題，惟其目的過於廣泛，致實際無何結果。

五 第一次海牙會議 歐洲列國，觀全美會議之結果，遂亦努力於國際私法統一會議，一

八九二年，荷蘭政府，以其國法學家何塞（Asser）氏之督促，邀請歐洲各國，開第一次國際私法會議於海牙。當時列席者有奧匈、德、俄、法、瑞士、比、意、西班牙、葡萄牙、羅馬尼亞、盧森堡、丹麥、荷蘭等十三國，討論婚姻、民事訴訟法、繼承遺囑等主要問題。

六 第二次海牙會議 一八九六年開第二次海牙會議，列席者除第一次海牙會議各國外，又加入瑞典、挪威二國，議決關於婚姻、離婚、監護、民事訴訟、破產、繼承等草約數十條。惟其後經各國批准者，僅民事訴訟法而已。

七 第三次海牙會議 一九〇〇年開第三次海牙會議，繼續討論婚姻、離婚、監護、繼承等問題，結果除繼承法外，其他草約，經多數會員各國同意批准。

八 第四次海牙會議 一九〇四年開第四次海牙會議，其議程係於一八九四年所批准各草約重行討論。決議：民事訴訟法、繼承、破產、夫婦財產身分、禁治產等草約數十條，其中除民事訴訟法經全部批准外，其他僅批准其一部份。日本法例，因摹仿歐洲大陸主義，故亦曾列席此次會議。

其後於一九二五年開第五次海牙會議，一九二八年開第六次海牙會議，均無甚結果，無詳述之必要，姑從略。

國際私法之國際立法，雖經多次國際會議，締結數次國際條約，但成效極微，去國際私法原則之統一時期尙遠。觀其所以如此困難者，厥有數因：（一）法律爲環境之產物，一國之法律，恆隨其國之歷史、風俗、習慣背景而定，國際私法之性質，果認爲內國法之一部，自亦不能脫離一國特殊環境之影響，欲以共同之國際私法原則，應用於各別不同之環境中，自非易事。例如歐洲單一國家悉採本國法爲屬人法，而在複合國若英美，因其國無統一之法域，自非採住所地法爲屬人法不可；（二）因各國之自私觀念，往往以爲本國所規定之國際私法，較他國爲優，故不願放棄其本國之規定而採用統一之原則；（三）各國之文明程度不等，同一之國際私法原則，適用於文明不等之各國，自不免有格格不相入之虞。故此大國際會議草約，經各國全部批准者，爲數甚少。

通論

第一章 國際私法之淵源

國際私法之淵源，即國際私法由來之謂也。法律之成立，莫不各有其淵源，國際私法既爲法律，故亦有所由來，茲將其淵源臚述如左：

一 成文法 成文法，包括憲法，法規，法令三種，悉爲國際私法之淵源，蓋法律之成立爲漸進的而非驟然的，故前法往往爲後法之淵源。不獨內國法爲國際私法之淵源，即外國法亦可爲其淵源。如日本之舊法例爲現行法例之淵源，而我國之法律適用條例，又以日本之現行法例爲淵源，即其例也。查成文法之所以爲國際私法之淵源者，在立法者方面言，國際私法既爲決定何國實質法應適用之法規，則其制定國際私法之前，當先考察內外實質法之異同，比較其得失，然後據之以規定國際私法法則，如此，國際私法，始得合乎內外國情，運用裕如。在司法者方面言，現行國際私法各國之規定甚略，適用之時，自不能不根據內國之民商法，以爲適當之決定，換言之，

凡國際私法法規無明文規定時，自不得不由內國之民商法中求之。

二 判例 採不成文法之國，判例之爲國際私法淵源，實屬重要。即在成文法國，判例對於國際私法，亦不無重大影響。例如我國法律適用條例頒行以前，北京大理院關於國際私法問題判例均爲其後國際私法規則之淵源。或曰法官祇能司法而無立法之權，故判例不能有法之效力，自不能與成文法同視爲國際私法之淵源。雖然，事實上性質相同之案件，援引前判例爲判決基礎者，往往有之。判例雖無法之性質，而其爲法律之淵源，當不容否認也。

三 習慣 習慣爲法律之淵源，學者公認。國際私法亦然。凡國際私法法規所未備，而爲習慣法所有者，即可依習慣而解決之，如法律行爲之方式，適用場所支配行爲之習慣，故依行爲地法；不動產之物權，適用屬地主義之習慣，故依物之所在地法；身分能力，適用屬人主義之習慣，故依屬人法是。

四 條約 條約爲國際間之契約行爲，亦爲國際私法之淵源。各國常以期國際私法之統一，互訂國際條約，以資遵守。迭次海牙條約，卽其例也。又有人認關於國際私法之國際條約，爲國際立法，條約本身卽爲法律，其性質宜置於第一種之淵源內者，其實不然，國際條約爲國家間之

合意表示，非憲法之明定或依法公佈之前，不能即視同法律；但一國於制定國際私法時，每據爲參考資料，定其取捨，故謂其本身即法律則不可，而謂其爲國際私法之淵源，則無不當。

五 學說 國際私法之發達，賴學說之推展，亦不能否認。學說之本身，固非法律，而學說經立法者或法官援用後，即成爲法之淵源。如沙維尼倡法律關係性質說，使大陸國際私法闢一新途徑；施多萊氏出，使英美國際私法之基礎確立；新意大利派馬志尼出，大陸之屬人法即由住所地法改本國法爲本位。至學說之由來，或爲學者之著述，或爲學會研究之決議，不一而足。

六 法理 法官審斷案件，不能因無法而却下請求，故於法律無明文時依習慣，無習慣時依法理，理所當然。法理者，事物之正義也。國際私法規定有遺漏不足時，法官自當根據自然之正義補充之。如現今國際私法，對於海上船隻碰撞問題，尙無規定，則法官遇有碰撞事件，惟有依法理判斷之，此所以法理亦爲國際私法之淵源也。前大理院上字第一五五號判例載：「凡審判寄居內國之外國人民相互間，或與內國人民間，因不法行爲所生債權之訴訟，審判衙門應用何國法律，各國之立法例及學說不能盡同，有取法庭地主義者，有取事實發生地主義者，有兼取兩主義者，其第三主義在條理上較爲允當，爲多數國所採用，現在民國關於國際私法之條規，尙未

頒行，自應由審判衙門擇適當之條理，以爲適用法律之準據。即認法理爲淵源也。

第二章 國際私法之研究方法

國際私法之研究方法，大別有二：理論的研究方法、與實驗的研究方法是也。「註一」前者爲大陸學者所採用，故又名爲大陸派之研究法；「註二」後者多爲英美學者所採用，故又稱曰英美派之研究法。「註三」前者重學理之探討以求原則原理，後者重闡明現實之法則，以確定國際私法之性質。茲將二派研究之方法，述其概略如次：

第一節 大陸派之研究方法

大陸派注重理論之研究，一若國際公法學者之自然學派方法，將一切問題，由理想上設定一確立基礎，本此基礎以探求國際私法之原理原則；據此原理原則，復批評各國現行國際私法之得失，俾各國得以糾正之、遵循之。例如人之身分能力，所以以當事者之本國法爲準據法者，蓋關係身分能力之法律，其目的在保護個人，而個人之保護，爲其所屬國之天職；且惟其所屬國能爲有效之保護，故依當事者之本國法。關於財產之法律，其目的在保護財產所在地國之領土主

權，故當依財產所在地法。〔註四〕總之，大陸派所採之研究方法為演繹法，由基本觀念，演繹之而發生各種法例，其視國際私法類同法理學，其出發點，認國際私法為行於文明國間之共通法規，為國際法之一支，其目的，在發現共通之原理原則，以明國際私法應當如何。大陸學者，對於國際私法深有研究，多抱有統一國際私法之志願，毋怪其研究方法偏向於理論也。

大陸派之理論研究方法，確立國際私法共通原理原則，俾各國立法有所準據，促進國際私法之發達，使漸趨統一；且以平正理智為主，不為各國慣例所困，不能謂非此派之優點。〔註五〕但專以理論方法研究整個之國際私法，不免有下列之失：（一）僅憑理論不務事實，難免有蹈空論，不切實際；（二）置現實之國際私法於不顧，不免沉於法律哲學，其制定之原理原則，恐不能適用於實際，未能達統一之目的。〔註六〕

第二節 英美派之研究方法

英美派注重成例之研究，一若國際公法學者之成文法學派方法，以本國之判例為基礎，深求國際私法之原則，以明本國現行國際私法之真相。〔註七〕至各國之國際私法若何，各國之共

通原則若何，均非所問。例如關於人之身分能力問題，英美兩國，採住所地法爲準，意法大陸諸國，採本國法爲準，此種不同之規定，不能以一共通原則解釋之。英美爲多數法域之複合國，事實上不得不適用住所地法；法意爲統一法域之單純國，故以本國法爲最適宜。因各國之情形不同，有各別不同之規定，但其悉爲國際私法之原則。關於不動產之法律，所以適用不動產之所在地法者，以該法對於不動產最有關係，殊不必以國家領土主義之基本觀念爲解釋之基礎也。由此觀之，英美派以歸納方法研究國際私法，視國際私法爲法律科學，認國際私法爲內國法之一部，爲其出發點，因其爲內國法，其法律之效力，由國家之立法權及司法權而發生，故其研究不得不自本國之國際私法着手。而其目的，僅在闡明本國現實之國際私法爲止，並不涉及他國之制度及立法沿革等問題，更無究及國際私法應當如何之點。此蓋英美二國，對於國際私法，無明文規定，故不得不依一般判例，作爲研究之根據，毋怪其進步，不若大陸諸國之速也。

英美派之實驗研究方法，重視現實，不尙空論，不致原則與實際背馳，是其優點。然其囿於本國法之研究，不能對於整個國際私法有所進展，殊屬遺憾。

總觀兩派研究方法，各有長短，吾人研究國際私法，取長捨短，折衷其法，是爲正軌。我國法律

適用條例，意義晦澀，諸待研究，故宜取英美派之研究方法，明其真相；然僅就此條文而窮究，又未免失之狹隘，無由改正其弊，故又須比較研究各國立法，藉資借鏡。本書內容，即本於此：一方釋明我國國際私法法則；一方復引證各國立法條例，以資參考，俾臻完善。

【註一】 Dickey, P. 11.

【註二】 如 Savigny, Wachter, Schäffner, Pillet, Bar 等是。

【註三】 如 Story, Dickey 等是。

【註四】 Pillet, Principes de droit international privé, P. 76. 其他如主張既得權說者，則謂凡與既得權有關之法律關係，統依既得權發生地法；主張法律關係本座說者，則謂法律關係，應以本座所在地法為準據法是。

【註五】 Dickey, P. 13.

【註六】 Dickey, P. 13; Story, ss. 25, 26.

【註七】 戴西氏曾謂英國法官對於國際私法問題之研究，通常經過三種步驟：（一）其問題是否可根據議院法案即可解決之；（二）如不能，則查其有無先例可據；（三）如又不能，則依據外國判例，學者見解，或依條理解決之。見 Dickey, PP. 15-16.

第三章 國際私法之術語

國際私法術語云者，於某種法律關係，依據國際私法規定，應適用某種法律時，代表此法律學術上之簡顯專門名稱也。凡昧於術語之意義者，必難知適用之法律，故先將國際私法上應用之術語，分別解釋於後。

第一節 準據法 (Proper law) 及域內域外法 (Territorial law and Extraterritorial law)

準據法者，某種法律關係，於內外數國法律中，指示應適用何者法律之準則也。國際私法即所以指示應適用之準據法，然其本身，並非準據法，各種準則，均稱之為準據法，然其內容則因其所被應用之法律關係而異。例如法律適用條例第五條規定：「人之能力依其本國法，」第二十二條規定：「關於物權，依物之所在地法，」第五條內所謂本國法，即人之能力的準據法；第二十二條內所謂所在地法，即物權之準據法。

域內法者，僅能適用於國內之法也。域外法者，於內國固可適用，其效力並能及於本國領域外之法也。凡屬法律，若非域內法，則屬域外法二者必居其一。一國之法，原則上大都為域內法，然間亦有域外法。例如我國刑法第三條第一項規定：「本法於在中華民國領域內犯罪者適用之。」是具有域內法性質；而同法第五條所列各罪如內亂外患等，即在民國領域外所犯者，我刑法亦能適用之，是具有域外法之性質矣。於此須注意者，域外效力云者，僅指法律本身自動得能適用於本國領域外之法律關係之意，其因外國國際私法規定之結果而適用內國法於外國者，不得謂法律之域外效力也。

第二節 屬人法則 (Personal Law)

屬人法者，關於人之法律也。其性質有域外效力，因其與人有密切關係，故附着於人，人之所至，其法隨之。考各國國際私法，屬人法無非指本國法與住所地法兩種：

一 本國法 (Lex Patriae) 本國法者，當事者所屬國之法也。本國法雖依當事者之國籍而定，然與國籍法，截然不同。前者為國際私法上準據法之一種；後者為規定國籍取得喪失變

更等之法規。

本國法之適用場所，以意大利國際私法規定最多，其他大陸諸國，凡關於人之身分能力親屬繼承，亦大抵適用之。日本法例及我法律適用條例，因脫胎於大陸立法例，故用本國法之處甚多。

與本國法類同者有國旗法，即船舶所屬國之法也。船舶與人同，亦有其國籍，但以國旗表示之，故船舶之所屬國，依其所懸之旗幟定之；復依其旗所表示之國，定其應適用之法律。

二 住所地法 (Lex domicilii) 住所地法，乃當事者住所所在地之法也。人之本國法，比較具有永久性質，而住所地法則不如。人之住所所有在本國者，亦有在外國者，得隨時依人之意志而改變，若住所在本國，則住所地法，即爲本國法；若住所在外國，則住所地法與本國法完全脫離無關。國際私法稱住所地法，而不曰「住所國法者」，蓋住所設於一國而有多數之法域者，則在甲法域之住所地法與乙法域之住所地法，即有不同之慮矣。

大陸諸國，在新意大利派揭本國法爲屬人法之前，悉採住所地法爲屬人法，其後因本國法之簡便，且切於實用，故幾無採住所地法矣。然迄今英美法中，住所地法，關於屬人法則，因特殊關

係仍奉爲金科玉律；其他若日本法例，於無國籍人之場合，以住所地法爲本國法之替用。少數大陸國家，尚有以住所地法適用於債權關係者，此外住所地法殊已失其重心矣。

又有所謂居所地法者，即係當事者居所所在地之法也。其與住所地法不同之點，在英美法中認爲極其重要。大抵住所須有居住之事實，且有無定期或永久居住之意思，而居所僅須有居住之事實爲已足。居所地法之適用，固有其特殊之場合，但凡於應適用住所地法之際，苟其人無住所者，往往以居所替用之。我法律適用條例第二條第二項並規定：「住所不明者，依其居所地法。」

第二節 屬物法則 (Real Law)

屬物法，即爲關於物之法則。國際私法上有「物之所在地法」一術語，即動產及不動產所在地法之總稱。物之法律關係，依其所在地法，爲國際私法原則之一，各國法律規定，大致相同。但對於動產之法律關係，間有採物之所有人之本國法者，英國判例採動產隨人概念，故關於動產，採所有人之住所地法。

第四節 行爲法則

行爲法爲關於人行爲之法則，大別之可分爲行爲地法與法庭地法兩種：

一 行爲地法 (Lex loci actus) 此名稱一稱「法律行爲地法」乃法律行爲作成之所在地法律也。行爲地法，視行爲性質之不同又可分爲契約地法 (Lex loci contractus) 履行地法 (Lex loci solutionis) 不法行爲地法 (Lex loci delictus) 等。契約地法者，契約有效成立地之法也。履行地法者，契約執行地之法也。不法行爲地法，又稱侵權行爲地法，卽爲不法行爲所在地之法也。但不法行爲之所在地，往往發生於數處，則究以何者爲所在地，不無疑義。各國立法例，於此有兩種不同之解釋：其一謂其所在地卽實行不法行爲之地，故不法行爲地法，卽不法行爲實施地法；其一謂所在地係指不法行爲結果地而言，故不法行爲地法，卽爲不法行爲之結果地法。

行爲地法之適用，以關於法律行爲之方式者爲最多，所謂場所支配行爲 (Locus regit actum) 之原則，卽本於此。各國關於契約之有效成立問題，多依契約地法，契約之執行問題，依履

行地法，因不法行為所生之債權，依不法行為地法。

二 法庭地法 (Lex Fori) 法庭地法，又稱訴訟地法，即訴訟繫屬之法院所在地之法律也。昔屬地主義盛行時期，凡涉外法律關係問題，恆適用法庭地法。及今外國人之權利，崇尚保護，其他準據法漸代法庭地法而適用，故現代各國國際私法，除關於訴訟程序問題等仍適用法庭地法外，法庭地法已失其往昔之重要矣。

第五節 其他術語

一 內國法與外國法 內國法，即一國之本國法之謂也。外國法係指本國以外之法，舉凡本國法住所地法物之所在地法，其實際應用之法，若非內國法者，均可以外國法稱之。

二 法域 法域一稱法境，即法律施行之境域也。在單一國，大概僅有一種法域，其國家之領土疆界，即為法域之範圍；但在複合國，往往一國有數法域並存者，我國法律適用條例第二條第三項規定：「當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法，」即所以解決一國數法之問題。

第四章 外國法之適用

國際私法係解決涉外法律關係之法規，其適用法律，有時爲內國法，有時爲外國法。因涉外法律關係適用內國法時，固與對於內國私法關係而適用內國法，無所不同，惟其因而適用外國法時，其性質若何，尙有研究之必要。然欲知國際私法規定適用外國法之性質，尤不可不先知內國適用外國法之所有場合，以明國際私法之適用外國法，含有特殊之性質。查內國之適用外國法共有下列三種場合：

一 依內國立法之認定而適用外國法 此即內國立法，直接採取外國法爲內國法之謂也。如昔德意志曾以羅馬法爲母法而採用爲內國法，比利時以拿破崙法典爲內國法是。此種場合，不過內國法直接繼受外國法爲其內容而已，論其性質，與其謂外國法之適用，不如謂外國法之採用，較爲切當。

二 依條約或國際慣例之結果而適用外國法 此即內國依條約或國際慣例之規定，外國法代替內國法適用於特定之人也。前者如內國因不平等條約之效力，承認外國人領事裁判

權之存在，而於條約權利國人適用其本國法是；後者如根據國際公法慣例中治外法權之行使，對於駐於內國之外國使節軍艦等，為其本國法之適用是。以上二種場合，實為外國人適用其本國法律之意，非內國法院適用外國法之情形，故與其謂內國之適用外國法，不如謂外國法之在內國替用，較合實際。

三 依內國適用法則之規定而適用外國法 此即內國國際私法，因事物自然之性質，以適用外國法為宜時，適用外國法之謂也。如我國法律適用條例第五條規定：「人之能力依其本國法。」苟當事者為外國人時，其適用之法律，即屬外國法是。此種情形，既非直接繼受外國法律，自與第一種場合不同；又非以外國法適用於該外國法所屬國人，亦與第二種場合異其旨趣。故本文所謂外國法之適用者，僅指此種場合而已。

第一節 外國法適用之性質

國際私法規定適用外國法，其性質若何，學者因對於國際私法本身之性質，見解不同，故對此問題，主張自亦不一，舉其要者，其說有四：

一 事實說

此說曾盛行於歐洲，今仍爲英美學者所崇奉。「註一」其說謂外國法由內國觀察之，僅爲純粹之事實，因其爲事實，應由當事人自動主張且證明之，法官則無必須調查及適用之責。其理由：（一）一國法律，其效力不能踰越國境，苟一國承認外國法爲法，是不啻侵害其本國主權。此種理由，實係受昔荷蘭學派國際禮讓說之洗禮，其後英美繼之，故事實說今爲英美學者所主張也。（二）內國法官，祇有適用內國法之職責，絕無適用外國法之義務，故外國法之適用，視爲事實則可，視爲法律則不可。

此說之謬，在承認外國法爲法有侵害內國主權一點。其實因國際私法規定之結果，而適用外國法，並非外國法之效力，自動能及於內國，更非內國法官爲外國法之適用，而僅爲依內國主權之所命，不得不適用外國法，非主權者之命許，外國法實無從適用內國之可能，故其適用者，事實上雖爲外國法，理解上仍當認之爲內國法也。既由主權者之所命，決無侵害內國主權之嫌，既認爲內國法，則法官無自由取捨之權。

二 法律說

此說倡自意法學者，爲大陸派所宗。「註二」認國際私法規定之結果，而適用之外國法，具有法之性質而非爲事實也。因爲法律，法官有依職責調查之義務，固無待當事人之

主張。此說認國際私法爲國際法，深受沙維尼之內外法律平等說及法律關係本座說等之影響，以爲國家間應互負尊重主權之義務，法律爲主權之表現，故應尊重之，而對於外國法之適用，卽對於他國主權應負之義務也。

此說就國際法主義者立論，固另有其理；但就上述之理由言之，實未盡善。夫法律無域外效力一語，仍爲現今國際私法上一大原則，果內國以尊重外國主權之結果，認外國法爲法律而適用，是無異認外國法有域外效力，得能侵及內國主權矣。卽認外國主權，理當尊重，而以此犧牲內國主權，殊亦未可。又涉外法律關係，往往牽及二國以上之外國，若謂尊重外國主權，則凡牽及外國之法律，宜當共同尊重，而事實上，國際私法，既爲解決法律衝突之法規，又不得不將其中法律擇一而適用之，捨彼取此，殊非平等待遇外國主權之道。故以尊重主權一點以解釋外國法而以法律性質而適用之，亦難自圓其說。

三 內國法一部說 此說爲德意志學者所主張，爲事實說及法律說之折衷說。謂事實說，認法官無適用外國法之義務，於實際情形，殊有未合；而法律說認外國法爲當然之法律，究不免有侵害內國主權之嫌。蓋適用外國法，既爲內國主權之所命，則其所適用者，實無異內國法之一

部，此就理論而解釋之也。就事實言，依適用法則而適用外國法者，係對於各外國法內容之概括規定，蓋國際私法規定之結果，不適用內國法，即適用某外國法，二者均為該規定之實質，故外國法實為適用法則之一部。例如我國法律適用條例第五條第一項之規定：「人之能力依本國法，」為法文上原則的規定，其實是無異曰：「英國人之能力依英國法，」「德國人之能力依德國法，」「日本人之能力依日本法，」各以其所適用之標的不同，而異其本國法；是一國之適用法則，乃由各國法律，各占其一部組合而成也。

此說認外國法之適用，既非純粹事實，又非當然法律，而謂為內國法之一部，立論不能不謂新穎巧妙。然其理論上之解釋，在採取成文之國際私法國家，固屬通達；然在不成文法之國，頗難言之成理，此所以英美學者仍主張事實說也。蓋外國法以內國法為對象言之，原屬事實，在成文法之國，由內國立法而採為法律適用之準據，則其性質已變為內國法矣。但在不成文法之國，外國法之適用，既未經立法程序，又否認其為當然法律，外國法之能成為內國法之一部，殊失解釋上之根據矣。

四 法理說 學者有認內國適用外國法，以法理而適用之者。此說盛倡於近代，當否尙待

研究。其立論基於實利主義說，謂法官固以適用內國法爲職責，但在或種涉外法律關係場合，爲正義之要求，有必須之情形，亦不得不適用外國法，爲內國法之法理而適用之。蓋法官既不能以無法律依據爲理由，却下當事人之請求，而內國法又不適用於用，則自惟有依據「無明文依習慣，無習慣依法理」原則而適用外國法爲內國法之內容。民國十二年大理院上字一五一號判理載：「關於身分親屬等事件，依法律適用條例，應適用我國人本國法時，得斟酌該地方新舊法令，作爲條理採用。」即取法理說。

第二節 外國法之證明

外國法之舉證問題，隨外國法適用性質之學說而異其主張。主張外國法適用之性質爲事實說者，認主張外國法之當事人應負舉證之責，主張其爲法律說及內國法一部說者，認法官當有認知之責，主張法理說者，認當事人有輔助法官證明之責。茲分述之：

一 當事人須負事實證明之責說 主張外國法爲純粹事實者，謂既屬事實，依「當事人

主張有利於己之事實，就其事實，負有舉證之責」原則，當由當事人證明之，若當事人援用外國

法，而不能證明時，則與不能證明事實同，應判決該當事人敗訴，此爲英美事實說者所主張。〔註三〕外國法是否法律，姑且不論。然外國法之存在與否，與內國法之存在與否，同爲事實，不必因其事實，當事人必負舉證之責。故學者有引證我國民事訴訟法第二七八條：「事實於法院已顯著，或爲其職務上所已知者，毋庸舉證。」以明此點，但依同法第二八三條載：「習慣，地方制度之法規及外國之現行法爲法院所不知者，當事人有舉證之責任；但法院得依職權調查之。」及民國七年大理院判決例上字第一二五〇號載：「關於審判衙門所不應知之外國現行法律除依職權得自由調查外，並應由主張之當事人立證。」則當事人對外國法有負舉證之責。但法院爲證實其所證明起見，得依職權調查之。

二 法官知法說 主張國際私法爲國際法者，謂外國法之存在與否，無庸當事人證明，蓋外國法果認爲當然法律，則依「法官知法」之格言，其對於外國法，理當知曉。〔註四〕此說之當否，在理論上姑置不論，在實際上所謂「法官知法」亦不過比較言之而非絕對云耳。蓋法官原非萬能，對於本國法律，往往尙恐不能深窺堂奧，而欲知世界各國法律，事所絕無。此所以多數國家之法例，認當事人負有輔助法官證明之責也。

第三節 外國法之調查

國際私法爲規定外國法適用之法規，則外國法之了解，當屬要務，是所以不得不設種種方法調查外國法之實在。「註五」至調查方法，說者不一，大概不外賴國際之協助及國內之設備二種：

一 國際協助 一八八七年萬國國際法協會，關於調查外國法，曾擬四種方法：（一）設置

國際調查局，以司外國法之證明；（二）以法令登載於本國政府公報，與各國交換；（三）設圖書館，彙集各國法律；（四）准許外國人於內國執行律務，俾內國法院得以諮詢。然上述辦法，採用絕少。故又決定一種簡單方法：希望各國政府，互締條約，將其國之現行法規，相互通知，俾各國均有得知外國法之機會。一八九一年又決議：「如當事人於外國法之存在及內容，有爭議時，法官得依當事人之請求或依職權，經由司法部或外交部致囑託書於外國司法部調查，以決定其應適用之法律。」此決議旋經歐陸各國，於一八九九年訂立國際條約實行之，我國未加入此約。但民事訴訟法第二九五條對於證據之調查，已有類似之規定：「應於外國調查證據者，囑託該國管轄

之官署或駐在該國之中華民國大使公使或領事爲之。」則於外國法之調查，殊亦可取同樣方法矣。

二 國內設備 國際協助中之各國互諮辦法，如外國怠於通知，則仍不能知外國法律。其囑託外國主管官署調查辦法，即使各國因負條約上義務，不能拒絕調查，但周轉費時，有礙訴訟進行。故最良方法，莫如整頓內國之法律設備，一方設立完備之國內法律圖書館；一方集合立法院外交部司法部之力共同設立一調查外國法律之機關，舉辦編譯彙集外國法等職務，是不獨藉以證明外國法之存在及內容，並得促進內國之立法也。

第四節 外國法不能證明時之解決方法

內國法院對於應適用之外國法，不能證明，無法調查時，則將如何解決之耶？於此問題，歐陸及英美判決理例，得有兩種方法：

一 駁回當事人之請求 此爲一八七九年德國高等商事法院所採方法，亦爲德國學者徐德爾曼及認國際私法爲國際法主義者所主張。謂適用外國法，乃內國適用法則之所命，既應

適用外國法，即可知不許適用其他法律，現應適用外國法，無法調查而證明之。是法官對於兩造爭點，無從判決，故惟有依處置當事人不能證明事實時之方法，駁回當事人之請求。

此說予法官以極大之便利，但非多數學者所採取，蓋一則因其與法官以過大之便利，使其對於外國法怠於調查，易下駁回之判決；二則有背於「法官不得藉法律之不明不備，拒却審判」之原則，故其說殊非正當。

二 適用內國法 此為英美日等國之判例及認國際私法為國內法主義者所採用，謂應適用之外國法不能證明時，當以內國法適用之。其理由：（一）不知外國法之內容，則當推定其與內國法同其內容，是內國法之規定，即為應適用之外國法之內容；（二）「法官不得藉口法律之不明不備，而拒絕審判」為司法運用之大則，是外國法不明時，當以內國法替用之，以符上述原則；（三）外國法之適用，往往為或種法律關係，因正義及立法旨趣之要求，為內國應適用內國法原則之例外，故雖依內國適用法則而適用外國法時，並無同時規定禁止適用內國法。今以內國法無從證明，使例外無可適用，則自惟依原則而仍適用內國法。

此說雖以內國法之規定，推定為與外國法之內容同，未免武斷，而失理論上之根據。至謂內

國適用法則，雖規定應適用外國法，但並無禁止適用內國法之明文，即以適用內國法，亦非允當。蓋適用法則，既規定應適用外國法，若仍以內國法適用之，殊不免有矛盾之嫌。

以上兩說，均屬牽強，學者以爲外國法不明時，應依據「民事無明文者依習慣，無習慣者依法理」原則解決之，如是則既可無「法官拒絕審判」之嫌，且可免適用內國法之矛盾。

第五節 外國法適用之錯誤

對於第二審判決，以判決違背法令爲理由，得提起第三審上訴，自無疑義。所謂違背法令者，卽不適用法規，或適用不當之裁判是。此乃係指內國私法關係所生之訴訟。若內國法院，對涉外之私法關係，因第二審判決違背法令，得能上訴與否，此問題頗爲學者爭議，茲分二點說明之：

一 依適用法則應適用某國法律而不適用時 此又稱適用錯誤，包括下列三種情形：

(甲) 依內國國際私法，應適用外國法而不適用，反適用內國法時；(乙) 依內國國際私法，應適用內國法而不適用，反適用外國法時；(丙) 依內國國際私法，應適用甲外國法而不適用，却適用乙外國法時。此三種場合，爲違反內國之適用法則，其性質與違反內國其他法規同。依照第三審

之爲法律審判情形，自當亦許其上訴，此除西班牙外，幾爲各國之通則。

二 依適用法則應適用外國法而適用不當時 此又稱解釋錯誤，係對於外國法內容認識錯誤之謂，例如甲外國法規定二十三歲爲成年年齡，乙內國法院，對於甲國某少年之能力問題，依其國際私法，雖適用甲國法，而誤認其二十二歲爲已成年是。此種情形，能否爲第三審上訴，有甲乙二說：

甲說 此說認內國法院適用外國法之不當，不得上訴。其所持理由，英美派與大陸派不同。英美派以爲外國法是事實，最高法院大都僅審究法律，不務事實，故外國法之解釋錯誤，不能上訴。大陸派雖有認外國法亦爲法律，但實際上其爲外國法律，無庸否認，最高法院爲內國法律統一解釋機關，外國法律自有外國最高法院統一解釋，不涉內國最高法院之事，縱欲統一之，勢亦有所不能，且果而解釋之，似有侵害外國主權之嫌。

以上爲理論上之理由，就實際言之，亦有種種不妥之處。蓋內國如有統一解釋外國法律之權，則同一外國法，將因其被適用國家之不同，而異其解釋，致有背於法律之用；且欲謀合理之解釋，最高法院自非深知各外國法律不可，此又爲事所不能，故其結果，不獨未能獲正確之解釋，反

足以發生種種之煩瑣。

乙說 此說認內國法院適用外國法之不當，亦許上訴，其所持理由，各派學者，亦不盡同。在意大利學者，以爲外國法既爲當然法律，則解釋錯誤，自應許其上訴。德國學者則認最高法院法官，多碩學之士，深知外國法律；且內國下級法院，若對於同一外國法，解釋各異，則各對於同一案件，不能下同一判決，但若最高法院得統一解釋外國法，則外國法適用之不當，可望糾正。

以上二說，似以後說爲當，蓋主張其不能上訴者之最要理由，無非謂內國最高法院將侵害外國最高法院統一解釋之權，殊不知依國際私法而適用外國法時，係由適用內國適用法則之結果，如適用外國法之不當，無異適用內國法之不當，故實際上雖爲外國法之解釋，義理上仍當視爲內國法之解釋。夫以內國最高法院解釋此項內國法，並無不當，何言乎侵害外國最高法院解釋之權耶？

第六節 外國法適用之限制

各國對於法律適用，以內國法爲原則，而以外國法爲輔則，庶裁判得合乎正義；但外國法之

適用，亦有相當限制，始能運用得平。例如外國法有危害於內國公安時，不適用之，關於此種限制，各國立法例，有左列不同規定。

一 間接限制規定 此即內國法明文規定或種內國法為絕對強行，與此內國法牴觸之外國法，即不得適用。例如法國民法前加編第三條規定：「關於警察及公安之法律，凡在法國境內之人，均受其拘束。」比利時民法亦採此種規定。顧此種規定，發生於屬人法主義，蓋屬人法主義者，認或種法律，其效力得隨人而及於外國，故一國之某種法律，如其有絕對強行性質，非明文規定之，不足以禦外國法之侵入適用。雖然，此種規定，就一國之立法觀念言之，究屬不當。一國法律，不論公法私法，在本國領域內對於內外國人，當然有拘束之效力。外國法之適用，乃依內國立法承認之結果，屬例外性質，苟無此種例外規定，內國法應即強行，故對於或種內國法實無再行明文規定其絕對強行之必要。且如此規定，難免發生掛一漏萬之弊，倘某種外國法，實有害於內國利益，而內國法無明示其絕對強行，則庶無拒絕其適用之可能矣。

二 間接直接併合規定 此即一方明文規定或種內國法為絕對強行，他方復規定有害內國公安之外國法不得適用，意西諸國民法屬之。此種規定，學者有認為較前者進步，其實甚屬

不當。蓋既明文規定，或種之法律爲絕對強行，則違反此種強行法之外國法，當然不能適用；既規定有害於內國公安之外國法不得適用，殊亦無須特別規定或種法律爲絕對強行，故學者多有主張第三種之規定者。

三 直接限制規定 此卽內國法明文承認外國法之適用，但外國法與內國公安不並立時，以明文限制其適用。此爲現代多數國家所採用，德國民法施行法第三十條云：「外國法，如違反善良風俗或德國法律之目的者，不適用之。」日本法例第三十條云：「外國法之適用如違反公共秩序及善良風俗時，不適用之。」我國法律適用條例第一條云：「依本條例適用外國法時，其規定有背於中國公共秩序，或善良風俗者，仍不適用之。」是仿日本法例也。此種規定，較爲適當，惟所謂公安者，辭意含糊，範圍廣泛，法官於斷案之際，殊無確當標準。茲姑將各學者之主張，約述如後，以資參考。

一 公安之意義 大陸諸國所稱公安一詞，卽英美法中公共政策 (Public policy) 之意義，英美法往往以公共政策爲理由拒絕既得權之行使，實亦爲外國法適用例外之理由。惟其意義，殊甚晦澀，未易解釋，正如沙維尼所云：「除依內國之道德，內國法之精神及目的而爲解釋外，

無他法也。」〔註六〕雖然，學者間曾有將公安予以相當之解釋者，茲分述之。

甲 有認「違反內國立法目的」解爲「違反公安」者。此爲沙維尼所主張，沙氏曾認與內國絕對法相牴觸之外國法，不得適用，否則，有悖乎內國公安，此所謂絕對法者，即原於道德、政治及經濟之強制的規定是也。依此主張，則事實上外國法當無適用之機會，而國際私法亦將等於具文矣。何則，近世各國法律，不特公法皆具強制性質，即私法中之有強制性質者，豈屬少數，則外國法之不背於內國強制法規者幾希。

英美學者如麥拿華東 (Wharton) 諸氏，亦主張外國法之有背於內國法之強制規定者，不得適用，但外國法之規定與內國法之不同，不得即認爲有背於內國法而拒絕其適用。〔註七〕

乙 有謂「違反內國之善良風俗」解爲「違反公安」者。此種解釋，將善良風俗與公安混爲一談，姑不論其可否。然「善良風俗」爲倫理上之習語，其觀念常因時因地而異，其本身已無確實解釋之標準；如某風俗在甲國爲善者，在乙國未必盡善，在甲時爲善者，在乙時亦未必盡善；是故法官無所適從，則公安之義，仍不明瞭。矧若以違反善良風俗爲拒絕外國法之適用，則法官將藉此往往爲固執偏袒之解釋，而以排斥外國法適用爲能事。如是，則國際私法之規定適

用外國法，亦等於虛設矣。

丙 有謂「違反內國公共秩序」解爲「違反公安」者。一八八〇年國際法協會決議：「一國法律，在他國領域，如與其國之公共秩序相違反時，不論如何，該國不能承認其效力。」以公共秩序解釋公安之義，無異以問答問，公安之意，仍無從闡明；於是學者有倡公安分類之說，以定公安之範圍，復由其範圍中求公安之意義者。

二 公安之範圍 公安之範圍，由其分類而定，學者間得有下列之分類方法：

甲 國際公安與國內公安 瑞士學者卜羅希 (Brocher) 分公安爲國際公安與國內公安兩種：「註八」前者爲不論對於內外國人，均能絕對強行之規定，例如禁止販賣人口，不許重婚等規定是；後者爲專拘束內國人之絕對強制規定，例如成年之年齡，結婚之年齡規定，不能任內國人自由意思變更之是。但對於外國人，無強制適用之必要。外國法之因違反內國公安而不得適用者，係專指違反國際公安而言，國內公安無與焉。以公安分類爲根據，解釋公安之意義，殊較僅從公安本身上解釋明瞭多矣；然何者爲國際公安之規定，何者爲國內公安之規定，並無說明於法官判決之際，尙乏確切之圭臬。

衛斯氏深諳上述缺點，乃謂憲法、行政法、法院組織法及有關個人之公法、刑罰性質之法律，皆爲國際公安之規定，對於內外國人，皆絕對強行，與此相反之外國法，不得適用。除此之外，何者屬國際公安，何者屬國內公安，則惟有隨法官依立法之精神及目的自由裁量之。〔註九〕此說殊較確定，但亦尙欠明瞭。

日本學者擬補卜羅希學說之不足，而謂國際之公安者爲關於國際法之公安，如奴隸買賣之契約是；國內公安爲關於內國特別政策而禁止之情事，如禁止多夫多妻是。外國法之違反國際公安，當然不能適用，無待復由內國法明文規定之。其違反內國公安者，始以內國法明文禁止其適用，庶得有效。國際私法，關於違反公共秩序及善良風俗之規定，係關於國內公安非有關於國際公安。此說以公安之解釋仍歸根於公共秩序及善良風俗，自不免亦犯以問答問之嫌，非學者所取也。

乙 絕對公安與相對公安

雷內氏謂分公安爲國際公安及國內公安，實非透切。國際公安之規定既能適用於內外國人，則不如稱爲絕對公安。國內公安之規定，僅既能適用於內國人，不如稱爲相對公安。此說不過將公安分類之名稱，與以更換，而於實際意義，並未另加解釋，其與

卜氏學說，亦僅換湯不換藥耳。職是之故，學者如畢拉等，主張公安無分類之必要，謂主張公安分類者，大抵以身分能力為標準，關於身分能力之規定曰國內公安，不關於身分能力之規定曰國際公安。其實身分能力之規定，與公安無關；凡與公安有關者，必能適用於內外國人，故單純稱之為關係公安之規定可也，不必設國際公安與國內公安之區別。此說謂為推翻公安分類說則可，謂其解釋公安之意義則不可。

總觀公安意義，殊難確定解釋，故對於外國法是否違反內國公安，惟有任法官依據內國之立法精神、立法目的以及經濟及道德觀念臨時裁量而已。

大陸判例及學說，以違反內國公安以定外國法適用與否之標準，前已述及。英美判例，因公安之意義，未易闡明，故大概主張下列各種場合，外國法仍不適用之：（一）外國法之適用，違反法庭地國之重要公共政策者；（二）外國法之適用，對於法庭地國人民有不公平或損害其利益情事者；（三）外國法之適用，違反文明社會之道德者；（四）外國法之性質，有含懲罰意義者；（五）關於內國之不動產爭執者。〔註一〇〕

第七節 外國法限制適用時之處置方法

依國際私法規定應適用外國法，而因違反公安或因其他緣由，拒却其適用時，法官對於系爭案件應如何處理之耶？於此問題，學說不一。

一 拒絕審判說 適用法則既規定應適用外國法，即暗示不能以他法代外國法適用之。此種情形，與外國法不能證明時同，如外國法不能證明時得拒絕審判，則外國法因或種緣故不能適用時，亦得拒絕審判，且值此場合，並無得據以適用之法，自惟有拒絕其審判焉。

拒却審判，固為運用司法最忌行為，而外國法是否違反公安，又任法官之自由裁量，苟採拒絕審判說，恐大部所應適用之外國法，法官將以違反公安為理由而拒絕審判矣。

二 內國法代用說 外國法之所以適用，無非因其比較適用內國法合於法理，換言之，國際私法，於或種涉外法律關係，究應適用內國法抑依外國法，完全以何者較為允當，為權衡之標準；苟依國際私法，適用外國法，而外國法之適用有違反內國之公安。於此情形，自以適用內國法，較為允當。故應以內國法適用之，又外國法之適用，論其性質，果認為「一國適用內國法」原則之例外，則此例外不成立時，自當仍適用內國法，英美判例，有認外國法違反內國公共政策時，即對於外國法之適用，發生疑義，凡發生疑義，當以內國法儘先適用為原則，因此外國法之因違反

公共政策而不適用時，又當嚴格解釋。

三 分別處理說 此說謂國際私法規定適用外國法，既未摒絕內國法之適用，又未於外國法違反內國公安時，明文規定應仍適用內國法，故於外國法之不適用場合，法官自得隨機應變，是否應拒絕審判，抑應以內國法代用，量情而定，分別處理之。我國法律適用條例第十六條、十八條、十九條等，均有規定或種場合，應適用某種外國法而不適用時，應適用中國法之明文；但於未有明文規定代用法之場合，殊不能當然以中國法代用之，按諸條理，似亦當根據情形，分別處理。

[註一] Cheshire, P. 69; Minor, P. 527, Thatcher v. Morris, 11 N. Y. 437

[註二] 畢立氏謂私國際法，僅為國際法之一部；而法律之衝突，即為主權之衝突，故外國法亦為法律，內國有遵行之義務。

[註三] Minor, pp. 528—530.

[註四] Arminjon, Précis de droit international privé, P. 280.

[註五] 英美法院，於此情形或參考外國學者之著作，或請外國律師證明之，或徵詢外國法院之意見。見 Westlake, P. 411.

- [註六] Pillet, Manuel de droit international privé, P. 406 note.
- [註七] Minor, P. 10
- [註八] Brocher, Nouveau traité de droit international privé 1876, § No. 141.
- [註九] Weiss, Manuel de droit international privé, P. 367.
- [註一〇] Minor, pp. 10—28; Cheshire, P. 73—83.

第五章 外國法之適用與既得權

既得權問題，爲目今英美學者研究國際私法之中心觀念，其倡說者，遠溯及十八世紀之鐵天斯（Titius）。其後學者如軋路克（Glück）沙維尼等亦曾討論及之。惟當時以其意義混淆，學者多忽視之。美國哈佛大學國際私法教授下耳，爲近世主張既得權之最力者。「註二」下氏會謂英法院自施多萊以來，對於任何法律行爲，若依其作成地爲有效者，其效力能及於任何處所，故一國對於外國之合法判決，應承認之。畢立氏甚且分法律衝突問題爲：（一）關於權利之取得，及（二）既得權兩部。「註二」而對於既得權一節，詳加細述。論者有謂適用法則之規定，宜以既得權原則爲中心概念從而定外國法適用之範圍，誠非過言。

第一節 既得權之意義

既得權者，依有權管轄之法律所合法取得之權利，而在各國均認其爲有效成立之謂也。不論任何法律衝突問題，往往包含二階級之應解決點：一爲取得權利問題，即權利之取得、變更、喪

失之準據法問題是；一爲既得權問題，即權利依管轄法律國合法取得之後，在他國之效力若何，應爲規定問題是。例如：一九一二年以前，法國法律不准私生子追認其生父，瑞士法則准許之。今有一私生子於一九一二年之前在瑞士追認其法國籍生父（此爲取得權利問題），其後設因繼承財產關係，在中國法院發生追認效力問題，依我國法律適用條例第十三條第二項：「認領之效力，依認領者之本國法」之規定，自當依法國法爲準；而法國於認領當時之法律，認爲有背於其國之公安而不准其認領，則依上述說明，其追認歸於無效，其在我國，則與我國之公安無關，苟亦認爲無效，未免失當。故我國法院可依其在有管轄法律之瑞士國，已取得親子之權利，認其追認爲有效。故既得權原則，所以補適用法則規定之不足也。

第二節 既得權之成立要件

既得權效力之承認，以具備左列要件者爲限：

一 須依取得權利地國法律爲合法取得 既得權既爲權利取得後之效力承認問題，其本身苟非依權利取得國之法律正式取得，其效力自無強使他國承認之理。故舉凡因偷竊，未經

法定時效，不法贈與或移轉等所取得權利，如依取得地國法律，爲不法取得者，不能認爲既得權。在取得國尚不能認爲有效力，在他國更無論矣。例如子將其甲國動產轉讓於丑，依甲國法律，子之轉讓，目的若爲詐欺其債權人，其行爲爲無效；丑攜其物至乙國，而乙國法律之規定適得相反認其行爲有效；今若子之債權人往乙國執行該動產，丑不得以在甲國已有既得權爲理由拒絕執行。又如甲國法律規定以反對占有之取得動產物權之時效爲十年，乙國法律規定爲五年，設有子在甲國反對占有某物七年後，攜入乙國，子尚不得以此爲己物，蓋當其離甲國時，尙未依據甲國法律有效取得其權利也。

既得權之效力，以其在取得地國法律規定爲限，執行地國不得改變其性質及範圍。否則，將仍爲取得權利問題，屬於適用法則之領域。例如子在甲國因丑之侵權行爲而受損害，則其賠償之性質及範圍，自當依侵權行爲發生地法爲標準。又如甲國若承認乙國之判決效力，則當依其判決之內容而執行之，決不可變更其內容而承認執行之，蓋如此不啻爲一新判決矣。

二 取得權利地國之法律須爲主張既得權所在國之適用法則認爲有管轄權之法律
內國之認外國取得之權利爲有效，則其取得時所依據之法律，須以內國國際私法認爲有管轄

權之法律。例如設有夫婦二人有婚姻住所 (matrimonial domicile) 於甲國，而置不動產於乙國，甲國法律規定夫婦不動產物權依結婚住所地法爲準，而乙國法律則採不動產物之所在地法爲準，該夫婦不得依甲國法律對於該不動產所得權利，在乙國主張之，蓋乙國法律不認甲國法律對於本問題爲有管轄權故也。

第三節 既得權之限制

既得權之效力，以取得權利地國法律所賦予爲限，前已言之矣。但其行使，又往往受下列之限制：

一 既得權之行使有背於法庭地國之正義公共秩序善良風俗或有損於其人民之利益
時 例如甲國法律認兄妹結婚爲有效；而乙國則認爲其有礙風化而禁止。今有兄子妹丑在甲國結婚後，丑往乙國根據其在甲國既得之婚權向該國法院提起夫婦同居之訴，乙國法院將以其違反本國風化不予以保護而駁回之。

二 既得權之含有懲罰性質者 例如大都美國法庭，認侵權行爲之賠償金，顯然超過其

實際損害者，爲含有刑罰性質，故此種權利，雖依侵權行爲地法爲有效，仍不得承認之。

三 無相同制度執行既得權時 例如甲國法律，規定動產不能爲抵押標的，則凡依他國法律取得之動產抵押權，不得在甲國主張其既得權。

[註1] Beale, A Treatise on Conflict of Laws, P. 105.

[註1] Pilet, Manuel de droit international privé, P. 11 note 7.

第六章 內國法之詐欺 (Fraud against the National Law)

第一節 內國法詐欺之意義

與公安同其性質者，有內國法之詐欺行爲，其意義即爲避免內國法律之適用移往外國，藉圖取得內國法不准之外國法保護或利益是也。「註一」此種行爲，常見於左列情形：

- (一) 爲變更私權起見而取得新住所，例如爲避免內國法規定之扶養義務而設住所於外國者。
 - (二) 取得新國籍以取得新利益，例如爲變更其妻之財產權而更易國籍者。
 - (三) 法律行爲之方式問題，例如變更行爲地，以取得簡易方式者。
 - (四) 舉行婚姻，例如往外國結婚，以避免內國婚姻之必要條件者。
 - (五) 關於遺囑，例如欲改變遺囑之效力而往外國訂立時。
- 以詐欺內國法爲目的，往外國所爲之法律行爲，內國不能認其爲有效，各國立法例及學者

主張，大都相同，例如英國勃路克案中（Brook vs. Brook）一英人爲避免其本國法禁止與亡妻之妹結婚之禁條，往丹麥與其亡妻之妹結婚，英國法院認爲無效婚姻。「註二」又瑞士法律規定，由聯邦行政院核准取得瑞士國籍者，其後該院如查得其取得國籍，純爲規避其前本國法不准離婚之規定者，得取消其核准。「註三」

第二節 內國法詐欺之成立要件

依國際私法應適用外國法，而外國法之適用，因當事人之詐欺，仍不認其適用效力時，當具備左列條件：

一 須有詐欺內國法之故意 詐欺行爲，意在避免本國法律之強行規定，故其成立，以有詐欺之故意爲要件。「註四」例如子丑兩甲國人往乙國遊歷，忽在乙國訂立贈與契約，設乙國法規定對於贈與應納相當贈與稅，而甲國法則無此項規定，則該贈與行爲在甲國亦應認爲有效。蓋子之贈與，當時顯無詐欺本國法之意也。又如禁止白黑人種互婚國之男女，苟以結婚爲動機而往無禁止之國結婚時，其婚姻在禁止之國，不能認爲有效。又所謂詐欺行爲，須有純粹詐欺之

故意，倘其移住外國，非純粹以詐欺為目的者，尚不能成立。例如英國男女移住外國而得離婚，但其移住目的，經法院審查後非僅為離婚，仍不構成詐欺。至有無詐欺故意，則為一事實問題，法院當依情形審查之。

二 須管轄國法律否認詐欺行為之效力 管轄詐欺行為國之法律，對之須認為無效，始得成立，否則，雖有詐欺之行爲，亦不能成立。

三 須管轄法院即為被詐欺國之法院 被詐欺之國須即為法庭地國，亦為詐欺行為成立之條件。「註五」蓋某行為是否詐欺，必以一國之公安觀念為標準，公安觀念因國而異，甲國之認為詐欺者，乙國未可強同；且一國無維護他國公安之義務，故惟有法庭地國法律被詐欺時，始得構成詐欺。至詐欺他國法律，法庭地國無認為詐欺之必要也。例如兩甲國人移住乙國結婚，以規避甲國結婚法規，今若以詐欺行為為理由，向乙國法院請求確認婚姻為無效，其請求必遭駁回，蓋乙國法律並無被詐欺故也。但若向甲國法院請求，則必能准如所請，判決婚姻為無效，蓋對甲國法律，實有被詐欺故也。

由詐欺所成之行爲為無效，但其無效之範圍，以詐欺所得之利益或目的為限。例如：子丑兩

甲國人移住乙國，藉得爲較高利息之借貸，甲國對之，僅以所得之利息爲無效，借貸行爲仍爲有效。又如男女兩甲國人因欲達結婚之目的，歸化乙國，甲國法院僅能判決其結婚爲無效，對其歸化仍當認爲有效。

〔註一〕 Meili P. 148.

〔註二〕 Brook V. Brook (1861), 9 H. L. 193.

〔註三〕 Bundesblott, 1892, 11, P. 184.

〔註四〕 Dicey, PP. 425 note m., 737; Meili P. 150.

〔註五〕 Meili, P. 150.

第七章 反致說 (Renvoi theory)

反致說，依下耳教授所云，謂於某法律關係，依內國之法律衝突規定，應適用某外國之法律時，所謂某外國之法律，是否指該外國之純粹內國法律，抑指該外國關於該法律關係之法律衝突規定而言。如係指前者而言，則適用該外國法關於該法律關係之實質規定爲已足，殊不發生反致問題；如係指後者而言，則內國又當依該外國之法律衝突規定所指示之法則爲裁判之根據。「註一」例如：有原始住所於紐約州之美國人，在法國取得住所，死亡於法國，而遺有動產於紐約，今在紐約法院，發生該動產之繼承問題，依紐約法律，動產繼承，依被繼承人死亡時之住所地法，則本問題當依法國法律；但此所謂法國法律，係指法國之純粹內國法，抑指其全部法律，包括其法律衝突法規在內耶？若指前者而言，則紐約法院僅依法國對於繼承問題之實質法解決之可耳；若指後者而言，因法國法律衝突法規，關於動產繼承依被繼承人之本國法，故本問題仍須依紐約法律解決之。我國法律適用條例第四條載：「依本條例適用當事人之本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法。」即規定反致之條款也。

又有人稱反致說爲反致法者，其用語殊未確當，蓋反致法與本國法，住所地法等之具有準據法之性質者不同，此僅爲屬於一種適用方法上之用語，非可以法稱之也。

第一節 規定反致之法例

最先適用反致者爲一八四一年之英國法院，「註二」一八八二年法國最高法院爲福哥（Forgo Case）一案，曾判決云：「對於在法國有住所之英國人，仍依法國法。」「註三」查法國本以本國法爲屬人法，對於在法國有住所的英國人之屬人法問題，依原則應依英國法爲準；惟英國法以住所地法爲屬人法，凡法國人在英國有住所者，關於屬人法問題，仍須適用英國法。此種不同的規定，對於法國人有失公平。當時法國法院爲謀英法二國人在相對國，獲法律上之平等保護計，故對於有住所於法國的英國人，仍應用住所地之法國法。但其解釋，並非認此爲以本國法爲屬人法原則之例外，乃謂依法國國際私法應適用英國人之本國法時，所謂本國法即包括英國之國際私法在內之意也。如是，則仍當依英國國際私法之規定而適用住所地之法國法矣。自福哥案後，大陸及英美判例，多有採用反致規定者。「註四」但其訂入國際私法之成文法則，首

自一九〇〇年德國民法施行法第二十七條，其後日本法例，「註五」及我國法律適用條例，悉仿倣之。「註六」

第二節 反致之種類

反致意義有廣狹之分，狹義反致又稱一等反致（Remission），廣義反致又稱二等反致（Transmission）。前者即某涉外法律關係依法庭地之國際私法規定，應適用某一外國法律，而依該外國法律中之國際私法規定，復須依法庭地法解決之之謂也；後者為某涉外法律關係，依法庭地之法律衝突規則，應由某一外國法律解決之，而依該外國法律，復應由第三國之法律解決之之謂也。茲將二種反致舉例說明如左。

一 一等反致 有住所於中國之英國人，關於能力問題，發生訴訟於中國法庭時，依中國法規定，以其本國法（即英國法）為準；而英國對此問題，以其住所地法（即中國法）為準。因此，中國法院仍依中國法以決定之。

二 二等反致 有住所於法國之意大利人，在美國紐約州死亡，發生動產繼承問題於美

國時，依紐約法律，應以被繼承人死亡時之住所地法爲準，是當依法國法，而依法國法律，此問題應依被繼承人之本國法，則又當依意國法律解決之。

除上述二種反致外，又有所謂間接反致者。即某涉外法律關係，依法庭地之國際私法規定應適用某一外國法律解決，而依該國國際私法規定，應以第三國之法律爲其準據法；然依該第三國之國際私法規定，仍應適用法庭地國法；法庭地法院，乃以其內國法代替該第三國法而適用之。例如有住所在英國之阿根廷人，死於英國，關於其在日本所有之不動產繼承，發生訴訟於日本。依日本法例第二十五條之規定，應依被繼承人之本國法，即阿根廷法；而阿根廷一八七一年民法第三二八二條規定，應以被繼承人之最後住所地法爲其準據法，即英國法。但英國國際私法對於不動產繼承，則規定應適用不動產所在地法，則復當依日本內國法解決之矣。

第三節 反致說之適用及反對適用之理由

反致之適用，以對於以住所地法主義爲屬人法之外國人，而在內國有住所之場合爲限。否則，其無適用之可能，至反致說之應否適用，學者間意見及各國立法例不一；有明文規定其適用

者，如德日中諸國是；有於判例上承認其適用者，如英國是；更有判例上拒絕其適用者，如美國紐約州等是。茲將主張適用及反對適用之理由，臚述如次：〔註七〕

一 主張適用反致說者之理由：

甲 可期各國法院對於同一問題有統一之判決 今試以結婚能力問題為例，依意國及法國法律，結婚能力以當事人之本國法為準，英國法律對此問題採住所地法，設有住所於法國之兩意國人結婚，假定依意國法（本國法），彼等均為已有結婚能力者，而依法國法（住所地法）為無之者，若其有否能力問題發生於法國法院，該法院必依意國法判決為有能力。若同一問題發生於英國法院，苟其法院不適用反致法，則將依法國之實質法（住所地法）而認其婚姻為無效；但若英國法院適用二等反致，則將依法國之法律衝突規則，而適用意國法。如是，則不論其問題發生於英法意之任何國中，判決莫不同認其為有能力矣。

反致之能使判決統一，在或種場合，固不能否認，但若有關各國，悉採反致說時，其結果，對於同一事項之判決，仍不免因國而異。例如關於贈與能力問題，甲國法規定二十歲為有能力，乙國法規定為二十二歲，依甲國法能力依當事人本國法，依乙國法能力依當事人之住所地法，今有

住於甲國之二十一歲的乙國人，在甲國法院發生能力問題，苟甲國法院採取反致說，則此問題當依乙國法（本國法），而依乙國之法律衝突規則，又須依甲國法律，當認其人為有能力。若同一能力問題發生於乙國時，苟乙國亦採反致說，則此問題當先依甲國法（住所地法），而依甲國之法律衝突規則，又須依乙國法律而認其人為無能力矣。如此，同一問題，因發生不採同一之屬人法國家，其判決即有不同。

反致說既不能使判決得統一，故美國學者如下耳、過德立等，均以為除於婚姻身分及不動產所有權問題外，不認反致說有適用之必要。「註八」婚姻身分及不動產所有權，所以設為例外者，蓋前者所以藉反致而免一人在甲國認為已婚者而在乙國則認為非婚者之不良結果；後者所以藉之以免違反不動產不依其所在地法原則所生之乖戾結果也。

乙 因外國法之不可分 依國際私法之規定而應適用外國法時，此外國法係指外國法之全部，當然包括其國際私法在內，蓋外國法為整個一體而不可分故也。「註九」此理由之是否可採，當以外國法是否合一而不可分為先決條件，查此說倡自法國，法國國際私法之規則，本列入於民商法典內，因而有法律不可分之說，其錯誤，在不明法律編制與法律本質之分，編制是否

合一與法律本質是否可分，純係二事，條文雖列入同一法典，其性質未必盡同，性質既屬不同，自無不可分之理。

丙 可適合外國法之意思 謂適用外國法，須以不違背外國法之願意為原則，故某法律關係如依適用法則而適用外國法時，當視該外國法對於該法律關係所欲願為而判決之，此所以外國法之適用應包括其法律衝突規則也。〔註一〇〕此種理由，完全視外國法之適用以國際禮讓為根據，國際禮讓說既不可取，此理由又自亦無何價值。

丁 使內國法適用之範圍得以擴充 各國立法例之採反致說者，大抵以此為主要用意。德國民法施行法之理由書，對於二十七條，曾列二種理由：（一）為減少本國法與住所地法之牴觸；（二）為使內國法有擴大適用區域之機會。此理由與國際私法所以存在之理由相衝突。夫國際私法之所以規定應適用外國法者，蓋以適用外國法較為妥善，今若以反致之故，而於應適用外國法場合，仍以內國法適用之，殊已失國際私法所以選用外國法之本意矣。

二 反對適用反致說者之理由：

甲 有陷於循環論法之謬誤 此為一等反致適用之結果，蓋如甲國依國際私法規定，應

適用乙國之全部法律，因而根據乙國之國際私法規定，仍適用甲國法律時，甲國亦應依同一理由，適用乙國法律。如是一去一來，循環無已；而實際應適用之實質法，亦將無由確定矣。若謂反致僅限一次，則又失理論上之根據。

乙 有適用外國法律之嫌疑 有人謂因反致之結果，依被選定外國之適用法則，而適用內國法，無異內國法院代外國法院執行司法職務，如是則有紊亂內國司法統一之嫌。此種理由，不論就立法或司法而言，胥爲不當。就立法言，內國國際私法規定適用反致，爲一國立法權之行使，並非外國法強我如此規定，要無損害內國主權之可言。就司法言，法官之適用反致，如係出於己意，自不免有爲外國法院執行法律之嫌；但既有反致條款之規定，適用外國國際私法所指示之法律，卽所以適用內國法也。

丙 適用外國法解釋之錯誤 內國立法指示法院適用外國法時，乃適用該外國法之實質法，並非欲該外國法決定何法之應當適用；蓋內國法院之適用法律，當然包括其法律衝突規則，該法律衝突規則，不能因外國法而改變之也。

觀上述雙方理由，反致之能在或種場合使判決得統一之效力外，別無適用之價值，故國際

法協會對於反致，幾一致主張一國適用法則規定適用外國法時，爲該外國之實質法而非法律衝突規則。

第四節 我國適用反致條款之要件

我國法律適用條例第四條云：「依本條例適用當事人本國法時，如依本國法應適用中國法者，依中國法。」例如有住所於中國之英國人，在中國法院發生能力問題，則依上開法條，應以英國法（本國法）爲準；然依英國法，本問題以住所地法爲準，則又當依中國法判決之。惟我國法院，須有下列條件，始得適用反致法：

一 須經該條例規定適用當事人本國法之場合，例如能力、結婚離婚、親子關係、監護、保佐繼承、遺囑等事件。

二 須依當事人之本國法，以住所地法爲屬人法，如前例，苟英國關於能力問題，亦採本國法爲屬人法時，則再無適用中國法之可能，反致亦無從發生。

三 須當事人在中國有住所，如前例，苟英國人之住所所在法國，則依英國國際私法規定則

將適用法國法，而無中國法適用之餘地，既不適用中國法，我國法院惟有依英國關於能力問題之實質法判決之。

四 須依當事人之本國法，直接適用中國法，蓋我國祇認一等反致而無二等反致及間接反致故也。

【註一】 Goodrich, P. 23.

【註二】 E. O. Schreiber, Jr., "The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law", 31 Harv. Law Review, 523.

【註三】 10 Clunet (1883), 64.

【註四】 例如比利時大理院一八八三年三月九日判決，意大利 Florence 上訴院一八八四年十二月一日判決，葡萄牙 Listonne 法院一九〇七年四月六日判決，德意志帝國法院一九〇七年十月十一日判決，英美判例是否亦有採反致說者，學者之見解不一。勞萊瑞認英美判例從無正式採用此種不正確之反致概念（見 Lorenzen, La théorie du renvoi dans la jurisprudence Anglo-Américaine, 1911, Clunet, PP. 22-23）蕭萊培爾（Schreiber）亦謂反致說因不合於關於法律衝突之普通法概念，故在英美判例中，不能有何等作用（見 Schreiber, 31, H. L. R. 570-571）惟據法學者波杜（Potu）之研究，英美二國

自一七九五年至一九一二年與反致說相關之四十個判例中，有三十八件皆承認反致說，持反對論者僅二件耳。

【註五】日本法例第二十九條。

【註六】我國法律適用條例第四條。

【註七】關於反致說之探討，頗多著述，其要者有 Larenzen, "The Renvoi Theory and the Application of Foreign Law, 10 Col. L. R. 190; Larenzen, "The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws," 27 Yale L. J. 509; Abbott, "Is the Renvoi a Part of the Common Law?" 24 L. Q. Rev. 133; Westlake, PP. 28—34; Pillet, Traite Pratique de droit international privé, P. 531.

【註八】Goodrich, PP. 23—24; Restatement, S. 8; Westlake, P. 34.

【註九】Westlake, P. 38

【註一〇】Pillet, Traite pratique de droit international privé, P. 53.

第八章 法律品質說 (Theory of Qualification)

反致說之外，又有法律品質說，以謀各國判決之統一，所謂法律品質說者，卽某種法律上之名詞，應具有何種意義之謂也。「註一」設各國國際私法關於特定案件，規定盡同，但因關於特定名詞，用意不同，仍不能有統一之判決。如關於不動產之繼承問題，雖各國均以不動產之所在地法爲準，但其判決或因不動產之意義不同而異，又如離婚管轄問題，卽認各國均採當事人住所地主義，而因住所之解釋不同，其判決亦未能一致，今舉例說明之。

設有住所於法國之法國人，未得父母之同意，在英國與某英婦人結婚，依英法兩國法律，雖結婚能力均應依法國法，然法國法認父母同意爲結婚能力問題，英國法認此爲形式問題，結果其婚姻在法國爲無效而在英國爲有效，其後夫歸往法國，夫之父母向法國法院訴認其婚姻爲無效，而獲得勝利，嗣後夫婦各自結婚，婦之後夫向英國法院依英國法訴婦重婚，於此場合，苟英國法對於父母之同意與法國法採同一之品質，亦認爲結婚能力問題，則將認該結婚亦爲無效，庶可免上述不良之結果矣。

法律品質說之非難者曰此說不能完全接受，其理由：(一)當內國立法指示法院之適用外國法，並非欲以外國法律制度解釋內國法，蓋一國當依本國主權確定內國法之意義也；(二)適用品質說不僅無實際上利益，且使內國司法更形不便及複雜之影響，蓋司法者對於同一法律名詞之意義以內國法自較外國法易於知曉也；(三)除非各國同採法律品質說，各國判例，殊難期統一。

法律問題之品質，既為解決法律衝突之先決問題，則決定其品質之準據法，自當首先確定。學者對此問題大都主張以訴訟問題之管轄法院國之法律為準，蓋此屬法律之實質問題，依「法院適用法律以本國法」原則，惟有以管轄法院之本國法為準。

【註1】 Lorenzen, Theory of Qualification and the Conflict of Laws, 20 Columbia Law

Review, 247; Frankenstein, International Privatrecht I, PP. 151—209.

第九章 國籍之衝突

國籍者，人民對於國家忠順（Allegiance）之關係也。〔註1〕由此關係，人民對於國家當負納稅、服兵等之相當義務，而同時得受國家保護之權利。國際私法，既涉及外國原素問題，不得不藉國籍，以區別內外國人，故研究國際私法本論之前，不可不研究國籍問題；但國籍之本身問題，如國籍之取得、變更、喪失等等，學者有主張應屬於國際公法或憲法範圍討論之者，甚或有主張應列為獨立科目者，余以為欲知國籍之所以衝突及謀所以解決之道，固非對於國籍本身問題，同為研究不可。然各國國籍法，因國而異，未臻統一，欲窺全豹，又不免累編浩帙，頗占篇幅，故從略。

人不可無國籍，而不能有二以上之國籍，是為原則。然各國國籍法，既無一致規定，則於此原則之外，無國籍者有之，有二以上之國籍者有之，前者謂無國籍人，後者謂重國籍人或複國籍人，無國籍謂之國籍之消極衝突，重國籍謂之國籍之積極衝突。此兩種衝突，對於本國法之適用時，往往發生窒礙，茲分述之：

第一節 國籍之積極衝突

國籍之積極衝突，可分爲生來的國籍積極衝突及傳來的國籍積極衝突，前者爲由出生而取得二以上國籍之謂，故又稱同時之積極衝突；後者爲因出生後之事實而有重國籍之謂，故又稱異時之積極衝突。

一 生來衝突 按各國對於生來國籍之取得，規定不同，有採血統主義者，有採出生地主義者，有採併合主義者，併合主義之中，又有以血統主義爲原則，出生地主義爲補則者，有以出生地主義爲原則，血統主義爲補則者，即採同一主義之下，復有程度高下強弱之分，有此不同之規定國籍之衝突，在所不免，其發生之場合，有左列數端：

甲 採血統主義國與採出生地主義國間之衝突 血統主義者以父或母之所屬國以定其固有國籍之主義也，德奧等國採之。〔註二〕出生地主義者，以出生地以定其生來國籍之主義也，如南美阿根廷、智利諸國採之。〔註三〕今設有僑居於阿根廷之德國夫婦，生子於阿根廷時，則其子依阿國之國籍法爲阿國人，依德國法爲德國人，同時取得兩國國籍矣。

乙 採血統主義國與採併合主義國間之衝突

併合主義爲採血統主義及出生地主義

之折衷辦法，甚易與血統主義發生衝突。先就由血統主義與以血統主義爲原則之併合主義間所生之衝突言之，例如德國人在法國所生之子，依法國民法第八條之規定，當爲法國人，或依第九條之規定，於其成年後一年內得聲請保留法國籍；但依德國血統主義原則，又爲德國人，是一人而有兩國國籍矣。再就由血統主義與以出生地主義爲原則之併合主義間所生之衝突言之，例如奧國人在英國所生之子，依奧國法，則凡奧國人在外國所生之子，皆爲奧國人，但依英國法，對於外國人在英國所生之子，雖於其成年後，許其選擇父之國籍，在未成年前而住居於英國者，皆認爲英國人。〔註四〕如是則與奧國法發生衝突矣。

丙 採血統主義國間之衝突

同採血統主義國之間，就原則言，殊不致發生衝突，但按諸

事實則不然，同採血統主義之國，亦常以各所採之標準不同，發生衝突。例如法德兩國均採血統主義，設有私生子於未成年前由其法國籍之父認領後，復被其德國籍之母認領，依法國法，經其父認領後即取得其父之國籍（法國籍），依德國法，則亦因認領取得母之國籍（德國籍）。〔註五〕又法日兩國均爲採血統主義者，但因法國採出生時之血統主義，日本採懷胎時之血統主義，亦

能發生衝突，例如某子出生前，其父本爲日本國人，出生時其父取得法國國籍，則依法國法，此子爲法國人，依日本國法，則爲日本國人，自不免有兩國國籍矣。

丁 探出生地主義國間之衝突 同探出生地主義國之間，亦有因所採之程度不一而發生衝突。例如依巴拉圭國法律，凡在本國領域外巴拉圭人民所生之子非巴拉圭人，但服務本國者，不在此限。今設有某巴拉圭人生子於採取絕對出生地主義國，其子厥後服務於巴拉圭，則依上述說明，此子亦有兩國國籍。

二 傳來衝突 因出生後之事實發生重國籍之場合，實較生來衝突爲複雜，蓋各國對於國籍之變更，規定互歧，往往一人一方未喪失舊國籍而一方已取得新國籍，其構成原因，約有下列數種：

甲 婚姻 依日本法外國女子爲日本人妻者，即因婚姻取得日本國籍。「註六」美國法規
定，美國女子與外國人結婚，並不因而喪失其美國籍，惟於婚姻存續中，移住於外國，則停止美國
國籍之效力。「註七」依上規定，美國女子與日本人結婚，而移住於美國，此女子將因美日法律規
定之不同，有重國籍矣。

又日本國籍法規定外國人爲日本人贅婿，即取得日本國籍，「註八」而一般國家，向無此種規定；使有美國人爲日本人贅婿，依日本法，因入贅而取得日本國籍，依美國法，並不因入贅而喪失美國國籍，則又發生一人有二國籍情形。

乙 入養 各國對於入養而變更國籍，雖向有行之者，但迄今已不多觀。我國國籍法第二條第四款仍規定外國人爲中國養子而取得中國國籍。設有英國人爲中國人養子，依英國法不因此而喪失其英國國籍，但依中國法，則已取得中國國籍，是爲重國籍。

丙 認領 私生子之認領，各國立法例，規定不一。有以父之認領爲主者，如我國、意大利、荷蘭是；有以母之認領爲主者，如瑞典、德意志是。各國法律之規定，既如斯不同，其衝突自亦難免。例如我國國籍法第二條第二款規定私生子之父爲中國人，經其父認領者，取得中國國籍；瑞典法律以私生子取得母之國籍爲原則。「註九」使屬中國籍之父，與屬瑞典籍之母，生有私生子，而經父認領者，依中國法則此子爲中國人，依瑞典法則爲瑞典人，於是衝突生焉。

丁 歸化 由歸化所發生之衝突問題，可分下列三方面說明之：

子 由歸化本身而起之衝突 此點又分三種情形：(1) 依歸化國法，許歸化以取得其

國籍，但依其人之本國法有反對之規定時，例如南美數國規定歸化不過喪失原屬國之參政權，而我國國籍法第三條規定外國人歸化中國，即取得中國國籍，使有一南美國人歸化於中國，依該南美國法仍保持原有國籍，而依中國法，則取得中國國籍。(2)因歸化之條件各異時，例如古巴憲法，對於合格之華僑，強迫其歸化爲古巴人，但我國國籍法須中國人自願歸化外國，始能爲脫籍之聲請，則在古巴之被強迫歸化之華僑，當然有二國國籍矣。(3)取得新國籍前，未取得其原屬國之出籍許可證者，蓋脫離國籍，各國多以取得出籍許可證爲要件故也；如中國人未取得中國內政部出籍許可證前，雖已向日本歸化而爲日本人民，在中國法院視之，仍認其爲中國人也。〔註一〇〕

丑 由隨同歸化而起之衝突 各國關於歸化之效力，有規定能及於妻及未成年之子女者，有規定僅限於歸化之本人者，於是兩相反規定競合時，國籍衝突生矣。設某甲歸化外國，若其所歸化之國，認有概括能及其妻及子之效力，而其原屬國不承認時，則其妻及子，遂發生重國籍問題。

寅

由大歸化而起之衝突

在通常情形，聲請歸化須合乎相當條件，而聲請出籍則無

甚嚴格之限制；惟大歸化則祇須有功勳於歸化國，毋庸合乎通常條件，在此場合，苟其人因與原屬國尚有特殊關係不許其喪失國籍時，即發生重國籍。例如有功勳於日本之中國官員而爲日本大歸化時，依日本法當因而取得日本國籍；〔註一〕但依我國國籍法「現任文武官職者，內政部不得爲喪失國籍之許可」之規定，仍爲中國人，是一人而有二國籍也。

第二節 國籍之消極衝突

國籍之消極衝突，無國籍之謂也。其發生原因，亦不外由於出生及出生後之事實兩種：由出生所發生之國籍的消極衝突，簡稱之爲生來衝突，即人於出生時，即無國籍之意也；由出生後之事實所發生之國籍的消極衝突，簡稱之爲傳來衝突，即人在原有國籍喪失後，而又未取得新國籍之意也。

一 生來衝突 生來即無國籍，仍不外因各國採不同一國籍主義之結果，其發生之事由，約有下列數種：

甲 由血統主義與出生地主義所生之衝突 血統主義與出生地主義之衝突，不但可發

生國籍之積極衝突，且可發生國籍之消極衝突；蓋如採出生地主義國之人，在採血統主義國所生之子，往往發生無國籍問題。例如烏拉圭人生子於德國，烏拉圭為採絕對的出生地主義國，則此子既生於德國，當非烏拉圭人；德為採絕對的血統主義國，則其父既為烏拉圭人，此子當非德國人，故為一無國籍人。

乙 由不同併合主義間所生之衝突 以血統主義為原則之併合主義與以出生地主義為原則之併合主義競合時，亦能發生無國籍情形，我國為採血統主義為原則之併合主義國，英國為採出生地主義為原則之併合主義國，依英國法，英國臣民，在外國所生之子女，為英國人，但非在英國所生之英國人，或歸化英國之英國人，在外國所生之子女，則不認有英國國籍。設有生於中國之英國人生子於中國，此子依英國法既不能得英國國籍，依中國法亦非中國人，乃為無國籍人。

丙 由血統主義間所生之衝突 羅馬尼亞與德國同採出生時之血統主義。〔註一、二〕如有羅馬尼亞夫婦，懷胎後，未得本國政府允准，擅任外國公職，因而喪失羅馬尼亞國籍。〔註一、三〕其後其子在德國出生，則依羅馬尼亞法，出生時父既已喪失羅馬尼亞國籍，不能認為羅馬尼亞人；依德國

之血統主義原則，父既非羅國人，同時又未取得其他國籍，則爲無國籍人，無國籍人在採血統主義國所生之子，亦爲無國籍人。

丁 由出生地主義國所生之衝突 同採出生地主義國間之衝突，殊屬罕見，但如二國之間，有一國對於出生地主義適用上設有例外時，仍不免發生衝突。巴西法律規定凡爲其本國服務於巴西之外國人，在巴西所生之子，不視爲巴西人。註一四設其父之本國係採絕對的出生地主義，則依巴西法既非巴西人，將爲無國籍人矣。

戊 由不同的併合主義國所生之衝突 採出生地主義爲原則之併合主義國與採血統主義爲原則之併合主義國間，亦能發生衝突。美國法律規定，父爲美國人，在外國所生之子，亦爲美國人，但若生父從未住居美國，則所生之子，無美國國籍。註一五設有生於中國之美國人，從未回住本國，而生子在中國，則此子既非美國人亦非中國人，乃爲無國籍人。

二 傳來衝突 由出生後之事實發生無國籍，大都限於左列數種原因：

甲 婚姻 基於婚姻而發生無國籍者，可分結婚與離婚二方言之，前者如日本女子爲美國人妻者，依日本國籍法，不以取得新國籍爲條件，當然喪失日本籍；註一六依美國法，外國人之

嫁與美國人爲妻者，亦非當然取得美國籍，「註一七」則此女子爲無國籍人。後者如日本女子嫁與委內瑞拉人爲妻而離婚時，苟該女子既未依委國國籍法於一年內宣告保留國籍，「註一八」又未依日本國籍法設住所於日本，亦將爲無國籍人。

乙 歸化 各國法律關於歸化取得國籍，多有以脫離舊國籍爲條件者，則欲歸化者於脫離舊國籍後，未取得歸化許可前，爲無國籍人。

丙 解籍 解籍云者，解除國籍之謂也。解除國籍者，於未取得他國籍時，爲無國籍人。解籍之原因有自動及被動兩種：自動解籍，即聲請者非因歸化他國之故，自願請求脫籍，德國有此制度；被動解籍者，即被剝奪國籍之意，例如德國法律規定政府對怠於服兵役者，得剝奪其國籍是。〔註一九〕

丁 領土繼承 領土繼承，不論爲全部繼承或一部繼承，在通常場合，繼承國與被繼承國間，締結條約，規定該領土上居民國籍之所屬，故不易致生重國籍問題，但無國籍問題，仍所不免。在一國領土全部繼承場合，其境內人民，當然失去舊國籍而取得繼承國國籍，惟繼承當時滯居於境外之人民，則除非向繼承國提出取得新國籍之志願書，並不當然取得繼承國國籍，故不提

出志願書者，將爲無國籍人矣。又於一部繼承場合，滯居於境外之人民，願保留其舊有國籍，抑欲取得繼承國國籍，必須自行選擇，故苟不選擇，亦將爲無國籍人矣。

第二節 國籍衝突之避免

一人同時不可有二以上國籍，且不能無國籍，爲各國國籍法之原則，海牙國籍法公約之弁言，亦有同樣規定。蓋不論重國籍或無國籍對於公法上及私法上，均能發生不可避免之弊，茲分述之：

一 重國籍之弊 一國公法上規定權義，多根據於內國政策，僅限於內國人得享受之或負擔之，苟重國籍者亦得享有權利，則由第三國視之，無異予外國人以內國人之權利也。如被訴時，狡黠者往往乘重國籍之利而逃免裁判。反之，重國籍能使人負雙重義務，例如納稅、服兵等，均爲公民義務，苟一人有兩國籍，在納稅則猶可，而在服兵則其人必處兩難之間，以上就公法上言。復就私法上言，國際私法關於私權問題，往往以當事人本國法爲準，一人而有二以上國籍，則究以何者爲本國法，應當適用，又滋疑義。

二 無國籍之弊

一國對於本國人民，既具保護之責，無國籍者自無國爲之保護；且一般公法上之權利如爲官員爲律師等公職，亦無由享受，此公法上之弊也。法律爲人之行爲規範，無國籍者之私權行爲，無本國法爲之依歸，即使以所在地法爲依據，但人之行蹤無定，遷居變法，亦感不便；且常人對於無國籍人因其無定著之法律，往往深恐法律關係歸於無效，故多不與之交往，此私法上之弊也。由此觀之，國籍衝突之避免，不可不討論之。預防國籍衝突，約有下列方法：

一 國際會議 國籍問題，關於國際間人民之權義至大，宜有國際國籍法之釐定庶不致發生衝突，此所以近世國際會議，對於國籍問題，急謀解決之方也。一九三〇年列國在荷蘭開國際法典編纂會議，締結國籍法公約，簽字者共三十國，我國對於此項公約，已由外交部呈請行政院，復由行政院囑內政外交二部予以審查，今已交立法院審議，除第四條規定「國家關於本國人民之兼有他國國籍者，對於該第二國，不得施外交上之保護」，因與我政府保護僑民政策有所牴觸，聲明保留外，餘約即可批准。

該公約關於處置無國籍人，規定得遣送至其最後所得國籍之國家，其第三條規定「除本約另有規定外，凡有二國以上國籍者，各該國家，均得視之爲國民」，似無否認重國籍之發生；但

其第四條規定補救辦法曰：「在第三國之領土內有一個以上之國籍者，應視為祇有一國籍，在不妨礙該國關於身分事件、法律之適用及有效條約等範圍之內，該國就此人所有之各國籍中，應擇其通常主要居所所在之國家之國籍，或在各種情形之下，似與該人實際上關係最切之國家之國籍，即承認其為唯一之國籍。」

國際會議，本各國自願而組成，既未能強集世界各國與會，又未能直接支配各國立法，故實際上對於統一國籍頗難奏效；矧各國情形不一，鑄不同之國情於統一原則，亦勢所不能。故縱有統一原則，亦必設保留條款，以合事實，即如一九三〇年之國際法典編纂會議，參與者僅四十七國而簽字者不過三十國，其欲統一國籍規定，良非易事。

二 內國立法 國際立法，既未至成熟程度，國籍之統一有賴於內國立法者更殷。內國立法之預防國籍衝突，即在制定關於國籍法規時，須極力注意於發生衝突之原因而避免之。查各國國籍法所以發生衝突，往往因其偏執主義，不重事實，故採血統主義之國欲避免衝突，不得不兼採出生地主義。採出生地主義之國，欲避免衝突，亦須兼顧血統主義，例如法國本採血統主義，而一九二七年之新國籍法則規定「父母為法國人，而生於採出生地主義之國家者，當視為屬

該國國籍」者，蓋所以避免重國籍也。又如美國採出生地主義，但其法律認外國人在美國生子，此子如久住於其父之本國者，非美國人，亦所以免重國籍之發生也。再如我國國籍法第一條第四款規定「生於中國地，父母均無可考，或均無國籍者，屬中華民國國籍」亦所以免無國籍之發生也。

各國關於國籍所採主義，多因內國特殊背境，非可遽改。例如南美諸國人口稀少，不得不採出生地主義以資補救。美為一合衆之國，其人民本均由他國移殖者，故亦以採出生地主義為宜。我國及日本，向重血統，且人民僑居於國外者，無慮千萬，為護僑計，自非取血統主義為原則不可。在此各別不同背境中，強內國立法採有背於國情之主義，殊亦未可，此所以欲以內國立法預防國籍之衝突，亦非易事也。

第四節 國籍衝突之解決

國籍衝突既有積極及消極二種，解決之道，故亦分國籍積極衝突之解決及國籍消極衝突之解決言之。

一 解決積極衝突之準則〔註二〇〕

甲 內外國籍之衝突 一人同時有二以上國籍，而其中有一爲內國國籍者，自當以法庭地國爲準，而以其內國之籍爲其國籍。一九三〇年之國籍公法，卽如此規定。例如中國人在美國生子，關於此子國籍問題發生於中國時，中國法庭當認爲中國人，如發生於美國，則美國法庭當視其爲美國人。蓋國籍既以區別內外國人，與國家公益有關，具絕對強行性質，不論其人依外國法有否外國國籍，而由內國視之，自當認其惟有內國國籍，在內國法庭，無任其主張外國國籍之權利也。故在此場合，不論內外國籍取得之孰先孰後，及取得之原因爲何，要皆以內國籍爲準。

乙 外國籍間之衝突 此卽外國國籍與外國國籍之衝突，而發生訴訟於第三國之情形，其中又可分爲同時衝突與異時衝突兩方說明之。

子 同時衝突 同時取得二以上之外國國籍，爲最難解決之問題，蓋既爲同時取得，自無先後之分，俾得依時定其取捨。學者於此，約有二種解決辦法：其一主張由血統主義取得之國籍較優於由出生地主義取得之國籍，故如因血統主義及出生地主義相值，發生同時衝突時，則採取由血統主義取得之國籍；其一主張以與重國人關係較切之國爲其本國，然則何以定關係之

深淺耶？學者於此，認有下列標準：

1. 當事人於重國籍之一國有住所者 即以有住所地國爲其本國，其理由，有認住所爲人之生活中心地，有住所之國，即與當事人最有密切關係，故以住所地國即爲其本國；有認當事人設住所於某特定國者，即表示以該國爲其本國之意。惟此處之所謂住所，係指現在之住所而言，倘當事人於兩國均無現在住所，則將如何？在此情形，或有謂以其中有最後住所之國爲本國者，有謂以其中現有居所之國爲本國者。

2. 當事人於重國籍之國均從無住所或居所者 於此情形，學者間有主張其人爲無國籍人，可依無國籍人辦理。蓋當事人於任何重國籍之國，均無住所或居所，以定其本國，則捨甲國而取乙國以分軒輊，殊有背於外國法平等之原則。既無從定其取捨，該當事人實與無國籍人同；又有主張當比較重國籍之國所取之國籍主義，以近於或同一於法庭地國所採之主義者爲優，以定當事人之本國者。例如日本人在美國生子，此子在中國發生國籍訴訟，我國法院當以日本所採之血統主義與我國相同，認其爲日本人是。

以上兩種主張，均非盡然。認其人爲無國籍之主張，於事實不相謀，蓋其不但實際有國籍，

且有多數國籍，今烏可謂其無國籍耶？比較重國籍之國籍主義，定其優劣，以定本國所屬之主張，不論於理論是否正當，於事實已有頗難適用之處，蓋若衝突國間之國籍主義完全相同而發生重國籍時，將無從定其本國矣。

丑 異時衝突 有主張以解決同時衝突方法解決異時衝突者，實則異時衝突，重國籍之取得既為異時，必有先後之分，各國學者及立法例故認為異時衝突發生於第三國時，當以先後為標準，以定何者本國法之適用。我國法律適用條例第二條第一項載：「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。」是從最後取得之新國籍也。例如中國人歸化英國，依中國法，其人於取得內政部許可出籍證前，不發生歸化效力；若其人於德國發生法律關係，而訴訟於德國法院，德國法院則以其最後取得之國籍（即英國籍）定其本國法。

異時衝突所以從最後取得之新國籍者，其理由：（一）就當事人意旨言，既取得新國籍，自當願服從新本國法，如遇應適用本國法場合，因重國籍之故仍適用舊本國法，殊有背於其取得新國籍之初意；（二）異時重國籍之發生，常因新國籍已取得而舊國籍尚未喪失，而原屬國之所以

不許其喪失者，又往往基於內國之政策。一國之內國政策，其效力不出國境，第三國當無遵守之義務，故重國籍問題發生於第三國者，該第三國毋須遵守原屬國法律而認其人仍保有固有國籍也。

二 解決消極衝突之準則〔註二〕

依國際私法，應適用本國法時，須先確定當事人之國籍，故即無國籍之人，訴訟法院亦必須假擬當事人之本國，以定本國法之適用。消極衝突之原因有發生於出生者，有發生於出生後之事實者，解決之道，亦分此二方言之：

甲 生來衝突 一般學者，對於生來的消極衝突，不外以住所地擬其為本國，住所不明者，以其居所地為本國，我國法律適用條例第二條第二項即包含此種解決方法，惟日本學者跡部定次郎主張左列方法：

子 有父母者，以其父母（嫡子從父，私生子從母）國籍所屬國之法律為其本國法；

丑 不能依上項規定者（如父母無可考或無國籍時），以當事人現有住所國之法律為其本國法；

寅 當事人現無住所時，以其現有居所國之法律爲其本國法。

乙 傳來衝突 傳來的消極衝突，發生於當事人喪失其原有國籍而未取得新國籍之場合，學者間因而有認此種情形與生來的消極衝突之向無國籍者不同，進而主張以當事人之原屬國籍爲其國籍者。日本學者跡部定次郎亦主張此說，其理由謂當事人於未取得新國籍前，其與最有密切關係及最適合其國民性之法律，厥惟原屬之本國法，故基於國民性之各種私法關係，自以仍從原本國法最爲適宜。

學者間有反對從原國籍者曰，國籍之喪失與否，惟當事人之原屬國法是從，苟依原屬國法業經喪失，第三國決無強其保存而以原屬國法爲其本國法之理；且當事人既已喪失原國籍，則決無再服從原屬國法之意。故此種無國籍者，應與生來之無國籍者，同以當事人之住所地爲其本國，住所不明時，以居所代之。我國法律適用條例第二條第二項，爲概括之規定，於傳來衝突情形自當同樣適用之。

[註一] Foote, *Private International Law*, 5 ed. P. 77.

[註二] 見一九一三年十二月二十二日德國國籍法第三第四條，一八一一年奧國法典第二十九條至三十二條。

〔註三〕 見一八六九年十月八日阿根廷三四六號法律第一條第一項，一九二五年九月十八日智利憲法第五條。

〔註四〕 Nationality and Status of Aliens Act, 1914, Part I. S. 1.

〔註五〕 見一九二七年八月十日法國法律第一條，一九一三年德國國籍法第五條。

〔註六〕 一八九九年三月日本第六六號法律第五條第一項。

〔註七〕 一九二二年九月二十二日美國法律第三節。

〔註八〕 一八九九年三月日本第六六號法律第五條第二項。

〔註九〕 一九二四年五月二十三日關於國籍之取得及喪失瑞典第三〇〇號法律第七條。

〔註一〇〕 我國國籍法第十一條。

〔註一一〕 一八九九年三月日本第六六號法律第十一條。

〔註一二〕 一九二四年二月二十三日羅馬尼亞法律第一條。

〔註一三〕 一九二四年法律第三六條。

〔註一四〕 一九〇八年五月十四日關於第六九四八號總統令規例第一條第一項。

〔註一五〕 Law of February 10, 1895.

〔註一六〕 一八九九年第六六號法律第十八條。

[註一七] Law of September 22, 1922, S. 2.

[註一八] 一九二九年三月二十九日憲法第二十九條第二項第四款。

[註一九] 一九一三年七月二十二日國籍法第十七條第二項第一款及第三款。

[註二〇] 參見 Flournoy, jr., R. W., "Dual Nationality and Election," 30 Yale Law Journal, 645, 693; "Double Nationality, Jour. of Soc. of Comp. Leg. (1918) 280.

[註二一] 參見 Lémonon, E., "De la condition juridique des 'Heimathlosen' on 'Sans patrie' en France", Clunet (1910) 403.

第十章 住所之衝突

國際私法對於住所問題與國籍問題同等重要。在昔羅馬時代，國籍與住所共同決定每一羅馬人民之城市稅負，被裁判義務及適用之屬人法，其後歐洲各國，以法律關係之衝突，僅限於內國城市間之人民，無本國法適用之必要，故當時舉凡城市人民間之屬人法問題，悉依住所地法解決之。迨十九世紀，國家主義思想勃起，兼之內外國人交往之遞進，拿破侖法典出，本國法遂代住所地法應運而興。但在英美，國內之法域不一，有國籍而無其所隱示之本國法，又有內國部份中之法律衝突，實際上既無所謂本國法，適用上又不能適用本國法，自惟有仍依住所地法以解決（一）訴訟管轄，（二）身分，（三）婚姻，（四）因法律行為動產之移轉（例如未立遺囑人之動產依法繼承是）等問題。「註」即在承襲大陸法系之國，住所地法亦有下列功用，是住所問題，不得不相當討論之。

一 代替本國法之適用 例如我國法律適用條例第二條第二項規定：「當事人無國籍者，依其住所地法……」又第三條規定：「外國法人，經中國法認許成立者，以其住所地法為本

人意思，定其取捨。

第一節 住所之意義

住所之意義，依我國民法第二十條之規定，爲「以永住之意思，住於一定地域」之謂也。法意大陸諸國，雖於民法中有規定住所之定義者，但因住所地法適用之場合較少，對於住所之確切意義，未嘗深究。英美法系，採住所地法爲屬人法，故對於住所一節闡發甚詳。英美學者所下定義，無慮數十，然其內容，大同小異，總括之約可分爲二派：其一認住所爲一人與一地域之法律關係，以住所之本質爲一種法律關係，英國倫敦大學傅脫教授其代表也；〔註三〕其一認住所爲一人有定着法律關係之處所，其是否卽爲家之所在地，抑爲法律所賦與之處所，則可不論，故住所爲一處所，美國哈佛大學卜耳教授其代表也。〔註四〕觀上述二派意見，認住所爲法律關係，似未免倒果爲因。蓋先有住所，而後發生法律關係，今欲確定住所之意義，而以其所指示之關係解釋之，自屬不當，此所以多數學者，崇尚卜耳之見解也。顧不論中國法或英美法，住所之創設，須以目下永久或無定期居住之意思，及實際居住於一定地域之事實爲要素，當無疑義。〔註五〕惟此間

所謂地域，以法域爲其界限，一人不得設住所於跨二法域之處所，亦不得設住所於無法律之處所，例如一人不得設住所於北極或南極是。又如美國爲有一多數法域之國，謂設住所於其國之某州則可，若謂設住所於美國則不可。

第二節 英美法上住所之原則

研究英美法上住所，當注意左列原則：

一 一人必須有一住所〔註六〕 英美法以住所地法爲屬人法，苟無住所，即無住所地法，故一人必須有一住所。人之生也，法律即賦予原始住所，在未取得新住所之前，此原始住所永遠附着於其人。

二 一人不得同時有二以上之住所〔註七〕 「人必有其住所」原則之目的，既在使其人之權利義務得歸屬於特定之法域，則在邏輯上一人自亦不得同時有二以上之住所。

三 住所與居所不同居所地未必即住所地〔註八〕 有謂一人得同時有二住所者，實不知住所與居所之差異也。一人因有居所於某處，雖亦得與該處發生相當關係，例如訴訟管轄、徵

稅等是；但不能發生因住所所發生之法律關係。欲以居所地爲住所，當事人又須有以居所地爲其永久居住之所在地之意。〔註九〕

四 住所係指人與法域之關係 有住所於某國者，其人即與該國之法律發生關係。往昔英國判例，認英國人居住於中國者，雖有久居之意，因享有領事裁判權之故，不受中國法律之管轄，與中國法域不發生直接關係，故在中國不能有住所。〔註一〇〕此種見解，頗爲不當，蓋英國人之所以有領事裁判權，係根據條約而產生，條約係基於我國主權行使而產生，故此項特權，原爲中國主權所賦予，其實即爲中國法律之一部耳。

第三節 住所之分類

住所之種類依所取之標準不同，可分爲左列各種：

一 以適用之場所爲標準 依此標準可分爲民事住所 (Civil domicile) 及商務住所 (Commercial domicile) 前者以久居之意思及居住之事實爲其構成要素，適用於一般屬人性質的法律關係，爲國際私法應行討論之題目；後者爲於敵國有居所或學業所者即認其有敵性

之意，適用於戰時之任何國人，爲國際公法應行列入之題目。二者之異點，有下列四種：（一）民事住所須有永居之意思及事實之合一，而商務住所祇須有居所，毋須有永居之意思；（二）設定民事住所，必須於其地有居住之事實，而商務住所苟有營業所，即無居所，亦得設定；（三）民事住所一人僅限有其一，而商務住所既以居所爲唯一要素，則一人有多數居所於多數敵國時，一人同時即得有多數之商務住所；（四）民事住所之喪失，須有實際之離棄及無回復意思之聯絡，而商務住所之喪失以開始離棄居所或營業所爲已足，不以無回復意思之聯絡爲要件。〔註一一〕

二 以適用之範圍爲標準 依此標準，可分爲國住所（National domicil）準國住所（Quasi-national domicil）及市住所（Municipal domicil）三種。國住所爲在單一國內設定之住所，準國住所爲在複合國之分子國所設定之住所，市住所爲在完全無獨立主權區域內設定之住所。例如在意法等國設定之住所爲國住所，在美國諸州設定之住所爲準國住所，在城郡設定之住所爲市住所。國住所與準國住所，不過因國家之組織不同而異其稱呼，其實則一；至市住所，其性質則不同，乃爲一人與某區域之市政關係，非其人與該區域之法律關係也。故其適用除爲決定爲徵稅及選舉外，別無所用。

三 以取得之方式為標準 依此標準，可分為原始住所 (Domicil of origin) 及選擇住所 (Domicil of Choice)。

甲 原始住所 此為人出生時法律所賦予之住所。例如嫡子從出生時生父之住所，姦生子及遺腹子從出生時生母之住所，生母無可考者，以出生地為其住所，不知出生地者，以其發現地為其住所。

乙 選擇住所 此為拋棄原始住所後，有行為能力人自由選擇之住所。其成立要素，就積極方面言，其人對於新取得之處所，須親身蒞場且存永居意思；就消極方面言，其人對於其原有住所，須有離棄之事實及無回復之意思。茲將此二要素之意義，分別說明之：

子 親身蒞場 (Physical presence) 親身蒞場云者，當事人已親自到過某一法律單位之國之謂也。於此可見 (一) 必須親自到過，(二) 祇須到過，不必在該處有眠或食之事實，(三) 祇須在某一法律單位之國到過，不必在該國內有一定之處所。試舉例以明之：

例一 甲乙兄妹同居一家於X國設有住所，兩人決定共同移住於Y國，乙後移住於Y國，甲因病留住於醫院，從未到過Y國，甲之住所仍在X國。

例二 甲因欲結婚，親往X國購買房屋，但自結婚後往他國蜜月旅行，並未在該屋住過，在蜜月期內甲之住所仍在X國。

例三 甲放棄X國之原始住所後，移住於Y國中之旅舍，且時復遷移，無確定之旅舍，但在Y國有永久居住之意，甲之住所即在Y國。

丑 永居意思 (Intent to live permanently) 永居意思，包含下開意義：(一)係指

事實上欲以其處所為家之意，非欲以其處所獲得住所之意之謂也。人有非為設定家之所在，而欲取得特殊之法律上利益為目的而表意願於某國取得住所者，在該國當不能認其有住所（見一例）。(二)係專限現在之意思 (Present intent)（見例二）。(三)須絕對不附條件（見例三）且須出於自由意志之行使（見例四）

例一 某甲原有住所於X國，擬欲其死亡時之動產繼承，依照Y國法律分配，而往Y國並在Y國租住一年，向人宣示其住所仍在Y國，某甲之住所仍在X國。

例二 某甲原有住所仍在X國，至Y國購置房屋，擬於X國所賃房屋租期滿後遷往Y國，甲之目下住所仍在X國。

例三 某甲原有住所於X國，至Y國購置之屋，迭向人言，倘如大學畢業，即行遷入，在未畢業前，其住所所在X國。

例四 某甲爲一軍官，原有住所於X國，其後遣駐於Y國多年，甲之住所所在X國。

於此應注意者，久住意思非動機 (Motive) 之謂。〔註一〕動機雖可爲意思之證明，其本身非即意思，有意思，即無庸查究其動機。例如某甲本有住所於X國，欲減輕租稅，移住Y國，於此場合，欲決定甲之住所，非可僅憑減稅一點，而尤當求其移住Y國後究竟有否對於Y國有久住之意思。

當事人於拋棄舊住所後而未取得新住所前，應如何解決住所問題？對此問題，英美判例解決之方法不同，美國判例認住所所有連續性，當事人於未取得新住所前，其固有住所繼續存在。〔註一〕英國判例，則認原始住所之效力強於選擇住所，當事人於未取得新選擇住所前，其原始住所依然存在，不得認爲拋棄，拋棄舊選擇住所而未取得新住所時，回復其原始住所。〔註二〕例如某甲有原始住所於X國，在Y國設定選擇住所，其後拋棄Y國之住所，乘輪擬往Z國設定住所，不幸中途死於輪上，本案之住所問題，設發生於美國法院，其判決必認其死亡時住所所在Y國；

設發生於英國法院，則必認其住所所在X國，蓋此爲其原始住所也。

英美法又有所謂擬制住所 (Constructive domicile) 者，卽法律賦予未有行爲能力人之住所也。人既不能無住所，而無行爲能力人又不能自行設定住所，法律則不能不謀所以補救之道，擬制住所，特爲此種場合而設。其與原始住所不同之點：卽原始住所爲出生時法律賦與之住所，而擬制住所則爲出生後法律賦與無行爲能力人之住所。茲將其適用於未成年人、結婚女子、精神喪失人等分述之：

一 未成年人 未成年人無行爲能力，不得自設住所，故以其父之住所爲住所，並隨父之住所之改變而改變。其理由爲父既爲子之天然保護人 (Natural guardian)，自當以其住所爲子之居處。例如甲有住所所在X國，其未成年子乙逃往Y國，乙之住所仍在X國，但此原則，尙有下開例外：

甲 父遺棄子或放棄法律上監護權時 父如遺棄或放棄其法律上對子之監護權，子卽無隨從其父之住所之對待義務，如父將子出養，子之住所，從養親之住所是。

乙 子被父釋放者 子受父保護，故子之住所應隨從父之住所，子既被釋放，則父子間保

護關係 (Tutelage) 消滅，子得以自由選擇住所。

丙 家長非父時 甲乙二種，以父爲家長之場合，若家長非父，未成年人之住所，應如何決

定？此問題，又可由下列各種情形，分別研究。

子 父死亡時 父死母爲家長，且爲未成年子之保護人，子即隨母之住所爲其住所，例

如：甲亡故後其妻乙有住所於X國，甲曾謂其未成年子丙曰：「余死後，汝與乙須在Y國同住，」丙從甲之遺言往Y國，丙人之住所所在X國。

丑 父故母改嫁時 父故母回復其獨立自由之人格 (Sui Juris)，母若改嫁，則母因

而復失其獨立自由之人格，故本項所述情形與子項不同。學者於此，有二種主張：其一謂子之住所仍爲其母改嫁時之住所；蓋母改嫁取得其後夫之住所，後夫既非子之天然保護人，子自無隨後夫住所之理，又不能隨母現在之住所，故惟認其保有母改嫁時之原住所。其一謂當依子之是否與母之後夫共同生活爲標準，以決定子之住所；母改嫁子不隨往，欲謂子宜取得後夫之住所，固屬不當，若子與後夫同住而謂其仍保有母改嫁時之原住所，亦非有理。蓋母子保護關係，出於天然，非改嫁所能影響之，今既母子同處，而謂其應有各別不同住所，寧有理乎？

寅 父母分離時 父母離婚或別居時，子之住所，應隨何造？應以離婚或別居判決關於

子之監護權之所屬為準。子之住所隨有監護權一造之住所，若判決無明示時，則與事實上同居一造之住所爲住所，若與父母均不同居，則以父之住所爲住所。

卯 父母俱亡時 父母俱亡，祖父母在，則隨祖父母之住所，無祖父母，則由指定保護人

指定之。

二 私生子 母子關係，既屬天然，是不論嫡母庶母，對於親生子，當有監護權，故私生子之

住所隨生母。母如與人結婚，其情形與父故母改嫁同，故關於其子住所之法律，亦當與關於與父死母改嫁之法律相同。母如與生父結婚，則不論子是否與母同居，子隨父之住所。

三 結婚女子 有夫之婦之住所隨夫之住所，夫改變住所，妻之住所亦因而改變。例如甲

乙夫婦，原有住所於X國，甲設定新住所於Y國，乙從未到過Y國，乙之住所仍在Y國，但夫如有遺棄情事而設定新住所時，妻得不隨夫之住所，而以夫婦最後之共同住所爲住所。例如甲乙夫婦同有住所於X國，夫偕丙女潛逃至Y國並在Y國設定新住所，乙之住所仍在X國。

四 精神喪失者 精神喪失者，不能自由運用理智，自不能選擇住所，但其中有喪失於成

年前者，亦有於成年後者；前者則以其喪失前之最後住所為住所，後者以其父之住所為住所。

以上就自然人之住所言，法人之住所，應依何標準而決定之，各國立法例，得分四種答案：
 (一) 以執行業務地為住所；「註一五」(二) 依法人營業許可證之指定；「註一六」(三) 以主事務所所在地為住所；「註一七」(四) 以登記地為住所。「註一八」

第四節 住所衝突之解決

英美判例，主張人不能無住所，並同時不得有二以上住所，復主張應依據法庭地法以決定當事人住所之所在，似不能發生衝突問題焉！但在大陸諸國，仍不免發生積極的衝突及消極的衝突，茲分言之：

一 住所積極之衝突 此即所謂重住所也。其發生原因，有由於法律規定不同者，有由於事實上之競合者，由於法律規定不同者：例如英國法認一人僅有一個住所，而德國法認一人同時得有二以上之住所。「註一九」設有住所在英國之人，往德國設定第二住所，若住所何在問題發生於英國法院，英國法院當依英國之國際私法原則判決，其人既未拋棄英國住所，根本不得復

取得德國住所；故其住所，仍在英國。但同一問題若發生於德國法院，因德國法允許一人有多數住所，則將於適用住所地法時，無由適從矣。由於事實上之競合者，例如棄兒之出生地不明者，以其發現地爲住所，若棄兒置於二國平均交界處，則此兩國均可認其住所地在內國焉。

重住所解決方法，學者主張不一，茲分述之如左：

甲 以個人意思爲標準 此即以當事人所選定之法律爲住所地法之謂也。蓋住所之選擇，依個人之自由意思，則住所選定，亦當從個人之意思。惟解決住所衝突之目的，在決定何處住所地法爲屬人法，則理當依屬人法之理由解決之，不可任諸當事人之自由意思，故此說非當。

乙 以法庭地法爲標準 此蓋以訴訟既發生於法庭地國，解決住所之衝突，自亦不可不依法庭地法。

丙 以衝突之情形爲標準 可分內國住所與外國住所之衝突及外國住所與外國住所之衝突言之。

子 內國住所與外國住所之衝突 此種情形，應以內國住所爲住所。

丑 外國住所與外國住所之衝突 此種情形，又可分同時衝突及異時衝突言之。

1. 同時衝突 此爲同時取得二以上之住所發生之衝突也。其解決之法有二：或由法官決定當事人於各住所中，以何者爲當事人最有密切關係者，爲其住所；或以當事人有居所之住所，爲其住所。若各處均無居所，則以其夫或其父母最後取得之住所，爲其住所。

2. 異時衝突 此種情形，卽以取得之時間爲標準而解決之。有主張以其最先取得之住所爲住所者，亦有主張以其最後取得之住所爲住所者。

日本法例第二十八條第二項規定：「當事人各住所中，有一在日本時，則不問住所取得之先後，皆以日本之住所爲其住所，以定適用之法律。若其住所皆在外國時，自以其最後取得之住所爲標準，而適用住所地法。」德國法亦有相同規定。我國法律適用條例，不規定解決重住所之方法，以我民法第二十條既規定：「一人同時不得有二住所，」則在中國法院，根本不得發生重住所故也。

二 住所消極之衝突 住所消極之衝突，卽無住所之謂。其發生之原因，有由於關係國不同法律之規定者，有由於事實上如此者。例如美國諸州法律，認一人於取得新住所時，舊住所卽歸消滅。法國民法第十三條載：「外國人之在法國取得住所者，須經大總統之許可，否則，雖有事

實上之住所，法律上能認其存在。」設有美人，未得法總統之許可，而以永久居住之意思住於法國，則其人依美國法，在法國有住所；依法國法，其住所在美國，結果爲一無住所人。若發生訴訟於認「人得無住所」之第三國時，將無從確定其住所地法矣。此爲因法律規定不同，所發生無住所之場合也。至事實上之無住所，沙維尼氏謂有三種場合：(一)爲拋棄舊住所而未取得新住所者；(二)無家可歸，終身爲旅行者；(三)無業飄泊者。〔註二〇〕

住所消極之衝突，解決較易，學者間之意見，大致相同，認現無住所者，以最後之住所爲住所；「從無住所者，則以居所代住所。」國際私法法典第二十六條亦云：「人若無住所時，以其居所所在地爲其住所。」我國法律適用條例第二條第二項，雖有「住所不明時，依其居所地法」之規定，特不過謂有住所而不明時以居所地法爲替用，非爲無住所而規定之也。

〔註一〕 Hibbert, *International Private Law*, 1927, P. 20.

〔註二〕 *Udney v. Udney*, (1869) L. R. i s & Div. 441.

〔註三〕 Foote, P. 77.

〔註四〕 *Restatement*, S. 10.

- 【註五】我民法第二十條 Cockerell v. Cockerell, (1856), 25 L. J; ch. 730, 731.
- 【註六】Abington v. N. Bridgewater, 23 Pick (Mass.) 170, 177; Shaw v. Shaw, 98 (Mass.) 158.

【註七】Falbat v. Chamberlain, 149 (Mass.) 57, 60, 3 L. R. A. 254.

【註八】Cheshire, p. 92.

【註九】Otis v. Boston, 12 Cush. (Mass.) 44.

【註一〇】Bruce v. Bruce, 2 B. & P. 299; Dicey, PP. 88, 149. 查此見解已為英國上議院廢棄。

【註一一】Cheshire, PP. 130, 131.

【註一二】Cheshire, P. 102.

【註一三】Mitchell v. United States, 21 Wall. 350; Price v. Price, 156 Penn. St., 617, 27

Atl, 291.

【註一四】Udaly v. Udaly; Dicey, PP. 117—118.

【註一五】此為英國數判例所採見 Cesena Sulphur Co., v. Nicholson (1876), 1 Ex. D. 428.

【註一六】Lindley, Company Law, 6 ed. PP. 1221—1223.

【註一七】我民法二十九條。

〔註一八〕 此爲美判例所採，見 Ohio & M. R. Co., v. Wheeler, 66 U. S. (1 Black) 286, 17 L.

Ed. 130.

〔註一九〕 德國民法第七條。

〔註二〇〕 Savigny, S. 354.

第十一章 外國人之地位

國際私法之對象爲內外國人，其所解決者爲內外國人之法律關係，內外國人之區別，已論述於國籍章，欲解決內外國人之法律關係，必先決定外國人之權利問題，而後根據外國人實際權義之界限及性質，以決定解決之途徑。外國人之地位云者，即外國人在內國所享權利及所負義務之實際狀態也。古時異國歧視，無外國人地位可言，其後內外國人交往漸繁，事實上不得不認外國人有相當地位，於是互締條約規定人民在他國相互間之權義者，有以內國法規定外國人權利保護之程度者。當今權利觀念改變，權利爲人類之權利，而非特定人民之權利。而人民生活，亦已漸趨國際化，故內外國人，應不分彼此，一律享有平等之權利。茲先將外國人地位遷變之歷程，約略述之，藉以闡明其改變之起因，旁證國際私法之所以發生。

第一節 外國人地位之沿革

外國人地位沿革，概可分爲四期：

第一期爲外國人之無地位時代 昔人聚族而居，閉關自守，疆域之外，敵人環伺，故若力不足，以殲敵人，卽不得不固境以禦敵。當此之時，鄰國不交往，境內無外人，是無外國人之地位問題。迨後社會進化，需要日增，內外交往，一國對於其有和平關係國之人民，不復盡以敵人視之。然仍因宗教風俗習慣之不同，雖未敵視，仍尙賤視，東西各國，莫不如此。如我國往古，稱外人曰夷戎蠻狄；埃及目外人爲不潔之民，得代神行罰而虐待之；西伯來人自稱爲神之選民，而視外人爲下賤人種；希臘人視外人爲蠻民，絕不與以權利之保護。又如羅馬，雖以萬民法統治外國人，然對於日耳曼民族，視爲蠻人，不但不予以保護，且時加凌虐。而日耳曼民族，當初不過爲一社團，加入其團者，爲內國人，共享權利，同負義務，團外之人，視爲夷民，不論在公法上私法上，絲毫不得享受權利。一有過失，悉聽諸團員任意處置，輕則放逐，重則殺戮，其鄙外思想，於此可見。

第二期爲外國人有限制地位時代 內外國人交往增繁之結果，敵外既不多見，鄙外亦所不可，於是不得不與外國人以限制地位，差異其待遇，以達保護內國人利益之目的。自第七世紀末之封建時代，以迄於文藝復興時之王政時代，均爲外國人享有限制權利之時期。封建制度與以土地爲政治之基礎，人民爲土地之附屬物，故外國人之意義，亦隨而改變。昔之以種族爲識別

內外國人之標準者，今則僅以由甲諸侯之領土，入於乙諸侯之領土者，稱之爲外國人。關於法律，昔之採絕對屬人主義者，今則改爲絕對屬地主義，故凡外國人之入境者，或徵使特種公役，課收特別租稅，禁止財產之繼承及移轉，或以消極方法，限制外國人於或種場所，不得與內國人享平等待遇。其後封建制度日衰，王政時代繼盛，外國人權利之保護，始有深切之注意焉！

第三時期爲外國人相互地位時代 限制外國人權利主義，漸感不特不能便利貿易之擴張，且足以妨礙國際交通之自由，欲使外國人與內國人以便利及自由，自必須先由內國與外國人以平等待遇。故自王政時代以至於法國革命，各國莫不互訂條約，規定其國人在相對國之權利義務，或以內國法制定內外國人之平等保護。前者謂之條約相互主義；後者謂之法律相互主義。姑分述之：

一 條約相互主義 一稱外交上相互主義，蓋以外交方式關係國各別使其內國人在外國享受平等之保障也。依此主義，無條約國人殊不必予以保護，故對於外國人，未與以一律平等待遇，與外國人之差別待遇時期，實無甚何進步。

採此主義者，首爲法國民法，其後比利時希臘等國亦曾倣之。當法國革命時代，平等思想，甚

羣塵上，對於外國人，亦務與以平等待遇。但於制定民法之際，復顧忌如與外人以完全平等待遇，未免過於寬縱，故其民法第十一條規定：「外國人在法國應享有與其本國條約許可法國人所享受之同樣私權。」蓋採相互主義也。

二 法律相互主義 一稱立法上相互主義，凡外國立法對於內國人之在其國者，得有相當之權利保護，內國立法則亦予該外國人民之在內國者以同樣保護，此為立法上之報復規定，不限於條約相互之國，故雖無約國人，祇須合此條件，亦得享受保護。其範圍較廣，是為此主義之優點；但無國籍人，因無其本國法為之依據，仍不能享同等之權利，是為此主義之美中不足。

德國民法施行前之普通法，曾採此主義。奧國民法第三十三條云：「外國人與內國人享同一之權利，負同一之義務，但專屬內國人得享受之權利，不在此限；外國人行使與內國人同一之權利，須證明其本國對於奧國人民有同一之權利。」雖亦採法律相互主義，然已含有內外國人平等原則之氣味矣。

第四時期為外國人平等地位時代 相互主義，以相對國對於內國人之態度為標準，以決定外國人之能否享有權利及其享有之程度，仍不免有排外色彩。且一國之中，對於外國人權利

之享有，必依各本國法定之，勢必使外國人之待遇，因國籍而異，殊非公正之道。公正之道，即與外人一律以平等待遇，蓋權利爲人類天賦之物，法律不過確認實際權利，非可以創設之也。既屬人類，是不問內外國人，決無區別之理。且平等待遇，所以促進人類文化之發展，鼓勵國際貿易之增加其利實非淺鮮。此所以平等之說，一倡百和，寢假而爲各國立法之理論基礎矣。

平等主義，既切於理論，復合乎潮流，故雖法國法系諸國，亦羣棄相互主義而採平等主義。其最首明訂於法例者，爲一八二九年之荷蘭民法，次爲一八六五年意國民法第三條之規定：「外國人享有內國人之私權。」他如葡萄牙西班牙日本等民法亦相繼倣之。

平等主義之編入於法典者，各國立法例，約有三種編制方法：（一）明文揭示法，即以明文規定內外國人之平等享有，如意大利民法是；「註一」（二）總括規定法，即法文混統規定，再爲外國人設特別之明文，例如羅蘭起草之比利時民法草案第十五條，僅載：「凡人皆享有私權。」以人解釋指爲內外國人是；（三）折衷法，即以明文規定除法律或條約之限制外，外國人應與內國人享有同一之私權；如一八九八年日本民法第二條之規定是。以上三種方法，明文揭示法，遇有例外之處，仍須由另文規定，殊多不便；總括規定法，遇有因國家政策關係外國人，不能平等享有之

場合，又缺乏規定，殊亦不免過於含混；故以折衷法爲最適當。

平等主義之下，有規定由國民之資格取得之權利，認爲與國家政策有重大關鍵者，仍得不許外國人平等享有，此種限制，恆因國而殊。有基於政治關係者，如英國憲法禁止外國人爲任何公務員，享有市政或議會特權〔註二〕或爲英國船隻之所有人是；〔註三〕有基於社會經濟關係者，如美國不准華人服勞役是；有基於國防關係者，如日本拒絕外人遊歷軍事要處或在其地攝取照片是。諸如此類，表面上雖屬限制性質，其實仍置內外國人於平等地位也。何則？蓋在與國家政策有重大關係場合，若許外人以平等待遇，結果往往有使內國人蒙種種之不利，故欲使內外國人有同等利害起見，勢有不得限制外國人之權利者。例如我民事訴訟法第九十六條：「原告於中華民國無住所事務所及營業所者，法院應依被告聲請以裁定命原告供訴訟費用之擔保」之規定，實係爲外人在中國無住所而設，非所以與該外國人以不平等之待遇；乃爲無住所之外國人，逃匿較易，若非如此規定，外國人將利用其情形，而易爲無理由之請求，實所以使外國人與內國人之原告，對於訴訟之結果，有同等之權利義務，是無不平之處也。

第二節 外國人之公權

公權者爲國家所享有之權利，及人民對於國家所享有之權利也。前者係指國家之主權，平等權生存權等是，係屬於國際公法之範圍；後者包含自由權請求權等，此間所謂公權，係僅指後者而言。茲分述之：

一 自由權 自由權者法律上不受外力侵犯，人類之基本權利也。凡屬人類，均有此權，是不論內外國人，應同享自由之權。然外國人自由權之行使，於內國有重大不利關係時，則內國爲自衛計，自應予以相當之限制。茲復將各種自由權，略述如次：

甲 往來居住之自由權 內國人之往來居住，固有充分之自由權。然外國人之入境居住，有恃於條約之保障。夫自由既爲人類基本權利，則遷越國境，應無限制，內外國人之往返交錯，乃謀國際之互助合作，是外國人之自由入境，亦當爲法律上認可之權利。但事有不盡然者，近世國際間，仍有拒絕無約國人之入境者。即在有約國人之場合，亦有基於內國之公安、秩序、經濟、衛生及其他警察上之必要原因，拒絕特定外國人之入境者，如陰謀內亂者，犯罪者，赤貧勞役者，患傳染病者，仍得拒絕其入境是。「註四」論者有以爲國家主權，既屬獨立，對於外國人之入境，自有自由拒絕之權，故一國基於內國政策，限制入國並無不可。此種理論，要非適當。當今文化日進，國家

互賴閉關圖存，已非其時。內外國人之往來，已認爲當然之權利，苟無與內國特殊不利關係，決無拒絕外國人入境之理；故卽如美國之拒絕華工入境，雖其有相當內國政策關係，亦係顯違國際慣例。

既許外國人入境，殊不能再限制其遷居之自由；但事實上又不盡然，外國人之能否自由遷居，仍須依內國之法律，及關係國之條約而定。例如我國，除外國教士在內地爲設立教堂、學校、醫院等，得有永租土地權外，不准外國人享有內地住居權是。

既許外國人自由入境，當亦許其自由出境，但外國人有不利於內國之行爲者，內國亦得以行政處分放逐之。例如外國人有謀叛行爲、賣淫、販賣奴隸等，內國得不待其自動離國卽驅逐出境；然行使放逐，當須有正當理由，否則，外國政府將藉爲口實，小則引起國際惡感，大則發生外交問題，國際法上，如此例案，不一而足，頗可爲前車之鑒焉。

乙 身體之自由權 身體權爲人格權之一，其本質實爲一種私權，故本節僅述身體權之自由享有之狀態。夫內國人之身體自由權，往往由憲法規定之；而外國人之身體，則恆以條約規定其不可侵犯，與內國人處完全平等地位。但實際上，外國人所享之身體自由權，有厚於內國人

者，亦有薄於內國人者。如內亂時，內國人之生命身體，應與國家共負危險；但外國人之身體，依一般公法學者之意見，內國有特別保護之責，是外國人所享之身體自由權較厚於內國人也。又如外國人之入境限制、罪犯引渡、驅逐出境等，為內國人之所無，是以外國人所享之身體自由權較薄於內國人也。

丙 精神上之自由權

即言論著作自由，集會結社自由是。此種自由權，大體上內外國人平等享有，但內國人係憲法所賦與，而外國人則有賴於條約，或法律之規定而取得之也。

子 言論著作自由

言論自由，固為文明國必需條件，但詆毀內國政府、煽惑暴動、宣傳無政府主義等行為，不論內外國人，內國自得禁止或懲罰之。他若為新聞紙之發行及編輯問題，有禁止外國人擔任者，如法國是。有外國人須合乎相當條件，方得擔任之者，如日本之規定在東京橫濱等處為報紙發行人者，須提存保證金是。

丑 信教自由

內外國人之信教自由，已成為歐洲各國之信條。蓋中世以降，歐洲政治多受宗教影響，此種自由之取得，已費無窮之代價，故外國人得在內國，崇奉其教，自由禮拜，除與

內國之公共秩序、善良風俗，顯有牴觸者外，並無其他限制。

寅 集會結社自由 集會結社，爲人羣之團體表意行爲，既許外國人有言論自由，當亦許其有集會結社之自由；但事實上，亦非完全放任，漫無限制，當視其集會結社之目的若何，以定能否完全自由。若其目的爲參與內國政治，則外國人既無參政權，自亦得禁止其會社；若其目的爲發揚文化事業，互助其本國政治之安定，是與內國無甚關係，不妨許其自由行動；又果若其目的爲傾覆本國政府，則依目今國際慣例，殊當禁止，以維國交。

丁 營業自由權 營業自由權，往往因內國政治之不同，而異其所享受之程度。蓋在盛行社會主義政治之國，個人自由之範圍，恆爲集體利益所縮小。但在目今大多數國中，營業自由，尙爲憲法及條約所保障，然其享有之程度，又因營業之性質而異，大概自由營業，內外國人得平等享受，而特許營業，往往限於內國人獨享，或規定於一定條件下，外國人亦得共享。「註五」茲分類述之：

子 一般工商業 普通工商業，如進出口事業，各種商號，除須由內國政府認可或特許者外（如日本之對於藥店、當舖是），得許內外國人平等經營。

丑 銀行業 銀行，可分國家銀行與國家直接監督之銀行，及非國家直接監督之銀行

三種。國家銀行，爲一國金融之所繫，除國家外，根本無人有權設立；國家直接監督之銀行，與一國之財政直接發生連鎖關係，或爲獎勵特種事業而設，或爲國民經濟之後援，論其性質，殊不宜許外人參與設立，如我國中央銀行，爲全國之金融中心，由政府創設，目今中國交通等行，與中央銀行有唇齒關係，統不許外人投資；至非國家直接監督之銀行，因開設銀行，本爲人民營業權之一，大抵許外國人亦得與內國人同等爲之，但不許發行紙幣，誠以發行紙幣爲國家之特權，各國大都不許私人印發，然我國銀行制度，尙在近十餘年來，漸次發達，而外國銀行，早已各處設立，並得發行紙幣，影響於國民經濟，良非淺鮮，實我國財政上之畸形狀態也。

寅 保險業 保險制度所以保障個人之經濟，關係於國民生活至鉅，故外國人欲經營此業者，必須取得內國政府之許可，且須遵照內國法規辦理；例如日本，凡外國保險公司，須先納相當之保證金，方得開設，卽其例也。

卯 交易所業 交易所爲一種特殊之買賣機關，調劑市面，平衡金融，實利賴之。各國以其有關於內國之公益，不許外國人從事此業，如我國交易所法第十條載：『非有中華民國國籍

之人民或法人，不得爲交易所之經紀人或會員」是。

辰 運輸業 運輸業可分爲陸上運輸、海上運輸、空中運輸三種。陸上運輸業之機關，不外乎鐵道、電車、長途汽車等及其他公用機關，大都由國營或民營。國營之運輸機關，既不許內國人民之參與，則外國人自更無論矣。即民營之運輸機關，因此事業有關於內國之經濟及國防，故亦多禁止外國人入股。海上運輸，可分爲國際運輸及沿岸運輸。前者爲國際生活之當然結果，原則上認內外國人有平等營業權；但外國船舶欲停泊於港口時，尙須得內國之許可。後者爲沿岸貿易之一，有關於內國之國民經濟，故不論國際法上或內國法規內，均不准外國人享有。國際法上又有所謂國際河道者，如多腦河、萊茵河等，乃開放於各國航行之河道，其性質與公海同。故其河上運輸，內外國人亦得平等享有。我國因不平等條約之約束，是不論領海內河，外國軍艦，尙得自由駛行，何況乎外國人之運輸貿易耶！空中運輸，關於一國之經濟及國防，實不亞於陸海運輸之切要，故其營業權，似亦應限內國人獨享，但國際航空運輸，往往由內外國人組合營業，此所以我國之歐亞航空公司，有外國人之股份也。

巳 實業權 各種實業權，如漁獵權、採礦權等，各國有規定專限國營者，有規定政府與

人民共營者。前者既屬國家專營，外國人自不得享有；後者以人民亦得經營，則發生外國人是否亦可經營問題。大抵各國因經濟情形之不同，有獎勵外人投資得許其自由經營者，有恐許外國人自由經營有損內國主權而限制其經營者，有欲扶植內國實業而絕對拒絕外國人經營者。我國因財力不足，有吸收外資、發展實業之必要，故原則上規定在不損失主權範圍內，政府亦可與外商合資經營各種建設事業，並得組織公司名義爲之，但須有相當之限制，其限制原則另定之。

午 職業權 一國對於或種職業，有對於外國人設以限制之條件或禁止之明文者，例如船長爲一船生命財產所繫，有司法上及行政上之權力，各國多限以內國人任之；律師教授，具有半官性質，事實上皆以不任用外國人爲原則；他若醫師、藥劑師、產婆、對於國民身體有關，亦多有禁止或限制外國人執行業務者。「註六」我國以內政尙未完全上軌道，對於外國人之職業，並無嚴格規定。

二 請求權 請求權者，人民對於國家要求爲某種一定之行爲或給付之公權也。此種權利，大都規定於一國憲法，故理論上僅限於國民始得享有，外國人不得享有之。但內國既許外國人入境，而於此種公權，絕對不與平等保護，則於內外國人交往，不免發生阻礙，甚或致引起國際

交涉。「註七」故事實上，往往許外國人有相當享受之權，請求權有立法上保護請求權，行政上保護請求權，司法上保護請求權三種。立法上保護請求權者，即一般所謂請願權是。凡內國人民，以其國家主人翁地位，對於政府立法，無論何時，皆可請願，固無問題；但外國人有此權利與否，學說不一。各國慣例，尚無許外國人有請願權者。行政上保護請求權者，要求行政機關，依據法令，爲某種行爲或不爲某種行爲之權利也，即訴願權及行政訴訟權是。外國人受民事或刑事損害，既可要求司法救濟，則其受內國行政機關或官員之違法或不當處分，自當與外國人以訴願權及行政訴訟權，以爲救濟，然事實上常因行政救濟瑣繁遲延，外國人於此場合，大抵請求其本國政府，爲外交上保護。司法上保護請求權者，於權利受損害時，要求司法機關，爲適當補救之權利也，即訴訟權是。內國對外國人既負有保護權利之責，訴訟權爲保護人民權利之間接方法，則訴訟權之享有，內外國人自應以平等爲原則。否則，外國人於權利損害，若無訴訟權爲之救濟，則其權利無由保護。德國民事訴訟法第五十三條甚且規定：「外國人依其本國法律，雖無訴訟能力，但若依訴訟地之法律有訴訟能力者，則視其爲有能力。」

三 參政權 參政權者，人民對於國家意思之構成及其執行，得參預之公權也。例如選舉

權、被選舉權、充任官員權等是。此種權利，係根據國家與公民之關係而發生，故惟限公民，始得享有。外國人既非公民，而對於內國之民情、風俗多不諳識，且無愛國熱忱；若一旦與內國政治發生連鎖而允其參政，必發生無限之糾紛與危險，故外國人不能有參政權。即歸化之臣民，對於參政權之享有，各國亦設有相當限制。例如依照我國國籍法第九條規定，因歸化取得中華民國國籍者，非經相當時期，由內政部呈請國民政府解除其限制者，不得為我國上級或重要官員，誠以歸化伊始之臣民，對於歸化國之實情，多未能十分明瞭，若遽予以平等之參政權，不無流弊。

各國關於外國人不能參政之原則，尚有例外規定者。例如巨哥斯拉夫，凡外國人在內國居住十年以上者，得一大臣之提議，參政院之承認，亦得充任官員；又各國關於選任領事（*Consul* *electa*），以其並非收受內國俸給，無純粹官員性質，亦得委任外國人充任之是。我國政府雖有任用外人者，然大都因不平等條約之規定，不得不任用外國人充職，如稅務司然；或因本國人才缺乏，不得不聘任外國專門人員，而畀以顧問名義。但此均非與一般官員所可比擬也。

四 公義務 公義務者，人民對於國家在公法上之義務也。外國人既享有公權，自亦當負相當公義務。然內國人以基於公民之資格而享有權利，外國人則以居留於內國之地位而享有

權利，兩者享有權利之程度既因是而不同，則其各別應負之義務，當亦不能盡同。例如外國人之納稅義務，守法義務，應與內國人同；但對於服兵役，繳納戰時稅，以及地方自治團體公務之擔負等，則不負義務。

第三節 外國人之私權

外國人之私權享有，除因條約或法令禁止者外，大都以與內國人平等享有為原則。茲分述之：

一 人格權 人格權者，法律上認定得為權利主體之權利也。凡人自生至死，享有生命、身體、名譽諸權。不論內外國人，內國悉有保護其人格之職責。其保護之程度，以內外國人平等待遇為原則。然在事實上，外國人往往受雙重保護，其所處地位，較內國人為優。例如內國人因不法行為所受損害，僅能依法訴請損害賠償；而外國人在此場合，如能證明內國政府之過失，並非外國人所可預料而避免之者，則除以訴訟救濟外，尚可請求其本國政府向內國政府要求賠償，為外交上之保護。蓋內國人以其公民身分，於緊急危難場合，當與其本國政府共同負擔，故苟因此而

所受之損害，除向加害人爲訴訟上請求賠償外，不得責本國政府有賠償義務。外國人本不與內國負共同危險之義務，故若內國政府應注意而不注意，致外國人受有不法侵害時，內國當負損害賠償責任。

於此當須注意者，當今公法與私法界限未明，公權與私權自亦無從劃分清楚。此間人格權之爲公權抑爲私權，惟有依侵害時救濟之方法若何，而爲區別之標準。若其侵害依刑法而爲救濟時，則爲公權；若依民法而要求損害賠償爲救濟時，則爲私權。本節所論，係指後者而言。

二 財產權 財產權係指物權、債權、無形財產權、著作權、工業所有權等而言。「註八」在近世國家制度中，財產權仍認爲人之原有權利。內國既許外國人入境，苟不保障其財產權，則外國人殊無地位可言。故各國通例，對於外國人之享有財產權，與內國人平等爲原則；但因內國政策之必要，則亦設例外爲之限制。茲分論如左：

甲 物權 物權可分不動產物權及動產物權兩種說明之：

子 不動產 不動產之範圍，各國法律規定不同。我國民法第六十六條規定：「稱不動產者爲土地及其定着物。」是可知土地爲不動產之主要部份。土地爲構成國家要素之一，又爲

一國富源之所在。故往昔歐洲各國，均不認外國人有土地所有權。降及近世，動產之量與質，日漸增進。外國人能否享有土地所有權，恆視一國之政治制度及經濟組織爲轉移。但一般之允許外國人有所有權者，不外出於條約之互惠，或內國法律附條件之規定。「註九」我國自來不准外國人有土地所有權，雖通商口岸，外國人有住居之權，宗教機關，得在內地永租土地，建設教堂、醫院、學校等，僅亦不過有永租權而無所有權。我國土地法第二章第七條並規定：「中華民國領域內之土地，屬於中華民國國民全體，其經人民依法取得所有權者，爲私有土地……」外國人在我國固不能有土地所有權，然其能否有抵押權耶？查抵押權爲擔保物權，債務人於債務屆期而未清償時，抵押權人依民法之規定，不能逕有抵押物之所有權。故縱使外國人取得土地上抵押權，結果，亦僅拍賣土地取值以償而已。由此觀之，外國人之有土地抵押權，實與內國無多大關係，不妨許其與內國人有同一權利。

丑 動產 動產所有權，各國大抵採內外國人平等享有之原則。惟船舶有關於內國水上交通及內國領水權，故其所有權，往往限內國人獨享。

乙 債權 關於債權，應以內外國人享有平等權利爲原則。我國內國公債，爲無記名式之

有價證券，可供買賣抵質之用，則外國人自亦得享有之。但日本對於特殊銀行之股東，如日本銀行正金銀行等是，概不許外國人爲之；則對於此種銀行之股票，外國人自亦不得享有之。

丙 無形財產權 無形財產權者爲人類智能之創作，以其無形利益爲目的之權利也，故有智能權之稱。即著作權及工業上之所有權是。智能權得對抗一般之人，其性質殊非債權；其非以有體物爲權利之目的，則又與物權有別。然既爲權利之目的物，且有相當交換價值，其爲財物之一，當無疑義。學者無以名之，名之曰無形財產權。

子 著作權 文藝美術，有關於全體人類之幸福及文化之增進，理當受特別之保護及獎勵，不得分內外國人之畛域，而宜與以平等之待遇。一八八六年，歐洲各國，締結著作權保護同盟條約，規定外國人之著作，經其本國政府許有著作權者，內國不得翻刻複製。是著作權之保護，爲之釐定。我國雖未加入此條約，但與美國條約中亦曾訂有關於著作權之規定。

丑 工業上之所有權 工業上之所有權係包含特許權、意匠權、商標權三種。特許權者，工業之最先發明者，對於其發明物有專利之權利也。意匠權者，關於工業之作品，創製新形狀花樣色彩等，依法有專用之權利也。商標權者，以一定之符號表章其商品之專用權也。此種工業上

之所有權，在昔，往往外國人不能與內國人平等享有。然自一八八三年及一九〇〇年締結工業所有權保護同盟條約後，各國大抵認此種權利，內外國人得一律平等，即並無參與該約國人，亦得享受之也。我國並未加入上述同盟條約，但外國人在其本國已經註冊之商標，欲在我國行使專用權者，仍須依我國商標法呈請註冊；否則，不受保護。〔註一〇〕

三 身分權 身分權者，基於一定人與人間之關係所取得之權利也。故喪失身分，即所以消滅其權利。例如：夫權係由夫婦之關係發生之權利；繼承權係根據被繼承人與繼承人之親屬關係所生之權利。近世各國，對於身分權，大抵規定內外國人平等享有。茲分述如左：

甲 親屬權 在昔敵視異民，外國人之親屬關係，恆有乖於內國禮教，故不認有平等享有之權。今則內外溝通，婚姻自由，不限於階級，不囿於種族，外國人親屬上之既得權利，統與內國人一律保護。我國法律適用條例，規定以當事人本國法為親屬權之準據法，即本平等保護內外國人親屬權之意也。

乙 繼承權 昔外國人無地位，死亡後其財產即歸國庫。〔註一一〕自十九世紀後，各國漸認外國人與內國人同樣有繼承權。且關於繼承，採取本國法以保護之。我國法律亦如之。惟外國人

因繼承而取得土地所有權時，大抵均規定須於一定期間內，賣與內國人；否則，歸屬國庫。此因外國人根本不能享有土地所有權故也。

【註一】意大利民法第三條，又巴拉圭一八七〇年憲法第三十三條亦規定：「在內外國人之私權與內國人等。」

【註二】英國法律對於外國人公權享有之限制，殊較其他各國為嚴。其理由以為外國人既不完全負其公民應負之義務，故亦不能絕對享受公民之全部公權。一六九八年英衆議院決議：「非已為英國之護民，或已入籍之外國人，在衆議院無選舉權。」見 12 Com. Journals 367；又英國踐詐令第三節（Section 3 of the Act of Settlement）規定：「外國人不得為貴族議院之議員。」見 90 Lords Journal 491.

【註三】按英國限制外國人為英國船隻之所有人，其目的在獎勵並保護內國之航政事業，謀國際貿易之擴張。見一八七〇年入籍法案（The Naturalization Act, 1870 見 33 & 34 Vict. C. 14）及一九一四年英國國籍法案第十七條（The British Nationality Act, 1914 見 4 & 5 Geo 5, C. 17）

【註四】Labor Office, Geneva, P. 163; Alien Restriction Act, 1914 (4 & 5 Ges. 5. c. 12)。

【註五】參見日本商務及航行條約第一條。

【註六】Davis, Law Relating to Aliens, PP. 21—23.

【註七】Hershey, Essentials of International Public Law and Organization, ss. 151—153.

【註八】英國 The Patents and Designs Act, 1919 & 1928 (7 Edw. 7029; 9 & 18 Geo. 5, c. 80; 18 & 19 Geo. 5, c. 3) 規定不論英國人或外國人，凡首先發明者均得向英政府請求專利權。

【註九】如羅馬尼亞一八七九年修正憲法第七條規定，祇許羅馬尼亞人及歸化羅馬尼亞人得取得不動產。美國各州法律規定互歧，如麻州、渥海沃州准許外國人取得不動產，加利福尼亞州則以在加州有居所之外國人及宣示入籍者爲限，始得永久執有土地。

【註一〇】我國商標法第六條：「外國人民依關於商標互相保護之條約，欲專用其商標時，應依本法呈請註冊。」

【註一一】Wharton, s. 82.

第十二章 外國法人之地位

第一節 外國法人之決定

法人爲非自然人而法律上有自然人資格之組織也。外國法人，爲非屬內國國籍之法人也。理論上法人可否有國籍，尙無定論；然法人在法律上既與自然人同爲權利之主體，有獨力人格及法律行爲能力，殊當以國籍定其所屬之標準。至定其國籍之標準爲何，則應就法人之性質及類別研究之。

一 地團法人 地團法人之成立，以土地爲要素。通常即以領域爲標準，定其國籍，在領土主權以內者爲內國法人，在領土主權以外者爲外國法人。例如國家法人之國籍，即屬內國法人。

二 非地團法人 非地團法人，不以土地爲成立之要素，如商業公司是。不論國內國外均可設立，無一定領域爲之限制。既無領域可據，又不能與自然人據血統或出生爲標準定其國籍，則將何所適從耶？對此問題，各國立法例及學說分歧。「註一」茲略述之：

甲 以設立者之國籍爲準，而定法人之國籍說。此說又有謂若設立者全體爲內國人時，

始得認爲內國法人，有謂其設立者之大半或占資本總額之大多數爲內國人時，亦得認爲內國法人。但法人之組織人員及其出資數額，往往隨時改變。若採此說，結果法人之國籍，亦將因時改變，而不能確定矣。

乙 以創設法人之準據法爲準而定法人之國籍說 創設法人，須法律之認許 (authorization)，該認許國卽爲法人之所屬國。故創設法人之國，卽爲內國；僅向內國註冊，尙不能取得內國國籍。但徵諸實際，一國對於外國商業公司在內國營業者，亦必須先經內國認許，然並不因此取得內國國籍。

丙 以設立法人之行爲地爲準而定法人之國籍說 依此說，則每一設立行爲地卽可認其爲內國法人矣。其結果：(一)法人之國籍將隨設立者之自由武斷，勢不免紛相設立於採設立行爲最易之國；(二)設立須有多數行爲時，則各別行爲地得認其爲內國法人。例如法人之章程，如依據設立人間之契約者，則契約地國卽認其爲內國法人。又如法人募股之國亦可認其爲內國法人是。

丁 以法人之住所爲準以定法人之國籍說 此說爲當今多數學者所主張。惟法人之住

所，應依何標準而定，尙有不同之解釋：（一）有以其中營業地爲住所者；但若其業務執行於多數處所時，則將無以解決之。（二）有以依法人允許設立證上（Charter）所指定者，但允許設立證上所開住所又往往爲非法人實際執行業務之處所。（三）有以其主事務所所在地或本店所在地爲住所者，此說切於事實，我國民法第二十九條及公司法第一章第四條規定：『公司以其本店所在地爲住所，』即採此說。

第二節 外國法人之承認

外國法人，在內國是否享有人格，得與自然人同爲權利之主體，理論上之解釋及法例上之規定不一，茲分述之：

一 理論上之解釋 理論上之解釋，因各視法人之本質不同，有主張內國不承認說者，有主張內國須承認說者，前說認法人之人格，爲其所屬國法律上所擬制，非原有獨立之人格。故在其本國外，他國非當然認有人格。蓋一國法律之效力，限及於本國境內；是則依內國法所生之法人，亦祇限在內國有人格。故外國法人，苟未經內國法重行創設，不能與內國法人同享權利。此說

爲往昔少數學者所主張，其根本錯誤之點，在認法人爲法律所擬制。前題既謬，結論自難正確。且當今國際商業發達，絕對否認外國法人之人格，不免有礙內國經濟之進展。故即在採取否認外國法人如日本，亦仍設各種例外，以資調劑，而符事實。

主張內國須承認說者，謂法人非法律所擬制，本具有獨立存在之事實。其本質一如自然人，不得不認有人格。一國既認外國人之地位，保護其權利；則外國法人，理應一律保護，使與內國法人享有同等權利。其立論雖屬正當，然實際上仍有未妥之處，蓋法人之經濟力較自然人爲大，任隨外國法人之自由發展，往往予內國之經濟以不利之影響，故在採取認許主義之國，亦當須依其內國特殊情形，設相當例外，以爲限制。

二 法例上之規定 各國立法例，關於外國人在內國之法律上地位，得有下列四種主義：

甲 特別承認主義 一稱法律認許主義。即內國法律不承認外國法人當然有人格，必內國對之與以各個特別之承認，始能與內國法人共享權利同負義務是也。奧民法採此主義。此主義直以否認外國法人爲原則，凡外國法人在內國享受法人之權利者，必先經過認許程序。其手續殊嫌繁瑣，此所以非多數國立法例所採取也。

乙 相互承認主義 一稱條約認許主義。即由條約規定，締約國一方合法成立之法人，在他方國內認其爲有人格是也。依此主義，外國法人，若其所屬國與內國締有條約，無須經特別承認之手續，即認其與內國法人享平等待遇矣。例如一八五七年法比條約是。此主義認締約爲承認外國法人地位之先決要件，理論上包含不承認外國法人人格之意義，殊亦未嘗。

丙 一般承認主義 一稱自由認許主義。即內國於私法規定或由於行政手續，承認外國法人，毋須經特別認許或締結條約，在內國當有人格是也。德、法、意、比、英、美諸國均採用之。此主義利在簡便，然實際上，未免失之過寬，故非另設限制條款以爲補救不可。

丁 分別承認主義 一稱類別認許主義。即內國對於外國法人依其種類，分別採特別承認主義，或相互承認主義，或一般承認主義，爲之認許是也。法國採之。此主義兼採前述主義，則其運用之際，殊較切於事實。故其他各國，近亦有仿採之者。

我國法例，採特別承認主義。凡經法律承認之外國法人，皆須依民法總則第三十條規定，向主管官署登記後，始得成立。否則，不得以法人資格，對抗第三者，其行爲由行爲人負責。

第二節 外國法人之權利

外國法人經內國認許後，取得獨立人格，得爲權利之主體。茲將其所享權利分外國公法人及外國私法人二方言之：

一 外國公法人 外國公法人又可分爲外國國家及外國地方團體二種。外國國家之權利享有，不獨爲國際公法上所公認，且爲內國私法上所必需。蓋在今日之國際關係中，一國除公法關係外，常與他國或其人民發生私法關係，如契約、借貸等是。苟不認外國國家有法人人格，得負擔當事人能力，則理論上不能與內國發生私法上之關係。至外國地方團體，亦可與內國爲買賣契約、告貸等行爲，若無法人資格，勢不能爲之。但此種團體之本國不認其爲有法人資格者，內國自不能強其爲法人，此乃當然之解釋。

二 外國私法人 此即指外國商業公司等而言。其權利能力與行爲能力，既認許其法人資格之存在，原則上當與自然人同依其本國法定之。然實際上有時不得不設相當限制者，例如我民法規定，凡經認許之外國法人，於法令限制內與同種類之內國法人，享同一之權利，負同等

之義務，庶幾外國法人無超過內國法人所享權利之缺點。故外國法人依其本國法得享有之權利，若與同種類之內國法人依內國法不能享有時，仍不得享受。反之，若外國法人依其本國法受某種權利之限制，而同種類之內國法人依內國法無此項限制者，仍得不受其本國法之限制。此所以使內外國法人互處實際上之平等地位，以保交易之安全與敏捷。雖然，內外國法人平等原則，亦尚有例外焉！即外國法人，依法令或條約所不得享有之權利，縱同種類之內國法人得享有者，仍不得享有之是。此所以我國民法總則施行法第十二條有「於法令限制內」之規定條件也。

【註一】參見 Young, The Nationality of a Juristic Person. Harv. L. R. Vol. 22

本論

第一章 國家管轄權之衝突

第一節 國家管轄權之意義

國際私法上所謂管轄權云者，係指國家對於當事人之權利義務，爲有效之創設或處置，而在外國亦得認之爲有效之謂也。有效之創設或置處云者，創制新權利，變更現存權利，或消滅權利之謂也。所謂外國得認之爲有效云者，非外國必須執行其權利之謂也。例如住於印度之英國模罕默德臣民某甲，依照模罕默德法娶妻四人，其次妻子某乙，其後甲移住英國並在英國死亡，英國法律將認甲在印度結婚之效力，並認乙爲甲之後嗣，得依法繼承其財產。此蓋英國法律認結婚之效力問題，英國有管轄權也。

管轄權之衝突，一稱司法衝突，所以別立法衝突也。前者爲決定某涉外法律關係，應屬何國法院管轄；後者爲決定某涉外法律關係，應依何國法律解決。二者雖互有連帶關係，然純爲二事。

故某涉外法律關係，如應由甲國管轄時，並非當然應適用甲國法律（見例一）。應適用甲國法律時，亦未必應由甲國管轄（例二）。在時間方面言，司法衝突之解決，當先於立法衝突之解決（例三）。

例一 甲乙兩英國人在中國，締結契約，其後因甲之有無締約能力問題，訟爭於中國法院，我國法院對於本案，雖有管轄審理之權。但其適用之法律，依我法律適用條例第五條，應從英國法（本國法是）。

例二 有結婚於英國而住於中國之中國人，在英國提起離婚之訴。依英國法律，其應依據之法律，雖為中國法（住所地法），但同時英國法院依其本國法對此離婚之訴，亦有管轄權。

例三 英國男甲某與德國女乙某，在中國結婚，其後甲在法國法院向乙提起確認婚姻無效之訴。法國法院應先決定其對此案有無管轄權問題，而後復決定應適用何國法律問題。

第二節 國家管轄權衝突之解決原則

一國遇有涉外法律關係，同時於想像上似有二國以上法院可行使管轄審理權時，當依本

國（即法庭地國）法律定其本國有無管轄權。蓋當今各國既無統一共有之準據法則，是捨本國法實無他法可資適從。「註一」於此應注意者，此間所謂管轄權衝突之解決，係專指解決國家管轄權之衝突而言，於管轄國家選定後，至究應由管轄國之何地何種何級法院管轄，自當依管轄國之司制度定之，非本文所應討論者。又管轄權之決定，與當事者之國籍無關。若本無權管轄案件，不能以當事者為本國人而管轄之，或本應管轄者，不能以當事者非本國人而拒却管轄。此蓋管轄之決定，須依法律關係之性質，並以公正利便為旨趣，不能以當事人之國籍而區別之也。涉外法律關係之普通審判管轄，可分為內外國人間之訴訟及外國人間之訴訟言之。「註二」

一 內外國人間之訴訟 各國民訴，關於普通審判管轄之規定，往往以保護被告為目的，採被告所在地管轄主義，其理由謂在判決確定之前，被告究負義務與否，尙未確定。若非規定原告僅得在被告所在地起訴，則被告將不免隨原告之意，受無限之奔波跋涉，殊不合公正利便之原則；故當採被告所在地管轄主義。涉外法律關係，既牽涉內國人關係，自亦可採同一辦法；即不問被告之國籍為何，若在內國有住所，內國法院即有權管轄。倘在內國無住所而有居所者，以居所代住所而管轄之，倘現無居所而其最後住所所在內國者，內國亦得受理之。

二 外國人間之訴訟 內外國人間訴訟，因牽涉內國人之關係，各國均認當依法律關係

之性質，予以受理。然純粹外國人間之訴訟，內國法院應否受理之耶？對此問題，英美與法國之立法例，完全相反。英美持內外國人平等原則，訴權為人民公權之一，故即外國人間之訴訟，亦應一律受理，不得歧視。法國民法對於此點，並無明文規定；「註三」但其最高法院解釋，多主張外國人間之訴訟，不予受理。其理由：（一）外國人間之訴訟，與內國人無何關係，內國法院為審理內國人民間案件而設，無保護外國人間權利之義務，故內國法院對於外國人之非無管轄之權利，乃無予以審判之義務。故得拒却受理其訴訟；（二）倘兼外國人間之訴訟而審理之，必發生適用外國法之不便與錯誤。

上述理由，未見充分，何則？（一）國際私法既認外國人之權利享有，則已默認外國人之權利保護；苟同時否認其訴權之享有，是無由達其保護之目的。且實際上外國人之訴訟既發生於內國，與內國之秩序利益及公安，不無相當影響；（二）內國法院，適用外國法之場合甚多，內外國人間之訴訟，即遇有適用外國法之情形時，將何以以外國法適用之不便與錯誤為理由，以非難審理外國人間之訴訟也。以故法國原則上，雖採不受理主義，然因情勢之所趨，正義之所在，於下列

情形，設爲例外：(一)於條約設定例外者；(二)依民法第十三條之規定，外國人在法國有住所者；(三)關於公安之訴訟；(四)關於在法國之不動產訴訟；(五)關於在法國爲財產上契約之訴訟；(六)若原告能證明別無其他所可起訴之場合。〔註四〕

第三節 國家管轄權決定之準則

國家管轄權之對象，以人物、身分三種爲其範圍。人者係包含自然人及有權利能力的自然人集合組織而言，物者係指動產及不動產、實質物及非實質物，而身分者係指夫婦父子監護等身分而言。茲分述之：

一 關於人之管轄 有左列情形之一者，各國多依據之而認爲內國有管轄權。

甲 當事者現在內國者 但根據國際公法原則，有治外法權者，或根據條約，不受內國管轄者自當別論。

乙 當事者有住所內國者 對於有住所於內國之人，不論其現在是否在內國，內國根據其住所，即有管轄之權。

丙 當事者有內國國籍者 對於內國人民，不論其在本國有無住所，或其人是否現在本國，內國法院根據國籍，當然有管轄之權。然所謂本國係僅指國際公法上得為權利義務主體之國家而言，分子國不得行使同一權利。例如美國得向在國外僑民徵稅，但其中各州則不得向國外僑民徵稅是。〔註五〕

丁 當事者合意管轄者 合意管轄者，當事者實際同意受管轄之謂也。其同意方式得明示或默示，總括或特定。明示同意，即以文字言語明白表示自願受內國法院管轄之意。默示同意，即以行為暗示自願受內國管轄之意。總括同意，即向內國法院表意，其此後所有訴訟受其管轄之謂，特定同意，即對於特種案件事前或事後表示合意管轄之謂也。

戊 當事者在內國發生行為者 當事者在內國動作或發生事件者，內國對於其動作或所發生之事件有管轄權。此種規定，所以保護內國之公安及利益。例如因不法行為所生之賠償請求權，各國多認不法行為地國法院亦有管轄權是。

以上僅就自然人之取得管轄根據而言。內國對於外國法人，有左列情形之一者，亦得有管轄權：

甲 外國法人自動在內國法院出庭者 外國法人自動在內國法院出庭，是爲自動應訴行爲，表示其自願受內國法院管轄。但其出庭之目的，若純爲反對內國之管轄權時，則當視爲例外。

乙 外國法人自願在內國法院爲原告者 外國法人在內國法院起訴者，對於其起訴標的所生之法律關係，抵銷抗辯、反訴等受訴訟法院管轄。

丙 外國法人在內國爲商行爲者 外國法人在內國所爲之營業行爲，內國對之有管轄權。蓋既在內國爲商行爲，內國一方固負保護之責，他方又有監督之權，否則，不得使內外國人獲公正利便。

二 關於物之管轄 在內國之物，除左列二種例外，內國有管轄權利。

甲 依國際公法原則及條約，內國無管轄權利之物。例如享治外法權者之所有物內國不得行使管轄權是。

乙 未經所有人同意而移置於內國之物，例如被偷竊至內國之物，內國不得向之徵稅是。上述原則，爲英美學者及判例所採取。在大陸諸國，關於物之訴訟，復分不動產與動產各別

定其管轄，不動產之物權，或其分析，或經界涉訟者，莫不一致規定由不動產所在地國法院管轄。蓋遇此種案件，如欲調查證據，非親蒞其地不可，故為便利計，自應由所在地國法院管轄。又不動產土地涉訟，與所在地國領土主權有關，非所在地國允許，即訴訟判決確定，無從達執行之目的。故事實上非歸屬所在地國法院管轄不可。至動產涉訟，各國立法例，每以被告之住所地國法院為管轄機關者。以余觀之，苟欲訴訟達公正利便，亦以採動產所在地國管轄主義為善。蓋如被告與訴訟標的物非在同國，若依被告住所地之甲國訴追，而標的物則在乙國，於審判之進行，不無窒礙。且若被告潛攜動產遠設住所於異國，原告勢必跋涉道途而訴追之，不免有難於執行之苦，殊非保護所在地國交易之安全，反不如由動產所在地國法院管轄之較為善也。

三 關於身分能力之管轄 論者往往認國家管轄與適用之準據法有密切關係者，多主張關於身分能力之準據法國，即應管轄身分能力之訴訟。大陸諸國法例，凡關於涉外法律關係之身分能力，依當事者之本國法而定，故關於身分能力之管轄權，亦應屬當事者之本國法院。英美判例，以當事者之住所地法為身分能力之準據法，故關於身分能力之訴訟，應由當事者之住所地國法院管轄之。例如離婚之訴，大抵在大陸以夫之本國法院管轄之，在英美以夫婦之共同

住所地國法院管轄之；親子關係之訴，在大陸以父之本國法院管轄之，在英美以子之住所或親之住所或親與子之共同住所地國法院管轄之。然完全依身分能力之準據法，定審判之管轄，事實上殊有未便。例如依大陸法例，苟遠適異國之夫婦欲為離婚而必須回其本國法院起訴，其不便殊甚。此所以關於身分能力管轄問題，採本國法院主義者，不得不設住所地國法院管轄為例外；而採住所地國法院管轄為原則者，亦有時採居所地國法院管轄為例外也。

其他又有關於繼承之管轄，債權之管轄，法律行為方式之管轄，姑略述之：

一 繼承之管轄 繼承關係，大都依被繼承人之屬人法而定管轄法院。故凡確認繼承，回

復繼承，以及分析遺產之一切訴訟；在採當事者本國法為屬人法之國，以被繼承人之本國法院管轄之；在採當事者之住所地法為屬人法之國，則以被繼承人之住所地國法院管轄之。此種辦法，自不免有司法衝突與立法衝突混為一談之譏，然繼承為家族制度之一，與被繼承人所屬之社會組織，有密切關係，是捨本國或住所地國法院管轄外，實無由達繼承之目的，合當事者之意旨。但關於不動產之繼承，根據不動產依其所在地法之原則，殊應專屬於不動產所在地國法院管轄，此為例外。

二 債權之管轄 債權之發生，有本於契約者，有由於無因管理及侵權行為者。本於契約所生債權之管轄，各國立法例規定不一：（一）有主張締約地國法院有管轄權者；（二）有主張債務人所在地國法院有管轄權者；（三）有主張契約履行地國有管轄權者。第一說以締約地為標準定管轄權之所屬，殊為不當。蓋契約之成立，往往賴多數行為，若其行為發生於數國時，則將何所適從。第二說以債務人之所在地為標準，於事實諸多不便。蓋債務人往往為規避履行之義務，遠適異國，使債權人無從起訴。第三說認履行地國有管轄權，雖事實上苟有多數履行地，即有多數管轄國家之弊，然在實際上，最能使債務人履行者，惟履行地國之判決及執行，故普通常因契約所生債權之訴訟，以履行地國管轄為當。此所以因票據有所請求之訴訟，各國一致採票據支付地之法院管轄之也。

因無因管理所生之債權訴訟，由管理地國法院管轄之，因侵權行為所生債權訴訟，因其與行為發生地國有公安關係，故應由侵權行為發生地國法院管轄之。因船舶衝突發生之債權，依其衝突地為準而定其管轄國家，其發生於一國領海內者，由領海所屬國法院管轄；倘發生於公海時，則由被告所屬國法院管轄之。

三 法律行爲方式之管轄 關於法律行爲方式之準據法，各國均採行爲地法。關於法律行爲方式之訴訟，應由何國管轄，大抵亦以行爲地國管轄爲原則。蓋行爲地國最易調查其方式故也。

第四節 國家管轄權規定之例外

因國際公法上之限制，內國之管轄權，有時不能行使於特定人或物之上，固爲各國之共通情形。然以條約之限制，內國法權，亦有不能行使於條約國人者。我國法律適用條例，對於管轄之規定，尙付闕如。應用上不免發生困難，而尤以不平等條約之故，有所謂領事裁判權者，幾將我國關於涉外法律關係之管轄權，於條約國人場合，限制無餘。蓋領事裁判權之管轄，依被告國籍而定之。〔註六〕外國人爲被告案件，由該外國人所屬國管轄，若被告爲中國人時，始由我國管轄。由此觀之，即依我國適用法則之規定，應由我國法院管轄案件，亦因領事裁判權之限制，而不能管轄之矣。

〔註一〕 Code Bustamante, Art, 316

【註二】參見 Beale, Jurisdiction of Courts over Foreigners, 26 Harv. L. R. 193—

【註三】查法國民法第十四、十五、十六等條僅規定法國人與外國人間之訴訟，而於外國人間之訴訟，則並未提及。

【註四】12 Clunet, 176, 291.

【註五】Gavin v. Gibson (1913) 3 K. B. 379; Beale, Cases on Conflict of Laws, II. p. 231

【註六】見同治間中荷中義中比等條約。

第二章 能力

第一節 能力之意義

能力者個人享有法律上權利之稟賦也。學者往往有與身分問題相提並論。「註一」有何種身分，始發生如何之能力，如有妻之身分，即發生限制能力問題，有成年人之身分，即有行為能力是。反之，有如何之能力，亦可證實有何種身分，如有締約能力者，即可推知其為已成年人，能力受限制之女子即可證實其為有妻之身分是。此二者互有關係，故有人統稱之謂屬人情狀 (Personal Statute) [註11]

各國立法例，對於能力問題，有與身分併合規定者，有僅規定能力而將身分另行討論者。前者如法國民法第三條及荷蘭民法第六條之規定，後者如現行日本法例第三條及我國法律適用條例第五條之規定是。我前法律適用條例草案第六條云：「人之身分能力，依其本國法定之。」現行法律適用條例，既將「身分」二字刪去，可知其第五條之規定，僅指能力而言，不包括身分在內。我國之所以如斯規定者，蓋有二由：(一)往昔能力之有無，均以身分為左右，在某種階級之

人，方有某種之身分，有某種之身分，始有如何之能力，目下能力之基於身分者，除夫婦及親子關係外，實無其他可言。能力大抵則基於年齡身體或精神上之狀態，既與身分無因果連絡之關係，自無與身分併合規定之必要；（二）我國法律適用條例凡關於親族身分問題，均有專條規定，則第五條「能力」之意，當然不包括身分在內也。

又欲定能力之準據法，自不得不先確定能力之範圍。我國法律適用條例第五條所謂「人」之能力依其本國法」云者，其範圍究屬若何，不無疑義。能力有權利能力及行為能力之分。前者為法律所賦與之被動權利，如繼承能力是。係根據身分而發生，享之者不必有任何直接自動行為；後者為法律上認許得能發生效力之行為權利，如締約能力是，係當事者獨立自動取得權利負擔義務之能力。該第五條是否僅指行為能力，抑並指權利能力，約有下列二說：

一 應包括權利能力說 謂法律適用條例第五條係關於能力問題之原則規定，不獨各種行為能力，包括在內，即權利能力，亦適用同一之準據法。故在特種情形，若不能適用同一原則時，則以另文規定其例外，例如關於禁治產及死亡宣告之涉於能力問題者，另設第六、第八等條，以示例外，故「能力」二字，應包括權利能力而言。

二 不應包括權利能力說

謂外國人之權利能力問題，應屬外國人之地位範圍內討論之。外國人之權利能力，應依法庭地法，第五條既規定人之能力依其本國法，是別權利能力而規定也。夫權利能力與行為能力性質之不同，已如上述；今欲強採同一之準據法，實為不當。權利能力，為內國公安及政策所繫，自當以內國法律為依歸，不容外國人利用其本國法以勢亂之，而行為能力，則往往涉及個人之私權關係，與內國殊少關係，無須予以強制規定，且行為能力問題，有關於當事者之年齡，根據本國最知其人民能力原則，自除採住所地法為屬人法之國外，率以當事者之本國法為準據法。是我國法律適用條例所謂「能力」云者，當僅指行為能力而言。

上述二說，各有理由，我國法律適用條例之規定模稜，無可否認。以余觀之，就實際言，凡外國人之權利能力，惟當由內國其他法規規定之，蓋外國人既入國境，其所享權利及所負義務，自當服從內國法規，苟須依其本國法定之，殊不免有侵害內國主權之嫌，且有妨內國之治安；故國際私法規規定「能力」云者，不得解釋為包括權利能力也。

然則行為能力，應作廣義之解釋，抑狹義之解釋耶？廣義之行為能力，係包括法律行為能力，合法行為能力及不法行為能力，又兼指因刑罰結果之無能力，因宣告破產之無能力，以及基於

政治、宗教之故而無能力而言。狹義之行爲能力，僅指法律行爲能力一項。就法律適用條例規定之「能力」言之，殊應作狹義解釋，蓋該條例既非規定國際刑法，國際破產法之準據法則，則凡關於刑罰結果之無能力破產結果之無能力，當各別於國際刑法國際破產法中研究之。至因政治或宗教之故而無能力，係根據一國政策而發生，非一般國家法律上所承認者，其能力問題亦無須於國際私法中討論也。

狹義之行爲能力，應僅爲關於成年問題之規定耶？抑應包括各種原因之行爲能力耶？對此問題，有兩說焉。

一 僅指成年問題之行爲能力說 謂人之無行爲能力之原因甚多，有基於年齡者，有基於精神狀態者，有基於婚姻者，故行爲能力之準據法亦不一。關於禁治產之能力問題，於第六條規定其準據法，關於婚姻之能力問題，於第九條規定其準據法，惟對於成年問題，並無其他明文規定，是可知第五條卽爲規定成年問題而設也。

二 應包括各種原因之行爲能力說 謂該條爲關於行爲能力之原則規定，凡本於民法上各種原因之行爲能力，均得適用該條規定，固不限基於年齡問題，始得適用。至法律適用條例

規定禁治產之能力，係因特殊情形之例外規定，倘無此種例外規定，自當適用該條之原則也。

以上兩說，以後說爲當。第五條既爲概括規定能力之準據法，殊不可限制其適用之範圍，且苟如第一說所主張，認係專指因成年所生之能力問題，則儘可明文載明此點。又我國第一次民律草案，關於行爲能力，規定未成年人、禁治產人、準禁治產人及妻四種。現行法律適用條例對禁治產及準禁治產雖設例外規定，但對於妻之能力，亦無規定。若謂因禁治產及準禁治產已有規定，而推定第五條係僅指成年而言，不如推定第五條係指成年及妻之能力問題而言，較合邏輯。否則，妻之能力問題，將無條文，可資依據，此烏乎可？

法律適用條例對於妻之能力問題，雖無明文規定。但第十條第一項既規定：「婚姻之效力，依夫之本國法。」妻之能力，爲婚姻之效力問題，自當依夫之本國法爲準。不能謂該條例於妻之能力問題，無法條可資依據。由此觀之，不論第五條之理論上解釋應爲若何，在實際上其適用之場合，僅限於成年問題一項而已。本章所討論者，亦以成年問題爲限。

第二節 能力之準據法

成人年齡，各國因風土、種族、氣候、文化之互異，規定不一。有以十六歲爲成年人者，土耳其是也；有以二十歲爲成年人者，我國是也；有以二十一歲爲成年人者，法、德、意是也；有以二十三歲爲成年人者，荷蘭是也；有以二十五歲爲成年人者，丹麥、智利、墨西哥是也。設有十七歲之土耳其人在我國締結契約，則將依據何國法律，以定其有無締約能力耶？各國對此問題，所採之準據法則不一。但決定能力之法則，大概以保護個人之利益爲目的，故必須具有永固性（stability），且須與其人密切關係。因之大抵以屬人法爲決定能力之準據法，蓋屬人法附着於人，與人有不可分之關係，且不易改變，故最爲適宜。然各國有以住所地法爲屬人法者，有以本國法爲屬人法者。茲分述之：

一 住所地法主義 此主義在昔歐洲大陸諸國，曾盛行一時，學者羅登包、福羅蘭與穆林

（Merlin）等主之。自拿破崙法典頒行後，各國制定統一法規，排斥住所地法主義，而以本國法主義代之。今之採住所地法主義者，僅限於英美及南美數國；蓋其國內，法域互分，異州人民之訴訟，若採本國法主義，將無解決之道。且依其適用法之規定，均無重住所或無住所之可能，是在事實上以適用住所地法爲當。「註三」除英美各國有事實上之理由外，學者又有持下列理由，主張採住所地法主義：（一）住所地法，合於平等原則，對內外國人一律平等待遇，不問其國籍爲何，惟以

住所在地法是據，凡在內國有住所者，適用內國法，住所在外國者，依該外國法；(二)住所爲人活動之中心，經縝密之考慮而取得，其法律行爲，事實上往往多發生於住所地，故以住所地法爲能力之準據法，最爲適當；(三)凡無涉內國國籍之重國籍人及無國籍人場合，不得不以住所地法爲本國法之替用，是何不逕用住所地法爲簡便；(四)住所爲個人自由選定，足徵其對於住所地法有順服之意，關於能力問題，若不以住所地法爲準，似有反當事者之本意。〔註四〕

反對之者，則謂(一)住所地法主義，固合於內外國人平等原則。然此爲事實問題，非其主義之應用，當然可得平等之結果也。例如有不同住所於外國之內外國人發生能力問題，依此原則，則某甲在X國有住所者，將依X國之法律定之；某乙之住所所在Y國者，將依Y國之法律定之。若X國與Y國之法律不同時，將反獲不平等矣。(二)住所未必卽爲人之活動中心。蓋有住所所在X國而營業在Y國者，往往有之。(三)於重國籍及無國籍人場合，固有以住所地法代本國法適用之者，但在重住所及住所不明場合，又往往以居所地法，代住所地法而適用之。苟欲因住所地法代本國法適用，而謂不如直接以住所地法爲準據法，是不如逕以居所地法爲準據法，更較簡便。(四)住所雖有由人之自由意志選定者，但其中如生來住所、法律賦與住所等，亦有非由當事

者之意旨選定者。同時順從住所地法，為取得住所後之當然結果，非謂因欲順服某處之法律，而設定該處之住所也。〔註五〕

二 本國法主義 此為大多數國家所採用，我國法律適用條例亦採此主義。其理由：（一）能力之有無，以成年與否為其標準。而成年問題與人之身體發育狀態，頗有關係。人之身體發育狀態復以各國之人種、風土、氣候、教育等而差異。是非人之本國立法者，無以確定其於如何年齡，始有行為能力。故捨本國法別無可據之法以解決人之能力問題。（二）況成年年齡之規定，與一國之經濟情形，頗有出入。人口繁殖國家，欲延長學徒期限，則其規定成年之期，必為較遲。人口衰頹之國，欲謀生殖蕃茂，獎勵早婚，則其成年，必規定較早，因之欲定一國人民之成年與否，有行為能力與否，惟以本國法是賴。（三）國籍具有永久確定性質，非依法定條件，不得任意改變，且易於證明，非如住所與居所，易於妄為改變，且難於證明也。（四）國際間雖不免有重國籍及無國籍情形，但各國立法例，對於住所，尚無同一確定之概念，致發生重住所與無住所情形，較重國籍及無國籍為多。此所以本國法主義為當今一般國家立法例所採取也。〔註六〕

有非議本國法主義者，則謂本國法之決定，基於人之國籍，而國籍多為生來取得，事出偶然，

故其人與本國法未必卽有密切關係，以本國法支配能力問題，不啻有礙事實上之利便，且遇當事者屬於一國數法時，則將無所適從。此種理由，於特定場合，尙屬可言，若就一般的情形觀之，不免吹毛求疵。

各國除以屬人法解決能力問題外，又有採行爲地法爲其準據法者。美國少數之邦是也。惟依此主張，不問當事者國籍爲何，住所所在何處，一切能力問題，悉依場所支配行爲之原則定之。例如我國法律，以二十歲爲成年，智利以二十五歲爲成年，設有二十三歲之中國人在智利締結契約，而發生締約能力問題於美國法院時，依行爲地法，將認其無締約能力而契約發生瑕疵矣。此主張就法理及利便言之，不能謂其不美。何則？就法理言，一人於某國行爲者，卽表示願意服從該國法律之管轄，故其行爲是否合法及是否有行爲能力，應依行爲地國法定之。就利便言，無論何種法律關係，於行爲前欲確知相對方之國籍或住所，復依之而查明其本國法或住所地法之內容，以定能力之有無，甚感不便，有礙交易之進行。而行爲地法則易於探明，無滯延交易之弊。行爲地法主義，在英美判例，藉以補住所地法主義之不足。若認其爲解決能力問題之獨立準據法則過矣。蓋在英美法概念中，屬人行爲，依屬人法，能力爲屬人問題，故當依住所地法，然住

所地法之劃一適用，往往於事實有不便之處，乃以行爲地法爲例外之適用。又行爲能力，宜永久確定，不得隨時改變。若採行爲地法，則不能達此目的。蓋人之行爲，得發生於各國，各國對於能力之規定不同，結果庶不免同一行爲，在甲國爲之，爲有能力；在乙國爲之，爲無能力。再則於無主土地，或跨兩國土地，之上所爲之行爲，則將無法律可資依據，或雖有法律亦無可適從矣。

由上述三種主義比較論之，殊以本國法主義最爲確當。此所以我國立法例亦取此主義也。然法律適用條例第五條對於此原則之適用，尚有下列二種例外規定：

一 因國籍變更所設之例外 依能力從本國法原則，當事者變更國籍，若依舊本國法爲無能力，依新本國法爲有能力時，則當認其爲有能力，固無疑義。但若依舊本國法爲有能力，依新本國法爲無能力時，則將認其爲有能力抑爲無能力耶？各國立法例，大都以爲在此場合，對於本國法原則，不能適用，應設例外，認其仍然保持固有之能力。德國民法施行法第七條第二項首規定：「依原國籍爲有能力者，取得德國國籍，雖依法國法爲無能力者，仍視爲有能力。」我國法律適用條例第五條第三項亦規定：「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。」

設此種例外之理由，有基於既得權利說者，認當事者既在舊屬國有能力，不能因國籍之改變而消滅之。有基於正義說者，謂法律不變更人之固有能力，為求事實之合乎正義。有本於默認說者，謂無能力人不得自動入籍，內國既允許外國人入籍，是已默認其有行為能力矣。故其人應保有其能力，乃當然之事。

有非議以上論據者曰：既得權，必在同一法制之下，始得存在，新國籍國決無承認舊國籍既得權之理。正義說之理由空泛，未切實際。默認說用之於歸化情形，尙屬可通，但若用之於因土地轉讓而取得國籍情形，則無可解釋矣。余以為我國法律適用條例第五條第三項之規定，原為保護交易之安全，權利之確定，蓋如能力得隨國籍而改變，則權利不確定，無由以保三者之利益。

二 為保護內國所為之法律行為所設之例外 此即為保護內國交易之安全所設之例外也。當今內外互市，交易紛繁，一切行為，均以敏捷簡便為要。交易之際，若必先審究外國人之國籍所屬，而後依本國法以定能力之有無，不特展延時日，且亦事所難能，於此場合，對於本國法之適用，不得不設例外規定，即其人在本國法為無能力者，若依內國法為有能力者，則就其在內國所為之法律行為視為有能力是。日本法例第三條第二項及我國法律適用條例第五條第二項

即如此規定。但此例外之適用，當注意左列數點：

甲 此例外之設定，其目的僅在保護內國交易之安全，故其適用場所，亦以由交易所發生之法律行為爲限，故基於親族繼承及在外國不動產之法律行為，同項但書載明不適用此例外之規定。

乙 此例外之目的，復在平等保護在內國所爲之法律行為，不論當事者之國籍爲何。故不論一方爲外國人或雙方均爲同國籍之外國人，或爲異國籍之外國人，本例外亦適用之。

丙 此例外之適用，不必以當事者善意爲條件。若爲惡意時，亦適用之。蓋既爲例外規定，不能再定善意與惡意之別。誠以識別善惡，頗非易易，狡者以善飾惡，愚者以惡暴善，結果反失公平。

我國法律適用條例之有此例外規定，係採襲外國法例，藉以保護內國交易之安全。如德之匯兌法，瑞士之能力法及債權法，都有類似規定。其實此種例外，並非必需。夫能力依本國法，爲大陸派法系一大原則，不容任意對此設立例外。良以能力之有無，乃事實問題，不能以內國之政策改變之也。且如無此例外，能力依本國法原則，亦未必卽有妨內國交易之安全。何則？蓋交易之際，縱相對方爲內國人，亦未必一望而知其有無能力，今何獨對外國人爲相對方時，設此例外耶？

之有無能力，固非他人易知，但本人當自知之，明知自無行為能力者，而與人交易使相對方誤信其為有能力時，自可援照關於詐欺行為之法律辦理，本不待設此例外，以安交易也。

比國學者羅蘭擬謀內國交易之安全所草之比利時法典第十五條云：「外國人在比國締約時，須聲明其身分若何，有無能力；否則，善意之第三者，得主張適用比國法。當事者在比國簽訂正式書面行為時，職官應詢問其是否外國人；如係外國人，並應詢其身分若何，能力有無。」此種辦法，雖屬煩瑣，然規定周詳，不無可採之處，故錄之以資參考。

於此應行附帶討論者，即當事人為無國籍者，既無本國法，能力如何決定之耶？關於此點，波蘭國際私法關係適用法第一條云：「自然人之能力，依其本國法，不能確定其國籍時，依其所居地法。」一八八二年國際法協會在英國牛津開會，通過決議之原則曰：「人之身分能力，依其本國法定之；無國籍者，依其所居地法定之。」我國法律適用條例對於無國籍者之能力問題，既未於能力原則下，設例外規定，是可依該條例第二條第二項處斷之耳。

第三節 票據能力之準據法

票據能力之準據法，各國所採之主義有二：一曰本國法主義，一曰行爲地法主義。茲分述之：

一 本國法主義 此爲歐陸諸國法例所採。法國法規定，關於法國人之票據能力，不論其票據之成立地及支付地在何處，統依法國法，對於外國人，亦依其本國法，然其本國法之適用有違反本國之公安者，不在此限。「註八」又其本國法適用之結果，有不利於法國人，而該法國人已盡有相當之注意者，似可適用締約地法。「註九」德國一八四九年票據法第八十四條規定：「外國人之票據能力，依其所屬國法；但依其所屬國法爲無能力，依德國法爲有能力時，就其在德國所爲之票據，仍認爲有能力。」一八七六年匈牙利法律第九十五條及一八八一年瑞士債權法第八二二條亦有類似規定。再一九一二年海牙票據統一法規第七十四條亦規定云：「匯票當事人之能力，依其本國法，倘依其本國法之規定，應適用其他國法者，則適用其所指示之法律。」由此觀之，各國關於票據能力，均以依當事人之本國法爲原則。然絕對依本國法，事實上容或有阻礙票據之流通，故一八八五年愛德衛浦(Antwerp)商法會議(The Congress of Commercial Law)一八八八年勃羅斯(Brussels)商法會議，一八八五年勃羅斯國際協會決議，均主張當事人依其屬人法爲無能力而依締約地法爲有能力時，則依締約地法。

二 行爲地法主義

此爲英美判例及意大利法所採用。〔註一〇〕謂際此票據交易日增之時代，若當事人間於未爲票據行爲之前，須調查相對人本國法之內容，事實上甚感不便，即或能之，則亦難免滯延交易。若採行爲地法，則無上述之弊矣。

除上述二種主義外，仇塔 (Itta) 並謂票據能力，應依票據上所記之出票地法；未記明出票地者，依當事人之住所地法，或當事人之營業所或事務所所在地法。〔註一一〕此主張實無理由，蓋票據能力，不涉於票據之履行，而以票據履行之準據法爲能力之準據法則過矣。

然則絕對行爲地法主義與以本國法爲原則行爲地法爲補則主義，兩者相較，何者爲優耶？對此問題，殊難概論。誠以各國宜依其特殊情形，以定應採何者適用之。例如大陸諸國，原以本國法爲屬人法，依能力從屬人法原則，票據能力，亦當依本國法。然爲權宜計，在特種情形之下，又不得不兼採行爲地法以爲補救。至英美判例，則以絕對行爲地法遠較住所地法爲簡便，故惟有採行爲地法。

〔註一〕 學者亦有將身分與能力劃分者。見 *Law Quarterly Review*, XLVI p. 277

〔註二〕 *Arminjon*, II pp. 40-41

【註三】 Minor, p. 134, Cheshire, p. 89; Meili, p. 123

【註四】 住所地法主義亦爲普大陸學者如 Boullenois, Rodenburg, Hertius, Froland Pothier, Merlin 等所主張，其後施多萊氏力主此主義。見 Meili, p. 116; Story, s. 65

【註五】 美國麻州葛萊庭長 (Gray, C. G.) 在 Miliken v. Pratt (1878), 125 Mass. 374 一案，謂適
用住所地法，在事實上往往反感不便，蓋當事人於旅行時締約者有之，以通信處理業務者有之，若其能力問題
依其住所地法，則不便殊甚。

【註六】 Wharton I, s. 258

【註七】 Ross v. Ross, 129 Mass. 243, 246, 37 Am. Rep. 321; Campbell v. Crampton, 2 Fed.
417, 421, 423

【註八】 法國民法第三條。

【註九】 Cass (Jan. 16, 1861) D. 1861, 1, 193.

【註一〇】 Male v. Roberts (1800) 3 Esp. 163; Milliken v. Pratt (1877) 125 Mass. 374, 28 Am.

Rep. 241, 又意大利商法第五十八條。

【註一一】 Lorenzen, p. 74

第三章 禁治產

禁治產者，因基於人之心神喪失或精神耗弱，法律上禁止其人有能力以自行管理處分財產之狀態也。各國法律其中有設禁治產與準禁治產之分者。前者係指精神喪失而無自行管理財產之能力者而言；後者係指精神耗弱限制其行爲能力而得以撤銷其不合法定條件之行爲者而言。二者僅爲程度上之不等，無性質上之差異。故禁治產與準禁治產之分，於國際私法原則之討論，無關重要，且非必需。我民律草案嘗設此區別。「註一」但現行民法已刪去準禁治產之規定矣。

禁治產制度，雖爲大多數國家所採取，然其宣告之規定，各國不一，有專採民事上之禁治產者，有兼採刑事上之禁治產者。例如處重刑者，於其主刑執行後，禁止其治產是。我國法律，無刑事禁治產制度，又此制度之性質，原應屬國際刑法範圍，故本文略之。專採民事上禁治產之國，其規定亦各不同。大別之可分爲法國法系、德國法系、英國法系三種。法國民法設有禁治產及準禁治產之分，禁治產發生之原因爲精神病及白癡，被宣告者與未成年人同爲無行爲能力。準禁治產

發生之原因爲精神耗弱，被宣告者則或爲限制行爲能力人。保佐人對於準禁治產人之私擅行爲，在未得保佐人同意或追認以前，得撤銷之。德國民法不設禁治產及準禁治產區別，凡精神病者、精神耗弱者、浪費者及有酒癖者，皆得宣告禁治產。惟因精神病而宣告禁治產者爲全無能力人，其行爲自始無效。因精神耗弱、浪費及有酒癖而宣告禁治產者，爲限制能力人，其行爲得撤銷之。英國法例，對於白癡者、精神病者，依精神病監督官之決定，得剝奪其能力，使其行爲無效。然對於浪費者，則不限其行爲能力。我民法第十四條僅規定心神喪失或精神耗弱者，得由本人配偶，或最近親屬中之二人聲請之，與德國法系甚相近似。

第一節 禁治產宣告之管轄

有禁治產制度之國，對於內國人民，得宣告禁治產，自不待言。惟對於在內國之外國人，內國法院能否有此權力，則爲一問題。外國人有合於禁治產狀態者，內國得以行政處分對付之，固其所宜。然此不過定其人之暫時狀態而已，若進而欲剝奪其能力，產生禁治產之身分，則發生禁治產宣告之管轄問題矣。各國立法例，對此問題，有二種主張：

一 本國專管說 謂禁治產制度之目的，在保護被宣告者之利益，其宣告之效力，即剝奪人之能力，既爲能力問題，自當依「能力依本國法」原則；既依本國法，自應由本國法院管轄，較爲便利。一八九五年國際法協會在英國劍橋開會決議，即採本國專管說，惟其本國法院有特殊關係不能宣告時，始得許居住國宣告之。

本國專管說所持之理由，不獨有背邏輯，且有格於事實。按法律之選用與管轄之決定，判爲二事。某涉外法律關係，應選用甲國法律，非即甲國法院對於該法律關係有管轄權也。關於禁治產即認應以本國法爲準據法，但不得即因而謂本國有宣告之管轄權。此邏輯上之不當也。又查禁治產之宣告，與被宣告者影響至大，各國均限制特定身分人始得聲請，若聲請人與被宣告者遠適異國，則必回國聲請，不免受往返跋涉之勞，雖間亦有規定本國之檢察官得聲請之者，但其人住居外國，檢察官實無由知其應否宣告。即使有人向本國聲請，本國法院亦難爲事實上之調查。此事實上之不便也。因此之故，各國立法例，對於本國管轄原則，則採內國兼管說以爲補救之方。

二 內國兼管說 一稱住居地兼管說。謂禁治產之宣告，當事者之本國，固得管轄之；而其

住居地國亦有權宣告之。〔註二〕蓋禁治產之宣告，其目的不僅在保護被宣告者之利益，抑且爲預防第三者之損害，不特爲保護個人之私益，抑且爲維護住居地國之公安，故如外國人有禁治產狀態者，內國法院亦得宣告之，俾迅予應付。〔註三〕於此應注意者，此說非謂本國法院因特別事故，不得宣告時，內國始得宣告之；乃謂住居地國與本國同有管轄權也。我國法律適用條例第六條載：「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。」即本此說。但就本條言之，非我國法院對於任何外國人，均有禁治產管轄權，乃須具備下列二條件者，始得宣告之耳！（一）事實上之條件，即其人在中國有住所或居所。蓋無住所或居所者，對於內國無悠久法律上之關係，與內國公安即無重大影響，縱令其行爲有害於第三者或妨礙公安時，內國以行政處分對付之亦已足，殊無庸爲禁治產之宣告也。（二）法律上之條件，即須依其本國法及中國法均有禁治產之原因。故其人如依中國法爲有禁治產之原因，而依其本國法無之者，或依其本國法爲有禁治產之原因，而依中國法無之者，我國法院對之，均不得宣告禁治產。蓋禁治產之宣告，有關於人之能力問題，自不得不在本國法允許條件下宣告之。又其宣告之用意，往往又爲保護第三者之利益，保障內國之公安，故同時不得不兼顧內國法律，此所

以我國法律適用條例有如此規定也。

第二節 禁治產宣告原因之準據法

禁治產宣告，各國法律，不外以精神耗喪爲主因。然亦非盡同者，如德國以浪費爲其原因之一，我國非之。內外國法律關於禁治產宣告之原因，既有不同之規定，對於住居內國之外國人爲禁治產之宣告時，應依何國法律以定其原因耶？對此問題，學者間見解有三：

一 依本國法說 謂禁治產宣告之原因，須絕對依被宣告者之本國法。不獨依內法國有宣告之原因而本國法無之者不應宣告，即依其本國法合於宣告之原因而爲內國法所不許者，亦應宣告。一八九五年國際法協會，曾以十四票對十二票之差，採本國法說。其理由，不外以禁治產之宣告，有剝奪或限制能力之效力，能力問題以當事者之本國法爲準，是禁治產宣告之原因，亦惟採當事者之本國法爲準據法，始合於能力依本國法之原則。

此說之缺點，第一、內國不便調查當事者本國法關於宣告禁治產之原因，第二、本國法所定之原因，而爲內國法所否認者，亦必依據而宣告之，不免有妨礙內國之公安。故其說實非妥善。

二 依法庭地法說 謂禁治產宣告之原因，須絕對依訴訟地國法律，不論當事者之本國法規定若何，如依法庭地法有宣告之原因者，即得宣告之。德國民法施行法第八條規定：「凡有住所或居所於德國之外國人，得依德國法律宣告禁治產。」即採此說。其所持理由，大略謂：（一）禁治產之宣告，既與住居地國有例外之管轄權，則為貫徹設此例外之立法精神及事實上之便利計，殊以依法庭地法為宜；（二）採本國法說，往往有礙內國公安，採法庭地法可維護內國之公安。但此說在理論上實有未妥，何則？禁治產之宣告，影響於被宣告者之能力至鉅，能力之有無，應依當事者之本國法，則其宣告之原因，若專憑法庭地法而不顧及本國法以剝奪或限制其能力，非謂有理。

三 依本國法兼法庭地法說 絕對本國法說，既有妨於內國公安，絕對法庭地法說，亦有背能力依本國法之原則，故學者有主張禁治產之宣告，須本國法及法庭地法共同認為有其原因者，始得為之。如此，一則可顧及能力依本國法原則，二則可保持內國之公安。我國法律適用條例第六條規定：「凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法及中國法，同有禁治產之原因者，得宣告禁治產。」即採此折衷辦法也。

第三節 禁治產宣告之效力

禁治產宣告之效力問題，可分（一）對於住居內國之外國人之宣告效力，應依何處法律為準，及（二）對於外國禁治產之宣告，內國應否承認其效力二方面研究之。

一 對於住居內國之外國人宣告之效力問題 各國立法例對於禁治產宣告之效力規定不一，則其應依何處法律為準之問題生焉。對此問題，有謂應依本國法者，有謂應依法庭地法者，茲分述之：

甲 本國法說 就理論言，禁治產宣告之效力，影響被宣告者之能力，根據「人之能力依其本國法」原則，則禁治產宣告之效力，應依本國法。我國法律適用條例草案第七條第二項，曾規定：「宣告禁治產之效力，依禁治產之本國法，」即本此意。

此說在事實上言之，殊非妥適。（一）執行困難：如英國人在我國法院宣告禁治產，依英國法，須將被宣告者交付監護法院，但我國無此種監護機關，則雖經宣告，而不能執行。（二）效力參差：蓋如效力必依當事者之本國法，則若為甲外國人之宣告時，以甲國法規定其人為無能力人，而

認其行爲爲無效，若爲乙外國人之宣告時，以乙國法規定其人爲有限制能力，而認其行爲得撤銷，是同一法院，因當事者國籍不同，而異其宣告之效力，交易之安全，焉得維持？（三）阻礙公安：夫禁治產之宣告，一方固爲保護被宣告者之利益，而他方又爲維護內國之公安，若宣告之效力必依本國法，設某種效力，有背於內國公安者，則反失禁治產宣告之目的矣。

乙 法庭地法說 謂禁治產宣告之效力，當依宣告國法律。此爲當今多數國法例所採取。〔註四〕日本法例第四條規定：「禁治產宣告之效力，依宣告國之法律。」我國法律適用條例，關於此點，並無明文規定，學者有以爲既無明文規定，自當權衡本國法說及法庭地法說之得失，擇其優者爲條理之適用，又有以爲一國對於外國人宣告禁治產，因司法權行使當然之結果，自應依內國法律，定其效力，本無明定禁治產宣告之效力依法庭地法之必要也。

採法庭地法說，有二種理由：第一、禁治產之宣告，往往爲維持內國之公安，非代當事者之本國而宣告之也。若其效力不依法庭地法，一則不能維護內國之公安，其結果甚或與欲宣告之目的相反；二則苟純粹依本國法，殊有內國代當事者之本國執行司法之嫌。第二、宣告之效力從宣告國法，乃由內國對外國人有宣告管轄權而生，猶之判決，判決之效力依宣告判決之法庭地法，

則對外國人既有宣告禁治產之管轄權，其宣告之效力若何，自亦當依宣告國法。

二 對於外國宣告禁治產之效力承認問題 在外國宣告禁治產，內國承認其效力否？對此問題，有數說焉。茲分述之：

甲 承認說〔註五〕 謂禁治產宣告之結果，剝奪或限制被宣告者之能力，其情形與因年齡關係為無能力人或限制能力人（即純粹能力問題）同，能力依本國法，則因宣告而無能力，各國自當承認之。又禁治產之宣告與一般之判決性質不同，不發生法域問題，其效力無如判決之限於法庭地國領域內，是內國殊可直接承認之，毋庸再經過宣告手續。歐洲學者如巴爾羅蘭等均主此說。一九〇五年海牙關於禁治產之保護公約第九條亦規定締約國之一國，依法宣告禁治產，在其他締約國，當然發生效力，無須請求承認。

認禁治產宣告之無行為能力或限制行為能力，與因年齡關係之無行為能力或限制行為能力相同，實屬大謬。蓋前者為由於當事者法律行為之結果，後者為當事者之本來狀態與行為無關，故禁治之宣告，除影響於被宣告者之能力外，又能發生其他財產上及身體上之效果。又禁治產之宣告，其性質實與普通之判決無異。其效力能改變被宣告者之能力，正與離婚之判決能

改變妻之能力同也。故上述主承認說之理由，殊非充分，矧禁治產之宣告，恆爲維持內國公安，而關於公安之法規，其效力不能及於他國，此承認說之所以非爲多數國法例所採用也。

乙 否認說〔註六〕

謂禁治產之成立，以宣告爲要件。在外國宣告禁治產，既未經內國法院宣告，其效力自不得及於內國。且外國之宣告與外國之判決同，外國判決之效力未經內國再行判決不能在內國發生效力，則外國禁治產之宣告，自亦不能當然直接對內國發生效力。

此說雖較前說進步，但既認禁治產之宣告，以當事者之本國管轄爲原則，若內國絕對不承認外國宣告之效力，則無以貫徹本國管轄之精神矣。

丙 折衷說〔註七〕

此說係因上述二說不妥而生。其內容殊甚紛繁，有以禁治產宣告之原因爲標準，分別以定其承認與否者，謂其原因如係出於自然者，內國應承認之，如基於精神病；其原因如係人爲者，內國如無相同制度，可否認其效力，如基於浪費醺酒是。有以被宣告者之住所爲標準，分別定其准否者，謂外國之宣告，非當然在內國能發生效力；但若被宣告者在內國有住所時，則其與內國即發生密切關係，自不能對於其宣告漠不注意，蓋所以保護內國交易之安全，維持內國之公安也。

余以爲外國宣告，固不能直接承認之，但殊宜間接承認之。何以言之，宣告猶判決也。內國對於外國法院之判決，於不違背內國之公安限度內，莫不承認其效力。外國法院之宣告，豈可獨異。且禁治產之宣告，涉及人之能力問題，能力爲人之記號，各國大都以本國法爲準據法，故禁治產之效力，如不妨內國之利益者，內國無不盡量承認之，以符能力依本國法之原則。雖然，若謂外國之宣告，內國須直接承認之，則又不免蹈外國法域外效力之嫌，是此處所謂承認云者，以指內國法院，以外國法院之宣告，作爲考證，重爲宣告之之謂也。

第四節 禁治產宣告之聲請

禁治產之宣告，關於人之能力至大，故非經有聲請權者之聲請，不得爲之。但各國法例，對於聲請權之所屬，規定不同，究依何國法律以定何人有聲請權耶？有以爲禁治產宣告之聲請，不失爲訴訟程序之一，依訴訟程序從法庭地法之原則，殊當亦依法庭地法。然余以爲禁治產之宣告，既因其能影響人之能力，不論關於宣告之管轄及其原因所準據之法，無不以本國及本國法爲原則，則宣告聲請權之歸屬問題，亦應依本國法爲原則，較爲允當。但爲顧全內國之公安或公益

許，亦有認住居地國或內國有兼管權者，故於左列二種情形，不能不認法庭地法爲本國法之例外適用。

一 若依法庭地法，檢察官有聲請權，縱依被告者之本國法，檢察官無聲請權，仍應依法庭地法。何則？檢察官乃代表一國之公益者，既許檢察官有聲請權，是必關於其國之公益者也，公益之事，自不容外國法干與之。

二 倘法庭地法允許有利害關係之第三人，關於禁治產宣告之聲請，得參加訴訟，雖依被告宣告者之本國法，不得參加者，仍應依法庭地法。何則？參加行爲本屬程序問題，根據程序依法庭地法原則，是第三者自可參加；且法庭地法所以許其參加，往往爲保護內國之公益及社會經濟，故當依法庭地法。

〔註一〕 第十九條第二十三條。

〔註二〕 參見一九〇五年海牙禁治產公約第三條。

〔註三〕 英國法院對於在英國之有禁治產宣告原因者，不論其爲英國人，或外國人，均得宣告禁治產。見 Foote,

【註四】參見 Foote, p. 109

【註五】戴西氏謂禁治產人住所地國所爲之宣告，英國應承認之。見 Dicey, p. 535；大陸學者主張當事人本國所爲之禁治產宣告，在他國亦有效力。見 Foote, p. 98

【註六】英國判例認外國法院選任之禁治產監護人，不得監護在英國之禁治產人之身體；然對於禁治產人之在英國財產，除英國法院已爲設置監護人者外，得領取之。見 *In re Sottomajor* (1874), L. R. 9 ch. 677；
Scott v. Bentley (1855), 1 K & g. 281

【註七】Brocher, *Cours de droit international privé*, p. 90

第四章 死亡之宣告

死亡宣告云者，即失蹤人生死不明，經過一定年限後，法院依利害關係人之聲請而為宣告，推定或決定其死亡之謂也。宣告之後，影響於人之身分能力甚大，各國莫不有此制度，然規定之程度不同，有採死亡宣告制者，有採失蹤宣告制者，有採死亡兼失蹤制者，茲分述之。

一 死亡宣告制〔註一〕 採德國法系之奧日等國，規定失蹤人生死不明，經過一定年限，法院得由利害關係人之聲請，宣告死亡。宣告死亡之效力與實際死亡同，親屬關係因此消滅，繼承因之開始，配偶得以再婚，被宣告者之權義隨而消滅。我民法本採德日法例，故亦採死亡之宣告。〔註二〕

二 失蹤宣告制 此制度為英國法系及法國法系諸國所採取。茲將英國制及法國制分述之：

甲 英國制 此制認人之所在不明，僅能宣告其失蹤，不能推定其死亡，故其配偶如不能證明被宣告者確已實際死亡，不得再婚。英國法律規定失蹤人生死不明至七年時，繼承人僅取

得財產之收益權。再經過六年，繼承人對於失蹤人之動產取得所有權。再經過六年，繼承人對於失蹤人之不動產，始取得所有權。

乙 法國制〔註三〕 此制與英國制大同小異，關於失蹤，分爲三期：第一期爲財產保管時期，法律推定其人尙在，惟因利害關係人之聲請，法院得選置財產管理人，保護其財產。第二期爲財產假定占有時期，失蹤人依財產管理人有無設置，各經一定年限，生死仍不明時，法院得由繼承權利人之聲請，於聲請一年後爲失蹤之宣告，繼承人得以假定占有其財產。第三期爲財產確定占有時期，自失蹤日起算其逾三十年，或其人年達百歲，法院依聲請使假定占有改爲確定占有。

三 失蹤兼死亡宣告制 此爲瑞士茲里 (Zurich) 州所採制度。其民法規定：死亡之推定，已於裁判上證明時，或其人已達八十歲時，或自最後之訊息計算，經過五十年時，得爲失蹤之宣告，准繼承權利人對有失蹤人之財產，有收益及使用權。失蹤宣告後，再逾十五年，得爲死亡之宣告。

第一節 死亡宣告之管轄

內外國人，須爲死亡之宣告時，由其各該本國法院管轄之，當無問題。若外國人在內國失蹤，或內國人在外國失蹤，則當由何國法院管轄宣告之耶？對此問題，約有下列主張：

一 本國宣告主義 此主義所持之理由，謂：（一）死亡宣告，影響於人之身分能力。人之身分能力既依本國法，則關於死亡宣告之管轄權，亦以屬諸本國爲宜；（二）一國根據國籍之關係，對於其人民，有密切之利益，若外國僞爲死亡之宣告，而其人實存時，則不但剝奪被宣告者之利益，且侵害其本國之主權。此主義，言之成理，故引爲當今各國之原則。然死亡宣告，往往以確定被宣告者與利害關係人之法律關係爲目的，苟當事者遠離本國而發生甚多法律關係於內國時，若內國無權宣告死亡，則內國之法律關係無以確定，其影響於社會經濟甚大，何得以保內國之公益耶？故絕對採用本國法主義，尙非妥當。

二 住居地主義 謂就死亡宣告之目的言，則宣告之管轄，應屬被宣告者之住居地國。何則？宣告之目的，無非藉以確定人之財產及身分關係，爲保護其人所在地之公益及經濟起見，當予住居地法院有管轄之權，然所謂住居地主義者，各國立法例之內容，規定不同，約有二派。

甲 絕對住居地主義 謂死亡之宣告，既係基於被告者離去住居地，經過若干年之生死

不明而爲之，則宣告管轄權，自以被宣告者之最後住居地國專管之，較爲合理。此主義屏被告者之本國於不顧，事實上雖爲簡便，但與現代一般法例，不無鑿柄，學者非之。

乙 住居地代替本國主義

謂本國宣告主義爲死亡宣告之惟一法則，但依當事者之本國法，應爲死亡宣告，而其本國未經宣告，且住居地認爲非宣告不可者，住居地得依其本國法宣告之。反之，若其本國業經宣告，住居地不得再宣告之。此說也，不論在應用上是否便利，僅就理論上觀察之，殊猶未可。何則？既認本國有專管之權，復認住居地有例外管轄之權，已屬矛盾，苟謂住居地管轄，係代替本國管轄，又不免蹈內國代外國執行司法之嫌。且死亡宣告之目的，既不獨爲保護被宣告者之利益，且亦爲維護內國之公益，是住居地亦不必待本國不宣告始得宣告之也。

三 以本國爲原則住居地爲例外主義

謂欲兼顧死亡宣告之效力及目的，惟有以本國管轄爲原則，住居地管轄爲例外。何則？死亡宣告，既關於身分能力問題，依「身分能力依本國法」原則，則宣告之管轄，自當以本國管轄爲原則。然死亡宣告之目的，又在保護社會之利害，則住居國爲保護內國利益計，以內國之特定事物爲對象，爲死亡之宣告，亦所當然。我國法律適用條例第八條規定：「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

國之法律關係，得依中國法，爲死亡之宣告，「即採此主義。

第二節 死亡宣告之準據法

各國關於處置失蹤之法例，既不一致，則內國發生涉外失蹤事件時，應適用何處法律之問題生矣。對此問題，學者間之見解有五：

一 **本國法主義** 謂各國關於死亡宣告之效力規定，莫不認其能變更人之身分能力。人之身分能力依本國法，故死亡之宣告亦應依本國法。否則，不特不足以保護被宣告者之利益，且足以使第三者受種種不利。

此說也，用於本國管轄主義之上，猶可解釋，但適用於採住居地管轄主義之上，殊覺不當，何則？住居地管轄主義之目的，無非爲保護內國之公益，若以當事者之本國法爲準據法，而本國法之規定內容與內國法不同時，將失所以採住居地管轄之目的矣。不特此也，本國法主義之本身，亦有下列不當之處：（一）若以當事者之本國法爲準，則結果不免對甲國人依甲國法而爲死亡之宣告，對乙國人依乙國法而爲失蹤之宣告，一國之宣告效力，將因當事者本國法之不同，不能

劃一矣。(一)各國對於失蹤之法律，既無劃一規定，若當事者之本國法採失蹤宣告制，而法庭地法僅採死亡宣告制，亦必須以當事者之本國法爲準據法，自不免有外國制度強內國施行之嫌。

二 物之所在地主義

物之所在地主義可分爲絕對的物之所在地主義及相對的物之所在地主義。主絕對的物之所在地法者，謂死亡之宣告，不影響於人之身分能力，故關於宣告之一切問題統依物之所在地法。主相對的物之所在地法主義者，謂死亡之宣告，目的在保護被宣告者之財產，故應依物之所在地法；但如婚姻之解除，親權之行使等，則適用被宣告者之本國法。此二說也均非允當。何則？(一)絕對的物之所在地主義，認死亡宣告僅影響被宣告者之財產，前提已屬錯誤，在少數採失蹤宣告如法國法系諸國，固以爲失蹤之宣告，不發生變化人之身分效力，但在多數採死亡宣告之國，莫不認宣告之效力，不惟影響被宣告之財產，且足以變更其身分能力，以此錯誤之前提爲根據，而謂應依本國法，安得不謬誤乎？(二)相對的物之所在地主義，亦不免偏重於宣告對於財產效力一點。死亡宣告，固有關於財產關係，然亦有及於親族關係者，在親族關係中，亦不限於婚姻之解除及親權之行使，今僅限上述二點得適用本國法，安得云當。

三 人法物法並用主義

謂死亡宣告，有關於人者，有關於物者。關於人者，如夫婦關係，親權行使等，應適用人之本國法。關於物者，如財產繼承，財產管理等，應依物之所在地法。

此說兼本國法與物之所在地法適用之，似覺周到。實則因各國關於失蹤之規定既不同，其適用之結果，即不免發生衝突。蓋宣告之效力，各國規定不同，如依本國法，宣告之結果，其人爲存在；依物之所在地法，宣告之結果，認其人爲死亡，則一國之宣告，因適用之對象不同，而其人甲國認爲死亡，乙國認爲存在，乃生矛盾之結果矣。

四 以宣告以前以後爲標準定適用法主義

謂死亡宣告之準據法不能概論，而應分宣告以前及以後二方面爲標準，分別定其適用法律。(一)在宣告以前，對於當事者之身分能力，並無改變，但對於失蹤人之財產，發生管理等問題，既爲財產管理問題，自應依財產所在地法。(二)宣告以後則當事者之身分能力改變，故應根據「身分能力依本國法」原則，適用本國法。此主義用之於法日等之相對宣告主義國家，甚爲適當；若用之於德意志之絕對宣告主義國家，既無宣告以前以後之分，實不啻採本國法主義爲簡便也。

五 限制法庭地法主義

一稱附條件之法庭地法主義。謂死亡宣告，與被宣告者之身分

能力有關。就原則言，固不得不以本國有宣告管轄權。然此制度設立之目的，同時亦爲保護第三人之利益及內國之公益，故亦認失蹤人之住居地國對於某特定事項有管轄權，既屬有權管轄，自當併許法庭地法爲宣告之準據法，庶得保護內國之公益及社會經濟，此所以我國法律適用條例第八條規定：「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」也。

就該條例第八條解釋之，欲依中國法宣告之者，必須具備左列條件：

一 外國人在中國須有住所或居所 在中國無住所或居所之外國人，縱令失蹤，與中國亦無甚關係，故無爲其宣告之必要，且死亡宣告爲失蹤者離去其住居所而生死不明而設，苟於中國無住所或居所，亦無從計算其失蹤之期限，故必須在中國有住所或居所者，中國法院始得宣告之。中國法院對於在中國無住所或居所之外國人，既無管轄權，中國法律，自亦無從適用。

二 祇就其在中國之財產及應依中國法律之法律關係 中國法之適用，所以祇限於此二點者，蓋在內國之財產及應依內國法之法律關係，對於內國第三人之利益及社會經濟頗有關係，非以明文保護之不可。至何者可謂在中國之財產，乃屬於本書物權章應討論之問題，今略

之。至所謂應依中國法律之法律關係，即於中國國際私法規則，認為應適用中國法律之法律關係也。例如在中國之外國人，與中國保險公司締結人壽保險契約，該外國人失蹤多年，生死不明時，其繼承權人向中國法院聲請死亡宣告，中國法院，得因其契約締結地在中國，若當事人間對於契約應適用之法律無明白意思者，即依我國法律適用條例第二十三條第一項及第二項之規定，適用中國法。此種保險契約，即應適用中國法律之法律關係也。

該條又須注意者，即所謂「得依中國法為死亡之宣告」之「得」字，應如何解釋？學者有謂「得」字既在「中國法」三字之上，似指中國法而言，即就在中國之財產或應依中國法律之法律關係，得依中國法或不依中國法而依人之本國法，為死亡之宣告也。此種解釋，完全謬誤。蓋死亡之宣告，原則上應由當事者之本國管轄，但為特種場合，始設住居地法為例外之管轄。此處「得」字，係承上文「祇」字而來，故應解為係指宣告之管轄言也。

第三節 死亡宣告之效力

各國關於死亡宣告之效力，既有不同規定，則應依何種準據法以定其效力耶？查各國立法

例。對此問題，有主張本國法說及法庭地法說二種：

一 本國法說 此說爲法意學者所主張。爲主張死亡宣告之本國專管主義，及本國法宣言主義者之當然結論。但若宣告國爲當事者之住居國，則其宣告之目的，無非爲保護內國之公益及第三者之利益，如宣告效力必依本國法，則結果或與宣告之目的相反，或竟至無宣告之必要。

二 法庭地法說 此說爲我國所採，蓋我國法律適用條例，既承認對於有住所或居所在中國之外國人有宣告管轄權，且應依中國法宣告之，是效力問題惟有依中國法（法庭地法）定之，始合於中國管轄及依中國法宣告之立法精神。且我國規定宣告之對象，僅限於在中國之財產及應依中國法之法律關係，其目的無非爲保護此二項事件，對於外國之此項關係，並無影響，是即依中國法，亦無妨害。且不法庭地法，不免有時發生執行困難。何則？如不依法庭地法，勢必依本國法。若本國法採死亡宣告主義，而法庭地法採失蹤宣告主義，則內國以無同一制度將無從執行矣。

於此又有三問題焉：其一爲外國人經其本國宣告死亡，內國應否承認？其二爲外國人經第

三國宣告死亡，內國應否認其？其一爲外國對於內國人之死亡宣告，內國應否認？

一 外國對於其本國人之死亡宣告，內國應否認問題 對此問題，約有三說：

甲 承認主義 謂死亡宣告，屬人之身分能力範圍，身分能力依本國法，則其本國法院，依

本國法爲死亡之宣告，內國於不違反內國之公安限度內當承認之。惟如被宣告者在內國，確係存在者，則不得承認其效力。

乙 否認主義 謂法院判決之效力，不得踰越國境，宣告與判決同，其效力亦以本國境內爲限。且死亡宣告，往往根據本國之政策，內國既無執行其本國政策之義務，自亦無承認其宣告效力之必要。

丙 條件承認主義 謂死亡宣告，既涉於人之身分能力，根據身分能力依人之本國法原則，本國之宣告，內國理當承認爲原則；惟須經內國根據本國宣告內容而宣告之後，始得承認其效力，蓋外國宣告，本無直接使內國發生效力故也。

二 外國人經第三國宣告死亡，內國應否認其效力問題 對此問題則分：

甲 依當事者本國主義 謂根據身分能力依人之本國法原則，死亡宣告既亦應依本國

法，則內國對於第三國爲外國人死亡宣告之承認與否，當依被宣告者之本國爲準。其本國承認之者，內國亦承認之；其本國否認之者，內國亦否認之。

乙 承認主義 謂死亡宣告，與自然死亡，同其結果。各國既承認自然死亡，則殊亦應承認死亡宣告之效力也。

丙 否認主義 謂內國承認當事者本國宣告之效力者，無非根據死亡宣告，有關人之身分能力，及身分能力應依人之本國法原則二點。而第三國之宣告，恆以保護其本國之利益爲目的，內國自無須承認之也。

三 外國對於內國人死亡宣告，應否承認問題 外國或住居地國爲內國人之死亡宣告，不論依法庭地法而爲宣告，或依本國法而爲宣告，內國殊可均不承認之。蓋外國如依法庭地法而宣告之，則無非爲保護其本國之公益及第三者之權利，外國如依被宣告者之本國法而宣告之，亦未免多事，且有損及內國主權。我國法律適用條例，僅認在中國有住所或居所者，於合於一定條件下，中國得有死亡宣告之管轄，而並非承認內國人在外國有住所或居所者，該外國得爲中國人宣告死亡也。

〔註一〕 德國民法第十三條至第二十條。

〔註二〕 我國民法第八條。

〔註三〕 法國民法第二十二條。

第五章 婚姻

關於親族關係之準據法，各國均採屬人法爲原則。雖屬人法之內容，有採本國法者，有採住所地法者，然立法之精神則一。故婚姻、親子、監護、扶養等問題，莫不依屬人法解決之。惟其規定之體例，有因其與人之身分能力，頗有連帶關係，與身分問題同條規定者，有規定身分問題於關係人之法律，而親族問題另設專條者。我國法律適用條例，對於身分既無明文規定，而關於親族關係，又不與能力問題同條規定，而另設「關於親族之法律」一章。故於研究親族之法律關係以前，闡明身分之意義，俾於決定親族之準據法之際，有所憑藉。

國際私法稱身分者，謂具有永久性質，而與國家及第三者有關，非當事人之自由意思所能消滅而爲法律所保護之人，與人間之關係也。故身分爲：

一 人與人間之關係 其爲人與人間之關係者，所以別人與物間之關係也。物權爲人與物間之關係，而身分爲人與人間之關係。

二 法律所保護之人與人間之關係 人與人間之關係，種類甚多。其發生均基於人類相

互之利益。如結婚、育兒、交友等之慾望，悉能引起人與人之關係，但其中有為法律所保護，有屬於人之任意行為而為法律所不保障者。前者如因結婚而發生夫婦關係，後者如朋友之交誼及夫妻關係，是身分云者，係專指前者而言，後者不與焉。

三 具有永久性質之人與人間之關係 此所以別暫時性質而得任當事人之意旨而消滅之人與人間關係也。例如本人與代理人，雇主與被雇人之關係，其創設易而消滅亦易，但夫婦身分，父子身分，由法律而認設，非依法不容當事人任意消滅其關係也。

四 與國家及第三者有關之人與人間關係 國家對於本國人或住民，往往有社會上的利益，故無不設法維護人與人間之關係，禁止第三者之侵害。例如設婚姻制度，創設夫婦身分，設扶養制度，減輕國家及社會之擔負。所謂與第三者有關係者，即身分不獨為當事者間之相互關係，其間接並能使第三者負尊重當事人間關係之義務之謂也。例如第三者對於有夫婦身分者，不得復與任何一方發生夫或婦之關係，如有違反之者，法律即加以相當制裁是。

於此當須注意者，即身分既由法律認可而產生，則依外國法所產生之身分而為內國法所無或不承認者，內國應否認其效力，如浪費宣告、死亡宣告等，在大陸諸國，雖認為關於身分能力

問題，而在美國各州，因並無類同制度，故不認其宣告之效力是。「註一」

第一節 婚姻之意義

婚姻爲男女交結而能發生合一關係 (Matrimonial Union) 之民事身分也。由婚姻產生夫婦身分，由夫婦身分復產生其他親族關係。上述合一關係，非經依法解除，推定爲永久存在。由夫婦身分，發生夫婦間相互之權義關係。故婚姻爲：

一 不啻一民事契約。蓋普通契約之當事者，原不限於性別。而婚姻爲男女間之合意行爲，同時又爲一男一女間之合意行爲；

二 當事者間合意之依法行爲。蓋婚姻有關於內國公安，含有強制性質，非依法不得締結，亦依非法不得解除或消滅也；

三 其他親族關係之胚胎。蓋如親子關係、扶養權義等，均由此而發生者也。

第二節 婚姻之預約

英美法規定婚姻之成立，分二步驟：其一為婚姻之同意，構成結婚契約（Contract of Marriage）至同意之方式，並無一定，或行使婚姻儀式，或以信札互納（Marriage by Correspondence）其二為婚姻身分（Matrimonial Status），即因結婚所產生之法律關係。〔註1〕大陸諸國法例，除婚姻成立之本問題外，又有所謂婚姻之預約者，即男女預定為將來婚姻之相互意思表示也。我民法親屬編稱曰婚約。各國對於婚約之規定，各有不同，其關於婚約之性質，有認為與普通契約相同，祇須當事人同意為已足者，有認為異於普通契約，而須經當事者之父母同意者。其關於婚約之方式，有認為須合一定方式者，有認為無須一定方式者。其關於婚約之效力，有認為可絕對履行者，有認為祇可要求損害賠償者，有認為絕對無效者。各國對於婚約之規定，既有如斯之不同，則當依何種準據法，以解決其衝突耶？對此問題，英美學者，認婚姻預約之性質，與普通契約同，故以解決契約衝突之準據法解決之。然大陸諸國法例及學者主張，則有左列不同之說：

一 當事人各該本國法說 謂婚約之履行，往往有關於婚姻本身問題，若不依本國法為準，則有背於「身分依本國法」原則。但如男女之本國法規定不同時，將依何者之本國法耶？

此有主張依悔婚者一造之本國法者，有主張依男之本國法者。前說取悔婚者一造之本國法而不顧對造之本國法，雖殊失公平；但後說不論悔婚者爲男爲女，悉依男之本國法，不但未免過於保護男方，且理論上，婚約爲婚姻之預備行爲，婚姻之效力，雖或可依夫之本國法，而若以婚約亦以夫之本國法爲準，是無異視其與婚姻爲同物矣。

二 依法庭地法說 謂各國之認婚約有效或無效，無不基於內國之公安。故欲定婚約之履行問題，不可不依法庭地法決定之。且依法庭地法，無偏護當事者任何一造之嫌，殊較適用當事人各該本國法爲允當。然僅依法庭地法，亦不能達圓滿之境，何則？若當事人之本國法認婚約爲有效，法庭地法基於公安係認其爲無效者，尙屬可言；若當事人之本國法認爲無效，而法庭地法反認爲有效者，則殊損害當事人本國之利益過大，非所當也。故學者如巴爾等則主張：「婚姻預約履行之訴，非當事者各本國法及法庭地法共認之者，不得提起。」

三 依婚約成立地法說 謂婚約猶一般契約也，其成立應依締結地法。蓋締結地法於婚約成立之時，即賦予相當之效力。故其履行問題，亦應依成立地法。此說亦非盡善，蓋一則婚約有由多數行爲構成者，究以何處爲其成立地尙難確定，今以成立地爲履行之準據法，其不易可知；

二則婚約之締結，往往出於偶然，當事者於締約之時，常不注意成立地法關於婚約效力之規定。故採成立地法，似與當事人之意思，不相謀也。

第三節 婚姻成立之要件

婚姻為家庭生活之基礎，有關於一國之公安甚大，故各國關於婚姻法規，多列為強制法，其成立非合乎一定條件不可。關於婚姻之條件，可分為實質要件及形式要件二種：前者如婚姻年齡、再婚、特定人間婚姻、父母同意是；後者即所謂婚姻之方式是也。〔註三〕關於以上二種要件，各國立法例，規定不同。茲分述之：

一 實質要件〔註四〕

甲 婚姻年齡 婚姻年齡之規定，各視其風土氣候以及身體發育之程度而異。其他若一國之經濟情形，人口之多寡，亦與有關係。大凡近熱帶諸國，發育較早，婚姻年齡，自亦規定較低。人口鮮少之國，獎勵早婚，其規定結婚年齡不得低。

乙 再婚限制 有禁止再婚者，有任許再婚者。有再婚限制專為女子所設者，有同為男女

所設者，即規定禁止再婚又有禁止期限長短之不同，例如我民法第九八七條規定，離婚後女子於六個月內不得再婚，法國民法第二二八條則規定十個月爲限制期限是。

丙 特定人間婚姻之限制 各國對於直系血親或姻親間雖均禁止婚姻，但旁系親屬之限制，則規定各異。有限於三親等內者，有限於四親等內者，又對於親等之計算方法，有採寺院制者，有採羅馬制者。又美國諸州多禁止與亡妻之姊妹結婚者，而我國則任許之是。

丁 父母之同意 有主未成年人之結婚，應得法定代理人之同意，而成年人之結婚，須完全本諸當事人之自由意志者，我民法是也。有主不論成年與否，當事者須達於一定年齡，始不必徵求其父母同意者，日本現行民法是也。

各國關於婚姻實質之規定，既有上述之不同，則內國人與外國人結婚，或內國人在外國結婚，應採何種準據法耶？對此問題，各國法例，主張不一，茲分述之：

甲 婚姻舉行地法主義 此爲一八七七年以前英國判例「註五」及現代美國諸州判例所採取。「註六」依美國諸州判例，婚姻無實質要件及形式要件之分，凡（一）是否須要結婚許可證，（二）結婚之必要儀式，（三）司儀人之能力，（四）當事人之結婚能力等問題，「註七」悉依婚

姻舉行地法。此主義能發生下列效果：

子 不依婚姻舉行地法之命令要件 (Mandatory requirement) 之婚姻爲無效；

丑 在無法律區域內所締結之婚姻爲無效；

寅 依婚姻舉行地法，如認爲婚姻無須正式儀式者，則雖未經過正式結婚儀式之婚姻，亦爲有效。如婚姻舉行地法採普通法婚姻制 (Common-law Marriage)，則須經當事者雙方業經同居，縱未有婚姻之儀式，其婚姻亦爲有效；

卯 當事人在甲國離婚，依甲國法律，離婚判決後禁止當事人之一方或雙方於一定期間內不能再婚，而一方逕往乙國而依乙國法律結婚者，其婚姻應認爲有效。

雖然，婚姻舉行地法主義，於左列情形之一，亦不能不認爲例外，即雖依舉行地法主義，認爲有效婚姻，內國仍不得承認之也。〔註八〕

子 多妻或多夫主義之婚姻 (Poly gamous Marriage)；

丑 亂倫婚姻 (Incestuous Marriage) 如兄妹結婚是；

寅 異種間結婚，而依當事人之住所地法，認爲可憎惡者 (Odious Marriage) 例如白

黑人種間之結婚是。

採婚姻舉行地法主義者，所持之理由：(一)婚姻爲契約之一種，契約之成立要件，依契約締結地法，是婚姻之實質成立要件，亦當依婚姻舉行地法；(二)婚姻之舉行，有關於舉行地之善良風俗及公共秩序，故欲爲有效之婚姻成立，非依舉行地法不可；(三)舉行地法之內容，易於確明。

認婚姻爲契約，實不諳婚姻之性質。夫契約爲當事人之合意行爲，而婚姻爲國家之法律制度，就婚姻之須當事者同意一點觀之，似與一般契約成立之要件無異。但就婚姻所生之關係觀之，婚姻得產生人之身分關係，而契約大部均屬於財產之關係，契約可附條件，其解除可隨當事者之旨，而婚姻則不然，不特無條件之限制，且除非依法消滅其關係外，推定其爲永久存在。故契約屬於任意行爲，而婚姻屬於強制規定。婚姻與普通契約之性質，既不相同，則以契約之準據法爲婚姻之準據法，自非所當。矧關於契約之適用法則，亦並非絕對依締結地法。在契約以其他法則爲準據法時，則何以解之。耶若夫結婚與舉行地之公安有關係，雖不無相當理由，苟卽以此一端，殊亦欠充分。何則？依當事人之本國法認婚姻爲有效，而依舉行地法，認爲有反公安者而不承認之，尙屬可言；但依當事人之本國法認爲無效之婚姻，而依舉行地法認爲有效者，苟果而舉

行之，是不獨有損其所屬國之主權，且影響於婚姻爲含有強制性質之法規。又婚姻之成立要件與婚姻之效力，截然兩事，婚姻若違反內國公安者，否可逕認其效力，何得以欲保護舉行地之公安，即謂其成立之實質要件，亦當依舉行地法耶？

然則美國判例，何以仍採婚姻舉行地法主義者乎？曰：其所以採之者，一則，美國人民，酷愛婚姻自由，若依本國法，則在美國多數外國人，如欲結婚，必須先得父母同意，此與美國之主張婚姻自由相反，若依舉行地法，則即依美國各州法律，庶可免此拘束。二則，美國多外人，其結婚事實上多依美國各州法律，若必依當事者之本國法，恐有甚多婚姻，將被宣告無效。則在婚姻中所生子女，將爲私生子。爲免除私生子之增加，以減輕國家社會之負擔，此所以美國仍採婚姻舉行地法主義也。〔註九〕

乙 住所地法主義

此爲英國判例及學者斐理瑪 (Lord Phillimore) 所主張，〔註一〇〕

謂婚姻屬於身分問題，身分問題依當事人住所地法。故婚姻亦依當事人住所地法。又住所地爲人之生活中心，婚姻有效與否，與住所地，有莫大關係，故自亦依當事人之住所地法爲宜。雖然，若當事者之雙方住所不同時，將何所適從耶？昔沙維尼謂夫爲一家之主，故當依夫之住所地法。此

說已非今學者所取，蓋婚姻成立後，認夫爲一家之主，以夫之住所法爲準，尙屬可言，今於決定婚姻成立問題之際，而已認夫主婦從之地位，不免錯誤。現代學者，則主依男女之雙方本國法說。

住所地法主義行之於一國數法之國，甚爲相宜。但用之於單一法域之國，殊非適當。蓋婚姻法規，含有強行性質。若內國人住於外國，卽本此事實，而將婚姻之實質要件，悉憑住所地法行之。結果，不免違背婚姻法規之強行性質。且當事者住所所在，事實上頗不易調查，復欲查明住所地之法律規定，則更難矣。

婚姻舉行地法及住所地法，多爲英美判例所採用。但就英美法之原則言之，凡屬於人之身分問題，均當依住所地法決定之。婚姻屬於身分問題，其以住所地法爲原則，自無疑義。但絕對依住所地法，而當事者雙方住所地法規規定不同時，則卽發生種種窒礙，故住所地法爲事實上之便利計，有時允許婚姻舉行地法代爲適用，其用意無非藉以維持婚姻之有效也。雖然舉行地法之適用，亦有相當限制，卽在維持內國公共政策之需要超過維持婚姻有效之需要時，仍不能依舉行地法。故美國判例關於婚姻之準據法，乃據左列步驟決定之：

子 住所地法；

丑 依住所地法許可範圍內，始適用婚姻舉行地法。

丙 本國法主義 此爲我國及歐陸各國所採取。^{註一二}其理由：(一)本國法係根據國籍而來，國籍較住所爲確定。故本國法亦較住所地法爲確定。(二)當事人之本國，對於其婚姻，最有利害關係，故各國對於婚姻法規，多認有強行性質，爲維持婚姻法規之強行性質，又非依當事人之本國法不可。然本國法主義，又有夫之本國法主義及當事人各該本國法主義之分；主張夫之本國法主義者，謂各國國籍法，多有妻從夫籍之規定，是即認夫妻之各該本國法，實亦無異爲夫之本國法也，且夫爲家主，由家所生之法律關係，大都於夫之本國行使。就實際言，所謂本國法者，係僅指夫之本國法也。^{註一二}主張當事人各該本國法者，謂夫妻關係，由婚姻而產生，在決定婚姻是否有效成立之際，夫妻關係尙未發生，不能以夫之本國法，即爲妻之本國法之推定。故主張夫之本國法主義之理由，不免將婚姻之成立與婚姻之效力，混爲一談，此大謬焉。^{註一三}故所謂本國法者，當然指當事人各該本國法而言，以上兩說，以法理言，自以後說爲當。

然依當事人各該本國法，婚姻爲有效成立，而訴訟地法，是否無條件承認其有效耶？曰未能概論，應視其構成婚姻之實質要件，是否違背內國或訴訟地法之公安決定之也。例如以內國以

非重婚案爲婚姻成立之要件者，則缺少此種要件之婚姻，自有關內國公安，縱使依其本國法爲認許有效，仍不能視爲有效。

二 形式要件〔註一四〕

婚姻之形式要件，即婚姻方式之謂。蓋婚姻爲要式行爲，雖具備實質要件，若依非一定形式舉行之，仍不得認爲有效成立。各國立法例，對於方式之規定，互不相同，有重民事上之方式者，謂婚姻與人之私權，關係甚大，且有關於其地之善良風俗，非在地方官前舉行之，或非經登記不可。有重宗教之性質者，謂婚姻由神主定，故非經宗教儀式舉行之不可。方式之規定既異，則法律適用問題生矣。

至婚姻形式要件之適用法則，多數國家，認婚姻方式亦爲法律行爲方式之一，依「場所支配」原則，其形式自應依行爲地法。波蘭民法第十三條載：「結婚之方式，依結婚地法。」日本法例第十三條載：「婚姻之方式，依婚姻舉行地法。」我國法律適用條例，對於此點，雖無特別規定，但第二十六條既有「法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法」之明文，則婚姻之形式要件，已包括在內，自當依婚姻舉行地法，固無須另文規定之矣。

婚姻之方式，所以依婚姻舉行地法者，不論在實際上及理論上，均有相當理由。就實際上言，不同國籍之男女，在第三國或在一方之本國結婚時，若不依結婚地法，則惟有依當事人之各該本國法。當事人之各該本國法，如對於特定之儀式，取反對規定時，則無以解決之矣。例如屬於甲乙二國之男女，在丙國結婚，甲國法規定結婚須經過宗教儀式，乙國法則主張舉行宗教儀式之婚姻爲絕對無效。如此，則勢成僵局，無法解決。此其一。即同國籍之男女，在外國結婚，如不依舉行地法而依當事人之本國法，亦可發生窒礙。例如本國法規定婚姻登記制，而舉行地法無相當機關執行人事登記時，則其婚姻將認爲無效矣。此其二。有此二種理由，實際上自以採舉行地法爲便利。就理論言，婚姻之所以規定，須履行一定方式者，因其舉行與舉行地之善良風俗公共秩序有關，欲維持舉行地之公安，自當依舉行地法。

雖然，婚姻舉行地法之適用，並非絕對強行。何則？婚姻制度與當事人之本國有莫大之利害關係，即其儀式問題，有時亦不得不顧及當事人本國法之規定。依舉行地法規定之方式舉行之婚姻，而因違反本國立法精神，否認其有效者有之，當事人本於特種宗教信仰，不願服從舉行地法舉行婚禮者有之。是適用「婚姻舉行地法」之原則，不得不有例外規定。如海牙婚姻公約第

五條第一項但書云：「但以宗教儀式爲必要方式之國，對於其本國人民不依照其本國宗教儀式舉行之婚姻，得不認爲有效。」又各國條約，恆規定同國籍人間在外國得依其本國儀式，在駐在地之本國外交官或領事前，舉行婚禮。但此種例外之適用，須合於下列條件：（一）須有條約規定並其儀式爲舉行地法所允許者爲限；（二）同國籍人間之婚姻；（三）在本國外交官或領事前行之海牙婚姻公約第六條規定：「在本國領事或外交官前，依本國法舉行之結婚方式，不論何處，皆認爲有效。」

然則婚姻之方式，依舉行地法爲有效，其本國亦應認爲有效否？當事人之本國法及舉行地法，對於婚姻有效與否，規定相反時，第三國將認爲有效抑無效耶？對此問題，各國立法例，因多採婚姻舉行地法爲婚姻方式之準據法，故凡依舉行地法爲有效之婚姻，除遇特殊情形外，卽當事人之本國，亦認爲有效。此所謂特殊情形者有二：其一爲基於宗教上必要儀式之理由，卽上述海約第五條第一項但書之規定是；其二爲基於民事上之必要方式之理由，例如依海約第五條第二項之規定，當事人本國法規定公告爲必要方式者，雖依舉行地法爲有效之婚姻，若不爲之公告，其婚姻在本國，卽失其效力是。

第四節 婚姻之效力

由婚姻發生男女間之夫妻關係，由夫妻關係，在夫妻間，發生相互的權義關係；在夫妻與第三者間，發生姻親及家屬關係。本節婚姻之效力云者，僅指夫妻間之相互關係而言，就此一端，又可分为婚姻及於身分之效力問題，及婚姻及於財產之效力問題研究之。

一 婚姻及於身分之效力

各國因有特殊之禮教歷史社會制度等爲背景，關於婚姻及於身分之法律，規定互歧。以婚姻及於妻之能力而言，有規定夫婦一體主義，妻以夫爲代表，妻之人格完全浸滅於夫之人格中，而爲絕對無行爲能力者，昔古代羅馬法及昔之英美普通法是也；有以保護夫權，維持家室之和平爲目的，規定妻爲有限制能力者，如日本民法規定，除少數法律行爲外，妻以無行爲能力爲原則是。以婚姻及於同居義務而言，有基於平等原則，規定夫婦互負同居義務者，我民法第一〇一條規定是也；有基於尊重夫權，規定妻單獨負同居義務者，法國民法第二一四條載：「妻應與夫同居，且須隨夫爲其住居之地」是也。此外，有在婚姻關係存續中，夫妻得別居者，有絕對否認別

居制度者。以婚姻及於扶養之義務而言。有規定夫婦互負扶養義務者。我民法規定是也。有規定夫單方負扶養義務者。美國數州之判例是也。

各國法律關於婚姻效力。既有上述不同之規定。倘有涉外之婚姻效力問題發生訴訟時。將依何法以解決之耶？對此問題。學者間有左列主張：

甲 所在地法主義 此主義為英美法系中諸州所採用。蓋英美法關於婚姻之承認問題 (Recognition of marriage) 與婚姻之效力問題 (Effect of marriage) 判然劃明。關於婚姻之承認問題。雖以住所地法為準。但對於因婚姻所發生夫妻相互間權義行使之性質及範圍。悉依當事人之所在地法。誠以婚姻效力之行使。有關於所在國之公共政策故也。此主義自有相當理由。然若謂婚姻之一切效力。悉聽諸所在地法解決之。殊為不可。何則？婚姻之效力。有關於所在國之公共政策者。有與所在國之公共政策無關者。其無關部分。若亦依所在地法行使之。烏得謂當？

乙 當事人意思主義 謂婚姻為契約之一種。契約得任當事人意思。選定決定效力之法律。故婚姻效力之準據法。亦應與契約採同一原則。即當事人有意意思表示時。依其意思。無意思表示或意思表示不明時。則依行為地法（即婚姻舉行地法）。此主義認婚姻為契約之一種。前題

已誤。蓋婚姻爲國家社會之基本制度，其法規具有強行性質，非如契約得由當事人自由締結並自由解除之也。以契約原則爲婚姻效力之原則，其不當者一。謂當事人無意思表示或意思表示不明時，依婚姻舉行地法。殊不知舉行地往往爲偶然之所在，婚姻之方式所以應依舉行地法者，因其與舉行地公安有關，而婚姻之效力與舉行地則無公安上關係。故並無依舉行地法之必要，其不當者二。

丙 住所地主義 謂一切身分關係，應依當事人之住所地法，婚姻效力，屬於身分關係之問題，不可例外，自亦當依住所地法，此就原理言之也。就實際言，採住所地法，尙有其他理由：(一)有關於住所地之公共秩序及善良風俗也，例如婚姻之身分效力，依夫之本國法，夫有監禁其妻之權，但此種權利若爲住所地法所不承認，而夫逕行使之，則不免違反住所地之治安。又如住所地法規定夫婦互負貞操之義務，而本國法無此項規定，若當事人逕不顧住所地法，是不啻破壞住所地之善良風俗。(二)有關於住所地之經濟擔負也。蓋各國立法例，有認夫妻互負扶養之義務者，有否認之者，設住所地法認有此种義務而爲夫之本國法否認者，若不能依住所地法，則住所地國須代夫負此義務矣。

此主義頗具理論上及事實上之價值，不容否認。但婚姻效力，貴乎確定，住所得隨人之意思而變更，殊不及採本國法主義爲優。且住所地法云者，究指夫之住所地法抑指夫妻各該住所地法耶？蓋英美法中，雖認夫妻共同住所主義；然在當今女權膨脹之際，已有認夫妻各別住所之趨勢。即就現代英美判例觀之，其中有認妻爲提起離婚之訴時及夫妻別居時，妻得與夫有各別住所。德國民法，甚且認夫無住所，或其住所所在外國，而妻不隨往或無隨往之義務時，妻可有獨立之住所。諸此情形，若謂住所地法係指夫妻各該住所地法，則其規定互不相同或適相反時，卽有無所適從之虞。若謂住所地法係指夫之住所地法而言，則又無法理上之根據。是住所地法主義，仍不能謂爲完善也。

丁 本國法主義 謂婚姻效力，有關於人之身分能力。身分能力依本國法，故婚姻之效力，亦應依本國法。本國法主義又有採夫妻共同本國法主義及夫之本國法主義之分。

子 夫妻共同本國法主義 謂同國籍之男女結婚，採用此主義，固無問題，異國籍之男女結婚，各國立法例，多認妻之國籍隨夫之國籍，故實際上對於此主義之適用，亦不致發生重大困難。卽將來夫變更國籍而妻不隨之變更，致國籍不同時，其身分之決定，仍可以夫妻最後之共

同本國法爲準。此主義以夫妻有共同本國法爲條件，但不因婚姻而取得夫之國籍致自始即有各別國籍者，例所恆見。於此情形，將無法解決矣。

丑 夫之本國法主義 謂婚姻之效力問題與婚姻之成立問題，性質不同。婚姻之成立，雖依當事人各該本國法，但婚姻成立以後，妻有從夫之義務；故實際上其效力問題，與夫之本國法最有關係。既如是，則自當依夫之本國法。我國法律適用條例第十條第一項云：「婚姻之效力，依夫之本國法。」即採此主義也。此主義，不論在理論上或事實上，實爲諸主義中之最適當者。何則？就理論言，婚姻效力，既關身分能力問題，自應依屬人法，而屬人法中又以本國法爲當，已如上述。就事實言，不但結婚後，妻有從夫之義務，實際上，結婚後，妻即取得夫之國籍。則關於夫妻之身分效力，實以適用夫之本國法爲最適當也。

然若結婚後夫之國籍變更，則所謂夫之本國法者，係指變更前之本國法抑變更後之本國法耶？茲有兩說焉：

1. 「結婚時夫之本國法說」註一五 謂婚姻效力，由結婚而生，夫變更國籍，既不影響婚姻本身問題，則亦不能因而變更婚姻之效力問題。又夫妻因身分而發生之權義關係，於結婚當時，

業已確定，其後自不能因夫之變更國籍，而影響夫妻之已有相互權義。此說在理論上，甚爲圓通；但在實際，如妻之國籍不隨夫之國籍而變更，今欲以保護妻因婚姻所取得之既得權，而取結婚時夫之本國法說，猶屬可言。如妻之國籍隨夫之國籍而變更，則夫妻均脫離原屬國之關係，苟仍用結婚時之原屬國法，不特事實上，諸感不便，且當亦爲新本國法所不容。

2. 現在夫之本國法說 謂婚姻及於身分之效力，與一國之利害及第三者之利益有關，各國莫不認爲強行規定。故夫雖變更國籍，除非新舊本國法規定相同，斷無新本國法承認舊本國法以繩其人民婚姻之效力也。

二 婚姻及於財產之效力

婚姻及於財產效力云者，因婚姻發生夫妻相互間及夫妻一方或雙方對於第三者所發生關於財產之權利義務之謂也。我國民法稱爲夫妻財產制。查夫婦財產制，大別之可分爲約定財產制及法定財產制。約定財產制者，夫婦以契約規定相互間財產之制度也。法定財產制度者，法律規定夫婦應遵守關於財產之制度也。各國立法例，有專採約定財產制者，有專採法定財產制者，有以約定財產制爲原則而兼採法定財產制爲例外者，有以法定財產制爲原則而兼採約定

財產制爲例外者。在同探約定財產制之國，有列舉數種典型夫婦財產，任當事人選擇其一者，有不限定範圍任當事人自由約定者。在同探法定財產制之國，有採共同財產制者，有採分別財產制者，有採聯合財產制者，有採混合財產制者。各國法律，既有上述之不同規定，則關於涉外之婚姻及於財產之效力，應依何國法律耶？對此問題，約有下列之主義焉：

甲 依財產準據法主義 一稱財產所在地法主義。謂當事人間如有特約，自當依其約定；如無特約，則可知並無自願受特定法律支配之意思，既無此種意思，惟有依就其法律關係之性質，以定其準據法，婚姻財產既屬財產之法律關係，自當依財產之準據法定之。此主義殊認夫婦財產關係，與物上之財產關係有同一性質，然夫妻財產制之目的，原在調和夫婦間之感情，增進家庭幸福，非如物上之財產關係僅以保護財產爲用意也。故其除爲公安外，實與財產所在地無何關係，自無適用財產之準據法之必要。

乙 夫之住所地法主義 謂住所爲夫婦共同生活之中心，而夫之住所常又爲妻之住所，故婚姻財產，不論其爲動產或不動產，悉依夫之住所地法。且事實上夫婦財產，多集中於住所地，故非取住所地法主義不可。此主義未能云當。何則？因婚姻所發生之財產關係，附着於身分關係，

具有永久性質，既涉於身分之永久關係，即不能依得自由改變之住所地法爲準。又夫婦財產之效力，不特及於夫婦相互間，且與第三人及本國，亦有相當關係，苟當事人有住所於外國而留財產於他處時，則該財產與住所地既無關係，而必欲依住所地法，亦有未當。再則關於動產之法律關係，依夫之住所地法，實際上雖尙不十分困難，但關於不動產之法律關係，各國恆根據內國主權觀念不容外國法牽涉其間，若亦依住所地法，結果難免發生執行困難。此所以即在英美採住所地法爲原則之國，對於動產雖規定依當事人之最初結婚住所地法，然對於不動產，不得不設例外，認爲應依不動產之所在地法也。

於此有問題焉：即當事人於結婚後住所變更，則婚姻財產之效力問題，應依何時之住所地法耶？對此問題，學者間有二不同之主張：

子 依婚姻當時夫之住所地法〔註一六〕 謂當事人於結婚之時，既未有特約規定夫婦財產關係，是當以設定住所行爲，推定默示，願依結婚時之住所地法。所謂結婚時之住所者，亦即於結婚後夫之最初設定之住所也。當事人既默示遵依結婚時之住所，是夫妻間已取得相互間關於財產之權義，此種已取得權義，自不容住所之變更而受影響。

五 依夫之現在住所地法〔註一七〕 謂（一）夫婦財產，關係於公共信用，公共信用須要

在同一住所地之夫婦財產，當依同一住所地法爲準。若依當事人結婚時之住所地法，則住所地對於夫婦之財產，將依其住民結婚時住所之不同，而適用各別不同之法律，公共信用，因無可保障。（二）若謂當事人結婚時設住所於某地，即得推知有服從該地法律之意，則當事人變更住所，亦即可推知其有服從新住所地法之意。南美蒙特維地條約第十二條，即取夫之現在住所地法。

丙 夫之本國法主義 謂婚姻及於夫婦身分之效力，既依夫之本國法，則其對於夫婦財產之效力，不能獨異，但夫之本國法變更時，應依何時之本國法耶？曰：有二說焉：

子 依婚姻成立時夫之本國法說 謂夫婦財產，與當事人本國之風俗習慣，均有相當連鎖關係，自當以當事人之本國法爲宜。復依妻隨夫籍之原則，又以夫之本國法爲最宜。所謂夫之本國法者，當係指婚姻成立時夫之本國法而言。何則？夫婦財產制，以對於夫妻平等保障爲目的，若不依婚姻成立時夫之本國法，則夫可任意擇最有利於自己之國爲本國，以宰制妻之財產。況婚姻財產制本可由當事人任意約定，既無特約，殊可推定其欲依婚姻當時夫之本國法定之。我國法律適用條例第十條第二項規定：「夫婦財產制，依婚姻成立時夫之本國法，」即其例也。

五 依現在夫之本國法說

一稱問題發生時夫之本國法說。謂採夫之本國法說者，無非爲夫之本國與婚姻後夫婦之關係，最爲密切，則此所謂夫之本國法，當然指夫之現屬之本國法而言；否則，夫已喪失舊國籍，則舊本國法與夫婦之財產已失其固有之關係，若繼續適用之，是反所以採夫之本國法之初旨矣。又妻之國籍，多規定隨夫之國籍而變更者，若夫婦均脫離結婚時之國籍，而對於夫婦之財產，仍以結婚時夫之本國法，不免有背於情理。此說在理論上固非可議；但在實際，殊有偏護夫之利益之嫌。何則？夫之變更國籍，即變更其與妻之財產關係，則夫可用國籍之變更，而獲得財產上之利益矣。

各國立法例，多許當事人間締結夫婦財產契約，已如上述。但其中有僅許於結婚時締結契約，而以後不得變更之者，有許於婚姻存續中締結或變更之者。設有夫婦於結婚後，變更國籍，原本國法禁止變更夫婦財產契約，而新本國法則容許之；或原本國法容許其變更，而新本國法禁止其變更者，則將依何國法以解決之耶？對此問題，學者間亦有二說：

甲 依婚姻成立時夫之本國法說〔註一八〕 謂夫婦財產契約之能否因國籍變更而變更，屬於契約之本質問題。契約之本質問題，依契約成立時之締約地法，是夫婦財產契約之能否變

更，自當依婚姻成立時夫之本國法為準。故婚姻成立時夫之本國法，如認其不能以後變更者，雖依夫之新本國法能變更者，仍不得變更之。如認其能變更者，則雖新本國法有反對規定，亦可修改之。我國法例，即採此說。此說殊為不妥，蓋如夫婦以歸化共同取得新國籍，若關於結婚時所締結之財產契約，仍依結婚當時夫之本國法，定其能否變更，實有背於常理，故學者多主張次說。

乙 依行為時夫之本國法說 謂婚姻存續中，夫婦能否締結財產契約，及能否解除，變更婚約之問題，應依訂立，解除或變更時夫之本國法。故如在未變更國籍場合，夫之現在本國法不許變更者，不得變更之。在已變更國籍場合，新本國法禁止變更，雖原本國法許其變更者，不得變更；新本國法許其變更而原本國法禁止變更者，仍得變更之。此為波蘭法所採取，而公認為較妥當之主張也。

[註一] *In re Selot's Trust*, (1902) I. Ch. 488

[註二] 麥拿稱此二步驟為婚姻之二重性 (Dual nature of marriage) *Minor*, p. 163; *Restatement*, s. 129.

[註三] 參見 *Footc*, p. 124; *Minor*, p. 163; *Phillimore*, *Commentaries upon International*

【註四】參見Hibbert, p. 271; minor, p. 169

【註五】英國自一八七七年 Sottomayer v. de Barros 一案大都採住所地法主義。

【註六】Story, ss. 110, 112

【註七】關於婚姻能力準據法參見 Beale, The Law of Capacity of International Marriage, 15 Harv. L. R. p. 382—

【註八】此為美國採結婚地法主義諸州所公認。

【註九】Wharton, I s. 164

【註一〇】Foote, p. 125; Phillimore, Commentaries upon International Law, IV. 1889, p. 284

【註一一】一九〇二年海牙婚姻公約第一條亦採本國法主義。

【註一二】Savigny, s. 379

【註一三】Bar, p. 352

【註一四】參見Minor, p. 165; Phillimore, p. 287; Wharton, p. 366

【註一五】Weiss, Manuel de droit international privé, p. 505; Pillet, Manuel de droit international privé p. 541

〔註一六〕 美國判例，大部分夫婦財產為結婚時夫婦所有之財產及結婚後夫婦所取得之財產。前者依婚姻住所地法，後者依取得財產時之夫婦住所地法。 Goodrich, PP. 275, 277

〔註一七〕 Wharton, s. 196; Meili, p. 228

〔註一八〕 Bar, Private International Law, translated by G. R. Gillespie, 2 ed. 1892, PP.

413, 422

第六章 離婚

婚姻解除之原因甚多，有出於自然者，如死亡是，有出於人爲者，如離婚是。婚姻之解除原因，本屬婚姻之效力問題，當以婚姻效力之準據法爲其準據，而併合於前章討論之。然離婚非與普通婚姻效力可比，其影響所及，直接關於夫妻間之相互權義及與第三者之利益，間接關於國家社會。故各國關於離婚，不得不設獨立之準據法。離婚之外，又有別居制度者，學者間恆以此二者性質相仿而併合規定之者，實則不可。蓋離婚爲婚姻解除之原因，卽所以消滅夫妻身分及其關係，別居不過中止夫婦法律上規定之一部分之權利義務，其效力所及僅使夫婦間之生活上分離而已。夫妻之身分固猶存在也。故離婚之準據法，非卽可爲別居之準據法，茲姑先論離婚。

各國立法例，關於離婚大率有下列不同之規定：就離婚之制度本身言之，有採禁止離婚制者，有採限制離婚制者，有採自由離婚制者，採自由離婚制之國，有規定夫可出妻，妻不可絕夫者，又有規定妻基於特定事故亦可自由離婚者，更有規定須夫妻雙方合意始得離婚者。就離婚之手續言之：有採審判離婚制者，謂婚姻之存在與解除，與夫妻間及第三人間均有關係，故其應否

解除，非可任夫婦當事人之自由意思，而當依法由國家機關解決之；有併採審判外之離婚者，謂夫婦關係，出於當事人精神上及身體上之結果，原不應使其強制存在；否則，足以釀成犯罪，增加私生子，其影響於社會風化至大，故除審判離婚外，又許當事人協議離婚。就離婚之原因言之，在協議離婚，固以得當事人之同意爲已足；在審判離婚，各國雖規定離婚之法定原因，不合於法定之原因者，得駁回之，然法定原因，各國之規定，亦不一致，一般國家，以虐待、遺棄、通姦等爲其原因，德國法律，却以拒絕肉體關係，爲違背婚姻之義務，亦得爲離婚原因之一。就離婚之效力言之，關於再婚：有規定夫妻相互間不得再婚者，有規定離婚後一定期間內妻不得再婚者，有認爲因姦離婚之一方與相姦者，不得結婚者，亦有規定允許之者。關於扶養：有規定離婚有過失之一方應負扶養之義務者，有規定夫妻一方，因離婚受有損害者，得向有過失之一方請求賠償，如限於生活困難，苟雙方均無過失，亦得請求對方給與相當贍養費者。關於子女之監護：有規定當由法庭於離婚判決中同時裁判者，有規定以夫爲監護人爲原則，妻之監護爲例外者。各國所採之制度既不同，如遇涉外之離婚案件，即發生離婚之管轄，離婚准否及原因之準據法諸問題矣。茲分節述之。

第一節 離婚之管轄

離婚影響於人之身分，苟非協議離異，則離婚之訴，應由何國法院管轄，非先為確定不可。
〔註一〕我國法律適用條例，對於此點，尙乏規定，就各國立法例言之，約有左列數主義：

一 住所地兼依夫婦本國法規定主義
海牙離婚別居公約第五條云：「離婚或別居之請求，得向下列法院為之：（1）依夫婦本國法規定之管轄法院，（2）夫婦住所地之法院。夫婦之住所不同時，則以被告之住所地法院管轄之，倘婦被夫遺棄，或離婚之原因發生後，夫變更其住所，則妻得向夫婦之最後共同住所地法院為之。」是採此主義也。

二 依本國法定其管轄主義
德國民事訴訟法規定關於外國人之離婚，依其本國法之規定，以定德國法院，可否受理。若依當事人之本國法，離婚惟其本國有專管權者，德國法院對之，應為無管轄權之裁定，駁斥其請求；若依其本國法，認德國法院有管轄權者，德國始得管轄之。

〔註二〕

三 住居地主義

此主義為日本民事訴訟法所採取。謂離婚與當事人所在地國公安有

關，故在日本有住所或居所之外國人，得向日本法院請求離婚。此主義失之過泛，蓋離婚既爲國家之重要制度，不宜任無關十分重要之處所，行使其管轄之權，蓋離婚影響於當事人間及國家社會之利益至大故也。

四 住所地主義 此主義爲英美判例所採。「註三」其理由，謂婚姻既屬身分問題，則不論其成立及解除，與當事者以生活中心之住所地國之利益最有關係。故離婚當專屬住所地法院管轄。美國數州法令，雖有規定當事人於提起離婚之前，須在起訴地住過相當期間者，但此種規定之性質，不過謂合於上述條件者，始得推定其以居所爲住所之意，非純粹規定居留期爲要件也。

復就純粹之法理言之，婚姻能發生身分關係 (Status)，住所地爲身分關係之所在，則欲解除此身分關係，依法律關係本座說之原則，自亦應依住所地法。換言之，離婚事件，屬於物之訴訟 (Action in Rem)，物之訴訟，以物之所在地法院爲管轄法院。「註四」住所地既爲身分關係之所在，是捨住所地法院實無他法院可管轄之職是之故，依英美法，雖夫婦雙方合意受某國法院管轄，苟該國非當事人之住所地，仍屬無權管轄。「註五」

所謂住所地者，指夫婦共同住所地抑指夫婦各方之住所地耶？英美法既認夫婦有同一之住所，殊不能發生此問題，但遇左列情事之一時，問題生矣。現代英美判例認遇有左列情形之一時，凡一方有住所之法院，雖他方之住所所在外國時，仍得受理離婚之訴：

甲 無住所於起訴國之一造；

子 已允許對方得設定獨立住所時；或

丑 因自己之不端行為 (Misconduct) 無權反對對方取得各別住所時；或

寅 自願受其管轄時。

乙 若該起訴時之住所地爲夫婦最後之共同住所地。〔註六〕

夫離婚之判決，有關於住所地國對於夫婦身分維持之利益，及被告對於原告之利益，離婚之效力，既能消滅被告對於原告之個人利益，是起訴法院對於該利益有管轄權者始得受理之。在上述甲種情形之下，被告已將其利益自願受原告住所地法院管轄；乙種情形之下，所以避免妻往夫之住所地跋涉起訴之勞，故即非雙方之共同住所地法院，亦有管轄之權也。

第二節 離婚准否之決定

各國法律，有准許離婚者，亦有禁止離婚者。設內國准許離婚，而當事者之本國禁止離婚，或內國禁止離婚，而當事者本國准許離婚，則內國法院將何以定其准否耶？關於第二問題，除意大利外，各國殊一致主張外國人欲向內國法院提起離婚之訴，以內國認有離婚制度者爲限。誠以離婚之效力，有關於內國之公共秩序，且內國無此制度，根本亦無從執行。關於第一問題，又當注意離婚之目的及性質，夫離婚之目的在謀當事人間之利益，其性質屬於人之問題，關於人類社會甚大，是關於離婚法規，含有強行性質。故內國雖許離婚，而對於在內國之外國人能否准許其離婚，自以起訴時夫之本國法爲準。例如法國爲禁止離婚之國，西班牙爲准許離婚之國，設有住所於法國之西班牙夫婦，向法國法院請求離婚，法國法院應以其本國法禁止離婚爲理由，拒却其請求。德國民法施行法第十七條規定：「婚姻之解除，依起訴時夫之本國法，」卽此意也。

第三節 離婚之原因

在認許離婚之國，規定離婚之原因，未能盡同，已如上述，則衝突生矣。各國立法例及學者有主張採左列不同主義以謀解決之者：

一 法庭地法主義〔註七〕 謂離婚既須法庭地法認許，而法庭地法既管轄離婚，則離婚之原因，自惟依管轄法院國法，始得言當。且離婚有關於法庭地之公共秩序及善良風俗，故凡法庭地法不承認之原因，當事人不能據以請求離婚。此主義爲德荷學者所倡，而間亦爲蘇格蘭判例所採用。

離婚關於法庭地之公共秩序及善良風俗，凡法庭地法否認之原因，不能據以請求，固無可議。但就他方面觀之，離婚有直接改變人之身分的效力，苟當事人之本國法，不承認之原因，而法庭地法院依法庭地法認爲原因而宣告之，殊有損其本國對其人民之主權矣。

二 原因發生地法主義〔註八〕 學者有認離婚與因不法行爲所生之賠償有同一性質者，謂離婚之原因，大都因一方之不法行爲，而予他方有提起離婚之權，以爲救濟。離婚既爲不法行爲之賠償性質，則依「不法行爲依行爲地法」原則，離婚原因自應依其發生地法。此主義之缺點，在誤認離婚之性質。蓋離婚之目的，在謀夫婦間之幸福與維持社會之安寧及風化。並非所以爲懲罰產生原因之一方，而與對方以離婚爲救濟權也。

三 婚姻舉行地法主義 此主義又可分爲三派：一爲單純婚姻舉行地主義，即法庭地國

雖否認離婚，但如爲婚姻舉行地法許之者，亦可依舉行地法規定之原因而爲離婚之判決。一爲婚姻舉行地法兼法庭地法主義，謂離婚之宣告，須合於舉行地法及法庭地法之共同原因。一爲婚姻舉行地兼住所地法主義，認爲須婚姻舉行地法及住所地法，有共同原因者，始得離婚。

謂婚姻成立之要件，係採舉行地法主義者，則因離婚爲婚姻效力之一；以婚姻成立之準據法爲婚姻原因之準據法，並無不當。但如婚姻成立之準據法，不採舉行地法主義，則婚姻原因依舉行地法，殊無理由矣。

四 住所地法主義〔註九〕此爲英美法所採用，謂離婚涉於人之身分，人之身分依住所地法，故離婚亦應依住所地法。但若當事人改變結婚時之住所時，係指結婚時之住所，抑現在之住所耶？據英美法理，婚姻既非契約，而離婚又非契約之解除，故離婚之原因與婚姻成立時之住所地法，殊無關係。所謂住所地法當然指現在之住所地法也。惟如離婚原因發生後，夫以竊法舞弊爲目的而改變住所，則當依夫婦最後之共同住所爲準。此主義因有特殊之背景，僅爲英美判例所採用。

五 本國法主義〔註一〇〕此爲歐陸各國所採用。謂離婚能變更人之身分，人之身分依本國

法，故離婚亦應依本國法。舉凡本國法不承認之原因，法庭地法院概不能據以判決。但在同採本國法之國，又有下列不同之規定：

甲 有採夫婦之共同本國法者 謂離婚由夫婦之本國管轄，並適用其法律，夫婦不同國籍者，以其最後之共同本國管轄，並適用其法律。此主義之目的在平等保護雙方，蓋所以防夫變更國籍以損妻之權利也。雖然，現代國籍法，常有夫婦始終並無同國籍者，則此主義將何從適用耶？

乙 有採夫之本國法者 謂離婚不特直接影響夫婦之身分，且足以破壞家庭之組織，夫為家主，故當依夫之本國法，蓋所以保護家庭所屬國之社會利益也。且通常妻之國籍，隨夫之國籍，雖曰採夫之本國法，亦無異採妻之本國法或夫婦共同之本國法也。

丙 有採夫婦各該本國法者 謂以上二說，不無掛漏之處，夫婦既有始終未同國籍者，而妻之國籍，亦未必即隨夫之國籍，則離婚原因之準據法，殊欲合採本國法之平等精神，理當為夫婦之各該本國法。故法庭地法院，非顧夫婦各該本國法，均合有離婚原因者，不得為離婚宣告。然所謂本國法者，在當事者變更結婚時國籍而取得新國籍場合，係指原屬本國法，抑指現

屬本國法耶？對此問題，學者如阿狄納 (Audinet)、蘭納利 (R. Laneyrie) 等，謂國籍之變更，不影響於婚姻財產制，何離婚獨應受現屬本國法之支配乎？^{〔註一〕}然余則以為以離婚與婚姻財產制相比擬，實為不當，何則？國籍之變更應否不影響於婚姻財產制，學者間尙無定論；縱認國籍變更不影響於婚姻財產制之原則，要亦基於保護第三者利益之理由，自與離婚之僅影響於當事人間身分者不同。故採結婚時之本國法者，終屬寥寥。學者間亦有採現屬本國法或訴訟時之本國法者，^{〔註二〕}蓋離婚原因之所以採本國法者，無非以本國法與離婚有莫大關係，當事人已變更國籍，對於原屬本國已脫離關係，而仍循用舊本國法，自無理由，然多數國法例，則採事實發生時之本國法，我國法律適用條例第十一條，即明定事實發生時之本國法也。

六 本國法兼法庭地法主義 謂離婚不但有影響於當事者之身分，且涉及法庭地之公安，故離婚非依當事人本國法及法庭地法同有原因者，不得宣告。此主義似已周密，但其中關於本國法之解釋，有採夫婦共同本國法兼法庭地法者，如一九〇二年海牙離婚別居公約第八條規定是；有採夫婦各該本國法兼法庭地法者，如一九二八年海牙會議關於離婚別居條約附加案之規定是；有採夫之本國法兼法庭地法者，如我國法律適用條例第十一條載：「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原因者，得宣告之。是。

第四節 離婚之效力

離婚之效力，可分效力之本體及效力之承認二方言之。前者係指因離婚所發生之一切效果而言，如子女之監護，扶養之義務，財產之處置，當事人之再婚等；後者係指離婚判決能否被他國承認爲有效而言。對於效力本體之準據法，約有下列數種主張：

一 夫之本國法說 謂離婚效力，能影響人之身分，而離婚本體又爲婚姻效力之一，婚姻效力若依夫之本國法，則離婚之效力亦應依夫之本國法。我國法律適用條例草案第十三條第二項：「離婚之效力依夫之本國法。」即採此說。此說在理論上殊不妥當，夫離婚雖得認爲婚姻效力之一，然婚姻之效力與離婚之效力，二者法律關係不同。男女因結婚而取得夫婦身分後，關於身分中之一切關係，以夫爲主，而採夫之本國法爲準，自無不當。然在離婚之後，夫婦既無合一關係，且國籍亦未必相同，若關於此後各別之法律關係，仍須依夫之本國法爲準，殊無相當理由。此所以有主張採夫婦各該本國法者。

二 夫婦各該本國法說

謂離婚之效力，由離婚之宣告而發生，自應依決定可否離婚及其原因之準據法定之。離婚之准否及其原因若依夫婦各該本國法，則離婚之效力，亦應依夫婦各該本國法。我國法律適用條例，對於此點並無明文規定，則應依第十七條處理之。至該條所謂「依當事人之本國法」，既未明定夫之本國法，自當推定為依夫婦之各該本國法，此主義對於當事人之國籍相同者，自無問題。但若當事人之國籍自始不同，而各該本國法關於同一問題規定衝突時，則發生適用上困難問題矣。例如夫之本國法規定離婚後夫婦不得再婚，而妻之本國法准許再婚，則將無所適從矣。因此又有主張採法庭地法說者。

三 法庭地法說

謂各國既因離婚與法庭地之公安有關，認非依法庭地所認許之原因，不得離婚，則離婚之效力，應依法庭地法。此說以離婚之原因依法庭地法為前提；但離婚之原因，不採法庭地法為準據法者，則何以解釋之耶？且離婚之效力，泰半及於人之身分問題，殊不能離本國法之原則。故此說適用於特殊場合，未嘗不可，若採為原則，殊為不宜。是故又有採依離婚效力之性質為準以定其應適用法則者。

四 依效力之性質以定效力之準據法說

謂離婚效力之準據法，應視效力之性質而定。

凡關於夫婦財產之效力，適用財產制之法律；關於公共秩序善良風俗者，依法庭地法；關於身分能力之效力，適用當事人之本國法。此說立論巧妙，然各國立法例，尙無採用之者。

一國爲當事人宣告離婚之後，他國是否承認其宣告之效力？對此問題，可由下列二方面研究之：

一 由管轄權方面觀之 有管轄權之國所爲之離婚宣告，各國當認其爲有效；〔註一三〕但如依當事人本國法，法庭地國無管轄權者而宣告之，則往往不爲當事人之本國承認有效。如採本國宣告主義之國，同國籍人由其本國宣告之者，或採住所地宣告主義之國，由住所地法院宣告之者，其他各國當認爲有效。又如非當事人之本國宣告之離婚，如當事人之本國承認有效者，他國應認其爲有效。此蓋婚姻之解除與否，與當事人之本國最有關係，他國自惟以其本國所取之態度是瞻也。然採住所地專管主義或本國專管主義國家，對於非由住所地或本國法院所爲之離婚判決，當不認爲有效。又如當事人之本國不承認離婚制度，而其人在外國雖取得離婚判決，其本國亦不承認其有效。

二 由法律適用方面言之 法庭地國對於離婚之宣告，雖爲有權管轄，然若適用法律有

問題時，他國應否承認其效力耶？對此問題，隨情形之不同，有承認其效力者，有否認其效力者。前者例如法庭地國依當事人之本國法所爲之離婚判決，或法庭地國雖未依當事人之本國法，但係依當事人之本國法所命之法律而判決者，則任何國家，當認其爲有效。後者例如法庭地國應依當事人之本國法而不依之者，或法庭地國認爲不應依之，而其本國認爲應依之者，其本國即不能認其爲有效。

〔註一〕美國紐約州民事訴訟法第一七五六條規定：「內國對於在內國舉行之婚姻，或離婚之原因發生在內國者，有離婚管轄權。」

〔註二〕德國民事訴訟法第二十七條。

〔註三〕Le Mesurier v. Le Mesurier (1895) A. C. 517; Goodrich, p. 284

〔註四〕Minor, pp. 190—195.

〔註五〕Harriman v. Harriman (1909) p. 123, 131, 142, 144.

〔註六〕Restatement, s. 119

〔註七〕Minor, p. 183; Meili, p. 236; Phillimore, p. 367

〔註八〕一九一八年二月二十八日法國巴黎地方法院判決，即探原因發生地主義，見法令雜誌第四三五頁。

【註九】此係指原因發生時之住所地法而言。見 Van Fossen v. State, 37 Ohio St. 317, 41 Am. Rep. 507, 508; 一九二八年海牙第六次國際法協會所採見解，亦謂：「離婚之許否及其原因，夫婦有二以上之國籍者，適用其住所地國法。」

【註一〇】Laurent, V. S. 242 •

【註一一】1929 Semaine juridique, p. 1043

【註一二】Pillet, Traite pratique de droit international privé, p. 603; Despagnet, Precis de droit international privé, pp. 765, 768

【註一三】英國判例謂住所地國宣告之離婚判決，英國應承認之見。Cheshire, pp. 274—275.

第七章 別居

離婚效力，能消滅夫婦身分關係，別居則不然。其宣告不過使夫婦間之權義發生變更而已，其婚姻關係乃依然存在也。此種制度，本為宗教法庭（Ecclesiastic Court）代替離婚之方法，相沿既久，漸為一般法例所採用。蓋依耶教觀念，婚姻神定，似不能隨人心逆天意解除之，然怨耦同處，亦非社會之福，故以別居制度補救之。我國法律適用條例對於離婚雖有相當規定，對於別居，尚無明文。別居既與離婚性質不同，自不能遽採同一之準據法，然該條例第十七條既云：「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，」則關於別居，自當依第十七條之規定為根據。

各國立法例，對於別居制度之存在，規定各異，有不採離婚制而僅採別居制者，在同採別居制之國，有採法定別居制者，有兼採協議別居制者。有以假處分方面許夫婦分居以代別居制者，有以離婚及別居並採之者。各國法律規定既異，遇有涉外之別居案件，則衝突生焉。

第一節 別居之管轄

各國關於別居管轄之規定，可由下列三種立法例代表之：

一 海牙離婚別居條約第五條，規定別居有管轄權之國有二：「一爲依夫婦之本國法有管轄權之國，一爲夫婦住所地之法院，如夫婦異其住所時，則爲被告住所地國，如妻被夫遺棄，或別居原因發生後，夫之住所改變，則妻得於夫婦最後之住所國法院控訴之。」此項規定，認離婚與別居同其性質，故併合規定之，實屬謬誤。何則？離婚有關於當事人身分之存在問題，依身分依本國法之原則，必須依當事人本國法規定有管轄權利國，或當事人之住所地國管轄之。而別居則與身分之存在無關，故不應採同一之管轄主義也。

二 波蘭國際適用法則第十七條規定：「離婚與別居，由聲請時夫婦之本國管轄之，如聲請時夫婦異其國籍者，則由其最後共同本國管轄之。」此項規定，其不當之點有三：（一）別居宣告，往往爲維持家庭間之和平，又爲當事人所在地國維持內國秩序之權宜辦法，不影響於當事人之身分，與本國無多大關係，自不宜採本國管轄主義。（二）依上述規定，如當事人自始即無共同國籍，即自始無共同本國法，則將何所依據？（三）即有最後之共同國籍，夫婦既各別取得新國籍後，對於以前之共同本國法，已無關係，今仍適用其舊共同本國法，殊無理由。

三 英美判例均採居所地管轄主義，蓋依英美法概念，別居爲關於夫婦應如何共同生活之問題，屬人之行爲範圍。行爲由行爲地國管轄，夫婦之行爲往往發生於居所地，故夫婦之共同居所地國，當有管轄權。其所以規定夫婦之共同居所地國者，蓋別居之訴，爲對人訴訟，自非管轄法院，對於被告本有管轄權不可，居所所以與法庭地國以管轄之權也。故非在夫婦之共同居所地國，無由送達傳票，傳票不得送達，不得爲別居之判決。「註一」然住所既包括居所在內，住所地國亦有管轄權，乃當然之解釋也。

第二節 別居之準據法

別居之適用法律，各國所採之主張不同如左：

一 夫婦之本國法兼法庭地法說 謂別居之可否請求及其原因，須合乎夫婦之本國法及法庭地法定之。此說未免規定過嚴，蓋別居既爲維持夫婦行爲地之秩序，若須依夫婦之本國法及法庭地國法均有別居制度及原因者，始得請求，結果不免有背別居宣告之目的。

二 夫婦各該本國法說 我國法律適用條例，對於別居，雖無明文規定，然據該條例第十

七條解釋，自當依當事人之各該本國法。例如不准離婚祇准別居之甲國夫婦，向中國法院請求別居，我法院當依其本國法，准許爲別居之請求。但設甲國之夫，乙國之婦向我國法院請求別居，而乙國法不許別居時，我法院殊難准其所請也。

三 居所地法說 謂別居既爲有關於居所地公共秩序而宣告，則其適用法律，當爲居所地法，此爲英美法之採居所地管轄主義之當然結果。蓋若不從居所地法，則有時或無宣告別居之必要也。

四 法庭地法說 謂別居制度，雖爲當事人之本國法所承認，而若爲法庭地法所否認者，法庭地法院當以內國無同一制度爲理由，拒絕其請求。既拒絕之，則無從發生法律適用問題。故非依法庭地法不可。此說言之成理，但尙有一般學者，謂別居之性質，既非與離婚可比，法庭地國法律，縱無別居制度，但宣告之亦屬無妨。

第三節 別居之效力

別居之效力，猶離婚之效力，可分別居自體之效力及別居承認之效力二方言之：

一 別居自體之效力 別居宣告之結果，能改變夫婦間本來之權義，其應依何法以定此耶？對此問題，各國立法例及學者意見，不外有三：

甲 依法庭地法說 此為英美判例及學者所主張。謂別居既因法庭地國為維持公共政策而宣告，其效力即不得不依法庭地法。否則，或將無以達宣告之目的。

乙 夫婦各該本國法說 謂若別居之准否及原因，依夫婦各該本國法，則別居之效力問題，應依同一之準據法。我國法律適用條例，對於效力之準據法，雖無明文規定，然依第十七條解釋，亦當屬此說。此說以夫婦各該本國法為別居之准否及原因之準據法為前提，已屬不當，若夫婦自始無同一國籍而各本國法規定相反時，則勢必發生困難。

丙 夫之本國法說 謂別居自體之效力，依夫之本國法為準。此說殊較前說為簡便。但其認別居之效力與離婚之效力相同，其錯誤與前說相同。

二 別居之承認效力 一國為別居之宣告，他國是否承認其有效否？此問題可就國家管轄及法律管轄二方言之：

甲 由國家管轄方面言之

子 他國承認其有效場合 一爲採本國宣告主義之國，爲其本國人民宣告別居，其他

各國當認其爲有效，採居所地宣告主義之國，對於由居所地國宣告之別居，亦認爲有效。二爲非當事人本國之別居宣告，苟其本國承認爲有效者，無論何國亦均認爲有效。

丑 他國否認其有效之場合 一爲當事人之本國無別居制度，而其在外國取得別居之宣告者，其本國否認有效。二爲採居所地管轄主義國家，對於非在當事人居所地宣告之別居，不認其有效。

乙 由法律管轄方面言之

子 他國承認其有效之場合 一爲採本國法主義國家，對於宣告國依當事人本國法宣告之者，認其爲有效。二爲採居所地法主義國家，對於宣告國依居所地法宣告之者，亦認爲有效。

丑 他國否認其有效之場合 即採當事人本國法主義之國，對於宣告國不依當事人本國法宣告之別居，不承認之。例如波蘭爲採本國法主義國家，波蘭法第十七條第三項有規定：「外國法院未依波蘭法所爲之判決，在波蘭境內，不得承認或執行之」是。

「註一」然原告因被告有犯姦等過失行爲，雖與被告無共同居所，亦得逕向自己之居所地法院控訴。見 *Riera v.*

Riera (1914) 112 L. T. 223

第八章 婚姻之無效及撤銷

與婚姻成立問題相對立者，有婚姻之無效及撤銷問題。學者間有認婚姻之撤銷與離婚，具同一性質，應採同一之準據法者，其實不然。婚姻撤銷之結果，雖亦為消滅婚姻之關係，但離婚為解除因婚姻夫婦間所生法律上之結合，其先提須承認已有合法婚姻之成立，而後方發生以離婚為解除之方法問題。故離婚之原因，發生於婚姻成立之後；而撤銷婚姻之原因，則存在於結婚之際。此所以宗教法庭，祇許撤銷婚姻而不承認離婚也。

第一節 婚姻撤銷之管轄

婚姻撤銷云者，結婚不遵照或違反婚姻成立要件，不認其為有效成立，得撤銷之之謂也。是撤銷之管轄權，自當專屬於管轄撤銷原因之國，換言之，即專屬關於婚姻成立之管轄國。若因違反婚姻成立之實質要件者，則管轄該實質要件之國有權管轄其撤銷；若因違反婚姻成立之形式要件者，則管轄該形式要件之國有權管轄其撤銷。「註一」例如美國數州判例，認婚姻成立之

要件，不論實質或形式，悉依結婚地法，設有住所於甲國之子丑二人在乙國結婚，子欲以丑之未成年為理由撤銷婚姻，則應向乙國起訴，蓋乙國為管轄婚姻成立之國也。

第二節 婚姻撤銷宣告之準據法

婚姻撤銷之管轄，既專屬於婚姻成立要件之管轄國法院，則欲決定婚姻是否無效，或應否撤銷，自當亦以規定其成立要件之法律為定。「註二」例如我國法律適用條例第九條，既規定婚姻成立要件，依當事人各該本國法，則對於撤銷婚姻之準據法，亦惟為當事人之各該本國法。該條例對於此點，雖無明文規定，乃當然之解釋也。

第三節 婚姻撤銷之效力

婚姻撤銷之效力若何？各國立法例規定不同，有認為無效婚姻經撤銷後，即撤銷前之關係亦為自始無效者；有認為撤銷之效力，僅及於將來而不溯及既往者。我國民法第九九八條亦規定：「結婚撤銷之效力，不溯及既往。」各國法律，規定既異，內國人在外國被撤銷婚姻者，或外國

人在內國被撤銷婚姻者，應依何法以定標準耶？對此問題，分下列二方言之：

一 因違反婚姻成立實質要件而被撤銷之婚姻 在此情形，應依被違反實質條件之法律，定其效力。故雖其他法律規定其效力為自始無效，若決定婚姻成立實質要件之法律，認為僅及將來而不溯及既往者，則當事人於撤銷前之婚姻關係，仍然認為存在。其在撤銷前所生子女，不得視為姦生子。

二 因違反婚姻成立形式要件而被撤銷之婚姻 在此情形，應依被違反形式要件之法律，定其效力。例如英國人在中國結婚，後以違反婚姻成立之形式要件而被撤銷婚姻，英國法關於撤銷之效力，雖與中國法不同，仍須依中國民法第九九八條辦理，認自撤銷宣告後之婚姻關係，始歸無效。

[註1] Goodrich, p. 301

[註1] Restatement, p. 144

第九章 父母子女

有男女之婚姻，始發生夫婦關係，由夫婦關係，乃發生父母子女關係。本章所以稱父母子女者，一以採我國民法親屬編之例，一以學者所稱之父子關係或親子關係，殊嫌過狹。彙考各國立法例，父母子女關係之發生，不外基於下列二種關係：一為基於自然關係者（Natural Kinship）即因血統所發生之親子關係也。一為基於人為關係者，即為法律之擬制而認同有血統關係也。前者包括婚生子女、非婚生子女、準婚生子女三種，後者包括養子女及嗣子女等，茲分別討論之。

第一節 父母與婚生子女

婚生子女者，一稱嫡子女，因婚姻關係受胎而生之子女也。各國法律對於婚生子女身分之取得，雖規定大致相同，但尚有未盡同者。且婚姻中之受胎，是否受之於夫，實為一問題。各國立法例，往往推定在某種事實或一定條件下，所生者為婚生子女。既為推定，則有時未必即為事實，故夫如有疑義時自得否認其推定，此即所謂夫之否認權是。苟父母與子女均取得同一之屬人法，

則尙可免複雜結果，若其屬人法不同，而規定各異時，則衝突生焉。故各國關於婚生子女之法律規定，不可不先研究之。

一 關於婚生子女各國法律之衝突

甲 婚生子女身分權之取得 各國立法例，關於婚生子女身分取得之要件，不外四種：

(一)須生母與生父爲正式婚姻，(二)須爲婚姻關係中受胎所生者，(三)須爲其母之夫之子女，(四)須其母爲其所推定之父之妻。上述第二條件，各國規定，略有不同。我民法第一〇六二條，對於受胎期間，第一項規定：「從子女出生日，回溯第一百八十一日至三百另二日止爲受胎期間。」同條第二項規定：「能證明受胎回溯在前項第三百二十日以前者，以其期間爲受胎期間。」法意諸國，則定爲自其子女之出生前，倒算第三百日起至第一百八十日止，爲受胎期間。

乙 母之夫否認權之行使 婚生子女之身分，既出於法律上之推定，若夫有具體事實證明其爲非婚生子女者，得否認之，前已述及。然各國對此一點，規定亦未盡同，茲復分述之：

子 否認原因之不同 有規定夫須證明於受胎期間，未與妻同居者，如我民法第一〇六三條第二項之規定是。有規定夫婦不睦，或殘廢不能人道者。

丑 否認權行使時效之不同

我國規定否認權之行使，須自知悉子女出生之日起，一年內爲之。法國規定：夫住於子女之出生地時，自出生之日起，一個月內提出之；夫不住於其出生地時，自歸來之日起，二個月內提出之；婦對於夫陰蔽其子出生之事時，夫自知悉其出生之時起，二個月內提出之。

寅 否認權行使者之不同

否認權爲母之夫對於子女之權利，自專屬於母之夫所有，是爲原則。然如夫爲無行爲能力人時，有規定夫之法定代理人，亦可受監護法院之認諾而否認之者，有規定夫之法定代理人須得親屬會議之同意，始得提起否認之訴者，有規定俟其人回復能力後得自爲之者。

二 婚生子女之準據法

各國對於婚生子女之推定及母之夫否認權，雖多採同一之準據法，但究爲何種準據法耶？對此問題，各國立法例，答案不同，但大概不外左列數點：

甲 法庭地主義〔註一〕

謂婚生子女之推定與否認，爲一證據問題，屬程序法範圍，與法庭地之公安有關，故應依法庭地法。此主義殊不足採，何則，婚生子女之推定及否認，屬於人之

身分問題，依「身分依本國法」原則，則本國法似較法庭地法更有關係，自不能以其推定及否認亦與法庭地之公安有關，即認依法庭地法爲最適當也。且起訴於某地，往往爲偶然之事實，親子關係，殊不容偶然之事實所左右。

乙 母之夫之住所地法主義〔註二〕

謂婚生子女之推定及否認，屬親子關係，親子關係之發生，乃係婚姻效力之一。如謂婚姻效力依夫之住所地法，則此問題，當亦以夫之住所地法爲準。此主義爲英美判例及學者所取。其實亦不甚當，蓋父母子女關係，爲婚姻之自然效力，非如一般之婚姻效力由法律賦與之也。故其準據法，不能與一般婚姻效力之準據法同。

丙 子女之本國法說〔註三〕

謂婚生子女之推定及否認，與婚生子女身分之得失，頗有關係。此種制度，原所以保護子女之利益，故應依子女之本國法。此主義亦不能自圓其說，何則，子女之本國法往往隨父之國籍，如父行使否認權之結果，成立其主張時，則子女之本國法即須變更，故在母之夫否認權時效消滅之前，子女本無確定之本國法得以依據之也。況婚生子女之推定與父之宗嗣攸關，而否認權尤爲父之利益而設，故若謂婚生子女之推定及否認爲子女之利益而設，實非也。

丁 母之夫之本國法主義 [註四]

謂婚生子女之推定及否認，即所以確定有否親子關係，藉以發生親權。因其與母之夫之一方最有關係，故從母之夫之本國法。其所以稱「母之夫之本國法」而不簡稱「父之本國法」者，蓋在推定及否認之前，究爲何人子女，尙未確定，不能遽稱爲「父之本國法」也。惟此主義之適用，尙須注意下列三種情形：

子 母之夫存在時所適用之本國法

母之夫之本國法者，自當有其限制，否則，母之夫得隨意變更其國籍而取得最有利於己之本國法，以侵害子女之利益。故各國立法例，對於母之夫之本國法多設時間上之限制，例如規定受胎時母之夫之本國法，或規定出生時母之夫之本國法。然受胎時間，不易確定，故我國法律適用條例第十二條採用「出生時其母之夫之本國法」

丑 母之夫死亡時所適用之本國法

子女出生前母之夫已死亡時，則自無出生時之夫之本國法可適用。際此場合，我國法律適用條例第十二條後段規定：「如其夫於子出生前已死亡，依其最後所屬國之法律，」是依母之夫之最後本國法也。

寅 母與其夫離婚時所適用之本國法

子女出生前母與其夫離婚者，應依何時母之夫之本國法耶？對此問題，我國法律適用條例並無明文規定，以余觀之，殊以比援丑種情形，亦採

取母之夫之最後本國法爲當。

第二節 父母與非婚生子女

非婚生子女俗稱私生子，卽無婚姻關係受胎而生之子女也。故妾所生之子女，及無效婚姻所生之子女，均爲非婚生子女。非婚生子女，雖無婚生子女之同等地位，可與婚生子女一併討論，但與父母間之親子關係，亦由懷胎而生，出於自然。雖然，此種自然之親生關係，欲發生法律上之父母子女關係，尙有待於一定方法之證明，此證明方法，卽認領是也。認領制度，各國立法例，規定不同，大別之可分爲四：

一 無須認領者 謂非婚生子女，與其父母關係，既出於自然，與婚生子女，同屬於父母之血統，卽應享同等權利，固無待於認領。一九二六年蘇俄親屬法第二十五條之規定是也。我國對於生母與非婚生子女，亦採無須認領主義，蓋母與子女之關係，因分娩之事實而證明，無庸再予認領，故民法第一〇六五條云：「非婚生子女，與其生母關係，視爲婚生子女，無須認領。」

二 禁止認領者 謂非婚生子女與其親之關係，不易證明。若許認領，不但引起錯誤，且喪

失廉恥，故禁止認領。如丹麥瑞典諸國，不認非婚生子女與父母間之親子關係，惟生父於非婚生子女達於一定年齡前，負有撫育之責而已。因之非婚生子女，不得加入其親之家族，亦不能用父之姓，更不能繼承父之財產。

三 准許認領者 謂非婚生子女，不能與婚生子女同視，理所當然。然絕對否認非婚生子女與親之關係，未免過苛。蓋非婚生子女之產生，宜歸咎於生父母行為之不檢，與子女無尤。既生之，則社會當負保護之責，苟不准許生父母認領，則國家將負教養非婚生子女之責。故奧日諸國之立法例，不但父或母有認領之權利，而同時非婚生子女亦有要求父或母認領之權。

四 限制認領者 謂非婚生子女之認領，所以使其取得法律上之親子關係也。此種制度，與一國之風俗習慣，及社會經濟，均有關係。故認領之範圍及程度，當依內國之情形而定。故各國對於認領，各設限制，有專須父認領者，無須母認領者，如德國是；有認父之認領為權利，並非義務者，故子女不得要求認領，如法國是；有僅許平民認領而貴族不得認領者，如帝俄是；有不許亂倫或犯姦而生之非婚生子女認領者，如意國是。我民法僅規定非婚生子女，得由父認領；但其母亦得請求其父認領之。

認領制度，既有上述之不同，而認領之方式，亦有自由認領及法定認領之分。自由認領者，由有認領權者宣告認領之謂也。我民法第一〇六五條規定：「生子經父撫育者，視為認領。」即採自由認領制也。法定認領者，有認領權者，不為認領，其子女得以法律程序請求其認領之謂也。此英諸國採之。

復就認領之要件言之，例如認領之主體、認領之客體、認領之時期等問題，各國立法例，規定尤繁，茲分述之。

一 認領之主體 在自由認領方面，有認為母子關係，依出生之事實為定，不必由母認領者。如我國是；有認為父或母皆可認領者，如日本是；有認為父如死亡、失蹤或心神喪失，父之父可認領者，如土耳其是。在法定認領方面，有認為對於生母可強迫認領者，如多數國家是；有認為生父死亡，得向其財產繼承人強迫認領者，如瑞士是。

二 認領之客體 認領之客體，即何人得被認領之謂也。在自由認領方面，有認為未出生之胎兒，得由其父認領者，如法國是；有認為胎兒被父認領，須得生母之同意者，如日本是；有認為子女須出生後，始得被認領者，多數國是也。在法定認領方面，有認為限於非婚生子女本人，得請

求其推定之父認領者，如智利是；有認爲非婚生子女之生母，或其法定代理人得代爲之者，如我國是。

三 認領之時期 在自由認領方面，如認領者與被認領者均存在時，一般立法例，無時效限制，然在法定認領方面，因有訴權關係，各國皆規定，須在一定期間內提起認領之訴。

認領之效力若何，各國立法例規定，各有不同。茲就認領本身之效力與及於子女之效力言之：

一 認領本身之效力 認領之效力，有認爲應溯及於子女出生時者，如我國是；有認爲在婚姻中，父母所認領之私生子，自認領之時起，始取得嫡子之身分者，如日本是；有認爲父母中一方認領，其效力祇及於認領者之一方者，如美國數州是；有認爲母無須認領，父之認領其效力能及於父母雙方者，如希臘是。

二 認領及於子女之效力 認領及於子女之效力，有認爲非婚生子女，經父認領者視爲婚生子者，如我國是；有認爲父認領之子僅取得庶子身分，須父母在婚姻中共同認領，或庶子因生父母之結婚，始取得嫡子身分者，如日本是。關於子女財產權方面之效力，有認爲私生子雖被

認領，仍不得與嫡子處同等地位，享受同等權利者，如法國西班牙是；有認爲非婚生子經父認領後，與婚生子之權利完全相等者，如我國是；有認爲非婚生子，雖經認領，絕對無繼承權者，如奧國是。

就上述各國立法例言之，其規定既各不同，衝突自亦難免。故茲分認領之許否及要件，與認領之效力二方研究其各應用之準據法：

一 認領之許否及其要件之法律適用〔註五〕 非婚生子女之可否認領及其認領之要件，各國立法例，有左列不同主義：

甲 法庭地主義 謂非婚生子女之認領，與法庭地之公共秩序及善良風俗有關，故其可否認領，及認領之要件，應適用法庭地法。雖然，非婚生子之認領，雖有時與法庭地之公共秩序及善良風俗不無關係；但其大部分，則有關於人之身分，而與公共秩序及善良風俗，却無關係，故不宜概括適用法庭地法。

乙 住所地主義 謂法庭地法既不足採，則惟有採住所地法。蓋認領能發生法律上親的關係，產生父母子女相互間之身分，依「身分依屬人法」原則，則以住所地法爲屬人法之國，

自當採住所地法爲可否認領及要件之準據法。然如父母與子女之住所不同時，或父母子女之住所雖爲同一，但出生時之法律與認領時之法律規定不同時，則將何以適從之耶？茲復分述之：

子 親子各別住所，而住所地法規定認領不同者 於此情形，一方之住所地國能創設有
效之親的關係或親子之身分乎？對此問題，即在採住所地法之英美判例，亦無定論。有認爲可僅
依父之住所地法認領者，謂非婚生子之住所隨母，而母之住所復隨父，故依父之住所，實無異於
依親子雙方之住所云。然此說不能謂當，蓋子於未被認領前，其住所當然非隨父也。亦有認爲可
僅依子之住所地法認領之者，謂認領之目的，在保護被認領者之利益，自應依子之住所地法。以
余觀之，就理論言，認領既能產生親子身分，而身分既關於當事人之雙方，似當依親子雙方之任
何一方住所地法；就事實言，非婚生子女之增加，原非社會國家之好現象，親子之自然關係，既本
來存在，根據社會政策，認領制度，殊應竭力獎勵，使此種自然之親子關係，同時亦爲法律上之親
子關係，故不必斤斤於理論，當事人依一造之住所地法認爲可以認領並合於一造之住所地法
之要件而認領之者，其行爲即屬有效。

丑 親子共同住所而出生時之法律與認領時之法律規定不同者 親子同一住所，而

法律始終無改變時，自無問題；但如出生時住所地法不許認領，而認領時住所地法許可認領者，或出生時住所地法許可認領，而認領時住所地法不許認領者，則其解決之法有二：其一為英國判例所採取，即從出生時之住所地法為準是也。其一為美國判例所採用，即從現在之住所地法為準是也。以余觀之，自以後法為當，蓋現在之住所地法實際上有管轄當事人之權也。

丙 本國法主義 謂非婚生子女之認領，純屬人之身分問題，依通則言之，自當依當事人之屬人法，而屬人法中本國法又優於住所地法，故非婚生子女之認領許可及其要件，應依當事人之本國法。在親子同國籍情形，認領者之本國法即為被認領者之本國法，固無問題；但若親子異國籍時，究以何者之本國法為準，學者間及各國立法例，約有三說：

子 被認領者之本國法說 謂非婚生子女認領之目的，專為保護被認領者之利益，蓋認領能發生親權關係，親權為保護子女之利益而設，有親權始發生認領者撫育之義務，故認領之許可及其要件，應依被認領者之本國法。此說偏執一方理由，未克盡善，何則，認領既能發生身分關係，而身分關係，往往發生雙方之權義關係，在被認領者一方言，固因認領取得撫育保護之權利，在認領者一方言，則因此而發生保護撫育之義務，故於雙方均有相當關係，自不能重此輕

彼也。不獨此也，認領亦有能發生財產繼承權者，是對於認領之原繼承人權利，不無影響，此所以又不得忽視認領者之本國法也。

丑 認領者之本國法說

謂認領之後，被認領者與認領者發生法律上之親子關係，加入認領者之家族，取得認領者之國籍，並使認領者負相當義務，故認領之許可及其要件，應依認領者之本國法。此說之不當，與前說相同，偏執一方，自非所宜。

寅 認領者與被認領者雙方各該本國法說

謂認領之結果，既影響認領者及被認領者雙方之權義，法律為持平起見，認領之許可及其要件，亦應依認領者及被認領者之雙方各該本國法，且實際上苟不採雙方之各該本國法，難免發生困難，譬如依認領者之本國法雖許可認領，或雖已完備認領之要件，而被認領者之本國法，不許認領，仍欠缺認領之要件者，則其認領在被認領者之本國當不能認為有效成立。又認領之能發生法律上親子關係，與結婚之能產生夫婦身分，性質上似為相同。婚姻之成立要件依夫婦雙方各該本國法，則非婚生子之認領，殊亦宜採認領者與被認領者之雙方各該本國法。如父母須同時認領而異其國籍時，自當依父及母各該本國法；然認領時之本國法與出生時之本國法不同時，則究指何時之本國法耶？於此有二說

焉：其一主張依被認領者出生時之認領者與被認領者雙方各該本國法。謂認領之效力，能溯及於出生之日，認領不過將親子之原來關係，以法律確定之而已。須本有認領之可能，始得以人之行為認領之，故認領之許可及其要件，自以依出生時之本國法爲當。且如依認領時之本國法，則認領者，庶可變更國籍，將擇一不利於被認領者之法律而認領之。〔註六〕其一主張依認領時，認領者與被認領者雙方之各該本國法，謂前說之理由，不免將認領之效力與認領之要件，混爲一談，自不應以認領之效力能溯及出生時爲理由，爲採出生時本國法之論據。〔註七〕我國法律適用條例第十三條第一項僅載：「私生子認領之成立要件，依認領者及被認領者各該本國法，」而究爲何時本國法一點，未經明定。然查日本法例第十八條第一項規定：「私生子認領之要件，關於其父或母，依認領當時父或母所屬國法定之，關於其子，依認領當時子所屬國法定之，」我國殊亦以採認領當時之本國法爲宜。

二 認領效力之法律適用 認領效力云者，認領後，認領者與被認領者間發生法律上效果，及其認領是否在他國認爲有效之謂也。茲分述其應適用之法律：

甲 認領效力之本體 認領結果，往往影響當事人之國籍，身分親權等，前已述及。此種問

題，各國立法例，大都認爲應依認領者之本國法定之。蓋認領與婚姻同，關於其成立要件，在親子關係尙未確定之前，子猶未取得父之國籍，故應依雙方之各該本國法。至認領之效力，發生於認領之後，一則子已歸屬於認領者親權之下，二則子之國籍往往隨認領者之國籍，故即以適用認領者之本國法爲已定，無須依認領者與被認領者各該本國法爲準。我國法律適用條例第十三條第二項規定：「認領之效力，依認領者之本國法，」卽爲此也。

乙 認領效力之承認 一國依其適用法則，爲非婚生子女認領時，他國亦當認其認領有效否？此問題須依情形而論。如當事人所屬國承認其爲有效成立時，則無論何國皆應認其爲有效，又認領地如依當事人各該本國法認領之，則採當事人各該本國法主義之本國，亦應認其爲有效，但如認領地依採法定認領，而當事人之本國反對者，其效力自不能及其本國。

第三節 非婚生子女之立正

非婚生子女之立正云者，非在婚姻關係中所生之子女因生父母之結婚，而視爲婚生子女也。學者有稱其爲準婚生子女者，各國立法例，對此規定不一。我國民法第一〇六四條謂：「非婚

生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女。日本法律規定私生子經父或母認領，僅取得庶子地位，必由其父母結婚，始有嫡子身分。法國法亦謂經父母認知之私生子，不得與嫡子享同等權利，必其子女，因父母結婚，始得認為嫡出。英美判例，雖有根據本州之律例 (Statute)，承認非婚生子女立正者，但非為其普通法所承認。各國法律對於立正制度之存在，既不一致，而即在許可立正之國，而立正之條件與效力，亦非盡同，則內國發生涉外之立正問題，勢必發生適用法律之衝突。其解決方法，約有下列數種主張：

一 非婚生子女之父母結婚地法主義 謂非婚生子女，因其後父母結婚而取得婚生子女身分，則結婚能否產生如此效果，及合於如何條件，始達此效果，惟有依父母結婚地法。蓋此為婚姻之效力問題，婚姻效力，若採結婚地法，則立正問題，自亦當依父母結婚地法為準。此主義殊為不當。姑不論結婚地法是否為婚姻效果之惟一準據法，非婚生子女之立正，有關於當事人之身分問題，而結婚地往往為偶然之巧合，以偶然之法律定人事問題，其不當可知。

二 結婚時非婚生子女之父之屬人法主義 謂立正問題，影響於子女之身分，依「身分依屬人法」原則，故立正亦依屬人法。雖各國所採之屬人法內容不一，而原理則同。採父之屬人

法者，蓋各國對於婚生子女之推定，多採母之夫之屬人法，即父之屬人法。而非婚生子女得爲立嫡與否，亦含有推定之意，故亦採父之屬人法。採結婚時父之屬人法者，蓋結婚爲立正之原因，結婚能否立正，乃爲結婚之效力，若結婚有如何效力應依結婚時之屬人法，故立正採結婚時父之屬人法。此主義較前說爲當，故爲多數學者所主張。

三 非婚生子女出生地法主義〔註八〕 謂父母子女本有天生之親子關係，立正無非使

此種天然關係成爲法律所認可之關係而已，則其能否受法律之認可，應依出生地法有否因以後生父母之結婚而得立正之可能性。蓋如依出生時之出生地法，子女有立正之權，則此權在出生時已存在，父母結婚不過使此已存在之立正權實踐之而已。此主義之立法用意，無非保護子女之利益，使爲父母者不得任擇有利於己之屬人法而爲立正問題之決定。然如結婚時夫之屬人法不准因結婚而使其子女立正者，若必須依子女之出生地法而立正之，殊亦欠允當。

四 出生時子之住所地法與父母結婚時父之住所地法主義 此主義一稱併合主義，爲

英國判例所採用。其目的在調和專採父母結婚時父之住所地法，及專採出生時子之住所地法，使父母與子女之利益，均受保護。此主義就子女方面言，其能否與父母受同等保障，仍須視出生

時子之住所地法規定而定。蓋如依出生時子之住所地法，不許因父母結婚而立正者，則即兼採出生時子之住所地法，反不足以增子女之利益。

五 父之本國法或父與子各該本國法主義 謂父母與子女同國籍時，依父之本國法，不同國籍時，依雙方各該本國法，所以防依生父之本國法准許因婚姻立正，而依子之本國法有反對之規定時發生衝突也。我國法律適用條例，對於婚姻立正，未經明定，殊當依該條例第十七條之補充規定，而適用當事人各該本國法。

第四節 養子女

養子制度，為多數國家所承認。歐洲諸國，以家族制度存在之故，不得不有養子制度。在被繼承人無繼承人場合，以養子繼承財產，此與東方諸國之認養子有繼承財產及宗祧之意義相髣髴也。在今家族制度，已無如昔日之重要，有以為養子制度有亂倫侵產之弊，主張廢止之者，然在採私有財產制度及以家族為基礎之社會，尚不能完全廢止之也。各國法律，對此制度，規定不同。茲略述其異點，以明衝突之所在，藉以決定應適用之法律。

一 各國關於養子女之法律規定

甲 就養子制度之存在言之 有不認養子制度者，有認許養子制度者。在認許養子制度之國，其所認許之程度，亦各不同，茲分述如次：

子 不認養子制度者 昔英國之普通法，絕對禁止養子制度，特以人類之心理關係，無子女者，不忍使無關係之人繼承其財產，故於一九二六年公布養子法規，採變相之養子制度，即許贈與人於贈與之時，附以條件，使受贈者必須繼承其姓氏及地位也。美國普通法，亦不認有養子制度，故除各州法律以明文規定者外，在外國宣告之養子女，美國不承認之。

丑 認許養子制度者 養子制度，首見於羅馬法，故承襲羅馬法之國，大都均認養子制度，但其承認之程度有不同耳！

1. 能發生完全親子女關係者 認養子女之地位，完全與親生子女同，得繼承收養者之財產，入收養者之國籍，取得婚生子女之身分，並加入收養者之家族，得為宗祧繼承，此為日本法所採取。我現行民法，既廢止嗣子制度，無宗祧繼承，養子地位，除關於財產上稍有限制外，悉與嗣子相同。

2. 僅發生財產繼承關係者 謂養親與養子女雖有父母子女之名義，然在實際上，養子女對於養親家屬，不發生如何重大關係，既不取得收養者之國籍，亦不必加入收養者之家族，惟僅得繼承收養者之財產而已。此爲德法諸國之立法例。

乙 就養子女之成立要件言之 不特關於實質上規定不同，即關於形式要件之規定亦異，茲亦分述如左：

子 實質要件 關於年齡者，我國民法第一〇七三條：「收養者之年齡，應長於被收養者十五歲以上。」日本法律，許已成年人方可收養，且限定其年長於被收養者。關於被收養者之資格，奧意德法規定，私生子女不得爲養子女，德國法規定，未成年之私生子爲人收養時，須得其母同意，日本法則謂收養者不得以尊親屬爲養子女。監護人不得以被監護人爲養子女，但以遺囑爲之者，不在此限。關於同意一節，收養關係，固由雙方合意而成，但就收養之意思表示言之，規定不一。在收養者方面，我國民法第一〇七四條載：「有配偶者，收養子女時，應與其配偶共同爲之。」所謂「共同爲之云者」，即日本民法解爲應得他一方同意是也。德國法則規定，夫婦之一造，各別均得收養，不必得他造之同意。在被收養者方面，我國民法第一〇七六條認：「有配偶者，

被收養時，應得其配偶之同意。日本法規定未滿十歲人被收養時，須得其父母承諾。法國法則規定年滿二十一歲者，始可爲人養子女，但未滿二十五歲時，須得其父母之許可，已滿二十五歲者，亦須得其父母之誨諭。

丑 形式要件 我國民法第一〇七九條曰：「收養子女，應以書面爲之，但自幼撫養爲子女者，不在此限。」日本法規定，收養須由當事人雙方及二以上之證人，以文書呈報於戶籍吏，始生效力。德國法則謂收養契約，須先經主管官署之許可，當事人雙方向法院或公證人前行之。

丙 就收養之效力言之 可由收養對於當事人間之效力，及收養本身之效力觀察之：

子 對於當事人間之效力 其對於養子女本家之關係，我國立法例，殊認在收養關係存續中，養子女對於本家，無何關係。法國法則謂養子女對於本家應享之權利，不因出養而受影響，同時依法本生父母與養子女間之相互扶養，亦不因而消滅。其對於養家之關係，我民法規定出養子女從養父母之姓，其繼承順序與本生子女同，能繼承婚生子女應繼分二分之一，但如養親無其他同順序之繼承人時，則不受上述二分之一之限制。日本法直視養子女之身分與婚生子女同。法國法則規定養子女於本姓上冠用養親之姓，養子女對於養親之血親遺產，雖無繼承

之權，但其對於養親之遺產，與婚生子女同有繼承權。美國數州法案，往往認養子女用養親之姓爲原則，至其能否保全其對本家之權利及能否繼承養親之遺產，尙無定例。對於親權之關係，我國民法既認養子女與親生子女同其身分，則養親對於養子女有監護及互繼遺產之權義。德國法則規定，養親得行使限制之親權，對於養子女之財產管理，須履行一定之程序；否則，監護法院得禁止其管理。

丑 對於收養本身之效力 收養關係成立後，各國立法例有認爲此種關係永久存在，不得解除者，有認爲仍可解除者，有認爲應限制其解除原因者。例如歐美多數國家，以爲養子女身分成立不易，故成立後即不許解除。我國民法採協議兼法庭離緣主義，當事人互相同意，固得自由解除之，即當事人之一方有理由，亦得請求法院中止收養。日本法則採限制解除主義，規定協議離緣，非呈報戶籍吏不可。法庭離緣，亦列有數種不受理之原因；如養子女有重大過失，經養親恕宥者，養子女有重大侮辱之事，而於知悉後一年內不起訴者，或事實發生後，逾十年不起訴者。

各國法律，既有上述不同之規定，則養子關係之可否成立及其成立要件發生衝突時，應用

何種準據法以解決之耶？有主採左列不同之主義焉：

一 當事人之意思兼行爲地法主義〔註九〕 謂收養關係之成立，須當事人雙方之合意，且有規定須有書面爲之者，是其性質，不啻契約之一種。既爲契約，應適用關於契約成立之準據法。換言之，即當事人有合一之意思表示時，依其意思表示，無意思表示時，依行爲地法。此主義不當殊甚。何則？（一）收養雖爲法律行爲，然非契約關係。蓋如收養棄兒，固無所謂雙方合意，僅收養者一方之單獨行爲爲已足。（二）即認其爲契約，亦與普通契約之性質不同。蓋收養不獨有關於當事人之身分，且影響於家庭之法律關係，不能以偶然之行爲地法，爲其準據法。（三）契約之準據法，於當事人之意思不明時，所以採取行爲地法者，其用意無非爲使交易之安全與迅速，而收養之成立，與行爲地法則無何關係也。

二 養子女之屬人法主義〔註一〇〕 此在英美法中當爲被收養者之住所地法，而在大陸法中則爲被收養者之本國法。其理由謂收養涉於人之身分問題，故應採屬人法。而收養又以保護養子女之利益，故尤當採養子女之屬人法。此說以屬人法爲原則，甚爲適當，但專採養子女之屬人法，不免偏於一方，有失公正。

三 養親之屬人法主義〔註一〕 謂收養成立之後，養親即得行使親權，而養子往往又加入養親之家族，故於養親之權義關係甚大，不得不採養親之屬人法。此主義之不當，正同前說。蓋雖依養親之屬人法，如養子女之屬人法，不承認其條件時，收養根本不能成立，則養親之權利亦無由得以保護之也。

四 養親與養子之雙方各該屬人法主義〔註二〕 此爲前二主義之折衷辦法，謂收養之成立與私生子之認領同，於當事人之雙方，均有關係。蓋收養之結果，一則改變養子女之國籍或住所，二則影響財產之繼承，故宜採當事人雙方各該屬人法。又在父或母之收養場合，固無其他問題，但如異國籍之養父母共同收養時，則當如何？對此問題，有以爲父爲家長，主張僅依父之屬人法者；又以爲父母既屬異國籍，自應依父母各該屬人法者。我國法律適用條例第十四條規定：「養子成立之要件，依當事人各該本國法，」即採本主義也。

於此應注意者，所謂雙方各該屬人法者，非謂必須互相具備雙方屬人法之要件，方可爲收養成立，乃係指關於養親一方之條件，依養親之屬人法，而關於養子女一方之條件，依養子女之屬人法而言也。譬如，養子之屬人法規定，夫爲人養子者，不必經其妻同意，養親之屬人法，雖必以

妻之同意爲條件，則此子雖未得其妻之同意，仍得爲人之養子。蓋此僅屬養子一方之條件，依養子之屬人法爲已足也。又如養親之屬人法規定，成年者可收養他人爲子女，則不問養子之屬人法，雖以年滿三十歲者，始有收養之資格，亦仍得爲有效之收養是。

收養之效力，既有及於當事人間之效力及其本身之效力二種，則效力適用之法律，亦當依此分別言之：

一 及於當事人間效力之準據法

甲 養親之本國法說 日本法例第十九條第二項曰：「收養之效力及收養之終止，依養

親之本國法。」我國法律適用條例第十四條第二項亦規定：「養子之效力，依養父母之本國法。」其立法理由，謂收養成立之前，並無親子關係，故欲解決收養之成立要件，應依當事人各該本國法。成立之後，被收養者取得養子身分，發生親權關係，並加入養親家族，故與私生子認領之效力同其效力，應依養親之本國法。又在歐陸諸國，收養目的，不過使養子傳授遺產，加用其姓，若其效力不依養親之本國法，似失收養之目的。但依我國法律適用條例第十四條第二項規定，若父母異國籍而各該本國法規定不同時，則該條應如何解釋。學者於此，有謂就文義解釋，既曰依養父

母之本國法，而不曰依養父之本國法，則應依養父母雙方各該本國法。有謂就通例言之，妻隨夫籍，原不發生異國籍情形，即父母異國籍，而依妻從夫之原則，亦以僅依父之本國法爲宜。不然，如父母各該本國法規定衝突時，復將無法解決。我國法例，認子出養之後，與本家脫離關係，故採本說甚爲適當。但在採收養後與其本家仍有相當關係之國，以親之本國法爲收養及於本家效力之準據法，實爲不當。

乙 養親兼養子之屬人法說 謂凡養子與養親之關係，依養親之屬人法；關於養子與其本家之權義，依養子之屬人法。此主義就公正利順言，自無非議之處；然依各國法例，大都認收養之後，從養親之屬人法，故與其謂養親兼養子之屬人法，無寧謂養親之屬人法較爲簡便。

二 收養本身之效力

收養本身之效力，即收養及於解除之效力也。對此問題，共有三種主義：

甲 養親本國法主義 此主義認收養之解除，爲收養效力之一，故與其他效力問題採收養者之本國法，日本法例第十九條第二項規定：「關於歸祖之事，依養親之本國法，」即採此主義。

乙 養親與養子雙方各該本國法主義

謂事實上各國對收養得解除與否，往往有相反規定，故當依養親與養子之雙方各該本國法。蓋苟不如斯，若一方之本國法不承認解除者，當不認其解除之效力。又有謂收養之解除，非收養之效力問題，乃為收養之本質問題，故應依收養成立之準據法，即養親及養子之雙方本國法是也。

丙 本國法兼法庭地法主義 謂收養解除，原則上固應依本國法；然若法庭地法不認許

解除者，即不得受理。此與離婚之宣告同，非本國法及法庭地法，均認得為解除者，不能為之。

[註一] Brocher, p. 109

[註二] 此即子出生時父之本國法，見 Cheshire, p. 288

[註三] Laurent, V. S. 242; Weiss, Traite théorique et pratique de droit international privé pp. 28—29

[註四] Pouillet, Manuel de droit, international privé Belge pp. 454—455

[註五] 參見 Meili, p. 265; Wharton, p. 536

[註六] Shaeffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts, 1841, s. 37

[註七] Meili, 266

〔註八〕 與此主義相似者，有英國判例所探之子出生時父之住所地法。見 Wharton, I. s. 241

〔註九〕 Weiss, Traite theorique et pratique de droit international privé, p. 119

〔註一〇〕 英美判例，大都認不論依養親之住所地法或養子女之住所地法均可見 Minor, p. 222; Restatement, s. 150

〔註一一〕 德國民法施行法第二十二條。Rolin, Principes de droit international privé II ne 60;

〔註一二〕 Meili, p. 260

第十章 親子關係

親子關係者，父母與子女法律上之權利義務關係也。舉凡子女之監護、懲戒，以及一切財產上之權義均屬之。有稱親子關係爲親權者，其實不妥。何則？親子關係，既包含父母對於子女之權利及義務二方，僅稱謂親權，殊不能表示其真意也。親子關係，各國因倫理觀念不同而異其規定。就親權之性質言，有認親權爲父母之權利者，故父母對於子女之身分及財產，均有極大支配之權。有認爲父母之義務者，故親權不得拋棄；有認爲權利與義務之集合者，就行使親權之主體言，有認爲除法律別有規定外，由父母共同行之，父母意思不一致時，由父行之，父母一方不能行使者，由他方代之，我民法是也；有認爲通常由父行之，父不明或死亡時，由母代之，日本民法是也；有認爲僅限於父得行使親權，寡婦行使親權，須先得最近親屬二人以上之同意者，法民法是也。就行使親權之客體言，有祇限對於未成年人得行親權者，如我民法是；有認爲不論子是否成年，除獨立自生之成年者外，皆須服從親權者，如日本法是。至於養子，我國認養親行使親權，而歐洲諸國，有認爲應由生父母行之者。就親權之喪失言，我民法規定父母濫用親權，其最近尊親屬，或親

屬會議，糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部。日本民法規定，父母濫行親權，或行爲不檢，或管理不當，致害及子女之財產時，法院得因子之親族或檢察官之聲請，宣告其親權喪失；但如喪失之原因消滅時，仍得由本人或其親族之請求，回復其親權。就子女之懲戒言，有認父母得自行懲戒，有認爲須得法院之許可，送入官方懲戒所者，有認許一方由父母自行懲戒，一方請法院援助者。對於懲戒之方法，有認爲得行使監禁者，有反對之者。就子女之財產言，有認子女之財產，即父母之財產者；有認子女之以自己名義取得之財產，爲特有財產者；有認父母對於子女之財產，僅許管理，不得收益及處分者；有規定並得使用及收益者。

由此觀之，各國對於親權之規定，至爲紛歧，倘發生親權之涉外關係，則適用何國法律之間題生焉。欲解決此問題，約有下列各種主義：

一 父之住所地法主義 謂親權爲親族關係之一，故應適用住所地法，子之住所又往往隨父之住所，故從父之住所地法，父死從母之住所地法。但父之住所變更時，從其何時之住所耶？於此有三種主張焉：

甲 子出生時父之住所地法說 此爲德意志普通法所採用。謂所以採子出生時父之住

所地法者，蓋防父之任意變更住所，有妨子之利益也。此主義於情於理，均爲不當。何則？父子之愛，本諸天性，苟非有特殊關係，父決不爲變更住所，以妨害子之利益；又採此說之結果，若子女數人而生於各別之住所時，則父之親權，必因子住所之不同而異矣。

乙 父之現在住所地法說 此爲瑞士民法所採用。謂各國法律對於親權之規定，甚爲複雜，舊住所地法所規定者，常爲現在住所地法所不容。故以實利言，自以適用父之現在住所地法爲宜。且採子出生時父之住所地法，既有前述種種之不當，是惟有採父之現在住所地法。

丙 子出生時父之住所地法兼現在父之住所地法說 余以爲親權之準據法，應分親權之存在及親權之範圍二方言之，而以子出生時父之住所地法爲親權存在之準據法，以現在父之住所地法爲親權範圍之準據法。何則？親權之存在與否，爲親權之成立問題，於子之出生時，當已確定。無親權者不能因變更住所而取得親權，故親權已被法律剝削者，亦決不能因取得新住所而回復之。親權之範圍，有關於親權之行使問題，而與現在父子住所地之公安，甚有關係，故舉凡教子、訓子等事，須依現在父之住所地法。

二 父之本國法主義 此爲德民法施行法第十九條所採用。謂親權係家族關係之一，當

依當事人之屬人法，本國法優於住所地法，故採當事人之本國法。而父爲家主，子之國籍從父，故又應依父之本國法；然養父變更國籍時，則依何時之本國法耶？於此有二主張焉：

甲 依子出生時父之本國法說 謂親權原爲保護子之利益而設，子出生時即取得受其父保護之權利，此項既得權利，不容父變更國籍而改變或喪失之。此說似是而非。夫親權之創設，非專爲保護子之利益；蓋親權之行使，有關於家庭之幸福，國家之秩序，若純爲子方着想，殊非盡當。

乙 現在父之本國法說 謂各國法律規定親權關係，既繁且異，現在本國與舊本國法既無關係，仍用舊本國法，似猶未可。且諸子若於父不同國籍時所生，今依子出生時父之本國法，不免於諸子有不同一之待遇，故應依現在父之本國法。以上二說，以後說爲當，故多數之法例亦採從後說。

三 子之屬人法主義 此主義認親權爲父母之義務，親權之設，專爲保護子之利益，故其準據法，應爲子之屬人法。此主義之不當，在誤認親權之性質及其創設之目的。親權爲父母之義務，同時亦爲其權利，非僅爲子之利益而設，社會國家之利益亦繫之；故與其採子之屬人法，無寧

採親子雙方之屬人法。

四 依財產法則主義〔註一〕 謂親子關係，有涉於身分者，有涉於財產者，身分關係，固應依當事人之屬人法，而財產關係，自當適用關於一般財產之法則。財產法則云者，有主張動產依當事人住所地法，不動產依其所在地法者；有主張不論動產或不動產悉依其所在地法者。茲不論財產法則爲何，親子關係中之財產問題，依一般財產法則，顯係不當。何則？親子間財產關係，不涉於物之得喪問題，不過關於父母對於子之財產之管理或使用而已。故不應以一般物之得喪法則，爲親子財產之準據法。

五 親權行使地法 謂親權之行使有關於行使地之公安，故應依其行使地法。此主義雖有相當理由；然親權之行使非一切均與公安有關，故僅採行使地法，殊亦不當。

我國法律適用條例第十五條規定：「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。所謂無父者，係指法律上無父而言，事實上究屬有父與否，並無關係。如生父與私生子，事實上雖有父子關係，在未經父認領之前，不發生法律上父子關係，故其親子關係，須從母之本國法是。又所謂父母之本國者，指子出生時親之本國法耶？抑指現在親之

本國法耶？該條例雖未明定，然依一般法例，自以採現在親之本國法爲當。

〔註一〕英美判例，分親權爲對於子女之身體及對於子女之財產二種。前者採住所地法；後者分財產爲動產及不動產而定各別之準據法；動產依住所地法，不動產依其所在地法。見 Wharton, I, p. 578

第十一章 扶養

扶養，即於一定親族之間，互負有扶養之法定義務之謂也。故扶養關係，有扶養之權利人及扶養之義務人兩方，此制度為各國所共認。蓋不能自立者，既不能置於救助之外，若不認親族間互負扶養義務，則必需由國家社會代負其義務，故認扶養制度者，即所以輕國家社會之擔負，而藉以保家庭幸福及和平也。因此各國多認扶養為強制制度，有扶養權利者，得請求扶養義務者為一定之給付，而扶養義務者，不得不為給付；否則，扶養義務者，即構成遺棄行為，應受國家公力之制裁。雖然，各國關於此制度之內容規定，因國而異，遇涉外之扶養法律關係，衝突亦所難免。故於解決其衝突之前，將各國不同之規定，約略述之於後：

一 各國法律規定之衝突：

甲 就扶養之範圍言 有規定直系血親相互間，夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間，兄弟姊妹相互間，家長家屬相互間，均負有扶養之義務，如我國是；有規定扶養之範圍，應擴充至姻親間者，如意大利是；又有規定其限於匹偶間及直系血親間者，如英國是。

乙 就扶養之性質言 有認扶養爲出於公益上之義務者，故有扶養權利人不得處分其權利，或拋棄之。如德民法第一六一四條規定：「將來之扶養不得拋棄。」及日民法第九六三條規定：「受扶養之權利，不得處分之。」是有認扶養爲一半出於公益上之義務，而一半由於私人間之權義者，故扶養權利人得處分或拋棄其權利。

丙 就扶養之程度言 我國民法規定應按扶養權利者之需要，與負扶養義務者之經濟能力及身分定之，法國法規定應依權利者之要求及義務者家屬狀況定之；而德國法則規定，應依扶養權利者之身分而定。

丁 就扶養之方法言 我國民法規定應由當事人協議定之，不能協議時，由親屬會議定之，當事人並得因情事之變更，請求變更其程度或方法。法國法規定以給與金錢爲原則，但義務人證明無力給與時，法院得按其情形，令權利人移往於義務人之住所養之。德國法規定扶養當由於定期金支與之，父母對於未婚之子女，更得指定扶養之種類。

戊 就定義務之條件言 我國民法規定一造於不能維持生活，而無謀生能力之際，扶養義務人如非有同一情形，應負扶養之義務；但直系血親尊屬，縱有謀生能力，僅爲不能維持生活，

亦須扶養之。日本法規定扶養權利人，不能以自己資產或勞力爲生活時，即可要求義務人扶養；但兄弟姊妹間之扶養，須權利者之貧乏非其過失所致時始可請求。德國法規定，權利人非不能生活者，不得請求扶養；但未成年之未婚人，縱有財產，而其收入不足自給時，仍應由父母扶養之。法國民法規定較爲寬泛，僅扶養權利人貧困時，即發生扶養之權利。

己 就扶養權利之消滅原因言 我國民法認扶養義務人不能維持自己之生活時，免其義務。日本民法並無此項規定。法國法規定扶養義務人已至不能給與之時，或權利人無須一部或全部扶養時得停止或減輕給付。德國法則規定扶養權利者死亡，扶養關係因而消滅，然義務者不能即免其責。蓋當權利者之繼承人無力負喪費時，仍須由義務者負擔之也。

以上就親子間之扶養義務而言，非婚生子女之扶養，各國法律，規定亦不一致：有規定生父對於非婚生子女應絕對負扶養義務者，如奧國民法規定無論任何非婚生子女得享扶養權利，即子女之監護人得依法定程序，按次向各關係人提起訴訟，要求扶養，並與婚生子女受同樣之教育。有規定應負相對之扶養義務者，如德國法規定生母在受胎期間，與多數男子有性交者，不許子女強求其父爲扶養是。又有絕對否認扶養義務者，如墨西哥一九一七年法律，否認父子關

係之承認，故子之於父，無法定扶養請求權。

二 扶養之準據法

各國法律關於扶養規定既異，則扶養之準據法爲何？對此問題，應注意者，即扶養雖含有財產上債之性質，然不能與一般之債並論。蓋一般之債，或發生於不當得利，或發生於法律行爲，或發生於侵權行爲。然扶養義務則基於一定之親族關係而發生，故債之準據法，不能即爲扶養之準據法。扶養之準據法，各國所採不一，茲分述之。

甲 關於除非婚生子女外之一切扶養準據法，共有下列諸主義：「註一」

子 權利者之住居地法主義

謂扶養義務乃爲救助扶養權利者而設，並得藉以減少

人類之窮困。而增加社會之財源，免除公家撫卹，與住居地之公安關係甚大，故應依權利者之住居地法。此主義殊不足採，何則？第一、依此主義，權利者得任意選擇住居地，而使本無義務之人扶養之；如是，則他人時時須有負擔義務之慮。第二、權利者縱因無力生活而妨害住居地公安之虞時，住居地可能救則救之，不能救則放逐之，固無必須負救助之義務也。第三、縱令依權利者之住居地法，倘該住所地法不認其有扶養請求權時，則亦無從保護權利者之利益也。

丑 權利者之本國法主義

謂扶養義務爲親族關係之一，親族關係以適用當事人本國法爲原則，則扶養亦應依當事人之本國法。又扶養制度，原爲扶養權利者之利益而設，故扶養應以權利者之本國法爲準據法。依此主義，則權利者可任意變更國籍，而使原無義務者扶養之，殊有妨害社會之安定。故此主義亦不足採取。

寅 義務者之本國法主義

謂扶養爲一定親族間之法定義務，不論權利者之本國法規定若何，若義務者之本國法定以特定義務，義務者卽不能卸責；且扶養係以義務爲本位之法律關係，自不能不依義務者之本國法。日本法例第二十一條規定：「扶養義務，依扶養義務者之本國法定之。」卽此之謂也。此主義雖較權利者之本國法主義爲優，然仍難謂爲完善；蓋扶養義務爲基於親族關係相互間之權義，今日爲權利者，因經濟情形之改變，明日或卽爲義務者，今日爲義務者，他日亦得爲權利者。若僅依義務者一方之本國法，則對於同一當事人之間而屬於不同國籍者，往往因義務者本位之變更，能發生不平等之結果。

卯 權利者及義務者雙方本國法主義

此間所謂本國法，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不同時，依程度較低之本國法。其依本國法者，蓋扶養爲親族

關係之一也。其依雙方之本國法者，蓋此爲雙方相互間之權義，所以防不平之發生也。其依較輕之本國法者，蓋扶養原以義務爲本位，藉以保護義務者也。其依義務發生時之本國法者，蓋所以防義務者變更國籍而避免其義務也。其主義甚爲允當，惜採之者甚少。

辰 本國法兼法庭地法主義 此主義又可分爲權利者之本國法兼法庭地法主義與

義務者之本國法兼法庭地法主義。

1. 權利者之本國法兼法庭地法主義 我國法律適用條例草案第十八條云：「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所不許者，不在此限。」即採此主義。其理由無非謂：（一）扶養制度，原爲扶養權利者而設，故依權利者之本國法。（二）該條但書規定，所以保護中國人爲義務者也。此規定非盡完善，何則？扶養非僅爲權利者而設，前已言之；而權利者及義務者之雙方若均爲外國人時，則此條亦無由達保護國人之目的也。

2. 義務者之本國法兼法庭地法主義 我國法律適用條例第十六條載：「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。」論者評該條規定，其不當之點有二：其一，凡採法庭地法爲準據法之場合，必其法律關係與法庭地之公安有關，

扶養義務有關於倫理及道德觀念而與法庭地之公安並無關涉，故殊無兼採法庭地法之必要。其二，該條但書規定，其原意或以保護中國人之利益爲目的，實則不能達保護之目的；蓋如扶養義務者爲外國人時，以中國法限制之，反或足以減輕其原有之義務也。

巳 義務者之住所地法主義 謂扶養既爲以義務爲本位之法律關係，故應適用義務者之屬人法；而住所地法復爲最能保護義務者之屬人法，故扶養應依義務者之住所地法。此主義爲英美一部份學者所採取，其不妥與採義務者之本國法主義同。

乙 關於非婚生子女扶養之準據法 非婚生子女之扶養與一般之扶養，性質不同。蓋後者基於一定親屬關係之相互間義務，而前者乃父之片面所負之義務，全以保護子女爲目的，故不能與一般之扶養義務比擬，而採同一之準據法。學者對於非婚生子女扶養之適用法則，大概有左列主張：

子 法庭地法主義 謂非婚生子女之扶養，每引起認領問題，與法庭地之公安有關，故應依法庭地法。此主義未能謂當，何則，蓋如當事人之屬人法認父無扶養義務，而法庭地法認爲有之者，若逕依法庭地法，卽不免有意推翻當事人所屬國法之明禁。且扶養係基於身分而生，更

不能任非婚生子女擇地與訟。

丑 父之本國法主義

謂扶養爲相互義務，往往以義務本位決定其準據法。非婚生子女之扶養既爲父之片面義務，更當以父之本國法爲準據法。又扶養爲非婚生子女認領效力之一，認領效力，通常依認領者之本國法，故扶養亦應依父之本國法。此主義殊亦未當，何則？非婚生子女扶養之性質，既非基於一定親族關係所生之義務，故無所謂義務本位。此種扶養，不論其生父之本國法規定若何，要皆以權利者之法律規定爲準；故與其謂依父之本國法，不如謂依子女之本國法。又通常扶養雖爲認領效力之一，然各國非均以認領爲扶養之前提，即非婚生子女並無認領，亦有規定父應負扶養者。

寅 生母之本國法主義

謂非婚生子女之扶養，其目的在保護子女之利益，故其準據法，應以子女之法律定之。非婚生子女之國籍，通常又隨生母之國籍，而子女之要求扶養時，又往往以生母爲法定代理人；是母之本國法，實爲最得保護子女之利益之法律也。故非婚生子女之扶養，應從母之本國法。然採母之本國法主義諸國，又分二說：其一爲子女出生時母之本國法說，此爲波蘭法所採取。其理由謂子女於未出生時，是否得生，未能確知，故不能推知其國籍之所屬。

出生後始取得人格，故應依出生時母之本國法。且苟不採出生時母之本國，則母得變更國籍，致影響子女出生時已得之權利矣。其一爲受胎時母之本國法說，此卽子出生前母之本國法也。其理由無非謂所以採母之本國法者，蓋母之本國法卽子女之本國法也。然在目今國籍尙未統一之際，出生後母與子女卽異國籍者有之，是將能以母之本國法代子之本國法適用之耶？況受胎爲計算父之扶養義務之起點，不得不以受胎時母之本國法爲標準也。

卯 本國法兼法庭地法主義

謂扶養義務，既關於屬人問題，自當依當事人之本國法

爲原則；然有時與法庭地公安有關，故亦不能不顧及法庭地法。此主義可稱圓滿；但其中又分二派：其一爲以法庭地法代本國法之適用說，卽縱依私生子女之母之本國法，認父無扶養義務或其義務較輕時，苟法庭地法之規定爲有利於子女時，則適用法庭地法是。例如波蘭民法第二十一條第一項云：「私生子女之扶養，依其出生時母之本國法。」第二項云：「私生子女出生時，父母有住所於波蘭者，如依波蘭法有利於子女，則依波蘭法。」其一爲以法庭地法限制本國法之適用說，卽原則上非婚生子女之扶養依當事人之本國法，但若法庭地法設有相當限制時，仍不得適用本國法。例如一般立法例，關於非婚生子女之扶養，多採母之本國法主義；但如以父之認領

爲子女扶養請求之條件，而法庭地法不准父之認領者，則仍不得主張扶養也。

我國法律適用條例，對於非婚生子女之扶養，未設明文。一般解釋，認爲亦應依該條例第十六條之規定，依扶養義務者之本國法（此處即父之本國法），但扶養權利之請求，爲中國法既不許者，不在此限。

〔註1〕 參見 Meili, p. 257; Minor, 180, Phillimore, P. 355

第十二章 監護

監護或保佐，爲對於無行爲能力人及限制行爲能力人，輔助其行爲，保護其利益所設之制度，亦爲相互間之法律關係之一，故有監護人及被監護人兩方。我第二次民法草案稱曰保護人，現行民法則總稱曰監護人。各國法律，不但對於監護之稱呼不一，即認定其性質，見解亦各不一致：有以爲子女之身體財產，由父母保護之者曰親權，由第三人保護之者曰監護。我國民法既認父母有監護子女之權，是親權與監護，實無分別之必要也。有以爲監護爲親權之類推適用，親權適用於子女，而監護則兼適用於妻，失蹤人，禁治產人等，又有以爲監護既以保護被監護人之財產爲目的，屬債之性質，應列入於債權章內者。復次，各國法律對於監護之意義，認定亦不相同。羅馬法系，謂監護人之意義，應包含保護人(Tutor)及保佐人(Curator)而言；英美法系中，美國諸州，認監護人(Guardian)應對於被監護人之身體及財產，均負監護之責。而英國判例，則認監護人(Guardian)與保佐人(Curator)應負各別責任。前者爲保護被監護者之身體而設，後者爲保護被監護者之財產而設。我國民法不設監護及保佐之分，而總稱監護，故本章不名監護及

保佐，而僅題監護。各國法律，對於監護，規定亦極不一致，茲分述之：

一 監護之機關 就監護之機關言，有特設監護法院者，如德意志西班牙諸國是，有歸親屬監護者，如我國、日本是。

二 監護人之人數 一般國家立法例，認監護僅為被監護者利益而設，若監護人之人數過多，則必致互相推諉，為事滯延，有妨監護之進行；故主張以一人為原則，如日本是。德國法則認有必要情形，亦得添設副監護人，英美普通法，對於身體之監護，認被監護人住所地得設監護人為原則，但若其人不在住所時，所在地國，為保護內國之公共政策，得設臨時監護人（Temporary Guardian）。對於財產之監護，往往由被監護人住所地國法院設定主監護人外（Principal Guardian），凡被監護人之財產所在地國，均得各別設定助監護人（Ancillary Guardian）。

三 設定監護人之方法 我國民法設有委定（由父母於特定期內，委託第三人代表監護）指定（由遺囑指定）法定（祖父母於父母死時為未成年人之監護人是）選定（由親屬會議，或法院選定）四種。日本無委定方法，英國除法定及法院選定者外，又有遺囑監護人（Testamentary Guardian）。

四 監護人之資格 我國民法規定未成年人及禁治產人不得爲監護人。日本法規定除上述二種人外，又規定停止或褫奪公職者、破產者、行蹤不明者，或行爲顯有不檢者，法國法規定除禁治產人及行爲不檢者外，又加曾受體刑或恥辱之刑者。

五 監護之免除 監護之責，係公職性質，各國大都認爲非有正當理由，不得辭職。我國民法規定法定及選定監護人，不准自由卸職。日本法認爲除婦人外，一切監護人均當有正當理由，始准辭職。然所謂正當理由者，各國法律規定又不一致；德國法認爲女子，年滿六十歲以上者，住所離監護法院甚遠者，疾病殘廢者是；日本法認現役軍人，年老疾病等人是；法國法認陸海軍總長，國會議員，律師，現役軍人等是；西班牙認爲年滿六十歲者，有子女五人以上者，貧乏者，不識字者等是。

六 監督人之設置 監護人對於被監護人之利害，頗有關係。各國法律，多設監督人以監督監護人之行爲。我國民法以親屬會爲監護人之監督機關，不另設監督人，法國法不論何種監護人均須由親屬會另選監督人，監督其職務。德國因行法院監督制，故無庸再選監督人。

七 監護之開始 關於未成年人監護之開始，我國民法認爲以未成年人無父母或父母

均不能行使親權時始。法比諸國認爲父母有一方死亡時即開始者；意大利則認爲非父母俱亡或喪失親權時不開始者。關於禁治產監護之開始，通常自宣告時起，但德國法規定即在聲請禁治產時，於必要情形中，亦得設假監護人，其任務至正式宣告時止。

此外，如監護人應如何保障被監護人之身體財產，監護之終止，監護人所負之損害賠償等問題，各國民法，無同一規定。

第一節 監護之管轄

一國對於內國人，有監護之管轄權，固無疑義。但對於留住於內國之外國人，亦得管轄與否？此爲一問題。茲就未成人之監護管轄及禁治產人之監護管轄分別言之：

一 未成人之監護管轄〔註一〕 各國立法例，關於未成人之監護管轄，大都以未成年所屬國管轄爲原則，而以居留國管轄爲例外。所以採所屬國管轄者，一則監護之目的，在補助被監護人之能力，能力依本國法，故監護以未成人本國管轄爲當。二則一國對於在外僑民往往行使監護權，則對於在內國之外國人，殊亦當任其本國有管轄權。然在內國之外國人，將何以

使其本國監護之耶？當今各國，多互締條約，允許相對國外交官或領事在其駐留地爲其本國人民之監護。海牙監護公約第二條云：「未成年人，於外國有永續居所時，其本國法，不於其本國設置監護時，其本國有職權之外交官或領事，得依本國法，設置監護。」雖然，若未成年人之本國，未爲設置監護，或不能設置時，則又將何如？於此場合，惟有許居留國有自行設置之權。蓋不然，不特不能保護被監護人之利益，抑且有妨第三人之利益。海牙監護公約第三條云：「在外國有永續居所之未成年人之監護，若其本國未爲設置，或不能設置時，則依被監護人所在地法律設置並執行之。」我國法律適用條例第十八條，對於未成年之外國人設置監護，認爲須具備三種條件：第一、該外國人須在中國有住所或居所；第二、須依其本國法，有須設置監護人之原因者；第三、須其本國無人行使監護事務者。

二 禁治產人之監護管轄

因禁治產設置之監護，屬於禁治產宣告之效力問題，故一國有否爲外國禁治產人設置監護之權，自以內國有無對之禁治產宣告之權而定。夫禁治產人監護之目的，爲謀禁治產人本人之利益，及保護其有關之第三者，故一國對於在內國之外國人，不論其國籍爲何，住所在何處，均得有監護管轄權。

第二節 監護之準據法

遇涉外之監護關係，應依何法以解決之耶？學者對此問題，約有下列諸說：

一 財產所在地法主義 此主義可分爲絕對的財產所在地法主義與相對的財產所在地法主義二種：前者謂關於身體及財產之監護，均依財產所在地法，蓋監護與被監護人之財產最有關係，其目的亦無非爲保護被監護人之財產；至被監護人之身體，殊非重要，故一切悉依財產所在地法爲定。後者謂關於身體之監護，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。

財產所在地法主義，顯係不當。何則？監護之主要目的，原不專在保護被監護人之財產，而在補助被監護者之能力。即就有財產關係者言之，監護之本體，與監護所生之財產關係，判然二事；不能以物權之準據法，爲監護財產之適用法則。且監護財產或散處於各方者有之，若依財產之所在地法，勢必各設監護，則財產之管理，將無由得統一之效。故此主義僅爲英美諸國所採用。

二 被監護人之住所地法主義〔註二〕 謂監護之目的，既在補助被監護人之能力，則監

護自當依當事人之屬人法爲準。住所地法爲最能保護被監護人之屬人法，故監護應依被監護人之住所地法。且監護人往往由公家設置，其職權之行使，以設置國之領域爲限，雖被監護人之本國設有監護，若其人非住於本國時，仍無由達設置監護之目的。此所以仍不得不依住所地法也。此主義在採住所地國爲屬人法之國，因特殊情形，爲貫徹住所地法之主張，並無不可；然在他國家，因住所未如國籍之較有永久性，故不如採本國法主義爲善也。

三 被監護人之本國法主義註三 謂監護之目的，既在補助被監護人之能力，保護被

監護人之利益，是乃關於屬人問題，應依被監護人之本國法爲準。此主義爲一般國家所採取，爲監護之一大原則；然實際上僅藉此一原則，常有不便之處，故有時不得不設下列之例外規定：

甲 本國法兼財產所在地法說 謂財產之管理，應依被監護人之本國法。然財產之處分，往往有關於第三人之利益，故雖依本國法被監護人之不動產得爲讓與，然爲物之所在地法所不許者，仍不得讓與。例如海牙監護公約第一條雖規定：「未成年人之監護，依其本國法定之。」又第六條第一項載：「監護之管理，不論所在地法規定若何，應及於未成年人之身體及財產之全部。」然同條第二項則規定：「前項規定，惟對所在地法，置該不動產於特別土地制度下者，得

認爲例外。」是以本國法爲原則而以財產所在地法爲例外主義也。

乙 本國法兼法庭地法說 謂監護既爲屬人問題，理論上自不得不依被監護人之本國法爲定；然其人若住留於內國，則即與內國之公益發生相當關係，爲保護被監護之個人利益及第三人之利益計，自亦不得不受住留國法律之制裁。我國法律適用條例第十八條，雖曰：「監護，依被監護人之本國法。」而但書規定：「凡我國對於有住所或居所之外國人，其本國有置監護人之原因，而無人行使監護之事務者，則依中國法。」是以本國法爲原則而以法庭地法爲例外主義也。

監護之外又有所謂保佐者，大都爲對於準禁治產人或其他限制能力人，補助其能力所設之制度。其性質與監護完全相同，特不過程度上有差異耳。我國法律適用條例第十九條雖規定：「前條之規定於保佐通用之。」然我國現行民法，既無準禁治產之規定，而妻亦非限制能力者，故保佐實無更行申述之必要矣。

〔註一〕英美判例，以未成年人之住所地國管轄爲原則，但有其財產於外國時，則財產所在地國，亦得就其財產而

管轄之見 Minor, pp. 258—266

〔註二〕英美學者區別監護爲及於被監護人之身體與及於被監護人之財產二種：前者依被監護人之住所地法；後者除動產外，依物之所在地法。見 Wharton, P. 585; Phillimore, pp. 433, 435, 590, 595

〔註三〕此爲大陸學者及立法例所採，見 Bar, *Private International Law*, translated, by G. R. Gillespie, p. 459

第十三章 繼承

繼承者，有特定身分之人，於一定之原因，繼續被繼承人人格之謂也。在昔羅馬時代，認人之身體雖有死亡，但其人格永久存續。在今私有財產制下，不論國家之背景如何，莫不認遺產繼承制度。即在行社會主義之蘇俄，亦有限制遺產繼承之認可。不獨內國人得繼承遺產，即外國人在內國，亦得有相當繼承之權。特各國對於繼承之規定，互不相同：有規定法定繼承者，有規定遺囑繼承者。法定繼承者，被繼承人於死亡前對於繼承無意思表示，而依法律之規定，處理繼承事務也。遺囑繼承者，乃被繼承人以遺囑處理繼承事務也。遺囑繼承將附述於遺囑章內，茲特就法定繼承言之。

一 繼承人之資格 繼承人須有如何資格，始得繼承之耶？各國法律，有認繼承權屬長子

專有者，有認限於被繼承人兄弟所有者，有認爲被繼承人之直系卑屬所有者，有認爲匹偶得與直系卑屬共同享有者。就直系卑屬中言之，有認僅限婚生子女所有者，有認私生子亦得享有者，更有認養子亦得兼有之者。

二 繼承人之順序 同有繼承資格者，當繼承之際，又有先後順序之分。在同一直系卑親屬中，有以親等近者爲先，同親等者，平均繼承；有以子女及其他卑親屬，不問出生之先後，均得平均繼承其父母，祖父母等之財產。在第一順序以外之繼承，有以父母爲第二位，兄弟姊妹爲第三位，祖父母爲第四位，有以配偶爲第二位，直系等親屬爲第三位，戶主爲第四位者。

三 應繼分之分配 在同一順序而有數人繼承時，或雖非同一順序而有共同繼承人時，每人應繼若干？各國對此，就同一順序人應繼分言之：通常雖規定平均繼承爲原則，然日本法則認私生子女及庶子女之應繼分，爲嫡子女應繼分之半數。德國法認私生子女，對於父之遺棄，僅有受贍養權，而無應繼分。就不同一順序而有共同繼承人言之：例如配偶，在我國應與血親卑親屬按人數平均分配，與父母或兄弟姊妹共同繼承時，其應繼分爲遺產二分之一；與祖父母同繼承時，其應繼分爲三分之二，無上述各繼承人時，其應繼分爲遺產全部。在德國配偶與直系卑親屬同繼承時，其應繼分爲遺產四分之一；無直系卑親屬而與父母、兄弟姊妹或祖母同繼承時，其應繼分爲遺產二分之一。

除上述不同之規定外，各國對於繼承之效力，限定之繼承，遺產之分割，繼承之拋棄，無人繼

承之繼承，亦均有不同規定，茲以限於篇幅，不贅述。

各國關於繼承之法律，既分歧不一，遇有涉外之繼承問題，則衝突生焉。解決之道，學者雖有主張採一統原則為解決繼承之一切問題者，余則以為現今各國法例，均未有如往昔羅馬對於繼承有統盤合一之概念，若欲以一統原則為繼承一切問題之準據法，實未能強可。故本節分繼承之權利能力之法律適用及繼承之其他問題之法律適用言之：

一 繼承能力之法律適用 繼承能力，係指繼承人之權利能力而言，換言之，即何人得享有繼承權之能力是也。在繼承人方面，既有自然人及法人兩種，故其法律之適用，亦各有不同。茲復分述之：

甲 自然人之繼承能力 繼承能力，既為權利能力而非行為能力，自不能與行為能力同採當事人之屬人法為原則。然權利能力究屬屬人問題，故各國立法例，亦採屬人法為原則。然所謂屬人法者，係指何方之法耶？各國立法例及學者主張，約分下列諸說：

子 被繼承人之屬人法說 [註一] 一稱遺產之準據法說 (Law governing the estate)。謂繼承能力為繼承人是否有相當親等得享受繼承之問題，故應依遺產之準據法。遺產

之準據法，即被繼承人之屬人法。如德國人請求對於在英國遺產有繼承人資格時，不當依德國法，而應依英國法是。我國法律適用條例第二十條載：「繼承依被繼承人之本國法。」則解釋上，關於繼承人之能力，似即採本說也。此說甚為確當。蓋繼承之權利能力，事實上非依其權利之能享受之國之法律不可，理論上外國人之在內國之權利享有，又不得不依內國法。故繼承人之屬人法，雖許其有繼承之權，而為被繼承人之屬人法否認之者，該繼承人即無從繼承；反之，繼承人之屬人法，不准其繼承，但被繼承人之屬人法准許之者，仍得繼承。

丑 繼承人之屬人法說〔註二〕 謂繼承乃被繼承人因死亡而移轉其人格之謂，故繼承一方固為繼承人之權利，而他方又為繼承人之義務。繼承既與繼承人有如斯重大關係，故繼承人之能力，應依其屬人法。此說殊屬不當，蓋一則被繼承人之人格，欲由誰為繼承，當推考被繼承人之意思而定，是何者有繼承資格，當由被繼承人屬人法決定之，最為適宜；再則繼承之能力，原屬繼承本體之問題，若謂繼承本體以適用被繼承人之屬人法為原則，則繼承之能力，惟有依同一之準據法定之。此所以本說為一般學者所不取也。

寅 被繼承人與繼承人之雙方屬人法說 謂繼承能力，為繼承本體問題之一，固應依

被繼承人之屬人法；但同時有關於繼承人之利益，故並需顧及繼承人之屬人法。換言之，繼承之能力，應依被繼承人與繼承人之雙方屬人法定之。如繼承人之屬人法認為有繼承權者，而依被繼承人之屬人法無繼承權者，固不得繼承；即如被繼承人之屬人法認為有繼承權者，而繼承人之屬人法規定相反者，亦無繼承能力。此說固對於被繼承人與繼承人之屬人法雙方顧及，然如被繼承人之屬人法，承認其人有繼承能力，乃依繼承人之屬人法之否認，而取銷其繼承能力，殊失允當，非所以平等待遇內外國人之道也。

乙 法人之繼承能力 法人無法定繼承人之資格，為各國所公認。然在遺囑繼承，被繼承人得指定法人為繼承人。然法人之性質與自然人不同，故不得不另求法人之繼承能力之準據法焉。關於法人應以何人為其代表得收受遺產之問題，係屬行為能力問題，應依法人本座地法 (Law of the state where the juristic person has its seat) 固無問題。〔註三〕然關於法人應具有何種要件始得取繼承之利益一點，係屬權利能力問題，學者主張，約有左列數說：

子 被繼承人之屬人法說 謂法人之有無繼承能力，僅須依被繼承人之屬人法認其有無法人之資格定之；苟被繼承人之屬人法，認其合法存在，即使依繼承法人之屬人法無此種

法人，仍得認有繼承能力。此說要非適當，蓋法人是否合法成立，宜依法人之產生地國，若其產生地國，根本不認其有法人資格，僅依被繼承人之屬人法而承認之，使其有繼承能力，實非有理。

丑 繼承人之屬人法說 謂被繼承人若以動產遺贈外國法人，則不論遺產之準據法規定若何，其能力問題，乃應依該法人之所屬國法。蓋縱依遺產之準據法，認其有法人之人格，然依其所屬國法根本不認其存在，則已失其所以為法人之依據，安得云當。此為英美判例所採取，但僅得適用於動產繼承，蓋不動產之繼承，自當依不動產所在地法為準也。

寅 被繼承人及繼承人雙方屬人法說 謂僅依被繼承人之屬人法說，固非所當；然僅依繼承人之屬人法，亦非所宜。何則，蓋法人之所屬國雖認其有人格，得繼承遺產，但如被繼承人之屬人法，不認其有人格，或因其未履行內國法對於外國法人之登記程序，不認為得享受法人之權利，是仍無繼承之權利能力。故法人之繼承能力，必依被繼承人及繼承人之雙方屬人法定之。此說雖為少數學者極力主張，各國立法例中，尚無採用之者。

二 繼承其他問題之法律適用 繼承其他問題即指應繼分、遺產之分割、拋棄等是。此種問題，應以何法為其準據法耶？各國立法例及學者主張，有左列諸說：

甲 財產所在地法說〔註四〕

謂繼承與一國之經濟制度，甚有關係，例如恐資產集中，以致財富不均之國，採平均繼承主義；恐土地分割，資源分散之國，則採長子繼承主義。繼承既有關於一國之經濟，自惟有依財產之所在地法，又繼承為取得財產原因之一，故又應依物權之準據法，而適用財產所在地法。此說未能云當，蓋一則繼承與繼承之財產應分別認定，繼承之財產雖與一國之經濟有關，然如何實現其繼承，與財產所在地之經濟無關，故以此而謂繼承亦應依財產之所在地法，當為未可。且被繼承人之財產，未必集於一處，若散於各處時，則依此說必致準據法因地而異，殊有失繼承之統一性。

乙 動產依被繼承人之住所地法不動產依所在地法說〔註五〕

謂不動產非依其所在地法，實際不能取得繼承之效力，故應依所在地法，然動產易於變動，本無固定之所在，若亦適用所在地法，難得有確定之對象，即無由定其繼承之關係，故動產應依被繼承人之住所地法，藉得收統一繼承之效。於此應注意者，動產依被繼承人之原則，尚有二種例外：其一為因不法行為致被繼承人死亡所生之損害賠償金，在英美一般判例，認為對於死亡人有利益者所特有，不應加入於遺產數額中者，故應依不法行為發生地法，以決定該賠償金之應歸屬於何人；其二為動產

所在地國若以明文規定關於該動產之繼承，應依其內國法者，亦不能依被繼承人之住所地法。此說雖合於英美法之一般概念，大陸學者如沙維尼等羣斥其非。蓋就英美判例之立法原意言，動產之所以依被繼承人之住所地法者，既非根據動產隨人觀念，又非以被繼承人之住所地法，對於其住所外之動產有域外效力，乃係認財產繼承原則上不論動產或不動產，統應以財產所在地法為準，但爲統一繼承起見，免動產散處各方，執行不便，故解釋上認動產所在地法允許被繼承人住所地法代爲適用耳。由此觀之，此說在理論上實與財產所在地法說無異，蹈同一之錯誤。又繼承財產，爲一種概括之財團，又不能強分動產與不動產而異其適用法律，且不動產如散處各方場合，其適用法律必因地不同，仍不能得統一繼承之目的。

丙 被繼承人之最後住所地法說 謂繼承乃被繼承人人格之延長，舉凡被繼承人之動產或不動產，權利及義務，悉數移轉於繼承人。是繼承問題，非依被繼承人之屬人法不可。被繼承人之屬人法維何？曰：與被繼承人最有關係者及可推知被繼承人之意思者，厥爲被繼承人之最後住所地法。此說爲瑞士挪威諸國所採。

丁 被繼承人之本國法說 謂繼承有關於家族之權利問題，當以關於此項權利之準據

法定之。換言之，即當依被繼承人死亡時之本國法是也。國際法協會在牛津開會，曾決議云，整個繼承，則關於繼承人之權利，故權利之性質，繼承之分量，遺囑繼承之成立，應依被繼承人之本國法，國籍不明時，依其住所地法，我國法律適用條例第二十條亦採此說。

被繼承人本國法之適用，亦受相當限制。蓋繼承之規定，含有倫理的、社會的及公家性質。一國對於被繼承人本國法之適用，若有違反內國之公益或強制規定者，則得不適用之，是為被繼承人本國法適用之例外。

〔註一〕英美判例探不動產依不動產所在地法，動產依被繼承人死亡時之住所地法。Story, p. 678; Minor, p. 328. 法國民法第八條探被繼承人之本國法。

〔註二〕 Savigny, viii p. 313

〔註三〕 Meili, p. 202

〔註四〕 Phillimore, p. 703

〔註五〕 Meili, pp. 374, 375, 386; Wharton p. 562

第十四章 遺囑

遺囑者，爲處理事務或財產而便於死後發生效力之法律行爲也。各國法律，對於遺囑之規定有左列不同之點：

一 關於遺囑之能力者 訂立遺囑，爲法律行爲之一，然限制行爲能力人，得不經其法定代理人之同意而自爲之，固爲各國所公認；但對於遺囑年齡，仍有不同之限制。例如我國民法規定未滿十六歲者，不得爲遺囑；瑞士法律定爲滿十八歲者始得爲之。

二 關於遺囑之範圍者 英美普通法，採遺囑自由主義，謂被繼承人於生前得自由處分其所有財產，不受任何限制。我國及日本以及大陸諸國，大抵採遺囑限制主義，謂被繼承人雖得以任何方式處分其財產，但在遺產繼承之中，當留相當特留財產。卽同採特留財產國家，其規定特留分之成數，亦各有不同。例如我國規定直系血親卑親屬父母配偶皆爲其應繼分二分之一，兄弟姊妹及祖父母之特留分，爲其應繼分三分之一；日本則規定直系卑親屬之特留分，爲繼承財產二分之一，其他法定繼承人之特留分，爲繼承財產三分之一。

三 遺囑成立之方式 遺囑所以證明被繼承人死亡前之意思表示，與一國之公益及當事人之利益關係甚大，故為預防偽造錯誤起見，各國莫不認為要式行為，有違背法定方式之遺囑，認為無效。然規定其方式之法律，各國亦未能盡同。例如我國民法規定遺囑應依下列方式之一為之：一、自書遺囑，二、公證遺囑，三、密封遺囑，四、代筆遺囑，五、口授遺囑；德國祇認自書遺囑、公證遺囑及口授遺囑三種；日本則無代筆遺囑。

各國法律之規定，既不同如此，遇有涉外之遺囑問題，應依何國法律以定其成立及效力耶？對此問題，各國立法例及學說各異。茲分遺囑成立實質問題之準據法及遺囑成立形式問題之準據法言之：

一 遺囑成立之實質要件之準據法〔註一〕 遺囑內容，大抵無非為繼承問題，故遺囑成立實質問題之準據法，多依繼承問題之準據法而定。然間亦有不同之點，茲略述之：

甲 財產所在地法說 謂遺囑乃所以處分遺產，故應依遺產所在地法，此為南美諸國締結之蒙特維地條約第四十五條所載。此說殊誤認遺囑之性質矣。蓋遺囑固有規定被繼承人財產之處分，然亦有規定身分及其他事項者，其對象既非限於遺產一項，徒以物權法則為遺囑之

準據法，安得謂當。縱某特定遺囑，僅爲遺產之處分，若遺產散於各地，則遺囑必須合於所有財產所在地各法律之規定，始得有效成立。是於事實上亦多窒礙。

乙 動產與不動產分別說

〔註二〕

謂不動產有定着之所在，其設定變喪，均與所在地國

有公的關係。遺囑繼承，不免與不動產之得喪有關，故應依不動產之所在地法。動產之所在，甚易變動；而無形動產，又往往苦無標準以定其所在。且事實上動產又隨人所在，故不如依遺囑人之最後住所地法爲愈。此說以不動產依其所在地法，仍不免復蹈前說之弊；而強分遺產爲動產及不動產而異其準據法，更不免破壞繼承之整個性，故此說僅爲英美判例所採取。

丙 遺囑人本國法說

謂遺囑之成立，有關於遺囑人之身分能力問題，自應依能力之準

據法，適用遺囑人之本國法。又遺囑爲繼承法之一部，繼承爲強行法規，雖本國人在外國者，亦應遵循，自更不得適用遺囑人之本國法。我國法律適用條例第二十一條，即採此說。

各國對於遺囑成立之實質要件，都以遺囑人之本國法爲準據法。然遺囑有於死亡時爲之者，亦有於生存時爲之者，若遺囑人於遺囑成立後，變更國籍，則所謂本國法者，究指遺囑成立時之本國法，抑指遺囑人死亡時之本國法耶？對此問題各國立法例及學說，約有二種：其一爲遺囑

成立時之本國法說。「註三」謂遺囑效力之發生，雖在遺囑人死亡時開始，然遺囑本體是否有效成立，應依行爲時之法律爲準，故若在訂立時爲有效成立，遺囑人之國籍更改，亦不能影響之。日本法例第二十六條第一項及我國法律適用條例第二十一條第一項，均採此說。其一爲繼承開始時之本國法說。「註四」謂遺囑乃屬於遺囑人之片面行爲，非如契約之爲雙方法律行爲，故其成立之後，遺囑人仍得自由變更或取銷之，不受訂立時之任何法律拘束；且遺囑爲排斥法定繼承之處分行爲，爲繼承之一部分，又當與繼承之其他部分採取繼承之準據法爲依歸。以上二說，殊以後說較當。我國法律適用條例，採取前說，蓋立法者或別具理由，各有見地不同，自難強爲一致。

二 遺囑成立之形式要件之準據法「註五」 遺囑成立之方式，爲法律行爲之一，應從法律行爲方式之準據法，依行爲地法爲原則，然事有不盡然者。各國對此，規定互歧。茲舉其要者述之：

甲 動產不動產異法說「註六」 謂遺囑成立之形式要件，例如遺囑人之簽字，證人之人數等，關於動產原則上依遺囑人死亡時之住所地法，與遺囑人立遺囑時之住所地法無關。關於

不動產，依不動產所在地法，此爲英美普通法所採用。然其說頗爲不當，何則？一則動產依遺囑人死亡時之住所地法，使遺囑人於立遺囑之時，對於形式，因不能確知其死亡時之住所所在，無一定之標準，結果，誠恐日後依死亡時之住所地法因不合形式而歸無效，故不願於生時書立遺囑。二則不動產必依其所在地法，則一人如有動產及不動產，而不動產又散處各地時，遺囑人必須適合各地法律規定之方式，其遺囑始得全部有效。此事實上之不便也。

乙 遺囑人之本國法說 謂遺囑方式，爲關於遺囑之能力問題，能力依本國法，則遺囑方式，亦應依遺囑人之本國法。此爲荷蘭民法所採，其視遺囑爲能力問題，固已失當；且僅以本國法爲準據法，則不論內國人之留居於外國者，或外國人之留居於內國者，往往將因事實上不能依本國所定之方式，無法爲有效之遺囑矣。

丙 行爲地法或遺囑人本國法說 「註七」謂專依遺囑人本國法，事實上既多不便，故宜許遺囑人於遺囑訂立地法及其本國法二者之中，選擇之，換言之，其形式不論依行爲地法或遺囑人之本國法均可。此爲德日法例所採取，又爲瑞士學者梅立極力主張。此說認遺囑方式爲任意法規，得任遺囑人因事制宜，是其優點，各國仿之。

我國法律適用條例第二十一條既規定：「遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法，」而第二十二條第三項復規定：「關於物權之遺囑方式，得依第二十六條第一項前段之規定，」第二十六條第一項前段規定：「法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法。」是可知遺囑之方式，於行爲地法及遺囑人之本國法，均得依據，一任遺囑人之便耳。

各國立法例，對於已成立之遺囑，復規定可由遺囑人撤銷之。蓋一則遺囑爲遺囑人之片面行爲，二則遺囑效力之發生在於遺囑人死亡之後，而遺囑又爲遺囑人死亡時之表意行爲，爲願全遺囑人之最後意思表示起見，自容遺囑人對於已成立之遺囑，有撤銷之權。然各國法律，關於遺囑撤銷之規定不同。若遇涉外問題時，將何所據而解決之耶？對此問題，茲舉例以釋明其解決方法：設有遺囑人甲在X國立遺囑後，即將其遺囑內之簽字畫去，X國法律認簽字之畫去爲撤銷遺囑之有效表示，其後甲向Y國入籍，而死於Y國，然Y國法律不認簽字之畫去爲遺囑撤銷之有效行爲時；或設其他事實均與前例相同，但X國法律不認爲此行爲爲有效撤銷而Y國認其爲有效撤銷時，應依何法爲準耶？曰：有三種不同之主張焉：

一 依遺囑人之意思說 謂該遺囑是否仍爲有效，須推定遺囑人之入籍用意爲定。此說

殊不確當，何則？在此場合，遺囑人之用意，實無從推定，蓋在前例情形，可推定遺囑人以盡去行爲，使該遺囑永失其效，而同時亦可謂其入籍行爲，使以前撤銷行爲，因新本國法認定之不同，得恢復爲有效。

二 依遺囑人死亡時之屬人法說 謂撤銷爲遺囑有效成立問題之一，遺囑成立，依遺囑人死亡時之屬人法，故撤銷亦應依遺囑人死亡時之屬人法。此說亦未能謂當，蓋撤銷爲成立之相反行爲，有成立始得言撤銷，故理論上不宜援用遺囑成立之準據法。

三 依撤銷行爲發生時遺囑人之屬人法說 謂遺囑之撤銷，不論其爲明示或默示，非爲連續行爲，而爲即成行爲，即其行爲一發生，撤銷即爲完成，該遺囑即失效力，苟非遺囑人重行訂立，不得因其屬人法之改變，使已撤銷之遺囑，復爲有效。換言之，即撤銷後遺囑人之屬人法，不能影響已撤銷之遺囑爲有效也。我國法律適用條例第二十一條第二項規定：「遺囑之撤銷，依撤銷時遺囑人之本國法，」即爲此也。

於此應行連帶論及者，即遺囑之解釋，應依何種準據法問題是也。與遺囑相似者，尙有繼承之契約與贈與。遺囑人所書之字據，究爲遺囑，抑爲繼承契約或贈與，應依書立字據地法律爲準，

固爲各國立法例所公認；但縱認其爲遺囑，而內容所載文字，各國解釋若不一致，則應以何法爲準耶？對此問題，學者主張仍當依繼承之準據法爲定。在採本國法爲繼承準據法之國，即以本國法爲遺囑解釋之準據法；採住所地法爲繼承準據法之國，即以住所地法爲遺囑解釋之準據法。英美判例，對於遺囑之準據法，區別動產及不動產分別規定，故對於遺囑之解釋其所取之適用法律，亦區別規定之。「註八」其關於動產，英國自金堂法案（Lord Kingsdown's Act）以後，採訂立遺囑時遺囑人之住所地法。「註九」美國除一部份判例採訂立遺囑時遺囑人之住所地法外，間尚有採遺囑人死亡時之住所地法者。其關於不動產，學者間雖亦有主張依遺囑人之住所地法者，但一則不動產之繼承，不論法定繼承或遺囑繼承，非依其所在地法不爲功，二則繼承開始，若遺囑人在住所地無不動產者，若謂遺囑人意欲住所地法爲其在他處不動產之準據法，殊不適當，是故一般判例，則採不動產所在地法。「註一〇」例如，遺囑人甲有住所於X國，以遺囑指定分授其在Y國之不動產與其子乙及子之繼承人，其子住所居於Y國，而在該國有一已經認領之非婚生子丙，依Y國法律，已認領之非婚生子有權繼承，依X國法律，則無權繼承，判決丙應依Y國法律，爲乙之繼承人。

【註一】 Meili, pp. 399, 400, 404; Bar, private International Law translated by G. R. Gille-spie, p. 641

【註二】 Thornton v. Curling (1824), 8 Sim 310; In re Gros, (1915), Ch. 572.

【註三】 Meili, pp. 400, 403

【註四】 英美判例，探繼承開始時被繼承人之住所地法說。

【註五】 參見 Meili, p. 406; Phillimore, pp. 704—705

【註六】 Restatement, s. 270 英國自金堂法案 (Lord Kingsdown' sact, 1861) 頒行後，「動產之遺囑方式依遺囑人死亡時住所地法」之原則，為之一變。該法案規定：「英國臣民在 United Kingdom 區域外所為之遺囑方式，合於下列法律之一者，為有效：(1) 立遺囑地法，(2) 立遺囑時遺囑人之住所地法，(3) 遺囑人之原始住所在大英帝國領域之一部者，依立遺囑時該部施行之法律。」

【註七】 Darios, Revue de droit international privé et de droit pénal international, 1906—1909, pp. 789—801

【註八】 Minor, pp. 340—341

【註九】 24 & 25 Vict. c. 114, s. 1

【註一〇】 Yates v. Thompson 3 Cl. s F. 544, 588

第十五章 物權

關於財產之法律云者，關於財產權之法律之謂也。財產權有絕對得對世性質者，有僅得對特定人性質者，前者曰物權，後者曰債權。茲先就物權論之。物權 (Property) 係指關於物之權利，所以別通常為權利標的之物 (Thing) 之意義也。各國對於物權，以其有關於內國之經濟制度，皆取法定主義，凡物權之種類以及其設定、喪失、變更等，莫不由法律明文規定，不容個人自由行為。然各國法律之內容規定，非屬盡同，遇涉外物權關係，難免發生衝突，法律之適用問題，因是而生。於此首當解決者，即何者當為物之性質之準據法。耶？例如，有雷氣附着物在 X 國之屋內，X 國認該物為動產，Y 國認該物為不動產，若該物之性質問題，發生於 Y 國時，則將依 Y 國法律抑 X 國法律以決定之耶？對此問題，各國立法例，幾一致謂應依物之所在地法以為準據，「註一」故 Y 國應認其為動產也。

第一節 物權之原始創設

物權原始創設云者，不論對於孳生物或無主物，原始設定所有權之謂也。前者係指因由原物孳生之新物而言，如動物之生產物是。後者係指本來存在而無歸屬者之物而言，如未經馴育之鳥獸是；此點與因轉讓而取得所有權之性質不同，蓋移轉物原有歸屬之人，特不過由甲物主移轉與乙物主而已。物權原始創設之準據法，約可分有形財物及無形財物二方言之：

一 對於有形財物之原始創設物權 對於有形財物之原始創設物權，以物之所在地法為準據法。例如在Y國被甲擊傷之野獸，逃入X國，在X國被乙捕獲，甲是否能根據擊傷行為而取得該獸之所有權，依Y國法律定之；若甲在Y國並未取得所有權，則乙是否能根據其捕獲行為而取得該獸之所有權，應依X國法律定之。

二 對於無形財物之原始創設物權 無形物權，有得能離法律而獨立存在者，如信譽權、文學思想權、科學發明權是；有必須賴法律而創設者，如債權是。前者依權利附着物之所在地法，後者依創設原始無形財物權國之法律。例如在X國設立之商號，甚負信譽，則其信譽權之創設，應依X國法律。又如甲乙兩人在X國締約，以利益給與在Y國之丙，丙是否亦為該契約之當事者，得向甲乙主張權利，則應依X國之法律。

第二節 動產及不動產物權

物有動產及不動產之分，故物權亦有動產物權及不動產物權之分，此爲各國立法例所相同。茲分言之：

一 不動產 不動產物權之移轉，不論因人之行爲，或因法律規定之結果，應依何種準據法耶？對此問題，雖各國大半採不動產所在地法主義，然間亦有採其他主義者。茲述之如左：

甲 所在地法主義〔註二〕 此主義由來甚久，當今德奧意法以及英美諸國，無不採爲金科玉律。然其所持之理由，則未盡同：

有主張領土主權說者，謂一國對於領土內之一切，有絕對支配之權利，不許外國法適用其間，而又關於內國不動產之法律爲甚。何則，不動產通常係包括土地及其定着物，而土地又爲構成國家要素之一，許外國法支配內國土地，其危害內國，何堪設想！且一國對於土地政策，往往根據內國之特殊背景，自不容外國法濫雜其間，有礙內國政策之實施也。

有主張任意服從說者，一稱自願受制說，謂不動產占有一定空間，當事者既將其物置於特

定領域內，是即默示對於該物上之權利，自願受所在地之法律管轄。

有主張實際必需說者，謂一則物權之實際行使，非依所在地法，不得執行；二則物權之取得喪失或變更，若不依所在地法，勢必依屬人法，依屬人法則必發生詐欺、錯誤等困難問題，故爲保護交易之安全，又非採所在地法不可。

英美判例，凡關於不動產物權之移轉，不論當事人之移轉能力問題，實質問題，形式問題，又不論因契約所生之不動產物權，婚姻所生之不動產物權，或繼承所生之不動產物權，均依其所在地法。〔註三〕

乙 所有人本國法主義 此主義爲羅蘭反對所在地法說所倡，各國立法例，迄今尙無採之者。其理由謂不動產如依所在地法，倘所在地爲無主地，即無可適用之法律；又所在地若介於二國領域時，則亦發生疑義矣。此說之不當，自無待言。當今各國崇尚主權觀念，一國法律，欲支配外國之不動產，勢所不能。至不動產在無主土地，事亦罕有，不動產之跨於二國領域者，亦可各依其所在地法解決之，並無多大困難問題在焉。

丙 行爲地法主義 謂不動產物權依物之所在地法，倘物之所在地非在雙方當事人之

本國時，則與當事人殊無關係，若依當事人之本國法，倘雙方當事人不屬同一國籍時，又發生困難，故自以依行爲地法爲當。此主義似是而非，何則，關於不動產之法律行爲，實際上非在所在地行之，不能收效，故實際行爲地法，往往卽爲所在地法，故不如逕採所在地法爲愈也。

二 動產 不動產占有一定之空間，易識別其所在地，而當今動產範圍，逐漸擴大，如對於保險單、棧單等之權利，以前認爲債權者，今則認爲物權矣。其他無形物權，爲數甚多，大都無一所在地之可言。是動產物權法律之適用，自未能與不動產物權一概而論。查各國立法例，對於動產物權之準據法，約有下列數種：

甲 住所地主義〔註四〕 此主義倡行甚早。第十六世紀主張法則說者，謂不動產物權，固應依不動產所在地法，關於動產，則往往散處之於各方，自不能亦適用各別不同之所在地法。且根據「動產無場所」(Mobilia assibus inhaerent) 及「動產隨人」(Mobilia personam sequuntur)之格言，認動產屬人性性質，故應依所有人之住所地法。目今英美判例，雖漸有動產及不動產均依所在地法之趨勢，然動產依所有人之住所地法主義，仍有法院採之者。此主義所持之理由：(一)動產容量簡小，恆隨身所攜，無一定之所在，故不能依所在地法；(二)卽確

知其所在地，但變遷甚易，且所在地往往出於偶然，以偶然之事實，變更法律上之效果，未免失當；(三)以所在無常之動產，使之依所在地法，必至發生困難，損害當事人之利益，難保交易之安全。此主義雖為施多萊所崇尚，稱為最簡潔而最便利者，後世學者，則多非議之。蓋此主義，實為中世時代之社會產物。其時土地為一國之富源，而動產之最貴者，僅為金珠玉石而已，附隨於人，其重要性遠不如土地，故不動產依其所在地法，而動產則依所有人之住所地法。今則動產之種類漸增，公債股票，多有貴於土地者，社會之情形改變，法律自亦因而改變。且動產如絕對依人之住所地法，則遇有動產所有權爭涉時，其所有人既不確定，即無從為所有人之住所地法之適用，若仍須適用之，惟有依各方之住所法，是烏乎可？〔註五〕

乙 本國法主義 謂不動產固依其所在地法，動產則須依其所有人之本國法，此為意奧民法所採。其理由，以為動產無固定所在，不易確知其場所，若依所在地法，則其法律之適用，日可數易，故宜採所有人之屬人法為其準據法，當今動產價昂，有遠過土地者，是與所有人本國之經濟，甚有關係，故又宜採所有人之本國法。此主義之不當，與住所地法主義同，茲不贅述。

丙 所在地法主義〔註六〕 謂動產與不動產，性質上並無任何差異。不動產既應依所在

地法，動產亦可依所在地法。故舉凡不動產依所在地法之理由，均可爲動產依所在地法之張本。但動產採所在地法主義，尙有補充之理由焉。

子 物權，不問其爲不動產物權，或動產物權，要皆與一國之經濟制度有關，應由法律爲之釐定，對於內外國人，應一律絕對強行，不能任當事人意思，漫爲更改。故關於物權之法律，有屬地性質，不容外國法律，侵雜適用其間。

丑 動產權利之得喪變更，與不動產同，與一國之公益有關，縱令動產依屬人法，但仍須顧及所在地之公益，如此徒增交易之困難，不如直取動產所在地法爲簡便也。

寅 以動產隨人爲理由，主張動產依所有人之住所地法者，無非謂動產實際多集中於所有人之住所地，但當今國際交往日增，一人置動產於異國者，事所恆有。

此主義爲多數國家所採。美國判例，多有傾向之者。但在下列二種情形，則爲例外。此蓋所以使當事人之財產得統一移轉故也。

1. 因結婚夫婦所得之婚姻財產 (Matrimonial Property)，應依夫之住所地法。
2. 動產之繼承 (Inheritance of movables) 應依被繼承人死亡時之住所地法。

總上觀之，物權依物之所在地法，為各國通則。此通則之適用範圍，及於左列各端：

一 所有權之性質及範圍 前者例如對於某物之所有權，是否受法令之限制；後者例如某物之所有權，是否及於該物之全部。

二 土地可否為所有權之標的物 例如土地國有之國，土地所有權，不屬於私人。

三 公用徵收 例如土地能否為公力徵用。

四 分別動產之屬性 例如某物究為動產抑不動產。

五 所有權之讓與 例如讓與行為之有效與否。

六 用益物權 例如用益權之範圍及性質。

七 擔保物權 例如抵押權、質權、留置權之設定，轉讓及消滅等。

八 法律行為之方式 例如登記公告等。

於此應注意者，「物權依物之所在地」原則，僅以適用於純粹之物權為限。故享有物之權利能力，固依所在地法定之；但設定或處分之行爲能力，仍應依能力之準據法定之。惟英美判例，往往將權利能力與行為能力，混爲一談，悉依物之所在地法為準，實屬錯誤。

又所謂所在地者，在不動產及有形動產，當易於識別。然特種動產如債權等，將以何處爲其所在地耶？夫所在云者，某物與特定區域比較上永久之關係之謂也。故決定物之所在地，應以其有否比較永久的關係爲標準。「註七」茲按各物之情形，分別言其所在地如左：

一 債權，債權之收取，往往須向債務人之所在地或財產所在地執行之，故有謂債務人之所在地，卽爲債權之所在地者。

二 如某種動產，已浸示 (Merge) 於特種證書時，則以其證書之所在地爲該動產之所在地。例如提單 (Bill of Lading) 內載貨物之所在地，因提單卽是貨物，故卽爲提單之所在地。

三 畜牧，如有一定區域爲牧場者，卽該牧場之所在地爲其所在地；如無一定區域，逐水草而畜牧之，則殊難決定其所在。

四 公司之股份、商號之信譽權等，以其有關係或附屬之組織之所在地爲其所在地。如股份以公司之所在地爲所在地，信譽權以商號之所在地爲所在地是。

五 船舶，行駛無定，殊有特別規定其所在地之必要。各國立法例，有主張現在所在地爲所在地者，有主張其所有人之住所地爲所在地者，有主張其所屬國爲所在地者。以余觀之，現在所

在地說，固不合於所在地之永久性，而所有人住所在地說，若所有人有數人時，則應適用何者之住地，復發生問題，故亦非甚當。我國法律適用條例第二十二條規定：「關於物權，依物之所在地法；但關於船舶之物權，依其船籍國之法律。」雖未謂船舶之所在地依其所屬國，然細釋原意，殊與所屬國爲所在地說，並無二致也。

第三節 物權之時效

物權之得喪，爲物權本體問題之一，依原則自當依其所在地法。然各國有規定時效爲取得物權之原因者。若被占有之物，由甲國移置於乙國，而甲乙兩國法律對於取得時效規定不同時，將應依甲國（即舊所在地）之時效規定，抑依乙國（即新所在地）之時效規定耶？對此問題，若在舊所在地國已因時效而取得或喪失時，則其權利自不因物之移轉而受影響。「註八」若在舊所在地國，時效尙未完成而移置於他國時，則發生問題矣。學者於此有三說焉：

一 依法庭地法說「註九」
 [英美律例，有認時效爲訴權消滅之原因者，謂時效完成，係原所有人因經過一定時期，喪失其對於占有人之訴權而言，非爲占有人因時效而取得物權也。時

效既爲關於訴權之規定，屬程序問題，依訴訟程序依法庭地法之原則，時效亦當依法庭地法。此說根本推翻「取得時效」之存在，並將「取得時效」(Prescription)與起訴時效(Limitation of actions)混爲一談，故非爲一般學者所取。

二 依原所在地法說「註一〇」一稱時效進行開始時之所在地法說。謂時效既爲取得物權之原因，則其應經過若何時間始得取得，當依時間開始時之所在地法。例如甲國規定動產取得時效爲五年，乙國規定爲二年，若有人在甲國占有三年後，將其物移至乙國，非再經過二年不能取得該物權也。此說將時效之進行與時效之完全，混爲一談，亦非所當。蓋取得時效，須時效完成後，始得取得物權；而時效之進行，特不過對於將來有取得權利之希望，而實際之取得，尙有待於時效完成之日也。且時效之進行，有關於一國之公益，若物已移至他國，對於原所在地國之公益，已無關係，殊無仍依原所在地法之必要。

三 依現在所在地法說 一稱最後所在地法說，謂因時效而取得物權，須待時效實際完成方可。故如依原所在地法，業經時效完成者，得依「不侵害既得權」之原則，自得認占有人已取得物權。例如甲國法規定取得時效爲五年，乙國法規定爲七年，占有人在甲國占有某物六年

後，將其物移至乙國，當認其爲已取得物權是。若原所在地法及現在地法均認爲時效尙未完成時，則從現在所在地法。例如甲國法規定取得時效爲五年，乙國法規定爲七年，占有人於甲國已占有動產四年後，移至乙國，該占有人應尙須再占有三年，始得取得物權。又若時效依原所在地法，尙未完成，而依現在所在地法爲已完成者，則亦依現在所在地法，認爲已完成。例如甲國法規定取得時效爲七年，乙國法規定爲五年，占有人於甲國占有動產五年後，移至乙國，則當認其取得物權。此說爲一般立法例所採。殊較以上二說爲優，然依此規定，則占有人可改變其所在地而即時取得物權，未免美中不足。我國法律適用條例第二十二條第二項載：「物權之得喪，除關於船舶外，依其原因事實完成時物之所在地法。」是亦採此說也。

第四節 破產

破產亦爲移轉物權原因之一，故本書併述於物權章內。考各國破產制度，規定互殊，大別之可分爲法國法系、英德法系、普國法系三種。法國法系採商人破產主義，僅認商人有破產處分，比意諸國屬之、英德法系，採一般破產主義，不論商人或非商人，均得爲破產處分，我國荷蘭瑞士等

國屬之。普國法系，亦採一般破產主義，惟非商人之破產手續與商人破產手續不同，奧匈諸國屬之。

各國所採破產制度既異，若遇有涉外破產案件，在何種情形之下，內國始有管轄權耶？查各國內國法對於破產管轄大都規定凡破產人有營業所者，屬其主營業所所在地法院管轄；無營業所者，屬破產人之普通審判籍法院管轄；不能依上述規定而定管轄法院者，由破產人主要財產所在地法院管轄。國際破產亦可援用上述原則。茲分述之：

- 一 破產人在內國有主營業所者，不問破產人爲內國人抑外國人，內國法院有管轄權。
- 二 破產人在內國，雖無營業所，然在內國有住所者，內國法院亦有管轄權。
- 三 破產人在內國僅有居所者，內國亦有管轄權。
- 四 破產人在內國既無營業所，又無住所或居所，然其主要財產在內國者，內國亦有管轄權。

英國一九一四年破產法案 (Bankruptcy Act, 1914) [註 11] 對於破產管轄，規定英國法院於破產人依照該法案爲債務人而同時依照同法案規定發生破產行爲時，始得爲破產之

管轄。註二：該法案所稱債務人者，即破產人不論爲英國人或外國人，於破產行爲發生時，(一)親自在英國，或(二)通常居留於英國，或在英國有居所，或(三)親自或委託代理人在英國行商者，或(四)爲在英國營業之公司或合夥之股東者。準此言之，若外國人偶在英國有居所，則即有被宣告破產之危險矣。曰：不然，債權人若爲債務人破產之聲請時，又須其債務人或(一)在英國有住所，或(二)於最後一年間在英國有居所或營業所，或(三)自行或委託代理人在英國營業，或(四)在最後一年間爲在英國營業之公司或合夥之股東。然債務人聲請破產時，無庸合乎上列任何條件，蓋其破產聲請即爲破產行爲也。

總上觀之，若債務人之主營業所在外國而有住所於內國時；或債務人之住所在外國而有其主要財產在內國時，外國固得爲破產宣告，而內國亦得並時爲破產宣告。如是，同一債務在數國被破產宣告，其結果，必致程序紊亂，財力耗費。何則？在此情形破產人得任意移置財產，受某國法律支配，以致債權人不得不深思熟慮以定究竟在何處進行較爲有利。破產管轄之競合，事實上既爲難免，然則各管轄法院間應如何合作，務使債權人及破產人雙方均受實利耶？對此問題，學者間有下列諸說：

一 以破產人住所地法院爲主說 謂破產爲解決全體債權人請求之處分，自當由一處法院管轄統一解決之。住所地爲破產人生活之中心，自當以住所地法院統一管轄爲宜。故如數國宣告債務人破產時，所有管轄法院，應將其管轄內債務人之財產，移交住所地法院併案處理，各國之債權人亦應向住所地法院要求分配清償。此說爲往昔歐陸數國所採，今仍有主張之者。然若破產人於住所地無營業所或無主要財產時，亦以住所地法院管轄爲主，殊於事實上諸多不便。

二 以破產程序最先開始國法院爲主說 謂破產程序進行有先後者，其後進行國法院應協助最先進行國法院，俾破產處分得貫穿一致。此說固爲解決並峙管轄之一辦法，然最先進行之法院，往往非破產人主營業所所在地，或主要財產所在地，今以不關緊要之法院，爲破產全部之主管機關，此烏乎可？

三 各自進行說註一三 謂內國既爲破產宣告，應就債務人在內國之財產爲破產處分。至於該債務人是否在外國亦被宣告破產，及其破產程序進行若何，均可不問。然此非謂外國之破產宣告，在內國絕對無效，僅不過謂外國之破產管轄，不能影響於內國管轄也。故外國破產宣

告之效力，在內國無破產宣告時，仍能及於內國之動產。

以上三種解決辦法，究以何者較爲適宜？就理論言，內國既無強制外國停止破產之權，猶外國之不能干涉內國之爲破產宣告，一國本其內國主權爲破產宣告，自不受外國破產宣告之影響，故統一破產主義，不論以破產人之住所地法院管轄爲主，或以破產程序最先開始國法院管轄爲主，在理論不無缺點。就事實言，若該主管法院，確爲破產人主營業所所在地或主要財產所在地，尙有可言。不然，則該管法院與債權人及破產人，俱無關係，自更無容其統一管轄之理矣。故各國現行法例，大都採各自進行說。

外國破產宣告之效力，內國應否承認之耶？例如外國法院選任之破產管理人，得能管理內國之財產耶？於此有二說焉：一說謂破產管理人既爲破產繫屬法院所選任，其權限之行使，以該法院所屬國爲限，故在內國之財產，該管理人無權處理，故內國債權人對於該財產之強制執行，並不因之妨礙。此說一稱屬地破產主義，爲英德日諸國所採。我國破產法第四條：「和解在外國成立，或破產在外國宣告者，對於債務人或破產人在中國之財產，不生效力。」亦採此說。一說謂外國破產管理人，對於破產人在內國之動產亦有管理權。然此所謂外國破產管理人者，僅限於

破產人住所地法院選任之管理人而言。蓋動產隨人，所有人依其住所地法處分動產時，既不論其物在內國或外國，均屬有效；則住所地法院予破產管理人取得破產人動產之權，自當亦不因其物在外國而受限制。此說一稱普及破產主義，為英國判例所採，然關於不動產，亦採屬地破產主義，此當為特別注意者也。

然則內國破產宣告之效力，在外國為何如耶？對此問題，各國立法例，亦有正反二說。其一謂外國破產宣告之效力，既不能及於內國之財產，則內國破產宣告之效力，當亦不能及於破產人在外國之財產，此為德日法例所採。與此持反對說者，則為英國之一九一四年破產法案。〔註一四〕該法案規定英國破產宣告對於債務人之財產，不論為動產或不動產，在英國或外國，均有效力。此種規定，在實際上往往發生困難。例如英國破產宣告對於破產人在法國之不動產，苟非法國法亦認有同一效力，實難實行。

〔註一〕 Restatement, s. 227 A; Cheshire, p. 317

〔註二〕 Meili, pp. 274, 278; Wharton, pp. 607, 627—638

〔註三〕 Dicey, p. 583

- [註四] Bar, Private International Law, translated by G. R. Gillespie, p. 488 note-
- [註五] Cheshire, pp. 326—328.
- [註六] Savigny, System des heutigen römischen Rechts, viii p. 178
- [註七] Beale, The Situs of Things, Yale L. J. vol. 28
- [註八] Goodrich, p. 172
- [註九] Kent, Commentaries upon American Law ii pp. 462, 626
- [註一〇] Wharton, p. 821
- [註一一] Bankruptcy Act, 1914(4 & 5 Geo. 5, C. 59)
- [註一二] 例如債務人通知債權人其已停止支付或將要停止支付之事實，債務人爲衆債權人之利益將其財產移交於受信任人(Trustee)等行爲是。
- [註一三] 見英國破產法案第三第六節。
- [註一四] Bankruptcy Act, 1914, 3. 18 Sub—S I

第十六章 債權

債權爲財產權之一，其情形較物權爲複雜。不能以一共統原則支配債權之一切問題。本章將債權分債權之本體問題及債權之效力問題言之。債權本體之法律適用，復因其發生之原因不同而異其規定。債權之發生，有由於法律行爲者，有由於法律規定者。因法律行爲發生之債權，又有本於雙方行爲者，如契約是；有本於單方行爲者，如捐助、遺囑是。因法律規定發生之債權，又有屬於親屬關係者，如扶養義務是；有屬於物權關係者，如不動產共有人間而生之債是；有屬於事實關係者，如無因管理、不當得利、侵權行爲是。由遺囑關係、親屬關係、物權關係所生之債權，與遺囑親屬物權等本體問題，有不可分之關係，非屬本章範圍之內，故略之。

第一節 因法律行爲發生之債權

因法律行爲發生之債權，通常即指契約而言。法律行爲可分實質與方式兩方言之。法律行爲之方式之法律適用，詳見於法律行爲之方式一章，故本章僅言其實質之法律適用。因法律行

爲發生之債權，現代各國，泰半採契約自由之原則，故雖有涉外關係之契約，亦許當事人以自由意思定其應適用之準據法。誠以契約爲當事人之合意行爲，非如物權婚姻等法規之具有強行性質，是以於不違反國家之公益及法律上之禁止規定限度內，採放任主義爲原則。當事人之意思云者，若契約內有明示規定者，自依其所示；無明示者，則當依契約之性質及其他情形，推知其意思之所在。若未明定，又無默示，則當以何法爲契約成立要件之準據法耶？對此問題，各國立法例及學者之主張不一，「註一」茲分述之：

一 法庭地法說 此爲瑞士格利沙（Grisons）省民法典所採，其第一節云：「關於債權法律，對於任何請求，依程序法，適用法庭地法之規定。」其理由，謂當事人意思不明時，既於法庭地法院起訴，即可推知有自願服從該地法律之意思。且法官有適用內國法之職責，當事人既不指示其應適用之法律，法官惟有依職責而適用法庭地法。此說既不合於理論，又失公平。何則，起訴之地，每出偶然。以偶然之事實，以決定契約成立之法律，寧有是理。且如此則當事人可以從其有利於己之法律之法庭，而起訴之，殊非公平。

二 履行地法說「註二」

此爲沙維尼所主張。謂履行爲義務之實現，使當事人間之權義，

由猶豫而爲確定，爲當事人之唯一期望。故當事人意思不明時，依履行地法。此說在理論上及實際上均不適當。何則？履行固爲契約之目的，而履行地固與契約之履行有關；但契約之履行發生於契約之有效成立之後，在決定契約是否有效成立之際，與履行地根本尙未發生任何關係，故以履行地法爲契約成立之準據法，不免倒果爲因。此理論上之不當也。當事人無特約時，欲知履行地之所在，頗非易事，縱或知之，當事人如欲知履行地法之內容，而履行地與當事人所在地，相去甚遠時，則又須跋涉遠地，不便殊甚。且如有多數履行地時，究應依何者履行地法，又滋疑義。此實際上之不便也。

三 締約地法說〔註三〕

一稱行爲地法說，爲法意日諸國法例所採用。謂行爲地法，有理論上之根據及實際上之優點：（一）理論上之根據：謂行爲之具有法律上效力，當須由法律之認可。契約之有效成立，除當事人之合意行爲外，又須待行爲地法之認可。故締約當時，苟締約地法不認其爲合法行爲者，該契約即不得成立。且當事人苟無反對之意思表示，既於締約地爲法律行爲，則亦可推知其有服從締約地法之意思。（二）實際上之優點：一則締約地法之內容，往往爲雙方當事人所稔知，即非素知，亦不難向其地之律師諮詢之，故不致有偏頗一方之虞；二則締約

地甚爲明確，較履行地說又爲簡便。此說較爲允當，但尙未達完境。蓋一則行爲地固較履行地爲明確，然有時亦不易判明，卽知其地，但其地無法律可資憑藉者，往往有之；二則當事人往往因此詐欺內國法而往外國訂立契約；三則一契約有多數行爲地時，究依何處法律，殊難確定。

四 債務人之住所地法說

〔註四〕

此爲巴爾所主張。謂關於債之法律，係爲債務人之利

益而設。債務人不因其與外國人發生債的關係，或在外國發生債務，而取消其被保護權利。住所地法爲最能保護債務人之利益，故契約當事人無意思表示時，則依債務人之住所地法。又債務履行地，往往卽爲債務人之住所地，故亦依其住所地法爲便，此說亦非允當。蓋就理論言，關於債的法律，非常然僅爲保護債務人而設。若依債務人之住所地法，則債務人於訂約之後，逕可任意擇其最有利於己住所地之法保護之，使債權人蒙種種之不利，此豈立法者之用意耶？就實際言，債務人之住所，往往難於確定，若住所不明，或無住所時，將復發生疑難，又在雙務契約，各方均爲債權人同時亦爲債務人，則將依何方之住所地法耶？對此問題，巴爾雖謂應將契約析分爲二，依各別債務人之住所地法，然若當事人住所不同而其住所地法規定衝突時，仍不能解決之也。

五 當事人之本國法說

此爲徐德爾曼所主張，謂同國籍之當事人在外國締約而意思

不明時，依當事人之本國法。此說僅能適用於同國籍人在外國締約之場合，故其適用不免受限制；且本國法，與當事人之締約行爲，並無關係，推定本國法之適用，爲當事人之意思，殊爲不妥。

六 本國法兼行爲地法說 謂法律行爲發生債權者其成立要件，當事人有意思表示時，

固依其所示之法律。意思不明時，同國籍者，依其本國法；國籍不同者，依行爲地法。此爲我國法律適用條例第二十三條所採。此說在實用上，似較周到。然兼採本國法，尙乏理論上之根據。

由上觀之，當事人意思不明時，各國大都採締約地法，以爲補救。然契約之成立，有賴於多數行爲者。若行爲發生於數國時，將以何國爲締約地耶？對此問題，英美學者間有主張概括以構成契約之最終要行爲發生地爲締約地者，大陸立法例，規定異殊，茲依各種契約之性質，述之如左：

一 由代理人締結契約之締約地 學者對於此種契約之締結地，大都主張以代理人執行其代理事務地爲契約地。蓋代理係根據委託人及代理人間之委任關係，而代理人締約之契約，係代理人本委任關係，與第三者所生之法律行爲，故學者雖有主張以委任契約成立地爲代理人之締約地者，實爲不當。例如紐約商人託中國經理公司向在中國之某甲訂購貨物，則此種買賣契約之締約地爲中國，蓋中國爲實際上之發生法律行爲地也。

如代理人之締約行爲，須經委託人另爲追認者，則以追認爲契約成立之最終要行爲，故前例之締約地，當爲紐約而非中國。又當事人委託公用機關（如郵局）遞傳消息，當以委託地爲行爲地，而不能以該機關實際傳達地爲行爲地。

二 由電報電話通信締結之契約 由電報電話通信締結之契約。若要約與承諾發生於不同國時，其締約地何在？對此問題，學者因對於何者爲完成契約之最終要行爲之所採主義不同，意見不能一致。主張宣示主義（Theory of declaration）者，謂契約以接受要約爲完成條件，故承諾人之行爲地爲締約地。主張接受主義（Theory of reception）者，謂承諾必須實際達到要約人處，始得成立契約，故要約人之行爲地爲締約地。主張意知主義（Theory of Knowledge）者，謂契約當事人，必須互知對方之意思表示，故亦以要約人之行爲地爲締約地。[英]美判例，認發承諾地爲締約地，蓋當承諾發出之時，契約即時成立。而瑞士法、日諸國之立法例，則以發要約地爲締約地。我國法律適用條例第二十三條第四項載：「締約，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。」是採取要約地主義也。

三 保險契約 保險契約可分壽險、火險、水險三種。壽險契約，通常於給付保險單前，要保人須先付第一期保費。故保險公司之經理人交付保險單之時及地，即爲保險契約成立之時及地。火險則由保險經理人接受要保人之要保書後，代爲決定要保之保險公司，故該經理人交付保險單之地，即爲締約地。水險則通常保險經理人，往往代要保人向保險公司請求保險，故其性質無異爲要保人之代理人，故以保險公司發送保單之地爲締約地。

四 期票 期票爲出票人履行其以前義務之期約，以執票人之債權爲先題，故以發票地爲締約地。

五 結單 結單係商號之要約行爲，其契約之成立地，當爲受結單人之核對賬地。受結單人若在其事務所核對者，以事務所所在地爲締約地；無事務所而於其居所核對者，則以居所地爲締約地。

契約適用「當事人意思所示之法律」原則，非漫無限制。關於契約之任意事項，固得任當事人意思，決定適用之法律。在左列情事之一時，則須由管轄法院依據特殊情形以定何法而限制當事人之意思：

一 關於公共秩序及善良風俗之法律行爲發生債權者，不得由當事人意思定其應適用之法律。

二 關於不動產之契約，以其與所在地國之土地制度及經濟有關，不得由當事人意思定有反於所在地國法律之準據法。

三 關於身分能力之契約，以當事人之屬人法爲準，較爲適當，不得由當事人意思定其適用之法律。

「當事人意思說」爲契約之一大原則，然有非難之者曰：行爲之能發生法律上效力者，當爲法律所賦與；若當事人得合意決定契約之準據法，是不啻認當事人有立法之權，此理論上之不當也。夫原則之良否，當以其是否具有確定性，使學法者得依爲行爲之準則爲定，契約之當事人意思，恆不明示，則法院須於問題發生後，始調查其意思若何，此何能爲行爲之準則耶？此所以英美學者有主張直接採締約地法說也。〔註五〕

第二節 因無因管理不當得利發生之債權

無因管理，一稱事務管理，即無義務而爲他人管理事務之謂也。不當得利，一稱不當利得，即無法律上原因而受利益，致他人受損害之謂也。學者又有總稱無因管理及不當得利爲準契約者（Quasi-contract）。謂無因管理及不當得利，均爲本於一方意思而發生義務之契約。各國關於準契約發生債權之法律適用，有以爲其性質與契約相同，主張當事人同國籍者，適用其本國法，異國籍者，適用事實發生地法，如羅蘭是。「註六」有以爲其性質與契約迥然不同，不能適用契約之準據，而因其與事實發生地之公益有關，應逕適用事實發生地法。例如未受委任，並無義務者，救護自殺之人招請醫生，係屬公益性質，是凡因此所支出之必要費用，自得請求本人償還。此種情形，既與事實發生地國，有利害關係，則因此發生之債權，自以適用事實發生地法，最合公平原則。故我國法律適用條例第二十四條第規定云：「關於因事務管理，不當利得，發生之債權，依事實發生地法。」

雖然，以上所述，僅爲原則。若事實發生地無法律存在可資依據時，則惟有適用當事人之本國法，以爲補救。當事人異國籍者，則適用事實主動者之本國法。若事實發生地，既無法律存在而當事人之本國法，亦無所規定時，則惟法庭地法是用。

第三節 因侵權行爲發生之債權

侵權行爲，一稱不法行爲，即不法侵害他人權利，致發生損害之行爲，屬於違法行爲之一種。其因此發生之債權，係基於一定事實關係，而由法律直接規定之。故其性質與契約不同。各國法律，固無不承認因侵權行爲發生之債權，然對於不法行爲之成立，不法行爲地之決定，賠償之程度及對象，規定不同。遇有涉外之不法行爲，則應依何法以決定上述問題耶？茲分述之：

一 不法行爲成立之準據法〔註七〕 例如X國人甲在Y國傷害Y國人乙，乙在X國向

甲提起損害賠償之訴時，應依何國法律，以定其債權是否成立耶？對此問題，有三說焉：

甲 法庭地法說〔註八〕 謂不法行爲之規定，與刑罰之規定，同其性質，與法庭地之公共

秩序及善良風俗有關，故在外國縱爲不法行爲，而法庭地法認爲適法行爲者，不得主張債權關係；反之，在外國縱爲適法行爲，而法庭地法認爲不法行爲者，其債權因而成立。此說末爲允當，何則，在外國認爲不法行爲者，內國係其行爲與內國公安無關，不認其爲不法行爲，尙屬可言；若在外國縱爲適法行爲，而內國認爲不法行爲者，即依法庭地法認能發生債權，則人人於行爲之際，

以對方之訴訟地無定，其行爲是否適法，無可依從。是失法律之確定性，故非所取也。

乙 行爲地法說〔註九〕 謂權利有固定權 (Static right) 及活動權 (Dynamic

right) 之分，前者如人之身體權，後者如保護權享用權。不法行爲之所侵害者爲活動權而非固定權，法律於其侵害之際，當立予以補救權 (Remedial right)，即損害賠償請求權是也。故賠償債權之是否成立，應依侵害行爲發生地法也。此種債權之取得，由行爲地法所賦予，則由他國視之，不失爲既得權之性質，故凡行爲地法認爲不法行爲，縱法庭地法認爲適法者，其債權應認爲成立；反之，凡行爲地法認爲適法行爲，法庭地法雖認爲不法行爲，當亦不能以不法行爲論。此說亦未見其可，何則？謂依行爲地法，認爲適法行爲者，他國亦應認其爲適法行爲，固無不當；然依行爲地法，認爲不法行爲者，他國亦應認其爲不法行爲，則殊爲不可。蓋在此場合，以既得權爲理由，強法庭地法亦認爲不法行爲，不啻忘却既得權行使之限制焉。當事者由行爲地法取得之權利，若爲內國無相同制度執行者，或爲違反內國之公安者，仍不能行使之。是絕對行爲地法適用之結果，不免有破壞內國之公安，侵害內國立法之目的。

雖然，行爲地法說仍爲現代美國判例及學者所極力主張，舉凡債權之發生，債權之性質

害賠償之估計，債權之所屬等，莫不以不法行爲地法爲準。誠以不法行爲與契約性質迥然不同，以其含有強行性質，故不能如契約採當事人意思說，以其侵犯領土主權，與當事人之屬人法無關，又不得採本國法或住所地法爲準。是以此說又爲歐陸諸國法例所採用也。

丙 行爲地法兼法庭地法說〔註一〇〕 謂行爲之適法與否，固以適用行爲地法爲原則。但爲維持法庭地國之公安計，依行爲地法發生之既得權，亦僅就法庭地法認可之範圍內，予以保護之也。故不法行爲發生之債權，必須依行爲地法及法庭地法，均認其爲不法行爲，始能成立。此說兼顧既得權利及法庭地國之公安，不能不認爲最妥善之說。英國判例，謂在外國作成之行爲，依行爲地及英國法，均認爲不法者，始爲侵權行爲，得向英國法院請求給付因侵權行爲所生之債權。德國民法施行法第十二條規定：「對於德國人根據其在外國所爲之侵權行爲以追訴之者，其請求不得超於依德國法所規定之許可範圍。」我國法律適用條例第二十五條第一項亦規定云：「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。」是均採此說也。

不法行爲發生之債權，原則上既以行爲地法爲準，則下列各問題，自當亦依行爲地法：

一 請求權之限制 例如起訴時效之限制，請求權利人之限制是。故如行爲地法限制，僅被害人之配偶得請求損害賠償時，則除配偶外不得請求之。

二 不法行爲成立之條件 例如行爲地法規定：凡驅車速度每小時過三十里因而傷害他人時，不論其有無故意或過失，即構成不法行爲。

三 第三人之責任問題 例如僱主對於受僱人之不法行爲，應否負責，當依受僱人不法行爲發生地法。

四 債權之性質及範圍 例如因不法行爲發生何種債權，可否轉讓，是否發生損害賠償，及其賠償之數額。

於此應注意者，我國法律適用條例第二十五條第三項規定：「前項不法行爲之損害賠償，及其他處分之請求，以中國法認許者爲限。」云者，意謂某行爲，雖依行爲地法及中國法，皆認爲不法行爲，然未必即均認爲發生損害賠償或其他處分之請求權。蓋損害賠償，有爲行爲地法所認許，而非亦爲中國法所認許者。凡非中國法所認許之損害賠償或其他處分，被害人不得請求。又關於因船舶碰撞發生之債權，其情形與因一般侵權行爲發生之債權，略有不同，故另行

討論之。此種債權之準據法，就其衝突發生地爲標準，可分發生於領水及公海二方決定之。凡船舶碰撞發生於領水者，在昔雖有人主張應依法庭地，但現今各國立法例，無不以碰撞發生地國爲準據法。^{〔註一〕}然英國判例，除依行爲地法外，須同時依英國法亦得主張賠償者，其請求始得成立。^{〔註二〕}其發生於公海者，以公海爲各國所公有，在公海上發生之行爲，實無確定法律可資依據，故無行爲地法，然則將以何法爲之依據耶？對此問題，約有二種答案：

一 依船籍國法說 船籍國，即船舶所懸旗幟所屬之國，故一稱旗籍國。通常即以船舶登記之國爲旗籍國。^{〔註三〕}然亦非一概如是。屬於同船籍國間之船發生碰撞，固無問題；若異船籍國間之船發生碰撞，則依何者之船籍國法爲準耶？對此問題，雖有主張依加害者之船籍國法者，^{〔註四〕}然大都主張依被害者之船籍國法。^{〔註五〕}若雙方均爲被害者，則對於各方不法行爲之成立，各依其船籍國法。但加害者因此所負之債務責任，不得超過其所屬船籍法規定之限制。蓋現今既無國際統一之航行法，一國船舶，自惟依其本國規定之航行規則行駛，故因與外國船舶碰撞所負之責任，不能超過其能預見限制之外也。

二 依法庭地法說^{〔註六〕} 此爲已往英國及美國諸州判例所主張。謂不同船籍國間船

船在公海碰撞所發生之債權，應依法庭地法。蓋各國航行規則，既未統一，不論依加害者一方，或被害者一方之本國法，均非相對方所能預知，以不知之法律，規範其行爲之當否，據以定責任之所在，安得謂當。故不如依法庭地法，較爲公允。然法庭地法之適用，尚有下列二種例外限制：（一）船主對於依照其本國船行規則所發生之損害，不負責任；（二）雙方當事者之本國法，對於某事項，規定相同者，依其本國法。

因撈救 (Salvage) 所生之債權，與因碰撞所生之債權性質，又屬不同。前者有類於準契約，後者係發生於侵權行爲。故在領水發生之撈救債權，依行爲地法。在公海發生之撈救債權，因法律上被害者之得救，完全賴撈救者之力，故不論法律上或實情上應依撈救者之本國法。

何謂不法行爲地？其爲原因地抑結果地耶？曰：不法行爲地，爲不法行爲最先發生結果之處所也。註一七「不法行爲有積極與消極之分，積極不法行爲者，不應爲而爲之行爲也。消極不法行爲者，應爲而不爲之行爲也。茲將各種情形，分別述之，以資參考：

一 傷害身體 以傷害力與身體接觸地爲行爲地。例如甲站在X國以槍擊在Y國之乙，

甲之行爲地在Y國。

二 以毒藥傷害 以毒性發作地爲行爲地。例如甲在X國郵寄在Y國之乙含有毒質之糖果一包。乙在Y國拆而食之，其後乘車至Z國，而在Z國因毒發而死，甲之行爲地在Z國。

三 損害物 以物之實際損害地爲行爲地。例如甲在X國，擲石擊破在Y國之玻璃窗，甲之行爲地在Y國。

四 以詐欺損人 以物之實際損失地爲行爲地。例如甲在X國虛稱事實，書信與在Y國之乙，乙被欺將其物由Y國寄給甲，甲之行爲地在Y國。

五 以誹謗損人 以言語發生效力地爲行爲地。例如甲在X國以流言誹謗在Y國之乙，乙在Y國頗有信譽，其後流言達於Y國，Y國之人對乙之信譽發生懷疑，甲之行爲地在Y國。

六 一行爲發生多數結果於各處時，則各處均爲行爲地。例如甲在X國以大砲同時擊死在Y國之乙及Z國之丙，甲之行爲地在YZ兩國。

於此有問題焉：其一爲行爲發生於跨兩國之境時，應如何解決之；其二爲行爲發生於無主領域者，應以何法爲準據法是。對於第一問題，學者間有以爲行爲既發生於二國，而該二國法律規定不同時，則惟依被害者之屬人法爲準。有以爲僅採被害者之屬人法，未免失平，不如採法庭

地法爲公平。以余觀之，侵權行爲發生之債權，與當事人之屬人法殊無關係，故不如採法庭地法爲適當也。對於第二問題，行爲地既無法律可資依據，故英國判例採法庭地法代之，而學者亦有主張依被害人之屬人法說者。余以爲根據「一國依內國法」之原則，殊仍依法庭地法爲當。

第四節 因票據發生之債權

票據爲交易之媒介物，在國際貿易頻繁之今日，票據發行於甲國，背書於乙國，支付於丙國者，往往有之。但各國內國法，對於票據之發行、背書、支付等規定不同。若遇有涉外之票據案件，則出票人、承兌人及執票人間之權利義務，應依何法決定之耶？對此問題，各國解決之法不一，茲略述其要者如左，以資參考。

一 英國 英國一八八二年匯票法案第七十一條第二項(Section 72 (2) The Bills of Exchange Act 1882)載：「除本法案另有規定外，票據之發行、背書及領取之解釋，依其締約地法決定之。」〔註一八〕

二 美國 美國判例多主張票據當事人間之權利義務及其抗弁，不依發行地法而依支付地法，〔註一九〕然其間亦有採當事人意思說〔註二〇〕或締約地法者。〔註二一〕

三 法國 法國採當事人意思說。謂關於票據之債權，以當事人之意思決定之；無意思表示者，推定當事人願依締約地法決定之。〔註二二〕

四 德國 德國亦採當事人意思說，然當事人之意思無從證明時，則依票據之履行地法。

〔註二三〕

五 南美諸國 南美蒙特維地公約第十七條載：「匯票發行所生之法律關係，關於發票人與受款人間，依發行地法，發票人與付款人間，依付款人之住所地法。」第十八條載：「承兌人對於執票人之義務及其抗弁依承兌地法。」第十九條載：「背書人及被背書人因背書所發生之法律效力，依背書地法。」

六 日本 日本法例第七條規定：「法律行為之成立及效力，依當事人之意思定之，當事人意思不明時，依行為地法。」

觀上述各國立法例，因契約所生之債，多依當事人之意思定其應適用之法律。然票據債權，

通常難察各種情形，以明當事人意思所在，故爲增進票據交易之確定及安全起見，立法者當設補充辦法，換言之，即當事人無意思表示，或意思表示不明時，法律當推定某種最能適合當事人意思之法律，爲其應適用之法律。故有主張當事人意思不明時，應依其本國法者，謂當事人對於其本國法較其他法律，認識更深，當事人同國籍時，自當推定願適用本國法。雖然，關於債之法律，非如關於親屬之法律，與一國種族之特徵及其人民之身體狀況有密切關係，故無如關於親屬之法律，須依本國法之必要也。〔註二四〕又有主張當事人意思不明時應依其住所地法者。〔註二五〕然住所易於變遷，以無定之法律，適用於需要確定及安全之票據交易場合，亦非所當，故復有下列主張矣：

一 履行地法主義 一稱支付地法主義，爲德國法院及學者施多萊、沙維尼等所主張。沙

氏謂：「不論何種之債，必有二種可見之現象，爲吾人之嚮導，此即債之發生及債之履行是也。債之發生，往往出於偶然，非當事人所能預見，而債之履行則爲當事人之最後目的，故履行能使當事人不確定之期望而一變爲確定之目的，是債之本座，當在履行地。」〔註二六〕票據爲債之一種，票據之目的，在於支付，當事人之期望，亦在支付，故票據當事人間之權利義務，不可不依支付地

法。然票據支付地，往往不記載於票內，若推定當事人於發票時有依其所不知之支付地法之意，殊未免過於牽強。

二 締約地法主義 一稱行爲地法主義。爲學者霍德施 (Hertius) 所主張，謂票據未載明支付地者，則依行爲地法，蓋行爲地較支付地易於探知也。「註二七」已有支付地之記載者，衡之常情，亦以依行爲地法較爲便利，即就事實而論，當今國際交易頻繁，無時不需要票據爲媒介，倘所爲之票據行爲，不依行爲地法，則票據失流通功用，交易不得安全矣。此所以行爲地法主義爲多數國法例所採用也。

於此有問題焉：卽不論以何法爲準據法爲當，倘出票人、承兌人、背書人各別相互間之契約，締結於異國時，其相互間之權利義務，應從共同合一之法律，抑依其各別之法律耶？對此問題，往昔學者，有謂票據當事人間之一切權利義務，悉應依付款人之住所地法者。此說雖與目今各國法例相反，然學者如麥拿，仍謂：「數背書行爲，成立於各地，若不採共同合一之法律，以定背書人對於執票人之義務，則執票人將因不知前手背書成立之地，不能確知該背書人之義務而爲其權利之適當保障。如此，實不啻破壞票據之流通性；反之，若推定每一背書之履行地與原票據之

履行地相同，則執票人不論對於票據之提示，退票之通知等，祇須審查原票據之履行地爲已足，無須探知其他法律矣。」〔註二八〕

觀當今各國立法例及學者主張，多視票據之發行，背書擔保等行爲，各爲獨立之契約，應各從其應適用之法律。換言之，即採行爲地法爲票據之準據法之國，其對於票據之發行，依發行地法，對於背書，依背書地法，對於擔保依擔保地法是也。

第五節 債之效力

論者謂我國法律適用條例第二十三條，既將債權之成立要件及效力合一規定，則對於債之效力殊無另行討論之必要。余以債權之成立與其效力問題，應各有其準據法，該條規定，實爲不當，故特將債之效力分債之履行、債之讓與與債之消滅三方言之：

一 債之履行 債之履行之準據法，學者間有謂宜與債之成立採同一之準據法者。其實債之成立，固屬債之本體問題，而債之履行，事實上在在與履行地國法，有密切關係，而與締約地法反無關係。故當事人當有意思表示時，應從其意思表示；若無意思表示時，是惟依履行地法爲

當。註二九故履行地法得爲下列事項之準據法。

甲 條件之履行或選擇權之行使 例如甲乙二人在X國締約，甲賣於乙在Y國之地二百畝，然乙如於Y國在一九二八年一月一日午前通知甲時，得購買四百畝。X國採用法定時間(Statutory standard time)，Y國採用普通時間(Solar time)普通時間較法定時間快三十分鐘，乙於該日十一點四十五分鐘(即普通時間十二點十五分)在Y國聲明欲購四百畝，甲僅能購二百畝，因其並無依照要約行使選擇權故也。

乙 履行之合法與否 例如甲乙兩人在X國締約，以Y國棉花之買空賣空爲標的，是該契約，應否履行，應依Y國法定之。又如X國之出口商委託運輸公司轉運軍火交給Y國之甲，貨到時適值Y國內亂，禁止軍運，則該貨在禁令取銷後，應於何時交給，自當依Y國法。

丙 履行是否完成 例如甲乙在X國締約，乙向甲買貨物二包，惟其貨須於Y國之二成年前包裝交付之，則證人之成年與否，當依Y國法定之。

丁 履行之時期 例如甲乙在X國締約，規定在Y國交貨，交貨時適值星期日，則該貨是否應於星期日前或星期日後交付，應依Y國法。

戊 價之清償 例如甲執有乙票據一紙，載明X國爲付款地。乙到期在Y國交甲新票據一紙，以償舊票，X國法律規定甲接受新票據，舊票欠即歸清償。Y國法律規定非待新票據到期兌現後，不生清償效力。甲之舊票欠當認已爲清償。

己 履行之相對人 例如甲在X國向乙借洋百元，約定Y國償還。X國法律規定向債權人之配偶爲債務之清償者，其效力與向債權人本人請償同。Y國法反之，設甲將欠洋在Y國交還乙之妻，其給付爲無效。

庚 違約金之估計 例如甲乙在X國約定乙應於Y國交付貨物十包，乙如不履行契約時，其違約金之數額，若並未合意規定，則應依Y國法。

如何決定履行地之所在耶？履行地者，承諾(Promise)之實行地也。當事人有規定時，依其規定，無規定時以解釋推定其意思。意思不明時，則有主張以債務人締約時之住所地或本國爲履行地者，有主張以債權人締約時之住所地或本國爲履行地者，余則以爲上述兩說，各有偏頗之處，不如以締約地爲履行地爲當。茲將各種性質契約之履行地，闡述如次：

甲 選擇契約(Alternative contract) 選擇契約者同時有二種以上之履行義務，得任

當事人擇其一而履行之契約也。此種契約，以當事者所選定義務之執行處所爲履行地。當事人未行使選擇權者，以履行義務較輕地爲履行地。例如甲乙締約，乙於一九三六年一月一日得任意欲甲在X國給付米百石或在Y國給付麥百石。屆期乙選定麥爲給付之標的，是甲之履行地在Y國，又如甲（賣方）乙（買方）約定，甲於一九三六年一月一日應給付乙米百石，其交付地得任甲於X國及Y國二處選擇其一。屆期X國之米價較高於Y國，甲之履行地爲Y國。

乙 通常契約 (Ordinary contract) 通常契約，以請求權發生地爲履行地。蓋契約以履行爲目的，不履行始生違約之請求權。例如甲與乙在X國約定，甲須於Y國交付乙米百石，甲如到期不交，乙向甲卽有違約請求權。此請求權爲由Y國法律而發生，故Y國卽爲履行地。

二 債之讓與 債之讓與，爲債之移轉方法之一，卽債權人以契約將其債權移轉於第三者之謂也。羅馬法不認債權之讓與，惟近世各國立法例，以債權得讓與爲原則。英美普通法，認讓與爲債權人代理權之給付，俾受讓人因得向債務人收取債權。債權讓與可由二方面以定其準據法：

甲 就讓與人與讓受人間而言 此爲讓與人與讓受人間之獨立契約行爲，則舉凡讓與

契約之成立要件，統依該契約之準據法。至債權得爲讓與之標的與否，乃屬原債權之性質問題，應依原債權本體之準據法。蓋債權讓與，僅爲債權主體之變更，與原債權之本體，不發生影響也。

乙 就讓與當事人與債務人間而言 讓與契約，當然影響於讓與人與債務人之關係，及讓受人與債務人之關係，各國立法法律對於因此而發生之效力，規定不同，則應依何法爲準耶？對此問題，有下列諸說：

子 債權人住所地法說 謂債權既得爲讓與之標的物，是爲債權人之財產，依動產隨人格言，則債權所在地爲債權人之住所。故其讓與及於債務人之效力，自應依債權人之住所地法。此說認債權之所在地爲債權人之住所，已屬錯誤；蓋債權賴債務人之履行而收實效，故與其謂依債權人之住所地法，無寧採債務人之住所地法。

丑 債務人住所地法說 謂債權之讓與，各國法律，大都有規定須使債務人有知曉讓與之機會者，是其與對於債務人，不過僅此關係而已。法律之所以規定此點者，無非爲保護債務人之利益。夫能保護債務人之利益者，莫過於債務人之住所地法，故其讓與對於債務人之效力，應依債務人之住所地法。日本法例第十二條云：「債權讓與，對於第三人之效力，依債務人住所

地法，」即本此意。

寅 債權本體之準據法說 謂債權之讓與，爲債權效力之一，應依同一之準據法。我國

法律適用條例第二十三條，應作如此解釋也。

三 債之消滅 債權是否因清償、抵銷、免除、混同等行爲而消滅，有關於債之履行問題，

亦爲債之效力之一，理論上殊宜依債之履行之準據法爲準。我國法律適用條例，對於債之效力，統與債之成立採同一之準據法，是則應先依當事人之意思表示，當事人無意思表示時，同國籍者，依其本國法，國籍不同者，依行爲地法。

於此應附帶討論者，即契約之解釋問題是。例如有甲乙二人在X國締約，甲售與乙「第一號白米」百石，約定在Y國交貨。若X國與Y國對於「第一號白米」之意義解釋不同，應依何者之解釋耶？對此問題，設「第一號白米」云者，在通常市面上有確定專門意義，自依其專門意義；設無專門意義時，則有主張依締約地法者，「註三〇」謂解釋無非推定當事人之意思，當事人之意思，自當依締約時之締約地法爲準。蓋其所以於某國締約者，即表所以表示服從該國法律之規定也。有主張依履行地法者，「註三一」謂契約權利，由履行而實現，如何履行方合於當事人之本

旨，自惟依契約義務人之履行地法。且契約締約地，往往出於偶然，例如二美國人在旅行中國期中締約，言明履行地在美國，若認其契約文字之解釋應依中國法，寧有是理乎？余以爲契約之解釋，其目的在確定當事人之真意，非爲法律之選用問題，依解釋之一般原則，應依當事人意思定其適用之法律，意思不明時，凡關於契約成立問題者，則依契約成立之準據法；關於契約之履行者，則依契約履行之準據法。

[註一] Beale, What Law Governs the Validity of a Contract, 23 Harv. L. R., 260——

[註二] Savigny, System, viii p. 208; Minor, pp. 442

[註三] Meili, pp. 295—296

[註四] Bar, Theorie und praxis des internationalen Privatrechts, ii pp. 3, 17

[註五] Cheshire, p. 189 惟英國判例，對於締約能力，原則上探行爲人之住所地法，但商務契約依締約地法，土地契約，依土地所在地法。見 Goodrich, pp. 220—222

[註六] Laurent, VIII, s. 1.

[註七] Meili, p. 362

[註八] 此說爲沙維尼氏所主張，學者非之。見 Savigny, System, s. 374; Cheshire, pp. 215—216

- 【註九】 Meili, pp. 358, 360
- 【註一〇】 Cheshire, p. 217—221; Foote, p. 486; Westlake, pp. 283—285
- 【註一一】 Beale, Cases on the Conflict of Laws, 1928 I p. 578
- 【註一二】 Cheshire, p. 227
- 【註一三】 Beale, Cases, I p. 592
- 【註一四】 Bar, Theorie und praxis des internationalen privatrecht, A. 431
- 【註一五】 Restatement, s. 446
- 【註一六】 Beale, Cases, I. p. 594; The Titanic (1914) 233 U. S. 718
- 【註一七】 Minor, p. 482; Goodrich, p. 191
- 【註一八】 45 & 46 Vict. c. 61
- 【註一九】 Mason v. Dousay, (1864) 35 Ill. 424.
- 【註二〇】 Howenstein v. Barnes (1879, U. S. C. C.) 5 Dill. 482 Fed Cas. No. 6786.
- 【註二一】 Mayer v. Roach (1909) 77 N. J. L. 681, 75 Atl. 235.
- 【註二二】 Cass. (Feb. 6, 1900) S. 1900, 1, 161 and note
- 【註二三】 Ottolenghi, G: La Cambiale nel diritto internazionale, 1902, pp. 131—138

[註二四] Lorenzen, Conflict of Laws Relating to Bills and Notes, pp. 108—109

[註二五] Pillet, Principes de droit international privé, p. 441.

[註二六] Savigny, A Treatise on the Conflict of Laws translated by William Guthrie, pp.

198—199

[註二七] Hertuis, Johann N. De Collisione legum (1737) pp. 126—127

[註二八] Minor, pp. 395—396

[註二九] Restatement, s. 385; Foote, p. 477

[註三〇] Foote, p. 416

[註三一] Minor, p. 460

第十七章 法律行爲之方式

法律行爲之方式云者，法律行爲之成立或其效力發生，應遵守之方式，藉以確定當事人之意思表示也。例如婚姻應舉行如何儀式，買賣不動產應否書面表示。若內國人在外國爲法律行爲，或外國人在內國爲法律行爲，則應依何法以決定之耶。對此問題，各國立法例，自法則區別說以來，大都循用「場所支配行爲」(Locus regit actum)之原則。其間所採之程度，雖有不同，且在特殊情形，不免設例外規定，然絕對不適用此原則者，可謂絕無，而其所採之理由，亦各不同，茲分述之：

一 法則區別說〔註一〕 謂法律關係之發生，可分爲屬人屬物屬行爲三種，各異其所支配之法律。凡發生法律行爲問題時，則不論其爲方式問題，抑爲實質問題，悉應依行爲地法爲準。此說在昔，行之甚久，曾占相當勢力，其後以法則三分之說，本身發生搖動，此說乃失根據，今幾無主張之者。

二 主權說〔註二〕 謂法律爲一國主權運用之結果，故凡在行爲地國爲法律行爲者，不

得不服從其地之主權，故方式必須依行爲地法。此說爲持屬地主義者所主張。偏重國家領土主權觀念，未免薰受封建思想之洗禮。且果如此說，則爲貫徹其主張計，凡一切法律行爲，不論爲實質問題，抑方式問題，均須一律依行爲地法焉。然今法律行爲之實質問題，不依行爲地法者，比比皆是，何獨以對於其方式問題，特異其規定耶？

三 意思服從說〔註三〕

謂當事人於行爲地國爲法律行爲時，即得推定其有服從行爲

地國法律之意思，法律行爲之方式依行爲地國法者，即順當事人意思而決定之也。此說殊背於理。何則，行爲地往往出諸偶然，法律行爲之發生於行爲地者，非當事人之實際意欲行爲地法決定其法律關係也。故因此推定其有服從行爲地法之意，未免武斷。又法律行爲之方式，如可任當事人意思選擇其適用之準據法，而推定行爲地法爲選擇之結果，則一國殊無規定要式行爲之必要矣。

四 各國默認說〔註四〕

謂「法律行爲之方式依行爲地法」之原則，不獨行之甚久，且

爲各國法律所共取，是無異以此爲國際通則，則凡依行爲地法之一切法律行爲方式，各國莫不一致認其效力。雖然，各國雖均有採行爲地法者，然所採之程度，猶未盡同。且此爲採行爲地法之

現象，而不能據此為採行為地法之理由也。

五 證明便利說 謂法律行為之方式，原為確定當事人之意思表示並為日後有所證明而證明最便利者，莫如行為地法。此說不謂無見，然與法律行為之證明，有密切關係者，非僅行為地法。他若履行地法，往往較行為地法，更為關切，故僅以此為理由，殊欠充分。

六 便宜說「註五」 謂當今內外國人交往頻繁，內國人在外國為法律行為者有之，外國人在內國發生法律行為者亦有之，於此場合，為便利計，其行為之方式，勢不能一一依其本國法之規定。「場所支配行為」原則，即因此而用。此說切於實際，誠為採行為地法之唯一理由。

各國立法例，採取行為地法之程度不同，前已論及。有採用絕對的行為地法者，有採用相對的行為地法者。前者為國際私法之習慣法，然其運用之際，不免時生窒礙，故現今各國，大抵採相對的行為地法。雖然，在採相對的行為地法之國，其所採之方式，亦非盡同，茲分述之：

一 以行為地法為原則而以其他準據法為例外 即當事人得於行為地法及其他準據法之中任擇其一為適用之。換言之，法律行為之方式，通常以行為地法為準，如行為地法適用不便時則適用其他準據法。其他準據法云何？曰：各國之立法例，規定又各不同，要有二種：

甲 當事人同國籍者適用其本國法 謂法律行爲之方式，原則上適用行爲地法，惟當事人同國籍者，則依其本國法所爲之方式，亦爲有效。其所以僅限同國籍人得適用本國法，而異國籍人不得適用之者，蓋此例外之設立，所以便利當事人之行爲，異國籍人間之法律行爲，苟亦依各該本國法，則其本國法規定衝突時，將無從解決矣。又既爲同國籍人間之法律行爲，何以不絕對採用本國法而仍與行爲地法爲選擇之適用耶？曰：絕對採本國法主義，又不能適合便利當事人行動之命意。蓋如本國法，對於某法律行爲採取公證制度，須有公證人到場，始生效力。然行爲地國無同一之公證制度時，則法律行爲難於有效舉行。其窒礙交易之便利，無可諱言。且當事人僑居異邦，對於本國之方式，輒不能記憶洞悉，一遇法律行爲，即欲委諸律師辦理，而所在國之律師，亦未必盡知當事人之本國法律，故不便殊甚，此所以絕對採用行爲地法，固非盡善，而絕對採用本國法，亦非所當。

乙 適用規定行爲效力之法律 規定行爲效力之法律云者，即行爲效力之準據法也。我國法律適用條例第二十六條：「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。」其例也。夫法律行爲方式之目的，既在防詐欺，便證明。使

法律行爲之效力，更臻明確。法律行爲之方式與其效力，既有如此關係，則如當事人不便依行爲地法時，理宜依法律行爲之效力之準據法。其所以不絕對採規定法律行爲之效力之法律，而兼採行爲地法者，亦所以便利當事人之行爲也。蓋不然，依法律行爲效力之準據法，如某法律行爲，須於公證人前爲之，而行爲地國無公證制度時，將又難有效成立。至該條所謂「除有特別規定外」者，原不限於特殊場合，法律明定其應適用某種準據法而言，乃包括該條例第一條載「有背於中國公共秩序，善良風俗」言也。

各國立法例，又有原則上以規定法律行爲效力之法律爲其效力之準據法，而以行爲地法爲例外適用者。德日是也。日本法例第八條云：「法律行爲之方式，依定其行爲效力之法律；但依行爲地法所定之方式者，亦爲有效。」查其立法用意：一爲便利當事人之行爲，使適用原則發生困難時，仍可適用行爲地法；一爲維持內外國人交易之安全。使一切法律關係，俾早確定。

以上就一般之法律行爲方式而言，在特殊之法律行爲場合，理當別論，茲分述之：

一 票據方式 票據方式，原爲普通法律以爲方式之一，殊應依一般原則。然如以行使或

保全票據上權利爲目的之行爲，常非依行爲地法，不能實行。故我國法律適用條例第二十六條

第二項曰：「以行使或保全票據上之權利爲目的之方式，不適用前項但書之規定。」是專採行爲地法爲準也。

二 遺囑方式 遺囑爲法律行爲之一，其方式原亦應依一般原則。然關於物權之遺囑方式，依我國法律適用條例第二十一條觀之，殊屬於特種之法律行爲方式，故應依物之所在地法。然該條第三項既云：「……得依第二十六條第一項前段之規定，」則依行爲地法亦可；惟不可依規定遺囑行爲效力之法律。

三 物權方式 設定或處分物權之法律行爲，各國立法例，因其有關於第三者之利益，多規定須經公示方式，方生效力。故關於物權方式，惟專依物之所在地法，而不適用行爲地法。蓋對於公示之利益，最有關係者，惟物之所在地法，亦惟有所在地法最能保護第三者之利益也。

四 詐欺內國法之方式 以規避內國法規定之法律行爲之方式爲目的，往外國而依外國法規定之方式行之者，其行爲有效與否？對此問題，多數學者，均以爲法律行爲之地，本任當事人自由選擇，原無限制之必要。且當事人之往外國，究竟是否有詐欺內國法之故意，頗難證明，故應認其行爲有效。余則以爲竊法舞弊之行爲當然無效，蓋事實上當事人雖往外國，法律上殊當

仍認其在內國，其行爲如不合於內國法所定方式者，根本不生效力。

於此應注意者，即某法律行爲是否要式行爲，與某法律行爲之方式應否依照行爲地法，截然兩事。法律行爲之必須具某種方式者，或爲保護家庭之利益，或爲確定人事之變遷。故不適用行爲地法，而應視其設定方式之目的而定。如結婚離婚等問題，其目的有關於個人，則依屬人法定之；如物權問題，其目的在保護財產上之利益，則依物之所在地法是。然法律行爲之依行爲地法定其方式者，則以行爲地法合於當事人之實際需要與便利也。

[註一] Weiss, *Manuel de droit international privé*, (1920) p. 367

[註二] 此爲荷蘭學者麥林(Merlin)所主張

[註三] 此爲施多萊所主張。

[註四] 此爲巴爾所主張。

[註五] 此爲畢立所主張，見 Clunet, 1891, p. 28

第十八章 訴訟程序

程序與實質之分，殊難確定，蓋一般之所謂實質問題者，往往由程序問題而演進。「註一」故其間之界限，釐定非易。然無論任何案件，必包含權利與救濟二方，前者屬於實質問題，後者屬於程序問題。「註二」例如乙傷害甲，甲之請求權爲何，則爲實質問題；而甲應如何請求始得救濟，則涉於程序範圍矣。故書狀送達，證據搜集之方法，判決書之作成，上訴之期間等均爲程序問題。實質問題之準據法維何，以前均已各別述之。茲將其程序問題，應適用之準據法，分述如次：

一 起訴權 一國法院，通常准內外國人均有起訴之權。故雖當事人之權利發生於外國者，亦得在內國起訴而主張之。然就左列事項而起訴，則當駁回其請求：

甲 屬外國政府本身之公權 例如外國政府在內國法院向其國民提起給付課稅之訴。

乙 罰金 罰金有關於一國主權之行使，內國法院無代外國行使刑罰之義務。

丙 其權利之行使有背於內國之公共秩序或善良風俗者 例如在外國因賭博所得之債權，不得在內國訴請償還。

丁 不依照法庭地法規定之必要方式之請求 例如法庭地法規定，因傷害而發生損害賠償請求權者，須於事實發生後一年內將其事實書面通告侵害者。若請求人不於規定期間為書面之通告時，即不得於一年後再行主張賠償權。

戊 其請求權依法庭地法已因時效消滅者 例如傷害行為，發生於甲國而起訴於乙國，甲國法規定請求權時效為二年，乙國法規定為一年，若請求人於傷害一年後向乙國起訴時，其請求為不成立，應予駁回。

二 起訴程序 凡左列情事，均屬審判程序，各國立法例，幾一致採法庭地法為準。〔註三〕

甲 管轄法院 國家管轄權之所屬，與法院管轄之所屬，純為二事。前者關於國家間之主權，為涉外法律關係應首先解決之問題；後者僅關於內國之司法。故外國發生之訴權，應屬於普通法院管轄，抑屬於特種法院管轄，應依法庭地法。例如美國有普通法院，遺囑及海商法院，衡平法院等之分，涉外之離婚案件，應由何種法院審理，如問題發生於美之紐約州時，則以紐約州法律定之。

乙 訴訟能力 訴訟能力與當事人能力不同。有權利能力者有當事人能力，有能獨立以

法律行爲負義務者，有訴訟能力。故有訴訟能力者必有當事人能力，而有當事人能力者未必有訴訟能力。當事人能力，爲權利能力，屬外國人之地位問題；訴訟能力爲行爲能力之一，殊應依屬人法。然現代各國之法例，如德日諸國，有採法庭地法者，以其便於調查故也。我國民事訴訟法第四十六條載：「外國人依其本國法律無訴訟能力，而依中華民國法律，有訴訟能力者，視爲有訴訟能力。」意與法律適用條例第五條第二項載：「外國人依其本國法爲無能力，而依中國法爲有能力者，就其在中國之法律行爲，視爲有能力」相對照，亦所以兼採法庭地法也。

丙 書狀送達 關於涉外法律關係案件之送達書狀，不論在內國送達，或外國送達，悉從法庭地法爲原則。我國民事訴訟法第一百二十八條規定：「對於在中華民國有事務所或營業所之外國法人或團體爲送達者，應同其在中華民國之代表人或管理人爲之。」第一百四十四條規定：「於有治外法權人之住居所或事務所爲送達者，得囑託外交部爲之。」第一百四十五條規定：「於外國爲送達者，應囑託該國管轄官署或駐在該國之中華民國大使公使或領事爲之。」又對於有治外法權人之住居所，或事務所爲送達而無效者，並得依第一百四十九條之規定，以公示送達行之。

丁 反訴 反訴與抵銷抗弁不同，前者屬於訴訟之程序問題，即被告於一訴之訴訟拘束中，被告對於原告向同一法院於同一訴訟程序所提起之訴也。後者關於訟之實質問題，即被告對於原告之主張有所減輕或消滅之抗弁權也。法庭地法則僅為反訴之準據法。

戊 證據之搜查 證據之調查方法，我國民事訴訟法第二百九十五條載：「應於外國調查證據者，囑託該國管轄官署或駐在該國之中華民國大使公使或領事為之。」然外國官署，非其國與我國締有國際條約，互負應囑託之義務，自有拒絕囑託之自由。其他若舉證責任之歸屬，證據之信用力，各國立法例，亦無不從法庭地法。

訴訟程序，依法庭地法，已如上述。然某項情事，究屬實質問題，抑為程序問題，依何法為準耶？例如損害賠償之估計 (Measure of damage)，多數學者，雖認為關於損害賠償請求權之本質，乃為實質問題，「註四」然亦有持反對主張者。際此場合，余以為亦以依法庭地法為宜。蓋法院於無適當準據法可據之時，自以適用法庭地法為唯一辦法也。故某事項依當事人之屬人法，或行為地法，雖認為實質問題，而法庭地法認為程序問題者，則為程序問題。反之，如法庭地法認為實質問題，雖其他準據法認為程序問題，亦當視為實質問題也。

- 【註1】 Marne, Early Law and Custom, P. 369; Holmes, The Common Law, P. 253
- 【註1】 Cheshire, P. 530
- 【註11】 Beale, A Treatise on the Conflict of Laws ss. 140, 163; Cheshire, p. 642
- 【註12】 Salmond, Jurisprudence, p. 443; Goodrich, p. 179

第十九章 外國判決

判決爲一國司法權之實施。而主權之行使，除有條約規定外，僅限於本國境內，故判決當無域外效力，不能強他國認有既判力也。雖然，當今世界交通頻繁，私人間涉外法律關係，往往發生於本國境外，若一國判決在外國，毫無效力，則敗訴債務人祇須攜產逃往他國，債權人即無法追償，殊非良策。且判決之效力，能改變當事人間之原權義，而產生新權義，一國既承認當事人在外國取得之權利，而於他國之判決，若否認之，亦有悖於理論。「註一」故各國除那威瑞典外，對外國之判決，多承認之。「註二」然其承認之態度及執行之方法各有不同，總括之可分二種：其一承認外國判決在內國經一定程序後即可宣告執行，德奧日諸國立法例是也。故當事人受外國法院判決，即受拘束。內國法院不得因有新證據或因法律錯誤而變更之。其理由謂判決爲一國司法權之實施，司法本乎正義，他國對於權利，當予以尊重，故判決雖涉於外國人民，即債務人之本國，亦當受「一事不再理」原則之拘束，不得重爲審理；否則，即不啻侵襲他國主權。其一承認外國判決，無異當事人間之單純契約（Simple Contract），判決勝訴之「造」，取得新的訴由（Cause

of action), 其判決爲新訴由之不可否認之證據。〔註三〕英美等國是也。故外國確定之判決，雖非否認其效力，然其判決不能在內國直接執行之也。〔註四〕其理由謂判決既爲一國司法權實施之結果，依主權僅限於國內發生效力原則，若承認外國判決直接可在內國執行，是不啻迎外國主權在內國實施也。且外國判決之性質，與外國取得之權利同，既得權須經過判決而執行，外國判決亦須經內國判決之也。〔註五〕然若原則上不承認其效力，似於事實不便。故間接承認其效力。〔註六〕由此觀之，各國對外國判決，在內國認爲有效，要無疑義，特其執行之方法，互有不同耳。考各國立法例外國判決，在內國得執行之者，大概須合乎下列條件：〔註七〕

- 一 須依國際慣例爲有管轄權利國之判決。
- 二 其判決須不背於一般正義觀念。
- 三 其判決內容須非含有懲罰性質。
- 四 其判決須在判決國爲終局確定判決。
- 五 判決之數額，須確定而可計算。

〔英美判例，認爲除上開條件外，敗訴債務人遇有下列情形之一時，對外國判決之效力持以

抗辯。〔註八〕

一 外國判決係用欺詐手段取得者 例如原告以詐術誘被告到庭，因而判決。

二 外國判決有背於內國之公共政策者 例如關於娼妓薪水之判決。

三 敗訴債務人未經合法傳喚且未應訴者 例如判決法院對於被告雖有管轄權，但未

經依法傳喚因而判決其敗訴時。

四 敗訴債務人從未在該外國經商又未在該外國居住應訴或未表示願服該法院裁判者 例如對於未有住所或居所之外國人為判決。

除上述四種情形外，美國最高法院曾於 Hilton v. Guyot 一案，〔註九〕認法國法院對

該案債務人雖有管轄權並經合法傳喚，且親自蒞庭應訴，然法國法院對美國法院之判決，不認為有終局確證效力，故該法院判決亦不能絕對承認。債務人自得請求對於同一之法律關係，再為審判。由此觀之，國際相互之承認，殊亦為執行外國判決之要件。然余以為該法院之判決，實不允當。何以言之？一則國際相互承認之原則，殊為政治問題，而非法律問題；二則若採此原則，則一國之法律適用法則，將以外國法則為標準，亦非所宜；三則外國判決之性質，既與外國之既得權

相同，何以對一般既得權之執行，無此條件爲限制，而對於外國判決，故爲歧視也。〔註一〇〕

法國法院雖不否認外國判決之效力，然依法國民法第二一二三條及民事訴訟法第五四六條之規定，外國判決須經審查無缺乏必要條件（其條件與英美判例所持之抗弁條件略同）而取得法國法院之認可書（*Exequatur*）後，始得執行，然仍以與法國有條約國之判決爲限。故對於無約國之判決，仍保留有重行審究案件內容之權，其程序實重新起訴也。〔註一一〕

關於外國判決，尙有二種問題，應待討論。其一爲外國判決適用法律錯誤時，應否承認？其一爲同一當事人間關於同一之法律關係，在內外國同時起訴時，應如何解決？茲分述之：

一 外國判決適用法律錯誤問題 此問題可分解釋法律之錯誤及適用法律之錯誤言之。前者如外國誤用其本國法律時是；後者如外國應依照甲國法而誤用乙國法爲判決時是。在昔各國慣例，多以爲不應承認，然現代法例，漸有認爲應行承認而執行之趨勢。蓋外國判決，承認之根據，爲該外國法院有權管轄，而非爲該判決之理由是否充分也。

二 同一當事人對同一法律關係二處起訴問題 在此情形，原告應選擇其一繼續進行訴訟。〔註一二〕然其欲停止其他一處之訴訟時，則在該法院不特須證明同一法律關係已在他處

起訴，且須釋明如不停止其訴，對於訴訟之進行反爲不利。〔註一三〕

我國民事訴訟法，〔註一四〕原則上承認外國確定判決之效力，與內國判決同。惟若有左列情形之一者，不認其效力：

- 一 依中華民國之法律，外國法院無管轄權者；
- 二 敗訴之一造爲中華民國人民而未應訴者，但開始訴訟所需之傳喚或命令已在該國送達本人或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限；
- 三 外國法院之判決，有背公共秩序或善良風俗者；
- 四 無國際相互之承認者。

至若實施執行之方法，各國之規定既不一，自當依執行地法。故執行地法採民事上拘押主義者，雖爲判決地法所否認，仍得執行之。

〔註一〕 Cheshire, p. 476,

〔註二〕 Wharton, II s. 671

〔註三〕 Westlake, p. 394

【註四】 Lorenzen, Cases on the Conflict of Laws, p. 1041; Westlake, p. 394

【註五】 Cheshire, pp. 476, 480

【註六】 查英國判例承認外國判決效力，最初係根據禮讓說，今則有倡義務說 (Doctrine of Obligation) 者，謂外國判決予敗訴一造以相當義務，此種義務，即在英國亦當予執行之。見 Piggott, Foreign Judgments, part 1, p. 10

【註七】 Cheshire, pp. 487—514

【註八】 Cheshire, p. 515; Goodrich, p. 461; Fiore, Le droit international privé, 1903, p. 149

【註九】 Hilton v. Guyot, 159 U. S. 113

【註一〇】 1929 British Year Book of International Law, 225; Kent, II, pp. 121, 122

【註一一】 Lorenzen, The Enforcement of American Judgments Abroad, 29 Yale L. G. p. 188;

Comment on Hilton's case, 9 Harv. L. R. p. 430

【註一二】 Westlake, pp. 415—419

【註一三】 然在大陸學者，則謂同一當事人在外國起訴時，對於同一法律關係，在內國不得再行起訴。見 Bar,

Theorie und praxis des internationalen privatrechts, s. 122

【註一四】 我民事訴訟法第四百另一條。

附錄一

一 法律適用條例

(民國七年八月五日敕令第三十二號公布)

第一章 總綱

第一條 依本條例適用外國法時，其規定有背於中國公共秩序或善良風俗者，仍不適用之。

第二條 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，應認為中國人者，依中國之法律。

當事人無國籍者，依其住所地法；住所不明者，依其居所地法，當事人本國內各地方法律不同者，依其所屬地方之法。

第三條 外國法人，經中國法認許成立者，以其住所地法，為其本國法。

第四條 依本條例適用當事人本國法時，如依本國法應適用中國法者，依中國法。

第二章 關於人之法律

第五條 人之能力，依其本國法。

外國人依其本國法為無能力，而依中國法為有能力者，就其在中國之法律行為，視為有能力；但關於親族法、繼承法及在外國不動產之法律行為，不在此限。

有能力之外國人，取得中國國籍，依中國法爲無能力時，仍保持其固有之能力。

第六條 凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法，及中國法同有禁治產之原因者，得宣告禁治產。

第七條 前條規定，有準禁治產適用之。

第八條 凡在中國有住所或居所之外國人，生死不明時，祇就其在中國之財產，及應依中國法律之法律關係，得依中國法，爲死亡之宣告。

第三章 關於親族之法律

第九條 婚姻成立之要件，依當事人各該本國法。

第十條 婚姻之效力，依夫之本國法。

夫婦財產制，依婚姻成立時夫之本國法。

第十一條 離婚，依其事實發生時夫之本國法及中國法，均認爲其事實爲離婚原因者，得宣告之。

第十二條 子之身分，依出生時其母之夫之本國法；如其夫於子出生前已死亡，依其最後所屬國之法律。

第十三條 私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法。

認領之效力，依認領者之本國法。

第十四條 養子成立之要件，依當事人各該本國法。

養子之效力，依養父母之本國法。

第十五條 父母與子之法律關係，依父之本國法，無父者依母之本國法。

第十六條 扶養之義務，依扶養義務者之本國法；但扶養權利之請求，為中國法所不許者，不在此限。

第十七條 前八條以外之親族關係，及其關係所生之權利義務，依當事人之本國法。

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。

第四章 關於繼承之法律

第二十條 繼承，依被繼承人之本國法。

第二十一條 遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法。遺囑之撤銷，依遺囑人之本國法。

第五章 關於財產之法律

第二十二條 關於物權，依物之所在地法。但關於船舶之物權，依其船籍國之法律。

物權之得喪，除關於船舶外，依其原因事實完成時物之所在地法。關於物權之遺囑方式，得依第

二十六條第一項前段之規定。

第二十三條

法律行為發生債權者，其成立要件及效力，依當事人意思定其適用之法律。

當事人意思不明時，同國籍者，依其本國法；國籍不同者，依行為地法。

行為地不同者，以發通知之地為行為地。

契約，要約地與承諾地不同者，其契約之成立及效力，以發要約通知地為行為地；若受要約人，於承諾時，不知其發信地者，以要約人之住所地，視為行為地。

第二十四條

關於因事務管理，不當利得，發生之債權，依事實發生地法。

第二十五條

關於因不法行為發生之債權，依行為地法；但依中國法，不認為不法者，不適用之。

前項不法行為之損害賠償，及其他處分之請求，以中國法認許者為限。

第六章 關於法律行為方式之法律

第二十六條

法律行為之方式，除有特別規定外，依行為地法；但適用規定行為效力之法律所定之方式，亦為有效。

以行使或保全票據上權利為目的之行為，其方式，不適用前項但書規定。

第七章 附則

第二十七條

本條例自公布日施行。

附錄二

二 法律適用條例草案

(民國十六年由司法部民事司抄出)

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、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，但原則因不能不認定耳。

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，顧僅有三條；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，專重法例，繁曠不及細述，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。立國於世界，必當有自衛之權，如外國法律，於我國公共秩序，或善良風俗，有違反之規定者，自不許其適用。如中國民法，不認民事上死亡及別居之制，故不能許此項外國法律之適用也。

參考 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，依其所居地法。

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

二國籍或無國籍之弊，勢不能免，故設本條以救濟之。凡當事人有多數國籍，其一為中國國籍時，應適用中國法，因國籍法，乃公法也。至本國法，雖以國籍為主，但對於無國籍之人，不得不依住居法以濟其窮。第三項之規定，為法律尚未統一之國而設，例如英、美、俄、瑞、士諸國內各地方之民法，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，仍許其有本國法，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，有以主事務所所在地為標準者。依意法學說，及一八九一年國際法協會議決，俱認住所地（即主事務所所在地主義）為法人國籍之標準，故設右列之規定。

參考 德國民法施行法第十條。

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法者，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）認為應適用住所地法時，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，依本國法為無能力者，其在中國之法律行為，如依中國法為有能力，即視為為有能力；但關於親族法、繼承法及在外國不動產之法律行為，不在此例。

有能力之外國人，取得中華民國國籍，依中國法為無能力時，仍保持其固有之能力。

理由 人之身分能力，依當事人本國法，為法、意、德、奧法系公認之原則。但為保護在內國之法律行為起見，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，有禁治產原因者，得宣告禁治產。宣告

第八條 禁治產之效力，依禁治產者之本國法。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，必其本國法暨中國法均認可者，乃許宣告，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，一九〇五年德法等國海牙關於禁治產條約第八條。

第九條 凡於中國有住所或居所之外國人，生死不明，如有應依中國法律關係時，得依中國法，為死亡之宣告。

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為也。

參考 德國民法施行法第九條，日本法例第六條。

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，妻因未得夫之國籍也。一九〇二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，一九〇二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，自當一以夫法為主。

參考 德國民法施行法第十四條，日本法例第十四條，一九〇五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，可分為二種：一契約財產制，二法定財產制。訂有財產契約者，依契約所定；其未訂契約者，法定財產制，即為當事人雙方之默約。婚姻成立，妻從夫籍，契約是否成立，能否修改，及法定財產制之若何規定，悉以夫之本國法為主。其必聲明婚姻成立時者，婚姻產財，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，一九〇二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，一九〇二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、日本則認養子為取得國籍原因之一。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，認為保護父之利益，近世各國，均已一致承認為保護子之利益，故依子之本國法。

參考 德國民法施行法第十九條、第二十條、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，為中國法律不許者，不在此限。

理由 扶養義務為保護扶養權利者而設，依法律通例，認依被保護人之法。惟扶養權利請求之範圍，仍以中國法許可者為限，所以保護吾人之利益也。

第十九條 參考 德國民法施行法第二十一條、日本法例第二十一條。
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，一九〇二年海牙監護條約，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、一九〇二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，適用於準禁濟產，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，而其能成立抑撤銷，則當時業已確定，故不時死亡時之本國法而依成立或撤銷時之本國法。

參考

德國民法施行法第二十四條第三項，日本法例第二十六條。

第五章 關於財產之法律

第二十三條 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，尙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？以依當事人意思為準。惟當事人意思不明時，同國籍者，應推定其採用本國法；國籍不同時，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 Contracta* 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，關於其地之公共秩序，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 法律行為之方式

第二十七條 法律之行為方式，除第二項規定外，依行為地法；但當事人同籍時，得用其本國法。

理由 方式依行為地法(Locus regit actum)之原則，為各國所公認。因方式之規定，其目的在防欺詐，各國視其國之風俗道德，恆有特殊之方式，苟行為地認為其確者，固可加以信任。且本國所定方式，外國往往無從適用，例如本國法，須公證人證明，苟所在國無公證人，又將何以處之？惟方式依行為地法之通則，各國有以為強制通則者，有以為任意通則者，本條例則取任意通則之制，如當事人同籍，願採本國法者，自可聽之。至物權之設定或處分，依物權從所在地法之通則，自以依所在地法為妥。

參考 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。

附錄三

三 國籍法 (民國十八年二月五日公布)

等一章 固有國籍

第一條 左列各人，屬中華民國國籍：

- 一 生時父為中國人者；
- 二 生於父死後，其父死時，為中國人者；
- 三 父無可考，或無國籍，其母為中國人者；
- 四 生於中國地，父母均無可考，或均無國籍者。

第二章 國籍之取得

第二條 外國人有左列各款情事之一者，取得中華民國國籍：

- 一 為中國人妻者，但依其本國法，保留國籍者，不在此限；
- 二 父為中國人，經其父認知者；
- 三 父無可考，或未認知，母為中國人，經其母認知者；
- 四 為中國人之養子者；
- 五 歸化者。

第三條 外國人或無國籍人，經內政部許可，得歸化。

呈請歸化者，非具備左列各款條件，內政部不得為前項之許可：

一 繼續五年以上，在中國有住所者；

二 年滿二十歲以上，依中國法及其本國法，為有能力者；

三 品行端正者；

四 有相當之財產或藝能足以自立者。

無國籍人歸化時，前項第二款之條件，專以中國法定。

第四條 左列各款之外國人，現於中國有住所者，雖未經繼續五年以上，亦得歸化：

一 父或母曾為中國人者；

二 妻曾為中國人者；

三 生於中國地者；

四 曾在中國有居所繼續十年以上者。

前項第一第二第三款之外國人，非繼續三年以上，在中國有居所者，不得歸化；但第三款之外國人，其父或母生於中國地者，不在此限。

第五條 外國人現於中國有住所，其父或母為中國人者，雖不具備第三條第二項第一款、第二款及第四款條件，亦得歸化。

第六條 外國人有殊勳於中國者，雖不具備第三條第二項各款條件，亦得歸化。

內政部爲前項歸化之許可，須經國民政府核准。

第七條 歸化須於國民政府公報公佈之，自公佈之日起，發生效力。

第八條 歸化人之妻，及依其本國法未成年之子，隨同取得中華民國國籍；但妻或未成年之子其本國法有反對之規定者，不在此限。

第九條 依第二條之規定，取得中華民國國籍者，及隨同歸化人取得中華民國國籍之妻及子，不得任左

列各款公職：

一 國民政府委員、各院院長及委員會委員長；

二 立法院立法委員及監察院監察委員；

三 全權大使公使；

四 海陸空軍將官；

五 各省區政府委員；

六 各特別市市長；

七 各級地方自治職員。

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

第三章 國籍之喪失

第十條 中國人有左列各款情事之一者，喪失中華民國國籍。

一 爲外國人妻，自請脫離國籍，經內政部許可者；

二 父爲外國人，經其父認知者；

三 父無可考或未認知，母爲外國人，經其母認知者。

依前項第二、第三款規定，喪失國籍者，以依中國法未成年，或非中國人之妻爲限。

第十一條 自願取得外國籍者，經內政部之許可，得喪失中華民國國籍；但以年滿二十歲以上依中國法有能力者爲限。

第十二條 有左列各款情事之一者，內政部不得爲喪失國籍之許可：

一 屆服兵役年齡，未免除服兵役義務，尙未服兵役者；

二 現服兵役者；

三 現任中國文武官職者。

第十三條 有左列各款情事之一者，雖合於第十條第十一條之規定，仍不喪失國籍：

一 爲刑事嫌疑人或被告人；

二 受刑之宣告執行，未終結者；

三 爲民事被告人；

四 受強制執行，未終結者；

五 受破產之宣告，未復權者；

六 有滯納租稅或受滯納租稅處分，未終結者。

第十四條

喪失國籍者，喪失非中國人不能享受之權利。喪失國籍人，在喪失國籍前已享受前項權利者，若喪失國籍後，一年以內，不讓與中國人時，其權利歸屬於國庫。

第四章 國籍之回復

第十五條

依第十條第一項第一款之規定，喪失國籍者，婚姻關係消滅後，經內政部之許可，得回復中華民國國籍。

第十六條

依第十一條之規定，喪失國籍者，若於中國有住所，並具備第三條第二項第三第四款條件時，經內政部許可，得回復中華民國國籍；但歸化人及隨同取得國籍之妻與子，喪失國籍者，不在此限。

第十七條

第八條規定，於第十五條、第十六條情形，準用之。

第十八條

回復國籍人，自回復國籍日起，三年以內，不得任第九條第一項各款公職。

第五章 附則

第十九條

本法施行條例，另定之。

第二十條 本法自公布日施行。

附錄四

四 國籍法施行條例

(民國十八年二月五日公布)

第一條 在國籍法及本條例施行前，依前國籍法及施行規則，已取得或喪失或回復中華民國國籍者，一律有效。

第二條 依國籍法第二條第一款至第四款及第八條，取得中華民國國籍者，由本人或父或母聲請住居地方之該管官署核明轉報內政部備案，並由內政部於國民政府公報公布之。其住居外國者，得聲請最近中國使領館轉報。

第三條 依國籍法第二條第五款，願取得中華民國國籍者，應由本人出具左列書件，聲請住居地方之該管官署轉請內政部核辦。

一 願書；

二 住居地方公民二人以上之保證書。

內政部核准歸化時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之。

第四條 依國籍法第十條第一項第二款第三款，喪失中華民國國籍者，應由本人或父或母，聲請住居地

方之該管官署，核明轉報內政部備案，並由內政部於國民政府公報公布之；其往居外國者，得聲請最近中國使領館轉報。

第五條 依國籍法第十一條規定，願喪失中華民國國籍者，應由本人出具聲請書，呈請居住地方之該管官署轉請內政部核辦；其居住外國者，得聲請最近中國使領館轉經內政部核准。喪失國籍時，應發給許可證書，並於國民政府公報公布之。自公布之日起，發生效力。

第六條 依國籍法第二條第五款及第十一條取得或喪失中華民國國籍者，內政部須指定新聞紙二種，令聲請人登載取得或喪失國籍之事實。

第七條 依國籍法第十三條至第十七條，回復中華民國國籍者，準用本條例第二條第三條及第六條之規定。

第八條 取得回復或喪失中華民國國籍後，發現有與國籍法之規定不合情事，其經內政部許可者，應將已給之許可證書撤銷；經內政部備案者，應將原案註銷，並於國民政府公報公布之。

第九條 國籍法施行前，中國人已取得外國國籍，若未依前國籍法及其施行規則呈明者，應依本條例第五條之規定辦理。

第十條 國籍法施行前及施行後，中國人已取得外國國籍，仍任中華民國公職者，由該管長官查明，撤銷其公職。

第十一條 本條例所引之聲請書願書保證書及許可證書程式，另定之。

第十二條 本條例自公布日施行。

附錄五

五 國籍法公約

(西歷一九三〇年 月簽訂，民國十九年十二月二十七日立法院通過，國府尙未批准)

第一章 總則

第一條 每一國家，依照其法律決定何人爲其國民。此項法律，如與國際公約國際習慣及普通承認關於國籍之法律原則，不相衝突，其他國家，應予承認。

第二條 關於某人是否隸屬某特定國家國籍之問題，應依該國之法律以爲斷。

第三條 除本公約另有規定外，凡有兩個以上國籍者，各該國家均得視之爲國民。

第四條 國家關於本國人民之兼有他國國籍者，各該國家，均得視之爲國民。

第五條 在第三國之領土內，有一個以上之國籍者，應視爲祇有一個國籍，在不妨礙該國於身分事件法律之適用及有效條約等範圍之內，該國就此人所有之各國籍中應擇其通常或主要居所所在之國家之國籍，或在諸種情形之下，似與該人實際上關係最切之國家之國籍，而承認爲其唯一之國籍。

第六條 有一個以上國籍之人，而此等國籍，非其自願取得者，經一國之許可，得放棄該國之國籍；但該國給與更優出籍權利之自由，不在此限。倘此人在國外有習慣及主要之居所，而適合其所欲出籍國家之法定條件者，前項許可，不應拒絕。

第二章 出籍許可證書

第七條 一國之法律，規定發給出籍許可證書者，倘領得證書之人，非有另一國籍或取得另一國籍時，此項證書對之不應有喪失國籍之效果。

倘領得證書之人，在發給證書國家所規定之時間內，不取得另一國籍，則證書失其效力；但領得證書之時，已有另一國籍者，不在此限。

倘得出籍許可證書者，取得新國籍之國家，應將其人取得國籍之事實，通知發出證書之國家。

第三章 已嫁婦人之國籍

第八條 倘妻之本國法，規定為外國人妻者喪失國籍，此種效果，應以其取得夫之國籍為條件。

第九條 倘妻之本國法，規定在婚姻關係中夫之國籍變更，妻因而喪失國籍時，此項效果，應以其取得夫之新國籍為條件。

第十條 夫在婚姻關係中歸化，倘妻未曾同意，此項歸化，對妻之國籍，不發生效果。

第十一條 倘妻之本國法，規定為外國人妻喪失國籍時，在婚姻關係消滅後，非經妻自行請求，並遵照該國

法律，不得回復國籍，倘妻回復國籍即喪失其因婚姻而取得之國籍。

第四章 子女之國籍

第十二條 規定因出生於國家領土內取得國籍之法規，不能當然的適用於在該國享受外交轄免權者之

子女。

各國法律，對於正式領事或其他國家官員負有政府使命者所生於該國領土內之子女，應容許以拋棄或其他手續解除該國國籍；惟以其生來即有重複國籍，並保留其父母之國籍者為限。

第十三條 依歸化國法律，未成年之子女隨父母之歸化，取得國籍。在此種情形之下，該國法律得規定未成

年子女因其父母歸化而取得國籍之條件。

倘未成年之子女，因其父母之歸化，而取得國籍時，應保留其原有之國籍。

第十四條 父母無可考者，應取得出生地國家之國籍；倘日後其父母可考，其國籍應依照父母可考者之規

律決定之；倘無反面之證據棄孩，應推定為生於發現國家之領土內。

第十五條 倘一國之國籍，不能僅以出生而當然的取得，則生於該國境內之無國籍者，或父母國籍無可考

者，得取得該國國籍，該國之法律應規定在此種情形下，取得該國國籍之條件。

第十六條 倘私生子所隸屬國家之法律，承認其國籍，得因其民事地位變更（如追認及認知）而喪失時，

此種國籍之喪失，應以此人取得別國國籍為條件；惟應按照該國關於民事地位變更影響國籍

之法律。

第五章 養子

第十七條 倘一國之法律規定其國籍得因為外國人養子而喪失時，此種國籍之喪失，應以此人按照該外國人之本國法，關於立養子影響國籍之法律取得立養子者之國籍為條件。

第六章 總結條款

第十八條 各締約國自本公約發生效之日起，於彼此相互之關係間，適用前列各條約所定之原則及規定。

本公約載入前項所述原則及規定，對於此種原則及規定，是否已經構成國際法之一部之問題，絕無妨害前列各條所未載之點，現行國際公法之原則及規定，當然將繼續有效。

第十九條 本公約對於各締約國間現有之各項條約公約或協定，關於國籍或相關事項之規定，絕不發生影響。

第二十條 任何締約國簽字於本公約時，或批准時，或加入時，得就第一條至第十七條及第二十一條附加明白保留案除去一條或多條。

此項業經除去之規定，對於保留國家，不能適用。該國家對於其他締約國，亦不能援用。

第二十一條 各締約國間如因本公約之解釋或適用，發生任何爭端，而此項爭端，不能以外交手續滿意解決

時，則當按照各該國間現行解決國際爭端之協定解決之。

倘各該國間無此項協定，該項爭端，應按照各該國間之憲法手續交付公斷或司法解決；倘各該國未約定交付其他法院，而均爲一九二〇年十二月十六日關於國際常任法庭庭規約之簽字者，該項爭端，應交國際常任法庭；倘各當事國間有一國未曾簽字於一九二〇年十二月十六日之公約，該項爭端，應交付依照一九〇七年十月十八日和平解決國際爭端之海牙公約而組織之公斷法庭。

第二十二條

在一九三〇年十二月三十一日以前，凡爲國際聯合會之會員國或非會員國，而被邀出席第一次編纂國際法典會議者，或曾受國際聯合會行政員特送公約一份者，均得派遣代表簽字於本公約。

第二十三條

本公約須經批准之手續。批准書須存置於國際聯合會祕書廳。祕書長應通知各批准書之存置於國際聯合會之會員國，及第二十二條所舉之非會員國，並聲明存置之日期。

第二十四條

自一九三一年一月一日起，國際聯合會之會員國，及第二十二條所舉之非會員國，未經簽字於本公約者，得加入本公約。

加入之手續，應以書件爲之。此項書件，應存置於國際聯合會祕書廳。國際聯合會祕書長，應通知各加入國於國際聯合會之會員國及第二十二條所舉之非會員國，並聲明加入之日期。

第二十五條 經十個會員國或非會員國存置批准書或加入書後，國際聯合會祕書長，應即作成記事錄。

國際聯合會祕書長，應將此項記事錄之簽證本一份，送致國際聯合會之會員國，及第二十二條所舉之非會員國。

第二十六條

自第二十五條所規定記事錄作成後之第九十日起，本公約對於國際聯合會之會員國及非會員國於記事錄成之日已存置批准書或加入書者，發生效力。

聯合會員國或非會員國，於該日期後，存置批准書或加入書者，本公約應於存置日期後之第九日起，發生效力。

第二十七條

自一九三六年一月一日起，國際聯合會會員國或非會員國，受本公約拘束者，得為修改本公約條文之請求，致書於聯合會祕書長。倘該項請求，送致其他聯合會會員國及非會員國之受本公約拘束者一年內，至少有九國之贊助，則國際聯合會行政院，應於諮詢國際聯合會會員國及第二十二條所舉之非會員國後，決定應否為此事召集特別會議，抑於下次編纂國際法會議時，討論修改。

各締約國同意，本公約如須修正，則修正之公約，得規定本公約條文之一部分或全體，自新公約實行後，在本公約締約國間，廢止適用。

第二十八條

本公約得宣告廢止之。

宣告廢止應以書面之通知書，送致於國際聯合會，祕書長應通告聯合會會員國及第二十二條所舉之非會員國。

宣告廢止，於祕書長接到通知之一年後，發生效力；但此種效力，僅以對於曾被通知宣告廢止之聯合會會員國或非會員國為限。

第二十九條

一 任何締約國，得於簽字時，批准時或加入時，宣告雖接受本公約，但關於該國之一切，或任何殖民地保護國海外地域，或在統治或委託權下之地域，或關於此種地域一部之人民，不負擔任何義務，本公約對於宣言中所言之任何地域或人民之一部，不得適用。

二 任何締約國，嗣後無論何時，均可通知國際聯合會祕書長，聲明願以本公約適用於前項宣言書內所稱之一切或任何地域或其人民之一部，本公約自國際聯合會祕書長接到通知書後六個月起，對於該通知內所言之一切地域，或其人民之一部，即行適用。

三 任何締約國，無論何時，均可宣言本公約對於該國之一切，或任何殖民地保護國海外地域，或在統治，或委託權下之地域，或關於此種地域內之一部人民，停止適用。本公約自國際聯合會祕書長接到通知後一年起，對於宣言內所言之一切地域或其人民，停止適用。

四 任何締約國，關於其一切，或任何殖民保護國海外地域，或在統治或委託權之地域，或關於此種地域內一部之人民，得於簽字於本各約時，或批准或加入時，或照本條第二項通知時，為第

二十條規定之保留。

五 國際聯合會祕書長，應將按照本條收到之各項宣言及通知書，送致國際聯合會會員，及第二十二條所舉之非會員國。

第三十條 本條約一經發生效力，應由國際聯合會祕書長登記。

第三十一條 本公約之法文及英文本，有同時效力。

附錄六

六 海牙公約關於國際私法部份

一 婚姻（本公約訂於一九〇二年六月十二日。簽字者為奧、比、法、德、匈、羅森堡、荷、羅馬尼亞、西班牙、瑞典、意、瑞、葡、諸國，已批准者有比、法、德、匈、意、羅森堡、荷、葡、羅馬尼亞、瑞典、瑞、士、諸國。）

第一條 締結婚姻之權利，依當事人各該本國法定之；但其本國法明定為應適用他法者，不在此限。

第二條 婚姻舉行地法，對於外國人婚姻有違反舉行地法，關於左列事項之規定者，得禁止之：

- 一 血親或姻親間之親等，絕對禁止結婚者；
- 二 相姦有罪之當事人因犯姦而婚姻當事人之一造解除婚姻時，絕對禁止結婚者；
- 三 與配偶者之一方，共謀殺害他方，而被處罰時，絕對禁止與該配偶者之結婚者。

違反前開禁止條款之一而舉行婚姻者，若依第一條指定之法律為有效時，不應為無效。

除保留本公約第六條第一項之適用外，各締約國對於因以前婚姻或宗教上之阻礙，致有侵害該締約國法律之婚姻，無舉行之義務。違反此種禁例之婚姻，除在舉行地國外，在其他國家，不能使歸於無效。

第三條 婚姻舉行地之法律，得不顧忌第一條指定法律上之禁例，而許可外國人結婚；但其禁例以基於

宗教上之理由為限。

其他國家，對於因此情形舉行之婚姻，得否認為有效。

第四條 外國人欲婚姻時，必須證明已具備依照第一條之必要條件。此種證明，或用當事人所屬國外交

官或領事之證書，或依國際條約或婚姻舉行地國之主管官署認為充足之其他證據為之。

第五條 關於方式，婚姻依舉行地國為之者，不論何國，應認為有效；但以宗教儀式為必要方式之國，對於

其本國人民在外國不依照夫本國宗教儀式舉行之婚姻，得不認為有效。

本國法律，關於公示之規定，須遵守之；但雖不為公示，除在法律被違反之國外，在其他國家，不因而使婚姻為無效。

第六條 關於方式，婚姻當事人若皆非舉行地國之人民，其舉行地國，不反對其婚姻時，凡依其本國法在

其外交官或領事前舉行之婚姻，不論何處，應認為有效。舉行地國不得以婚姻有以前婚姻之存

在，或以宗教上之阻礙爲理由，認爲違反自國法律而反對之。

第五條第二項之規定，對於外交官或領事處舉行之婚姻適用之。

第七條 婚姻之方式，在舉行地國爲無效，但如依照當事人各該本國法舉行之者，在其他國家，得認爲有效。

第八條

本公約僅於至少當事人之一方爲締約國人，且於締約國領域內舉行之婚姻適用之。締約國不因本公約負擔適用非締約國法律之義務（以下尙有四條，非關於婚姻本身問題，故從略。）

二

離婚（簽字及批准國家如前）

第一條

夫婦非依夫婦之本國法及法庭地法均准許離婚時，不得爲離婚之請求。
本條規定對於別居適用之。

第二條

離婚之請求，非依夫婦之本國法及法庭地法均有離婚之原因者，不得爲之。
本條規定，對於別居適用之。

第三條

如法庭地法認爲無須依照前二條規定者，可專適用本國法。

第四條

夫婦或夫婦之一方，在以前他國籍時發生之事實得爲離婚或別居之原因者，不得援用第一條所開之法律。

第五條

離婚或別居之訴，得於左列機關爲之：

一 依夫婦之本國法，認爲有管轄權之法院；

二 夫婦住所地之管轄法院。

若依夫婦之本國法，夫婦無同一住所時，則以被告之住所法院管轄之。若於離婚或別居原因發生後，而有放棄或改變住所之時，得向最後共同住所所在地之管轄法院請求之。

但本國法院，就離婚及別居有專管權利時，須保留此管轄權。外國法院僅就在本國管轄法院不能爲離婚或別居之請求者有管轄權。

第六條 夫婦不得在其住所地國爲離婚或別居請求時，可在住所地管轄法院，以停止同居爲目的，依其地之法律請求假處分。此種假處分倘於一年內，經其本國法院認可時，應維持之；惟其存在期間，不得長於住所地法准許之時期。

第七條 依第五條規定，有管轄權法院所爲之離婚或別居判決，不論何國，應承認之；但以遵守本公約之條款爲條件，若係缺席判決時，須將被告依其本國法承認外國判決之特別規定傳喚之。

行政官署所爲之離婚或別居判決，如夫婦之各該本國法，認爲有效時，則不論何國，亦應認爲有效。

第八條 夫婦不同國籍者，以其最後之共同法，爲前數條適用上夫婦之本國法。

第九條 本公約僅適用於在締約國中一國提起之離婚或別居訴訟，且當事人中至少一方爲締約國之

人民。

締約國不因本公約負擔適用非締約國法律之義務。(以下尙有三條從略。)

三 婚姻之效力(本公約訂於一九〇五年七月十七日，簽字並經批准者有法、德、意、荷、葡、羅馬尼亞、瑞典諸國，然法國已於一九一七年聲明退出。)

甲 夫婦相互間之權利義務

第一條 關於夫婦身分之權利義務，依夫婦之本國法定之；然此種權利義務之行使，僅以行使地法准許之方法爲限。

乙 夫婦之財產

第二條 無契約時，婚姻及於夫婦財產之效力，不論動產或不動產，依結婚時夫之本國法，夫婦或夫婦之一方國籍改變，不影響於夫婦財產制。

第三條 夫婦締結財產契約之能力，依其結婚時之本國法。

第四條 於婚姻存續中，關於夫婦財產契約之締結、解除或改變之能力問題，依夫婦之本國法。夫婦財產制之改變，對於第三者無追溯效力，而使其受害。

第五條 婚姻財產契約之成立及效力，依結婚時夫之本國法。若其爲結婚後締結者，依締約時夫婦之本國法。

夫婦可否及至如何限度，得依照其他法律問題，依前項法律定之；夫婦選用其他法律時，則關於婚姻財產契約之效力，依該他法定之。

第六條 婚姻財產契約之方式，或依契約國法，或依婚姻舉行時爲夫婦者之各本國法，或於婚姻存續中所締結者，依夫婦之本國法，均爲有效。

第七條 本公約對於不動產由其所在地法置於特別土地制度之下者，不適用之。

第八條 各締約國保留左開權利：

- 一 以夫婦財產制，對抗第三者時，要求特別形式之權利；
- 二 對於在國內經營職業之已婚女子第三者之關係，適用以保護第三者爲目的之規定之權利。

各締約國，對於依本條應適用之法規，互負通知之義務。

丙 總則

第九條 夫婦於婚姻存續中，取得同一新國籍時，新本國法應適用於第一條、第四條、第五條情形。

夫婦於婚姻存續中，無同一國籍時，以其最後之共同之法律，爲前數條本國法之適用。

第十條 本公約，倘依前數條之規定，應適用之法律爲非締約國之法律時，不適用之。（以下係關於公約

形式之條文，故從略。）

四 監護（本公約訂於一九〇二年六月十二日，簽字者有奧、比、法、德、匈、意、羅森堡、荷、葡、羅馬尼亞、西班牙、瑞典、瑞士諸國，除奧國外，均經批准。）

第一條 未成人之監護，依其本國法定之。

第二條 倘其本國法對於慣住外國之未成人，未為設置監護時，未成人所屬國之外交官或領事得代表其本國依其本國法設置監護；但以未成人慣住國不反對為條件。

第三條 慣住於外國之未成人，倘未為或不能依第一條或第二條設置監護時，應依其所在地法律設置並執行之。

第四條 但依第三條規定設置之監護成立時，並不阻礙依第一條或第二條新監護之設置。

設置新監護時，應從速將此事實通知最先設置監護之政府，由該政府再通知設置之機關，無設置機關時，應通知監護人。

最初設置之監護，應於何時終止問題，應依該監護設置國之法律。

第五條 不論在何種場合，監護之開始及終止及其原因，均依未成人之本國法定之。

第六條 監護人之權力，及於未成人之身體及財產，其財產不論在何處。

但不動產之所在地法置該不動產於特別土地制度之下者，得認為例外。

第七條 於監護設置之前及緊急情形之下，地方官署對於未成人之外國人為保護其人及其利益起見，

得爲必要之處分。

第八條 未成年外國人所在地官署，得知有設置監護人之必要時，應即通知該未成年人之本國官署。

受此通知之官署，應即將已設置監護或應設監護之意思答覆爲通知之官署。（以下自第九條至十四條均爲關於公約形式之規定從略。）

五 禁治產（本公約訂於一九〇五年七月十七日，簽字者有法、德、意、荷、葡、羅馬尼亞、瑞典、奧、匈諸國，除瑞典外，均經批准。）

第一條 除下列各條相反之規定外，禁治產，依禁治產人之本國法定之。

第二條 除下列各條相反之規定外，禁治產，由禁治產人所屬國之管轄法院宣告之，其監護應依其國之法律定之。

第三條 倘在本締約國之任何國，遇有其他任何締約國民依其本國法已應宣告禁治產之條件時，所在地國之官署爲保護其人之身體及財產起見，應爲必要之假處分。

前項之假處分，應通報其人之本國政府。

此種假處分辦法，一俟當地官署接到其人之本國官署通知，業已採取相當辦法或以判決處置其人時，應即終止。

第四條 有慣常居所於其地之國家官署，於知悉外國人有禁治產情形時，應將其情形速即通報該外國

人之國家官署，告知其接到宣告禁治產之請求及其所取之假處分辦法。

第五條 第三條及四條所載之通報，除主管官署情形上得直接通報外，應以外交方法行之。

第六條 慣常居所地國所取之一切確定辦法，於未接到依照第四條規定通報之答覆前，應中止之。倘其本國官署表示不願與聞，或於六個月內未為答覆時，慣常居所地國，於考慮其本國官署答覆在其本國可生之阻礙外，得宣告禁治產。

第七條 依前條規定慣常居所地國有權管轄時，得依其人之本國法及居所地法均認為有權聲請禁治產者，並均認為有原因者聲請之。

第八條 慣常居所地國為禁治產設置監護人宣告時，禁治產人之身體及財產之管理，及其宣告之效力，均依其地之法律定之。但禁治產人之本國規定，禁治產人之監護，應委託特定人時，應依其規定。

第九條 依前數條之規定管轄官署所為之宣告，對於禁治產者之能力與監護，在各締約國無須請求承認，即生效力。

管轄官署，對於禁治產宣告，依其他法律之規定，須為公示辦法者，得聲明外國官署之禁治產宣告亦須為公示辦法或其他類似辦法。締約國應以荷蘭政府為中介，對於上述本國法律之規定，互負通報之義務。

第十條 依第八條設置之監護，不阻礙依禁治產本國法為新監護之設置。

設置新監護之事實應即通知宣告禁治產國之官署。

宣告禁治產國設置之監護，何時終止問題，應依該國法律定之。終止後，外國官署之宣告效力，應依禁治產人之本國法定之。

第十一條

禁治產人之本國官署，得依其法撤銷慣常居所地國官署所爲之禁治產宣告。爲禁治產宣告之當地官署，亦得因禁治產人之本國法或當地法律認可之理由撤銷禁治產。撤銷禁治產之聲請，得依禁治產人之本國法或當地法律有權者爲之。

第十二條

前數條之規定，對於禁治產人之動產及不動產均適用之；但不動產依其所在地法應置於特別土地制度之下者，不在此限。

第十三條

本公約之規定，對於禁治產、保佐、法定監護人之選任，及其他類似關於能力限制之處分，均適用之。

第十四條

本公約限於締約國之人民且於他締約國內有慣常居所者適用之。但本公約第三條對於各締約國之一切人民適用之。（以下從略。）

國際私法之理論與實際終