

浙江法政專門學校講義

國際私法

國際私法講義目錄

頁數

緒論

一

第一編

總論

三

第一章

國際私法之定義及性質

三

第二章

國際私法之名稱

九

第三章

國際私法上之術語

二二

第四章

國際私法學之沿革

二四

第五章

國際私法之沿革

二四

第六章

國際私法之來源

三一

第七章

國際私法之範圍

三七



第八章	國際私法之外國法	四〇
第一節	外國法之性質	四〇
第二節	外國法之證明	四一
第三節	外國法之違背	四五
第四節	外國法適用之限制(一名國際公安論)	四八
第五節	反致法	五五
第九章	準國際私法	六一
第一節	準國際私法之定義	六一
第二節	準國際私法之名稱	六三
第三節	準國際私法之沿革	六四
第四節	準國際私法上之準據法及其適用之限制	六五
第五節	準國際私法上反致法	六六

第十章	國籍	六七
第一節	國籍之概論	六七
第二節	國籍之基礎	七一
第三節	國籍之衝突	七三
第一款	國籍之積極的衝突(重國籍者)	七三
第二款	國籍之消極的衝突(無國籍者)	八五
第三款	國籍衝突時本國法之適用	八七
第四節	國籍之取得	九〇
第五節	國籍之喪失	九四
第六節	國籍之回復	一〇四
第十一章	住所	一〇九
第一節	住所之定義	一〇九

第二節	住所之構成條件	一一〇
第三節	住所之種類	一一三
第四節	住所之衝突	一一五
第十二章	外國人之地位	一一六
第一節	外國人地位之沿革	一一七
第二節	外國人現在之地位	一二八
第一款	公權	一二八
第二款	私權	一三九
第三節	外國法人之地位	一四三
第一款	外國法人之存在	一四四
第二款	外國法人之國籍	一四七
第三款	外國法人之權利	一五一

第十四款	不為內國認許之外國法人	一五二
第十三章	法律行為之程式	一五三
第一節	場所支配行為原則之由來	一五三
第二節	場所支配行為原則之性質	一五五
第三節	場所支配行為原則之適用	一五九
第四節	程式之種類	一六五
第二編	各論	一六五
第一部	國際民法	一六五
第一章	人事(能力及身分)	一六五
第一節	行為能力	一六五
第一款	總說	一六六

第二款	行爲能力之限制	一七一
第一項	因年齡無能力者	一七二
第二項	因民事上禁治產無能力者兼準禁治產	一七六
第三項	因刑事上禁治產無能力者	一八三
第四項	因婚姻無能力者(妻)	一八五
第五項	因宣告破產無能力者	一八五
第二節	權利能力	一八六
第一款	權利能力之發生	一八六
第二款	權利能力之限制及其消滅	一八七
第三款	失蹤	一八九
第一項	內國對於外國人之失蹤宣告	一九〇
第二項	外國所爲之失蹤宣告	一九六

第三節	身分	一九七
第二章	物權	一九八
第一節	總論	一九八
第二節	各論	二〇四
第一款	占有	二〇五
第二款	所有權	二〇六
第三款	他物權	二〇七
第四款	質借權	二一四
第五款	取得時效	二一五
第三節	準物權(智能權)	二二〇
第一款	著作權	二二〇
第二款	工業所有權	二二五

第三章 債權	二二九
第一節 本於契約及其他法律行為之債權	二二九
第一款 意思自治之原則	二二九
第二款 意思自治原則之適用	二三〇
第一項 當事人之意思分明者	二三〇
第二項 當事人之意思不明者	二三〇
第三項 隔地者間之法律行為	三三六
第三款 意思自治原則之限制	二四〇
第四款 各種契約之準據法	二四三
第二節 本於準契約(事務管理不當利得)之債權	二四八
第三節 本於不法行為之債權	二五一
第四節 債權之消滅	二五七

第一款	更改及免除	二五七
第二款	抵銷	二五八
第三款	償還	二五八
第四款	消滅時効	二五九
第五節	債權之讓與	二六三
第四章	親屬	二六七
第一節	婚姻	二六七
第一款	婚姻之豫約	二六七
第二款	婚姻成立之要件	二六九
第三款	婚姻之程式	二七四
第四款	婚姻之效力	二七〇
第五款	離婚	二八四

第二節 親子關係	二八七
第一款 嫡子	二九〇
第二款 私生子	二九二
第三款 養子	二九六
第三節 扶養義務	二九九
第四節 其他親屬關係	三〇三
第五節 監護及保佐	三〇四
第五章 繼承	三一〇
第一節 繼承	三一〇
第二節 遺囑	三一八
第二部 國際商法	三六四

第一章	總論	三二四
第二章	公司	三二七
第一節	外國公司之認許	三二七
第二節	公司之國籍	三三一
第三節	外國公司之權利	三三一
第四節	不為內國認許之外國公司	三三四
第三章	票據	三三五
第一節	票據能力	三三五
第二節	票據行為之程式	三三八
第三節	票據行為之效力	三四〇
第四節	行使或保全票據上權利之行為程式	三四三
第五節	無記名證券	三四四

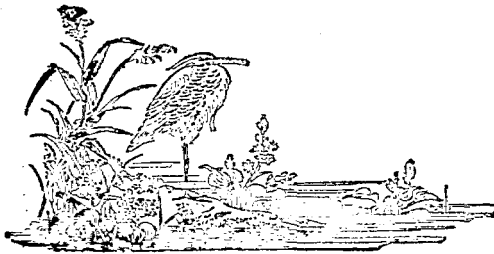
第四章	海商	三四七
第一節	船舶之國籍	三四八
第二節	船舶之資格	三四九
第三節	船舶上之物權關係	三五〇
第四節	船舶上之債權關係	三五四
第五節	對於船舶之扣押及假扣押	三六七
第六節	海損	三六八
第五章	商行爲	三六九
第一節	運送	三六九
第二節	保險	三七一
第二部	國際民事訴訟法	三七三
第一章	審判管轄	三七四

第二章	訴訟程序	三二八
第三章	外國判決	三二七
第四部	國際破產法	三九一
第一章	破產管轄	三九一
第二章	破產之準據法	三九二
第三章	破產之國際效力	三九五

國際司法講義目錄完

國際私法講義 目錄

國際私法講義 目錄



國際私法講義

陳 允編述

緒言

個人間之法律關係由交通而發生故交通之變遷必生影響於法律關係世之進步也交通之性質由單純而複雜由緩慢而迅速由鎖國的而開國的由國內的而國外的而法律關係之狀態遂不得不爲之一變抑在希臘羅馬時代國民之交通爲一國疆域所局限其自交通上發生之一切法律關係悉屬同一國法管轄之下（但除一國數法之情形而言）故國際私法之問題無從發生迄乎今日交通機關既發達交通面目又一新熙熙攘攘各國人民互相往來之盛況可謂得未曾有於是乎有以國籍不同之男女相婚媾者有以在外國之不動產相賣買交換者有同國人在外國訂契約或甲國人對乙國人加以不法行爲者凡此等法律關係皆與

數國法律相關涉相牽連顧相關涉相牽連之數國法律如能統一則適用一國法律與適用數國法律同一結果而國際私法之問題仍不發生無如世界大同空成理想大陸英美法統攸分今日諸國法律除商法有少數統一法則外其餘財產法人事法大抵因氣候風土習慣種族之不同而大異其規定倍根有言曰同一源泉之河川因土地形狀而生種種河流出自同源之法律亦然孟德司鳩又有言曰法律因土地而異且不能不相異觀泰西先哲之論說愈信各國法律之未易統一矣顧法律雖有異同而各國苟無獨立之主權則適用內國法或外國法無研究必要而國際私法之問題仍不發生我國近有領事裁判權存在即一例也然世界各國法律之發布無非主權之作用所謂主權有領地主權人民主權之分自領地主權言之凡在其領地內者應悉依該領地之國法自人民主權言之凡所屬人民縱在外國亦應依其本國法前者謂之屬地主義後者謂之屬人主義屬地主義係古代所採用近則除屬地主義外兼採屬人主義且多以屬人主義為原則然則甲國人

在乙國內時如其本國法與所在國法不同則關於該甲國人之法律關係即發生適用何國法律之問題例如就住居德國之英人解決其有無能力究應依德國法抑應依英國法是已此外凡與數國法律相關涉相牽連之法律關係無論關於財產與人事皆易發生此項問題國際私法乃解決此項問題之法則也

第一編 總論

第一章 國際私法之定義及性質

國際私法之定義歷來不一今舉其著名且重要者如左

1. 英人惠司脫來克曰國際私法者解釋向何國法庭起訴依何國法律裁判之私法學之一部分也
2. 伊人斐哇來曰國際私法者規定異國籍人相互間之私法關係也
3. 德人派爾曰國際私法者就私法關係規定各國之法規及行爲之管轄也

4. 日人山口弘一曰國際私法者就涉外的私法關係規定應依何國法律之國

內私法也

裁判管轄之問題屬於國際訴訟法第一定義殊嫌掛漏同國籍人間之關係亦當生國際私法問題第二定義亦不完全又國家行爲之管轄係屬公法上之規定第三定義似失廣汎惟第四定義可謂精到茲分析該定義說明國際私法之性質

第一 國際私法者私法也

公法私法之區別學說頗多諸君於法學通論講義諒聞之熟矣余謂公法係規定國家之法上地位私法係規定個人之法上地位國際私法所以明示私法之適用故亦間接規定個人之法上地位也例如法律適用條例第五條人之能力依其本國法云云其實與中國人以十六歲日本人以二十歲德國人以二十一歲奧國人以二十四歲爲成年之規定毫無差異不過立法者欲一一列舉未免太繁特以本國法三字包括一切耳故國際私法殆與規定個人地位之民法商法等私法無異

惟其爲私法是以德國列在民法施行法(第七條至第三一條)伊法兩國列在民法前加編(伊民前加第七條至第一一二條法民前加第三條等)西葡奧及智利墨西哥阿根廷與俄羅司之一部列入民法我國與日本則作爲特別法一曰法律適用條例一曰法例英美則作爲習慣法以判例認之

第二 國際私法者私法兼國內法也

歐洲大陸學者分國際法爲國際公法與國際私法故國際私法亦爲國際法之一種此項論據係由拘泥國際私法之名稱而來不知吾人所謂國際私法者其國際二字有私人相互間之意味並非如國際公法上之國際二字指國家相互間而言故因國際二字遂以國際私法爲國際法其說不妥或謂國際公法係規定國家相互間之關係國際私法所以整理各國法律之衝突亦間接規定國家相互間之關係國際公法係國際法故國際私法亦係國際法云云然如前所述國際私法乃規定個人之地上地位既規定個人之地位卽與國家相互間之關係無涉况國際私

法與國際公法（即國際法）尤有重大之差異如左

1. 當事人差異 國際公法之當事人係國家國際私法之當事人係私人縱有時國家為國際私法當事人亦祇有法人資格非以國家資格受其適用

2. 辦理機關差異 國際公法之適用除特別情形外不設審判衙門國際私法之適用歸一國審判衙門所掌管

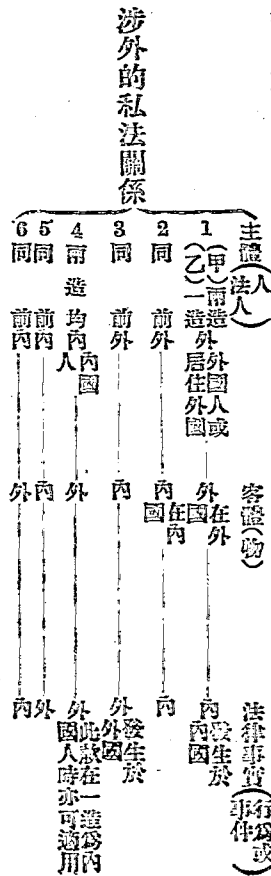
3. 適用界限差異 國際公法行乎國際團體之間團體以外即不適用國際私法則不論有無加入國際團體若其國法律與他國法律抵觸者均可援為準則

4. 解決方法差異 國際公法之問題依條約慣例或外交手段解決之國際私法之問題則由一國審判衙門依據訴訟法及其他法律之規定解決之

由此以論是國際私法之非國際法可無疑義其非國際法而為國內法尤無疑義何則各國國內法之組織皆有拘束力存在國際私法亦由立法者指示司法官所應準據之法則而有拘束力也此今日英美及德國一部學者之說也

第三 國際私法者係解決涉外的私法關係之國內私法也

國際私法係私法且係國內法既述矣顧屬於何種國內的私法尤不可不有說明大抵私法上之法律關係有三曰內國的私法關係曰外國的私法關係曰涉外的私法關係內國的私法關係祇為內國法所管轄其主體客體及法律事實全與外國法無涉外國的私法關係乃外國法下所生之關係其主體客體與法律事實全與內國法無涉涉外的私法關係係內外國法所共同支配之關係其主體客體及法律事實至少必有一在外國者試列表於下以資考證



觀上表可見涉外的私法關係有由主體而來者有由客體及法律事實而來者前者以研究國籍問題爲前提後者以研究內外國領界爲前提第內外國之領界屬於國際公法範圍國際私法所說明者惟行爲地訴訟地居住地物之所在地

更觀上表則國際私法與普通私法不同又可知普通私法係內國的或外國的私法關係所適用國際私法則專爲解決涉外的私法關係而規定全與內國的或外國的私法關係無涉要之國際私法雖係私法而與普通私法則同類異種也

第四 國際私法者就涉外的私法關係規定應依何國法律之國內私法也

國際私法係適用於涉外的私法關係既述矣願涉外的私法關係爲多數國之法律所支配所謂多數國之法律因當事人之國籍物件之所在及行爲地訴訟地之如何包有內國法外國法並第三國之法律在內此等法律萬不能同時並用於同一法律關係勢必自其中擇一法適用之方足以資解決而免抵觸國際私法即擔任此項職務者也例如法律適用條例第五條曰人之能力依其本國法則前述任

居德國之英人之能力問題我法院依英國法判斷可也但除反致情形而言見後

終有言者國際私法乃附屬於內外私法而存在非如普通私法之有獨立性質又間接規定私法關係非如普通私法之直接規定權利義務之實體故可謂爲繫屬法又可謂爲間接法此亦國際私法與普通私法不同之點也

第二章 國際私法之名稱

第一 區別法說或法則類別說 第十四世紀中葉意大利學派罷託爾等研究法律之衝突分人法物法混合法三種法則所謂法則類別說是也第此種法則未免界限不清且與國際私法本旨不符說明見後

第二 法律衝突論 此名稱唱自荷蘭學者莫美人亦多襲用之顧國際私法乃解決法律衝突之規則非法律之衝突也故至十九世紀無復用此名稱者矣

第三 對等的法源關係論 此名稱係埃希霍倫所唱然國際私法非單言同等之法源乃自同法源之數國法律中規定應依何國法律之法則也故僅僅謂對

等的法源關係實不足以表彰國際私法之性質

第四 國際情誼說或國際禮讓說 此說唱自斐利瑪氏謂國際私法所以規定適用外國法者純出於國際間之情誼(或禮讓)云云然國際私法係爲保全個人生存之必要而規定非爲表示情誼于外國而規定也此名稱亦殊不當

第五 外國法適用論 攷德國民法第二章第六編關於國際私法之規定曾題爲外國法之適用但至第三讀會草案則刪去而適入於民法施行法嗣英人美恩國際法亦襲用之然國際私法乃解決內外國法之適用非僅規定外國法之適用也

第六 法律之領地外的效力說 此說唱自德人薩比尼近世學者說明法律關於地之效力往往列入國際私法亦效薩氏之說也然就主權性質而論法律無踰國境之效力彼能力依屬人法之原則雖似法律效力及於外國實則內國法已先認許該原則耳况國際私法除法律關於地之效力外關於人之效力及關於物之效力亦何嘗不論究今單以地的效力名匿特不當抑且掛漏

第七 私的國際法 前不云乎歐洲大陸學者分國際法爲國際私法與國際公法顧國際公法卽公的國際法國際私法卽私的國際法此例唱自法人勿愛利克司近則英美人亦仿用之然國際私法之爲國內法而非國際法業論及矣大陸學者姑勿論彼英美人既謂爲國內法又名曰國際法何矛盾之甚耶

第八 域外私法 此霍而蘭特所唱之名稱也然國際私法云者非謂行於國外之法律却指內外兩法之選定法而言故域外私法之名稱亦未確當

第九 外國人法 此索謨密哀爾所唱之名稱也然國際私法係規定國際間之私法關係非祇規定外國人之地位故此種名稱亦不得謂爲適當

第十 涉外私法 此喜太所唱之名稱也瑞士人馬衣利日人穗積氏及山口氏亦皆採用之而日人山田氏則駁斥焉余謂此名稱尙無不妥蓋國際私法者實不外乎規定內外國人相交涉之法律關係也

第十一 國際私法 此一八四一年德人軒甫那所唱之名稱也德國之判例與

著書均用之其他用德語諸國若奧若瑞士以及荷蘭之學者日本之著作家無不採用故此項名稱近世通行最廣然用國際二字題名易使人疑萬國間有統一酌私法存在且易與國際法即國際公法混同故亦非確當之名稱

第三章 國際私法上之術語

第一 訴訟地法 或法庭地法 *Lex fori* 訴訟地法者法院於涉外的私法關係適用

自國法時所加諸法律之名稱實即法院所在地施行之法律也古昔之時絕對適用訴訟地法近來英美則以適用訴訟地法為原則以適用外國法為例外我

法律適用條律亦採訴訟地法主義 第一條第六條至第八條第一一條第一八條第一九條第二五條

第一 本國法 *Lex patriae* 本國法者當事人所屬國之法律也近來大陸法

系關於身分能力諸問題大都採用本國法我法律適用條例亦然

第二 住所地法 *Lex domicilii* 住所地法者當事人住所所在地之法律也

近來英美法系關於身分能力諸問題均採住所地法主義我法律適用條例則

惟於不能適用本國法時採住所地法主義而已 第二條第二項及第三條

第四 物件所在地法 *Lex rei Sitae, Lex Situs* 動產及不動產所在地之法

律謂之物件所在地法近來各國立法例關於不動產之物權大都採所在地法主義而在動產則間有採屬人法者我法律適用條例規定除關於船舶之物權外凡物權之標的不論動產不動產均取所在地法主義 第二條

第五 法律行爲地法 *Lex Loci Actus* 實施法律行爲之地之法律謂之法律行爲地法法律行爲地法有指行爲成立地之法律而言者亦有指行爲效力發生地之法律而言者 法律適用條例第二二條第三項第一三二條等

第六 不法行爲地法 *Lex Delicti Commisssi* 不法行爲地法有指實施不法行爲之地之法律而言者亦有指不法行爲結果發生地之法律而言者我法律適用條例第二五條第一項大抵採用後之意義

第七 事實發生地法 *Lex Loci* 此即債權之原因事實發生地之法律也法律

適用條例規定因事務管理不當利得發生之債權依此法解決^{第二條}

第八 國旗法 *La Loi Du Pavillon* 此即船籍國之法律也法律適用條例規

定關於船舶之物權不問其所在地如何依此法解決^{第二條}

第九 準據法 凡涉外的私法關係所適用之法律均謂之準據法上列入種皆

涉外的私法關係所適用故皆爲準據法也

第十 屬人法 隨人所到之處以其人所屬國或所屬地方之法律支配者曰屬

人法上列本國法及住所地法各爲屬人法之一種

第十一 屬地法 凡在其地之人與物不問來自何國以該所在地法支配者曰

屬地法此法大悖國際私法本旨今日行之者惟哥倫比其他作爲例外而已

第十二 法境 *Rechtsgebiet* 一定的法律所施行之區域謂之法境法境有與

領土同一範圍者即統一國家是有一國數法境者如瑞士美國是

第四章 國際私法學之沿革

第一 混沌時代

昔人有言曰國際私法之起源在羅馬時代此謬論也蓋羅馬古時一切外人視同仇敵無市民權利無法律保護雖後來內外人交涉日繁而外國人相互間及羅馬人與外國人間之法律關係一以高民法 *Jus Gentium* 支配之絕不生國際私法上問題况考集司的尼亞 *Justinian* 帝法典並無關於法律抵觸之明文足見國際私法學羅馬時代尙無研究其在羅馬以前更無論已

第二 屬人主義時代(卽人種主義時代)

至中古之初日耳曼人侵入羅馬與羅馬人共同生活似乎國際私法彼時已見適用然蠻橫如日耳曼人非羅馬人欲與之立於同一法律之下且日耳曼人代表所謂法蘭克人者抱種族意見探屬人主義於是日耳曼人依其固有之習慣法羅馬人依羅馬之成文法兩者各有管轄法律自不發生抵觸問題故國際私法學此時代亦無研究必要然後世倡言之屬人法則已發軔於茲矣

第三 屬地主義時代(即封建主義時代)

上述屬人主義以種族爲標準嗣各種族間因婚姻移住等事由次第混同於是各種族之屬人法亦遂窮於適用而屬地主義又從茲發生矣屬地主義起於歐洲封建時代其時各領地諸侯視人民爲土地之附屬物凡在其領地內之一切人與物不問從何而來均以自己發布之法律支配之此項主義原爲尊重主權起見然絕對適用則法律之衝突無從發生故封建時代亦無國際私法學之研究也

第四 法則類別說時代(一名伊太利學派時代)

封建而後十字軍興以來地中海沿岸之貿易日繁內外人交涉之事件亦雜屬地主義頗感不便於是伊太利學派罷託爾 Bartolo 罷鐸 Barto 及其他註釋家關於法律之衝突唱人法 Statuto Personalia 物法 Statute Paalia 混合法 Statutum Mixtum 三大原則人法謂關於人之法律關係依其住所地法物法謂關於不動產之法律關係依其所在地法但動產則因其附隨於人依人之住所地法至混合法則

或指法律行爲兼不法行爲之準據法而言或單指法律行爲程式之準據法而言
學說紛歧莫衷一是要之卽場所支配行爲 *Locus negotium* 之原則所謂法
律行爲不問其關於程式或關於實質均依行爲地法者近是

此三大原則稱法則類別說 *Theorie Des Status* 或區別法說又稱法律三分
說其立法宗旨在解決法律之抵觸較之屬地主義不得謂無進步然不過將一切
準據法而三分之尙不足以滿足涉外關係之適用且所謂人法物法混合法亦難
劃清界限蓋同一法律關係同時關於人與物或並關於行爲者不少其例假如讓
與不動產之爭執讓與人依不動產所在地法有行爲能力而依其本國法無能力
者究依所在地法認讓與爲有效抑依本國法以撤銷其讓與若讓與之行爲不在
本國又不在不動產所在地則更多一行爲地法之管轄矣法則類別說欲解決法
律之衝突而仍不解決皆三大原則之境界不明所致也乃罷託爾又唱解釋論曰
「長子承繼不動產」 *Primogenitus Succedat Immobilis* 與「不動產歸屬長

子』 *Immobilia Veniant ad Primogenium* 兩條文意義不同蓋前者之文章主格係長子人法也後者之文章主格係不動產物法也云云然該兩條文之異詞同義夫人而知之罷託爾乃竟作此無謂之強辯亦徒貽笑後人而已矣雖然十八世紀以前其說盛行且近世國際私法之發達及場所支配行為原則之適用均由其說促進而來其功績之在世亦自不可磨滅耳

第五 十六世紀至十八世紀之學派時代

封建時代之屬地主義土地爲主人民爲從既背國際私法之本質又令涉外關係不安固自法則類別說出而補其偏救其弊於法庭地法以外更設準據之法律雖三原則界限不明亦頗適一時之用是以大陸諸國多採其說不獨裁判上引爲法條而且學說上奉爲鼻祖如十六世紀法國學派集謨倫 *Dumoulin* 達爾杰脫 *D'Agentre* 十七世紀荷蘭學派羅甸白爾衣 *Roden Burch* 麥愛 *Voet* 及十八世紀法國學派蒲耶 *Boutier* 富洛蘭 *Froland* 蒲而那 *Boullenois*

皆祖述其說而立論者也。蓋十六世紀之法國學派多採屬地法爲原則，惟於不得已時適用人法。十七世紀之荷蘭學派亦採屬地法爲原則，惟限於不害國家主權時得視爲國際情誼而適用外國法。所謂屬人法即人法。至十八世紀之法國學派則縮少屬地範圍，漸向屬人主義，似與前兩世紀之學說論據不同。然該派以對物對人爲標準，則仍不脫法則類別說之窠臼也。所惜法則類別說適用之區域太狹，且專研究市府間法律之衝突。自法蘭西大革命後，拿破崙法典編制以來，由政治革命進而爲法律革命，由地方間法律衝突問題進而爲國家間法律衝突問題，於是國際私法學之研究至此面目一變，而法則類別說之三原則亦自此遭一重大打擊矣。

第六 十九世紀以來國際私法學勃興時代

拿破崙法典頒布而後，十九世紀以來，美國最高法院推事司脫利氏作法律抵觸註釋論 *Commentaries of the Conflict of Laws* 一書，公之於世，同時歐洲大陸學者如勿愛利克司 *Felix*、如威希他 *Wachter* 亦就各國法律衝突問題

題著書立說自是而後學者羣起新說叢生德則有軒甫那 Schaffner 薩比尼 Savigny 派爾 Bar 英則有巴齊 Burge 斐利瑪 Philimore 惠司脫來克 伊則有陸克 Reese 曼賓尼 Mauvini 法則有威司特巴業 Daspigne 美則有華頓 Wharton 斐爾特 Field 比則有羅蘭 Laurent 荷蘭則有阿塞爾瑞士則有蒲洛軒此外著名大家尙難枚舉於是國際私法學之研究至此時代乃勃然大興矣茲將最著名且重要之學說略舉數種以資參攷

(一) 當事人意恩說 曰各法律關係所適用之準據法應推測當事人之意思定之此德人虎司 Haus 之說也然當事人之意思無從推測或其意思違背強行之規定者則此說不可實行即使實行亦不免害及公益耳

(二) 住所地法說 曰一切法律關係應適用人之住所地法此德人埃希霍倫 Tschhorn 之說也然法律關係當事人現無住所或住所不明或雙方之住所不同或有多數之住所者究依何種住所地法仍費躊躇

(三) 法律關係發生地法說 曰準據法之決定應先問立法者之意思其意思業已明示者從之其未明示者應探究立法之精神以定適用之法律若立法者之意思全不明瞭則以法律關係發生地法爲準據法此德人軒甫那之說也然法律關係發生地有多數或無從查考或該地無可適用之法律者此說均不可通即不然法律關係發生地出於偶然者頗多以出於偶然之地之法律支配一定之法律關係於法固不當於當事人亦危險

(四) 內國法說 曰法官審理涉外事件自應依法律之規定法律無明文者應探求立法之精神以定內外法之適用若併立法精神而不明瞭者依內國法裁判之此德人威希他之說也夫爲維持自國公益及主權起見自以偏重內國法爲宜然今日各國國權私法頗少成文之規定甚至全部無成文法者有之必若威希他之說則涉外事件不論其關於內國公益與否必多爲內國法所管轄而該事件之權利關係亦將立於不確定之狀態例如同一甲國人在乙國有行爲

能力至丙國將失之矣或在乙國有身分上權利至丙國將奪之矣且感念他國所謂內國法實即訴訟地法之意義故對於後說之批評並可加諸此說也

(五) 訴訟地法說 曰外國法律不能侵入內國自國法律法官必須遵守故一切涉外事件應依訴訟地法判斷之但有國際情誼關係者亦得適用外國法此

英美學者根據十七世紀荷蘭學派而立論者也余謂此說不過於屬地主義設

一例外不獨悖乎國際私法之本質且多其他缺點即(1)易使當事人在訴訟地

受不測之損害(2)易使原被告有操縱訴訟地之權限

例如被告遷移住所於利

待原告之起訴或原告於該地之多數審判權

中起訴有利於己之法律施行地而起訴是也

(3)在債務關係易違反當事人之

意思(4)易使權利關係立於不確定之狀態是已至其所謂例外亦屬不妥蓋國際情誼絕無標準自不能據以解決法律之衝突也

(六) 屬人法說 曰規定私益之法律祇以支配私人不論其人至何地又不論

如何權利關係常得以此法律支配之但關於國際公安之規定場所支配行為

之原則及由當事人意思而生之限制不在此限此一九五一年伊人曼質尼所
唱導意蓋以本國法爲原則而別設三項例外也其立論之簡明自非前五說能
望其項背然一切涉外關係係身分能力外可適用本國法者甚少茲僅設三項
例外餘均以本國法支配之不得謂非缺點是以伊國民法雖係採本國法主義
其實純粹採此主義者祇身分能力一節伊民法第六條及第八條此外關於財產之法律關
係在動產限於所在國無反對規定時採之在不動產則全不採也伊民法第七條關於
法律行爲之程式及債權實質限於當事人兩方同國籍時採之其異國籍者則
不採也伊民法第九條然則本國法說之理由不充份彼伊人不已自認矣哉

(七) 法律關係性質說 曰法律關係之準據法依法律關係之性質定之其適
用之法律爲內國法抑爲外國法可不必問例如能力身分關係依屬人法物權
依其物之所在地法債權依當事人選擇之法律法律行爲程。式依行爲地法公
安及訴訟程序依法庭地法承繼依亡故者之屬人法其他準據法皆以適合法

律關係之性質爲準此德人薩比尼之說也是說既合真理且無掛漏日後國際私法次第發達除今日成文法外如更有規定準據法之必要者均可依此說決定之我國近頒法律適用條例各項立法主義亦間接根據此說也

要之以上諸說除第七說外如就特種之涉外關係規定一準據法未始不當例如第一說可爲因法律行爲發生之債權之準據法法律適用條例第二三條第二說可爲因事務管理不當利得發生之債權之準據法法律適用條例第二四條是已若就一切涉外的私法關係分別決定其準據法則非法律關係性質說莫屬餘說皆不足道也

第五章 國際私法之沿革

羅馬時代及封建時代無國際私法發生前章已述矣然則起源於法則類別說乎曰亦非也蓋研究法律之衝突有就各國間研究者有就各地方間研究者各國間法律之衝突其解決方法曰國際私法各地方間法律之衝突所謂一其解決方法曰準國際私法說明後法則類別說係研究各地方間法律之衝突尙無國家相互間

之觀念故其法則祇可謂準國際私法不得謂國際私法祇可爲國際私法之導線不得爲國際私法之起源至十六世紀與十八世紀間之學派其傾向雖由地方而及於國家然皆滯篤於法則類別說且無成文法之效力迨至十九世紀初法蘭西之拿破崙法典出其民法第三條第一一條等揭載國際私法之規定而成文法的國際私法始見諸法典是故國際私法可謂導源於法則類別說而起源於法蘭西民法也茲分國內與國際說明其沿革於左

第一 國內的沿革

國際私法自法蘭西民法揭載以來世界法治諸國大半設立明文普爾士則載在普通法典總則第一四條至荷蘭則載在法典總則第一〇條德則載在民法施行法第七條至（但以前則載在民法）奧大利西班牙葡萄牙伊大利智利墨西哥阿根廷則模仿法蘭西之例編入民法伊民法第七條至第一二條阿此外尚有明治三十一年公布之日本法例共三〇條以前有舊法例 民國七年公布之我國法律適用

條例共二七條至於英美雖少成文亦多以判例行之十九世紀以來諸國成法紛至沓來不可謂非立法上之進步也然其規定內容殊嫌不備例如權利能力問題公海上行爲問題各國法律尙少專條補殘彌缺是在後之學者

第二 國際的沿革

國際私法上之準據法除不動產上物權依不動產之所在地法法律行爲程式適用場所支配行爲 *Locus nectitatum* 之原則(俱詳見後)爲世界各國所公認外其餘各項規定各國殆無統一之法則且大陸法系與英美法系其根本上更有異點(1)同一屬人法大陸法系探本國法主義英美法系探住所地法主義(2)同一外國法大陸法系視爲法律英美法系視爲事實國際私法有此兩大異點並其他各種差異則其間之衝突實各國法律之異同夫各國法律有異同調和之在國際私法各國國際私法有異同統一之在列國探共通之規定此歐美各洲所以發起左列之會議而國際私法所以惹起國際上之沿革也

(甲) 亞美利加洲之會議 一八七八年南美諸國相會於利馬^{哥倫}討論國際私法統一條約未得結果至一八八八年南美中美諸國再會於門忒比特哇^{哥倫}而己至一八九二年美爲盟主召集墨西哥及南美中美諸國在華盛頓開第一次全美洲會議越十年在墨西哥開第二次全美洲會議議決之案亦均未見實行至一九一〇年中美諸國開商業上相互主義及貨幣度量衡統一會議一九一一年在華盛頓開工業所有權會議及全美商業會議並在美國哥羅刺特，斯普林格司開國際農業會議自是國際私法之統一法則乃及於全美矣迨至一九二二年十月美國又召集太平洋沿岸諸國(我國亦派代表與會)開第一次太平洋商業會議於檀香山之火奴魯魯會將票據及商業文件之統一法案商務文據之標準式樣並太平洋國際關係之細目均排入議事日程將來國際私

法關於商法一部之統一法則且波及於美洲以外矣

(乙) 歐羅巴洲之會議 與南美洲馬會議同年歐洲各國學者及美術家大會

於法蘭西討論著作權保護問題至一八八六年再會於瑞士伯倫府議定萬國著作權保護同盟條約共一一條於是著作物之保護各國乃有統一法則矣又一八八〇年歐洲諸國在巴黎開第一次萬國工業所有權會議越三年遂在巴黎訂結萬國工業所有權保護同盟條約共一九條於是工業所有權之保護各國又有統一法則矣迨至一八九三年荷蘭學者阿塞爾提倡國際私法統一政策經該國政府允許並得大陸諸國贊同遂於是年開國際私法會議於海牙名之曰海牙會議開議至今都凡五次茲分說其大略於左

第一次會議 與會者有德、法、伊、俄、奧、匈、比、西、葡、荷、蘭、瑞、士、丹、麥、盧、森、堡、羅、馬、尼之十四國其議案大綱有(1)婚姻(2)承繼(3)法律行為程式(4)民事訴訟上輔助之四種情未將各事項分別議決故再付次會審議

第二次會議 翌年開第二次會議仍得十四國贊同並加入瑞典那威其議案

綱目係(1)婚姻(2)監護(3)民事訴訟法(4)破產(5)承繼遺囑及遺贈等議決後
雖經列國代表蓋印然當時惟民事訴訟法一案受列國政府批准而已

第三次會議 至一九〇〇年開第三次會議討論前次未經列國批准之各案

此會由荷蘭發起仍得前次與會諸國贊同並將各案詳細協議遂成四種條
約草案即(1)婚姻_{共二條}(2)離婚_{共三條}(3)監護_{共三條}(4)承繼_{共五條}是已

第四次會議 至一九〇四年開第四次會議出席者除前次十六國外更加入

日本其議決之案凡四即(1)承繼及遺囑_{共四條}(2)夫婦財產及婚姻效力_{共五條}

(3)禁治產_{共九條}(4)破產_{共〇條}是已而第一次所議之民事訴訟法亦修正之

第五次會議 至一九一〇年開第五次會議出席者凡三二國除前次十六國

_{除去羅}馬尼 仍出席外我國亦派委員列席此外更加入英吉利、勿羅利、哥司大
利加、門的內哥、伯拉尼、塞爾比、土耳其以及北美之合衆國墨西哥南米之智

利、巴西、阿根廷、尼哥刺哇、亞洲之暹羅至其議案則惟國際票據統一問題一種且未提及支票、匯票、期票、議定條約草案十四章然草案雖成當時並不實行緣商業發達之英美二國不願批准故也沿至一九一三年爲謀票據統一法則之實現復訂立各種規程除匯票期票方圖統一外更列入支票之統一法案且另附說明書多種交由列國委員各就其國之事實分別研究以爲召集第二屆票據統一會議地步信乎歐戰發生致無效果今者太平洋商業會議既將票據統一案列入議程^{見前}並遍函各國先就本國情形各自調查是則國際票據統一法則之實現爲期當不遠矣

依上所述海牙條約之適用區域當初囿於歐洲大陸諸國之間至第四次加入日本而範圍稍大至第五次加入我國及英美而範圍愈大近年以來海牙會議以外關於國際私法之會議尙復不少例如一九〇六年開在柏林之萬國國際法協會會議一九〇九年開在不列門之第九回萬國海法會議及開在波留薩

耳之第三回海法統一會議一九一一年開在巴黎之萬國海法會議皆與國際私法之統一法則有密切關係者也不寧唯是一九一〇年巴黎律師陶來恩編制之空中法典草案由民法商法行政法刑法四部而成一九一一年六月列國在巴黎議定之國際航空法規則共十七條其第一一條與第一四條皆爲國際民法上問題故自世界交通發達以來國際私法之適用區域行將由陸而海由海而空中矣後之學者其亦將空中國際私法努力研究之歟

第六章 國際私法之法源

國際私法之法源謂構成國際私法之分子也此項分子不外左列數種

一、成文法 成文法自法國民法第三條等爲始嗣普國普通法典荷蘭法典等相繼而出而成文法遂爲各國國際私法之一大法源參照前章國際私法國內的沿革之說明可也至於我國則除法律適用條例外尙有民事訴訟條例第五六條第一二三條但書第一三一條第四七五條等然如中國銀行則例第五條

交通銀行則例第五條礦業條例第四條森林法第十二條國籍法第二條第三條第四條第五條第六條等及各項涉外章程例如杭州及蘇州日本租界章程上海滬滬滬滬官倉章程與司法部訂各項華洋訴訟辦法或限制外國人之權利或保護外國人之地位並不生法律衝突問題且多涉及公法範圍故不得謂國際私法之法源也

二、條約 條約係國家間意思之合致並非國法之淵源然國家如公布條約令人民與法官有遵守之義務則該條約殆與國法有同一效力夫國際私法之原則以條約定之者乃近數十年來之事而攷其起因則始於一八六七年伊人曼質尼之學說是時曼氏爲集納蒲國際法協會議長曾宣言曰凡各國民事及刑事法之衝突應以國際條約規定統一法則俾各國依此法則辦理方爲得當云云嗣歐美各國採用其說遂發起各種會議並訂各項條約如前章所述情形於是條約遂爲國際私法之一種法源矣若在我國除前年太平洋商會議與第五次海牙會議外均處第三國地位故一切涉外關係似不適用此等條約然依

萬國著作權保護同盟條約第三條規定及萬國工業所有權保護同盟條約第三條規定我國人民如有著作物發行於該條約國及住居或設營業所於該條約國者以同盟國之人民論然則此等條約亦有時爲我國國際私法之法源也至我國自前清道咸以來與列國所訂各項條約無非爲保護外國人生命財產居住遊歷及通商起見並無法律衝突情形故不得爲國際私法之法源

三、判例 一說判例所以解釋法律僅得爲成文法之補助不得爲法律之淵源余謂不然蓋今日成文的國際私法頗不完備所有涉外事件無法規可據者自不能不藉判例以資適用我國法律適用條例頒行前關於債務及保證之華洋訴訟大理院曾有準據契約地法之判例^{見民國三年九月一七日上字第七九}五^號及同年一二月二七日上字二一^四又如法國其國際私法的規定不過民法中少數條文是以近數年來關於國際事件之判例頗多至於英美尤少成文而重判例美國法官司脫利嘗有言曰近世研究國際私法應依英美普通法上判例而歸納於各種事實其言如此足

証判例亦國際私法一大法源也茲舉一九〇二年英國著名判例於下

- (1) 在外國之行爲如行爲地法不認爲不法者英國亦不爲私犯訴訟之原因
- (2) 寡婦與其夫弟之婚姻如當事人屬人法認爲有效者英國亦認爲有效
- (3) 英國法並當事人屬人法所不認之身分亦不認之例如浪費人是
- (4) 外國人亡故並無遺囑又無承繼人者其遺存英國之動產歸屬英國國庫

四、習慣 查日本法例第二條云凡習慣不背公共秩序或善良風俗者以法令所認許及關於法令未經規定之事項爲限與法律有同一効力我國法律適用條例雖無此項明文然法院於涉外事件無法規或判例可資依據者亦得依習慣辦理蓋關於商事稟據之習慣我國現正從事調查而民事案件應注重習慣司法部尤有通飭^{四年九月一五}第一三〇二號飭^日豈於涉外訴訟獨除外而不採用乎然則習慣得爲國際私法之法源可無疑義不過就我國現在情形而論關於國際間之習慣其爲法令所認許者尙無其例而關於法令未經規定之事項者則他日不

免層見疊出也

五、條理 社會上事理之所必然者謂之條理如事親宜孝交友宜信及其他道德宗教友誼感情上一切應行遵守之事項皆是惟是此等事項千差萬別立法者既不能盡舉其狀態而網羅之於法文司法者亦不可藉口法無明文而不予以判斷於是習慣而外條理尙焉查各國法律嘗有「無成文法者依習慣無習慣者依條理」之通則我國法律適用條例此層雖無專條似亦不妨援用例如異國籍之船舶在公海上發生衝突者其準據法之如何既無現行法例可據又無習慣可依無已其惟準諸條理解決之乎一說內國法院適用內國法係原則適用外國法乃例外雖法律無準據法之明文亦不得擅以條理補充之蓋恐趨重外國法致害內國主權也此說不無理由姑探之

六、學說 學說乃個人之意見無法律之效力然今日之國際私法皆根據昔日之學說而來故學說雖非直接法源要亦間接法源也試舉實例於左

(1) 顧問官之意見 例如一八八二年法國之外務顧問由上下兩院議員各一名參事院議員一名大理院推事一名及大學教授一名組織之凡國際間有疑問者悉諮詢之然則學說適用於實際自可爲法律之源頭矣

(2) 學會之決議 例如一八七三年開設比利時之國際法高等學會 *Institut de droit international* 由各國著名國際法學者組織之每年在歐洲各國開會一次討論國際公私法上之重要問題今日國際私法之大原則大半皆該學會議決案之所賜也故亦爲國際私法之源頭

(3) 新聞雜誌之論說 例如比國部留薩府發刊之國際法及比較法制雜誌 *Revue de droit international et de législation comparée* 本屬前述高等學會範圍內至一八七七年由該學會另刊年報遂成獨立之雜誌矣其主筆係有名之學者羅蘭氏發刊以來於國際法上極有影響此外尚有巴黎發行之國際私法新聞 *Journal de droit international privé* 及英德之各

種國際法雜誌亦皆有益於實用者也

(4) 個人之著書 種類不一未遑枚舉但其中可爲國際私法之資料者頗多

第七章 國際私法之範圍

學問之道愈研究愈進步愈進分化凡百科學如此法律之學亦然粵稽古代法律現象混沌不明嗣分化之原則出而法律之分類定始則公法私法先示區別漸而主法助法分焉漸而成文法不文法分焉漸而國內法國際法分焉漸而國際公法國際私法分焉漸而國際私法與國際法又分焉然則國際私法之範圍定乎曰未也蓋國際私法自從國際法分離後學者說明其範圍雖然紛出有謂國際私法即國際民法單研究民法上衝突問題而商法不與焉之說有謂國際私法即外國人法凡關於外國人之法律不拘公法私法均應研究民法商法無論已即憲法刑法行政法訴訟法亦屬國際私法範圍焉爾氏之說有謂國際私法包含國際民法國際商法二部而言其他法律不與焉日人山口和廣爾氏之說前二說一偏一泛不可爲準

後一說則最普通最確實一般學者多承認之惟關於民事訴訟法破產法及刑事法之衝突問題應否歸諸國際私法範圍以內學者尙有爭論如左

(甲) 民事訴訟法破產法有衝突者 一說謂民事訴訟法破產法與民法商法本係一體前者爲助法後者爲主法二者必相輔而行方能奏效故民法商法之衝突既歸國際私法解決則運用該法之民事訴訟法破產法之衝突亦歸國際私法解決又一說謂民法商法係純然之私法民事訴訟法破產法則爲公法之一種私法有衝突歸國際私法上研究公法有衝突歸國際公法上研究

(乙) 刑事法 刑法及刑 事訴訟法有衝突者 解此問題凡分三說第一說謂刑事法以保護公益爲本旨與私人權利無關且如引渡犯人之情形應依國際公法上之外交手段辦理故其衝突問題應歸國際公法範圍 阿塞爾及法人論 第二說謂刑事問題雖關一國公益然如身體財產之保護未嘗不與私人利益相關故刑事法上之衝突問題應歸國際私法範圍 法人動機與哇來 第三說謂刑事問題係

國家與個人間之關係非純然國際團體間之關係又非純然私人間之關係故既不屬國際公法範圍亦不屬國際私法範圍寧作爲獨立學科名之曰國際刑法是說係德儒所倡且其著書亦有專題此項名稱者

總之國際私法係包含民法商法等私法而言其他凡屬於公法範圍者不應在內乃觀今日各國著書所稱爲國際私法者除將國際刑事法作爲獨立學科或歸併國際公法外係包括國際民法國際商法及有公法性質之國際民事訴訟法與國際破產法而言蓋緣今日之國際私法尙屬幼穉之學科而國際民事訴訟法與國際破產法又無自成一科之程度是以將公私兩法冶爲一爐也余屬述本講義亦依此例說明迨日後交通愈發達而規定愈紛繁研究愈精深而分化愈嚴密則寄居國際私法中之國際民事訴訟法與國際破產法或者如分子之遊離如鑽石之分解而成爲特別獨立之學科亦未可知或者與國際刑事法一併歸入國際公法範圍而今之所謂國際公法

即直接規定國際關係之條規者

者改稱國際法亦未可知如果能如是

則包含國際民法國際商法等者謂之國際私法包含國際刑事法國際民事訴訟法國際破產法等者謂之國際公法直接規定國際團體間之條規者謂之國際法以此題名名稱頗當以此分界限可清然而今日者尙非其時也

第八章 國際私法上之外國法

第一節 外國法之性質

國際私法上之外國法學者研究其性質凡分左列三說

第一 曰國際團體間應互相尊重其國法甲國法可行於乙國乙國法亦可行於

甲國內外兩法并行不悖故外國法應作爲法律而適用之此伊大利學說也

第二 曰內國法官祇有適用內國法之職務其有時用外國法者純出於國際情

誼故外國法祇可視爲事實不得作爲法律此英美學說也

法比之判例亦有主事實說者

第三 曰內國的國際私法既認許外國法之適用則外國法其外形而內國法其實質矣然其變爲內國法者要以認許之範圍爲限并非謂外國全體之法律在

內國均有法律之效力故外國法非純然法律亦非純然事實此德國學說也

第一說不免損害內國之主權第二說不免蔑視準據法之規定惟第三說立論精到可謂獨得真詮例如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中國公共秩序或善良風俗者仍不適用之」則外國法之規定惟不背中國公共秩序或善良風俗之部分中國法認許其適用而其違背中國公共秩序或善良風俗部分之適用中國法仍拒絕之又如同條例第五條云「一人之能力依其本國法」則外國法惟關於能力規能之部分中國法認許其適用而其無關能力部分之適用如無他項特別認許者中國法亦拒絕之其經中國法認許者自與中國法無異其經中國法拒絕者祇可視為事實絕不能在中國發生法律之效力故外國法之在國際私法上不得純然謂之事實亦不得純然謂之法律

第二節 外國法之證明

審判官應知悉法律當事人應證明事實此古來一般原則迄今學者無不承認也

故國際私法上之外國法究爲事實抑係法律實於法官之職務及當事人之責任有關據伊國學說以外國法爲單純之法律則法官對該外國法有適用之義務而當事人轉無證明之責任據英美學說^{可脫利及華頓之說}及法比判例以外國法爲一種事實則援用該法之當事人有證明之責任^{英美用鑑定證明法比用普通證據方法證明}而法官却無適用之義務此皆一偏之見未足爲準也我法律適用條例於本國法住所地法所在地法行爲地法事實發生地法一一認許其適用而於當事人舉證一層却無何項明文則在認許範圍以內之外國法法官自應作爲法律適用雖未經當事人證明亦不得將該法排除或予該當事人以敗訴之判決然未經中國法認許之外國法當事人有援用者仍應如事實問題盡其舉證責任此觀我民事訴訟條例第三三四條可瞭如指掌也或謂依該條規定意旨凡外國現行法爲法院所不知者當事人均應舉證並無認許不認許之分別故同一認許適用之外國法依法律適用條例當事人無證明之責依民事訴訟條例則有證明之責兩項法意未免抵觸云云余

謂此說非也蓋外國成法時有變更究竟該法存在與否內容何若內國法院未易知悉且今日各國之第三審制度實想像下級法院之裁判不適用法則或適用不當而設參照民事訴訟條例第五三三條第五三四條此在業經公布之內國法且然而況未經內國公布之外國法能保法官盡行明瞭且適用無誤乎民事訴訟條例第三三四條所云當事人有舉證責任者亦謂法官未必熟悉外國法特假手當事人之援助並非謂內國認許適用之外國法猶之係爭事實之必由當事人舉證也況據該條後段「但不問當事人舉證與否法院得依職權爲必要之調查」等說則當事人非必盡證明之責任而法院有調查之職權尤可恍然悟哉

當事人證明外國法應依法定証據方法爲之然法院之調查則無一定方法若外

國法官之意見書據英國一八六一年五月一七日法律英國法院適用外國法律得徵求外國法院之意見外國法院適用英國法律時英國法院得

指示意見但以有國際條約者爲限若駐在外國之自國公使領事及駐在內國之外國公使領事之

證明書若內外法律家之鑑定若外國法院之判例若外國之法律新聞雜誌以及

諸家之學說及著書無一不可爲調查之資料此外如一八八六年比利士伊大利西班牙葡萄牙瑞士塞爾比亞及美國巴西開設國際法協會議決各國法律文件互相交換以供公衆閱覽並訂定條約至一八九一年復在漢堡開會議決外國法適用問題由法院發囑託書經由司法部及外務部送交該外國司法部轉由外國司法部就法律之存在及其內容付與證明書前者得探知外國法起見後者爲證明外國法起見然此項辦法各國間未易一致實行其最簡最捷之調查方法莫若徵諸自國司法部意見參看民訴條例一二三條等或考諸外國新聞雜誌之爲愈也

涉外關係應適用外國法時如當事人不能證明而法院依職權調查後又不知其所在者例如依所在地法時其在通無施行之法律是究依何法判斷一問題也此項問題解說有二一說此時外國法係主觀的不在非客觀的不在當事人既不能證明惟有駁斥原告之請求及被告之抗辯此吉脫而曼之主張也又一說此時可推定外國法與內國法同法官應依內國法判斷之此威司斐哇來惠司脫來克派爾之學說及德國高

等商事法院巴黎高等法院之判例也然前說分主觀客觀實無何種理由且易使當事人受意外之不利後說於應依外國法時而適用內國法亦未免抵觸國際私法之本質二者各有缺點未可爲訓故一派學者謂不如適用「無成文法者依習慣無習慣者依條理」之通則特依條理判斷之爲妥余謂與其依條理以致偏重外國法甯取後說以維持內國主權也

第三節 外國法之違背

當事人向第三審聲明上告非以第二審裁判違背法令爲理由不得爲之此今日各國民事訴訟法之通則我民事訴訟條例亦設明文焉德民訴第五〇九條奧民訴第五〇三條日民訴第四三〇條我民訴條例第五三三條惟違背外國法時是否可向第三審上告則尙爲今日國際私法

上之問題此項問題學者嘗分兩層討論第一層係違背準據法例如依國際私法規定應適用本國法者竟不適用或誤用物之所在地法但就所在地不在該本國之時而計是也第二層係不違背準據法而違背準據法內所含之外國法例如關於能力問題雖適

用本國法而不適用該法關於能力之規定或適用之而誤斷十九歲之瑞士人爲成年二十二歲之德人爲未成年是也顧第一層所謂準據法之違背即違背國際私法國際私法之違背即違背國內法其得向第三審聲明上告毫無疑義故茲所應討論者惟第二層之問題而已據伊大利學派及德國多數學者例如均主張違背外國法得爲上告理由此參照前述外國法之性質一節可以知其立論所在也然主張不得上告者亦復不少試揭左端以資參考

一、外國法係事實而非法律且法官無適用之義務有時適用者純由國際情誼使然故違背外國法不許上告此說在國際私法少成文規定之國（例如英美）容或可行而在內國法認許適用外國法之國則不可通矣

二、立法者付與內國法之保障外國法不能一同享受緣內國法業經內國公報公布之而外國法則否也故違背外國法不成爲上告理由此法國一檢察長愛而羅氏之論告然必若此說則未經公報公布之習慣法有違背者亦不許上告矣此則於我民

事訴訟條例第五三條所謂法則二字之意義不合也

三、查一八六一年法國大理院判例曰誤用外國法者其結果若不致違背法國法律則大理院無訂正其謬誤之職權又一八七六年同院判例曰誤解外國公文書者其結果若不致違背法國法律不得聲明上告在此國大理院於一八五五年亦有類此之判例然多數學者均駁摘之例如勞林 *Loh* 之說曰上告如限於特種法律之違背方許提起則立法者應有明文規定如德國民事訴訟法限於違背德國法律者許其上告德國舊民訴第五一一條新民訴第五四九條是外國法之違背自非上告理由矣然法比兩國法律渾言大理院得廢棄違背法律之判決並無與德國民事訴訟法同樣之規定若必如此等判例所云則大理院將不盡一部之職務云云自此說出而近年法比判例漸改變其方針矣

四、或謂外國法之違背如許爲上告則內國大理院解釋法律之意見未免與外國最高法院之意見相衝突今不許其上告可免此項結果云云然第二審法

院之判決未必能與外國最高法院之判決相符此種論說實顧此而失彼也又或謂違背外國法者可爲上告理由則內國大理院於解釋外國法殊多困難之感云云然大理院爲一國最高司法機關其知悉外國法之境遇較國內下級法院爲便今既許下級法院適用外國法而謂大理院反多困難不可通也

總之我國今日既有法律適用條例認許外國法之適用而民訴條例第五三四條所謂法則二字又無除去外國法之明文則下級法院之裁判不適用外國法或適用外國法而不當者依民訴條例規定^{五三三條}自應許其爲上告之理由不然者涉外訴訟以第二審爲終審而司法制度亂矣但上訴利益不及百元^{民訴條例五三一條}及以行政官廳爲上訴機關者又屬例外^{民國二年三月二十六日司法部令 福建民政長文}

第四節 外國法適用之限制（一名國際公安論）

涉外關係所適用之準據法有內國法有外國法其以內國法爲準據法者不生何等問題其以外國法爲準據法者則尙有一問題在卽外國法適用之限制是也此

項限制除我法律適用條例第一條外尚有法民法第一條第一項第二項伊民法第一二條德民法施行法第三〇條比國民法草案第二六條哥司大利加民法第五條阿根廷民法第一四條日本法例第三〇條等規定雖立法上文句不同而其限制外國法之精神則一也其所以同設此限制者因外國法違背內國公安時犧牲少數外國人之私益以維持多數內國人之公益也且外國法適用之限制不惟立法上有此規定即學說上亦多議論試舉諸左

一、薩比尼曰法律關係之準據法依其性質而定但外國法之與內國強行法抵觸者不適用之云云然關於能力之法律亦屬強行規定何以今日各國國際私法均採屬人主義且薩氏自己又何以主張屬人法乎

參照前法律關係性質說

二、派爾曰外國法限於不違背絕對法或道德觀念者方適用之云云然何者爲絕對法何者爲道德觀念毫無標準故此說亦非明確之論也

三、摩爾吞司曰外國法如係不正當且不道德者不適用之云云然所謂不正當

且不道德亦如前說所謂道德觀念之毫無標準也

四、曼賓尼曰私法係屬人規定故隨人而及於國境以外公法則祇行於國內凡在國內之人內國人無論已卽外國人亦受其支配此卽前述屬人法說所謂關於國際公安之一例外也然其所謂公法者範圍太泛未足爲準

五、那曼曰請求之原因及標的與內國禁止法或善良風俗相抵觸或其訴權爲內國法所不認者得依職權將此項請求駁斥之云云其善良風俗一語雖爲近世各國法律所採用法律適用條例亦用此語然所謂禁止法則失之太泛也

六、羅蘭曰凡法律關於社會之權利者不問契約地與國籍及財產之性質如何均適用之此說爲比國民法草案所採用然其所謂社會之權利無非指公益規定而言故就能力身分關於公益一層觀之實與前薩比尼之說同病也

七、一八八〇年牛津國際法協會決議曰一國法律違反他國之公法及公安者在該國領地內不得受其承認且不發生效力此議案較前諸說似稍確當然公

法公安二者文字不同實則二而一也今並用之未免疊牀架屋矣

右列諸說所謂強行法也絕對法及道德觀念也不正當且不道德也公法也禁止法也社會之權利也公法及公安也或失之泛或失之晦或失之贅均不足以表彰限制外國法之精神於是我法律適用條例所謂公共秩序善良風俗之語尚焉查該條例第一條曰「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」此項規定反言之即仍應適用中國法也法廷地法之意非謂此時無準據法可用而法院遂可不予判斷也惟公共秩序 *Ordre public* 一語即公安之義公安之範圍如何議論頗多究之係事實問題立法者未易下一明確之定義以債權言例如契約違背道德之類是以物權言例如占有由於不法行為之類是以人言例如蓄奴制度準死制度多妻主義血屬相姦親權濫用之類是且公安之觀念古今殊途東西異轍例如法國從前有禁止離婚之法律至一八八四年則廢之日本從前有保安條例之規定至明治三〇年左右亦廢之此公安觀念因時

代而異也。又如我國現行例異姓不得亂宗同宗不能婚媾而日本及西洋諸國未聞有此限制。回教諸國及土耳其採一夫數妻或一妻數夫主義而其他西洋諸國亦未聞有此制度。此公安觀念因地域而異也。我法律適用條例第一條既曰中國公共秩序是就我國現時之公安而言。至外國是否亦認爲公安在所不問。願國際私法上之公安問題究與民法上之公安問題有別。參民律草案第一七五條瑞士蒲洛軒氏稱前者爲國際公安稱後者爲國內公安。自此項區別出而後之學者解釋不一。甲說國際公安係直接維持國家之安甯。國內公安仍間接維持國家之安甯。乙說國際公安係萬國公認之公安。國內公安係一國獨認之公安。此巴黎大學教授勒爾氏之說丙說國際公安之規定係內外人之所共同適用。國內公安之規定惟內國人之所適用。要之諸說均非確解。仍以問題答問題而已。何者甲說所謂直接間接頗難分界。乙說所謂萬國公認及丙說所謂共同適用亦均無標準也。由此以論。足見國際公安一語實非正當之文句。願自蒲洛軒倡導以來。伊、法、比及日本之學者均用此語說明外

國法適用之限制迄今尙無確當文字可以代用余盡於此亦惟有人云亦云而已矣大抵國際公安之範圍較國內公安之範圍爲狹例如畜奴制度多妻主義及外國人之土地所有權無論國際的與國內的均關係公安問題故此層觀之似乎國際公安國內公安二者範圍一致然如關於能力繼承遺囑親子關係婚姻成立及效力之法律民法上雖均屬公安規定而國際私法上則不然

參照法律適用條
例第五條第九條

第一〇條第一二條至第一
五條及第二〇條第一二條

易言之卽此等法律祇可謂關於國內公安不得謂關於國際公安故國際公安之範圍較國內公安之範圍更狹也總之同一公安問題國內公安所以決定法律行爲之是否有効國際公安所以解決外國法之可否適用我法律適用條例第一條雖以外國法不背我國現時公安爲宗旨其實卽不背國際公安之意義不然者恐人事關係皆屏外國法而不用而法律適用條例自身亦不免抵觸矣至何者背乎國際公安何者不背國際公安純由法院就事實問題審查核定不過法院審查此項事實有應注意者三點第一點如禁治產準棄法產

離婚監護及扶養之請求與由不法行為發生之債權法律適用條例業已明定適用之標準者法律適用條例第六條第七條第一條第一六條第一八條第二五條法院應依法辦理不得據國際公法規定而自由解釋之或謂禁治產等亦屬國際公法規定已包在第一條內不必另設明文此說雖不無理由但公安問題不易決定立法者設此數條以示準繩亦至當之舉也第二點法律適用條例第一條所謂仍不適用外國法者係專就應依外國法解決之法律關係本體而言非併將在外國業已發生或成立之法律關係結果而亦否認之也例如採多妻主義國之原告對於數妻提起同居之訴者法院不得依該原告之本國法而允許其請求然從此數妻出生之子女之繼承問題仍應依外國法判斷之參照法律適用條例第二〇條第三點外國法適用之限制係包括本國法行為地法物件所在地法事實發生地法及其他各種外國法而言或謂單就屬人法加以限制非確解也

尤有言者善良風俗一語與公共秩序有如何區別學者見解不同或謂善良風俗

係附屬於公共秩序之內（西爾及日本多數學者之說）或謂公共秩序即國家之秩序善良風俗乃國民道德上之習慣例如犯罪、復讐、自殺及民事不法行為係違背公共秩序之行爲不孝、不弟、不倫、不敬、不嫁娶係違背善良風俗之行爲二說中余以前說爲然蓋善良風俗不外倫理之觀念而承認此項觀念之法律謂之公共秩序兩者文字不同其關於公益一也故單說明公共秩序（即公安）一語斯可矣

第五節 反致法

各國國際私法之衝突數十年來解決之方法有二一爲外交的解決方法即前述萬國工業所有權保護同盟條約萬國著作權保護同盟條約門忒比特哇條約海牙國際私法會議條約等是一爲國法的解決方法即茲述反致法是反致法者於一定涉外關係內國國際私法規定適用外國法而該外國國際私法却規定適用內國法時內國不適用該外國法而轉依內國法之謂也例如對於住居我國之英國被繼承人解決繼承問題本應依該被繼承人之本國法（即英法）又如對於在我國

結婚之阿根廷人解決婚姻問題本應依各該當事人之本國法即阿根廷法今因英法身分依住所地法之反致與阿根廷法婚姻依婚姻舉行地法之反致我國法院不適用法律適用條例第二〇條與第九條之本國法判斷而適用該條例第四條規定依中國法判斷是已要之此項反致規定惟內外國國際私法所採之準據法主義不同者方見適用若在同一準據法主義之兩國間例如關於能力問題在我國與日本或我國與德、法、伊等國之間則無適用之餘地矣

我法律適用條例第四條曰「依本條例適用當事人本國法時如依其本國法應適用中國法者依中國法」即反致之規定也依此規定有二種限制(1)以適用當事人本國法時為限而在適用物件所在地法行為地法事實發生地法等時不認反致(2)以應適用中國法者為限而應適用第三國之法律時不在其內此第二種形學有稱為再致或復反致再致云者於一定涉外關係應適用外國法時依該外國法又應適用第三國之法律者內國不適用該外國法而轉用第三國法律之謂

也例如對於住居法國之英人解決能力問題本應依該英人之本國法今因英法有指定法國法律之再致情形即住所地方我國法院特依法國法律判斷英人之能力是已抑反致之規定無非防國際私法原則之衝突爲宗旨此項宗旨如欲貫徹則外國法之種類不應以本國法爲限而反致之結果亦應併採再致之法則乃法律適用條例第四條竟有上述二種限制立法上難免不備之譏余謂與其設反致規定以致立法不備寧認反致爲不當從根本上剷除之爲愈也

今日各國法律認反致之規定者除我法律適用條例第四條外尚有日本法例第二九條德國民法施行法第二七條瑞士二三洲休利黑向甫徑與克羅皮丁洲之住居留民法第二八條以及一八七五年法國大理院之判例與伊比等國之裁判惟是反致法之原則究竟適當與否學者間頗多爭論至一九〇〇年九月開設紐向忒而之萬國國際法協會關於反致法會議決曰「凡一國法律規定法律之抵觸者希望其指直接規定即實法體而言不指準據法的規定而言」自此議案出而反致法遂爲多

數學者所否認矣茲將承認反致之學說及其駁論列舉左端以資參考

一、反致法與同一法律關係可避內外國法院判決之歧異此法人威司之說也
例如住居我國之英人之能力問題依法律適用條例應適用英國法依英國國際私法規定應適用中國法於是中英兩國法院必致異其判決今我國法院認英國法所反致之中國法則可與英國法院同一判決矣然此種議論限於採本國法主義之國認反致法而採住所地法主義之國不認反致法時方見適用若兩國同認反致之規定則所謂判決之歧異仍不能免也

二、凡一國法律於涉外關係規定適用外國法者不獨適用外國實體法即外國國際私法亦不適用故反致之規定當然認之此英人惠司脫來克之說也然一國國際私法之規定適用外國法者原指定該外國之民商法等而言非指定該外國國際私法而言我法律適用條例所稱本國法亦同此義若謂本國法係包括外國國際私法而言則法律適用條例第四條無設置之必要矣

三、反致法之原則能就人事關係避免本國法主義與住所地法主義之抵觸此德民法施行法關於反致法之第一理由也然國際私法所以採用本國法主義係涉外關係之性質使然若因反致而改本國法爲住所地法匪特令本國法主義降服於住所地法主義之下且一切人事關係亦將使人種風土氣候習慣不同之各國人民盡受同一法則之支配然則反致雖能免準據法之抵觸實大悖涉外關係之性質矣况如前第一說所云若採本國法主義之國與採住所地法主義之國同認反致之規定則兩國準據法之抵觸依然存在也耶

四、反致法所以擴張內國法律適用之範圍尤能保障內國法律取引之鞏固此德民法施行法關於反致法之第二理由也然國際私法之宗旨在企圖國際法律取引之安全不單在擔保內國法律取引之鞏固如專爲鞏固內國取引起見寧就一切涉外關係盡採內國法主義今獨見於反致之時殊屬費解况採本國法主義之國既設反致法以鞏固內國取引安知採住所地法主義之國不抱同

一宗旨以抵制之如此則德民法施行法之第二理由愈難成立矣

五、外國法自己不望內國適用者內國不必強用之故反致之規定當然可以採用此一般之反致說也然內國國際私法所以規定適用外國法者係就涉外關係之性質而規定之初非爲外國法希望其適用而指定之故外國法之應否適用一視內國自己法律之規定爲準至外國國際私法之規定如何內國絕無庸顧慮不然者恐內國國際私法爲外國國際私法之所左右矣

六、一國法律規定人事關係不依國籍而依住所者其立法精神以私法範圍內無國籍之存在故該國人民在外國亦應視爲無國籍人然則住所地法當然管轄之參照法律適用條例第二條第二項此德人派爾之說意蓋謂人事關係採本國法主義之國應認採住所地法主義之國之反致也然反致法之適用不單在此兩主義之間列如依當事人本國法規定人之能力適用行爲地法例如美國喬爾加州之法律或財產所在地法者如其人之法律行爲或財產在於中國則依法律適用條例第四條得適

用中國法解決其人之能力是也本說獨就住所地法立論未免贅滯

七 反致之規定可以確保判決之執行蓋一定涉外關係甲國法規定依乙國法而乙國法規定依丙國法時甲國法院若非適用乙國法所指定之丙國法則於乙國不能執行其判決故欲確保該判決之執行應先認乙國法之再致此就再致情形而承認反致法之學說也然此項學說在僅以乙國爲判決執行地者容或正當無如親屬繼承等人事關係各國準據法最多衝突若該判決不依其他丁戊諸國國際私法之規定則在乙國雖可確保其執行而在丁戊諸國尙難承認其效力例如依住所地法主義國之法律而判決者則採本國法主義之國及採其他準據法主義例如行為地法主義財產所在地法主義之國當然否認之也

依上說明則反致法之無根據已可概見余於法律適用條例第四條主張根本刪除蓋非無故而云然歟然今則條文具在法官自應援用不必問其理由如何也

第九章 準國際私法

第一節 準國際私法之定義

準國際私法者解決同國內私法衝突之規則也統一國家同國內無法律衝突情形故準國際私法自無研究必要然世界各國嘗有因(1)領地之割讓(2)國家之合併或併吞(3)地方立法權之設定(4)地的特別法之制定而有多數之法境並存者此多數法境如採同一立法主義則法律仍無衝突而準國際私法亦無適用無如法境並存之國家往往因左列情形發生法律衝突問題且就沿革上觀之國際私法實由準國際私法發達而來此本講義所以特加入準國際私法一章也

- (1) 住所地 例如甲法境住民與乙法境住民結婚二法境之法律易衝突矣
- (2) 行爲地 例如同居同法境之雙方或一方當事人在他法境爲法律行爲或不法行爲者則住所地法與行爲地法不免發生衝突矣
- (3) 財產所在地 例如財產在甲法境住所地在乙法境之人生死不明者其失蹤宣告問題不免發生甲乙二法境法律之衝突矣

- (4) 行爲之標的物所在地 例如同一甲法境住民以在乙法境之不動產或動產相買賣或加以損害者甲乙二法境之法律不免衝突矣又住於甲法境者若以該不動產賣與丙法境住民則甲乙丙三法境之法律又將生衝突矣
- (5) 法律上事實 例如甲法境住民死亡於乙法境者其繼承問題不免發生甲乙二法境法律之衝突矣
- (6) 訴訟 例如同住甲法境之人民在乙法境舉行婚姻或赴乙法境提起離婚之訴者則甲法境與乙法境之法律不免發生衝突問題矣

第二節 準國際私法之名稱

- (1) 洲際私法 *Das interprovinziale Privatrecht* 此屬衣利所用之名稱也
- (2) 地方間的法律 *Das interlokale Recht* 此吉脫而曼所用之名稱也
- (3) 殖民地間私法 *Droit prive' intercolonial* 此亨太所用之名稱也
- (4) 市府間的法律 *Interstate Law* 此美人柯恩所用之名稱也

(5) 準涉外私法 此日人所用之名稱也

(6) 準國際私法 此亦日人所用之名稱也

第三節 準國際私法之沿革

準國際私法之研究始於意大利法則類別說緣當時意大利各市府間嘗發生法律之衝突故也嗣法則類別說輸入法蘭西法國學者遂適用之以解決國內習慣法之衝突例如集讓倫 Dunoulin(1500—1566)之說曰「住所地習慣法認為無能力之人繼契約地習慣法認為有能力不得賃賃住所地所有之財產」此即準國際私法之適用也同時法人達爾杰脫雷 D'Argentre(1519—1590)亦於法國各地方習慣法之衝突屢加研究其註解書中曾就習慣法第二二八條詳論法則衝突云 習慣法第二一八條云凡有意思能力者得以繼承財產三分之一給諸繼承人以外者此項規定究關於國際衝突法規則抑關於國際衝突法規則 達爾杰脫雷之說傳入荷蘭遂於一六一一年公布勅令曰「遺囑人之住所及其財產所在地關於遺囑有互異之習慣者其財產處分問題及處

分者之年齡與處分之程式依財產所在地之習慣「蓋當時荷蘭之狀態地方小自治團體互相對峙最易納達氏之說耳要之準國際私法唱自伊人罷託爾氏後之學者多附和之然該法之原則嘗視與國際私法之原則同相延相習至於近代如軒甫那勿愛利克司未嘗就二者說明其異同薩比尼以來之學者亦多主張國際私法與準國際私法同則論但亦有反對之者例如勞肯Roguin氏其一也勞氏若瑞士法律衝突論之序文皆主與瑞士各洲間之法律衝突不可與內外國間之法律衝突深同一原則

第四節 準國際私法上之準據法及其適用之限制

國際私法與準國際私法均爲解決法律衝突之法則所異者一解決內外國法之衝突一解決同一國內法律之衝突而已故準國際私法上之準據法可適用國際私法之立法主義惟於人事關係則應適用住所地法不應依本國法蓋此等法律關係當事人係同一國家之人民非異國籍之內外國人也至其準據法之性質究爲法律抑係事實視內境法律之規定爲準卽內境法律認爲法律則法律也認爲

事實則事實也若內境法律無何等規定則應視爲法律何者內境法律業已認許適用之外境法律在內境與內境法律無異耳由此結果故發生左列效力

(1) 內境法院於其所認許適用之外境法律不適用之或適用不當者當事人得向第三審聲明上訴 參照民事訴訟條例第五三三條第五三四條

(2) 準國際私法上之準據法當事人無證明之責任而法院有適用之義務但某地習慣法仍應證明 參照民事訴訟條例第三三四條 而以證明故遂謂該法爲事實又非也

尤有言者同國內法律之衝突較內外國法之衝突惹起公安抵觸問題者頗少緣同一國家之內各地善良風俗之觀念無大徑庭耳然割讓地與讓受地合併國與合併國併吞國與被併吞國之間道德觀念之差異數見不鮮學者謂準國際私法上準據法之適用未始不應加以限制良有以也

第五節 準國際私法上之反致法

反致所以調和準據法之衝突非如我法律適用條例之所想像僅防本國主義與

住所地主義之衝突致問題亦爲準國際私法上所應研究例如就存在乙法境之不動產於甲法境爲設定物權之法律行爲而甲法境準國際私法採物件所在地法主義乙法境準國際私法採行爲地法主義則甲乙二法境之法律互相反致於是二法境間各發生應否認此反致而適用內境法律之問題矣

尙有再致問題亦應解決假定人之能力甲法境準國際私法採住所地法主義乙法境準國際私法採行爲地法主義今在甲法境決定乙法境住民之能力則甲法境所指定之乙法境準國際私法當再致第三法境之法律以爲行爲地法此時甲法境應否適用第三法境之法律卽再此問題之所由解決也

上之見解以各法境有獨立的準國際私法爲前提若以準國際私法爲統一法而頒行者不生反致再致問題又若法律不認反致再致者亦不適用之

第十章 國籍

第一節 國籍之概論

第一 國籍之定義

威司氏曰國籍者個人與國家相結合之繩索也。溫格喬氏曰國籍者國法上之人格服從一定主權之謂也。烏爾馬氏曰國籍者國家與個人之公法上關係也。溫氏定義則婦孺將爲無國籍人，依烏氏定義則外國人亦將有內國之國籍。因外國國家有公法上之關係也。二者均欠妥洽，獨威氏之定義簡而賅確，而當學者多贊從之。

第二 國籍之法制

國籍之法制形式上可分三種：一以國籍規定於民法，法、伊、奧、葡、比、希臘、謨那哥等是也；二以國籍規定於憲法，布加利亞、羅馬尼亞、哥司、大利、加、美、國及南中美各國是也；三以特別法規定之名曰國籍法，或關於外人及國籍之法律，我國及日本與德、俄、匈、荷、蘭、土、耳、其、瑞、士、坎、拿、大等是也。惟國籍既關於公法，又關於私法之三種法制，應以特別法規定者最爲得體，餘二者似欠適當。

第三 國籍之研究

國籍之研究方法有二一曰國法的研究以研究一國國籍爲宗旨一曰國際法的研究以比較研究萬國之國籍爲宗旨惟於國際法的研究學者嘗案出二種理想的原則所謂(1)凡人不可無國籍(2)凡人祇須有一國籍是也此項原則原爲防國籍之衝突起見然非萬國間有國際條約或關於國籍之統一規則必不能貫徹其宗旨耳尤有言者或謂國籍屬於公法上問題不應歸國際私法範圍內研究余謂非也蓋國際私法上之準據法以本國法爲最多參照法律適用條例各條可也而本國法之適用以確定國籍爲前提然則國籍雖非國際私法之專屬問題要爲國際私法之前提問題此國際私法所以於國籍一節亦有說明之必要也

第四 國籍之確定

國籍之確定有使特別機關辦理者法奧是也有不使特別機關辦理者我國及德日是也其以特別機關辦理確定國籍事宜者確定後可以拘束其他機關但對於國外仍無効如法國使通常法院辦理與國使行政官廳辦理其所爲裁判確定後凡同國

內之其他法院及行政機關皆受其拘束惟行政官廳之裁判易致謬誤而司法官廳之裁判可期適當何者關於國籍之規程關係頗大自非熟如外國法律之審判官不能下正確之判決也故與國制度比較的應以法國制度爲妥至不使特別機關辦理確定國際事宜者或令通常法院辦理或令行政官廳辦理絕無一定標準故法院認爲甲國人者行政官署或認爲乙國人事出兩歧非良制也

第五 國籍取得之時期

子因血統而取得父母之國籍定於懷胎時抑定於出生時此應研究之問題何者其父母嘗有於子之懷胎時與出生時異其國籍也或謂親子關係成立於懷胎時子之國籍當於懷胎時定之然懷胎究在何時不易明確且人之取得法律上人格究在出生時不在懷胎時故國籍之取得應以出生時爲斷

參照國籍法第一條

第六 國籍之效果

人民對於國家一方有服從命令之義務他方有要求保護之權利故國家與人民

之相互間發生權利義務關係惟人民之義務以積極言如納稅兵役等是以消極言所謂不犯國家之命令是也至人民之權利由國籍而發生者大約如左列三種

(1) 受外交上保護之權利 我國人民居留外國如外國政府有加以侵害行爲者可要求我國政府依外交手段保護之或謂外國人在內國亦有受外交上保護者似乎此項權利非內國人民之特權然外國人之受內國保護乃例外耳

(2) 居住國內之權利 外國人居住國內及國家默認使然若有侵害內國利益者即可放逐於國外然於自國人民古代雖有放逐之例今則否認之矣

(3) 參與國政之權利 今日多數國家惟自國人有參政權而外國人無之即使外國人一旦歸化亦不能於一定期限內就特種公職國籍法第一條然人口稀少之國例外有使外國人參政者例如奧國貴族院許外國貴族列席及一八八七年布哇憲法凡生於歐美之男子其子孫住居布哇者給與選舉權是也

第二節 國籍之基礎

國籍之基礎卽國籍取得之原因也此項基礎有原始的有爾後的原始的基礎不外乎國家之起源而國家之起源學說不一有主契約說者有主威力說者有主神國說者有主天命說者契約說謂國家由多數人意思之結合而成立此說在近世文明發達國家如北美合衆國之建國容或可行而溯諸原始時代之國家則不可通矣威力說謂國家由威力而建設然按諸歷史此說毫無根據神國說謂國家乃神所創造彼猶太國之組織蓋胚胎於此說也天命說謂國家之成立出於神意此說唱自希臘羅馬近世歐洲各國尙有贊同之者卽在我國古代亦主張之尙書云惟天生民又曰天之歷數在爾躬又曰有夏多罪天命殛之商罪貫盈天命誅之舜之有天下也孟子以爲天與之此皆我國古代天命說之彰彰可考也要之學說雖歧而國家建設之狀態終不可知吾輩之所以取得中國國籍者不過因我父母爲中國人至我祖先之國籍一溯再溯窮其極到底爲不可知之數故吾輩之國籍實以不明之事實爲根據也至爾後的國籍之基礎大抵不外三種曰出生曰出生

後之事實曰領土之合併或割讓但其中可適用契約說者不少例如因婚姻養子歸化等事由取得國籍或因領地割讓而爲國籍之選擇是已

第二節 國籍之衝突

國籍之衝突謂一人併有二國以上之國籍或全無國籍也一人併有二國以上之國籍者謂之積極的衝突其全無國籍之消極的衝突

第一款 國籍之積極的衝突(即重國籍者)

第一 國籍衝突之沿革

甲 上古 考羅馬時代凡羅馬人去而之他國者即喪失羅馬市民權似乎國籍之衝突羅馬人已有預防方法然在希臘則一人常併有二個國籍例如雅典人常以希臘國籍與諸羅馬人又如克勒爾亨國人同時又爲雅典人是已

乙 中古 中古時代如法蘭克之制度一人併有多數國籍者亦數見不鮮緣當時多數君主共同管轄一領土故也至封建之制興此風尤甚例如法蘭特倫之

諸候常臣專法德二國之君主且至一一〇一年及一一六三年之條約告成並有事英國之君主而取得三國之國籍者此世人之所熟知也

丙 近世 降至十九世紀各國承認國籍之衝突者尙復不少例如一八一五年

之德國同盟規條^{第一}_{四條}凡領主捨棄其主權者則爲其所有不動產所在地之人

民故不動產如跨連數國卽有數國之國籍又如丹馬一八六三年五月二八日

對於英政府之報告書嘗謂弊國制度一人得併有多數之國籍又如瑞士一八

七六年六月一日聯邦法院之判決嘗謂一人得併有瑞美二國之國籍至於今

日各國法律雖極力防止國籍之衝突然承認衝突者亦有之卽如我國籍法第

二條規定(1)爲中國人妻者(2)父爲中國人經其父認領者(3)父無可考或未認

領母爲中國人經其母認領者(4)爲中國人養子者均取得中華民國國籍而其

原有國籍脫去與否並不過問卽承認衝突之一例也

第二 國籍衝突之原因

甲 因出生而衝突者

(A) 採血統主義國人於採生地主義之國生子者 蓋採血統主義之甲國人生子於採生地主義之乙國則其子有甲乙二國之國籍此項衝突易起外交上紛議例如一八五七年法國向阿根廷政府提出之抗議一八七四年伊國與委內瑞辣政府之交涉及西班牙與阿根廷因羅馬格^{羅馬格}拉事件之爭議是也

(B) 採血統主義國人於採折衷主義之國生子者 例如(1)法國制度第八

條第三號 父生於子之出生國者其子取得出生國之國籍故採血統主義國人如於

法國出生又於法國生子則其子有二國國籍矣(2)依美國憲法在美國有住所之外國人生子於美國者其子爲美國人故採血統主義國人如在美國有住所又生子則其子亦有二國國籍矣(3)依伊民法規定十年間繼續居住伊國之外國人生子於伊國者其子於成年前爲意大利人但至成年後得選擇父母法國籍有類似規定故採血統主義國人生子於伊國而又十年居住且其子未達成

年或達成年而不欲選擇父母之國籍則其子亦有重國籍矣

除上二者外凡重國籍者如其所屬國皆採血統主義則其子之國籍又衝突矣

乙 因出生後之事實而衝突矣

(A) 婚姻 外國女子嫁於內國人而取得內國國籍者如欲避國籍衝突應

以該女子喪失其原有國籍時為限乃觀今日各國法律尙無此項限制故該女

子之本國不以出嫁為喪失國籍之原因 例如阿根廷及委內瑞辣憲法而其夫之本國以該女

子為取德國籍之原因者 例如我國籍法第二條第一號日本國籍法第五條第

二條希臘民法第一二條伊民法第九條荷
民法第一八條西班牙民法第二二條等 則該女子之國籍易生衝突矣

(B) 認領 例如(1)德國法系諸國 奧匈葡那威
瑞士巴西等 私生子取得母之國籍法國

法系諸國及我國籍法 第二條及
第一二條 私生子因父認領而取得父之國籍故假定德

國婦人所生之私生子其父為中國人而被認領者則該私生子依德國制度係

德人依我國制度又為中國人而國籍衝突矣(2)依德國一八七〇年六月一日

法律及巴西一八九一年二月二四日憲法自國婦人生於外國之私生子取得自國國籍依我國籍法第一條日本國籍法第四條伊民法第七條法國一八九九年六月二六日法律第八條等生於國內其父母無可考者取得生地之國籍故假定德國婦人生於中國之私生子而未經其父或母認領或認領無效則該私生子有中國^{國籍法第一二條}及德國之國籍而衝突矣

(C) 准嫡 准嫡制度各國規定不同如英吉利俄羅司不許婚姻上之准嫡如法蘭西必具備一定條件方許准嫡之有效^{查法民法第三三一條私生子之准嫡其父母須於婚姻前依法認領或於婚姻時以婚姻證書認領之}故英國婦人與法國男子所生之私生子如於結婚前先行認領以為准嫡地步者則該私生子有英法二國之國籍矣

(D) 歸化 例如法民法第九條伊民法第十條希臘民法第十五條第十六條及智利憲法第三條第四條等未脫本國國籍之外國人亦許其歸化^{我國籍法規定歸化人以與本國國籍者為要}俄國刑法第二五條委內瑞憲法第七條土耳其一八六

九年一月十九日法律第五條等不認歸化爲喪失國籍之原因故俄國人或土耳其人歸化法伊等國時必併有二國之國籍而衝突矣又如布加利亞一八八三年二月二十六日法律第六條第三一條可倫比亞一八四三年四月十二日法律委內瑞辣一八八二年五月二十五日法律等歸化人之妻及其未成年子當然隨同其夫與父取得歸化國國籍我國籍法第十條以其妻及未成年子之本國法無反對規定時爲限比國一八八一年八月六日法律第四條盧森堡憲法第十條土耳其一八六九年一月十九日法律第八條等歸化人之妻及未成年子應保有從來之國籍故比國人或土耳其人歸化布加利亞等國時其妻及未成年子亦必併有二國之國籍而衝突矣又如法蘭西凡未成年子雖經其父或監護人之承諾不得捨棄法國國籍而依德國一八七〇年六月一日法律第八條及匈牙利一八七九年十二月二十日法律第八條外國未成年子經其法定代理人承認者得請願歸化故法國之未成年子向德國請願歸化時將有法德二國之國籍矣

(E) 任官 例如德國一八七〇年六月十日法律第九條那威一八八八年四月二二日法律第二條甲國人民就乙國官職者取得乙國國籍然波斯瑞士合衆國等自國人民就外國官職者不爲國籍喪失之原因故假定波斯人就那威之官職則一面取得那威國籍一面仍保有波斯國籍而衝突矣

(F) 國籍選擇 例如法民法第九條伊民法第八條荷蘭一八五〇年七月二九日國籍法第一條墨西哥一八八六年五月二九日歸化法第二條等生於甲國之乙國人得於成年後選擇生地之國籍然德、匈、比、英、西、荷、美、瑞、士、耳其、希臘、盧森堡、布加尼亞、羅馬尼亞、可倫比亞等國不認單純之選擇爲國籍消滅之原因故假定英美人生子於法國其子成年後選擇法國國籍者則一方爲法國人一方仍不失爲英國人而國籍因之衝突矣

我國籍法無選擇之規定

(G) 國籍回復 例如法民法第一九條伊民法第一四條英歸化法第十條比民法第十九條荷蘭民法第十一條葡民法第二二條西班牙民法第一二條

等甲國女子嫁於乙國男子者取得其夫之國籍然布加利亞一八八三年二月二六日法律第一四條第二五條俄國一八六四年三月六日勅令第一七條匈牙利一八七九年十二月二十日法律第三五條等女子於婚姻解消後回復從來之國籍者仍保有其夫之國籍故假定法國女子嫁於布加利亞男子於其夫亡故或離婚後回復法國國籍時仍保有布加利亞國籍而衝突矣我國籍法一七條限於喪失其夫之國籍者方許回復則可免衝突又如英歸化法第十條法民法第一九條因婚姻解消而回復國籍之婦人其未成年子亦隨同回復國籍然如荷蘭墨西哥盧森堡土耳其布加利亞可倫比亞等國法律此項未成年子猶保有其父之國籍故嫁於荷蘭或土耳其之英國婦人其未成年子隨同回復英國國籍者一面爲英國人一面仍爲荷蘭人或土耳其人而國籍亦因之衝突矣

(五) 養子關係 養子關係不影響於國籍此今日各國所認之原則也其間如德奧匈等國法律且明言之德國籍法第二條與民法第八條獨瑞士日本國籍法第五條

及我國前清國籍條例第五條及民國三年修正國籍法第四款認養子爲取得國籍之原因余謂此項制度易惹起國籍衝突問題何者因養子關係而喪失國籍今日各國尙無其例也故爲中國人之養子者如不能脫去外國國籍或非無國籍人則既有外國國籍又有中國國籍而衝突起矣

第三 國籍衝突之預防方法

國籍之衝突不問原因如何要易惹起國際之爭議並足釀成本人之不利此衝突之預防方法所以不可不研究也考今日各國法律所訂預防方法大抵在新國籍之取得以舊國籍之脫去爲準例如那威一八八八年四月二一日法律第三條瑞士一八七六年七月三日法律第二〇條是已茲更分左列兩情形述之

甲 因出生而衝突者之預防方法

英美近來併用生地主義與血統主義故國籍之衝突數見不鮮而考其預防方法亦有二種卽一八五七年英國對法政府之通知書美國領事規則第十一章第百

十五節所謂英美人生於地主義國之子對於出生國不受英美之保護及一八六五年英國對撒遜政府之通知書美國對奧國公使勒特勒而伯之通知書所謂外國人生於英美之子對於父母之本國不受英美之保護是也又西班牙自一八四〇年以來亦嘗與南米諸國先後訂立「西班牙人生於南美諸國者不作爲西班牙人」之條約並於一八六四年六月二十日頒布同樣之法律又法蘭西亦於一八七三年六月十六日由政府訓令駐紮各國之自國公使與領事凡逃避兵役之法國人在外國不與以保護此皆爲防國籍之衝突也至於我國國籍法第一條第一款第二款規定生時父爲中國人及生於父死後其父死時爲中國人者均取得中華民國國籍而其出生地何在並不過問似乎承認出生時國籍之衝突然同條第三款第四款又規定生於中國地父無國籍其母爲中國人或父母均無國籍者取得中國國籍則出生時之衝突又未嘗不防也

乙 因出生後事實而衝突者之預防方法

此項豫防方法各國法律頗多規定依法民法第一七條法蘭西人之資格因取得外國國籍而消滅依英國歸化法英國人歸化外國者喪失英國國籍依瑞典國籍得喪法第五條凡取得外國國籍者喪失瑞典國籍依那威一八八八年四月二一日法律第六條在外國取得國民權者喪失那威之國民權依布加利亞一八八三年二月二六日法律第二九條布加利亞人住居外國而歸化者喪失布加利亞之國籍此外如比民法第一七條伊民法第一一條希臘民法第二三條荷蘭一八五〇年七月二八日法律第十條巴西一八九一年二月二四日法律第七一條哥司大利加一八八六年關於外人並歸化之法律第四一條日本國籍法第七條第五款第一三條及第一五條第二項亦各有與此類似之規定惟西班牙美利堅可倫比亞諸國限於捨棄舊國籍之外國人方許歸化似未足十分防止國籍之衝突何者捨棄究係單獨行為對於從來之本國無脫去國籍之效也至於我國依國籍法第四條第五款規定外國人因歸化而取得中國國籍者以本無國籍或喪失其本

國籍爲要件依第十條規定歸化人之妻及其未成年子以其本國法無反對規定者方許隨同歸化人取得中國國籍依第一七條第一八條規定回復中國國籍者以本無國籍或喪失其從前之國籍爲要件立法者蓋亦以豫防國籍之衝突爲本旨也且不獨立法上有此項規定卽以條約規定豫防方法者各國亦不乏其例據一八七六年德奧間條約一八六四年普爾士與奧匈間條約一八八二年奧塞比亞間條約屬於條約國一方之人民欲歸化他方者應先證明解除從來之國籍據一八七三年德國與波斯通商航海之條約^{第一}一八八〇年德國與謨洛哥之保護條約^{第一}五條兩國間互相歸化者以脫去舊國籍爲要件據一八六八年普美間所訂朋克洛夫脫條約^{第一}條北德意志人五年間繼續居住美國而歸化者應視爲美國人據一八七九年法國與瑞士此訂條約^{第一}條歸化瑞士之法蘭西人之未成年子於二十二歲以前保有法國國籍一達二十二歲得於一年內選擇瑞士之國籍此皆條約上豫防國籍衝突之方法也

第二款 國籍之消極的衝突(即無國籍者)

國籍之消極的衝突遇左列情形則發生

(A) 出生 無國籍人在採血統主義國所生之子亦為無國籍人

(B) 准嫡 例如德國一八七〇年法律有德國籍之私生子為與母異國籍之父所准嫡者喪失德國國籍然據多數學說為無國籍之父所准嫡者亦喪失國籍故有德國籍之私生子如為無國籍之父所准嫡則為無國籍人矣

(C) 婚姻 考各國制度有以婚姻為喪失國籍之原因者例如日國籍法第一八法亦有不

認婚姻為取得國籍之原因者例如南美委內瑞辣故日本女子偷嫁於委內瑞辣男子則

該女子之國籍即消極的衝突矣又該女子嫁於無國籍人或嫁於非具備一定條件不能取得夫之國籍之國人時亦易發生消極的衝突

(D) 時效 查各國法律有以時效為喪失國籍之原因者例如德奧匈法律雖

喪失國籍有以住居為取得國籍之原因者例如法伊比其法律故德奧人繼續十年居住法

國或伊比等國者則一方喪失國籍一方不取得國籍而消極衝突矣

(E) 任官或入外國軍隊 甲國法律規定未經政府許可而爲外國官吏或軍人者喪失國籍乙國法律規定不以官吏或軍人爲取得國籍之原因時如甲國人爲乙國官吏或軍人則國籍易消極衝突例如法國人爲伊國官吏是也

以上所述乃國籍消極衝突之大略惟是國籍之消極衝突者如被放逐於外國則無收容之國家如在內國犯外患罪則不能科以一定之刑罰且內外國開臺時既非交戰國人亦非中立國民又可免除此等人民所應負擔之義務由此觀察是無國籍人不啻國際間之贅疣自應有一豫防方法以免斯弊查各國歷來制度如瑞士一八五〇年法律凡住居聯邦內之無國籍人取得住居國國籍如土耳其一八六九年國籍法^{第九條}住居土耳其未合法證明其爲外國人者視爲土耳其人如比國一八七〇年法律無國籍得課以兵役並因此取得該國國籍又如一八五一年德意志諸國之協定凡五年以上住居國內之成年人與六週以上住居國內之夫

婦及在國內結婚或出生者視為國家之人民此皆為豫防國籍之消極衝突也我國籍法第一條規定父母均無國籍而生於中國地者屬中華民國國籍第四條規定無國籍人經內務部許可得歸化第一二條第一款第四款規定為外國人妻而喪失中華民國國籍者以取得其夫之國籍時為限依自願歸化外國而喪失中國國籍者以取得外國國籍時為限第一五條規定喪失國籍人之妻及未成年子喪失中華民國國籍者以隨同取得外國國籍時為限蓋亦抱斯宗旨耳

第三款 國籍衝突時本國法之適用

第一 關於國籍之積極衝突者

國籍衝突時其本國法亦衝突故關於其人之準據法不免發生問題阿塞爾及曼質尼謂此時宜適用住所地法勞林謂此時宜適用近似法庭地法之法律例如甲國採血統主義乙國採生地主義則甲國制度較與我國相近似我國對有甲乙二國國籍者即應認其為甲國人然前說於各國均無住所或均有住所時不可適用後說於諸國法律近似法庭地法同一程度時仍難解決是

以法律適用條例第二條第一項獨規定曰「依本條例適用本國法時其當事人有多數國籍者依最後取得之國籍定其本國法但依國籍法應認爲中國人者依中國之法律」由此規定則(1)多數國籍共屬於外國時以最後取得之國籍爲準(2)多數國籍有一屬於中國時不問取得先後應適用中國法蓋一則以前國籍爲後國籍所蔽一則爲尊重自國法律也顧國籍異時衝突者可依此法解決而在同時衝突又不能認其爲中國人者則仍屬問題例如法國人生子於阿根廷其子同時取得法阿二國之國籍無所謂最後取得也然則同時衝突何由而解決乎曰依法理解決之卽其人祇於一國有住所時適用住所地法於多數國均無住所或均有住所時依居所地法但其國籍有一屬中國者適用中國法

第二 關於國籍之消極衝突者

國籍消極衝突時則本國法無從適用故關於其人之身分能力應以何者爲準據法亦一問題也據威司勒納阿塞爾之說及一八八〇年牛津國際法協會之決議

均謂此時宜適用住所地法我法律適用條例第二條第二項曰「當事人無國籍者依其住所地法住所不明時依其居所地法」蓋亦採此主義也惟此項規定在當事人無住所時尙可與住所不明同一論斷然當事人於各國同時設立多數住所而又同一在中國者則應以何者定其準據法頗費躊躇矣

第三 關於一國內各地方法律不同者

一國內各地方法律不同者例如瑞士及合衆國該國人之國籍雖確定而對於其所適用之本國法究以何地方之法律爲準仍一問題曼質尼謂此時宜依住所地法惠司脫來克謂此時宜依其人之生來住所地法一八八〇年國際法協會謂宜依其人之國內法此等主張均欠妥洽我法律適用條例第二條第三項曰「當事人本國內各地方法律不同者依其所屬地方之法律」可稱確當是故對於美國人定其本國法者其人如屬於紐約則依紐約州之法律如屬於加利福尼亞則依加利福尼亞州之法律可也至其人屬於何地方仍應依其自國法律決定之

第四等 國籍之取得

(甲) 因出生取得國籍者

因出生取得之國籍謂之固有國籍 *Origine la nationale* 各國法定固有國籍之標準凡分三種主義如左

(一) 血統主義 或曰屬人主義 凡人不論生於何地概從其父或母之國籍曰血統主

義考希臘羅馬時代之法律因婚姻而生之子取得父之國籍不因婚姻而生之子取得母之國籍蓋純然採此主義也今則德奧匈瑞典瑞士等採用之

(二) 生地主義 或曰屬地主義 凡人不論父母之國籍如何概從其生地之國籍曰生

地主義此項主義由封建時代以人民爲土地之附屬物之積習而來也英法兩國從前亦採此主義然英則改於一八七〇年法則廢於一八〇四年今日純然採此主義者惟南美諸國彼蓋爲增進人口維持國家起見也

(三) 折衷主義 前二主義各走極端且不完美於是最近以來更創設折衷主

義折衷主義者係鑄化前二主義而適用之其間有以血統主義爲基本者亦有以生地主義爲基本者凡人不論生於何地均依父母之國籍但依一定條件取得生地之國籍者不在此限此以血統主義爲基本之折衷主義也今日法伊此謨那哥土耳其布加利亞日本諸國法律探之凡人不^論父母之國籍如何概依其生地之國籍但自國人生於外國之子取得父母之國籍及外國人生於自國領地內之子依一定條件選擇父母之國籍者不在此限此以生地主義爲基本之折衷主義也今日英國歸化法美國憲法及葡萄牙民法等探之

右各主義惟以血統主義爲基本之折衷主義最爲適當是以國籍法規定固有國籍獨探此主義

國籍法第一條

餘則概屏斥焉茲述取得中華民國固有國籍者如左

(1) 生時父爲中國人者 純然探血統主義及以血統主義爲基本之國子固與父母同籍願依今日國籍法之結果父母嘗有不同國籍者故其所生之子即發生取得父籍抑取得母籍之問題我國籍法以取得父籍爲準諒以就法律上而

論子對於母之關係不如子對於父之關係之密切也

- (2) 生於父死後其父死時爲中國人者 前述子從父籍係就其父生存時而言至父死亡後所生之子則與父之法律上關係業已消滅故一般學者如威氏均主張應從母籍我國籍法以父死時爲中國人者仍從父籍不得謂有正當理由
- (3) 生於中國地父無可攷或無國籍其母爲中國人者 於此情形如從父籍則其子流爲無國籍人此國籍法所以規定取得母籍也或謂取得母籍應待其母之承認承認以前應視爲父母不明之子此說既使其子爲無國籍人又不免拘牽法理何者其母果不承認子自可依歸化法而去母之國籍也
- (4) 生於中國地父母均無可考或均無國籍者 於此情形無由依血統而定其國籍故各國法制有予以生地之國籍者法比伊墨希伊日本及我國是也有予以發見地之國籍者與荷那威是也或謂就國法上而論無籍人亦係外國人故無籍人之子亦應視爲外國人然國籍法無非防國籍衝突是說不可採用

(乙) 因出生後之事實取得國籍者

依我國籍法第二條規定外國人有左列各款情事之一者取得中華民國國籍

(1) 爲中國人妻者 今日本多數立法例均採夫婦同籍主義願其中有規定妻因婚姻當然取得夫之國籍者有規定婚姻不影響於國籍者有規定妻取得夫之國籍應具備一定條件者我國籍法係採第一主義易致國籍之衝突也

(2) 父爲中國人經父認知及父無可考或未認之母爲中國人經母認知者 認私生子有僅父母一方認知者有父母異時認知者有父母同時認知者僅一方認知時應取得認知者之國籍異時認知時應取得先認知者之國籍同時認知時應取得父之國籍考日本國籍法於此三者均有規定我國籍法則惟於第一情形規定之故在同時認知及異時認知時又不免發生疑問矣

因認知取得中國國籍之外國人應備左列條件

國籍法
第三條

(一) 依其本國法尙未成年者 因成年人已有行爲能力須經其承認也

(二) 非外國人之妻者 蓋防違反夫婦同籍之原則也

(3) 爲中國人之養子者 查前清國籍條例有此規定民國新頒國籍法此款本

已刪去至修正時又復列入余謂此制易起國籍衝突見前且在我國尙非必要也

(4) 歸化者 歸化云者國家與個人間依法定程序而取得國籍之契約也依我

國籍法第四條規定外國人或無國籍人經內務部許可得歸化內務部非對於具備左列各款條件者不得爲歸化之許可

(一) 繼續五年以上在中國有住所者

(二) 年滿二十歲以上依中國法及其本國法爲有能力者

(三) 品行端正者

(四) 有相當之財產或藝能足以自立者

(五) 本無國籍或因取得中國國籍卽喪失其本國國籍者

右五者乃歸化之普通條件願依國籍法規定尙有依簡易條件而歸化者如下

- (一) 父或母曾爲中國人者
- (二) 妻曾爲中國人者
- (三) 生於中國地者
- (四) 繼續十年以上在中國有居所者
- 右各外國人自(一)至(三)祇須三年以上在中國有居所即可歸化但(三)之外國人其父或母生於中國地者不必有三年以上之居所以上國籍法第六條
- (五) 外國人現於中國有住所其父或母爲中國人者國籍法第七條
- (六) 外國人有殊勳於中國者國籍法第八條
- (七) 歸化人之妻國籍法第五條及第十條第二項
- 右各外國人在(五)祇須品行端正且本無國籍或因取得中國國籍即喪失其本國國籍者即可歸化在(六)祇須內務部許可並經大總統核准即得歸化在(七)祇須隨同其夫婦化均不必依普通條件也

歸化之成立自代表國家之當局者表示其承諾之意思時爲準國籍法第九條規定歸化須於政府公報公布之且非公布後不得對抗善意之第三人蓋以示歸化成立之時期也

歸化人之妻及未成年子之本國法無反對規定者應隨同歸化人取得中國國

籍卽有反對規定而其妻欲歸化中國者亦無條件得以歸化

國籍法第十條

歸化成立後卽取得中國國民之資格然考各國制度嘗有於歸化人之公權加

以制限者如法國歸化後十年內不得爲國會議員如美國歸化後七年內不得

爲國會議員且總身不得爲大總統副總統茲就我國籍法

第十條

而言則(1)大總

統副總統(2)國務卿及各部總長(3)立法院議員及地方自治職員(4)最高法院

長(5)平政院長(6)審計院長(7)全體大使公使(8)海陸軍將官(9)各省行政長官

等公職歸化人及隨同取得中國國籍之子不得爲之但除大總統副總統以外

之八項其因有殊勳於中國而歸化者自取得國籍日起五年以後其他歸化者

自取得國籍日起十年以後內務部得呈請大總統核准除此項限制

此外尚有領地割讓亦爲取得國籍之原因所借我國現在尙無此項實例茲爲參考起見姑說明之大抵領地割讓僅讓與領地主權與人民主權無關申言之卽僅讓與以處分土地之權利非併棲息土地上之人民而讓與之故讓受領地之國家無不與割讓地之人民以國籍選擇權也例如中日議和條約_{下四}第五條曰割讓地住民欲住居割讓地外者二年以內應賣却不動產而退去之如逾期猶居住割讓地者依日本之便宜得視爲日本人等語所謂依日本之便宜得視爲日本人雖與從來國籍選擇自由之慣例不符然割讓地住民得依限退去是其不影響於人民主權可無疑義又如日俄議和條約第九條云俄以南部薩哈_爾太_島之完全主權讓與日本第十條云讓割地住民有衝突日本之利益者日本得放逐於割讓地外所謂完全主權必單指領地主義無疑不然領地主權與人民主權既同時移轉是割讓地住民卽日本人也豈有放逐自國人民而先與外國訂約者哉

因領地割讓而發生國籍變更問題者以與割讓地有關係之割讓國人民爲限至第三國人民雖住居或出生於割讓地不受何等影響願與割讓地有關係之割讓國人民其國籍之變更應以何者爲準各國既無定例學說亦不一致如左

(1) 住所說 曰割讓地有住所者不問生地何在應受國籍之變更此說論據有

二(1)住居割讓地者如不變更國籍無以達讓受領地之目的(2)住居割讓地者如不表示反對意思即可推定其承認爲讓受國之人民余謂住所乃人生生活

本據此說未可厚非但不脫封建時代土地爲主人民爲從之遺習耳

(2) 生地說 曰生於割讓地者不問住所何在應變更其國籍何則人之出生與

其出生地有不可斷絕之密切關係也余謂此說不顧人民意思似嫌干涉況生於割讓地而久居他國者其於割讓地之關係幾無可言乎

(3) 併用說 曰住居或出生於割讓地者兩者均應變更其國籍然此說不過採

前二說之理由而併用之故對於前二說之批議即可合併批議此說

(4) 區別說 曰有時惟住居割讓地者變更國籍有時惟生於割讓地者變更國

籍此項區別以割讓國狀態爲準若割讓國爲統一國家則與割讓地有密切關

係者惟住居割讓地之人民故惟住居割讓地者變更國籍若爲聯邦國家例如

美士則其人民以出生地爲重故惟生於割讓地者變更國籍余謂前之情形以住

所與割讓地之關係較出生事實更密切云云不必問其是否爲統一國家也

(5) 兼有說 曰必住居兼出生於割讓地者始受國籍之變更此說在人民方面

頗有利益而於割受國未免有害例如割讓地係新開者因多數住民非出生於

該地幾無國籍變更之可言而讓受國大受其影響矣

以上五說均非完美何者爲當頗難下斷是以各國實例亦不一致如一八六〇年

法國與塞爾特尼亞條約及一八六一年法國與謨那哥條約均採併用說如一八

七一年法德條約係採兼有說一八七七年法瑞瑞典條約係採住所說也

第五節 國籍之喪失

希臘羅馬時代有喪失市民權之規定似乎人民之國籍可以解除至封建時代以人民爲土地之附屬物於是國籍之喪失殆爲法令所不許卽至十七世紀猶抱此種觀念如法王路易十四世有禁止人民移住之命令又如英吉利嘗守永久人民 *Once a subject always a subject* 之原則至十九世紀各國法律莫不予人民以

移住自由權於是從前之觀念始爲之一變而國籍之喪失法律上乃設規定矣願

喪失之原因各國法律不能一致大概不外(1)婚姻(2)認知(3)歸化(4)爲外國官吏

或軍人(5)時效德國籍得喪法第二一條 匈國籍得喪法第三條 耶威一八八八年

第六條 俄國籍得喪法第一七條 放逐葡憲法第八條 逃避兵役 美國一八六八年

伊大利民法第一一條 奴隸買賣法國一八四八年

解除匈國籍得喪法第一五條等 (10) 規化人居住

故國墨西哥外人及 (12) 不從歸國之命令德國籍得喪法第二〇條 等前四種係普通規定我國

籍法亦認之是故中國人有左列情事之一者喪失中華民國國籍國籍法第二條

(一) 爲外國人妻取得其夫之關係者 查日本國籍法第一八條日本女子嫁

於外國人時喪失日本國籍至該女子能否取得其夫之國籍在所不問此項規定實易惹起國籍之消極的衝突前述之矣我國籍法本脫胎日本乃於此點獨規定爲外國人妻而喪失中國國籍者以取得其夫之國籍時爲限洵良法也

(二) 經其父或母認知者 有中國籍之子(1)其父爲外國人經父認知(2)其父無可考或未認知其母爲外國人經母認知者應取得其父或母之國籍而喪失中國國籍但此子於認知前業已成年或爲中國人妻者不問認知如何中國國籍仍不喪失^{國籍法第一條第二項}惟修正國籍法既認養子爲取得國籍之原因則認知前業爲中國人養子者亦不應因認知而喪失中國國籍乃修正時于此層漏未加入此缺點也又不問認知者是否爲無國籍人更易惹起國籍衝突問題

(三) 依自願歸化外國取得外國國籍者 自願歸化外國者其人已無屈服本國之心自不必反其意思而強制其爲我國人惟因此而喪失國籍者必其人能取得外國國籍且年滿二十歲以上依中國法有能力並經內務部許可認爲無

左列各款情事者爲限

國籍法第一二條及第一三條

(1) 屆服兵年齡未竟除服兵役義務或尙未服兵役義務者

(2) 現服兵役者

(3) 現任中國文武官職立法院議員或地方自治職員者

(四) 無中國政府許可爲外國官吏或軍人受中國政府辭職之命令仍不從者

無本國政府許可爲外國官吏或軍人者現今多數立法例皆爲喪失國籍之原因惟其條件則各國互異有以爲犯罪旣禁其再入本國並處重刑者俄國是也有規定一定期限內不從辭職或歸國之命令方剝奪其國籍者德奧匈是也有規定不問其從辭職之命令與否當然喪失國籍者伊荷希臘荷蘭是也有規定不從本國政府辭職之命令方剝奪國籍者法國是也我國籍法與法國同

中國人有右列原因之一者喪失中國國籍然卽有右列原因之一並無前述(1)至

(3)各款情事者有左列各款情事之一者仍不喪失中國國籍

國籍法第一四條

- (1) 爲刑事嫌疑人或被告人者
 - (2) 受刑之宣告執行未終結者
 - (3) 爲民事被告人者
 - (4) 受強制執行處分未終結者
 - (5) 受破產之宣告未復權者
 - (6) 有滯納租稅或受滯納租稅處分未終結者
- 右列六端乃喪失國籍之限制蓋脫籍自由雖爲現今各國所公認然於右列六者苟許其自由脫籍則於國家統治權之行使必生重大之阻礙矣
- 至國籍喪失之效果可分左列三項說明 國籍法第一五條第一六條
- (1) 及於本人之效果 中國人喪失國籍者喪失非中國人不能享有之權利即
在喪失國籍前已享有非中國人不能享有之權利者亦必於喪失國籍後一年
以內讓與中國人如過此期限不讓與者歸屬於國庫

(2) 及於其妻之效果 喪失國籍人之妻亦喪失我國籍但以隨同其夫取得外國國籍時爲限蓋恐其妻流爲無國籍人並背夫婦同籍之原則也

(3) 及於其子之效果 喪失國籍人之未成年子亦喪失我國籍但以隨同其父取得外國國籍者爲限此亦預防其子爲無國籍人也惟曰未成年子當包含男女而言果爾則其子業爲中國人妻者亦將隨同喪失中國國籍矣依國籍法第二條外國人爲中國人妻者尙且取得中國國籍今則本係中國人且本係中國人妻反因父之喪失國籍而亦喪失之立法上不免矛盾之嫌也

第六節 國籍之回復

國籍之回復謂喪失國籍人再取得其從前之國籍也顧國籍之喪失原因不一因而國籍之回復情形各異有因婚姻喪失國籍者之回復有因歸化喪失國籍者之回復有喪失國籍人之妻及子之回復有因國籍解除喪失國籍者之回復

德法 得喪法第三八條有因兵役喪失國籍者之回復

法民第二一條帝民第二一條 得喪法第三八條有因就

外國公職喪失國籍者之回復 荷民第三二條第二號 我國籍法則惟於前三種有規定其他

均不認焉茲分別說明於左

第一 因婚姻喪失國籍者之國籍回復 國籍法第一七條 因婚姻喪失國籍指為外國

人妻取得其夫之國籍而喪失中國國籍者而言攷各國法制因婚姻喪失國籍者之國籍回復除德奧及合衆國外無不認之惟其回復之條件有寬嚴之別而

已如土耳其其祇須失籍之女子係寡婦並於夫亡後三年內聲明國籍回復之意

思無須其他條件如布加利亞除該女子係寡婦並為舊布加利亞人外尚須往

居布加利亞且無嫡出子如伊葡俄諸國祇須婚姻解消並歸國而有定住之意

思無須政府許可如英國除該女子係寡婦並經政府許可外尚須依歸化程序

英歸化法第十條第八條至於我國籍法第一七條則規定國籍回復之條件如左

(1) 婚姻關係業消滅者 此指夫亡故或離婚而言婚姻關係因夫亡故而消

滅者絕無問題因離婚而消滅者其有效與否應依法律適用條例第十一條

解決之此等情形所以許其回復國籍者因妻已恢復獨立之身分也

- (2) 在中國有住所者
- (3) 本無國籍或因回復中國國籍即喪失其從前之國籍者
- (4) 經內務部許可者

因婚姻而喪失中國國籍之女子具備右四條件者即得回復中國之國籍

第二 因歸化喪失國籍者之國籍回復 國籍法第一八條 因歸化喪失國籍指中國人

因自願歸化外國取得外國國籍而喪失中國國籍者而言此種國籍喪失者之回復條件各國立法例亦不一致有與外國人歸化同一程序者 英國及坎拿大有較歸化程序更簡易者我國籍法規定屬於後之主義茲述於左

- (1) 在中國有住所者
- (2) 品行端正有財產或藝能足以自立且本無國籍或因回復中華民國國籍即喪失其從前之國籍者

(3) 非歸化人及隨同取得中國國籍之子喪失國籍者 喪失國籍者須爲本來之中國人至歸化人及隨同取得中國國籍之子係本來之外國人若許其回復國籍則該歸化人保有中國國籍時須受國籍法第十一條之限制於國籍喪失後而回復時遞受國籍法第二〇條之限制頗屬不合

(4) 經內務部許可者

因自願歸化外國而喪失國籍者具備右四條件即得回復中華民國國籍

等三 喪失國籍人之妻及子之國籍回復國籍法第一七條第二項 第一八條第二項 喪失國籍人

之妻及子隨同其夫及父喪失國籍者各國法制大抵許其回復惟其條件亦有

差異有規定回復須於國家無不利情形並具其他條件者瑞士國籍法第九條有規定未

成年子經監護人承諾並具其他條件而回復者匈國籍得喪法第四二條依我國國籍規定

則喪失國籍人之妻之回復國籍準用前第一情形之條件其子之回復國籍除

準用前第二情形之條件外尚須年在二十歲以上依中國法及其本國法爲有

能力之人故子在未成年時雖得監護人同意亦不許回復也尤有言者國籍法第十五條所謂喪失國籍人包括第十二條所謂因認知及爲外國官吏或軍人而喪失國籍者而言此等喪失國籍人法律並無許其回復之明文然則依上述情形妻與子准回復國籍而其夫與父反不准回復矣非法之平也

次就國籍回復之效力言之喪失國籍人因前述各種情形而回復者自回復日起三年以內不得爲第十一條第一項各款公職蓋此等公職爲立國根本所繫而回復國籍者難保有忠愛祖國之心自應稍加限制以杜流弊然其人對於祖國苟無異志者亦同受限制於理轉爲不當故此項限制內務部得呈請大總統核准解除之國籍法第二〇條此國籍回復及於本人之效力也更述及於其妻子之效力國籍法第一九條

(一) 及其妻之效力 回復國籍者之妻應隨同回復我國籍惟情形有二

(1) 回復國籍者之妻本係中國人時則隨同回復我國籍

(2) 回復國籍者之妻如爲外國人則與歸化時之隨同取得我國籍無異

總之不論國籍之隨同回復或取得均須其妻以前之本國法無反對規定也
(二)及於子之效力 回復國籍者之子隨同回復我國籍亦有二情形

(1) 其子係父未喪失我國籍前所生而隨同其父喪失國籍者則因其父國籍回復之結果其子亦隨同回復國籍

(2) 其子係父喪失國籍後所生者則如歸化時之隨同取得我國籍

總之不論國籍之隨同回復或取得均須其子依前之本國法尙未成年且該本國法無反對規定而後可也

第十一章 住所

第一節 住所之定義

住所之定義頗多由立法上觀之則有羅馬集司的尼亞帝之法令類典(Codex)法
民法第一〇二條德民法第七條日本民法第二一條荷蘭法典第七四條伊大利
民法第十六條等由學說上觀之則議論紛出不遑枚舉茲姑舉最有名者於下

1 薩比尼 Savigny 曰一方以爲永住之地他方以爲法律關係及業務之中心而隨意選定之場所謂之住所

2 溫特軒特 Windscheid 曰住所者謂爲業務之中心而有種種關係之場所也

3 特魯蒲爾伊 Dernburg 曰住所者謂人生行爲之中心也

4 蒲蘭敦 Brundage 曰凡人因管理財產及處理各種業務而居住之場所與其人之無形的關係謂之住所

5 巴韜 Barth 曰凡人以永住之目的而居住於一定場所者謂之住所

6 山口弘一曰凡人欲充滿其生活條件以爲根據地之場所謂之住所

要之住所可分爲主觀的意義與客觀的意義上述各種定義雖互有不同然就主觀的意義言之無論立法上與學說上實殊途而同歸也

第二節 住所之構成條件

住所之成立須具備(一)意思(二)事實之二條件意思者即以一定土地爲生活

根據之意思事實者即意思之實行例如攤居宅開店鋪是也但不必繼續居住於同一場所雖有時往來於他處仍於住所無妨

凡人居住一場所苟具備上二條件其場所即謂之住所此自羅馬法以來至於今日學說殆一致也然大陸法系諸國與英美法系諸國關於住所之觀念不同

一 英美法系說

1 凡人無不有住所 凡人變更住所後若更廢止其新住所則舊住所必復活由此原則故無住所者無之

2 凡人惟有一住所 凡人出生必取得住所其住所變更以前常與其人相固着變更以後即與其人相脫離故一人同時不能有多數之住所

二 大陸法系說(德國法系說)

1 凡人有時無住所 此乃羅馬法上之原則德國學者亦認之問如薩比尼氏且舉無住所之例凡三即(1)舊住所既廢而新住所尙未定者(2)無爲務業

中心之故國而周遊四方以營業者(例如行商)(3)無一定業務而漂泊四方以糊口者(例如乞丐)是也彼瑞士學者雖多批難無住所之說然對於浮浪而無定所者亦視為無住所之人

2 凡人得有多數之住所 一人能否有多數之住所此為羅馬法上不易解決之問題然自烏爾比亞奴司 Ulpianus 及坡魯司 Paulus 爾氏唱導複數住所主義以來一般學者漸次認有數個之住所至於德意志自薩比厄以來亦主張複數主義其民法第七條曾採用之然伊法等國之學說均主張單數主張却與英美派無異在法蘭西人所住之瑞士一部亦然

至於我國民律草案^{第四條}則認單數住所主義蓋採英美法系說也要之住所既變更則舊住所已消滅既消滅之住所似無復活之理由又住所不過為人之生活根本地非必有一無二例如兼營農工商業者不動產所在地固為其生活根本地而商業交易所亦未嘗非生活根據地也况英國有所謂準住所 Quasi domicile 者然

則英美法系諸國豈非自家亦不能採用唯一住所主義也耶（準住所有三即（1）商事上住所（2）審判上住所（3）遺產上住所）

第二節 住所之種類

英美法系之學說已如前述矣而由此學說嘗分住所爲三種如下

一 固有住所 一名出生住所 *The domicile of origin or birth* 此即人於出生

時取得之住所例如嫡出子取得父之住所私生子取得母之住所是也

二 選定住所 *The domicile of choice* 此即廢棄舊住所而任意選定新住所

之謂也但無完全能力者（即不能獨立者）不能選定

三 法定住所 *The domicile by operation of law* 此即法律規定之住所例

如妻與未成年子及官吏等住所是也

第一種住所又曰自然住所第二種住所又曰任意住所第三種住所又曰必然住所此亦英美學者之說也然英人達西氏嘗謂出生住所與法定住所無異故住所

之種類畢竟爲選定住所與法定住所之二種而已矣惟法定住所之取得各國制度不同故究以何者爲住所祇憑法官之認定茲就其細目略舉於下

(1) 妻從夫之住所 此羅馬法以來之原則也至夫亡故後其妻獲得新住所前猶宜從夫之舊住所彼英國判例妻雖經夫承諾而別居時尚不能自定住所但有別居之判決者不在此限

(2) 立於親權下之未成年入從父之住所私生子從母之住所父母不明之子則從監護人之住所(參照法民法第一〇八條)

(3) 雇人與雇主同居差從雇主之住所(奧國制度)

(4) 法人以本店所在地爲其住所 公司條例第四條及
民律草案第六四條

(5) 官吏及軍人以其職務執行地爲住所但使節及領事不在此限

(6) 被宣告無期自由刑之囚徒以監獄爲住所

(7) 居一定地方完納電稅者視該地爲其住所所在地(伊國制度)

(8) 居一定地方完納人頭稅或爲被告時不抗辯無住所或於法律行爲常記載某地爲有住所者視其地爲住所所在地(法國制度)

考羅馬法更有規定十年以上留學於同一土地之學生以其留學地爲住所者歐洲學者多探此說唯英儒反對之其反對說曰學生是否於一定土地占有住所應就事實斷定不得以日期爲標準云云余於羅馬法之規定及英儒之反對論均不贊同何則僅就留學而言無論年月久暫殊與住所問題無關也

第四節 住所之衝突

前不云乎英美法系諸國與大陸法系諸國住所之觀念不同故住所亦有衝突情形且住所選定時果具備條件與否一事實問題也甲國審判官雖判定爲住所乙國審判官或否認之例如英美主義凡人無不有住所且唯有一住所今英美人民移居德國時德國雖認爲有住所之人而其本國以爲一種居留事實不足以取得住所仍主張本國爲住所所在地則生積極的衝突矣

住所於法律上頗有重要關係例如普通審判籍

民訴條例第一五條

及破產之管轄法院

法律草案第一一一條

均以住所定之至住所關於國際私法者則有當事人之國籍消極衝突

法律適用條例第二條第二項

外國法人本國法之認定

法律適用條例第三條

及國際訴訟國際破產之審判管轄

說明後見

等情形故住所有積極或消極衝突時即應有一解決方法我國法律

適用條例此層尙無明文規定惟就通例而言可依國籍衝突之情形解決之故應

依當事人住所地法時當事人有多數住所者依最後取得之住所定其住所地法

但住所有一在中國則依中國法律又當事人無住所時則將國籍消極衝突時所

適用之住所地法改用居所地法可也

第十一章 外國人之地位

外國人之地位宜分兩層研究第一層外國人於訴訟地所在國是否享有私權第

二層該外國人如享有私權則應適用何國法律是也若於第一層既明知外國人

無私權則第二層無容研究而訴訟即可終結蓋外國人能否爲涉外關係之主體

應以其是否享有私權爲準據法之先決問題例如某國國法禁止外國人之不動產所有權而外國人在該國提出不動產所有權之訴則該國法院可徑將訴訟駁斥而適用何國法律以爲涉外關係準據法之一層可置不問矣

第一節 外國人地位之沿革

第一 上古

上古之世因宗教風俗之不同凡不屬自己會族者均視爲法外人 *Fori. La. J.* 最著者如埃及印度猶太等國以爲內國人依神之選擇而出生外國人則係不淨之動物應爲教宗所除斥故當此時代宗教爲法律之淵源凡因宗教發生之權利外國人不能享有以逆神故神殿禁其出入以瀆神故神祭禁勿列席不觀印度之摩奴 *Manu* 法典乎其賤視外國人較奴隸更甚又不觀埃及三角塔中之鐫文乎其文曰「此三角塔之建設勞動者無一埃及人」且古代之希臘歷史家有言曰「埃及人無欲與吾輩希臘人握手者希臘人之小刀其手不觸以希臘人之小刀

調理之肉其口不食」其輕視外人有如此

猶太人亦然觀其「們塞司」經典含有嫌外忌國人之思想者不鮮有謂余爲汝等之神自其他人民以區別汝等者有謂對外國人得爲高利貸借者有謂外國人得令其永久爲奴隸者其間雖亦有厚待外人之教典然例外耳

至於希臘凡「愛來尼克」人種以外之人及野蠻人不能受法後之保護質泰利蒲有言曰「凡希臘人對於外國人及野蠻人永久之戰爭也」又亞利士多德有言曰「與本國無條約之外國人不問陸上海上掠奪其財產令爲奴隸頗覺正當」其在雅典外國人必監置於特別區域內且使其納特別租稅其在斯巴達外國人禁其勿入市內至其他希臘共和國亦一般排外的焉

羅馬古代法律凡非羅馬市民不能受市民法 *Jus civile* 之保護觀十二表法規定對於外國人有永久的掠奪債可見一斑矣且其時稱外國人曰「霍司的司」*Hostis* 「霍司的司」者敵之意也嗣稱同盟國（即友邦）之外國人曰「割屈利奴

司] *Peregrinus* 稱交戰國人曰「霍司的司」名稱雖異而輕視外國人則一也當
卡拉卡拉 *Caracalla* 帝以前羅馬市民之外所稱爲外國人者有拉丁人殖民地
拉丁人及敵國外人 *Barbarus* 之三種前二者雖曰外國人其實位於羅馬市民與
外國人之中間而享有市民法上各種債利之一部然第三種之敵國外人一切權
利皆被剝奪不獨不能受市民法之保護并不能受萬民法之保護法人與爾威蘭
謂此種敵國備人爲文化及世界地圖以備之人民信然

第二 中古

至於中古日耳曼人侵入歐洲大陸中部組成多數夥合其屬於夥合者有連帶密
接之責任其不屬於夥合者名之曰外人 *Warganeus* 外人不受何等保護兵器不
能持也公權私權不能享有也稍有違法行爲幽之暗獄可置之死地亦可也夥合
員中有加以暴行者理雖直不能伸也其唯一無二之救濟方法唯得求夥合員中
之一人於自己受害時負擔保護之責任而已且此時日耳曼人代表所謂法蘭克

Franken 人者其法律採用屬人主義唯法蘭克人可持武器可爲證人可出席民會可得土地所有權而外人則不能有財產權與親族權並不能娶法蘭克女子嗣後所謂外人遺產沒收權蓋發軔於此

降至封建時代變屬人法爲屬地法凡在其地之外國人必服從所在地之法律然如土地所有權如繼承與遺贈對於外國人均禁止之禁止土地所有權近世事同一律禁止繼承與遺贈卽外人遺產沒收權之作用係封建時代所特有可見中古之時尙取排外主義也不啻唯是封建時代之外國人 *Ambaine* 指去出生之諸侯領地移入其他領地者而言外國人一入其他領地如不於一年內聲明奉領主爲君主之意思領主當然以外國人身體爲自己所得甚至沒收其財產之一部或全部此外尙有令爲臣隸 *serf* 者有課以一般租稅者有一般租稅外并課特稅如家長稅結婚稅者蓋各領地習慣不同所以待遇外國人之方法亦異也

第三 近世

封建時代以來至於近世外人排斥之風依然行之若素不過近世制度比之封建時代有多少寬嚴之別而已即如外人遺產沒收權亦一變而爲外人繼承稅外人繼承稅者謂使外國人得爲繼承或遺贈同時復徵收其遺產之一部也至法國大革命起而待遇外人之道始寬

第十八世紀哲學者盧梭孟德司鳩等出唱人道主義創自由宣言法律則破壞舊例人類則主張平等影響所及彼排外主義之舊法加外國人以失權或視爲無能力者遂爲法國立憲議會所不認千七百八十七年法相納克爾氏有言曰因外人遺產沒收權而收得之歲入甚微既無補於財政却適以阻害商業之發達納氏之言如此於是至千七百九十年其立憲議會遂有左記之布告

- (1) 外人遺產沒收權不問屬於何國何政府殊大背博愛主義
- (2) 外人遺產沒收權實野蠻時代遺物以人類權利爲目的之國不容其存在
- (3) 我自由之法國使世界上一切人民得往來於我國內

(4) 我自由政府之下認定人類享有神聖不可侵犯之權利

(5) 外人遺產沒收權及外人繼承稅將來廢止之

由此布告觀之是今日之內外人平等主義已實行於外人排斥時代然其時外國人之在法國者雖一律享有私權而外國對於在外國之法人依然實行外人遺產沒收權於是法國之反動又起而法民法遂有各種規定該民法第十一條曰外國人在法國享有之民權（私權）與其本國條約授與法國人或將來授與法國人之權利相等云云由是法蘭西制度遂自內外人平等主義退而至於條約上相互主義矣故知法庭之傳喚法民一四訴訟擔保之提供法民一六探辦之權利法林一〇債務人委棄財產以免討債拘禁之權利法民一六八條外國人非由相互條約不能主張也要之佛國大革命之結果自由平等博愛之思想普及於天下人之心是以歐美諸國對於外國人雖不授與以參政立法等公權而個人生存上必要之私權則一般授與之矣試就各國舉例如左

甲 英美法 中古以來英國嘗表示嫉忌外國人之意思蓋封建時代之觀念波

及於英美法系也試觀英國習慣法規定外國人無土地所有權無房屋賃借權且英人學說主張外國人在英國無繼承能力即可見一斑矣然因商業上之必要與國際關係之發達至一千八百四十四年英政府遂發布法律許外國人於二十一年內得占有賃借或取得工商業上必要之不動產至千八百七十年復規定外國人依法律取得或移轉動產及不動產之所有權者均與英國人民同一待遇惟有英國船籍之船舶所有人對於外國人仍否認之

至於美國以英國習慣法爲法律基礎關於不動產之取得及移轉內外人間亦未能取平等主義然酷待外人係出封建觀念究與美國使外人移住自由之政策未能相容於是美國待遇外國人之方針未幾豁然寬大矣惟其國內各洲皆有獨立自治之習慣而制定私法又各有自由之權力故改革習慣法不能如英國之容易且一致或加以大改革者有之或僅改革小部分者有之今大別之可

分四種第一種禁止外國人土地所有權凡外國人因繼承或遺贈取得之土地三十年後應賣却之如伯爾孟、北卡洛利那亞、刺伯馬等州是也第二種許外國人在該州內有完全土地所有權如馬沙忒塞、脫、紐瑞爾塞等州是也第三種限於居住其州內或合衆國內之外國人許取得或所有不動產如開泰克、衣奧哇等州是也第四種依歸化條件外國人無欲爲美國民之意思表示者不許土地之取得或所有如阿爾幹塞司、紐約、南卡洛利那等是也

乙 大陸法 據歐洲大陸法律關於參與政治之權利均不許外國人享有然關於私權則或依條約上相互主義或依立法上相互主義或採用內外人平等主義而許與外國人享有之今分說如左

(一) 採條約上相互主義之國 條約上相互主義一名外交上相互主義以與外國締結相互條約爲外國人享有私權之基礎者也採此主義之國有法比、希臘、蘇堡及瑞士諸州法國之採此主義見諸民法第十一條既述矣比

則採用那破審法典故外國人之地位與法國同但千八百三十一年之憲法第二百二十五條曰「外國人在比利士得享有身體財產之保護但法律別有規定者不在此限」似又與法國稍異其主義也至於希臘則有民法第十三條曰「外國人在希臘除爲內國人保留外之私權均享有之」學者解釋此項條文每謂不許外國人享有之權利得依條約享有之若盧森堡則民法中有與民法第十一條同樣之條文

(二) 採法律上相互主義之國 法律上相互主義即外國法律許與居住外國之自國民之權利對於居住自國之外國人亦許與之之謂也採此主義之國有奧、匈、塞爾比亞、瑞典、挪威、瑞士諸州例如奧民法第三三條曰「外國人與內國人有同等之權利及義務但權利義務專屬內國人者不在此限外國人欲行使與內國人同等之權利有可疑者應證明其本國之待遇與國民與自國民同」又如塞爾比亞民法第四七條曰「外國許與塞爾比亞人之民

權外國人在塞爾比亞亦同樣享有之若有可疑者外國人應負證明責任」

是也 參照民訴條例第一二三條第一三一條

(三) 採內外人平等主義之國 採此主義者有荷、伊、西、葡、羅馬尼亞及德日諸國荷蘭民法第九條曰「王國之民權外國人亦與荷蘭人同」其採內外人平等主義甚為明瞭惟該國之學說與判例均認內國人特有之權利不在此限至伊太利則有民法第三條曰「外國人享有屬於內國人之民權」不設何等例外足見伊國法律純採平等主義然查伊太利海商法則關於船舶所有權對外國人亦加限制即(1)外國人享有伊太利船舶所有權不得超過船舶價額三分之一以上(2)凡船舶欲取得伊國船籍者該船舶須屬於伊國民或五年以上於伊國有住所或居所之外國人之所有是也又查伊太利民法第七八八條在伊太利無居所之外國人不得為伊太利之遺囑證人似於外國人之私權亦加限制然此種能力謂其屬於私權甯謂其屬於公權之範

圖要之伊大民法典完全採用內外人平等主義謂余不信請述其國內學者曼質尼之言曰法國民法實含有嫌疑外國人之惡感我伊大民法典詎仿倣之凡外國人在我國享有私權無須何項條件所望余輩對於不與外國人一些少私權之國之人民完全與以私權而於立法上造成高尚且嶄新之先例以爲開明諸國立法之模範則幸甚世界各國惟荷蘭法律得與我伊大民法典並駕齊驅云云

若夫西班牙則有千八百八十九年之民法第二十七條曰「民法許與西班牙人之一切權利外國人得享有之但憲法第二條及國際條約別有規定者不在此限」葡萄牙則有千八百六十七年之民法第二五條曰「凡旅行或居住葡國之外國人關於王國內可以發生效力之行為與國民有同一之權利義務但法律或條約別有規定者不在此限」日本則有民法第二條云「外國人之私權享有除法令及條約禁止者外與內國人同」至於德意志雖

民法無外國人享有私權之明文然其普通法之原則向來許與外國人享有內國人所享有之私權故於新民法自無容更爲明言矣

第四 關於沿革之結論

以上所述僅沿革之大概然自有史以來外國人之地位亦可見一斑矣顧外人私權發達之形跡大抵由外人酷遇漸次歸於平等故學者觀察外國人地位之進化嘗分爲數期第一期爲敵視外人時代第二期爲賤處外人時代第三期爲排斥外人時代第四期爲對外相互時代第五期爲內外人平等時代夫由發達進化之程度而分類之誠如學者所云然此數個時代參差錯綜不過存在歷史上如必曰此各時代以何年始以何年終殊不能立明確之標準也

第二節 外人國現在之地位

外國人現在之地位可分公權私權兩種說明而公權又可附公法上義務說明

第一款 公權(附公法上義務)

公權者私人對於國家所有之權利也易言之即公法上之權利也此項權利大別爲三一參政權二人權(自由權)三保護請求權

第一 參政權 參政權阿塞爾稱爲國民權 *Politivipnos* 即參與政治之權利也此項權利今日世界各國均不與諸外國人且即內國人如婦人未成人精神病人等亦不與之查我國臨時約法中華民國之主權屬於國民全體及大總統選舉法議員選舉法均限於有中華民國國籍之男子有被選舉權其他各國法律亦有同樣規定是即參政權不與外人之制度也

外國人可否爲內國之破產管財人此問題也一說謂破產管財人雖係官廳任命畢竟爲多數債權人及債務人之私法上代理人故即外國人亦得爲之一說謂破產管財人之職務如拍賣不動產作成配當表實與司法機關執行事務無異外國人不得爲之二說各執一是余以前說爲然至公正證書之到場人及法院之證人承發吏執行時之證人在法蘭西均不許外國人爲之諒以事關公務

不宜外人參與耳又法蘭西嘗有外國人不得爲監護人之論說而日本學者則謂監護人不過爲私法上代理人不妨令外國人爲之云云夫外國人無監護能力曾見諸羅馬市民法彼法國人之論說恐亦根據市民法而來歟

國立銀行之重要職務不許外國人執行蓋執行此項職務之人員或由政府任命或自股東選舉外國人既無被任命之權且又不得爲銀行之股東故也（中國銀行則例第五條交通銀行則例第五條）至於所得稅調查委員與徵兵參事員一則依調查方法管理國家之稅務一則依決議方法參與徵兵事務之機關殊非外國人可充斯職其他若技士若公證人若承發吏若陪審官（民國元年司法部覆外交部函開華洋訴訟外人祇可觀審其有要求陪審者務宜杜絕）就各國一般制度觀之外國人俱不能爲之焉

以上不過就參政權之大概而言非列舉一切也總之有明文規定者依明文無明文規定者先審察其職務是否公務以爲許否外國人參與之標準可也

第二 人權 人權者即不受國家干涉之個人自由權也此項權利在內國人以憲法保障之在外國人則以條約許與之

(一)遊歷及居住之自由 例如道光二十四年中法條約第二十三款同治十三年中秘條約第五款咸豐八年中英續約第九款等聽外國人在內國居住或持照前往內地各處遊歷通商其他條約亦多如此是外國人之在我國不可謂無此項自由權也但水手船上人等上岸遊玩者應由地方官會同領事官另定章程妥爲彈壓此則其自由權受限制之處耳

要之外國人在內國亦應服從內國司法權上述之自由若依法律而受逮捕監禁審問處罰則其受限制與內國人無異此外受限制者尚有特別情形二 一曰放逐二曰逃亡犯罪人引渡放逐之法於外國人居住內國妨害內國安甯秩序時用之至因傳染病或貧困等情形拒絕外國人上陸亦放逐一法也逃亡犯罪人引渡者在外國犯罪之外國人逃至內國內國因外國政府請求

引渡該犯於外國政府之謂但政事上之犯罪不引渡者有之且犯罪人引渡以條約爲必要例如同治四年中比條約第四十三款光緒二十二年中日通商行船條約第二十四款咸豐八年中法條約第三十二款是也然請求者雖係無條約國亦未嘗不可自由引渡但無引渡之義務耳

(二) 身家及財物之不可侵 例如咸豐八年中英續約第十八款道光二十四年中法條約第二十六款道光二十七年中瑞那條約第十九款外國人民中國官憲宜時加保護令其身家安全如有內地不法匪徒放火焚燒洋樓或搶掠財物地方官立即設法派兵彈壓查追並將焚搶匪徒按例嚴辦等語且外國人因內亂或暴動致財產受損害時常有依外交方法受內國政府之相當賠償者是外國人之受保護却有時厚於內國人也

(三) 宗教言論著作集會結社之自由 此項自由雖約法僅指內國人而言然外國人亦應以條約或其他方法許之例如日英條約第一條載南緯盟國之

一方人民在他方版圖內得依法律勅令及規則舉行禮拜並從宗教上習慣從事埋葬等語是外國人在內國非不可信教自由也惟我國自外教傳入以來時有殺教徒焚教堂情事實爲可憾今則風氣漸開此風亦漸戢矣又言論著作之自由我國著作權法出版法對於外國人亦無禁止明文惟法國千八百一年之新聞紙條例曾禁止外國人爲新聞紙及定期刊行物之發行人至集會結社外國人亦有自由權惟政事上之結社或政談集會之發起人則事關參政外國人不應加入彼日本明治三三年法律第三六號卽一例也

(四)教育及就學之自由 此項自由各國條約罕有明文規定顧今日之學生卽他日國家之柱石而教師之感化影響於學生者又大故令外國人擔任教育事業頗覺危險然不與以官吏資格徒使擔任講座或聘爲外國語教師則歐洲及日本多有此例我國教育部直轄專門以上學校教職員任用暫行規程第十二條云外國教員由校長延聘但須詳經教育總長認可後方生效力

亦仿此例辦理耳至於私立學校（如教會學校）更不仿聽外國人教育自由但條約若無何等規定國家自可監督之並得禁其設立者

若夫就學自由不必條件規定雖許外國人入學亦於國家無礙此歐洲及日本所以多我國學生足跡也但禁止外人留學亦未始不可

（五）營業及職業之自由 如前述中秘條約中英續約准外國人在內地各處通商又如民國四年中日條約第三條及民國十年中德協約第三條日人及德人有在我國南滿洲及其他地域任便經營商工業之權利是外國人在我國營業本甚自由不過有時須領有執照而已且遍觀內地外貨充斥是又外國人之間接營業自由也然法所不許之營業則應受限制如外國人不得買賣銀行股票（前述中國銀行則例等）及與中國人合股取得礦業權之外國人所占股份不得逾全股分十分之五是也（礦業條例第四條）總之外國人之職業經條約規定者依條約未經規定者聽憑內國的泰然如

律師（律師暫行章程第二條及民國六年三月二十九日司法部覆外交部咨文）商會會員（商會法第八條）證券交易所之經紀人及職員（證券交易所法第九條第一七條）承領官荒地造林之承領人（森林法第十二條）被保息之公司（公司保息條例第四條）非有中華民國國籍者不得爲之此外若醫生看護人藥劑師等非得官許雖內國人不能爲之矧在外國人乎

第三 保護請求權 此項請求權得分三種說明

一 司法上保護請求權（即訴權）考歐美古代法律外國人只能爲被告不能爲原告即如現今法國訴訟法無住所之外國人亦不認其有訴權然此種規定已爲各國法律所不容我國自道咸各條約以來設立領事裁判制度凡華洋訴訟由領事官與地方官會同審辦且居留中國之兩外國人因犯罪或債權事件互控或與居留中國之他國人控爭者均由各該國依照條約辦理中國官員不能過問在租界尤設有會審公堂（參照上海洋涇濱設官會審

章程首項杭州塞德門日本租界章程第五條蘇州日本租界章程第三條廈門鼓浪嶼公共地界章程第十二項及其他特別法庭

英國於一九〇四年新設高等法庭於中

國在上海開庭辦理上海區域內之初審事件美國於一九〇六年設立特別法庭在上海並輪流在廣東天津漢口開庭辦理重大案件且為領事裁判之上訴機關由此以觀是外國人在中國行使裁判權者不儘領事而已也似外國人無出訴於我國行政或司法官廳

之必要然光復而後華洋訴訟司法部訂有專章（參照二年華洋訴訟辦法及三年四月七日訓令一三二號）近則太平洋會議有撤銷領事裁判權之議案民事訴訟條例第二百二十三條第三百一十一條又有外國人為原告並受救助之明文將來外國人之行使其訴權者不免接踵而起矣

二 行政上保護請求權（即訴願及行政訴訟） 行政上保護請求權對違

法行政處分（例如稅關之不當處分）提起行政訴訟之謂也此項請求權各國條約鮮有明文故外國人之權利受侵害時惟求本國政府依外交方法保護之然就實際而論此項權利應與諸外國人蓋外國人關於租稅及營業

免許等事件有納稅之義務若不許其請求未免與內外人權利平等主義相背况特許權意匠權商標權著作權之請求登錄許可或認可外國人當與內國人受同一保護耶（例如日英條約第十七條及日本著作權法第二十八條）我國訴訟法及行政訴訟法無限於內國人之明文良有以也

三 立法上保護請求權（即請願權） 查各國憲法及議院法規定此項權利內國人均享有之我國約法與議員法亦然至於外國人享有與否則學說分歧或謂請願若關於外國人之私權則許之若關於國家之公益則駁斥此法蘭西代議士白齊 *Page* 氏之說也或謂請願猥作空論希望改正不干己之法律使議院惹起無用之議論則駁斥若請願既正當且有實益者應予受理此法人洛哇耶氏之說也但解釋各國憲法及議院法外國人似無請願權

第四 公法上義務

一 服從義務 外國人在內國應服從內國法律命令以及行政司法官廳之

處分此與內國人無異也但內國人之服從義務終身不免外國人則准居留內國時負擔此項義務而已又兵役義務雖居留內國時亦無之

二 納稅義務 外國人在內國常受內國保護故對於內國應負擔納稅義務而稅無論已其他地租所得稅營業稅登錄稅印花稅以及國家稅地方稅均應繳納古時外國人之租稅負擔較內國人更重今則却較內國人或最惡國人更輕至我國租界之外國人絕少此項義務殊非國際通例也

上述義務就一般外國人而言彼有國際公法上所謂治外法權之特權者可免除之至何者能享有特權應讓國際公法說明

第五 無條約國人之公權及其公法上義務 上述外國人之公權及公法上義務專就條約國人民而言若在無條約國之人民則據一般學說謂前(第二)之人權應共享有(第二)之保護請求權當隨公私權所許與之程度而許與之(參照司法部審理無約國人民刑事訴訟章程)至於無參政權無兵役義務

而有服從納稅兩種義務可不待言

第二款 私權

自各國採用平等主義以來外國人除條約或法令有明文禁止外一律享有私權惟禁止之程度各國不同有僅有一二限制者伊大刺莫吉利是也有四五禁止者德法美是也然(1)土地所有權(2)船舶所有權(3)漁業權(4)礦業權(5)訴訟擔保對於外國人或禁止之或加以限制者則各國大略相同(惟我國礦業條例第四條外國人亦取得礦業權見前)茲分財產權親屬權繼承權述之

第一 財產權 財產權可分爲物權債權智能權

一 物權 外國人之享有物權本與內國人同惟法令或條約所禁止者又作

別論所謂禁止者在不動產則有土地所有權如俄國千八百八十七年勅令羅馬尼亞千八百七十九年以來改正憲法第七條第五項日本明治六年一月第十八號布告第十一條及美國伯爾孟等州之法律(見前)是也我國

於此點向無明文是以外國人能否取得土地所有權頗滋疑義迨民國元年頒布國籍法^{第六條}及民國八年三月一日司法部覆外交部咨文似乎喪失中國國籍者不得享有不動產所有權然在通商口岸外國人仍得購買房產（例如光緒二十二年中日通商行船條約第四款）且外國教堂認爲法人（民國七年十二月十九日大理院統字第九一一號）是外國人之不動產所有權又非絕對禁止者矣（英國千八百七〇年法律亦承認外國人之不動產所有權見前）又在動產則有銀行股票船舶所有權等國立銀行股票非外國人之所有既述矣至船舶所有權對於外國人有相對禁止者有絕對禁止者前者如伊大利法律（見前）後者如日本船舶法第一條是也此外如抵當權質權等各國法例多許外國人享有且查日本法律更認外國人有永代借地權之一種物權我國歷來條約聽外國人於通商口岸城鎮租地營商起造禮拜堂醫院墳塋是亦許外國人有永借權也

二 債權 債權應不分內外人一律權利平等故公債票及其他股票外國人均可買賣或轉讓(國立銀行股票不在此限)但債權如有違反公安或因而取得不動產所有權者則另生問題矣

三 智能權 智能權一名專用權凡在羅馬法系諸國此項權利均不規定於民法而設特別法定之茲舉其種類分說左端

甲 著作權 著作權云者關於文書學術演述圖畫雕刻模型照相等等著作物惟著作人可複著他人不得仿造之權利也自千八百八十六年九月九日各國在瑞士伯倫府締結萬國著作權保護同盟條約以來凡一同盟國人之著作權無何等條件得受他同盟國之保護故在自國發行者至他國亦享保護之權此等同盟國有英法伊德等日本亦於明治三十二年七月加入我國著作權法今雖頒布然尙未加入良可憾已

乙 特許權 意匠權商標權商號權 特許權謂關於工業上物品及方法發

明人及其繼承人受發明之特許惟自己能製作販賣或傳布之權利意匠權謂就工業物形狀模樣色彩案出新規之意匠人及其繼承人專有之權利商標權謂專用商標以表彰自己商品之權利此等權利各國曾於千八百三年在巴黎締結萬國工業所有權保護同盟條約至明治三十二年日本加入同盟獨我國工業幼稚至今未能加入亦可嘆也查此項條約同盟國人之權利於一定條件下得互相受同盟國之保護如在自國已得特許權或意匠權而至他國請求保護者特許權於一年以內（原定七個月至部留薩耳會議延至一年）意匠權於四個月以內與以同樣之保護至商標權則更無期間之限制凡外國人於自國既受商標登錄者在內國亦保護之但反乎內國公共秩序或妨害風俗之商標內國得拒絕登錄

至於商號權爲商人專用商號之權利亦財產權之一種且屬私權範圍內故內國苟無禁止明文外國人當然享有之

第二 親屬權 古昔之世外國人無親屬權可言最著者如羅馬市民法及法蘭克之法律（見前）是也近世則外國人之在內國者大抵認其有親屬權我國籍法規定認外國人爲中國人之養子並外國女子爲中國人之妻外國立法例亦有此項規定但反乎內國法令或風俗者仍應加以限制

第三 繼承權 中古之世有所謂外人遺產沒收權及外人繼承稅故外國人之繼承權非限制則禁止之不禁止則限制之也自法蘭西人權宣言以來外國人之繼承權始認定至於今日外國人之繼承法律更無禁止明文故不但於內國認其有繼承權即依其本國法而享有此項權利一層亦保障之我法律適用條例第二十條即本此意而規定也但如千九百〇二年英國之判例外國人亡故如無繼承人其遺產應歸屬居留國之國庫

第三節 外國法人之地位

自然人有內外國之別法人亦有內外國之分但外國自然人在內國所享有之權

利已說明於上蓋更就外國法人之地位言之

第一款 外國法人之存在

外國法人之存在謂依外國法律而存在之外國法人內國法律是否亦認爲法人而存在也關於此項問題學說頗多試舉於左

第一說 曰法人之所以爲法人係一種法律行爲其法律行爲苟依行爲地之程式無論至何國均可有效蓋場所支配行爲之原則爲各國所公認也云云然此項原則大半適用於法律行爲之外形^{法律適用條例第二十六條}本問題則關於法人自體之存否此說殊未得當

第二說 曰認許法人之存在係創設法律上之人格故關於身分能力之法律當然可以適用查此項法律隨其人之所到而支配之故一國所成立之法人於他國亦可存在也云云然欲適用身分能力之法律應先確定其人之存在若其人之存在不明則身分能力之問題無由發生此說亦未盡妥

第三說 曰由國際習慣言之法人當然於外國有權利能力云云然查法國大理

院判例一八六〇年八月一日 股分公司且不認其成立者必由此說不認違背國際習慣

而釀成外交問題矣故亦不得爲正確之論

第四說 曰權利主體由意思而成而法人之意思實爲自然人意思之集合蓋自

然人設立法人乃分割自己之人格與意思組織一新人格者也故與諸外國自

然人之權利能力卽應與諸外國法人云云然謂外國法人當然於內國有人格

實未合嚴正之法理試就沿革上而論關於人格之法條所謂自然人均享有權

利能力者乃近世之事古代則無之羅馬十二表法以前僅家長有 現在法人乎

第五說 曰法人不過由法律之擬制而來除認許其成立之國外不能有如何者

以該國法律之效力不能超越國境也故他國如不認許則該法人卽不能存在

於他國易言之卽外國法人非當然成立也

以上五說前四說均與第五說相反第五說係羅蘭及威司所唱今日學說及立法

例多採之蓋公益法人之所謂公益者各國觀察點不同例如政治宗教祭祀之法人一國認爲公益者他國未必認爲公益故一國許可之法人資格不能及於他國而欲他國之認其爲法人必先與其國內之公安不相抵觸今日各國立法例關於外國法人之成立必經內國認許者意正在此例如德國民法施行法第十條以聯邦議會之決議認許之我民草第六六條及日本民法第三六條以法律之規定認許之是也要之外國法人關於學術技藝者多爲今日各國所認許而其他法人則不認之然一八九七年之國際法協會決議第一條云「公益法人限於其發生之國所認許者他國亦當然認之」是外國之公益法人條約上漸有認許之趨勢矣又查一八九二年國際法協會決議第一條曰「依本國法律而成立之股份公司無須一般或特別之認許有出訴他國法庭之權利」是外國商業公司內國亦應認許其成立矣（我民草六六條亦認許之）至外國公法人如國及國之行政區劃則與其他法人不同雖法律不認許之（但我民草六六條有認許明文）亦當然

看作法人此薩比尼所以謂國爲必要的人格也

第二款 外國法人之國籍

法人之性質諸君於民商法講議已聞之熟矣不贅茲說明者惟外國法人有如何國籍之問題昔之學者大抵謂法人無國籍然考近世法典均認法人有人格有住所頗與自然人無異故內外法人之區別似不妨以法人之國籍爲準惟自然人之國籍或依血統主義或依生地主義或依折衷主義可據國籍法而定法人則無血統無生地又無關於法人之國籍法究竟何者爲內國法人何者爲外國法人祇有準諸法理而已但如國及國之行政區劃依地理關係即可知其國籍其他外國公益法人須經內國官廳許可者亦可視爲有許可國之國籍惟商業公司有設在內國而於外國設支店或本店者有設在外國而營業目的在內國者甚至航海業鐵道業等公司有於數國內或數國共同營業者今欲區別其爲內國公司抑爲外國公司頗費躊躇試將歷來學說列述諸左

第一 股東國籍說 曰法人之國籍依設立者或股東之國籍定之是說係蒲洛
 軒所唱蒲洛軒謂合名合資等公司應探此主義而學者均議為不當蓋不獨股東有多數國籍時無
 可適用即法人與股東之人格亦將混同之也

第二 準據法說 曰法人準據內國法而成立者為內國法人準據外國法而成
 立者為外國法人是說唱自斐哇來及威司法例各國亦多採之然如何法人應
 準據內國法如何法人應準據外國法仍屬問題

第三 設立地說 曰法人之設立地在內國者為內國法人設立地在外國者為
 外國法人是說一八八九年巴黎股份公司會議主張之日本商法二五條亦採焉
 然設立法人非必準據設立地法雖設立於內國者亦可謂外國法人也

註 巴黎股份公司會議主張設立地說後時有拉倫培爾其人者曾詰問曰設立
 地究指何者而言指公司設立地言抑指設立章程之地言設有股份之
 記於彼國即以何國為設立地况公司之設立非僅依契約而完了有股
 集有股本之交付有創立總會決議此等情形何者可看作設立地
 定設立地主義甚不便也然如此詰問不足以服主張設立地主義者之心則
 此等情形均為設立行為之一部而設立行為之性質以唯一之法律為準決

能如拉氏所云爲各異之各國法律所支配若謂果有此情形則法人無論依何國法律均不成立因而無論何國國籍均不能取得也

第四 住所地說 法人恰如自然人之有一定住所其住所所在內國者爲內國法

人在外國者爲外國法人願法人之事務中心(卽本店所在)與營業中心在同

一場所時此說可以適用否則又生問題矣於是學者更有二說

一 營業中心地說 曰公司本店所在地設立人得自由選定若以事務中心

地定公司之國籍則在內國營業爲目的之公司得任意於外國立一有名無

實之事務所(本店)以爲外國法人籍免內國法律之制裁其詐欺爲何如歟

今欲杜此詐欺之弊莫如採營業中心地主義不問公司本店所在地如何凡

內國有營業中心地者謂之內國公司外國有營業中心地者謂之外國公司

可也云云然如銀行及鐵道保險船舶等公司其營業跨諸數國或不定者一

定土地必如此說將依何者定其國籍耶且彼有法國國籍之巴拿馬運河公

司亦將不爲法國之公司而有中央亞美利加之國籍矣可乎哉

二 事務所中心地說 曰事務所中心地爲公司活動之本據故法人之住所應在事務所中心地其事務所中心地在內國者謂之內國法人在外國者謂之外國法人至設立行爲地或營業中心地之何在可置不問云云然必如此說又未免如營業中心地說者所主張有詐欺之行爲於是一八九一年開設漢堡之國際法協會決議第五條曰「股分公司以無詐欺而設定法律上本據自事務中心地之國爲其本國」是關於股分公司限於其住所現實存在（即無詐欺）時方可依此說以定其國籍股分公司如此其他法人可知矣

上述諸說惟住所地說中之事務所中心地說爲近世各國民商法例如公司條例第四條等所採用而可批評之點亦少但設立營業所於甲乙兩國隔年間以其一爲本店者欲決定其有何國國籍亦頗費躊躇矣雖然此稀有之例也我法律適用條例第三條曰外國法人經中國法認許成立者以其住所地法爲其本國法又查我民律草案第六十四條曰法人以主事務所之所在地爲住址是外國法人以住所

定其國籍並以其事務中心地爲其住所所在地明矣

第三款 外國法人之權利

外國法人之權利可分兩點言之一點係權利主體之問題一點係在內國能否享有私權之問題前者即一般權利問題後者即特別權利問題

甲 一般權利 外國法人是否得爲權利義務之主體依其本國法定之此點各國尙少明文而學理上則應如此解釋也又法人代表人之義務權限責任等問題與法人行爲能力有關亦應如自然人能力依其本國法定之唯外國法人代表人之營業有違反內國公益規定者仍依內國法律解決

乙 特別權利 內國認許之外國法人於內國享有如何私權各國立法上多有明文如我民章第六六條第二項曰「既認許成立之外國法人與同種類之中國法人有同一權利能力及行爲能力但依法令或條約不得享受之權利及外國人不得享受之權利不在此限」即一例也

外國法人之營業於內國者應與內國法人履行同一程式我民草第八二條所謂外國法人在內國應負登記之義務是也又據民草第八三條規定外國法人在內國尙未登記者第三人得否認其成立明矣但國及國之行政區劃不得並論

第四款 不爲內國認許之外國法人

內國不認許之外國法人自不得爲權利義務之主體然竟作此解實際頗多不便例如內國人誤認外國公司在內國已取得人格因與之訂約交易及事後糾葛方知其非法人此時若謂該公司無權利義務却非內國人之利是以法國大理院判例一八六三年五月十九日嘗解釋此項公司爲事實上公司與法律上公司相對稱內國人仍得對該公司起訴但該公司只有被告能力無原告能力云云此純爲保護內國人起見未免太僥然國際法學者魯那威司等均認爲正當焉

查德國民法施行法第十條凡不認有人格之外國社團適用普通夥合之規定使行爲者負擔無限責任若有數人則視爲連帶債務人令其負責此種規定蓋以未

經內國認許之外國法人不得以爲法人而存在祇得令其社員或代表人負責也但在財團法人有財產而無社員內國只可視爲全無人格而已

第十三章 法律行爲之程式

依法律適用條例之編制本章應列入各論余謂本章可支配全部國際民法故提先於本講義總論說明不依該條例之編制也

第一節 場所支配行爲原則之由來

法律行爲之程式大都適用「場所支配行爲」[Locus negotiatus] 之原則場所支配行爲謂法律行爲之程式如依行爲地法則其行爲到處認爲有效也此項原則如何發生學說頗多試舉於左

第一 區別法說 古昔羅馬所謂割屈利奴司 *Pergrinus* 之外國人不能適用市民法之程式又羅馬市民在外國者苟依外國法而爲遺囑不生效力故羅馬法上尙未有場所支配行爲之原則至伊大利區別法說興而此原則乃出據該

說謂法律關係由(1)人(2)物(3)行爲三者發生此三者又各異其管轄法律行爲則不問關於程式關於實體概爲行爲地法所管轄云云然如物權移轉之程式應爲物法管轄抑爲行爲地法管轄必若此說則其界限仍難明瞭

第二 主權說 曰甲國人至乙國其自己行爲應服從乙國主權作用之法律故現在地法規定之程式即應遵守此場所支配行爲之原則所由來也云云然如身分能力外國人爲本國法或住所地法所管轄時此說不可通矣

第三 自然說 曰法律行爲爲程式僅爲證明法律行爲之用而關於法律行爲之多數法律中足以證明法律行爲者莫如行爲地法此場所支配行爲之原則所以發生也此說係羅蘭所倡然不敢贊同蓋證明法律行爲不獨行爲地法然即在實行法律行爲地之法律亦然如後述行爲地法兼行爲地法主權

第四 意思說 曰甲國人在乙國之法律行爲若準據乙國法規定之程式可推定其任意服從乙國之法律而當事人之意思自由尤應尊重故其法律行爲即

有違背本國法時亦不得否認之此場所支配行爲之原則所由來也是說係在士培克等所唱然亦不敢贊同蓋此項原則若係出諸尊重當事人之意思則凡內國人於自國所爲之法律行爲因欲避自國法規定之程式而任意採用外國程式者亦宜認爲有效而行爲當事人將藉此生種種詐欺行爲矣

第五 便宜說 曰中世以降交通日繁必欲一一墨守本國程式勢必有所不能例如本國之法律行爲以公正證書爲必要者於外國苟無作製公正證書之機關則依何者而爲此法律行爲耶若以其違反本國程式之故一切視爲無效是間接禁止法律行爲矣故其行爲縱不合本國程式而於現在行爲地相適合者不獨本國應認爲有效卽在他國亦應認爲有效此場所支配行爲之原則所以應實際上之便宜而來也是說一般學者均認之

第二節 場所支配行爲原則之性質

場所支配行爲原則之性質屬於強行抑屬於任意學說不一當區別法說盛行以

來屬於此說之法蘭西及荷蘭學者如富洛蘭潘、耶潘而那均謂爲強行如婆愛謂爲任意又如海爾脫則以強行爲原則以任意爲例外所謂例外卽遺囑及數人同國籍之時是也厥後學說紛出仍未一致試述於左

甲 主任意性質之學說

一 薩比尼之說 曰法律行爲程式之本來準據法係其行爲本體之準據法故遺囑應依遺囑人本國法之程式婚姻應依夫本國法之程式若此者乃普通法理之解決也但場所支配行爲之原則應認爲普通法理之例外例如普魯士人在法國爲遺囑時其遺囑程式之準據法本係普國法願普國除審判上遺囑外不認何等程式而法國則遺囑專令公證人辦理不容法院干涉然則此普國人豈非不能在法國爲遺囑乎今若採用場所支配行爲之原則卽可免此難題可知該原則係出於任意非強行也

二 伊大利學派之說 伊大利學派主張本國法主義既述矣故法律行爲程式

亦以行爲當事人本國法爲準據法然人民無論至何國必令從本國法之規定則其行爲不免有困難或不能之感於是場所支配行爲之原則應適用焉蓋此派亦以本國法爲普通法理以行爲地法爲普通法理之例外也

三 威司之說 曰場所支配行爲之原則爲謀外國人利益起見故對於外國人不啻一種恩惠而對於屬人主義之普通法理又爲一個例外且此項原則由保護通商而來即外國人有不從此原則者亦非可強制之總之法律行爲程式必使外國人於行爲地法與本國法中有選擇權而後可

四 山口弘一之說 曰場所支配行爲之原則爲圖當事人便利起見若令其絕對服從行爲地之章式則當事人反有不便之感我日本法例於支配行爲實質之法律與行爲地法中使當事人得隨意選擇蓋認此原則係任意耳

二三兩說均認此原則爲屬人法之例外其接一也且以爲普通法理之例外一點又與薩氏之說一致不過普通法理一指屬人法一指行爲本體之準據法而已

乙 主強行性質之學說

一 蒲瑞梯 *Martin* 之說 曰關於程式之法規係真正之公安規定設此法規之國家領域內不妨絕對強行故外國人法律行為應遵守居留國所行之程式云云余謂此說之不當正在誤用公安規定今假定西班牙人在法國爲遺囑其遺囑書程式不依法國法而依本國法則在西班牙法院爭執遺囑有無效力之問題該法院自無庸以其遺囑違反法國公安而認爲無效蓋西班牙人作成發生效力於西班牙之遺囑即不從法國法亦於法國無何等損害也

二 阿塞頓之說 曰場所支配行為之原則所以增益法律事實之鞏固一旦既認此原則無論理由如何不可不強行之云云然行爲地法與本來準據法之間雖如前述許當事人自由選擇亦非必因此遂喪失法律關係之鞏固此說未嘗今日學說與立法多以任意說爲然我法律適用條例第二十六條亦採此說故法律行爲之程式當事人可依本來準據法亦可依行爲地法

第三節 場所支配行爲原則之適用

場所支配行爲原則之意義已述矣。顧考此原則之適用立法上有四種主義

第一 絕對行爲地法主義 此主義以場所支配行爲之原則有強行性質故法律行爲之程式應絕對依行爲地法倡此主義者係法則類別說今日洛瑞倫民法第六條下坎拿大民法第七條利馬條約第五條均採之

第二 行爲地法及行爲效力地（行爲實行地）法主義 此主義以法律行爲之程式依行爲地法爲原則依行爲實行地法乃例外今日索遜民法第九條智利民法第一七條向甫壘與民法第六條伯倫民草第六條等屬之

第三 行爲地法及本國法主義 此主義亦以依行爲地法爲原則惟當事人雙方同國籍時得依其本國法規定之程式今日伊民法第九條比民草第九條及第十條門的內哥財產法第七九八條孔哥之一八九一年法律第五號等屬之又一八九四年以來荷蘭海牙國際私法會議亦認此主義焉

第四 行爲準據法及行爲地法主義 此主義以法律行爲程式依行爲本體之準據法爲原則惟因實際上之便宜或必要得用行爲地法卽將場所支配行爲之原則一變而爲例外焉德民法施行法第一一條日法例第八條等屬之

查我國法律適用條例第二十六條第一項曰「法律行爲之程式除有特別規定外依行爲地法但適用規定行爲效力之法律所定之程式亦爲有效」蓋以行爲地法爲原則以行爲效力地法爲例外乃深前論第二主義者也其深用之理由誠恐行爲當事人必盡依行爲效力地法其行爲未免有不能或困難之感如當事人在外國舉行結婚式卽其彰明較著者也是以該條第一項規定以依行爲地法爲原則然絕對依行爲地法則當事人得逃本國法之程式以售其詐欺之手段且法律行爲之效力亦不免失於無據是以行爲地法外又宜兼採行爲效力地法例如關於物權移轉之程式依物之所在地法關於債權讓與之程式依當事人選擇之準據法是也此該條例第二十六條第一項但書規定之理由也又查同條第二項曰

一以行使或保全事實上權利爲目的之行爲其程式不適用前項但書規定」此係適用場所支配行爲之原則俟後國際商法票據章說明

法律適用條例第二二條第三項曰「關於物權之遺囑程式得依第二六條第一項前段之規定」此項法文並無強行性質故遺囑之程式照第二六條第一項後段規定依遺囑人之本國法本屬允當願絕對依本國法未竟妨礙遺囑之成立及效力此第二二條第三項所以規定得依行爲地法也惟第二二條第三項所云關於物權之遺囑程式係指法律行爲之程式而言不可與物權移轉之程式混同法律行爲之程式據第二六條第一項規定依行爲地法物權移轉之程式則應照第二六條第一項但書規定依目的物之所在地法蓋今日物權移轉之程式莫如登記一事若不依所在地法登記之恐不生移轉之效力又若依所在地法登記之縱與關於物權之法律行爲地之式不合亦可生移轉之效力也

當事人欲規避本國法之程式迨至外國依該國程式爲法律行爲者可否適用場

所支配行為之原則認其行為爲有效耶一說規避本國法程式不外乎法律上之詐欺其行為應認爲無效比國開蘭章案及日本舊法例屬之一說行爲本體之準據法與場所支配行為之原則兩者本許當事人自由選擇故即逃避內國程式而依外國之行為地法亦不外實行法律付與之自由不得以爲詐欺而認爲無效况行爲者是否詐欺實際不易證明與其認爲無效不如設特別規定 例如荷蘭民法第九九二條規定凡荷蘭人在外國爲遺囑禁止其用公正證書以外之程式 或用其他方法 此如慮以過苛是也 此爲露比尼所主張 限制之兩說各執一 是余謂甯取前說棄後說蓋前說之不易實行莫如不能證明詐欺之一點然必謂詐欺不能證明亦非也如本人自認非即證明之一律耶

當事人本國法命自國人在外國之法行爲應履行本國程式而當事人不履行時其法律行爲之運命如何耶甲說謂在外國之內國人應遵奉本國法者乃通則非變則也故本國法如不認例外規定而當事人又不履行其程式者其行爲應絕對無效乙說謂其行爲關於身分者絕對無效關於其他事項者應認爲有效丙說

謂其行爲對於本國不能成立對於本國以外則可有效三說中甯採內說

第四節 程式之種類

法律行爲之程式美爾蘭氏嘗分爲四種一曰能力付與程式例如父母監護人親屬會對無能力人表示同意是也二曰執行程式即確定判決所附之執行文是也三曰公示程式例如權利登記債權讓與之通知或承認是也四曰外形程式所以確定或證明當事人意思表示之方法也顧四者之中唯第四種可適用場所支配行爲之原則意大利民法比利時民法草案於此點曾明定之蓋執行程式僅爲證書記載之程式能力付與程式係無能力人行爲以前所必要之程式公示程式爲欲對抗第三人於行爲以後所必要之程式均非行爲本體之程式也獨外形程式可以確實當事人之意思表示並可爲其意思表示之證據此阿塞爾威司哇斐來等學者所以謂法律行爲程式唯有要式程式及證據程式之二者也第證據程式在採法定證據主義之國（如法國）固應規定在採自由心證主義

如德民訴法
第二八六條日

民訴法第二一七條我之國則無規定之必要有此區別論者每謂法律行為之程
式法法系與德法系之證據不同有以也夫



第二編 各論

第一部 國際民法

國際民法有左記六大原則

- 第一 場所支配行爲 *Locus regit actum* 例第二六條
 - 第二 物權依所在地法 例第二二條
 - 第三 身分能力依屬人法 例第五條至第七條
 - 第四 財產上法律行爲依當事人意思以定準據法 例第二三條
 - 第五 不法行爲依不法行爲地法 例第二五條
 - 第六 公安事項依屬地法 例第一條
- 第一章 人事(能力及身分)

第一節 行爲能力

第一款 總說

自法則類別說唱導三分主義以來後世立法上遂有「身分能力依屬人法」之原則蓋人之身分能力若因所到之處而生變動則其人之權利將不確定例如同一人也至甲國則成年至乙國則否或至乙國則服從親權至丙國則否豈非其行為於此有效於彼無效乎是故身分能力應為唯一法律所支配惟以何種法律支配之沿革上未能一致自法則類別說以降常採住所地法蓋其時各地方習慣法不同即如法國甚至有三百種互異之習慣法且法律上之生活僅在地方等涉國際故無由以當事人本國法為身分能力之準據法也

同一住所地法說同分二派
一曰出生住所 *Domicile par*
le lieu de naissance 地法前說謂各人受出生地之氣候風土傳
說等各種感化由生地之法律長其住民相探合後說謂出生住所不易查考現在住
所則人人得而知之二說各有
所長然多數學者採用後說

泊乎歐洲大陸廢除地方習慣編纂統一法與於是住所地法主義乃變而為本國法主義矣但本國法主義之唱始者係法蘭西民法後則比伊西葡等國漸次模倣之試例示於下

法國(民第三條) 關於身分能力之法律居留外國之法國人亦管轄之

比利時(民第二條) 關於身分能力之法律不論比利時人在何地均管轄之

關於身分能力之外國法律在比利時之外國人未取得比國國籍者得管轄之

意大利(民第六條) 人之身分能力及親屬關係依其人所屬國之法律定之

荷蘭(民第六條) 關於身分及行爲能力之法律在外國之荷蘭人亦適用之

葡萄牙(民第二七條) 外國人之身分及民事上行爲能力依其本國法定之

西班牙(民第九條) 關於身分能力之法律居留外國之西班牙人亦拘束之

智利(民第一五條) 規定智利人民權利義務之本國法律遇左何情形於外國

有居所或住所之智利人亦拘束之

一 人之身分及在智利可發生效力之行爲能力

二 略之

依上所述可知身分能力依屬人法之原則實有住所地法主義與本國法主義之

別顧考各國立法例除茲二主義外尚有二種茲一併說明之

第一 住所地法主義 住所乃生活本據之中樞凡人置產設家均在住所地而私法關係又與身家財產相關故解決能力問題以依住所地法爲最宜此主義今日俄羅斯阿根延瑞士等法律及英美判例與門忒比特哇條約採之

唱此主義者中更有主張折衷主義者曰依住所地法爲無能力而依內國法爲有能力者視爲有能力此主義普國普通法典總則採之

第二 本國法主義 國民之能力與人種風俗教育氣候有關甲國立法者依甲國人智識程度而定能力之有無非爲人種風俗不同之乙國人定之乙國立法者依乙國人智識程度而定能力之有無非爲人種風俗不同之甲國人定之故內外國人之能力應依各該本國法此主義除前述法伊比西葡荷葡智利等國外我國法律適用條例日本法例及一八八〇年牛津國際法協會議案採之

唱此主義者尙有一例外即依本國法爲無能力而依內國法爲有能力者視爲有

能力此主義我國法律適用條例第五條第二項日本法律第二項德意志及蘇俄民法施行法第七條瑞士民法第十條俄國財產法第八條法蘭西大理院等採之

第三 行爲地法主義 人之能力不可依住所地法亦不可依本國法謂余不信

請觀此兩派互相指摘互相駁擊之點可也見後且吾人日常生活欲一一搜求本國法或住所地法誠非易事若必依屬人法主義勢必至阻礙一般之生活故能力問題宜適用場所支配行爲之原則依行爲地法定之屬於此主義者學說上有司脫利惠司脫來克諾氏立法上則惟美國喬爾加州民法

第四 屬地法主義(即法庭地法主義) 此主義全反對屬人法主義即住所地法主義與

本國法主義 並排斥行爲地法主義者也今日各國惟南美一部分行之

屬地法主義爲一般學說所排斥行爲地法主義雖不無可探然不能確定其人之權利關係亦欠完到獨住所地法及本國法主義今日莫美大陸兩派各採之且兩派互相爭論各執一是(第一)本國法主義者曰住所易於變更非如國籍之確定

不動住所在地法主義者答曰國籍何嘗不因歸化而變更(第二)本國法主義者曰國籍易於證明住所則屢與居所混同且一人得有多數住所住所在地法不可準據住所法主義者答曰國籍嘗有積極或消極衝突者本國法何嘗可準據(第三)本國法主義者曰本國法最合國民之特性非住所在地法之偶然且強行以支配其國民者可比住所在地法主義者答曰歸化後之新本國法詎能適合歸化人人特性總之大陸派採無住所主義並住所重覆主義英美派則排斥無住所主義並主任所唯一主義故住所在地法主義易行於英美法系諸國而大陸法系諸國則否認之然持平而論覺本國法主義有可採者試觀住所在地法主義者辯論之點(1)曰「國籍亦可因歸化而變更」然攷各國國籍法歸化必用煩雜程序究不如住所可以自由變更(2)曰「歸化後之新本國法不適合歸化人之特性」不知各國關於歸化之制度非依住居及其他事由有同化爲國民之事實者不許之是歸化人之全般關係殆與生來本國人無大差矣即此兩點可見本國法主義勝於住所在地法主

義之處也然謂本國法主義完全無缺亦殊不可蓋國籍同時積極衝突及消極衝突時前本國法無由適用雖解之者謂此時應依住所地法不知如此解釋是服從住所地法主義非攻擊住所地法主義之道也

本國法主義似乎侵害內國主權不知主權分領土主權人民主權身分能力依本國法者單為維持人民主權之適用決非侵害內國之領土主權也但該本國法規
定如有背內國公共秩序或善良風俗者內國仍不採之法律適用條
例第一條

第二款 行為能力之限制

綜觀各國民法無能力之原因頗多然約而論之外左記四者

- 第一 因年齡無能力者(未成年人)
- 第二 因心神喪失無能力者(禁治產人)
- 第三 因身體精神之不完全無能力者(準禁治產人)精神弱人、盲人、聾人、啞人、癱瘓人、
- 第四 因婚姻無能力者(妻)

此外尚有因刑事上禁治產無能力者因宣告破產無能力者前者不適用本國法之說明後者屬於國際破產法範圍然則我法律適用條例第五條能力二字係單

指民法上能力無疑且同一民法上能力其因婚姻無能力者規定於法律適用條例第十條因禁治產準禁治產無能力者規定於法律適用條例第六條及第七條故第五條之能力問題單指年齡而言又無疑但一說第五條次項於妻準用之

第一項 因年齡無能力者

考各國成年規定大抵在十五歲與二十五歲間波斯定十五歲我國^{大理院判例}與土耳其定十六歲日本瑞士定二十歲^{瑞士聯邦法第一條}德^{民法二條}伊^{民法四條}普^{民法四條}法^{民法八條}俄^{民法八條}奧^{民法八條}美^{民法八條}英^{民法八條}日^{民法八條}比^{民法八條}荷^{民法八條}葡^{民法八條}葡^{民法一六條}葡^{民法一六條}墨^{民法八條}俄^{民法六一〇條}美^{民法八條}希^{民法八條}臘^{民法八條}比^{民法八條}利^{民法八條}時^{民法八條}蘆^{民法八條}森^{民法八條}墨^{民法八條}瑟^{民法八條}謨^{民法八條}那^{民法八條}哥^{民法八條}羅^{民法八條}威^{民法八條}尼亞^{民法八條}哥^{民法八條}倫^{民法八條}比亞^{民法八條}哥^{民法八條}斯^{民法八條}大^{民法八條}利^{民法八條}加^{民法八條}二^{民法八條}巴^{民法八條}西^{民法八條}烏^{民法八條}拉^{民法八條}垂^{民法八條}委^{民法八條}內^{民法八條}瑞^{民法八條}辣^{民法八條}等^{民法八條}定^{民法八條}二^{民法八條}十^{民法八條}一^{民法八條}歲^{民法八條}阿^{民法八條}根^{民法八條}廷^{民法八條}二^{民法八條}六^{民法八條}條^{民法八條}定^{民法八條}二^{民法八條}十^{民法八條}二^{民法八條}歲^{民法八條}荷^{民法八條}蘭^{民法八條}八^{民法八條}五^{民法八條}條^{民法八條}西^{民法八條}班^{民法八條}牙^{民法八條}〇^{民法八條}二^{民法八條}條^{民法八條}定^{民法八條}二^{民法八條}十^{民法八條}三^{民法八條}歲^{民法八條}奧^{民法八條}一^{民法八條}八^{民法八條}七^{民法八條}七^{民法八條}年^{民法八條}匈^{民法八條}法^{民法八條}律^{民法八條}第^{民法八條}一^{民法八條}條^{民法八條}定^{民法八條}二^{民法八條}十^{民法八條}四^{民法八條}歲^{民法八條}丹^{民法八條}麥^{民法八條}智^{民法八條}利^{民法八條}六^{民法八條}條^{民法八條}與^{民法八條}羅^{民法八條}馬^{民法八條}法^{民法八條}同^{民法八條}定^{民法八條}

二十五歲各國成年年齡不同如此自應定一準據法以覓能力問題之接觸我法律適用條例第五條第一項曰「人之能力依其本國法」此項規定不論內國人在外國與外國人在內國均適用之然限於外國人在內國時有例外規定即同條第二項前段曰「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」是也此不獨我法律適用條例然即日本法例德國民法施行法票據法及瑞士債務法等亦有同樣規定

參照前第一款蓋近來內外國之交通既發達內外人之交涉亦頗繁凡內國人與外國人交易者該外國人依本國法有無能力無暇一一調查自應有此例外規定以保護內外人在內國生活之安全或謂雙方外國人同國籍時不適用之然外國人雜居內地未易確知其是否爲同國人自不能依國籍之異同而有所區別又或謂惡意者（即既知外國人無能力相與爲法律行爲者）不適用之然意思之善惡頗難證明必若此說恐徒增訴訟之煩累又或謂此項例外規定限於當事人合意時適用之然內地生活之保護不

以合意行爲爲限卽要據行爲單獨行爲亦有保護之必要且法律適用條例第五條第二項所云法律行爲四字亦並無合意與單獨之別也

法律適用條例第五條第二項前段係第一項之例外而第二項後段又爲第二項前段之例外夫例外之例外卽復歸於原則故第二項後段所謂關於依親族法繼承法及在外國不動產之法律行爲不在此限者卽該行爲當事人有無行爲能力仍依本國法解決之謂也蓋法律適用條例第二項前段之例外規定專爲保護內地生活之安全而關於依親族法繼承法之法律行爲與內地之生活無關自無庸適用例外規定以保護之况此等法律行爲法律適用條例不皆有依本國法之明文乎（參照第九條至第二十一條）至關於不動產之法律行爲雖關內國之生活然該外國人依本國法無處分在外國不動產之能力而依內國法強認爲有能力者是以無效之行爲爲有效道以增內國生活之危險非所以保內國生活之安全也此本條例第五條第二項後段規定之理由也

據千八三四年十月巴黎高等法院判例曰「依本國法無能力依法國法有能力之外國人與法蘭西人相交易者不得援用本國法以無能力爲理由主張契約之無效」又千八六一年一月法國大理院判例曰「兩造交易應確知相對人之能力但對於在法國爲交易行爲之外國人不在此限蓋法國人間之交易容易調查其能力法國人與外國人在法國之交易則不易調查且各國法律規定之成年與未成年法國人並無詳知之責任故法國人以善意與外國人所爲之交易行爲應「完全有效」此二種判例均與我法律適用條例第五條第二項前段之例外規定相似一則爲保護法國人之利益一則爲保護中國人之利益其立法本旨無甚差異顧余竊謂兩者均失公平之道而大背內外人平等之原則昔阿塞爾有言曰能力者不拘行爲地如何常受同一法律之支配而一定不變者彼因保護內地之生活而以本無能力之外國人強認爲有能力者自裏面觀察之實否認外國人之權利也此種不平等之規定國際私法上宜除却之斯言也余於法律適用條例第五

條第二項前段亦云然

考德國民法施行法第七條第二項曰「於舊國籍下有能力之外國人取得德國國籍依德國法爲無能力者仍視爲有能力」此項規定之理由以爲國家對於依自國法顯無能力者許其入籍而爲自國人民是默認其人已有行爲能力也今查我法律適用條例第五條第三項亦有同樣條文諒採德國立法例歟余謂此項規定在德國爲必要在我國似可刪何則世界各國成年年齡除波斯外俱在我國現行例所定年齡以上故有能力之外國人入我國國籍依我中國法大抵亦爲有能力之人該條例第五條第三項現今實無適用之處也

第二項 因民事上禁治產無能力者

兼準禁治產

關於民事上禁治產及準禁治產各國規定不同清民律草案第一九條及日本民法對於常有心神喪失之狀況者得宣告禁治產對於精神耗弱人聾人啞人盲人及浪費人得宣告準禁治產德國民法則不設此項區別因精神病或精神耗弱不

能辦理自己之事務或因浪費致自己及其家屬陷於窮困或因暴飲不能辦理自

己之事務或致自己及其家屬陷於窮困或妨害他人之安寧者得付於禁治產民

六又法國民法關於常有白癡癩疾精神錯亂而安靜者狂疾精神錯亂者狀況之成年人應受

禁治產關於浪費人若無保佐人到場則禁其為訴訟和解金錢貸借等行為法

四八九條伊比及荷蘭等民法規定大略與法民法同又西班牙民法關於精神病

人瘖啞人白癡人浪費人得宣告禁治產但亦無禁治產及準禁治產之區別與何

等亦然至若英國關於白癡人精神病病人因精神病病人監督官之決定得將其行為

作為無效然對於浪費人之行為則絕不加限制

民事上禁治產各國規定不同如此其準據法所以亟應規定也第欲規定準據

法應先解決左列二問題以下雖單言禁治產然準禁治產亦
同一法理參照法律適用條例七條

第一 對外國人能否宣告禁治產 此問題又可分為(一)內國對於外國人有

無宣告禁治產之管轄權(二)有管轄權則禁治產之原因及其宣告之效力應

依何國法律我法律適用條例第六條曰「凡在中國有住所或居所之外國人依其本國法及中國法同有禁治產之原因者得宣告禁治產」是對於前之問題探有管轄權主義對於後之問題僅就禁治產之原因探本國法兼居住地法主義也更分述於下

一 禁治產之管轄權 自羅馬法以來至於今日無論何國制度禁治產以官廳宣告爲必要此爲保護本人及第三人利益並維持社會安甯使然所謂關於國際公安之規定也然內國對於外國人宣告禁治產時則有謂惟其本人國有管轄權有謂其人居住國亦有管轄權後之主義係千八九五年英國康蒲利智Canbrigs 國際法協會所議決_{參照後列條文}蓋禁治產之宣告剝奪其能力取消其行爲甚至束縛其自由而監察之其發生人事上效力如此重大無怪世人唱導絕對本國管轄主義然在本國無禁治產原因至他國偶陷心神喪失之狀況者若必求遠隔千萬里之本國法院宣告禁治產則自本國法院一

方觀之既有鞭長草及之勢又自居留國一方觀之匪特不能迅速保護此項精神病人並不能維持國家之公安此兩失之道也故近世諸國實例大率於本國管轄主義外兼採居住國管轄主義我法律適用條例亦然

第六條
第七條

二 禁治產之原因及其宣告之效力 內國對於外國人既有權宣告禁治產矣則其禁治產原因之準據法又應解決有主張絕對本國法主義者曰禁治產所以停止或限制行為能力行為能力依本國法故為停止或限制行為能力之原因亦應依本國法此主義英國康蒲利智會議採之

該會議議決案第七條第三項條文

後見有主張絕對居住地法（即法庭地法）主義者曰外國人居住地之法院既

有宣告禁治產之管轄權該法院自應就自國法規定之原因宣告之此主義德國民法施行法第八條採之願對於居住內國之外國人所以有禁治產宣告之必要者一方為保護該外國人利益他方又為維持內國公安故利於外國人之本國法固宜適用而適於內國公安之法庭地法亦不應違反若絕對

依本國法主義未竟置內國公安於不顧若絕對依居住地法主義又未免沒却能力依本國法之原則我法律適用條例第六條並探此兩主義斯得之矣至於禁治產宣告之效力各國異其規定有付諸監護法院監督以其行爲作爲無效者有單付諸監護其行爲得以取消者有僅置保佐人監督之者有監禁於瘋癲病院者日本明治三三年精神病人監護法如此效力不同自應定一準據法解決之查日本法例第四條第一項規定係探絕對法地法主義其理由以爲內國既有權宣告禁治產則宣告之效力與裁判之效力無異若依本國法而不依法庭地法未免因本國法之不同而發生種種效力莫禁治產者視爲全無能力人莫禁治產者只限制其能力而內國之法律生活將因之受害矣此宣告之效力所以應依法庭地法也我法律適用條例於此層獨無明文實屬缺點

第二 外國宣告之禁治產內國應否承認 此問題亦可分(一)對內國人之禁治產宣告(二)對外國人之禁治產宣告

(一)對內國人宣告者 此項宣告法律適用條例第六條並不規定在內且查我民事訴訟條例第七〇五條似乎對於中國人宣告禁治產專屬中國法院管轄故外國法院在內國對於中國人之宣告於中國可謂無效余謂外國法院之宣告倘不違中國法律之規定者中國應承認之

(二)對外國人宣告者 此項宣告學說有三(1)否認說者曰外國裁判於內國不生何等效力且內國不能確知其裁判是否正當故在內國宣告之禁治產應否認之此說係英美學者所倡其判例亦採用焉(2)承認說者曰外國法院對外國人宣告禁治產若能依受禁治產人本國法規定之原因內國應承認之至該法院係在受禁治產人本國或在第三國可置不問是說歐洲大陸學者從之(3)公示說者曰因心神喪失或浪費被宣告禁治產之外國人其本國之宣告若不公示於內國不得在內國籍口無能力以對抗他人是說法國塞奴法院曾採之

該法院判例曰設本國宣告禁治產之普通士人欲免其禁之債務以無能力對抗

他人若須證明普魯士法院之宣告已公示於法國否則應認該管人有契約能力不能對抗善意第三人此一一八八五年三月七日判決至一八九三年三月二八日同院判例遂反對之 我法律適用條例對於外國法院就外國人宣告禁治產時

並無何項規定故應探何說頗滋疑義觀後列康藩利智議案第三條係採承認說兼公示說余謂自能力依屬人法之原則觀之竊以承認說爲然惟同一外國人受數國法院宣告禁治產時不問該法院在本國抑在第三國應承認最先之宣告者其一係內國法院應承認內國法院之宣告

以上所述屢引用一八九五年英國康藩利智 Cambridge 國際法協會議決之條

文茲揭其重要者於左以供參考 關於禁治產尙有一九〇四年海牙條約案十九條因繁不載

第一條 成年人之禁治產應依本國法

第二條 禁治產由被禁治產人本國管轄官廳宣告之但其人居住地之官廳關

於其人身體或財產得發一切保全處分或假處分命令

第三條 本國管轄官廳宣告之禁治產無須執行判決於其他各國亦生效力

但他國官廳承認其效力時得以類於自國法對自國民所爲之禁治產公示方法爲條件求公示之

第四條 外國人之本國官廳因某事情不能審判禁治產之聲請時其居住國之官廳得於第二條設一例外爲禁治產之宣告

第七條 外國官廳關於禁治產之聲請有管轄權時其事件之審理依自國對於自國人所用之訴訟程序 禁治產之聲請限於依本國法或居住國法有聲請權之人或官廳爲之 外國官廳非依當事人本國法所認之原因不得宣告禁治產其禁治產之宣告發生本國法規定之効力 被禁治產人之身體及財產外國官廳從自國法處分之 第五項 關於禁治產者暨
管人之件略之

第五條第六條 係居留國官廳通知
本國領事之件從略 第八條 係財產管理
之件亦從略

第二項 國刑事上禁治產無能力者

禁治產有因刑事上之判決而來者例如日本實刑法第三十五條規定處重罪之

刑者主刑終了前不別用宣告得禁止其治理自己之財產是也此項規定嘗有見諸各國法典而未能統一者於是一國宣告之刑事上禁治產他國應否承認亦應研究法國學者關於此點嘗有二說一曰承認說例如威司之說曰懲罰法人之法國法律其效力所以及於法人者非以為警察法規乃因有法國國籍使然即此法律係屬人法雖在法國以外亦與法人相隨故本國法院宣告之刑事上無能力亦如民事上無能力之到處有效也一曰否認說例如勿愛利克斯之說曰外國法院之刑事判決通例不得在內國執行故此判決發生之無能力內國亦可不認其効力近世各國立法例多採後說而棄前說因前說實沒却主權之區域未可適用也至我法例適用條例第六條並未區別民事上禁治產與刑事上禁治產故一般學說有解釋為包含刑事上禁治產而言者余謂非也蓋民事上禁治產在保護智識不發達之無能力人刑事上禁治產一方使犯罪人不能自由處分其財產他方使刑罰之執行有效力決非為保護犯罪人及第三人而宣告之也故刑事上禁治

產謂爲無能力審謂爲一種刑罰（即補主刑所不足之附加刑）然則就刑之效力不驗國境之原則言之刑事上禁治產於宣告地以外當無何等效力而法律適用條例第六條不包含刑事上禁治產而言亦可知矣

如此則在內國之外國人應否付諸刑事上禁治產憑內國刑法或其他法律解決之不必問其本國法何若也但在內國受刑事上禁治產宣告者其在外國之財產處分行爲內國仍應認之何者刑之效力不影響於在外國之法律行爲也

第四項 因婚姻無能力者（妻）

妻有無能力各國規定頗不一致故其準據法亦有解決之必要顧妻所以取得妻之身分由婚姻而來故妻之無能力不外婚姻之效力婚姻之效力法律適用條例規定於第十條俟後婚姻章說明

第五項 因宣告破產無能力者

此項無能力不受法律適用條例第五條例之適用俟後國際破產法說明

第二節 權利能力

外國人在內國有如何行為能力已述於前第一節有如何權利能力已述於總論第十二章願權利能力有特別與一般之分一般權利能力即可為權利義務之資格特別權利能力即享有一定權利（例如不動產所有權）之資格有特別權利能力之外國人定有一般權利能力有一般權利能力之外國人未必有特別權利能力故二者性質不同其準據法亦異惟我國法律適用條例關於外國人權利能力之問題除失蹤外尚無何等規定此外各國成文法亦然（例如日本法例）故欲說明權利能力之準據法今日尚鮮根據也

第一款 權利能力之發生

權利能力自出生始各國法制如出一轍 例如日民第一條德民第一條瑞士民法第一條索遜民法第三二條等 然以如何情形視為出生則各國異其規定依普魯等法律凡生兒不發聲或未開眼之間不認為出生依注民法及索遜法律生子以具有人形為必要 羅馬法亦然 故假定

奧大利人生子於法國雖無人形却已發聲此時法蘭西應否認爲有人格者不可無準據法以解決之也

第二款 權利能力之限制及其消滅

關於權利能力之限制及其消滅各國規定不同故亦不免發生衝突問題如左

第一 共死 遭同一災害而死亡者有數人時欲定繼承順位應先知死亡順序此項規定始於羅馬法而法民法第七二〇條亦採之然日本民法無此規定故數法人共死之問題若發生於日本則將依何國法律解決之耶

第二 宗教 「加特力」教舊教施行之國凡加入一定宗教團體者喪失繼承及婚

姻之資資學者名曰宗教上準死今加入此第團體之外國人應否禁止其結婚或承繼之

問題發生於內國時假定爲未奉加特力教之國內國將以何法解決之耶

第三 準死 準死有宗教上與民事上之別宗教上準死上已述矣至民事上準死即應以一定刑罰者喪失人格之謂此種制度今准行於俄國一部及巴爾幹

半島其他各國大抵廢之故亦有時發生衝突問題

如上所述關於權利能力發生衝突問題時今日各國少解決明文學說上則有謂應與行為能力及身分依同一準據法解決者然此乃混同權利能力與行為能力之說不可從也自派爾氏區別二種能力立論於是關於權利能力之準據法學說紛出有唱本國法主義者有唱住所地法主義者有唱內國法主義者有唱法律關係準據法主義者余謂數者中惟法律關係準據法主義最當餘則不敢贊同蓋依本國法主義及住所地法主義勢必至外國人享有內國法所不認之特權而大害內國之公益例如內國法禁止外國人不動產所有權而其本國法無此規定時若依該國人本國法則於內國可取得不動產所有權且非妨害內國公益也探住所地方主義時亦然又依內國法主義亦有不當之處例如英人購得德國土地向日本法院提起所有權之訴此時若適用內國法主義自應依日本法否認該英人之所有權然日本即認其取得德國土地所有權究與自國公益無關况關於不動產之物權日法例已採所在地法第十條乎獨法律關係準據法主義則可免此項弊病今門

前內哥普通法典第七八六條曰「關於確定權利能力之問題例如於如何程度方得爲特定物所有人之問題應適用特定物或行爲所屬之法律」蓋採用此主義歟我法律適用條例雖無規定亦可將此主義作爲條理用之

第三款 失蹤

今日各國失蹤制度可大別三種如下

第一 單宣告不在不推定亡故者 例如法國制度第一期預料不在人尙未亡故單就其財產加以保全處分第二期如不在人經四年生死不明或業置管財人經十年生死不明者方爲失蹤宣告然不過宣告不在並不推定亡故故其繼承人僅得爲財產之假占有嗣經三十年至第三期生死尙不明者前此假占有者人得爲財產之確定占有但仍不推定亡故故不在人之配偶人不得請求離婚此制度除法蘭西外法民一〇條以下比利時西班牙伊大利伊民法二二條亦行之

第二 全不認失蹤制度者 例如英國法律對於不在人既不推定亡故并不宣

告不在故有請求離婚或人壽保險利益者應自行證明不在人之亡故然不在人經七年生死不明時其繼承人可取得繼承財產之收益嗣經六年已一三年可取得動產再經六年可取得不動產此制度英美法系諸國均採之

第三 宣告亡故與自然亡故同一效力者 例如我國民律草案第五十七條第五十八條規定失蹤人生死不明滿十年或遇危難人自危難消弭後生死不明滿三年者法院得因利害關係人聲請爲死亡之宣告受此宣告者推定其爲業已死亡故繼承因此開始婚姻因此解消且因亡故而取得權利免除義務之財產關係並可因此證明此制度德奧荷蘭日本早行之

失蹤制度各國規定不同如此此法律抵觸問題所以不能免也今姑分(1)內國對於外國人之失蹤宣告(2)外國所爲之失蹤宣告說明之

第一項 內國對於外國人之失蹤宣告

本項問題又可分(1)內國對於外國人有無宣告失蹤之管轄權(2)若有管轄權則

宣告之條件及效力應依何國法律

第一 失蹤宣告之管轄權 關於本問題學說頗多(1)主任所說者例如薩洛軒

氏曰宣告失蹤惟失蹤人最後住所所在地之法院有管轄權(2)主本國說者曰

宣告失蹤不惟消滅失蹤人之人格並且影響本國之主權此項宣告應專屬失

蹤人本國法院管轄是說法國高等法院判例月一八五一年八月二日判例採之(3)主內國說

者曰外國人是否失蹤內國本無庸管轄然關於公安者不在此限失蹤制度關

於內國公安有二一為外國人遺留財產於內國時蓋一國之內不問內外人各

人之富正以構成公共之富個人財產因無管理人致朽敗滅失而不可收拾是

關於個人之利害猶輕關於一國之利害頗重故不問失蹤人為內國人抑為外

國人其財產管理事項應屬財產所在地之法院管轄二為關於外國人之法律

關係應以內國法為準據法時例如夫有內國國籍妻有外國國籍限定為我國
民法第十條

第一項但
書之結果若妻生死不明其夫得據婚姻關係從夫本國法之原則法律適用條
例第十條

請求內國法院宣告妻之失蹤此說我國法律適用條例及德日法律採之試將我國法律適用條例及德國法律揭左

法律適用條例第八條 凡在中國有住所或居所之外國人生死不明者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宣告死亡

德民施行法第九條 不在人當不在之初係德國人得依德國法宣告死亡不在人當不在之初係外國人惟就其應依德國法律之法律關係及在德國之財產得依德國法宣告死亡民法第一三六九條第二項規定準用之

第三項 從略

備考 德民法第二三六九條第二項曰德國官廳就某物件購置登記權利之登記帳簿時該物件作為存在德國論德國法院就其權利有判決之管轄權

時其權利作為存在德國論

觀上兩法無甚差異所異者被宣告之外國人依法律適用條例要在中國有住所或居所德民施行法則無此規定又關於財產所在地德民法施行法以本國

民法第二三六九條第二項爲準我國條例則無何等規定故何謂在中國之財產頗費躊躇余謂宜區別財產權種類依法理解決如關於不動產之權利其不動產在中國者自可謂在中國之財產若動產則所在地容易變更應自請求宣告失蹤時確定其所在地至於債權因最後之強制執行多在債務人住所爲之故債務人在中國有住所者其債權可謂在中國之財產關於此點議論頗多應參照以後從權法他如著作權以其著作物公於中國者作爲在中國之財產特許權意匠權商標權等以業向中國官廳登錄者作爲在中國之財產又所謂應依中國法律之法律關係一語卽我國國際私法上應適用中國法律之法律關係例如外國人與中國保險公司訂人壽保險契約時如該外國人生死不明其繼承人得請求中國法院宣告失蹤俾獲得保險金額蓋外國人在中國所爲之保險契約得以中國法律爲行爲地法而準據之也(參法律適用條例第二三條)

第二 失蹤宣告之要件及其效力 內國既有權宣告矣則宣告之要件及效力

應準據何法亟宜解決唱屬人法主義者例如威司曰宣告失蹤關於身分事項應屬屬人法管轄云云探此主義者又分住所地法主義與本國法主義一八九〇年德國之判例曰失蹤人可看作生存與否應以最後住所地法定之蓋主張前者也斐哇萊曰關於失蹤之法律應歸於其本國之主權蓋主張後者也唱屬地法主義者例如羅蘭曰關於失蹤之法律在保存失蹤人及其親族之財產故失蹤制度應有屬地性質云云探此主義者亦分財產所在地法主義與法庭地法主義主財產所在地法者係德人派爾其言曰失蹤本質全歸著於財產之法律上地位變更並非失蹤人身分能力之變更故失蹤之效力應絕對依財產所在地法此說忒比特哇條約草案探之該條約草案第十條第一項曰失蹤宣告在該地法定之但該草案所謂所在地之法律上效力關於失蹤人之財產依財產所在地法定之但該草案所謂所在地無內外國之別非如德民法施行法九條及法律適用條例八條專指內國所在地而言主法庭地法者係日人山田三良其言曰觀今日各國失蹤制度不外乎推定亡故與不推定亡故之二種若內國宣告之效力不依法庭地法而依屬人法則內國對於不認失蹤

制度之國或宣告效力其本國法與內國規定不同之國之人民當無宣告之必要故不問外國人之本國有無失蹤制度並不問其在本國是否已被宣告而宣告之效力應準據法庭地之法律此說除德民法施行法第九條及日本法例第六條採用外我法律適用條例第八條亦採之又唱屬人法兼屬地法主義者曰失蹤之法律事實一方與人享有密接關係應受屬人法支配例如關於婚姻解消及親權行使等事項應適用屬人法他方又以保存失蹤人財產爲目的應受屬地法支配例如財產應如何管理假占有人應占有幾何時日等事項應依財產所在地法定之且所謂財產所在地不應以宣告失蹤國之所在地爲限凡有失蹤人財產存在之國亦皆在內此說係蒲洛軒等所唱較前各說頗覺完美蓋失蹤宣告之效力若單依屬人法難免受屬地法主義者之非議又若單依屬地法則對於不認失蹤制度及認失蹤制度而不推定亡故之國之人民漫盡剝奪其權利消滅其人格勢不至侵害其本國主權不止且於繼承開始之時尤屬不

合參照法律適用條例第二〇條至若屬人法兼屬地法主義則屬地法不至過於擴張而屬人法亦不至無所適用斯兩得之矣

第二項 外國所爲之失蹤宣告

外國所爲之失蹤宣告可分左列兩情形說明之

第一 外國法院對於內國人宣告者 此項宣告德國學者有主否認說者曰德民法施行法第九條專就內國方面規定外國有無失蹤宣告之管轄權及宣告之條件與效力如何均置不問故外國對於內國人之失蹤宣告不能承認亦有主承認說者曰失蹤宣告之管轄權及其準據法外內國應採相互主義內國既可依自國法宣告外國人失蹤則外國對於內國人之宣告亦應承認返觀我國法律適用條例第八條及民事訴訟條例關於失蹤事件之管轄規定自以前說爲妥然就國際私法上通例而言則應採後說也

第二 外國法院對於外國人宣告者 此更可分由外國人本國宣告者與由第

三國宣告者前者亦於人主否認說然亡故之推定與自然亡故無異其本國業已推定者他國自應認之至本國單爲不在之宣告時於內國無何等影響內國更不妨承認後者則一般學者均主否認說余謂被宣告之外國人如於內國存有財產或有應依內國法之法律關係則爲內國公安計亦應承認但該外國人若現時生存於內國應作別論

第三節 身分

身分者人於社會上或親屬間所有之地位也貴族僧侶等係社會上身分親子兄弟夫婦等係親屬間身分親屬間身分實際私法頗多規定其準據法俟後國際親屬法處說明茲單言社會上身分

由今日一般法律社會上身分私法上無特別地位故於國際私法不生問題然德國立法例認定貴族之特權卽該國學說亦分二種甲說曰貴族之特權惟行乎其入因血統或特別理由成爲貴族之地故其身分應依本國法定之乙說曰因血統

爲貴族者其特權雖有屬人性質因元首恩命爲貴族者其特權則有屬地性質一說各執一是余然後說本節與國際公法所謂特權外國人有關宜參照

第二章 物權

第一節 總論

關於物權依物之所在地法此近來國際私法之原則也然就沿革上而論自法則類別說盛唱物法人法混合法參照第四章以來此項原則祇適用於不動產上物權而動產上物權則適用人之住所地法且其所謂人者究指何人而言尤不明瞭於是後之學者有解爲所有人住所地法者曰動產常因所有人意思而變更其位置不得不假定爲在所有人之住所故關於動產之物權應依所有人之住所地法此說係美必爾所唱而莫美判例採之有解爲占有人住所地法者曰動產上物權以依所在地法爲原則但無定所及運送中之動產應依占有人住所地法此說爲洛士雷爾所唱而利馬條約案採之此外如伊人曼質尼復唱動產依所有人本國法

之說且爲伊奧及西班牙等民法所採用余謂三種解說均未完美例如同一蜜蜂之巢法蘭西民法^{第五二條}作爲不動產荷蘭民法^{第五六條}則認爲動產其究係動產與否祇可依所在地法爲斷非可依所有人住所地法定之藉曰可依住所地法而所有人不確定時則如何藉曰所有人已確定而住所不同之甲乙二人同時主張所有權時則如何况各人非必各有住所亦非必唯一住所此既有人住所地法主義所以不可從也又占有人住所地法主義雖屬便利然占有人非必爲權利人且有住所不同之多數占有人時將無可適用之法律此占有人住所地法主義亦不可從也至所有人本國法主義之缺點與所有人住所地法主義同

住所地法主義及本國法主義既屬不當於時薩比尼威希他爾氏遂唱動產依所在地法之說後之學者如勒納等均贊同之卽如英美之學說及判例近來亦漸有採所在地法之傾向故今日物權之準據法不論動產不動產採所在地法主義者頗多我法律適用條例亦然查該條例第二十二條第一項第二項曰

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

物權之得失除關於船舶外依其原因事實完成時物之所在地法

物權之目的係不動產時不生問題而在動產則一派學者常挾動產無定所之事

實以攻擊所在地法主義於是薩比尼復唱動產三別說分動產爲三種第一種動

產有永久存在一定場所之性質例如室內器具應依所在地法第二種動產位置常輾轉

不定如旅客之行李運送中之貨物如所有人不明示其靜止地應以所有人住所地作爲動產所

在地故應依所有人住所地法第三種動產位於第一種與第二種中間如暫留外國旅行家

之行李依其狀況近於第一種者依所在地法近於第二種者依所有人住所地法余

謂第二種動產依所有人住所地法未免與動產依所在地法之原則自相矛盾不

如阿塞爾所云無定所之動產依其物之到達地法較爲適當

物權依所在地法之原則根據何種理由學者凡有左列數說

第一 主權說 物權之目的占有空間一定部分凡存在一國內之物應服從該

國領土主權故物權之內容種類及效力專爲所在地法所支配

第二 任意服從說 凡人於動產不動產之上欲取得或行使權利者必赴目的

物所在地任意服從該地之法律此薩比尼之說也

第三 公安說

指國內公安言

關於物權之法規與一國社會之靜謐及經濟利益有關故專屬於屬地法不認外國法之反對規定此特巴業之說也

第四 權利保護說 動產及不動產之所在地乃權利執行之地故物權依目的

物所在地法實出諸保護權利人之精神此日人山口弘一之說也

第五 物權本質說 固有物權之法律生抵觸者唯三一爲物之所在地法二爲

物權者之屬人法三爲受物權對抗之第三人之屬人法而行爲地法及關於能

力親屬或繼承之法律均不與焉故說明本問題之理由唯研究應依所在地法

或應依屬人法之兩點可也若物權爲屬人法所支配則異國籍人所有南土地

同之地役關係及地上權人與土地所有人或質權人與質權設定人異其國籍

者將依何方屬人法耶且即從中決定其一爲物權準據法而受對抗之第三人亦有時不易知物權之存否例如在同一場所之同一物件屬甲國人所有時依甲國法規定設定質權以占有爲要件屬乙國人所有時依乙國法規定設定質權不以占有爲要件等情形是也夫屬人法之不可適用既如此則可適用者厥惟物之所在地法蓋物權之本質不獨關於權利人並關於第三人故物權不論對於何人須歸一致萬不可因當事人國籍不同致生變動所在地法恰有此項效能夫一人之能力關係不論至何國必一定不變而後人之權利始確定一國內之物權關係不論對於何人必一定不變而後物上之行爲始安固物權依所在地法猶能力之必依屬人法也此阿塞爾之說也

在自國領土內之物應服從自國主權原屬允當然能力及法律行爲等何以無服從自國主權之必要主權說殊未圓滿物權依所在地法之原則當事人即無服從意思仍有適用之必要任意服從說未能中肯關於物權之法律原爲公安而設然

親屬繼承制度豈不關於公安耶公安說未見正確物權依屬人法爲人民便利起見主屬人法主義者嘗言之矣然則權利保護不獨所在地法爲然也權利保護說亦非切解至物權本質說最合物權之性質可謂獨得真詮

物權依所在地法係一般學者公認之原則然攷諸今日各國實例大抵物權之準據法可分左列四種

第一 動產不動產均依所在地法者 比利時民法草案修正案第五條索羅民

法第一〇條克羅皮甸法律第一條伯倫民法第四條日本法例第一〇條門的

內哥財產法第七九〇條孔哥法律及我法律適用條例第二二條

第二 定位動產與不動產均依所在地法者 阿根廷民法第一〇條及第一一

條烏拉乖民法第五條洛土霍爾案第二條

第三 動產依屬人法不動產依所在地法者更可分左列三種

(甲) 動產依所有人之本國法不動產依所在地法者 西班牙民法第一〇

條與大利民法第三〇〇條伊大利民法第七條

(乙) 動產依所有人之住所地法不動產依所在地法者 英美判例及普爾

士普通法典第二八條至第三二條

(丙) 動產依所有人或占有人之住所地法不動產依所在地法者 留愛司

脫克爾蘭特民法第三三條

第四 祇規定不動產依所在地法者 哥司大利加民法四條智利民法一六條

關於船舶之物權應依國旗法不依所在地法此為今日一般之原則我法律適用

條例第二二條規定亦然其詳俟後國際商法處說明

第二節 各論

物權依所在地法既述矣然則如何物件可為物權之目的如何權利可為物權以

及物之種類若何物權之種類若何如用益權有認為物權亦有不認為物權者並關於物權之設定移

轉變更及得喪等方法均可照所在地法解決之宜注意者所在地法係適用於物

權本體非適用於由物權而生之債權又物權享有之能力固應依所在地法而設定或處分物權之能力則應依本國法

法律適用條
例第五條

第一款 占有

占有之本據即物之所在地占有之性質與物有密切關係故占有問題例如占有為權利抑為事實及占有之效力占有之得喪占有之訴權均可依所在地法定之但適用所在地法尚有應注意之點如左

(一) 因妨害占有請求賠償者 占有人對於加害人有無賠償請求權有之則請求方法如何均應依一般不法行為之準據法以其行為地法解決之例如依日民法八條占有有人對於占有之妨害者得請求妨害停止及損害賠償依德民法二條則只能請求妨害之除去及停止並不認賠償之請求故日本人在德國妨害他人之占有時雖於日本提起損害賠償之訴亦不認其訴權也但不法行為地大抵係物之所在地故依行為地法者有時與依所在地法同

(二) 因占有取得果實者 因占有取得果實者依占有開始時物之所在地法蓋占有之效力應以占有開始時爲定占有意思之善惡及權原之有無關於占有之效力有闕若因物之所在地變動而其効力亦變更則占有人將受不測之損害例如甲某於乙地市場購一鳥而得雖依乙地法律善意且正當權原之占有者有取得果實之權今該鳥所有人向甲某請求返還若不依乙地法律而依該鳥現在地法則此雞恐不能歸甲之手矣是甲因偶然事實而喪失正當之權利此則非保護權利者之道也

第二款 所有權

所有權之目的及所有權之取得方法消滅方法與夫移轉變更均依物之所在地法定之例如動產與不動產所有權之轉移依民法^{第三一八條}單以當事人合意爲要件依德民法^{第九二九條}則除合意外尤非經引渡或登記不可故兩法人買賣在德國之不動產而未經登記者雖在法國業已訂約亦不能移轉所有權若兩德

人於法國地界買賣在法國之不動產則僅有契約而所有權乃移轉矣至於所有權之訴學者每於動產不動產間分別見解不動產所有權之訴其管轄權與適用之法律依所在地法動產所有權之訴其管轄權或謂應依被告住所地法實即訴區地法或謂應依動產所在地法然收回動產之訴以物之引渡爲目的所謂對物之訴也其管轄自應專屬所在地之法院若夫適用之法律由我法律適用條例及其他多數立法例已明明採用所在地法故假定日本人於日本受動產之引渡其動產曾在日本且讓受人亦善意無過失者雖依外國法讓與人並非所有人而讓受人亦可取得動產所有權何則由日民第一九二條規定該讓受人得於動產上即時行使權利所謂即時也又該動產如在德國讓受人亦可取得所有權德民九三二條

一不動產跨在多數法境者例如波蘭分例之時有此現象我法律適用條例無明文規定惟據一般學說則以該不動產之各部分爲各所在地法所管轄

第三款 他物權

他物權亦宜適用物之所在地法願所在地法中有個人可以自由處分者有限制個人之意思者前者因當事人意思如何有時得適用所在地法以外之法律例如設定他物權之契約地法當事人之住所地法是也後者非用所在地法不可例如法民第六一九條定用益權年限爲三十年日民第二七八條定永小作權最長期爲五十年物之所在地法有此等規定存在者不可不適用之也

他物權依所在地法本無動產不動產之別或謂動產所在地易變更因而所有人與他物權人之關係亦變更故動產上他物權非可依所在地法不知所有人與他物權人之關係雖因動產之地位變更而變更而他物權成立時之動產所在地萬不可以磨滅若適用彼時動產所在地法則動產之位置不論如何變動而所有人與他物權人之關係依然如故蓋管轄動產之法律固不必與不動產示區別也今就各種他物權略說如下

第一 地役 地役之目的_{需役地}皆係不動產故由所在地法之原則地役應以

供役地或需役地之法律管轄之但一般學說多主依供役地之所在地法故需役地主於供役地所不認之地役雖爲自國法所認者亦不能要求其設定然地役未經需役地法規定或會規定而其範圍小於供役地法所規定者應依需役地之所在地法例如日民法第二三五條自疆界線起規定三尺以內之觀望權俄國法律規定六尺以內之觀望權今假定日本與俄土毗連則日本之土地所有人不能對於相鄰接之俄國土地主張三尺以上之觀望權

第二 地上權 地上權之目的亦係不動產故推諸不動產依所在地法之原則關於地上權之問題自應爲物之所在地法所管轄

第三 用益權使用權住居權 用益權亦以物之所在地法管轄之但法定用益權宜適用親族關係之準據法例如親於子之財產上所有之用益權宜從父或母之本國法法條適用例第十五條夫於妻之財產上所有之用益權宜從夫之本國法法條適用例第十條至於使用權亦爲用益權之一種其適用法律自與用益權同若住居

權則其目的物必爲不動產專依所在地法可也

第四 質權 質權亦爲其目的物之所在地法所管轄質權乃擔保債權不能離債權而獨立存在若債權依其準據法而無效者縱令依質權目的物所在地法尙屬有效亦不能發生質權故質權雖爲其目的物之所在地法所管轄實間接爲債權之準據法所管轄也抵當權亦然

質權雖間接爲債權之準據法所管轄然其準據法認爲成立之債權若與質權目的物所在地之公安相抵觸者則質權不能成立例如甲因博奕而負債就在乙國之不動產上設定質權以爲債權之擔保若乙國法律禁止博奕則其質權亦全然無效也設定抵當權時亦同

設定質權之程式各國制度不同如法國送必用書狀如日民法非經登記不能對抗第三人如德民法設定不動產質權以登記爲必要程式雖異要以適用所在地法爲宜此參照法律適用條例第二六條第一項但書而可曉然也

質權之效力亦應依所在地法例如日本人就在法國之動產上設定質權應依法國法以定質權效力較其所設定非質權而爲一種先取特權也 法國以質權爲一種先取特權

行使質權之程序各國規定不同如英美法債務人若不履行質權所擔保之債務質權人不必向法院聲明單告知債務人即得賣却質物如法國法凡民事上債權質權人非經由法院不得賣却質物但商事上債權則不然如德國新民法爲質物所擔保之債務屆履行期限者質權人不必經由法院單以賣却質物及欲賣却幾何金額之事由豫告債務人是矣然攷其商法質權人非經商事法院許可不得賣却質物又如日本民法動產質權人如不受償還經法院許可得賣却質物不動產質權得依民事執行程序以實行其權利且質物賣却之方法各國亦不一致或有使鑑定人評價者或有以公賣爲必要者或有用特別換價方法者程序雖異要必依所在地法解決之

所在地法之原則大抵適用於有體物故質權之目的係其他權利例如權利質或轉質則不爲此原則管轄矣然亦可按其性質而定一準據法如權利質之目的爲物權者應依物權之準據法爲債權者應依讓與債權之準據法（債權質人不啻債權讓與）爲智能權者應依智能權之準據法至轉質之準據法亦依轉質之目的而異其目的如爲動產或不動產者依動產或不動產之所在地法如以權利質爲轉質者權利質之準據法即轉質之準據法也

第五 抵當權 抵當權亦依物之所在地法惟法律上抵當權應依抵當權人之本國法例如被監護人係德人監護人係法人該德人於法人財產上有無抵當權必以被監護人即德人之本國法是否認定法律上抵當權爲斷

抵當權發生之原因各國制度不同在法伊分審判上抵當權契約上抵當權法律上抵當權三種在比利時分法律上抵當權契約上抵當權遺囑上抵當權三種在德意志分契約上抵當權遺囑上抵當權二種此等抵當權除法律上抵當

權外皆爲物之所在地法所管轄分說於下

(一) 契約上抵當權 此種抵當權今日各國法律殆無不認之者但其範圍不能一致如德伊日本雖不許對於債務人之總財產設定契約上抵當權而
其他各國法律頗有許之者然則範圍如何可依所在地法解決之

(二) 審判上抵當權 此種抵當權爲擔保判決之執行而設今日惟法伊兩國認之但判決之執行無從於物之所在地外行之者故管轄此種抵當權之法律當然不可求諸物之所在地法以外也

(三) 遺囑上抵當權 此種抵當權亦應依物之所在地法或謂惟遺囑成立地之法律得管轄之此則與物權依目的物所在地法之原則相背也

第六 先取特權 先取特權之種類順位及效力均依物之所在地法決定之但爲先取特權原因之債權仍應依債權關係之準據法且致各國制度先取特權有認爲物權者有認爲債權之效力者前者固爲所在地法所管轄後者則應爲

債權效力之準據法所管轄

第七 留置權 留置權之目的物所在地認留置權爲物權者應依物之所在地

法認留置權爲債權之效力者則適用債權之一般準據法可也

第四款 賃借權

賃借權有認爲債權者有認爲物權者前者如羅馬法系諸國及日本新民法後者如普爾士普通法典第一編第二章第一三五條至第一三七條及日本舊民法附錄編第一一五條至第一五四條是也

至言其準據法則因動產不動產而不同賃借權如爲物權且其目的爲不動產自應依不動產所在地法如爲動產則學說不一據薩比尼威希他之說曰「賃借借契約締結時爲賃借權目的動產如在物權法系諸國則動產上設定之賃借權係物權得以物權之一般原則支配之如在債權法系諸國則動產上設定之賃借權非物權也但締約時存在物權法系諸國之動產日後移至債權法系諸國賃借人不能以賃借權對抗第三人蓋賃借權爲物權非普通立法例也」此說後段實

無充分理由蓋既爲所在地認許之物權一旦因物之所在地變更而盡變其性質及效力是所在地法之認爲物權全無效能可言且物權主義既非普通立法例則動產自債權法系範圍移至物權法系範圍時其賃借權亦將依然保有債權之性質此非實徵之理論也然則如何而後可乎曰賃借權目的如爲動產應依締結賃借契約時之動產所在地法

且民法雖以賃借權爲債權然業已登記者與物權有同一效力故其法例第十條所謂應登記之權利亦以所在地法支配之我法律適用條例雖無此項規定然查近類不動產登記條例第六條租借權已經登記者對於以後取得物權之人亦生效力等語似乎業經登記之租借權亦與物權無異故後法律適用條例第二二條言之其準據法亦爲所在地法也

第五款 取得時效

前不云云之物權依所在地法之原則包含物權得喪之方法而故關於取得時效

亦應依物之所在地法願自沿革上觀之取得時效之準據法學者每於動產不動產間分別見解不動產取得時效依其原因事實完成時不動產之所在地法即一不動產跨在數國間者亦可依各所在地法各管轄其在自國內之一部如此則有一部分完成取得時效其他部分未之完成者至於動產因所在地屢屢變更例如現在丙國之動產適過甲乙二國且甲乙丙三國法律規定之時效期間又各不同則時效之有無完成似非可頓依所在地法解決之於是有主用訴訟地法者謂時效乃推定權利得喪之證據證據依訴訟地法故動產取得時效亦應依訴訟地法然時效乃權利得喪之方法並非訴訟上之證據此說未當又有主用住所地法者由法則類別說動產依住所地法之原則而來謂動產取得時效應依所有人之住所地法然原告提起所有權訴訟主張為動產之原來所有人被告提出抗辯亦謂因取得時效而為動產之所有人時將依何所有人之住所地法耶此不易解決也

訴訟地法與住所地法既不可用於是不能不仍歸着於所在地法蓋動產取得時

效爲所有權取得之原因而長間之占有尤爲動產取得時效之基礎所爲權與占有業依所在地法則取得時效亦自爲所在地法所管轄也惟考諸各國立法例同一所在地法主義而解決之方法有二一謂動產取得時效之成立與否應依時效開始時之動產所在地法如門的因哥財產法是也一謂應依時效完成時之動產所在地法如日本法例第十條第二項是也前者頗受世之排斥後者則今日學說上與立法上多從之我法準適用條例第二二條第二項亦採爲時効非因進行開始而取得權利乃因要件即時效期間完成而發生權利取得之效力故權利之得喪合時效完成時之所在地法末由宜注意者動產取得時效依舊所在地法已完成者嗣後動產雖移至時效期間較長之他國在何地亦應認爲有效又依動產現在地法已完成者雖依舊所在地法尙未完成而舊所在地亦應認爲有效二者均爲保護既得之權利起見也例如法民法第二二七九條第一項動產之善意占有人可即時取得所有權參日民法一九二條而據西班牙民法第一九五條動產取得時

效非經三年不可今假定在法國之動產於法國以善意取得者嗣持至西班牙雖未經三年亦應認其所有權之存在反是于西班牙以善意取得之動產持至法蘭西雖未經三年亦宜依法民法認其所有權又如關於盜品及遺失物之取得時效法民法第二二七九條第二項定爲三年伊大利民法第二一四六條定爲二年今於伊大利取得之動產既在伊大利占有二年者後持至法國亦非可許所有人或遺失者爲所有權收回之訴反是於法國取得之動產後持至伊大利間雖未經三年若已經二年者伊大利亦應認其時效已完成也

誠如上述則動產取得時效惟依舊所在地法與新所在地法均未完成者始發生依何所在地法之間題考近世立法例大抵以動產最後所在地法爲準我法律適用條例亦然尙有言者時效期間計算法是也自來動產取得時效期間之計算法有二一曰前後通算法一曰比例計算法前後通算法乃合算動產於各地經過之占有期間如已達最後所在地法所要之期間者以時效完成論例如動產取得時

效甲國定爲五年乙國定爲三年丙國定爲二年今動產自甲國至乙國復自乙國
 至丙國而合算甲乙二國經過之占有期間如已達一年以上者依丙國法律其取
 得時效已完成日後雖攜帶該動產至時效期間較長之國即按甲乙丙三國更長者亦應認丙
 國所已完成之時效此計算法囑旨薩比厄而法律適用條例採之占有之事實無
 一致也故動產雖自一國移至他國而占有則益發存在占有之事實無異
 則本國時不爲取得時效之準備於所有權之移轉不生影響如欲移轉所有權非
 得至其國辦理了不可故取得時效之期間應依動產最後所在地法定之
 比前後運算法之所由來也 此例計算法者以比例方法算定
 動產於各地經過之占有期間也例如甲國定動產取得時效三年乙國定二年今
 於甲國占有一年之動產移至乙國如欲於乙國完成其時效應如左計算之

$$(甲之)3年 : (乙之)2年 = (甲之)1年 : X$$

$$3 \times 12 : 2 \times 12 = 1 \times 12 : X$$

$$X = 8$$

即中國之二年與乙國之人個月相當故欲於乙國完成時效更須有 8 個月

即一年四個月之占有此計算法係派爾所倡然近世立法上罕採用之

上述取得時效之準據法關於船舶不適用之 法律適用條例第
二二條第二項 說明見後

第二節 準物權（智能權）

第一款 著作權

欲說明著作權之準據法須先研究著作權之性質百年以前歐洲學者關於著作權之性質有左列各種學說

第一 物權說 曰著作權可對抗世人故爲物權且其目的係有形物故又爲物權中之所有權此說始於法國而德人耶林克贊同之然著作權之目的非表示思想之有形物乃表示於有形物之思想故著作權不得謂之所有權况自附有期限一層觀之尤與所有權性質相反

第二 混合說 著作權自對公眾之一點觀之物權也自對一定之人行使權利之一點觀之又實權也故著作權由物權債權混合而成然物權亦有對一定之

人三行法者此說當可致疑

第三 特別權利說 著作權爲組成財產之一分子故與一般私權無異然因其爲一定之人所專有之權利又與一般私權不同故著作權者特別權利也此說頗爲通行其立法人委司及日人山口氏亦主張之

以上三說均以特別權利說爲最當然自著作權可對抗世人之點觀之又與物權極類故故無以名之曰著作權

數十年前除法國外各國皆無保護著作權之方法故不認外國人之著作權者有之若德國人之著作權而不認者亦有之至一八七八年各國學者大會於法蘭西巴黎著作權會議開議後會議數次至一八八六年開最後會議於瑞士伯倫斯議定保護著作權條約二十一條並採本國法_{即發行}主義至是而著作權之保護各國始有統一辦法後條約行之十年至一八九六年復追加條約以印刷及雕刻物及入功作物內再行之十年至一九〇八年復改正條約以條約之意限及言

樂之樂譜列人著作物內并延長翻譯權之保護期限禁止新聞論說之任意轉載
剛又修改數次亦著作物發達之原因也茲舉原條約^{一八八六}年條約中重要者於左

第一條 締盟諸國於茲組織同盟以保護文學上及美術上著作物

第二條 屬於一同盟國之著作人及其繼承之關於發行或未發行之著作物在

其他同盟國享有該國法律現在或將來許與內國人同一權利

享前項權利者應履行著作物本國法規定之條件及其程序而於他國所享有

之權利不得超過其本國法所許與之保護期限

以最初發行著作物之國爲其本國如同時發行於數同盟國內者以該諸國中

法律所許與之保護期限最長者爲其本國未發行之著作物以著作人所屬之

國爲其本國

第三條 非同盟國人之文學上及美術上著作物發行於同盟國者對於發行人

亦適用本條約之規定

第五條 本條所規定文學上及美術上著作物包含左列各種而言

書籍原本樂譜圖書法書銅版畫雕版地理圖形及關於地理地文建築學與一
種學術之圖書模型或屬於文藝學術範圍內得以印刷複製等方法發行者

第五條 關於一國暨國之著作人及其繼承人自發行原著作物之時爲始十年
以內在其值同盟國有翻譯著作物或許可他人翻譯之特權

第六條 發行一組之著作物其十年期限自發行原著作物最終部分之日爲始
每次發行一卷之著作物並文學上協會及學士會或一私人所發行之報告書
及雜誌書十年期間之計算以各卷各冊作爲獨立著作物論

第七條 本條所規定之各保護期限以發行著作物之年之十二月三十一日應爲
發行日

第六條 翻譯合法者得與原著作物受同一保護改在何國翻譯國關於未得許可
之複製物應受第二條及第三條所規定之保護

著作物之翻譯權既屬公有者翻譯人不得禁止他人翻譯原著作物

第七條 發行於一同盟國之新聞紙或定期刊行物著作人或發行人無明文禁止者其他同盟國得照原文或用翻譯轉載之但在定期刊行物得僅於每號冒頭表示禁止轉載之旨

前項禁止於政事上之論說時事之記錄及雜報之轉載不適用之

第八條第九條第十條第十一條從略

第十二條 凡輸入偽著作物於原著作物受法律上保護之同盟國內者得於輸入時扣押之

前項扣押從各同盟國之國法行之

第十三條 本條約之規定於同盟各國政府依法管規定或警察處分令該管官廳許可或禁止著作物發賣頒布之權利不生影響

第十四條第十五條第十六條第十七條從略

第十八條 未加盟於本條約之國依其國法於自國內能擔保本條約所規定之權利保護者准予聲請加盟

前項加盟應屆書狀向瑞士聯邦政府聲請由該政府轉告他國盟國

新加盟國當然贊同本條約規定之一切條款并享受本條約規定之一切利益
第十九條 第二十條 第二十一條 從略

著作權之護保我國已有著作權法之規定至論其準據法學者向以主權說為據近則一變而為屬人法說矣再變而為發行地法說矣前者以著作人本國法為準據法後者以著作物發行國之法律為本國法其採本國法雖同而立論之當否則不可同日而語蓋著作權之為物與一國政體歷史氣候並社會狀態無關而與發行地却有密切關係彼伯倫條約以發行地為本國良有以也

第一款 工業所有權

學者研究工業所有權之性質亦有物權混合並特種權利之三說三說中最當者

爲特種權利說然因其性質類似物權故亦名爲準物權

工業所有權之護保學者每謂有國際關係自一八七三年諸國學者會於維也納萬國博覽會開工業所有權會議以來遂喚起世人之注意於是至一八八〇年在法國巴黎開第一回萬國工業所有權會議至一八八三年法蘭西等十一國復在巴黎締結萬國工業所有權保護同盟條約而各國間之工業所有權保護方法遂以統一矣茲將核條約之重要條文列舉於左

該條約條文
共十九條

第一條 比利時巴西西班牙法蘭西爪哇地馬拉伊大利荷蘭葡萄牙三薩瓦塞爾

維亞瑞士諸政府於茲組織同盟以保護工業所有權

第二條 一同盟國人民在其他同盟國內關於發明特許工業上意匠鑄形製造

標及商標商號享有該國法律現在或將來許與內國人之一切利益故此等人

民能遵守各國法律令內國人所應遵守之程序及條件者得與內國人受同一

保護且對於權利之侵害亦有同一訴訟

第三條 未加入同盟國之人民住居或有工商業之營業所於同盟國中之一國
版圖內者以該國之人民論

第四條 向一同盟國呈請發明之特許或意匠雛形製造標及商標之登錄而合
式者至他同盟國呈請時於下列期限內享有優先權

已至他同盟國呈請者於此期限經過前雖有其他呈請或第三人發行發明物
發賣意匠雛形或使用標章^{或商標}等情亦不至無效

前項優先權期限在特許定為六個月在工業上意匠雛形製造標及商標定為
三個月但對於海外諸國各加一個月

第五條 從略

第六條 在本國已呈請登錄之製造標商標他同盟國亦應照准並加保護

以呈請登錄者之主要營業所所在國為其本國其主要營業所不在同盟國內
者以呈請登錄者所屬之國作為本國

製造標商標有妨害公安或風俗者得拒絕登錄之呈請

第七條 製造標商標所附之製造物不論性質如何與呈請標章登錄無關

第八條 商號不問其是否爲製造標或商標之一部得不俟呈請登錄而受各同

盟國之保護

第九條 附有不正標章或商號之製造物輸入同盟國內者輸入時得扣押之

前項扣押因檢察官或利害關係人聲請遵照各同盟國法律執行之

第十條 第十一條 第十二條 第十三條 第十四條 第十五條 從略

第十六條 未加入本條約之國准予聲請加入

前項加入應由外交程序向瑞士聯邦政府聲請轉由該政府報告他同盟國

新加盟國當然贊同本條約之全部並享受本條約規定之一切利益

第十七條 第十八條 第十九條 略之

茲姑就特許權一言之今日多數文明國雖設特許制度然土耳其希臘和蘭諸國

均不認之且設立特許制度之國其保證期間亦大相懸絕如合衆國定爲十七年比利時定爲二十五年日本定爲十五年是也又特許之方法各國亦不一致大別之可分登錄主義公告主義審查主義三種而第二主義今日各國爭採之

第二章 債權

第一節 本於契約及其他法律行爲之債權

第一款 意思自治之原則

意思自治云者當事人選擇準據法之權能也大抵各國民法規定有關於公安者有無關公安者日民第九一條德民第六條前者係強行規定後者係任意規定或曰補充規定強行規定在尊重自國之法律任意規定在尊重當事人之意思國際私法上之規定亦復如是法律適用條例第三條故意思自治之原則於任意事項可適用於強行事項則受限制矣

第二款 意思自治原則之適用

意思自治之原則在當事人意思分明時可依其意思適用之然意思不明時則該原則之適用另生問題矣茲姑分項說明於下

第一項 當事人之意思分明者

當事人選擇某國法律之意思明瞭者該國法律即為當事人所服從之法律故法律抵觸問題極易解決法律適用條例第二十三條第一項曰「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」蓋指意思分明時而言惟意思之表示有明示者有默示者茲所謂意思分明應無明示默示之別故當事人意思如何審判官應就法律行為全體判定之明示者無論已即默示者亦可參酌各種情況而推知焉

第二項 當事人之意思不明者

當事人因行為當時不豫期後來訴訟或當然以某地法律為準據法不以明示或

默示之方法表示選擇準據法之意思者則其意思既不明而意思自治之原則亦將窮於適用然則何法處理之乎曰惟推定其意思以定一準據法而已但關於意思之推定（即意思解釋）有左列諸說

第一 訴訟地法說 曰法官有適用自國法之責任無適用外國法之義務况外國法律法官又易未一一熟悉故意思不明時適用訴訟地法可也然此說之不當總論第四章已述矣

第二 共同本國法說 此說專指當事人有同一國籍者而言蓋本國法之規定同國籍當事人最易許悉故限於無反對意思表示者可推定其有依據本國法之意思之說（或謂）伊民法第九條云債務之內容及效力依行為地法若當事人為同一國人民依其本國法（但有反對意思之證據者不在此限）蓋探此說也然當事人多年離本國而在居他國者本國法之記憶反不如住所物法之詳悉此說亦未盡妥

第三 共同住所地法說 此說限於當事人住居同一土地時適用之蓋當事人

離去本國而住居他國者其住所地法較本國法更有密切關係故住居同一土地之二人在地處結約時可推定其服從住所地法此阿森然設定住所往往即時爲之非必住所一移轉遽與該住所地法有密切關係此說亦未完到

第四 債務人之屬人法說 曰關於債權之法律在保護債務人之利益非謂債務人在國境外遂可不受保護也故解決債權問題應以債務人本國法或住所地法爲準此說係派爾所倡不問當事人有無共同國籍或共同住所均適用之然其不當之處亦可得而批評如左

(一) 關於債權之法律非僅保護債務人即債權人亦保護之藉曰專爲保護債權人則債權人之屬人法安知其不以保護債務人爲目的必合債權人之屬人法而採債務人之屬人法此不可解者也

(二) 如遇雙務契約則依何方之屬人法耶如曰依各方債務人之屬人法則兩法律有反對規定時又將如何解決耶

(三) 債務人之國籍或住所如有積極或消極衝突則如何如曰依居所地法則主張屬人法說者其論據已自相矛盾矣如之何其可也

(四) 在連帶債務如各債務人之國籍或住所不同且其各本國法或住所地法亦不同則依何債務人之本國或住所定其準據法耶

第五、履行地法說 曰債務之履行爲債權終局之目的而當事人行爲當時必

著履履行地法故依履行地法以解決債權關係可謂推定當事人之意思也此

說唱自薩比厄立法上則智利民法^{第六條}、伯倫民法^{第五條}、索遜民法^{第一條}、留愛司

脫克爾蘭特民法^{第五條}及門忒比特哇條約均採之然亦有左揭缺點

(一) 履行地常出於偶然雖通常以債務人住所地爲履行地而債務人於履

行前變更住所者有之自不得推定締約時有依據履行地法之意思也

(二) 在雙務契約履行非必限於一地然則將準據何履行地之法律耶

(三) 履行在契約成立後依履行地法解決則契約成立問題未免本末顛倒

當事人意思不明時兩國籍者依其本國法國籍不同者依行爲地法

則探共同本國法說兼行爲地法說也故當事人意思不明而國籍又不同者凡債權之成立及效力與夫債權之目的債權之消滅均可依行爲地法解決惟債權消滅之準據法未可一概而論觀後第四節說明可也尚有問題同一行爲在行爲地認爲合法在履行地加以禁止則加以履行地禁止輸入之物件相統於履行地引渡者其法律行爲應否有效耶論者謂履行地禁止輸入爲維持一國公安起見雖行爲地法認爲成立國際私法上應認爲無效若禁止輸入由財政上之必要而來則其行爲應爲有效云云余謂履行地業已禁止輸入而當事人尙相納於該地引渡者是直以不能之事相約而已自應以無效說爲然

由上各說觀之是各國關於意思推定之準據法不免發生衝突問題例如日本法例第七條第二項採用行爲地法我法普通用條例及伊民法第九條限於同國籍之當事人採用本國法故假定兩日人在我國締約而關於該契約之訴訟提起於

日本法院據日本法例應依我國法律判斷據我法律適用條例應依日本法律判斷兩法衝突將準據何法以資解決如曰準據屬人法則本問題並不關於人事如曰準據履行地法或行為地法則本問題亦非以當事人意圖不明為前提無已其惟求諸訴訟地法乎或謂依訴訟地法則同一法律關係不免受數國法律之支配匪特裁判不能一致且準據法亦得任意變更有弊無利是烏乎可不知此種結果由各國準據法互異所致今訴訟地所在之國(即日本)有反致規定存在者自可適用反致規定以自國法解決之

參照法律適用條例第四條
四條日法例第二九條

第三項 隔地者間之法律行為

當事人意圖不明者依行為地法既述矣然同一法律行為而跨數多法境者所謂隔地者間之法律行為其行為地果指何者而言耶夫國際私法上隔地行為有二一為意思表示時表意人與受意人所在地不同例如國境相隔以電話或蓄音機表示意思或隔國境而對話是也二為要約時表意人與受意人同一所在地而諸

約時則表意人與受意人之所在地與要約時之所在地不同例如在航行大洋之英艦中一英人向他英人要約至橫濱上陸其相對人始諾約是也要之國際私法上之屬地行爲單以表意人或受意人之所在地爲準故欲知行爲地何在應開行爲成立於何地足矣法律適用條例第二三條第三項第四項曰

行爲地不同者以發通知之地爲行爲地

契約要約地與行爲地不同者其契約之成立及效力以發要約通知地爲行爲地如受要約人於諾約時不知其發信地者以要約人之住所地爲行爲地

前項係規定單獨行爲以意思表示之發信地爲行爲成立地後項係規定雙方行爲以要約發信地爲行爲成立地蓋前項曰發通知之地而後項曰要約通知地二者用語不同則其行爲亦自有別也要之前述二項雖有單獨行爲與雙方行爲之別而探發信主義則同其探發信主義以表意人與要約人之意思爲準又同蓋立法者推定表意人與要約人有依據通知地法之意思而受意人與諾約人有依據

表意人與要約人所欲依據之準據法之意思也

隔地行為國際私法上與民法上意義不同民法上隔地行為由確定行為成立時

期之必要而來之^{有時}念國際私法上隔地行為由確定行為成立地之必要而來^{有時}

所^念之故民法上所謂對話行為國際私法上嘗有變成隔地行為者例如電話或隔

一水而面談者非民法上隔地行為^{對話}為然國際電話或隔國境而互相談話者雖

民法上仍謂為對話行為而國際私法上則謂之隔地行為矣又如二人於通過數

國之火車中締約若要約地與諸約地不同一國土則國際私法上謂之隔地行為

而民法上仍謂之對話行為也要之國際私法上隔地行為惟視當事人是否在同

一法境為斷當事人不在同一法境雖對面亦隔地當事人而在同一法境雖隔地

亦對面例如在一國領土內以書面表示意思者雖民法上謂為隔地行為國際私

法上則不謂然是以民法上隔地行為非必為國際私法上隔地行為也顧隔地行

為成立時之^有問題與行為成立地之問題互相牽連而不可離今假定日人在德

國法律。一、契約而款德人承諾者依日民法規定則契約成立於其承諾之通知時
依德民法規定則契約必待該通知到達於日人時始生效力蓋同一國地契約日
民法採發信主義三二六條德民法則採到達主義一三〇條也故選此債形應於
德日一國民法中每一以解決行為成立時點不獨解決契約成立時而已也

關於履行行為之進持法亦難免撞觸問題例如契約中關於要約發信地爲行爲
地乙國以諸約發信地爲行爲地則易生抵觸矣又如二國雖各採履行地法主義
倘其國法以債務人住所爲履行地^{例如法民法}乙國法以債權人住所爲履
行地^{例如日民法}則又生抵觸矣然如此類者均可適用訴訟地法和訴訟地法有
反或兩定者無從自國法判斷可也

一註一 法律之進持法亦有規定查各國法律如德日民法之廣告規定內容同
而罰則則有分別^{參照日民法第六五七條至第六六六條}故假定日本政府
以違犯人之罪刑爲警告債權人須再經國南數人在債權地通知此時

之報酬依德民法則由廣告人公平分配之其分配顯然不公者以判決分配之依日民法則各人平等受得報酬如報酬不便分割或於廣告上言明限於一人得受報酬者以抽籤法定之兩法不同然則究依何法乎余謂應依日法例第九條以日本爲契約成立地何者該廣告之登載可視日本爲要約人且廣告人與受廣告人即德國之公衆人民及廣告人與新聞社之間均發生隔地行爲也又以廣告爲單獨行爲時亦可依此解決

第三款 意思自治原則之限制

當事人之意思表示爲法律上之強行規定所限制關於此點學者有左列諸說

第一 當事人所選擇或推定其選擇之法律之強行規定 奧地納氏曰「當事

人既任意選擇某國法律是願服從該法律之一切結果故其中強行規定應遵

守之」蓋卽王斯說也然準據法本係當事人所自由選擇當事人如於選擇時

有不知某種強行規定爲準據法之意思表示者仍應依其意思故此項強行規

... the ... of the ...

... the ... of the ...

... the ... of the ...

... the ... of the ...

... the ... of the ...

... the ... of the ...

爲動產之先取特權而日本民法不認之故於日本存有動產之病人以法民法爲準據法與醫師相約於該動產上設定先取特權者其契約歸於無効蓋動產所在地(即日本)之法律認先取特權之規定爲一國強行法日民第一七五條而該病人又違反所在地之法律也

第四 訴訟地法之強行規定 阿塞爾有言曰債務本體雖爲他國法律所支配若其債務原因違反訴訟地法之禁令或訴訟地法認爲不法者訴訟地所在國之審判官不得宣告執行例如甲國禁止賭博而乙國則公許之當事人在乙國賭博或以乙國法爲準據法而賭博者在乙國法律之下其賭博債務雖屬有效然甲國之審判官不得認爲有效也但此非一般強行規定限於與國際公安有關者適用之故僅關於訴訟地之國內公安者仍不限制當事人之意思

尤有言者附於法律行爲之條件爲行爲成立之準據法所管轄故條件成就之效力是否溯諸既往其事實是否限於將來皆依行爲成立之準據法定之不得聽當

事人之意思自由選擇也但條件之事實能否發生非可依行爲成立地之法律應依其事實可以發生或已發生之地之法律例如以歸化外國之事實爲贈與之條件者其歸化之成立應依歸化國之法律是已

不法條件及不能條件於法律行爲有如何影響亦以行爲成立之準據法爲準然其事實是否不法或不能應由事實發生地之法律或參酌一般社會狀態決定之前者例如甲與乙在不限定自動車速力之圖結婚且隨以條件曰汝若以若干速力疾馳於限定速力之某國則余以若干金錢與汝者其條件是否不法依限定自動車速力之國法定之後者例如當事人結約附以一日往復數百里道路之條件者在交通機關不發達之國可謂不能而在交通機關發達之國則非不能也故條件是否不能應以其國交通機關有無發達爲準然契約附有不法或不能條件者其條件能否使契約歸於無效應依契約成立之準據法

第四款 各種契約之準據法

一般契約之準據法既述矣願契約之種類不同其準據法及未可一概論者

第一 贈與 日民以贈與爲契約他國法律則有視爲單獨行爲者 今日多數學說謂贈與以保護贈與人

及其親屬爲目的應依贈與人本國法但受贈人負擔一定義務者并應同時依受贈人本國法余謂贈與發生物權之效力者依物之所在地法發生債權之效力或無目的物所在地者依債權之準據法可也

受贈人之資格各國立法上常有限制例如法國民法不許醫師衛生官吏等爲受贈人是也此項資格問題與特別行爲能力有關故宜依贈與成立之準據法至何物可爲贈與之目的係屬贈與成立之問題亦依贈與成立之準據法

用條例第二三條之準據法 爲妥

贈與與遺留分之關係應依遺留分之準據法 參照法律適用條例第二〇條 蓋立法者實置重於遺留分藉以限制贈與之效力也又關於婚姻贈與之限制所謂夫婦間之贈與爲無效或得取消者自一方觀之雖關於特別行爲能力之問題實則立法者

置重於婚姻之效力特於贈與加一制限也故婚姻贈與之問題應依婚姻效力之準據法參照法條適用條例第十條

死因贈與有視為契約者有視為單獨行為者但其性質與遺贈無異故可依遺贈之準據法俟後說明解決之

第二 買賣 買賣發生債權之效力者依債權之準據法買賣無目的物所在地亦依債權之準據法發生物權之效力者依物權之準據法至如何情形發生債權之效力如何情形發生物權之效力依其目的物所在地法定之

買賣契約之準據法與買賣之準據法不同其相同者殆偶然也蓋買賣契約不過為締結將來之買賣將來之買賣果否成立不能於契約時定之故當事人為買賣契約者得獨立決定一準據法惟因契約為一種財產上法律行為應為債權之準據法所管轄但與買賣生同一效力者民法不在此限

第三 消費貸借 消費貸借亦係一種財產上法律行為故屬債權之準據法即

三條之準據法 第二 管轄但由各國法律規定有以一定之人無消費貸借能力者例如奧國不許海陸軍之下士官爲金錢消費貸借之當事人是也如此者係特別行爲能力之問題宜依行爲成立之準據法解決之

關於消費貸借之利息當事人得自由選定一準據法至內國限制利息之規定不得排斥外國法之適用

參照法律適用條例第一條

第四 質貸借 質借權爲物權抑爲債權由目的物所在地法定之但考法國民法共同質借人所質借之房屋有失火情事者其質借人有連帶責任故假定法人在我國或我國人在法國共同質借房屋時關於失火之責任是否連帶不可不定一準據法以解決之也惟共同質借人之失火責任問題本不屬質貸借範圍乃係共同不法行爲之問題而關於共同不法行爲之準據法係不法行爲地之法律

法律適用條例第二五條

故共同質借人在法國失火應依法民法定其責任在我國失火應依我國法定其責任

賃借人有無轉賃權依賃借物所在地法定之其所在地法以賃借權爲債權者
轉賃權依當事人選定之準據法以賃借權爲物權者轉賃權依賃借物之所在
地法至不動產賃借登記之效力依不動產所在地法

第五 履借 履借關係較之其他契約更爲永久故當事人若不選定準據法可
謂其默認履行地之法律然履借亦不外財產上法律行爲其準據法應由法律
適用條例第二三條定之故當事人意思分明者依其意思其意思不明者當事
人之本國法或行爲地法卽其準據法也

至於勞動契約與履借契約無大差異故可準用履借契約之準據法

第六 承攬委任寄託夥合和解 此等契約之準據法依法律適用條例第二三
條以當事人意思爲準其意思不明者以本國法或行爲地法爲準據法

關於契約之取消有謂應依本國法者然此說不免混同能力問題與契約取消問
題蓋契約取消之原因除能力問題外尙有承諾之瑕疵及其他要件之欠缺等若

統依本國法解決則一方既誤解屬人法之原則他方又違反各國之實例矣要之契約之取消與契約成立之實體上問題有關故其準據法應與法律行為成立要件之準據法法律適用條例第二三條無異但契約之能力問題仍應依本國法保證契約應依主契約之準據法故保證人與債務人及保證人與債權人之關係並保證義務之消滅等均為主契約之準據法所管轄

第二節 本於準契約（事務管理不當利得）之債權

關於事務管理不當利得之法律亦嘗生抵觸問題例如甲國人在丙國管理乙國人之事務或甲國人本無債務而在丙國向乙國人償還之此等情形於甲乙丙三國法律中將適用何國法律不免發生問題乃解之者有左列二說

第一 事實發生地法說 主斯說者又分二派一派謂採用事實發生地法為維持事實發生地之公益起見蓋事實發生地法認准契約為債權之原因者以社會之公益為目的使被管理人及利得者於公益上不可不負擔責任故關於準

契約之準據法若用他國法律恐害事實發生地之公益一派謂採用事實發不地法乃出諸公平保護之意旨蓋準契約發生時當事人即依準契約發生地法取得一定權利及負擔一定義務若依他國法律以解決準契約問題則一方生免較準契約發生地法多得利益他方亦將因此多受損害故欲公平保護兩方當事人莫若適用事實發生地法此法人巴達(Bat)之說也

第二 行爲地法兼屬人法說 主斯說者謂準契約者默約也推定契約也

推定當事

人意思之契約法律所以規定準契約之效力不過補充當事人之合意故關於準契約之債權準據法準用契約之規定當事人異國藉者依行爲地法當事人同國籍者依屬人法此說係羅蘭威斯特巴業等所唱實則祖述羅馬法蓋羅馬法固認準契約爲意思之推定也

以上二說應以前說爲適當且以前說中第二派所稱公平保護之點爲更適當蓋準契約並不基於當事人意思而發生而內國又無保護外國公益之責任也總之

事務管理與不當利得之當事人之權利義務與意思自治之原則無關乃由法律之規定而來凡在一國內惹起進契約關係者法律一概令其發生債權債務關係斷不因當事人之爲內國人與外國人或同國人與異國人而異其適用斐哇來有言曰關於進契約之法規效力與當事人之資格及國籍無關旨哉言乎

關於事務管理及不當利得之債權近世立法例適用事實發生地法者不少如門的內哥財產法^{第七九條}比利時民法草案修正案^{第八條}及日本新舊法例^{新法例一一條等}是也我國法律適用條例亦採事實發生地法說茲將其條文^{第二條}揭諸左端

因事務管理不當利得發生之債權依事實發生地法

進契約依事實發生地法既述矣今試就不當利得舉例說明設日本之債務人在德國對於德國之債權人於期限前履行債務者無論是否出於錯誤不得請求返還且不得請求返還履行後之利息^{參照德民法第八條第二項}然同此債務人在日本履行者限於因錯誤而給付時債權人應返還因給付所得之利益^{參照日民法第七〇六條}又惡意之

受益者日民法^{七〇}規定除返還所得利益并利息外尙須賠償損害德民法^{八一}及法民法^{七一三}規定不必賠償損害祇須返還現實之利益或利息故惡意受益者之責任亦以事實發生地法爲準其事實如發生於德法無損害賠償之責如發生於日本受益者不惟應返還利益并利息并有損害賠償之責

事務管理問題亦可依同一方法解決惟法律上管理如監護及財產管理二者因管理人有管理義務且由身分關係而來自不可依事實發生地法應依被監護人或被管財人之屬人法然就羅馬法主義觀之則法律上管理似又可適用事實發生地法蓋羅馬法固以監護與財產管理爲准契約也至由物權及其他親屬關係而來之管理應各依法律關係之本來準據法此蒲洛軒之說也

船舶之救助亦係一種事務管理姑俟後國際商法上說明

第三節 本於不法行爲之債權

本於不法行爲之債權準據法今日學者如斐來哇阿塞爾巴達等多主行爲地法

主義然就沿革上而論頗多異說試分別說明於左

第一 訴訟地法說 曰關於不法行爲之法律係屬強行規定故本於不法行爲之債權不能適用行爲地法應依訴訟地法判斷之其行爲依訴訟地法而合法者雖行爲地法認爲不法債權人亦無請求權其行爲依訴訟地法而不合法者雖行爲地法認爲合法債務人亦有損害賠償之責此說唱自薩比尼威希他兩氏當時德國學者多附和之然訴訟地嘗出於偶然若必依此說則被害人得於多數訴訟地中選擇利於自己者以起訴匪特被告將增意外之負擔且當事人間權利關係亦立於不確定之狀態此其說之要妥處也

第二 行爲地法說 曰各國關於不法行爲之規定均與公共秩序有關故在一國所爲之行爲不問行爲者爲內國人爲外國人應由該國法律卽行爲地法解決之其行爲依行爲地法而合法者無論何國皆應認爲合法行爲其行爲依行爲地法而不合法者無論何國皆應認爲不法行爲蓋因不法行爲發生之債權已

確定於不法行爲完成之時以後不論債權人至何地應一律承認其既得之權利雖訴訟地法有反對規定者亦應加以保護也此說係歐洲大陸一般學者所唱并爲歐洲大陸諸國之立法例及判例所認然徒知依行爲地法以保護當事人之既得權全不顧及訴訟地法以維持內國之公益此其缺點也

第三 行爲地法兼屬人法說 嗎斯說者係法人威司其說曰關於犯罪及准犯罪

罪即民事上不法行爲之規定屬於國際公安故於自國指法國言既遂之犯罪及准犯罪應依

自國法判斷之而於自國外所犯者絕與自國之國際公安無關應適用準契約

之原則依行爲地法及屬人法即異國籍者間依行爲地法同國籍者間依共同

本國法是也然此說之一方面誤用國際公安之規定他方面又誤解準契約之

性質威司氏曾以準契約爲推定契約見前節其立論之不當顯而易見况各國法律關於不法行爲

之規定其目的無非欲對於在自國內爲不法行爲之一切人民加以一定之制

裁並不因加害人與被害人之國籍異同而異其適用故由不法行爲而生之債

權準據法無適用屬人法之理由其說之後半更屬不當

第四 行爲地法兼訴訟地法說 曰在外國發生之不法行爲必行爲地法兼訴

訟地法均認爲不法者方能發生債權債務關係若行爲地法認爲不法行爲而訴訟地法不認爲不法或訴訟地法認爲不法行爲而行爲地法不認爲不法者則加害人與被害人間之債權債務絕不發生此說始於英美我法律適用條例亦採之其立論之完美自非前數說可同日而語蓋一方既在保護既得權他方又能顧全內國公益也茲將法律適用條例第二五條揭左

因不法行爲發生之債權依行爲地法但依中國法不爲不法者不適用之

前項不法行爲之損害賠償及其地處分之請求以中國法認許者爲限

不法行爲之行爲地有不法行爲實施地與結果發生地若此二地一致不生問題否則以何者爲行爲地卽屬疑問例如在甲乙二法境之疆界間自甲地創傷乙地之人是也等此情形學者稱爲隔地不法行爲關於隔地不法行爲之問題學說有

三甲說結果發生地當出於偶然且行爲不生結果者有之故不法行爲之成立地應指不法行爲實施地而言乙說結果乃犯罪者所冀期故犯罪之結果發生地即係不法行爲之成立地丙說犯罪實行地與犯罪結果發生地均爲不法行爲之成立地德國法院多採之說然一犯罪而有兩成立地者一犯罪而有兩成立時期其說之不當可不待言惟乙說較妥蓋法律所禁者無他犯罪之結果而已故不法行爲之成立地當指不法行爲之結果發生地而言但於準不法行爲（卽本於過失之不法行爲不適用之）

不法行爲之成立地有時不易確定其行爲地之法律有時無從適用（第一）繼續爲不法行爲者例如在通過甲乙丙三國之火車中自甲國至丙國將人監禁或竊竊取車中裝載之物者甲乙丙三法境均可謂之結果發生地但一般學者多以最初發生結果之地爲不法行爲成立地（第二）行爲地在法境以外者例如在非洲內地加害於人或切斷公海中之海底電線者卽無不法行爲地之法律可以適

用但學者中有主用訴訟地法英國判例亦採訴訟地法然此主義之不當前已過矣有主用被害人住所

地法索遜法與亦採此說見該法典第一條及第七〇二條至第七一〇條亦有主依原被告之本國法如日本山口縣者

第三 不法行為爲兩國法律所管轄者例如有一河川爲甲乙兩國分界線今泊舟該河中央以妨害他船之航行致該船受害者不法行為地之法律亦無從適用但一般學者多主依原被告之本國法解決之

尚有二問題(一)官吏加害於人時其準據法如何依國際法原則甲國官吏之職務原不能在乙國執行然條約上有特別規定例如逮捕現行犯人者則甲國官吏得在乙國執行職務苟執行職務時有加害他人之行為將依何國法律以定其責任查各國制度有國家對官吏之不法行為負擔責任者如法國制度是有國家對官吏之不法行為不負責任者如日本德國制度參照德民法第八三九條是制度既異故法律抵觸問題以生然亦不外乎由職務執行地法行爲地法與官吏本國法中擇一解決之而已一般學者多主職務執行地法(二)雇人家畜等於雇主飼主等居住地外加害於人時其準

據法如何一說謂此時損害不生於雇主等居住地故應依損害發生地法不應依居住地法又一說謂此時損害由雇主等於居住地欠缺注意所致故可視為雇主等於居住地所為之准不法行為自應依居住地法解決之英美判例及一八四三年八月五日德國柏林上等法院判決均採此說然以結果發生地為不法行為成立地之學者均以甲說為然蓋損害發生地即結果發生地也

以上專就純然之不法行為本於故意之侵權行為而言然准不法行為本於過失之侵權行為亦可同一解決至公海上之船舶衝突亦係不法行為問題姑俟後國際商法上說明又不法行為之能力與行為能力不同故應依行為地法不可依屬人法

第四節 賠償之消滅

債權之消滅應依債權本國之準據法債權效力準據法然未可一概論焉茲述於下

第一款 更改及免除

更改與免除均為一種獨立法律行為故其行為之成立及效力當事人得另行選

擇準據法然更改所以使舊債務消滅新債務發生若不依舊債權之準據法恐新舊兩債權間不相聯絡故更改仍依舊債權本體之準據法爲宜至免除則可依當事人選定之新準據法如未選定依推定當事人意思之準據法

第二款 抵銷

抵銷之規定各國不同法民法^{第一二〇條}以抵銷爲法律上當然發生之事實^{但限於和當類}日民法^{五六條}以抵銷非由當事人意思表示不生效力規定既異故準據法不可不定抵銷之準據法學者均謂與債權本體之準據法無異然抵銷並非一方債權之效力必於兩方債權債務互相對立時方許行之故應依雙方債權之準據法不得專依一方債權之準據法申言之即雙方債權之準據法同認抵銷爲債權消滅之原因且其規定相一致者方許行抵銷也至以意思表示爲必要時因意思表示別係一種法律行爲更應依獨立之準據法解決之此與鮑氏之說也

第三款 償還

債務之償還應依債權本體之準據法但償還之方法及程序例如關於金錢債權以何種貨幣還者不可依債權成立地位應依債務履行地法債權地法

債務償還之要件與效力及償還地均依債權本體之準據法惟關於代位償還自債權人一方觀之固爲債權消滅之原因自代位者一方觀之又爲債權發生之原因此時將適用債權消滅之準據法抑用債權發生之準據法應難解決然此種債權不過變更其主體並非變更其實質應仍爲原債權之準據法管轄

償還者應否支付利息及利息之限制若何當事人得隨意選擇準據法無選擇之意思表示者依推定當事人意思之準據法或謂限制利息之規定爲保護一國公安而設應依訴訟地法定之不知利息問題如絕對依訴訟地法則債權人之權利將立於不確定之狀態現利息訴訟發生於內國時內國法院卽適用債權之本來準據法假使爲外國法亦不致妨害內國公安也耶

第四款 消滅時效

消滅時效之法律上性質可分二種如德國民法以消滅時效爲債權消滅之原因如英國法律以消滅時效爲訴訟上之防禦方法並不消滅債權之實體消滅時效之性質既異故關於其準據法學者間遂有種種學說如左

第一 訴訟地法說 主斯說者理由有三(一)時效規定屬於訴訟程序不屬於實體法(二)消滅時效不過消滅保護債權之訴權並不消滅債權本體(三)消滅時效純爲公安而設有絕對強行性質具此三種理由故債權之消滅時效應依訴訟地法其依訴訟地法既罹時效者雖依債權本體之準據法未罹時效亦無出訴之權其依訴訟地法尙在出訴期限者雖依債權本體之準據法已罹時效尙可行使訴權是說莫美法均採之然不免使債權人與債務人受意外之不利益且謂消滅時效純係公安規定亦殊不妥

參照說
第六說

第二 履行地法說 主斯說者有法人勒爾Lohr比人羅蘭及其他多數德國學者據德國學者之說曰消滅時效一方屬於實體法他方係對於履行之抗辯故

應依履行地法履行地不定者依債務人住所地法何者債務大抵於債務人住所地履行也又推鞠爾之說曰消滅時效之性質並非創設懈怠之債權人乃推定債務人業已履行故應依履行地法履行地不明者依債務人住所地法此二者中余謂前者客或正當而後者未免矛盾蓋法比學者既以行為地法爲債權本體之準據法則關於債權消滅問題之時效不應獨主張履行地法也

第三 債務人住所地法說 主斯說者不一其人或謂債務人依自己住所地法負擔義務且債權可視爲存在債務人之住所故消滅時效應依債務人住所地法或謂消滅時效之制度以保護債務人爲目的若不依債務人住所地法則債務人將依其他法律而受不測之損害此皆德國學者所唱且德國判例亦多認之然仔細推究殊未適當蓋德國學者既以履行地法爲債權本體之準據法（見前）不宜於消滅時效獨主債務人之住所地法也

第四 債權人住所地法說 曰債權與動產無異動產可視爲存在所有人之住

所故債權亦可視為存在債權人之住所動產上物權依動產所有人之住所地法故債權亦應依債權人之住所地法然謂債權存在債權人之住所寧如前說謂存在債務人之住所威司有言曰債權雖係債權人一種財產實則爲債務人所持並不存在債權人之住所然則債權人住所地法說亦不足採矣

第五 債務人本國法說 曰消滅時效專爲保證債務人故其準據法合債務人本國法未由至雙務契約當事人同國籍者依共同本國法異國籍者依各當事人本國法然此說之不當參照第一節第二款第二項第四說自明

第六 債權本體之準據法說 曰債權之消滅與債權之發生應爲同一法律所支配故當事人於行爲當初有準據法指定者時效亦依該準據法無準據法指定者則依推定意思之各準據法蓋以債權本體之準據法爲消滅時效之準據法最適合當事人之意思况時效制度爲當事人於債權發生時所豫知且與債權之效力有關自不能與債權效力之準據法異其規定也此說係薩克尼威司

阿塞爾等所囑於歐洲大陸最有勢力且較前較說爲完美

設如此說則時效爲債權消滅之原因抑僅爲訴訟上之防禦方法且時效期間
及其中斷與停止等問題均可依債權本體之準據法解決之然債權本體之準
據法可適用又不可絕對適用蓋由近世時效制度債務人雖可適短時效期間
要不能拋棄時效之利益并延長時效期間 參照德民法第二二五條法民法第
二二二〇條日民法第一四六條
惟其可縮短時效期間故消滅時效之準據法屬於意思自治之範圍惟其不能
延長時效期間故意思自治之適用又應受強行法之限制然則當事人指定之
時效期間較訴訟地法規定之期間更短者法官得在當事人之意思自由而取
訴訟地法規定之期間更長者應以訴訟地法之規定爲準由此以論可見消滅
時效之制度係公益規定而非絕對的公益規定也

第五節 債權之讓與

羅馬古代不認債權之讓與唯以委任方法收債權移轉之效果然其後世法律及

今日各國民法債權除因其性質或特別規定不能讓與德民法第四〇〇條曰禁止扣押之債權不得讓與日民第四六六條第二項曰當事人有反對意思者不得讓與者外大抵得依讓與之方法將權利移轉於他人但如何債權可以讓與如何債權不能讓與此為債權效力之問題應依債權本體之準據法無庸更為說明茲說明者唯讓與債權之一種法律行為而已

讓與債權之法律行為應分兩層觀察一為讓與人與受人之關係一為讓與當事人即讓與人與受與人與第三人即債務人與他第三人之關係二者關係既異其準據法亦自不同

前者之準據法已包含於法律適用條例第二三條因讓與人與受人之關係亦不外一種契約關係也後者則係讓與債權對於第三人之效力問題其準據法應有特別規定不得以債權本體之準據法支配之考近世各國法律讓與債權無不以一定公示方法為對抗第三人之要件於物權之移轉亦然故欲讓與發生效力除當事人間合法成立外尚須有公示方法此項公示方法各國當異其規定如法民法第一六九〇條及伊民法第一五三九條規定讓受人非以債權移轉之事由通知債務

人或未經債務人以公正證書承諾讓與者不得對第三人主張債權如瑞士聯邦法典第一八四條規定讓與債權之效力絕無條件但於讓與人破產時非以證書證明債權移轉者不得對抗第三人如奧民法第四二七條規定債權之移轉雖不能爲有形引渡亦可爲標識引渡標識引渡由所有人交付所有權之證明書於該受人爲之如日民法第四六七條規定讓與指名債權讓與人非通知債務人或未經債務人承諾者不得對抗債務人及其他第三人如德民法第三九八條以下之規定讓與債權不以通知爲必要唯當債權人因新債權人請求應交付讓與之公正證書於新債權人夫公示方法之必要如彼而公示方法之不同又如此然則讓與債權對於第三人之效力自應另定準據法以資解決茲將關於此項準據法之學說列左

第一 債權人住所地法說 曰債權乃債權人財產權之一部應以債權人住所地爲債權所在地而讓與債權之行爲及其效力爲債權所在地（即債權人住

所地) 之法律所管轄故債權之讓與應依債權人住所地法此說在第十八世紀前頗盛行於歐洲大陸且爲英美判例所採用今則一般否認之矣

第二 行爲地法說 曰債權讓與之本體 (讓受人與讓與人之關係) 既依行爲地法參照法律適用條例第二三條則讓與之效力 (讓受人與第三人之關係) 亦應依行爲地法近來美國判例多採此說唯債務人爲內國人時依訴訟地法然此說如果實行於債務人頗多危險蓋讓與之行爲地債權人得任意選定債務人不易豫知該地何在若必依讓與地 (卽行爲地) 以定讓與之效力則債務人將依自己絕不預料之法律而承認讓受人之利益矣

第三 債務人住所地法說 主斯說者有三派甲派謂債權不啻固着於債務人之住所而與此債權有利害關係之第三人亦最注意於該地之法律故爲保護第三人起見讓與債權之效力應依債務人住所地法此法伊及英美學者之說也乙派謂債權本體既依債務人住所地法則對於第三人之讓與效力亦應視

爲債權效力之一部以債務人住所地法支配之此一部德國學者之說也丙派謂關於讓與債權之公示方法通常於債務人住所爲之且關於債權之行使債務人住所地法此日本學者之說其法例第十二條亦本此理由規定之我法律適用條例本脫胎日本法例乃於此點獨付國如良以此項準據法已爲該條例第二三條之債權本體準據法所包含耳

以上三者今日學者大抵以第三說爲當惟所謂讓與債權係指指名債權之讓與而言若無記名債權指圖債權等則因證書之引渡途可移轉權利故對於第三人之讓與效力依所在地法或債權本體之準據法可也

第四章 親屬

第一節 婚姻

第一款 婚姻之預約

婚姻預約者男女約定將來爲夫婦之方法也此項方法始於羅馬時代後則寺院法亦認之考羅馬法規定婚約應否履行聽憑締約人自由但無故解約者相對人得請求賠償損害如由女之過失解約者須返還男之婚約財與品并出贖與品之四倍罰金但後則改罰金之價與與品同至集司前

尼亞帝時代凡入僧籍者有解脫婚約之權此外結約者一方亡故或結約後無特

別理由如締約人染病或其父母亡故或因要約而遺方逾二年不結婚者婚約歸於消滅若夫寺院法雖

亦許行婚約履行之訴然被告不依判決履行者除賠償損害外無他法也降至近

世各國法律有認婚姻預約之制度者亦有不認者歐洲諸國多認之日本民法則不認且認此制度

諸國其保護方法亦不同故婚姻預約關係有涉外情形者不免生法律抵觸問題

今就預約之要件效力及程式說明其準據法

第一 婚姻預約之要件 婚姻預約爲將來結婚之合意凡無婚姻資格者當然

不能爲預約故婚姻預約之成立要件應與婚姻之成立要件同一準據法即男

女雙方之本國法參照法律條是也

第二 婚姻預約之效力 婚姻預約之效力亦應依男女雙方本國法 參照法律適用條例

九 蓋單依一方本國法而定者殊失公平之道也然於婚姻履行之訴則學說與

判例不能一致蓋爾謂此訴非夫婦各該本國法與訴訟地法所認者不得提起

德國帝國法院判決 一八七七年七月與十月 謂婚姻預約是否為損害賠償之原因依當事

人選擇之法律當事人意思不明者依住所地法此外更有謂應依訴訟地法者

有謂應依被告之住所地法與訴訟地法者

第三 婚姻預約之程式 羅馬古代以口頭為之 羅馬法以婚約為口頭契約之一種 今則無一定

程式矣惟預約究係一種法律行為其程式自可適用場所支配行為之原則

第二款 婚姻成立之要件

婚姻成立要件即男女得為婚姻之資格也昔阿塞爾謂婚姻要件與行為能力同

論者短之蓋行為能力大抵以年齡為準婚姻要件則除年齡外尚有多數之要件

此等要件自羅馬法以來至今日各國法律規定未能一致以婚姻年齡論英法系

諸國定男一四歲女一二歲法系諸國^伊比定男一八歲女一五歲德法系諸國定男二一歲女一六歲瑞士荷蘭定男二〇歲女一八歲日本定男一七歲男一五歲以親屬關係論惟直系血族間禁止婚姻爲各國之共通規定而旁系親屬間之婚姻限制則有限於三等親者有限於四等親者^{親等計算法亦有羅馬法主義與宗教法主義之別}以再婚論各國有不認再婚之習慣法或認焉而於一定期間內禁止再婚者有之^{且期間亦本定六個月(見日民七六七條)法}無一定期間者亦有之以重婚論除一夫一妻^{國定十個月(見法民二二八條)}制外尙有多夫一妻及一夫數妻之制度^{如回教國及「以婚姻允許論有不必讓爾門」宗徒}父母允許者^{如英之普通法}有於一定年齡內須經父母或監護人允許者^{且一定年齡各如法民一四八條男未滿二十五歲女未滿二十一歲者必經父母允許}如法民一四八條男未滿二十五歲女未滿二十一歲者須得父母之同意^{且規定不同}規定不同如此故異國籍人相婚媾或同國籍人於外國相婚媾者必生法律抵觸問題關於此問題之解答凡有左列數種主義

第一 婚姻舉行地法主義 曰婚姻者契約也契約之要件依行爲地法故婚姻

之要件應依舉行地法余謂以婚姻比契約實屬謬誤蓋婚姻與契約雖均以合意爲必要然契約發生財產上關係婚姻則爲男女精神上及肉體上之結合其異一契約可附條件或限制其效力婚姻則否其異二契約當事人違背義務者有賠償之責配偶人違背夫婦義務時例如則否其異三總之婚姻關係受強行法之支配契約關係以意思自由爲原則二者斷不可混而同之也此項主義現今採用者唯南北美二三國如墨西哥英國亦採用近則改用住所地法矣

第二 夫之本國法主義 曰各國婚姻制度均以夫爲一家主宰妻則祇因婚姻取得夫之國籍故婚姻是否成立應依夫之本國法此主義唱自歐陸而索遜民法認之余謂夫婦關係成立後固應依夫之本國法而在婚姻關係成立未定之間則將來爲夫之男子與爲妻之女子各有本國法存在此時爲妻者既未受其夫本國法之支配爲夫者亦未取得主宰之身分如專依夫之本國法以定婚姻成立與否不惟混同婚姻前後之關係且將害及其妻矣

第三 夫之住所地法主義 曰古來各國法律莫不認夫爲一家之領袖而自婚姻發生之義務又須在夫之住所履行故婚姻之成立與否應依夫之住所地法此主義係德儒薩比尼所唱然其缺點與前述夫之本國法主義同

第四 夫婦雙方之本國法主義 曰婚姻非具備男女雙方本國法之條件不能成立因婚姻成立之初雙方當事人各有獨立之本國法也此主義爲歐洲大陸伊、法、德、俄、匈、羅馬尼亞、荷蘭、西班牙、葡萄牙等國所認而一八七八年利馬條約一八八八年國際法協會一八九三年海牙會議及日本法例我國法律適用條例均採之茲將此等條約及我法律適用條例揭諸左端

一八八八年國際法協會議決案第五條曰

當事人雙方或一方欲於本國外舉行婚姻者關於(1)年齡(2)近親間婚姻之

禁止(3)親屬或監護人之允諾(4)婚姻之公告應依自己本國法

一八九三年海牙條約案第一條曰

結婚之權利應依當事人各自本國法但本國法定爲可依他法者不在此限
法律適用條例第九條曰

婚姻成立之要件依當事人各該本國法

第五 夫婦雙方之住所地法主義 主此主義者理由有二一曰婚姻要件與行爲能力同一性質故應與行爲能力同一準據法一曰婚姻當事人於結婚時最注目於各自住所地法故住所地法乃當事人所欲服從之法律也此主義盛行於英國而留爾特愛司脫爾特克爾爾特民法亦採之然爾種理由均未適當蓋婚姻之要件既不可視與行爲能力同前見亦非婚姻當事人可任意左右也

第六 折衷主義 唱此主義者一則折衷夫之本國法主義與夫婦雙方本國法主義一則折衷夫之住所地法主義與夫婦雙方住所地法主義主前說者係源爾其說曰婚姻要件爲家族或國家而規定者（例如近親間或異教者間婚姻之禁止）應依夫之本國法但祇爲保護結婚人私益者（例如年齡及第三人

允諾) 應依當事人雙方本國法主後說者係溫格爾其說曰關於婚姻年齡及
第三人允諾應依夫婦雙方住所地法但結婚人相互關係(例如宗教異同觀
等遠近) 應依夫之住所地法然此二說之不當徵諸以上各說可以立見。

右六種主義今日學者以雙方本國法主義爲最當但雙方本國法雖各認爲成立
之婚姻若關國際公安或妨害內國善良風俗或公共秩序者則又另生問題

適用條例

第一條 例如採一夫多妻主義之國民在內國(假定內國禁止重婚) 更與其

同國人或外國人結婚者內國仍不認其婚姻爲有效是也又婚姻因欠缺要件而
無效或得取消者亦應依當事人各自本國法此觀諸一八九四年海牙國際私法
會議委員宣言曰「關於婚姻要件及其程式之準據法又爲違背要件或程式者
之準據法」可以恍然矣

第二款 婚姻之程式

婚姻之程式有二一曰宗教上程式一曰民事上程式前者在寺院舉行後者則各

國法律規定不同日本民法規定由雙方當事人及成年證人二人以上以言詞或書狀呈報戶籍吏日民七五條法民法規定婚姻於一方當事人住所所在地之戶籍吏前舉行當結婚前由戶籍吏兩次公告於市邑門前第一回公告至第二回公告須隔八日且一公告須於星期日之自第二公告後非逾三日不得舉行婚姻法民六三條至六五條德民法規定於一回公告後配偶人與二名證人同至戶籍吏前由戶籍吏訊問婚姻關係然後依法宣告為夫婦並記入婚姻登記簿德民一三一六條此外若英國英格則有宗教上程式與民事上程式之別年一八三六條塞爾維亞則惟以宗教上程式為必要婚姻之程式如此不同此涉外婚姻關係所以不可不定其準據法也

婚姻本體之準據法以雙方本國法主義為最當前述之矣然婚姻程式之準據法不能採同一主義誠恐配偶人異國籍時不易決定其依何方本國法之程式且即同一國籍亦非必得於外國履行其本國法之程式也查一八八一年國際法協會決議第一條云（婚姻舉行之程式以婚姻舉行地法支配之）一八九三年海牙

國際私法會議條約案第五條第一項云「婚姻程式依婚姻舉行地法者不論何條約國均應認爲有效」日本法例第一三二條但書云「但其程式依婚姻舉行地法」足見今日多數立法例皆採婚姻舉行地法主義我法律適用條例關於婚姻程式之準據法雖無特別規定然據第二六條所謂法律行爲之程式依行爲地法等語是亦採婚姻舉行地法爲原則也

婚姻程式之準據法既以婚姻舉行地法爲原則矣然該原則之性質究屬強行抑係任意更應研究德國陀來司向法院認爲任意法 一八四五年六月十一日陀來司會判爲有效 羅蘭及一八八七年國際法協會認爲強行法由前說則當事人

得左右舉行地法之適用由後說則舉行地法有拘束當事人之效力願婚姻程式依舉行地法實本於場所支配行爲之原則而來而場所支配行爲之原則有任意性質總論第十三章已述矣故婚姻當事人或擇行爲地法或擇行爲本體之準據法應聽其便若必以婚姻舉行地法爲絕對之原則則同一國籍之男女在外國結

婚者實多不便之感例如慣用民事上程式之國民在塞爾維亞結婚未可強令其依宗教上程式也是以近世法律如民法第八條日民法七七條及西班牙葡萄牙英吉利等國之法律與一八九三年然牙國際私法會議條約第六條第一項該條約第一項曰於自國領事或外交官前依本國法律舉行婚姻者無論何條約國皆應認爲有效但雙方婚姻當事人須非婚姻舉行國之人民且該國亦不反對之凡外國人之婚姻均許其在本國公使館或領事館依法國法程式爲之不甯唯是查美國制度於非耶蘇教團或半開國結婚者或結婚地之程式與宗教信仰相衝突者如有不便得於領事館行結婚式又查德國一七八〇年五月四日法律及比利時一八八三年五月二四日法律不獨自國人民間之婚姻就令配偶人一方爲外國人亦得於自國公使館或領事館行結婚式又攷日德領事職務條約第一一條及日比領事職務條約第一〇條德比人民在日本結婚者其自國領事得令其用本國程式凡此者皆爲婚姻當事人便利起見於婚姻舉行地法主義設一例外規定我法律適用條例第二六條首項設有但書是亦認婚姻舉行地法主義並無強行

之性質也惟應注意者配偶人在外國依本國程式結婚仍須不抵觸該外國之公
安數年前有居住美國之日本人依照相交換之方法與住在本國之日本女子以
書狀向本國戶籍吏呈報婚姻此種結婚方法在日本雖可設謂守本國程式參石
七七然美國因其抵觸內國公安不認其婚姻爲有效

婚姻之無效或取消因欠缺程式而來者應依婚姻程式之準據法決定之

第四款 婚姻之效力

婚姻之效力有身體上效力與財產上效力前者總括夫婦相互間之權利義務夫婦
同居及統而言後者指夫婦財產關係而言此二者我法律適用條例均以夫之本
國法管轄之第一條然同一夫之本國法而標準時期則異蓋關於身體上效力之準
據法指夫現在所有之本國法而言故夫若變更國籍則準據法亦因而變更所謂
變更主義是也關於財產上效力之準據法指婚姻成立時夫之本國法而言故夫
雖於婚姻後變更國籍而夫婦間之財產關係不受影響所謂不變主義是也

(甲) 身體上效力

身體上效力各國規定不同如英國夫對於妻有懲戒權而法德美及日本不認之如法國夫得籍公力強制其妻之同居而蹈襲羅馬法主義之國及其他各國不認之故夫婦不同國籍或異其住所者即應定一準據法以解決夫婦間之關係此項準據法有主用住所地法者^{英美}有主用夫婦各自本國法者有主用婚姻成立時夫之本國法者不知依住所地法則住所不明或衝突時不易解決依夫婦各自本國法則夫婦間之法律關係爲二種法律所支配依婚姻成立時夫之本國法則夫婦變更國籍時其舊本國法所認之效力恐爲新本國法所不認今欲達婚姻之目的莫如依夫現在所有之本國法我法律適用條例第十條第一項云

婚姻之效力依夫之本國法

所謂效力蓋指身體上效力而言所謂夫之本國法蓋指夫現在之本國法而言夫若變更其國籍則關於夫婦身體上之效力亦因之變更矣

妻之能力問題亦包括婚姻效力問題內故妻有無能力及其能力之限制亦應依夫現在之本國法或謂此項問題應受法律適用條例第五條第二項之適用蓋法律適用條例第五條而一項雖僅爲關於年齡之規定其第二項則爲保護內地取引之鞏固而設夫既爲保護內地取引則關於年齡之無能力與關於妻地位之無能力二者不應歧視也果爾則妻依夫之本國法雖爲無能力人若中國法認有能力且其法律行爲地又在中國者將認其行爲爲有效矣

(乙) 財產上效力

夫婦財產關係有依法律規定者是爲法定財產制有依契約訂定者是爲契約財產制法定財產制各國法律大別爲三一曰別產制由夫婦各保有財產之所有權間又分爲二種(甲)夫於妻所有之財產上有管理及收益之權利(乙)妻所有之財產由妻自行管理及收益二曰共產制以若干財產組成夫婦之共通財產其不列入共通財產者謂之夫婦各別之特有產三曰嫁資制將妻之財產分爲嫁資財

產與嫁資以外之財產嫁資財產由夫管理並收益但婚姻繼續中不得讓與於他人嫁資以外之財產由妻自行管理並收益且其收益妻得自由處分近世各國制度法荷探其產制英俄探別產制之(乙)德伊探別產制之(甲)至契約財產制則各國法律有認之者有不認者如格拉爾且即認契約財產制之國其制度亦不一致如法民法第一三九五條規定夫婦財產契約婚姻舉行後不得變更如日民法第七九六條規定夫婦財產關係於婚姻呈報後不得變更如德民法一四三三條規定配偶人於婚姻舉行後得以契約定其財產關係並得廢止或變更之然則婚姻當事人之國籍不同或結婚地與夫婦之本國不同者其財產關係應定一準據法以解決之也我法律適用條例第十條第二項曰

夫婦財產制依婚姻成立時夫之本國法

本條所謂夫婦財產制蓋包括法定財產制與契約財產制而言此等財產關係所以必依婚姻成立時夫之本國法者誠恐夫於婚姻後變更國籍實規避不利於已

之法律或契約並任意處分其妻之財產今以其婚姻成立時之本國法爲準則日後雖變更國籍各國亦應認該財產關係爲有效其妻又可免意外之損害矣惟應注意者夫婦財產契約之程式應適用場所支配行爲之原則又夫婦訂結財產契約之能力應依夫婦各自本國法或住所地法

夫婦財產關係之準據法既述矣然就學說及各國立法例而論尙有左列數種

(一) 動產不動產分別說 夫婦之財產屬於動產者適用動產依人之原則歸夫之住所地法管轄屬於不動產者適用所在地法之原則歸所在地主法管轄此說始於英美而法國舊習慣及俄國均採之然必如此說匪特夫婦財產關係未易劃一旦一不動產跨連數法境或數不動產散在數法境時尤難解決矣

(二) 物件所在地法說 此即純然適用物權依所在地法之原則也然夫婦財產關係若概適用所在地法匪特超越此項原則之範圍且數動產或數不動產散在數法境時其準據法亦難確定故此說亦不適合

(三) 住所地法說 此說之理由不一或謂適用夫之住所地法由夫婦默契合意而來或謂婚姻關係既依夫之住所地法則與婚姻有密切關係之夫婦財產關係亦不可求諸住所地法以外此說行於英德而普魯士普通法典採之然住所之變更較國籍之變更爲易若必依此說則夫婦一生之財產關係將永不確定况夫有多數之住所時不更發生困難問題耶

住所地法充分婚姻成立時夫之住所地法與夫婦婚姻後新設之住所地法前者索遜民法^四及留蘭特、愛司脫爾特、克爾蘭特民法採之後者則一八八八年國際法協會決議及瑞士伯倫法律草案採之

(四) 本國法說 主此說者派別有三一主夫婦共通本國法二主夫現在之本國法三主婚姻成立時夫之本國法惟是夫婦財產關係大抵爲婚姻後之關係其時爲妻者有從夫之義務且已取得夫之國籍况夫婦偕老之目的地亦不出夫之本國自得專依夫之本國法解決而妻之本國法如何無容顧及此第一說

之所以不當也。主第二說者謂本國法所定之財產制祇適用於自國人民。其人民之國籍既變更則法律之效力已不及。故夫婦財產關係應爲其夫現在之本國法所管轄。而從前之舊本國法可不必問。然如此解釋則夫婦之國籍變更而財產制亦變更。匪特夫婦財產關係不易確定。且夫亦將故意變更國籍爲攫取其妻財產之地步。此則於妻既不利而於當初婚姻之目的亦相反矣。此第二說之所以不當也。至第三說可免上述諸弊。是以海牙國際私法會議條約^{第二條}德國民法施行法^{日本法例第五條}及我國法律適用條例^{第十條}均採之。

第五款 離婚

離婚制度我國現行例兼採法定離婚與協議離婚兩種。然東西各國有只許別居不許離婚者。西班牙、葡萄牙、意大利、巴西是也。有只許離婚不許別居者。瑞士、瑞典、俄羅斯、塞爾維亞、門的內哥是也。有許法定離婚並協議離婚者。丹馬、那威、日本是也。此外如英、法、匈、德、限於有法定原因者許其離婚。並別居。如比利時許法定離婚。

並協議離婚而別居限於有法定原因者許之如荷蘭有法定原因並協議上之別居制度而離婚限於有法定原因者許之如奧大利於舊教徒（即夫婦雙方或一方屬於加特力教者）許其別居而離婚惟對於新教徒許之且同一探離婚制度之國其法定原因不同例如英制離婚原因以姦通爲限我國則除犯姦外尚有七出之條及其他原因如索遜普爾士以夫泥醉爲離婚原因而他國無之瑞典俄羅斯丹麥那威以陰萎症爲離婚原因而他國亦無之但我國現行例男子天間亦許離與又同一探別居制度之國其法定原因不同例如奧大利以配偶人濫用財產及傳染病爲別居原因西班牙葡萄牙等國則無此項規定離婚與別居之制度如此不同此準據法所以亟應規定也今就學說並實例舉其準據法於左

第一 婚姻舉行地法說 此說惟阿根廷行之英國昔亦採用今則廢之久矣蓋

唱此說者視婚姻與契約同契約依行爲地法故婚姻之成立與解消應依婚姻舉行地法然婚姻不能比契約前已述矣此說不當

第二 訴訟地法說 曰離婚制度由宗教道德政治諸關係而來係公法之一部故不問婚姻舉行地何在亦不問夫婦有何國籍惟訴訟地法認有離婚理由者方得宣告離婚此說始於德荷諸學者而蘇格蘭判例亦採之然僅足維持訴訟地之公安而置婚姻效力應依屬人法一層於不顧此其缺點也

第三 夫之住所地法說 曰離婚乃身分之變更身分問題依其人之住所地法故離婚應依夫之住所地法此說盛行於英美而德國於民法施行前亦採之然不願訴訟地之公安此其缺點也

第四 本國法說 曰離婚乃身分之變更身分問題依本國法故離婚問題於夫婦共同變更國籍時依新本國法夫婦一方變更國籍時依舊本國法此說始於伊大利而德比俄瑞士亦有人主張之然不願訴訟地之公安則與前說同

第五 本國法兼訴訟地法說 曰離婚限於當事人本國法及訴訟地法共認有離婚原因者方得宣告之此說既不背身分依屬人法之原則又能維持訴訟地

之公安故較前數說頗覺完美惟所謂本國法指離婚之原因事實發生時夫之本國法而言非指夫現在之本國法而言蓋恐夫故意變更國籍以操縱婚姻關係也一八九三及一八九四兩年之海牙國際私法條約及我法律適用條例均採此說試揭法律適用條例第一一條於左

離婚依其事實發生時夫之本國法及中國法均有離婚原因者得宣告之

以上係就離婚之原因而言至婚姻解消之效果亦同一解決蓋婚姻解消後發生如何效果各國律書未能一致例如日本民法規定^{七六}女於前婚解消或取消後六個月內不得再婚而英美法系諸國則無此規定此等情形如惹起涉外問題可依夫之本國法以判定其效果但德國學者有主用夫婦最初住所地法之說

第二節 親子關係

羅馬古代親權極大^{其實即家父權} *Patria Potestas* 凡在親權下之子孫殺之賣之苦役之奴隸之一任行親權人之處分遠至共和時代親權之行使始受制裁凡行親權人不得濫

殺或任意賣却其子孫否則科以重罰或剝奪親權再至集司的尼亞帝時代親權範圍愈益縮小行親權人祇有養育監守及懲戒之權利而近世法律上之親權遂濫觴於此矣惟是近世法律關於親權之範圍效力及其發生消滅規定未能一致例如同一懲戒權在法俄日得將不順之子幽閉於懲治場在瑞士伯倫諾州得將不順之子監禁至四個月而英國不許之又如同一財產上權利在英俄諸國祇有管理權不認收益權而法伊諸國則除管理權外並有收益權此外尚有聽警察之力以懲治其子者如德法系諸國是有對於不品行之子僅與以生活必要之食品者如伊國是有經政府許可得將其子留置於懲治場者如普國是親權之制度如此歧異此涉外的親子關係所以亟應規定準據法也茲分別說明於左

第一 子之本國法說 斐哇萊及其他歐洲大陸學者之言曰親權制度爲保護子之利益而設故親子關係應依子之本國法然謂親權僅關於子之利益當謂親權關於親子雙方共通之利益是說獨就其子立論殊嫌掛漏

第二 所在地法及住所法說 英美學者之言曰對於子之財產上之親權在
不動產依所在地法在動產依父之住所法此說今日英國尚行之然一不動
產跨連數國或數不動產散在數國及住所消極或積極衝突時未易適用

第三 父之本國法兼母之本國法說 其說曰親子關係即婚姻之結果婚姻關
係依夫之本國法故親子關係依父之本國法且親權爲父子共通之利益而設
而父又爲一家之首長與其依子之本國法而置父於不問孰若依父之本國法
可以兼顧子之利益至父亡故或無可查考者應依母之本國法此說除日本法
例採用外我法律適用條例亦採之茲將法律適用條例第一五條揭左

父母與子之法律關係依父之本國法無父者依母之本國法

此不論父母對於其子身上之權利與對於其子財產上之權利均可適用然
依父母本國法可以行使之親權如與行使親權地之公安相衝突者仍受限制
參照法律適用
條例第一條 例如法國人不得在英國幽閉其子於懲治場是也前見更應注意

者茲所謂父之本國法指父現在之本國法而言故父若變更國籍則本國法亦因而變更依母之本國法時亦然蓋父母罕有故意變更國籍以害其子也

法律適用條例第一五條規定係親子關係之一般準據法不論嫡子庶子嗣子私生子養子均適用之然下列三款應依特別之準據法

第一款 嫡子

考各國法制大抵婚姻中出生者皆認爲嫡子然否認嫡子之方法則各國規定不同如英國惟受別居之宣告中出生者得否認之如德法系諸國自結婚起百八十二日內或自離婚起三百二日後出生者得否認之如奧國結婚後七個月內或自婚姻解除起十個月後出生者得否認之如瑞士結婚後百八十日內或自婚姻解除起三百日後出生者得否認之

我國現行例亦同見民國七年上字第
八七八號民國八年統字一〇二九號如法伊兩國自子出生日回溯第百八十一日起至三百日止爲懷妊時期如其間夫婦無同居事實而出生者得否認之各國規定如此參差不齊此準據法所以亟應規定也

第一 訴訟地法說 曰嫡子之否認須提起訴訟 參照民草一三四條 故子之出生應依

訴訟地法余謂法律關於嫡子身分之推定非訴訟程序乃確定身分之方法如專據訴訟地法判定之未免處置失宜故今日諸國法例無有採此說者

第二 父之住所地法說 此說行於美德之間曰嫡子之身分即自婚姻發生之結果婚姻關係依夫之住所地法故其結果應依父之住所地法余謂住所曾有偶然取得者以偶然取得之住所地之法律確定子之身分是不利於子也

第三 子之本國法說 此係法國學者之說其說曰嫡子之身分問題其子所感利害較父爲大故應依子之本國法以保護其利益余謂父乃一家之首長此說置父於不顧而專以子之利害爲準亦非完全之論

第四 父子雙方之本國法說 曰嫡子之身分問題與親子雙方均有利害關係故應依父子雙方本國法余謂父之本國法亦未必不顧全子之利益也

第五 父之本國法說 曰親子之法律關係父子間較母子間更爲密切故父母

不同國籍時應依父之本國法以定其子之身分此說我法律適用條例採之即
法律適用條例第一二條 子之出生依出生時其母之夫之本國法如其夫

於子出生前亡故者依其最後所屬國之法律

本條不曰父之本國法而曰其母之夫之本國法者因子之出生不外婚姻之結
果雖稱母之夫與稱父無異至父於子出生時已亡故者依亡故時其父之本國
法即所謂最後所屬國之法律也或謂親子關係定於懷胎時子之出生應依懷
胎時其父之本國法不知懷胎之時事實上未易確定本條既以出生時爲準則
懷胎時父有如何國籍及出生後父之國籍有無變更皆可不問

又本條所謂母之夫若係中國人則其子應兼庶子而言蓋依我國現行例尙採
妾媵制度且父與子之法律關係又無嫡庶之分也

以上五說除第一說外皆就父子不同國籍時而言然同國籍時亦適用之

第一款 私生子

私生子之制度可分二類一曰普通私生子一曰關於認正前稱之私生子普通私生子除英國外英國無私生子認領制度惟有時給以養育費各國皆設認領國法同制度一經認領即生親子間之法律關係我國現行法例亦然見民國三年上字第七二九號及民國五年上字第一八九號願認領制度有任意者有強制者未經正式婚姻之男女自認爲其子之父或母者曰任意認領不得任意認領之子由裁判許其認領者曰強制認領而普國則許之如荷蘭領之要件更異如法國關於有夫姦親屬姦之子不許認領而普國則許之如荷蘭由父認領者須得其子之生母承諾而他國則不以此項承諾爲要件如伊大利由誘拐強姦所生之子許其父認領而他國有不許者次言關於認正之私生子考羅馬法規定私生子 *Spartii* 不得與父統相屬惟妾生之子 *Liberi non justii* 可因認正取得嫡子身分此項認正方法有二一因結婚認正者即子之父娶其母爲正妻而認正也一因勅許認正者即父母一方亡故或失蹤或無結婚價值時他方請願君主以勅令許其認正也二因爲地方官吏認正者即妾生之子經君主勅

任其爲地方官吏而認正也今日東西各國大抵不採妾媵制度但除我國故所謂認正者專就私生子而言亦無認正必要且認正方法亦祇有由於結婚或政府特許之二種由結婚之認正法蘭西及其他多數之國採之參照民律草案第一四〇九條而英德俄及合衆國數州不採也由政府特許之認正德伊俄西班牙荷蘭及瑞士諸州與合衆國數州採之而此外諸國不採也

私生子認領及認正之規定各國既未能一致此關於私生子之涉外關係所以有定規準據法之必要也今就私生子認領之要件效力與程式說明其準據法

一 私生子認領之要件 關於此層之準據法學說不一法國學者主用親子各

該本國法俄國學者謂父子同國籍者依父之本國法不同國籍者依父子各該

本國法此外有謂私生子因出生與父發生關係應依私生子出生地法司脫利軒甫那

之有謂認領關於私生子之權利應依私生子本國法有謂認領關於認領者及

其家屬之利害應依認領者之本國法我法律適用條例第一三條首項曰

私生子認領之成立要件

依認領者與被認領者各該本國法

是採法俄學者之說以爲認領關於親子雙方之利害也惟所謂本國法究以私生子出生時爲準抑以父母認領時爲準似屬疑問余謂應指認領時之各該本國法而言蓋領認與否全憑認領者之意見不得謂私生子業自出生時取得被認領之資格也又認領二字應包認正而言故認正之要件亦依各該本國法

二 私生子認領之效力 認領之效力係認領後之問題最著者如親權繼承等關係是也顧親權依父或母之本國法繼承依被繼承人之本國法法律適用條例各有明文^{第一五條}第二〇條若關於認領之效力與認領之要件同一準據法必不能彼此貫徹此法律適用條例第一三條次項所以更有左揭之條文曰

認領之效力依認領者之本國法

故由父或父母同時認領者依父之本國法由母認領者依母之本國法可也

三 私生子認領之程式 認領之程式各國制度亦異例如法國制度認領須由

父或母親自承認不得單用出生證書爲證然西班牙則父之認領得據私證書爲之認領之程式不同故其準據法不可不定惟認領爲一種法律行爲自可適用一般法律行爲程式之準據法法律適用條例第二六條不必另有明文者

第二款 養子

自印度希臘羅馬實行養子制度以來印度摩奴法與及羅馬法律書均有有收養自權人 Alroatio 與收養他權人 Adoptio 二種其養父與子年齡之差必在十八歲以上今日世界文明各國除英美荷蘭等國外無一仿照施行即在我國亦許乞養義子清律有效部分及大理院判例並設養子之特別規定國籍法第二條民惟其收養之成立要件則各國未能一致如我國許有子之人收養異姓義子民國四年上字第一九七一號然如法伊德有實子或嫡出之卑親屬者不許收養子如西班牙養子經國王許可者雖未成人得爲之然法國則養子以二十一歲以上之成年人爲必要並須得其父母允許如索遜及法國得以私生子爲養子然伊奧俄等國則不許之如西班牙監護人以被監護人爲養子者須年滿達二十

五歲以上並經國王特許然伊大利與日本則同樣之養子祇須監護人就彼監護人之財產計算完竣後即得收養之又如德奧伊及西班牙養親須年長養子十八歲以上然法國則養親祇須年長養子十五歲以上且養親受養子之救助者雖年長一日亦許之養子之要件各國規定如此歧異此涉外的養子關係所以亟應規定準據法也今就養子之要件養子之效力及其程式說明其準據法

一 養子之要件 關於養子要件之準據法有主用契約地法者

此說以收養子為一種契約

有主用養親之本國法或住所地法者有主用養子之本國法者有主用養親子雙方本國法者前三說之不當參照前節第二款所述婚姻要件之準據法即可明瞭惟最後一說係大陸學者所唱頗為允當我法律適用條例第一四曰

養子成立之要件依當事人各該本國法

是亦採最後之說也其理由則與前述婚姻要件採用當事人各該本國法同

二 養子之效力 關於此層各國規定不同例如美奧制度養子有與實家完全

脫離關係者 我國現行例於乞養異姓親子及收養遺棄小兒亦不必勒令歸宗 而法德則反是也。要之養子效力

係養親子關係成立後之問題。最要者不外親權繼承及扶養義務。此三者法律

適用條例規定。依父母或被繼承人或扶養義務人之本國法 一五條一六條二〇條 今欲

貫徹此項立法精神。則關於養子之效力。自應如左規定。曰 法律適用條例第十四條次項

養子之效力依養父母之本國法

是故外國人爲我中國人之養子者。除取得中國國籍外 國籍法第二條 依中國法祇能

要求財產之酌分。不得告爭宗祧之承繼也 參照清律有效部例及大理院區來判例 但養子立於被

繼承人或扶養義務人地位時。應依該養子之本國法 法律適用條例一六條二〇條

尤有言者。養子之效力。應包括養親子關係解除而言。故養親子關係之解除。亦

依養親之本國法。或謂如此解釋。未免害及內國公安。且與法律適用條例第十

一條規定之離婚準據法。未能貫徹。余謂外國法律關於解除養親子關係之規

定。如有違背我國公安者。我國法院儘可據法律適用條例第一條。盡理自毋庸

更有依訴訟地法之規定惟此時所適用之養親本國法應指解除事實發生時之養親本國法而言方爲正當蓋此點本與離婚之規定同一理由也

三 養子收養之程式 養子收養之程式各國規定亦異有須經法院認可並登

入戶籍者法德伊是也有須經國王許可者西班牙是也有須經法院許可並報告城鎮鄉吏員者俄國是也但收養養子亦不外一種法律行爲故關於養子之程式應依一般法律行爲程式之準據法^{法律適用條}例第二六條

第三節 扶養義務

近世各國私法無不認扶養之制度惟扶養義務之範圍及扶養費之限度與扶養之性質則各國規定不能一致如英法諸國扶養義務以親子尊屬親及配偶人爲限如伊大利日本則擴充至於一定姻族及兄弟姊妹間如葡萄牙則十歲未滿之幼孩得向十等親內之親屬請求扶養此外尚有出諸親屬範圍以外或因一定關係或爲減少窮民乞丐起見而定扶養之義務者例如奧國民法第九四七條規定

特定之受贈人對於贈與人應負養贍義務是也若夫我國因採家族制度故親屬間之扶養義務範圍較寬不惟父子祖孫兄弟夫婦間應互相扶養民國五年上字第一一〇七號即同居親屬民國三年上字八七四號承受夫分之妻對於夫妻民國四年上字第一九四〇號家屬對於家長之妻民國六年上字九八一號嫡子對於親生子出繼之庶母民國七年上字二四三號嗣子對於所後尊親屬及其妻民國三年上字八七四號均有養贍之義務此各國扶養義務之範圍不同也至於扶養費之限度有特定其金額者有僅負擔衣食住及醫藥之費用者有於此等費用外並負擔教育費者扶養之性質有以扶養權利視為債權得以移轉者有以扶養權利專屬一身祇許請求現在必要之費用者扶養之制度各國如此歧異此其準據法所以亟應規定也茲將關於扶養準據法之學說列舉左端

第一 訴訟地法說 曰扶養制度係屬國際公安因其目的為減少天下無告之

窮民使不至犯罪也故不問本國法如何應依訴訟地法是說法國判例採之

第二 當事人本國法說 曰扶養義務本於親屬關係而來而本國法係為親屬

關係之準據法故扶養應依當事人本國法但當事人異國籍時又分左右列各說

(1) 扶養權利人之本國法說 曰扶養之規定爲保護扶養權利人而設故應

依其人之本國法不應依扶養義務人之本國法此威司羅爾兩氏之說也

(2) 扶養義務人之本國法說 曰扶養義務人惟有依自己本國法履行義務

之責任斷無服從外國法履行義務之理由此阿爾鳩伊之說曰法例採之

(3) 雙方本國法說 曰扶養制度既保護扶養權利人又拘束扶養義務人故

必雙方本國法共認有扶養原因者方得請求扶養此說德民法草案採之

第三 當事人本國法或訴訟地法說 曰當事人依本國法得請求扶養者適用

本國法依本國法不許請求扶養者得依訴訟地法請求之但以生活必要費及

因親族關係而生者爲限 如受贈人與贈與人間之扶養義務應依贈與之準據法 此斐陸萊之說也

第四 扶養義務人之本國法兼訴訟地法說 曰扶養義務人必其本國法與訴

訟地法同認有扶養原因者方得請求扶養若訴訟地法所不許之請求縱令爲

扶養義務人之本國法所許者仍依訴訟地法不依其本國法

右列四說余以第三說爲然蓋各國扶養制度一方雖因親屬關係而設他方係爲減少窮民乞丐起見實於救護親屬之中寓有維持公安之意第五說之立論獨與此立法精神符合余故然之乃我國法律適用條例第十六條曰

扶養之義務依扶養義務者之本國法但扶養權利之請求爲中國法所不許者不在此限

是探第四說爲立法主義也夫人生世間貴能自立若扶養之範圍太寬適以助其依賴之心而長一國游惰之風上列條文獨以但書限制之立法上似不得謂其不當然而施仁發政必先無告之民救災恤鄰寧有華洋之別事既不害公安法又何庸干涉余謂此項但書不如刪去爲妥否則亦應改爲「但扶養權利之請求爲中國法所許者依中國法」余言然乎否乎幸海內博學君子有以教正之

尤有一言上列條文之本國法係就扶養義務人現在之本國法而言故扶養義務

人若變更國籍則依其新本國法又所謂扶養係就法律上之扶養而言若爲契約上之扶養而與親屬無關者應依契約之準據法^{法律適用條}第二三條不應照本條辦理

第四節 其他親屬關係

法律適用條例第九條至第十六條雖就親屬關係及因該關係所生之權利義務分別規定其準據法然因人事關係之複雜及各國親屬法之異同僅此八條之規定不免有所遺漏例如親等之遠近及親屬會之組織是也以法律適用條例第十七條更揭親屬關係之一般準據法於左曰

前八條以外之親屬關係及因其關係所生之權利義務依當事人之本國法本條所稱當事人本國法在當事人同一國籍時固無問題若兩方國籍不同則以何國法律爲本國法律實一疑問一說應依權利人之本國法一說應依義務人之本國法一說應依當事人雙方之本國法余謂前一說皆執一偏之見後一說亦未能一般適用不如根據法律關係之性質而定一本國法爲妥蓋我國法律適用條例

所定各項準據法本採薩比尼之法律關係性質說爲立法主義（見前章）今當事人異國籍時既無特別規定自應以親屬關係之性質爲準據其適合於該關係性質之本國法適用之例如親等之範圍意大利以十等親爲準法蘭西以十二等親爲準日本以六等親爲準今就六等親以外十二等親以內之人解決親屬問題如其人爲法人應認爲親屬如爲日人不應認爲親屬也

第五節 監護及保佐

羅馬古時監護分未道婚人之監護與成年女子之監護此二種監護人又分法定監護人遺囑監護人選定監護人三類自此監護制度出而後世各國無不仿行惟其規定則各國參差不齊耳以監護之開始言法比以父母一方亡故卽得開始伊國日本非父母雙方亡故或喪失親權不能開始以監護人之人數言我國民法草案及德日民法均主用一人（但德制限於有特別理由時得設二人）法國民法許用二人以上以監護人之選任言英德由法院選任或經法院許可我國（民草一四）日本（日

法九 由親屬會選任以選定監護人之種類言英美有自選監護人由被監護人自選定經宗教法院許官選監護人有深護國中一切幼年人之責任訴訟監護人無監護人之幼年人爲被告時受訴法院爲其選任者之別其他諸國無之以監護人之順位言德日英美與羅馬法同以遺囑監護人爲先法定監護人次之選定監護人又次之我國民律草案一四一三始於法定監護人而選定監護人殿焉以監護人之監督人言日本民法定爲必須設置德國則因有監護法院之監督限於特種情形設置之以監護人之權限言日本民法規定監護人行使行親權人之權利須得親屬會同意德民法則無此限制以監護人之責任言蹈襲羅馬法主義諸國例如法國民法規定被監護人於監護人所有不動產上取得抵當權一法民法二條日本民法不認被監護人有此項權利以監護人之報酬言葡萄牙以給與爲原則荷蘭則以不給與爲原則而由法院酌定之此外關於監護之設定組織及終止與監護人之義務各國法制均有異同總之各國監護制度不論未成年人之監護與禁治產人之監護根本上有絕大異點二即親屬監護主義

與官廳監護主義是也前者以親屬爲主要機關日本民法採之後者以官廳爲主要機關親屬不過處從屬之地位此制發源於羅馬法今日英德法律採之然則監護關係有涉外情形者其準據法之應規定可恍然矣

關於監護之準據法大陸法系與英美法系所採主義絕對不同蓋大陸法系採本國法主義英美法系採屬地主義今分別說明於左

第一 本國法主義 曰監護制度所以補充親權故親權之準據法

參照法律適用條例第十條

五 即係監護之準據法所謂本國法是也至監護人與被監護人國籍不同時以

被監護人之本國法爲準因監護制度爲保護被監護人而設且能力問題既據

無能力人之本國法

參照法律適用條例第五條

則由無能力而來之監護斷無適用其他法律

之理由也此主義漢堡國際法協會決議

一八九一年

及海牙條約

一八四四年 採之

第二 屬地主義 曰監護乃一種公職公職之執行其效力不踰國境否則侵害

他國之主權實甚故不論何種監護人不得就未成年人存在外國之不動產或

動產上行使權利或職務若在外國之未成年入其身體財產有保護之必要者應於外國另行設定監護人此主義英美之習慣法唱導之

今比較二者觀之以屬地主義爲遜蓋監護係私權之一種非主權之分支而英法法系謂爲公職此學理上之錯誤也動產位置變動無常若易一地即設一監護人非惟不便抑且不能此實際上之錯誤也是以屬地主義一般學者頗多指摘即英美學者中如斐利瑪氏亦責其不當然則本國法主義其可採乎曰此主義亦非絕對之原則試揭我國法律適用條例第十八條於左以說明之

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

(1) 依其本國法有須置監護人之原因而無人行監護事務者 無人行監護事務不僅指實際無監護人而言即有監護人而其人在遠隔千萬里之外國不能對於居住中國之無能力人執行監護事務者亦包在內於此情形其監

護之開始組織及其他事項應依中國法辦理不依該無能力人之本國法辦理蓋外國監護制度實有不能施行於中國者例如德制監護人由法院選任而中國法院則無此權限是也故任居中國之德國無能力人若無本來之選定監護人執行監護事務者除依中國法辦理外別無他法不然者恐不足維持國內之公安又無以保護該無能力人之利益矣但至日後如有執行事務之監護人例如由本國法院選任而來仍應依被監護人之本國法

右列情形該無能力人之本國公使或領事得代其本國法院選任監護人參照一八九一年漢堡國際法協會決議條二一八九四年海牙條約條二可也

(2) 在中國受禁治產之宣告者 依法律適用條例第六條規定對於居住中國之外國人得依中國法宣告禁治產則因此禁治產所生之監護亦必依中國法辦理方能彼此貫徹若依其本國法以解決監護問題勢必窒礙難行不惟有害國內之公安且該禁治產人亦一時不能受監護人之保護矣

由上兩者觀之是監護之準據法應於本國法主義之原則外更設一補則焉

本國法主義之適用尙有應注意者二點(1)或謂關於監護人之能力應依監護人之本國法參照法律適用條例五條不知監護人有無監護能力實即有無監護人資格之問題此項規定仍爲保護被監護人而設故應一併依被監護人之本國法或謂被監護人於監護人財產上所取得之抵當權應依物權之準據法然此項權利係由身分關係而來與其他物權不同應仍依被監護人之本國法

致之馬羅法外國人無監護能力即外國人不得爲
羅馬人之監護人今日法蘭西之學說亦有此項

主張不知監護並非公職上已述矣故雖許外國人爲之亦於參政權無何等影響況交通發達如今日內外國人間嘗發生親屬關係若絕對不許外國人爲監護人實際上頗多窒礙此今日各國一般立法例所以皆除去此項限制也

以上說明於保佐準用之故保佐應依準禁治產人之本國法若在中國有住所或居所之外國人依其本國法有須置保佐人之原因而無人行保佐事務或在中國

受遺禁治產之宣告者其保佐依中國法例第一九條

第五章 繼承

第一節 繼承

繼承之法制各國規定不同我國分宗祧繼承以同宗同姓為限與遺產繼承不限於同姓

均得分受遺產日本分家督相續長子繼承與遺產相續平均繼承法國分正當繼承

人十二等親與變體繼承人有正當繼承人則設英國分動產繼承與不動產繼承

不動產繼承有遺囑時依遺囑辦理此繼承之種類不同也德國分繼承人為四級

第一卑親屬第二父母及父母之子孫第三祖父母及祖父母之子孫第四曾祖父

母及曾祖父母之子孫西班牙分繼承人為八級第一嫡出之卑親屬第二經母認

領之私生子第三最近尊親屬第四兄弟姊妹及其卑親屬無兄弟姊妹及其卑親

屬則伯叔父母及從兄弟姊妹即四等旁系親第五經父認領之私生子第六未經別居之

配偶人第七五等至十等之旁系親第八國庫俄國分繼承人為七級第一男子及

其卑親屬第二女子及其卑親屬第三兄弟及其卑親屬第四姊妹及其卑親屬第五異母或異父兄弟及其卑親屬第六異父或異母姊妹及其卑親屬第七其他旁系親或配偶人法國分正當繼承人爲四級第一卑親屬第二父母兄弟姊妹及其卑親屬第三父母以外尊親屬第四兄弟姊妹以外旁系親又分變體繼承人爲三級第一經認領之私生子第二配偶人第三國庫英國分不動產之法定繼承人爲二十四級第一長男及其子孫第二次男以下之男子及其子孫第三女子及其子孫^{但平等繼承}第四父母兄弟中之最長者及其子孫第六同父母兄弟中之第二以下者及其子孫第七姊妹及其子孫第八異母兄弟及其子孫第九異母姊妹及其子孫第十祖父順次至二十四級爲止至於動產繼承以死者之配偶人及其子女爲先次及於其父又次及於其母與其兄弟姊妹若無此等親屬則不分親等遠近及於其他尊親屬及旁系親若絕無血族則歸國庫所有此各國繼承之順位不同也法伊及日本繼承有單純承認限定承認及捨棄等方法德俄兩國則惟

有單純承認與捨棄不認限定承認之方法且英國之不動產繼承無論何人不得捨棄此關於繼承之承認捨棄不同也俄制父母不得承受其子之遺產祇對於子用益權得父母以外之尊親屬更無論已西班牙制品行不正之寡婦不得爲其夫之繼承人遺棄父母限於父母有癡癩病者之子女不得爲父母之繼承人日制對於被繼承人有謀害或故意詐欺強迫等行爲或將被繼承人之遺囑書偽造變造毀滅或藏匿者不得爲家督相續人法蘭西制無懷胎徵驗或出生後不能生存之子及受准死者不得爲遺產繼承人此關於繼承人資格之不同也日制遺產相續因家族之死亡而開始家督相續因戶主之死亡隱居或喪失國籍及其他事由而開始法蘭西制繼承因人之死亡或准死而開始俄制繼承因人之死亡或公權被剝奪或爲僧侶而開始此除死亡一事外關於繼承開始之原因不同也德法諸國繼承財產以多數繼承人平等繼承爲原則英國之不動產繼承則採長子主義且以男系親爲先動產繼承除死者之子女外亦非平均分配至俄國則死者之配偶人祇有不動

產七分之一及動產四分之一之繼承權此關於繼承人應繼之分不同也此外如繼承之效力繼承人之廢除及特留財產之規定各國亦皆參差不齊總之今日泰西諸國採個人主義其繼承制度以財產爲主我國及日本採家族主義其繼承制度除財產外尙有身分之重要關係有此絕大兩異點而欲世界各國採同一之繼承法則是猶緣木而求魚也於是乎國際私法上之準據法問題生矣

關於繼承之準據法就今日之立法例而論有左列各種主義試分別說明之

第一 財產所在地法主義 此主義以繼承乃取得物權之原因物權依物之所在地法故繼承不論動產不動產應依繼承財產之所在地法余謂此項主義未合繼承之性質蓋今日一般制度繼承人大抵包括承繼死者之權利義務也況繼承財產嘗有散在各地者信如此主義則各所在地一探長子繼承主義一探平等繼承主義時將以何者爲繼承人且死者之債務向何人請求履行此皆不易解決也是以此主義除門忒比特陸條約採用外學者多排斥之

第二 不動產依所在地法動產依住所地法主義 歐洲封建時代法律探屬地

主義凡諸侯所有之領土不欲因繼承而使之分割故其時繼承制度應用長子

主義而不動產依所在地法之原則遂於是乎起嗣法則類別說鳴物法人法混

合法三大法則以動產附隨於人應爲人之住所地法所支配參看前節自是不

動產繼承依財產所在地法動產繼承依被繼承人住所地法之主義完全出現

矣今日探此主義者有英美學說法荷判例及奧匈比諸國法律惜以包括的繼

承問題爲數種各別之法律所支配致發生衝突問題此其缺點也

第三 被繼承人之住所地法主義 曰被繼承人有遺囑有死亡者依其意思無

遺囑而死亡者可推定其以最後住所地法爲解決繼承問題之標準何者最後

住所地法乃被繼承人之所熟知也故繼承不問動產不動產應依死者之最後

住所地法此係德人薩比尼之說德國新民法頒行前曾採用之今日採用者則

有阿根廷民法第一條第三六二條智利民法九五條瑞士聯邦法二二條

第四 被繼承人之本國法主義 曰繼承不惟關於被繼承人且關於被繼承人之親屬若非適用其本國所行之法律必不足以保護其利益而達繼承之目的故不問繼承財產之性質如何亦不問該財產之所在地如何應依被繼承人之本國法此主義今日伊大利民法八條西班牙民法十條日本民法二五條及希臘孔哥探之上列第三第四兩主義皆以繼承有包括且一體的性質而為唯一之法律所管轄今日一般學說大都贊同我法律適用條例第二〇條曰

繼承依被繼承人之本國法

是亦採第四主義也故繼承關係有涉外情形者其一切事項皆可依被繼承人之本國法解決之惟被繼承人有重國籍或無國籍或其本國內各地方法律不同者應照法律適用條例第二條辦理又關於繼承承認或捨棄之能力問題應依繼承人之本國法法律適用條例第五條關於承認捨棄之程式應照法律適用條例第二六條辦理至關於繼承人之資格學者間有視為能力問題應依繼承人之本國法解決者

非也蓋能力依其人之本國法者即法律適用條例第五條係就行為能力而言而繼承有無資格如胎兒關於繼承視為既生兒及對該繼承人有損害行為者不得為繼承人是乃係有無權利能力即能否享之問題仍應適用被繼承人之本國法不應依繼承人之本國法

被繼承人之本國法係就繼承開始時即被繼承人死亡時之本國法而言故被繼承人於生存時有變更其國籍者其變更前之舊本國法即不適用所適用者新本國法而已

惟適用被繼承人之本國法時尚有例外情形數種(1)其本國法與內國法有反致情形者應適用內國法參照法律適用條例四條例無異國人死亡有不動產遺留於中國者因

奧國採用前述第二主義之故關於該不動產之繼承應適用中國繼承法是也(2)

繼承依被繼承人本國法之規定於繼承財產不在受此規定之適用之國土內而據其所在國法應依別項規定者不適用之此在德國民法施行法第二八條揭有

明文我國法律適用條例雖無規定然實際上之適用必得同一結果例如中國人有不動產存在奧國而死亡者因奧國採用前述第二主義之故關於該不動產之繼

承應依奧國法律是也此項情形及上述反致情形因一體酌繼承關係爲兩種法律所支配最易惹起繼承問題之紛亂然世界各國之繼承準據法既不採同一主義則此種結果萬無可免也(5)外國人存留內國之遺產除法律或條約有特別規定例如比國法律外國人死亡於比時而繼承人不明者其本國領事得依本國外通定法管理其遺產又如德日領事職務條約領事得受取遺產交諸死者之繼承人外通例由內國法院或行政官廳管理例如希臘法制希臘之法院於繼承人不在或未成年時得將遺產封印保存之又如丹麥法律外國人居住丹麥而死亡者其留在丹麥之遺產由丹麥法院管轄是也惟管理遺產之問題因關乎遺產所在地之公安應依該遺產所在地法解決又死亡於船舶內者其遺產之管理應依船舶所屬國之法律通例由船長掌管(4)歐洲封建時代外國人無遺產繼承權至於中世則有外人繼承稅所謂外國人因繼承而取得內國之財產者內國即課以一定之租稅是也參看總論第十二章此項租稅今日歐洲諸國大抵以條約廢止之然對於無條約國仍有徵收遺產稅者惟是徵收之規則關於一國之公安故不問死者爲何國人應依財產

所在地法解決之(5)無繼承人之財產除俄國有教員遺產歸於學校僧侶遺產歸於寺院等特別規定外各國皆歸國庫所有我國現行例亦然惟外國人之遺產歸其本國抑歸所在國應以國家以如何資格取得無主遺產爲先決問題薩比尼有言曰國庫取得無主遺產係以繼承人之資格取得之威司有言曰無主遺產所以歸諸國庫者爲防各人因先占而生爭奪因爭奪而害公安起見並非謂國庫立於繼承人之地位由前說則無主之外國人遺產應依死者之本國法歸其本國所有由後說則此項無主遺產關於所在地公安應依財產所在地法歸該所在地之國家所有今日一般學者均以後說爲然

第二節 遺囑

遺囑之制始於羅馬十二表法今日文明各國無不採用惜乎規定互異易生法律抵觸問題以遺囑年齡言日定十五歲德國定十六歲普奧定十四歲伊國定十八歲西班牙定男子十四歲女子十二歲此與羅馬法同以遺囑能力言日本規定禁治產人有遺

囑能力生但須合同法伊莫則規定瘋癲者不得爲遺囑德國及西班牙除瘋癲人外且規定浪費人心神耗弱人或從事特種宗教者不得爲遺囑以受遺人之資格言英國規定各種法人爲不動產之受遺人時須經國王許可伊國規定無繼承資格者不得爲受遺人西班牙規定尼寺不得受不動產之遺贈因親屬姦通或有夫姦所生之子女不得受其父母之遺贈未得公許之結社及特種宗教者不得爲一切財產之受遺人法國規定監護人對於被監護人私生子對於其父母及醫生僧侶對於垂死者所受之遺贈均屬無效以遺囑之程式言法德比日有親筆證書公正證書秘密證書三種希臘有公正證書秘密證書親筆證書言詞遺囑四種俄國有公正程式非公正程式二種公正程式必以文書向官廳或公證人提出之非公正程式由遺囑人隨意作成遺囑書俟死後提出於法院西班牙有言詞遺囑文書遺囑二種言詞遺囑須有三人到場於公證人前爲之文書遺囑由證人七人署名交付公證人爲之英國有親筆遺囑或使他人於遺囑人前爲之者以遺囑人之人數言日本民法規定二人以上不得共同立一遺囑書德國民法則許夫妻得爲共同遺囑以多數遺囑

執行人之事務言日本探過半數決議之法德國則於數人意見不同時由遺產法院裁判之以遺囑執行人之報酬言德國民法許其請求他國法律概以不許請求報酬爲原則以遺囑之撤銷言德國民法規定遺囑經撤銷後再行撤銷者前之遺囑回復其效方日本民法規定除有詐欺或強迫外不回復其效力各國法律如此歧異此遺囑之準據法所以亟須規定也

昔阿塞爾有言曰遺囑乃被繼承人就繼承問題所爲之意思表示其効力可代法定繼承之規定故繼承之準據法又可爲遺囑之準據法此項議論不得謂無理由惟繼承究係法律上之規定而遺囑則爲一種法律行爲有此差異而謂繼承之準據法可完全適用於涉外的遺囑問題亦殊不然今說明遺囑之準據法

第一 關於遺囑成立要件及効力之準據法 遺囑之成立要件指遺囑年齡遺囑能力受遺人之資格等而言遺囑之効力指遺囑効力發生之時期遺贈之承認捨棄受遺人之義務及遺囑中所載事項何者有效何者無效等而言關於此

項要件及效力之準據法學說不一甲說謂應適用財產所在地法乙說謂不動產應適用所在地法動產應適用遺囑人之屬人法丙說謂應依當事人意思而定準據法其意思不明者依遺囑人之本國法丁說謂應適用遺囑人之本國法甲乙兩說祇着眼財產關係殊屬錯誤蓋遺囑非必專就遺贈而言即使依遺囑而爲遺贈者亦不可依甲乙兩說使唯一之遺囑爲多數之法律所支配也丙說之前半以遺囑比之債權參看法律適用條例第二三條亦殊不妥獨丁說則適合遺囑關係之性質因遺囑與親屬有密切關係且受遺人及其他利害關係人亦多因遺囑人之本國法而生活故也我國法律適用條例第二一條曰

遺囑之成立要件及效力依成立時遺囑人之本國法

蓋探丁說也但該本國法有違反內國國際公安者不適用之法律適用條例一條例如西班牙以從事宗教者不許爲遺囑之規定應爲信教自由之內國所不認也

右述本國法爲尊重遺囑人之意思起見應以遺囑成立時之本國法爲準不以

遺囑人現在之本國法爲準故遺囑依成立時之遺囑人舊本國法業已具備要件者雖依遺囑人變更國籍後之新本國法或有欠缺亦於遺囑無何等影響例如遺囑人於遺囑成立時已有能力者雖依新本國法爲無能力人亦不得謂該遺囑爲無效是已惟如此解釋不免惹起困難問題蓋繼承與遺囑二者營就同一繼承財產同時行之今遺囑人變更國籍仍以其舊本國法爲準而關於同一人之繼承則以其新本國法爲據參看前節因而同一繼承財產關係有新舊兩本國法所管轄倘兩本國法互相牴觸將以何者爲準據法豈非不易解決之問題乎是以一派學者謂關於遺囑之效力寧以遺囑人死亡時之本國法爲準使與繼承之準據法兩相貫徹斯言頗屬允當一九〇〇年海牙條約草案第三條規定遺囑與繼承二者均依遺囑人或被繼承人死亡時之本國法即此旨也

第二 關於遺囑撤銷之準據法 遺囑之撤銷依遺囑人之本國法此一般學說尙同也我法律適用條例第二一條規定曰

遺囑之撤銷依撤銷時遺囑人之本國法

是亦從衆說耳惟以撤銷時之本國法爲準則遺囑人變更國籍時亦不免發生困難問題此層可參照以上之說明不復贅述

第三 關於遺囑程式之準據法 依多數立法例遺囑係要式行爲故遺囑非依一定程式不能成立今遺囑之成立要件既依本國法則爲一種成立要件之程式自非依本國法不可且徵諸法律適用條例第二六條首項但書亦應如此解釋惟該條首項前段以依行爲地法爲原則然則或依行爲地法或依遺囑人本國法當事人却有選擇之權蓋場所支配行爲之原則本有任意性質也

遺囑之程式依行爲地法亦得依本國法此爲今日各國之一般實例惟英美法系諸國關於不動產遺贈之程式必依不動產所在地法又荷蘭立法例在外國之荷蘭人所爲遺囑必用公正證書此外更有使駐外本國領事辦理者

第一部 國際商法

第一章 總論

國際商法係解決內外國商事規定之衝突或商事規定與民事規定之衝突之法則而與國際民法同占國際私法之兩大部分惟商事規定之衝突可適用國際民法之原則者頗多且自商法統一論以理據及及民商法合一論起於伊唱導以來學者有漠視國際商法之傾向於是國際商法之進步較國際民法更緩而各國所設國際商法之成文亦較國際民法爲少我國僅有法律適用條例第二六條第二項及第三條第二二條各一部日本僅有商法施行法第一二五條第一二六條此外惟有伊葡商法英德票據法及門忒比特哇條約而已然就今日實際而論不惟民商法未能合一且各國商法亦多異同之點故國際商法之研究今日尙難偏廢也第研究國際商法仍須根據法律關係之性質而分別定其準據法如左

一 商事 關於商事之規定各國法制實質上與形式上各有不同實質上之不同例如演劇行爲法國商法六三條二條視爲商事荷蘭商法則不視爲商事是也形式

上之不同例如商事訴訟法國屬商事法院管轄我國則仍歸通常司法衙門辦理或經商事公斷處判斷是也前者之準據法應以當事人意思爲準其意思不明者可依行爲地法以定其行爲之是否屬於商事（參照法律適用條例第二三條）盜商事行爲不外乎財產上法律行爲而解釋財產上法律行爲之問題應無民商事之區別也然後者之準據法則應以訴訟地法爲準例如兩造在法國涉訟應否由商事法院辦理依法國之法律判定之不然者恐內國法院編制之規定爲外國法律所左右此則有害內國之公安而大悖法律關係之性質矣

二 商人 商人之定義各國法律似無衝突情形然歐洲大陸諸國大抵以商行爲爲常業者謂之商人而商行爲之概念各國商法未能一致因而商人之資格各國商法遂不能不異其解釋此關於商人之準據法所以又應研究也

(1) 行爲地法說 曰商人之資格應依法律行爲地之法律定之然法律行爲地當事人可以隨意選擇因而商人之資格當事人可以任意左右矣

(2) 營業地法說 曰商人之資格應依營業地之法律定之至其行為之在何地可置不問然此說於甲國有本店乙國有支店之商人未易解決也

要之商人之資格乃一定涉外關係之先決問題故必依該涉外關係之準據法解決之方為適當例如因解決一定之行為是否為商行為而有定其商人資格之必要者則依法律行為效力之準據法法律適用法第二三條可也又如因解決有無商業註冊或備置商業賬簿之義務及有無商號之保護請求權而有定其商人資格之必要者則依營業地之法律可也

一 商人能力之準據法在未成年入依法律適用條例第五條規定在妻依同條例第十條規定在禁治產人準禁治產人依同條例第六條第七條規定

三 商業註冊 商業註冊之事項及其效力並程序均依營業地法決定之蓋關於此等事項之規定以營業地為前提故也

四 商號 商號係一種財產權且固著於營業所故為營業地法所管轄猶之物

權爲其目的物之所在地法所管轄也至商號轉讓之問題亦依營業地法

五 商業使用人 商業主人與使用人之關係與雇傭無異故爲法律適用條例

第二三條所管轄但商業使用人對第三人之權利義務應依營業地法蓋商業

使用人常在營業地而第三人又信營業地法所定權限而與之交易也

六 代理商 本人與代理商之關係與委任契約無異故亦爲法律適用條例第

二三條所管轄但本人與第三人之關係應依代理商之營業地法

世界商法惟我國商人通例^{第六〇條}以下及德日商法有代理商之規定此外諸國則

無之故關於代理商之法律衝突問題惟發生於我國及德日之三國間而已

第二章 公司

第一節 外國公司之認許

據我國公司條例^{第三條}凡商業公司均認爲法人然外國法律有不認無限公司及

兩合司公爲法人者亦有認爲法人者前者例如德國法律後者例如法國及日本

之法律是也凡外國之商業公司依其本國法既非法人者內國自毋庸研究其有無人格之問題然依其本國法有法人資格者則在內國是否亦有此項資格學者間頗多爭論參無德論第一二章第三節第一款惟考之近世一般法制大抵外國公司在內國取得人格者以條約訂定或經內國法令認許爲必要試將各國法制揭諸左端

(1) 普爾士 外國法人非經主管官廳許可不得在普爾士行鑑定之營業但國際條約有特別規定者不在此限此一八六一年法律第一八條規定也

(2) 法蘭西 外國之兩合公司無須何等條件得在法國營業此外以股份組織之外國公司非受其本國政府許可並其所屬國與法國有特別條約或經法國認許者不得於法國取得營業之權利

(3) 伊大利 外國商業公司合於伊國商法第二三〇條至第二三二條之規定者不論該公司如何組織均得在伊國內自由營業至外國民事公司則分二說一說非經伊國法令認許者不得在伊國行其業務一說伊民法第三條「外國

人與伊國人享受同種私權」之規定應包括外國法人而言故外國民事公司在本國已取得人格者亦得在伊國內享受營業之權利

(4) 奧大利 外國之股份公司除保險公司外合於(1)公司創立地認其存在且營業正當(2)因相互主義其所屬國許可與國同種之公司在該國營業(3)外國公司之目的不害與國利益并不抵觸與國關於商事之立法原則等條件者奧國認許其人格並得如奧國之同種公司在奧國內行其業務

(5) 丹麥 外國之銀行保險公司船舶公司及其他股份公司如能遵守丹麥國之普通法律者許其在丹麥國內自由營業但外國公司欲在丹麥設置支店者應向丹麥官廳註冊並遵守公司之同一規則

(6) 英吉利 英國政府與外國政府關於公司營業之條約頗多然英國國內並無禁止外國公司營業之規定故外國之無限公司兩合公司及股份公司英國均認許其在國內營業而不加以何等特別條件也

(7) 合衆國 外國商業公司均得在國內營業惟關於公司之事項通例不隸中央政府管轄而專歸各州政府辦理故依各州之法典外國公司嘗有受其限制並被其州內官吏之檢查監督者在人壽保險公司及其他保險公司尤甚

(8) 日本 依日本民法第三六條規定外國商業公司日本認許其成立且既被認許者與在日本成立之同種公司享受同一私權但外國人不得享受之權利及法令或條約中有特別規定者不在此限

至若我國關於外國公司現行例無何種特別規定惟查大理院判例外國洋行在中國不認爲法人民國七年上字第一一五八號又依法律適用條例第三條外國法人經中國法認許成立云云是除在中國之洋行外其他外國商業公司我國未嘗不認其有人格但以其在本國取得法人資格爲前提條件故如日本之無限公司兩合公司及股份公司在我國可享有人格而德國之無限公司兩合公司在我國則不能爲權利主體也或爲可視爲夥合但亦須有明文規定者余爲認許外國公司無非爲交易上便利起見然苟

濫行認許反於吾國多不利其間如外國保險公司紙煙公司較之他種公司其影響於吾國經濟社會者頗大似應於認許之中加以適當之限制所惜吾國國力薄弱且碍於領事裁判權之存在欲不認許而不得欲加限制更不能也

第二節 公司之國籍

依法律適用條例第三條規定外國商業公司有應適用其本國法者願欲適用其本國法當以確定該公司之國籍爲先決問題蓋今日文明進步交通發達一國之商業公司曾有設本店在自國而支店設在他國者亦有事務所在甲國而營業中心地在乙國者甚至航海公司鐵道公司等或營業跨連數國或數國共同營業一旦欲區別其爲何國公司頗屬不易於是公司之國籍問題亟應研究焉研究公司之國籍學者間見解不一有主張東國籍說有主張據法說有主張立地說有主張營業中心地說有主張事務所中心地說即本店所在地說其詳細說明已見總論第十章第三節第二款茲不復贅此外尚有唱認許說者謂公司應以認許其設立之

國爲其本國又有唱股份募集地說者謂公司應取得股份募集地之國籍此說適用於
股份公司但據我國公司條例第四條云公司以其本店所在地爲住所又法律適用條

例第三條云外國法人經中國法認許成立者以其住所地法爲其本國法是我國
立法主義係採本店所在地說然則關於公司之涉外法律關係應依其本國法解
決者即依其本店所在地法解決之可也惟依公司條例第九八條第二項本店所
在地若未載入章程中得由創立會或股東會補足之由此規定則於股份公司成
立後其本店所在地補足以前該公司不免無國籍矣

第三節 外國公司之權利

外國公司之權利可分一般權利與特別權利言之一般權利即外國公司是否得
爲權利主體之問題關於此層我法律適用條例雖無明文然就學理上而論應依
其本國法解決之故其本國法認該公司爲法人者在內國亦爲權利之主體否則
卽不認其有一般權利能力也至特別權利卽外國公司在內國享有何種私權之

問題關於此層我國現行例規定亦殊不備惟據民國三年所頒公司保息條例第四條規定凡得呈請保息者以中國人民依中國法律新成立之公司爲限似乎外國商業公司無向我國政府呈請保息之權利又據前清民律草案第六六條第二項規定經中國認許成立之外國商業公司與同種類之中國商業公司有同一權利能力但依法令或條約不得享受之權利及外國人不得享受之權利不在此限此項規定雖未經頒布施行要亦可作爲條理適用之然則土地所有權及國立銀行股票之買賣權外國商業公司固不能享受矣

參照中國銀行則例
交通銀行則例

外國商業公司享受如何特別權利之問題學者間有謂爲保護法人起見應依其本國法解決者亦有謂爲維持內國公益起見應依內國法律解決者查日本現行法制凡在日本有支店或代理店之外國公司皆爲日本商法或其他特別規程如例所管轄蓋採內國法主義也我國現在雖無特別明文然據以上之說明亦日本保險業法可預料將來必採內國法主義余謂外國公司享受權利之範圍若專依本國法主

義固不冤害及內國之公益又若專據內國法主義亦不免使外國公司之權利不確定因各國法律不同之故不如採法律關係準據法主義較為適當參照前國法第二章第二節第二款例如甲國公司在乙國是否享有不動產所有權之問題發生於我國者我國法院依不動產所在地之乙國法解決之頗能適合法律關係之性質也

第四節 不爲內國認許之外國公司

不爲內國認許之外國公司在內國絕不生權利問題此極明瞭者也然爲保護該公司利益並維持內地生活之安固起見此項外國公司亦未可徑視爲無人格者是以一八九二年國際法協會決議第一條云依本國法已成立之股份公司無須有何項認許得出訴於他國法庭一八六三年法國大理院判例以內國不認有人格之公司視爲事實上公司內國人仍得對該公司起訴德國民法施行法第十條於無人格之外國社團準用夥合之規定不啻唯是十八世紀以來英國許一切外國公司得在其國內之法庭爲原告或被告一八五五年比利時之法律認法國之

商業公司有當事人權力一八六二年之英比條約英國之一切商業公司均得在此國爲原被告凡此者既無害內國之公益又可免內國人之不利也

第六章 票據

國際商法中今日學者最注意者厥爲票據及海商二種惟涉外票據自一八八五年國際法協會討論統一法則以來中間經過海牙會議一九〇一年及火奴魯魯會議一九二二年世界各國間不久將有一致施行之法則參照本講義第一編第五章然而今日者各國票據法互有異同尙待國際商法以資解決而免抵觸此英德瑞士丹麥匈牙利諸國法律所以有關於國際票據之規定也國際票據卽票據行爲當事人之國籍不同及票據行爲地在外國之意今日所謂外國匯兌卽國際票據之一種也

第一節 票據能力

凡人能獨立以法律行爲負擔票據義務之資格謂之票據能力關於票據能力之規定各國法制不同例如西班牙葡萄牙凡非商人不得負擔票據義務然英德奧

及瑞士則凡有行為能力者均有負擔票據義務之資格又如法國商法三條妻不得於匯票署名英美及俄國妻不負擔票據義務然德奧伊諸國則有商事能力之未成年入及妻有負擔票據義務之能力如此法制不同此票據能力之準據法所以不可不定也票據能力之準據法學說及實例凡有左列四種主義

第一 住所地主義 曰行為能力依住所地法故票據行為之能力亦應依住所地法此薩比尼斐哇萊威司諸氏所唱也然住所衝突時未可適用屢述之矣

第二 本國法主義 曰行為能力依本國法故關於票據行為之能力不問其行為地及行為當事人在何國並不問其行為當事人爲出票人爲裏書轉讓人爲讓受人爲持票人爲受票人爲保證人均應依其人之本國法此法國一般學者之說也然荷絕對依本國法易使內國人受意外之損害何者票據行為貴乎迅速內國人往往不及調查異國籍之票據當事人之有無能力也

第三 行為地法主義 此主義係英美學者所唱且其實際上亦適用之顧行爲

能力之準據法英美法系本採住所地法主義今於票據行爲之能力獨採行爲地法主義者以票據關於經濟社會頗大若必依相對人之住所地法或本國法而調查其能力始與之爲票據行爲則事太迂遠適足以阻礙經濟之流通也然此項主義亦非完全無缺蓋恐依本國法有能力之人反致免除票據義務耳

第四 本國法主義發行爲地法主義 曰關於票據行爲之能力依當事人之本國法但外國人依本國法無能力因而害及內國人之私益者應依行爲地法此主義唱始於德國卽其票據法第八四條所謂「外國人依本國法無票據能力而依德國法有票據能力者其在德國所引受之票據義務仍應負擔」是也余謂此項主義就保護內國人一層觀之甚善然以本無能力之人一出國境忽視爲有能力此則既悖法律屬人之原則且背內外人平等之主義矣

上例四者第三主義爲日本商法施行法條一、二、五所採用第四主義爲匈牙利票據法第九條瑞典票據法第八條瑞士債務法第八、二條塞爾比商法第一、六及一八八五年

比國部留薩耳國際法高等學會即國際法協會所採用返觀我國現行例無關於票據能力準據法之特別規定願按行為能力之性質民事行為與商事行為應無分別故準據法管適用條例凡票據能力之關於年齡者可斷定其採第四主義法律適用條例五條關於妻者可斷定其採夫現在之本國法主義法律適用條例十條也

第二節 票據行為之程式

票據行為之程式各國規定亦異例如德日那威瑞奧瑞士諸國法律票據須記載票據之文字而法比英美則不必記載英國得發行無記名之票據而德國法律則全不認之法伊及日本票據須記明出票之年月日及票金支付地而英法則不記明是也此外關於票據之裏書英國祇須裏書人署名即生效力而法國則除署名外尚須其他要件關於票據之保證德國法律須為票據上之宣示而法國與日本得以票據外之書狀為之關於票據上印紙之貼用英國以不貼印紙之票據作為無效而德國及其他諸國法律則科以一定罰鍰無害票據之效力票據行為

之程式各國如此歧異此在票據法則統一以前自應有準據法之規定也

關於票據程式之法律抵觸問題今日學說及實例愈以場所支配行爲之原則解決之故票據行爲之程式不問該行爲當事人之國籍與居住所在應適用行爲地法一八八五年國際法高等學會(即國際法協會)之決議曰

匯票及期票之程式依出票地法但裏書受票及保證之程式依爲此等行爲之各地之法律

蓋採行爲地法主義也故票據之程式依行爲地法而有效者不論至何國均應認爲有效依行爲地法而無效者不論至何國亦不生票據之權利義務關係例如票據裏書人在德國祇以署名將票據轉讓他人者雖至法國亦屬有效而在法國祇以署名將票據轉讓他人者雖至德國尙不生轉讓效力又如德國人在英國出票而不貼印紙者英國及其他第三國均不認爲有效然英國人在德國出票而不貼印紙則德國及其他第三國不得違認該票據爲無效力是也惟場所支配行爲之

原則其性質係任意的而非強行的屢違之矣故票據之行爲地雖在外国而行爲當事人同國籍者亦得依其本國法所定之程式關於此層德國票據法第八五條匈牙利票據法第九一條瑞士債務法第八二二條日本商法施行第法一二五條第二項均有明文規定茲將德國票據法第八五條揭諸左端以資參考

內國人^德對於內國人在外國爲負擔票據義務之宣言者祇合於內國法所定之要件即不失票據之效力

至於我國關於票據行爲之程式無特別準據法之規定惟法律適用條例第二六條之準據法應包括民事行爲與商事行爲而言故依該條首項規定足見我國現行例亦依一般立法主義以行爲地法爲原則以行爲本體之準據法爲例外也行爲本體之準據法即法律適用條例第二三條所謂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是已

第二節 票據行爲之效力

票據行爲之效力卽票據上之權利義務是也票據上之權利卽讓受人或持票人向付款人請求支付或受支付拒絕後向出票人或保票人或保證人請求償還之權利是也票據上之義務卽出票人保證人關於償還或收回票據之義務付款人關於支付之義務及持票人於受支付拒絕後因保存票據上權利所必要之義務是也此等權利義務各國法律大抵一致然關於讓受人持票人請求權之行使及其保存票據上權利之行爲例如作成支付拒絕證書之日期與期間償還請求之通知票據之時效期間償還訴訟之提起遲延利息之請求及天災不可抗力是否爲消滅遲延責任之原因等規定則各國參差不齊於是乎法律抵觸之問題以生而準據法亟應規定焉關於票據行爲效力之準據法學者間有左列三說

第一 支付地法說 曰票據之本旨在支付票款故票款支付地爲票據契約之中樞而票據契約之當事人必皆注目於此地之法律此票據上之權利義務所以應依票款支付地法也然票款支付地非必自始一定不易且以數地爲支付

地者亦數見不鮮自不得推定票據當事人有依據支付地法之意思

第二 當事人意思說 曰票據亦一種法律行為故因票據所生之權利義務問

題應依當事人意思以定其準據法當事人意思不明者同國人固依其本國法

異國人固依票據行為地法此說今日最有勢力且實例上亦多採之

第三 折衷說 此說以票據上之權利義務問題應依出票地法與各票據行為

地之法律決定之一八八五年國際法協會決議曰一匯票期票及其裏書受票

與保證之效果限於不簽署名人能力之規定者依為此等行為之各地之法律

但出票以後行為之效果不得超過出票地法所定之效果一蓋主斯說也余謂

出票地亦票據行為地之一種自不必與行為地分別立言

我國現行例下關於票據上之權利義務無特別準據法之規定惟就法律適用條

例第二三條而論是亦採第二說也故票據當事人得隨意選定準據法以定其行

爲之效力若當事人意思不明者在同國人固不論持票人與出票人間關係或持

票人與付款人間關係或持票人與讓受人或保證人間關係或出票人與付款人間關係或裏書人與讓受人間關係均各依其本國法在異國人間則依各種行為地法例如出票人之義務依出票地法票款之支付依支付地法如付現或現貨無地票據之轉讓依裏書地法保證人之義務依保證契約地法是也

第四節 行使或保全票據上權利之行為程式

行使票據上權利之行為程式例如持票人因請求支付將票據呈示於付款人所要之程序是也保全票據上權利之行為程式例如持票人因證明票據之呈示使付款人作成支付拒絕證書或對償還義務人通知償還之請求等所要之程序是也參照日商第四六六條次項第四六七條次項第四七二條次項第三八七條次項等關於此等行為程式之準據法我國法律適用條例有特別之明文規定即該條例第二六條第二項曰

以行使或保全票據上權利為目的之行為其程式不適用前項但書規定

是也所謂不適用前項但書規定即其程式應依行為地法之意德國票據法第八

六條日本商法施行法第一二六條及英法荷瑞士諸國法律均有與此同種之規定然則我國與此等諸國關於國際商法亦不無統一之處矣

行使或保全票據上權利之行為程式所以必依行為地法者固行爲地法最易證明此等行爲且此等行爲非依行爲地法之程式不能爲之故也倘如拒絕證書之作成日本商法須以男子在場作證而法國則無此限制又如作拒絕證書之日期德國不許於一般休息日爲之而法國亦無此限制今適用行爲地法之原則則在法國以女子爲證或於星期日所作之拒絕證書德日亦應各認爲有效焉

第五節 無記名證券

無記名證券本不屬於票據之範圍茲爲參考起見姑將其準表法說明之

無記名證券之準據法學者固主張不一有主張債務人住所地法說者有主張行地法說者有主張債務人本國法說者一九〇四年萬國國際法學會主席此說第就其法律適用條例而論應以債權本體之準據法爲準法律適用條例第二三條故涉外的無記名證券依當事人

意思定其適用之法律若當事人意思不明者在同國人間依其本國法在異國人

間依法律行為地法即證券發行地之法是但無記名證券於債權之效力外更有物權之效

力者例如貨物棧單無記名股票公債等應依物權之準據法法律適用條不得以當事人之意思為

準蓋此項無記名證券既有物權關係之性質且固所在地之公安例如我國各省

發行之獎券是也然如船上提貨單應依船籍國之法律法律適用條例第二二條

次就無記名證券之占有喪失問題述之蓋無記名證券中有所謂交易所證券者

最具流通之性質此項證券之所持人如因過失或竊盜及其他原因喪失證券之

占有而轉讓至於外國致為該國交易所之買賣目的物者則易生左列二問題

一、喪失證券人向債務人請求本利或使其供相當之擔保者其準據法如何

二、該證券為外國交易所所買賣而喪失證券人欲收回者其準據法如何

一九〇四年萬國國際法學會關於第一問題議決依債務人之本國法關於第二

問題則有主交易地法說者有主被告之住所地法說者有主無記名證券發行地

法說者議論叢生。衷一是奉之決議如左

發行無記名證券之債務人不論屬於何國如該證券已在禁止收回之國爲交易之目的者雖喪失證券或行使收回權時該證券尙在允許收回之國嗣後喪失證券人不得更請求收回

無記名證券已在允許收回之國爲交易之目的者雖請求收回時該證券在禁止收回之國仍許喪失證券人收回但對於合法取得此項證券者不在此限

依我國民事訴訟條例規定^{第六五三條}以下喪失證券人得依公示催告程序使該證券

歸於無效而證券之取得人如不於期限內呈報權利及提出證券將喪失證券上之權利然則關於無記名證券之占有喪失我國國際私法上生左記之問題

一、因喪失我國所發行之無記名證券而爲除權判決者對於外國之善意取得人有無效力 就內國判決之效力不及於外國之層而論似應認該外國人證券上之權利然如此辦理未免使我國之債務人爲兩重之支付 例如商業公司對於喪失無記

名股票之我國股東並對於取得該股票之外國人均承認其權利而大害我國之公益故權衡利弊自以專保護喪失證券之我國人之利益爲宜

- 二 外國之除權判決對於我國之善意取得人有無効力 外國判決之効力不及於我國故我國之善意取得人不問無記名證券之發行地何在應保護之
- 三 執有外國發行之無記名證券者喪失證券時是否可向我國法院聲請公示催告 就內外人私權平等主義而論外國人之私權與我國人同故保存此項私權之方法得與我國人同樣行之但依我民事訴訟條例第六五四條規定其證券所載履行地須在我國或證券發行人須在我國有普通審判籍

第四章 海商

國際海商與國際票據同爲國際商法上之二大問題商業發達如今日若各國間無統一之海上規則未免釀成商事之停滯而發生意外之交涉是以近年以來各國屢開會議研究海商法統一問題例如一九〇六年柏林萬國國際法協會_{內有}共同

海損問題 一九〇九年不列門第九次萬國海法會議及部留塞耳第三次海法統之研究案 一九一二年巴黎第十次萬國海法會議是也嗣後關於海商之會議尙復一會議一九一二年巴黎第十次萬國海法會議是也嗣後關於海商之會議尙復不少然而今日各國間所共同施行者不過門忒比特時條約關於海商之規定約克安德華浦 York antwerp 關於海損之規則此規則行於各國航海業者間及其他少數條約此外之統一法則未見實行且即實行亦惟少數之國而已然則今日各國之海商法尙難免衝突問題而國際私法上亦應有海商準據法之規定矣

第一節 船舶之國籍

國際商法上適用船舶之本國法者頗多船舶之本國法卽其國旗所屬國之法律故又名國旗法或船籍國法第欲適用船舶之本國法應先研究船舶之國籍

第一主義 船舶所有人全體係自國人者該船舶有自國國籍此主義英德伊日本採之但依伊國商法外國人在伊國居住五年以上者亦得爲船舶所有人

第二主義 船舶所有人之一定人數係自國人者該船舶卽取得自國之國籍此

主義法蘭西奧大利及瑞典諸國採之

第三主義 船舶所有人之全體及船員之一定人數係自國人並在自國製造者該船舶有自國之國籍此北美合衆國所採之主義也

關於船舶之國籍世界各國法制如此不同故其間衝突問題亦無可免例如有德美二國國籍之人取得在美國製造之船舶所有權者其船舶亦有二個國籍所謂衝突又如德國之全體船舶所有人均喪失其原有之國籍者其船舶亦無國籍所謂衝突是也此等情形於應適用船舶本國法之法律關係當以解決該本國法爲先決問題余謂船舶之國籍衝突與自然人之國籍衝突無異若船舶衝突問題發生於我國者不妨依法律適用條例第二條之規定而決定其本國法也

第二節 船舶之資格

船舶資格之發生及消滅依船舶之本國法定之故依內國法雖無船舶資格而其本國法認爲船舶者內國亦應認其爲船舶又依內國法雖有船舶資格而其本國

法不認爲船舶者內國亦祇認爲普通動產而已抑船舶之資格問題法律上頗而重大關係例如一國領海內所沉沒之船舶若繼續有船舶之資格則該船舶之物權關係爲其本國法即國旗法所管轄若失去船舶之資格而爲普通動產則物權關係爲其所在地法即領海所屬國之法律所管轄而從前存在船舶上之物權效力是否及於此項動產之上亦依其所在地法定之。參照法學通則第二條

沉沒於公海之船舶依其本國法失去船舶之資格者其從前存在船舶之物權歸於消滅而該船舶則爲無主物矣

第三節 船舶上之物權關係

船舶上之物權關係即船舶本身上物權之種類及其內容物權得喪之原因及其程式船舶債權人之追及權先取特權及其順位船舶共有人間之法律關係等是也此等物權關係各國規定不一例如船舶之被保險額據法國商法及日本舊商法因船舶之沉沒即移轉於船舶抵當權人而英國則否認此項制度也

關於船舶上物權之準據法從來學者多主訴訟地法說至於近世則此說歸於消滅而船舶所在地法說與船籍之本國法說即國旗法說出焉

一 船舶所在地法說 曰船舶與一般動產同一性質動產上物權依動產所在地法故船舶上物權應依船籍所在地法夫以船籍視同動產固不得謂非正當然法律關係發生時之船籍所在地不易確定且公海上之船舶有所在地而無所在地法若必依所在地法以定船籍之涉外關係非惟困難抑且不能或謂船籍港所在國可視為船籍所在地此說似也不知物權依所在地法之原則係就所有體物現實存在其地者而言而船籍之位置常變轉不定自不得以船籍港所在地即視為其現實存在之地此船籍所在地法說之所以不妥也

二 船籍之本國法說 主斯說者論據不一或謂船籍如人之有國籍有姓名有住所即船籍港人之身分依其人本國法故船籍上物權應依船籍之本國法或謂船舶可視為領土之延長物領土內既受一國主權之支配則船籍即應為國本主

權所管轄故船籍之物權關係應依其本國法不知以船籍比之人固屬錯誤而以船籍視為領土之一部亦極可說船籍在公海或外國領海時而言此兩種論據均非妥洽於是一般學者遂有第三說據以為船籍固乎本國之經濟且其法律關係及其利害關係人又多以本國為中心例如船籍債權人船籍所有人及其他取得船籍上物權之人大都住居船籍之本國故船籍上物權之種類効力及其得喪之原因與程式等均應受其本國法管轄或曰船籍之本國國旗之表示及船籍國籍證書之信置固易查考而船籍之本國法則外國人不易查考此說固可適用然領事制度發達如今日當無慮此矣

以上二者今日學者均以第二說為當一八八八年部留塞耳商法國際會議第一條曰(1)船籍上所得設定之各種物權(2)物權之取得移轉及其消滅之方法與程式(3)追及權之存在行使及其消滅之要件(4)船籍上之先取特權及其順位均依國旗法決定之又葡萄牙商法第四八八條曰關於船籍所有權及船籍上先取特

權抵當權之問題以權利取得時船舶所有之國籍地法支配之關於運貨及貨物上之先取特權亦同蓋皆採第二說也我法律適用條例第二二條第一項但書云但關於船舶之物權依其船籍國之法律是亦表明船舶上物權應依船舶之本國法不適用物權依所在地法之原則例如船舶之本國既有抵當權設定者若該船駛至我國更設定抵當權則其權利之順位依其本國法決定之是也又依我法律適用條例第二二條款規定船舶上物權之得喪亦應依其本國法

船舶變更國籍時舊本國法所認之船舶上物權於新本國法下是否有效學說有二一說舊本國法所認之物權係既得權應繼續有效一說舊本國法所認之物權爲新本國法所不認者當然消滅其效力惟爲保護利害關係人之既得權起見應採前說此猶甲所在地之動產上物權移至乙所在地亦應認之也

船舶之租借關係與民法上之租借契約同一性質故其準據法可依法律適用條例第二三條解決之但因租借而生物權關係者仍應依船舶之本國法

依前述商法規定似乎在船舶內之動產上物權亦依船旗之本國法不知船旗上之物權問題與船舶內之動產上物權問題本有區別船舶上之物權不論其船在公海與在他國領海或其港內均依其本國法例如出售在法國港內之美國船者關於該船所有權移轉之公示方法應依美國法律若出售在美國港內之法國船則公示方法應依法國法律矣然船舶內之動產上物權其船在公海時固其本國法與所在地法一致故雖適用船旗之本國法其實即適用動產所在地法又船在他國領水時則以領水所屬國之法律作為動產所在地法適用之

第四節 船舶上之債權關係

甲 由法律行為所生之債權關係

第一 運送 運送有物品運送與旅客運送二種物品運送不論由傭船契約而來或由傭品運送契約而來要皆為一種承攬契約關於此項契約之準據法今日有三大主義一船旗之本國法主義英國行之二船旗到達港主義德國採之

三契約地法主義法伊兩國採之我國現行例關於運送無準據法之特別規定惟運送既爲一種承攬行爲其準據法自可依法律適用條例第二三條決定之故運送當事人得隨意選定其準據法若未經當事人選定者在同國人間依其本國法在異國人間依契約地法其詳更參看以後陸上運送之說明

運送有海上運送與陸上運送此二者通常分別爲之然亦有以一運送狀而爲海陸之運送者此項運送雖由於同一契約而運送之權則異故海上運送與陸上運送應各依其獨立之準據法不得適用運送運送之法則也

關於運送之免責約款今日通例大抵認爲無效例如留塞耳國際法協會議決第二條規定關於擔保船舶航行力之義務船貨保管及引渡之義務船員及其他使用人之重大過失不得以特約免其責任是也然船上提貨單之證據力及其程式與發行之時期等與運送契約有關應依運送契約之準據法

至於旅客運送雖與物品運送異其目的然皆爲承攬契約故其準據法亦同

第二 保險 保險有海上保險與陸上保險陸上保險俟後說明茲單述海上保險關於海上保險之制度世界萬國中有全不認者即認此項制度之各國其規定亦不一致例如德商法七比商法一伊商法六美判例及日本商法三得以此送金爲保險之目的然法國則禁止之商法三又如法國商法三及日本商法六被保險人得因船舶修繕之不能將保險之目的交付於保險人而請求全部保險金頗然德國則不認之此外關於交付之要件重複保險之規定各國法律亦有異同此海上保險之準據法所以亟應研究也

保險係一種契約學者間僉無異詞且各國立法上亦有明文例如日本商法三八四條惟既爲契約則其準據法當然可適用法律適用條例第二三條之規定無待法律另有明文故保險之準據法當事人得隨意選定之若當事人之意思不明者同國人間依其本國法異國人間依保險契約成立地法此各國實例皆然即一八八五年安德華浦國際會議亦認之惟保險契約成立地未能一定依美國判例以

保險公司本店所在地爲準其在支店所在地或其他之地例如保險公司派出之夥友赴外國與相
對人爲保險契約之時爲保險契約者則以該地爲保險契約成立地

委付之準據法自與保險契約之準據法無異但其程式應依行爲地法法律例
第六條又被保險人因共同海損直接受害時保險人應否填補損害之全額抑祇填補共同海損分擔人之分擔額以外之餘額依保險契約之準據法定之

第三 船船利害關係人間之債權關係，此即船船所有人共有人船長及其他船員對於第三人或其相互間所生之關係也茲一并說明於下

船船所有人之責任依船船之本國法此與船船上物權依其本國法同一理由也但船船所有人之委付行爲程式應適用場所支配行爲之原則依行爲地法或依行爲效力之準據法參看法律適用條例第二六條又爲隔地之委付者以發委付之通知地爲行爲地蓋委付亦一種單獨行爲也法律適用條例第二三條三項
船船共有人相互間之關係依船船之本國法例如關於船船利用之議決權損

益分配之關係等是也至船舶共有人與第三人之關係亦依船舶之本國法但當事人於船舶之本國法所許範圍內隨意選定準據法亦可

船長職務上之行爲及不法行爲依船舶之本國法其職務外之行爲或不法行爲依法律適用條例第二三條或第二五條之準據法又船長之代理權亦依船舶之本國法但船舶所有人與船長之相互關係得於船舶之本國法所許範圍內自由選定其準據法

船長以外之船員與船舶所有人之關係亦依船舶之本國法此基於航海之必要而來也但仍得於船舶之本國法所許範圍內隨意將準據法選擇之

乙 由不法行爲所生之債權關係

茲所謂不法行爲就船舶之衝突而言船舶之衝突有在一國領水內衝突者有在公海衝突者衝突之地點既異則其準據法亦有區別在一國領水內衝突時不問船舶國籍之異同且不問其是否有領水所屬國之國籍均依領水所屬國之法律

此學說僉同而各國實例亦一致也一八八五年安德華浦國際會議之宣言曰

船舶在一國之港灣河川及其他內水衝突者依衝突地之法律

又一八八八年羅山國際法協會之決議曰

船舶在一國內水衝突者不問何國籍船舶間或異國籍船舶間所有損害賠償之責任起訴之期限法院之管轄及其他權利保存之程序悉依內水所屬國之法律決定之其在一國領海內衝突者亦同

蓋皆採此主義也我法律適用條例第二五條所稱國不法行為發生之債權依行為地法者亦屬之至船舶在公海衝突時則無不法行為地法（即無領水所屬國法）可以適用於是學者之間議論叢生且因船舶國籍之異同而分別見解同國籍之船舶在公海衝突者阿塞爾氏謂應依訴訟地法因此時外國法無可適用法院不得不依自國法判斷也英美之判例及德國民法施行前之大理院判例亦皆同此主張然訴訟地不能一定原告既得任意選擇有利於己之地以起訴被告亦

得預先選擇有利於己之地而遷移其管轄於是訴訟地法說遂爲一般學者所排斥而船籍之本國法說出焉船籍之本國法說係里查康法人賴特萊等所唱而一八八八年羅山國際法協會之議案及葡國商法商法第六七四條第二項云同國籍之船在公海衝突者依其本國法之各有明文且今日一般學者對於此說亦皆無異詞也至異國籍之船籍在公海衝突者則學說不一試舉於左以資參考

一 訴訟地法說 此卽阿塞爾之說蓋阿塞爾嘗謂公海上之船籍衝突不論其國籍是否異同均應依訴訟地法解決也然此說之有弊無利上已述矣

二 萬國共通海法 *Droit Commun maritime* 說 曰異國籍之船籍在公海衝突者其衝突地不屬於何國家其船舶又無共同之本國若任擇一國之法律適用之甚不適當不如適用萬國共通之海法爲妥美之判例於無反證時以法庭地法推定爲共通海法之發現及一八八一年英之海事法院關於英船與西班牙船之衝突事件適用一般海法蓋近似此說也然此說究屬理想之談匪特共通

海之渺茫可不捉摸即使有之法律亦不生衝突矣

三 被衝突船之本國法說 曰被衝突船即加於受害以前惟豫期本國法所定

範圍內之賠償而衝突船即加因自己行爲所生之結果又應負擔責任故異國

籍船在公海衝突者應依被衝突船之本國法若異國籍船舶間有混合的衝突

Abortage mixte 即雙方船舶均有過失時或疑問的衝突 *Abortage douteux* 即不明出於何方船

失時 者則依二國法律中之一般原則及萬國共通海法此特加爾劍之說也

然其所謂依萬國共通海法一層則與前說同一缺點

四 衝突船之本國法說 曰衝突之一種不法行爲係在衝突船即加內爲之而

不法行爲地即衝突船之本國故應依該船之本國法以解決衝突問題此說蓋

適用不法行爲依不法行爲地法之原則參照法律適用條例第二五條而爲一八九二年杰諾

埃國際會議所採用即其議決案所謂以有過失之船舶之本國法爲衝突之準

據法是也余謂兩船均有過失或不明出於何方過失時此說未易適用

五 衝突船與被衝突船各該本國法說

即雙方國
法說

曰異國籍之船舶在公海衝

突者爲公平保護兩方當事人起見自應依兩方船舶之各該本國法決定之但被衝突船不得要求其自國法所認之範圍以外之賠償此多數學者之見解而門忒比特哇條約及一八八八年羅山國際法協會與同年部留薩耳國際商法會議一八八五年安德華浦國際會議及荷國商法第六七四條第三項均採之茲示例於左

一八八八年羅山會議議案 異國籍船在公海衝突者應適用原告船與被

告船各該本國法但原告船依其本國法無請求權之部分不得主張之

葡國商法第六七四條第三項 異國籍船在公海衝突者依雙方國旗法定義務之負擔但自己國旗法所認之範圍以外之權利不得要求

本說亦非完全確當之論阿爾鳩衣氏賞批評曰異國籍船舶在公海衝突者如適用雙方法律則因雙方法律之限制必生異樣之解決例如疑問的衝突時所

有損害金額依法國商法第四〇七條以平等分配之依荷蘭商法第五三八條按船舶之價格以比例分配之今使兩國船舶間有疑問的衝突情形而法船之價格爲二萬元荷船之價額爲四萬元其損害額爲九千元則依法國法律各船應負擔四千五百元依荷蘭法律荷船應負擔六千元法船祇負擔三千元信如雙方國旗法云云則法船所有人得拒絕三千元以外之支付荷船所有人得拒絕四千五百元以外之支付何者荷船對於法船之請求不得超過荷蘭商法所定之金額法船對於荷船之請求亦不得逾越法國商法所認之範圍也然則其餘額一千五百元既無可準據之法律亦再無負擔之人矣

據上說明五種學說無一完美此阿爾鳩衣所以希望船舶之衝突問題國際間有統一之法則也余謂短中取長審以第五說爲妥

以上所述係就商船與商船之衝突而言至商船與軍艦之衝突亦適用之蓋軍艦雖不受海商法之支配然關於購入燃料飲食料之法律行爲則與商船無異故因

軍艦與商船之衝突所生之損害賠償問題國家不能究其責任也

丙 由事務管理所生之債權關係

此指船舶救助之問題而言船舶之救助亦有在一國領水內爲之者有在公海爲之者茲就此兩種情形分別說明其準據法於左以下所述於人命之救助亦適用之

(1) 在一國領水內爲救助者 此時不問船舶國籍之異同亦不問是否爲領水

所屬國之船舶應據法律適用條例第二四條規定依領水所屬國之法律事實發生

地蓋船舶之救助係一種事務管理也一八八五年安德華浦國際會議之議案

第十條前半曰「在一國港灣河川及其他內水所爲船舶之救助依該國之法

律」其即採此主義歟但在甲國領水開始救助而在乙國領水始完竣者應以

甲國法律爲事務管理地法而適用之否則恐救助船故意將被救助船引至有

利於己之地而爲意外之賠償請求也此派爾之說也

救助因被救助船之依賴而生者不啻一種契約故救助之準據法當事人得隨

意選定之當事人選定之意思不明者同國籍船舶間依船舶之本國法異國籍

船舶間依爲救助之地即前水所屬國之法律參照法律適用條例第二三條

(2) 在公海爲船舶之救助者 在公海所爲之救助如因被救助船之依賴而生

者其救助行爲即屬隔地酌契約故救助之準據法當事人亦得自由選定之若

選定之意思不明者同國籍船舶間依其本國法異國籍船舶間以被救助船之

本國爲要約通知地以其本國法爲行爲地法而適用之參照法律適用條例第二三條然救助

不因依賴而生者則事務管理地既無法律即無事實發生地法而當事人之意思又不可

依據於是學者間遂有種種之學說發生

(a) 訴訟地法說 此說之不妥已述矣况救助問題更無關訴訟地之公安耶

(b) 救助完竣地法說 曰公海上之救助必待被救助船引入一定之安全港

而後救助之目的始達而後救助船之權利始生故救助問題應依其權利發

生地即救助完竣地之法律余謂依此說則救助船將故意引入被救助船於

利己之地令其增加意外之負擔不如仍依最初救助之準據法爲妥

- (c) 被救助船之本國法說 被救助船祇有依其本國法負擔由航海所生之義務故救助問題應依被救助船之本國法即此說之本旨也余謂此說未免不利於救助船例如被救助船之本國法關於救助無報酬之規定是也

- (d) 救助船之本國法說 曰救助係任意的前行爲且被救助船之運命又繫於救助船之行爲故救助問題應依救助船之本國法一八八五年安德華浦國際會議及一八八八年部留薩耳會議均採此說然有一難問在卽國籍不同之多數船舶均爲救助船是也雖派爾解釋以此等救助船爲重要救助行爲者爲準不明何船爲重要救助行爲者以最先開往救助者爲準然不明何船最先救助例如在濃霧中救助者派爾並未加以解釋則此時以何船之本國法爲準據法又屬疑問故嚴格言之此說亦非完全之論也

- (e) 同國籍船依國旗法異國籍船依雙方國旗法說 救助之準據法應以船

籍之異同爲標準同國籍船舶間適用其船之本國法異國籍船舶間適用雙方船舶各自之本國法但原告船舶於其本國法所認範圍以外之權利不得主張至被救助船是否於救助開始後被引入於一定之港灣可以不問此本說之意旨也余謂未說較前四說爲妥我國法律適用條例既無可根據之明文姑以本說爲條理而適用之也可

第五節 對於船舶之扣押及假扣押

債權人對船舶所爲之扣押或假扣押非必於船籍港爲之且關於船舶扣押及假扣押之規定各國又不一致例如法國商法規定^{第二一五條}凡船舶繳納保證金者不得扣押或假扣押而日本商法^{第三五四條}則關於因發航所生之債權雖發航之準備終竣者亦得將該船扣押之或爲假扣押是也準此以論是船舶之扣押及假扣押問題亦有準據法之必要此項準據法有主用船舶之本國法者有主用船舶所在地法者有主用訴訟地法者余謂扣押與假扣押係屬訴訟上之程序如不適用訴

訴地法必有困難或不能之結果故三說中以訴訟地法說爲妥

第六節 海損

關於共同海損之準據法學者間見解不同茲將各種學說列舉左端

一 發航地法說 此中世以來所一般採用之學說也然發航地往往因船貨裝載之場所不同未能一致故以何處之發航地爲標準仍屬問題

二 到達地法說 海損之計算通常於船艙之到達地爲之故以到達地法爲海損之準據法頗覺便利此歐洲大陸通行之學說也然船艙之到達地有於發航後變更者例如避難港或於發航後從多數到達地中指定其一是一已果採到達地法說則海損問題有時爲當事人不能豫料之法律所管轄矣

三 國旗法說 海損之利害關係人皆着眼於船艙之本國法且海損多起於公海除本國法外無可適用之法律此里盜康之說也然安德華浦會議極不贊同以爲船艙之本國法未易查考且航海中常有將貨物轉載於他船也

四 上陸港法說 安德華浦會議既不贊同國旗法說於是議決海損問題應依

貨物上陸地之法律然貨物上陸地亦有因偶然事實而變更者例如貨主於航海中指定上陸地或船長爲避難故將貨物交卸於豫定地以外之地是已故以此說比之到達地法說實爲五十步百步之論况同一船內之貨物其上陸地常不止一處甚至有於無法律施行之地陸者如果依上陸港法說匪特海損之準據法未能統一抑且有時無準據法可以適用矣

依上說明是海損之準據法說無一妥洽余謂國旗法係船舶上法律關係之中樞且與利害關係人有密切之關係比較短長權衡利弊當以國旗法說爲然

第五章 商行爲

第一節 運送

海上運送之準據法前章已述之矣茲說明陸上運送之準據法陸上運送不問爲貨物運送爲旅客運送不外一種承攬契約故其準據法亦如海上運送時得適用

法律適用條例第二三條規定惟多數運送人將同一物品順次運送至目的地者究以何地之法律爲契約地法亟應解決蓋順次運送有繼續運送與獨立運送之別例如我國人以一運送狀託法德俄諸國人由法德俄之鐵路將物品順次運送至大連者謂之繼續運送又如自法國運送物品至俄國時法國運送人與委送人相約祇負轄法國境內所生之損害德國運送人又與委送人相約祇負轄德國境內所生之損害者謂之獨立運送繼續運送之運送人有連帶責任據德日之商法而其契約地祇有一處即第一運送人與委送人之契約地故即以該地之法律爲運送之準據法可也然獨立運送則委送人與各運送人各自成立契約其準據法亦各自存在故運送契約於法國爲之者適用法國法律於德國爲之者適用德國法律總之以運送契約地法爲運送之準據法者在單獨運送姑置不論在順次運送應先問其爲繼續運送抑獨立運送而後解決之大抵發行一通運送狀者何推定爲繼續運送契約發行數通運送狀者可推定爲獨立運送契約至於旅客運送之爲連續的抑獨立的則

以有無發給聯票爲準其不發連狀或聯票者由其他事實辨別之

鐵路運送本係陸上運送之一種然歐洲大陸於鐵路物品運送有特別訂定條約者查一八九八年巴里條約云自一條約國運送物品於他條約國有滅失毀損或延擱者應由接收及交付運送品之鐵路並損害發生地之鐵路連帶負擔責任^{約條}或^{第二}又交付物品之方法依交付地之法律至未經條約規定之涉外事項由各國^{七條}國際私法隨意定之但我國並未加入此項條約

與設支店於內國之外國鐵路公司爲運送契約者以何地法律爲契約地法學者頗多議論甲說依內國法或依公司之本國法聽委送人自擇乙說以公司本據地之法律爲契約地法丙說以委送人與公司訂約時之所在地爲準委送人赴公司之本店所在地相與直接訂約者以本店所在地法爲運送契約地法於本店所在地外在支店代理店或停車場^{依德國學說及何阿停車場非鐵路公司之營業所}之所在地訂約者以支店所在地法爲運送契約地法三說中一般學者均以丙說爲然

第二節 保險

海上保險之準據法前章已述之矣茲專述陸上保險之準據法

第一 損害保險 損害保險之準據法有主依保險公司之本店所在地法者有

主依保險單發行地法者然徵諸保險之性質及各國之立法主義

例如日商三八四條損

害保險實係契約之一種故其準據法亦如海上保險之時可依法律適用條例

第二三條解決之故損害之原因如何

例如雷火有不認為火災者

被保險之利益如何及保

險之目的是否可以轉讓等均依當事人自由選定之準據法當事人不選定其

準據法者向國籍人間依其本國法異國籍人間依保險契約地法但保險單所

用語言之意義應依保險單發行地之語言定之

損害之發生地在火災保險常歸一定信用保險則不然例如雇人拐帶或消費

主人之財物時其拐帶地或消費地不易知其何在也又損害之發生地當事人

得以契約限制者例如家畜保險之時惟於某地死亡或疾病則填補其損害是

也總之不論損害發生地是否一定或有無限制均於保險之準據法無礙但保險當事人有違背超過保險與重複保險之規定者則事關公益應依訴訟地法判斷法律適用條不得聽當事人意思定其適用之法律也

再保險係對於第一保險人擔保其因保險金所生之損害故亦爲損害保險之一種但其準據法不受第一保險契約準據法之拘束得由再保險當事人依法律適用條例第二三條規定自由擇定之

第二 生命保險人壽保險 生命保險之性質雖與損害保險不同然自支付保險費及保險金額兩層觀之亦爲一種財產上法律行爲故其準據法以當事人之意思爲準意思不明者同國人間依其本國法異國人間依保險契約地法

何人有領取保險金額之權及自殺失蹤死刑等是否認爲支付保險金額之原因均依保險契約之準據法即法律適用條例二三條之準據法解決但何人爲被保險人之繼承人或親屬應依法律適用條例第二〇條第一七條之準據法分別定之

第三部 國際民事訴訟法

章一章 審判管轄

國際管轄可分地的管轄與物的管轄。地的管轄所以解決國際訴訟應由何國法院管轄之問題。物的管轄所以解決國際訴訟應由有地的管轄之國之何法院管轄之問題。後者應依訴訟地法前者則現行國際法規定如左

一 被告住所所在國之法院有管轄權。若無住所由居所所在國之法院管轄。

二 前款之管轄得因當事人之合意變更之。例如本應由內國法院管轄者得因合意使歸外國法院管轄。

三 關於不動產上之訴訟由該不動產所在國之法院管轄。此項規定今日各

國如德日英美法蘭西西班牙等大抵相同。我國現行民事訴訟條例亦然。民訴條例

第二五條。蓋不動產上之訴訟往往有勘驗之必要。若非由該不動產所在國之法院

管轄則實際上頗多不便也。

四 關於身分能力之訴訟由本國法院或住所所在地之法院管轄 能力依本國法故關於能力之訴訟應由本國法院管轄然本國與住所相隔太遠者若必至本國法院起訴則於當事人頗多不便故當事人住所所在地之法院亦應許其有管轄權此法國今日之實例亦德國民法施行法之所認也

關於婚姻無效及離婚之訴由夫之本國法院管轄關於禁治產準禁治產事件由被禁治產人之本國法院管轄關於親子關係事件由父母本國法院管轄

五 關於斷承之訴訟由被斷承人之本國法院管轄 斷承依被斷承人之本國法故關於斷承之訴訟應由被斷承人之本國法院管轄但斷承財產中有不動產存在者關於該不動產應由不動產所在地之法院管轄

六 關於船舶衝突之訴訟由該衝突地之法院管轄 船舶在一國領水內衝突者由其地之法院管轄然在公海衝突時則關於國際訴訟之管轄今日立法上及學說上有四種主義即(1)由被告船舶之本國法院管轄 但以船舶在本國內時為限 (2)由

原告船舶之本國法院管轄(3)由避難港所屬國之法院管轄(4)由到達港所屬國之法院管轄是也至其說明應參照國際商法關於船舶之衝突一節

七 若數國之法院均有管轄權者原告得選擇其一處起訴

爲當事人及訴訟程序之便利起見除普通審判籍外尙有特別審判籍之規定例

如關於生徒雇人或其寄寓人之寄寓地關於不法行爲之行爲地是也 參照民訴條例第一

七條以下又依訴訟之性質更有專屬審判籍一種即前述三至七各款情形是也

查法國從前之學說外國人間之訴訟不許在內國法院提起其理由以爲內國法院專爲保護內國人之權利而設且內國法院之審判官無通曉外國法之義務若許外國人在內國法院涉訟則內國人之訴訟不免因此延滯矣故除條約有特別規定或爲維持公益外內國法院不應受理外國人間之訴訟也然至於今日此種學說已失價值不論國際訴訟爲內外國人間之訴訟或爲外國人間之訴訟均許內國法院有管轄權蓋審判管轄於當事人之國籍固無影響耳茲就各國法制分

內國人對於外國人外國人對有內國人及內外國人間之訴訟說明於次

第一 內國人對於外國人之訴訟

一 法國 凡外國人因與法國人締結契約致負擔義務者不問契約地在何處不問該外國人是否現在法國均得以其人爲被告而向法國法院起訴此法國之制也惟此項制度爲今日一般學者所指摘故其他各國法律罕採用之

二 德國 除有特別情形外不問內外國人均以被告之住所爲審判籍故外國人在德國無住所者不得以其人爲被告而出訴於德國法院至於外交官及其從者除關於不動產上之對物訴訟外一切訴訟均有治外法權

三 粵國 粵國制度大概與德國同故對於住居粵國外之外國人起訴者奧國法院不予受理但對於下列各款情形仍歸奧國法院管轄即(1)在奧國內負擔契約上義務者(2)在奧國因監護或其他事由管理他人之財產者(3)在奧國內借主者(4)在奧國內有不動產者(5)有相互主義者(6)須急速處分者是也

四 西班牙 西班牙本與法國之制度同然自一八七六年制度變更以來惟對

於下列各款情形始得由西班牙人以外國人爲被告而出訴於西班牙法院在

其他外國人 亦有此訴權 卽(1)關於不動產上之訴訟者(2)被告外國人在西班牙國內有住

所或居所或有假住所者(3)爲訴訟原因之義務在西班牙發生或應在西班牙

履行者(4)關於繼承之訴訟其繼承在西班牙開始者(5)關於債權訴訟應在西

班牙執行者(6)其訴訟與已繫屬於西班牙法院之他訴訟相牽連者(7)在外國

所作之公正證書於內國有執行力者(8)就生於西班牙之破產事件發生爭執

者(9)對於西班牙法院所繫屬之本訴提起反訴或擔保訴訟者(10)被告外國

人有數人而其一人在西班牙有住所或居所者是也除此以外若以外國人爲

被告該被告得向西班牙法院提出無管轄權之抗辯但必在訴訟之初且本於

條約上或法律上之相互主義 卽西班牙人亦得在該外國人所屬國之法院提出同一抗辯是也 而後可

五 孔哥 孔哥係模仿西班牙一八七六年之制度至一八八六年遂以勅令公

布之不問原告爲孔哥人或爲外國人凡對於下列各款情形得以外國人爲被告而向孔哥法院起訴即(1)關於不動產上之訴訟者(2)內國有住所或居所者(3)爲訴訟原因之義務在內國發生或應在內國履行者(4)關於繼承之訴訟其繼承在孔哥國內開始者(5)在外國所作之公正證書於內國有執行力者(6)就生於內國之破產事件發生爭執是也除此以外被告外國人得向孔哥法院提出無管轄權之抗辯其提出抗辯之要件亦與前述西班牙之法律同

六 丹麥 丹麥人以外國人爲被告向丹麥法院起訴者限於下列各款情形爲之即(1)該被告外國人任意服從內國法院之管轄者(2)該被告外國人應在內國履行其義務且現在內國者(3)關於不動產上之訴訟者(4)外國人爲原告已出訴於內國法院而被告提起反訴者(5)關於債權扣押之訴訟等是也

七 英國 英國人以外國人爲被告而出訴於英國法院者限於下列各款情形爲之即(1)訴訟之標的物在內國者(2)被告在內國有住所或居所者(3)訴訟之

原因事實發生於內國者是也但得受英國法院之審判者以通常之友邦人民爲限若在敵國人則不問其爲原告或爲被告絕不能受其審判

八 伊大利用 不問原告國籍如何又不問外國人是否現在內國限於有下列各款情形者得以外國人爲被告向伊國法院起訴即(1)其訴訟關於在伊國內之動產或不動產者(2)其訴訟關於在伊國之契約或其他行爲所由發生或在伊國所應履行之義務者(3)有相互主義者(4)雖在外國所爲契約上之義務而在伊國有住所或居所者(5)雖外國人在伊國無住所居所及假住所而不定其義務之履行地者伊國人得在自己住所或居所所在地之法院起訴是也

九 荷蘭 荷蘭與法國同制凡外國人因與荷蘭人成立契約致負擔義務者雖該外國人在荷蘭無住所或居所亦得以其爲被告而向荷蘭法院起訴

十 羅馬尼 羅馬尼與德奧之制略同凡外國人在內國無住所者不得以其爲被告而向內國法院起訴然爲訴訟原因之義務因在內國所爲契約而生或雖

由於在外國所爲契約而對於內國人民而生者不在此限

十一 瑞典 瑞典之法制亦以被告之住所爲裁判籍故對於在瑞典無住所之外國人不得訴之於瑞典法院但外國人現在瑞典者不在此限

至於我國因礙於領事裁判制度及其他特別法庭之創設(見前)不論外國人在我國有無住所或居所均不能對於該外國人而訴之於我國法院可慨也夫

第二 外國人對於內國人之訴訟

一 法國 內國人對外國人所負之義務雖發生於外國該外國人亦得訴之於內國法院但爲原告之外國人應供訴訟費用之擔保此項法制各國殆公認之

二 德國 外國人爲原告在德國法院起訴者不問該原告爲外國人民或爲外國政府因被告聲請應供訴訟費用之擔保但(1)法律上有相互主義者(2)關於證書訴訟者(3)提起反訴者(4)因公示催告起訴者(5)訴訟因登記於土地登記簿之權利而生者不在此限

參照德國民法
法第一一〇條

三 奧國 奧國之法制略同德國惟其例外規定除與前德制(1)(2)(3)(4)相同外

尙有原告在內國有不動產或不動產上之權利足以賠償訴訟費用及訴訟關

於婚姻事件者爲原告之外國人亦免除其擔保之義務

參照英國民
訴訟法五七條

四 西班牙 西班牙之制度除商事訴訟外其他事件因採法律上之相互主義

對於爲原告之外國人有使其供擔保者亦有不使其供擔保者

五 英國 英制對於爲原告之外國人亦令其供擔保但該外國人在內國有不

動產或本居住內國者得免除此例俄美等國亦採焉

六 希臘 外國人在希臘爲原告者因被告聲請有擔保義務但(1)商事訴訟(2)

在內國已有不動產足以擔保(3)不爭部分已足賠償訴訟費用者不在此限

七 羅馬尼 外國人在羅馬尼爲原告者因被告聲請亦有擔保義務但(1)商事

訴訟法(2)在內國已有不動產(3)因國際條約許其免除擔保者不在此限

此外如伊葡諸國適用內外國人權利平等主義雖外國人在內國爲原告亦毋庸

供擔保至於我國現行民事訴訟條例於外國人爲原告時曾設有關於擔保之各項規定民訴條例一二三條至一二九條惜礙於領事裁判制度尙難適用耳民訴條例施行條例第六條

第三 外國人間之訴訟

一 法國 依法國之判例及學說內國法院不管轄外國人間之訴訟然觀其實例則管轄者頗多例如(1)依法國民法享有私權者(2)依國際條約許其自由入國者(3)訴訟關於公益者(4)就外國判決向法國法院求執行判決等是也

二 德奧及比利時 此等國家關於審判管轄無內外國人之區別故雖對於外國人間之訴訟亦與內國人間之訴訟適用同一之法則

三 伊大利荷蘭及俄國 此等國家關於審判管轄亦不因訴訟當事人之國籍不同而有區別故雖訴訟當事人全係外國人內國法院亦受理該訴訟惟伊國於人事訴訟荷蘭於原被告兩造在內國均無住所及居所時不爲受理而已

四 西班牙 外國人間之訴訟遇有下列各款情形者西班牙法院有管轄權即

(1)爲訴訟原因之義務生於內國或應在內國履行者(2)其訴訟關於在內國之不動產者(3)其訴訟以急速處分爲必要者是也

五 英國 外國人間之訴訟如在英國有普通審判籍者英國法院亦管轄之但其訴訟關於在英國所爲契約之履行亦在英國之不動產者不在此限 英制亦然

六 土耳其 外國人間之訴訟歸特別法院管轄其推事由原被告所屬國之公使分別選任其判決由被告所屬國之領事認可之此土耳其與歐洲諸國所結特別條約之結果也但其訴訟關於商標及不動產者由土耳其法院管轄

第三章 訴訟程序

依一般實例國際間之訴訟程序應依訴訟地法此爲維持國家之主權並保護訴訟地之公益起見也考日本舊法例第一三條首項曰「訴訟程序依爲訴訟之國之法律」又一八七七年瑞士智利希之國際法協會議決案曰「純粹之訴訟程序即傳喚、出庭期限、訴訟代理、證據蒐集方法、判決文式、判決宣告方法、訴訟之休

止並撤回上訴之期限及其程序裁判確定之時期等規則依訴訟地之法律」蓋皆本此原則而規定也我國法律適用條例於此點雖無明文要亦同一解釋故內外國人間或外國人間之訴訟由內國法院管轄者其訴訟程序應依內國法行之茲就(1)送達(2)證據(3)屬託三種程序更分別說明於次

一 送達 對於外國人或在外國之人爲送達者各國法律多有特別規定如法

國法律法民訴法第六九條對於居住外國之人送達文書者由檢察官司之如德日民訴

法於外國爲送達者囑託外國該管官廳或駐紮該國之自國公使或領事爲之

日民訴法一五三條
德民訴法九九條我國現行民事訴訟條例關於此點更有嚴密之規定即第

一七六條所謂於有治外法權人之居所或事務所爲送達者得囑託外交部爲之第一七七條所謂於外國爲送達者應囑託該國管轄官廳或駐紮該國之中國公使或領事爲之第一七八條所謂對於駐紮外國之中國公使或領事爲送達者應囑託外交部爲之是也若不能爲此項囑託或雖囑託而無效者則依

公示送達之方法民法條例一八二條總之送達程序依訴訟地法定之一八七七年瑞士

智利希之國際法協會議決案亦以此爲原則但因各地方習慣不同致不能適

用訴訟地法者例如休息日之習慣應依送達地之法律

一 證據 證據程序應依訴訟地法然關於舉證之責任及證據之採否若本絕

對用訴訟地法則當事人之一起不免受不利益之效果例如甲國採人證限制

主義例如法國民法第一三四一條乙國則不問訴訟價額如何一律許用人證若絕對用訴訟

地法而原告又無人證外之證據則爲被告之乙國人將於起訴前遷移住有於

甲國使原告日後不能提出其他證據而受敗訴之判決矣查一八七七年瑞士

智利希之國際法協會議決案曰「證據方法書證人證具結商業帳簿之許否及其證據力

依應證之事實發生地或行爲地之法律」又伊民法總則第十條次項曰「關

於債務之證據方法依行爲地法定之」蓋亦爲防此弊而規定也然證據取捨

決定以後之立證程序例如檢查證書之真僞仍應依訴訟地法

三 囑託 內國法院之訴訟程序當有需外國法院補助者即送達文書調查證據及其他必要訴訟行為之囑託是也此項囑託規則各國法律非無規定僅就國民事訴訟條例前述囑託外國官廳為送達外尚有囑託外國官廳調查證據之規定民訴條例三四六條然兩國間如無互助條約或無國際慣例可據則該外國官廳仍得自由拒絕其囑託既經拒絕後除對於當事人得為公示送達外其餘證人鑑定人之傳喚及他項證據之調查實際上極形不便且多困難是以囑託一事雖經內國法律規定仍有國際條約之必要查一八六九年法國與瑞士會訂有關於訴訟程序囑託之條約一八七七年瑞士智利希之國際法協會議決案亦提及之蓋無非為防受託法院拒絕其囑託也

外國官廳調查證據雖違背該國法律若於中國法律無違背者當事人不得主張異議此我國民事訴訟條例所規定也三四七條依此規定足見受囑託之外國官廳於調查證據程序應適用訴訟程序依訴訟地法之原則行之

第三章 外國判決

外國確定判決之效力能否及於內國此學者聚訟之問題也關於此問題應分二層說明一爲外國確定判決在內國有無既判力之問題一爲外國確定判決在內國是否當然可以執行之問題

關於第一問題一般學者爲尊重內國主權起見均主否認外國判決之既判力此項見解亦殊不謬顧國際私法既認外國法之存在即應認外國法之適用依我大理院向來判例外國確定判決雖不必適用一事不再理之原則然現行民訴條例四七五條則認外國確定判決無左列各款情形者與中國法院之判決有同一效力

- 一 依中國法外國法院無管轄權者
- 二 敗訴之一造爲中國人而未到場應訴者
- 三 認外國判決之效力有背公共秩序善良風俗或背內國法之本旨者
- 四 無國際相互之擔保者

至於第二問題歐洲大陸學者亦有種種議論今就各國法制而言可分左列三種

第一 外國判決絕不認其存在當事人如欲本於外國判決至內國執行須從新

向內國法院提起訴訟由內國法院另行判決此制丹麥瑞典那威行之

第二 外國判決雖可至內國執行然必由內國法院審查該判決形式上並實質

上之當否經其允許而後可此制羅森堡葡萄牙行之

第三 外國判決至內國執行者應經內國法院允許但內國法院允許其執行時

祇須調查形式上事項如公安問題相互主義外國法院之管轄及是否為缺席判決毋庸審究其判決之實質

此制英美德奧匈伊比利時西班牙羅馬尼亞西埃及日本行之

判決之國際效力各國法制如此歧異是必有條約或其他方法使之統一方足以

解決而免抵觸一八七八年巴黎之國際法協會於此點曾有議決案焉

至於一國依前述民訴條例規定及民國四年大理院上字第七七三號判例並採

前第三項制度也該判例云本於外國確定判決聲請執行者須經中國法院認其判決具備適當條件可以執行者方許執行

國際法庭之判決是否可以在內國執行一問題也查國際法庭分爲二種一曰常設國際法庭一曰臨時國際法庭常設國際法庭如達紐部河航行法院萊因河航行法院及一九二二年二月十五日開幕之海牙國際法庭是也

海牙國際法庭台四十餘國而協力

組織之其庭長係荷蘭人洛賓「Lodwin」我國人王寵惠亦當選爲副推事其開審第一案件係法政府所提出國際勞動局是否將農業事務包括在內之一案云此種

法庭由多數國本於條約而組織並非僅在一國支配之下故其所爲判決在條約國間當然可以執行毋須再經執行地之法院允許至於臨時國際法庭係指萬國仲裁法院而言此項法院所以解決國家間之紛議並非解決私法上之問題故我國如爲裁判之當事人當然應服從其判決若其判決與我國毫無關係則在我國不生執行之問題因而該判決在我國之效力如何可不必研究矣

埃及聯合法院之判決是否當然可以執行亦一問題也或謂聯合法院與國際法庭同其判決在條約國間當然有執行力或謂聯合法院係在埃及國王之配下其判決應視與外國判決同故至內國執行須經內國法院允許然此項問題在加入

破產聯合法院條約之諸國間容有研究之必要若在我國既未加入條約自應
其判決爲外國判決之一種也又查大理院判例上海會審公廨判決之案據實
人復向他處法院起訴依法應予受理未便繩以一事不再理之原則 民國六年判
字第五四號
然則會審公廨之判決非當然有既判力因而不能徑有執行力亦可知矣

第四部 國際破產法

破產一事亦爲國際私法上之重要問題蓋國際商業發達如今日破產人於本國
或住所地以外之地設立多數支店者有之破產人之財產散在各國者有之關於
破產之債權人債務人國籍互異者亦有之此宣告破產所以往往影響於國際間
也惟是國際破產不可與國家破產混同國家破產係指國家停止支付而言屬於
國際法(公法)上之問題國際破產發生於外國人或外國公司停止支付之時即
茲所說明者是也試就破產之管轄及其準據法與國際效力分章述左

第一章 破產管轄

查各國法制破產大抵於債務人住所地開始故該住所地之法院即為破產之管轄法院蓋住所乃生活之本據亦破產財團之所在以住所地之法院為管轄法院最為適當也查海牙國際私法會議之條約案第二條曰

宣告破產以債務人主要營業所所在國之官廳為唯一管轄官廳

對於公司宣告破產以其本據所在國之官廳為唯一管轄官廳

右列條文首項所以稱營業所不稱住所者以破產係就商人停止支付時而言商人之營業所大抵為其生活之本據地因而營業所嘗與住所一致故也

第二章 破產之準據法

宣告破產有唯一不可分之性質若對於同一人而有多數破產則其在甲國雖已破產而在乙國或尙有資力且即甲乙兩國共為宣告如其宣告不歸一致則因破產財團及債權人各分為二部勢必至財產之分配互有歧異而狡猾之債權人且將奔走二國間冀得二重之支付如此不正當不安全之結果皆由破產之多數

爾來故一般學者均主破產應由惟一官廳宣告是爲破產唯一之原則

就破產唯一之原則而言國際破產自應爲唯一之準據法所管轄依此準據法所宣告之破產效力當然及於外國故破產人所有散在各國之財產及其支店均同時受破產宣告之影響惟其準據法如何則學者見解不同試列舉之

第一 內國法說 破產關於國家公安應依內國之法律宣告之此本說之論據也然破產關係人若皆爲外國人則於內國公安無害自無依內國法之必要

第二 債權人本國法說 破產制度以保護債權人之利益爲主故宣告破產應依債權人之本國法此本說之論據也然必若本說則多債權人國籍不同時將有多數之準據法若同時適用大背破產唯一之原則若擇一適用亦不能維持各債權人間之公平故本說亦不得謂無謬誤也

第三 財產所在地法說 破產乃對於財產之執行處分故宣告破產應依財產所在地之法律此本說之論據也然破產人之財產如紛散在法律不同之數國

間則有多數之準據法故本說之結果與前說同一謬誤也

第四 破產人本國法說 宣告破產所以限制破產人之能力一國所宣告之無
權力各國均受影響一國所宣告之破產各國亦生效力故宣告破產應依關於
權力之一般原則適用破產人之本國法此本說之論據也

以上四說以第四說爲最當且合於破產唯一之原則故國際破產應以破產人本
國法爲唯一之準據法然如有犯破產之情形本於公安之理由對於外國人爲破
產處分者仍得適用內國法行之惟其破產之效力不及於外國只及於內國而已
又關於破產程序 例如集合破產人之財產
調查各債權人之權利等及破產終局之程序 財產之分配
諸契約之組織者
必依破產人本國法則實際上頗感不便故此等程序應準據何種法律亦有研究
之必要查海牙國際私法會議之條約案第四條曰

破產管財人之選任及權限破產程序所應遵守之程式債權之確定協議契約
之組織各債權人間財產之分配依宣告破產地之法律

然則關於破產程序及其終局程序之準據法可以知矣。尤有言者，就破產人於破產宣告前所負義務之有效無效發生爭執，若其爭執關於契約之效力者，應依當事人之本國法。法律適用條 第五條若就契約之成立要件及效力，當事人選定其應適用之法律者，依該法律未選定者，同國籍人間依其本國法，異國籍人間依行為地法。法律適用條 第三條但關於為破產處分之國之公安者，不在此限。

第三章 破產之國際效力

第一 外國宣告破產之國內效力

外國宣告破產對於內國有無效力一層，今日學說及實例有二種主義。試舉於左：

- 一 普及主義 依此主義，一國宣告之破產於國外亦有效力。蓋就破產唯一之原則而言，破產係為唯一之官廳所管轄，由唯一管轄官廳本於破產人本國法而宣告破產者，其效力應及於破產人財產於散在之世界各國也。此主義今日伊大利、法蘭西、奧大利、但與國探相互主義、匈牙利、英吉利、但二國於不動產則探屬地主義行之。

二 屬地主義 依此主義一國宣告之破產其效力祇及於破產人在宣告地所

有之財產故外國法院之破產宣告內國無承認之義務此主義今日德國瑞士

但瑞士惟對於外國採此主義 匈牙利英吉利 但二國祇就破產法草 而在聯邦間則仍用普及主義 不動產行之日本 案第三條 行之

以上二者就理論上而言自以後者為妥然國際交通發達如今日若破產之宣告

對於世界各國無統一的效力則其弊將有不可勝言者矣余甯謂前者合宜

第二 內國宣告破產之國外效力

依普及主義而論內國宣告之破產其效力應及於外國然破產人財產所在之外

國除有特別條約外並不受宣告之拘束故該外國如不承認其宣告仍無效果可

言但破產人於破產宣告時所有存在外國之財產或破產程序中歸屬於破產人

之財產如一旦搬運至內國則管財人仍得使歸入破產財團施以管理處分

依屬地主義而言內國宣告之破產所效力不及於外國此事理之至明者也

第三 對於外國人之破產宣告

我國法院對於外國人能否宣告破產現行法上並無明文惟破產法不外爲強制執行法之一種故關於該法律之適用在內外國人間當無區別之必要至宣告破產之準據法準諸前節說明自係該外國人之本國法故其本國法未經設有破產制度者我國法院即不能宣告其本國法定有明文者依該法所定條件宣告之情乎今日者礙於領事裁判制度對於外國人尙無宣告之可能耳

國際私法各論完

國際私法講義



國際私法附錄

法律適用條例（七年八月五日及第三二號，八月六日及九三號法）

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時依其居所地法
當事人本國內各地方法律不同者依其所屬地方之法

第三條 外國法人經中國法認許成立者以其住所地法為其本國法

第四條 依本條例適用當事人本國法時如依其本國法應適用中國法者依中

國法

第二章 關於人之法律

第五條 人之能力依其本國法

外國人依其本國法爲無能力而依中國法爲有能力者就其在中國之法律行爲視爲有能力但關於依親族法繼承法及在外國不動產之法律行爲不在此限

有能力之外國人取得中國國籍依中國法爲無能力時仍保持其固有之能力

第六條 凡在中國有住所或居所之外國人依其本國法及中國法同有禁治產之原因者得宣告禁治產

第七條 前條規定於準禁治產適用之

第八條 凡在中國有住所或居所之外國人生死不明時祇就其在中國之財產及應依中國法律之法律關係得依中國法爲死亡之宣告

第三章 關於親族之法律

第九條 婚姻成立之要件依當事人各該本國法

第十條 婚姻之效力依夫之本國法

夫妻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其事實爲離婚
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時

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爲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因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

遺囑之撤銷依撤銷時遺囑人之本國法

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應適用之法律

當事人意思不明時同國籍者依其本國法國籍不同者依行為地法

行為地不同者以發通知之地為行為地

契約要約地與承諾地不同者其契約之成立及效力以發要約通知地為行為

地若受要約人於承諾時不知其發信地者以要約人之住所地視為行爲地

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

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

第六章 關於法律行爲方式之法律

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

以行使或保全票據上權利爲目的之行爲其方式不適用前項但書規定

第七章 附則

第二十七條 本條例自公布施行之

