

138018

3.15  
8/5

周敦禮編著

國際私法新論

中華書局出版



民國二十年六月印刷  
民國二十年六月發行

國際私法新論(全一冊)

實價 二百七十九元七角

(外埠另加郵匯費)



編著者 周 敦 禮

發行者 中 華 書 局

印刷者 中 華 書 局

印刷所 中 華 書 局  
上海靜安寺路一四八六號

總發行所 上海棋盤街 中 華 書 局

分發行所 中 華 書 局

北平 天津 濟南 青島 濰縣 煙台 石家莊 保定 鄭州 開封 西安 蘭州 漢口 南昌 九江 安慶 蕪湖 南京 徐州 杭州 溫州 福州 廈門 廣州 汕頭 漳州 梧州 雲南 遼寧 吉林 長春 哈爾濱 香港 新加坡

(六三一五)

# 國際私法新論目錄

汎論

頁數

第一章 緒論……………一

第一節 國際私法之概念……………一

第二節 國際私法之名稱……………二

第三節 國際私法之定義……………四

第四節 國際私法之範圍……………五

第五節 國際私法之性質……………六

第六節 國際私法與國際公法之關係及其區別……………八

第七節 國際私法之立法沿革……………九

第一款 國內立法之沿革……………一〇

目 錄

第二款	國際立法之沿革	一一
第八節	國際私法與內外法	一四
第一款	外國法之證明	一五
第二款	外國法適用之範圍	一六
第三款	反定法與轉定法	一六
第二章	國際私法之沿革	一九
第一節	五世紀至九世紀之日耳曼法時代	二〇
第二節	封建制度	二〇
第三節	意大利派時代	二一
第四節	十六世紀法國之學派	二三
第五節	十七世紀之荷蘭學派	二三
第六節	十六七世紀之德國學派	二五
第七節	英美學派	二六

第八節	瑞士學派	二七
第九節	十八世紀之法國學派	二八
第十節	十九世紀之德國學派	二九
第十一節	近世意大利及比利時學說	三二
第十二節	近世英美學說	三四
第十三節	歐洲大陸學說與英美學說之比較	三六
第三章	國際私法之淵源	三七
第一節	國際條約	三七
第二節	國際裁判所之判決例	三八
第三節	國際慣例	三八
第四節	國法	三九
第五節	國內判例與學說	三九
第四章	準國際私法	四〇

目 錄

四

第一節 異法地域之發生……………四〇

第二節 準國際私法與國際私法……………四一

第三節 準國際私法之名稱……………四一

第四節 準國際私法之發達……………四二

第五節 準國際私法之準據法及其性質……………四三

本 論

第一編 國籍住所及居所

第一章 國籍……………四五

第一節 國籍之意義……………四五

第二節 國籍之確定及其效果……………四七

第三節 國籍法之制定及其根本原則……………四八

第二章 國籍之取得……………四九

第一節 出生之國籍取得……………四九

第二節	傳來之國籍取得	五二
第一款	依親族法上之原因而取得國籍	五二
第二款	歸化	五三
第一項	歸化之意義	五三
第二項	歸化之條件	五四
第三項	歸化之效力	五八
第三款	國際法上之國籍取得	六一
第三章	國籍之喪失	六四
第一節	國籍喪失之原因	六五
第一款	親族法上之原因	六五
第二款	歸化	六六
第三款	國際法上之原因	六八
第二節	國籍喪失之限制	六八

第三節 國籍喪失之效力·····	六九
第四章 國籍之回復·····	七〇
第一節 國籍回復之條件·····	七一
第二節 國籍回復之效力·····	七二
第五章 國籍之抵觸·····	七三
第一節 積極之國籍抵觸·····	七三
第一款 積極的國籍抵觸之原因·····	七三
第二款 積極的國籍抵觸適用之原則·····	七五
第二節 消極之國籍抵觸·····	七八
第一款 消極的國籍抵觸之原因·····	七八
第二款 消極的國籍抵觸適用之原則·····	七九
第六章 住所及居所·····	八一
第一節 住所之定義·····	八一



第二節	住所之種類	八二
第三節	住所法律上之關係	八四
第四節	住所之牴觸	八五
第五節	居所	八六
第二編	外國人之地位	
第一章	外國人地位之沿革	八七
第一節	宗教	八七
第二節	野蠻時代	八八
第三節	封建時代	八九
第四節	王政時代	九〇
第五節	自由思想時代	九〇
第二章	外國人現在之地位	九二
第一節	外國人之公權	九二

第二節	外國人公法上之義務	九九
第三節	外國人之私權	一〇〇
第三章	外國法人之地位	一〇五
第一節	外國法人之意義與國籍	一〇五
第二節	外國法人之認許	一〇八
第三節	外國法人之權利能力	一〇九
第四章	法律之牴觸	一一〇
第一節	概言	一一〇
第二節	準據法	一一二
第二編	國際民法	
第一章	總則	一一七
第一節	權利能力	一一七
第一款	概說	一二七

第二款	權利能力之準據法	一一八
第三款	人格之始期	一一九
第四款	人格之終期	一二〇
第一項	失踪宣告之管轄權	一二三
第二項	失踪宣告之條件及效力	一二四
第三項	在外國裁判所失踪宣告之效力	一二六
第二節	行為能力	一二七
第一款	因年齡而定能力之有無	一二八
第二款	因精神狀態而定能力之有無	一三三
第一項	禁治產之管轄權	一三四
第二項	宣告禁治產之原因及效力	一三六
第二章	債權法	一三七
第一節	自法律行為發生之債權	一三八

第一款 債權之實質的要件	一三八
第二款 債權之方式的要件	一四二
第二節 依於一定之事實而發生之債權	一四三
第一款 無因管理	一四三
第二款 不當利得	一四五
第三款 侵權行爲	一四六
第三節 債權之效力及消滅之時效	一四九
第四節 對於債權第三者之效力	一五〇
第三章 物權法	一五一
第一節 總論	一五三
第二節 各論	一五六
1. 所有權	一五七
2. 地上權永佃權地役權	一五七

3.	抵押權	一五八
4.	質權	一五八
5.	留置權	一五九
6.	占有	一五九
7.	智能權 (準物權)	一六〇
8.	取得時效	一六〇
	第四章 親族法	一六一
	第一節 婚姻	一六二
	第一款 婚姻之條件	一六二
	第一項 婚姻之實質的要件	一六二
	第二項 婚姻之形式的要件	一六六
	第二款 婚姻之效力	一六七
	第一項 及於夫婦身分上之效力	一六七

第二項 及於夫婦財產上之效力	一六九
第三款 離婚	一七〇
第一項 離婚之管轄權	一七一
第二項 離婚之原因	一七二
第三項 離婚之效力	一七四
第二節 親子	一七四
第一款 嫡子	一七四
第二款 私生子	一七六
第一項 私生子認知之制度	一七六
第二項 私生子認知之要件	一七七
第三項 私生子認知之效力	一七八
第三款 養子	一七八
第四款 親權	一八〇

第五款 扶養義務	一八二
第六款 監護及保佐	一八四
第五章 繼承法	一八八
第一節 繼承	一八八
第一款 繼承之準據法說	一八九
第二款 無人承認之繼承	一九一
第二節 遺囑	一九二
第一款 遺囑之成立要件	一九三
第一項 實質之要件	一九三
第二項 形式之要件	一九五
第二款 遺囑之效力	一九六
第三款 遺囑之撤消	一九七
第四款 特留之財產	一九八

第四編 國際商法

第一章 總則	一九九
第一節 概說	一九九
第二節 商人	二〇〇
第三節 商號及商業使用人	二〇一
第二章 公司	二〇一
第一節 概說	二〇二
第二節 各論	二〇三
第一款 無限公司及兩合公司	二〇三
第二款 股份有限公司	二〇四
第三章 商行爲	二〇四
第一節 無記名證券	二〇五
第二節 陸上運送及保險	二〇五



第四章	票據	二〇六
第一節	概說	二〇六
第二節	票據能力	二〇七
第三節	票據行爲之成立要件及效力	二〇八
第四節	票據上權利之行使或保全行爲之方式	二〇九
第五章	海商法	二一〇
第一節	沿革	二一〇
第二節	船籍及船舶之資格	二一一
第三節	物權關係	二一二
第四節	債權關係	二一三
第一款	備船運送保險	二一三
第二款	海損	二一四
第三款	海難救助	二一四

目 錄

一六

第四款 船舶碰撞(船舶衝突) .....	二一五
第一項 領海上之碰撞 .....	二一五
第二項 公海上之碰撞 .....	二一五

## 例言

- 一、本書內容編次，共分汎論與本論二大篇，按序論列，由淺入深。務求理論與實際，互相調和。而文筆則以明達為主，不事華藻。
- 二、本書學理方面資料，多係參考東西洋著名專門學者之著述而成，然引證法例，則悉以我國為本。其中雖有一小部分，係作者三年前之講義舊稿，但業經一一加以修改。至我國關於斯學之著述，正可謂絕無僅有，以作者所知，除民國二年間傅彊先生所編述之國際私法，尙足供參考外其他竟鮮有聞者。
- 三、本書取材，力求新穎，如本論中之國籍及國際民法諸編，其引證我國法例，全係根據最近國民政府頒佈之新國籍法，新民法而編輯，以期適於時用。一面又列舉各種有關法例原文，以便讀者之參證，并免另行查考之繁。
- 四、本書除將各種學說，充分引述外，并略加評語，以供讀者有所抉擇之助。
- 五、本書關於法律上之重要專門名詞多附註西文，以便參考。

例 言

六、本書承趙韻逸先生校閱一過，特此誌謝！

二

著者又識一九、八、一五。

## 自序

溯自十九世紀機械文明發達以來，國際交通漸形便利，於是異國民間之接觸，亦因之日繁月盛，熙往攘來，幾無復國境之可分。而同時各國對於管理及保護其自國人民權利之法律，又往往因風俗，習尚，宗教，民情等之各殊，而互異其規定，因之在異國人民私人間所生之法律關係，多有以雙方私法規定之不同，遂發生種種之接觸問題，於是不得不另定一準據法規，以爲解決此項接觸問題之標準，即國際私法是也。其影響所及，非僅本國人民利益之所關，抑亦全世界各國人民福利之所繫。反觀我國則何如乎？在政府方面，因頻年擾攘之結果，迄今猶無完備統一法規之編訂，以爲充分應用之標準；而學術界方面，則尤感貧乏，即欲求一參考之書籍，尙不可得！法理無由研究，學說無由介紹，直接不足以喚起國人之注意，間接更無以推助斯學之改進，曷勝浩嘆！

今吾人試更一研我國領事裁判權之起源，蓋亦無非藉口於我國法律不足以保護外人之權利。故今欲達撤消之目的，決非空言所能補，仍必先有待於本國有完備之法律，足使外人之

權利，有所保障，然後始能裨於實際，得達真正撤消之一日。而國際私法，即為研究對於外人之權利，何者應保護，何者應以本國之主權，而定其適用何國之法律。故在一方既足為將來撤消領事裁判權之預備，而同時，對於領事裁判權所訂之條約範圍外事項，及其他本無領事裁判權諸國，或前雖曾有之，而現經撤消者如德，俄，奧等國，則仍尤有適用之實益在也。是國際私法學之研究，更屬亟不容緩者矣。然則斯篇之作，固非敢謂抱有如何之奢望，蓋亦有感於斯，聊供所見，藉示拋磚之意云爾。

抑更有進者，國際私法，有視為國內法與國際法之二說。前者，則以今日之狀態而為觀察；後者，則推於將來之情勢而為預想。然無論如何，國際私法，既為關於解決國內外私法抵觸問題之準據法規，則其必含有超國家之國際的性質，固無容疑。觀於近年來歐美諸國，關於國際私法統一會議之召集，及各種統一法規原則次第之訂定，益足徵其有日趨近於此目的之傾向。所望我國學術界急起直追，共同努力於斯學之研究與探討，俾於短期間內，得有一純然超國家之統一的國際私法法規之實現，是則作者於執筆之餘，所更馨香禱祝者也。

本書以作者出國在即，匆匆付印，詞意之間，容有未遑盡行修飾之處，增補改政，唯有

論 新 法 私 際 國

---

待之異日耳。

民國十九年八月十五日

著者識

自序

三

# 國際私法新論

周敦禮編著

## 汎論

### 第一章 緒論

#### 第一節 國際私法之概念

十九世紀以前，交通機關，尙未發達，各處人民間之往來，限於地域，界內人民，鮮有與外人通者，故彼此關係少，而相互間之衝突亦少。降至近世，因科學之日漸昌明，各種交通機關，於以發達，向之費長久歲月，而不克達一國者，今則環遊地球，亦不過期月而已，因之互相往來，日益繁密，從事於通商貿易者有之，學術研究者有之，其他如因旅行，考察等而赴國外者，亦所在多有，往來頻繁，接觸複雜，而法律上之抵觸生焉。其結果不得不一彼此適用之法，以相調和。有主屬地法主義者，即無論其爲本國人抑外國人，凡在本國國土範圍內者，其法律即有絕對的支配權。然此於某種法律行爲，殊難適用。例如於本國結婚



，而提起離婚訴訟於外國時，應依據其本國法而為裁判。又凡提起關於身分上之訴訟時，亦以依據本國法所規定者為原則。凡此等因內外人交通之結果致發生法律問題時，何者當根據屬地法？何者將根據屬人法乎？其定此等之規則者，即國際私法是也。

夫各國法律之規定，無論其性質如何，均必基於其國之風俗習尚，而風俗習尚，則各地又不能盡同，所制定之法律亦隨之而異。惟其後因人類之進化，文明之發達，而大有日漸接近之趨勢，故各國法律，遂頗多類似之點。然其間大相逕庭者，固亦仍所難免，而國際私法，即為對於處理內國法與外國法的抵觸之必要上而設定者也。現各文明國多有特別法律之規定至於我國亦有國務法及法律適用條例等之頒佈矣。

國際私法，在國內外私法之適用範圍方面，係經一國，立法者之制定并認定之法規也。故國際私法者，自其性質上言，固為公法之一部；然自其關於內外私法之適用一點而觀之，則私法也。

## 第二節 國際私法之名稱

關於國際私法之名稱，使用之者甚為紛歧，茲略述其重要者。所謂 *International Private*

Law. Droit International Privé, Internationales Privatrecht. 者，直譯之，適當於國際私法之字義，實為今日最廣用之名稱。其他如英美學者中有以「法律之牴觸」，或「牴觸法」(Conflict of Laws) 名之者亦頗不少。如近世國際私法鼻祖施多利 (Story)，其所著書，亦表明法律牴觸論。然此項名稱，在大陸諸國，業已棄而不用矣。餘如「法律之場所的管轄」，(Räumliche Herrschaft der Gesetz.) 「外國法適用論」，(Application of foreign Law)，「並無法源之關係」(Verhältnis Koordinier Rechtsquellen) 等名稱之使用，尙未為一般所承認焉。

其他尙有「International Legal Treatment of Private Persons」(私人在國際合法上之待遇)、「Local Limitation of the Rules of Law」(地域限制之法則)或、「(Relation of Sources of Law)」等名稱之擬議。又 Holland 嘗用為「領域外之權利論」(Extra-territorial Rights)，亦不甚普遍耳。近來又有「Co-national Law」新名稱之使用，含有協力法或共助法之意味，頗與國際私法之真意義相接近。

總之，國際私法之名稱紛歧雜出，既如上述，而求為今日所最廣用之名稱，則唯「國際

私法] (International private Law) 一語而已。

### 第三節 國際私法之定義

對於國際私法之定義，學者間每各異其說，茲爲便於明瞭國際私法之性質起見，特介紹各國有名學者之定義，以資參考。

Beale 國際私法者，關於法之場所的適用之法律也。

Bar 國際私法者，就私法關係，而定各國之法律及司法行政廳之管轄的規則也。

Diony 國際私法者，係定法律與權利在領土外之活動及承認之英法的原則也。

Fiore 凡解決各國間法律之衝突，以定各國人民間相互之關係爲目的，而設定原則之科學，爲國際私法。

Pillet 國際私法，爲國際法之一部，所以定外國人之地位，而解決各國間法律之衝突，於一國所爲之法律行爲，而以確定在他國所生之效果爲目的者也。

Pain 定外國人之權利，且就其私法關係，以定各國法律管轄之規則的總體者，國際私法是也。

*Bartony* 國際私法者，就私法關係，而定其法規場所管轄之原則也。

*Survillé-Archerys* 國際私法，係解決私法之衝突的規則。

*Wiese* 國際私法者，定人之國籍，又關於各國民法律上之地位，各國裁判所判決之效果，

各國官吏之行政處分，及其他各國法律之衝突，而定其國家間之關係的法律也。

*Zitelmann* 國際私法者，即關於私法場所之適用的法規也。

山田博士 國際私法者，定內外私法適用區域之法則也。

#### 第四節 國際私法之範圍

國際私法研究之範圍，自來學者，議論紛紛，莫衷一是，惟為一般所公認必當研究者，即私法之牴觸問題是也。例如甲國之民法，或商法，與乙國之同樣法規起衝突時，究應準據於何法以為裁決之標準乎？是即國際私法所當研究之要點也。其他如國籍問題民事刑事訴訟問題，刑法行政法牴觸之時，亦不可不依國際私法而圖解決。故吾人常以私法之全部及公法中一部之適用範圍。而為國際私法研究之範圍。

關於國籍與住所的規則之研究，亦應列入於國際私法之範圍。蓋國籍與住所不定，則不

能定外國人之本國法，且不明其國籍，與住所，則誰為外國人，何由而知之，故欲圖私法抵觸問題之解決，不可不研究此先決之法則也。而於現今國際交通頻繁之時，尤應將關於國籍與住所之規則，歸入於國際私法範圍內而研究之，較為便利。

關於外國人在私法上之地位，亦為國際私法所當研究之問題。然此大都依各國之民法以決定之。凡關於外國人地位之規則，謂之外人法 (Fremdenrecht)。所謂關於外人既得權利保護之諸規則，已由歐洲之國際法協會，認為國際私法之一大原則。蓋以在一國所合法取得之私權，他國必當尊重之主義。為其理由之根據也。

吾人於此尚有一點須研究者，即於一國內而異其法域時，凡用以為解決私法抵觸問題之規則者，學者通稱之為準國際私法。然在英美，對於國家間法律之抵觸與一國內之法域間法律之抵觸，則不設任何區別。於日本則為解決內地法與殖民地法之抵觸起見，設有特殊之規則，即所謂準國際私法是也。惟其性質及內容，則國際私法無甚軒輊。

### 第五節 國際私法之性質

今日之國際私法，非如國際公法之能超國家的存在。古代國際公法，吾人可於摩奴法典

，攬罕謨德教典，及希臘法，羅馬法中見之，而同屬宗教法及國內法之一部分。迨至後世，因獨立國家之發生，國際社會之出現，遂脫國內法與宗教法之範圍，而漸成爲超國家之法則矣。國際私法，在今日之狀態，亦正猶古代國際公法發達之程序焉。

國際私法，係國內法乎，抑國際法耶？學者不一其說。前者，視國際私法今日之狀態而爲主張，後者，則係預想將來國際私法之發達而爲認定者也。依國內法主義，國際私法者，爲國內法之一部。對於某種法律事件，均適用內國法。又認定外國法之適用，亦係依國內法而爲明示之規則。故當適用外國法之時，亦係依據內國法之命令而爲適用。

反之，國際主義者，以當今日國際交通之頻繁，已早認內外人之平等權，關於法律牴觸問題，各國亦均設同樣之規則，而認定外國法之適用，乃係基於對外國之禮讓或恩惠的觀念而發生，故文明國家，組織國際社會團體，對於各國內法之應互相尊重，實屬必要。現在歐洲大陸諸國，均已採用此種主義，如法，意，比等國，則爲全部之國際主義者。反之，在英美派，則採國內說。

以上二主義，各有相當之論據。若必採用一方，而排斥他方，實屬困難。唯當今日之狀

態，在實際上，國內法主義實占有利之地位，國際法主義，徵以今日之國際的統一運動而推測最近之將來，或將成爲純然的超國家之國際私法之傾向，亦非難事。總之，此二說者，實爲現實與理想之爭論，各有所長，亦各有所偏也。

### 第六節 國際私法與國際公法之關係及其區別

國際公法與國際私法，均冠以「國際」二字以形容之，而視爲同性質之法則也。雖然，前者乃超國家之公法，其中有一小部分爲成文法，而大部分則習慣法也。後者乃各獨立國家之涉外的私法，而非能超國家的存在。然歐洲大陸學者，則將國際法分爲國際公法與國際私法二部，蓋彼等以國際私法之本質，實爲超國家之法則也。吾人試更以大戰後之狀態而觀察之，則本屬國內的問題者，如勞働者之保護，少數民族及殖民地統治之原則，婦女之保護等，均欲依國際之協定，而求達其目的。其他如個人之權利，則已規定於戰時法規之內。足見關於個人權利之保護部分，已生國際共同保護之傾向矣。換言之，國際公法與國際私法，以目前狀態論，雖全爲個別獨立之法則，惟於將來，則必有共同包含於國際法之一大法則中之一日也。

國際公法與國際私法之關係，既略如前述。今復舉二者差異之要點，以資區別。(一)法人之差異 國際公法上之法人，為國家而非私人；國際私法上之法人，為私人而非國家。雖或有以國家而為國際私法上當事者之時，但非以國家之資格，受國際私法之適用，不過為一外國之法人而已。(二)法律關係之差異 國際公法上之關係，為國家間權利義務之關係，即關於主權之法律關係也。國際私法上之關係，為內外私人相互間之權利義務關係，即當受一國私法支配之法律關係也。(三)救濟方法之差異 國際公法上之救濟方法，或依外交手段，或依仲裁裁判，或依戰爭；而國際私法上之救濟方法，則與通常私法上之救濟同，依一國之裁判所，而從訴訟法上之規定以為之。

據此三點觀之，可知國際私法與國際公法有特殊之差異。雖然，其相互間之關係，則仍甚為密切。蓋吾人須知國際私法之發達必伴於國際公法發達之後，二者固相關連而不可或離也。德國學者季推爾曼 (Zitelmann) 謂：「近世國際私法之幼稚，由於國際公法之幼稚。」旨哉斯言。

## 第七節 國際私法之立法沿革

### 第一章 緒論



第一章 緒論

一〇

國際私法立法之沿革，可分二種述之，即國內的立法與國際的立法是也。

第一款 國內立法之沿革

國際私法之規定，編入於法典內者，當以十九世紀末法國民法第三條所載者為嚆矢。近來歐洲諸國，均多已相繼仿行，而編入於各民法之中。如意國，智利，奧國，俄國之一部，墨西哥，亞爾然丁，西班牙，塞爾維亞，巴西等國均是。

然以國際交通之頻繁，複雜之事件，連續發生，若僅恃民法中所揭載之國際私法，實有不足以資應用之憾，於是德國又已另行制定二十五條之國際私法，日本亦根據薩微尼氏之法律關係說，而新訂二十八條之適用法，以為適用之標準。

各國，關於規定國內法與國際私法之結果，均採適合於各該國國情之主義，即：

一、屬人法主義 凡法國法系之各國，以本國法主義之屬人法為原則。且認絕對之屬人法主義。如西，葡，荷蘭，法，意，羅馬尼亞等國，均採此主義。

二、法律關係主義 此主義認本國法主義之屬人法，而附以一定限制之主義。德國，瑞典，瑞士，希臘，智利，日本及奧大利等國屬之。

三、屬地主義 此乃以住所地法與屬人法爲主義，而土地與法律有密接之關係，英美及南美諸國，採此主義。

### 第二款 國際立法之沿革

各國之國際私法學者，及立法者，爲謀國際私法之原則統一起見，於是依於學會之決議，著名學者之著述，及列國會議之決議案等，以圖實現。惟法律制度，本爲應國民生活之需要而發生，尤於今日國際之交通頻繁，爲謀彼此國民安寧維持上之必要，於是國際之立法因之而生。茲將國際立法經過之重大事件述之於下：

一、利馬 Lima 會議 於一八七八年，南美諸國，因感於國際私法實際問題有考究之必要，依比魯 Peru 政府之發議，開會議於其首都 Lima，而共同討論關於國際私法，訴訟法，及刑法等之條約議案。參加者有智利，委內瑞拉，玻爾比亞，厄瓜多爾，阿爾然丁等國，當議決條約案八章，共計六十條。其第一章，關於人之身分，能力，存在於國內之財產，於外國爲行爲準據之法律。第二章，在外國舉行婚姻，及在內國舉行外國人之婚姻等。第三章，爲繼承法。第四章，爲在外國所爲之法律行爲，及不住於國內，關於外國人所爲之

第一章 緒論

一一

法律行爲之內國裁判所之管轄。第五章，在外國犯罪，及對於外國之偽造犯。第六章、判決之執行。第七章，確認。第八章，爲關涉於各章之通則等是也。

二、蒙台維多 Montevideo 會議 於一八八八年至一八八九年，依阿爾然丁及烏拉圭二國之發起，在烏拉圭之首府蒙台維多召開會議。此會議，又分四委員區，第一，民法；第二，商法；第三刑法；第四爲訴訟法，文藝所有權，發明及商標之四科。

三、第一次全阿美利加會議 First Pan-American Conference 一八九一年，在美國支持之下，開會議於華盛頓，其後每二年開會議一次。其議事範圍，於國際私法之外，兼及財政，交通，經濟等問題之討論焉。

四、第二次全阿美利加會議 Second Pan-American Conference 自一九〇〇年至一九〇一年頃，係繼續第一次會議以舉行。故進一步而研究國際私法與公法之統一問題。惟以該會議之目的，太爲廣泛，致不克收實際之效果耳，然私法統一之機運，於以漸漸有所興起矣。

五、第一次海牙會議 歐洲列國，因受全阿美利加會議之刺激，亦開國際私法統一會議。當一八九二年，和蘭政府基於其國著名法學家阿塞爾 A. Asser 氏之提案，催請全歐各國，列席

會議，同時列舉各主要問題，附送議案於各國，後果經各國政府之同意，而此偉大之計劃，得以成功。

一八九二年九月一日，於荷京海牙 *Haarlem*，開第一次國際私法會議，參加者，有德，奧，比，法，意，西班牙，葡萄牙，瑞士，俄，羅馬尼亞，丹麥，盧森堡等國。其所討論者，為關於婚姻之問題，關於民事訴訟法問題，關於繼承及遺囑等之問題。

六、第二次海牙會議 一八九四年，開第二次海牙會議，新加入者，有瑞典，挪威二國。其議案依照第一次會議者外，又及於婚姻之效力，遺囑及禁治產，並破產等各問題。至關於民事訴訟法之條約案，於一八九六年，業經大陸諸國間之批准矣。

七、第三次海牙會議 此會議召集於一九〇〇年間，關於婚姻之牴觸，及未成年者之遺囑等問題，均加討論。

八、第四次海牙會議 此會議開於一九〇四年五月。其議案有關於一八九九年以來實施民事訴訟條約之修正及其他未決的國際私法問題之審議等。日本法制，因悉本歐洲大陸主義，故於此次會議，已經許可參列，而我國則於今尚未入會。至歐洲方面之英國，則因主義不

同，故不加入。

其後於一九二一年和蘭政府催開第五次會議其結果決於一九二四年秋開議於海牙！後以準備不充，延期至一九二五年三月二日，至同年十月十二日始得正式開會。其議決案有：(1)關於破產之條約案；(2)關於外國裁判所，判決之相互承認及其執行條約案；(3)關於繼承及遺囑案；(4)關於婚姻，離婚及別居條約之改正；(5)關於民事訴訟手續之條約改正及其他等。至其會議辦法，與美不同。美國則擬合國際私法之全體，而締結同一原則之條約，事實上甚屬困難，故雖開會二次，未結一約。而此會議，則以一原則，締結一條約，贊成之者，共遵行之；否則，與會國，仍得任意，而不受拘束。故凡會議一次，必有批准之條約焉。

### 第八節 國際私法與內外法

國際私法者，乃以解決民法商法等實質法之牴觸為目的之法則也。換言之，國際私法者，係定內外實質法之適用區域者也。例如對於人之能力，則依當事者本國法之規定，其他之法律行為，或依住所地法，依所在地法，事實發生地法，訴訟地法，而為抽象的指定其所準據之實質法，而此準據法，即內外法之實質法也。故欲解決內外法之牴觸，不可不先明兩規

定間之內容始！

### 第一款 外國法之證明

裁判所審判事件，遇有國際私法問題之時，則訴訟當事者有證明適用法律之責任。然事實之須證明與否？及外國法之須證明與否？乃一國訴訟上之便宜問題，而非必以爲法律爲事實也。蓋外國法，並非裁判官所必當知之者，其不知者，固須有待於證明，倘其知之者，則不待證明。此其依於當事者之證明者，無非爲助裁判官之職務上便宜計耳。

當國際私法適用之際，對於外國法之了解，實屬必要。是則不可不設種種方法，使普及外國法之智識於一般民衆及裁判官。如國際調查局及國際圖書館之設置，關於外國法之調查，收集，證明等。至於今日，或由外交官或領事官之報告，或依於外國議會之報告及政府之刊物，而知法律之制定，變更，廢止。或亦有依於新聞雜誌等以補足之者。

關於外國法之證明，更有一問題，即當適用外國法之時，裁判官既不明了，而當事者又無由證明，則將如何以解決此問題耶？其法有二：(1)依德國主義，則撤消當事者之請求；(2)依國內法判決其爭點。前法實有背所謂「不得以法律之不備爲口實，而拒絕裁判。」之意旨

，殊無足取。故當此時，惟有依第二種方法，而下合理之判斷，以爲解決之道耳。

### 第二款 外國法適用之範圍

當涉外之私法關係事件，而要求外國法之適用時，則其法律，應得爲無限制之適用；然原則固如此，要亦以不牴觸於國內之公安者爲限。換言之，卽凡於國內公益而有妨礙時，則亦不得適用也。依我國七年八月五日所公佈之法律適用條例總綱第一章第一條，有關於外國法適用之範圍的規定：「依本條例適用外國法時，其規定有背於中國公共秩序或善良風俗者，仍不適用之」。其目的蓋亦在維持國內之公安爲範圍者也。

適用條例第一條所謂「公共秩序」「善良風俗」者，又依時與地之不同，而異其意義。如於古代認許兄妹或親子間之結婚，而於今日則視爲違反良風美俗矣。又如一夫多妻或一妻多夫之制度，亦隨時地之關係，而互殊其善惡之標準。故此等之規定，應依據當時之行爲地法而爲判斷。總之，外國法之適用，各國皆有限制，而其限制之範圍，不能詳訂於法文，惟有依裁判官臨時之觀察爲之判斷而已。

### 第三款 反定法與轉定法

凡各國因國內民法法等之實質法規定相牴觸時，可以國際私法爲之解決，若國際私法之規定亦不同時，究將從何者而爲解決之道耶？其法有二：(1)依於條約而爲解決之方法；(2)則爲國內之解決，即依於反定法，轉定法，等之規定而爲解決之方法。如海牙國際私法條約，蒙台維多國際私法條約，萬國工業所有權保護同盟條約，萬國著作物保護同盟條約，關於船舶衝突規定之統一條約，海難救援救助規定之統一條約，及票據統一條約等，均屬於第一種之解決方法。至第二種之解決方法，即各國之國際私法條例中，特設反定法，轉定法等，而以解決國際私法上之衝突。例如依我國法律適用條例第四條有「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」之規定者是也。

反定法（或稱爲反致法）者，對於涉外之法律關係，而認外國法之適用時，若外國之國際私法，而認內國法之適用時，則可認此反定，適用內國法以代外國法之規定。所謂轉定法者，對於涉外之法律關係，而認外國法之適用時，若外國之國際私法，以第三國之法律爲適用時，則可認此轉定，轉而適用第三國之法律，以代外國法之規定。轉定法與反定法兩者，互相關連，均以解決國際私法之牴觸爲目的而制定者也。惟我國則僅有反定法之規定，而轉



定法，則尙付缺如焉。

以上二法，現今多數國家，均已採用。惟非難之者，亦頗不少，茲舉其說於左：

一、認反定法之原則，陷於循環論法，至不能定其可通用之法律。此種非難對於法，意之裁判所，或爲適當，而於德國或其他有依於外國國際私法如何應依如何之民法商法而有明白規定者，則其法律之適用，甚爲確定毫無陷於循環論法之足虞也。

二、國際私法之原則，爲絕對的強行法。不能依外國法之如何，而異其適用。若採用反定法之原則，是即將認定之國際私法而加以破壞。是說也，僅對於法意等國之少數裁判例而言，至其他大多數國家，則固仍含有絕對的強行之部分也。如我國法律適用條例第一條之規定，即其明證。

三、有認反定法爲國際私法之退步。即國際私法，本自住所地法進而爲本國法者也。今若認反定法，是不啻將本國法，而使之復回返於住所地法也。雖然，此處所謂本國法，或住所地法者，不過立法上之差別，而二者並無何等優劣之足分。故此種非難，亦不適當。

其他於上述反定法及轉定法外，尙有所謂間接反定法者，係折衷於反定法轉定法而爲混

合之規定也。然於今日之各國國際私法中，尙少此種規定者，茲不多贅。

## 第二章 國際私法之沿革

研究國際私法，當溯其起源，而追述其歷史之發達，實爲必要之事。西洋近世之法律學，幾莫不淵源於羅馬法。然於國際私法，則並無若何之影響。蓋羅馬法，大體可分爲市民法（*Jus Civile*），及萬民法（*Jus Gentium*）。前者，適用於羅馬固有之市民，與此無關。後者，雖爲規定羅馬市民與屬領人民間關係之規則，而按其性質，則不過爲內外人共通的權義之準則，爲羅馬國內之實質的民法而已，亦非足爲國際私法之淵源論也。故羅馬之萬民法，謂其爲近世各國民法之祖則可，謂其爲與準國際私法有共同性質者亦可，若謂爲國際私法之祖則不可也。

至於古代之希臘，自認爲最優越之人民，故有國際仲裁裁判所之設立，以圖在希臘半島內各國國民之法律的保護爲目的。然此種保護外國人之觀念，不過基於希臘人之宗教的觀念而已，固無所謂法理之可言也。總之，國際私法之真實起源當求之於中世紀初日耳曼民族之間。迨中世紀末，始於意大利公認國際私法爲法律學之一科焉。至於近代，國際私法經幾多

之變遷，遂呈進步發達之象，茲擇其要者，分期述之於左。

### 第一節 五世紀至九世紀之日耳曼法時代

紀元後第五世紀，羅馬帝國瓦解，日耳曼人侵凌其地，代之而興。因日耳曼民族酷愛自由之結果，遂致其他民族，各依其法律規則而自相支配，各抱其風俗習尚，而自爲標準。故當日耳曼人征服羅馬之時，卽所謂民族法主義實施之日。惟對於其領土內之羅馬人，則適用其自所制定之法律。

又此時代之人種法，頗類似於今日之國際私法。其內容之要點，以父之權利爲基礎，若對於妻，則從夫之法，寡婦，則恢復其出生地法，關於契約亦然，繼承法，則係根據於死亡者之種族法而爲裁決。

### 第二節 封建時代

於中世紀時，上自王侯，下逮黎庶，悉因土地權利之分配，而公私法上之權義乃定。基於此等領土之觀念，在領域內之人或物，均須受其領域內之法律所支配。此種領土觀念，以法國，日耳曼，英國，爲最發達。總而言之，封建主義之根本觀念，專以土地爲重，而寧以

人爲從。即舉凡一切制度，習慣，法律，亦莫不以此爲其根據焉。

### 第三節 意大利派時代

十二世紀以後，意大利封建制度漸衰，而自由都市之制度因以代興。遂有都市法之制定。後以此等自治都市，互通貿易以遠，各都市法間之牴觸亦隨之而頻頻發生，此實足爲促成意大利國際私法發達之原因也。

及十四世紀中葉，有鼻祖能爾多拉斯 (Barolus) 出，(彼爲自一二一四年至一二五五或一三五七年間之人) 於是乃開一新紀元。按一世紀前，意大利學者，對於羅馬法之研究，甚爲深切。大都以研究羅馬之都市法與國法之關係，及都市與羅馬法之關係，並如何以解決其互相牴觸之問題等爲最多數。及至罷氏，就此區別，熱心研究，乃主張普通法特別法相牴觸時，應就二方面而深考之，此實爲彼特創之學說，即所以樹立意大利學派者也。

- 一、某領域之法律，當不屬於其領屬範圍內之時，亦可支配其人否；
- 二、某領域法律之效力，能及其領域以外否？

關於第一之問題，彼主張以下諸說：一、關於權利能力及行爲能力諸問題，不必準據於

契約地法。二、依契約當時之狀況，而生效力之各種契約，從契約地法。此學說於今日之德英法等國均採行之。三、法律行為之方式，從行為地法。四、關於行為之限制，依據法定地法；惟當指定履行契約地時，則從其履行地法。英美主義，大半採此原則。五、關於繼承抵觸之時，則採用以下之主張：(1)當無遺言繼承之時，從財產所在地法；(2)關於遺囑能力之實質範圍，則不適用外國人地方法律；(3)遺囑形式，從行為地法。六、關於物權，依其物之所在地法。七、訴訟手續，從訴訟地法。

關於第二之問題部分：一、某國家，對其國民，禁止其某種行為能力，而認為於其人有利益者，則於國土以外，有其效力。如關於未成年或浪費者之規則屬之。二、為財產所在地法，可決定其財產之繼承權。例如某意大利人，有財產於英國，嗣後如其人死於本國之時，則從英國法，此即物從所在地法之謂也。

以上學說，因專注重法律本身之故，致不免受猛烈之反對，然罷氏所發明之原則中，亦有不可磨滅之價值存焉。如關於人之身分能力，探屬人主義；而關於物權，則探屬地主義等，均為近世國際私法所奉為圭臬之大法則，實皆氏之功也。

#### 第四節 十六世紀法國之學派

當第十六世紀時期，學術研究之中心點，已由意而漸移於法。吾人於法國學派中，尤當注意於最著名之大法學家葛摩蘭氏（Gemoulin），彼為一五〇〇年至一五六六年間之人，乃一律師而兼大學教授者也。彼嘗謀法國國內法律之統一，而實為具先見博識之國際主義者。彼又常攻擊英國派而與意大利派相對峙茲舉其主要點於下：一、法律適用之形式，從事件發生地法。如契約，審判，遺囑及其他之文書訂立時，從製作地法。二、依罷爾多拉斯之學說，則契約之效力及其效果，應依契約地之實質法，在葛摩蘭氏之意，以為此項規則，以過嫌廣汎，而力主第一點，須注意契約者之意思。例如結婚之契約，應適用夫之居住地法；契約須基於明確之同意；如在外國有關於財產之處分者，則法之效力，依於關係者間之同意，是亦有國外的效力也。

#### 第五節 十七世紀之荷蘭學派

繼十六世紀法國學說而興起，當推荷蘭學派。當時荷蘭學派中之代表者，為羅登堡（Rodenburg 自一六一八至一六六八年），克勒斯頂（Christinaens 自一五四三至一六三二年）

，葡爾更達斯 (Burgundus 自一六一九至一六七七年)，司托克曼 (Stodkmanus 自一六〇八至一六七一年) 等是也。而其貢獻此學最多者，為秀培爾氏 (Ulricus Huber)，乃一六三六年至一六九四年間之人，而紹國際法大家格魯球斯之學派者也。茲述荷蘭學派主張之大要如下：

一、以國際私法為國際公法之一部，為地方自治，法律上之主權者，可不必顧慮自己以外之法律。

二、於例外而參酌外國法時，則僅係依於正義或國際禮讓 (International Höflichkeit) 而已。

三、關於身分之法律，則無一定之變化。故後世之學者，稱此派為禮讓派。秀培爾氏；關於此點，則有下列之三大原理：

1. 一國之法律雖可全部支配其國內之人民，然其效力不及於國境之外。

2. 所謂臣民者，係指凡居住於其國者而言，至其居住之為永久的，抑暫時的，均非所問。

3. 各國君主之互為國際禮讓，亦應以一國之法律，不侵害他國之法律，利益，權利為限。

總之，此說亦以屬地法為原則，唯契約及其他之法律行為，亦得認為地法。人之能力為屬人法，據當事者之住所地法以處理之，遇有抵觸時，以禮讓而認外國法，法律抵觸論之命名，亦始於此。邇來一二世紀之英美學者，亦多皆參酌秀培爾氏之學說者也。

### 第六節 十六七世紀之德國學派

德國於十六七世紀時，實際上採用如下之法則。

一、關於物權之法規，不及於領土外。關於物之法律，即物法，依物之所在地法。然有須注意者，即當財產繼承之時，則不依被繼承人之住所地法，而依物之所在地法。關於動產，則採用「動產附着於人體」*Mobilia Assibus inhaerent*之原則也。

二、處分物之能力，依物之所在地法。

三、規定方式之法律，可及於境外，同時得從行為地法。

以上由大體觀之，則此時代之法規分類主義，亦將人法物法，及混合法分為三者也。



第二章 國際私法之沿革

二六

第七節 英美學派

英美之國際私法，頗切實際，而於學理。則缺所謂普通法 Common Law 者，乃習慣法之一部分，若欲律以無限之人事，殊有不足之感，於是有補充之成文法 Statute Law 成立。內中尤以平衡法 Equity Law，有習慣法之存在。然而關於國際私法之準據法，則全然付之缺如。凡當國際私法關係之問題發生時，則常適用國內法。

於英國，其國際私法之發達，比較的為近世之事實。係始於荷蘭法理輸入之後，所謂英國主義者，不過荷蘭學說之借用而已。蓋依當時之國情，實為最相適宜者也。茲述其原則如下：

一、尊重土地所有權之結果，採行屬地法主義。

二、採用格魯球斯 Hugo Grotius 所云「凡於他國為法律行為者，則與一時之臣民同，當服從其地之法律」，之原則。

三、因封建思想之旺盛，故關於外國法之參用，係依於一種之國際禮讓而已，至於美國之研究國際私法，係始於斯多利氏 Story 與英國同。採用荷蘭學說。即：

1. 一國之法律於國境外，無拘束力，
2. 若於外國而認其效力時，係依於禮讓。
3. 各國之主權作用，可絕對支配於國內，等是也。

### 第八節 瑞士學派

瑞士之國際私法，情況正與各國相彷彿，而開始於民族法。當入封建制度時代，其國際私法之規定，亦為屬地主義之法律也。茲將當時瑞士唯一法學者，魯衣 [Lob] 氏所說之大概，述之如左：

- 一、人之能力，身分名譽等，依其人之住所地法。
- 二、關於法律行為，或其他之法律事實，依事實發生地法。
- 三、關於物，依所在地法；關於遺產，而有遺囑時，依遺囑地法。
- 四、關於行為之方式，依行為地法。

以上自大體觀之，均與現時之國際私法原則頗相一致，若魯衣氏者，實可謂先見博識之學者也。

第二章 國際私法之沿革

二八

第九節 十八世紀之法國學派

降至十八世紀之初，荷蘭文明漸衰，法國遂後代之而再興，法則區別說之研究，又以法為中心點矣。其代表當時之學者有蒲魯娜阿 *Boutlemy*，（一六八〇年生，一七六〇年死）及步衣露 *Brucier*（一六七三年生，一七四六年死）二大法家，茲略述其學說於下：

蒲魯娜阿氏，以為當依據人法，抑物法，不明之時，則仍當依據物法。又關於人之能力，分為一般之能力與特別之能力二種，並因之而異其準據之法律焉。

步衣露氏，有關於混合法時，當依人法。關於身分能力，無例外時，應依據屬人法之主張。至十八世紀後半，有卜起愛氏出，於其學說中，有如下之五大原則：

- 一、於人，而附與一定之條件與狀況之法律者，人之法律也。
- 二、對於能力之許可規定，對於無能力者之禁止規定者，人法也。
- 三、關於行為之法律，行為之目的，而係關於物之時者，物法也；關於身分之時者人法也。
- 四、無能力者，或關於特別行為之許可的法律，當從其目的，而定其為物法或人法。

五、物法與人法相衝突時，則依物法。

法國民法，業將以上之學說，總合之，而加編於第三條：

一、關於警察及治安之法律，可拘束領土內之一切人民。

二、關於不動產如爲外國人所有之時，應依法國法律。

三、關於人之身分能力之法律，雖法國人在外國之時，亦得拘束之。

### 第十節 十九世紀之德國學派

法則區別說，自罷爾多拉斯以來，其傳播於歐洲諸國，蓋已七世紀於茲矣。其後又有於一國之領土內，何故得適用外國法之疑問起焉。及至十七世紀，荷蘭學派，則唱國際禮讓說以爲解決此種疑問之具，是則法律之問題已一變而爲政治化矣。至關於此學之發達及其種種之解釋，究有何等之價值，已略如前述茲不復贅。

當十九世紀之中葉，德國學者，起而排斥曖昧之學說，而爲法理的觀察。至其適用外國法，實爲由於必要上而來，故裁判官有適用外國法之義務，乃依於立法者之命令，而決非依於國際之禮讓。其代表之學者，當推舍富男兒 (Schäffer) 弗許脫耳 (Wächter) 及薩微尼 (

Savigny) 三氏，茲揭其說於次：

舍富男兒 (Schiffner)

於一八四一年，舍氏有國際私法的沿革之一小冊出版，發表其新原則。彼主張適用外國法，非依於國際禮讓的好意，而實係從立法者之命令。當立法者之意旨不明時，得從土地之法律，倘關於土地法律問題未有規定時，則裁判官可就其法律關係之發生，而適用土地之法律云云。下列各行，即為舍氏所依據之大體的法則。

一、各法律關係，其法律關係之成立，依於土地之法律而定之。

二、人之權利能力，及行為能力，依於人之繼續的居所之法律。

三、關於物之法律，得分為二：

a. 關於一體財產全部之時，依其財產所有者之繼續的居所之法律。

b. 關於各別財產之時：(1) 關於動產，依一般原則之合理的適用；(2) 不動產，則依所在地法。

四、行為之方式，依行為地法。

五、關於行爲之實質，不立一般之原則，而依各種情況，異其規定。

至於弗許脫耳 (Wielhofer)，亦係排斥國際禮讓說，而主立法者之命令。其大意謂裁判官可從其意思，以適用外國法。若立法者之意思不明示時，則裁判官亦可基於法律之條項，立法者之意思，而爲推定云。

薩微尼 (Savigny)

薩氏著有近世羅馬法系統論八卷，於第八卷內有論及關於法律之土地之效力，而說明法規之牴觸問題。其意謂同一之法律關係，基於世界之真理，而歸於同一之解釋，不必拘泥於內外法之區別。故關於法律衝突，係基於各國法律關係之特別性質，而定其從屬於某一之法律域，並非如國際好意說等之所云也。凡關於人，人之住所，則爲身分關係之根據；關於物，依物之所在地法；關於債務，則債務履行地，爲債務關係之根據等，凡有法律關係之根據者 (Der Sitz Rechtsverhältnisses)，均屬正當。惟氏又認有二例外，卽：

- 一、屬於強制的性質之內國法律，(如禁止重婚等) 與外國法牴觸時，則適用內國法。
- 二、在內國所認爲不能存在之權利，(例如奴隸制度，監禁人之權利，對於子或妻之身體

懲戒權等）則不能依於外國之法制，而要求該項權利。

關於氏之學說，已略如上述。卽世人所稱爲「法律關係說」是也。氏之學識，其風行於瑞，法，比等大陸諸國無論矣，卽英美學說，亦大受其影響。日本之法例，亦係依照此說而爲制定者也。薩氏在國際私法上供獻之偉大，概可想見。雖其後亦間有反對之人，然爲之辯護者，亦頗不少。

### 第十一節 近世意大利及比利時學說

意國自十九世紀以來，對於此學之研究，更形發達。其大體則有如左之原則。

1. 國際私法上之問題，依人之本國法。
2. 然當反於其國之公序良俗者之時，則適用其土地之法律。
3. 關於契約者，須尊重當事者之意思。當事者之選定。依其國之法律是也。

當時之代表學者，則有意大利之瑪西尼 *Manoni*，及比利時之老輪脫 *Laurent*，茲舉其學說之大要如左：

瑪西尼氏爲政治家，且爲有名之法學家，於一八五一年，在意國大學中演說，其講題爲

「爲國際法基礎的國粹」，謂凡一民族，當適用同一之法律。高唱其本國法主義，一時風靡於意大利及比利時之學術界中。其主張，卽：

1. 對於外國法之適用，由於國家間之隨意，或依於禮讓之學說，表示反對，而主張當依國際上之純然義務。

2. 凡反於國內之公的秩序，善良風俗之時，則不適用外國法。

3. 凡國家，組織一協調團體，則須依於真理之原則而爲支配是也。

老輪脫氏與瑪西尼氏，之學說，均熱心於本國法主義之主張。老輪脫氏於一八八〇年，著有國際民法八卷，於其第六章中，說明本國法主義，實爲一著名之本國法主義的代表，氏當說明本國法主義時，對於人格與國民性之關係，大加研究。凡關於身分之事件，依屬人法。蓋法律者，爲國民性所構成，故此法律，亦係追隨於個人所到之地也云云。茲揭其大要如下：

1. 人法之根據，在於國民性。各國之法律，應於國民生活之需要而爲制定，故國法者，爲國民生活之現實與指針。而人法之根據，乃「國民性」也。



第二章 國際私法之沿革

三四

2. 人法者，不僅關於身分能力之法律而已。凡法之一般的屬人的，均是。即人之本國法，可支配人的關係之一切的法律事實者也。

3. 例外者，即統治者之單純，應從其意思，關於法律事實之時及公法反於屬人法之時，則為屬地的。

此派學說，有功於國際私法者不鮮。但其所認原則，置一切法律，皆為屬人法。於事實上與理論上，似均欠根據之處。蓋完全以一般之自然法為基礎，而其論據遂不免較形薄弱矣。

第十二節 近世英美學說

英美之學說，因受十八世紀荷蘭學派屬地主義之影響，故認外國法之適用。即於一七五三年，英國裁判所，關於二英人在法國結婚之結婚年齡，有適用法國法律之事實。可為其受屬地法主義影響之明證。茲舉其代表學者：

施多利氏 (Story)

施氏係採用絕對的屬地法主義，以為法律之適用，乃基於國際禮讓之觀念為根據。而此所謂禮讓云者，依氏之說，則尚須加以條件附也。

- 1 各國於其領土內，因主權之作用，不問其為內外人，一切事物，應共受其支配。
- 2 反之，一國之法律，不得支配其領土外之人及物。
- 3 認外國之法律，於本國之領土內者，係基於國際之禮讓，倘不反於本國之政策及利益者，則承認之。
- 4 外國之法律，經本國內承認時，則其效力，須專依外國之法律。

戴瑟氏 (Dicey)

戴瑟氏為英國近世之著名法學家，而牛津大學之教授也。亦承荷蘭學派，唱導應依既得權保護說，以為外國法適用之基礎，大體與前述之施多利氏同其論調。即凡依文明國之法律，而取得適當之權利時，於英國裁判所得承認之，且執行之。但亦設有例外，如（一）牴觸於國外效用之英國成文法時；（二）凡當背反於英國之道德觀念，英國之制度時；（三）牴觸於英國主權者之權利時等，則不在此限。此說不特與德國學派異，與意法學派亦有不同，戴氏之擁護既得權尊重說，雖促一部份之改善，但亦因此而不免陷於循環論法之非難也。蓋所謂既得權者：果依何國法律而確定？並未說明，不過先依使其取得權利之法律，而決其為既得權

與否已耳。

### 第十二節 歐洲大陸學說與英美學說之比較

以上已將關於國際私法學各種學派之沿革，加以說明，而其中最呈顯著之區別者，厥惟歐洲大陸學說與英美學說之二派，茲比較之而述其異點於下：

(一)國際法說與國法說 大陸學者，以國際私法爲國際法之一部，而英美學者則視國際私法，不過國內法之一部而已。蓋英美國內法，以習慣法居多，而國際私法，係習慣法，故亦爲國內法。

(二)屬人法與屬地法之原則 大陸學說，以屬人法之範圍爲廣。而英美學說，則以屬地法之範圍較多。英美之適用屬地法主義，實可謂中古封建制度之遺物。

(三)關於屬人法之差異 大陸學說，其解釋屬人法，以「本國法」爲主，而英美學說之解釋屬人法，則以「住所地法」爲主。蓋大陸有統一之法律，故可依當事者之本國法，而英美則向無統一之法律，而以習慣法爲通常適用之標準，故惟有依當事者之所在地法而爲解釋也。

現於上述各點，則關於英美與大陸學說間之差異，概可知矣。茲更略舉各國對於此學之有名學者於下：如英之衛斯脫萊克(Westlake)，爲一九〇〇年頃劍橋大學之國際法學教授，其所著國際私法，稱爲善本。法國之惠施 Wauis 爲巴黎大學之教授。德之巴魯 Von Bar，著有國際私法，及國際刑法等書，皆爲一時之名著，各國多爭譯之。而於英美諸國，尤爲推重。其學說與同國學者薩微尼氏相同，而互爲發明者也。意國則以費奧勒(Pagallo Fiore)，白路格(Brugé)二氏爲最著名，惟其理論，多不適合於東洋耳。至於荷蘭之阿賽爾氏 Asser，對於斯學之研究，至老猶孜孜不稍衰，嘗抱統一各國國際私法之偉大理想，雖一時未能實現，但其所持主義，於歐美學者間，至今咸猶稱道勿替云。

## 第二章 國際私法之淵源

國際私法者，以如何而成立乎？有依國際之同意而締結者，有依國內之立法而制定者。如國際條約及國際判決例等，前者之例也；如國內法，國內判決例等，後者之例也。至於各國學者之學說，於國際私法之構成，實亦大有貢獻。茲略述之。

### 第一節 國際條約

#### 第三章 國際私法之淵源

第三章 國際私法之淵源

三八

國際條約者，由於二國以上，互相明示其意思，由合意之協定而成者也。國際條約，為國際公法重要淵源之一項，其關於國際私法發達之功績，亦屬不少。例如海牙國際私法條約，及蒙台維多條約等，其最著者也。

第二節 國際裁判所之判決例

國際裁判所，有仲裁裁判所及國際司法裁判所之二種。海牙會議以前之仲裁裁判，其事起於臨時之構成。海牙常設裁判所之組成，常置有裁判官之名簿，及法律事件發生，則即以其中之裁判官，組成法庭，而為審庭。至國際司法裁判所，係大戰後講和條約之一部，而依國際聯盟規約第十四條所組織者。除審理國家間紛爭之事件外，其於私法關係之問題，如以國家為訴訟當事人時之私法事件，亦予受理。而尤以關於萊因河航行之審判所及多瑙河之行政裁判所等，更多審議私法關係問題之機會。是等國際司法機關，對於國際私法關係之條約，解釋之判例，於國際私法之發達，實大有貢獻也。

第三節 國際慣例

因國際交通之頻繁，對於個人關係之法律問題，其解決方法，於條約及其他準據之規則

外，亦有基於慣習者。而特於貿易部分，多係沿古代之慣習，而仍遺留為今日之規則者，不在少數。例如日本於德川幕府時代，有允許荷蘭人通商之慣習，其後英美商人亦適用之。後經本國政府之承認，即為國際私法之一部。

#### 第四節 國法

今日之國際私法，猶未脫國內法之範圍。各國之涉外法，即國際私法之制定，即為處理領土內外國人間之問題及內外人間之事件而設。即謂今日之國際私法，全然依國內法之形式而制定，亦非過言。如意國亞爾然丁，智利等之民法，對於國際關係，均有精密之注意，而含多量之國際私法之規則焉。

#### 第五節 國內判例與學說

國際私法，於今日尚有國內法之形體。故國內裁判所，不僅在適用本國之法律事件，而其當他國內法適用之任者，亦甚多也。故裁判所於國際私法之實行與發達上，其貢獻殊非淺鮮。餘如學說與國際私法之發達，亦有偉大之貢獻，已於國際私法之沿革中述之，茲不再論。

第四章 準國際私法

四〇

第四章 準國際私法

準國際私法者，在一國內，異其法律之地域，於各地域間之法律相抵觸時，爲之設定解決之規則者也。其性質與國際私法，初無何等之差異。惟自（一）、準國際私法得有共同之最高主權者；（二）、當法律抵觸之時，得設政府之機關以解決之，之二點觀察，則與國際私法相異。如瑞士聯邦，各 Canton 有獨立之法律，美國則各州 State，亦有自行制定法律之權。故州與州間法律之抵觸事件，實所難免。當此時也，則可依聯邦裁判所而爲雙方解決之道。又於日本，如朝鮮，臺灣，內地構成各異之法域，當此三法域之法律，而生抵觸時，則不得不設有共通法之準據法，以爲解決之計也。在英美派之學者，則不設準國際私法與國際私法之區別，而均包含於抵觸法 (Conflict of Laws) 之中。

第一節 異法地域之發生

一 國家內異法地域發生之原因，由於人情，風俗，習慣，居住地，不同之民族相構成而來，蓋近代之國家，往往包含多數之民族，推原其故，實由於領土之割讓，併合，征服，租界等爲其起因。蓋新領土取得後，自不可依其地之固有習慣而另行制定一種新之法律，以爲

適用。如日本於明治四十三年，併合朝鮮後，即以朝鮮固有之慣習，另制定適應於朝鮮之法律，而實施之。此實為異地法域構成之原因也。

### 第二節 準國際私法與國際私法

依前所述準國際私法，不外為解決異法域的國內法相牴觸時之準據法。故一國內有多數之異法律存在時，得依一種之準據法而統一之。然於國際私法，則不認一國內有多數法律之存在，而唯視為一種法律之存在為原則。於一國內無論何種之法域，只能適用同一之國際私法。例如美國之各州，本各有獨立之法律，而美國之國際私法，並不因州之不同，而有差異也。此即準國際私法與國際私法最顯著之分別點也。

### 第三節 準國際私法之名稱

準國際私法之名稱甚多，種種不一，而學者間，又各異其說。如馬伊利 *Meili* 及愛斯穿 *Escher* 等用 *Das Interprovinziale Privatrecht* 或 *Das Interkantonale Privatrecht* 之名稱。格富村 *Geffcken* 及庫黑姆 *Kuhn* 等用 *Interstate Law*，於美國似為相當之名稱。季推爾曼 *Zitelmann* 用 *Das Interlokale Privatrecht* 之名稱等均是也。

## 第四章 準國際私法



第四章 準國際私法

四二

以上為諸學者對於準國際私法所用之名稱，然均偏於一面，而不克為一般之適用。惟季推爾曼「地方間之規則」之名稱，應用之者，較為廣遠。至於日本一般學者，往往使用準國際私法之名稱，實則不甚適當。故有改用準涉外私法者亦屬不少。

第四節 準國際私法之發達

準國際私法之起源，係發生於意大利之都市國家間。當時如威尼斯 *Venice* 弗羅倫斯 *Firenze* 商業都市國家之人民，因互相密接交通之結果，遂生商事之繁複關係，而法律之抵觸，亦因之頻頻而起。故當時意大利於 *Collatio Statutorum* 及 *Conflictus Statutorum*，有法律之抵觸事實存在。其法律抵觸解決方法，終傳於法國，而使之適用於地方慣習法抵觸之解決。如度麻蘭 *Dumoulin* 及大勒昂脫萊 *D'Aregeret* 等，對於慣習法相抵觸時之解決方法，均為著名之學者。而大氏之學說，更傳於荷蘭，當時頗占勢力。蓋因當時之荷蘭，成自多數之自治團體，各有獨異之慣習法，故對於意法之學說，最為適宜。

其後如罷爾多拉斯 *Bartholus*，舍富男兒 *Schiffner*，福愛利克斯 *Foelix*，薩微尼 *Savigny* 等，皆未嘗認國際私法與準國際私法之區別。然至羅巨姆 *Roguin*，始舉瑞士州法律之抵觸

與國際私法抵觸之例，而舉出其相異之點，以證明兩者間原則之差別焉。

### 第五節 準國際私法之準據法及其性質

關於法律抵觸之點，則國際私法與準國際私法之間，不認有何等之差異。所不同者，唯前者，則不拘於內外法之衝突，而後者，則為關於一國內之地方規則之衝突而已。準國際私法，適用於私法抵觸時之準據法，非為本國法，而為住所地法。何則，蓋私法關係之當事者，皆為同一國家之國民，而身分能力繼承之問題，均依住所地法而為決定之故也。且同在一國之內，當法律抵觸之際其於善良風俗及道德觀念等，除因少數例外，如領土割讓併合等，不在此限，大都均不致發生問題也。

當適用準國際私法時，其內法域之法律，與外法域之法律，應解為有同一之性質耶，抑當認為一種事實耶？此項問題，應依內法域法律之規定而斷。換言之，若內法域之法律，以外法域之規則為法律時，則為法律；若認為事實時，則為事實。倘內法域關於此點而不設何等之規定時，則亦有常認外法域之法律為法律者，蓋外法域之法律，其準據法，係內法域法律之一部也。

論 新 法 私 際 國

---

第四章 準國際私法

# 本論

## 第一編 國籍住所及居所

### 第一章 國籍

#### 第一節 國籍之意義

國籍爲私法上之先決問題，若不明其國籍，則誰爲外國人，將何由而知之乎？凡有國籍之人民謂之國民 *Nationals*，所以示其爲一國人民之地位，而定自然人與國家之關係也。卽於個人以外之法人或船舶等之國籍，亦包含之。

在古代交通不便，人民間之往來稀少，出生於何地者，亦卽居住生活於其地，故居住與出生，殆爲同一之解釋，而國籍問題，亦不易發生。其後因交通機關之發達，個人之往來頻繁，生於其地者，未必卽居於其地，於是因與他地方人往來之結果，而遂有取得他地方人之資格者，卽所謂依歸化而取得國民之資格是也。其他亦有依於結婚，養子，等之關係，而取得國籍者。故一、有依出生而取得國民之資格，（卽稱爲國籍之取得）者，稱爲生來之取

得。有依於歸化及其他方法，而取得國籍者，稱爲傳來之取得。二、有稱爲原始的取得，及後來的取得。三、亦有爲自然之取得與依於選擇而取得之區別者。然究以何者之分類方法，爲妥當，頗難判斷。惟以生來之取得，與傳來之取得，爲區分之標準，較爲穩妥耳。我國籍法亦採之。

國籍 *Nationality*, *Nationalité*, *Staatsangehörigkeit*, 一語，爲表示國家之一份子之意。至其性質，則各國解釋，亦不一致。如英美學派，則曰人民對於國家，永盡忠義之關係；德國學派則謂國籍者，人民對於國家，絕對服從之關係也。然法國學說對於此絕對服從說，則抱根本之反對與異議。而倡國家與人民之間，係成自合意之契約，而非服從之關係。此說盧騷 *Rousseau* 一派之學者主張之，所謂契約說 *Social Contract Theory* 是也。至於日本，探德國舊學說，稱人民爲臣民 *Subject*，卽所以表示個人對於國家服從之意也。

國籍者，受國際公法及國際私法上之保護爲必要。而國籍又以單一爲標準，若一人而有二個國籍時，則惟有選擇其一。倘人爲之國籍取得，而違反當事人之意思時，則不得成立，以上諸點，均視以國籍取得之原則。而已漸得各國立法者之承認焉。

## 第二節 國籍之確定及其效果

於我國對於確定國籍事項，尙無常設之機關，而此等事件之發生，通常由內政部及地方官署，中國駐外使領館爲之審議轉報而決定。然於法奧諸國，則有特設之機關，專司國籍之確定事項。

關於幼兒國籍取得之時期，可分爲二。卽妊娠之時，及出生之時是也。自理論上言，親子之血統關係，當始於妊娠之時，惟自事實上觀之，凡欲確定妊娠之時期，頗爲困難，故以出生時爲取得父母國籍之時期，較爲便利。故我國國籍法第一條，亦採出生時之主義。

至國籍之效果，有對內及對外之二種。對內之效力者，卽國民居住於自國內，與其他之內國人，可受同一之生命財產及其他之保護，並可參與國政，而爲官吏之任命等權利，同時，則又須負擔兵役及租稅之義務。然於外國人，政權固可勿論卽其爲財產權，亦不能與內國人受同樣之待遇。其兵役與納稅義務之一部，於外人亦得免課之。對外之效力者，國家之國民，在國外因基於條約及國籍法而受居留國之保護，如生命財產及其權利之保護是也。至國籍法，當保護個人之時，須先基於其國籍而爲之。

### 第三節 國籍法之制定及其根本原則

現今各國，均有關於國籍法規之制定者，其制定之方式，約有三種，即：

(一)規定於憲法者，(二)規定於民法者，(三)規定於單行法中者是也。

以憲法而為規定之立法例，如南美及中部阿美利加等均是。北美合衆國，於一八六八年亦有以自出生及歸化而取得美國國籍等之規定於憲法中，於歐洲如一八七〇年西班牙憲法，亦以國籍得喪等之原則，規定於憲法。

以國籍法而規定於民法中之立法例，如一八一一年之法奧民法，一八二九年之荷蘭民法，一八四四年之塞爾皮亞民法，意國民法，一八六七年之葡萄牙民法等均是。

以單行法而規定國籍法者，如德國，日本，英國，等均是。至於我國，則以民國元年十一月間之國籍法及十八年二月五日國民政府頒佈之國籍法觀之，亦係特別之單行的制定也。此種方式。實為最適當之立法例。

現今關於國籍法上立法之根本原則，約有三端。第一，國籍必有之原則。即無論何人，不可不有國籍之主義，第二，國籍單一之原則。即凡人有二個以上之國籍時，當擇取其一之

國籍之主義。第三，意思尊重之原則。（即國籍之非強制主義）即國籍，而違反當事人之意思時，不得成立之主義是也。

## 第二章 國籍之取得

### 第一節 生來之國籍取得 (Nationality by the Birth)

生來之國籍取得者，即因人之出生而取得其國籍也。在昔希臘羅馬，皆採民族主義，故不問其出生地何在，而子必從其父母之國籍，其注重在血統之關係，故曰「血統主義」*Jus Sanguinis*。及後中世紀因封建制度之發達，厲行屬地主義，而關於國籍之取得，亦以土地為重，而不依於血統，凡出生於其地者，即取得其出生地之國籍，是曰「出生地主義」*Jus Soli*。然時至今日，國家之觀念發達，思想一變，國民非土地之附屬物，而寧認國王為國民之附屬物，故除少數國家（如南美諸國）因特別原因者外，已漸有回復血統主義之趨勢焉。雖然，屬人主義及屬地主義，若各單獨行之，往往足生種種之困難。例如甲國採血統主義，乙國採出生地主義，若甲國人之父母，生一子於乙國時，在前者視之，則其子應為甲國之國籍，惟以乙國視之，其父母雖屬甲國之國籍然其子係出生於乙國，應為乙國之國籍，是則同為一



本論 國籍住所及居所 第二章 國籍之取得

五〇

人，而有二重國籍矣。近來日本與美國間，常發生是項之困難問題，卽其實例。故大多數文明國家，往往於此二者外，只採用折衷主義，以資補救。如美國本採出生地主義，其於外國船舶內自國人夫婦間所生之子女者，亦得適用血統主義是也。現今各國立法主義，細分之可別爲四種：

一、純粹之血統主義 如德，奧，匈，瑞士，挪威，羅馬尼亞等國採之。

二、以血統主義爲本，而以出生地主義爲附者 如我國，法，比，荷，丹，意，土，俄，瑞典，日本，西班牙等國均採用之。

三、純粹出生地主義 如南美諸國採用之。

四、折衷主義 如葡萄牙，英及美國等採用之。

依照我國最近國民政府公佈之國籍法所規定，因出生而取得國籍者共有四種其一二三採血統主義，其四則採出生地主義，茲說明之如左：

一、出生之時父爲中國人者 此爲血統主義之原則。在我國國內出生者，固無論矣，卽在外國出生，而其父爲中國人時，亦取得中國之國籍。其不言母者，因血統主義原則從父系也。

此以出生爲標準，而非採妊娠說者，良以便於實用耳。按之歐美各國，亦莫不皆然。

二、生於父死後其父死時爲中國人者 此乃採懷胎當時之血統主義者也。蓋於妊娠時而其父爲中國人，則出生時雖其父已死亡，而仍不失爲其父之血統，當然可取得中國之國籍也。

三、父無可考或無國籍其母爲中國人者 此爲血統主義之例外，卽私生子之規定也。蓋私生子之父，往往不能判明，雖有時或可判明，而不能辯其爲何國國籍時，則自不得不從其母之血統主義，以定其子之國籍。故我國國籍法第一條第三項規定之曰「父無可考，或無國籍，其母爲中國人者」則屬中華民國國籍。此從母系者也。

四、生於中國地父母均無可考或均無國籍者 此係採出生地主義。因事實上之必要，而不得不爲此唯一之例外焉。蓋如棄兒者，既全不知其父母之爲誰，若仍以血統主義爲標準，必至無可依據，而成爲無國籍之人，實有背近世國籍必有之原則。故許其基於土地之關係，取得出生地之國籍，而規定爲中國人焉。此則我國國籍法第一條第四項所明爲規定者。

觀上所述，可知我國生來國籍取得之概略矣。其大部均採血統主義，而出生地主義，則不過採爲補助之附則而已。非若如南美諸國之明知其父母爲外國人，苟出生於其領域內者，

必強之從出生地主義者，大相逕庭也。

### 第二節 傳來之國籍取得(Nationality by acquisition)

傳來之國籍取得者，謂因出生之事實，既取得國籍者，更由出生以後之其他原因，取得他國之國籍也。或因第一，法律之規定，即親族法上之原因，而取得國籍者；第二，因個人之自由意思，而取得國籍者；第三，因國際法上之原因即領土割讓之結果，而取得國籍者。此等均總稱之曰傳來之國籍取得。

#### 第一款 依親族法上之原因而取得國籍

關於親族法上之取得國籍之原因，依我國國籍法規定，約有三端。即：

A. 婚姻 當外國人間之婚姻，其婦女必可取得男子之國籍，此於世界各國，殆無差異。依我國籍法第二條第一項之規定，凡為中國人妻者，取得「中華民國之國籍」。蓋欲完成一家庭，乃有夫婦同居之義務，既欲同居，則自有同籍之必要，故歐洲大陸各國，亦均為默示之同意，如法，西班牙，荷蘭，挪威，瑞典，比利時等均是也。然亦有例外者，如美國，委內瑞拉，巴西等國，則不認此原則，故我國籍法同條同項有「但依其本國法保留國籍者

不在此限」之例外的規定，無非為免除雙方兩國間法律之抵觸而為設定也。

B. 認知 凡私生子因父或母之認知，可取得其父或母之國籍，此亦各國法律，所共認為取得國籍之原因。我國籍法第二條第二項及第三項有「父為中國人經其父認知者」「父無可考或未認知母為中國人經其母認知者」取得中華民國國籍之規定。吾人就私生子之能取得國籍言之，其機會有三：（一）依出生地主義，取得出生地國籍。（二）依母之血統主義，取得母之國籍（三）即依其父母之認知，取得與親同籍之國籍是也。

C. 養子 我國向以家族為單位，因維持家族，故重養子制度，養子入養家，其權利與嫡出子相等。今若以外國人為養子，而不許其取得國籍，則不克達其目的。我國籍法第二條第四項規定云「為中國人之養子者」可取得中華民國之國籍。歐洲各國，在昔亦有此種養子制度，今則一變而以個人為單位，故已不以此為變更國籍之原因矣。

## 第二款 歸化(Naturalization Naturalisation Einbürgerung)

### 第一項 歸化之意義

「歸化」二字之語源，其英法文 Naturalization 之意義，即本非內國人，強使為內國人

也，又有化而為內國人之意。故可廣義解之，凡依親族法上之原因，及國際法上之原因，均當全部包含在內。今當以狹義解之，則以自己之意思，依各國關於歸化之規則，而取得國籍之方法者為限。由此觀之，則因歸化而取得國籍之原因與親族法上之原因不同，蓋前者為自由之意思，而後者則為強從者也。其與領土割讓之結果亦異，因領土割讓之結果，則入籍者衆多，不待國家一一為之許可，而此則為特別之許可也。故歸化之要件有二：一曰自由之希望，二曰特別之許可。

### 第二項 歸化之條件

世界各國，對於外國人歸化之許可，均設有一定之條件，條件如何，雖因國而殊，然其作用，則固相同。我國新國籍法第三條，對於呈請歸化之外國人，須具備左列各款條件。

一、繼續五年以上在中國有住所者 此指歸化以前之內國住所而言。各國對於年限之規定，有二年或三年者不等，而住所或居所之間，亦無一定之限制與區別。茲列舉如下：法奧繼續十年之居所，塞爾維亞七年之居所，荷蘭南非共和國五年之住所，與我國同，日本亦然。英國五年之居所，芬蘭三年以上之居所，瑞士二年以上之住所，巴拉圭二年繼續之住所

，烏拉圭無妻者二年間，有妻者三年間之居所，葡萄牙，尼加拉瓜二年以上之住所，閩都拉斯一年之居所是也。

二、年滿二十歲以上依中國法及其本國法爲有能力者 不達一定之法定年齡者，不能視爲有完全行爲能力之人，而法定之年齡，則又因各國環境之不同，而不相一致，故凡未達法定年齡而非有行爲能力之人，其不能自由脫離本國國籍，固也，然雖從其本國法爲有能力者，而依我中國法，尙無能力者，仍不許之；反之，外國人依中國法雖且有能力，而從其本國法，尙無能力者，亦不許之。例如波斯以十五歲爲成年，有行爲能力，歸化中國時，似應許可矣，然依我國法則尙未成年，認爲無能力，仍不得許其歸化。又如法國人以二十一歲爲成年，當二十歲時歸化中國，依我國法規定，似已成年，有行爲能力，可許可矣，然依其本國法，尙未足法定年齡，不得視爲有行爲能力之人，照我國法規定，則亦仍不得許其歸化也，惟外國人當無國籍而要求歸化時，則可專以中國法定之。否則，歸化者，必依中國法及本國法認爲有法定能力時，始能得歸化之許可也。各國關於能力之制度，亦各不同，約可分四種述之，以備參考。(一)不設能力之規定者，如英，俄，西班牙，羅馬尼亞

本論 國籍住所及居所 第二章 國籍之取得

五六

，智利，阿爾然丁，委內瑞拉，玻利非亞等國是也。(二)依本國法定能力者，如德，奧，  
匈，希臘，諾威，墨西哥，摩洛哥等是也。(三)依歸化人自國法定能力者，如美，荷蘭，  
比利時，瑞典，巴西，盧森堡等是也。(四)依本國法及自國法定能力者，如我國，葡萄牙  
，日本是也。

三、品行端正者 此為今日各國之立法通例，所以拒絕犯人及浮浪者之歸化，而保護歸化國  
之公益者也。如日本，德，俄，匈，塞爾維亞等國，均有同樣之規定。

四、有相當之財產或藝能足以自立者 此種條件，亦因國而殊。我國則以有相當之財產足矣  
。即無相當之財產，而苟有技藝，能力，足資自立者，亦得許可。至各國之資力條件，如  
德國則以能給養自身，及親屬者為限。匈牙利亦大致相同。芬蘭以得餬口為限。巴拉圭以  
有不動產，或有營業資本，或學術技能或營制造业者為限。烏拉圭以娶同國之女之外國人  
從事於學術技能，或工業，或所有不動產為限。秘魯以足營商業，製造業，或工業者為限  
。羅美尼亞以所有資本金額之計算書，附於歸化請願證書者為限。葡萄牙，則與我國所定  
者相同。

以上條件具備後，更經呈請內政部之許可，即取得國籍，此歐美大陸及日本之所同者，惟於第六條後之規定，有「內政部爲前項歸化之許可，須經國民政府之核准」蓋所以示鄭重之意也。但美國之規定，則凡具備條件者，即可歸化，較爲便易。

前之所述，爲普通歸化者所應具之條件，而其他尚有例外者三種，茲分述之：

第一，外國人在中國雖未備新國籍法第三條第一項之規定，即繼續五年以上，在中國有住所者，苟能具備下列各款，而繼續三年以上，在中國有居所者，亦得歸化。即（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（但其父或其母生於中國地者不在此限）是也。又依同條第四項之規定，凡無上列三項之條款，而曾在中國有住所繼續十年以上者，亦得歸化。

第二，凡外國人現於中國有住所，而其父或其母爲中國人者，則雖不具備第三條第一二四各款之條件者，亦得歸化。

第三，凡外國人有殊勳於中國者，雖不具備第三條之各款條件者，亦得歸化。此亦爲各國一般之普通原則，非僅國家之利益，抑亦有關國家之聲名。且此種勳勞，不僅限於政治方面，



如法國對於其國之工商業有功者，亦得爲無條件之歸化。其他如俄，意，荷蘭，葡，比，盧森堡，羅美尼亞，及阿爾然丁等國，特與優待有功之外國人，亦不乏其例。此即歐美諸國所謂「大歸化」者 Grand Naturalization 是也。

### 第三項 歸化之效力

當述歸化之效力以前，應先明歸化之效力，究於何時發生乎？關於此點，各國法律，亦不一致。其成立時期，可分五種：（一）凡具備歸化條件，不必經歸化國之許可，只由歸化者對於歸化國宣誓竭盡忠實，對於原籍國宣誓摘棄義務，則自此宣誓日起，即可發生效力。如英，美，俄，西班牙，奧，瑞典，挪威，土耳其，墨西哥及塞爾維亞等國屬之。（二）有由山登記歸化許可於戶籍簿時，發生效力者，如葡萄牙，及一八八九年以前之西班牙屬之。（三）有由交付歸化狀之日，發生效力者，如德，匈，哥倫比亞，等國屬之。（四）有經歸化國之許可，及本人承諾後，發生效力者，如比利時，荷蘭等國屬之。（五）有由登載政府正式公報後，始發生效力者，如日本，法，意等國是也。至我國籍法第七條之規定，「歸化須於國民政府公報公布之自公布之日起發生效力」是亦與前者相同也，

所謂歸化之效力者，即使外國人爲內國人，俾其享有內國人民之權利及負擔義務也。依我國立法例，歸化之效力範圍，不僅及於歸化者之本人，即對於隨同取得國籍之妻及子，亦可發生效力。故可分三點述之如左：

一、及於歸化者本人之效力 歸化人與生來之人民，應享受負擔同一之權義，此理論上之原則也。然一考諸各國立法例，則於義務之點，多與生來之人民無殊，而於權利之享受，則往往多加限制，並非完全一律相同，而於公權中之「參政權」限制尤爲甚嚴，尤爲普遍。有加以一定年限之限制者，有竟有終其身而不許其享受者。如法國於歸化後十年間美國於七年間不得爲國會議員又終身不得爲大總統及副總統。意國非大歸化，不得爲國會議員之選舉人及陪審官，匈牙利非特別歸化，則十年間不得爲國會議員。日本國籍法亦設種種之限制，如有特別之功績於日本而歸化者，非俟國籍取得滿五年後，其他十年後，經由內部大臣經勅裁解除之後，則不得享受下列各種權利。1. 爲國務大臣 2. 爲樞密院之議長副議長或顧問官， 3. 爲宮內勅任官， 4. 爲特命全權公使， 5. 爲陸海軍之將官， 6. 爲大審院長會計檢査院長或行政裁判所長官， 7. 爲帝國議會之議員是也。至我國新國籍法第九條「依第二

本論 國籍住所及居所 第二章 國籍之取得

六〇

條之規定取得中華民國國籍者及隨同歸化人取得中華民國國籍之妻及子不得任左列各款公職」是將因親族法上之原因而取得國籍者，亦包含在內而加以限制也。

- 一、國民政府委員各院院長各部部长及委員會委員長。
- 二、立法院立法委員及監察院監察委員。
- 三、全權大使公使。
- 四、海陸空軍將官。
- 五、各省區政府委員。
- 六、各特別市市長。
- 七、各級地方自治職員。

此種限制，各國雖多少不同。惟對於最關重要之公務人員，則莫不加以限制者，如國務大臣，國會議員，民主國之正副總統等。蓋以甫經歸化，其究能真正竭盡忠誠於國家與否，尙不可必，爲防止避免公益上之意外重大損害，弊病計，不得不設此種規定，以爲制限耳。吾人試再就同條末端所載，「前項限制依第六條規定歸化者自取得國籍滿五年後其他自取得

國籍日起滿十年後內政都得呈請國民政府解除之」可見對於上述種種之限制，其解除亦非無定期也。

二、及於其妻與子之效力 依我國籍法第九條規定，歸化者之妻及子隨同歸化人而取得中華民國國籍者，則其歸化之效力，與歸化者同受各種之限制。雖然，妻從夫歸化之例，固為大多數國家所共認。惟法國法系諸國，非由妻自行請求歸化者，則不發生效力，俄葡等國之規定，則妻之國籍並非當然變更，德國則妻表示反對時，得保有原來之國籍。至於子同親歸化，亦為各國制度所承認，惟限於未成年之子，若其子而為成年者，則從其子之自由意思而決定之。故我國籍法第八條規定「歸化人之妻及依其本國法未成年之子隨同取得中華民國國籍但妻或未成年之子其本國法有反對之規定者不在此限」是則夫或父雖歸化，而其妻及未成年之子，尚可依其本國法而保有其本國國籍也。

### 第三款 國際法上之國籍取得

因征服，併合，割讓之結果，變更領土之主權，同時凡居住於其地方之人民國籍，隨之而生變更，此亦為取得國籍原因之一。是種原因，於各國國籍法中皆無明文規定之者。蓋以

本論 國籍住所及居所 第二章 國籍之取得

六二

此種國籍之取得，不能憑法律之規定，而必須基於國際法上所謂條約者始克發生效力也。故學者每多有稱此為國際法上之國籍取得。或稱為領土割讓之國籍取得。

前述親族法及歸化之國籍取得，與領土割讓之國籍取得，其結果雖係一致，但前者，則為個人的，為自由意思的，為國家特別許可的；而後者，則為團體的，條約強制的，為國家一般的許可，此其區別也。

古代戰勝國，對於割讓地之人民，有盡行殺戮者，及後，乃用虐待之手段，視之為奴隸而役使之。及十八世紀以後，人道主義日漸昌明，始認外國人之人格，至最近時期，則其待遇，與內國民同，即有欲為舊國民者，亦聽其自由。此所謂國籍選擇權 *Option* 是也。此種權利，多於條約中規定之，稱為國籍選擇條款，稱割讓地之人民曰住民，今分述之。

一、國籍選擇條款 可分二點，即選擇之條件與選擇權之性質是也。所謂選擇條件者，即割讓地之住民，於一定之期間內約為一年或二年不等，處分其財產而退去其割讓地也。在未退去前，則其人仍視為舊國籍，而其財產，則亦與他外國人同例，亦可受其保護。在古代以至十七世紀末葉，凡退去割讓地者，僅能將動產携走，而不動產，則悉數沒收之，迨至

十八世紀中葉以還，始有保護不動產之先例。退去者於退去以前，得自由處分，更越百年，如一八五九年之齊利世 *Nirnch* 條約，及一八七一年之佛萊克堡 *Frankfurt* 條約之規定，則凡退出者之不動產，亦得繼續其所有權。要之此種規定，並非一定不變，而仍視當時雙方所訂條約如何以爲判斷。如一八九五年之中日條約，凡去退讓地之前，當賣却不動產，而一九〇五年之日俄條約，對於樺太島之住民，則不必退去，且得有不動產之所有權，何前後之不同，相差竟若是之巨乎？

至選擇權之性質，學者不一其說。有謂在一定之猶預期間內，暫不變其舊國籍，有謂國籍之選擇者，爲解除新國籍之條件，而新領地之人民，因領地割讓，即可取得新國籍者。故理論上之所謂選擇權，爲移住之特典，得以解除新國籍之條件說明之。

二、割讓地住民 此種住民之範圍，是否將第三國人民或本無國籍者，亦包含在內？自來條約，尙無明文之規定，惟就契約之效力推之，則不及於第三者，是所謂割讓地住民者，應以割讓國之割讓地之住民爲限。雖然猶有問題存焉。屬於割讓地之人民，與割讓地有關係者，約可分爲四種 1. 有住所而無本籍，2. 有本籍而現無住所者 3. 有本籍且現有住所者 4. 僅

有居所而無住所及本籍者，以上除第四種不受重大之影響外，其餘三問題，究當變更國籍與否，條約既無規定，而各國學說，則又不一，至今猶難判定，茲述其重要之學說如次：

- (1) 住所主義 於割讓地現有住所之人民，使變更國籍而為新人民之主義也。
- (2) 本籍主義 不問住所與否，凡有本籍於割讓地者，皆入新國籍之主義也。
- (3) 住所及本籍主義 於割讓地有本籍且現有住所者，始得變更國籍之主義也。
- (4) 住所或本籍主義 住所與本籍，於二者倘有其一，即當變更國籍之主義也。

上述四說中，以第一第四說採用之者，較為多數。惟究採用何種主義，仍當視條約締結之狀態及國情如何為斷耳。

### 第三章 國籍之喪失 (Expatriation of Nationality)

所謂國籍喪失者，即一國固有之人民，或歸化之人民，而脫離其國籍者也。在西洋古代各國，咸認其國民之國籍脫離。及於中世紀封建時代，禁止自由脫籍，所謂一度為人民，即當永久為其國之人民是也。例如英國於一八七〇年前尚固守「一度為英國之人民，永為英國之人民」。Once a British Subject, always a British Subject 之格言。法皇路易十四，亦禁人

民間之移住。往昔日，本亦守同樣之主義，凡有歸化於外國者，即視為不忠之行爲。然至十九世紀，西半球美國等地方，因人口之稀少，乃獎勵，勸誘歐民之移住，並主張去國脫籍，爲求自由及幸福必不可缺之天賦人權。自此之後，脫籍移住前往者，接踵而起。至於近世，則文明各國莫不認脫籍之自由焉。

### 第一節 國籍喪失之原因

前章述國籍取得之原因，有生來的與傳來的之二種，而國籍之喪失，則唯有人爲之原因，可分三點述之。

- 一、因親族法上規定之原因而喪失國籍。
- 二、因個人之自由意思而喪失國籍。（即歸化）
- 三、因國際法上之原因即領土割讓之結果，而喪失國籍。

#### 第一款 親族上之原因

依我國國籍法之規定，其親族法上喪失國籍之原因，約有二端。

1. 婚姻 新國籍法第十條云「爲外人妻自請脫離國籍經內政部許可者」則喪失中華民國國籍



本論 國籍住所及居所 第三章 國籍之喪失

六六

。此項規定，爲現今文明各國所共認。我國此項規定，優點頗多。1. 中國之女，嫁於外人，其從夫籍與否，可聽自便，若不經自行呈請脫離者，仍得爲中國人。非若日本，德，匈，希臘諸國之必從夫籍也。法國婚姻夫籍制，最爲妥善者，亦卽以此故耳。查法國民法第十九條云「法國女子出嫁外人時，從夫之身分若婚姻不取得夫之國籍者，依然爲法國人」此其優點一也。2. 倘中國之女，往嫁無國籍人時，則依規定，可不喪失其國籍，若採必從夫籍主義，是將使本有國籍之人，而同爲無籍之民也。我國規定，可免此種意外不幸，此其優點二也。

2. 認知 有中國國籍之子，因外國之父或母之認知，則採親子同籍主義，而喪失其國籍。我國籍法第十條第二第三款本文云「父爲外國人經其父認知者」「父無可考或未認知母爲外國人經其母認知者」則喪失中華民國國籍。惟亦有二項之限制，卽喪失國籍者以1. 依中國法爲未成年者；2. 非中國人之妻者是也。否則，依中國法而爲成年人者，則應從其自己之意，或爲中國人妻之時，均不失其國籍也。

第二款 歸化

人民脫離本國國籍，去而歸化外國之事，至於近世，始為各國所共認，古代則皆所嚴禁。雖然，為防弊患起見，各國亦均設一定之條件，我國亦然，如國籍法第十一條曰「自願取得外國國籍者，經內政部之許可，得喪失中華民國國籍；但以年滿二十歲以上，依中國法有能力者為限。」觀此規定，可知有二要素：

一、依自己之願望 此所以防強制之歸化也。必先有取得他國國籍之意思而後始失中國國籍。倘他國有強制歸化，而非出於己意者，則我國可不認之。

二、年滿二十歲以上 此為我國有能力者之法定年齡。蓋未足法定年齡者，意志薄弱，易受人之誘惑，種種危險堪虞，此項規定，即為避免此種意外不幸事件而設也。

考諸外國，則除上述者外，尚有他種喪失國籍之原因在，茲略舉如下1. 奴隸之所為，及為賣買行為者，即喪失其國籍，如法國制度是也。2. 不經本國政府或國會之許可，而任外國公職時，即失國籍。如德，意，荷，葡，希等國是也。3. 政府命其解職，於一定期限內，而不從者，則剝奪國籍。德，法，奧，匈是也。4. 不經政府之許可，在外國十年，亦不報告本國者，喪失其國籍。德，匈，墨西哥是也。5. 服兵役中，逃至外國，或避召集而出國境時，

即喪失其國籍，此美國之制也。6. 不經政府元首之許可，而任外國軍務者，失其國籍。此荷，法，意之制也。惟上述數端，大多均係出自國家因公益上之關係，而加以喪失國籍之制裁與前十一條所出於自己之願望者，迥不相侔也。

### 第三款 國際法上之原因

就領土割讓之結果，一方為受取國籍，同時他方，即為喪失國籍。近世每有因領土之割讓，隨之而又喪失大多數國民之國籍者，不乏其例。其詳已於前章述之。

### 第二節 國籍喪失之限制

前節已略述國籍喪失之原因矣。惟於此有當注意者，即我國國籍法所載喪失國籍之二大原因中（即親族法上之二種及歸化是也）尚有二大限制，是不可不知也。

一、國籍法第十二條曰「有左列各款情事之一者，內政部不得為國籍喪失之許可。」

1. 屈服兵役年齡，未免除服兵役義務，尙未服兵役者。設此規定，實為現在一般徵兵制之國家所共認，而所以預防免役之政策也。惟我國以目下狀況論，尙未採徵兵制度，關於此項規定，實無切實用處，不過作為將來一種準備已耳。

2. 現服兵役者。

3. 現任中國文武官職者。此因外國人不得爲中國官吏而設者也。

二、國籍法第十三條曰「有左列各款情事之一者，雖合於第十條第十一條之規定，仍不喪失

國籍，

1. 爲刑事嫌疑人，或被告人。

2. 受刑之宣告執行未終結者。

3. 爲民事被告人。

4. 受強制執行未終結者。

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。

### 第二節 國籍喪失之效力

現今各國立法例，其國籍喪失之效力，於本人外，尙可及其妻子，蓋由於夫婦親子同籍關係而生者也。故說明喪失之效力，得分三點述之。

本論 國籍住所及居所 第三章 國籍之喪失

一、及於本人之效力 國籍喪失者，即失去本國人民之資格，而為外國人也。凡非中國人不能享有之權利，則與國籍同時喪失之。其中對於公職與公權，其即應喪失，固為當然之事，其他如外人不得享受之私權，同時亦受限制。然對於財產權中之不動產，往往有與以一定之猶預期間，令其於期內讓渡於內國人者，此則為厚待去國者之規定也。如國籍法第十四條所云「喪失國籍者，喪失非中國人不能享有之權利，喪失國籍人在喪失國籍前，已有前項權利者，若喪失國籍後，一年以內，不讓與中國人時，其權利歸屬於國庫」。亦予以一年之猶預期間是也。

二、及於其妻與子之效力 喪失其國籍者之妻，與其夫共喪失之。然須由其妻自行呈請脫離者方可。且以非中國人之妻者為限耳。至於喪失國籍者之子，則與其父共喪之。惟以未成年者為限，倘已成年，則當認其子有自由之意思。若其成年子而不欲隨親喪失國籍者，則仍不發生國籍喪失之效力也。

#### 第四章 國籍之回復 (Readmission Iepatriation)

國籍回復者，曾經一度喪失國籍，而又欲恢復其以前原來的國籍之謂，其性質與歸化異

。蓋前者本爲中國人，一度失之而復欲得之也；後者，則本非中國人，失其舊國籍而欲得新的者也。夫念舊本人之常情。其有於喪失國籍之後，而仍眷戀故國，希圖回復者，亦往往有之。故無論何國，大都均有國籍回復之設定。然回復之手續如何，則各國互不一致，有依普通外國人歸化之例辦理者，英國是也。有別定輕易方法辦理者，如我國及日本等屬之，其內容條件，雖非全體相同，但於理論上與事實上，觀之則此種規定，自較妥善而易行。各國大多均採用之。

### 第一節 國籍回復之條件

回復國籍，應具簡單之條件，此實各國之所公認。茲以我國論其條件亦有三端：

- 一、婚姻關係之消滅 若因婚姻而喪失國籍者，其欲回復時，必先將婚姻關係消滅，後再經內政部之許可，始可回復。國籍法第十五條規定「依第十條第一款之規定，喪失國籍者，婚姻關係消滅後經內政部之許可，得回復中華民國國籍」，至婚姻之消滅有二：（一）夫之死亡（二）離婚是也。

- 二、有住所於中國 國籍法第十六條規定「依第十一條之規定，喪失國籍者，若於中國有住

所並具備第三條第二項第三第四款條件時經內政部之許可得回復中華民國國籍……」此以住所為條件，蓋欲以此而覘其回復之真意，且不問其住所年限之久暫焉。此種辦法，與法國主義稍有不同，即後者只有表明居住法國之意思時，即得許可之也。惟事實上甚難判斷、故各國多不採之，但此種規定，亦不無例外，即凡歸化人及隨同取得國籍之妻及子喪失國籍者不在此限。

於上述二條件，尚有一共通之要素在，即無論其為婚姻之消滅，或有住所於中國，其欲回復國籍者，均須經「內政部」之許可是也。

## 第二節 國籍回復之效力

國籍回復之後，其效力究自何日發生乎？我國無明文之規定，當參照歸化之效力。至歐美各國，對於效力發生日期，得分三種述之。（一）許可狀交付之日起，瑞士屬之。（二）完備法定之形式及條件之次日起，意，墨屬之。（三）證明狀登記之日起。英及加拿大是也。至於回復後之效力如何？得分述之如左：

一、及於本人之效力 回復後之效力，即仍為內國人，而再取得出生國之國籍。至其權利，

除一部分公權，稍加時間限制外，餘均與其他人民共享之。如我國籍法第十八條之規定云「回復國籍人，自回復國籍日起，三年以內，不得任第九條第一項各款公職。」者是也。二、及於其妻與子之效力 依通例，凡夫回復國籍時；其妻亦當隨之。然其妻為外國人時，則為新國籍之取得，而非回復者也。又父之效力，僅及於喪失國籍前所生之子，而尚未成年得隨父而回復其國籍。倘其子已成年，或其父已為外國人時所生者，則須依歸化之方式，而為國籍之取得也。

## 第五章 國籍之抵觸

國籍以一種為限。然有時生二種之國籍者，又有一種國籍而亦無之者。前者，謂之二重國籍，或曰重復國籍，又稱積極的國籍之抵觸；後者，謂之無國籍，又稱之曰消極的國籍之抵觸。然則究因何故而呈如斯之現象乎？此蓋由各國採用關於國籍得喪主義之不同，及各國國籍法規定之不完善，有以致之也。茲分二節，說明如左。

### 第一節 積極之國籍抵觸

#### 第一款 積極的國籍抵觸之原因



本論 國籍住所及居所 第五章 國籍之抵觸

七四

抵觸之原因，由於國異其法，國無完法，已如前述。所謂積極之抵觸者，如某甲在此國認為國民，而在彼國亦認為國民，以一人而兼有二國之國籍，即二重國籍是也。其發生之原因，有由於生來的，有由於傳來的二種。

一、生來之國籍抵觸 此因生來的國籍取得之主義相殊，而生二重國籍之變態。換言之，即血統主義與出生地主義所採不同之結果也。例如德國，採血統主義者也；南美之亞爾然丁，採出生地主義者也。今假定有德國人生子女於亞爾然丁，其所生子女，依德主義，則為德人；若依亞爾然丁之法律，則又為其市民。如是，以一人兼有德，亞，二國之國籍，而國籍抵觸問題，即因之而起矣。

二、傳來之國籍抵觸 此種問題，發生於取得國籍時，其發生二重國籍之原因，由於婚姻，歸化，養子等而起。茲先舉因歸化而起抵觸之例。今有亞爾然丁人，欲歸化於瑞士，依亞國法律，失其政權者仍保有其國籍。而於瑞士，則對於歸化人之依本國法解除其國籍與否，不復過問，許其歸化，是當事人於本國既未放棄其國籍，而又取得瑞士之新國籍，即發生二重之國籍矣。又如婚姻方面，例如日本國籍法，凡女子為外國人之妻時，失其本國籍

，而於美國，其女子與外國之男子結婚，仍保留其舊國籍，故日本人倘與美國女子結婚時，則此女子一方保留其舊國籍，同時又取得日本之新國籍，是則以一婦人，因婚姻而有二重之國籍矣。又如德國之男子，在英國與英國女子生有私生子時則視為英國人。若其子之父，與其母正式結婚而居於英國時，則其子與母不脫離舊國籍，而又共取得德國之國籍，是又一例也。

### 第二款 積極的國籍牴觸適用之原則

凡人有二重國籍時，則發生二種問題，1. 國際關係 2. 國內關係。所謂國際之關係者，如一人而有二重國籍時，則二國必互相保護之，而國際之關係生矣。由此種關係，往往引起重大之糾紛，結果終難圓滿，且交涉之起，必經許久之時日，甚至因談判之裂決，致釀成戰端者，尤屬危險之甚，如匈牙利之革命黨，歸化於美，美保護之，奧則視為臣民，欲盡法羅致，雙方談判，幾至決裂，是其例也。故依目下國際之情態，其適當之方法，不如照西班牙與亞爾然丁之先例，規定於國內法，較易解決，而又不致損害國家獨立之尊嚴，法至善也。

所謂國內關係者，即對於此項國籍問題之發生，須由國內裁判所或行政官廳為之解決。

本論 國籍住所及居所 第五章 國籍之抵觸

七六

蓋國籍法者，定一國國民之國籍，而國籍者，又為國家與人民聯絡之線索，其為公法，無容疑義。故凡為一國之國民或官吏，均有遵守國內法之必要。倘遇內外法相抵觸之時，自當以本國法為標準。故我國法律適用條例第二條但書云「……但依國籍法，應認為中國人者，依中國之法律」此即規定積極的抵觸時適用原則之一也。如是，則當內外國籍法抵觸時，不論其原因如何，或取得國籍之先後如何，均當以中國國籍為斷也。

上述為內外國籍法相抵觸時之解決方法。然其抵觸之二國籍，皆為外國國籍時，則將以何國為本國法乎？茲分二點研究之。

一、生來之國籍抵觸 例如日本人生子名某甲者於南美，日本採血統主義，認為取得日本之國籍，而南美則採出生地主義，認為取得南美之國籍，今此某甲前來中國，當適用外國法時，將從日本之本國法乎，抑南美之本國法乎？其解決之道，共有二端：

1. 依其現在住所之在何國即作何國人論 蓋外國人而有二重國籍，在各該關係國觀之，不免各有所偏，若在中國，則固皆屬平等。且其有住所於二國中之一國者，則其關係與傾向必較深厚而明顯，是以從其有住所國者為宜。故以我國人視之，某甲現有住所於日本者，則從

日本法，若有住所於南美者，則從南美法爲宜也。雖然此乃基於某甲與關係國之有住所可藉而言者也。倘某甲於日本南美均無住所，而在第三國（如中國）有住所時，則當以何者爲依違之準標準乎？

2. 法律上之適用優劣者 此處所謂優劣者，非國家強弱之分，而爲主義之優劣也。凡二外國間之法律，其中一國所取之主義，與住所地主義相同者爲優，反之爲劣。如我國國籍法，採血統主義，今二外國中之日本，亦採此主義，如某甲有住所於中國時，則可適用日本法，此從優之說也。

惟適用外國法時，尙有一點須注意者，即外國人所爲之法律關係，不得違反乎行爲地國之公序良俗。我國法律適用條例第一條即規定之「依本條例適用外國法時，其規定有背於中國之公共秩序，或善良風俗者，仍不適用之」。

二、傳來之國籍抵觸 一人先因出生而取得國籍，後復取得他國國籍，如是，則一爲內國籍，一爲外國籍，當此內外二重國籍發生時，則可認其爲內國籍而解決之。然二者，均爲外國籍，則當認爲何國國籍乎？此與生來之抵觸之解決不同，蓋生來之抵觸原因，由其取得

出於同時，而傳來之抵觸原因，則固有先後之不同，前者因時間之相同，不得不以住所地為解決，後者，則自可以取得之先後，而為解決之方法也。我國法律適用條例第二條之規定「依本條例適用當事人本國法時，其當事人有多數之國籍者，依最後取得之國籍，定其本國法。……」此即應用「後法勝於前法」之格言為解決之原則也。例如生於南美亞爾然丁之人，歸化於德國，從亞國觀之，只失其政權，而仍保其舊國籍，然其人則已又入德籍矣。當其前來中國，而有法律關係，則我國以其人取得德國之國籍在後，即以德國法為其人之本國法。此種規定，各國法例，均屬一致。

## 第二節 消極之國籍抵觸

### 第一款 消極的國籍抵觸之原因

無國籍者，即所以生國籍之消極的抵觸之原因也。此原因發生之通例，在將從來之國籍喪失後，而不即行取得新國籍之故。如德國適用單純之血統主義，凡自無國籍者所生之子，均不給與國籍。又因無條件可為國籍脫離許可之結果，致當事者，於未取得新國籍時，即失其國籍也。其他如意大利，西班牙等國凡未經政府之許可，而受任於外國政府者，有開除其

國籍之規定。是足使當事者，於未取得新國籍者，遽變為無國籍者也。又如依日本國籍法十八條之規定，日本女子與外國人結婚者，失其國籍。苟此女未取得夫之國籍或嫁與一無國籍之人時（如猶太人等），則亦將為無籍之人矣。而消極之抵觸，則仍可發生也。

### 第二款 消極的國籍抵觸適用之原則

消極之國籍抵觸，即全無國籍之抵觸。此種無國籍人，雖無國際法上之關係，但於國內，則不無影響焉。當無國籍人與國內關係發生時，究將以何國法律為其人之本國法乎？是不可不謀解決之方。依多數之學說與一般立法例，因不得已之結果，祇好以其人之住所地法，視為本國法，若住所不明時，則以其居所地為本國法。例如無國籍人之住所，在中國時，則即以中國法為此無國籍人之本國法，若無住所而僅有居所於中國者，亦然。我國法律適用條例第二條第二項「當事人無國籍者，依其住所地法，住所不明時，依其居所地法」。云云，即認此主義者也。至所以認此主義者，亦有理由存焉。1. 與本國有密切之關係者，固為本國之人民，但除此以外，比較與本國有關係者，即為有住所之人民。2. 除住所之人民外，其與本國法律有關係者，即為居所人民。故有國籍者當先從其國籍法，無國籍者，則先求其住所

，並住所面無之者，則始以居所爲斷。蓋人可無住所，而決不能無居所也。

以上已將國籍抵觸之原因，及抵觸時適用之原則，加以說明，茲更於此附帶論及一國之數法問題焉。

按一國數法問題，係發生於英美等國，即明知其爲有國籍之外國人，而當適用其本國法時，因其本國各地方之區分，而本國法之規定亦因之各不相同者，則究當以何地之法律爲其本國法乎之問題也。例如美國之各州，其私法上之規定，各不相同，故雖知其爲美國人，而應適用何州法律，仍屬未決之問題。英國以殖民地之衆多，殖民地間，亦各有差異之法律，其情形與美國正同。德國學者，季推爾曼 *Zitelmann* 主張不依其本國法，而依其住所地法。以此言之，使其人有住所於國籍，則猶可也。若因其住所而在外國，即不依其本國法，不特背乎事實，抑亦有反適用本國法之旨趣矣。我國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。」如是，則地方雖有不同，而其範圍則仍不越其本國，如美之加利福尼亞州人，仍依加利福尼亞州法而定，並不因其人之住所於中國，而使之改從中國法也。

## 第六章 住所 (Domicile) 及居所 (Residence)

### 第一節 住所之定義

住所者，所以定特殊之個人與特殊之地方的法律關係也。其定義則各學者間與各國立法上，均不一致，茲列舉其要者於左：

#### 一、關於重要國法律上之住所規定。

1. 羅馬法 人之住所者，生活於其地，而定為生活之中心點也。
2. 法國民法第一〇二條 住所為私權執行所定之居所。
3. 意國民法第十六條 民事上之住所者，為營利及其他業務上之中心點。
4. 日本民法第二十一條 各人生活之本據，為其住所。
5. 我國十八年五月二十三日頒布十月十日施行之新民法總則第二十條 以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。

#### 二、關於各法學家住所定義。

1. 薩微尼 Von Savigny 曰住所者，人於一方為永住之地，一方為法律關係及業務之中心



本論 國籍住所及居所 第六章 住所及居所

八二

，隨意選定之場所也。

2. 巴魯 Von Bar 曰，住所者，居留於此，而定為生活之中心地也。

3. 季推爾曼 Niesloman 曰，住所者，以始終滞在之意志而居於一個地方之謂也。

4. 戴瑟 Dacey 曰，住所者，人於一定之地，有欲繼續留止之意旨，或基於繼續滞在之意思的場所也。

5. 惠斯脫萊克 Westlake 則以住所對於居所之法律觀念，而僅下一抽象之定義，並又述住所與居所之有密切的關係。

自上舉各定義而觀之，其解釋雖互有不同，但以概括的解釋之，則住所實含有二種之要件而成立者也。要件維何？即 1. 於一定之地，有定居之事實；2. 於一定之地，有永住之意思也。

第二節 住所之種類

住所取得之方法有二種，其一，為依於出生而所得之自然住所權；其二依於出生後選擇而取得之住所權也。茲分論之如下：

一、自然住所或稱固有住所及出生住所 (The Domicile of Origin or Birth) 此種住所，亦往往設有許多之規則的制限。即(1)於父之生存中之嫡生子，取得其父所有之住所權。(2)生於父死後，則取得子出生當時其母所有之住所權。(3)私生子取得母之住所權，或經其父認知之時，則取得其父之住所權。(4)若父及母俱不認時，則以其子發現之地，為其住所權。(5)若子出生後，而其父與母結婚之時，則取得子出生當時其父之住所權，此戴瑟氏之主張也。然惠斯脫萊克則反對之，彼謂當父與母正式結婚時，應取得其父當時之住所權也。

二、選擇住所或稱任意住所 (The Domicile of choice) 此則於出生後，因選擇而取得之住所權也。例如軍人可居住於外國，但因必要而由國家時，則不能取得住所於國外，又一國之君主，於外國不得取有住所權也。為人妻者，不得依一己之意思，而定其住所，此蓋因婦女依結婚而取得夫之住所故也。惟於某種情況之下，亦得以妻之意思而為變更。如一，夫拋棄其妻時。二，夫犯重罪處刑時，則妻可定其自己所欲得之住所。三，妻依法律而為別居之時，則取得自己之住所。四，關於夫之本國住所之法律，有允許對於妻得有個別住所權取得之規定時，五，最後在本國結婚，而於外國認為無效時，則其妻回復其自然的或出生

之住所是也。

### 第三節 住所於法律上之關係

住所於法律上，有重大之關係，茲分二種以說明之：

1. 住所與一般法律之關係 住所之規定，各國均不一致，有規定於民法中者，有規定於民事訴訟法者，此皆因習慣上，或國情上之差異，原屬無甚關係。至其關係如(1)債務之履行，從債權者之住所，繼承關係，從繼承人之住所，婚姻登記等，從當事人之住所而定。此關於民法者也。(2)普通裁判籍，從其人之住所而定，即關於民事訴訟法者也。(3)關於商法者，如商業登記，破產之管轄裁判所等皆是。其他尚有關於公法上者，如行政法及國會議員選舉法等住所，亦有重大之關係在焉。

1. 住所與國際私法上之關係 國際私法上住所之重要關係有五：列舉於後：

a. 關於國際破產，若經其住所地裁判所之宣告者，則無論何國均認為有效。

b. 自屬人法說適用以來，固已棄住所地法，而依所屬國法矣。然英德及北美之一部，當適用

外國人之本國法時，仍猶有依其住所地者。

c. 屬人法說之適用，關於外國人之身分能力，一切依其所屬國法，而國籍身分不明時，則適用住所地法。

d. 與前項同一之時，英美等國，由於因地異法之關係，故對於國民，猶適用住所地法，

e. 凡具備條件之外國人，欲移住於內國而取得國籍時，當定住所於內國。現各國之有此制者尚不少。

由此可見住所與國際關係之重要，而不可不深加研究也。

#### 第四節 住所之抵觸

各國對於住所之規定，互不一致，故衝突之發生，實所難免，是即所謂積極與消極之抵觸問題起矣。當此時也，自不能不有準據法以爲解決之標準。可分二述之：

1. 積極的住所抵觸適用之原則 凡一人而有二個以上之住所時，其一爲中國者，則當以在中國之住所，定其人之住所。若其人有二個以上之住所，而又均在外國時，則當以其最後取得之住所爲標準。此種適用原則，與前述積極的國籍抵觸原則之適用，其理固屬相同者也。

2. 消極的住所抵觸適用之原則 若當事者之住所，無論何國，皆無存者，則發生住所之消極的抵觸。究將應用何項原則，以爲解決之道乎？曰，是亦猶國籍消極抵觸，解決之法也。即以居所地補住所地之不及。蓋人可無住所，而決不可無居所也。我國法律適用條例第二條第二項之規定「……住所不明時，依其居所地法」。卽此意耳。

### 第五節 居所 (Residence)

關於居所之學說，歐美學者之意見，殊難一致。惟視其爲「一種不完全之住所」一點，則已各無異議矣。此種居所，於國內極爲普通之事實。惟與個人之國際關係則甚少。至於法人，則於住所以外，往往尙有多數之居所焉。唯於茲有一點須先認明者，卽住所與居所之區別是也。蓋前者含有永久居住之意思，而後者，則無此種意思存在，此其大較也。

至居所與住所法律上之關係，卽所以助住所法之不逮。試查「住所不明時，依其居所地法」之規定，可以知矣。至於英國，則舉凡關於所得稅之徵收，結婚之無效，婚姻之回復，夫婦之別居及裁判權之行使等，均可適用居所地法，以其便於解決也。

## 第二編 外國人之地位

### 第一章 外國人地位之沿革

對於外國人之觀念，依於時代而不同。如宗教之差異，思想之變遷，政治組織之各殊等，均足發生絕大之影響，而各時代對於外國人特種觀念之存在，則尤為不可否定之事實。此不可不加以系統之敘述，以明各時代對於外人所取之態度與其所處之地位焉。

#### 第一節 宗教

古代之國民，有政治與宗教一致之制度，各國民各特種之宗教，故亦有特種之政治組織。因國民之信奉宗教，而宗教遂為構成其政治組織之一部。奉其宗教，而不加入其政治組織者，外國人也。故外國人往往立於奴隸之地位，是即因宗教而起賤外主義之由來也。若埃及人以外國人為不潔之民，故虐待之，役使之惟恐不及。今日所謂埃及之古蹟，如金字塔，獅身人面像等大工程，大紀念品，均為當時埃及役使外國人之建築物。其三角塔有文曰「此塔之建築，埃及無一人關與者」可為明證。又如希伯來人，最熱中於宗教之國民也。其國民自稱為神之選民，對於他國人民，取極端蔑視之態度。當十六世紀中，葡萄牙人從事於阿非利

加沿岸之探險，將黑奴縛之歸而獻於羅馬法皇，法皇以黑奴非基督教徒，遂使之為奴隸，等均是也。

又上古因宗教之觀念，而賤視外國人，又因賤視外國人之故，而視外國為敵國。如羅馬以外國為敵國，故征服之，以建立一羅馬帝國。又以外國人視為敵人，故被征服地之人民，與羅馬市民，不能享受同等之待遇。其於法律在市民則適用市民法 *ius civile*，於征服地之人民，則適用特別法，即萬民法 *Ius gentium* 是也。又如印度之摩奴法典 (*manu*)，大別國民為二種，其一，為戰勝之國民，其他為亡國之人，即戰敗之國民。故此種階級之發生，實由於戰爭之結果，而敵視主義之所由實現者也。

### 第二節 野蠻時代

野蠻時代者，羅馬帝國滅亡後歐洲之狀態也。當此時也，北方之蠻人，征服羅馬帝國，而傳播其蠻人制度於中央歐洲之各地焉。是等蠻人，以日耳曼人為主，其內部則組織民族之團體，而在其團體以外者，悉視為外國人。其時外國人無生命財產之保障，其有犯輕微之罪者，即當剝奪生命，或放逐於社團之外。又盛行屬人主義，故凡外國人，一律不許加入其團

體。總之，當此時代，雖無視外人爲劣等動物之賤視主義，然其一種厭惡外人之心理，固已昭然若揭，故稱之爲「排外主義時代」云。

### 第三節 封建時代

當七世紀末，歐洲各地，盛行封建制度，於是從來之屬人主義之制度廢，而屬地主義代之而興焉。例如附加特別之人頭稅，婚姻稅，禁止財產之繼承，及移轉。凡外國人入於其領土內，則須絕對的服從其地之法律與習慣。又須負擔在內國人以上之義務，故若謂其爲基於排外主義，毋寧謂爲對於外國人之差別待遇焉。是以封建時代，稱之爲「差別待遇時代」云。

### 第四節 王政時代

封建制度之衰退，爲王政時代隆盛之原因。如外國人之保護，於此時代，已有深切之注意。凡外國人居住於其領土內者，均立於國王直接保護之下，而與其本國國民，可受同等之待遇。此時代對於羅馬法之研究，亦甚興旺，故關於外國人之權利義務，均有準據於羅馬法之傾向。又區別外國人爲三種，而各與以保護(1)有與內國人相同之權利，如繼承，遺贈等，惟限於居住在外國貿易盛旺之都市的外國人。(2)以條約或法令而給與其權利於最親交之國民



本論 外國人之地位 第一章 外國人地位之沿革 九〇

(3)對於有職業之外國人，與以內國人之權利。然亦有例外者，如當裁判所之時，則外國人雖爲原告亦須負訴訟費用之保障，關於民事事件，須受身體之拘束等是也。總之，在此時期，已入於相互主義時期。有依於條約，而互認其權利者，有依於國內法，而使外國人與內國人受同樣之保護，與同樣權利之享有者。前者，謂之條約上之相互主義；後者，謂之法律上之相互主義。條約上之相互主義，凡條約國之國民，亦許私權之享有。而於無條約國之國民，則不許之。故對於各種人類，尙存差別之待遇，而決非合於平等之真理，而爲最進步之觀念也。

第五節 自由思想時代

當十九世紀，法國革命之前後，歐洲之自由思想，大有影響於法國之憲法，即認「內外人平等主義」，而爲永久不變，顛滅不破之原則。蓋前者之相互主義，實爲一種排外主義之變相，決非以外國人與內國人相平視之國際共存，及國際正義之原則爲根基也。平等主義之建設最爲努力者，當推勞倫脫氏 Laurent。德國學者伊漢林氏 (Ihering) 謂「權利及自由，猶空氣之與水，不問內外人，所當同等享有之共有物也」。其思想之高越爲何如乎？至一八

八〇年之國際法學會，已滿場一致認內外人平等之主義矣。於今日各國法律中，採此主義者，當自一八二九年之荷蘭民法始。其民法之第二條第一項有云「在國王之領土內者，皆自由人，有享有私權之能力」。其第二項云「奴隸及其他人役，不問其性質或名稱之如何，在王國內則不認之」。其第一項則汎指一切，而第二項再言奴隸及其他人役，以當時歐洲奴隸制度未盡削除，而荷獨不認之，可謂難能者也。意國於一八六五年，於民法中亦採此主義，其第三條曰「外國人享有內國人民之私權」此法文基於瑪志尼自由平等博愛之三大綱領，實為最極端的內外人平等主義之原則也。其後葡萄牙於一八六八年，西班牙於一八八九年，亦均採用此主義。他如南美美國間，一八七八年之利馬 Lima 條約草案第一條與意之民法第三條。早經適用。英國雖向守排外主義者，亦於一八七〇年之歸化條例中，採此內外平等主義。其他如美國，瑞典，諾威，丹麥，俄國，日本等均相繼採為原則。可見各國今日之採內外人平等主義，早已成爲一斑之通例矣。

雖然今日之平等主義，已爲大多數國所公認，固已。但所謂一切權利並非可與外人完全享受，而不稍加制限者也。如參政權者，則無論何國均不許外人享有。即私法上之權利，亦

本論 外國人之地位 第一章 外國人地位之沿革 九二

各設有幾何之限制。其主要者，如土地，船舶之所有，及漁業權，礦業權，與關於訴訟上之保證義務等是也。

## 第二章 外國人現在之地位

上章述外國人地位之沿革，及外國人過去地位之歷史也。茲論外國人現在所處之地位。目下外國人之地位如何，多有依據內國法而為規定者。可分公權與私權兩種述之於下：

### 第一節 外國人之公權

此所謂公權者，係包含往來居住之自由，身體之自由，住所及所有權之自由，精神上之自由，營業之自由，國家之保護請求權，參政權等而言者也。

一、往來居住之自由 內國人在國內居住之處所，及居住之移動，固有完全之自由，同時由外國歸來之內國人，亦可自由登岸，毫無牽制。然外國人之來內地居住者，則往往設有種種之限制。其有基於文明國之慣例，規定彼此對等之權義而互許其國之人民往來居住之自由，所謂內地居住制度是也。然此與內國人之自由權仍有區別。因前者，係受條約約束之結果，而為對等相互的關係，故有被限制者三：1. 入國之拒絕，2. 放逐 3. 犯人之引渡是也

• 至後者，則受內國憲法之保障，而為絕對固有之權利也。

對於入國之制限，各國共有之。而此種制限，完全基於國家之安寧，秩序之維持，經濟狀況之安全，衛生及其他警察上之必要而為設定。如對於以暴動內亂為目的者，外國勞働者，傳染病患者，浮浪人，赤貧者或犯罪人之入國，各國雖有條約，仍當然有拒絕其來住之權利也。然是等人而為內國人時，則不得拒絕之。此即內外國人待遇上不同之點也。且外國人觸犯上述各條件，而已一度入於國內者，仍得使其退去於國境外，是即所謂一般之放逐是也。至適逢國內戰爭，或對外開戰時，則為免除侵害，或防其為間諜，為偵探者，可命其退出，此皆於非常變故時加以放逐之例也。

犯罪人之引渡 (Extradition) 即將犯罪人交還之謂也。詳言之，即本國人犯罪，逃至他國，本國對於犯罪人之滯在國，可請求其移交也。現在各國間，有依條約規定，視其犯罪之輕重，以定交還之可否，如美國與日本一八八六締結罪人互相交還條約，是其例也。又如前清光緒二十二年在北平所結中日通商行船條約，其第二十四款有「日本人在中國犯罪或逃亡負債者，潛往中國內地，或潛匿中國人民房屋或船上，一經日本領事照請，即將該犯交出，中

本論 外國人之地位 第二章 外國人現在之地位 九四

國人在中國犯罪或逃亡負債者，潛匿在中國之日本人民所住房屋或中國水面日本船上，一經中國官照請，日本官則將該犯交出」之規定，又於光緒二十五年之中韓條約，其第五款三項有「兩國人民或有犯本國律禁，私逃在彼國地方者，一經此國官員知照，應即查明交出，押歸本國懲辦，不得隱匿庇護」。可見犯人之交還，限於締結條約國，且須載有明文者，蓋所以防管轄權之牴觸也。於歐戰以前，俄，德，奧三國締約，凡屬「現行犯」，則甲國可不請求於乙國，直可逮捕於乙國境內，蓋如此可以不因無締約國之故，而任犯人逍遙法外所採之救濟方法也。雖然，犯人有不待條約訂明，不得交還，而為國際上所公認者，尙有三種。茲分述之於後：

1. 政治犯或國事犯 此種犯罪，僅關於本國之政治，而不及於國際，故現今均認為不得交還者也。蓋政治犯大抵是謀本國政治之改革而起，多屬救國志士，為多數人民謀福利。此種犯罪若以自由國家觀之，實不能認為有罪，故各國對於此等政治犯，一律予以庇護。然亦不無例外，如雖屬政治犯，而不僅擾亂本國，且有故事激烈，與煽動，以謀紊亂全世界之秩序者，則仍當認引渡為正當也。如德國與瑞士締交還條約，規定若有謀殺情形，縱令出於政

治犯之目的，亦得主張其交還，卽其例也。

2. 本國犯人 本國人在他國犯罪，而逃至本國，除英美外，在歐洲大陸諸國，則皆以不引渡爲原則。此因交還犯人於他國，是自棄本國之司法權也。但於交還，認爲至當時，亦得爲之。

其一，以國內法規定不交還自國人，而有時因條約之規定可交還者，如荷蘭，比，瑞士，秘魯，盧森堡等國屬之。

其二，以條約及國內法規定不交還，而認爲至當時，亦得交還之者，如日本是也。

其三，以國內法及條約規定認有可交還之情形者，如英國是也。據一八八〇年七月在奧克斯福 Oxford 所開之國際法學會決議，凡採同一刑事法系之國家間犯人，雖自國人亦可交還於他國云。良以法系既屬一體，則結果自不至有大大出入，而損毀自國人民之權利也。

3. 逃亡軍人 逃亡軍人在國際法上視之，不能與普通犯人，等量齊觀。故軍人逃亡，不可交還。如國際法學會決議第十六條有「海陸軍人之遁逃者，又爲軍事犯罪者，不交還之。又前項之規定，不適用之於軍艦商船之水手」之規定是也。至軍艦商船之水手，逃亡時，而

本論 外國人之地位 第二章 外國人現在之地位 九六

可交還者，非基於法理，而實基於警察上及經濟上之理由而為規定者也。

二、身體之自由，住所及所有權之不可侵犯 內國人均受憲法之保障，凡逮捕監禁，審問，處罰，侵入住所，沒收財產等，非依法律，不得任意剝奪，而侵犯之。外國人依條約之規定，亦得享同樣之權利。惟不無例外焉。

三、精神上之自由，言論著作之自由及結社之自由 依近世各國憲法，莫不有是等權利之規定。於外國人時，則有賴於條約或法例之規定而為之保障也。茲得分為三種述之(1)言論著作之自由言論之自由，大抵皆認之。至於著作，則不可不依國際條約之規定。

(2)結社集會之自由，凡外國人有為政事集會之發起人，或為社員，與政事上之演說等，大多均不認之。其理由蓋與不認外國人有參政權為同一之論據。至於內國人，則無論其為政治上，學術上之集會，均有完全之自由權。(3)宗教之自由關於宗教之自由權，各國皆承認之。惟對於外來之宗教，而有有害於良風美俗，或反乎公安秩序者，亦得禁止之。如一夫多妻，或病不診醫等之宗教，即在制限之列，且得放逐傳教者於國外也。

四、營業之自由 營業得分自由營業與特許營業二種，前者則內外國人不設如何之差別，唯

後者之一種，僅內國人可得而爲之，然於近代，在一定條件之下，於外國人亦得開放之。茲分類略述之如次：

一、普通工商業 除特別免許或須一定之資格外（如當舖，古物商，藥品等營業）外國人得許內國人共經營之。近代國際通商條約，多屬此種之規定。

二、保險營業 此種營業，若得政府之許可，則外國商人，亦得經營之，但往往附以條件。例如日本，凡外國人若得經營保險業之許可者，須納相當之保證金，卽其例也。

三、銀行營業 銀行業倘經政府之許可者於一定範圍亦得由外國人設立之。於日本則除受國家直接監督之銀行外，餘均許可外人爲之。至我國則外國銀行勢力反較本國銀行爲濃厚，並可任意濫發紙幣，操縱壟斷一切，所謂喧賓奪主，誠屬特殊之現象，非可以常例論矣。

四、運送營業 a. 陸上 如鐵道之設施等，大抵以不許外國人經營爲多數，蓋其關係於一國之軍事與經濟甚爲重大故也。至我國鐵路多有以外資建築者，往往因債務之關係，每致大權旁落，盡握外人手中良可嘆也。且我國幅員廣大，尙待敷設者甚多，嗣後尤當嚴訂條約，以重國防而保主權。 b. 海上 自國際法上言之，沿岸貿易，卽內國港灣間之運送業，則



本論 外國人之地位 第二章 外國人現在之地位 九八

無論何國，只許爲內國人可享之特權。惟比國僅有少數之例外。我國則沿海沿江各大口岸，外國人均得爲自由貿易之權矣！

五、交易所營業 凡交易所中之經紀人，多限於內國人民，外國人不得從事斯業也。蓋以其與公益上有重大之關係，不許外人染指，各國之所同也。

其他如船長有司法行政上之權力，當以內國人爲限。如律師等之職務，爲公性質，自應禁止外人爲之。如醫師在德，法諸國，則嚴禁外人，惟我國則尚無禁止之事業。總之，上述各種職業，無論何國，皆以不許外人從事爲原則也。

六、個人請求國家之保護權 此種保護請求權，係包含訴訟，請願，訴願，行政訴訟，民事訴訟，及要求外交上之保護等之權利而言者也。(1)訴訟權 此指訴訟於裁判所而請求保護權利者而言。近世以來，此種權利，內外國人共得享受之也。(2)請願權 凡內國人民，無論何時，皆可請願，蓋所以請求立法上之保護也。外國人有此權利與否，學說紛歧，惟事實上尚不多觀(3)訴願及行政訴訟權 此種權利，爲內外國人所同等享有者也。如他國政府，有關於課稅之違法或不當處分時，當事人爲避免因依於外交談判而圖解決之繁瑣遲延計

，亦得提起訴願，或行政訴訟，以爲迅便解決之方法也。(4)民事訴訟權 此則不分內外國人，而同可享有之權利也。且其適用之範圍甚廣。現今文明各國，已莫不認外國人之應有此種權利。而於通商貿易繁複之今日，對於外國人民事訴訟之享受，應認爲有絕對的必要焉。

七、最後所當略爲述明者，卽外國人之參政權問題是也。按此種權利，在近世民主國家，其國民雖皆有參政之權。但於外國人，則各國通例均不許之。我國雖常有任用外人者，然大抵皆畀以顧問名義，非如其他公官吏之可比也。其不許參政之理由，大抵要以外國人對於內國之風俗，民情，言語，多不熟諳，且無愛國之誠意，與絕對服從之觀念，若一旦使其參政，恐足發生無限之糾紛與危險故也。

### 第二節 外國人公法上之義務

關於外國人公法上權利之享有，與內國人既有差別，故在公法上之義務負擔方面，亦自不能盡同。然外國人當居住於內國時，則有服從其居住國法律制度之一般的義務，此原則也。惟對於服兵役，繳納戰時稅，及地方自治團體公務之擔負等，則不負任何之義務。但此亦

本論 外國人之地位 第二章 外國人現在之地位 一〇〇

不能一概論也。如十九世紀中葉，對於外國人，往往令其負較重於內國人之義務者，亦不乏其例。至於今日，若謂外國人之義務，已置於與內國人同一原則之下者，則毋寧謂其負擔，實已有減輕之傾向矣。如關稅與間接稅，內外人均為同一之負擔，又凡為本店於外國，支店於內國者，則關於其支店之收得，亦得課之。其他如家屋稅，市稅，營業稅等，對於內外國人，均不設區別。而尤於居留地，為租借土地，營造建築物，及從事於營業者之時，除繳納一定之永租借地稅外，概不負其他之義務也。

其餘有因治外法權之結果，而免除其一部或全部之公義務者，如外國人之元首，外交官，及軍艦等是也。至外國領事之得在我國享有領事裁判權 (Consular Jurisdiction) 者，乃基於不平等條約 (Unequal Treaty) 之保證，而非國際慣例 (International usage) 上之所認許此則不可不辯明者也。

第三節 外國人之私權

外國人公權之享有，已如前述。茲論外國人私權之享有問題。關於此種權利之享有，除因條約及法令禁止者外，大抵內外人皆以同等享有為原則。近代歐美各國，對於外國人之私

權享有，制限已甚減少。茲分論之如下：

一、人格權

所謂人格權者，即法律上認為有人之資格，而得受國家保護之權利也。如生命，身軀，名譽，及氏名等均包含之。至氏名權，各國多尙未認定，而在德國則已保護之矣。此種人格權，其為公權抑私權，則當視被侵害時救濟方法如何，而為區別之標準。當侵害時，若以訴訟法或刑法而為救濟時，則為公權；若依民事損害賠償之方法而為救濟時，則私權也。此處之所以將人格權列入於私權中者，蓋係專自民事上之損害賠償一點而言故也。關於人格權之保護，在內外國人，並不設區別。且當要求不法行為之損害賠償時，外國人常較內國人多一層之保護。例如因內亂或騷擾之結果，致殺傷外國人時，在內國人不得請求賠償，而在外國人則往往有請求住在因賠償其損害之權。其故蓋以外國人之保護，受住在國法律之認許外，復有依於條約或國際法為之保障。所謂有二重之保護是也。

二、財產權

財產權者，係包含物權，債權，無形財產權，著作權，工業所有權等而言也。茲分述之。

(一)物權 此可分動產與不動產二類說明之。

1. 不動產 其最要者，為土地所有權。在歐洲日本古時，均不認外國人有土地所有權，至近四十年來，始有破除此限制者。至其他有附條件許可者，無條件許可者，又有許可外國人而不許可外國法人者，如德比是也。總之，此種權利許可與否，全以一國之經濟政策如何為斷，非關國際法上之問題也。我國最近頒佈之土地法，其第二章第七條規定「中華民國領域內之土地，屬於中華民國國民全體，其經人民依法取得所有權者，為私有土地……」依此觀之；則我國私有土地所有權，應屬之內國人民也。又觀同章第十七條之規定「左列土地，不得移轉，設定負擔或租賃於外國人：一、農地，二、林地，三、牧地，四、漁地，五、鹽地，六、礦地，七、要塞軍備區域及領域邊境區域。」可知不特土地所有權，即租賃土地於外國人時，亦將受嚴密之制限矣。

b. 動產 動產大抵守內外國人同等待遇之原則。惟依我國海商法第一章第三條之規定，得為中國船舶者，除第一第二兩項外，凡依照中國法律所設立，在中國有本店之左列各公司所有者：甲、無限公司，其股東全數為中國人者；乙、兩合公司或股份兩合公司其無限責任

股東，全體爲中國人者；丙，股份有限公司，其董事三分二以上爲中國人，並其資本三分二以上爲中國人所有者。」可見對於船舶之所有，嚴加制限也。

(二)債權 關於債權，則內外國一律以平等爲原則者也。惟在日本則稍有例外，凡對於特殊銀行，如日本銀行，正金銀行勸業銀行等之股東，禁止外國人是也。

(三)無形財產權 或稱智能權，近世以來，莫不保護之。其所以保護之者，無非在求學術之進步耳。至其性質，究爲物權乎抑債權乎？若謂爲物權，則必以有體物爲要件，而直接得行使權利於其上者，而此智能權，則不過精神之作用，爲無形者也。若謂爲債權，則必限於一定相對之人，行使其權利，而此智能權，則對於世界上之一般人，皆得而行使之者也。故此權既非物權，亦非債權，而爲一種無形之財產權。茲可大別爲二類而說明之。

一、著作權 (Auteursrecht, Droit, d'auteur, Copyright) 外國人於住在國之著述刊行物，得受與內國人同一權利之保護。一八八六年，歐洲各國，自締結著作權保護同盟條約於瑞士後，著作權利之保護，固較確定，卽其範圍，亦大擴張，此所謂「學術無國境」共同之福利，理應共同負保護之責也。後於一九〇八年及一九一四年復迭經修正。美俄二國，至今尙未加入同

盟，惟美則與我國及各國間，均已訂有個別之條約矣。

b. 工業上之所有權 (Industrial Property) 指工業上各種權利之總稱也。約可分特許權，意匠權，商標權三種述之。1. 特許權 (monopoly)，為工業上最先之發明，對於其發明品之製作，使用，販賣等之許其有占有特權也。其權利之享有，須經發明，登錄，及認許之三要素而為確定。2. 意匠權者，係應用於工業之作品，而提出其最新之形狀，模樣，色彩及其他之意匠者，而專使之享有之專用權也。3. 商標權 (Trade mark) 者，即得專用自己之商標之權利也。總之，此等權利內外國人，均認一律平等，即在無條約國人，亦得享受之也。關於工業所有權之保有問題，於一八八三年，一九〇〇年一九一一年間，經二十國間共同締結條約，亦已設有統一之法規矣。

### 三、親族權

如結婚權，親權，夫權等均包含之。其中以結婚權之關係為最多。古時各國結婚，有限於種族，限於階級，限於地方，限於國界者，及至近世，此等觀念，皆已漸次消滅，故關係亦因之漸密矣。對於婚姻權之適用，外國人亦可同等享有，我國於法律適用條例中，亦規定

之。其詳俟後編。

#### 四、繼承權

繼承權，在古時亦多不許外國人共同享有之。至於今日，凡外國人於住在國，均已認有繼承權之享受，且許其適用本國法，以為權利之保障。我國現亦有同樣之規定。

### 第三章 外國法人之地位

#### 第一節 外國法人之意義與國籍

普通所謂「外國人」者，皆指外國之自然人而言，故關於外國法人之地位，不可不另闢一章而為說明之也。茲分節論之如下：

關於法人之意義，至難解決。而於外國法人，尤為困難之問題。我國民商法均未明言其意義。所謂法人者，因法律之擬制而生，並非如自然人之有形體者可比。今欲明外國法人之意義，不可不先就內國法人而略論之。內國法人，通常可分為二種：即公法人與私法人是也。前者，以國家自身及國家之公務而為存在之法人；後者，則以私之事業為目的而存在之法人也。以上二者，大抵均有一定之領域或一定之國籍，故皆得謂為內國法人，然於商業公司



之設立等，則不特可設立於國內，且得設立於國外，無一定之領域，則其爲外國法人乎？抑爲內國法人乎？其區別殊屬不易也。

學者間，每有以內外自然人之區分，既以國籍爲標準，則內外法人，自亦可以國籍定之。雖然，有問題焉，卽自然人爲有體者也，而法人則爲無體者也，且前者得依血統及出生地二主義以爲判斷之標準，而後則將何所適從乎？故解決之道，殊屬困難已極，而學說之分岐，亦因之而起，茲略述之。

第一、以設立者之國籍爲法人之國籍說。若法人設立者，爲內國人時，則爲內國法人，爲外國人時，則視爲外國法人是也。此說也，卽所謂設立者之國籍主義也。但於實際上，似仍難於認辯。如內國人在外國設立公司，有時仍認爲外國之法人。且一公司有合製國人而組織之者則將以何者爲標準乎？

第二、以設立地法律爲標準而定其國籍者卽所謂設立地主義也。此與定自然人之國籍時，採用出生地主義有同意義者也。蓋法人之設立，依於法律行爲，雖在外国設立，尙得爲內國法人，如我國人在日本設立公司，依中依日，任其所擇，不必定依設立地法。又若專依此

主義，足陷於循環論法之謬誤，例如有人設立公司於甲地，則從甲地之法，及地時，則此公司即將爲乙地之法人矣。

第三、當法人設立之際，依其準據法而定其國籍之說，卽準據法主義也。雖不無多少之進步，然仍有重大之缺點。例如於國內設立法人時，後轉移其地，則失其內國法人之性質矣。當此時也，則法人設立之準據法，實不能定法人也。

第四、以法人與自然人有同樣之住所、而以其住所，卽定其法人之國籍主義。此主義已爲近代一般國際私法學者所公認。惟其住所地之意義，係指注之所在地而言，抑以營業中心點之所在地爲標準乎？是則尙乏一致之主張也。

1. 營業中心點說 此說法國惠斯 *W. H. W.* 等主張之。卽不問其本店之所在，卽認爲住所。是說之理由，所以防除詐僞之發生也。如在甲國營業，則不能不，希圖避免甲國法之拘束也。然證以現在各種大企業，如輪船，公司，銀行等各大商埠，皆爲其營業之場所，則將根據何者以定其爲何國之法人乎？

本論 外國人之地位 第三章 外國法人之地位 一〇八

2. 本店住所說 此即以本店定其住所之說也。凡本店在內國者，則為內國法人，在外國者，則為外國法人，指謂本店所在地主義是也。現在歐洲各國及日本均採用之。我國公司法第一章第四條規定「公司以其本店所在地為住所」，是亦採此主義者也。

第二節 外國法人之認許

關於外國法人之認許問題，現時文明諸國，採用三種之主義：即1. 特別認許主義，2. 總括認許主義，3. 一般認許主義是也。

1. 特別認許主義，或稱法律認許主義 即對於外國之法人，與以特別之認許，因而使其享受權利負擔義務是也。奧國之法律，採此主義。

2. 總括之認許主義或稱條約之認許主義 即因基於條約，在締約國一方之合法而成立之法人，經他方調查其法人之種類，性質後而與以認許之主義也。於一八五七年法國與古巴間，即締結是種之條約也。故以用條約認許之名稱較為妥當也。

3. 一般認許主義或稱自由認許主義，即於私法或行政的手續，而於文明國所合法成立之法人，可予以一般的認許之主義也。德，法，意，瑞士等國採用之。英美亦承認之。依一八

九一年之國際法學會之決議則亦有「凡一國之股份公司，於他國得認其有人格。」之認定焉。故此主義，稱爲自由認許主義，實較足表示其性質之一般也。

### 第三節 外國法人之權利能力

凡經認許之外國法人，與內國法人，所得同一之權利，並負擔同一之義務。而權利能力，則又可分爲一般之權利能力，與特別之權利能力。所謂一般之權利能力者，依設立地法，即依本國法之規定，如關於設立之形式的要件，法人之組織權限，性質，種類，法人與社員之關係，法人之行為能力，對於不法行為之責任等，均須依其本國法定之。故外國法人之本國法，可視爲法人之屬人法也。但亦有特別規定者，如有外國自然人所享有，而法人不得享有者，如繼承權是也。又如土地所有權，依我國土地法之規定，凡外國人即關於租賃方面，亦受嚴密之制限，則於法人，亦自同樣的不能享有也可知矣。

當外國法人之認許，必先認其人格，而後得爲權利享有之認許。外國法人，設支店於我國，而從事營業時，則關於營業監督事項，不可不從我國法律之規定。例如登記，公告，置備營業帳簿等之義務，設定代表人，及對於私法的，與其他一切之行為等是也。

## 第四章 法律之抵觸

### 第一節 概言

外國人於內國享有之權利，依於內國法乎抑外國法乎？此項問題，係準據於法律抵觸之規則，而內國法或外國法則視為國家主權意思之表示也。其意思於自國內則以完全實行爲原則，然有時於外國其意思足發生效力者亦不鮮。關於此二者之作用，一部學者，則分爲領土主權與人民主權之作用，此乃自對於國家主權之領土方面及對於人民方面而爲區別者也。所謂領土主權者，非僅領土之管理，防衛及所有之三意義，乃支配領土內之總權利也。凡總領土內之人及物，均受領土主權之支配。於此可見國家主權與領土主義，實異名同義者也。而人民主權，不過領土主權範圍內之一部，決非可與領土主權對立也。

古代民族無一定之領土，隨水草而爲移轉，國家主權與領土，無何等之關係，有支配人民之權利，此時代若嚴格言之，實不得謂爲國家也。蓋殊難視以爲發源於國家主權之法律以支配民族，而不過依於彼等一種之種族法 Tribal Law 而爲支配者也。於此時代，凡個人均依屬人法而爲支配。如希伯來，其適用於希伯來人之法律與適用於外國人，分爲二種。又如羅

馬有適用於羅馬市民之法律 (*Jus Civile*) 及適用於被征服國民之法律 (*Jus Sontium*) 二種。及封建制度行，對於一定之領土，其領主，認有絕對權，即生對於人與物之主權。凡入於其領土內之外國人，須絕對的服從於其地之法律，此即所謂屬地法主義是也。然將此二說，欲單獨的，絕對的實行，殆屬不可能之事。從何文明國之領土主權行使於範圍內者，則當依其國之法律，而支配一切之事件為原則也。如關於能力及親族法上之問題，適用本國法，於物權，依所在地法，關於行為之方式，適用行為地法，關於訴訟手續，則採用法庭地法，其法之適用，甚為平衡。學者間或以為外國之人民主權，於國內行使之結果，視為主權之侵害者，是則不敢贊同者也。

### 第二節 準據法 (*Massgebendes Recht*.)

當內外法律發生抵觸之時，究將何者之法律為準據法乎？有以事件當事者之國籍的國家之法律，即本國法；或以住所土地之法律，即住所地法；或為法律行為地之法律，即行為地法；或以管轄其事件之裁判所所在地之法律，即法庭地法等為定其準據法之基礎。茲先述其沿革之概要如下：

一、屬地法主義 屬地法主義，發達於封建時代。蓋當時之觀念，以土地為基本，而人民則其附屬物也。其土地內之法律，凡居於其區域內之全體人民，統應受其支配，即方出生於其領土內者，或一時之居住及旅行中之住在者，亦均受其領土主權之支配。此主義若極端實行之，即足引起法律之抵觸，且於個人之地位，將感極不安定之象，蓋因居所之變更，而每足發生權利上之動搖故也。

二、區別法主義 第十三世紀以還，緩和屬地法主義之說起焉。即區別為對於物之法律，與對人之法律二種。對於物者則不問其所有者之內外人，均適用內國法是也；對人者，當在他國領土內時，則適用屬人法。更明確言之，即所謂屬地法與屬人法併用之主義也。故稱為區別法主義。此主義若嚴格適用之，則雙方人民之權利不確定，實際上將生不少之不便。蓋以為外國法之適用與實施，係依於國際禮讓之恩惠而出發者也。

三、德國學派 德國學派，對於區別法主義，則否認其國際禮讓說，而另闢一新途徑。依魏許脫耳 Wechar 謂某事件當適用何種國法之時，應依立法者之明示的意思。若其意思不明時，則從立法之精神。惟於結婚之規則，對於內國人，必當嚴格適用之。而於外國人，則非

必要也。又當國內之男子，與外國之女子結婚時，則須適用內國法。舍富男兒 *Quilther* 對於區別法主義，則與魏氏同表反對之意。以為須尊重立法者之意思，倘意思不明時，則適用法律行為發生地法。而關於身分及能力之法律，則從當事者之本國法，關於總括的財產，則從住所地法，關於特定財產，則從財產所在地法云云。至薩微尼 *Savigny* 則謂適用法律之事件，須先調查其事件之性質，而定其適用之規則，並非如區別法主義之出於國際禮讓之所云也。如關於身分能力，從當事人之意思以本國法為原則。但亦有因住所地之道德上，或經濟上之關係而認例外者。例如依外國人之本國法，許一夫多妻制，而於居住國則不許可之時，則關於身分之法律，不當從其本國法，而適用其居住地法者是也。關於各別之財產，依財產所在地法；遺產之繼承，依死者之本國法；於契約，其形式，依行為地法；關於履行則依履行地法是也。

四、屬人法主義 屬人法主義為意國之馬希內 *Mancini* (一八五一) 所唱導，初風行於意大利全國，繼則漸行於歐洲大陸間。其說關於私益之法律，應計其便益為目的，故法律於人所至之地亦得而支配之也。但關於國際公安之事件以地域而支配行為之事件，及自個人之意



思而生之事件，則當除外也。總之，其學說在一國之法律，雖於國境外，亦得支配即以屬人法主義為中心也。

現今認為一般之準據法者，共有五種：即（一）本國法主義，（二）住所地法主義在地法主義，（四）行為地法主義，（五）法庭地法主義是也。茲分述之。

（一）本國法主義 *Lex Patria* 即對於法律關係之事件，以當事者所屬國家之法律為據法。如關於人之能力之有無，及親族，繼承等之問題是也。我國，日本，及歐美均用之。

（二）住所地法 *Domicile* 在某種法律關係，不問其當事者之國籍如何，而一依其法律為準據也。古時關於人之能力，親族及繼承等法律關係，皆適用住所地法，今則國法。惟英美則尚有適用住所地法者。現則於人之能力，親族等，僅於當事者之國籍，得為適用之例外。又債權者與債務者之關係，亦間有適用住所地法者。

三、所在地法 (*Lex Rei*) 所在地法者何？適用於權利之目的物，即土地之規則。不動產所有者之國籍如何，而必受不動產所在地法之支配也。自來關於不動產而適用此

於 *Bartholus* 氏時，已認爲一般之原則，今則動產亦適用之矣。

四、行爲地法 *Locus in quo* 行爲地法者，有行爲之地之法律也。適用行爲地法，則不問當事者之國籍如何，或目的如何，一依其行爲地之法律以爲準據。例如法律行爲之形式，及關於債權，債務之事件，常有依行爲地法者也。

五、法庭地法 *Fari* 或作裁判地法 *Forum* 對於法律關係，不問其當事者之爲內外人，目的物之所在地如何，及行爲地之在何處，凡至某法庭訴訟者，即適用裁判所在地法以爲準據者也。例如訴訟手續，依於訴訟地法；判決之執行，則依執行地之規則者是也。

論 新 法 私 際 國

---

本論 外國人之地位 第四章 法律之抵觸

一一六

## 第三編 國際民法

### 第一章 總則

#### 第一節 權利能力 (Rechtsfähigkeit, Capacité de Jouissance des

droits civils, Capacity of enjoyment of private rights.)

#### 第一款 概說

權利能力有二種之意義，即一般之權利能力 (Allgemeine Rechtsfähigkeit) 及特別的權利能力 (Besondere Rechtsfähigkeit) 是也。所謂一般之權利能力者，得為私法上權利主體之能力也。而權利之主體在同時則往往又為義務之主體。如瑞士民法十一條「各人有權利能力，又各人於法律範圍內，均有能力為權利及義務之主體」之規定，葡萄牙民法第一條「人有權利，亦負義務，人依之而有人格」均同時而有義務方面之規定也。我國民法則無之。

特別權利能力，則與一般權利能力異。即其人，非常為個個權利之歸屬者也。一般之權利能力，人人有之，而特別權利能力者，則於一般之權利能力上，尙附加以一定能力之謂也。國際私法上關於特別的權利能力之牴觸甚多，故有詳細研究之必要焉。

第二款 權利能力之準據法

權利能力之概說，已如前述。凡人因生存，故得為權利之主體。現在文明社會，普通均認自然人之資格。惟於古代如我國，暹羅等之某一定地方，尚有奴隸制度之存在，而不認其有人格，此則特別之例外也。關於決定人格之有無，我國法無此規定惟亦有於成文法中規定是等之準據法者，如孟的內哥羅財產法第七百八十六條之規定等是也。

一般權利能力之準據法，其國際私法關係之準據法，即依於 *Lex Causae* 而為決定者也。如 *Bar, Nishimura*, 等學者，均為主張是說之代表。巴氏謂依當事者之屬人法而定其人格時，則外國人較內國人占不平等之地位云云。又如薩微尼 *Savigny*, 麻倫勃萊獻爾 (*Maurenbach*) 等則唱依住所地法，以決定人格之問題。而以人之住所地法，定人之權利能力與行為能力，尤為適合。依內國法說，以人之有一般的權利能力與否，關於公益之事實大，當不必問其屬人法之如何，悉仍依於內國法而為決定。又以內外人平等為基礎，故自可適用內國法也。唱本國法說者，以其凡關於人格之制度，於無論何國，均當推源於其本國之倫理觀念，歷史，風俗，人情等，故凡人格有無等諸原因之集合，當依於本國法而為決定，較為適當。吾

人亦當贊成最後之說，蓋以其於內國之公益，良有顯著之影響耳。但亦不無例外者，如國，以奴隸為無能力者，於本國亦得認其為有權利能力者是也。

至關於人格之始期及終期，大體各國已有一致之規定，然亦間有差異者，故分論之。

### 第三款 人格之始期

人格之始期，大抵依於出生之完成而認為認定。故有生存能力，實為有人格之要點。我國新民法總則第二章第六條有「人之權利能力，始於出生……」是亦以出生之完成（*beginn der Geburt*）而後認定者也。法，意，等民法皆有此等之規定者。又有自母胎分（*ab dem Moment der Conception*）而後認定者。如西班牙民法第三十條之規定是也。又以胎兒經過二十四小時，為人格發生之立法例，如西班牙民法第二十二條，西班牙民法第二十九條其有利益上之一般人格者同立法例，如奧國民法第二十二條，西班牙民法第二十九條民法第二百二十四條等是也。我國新民法第二章第七條「胎兒以將來非死產者為限，其個人利益之保護，視為既已出生」，亦同此意也。又有關於種種法律關係，而認其權利之國者，如日本，葡萄牙，德，法，等是也。以上所述，均為關於人格始期之種種立法。故當國際私法上之問題發生時，則且不可不決定其準據之法律也。於人格之存在，固

述之說明而爲解決矣，然當胎兒而無國籍之時，則將依其父母中何者之國籍，以爲決定乎！關於此點，則大多以依據其母之本國法較爲正當也。

#### 第四款 人格之終期

自然人人格之終期，因死亡而終了，此於無論何國，迨皆承認之矣。我民法第二章第六條亦有「人之權利能力，始於出生，終於死亡」，之規定。

當依同一之災難，在二人以上，而爲死亡之時，各國有特設推定死亡順序之法律焉。其推定之方法，有依年齡之老幼，或依體質之差異，則以壯者推定爲後死之人等。我國民法第十一條有「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡」。德國民法第二十條亦有同樣之規定。惟於英美，日本，法等國，則無此種法規之制定也。然美國則亦有推定爲同時死亡之判例焉。

失蹤之宣告，現在各國均視爲人格之消滅，茲詳述之於左：

失蹤 (Verschollenheit, Absence, Vanishment; Disappearance etc.) 者因人生死不明之狀態，隨而發生財產上，身分上不確定之狀態也。當此狀態繼續時，則即是生有害於貿易之安全，

或背反乎人情之結果，因而有得宣告其為死亡者，使與自然之死亡生同一之效果。然諸國法律之規定各異，互相牴觸之事以起，故不可不解釋之。茲先就各國。重要立法例，簡單分述之。

一、法國之法制 此法制係將失踪之時期，區別為三。第一期，為失踪推測之時期。此為裁判所單依於利害關係人之請求，不過命其為關於失踪者之財產管轄之必要的處分而已。第二期，為失踪宣告之時期。此係經過若干之年月後，而得為死亡之推測也。此時期得依利害關係人之請求，使其後之繼承人得依其他死去之原因，以得權利，而為假的占有其財產也。第三期，為確定占有之時期。凡失踪後，經過三十年，或失踪者之年齡，已達百歲者之時，則利害關係人，可得其全財產之所有矣。而失踪者，依死亡之原因，而獲繼承或遺贈之權利者，則以於生存時有明言者為限。又失踪者之配偶，若當失踪者之死亡無確證者，則不得與他人結婚。總之於法國凡為失踪之宣告者；則已認為人之死亡矣。意國之法制，亦與法同，惟失踪者為宣告之年限，在法定為四年與六年，而意則為三年與六年之別耳。



二、德國之法制 於德國在一定之期間，當失踪者之生死不明時，裁判所得因聲請而為死亡之宣告 (Todeserklärung)。因此宣告，直與死亡生同一之效果也。而財產上及身分上之關係，均得依之而變更。日本，奧國，民法均採此辦法。我國新民法第八條「失踪人失踪滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，為死亡之宣告。」「失踪人為七十歲以上者，得於失踪滿五年後，為死亡之宣告。」「失踪人為遭遇特別災難者，得於失踪滿三年後，為死亡之宣告。」可見與德國法制亦有同樣之規定。惟關於年限及推定之效果，則微有不同已耳。

三、英國法制 此制與大陸派稍異其趣。凡失踪經過七年後，而無音信時，則其繼承人可自失踪者之財產，而取得一切之收益。及又經過六年後，則繼承人可進而取得其動產之所有。若再經六年，則繼承人始可自由而得處分其不動產焉。於蘇格蘭，依一八八一年六月二十二日之法律，失踪者經過七年後，得依繼承人之請求，及裁判所之公示方法，得收取自動產不動產所生之一切利益。至失踪十四年，始可為動產引渡之開始。至二十年後，則可為不動產之引渡矣。又倘遇失踪者歸來之時，而已在財產權引渡後十三年之外者，則得消滅其財產返還之請求權。

依上所述，各國關於失蹤之法例，其不同如此，設有抵觸，將如何以圖解決乎？茲分三項述之如次：

### 第一項 失蹤宣告之管轄權

失蹤之宣告，為解決以失蹤者為中心之財產上及身分上之不確定關係，保護貿易之安全，公共之利益，而同時又消滅失蹤者之人格，而使失蹤者之身分上，財產上，受重大之變更。可見失蹤之宣告，實有重大之關係，而其管轄之權，自不可不屬於本國裁判所之為正當也。雖然，失蹤宣告制度設立之目的，決非為保護失蹤者一人之利益計，而實為保護第三人利益之安全計也。蓋因失蹤者之生死不判而使法律關係之不確定者，不至繼續，乃出於國家經濟上之必要，為公益之規定，故限於抵觸此目的者，不得不對於本國管轄權之原則，而認有例外。我國法律適用條例第八條，即基於此必要之規定。而對於失蹤前，在中國有住所或居所之外國人，有左列之情節者，認為例外，得為失蹤之宣告。

(1) 在中國之財產 外國人在中國有財產時，若其生死不明，中國得為失蹤之宣告，此何以故？蓋欲使中國之財產之不確定者，而歸於確定，有宣告失蹤之必要，不問其為內國人，

爲外國人，無所分別者也。故外國人之在其本國，果有失蹤之制度與否，又其本國對之已宣告失蹤與否，皆不必問，苟其人在我國而生死不明者，當爲失蹤之宣告。我法律適用條例第八條之規定有「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，……得依中國法爲死亡之宣告。」是也。

(2)當依中國法律之法律關係 當外國人爲法律關係之當事者，如當受中國法律之支配，而其生死不明時，中國裁判所，須爲該外國人之失蹤宣告，其理由則正與前述者相同也。所謂當依中國法律之關係者，謂依法律之規定，而當依中國法律者是也。例如在中國爲生命保險之契約者，欲證明外國人之死亡，而請求保險金者，爲證明其自然人之死亡，則以中國裁判所所宣告之失蹤足矣。且不許以他國所宣告之失蹤，爲其死亡之證明也。如我國法律適用條例第八條亦有「凡在中國有住所或居所之外國人，生死不明時……及應依中國法律之法律關係，得依中國法爲死亡之宣告」。之規定焉。

## 第二項 失蹤宣告之條件及效力

失蹤宣告之條件及效力，當依法庭地法，此原則也。如我國新民法第八條之規定，凡失

踪人滿十年後，而生死不明，得爲失蹤死亡宣告之條件是也。又失蹤人在七十歲以上時，則滿五年後，卽足爲死亡宣告之條件也。但失蹤人爲遭遇特別災難者，而發生後三年間，生死不明時，卽得爲失蹤之宣告是也。如德國民法第十四，十五，十六，十七各條，及日本民法第三十條等，均有同樣之規定。惟尙有一條件，卽凡不經利害關係人之失蹤宣告之請求者，則不得爲之也。

失蹤宣告之效力者，依我國法，凡失蹤者，經失蹤宣告後，卽視爲死亡消滅人格之謂也。惟關於死亡宣告後之效力何時發生乎？則從來學說紛紜，約有三種之主張。一、失蹤宣告者，於本人行方不明時，而迺其最後音信之日，視爲其效力發生之主義也。如法國民法第二百零二條以下，意國民法第二十六條以下，及瑞士民法第二十八條二項等之規定是也。二、失蹤之宣告，推定其爲死亡於決定時之主義也。如奧國民法第二百七十八條，德國民法第一章第二十一條等之規定是也。三、失蹤之宣告，須滿法定之期間時，而後始推定其爲死亡之主義也。如德國民法第十八條，奧國一八八三年二月十六日之民法均是也。現在我國新民法第八條等之規定，亦採此主義也。

### 第二項 在外國裁判所失蹤宣告之效力

當外國裁判所爲失蹤宣告時，於我國有如何之效果乎？學者間議論紛紜，茲區別爲二種以說明之。一、外國裁判所，對於其本國人之失蹤宣告及於他國之效力如何？二、外國裁判所，對於他國人爲失蹤之宣告，其及於他國，有如何之效力乎？前者之問題，雖亦有反對之者，然苟在其本國，既推定其爲死亡時，則無論何國，亦自不可不承認之。惟所當注意者，卽在本國被宣告失蹤之外國人，若確係生存於我國時，則我國不得對之而推定死亡是也。後者之問題，卽外國對我國人民，宣告失蹤時，我國法律當認之否乎？學者中，以爲此可基於相互之承認，而爲交換的失蹤宣告，不妨認之可也。然多數學者，則反對之，其理由以對於內國人，唯內國裁判所，始得爲失蹤之宣告，今外國裁判所於本國人外，復得對於外國人民而有失蹤宣告權，是豈非有二重之失蹤宣告管轄權乎，此非當認者也。雖然，如我國法律適用條例第八條之規定，有時認爲外國人之失蹤宣告，係爲內國法律之利益而設，固不得因外國法律之利益而準用之也。

然試就我國適用條例第六條之規定，推論而解釋之，則外國裁判所，對於我國人民，苟

具備適用條例第六條所定之條件，而為失蹤之宣告時，則我國亦應承認之。何則，蓋以此種之失蹤宣告，其效力於在中國之財產，及當依中國法律之法律關係，毫無影響。且於外國人之裁判管轄權，應交換而為相互之承認也。

第一節 行為能力 (*Geschäftsfähigkeit, Capacité d'exercice des droits civils, active legal capacity*)

人之能力，依當事者所屬之本國法律而定之，此我國法律適用條例第五條所認之原則也。夫人大抵以有能力者為通則。然亦有因種種之原因，在法律上認為不能有完全行為能力者。茲就各國認人之為無能力者之原因於左：

1. 因年齡關係，而認為無能力者，即未成年者是也。
2. 因心神喪失而認為無能力者即禁治產人是也。
3. 因身體精神不完全而認為無能力者，如心神耗弱者，盲者，啞者，聾者，及浪費者，即準禁治產人是也。
4. 因婚姻而限制其能力者，如妻是也。

以上所述各原因中，有完全認之者，亦間有不認之者，有從前法律曾經認定者，而後來則改變其所認者，如我國以前民法，係均認前述四種原因爲無能力者，而新近國民政府公布之新民法自第十一條以下觀之，則對於後述二原因，並未加以明文之規定者是也。雖然，除此而外，尙有因其他原因，而認爲無能力者尙多；如有因刑罰之結果，而剝奪能力者；或因政治上，宗教上之原因，而失其能力者；或因破產宣告，而其能力被制限者均是也。故我國適用條例第五條之能力云者，係單指民法上之能力及無能力而言之者也。而此種能力有無之規定，亦因國而異，故牴觸之事，殆難避免者耳。茲分論之。

### 第一款 因年齡而定能力之有無

各國以達一定之年齡，視爲成年人，而同時亦認其爲有行爲能力者也。在未成年以內者，則稱未成年人，當受無能力者之待遇也。至成年年齡之規定，則各依本國之氣候，風土，習慣，宗教等而有不同。歐美諸國，以二十一歲爲成年人者居多，如英，法，比，意，德，希，美，摩洛哥，瑞典，哥倫比亞等國均是也。二十二歲爲南美之亞爾然丁，荷蘭，滿二十三歲，諾威及丹麥滿二十四歲，智利，西班牙，以滿二十五歲爲成年。至土耳其以十六歲爲成

年而波斯則以十五歲爲成年云。至我國新民法第十二條規定，則以滿二十歲爲成年，與日本瑞士同。蓋以我國古制，男子二十而冠，其後以十五歲或十六歲爲成丁，在本法未頒行前，法院關於民事方面事件，即援前清修正之現行律所規定，以十六歲爲成丁之制，係爲賦課及兵役而設，與私法上成年之制度迥異其趣。故前訂之民律草案，及本法總則，皆不採十六歲成丁之制，而參配古今沿革，比較中外情形，而定以滿二十歲者爲成年也。

惟此種關於成年年齡之規定，倘成爲國際私法上之問題時，則究將依據何國之法律以爲決定之標準乎？各學者間之學說，甚爲紛歧，茲大別爲住所地主義，本國法主義，屬地法主義，及行爲地法主義四者，而說明之。

#### 一、住所地主義

在古時往往有以人之住所地主義，而支配其人之身分能力之觀念。蓋於古代，人而出於其住所之境域外者，殊不多觀，故住所地主義，即其出生地也。今之採住所地主義者，則曰住所爲人生活之根據地，有密接之關係，故能力之有無，仍當以住所地主義之法律定之，較爲便捷，而又易於認辨，亦不無相當之理由。如亞爾然丁民法第六七八條，瑞士法（一八九一年二月二



十日)第六條蒙台維多條約第一條，英國法(但關於普通商事契約，土地等之契約能力者，除外。)等均採用此主義也。雖然，住所地法之起源，由於爲解決一國內數法存在，而互相抵觸時，爲目的而採用之爲原則者也。然現今國際及國內交通便利，各國已皆有統一之法律。且以住所地法而定其能力時，往往因偶然之事實，而得左右其能力之資格，致當事者被不測之損害。例如西班牙人，因身心發育之遲緩，故以二十五歲爲成年期，若其人民，因偶然之事件，而定其住所於土耳其國時，則以滿十六歲卽足爲成年人矣、反之，若土耳其之成年者，定其住所於西班牙時，則將視爲無能力者矣。故依住所地法，而欲求完全能力之保護，將屬不可能之事。此其大缺點也。

## 二、本國法主義

歐洲大陸受封建制度之餘波，基於地方特殊之習慣，而生諸種之法律。然以一國內而有多數之法律時，則抵觸之問題頻起，於是有廢棄是等法律，使共同歸納於統一法律之下，而編纂法典之事起焉，如拿破侖法典，卽其先例也。自一國內行統一之法典爲原則以來，國際私法上，決定人之能力，以住所地法爲標準之理由漸弱，而本國法主義乃代之而爲一般所公

## 國 際 私 法 新 論

認焉。

本國法之構成，係根據本國之人種，風土，宗教，慣習，國體，及國民之性等而為制定者也。故其國民因一時而居住於外國時，自以適用本國法為適當者也。國際私法學者，如 *avigny*, *Wecher*, *Flore*, *Prosser*, *Esparson*, *Louvent* 等，皆贊成本國法主義，蓋以其適合於國民之特性也。

於此有一問題，即當國籍變更時，能力是否亦當變更者也。如在舊國籍之本國法為成年人，而從新國籍之本國法，為未成年者，仍得認為能力者與否？據美利 (*Merrill*) 及錢泰 (*Thayer*) 等之意見，「凡一度成年者，則永久為成年者。」則仍當認為有能力者。德國民法施行法第七條第二項，亦認此原則。我國適用條例第五條第三項有「有能力之外國人，取得中國籍，依中國法為無能力時，仍保持其固有之能力」。亦採此主義者也。又當有二重國籍者，將適用何種之本國法乎？曼西尼 (*Manin*) 阿賽爾 (*Asser*) 主張適用住所地法，倘住所不明時，則依法庭地法以為適用之標準。若國籍全然不明時，則依血統主義，而以相近似國之法律，可認其為本國法也。

於一國內，有數法並行之時，則以何者，視為本國法乎？魏斯脫萊克 *Westlake* 謂當同一國內行數法之時，當依「生來之住所地法」(*Domicil of Origin*)，而曼西尼則謂單依其住所地法可矣。

### 三、行爲地法主義

行爲地法者，即人之能力之有無，依發生行爲之地之法律而爲決定者也。廣義言之，即法律上之行爲，均須受行爲地法之支配是也。此主義在美國採行之。因欲補住所地法主義之缺點，而逐漸發達者也。美國喬爾治亞州 (*Georgia*) 民法第二七三、二七八條有依於契約地法而定人之能力之規定焉。

### 四、屬地法主義

此主義即係依於其所屬地之法律，而認人之能力之有無者也。是說唯南美之智利，於一八五五年所制定民法之第十四條，及十五條中採用之。其他則多爲一般所排斥，無採用之者，良以其足生種種之困難也。

立法主義大畧已如上述。我國適用條件第五條，即採本國法主義者也。然同條第二項，

「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。」如是則外國人，依本法爲無能力時，而在我國爲有能力者，則仍視爲有能力者，可見於採本國法主義中，仍設此一例外，是實全由於保護內國貿易之安全而爲規定者也。關於此種例外之設定，阿賽爾及魏斯 *Wiciss* 等法學者，均批評而非難之。但如黑爾吞 *Wharton* 及其他之學者，則對於此種之制限，仍表贊成。如德國匯兌法第八十四條及一八八八年國際法協會決議第一條第二條等，亦皆認此制限也。

### 第二款 因精神狀態而定能力之有無

依人之精神狀態，其意思能力有缺陷者，則視其程度之如何，可分爲禁治產者 (*Entmündigter, Incompetent person? Interdit*) 及準禁治產者，(*Sui-Interdicitus, Sui-incompetent, Demi-interdit*) 之二種，若向裁判所而爲宣告者，則認爲無行爲能力。現時各國立法例均認之。蓋禁治產之宣告，在使無行爲能力者得受私法上之保護爲主要目的者也。各國皆認此制度。而關於國際私法上之禁治產之管轄，原因，及效力等，究從何國國法以爲處斷，因而有

決定其準據法之必要也。夫禁治產與準禁治產，其性質上並無何等之差異，不過於程度上稍有不同已耳。故說明禁治產之性質，則對於準禁治產之性質亦能明了矣。至我國新民法，則並無準禁治產者之規定。

### 第一項 禁治產之管轄權

關於禁治產之宣告，有謂應專屬於本國法者，有謂應依於住所地法者，茲分述之。其主張本國法說之理由，以為禁治產之宣告，係限制禁治產者之能力，對於其一身，有重大之影響，故不可不依其本國之裁判所而為管轄之也。一八九五年於劍橋所開之國際法協會，亦採此主義也。我國適用條例及一九〇四年之海牙條約案，亦採同樣之見解。茲將在劍橋所開之國際法協會之決議，畧舉於下，以供參考。

第一條 成年者之禁治產，依其本國法而支配之。

第二條 禁治產，須依被禁治產者本國之管轄官廳而宣告之為原則。然在居住國之官廳，對於其身體或財產，亦得命為安全之處分，或假處分。

第三條 凡由本國之管轄官廳所宣告之禁治產，則雖不執行判決，於他國亦生效力。

第四條 外國人之本國官廳，不問其原因如何，凡關於禁治產之申請，而不能裁判之時，則此外國人居住國之官廳，亦得依上述第二條之例外，而為禁治產之宣告。惟除此外，則居住國官廳無其他宣告禁治產之職權也。

第五條與第六條 為自在留官廳通知於本國領事之事件的規定，故略。

第七條 外國官廳，對於禁治產之申請，而有裁判管轄權時，受理其事件時，則與對於自國人應依同一之訴訟手續。

禁治產者之身體及財產之管理依本國法。

第四項 關於禁治產者監督人之事件，從略。

第八條 關於管理財產之規定，略。

至禁治產權之管轄，應依住所地法，其理由以禁治產，所以保護本人私法上之利益為目的，而同時又為第三者之利益者也。況外國人居住於我國，而其本國官廳，或有不能知其果係精神喪失者與否，則滯在國之官廳，為維持自國之公益計，不得不為禁治產之宣告，而依住所地法為正當也。一八九五年在劍橋(Cambridge)所開之國際法協會決議第四條，海牙

條約第六條，德國民法施行法第八條，及日本法例第四條第二項等，均於本國法主義外，而兼認住所地法主義者也。我國法律適用條例第六條亦有一「凡在本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，得宣告禁治產之同樣規定焉。」

### 第二項 宣告禁治產之原因及效力

關於禁治產宣告之原因，有主張依其外國人之本國法者，有主張依其法庭地法者，亦有主張求於外國法及內國法之間，而唱折衷說者。

採本國法主義者，則謂非有本國法所認為宣告之原因者，則不得宣告禁治產，國際法協會，僅以二票之多數（十四票對十二票）採本國法主義。

禁治產宣告之原因，有主張依於宣告場所之法律者，是即所謂法庭地法主義是也。其理由以為注重內國之公益起見，故對於外國人，在國內裁判所亦得為禁治產之宣告。日本法例第四條第二項，亦採此主義也。德國民法第二章第三三九條及德國民法施行法第八條等，採法庭地法主義。凡德國裁判所，凡對於有住所或居所之外國人，得依德國法律而為禁治產之宣告也。但禁治產宣告，即有剝奪其人之效力，故能力之有無，須依其本國法而為決定。

，此原則也；今若依其本國法，而禁治產之原因不存在時，倘專適用法庭地法，而剝奪其人之能力，是實即所以侵害其所屬國之權利也。

關於禁治產宣告之效力，各國法制，甚難見一致之態度。惟依國際法協會決議第七條，則禁治產宣告之效力，須依本國法者也。即近代之學說及判例，亦多有採用此種主張者。至其理由，大抵以一國司法機關之宣告，或處分，唯於其國所認之範圍內，得發生其效力，而於當事者之為何國人，則無甚關係也。蓋一國對於禁治產宣告之所以必要者，以其為無能力者之法律行為，得以取消者也。雖然，若對於同一之外國人，而有數國之裁判所，為禁治產之宣告時，則將依何國之法律乎？即凡有一部為我國裁判所所宣告者，則當依我國法律是也。惟當全部為外國之宣告時，則以最早宣告之時期，得發生其效力，較為妥當，此蓋凡經一度之禁治產宣告時，則其法律上之地位，亦已因之而確定故也。

## 第二章 債權法

因國際交通之頻繁，國際債權之重要，亦隨之而增，此固不待言矣。債權與債務之關係，當事者之國籍，有不同者，又其權義發生地及義務履行地，或訴訟地，有不同者，故關於



債權成立之條件與效力，果將從何國之法律以爲決定之問題起焉。然債權發生之原因不一，故其結果亦因之而殊，無一定普遍之原則，足以概括之也。有因親族關係而發生之債權，有因物權關係發生債權，前者屬於親屬法之準據法，後者，則屬物權法之範圍，俟後再述。惟茲所當研究者，卽爲因法律行爲而發生之債權，及因侵權行爲，不當利得，無因管理等而爲發生之債權者是也。

### 第一節 自法律行爲發生之債權

關於法律行爲成立與否之問題，可自實質的及形式的之二方面攻究之，而定其準據法之必要也。

#### 第一款 債權之實質的要件

債權者，爲構成人之行爲或不行爲之對人的權利，對於如何之地及如何之人，均得依契約而爲履行，故此點實異於其他之一般的權利也。現今各國，一般均認契約自由之原則。凡除於不違反公益，則當事者，均得依自由之意思，以契約而得爲其債權之消滅或效力之發生者也。而各國關於民法中之契約規定，多爲補充的，其於當事者之意思解釋之規定，又以任

意法者居多，而富有強行性者，則甚寥寥也。與其他如有關一國風教之親族法，繼承法，及基礎於一國經濟之物權法等，迥異其性質，而專係根據於個人之經濟地位者也。

契約自由之原則，於國際債權法上，亦已共認之。當薩微尼 *del Ponte* 爲強行法與任意法之區別，凡關於任意法之規定，以據於當事者之意思，而得選定法律，以契約而發生之債權關係，並須尊重當事者之自由意思，由合意而得定其準據法也。各國之立法例，多採此主義。我國法律適用條例第二十三條第一項亦有「法律行爲發生債權者其成立要件，及效力依當事人意思，定其應適用之法律。」之規定也。又依於當事者之意思，而定其準據法時，須有當事者之明示的或暗示的，意思表示，而爲決定也。明示之意思表示者即以其國之文字，而表明記入之謂也。其於當事人之意思，倘有問題時，則一任裁判官之決定焉。又當事者之意思而不明時，則將依何國法律爲準據法乎？關於此問題，各國立法上與學說上，均互異其主義，而不一致。有採訴訟地主義者，有採債務者之住所地法主義者，有採履行地法主義者，有採行爲地法主義者，試說明其大要：

一、訴訟地主義 此學說以當事者之意思不明時，則以訴訟地之法律爲其準據法也。此說

之缺點，在當事者，得隨意選擇訴訟地，而受為便於自己之法律的適用也。

二、債務履行地法主義 此主義薩微尼主張之。以債務之履行，為債權之本體，而當事者之主眼點也。故關於相互之關係，即債權之成立及效力等，自以適用履行地法為正當也。自薩氏以來，至於近世，贊成此主義者固甚多，但反對之者亦不少。其攻擊之要點，在契約之履行，得發生於當事者所不預想之外國，非即可以推定當事者，必有依於履行地法之意思也。又履行地而有二個以上之時，則將依何者為標準耶，是又不明者也。況契約之履行，於契約成立後，始能知之，故契約之果否成立，而欲依履行地法以為判斷者，此實可謂顛倒本末之論矣！故薩氏以當事者之意思不明時，應依債務之履行地法為準據法之說，似不其妥當者也。

三、債務者之住所地法主義 此說主張之理由，以於一種債權關係，凡債務者之行爲，或不行為，均為債權之本體，當實行債權之本體，有關係於債務者住所地之法律也。故當事者之意思不明時，應依債務者之住所地法也。又關於債權之規定，概因債務者之利益而為設定者也。因債務者偶然於外國負擔債務之故，而即失此保護，故不問債務之發生地如何，債權

債務之關係，常依債務者之住所地法為正當也。此說自中世紀來均認之，近世德國學者，亦採用之。但非難之者亦不鮮，即依此觀之，顯係偏重於債務者，而將債權者，反置之度外，是固不平之甚，況債權法，非僅為保護債務者之利益而設，關於債權者利益之保護，亦所並重，今何可獨捨債權者於不顧，致受意外之損失，抑亦不合立法之原意矣。且設為雙務契約，或連帶責任，有債務者在二人以上時，則將依何債務者之住所地法而定準據法乎？又或債務者而全無住所時，則將以何者為依據耶。此又不易解決者矣。

四、行為地法或債權成立地法主義 此主義於法，意，比，及英美之判決例採用之。其說之大要，於當事者之意思不明時，以由契約所生之債權，當依其結契約地之法律而定之。此主義於我國法律適用條例第二十三條第二項亦有「當事人意思不明時，同國籍者，依本國法；國籍不同者，依行為地法。」之規定，亦係探此主義也。惟依此主義，尙有二點之困難，在所難免。其一，事實上之困難也；其二，則法律上之困難也。事實上之困難者何，即適當汽車通過國境時，應定何者為行為地乎？又如南極或北極等地，均無所謂法律，則其所訂契約，皆依何法為標準乎？又如在航海中及航空中而訂契約者，則又將以何者為依據耶？是

均事實上之困難問題也。法律上之困難者何？例如於內國與外國界間訂立契約，而有二個之法律行為地時，則將以何者之地為其行為地乎？此誠疑問也。立法者，對於此種困難點，每有於訂立契約之雙方關係人間，即要約地與承諾地之中，特置重其一方，而視為行為地，以為解決此困難者。如我國法律適用條例第二十三條第四項；「契約要約地與承諾地不同者，其契約之成立及效力，以發要約通知地為行為地，若受要約人於承諾時，不知其發信地者，以要約人之住所地，視為行為地。」之規定，可見乃係置重於要約地之一方，而即以此為行為地者也。

關於當事者意思不明時，應如何而定其準據法，並其各學說之缺點等，均已一一略加以列舉的，比較的說明矣。就是就非，殊難判斷。惟以我國之法例觀之，則固依行為地法之規定也。且依於行為地法，亦自較其他之學說為合理的，與便利的者也。

### 第二款 債權之方式的要件（法律行為之方式）

以上已說明實質的成立要件，茲當述方式的成立要件，即關於法律行為之方式，而說明其準據法也。

在國際私法上，關於權利行為之方式，往往依於契約締結地之法律，所謂「場所支配行為」之原則，白耳多拉斯氏 (Bartholus) 實主張之。邇來各國多承認之。凡某國為法律行為時，其方式應依於其國之法律為有效，於他國亦當承認之也。我國法律適用條例第二十六條亦有「法律行為之方式，除有特別規定外，依行為地法。……」之規定焉。

最近關於法律行為之方式，亦有與法律行為而依於同一之法律者為原則矣。即法律行為自體，若依本國法時，則其方式，亦依其本國法是也。而實質要件與形式要件，通常亦以依於同一之法律為原則也。

### 第二節 依於一定之事實而發生之債權

債權發生之原因中，凡不依於當事者之意思，或特定之事實發生，而法律，對於其事實，認為一定之債權債務時，是即所謂依於不當利得，無因管理，及侵權行為而發生之債權是也。今依於國際民法而定此等之準據法，其與依於當事者之意思而發生之債權，不能一概而論。故有特別加以研究之必要焉。

#### 第一款 無因管理 *Geschäftsführung Ohne Auftrag, gestion d'*

affaires 英文通常用羅馬語之 *Negotiorum gestio*.

無因管理者，未受委任，並無義務，而為他人管理事務者也。關於因此種管理而發生之債權，自羅馬法以來，均視為準契約關係，而得適用關於契約之法律也。雖然，無因管理，非依於當事者之合意而發生，非如契約關係之可依當事者之意思，而定其準據法也。故關係此等債權，無論何國，莫不以行為地法，即債權原因之事實發生地之法律為準據法者也。此種無因管理之名稱，我新民法始用之，在舊民律草案，稱為事務管理，係仿自日本。我國法律適用條例，今亦尚沿用之。其二十四條之規定「關於因事務管理不當利得，發主之債權，依事實發生地法。」亦採此主義也，他如比國民法草案第八條，孟的內哥羅財產法第七九四條，德國民法第一草案七條，第二草案二二四四條，日本法例第十一條第一項，及蒙古維多條約第三八條等，亦均有同樣之規定。

關於以無因管理而生之債權，應依事實發生地法之理由，得分意思推定說，公益說，及利益說之三種：

意思推定說，是說以當事者，於一般契約之債權關係，應有意思之合致，而無因管理，乃

爲「推定」其當事者意思之合致，故當以事實發生地爲準據法也。

利益公平說 此說之所以主張應適用事務管理地之法律者，蓋完全在使本人及管理之利益，得爲公平之保護也。雖然，此說之缺點，在忽視公益上之背景，此其所以不免一斑之非難也。

公益說 此說以無因管理而生之準據法，所以須依事實發生地法者，良以關於其他之公益者至巨故也。蓋國際私法元來之目的，在文明社會中，一面固爲計自國之利益，同時又保護他國人之利益，以增進相互間之幸福者也。

### 第二款 不當利得

不當利得 (*Ungevoherfartiga, Bereicherung, Enrichissement illegitime, Unjust enrichment*) 者，無法律上之原因，因他人給付或因其他方法受利益，而致他人受損害之事實也。羅馬法以來，則視爲不法行爲，而從於不法行爲之準據法也。然因往往有以其行爲發生地之法律，而定其發生如何之債權之結果，故不當利得，亦應依於「事實之發生地法」，現今已均採此主義矣。



關於不當利得，在英，美之學說及判決例，則採行為地法及法庭地法之並行主義。如德國民法施行法第十二條，則以法庭地法，制限行為地法，近來英美主義，亦多有採用之傾向。我國法例第二十四條，亦採事實發生地法。

### 第三款 侵權行為

侵權行為 (*Unerlaubtes Handlung, Delict, acte illicite*) 者，因故意或過失，不法侵害他人之權利，而致他人發生損害之行為也。

國際私法上，關於由侵權行為而發生債權之準據法，古來議論紛紛，自沿革上觀之，則可分為三時期。第一期，為適用侵權行為地法；第二期，德國薩微尼氏等所唱導之訴訟地法主義，第三期，即合前二說之主張，而為折衷派是也。茲分述之如下：

#### 一、訴訟地法主義

此派之主張，以侵權行為之規定，應置重於公之秩序，與刑罰同一，而為強行法也。故凡因侵權行為所發生之債權，果為存在與否；及其行為，究為侵權與否，均當依其訴訟地法而定之。此說自德之薩微尼唱導以來，德國學說一時多宗之，惟後因發現其弱點之所在，故

已鮮有採用之者。計其缺點，約有以下數種：

1. 訴訟地之法律，而及其效力於事實發生地，足生與國際法原則不相容之結果。
2. 於外國發生之事實，依其地之法律，並非侵權行為，而從訴訟地之法律，為侵權行為時，則亦視為侵權行為，當負擔損害賠償之責任，此實不可謂非謬誤者也。蓋若如此，則究將以何者為區別侵權行為與否之標準乎？於行為地所視為適法行為之事項，而至於後日，一旦因訴訟地之不同，盡對此行為，而視為侵權行為，使負擔債務，豈非不當之甚耶。

## 二、行為地法主義（即事實發生地說）

因侵權行為而發生之債權，依行為地法而為解決之主義也。此說之根據，凡在行為地視為侵權行為者，則無論何國，皆不可不認為非侵權之行為。即其後雖依法庭之法律，而視為侵權行為時，亦不得依此法律，而定行為之責任、使負擔損害賠償之責任也。b. 反之，依行為地法，視為侵權行為者，則無論何國，亦皆當認為侵權行為，由是，則行為地法，係因侵權行為所發生之債權，當視為既得之權利，不論何國，皆當保護之也。即在法庭地法，是否有反對之規定，亦非所問，而不可不專依其行為地之法律者也。歐洲大陸學者，及各國立

法例，多有採此主義者。

以此說之第一根據點論之，誠屬正當。惟觀其第二點，則欲以行為地法，為絕對之原則，是誠不無非難者也。蓋行為地所視為侵權行為者，若在法庭地法，未必亦認為侵權行為，且同時，為維持內國公之秩序起見，而不得適用法時，若必強之而使採同一之主張，則一國立法之目的，將為外國法律所破壞，是烏乎可？故此主義絕斷採用之結果，必不免有妨於法庭地法之公益也。近世以還，漸有悟此主義缺點之所在，頗思有以制限之者，於是調和前述二主義相抵觸之原則，而第三種之折衷主義因以發生焉。

三、折衷主義（行為地法及法庭地法主義）

此說係折衷於前述之二主義而成者也。其義有二：(1)其行為從行為地法，而必視為侵權行為者。(2)從法庭地法，亦為侵權行為，而不關於內國公益範圍內者，則亦得保護在行為地法所認之債權債務者也。總之，凡在行為地所認之侵權行為，若法庭地法不認時，則對之不發生何等之損害賠償權；反之，若在行為地法為適法行為，雖在法庭地法，而認為侵權行為時，亦不得因此而即發生損害賠償之權利。蓋必在行為地法與法庭地法，兩者所共認之範圍

內，而始得爲有效之成立也。此主義足兼前述二主義之長，而去其短，在理論上與實際上，均當認最妥善之原則也。英美之學說及判決例，夙採此主義。卽如德國民法施行法第十二條，亦有漸採此種主義之傾向。日本法例第十一條，亦認此主義。我國法律適用條例第二十五條「關於因不法行爲（卽侵權行爲）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」。又同條第二項「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」，可見關於因侵權行爲所發生債權之成立，以依行爲地法爲原則，而又以我國法律所認爲侵權行爲之範圍內者爲限。至其侵權行爲之損害賠償及其他處分之請求，則又須以我國法律所認許者爲限。此於行爲地法外，而兼採法庭地法之折衷主義也。

### 第三節 債權之效力及消滅之時效

關於債權之效力，依我國法律適用條例第二十三條之規定，則依當事人之意思，而定其應適用之法律，其意思不明時，則從行爲地法。其他如對於因侵權行爲，不當利得，及無因管理等而生之債權，在法律上，亦與以效果。故債權成立之準據法與效力之準據法不能分離者也。我國法例，對於此等債權之效力，與債權之成立，亦同爲規定，而互以事實發生地法

爲準據法也。

爲債權消滅原因之時效，應依何國法律而爲決定乎？學說上生種種之主義：有唱法庭地法主義者，有唱履行地法主義者，有唱債務者之住所地法主義者，有唱債務者之住所地法主義者，然各有優劣，未可一概而論。惟尙有準據法主義者，以爲關於債權之效力，既當依當事者之自由意思，而定其準據法，今若關於時效，而不明言其特別之準據法者，則亦可釋爲當與債權自體，準據同一之法律，實最能適合當事者之意思也。雖然，若時效而有關於公益之規定者，則不得專依當事者之自由意思，而任其延長時間，以免有害於本國之公益也。現在歐洲大陸諸國，均以消滅時效，爲債權消滅原因之一，然依英國之法律則不認之耳。

#### 第四節 對於債權三者之效力

以前所述，均爲關於債權自體之準據法。舉凡關於債權之能力，效力，及消滅之原因等，皆得因債權發生原因之不同，而各依當事者任意選定之法律，或依行爲地法，或兼依法庭地法，或依推定當事者意思之行爲地法，而爲支配之者也。然債權是否有絕對之效力，並對於第三者，是否發生效力，及此種效力，究將依何種之特殊之準據法乎？是誠本節所當論述

者也。

債權者，乃存於人與人之間，故在古代之羅馬，則不認債權之讓渡。然至於近世，則各國民法，均視債權與普通一般財產權同，亦得認爲讓渡之原則。惟間有因性質上之關係，或依特種之規定，對於某種債權，亦有爲不得讓渡之例外者。茲所謂債權之讓渡者，乃係一種契約關係，發生以讓渡爲目的之債權，而成獨立之債權關係者也。此種法律關係，爲 a. 讓渡人與讓受人間；b. 讓受人與第三者間之關係。前者，爲債權讓渡之當事人間之關係，可依債權自體之準據法而爲解決，無待贅述。至後者之關係，則因諸國關於此債權讓渡之立法例，各有不同，如有須債務者之承諾，有僅以通知債務者爲足者，即通知與承諾之方式，亦不一致，又讓渡之確定日期，亦各異其規定。故當債權讓渡時，對於第三者之效力，究當依何國之法律，以爲解決之標準耶？對此問題，學者間之議論起焉。於下列述之。

一、債權者住所地法主義 此說以債權爲構成債權者之財產，而債權之所在地法，即債權者之住所地也。其讓渡於第三者之效力，自亦當依債權者之住所地法。英美判決例，多採此主義。歐洲大陸，至十八世紀末，亦有認此說者，惟近世則已無唱之者。

二、行爲地法說 此說以其讓渡於第三者之效力，亦當依於行爲地法者也。近來美國之判例，多採此原則。然當記名債權之讓渡，而不拘於債務者之承諾或受通知爲要素時，若依行爲地法，則將使債務者，於自身不得知之法律，亦不得不依之，而認讓受人之權利，實屬不利益者也。

三、債權固有法說 此說以債權自體之準據法，亦得支配債權讓渡之全體也。其缺點，在不知債權自體與其讓渡行爲乃互相獨立而不混同而來者也。

四、債務者住所地法說 此說主張以債權讓渡之效力，應依債務者之住所地法，而定讓渡之有效條件，此實最合於各國立法之目的，而邇來所公認之主義也。至其所持之理由，則以債權之讓渡，或須債務者之承諾，或應受其通知，及爲保護債務者之利益，而所設之公示方法，亦常有於債務者之住所爲之者，故債權讓渡，對於債務者，或第三者間之效力，自以從債務者之住所地法而定爲適當也。雖徵之他國學說如法，意，英，美等，有以因財產依其所在地法之觀念，而認此說者，其所持理由固各有不同，而其均採此主義則一也。

## 第三章 物權法

第一節 總論

物權 *Sachenrecht*, *Dingliche Rechts*, *Rights of things*, *Real rights*, *Property*, *property right*, *Droit réels*者，於特定之有體物上，得直接行使其絕對之財產權也。至物權之關係，則皆適用「物之所在地法律」，而為支配者也。此為近世學說及一般立法例所共認。唯自沿革上觀之，則不免有種種之學說，茲分舉其大要於下：

一、本國法說 此說以動產與不動產皆以所有者之本國法為準據法也。其理由以為動產者，其性質上，不能得一定之所在地，若因其所在地之變更，而同時亦即變更其法律，則殊足損害於貿易之安全。且同屬一人之所有，徒因動產地點之不同，而其財產亦隨之受各別法律之支配，若必一一而記憶之，亦困難之事也。故以依於一定不變之本國法，實最為適當也。此說如費奧勒 *Fiore* 魏斯 *Wiss* 羅倫脫 *Lourent* 等均主張之。斯多利氏亦贊成之。

二、區別法說 此說以於國際私法上，定物權之準據法，得區別為動產與不動產之二者。關於動產，則依於前說之理由，以本國法為準據法；關於不動產，則依其目的物之所在地法為準據法是也。此說自沿革上觀之，實為最古之學說也。自勃兒多拉斯以來，凡關於不動產



，認所在地法之原則；關於動產，則依於「動產從人」之格言，而認其所有者之住所此說之缺點，在不明動產與不動產之區別，各國並不盡同者也。如甲國之動產，而於為不動產時，（譬如蜜蜂之巢，可視為動產，亦可視為不動產者是也）。則自不可不物之所在地法而為分類者也。採用此說之立法例，如西班牙民法第一〇條，奧國民法〇條，意國民法第七條，普魯士普通法典第二八至三二條及英美等判決例等均是也。

三、行為地法說 以「場所支配行為」之原則，故凡物權之準據法，亦應以法律行為之法律為準據法之說也。其所持理由，以凡決定準據法之先，必首當注目於其權利行為。至其所有者如何，其目的物所在地如何等，則毋寧謂為次要之問題也。故關於動產問題應依於其行為土地之法律而為決定者也。且根據行為地法，則雙方當事者之內容明認，而不致有意外之損害，實為最妥善者也。然此說於實行上則殊多困難，現今已之勢力矣。

四、所在地法 在物權中，不問其為動產，或不動產，均當依其「所在地法」為準據也。然因何故而物權應從於所在地法乎？學者間各異其說。如薩微尼氏謂物權之所以

## 國 際 私 法 新 論

在地法者，乃為依於當事者之任意服從故也。蓋物權而非行於目的物所在地，則不能要求完全之保護，此為所有者所熟知，且關於存在外國之物，取得其權利者，則當為自願任意服從其所在地之法律也云云。然物權之規定，多屬於公益者，至當事者之是否服從，則非所問，而有強行此原則之必要也。故其說明，實不能視為充分耳。至 *Wolke* 則主張領土主義說。其意以為一國之主權，對於領土內，則不能究認外國法之適用也。屬於此派之多數學者，則謂物者，存於一定之場所，其增減變更，於所在地國之國民生活，有重大之關係。故所在地國，依於領土主權，凡關於物權之種類，效力，應設有嚴格之規定，而不認依於他國法律之效力也。雖然，此等學說，仍不免帶有封建之色彩，於現代之國際社會，實不能謂為正當之解釋也。又巴爾比 *Balbi* 唱必要說。其意以為關於物的權利之得喪，若依於屬人法時，則將惹起無數之錯誤與困難，故應以實際貿易上之必要為其主眼焉。美利 *Merrill* 於大體上，亦贊成是說者也。而代斯伯葛納氏 (*Dasperger*) 者則唱「公安說」。以其依於物權之所在地法者，良以與公安有密接之關係故也。試於權利中之所有權論，則立法者所最加意保護者也。其理由蓋以於一國社會之靜謐，經濟之利益，及關於所有權制度之良否等，均有莫大之關係也。關

於物權之法規，與公安既有密接之關係，故有專屬地之性質，而決不能容認外國法，或其他類似之規定也。Surville Arhuns 之主張，與此說亦大致相同。又如雷內 Jaine 米爾罕 mit Jave 阿塞爾 Ager 等唱「貿易安定說」，以為物權之準據法，而依住所地法時，則一定不變，而得保貿易之安全也。總之，以上諸說，雖各持一面之真理，然對於「所在地法」說之論據，實已予以最強固之基礎矣。

不問物權之動產與不動產，皆當依於目的物之所在地法，其學說已如上述。現在文明各國之立法例，大多採用此主義，如南美智利民法第十條，門的內哥羅財產法第七九〇條，七九一條，比國民民法草案第五條，德國民法第一草案第四條，第二草案第二二四一條，蒙古維多條約第二六條乃至三〇條，日本法例第一〇條等均採此主義者也。至我國法律適用條例第二十二條「關於物權，依物之所在地法」。則亦有同樣之規定焉。

### 第二節 各論

關於國際物權之基礎法則，大體已如上述。茲將適用於各種物權之準據法，述其大要於次：

一、所有權

所有權 *Bigenthumsrecht, ownership Property, Propriete*，爲關於物之總括的支配權，於法令制限內，得爲使用，收益，處分等一切之物權也。在物權中有最完全強大之効力。凡關於所有權之限界，及其効力，取得之方法，卽讓受，先占，遺失物之拾得，埋藏物之發現，附合或混和，加工，共有者間之法律關係，所有權之消滅方法，或此等之公示方法等，皆當從於物之所在地法者也。惟於動產附合之時，則當依於主動產之所在地法。乃從物，應依於主物之原則而來也。當主從不可分明之時，則從合成物之所在地法。對於混和物，則依混和物之所在地法，是也。

關於船舶之物權，則非依所在地法，而爲例外之規定，蓋當從其有船籍國之法律也。我國法律適用條例亦有此規定，如「……但關於船舶之物權，依其船籍國之法律。」者，是也。又就其訴訟時當適用之法律言之，則雖有訴訟地法主義與物之所在地法主義二說，然仍以採用後說之爲當也。

二、地上權永佃權地役權

關於地上權 *Erbbaurecht*, *Platzrecht*, *Superficies*, *Droit de Superficie*) 永佃權 *Erhpacht*, *Emphyteusis*, *Emphytéose*) 地役權 *Grunddienstbarkeiten*, *Predialser Vinton*, *Predial Servitutes*; *Easement*, *Servitutes Foncieres*, *Servitutes Prédiales*) 等之權利。亦適用所在地法之原則也。

### 三、抵押權

抵押權 *Hypothek*, *mortgage* *Hypothekum*) 者，謂對於債務人或第三人不移轉占有，而供擔保之不動產，得就其賣得價金，受清償之權也。亦適用所在地法。即如抵押權之成立，範圍，順位，及設立之方式等，亦依於所在地法而為決定者也。

### 四、質權

質權 *Fausband*, *Handpfand*, *Pledge*, *Seize*) 亦為物權。故關於質權之目的物，成立之條件，行使之手續，及效力等，均當依目的物之所在地法。蓋以債權本為債權之擔保，而應與主債權共其命運也。至於債權之自體，則仍當依支配債權關係之法律而決定之也。倘債權從外國法而為無效時，即從所在地法為有效，然因主債權不存在之結果，亦隨之而不得設

定質權也。

五、留置權

留置權 *Zurückhaltungrecht, Retentionrecht, Right of Retention, Possessory lien; Droit de Retention* 者，爲債權人占有屬於其債務人之動產，於未受清償前，得留置其物之權也。故雖係外國人之所有品，苟存在於我國時，則當受所在地法之支配也。惟在運送中之物得爲留置與否，則各國立法例互異其說，如英，美諸國間有認之者，亦有否認之者，於是觸之問題生，其詳俟商法編中說明之。

六、占有

占有 ( *Besitz, Possession*) 者，對於物有事實上管理之力也。其爲事實乎，抑權利耶，則從來學者議論紛紛，莫衷一是。而各國之規定，亦不一致。惟此種問題，而發生於國際間者之時，則通常依於其物之所在地法而爲決定者也。又關於占有之目的物，各國立法例亦多差異，發生問題時，亦當依其目的物之所在地法也。其他如占有權之內容，效力，及讓渡之方式占有之保護訴權等，皆當依於目的物之所在地法者也。

七、智能權（準物權）

所謂準物權者，係指著作權，及特許權，意匠權，商標權，商號權等之工業所有權之智能權而言者也。關於著作權之性質，1.有謂為物權說者，2.有謂債權與物權相混合者3.有謂為特種之權利者，至關於工業權之性質，則學者各異其說。但自有對抗無論何人之絕對的財產權之點而為觀察時，則頗類似於物權之特別權利也。著作權，依伯爾尼(Bern)著作權保護條約，認本國法主義。又關於工業所有權，依於萬國工業所有權條約，亦認本國法主義，此則於各國國內法，均無差異也。

八、取得時效

物權得喪之原因事實，雖通常與時間問題無其關係，然法律因公益上之理由，有以或事實繼續一定時間為條件，而認為物權取得之原因者，即取得時效是也。關於動產之取得時效，有多數之學說；有主張依於所有者之住所地法者，有主張依於占有者之住所地法者，有主張依於訴訟地法者，有主張依於物之所在地法者。其中自以後說為最妥當，如孟的內哥羅之財產法，德國之格布哈脫案均是也。此主義在學說上最占多數，各國實際上亦多認之。其所持理由

。以時效僅為開始進行，不過為將來可取得權利之希望，而並非取得權利也。故開始進行之後，其目的物所在地法，所需之期間，及其他條件，已達完成時，而方能取得其權利，故權利之得喪，不可不依於完成當時之所在地法也明矣。我國法律適用條例第二十二條第二項云「物權之得喪除關於船舶外，依其原因事實完成時物效之所在地法。」即此意也。

取得時效，依於物之所在地法，已如上述。惟當動產自一國移轉至他國時，則其時效固不因之中斷，然同時又發生關於時效期間之計算問題。其計算方法，得分為「前後通算主義」及「比例計算主義」二種。前後通算主義者，於一國占有之繼續期間，合於後來另一國之期間而為計算者也。比例計算主義者，對於其國所規定之時效期間，依照按分比例而求者也。例如於甲國，其時效期間為三年，而於乙國則定為二年，然占有者於甲國已有一年之占有，及移於乙國後又為一年間之繼續占有時，若依前後通算主義，則已屆滿二年矣。然依比例計算主義，則甲國之一年，僅當乙國之八月，故占有者於乙國，尚須經一年四月之繼續占有，而始完成時效也。其計算式為  $\frac{12 \times 3}{100} = 3.6$  (即一年四月是也)。惟此目的物，轉讓於數國之時，究應依何國法律，以定其時效之完成與否？照日本法例，則有其以最後目的物之



所在地法爲標準之規定焉。

## 第四章 親族法

### 第一節 婚姻

#### 第一款 婚姻之要件

婚姻定男女間終生之生存結合，爲人類生活上重大之問題也。吾人於討論該項問題之始，不可不先將婚姻成立之條件，加以說明。而婚姻成立之條件，又得分爲實質之要件，與形式之要件二類。前者，係指婚姻之能力，如年齡，親等，及關於再婚之制限，特定人之同意等而言。後者，係指婚姻之方式而言。蓋婚姻之爲要式行爲，各國已均認之，而又均異其規定。茲先就此等之要件，而說明其準據法。

#### 第一項 婚姻之實質的要件

所謂實質之條件者，指一私人可得爲婚姻之資格也。如婚姻之年齡，親等之關係及重婚之限制等之條件，各國法律，均異其規定。如我國之婚姻年齡依現所適用之民律第一三三二條言之，則男子須達十八歲，女子須達十六歲，日本男子須十七歲，女子須十五歲。如英國

法系諸國，男子須達十四歲，女子則達十二歲爲已足。法國法系諸國則與我國規定者同。德國法律諸國，男子須達二十一歲，女子須達十六歲爲婚姻法定之年齡。就親等言之，則直系親族間，禁止結婚，此文明國之所認也。又有因犯罪爲原因，而禁止結婚者。其餘如再婚制度有不認者，有雖認之，而於一定期間，禁止其再婚者，有僅就女子設此制限者。故關於婚姻成立之時，究宜依據何國法律，以定其條件耶。關於此點，各國學說及立法例，均不一致，茲述其大要：

一、婚姻舉行地法主義

此說以婚姻之條件，須依其婚姻舉行地之法律，而當事人間之屬人法如何，則非所問也。凡婚姻依其舉行地法而爲有效成立時，則對於當事者之本國法之亦爲有效。此說之根據，在以婚姻視爲契約之一點，而契約則固依行爲地法爲原則者也。今婚姻既爲契約，則亦應依舉行地法爲正當。英美學者中頗有認之者。雖然，是主義之誤點，在不明婚姻者，與普通一般契約乃異其性質而來者也。蓋婚姻以雙方合意爲必要，固基於契約之法律關係，然夫婦關係，影響於國家之公益者至巨，而同時與國內之社會組織亦大有關係也。且於外國爲婚姻時

，不具備其本國法所規定之條件，而僅依於潛在國之法律，以成立婚姻，在本國視之，固不認其婚姻關係之成立；若潛在國而認之，則殊足有害於他國之主權，往往發生種種之困難，甚不當也。現今採此主義者，僅南美一帶間之少數國而已。

### 二、住所地法主義

以婚姻之要件，應依住所地法而為決定之主義也。如英美等在一國內而有數種法律施行者之地，因其國之學者而為唱導也。此說自中古以來，頗得各國之贊同。餘如薩微尼，斯多利等學者亦附和之。然於現代，多數國家，於一國內均有統一之法制，實已無採用住所地法主義之必要矣。且依住所地法而定外國人婚姻之要件時，亦不免將與前述之舉行地法主義之足侵害外國法律陷於同一之不當也。

### 三、本國法主義

此主義足補前述二主義之缺點，而為現今各國立法例及諸學者所共贊同者也。然同為本國法主義，復有認夫之本國法主義與婚姻當事者雙方之本國法主義二種茲分別說明之。

#### 1. 夫之本國法主義

婚姻關係，無論何國，向以夫爲主。故此說以爲婚姻之成立條件，亦當依於夫之本國法以定之也。雖然，此說表面視之，似屬正當，然細考之，則固不免爲本末顛倒之論也。何則，蓋夫婦關係，既已成立，則自當依夫之本國法，然在婚姻關係尙未完全成立之際，男女兩方，仍各有其本國法，所謂夫之本國法者，果自何而發生乎？是可謂不當之甚也。總之，是說只考慮於男子之一方，而不問女子方面本國法之爲何，是其最大之缺憾也。

2. 婚姻當事者雙方之本國法 此說在矯前說之謬誤，而以婚姻當事者之雙方，各具備本國法之條件爲必要。蓋婚姻成立之條件，爲對於特定人而設，故不但爲夫之男子方面，須具備規定之條件，卽爲妻之女子方面，亦不可不依其本國法，而具備必要之結婚條件也。此說理論固甚正當，卽男女雙方，亦各得其平。我法律適用條例第三章第九條有「婚姻成立之要件，依當事人各該本國法。」之規定，亦採此主義。其餘歐洲大陸各國立法例，多公認之。

雖然，若當事者一方所認之成立條件，其性質反乎我國之「公序良俗」者，則我國亦可不認其成立。例如許重婚國之人民，於禁止國內而爲重婚者之時，則以其有害於國內之公安，得禁止之。又如許親族結婚國之人民，而與不許親族結婚國之人民結婚時，則亦得禁止之。

。又如於多數國，依姦通而被離婚者，則禁止與相姦者結婚之規定等均是也。（然此於英國反對之）。

### 第二項 婚姻之形式的要件

婚姻為最重要之法律行為，故於實質之要件外，各國皆須有一定之方式，而其方式，有重民事上之方式者，有重宗教上之儀式者，各國法律互異。故婚姻之形式，須依何國之法律以為決定乎？關於此問題，現今均以依於行為地法即婚姻舉行地法之方式為原則也。此原則定於海牙所訂關於婚姻之國際私法條約第五條，茲摘錄之，以供參考。

第五條 從婚姻舉行地之法律，所舉行之婚姻，關於其方式，不論在於何地認為有效者。但以宗教上之舉行式，為必要之諸國，則其國民不從斯規定，於外國所締結之婚姻，得不認為有效。

婚姻之方式，已如上述然內國人於外國結婚時，往往因須從行為地之方式，致生不便，故近世各國之國際慣例，常有以在駐在外國之本國領事或公使之面前，所為之婚姻，亦得認為有效者。海牙國際法條約第六條，亦認此例外。

其原文爲「從本國法，於外交官或領事官之面前，所舉行之婚姻，關於其方式，不論何地，認爲有效。但須婚姻預約者雙方，非舉行結婚國之人民及該國不反對者。」

## 第二款 婚姻之效力

婚姻之效力，大別之爲二，卽身分上之效力，及財產上之效力是也。此種效力，在國際私法上，往往生種種之問題，述其大要於左：

### 第一項 及於夫婦身分上之效力

關於當事者之身上及家族之效力，卽婚姻之結果，妻從於其夫之後，制限其能力，同居於夫之家，而生之權利義務，同時又取得夫之國籍等。此等普通之效果，各國親族法中，往往互異其內容，於是當牴觸發生之際，應從何國之法律問題起焉。茲略說明之。

1. 當事者之意思兼行爲地法說 此說以婚姻爲契約，故應從當事者之意思，以定支配契約效力之法律。而當事者意思不明時，則依行爲地法卽婚姻舉行地法。然婚姻之效力，係依於法律之規定，而非依於當事者之意思。婚姻不能與其他普通一般契約者所可並視，其理由已見前述。今若一任當事者之意思，則必足生違反一家一國利益之結果，而有混亂公共秩序之

虞。且當事者之意思不明時，依婚姻舉行地之法律，其理由亦殊薄弱。何則，蓋婚姻之效力於通常之時，與舉行地並無何等影響之可言也。

2. 住所地法說 此說以婚姻之效力，依於夫婦之住所地法而定者也。然此說也，如英美之於一國內而行數法之國時，或可容認之。而於現今國內法制共趨統一之時，則住所地法之價值，固甚微小者也。

3. 滯在地法說 婚姻之效力，關於國際之公安問題，故須依於滯在國之法律為正當也。此說亦不能贊同之。蓋婚姻之效力，及於滯在國之公安者甚少，即有害之者，亦至輕微也。

4. 夫之本國法說 以婚姻之效力，須依夫之本國法，此說實最有力者也。蓋關於婚姻之效力，其最感利害痛癢者，莫夫之本國若也。今將對於身分，能力，及家族之關係等，均依其本國法，實至當之議論也。然此有問題焉，即依夫之本國法而定婚姻之效力時，係依婚姻當事夫之本國法乎，抑問題發生當時夫之本國法乎？關於此點，依我國法例，則採單純之本國法主義，如法律適用條例第十條「婚姻之效力，依夫之本國法。」之規定是也。蓋元來婚姻之效力，依於法律之規定而發生。今若認婚姻當時之法律，而不認問題發生當時之法律，則

其效力將何由而發生。故依其問題發生當時之本國法，實爲正當也。

## 第二項 及於夫婦財產上之效力

古昔之世，妻之財產，往往屬於夫之財產，夫因婚姻之結果，而取得其妻財產之全部。及至近世，漸知夫妻之結合，並非爲財產之關係，結合之後，妻之特有財產，仍爲其個已所保有。然夫亦得而管理之，使用之，並非絕對不能顧問，此原則也。故夫婦間之財產制度之規定，有依契約者，有依法律者，而此種規定，則各國又互不一致，於是當從何國之法律，以定財產制度之問題生矣。現爲一般所認者，即契約財產制與法定財產制是也。茲就此二者而說明之如次。

1. 契約財產制 凡夫婦間之財產契約，不論何國，皆以婚姻當時確定爲必要。且此種制度，非僅關於當事者雙方間之利益，且往往足以影響於第三人之利益，故各國法律，多以有一定之公示方法爲必要者，蓋不然，則第三者，將蒙不測之損失矣。因之此種契約之效力與制限等，大抵均以結婚當時夫之本國法爲必要，則此後變更國籍或住所時，此契約關係，限於不反公之秩序內，無論何國，皆可認爲有效。此我國法律適用條例第十條二項所以明言此財



產制，須依婚姻當時夫之本國法也。

2. 法定財產制 關於夫婦之財產關係，於婚姻當初而不為契約時，則須依於一定之法律而為規定也。如妻之財產總合於夫之財產，或夫得使用妻之財產，并得有收益之權，或單得為使用之權等，均一一而為之規定焉。關於此種之效力，為婚姻之自體依於夫之本國法。又當夫而變更國籍時，於此等關係則不得隨之變更也。

### 第三款 離婚

婚姻之解消，生於婚姻成立之後，依於一定之事實，如當事者之死亡，失蹤及離婚等而夫婦關係，因以終了者也。在國際私法上，關於婚姻之解消，其最重要者，即離婚（羅 *Divortium* 德 *Ehescheidung*，英 *Divorce*，法 *Divorce*）是也。關於離婚之制度，各國採用不同。有採離婚禁止法者，有採制限離婚法者，有採任意離婚法者，亦有採任意離婚法之國，只許其夫得任意離婚，而不許其妻如此者。亦有其許之者。此等皆依於風俗，習慣，及宗教之不同而異其結果者也。在歐洲至中世紀時，因受耶穌教之教旨，對於離婚，全在禁止之列。其意以為婚姻乃神意之結合，故不得以人意而分離之也。現今意國猶採此主義。然離婚制度，無

絕對的禁止或絕對的放任之結果，均足造成一家之不幸，增多犯罪之人數，敗壞社會之風教，實非所宜。蓋必限於法定之理由，及裁判所之判決，而後庶不釀成種種惡果，此所以認限制離婚之為一般通例也，現在諸國中，如德，法，英，美，瑞士等，均認離婚之制度。而於奧，意，西班牙等則僅認別居，而不許離婚。於德國，則於離婚之外，尚有認所謂共同解除之制者。如上所述，可知各國立法例，有種種之區別。在國際私法上，定其準據法之若何，實有重大之意義存焉。今分（一）離婚之管轄權，（二）離婚之原因及效力等說明之於下：

### 第一項 離婚之管轄權

離婚為婚姻之解消，關於當事者身分能力之問題，而同時又足謂一家之解散，故對於所屬國有重大之意義，而不能與一般普通契約之解消同視者也。關於管轄離婚之法律，究以何者為決定乎？則有諸種之學說：

訴訟地說 離婚，關於國際公安之問題，故在提起離婚訴訟地之法律得有全部之管轄權也。然此說不免有輕視對於離婚當事者之於所屬國家之有重大意義之點者也。

住所地法說 離婚管轄權，應屬於離婚當事者有住所地之裁判所也。此說英美判決例及

斯多利等學者主張之。

本國法說 離婚，變更當事者之身分能力，且於其本國有直接之利害，故其本國之裁判所，應有管轄之權也。然此主義，若嚴格而應用之，則頗多困難也。蓋以近世交通發達之結果，夫婦往往有置其住所於外國者，當此時也，若不同本國，則永將不能為離婚之請求也。且因此，而使當事者，及滯在國，恐均將生不良之結果也。

本國兼住所地法說 對於離婚，須依本國之裁判所。然為出於便宜之必要上，而又得以夫婦之住所裁判所管轄為附之主義也。費奧勒<sup>1)</sup>主張之。其理由，乃合本國法說與住所地法說二者之長而為採用也。海牙國際私法條約亦有同樣之規定，實最適當者也。

### 第二項 離婚之原因

因近世交通之發達，及於國際生活者甚大。今欲以本國法而管轄離婚案件，將生種種之不便，故認住所地法或居所地法等之結果，我國裁判所，亦得常為外國人之離婚宣告，當斯時也，其離婚之原因，應依何國之法律乎？蓋各國關於離婚原因，往往因宗教，風俗習慣之不同，其法律亦各異其規定也。關於此項問題，致發生有如次之種種主義：

a. 訴訟地主義 因離婚之發生，關係於國際之公安，故其原因，應認訴訟地之法律，而始得為離婚之宣告也。此說亞爾然丁離婚法第八六條及九七條採此主義。夫離婚事件之發生，一面固有關於國際公安，然同時，對於當事者之身分能力，及其家族之所屬國，尚有更大之關係，是說輕此重彼，固猶未能謂為允當也。

b. 夫之本國法主義 此說以夫婦關係之解消，即生國籍之變更為理由，故須專依其夫之本國法，而決定其原因者也。依此主義，則關於夫婦關係之解消，僅考慮於夫之利益，而忽視其妻之利益方面，顯有不當。而夫婦雙方，同居住於外國生活之時，若只依其夫之本國法，而定其原因，則恐有害於其住在地國公益之虞也。

c. 訴訟地法兼婚姻地法主義 此說係置本國法於度外，而專以訴訟地及婚姻地法律為決定其原因，實不足取。智利民法第一二一條及瑞典一八七四之身分法第五四條等採用之。

d. 住所地法兼婚姻地法主義 此主義得依住所地法及婚姻地法而得認其離婚之原因也。然以離婚之原因，而求之於婚姻地法，其理由甚屬薄弱也。而現今文明各國國內，大抵均有統一之法制，亦無應用住所地法之必要。此說惟蒙古維多條約第一三條採用之。

c. 夫之本國法兼訴訟地法主義 此為最正當之主義也。離婚原因，須限於本國法及訴訟地之法律所共認者，始得為離婚之宣告是也。此說我國法律適用條例第十一條採用之。而有「離婚依其事實發生時夫之本國法，及中國法均認其事實為離婚原因者得宣告之。」之規定焉。海牙國際私法條約亦認之。其第一條「夫婦之離婚，為其本國法及訴訟提起地之法律所皆許者，得提起離婚之訴」。日本法例第十六條亦有同樣之規定。

### 第三項 離婚之效力

離婚之效力，依於離婚而得解消夫婦之關係，且附屬得之身分權，亦一併同時隨之而喪失，此當然之結果也。然離婚之當時，其效力究能及於他國否？是問題也。惟依海牙條約，則認其效力能及於國外也。

## 第二節 親子

### 第一款 嫡子

子為嫡出子與否，當父子異國籍時，或子之母與其夫為異國籍時，將依何國之法律以定之耶。徵之諸國之立法例，大體認為嫡出子者，約有三端。(一)生於婚姻中之子(二)雖生於

婚姻前之子，而後因依於婚姻並經認知之，(三)雖生於婚姻關係解消後，但於一定期間中，推定其為自婚姻生活中之子者。近世諸國民法，凡妻於婚姻中所懷胎而生之子，通常均推定其為夫之子，此原則也。至關於懷胎期間一點，則各國互異其規定。如日本民法第八二〇條二項自婚姻成立之日二百日後，或自婚姻解消之日起，三百日內而生之子，則推定其為懷胎於婚姻中者。於法國及意國，於前者，定為一百八十日，後者，則亦定為三百日。至奧國則定最短期為六月，最長期為十月。如此觀之，關於懷胎期，各國均無一致之規定，究將依何國之法律，以定其準據法乎？因之而生種種之學說。有主子之出生地說者，有主訴訟地說者，有主依於出生當時家屬所屬國之法律說者。議論紛紛，然均未足以為標準也。於是有唱寧依於受胎當時父之本國法以為決定之者，此實為推定私生子或嫡出子之最妥當之準據法也。

對於推定的規定之準據法，已如上述。然夫，同時對於其所推定之嫡子，亦得有加以否認之權利。惟此等否認訴權行使之條件及方法等，均無一定，宜據何國之法律，以定其準據法，是不可不解決也。學者有主張依訴訟地之法律者，有謂應依出生當時家族所屬國之法律者，然歐洲大陸諸國，一般學者，均認宜依子之出生當時父之本國法以為決定之標準。法國

一二學者則反對之，以爲是項問題，關於子之利害甚大，當依子之本國法以定之，如魏斯Wess等是也。然此說甚不當也，蓋設置否認訴權之目的，非爲子之利益，乃爲稱爲父者，明其親子關係之方法，是以此項權利之有無，當依所謂推定的父之本國法，而不得依子之本國法明矣。故否認訴權之準據法，依父之本國法最爲適當也。我國法律適用條例第十二條「子之身分，依出生時其母之夫之本國法……」之規定，亦採此主義。

## 第二款 私生子

關於私生子，各國之法律，大異其規定，有竟不許私生子之認知者，或雖同許其認知，而異其條件及效力者；茲說明之如次：

### 第一項 私生子認知之制度

凡由苟合或無效之婚姻而生之子，謂之私生子。此等私生子，因依於認知，而生親子之關係。對於私生子之認知，各國互有不同。如法意二國，限定其受認知之範圍。凡亂倫之子，或依於姦通之子，則均不得受認知之利益也。其他如丹麥，瑞典，諾威等，則全不認私生子之親子關係。惟其子之父，於其子達一定之年齡後，則有給與其養育上所必要之資料之義

務而已。至日本，奧國，德國，等多數國家，則其父母，均得為任意之認知也。觀上所述，可知各國關於私生子認知之制度，大有差別。若所生之私生子，而發生國際之問題時，則將依何國之法律，以定其認知之條件，與效力乎？故於國際私法上，實不得不有定其準據法之必要也。

## 第二項 私生子認知之要件

私生子認知之要件，或以為認知者，有關於其地「公序良俗」之問題，故當依其地之法律，而為決定者也。然私生子之認知，在確定法律上親子之關係，所謂關於國際公安之點，固甚稀少也。或又謂須依子之本國法者，以為認知，關於子之利益，故當適用與子有利益之法律，即依於其子所屬國之法律也。然此說對於父或母方面，因依於認知而將生一種之責任點，固未嘗加以考慮耳。其他尚有唱依認知人之本國法說者，以為認知，關於為認知人之利益甚大，故須依認知人之本國法也。今若依此說，而不認其父母之認知時，則對於私生子，根本將不成立為認知也。故最後，乃有唱依於「各該本國法」之說起焉。此主義以凡關於父或母者，固依其本國法；而關於私生子者，亦當依其本國法。如是，則前述諸說之缺點，均



得免除，在理論上與實際上，誠屬最妥當者也。採此主義者，如德民施一草第十四條，同二草二二五二條，瑞士一八九一年六月二十五日民法第八條及日本法例第十八條均是也。我國法律適用條例第十三條，亦有「私生子認領之成立要件，依認領者，與被認領者各該本國法。」同樣之規定焉。

### 第三項 私生子認領之效力

私生子認領之效力，即因於認領而生一定之法律關係是也。或為嫡子，或為庶子，或因私生子取得一定之身分，而父母亦依之而生一種之新義務，或因認領之結果，而即發生私生子國籍之變更等，均為認領後所發生之效力也。至關於此等效力之準據法，均主張以依認領者之本國法為正當，此諸國之學說，及立法例所一致也。我適用條例第一三條第二項「認領之效力，依認領者之本國法」。亦同此規定也。

### 第三款 養子

養子之制度，乃家族制度之結果也。古來向行於諸國間。然現今西洋各國之養子，與東方日本之養子不同，不過財產上之關係而已，而非有親族關係之意義也。此種制度，於歐洲

古代，如埃及，希臘，羅馬等時代均行之。於羅馬，凡無子者，為永續其家門宗祠起見，故設養子之制度。然近世家族制度，漸次頹廢，養子之制度，亦得次第湮滅矣。英，美，荷蘭，瑞士等國，均已全不認此制度。即法國及其他歐洲諸國之法制，雖認養子之制度，然養親與養子之間，仍不完全親子之關係，而不過養子，得繼承養親之財產的權利而已。由此觀之，則各國對於養子制度，互異其規定，當祇觸問題發生之時，則於養子成立之要件及效力等，自不可不定一準據之法焉。

一、養子成立之要件 養子成立之要件，亦與婚姻及認知同，依於各當事者之本國法而為決定者也。我法律適用條例第一四條「養子成立之要件，依當事人各該本國法」。亦採此主義。

二、養子成立之效力 關於養子之效力，凡一旦養親子之關係成立後，則養子，須依其養親之本國法，此甚妥當也。我適用條例第一四條第二項「養子之效力，依其父母之本國法」。亦採此說者也。

三、養子關係之解消 關於養子關係，有不許解消者，或有限制其解消之原因者，此種規

定，因國而殊，故國際私法上，有定其準據法之必要焉。夫親子間之關係，大多總以依其親之本國法為原則。且此種養子關係之解消，與離婚不同，因其違反或影響於善良之風俗者較少，故所謂本國法兼訴訟地法主義者，實均無採用之必要也。是以養子之得解消否耶？應專以依於養親之本國法為之決定，固甚適當者也。

#### 第四款 親權

以前所述，為親子間之關係，應依何法而定之問題，茲當更進而說明親子間之權利義務，宜依何者之法律而為決定耶。此即所謂親權（羅 *Patria Potestas*，德 *Elterliche Gewalt*，英 *Parental Power*，法 *Puissance Paternelle*）行使之問題是也。此種親權，在古代家族制度極盛之時，為家長者有無上之權威，故不致發生國際私法之問題。及後個人主義，代家族制度而興，家長權之範圍因以得縮，所謂親權者，一方為親對於未成年之子所有之權利，而同時復須負擔教養監督之義務也。現今因國際交通之結果，本國人民，在外國往往亦得行使親權，故關於此項親權，應依何國之法律以定乎，而國際私法之問題生焉。自來共採四種之主義，即：(1)本國法主義。此主義又有父之本國法主義與出生當時，父之本國法主義之分。前者

如德民一章第一五條一六條二項，同二章第二二五五條，及民施第一九條等採用之。後者如剛果 Congo 一八九一年二月二〇日第六條三號，採用之。(2)住所地法主義。亦分 a. 父之住所地法主義，b. 出生當時父之住所地法主義二種。前者，瑞士一八九一年六月二十五日民法第九條一項及利馬條約第一三條等採用之。後者，如德普通法採用之(3)親權行使地或財產所在地法主義。蒙古維多條約第一四條一五條採用之。(4)母與私生子之關係，出生當時依於母之本國法主義。德民一草第一七條，同二草第二二五六條，德民施第二〇條等採用之。我國法律適用條例第一五條「父母與子之法律關係，依父之本國法，無父者，依母之本國法」。亦採第一種親之本國法主義也。夫親權之應依其本國法而行使固也，然此等權利之行使，關係於行使地之公益者甚大，故不得不依於其行使地法律所認許之範圍內，而加以相當之制限也。如親對於其子之懲戒權，與行使地之警察公安，有密切之關係，雖據其親之本國法，得行懲戒之權，而於行使地法律所不認時，則得禁止之。此即本國法主義之應受行使地法之制限也。

至父或母對於其子之財產關係，亦因時不同，因地而殊。現今文明各國，對於其子所有

之財產權，有得為管理之權者，有得為收益之權者，其規定互有差別，故應據何國之法律而定其準據法之問題起矣。在英美則區別為動產與不動產，當父或母行使其管理權時，則對於前者，應依屬人法；後者，應從其所在地法。歐洲大陸諸國，均不認此區別。凡父母之管理權，均宜依其本國法而定之。我國依適用條例第一五條之規定推之，亦當依親之本國法，以行使其財產權之管理權也。然此亦不無例外者，如依法國民法，則其親對於其子，行使財產管理權時，其父有用益權。而依日本民法，則不認之。故法國人之父，於其本國法所認之管理權，須受日本法之制限，而不得完全行使之也。此蓋依於本國法與所在地法，相牴觸時，則前者之規定，往往須受後者之制限，而常先為適用之原則之結果也。

### 第五款 扶養義務

於一定之親族間，認扶養之義務（德 *Unterhaltspflicht*, *Alimentationspflicht*, 英 *Duty of Support*, 法 *Obligation alimentaire*）此各國之所同也。然於親族關係之範圍及認扶養義務之程度，則諸國之法律，均互異其規定。故於異國籍之親族間而請求扶養者之時，宜準據於何者之法律問題生矣。惟此有宜注意者，即此種扶養義務，係附隨於親族法上之身分權之效

果，與普通一般之債權債務，不可相提並論者也。

關於扶養義務之準據法，自來共有三種之主義(1)依於扶養義務者與權利者雙方之本國法主義，(2)權利者之屬人法主義(3)扶養義務者之本國法主義是也。

一、雙方之本國法主義 此主義德民一草第一八條，同草第二二五八條等採厚之。其理由以爲扶養之義務，若僅依於權利者，或義務者一方之本國法，實爲不可行之事。故必須依於當事者雙方之本國法而存在。蓋如此，而後當事者之雙方，始能各得其平也。雖然，扶養之義務，與自一般債權而生之義務，異其性質，蓋此則係基於倫理的，道德的思想爲本位而規定其義務也。故此種規定，甚適合於其國之善良風俗，所謂須從扶養權利者之本國法說，實無並存之必要耳。

二、權利者之屬人法主義 此屬人法主義得分二派(一)依於扶養權利者之住所地法，而決定其扶養之義務者也。此說德國之判決例曾採用之。其理由以爲此種義務，關係於權利者住所地之公益者甚大，故當不拘義務者之屬人法如何，應依扶養權利者之住所地法而爲決定者也。此說之缺點，在扶養義務之有無，若以權利者之住所地法而定時，則將使負擔扶養者。

依自身所不知之法律，而為義務之負擔，且扶養權利者，因住所之變更，而得自由選擇有利於一己之法律，將使負擔扶養義務者，常在不固定之狀態中，此其弊也。(二)為依扶養權利者之本國法主義。此說法國之學者曾唱導之。其所指之理由，及其缺點之所在則與前者相彷彿，茲不贅述。

三、扶養義務者之本國法主義 此主義瑞士一八九一年六月二十五日民法第九條二項，日本法例二一條及我國均採用之。其理由以扶養之義務，凡親族相互間之扶助係完全由於自然的，倫理的思想而發達，以義務為根本觀念者也。故不論扶養權利者之本國法或住所地法如何，而應依扶養義務者之本國法也。此說吾人固當認為最正當者也。罷爾(Von Bar)諸學者，亦多贊成之。我法律適用條例第十六條「扶養之義務，依扶養義務者之本國法」。亦依此而為規定也。

### 第六款 監護及保佐

所謂監護(羅Tutela, 德 Vormundschaft, 英 Guardianship, 法 Tutelle)者(一)對於未成年者，而無行親族之人或行親權人，而不得行其親權時，為保護其利益，補充其能力，使與

第三者之法律關係，得以安全。(二)對於雖已成年而受禁治產之宣告者，得設監護人，使代負法律上保護監督之任。關於設立此種監護制度之理由，各國多認之。惟於監護之任命方法，資格及權利義務等，則各異其規定。如監護人與被監護人間，異其國籍，或監護之執行地，在其本國以外時，則將依於何者之法律以爲決定之準據法乎？於此，而有所謂住所地主義，所在地主義，本國法主義等種種之學說，茲說明其大要如次：

(1)所在地主義 此主義於英美採用之，其理由，以監護爲公職，公職之執行，凡踰越國境則不生效力。於英國，又區別爲動產與不動產。凡屬於被監人之動產，則適用被監護人之本國法；對於不動產，而以外國人爲監護人時，則從事件發生地之法律。亞爾然丁民法第四〇九條，四一〇條，及蒙古維多條約第二二條，二三條採用之。然依此主義，若被監護人之財產，而散在數國時，則其監護，將依於各別之法律而爲行使，其結果必將缺乏財產管理上之統一矣。若於動產，則更易變動其所在地，勢必時時爲監護人之選任，其不便熟甚。

2. 住所地主義 此主義依於被監護人之屬人法，而定監護關係之準據法也。如德一八七五年七月五日監護法第六條，門的内哥羅財產法第七八九條，匈一八九四年十二月十八日婚



姻法第一一二條，蒙古維多條約第一九條，二一條，二五條等採用之。惟於現今各國在國內已有完全統一之法典者，則自以依本國法爲便利也。

3. 被監護人之本國法主義 此主義以監護關係，爲保護被監護人利益之親權的擴張，以補充被監護人之能力爲目的也。故對於被監護人之身分關係及處理財產上之關係（如動產，不動產及其他之權利。）須依於被監護人之本國法而爲之也。此主張大陸學者多採用之。薩微尼，罷爾，費奧爾等學者均主張之。日本法例第二三條及我國適用條例第一八條「監護，依被監護人之本國法。」亦採之。然此主義若絕對適用之時，則恐有害於法庭地公益之虞。故又有以本國法主義而兼法庭地法者之唱說焉。我適用條例第一八條後段，亦有此種例外之規定。採此辦法者甚多，如德民一章一九條，二〇條，同二章二三條五九條，民施第二三條一項，德日領事職務條約第一三條，一八九四年海牙會議第一條，三條，五條，一八九一年國際法協會決議第一條，三條，四條等是也。

關於監護之準據法之種種學說，已略如上述。我國法例，則與歐洲大陸各國相一致，即一方採用被監護人之本國法主義，而另面又認屬地法主義者也。

如我法律適用條例第一八條「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。」之規定，舉凡管理被監護人之財產的權限，及監護人任命之方法，資格，及權義者，均當依被監護人之本國法，而為決定之原則也。然同時以監護之制度，正如前述之親權，與其所在地之公益，有密切之關係，故關於被監護人身體之監督權，及管理財產之方法，與財產之處分移轉者，則不可不受行使地公之秩序之制限者也。故我國於第一八之後段，有不拘於其本國法如何，凡在一定情形之下者，必依我國法律之規定，即此意也。

對於準禁治產者，為補充其缺陷能力起見，使以他之能力者為之監督者，此謂之保佐（羅Cura，德 *Beistandschaft*，英 *Curatship*，法 *Curatelle*）制度是也。關於此種制度，各國異其規定，故有定其準據法之必要也。而其定準據法之主義，則與前述之監護者相同。如本國法兼法庭地法補充主義，及住所地法等主義是也。前者，則德之民一草第一九條三項，同二草第二二六〇條，民施第二四條等採用之。後者，則蒙台維多條約第一九條採

之。我法律適用條例第一九條，則有準用第一八條關於監護之規定，係採本國法而兼法庭補充主義者也。

## 第五章 繼承法

### 第一節 繼承

古代蒙昧時期，不認外國人有繼承之權。時至今日，則無不認外人有繼承權者。然繼承(羅馬文爲 *Successio* 德 *Erbfolge*, *Sukzession*, 英 *Succession*, 法 *Succession*)者，一方爲取得財產之關係，而基於屬地主義；於他方置其於身分權上，而與親族法相關聯爲二種法律關係之合體。故各國立法，極不一致，有置於財產取得編中者；如法國民法及日本舊民法是也。於奧國則以繼承歸入物權法，而德國之普通法，則以法定繼承，因基於親族關係，故規定於親族事項中，而關於遺囑繼承，則與法國民法採同一之理由，歸入於財產事項之中。以此觀之，故繼承關係，在國際私法上，欲決定其準據之法，實一極複雜之問題，而於學說上，又屬紛歧不一致。歐洲各國，感於此項問題之困難，頗欲結一統一之條約，以爲共同遵守之標準，然終以利害關係之不同，迄今猶未能切實實現，殊憾事也。茲就各國之立法例及學說

，列述其大要如下：

### 第一款 繼承之準據法說

關於繼承之主要學說，其主要者約有三種即（一）財產所在地法說，（二）動產與不動產區別說，（三）被繼承人之本國或最後之住所地法說是也。

#### 一、財產所在地法主義

依此主義，以為繼承者，僅認為物權取得之手段而已，故當依財產所在地法者也。此學說之發生，係基因於古代之國王繼承權，至十八世紀末，凡外國人，不得為內國人之繼承人，外國人當死亡時，則其地之國王當然繼承其財產。因此之制度遺留，而財產所在地法，於以發生。舉凡繼承之條件，效力，及其他各種關於繼承之問題，莫不依於財產所在地之法律而為決定也。雖然此說決不能認為適當者也。何則，蓋當財產而散在於各地之時，若從此主義，則徒因財產所在地之不同，而繼承將受多數國法律所支配，其手續之繁雜，將有不堪言狀者。此說現為歐美各國所排斥，其採用之者，僅南美諸國間之蒙古維多條約草案認之而已。

#### 二、動產與不動產區別主義

此主義爲英美一般所採用也。其說區別動產與不動產，而異其適用之法律。即關於動產，則適用被繼承人之本國法或住所地法；而於不動產，則依其所在地法。此說之缺點，在於對不動產適用所在地法，將不免與前述之財產所在地法，陷於同一之謬誤，且動產與不動產之區分，實大反乎統一之性質，殊難採用也。現今採此說者，以見於英美之判決例者爲最多。其他如荷蘭，法國等之判決例中，亦間有採用之者。

### 三、被繼承人之本國法或最後之住所地法主義（屬人法主義）

此說至今已爲一般所共認。學者中如薩微尼 Savigny、費奧爾 Fiere 等均熱心主張之。薩氏以被繼承人最所熟知之地，即最後之住所地法，故主張以被繼承人之最後住所爲準據法。然費奧爾反對之，以爲繼承非僅家族之一種制度而已，且與被繼承人之本國，有重大之關係，故關於繼承之準據法，應依據於被繼承人之本國法也。我國法律適用條例第四章第二十条「爲繼承依被繼承人之本國法。」之規定，亦採用此主義也。日本法例第二十五條，亦認此主義。其他如意國民法第八條，德日領事職務條約第一四條，比利時民法草案第六條一項三項，西班牙民法第一〇二條二項，德民法第一章案第二一條一項，同二章第二二六一條一項

，民法施行法第二四條二五條，利馬條約第二〇條二四條，一八九四年海牙條約第一條四條乃至一〇條，及一八八〇年國際法協會決議第七條等，均採此主義者也。

### 第二款 無人承認之繼承

當無繼承人之時，而定其繼承關係之方法，亦依於被繼承人之本國法也。然於無繼承人已確定時，則被繼承人之遺產，將歸屬於何者之問題生焉。關於此等遺產歸屬問題，則有數種之主義。有主歸屬於被繼承人之本國者，有主歸屬於遺產所在地之國庫者。有主歸屬於遺產所在地之地方團體者。我國民律草案第一五六一條，主張無繼承人出而承受權利者，則其遺產，應歸屬於國庫之規定。然所謂國庫者，究指何國之國庫乎？則不明定也。至關於遺產歸屬之性質，亦有種種之主義。薩微尼氏以國家或地方團體，可假定為最終之繼承人，得取有此等之財產，故國庫乃立於繼承人之地位也。魏斯氏 *Wiss* 反之，以為無主之繼承財產，為防止依於先占，社會之混亂，及公益侵害等起見，基於領土主權之結果，故當歸屬於國庫而取得之。有稱之為財產所在地之國庫者。其他尚有以為人民所有之不動產，本屬國家之所有，因經濟上之必要，得分配於人民，而許其使用之收益，故當無繼承人，則是等之財產，

當然歸屬於國家所有也。依我民律第一五五條「……有繼承人不分明時，其繼承財產，作為法人」。又一五六一條有在一定之公告期滿（一年以上）如無繼承人，或承受人，出而承認，其財產歸屬國庫，他人不得主張權利之規定。其理由，蓋以無主之財產，固得依國家之主權，而為處分者也。關於海牙之繼承及遺囑之法律抵觸條約第二條，則亦採財產所在地法主義也。尚有締結條約，當無繼承人時之遺產，得互由本國之領事保管之，而仍歸屬於本國之國庫者，亦往往有之。如德日領事職務條約等，即其例也。

### 第二節 遺囑

人於生存中之意思效果，得依於死後之法律而為保護，是即遺囑（羅 Testamentum）德 Testament 英 Testament, Will, 法 Testament）之制度也。遺囑與繼承甚有密接之關係，故普通均規定於繼承法中者。如我民法草案第一四八七條以下，德民法第二二九條以下，瑞士民法第四六七條及日本民法第一〇六〇條以下，均有關於遺囑之規定也。然遺囑之法律行為，與其他之法律行為不同，蓋遺囑之效力，須俟其當事者死亡後，而始得發生。如我民草案第一五〇二條有「遺囑自遺囑人死亡時起，發生效力。」之規定是也。又其行為，為一方

之法律行為，至其對手方之是否認諾其效果，則非所問也。因遺囑為一方之意思表示，故頗足發生重大之效果，是以各國均以有嚴格之方式為必要之條件，而同時，復有關於遺囑之能力，及得為處分事項之範圍與制限，效力，取消等之規定焉。但因各國間，多互異其規定之結果，致發生國際私法上之問題，於是遂有規定準據法之必要矣。以下當順次說明之。

### 第一款 遺囑之成立要件

關於遺囑成立之要件，得分為實質的要件及形式的要件二種。前者，係指遺囑之能力及依於遺囑而得為處分事項之範圍及制限等而言。後者，則遺囑須具備何國規定之嚴格式樣，而始得成立之問題也。茲當簡要而說明之：

#### 第一項 實質之要件

對於實質要件之準據法，自來有紛紛之議論。有唱本國法主義者，有採住所地法主義者，有主財產所在地法者。我國法律適用條例第二一條第一項之規定「遺囑之成立要件……依成立時遺囑人之本國法。」係採本國法主義。其他採之者尚甚多。如意國民法第九條二項，日本法例第二六條一項，比利時民草第六條二項，西班牙民法第一〇條二項，德國民法第一



草案第二一條二項，同二草第二二六一條二項，德民施第二四條三項，利馬條約第二〇條，二一條，一八九四年海牙協會議第二條等均足也。採住所地法主義者，有德普通法，普通判決例等。至蒙台維多條約第四五條之規定，則採財產所在地法主義者也。此外尚有對於不動產，適用所在地法，而於動產，則適住所地法主義者，如英國之普通法 *Common Law* 及美國之判決例，則採此主義也。以下分述實質要件之各部分。

a. 遺囑之能力 各國關於定其遺囑能力之準據法，有種種之學說。(一)適用遺囑者之本國法說 其理由以為遺囑能力，亦即行為能力。然此乃誤也，何則，蓋有否繼承之資格，為權利享有能力，即權利能力也。與行為能力自有區別。(二)適用財產所在地之法律說 此說所持之理由，以為遺囑者，乃處分之行爲故也。然此亦誤也。蓋財產而散在各地時，必致依各種不同之法律，其不便甚於此。至英美所唱之動產不動產區別法主義，其不合之點，已於前節述之，茲不復贅。雖然，吾人試比較觀之，則認本國法主義，自較爲適當者也。蓋遺囑能力，本爲權利能力，而非行為能力。而權利能力，則又以附與其本國法爲原則，故今以本國法而爲準據法，固甚正當也。

b 依遺囑而得爲處分事項之範圍及制限 關於此種之準據法，亦須依於遺囑者之本國法而爲決定者也。與前述能力準據法之適用，具有同樣之理由，此則勿待再爲申論者矣。

c 遺囑之成立 依上所述，則遺囑之實質的要件，須依於遺囑者之本國法明矣。然於「何時」得依遺囑者之本國法，而認遺囑之成立，則尙不明者也。蓋當事者作成遺囑後，忽變易其國籍於乙國，或變易其籍於丙國，而後死亡，當此時也，所謂依於遺囑者之本國法，而定其實質之條件者，究將依何國之本國法以爲決定之標準乎？關於此點，依我國適用條例第二一條一項，其規定爲依於遺囑成立當時遺囑者之本國法。換言之，卽遺囑之成立問題，須依遺囑當時遺囑者之本國法，而決定其遺囑能力之有無，及依於遺囑而得處分之事項與否，及範圍制限等是也。

### 第二項 形式之要件

夫遺囑，爲遺囑者最終之意思表示。其效力將依於遺囑者之死亡而發生，故無論何國，均須具備一嚴格規定之方式，若不從其規定時，則卽不認其行爲之效力，蓋遺囑實爲最嚴正之要式行爲也。然方式之規定，各國互有不同，例如荷蘭民法第九九二條，於外國爲遺囑之

時，專依於公正證書。法國民法第九九九條認具備民法上之要件而親筆所爲之遺囑，并從於行爲地之慣習而爲之遺囑，則均認爲有效者也。至我國民草案第一四九五條一四九六條以下等之規定，則亦強制須有一定之方式也。因之，關於要求之形式，往往因國而殊，故國際私法上，不可不定有一般之準據法也。依我法律適用條例第二一條一項之規定，則以從遺囑者之本國法爲原則，然亦不仿依行爲地法，以爲補助焉。如同條例第二六條一項前段有「法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法……。」而同時第二二條三項又有一關於物權之遺囑方式，得依第二六條第一項前段之規定。「此種規定，蓋全由於實際上之必要而生。如遺囑人留滯於國外，當病急危篤之際，欲定履行本國法所要求之方式，實爲不可能之事，於是不得不依於行爲地法所定之方式，而同認爲有效者也。」

### 第二款 遺囑之效力

所謂遺囑之效力者，其義有二。即發生效力及存續效力是也。發生效力者，依於遺囑者之死亡而始發生效力之謂也。至存續效力，則伴於遺囑而有存續之效力是也。然遺囑之效力，往往有依於成立當時之法律爲有效，若依於死亡當時之本國法爲無效者。例如依於遺囑當

時之本國法，其遺囑者之全財產，得依遺囑而為處分。若依於死亡當事者之本國法，則對於遺囑者財產之半額，須作為法定繼承人之特留財產者之時，則當依於其時之本國法而受其拘束也。然為貫徹保護遺囑者之利益起見，則所謂適用遺囑者最後之本國法，實不見正當也。海牙國際私法會議條約案第一條，亦頗留意於此點。即「繼承者，關於繼承人之指定繼承順位，繼承分，及特留財產等，不拘其繼承財產之性質，及其所在國如何，須從死亡者之本國法。對於遺囑之實質要件及效力，亦適用同一之規定」。故認成立之準據法與效力之準據法有區別者，實不穩當者也。

### 第二款 遺囑之撤消

遺囑之效力，已於前款述之。然一度成立之遺囑，亦復得使之為無效，此即遺囑之撤消是也。夫遺囑之得撤消，已認為一般之原則。凡依於此種撤消權，而為遺囑撤消之意思表示，則其為有效，行為固可勿論。即關於前後兩遺囑而生抵觸時，則前遺囑亦當視為撤消。如我法草律第一五三九條之規定是也。

遺囑之撤消，與遺囑之設定，依於同一之方式。而其準據法，則亦與遺囑之設定時，為

同樣之規定也。如我國法律適用條例第二一條第二項「遺囑之撤消，依撤消時遺囑人之本國法。」之規定是也。海牙條約案第四條亦採用同一之主義。

#### 第四款 特留財產

特留財產者 (羅 *Portio Legitima*, 德 *Pflichtteil*, 英 *Statutory Share*, *Legal Portion*, 法 *Réserva Légale*, *Réserva Hereditaria*) 被繼承人以其全財產之半，或一部分，給與繼承人，無繼承人者，給與夫或妻或直系尊屬之產也。自法理上言之，則為扶養義務之延長也。總之，特留財產制度，乃限制被繼承人遺產之處分權，而為國家公益之規定。故關於此種制度之準據法，自當依於被繼承人之本國法，此則無容疑義者也。

## 第四編 國際商法

### 第一章 總則

#### 第一節 概說

各國均有特殊之商法，(Handelsrecht, Commercial Law, Droit Commercial.) 專設有關於商事之規定。而通商又得分為國內的及國際二種，後者則規模較為遠大，尤於運輸交通發達之今日，此種國際之通商，實占商業之重要部分焉。然同時關於各國間。商業規則之牴觸，亦因之而生，是誠難免之事實也。而解決此等牴觸之方法，則不可不有賴於國際商法之原則矣。尤於商行爲之範圍及商行爲之能力諸點，各國互異其規定，因而牴觸問題之發生，更屬多數。其他如關於票據及運送等之法規，則各國均莫不努力於國際統一法規之實現焉。如一九一二年之票據統一會議是也。而一九一〇年於巴西 Brazil 所開之國際會議，凡關於船舶之衝突，海難救助等，均有國際條約之成立。因此等努力之結果，故於票據，海難救助，船舶衝突等之規定，始有稍稍統一之象。然欲得商法全部之牴觸問題，而均爲國際統一之規定，則尙屬不可能之事。商法中關於商業上所謂之法律行爲，即視爲商行爲，而爲商行爲之

人，即商人也。故商行爲與商人，實爲商法中之二大要素也。

## 第二節 商人

商人 (Kaufleute, merchants or Traders, Commerçants) 之定義，各國之商法，皆有同一之規定。在歐洲諸國，凡從事於商行爲者，即可謂之商人。然於商行爲之概念，則各國商法，互有差異，遂致商人之定義，亦因各國商行爲概念之不同，而生差異之結果。如破產，商號，商業登記，商業帳簿等限於商人之事項，則往往依於商人之定義如何，而有直接之影響者也。對於商人之定義，有主行爲地說者，即依於爲商行爲土地之法律，而定其商人之資格之說也。有主營業地說者，即依於營業地之法律，而定其爲商人之資格，至行爲地如何，則非所問也。然商人之營業，往往不限於一處，而常有及於數國者，今必欲依於其某一處營業地之法律，是不可能也。總之，依據以上二說，而欲定商人之資格者，均屬不甚適當者也。蓋商人之資格，固應依於涉外的私法關係之準據法，而爲決定者也。尤於商業登記 Handelsregister, Commercial Register, Registre de Commerce) 及商業帳簿 Handelsbücher, Trade Books, Livres de Commerce) (如日記帳 Journal, 財產目錄 Inventory, 貸借對照表 Balance

(heeft) 等) 置備之義務等，須從營業地法；而對於外國人之爲破產宣告等，則以依當地之訴訟地法爲至當也。

### 第三節 商號及商業使用人

商號 *Handelsfirma*, *Trade Name*, *Nom Commercial*) 者，商人以其姓名或其他字樣，爲其商號者也。得使用於商人之營業所，而與物權同得依於所在地法而爲支配者也。故商號依於營業地法而爲管理，且必須經過登記後，而始得視爲權利之發生也。

商人與商業使用人 *Handlungsgehulfen*, oder *Handlungsgestellte*, *Commercial assistant*, *Employés de Commerce*) 爲雇傭關係，而依於國際民法雇傭契約之準據法也。然對於第三者之商業使用人之權利，則不可不依於營業地之法律也。至關於代理商 *Handlungsgenten*, *Handelsagenten*, (*Commercial agents*, *agents de Commerce*) 之規定，則我國與日，德國等均認之。而定本人與代理商關係之代理契約，乃係一種委任契約也。當本人與第三者間有關係時，則依於代理商營業地之規則焉。

## 第二章 公司



第一節 概說

關於商事公司之國際商法關係之問題，在外國而起法律關係之準據法時，究依何國之法律乎？又於國外為營業之外國公司，究依何國之法律乎？是則不可不準據於公司之本國法也。然以何者而定公司之本國，即公司之國籍問題，則學者間各異其學說，茲列舉於下：

一、認許說 即認許公司設立之國，為其公司之本國之說也。此說以為無論何種法人，係由推定其為依於國家之認許而成立之結果也。然反對之者頗不少。

二、社員之國籍說 此說以組織商業公司之社員所屬國，為公司之本國者也。然社員之國籍，使完全常屬於同一者，實不可能。且發行無記名股份之公司，其股主究為何人，亦屬不可預想之事也。

三、本店所在地法 此說於萬國國際法學會認之、我國公司法第四條亦採此主義。即股份公司，以合法的手續而設有本店之國，則視為其公司之本國。然當公司設立之際，往往不能即行決定其本店之所在地，於此時，則公司豈不將視為無國籍者矣。

四、營業地說 此說即以營業地而定公司之本國是也。然公司之營業地，非僅限於一處，

往往有分設至數國者，如航海，鐵道，銀行等業，常有於各國之大都市間，設立分店者，亦不在少數，然則究將以何者爲標準耶？

五、股份募集地說 此說即以募集公司之國，而視爲公司之本國是也。然此說於無限公司或兩合公司等之不爲完全募集者，則固不能適用也。

六、設立地說 此說以公司設立之國，視爲公司之本國。恰與自然人之以出生地視爲其本國者，其情相同。然於法人而以設立地視爲其本國時，則將生種種困難之問題。例如於甲國成立之公司，於乙國爲主要營業目的，而設有營業所於乙國之時，則其公司之本國，謂爲乙國，則無寧以甲國爲至當也。如依日本法律而設立之南滿鐵道公司，於中國有本店，則其主營業地，乃在中國。倘從設立地說時，則其公司固當爲日本之公司，然若依營業地說，則將爲中國之公司也。

## 第二節 各論

### 第一款 無限公司及兩合公司

關於無限公司之資格，因國而異。有於此種無限公司，僅與以形式上之人格，常有法律

行爲，及訴訟之時，則得許爲獨立之當事者，然不與其他之效力也。其理由以無限公司者，爲多數人之集合體，有連帶之責任，而同時亦有連帶之權利故也。對於無限公司之法律行爲，應受本店所在地法之支配也。於歐洲諸國，則以習慣法認爲原則也。故當無限公司，於其本店所在地而無訴訟能力時，則無論何地，亦認爲無能力者也。至兩合公司，則依於有限責任社員及無限責任社員而爲組織，亦依其有本店國之法律而爲支配者也。

### 第二款 股份有限公司

股份有限公司 *Aktiengesellschaft, Joint Stock Company, Societe paractions* 者，以均一之金額爲資本，分爲股份，而各社員之責任，亦以此額爲限度之公司也。關於此種公司，在法律上之性質，則各國互異其規定。於今日文明國，對於以合法手續而設立之股份公司之權利，則須依於國內法或條約之認許。而於認在國內營業之股份公司之性質及能力時，則應服從其特別之條件。依現今一般之習慣，在一定規則之下，而許其營業之內國公司，凡對於同種之外國公司，亦可適用同一之規則。此實最公平而最正當之辦法也。

## 第三章 商行爲

## 第一節 無記名證券

關於無記名證券之準據法學說，頗不一致。有主依於債務者之住所地法者，有主依於債務者之履行地法者，有主依於債權發行之際，依於證券存在地之法律者。然究以何者得稱為完全之學說，是誠難言者也。惟依一九〇四年之萬國國際法學會之決議，則以債務者之本國法為其準據法。而所謂「本國」之意義，則係指債務者之主事務所而言者也。

## 第二節 陸上運送及保險

所謂運送業者 (*Frachtschiff, Carriage, Transport*) 係指無論於陸上，或河川，而以運送旅客，或物品為營業者是也。此節所述，則為關於陸上之運送者一部而言。陸上運送之目的物，不論其為貨物，為旅客，乃係一種包辦之契約。而其行為，則當從當事者之意思，而定其應依何國之法律也。倘當事者之意思不明時，則從行為地法。關於鐵道運輸，如商法中有規定者，則依特別法。又於歐洲大陸，有依於國際條約，而指示其物品之喪失，毀損，及延滯時之責任者焉。

保險 (*Versicherung, Insurance*) 得分為損害保險，生命保險及傷害保險三種述

之(1)損害保險者，其契約，爲賠償損失之契約。關於此種之準據法，有主依於保險營業公司之本店所在地法者，有主依於保險證券之發行地法者。然於營業之性質上，可由當事者，而任意定其準據之法也。(2)生命保險者，得視爲一種之財產的法律行爲。其準據法，則依一般之法律行爲也。如美國之保險公司，當與日本人所訂之契約，則以美國之法律爲準據法也。(3)傷害保險者，以契約成立地，而依於當事者之決定地之法律也。在英國之保險公司，於比國賣出其保險證券時，則其保險契約成立地，比國也。故從其契約，而受比國法律之支配焉。

## 第四章 票據

### 第一節 概說

關於票據 (W<sup>echsel</sup>, bill, bill<sup>et</sup>) 之發行，及支付，往往不能僅限於一國之內，如有於甲國發行，而於乙國爲支付者，亦所在多有。此種狀態，於通商交互頻繁之今日，尤屬不可避免之現象，然同時各國，又各依其國內法，而爲票據之發行，及設其他之規定等，故票據法之牴觸問題，亦因之而生矣。爲求達避免此牴觸之目的計，於是有國際的票據法。統一之

發起，先時，德國於奧，匈兩國內，已互設有統一之票據法矣，及一八七五年，國際法學會，有關於票據法統一之審議。一八八五年，比利時政府，開催票據法統一會議，然亦無何等之結果。其後一九〇〇年以來，票據法統一運動復活，而德國之商業會議所，於會議上，提出勸告關於票據法統一法律案制定之必要焉。一九〇八年，荷蘭，德國及意大利政府，復提議票據法統一會議之舉行。及至一九一二年六月，而萬國票據法統一會議，始得正式開會於荷京之海牙，此會議各國派遣代表前往列席者，不下三十二國，而關於票據統一之條約案，於是得以成立，雖然於此條約內，在今日固猶未能包羅文明各國全部之票據法的規定也。故關於此種規定，仍有依於各國國內法之規定者，如與民法之各為規定者其情形正相同也。

### 第二節 票據能力

凡有發行票據之裏書，又得為支付之資格者，稱票據能力。關於票據能力之規定，各國大抵依於本國法。惟其限制之條件，則稍有多寡之不同耳。如日本僅限於年齡之規定，法國商法第一一三條，則妻有不得署名於滙票 *Bill of Exchange* 之規定。票據統一法第七四條，亦明定行為能力，依於當事者之本國法。於英美則以採用行為地法為原則。其他如德，丹麥

，諾威，瑞典，瑞士，等關於票據能力之法律，凡在外國有能力，而於自國法，認為無能力時，則須負擔義務者也。故諸國所採之主義，亦係本國法主義也。

### 第三節 票據行爲之成立要件及效力

關於票據行爲，有國內的與國外的之分。而其行爲之成立，則不可不具備一定之形式焉。對於票據行爲之成立及效力，則須從當事者之意思，而得選其準據國之法律也。然在當事者之意思不明時，則當依行爲地法，以爲決定之標準也，惟於內國而爲票據行爲之方式，固當依本國法，自可勿論者也。依票據統一法，則關於票據行爲之方式，須絕對依於「行爲地法之規定」。若票據行爲方式，而不認當事者之意思時，則不可不從一定之法律，而此種法律，亦以行爲地法爲正當也。

票據依其地域言，得分爲內國票據，外國票據，及介於二國間之國際票據之三種是也。內國票據，於票據之表面，其權利義務之關係，於內國發生，於內國終息之性質之票據也。外國票據，則於外國發出，而於外國爲支付者也。反之，若其發出與支付，常在二國以上時，則此謂國際票據是也。內國票據者，應準據於內國商法之規定，而爲強行者也。至國際票

據，則任何一國之法律，決不能完全支配其票據關係之全部，當此時也，則當事者，可依於自由意思，而選擇其從於發出地或支付地之法律者也。

票據行為者，係包含發票行為 *Aussellung*, *Emission*, *Drawing* (*Emissione*) 背書行為 *Indossament*, *Indorsement*, *Erdossement*), 收受行為 *Annahme*, *Akzept*, *acceptation*, *acceptation*, *acceptazione*) 支付行為 *Zahlung*, *Payment*, *Paiement*) 等行為而言也。此等之行為能力，固可依於同一之法律，而為規定；然在一種票據上之各種票據行為，則視為各別之行為，故欲僅依發票地之法律，而定其總行為之效力，則屬困難之事也。而各種票據行為之準據法，有依債權者之住所地法者，或履行地法者，或行為地法者，即依於發票地法者，則往往依於各個之票據行為，而始能決定其當採何種之法律也。

#### 第四節 票據上權利之行使或保全行為之方式

關於票據上權利之行使，例如當行使償還請求權時，則對於發票人，或背書讓渡人，作成一支付拒絕證書 *Protesturkunde protest*, *Protest*) 而為支付之拒絕也。關於此際之方式，應依於何處，於如何之期間內，及於何人，則各國無一致之規定。然依統一票據法，對於拒絕



證書之方式，其期間，其他權利之行使，及於保全必要之行為方式，有當依「行為地」規定。如英，葡萄牙，德，法諸國，均設有同一之規定焉。至何以於票據上，對於權使，須依行為地法者，蓋無非因此，則證明其行為時，最為便利故也。

## 第五章 海商法

### 第一節 沿革

海法之起源，自海洋之自由主義確立以來，西班牙，葡萄牙，均主海運之獨占，於以呈發達之象。自十一世紀至十六世紀間，地中海之航運，異常發達，其接觸於地海運國，因以取締自國之船舶為目的，而有關於航海法律之發布，稱為 *Intonnans* 之法律，英，法，西班牙等諸國海員均遵守之。及十四世紀之中葉，有稱 *Consolato di* 航海法者，係編纂於 *Genova*，為地中海航海者之準據法也。至十九世紀末葉法國布航海條令，法國海員取締之規則等，遂為歐洲全部之海法。至八七〇年以來，海法運動，於以開始，而歐洲諸國，研究尤盛。一八九〇年頃，依於諸國之海法學者，及者，組織一萬國海法學會，屢次召集會議，以考究關於海法之統一問題。一八九九年

利時政府之催請，召開海法統一之國際會議，實爲此種國際會議之濫觴也。及至今日，關於海法之統一規則，已不下有三三種矣。如關於私的方面，在海指則有所謂 *Yokohama and Antwerp* 及關於保險之 *Glasgow Rules of marine Insurance* 是也。又國際條約方面則有一八八九年之蒙特多利條約，關於海難救助，及衝突之一九一四年之不拉塞爾 *Trieste* 條約等是也。然此等仍係屬部分的，而尙不能爲海法全部的規定者也。故雖時至今日，猶有統一法規制定之必要焉。現時各國於以上之局部的國際協定以外之海法，則仍有賴於國內法之規定。故海法之牴觸，即國際私法問題，尙頻頻發生而不克避免也。

## 第二節 船藉及船舶之資格

船舶視爲動產，然與普通之動產不同，以其有國籍即所屬國之一端，實大差別點之所在也。凡船舶於自國之領海及公海內，則支配於其所屬國之法律。其於外國之領海內時，則當受其國法律之支配。於一部分學者，主張不同船舶之場所如何，當受其所屬國之支配爲原則者也。此種辦法，若謂其爲應有之權利，則毋寧謂爲基於領海國之好意，與慣習之爲當也。其他如軍艦及公船之一部，於他國領海內，受所屬國法之支配，乃爲享有國際法上治外法權

之結果，於普通商船，則不認此權利焉。

關於定船舶之原則，約分三種。第一，船舶所有者之全部，均為自國民時，則視其船為自國之船舶。此主義，意，德，比利時等國採用之。而於意國，則凡外國人有五年以上之居所或住所者，關於船舶所有，即認為意大利人之資格。第二，以船舶所有者一定之數額為自國民者，得視為自國船舶之主義也。法，奧，瑞典等國採用之。第三，船舶所有者之全部，及船員之一定數，為自國民，且其船舶，於自國建造者，得稱為自國船舶。此主義美國採用之。以此觀之，則各國關於採用船籍之規定，頗不一致，船舶上之抵觸問題起焉。

至我國若自民國十八年十二月二十九日公布之海商法第一章第三條第一二三項等觀之，則係兼採以上第一第二兩主義而為規定者也。凡船舶應備有船舶國籍證書，*Certificate of Nationality*，*Nationalitätsurkunde*，*Certificate of Registry*，*acte de Fraisation*，*Certificate de Nationalité*。蓋以資表明者也。至關於船舶之國籍抵觸，亦生積極的與消極的二種，亦得依於國籍抵觸適用之原則而為解決者也。至於船舶資格之發生，則大抵以依於船籍國法而為決定者也。

### 第三節 物權關係

船舶上之物權關係，即其船舶所有者，爲何人乎？此船舶所有者，有如何之權利與義務耶？關於船舶之得喪，變更，抵當權，質權，先取特權等，諸問題，則非如一般物權之依於所在地法。而須完全依其本法也。何則，蓋若依所在地法，則船舶當離去內國領海，而入於他國之領海，而使其從該國之法，則對於船舶之物權關係，將常在不定之狀態中焉。

#### 第四節 債權關係

##### 第一款 備船運送保險

關於備船運送保險之諸契約，以其船舶爲其目的之法律關係也。其準據之法律，當先基於當事者之意思，若當事者之意思不明時，則依行爲地法。又以船舶爲目的之法律行爲，有往往從其當事者之明示的或暗示的意思表示，而依於船籍國法者，亦不在少數，例如當爲備船契約，*Chartervertrag*；*Co-partic*，*Charter-party*，*Charter-partie*）或運送契約 *Stückgütervertrag*，*Carriage in a GeneralShip*，*Carriage of loose goods, afloatment*）時，而無特殊之意思表示時，則應依於船籍國法，而定其債權債務之問題也。但關於船舶貨物之保險契約，則不得依此規定也。

至關於海上運送中之物品運送，則有諸種之立法例。如：

- 一、船舶本國法主義，如英國等是也。
- 二、到達港國法主義，如德國等是也。
- 三、契約地法主義，如法，意等國是也。

### 第二欸 海損

關於公共海損 *Gemeinschaftliche Haverei general averages, avaries (communes)* 之準據法，則有本國法主義，到達港國法主義及陸揚港國法主義數種。後者之二種，雖有時足補本國法說之不逮，但兩者均依於偶然之結果，而到達港說，則又極不確實，殊見妥當，實不足採。至本國法說，雖亦有缺點，然自當事者之易於辨認及保護上言，則固較爲適當者也。

### 第二款 海難救助

於領海而發生海難救助，大抵依事實發生地法。凡關係船舶，同屬於一國時，則不問其救援地點，在領海或在公海，均當從其本國法者也。依我國十八年十二月二十九日公布之海商法第六章第一百二十二條之規定，對於船舶或船舶上所有財物，施以救助或撈救而有效果

者，并得請求相當之報酬。然其要求金額，要不得超過其援助物之價額。又依同章第十四條，凡報酬金額由當事人協議定之。不成時得聲請法院定之，亦認法庭地法之適然海難救助，而發生於異國籍之船舶間時，則不問其於公海或領海，均須適用雙方間規定也。

#### 第四款 船舶碰撞(船舶衝突)

##### 第一項 領海上之碰撞

凡由船舶之碰撞，而生之不法行為，則依事實發生地法，即不可不從於領海所屬律，此通則也。如我國海商法第五章第一百二十條第二項有關於碰撞之訴訟，得向碰撞地之法院起訴等之規定，亦採此主義也。

##### 第二項 公海上之碰撞

凡於公海上發生不法行為時，則不得與在領海內，為同樣之處置，茲分二點述之

##### 第一 同國船舶間之碰撞

當被害船與加害船，有同一之國籍時，則應依其「船籍國法」，而確定其債權債

度也。

## 第二 異國船舶間之碰撞

前爲述同國船舶間之碰撞，固可依其船籍國法而爲審定者也。然加害船與被加害船而互異其國籍時，則將依何國之法律，以爲解決之方乎？是誠疑問也。關於此點：各國之規定，頗不一致，茲列舉其所採各主義如左：

一、訴訟地法主義 此說主張不問內外船舶，亦不論不法行爲之發生於領海或公海，其債權債務，均須依於訴訟地法即法庭地法而爲設定者也。英國於一八九四制定之商船法，即採此主義。然此說因缺乏法理上之根據，致引起重大之反對，蓋以公海上之船舶，只有服從其本國法之義務，而無服從訴訟地法之義務，故不法行爲之發生，不得以訴訟地法，而爲之設定債權債務也。

二、加害船所屬國法主義 此說以加害船，唯服從其本國法，而無服從於被害船所屬國法律之義務，故凡自碰撞而生之債務，應依其本國法之主義也。此主義所云，雖頗合於不法行爲之理論；然此殊足以減輕船舶所有者之責任，使常立於有利之地位，似不免違反於國際間

公平維持之目的者矣。

三、被害船所屬國法主義 此說以被害船舶，不問其在自國之領海上，或在公海上，其本國法保護之權利。故凡由碰撞而生之債權，自不可不依其本國法而為設定之主義也。主義雖適合於被害船舶之權利保護，然加害船舶於公海上實無強行服從被害船所屬國法務，故似仍不無法理上之瑕疵也。

四、折衷於碰撞船舶雙方本國法之主義 此說以由碰撞而生之債務，當依加害船所屬為原則，而同時更依被害船所屬國法以制限之。於雙方之本國法所共通認定之範圍內，定其債權債務之主義也。此主義去前二者之短，而兼取其長，融合而折衷之，既合於不為之理論，且亦適合於國際間公平維持之道義，實為近國際間所最適用之主義也。