

阮毅成著

國際私法論

商務印書館發行

自序

我想寫一冊較爲精到地專門地國際私法論已經蓄志了多年，當民國十七年至十九年間，在巴黎大學求學，對國際私法特感興趣，其時的愛好心情與研究經過，曾於評巴丹教授的國際私法原理一文中詳細敘述，茲不再贅。民國二十年秋季，我應中央政治學校之聘，講授國際私法，是第一次對於這一門課程從學而教，從讀而寫。但因所教的是外交系學生，他們所應當清楚的是一個外國人在各該居留國享受權利負擔義務的實際狀態；學校既另無關於此類內容的課程，遂不得不將「外國人之地位」一部份，佔了十分之七的篇幅。那些內容雖則對於一個志願擔任外交使領人員十分重要，而我也曾闡述三十餘國家的法令，寫了五百餘頁二十餘萬言的講義，但我自己對於這一次的稿本，並不滿意，因爲與純正地國際私法，在範疇上並不盡相合。

自民國二十一年至二十六年間，除仍在中央政治學校，並加授法律系學生外，復先後在國立中央大學及私立金陵大學擔任國際私法。其中曾爲世界書局的世界法學叢書寫過一冊八萬言的國際私法專書，但爲遷就一般的讀者計，仍就只得因襲傳統的國際私法內容，惟另外增加了「管轄之衝突」及「外國判決執行之效力」兩章。這本書雖則頗有人採爲大學教本，但與我預定的國際私法論專書，其標準相去尚遠。

在民國二十五年冬天，我便決心要將這一冊國際私法論寫成。一則各種參考材料均早已蒐羅齊備，筆記引

得早已編就寫成。二則關於內容結構也久已有了腹稿，並且自己也隨時暗加修正。三則在過去數年中，曾在中央政治學校季刊，東方雜誌，時代公論，出版週刊，寫過幾篇關於國際私法專題的長文，已經有一部份的成稿。遂以三個多月的夜工，在室內爐火熊熊，窗外風雪飛舞的寂靜之夜，連續地將這冊專書寫成，完成了多年的宿願。在這冊稿本中，我竭力使其成為純正地國際私法，故在章節內容方面，均完全依據我自己所預定的範疇，決不抄襲陳說，亦與前述兩次稿本不同。但雖則定名為「論」，不免間有若干主觀的見解，亦並未故意標新立異。

我開始寫作，始於民國八年五四運動。自五四以迄民國十七年八月十一日赴歐洲求學，除讀書的時間外，我任過教員（浙江省立法政專門學校），法官（杭縣地方法院推事），記者（杭州國民日報「即今東南日報」編輯）。其間所寫的文字或單行本，書名題目，均經蒐集在個人的文字著目（民國二十一年夏，百合書店出版）中。自留歐以迄回國後，截至現在止，雖則在職務上主持過行政，參與過典試，參加過黨政機關的宣傳研究設計起草等工作，主編過刊物，而始終一貫的生活還是教書。不獨在南京時，歷在中央政治學校，國立中央大學，司法院法官訓練所，私立金陵大學教讀未輟，尤以在中央政治學校時間最長。並且還兼教過私立上海法學院。即在從政之時，仍兼在國立同濟大學，省立金華中學講學。至前後所授過的課程，因我國學校中的事實關係，不免龐雜，如比較憲法（講稿已由商務印書館出版，列為新時代法學叢書之一，業經三版）中華民國訓政時期約法（在考試院公務員訓練班講，講稿亦已由商務印書館出版，列為實用法律叢書之一）陪審制度（講稿已由世界書局出版）行政法，市政學，現代政治學說，國際政治，民法全部（其中親屬法部份，已由世界書局出版）政治問題，公民。

但講授次數最多的，仍是國際私法。而最費心血寫成的，也仍是這一冊國際私法論。至其餘的論文文字，在民國二十二年，曾選集了一冊政法論叢，民國二十三年，選集了一冊法治論集，均由時代公論社出版。民國二十五年，又選集了一冊毅成論法選集，由正中書局出版，並將文字著目印行以後，所寫的文字或單行本書名題目列一詳表，作為附錄，以與文字著目相銜接。（但該表中尚漏列在時代公論第六號發表的司法官迴避本籍第九十八號的高考闌中諸作，及孔子問禮亭分詠詩，第一〇八號的禁掘古代墳墓，第一一一號的普通考試發榜，第一二六號及第一二八號的南京閒話，特為補誌於此。）

在毅成論法選集出版以後，迄至現在為止，所寫的單行本有中國戰時法規概論（軍事委員會政治部出版），戰時法律常識（藝文研究會出版，列為藝文叢書之一）。至於長篇或短篇的文字，則有在東方雜誌發表的論地方行政機構，在出版週刊發表的怎樣研究民法？怎樣研究國際私法？在政問週刊發表的讀中華民國法學會綱領，法律的連繫性，法律學的目的論，地方司法的展望，行政與司法的關係，現代法學的派別及其趨勢，中國本位法系之建設。在時事月報發表的現階段的中國司法問題，公民宣誓與法律訓練，憲法草案中之司法院，非常時期與法治。在教與學月刊發表的高中公民法律大意教學法。在中央廣播週報發表的讀書的益處與態度，怎樣建設中國本位的法律？非常時期的法律智識。（此稿後加增修補充，由中華書局出版，列為非常時期叢書之一。）在教育部播音教育月刊發表的中國司法制度。在中國學生發表的怎樣學習法律？在民意發表的魔術師打強盜，遊擊戰與遊擊隊，丁丑書事，一個主義一個黨，戰時縣政工作要點，關於兵役，關於救國公債，論懲治貪污，傷兵救護與難

民救濟組織民衆與訓練民衆，關於民衆組訓（其中曾有數篇係用別名發表。）在旅行雜誌發表的。初到巴黎的一夕。在東南日報發表的：憲法草案的新精神，論法治精神，領事裁判權撤廢後的外國法適用問題。在紹興民國日報發表的：三民主義的公民教育。在杭州正報發表的：本立文化與本位法律。在該報金華版發表的：戰時縣政工作。在浙東民報及金聲日報發表的：我國禁烟最初沿革，今後中國文化建設的方針，教育家與建國大業，孔子的一生，九國公約會議，題北山三洞詩，及紀念週演講稿或談話等。

回思十八年來的治學，求知，教讀，寫作，實在不敢有任何自滿，且適足以自愧，這一冊國際私法論又將貢獻給讀者，希望能稍彌補過去膚淺平淡文字所予讀者的損耗，並深切自勵繼續作專門的研究，始終作學術園地的一個勤懇的老圃。

目次

第一編.....	一
----------	---

第一章 國際私法的意義.....	一
------------------	---

第一節 涉外的民事法律關係.....	一
--------------------	---

第二節 國際的法律衝突.....	六
------------------	---

第三節 外國法律并用的承認.....	一五
--------------------	----

第二章 國際私法的淵源.....	一一
------------------	----

第一節 成文法.....	二二
--------------	----

第二節 習慣.....	二五
-------------	----

第三節 條約.....	二六
-------------	----

第二編.....	四一
----------	----

第三章 外國法律的選擇.....	四一
------------------	----

第一節	選擇外國法律的標準·····	四一
第二節	外國一國數法·····	四七
第四章	移送·····	五一
第五章	公共秩序·····	七八
第六章	竊法舞弊·····	九一
第七章	既得權的尊重·····	九六

國際私法論

第一編

第一章 國際私法的意義

第一節 涉外的民事法律關係

國際私法，本來是一個國家以其主權，對於涉外民事法律關係所引起的國際的法律衝突，規定應該適用本國或外國法律的一種選擇。所以，國際私法存在並發達的條件，第一是要有涉外的民事法律關係存在；第二是要有國際的法律衝突；第三，尤屬重要的，是要各國承認外國法律也可以與本國法律並用。一般國際私法書籍中所舉的條件本不只這三種，但這三種卻是無論如何缺一不可的。因為要有第一個條件，所以在各國閉關自守的時代，沒有國際私法的產生。因為要有第二個條件，所以在一旦真正世界大同，各國均適用同一法典，或各國法律均完全一致的時候，也沒有國際私法存在的必要。惟有在現在各國間人民來往日益頻繁，彼此法律關係日趨複雜，而同時法律又彼此互相歧異的時代，國際私法乃益顯其重要性與進步。

吾人謂涉外的民事法律關係而不謂私法關係，因為法律本無所謂公私，就法律的內容，將法律分爲公法與私法二種，是一種很舊的分法，也是一種落伍了的誤解。昔日法學家所據以爲分別公法與私法的標準，既本不很確切，即據以爲法律的分類，則國際私法的內容亦無當於所謂私法。況且一切的法律，自吾人看來，均爲社會生活中不可破的規律，同自社會事實而來，同出於社會職務，亦即同淵源於客觀法。私法既不能成爲名詞，又何有所謂私法關係呢？

公私法的區別雖不足取，但各以民事與刑事爲基礎的民法與刑法，其間確有顯著的差異。民法中有任意規定，而刑法純屬強行。民法的規定不一定均在於禁止方面，而多半偏於人類行爲的一種準則及確定人與人的關係方面；刑法的內容則屬於禁止規定的爲多，而違反禁止規定的則予以某種制裁，使其生命、身體、或財產，感受痛苦或損失。民法未規定者得依習慣及法理，並得許爲類推適用；而刑法則純採罪刑法定主義。尤其重要的，則民法只在規定人之行爲與關係，故可許外國民事法律并用；而刑法則在維持一國的安寧秩序，在本國的領土上絕對強行，不許他國同性質的法律并用，亦不能超越領土而至他國發生效力。所以國際私法上的法律關係，僅以民事者爲限。

在民商法分立國家，民事一詞，似不能包括商事。其實即有獨立的商法，亦只係法典的分立，并非二者的基本原則，有何區別。商事的行爲能力與意思表示固仍與一般的民事相同，須本諸民法的規定。故在他國雖有商法的法律衝突或國際商法等名詞，其原理原則實無一不仍與國際私法上的民法的法律衝突相同。至我國既爲民商

合一國家，即於民法外，另無獨立的商法法典，而將昔日商法的內容，就其性質上能與民法合一規定者，如通常屬於商人通例的經理人及代辦商，通常屬於「商行爲」的交互計算，行紀，倉庫，運送營業及承攬運送，均一一訂入民法債編。其不能與民法合一規定者，如公司，票據，海商，保險等，則分別另訂單行法，爲民法的特別法，則民事法律關係一詞，自足以包括商事在內。

民事法律關係固不獨包括商事，即以刑法或行政法所引起者，自亦在其範圍之內。刑法與行政法皆爲一國強行法規，本無承認他國法律并用的可能。蓋一國法官適用本國法律，一國當事人服從本國法院的管轄，乃國際公法上領土獨立原則的結果。領土在法律上的性質，無論採國家要素說，國家物權說，或統治權行使範圍說，或採折衷說，其爲法律適用的地域限制範圍，實無疑義。在國際私法上承認外國法律可以并用，甚至承認外國法院的判決可以執行，乃本諸法律上的理由，即本國立法上所採取的法律見解，認爲某項民事法律關係，得依外國法律決定。至於刑法及行政法在本國領土上不應受絲毫限制，其所負維持領土獨立的使命，亦遠較民法爲重大。故凡在中國犯罪的外國人，除有領事裁判權者爲另一問題外，自當咸受中國刑法及中國法院刑庭的管轄；而凡在中華民國領域外犯罪法第五條所列舉的各罪者，亦均須受中國刑法的訴追與制裁。故僅就原則上言，刑法與行政法決不能發生國際私法的問題。惟有時刑事關係與民事有關，或則在民事上以公共秩序爲理由，而阻卻習慣，法律行爲，與外國法律的效力，其維持本國的治安秩序固與刑法的目的相同。或則民事上對於詐欺背信的解釋，爲刑法上成立詐欺背信罪的基礎。或則法官適用刑法，自須遵照本國刑法上的意義；而於民事上的侵權行爲，自亦

可參照事實發生地的外國法律所有的命意。或則對於刑事案件之附帶民訴，其損害賠償可與刑事案件本身適用不同的法律，其刑事判決雖不能在他國執行，但其附帶的賠償判決則亦可在他國生效。或則某種不法行為，只構成刑法上的犯罪不構成民法上的侵權，或則只為侵權不為犯罪，或則二者兼而有之。其關鍵有時在起訴時效果已消滅與否，有時在於當事人間的身分關係，如我國刑法第一六七條，第三二四條，第三五一條，免除親屬間所犯藏匿人犯及湮滅證據罪，竊盜罪及贓物罪的罪刑。其親屬關係的存在，即須依民法而為決定；又罪刑雖可免除，民事賠償責任固仍應負擔。又如代理人違反委任收取授權行為範圍以外數額的金錢，在阿根廷固不認為犯罪，只須負擔賠償，但在法國仍得以刑事訴追（法國最高法院一九一八年三月八日判例）。比利時人在法國營業而於紐約設立分店，雇另一法國人為夥，減低貨價巧取折扣，依事實發生地紐約法律，既認其有合夥性質不構成犯罪，自不能如法國學者意見，以為應依雇傭契約成立地的法國法再予以訴追（詳閱 *Aubry et Rau: Cours de Droit Français, Réédition Bartin, § 377, note 1 bis*）。凡此皆足以表示在某種情形下，可以牽涉到民事法律關係的刑事問題。

至於行政法規，其效力本亦受領土的限制。但行政契約則可由行政機關與個人或法人締結，此個人或法人且有時可為外國的個人或外國法人。蓋契約雖規定於民法的債編，本不僅以發生債的契約為限，更不限於個人間方可締結。是則關於行政契約的履行，延誤的責任，亦仍係在民事法律關係之中。一國法院固不能以外國國家為被告，但對於外國國家或行政機關或地方自治團體為原告而提起關於行政契約的訴訟，自不能不予受理；而

對於外國行政法院的判決，亦不得不許其在有關民事的範圍內，亦適用通常關於法院判決執行的同樣制度。（關於此點，法國 Amien 高等法院一八九一年十一月二十六日曾有判例，可以參考。）

國際私法上的民事法律關係，與通常國內民法上的民事法律關係，有一最大相異之點，即一則有涉外的因素，一則純為一國內人民間的問題，因有涉外的因素，故國際私法雖亦為一國的國內法，由一國主權自行規定，但其性質則只為準據的法則；而不若一般的國內法，為實體的法則。譬如對於外國人的能力，我國的國際私法制度，即我國自行制定的法律適用條例謂「依其本國法」，這只是一種抽象的準據；與我國民法第十二條謂「滿二十歲為成年」之為實體的規定，迥異其趣。所有法律適用條例規定的各項準據標準，均非待司法官遇有某項涉外民事法律關係而實際據以適用某外國法律時，不能目為已有實體的內容或實在的效力。故國際私法係以他國內法與本國內法為實體的基礎，其本身則只為一種準據，故有人稱國際私法為「適用法」或「準據法」。

民事的法律關係怎樣纔是「涉外」的呢？所謂涉外，自不僅指有涉於外國人或外國地而言，係指有涉於外國法律而言。一國立法者對於本國的民事立法，自為一種適用的限制，而於某種範圍內容許他國的民事立法來本國領土上發生效力，這是國際私法存在的基礎。一國承認外國法律可以并用的範圍，或則為在本國的外國人與本國人或與外國人間的民事法律關係，或則為在外國的本國人與外國人或本國人間的民事法律關係，此所以通常謂「國際私法是跨於兩國之上的私法關係」。然亦有時在本國的本國人與本國人間的民事法律關係，

當事人中既無外國人而又全在本國地，也可以發生國際私法上的問題。如一中國人爲一在中國的外國公司所雇傭，因公司的債務爲另外一中國債權人所訴追。這時候，兩造都是中國人，而且又均在中國。但本項債的關係，應依中國法律裁判呢？或應依該外國公司的本國法律呢？如債係在外國成立，並約定在另一國履行，是否應依這債的成立地或履行地的法律呢？依我國法律適用條例第二十三條所定選擇適用法律的標準，關於法律行爲所發生的債權，先選擇當事人意思所定的法律；當事人意思不明，選擇當事人的本國法；當事人國籍如有不同，則選擇法律行爲的行爲地法律。此二中國人在中國的債的訴訟，司法官亦當依國際私法制度所定，定其應適用的法律。如當事人曾有選擇中國法以外的外國法律之明示的合意，則司法官亦須以該外國法律爲判決的基礎。此時之所涉者，僅爲該外國法律，與外國人及外國地均無所涉，但不得不謂其亦屬涉外的民事法律關係。

第二節 國際的法律衝突

德國學者 Shafner 於一八四一年著國際私法學史，爲國際私法一名創立之始。考其原意，蓋有見於國際公法斯時已有一定的範疇并相當的進步，乃以國際私法與之對待。在 Shafner 之前，對於今日列入國際私法的問題，通稱爲「法則論」(Theory of Statutes)，蓋導源於十四世紀意大利各城市間「法則」的互異，因而有研究其異同以爲適用上區別的原則。至一六五三年，荷蘭學者 Rodenburg 創爲「法律衝突論」(Conflict of Laws, *Conflit de lois*)。一八四三年，美國法官 Story 的國際私法巨著，亦尙以此爲書名問世。在

Shaffner 之後，一八四四年法國學者 Foelix 則改用私國際法。其後英國學者 Westlake 的名著，亦仍係以此爲名。除此而外，國際私法尚有其他許多名稱，如法律選擇論，爲英國 Dicey 所創；法律之領土外的效力論（Extraterritorial authority of law），爲十八世紀末葉後學者所偶用；法律之地域的界限論，爲德國學者 Savigny 於一八四九年著書時所用；外國法適用論，爲德國民法第二次草案第六編的編名（其後於三讀會時刪除，將本編內容併入民法施行法）；涉外私法，爲瑞士學者 Meili 所採用。綜觀上述各名詞，莫不瑕瑜互見，咸未能真正代表國際私法的性質。比較而言，自以法律選擇論一詞較爲妥當，但因國際私法已爲通用名詞，故本書仍以此爲名，而內容則以法律的選擇爲中心。

國際私法一詞的不當，即在其本身并非爲國際法，且因有國際公法與國際私法的并舉，極易使人誤會國際法果有公私的二支。實在，國際法只有一種，無所謂公私，其特點在由國家與國家間以條約或公約互爲約束；而國際私法則爲各國對於涉外民事法律關係，承認外國法律可以并用，同時確定選擇的標準。此項選擇標準，即爲一國的國際私法制度，爲一國的國內法。其在我國成文的法律則名曰法律適用條例，係民國七年八月五日由北京政府以教令公布，共七章二十七條。現依國民政府民國十六年八月十二日的命令，暫准援用。其中雖多可商酌之處，司法部民事司亦曾於十六年擬有修正草案，但迄今尙未由立法院另行正式制定。

但國際私法雖爲國內法，然亦不得謂其毫無國際性。其所含涉外的因素，既有涉於另一獨立的外國國家的法律，亦可謂係國際間的立法權制限問題。再有一點，即國際私法於承認外國法律并用時，因各國立法不同所引

起的衝突，須予以選擇，是曰國際的法律衝突，以與非國際的法律衝突相對待。國際私法只以前者為內容企圖獲得解決。故國際私法固不得視為國際法，然其國際的因素，亦非其他一般的國內法所具有。

在各種不同的立法中，均可發生法律衝突的現象，其在二獨立國家間者，謂之為國際的法律衝突，係屬國際私法所探討。否則謂之為非國際的法律衝突，在理論上排除於國際私法之外。所謂非國際的法律衝突，常見者實有三種：

(一) 地方間的法律衝突。如法國至一八〇四年始有統一的拿破崙法典，以前各地的成文法與習慣法不相一致。意大利至一八六五年始有統一的民法，以前不獨各地法律不一，且有數個最高法院，其判例亦不統一，且無保障。西班牙至一八八九年始有統一的法典，但內容並不完備。瑞士至一八八一年始有統一的民法與債法，但仍為著名的法律不統一國家，且其法律區域的分際與政治區域的劃分不同，又較美國聯邦之僅為邦與邦不同者更形複雜。德國至一九〇〇年始有統一的民法，而美國則迄今尚無統一的民法法典。凡在此等無統一法典或雖有而不完全的國家，或在有統一民法以前，各地的法律衝突，習慣衝突，係屬常見。姑舉一例：西班牙馬德里高等法院於一八八五年七月九日曾有判例，謂：「Castille 省的女子，在 Aragon 省結婚，其對於夫的繼承權，應依 Castille 省或 Aragon 省的法律，係屬法律衝突的問題。」此種地方間的法律衝突為國際私法最早的研究基礎。十四世紀的意大利法則論，即係研究此種衝突，漸進始有國際間立法衝突的研究而成立了國際私法。但在今日國際私法既已專以研究國際的法律衝突為內容，對於地方的法律衝突，除因有與國際私法相關的情形，如我

國法律適用條例第二條第三項所規定者外，自不必加以研究。

(二) 本國法與殖民地法間的衝突。歐洲各國的殖民地，其語言宗教風俗習慣與法律，均與宗主國有很大的差別。而各宗主國爲羈縻人心計，仍每每許殖民地人民仍舊適用他們自己原有的法律。如法國所屬的北非洲 Algerie 依法國一八六五年七月十四日法律，其地關於「人」的法律，仍適用當地的回教法；又依法國一八七三年七月二十四日法律，則其地的不動產與土地，須適用法國的物法。於是即有法律的衝突發生：一爲法國「人法」與回教法「人法」間的衝突，如在法國「人法」中不包括繼承，而在回教法中則包括之；二爲法國「物法」與回教法「人法」間的衝突；三爲 Algerie 各種不同宗教所生不同的習慣或「人法」間的衝突（詳閱 Larcher: Traité de Législation Algérienne, 1923）。法國 Aix 高等法院一九二九年一月二十九日的著名判例，雖謂：「當地的回教法「人法」於法國本部，可視爲外國法律，」其實，殖民地既隸屬於宗主國的主權之下，不能與二平等獨立的主權國家的法律衝突相比，自不應適用國際私法的原則。至與保護國的立法關係，亦然。

(三) 一國統一法典與地方法律間的衝突。一國即有了統一法典，但或只就某種制度，或只就某某部份以爲統一，其餘仍聽各地方自行制定單行法律，則二者間的衝突仍屬不免。德國於一九〇〇年頒行統一的民法法典，惟於民法施行法第八十八條，又規定許可某部某邦繼續援用其原有規則，即時生衝突。姑舉一例：外國人在德國某部取得不動產，仍適用地方法律。此之所謂外國人，究指有德國國籍以外之人而言，抑并指某部以外的德國人

在內。一九〇〇年十月六日漢堡高等法院判例，謂：「普魯士人民在漢堡取得不動產，亦須依漢堡法律。」是即爲漢堡地方法律與德國統一民法間的衝突。又如法國收回阿爾薩斯勞倫二州時，於一九一九年十月十七日法律第三條，許德國法以地方法律的性質，在該二州繼續適用，至另有新命令時爲止。說者謂此爲德國法律的歸化，此歸化的德國法與法國原有的統一法典間，自多衝突。故又於一九二一年七月二十四日法律，規定阿爾薩斯勞倫二州與其他各省的地方法律間衝突的解決方法。此項法律全文并未涉及有國際私法之處，但其第十五條第一項，則謂：「本法未盡事宜，得便宜適用法國所承認的國際私法上解決法律衝突的原則。」至一九二四年六月一日法律，始以法國法代德國法在二州施行，但仍爲漸進的，且仍許某種制度與某種民事關係仍依德國法（詳閱 *Société de Législation comparée* 一九二五年出版 *L'annuaire de législation française*）。

以上所述的三種非國際的法律衝突，不在今日國際私法的範圍之內。這并非因其爲現在各國法典日益統一，此項情形已較爲少見，蓋今日國際私法的若干原則，本自非國際的法律衝突發達而來，自不應忘其本源。亦并非因非國際的法律衝突絕對不能適用今日國際私法上的原則，瑞士的判例，法國一九二一年的法律，及 *De-pagant* 的學說，均承認可以適用。雖則法國的 *Barin*，瑞士的 *Meli* 均反對地方間法律衝突，列入國際私法，但國際私法原則之可以便宜的應用，有時固亦有其必要。今日國際私法之所以不涉及非國際的法律衝突，實因國際私法本身有其國際性，自不能探討非國際的問題。

然國際私法雖有其國際性，究不能與國際法齊觀。國際私法與國際公法間，除有若干名詞可以共通外，二者