

陳顧遠著

國際私法要義

上海法學書局出版

國際私法要義 序

(一)

種族法時代，有『際』而無『國』；領土法時代，有『國』而無『際』；推而上至羅馬萬民法時代，『國』非其『國』，『際』非其『際』：皆所以使國際私法不得發生與存在也。故必待內外國人有國際交通後，而一國能以自主獨立之法權，本內外國人平等待遇之原則，施其法律支配力於外國人者，乃有國際私法可言。然其始也，既與準國際私法無別，又與國際私法學相混，兼以受絕對的屬地法與屬人法原則之支配，莫能自拔；得以稍有進展，取得一相當之獨立地位者，近不及百年間事耳！因之，各稱尙未統一，定義尤涉紛雜，性質何屬聚訟盈庭，形式何從偏見百出；學說法例，兩無定則，初學值此，未有不感其困者也。以此尙未達於明確完善境界之學之法，復於各種適用法則中，涉及民商事法之全部，甚至訴訟法與破產法亦在其

範圍中，其繁難也更可知矣。縱不熟知比較法律之學，要須對於各種實質法有相當之概念，始可進而語此，學校設科，往往置此一科於最高年級者，豈無故耶！

雖然，斯學斯法之研究，誠爲不易，而其需要則亦甚殷，正須於繁難中求其進步，未可固步自封，憚於嘗試也。蓋國際私法云者，簡言之，係決定在某項涉外的法律關係中，適用內國法，如不適用，則以外國法作爲內國法之內容而適用之之法則也。時值今日，萬國交通，陸路往來之不足，佐以船舶遠涉重洋；電報通訊之已然，復有飛船高駛空際。戀愛無國際，內國人既可外娶而成家；商業非閉關，外國人亦可內徙而立業；因婚姻之存在遂進而發生親屬關係，因交易之事實遂進而引起財產問題；承認外國人之親屬權，承認外國人之財產權，更必進而承認其繼承權與遺囑權；於是民商法之適用，時即含有涉外的原素矣。人非內國籍而住內國境，約非外國結而在外國行；以及禁治產之宣告也，（從前之宣告也）離婚與別居

之宣告也，既關於人之身分能力，又涉內國法律，其適用法律之範圍，且兼有訴訟法之問題矣。夫涉外的法律關係，除斷絕國際交通外，無由或免，則吾人自亦不能昧於其實事實發生後，如何處理之，甚或應如何處理之焉。雖曰斯學斯法尚在幼稚時代，但此幼稚時代之學之法，依然非可忽略也。如何求其進步，法學家之責也；如何定其準則，立法者之任也；如何依法適用，司法官之職也；知其受法律如何之支配，有法律如何之效果，祇求其然，而不求其所以然，則又涉外的法律關係中之當事人所應注意者也。

我國在民國七年，已有法律適用條例之公布，徒以各國領事審判權之存在，致法令等諸具文，無由見於實用，今法權將次收回，國際私法之障礙朝隨東瀛地震同去，涉外的法律適用立與華夏國威共彰，不待夕而卽如是矣。海內學者因感其要，著作已不下十餘種；愚亦幸附時會，嘗有國際私法總論，本論，及國際商事法論數卷之作。現行法律適用條例，或亦因

時代遽進，有所更改，則吾人之研究斯學斯法，當更不容已焉，何以言之？十餘年來，歐洲之海牙國際私法會議，已開至第六次，對國際民事法之種種法則，或修正舊約，或締結新約：望各國共同遵守，俾法律無再紛歧。美洲之全美國際私法會議，亦開至第六次，並通過古巴畢峙達滿特之國際私法典：立約章告諸同盟，創法典頓開記錄。國際學會對於適用法則之研究，亦嘗集會取決，時有所聞；而國際商業會議，更對商事法方面之衝突，努力求其救濟，同關重要：集心力取長舍短，立準則異途同歸。至於國內法令，若波蘭國際上私法適用法之頒布，若摩洛哥法國人及外國人私法上地位法之施行，皆最近數年內之事：順時代而立其法，應潮流以創其制。凡此，均足供吾人研究斯學制定斯法之參考，有待於詳爲比較，引證評論，參用者也。

(二)

國際私法之各稱，雖爲國內學者所習用，然『國際』兩字既易引起法的

性質之辯論，『私法』兩字又嘗發生法的內容之爭執，則國際私法一名，自有可議之點甚多。倘改稱法律衝突論，外國法適用論，法律之領域外效力論，私國際法，涉外私法或對外私法等名，其差更甚！愚固擬以涉外例法，或涉外的法律適用法稱之，不過以舊名沿用既久，姑從衆而已！國際私法之定義，中外學者爲說更非一致，或則本國際私法爲國際法之前提而下之，或則本適用法則爲國內法之前提而下之，或則將國際私法之法的定義，與國際私法之學的定義，混而爲下：五花八門莫衷所是。國際私法學之定義如何，此固依各人研究之對象，目的，方法等事而下，苟不欲削足適履，或統一思想，自難強其必同，尤貴各有所異。國際私法之法的定義，係關於事物之現實的認識，縱各人之觀察點不必皆一，要不能相去過遠。其定義中應包含之主要材料，應以法律適用字樣爲中心所在，蓋舍法律適用之事，卽無國際私法之法的地位故也。正名立義，爲治學言事之本，用先及之於此，詳見本文焉。

國際私法之名義既未確定，則斯學斯法之幼稚，皆可推知；於是學者之分編取材，尤無標準。何者爲『總』，何者爲『各』苦無一定之南鍼；何者爲『緒』，何者爲『本』，難作吾人之北極。例如國籍法之研究，或則認爲總論中之應有文章，或則列爲人的法律衝突之首一問題；外國人地位法之研究，或則認爲與外國法適用論平頭並列，或則視其爲國際民事法中一事件；各見有地未可盡非。究應何列殊費斟酌。故愚惟有依講述與閱讀之便利，分編爲二，不特標名。

國際私法前論之所及者，爲關於國際私法認識之事。法之發生也有何背景；法之存在也依何條件？法之命名也沿革如何，取舍如何；法之立義也派別如何，價值如何？法之性質爲私法歟，抑公法歟；爲國內法歟，抑國際法歟；爲程序法歟，抑實質法歟？法之制定，其經過有何變遷；其淵源有何事實；其排列有何系統，其精神有何表現？斯皆涉及國際私法之法的自體者。國際私法學之研究，歐陸派與英美派之同異何在，優劣何存？

此就研究方法而言也。廣義派與狹義派之界限何定，何容何取？此就研究範圍而言也。國際私法學之沿革，因何而發軔，因何創始，因何而變遷，因何而革新？以及每一時期之學說若何；現在之新穎主張若何？此又不可不有一概略觀念，爲吾人所參考也。斯又涉及國際私法之學的本身者。故本編之作，自不外使讀者瞭然斯法之爲物，知其黑白，言其是非，雖不中不遠矣！

國際私法後論之所及者，爲關於國際私法內容之事。國際私法之爲用，原於涉外的法律關係之存在；涉外的法律關係之發生，首以人之國籍非屬內國爲要件。有人也，內國人乎，外國人乎，既不可不有確定之標準；有人也，或無國籍，或重國籍，又不可不有決定之準則；斯固首先決事件焉。人雖斷其爲外國人，或內國人，然外國人在內國所享之權利，誠以與內國人對等待遇爲原則，而事之涉及國家公安者，則亦不許享有之；此權利能力被限制之外國人，能否主張其法律上之利益，實成問題。不僅外

國之自然人若是，外國之法人更爲當然若是，或且甚之：斯爲又一先決事件焉。至於法律之適用，在形式的準據法方面，例如同爲本國法之適用，在一國一法之時當如何，在一國數法之時又當如何？同爲住所地法之適用，在新住所或準住所之時當如何，在重住所或無住所之時又當如何？同爲行爲地法之適用，在一行爲而有兩行爲地之時當如何，在跨國界而有行爲之時又當如何，在有行爲地而無行爲地法之時更當如何？同爲所在地法之適用，在人之所在地法當如何，在物之所在地法又當如何，在取得時效中一物之占有涉及兩國以上之關係時更當如何？他若反致法，復反致法，間接反致法之適用，有何根據，有何缺點？斯皆不可不擇要一明之也。在實質的準據方面，例如涉及內國法之適用，何者出之當然，何者出之偶然？涉及外國法之適用，其性質何屬，其方法何在，有錯誤時能否上告，當適用時有無限制？斯亦不可不擇要一論之也。然在此法律適用之兩問題中，雖未能依每個之涉外的法律關係，求其應準據之法律，第大體上則已備其

要矣。此外，關於司法衝突之兩問題，亦殿於編末。此兩問題，一曰法院之管轄，謂遇涉外的法律關係發生，適用何國法律固一問題，而何國有其管轄權，尤爲先應解決者也；有若禁治產，死亡宣告，離婚，監護諸端，既有關於個人之身分能力，又有關於國家之人民主權，與公共秩序，法院管轄權之誰屬，首卽發生問題。易詞以言，必待法院管轄決定後，始可進而爲法律管轄之決定耳。一曰法律之効力，謂甲國所解決之法律關係，其効力能否越國境爲他國所承認也。此既與法院管轄問題有相互因果，並與法律管轄問題有直接連絡，且往往牽及既得權之問題，更爲持法者守法者所應注意之事。故本編之作，當不外使讀者瞭然國際私法之實際運用，則遇有涉外的法律事件，或可末之難矣！

雖然，斯稿之編，乃一要義，自不能詳且盡也。例如關於法律之衝突法例固與比較法律爲兩事，但仍不失爲其一部分之內容，惟有於此略之。圖表之有助於說明，愚深信之，但亦爲篇幅所限，不能插入。且愚在國際

私法總本兩論，既分卷而爲四，並插圖表共二百一十有二，或可以詳見許，讀者披而閱之，自能補斯稿之所未及也。

(三)

學術上所用之術語，含義皆有一定，不先明瞭之，卽無由爲他之研究。故關於國際私法之術語當彙而釋之於首，似較在正文中述及，爲更便於讀者。

(一)衝突法則或適用法則 衝突法則者，解決內外法律衝突之法則也；適用法則者，決定法律如何適用之法則也；兩者意義相同，其所異者，一以法律之衝突爲主，一以法律之適用爲主而已！何謂法律之衝突，不外內外國實質法異其規定之意；何謂法律之適用，不外對或種法律關係實際適用法律之謂是也。凡一國有成文的國際私法者，皆可稱其爲衝突法則或適用法則。

(二)衝突規則或適用規則 衝突規則或適用規則者，指成文的國際私

法中之特別條款而言，較法則之範圍爲狹。但對於不成文的國際私法，亦可稱其爲衝突規則或適用規則；因不成文的國際私法，一案一例，雖有一定之條款，但並無統一之國際私法典故耳。

(二)適用區域或法境 適用區域者，與所謂法境或法域同一意義，卽法律所行之區域也；易詞以言，法律效力所及之範圍也。外國適用內國法者，可稱爲內國之法律適用區域；內國適用外國法者，可稱爲外國之法律適用區域；但適用之權既操於適用地之主人，卽知其非一國法律之效力得及於領域外也。故就法律之原來性質言，其適用區域依然不外其國土之領土範圍；但反言之，法律之適用區域亦有不及一國之領土範圍者，一國數法之情形下，卽其例也。

(四)法院管轄 法院管轄者，關於當事人之聲訴，應由何地法院受理之謂也；或稱其爲司法衝突。法院對某種訟件有管轄權者，不必卽係適用其地之法律，故與立法衝突異。

(五)法律管轄 法律管轄者，適用何國法律之意，乃法律適用之另一解釋也。或即稱爲法律衝突，其稱爲立法衝突者，亦係偏於此端而言。

(六)準據法 準據法者，處理或種涉外的法律關係所應準據之法則也；因其性質爲此項法律關係，而判斷其法律上效果是否存在，故又有效果法之稱。準據法可分兩種，一爲形式的準據法，或稱抽象的準據法，即國際私法條款上所規定應適用之法律，如本國法，行爲地法云云是也。一爲實質的準據法，或稱具體的準據法，即法官依國際私法條款之規定，實際上所適用之實質的法律；普通稱準據法爲內外實質法在國際私法上的關係之謂，即係指此而言。

(七)域內法與域外法 域內法者，僅適用於本國領土內，而於域內發生效力之法律也；或稱領土法，領地法，地方法者是。域外法者，在領域以外，亦能假當地主權者之手，而發生效力之法律也；屬人法即其一種。

(八)屬人法與屬地法 屬人法者，因國籍或住所之關係適用於個人，

縱變更地方仍受其支配之法律也。此以適用於身分能力之事件爲主。有人稱其爲國內的公共秩序法，實則乃域外法之另稱也。屬地法者，無論是否國民，凡住居於領域內，或一定之法律關係在領域內，即受其強制之法律也。此以關於公共秩序或善良風俗之問題爲主。與域內法大體上有同一性質，人稱國際的公共秩序法者，即指此言。領土法，領地法，地方法等，亦爲相互之名稱。

(九)內國法與外國法 內國法者，自國之法律也；如我法律適用條例上之中國法是也。外國法者，自國以外之他國法律也；此爲研究國際私法時一概括之名稱，凡準據法之對象非內國法，而實際適用者又爲他國法，皆可稱其爲外國法，適用準則上並無明示外國法之字樣。

(二〇)本國法 本國法者，當事人其所屬之國之法律也，爲屬人法之一。此本國法，非即內國法，亦非外國法，當事人屬於何國，即爲何國法，故本國法之對象，惟依當事人之國籍定之。其重國籍或無國籍者，則

依國籍衝突解決之準則定之。

(一一)住所地法 住所地法者，當事人其人有住所之地之法律也，或稱住址地法，意同。然何不曰住所國法？因在一國數法之情形下，其住所所在地之法律，實優於住所所在國之其他法律也。

(一二)居所地法 居所地法者，當事人其人居所所在地之法律也，或稱居址地法，意同。住所地法居所地法，皆屬人法之一種，但其適用也，除爲屬人法之對象外，且兼爲本國法之代用，甚或爲行爲地法之代用，不必皆以屬人法爲範圍也。

(一三)國旗法 國旗法者，海船或空船所屬國之法律也。因船舶雖物，而法律上視爲有人格性，卽認爲亦有本國法之可用；通常船舶之國籍以國旗表示之，故不曰本國法而曰國旗法。或又稱其爲旗國法，則又係就旗上所表示之國而言也。不過國旗懸掛，嘗有僞造，事實上船舶更須以國籍證書，表明其所屬，此國旗法之所以一稱船籍國法也。

(一四)法院地法 法院地法者，法院所在地之法律，亦即法院稱其自國之法律也；爲屬地法之一，英美判例與學者皆偏重之。又有訴訟地法，法庭地法，裁判所所在地法之稱。

(一五)所在地法 所在地法者，人或物所在地之法律也；亦爲屬地法之一。人之所在地法一稱現在地法，頗少單獨適用，惟應適用居所地法時，而無居所者，則以人之所在地法代之。物之所在地法或稱屬物法，其中又可分爲動產所在地法，及不動產所在地法兩種。

(一六)行爲地法 行爲地法者，法律行爲所在地法之法律也；又有特稱爲法律行爲地法者。因法律行爲有單方行爲，雙方行爲，及協同行爲之別；故行爲地法又有贈與地法，契約地法，及協商地法等等之稱。同時，法律行爲爲地法之對象，通常固指訂約地法而言，但履行地法亦有時得被適用之。履行地法云者，契約履行之地之法律也。此外，一行爲而成立於兩地者，其中又有發信地法與終了地法之分；所謂承諾地法，承諾通知地法

，承諾通知到着地法，皆屬終了地法之解釋。

(二七)不法行爲地法 不法行爲地法者，不法行爲所在地之法律也；一稱侵權行爲地法。但不法行爲地法之對象，有主張實施地法者，有主張加害地法者。實施地法一稱原因地法，謂實行不法行爲之地之法律，即表示意思之地之法律也。加害地法一稱結果地法，謂生不法行爲之結果地之法律也。

(二八)事實發生地法 事實發生地法者，法律事實發生之法律也；普通對無因管理所稱之實行管理地法者，即其一種。

(二九)自由選擇法 自由選擇法者，依契約自由之原則，聽當事人自己所選用之法律也；故一稱其爲契約法。易詞以言，僅因當事人雙方或一方意思之表示，解釋，或推定而適用之法律也；故又有合意法，或私的秩序法之稱。

(二〇)所屬國法及所屬地方法 所屬國法者，當事人所屬國之國內法