

新法學

目 要

第一卷

第三期

(一) 守法與物價管制……………(樓)

(二) 大法官之提任不應受黨派與地域之限制……………(垣)

國際私法中的當事人本國法主義……………李浩培

養子制度及民法所定法條之商權……………羅鼎

開元律考……………徐道隣

大陸法與英美法的區別究竟在那裏？……………楊兆龍

聯合國安全理事會的組織與職權……………錢清廉

匯票債務之消滅……………劉朗泉

收養之效力……………曹傑

近代司法的問題……………龐德
(Roscoe Pound)

法律史話……………陳文藻

中國名案攷……………貞健

楊乃武與葛畢氏(即小白菜)

新法學出版社

民國三十七年九月十五日發行

中華酸鹼廠股份有限公司

步梅50度 (62%)

步梅60度 (78%)

步梅65度 (90%)

步梅66度 (95%)

品質
純潔

硫
酸

度數
準確

售價公道

本國資本 • 本國勞力
本國原料



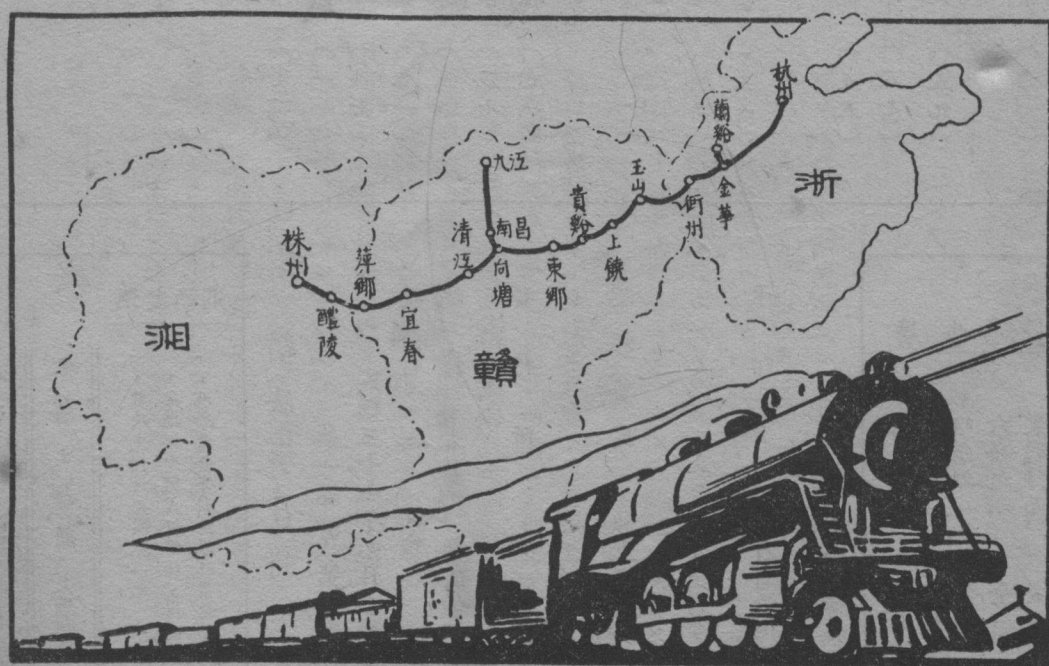
公司地址：上海(○)江西路452號403室

電話：18090—6號分機

工廠地址：上海(30)軍工路酸鹼廠路

電話：(○二)50495號

速	兩	長	路	南	省	通	浙
舒	地	沙	聯	昌	現	浙	贛
適	安	及	運	并	已	贛	鐵
便	全	福	直	與	通	湘	路
利	迅	州	達	公	車	三	貫



新法學月刊目次 第一卷 第三期

社評

專著

- (一) 守法與物價管制……………(樓) (一)
(二) 大法官之提任應破除黨派地域之限制……………(垣) (二)

國際私法中的當事人本國法主義……………李浩培 (三)

養子制度及民法所定法條之商榷……………羅鼎 (一一)

開元律攷……………徐道鄰 (一七)

大陸法與英美法的區別究竟在那裏(續)……………楊兆龍 (二一)

聯合國安全理事會的組織與職權……………錢清康 (三二)

匯票債務之消滅……………劉朗泉 (三七)

民法之史的發展……………胡毓傑 (四一)

專載

近代司法的問題(續)……………(Roscoe Pound) 龐德 (四七)

法律漫畫

逍遙法外的小竊……………豐子愷 (五四)

判解評述

收養之效力……………曹傑 (五五)

法律史話

中國名案攷……………陳文藻 (五七)

楊乃武與葛畢氏(即小白菜)(續)……………貞健 (五九)

法律格言(續)……………黃應榮 (六一)

編後……………編者 (六二)

則簡定預

本刊每月十五日出版
零售：每冊 金圓券二角

- 一、首次先預付金圓券一元
一、每期按定價八折優待、掛號或航空郵費另加
一、來函請逕寄新法學社業務部收

新法學月刊

第一卷 第三期

民國三十七年九月十五日出版

發行人 孫曉樓

編輯者 新法學社編輯委員會

發行所 上海南京西路六二四號

新法學社 電話三四六〇一

總經售處 上海福州路三七九弄

上海書報聯合發行所 電話九四〇一五

中華書局

承印者 上海中正東路一六〇號

自由論壇報社承印組 電話一六八六〇

版權所有，不得轉載。

廣告刊例

- 全面 金圓券三十五元
二分之一 金圓券十八元
四分之一 金圓券十元
六分之一 金圓券八元
裏封面 金圓券四十元
底封面 金圓券五十元

社評

(一) 守法與物價管制

(樓)

年來物價飛漲，百貨騰貴，中樞當局，用盡心計，想出種種方案來管制物價；但是往往收不到十分效果，有時或者還不免愈管愈壞；原因固是不祇一端，而最重要的，還在人民沒有守法的習慣，政府缺少守法的示範。我們試看一般人民，無論坐船乘車看戲，好像都以不買票為榮，房屋貨物田產，也好像都以不納稅為幸；在執法的官員，又復馬馬虎虎，避重就輕，抱着超法律的觀念，視法律為管制人民的，不是管制官吏的，甚至有利用職權，從中取利，造成許多官僚資本。橘逾淮化為枳，在西洋各國很好的管制方法，行到中國來，便失去了作用。我們試看到英國，他們的生產量比我們強得多，但猶厲行配給制 Ration System，政府規定蛋粉每週每人祇許吃一次，那末舉國上下，除了病人小孩外，便沒有人可以吃二次的；政府規定一餐飯吃了麵包，便不許吃湯；那末舉國上下，便沒有人將麵包與湯同吃的；政府規定衣料布疋每人每年祇許配給一身，那末舉國上下，便沒有人可享受兩身衣料的配給。英國首相阿脫利 Attlee 的女兒在出閣時，無論做新衣設筵席，都沒有不遵照政府的規定，首相如此，普通的行政官吏也是如此，一般的人民，更是如此。所以英國的管制物價，可以說辦的最澈底，最妥善，真是做到「大家有飯吃，大家吃苦飯」的程度；

這全是由於他們的人民，有守法的精神，有守法的習慣，同時他們執法的官員，能戰戰兢兢，以身作則，發生一種示範的作用，也是一個重大的因素。回看到我國，衣食住行的工藝品，幾無一物不仰求於國外；然而有少數國民的窮奢極慾，其享受幾打破了世界的紀錄。有多數國民的艱難困苦，其貧窮也打破了世界的紀錄。管制之令雖嚴，節約辦法雖多，而黑市走私，依然活動於市場，朱門酒肉臭，路有餓死骨，這是社會上一種最危險的現象，也是我們舉國上下，普遍的沒有守法精神和習慣，有以至此。所以我希望我們的國民，要了解社會上不均不平的危險，視守法是一個法治國家的公民的天職，同時也希望執行法律的人，要公正廉明，以身作則，做人民的模範，這樣才可以收到管制的功效。

此外還有一點，是政府方面所不可不注意的，即是管制物價的辦法，和違反管制物價的制裁，一定要於事前多多宣傳，使人民能澈底了解此管制辦法之意義的重要，不然不教而誅，在中國的社會上不免引起了許多騷動，到行不通時，反而失去了政府的威信，這也是管制物價所應行注意的。

(二) 大法官之提任應破除黨派地域之界限

(垣)

大法官為一國最高之法官，有解釋憲法並統一解釋法律及命令之權（憲法第七十八條），由總統提名，經監察院同意任命之（憲法第七十九條），其產生方法，與司法院院長副院長同，地位之崇高可知。至所謂解釋憲法與統一解釋法律及命令，包括（一）保護個人在憲法下之權利自由問題，（二）解決國權機關相互間之權限問題，（三），解決中央與地方間之權限侵越問題，（四），維持條約及國際憲章之國內法上的效力問題，均有賴於大法官作最後之論斷。一字出入，不特有關國計民生，抑且有關於國際地位，此所貴乎大法官應超出黨派之外（憲法第八十條）；而大法官之人選，必為法學界之權威學者，決非一普通之法律人才所能勝任。乃近聞中樞於大法官之提任，注重到某黨某派之分配，某省某地之員額。本人認為大法官和國大代表立法委員不同，這不是一個政治性的代表團體，應絕對注重

人才主義。蓋憲法為中華民國一國之憲法，非某一黨某一派之憲法，亦非某一省某一地之憲法；解釋此憲法者，應以整個國家民族之利害為依歸，不應受某一黨某一派之限制，亦不應受某一省某一地之限制。而此項法學人才，不僅需備具高尚之品德，精邃之法學，且需高瞻遠矚，於國內政治，國際大勢，均有深切之瞭解，庶於解釋憲法之時，不致有所偏缺。念美國羅斯福總統，為推行新政，特延聘佛蘭克夫脫 Frankfurter 與篤格拉士 Douglas 等法學名家入最高法院（美國最高法院推事之地位與職權，與中國現有大法官雖不盡同，但頗相類似），即所以補最高法院法學人才之偏倚，於羅斯福總統新政之推行，實有不少之助力；願中樞當局，於將來補提大法官之人選時，加以相當的注意。

第四期要目預告

十月十五日出版

新法學之方法論

龐德

Roscoe Pound

法律適用條例修正芻議

郭雲觀

大陸法與英美法的區別究竟在

那裏？

楊兆龍

聯合國安全理事會的組織與職權

錢清廉

大總統緊急命令權之檢討

吳芷芳

養子制度及民法所定法條之商榷

羅鼎

海商法上之刑事處分

魏文達

關於房屋租賃解釋例之探討

永暉

國際法與國內法之關係

丘日慶

專著

國際私法中的當事人本國法主義

李浩培

關於人的權利能力與行為能力，婚姻關係，親屬關係，以及繼承關係的法律，一般國際私法學者現猶稱為「屬人法」(Personalstatut)。屬人法究應為當時人本國法抑當事人住所地法，各國的國際私法尚未有一致的解決。

在現代的國籍觀念尚未確立之時，且在各國的國內法尚未統一，因此法律衝突常祇發生於同一國家內數不同的法律秩序間之時，適用當事人本國法的問題，自不至發生。故在一八〇四年的拿破崙法典施行以前，歐洲各國國際私法的學說與立法，大都以當事人住所地法為屬人法(註一)，就學說言，法則區別說學者所主張的應適用於境外的人法，幾均指當事人住所地的人法。就立法言，一七九四年的普魯士普通法第二十三及第二十五兩條，尚規定「人的性質及權能」(Personliche Eigenschaften und Befugnisse)依其住所地法，無住所時則依出生時其父之住所地法(lex originis)。

但自歐洲各國的國內法律統一，且人與人間的交通不僅保持省際的性質，並亦逐漸具有國際的性質後，屬人法究應為當事人住所地法抑當事人本國法，便成問題。在立法中首創當事人本國法主義者是一八〇四年拿破崙法典第三條。依該條第三項的規定——

「法國人雖居住於外國，關於人之身分能力的法律仍支配之」。自十九世紀中葉以後，因屬人法學的大加倡導，且因國家主義的盛行於世界，當事人本國法主義逐漸在國際私法中確立其地位。現在，下列各國的國際私法，在不同的範圍內，均以當事人本國法為屬人法：中，日，土，埃，法，比，荷，西，意，希，葡，德，奧，匈，羅，保，波，捷，芬，瑞典，盧森堡，南斯拉夫，智利，可倫比亞，秘魯，委內瑞拉，海地，以及薩爾瓦多等。(註二)

在另一方面，英，美，丹，挪，以及南美及中美的大部份國家，例如，阿根廷，巴西，巴拉圭，烏路圭，危地馬拉等國，關於屬人法，却採當事人住所地法主義。瑞士在頗大的範圍內亦採之。(註三)

在國際公約方面，採當事人本國法主義者有下列各公約：①一八七八年中美及南美的一部份國家因利馬(Lima)會議而訂立但未經批准的國際私法公約；②歐陸一部份國家於一九〇二年及一九〇五年舉行海牙會議而成立的關於婚姻，離婚與別居，未成年的監護，婚姻之身分的及財產的效力，以及禁治產，的五個國際私法公約；及③一九三〇年世界頗多國家因日内瓦會議而成立的關於匯票及本票的國際私法公約。但南美一部份國家於一八八九年因蒙得維的亞會議而成立的國際私法公約，却採當事人住所地法主義。一九二八年第六次全美會議

所採取的布斯他滿貼法典則規定關於屬人法，締約國或得採當事人本國法主義，或得採當事人住所地法主義，並無限制。
(註四)

二

屬人法究應為當事人本國法抑當事人住所地法，各國的見解既不相同，我們似應探究當事人本國法主義者及當事人住所地法主義者的主要的論辯(註五)。前者的重要論點，不外四個：

①以當事人住所地法為屬人法。是封建制度的成果。封建制度視人為土地的附屬品，故以一人的住所地法解決該人的權利能力，行為能力，婚姻關係，親屬關係，以及繼承關係，自屬當然之事。然則，當事人住所地法主義有視人為物，因此有降低人的地位的缺點。國家實質上是由於自願而聯合於同一政府下之人的集合；國籍代表個人與其本國的精神的關係。故以當事人本國法為屬人法，實與自由的原則相符合。

②為尊重他國的屬人主權，並保持自國的屬人主權，應以當事人本國法為屬人法。甲國的人民，縱出甲國而設定其住所於乙國，仍不失為甲國人，故仍受甲國的屬人主權的支配。對於此種設定住所於乙國的甲國人，乙國必須以甲國法——即當事人本國法——為屬人法，方得謂尊重甲國的主權。乙國如不採此辦法，而以乙國法——即當事人住所地法——為此種人的屬人法，結果必將使當事人本國法認為未成年的人，成為成年的人，或當事人本國法認為已結婚的人，成為未結婚，是乙國對於甲國的主權祇予以名義上的尊重，而實際上並未予以尊重。故為尊重他國的屬人主權起見，應以當事人本國法為屬人法。

。不但如此，甲國為保持其自國的屬人主權起見，對於僑居於乙國的甲國人民，亦應以當事人本國法為屬人法，否則甲國實放棄其屬人主權。

③以當事人本國法適用於個人，最為適宜。蓋一國的主權者制定關於人的法律時，自能顧及其本國人民的觀念，需要，習慣，特性，以及體質等，但決不能顧及外國人民的上述各因素。

④屬人法為達保護個人的目的，應具有永久性。但採當事人本國法主義，方能使屬人法具有此種性質，如採當事人住所地法主義，屬人法即難有此性質。蓋住所的取得，喪失，或變更，常基於個人的自由意思，且常頗容易。故如以當事人住所地法為屬人法，則當事人每易一住所即變更其屬人法，自非適宜；且住所既易變更，變更住所以期規避法律的情形，亦自易發生。國籍的變更，較之住所的變更，遠為稀少；且國籍的變更，常不純憑當事人的意思。故當事人本國法較住所地法為永久；當事人變更國籍以達法律規避的目的亦較困難。

在另一方面，當事人住所地法主義者却以左列的幾個理由為辯論：

①當事人住所地法主義，較之當事人本國法主義，實予個人以更完全的自由，因一人得依其自由意思於任何時在任何地設定或廢棄其住所。故當事人本國法主義者之批評住所地法主義有視人為物並有降低人的地位的缺點，殊無理由。

②以當事人住所地法為屬人法，較為自然合理。一人的住所地，係該人的永久居住所在地，且係其事務及利益中心之所在地。然則，如一人將其住所從其本國移至他國時，該人既日常在該他國的空氣中生活，其事務及利益中心既亦移至該他國

，則以該他國的法律——即住所國的法律——為該人的屬人法，自屬自然合理。故意大利國際私法學者迦巴（Cabbia）曰：

「在住所人為其大部的行為，獲得其習慣，形成其品質，故在住所人取得其在無論何地追隨之的特性」。

（註六）

業將住所從本國移至他國的人民，雖與其本國尚有些微的政治關係，但這關係，在決定此種人民的民法上的身分及能力時，並非必須予以考慮的因素。否則，一人於二十五歲將其住所移至他國，在該他國生活五十年後，仍須以對渠甚少關係的本國法為其屬人法，豈非荒謬？

③國籍是一個不確定的繫屬因素。依現實的國際公法，每一國家原則上得自由地規定取得其國籍的條件，故得自由地決定何人係其人民，何人非其人民。結果，人有取得重複國籍者，亦有無國籍者。於此兩種情形，以當事人本國法為屬人法，顯有困難。縱我們可設法解決此困難，法律的適用，亦難期穩定。但住所的概念，頗為單純。一人究在何地有住所，可以證明。故適用當事人住所地法，可得法律穩定的結果。

④在法律秩序眾多的國家內，當事人本國法的適用，不能解決實際問題。例如：在美國國內，每一州有其特殊的法律，其法律秩序的眾多，可以概見。設美國當事人本國法為屬人法，則例如，美國對於一紐約州人，應以美國法為其屬人法；但美國的法律秩序既頗眾多，究應適用何一法律秩序的法律，問題仍未解決。英國的法律情形，亦正類此。此係英美學者所常提出以支持住所地法主義的一個理由。

⑤人口移入頗多的國家，不得不採用當事人住所地法主義

，以保持內國的利益；如此種國家以當事人本國法為屬人法，於內國的利益將大有妨害。例如：在歐洲的瑞士，北美的合眾國，南美的阿根廷等國，人口的移入，數目均頗巨大。於此情形，如採當事人本國法主義，結果或將至適用外國法的機會，多於適用內國法的機會，於內國的利益自有重大妨害。人口移出的國家，如採當事人本國法主義，可使其移出的僑民仍與本國保持聯繫。歐洲的德、意、波等國，亞洲的日本，均係人口移出頗多，而移入甚少，其採取當事人本國法主義，固屬得計；但如期望瑞士，北美合眾國，以及阿根廷等國亦採當事人本國法，豈非過甚？於此，我們可引哥斯達黎加及可倫比亞兩國的代表團於簽訂採取布斯他滿貼法典的條約時的聲明，以資參證。如前所述，布氏法典，關於究以當事人本國法抑以當事人住所地法為屬人法的問題，完全任諸締約國的自由。上述兩國，均係人口移入的國家，其聲明如次：

「在下面簽署的兩國的代表團，於接受（本法典）第七條之對於歐洲的屬人法主義，以及純粹美洲的住所地法主義的折衷，以支配國際私法中的人之身分能力後，聲明其接受此折衷，目的係在使美洲一切國家現所期望的並認為本會議最重要工作之一的法典，其簽訂不至延緩；但強調聲言此折衷應係暫時的，因美洲大陸的法律的一致，應以惟一的可有效地保證美洲各民族的主權與獨立的住所地法實現之。美洲的國家既現為或將為人口移入的民族，她們每一念及歐洲移民之得主張在美洲援用他們的本國法，以在此間支配他們的民法上的身分以及他們的訂約能力，不能無深沉的憂慮。承認此種辦法之可以容許（此種辦法之可以容許，係本國法原則所重視，而本國法原則為本法

典所部份認許），實等於在美洲的一個國家內設立另一個國家，且幾將置我們於領事裁判權制度之下——這制度是歐洲在這幾個世紀中加於其所認為在國際關係中較為低劣的亞洲國家的。歐洲為欲在美洲對於定着於美洲的自由土地上的歐洲人民保持其法權而鼓吹的理論（此種理論實是政治的，而非法律的理論）在下面簽署的兩國的代表國願望從美洲的立法中，迅速消滅其痕跡，且希望美洲大陸的立法依移入的外國人無限制地受屬地法律支配的原則而統一。故，在下面簽署的兩國的代表團，由於希望住所地法於短時期內在美洲成為支配人之民法上的身分與能力的法律，並深信這是我們全體願意創設之法律的泛美主義中最特殊的形象之一，對於該國際私法典投贊成票，並接受該法典所曾受啓示的理論的折衷」。（註七）

從上面的論辯看來，當事人本國法主義及當事人住所地法主義，實各有利弊。以當事人本國法為屬人法，通常固可達屬人法永久的目的，但在重複國籍及無國籍的情形，確難得滿意的結果。在另一面，以當事人住所地法為屬人法在當事人居住外國為時頗久，而與其本國甚少關係的情形，固屬自然合理，但有時住所地的證明與確定，亦實屬困難。故我們不能無保留地擁護其一而排斥其他。至各國國際私法之決定採擇其一或其他，實際上大半基於政治的理由。首創當事人本國法主義的法國，因現在人口移入頗多，對於該主義正發生反動，而以當事人住所地法局部的代替當事人本國法的議論，在該國正逐漸得勢。可見問題真正存在於何處。（註八）

我國的國際私法，關於屬人法，係採當事人本國法主義（法適第五至第二十一條）。鑒於我國是一個人口移出的國家，採取這主義，自屬妥善。我們既採該主義，下列四問題，必須解決：（一）當事人的國籍，依何法以決定？（二）適用當事人本國法時，如當事人有重複國籍，應以何國籍為準？（三）當事人無國籍時，如何補救？（四）當事人本國內各地方法律不同時，應適用何法？以下擬依次解決之。

四

關於當事人的國籍應依何法以決定的問題，其解決並不困難。國際法原則上既任各國自由地規定取得及喪失各該國國籍的條件，則一人究竟是否某一特定國家的人民，換言之，究竟是否取得或喪失某一特定國家的國籍，應依該國的法律決定之。（註九）例如：中國籍的夫妻甲乙兩人於英國的倫敦生女丙：該丙是否得認為中國人，應依中國的國籍法決定。依該法第一條第一款，丙應認為中國人。在另一面，該丙是否得同時被認為英國人，應依英國的國籍法決定。依英國一九一四年國籍及外國人地位法第一條第一款，丙亦係英國人。設丙成年時與德國籍男子丁結婚，丙是否因其結婚而喪失中國國籍，亦應依中國的國籍法決定；但丙是否因其結婚而取得德國國籍，却應依德國的國籍法決定。依中國國籍法第十條第一項第一款，丁祇在自請脫離國籍，經我國內政部許可的條件下，喪失中國國籍。但依德國一九一三年七月二十二日國籍法第六條，外國女子如與德國人結婚，即取得德國國籍，故丙因其結婚即取得德國國籍。

但此處我們須注意者，該丙之喪失中國國籍及取得德國國

籍，依中國及德國的國籍法，均以丙與丁的婚姻成立為要件；然則，丙與丁的婚姻是否成立的問題，應依何法以解決？我們的回答是：為解決丙是否喪失中國國籍的問題，丙的婚姻之成立與否，應依中國國際私法所定的婚姻準據法（法適第九條及第二十六條）解決；在另一方面，為解決丙是否取得德國國籍的問題，丙的婚姻之成立與否，應依德國國際私法所定的婚姻準據法（德國民法施行法第十三條及第十一條）解決。蓋丙之究竟是喪失中國國籍及取得德國國籍，既應分別依中國法及德國法以解決；而丙的婚姻之是否成立，既分別依中國及德國的國籍法，又係喪失中國國籍及取得德國國籍之民法上的先決問題；則我們自須分別從該兩法的觀點，解決丙的婚姻是否成立的問題。

茲舉德國法院的一個判例，以資說明。德國女子戊在瑞士與意國男子己結婚。戊是否因其婚姻而成為意人？德國斯圖加特法院依意大利的國籍法解決該問題。依該法，意大利國籍的取得，以戊在瑞士的婚姻有效為要件。該法院因此適用意大利國際私法所定的婚姻準據法，換言之，從意大利法的觀點，以解決戊在瑞士的婚姻是否有效的問題。但關於戊是否因在瑞士與己結婚而喪失德國國籍的問題，德國法院依德國國際私法所定的準據法，即從德國法的觀點，以解決該婚姻之是否有效。

（註一〇）

五

現在我們擬討論適用當事人本國法時，如當事人有重複國籍，應以何國籍為準的問題。在解答這問題以前，我們似應先探究人可能取得重複國籍的兩種不同的情形。

（一）出生時即取得重複國籍的情形。此因一國採血統主義（*Jus Sanguinis*）而他國採出生地主義（*Jus Soli*）之故。例如：設中國籍夫妻甲乙兩人住阿根廷，在阿生子丙。依中國國籍法第一條第一款，生時父為中國人者，即取得中國國籍，故丙係中國人。但依阿根廷一八六九年十月八日第三四六號法律第一條第一款，凡生於阿根廷領土內者，如非外國外交官的子女，不論其父母的國籍如何，均取得阿根廷國籍，故丙亦係阿根廷人。

（二）出生後因結婚歸化等原因取得新國籍，但仍不喪失其舊國籍，因此取得重複國籍的情形。例如：設一美國女子與一德國男子結婚。依一九一三年七月二十二日德國國籍法第六條，外國女子與德國人結婚，即取得德國國籍。但依一九二二年九月二十二日美國法律第三條，美國女子與外國人結婚，仍保持其美國國籍。結果，該美國女子因與德國男子結婚而取得重複國籍。

適用當事人本國法時，如當事人有重複國籍，究應以何國籍為準？這問題，又應分兩種情形解答。

（一）在當事人所取得的數國籍中，有一係內國國籍的情形。於此情形，該當事人雖依某一外國的國籍法，已取得該外國國籍，但他依內國的國籍法，亦已取得內國國籍。依各國通例，內國法院，遇有此種情形，得不顧外國國籍法的規定，而依內國法，認其係內國人，並以內國法為該人的本國法。（註一一）例如：在上述中國籍夫妻甲乙兩人在阿根廷生子丙的情形，如丙的屬人法的問題係在中國法院發生，則中國法院即依中國國籍法認其為中國人，並以中國法為其本國法。此蓋因就內國法院的立場言，一人是否係內國人，應完全依內國的主權者的決

定；故外國主權者是否同時認該人係外國人可以不問。布斯他滿貼法典第九條，一九三〇年四月九日海牙國籍公約第三條，日本一八九八年法例第二十七條，巴西一九一六年民法第九條，列支敦士登民法典人法第三十條，以及我國法適第二條第一項但書，其規定均與上面所陳的解決方法相同。

(二)在當事人所取得的數國籍中，並無內國國籍的情形。於此情形，內國的國籍法不認該當事人為內國人，故該當事人為外國人，並無疑問。但該當事人有數外國國籍，我們應以何一外國的法律為其本國法？依法適第二條第一項前半段，應依當事人最後取得的國籍定其本國法。例如：在前述美國女子與德國男子結婚的情形，該女的屬人法的問題，如在我國法院發生，應適用德國法，蓋在該女所取得的美德兩國國籍中，德國國籍的取得在後，但此規定祇能適用於非同時取得數國籍的情形；在此情形，該規定的適用，尚不能令人完全滿意；如數國籍係同時取得，例如，德國夫妻在阿根廷生子，該子因出生而同時取得德阿兩國國籍的情形，此規定無適用的可能。

我們以為最適宜的解決方法，是依當事人關係最密的國籍，定其本國法。故如當事人有數本國而在其中之一復設有住所或永恆的居所時，應即以該國法為其本國法。如當事人在其數本國中均未設有住所或永恆的居所，我們仍可分別情形，定其本國法。(a)如當事人在數本國中的一國以前曾設有住所或永恆的居所時，可即以該國法為其本國法；(b)在當事人因婚姻而取得重複國籍的情形，可依其最後取得的國籍，定其本國法；(c)在當事人於出生時即取得重複國籍的情形，可依基於血統而取得的國籍，定其本國法。

國際法學會於一九三二年奧斯陸(Oslo)會議中所為的關

於本問題的決議，與上面所陳的解決方法略同。(註一二)

六

其次，我們須解答因無國籍人而發生的問題。無國籍人亦可分为兩類：(一)出生時即屬無國籍者，(二)出生後因某種原因方成為無國籍者。前一類的無國籍人，常在下列情形中見之：

(一)嚴格地採出生地主義的國家的人民，在嚴格地採血統主義的國家的領土內所生的子女，於出生時即無國籍。例如：依阿根廷一八六九年十月八日法律第一條第二款，阿根廷人在外國所生的子女，祇在其選擇阿根廷國籍的條件下，取得阿根廷國籍。但依德國一九一三年七月二十二日的國籍法第三條，外國人在德國領土內所生的子女，不取得德國國籍。故阿根廷人在德國所生的子女，在該子女未選擇阿根廷國籍時，依阿根廷的國籍法既不能取得阿根廷國籍，依德國的國籍法又不能取得德國國籍，於出生時即成為無國籍人。

(二)無國籍人在純採血統主義的國家的領土內所生的子女，於出生時即無國籍

後一類的無國籍人，常見於左列兩情形：

(一)女子與外國男子結婚。依頗多國家(例如：英，德，荷，捷，匈，土，盧森堡，玻利維亞，及海地等國)的法律，女子與外國男子結婚時，即喪失其本國國籍。但依另一部份國家(例如：美，蘇，阿根廷，智利，及巴西等國)的法律，外國女子不因與內國男子結婚而取得內國國籍。故，例如，一德國女子如與一美國男子結婚，該女子一面既失去德國國籍，另一面復不取得美國國籍，即成為無國籍人。

(二)因政治的理由被剝奪國籍。例如：蘇俄政府於一九二一年十二月五日曾以命令剝奪旅外白俄人的俄國國籍。被剝奪國籍的人均成為無國籍人。

當事人無國籍時，應以何法為其屬人法？對於此問題的解答，各國的立法並不一致：

①有規定依無國籍人的最後本國（即成為無國籍人以前最後取得的國籍）法；如該人從來無國籍，則依其住所地法：如並無住所，則依其居所地法者。德國民法施行法第二十九條的規定，即係如是。德國法院曾依此條對於被剝奪蘇俄國籍的白俄，以蘇俄法為其本國法。此種解決方法，殊可訾議：蓋蘇俄既不欲以白俄為其人民，白俄亦不願以蘇俄為其本國，自以不適用蘇俄法為其本國法為宜。

②有規定依無國籍人的居所地法者。意大利一九一二年六月十三日法律第十四條曾有此立法例。該法之所以依居所地法而不依住所地法，主要的係因住所所在意大利法中有頗特殊的意義之故。

③有規定依無國籍人的住所地法；如該人並無住所，則依其居所地法者。此係頗多國家的立法例，以現在最流行的學說為依據。我們以此立法例為妥善；蓋一人除其本國外，當以其住所地為與其最有關係之地，故以住所地法為無國籍人的屬人法，自屬最為適宜。但如無國籍人無住所，應適用其居所地法，因居所地與人的關係的密切，僅次於其本國及其住所地。此立法例除經我國法適第二條第二項採取外，其他國家立法採取者為：日本法例第二十七條，巴西民法典第九條，列支敦士登民法第三十一條，匈牙利一八九四年十二月九日婚姻法，及瑞士一八九一年六月二十七日聯邦法第七條。（註一三）

頗多國家的國內法，現在尚未統一。然則，依我國法律適用條例應適用當事人本國法，而在當事人本國內各地方法律不同時，究應適用何法？依法適第二條第三項，當事人本國內各地方法律不同時，應依其所屬地方之法。這規定係仿自日本一八九八年法例第二十七條第三項。依日本學者山田三良對於該項的解釋，「無論在何場合，其實際所適用之法律，皆當為其當事者本國所行之法律中之一；至其當事者之果屬於其本國之何地方，則非為我法律所能決定之問題，而以其本國之憲法，行政，及其他公法之規定為定」。（註一四）但這種規定過於簡略，實際應用時未免發生困難。我們以為這問題應分三種情形解答之：

①如該當事人的本國已有省際或區際私法（*Interlokales Privatrecht; droit interprovincial prive*），我們即應依這種法律，以決定應適用的法律。例如，波蘭是一個「一國數法」的國家，但她已於一九二六年八月二日頒布省際私法以解決其「一國數法」的問題。故設我國法院須決定一個波蘭人的行為能力而依法適第五條第一項應適用他的本國法時，這所適用的當事人本國法應是依波蘭省際私法的規定應適用的那種波蘭地方。依該省際私法的規定，波蘭人如在波蘭有住所，應適用其住所地法；如在外國有住所，應適用其在波蘭的最後住所地法；如在波蘭未曾取得住所，應適用波蘭首都所在地法。（註一五）因此，我國法院祇須分別情形，適用該波蘭人的現在住所地法，最後住所地法，或波蘭首都所在地法，便屬妥善。其理由不難明瞭。依我國法適，關於人的能力，既應依第五條適用當事

人本國法，則究竟適用當事人本國的何一地方的法律，原則上應完全由該當事人本國決定，而不應由我國代為決定。

③但若干國家——例如，巨哥斯拉夫，不列顛帝國，及北美合衆國等——私法既未統一，省際或區際私法亦付闕如。於此情形，上述第一種解決方法，自無應用的可能。但，如該當事人的住所係在其本國的領土內，問題的解決亦尚不難。依一般承認的規則，我們即以該當事人的住所地法為其本國法。(註一六)蓋該當事人的住所既在其本國，則適用其住所地法即係適用其本國法；且住所既係一人生活的中心，適用其在本國的住所地法亦即適用與其關係最為密切的法律。

④最難解決的情形是該當事人的本國，私法既未統一，省際或區際私法亦付闕如，而該當事人的住所復不存在於其本國而存在於他國的情形。於此情形，我們如適用該當事人的住所地法，豈不將舍當事人本國法主義而從當事人住所地法主義？我們以為較妥善的解決方法是：適用當事人在其本國的最後住所地的法律，而於當事人絕未在其本國取得住所的情形，適用其本國的首都所在地法。這個解決方法是德國學者的通說，且已為瑞典的立法例所採取。(註一七)但對於採當事人住所地法主義的國家的人民，我國法院如有援用反致條款的可能，自應援用該條款而適用中國法。例如：住所在我國的英國人，設因其身分能力問題涉訟於我國法院時，我國法院適用法適第四條的結果，自應適用我國法，而不適用該英國人在英國的最後住所地法，或英國首都所在地法。

附 註

(註一) 參閱 Wolf, M., Internationales Privatrecht, 1933, 27.

(註二) 參閱 Rabel, E., The Conflict of Laws, 1945, 112.

(註三) 參閱 Ibid., 110.

(註四) 參閱 Ibid., 115.

(註五) 參閱 Arminjon, P., Précis de droit international privé, II, 2nd ed., 1934, 23ff.

(註六) 參閱 Diena, G., La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie, Recueil des cours, 1927, II, 358.

(註七) 參閱 Bustamante y Sirvén, Le Code de droit international, privé et la Sixième Conférence pan-américaine, 1929, Appendice.

(註八) 參閱 Cassin, R., La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, Recueil des cours, 1930, IV, 657 ff.

(註九) 參閱 Oppenheim, L., International Law, 6th ed., edited by Lauterpacht, I, 194, § 297; Rabel, E., op. cit., 136.

(註十) 德Stuttgart高等法院一九〇六年六月一日判決，見Jahrbücher für die Württembergische Rechtspflege, XIX, 179.

(註十一) 參閱 Lapradelle et Niboyet, Répertoire de droit international, IV, 639-641.

(註十二) 見 Annuaire de l'Institut de droit international, 1932, 471.

(註十三) 參閱 Rabel, E., op. cit., 122-124.

(註十四) 山田三良著國際私法，李倬譯，第三版，第一〇〇頁。

(註十五) 波蘭有際私法第一及第三兩條。

(註十六) 參閱 Rabel, E., op. cit., 129.

(註十七) 參閱 Ibid., 130.

養子制度及民法所定法條之商榷

羅鼎

養子制度由來已久，其最早見於載籍者：三國志魏志武帝紀『桓帝世曹騰為中常侍，大長秋，封費亭侯，養子嵩嗣官』嵩為夏侯氏之子，是知收養異姓之子為己子者稱為養子，其制度在東漢時早已存在，距今垂及二千年矣，而在歐洲則遠在羅馬法上即有此制，稱為Adoptio 英美各國現時所用之Adoption一辭即由此轉變而來，至其所由發生之背景當為以血緣為其基礎之家族制度，其目的乃在維護家系之綿延不墜與宗廟血食之繼續不斷，蓋在社會組織尚在簡單之時，家系為社會團結之最重要的型式，而其重視此家系之思想又在恐懼血食之中斷，此種觀念在我中土尤特為顯著，所謂『神不歆非類民不祀非族，』主持宗廟祭祀之人即非屬於其家系之人不可，論該家長死而無子以繼承之其家必至斷絕，而宗廟之血食乃以中斷，此實非當時人民所能視為無足輕重之事，而子孫之有無又屬於造化自然之作用，非人之意思所能左右。甚至於有由生理上之障礙如天閹等類，人為的機能之毀敗如閹官等，根本上即無生育之可能者，於是乎為保持家系之綿延不墜乃在血統連絡假想之下以他人之子為己子，擬諸血族，以圖其宗廟血食之不斷，此所以於立嗣制度之外又有養子制度之興趣也。

迨後因工商業發達之結果社會之組織日趨於複雜化，個人主義隨家族制度之衰微而勃興，恐懼家系中斷之觀念在歐美各國漸由冷淡而趨於消滅，養子制度於以漸次喪失其重要性，或

則為慰老慈幼之目的或則為財產之繼承而偶然利用之耳。蘇俄一九一八年之親屬法於其第一百八十三條規定『本法施行後禁止以自己或他人之子為養子，此後無論為何種收養關係，養父母與養子女間不發生任何權利與義務，』其理由在於親子範圍的排除法律上一切之擬制而導民於誠實，而其一九二六年之親屬法則又承認養子制度，惟明白規定『須限於為養子之利益』

Ausschliesslich im Interesse der Kinder 始行允許之耳。

養子制度之在今日反對之者不乏其人，以為反於人倫之自然，紊亂親屬關係，無視養子之人格，養成依賴之習性，助長獨身主義，妨礙正當之婚姻，以及養父母之虐待與漁利等種種弊端皆由此法律上之擬制而生，而徵諸實際此等弊端誠然在所難免，如我東隣某國妓女之衆多為世界各國冠，其所謂娘子軍者徧於全球各大商埠，此中由於成年女子之自甘墮落者固亦有之，而其大部分則由於貧家女子於幼年時期為鴿母者流收為養女教以舞術歌藝搔頭弄姿，經過此一段訓練時期乃以鴿妓名義出現於聲色場中，或可稱之為科班出身之妓女，其供給源源無窮，賁淫國之名稱或即由此得來，此等少女類多勤樸正直，使其置身於良好之家庭中本可成為將來健全優良之婦女，乃因所奉為父母者之不得其人遂致沾染惡習不自覺而沉淪為路柳牆花以貽誤其終身，亦滋可哀矣。倘使法律禁止此類收養關係，根本否認其有任何效力，未始非一矯正積弊頹習之辦法，彼邦人

士主張以未成年人為養子者須得家事裁判所之許可，蓋欲發動公權以為事前之監督而預防之也。類此之情弊在我國亦未始無之，妓女之年事已長無復吸引能力且乏從良機會者每每擇伶俐聰秀之幼女數名收為養女教以招蜂引蝶之方術俾繼續其可恥之營業倚之為搖錢樹用以防老者其例正多，常有由母而女而孫女延綿數代作此皮肉生涯成為淫業中之世家者，不得謂非由於收養關係為之屬階。走江湖玩雜耍者之流常逼令幼年男女作爬天梯端鐵索及受割腹割首等等至為危險之玩藝，稍一不慎即有戕害其生命或毀傷其肢體之虞，觀者為之咋舌，誰非人子？忍令其從事於如此兇險之勞作，實則此非其親生之骨肉，類係以養子或養女名義所收留之貧家子女耳，為人道計，此類收養關係亦有嚴予取締之必要。然而養子制度設使利用得當，未常無救濟孤兒或慰藉晚景之作用，蘇俄曾一度將其廢止而旋又復活，英國向不採取養子制度，而於一九二六年亦有養子條例 *Adoption of Children Act* 之頒布，對此制度予以承認，從知養子制度雖在今日尚有其存在之價值，要在如何排除其弊害使因緣以為奸者無所施其故技耳。

我國舊律關於擬制之子有二，一曰嗣子，二曰養子，養子又可分為三種：（一）收養三歲以下遺棄小兒，（二）收養異姓之子女，（三）同宗之子過房而不承繼宗祧者。養子不以繼承宗祧為目的，故不問其為異姓或同宗均無不可，嗣子以繼承宗祧為目的，故以同宗為限；異姓亂宗在所不許。嗣子限於無子時始得擇立，至養子則養親雖有親生子或立有嗣子仍得收養，嗣子以男子為限，而養子則女子亦可，嗣子有財產繼承權；嗣父於立嗣後却生子或有姦生子者嗣子與親生子或姦生子均分遺產，如無此等人時承繼遺產之全部，而養子則並無財產繼承

承權，只得於一定條件之下受遺產之酌給，此其不同之點也。舊制之不適合於現時社會之需要者吾人固應予以揚棄使其不至長為社會進展之阻力，然其所以演變至此，要皆有其特殊之社會背景，一般民衆之要求或即於此得其反映，立法者所宜審酌國情民俗以慎為取捨者也，我民法基於中央政治會議所決定之立法原則不承認宗祧繼承之制僅就財產繼承有所規定，則嗣子名稱似不復有存在之餘地，而此項立法原則關於其第一點『宗祧繼承無庸規定』之說明書內又有『至於選立嗣子原為當事人之自由，……要當不分男女均得選立及被選立耳，』云云等語，又明示嗣子之選立不在法律禁止之列，其態度曖昧，使人民不知其所適從，且既承認人民有擇立嗣子之自由，理應尊重當事人之意思使此嗣子享有財產繼承之權以發揮立嗣制度之效用，則又靳而不予，理由何在？殊不易明，嗣父而欲其嗣子得以需與其遺產之利益固可以遺囑指定其為全部或一部財產之繼承人，或與之訂立收養契約使其取得養子之身分，或則於不違背特留分規定之範圍內將其遺產之一部分遺贈於其嗣子，然使以此等方法而達其分給遺產之目的究嫌其迂迴而多所周折，舍捷徑而不由，徒增程序上之繁複，於義無取，並且設此被繼承人不知利用或不及利用此等迂迴曲折之方法為其嗣子取得對於遺產之權利，則此嗣子對於其嗣父之遺產勢將等於路人，不得作任何權利上之主張；對於嗣子之待遇過於苛酷，殊失事理之平也。

宗祧繼承之制導源於成周時代之宗法，在其時之封建制下大宗有收族之責，故小宗可絕而大宗不可絕，大宗宗子無子，自需為之立後，以小宗之支子承其乏，封建制度，大宗小宗之區別已成為歷史上之陳蹟，故不問長房次房，凡無子者均應為

其立後以析血食之不致中斷，此實基於國民之一般心理以為不孝有三無後為大，非以一新法律之頒行所能遽予改變者也。不過舊律關於立嗣有『先儘同父周親，次及大功小功，總麻，無以上之應繼人方許擇立遠房及同姓為嗣，』之種種限制，凡屬胞姪即享有被擇立為嗣子之優先權，因之各房間之爭繼訴訟常常發生，甚且因此釀成命案，摧毀手足之情誼，破壞家室之和平，莫此為甚，亦間有兄弟失和平時不相聞問，而此兄或弟富而多金抱無兒之遺恨以逝，則在寡妻孤女悲痛哀傷之中，此人轉欣欣然有喜色，遣子披麻戴孝以為其後，藉遂其奪產肥己之私，宗祧繼承制之不能無弊，顯而易見。惟此未始無防範之方，誠使擇賢擇愛悉聽被繼承人之自由，不許任何人就此有所告爭，則家族間關於此類事件之糾紛當無再度發生之可能，而舊制之不合情理受人詬病者，尤在財產繼承以宗祧繼承為其前提之一點，縱有親女為所喜悅，仍須由此嗣子承受遺產之全部，親女僅得受遺產之酌給耳，今撤除此種限制，則宗祧繼承制之弊害已除去其大半矣。而年事已高膝下猶虛者欲得一可資倚靠之青年相為倚藉慰晚景而避免生活上之枯寂，亦屬人情之常，於理似無強加阻遏之必要，如欲杜絕死後他人代為立嗣之舊習，以其矯揉造作非出於被繼承人之本意，而將立嗣行為包括於收養行為之內固亦未始不可，民法之立法者是否原有此意？吾人固不便加以懸揣，惟設欲如此，似宜於單純的養子之外另承認一種所謂『養嗣子』者。單純的養子之收養，其目的或在慈幼，或在濟貧，或在培植有望之青年，或在調劑枯寂之生活，故自有子女者無妨更為收養，而嗣養子關係之建立乃以人為之方法延續家系為其目的，有子者自不得更為嗣養子之收養，嗣養子與養親有相為倚倚之關係，其地位應與親生之子女無異

，故縱令養親尚有直系血親卑親屬，其對於養親遺產之應繼分應與婚生子女相同。至單純之養子與養親之關係既不若養嗣子之密切，則如民法之所規定，視被繼承人之有無直系血親卑親屬其對於遺產之應繼分或為婚生子女之二分之一或與婚生子女相同，似嫌過於優厚，或即沿襲舊律時代之辦法由養親依其所喜悅之程度或斟酌其他各種關係酌給遺產，易言之即許養親得以自由決定各個養子對於遺產之應繼分亦未始不可也。民法僅規定養父母與養子女之關係，而養子與養家之其他直系或傍系血親及其所生子女與養家究生如何之關係無所規定。關於養子有無為其養親代位繼承其養祖遺產之權，司法院之解釋例即曾採取否定之見解，此就單純之養子而言，尚無不可，若並適用於養嗣子，則與當初收養關係成立時雙方當事人之意思未免大相違背，為延續家系而有養嗣子關係之建立，今此養嗣子在養家生有子女，雖其自身於養親之繼承開始前業已死亡，要無虞於家系之中斷，亦正符合於被繼承人當初與該養嗣子成立養嗣子關係之本意，而謂此養孫對於被繼承人之遺產無代位繼承之權，甯非至堪駭怪之事？此則須有明文規定以確定其法律關係者也。至關於養子之姓氏問題，養嗣子之應從養親之姓，自無待論；若為單純之養子則或從養親之姓，或於其原有之姓上加冠以養親之姓，或仍保存其原姓，似無妨委諸當事人之自由決定；法律上未見有硬性的規定須從養親之姓之必要。依我民法之用語例，所謂直系血親卑親屬者是否包括擬制的血親即養子在內？頗不易明，蓋如採消極的解釋則養子不在第一千一百三十八條所定遺產繼承人之列，勢與第一千一百四十二條之規定顯相抵觸。而如採積極的解釋則第一千一百四十二條第二項但書又定明『養父母無直系血親卑親屬為繼承人時其應繼分與婚生子