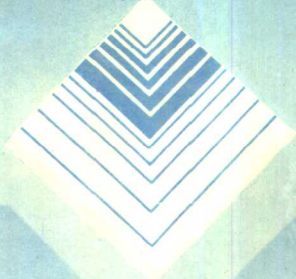


書用試考 材教專大

國 際 私 法

蘇 遠 成 著



五 南 圖 書 出 版 公 司 印 行



大專用書

國 際 私 法

蘇 遠 成 著

台灣大學法律系畢業
曾任日本東京大學
法律學部教授、推事
現任律師

五南圖書出版公司印行

國 際 私 法

中華民國73年5月初版



著作者 蘇 遠 成
發行人 楊 榮 川
發行所 五南圖書出版公司

局版臺業字第0598號
臺北市銅山街1~1號
電話：3916542號
郵政劃撥：106895號

基本定價：4.45元

印刷所 明文印刷廠

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

自序

具有主權的國家是實定法（positive law）的主要創設者；各國國內法，至少在形式上就是主權者的命令。同時在各國社會，除有普遍適用於人類生活的一般規範以外，還有適用於各國固有生活的特殊規範。因此，法律的統一，還不是目前所能冀望的事實。至少在目前還沒有可以統一、維持世界法律秩序的司法機關。各國法律，既具有不同的內容，當內國法與外國法發生抵觸時，如何適用法律，即有必要確立原則。這問題就是國際私法研究的核心，也是急待普遍解決的問題。然而各國法學家、政治家等，無不標榜世界法乃至完全之統一法實現為其最高理想；希望國際私法不過是達到世界法以前的過渡時期的產物，可是人類的生活方式以及風俗習慣，既然無從一致，統一法的擴增，國際私法縱然可以漸失其重要性，要完全成為法制史上的名詞，實在是不可能的事實。

國際私法固然已於第十一世紀誕生，但由於其本質及構造與其他法律學科；如民法、商法、訴訟法等實定法大相逕庭，同時，國際私法的基本理論以及其解釋、適用，因為受學者、立法機關以及司法官之主觀見解乃至其世界觀之影響甚大。所以國際私法之發展較其他法律學科為遲。國際私法目前雖仍停滯在國內法的階段，在形式上還是屬於一國主權的延長，

但其地盤乃在國際社會，所以國際私法的解釋、適用，如何脫離國家主義之窠臼，不受主權觀念的束縛，以國際的觀點為之，是為晚近國際私法研究、發展的趨勢。

著者曾在台灣大學、輔仁大學兼任國際私法講席，編有講義，供學生參考，茲經幾年執業律師之心得，加以增刪整理，著為本書；即以國際社會為基礎，從此觀點，比較各國法制，探討各種問題之基本理論，並論及我國實定國際私法在理論上及實用上所生之各種問題，藉供立法及實務上之採擇。惟著者學驗有限，謬誤之處勢所難免，倘蒙高明批評指正，無任感幸。

蘇 遠 成 謹識

七十三年三月

目錄

第一編 總論	一
第一章 國際私法之概念	一
第一節 國際私法之意義	一
第二節 國際私法之性質	五
第一款 國際私法爲國際法抑國內法	五
第二款 國際私法爲公法抑私法	八
第三節 國際私法之名稱	九
第二章 國際私法之沿革	一二
第一節 國際私法之發展與派別	一二
第二節 國際私法之立法	二四
第三章 國際私法之法源	三五
第四章 國際私法之基本問題	三九
第一節 法律關係之性質決定	四〇

第二節 國際私法之解釋及其規定之欠缺	四八
第一款 國際私法之解釋	四八
第二款 國際私法規定之欠缺	五〇
第三節 反致	五四
第四節 連結點之決定	六六
第一款 國籍	六八
第二款 一國數法之問題	七八
第二款 住所	八〇
第四款 屬人法之基準	八六
第五節 外國法之適用	九二
第一款 外國法之性質及其證明	九二
第二款 外國法之解釋	九六
第三款 外國法之不明	九七
第四款 適用外國法之錯誤	九九
第六節 外國法適用之限制	一〇四
第七節 迴避法律之問題	一一七

第二編 各 論

第一章 自然人

第一款 迴避法律之意義	一一七
第二款 比較法上之考察	一一八
第八節 裁判管轄權	一二二
第一款 裁判管轄權之意義	一二二
第二款 比較法上之考察	一二五
第三款 我國之法制	一三〇
第九節 外國判決之承認及執行	一四二
第一款 概說	一四二
第二款 我國之法制	一四四
各 論	一五七
第一章 自然人	一五七
第一節 權利能力	一五七
第二節 死亡宣告	一六二
第三節 行為能力	一七一
第四節 禁治產宣告	一七八

第二章	法人	一八五
第三章	外國人之私法上地位	二〇〇
第四章	法律行爲	二一一
第一節	法律行爲之實質問題	二一一
第二節	法律行爲之方式	二一三
第五章	債權	二一八
第一節	由法律行爲而發生之債權	二一八
第二節	由非法律行爲而發生之債權	二三九
第一款	無因管理	二三九
第二款	不當得利	二四二
第三款	侵權行爲	二四五
第三節	債權法上之特殊問題	二五二
第一款	債權之保全	二五三
第二款	債之移轉	二五五
第三款	債之消滅	二五八
第六章	物權	二六一

第一節	總說	二六一
第二節	所在地之變更	二七二
第三節	準物權	二七六
第四節	船舶物權	二八〇
第七章	親屬	二八九
第一節	婚姻	二八九
第一款	婚姻之成立	二八九
第二款	婚姻之效力	三〇〇
第三款	婚約	三二三
第二節	離婚	三一五
第三節	父母子女	三三一
第一款	婚生子女	三三二
第二款	非婚生子女	三三六
第三款	收養子女	三四一
第四款	親子間之法律關係	三四八
第四節	扶養	三五三

第五節 監護	三五六
第八章 繼承	三六二
第九章 遺囑	三七三

第一編 總論

第一章 國際私法之概念

第一節 國際私法之意義

昔日各國皆閉關自守，鮮有往來，故人與人之生活關係發生於國家之內者居多。今則人與人之生活關係，非必限於一國家之內，或須跨越國界與他邦人民發生關係，如甲國商人向乙國商人訂購貨品，二人成立契約；甲國男子與乙國女子結婚；或甲國商人簽發支票，由乙國人背書後，在丙國銀行付款等是。此類生活關係因涉及他國，而具有涉外因素（Foreign element），稱為國際上的生活關係，又稱為涉外的生活關係。此種涉外的生活關係並非發生於現代，昔日已見其存在。惟因近代科學日益昌明，交通工具日新月異，縮短國家之距離，而國家間之來往日趨頻繁，尤於第二次世界大戰以降，國家間之關係更形密切，涉外的生活關係之範圍，且逐漸擴大，其內容亦愈見複雜。

此種涉外的生活關係亦常發生問題而引起糾紛；為解決此類糾紛，適用於各國間之普遍法則（為各國所遵循），自有其存在之必要，如羅馬之萬民法（*ius gentium*）即屬其例。惟因此類性質之普遍法則，至今未見確立。（註一）且因法律為社會環境之產物，各國之國家政策，社會狀態，國民之精神，歷史之演變及風俗習慣，既不能盡同，各國之私法內容亦自互異。解決涉外的生活關係所生的糾紛，若容各

自處理，其解決方法必見紛歧，涉外的生活關係即欠缺法律之安定性，而莫由所從，爲求涉外的生活關係之安定，對於這種法律衝突之現象，應該設法解決，在此情形下，國際私法即應運而生。故國際私法不外爲解決涉外的生活關係所生之糾紛。

國際私法究竟如何解決涉外的生活關係所生之糾紛？蓋由於各國私法之內容互異；國際私法乃在涉外的生活關係所牽連之數國私法中選擇與該生活關係，最具密切關係者爲適用準則，因是以觀，國際私法乃就與涉外的生活關係有牽連之數國私法中選擇最具密切關係之某國私法來規律涉外的法律關係者也。在此情形下，外形上，有複數國之私法抵觸（衝突），例如，法國男子甲與德國女子乙在我國結婚之場合，則在外形上，有德國法、法國法及中國法併存，而發生抵觸（衝突）。國際私法即係在於解決法律之抵觸（衝突），故又稱爲法律之衝突法（抵觸法）。於英美國家，傳統上將國際私法（Private International Law）¹ 門稱爲法律之抵觸（衝突）（Conflict of laws, Konflikt der Gesetze, Conflit des lois），其因在此。惟以正確之意義言之，若用法律之抵觸（衝突）表現涉外的生活關係之現象，自其內容、性質觀察，則非所宜。蓋國際私法乃就有關之私法中決定某國私法有規律某種涉外的生活關係之管轄權（govern），管轄權決定後，始可決定規律該涉外的生活關係之管轄法，從而，內外國法律，實無衝突，或抵觸之可能。惟因便利計，姑且使用。

以上所述國際私法之意義，該當爲何，可要約其涵義如下：「國際私法者，乃爲保障國際上之私法生活的安全，而指定適用於該私法生活所生之法律關係的私法秩序也。」易言之，決定各種涉外的私法

關係之準據法的法律秩序者也。爲闡明此意義，將重要點析述如下：

(一) 國際私法所規律之法律關係必涉及其他國家，若法律關係限定於一國家之內者，無待於國際私法之適用，逕引用該國法律解決之即可。例如，居住在中國之中國籍夫妻之一方，向中國法院提起離婚訴訟之場合，有無具備離婚要件，應逕適用中國法律解決，並非屬於國際私法之問題。若法律關係有涉及於複數國家，即具有涉外的要素 (Foreign element) 者，不得逕引用內國之實質法 (Materielles Recht)，而應適用國際私法解決之。即如當事人之國籍，住所或居所，行爲地，債務之履行地，事實發生地，訴訟地等，均非一致之情形，即具有涉外的要素，此情形自應受國際私法之規律。如以外國人或居住於外國之內國人爲當事人；標的物之所在地或行爲地等在外國之情形，在內國處理者，均應歸國際私法規律。又如同一國籍之男女在其本國結婚之場合，在其本國處理時，該法律關係自無適用國際私法解決之餘地。但若該夫妻在本國以外之第三國處理夫妻關係之身分問題者，則受國際私法之規律。

(二) 國際私法僅規律私法上之法律關係。涉外的民事、商事之法律關係均應受國際私法之規律，如人之行爲能力、債權、物權、親屬、繼承、公司、票據等法律關係均屬於國際私法之範疇。我國國際私法之立法意旨雖僅提及民事關係之適用，且於條文未就商事關係做詳盡之規定，致有誤爲我國國際私法並未包括商事關係者，實則商事關係亦屬於國際私法之範疇，毋庸贅述。(註二)至公法上之問題，如憲法、刑法、行政法等問題，皆爲國家主權所繫，無不與國家公益有關，如竟適用外國法即害及內國之公

益，是以凡在內國國內者，無論內外國人一律適用內國法，基乎此一原則，公法關係應在國際私法之範疇以外，爲各國所公認。我國國際私法學者之見解，亦然。認爲刑法、行政法、稅法等諸問題，非屬於國際私法之範圍，而在其著述皆未論及。（註三）但關於民事訴訟之問題，尤其裁判管轄權之問題，大陸法系學者尤以德國學者多認其爲程序法，有公法性質，不應在國際私法之範疇內，而多未於國際私法論及。我國國際私法之立法意旨及一部份學者亦認爲裁判管轄權，具有公法上之性質，不在國際私法論述之範圍。（註四）有一部份學者，亦僅爲扼要之說明。（註五）然非先解決此類問題，則莫得適用實質法解決涉外事件，裁判管轄權之問題與法律之選擇問題，係一物之兩面，不可分離，應列爲國際私法之課題來解決，爲理所當然，英、美、法等國之學者多認裁判管轄權之問題應屬國際私法之範疇，其因於此。

（三）國際私法係解決法律抵觸之法律規範，又稱爲抵觸法（衝突法），其規定爲抵觸規定（衝突規則）（*kollisionsnorm, règle de conflit, conflicts rule*）。國際私法非直接規律法律關係，而係間接規律法律關係，換言之，國際私法非逕適用民法、商法等實質法來規律涉外的法律關係，乃先指定準據法（*Proper law, massgebends Recht, loi applicable*），然後經該準據法——民法、商法等來規律涉外的法律關係。如未滿十九歲之法國人或精神喪失之英國人，究竟如何決定其法律行爲之效果問題，國際私法並無直接規定，僅規定「人之能力，依其本國法」等抵觸規定，指定法國法或英國法，間接解決該問題，從而，學者將國際私法稱爲「間接法」或「法之法」（*Recht über Recht*）、「上位法」（*überrecht*）、「法之適用規範」（*Rechtanwendbarkeitsnormen*），而將準據法稱之爲「實質規

範」(Sachnorm)，其因在此。(註六)

註一：但埃及之混合法典 (code mixte) 及若干國際條約，亦可窺見此律性質之規定。

註二：商事關係在我國民商合一之下，亦屬於民事法之範圍。(參照：洪應灶，國際私法，第二〇頁)

註三：翟楚、國際私法綱要(正中書局)第六〇頁。馬漢寶、國際私法總論，第二五頁以下。

註四：洪應灶、國際私法，第五頁、第二五—二九頁。

註五：馬漢寶、國際私法總論，第二九頁、第一六九頁以下。翟楚、國際私法綱要，第一八九頁以下。

註六：Zitelmann, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, Festgabe für Bergbohm, 1919, S. 208.

第二節 國際私法之性質

第一款 國際私法爲國際法抑國內法

國際私法之名稱，雖冠以「國際」二字，由國際法及國內法之分類觀之，究屬國際法抑屬國內法，爲學者間所爭論。主張國際私法爲國際法者不外以國際私法爲決定國家間之法律關係，其思想殆源自於薩維尼(Savigny)所倡之「國際法共同體」(völkerrechtliche Gemeinschaft)爲國際私法基礎之理論。此派以法國之皮拉(Pillet)、瑞士之衛斯(Weiss)及德國之齊特爾曼(Zitelmann)爲其代表，彼等認爲由法律之牴觸所生之管轄問題不外爲立法機關，即主權者之間之管轄問題，而法律牴觸問題即爲主權之牴觸問題，或以國際法係規定國家間之法律規範，而國際私法即在限制各國私法之立法權範圍。因此，國際私法應屬於國際法之一部份。(註一)主張國際私法爲國內法之一部份者，以英美及德國

之學者爲主，目前雖屬多數說，但因觀點不同，立論亦見紛歧。其論據大致謂國際私法之原則均屬於國內規範，且對國際社會之各國無強制拘束力。詳言之，如外國人在中國爲法律行爲者，對該外國人之能力問題，究應依其本國法抑依住所地法或行爲地法，係屬中國國際私法上之問題，而僅爲當事人間所生的國內法上之問題。中國與該外國人之本國間並無任何國際關係存在，事實極爲明顯。於此場合，設若該外國人之本國對中國有請求適用該本國法之權利，同時，中國有適用該本國法之義務者，國際私法即係屬於國際法之一部固無疑義。然此項假定，於今尙無存在之餘地，並且即以本國法主義或住所地法主義之原則來解決此問題，縱此二原則雖尙不一致，亦難謂違反國際法。因此，國際私法之立法程序、當事人、法律關係、修正方法等均異於國際法，而國際私法非爲國際法之一部份。（註二）

以上兩派所持之論據，互相對立，國際法派學者多著重於國際私法之規律對象；國內法派學者，即強調國際私法法規之手續，所謂國際私法之存在形式是，然如前節所述，國際私法乃係決定應適用何國法律以解決涉外糾紛之法律，就此意義言之，前者立論固多失當，然後者主張亦非盡善，詳言之，如所謂「人之能力，依其本國法」之國際私法上的原則，若於國際社會經各國共認者，就本國人之能力問題，本國得向他國主張本國法之管轄權，同時，就外國人之能力問題，本國應認該外國人之本國法有管轄權，在此情形之下，可認國際法上之國際私法原則，確已存在。然其存在形式有二：一爲以各國間締結條約明示承認，二爲於國際社會以習慣法來默示的承認，前者有如關於國際私法之海牙條約，後者有如「不動產物權，依不動產所在地法」(lex rei sitae)或「場所支配行爲」(locus regit actum)，即