

論總法私際國

著 培 浩 李

第一編 緒論

第一章 國際私法的對象及定義

參考書：Dicey, Conflict of Laws 5th ed, 1932, latest Introduction, III. — Westlake, Private International Law, 7th ed, 1927, London Introduction, III. — Beckett, "What is Private International Law?", in the British Year Book of International Law, 1923, 73 ff. —
of Laws, 1912, New York, I, Introduction, III. — Arminjon, L'objet et la portée du droit international privé, Traité des cours de l'Académie de droit international, 433-437.
II. — Arminjon, Traité de droit international privé et de législation comparée 271.
Gross, — Pillet — Moberg, Manuel de droit international privé, 2nd ed 1926, 1-271.
ar, Private International Law, Gillespies translation, 2nd ed, 1892, Edinburgh.
La méthode du droit international privé, 1890, La Haye, 32 ff. — Zitelmann, Die Privatrecht, 1887, Leipzig, 1, III. — Frankenstein, Internationales Privatrecht, Berlin I, 28 ff. — Kahn, Abhandlungen Zum Internationalen Privatrecht, 1920, 1, 271 ff. — Wolff, Internationales Privatrecht, 1933, Berlin, 1 ff.

(1) 1 國的國際私法。(Private international law, droit international Privé, international les Privatrecht) 是該國的一部份法律規則的總和，其目的在就含有涉外因素的私法關係，指示應適用的法律。現代國家，因環境，習慣，歷史，文化等的不同，各有各別的民法，其規定常與他國的民法的規定互有歧異，有時且大部相反。但在國際交通頻繁國際商業發達的今日，個人及團體的活動，既不能限於國內，內國人與外國人間，外國人與外國人間，或甚至內國人與內國人間，所成立或擬成立的私法關係，自常可能不祇與內國的法律秩序發生接觸。而并與一外國的法律秩序或甚至數外國的法律秩序發生接觸。於此情形，如當事人發生爭執時，他們的權利義務，應依何國的法律（內國法，甲外國法，或乙外國法），或甚至何數國的法律以確定的問題，也自可能發生疑問。國際私法的任務，在解答此種疑問。

以下我們擬討論幾個假設的案件，以闡明上面的陳述：

第一案：甲乙兩人，均中國人，其住所及居所亦均在中國，在中國訂立一買賣契約。契約中約定買賣的貨物存在於中國，交貨及交價的處所也在中國。嗣後買受人或出賣人違背契約，因此在中國法院涉訟。在這案件中，訂約的當事人都是中國人，他們的住所及居所都在中國，買賣的標的物在中國，契約的成立地及履行地在中國，故當事人間所成立的私法關係，不含有任何涉外因素，因此，受理這案件的中國法院，可逕依中國民法解決之，而無適用國際私法的必要。

第二案：設在上述第一案中，訂約當事人甲係中國人，但乙係美國人，其他事實均無變更。此第二案，祇因為訂約當事人的一造係外國人，當事人間的私法關係、就含有一個涉外的因素。且，祇因

爲此第二案的私法關係含有一個涉外因素，中國法院受理此案時，就不能像受理第一案時自信地適用中國民法判決。中國民法與美國民法關於買賣契約的規定，不完全相同；故中國法院的法官，對於究應適用中國法或美國法以判決此案的問題，頗有躊躇的餘地。此案既不能逕依中國民法解決，則中國法院的法官，即不得不向另一種法律，尋求適當的規則，以解決之。此另一種法律，即們衆所稱爲的國際私法。

第三案：設在上述第一案中，訂約當事人甲乙兩人均係中國人，但：（1）訂約時一造或兩造的住所或居所不在中國，或（2）契約成立地不在中國，或（3）買賣標的物不存在於中國，或（4）契約履行地不在中國。此處所舉的每一種情形，均構成一個涉外因素，使有關的私法關係成爲含有涉外因素的私法關係，而有適用國際私法的必要。故內國人與內國人間，亦可發生須以國際私法解決的問題。

上面所假設的第二及第三兩案件，都是含有涉外因素的契約關係的案件，應以國際私法解決。但應以國際私法解決的案件，自不僅上述的案件；含有涉外因素的一切私法關係，均有藉國際私法以確定應適用的法律的必要。

在以國際私法解決問題時，通常表面上有兩以上主權國家的私法似均可適用的情形。於此情形，該表面上似均可適用的兩國以上各國的私法，其內容既各相異，一般國際私法學家稱此狀態爲私法的衝突。就此表面上似均可適用的兩國以上各別的私法中，選擇應適用的法律，祇爲國際私法的任務，一般國際私法家稱之爲解決私法衝突的法律。因此，國際私法有時又被稱爲「法律的衝突」(Conflict

ae lois, conflict laws)。

(二) 如上所述，國際私法所解決的問題，常表面上似有兩以上主權國家的私法均可適用；換言之，國際私法所解決的法律衝突，常係兩以上主權國家的私法衝突。但法律衝突不但在兩以上主權國家的私法間可以發生，國際私法的規則亦不僅適用於兩以上主權國家的私法衝突。在下面，我們擬審究在何種其他情形中，亦可發生法律的衝突，且亦應適用國際私法的規則。

(1) 在同一主權國家中，各地有私法的不同，此種地方私法間亦可發生衝突。列如：在北美合衆國，其組成該聯邦的各州，關於私法事項，享有幾乎完全的立法權；故在該國、各州的私法不同，而法律的衝突易於發生。蘇聯的法律情形，亦復類此。又如：在英屬、英吉利的私法與蘇格蘭者即已不同，與該國的屬地的法律更不同；在波蘭亦因區域的不同，而適用的法律不同。有適用法拿破崙法典者，有適用德國民法典者，有蘇聯與國民法典者，有適用甸國法者，亦有適用帝俄法者。捷克斯拉夫及南斯拉夫等國的法律情形，亦與此相類。在此種國家內，各地方的私法既不同，私法的衝突自亦因以發生。此種法律衝突，學者稱為省際或區際法律衝突 (conflicts interprovinciaux)。

茲舉一省際或區際私法衝突的假設例案。設一蘇格蘭人與英吉利人在英吉利結婚。關於該婚姻的實質成立要件與形式成立要件，英國法院究應適用英吉利法抑蘇格蘭法以解決？此係省際或區際私法衝突問題。解決此問題的法律，可名為省際或區際私法 (droit interprovincial, interlokales Privatrecht)。

解決省際私法衝突的法律規則（省際私法），與解決主權國家間私法衝突的法律規則（國際私法），性質上并無不同。兩者的任務均爲：在兩以上法律秩序的私法表面上似均可適用時，指示法官選擇適用其中一或數較適宜的法律，以資判決案件，而執行當專間的公平。兩者的細節容有不同。例如，關於品定問題（Qualification），法律反致及轉致問題（*renvoi*），及公序問題（*Ordre public*）如，省際私法與國際私法的規則，不盡相同——但兩者所含的規則，却大部份完全同一。若干學者——例如，畢炎（*Polier*）及倪抱一（*Nieboer*）——以爲主權國家間私法的衝突實即主權的衝突，而省際私法的衝突并非主權的衝突。故國際私法所解決的問題有主權的衝突存在，而省際私法的衝突，既爲同一主權國家中數地法律的衝突，即并無主權的衝突存在。此種學者，從此觀點出發，認爲國際私法與省際私法的性質不同。我們未能贊同此意見。蓋主權國家間法律的衝突，不能即謂爲主權的衝突（見第二章）；國際私法家的解決法律衝突問題，應多注意當事人間的公平，而不應過分重視國家的抽象主權。上述一部份學者的主張，其出發點既有錯誤，其結論自亦不免錯誤。

（2）在某些國家或區域內，同一國家或同一區域的人民，因所屬種族的不同，階級的不同，或宗教的不同，而服從的法律亦不同。於此情形，可發生人際私法的衝突。例如：在印度，印度教徒受印度法的支配，回教徒受回教法的支配，波斯教徒受波斯教法的支配，歐洲人則受普通法的支配。如有一波斯教徒與一回教徒因私法關係涉訟，究應適用何種法律判決？此係人際私法衝突問題，應依人際私法（*interpersonal or Privatrecht*）解決，人際私法與國際私法兩者根本的性質亦無不同，故國際私法的研究可包括人際的私法。

(3) 在新法與舊法交替的情形中，因兩法的規定不同，亦可發生法律衝突。例如：民國十九年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行的民法繼承編，關於繼承的規定，自與該法施行前現行律關於繼承的規定，大不相同。設有一繼承在民法繼承編施行前開始，究應適用該編的規定，抑應適用現行律的規定？解決此問題的法律，可名曰時際法（*intertemporalis Ratio*）。時際法的任務在解決法律之時間的衝突；國際私法的任務通常在解決法律之空間的衝突。解決私法之時間的衝突的規則，要的是「後主法廢除舊法」及「法律不溯既往」兩規則。但這兩規則不能解決法律之空間的衝突問題。故時際法與國際私法係兩不同的法律。

(4) 在公法方面，亦可發生法律的衝突。例如：甲中國人，在某外國為一行爲。此行爲之是否構成犯罪，應否依中國刑法裁判？此係國際刑法衝突問題，應依國際刑法（*droit international pénal*）解決。又如：甲，及兒子乙，均中國人，在外國居住。該居住國的強迫教育法規，是否亦適用於乙？此係國際行政法衝突問題，應依國際行政法（*droit international administratif*）解決。再如甲，外國人，在中國置有財產。甲死，甲的繼承人繼承遺產時，是否應依中國遺產稅法，向中國政府繳納遺產稅？此係國際財政法衝突問題，應依國際財政法（*droit international administratif*）解決。

國際刑法，國際行政法，國際財政法，及其他解決公法衝突的法律，均與國際私法的規則不同。私法關係與公法關係，性質上顯有不同，故其解決的方法亦不同。關於私法，一般國家的意見，均認為爲執行當事人間之公平起見，有時不必適用內國法，而可適用較適宜的外國法律；但關於公法，一般國家的意見，却認為爲內國，內國公法的地位，決不能由外國公法取而代之。故一國的立法者制定

國際私法的規則時，不但指示法官是否應適用內國法，並指示他如不適用內國法，應適用何國的法律。但立法者制定國際刑法，國際行政法，及國際財政法等規則時却不然。例如：關於含有涉外因素的刑法案件，立法者祇須指示是否應適用內國刑法判決。而內國法官對於該案不能適用內國刑法判決時，即不應受理該案，故立法者無須指示應依何一外國刑法判決。從此可知公法衝突的研究，及私法衝突的研究，殊有區分為兩不同的法律科學的必要。

(三) 國際私法，就含有涉外因素的私法關係，祇指示應適用的法律，而不直接決定當事人間的權利義務究竟是否成立，以及如屬成立其內容究竟如何。直接決定此種問題的職務，屬於國際私法所指示應適用的法律。例如：設中國男子甲與英國女子乙在巴黎結婚，關於該婚姻是否存實質要件與形式要件方面均屬有效的問題，法律適用條例（以下稱法適）——我國的國際私法——第九條祇規定「婚姻成立之要件，依當事人各該本國法」；第二十六條祇規定「法律行為之方式，除有特別規定外，依行為地法，但適用規定行為效力之法律所定之方式，亦為有效」。故法適祇指示應適用的法律——當事人各該本國法，行為地法，及規定行為效力的法律。至當事人的婚姻究竟是否有效，法適并不直接決定，而應由我國法官依法適所指示應適用的上述法律以決定之。國際私法之所以別於一般的實質法——例如，民商法——者在此。

(四) 依英美學者的見解，國際私法，除包含解決私法衝突的規則外，並包含下列兩部規則：

(1) 解決內國法院在何範圍內對含有涉外因素的私法案件有裁判權的法律規則；(2) 解決內國法院於何條件下對外國法院的民事判決應予承認的法律規則。此兩部法律規則，既均關於程序法，嚴格言之，不屬於國際私法。如果我們欲從國際的觀點，研究此兩部規則，我們實有另立一科學的必要。瑞士法學者梅利 (Meili) 的名著國際民事程序法 (*Das Internationale Zivilprozessrecht*) 即以此兩部法律規則爲其主要的研究對象。但此兩部法律規則之與國際私法具有密切的關係，却至顯明；故我們有時將附帶的論及之。

(五) 依法國一般國際私法學者的見解，國際私法并包含國籍法及外國人地位的法律。國籍，與外國人地位兩問題，雖然亦與國際私法所解決的問題不無關係，但關於這兩問題的法律却絕非國際私法。國籍是人民與國間家的一種政治的與法律的連繫，一國之決定某種人民係其人民，絕對依其內國的國籍法，而無適用外國法的餘地。故國籍法在內國法中自不應隸屬於國際私法，而應隸屬於憲法。關於外國人地位的法律，也不應歸入國際私法；此種法律決定外國人的權利義務，而不指示應適用何種法律。我們最好將這部份法律的研究，另立一科學，免使國際私法這科學加上雜質。面失去牠的單一性。

第二章 國際私法與國際公法

參考書：Starke, *The Relation between private and public International law*,

52 *Law quarterly Review* 395 If—Bar 2ff—Jitta, *la methode du droit International prive*, Paris, 1890, 69ff—Zitelmann, I, 72ff—Frankenstein, I, 19ff—Melchior, *Die Grunt des deutschen Internationalen privatrechts* Berlin 1932 35ff—Kahn, I 263ff—Wolff 3ff—Arminjon, I, 19ff—Pillet *Principes du droit International prive*, Paris, 1903, 55ff—Weiss *Manuel de droit International prive*, Paris, 4th ed, 1925, xxxiiff

(一)法，德，意等國的學者，頗有認國際私法係一種共同於各國的法律，其地位在各國的國內法之上，而主張下列兩說之一者：(1)國際私法與國際公法同為國際的一部，(2)國際私法為國際公法的一部。

法國國際私法學者魏斯 (Weiss) 謂：如我們分析國際私法所解決的國際間利益的衝突，可分此種種衝突為兩類，有時間衝突因一般利益 (Interet general) 而發生。例如：在領土分界戰爭，媾和等情形，國家與國家間的一般利益，顯有衝突。此際的問題，係主權的問題，公法的問題，但有時衝突係私人利益 (Interet prive) 而發生。例如，一法人在外國結婚，應以何法以決定其婚姻的是否有效？又如：一英國人逝世，而在法國遺有不動產，究依英國法抑法國法以解決其不動產繼承問題？此際，國家之解決此種案件，係因保護人民的私人利益。此際仍有兩主權衝突存在，故其衝突仍係國際

的。惟此際的主權衝突，與上述的主權衝突，有關的利益不同。因此不同，國際法須分爲國際公法與國際私法。凡國際的衝突，關係兩國的一般利益時，應由國際公法解決之；凡國際的衝突，祇關係私人的利益時，應由國際私法解決之。故依魏氏，「國際私法係適用以解決因兩國的私法或其人民的私益而發生之兩主權衝突的法律規則的總和」。

另一個法國的國際私法學者畢炎（Pillet）則以下述的四部份法律規則——關於外國人的權利，法律的衝突，既得權的尊重，以及裁判權的衝突的法律規則——均歸屬於國際私法，而敘述國際私法與國際公法的關係如左：

兩種國際法（國際私法與國際公法）的距離，遠不如我們想像之甚。誠然，國際私法的目的，在解決私法案件，但國際私法從各主權者間的關係中，即國際公法中，得到其法律規則，我們如將國際私法與國際公法分離，實有方法上的錯誤。

國際私法所包含的外國人的權利問題，雖由各國的立法者自由斟酌而決定，但此種斟酌，非無限制。一國不得不予外人以最小限度的權利，無此權利，外人即不能生活，故如不予外人以此最小限度的權利，等於剝奪外人的國際通商權，亦即侵害外國的權利。故此問題係主權間關係的問題，即國際公法的問題。

法律衝突的問題亦，我們如欲知在數法律中究竟何法律可適用於某法律關係，實即欲知在數法立者或主權者中，究竟何立法者或主權者得將此法律關係，「占有」於其權立範圍內，換言之，實即欲知究竟何者的權力得及於此法律關係，或究竟何者的關於此法律關係的規定，應有被尊重的權利。當

我們對於某一法律關係適用外國法時，我於實承認此法律關係應由外國立法者之主權支配。「凡法律的衝突，均係主權的衝突」。

據畢氏之意，畢氏蓋謂：凡法律均係制定該法律之主權者的意思表示；凡國際私法的規則，或作均為授權某國規律某種法律關係。因此授權，該國即有權規律此種法律關係，如他國不適用該國所制定的關於此種法律關係的法律，而適用其他國的法律，即係侵害該國的主權。例如：國際私法規定，人之身分能力，依其本國法；此規定授權一人之本國的主權者，規律該人的身分能力，關於計人的身分能力，他國如不適用該人的本國法，而而適用其他國法，即係侵害該人的本國的主權。故依畢氏，解決法律衝突的法律，實決定各國主權的界限。

既得權的國際承認問題亦然。當一國承認在外國依外國法所發生的既得權時，該承認即含有尊重該外國主權之意。相反的，如一國不承認依外國法所得的權利，此不承認，該國亦祇能根據其自己的主權以辯護之。

裁判權衝突的問題，亦復如此，蓋裁判係國主權的重要屬性之一。

故畢氏的結論為：國際私法所包含的各問題，均關涉主權間關係的衝突；國際私法，依其性質而論無從與國際大法區別。「國際私法者，祇係從國際公法的樹幹上生出的一枝而已」。

(二) 我們以為上述兩氏的學說，顯非真理，兩氏的謬誤觀念，——認國際私法的目的，在解決國與國間主權的衝突，界限國與國間的立法權及裁判權的觀念；——係因國際私法並不直接解決人民的權

利義務，而祇規定應適用何國的法律而起。實則國際私法所解決的問題，非係此等主權衝突的問題，而係執行私人間公平的問題。各國的私法不同，遇有含有涉外因素的私法案件，法官或立法者既有兩以上法律秩序的不同，法律在其面前，即發生應適用何法律的問題。選擇應適用的法律時，自以公平的達到爲其主要目的。我們以後研究各法律關係的準據法時，更可以明瞭此點。例如：我國立法者之以國際私法規定人之能力依其本國法，並非認祇該人的本國有權規律該人的能力，而係認對於該人，適用其本國法以決定其能力，較之適用其他國法爲公平。我國的立法者，如以爲適用該人的本國法并不公平，而以適用其住所地法爲較公平，亦得規定適用其住所地法（現在英美等國的國際私法，即係如此）。故畢氏的關於能力，如不適用當事人的本國法而適用其他國法，即係侵害其本國的主權之說，殊屬無稽。

畢氏以爲凡解決法律衝突的規則，均決定各國主權的界限；此種理論，我們研究契約的準據法，尤覺謬誤。現代大多數國家的國際私法，關於契約的實質成立要件及其效力，依當事人之意思，定應適用的法律。如一華人與一英人訂約，并約定關於此契約的實質成立要件及其效力，適用法國的法律，該兩契約的當事人是否被認爲在界限中，英，法，三國的主權？

我們以爲主權一概念，除在少數例外的情形之例如：「公秩序」（*ordre public*）非利用屬地主權概念，難以說明——外，於國際私法實無甚重要。蓋各國的法律施行，均以屬地及屬人主權爲根據。如一國充各主張其嚴格的主權，則將祇適用其自己的法律，而國際私法將不能存在。畢氏的各國互尊重主權之說，亦不能說明一國何以必須適用他國的法律。蓋甲乙兩國，既相互尊重主權，何以又必須

由其中的一國犧牲其自己的法律得而適用他國的法律？如謂因某種法律關係，依其性質，以由乙國的主權者規律爲當，故乙的國主權者得主張其立法權，而甲國亦不得不尊重其主張，此種辯論（畢氏確如此辯論），實已回復到公平的問題。

（三）我們以爲：

（1）國際公法解決國家間利益的衝突，國際私法解決私人間利益的衝突。故此兩法不應混同

（2）依國公法，一國的立法及司法，應合於最低的國際正義標準，及國際的社會精神。故

（a）一國應有一國際私法。如無此法而對於含有涉外因素的私法案件，完全適用國內法律，絕不適用較適宜的外國法律，致外人因此受損，是違反國際義務，構成國際的不法行爲（international delinquency），應負賠償責任。

（b）依一國自己的國際私法，應適用外國法，而任意不適用；或適用甲外國法，而在相同的情形下，任意不適用乙外國法，而致外人於損害，亦構成國際的不法行爲。但此係指較嚴重的情形而言。各國常藉口「公秩序」，而過分擴張內國法的適用，減損外國法的適用：此種形爲構成國際的不友誼行爲（unfriendly act）。受損的國家得對之爲報復（retorsion）（註1）。

（c）一國不承認或不保護外人在外國合法取得的權利（vested rights）、構成國際的不法行爲。但以上祇謂符合最低的國際正義標準及國際的社會精神之原則，係國際公法的一部，未能謂國際

私法亦係國際公法的一部分。一國無民法，或判決不合一般民法的原則，而致外入於損害，亦係未合最低的國際正義標準，但未能謂民法亦係國際公法的一部分。

(3) 除上述(2)的限制外，國際公法任各國自由制定國際私法，如任各國自由制定民法然。國際公法所要求於各國者，祇為：各國所制定的法律，須合於最低的國際正義標準，及國際的社會精神。各國所制定的各別的國際私法，其所含的法律規則，常互不相同。此種法律規則，雖因產生的背景及存在的理由常屬相似，且因學術國際化及各國的國際私法學者努力於各國國際私法規則的統一，有漸趨一致之勢，但仍不失為國內法(municipal law)(註1)。

註一：參閱德國民法典施行法第三十一條。該條規定曰：「德國宰相，經聯邦會議之同意，得以命令，對於外國，外國人民，及其權利繼承人，行使報復權(Vergeltungsrecht)」。

註二：國際常設法院於一九二九年所為塞爾維亞債款案的判決中有言曰：「任何契約，如非國家與國家以其國際法的主體的資格而為的契約，係以某一國的國內法為依據。究竟此國內法係何國的國內法的問題，構成現在通常稱為「國際私法」或「法律衝突」的這部法律法的論題。國際私法或法律衝突的律則，或可為數國所共同，或甚至可為國際公約或國際習慣所建立；在後者的情形，它們或可取得支配國際間關係的真正國際法的性質。但除此以外，它們應被認為構成國內法的一部分」。但現在以建立國際私法規則為目的的國際公約，例如，海牙國際私法公約，其適用的範圍，既均祇限於世界上的一小部份國家，故祇能謂為構成所謂「特殊的國際法」(particular international law)而非一般

的國際法 (general international law)，更非普遍的國際法 (universal international law)。至有關國際私法的國際習慣，我們現在已可認有下列兩國際習慣存在：(1) 一國多少有適用外國法的國際義務；(2) 一國有承認並保護外人依外國法業經取得的權利之國際義務。但就國際私法中所含的衝突規則而言，我們尙難發現業已成爲真正的國際習慣的衝突規則。

第二章 國際私法之歷史的發展

參考書

Beale, conflict of Laws, III, 1889ff—Westlake, Private International Law, 7ff.—Laine, Introduction au droit international prive, 2vols; Paris, 1889—92.—Pillet, Traite pratique de droit international prive, Paris, 1923, I, 291ff—Bar, Private International Law, 11ff—Gutzwiller, Le developpement historique de droit international prive, Recueil des cours de l'Academie de droit international, 1923, IV, 291ff.—Gutzwiller, Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des International privatrechts, Erichsburg, 1923.—Wolff, Internationales Privatrecht, 9ff.—Castellani, Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi, 2nd ed; 2 vols; 1895, 1902.

第一節 十一世紀至十四世紀前半期

國際私法的發展，可追溯至十二世紀，自十一世紀起，意大利的頗多重要城邦（例如，熱那亞，彼薩，米蘭，波倫亞，威尼斯，佛羅倫薩，巴多瓦，及巴馬），各有法律的制定。此種法律，名曰「法則」（statuta），其主要的成分為各該城邦的商事習慣及判例，但亦不無嚴的法律加入。各城邦的法則，其內容自各不同。法則的規定，如有闕漏，仍適用普通法——即羅馬法。在此種重要城邦間，以及此種城邦與外國（例如，敘利亞，阿拉伯，西班牙，及法蘭西南部）間，商業既頗繁盛，外城法及