

盧峻著

國際私法之理論與實踐

中華書局印行

國際私法之理論與實際

緒論

第一章 國際私法之概念

國際私法之存在，始於何時，迄無可考。在歐洲中世紀時代，商業未振，交通阻塞，除爲戰爭之故，一國之人民，鮮有跋涉於異邦者，應用私人間之國際行爲法則之機會既少，國際私法自亦無由確立。迨十九世紀，商務漸盛，旅途安謐，內外國人往來頻繁，正義和秩序之觀念生，法律之衝突亦生焉。若異國籍之男女，結婚於甲國而移住於乙國時；若內國人病歿外國，分析遺產於內外國時；若當事人締約於甲國而規定履行於乙國時；此類情形發生，則如何確定適用何一關係國之法律問題生焉。學者間有主張屬地主義者，根據主權獨立原則，謂上述諸案，不論當事者之爲內國人抑外國人，悉適用法庭地國法，以解決一切之涉外法律行爲。葛羅秀（Grotius）云：「與內國人締結契約之外國人，應受內國法律支配，蓋人於某處締結契約，即暫爲該處法律下之人民」

也。」「註」施多萊(Story)亦謂：「法律爲一國主權之表現，在其國內當絕對無比；換言之，即國內不論何故，不容外國法同時適用也。」「註」

此種解決國際私法問題之方法，固爲簡便，但其爲封建時代之遺跡，殊難適用於近世國際間，當亦不能否認。且採此主義之結果，勢不得不屏棄外國法之適用，以害及當事人在外國法下所已取得之權利，其間接侵害外國主權，無庸諱言。故爲公正及正義起見，內國有時亦不得不適用外國法。國際私法者，即所以在涉外關係中規定內國法抑某一外國適用之法規也。

第一節 國際私法發生之背景

國際私法發生之確期，雖無可考，但其在國家成立之後，殊可斷言。蓋無國即無法，法律爲國家之需要而創設者也。無國與國之關係，自無國際私法發生之可能。在昔國際間之關係式微，應用國際私法之機會亦少，是故數千年來，國際私法尚在演成時期。國家成立，固爲法律發生之要件，國際私法之存在，尙有下列之背景在焉。

一 內外國人之交往 國際私法既爲確定內國法抑某一外國法應適用於特定場合之

法規，則其場合含有涉外原素 (Foreign element)，方爲應用。〔註三〕蓋任何場合，如無涉外原素，自無選擇適用外國法之機會，僅依內國法解決之可耳！夫涉外原素，發生於內外國人之交往。最初，人類之需要無幾，各國之經濟自給，國家政策，不但拒外國人入境，抑且禁內國人出境，是以雖疆土毗連之邦，其人民亦鮮有交往者，在此內國經濟時代，國際私法，實無由發展。及後人類刺激漸增，慾望日熾，甲國所需之物，容或乙國有之，乙國之所需者，容或甲國有之，移民通商，由是而生，雖欲閉關自守，亦不可得。既由閉關政策，變爲開放政策，由國內經濟進展至國際經濟，則涉外之關係自繁，欲維持內國之治安秩序，使國內之交往得公平正義，勢不能仍使內國法適用於一切之法律關係上，其關於涉外問題者，又不得不另設法規，調濟內外國法之衝突，此國際私法之所由發生也。

二 外國人之權利保護

內外國人雖有交往，若外國人在其本國之外，不得享受權利，或內國對於外國人之權利，不與相當之保護，則國際私法，仍不能發生。往昔異國歧視，權利爲國民所獨有，非國民即不得享受權利。國際私法之目的，既爲根據問題之性質，規定適用之法律，使當事人間獲得正義及公平，若外國人之權利不予保護，則國際私法即無存在之必要矣。故在不保

護外國人權利之狀況下，國際私法亦即無由發生之可能。當今權利觀念，與昔不同，自平等之說興，公法學者，不獨認國家各有獨立之主權，在國際間互相平等；且以人類不分畛域，各具有獨立之人格，均得爲權利之主體，故國際公法，規定一國除爲根據內國特殊關係得限制外國人某種權利之享受外（如日本禁止外國人購買土地，美國限制華人服勞役是），當予外國人與內國人以平等待遇，此不獨理論上應如此，即爲內國之實利着想，何獨不然，蓋在國際互惠原則之下，一國如能閉關自給則猶可，如欲加入國際集團，謀國際貿易之發展，文化之增進，一旦與外國來往，若限制外國人之權利，或竟不保護之，則其國人在外國，亦必將受同等之待遇矣。

外國人之權利保護云者，非內國法設特別法規以保護之之謂也，蓋法律對於人之效力，以能及于一般人民爲原則，對於外國人殊無特別規定之必要。國際私法，即以此爲目的，所以規定如何保護外國人之一般法規也。國際私法稱爲一般法規者，即以權利之性質爲根據，凡關於涉外問題，不論內外國人，均能同一適用之意。例如：內外國人結婚，依照我國法律適用條（例）第九條之規定，凡關於「婚姻成立之要件，依當事人各該本國法，」蓋婚姻成立問題，與當事人各該本國法頗有關係，各國恆因其風俗、歷史、地理之不同，異其規定，故該條之規定，於內外國人均適用。

之，此即所以保護外國人之權利也。

三 內國法權之獨立 近世國際公法學者，多認國家之主權獨立，除在相互的條件之下，不受外力限制；但事有不盡然者，有領事裁判權存在諸國，均無統一自主之法權，駐於內國之外國人，涉有法律關係，仍由其本國行使裁判權，不受內國法律支配，在此背景之下，國際私法，亦無適用之可能。既非所需，更無由發生，此所以我國學者，對於國際私法，往往忽視之。

四 各國法律之不同 法律為社會環境之產物，各國社會之狀態，國民之精神，歷史之行程，以及地理風俗等等，既不能盡同，則其法律之內容，自亦不能一致，各國法律之互異，正所以形成國際私法之發展也。蓋若各國法律，一致相同，內國遇涉外的法律關係，即無須決定管轄問題，更不必另定法律之適用，儘可以任何國法院適用任何法律裁判之，其結果必屬一致。例如各國民法，苟對於婚姻成立之要件有同一之規定，則凡遇含外國要素之婚姻成立問題，不論在何國法院適用當事人之本國法，或住所地法，或結婚地法，其結果劃一，於此情形，如必欲決定管轄之所屬及法律之選用，似為多事。故各國法律之不同，所以產生彼此衝突之機會，國際私法，既為解決各國法律之衝突，則各國法律之不同，即成為國際私法成立之要件矣。

五 內外國法之並用 內外國法之並用，亦爲國際私法之發生背景之一，蓋凡涉外法律關係，既含外國原素，卽有該外國法適用之可能，國際私法，亦卽所以決定某種場合，內外關係國法之何者應爲適用也。苟無內外國法之並在而選用之，則凡涉外法律關係之問題，概由內國法院管轄，而依內國法裁判之，或僅任外國法院之管轄，而依該外國法裁判之可矣。既無法律選用之情形，國際私法，無從存在。近世雖有主張絕對屬地主義之學者，認一國之法律，能絕對使用於本國領域內，而同時亦不能及其效力於本國領域外。但此種主張，純係根據國家獨立主權說而發生，一國主權固不能伸張至本國領域外，同時亦不得容外國主權之侵入，國際私法，所以容外國法在內國與內國法並用者，解釋上，謂爲公平正義之要求，內國法允許其應用，固無侵入內國主權之嫌也。〔註四〕

第二節 國際私法之定義

不論何種科學，冀以數字下精細之定義，使其所包含意義，網羅無遺，頗非易事；且每因觀察不同，立論紛歧，所下定義，不能盡同；況今國際私法，尙在演成時期，欲得完美之定義，勢所不能。余

以爲不論任何科學，因無時不在生長，不能有確切之範圍，如欲以定義闡明其意義，殊有限制其發展之嫌，故欲明了今日之國際私法爲何物，自不得不於其所研究問題中探究之。夫任何國際私法案件中，應爲解決之問題有二：一爲國家管轄權之選擇；一爲法律適用之選擇。「註五」例如有住所在英國之德國人某甲死亡於法國，有遺產在中國，其子某乙在中國法院請求繼承遺產時，與本案有關之國家，有英、德、法、中四國，如欲解決某乙之請求，應解決（一）本案應由關係中之何國法院管轄；（二）管轄法院應依何國法律裁判之二問題。於此應注意者，凡屬合法管轄之國，卽有權力使當事人間產生權利，此種權利當能束縛其他國家。又所謂國家管轄權者，係對法院管轄權而言，國際私法案件中，所應解決者，爲國家管轄權之選擇，而非法院管轄權之選擇，蓋法院管轄權之選擇，屬於內國之司法制度，非國際私法所應討論者。

此間所謂國家，與政治學上國家之意義不同。國家卽法域之義，凡於特定土地單位內有其獨自治律者，稱曰法域（Territorial legal unit）。「註六」卽如美國各州，英之蘇格蘭，英吉利愛爾蘭自由邦，以及各殖民地，因各別之法律不同，亦各成爲國際私法上之國家。

此間所謂法律，係指一國之內國法而言（Particular law of a state），蓋所以別民法

(Civil Law) 普通法 (Common Law) 宗教法 (Ecclesiastic Law) 等法系也。其所包含約有(1)制定法 (Formulated legislative provisions) (1)法庭宣示法(2)國家認可之原理原則。〔註七〕

由此觀之，國際私法者，所以規定一國法律行使之範圍，並於數國法律並存時，決定其某國法律應適用於法之場合 (Legal situation)，使管轄法院以外之他國，承認其判決效力之法規也。

第三節 國際私法之命名

國際私法之名稱，向不一致，蓋其尚在幼稚時代，研究之內容，既學說不一，其性質復因時而異，故欲擇一名副其實者，實不可得。大陸法院中有稱之爲國際私法，英美學者中有稱爲法律之衝突者，但考其實質，殊均失當。夫無論何種科學，其名稱往往由其內容歸納而定，非先定名而後規定其內容也。但名稱之爲用，大都顧名思義，將來國際私法成熟之後，統一之名稱，自不可少，茲將其名稱中之重要者，略舉如左：

法則區別說(Theory of Statutes) 此爲國際私法最早使用之名稱，爲世稱國際私法鼻祖意大利學者卜塔路斯 (Bartolus) 所創用。〔註八〕十四世紀中葉，意大利各商業繁盛之自由都市，如維尼斯 (Venice) 弗勞林斯 (Florence) 米蘭 (Milan) 等，各以習慣不同而異其法則，卜氏爲欲避免各市政法則之衝突，乃不得不定法則適用之標準。其法，即依法則之種類、區別爲屬人法、屬物法及行爲法三種，而以屬人法解決關於人之法律衝突，以屬物法解決關於財產之法律衝突，以行爲法解決關於法律行爲之衝突。歐洲學者宗此名稱研究國際私法，達四百餘年，至十九世紀初葉，其他名稱紛用，故此說遂歸湮滅，今已無用此名者。

以屬人法、屬物法、行爲法區別法則之種類，據以定其適用之區域，不以法律關係爲適用法律之根據，其研究之本質，實與近代國際私法之內容不同，故以法則區別之名稱，爲國際私法之命名，似欠妥當。矧一切法律衝突，決非屬人法、屬物法、行爲法所可適用無遺，即認此三種法則，能概括適用於一切法律衝突，但一法律問題之發生，恆兼涉人物兩方，例如有法國人在英國有不動產，病歿於法國時，則其繼承問題，應從何法，殊難揣斷。〔註九〕故法則區別說，現僅爲歷史上之遺跡，不復適用，固所當然也。

法律衝突論 (Conflict of Laws)

繼法則區別說以名國際私法者爲法律衝突論，其首

創者爲荷蘭學者羅登包 (Rodenburg)。羅氏以法則區別說不切適於國際私法之內容，乃創此論，以正其名。當時荷蘭海權甚強，涉外法律關係，時有發生，故國際私法，亦較他國進步。羅氏一倡，全歐附從。歐陸學者如赫白爾 (Huber) 華西特爾 (Wachter) 之所著，亦悉以法律衝突論名之。英美學者，如昔之戴西 (Dicey) 施多萊 (Story)，今之勞萊瑞 (Larenzen) 卡爾 (Beale) 等亦宗之，但在歐洲各國，幾無用此名者。

法律衝突論，以表現國際私法之現象則可，以代表國際私法之內容及性質而命名之則不可。何則？就國際私法之案件觀察之，任何問題，均有其衝突之現象。例如成年問題，甲國法規定爲二十五歲，乙國法規定爲二十歲，丙國法規定爲十八歲，茲有二十歲之甲國人與十九歲之乙國人，在丙國締結契約，在乙國發生契約效力問題時，乙國法院即遇甲乙丙三國法律衝突之現象，因此內外法律衝突之現象，而謂國際私法即法律衝突，殊爲不然。蓋衝突云者，於同一時間或同一空間或同一地點有二個以上之法律並存相遇也。但在目今之法理上，一國法律之效力，祇能及於本國之領域內，同時一國除因特殊情形，例如有領事裁判權存在者外，不容外國法之行使

於國內，故內外國法，實無衝突之可能。適用外國法之性質，非外國法以外國法之本質行使於內國也，不過爲正義及便利計，內國不得不以外國法當作內國法之一部而適用之也，故其所適用者仍爲內國法。戴西謂法律衝突，不外審判者腦海中，因內外國數個法律對於某種法律關係規定互歧，殊有牴觸現象而深思擇一以解決其法律關係。註一〇依此言之，則既爲現象而非實質，自無衝突之可能，又既爲數競合法律中擇一而適用者，故與其名爲法律衝突論，不如稱爲法律選擇論爲適當。

法律選擇論 (Choice of Law) 註一一以法律選擇論名國際私法，實較以上諸說爲切當。蓋國際私法所討論者，惟內外國數法競在的場合中選擇其一而適用之而已。此說立論新穎，創設較晚，採用者甚少。雖然，顧國際私法適用外國法之性質言之，其理論亦不免有非議之處，何則，推法律選擇之意，在字面上已含有預認在內國有數法得能適用之概念，國際私法不過指示何者應適用之途徑，如是，自難免認外國法在內國有法律之性質，而與法律衝突論有同一之謬誤矣。

外國法適用論 (Application of Foreign Law)

外國法適用論，創自十九世紀初葉德

學者俞斯大達 (Oestadt) 德國民法第二草案曾以此名其編，惟結果即刪去，而對於國際私法之規定則插於民法施行法總則內，不另設編目，英學者麥因 (Maine) 謂國際私法爲規定外國法適用條件者，「註一二」其意義亦與此相同。

此名稱雖仍爲一部份學者所襲用，但細究之，實與國際私法之實際有下列不符諸點：(一) 國際私法爲規定對於涉外法律關係，內外數法中，應適用何者之法，事實上，其結果不僅爲外國法之適用，亦往往爲內國法之適用，以外國法適用論名之，自不免掛一漏萬之嫌，與其稱爲外國法適用論，不如稱爲內外國法選用論。(二) 就外國法適用之性質言之，前已述及，內國決不容外國法以法律之性質適用於其國內，故不論任何法律關係，內國自以適用其本國法爲原則，因特殊關係，不宜適用其本國法時，始允外國法依條理適用之耳！故外國法適用論之名稱，實有背於國際私法之本質。(三) 既稱爲「外國法」，當然包括其公法及私法，國際私法，是否應將公法列於討論範圍之內，尙屬疑題，以外國法適用論名國際私法，其範圍殊失過廣。(四) 國際私法所應解決之問題，既爲管轄之選定與法律之選定，今僅以外國法之適用論名之，其範圍復失過狹。

法律之域外效力論 (Extra-territorial Effect of Law) [註111] 十八世紀末葉以後，

學者如高西 (Cocceius) 見一國之法律，往往爲他國裁判所適用，即以法律域外效力論爲題，以研究國際私法。德學者沙維尼 (Savigny) 謂國際私法，爲規定支配場所的界限之學，卽此意也。
〔註一四〕

此名稱之不當，甚爲明顯，蓋國際私法非爲規定法律效力場所之學，更非所以規定一國法律之域外效力也。前屢論及，一國法律之效力，依據國家獨立主權說之原則，祇限及於本國領域內，事實上外國有時採用內國法者，爲該外國本國法行使之結果，非內國法之效力當然能及於該外國也。故法律之域外效力論者，無非爲想像上或擬制上之立論，非事實上法律之本質如是也。

涉外私法論 當今日本學者，以爲國際私法爲規定涉外之法律關係，與普通內國法僅規定內國之法律關係者不同，故稱之曰涉外私法論。但涉外之意，似專對外國人而言，不足以表顯國際私法之性質，蓋現今國際私法，非如昔羅馬法中之萬民法，專適用於外國人間之法律關係，乃爲規定內外國人相互間之法律關係也。又國際私法之範圍，實不惟限於私法一部，「涉外」二字之下，隨以私法二字，故亦不當。

國際私法(International Private Law) 國際私法之名稱，爲德國學者薛福納 (Shaeffer) 所首創，其後德國學者及判例多仿用之，其他若荷蘭瑞士亦有有用之者，我國學者相繼採用，沿襲既久，不便驟改，故本書亦以國際私法題之，非謂其名稱正確，特未有其他較當之名稱前，不得不用此名稱耳。

國際私法之名稱，雖爲一般學者所通用，然嚴格言之，此名稱常能混淆對於國際私法之概念。蓋既云國際，則此法爲適用國家間之法 (Interstate Law) 與國際公法，同其適用之主體，然國際私法，固爲國內法，而非規定國家間行爲之法則也。若謂「國際」二字，應解爲其法律之規定爲國際的 (International) 則各國國際私法之規定，互不相同者甚多，故「國際」二字，亦不能表示國際私法之真義，而反使讀者發生模稜兩可之觀念。註一五又國際私法，爲規定私法適用之法則，並非規定內外國人權義之法則，其本身實爲一種程序法，屬於公法性質，惟其被適用者爲內外國人間法律關係而已。故國際私法之名稱，亦不甚切合於實際。

私國際法 (Private International Law) 私國際法之名稱，爲法國學者斐律寬士 (Fœlix) 所創，當時歐洲之意法學派，羣倡國際法應分公私兩種，其規定公益關係者爲公國際法，規

定私益關係者爲私國際法，斐氏之稱爲私國際法，卽本於此；英美諸國，均認國際私法爲內國法。
〔註一六〕但學者如魏斯脫立克（Westlake）傅脫（Foote）亦以此名其所著，誠屬怪事。

此名稱之當否，自應以國際私法是否國際法之一部爲先決問題。苟認國際私法亦爲國際法，則爲區別公國際法起見，稱之曰私國際法，並無不當。苟認國際私法非爲國際法，則名之曰私國際法，實爲大誤。但就國際私法之現狀觀之，其非爲國際法，彰彰明甚，故私國際法一名，實亦無足採取。〔註一七〕

國際民商法〔註一八〕此名稱創自比國學者羅蘭（Laurent），羅氏於一八八一年所著國際民法論一書中所論各點，卽現今國際私法中所研究者。瑞士學者梅立（Meili）更以國際民商法名其著作。考國際私法研究之範圍，並不以民法爲限，卽如民事訴訟法、破產法、行政法等往來亦論及之，且其性質，非若民商法以規定權義之實體問題，故此名稱實與「國際私法」具同一理論上之不妥，惟其範圍較稱國際私法爲狹，因而採此名稱者甚少。

法律適用法 日本及我國均以「法律適用」字樣以名規定國際私法之法則，故余以爲根據法律適用條例之名稱以法律適用法名國際私法，在我國實無不當。且考法律適用條例之

意義，係指我國發生涉外之法律關係時，中國法應否適用，如不適用，應以何者外國法作為中國法而適用之是也。既為適用於涉外場合，則已包含國際私法或私國際法之國際二字意義及涉外私法論之涉外性質矣；既於此場合以決定我國內國法是否適用，則無外國法適用論，及法律之域外效力論之侵害他國主權之嫌，而有國際私法之實在矣。雖然，任何內國法中之施行法，亦同樣規定其實質法之適用，何特於國際私法稱為法律適用法耶？是故此名稱尚未能視為圓滿。

【註一】 Grotius, II De jure belli ac Pacis, ch. II S. 5 No. 2.

【註二】 Story, Conflict of Laws, 6 ed, 1865, S. 18.

【註三】 Cheshire, Private International Law, 1935, P. 1; Baty, Polarized Law, 1914, P. 146; Minor, Conflict of Laws, 1901, P. 4.

【註四】 Minor, P. 5.

【註五】 Dicey, The Conflict of Laws, 5 ed, 1932, P. 2.

【註六】 I Restatement of Conflict of Laws, S. 2.

【註七】 I Restatement, S. 3.

【註八】 自十三世紀後，意大利商業增繁，屬地主義，不適應用。學者如卜氏等乃將羅馬法予以新的註解，使能運用於新環境之中。故學者稱其時為羅馬法復興時期。卜氏著作，可見於卡耳敦教授所譯之 Bartolus on Conflict