



MG
DPP7
4
12

法學叢書
國際私法本論

陳顧遠著



下冊



3 1763 3476 5

作者又白：

「序」以提示全書之要也，並以綜述編著之旨也；故書必有序，而不必書之每冊皆序，實亦不盡有可序者在焉。雖然，以序之地位，藉補書之所未盡，或作編後之聲明書，則正有賴之矣。愚於本書每冊之首，皆有一「前加之文」，非循例也，亦非備格也，即在利用序之地位，言其所須言者耳！本冊之稿告竣，仍有不能已於言者，如左列數事：

國際私法本論之內容，雖如何複雜繁夥，而歸納之，不出四端：（一）曰法律之衝突，謂同一法

律關係在各國立法例上規定之相異點也。(一)曰法律之適用，謂此一法律關係，各國規定既不相同；則遇有涉外的原素者，將以何國法律爲其應適用之準據法也。(一)曰法院之管轄，謂值涉外的法律關係發生，適用何國法律固一問題，而何國法院有其管轄權，尤爲先決之問題也。(一)曰法律之效力，謂甲國所解決之法律關係，其效力能否越國境爲他國所承認也。必明乎此四端，則國際私法之研究過半矣！此一事也。

「法律之衝突」向作「法律之適用」解，然觀

夫英人以「法律衝突論」稱「國際私法」，爲學者所非議，以及歐陸各國久廢此名之故，卽知此兩語之不可互用也。愚認爲「法律之衝突」一語，應使其純粹表示各國法律之相異點，與「法律之適用」一語，並存於國際私法之敘述中。因其僅說明各國法律之異，而不羅列各國法律之同，是又其不能與「比較法律」一語混同者也。法律之比較，固不應牽入國際私法之範圍，法律之衝突則爲應有之內容。何以言之？蓋必各國法律有互相衝突之點，然後一國法律乃有如何適用之事；故不知法律衝突之概

略，即莫由爲法律適用之分析；縱勉強分析之，亦
蟲而難確，更或不知其意之何指。講理化學者，貴
有實驗參證；講生物學者，貴有標本資藉；不然，
與談山海經搜神記，又有何異？講法律適用學者，
亦貴知夫各國法律之衝突，其理一也。我國各種之
比較法學，尙未能完全獨立成科，則此一工作之未
敢苟免，尤甚顯然。學者著作中，非不注意之，或
因篇幅之限制，以致每一法律關係之衝突點，往往
以十數語了結；然其中亦有極詳盡者。不特略者無
切於用，即詳者亦無解於略，何如擇其要而補充之

，或有助於研究者在此又一事也。

研究法律衝突之結果，既有便於法律適用之分析，則其所求得之準據法，似亦較爲確切。故如爲夫婦財產制求一共同之準據法，即不若分爲法定制與約定制，而各求其準據法；爲親權關係求一共同之準據法，即不若分爲親權之存在，親權之身分上的效力，親權之財產上的效力，而各求其準據法。他如繼承問題，亦覺分爲遺產之繼承，與繼承之遺產；以及繼承能力，分爲自然人之繼承，與法人之繼承，分別求其準據法之所在；似覺泛爲繼承問題

求得之準據法，切於實用者多！本書關於法律適用之研究，即依此標準進行；然亦不過「龍套」人語，藉以「開鑰」，若云精細尙待達者。此又一事也。

每一法律關係之準據法，愚雖羅列衆說與以評語，而歸結所是於其中之一主義，顧此不過比較之言耳。蓋宇宙固無絕對之事物，主義自無絕對之是非，從在法理上無一顧價值，但在事理上有相當需要，則其說依然於其特殊環境中，能以存在。例如婚姻成立之準據法，美國獨以婚姻舉行地法是採，

舉世皆知其非；然在美國，則以維持自由婚之精神，防止私生子之增加，正有賴於此耳。故愚在各說中之所取者，或所擬者，實以法理爲主要論據，至於事實僅兼及之；姑作參考而已！此又一事也。

法律之適用，在另一方面言之，實卽「法律之管轄」，蓋與「法院之管轄」爲對立者也。普通法律關係之法院管轄問題，應歸屬國際民事訴訟法之範圍；然如禁治產，死亡宣告，離婚，監護諸端，一方面與個人之身分能力有關，一方面與國家之人民主權有關，法院管轄權之誰屬卽最成問題。國際

條約既對此多有規定，國際私法中自應詳為研究。至於法律之效力，亦特在以上各問題方面最有關係；且更牽涉於既得權之問題，仍非特別注意不可！此又一事也。

各國法律日新月異，本冊稿將告竣之時，西班牙之新憲法，適於本年（一九三一年）十二月九日通過於其國會，其中有牽及親屬法者，不及一一採用，特錄其要點於此，藉作參考。一，准許離婚，婚姻以相互權利為根據；苟雙方同意，或一方請求，而有正當理由者，可以離婚。二，無論正式成

婚與否，所生子女，國家視之毫無歧異，父母對之皆有扶養與教育之義務。此又一事也。

本論上下兩冊，原擬將各種法律適用論彙而及之，俾告結束。無如國際民法部分，力求詳盡之結果，占有篇幅過多，分訂兩冊，恰得其當，只有暫爲告一段落。且各國之適用法則，亦多以民事法之適用爲主；其他則散見於各種施行法及實體法中，斷至民法，似亦不能謂僅一「斑」也。至於商事法適用論，民訴法適用論，破產法適用論。正在編著中；將來擬與有關國際私法之法令，彙爲一集，稱

爲「國際私法補論」，尙希閱者諒之！此又一事也。

本書四冊，現已完全出版，承郭元覺先生之助，得與世人相見，衷心甚感，總此致謝！

民二十，十二，三一，於宣城百花亭畔。陳願遠

國際私法本論下冊目錄

第四編 親屬法適用論.....一

第十五章 婚姻締結.....一

(一) 婚姻之豫約.....六

(二) 婚姻之實質.....一三

(三) 婚姻之方式.....三三

第十六章 婚姻效力.....五三

(一) 婚姻及於夫婦身分上之效力.....五三

(二) 婚姻及於夫婦財產上之效力.....六八

第十七章 婚姻解除.....一〇三

目錄

(一)關於離婚及別居之法律衝突·····	一〇三
(二)關於離婚及別居之法院管轄·····	一一二
(三)關於離婚及別居之法律適用·····	一一七
(四)關於離婚及別居之效力問題·····	一三一
第十八章 父母子女之身分關係 ·····	一四四
(一)父母之與婚生子女·····	一四七
(二)父母之與非婚生子女·····	一五八
(三)父母之與準婚生子女·····	一八四
(四)父母之與養子女·····	一九六
第十九章 父母子女之權利義務 ·····	二一八
(一)親權之存在與其喪失·····	二一九
(二)親權之身分上的效力·····	二二八

(三)親權之財產上的效力	二三三
第二十章 監護(保佐附)	二四五
(一)關於監護之法律衝突	二四五
(二)關於監護之法院管轄	二六二
(三)關於監護之法律適用	二六六
第二十一章 扶養	二八一
(一)關於扶養之法律衝突	二八二
(二)關於扶養之法律適用	二九二

第五編 繼承法適用論

第二十二章 繼承	三二三
(一)關於繼承之法律衝突	三一六

(一) 關於繼承之法律適用.....	三四八
(二) 關於遺產之法律適用.....	三六八
第二十二章 遺囑.....	三八〇
(一) 遺囑之成立與其效力.....	三八一
(二) 遺囑之方式與其他者.....	三九三

圖表目次

(三六) 我民法親屬編規定之要點表.....	三
(三七) 各國對於婚姻豫約之規定表.....	九
(三八) 婚姻豫約之法律適用總表.....	一九
(三九) 各國關於結婚年齡之規定表.....	一八
(四〇) 親等之計算方法簡圖.....	一九

(A) 寺院法計算圖·····	一九
(B) 羅馬法計算圖·····	一九
(四一) 夫之本國法主義本末顛倒圖·····	二五
(四二) 雙方本國法之寬嚴兩種解釋表·····	二七
(四三) 婚姻成立實質的要件之法律適用總表·····	三二
(四四) 婚姻方式之準據法表·····	四二
(四五) 婚姻的要件之效力表·····	四九
(四六) 異地爲婚姻者之效力表·····	五一
(四七) 各國立法例上關於妻的能力之規定表·····	五八
(四八) 身分效力之法律適用總表·····	六七
(四九) 夫婦財產制之主要種類表·····	七七
(五〇) 各國關於夫婦財產制之規定略表·····	七七

圖表目次

(五一)	我民法親屬編所規定之夫婦財產制表	七九
(五二)	夫婦財產制所應適用之屬人法變化表	八三
(五三)	法定財產制之法律適用總表	一〇〇
(五四)	約定財產制之法律適用總表	一〇一
(五五)	關於離婚及別居之制度表	一〇七
(五六)	離婚及別居管轄權之類別表	一一六
(五七)	本國法兼法庭地法主義之分析表	一二四
(五八)	夫之本國法兼法庭地法主義圖	一二六
(五九)	雙方本國法兼法庭地法主義圖	一二七
(六〇)	離婚及別居之原因之法律適用總表	一二七
(六一)	離婚宣告之效力所及表	一四〇
(六二)	離婚效力能否及於所屬國之主要公式表	一四三

(六三)	父母子女之分類表	一四六
(六四)	受胎期間之計算圖	一五二
(六五)	認領之准許表	一七〇
(六六)	認領權之行使表	一七〇
(六七)	關於認領之法律適用總表	一八三
(六八)	養子女關係成立要件之準據法表	二一四
(六九)	關於親權之內容表	二四〇
(七〇)	親權關係之法律適用總表	二四〇
(七一)	監護之機關表	二六〇
(七二)	監護關係之準據法主義表	二八〇
(七三)	我民法親屬編關於扶養之順序圖	二八六
(七四)	日本民法上關於扶養之順位圖	二八七

圖表目次

(七五)	一方本國法與雙方本國法比較圖	二九九
(七六)	一般親屬間扶養問題之準據法表	三〇四
(七七)	繼承問題之內容分析表	三三五
(A)	關於繼承權者	三三六
(B)	關於繼承人者	三三七
(C)	關於繼承者	三三九
(七八)	德瑞我國繼承人之順序及配偶之應繼分表	三三九
(A)	德國	三四〇
(B)	瑞士	三四一
(C)	我國	三四一
(七九)	法意兩國繼承人之順序及其應繼分表	三四二
(A)	法國	三四三

(B) 意國.....三四四

(八〇) 英美兩國繼承人之順序及其應繼分表.....三四五

(A) 英國.....三四六

(B) 美國.....三四八

圖表目次

國際私法本論 下冊

綱要

第四編 親屬法適用論

第十五章 婚姻締結

『圖表三十六』 我民法親屬編規定之要點表

(一) 婚姻之豫約

(甲) 婚姻豫約之法律衝突

(A) 關於婚約之性質者

綱要



(南)

國際私法本論

二

(a) 買賣婚聘娶婚下之婚約

(b) 允諾婚自由婚下之婚約

(B) 關於婚約之方式者

(a) 不須一定之方式

(b) 須有一定之方式

(C) 關於婚約之效力者

(a) 有認爲絕對有效者

(b) 有認爲絕對無效者

(c) 有認爲相對無效者

『圖表三十七』 各國對於婚姻豫約之規定表

(乙) 婚姻豫約之法律適用

(A) 婚約之履行問題

(a) 法庭地主義

(b) 各該本國法兼法庭地主義

(B) 婚約之賠償問題

(a) 屬人法主義

(b) 自由選擇法兼住所地法主義

(c) 共同屬人法兼地方法主義

(C) 婚約之能力問題

「圖表三十八」 婚姻豫約之法律適用總表

(二) 婚姻之實質

(甲) 實質的要件之法律衝突

(A) 以婚姻年齡言之

(a) 年齡早晚之差異

綱 要

國際私法本論

(b) 年齡免除之差異

(c) 婚姻成年之差異

(B) 以婚姻意思言之

(a) 父母同意權年限之差異

(b) 父母同意權行使之差異

(c) 父母同意權救濟之差異

(C) 以配偶數目言之

(a) 一夫一妻之制

(b) 一夫多妻之制

(c) 一妻多夫之制

(D) 以親屬關係言之

(a) 親屬不婚限制之差異

(b) 親等計算方法之差異

(E) 以再婚限制言之

(a) 再婚禁止中之差異

(b) 再婚不禁中之差異

(F) 以其他限制言之

(a) 相姦者不得為婚之差異

(b) 不能人道者禁止為婚之差異

(c) 禁止互為婚姻之差異

(1) 宗教的原因

(2) 種族的原因

(3) 法律的原因

(4) 犯罪的原因

綱
要

五

國際私法本論

六

(5) 階級的原因

『圖表三十九』 各國關於結婚年齡之規定表

『圖表四十』 親等之計算方法簡圖

(A) 寺院法計算圖

(B) 羅馬法計算圖

(乙) 實質的要件之法律適用

(A) 婚姻舉行地法主義

(a) 關於其理由及實例

(1) 保持自由婚之精神

(2) 免除私生子之增加

(b) 關於其學說之價值

(B) 住所地法主義

(a) 關於其理由及內容

(1) 夫之住所地法

(2) 雙方住所地法

(b) 關於其學說之價值

(C) 本國法主義

(a) 夫之本國法主義

(1) 關於其理由

(2) 關於其價值

『圖表四十一』 夫之本國法主義本末顛倒圖

(b) 當事人雙方本國法主義

(1) 關於其理由

(2) 關於其解釋

綱要

(3) 關於其價值

『圖表四十二』 雙方本國法主義寬嚴兩種解釋表

(丙) 實質的要件之法律限制

(A) 積極的限制

(a) 有設為嚴格地限制條款者

(b) 有列為通常地限制條款者

(B) 消極的限制

(a) 本國法舉行地法皆無效者，法庭地方面如何？

(b) 本國法有效舉行地法禁止，法庭地方面如何？

(c) 本國法無效舉行地法有效，法庭地方面如何？

(d) 本國法舉行地法皆有效者，法庭地方面如何？

『圖表四十三』 婚姻成立實質的要件之法律適用總表

(丁)實質的要件之法律調查

(三) 婚姻之方式

(甲)婚姻的方式之法律衝突

(A)由婚姻方式之司理方面而言

(a)有重視宗教上之方式者

(b)有重視民事上之方式者

(c)有併用前兩種之方式者

(d)有用普通證明之方式者

(e)有採用更簡單之方式者

B)由婚姻方式之程序方面而言

(a)公示方式舉行方式證書方式兼用者

(1)公示方式之差異

國際私法本論

- (2) 舉行方式之差異
 - (3) 證書方式之差異
 - (b) 不規定公示舉行僅限於呈報戶籍吏者
 - (c) 僅規定舉行方式者
 - (d) 不須任何方式者
- (乙) 婚姻的方式之法律適用
- (A) 法律適用之原則
 - (a) 採用舉行地法消極的理由
 - (b) 採用舉行地法積極的理由
 - (B) 法律適用之例外
 - (a) 本國法採用之理由
 - (b) 本國法採用之實例

『圖表四十四』 婚姻方式之準據法表

(丙) 婚姻的方式之法律效力

(A) 所屬國對其依舉行國之方式問題

(a) 原則——承認有效

(b) 例外——否認有效

(1) 基於宗教儀式必要之理由者

(2) 基於民事方式必要之理由者

(B) 舉行國對其依所屬國之方式問題

(a) 無特別條約而依其所屬國法者

(b) 行之於其所屬國之使領前者

(C) 第三國對其依他國家之方式問題

(a) 如何應付普通結婚方式之衝突

綱 要

(1) 其本國認為無效舉行國認為有效者

(2) 其本國認為有效舉行國認為無效者

(b) 如何應付照相結婚方式之衝突

(1) 依內國立法之精神而決定說

(2) 視當事人具何國籍而決定說

『圖表四十五』 婚姻的要件之效力表

『圖表四十六』 異地為婚姻者之效力表

第十六章 婚姻效力

(一) 婚姻及於夫婦身分上之效力

(甲) 身分的效力之法律衝突

(A) 以妻的能力言之

(8) 就成年者之妻而論

(1) 規定妻絕對無能力者

(2) 規定妻為限制能力者

(3) 規定妻為有能力者

(4) 規定特別場合夫為無能力者

(b) 就未成年者之妻而論

(1) 夫仍有同意權者

(2) 妻有獨立之行為權者

(3) 法院代其夫以行同意權者

(4) 間接由法定代理人行同意權者

(B) 以同居義務言之

(a) 基於平等原則規定夫婦互相負有此義務者

綱 要

一三

國際私法本論

(b) 基於尊重夫權原則規定妻特別負此義務者

(O) 以相互贈與言之

(a) 有絕對禁止之者

(b) 有附以撤銷權者

(c) 有分別禁止或允許者

(D) 以夫婦姓氏言之

(a) 妻冠夫之姓者

(b) 妻從夫之姓者

(c) 夫妻自決其共同之姓者

(E) 以其他效力言之

(a) 關於扶養義務者

(b) 關於貞操義務者

【圖表四十七】各國立法例上關於妻的能力之規定表

(乙) 身分的效力之法律適用

(A) 所在地法主義

(B) 私的秩序法兼行為地法主義

(C) 夫婦住所地法主義

(D) 夫婦共同本國法主義

(E) 夫之本國法主義

(a) 關於其理由

(1) 夫為一家之主說

(2) 婚姻效力與夫之本國有密切關係說

(b) 關於其內容

(1) 婚姻當時夫之本國法說

綱 要

(2) 問題發生時夫之本國法說

(F) 共同屬人法或夫之屬人法主義

『圖表四十八』 身分效力之法律適用總表

(二) 婚姻及於夫婦財產上之效力

(甲) 財產的效力之法律衝突

(A) 以財產制存在言之

(a) 有否認夫婦財產制者

(b) 有專採法定制者

(c) 有兼採約定制者

(d) 有以約定制爲原則以法定制爲補則者

(B) 以法定制存在言之

(a) 有採聯合財產制者

- (b) 有採共同財產制者
- (1) 一般共同制
- (2) 動產及所得共同制
- (3) 所得共同制
- (c) 有採分別財產制者
- (d) 有採奩產制者
- (e) 有採婚權財產制者
- (f) 有採混合財產制者
- (c) 以約定制存在言之
 - (a) 關於約定制之規定者
 - (b) 關於約定制之性質者
 - (c) 關於約定制之內容者

綱 要

(d) 關於約定制之改變者

(e) 關於約定制之實現者

『圖表四十九』 夫婦財產制之主要種類表

『圖表五十』 各國關於夫婦財產制規定略表

『圖表五十一』 我民法親屬編所規定之夫婦財產制表

(乙) 財產的效力之法律適用

(A) 關於財產制之適用屬人法之總則者

(a) 變更主義——問題發生時之屬人法主義

(b) 不變主義——婚姻當時之屬人法主義

(c) 折衷主義——婚姻兼問題發生時之屬人法主義

『圖表五十二』 關於夫婦財產制所應適用之屬人法變化表

(B) 關於法定財產制自體方面之問題者

(a) 財產關係法主義

(b) 夫之住所地法主義

(1) 婚姻當時夫之住所地法主義

(2) 結婚後夫之新定的住所地法主義

(c) 私的秩序法及夫之本國法主義

(d) 共同屬人法與各別屬人法主義

(e) 夫之本國法主義

(1) 有採問題發生時夫之本國法主義者

(2) 有採婚姻當時夫之本國法主義者

(3) 有採夫於婚姻成立時所屬國之法律者

(C) 關於約定財產制方面之法律適用者

(a) 就財產契約之訂立方面言之

綱 要

國際私法本論

二〇

- (f) 夫之本國法不變主義
- (2) 夫之本國法變更主義
- (3) 共同屬人法兼最初婚姻住所法主義
- (b) 就財產契約之變更方面言之
 - (1) 夫於婚姻成立時所屬國法律主義
 - (2) 夫婦本國法主義
 - (3) 訂約時所屬國法律主義
- (c) 就財產契約之方式方面言之
 - (1) 當事人在其本國或住所地為財產契約者
 - (2) 當事人在第三國為財產契約者
 - (3) 關於改變國籍前之財產契約者

「圖表五十三」 法定財產制之法律適用總表

「圖表五十四」約定財產制之法律適用總表

第十七章 婚姻解除

(二) 關於離婚及別居之法律衝突

(甲) 在離婚及別居之制度方面者

(A) 從離婚主義上言之

(a) 自由離婚制

(b) 禁止離婚制

(c) 限制離婚制

(B) 從離婚的方法言之

(a) 專採呈訴離婚制者

(b) 兼採兩願離婚制者

綱 要

國際私法本論

(C) 從別居的存在言之

(a) 有不採離婚制專採別居制者

(b) 有不採別居制專採離婚制者

(c) 有採離婚制並採別居制者

『圖表五十五』關於離婚及別居之制度表

(乙) 在離婚及別居之要件方面者

(A) 從離婚及別居之成立原因言之

(a) 受理的原因之差異

(b) 不受理的原因之差異

(B) 從離婚及別居之形式條件言之

(丙) 在離婚及別居之效力方面者

(A) 就當事人之再婚言之

(B) 就所生子女監護言之

(C) 就離婚債務方面言之

(二) 關於離婚及別居之法院管轄

(甲) 海牙條約規定之管轄權

(乙) 波蘭法上規定之管轄權

(丙) 德國民訴法上之管轄權

(丁) 英美判決例上之管轄權

(戊) 紐約民訴法上之管轄權

(己) 日本法上規定之管轄權

(庚) 瑞士法上規定之管轄權

(辛) 意大利法律上之管轄權

(壬) 其他學者主張之管轄權

綱 要

「圖表五十六」 離婚及別居管轄權之類別表

(三) 關於離婚及別居之法律適用

(甲) 離婚宣告之準據法

(A) 法庭地法主義

(B) 原因發生地法主義

(C) 婚姻舉行地法主義

(a) 純正的婚姻舉行地法主義

(b) 住所地法兼婚姻舉行地法主義

(c) 法庭地法兼婚姻舉行地法主義

(D) 住所地法主義

(a) 現在的住所地法主義

(b) 結婚時住所地法主義

(a) 物之占有當時所在地法

(b) 物之現時所在地法

(丁) 物之所在地法適用於物之其他方面者

(A) 消極的適用

(B) 混一的適用

第七章 行爲地法

(一) 行爲地法適用時之問題

(甲) 行爲地法在國際私法上之歷史

(乙) 行爲地法在國際私法上之地位

(二) 行爲地法之基本的適用

(甲) 行爲地法適用的性質

綱 要

國際私法本論

116

(A)持絕對說者

(B)持相對說者

(a)以他之準據法爲行爲地法之例外

(b)以行爲地法爲他之準據法之補充

(乙)行爲地法適用的範圍

(A)行爲能力上之行爲地法適用問題

(a)一般行爲能力

(b)商人行爲能力

(B)行爲效力上之行爲地法適用問題

(a)承認由行爲地法定之者

(b)於行爲地法外兼採內國法者

(c)否認由行爲地法定之者

(C) 行爲方式上之行爲地法適用問題

(a) 在原則方面

(b) 在例外方面

(D) 行爲變動上之行爲地法適用問題

(三) 行爲地法之特殊的適用

(甲) 適用法律行爲地法時困難問題之解決

(A) 終了地主義

(B) 發信地主義

(乙) 適用不法行爲地法時困難問題之解決

(A) 原因地說

(B) 結果地說

(C) 原因地兼結果地說

綱 要

『圖表十五』 不法行為地之分析表

『圖表十六』 行為地法之種類略表

第八章 反致法

(一) 反致法適用之範圍

(甲) 反致法

(A) 反致法發生之原因

(B) 反致法適用之對象

(乙) 復反致法

(A) 復反致法發生之原因

(B) 復反致法存在之疑義

『圖表十七』 反致法及復反致法準求據法之統一表

(丙) 間接反致法

(A) 間接反致法之說明

(B) 間接反致法之存在

『圖表十八』 間接反致法圖

(二) 反致法適用之法例

(甲) 反致法適用之創始

『圖表十九』 反致法創始之原因圖

(乙) 反致法適用之規定

(A) 解釋上反致主義

(B) 立法上反致主義

(三) 反致法適用之理由

(甲) 何以言非法理之所許？

綱 要

(A)對於「適用反致法可期兩國判決之統一」之反駁

「圖表二十」 反致法之效用圖

(A)消極圖

(B)積極圖

「圖表二十一」 同採反致法之結果圖

(B)對於「適用反致法可保法律效力之完全」之反駁

(C)對於「適用反致法可盡適用法律之解釋」之反駁

(D)對於「適用反致法可為國際禮讓之表示」之反駁

(乙)何以言為事理之所然？

(A)國內法主義者承認反致法之理由

(B)國際法主義者承認反致法之理由

(四) 反致法適用之否認

(甲)何以言其維持論須本於法理上之見地？

(A)適用反致法違於準據法之「法」的範圍

(a)他國之國際私法不能作為準據法之一

(b)他國之國際私法不可作為準據法之一

【圖表二十二】 準據法之法字解釋錯誤結果圖

(B)適用反致法反於本國法之「法」的地位

(a)本國法主義之拋棄

(b)屬人法適用之退步

(C)適用反致法損於內國法之「法」的精神

(a)實質上之不平等

(b)形式上之不平等

(乙)何以言其維持論須本於實際上之規定？

綱 要

- (A) 適用反致法有陷於循環論法之謬誤
- (B) 適用反致法有適用外國法律之嫌疑
- (C) 適用反致法有便利外國法律之流弊

第二編 民法總則適用論

第九章 能力

(一) 關於能力問題之先決條件

- (甲) 身分能力應否為併合之規定
- (A) 身分與能力不應併稱之理由
- (B) 身分與能力或為列舉之原因
- (a) 沿革上之原因

(b) 實際上之原因

(乙) 權利能力應否屬能力之範圍

(A) 不包括權利能力說

(B) 應包括權利能力說

(C) 得包括權利能力說

(丙) 行爲能力應否作廣義之解釋

(A) 行爲能力僅關於成年問題之規定說

(B) 行爲能力不限於成年問題之規定說

『圖表二十三』 人之『能力』云云之能力意義表

(二) 關於能力問題之立法主義

(甲) 所在地法主義

(乙) 住所地法主義

綱 要

(丙) 行爲地法主義

(丁) 本國法主義

【圖表二十四】 本國法主義與住所地法主義之比較表

(三) 關於能力問題之例外規定

(甲) 關於國籍衝突問題所設之例外

(乙) 關於國籍變更問題所設之例外

(A) 保持固有能力之法例

(B) 保持固有能力之理由

(丙) 關於國籍認識問題所設之例外

(A) 此一例外規定之內容

(a) 從法律行爲之範圍方面而言

(b) 從法律行爲之種類方面而言

(c) 從法律行為之意義方面而言

(B) 此一例外規定之價值

(a) 主張有此規定者

(b) 否認有此規定者

【圖表二十五】 本國法主義第二種例外規定之適用表

第十章 禁治產

(一) 禁治產宣告之規定

(甲) 關於禁治產宣告之範圍

(A) 由內國為法定禁治產宣告者

(B) 由外國為法定禁治產宣告者

(乙) 關於禁治產宣告之內容

綱 要

國際私法本論

三六

(A) 法國法系之規定

(B) 德國法系之規定

(丙) 關於禁治產宣告之結果

『圖表二十六』 關於禁治產規定之比較表

(二) 禁治產宣告之管轄

(甲) 本國專管主義

(乙) 內國專管主義

(三) 禁治產宣告之原因

(甲) 絕對本國法主義

(乙) 絕對法庭地法主義

(丙) 本國法兼法庭地法主義

(四) 禁治產宣告之程序

(甲)關於聲請程序者

(乙)關於宣告程序者

(五) 禁治產宣告之效力

(甲)內國宣告禁治產之效力決定問題

(A)絕對的本國法主義

(B)絕對的法庭地法主義

(乙)外國宣告禁治產之效力決定問題

(A)承認說

(B)否認說

(C)折衷說

第十一章 失蹤及死亡宣告

綱 要

國際私法本論

(一) 不在或死亡宣告之規定

(甲) 法國法系主義

(乙) 德國法系主義

(丙) 英美法系主義

『圖表二十七』 失蹤制度之比較表

(二) 不在或死亡宣告之管轄

(甲) 所屬國宣告主義

(乙) 居留地宣告主義

(A) 以居留地管轄為原則說

(B) 以居留地管轄為後備說

(C) 以居留地管轄為獨立說

(三) 不在或死亡宣告之成立

(甲) 本國法主義

(乙) 物之所在地法主義

(丙) 人法物法分立主義

(丁) 依管轄性質而定主義

(A) 普通宣告權者之適用法律

(B) 特別宣告權者之適用法律

(四) 不在或死亡宣告之條件

(甲) 關於主體方面之條件

(乙) 關於客體方面之條件

(丙) 關於法體方面之條件

「圖表二十八」法律適用條例第八條之解釋表

(五) 不在或死亡宣告之效力

綱要

國際私法本論

四〇

(甲)關於宣告國宣告之效力問題

(A)本國法主義

(B)法庭地法主義

(乙)關於第三國宣告之效力問題

(A)否認主義

(B)肯定主義

(C)事實主義

(丙)關於所屬國宣告之效力問題

(丁)關於居留國宣告之效力問題

第十二章 法律行爲之方式

(一) 通常的法律行爲之方式

(D) 家族所屬國法主義

(E) 父母子女共同本國法主義

(F) 父本國法原則母本國法補則主義

(二) 親權之身分上的效力

(甲) 關於法律衝突者

(A) 對於子女懲戒權

(a) 懲戒權之內容

(b) 懲戒權之行使

(c) 懲戒權之救濟

(B) 對於住居限制權

(C) 對於婚姻同意權

(D) 對於子女教養權

綱 要

國際私法本論

(E) 對於子女職業權

(乙) 關於法律適用者

(A) 親權自體準據法主義

(a) 親之本國法主義

(b) 子之本國法主義

(B) 親權行使地法主義

(C) 本國法兼行使地法主義

(三) 親權之財產上的效力

(甲) 關於法律衝突者

(A) 管理權

(B) 用益權

(C) 代表權

(乙)關於法律適用者

(A)動產不動產區別主義

(B)親權自體準據法主義

(C)屬人法兼所在地法主義

(a)子女屬人法兼地方法主義

(b)共同屬人法兼不動產所在地法主義

(c)親的本國法原則所在地法補則主義

『圖表六十九』關於親權之內容表

『圖表七十』親權關係之法律適用總表

第二十章 監護(保佐附)

(一) 關於監護之法律衝突

綱 要

國際私法本論

四四

(甲) 監護之機關

(A) 以監護權之寄託言

(a) 官廳監護主義

(b) 親屬監護主義

(B) 以監護人之關係言

(a) 關於人數多寡者

(b) 關於設定方法者

(1) 同採指定方法者間之差異

(2) 同採法定方法者間之差異

(1) 在未成年之監護中

(2) 在禁治產之監護中

(3) 同採選定方法者間之差異

(c) 關於免除義務者

(1) 免除事實上之差異

(2) 免除理由上之差異

(d) 關於缺乏資格者

(c) 以監督人之存在言

(a) 關於監督人之設置者

(b) 關於監督人之選任者

(c) 關於監督人之職權者

(乙) 監護之成立

(A) 以監護之開始言

(a) 在積極方面

(1) 關於禁治產人之監護者

綱 要

四五

國際私法本論

(2) 關於未成年人之監護者

(b) 在消極方面

(B) 以監護之職務言

(a) 關於被監護人之身體方面者

(1) 對於禁治產人者

(2) 對於未成年人者

(b) 關於被監護人之財產方面者

(1) 以造具財產目錄為例

(2) 以財產管理情形為例

(3) 以監護人之報酬為例

(C) 以監護之終止言

(a) 關於終止原因者

(1) 相對的終止原因

(2) 絕對的終止原因

(b) 關於監護事務者

(c) 關於損害賠償者

『圖表七十一』 監護之機關表

(二) 關於監護之法院管轄

(甲) 對於未成年人之監護

(A) 所屬國管轄主義

(a) 所屬國管轄之理由

(b) 所屬國管轄之行使

(c) 所屬國管轄之補充

(B) 居留國管轄主義

綱 要

國際私法本論

四八

(a) 居留國管轄之理由

(b) 居留國管轄之條件

(c) 居留國管轄之補充

(乙) 對於禁治產人之監護

(三) 關於監護之法律適用

(甲) 由所屬國設定監護人者

(A) 財產所在地法主義

(a) 絕對的財產所在地法主義

(b) 統一的所有財產所在地法主義

(c) 特殊的財產所在地法主義

(B) 住所地法主義

(C) 本國法主義

(D) 本國法原則主義

(a) 本國法兼物之所在地法主義

(b) 本國法兼被監護人住所地法主義

(c) 本國法兼法庭地法主義

(E) 各種屬人法與地方法主義

(乙) 由居留國設定監護人者

(A) 法庭地法主義

(B) 法庭地法兼本國法主義

『圖表七十二』 監護關係之準據法主義表

第二十一章 扶養

(一) 關於扶養之法律衝突

綱 要

(甲) 扶養義務之性質及存在

(A) 就扶養義務之實質言

(B) 就扶養義務之範圍言

(C) 就扶養義務之順序言

(a) 扶養義務人之順序

(b) 扶養權利人之順序

『圖表七十二』 我民法親屬編關於扶養之順序圖

『圖表七十四』 日本民法上關於扶養之順位圖

(乙) 扶養義務之程度及方法

(A) 扶養義務之程度

(B) 扶養義務之方法

(丙) 扶養義務之開始與停止

(A) 就扶養義務之開始言

(B) 就扶養義務之停止言

(丁) 非婚生子女之扶養問題

(A) 絕對負扶養義務者

(B) 相對負扶養義務者

(C) 絕對無扶養義務者

(D) 相對無扶養義務者

(二) 關於扶養之法律適用

(甲) 普通親屬間之扶養

(A) 權利者之居住地法主義

(a) 權利者住所地法主義

(b) 權利者所在地法主義

綱 要

國際私法本論

五二

(B) 權利者之本國法主義

(C) 義務者住所地法主義

(D) 義務者本國法主義

(E) 當事人共同本國法主義

(F) 當事人雙方本國法主義

『圖表七十五』 一方本國法與雙方本國法比較圖

(G) 本國法兼法庭地法主義

(a) 權利者本國法兼法庭地法主義

(1) 限制本國法之適用

(2) 擴充本國法之適用

(b) 義務者本國法兼法庭地法主義

『圖表七十六』 一般親屬間扶養義務之準據法表

(乙) 非婚生子女之扶養

(A) 法庭地法主義

(B) 同衾地法主義

(C) 父之本國法主義

(D) 母之本國法主義

(a) 出生時母之本國法主義

(b) 懷胎時母之本國法主義

(E) 本國法兼法庭地法主義

(a) 法庭地法限制主義

(b) 法庭地法擴充主義

第五編 繼承法適用論

綱 要

五三

第二十二章 繼承

(一) 關於繼承之法律沿革

〔甲〕內國人關於繼承之法律上地位

(A) 時代上不同之認識

(a) 部族時代

(b) 家族時代

(c) 個人時代

(B) 各國間不同之規定

(a) 規定於財產法中者

(b) 規定於身分法中者

(c) 在民法中與以獨立地位者

(d) 以單行法規定之者

(乙) 外國人關於繼承之法律上地位

(A) 時代上不同之認識

(a) 夷外時代

(b) 排外時代

(c) 平等時代

(B) 各國間不同之規定

(二) 關於繼承之法律衝突

(甲) 關於繼承權之取得者

(A) 由繼承制度方面言之

(a) 不再繼承制度

(b) 因性繼承制度

綱 要

國際私法本論

- (c) 因物繼承制度
 - (d) 長子繼承制度
 - (e) 幼子繼承制度
 - (f) 兄弟繼承制度
 - (g) 均分繼承制度
 - (h) 折衷繼承制度
 - (i) 限制繼承制度
- (B) 由子女身分方面言之
- (a) 婚生子女之繼承權
 - (b) 私生子女之繼承權
 - (c) 養子女之繼承權
- (C) 由親等親系方面言之

- (a) 繼承權之與親等問題者
 - (b) 繼承權之與親系關係者
- (乙) 關於繼承人之順序者
- (A) 由直接繼承方面言之
 - (a) 第一順序以內之繼承
 - (b) 第一順序以外之繼承
 - (B) 由代位繼承方面言之
 - (a) 代位繼承之存在
 - (b) 代位繼承之資格
 - (C) 由特別繼承方面言之
 - (a) 配偶之繼承順序問題
 - (b) 非婚生子女之繼承順序問題

綱 要

國際私法本論

(丙)關於應繼分之標準者

(A)由同一順序人繼承分方面言之

(a)子女間之應繼分

(b)兄弟姊妹間之應繼分

(c)尊親屬間之應繼分

(B)由無一定順序人繼承分方面言之

(a)配偶之應繼分

(b)私生子女之應繼分

(丁)關於繼承權之其他者

(A)由遺產分割方面言之

(a)分割之限制

(i)屬於人之限制者

- (2) 屬於時之限制者
- (b) 分割之效力
 - (1) 所有權宣示主義
 - (2) 所有權移轉主義
- (c) 分割之計算
 - (1) 贈與歸還主義
 - (2) 贈與折價主義
 - (3) 贈與不還主義
- (d) 分割之特例
 - (1) 有功者請求報酬之事
 - (2) 應繼分能否轉讓之事
- (B) 由繼承免除方面言之

綱
要

(a) 繼承權之喪失

(b) 繼承權之拋棄

(1) 關於繼承拋棄之表示

(2) 關於繼承拋棄之效力

(C) 由繼承曠缺方面言之

(a) 遺產之狀態

(b) 遺產之管理

『圖表七十七』 繼承問題之內容分析表

(A) 關於繼承權者

(B) 關於繼承人者

(C) 關於繼承者

『圖表七十八』 德瑞我國繼承人之順序及配偶之應繼分表

(A) 德國

(B) 瑞士

(C) 我國

『圖表七十九』 法意兩國繼承人之順序及其應繼分表

(A) 法國

(B) 意國

『圖表八十』 英美兩國繼承人之順序及其應繼分表

(A) 英國

(B) 美國

(三) 關於繼承之法律適用

(甲) 繼承能力之有無問題

(A) 自然人之繼承能力

綱 要

國際私法本論

六二

(a) 繼承人本國法原則主義

(b) 繼承適用法及繼承人本國法主義

(c) 繼承適用法主義

(B) 法人之繼承能力

(a) 被繼承人本國法主義

(b) 繼承人本國法及地方法主義

(c) 被繼承人及繼承人雙方本國法主義

(d) 雙方本國法及地方法主義

(Z) 繼承自體之其他問題

(A) 財產所在地法主義

(B) 動產不動產區別主義

(C) 被繼承人之住所地法主義

(D) 被繼承人之本國法主義

(E) 被繼承人本國法原則主義

(四) 關於遺產之法律適用

(甲) 遺產之訴訟及移轉

(A) 遺產訴訟問題

(B) 遺產移轉問題

(乙) 遺產之管理及歸屬

(A) 遺產管理問題

(B) 遺產歸屬問題

(a) 國庫繼承主義

(b) 國庫先占主義

(c) 國庫沒收主義

綱 要

三三

第二十三章 遺囑

(一) 遺囑之成立與其效力

(甲) 遺囑成立之法律衝突

(A) 以遺囑能力言之

(a) 關於遺囑之年齡者

(b) 關於治產之禁止者

(B) 以遺囑範圍言之

(a) 關於處分權之存在者

(1) 遺囑自由主義

(2) 遺囑限制主義

(b) 關於特留分之方面者

- (1) 就特留分之享有言
 - (2) 就特留分之成數言
 - (3) 就特留分之辦法言
- (C) 以遺囑限制言之
- (a) 關於遺囑之禁止者
 - (b) 關於遺囑之共同者
- (乙) 遺囑成立之法律適用
- (A) 不變更國籍時之準據法
 - (a) 財產所在地法主義
 - (b) 動產不動產異法主義
 - (c) 遺囑人住所地法主義
 - (d) 遺囑人本國法主義

綱 要

六五

國際私法本論

六六

(B) 遇變更國籍時之準據法

(a) 遺囑成立時本國法主義

(b) 繼承開始時本國法主義

(c) 新舊本國法折衷主義

(丙) 遺囑效力之法律問題

(二) 遺囑之方式與其他者

(甲) 遺囑之方式

(A) 遺囑方式之法律衝突

(a) 遺囑方式之種類

(b) 遺囑方式之內容

(B) 遺囑方式之法律適用

(a) 英美法上之主義

(b) 荷蘭法上之主義

(c) 畢氏國際私法典上之主義

(d) 法國法上之主義

(e) 德國法上之主義

(f) 我國法上之主義

(乙) 遺囑之執行

(A) 遺囑執行之法律衝突

(a) 遺囑執行機關

(1) 就遺囑執行人之選任言

(2) 就遺囑執行人之資格言

(3) 就遺囑執行人之地位言

(4) 就遺囑執行人之決意言

綱 要

(5) 就遺囑執行人之報酬言

(b) 遺囑執行程序

(1) 就執行前之程序言

(2) 就執行中之程序言

(B) 遺囑執行之法律適用

(a) 執行機關之準據法

(b) 執行程序之準據法

(丙) 遺囑之撤銷

(A) 遺囑撤銷之法律衝突

(a) 遺囑撤銷之方法

(1) 就明示之撤銷言

(2) 就默示之撤銷言

(b) 遺囑撤銷之效力

(1) 撤銷行為不能生效者

(2) 撤銷行為又被撤銷者

(B) 遺囑撤銷之法律適用

(a) 原則——撤銷時之本國法主義

(b) 例外——地方法主義

國際私法本論

國際私法本論下冊

陳顧遠著

第四編 親屬法適用論

第十五章 婚姻締結

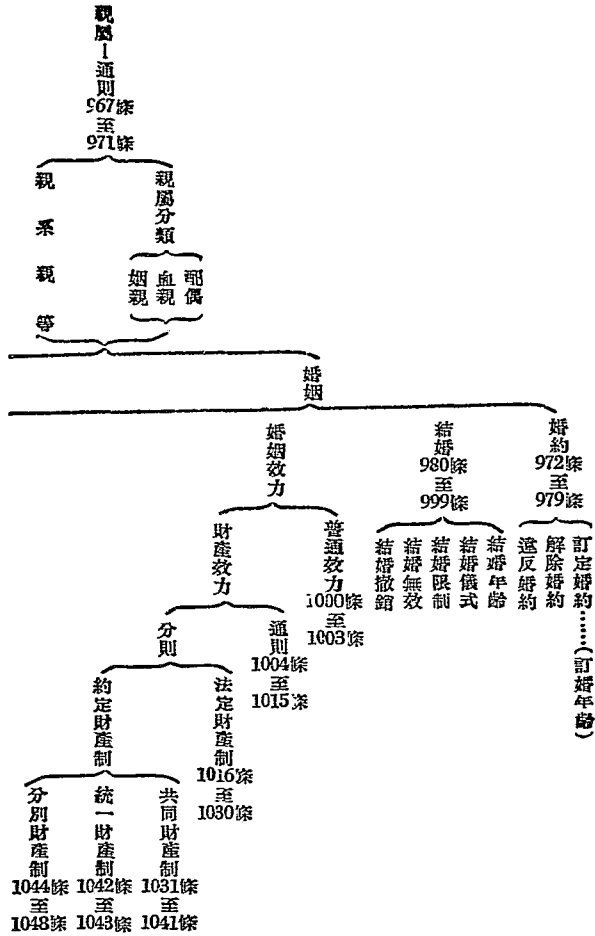
親屬關係之準據法，除法律另有規定外，普通皆爲屬人法之適用；所謂屬人法者，歐陸法系爲本國法，英美法系爲住所地法，在適用形式上雖異，而立法精神上則一也。此親屬關係及其關係所生之權利義務，如親等，家制，家長，家屬，家務，婚約，結婚，夫婦財產制，離婚，別居，嫡子，私子，養子，准嫡。監護，扶養義務，親屬會議等等不一而足，若皆定之於『適用法則』中，不特過於繁雜，抑且失於無用。但若不與規定，則一定之親屬關係，往往又必感其無準據法之可供適用；於是立法家及學者，遂多主張爲之設一概括的規定。

，即以屬人法之適用明示之，乃一最妥之辦法也。

惟成問題者，此概括的規定在適用法則中，應如何位置之；關於其規定之體例，爲說頗不一致；有主張同能力並條規定者，如意大利民法第六條，『人之身分能力及親屬關係，依其所屬之法律；』西班牙民法第九條，『關於親屬權利義務者身分及能力之法律，雖本國人在外國時亦適用之；』我法律適用條例草案第六條，『人之身分能力，依其本國法定之，』此身分即係直指親屬關係上之身分而言。然在立法體例上，倘對親屬關係無特別規定，僅有如是之總括規定，固未嘗不可；倘在『關於人之法律』以外，又有『關於親族之法律』之設，如我法律適用條例草案所示者，則爲親屬關係而設之概括規定，自不應置之於能力同條款中。有主張爲親屬關係特別規定之補充條款者，如我法律適用條例第十七條，做日本法例第二十二條之規定曰：『前八條以外之親族關係，及因其關係所生之權利義務，依當事人之本國法。』惟此種補充的規定，係將監護除外，故以監護關係置之於第十八條，頗覺不當，因監護亦親屬關係，而屬於特別之規定者，故法人寶道 (Padoux) 在其對於法律適用條例之意見

上，即謂該第十七條，似以置諸條例之第三章，關於親族之法律之末，爲較妥善云云，不爲無見！有主張應設爲親屬關係之原則的規定者，謂明文所示之親屬關係，既不能包括一切親屬關係，而所適用之法律，雖如何變化，又多不離本國法適用之範圍，則類似我條例第十七條之規定，直可取消其補充之地位，改設於親屬關係法之首，以適用本國法爲一切親屬關係準據法之原則，當更明確。愚認爲此說較實道之批評尤妥，蓋親屬關係之準據法，爲本國法之適用；如有特別情形，不能恰如原則之規定，能須略有變化，或須另適用他之法律者，則分別爲之制定相當之條款，即明文所示之親屬關係是也。是故以補充爲義，必致所明示之親屬關係各爲原則，而法律之規定，遂亦失之散漫；以原則爲義，次以明示之親屬關係，而即顯出後者特殊規定之地位，爲屬於原則之例外者，不特在適用上有系統可尋，且在體例上亦盡整齊之能事矣。

『圖表三十六』我民法親屬編規定之要點表



觀於上表，可知一切親屬關係皆造端乎夫婦，有夫婦之配偶，然後有血親姻親之關係；然後有其間之權利義務之關係；故夫婦實人倫之本源；其在法律上之稱謂，則曰婚姻。婚姻之制，各國以民情風俗之異，未能劃一，遇有涉外的婚姻關係，將依何種準據法定之，殊成問題。且在今日，內外交通日益便利，內國男女或在外國發生婚姻關係，外國男女或在內國發生婚姻關係，內國之男亦不必即娶內國之女，外國之女更不必專嫁外國之男，婚姻關係含有外國的原素，其顯著實不亞於交易行為，遂使準據法問題之決定，益增重要。婚姻本可分為婚姻豫約，婚姻要件，婚姻效力，婚姻解除四大端以述；為篇幅分配起見，於本章先述婚姻之締結，即婚姻豫約與婚姻要件兩事是也。

(一) 婚姻之豫約

婚姻之豫約云者，男與女得於將來為婚姻之意思表示也；婚姻豫約本歐美各國之所稱，我現行律民事部分稱之為定婚，民法親屬編稱之為婚約，意義同。茲先述

(甲) 婚姻豫約之法律衝突 各國法律對於同一法律關係規定之異點，在國際私法上稱爲法律衝突，蓋解決法律適用問題之前提也。關於婚姻豫約之法律衝突，可從三方面言之：

第一，關於婚約之性質者 在採買賣婚或聘娶婚制度者，一切皆由男女之父母主之；在採允諾婚或自由婚制度者，男女兩造自定其婚而經父母同意之，或未成年人之定婚須經其同意之。各因其婚制而異。

第二，關於婚約之方式者 有不須一定之方式者，如羅馬法，德意志普通法，及現代多數之民法是；有須以一定之方式爲有效條件者，如德意志古代法，德聯中之一二特別法，及我國習慣上之交換庚帖是。

第三，關於婚約之效力者 婚姻豫約能否強制對方履行婚姻，卽其效力問題是。共有三派主張：

(a) 有認爲絕對有效者 如英國法，凡違背婚約者，許其對方提起訴訟，以求救濟。我國現行律並明定悔婚之罰，且於可能範圍內極力維持其約定之有效；如在特定情形下，「女

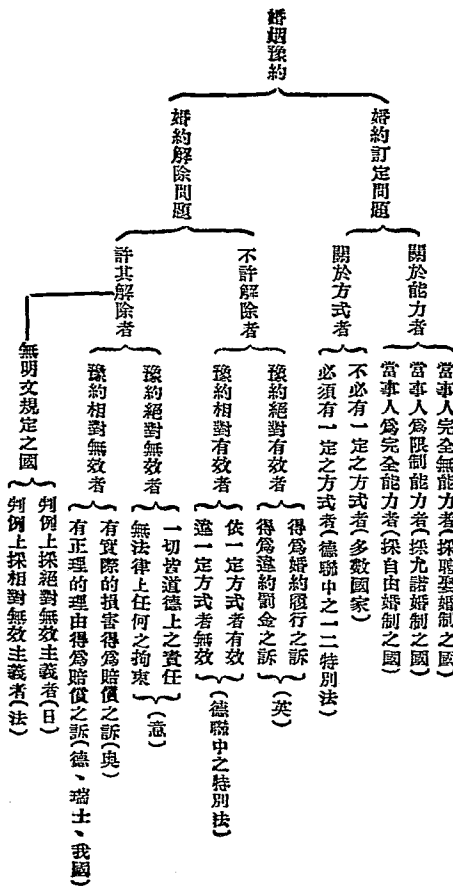
歸前夫』之斷是也。

(b)有認爲絕對無效者。視婚約爲道德上之責任，無法律上之拘束，雙方不能僅據結婚之意思，提起訴訟強迫結婚。意大利民法第五十三條之規定，對於違背婚約者，全然不許提起任何損害賠償之訴；日本民法無何明文，但明治三十五年三月其大審院判例，以豫約若認爲有效，必致當事人之意思毫無自由，必難保持將來夫婦相愛之道，故不許之。但亦有人謂其判例上，對於因違約或不法行爲而生之損害，被害者有賠償請求權，確否待查。

(c)有認爲相對無效者。在婚約之本身上，固不得請求強迫履行（參照我民法第九七五條）；關於不履行時所定科罰之附約，亦屬無效（參照德民法第一二九七條第二項），然賠償之訴，則亦許之。例如與國民法第四十五條，第四十六條規定，凡因他方違背婚約，而致此方實際受有損害者，許其提起損害賠償之訴。又如我國民法第九七七條至第九七九條規定，婚約解除時，無過失之一方得向有過失之他方，請求賠償其因此所受之損害；無理由而解除婚約時，對於他方因此所受之損害，亦應負賠償之責。德國民法第一二九八條至第一三〇

二條之規定，瑞士民法第九十一條，第九十二條之規定，與我國民法大致相同，不外以有正當理由，許為損害賠償之訴，且其損害亦非限於財產上之損害也。

『圖表三十七』各國對於婚姻豫約之規定表



第四編 親屬法適用論 第十五章 婚姻締結

(乙) 婚約之法律適用 各國對於婚約之規定，既如上述之種種不同，則在國際私法上遇有婚約問題，將依何國法律，定其準據法乎？此應分爲履行問題，賠償問題，及締約能力問題分別答之。

第一，婚約之履行問題 婚約是否發生民事上之效果，能否強迫相對人之履行，其所準據之法律，應爲何國法律，各國立法例上以明文規定之者頗少，蓋由於多數國家，對婚約皆採無效主義故耳。然世既不乏認婚約爲有效之國，則兩法之衝突問題必難盡免，自亦不能完全認爲無準據法問題之發生。在原則，婚約之承認有效者，不外一國維持信義之關係，欲以法律之力量，促成道德之精神；婚約之不認有效者，不外一國顧全人事之關係，免以法律之強合，造成婚姻之惡果；皆出於國家公安問題之見地而然，故其有效無效，均不可不依法庭地法定之。古巴畢時達滿特之國際私法典第三十八條所謂『：婚約之有無強制力；等，地方法均適用於外國人，』與此意正相類也。惟專依訴訟地之法律，決定其效力，仍非完全之說。當事人之本國法，承認婚約有效者，法庭地法不承認之，基於

法庭所在地之公安的理由，固爲當然；當事人之本國法，否認豫約有效者，法庭地法反承認之，雖亦可諉之於公安關係，究竟損害當事人一方之利益過大，不免有輕重顛倒之失。巴爾曾主張婚姻豫約履行之訴，非當事人各本國法及法庭地法共認之者，不能提起，實一妥善辦法。依其說，婚約履行之訴，當事人各本國法不承認之，雖法庭地法承認者，固不能提起；即當事人各本國法承認之，而法庭地法不承認者，亦不能提起；必當事人各本國法及法庭地法共同承認有效者，始能提起是也。多數國家對婚姻豫約主張無效，其適用法則上不爲婚約履行之規定，正係此故。又實例上，德聯邦中之威丁堡(Wittenberg)，凡威丁堡之女子與外國人爲婚姻豫約時，其豫約之解除，必須於威丁堡法院宣告之，與巴爾之主張又微不同。

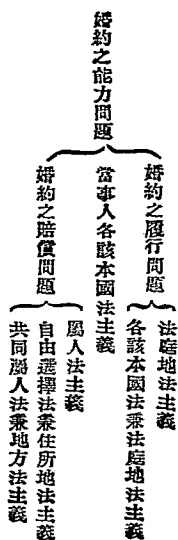
第二，婚約之賠償問題。多數國家雖不承認婚姻豫約之有效，顧亦未能一律否認其爲法律事實，於是有主張完全無賠償之事者，有主張於事實上，斟酌違反婚約之情形，應有相當之賠償者。此一準據法究應何擇，各國法例上仍少明文規定，不可謂非忽略。或者，因親屬關係之準據法，既以適用屬人法爲其原則，婚姻豫約亦親屬關係之一，則關於豫約解除之賠

償問題，自惟依原則之規定而決之。此在條文之解釋上固應如是，但賠償問題之適用親屬關係準據法之原則，是否合於法理，亦應與以注意。因由婚姻豫約而發生之賠償問題，不僅一親屬關係，乃一償的關係，故一八八五年德國高等法院，判決婚姻豫約可爲損害賠償原因與否，即依當事人願服從之法律定之，當事人意思不明時，依其住所地法定之，正此故也。縱不爲然，認爲應本於親屬關係準據法之原則，適用其屬人法，然當事人無共通之屬人法時，則將如何？賠償問題不能援婚姻成立問題之例，雙方之本國法有一不合者，即決其無效；而此非盡爲有效無效問題，乃決其爲如何範圍之賠償，即不能使兩相衝突之法律，同時並用，故亦不能不有一解決之方法。畢氏國際私法典第三十九條，謂關於不履行豫約婚姻，應否賠償，依兩造當事人之共同屬人法支配之，否則依地方方法支配之，其適例也。

第三，婚約之能力問題。當事人是否達於訂婚年齡？其訂婚是否須經父母或其他尊親屬之同意？以及當事人有無訂婚之資格？此皆屬於婚約能力問題，無論各國立法例上有無明文規定，自係依能力之原則，一致採用當事人各本國法。其結果與一般親屬關係原則上之準據

法同；國際私法典第三十六條，並明示之。

『圖表三十八』婚姻豫約之法律適用總表



(二) 婚姻之實質

婚姻為親屬關係之起點，社會組織之胚胎，故各國為維持善良之風俗，並保障公共之安甯，對其成立，設有種種必要之條件，而列之為強行法，非如一般契約，可任當事人意思之自由。此種種條件，歸納之不外兩種：一為婚姻成立之實質的要件，一為婚姻成立之形式的要件。設不同國籍之男女締結婚姻，或同國籍之男女在外國締結婚姻，其婚姻成立之要件，

究應依何國法律，即國際私法上所討論者也。惟此要件云者，僅爲成立有效婚姻之條件，與已結婚配偶之地位無關，須注意也。

關於形式的要件，留待次節述之，茲先述實質的要件，即人在如何條件下，始有爲婚姻之資格是也。分段及之：

(甲)實質的要件之法律衝突 各國立法例對於婚姻成立實質的要件之規定，殊爲相反，其最著者，如：

第一，以結婚年齡言之 雖各國及婚年齡之規定，均較成年年齡爲低，然彼此規定之標準，各視其國之氣候土地，所影響於人民身體發育之遲早而定，過遲，則曠夫怨女，紊亂風俗，過早，則種弱丁微，有害國力，非可自由依意爲之者；兼以一國基於人口政策之見地，有傾向於早婚者，有傾向於晚婚者，更難強同其例（圖表三十八）。同時各國雖皆有結婚年齡，然亦有國家特設例外者，如法國民法第一四五條，規定有重要之理由時，得由大總統允許未達其年齡者，爲婚姻之締結；又德國民法第一三〇三條，規定女子有時可不受結婚年齡

之限制是也。此外，如瑞士，西班牙及我國民法等，更採用婚姻成年制，已結婚者，認為有行為能力，但他國則不如是，又其相異之一點。

第二，以婚姻意思言之。未成年人之結婚，應得法定代理人之同意，此固各國之所同。但成年人之結婚，有完全須本諸當事人之自由意思，或須得其本人之同意者，我國是也。有須達於一定年齡，始不徵求其尊親屬等之同意者，如法國民法第一四八條規定，未滿二十五歲之男及未滿二十一歲之女，日本民法第七七二條規定，未滿三十歲之男及未滿二十五歲之女，其自爲之婚姻，皆須得其父母等之同意是也。有不問子女年齡若干，其締婚始終應得父母或祖父母同意，違反則施以制裁者，最近日本司法省改正民法委員會所擬之改正案是也。縱同爲須得父母之同意，有認爲雙方意見不一，始得以一方之同意爲準者，有認爲嫡出子從父，私生子從母者。若父母對成年子女不與同意者，有認爲監護法院得依子之申請代爲許諾者，有認爲可由祖父母代之者，有認爲求親屬會議同意者。其規定亦極不一。

第三，以配偶數目言之。婚姻爲一男一女之結合，乃現代婚制之原則，故有配偶者不得

重婚，如我民法第九八五條，日民法第七六六條，法民法第一四七條，德民法第一三〇九條所規定者是。但一夫一妻 (Monogamy) 制度，固係今日所通行者，但如美國舊奉摩門教者，則又多行一夫多妻 (Polygamy) 制度，西藏及印度之納亞族 (Nair family) 更又多行一妻多夫 (Polyandry) 制度。即在「一夫一妻」制度中，如我國現時雖廢除妾之制度，然作為家屬之一員，法律上固未絕對否認之，是在實際上尚非絕對之一夫一妻制度也。彼此亦難盡同。

第四，以親屬關係言之。直系血親或姻親之禁止婚姻，各國所同（我民法第九八三條第一款，日民法第七六九條及七七〇條，法民法第一六一條，及德民法第一三一〇條參照）。然旁系親屬之限制，或限於三親等，或限於四親等，而親等之計算又因國而別，有採取羅馬法主義，有採取寺院法主義，亦不相同。若再以例言之，堂兄弟姊妹之為婚姻，法，德，意及英美法皆許之。西班牙則不認為合法婚姻，我國直禁止之。妻死後與妻之姊妹結婚，一九〇七年以前之英國法曾禁止之，他國亦有同者；但或國家援姻親關係消滅後，可不受其限制之理由，則多承認之。伯叔父母與姪男女，及伯叔兄弟姊妹之間不得互為婚姻，各國所同，

但法國民法第一六四條，則規定有重要之理由時，得由大總統除去其禁，他國未聞是例。其情形亦極複雜。

第五，以再婚限制言之。有禁止再婚者，有不禁止之者。禁止再婚，今日雖無不論男女，一生不許再娶再嫁之例，然或則專對女子而設限制者，或則並對男子而設以停止婚姻之期間者。不禁止再婚，亦仍有於法律所定之期間內，不准再婚者，而各國所定之期間，亦不統一。我國民法第九八七條，日本民法第七六七條，皆規定以六個月為限；法國民法第二二八條，德國民法第一三二三條，皆規定以十個月為限；瑞士民法第一〇三條，則規定以三百日為限。不僅時日之異也；法國並無縮短期間之條件，我國及日本則以在六個月內已分娩者，取消其限制，德國同，但認為該項限制亦可根本免除之。

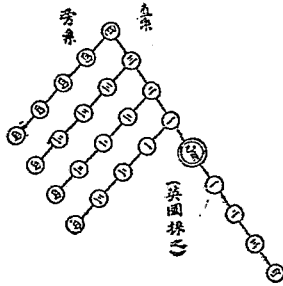
第六，以其他禁例言之。因姦通被離婚者，多數國家皆禁止其與相姦者為婚（我民法第九八六條，日民法第七六八條，法民法第二九八條，德民法一三一二條參照）；然英國則認為有與之結婚之義務。不能人道而不能治者，在我國固可作為撤銷婚姻之理由，但並未禁止

其結婚，故依民法第九九五條之規定，自知悉其不能治之時起，已逾三年者，不得請求撤銷；但在英、美、奧、西、墨等國，則對於絕對不能生殖者，採禁止婚姻之原則，犯之者，其婚姻無效。互為婚姻之禁止，各國亦有特殊之例，如基於宗教之原因，奧國法禁止基督教徒與非基督教徒之結婚；如基於種族之原因，美國法限制美國女子與有色民族之結婚；基於法律之原因，我國法，墨西哥法及亞爾然丁法，禁止監護人與被監護人，於監護關係存續中之結婚，但設有例外。此外有以犯罪之原因而禁止婚姻者，有以階級之原因而限制婚姻者，如是之例，不勝枚舉。設異國籍之人而為婚姻，或同國籍人而於外國為婚姻時，當依何國法律定此種種要件乎？

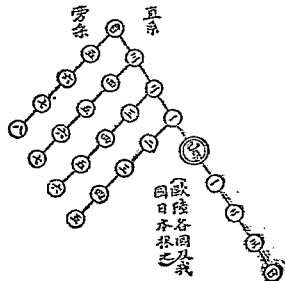
【圖表三十九】各國關於結婚年齡之規定表

(一) 美國、西班牙、墨西哥	男十四歲	女十二歲
(二) 奧國	男十四歲	女十四歲
(三) 日本	男十七歲	女十六歲
(四) 法國、意國	男十八歲	女十五歲
(五) 中國、荷國	男十八歲	女十六歲

(A)
圖算計法院寺



(B)
圖算計法馬經



「圖表四十」親等之計算方法簡圖

- (註) 表內第一項之結婚年齡，限於英美法系之國，係直接採自羅馬法者；
惟英國已於一九三〇年將其年齡略為提高矣。
- (六) 蘇俄..... 男十八歲..... 女十八歲
 - (七) 瑞士..... 男二十歲..... 女十八歲
 - (八) 德國..... 男二十一歲..... 女十六歲
 - (九) 比國..... 男二十一歲..... 女二十一歲

(乙)實質的要件之法律適用 學者及立法例所探之主義，列舉之，共有五種，即婚姻舉行地法主義，夫之住所地法主義，夫婦雙方住所地法主義，夫之本國法主義，夫婦雙方本國法主義；歸納之，不外三種，即婚姻舉行地法主義，當事人住所地法主義，當事人本國法主義；總結之，又不外行爲地法主義，與屬人法主義兩種而已。茲詳於左：

第一，婚姻舉行地法主義 謂婚姻爲契約之一種，換言之，即親屬法上之法律行爲是也。契約之成立要件，既常依行爲地法，婚姻自不能獨異，亦應依行爲地法；婚姻舉行地法云者，即其結婚之行爲地法耳。且婚姻之舉行，關於舉行地之善良風俗，公共秩序之點甚多，尤不可不依其地之法律也。況依舉行地之法律，當事人亦不必爲依本國法係有能力之證明，手續更甚簡便；而在舉行地有效成立之婚姻，無論至於何國，皆屬有效，在訴訟進行上亦極便利也。雖其間不免有竊法舞弊者，意圖爲本國法之規避，而依行爲地法爲其婚姻，究屬無關重要之缺點，實不足掩行爲地法主義之優點。此說爲今日美國判決例及學說所公認之原則，蓋斯托立曾主張一切行爲既於場所支配行爲原則下定之，婚姻成立要件自不可不依舉行地

法，法學兩界人士受其影響最深故也。英國在數十年前之判例，亦曾採之。

·按此一主義，首以契約之法理，比擬婚姻，此實大誤！婚姻自體之成立，固須當事人雙方之合意，依廣義言之，自不能絕對否認其為契約；然就婚姻關係存在言之，則係純粹之法律制度，尤其與普通契約不同。普通契約並無身分上之關係，大部則係財產上之關係，且常附有期限，及不履行時之違約罰金；婚姻，財產上之關係往往另結契約，身分上關係則居其主要者，且百年好合不設期限，非有離婚情事，縱背反夫婦義務，亦無賠償之責；此婚姻關係之非即普通契約關係也。因婚姻為家室構成之根源，而家室又為國家組織之基礎，各國皆為其人民設有種種限制條件，無論其在內國為婚姻，在外國為婚姻，皆須從之，不許當事人漫附條件，自設限制，純然一強行之法規耳。故內國人民在外國所結之婚姻，縱合於外國條件，但未具備內國之條件者，即不得認為其婚姻關係之成立；此又婚姻關係之所以為純粹的法律制度也。夫婚姻關係既與普通契約關係，異其性質，即不能援契約適用行為地法之理由，而亦主張適用婚姻舉行地法；況契約之在今日，亦並非絕對皆依行為地法，則婚姻舉行地

法主義之基礎，仍難鞏固。

至於以顧慮舉行之公安關係，爲其理由，不無一面之價值，然亦僅此價值而已！蓋當事人對於其本國法，雖具備實質的要件，而其要件苟係舉行地法上絕對不容許者，依然爲之，此當然有危及舉行之公安關係，自非所宜。但卽本此理由，以唱舉行地法主義，亦未免知其一不知其二。因當事人之本國法，苟不承認其婚姻有效，依舉行地法認之爲有效者，其結果必損及其人本國之人民主權；且凡其本國所不承認之婚姻，皆相率而至舉行之，是更影響於婚姻法爲強行法之性質，豈僅使其本國之法律等於虛設已哉！

雖然，美國之所以獨探此一主義者，則亦有故：一爲保持自由婚之精神，歐人僑居於美者甚衆，婚姻若依其本國法，多數婚姻皆須守父母同意之原則，自不合於新大陸之自由信條，依舉行地法可不受此拘束。一爲免除私生子之增加，歐人之來美者，如尚未具備歸化條件，而爲婚姻，苟依其本國法，常不免於宣告無效之事，則在婚期中所生之子，均爲私生子，依舉行地法可不有此結果。且美國法律，極不統一，其內國人民之婚姻關係，亦以適用舉行

地法爲便，而外國人之在美國國內爲婚姻者，除依此通例外，更無何等簡利方法，此又其不用住所地法而用舉地法之一原因也。

第二，住地法主義。謂依婚姻舉地法主義，男女從舉地法所定之要件，成立有效婚姻而爲夫婦者，苟明日至其所不承認有效之國家，則必分散而成路人，殊不合於人倫之道。此不承認有效之國家，非無關係之第三國，亦非皆其人之所屬國，乃尤在其人之住所地耳。因其人雖具有某國之國籍，苟無住所於其地，縱不承認有效，實際上亦無何等影響；惟住所爲人之生活本據，朝夕處於斯，婚姻苟失其效，卽有莫大之關係，故婚姻實質之要件。須以當事人之住所地法爲其準據法，始合於理。依此說，婚姻當事人有男女兩方，究以何方之住所地，爲其法律之對象乎？古昔以夫爲一家之主，認爲應依夫之住所地法，如薩焚宜所主張者是；此說已失時效，不必再論。今日探住地法主義者，如英國，則皆以夫婦雙方之住所地法定之。學者中如衛斯韋克 (Westlake)，戴司 (Dicey) 等，皆一致主張之。

按此一主義，行之於一國數法之國中，尚不無相當之理由，今多數國家均有統一之法典

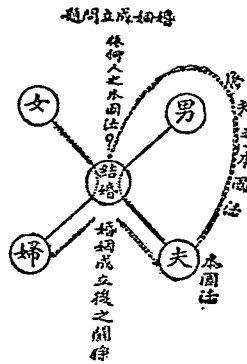
，自無絕對採用住所地法主義之必要。換言之，在多數國家，人之住於其本國者，即惟其本國法之適用，別無於本國法外，又有所謂住所地法者在；至其住於外國，不過一偶然之事實，斷不能因此事實，即依其地之法律，決定婚姻之是否有效成立，若而然者，親屬法之強行法的性質，亦必爲之破壞矣！至對於隸屬一國數法之國之人民，在本國法之適用上或感不便，願亦無妨，蓋可依其所屬之國之法律，而解決本國法之如何適用也。

第三，本國法主義。觀於上述兩主義之缺點，可知今日歐陸各國及我國日本等採用本國法主義，實一必然之趨勢。不過同爲本國法主義，其中仍有舊之本國法主義與新之本國法主義之異。

(a) 夫之本國法主義。即舊之本國法主義也。謂婚姻關係，無論何國，向以夫爲本位；易言之，由婚姻而生之家室效果，大都在於夫之本國，故不可不依夫之本國法，定其實質之要件。且妻因婚姻關係，不經歸化程序，當然取得夫之國籍，表面上係依夫之本國法，實際上不啻兼依夫之本國法也。此說在種族法時代，即已有之；其後歐陸各國亦曾盛行一時。

按此一主義，姑不論其偏重男子方面，致違現代男女平等之原則，即在法理上言之，亦難免求因於果之譏！蓋夫婦云者，婚姻關係成立後之稱謂耳。此際之其他問題，或可依夫之本國法。今婚姻成立之實質的要件，乃婚姻成立之先決問題，當事人所處之地位，尚不過一

【一十四表圖】
圖倒顛末本義主法國本之夫



男一女之狀態，並無所謂夫婦之身分，何能強定其必依將來為夫者之本國法？在解決婚姻關係能否成立以前，將來為夫之男子，與將來為妻之女子，原各有其本國法，更何能謂夫之本國法，即等於妻之本國法？且婚姻關係，實有近似協同行為之性質，當事人一方之本國法，否認其有效者，他方即不得認其為有效成立。故如男子之本國法，雖認其要件具備，而不合女子之本國法所規定者，則女子之本國，必視其國之女子，為非外國人之妻，凡因婚姻關係發生權利變更之事，依舊如故，此在實際上亦極不便利也。例如男子之本國法，妻當然取得夫之國籍；女

子之本國法，出嫁外國人當然喪失國籍。今依男子本國法，認爲婚姻有效成立，其女子卽變更國籍，爲己國之人民；但女子本國法不認其有效，卽不喪失國籍，依然其國之人民；是。不。特。發。生。重。國。籍。之。糾。紛，更。足。引。起。種。種。之。複。雜。問。題，故在實際情形上論之，亦不能專依所謂夫之本國法也。

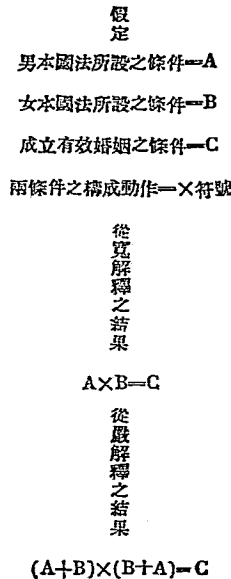
(b)當事人雙方本國法主義 卽新之本國法主義也。謂婚姻法爲強行之規定，故其成立條件乃係對於特定人而設，不但將來爲夫之男子，必具備其本國法上之要件，卽將來爲妻之女子亦須具備其本國法上之要件；必雙方之本國法，均已完備實質之條件，而其婚姻方能有效成立是。例如結婚年齡，滿二十歲之瑞士男子，與滿十六歲之中國女子，各依其本國法，達於婚年，始能爲有效之婚姻是。但此不過從寬的解釋，亦有人主張從嚴的解釋者。

何謂從嚴的解釋？卽男子不僅備其本國法所定之條件，更須兼備未婚女子本國法所定之必要條件，而此女子亦必對其爲夫之男子，其本國法所定之條件，兼備無缺，然後其婚姻始能有效。例如日本男子與法國女子結婚，男不僅依日本法滿十七歲，並須滿法國法所定之十

八歲；女不僅依法國法滿十五歲，並須滿日本法所定之十六歲是。爲婚姻絕對有效起見，自以此種解釋爲宜；但在適用上則不如前一解釋便利耳。

此一主義將男女之狀態與夫婦之狀態分別甚析，婚姻成立之要件與婚姻成立之效力，爲之判然，多數國家採之。我法律適用條例第九條『婚姻成立之要件，依當事人各該本國法』；日本法例第十三條『婚姻之成立要件，各當事人依其本國法定之』；波蘭法第十二條『有效婚姻訂立之權利，依各當事人之本國法』；摩洛哥法第八條『訂立婚約之權利，依未婚夫婦之各該本國法』；皆爲顯例；德國民法第十三條同。一九〇二年德法等十二國海牙婚姻條約第一條亦承認此一原則，謂『婚姻之權利，各從爲夫婦當事人之本國法，但本國法明白規定，依他國法律者，不在此限』云。

「圖表四十二」雙方本國法主義之寬嚴兩種解釋表



(丙)實質的要件之法律限制 婚姻成立之實質的要件，現代多數國家固皆以當事人雙方本國法之適用，為其準據法之原則；但在實際上，此一原則亦嘗受有兩種限制。何種限制：第一，積極的限制。兩外國人於內國為婚姻時，雖具備雙方本國法所定之要件，內國是否即許其有效成立？此則視其舉行地法上之規定如何，決其一切，乃本國法主義之一大例外也。

(a)有設為嚴格地限制條款者 如波蘭法第十二條第二項會明文規定，在波蘭之外國人，雖依其本國法得訂立婚約，但有違反波蘭現行法令所禁止情形之一者，仍不得於波蘭地方

官署訂立之。如宗親或姻親；誣害其配偶者；重婚；異教者，曾受不結婚之教令，或公然自願不婚者；皆其所禁止之情形也。外國人舉行婚姻於波蘭時，除具備各該本國法之要件外，苟有與此衝突者，即不得在波蘭為有效成立。又海牙婚姻條約第二條，亦明定三事，舉行地得禁止外國人之婚姻：一為依血親及姻親間之親等，絕對地禁婚者；一為姦逸之結果，相姦者解除一方之婚姻，而與其相姦者婚，絕對地禁止者；一為與配偶者之一方，共同殺害他之一方，被處罰之人與其配偶者婚，絕對地禁止者是也。

違反舉行地法所定之條件，雖合於各該本國法之規定，依意國民法第一〇二條，當視其婚姻關係不能成立；但依海牙婚姻條約之規定，舉行地國只能禁止其在內國法律下舉行，倘由該當事人本國之外交官或領事官依其本國之法律舉行之，自不能作為撤銷之理由。至於舉行地國是否仍承認其婚姻有效，依該條約第六條第二項規定，凡在外交官前舉行之婚姻，舉行國對其婚姻，不得因重婚或宗教上之障礙，為違背其自國法律之理由而反對之是也。但如有其他重要條件之違背者，自可否認其有效也。

(b) 有列爲通常的限制條款者。即對於外國人舉行於內國之婚姻，不設特別禁止條款，僅依公安關係上之限制，凡其要件認爲違反舉行之公共秩序，或善良風俗時，舉行地得依之不承認其婚姻之有效成立。例如印度之納亞族人，依其本國法可二妻三妻，今在中國，除其原有之妻外，又欲與他國人，或其本國人再爲婚姻，是陷於重婚之狀態。我法律適用條例上雖未設有限制之特別條款，但可適用第一條之規定，得禁止之是也。

第二，消極的限制。此指婚姻有效成立之條件，與法庭地法之關係，即關於婚姻成立問題，發生訴訟於第三國，第三國法上所定之條件，能否對其婚姻成立問題，與以影響歟？當分四層述之：

(a) 當事人之婚姻，在其本國法及舉行地法，皆屬無效者，雖合於法庭地法之條件，則亦無效，此爲當然之理。例如有男女二人，在乙國結婚，未能滿足各該本國法及舉行地法所規定之條件，因此，其婚姻無論在其本國，在舉行地，皆屬無效；後二人又至丙國，發生夫婦身分關係之訴，丙國即不得依其自國法，而受理之是也。

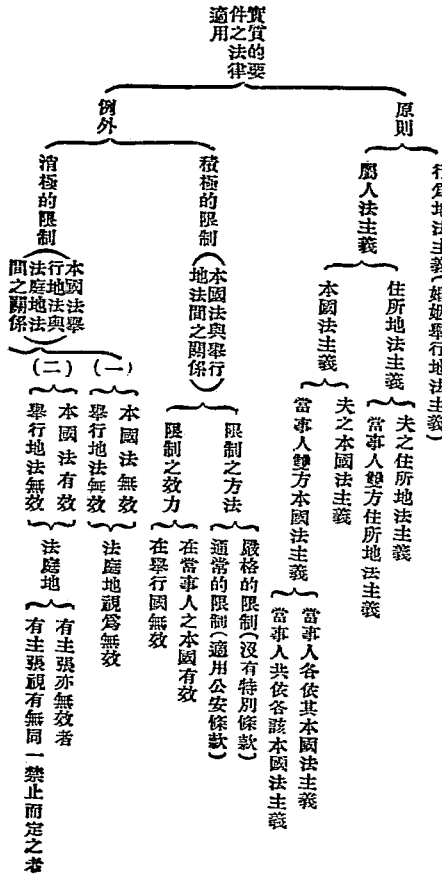
(b)當事人之婚姻在其本國法爲有效，而舉行地法禁止之者，法庭地國對於有關婚姻成立問題之訴，有效歟，抑無效歟？依海牙婚姻條約，謂違反舉行地國一定的禁止，除結婚於其外交官領事官前外，在婚姻舉行以外之國，爲婚姻撤銷之原因。愚則主張應視法庭地法上有無與舉行地法上相同地禁止條款之規定而決之。

(c)當事人之婚姻，在其本國法上爲無效，而在舉行地法上爲有效者，因非採舉行地法主義，自不能卽有效之；但海牙婚姻條約，則謂本國法基於宗教上之理由，而禁止婚姻者，舉行地國得反其禁止，許可外人之婚姻；他之國家，對於此情事舉行之婚姻，有承認之權利，蓋基於特殊情形而然也。

(d)當事人之婚姻，在其本國，甚至舉行地皆屬有效，但顯然違反法庭地法之重要禁止條款者，則如何？此當視其訴訟事件，是否涉及婚姻成立條件而定。與婚姻成立條件無關者，亦從而有效之；與婚姻成立條件有關者，則可依公安原則之規定，爲之否認。但其婚姻既係有效成立於外國，亦可解釋爲與內國無直接之關係，卽係與內國之公安問題無涉，亦不妨

與以承認。故此問題之如何解決，實際上任一任法官之自由判斷，第一編外國法適用之限制中，會詳及之，不再論。

【圖表四十二】婚姻成立實質的要件之法律適用總表



(三)	本國法無效	通常情形中無效
(四)	本國法有效	宗教問題中有效
	舉行地法有效	法庭地
	法庭地	不反於其公安之規定者有效
	認爲反其公安之規定者無效	但其標準一任法官自由判斷

(丁)實質的要件之法律調查 對於外國人之婚姻成立問題，既須準據各該本國法，則雖具備舉行地法之條件，舉行地官廳並應調查其是否合於各該本國法所定之條件，尤其在婚姻能力要件上如此。蓋恐不合各該本國法之規定，將來如依本國法宣告其婚姻爲無效時，舉行地國對其所生之私生子，即不免負扶養之責，故學者如巴爾等及實例上皆主張調查之也。調查之方法，固可依外國法適用之證明一節所述者爲之；而海牙婚姻條約並於其第四條上，定有對於外國人之婚姻者，關於證明「要件具備」之各種方法云。

(三) 婚姻之方式

婚姻之方式，即婚姻成立之形式的要件是。蓋婚姻爲要式行爲。非履行一定之方式，雖

具備實質的要件，其婚姻仍不得成立；所以保障當事人意思之確實，而慎重人倫基礎之開始也。婚姻成立之形式的要件，既係一種法律行為方式問題，在原則上，當然同受法律行為方式之準據法之支配，我法律適用條例上，獨缺形式的要件之規定者，顯係包括於第二十六條第一項中，毫無疑問。但確切論之，婚姻方式雖非如物權行為之方式，另有特殊地位，而不能謂與普通法律行為之方式絕對相同，仍以應有特別規定為宜。茲先述：

(甲)婚姻之方式之法律衝突 婚姻方式各國固不同其規定，即何種對象始為婚姻方式，亦不同其認識。例如父母對於子女結婚之同意，通常列為實質的要件，然亦有視為形式的要件者。又如關於特定官署之許可，及須有一定之證明書，始得結婚者，依理乃一實質問題，然仍有視為方式問題者。此誠係根本上之衝突，要不過解釋上之差異；其實際上最感紛雜者，依然為規定上之衝突一端耳。

第一，由婚姻方式之司理方面而言 (a)有重視宗教上之儀式者。婚姻須由神父主之。蓋古代結婚，必須宗教之祈禱，婚姻問題遂變教會中一種儀式；一五六三年因特連會議(O.)

meil of Trent)之決議，西歐奉耶穌教之國亦採此儀式，例如英國直至一八三六年止，凡結婚須有教士證明之，始爲有效，即係其一。舊俄亦同。今日保留此種方式者，有塞爾維亞，巴西等國。

(b)有重視民事上之方式者，婚姻須在地方官前爲之。蓋以婚姻爲人事之根源，有關於私權方面者甚大，且對於其地之善良風俗極有影響，故須強迫其婚姻註冊。既如是焉，則管理身分之戶籍吏，於結婚時，必須臨場，自爲應有之舉。即不然，最後亦須呈報於戶籍吏，其婚姻之效方，由呈報而發生，呈報者，婚姻成立之有效時期也。今日採此種方式者，法，德，意，日等國。

(c)有併用前兩種之方式者，婚姻由教士證之，並須由戶籍吏登錄之；或任意爲後一種之採取者亦有之。例如奧，匈，西班牙等國是也。

(d)有用普通證明之方式者，婚姻於公開之儀式中，由普通二以上之證人證明之。蓋婚姻以實質的條件爲其基本要素，方式不過一證明之作用，自不應故爲繁難，而爲當事人之累。

，故只須有公開儀式，於二以上之證人前爲之，自爲有效。我國卽如此規定者。

(c)有採用更簡單之方式者，婚姻只須當事人雙方立一願書卽可，並不向任何人前行之。此種方式爲最簡單者，蘇格蘭邊境採此方式。

第二，由婚姻方式之程序方面而言 (a)有規定須具備公示方式，舉行方式，及證書方式，始克有效者。歐洲各國採民事上之方式者，通例如此。然彼此間之規定，仍難盡同；如關於公示方式，在法國須爲兩次之公示，一年內不結婚者，公示失其效力；在德國僅爲一次，並得免除之，公示後六個月內不結婚者，公示失其效力。如關於舉行方式，在法國只須戶籍吏，對於將爲婚姻者之雙方，相次聽其申述欲爲婚姻之旨，然後宣言依法律爲婚姻之旨，而卽記其事於婚姻證書；在德國，更須有證人二名臨場，問當事人有無爲婚姻之意思，如答以『有』，戶籍吏始宣言依法爲婚姻關係之開始。如關於證書方式，在法國，依其民法第七十六條之規定，應列入之事項共有十種之多；並先期須提出其一定尊親屬之允諾證書；在德國則不如是複雜。

(b) 有不規定公示方式，舉行方式，僅呈報於戶籍吏，而即生效力者，日本等國，及我民律草案第一三三九條所規定者是也。然關於呈報，或則規定須由當事人雙方呈報，或則規定除當事人外，更須證人二人以上呈報；或則規定專以書面呈報，或則規定口頭或書面均無不可，或則規定於口述外，並須署名於書面，亦不盡同。

(c) 有僅規定舉行方式，再無他之條件者，我國民法採之；有僅以當事人之意思成立婚姻，別無法律上任何方式者，美國紐約州之法律採之。夫婚姻之方式，各國規定既若是之複雜，則同一國籍之人，或不同國籍之人，在外國為婚姻時，究應依何國法律決其婚姻成立之形式的要件歟？

(乙) 婚姻的方式之法律適用 一般法律行為之方式，依支配行為自體之法律，或行為地法，今日多認其為最有理由之準據法；則婚姻方式在理應受此一原則之支配，依本國法定之可也。無如婚姻成立之實質問題，非僅一本國法之適用，乃當事人雙方本國法之適用，苟當事人之國籍各異，即成問題。蓋兩國規定不同之方式，苟非絕對衝突，或尚可用。例如男之

本國法，婚姻須以教士主之，女之本國法，婚姻須以父母主之，則先舉行婚姻於教堂，次再舉行婚姻於家庭；或請教士與父母而並主之；此雖影響於夫婦身分何時開始之計算，或事實上爲主婚人所難同意，然或可一試也。倘兩國規定不同之方式，爲絕對衝突者，則莫能補救矣。例如男之本國法，禁止在教堂結婚，違者婚姻無效，女之本國法，禁止在教堂以外之地結婚，違者婚姻亦無效；此卽無可兼依各該本國法，定其採如何之方式矣。倘專依男之本國法，或專依女之本國法，固可免此糾紛，但如是則非各該本國法之適用，自亦非依支配行爲自體之法律也。然則關於婚姻的方式之法律適用，將如何解決乎？應分爲兩端述之：

第一，法律適用之原則。今日多數國家，關於婚姻方式之準據法，均以行爲地法爲原則，行爲地法者卽婚姻舉行地法也。例如波蘭法第十三條云『結婚之方式，依結婚地法』，日本法例第十三條云，『婚姻之方式依婚姻舉行地之法律』是。畢氏國際私法典第四十一條亦規定『凡依照其締結地法視爲有效之儀式而舉行之婚姻，均認爲有效』；海牙婚姻條約第五條第一項『依婚姻舉行地法律所舉行之婚姻，關於其方式，無論何國皆認爲有效』云云，更

屬各締約國間所公認之原則也。何以故須爲舉行地法之採用？

在消極的理由上，不同國籍之男女，在第三國舉行婚姻，事實上不能爲雙方本國法之兼採，固爲依舉行地法之一理由。在一方之國舉行婚姻，而各要求適用各該本國法上之儀式時，亦惟舉行地法主義能解決其爭執。再進一步言之，卽同國籍之男女，在外國舉行婚姻，如必依其本國法所定之方式，仍感困難。例如其本國法規定，婚姻必舉行於教堂或在戶籍吏前之，設其舉行地爲反教之國，並無教堂；或爲無人事登記之國，並無戶籍吏之設，其婚姻雖具備一切實質上的要件，亦不能有效成立，殊非公平之道。卽有教堂，其教堂之性質是否卽其本國法所指定者，不可必；卽有戶籍吏，仍非其本國之戶籍吏，於其前舉行婚姻，仍非適合其本國法上之方式。因此種種原因，本國法上之方式，卽不能對於本國人之舉行婚姻於外國者而適用之，自惟有依其舉行地之法律也。至於本國人舉行婚姻於本國者，當然依其本國法之規定，但在另一方面觀之，既舉行於本國，則爲之適用其本國法，亦不失爲有舉行地法之性質焉。

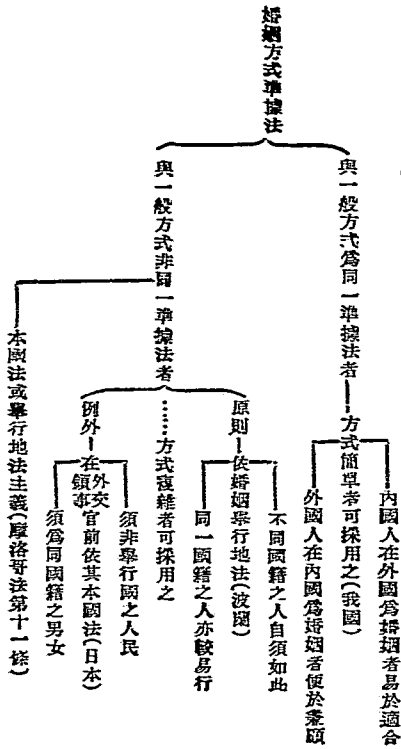
在積極的理·由·上·，婚·姻·之·所·以·須·履·行·一·定·之·方·式·者·，非·僅·為·表·示·一·男·一·女·因·合·意·而·結·為·夫·婦·之·意·，且·含·有·種·種·政·策·於·內·，並·兼·顧·善·良·風·俗·及·社·會·秩·序·之·維·持·。故·男·女·之·結·合·，欲·向·社·會·表·示·其·為·神·聖·婚·姻·之·意·思·，即·不·能·不·共·依·一·定·之·方·式·。當·事·人·本·國·法·上·之·方·式·既·難·行·之·於·外·國·，則·在·外·國·為·婚·姻·時·，當·然·有·依·舉·行·地·法·向·公·衆·表·示·之·必·要·，其·舉·行·地·於·無·條·件·下·，亦·斷·不·許·不·合·國·情·之·異·國·的·方·式·，現·於·其·國·境·內·，獨·呈·奇·特·的·色·彩·，致·搖·動·其·國·所·素·行·的·方·式·之·信·用·。例·如·一·九·二·二·年·，法·國·巴·黎·高·等·法·院·有·一·判·例·，兩·塞·爾·維·亞·人·願·在·法·國·結·婚·，但·法·國·則·認·為·如·依·其·本·國·法·，用·宗·教·儀·式·，即·違·反·法·國·之·公·序·，故·僅·依·法·國·民·事·上·之·方·式·行·之·。是·故·任·何·舉·行·地·之·法·律·，如·有·強·迫·註·冊·之·規·定·，即·不·能·允·許·外·國·人·以·取·註·冊·以·外·之·方·式·，在·其·國·內·結·婚·，正·與·實·質·上·之·禁·止·條·件·同·，蓋·恐·其·違·背·內·國·之·公·共·秩·序·也·。況·依·海·牙·婚·姻·條·約·所·定·，雖·依·舉·行·地·法·定·其·方·式·，當·事·人·本·國·法·所·規·定·之·公·示·方·式·，仍·須·遵·守·；婚·姻·證·書·之·公·正·謄·本·，應·移·送·於·各·配·偶·者·之·本·國·官·廳·，以·備·存·查·；果·皆·實·行·，縱·屬·未·依·其·本·國·法·所·規·定·之·方·式·，而·各·該·本·國·法·所·以·規·定·須·有·一·定·的·婚·姻·方·式·之·精·神·，亦·同·時·達·之·矣·！

第二，法律適用之例外。雖然，婚姻方式依舉行地法之原則，並非絕對的強行法規之性質，亦不可不知。因絕對依舉行地法，必致本國所規定之方式等於無效，其本國爲維持其規定之精神，常否認在外國舉行之婚姻，有效於本國方面者，例恆有之；且當事人又往往基於宗教上之信仰，不願服從舉行地之法律者，亦非毫無；於是又有變通之道，即當事人雙方倘爲同一國籍之人，依條約或法律之規定，許其在當事人本國之外交官或領事官前，舉行婚姻，雖不依舉行地法之方式，亦屬有效，乃例外也。

日本法例第十三條之規定，以依舉行地法爲原則，但認爲不妨日本民法第七七七條之適用。該七七七條云者，「在外國之日本人間，欲爲婚姻者，得呈報於駐在該國之日本公使或領事，於此之時，準用關於戶籍吏職務之規定。」反之，駐在日本之領事，如德，比領事等，依領事職務條約所定，認爲各該國人民在日本舉行婚姻，亦得於其領事前，依其本國之方式；此一例也。海牙婚姻條約第六條云：「依本國法於外交官或領事官前，舉行之婚姻，無論何地，皆認其方式有效。」其「但書」之限制，即雙方結婚者，非婚姻舉行國之人民，及領

事變務條約之特別規定缺如時，須其方式非婚姻舉行國之所反對者，又一例也。畢氏國際私法典第四十二條云：「在法律許可其外交官或領事官前舉行婚姻之國家，其舉行依照配偶之屬人法舉行」云云，亦一例也。

【圖表四十四】婚姻方式之標準法表



(丙)婚姻的方式之法律效力 婚姻的方式依舉行地法者，其本國是否皆認其有效；依本國法者，其舉行地法是否皆認其無效；倘兩相衝突者，第三國又將如何爲有效無效之解決？不可不一論之：

第一，所屬國對其依舉行國之方式問題 各國之立法例，對於內國人在外國所舉行之婚姻，無論如何，皆承認行爲地法，爲婚姻方式之準據法，或其準據法之得任擇者，則依舉行國之方式，當事人之本國，自不能否認其效力，乃當然之事也。顧亦有其不然者。

(a)或則基於宗教儀式必要之理由，而否認其有效者。海牙婚姻條約第五條第一項但書云：「須用宗教儀式以舉行婚姻之國，其人民不依此規定，而於外國締結婚姻者，得不認爲有效；」此歐洲各方面意見之代表也。畢氏國際私法第四十一條但書云：「其立法視宗教儀式爲必要之國家，對於其人民，在外國所締結而未遵行此宗教儀式之婚姻，得否認其有效；」此美洲各方面意見之總匯也。

(b)或則基於民事方式必要之理由，而否認其有效者，法國民法第一七〇條云：「於外

國，法國人相互間，或法國人與外國人爲婚姻時，以其國所用之方式行之；且須預爲第六十三條所載之公示。法國人如不違背前章所載之規則者，其婚姻可爲適法。『詳釋之，苟依外國方式而舉行之婚姻，不依法國法履行公示之程序時，其婚姻即在本國失其效力。海牙各國條約，亦認爲本國法所規定之公示要件，當事人雖依舉行國之法律，對此亦應遵守之，防其失效於當事人之本國也。至於法國民法第一七一條云：「法國人歸於法國之領地內，三個月之內，須將在外國之婚姻證書，登記於其住所地之婚姻證書簿冊，」此又其認爲有效時之一附帶條件也。

第二，舉行國對其依所屬國之方式問題。在法國之摩洛哥法，因摩洛哥之人事登記法尙付缺如，故許兼採當事人之本國法。普通國家以公安之故，多認爲外國人婚姻既舉行於其國，亦應依舉行地法，倘除一二特許之情事外，盡依本國法之方式行之，舉行國即不承認其有效。但如行之於其國之外交官或領事官前，其有效無效，又當別論。

依代行權之原由言之，外交官或領事官代行其本國戶籍吏之職務，僅係出自其本國法律

之規定者，則所依之該本國法上之方式，須不違背舉行國所反對者，否則視為無效。兼係出自兩國條約上之規定者，如一八八三年之德塞條約，則其本國法上之方式，縱與舉行地法上之方式相反，舉行國仍認之為有效。

第三，第三國對其依他國家之方式問題。婚姻當事人於其國內，依其法律所規定之方式，舉行婚姻；或在國外，依其本國法之所命，全然依舉行地法所規定之方式，舉行婚姻。第三國對此方式，惟有承認有效，不能與其國所尚之方式作比較觀，而定拒迎之態度。然如其本國及舉行國有一不承認有效者，第三國值此問題將如何應付之歟？又國際間之照像結婚婚亦事之恆有者，但常發生一國有效，一國無效之問題，第三國對此事實，又將如何認定之歟？

茲先言：

如何應付普通結婚方式之衝突。仍可分為兩事論之：（一）其本國否認其有效，而舉行地認之為有效者，第三國或因自國採舉行地法，或因受國際條約拘束，認定其為有效者，蓋通例也。故即在婚姻舉行國，不依其本國法，為必要之公示方式者，其本國雖否認其有效，以

外之國則不得作爲婚姻取銷之原因。(二)其本國承認其有效，而舉行之地否認之爲有效者，第三國縱亦採舉行之地主義，但對於其本國所認爲有效之方式，即不得而異議之。波蘭法第十三條第二項云：「結婚於國外，欲在波蘭被認爲有效者，祇須其方式合於結婚配偶本國法之所規定，」其反面不啻謂雖舉行之地法不認爲有效者，第三國仍得而有效之。海牙婚姻條約第七條云：「婚姻於舉行之國，因形式上之缺點，被視爲無效，然婚姻當事人各依本國規定之方式者，他之條約國仍認爲有效，」亦同。說者雖有依既得權之原則，謂一權利在其產生國（舉行之國）本屬毫無價值，而在他國，反使之發生效果，殊與既得權不能在外國發生較其本身更大的效果之意義不合，而主張第三國亦應與舉行之國同認其爲無效者。顧婚姻方式之依舉行之地法者，乃其本國法不便適用而然，苟可以爲本國法之適用者，仍適用其本國法，即所謂舉行之地法之例外也。法律上既許爲本國法之適用，則依之而成立有效方式，亦不失爲所謂既得權之一，第三國承認其有效者，即依其說，亦可謂本諸「一權利當其既得之後，在他國發生之效果，與原始國正同」之意義而必如是焉。要之，第三國對於其依他國之方式效果問題，

只須其本國或婚姻舉行國有一承認其有效者，皆須認其效力之存在也。

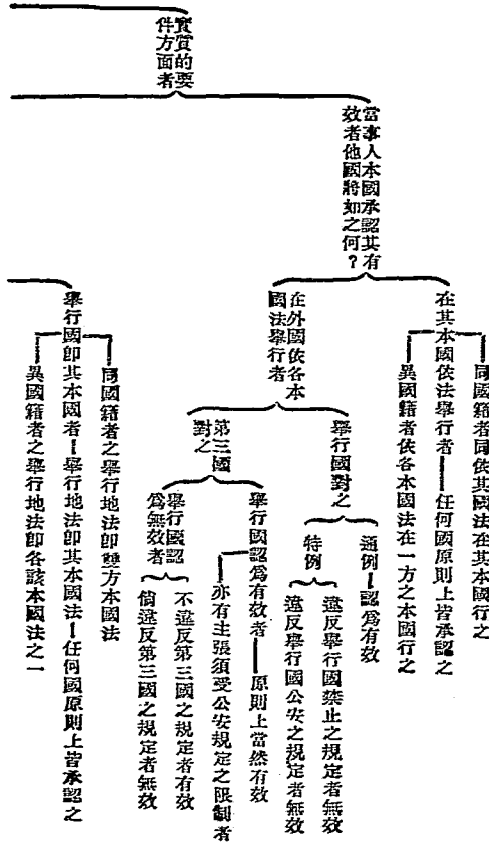
如何應付照相結婚方式之衝突。照相結婚云者，例如住在美國之男與住在日本之女，以相片之交換，爲結婚之表示是也，美國以其有害公安，且以男子如爲日本人，無家室者而忽有家室，並影響於移民律，否認其有效。日本則以有反一國之公安與否，他國無兼顧之必要，只須依日本法呈報於戶籍吏前，卽生效力，至於婚姻之前，兩人曾否面認，結婚之時，兩人曾否同棲，皆非法律所問也。第三國苟將來爲其訴訟地，依美國法認之爲無效乎，抑依日本法認之爲有效乎？

有主張此種結婚方式過於奇特，應視其方式與第三國之自國法律是否絕對違反而定。如中國，婚姻須有公開儀式及二人以上之證人，當然拒絕此種無公開儀式之照相結婚，否則卽與內國公序有關也。如蘇格蘭邊境，結婚只須當事人立有願書卽可，自可認爲此種方式有效，因像片之交換亦卽願書之另一方式也。此說固甚正當，然僅依內國法所規定之主義，作承認否認之比較，終不免於參取法庭地法之嫌，非盡適宜。

愚以為應視照相結婚之當事人，具何國籍而定。如係在美國之日本男子與在日本之日本女子，行此方式，日本既承認其有效，是其雙方之本國法所允許矣，雖美國法不承認之，第三國仍應認為有效。如係在美國之美國男子與在日本之美國女子，行此方式，美國既否認其有效，因其舉行地非即在日本，而實跨於兩地，雖日本承認之，第三國得否認其有效。再推而論之，如係在美國之美國男子與在日本之法國女子，或係在美國之法國男子與在日本之美國女子，行此方式，假使日本仍一例認為有效，第三國除與日本採同一主義者外，概可否認之。所以然者，日本承認有效之惟一理由，以日本為其舉行地；第三國倘認舉行地分於兩國，或根本不認其為舉行，則與日本認為有效之論據，斷然相反；且當事人之本國，美國既否認其有效，法國亦同此態度，其方式根本不在任何一方面為有效的成立；未為有效成立之方式，第三國承認之，不啻擴張其無限的立法權，為任何國人而創造新權利矣！其失正與日本之認為有效同。雖然，在事實上，日本或亦置此事於不理，不過將來美日人民倘能絕對通婚，將此法國人易為日本人，致發生美國人與日本人之照相結婚時，第三國如何解決其效果問題

題，實非過於虛泛之談！(圖表四十六參照)

「圖表四十五」婚姻的要件之效力表



第四編 親屬法適用論

第十五章 婚姻締結

國際私法本論

婚姻要件之有效與無效

形式的要件方面者

婚姻舉行國承認其有效者他國將如何之何？

在舉行國者

其本國對之

仍未完備其本國之要件者有效
因兼從舉行地法而致與本國要件衝突者無效

通常違反本國法之規定雖舉行國認為有效仍為無效
因宗教上理由舉行國反於本國法認為有效者亦為有效

舉行地在其本國者——其方式各國皆認為有效

婚姻舉行國承認其有效者他國將如何之何？

舉行地之在外國者

其本國對之

原則——認為有效

違反宗教上必要之儀式者無效
例外——違反民事上必要之方式者無效

其本國認為有效者當然認為有效
其本國認為無效者仍舊認為無效

在其本國依本國之方式者——任何國皆認為有效

當事人本國承認其有效者他國將如何之何？

在舉行國依本國之方式者

對之

原則——認為無效

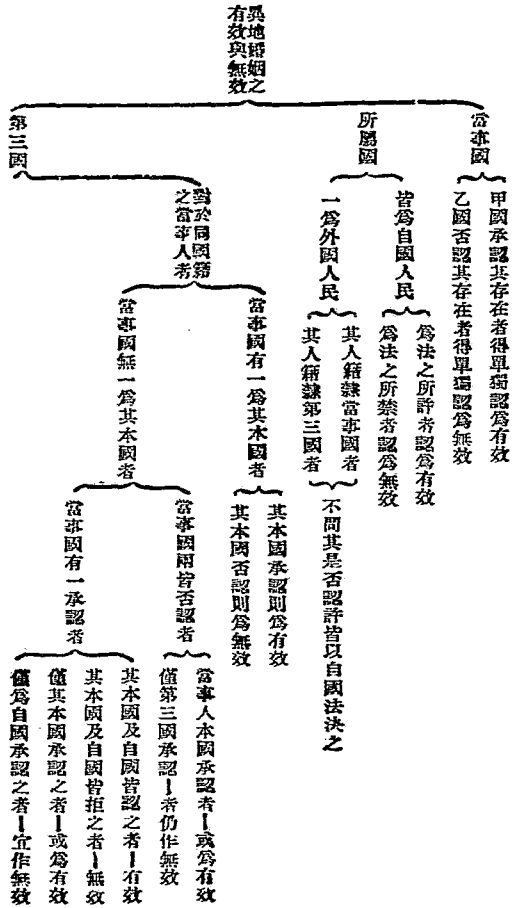
無特別條約而反舉行國禁止者無效

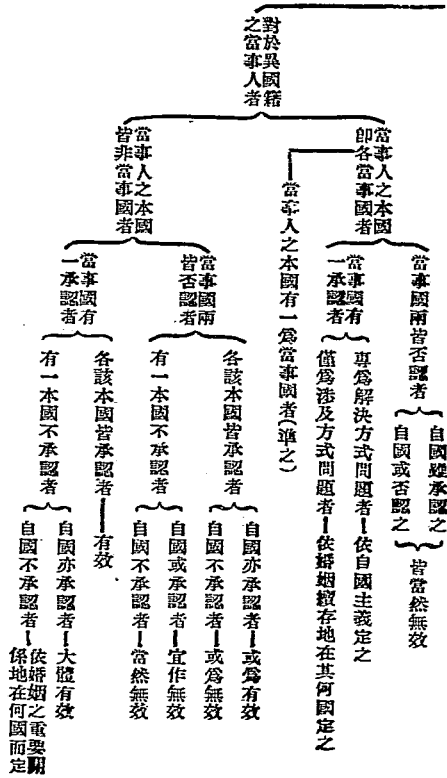
例外——在其外交領事官前為之者有效

舉行國亦認為有效者當然有效

對之
舉行國不認為有效者仍舊有效

「圖表四十六」異地爲婚姻者之效力表





(註) 表中之「自國」云云，係指所屬國其國，及第三國其國而言；此表稍感複雜，內容之分析又較細密，或有疏失，容發現後改之。

第十六章 婚姻效力

婚姻一旦有效成立，男子取得夫之身分，女子取得妻之身分，遂發生種種權利義務關係。從其對於他人而言，則發生姻親關係，家屬關係，此間接者姑置不論；從其夫妻相互間而言，則除發生身分上之關係外，並發生財產上之關係，是即婚姻之直接效力也。故婚姻之效力，不出乎兩大端，一為婚姻及於身分之效力，一為婚姻及於財產之效力，就其與國際私法有關之點述之：

(一) 婚姻及於夫婦身分上之效力

身分上之效力云者，不外男女依法律取得夫婦之身分，而發生相互的權利義務之謂也。

茲先述：

(甲) 身分的效力之法律衝突 夫婦間應互負如何之義務，或獨享如何之權利，各國因其

歷史風尚，道德標準，社會制度種種之異，規定諸不一致。

第一，以妻之能力言之。女子因婚姻之結果取得妻之身分者，其在法律上之行為能力如何，各國立法例頗爲複雜。就成年者之妻而論，有規定妻爲絕對無能力者，如英美舊日之普通法是，蓋本諸羅馬古代法，以婚姻爲強制的親屬關係，遂認夫婦爲一體，妻對於夫成立宗親關係，一切以夫爲代表故耳，不過近多年來，漸知其不當，遂發布條例，限於或種場合，認妻爲有能力者，蓋例外也。有規定妻爲限制能力者，歐陸各國大多數民法如是，蓋出於「保護夫權之作用，而維持室家之和平」之用意，故對於不違保護夫權之目的，或無保護夫權之必要之範圍內，皆設有例外，認妻亦爲有行為能力人。惟其限制之程度仍不相同；法國民法（參照條文第二一五條以下），日本民法（第十四條）皆規定除少數法律行為外，以禁止爲原則，即凡妻之法律行為，須經夫之允許，夫未允諾，而妻獨斷爲之者，夫可依而取消之。德國民法，妻以有能力爲原則，故夫雖得處決關於婚姻上共同生活之一切事務，然出於濫用夫權時，妻即無從夫處決之義務（第一三五四條）；其他或定之事件，如婚資之處分，負擔給付

義務之法律行爲，皆須夫之同意（第一三九五條至第一四〇〇條）。意國民法較他國妻之能力，所受限制之範圍，更爲不同，規定妻得夫之總括的承諾，即一切爲有能力者矣。瑞士民法（第一四條第一五條），妻在原則上爲有能力者，惟妻營商業時，須夫之同意而已。其限制之程度更爲輕微；有規定妻爲有能力者，蓋以婚姻結合，雙方原屬平等，家室和平自在其中，無絕對尊重夫權之必要。舊俄國民法，與國民法皆採此一主義；一九一八年蘇俄所頒布之婚姻法亦然。我國以確立男女平等之原則，於新民法即否認單獨的夫權之存在，否認妻爲限制能力者，其規定更爲精緻。有規定特別場合夫爲無能力者，比利時民法草案除採用舊俄國及奧國之原則外，其中反有認夫爲無能力者，不特例之僅見，矯妄過正，亦理之難許，故實際用之者甚少。不過在日本，入夫婚姻中之夫，對於其爲女戶主之妻，其行爲能力在實際上諸多限制，非盡與其妻爲限制能力之原則相合。

就未成年者之妻而論，夫爲未成年者，則對於妻之能力，苟採限制能力主義者，又將如何？有規定夫仍有同意權者，瑞士民法屬之。蓋瑞士採婚姻成年制，未成年者得因婚姻之結

果而爲成年者故也。有規定妻有獨立行爲權者，意國民法屬之，蓋以未成年者之夫既未有同意能力，故不若使妻獨斷爲之耳。有規定使法院代其夫以行同意權者，法國民法屬之。其第二二四條云：「若夫爲幼年時，其妻如出席法院及結契約，須經法官之允許」即是。有規定間接由法定代理人行同意權者，日本民法（第十八條）屬之。蓋以未成年者之行爲，既在原則上，須得法定代理人之同意，則夫之未成年者，允許妻爲法律行爲，自亦須得法定代理人之同意也。各國立法例上關於妻之能力問題，其不同也如此。

第二，以同居義務言之。有基於雙方平等原則，規定互負此義務者，如我民法第一〇一條云：「夫婦互負同居之義務，但有不能同居之正當理由者，不在此限」是也。然我民法第一〇二條尙規定「妻以夫之住所爲住所」；若蘇俄婚姻法第一〇四條，更規定「夫婦之一方移住時，他方不負移住之義務」，又非所同也。有基於尊重夫權原則，規定妻特別負此義務者，如法國民法第二一四條云：「婦當與夫同居，且須隨行於其夫將爲住居之地」；日本民法第七八九條云：「妻負與夫同居之義務，夫須使妻同居」；又英國法，夫更有監禁其妻之

權利是也。此外更有認夫婦關係繼續中，而有別居制度者，有不承認者，亦有作爲同居之例外者；其不同也又如此。

第三，以相互贈與言之。有絕對禁止之者，以婚期間爲互相贈與，必致不加慎重，故須禁止之。有附以撤消權者，以此項契約不爲夫權濫用之結果，即屬受夫妻溺愛之影響，多非由完全之自由意志所結成，故許夫婦在婚姻中，各得有撤消之權。有分別禁止或允許者，即列舉契約之種類，或禁止之，或允許之是也。英美日本及歐陸各國之不同也又如此。

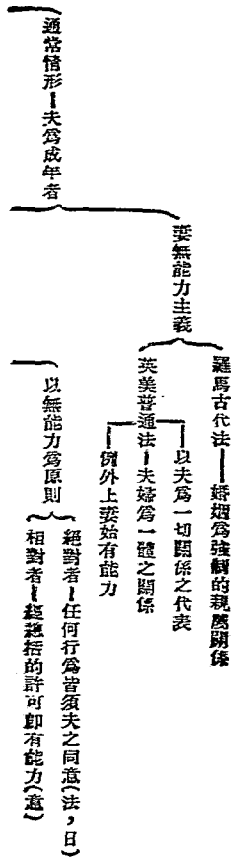
第四，以夫婦姓氏言之。我民法第一千條云：「妻以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓；但當事人另有訂定者，不在此限。」此一例也。蘇俄婚姻法第一百條云：「婚姻中之男女，應用共同之姓；當事舉行婚姻程序之際，可表示將用夫之姓，或妻之姓，或結合兩姓之姓，以爲今後之姓；」此又一例也。德國民法第一三五五條云：「妻從夫之姓；」此更爲代表多數國家之例也。其不同也復如此。

第五，以其他效力言之。扶養義務固各國之共認者，但或則規定雙方共負之，或則規定

夫方特有之，或則規定在特殊場合一方特有之；而如法國更不限於金錢上之扶養，並須負擔精神扶助之義務。貞操義務亦各國之共認者，但如我國及法國，則夫婦互負貞操義務；如日本，妻之犯姦，不問受刑事制裁與否，夫皆得為離婚之訴；夫之犯姦，非因姦淫罪被處刑時，妻不得為離婚之訴。其不同也更如此。

然則涉外的婚姻關係，苟因身分上效力發生問題時，究應以何國法律為其準據法乎？乃婚姻法適用論中之一主要答案也。

【圖表四十七】各國立法例上關於妻之能力之規定表



妻之能力問題

特殊情形

妻限制能力主義（德意志古代法）

以有能力為原則
所受限制範圍較廣者（德）
僅經營商業受限制者（瑞士）

妻有能力主義

基於男女平等原則者（我國，蘇俄）
夫有時為無能力者（比長草案）
基於偏重女子方面者
入夫受制於女戶主者（日本特例）

採妻為有能力主義者！在此場合不發生何等問題

夫為未成年者

採妻為無能力主義者

夫有同意權者（瑞士）
夫無同意權者（意國）
法官代夫行使同意權者（法國）
夫得法定代理人之同意而有同意權者（日本）

採婚姻成年制者！妻因婚姻之故而成年不生特殊問題

採成年依法制者

成年之夫行使監護職務者（日民第七九一條）
應得其夫或翁姑或夫之直系尊屬同意者（我國舊例）

採成年宣告制者

妻受宣告而成年者不生特殊問題
未受宣告者須得法定代理人之同意

第四編 親屬法適用論 第十六章 婚姻效力

(乙)身分的效力之法律適用 關於此一問題之準據法，有主張屬地法者，有主張屬人法者，又有主張私的秩序法與行為地法者；而屬人法主義，復有住所地法主義與本國法主義之分；即同採本國法主義又有共同本國法主義，夫之現有本國法主義，結婚時本國法主義種種之別。試分及之：

第一，所在地法主義 即屬地法主義是，或又以滯在地法主義稱之。謂夫婦身分上之效力，極有關於所在國之公安，故須依所在國之法律定之。畢氏國際私法典第四五條，謂「關於夫婦共同生活，彼此忠實，及互相扶助之義務，均從地方法」云云，在此一點上，亦可謂所在地法主義也。

按此一主義，僅見及一方面，未知身分上效力之關係更有大於所在地之公安問題者。身分上效力有時固非全與所在地公安無損，但亦不過偶然之事，以偶然之理由，為其當然之依從，非確論也！

第二，私的秩序法兼行為地法主義 謂婚姻自體乃契約之一，故支配婚姻效力之法律，

亦應與契約採同一原則，由當事人意思自定之，所謂私的秩序法是也。倘當事人意思不明時，則依婚姻舉行地法，所謂行為地法是也。

按此一主義，誤以婚姻與普通契約同，殊不知婚姻之成立，大而關於民族國家，小而關於身分能力，其效力皆出自各該本國法律之規定，非依當事人意思所得而自擇之者，自不能與普通契約比擬，使其同依當事人自己選擇之法律。至謂當事人意思不明時，依行為地法云云，此更係以偶然之行為所在，而即依其法律之規定，人皆可逃避各本國法之支配，求其有利於個人之法律，其危害實不堪設想！且婚姻方式所以依行為地法者，以其為證明行為成立之程序，又直接與舉行之公安有關而然；婚姻身分上之效力並不見有此種關係，縱不依其法律，亦未必有何不便也。

第三，夫·婦·住·所·地·法·主·義。謂婚姻關係為共同生活關係，其及於身分上之效力，更其關係之主要者，故不可不依生活本據之住所地法定之。且此身分上之效力，往往與一國之公共秩序，善良風俗有關，並或影響於商業交易，國庫支出，尤為不能不用住所地法之堅強理由

，蓋住所地與當事人各方面之關係最密切也。何以言與住所地之公共秩序有關？如依夫之本國法，夫有監禁其妻之權，苟住所地法不承認者，不依住所地法，即妨及其重尊人權之原則矣。何以言與住所地法之善良風俗有關？如住所地法規定夫婦雙方互負貞操之義務，而其本國法不承認者，不依住所地法，則不啻獎勵當事人之犯姦於住所地也。何以言影響於住所地之商業交易？如住所地法妻爲有能力者，可爲夫之代理人，本國法妻爲限制能力者，不得夫之同意，不能代理夫之行爲；則在交易上，第三者必有憚於外國人妻之是否有能力，是否能爲其夫之代理人，至少不敢與之爲敏捷的商業交易，不依住所地法即有此失。何以言影響於住所地之國庫支出？夫婦互負扶養義務，固爲多數國家所採，但亦有認夫無此義務者，不依住所地法，夫苟依其本國法不扶養其妻，住所地國除以貧窮人之原因，驅逐出境外，惟有代爲之負其責焉。此說固係英美學派之普通主張，即歐陸各國判例，及學者如巴爾等，亦不乏推許之者。

按此一主義，在實際之適用上頗有理由，雖說者指爲係一國數法之國僅得而用者，一國

一法之國實無採用之必要，殊不足掩此主義之優端。惟成爲問題者，身分效力與國籍亦有莫大關係，且有永久不變之性質，而住所之變更又較國籍爲易，此其所以遜於本國法主義之一籌也歟？！

說者中又有所謂「夫婦雙方住所地法主義」之標題者，不知其果指各該住所而言，抑指共同住所而言。按今日普通立法例，均承認妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所，夫婦住所即係雙方之住所，非夫婦於或時得各有住所也。重住所問題仍係夫之住所問題，因正當之理由夫婦不同居，則必另有其居所，倘係指共同住所而言，則加入雙方字樣，反易滋人之疑。然則婦始終絕對無住所乎？亦有之，夫婦爲離婚之訴時，婦得單獨有住所，藉以定其審判籍；夫婦「別居」時，婦或可有住所，又德國法，夫無住所，或夫之住所設定於外國，妻不隨行，或無隨行義務時，妻可有獨立之住所。雙方住所云者，當即指此而言。但是時爲婚姻之解除或中斷時期，或係一特殊情形，自不能以之定身分之效力；故縱認夫婦雙方住所地法主義，係指各該住所地法而言，非僅說者謂適用法律時感於紛擾，抑且事實上所不

許也。

第四，夫婦共同本國法主義。謂夫婦身分上之關係爲其畢生所遵循者，不可不依其本國法。同國籍之男女結婚，有同一之本國法，此主義之使用，固極便利；異國籍之男女結婚，因各國立法例頗多使妻隨同取得夫之國籍，男之本國法，在此時亦卽女之本國法，又何困難？卽將來夫因歸化他國，妻不隨同歸化，致國籍各異時，其身分效力之決定，依然以原來之共同本國法是決之也。波蘭法第十四條第一項，謂「配偶間身分上之關係，依其本國法之規定；配偶於結婚後屬於相異之國籍時，其關係依配偶最後共同國籍所屬國之法律」，亦可謂在此點上係採夫婦共同本國法主義者。

按此一主義，須以夫婦有共同本國法爲條件，然女子不因婚姻而取得夫之國籍者，亦例之所習見，卽無由爲共同本國法之適用矣。且婚姻中，一方變更國籍時，而仍用舊之共同本國法，在夫仍保留國籍者，不啻直採夫之本國法，此尙可行；在妻仍保留國籍者，不啻直採妻之本國法，則有未妥。何則？妻通常以夫之住所爲住所，自應依夫之本國法也。

說者中又有主張「夫婦雙方本國法主義」者，謂在妻能以婚姻而隨同取得夫之國籍者，依夫之本國法；即係依妻之本國法；苟其夫之本國法不許外國女子之爲妻者，取得其國籍，則應依其婚前之本國法云云。此說更係誤解一切，亦事實上之所不許也。

第五，夫之本國法主義。其理由有新舊兩解；舊說謂夫婦國籍各異之時，即不能適用其同本國法；於此因夫爲夫婦關係之主宰，妻有服從夫之義務，故以依婚姻關係之主體之本國法爲當，即夫之本國法是。我法律適用條例草案之理由曰：「妻有從夫之義務，關於婚姻之效力，除財產外，例如妻之能力，及其權利義務，自當以夫法爲主」云云，即其明證。新說謂夫唱婦和，非合於男女平等之原則，所以採夫之本國法者，不外下列理由：婚姻之身分效力，與國籍有最大關係，故規定此學生之關係者，對於其所用之法律，必出於人民主權所得及於其人之國。妻既在夫之所行同居之事，而法律上又往往許妻取得夫之國籍，即不然，亦與以歸化程序上之便利，是最能使身分效力與國籍關係，發生密切連絡者，莫若夫之本國，共同本國法主義有時既失其效，自惟夫之本國法主義是探矣。我法律適用條例第十條，

日本法例第十四條，德民法施行法第十四條，及一九〇五年海牙婚姻效力條約第一條，皆採夫之本國法主義者。於此有一問題，夫之本國法何所指乎？有兩說：

(a) 婚姻當時夫之本國法說。謂夫婦身分上之效力，既由婚姻有效成立而發生，則雖以後夫變更國籍，既認婚姻自體仍為有效，由其所發生之身分效力，當然以婚姻時夫之本國法決之為宜。此說在理論上似無可議，願妻如隨同變更國籍，則夫婦皆一異國之人，而身分關係仍守舊國之制，不特於實際上不便，且即為新國承認之，又何異於前所述之私的秩序法主義乎？苟妻仍保持婚姻當時之國籍，而謂夫之本國法指此時者，更何異於妻之本國法主義乎？故此說不妥！

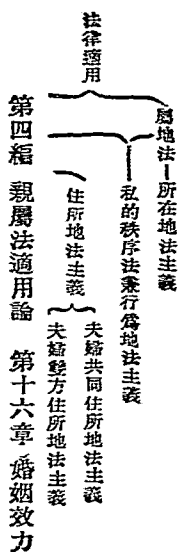
(b) 問題發生時夫之本國法說。又稱單純夫之本國法說，即現在夫之本國法說是也。蓋以婚姻及於身分的效力，各國皆認為強行之規定，夫於婚後，既變更其國籍，其效力除新舊國家相同之規定外，亦必變更，斷未有新之本國法而承認舊之本國法，所獨認之特殊效力，故不可不依問題發生時夫之本國法。然如取得新國籍尚未喪失舊國籍者當如何？由其關係國

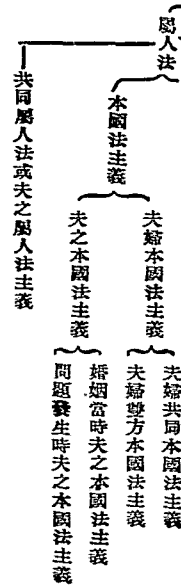
適用法律時，即以自國之國籍爲其本國法之對象，由第三國適用法律時，仍然以最後取得之國籍爲其本國法之對象，詳見總論第二十章。

第六，共同屬人法或夫之屬人法主義。謂夫婦有共同之屬人法者，當然依之而定其身分效力，爲最妥當；無之者，惟有依夫之屬人法耳。畢氏國際私法典第四十三條「凡關於保護與服從之相互義務，夫如變更居所，妻應否與之同行……均適用夫妻之屬人法，但如兩者不同時，則適用夫之屬人法」；在此一端上，卽此主義之採用。

按此一主義，不啻適用屬人法之總則，其優點在能兼顧各面，其缺點在失之於籠統，用爲國際條約之規定固可，用爲適用法則之條款則難！

『圖表四十八』身分效力之法律適用總表





(二) 婚姻及於夫婦財產上之效力

財產上效力云者，不外男女因婚姻而為夫婦，致發生財產上各種權利義務關係之謂也。

各國法律上均有明文規定，稱為夫·婦·財·產·制，或婚·姻·財·產·制 (Effect of marriage on property of husband and wife)；蓋此種關係不僅於夫婦相互間發生特殊效力，即一方或雙方對於第三人之有關夫婦財產事項，亦發生效力耳。茲做前例，先言：

(甲) 財產的效力之法律衝突 各國關於夫婦財產制之規定，極為繁雜，除俄國僅有七條，日本僅有十五條外，瑞典共三十五條，我國共四十五條，法國共一百九十五條，德國共二

百零一條；則彼此間之衝突，必甚紛雜，自可推知。姑就其犖犖大者以論，有如：

第一，以財產制存在言之。(a)有不承認有此制度者，古昔女子嫁入夫家，即在絕對夫權之下，而無獨立能力，不得獨立享有財產，夫因婚姻取得妻之財產之全部，為一般之原則，英國在不久之過去，曾認妻為「受庇蔭之女子」，即為著例。其遺跡在今日各立法例中，猶有存在者。

(b)有專採用法定制度者，所謂法定制，即夫婦財產關係，由法律規定一種制度，使夫婦遵從之是也。例如墨西哥自一九一七年四月九日之法律公布後，只承認分別財產制為唯一之制度；舊俄及蘇俄一九二六年之婚姻法，均只承認法定財產制。其新婚姻法第十三條，雖有所謂夫婦於法律所許之範圍內，雙方得互立財產契約，然此僅指普通人所得為之通常契約而言，故其契約如有減縮夫或妻之財產之傾向者，則為無效，不得對抗夫婦之一方及第三人；夫婦一方於任何時皆得拒絕是項契約之履行。

(c)有兼採用約定制度者，所謂約定制，即以契約之方式，由夫婦雙方合意所定之財產

制度也。例如德國民法，首以聯合財產制規定爲法定財產制，復另以一般共同制規定爲約定財產制是也。

(d) 有以約定財產制爲原則，而以法定財產制爲補則者，如我民法第一〇〇四條云「夫妻得於結婚前或結婚後，以契約就本法所定之約定財產制，選擇其一，爲其夫妻財產制」，又次條「夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制，爲其夫妻財產制」是。日本民法第七九三條云「夫妻當婚姻呈報以前，如其財產不別爲契約者，其財產關係依次款（法定財產制）所定」，亦其一例。其不同也如此。

第二，以法定制存在言之，同採法定制，然法定制不僅一種，遂亦不能爲同；

(a) 有採聯合財產制者，我國，德國，日本，及美國數州屬之；瑞士雖亦兼採所得共同制，大體上仍係聯合財產制。所謂聯合財產制，卽夫婦間並無所謂共同財產，且各保存其原有財產之所有權，惟夫對於妻之財產，除妻保留之特有財產外，有管理權，用益權，且於特定制範圍內，有處分權是也。故此一制度，又有非共同財產制，共同管理制，或併合財產制之

稱。雖皆採聯合制，或則適用關於普通用益權之規定，德民第一草案是；或則認爲特種權利，稱之爲享益權，瑞士及多數國家是；或則無所謂夫之保留財產，如德是；或則不分夫婦，均得有保留財產，如我國是。

(b) 有採共同財產制者，所謂共同財產制，一稱共產制，即認定一種財產爲夫婦之共同財產，其他則爲保留財產，各得獨立享有其財產權；夫對於共同財產，有管理權，用益權，及相當之處分權；共同財產關係終了時，雙方或其繼承人得平均分析之是也。然此共同財產制，因共同財產之範圍大小不同，實際上所採亦異：或則採一般共同制，即夫婦間所有財產，一切皆使共同，保留財產另以法律定之。芬蘭，葡萄牙是。或則採動產及所得共同制，即共同範圍僅以婚姻前之動產，及婚姻後所取得之財產爲限。法國，比國，盧森堡是。或則採所得共同制，即限於婚姻存續期間，夫妻所得者爲共同財產。西班牙，及南美數國是。但即同採同一之共同制者，其程度與分量依然參錯不齊。

(c) 有採分別財產制者，所謂分別財產制，一稱財產分離制，又稱別產制，即夫婦對於

本人之一切財產，各自獨立，各享有其所有權，管理權，及用益權；惟家用之支出，在原則上由夫婦平均分配之是也。英國，希臘，捷克，奧國，意大利，羅馬尼亞皆然；匈牙利除參有類似所得共同制外，亦同此制。

(d) 有探奩產制者，所謂奩產制，一稱嫁資制，即將妻之財產分爲奩產與非奩產，非奩產由妻管理之，收益之；奩產依法律規定，不得移轉及扣押，妻雖仍有所有權，然管理，收益之權則屬於夫，用以擔任一部分之家用也。亞爾然丁，巴拉圭，烏拉圭等國參以他種制度而採之。

(e) 有探婚權財產制者，瑞典新創之制，卽夫婦之財產關於「保留財產」各有自由處分權，不受何等限制；關於「婚權財產」，所有權與管理權雖爲各別保存，然已互受他方婚權之限制，故當婚姻解除時，或別居時，或改用分別財產制時，雙方之婚權財產，合併清算，清算後所餘部分，由雙方或其繼承人平均分配是也。

(f) 有採混合財產制者，如蘇俄是，其婚姻法第十條云：「結婚前，屬於配偶者雙方之

財產，仍爲其所有財產；其在婚姻繼續中所取得之財產，認爲夫婦共有財產；關於共有之程度有爭議時，由法院判決之。」婚前所有之財產採分別財產制，婚後所得之財產採所得共同制，故應認之爲混合財產制。其實各國，雖原則上採用一種制度，其中參以他種制度者，頗爲習見，如瑞士以聯合財產制，匈牙利以分別財產制，南美諸國以奩產制，而皆參以類似所得共同制是。又我國與瑞士固皆以聯合制爲法定制，然遇有夫之濫用威權等事時，又可改用分別財產制，是又承認非常法定制之存在；德國亦認爲在一定場合，得改用分別財產制，亦同其例；然他國則有不盡若是者。其不同也又如此。

第三，以約定制存在言之。（a）關於約定制之規定者，如法，如意，如比，如羅馬尼亞，及南美多數國家；皆規定於債編中。如我國，如德，如荷，如土，如日，如瑞士，及巴西等國，皆規定於親屬編中。此不過形式上之差異，對於適用法律尚無若何重要關係。其成爲問題者，卽：

（b）關於約定制之性質者，有認爲當事人有完全無限制之契約自由，法律上雖於約定制

下，列有若干制度，並詳定其內容，不過作爲當事人之參考，當事人欲另外採他種制度，或變更其所規定之某種制度而採用者亦聽之；法，比，荷，西，葡，日，波蘭，挪威，捷克是也。有認爲當事人祇能於所規定之各種制度中，任採其一，惟不許變更其內容；瑞士，土耳其，德國，我國是也。

(c) 關於約定制之內容者，如採聯合財產制爲約定制者，有法，比等國；採一般共同制者，有法，比，德，瑞士，土耳其及我國等；採動產及所得共同制者，有德，瑞士，土耳其等國；採所得共同制者，有法，德，瑞士，土耳其及我國等；採分別財產制者，有法，德，瑞士，瑞典，及我國等；此外，我國及瑞士並以統一財產制列爲約定制之一。統一財產制云者，妻所帶入財產之所有權，除保留者外，均移轉於夫，妻惟有請求返還原估價額之權而已。

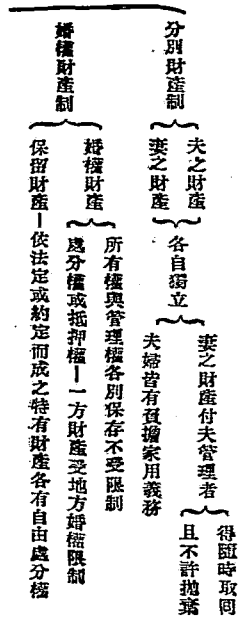
(d) 關於約定制之改變者，即採此一約定制後，能否在婚姻存續中，另改變他一種約定制否？有許以契約變更者，德，奧，捷克，巨哥斯拉維亞，丹麥及巴拿馬是。有不許以契約

變更者，如法，比，意，西，葡，荷，日，及羅馬尼亞，芬蘭，並南美諸國是也。有許在一定條件下，得以契約變更者，如我國，英國，挪威，瑞士，土耳其是也。

(c)關於約定制之實現者，即夫婦財產制契約，無論採何種制度，而成立書有無一定之方式是也。有規定須呈報戶籍吏者，有規定須登記者，有規定須以書面為之者，有規定須公證人或法定代理人署名者。其不同也更如此。

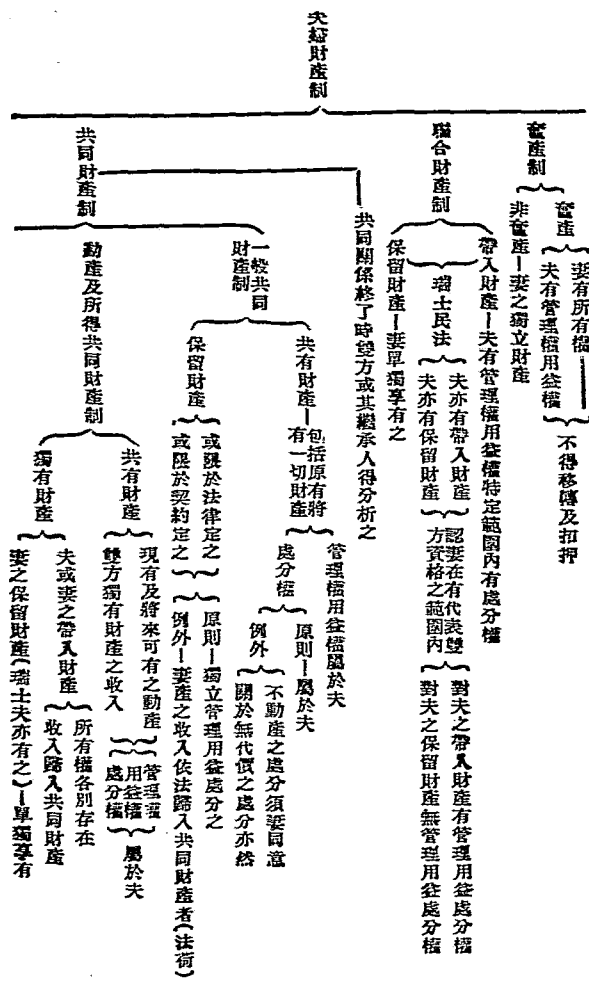
因法律上之種種衝突，於是夫婦財產制應依何國法律定之，遂成為國際私法上之重要問題矣。

「圖表四十九」 夫婦財產制之主要種類表



第四編 親屬法適用論 第十六章 婚姻效力

國際私法本論



國際私法本論

七八

夫婦財產之法律

（繼承者約定制者）

不限約定之種類者

有明文示其內容者—法（供參考之用）
無明文示其內容者—日本

法定制—動產及所得
共同制
一般共同制
所得共同制
聯合財產制
約定制
分別財產制

比利時

法定制—動產及所得
財產制
一般共同制
聯合財產制
約定制
其他

大體上係於一種法定制者

限於分別財產制者—奧，意，英，荷，捷，羅馬尼亞等國
限於婚後財產制者—瑞典
限於聯合財產制者—日本，波蘭（餘見前，後同）
限於一般共同制者—芬蘭，荷蘭，挪威，葡
限於動產及所得共同制者—盧森堡
限於所得共同制者—西班牙

參以得自由撤銷之法定聯合制者—奧
參以所得共同制者—匈牙利

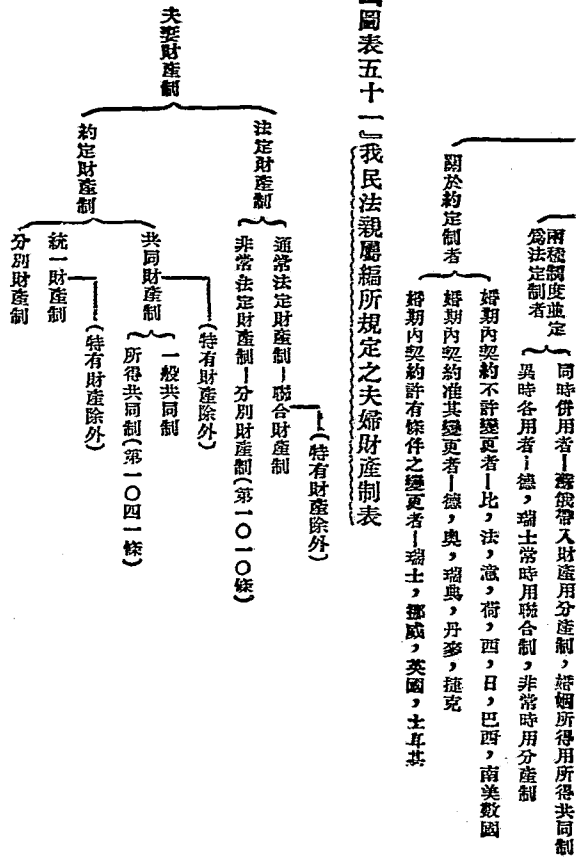
關於法定制者

以一種法定制參以他種制度者

於分別財產制中
於聯合財產制中參以所得共同制者—瑞士
於遺產制中參以他種制度者—亞齊然丁，烏拉圭，巴拉圭

就法定制或約定制之內容言

【圖表五十一】我民法親屬編所規定之夫婦財產制表



兩種制度並定 同時併用者—露俄帶入財產用分產制，婚姻所得用所得共同制
 為法定制者 異時各用者—德，瑞士常時用聯合制，非常時用分產制

關於約定制者
 婚期內契約不許變更者—比，法，意，荷，西，日，巴西，南美數國
 婚期內契約約准其變更者—德，奧，瑞典，丹麥，捷克
 婚期內契約許有條件之變更者—瑞士，挪威，英國，土耳其

(乙)財產的效力之法律適用 因夫婦財產制之規定，各國極不一致，則關於其法律適用自非僅一原則。即可以支配其一切關係。我法律適用條例第十條第二項『婚姻財產制，依婚姻成立時夫之本國法』云云，其規定頗屬單簡，不足爲範。學者之研究此一問題，亦多就法定制與約定定制而概論之，未能盡其內容之分析，恐終有所憾焉。茲將此問題之應解決者，爲之論列於下，非敢自許，姑一試耳！

第一，關於財產制之適用屬人法之總則者。國際私法上關於婚姻財產制之準據法，學者及立法例上雖不同其見解，然最占勢力者，不外屬人法之適用。顧屬人法既有住所地法與本國法之異，復有一方屬人法與共同屬人法之別，其適用之方法顯已分有多種。惟吾人所欲說明者，不在決定其爲某一種屬人法之適用，因此種問題須待討論某種婚姻財產制，或其內容時分別定之，無豫爲決定之必要，亦無豫爲決定之可能。茲所研究之點，乃確定適用某一種屬人法後，其屬人法將如何適用之乎？換言之，夫婦於婚姻存續期間，常不免有變更國籍或住所之事，於是其屬人法即有新舊之分。再進一步言之，縱不變更國籍，或婚後之住所，

以本國法爲其屬人法時，其本國法律之自身倘有變更，則又有過去本國法與現在本國法之分。學者及立法例對此，共有三種辦法：

(a)變更主義。謂當事人於婚姻存續期間，變更其國籍或住所者，如適用屬人法時，則婚姻財產制亦必爲之變更，不用舊住所地法或舊本國法，而用變更後之新住所地法或新本國法是也。其理由不外兩端：一，在婚姻及於夫婦身分上之效力上，既因國籍及住所之變更而變更其屬人法，婚姻財產制亦婚姻效力之一，自應依新住所地法或新本國法。二，國籍或住所之變更，不啻夫婦間有願從新屬人法之意思，自應依此推定之，不能再依舊住所地法或舊本國法。英美少數學者主張之。

按此一主義，又可稱爲問題發生時之屬人法主義，其第二理由雖立論虛泛，而第一理由，則未嘗不言之有據，故絕對否認者當屬有偏！然亦應視其在法定制與約定定制而定之耳，愚以爲法定制方面絕對不許變更，約定制方面則有時固可採變更主義，說詳後。至於不變更國籍，而其本國法自體有變更時，須採變更主義，依現在本國法自甚顯然。

(b) 不變主義。謂當事人於婚姻存續期間，變更其國籍或住所者，對於其婚姻財產制之屬人法之適用，並不受其影響，依然用其舊本國法或舊住所地法支配之。其理由不外兩端：一，國籍或住所之變更，得隨當事人之自由意思爲之，苟婚姻財產制亦隨當事人之國籍或住所之變更而變更，則設有一方因欲占有他方之財產，故意爲國籍或住所之變更，勢必犧牲他方既已取得之利益，流弊曷堪設想！尤以屬人法，採依夫之屬人法者爲最如此。二，婚姻財產制，非僅發生夫婦間之財產的關係，且往往與第三人之利害亦有影響；苟因當事人之國籍或住所變更，而即變更其屬人法之對象，對於第三人亦極不利。歐陸法系學者多數主張之。

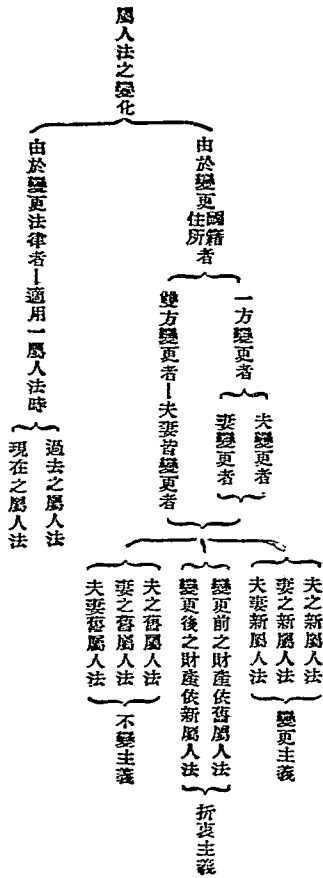
按此一主義，又可稱爲婚姻當時之屬人法主義，在夫婦財產制之大部分上固可依此主義，但仍不無例外，說亦詳後。至於屬人法自體之變更，當然不能採不變主義；雖曰法律之效力不溯及既往，然婚姻財產制之本身既發生爭論，則非純粹既往之可言；且在國際私法之立場上，各國惟求其如何爲正當之法律適用，更於此一場合，不發生溯及不溯及之問題也。

(c) 折衷主義。謂當事人於婚姻存續期間，變更其國籍或住所者，關於婚姻財產制之適

用屬人法，應分別論之。新住所地法或新本國法，對於變更後取得之財產自屬有效；但變更前之財產則仍採舊住所地法或舊本國法主義。其理由不外兩端：一，當事人既變更其國籍或住所，無論有願服從新的法律之意思與否，而事實究以服從之爲便，即本於種種關係不能直採新屬人法主義，然變更後之財產關係依新屬人法，固無妨也。二，依新屬人法，或不免害及第三人之利益，且亦違反法律不溯既往之原則，故關於變更前之財產關係，仍依舊屬人法，實所當然。英美多數學者主張之。

按此一主義，又可稱爲婚時兼問題發生時之屬人法主義，但同一性質之財產關係，而使其依兩種之準據法，不惟適用法律時，頗難調查其孰爲變更前之財產，孰爲變更後之財產；且各國民法上既多不分變更前後之法律地位，即欲適用亦極感不便也。

【圖表五十二】夫妻財產制所應適用之屬人法變化表



第二，關於法定財產制自體方面之問題者，當事人間未訂有婚姻財產契約，而發生婚姻財產之爭訟時，將依何國法律以決定之乎？易詞以言，夫婦並未訂立財產契約，一任法律之規定者，何國所規定之法定制為其自體有效與否之依據乎？

(A) 財產關係主義 一稱財產所在地法主義，又稱動產不動產異法主義。謂當事人間既不為特別之契約，即係無自願受何種法律支配之意思可知；於此，惟有就其法律關係之性

質，決定其準據法之所在。婚姻財產制既純然一財產的關係，自以依財產所在地法爲宜。因此說爲英美學者中所主張，故唱動產依動產從人之原因，決定適用夫之住所地法；不動產直依物權依所在地法之原則，不再他求。一八七八年南美祕魯智利等六七國之利馬（Lima）條約，亦採此說。

按此一主義，悞以夫妻財產關係與普通財產關係相混。普通財產關係，物上之財產關係也，故非依所在地法，即不能完成物權之效用；婚姻財產關係，其目的在調和夫婦之感情，增進家室之福利，並無專在支配其物之用意，故除有害於物之所在地之公安者外，可謂與財產所在地絕少關係；自不能與物權關係，採同一之準據法。且動產依夫之住所地法，不動產又依所定地法，徒然使夫婦間之財產準據法，分裂而不統一；倘不動產分屬於數國，而法律又相異時，更不免增加適用上之種種困難也。

(b) 夫之住所地法主義 謂不問動產，不動產，悉依夫之住所地法，蓋住所爲夫婦共同生活之本據，而夫之住所通常亦即妻之住所，故其地之法律解決夫婦財產上之關係最爲相宜。

。但同採夫之住所地法主義者，其中如撒克遜民法則依婚姻當時夫之住所地法，如一八八九年南美之蒙得維的亞(Montevideo)條約則依結婚後新定之住所地法。換言之，前者係採不變主義之夫的屬人法，後者係採變更主義之夫的屬人法而已！

按此一主義，無論採變更主義，採不變主義，皆屬錯誤！何以言變更主義之錯誤？婚姻財產制，非僅一普通財產之關係，乃一涉及身分之關係；故其性質非暫時的，乃永久的。既為涉及身分之永久的關係，即不應適用變遷無常之住所地法以定之。何以言不變主義之錯誤？婚姻財產制之關係，除及於夫婦相互間之效力外，且括展其效力於其家，或其本國；其住所地苟在外國，只須不妨害其地之公安規定，亦絕無須依住所地法之必要。苟以日常生活之切近為理由，則不變主義反不如變更主義之為合於理也。

(○)私的秩序法及夫之本國法主義。謂各國法律上既多以約定制為原則，無約定者，始適用法定制；則關於夫婦財產法定制之準據法問題，自應先儘當事人雙方以其意思自由決定之。當事人雙方決定依甲國之法定制，即依甲國法；當事人雙方決定依乙國之法定制，即依

乙國法；乃當然也。倘當事人意思不明時，惟有依夫之本國法定之耳。主此說者爲法，比之學者。

按此一主義，殊忘其爲法定財產制之準據法問題。因當事人間本可締結財產契約，而不締結，是其有採法定制之意思可知。今既發生財產關係上之糾紛，而求當事人雙方意思之所在，不其難乎？故與其意思不明時，始適用夫之本國法，何如直然適用之爲愈也。

(d)共同屬人法與各別屬人法主義 一稱公共財產與特有財產分別準據法主義。謂關於公共財產之處分與管理，均適用夫婦之屬人法，但如二者不同時，則適用夫之屬人法；關於妻之特有財產之處分與管理，及其自由陳訴之權，均適用妻之屬人法；此畢氏國際私法典上所主張者也。

按此一主義，夫之屬人法與妻之屬人法，分別婚姻財產制中之財產的性質而兩用之，於男女平權之原則上固極妥當。但何者屬於公共財產，何者屬於特有財產，各國之規定不一，苟夫妻之各該屬人法有相反之規定，則亦莫由爲分別之適用矣。

(○)夫之本國法主義。謂根據婚姻及於夫婦身分上之效力，依夫之本國法之理由，夫婦財產制亦不可不依夫之本國法；且較夫之住所地法之適用，不動產獨依所在地法之適用，特有財產依妻之本國法之適用，爲便利而更合於理也。然依其說，夫婦之身分效力與財產效力，皆同一之準據法乎？當然不盡如是！雖歐陸法系之國家同採夫之本國法主義，其主義亦不一致！

(1)有探問題發生時夫之本國法主義者，即前述之變更主義是也。謂所以採用夫之本國法主義者，即因由婚姻而生之家屬，屬於夫之本國，而生之身分關係，屬於夫之本國法所定；一切之利害皆與夫之本國及其法律相關。則此之所謂本國法云者，自應認爲係夫之現所屬之本國，換言之，即變更國籍後之本國；不然，夫如喪失其舊有國籍，原之本國法已失其對象，而仍沿用之，直與採用夫之本國法主義之初意，完全相違。況夫之改變國籍，妻亦往往隨之改變國籍，以同一國籍之夫婦，而使其財產關係適用外國法，亦非理之所許者也。

按此一適用方法，在理論上似無可議，然實際適用之，則流弊甚大；一則因夫之變更國

籍，即變更夫婦間之財產關係，夫必可以其獨斷之意思，利用國籍之變更，而占妻之財產令歸己有，對妻殊爲不利。例如有英國之夫婦，未定財產契約，依英國之法定制，應爲分別財產制；苟夫以惡意而歸化瑞士，吾人如爲新本國法之適用，應爲聯合財產制，是不啻獎勵夫之狡詐行爲也。再則縱令夫之變更國籍，妻同意之，或妻亦得同一變更之結果，然夫婦在婚姻存續期間，感情勢力往往超過理智，同意不必皆真，至少亦必出之免強，吾人強爲之採變更主義，更非所以保護弱者之道。

(2) 有採婚姻當時夫之本國法主義者 卽前述之不變主義是也。謂不變主義，不惟在實際上可免妻之財產，任意被夫宰割，卽在法理上亦極有據。蓋法定財產制乃約定財產制之補充者，雖有例外，要居少數；夫婦於婚姻時，本可爲財產契約而竟不爲之故，不外意在欲從當時夫之本國法所認之法定財產制耳。是以婚姻當時夫之本國法所定之法定財產制，不啻當事人雙方之默約，則以後，僅因夫之變更國籍而卽變更其關係，終無解於夫婦在婚姻當時何以不爲約定之意思也。至於婚姻當時夫之本國法如爲蘇俄法，或墨西哥法，根本禁止其爲約

定者，當事人於改變國籍後。亦未另有約定，仍可推定其有依原本國法定制之默約，同採不變主義焉。我法律適用條例第十條第二項，德民法施行法第十五條，第十六條，日法例第十五條，皆採此一適用方法。

惟我法律適用條例之用語，爲「依婚姻成立時夫之本國法」，頗涉含混；蓋如有俄國夫婦，其結婚在歐戰前，帝國顛覆後仍在俄國，而婚姻成立時之婚姻法早已變更；茲在我國涉訟，依「婚姻成立時夫之本國法」之用語，則惟舊俄國法之是用，當然不妥；如改依新俄國法，即難免於變更主義之嫌疑。日本用「婚姻當時夫之本國法」一語，較爲清醒，但確切言之，仍屬不宜。故又有從文字之研究上，認爲：

(3) 應採夫於婚姻成立時所屬國之法律者 如波蘭法，摩洛哥法之所規定者是。波蘭法第十四條第三項云：「法定財產制，依結婚時夫國籍所屬國之法律，不因國籍變更而失其效力」。摩洛哥法第十五條云：「未訂婚約者，關於夫婦財產之效力，無論動產或不動產，均應依夫於婚姻成立時所屬國之法律；夫婦雙方或一方國籍之變更，於其婚姻財產制不生

影響」。惟須知波蘭法與摩洛哥法仍有差異之點，依波蘭法第十六條之規定，關於夫婦之不動產，如不動產所在地之國家，規定須依其國之法律時，前之規定即不適用；而摩洛哥法並無此例外之規定也。

第三，關於約定財產制方面之法律適用者，不同國籍或同國籍之夫婦，曾訂有婚姻財產契約，而在其契約上發生問題；如其契約非係同國籍之人，在其本國所訂，又非發生訴訟於其本國法院者，即走入國際私法之範圍，須為應依如何準據法問題之解決焉。愚認為此問題應從各方面討論之：

(a) 就財產契約之訂立方面言之，因各國立法例有承認約定制為婚姻財產制之原則者，有承認為婚姻財產制之補則者，有限制採一定之婚姻財產制為其內容者，有絕對允許契約自由而不設條件者，更有根本否認約定制者；則在通常情形中，關於此項契約之有效成立問題，究應以何國法為其準據法？

(1) 夫之本國法不變主義，謂婚姻財產制不特為當事人之利益，且有關於第三人之利益。

，故其能否爲婚姻契約，或如何爲婚姻契約，皆應以結婚時，夫之本國法爲定；其後雖變更國籍，只須此契約關係，不違背公之關係，任何國皆應認爲有效云。歐陸學者之易本國法爲住所地法者，亦有此不變之說。關於此不變主義之法律用語，日本曰『婚姻當時』，因日本認爲夫婦於婚姻呈報前，得就其財產，締結特別契約（日民法第七九三條參照），遂斷定此婚姻財產契約，悉於婚姻時，須爲確定，其後不得變更，故主張依婚姻當時夫之本國法。其實各國民法，亦有許其於結婚後締結契約者，依日本之規定，則凡結約於其結婚後者，雖其夫之本國法承認有效，而日本仍視之無效，勢必爲之改採法定制矣。故不妥！我國曰『婚姻成立時』，在適用於約定制方面，尤爲含混。日本法律須於婚前結約，固如上述，瑞士法律，結婚前後均可（瑞民法第一七九條）；依專門之用語言，惟以『結婚之際』始可稱爲婚姻成立時，結婚前後均不得包含之。倘結婚之際未爲契約者，勢必爲之改用法定制，乃正當之解釋；倘認爲婚前婚後皆在其內，則又與婚姻成立時之用語相反，亦不妥！故法人實道認爲應改爲『夫婦財產制，依夫於婚姻成立時所屬國之法律』；雖意在免去夫之本國法，其自

體發生變更方面之衝突，然涉及前述之關係上，在此一場合中，仍屬可用。

按此一主義，無論其法律上之用語，如何規定，要皆係與法定財產制採同一之原則者。

然法定財產制之採不變主義者，爲恐夫故意變更其國籍，使妻受有損失，約定財產制則不盡然。夫婦縱有爲契約之意，而其夫之本國法不許之者；縱欲爲其所願之約定制，而其夫之本國法竟限制之者；則不得爲，或不得爲其所願爲。此非當事人之初願如此，乃完全受法律之支配耳。設一旦夫變更其國籍，許爲約定，或許爲完全自由之約定，正適於當事人之意思，仍依不變主義，究覺其非所以爲約定制而求其準據法也。蓋既爲約定制之討論，自必重在約定之精神，約定制中之法律限制，乃其次要；況約定云者，夫婦雙方之合意表現，更罕藉改國籍以圖詐欺之虞乎？再例以明：墨西哥之男子與德國女子爲財產契約，發生訴訟於中國法院，此固可依夫之本國法，認其無效；但如其夫改籍德國，依德國法所爲之財產契約，而仍採不變主義，以墨西哥法爲唯一之準據法，吾究不知其理由之何所在也。至於夫入瑞士籍後，而未訂有財產契約，是可爲契約而不爲，則係雙方願依墨西哥法可知，乃屬於法定財產制

之範圍，自以不變主義爲妥。故此兩事應分別論之，若認約定制亦絕對採不變主義，終覺失宜。

(2) 夫之本國法變更主義 謂夫變更國籍後，其約定制不限於依舊本國法定之，英美探住所地法變更主義者同。其中又有絕對主義與相對主義之分：絕對主義者，夫變更其屬人法，即應依新屬人法另爲一切之約定，或其舊約定係暗合新屬人法之精神者始可，否則無此約定，即認爲有依法定制之意思者，而以新屬人法之法定制決之。例如法國之女子，嫁與中國人，依中國法爲統一財產制之約定；後中國人歸化英國，倘不再爲適合於英國法之約定，即不得主張統一財產制之存在，而惟認其有依英國法，法定財產制之規定，而以分別財產制決之。相對主義者，夫變更國籍後，其會所成立之契約在原則上仍屬有效，惟違反新國之公益的禁止者，應爲改訂，如不改訂，只認爲約定制之本身上有其缺陷，不必即推定有依新國法定制之意思。至於舊本國法禁止爲約定者，依新本國法而爲約定，當然依新本國法決之耳。

按此一主義，絕對變更論，失之矯妄過正，往往損害第三人之利益，正如採不變主義之

所反駁者。相對變更論，能各面兼顧，當事人如未改其在舊國之約定，自未便一律否認無效；如欲解除舊本國法之限制，而依新本國法者，亦不能謂其不成立，故甚妥也。摩洛哥法第十四條第一項云：『婚姻契約本身之有效與否及其效力，依夫於結婚時所屬國之法；如婚姻契約於婚姻存續中訂立者，依夫婦於訂約時所屬國之法。』又波蘭法第十五條云：『婚姻契約之事項，……依訂約時夫或未婚夫國籍所屬國之法律；』皆屬其例。不過波蘭認爲在不動產方面，有時尚有例外耳。

(3) 共同屬人法兼最初婚姻住所法主義 謂約定財產制既出自夫婦雙方之合意，即不能專依夫之本國法，應由雙方之共同屬人法支配之。其共同屬人法禁止在結婚期間爲財產契約之締結者，則不得締結之；不禁止者則得締結之；無論其爲新屬人法，或原有之屬人法，只須夫婦之屬人法爲共同者，皆如此解決之。倘當事人無共同屬人法時，惟有由最初之婚姻住所法支配之，蓋結婚當時之婚姻住所，乃必含有共同之關係者也。此畢氏國際私法典上之所主張者；

按此一主義，重視夫婦共同之關係，固甚得當。且以南美國家，夫妻各異國籍，尤覺此種辦法爲宜。然在他之國家，妻大都因婚姻取得夫之國籍，依夫之本國法云者，實際上亦卽妻之本國法，不標明共同字樣，而共同關係卽在其中，故不必卽與此一主義採同一之規定。且以共同屬人法爲言，於無共同屬人法時而依最初婚姻住所法，亦有問題。例如夫之屬人法爲甲法，妻之屬人法爲乙法；此際依甲法固爲違於夫婦平等精神，然如最初婚姻住所法仍爲甲法，則與依夫之屬人法又有何異？最初婚姻住所法或爲乙法，則更不啻採妻之屬人法主義，亦非其平！如最初婚姻住所法爲甲法乙法以外之丙法，則以其時偶然之事實，定較爲永久之財產關係，能稱其爲恰當也歟！

(b) 就財產契約之變更方面言之，除蘇俄墨西哥外，各國皆許爲財產契約之締結，但如前述，有僅許於結婚時訂立契約，以後不得變更者，有許於婚姻存續中訂立或變更婚姻契約者，設如夫婦雙方或一方於結婚後，變更國籍，舊所屬之國家曾禁止變更婚約，今所屬之國家却允許變更契約，又將以何國法律爲其準據法乎？

(1) 夫於婚姻成立時所屬國法律主義。即不許因變更國籍或住所從而變更主義。婚姻成立時，夫所屬國認為契約在結婚後能變更者，則改變國籍後亦可修改之；不認婚後變更者，則新所屬之國雖許其改變，亦不能焉。我國及日本對於婚姻財產制，不分如何關係，僅有概括的一條或一項之規定，在解釋上當然為採此一主義也。

按此一主義，依約定財產制之成立，不能專採不變主義之理由，即知其誤；蓋如舊所屬國不許契約變更，而新所屬國許之者，正與舊所屬國不許締結契約，而新所屬國許之者之例同，不能採不變主義也。即退一步言之，夫變更國籍，或不免於意圖改變契約，致違妻原為約定之意思；然如夫婦皆各以歸化之方法取得同一之新國籍後，或由割讓國土之原因，同隸屬於新國家後，則仍採舊所屬國法律主義，不許其變更，究非所宜！

(2) 夫婦本國法主義。一九〇七年七月十七日，海牙公約，曾擬「婚姻存續中，關於婚姻契約之訂立，撤銷，或變更，依夫婦之本國法」，即此說之代表者；蓋採用共同屬人法主義也。

按此一主義，在夫婦有共同本國法時，固應如此，然異其國籍時，則發生問題。前所述之夫之本國法主義之失當者，在兼採不變主義，如承認變更主義之有效，則仍推夫之本國法主義也。故愚認為最能包括一切之規定，莫若：

(3) 訂約時所屬國法律主義。波蘭法第十四條第二項云：「婚姻存續中，關於配偶能否訂立婚約，及能否解除或變更婚約中之事項，依其於訂立，解除，或變更時所屬國之法律」，可爲此一主義之代表。依其意釋之：未變更國籍者，其夫現在之本國法（妻之本國法或係同一者），不許變更，自不得變更之；設法律自體有修正，而許其變更，自又得而變更之；已變更國籍者，新的本國法，禁止變更，雖舊所屬國法律許其變更，亦不得變更之；新的本國法，許其變更，雖舊所屬國法律禁止變更，仍又得而變更之是也。畢氏國際私法典上，列爲國際的公共秩序法，可參照焉。

(c) 就財產契約之方式方面言之。婚姻財產契約亦法律行爲之一，法律行爲除其實質之關係外，更須備一定之方式，各國皆承認此一公例，無待煩言。惟須研究者，在國際私法上

，其方式依何國法律，始爲有效云。分三層以述：

(1)當事人在其本國或其住所地，爲婚姻財產契約者，當然須依其地法律所定之方式；如我國則須以書面爲之，並須登記後始得對抗第三人（民法第一〇〇七條，第一〇〇八條）；如日本則須於婚姻呈報前，稟請登記，否則對於繼承人及第三人亦不得對抗（日民法第七九四條）；如德國則須夫婦同時到法院或公證人前締結（德民法第一四三四條）；如法國則須於舉行婚姻前，立有公正證書（民法第一三九四條）。財產契約無論其以夫於婚姻成立時所屬國之法律爲準據法，或以訂立契約時所屬國之法律爲準據法，只須其約之締結地即係法之準據地者，皆不能不依其地之法定方式也。畢氏國際私法典謂契約方式之規則，爲國際的公共秩序法，亦含有此意。

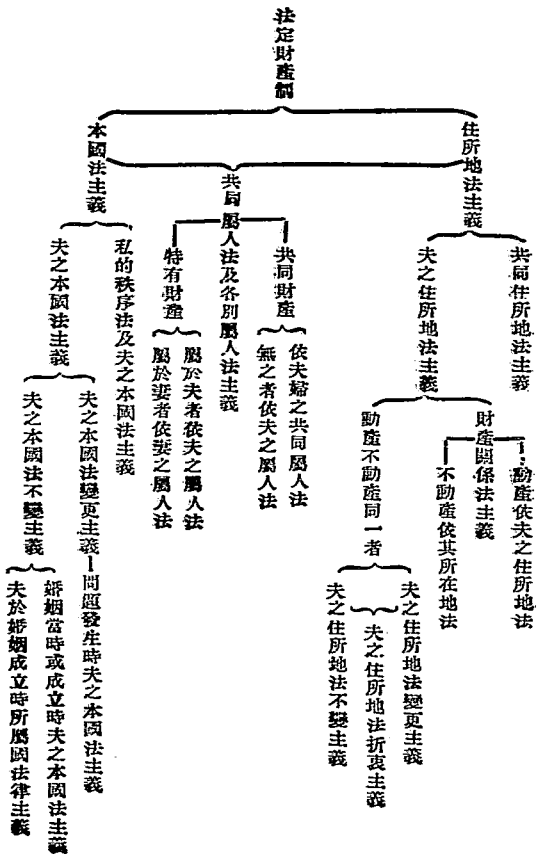
(2)在第三國爲婚姻財產契約者，其方式當然仍以依支配契約自體之準據法爲原則，然苟依行爲地法而爲之者，一例有效，蓋法律行爲之方式，其原則固如是焉。摩洛哥法第十二條云：「婚姻契約之方式，如依未婚夫婦各該本國法而訂定，或於各本國無該法律時，依法

國爲其國內人民所規定之法而訂定者，均爲有效」；可供參證。

(3) 關於改變國籍前之財產契約者 因改變國籍，而在舊所屬國之契約，延用未改者，往往爲取得對抗第三人之條件計，新所屬國恆有命其補行必要的法定方式之事，蓋新所屬國基於保護交易安全之理由，不得不如是耳。例如日本民法第七九五條云：「外國人爲異於其夫本國之法定財產制之契約，於婚姻後，取得日本國籍，或定住所於日本者，非一年內登記其契約，在日本不得以之對抗夫婦之繼承人，及第三人。」是又不僅限於改變爲內國國籍後如此，即定住所於內國者亦然，又所以爲達公示之目的，完成其對抗第三人之必有條件也。

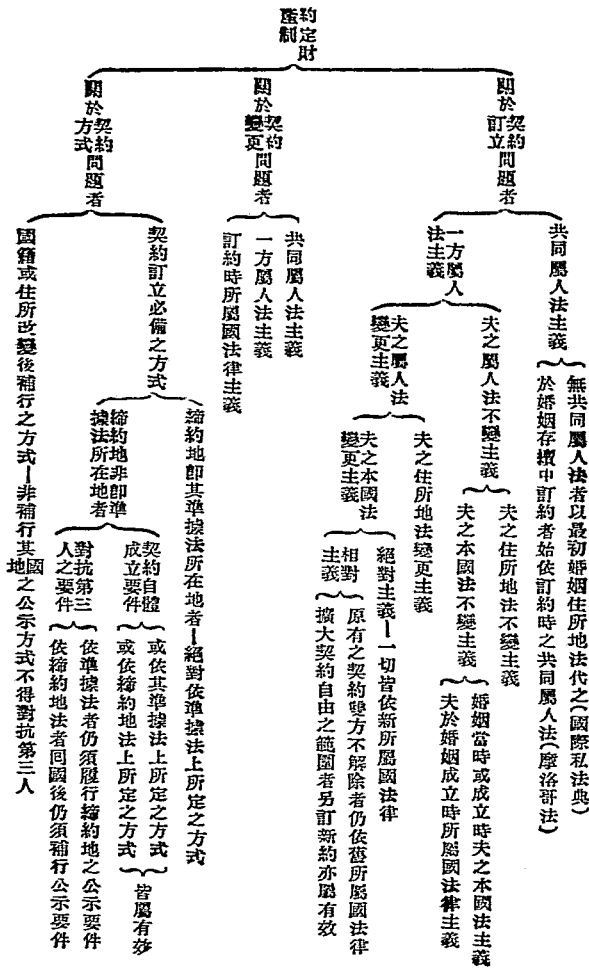
我法律適用條例對此無明文規定，自係包括於第二六條中；但在外國爲婚姻契約，苟未於外交官或領事官前，爲登記程序，則歸國後仍應補行登記，亦爲應有之解釋。

【圖表五十三】法定財產制之法律適用總表



「圖表五十四」約定財產制之法律適用總表

第四編 親屬法適用論 第十六章 婚姻效力



第十七章 婚姻解除

婚姻成立後，凡依一定之事實，如夫婦一方之自然死亡，或死亡宣告，或離婚等，而使夫婦關係終了者，曰婚姻之解除。婚姻之解除原因，本係婚姻消極的效力之一，在原則上自應依夫之本國法決之。譬諸夫婦之一方失蹤，有認為只為不在宣告，非可作為婚姻解除之原因者；有認為應作死亡宣告，正可作為婚姻解除之原因者是也。但如離婚，雖亦婚姻解除之一原因，然因其影響，直接則夫婦離散，室家破裂；間接則與國家社會亦有重大關係；故各國各以其環境之特別要求，定為極不一致之法規，在國際私法上即不能不另求其特別之準據。離婚以外，他國尚有行「別居」之制度者，雖非法律上所承認之離婚，要不失為實際上之離婚，或離婚之初步，一併附而論之：

(一) 關於離婚及別居之法律衝突

欲解決國際私法上關於離婚或別居之準據法問題，當先略知各國對於離婚或別居的法律規定之衝突。此項衝突可從三方面述之：

(甲)在離婚及別居之制度方面者 此可分爲離婚之主義，離婚之方法，及別居之存在諸端，以證明離婚或別居制度之歧異。

第一，從離婚的主義言之 (a)有採自由離婚制者，即依當事人之意思，自由許其離婚之謂。此爲最古之離婚制，東方古國及西方羅馬皆曾行之。然因各地各時風俗習慣宗教之異，或則主張婦人義當從夫，夫可出妻，妻不得自絕於夫，而以離婚之義載於出妻之條；或則主張妻亦可基於一定之理由，而任意離夫，羅馬法上恆有規定；或則主張有時基於雙方之合意，而離婚焉，如我國唐律以來所載之義絕是。此種自由離婚制，輕視夫婦之關係，獎勵秦楚之朝暮，而片面離婚尤足演成各種之不平等，不公正，故今日採此制者較少。然如蘇俄以特殊主義關係，仍採此制，其婚姻法第八七條云「一方離婚之希望，或雙方相互之允諾，本律著作離婚之理由」，卽一例也。美國各州法律中，亦有以極輕微之原因而許離婚者，亦近

此制。

(b)有採禁止離婚制者，即當事人間，雖有任何原因，絕對不許其離婚之謂。此唱始於基督教，而基於結婚出自神意，非人力所應分離之理由，為中古各基督教國所盛行。然其結果，表面上似可保全子孫之利益，維持社會之風化；實際上則強怨耦以永好，大拂乎人性，居仇讎於一室，必加增犯罪，而偷情姦非及私生子之種種弊害，皆由是生矣。然在今日，如意，如西，如葡，如巴西，以有別居制度之調劑，對離婚仍守禁止制。惟有補充者，西班牙於一九三一年十月十七日，國會已通過新憲法中離婚條文，認為雙方同意，或一方有正當理由者，即可離婚，實為西班牙歷史上最可驚人之一社會法案也。

(c)有採限制離婚制者，即限於有法律上一定之原因者，換言之，須為有害於婚姻本質之重大原因存在，而經法律為之豫定者。乃許其離婚之謂。蓋鑒於前兩制度各走極端，均有流弊，故有此折衷之辦法；今日大多數國家採之。其不同也已如此。

第二，從離婚的方法言之 同採限制離婚制之國，(a)有專採呈訴離婚制者，即限於法

律特定之原因，由夫婦之一造，對於他造提起訴訟，由法院判決始得解除婚姻之謂，故又稱之爲法定離婚制。因其爲審判上之結果而離婚者，亦又有審判上的離婚之稱。蓋以離婚爲斷絕夫婦共同生活關係，而影響於家庭及社會者亦甚大，故必限於有一定之原因者，始得依法請求之焉。今日各國，若英，若德，若荷，若瑞士，若瑞典，皆採此制。

(b)有兼採兩願離婚制者，卽夫婦不相和諧，由其合意解除婚姻之謂。蓋以婚姻全由當事人之意思結合而成，以同意成立者，亦許其以同意解除之，故又有協議上的離婚之稱。夫既曰兩願，曰協議，則其意思表示出於一方，或卽出於雙方而意思有瑕疵者，均非所許，此所以自由離婚制不同。今日各國於呈訴離婚制外，兼採兩願離婚制者，若我國，若法國，若日本，若丹麥，若挪威，皆其例也。其不同也又如此。

第三，從別居的存在言之，別居云者，但使因夫婦關係所發生之同居義務，一時免除之謂，故又稱曰分居。

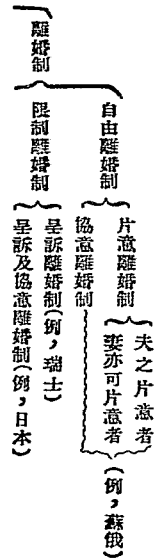
(a)有不採離婚制，專採別居制者，其故蓋由於絕對地禁止離婚而生，其別居亦分有法

定別居及兩願別居，葡，意，巴西是也。

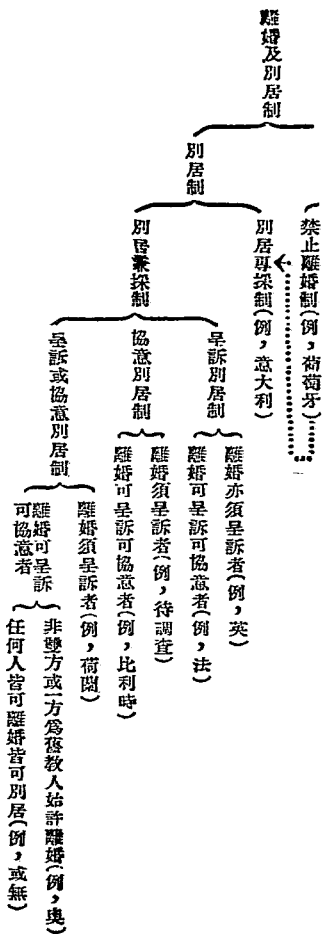
(b)有不採別居制，專採離婚制者，如瑞士，丹麥，挪威，日本是；然如日本雖不承認別居，而據假處分之方法，亦會許之。

(c)有採離婚制並採別居制者，或則離婚與別居皆須呈訴者，英國是也；或則離婚不限於呈訴，協議亦可，而別居則非呈訴不可者，法國是也；或則離婚兼認呈訴與協議之兩方法，而別居則僅限於協議者，比國是也；或則離婚僅以呈訴為限，而別居則呈訴協議皆可者，荷蘭是也；或則離婚與別居皆可以呈訴為之，或以協議為之，然惟非舊教人始許離婚，若夫婦雙方或一方為舊教人，則僅許別居者，奧國是也。其不同也更如此。

【圖表五十五】關於離婚及別居之制度表



第四編 親屬法適用論 第十七章 婚姻解除



(乙)在離婚及別居之要件方面者 此可分為離婚之原因，及離婚之形式的條件述之，別居同。

第一，從離婚及別居之成立原因言之 呈訴離婚或呈訴別居，皆須有合於法律所列舉之事實始可，否則法院基於不受理之原因，必駁斥之。協議離婚或協議別居，最重要者，以夫婦之合意為足。於是甲國不承認協議制，而乙國承認之者，其原因方面之法律規定，即不免

於衝突矣！卽同爲呈訴制，而法律所規定之原因，亦不一致。試舉例明之：美國之華盛頓州，不限定離婚原因，只須法院認爲應離者，卽可判其離婚，此固極端矣。但如瑞士，凡夫婦間苟不能繼續婚姻生活，不問原因若何，卽可呈訴離婚；如德國，卽拒絕交媾，亦有解釋爲違背婚姻之義務，而作爲離婚之原因者。如日本，則以不堪同居虐待及重大侮辱，及夫之姦通等，作爲法定之條件。如法國，則以夫或婦以過愆苛虐，或受至大之害爲原由，得互訴離婚。如奧國，則以夫婦間不可克制之曠恨，爲離婚之理由。如挪威，則以別居一年間，仍不回復婚姻生活，得本兩造之請求，與以離婚許可；別居二年以上，一造更得請求之。至於不受理之原因，例如我國，關於一造重婚及與人通姦，爲他造所知悉，已逾六個月；或自其情事發生後已逾二年者，卽不得請求離婚；關於一造有意圖殺害他方，或一造被處徒刑，爲他造所知悉，已逾一年，或自其情事發生後已逾五年者，亦不得請求離婚。如日本，則知有離婚原因之事實時，經過一年後；或自其事實發生之時，經過十年後；皆不得提起離婚之訴。如德國，則知情後六個月外，或離婚原因發生十年後，皆不得提起離婚之訴；尤爲紛歧。其

不同也有若是。

第二，從離婚或別居之形式條件言之。此為協定制方面所必具備之條件者，各國亦不盡同；如我國兩願離婚，應以書面為之，並應有二人以上證人之簽名；如日本協議離婚，必須呈報於戶籍吏，未呈報者則為無效；如法國雙方承諾離婚，夫婦須相與自至其住所之初級法院法官前，會同伴行之兩證書人前，述離婚之意。其不同也又若是。

(丙)在離婚及別居之效力方面者。離婚之效力云者，因離婚之宣告或成立而發生之效果是也。各國之規定亦有不相同者：

第一，就當事人之再婚言之。有明文規定已離婚之夫婦不許再婚者，法國是也；有未設明文者，多數國家是也。有規定離婚後六個月，除已分娩者外，不許另婚者，我國是也；有規定為十個月者，德國是也；有規定普通為十個月特別為三年者，法國是也。有認為離婚之一方與相姦者不能結婚，一般國家是也；有認為與相姦者結婚，正係道義上之當然，英國是也。其不同也已如此。

第二，就所生子女監護言之。如我國，關於子女之監護，由夫任之；但兩願離婚之有約定者依其約定；呈訴離婚法院得爲其子女之利益酌定監護人。如日本，大體與我之規定同，然如父因離婚去婚家者，則子之監護屬於母。如法，如德，父或母皆可爲監護人，而皆對子分擔教養費，不限於一方。其不同也又如此。

第三，就離婚債務方面言之。我國則規定夫妻之一方，因判決離婚而受有損害者，得向有過失之他方，請求賠償；且如陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。德國則規定雙方以應否負離婚之責任，定其對他方之負養義務；此義務並不以義務者之死亡爲消滅；但可以權利者之再婚而消滅之。法國則規定離婚後之夫婦不足支持其生計時，須由法院宣告就被告之婦或夫之財產中，給養費於原告之夫或婦；惟不得超過被告人收入額三分之一。日本則無明文規定。他如德國更承認離婚後，妻保有夫之姓；惟妻爲有責任時，夫得禁妻從夫之姓，亦一特例，而與我國不同。其不同也更如此。

於是在國際私法上，遇有涉外的離婚或別居關係，首即發生法院管轄問題，次即發生法

律管轄問題，未更發生各種管轄之效力問題。法律管轄云者，法律適用之另稱也。

(二) 關於離婚及別居之法院管轄

因離婚及別居之意義重大，苟非出自兩願，而由呈訴者，則其宣告影響於當事人及其所屬國頗非輕微。故此一問題，正與禁治產宣告及失蹤制下之宣告同，應如何適用法律，尚在其次，而管轄權之隸屬，須首先決定者也。一九〇二年海牙離婚別居條約雖有統一之規定，然只限於條約國對於隸屬條約國間之當事人，至少當事人之一方為一條約國之人民（該約第九條）時，始得適用；故實際上各國仍多紛歧之規定，我法律適用條例雖亦規定離婚宣告之事，但在如何情形下，始有管轄權，則未之及。

第一，海牙條約規定之管轄權。海牙離婚別居條約第五條，規定離婚別居之管轄權有二：一為依夫婦本國法，有管轄權之法院；一為夫婦住所地之法院。然如夫婦之住所各異時，則以被告住所地之法院，為有管轄權。倘夫婦遺棄，或離婚原因發生之後，夫之住所變更

，則婦呈訴離婚，不必追隨其夫之後，即於夫婦最後住所地之法院爲之。總之，海牙條約上認爲離婚之管轄權，在原則上應爲其本國之專屬管轄，然近現世交通開展，同國夫婦往往住於他國，且不同國籍之夫婦亦嘗有之，故爲便利計，亦許夫婦住所地之法院，同有管轄權，乃例外也。此即學說上所稱爲所屬國住所地兼管主義者是。潘奧 (Pion) 曾主張之。

第二，波蘭法上規定之管轄權。波蘭國際上私法適用法第十七條云，離婚與別居，由請求時夫婦所屬國家官署主管之；如於請求時，夫婦有相異之國籍者，由夫婦最後共同國籍之國家官署主管之。故有波蘭國籍，或以波蘭爲其最後共同國籍之配偶，以波蘭官署爲其主管官署；但如住所所在外國者。則以住所地之官署爲其主管官署。此與海牙條約所規定者同。至於在波蘭有住所之外國夫婦，其本國未保留審判專屬權者，得請求波蘭官署，依其本國法爲離婚或別居之宣告；其本國保留審判專屬權者，波蘭官署亦得判令暫時分居，並依波蘭法爲其贍養之義務云云。此在學說上實爲德國主義及英國主義之間之一種折衷主義。

第三，德國民訴規定之管轄權。德國民事訴訟法規定關於外人之離婚，若該外國人之本

國法，認爲惟其國有審判專屬權者，德國法院即不得受理其訴；反之，其本國法，認爲德國亦可有管轄權者，德國始可受理之是也。不許德國有受理權之國，其主義在學說上，可稱爲所屬國專管主義；而德國之抱此種態度，在學說上可稱爲依本國法定其管轄主義。

第四，英美判決例上之管轄權。英美判決例上，認爲離婚或別居之管轄權，應屬於當事人有住所地之法院，不問內國人，外國人皆然，蓋英美爲一國數法之國，此其當然應有之事實也。此即學說上所稱之住所地管轄主義，斯托立亦主張之。

第五，紐約民訴規定之管轄權。紐約別於美之他州，又自成一例，其民事訴訟法第一七五六條，規定當事人之婚姻，在其地舉行，或離婚原因在其地發生，其他即有管轄權。此在學說上可稱爲舉地管轄主義。然婚姻法爲有強制之性質，若付舉地之法院以離婚宣告權，而不基於他之條件，則實不妥。

第六，日本法上規定之管轄權。依日本民訴法規定，對於在日本有住所或居所之外國人，有關於離婚之管轄，此加入居所條件之一點，在學說上可稱爲居所地管轄主義，蘇格蘭亦

然。學者認爲居所地管轄權失之於泛，愚亦云然，不過基於警察上或公安之原因，居所地之法院亦偶爾得宣告之，在日本外，並非絕對無其例也。

第七，瑞士法上規定之管轄權。瑞士民法第五九條規定，外國人欲在瑞士提起離婚之訴者，須證明其所屬國對於其所提出之離婚訴訟，得爲瑞士法之適用者，瑞士始許其提起。此在學說上可稱爲反致管轄主義。

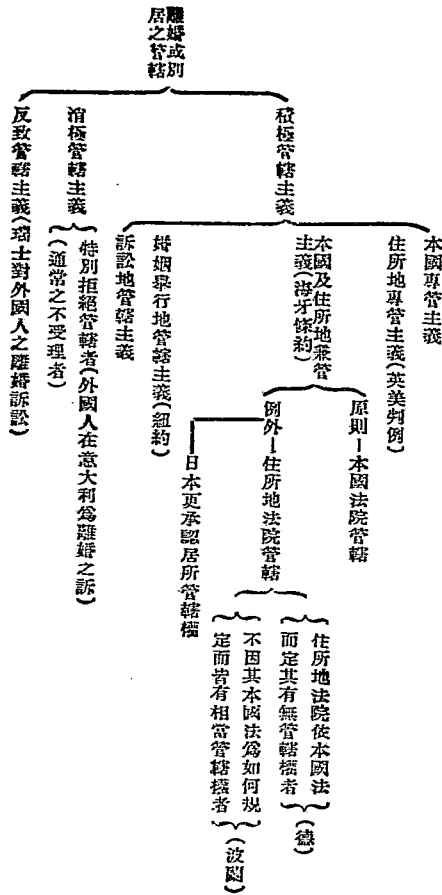
第八，意大利法律上之管轄權。意大利只有別居之制，禁止離婚之事，故如有住所於意大利之比國夫婦，意欲離婚，向意國法院提起離婚之訴，意國必不受理，豈僅管轄權問題而已哉。此在學說上可稱爲消極地管轄主義。

第九，其他學者主張之管轄權。尚有一種主張，即訴訟地管轄主義是，凡當事人提起訴訟於某地者，某地法院卽有其管轄權；此當然失宜！然如居所地管轄主義實有近於此一主義之精神也。

總之，關於離婚及別居之法院管轄，實以其本國法院有管轄權爲其原則，否則，惟有以

住所。地。為。離。婚。或。別。居。管。轄。權。之。必。要。條。件。始。可。； 海。牙。條。約。與。波。蘭。法。之。所。規。定。者， 足。以。為。吾。人。之。參。考。也。

「圖表五十六」離婚及別居管轄權之類別表



(三) 關於離婚及別居之法律適用

一國在國際私法上，有離婚或別居之管轄權時，其離婚原因，或別居原因，將依何國法律定之乎？此應分別解決之：

(甲) 離婚宣告之準據法 不承認離婚制度之國，關於一切離婚之訴，一概拒絕；此當然無法律適用問題之發生也。但既受理其訴訟者，則依某種法律，定其離婚之原因，其說不一

第一，法庭地主義 謂離婚之原因，有關於善良風俗及公共秩序，自應依法庭地法解決之；且法庭地之法院，對其離婚之訴既有審判權，則其離婚之原因，即亦不能在法庭地法以外求之。故凡法庭地法所不承認之原因，無論對於任何外國人，皆可却下其請求。此說為德國荷蘭學者所唱，蘇格蘭之判例亦間採之，亞爾然丁之離婚法並採此說。

按此一主義，表面上似極正當，法庭地法否認之原因，其法庭斷不能無故違背其規定，

而爲外國人宣告離婚，以致在其公安上發生莫大之危害。然從另一方面觀之，苟當事人之本國法，不承認某項原因，而法庭所在地反從而宣告之，則又不免損及其所屬國之人民主權矣。蓋離婚固與法庭地之公安問題有關，然當事人之身分，甚至能力，均有所變更，更係大有影響於其家族之所屬國故耳。

第二，原因發生地法主義。謂離婚之呈訴，既須合於法定之原因，此原因云云，大都指他方之不法行爲而言；故許此方之請，爲之宣告離婚，不啻以一種刑罰加諸他方而已！夫離婚之性質有等於刑罰之效力，則依原因發生地法，實最善也。其實此說，在實際上仍不外一法庭地法主義之變相，因離婚原因發生地，往往卽其訴訟地是。

按此一主義，首誤解離婚之性質，離婚乃婚姻不良之救濟，不能以刑罰擬之；果視之爲負有責任者一造之制裁，則其效力亦只能及於宣告國之境內，一離國境，將何以處之耶？且既以原因發生地法爲言，如其人離開其原因發生地，而訴之於另有管轄權之法院，亦有問題。倘其原因發生地卽其住所地，而今訴之於其本國法院，則通常皆依所屬國之法律決之，未

見其依然用原因發生地法也。

第三，婚姻舉行地法主義。其中又可分爲三派：一爲純正的婚姻舉行地法主義，如南美洲，根本不承認離婚宣告，但如其婚姻舉行地法許之者，亦可依其原因而離婚是。一爲住所地法兼婚姻舉行地法主義，如南美之蒙得維的亞條約，即採此種，認爲須住所地法及婚姻舉行地法，有共同承認之原因者，始得離婚是。一爲法庭地法兼婚姻舉行地法是，如智利民法及瑞典一八七四年之身分法皆採此種是。

按此一主義，苟婚姻成立之要件，係採舉行地法主義者，則因離婚爲婚姻之解除，不失爲婚姻效力之一，依支配婚姻自體之準據法，以定離婚之原因，尚不無相當之理由。倘婚姻之有效成立，其準據法並非婚姻舉行地法，則採此一主義，實不知其理由何在；蓋婚姻舉行之地，往往出之偶然，不必皆其所屬國，自無注意之必要。

第四，住所地法主義。謂離婚爲身分之變更，故應以住所地法爲其法律適用之唯一標準，英美法系採之。蓋在英美關於婚姻及於夫婦身分上之效力，既排斥本國法，而採用住所地

法；關於離婚之管轄，復探住所地專管主義，則在離婚之原因上，當然取決於住所地法也。畢氏國際私法典第五十四條云：「自夫妻住居該地以後，凡離婚與夫妻別居之原因，均從其請求地法」亦即此意。惟此係現在住所地法主義，學者中，更有主張結婚時之住所地法主義者，然因夫婦身分上之效力，不皆依結婚時之住所地法，離婚之準據法何能獨依之，故宗之者較少。惟在事實上，凡夫未得妻之承諾而變更住所，恐夫有竊法舞弊之事，則亦許妻於夫之舊住所之法院起訴，俾得適用舊住所地法也。

按此一主義，在一國數法之國適用之，尚有相當之理由，且亦與支配身分上效力之法律，前後一致，更其所以存在之原因。但不同法系之國家，自無採用之必要；且夫婦之離散與其所屬國之關係甚大，尤無專依住所地法之理由也。

第五，本國法主義 爲歐陸各國之通例，蓋本於人之身分依其本國法之原則。換言之，離婚之結果，不僅消滅夫婦之關係，並影響於其所生之子女故也。不特是也，往往並生國籍變更之結果，此尤不得不依其本國法焉。凡本國法所不認之原因，外國法院斷不能以之而宣

告本國人民離婚；除非其本國授權於外國，使依外國法爲之，然後可耳。故德，瑞之受理外國人之離婚事件，必以當事人之本國，允許用德，瑞法律定其原因者，始受理之；否則並管轄權而亦不主張之。但同爲採本國法主義，仍有種種之不同，可分爲兩大類以述：

(a) 以本國法之對象言 (1) 有採共同之本國法者，波蘭是也。謂離婚由夫婦所屬國家官署主管之，並適用其法律；如於請求時，夫婦有相異之國籍者，由夫婦最後共同之國家官署主管之，並適用其法律；此固可免一方以變更國籍，而避免離婚，或專擅離婚之動因也。然適用之，有時頗感困難，因現代法律，妻不必即與夫自始即同其國籍，例如法國，依其新國籍法之規定，夫婦國籍，各自分野；我國籍法，女子嫁與外國人亦不當然喪失國籍；設有中國女子與法國男子結婚，自始即無共同國籍，離婚時曷能有共同本國法之適用耶？

(2) 有採夫之本國法者 一稱家之所屬國法，各國通例是也。謂離婚影響於家之分裂，而家之組織要素，以夫爲主體，故與支配其家之國家極有關係，離婚原因遂不可不依家之所屬國法定之，家之所屬國法云何，即夫之本國法是也。且在事實上，女子取得婦之身分後，

既以夫之住所爲住所，通常又皆以夫之國籍爲國籍，故表面上雖曰夫之本國法，實際上亦即妻之本國法，故不用共同本國法之名，而共同本國法之意義自在其中矣。然此一理論，用之於夫婦之身分上或財產上的效力，固極可通，而離婚問題則殊有異。前不言乎？夫婦之不同國籍者，例恆有之，在婚姻之效力上，各該本國法同時並用，固所難能，故不得不以夫之本國法定之，故可兼共同本國法之長，而無共同本國法之短。在離婚之關係上，如仍以夫之本國法是用，則妻之本國法，倘不承認離婚制度，或不承認爲離婚之原因時，僅依夫之本國法而宣告之，終無法解除前途之一切障礙也。故今日較爲進步之學說，應推：

(3) 有採雙方之本國法者 一九二八年海牙會議，對於一九〇二年之公約中，附加一條，即「夫婦未有相同之國籍者，非依夫婦之各該本國法均得離婚者，不得宣告離婚」云云是也。蓋在婚姻之效力方面，夫婦國籍各異，雙方本國法頗難兼用，偏重夫方固失其宜，偏重妻方亦非其當，故只有以夫之本國法取斷；在離婚之原因方面，爲保護妻之權利計，非惟其原。因須爲夫之本國法所承認，亦須爲妻之本國法所承認，兩法並用，似爲可能，故法人寶道亦

以此種理由，認爲雙方本國法非盡不可用焉。

(b) 以本國法之時間言 (1) 有主張係事實發生前之本國法者，此包括結婚時之本國法，或離婚事實發生前之舊本國法而言。然各國對此解釋，大都反對之。一九〇二年海牙條約第四條云：「前數條指定之本國法，於夫婦或其一方，在以前有他之國籍時，所生之事實有離婚(或別居)原因之性質者，不得援用之。」換言之，只以離婚事實發生時之本國法爲限，否則不啻強制當事人遇有任何時離婚之原因，皆須離婚也。

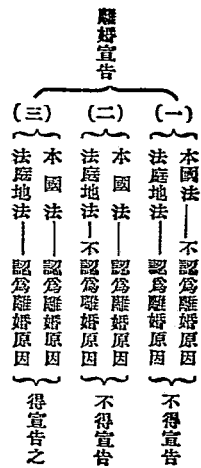
(2) 有主張係事實發生後之本國法者，此包括訴訟時之本國法，或宣告時之本國法而言。然各國對此種解釋，亦皆否認之。波蘭法云：「國籍有變更時，關於變更前發生之事實，非變更前國家之法律，亦認爲離婚(或別居)之原因者，不得爲離婚(或別居)之原因。」換言之，離婚事實發生後，一方有變更國籍之事，其新的本國法仍不適用，而惟事實發生時的本國法之是採。蓋離婚原因既生之後，夫如欲達其竊法舞弊之目的，擇一較難或較易離婚之國籍，以求有利於己，此當然不宜。

(3) 有主張係事實發生時之本國法者，此為一般之主張，我法律適用條例第十一條，日本法例第十六條，皆明定之。故離婚之原因，所適用之本國法云者，既非結婚時之本國法，亦非起訴時之本國法，乃其事實發生時之本國法是也。

按此一主義，無論為何一類之本國法，苟單獨適用之，皆有一通病。即離婚之訴訟地，如非即在其本國，本國所不承認之離婚原因，法庭地固不得而宣告離婚，此誠正當；然本國法所承認之原因，倘有害於法庭地之公益，為法庭地法所否認者，安能強法庭地宣告之乎？於此，本國法之適用窮矣！於是又有折衷之說，即：

第六，本國法兼法庭地主義。謂離婚限於當事人之本國法及法庭地法共同承認者，始得宣告。蓋一方面重視當事人之身分關係，不專採用住所地法，一方面重視訴訟地之公安關係，不專採用本國法；必兩法同認為得宣告者，乃可宣告之。詳如左表：

「圖表五十七」本國法兼法庭地主義之分析表



按此一主義，固極妥當，無可非議。然因本國法之適用，除「時間」的關係上，各國尚能一致採「事實發生時之本國法」外，至在「對象」的關係上，則立法例與學說，皆未能一致，共有三派之主張：

(a) 共同本國法兼法庭地法主義 一九〇二年海牙離婚別居條約第二條云：「離婚之請求，限於依本國法及請求地之法律，有離婚之原因者，得為之；但其原因之同一與否，則不問。」是採本國法兼法庭地法主義矣。同第八條，「夫婦若國籍不同，以夫婦之共通法，認為前數條適用上夫婦之本國法，」是又係共同本國法兼法庭地法主義矣。然如夫婦自始即不同國籍者，其共通法惟有住所，則又未免失去所以採本國法主義之用意焉。

(b) 夫之本國法兼法庭地法主義。我法律適用條例第十一條云：「離婚依其事實發生時

，夫之本國法及中國法均認其事實為離婚原因者，得宣告之。」即此主義。有人擬改其條文為「離婚依夫於其原因事實發生時所屬國之法；但非中國法律亦認其事實為離婚原因者，不

得宣告離婚」云云，其意義更為明確，且

表示以依本國法為原則，法庭地法為補則

之精神矣！日本法例第十六條，德國民法

施行法第十七條，同採此一主義。依此規

定，只須合於法庭地法及夫之本國法，離

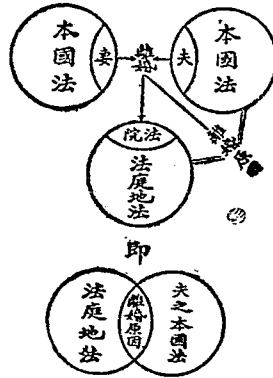
婚之原因即可宣告，至於妻之本國法，縱

為反對，可不顧及。說者謂一國若不以限制離婚為政策，以採用此一主義為宜。

(c) 雙方本國法兼法庭地法主義。一九二八年海牙會議對離婚別居條約之附加案採之。

依全部條約而觀，夫婦國籍如不相同者，則在有住所之第三國發生離婚之訴時，其離婚之原

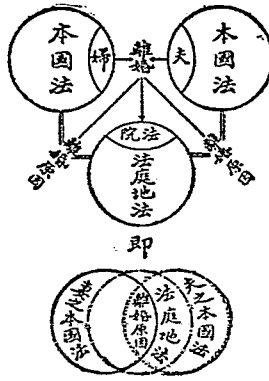
『八十五表圖』
夫之本國法兼法庭地法主義圖



因，須合於三國之法律，始可宣告。蓋僅夫之本國法所允許，而妻之本國法反對者，固不得宣告；僅妻之本國法承認，而夫之本國法否認者，亦不得宣告；即均皆允許，而為法庭地法

【圖表五十九】雙方本國法兼法

庭地法主義圖



所否認者，仍不得宣告。故在此情形下，其離婚之可能性，頗為減少；說固極完全也，然須視一國取於何種政策，而定其採用之標準耳。

(乙)別居宣告之準據法 別居之原因所依之準據法，大體上與離婚同，海牙條約附之於離婚條款下者，即此故也。然如或國家承認別居，或國家不承認別居者，則其適用法律之時，又不免與離婚微有異也。

茲分爲四項述之：

第一，雙方本國法及法庭地法皆承認別居制度者 此並無若何根本之問題，因當事人請求之原因，往往與離婚毫無差異，請求離婚或請求別居，一任當事人之自由，故其適用法律

第四編 親屬法適用論 第十七章 婚姻解除

，與離婚之準據法同。一國如對於離婚，採夫之本國法及法庭地法主義者，別居亦同；一國如對於離婚，採雙方本國法及法庭地法主義者，別居亦同。換言之，其原因之是否為某國法所允許，離婚固須準據之，別居亦同此準據也。

第二，雙方本國法承認別居制度而法庭地法不承認者 如我國法無別居制度，法律適用條例上亦無特別規定，將如何處理之乎？在不承認離婚制之國，有人在其法院提起離婚之訴，自應駁斥之；似此，則如有意大利人之夫婦，或意國人之夫與葡萄牙人之婦，在中國提起別居之訴，依例可不受理。然我國法律適用條例第十七條，既有其他之親族關係，及因其關係所生之權利義務，依當事人之本國法之規定，仍可援而用之，依其本國法為之宣告別居。蓋我國法因不承認別居，亦即無別居之原因可言，自無彼此衝突之虞；且別居較離婚為甚和緩，縱不依我國法，亦不致妨害公共秩序，故可受理其請求，依雙方本國法為之宣告。

第三，雙方本國法否認別居制度而法庭地法承認者 如丹麥為否認別居制之國，隸屬其國之夫婦，在波蘭提起別居之訴。波蘭對其離婚之訴既可受理，絕無拒絕請求別居之理，如

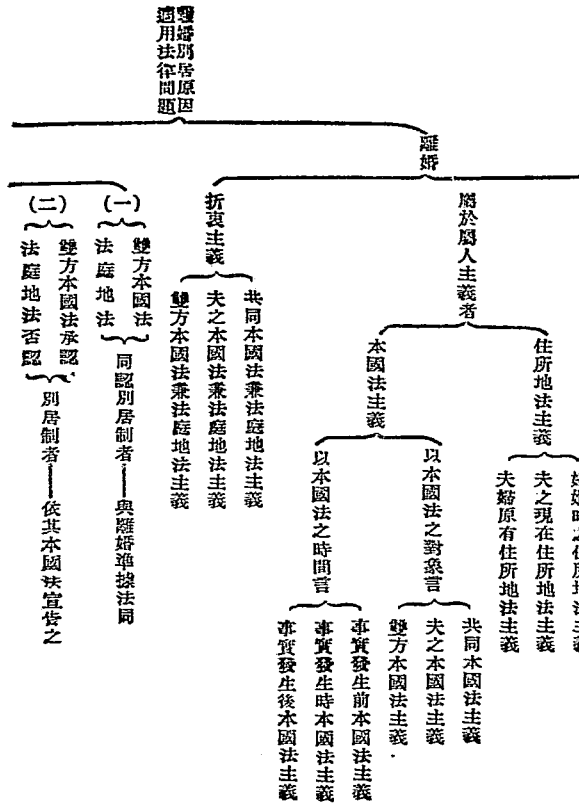
拒絕之，則有似於強迫當事人爲離婚之訴。且在事實上，雖不能依丹麥法以定其原因，然別居非離婚比，亦即無影響於丹麥之主權，故可直依波蘭法，定其原因，以爲宣告焉。

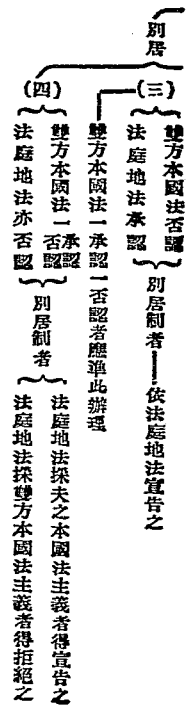
第四，雙方本國法規定不同而法庭地法亦否認者，如英國人之夫與丹麥人之婦在否認別居制之國，提起別居之訴，能否爲之宣告，當視法庭地所採之主義而定。如法庭地法採夫之本國法主義，因英國爲承認別居制者，自應依英國法爲之宣告；如法庭地法採雙方本國法主義，因丹麥爲否認別居制者，則宣告與否，當費斟酌。至於法庭地法亦承認者，則無論各該本國法之規定如何，皆可爲之宣告，自不待言。至如在挪威國，須先別居而後離婚，則外國人之在挪威，請求離婚，更須依此程序爲之，亦可作爲一種參證。

「圖表六十」離婚及別居之原因之法律適用總表

法庭地法主義
偏於屬地主義者
原因發生地法主義
婚姻舉行地法主義

國際私法本論





(四)關於離婚及別居之效力問題

此問題應分爲兩方面而言；其一爲效力之自體，須依何種準據法定之；其二爲效力之所及，在他國亦承認之否？

(甲)效力之自體問題 一國依法而對當事人之離婚或別居呈訴而宣告之，宣告之結果，即發生身分權之變遷，或使其動搖，是乃離婚或別居之效力。究依何種法律定此種關係乎？

第一，法庭地法主義 謂離婚及別居之宣告，有關於法庭地之公共秩序，既由法庭地之法院宣告，即不可不依法庭地法。畢氏國際私法典第五十五條云：「關於請求之裁判結果，

及對於配偶與其子女之判決，均依受理法官所在地之法律決定之。」即是一例。

按此一主義，於特殊場合適用之，未嘗不可，若以之為原則，終嫌過偏。畢氏國際私法典上，主法庭地法者，以離婚或別居之原因，亦依法庭地法故耳。若離婚或別居之原因，不從法庭地法，或兼及法庭地法，則仍以法庭地法為其效力之準據法，勢必與婚姻之效力相衝突也。蓋婚姻之效力重在如何組成夫婦間之相互關係，離婚或別居之效力，係如何解除或中止夫婦間之相互關係，在原則上實皆不能脫離人法之支配範圍。縱其效力，有反於法庭地之公安問題，亦只能於此違反之一點上，拒絕其屬人法之適用，斷不應使整個的效力問題皆支配於法庭地法之下。

第二，各該本國法主義。謂婚姻成立之實質的要件，及離婚或別居之原因，皆須依夫婦雙方之本國法；則離婚或別居之效力問題，自亦應同一之準據法定之。例如我法律適用條例第十一條，既為離婚原因之規定，即不能作為關於效力之法律適用，而此以外，又無關於效力之特別條文，中外學者遂多主張依第十七條處理之。此在解釋上，實係當然應有者。但第

十七條所示者爲『當事人之本國法』云云，當事人之所指，夫與婦皆在其內，故我國亦可稱探夫婦各該本國法主義也。

按此一主義，對於當事人之國籍相同者，自無問題；若國籍自始即不相同，則適用其各該本國法，勢必發生種種困難。例如夫之本國法，離婚後，夫婦永不得重爲婚姻；妻之本國法，離婚後，夫婦將來仍可互相婚姻；依夫之本國法，則違妻之本國法，依妻之本國法，則反夫之本國法，兩相衝突之法律，在此一場合，實不得兼而用之甚明。

第三，夫之本國法主義。謂離婚或別居之效力，因其絕對地或相對地與當事人之身分能力問題有關，則依夫婦身分上之效力，準據夫之本國法之理由，仍以夫之本國法決之爲宜。且必如是，亦可免於各該本國法主義之缺點也。我法律適用條例草案第十三條第二項云：『離婚之效力，依夫之本國法』云云，即屬此說。

按此一主義，在原則上，自甚確善，我法律適用條例對此未設明文，究非確當。意者第十七條之『當事人之本國法』云云，亦認爲可作『夫之本國法』解，然何不規定爲『依當事

人之本國法，或一方之本國法，不較妥乎？雖然，恐更有說焉。即：

第四，夫之本國法或法庭地主義。愚以為在原則上，效力問題自應依夫之本國法，但如有時不依本國法，而惟依法庭地法之原因宣告者，亦例外上之所有，則又何能獨於其效力方面，而依其本國法乎？例如當事人之本國法，不承認別居制度者，獨依法庭地法受理其別居之訴，而為之宣告者，其別居之效力，即不能外法庭地法而決之也。又如波蘭法，當事人之本國，保留審判專屬權者，波蘭官署亦得判令暫時分居，並依波蘭法定其贍養之義務，亦屬一例。他如瑞士，須當事人之本國，允許適用瑞士法，瑞士始受理其離婚之訴，則離婚之效力，亦當然為瑞士法之所決定也。

(乙)效力之所及問題 一國為當事人宣告離婚或別居，他之國家是否皆承認其完全有效乎？如可否認其有效，有無他之條件乎？

第一，由法院管轄權方面言之 對於離婚或別居有管轄權者，其宣告之效力，除無法律問題之糾紛外，各國皆承認之，蓋通例也。依其本國法無此宣告權者而宣告之，至少不為當

事人之本國承認其有效。試分兩層述之：

(A)他國承認其宣告為有效者。採本國宣告主義之國，同國籍人之離婚或別居，而由其本國宣告之者，在其與國間，當然有效；採住所地宣告主義之國，由住所地法院宣告之者，在其與國間亦當然有效。前者如歐陸法系普通之例是。後者如畢氏國際私法典第五六條云：

「除第五十三條之規定外，凡照以上各條而得到之夫婦別居與離婚，在其他各締約國內，均依宣告法院地之法規，而發生其民事上之效力；」所謂第五三條者，凡關於已在外國離婚之人再婚，各締約國基於屬人法所不承認之原因與關係，皆有許可或承認與否之權是也。此其一。

當事人之本國法授權於住所地宣告，或亦得宣告者，在原則上其效力實可及於他國。前者之例，如英國訴訟法，凡不住居於英國者，英國法院不為之離婚，認為住於外國之英國人，離婚之管轄權，屬於其住所地之法院。於是有英國人在法國結婚，後復提起離婚之訴於法國，縱使法國不為外國人宣告離婚，但此則可用反致法之理由，為其宣告之，而英國更當然

承認其有效也。後者之例，如波蘭法，居住於外國之波蘭國籍夫婦，苟其住所地之法院能依波蘭法爲之宣告，則仍承認有效。此其二。

非當事人所屬國之離婚或別居宣告，苟當事人之所屬國承認其有效者，無論何國皆須承認之，有兩例焉：其一爲一九〇二年海牙條約第七條第二項云：「行政法院，宣告之離婚及別居，若夫婦各該本國法認其離婚及別居者，無論何條約國亦承認之」是也。其二，有兩美國人而離婚於法國，後往葡萄牙各自再婚，因葡爲禁止離婚之國家，似不能承認其離婚之有效；然以其在他國離婚，而非在葡國離婚，即無妨及其國之公共秩序，事實上多承認之；蓋此美國人雖離婚於法國，而爲美國法所承認者，苟不認其有效，則世界上凡離婚之夫婦，均在葡不能再婚，除葡爲採絕對屬地主義者外，必無是理也。此其三。

(b) 他國否認其宣告有效者，採住所專轄主義者，只承認住所地之法院，有宣告權；採所屬國專轄主義者，只承認本國法院有宣告權；其間，一方之宣告，往往即不免爲他方所否認。例如有某國國籍之夫婦，在美國請求離婚，倘某國限於自國法院有管轄之權，則由美

國法院而宣告之離婚，某國絕不承認其有效，因其非自國法院之所宣告也。反之，由其自國所宣告者，而當事人却住於美國，則美國亦不承認其有效，因非住所在地法院之宣告也；別居同。此情形即在同一法系之國家中，亦嘗有之。如波蘭法對於有住所於波蘭之外國夫婦，倘其本國保留審判專屬權者，明定依波蘭法，得判令暫時分居，蓋恐其本國將來不承認其離婚或別居宣告，故有此從權之通融辦法。此其一。

所屬國不承認離婚制度，而當事人在外國得離婚之允許者，其效力自不得達於其所屬國。蓋由其本國視之，此項宣告，實出於宣告國權限之範圍，更不免有根本推翻本國管轄權之危險！所屬國不承認別居制度，而當事人在外國得別居之允許者，則其宣告後，及於離婚人間之效力，亦必係依法庭地法定之，其所屬國，在歐陸法系方面，仍可不認之也。但第三國對此，則如何？第三國如與所屬國採同一主義者，自可不承認其有效；如為採本國宣告主義者，亦可不承認其有效。但如兼採住所在地宣告主義，或直採住所在地宣告主義，而又非禁止離婚，或否認別居之國，則仍應承認其效力。此其二。

當事人非同一國籍，一承認住所地之法院有宣告權者，一否認有宣告權者，其效力之所及當如何定之？在原則上不承認者之一方，即可否認其有效；但亦視其對於離婚或別居所採之準據法爲如何耳。例如妻之本國法不承認住所地之法院有宣告權，倘對於宣告之準據法採當事人各該本國主義，自不承認其效力；倘對於宣告之準據法採夫之本國主義，則祇須夫之所屬國承認有效，亦可反於常例而承認其宣告之效力也。至於第三國對此，又當如何？第三國採雙方本國主義者，苟妻方不承認其有效，則無效之；採夫之本國主義者，縱妻方不承認其有效，仍有效之。此其三。

第二，由法律管轄權方面言之。離婚或別居之宣告國，雖對於當事人之呈訴，有管轄權，而各國亦承認之者；然如適用法律有問題時，其宣告之效力是否可及於他國，殊有考慮。試分兩層述之：

(a) 他國承認其宣告爲有效者。宣告國依當事人之本國法而宣告之者，他國自皆承認其有效。一九〇二年海牙條約第六條曾明定之，即「從第五條之規定，管轄法院爲離婚及別居

之宣告，遵守本條約之規定，及爲缺席審判者，被告因外國審判承認依其本國法必要之特別規定爲條件時，無論任何條約國皆承認之』是也。又波蘭法，對於在波蘭有住所之外國夫婦，其本國不保留專轄權者，波蘭得受理其聲請，而依其本國法爲之宣告；所以必依其本國法者，俾其效力得及於其本國故耳。前所述之離婚及別居之原因，所以不採法庭地法主義，而必採本國法及法庭地法主義者，亦妨其本國，有所藉口，而不承認法庭地之判決效力也。此其一。

宣告國雖未依當事人之所屬國法而宣告，但依宣告國法係出自其所屬國法所命者，則任何國亦須承認其有效。如英國人之夫婦，有住所於德國，在德國提起離婚之訴，德國法院依德國法而宣告之；其效力可及於英國及第三國，因當事人所屬之英國法，採住所地法主義，是已允許德國之依德國法而宣告之也。又瑞士，須外國人之所屬國法，許依瑞士法而宣告者始宣告之，其效力自亦可及於國外，否則瑞士根本不受理之，更無所謂效力問題也。此其二。

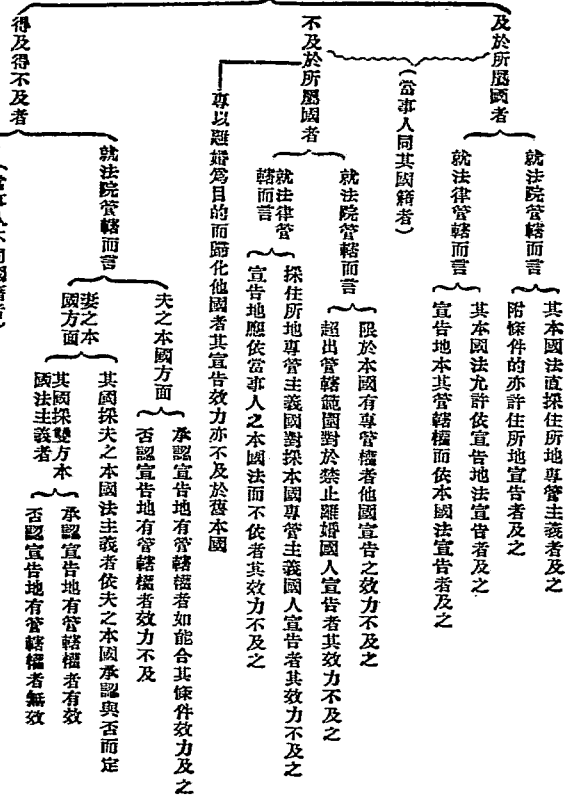
(b)他國否認其宣告爲有效者。宣告國應依當事人之本國法而不依之者，或宣告國自認

爲不應依之，而其本國認爲應依之者，其效力即不能及於其本國。前者之例，如波蘭法第十七條第三項但書曰：「但外國官署未依波蘭法律所爲之審判，在波蘭國境內，不得承認或執行之」是也。後者之例，如法國之人民，住於英國，而英國法院依英國法爲之宣告離婚或別居，法國即不承認之；然在英國因採住所地法主義，固自認爲正當者也。第三國對此將如何？仍依其所採之主義與某一國是否相同定之。此其一。

宣告國雖現時爲其人之所屬國，然在竊法舞弊之場合，其舊屬之本國，則亦往往不承認有效。例如有意大利之夫婦，因意國不許離婚，乃歸化德國，以取得離婚宣告爲目的。既已在德國離婚後，復歸意國，欲藉離婚名義，求解決其他法律關係，意國於此，絕不承認其有效；卽爲一例。又如一八七五年法國之寶夫里蒙（Barthélemy）公主，以離婚而歸化德國，但法國法院雖承認其歸化有效，而仍視其未爲離婚，拒絕其再嫁，又爲一例。至於第三國對此，則依其離婚原因事實發生時之本國法，爲如何之規定，以決定其是否有效。此其二。

「圖表六十一」離婚宣告之效力所及表

宣告地與所屬國之關係



第四編 親屬法適用論 第十七章 婚姻解除

國際私法本論

隨地之效力及範圍

宣告地與住所地之關係

就法律言
夫之本國方面
宣告地一切依其本國法而定者有效
宣告地違反其本國法之規定者無效

妻之本國方面
其國探夫之本國法主義者宣告地不依妻之本國法者仍有效
其國探妻之本國法主義者宣告地違反妻之本國法者亦無效

得及於住所地者——住所地亦探本國法宣告原則者當然及之
不及於住所地者——(其宣告地即其所屬國者)
不及於住所地者——住所地探住所地專管主義者自不及之

得及於第三國者

宣告地即其所屬國者效力及之
一切依其本國法而由住所地宣告者效力及之
當事人本國法承認任何宣告為有效者縱不合第三國之規定效力亦及之

得不及於第三國者

宣告地依結婚時之本國法而宣告者其效力得不及之
宣告地依起訴時之本國法而宣告者其效力得不及之

宣告地與第三國之關係

當事人同其國籍者

宣告地與其所屬國在主義上之衝突者

宣告地為其所屬國否認有效者

第三國探本國法主義者或無效之

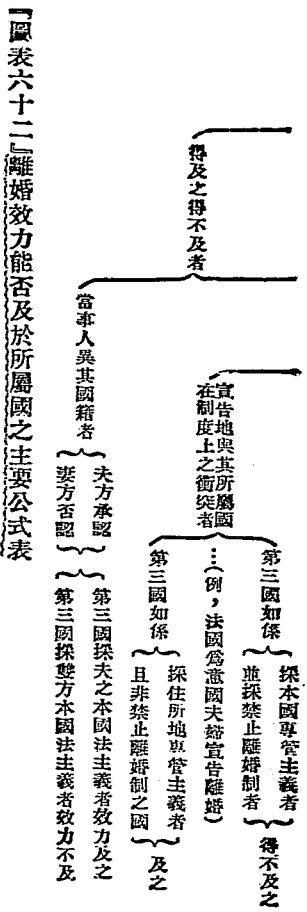
宣告地為住所地而其所屬國否認有效者

第三國探住所地法主義者或有效之

宣告地為其本國而其住所地否認有效者

第三國探本國法主義者當然有效

第三國探住所地法主義者或無效之



『圖表六十二』離婚效力能否及於所屬國之主要公式表

1. (管轄權×本國法)十(本國法)一及於所屬國之效力
2. (管轄權×本國法)十(宣告地法×本國法)一及於所屬國之效力
3. (管轄權×宣告地法)十(本國法)一不及於所屬國之效力
4. (管轄權×宣告地法)十(宣告地法×宣告地法)一不及於所屬國之效力

(註) ×符號，有依據之意，如(管轄權×本國法)者，即依據當事人之本國法而有其管轄權也；(同時管轄×同時宣告)者，即宣告地非依據當事人之本國法，而自己適用其地之法律也。餘類推之。

第十八章 父母子女之身分關係

有男女然後有夫婦，有夫婦然後有父母子女之身分問題發生，有父母子女之身分問題發生，然後有父母子女間之權利義務關係存在，簡稱之，則曰親子及親權是也。畢氏國際私法典，標爲父子關係，範圍失之於狹，未能表示母之關係；即標爲親子關係如波蘭法者，亦嫌不能概括一切，故愚依我民法親屬編之例，而以父母子女爲本章及次章之標題。

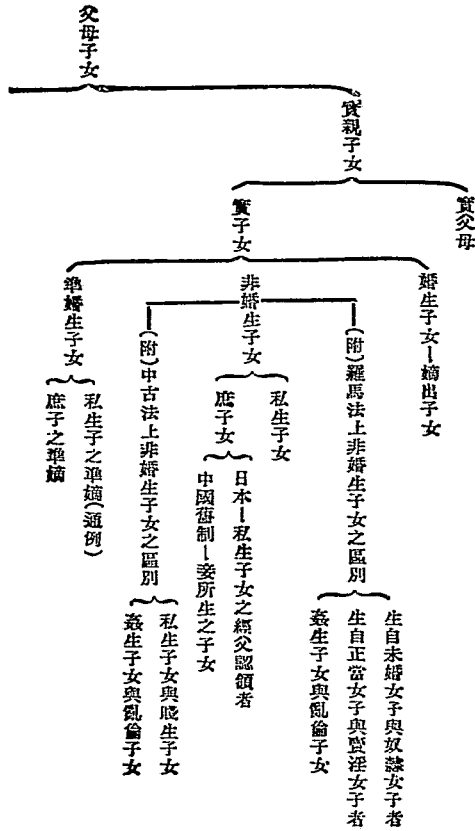
所謂親與子之關係，各國立法例上原不限於因血統而生者，即基於法律而生者亦含於內。○凡基於造化自然之理而生者，曰實親子女，即實父母與實子女之謂。此項實子女共有三種，一曰婚生子女，普通稱曰嫡子女，或嫡出子女，即由婚姻關係受胎而生之子女也。一曰非婚生子女，如私生子女，亂倫子女，姦生子女是。即無婚姻關係之男女間所生之子女也。一曰準婚生子女，在我國，如非婚生子女與其生母之關係，經其生父承領後與其生父之關係，皆視爲婚生子女是也。普通則稱之曰準嫡，日本則稱生父所認知之私生子曰庶子，必其父母

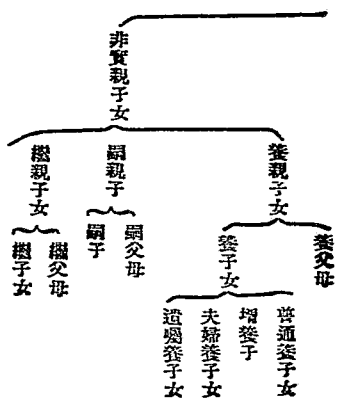
結婚後，始曰準嫡。我國則以庶子之名，歸於爲妻所生之子之稱，今已不認妻子制度存在，此庶子一名，在中國將不復見。

凡基於法律之擬制而視同因血統而生者，曰養親子女，即養父母與養子女之謂。因其爲養子女之條件及方法之差異，於是又有普通養子女，夫婦養子女，婿養子，及遺囑養子女之別，然自收養之日起，大都取得養父母之嫡子女之身分，而入於養父母之家也。此外又有所謂嗣子者，非本己子而擇立族中姪輩。以爲之子，俾繼承宗祧是也。我國現廢宗祧繼承制，此嗣子之名將不復見，然他之行家族制之國家，自羅馬法立嗣續祀以來，仍多少存其餘意，故波蘭國際上私法適用法，即將嗣子規定於第二十三條，曰「嗣子之關係，依立嗣者之本國法」。並有所謂繼子者，即前配偶者之子，而因母之改嫁，攜之於新配偶者之家，與其母夫之關係是也。繼子與繼父，庶子與嫡母，日本在其民法第七二八條上，同規定「生與親子間同一之親族關係」，我國習慣上亦承認之。歸納以上之論點，在國際私法上所應提出之主要問題，不出四端：一爲父母之與婚生子女；一爲父母之與私生子女，一爲父母之與準婚生子女

女，一為父母之與養子女。

【圖表六十三】父母子女之分類表





(一) 父母之與婚生子女

由婚姻關係受胎而生之子女，曰婚生子女，或稱嫡子女，各國規定，在原則上大致相同，似無若何問題矣。然人事萬變，苟深研究之，頗涉細密，不容粗論。雖非婚姻中受胎，而

有時視為婚生子女者，此固當另及之；即在婚姻中受胎，而其胎是否即係受自其夫，實一問

題。法律上往往設有推定，明示在某一定條件下，其所生者即取得婚生子女之身分。然既係推定，脫令有反對之規定，則其夫得否認之，所謂否認權（Right of contest）是。倘其所生之子女及母，並母之夫皆為同一國籍，即依其國之法律，定子女之身分權，並母夫之否認權，實不涉及國際私法之如何複雜問題，至少在歐陸法系國家如此。但若母與其夫國籍有異，或母夫與子之國籍不同，因各國法律關於推定之條件未能全同，否認權之行使方法亦又相異，則發生將依何國法律，定此種種問題乎？試分而詳及之：

（甲）關於婚生子女之法律衝突 在夫婦婚姻繼續中，受胎而生之子女，必依如何之法定條件，始推定之為其母之夫之子女，而取得婚生子女之身分；又依如何之條件，其母之夫得行否認權乎？

第一，子女身分權之取得 按近世各國民法，對於婚生子女之推定，換言之，對於其母所生子女取得婚生子女之身分，其條件，總不出乎下列四種範圍。第一，須母與其夫為正式婚姻；第二，須在婚姻關係中所受胎者；第三，須係其母之夫之子女；第四，須其母為其所

推定之父之妻。第一條件固極明顯，其次之條件，則各國規定之內容頗不一致，而法律衝突問題生矣。換言之，各國雖皆以婚姻中受胎而生之子，爲夫之子之推定，然胎究如何而即推定來自其夫，受胎期間又須若干時間，乃能合於實際上之推定。

(a) 依受胎期間言之。我國民法第一〇六二條規定，『從子女出生日，回溯第一百八十一日起至第三百零二日止爲受胎期間。能證明受胎回溯在前項第三百零二日以前者，以其期間爲受胎期間』。日本民法第八二〇條第二項規定，『自婚姻成立之日起，二百日後；或自婚姻之解消及取消之日起，三百日內所生之子女，推定爲婚姻中所懷胎者』。法國，意國，則定爲從其子女之出生前，逆算第三百日起，至第一百八十日止，爲受胎期間；奧國，則定爲最短滿六個月，最長滿十個月爲受胎期間。凡合於各該國家規定之受胎期間所生之子女，如生之於婚姻中，或婚姻解消後之一定時日內，皆推定爲母夫之子女。然各國所規定之受胎期間既不相同，則不能不在國際私法上，求其適當之準據法焉。

(b) 依胎自夫來言之。我國民法第一〇六三條規定『妻之受胎，係在婚姻關係存續中者

，推定其所生子女爲婚生子女」。日本同；但妻在離婚後六個月內再嫁者，於其分娩，而定孰爲子女之父時，則由法庭定之。德國，則以妻在婚姻前，或婚姻中受孕，且夫於妻之受孕期內，與妻同衾時，則於婚姻締結後所生之子女，爲婚生子女；且妻於離婚後再婚而分娩時，則以前婚解除後二百七十日以內所生之子，視爲前夫之子，其以後所生之子，視爲後夫之子。各國規定之異又如此，爲嫡子女身分之推定時，亦仍發生應依何國法爲其準據法之問題。

第二，母夫否認權之行使。嫡子女之身分既出於法律上之推定，則母之夫苟有事實上之反面證據，自許其提出而否認之，通常稱之曰破毀嫡子女之推定之人事訴訟是也。各國立法例對此規定，亦有不相同者：

(A) 依否認之原因言之。各國大抵皆不加以限制，只須合於有形的不能之事實，或無形的不能之事實，皆可爲之。前者，如夫婦無同居之事是；後者如夫婦不睦，或殘廢不能人道是。惟亦有特別規定者，如法國則認爲夫不得藉口己之身體虛弱，謂其子女非己出；亦不得

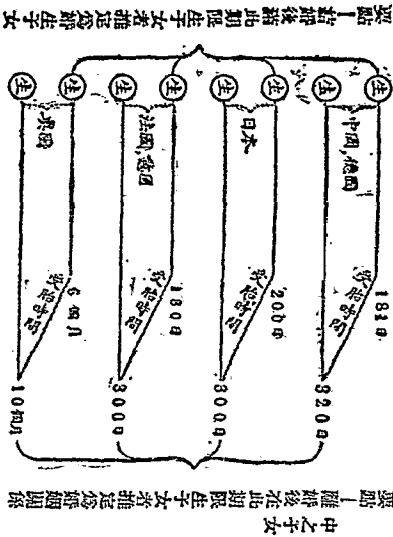
以婦之犯姦爲原因，謂其子女非己出。惟婦對於夫隱蔽其子之出產時，夫始得徵引適當之各種事實，證明己非其子之父。我國亦有明文規定，謂「夫能證明於受胎期間內，未與妻同居者，得提起否認之訴」，是亦限於有形的不能之原因也。

(b) 依否認之主體言之 既爲母夫之否認權，自爲母之夫之一身專屬權，不容他人代爲之，乃其原則。然如夫爲無能力時，在德國，則夫之法定代理人，亦可受監護法院之承認而否認之；倘其法定代理人未於適當之時爲否認者，夫之行爲能力回復後。得自爲之。在他國，則或規定，其法定代理人須得親屬會議之同意而提起訴訟，或規定，俟其夫有完全能力時，仍由其夫自爲之。此外，如夫於可訴訟之期內，未訴訟而死亡時，各國則又規定，關於財產繼承，死者之財產繼承人，得於一定期內，出訴其子女之非嫡出。

(c) 依否認之時間言之 否認權之行使時效，我國，日本，德國均規定自知悉子女出生之日起，一年內爲之。因我國爲採婚姻成年制之國，夫並無未成年者，故此一年之時效，毫無實際上之如何伸延可言。德國則在特定條件下，可延長於夫成年後之六個月內；日本則由

夫達於成年之時，為一年期間之計算，惟夫達成年後，知子之出生者，不在其限。至於法國，則為時甚短；夫住於其子之出生地時，從出生之時起，一個月內提出之；夫不在出生地時，

【圖表六十四】受胎期間之計算圖



雖屬兩事，但可同用一種之準據法決之。故如我法律適用條例第十二條，關於婚生子女之

由歸來之時起，二個月內提出之；婚對於夫隱蔽其子出生之事時，夫從知悉其事之時起，亦二個月內提出之。

在母夫之否認權之存在及行使上，各國規定既有種種之不同，宜依何國法律以定其準據法，亦當然應有之論題也。

(乙)關於婚生子女之法律適用 關

於婚生子女之推定，及母夫之否認訴權

規定，用『子之身分』一語；草案第十四條，用『嫡子之否認訴訟』一語；日本法例第十七條，用『子爲嫡出與否』；德國民法施行法第十八條，用『子之婚姻上之系統』一語，說者曾批評其執涉於狹，執涉於廣，立法用語應從嚴格，自須審慎；但在實際上無論如何規定，皆不出乎同一的準據法之範圍也。茲再將各種主義一論列之：

第一，**法庭地主義**。謂婚生子女之推定，及否認，與訴訟地之善良風俗及公共秩序有關，自應依法庭地法決之。

按此一主義，以偶然起訴之事實，決定父母子女之關係，妥屬不妥。且即認爲有影響於法庭地之公安，然亦無影響於其所屬國之永且烈也！不過關於否認訴權之行使方法，須受法庭地法之限制；例如其母之夫苟依其本國法，證明其無生殖而行否認訴權，則作爲違反善良風俗論，禁止其依此證明方法，行使其訴權而已。顧此乃一般適用外國法之通常限制，不能謂其即係法庭地主義也。

第二，**夫之住所地主義**。謂婚生子女之推定及否認，不外確定父母子女之關係；父母

子女之關係者，質言之，仍爲婚姻效力之一種耳。故子女果爲婚生與否，惟有依通常之婚姻效力有無而定；婚姻效力已認爲宜依夫之住所地法，則此問題亦不可不以夫之住所地法決焉。此說爲英美判例及學者所主張。

按此一主義，在英美法系中，自屬前後一貫，然非歐陸法系國家所可主張者也。且婚姻效力依住所地法，愚亦曾認理由充足，但深思之，仍不得以此理由，作爲夫之住所地法主義之張本。蓋子之嫡出與否，乃由婚姻關係之結果，直接發生父母子女之身分問題，與婚姻之一般效力，無若何重要關係。況經其解決後，往往使子女之國籍隨之而變，更超出住所地之利害，而有影響於人之所屬國矣。曷能以夫之住所地法定此永久之關係乎？

第三，子之本國法主義。謂婚生子女之推定及否認，對於婚生子女之身分極有關係，嘗發生人事上，財產上之重大變化也。故關於此項規定，保護所謂父之利益，實不如保護子女之利益爲甚，故應依子之本國法定之。法比二三學者如威斯(Weiss)羅蘭(Laurent)等，皆主此說。披庵(Tille)亦謂國際親屬法之社會目的，如係保護子者，則應適用子國之法律。畢

氏國際私法典更謂關於婚生之推定，及其條件之法則，倘子女之屬人法與其父者不同，即應適用子女之屬人法云云，以屬人法爲言，即子之住所地法並在其內矣。故又有人主張依子之出生地法者，出生地法云者，亦可作爲子之出生住所地法也。

按此一主義，不合事實；因其問題固有關於子女之身分得失，而非即爲子女利益而設也。蓋婚生子女之推定，在明親與子女之關係應如何而存在，否認訴權之目的，在明親權之應如何而確定，此實其所推定的父之利益也。況否認之結果，往往使子女變更其國籍，則在其前，子女之國籍猶未確定，事實上亦不容子女之本國法之適用。故即欲主張子女之屬人法，亦惟住所地法可資其用，然而以住所地法支配親與子女之永久關係，亦失其當。

第四，父之本國法主義。謂婚生子女之推定及否認，其目的既係爲推定的父之利益而設，自應依父之本國法定之。歐陸各國皆採此一主義。

按此一主義，較以上各說，大致完全；顧成問題者，即「父」之一字耳。蓋依各國法律規定，在母之夫未消滅否認時效以前，婚生子女之身分，不過出於法律上之推定，果爲何人

之子女，實不可知，其所推定之父，是否真係其父更屬茫然。在否認訴權行使之結果，如無親與子女之關係，以前之推定益證明其爲假設，故稱曰依父之本國法，實不可也。

第五，母夫之本國法主義。基於上述之理由，故我國法律適用條例，日本法例，及波蘭國際上私法適用法等，皆於各該條款，避用「父之本國法」之文字，改用「母之夫之本國法」，或「母之夫所屬國之法律」之文字，應稱爲母夫之本國法主義也。惟母夫之本國法之適用，在實際上仍有三種情形之不同：

(一) 母夫生存時所應適用之本國法。母之夫變更國籍之事亦嘗有之，此當然非指母夫在問題發生時之本國法而言。蓋恐母夫不願承認其子女，特爲變更國籍，以就有利於己方之法律故也。不用現時之本國法，將何所用之？有主張依受胎當時母夫之本國法者，然何時受胎，頗不易明，例如以我國民法之規定而言，從子女出生日回溯第一百八十一日起，至第三百二日止，其間之時日，皆可認爲受胎當時，究以何日爲受胎之起點乎？有主張依出生時母夫之本國法者，此有出生之事實可以證明，較爲適當。我法律適用條例第十二條前段：「子之

身分，依出生時，其母之夫之本國法；日本法例第十七條前段：『子爲嫡出與否，依其出生之當時母之夫所屬國之法律』；波蘭法第十八條第一項：『嫡子之身分，依出生時其母之夫之本國法』；皆係其例。各規定中，以日本一母之夫所屬國之法律之用語，尤爲妥當，以出生時母夫之本國法，倘其法律之自體有變更時，其本國法亦當然變更之也。詳前不贅。

(b) 母夫死亡者所應適用之本國法 母夫於子女之出生前，已經死亡，則爲婚生子女之推定；或其他利害關係人，對於其子女之身分，提起否認之訴時，自不能用子女出生時母夫之本國法，則惟依母夫死亡時，最後所屬國之法律定之。我法律適用條例第十二條後段：『如其夫於子出生前已死亡，依其最後所屬國之法律』；日本法例第十七條後段之規定同；波蘭法第十八條第二項：『子出生時，其母之夫已死亡者，依其死亡時之本國法』；皆其明例。

(c) 母與其夫離婚者所應適用之本國法 婚姻於子出生前，已因離婚而解除者，如在日本，苟其夫爲贅婿，此時即須喪失日本國籍。則關於婚生子女種種問題，將依母夫何所屬之

法律乎？法人實道，主張仍依其最後所屬國之法律；故擬改我法律適用條例第十二條後段，爲『如婚姻於子出生前已解除者，依夫最後所屬國之法律』云。

(二) 父母之與非婚生子女

非婚生子女者，非生自婚姻關係場合之子女之謂；普通稱爲私生子女者是。但如存有庶出子女名稱之國家，庶出子女雖亦非婚生子女，卻非即是私生子女。例如日本稱私生子女之被父認領者，曰庶子女，至少在稱謂上與私生子女有別；如我國昔日以妾所生之子女，曰庶子女，在昔固非嫡子女之列，而亦非私生子女也。又如所謂姦生子女，亂倫子女，及所謂賤生子女等等，雖有廣義上，不失爲私生子女之性質，然學者著作及各國立法例中，又往往別於私生子女而另稱之。故悉依我民法用語，而稱非婚生子女。此非婚生子女不僅因男女苟合或犯姦之結果，始有如此現象，即無效之婚姻中所生者亦然；蓋婚姻既歸無效，即與未婚婚者同，僅有男女而無夫婦，苟無特別之規定，其子女自不得在原則上認爲婚生子女也。

非婚生子女在未視爲婚生子女以前，固不能與婚生子女立於同一地位，然亦出自其母受胎之事實而生者，故德法各國又往往稱爲自然子女。非婚生子女之與其父母的關係，原有自然的立場，但欲使之發生法律上之關係，各國多設有法定的證明程序，即所謂認領，或認知，或尋認者是。認領以後，發生如何之效力，各立法例亦極不同。用分兩端述之：

(甲)非婚生子女認領之法律衝突 認領云者，非婚生子女之父（或母，惟我國不承認母之認領）對於非婚生子女，承認其爲自己之子女之謂；蓋各國通例非婚生子女，原非當然有父者，故必待認領，然後親與子之關係始歸確定也。各國對此一問題之規定各異，其複雜不讓婚姻法，姑擇其要者一及：

(A)關於認領之制度者 非婚生子女能否認領，各國法例不一其制；即准許認領者，又採何種方法，各國規定仍不相同：

第一，就認領制度之存在言之 綜合今日各國之立法例，至少可別爲下列幾種：

(a)無須認領主義 謂親與子女之關係，即由血統而定，非正式婚姻所生之子女，與正

式婚姻所生之子女，同屬於父母之血統，即應享同等之權利，無須乎有認領之事；一九二六蘇俄親屬法第二十五條之規定是也。

又我國及德國，對於非婚生子女與其生母方面，亦採無須認領主義。蓋母子關係因分娩之故，爲一種不能否認之事實，故該子女之地位，與婚生子女同，認爲家屬之一部。我民法第一〇六五條第二項『非婚生子女與其生母之關係，視爲婚生子女，無須認領』；德國民法第一七〇五條『私生子女對於母及母之親屬關係上，有嫡出子女之法定地位』；即此。

(b) 禁止認領主義。謂非婚生子女之親與子的關係，既不明瞭，且無憑證，苟許其認領，非引起錯誤，即喪失廉恥，絕對不得而認領之。惟此之所謂禁止者，以後所述之『法定認領』爲主，至在『自由認領』中，亦只對於父之方面禁止也。例如一九一七年墨西哥之法律，絕對禁止父子關係或母子關係之法定認領，違則法官免職，並奪其公權是也。又如德國，非婚生子女除因一定條件，取得婚生子女地位外，父不能認領，只有撫育之責，並維持其至十六歲止，在法律上並不發生親與子女之關係，自不能用父之姓氏，更亦不能有遺產繼承之

權利是也。他如塞爾維亞，羅馬尼亞，及波蘭一九二五年之法律皆然。

(c) 放任認領主義 謂不設婚生子女與非婚生子女之區別，固非所宜；然將非婚生子女屏之於親與子女的關係外，亦非其當。蓋非婚生子女之所生非正。祇能歸咎於其父母之不檢所行，子女不能代負其責；且既已生也，更應有要求法律保障之權。況禁止種種認領之結果，亦惟有獎勵放蕩與增加非婚生子女之數目而已！日本，普國，奧國，希臘諸國皆採此制，不特父或母有認領之權利，並有認領之義務，甚至於姦生子女，亂倫子女，仍與一般私生子女，同在各種認領之例。如奧國法，即其母在受胎期間與多數男子，有性交關係，亦不能否認父子關係之尋認。惟須注意者，奧國非婚生子女祇有受撫養費之權利，且無用父之姓或繼承財產之權利，故其認領之效力，則又與禁止認領主義類似矣。

(d) 限制認領主義 謂認領云者，所以使非婚生子女與其父母發生法律上之關係也。苟採認領放任主義，則一切非婚生子女皆可賴認領而取得法律上之地位，則又何貴有此認領制度耶？蓋認領制度之設，原即含有限制之意，故各國各依其國情，有認爲得認領者，有認爲

不得認領者，則在實際之認領規定上，自亦不可不採限制主義。例如舊俄僅許平民認領，不許貴族認領；意大利僅許私生子認領，不許姦非子，亂倫子認領；法國祇許父母自由認領，在原則上不許私生子強迫其父認領是也。

第二，就認領制度之內容言之。雖皆承認認領制度之存在，而因認領有自由認領與法定認領之分，於是有僅採自由認領制度者，有兼採法定認領制度者；而自由認領與法定認領之內，又各有其廣狹之兩義。除放任認領國與限制認領國之間，顯有此種衝突外，就各制度之本身言之，至少亦有四種之分別：

(a) 放任「自由認領」主義。由有認知權之母或父一方宣告，或由雙方共同宣告者，曰自由認領，或任意認領。採放任主義者，不特私生子女可以自由認領，即亂倫子女亦可自由認領，如希臘一九二七年之法律，認爲叔父與姪女，姑母與姪，以及從兄弟姊妹結合所生子女，皆得認領者是也。又亞爾然丁法典第三七七條，亦規定倫亂子女，准許其父之自由認領是也。至於我國，非婚生子女之與生母，無須認領，經生父撫育者，視爲認領；則又不僅

放任主義，更進一步而爲強制的自由認領主義也。

(b) 限制『自由認領』主義。亂倫子女絕對不許認領，多數國家是也。認領如係出於父或母之一方者，認領人更無須指明非婚生子女係何人所生，南美諸國如智利是也。並有絕對地禁止此種指明者，西班牙是也。他如以認領僅係對於認領個人發生效力，與他方配偶無涉，否則須得他方配偶之同意者，法國，意大利，西蘭是也。凡此，皆限制自由認領主義之例。

(c) 放任『法定認領』主義。由於審判上之認領者，曰法定認領，或強制認領。卽非婚生子女，只經其父或母認領，或父母皆未認領者，得以法律程序追求其父母之認領，故又有父母之探求，或尋覓之稱。其採放任主義者，不僅非婚生子女，可以請求其生父或生母認領，卽其生母等亦可請求其生父認領；不僅普通私生子女，有此法定認領請求權，卽亂倫而生之子女，或姦生子女，亦得爲之。惟希臘與瑞士，如母於受胎期間，有不正当之行爲，或與他男子發生關係者，則不受理尋認父子關係之訴；至若奧國，普國，更不認此例外，視爲凡

與其母有性交關係者，皆應負以共同責任。

(d) 限制「法定認領」主義。例如拉丁系之法律，凡姦生子女，亂倫子女，無論其爲父子關係，或母子關係，一概不許有法定認領之事實。至於普通私生子女，母子關係之尋認多承認之；然如智利法，女子如爲已婚者，亦不承認母子關係之尋認。他如意大利，法定認領只以誘拐及強姦事實，係發生於法定受胎期間者爲限；比利時，法定認領只以非婚生子女之經父撫育者爲限；皆法定認領限制最明顯之例。又如英國法，其父如爲未成年之男子，則不許爲父子關係之尋認；我國法，生母於受胎期間內，曾與他人通姦或爲放蕩生活者，不適用法定認領之規定；亦係兼採限制主義者。

(B) 關於認領之要件者。對於非婚生子女之認領，或非婚生子女方面強迫認領，除因制度而發生之必要條件外，又各有其他之種種條件，各國立法例亦極異其內容，就其著者述之

第一，認領之主體問題。無論爲自由認領，或強迫認領，究由何人認領之，是即認領之

主體問題。

(a) 在自由認領方面。其最相異者：有認爲應依出生之事實，確定母與子女之關係，母無須認領者，我國德國是也。有認爲父或母皆可認領者，法國日本是也。有承認父如死亡，失蹤，或心神喪失時，父之父亦可認領者，希臘，土耳其是也。有認爲未成年之父或母，不須法定代理人之同意仍可認領者，日本是也。有認爲亂倫子女之父仍可認領者，亞爾然丁是也。

(b) 在法定認領方面。其最相異者：有認爲對於其生母方面可強迫認領者，除智利等國外，多數國家是也。有認爲對於其生父方面爲限制地強迫認領者，意大利，西班牙，葡萄牙，巴西是也。有認爲其父死亡，得向其財產繼承人強迫認領者，瑞士是也。

第二，認領之客體問題。何人得爲自由認領或法定認領之被認領者，或請求認領者，是即認領之客體問題。除亂倫子女或姦生子女，有許認領，有不許認領，如上所述外，其他(a)在自由認領方面。其最相異者：有認爲未出生之胎兒，得由其父認領者，如法國，

父於臨終時，得以遺囑認領之。瑞士父得以公正證書認領之是也。有認爲胎內之子，父亦得認領，但須得母之同意者，日本是也。有認爲子女須出生後，始能認領之者，多數國家是也。又有認爲非婚生子女，苟已死亡則絕對禁止其認領者，德國是也。並有認爲限於直系卑親屬者，雖死亡亦得以認領者，巴西，日本是也。

(b) 在法定認領方面，其最相異者：有認爲限於非婚生子女，得在法院請求其推定之父認領者，智利是也。有認爲凡私生子女，或其直系卑親屬，或其法定代理人，皆得對其父母請求認領者，日本是也。有認爲非婚生子女之生母，或其法定代理人得爲之者，我國是也。有認爲其生母可自由陳訴，而其監護人，及已滿十四歲之非婚生子女，仍得爲之者，希臘是也。

第三，認領之方式問題，此在法定認領方面，爲證明上必要之條件，但自由認領時亦嘗有之。

(a) 在自由認領方面，有認爲認領不僅以雙方之意思表示即足，並須呈報於戶籍吏者，

日本是也。有認爲得以出生證書或公正證書爲之者，法國是也。有認爲不須有如何固定之形式者，他之多數國家是也。

(b) 在法定認領方面。有認爲如所推定之父屬實，其父應即宣誓者，智利是也。有認爲尋認之訴，只須有證人證明，即可確定者，西班牙，西蘭是也。有認爲證人外，更須有書面證據，或事實憑證，始可確定者，法國，意大利，坎拿大是也。有認爲由法官自由認定證據，以宣告其父子關係是否成立者，芬蘭是也。有認爲雖有事實證據，更須其母對之宣誓，始能成立者，英格蘭，蘇格蘭是也。

第四，認領之時期問題。關於自由認領，如認領者與被認領者皆生存時，普通無若何限制，觀於各國規定成年子女之認領，須得子女之同意，可知其於子女成年後而認領者，乃例之所常有者。但法定認領，以有訴權之關係，各國遂皆有認領時間之限制，換言之，須在一定時間內，乃可提起強迫認領之訴，是所謂訴訟時效問題。各國規定頗不一致：

有認爲尋認父子關係之訴訟時效，永不消滅者，美國是也。有認爲尋認之訴，得在子女

出生前或出生後提起，但不得在出生一年以後提出者，瑞士是也。有認爲一年以後，在特定條件下，仍得提起尋認之訴者，英國是也。有認爲對於姙居或父已養育其子女，得於中止後，兩年以內提出者，法國是也。有認爲如由子女起訴，在其成年後三年以內，否則在分娩後三年以內即得提出者，希臘是也。有認爲自子女出生後五年間不行使其訴權，即歸消滅者，我國是也。

(c) 關於認領之效力者 認領之結果，在認領之自體上，有如何之效力，而對於被認領者又發生如何之影響，各國規定亦不盡同。述其大者：

第一，認領本體之效力問題。有認爲認領之效力，溯及於子女之出生時者，我國是也。有認爲在原則上固如前述，但在婚姻中，父母所認領之私生子，則自認領之時起，取得嫡子之身分者，日本是也。有認爲無母之申述及同意，惟其父認領時，僅對其父爲有效者，法國是也。有認爲其母無須認領，父認領則在雙方均有效者，希臘是也。又希臘祇承認自由認領發生民事上之效力，而瑞士，則無論自由認領，或法定認領，皆可發生民事上之效力，又其

相異者。至於認領之不能撤銷，多數國家均如是規定，然亦有主張出於虛偽之宣告，或偽造之事實，可得撤銷者，更有主張非婚生子女或其他利害關係人，得呈請撤銷者。

第二，及於子女之效力問題。有認爲非婚生子女，經父認領者視爲婚生子女；經父撫育者視爲認領，我國是也。有認爲父所認知之私生子，僅取得庶子身分，須父母在婚姻中共爲認領，或庶子因父母之婚姻，始取得嫡子之身分者，日本是也。有認爲私生之子女，除合於准嫡之條件者外，雖被認爲父母之子，仍係立於私生子女之地位，不得請求等於嫡出子女之權利者，法國是也。有認爲非婚生子女之認領者，在財產繼承權上與婚生子女完全相等，北歐諸國是也。有認爲不得爲認領父之父母之繼承人，而認領父之父母，亦不得爲非婚生子女之繼承人者，意國，秘魯是也。有認爲對於其母及其母之父母，相互有繼承權，而在自由認領中對其父亦有繼承權者，希臘是也。有認爲如有婚生子女，則非生婚生子女祇得其所繼承之分半，或者千分之一者，西班牙，葡萄牙，西爾，巴西是也。有認爲根本無繼承權者，奧國，是也。

【圖表六十五】認領之准許表

無須認領者
 父母皆無須認領者
 僅母方無須認領者

禁止認領者
 亂倫姦生子女之禁止認領
 非婚生子女之禁止認領

限制認領者
 有依認領者之階級而限制者
 有依被認領者之性質而限制者
 有依認領之方法而限制者

任意認領者
 亂倫子女
 姦生子女
 私生子女
 之准許認領

【圖表六十六】認領權之行使表

自由認領
 放任主義
 限制主義

法定認領
 放任主義
 限制主義

母之認領
 有認爲生母無須認領者(德)
 有認爲生母亦須認領者(法)

認領

法定認領

有認爲發生民事上之效力(瑞士)
有認爲不發生民事上之效力(希臘)

自由認領

有以婚宮視爲認領者(我國)
有以婚宮別於認領者(多數國)

認領者方面

父之認領

有認爲未成年之父可認領者(日)
有認爲父之父有時亦可認領者(土耳其)
有認爲亂倫之父亦可認領者(亞爾然丁)

被認領者方面

有認爲胎兒亦可由其生父認領者(瑞士)
有認爲子女死亡即不得認領者(德國)
有認爲子女死亡對其直系卑屬可認領者(巴西)

被請求者方面

父之被其請求

有認爲應絕對禁止者(墨西哥)
有認爲應相當限制者(智利)
有認爲應絕對允許者(多數國家)
有認爲應有其限制者(意)
有認爲應絕對允許者(普)

請求者方面

有認爲其生母可自由陳訴者(希臘)
有認爲其法定代理人可請求者(我國)
有認爲其直系卑屬亦可請求者(日本)
有認爲子女逾一定年齡後可請求者(瑞士)

第四編 親屬法適用論 第十八章 父母子女之身分關係 一七一

(乙)非婚生子女之法律適用 如上所述，各國關於非婚生子女之認領，各有其異點，則在國際私法之關係上，適用法律時，至少應有三方面之不同。

(A)關於自由認領者 可分為實質的要件及形式的要件兩方面以述之。茲先述第一，實質的要件之準據法 具備如何條件，始可實現自由認領之目的；或不須任何條件，即當然視為認領者；皆實質的要件方面之事。關於其準據法，共有左列諸主義：

(a)法庭地主義 謂非婚生子女之認領，有關於訴訟地之善良風俗，故得否自由認領，及依如何條件認領，不可不依法庭地法定之。

按此一主義，過於重視訴訟地之公安問題，不知自由認領之目的，純然在確定親與子女之關係，並非皆影響於訴訟地之秩序者，自不能即取乎法庭地主義，但如禁止倫亂子女認領之國，則無妨兼採法庭地主義。例若南美各國，多有如此限制，故畢氏國際私法典第六十一條，即規定曰：「禁止認領單純私生子女以外之子女之規則，為國際的公共秩序法」是也。

(b) 住所地主義 謂住所對於人之關係，較其所屬國爲強，故如以屬人法支配自由認領之關係時，不可不依住所地法定之。

按此一主義，不如本國法主義之優，自無待論。故即認爲可用，亦只限於英美法系之國家而已！

(c) 被認領者之本國法主義 謂認領係對於非婚生子女之利益而設，故應依被認領者所屬國之法律定之。蓋子女必有父母，然後始受其父其母撫養教育之利益，認領，即所以使親與非婚生子女間發生法律上之關係，且認領後，而親權成立，親權亦所以爲保護子女之利益而設者也。

按此一主義，若其國之立法政策，專爲保護子女之利益者，自屬可用，惟在公平之原則上言之，則有未安。蓋非婚生子女之被認領者，在認領者方面，不特因之而負有一種責任，往往對其生母亦連帶而發生扶養之義務，實有重大之利害關係。不特此也，認領者之繼承人，又恆因認領之事實，處於不利之情形，則專依被認領者之本國法。將何以持其平乎？

(d) 認領者之本國法主義。謂認領之結果，非婚生子女即與其父母發生法律上之關係，成爲家屬之一員，並取得父之國籍，自不可不依認領者之本國法定之。例如波蘭法第二十二條云『私生子之認領，依認領時父之本國法；父已死亡者，依其死亡時之本國法』是也。

按此一主義，偏重於認領者之利益，而將被認領者之利益忽視，與前一主義各有所失。

(e) 認領者與被認領者各該本國法主義。謂認領既有關於認領者與被認領者之利害，即不能適用偏於一方之法律；苟強用之，當事人如各異其國籍時，雖具備一方法律之要件，而他方缺其要件，則在實際上，認領仍不能有效成立，正與婚姻成立之關係同。況若一方根本否認認領制度，而僅依他方之法律使之成立，更有害於一方國家之人民主權，其結果不能被其承認有效，更係當然。惟此各該本國法云云，不僅依認領者與被認領者之各該本國法，即認領者之間，如父與母須同時認領，而各異其國籍者，仍依各自之本國法定之。我法律適用條例第十三條第一項『私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法』；日本法例第十八條第一項『私生子認領之要件，關於其父母，依認領當時父母所屬國之法律定之，關

於其子，依認領當時子所屬國之法律定之；以及德國民法施行法第二十二條，瑞士一八九一年六月二十五日之法律第八條：皆採此一主義。他如畢氏國際私法典第六十條，亦云「認領之能力，依父之屬人法支配之；而被認領之能力，則依子女之屬人法支配之；惟認領之公認，必須兩屬人法所規定之條件相同」。雖然，此之所謂本國法者，究指何時之本國法而言？有兩說焉：

(一)非婚生子女出生時之本國法說。謂非婚生子女認領之效力，多數國家既承認溯自出生之時，發生親與子女之關係，則認領要件所應依據之各該本國法，自宜以出生時之本國法爲其對象。且如依認領時之本國法，則認領者或不免故意變更國籍，將擇一不利於被認領者之法律，而使其權利有所損害矣。此說薛夫那(Schaeffer)主之。

按此說似爲精當，實則不然。一則認領效力之準據法，與認領要件之準據法，非必同一，自不應以效力溯及之理由，爲適用出生時本國法之論據。再則被認領者有無權利，以認領者之認領與否爲標準，苟不認領則亦根本不發生權利，何言乎侵害？三則現在之本國法，有

禁止或限制認領者，而必依出生時之本國法強爲認領之，不僅有藐視現在其所屬國法律之嫌，且在事實上亦難在其所屬國發生效力，更屬不妥。

(2) 非婚生子女認領時之本國法說。多數學者如是主張，日本並明文定出之。我國法律適用條例上，僅言「各該本國法」，未標示爲出生時之本國法，抑認領時之本國法，雖在解釋方面，仍可作爲認領時之本國法論，但究不如加入「認領時」三字於條文中之爲明顯也。

第二，形式的要件之準據法。認領方式亦法律行爲之方式之一，故其準據法與一般法律行爲之方式所適用者，大體相同。然亦有特別應及之點：

(a) 地方主義。謂認領之事件，無論發生於任何國之領域內，即應依其地之法律所定之方式是也。畢氏國際私法典第六十六條云：「認領私生子女之儀式與情形，依地方方法支配之」，即此主義。

按此一主義，用之於法定認領方面，尙屬可行；若自由認領而亦限於地方方法，終覺失之狹隘。

(b)行爲地法兼本國法主義 謂原則上因本國法所定之方式，不易在外國採用；且認領者與被認領者各異其國籍時，亦難爲本國法之採用，故依行爲地法定之。但實際上，如係同國籍人間之認領；即非同國籍人，而領認後變爲同國籍者，實可由其本國之領事或公使對之承認其本國法所要之方式，與婚姻有效成立之方式之情形，正自相同。

按此一主義，能各方面兼顧之；且減少在外國所舉行之認領，回其本國後，仍須補行法定方式之麻煩；故各國多採用之。

(b)關於法定認領者 非婚生子女對於父母之尋認，應依如何之準據法，我國及日本之國際私法皆無明文規定，學者對此問題，亦付缺如，殊覺太簡，特補及之。

第一，實質的要件之準據法 此一問題之準據法，在今日最主要之學說，不外下列數種

(a)認領者與被認領者各該本國法主義 我法律適用條例雖無明文規定，然既有第十七條之補充規定，則在實際上遇有關於父母尋認之訴時，惟有依其規定，由子女及子女所訴請

認領之父母各該本國法定之。日本亦然。故可稱其係採此一主義者。其他各國，即使無補充之規定，倘不特別標明父母尋認關係者，其所定之認領，在解釋上亦可視為包括自由認領與法定認領而言，依同一之準據法決定之也。

按此一主義，頗失其當。父母尋認之所以發生，多以略誘成姦，強姦，濫用威權成姦，姘居等事實為其前因，與公共秩序及善良風俗頗有關係，各國各因其道德觀念之不同，法律目的之異致，為禁止，限制或允許尋認之標準。故在國際私法上之適用法律時，斷不能仍依屬人法定之，以其與請求地之公安問題極有影響耳。

(b) 法庭地法主義 一九二八年於哈瓦那 (Havana) 通過之畢氏國際私法典第六十三條「父之尋認，母子關係之尋認，以及二者關係之禁止，均依屬地法支配之」；法八寶道亦認為我親屬法如禁止法定認領，則法律適用條例第十三條應加一項曰，「在中國不得為父母之尋覓」，如採用法定認領之制，則應加之項為「父母之尋覓，依中國法」；皆係採此一主義者。依其說，正如寶道所謂，法庭地禁止法定認領者，雖當事人各該本國法所允許，亦不得

於其境內，爲父母之尋覓，以其在法庭上證明某人爲某某之子，爲有背於道德也；法庭地允許父母尋認者，雖當事人各該本國法所禁止，亦得爲認領之請求，以其賴此可保護無辜之子女，免致因父母之不良而受損害也。

按此一主義，雖在適用上，不免有藐視當事人所屬國法律之嫌，然爲維持法庭地之公安關係，及爲保護無辜兒童計，自宜如此爲之。苟當事人覺其不利，亦可回其本國而聲請之，又非絕無補救之辦法者。不過關係國間之法律，皆採同一之法定認領制度，而惟請求者與被請求者之資格等方面規定有異時，愚以爲能兼採本國法主義，尤覺完備。換言之，本國法與法庭地法規定相同者，固無問題；如不相同，若意在充分實現父母尋認之目的，則在法庭地上，雖無請求權者，或非被請求者，苟其各該本國法承認之，亦可舍法庭地法，而以其各該本國法是依也。

第二，形式的要件之準據法。法定認領如依一定之方式，始能確定其有效成立，或作爲有效成立之先決問題者，此當然依法庭地法所定之必要方式爲之。例如被請求者，承認認領

而須宣誓者，自不能不宣誓；母之尋認，須以分娩之布褥，或家族給予子女之記號，或母之肖像，作爲憑證時，自不能不提出之是也。

(c)關於認領效力者。此問題有兩方面解釋，一爲認領之有效成立，是否在他國同一有效；一爲依何國法而定認領及於子女之效力：

第一，認領效力在認領地法域外之問題。甲國依其適用法則，承認認領有效時，其本國皆承認之乎？如有不承認者，第三國將亦如何對待之乎？有如下列各種解決辦法：

(a)認領地爲有效成立時。如認領地係承認法定認領，而所屬國反對者，其效力當然不及於其所屬國，而領認地法律亦係出於特殊之原因而如此，初即不望其在所屬國發生效力也。如認領地係承認自由認領，能依當事人之各該本國法者，其效力當然及之；僅依一方之本國法者，他方之所屬國，自得而否認之。觀於各國國籍法上，往往規定外國人依認領而取得內國國籍，所以恆引起重國籍問題者，即由於他方所屬國不承認其效力之所及故耳。

(b)所屬國有否認成立時。認領地即其一方之所屬國，而他方否認之者，其效力亦分別

承認與否而及之。此時在第三國，則不能作否認之解釋，應視其父方之承認而承認之；但亦有主張由第三國之立法主義上，視其與某方相近，而為效力得及與否之決定者。此可於重國籍問題之解決時，有依最後取得之國籍說者，有依法律優劣說者而參證之。至於所屬國承認其有效成立，則無論何國皆應承認其有效，更無待及。

第二，認領效力及於非婚生子女之問題。非婚生子女認領發生如何之效力，應由某種法律定之，其說亦不一致：

(a) 認領者本國法主義。我法律適用條例第十三條第二項「認領之效力依認領者之本國法」；日本法例第十八條第二項「認領之效力依父或母之本國法」；各國立法例亦多取此說。蓋認為「認領與婚姻同，認領確定以前，子不變更國籍，故認領條件，必依雙方之本國法。至認領以後，大抵子已取得認知者之國籍，故從認知者之本國法」。換言之，此際親與子之關係既已確定，且在原則上亦取得認領者之國籍，亦無適用各該本國法之必要也。至此之本國法云者，當然仍指認領時之本國法而言；例如非婚生子女之生父，當子女出生時，尚為

英國人，殆歸化中國後而認領時，則依我國籍法第二條第二項之規定，其子女即應取得中國國籍，而被其父親爲婚生子女是也。

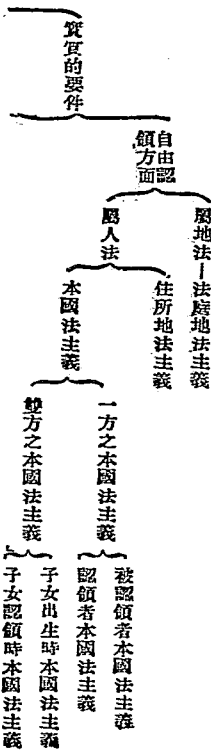
按此一主義，在通常情形上，自屬可用；然如被認領者與認領者，雖因認領之結果，而發生親與子之關係，未必皆使被認領者有國籍之變更。例如被認領者係生於國籍採出生地主義之國，且認領之時已達成年，而又宣誓永爲出生地主義國之人民；則並不因認領之結果而喪失其國籍，則其效力純然依認領者之本國法，殊甚困難！考各國立法例所以採認領者本國法主義者，不外以子女變更國籍爲常則，故無適用各該本國法之必要；但子女不變更國籍，亦例外之所有者，似仍保存各該本國法主義爲妥，且與認領者本國法主義之精神不相違也。例如關於子女之繼承權，則依認領者之本國法；關於其父母對於子女有無財產繼承權，則依子女之本國法；至於雙方有同一之國籍，則認領者之本國法亦即被認領者之本國法，故恐認爲仍保留各該本國法主義爲較當也。

(b) 波蘭法主義 波蘭之適用法則，將私生子與其母之關係，及與其父之關係，分別規

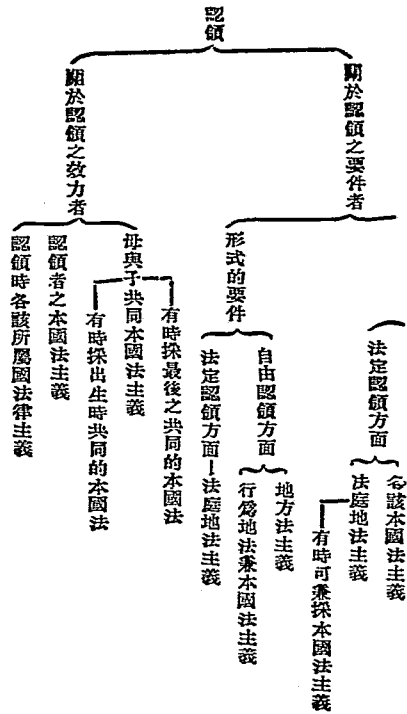
定；在子與母之關係上，探子與母共同本國法主義；如嗣後其國籍及法律不同時，則依其最後共同之法律。在子與父之關係，及父與母間權利義務關係之確定上，則依子出生時，子與母之共同本國法，故波蘭法所採之主義，實一母子共同本國法主義也。且私生子出生時，其父母於波蘭有住所時，倘依波蘭有利於其子，適用波蘭法；於此一點上，更可稱其兼探屬地法主義。

按此一主義，其目的在保護子女之利益，及其生母之對於其父之利益，苟專就父之扶養義務言之，自甚可用，倘就一般認領效力言之，又當別論（參看第二十一章第二節乙項）。

「圖表六十七」關於認領之法律適用總表



第四編 親屬法適用論 第十八章 父母子女之身分關係 一八三



(三) 父母之與準婚生子女

準婚生子女云者，非婚生子女而視爲婚生子女也；舊時稱之爲準嫡，或准嫡，或準正，大致不外就非婚生子女取得婚生子女之身分而言耳。非婚生子女之認領，不必皆視爲婚生子

女；而視爲婚生子女者，亦有從所認領之非婚生子女中。提升之者，各國規定頗不一致，於是又即連帶發生法律適用之問題。用分兩項述之：

(甲)關於準婚生子女之法律衝突 爲敘述簡單明瞭起見，依國爲別，特示數例，以概其餘：

第一，我國法上之準婚生子女 非婚生子女，其生父與生母結婚者，視爲婚生子女，不以有無認領爲別。如其生父與生母未能結婚，而經生父認領，或撫育者，對其父之方面，亦視爲婚生子女；至於與其母之關係，根本上無須認領，即視爲婚生子女（我民法第一〇六四條，第一〇六五條參照）。蓋其條件極寬，故無若何嚴重之限制也。

第二，日本法上之準婚生子女 私生子雖得由其父或母爲認知，且又得對父或母，求其認知；然母之認知，不過以私生子認爲己子之表示，父之認知，不過以私生子列於所謂庶子之地位而已！必庶子因其父母之婚姻，始取得嫡出子之身分；同時父母在婚姻中，所認知之私生子，則自認知之時起，可不經過庶子地位，即取得嫡出子之身分。若在此時，子已死亡

者，亦可對其直系卑屬爲之（日民法第八二七條，第八三六條參照）。蓋其條件較嚴，故必於其父母爲婚姻後，始可取得嫡出子之身分也。

第三，法國法上之進婚生子女。私生子女雖被父母認其爲自己之子女，但不得請求等於嫡出子女之權利；必其父母或在婚姻前，據法律認定之，或在婚姻證書認定之時，其子女因父母之婚姻，始得爲嫡出子女，而與在父母婚姻期內所生者，有同一之權利。然昔日對於亂倫子女，姦生子女，尙除於外，至一九一五年十二月三十日之法律，及一九二四年四月二十五日之法律，始允許姦生子女得以經此程序，取得婚生子女之身分，但亂倫子女仍被排斥。至於私生子女死亡而有直系卑屬者，其死亡後，亦可依同一程序認爲嫡出子女，惟須有利於直系卑屬者始得爲之耳（法民法第三三一一條至第三三三條，第三三八條參照）。蓋其條件更嚴，一切非婚生子女，不必皆因父母之婚姻，而即當然取得婚生子女之地位也。

第四，英美法上之準婚生子女。英美法雖極力保護非婚生子女，但不過限於撫養費及教育費，使父盡其責；若欲取得婚生子女之身分，則須議會通過，或國家立法機關認許始可。

蓋其條件極嚴，故排斥羅馬法上之婚後準嫡制度，而與法，日，西，德，瑞士，蘇格蘭等不同也。但英國之普通法，據黑石 (Blackstone) 言，亦有採及羅馬法之處；如私生子在其父母日後結婚中由其父所得之田產，死後由其子繼承之，其父母原有之嫡子，不能反對；是在法律上雖無嫡出子之身分，事實上固不能謂其毫無嫡出子之地位也。

第五，德國法上之準婚生子女。私生子對於母及母之親屬關係上，有嫡出子之法。定地位；故從母之姓，母因結婚有他姓時，子從母結婚前之姓，其母與其生父結婚時，私生子更得同時取得當然的嫡出子之法定地位；倘死亡於其父母之結婚前，而有直系卑屬者，亦生準嫡之效力。至於由無效婚姻所生之子，當婚姻有效時，應為嫡出子者，如兩配偶者於結婚時，不知婚姻之無效，仍可視為嫡生子。生母與生父如未結婚者，其生父可請求主權者，特允其子取得嫡出子之身分，所謂嫡出宣言者是。嫡出宣言，必須子之同意，故子死亡後不能為之；子未成年者，須母之同意，母拒絕而非子所願時，監護法院得因子之申請，補足同意；父既結婚者，更須得其妻之同意；父於申請中，或有委託後而死亡者，仍可完成其宣言之程序。

。私生子因嫡出宣言，亦可取得嫡出子之法定地位。（德國民法第四編第二章第五節至第七節參照）。蓋其條件，與我國頗相類，而最大之異點，不外我國法非婚生子女，經父認領後，即視為婚生子女，德國法尚須經過嫡出宣言之程序耳。嫡出宣言，除德外，西班牙，意大利，奧地利，荷蘭等國均採之。

（乙）關於准婚生子女之法律適用 因婚姻而準嫡之制，英美法律不承認之，歐陸法律多主張之，我國及日本亦然；既已顯有衝突。即同認婚姻準嫡者，法則非任何私生子皆可以父母之婚姻，取得婚生子女之身分；德則由無效婚姻中所生之子女，有時亦當然保留其婚生子女之地位，亦非所同。日本，母在婚姻外之認知，不過證明其為己子；我國，母並不須認知，即應視為婚生子女，更自有異。我國及德國，對於母之方面，立法一致；然父之方面則又有別：一則苟經認領即視為婚生子女，一則雖認領之，若不經嫡出宣言，終不視為婚生子女也。故準婚生子女問題，如牽涉數國法律時，將依何國法律定之乎？有如下列諸說：

第一，非婚生子女之父母結婚地主義 謂非婚生子女，因以後父母之婚姻而取得婚生

子女之身分，則其是否有此效果，及依如何條件而達此效果，惟有以結婚地法定之。蓋婚生子女身分之取得，既以父母之結婚爲其直接原因，則結婚地法實最適於此一問題之解決者。且在南美諸國，關於婚姻成立之實質的要件，及婚姻及於夫婦身分上之效力，頗多採婚姻舉行地法主義，爲其準據法，於是準婚生子女問題之解決，依其父母結婚地法，更係當然。其故不外：婚姻既爲契約之一，非婚生子女應否因結婚而視爲婚生子女，應否依某種條件而使取得婚生子女之身分，皆屬契約內容之一，當然與婚姻之有效成立，採同一之準據法也。即不然，準婚生子女問題，亦不失爲婚姻效力之一；婚姻效力既採婚姻舉行地法。則此問題自不能外此例也。此說爲南美諸國條約所承認者。

按此一主義，殊甚錯誤，姑不論婚姻舉行地法主義，根本在國際婚姻法之適用上，無存之價值，即許其成立，亦不能認準婚生子女問題亦應採結婚地法也。準婚生子女問題在人事方面所關甚深，而結婚地多出之偶然，以偶然之法律，定人事之關係，其不當爲何如耶？

第二，非婚生子女之父結婚時屬人法主義 謂準婚生子女既與婚生子女有同一之身分，

自應依結婚時父之屬人法定之。蓋婚生子女之推定，各國既多採母夫之屬人法，而非婚生子女之得爲準婚生子女與否，亦含有推定之意義，適用父之結婚時之屬人法云者，即係與母夫之屬人法有同一之作用也。至所謂屬人法者，英美學者，主張住所地法，歐陸學者主張本國法，又各不同。

按此一主義，多數學者均認爲正當，愚則不願爲同，至少亦認爲其理由誤也。準婚生子女問題，乃由非婚生子女問題而生，不能視與婚生子女推定有同一性質，而以母夫之屬人法主義之理由擬焉。質言之，準婚生子女仍係非婚生子女認領的效力之一；關於認領之效力，各國既多採認領者之本國法主義，則準婚生子女問題，以父結婚時之本國法爲其準據法，正適合也。所不同者，認領效力之本國法爲認領時者，準嫡之本國法爲其父母結婚時者，其故，普通認領之結果，不必皆取得婚生子女之身分，而婚姻準嫡，則必因其父母婚姻而成立，故限於結婚時之法律耳。然則如是之解釋，此一主義即完全乎？亦非也！子女與其父不同國籍時，獨依結婚時父之本國法定之，仍有困難甚多也！

第三，非婚生子女出生地法主義。謂準婚生子女既係由非婚生子女而來，非婚生子女能因父母之婚姻，而取得婚生子女之身分，則在其出生之際，即預有此種權利之要求，換言之，子女一經出生，即與其生父發生此一定之關係，故準婚生子女問題之準據法，自不能不採非婚生子女出生地法主義。況不採此一主義，勢必採結婚時之屬人法主義，則父母隨意變更國籍。或遷移住所，而始舉行婚姻，其結果必大有影響於子女之利益也。此說美國斯托立主張之。

按此一主義，過偏子女之利益，忽視其父方面之利益；依子女出生地法，其父結婚時之屬人法所不許者，亦必應允之，未免失平！

第四，子女出生時與父母結婚時父之住所地法主義。一稱併合主義。謂僅依父母結婚時父之住所地法，其結果既不利於子女；僅依子女出生時之住所地法，其結果又不利於其父，莫如兩取之，俾各得其平！英國即採此一主義。不特此也，在英國，更認為非婚生子女之準嫡，非不動產所在地法，認其有效，亦不得為不動產之繼承人；但他國學者，則概作反對之

論。

按此一主義，調和親與子之利益，似尚可用；然亦非吾人之所能贊同者。一則住所地法之在此一問題上，實不若本國法之優長，因準婚生子女問題，不懂子女自身之權利義務上，發生變更，卽其父母之家屬方面，亦受其影響甚深，並波及其所屬國之社會組織，住所變更較國籍爲易，其地之法律殊不足當此解決之責任。再則用子女出生時之法律，無論爲住所地法，無論爲本國法，皆不必絕對地能保障子女之利益。蓋如子女出生時之任何法律，不許因父母婚姻而有準嫡之事，則適用其出生時之法律，反足以陷其於不利也。換言之，子女自身方面，亦常有變更其被支配之法律之舉，卽子女之未成年者，在其出生後，仍可隨其生母變更之，徒以防父之故意變更，而忽及子女之變更，爲保護子女利益而反損害之，殊亦失常！

第五，父之本國法或各該本國法主義。一稱擇一主義。謂非婚生子女與其生父同國籍時，則依父之本國法，定其準嫡問題；不同國籍時，依各該本國法，定其準嫡問題。所以然者，恐其生父之本國法，許其有婚姻準嫡之事，而依非婚生子女之本國法爲無效故耳。法國學

者有主張是說者。

按此一主義，較合實際，可採用之。子女經父認領而變更國籍者，則以後因父母之結婚，自可依父在結婚時之本國法而定其準婚生子女之身分；如未結婚，而一經認領能否在其父之方面，發生準婚生子女之身分，亦依父認領時之本國法定之。子女雖經父之認領而未變更國籍者，或始終未認領而於父母婚姻後始認領，且其國籍相異者，自不能專依父之本國法定之，並須視子女之本國法爲如何規定也。恐更以爲母如與父不同國籍者，尤應視其母之本國法爲如何之指示；不過在實際上，母與子女之國籍，大都相同，其爲異者蓋少數耳。故此一主義亦直可稱爲各該本國法主義，蓋國籍相同時，父之本國法云者，卽子女之本國法，亦卽母之本國法，仍不失爲各該本國法之地位也。

我法律適用條例對於準嫡無明文規定，在適用上，自依第十七條之補充規定，或依第十三條第一項認領之規定，皆不外採各該本國法主義。然如以準嫡絕對認爲認領之效力，則惟
有依第十三條第二項之規定，由認領者之本國法支配之。不過雙方國籍不同，而又係婚姻準

嫡之事由者，則該第二項之適用，殊覺有感困難！

(丙)關於準婚生子女之嫡出宣言 嫡出宣言係由羅馬法上，因皇帝勅答而準嫡之例脫化而來，意大利及西班牙在一九三一年革命以前，準嫡須經皇帝特許，即其明證。此種特許之準嫡，既係出自公法上之效力，當然依宣言地之法律定之。父與子女同國籍時，因管轄權大都限於其所屬國有之，自屬純粹國內之法律關係，在國際私法上無討論之必要。父與子女不同國籍時，父之本國能否因父之申請，為嫡出宣言，學者見解頗不一致：

第一，父之本國主義 謂嫡出宣言，係由父之申請，得子女之同意而為者，與子女之本國法實無何等關係，且亦不妨害子女自身之利益，故一切依父之本國法定之。多數學者主張此說；惟對於宣言之效力，得否及於外國，則又異其見解。

(a)得及於國外說 以嫡出宣言固係以公法上之力量而為之，但親屬法上亦明白規定其為準嫡之原因，況又得其子女之同意，當然可使其效力發生於國外，而使異國籍人之子女，因宣言而取得準嫡子女之身分焉。但如其父之本國法上，無此規定；徒以其父所屬國之主權

者，以恩惠行爲，而向其子女宣言準嫡，此則純粹公法上之行爲，他國自難認其有效，如承認之，不啻承認受其主權之支配，大不利於自國之地位也。

(b)不及於國外說。以嫡出宣言之效力，苟須使其及於國外，則在外國亦可爲不動產之繼承矣。然不動產之在今日，皆依所在地法，此固有種種原因，而尊重所在地之領土主權，亦一重要理由。嫡出宣言之效力，如及於外國，不特與不動產依所在地法之原則有違，且不免損害其所在地之主權矣。

按此一主義，姑不論及其他，僅觀其適用之結果，即直接發生效力得否及於外國之爭，可知其非盡善也。於是法國學者遂主張

第二，各該本國法主義。謂特許之準嫡，須父之本國法及子女之本國法，皆認爲有效者，始許其爲準嫡之宣言是也。此將嫡出宣言之範圍縮小，凡子女之本國法不承認爲有效者，即不得爲之；所得而爲之者，其效力自得及於子女之本國也。

按此一主義，較爲周妥，然爲適用之靈活計，尤須作如下之解釋：第一，不必限於子女

之本國，亦行嫡出宣言制度，雖無此制度，而認爲父一經認領其子女，子女之與其父，卽處於準嫡之地位者，其父之本國，仍可爲嫡出宣言，例如德國人對於籍隸我國之非婚生子女，在其本國申請爲嫡出宣言是也。第二，子女之本國爲反對之規定者，其父之本國，仍可在其一方面爲嫡出宣言，但僅限於其子女之繼承父之財產如此，若父之繼承子女在外國之財產，則不能因此宣言之效果，使兩者處於同一之關係。蓋亦不失爲雙方本國法之各別的適用也。倘欲子女之本國亦爲有效，則又須雙方本國法皆認之也始可。

(四) 父母之與養子女

養父母與養子女之制度，不自後世始；印度馬努 (Manu) 法，規定無子者，得以他家之子爲養子；亞述 (Assyria) 建國，其法律亦規定有子者，不許養他人之子；羅馬法上並以繼續祖先祭祀，及安慰養親私情爲承認養子 (Adoptio) 制度存在之目的；後世各國多知之。蓋自有家族制度及財產繼承制度以來，人生而苟無子女者，必賴收養他人子女以爲子女，俾免

斷祀或財產無人繼承之救濟。故雖現代學者，極力詆毀養子制度，謂其爲婚姻，倫紀，及繼承之大害；然因財產制度仍保留其私有，家族制度亦未完全崩壞，故養子制度，各國依然沿用，至少亦有其餘勢，在國際私法上遂又成爲應提出討論之問題也。用分兩項述之：

(甲)關於養子女之法律衝突 養子制度，今日各國雖皆行之，而其觀念不同；即觀念相同，而其成立條件亦不同；即條件相同，而所發生之效力仍不同。有如：

(A)就養子女之存在方面言 即各國對於養子制度所取之態度，及養子女在法律上總括的地位是。大體上可分爲下列數種：

第一，發生完全親子關係者 以養子女與婚生子女同視，自收養關係之成立日起，養子女卽入於養親之家，改用養親之姓，取得其婚生子女之身分，並得爲遺產或所謂宗祧之繼承。故此種養子女，往往與嗣子女，同其意義，古代國家多採此種制度，今日，日本猶以家族制度爲重，仍守此一制度。我國舊日習慣，收養族中之子爲嗣子，專爲宗祧繼承而設，以異姓亂宗爲戒；不知其族，或族中無子者，始收養外姓之子，與嫡子同視，始終無親生子時，

亦可爲宗祧繼承；此外，若所謂養子，或收養之棄兒，苟與收養者始終相依，則可酌分收養者之遺產；是尙非純粹皆發生親子關係者。然在我新民法上，已廢宗祧繼承之制，嗣子之名根本不能成立；法定之養子女，亦明文規定與婚生子女同（民法第一〇七七條），雖與日制不盡相同，仍可列入發生完全親子關係之例。

第二，僅有財產繼承關係者。養子女與養親雖有父母子女之名義，甚或規定其自收養成立日起，養子女取得養親之婚生子女之法定地位；然在實際上，養子女對於養親之家屬，幾不發生如何親屬之關係，亦不必居於養親之家，更不必皆取得養親之國籍。其所以成爲養子女之關係者，惟在繼承養親之財產而已！歐洲大多數國家採之，如德，如法皆然。英國向非此種制度，惟一九二六年公布養子法，則亦有所改變矣！

第三，有爲贈與附件關係者。養子制度，在美國法，荷蘭法，蘇格蘭法，均可謂絕對否認之者；英國普通法亦然，惟因印度有此習慣，故特許之，乃其例外。然無論如何否認之國，大都許財產所有人於贈與或遺贈時，得爲變相之養子制；卽，附以條件，使受贈人繼承其

姓氏及地位是也。

(B) 就養子女之成立要件言。此有效成立之要件，亦有實質的與形式的之分，各國立法例上更不同其制。

第一，屬於實質的要件者。至少可從下列之種種標準上，觀察各國立法例上之相異點：
(a) 年齡的條件。我國法，收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上。日本法，不得以年長者為養子，且限定已達年者，始得立養子。法國法，收養者之年齡須長於被收養者十五歲以上，養子須年滿二十一歲，且須得其父母之承諾，始可為人收養，養父母亦須年在五十歲以上始可。但對於年幼者，得有所謂『喬德爾阿希修』之事；喬德爾阿希修者，自願養人之子而為其子的監護人之謂，此幼者如達二十一歲時，亦可依法得被認為養子是也。西班牙法，養子女必小於養親十五歲，與法同。德國法，養親須年滿五十歲以上，而較養子女年長十八歲以上；但養親為成年時，亦可免除五十歲之要件；養子女不限於二十一歲者，惟未成年時，應得父母之同意，而未滿十四歲者，其收養締約，尤須法定代理人得監護法院之許可。

，與養親締結之。意大利認養親須長於養子女十八歲，與德同。

(b) 身分的條件。意大利，與地利等國，不許以私生子女爲養子女，撒克遜民法則反其例；德國民法典，私生子女之未成年者，非得母之同意，不得爲人之養子女。法國，則認爲可爲養子女者，以幼年有六年以上受收養者之撫養，或於戰鬥水火厄災時，救收養者之性命之事爲必要。日本，則規定收養者不得以尊屬爲養子女，監護人不得以被監護人爲養子女，但以遺囑爲之者，則可許之；爲法定之推定家督繼承之男子，不得爲養子，但爲婚養子則亦許之。

(c) 同意的條件。收養關係須以雙方之同意合成之，各國皆然。但如僅承認收養制度者，其收養關係在原則上自不得由代理人爲之；於收養外，兼採撫養制度者，則被撫養者多屬幼者，自不能得其直接之同意可知，此固其異也。卽就收養者與被收養者之意思表示，各別言之，亦有不同之點。在收養者方面言，有配偶者，收養子女時，應與其配偶共同爲之，我國是也。此「共同爲之」之意義，有解之爲「得他一方之同意」爲已足者，日本是也。有認爲夫

婦固可共同收養子女，而夫婦之一方，亦可單獨收養，不須他一方之同意者，德國是也。有認爲以遺囑收撫養之幼者爲養子女時，不須得他一方之承諾者，法國是也。又日本，收養子女者爲禁治產人，不必得監護人之同意；德國，收養子女者行爲能力被限制時，除得其法定代理人之同意外，尚須得監護法院之許可，又其一異。在被收養者方面言，有配偶者，被收養時，應得其配偶之同意，我國是也。未滿十五歲而爲人之養子女者，由其父母爲之承諾緣組，若係繼父母或嫡母，其承諾尤須得親屬會之同意者，日本是也。非夫婦共同，不得以共同之子女爲人之養子女，且爲人之養子女者，亦須得其配偶之同意者，德國是也。年滿二十一歲始可爲人之養子女，但未過二十五歲時，則須求其父母或父母中之生存者，爲可爲養子女之許諾；過二十五歲時，亦須求得父母之誨諭者，法國是也。

第二，屬於形式的要件者。締結收養契約之當事人，須在法定場合，得有他之同意者，有列爲形式要件之事，已述於上，姑不再論，茲特就未及者言之：

(a) 我國法上之形式要件。收養子女須以書面爲之，但自幼撫養爲子女者，不在其限。

又外國人爲中國人養子女者，由養親或本人聲請居住地方之該管官署核准查明，轉報內政部備案，其居住外國者，得聲請最近中國使領館轉報。

(b)日本法上之形式要件 養子緣組，須當事人雙方及成年之證人二人以上，以文書呈報於戶籍吏，始生效力。但遺囑收養，即因遺囑而生效力，並須速呈報之，其呈報溯於養親死亡之時，生其效力。在外國之日本人間欲爲緣組時，得向駐在該國之日本公使或領事呈報之。至於以外國人爲養子時，則須得內務大臣之許可；以有爵者之華族爲緣組時，則須得宮內大臣之許可。

(c)法國法上之形式要件 其方式頗爲複雜：第一步，欲收養者及願被收養者，須相偕而至後者住所之治安判事官，雙方互記承諾關於收養之證書。第二步，十日內，由先爲手續者，將證書副本，呈報於養子女住所之初級法院檢察官，求得其法院之許可。第三步，法官調查事實後，聽檢察官之陳述，不別爲程序與理由，得宣言允許養子，或不允許。第四步，自初級法院之宣言一月內，由先爲手續者，呈出其宣言書於控訴院，控訴院或直宣示初級法

院之宣言爲可；或另行宣言允許，或不允許。允許者須公示之。第五步，自此時起三個月內，以收養者或被收養者之請願，於養子住所之身分證書簿冊，登記養子之事；三個月內不請願登記者，法院之允許作爲無效。

(d) 德國法上之形式要件。養子契約須得主管官廳之許可，其締結也，並須兩當事人同向法院或公證人前爲之，至於須取配偶者或父母之同意者，其同意亦須在該管法院爲之，並須立有公書，以資證明。

(c) 就養子女之效力關係言。此效力之問題，可從兩方面觀之，一爲通常之效力，即收養關係成立後，對於當事人間發生如何之效果是；一爲特別之效力，即收養關係之效果，是
否有永久性是。

第一，屬於通常之效力者。因養子制度之各異，其及於當事人間之效力如何，各國立法例亦難爲同。以養子女爲網論之：

(a) 對於其實家之關係。我國法，養子女自收養關係終止時起，始能回復其本姓，並回

復其與本生父母之關係，但第三人已取得之權利，不因此而受影響；則養子女之與其實家不發生關係，自可由其反面推知之。日本同。法國法，爲養子女者，在其出生之家庭中，仍保留其應享之各種權利。同時在法定場合，爲人之養子女者，當給其本生父母之扶養費，其本生父母亦有給與其子女費用之義務，不以出養關係而終止。德國法，法律不規定反對之事時，收養子女與其實家親屬間，由親屬關係所生之權利義務，與養子緣組，同時並存。但實方之父母，因養子緣組而喪失對於子之親權，私生之母，喪失監護子女身體之權利與義務；倘養親之親權不能行使時。實父母仍可回復其監護之權利與義務，惟不得回復代理子女之權利。與國法，則認爲收養關係，對於養子女實家之效力有兩種，一爲與實家斷絕一切關係者，一爲仍保留實家之繼承權者，兩種皆可承認其有效，視當事人間之如何採用而定。

(b) 對於其養家之關係 我國法，養子女從收養者之姓，其繼承順序與婚生子女同，其應繼分爲婚生子女二分之一，但如養親無直系血親卑親屬爲繼承人時，不受其限。日本法，養子女直視爲婚生子女之身分，與養親及其他親屬間發生扶養義務，養親子女間亦有繼承權

，而養子女更須完全承受養親之親權。養子緣組更有時爲婚姻之障礙，如養子女，其配偶者；直系卑屬，或其配偶者，與養親或其直系尊屬之間，雖解緣而消滅親屬關係後，亦不得爲婚姻是。法國法，養子女於自己之本姓上，戴用養親之姓，巴黎習慣上，以私生子爲養子，爲慰親情，則往往襲父之姓。養子女對養父母血親遺物無繼承權，但對於養父母者，與爲婚生子女者同，即養親於收養後，舉有婚生子女，其權利亦無所別。同時亦適用親屬結婚禁止法，如養親與養子女間，與其配偶間，與其卑親屬間；養子女與養親之配偶間，與其卑親屬間，與其所產於自己爲養子女後之子女間；以及同爲一養親之養子女相互間：皆禁爲婚姻是也。德國法，養子女從養親之姓，但如養子契約無反對之規定時，養子女得結合舊姓於新姓。養子緣組之效力，不及於養親之親屬；養親之配偶者，子女與子女之配偶者與養親，不發生姻族之關係。惟其效力及於子女之直系卑屬。荷蘭法，不正式承認收養制度，故亦否認所受收養之人，在所受收養之家庭中，有繼承權，南非洲各國多如是。美國法，亦採變相收養制度，以被收養者用收養者之姓氏爲原則，至於能否繼承被收養者之權利，及能否保持其實

家之權利，法律上無明文規定，亦無一定之例可守，惟依當事人所約定之內容解決之。以上所論，係以養子女爲綱目者，再從養父母

(c) 對於養子女之關係 一略及之，亦足以證明各國立法例之異點：我國及日本，既視養子女與婚生子女同其地位，則養父母對之，即負有監督保護教育扶養及繼承之權利義務，與對於婚生子女同，可無再言。法國，養子女無卑親屬而死去時，養父母或其卑親屬僅能取還曾從養父母或其遺產中所得去之物，而現存在者，並須償還養子女之負債。至於其他所存留之財產，則由其實家血親繼承之；即養家得取回之物，亦限於養父母及其卑親屬爲止，他之有繼承權者仍不能取回。他如養父母生存中，養子女死去，而養子女之卑親亦無子女死去時，惟限於養父母本身可取回其嘗贈與養子女之物，養父母之卑親屬亦無此權，一切仍歸於養子女實家血親之所有。德國，養父母對養子女得行使親權，然有限制。如對於養子女之財產管理，須履行一定之程序，否則監護法院得禁止其管理。又養父母有先於養子女及其實家親屬，對於養子緣組效力所及之養子女的直系卑屬，有與扶養之義務。至於對養子女之繼承

，養父母亦無此權。

第二，屬於特別之效力者。收養關係有一經成立之後，即認為發生永久之效力者；有認為仍可解除者；更有認為應限制其解除之原因者，因國而不同。

(a) 自由解除之例。我國是也。養父母與養子女之關係，允許由雙方之同意而終止之，所謂協議離緣是也。有一定之情款，一方得請求法院，宣告終止其收養關係，所謂審判離緣是也。審判離緣並無何等限制，不過收養關係經判決終止時，無過失之一方，因而陷於生活困難者，得請求他方給與相當之金額而已！（我民法第一〇八〇條至第一〇八二條參照）

(b) 限制解除之例。日本是也。協議離緣非呈報戶籍吏後，不發生效力。審判離緣列有種種不受理之原因，如養子有瀆家名，或足以傾家產之重大過失者，經養親有恕時；他一方被處禁錮一年以上之刑者，當事人一方曾同意其行為時，或亦曾被處此刑時；受他一方虐待或重大侮辱者，知得為離緣之原因而於一年內不起訴時，或其事實發生後，十年內不起訴時；養子生死三年以上不分明者，而已知其生死分明時；其一方皆不得提起離緣之訴。至於養

子爲戶主後，除隱居外，更不得以任何方法離緣。(日民法第八六二條至第八七四條參照)。

(c) 契約解除之例 德國是也。收養關係之終止，由養親與養子女間，或養親與養子緣組效力所及之養子女直系卑屬間，以契約行之。其解除不得爲條件附或期限附。至於審判離緣則未承認，蓋以收養只發生財產上之關係，身分上問之題較少，故對於請求解除一事，自感覺其不甚必要耳。(德民法第一七六八條至第一七七一條參照)

(d) 禁止解除之例 歐美多數國家是也。或則取得養子女身分之程序與原因，極感困難與審慎，卽所以爲補救不得解除之事而設。或則採變相之養子制度，爲贈與財產之附帶條件，則其關係一經成立，事實上亦不容有解除之例是也。

(乙) 關於養子女之法律適用 各國立法例關於養子女之規定，既有如上所述之不同，則此問題涉於數國法律之時，將如何解決之耶？應分三層述之：

(A) 養子女成立要件之準據法 養子女之關係能否成立，及依如何條件而成立，皆屬於此一問題中準據法所能支配之內容；惟須注意者，其形式的要件，大體上與自由認領之進

據法相同，不必特別說明之也。

第一，契約準據法主義。謂養子關係之成立，既須有當事人雙方之合意，又須以書面爲之，卽不然，亦須有公認之意思表示，故其在法律上之地位，實一契約之性質，自應依契約準據法定之。契約準據法云者，依當事人意思定其準據法，當事人意思不明時，依行爲地法是也。

按此一主義，拘泥形式，不探內容，縱認養子關係爲契約之一種，亦不能依契約之原則，定其準據法。一則養子女之成立，大有影響於當事人之身分能力，且與其所屬國之公安問題亦極密切，斷不能由當事人自由決定其準據法，置其所屬國之法律於不顧。再則意思不明時而依行爲地法，債權契約所以採行爲地法者，爲便利交易之迅速與安全而然，養子關係之成立，未知其究根據何種理由而須如此耶？故德國民法雖不否認養子關係之契約的性質，但其施行法第二十二條上，却未採此一主義，卽係此故。況實言之，養子女關係固不失爲法律行爲之一，非必皆契約，如自幼撫養之子女，爲子女者初既未有同意之表示，後亦不必補以

書面之承認，純一單獨行爲，苟必適用契約之準據法，則此類之養子女又將依何法律乎？

第二，養子女之屬人法主義。謂養子女制度與養子女之利害關係最大，而最能保護養子女之利益者，養子女之屬人法也。屬人法何所是指？英美派學者爲住所地法，歐陸派學者爲本國法是也。

按此一主義，頗失公允，養子制度不但與養子女之利害有關，且與養親之利害有關也。

第三，養親之屬人法主義。謂養子女關係之成立，養親即得對之而行使親權，關於養親之利益甚大，故須依養親之屬人法支配之。除英美派學者主張屬人法爲住所地法外，歐陸派學者則皆指養親之本國法而言，尤其是養父之本國法，無養父時始依養母之本國法。主張養父之本國法主義者，有曼利(Melli)等。

按此一主義，其失與前相等，設養子女之本國不承認其條件時，在實際上亦無由達成養之目的也。

第四，當事人雙方屬人法主義。謂養子女制度之存在及其成立，與各該當事人皆有關係

，自不可偏於一方屬人法之適用；且僅依收養者之屬人法，或僅依被收養者之屬人法時，設如有一方之屬人法不認許，或不具備其實質條件，則在實際上亦不能成立也。畢氏國際私法第七十三條云：『收養與被收養之能力，以及收養之條件與限制，均從各當事人之屬人法』，即係採此一主義者。此屬人法之內容亦有住所地法與本國法之分。採本國法主義者之例：如我法律適用條例第十四條第一項曰：『養子成立之要件，依當事人各該本國法』；日法例第十九條第一項曰：『立養子爲嗣之要件，各當事人依其本國法定之。』他若德民法施行法第二十二條，意民法第六條之規定皆然。

在歐陸法系之國，適用當事人各該本國法，定養子女關係之是否有效成立，固爲一般之通例。然欲實際適用之，仍有兩問題在。

(a) 法律本身上之問題。養子女問題之適用各該本國法，與婚姻有效成立，及非婚生子女之認領之準據法完全相同。但在婚姻及認領方面，雙方本國法之適用，有主張從寬的解釋，各依其本國法卽爲已足，有主張從嚴的解釋，共依各該本國法乃能成立；則養子成立問題

所準據之本國法，其解釋應從寬歟，抑從嚴歟？

(1)或主張從嚴解釋者。謂當事人雙方本國法云者，須具備養親及養子女雙方所必要之條件始可，有一方不合者，即不能成立。是說也，失之過狹，不足為法。蓋在婚姻方面，以有關於人倫之基礎，並為強行之法規，自不能採嚴格主張，而使雙方本國法之要件，必須一律適合。養子關係固不能視為純粹契約性質，究有相近之點，即不得援婚姻解釋之例，而亦從嚴。果須如是，恐異國籍人將不易為養子之事，何異隱然限制其行為乎。

(2)或主張從寬解釋者。謂當事人雙方本國法云者，乃指關於養親一方之條件，適用養親之本國法；關於養子女一方之條件，適用養子女之本國法。例如養子女之本國法，夫為人之養子者不必得妻之同意；養親之本國法雖必以妻之同意為條件，可不問焉。反之，養親之本國法，成年者即可養子女，養子女之本國法雖以年滿五十歲為其條件，可不理也。是說也，實際應用上頗為便利，即不共依各該本國法，於彼此國家間，亦無在婚姻場合所關者大，故恐主張解釋從寬。

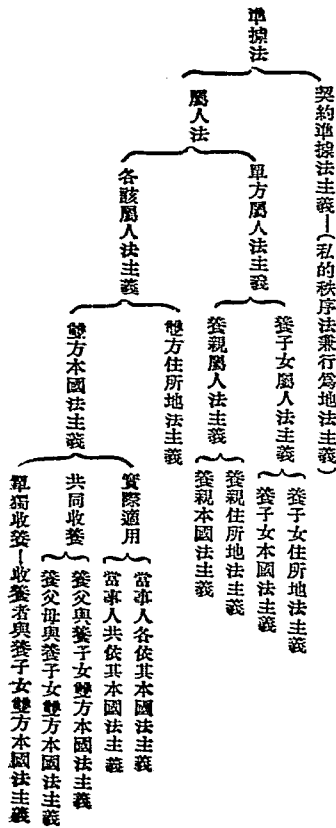
(b) 父母國籍上之問題 養子關係中之當事人，係指養親及養子女而言，但如並非單獨收養，而爲共同收養，其養親有養父，又有養母，而養父與養母又異其國籍時，則在收養者之本國法方面，又將如何適用之乎？

(1) 或以爲應依養父之本國法者 多數學者主張之。其理由，爲維持一家之和平，夫實爲家之主宰，而妻又以夫之住所爲住所，縱國籍不同，亦應從夫，故應依養父之本國法。且通例，收養子女雖出以共同之行爲，究以夫爲主動而得妻之同意者，妻不同意固不得而收養他人之子以爲己子，妻既同意即不應節外生枝，更依其養母之本國法。況從實際言之，多數國家妻因婚姻，即取得夫之國籍，而夫婦異國籍者殊屬少數，即曰依其養父之本國法，又何嘗非其養母之本國法歟？是說也，用之於昔日，或德日等國尙可，因妻宜從夫，爲多年來之原則，而因婚姻變更妻之原籍，亦其所承認者，自與其說之理由相合。惜乎今非其時，或非其地，其說即難通矣！

(2) 或以爲應依養父母雙方本國法者 雖係少數學者之說，要未可忽視。收養者與被收

養者，既須各依其本國法，則共同收養者間，依同一理由自應同一如此。倘合於養子女與養父之雙方本國法，而不合於養母之本國法，此共同收養亦不易絕對有效的成立也。雖曰，養父收養之先，已得養母之同意，似無容再適用其本國法；但如是則養母之同意不免完全成爲契約之性質，借乎契約準據法主義，在收養關係之任何方面皆爲排斥也。其奈此何？！

『圖表六十八』養子女關係成立要件之準據法表



(B) 養子女收養效力之準據法 養子關係成立以後，養子女與養親在法律上之地位，應依何國法律定之。今日通說皆主張：

第一，養親本國法主義 謂養子成立以前，收養者與被收養之間，並無何等關係，故依雙方之本國法定之。養子成立以後，當事人間即發生身分上關係，養子女並往往取得養親之國籍，改用養親之姓氏，自不能再依雙方本國法，而惟依養親之本國法。即在歐陸國家，養子女雖不必皆須變更國籍，然因養子制度之設，亦無非欲使養親依其本國法，達其傳授遺產之目的，故仍以依養親之本國法爲最適宜。我法律適用條例第十四條第二項曰：『養子之效力，依養父母之本國法；』日本法例第十九條第二項曰：『養子爲嗣之效力，依養親之本國法；』皆其例也。

按此一主義，固極妥當，無可非議，尤以用之於中，日等國爲甚適宜，但在他國，養子不盡與其實家斷絕關係，則在養子成立以後，所及於養子女實家之效力，自不能仍以養親本國法爲其所準據也。於是畢氏國際私法典第七十四條又唱：

第二，養親屬人法並養子女屬人法主義。謂「關於其繼承問題，收養效力，依養親屬人法依配之；凡與姓及其原來家庭之權利義務有關係者，以及對於養親之繼承問題，依養子女之屬人法支配之」是也。

按此一主義，能兩面顧兼，實其所長，尤以用之於英美各國爲宜；而德法等國亦宜參酌用之，與前一主義可以並立不悖。

(C) 養子女關係解除之準據法。養子關係成立後，能否解除，共有三種主義：

第一，養親本國法主義。謂養子關係之效力，既依養親之本國法，養子關係之解除依同一理由更宜如此。況養子關係之解除，實即養子效力之解除，應包括於效力內，不能再另外求其準據法。我法律適用條例對於養子解除無明文規定，意者即採此一主義歟！日本法例第十九條第二項曰：『關於歸宗之事項，依養親之本國法』云云，此一主義之明定者也。

按此一主義，在養子女因收養關係而取得養親之國籍者，固甚適用；且其訴訟係發生於關係國法院者，亦可如是爲之。但如當事人不同國籍，而其訴訟發生於第三國法院者，第三

國探養親本國法主義，不得養子女本國法之規定如何，在判決效力上言之，即不能完全達於各該國，似失其宜。

第二，雙方本國法主義。謂各國關於養子解除之例，既多不同，而又有絕對地衝突者在，則其準據法自不能不依當事人雙方本國法，非此，其效力即不能一律達於各該所屬國也。

按此一主義，頗合於多數例案，歐陸國家大都禁止養子關係之解除，故其適用法則上恆不設有此種規定，遇有當事人之一方，非其本國人民。其所屬國縱有解除之允許，亦不問其人是否養親，概不與以受理者常也。尤其在第三國當解決之責任時，更須當事人各該本國法皆有解除之規定時，始可爲之宣告解除，乃得免去以後種種之糾紛也。此外更有人主張

第三，本國法兼法庭地法主義。謂本國法雖皆承認養子關係之解除，然如法庭地法禁止解除者，即不得受理其請求，與離婚之宣告正同，不可不依當事人本國法及法庭地法共同定之。

按此一主義，殊不盡然。養子關係之解除與離婚實非所同，離婚因常影響於法庭地法之

公共秩序及善良風俗，自應兼採法庭地法主義；養子解除影響於此點者甚少。故不能依例爲之。但如日本山田三良則主張：外國人之本國法所認之離緣原因，有背乎內國之公共秩序及善良風俗者，其本國法之原因自不可得而認之。惟此仍係普通適用外國法時之限制，非即兼採法庭地法主義也。

第十九章 父母子女之權利義務

父母子女之權利義務云者，父或母本於爲父或母之身分，依法律之規定，對於子女而有之權利義務，子女對於父母亦如之謂也。向例，側重父母方面，故稱此權利義務之集合，曰親權(Parental power)。此雖與現代之觀念不甚適合，要可代表教護其子女之身體，管理其子女之財產，種種權利義務之意義；而子女所有之權利義務，亦不難自其反面得之也。說者往往嫌親權一名之陳腐，又不直改爲父母子女之權利義務，僅易爲親子關係之標題，則實不妥。親子關係云者，指親子間之法律關係而言，然如前述父母身分之成立，子女身分之認

定，皆不失爲親子關係，以之用爲父母子女之權利義務之代表語，殊嫌範圍過廣，至於以親權爲親子關係之內容，而互易其名者，更不足道。故愚對於父母子女之權利義務一事，在敘述時之用語的方便上，有時亦姑以親權兩字代替之。

(一) 親權之存在與其喪失

古代法律，父母對於子女不負任何義務，故無現代親權之觀念。有之，則惟家長權（*patria potestas*）是。子女等皆在家長權力之下，無獨立之人格，非僅不能有財產權，抑且爲家長之財產；家長對於子女等，生殺欲奪，一任其爲，純一權力之關係，即使當時有國際私法之存在，亦不發生問題於其中也。殆後，家族制度漸衰，家長權之範圍日益縮小，僅以認爲人親者權利之故，使之以此權利，全其養育監督其子女之責，純粹列於私權之地位，所謂親權是也。即同時仍有承認家長（如我國），或戶主權（如日本）者，但與親權絕對分立，且多以維持家人之共同生活爲本位，不以家長權爲本位，如瑞士，如巴爾幹諸國之家制皆然。現代

，並認親權，不僅以權利爲本位，並以義務爲本位，於是子女對於父母於其義務外，亦得爲權利之主張矣。但因各國立法例上所承認之程度非一，所規定之內容各異，倘父母子女異其國籍，或在外國發生權利義務問題時，則應依何國之法律，遂不能不求其解決也。今先就親權之存在與其喪失一述：

(甲)關於法律衝突者 親權存在之性質若何，親權存在之主體若何，親權存在之客體若何，親權喪失之原因若何；各國法律之規定極不一致。就其大者言之。

第一，親權存在之性質 有認爲親權爲父母唯一之權利者，對於子女之身分上，財產上，可行廣大的支配，今日幼稚民族及重視家的組織而以父母居於特優地位之國家是也。有認爲親權爲父母唯一之義務者，無論如何不許爲親權之拋棄，即拋棄亦限於有一定之條件始可，今日新興的社會主義之國家，有此規定是也。有認爲親權爲權利義務之集合，既爲權利之性質，亦爲義務之性質，今日多數國家是也。

第二，親權存在之主體 有認爲對於子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同

行使或負擔之；父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之；父母之一方不能行使權利時，由他方行使之；父母不能共同負擔義務者，由有能方者負擔之。我國如是規定之。有認為親權之行使以父爲先，父不明時，或死亡時，或去其家時，或不能行親權時，則由在家庭行之。日本如是規定之。有認為父母之婚姻間，惟父行使親權，寡婦欲依親權而禁錮其子女時，須得夫最親之親族二員承諾。法國如是規定之。有認為母之行使親權原則上限於父之死亡，或受死亡宣告時，但婚姻存續中，父在事實上不能行使親權，或親權停止時，由母行使之。惟除父之親權停止無可回復之望者外，母對子之財產不能有收益權，且在一定場合監護法院爲母置補助人，以助其行使親權。德國如是規定之。又日本，認為繼父母與嫡子行使親權時，應加一定之限制，準用監護之規定；然他國則有不盡如是規定者。

第三，親權存在之客體。有認為服從親權者，限於未成年之子女，成年以後，即無親權之存在者，歐洲多數國家及我國是也。有認為不問子之成年與否，除獨立自營生計之成年者外，皆須服從親權者，日本是也。有認為子女至成年止，或至免監護止，當服從父母之親權。

，且不問其年，永須負尊敬父母之義務者，法國是也。至關於養子女，中日皆認爲其親權由養親行使之，歐美不少國家則認爲仍由其實親行使之；關於出嫁之女子，我國瑞士則採婚姻成年制，婚後自無親權之存在，他國則此女子如爲未成年者，雖在婚後，仍可對之而行親權，但若推崇夫權者，女子婚後雖未成年，惟以防親權與夫權衝突之故，亦有不主張親權之存在者也。

第四，親權喪失之問題。有規定父母濫用其對於子女之權利時，其最近尊親屬或親屬會議，糾正而無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部者，我國是也。有規定父母濫用親權或不檢之行，或因管理不當致子女之財產有危險時，法院得因子之親族或檢察官之請求，宣告其親權或管理權之喪失；但如所定之原因停止時，法院得因本人或其親族之請求，取消其喪失權之宣告者，日本是也。有規定父濫用親權或委棄子女，或爲不檢之行，使子女之精神上並身體上之安寧陷於危險時；及不惟毀損受扶養之子女之權利，並於將來扶養有非常危害之恐時；及父因加於子之重罪，或犯故意之輕罪，被處徒刑或六個月以下之拘禁，於

判決確定時；及母爲新婦時：皆喪失其親權之全部或一部者，德國是也。

(乙)關於法律適用者 親權之存在與其喪失，各國立法例之規定既不相同，究應依何國法律定之乎？有如下述：

第一，子女之屬人法主義 謂親權之存在，在昔固係以父母之利益爲中心，今則親權離家長權而獨立，所以爲達父母盡其保護子女之責而設，係以子女之利益爲中心，除親權喪失有例外以外，關於親權之存在問題，概依子女之屬人法定之。畢氏國際私法典第六十九條及第七十二條中，謂親權之存在，親權消滅與回復之原因，均從子女之屬人法；決定無能力者，失蹤者，或受刑者，喪失親權之規定，爲國際的公共秩序法，即地方法是。

按此一主義，誤視親權爲純粹義務之性質，不知親權之設，在義務外，仍有權利之性質；自不得以子之屬人法定之。

第二，父之住所地法主義 謂父母子女之權利義務，爲親屬關係之一，故住所地法實較本國法爲適宜；且子女往往以父母之住所爲住所，故父母住所地法更較子女住所地法爲當。

；同時各國以父爲行使親權之中心人物，而母又恆從其父，故父之住所地法亦較母之住所地法爲合理也。但同採父之住所地法主義，仍有兩派見解：

(a) 子女出生時父之住所地法說 謂不依子女出生時，父之住所地法，即不免於父任意變更住所，妨害子女利益之危險。德意志普通法採用之。

按此一主義，有一根本困難問題，蓋父之子女非一，而出生時父之住所，亦非一地，則親權之存在必因住所之異，使其關係亦不一致，其不便爲何如耶？

(b) 父之現時住所地法說 謂父母子女之關係，除法律之規定外，尤有倫理之立場；其利害關係本屬共同，父絕不能專以妨害子女利益之目的，故意變更住所，故以仍從父之現時住所地法，爲合於實際情形也。瑞士民法第九條第一項，利馬條約第十三條採之。

按此一主義，縱較上說爲優，然依住所地法而定親權之存在與其消滅問題，終覺其不如本國法之妥當也。

第三，父之本國法主義 謂父母子女權利義務之存在，無論從何方面言之，皆以父爲主

體；而子女又恆取得父之國籍，住居父之家內，更宜依父之本國法定其關係。其中因保護子女利益與保護父的利益之着目各異，亦有兩派見解：

(a) 子女出生時，父之本國法說。謂親權之設，為保護子女之利益，子女在出生時，即取得要求其父保護之權利，絕不可因其父以後之變更國籍，而致有危害其權利之虞也。德民法施行法第十九條採之。

(b) 父之現時本國法說。謂父母子女之權利義務，各國規定既極不一致，父於子女出生後，變更其國籍，出生時之本國法所規定者，未必即為現在本國法所允許，在實際上勢不容許舊本國之適用。且子女亦往往隨父之國籍變更而變更，其為已成年者，固不變更，然又往往對之中止親權之存在；設父與子女皆變更國籍，而猶服從舊本國法之規定，究不知意何所取也。剛果一八九一年二月二十日之法律採之。

按此一主義，其中兩說，自以後說較優；且在今日大多數國家，對此一問題上無論適用何種本國法時，皆依後說之方法適用之，不必再論。惟父之本國法主義，任採前後何說，均

將母對於子女權利義務之關係遺去；雖德國民法施行法第二十條，規定母與私生子女之親權，依子女出生時母之本國法，要不過一補充的規定，未足以言在通常無父時，其親權存在將依何國法律而定也。且此一問題，獨依父之本國法，何以不依母之本國法，亦未能有圓滿之答案，於是又有三種主義而興：

第四，家族所屬國法主義。謂父母子女之權利義務關係，不僅為私人之利益而存在，並關於家族利害甚大，而家族結合又係社會組織之基礎，故須以家族所屬國之法律，為其準據法。家族所屬國，通常即父之所屬國，適用父之本國法云者，在意義上即家族所屬國法主義也。

按此一主義，雖將適用父之本國法之理由，為之答復；然因各國亦有不重視家族制度者，其證據即發生動搖。且即在家族制度之國，父有時可單獨變更國籍，父之所屬國亦非即是家族之所屬國也。

第五，父母子女共同本國法主義。波蘭法採之。謂父母與嫡子之關係，依其本國法；國

籍不同時，依其最後共同所屬國之法律。所謂共同本國法主義者，指此而言。但有例外：父母依本國法所有之權利，與其女之夫依其本國法所有之權利相衝突時，父母與出嫁女之關係，依女之夫之本國法。又私生子女與其父之關係，依子女出生時子女與母之本國法。至與其母之關係，則依母子女之共同法。

按此一主義，父母子女果能有一共同本國法之存在，適用其共同法，無論理論如何，總可免除一切糾紛；無如父與母之在今日，既不必皆屬同一國籍，而子女如出生於出生地主義之國境內，又往往與其父母異其國籍，始終無一共同之國籍，則亦無由爲此主義之適用矣。

第六，父本國法原則母本國法補則主義。我法律適用條例第十五條「父母與子之法律關係，依父之本國法；無父者依母之本國法」；日本法例第二十條之規定同。無父云者，父死亡，固其一義，即父未死亡，而爲父未經認領之私生子女，亦可謂之爲無父者，自惟依母之本國法決之也。

按此一主義，較上各說，合於實用，且能兼顧父母之兩方，實其所長，至於以父之本國

法爲原則者，不外的事實上，父母雙方之本國法，苟非同一，殊不易同時並用。且各國實例，父對於所謂親權之行使，皆優先於母；即父母共同行使，而意見不一致者，仍由父單獨行使之，則在適用何國法律，以決定親權存在之各種問題時，自應以父之本國法爲原則也。至於此之本國法云者，當然指現在之本國法而言。

(二)親權之身分上的效力

親權之存在，依上所述，固應依本國法，但其效力是否採同一之準據法，則有問題。因親權之存在，係決定親權之如何發生，如何永續，如何保持之事項，而親權之效力，則係決定親權行使之內容若何耳。此效力除財產上之效力另述外，茲先言身分上之效力。身分上之效力，依狹義而言，即行親權人對於子女之身體上所有之權利義務也。各國對此問題之規定，頗不相同；而國際私法上之適用法律，亦不一致，有如下云：

(甲)關於法律衝突者 對於子女身體上之權利義務至少可從下列諸端，證明其相異。其

最甚者，爲：

第一，對於子女之懲戒權。關於懲戒權之內容也，有認爲僅係輕微之譴責權，不許拘束其身體之自由者，如英國是。有認爲因懲戒而得施以拘禁者，如法國，日本，墨西哥是。然在日本之拘禁，其期限由法院於六個月之範圍內決定之。法國，子未滿十六歲時，父得請求法院使處其子爲一月以下之拘禁；滿十六歲以上迄成年或迄免監護止，得請求處以六個月以下之拘禁。此外他國更有規定以四個月爲限者，又非所同。關於懲戒權之行使也，有認爲父母於必要範圍內，或叱責，或朴責，自行懲戒其子女者，如我國是。有認爲父於子女之行狀，有重大忤逆之事時，須請求法院發逮捕命令而施以拘禁者，如法國是。有認爲一方允許行親權者，在必要之範圍內，得自懲戒其子女；一方面又許其得法院之許可使之入懲戒場者，如日本是。關於懲戒權之救濟也，有認爲父母濫用懲戒權，法院得因有關係者之聲請，直剝奪其親權，爲之另置監護人者。有認爲監護法院得以必要之處分，直接命送其子女於相當之家族，或養育院，或懲治監者。其次爲：

第二，對於住居之限制權。有認為服從親權者之住所，以行親權者之住所為住所，如德，如法皆然。惟德國更明白規定嫡出子女與父共其住所，私生子女與母共其住所，養子與養親共其住所云。法國則規定子滿十八歲後，除因加入義勇軍招募者外，非得父母之許諾，不得去其家。有認為未成年之子女，固不必一定與父母同居，但須於行親權之父或母所指定之處，定其居所，日本即其一例。

第三，對於婚姻之同意權。有認為未成年人之結婚，未得父母之同意，雖係違犯親權，但不得為婚姻撤銷之條件者，英國是也。有認為父母對於未成年子女，有法定代理人之資格，故未成年人之婚姻，未得其父母之同意，在法定期間內得以撤銷者，我國是也。又有認為不得行使親權人之同意時，但得親屬會議，或監護機關之允許，仍可結婚者，歐洲少數國家如奧國等是也。

他如關於子女之教養，各國雖皆認為行使親權者應有之責任，然亦有不與以明文規定者，又有以對於已成年之子女負此義務時，則延長親權之年限者。關於子女之職業，有認為未

成年之子女；擇業須由父母代爲之者，有認爲仍須得子女之同意者，有認爲於一定範圍內，子女得自由擇之者，更有認爲雖成年亦須得父母之同意者。

(乙)關於法律適用者 親權及於子女身分上之效力，既有上述之種種差異。應以何國法律爲其準據法，約而言之，共有三派主張。

第一，親權自體準據法主義 謂親權之效力，據實言之，不過親權之內容而已！親權之存在，既依本國法，則其效力自不可不採同一之本國法定之。且立法例亦有明示暗示者在：(a)親之本國法主義 我國，日本等國對於親與子女之法律關係，僅有一條規定，則任何關係皆在其內，實無親權自體與親權效力之別，即因其爲同一之準據法也。

(b)子之本國法主義 我法律適用條例草案第十七條云：「親權之行使依子之本國法」，其所採之準據法，與通例不同，固應別論，但亦明示本國法主義。雖說者謂親權之行使五字，不足包括親權關係之全部，然既以行使云云，自係側重親權之效力方面，反徵其在此一方面，依然與親權存在問題，同採子之本國法主義也。

按此一主義，雖其中之意見不盡相同，但有一總括之錯誤，將親權存在與親權效力，混而為一也。親權之存在誠應採本國法主義而無疑問，但親權實際的行使，而致對子女身體上發生一種效力，因各國往往沿襲羅馬家父權之惡風，常不免違及現代思潮之事，一律依其本國法，實有害於行使地之公共秩序及善良風俗，則亦不妥。

第二，親權行使地法主義。謂親權之意義，雖在解釋上謂其同時含有義務之性質，然在本質上究係父母對於子女之支配權；既為一支配權，其行使也，在在皆與行使地之公安風俗有關，故不必問其所屬國法律規定之如何，惟有以行使地法決之。甚至關於親權之存在，亦係行使地法，仍不為過。南美蒙得維的亞條約第十四條採之。

按此一主義，如專就親權行使一點上設論，自有應注意之價值。惟成為問題者，其效力雖為行使地所承認，而為其所屬國不承認者，苟僅依行使地法決之，則有防害親權存在依本國法之作用也。

第三，本國法兼行使地法主義。謂親權之存在，及親權及於子女身體上之效力，而不危

害行使地之公安者，皆以其本國法定之；但雖依其本國法得爲親權之行使，並得爲某種之行使，而此特種行使方法，有踰越行使地法所認許之範圍者，仍不得而行使也。例如懲戒權之行使，即與行使地之警察公安有密切關係，縱令依其本國法，有可得行使戒之方法，若行使地認爲有害其公共秩序及善良風俗者，自不得行使之。同時行使地法所允許之懲戒方法，而爲其本國法所禁止者亦然。畢氏國際私法典上，對於重婚者懲戒權之限制，依子女屬人法，對於決定父之懲戒與譴責權性質及範圍，依地方法；亦可列入於此一主義中也。

按此一主義，自甚可採。雖說者謂親權之行使，僅於其行使地所認之範圍內，可得行之，乃本國法適用上之普遍限制，不必另唱此說。但吾人既認爲應將親權之存在與親權之效力分爲兩事，則在行使方面即不能不擁護此說也。

(三)親權之財產上的效力

親權之財產上的效力云者，即行親權人對於子女之財產上所有之權利義務也。各國規定

固有詳簡之異，而因牽涉物之問題，其準據法亦有主張應與上之所述爲別者。茲先及

(甲)關於法律衝突者 在子女之財產方面，親權所發生之效力，不外管理權，用益權，代表權數種而已！

第一，管理權。古昔子女無私產，凡子女之財產皆其父母之財產；今世承認子女有其特有財產，惟行使親權人有管理權耳。管理云者，財產之保存，改良，利用之謂也。有認爲子女之特有財產，由父管理，父不能管理時，由母管理者，我國是也。有認爲行親權之母，得辭管理財產者，日本是也。有認爲在婚姻存續中，父之外，母亦有監護子女財產之權利與義務；由母單獨行親權時，並可由監護法院因財產管理之必要，爲母任命補助人；而母亦可申請委任全部或一部之財產管理於補助人者，德國是也。

第二，用益權。有認爲父母對於子女之特有財產，有使用收益之權，但非爲子女之利益不得處分之者，我國是也。有認爲父母對於子女除其一定之財產外，有取得其子女財產收入之收益物權者，法國是也。有認爲父行使親權時，有收益權；而母行使親權時。如在婚姻存

續期間，父之親權停止仍有回復之望，母則不能有收益權者，德國是也。有認爲父母對於子女之財產，只有使用權，而無收益權，致與歐洲各國之通例相反者，日本是也。又有認爲父母對於子女之工資，得享有之者，美國，西班牙是也。而與此例不同者，英，法，德，墨是也。

第三，代表權。代表權者，關於財產之法律行爲，得代表其子女之謂，依術語言之，應作代理權稱。在日本，父母雖有代表權，但有可生以其子女之行爲爲目的之債務時，則須得本人之同意；而母代其子女爲拒絕贈與或遺贈，借款或作保證等等行爲時，並須得親族會之同意。在德國，父不得以子之代理，而爲任何之贈與；非得監護法院之許可，不得以子之名義開始新產業；母在婚姻存續期間，雖與父同有監護子女財產之權利，但無代理之權利。其他各國或以此代表權，不屬於親權之範圍，而歸諸監護之範圍者，又恆有之。

(乙)關於法律適用者 此一問題上之準據法，英美主義與歐陸主義絕對相反，甚或牽及親權之存在方面，故不能不細心一研究之。

第一，動產不動產區別主義。謂身分關係固可依屬人法定之；財產關係則與標的物所在地之法律甚為密切，尤以不動產為甚，應以屬地法定之。故英美於此，區別子女之財產，為動產與不動產兩種，動產依行使親權人之住所地法，如華東(Wharton)之所云；不動產則依所在地法也。他如蒙得維的亞條約第十五條亦採之。

按此一主義，將父母子女間之財產關係，與物權之設定得喪，完全列為一事，殊為不妥。吾人固不能絕對否認財產所在地之法律，與親權及於子女財產上的效力，無絲毫關係，但亦不能因此一點，即認為在原則上，關於不動產上的效力，須依所在地法也。果如是，則為物權之準據法，而非親權及於子女財產上的效力之準據法矣。

第二，親權自體準據法主義。謂親權及於子女財產上的效力，據實言之，仍係親權存在之內容，故無論動產與不動產，皆應與親權存在採同一準據法，概依行使親權人之本國法。歐洲各國固多採此主義，我國與日本之規定，不分親權存在與效力，而廣言親與子女間之關係，則在財產的效力上之法律適用，自亦包含親之本國法主義中也。惟茲之親之本國法云者

，仍有兩種解釋：

(a) 親權發生當時之本國法說 謂不依親權發生當時之本國法，則親可任意選擇與彼有利益之國籍，而將子女之財產魚肉之矣。

(b) 問題發生當時之本國法說 謂親果專以變更國籍爲侵蝕子女財產計，儘可依竊法舞弊之原則補救之。在原則上仍以適用問題發生當時之本國法爲便，且與適用親之本國法之用意爲一貫也。

按此一主義，其後說自較前說爲便，無待詳論。茲所研究者，在財產的效力方面，能否專依親之本國法乎？子女之財產，在如何之範圍內，應由何人管理，此涉及親權之存在問題，無論動產不動產皆依親之本國法決定，實係當然。但在實際上爲如何之管理，雖依親之本國法，終不免受所在地法之限制。例如德國人之子之不動產在日本，由其父管理時，對之有收益權，但日本否認此種物權，即須受其限制，不能完全發展在其子的不動產上之親權作用矣。即唱本國法主義者亦承認本國法與所在地法相衝突時，以先適用屬地法爲原則之理論，

如是，在親權之行使上，即非純粹的親權存在準據法主義可知。

第三，屬人法兼所在地法主義。依上兩段之結論，吾人知親權及於子女財產上的效力，純然依財產所在地法，則在理論上必失去所以為親權效力問題解決其準據法之原有意義；純然依本國法，則在實際上亦往往有不能不承認例外之存在。故為兩全計，惟有取兩種主義之長，兼併用之，即所謂屬人法兼所在地法主義也。其與動產不動產區別主義異者，彼則以不動產依所在地法，列為原則，甚至管理權之何屬問題，亦依所在地法；茲則以所在地法為其補則，原則上仍採屬人法也。至其內容，仍有數派不同：

(a) 子女屬人法兼地方法主義。畢氏國際私法典採之。其第七十條云：『用益權之存在，及其他可以適用於各種小額貯金之規則，無論財產之性質及其所在地如何，均從子女之屬人法。』其第七十一條云：『前條之規定，得適用於外國領域以內，不妨及地方法所許於窮三者之權利，及關於抵押擔保之特定或廣告之地方規定。』可以參照。

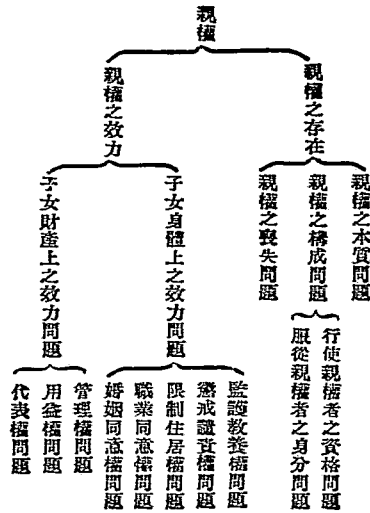
按此一主義，仍較偏於屬人法方面，故如外國根本不承認有收益權者，而依然欲保持子

女之屬人法也難矣。

(b) 共同本國法兼不動產所在地法主義。波蘭國際上私法適用法採之。父母與子女之相互權利，原則上依共同所屬國之法律，但關係於子女之不動產者，如不動產所在地之國家，規定應依其國之法律時，依其規定，此其第十九條第三項所示者也。

按此一主義，較英美以不動產依所在地法爲原則之論，自甚優勝。所堪疑者，不動產所在地之國家，如認爲關於親權在不動產方面之一切事項，均依其法，吾人亦將依之乎？且其以共同本國法爲原則，與畢氏法典以子女屬人法爲原則，均與吾人見解不同。故吾人應主張 (c) 親的本國法原則所在地法補則主義。在財產方面之親權存在問題，依親之本國法，此爲已確定者，不必再贅。即關於財產權之行使，原則上依然採親權存在準據法主義，但與所在地法有衝突者，即不能不兼爲所在地法之適用。反之，所在地法雖爲合法之行使，而其本國法所否認者，亦不能行使之。至於關於財產本身之種種問題，有非依所在地法不可者，此則涉於物權之範圍，應作另一問題視之。

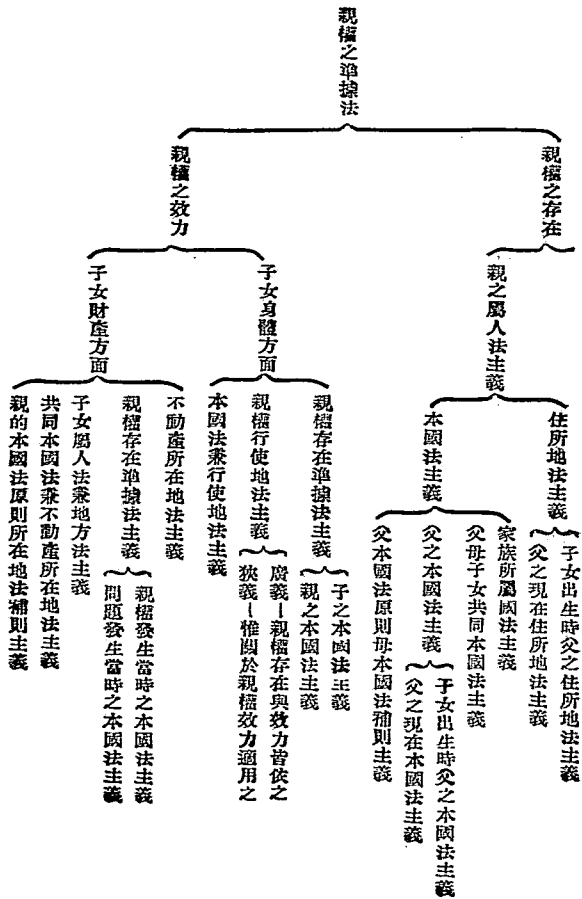
「圖表六十九」關於親權之內容表



「圖表七十」親權關係之法律適用總表

任何子女之屬人法主義
 子女屬人法主義
 服從親權者之身分問題
 私生子女之屬人法主義

第四編 親屬法適用論 第十九章 父母子女之權利義務 二四一



第二十章 監護（保佐附）

監護(Guardianship)者，因一定之事由，在法律上其保護監督之責之謂；詳言之，保護監督脫離親權之未成年人，及禁治產人之身體財產；並代表其一切法律行為之法律上的職務也。當監護之任者曰監護人，我第二次民法草案曰保護人，日本曰後見人。其在法律上之性質，有人謂子女之身體財產，由父母保管之際爲親權，由第三人保管之際爲監護，然如法國民法第三八九條至第三九六條，則明文規定父母爲監護之事，又將如何解釋？有人謂監護爲家長權之補充，親權之延長，亦非是；因各國監護制度，除未成年人之監護，胎兒之監護，養子之監護外，尚有妻之監護，夫之監護，失蹤者之監護，禁治產人之監護，不必皆與親權或家長權有連絡也。而英國法，更認爲監護制度爲對於精神或身體不健全之人，加以保護之意。有人謂監護之主要目的，在保護被監護人之財產，如德儒善火塔即主張列入債法中；然依實際言，身分能力關係亦甚重要，如法，如德，如英，如美皆然。而任監護之任者又多

限於其親屬，故監護仍不失爲親屬法中之事。

監護人一語，在羅馬法上係兼保護人(Tutela)與照管人(Cura)而言，蓋廣義之監護人之謂也。後世將保護人稱之爲監護人(Guardian)，照管人稱之爲保佐人(Curatorship)，或輔佐人，監護人云者，狹義之謂也。保佐制度之設，在使保佐人助被保佐人之能力，使其免於過失；故保佐人於本人行某行爲時，得考察其利害得失，與以同意或不與以同意，不同意者，其行爲卽不完全，爲可撤銷者。被保佐人大都指準禁治產人，或其他能力限制之人而言，我國新民法既無準禁治產之規定，妻亦非限制能力者，年滿七歲以上之未成年人，雖爲限制能力者，但父母爲其當然法定代理人，否則亦適用監護之規定，實無保佐制度設立之必要。於是我法律適用條例第十九條『前條之規定，於保佐準用之』之規定，法人竇道卽主張刪去之。

惟有願慮者，現代法德英美等國，對於遺腹子女之財產，皆採有保佐制度。英國法，凡未滿二十五歲之人，對其財產不能完全隨意處分之，亦含有保佐之意。法國法，對於浪費者

，日本法，對於準禁治產人，均設有保佐人。德國法，除對於不服親權之成年人，及因廢疾不能管理其事務者，設保佐人外，即在服從親權或監護之時，而因一定事由，同時亦可兼設保佐人。然則刪除第十九條之規定後，遇有保佐問題發生，將無法律之可適用矣。但亦無憂也，一則我國雖無準禁治產之稱，但精神耗弱，致不能處理其事務者，則進一步為禁治產之宣告，監護之範圍內，實含有保佐之意味。再則監護與保佐不過程度之差，性質未嘗非同，各國法律大都準用監護之規定，日本民法第九四三條，即為一例。三則有多數國家，皆將監護與保佐混而為一，各無單獨之領域；如是，則遇有保佐問題，在解釋上自仍依關於監護之規定，為之適用法律。即不謂然，保佐亦可認為有關人之能力問題，直依第五條處理之，未始不可。

雖然，無論保佐之應否有明文規定，但既皆準用監護之規定，則吾人於討論此類問題時，自惟限於監護之範圍而已！關於監護之在國際私法上，應提出研究者，述其總綱，不外關於監護之法律衝突，關於監護之法院管轄，關於監護之法律適用三端是也。

(一) 關於監護之法律衝突

各國對於監護關係之規定，頗爲複雜，我民法共二十三條；日民法共四十四條；法民法共九十九條，又禁治產之監護五條；德民法親屬會亦列入監護中，共一百三十五條。蓋監護在一方面固係私法上之制度，爲保護無能力人而設；但在他方面既牽涉人之身體財產問題，無論如何，亦實具有公職之性質，即不能不慎重出之。故欲羅列其異點，頗感繁多，特就其顯而易見者一及：

(甲) 監護之機關 擔任監護之事務者，曰監護之機關；可從下列諸標準上，觀察各國立法例上之異點：

第一，以監護權之寄託言 何人有擔任監護任務之權能，各國大別有兩種主義。

(a) 官廳監護主義 羅馬法上，遇必要時，大判官 (Praetor) 等可指定官選監護人 (Patres datus)，即此主義之創始。英美德西等國宗之，親屬不過立於附隨之地位而已！然其

程度亦不一致。在德國，一方面置監護法院，以推事爲議長，有於其親屬中任命監護人之權；一方面置地方團體孤兒保護會，有對監護法院推薦監護人之權，並協助其一切。在美國，監護權歸於國家，檢認遺囑法院即其行使此權力之機關，對於心神耗弱而有財產時，法律上即爲監護設置之要求，並往往及之於其身體方面。在英國，其普通法認爲英王卽白癡及精神病者之當然監護人，不過以衡平法院代國王行使其職權而已！其他未成年者，若無指定監護人時，監護權歸之法院，由法院選定監護人，於其監督之下，行使監護。至於兒童之事，衡平法院固久有其管轄權也。在西班牙，地方法院之法官，經親屬會議之請求，亦得指定監護人，但其程度不似英美德之甚耳。

(b) 親屬監護主義 認爲監護固須採法定主義，不能以個人之自由意思左右，但究係私法的關係，不能由官廳直接干涉個人之家事，採此主義者，我國，日本，法國是也。然其程度亦不盡同。在我國，由親屬會議選定監護人時，其會議由當事人，法定代理人，或其他利害關係人召集之；法院僅得於親屬會議會員不足時，因有召集權人之聲請，於其他親屬中指

定會員而已！在日本，發生選任監護人之必要時，除當事人及其親屬外，檢察官亦可請求法院，招集親屬會議爲之；親屬會議不能議決時，會員更得請求法院，代行其決議之裁判。在法國，治安判事並爲親屬會議之主席，參加會議得述可否，且有於可否之相反票中，加增一票之權；而其會場亦由治安判事指定，否則即在治安判事之家爲其會議。

第二，以監護人之關係言（a）關於人數多寡者，今日多數國家，認爲監護人若有數人，則意見不無衝突，或遇事互相推諉，皆以一人充之爲原則；如日本民法第九〇六條「監護人須爲一人」之規定是。然在德國，如有特別理由，亦可任命數人爲監護人，所謂副監護人是。在法國，凡再婚之夫，因其婦不應行監護事件者，則與婦連帶而任其責；再婚之母經親族會議仍任爲監護人者，則其後夫亦任幫同監護之職。又凡住居於法國內之幼者，於法國屬地所有財產；或住居於法國屬地之幼者，於法國內所有財產時，因此等財產之支出，得別任準監護人；準監護人與監護人之間不相關涉，且其行爲亦不互負其責。此準監護人既與法國法上，爲浪費者而設之保佐人不同，亦與德國法上爲禁治產人，在呈請以後，宣告以前，

防其身體財產上有重大之危險，而設之假監護人 (Vorläufige Vormundschaft)，不能爲同。又其相異之一點也。

(b)關於設定方法者，我國法，有委定，指定，法定，選定四種方法；日本法，無委定方法，委定云者，父母對於未成年之子女，得因特定事項，於一定期限內，委託他人行使監護之謂。德國法，僅有官定方法一種，指定，與法定皆官定中之節目，蓋統須由監護法院順序或不順序任命；而委定方法，因其用之於保佐人方面，故亦不在監護範圍內。英國法，除官定方法外，並承認父或母以遺囑 (Will) 或字據 (Deed) 爲其子女指定或委定監護人。而父母對於已經解放之子女，管轄上受有限制，又與羅馬法上之信託監護人 (Tutores fiduciarii) 相似。

同探指定之方法者，固皆由於後死之父或母以遺囑爲之；然在英國法，於特種情形，父即未死，母亦可以先死者之資格指定；在日本法，限於以最後行親權之父或母有指定權，凡無管理權者，亦不能；而母於父生前，預辭管理財產者，父不以死之在先，仍得指定監護人。

法國法，再婚之母未受前婚子女監護之任者，不得遺囑指定監護人；受其任者，雖得指定，但非親屬會議承諾後，仍不得確定選任。

同採法定之方法者，在未成年之監護中，日本法，無指定監護人時，以戶主爲其監護人；孤兒，在公共孤兒院者，以院長執行監護人之職務，在私立孤兒院者，以所在地之地方長官爲之。法國法，無指定監護人時，以最親之尊屬居先，而父族先於母族；如最先爲本宗之祖父，次爲外族之祖父，次爲本宗之曾祖父。次爲外族之曾祖父；本宗曾祖父有二人時，則以其父本宗之祖父任之，外族曾祖父有二人時，則由親屬會議解決之。德國法，監護人之順序，除被父或嫡母指定之監護人外，首爲受監護人之父方祖父，次爲母方祖母；但養子則有例外，而母爲私生子得先於祖父，被任命爲監護人。我國法，父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務，或死亡而無遺囑指定者，其順序爲與未成年同居之祖父母，爲家長，爲不與未成年同居之祖父母，爲伯父或叔父。在禁治產之監護中，日本法，夫爲妻之禁治產監護人，妻對於夫亦如之，但夫或妻不勝其任，或夫爲未成年者，則由行親權之父母任之。

；父母不能者，由戶主任之。法國法，夫有爲受禁治產之婦監護人之特權；婦雖亦得爲夫監護之職，但親屬會議得議定關於行使監護職務之規則與約定，以拘束之。德國法，被監護人之配偶，得優先於其父母及祖父母而爲監護，但婦不得其夫之同意，不得被任爲監護人；至於父則優先於母，父或嫡母，以及私生子之母，皆得優先於祖父，而被任命爲監護人；惟非被監護人之父或母之配偶者，以被監護人爲養子女時，則父母不爲監護人，被監護人由無效婚姻而生者，父或母於結婚之際，既知爲無效之婚姻者，則其父或母即不得爲監護人。我國法，其順序，以配偶爲先，次父母，次與禁治產人同居之祖父母，次家長，次後死之父或母以遺囑指定之人。

同探選定之方法者，在德國，依法定順序不能任命監護人時，則詢問地方團體孤兒保護會之意見，選定監護人，其條件須合於被監護人之意旨，並須注意其親屬及姻族的關係。親屬會之設，則與選定監護人無關。在法國，無指定監護人及法定監護人時，由親屬會議選定監護人，其選任也，同級之親，血屬之親優於姻屬之親，同級血屬，高年之親優於壯年之親

。在日本，無論未成年入，或禁治產人之監護；最後皆採用親屬會議選任之方法，但不似法國之列有選任順序。在我國，未成年入方面之由親屬會議選定監護人，固與日本同；但禁治產方面之監護人，則不能依順序而定時，由法院徵求親屬會議之意見選定之。

(C)關於免除任務者。監護人係有公職之性質，非有正當理由，不許辭謝其職務，各國所公認者也。然在我國，則明定法定監護人選定監護人如此。日本則認為除婦人外，一切監護人皆須如此。法國更明文規定，由後死之父或母指定之監護人，無必須承諾任職之責。德國並認為即有拒絕擔任監護之理由者，若不於監護法院任命以前拒絕，則消滅其拒絕權；無理由而過於拒絕擔任者，致被監護人受有損害，即須負以責任；監護法院更得對其科以罰金，強制其為監護之擔任。

至所謂正當之理由，其內容各國亦不一致。日本認為得辭監護之職者，為現役軍人；在養監護人之市縣以外從事公務者；其先之監護人免除或缺格之事由消滅時，配偶，直系血族，戶主以外之人，為禁治產人十年以上之監護人時；以及其他正當理由，若年老，疾病不堪

任事之例是。德國認爲得拒絕監護之擔任者，爲女子；滿六十歲以上者；除養子外有未成年婚生子女四人以上者；疾病或廢病之人；住所距監護法院甚遙遠者；監護人被強制給付擔保時；因被任命與他人共爲監護時；以及爲一個以上之監護或保佐時。法國認爲得拒絕監護之職者，爲望族，陸海軍總督，國會議員，覆審院庭長推事及首席檢察官，律師，府長，並服務於被監護人住所府外之公職者；現役軍人，並由國家任以國外之事務者；皆得於承諾任監護之職時爲之謝絕，但非被監護人之血親或姻親，在原則上亦不得強之任監護職務。此外，任何人任兩個監護之職時，得辭其一，而夫及爲父者旣任一個監護之職務時，不必更任其他，但於己之子女之監護，非在其限；又婚生子女有五人者，得辭其他監護之任，但監護期間，雖有出生之事，非在其限。又罹重疾者，滿六十歲者，及未屆六十歲之齡中任監護職至七十歲時；與夫普通人之爲禁治產者監護達十年時；皆得爲解任辭職之理由。西班牙認爲有子女五人者，年過六十歲者，因國家事務或公共事務而離家者，爲第二次之監護者，貧窮者，身體不健壯者，不識文字者；皆可爲免除監護職務之理由。

(d)關於缺乏資格者。即監護人缺格之謂。我國規定未成年人及禁治產人，不得爲監護人，英美亦然。日本除上兩項外，並規定剝奪或停止公職者，已經法院罷黜之法定代理人或保佐人，破產者，對於被監護人爲訴訟者，不明行蹤者，以及法院認爲不堪任監護事務，或有不正之行爲，或顯有失檢之行爲者；皆不得任監護人。法國除禁治產人，行爲顯有失檢之人，證明非堪任監護職務之人外，並規定曾受體刑或加辱之刑者，非母及尊親屬之女子，除父母外之幼者，以及對於被監護人發生訴訟之父母及他人；皆不得爲監護人。德國規定禁治產人，未成人外，凡設有假監護人者，設有財產管理之保佐人者，破產中之破產人，喪失國民之名譽者，其監護受指定監護人之排斥者，與被監護人之父以外之人結婚，而未得其夫之同意者，官吏或僧侶未受各邦法律上之特別許可者；皆不得被任爲監護人。

第三，以監督人之存在言。監督人云者，以正當方法監督監護人能否施行其職務之機關之謂。(a)關於監督人之設置者：在我國，對於監護人之行使職務，不另設監督人，即以親屬會議負責監督監護人之全責。在法國，無論如何之監護人，皆須由親屬會議任以監督人，俾

監督其行使職務。在德國，因監護法院之存在，監督人非必任命者，但附財產之管理於監護時，則須任命監督人；不過財產管理不甚重大，或有數人共爲監護時，固亦可不特別任命監督人也。在日本，得指定監護人者，亦得以遺言指定監督人；未指定者，法定監護人或指定監護人，須於着手其事務前，請求法院招集親屬會議選任監督人，否則親屬會議得免罷該監護人；而親屬會議選定監護人時，亦須同時選定監督人，改選監護人時，監督人亦改選之。

(b) 關於監督人之選任者。在法國，得任監督人者，於被監護人同父母兄弟中選之；無其人者，於其本宗及外族之一方，須選非屬於監護人之族中者任之。在德國，關於定監督人且任命之事，適用關於定監護人且任命之規定；有數名監護人爲共同監護時，得任命其中之一名，爲他監護人之監護監督人。在日本，監護人之配偶，直系血族，或兄弟姊妹，均不得爲監護監督人；蓋恐其基於人情上之弱點，不能完全勵行監督機關之職務也。

(c) 關於監督人之職權者。在法國，監督人於監護之職空位，或監護人失蹤時，無當然即代行監護人之權，惟於此，得使更任監護人之處理。在德國，監督人之設，多限於監護人

管理被監護人之重大財產時，一切與監護人同受監護法院之積極支配。在日本，監督人在緊急情事，得行必要之處分，其職權較廣。

(乙)監護之成立 監護之成立云者，包括監護之開始，監護之事務，監護之終止等項而言；就其內容中之大者，說明各國立法例上之異點：

第一，以監護之開始言，可從積極的方面與消極的方面觀之。(a)在積極方面，即監護任務由何時而發生之謂。關於禁治產人之監護者，通例從禁治產宣告時開始，但德國則在禁治產聲請，於必要時得設假監護人，至宣告而選出監護人時，完其任務。關於未成人之監護者。有認為父母有一方之死亡時，即開始者，法比屬之。例如法國民法第三九〇條云：「夫婦之一方或已病故，或因受准死之刑而解除婚姻後，他之一方對於其未免監護之未成年子，有為其監護之權」是也。有認為非父母共死亡或喪失親權不開始者，意大利屬之。有認為對於未成年無行使親權人，或行使親權人無財產管理權時，始開始者，日本屬之。有認為父母不能代理子女之身分，及未成年人之家屬上身分不明時，亦可開始者，德國屬之。我國

則以未成年無父母，或父母均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時，為監護開始之用語。

(b) 在消極方面，即應為監護之開始，而因特殊情形不為開始之謂。有認為應為監護開始之未成年者，如已結婚者，則免除監護者，我國是也。有認為雖已結婚，但須於滿十五歲時由其父，無父者由其母，得受可許免監護之許；以及無父母之滿十八歲未成年人，由親屬會議為相當之思量，得免監護者，法國是也。但多數國家大都無此種規定。

第二，以監護之職務言。(a) 關於被監護人之身體方面者：對於禁治產人，其身體之護養及療治，我國與日本則規定應按照其財產狀況，盡力為之；法國則規定須先從其財產之所得者，豐厚為之；德國無此規定。送入病院或監禁於私宅，法國則規定依其病症與家產之標準，由親屬會議定之；日本則規定得親屬會議之同意，由監護人為之；我國則規定如係父母或與禁治產人同居之祖父母為監護人者，不須親屬會議之同意可自為之；德國則僅規定監護人，惟於監護之目的上，為必要之程度，當監護禁治產人之身體一點而已！對於未成年者，

我國認爲除委定選護人外，監護人於保護增進被監護人利益之範圍內，行使負擔父母對於未成年子女之權利義務；日本雖亦如此規定，但認爲變更行親權之父或所定之教育方法，及其居所，或使未成年入入懲戒場，或許可其營業，或取銷其許可，或加以限制，則須得親屬會議之同意；德國認爲關於身體上之權利義務，與親權場合同，但如監護人不信仰被監護人應受教育之宗旨時，監護法院得禁止監護人監護未成年人之教育宗旨；法國認爲關於民事法上之諸件，可代未成年入，且其行狀有至大戾意時，得親屬會議之許諾，依親權之行使方法，而行身體拘禁之懲戒權。

(b)關於被監護人之財產方面者，以造具財產目錄爲例，我國及英美法德日等國，皆有此項規定。但我國則於監護開始時，由監護人會同親屬會議所指定之人爲之；若未成年入之同居祖父母爲監護人者，禁治產人之父母爲監護人者，可免此程序。日本限期一月，並須監督人臨場，否則免罷監護人，監督人未到場者其目錄無效。法國，期爲一旬，由公證人於監督人之前，開具被監護人之財產目錄。德國，有監督人時，須監督人到場，並得受官吏，公

證人或其他鑑定人之輔助；被提出之目錄不完全時，監護法院更得命由主管官廳或官吏或公證人調製目錄。以財產管理情形爲例，英國，未得管轄法院之許可，不得讓與被監護人之財產。德國，監護人不得處分讓與被監護人之財產；未得監督人或監護法院之許可，亦不得代其爲債務關係之行爲。法國，未得親屬會議之許可，不得代被監護人允諾或拒絕贈與或遺贈，以及其他之債務契約，並物權移轉。日本，禁止監護人讓受被監護人之財產，但得親屬會議之同意，則可貸借被監護人之財產。我國，認爲監護人對於被監護人之財產，限於爲被監護人之利益時，得使用或處分；然如爲不動產之處分時，並應得親屬會議之允許。至於未成年人之同居祖父母，禁治產人之父母，爲其監護人時，又當別論。以監護人之報酬爲例，有規定之者，有不規定之者；我國及日本，皆規定得由被監護人之財產中，由親屬會議與以相當之報酬，然亦不能盡同。在日本，係由親屬會議爲之者，且監護人係被監護人之配偶，直系血親，或戶主任之者，不在其例；在我國，係由監護人請求者，但未成年人同居之祖父母，禁治產人之父母，爲其監護人時，則不適用之；他若德國，不特無報酬，倘不受命，而又

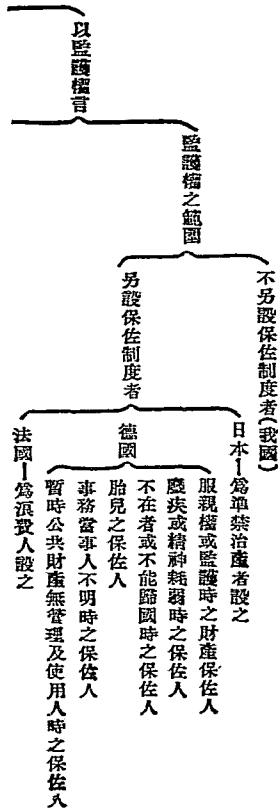
無免除職務之正當理由時，更得由監護法院科以三百馬克以下之罰金。

第三，以監護之終止言。(a)關於終止原因者，屬於監護職務終止者，曰，相對的終止原因，即因監護人之事由，致終止其職務是也。如基於監護人被撤退之事由，缺資格之事由，各國規定均不一致。屬於監護本身終止者，曰：絕對的終止原因，即因被監護人之事由，致終止監護之關係是也。其事由如基於其死亡，成年，禁治產宣告撤銷等，各國規定雖大體相似，然細研究之，則彼此亦實難為同。

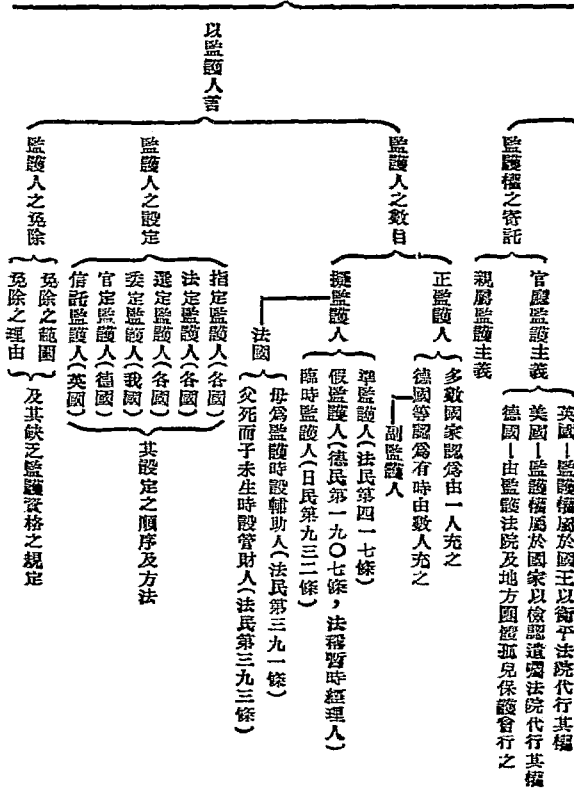
(b)關於終止事務者 例如監護終了之報告任務，自羅馬以來，若英，若美，若法，若德，若西，若日，以及我國均承認此一原則；但其內容則各有異。在日本，監護人或其繼承人，須於監護任務終了時，二個月內，作管理之清算；並須有監督人之臨場始有效。在德國管理之清算書，由監護人提出於監護法院；有監督人者，則由監督人向監護法院轉提之。在我國，由監護人會同親屬會議所指定之人為財產之清算，親屬會議對其結果，未為承認前，監護人不得免其責任。

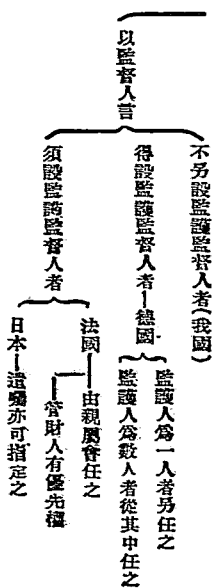
(c) 關於損害賠償者。監護人對於被監護人財產所致之損失，各國皆認為監護人有賠償之責。但關於賠償請求權之時效，則不一致：我國認為自親屬會議對於清算結果拒絕承認之時起，二年間不行使而消滅；法國認為未成人得對監護人為訴訟，自未成人至成年之時起，十年內不行使而消滅；日本認為監護人與被監護人之間，因管理財產所生之債權，自其管理權消滅之時起，五年內不行使而消滅是也。

「圖表七十一」監護之機關表



監護之機關





(二)關於監護之法院管轄

監護制度非純粹一私法關係，實具有公法上職務之性質，已如上之所述；則一國對於留在其國之外國人，有否設監護之管轄權，殊成重要問題。此應分爲對於未成年人之監護及對於禁治產人之監護兩端論之：

(甲)對於未成年人之監護 關於未成年人之監護管轄權，在原則上各國大都採本國管轄主義，在例外上則亦採居留國管轄主義。蓋：

第一，所屬國管轄主義 其意義不外，對未成年人而設之監護，無論爲管理其財產，保

護其身體，要皆以補充被監護人之能力爲其基礎。既爲決定能力之問題，自必依其本國法。始能貫徹；更必由其本國管轄始能圓滿爲之；此所以關於監護之管轄權，在原則上不能不歸之於其所屬國也。且一國對於留在外國之內國人民，關於未成人之監護，管保留管轄權，則對於留在內國之外國未成人，亦應承認其所屬國管轄權之存在，更係當然。波蘭國際私法適用法第二十四條曾明文規定曰：「各種法定之保護，由需保護者之本國官署主管之，」即其例也。

然如外國人在其所屬國設有監護，內國依原則之規定，自不能不承認其有效；惟外國人之留在內國者，將何由使其所屬國達此管轄之目的乎？今日各國慣例，頗多締結條約，互認各該國領事有監督其本國人民監護之權利者，如德日領事職務條約第十三條是也。即未設有條約之國，亦皆默認領事有此職權。海牙監護條約第二條亦云：「若本國法上之未成年者，於外國有居所，而其本國未設定監護者，有本國職權之外交官或領事，得依其本國法爲之設定監護，」亦其一例。

且在特殊場合，居留國已爲監護之設定，依海牙條約第四條第五條之規定，其所屬國仍_能爲新監護之設定。新監護設定後，須速通知最初設定監護國之政府，其政府須通知設定監護之官廳，該官廳不存在時，則通知監護人停止其職務；故加入該條約國，須負法律上規定最初監護於何時期停止之義務。

第二，居留國管轄主義。未成年人之所屬國未爲之設定監護，或不能設定監護，苟仍依原則而不由居留國爲其設定監護人，此不特對於未成年人不能盡力保護，抑且有害第三人之利益，故各國又皆設一例外，認外國人之居留國，亦有監護之權；其甚者更認爲由其所屬國之使領行監護權時，如居留國有反對之情事者，則亦不能爲之（海牙條約第二條但書參照）。波蘭法第二十六條：『於波蘭有住所或財產之外國人，有必須保護之情形，而其本國官署不爲充分之救濟時；波蘭官署得依波蘭法暫時或確定與以必要之保護，』其一例也。海牙條約第三條：『於外國爲居所之未成年人監護，若其所屬國未設定，或不能設定時，其監護依所在地法設定且執行之，』又一例也。我國法律適用條例第十八條，日本法例第二十三

條，對於未成年之外國人設定監護，皆認爲須具備三種條件：第一條件，被監護之外國人，須在居留國有住所或居所者；第二條件，須依其本國法有監護開始之原因者；第三條件，須其本國無人行使監護事務者是也。後一條件在解釋上有兩種意義，一爲其本國法院對於在居留國之該國人，全不設以監護者，一爲其本國雖任有監護人，而其監護人在居留國，因缺格等事由，不能實行其監護之事務者。

海牙條約第七條，第八條，並認爲在監護設定以前，或緊急之際，居留國之官廳，對於未成年之外國人，身體及利益之保護，得爲必要之處分，是不問管轄權之何屬，依其約定，居留國在實際上已有一部分之管轄權矣。又居留國之官廳認爲對於未成年之外國人，有監護之必要時，於知其狀況後，須即通知未成年人之本國官廳；其本國官廳受通知後，亦須將監護設定之旨，速通知於原發通知之官廳，是又所以調和所屬國與居留國之隔隙，而使其趨於同一步驟也。

居留國對於外國之未成年人有監護管轄權，在今日固無可爭之點，但如波蘭法第二十五

條之規定，更進一步當事人之本國法，亦可放棄其專轄主義，而許居留國在一定場合，有其管轄權，即「波蘭人有住所或財產在外國時，波蘭官署得以實行保護之方法，付與其國之官署；但以確知外國官署對於被保護人，或其財產，能與以充分之保護者為限」是也。

(乙)對於禁治產人之監護 為禁治產人而設定之監護，屬於禁治產宣告之效力之範圍。內國能否有此一種監護管轄權，當然依有無禁治產宣告權而定，並依宣告後是否採法庭地法主義而定。可參看第十章，不另詳。惟須注意者，我國認為在中國受禁治產宣告者，中國即隨之有監護管轄權，日本同；蓋不如是，實不能充分保護第三人之利益，而與由中國為外國人宣告禁治產之目的違耳。

(三)關於監護之法律適用

遇有涉外的監護關係，應以何國之法律為其準據法，此間似應分為兩種情形論之，較為完備。兩種情形謂何？第一，內國承認被監護人之本國法院有管轄權，且已任命監護人者，

在內國應根據何種法律，決定其關係是否成立，並有如何之效力。第二，在特定場合，內國法院對外國人認為有監護管轄權者，又依何國法律為之設定監護人，或不為之設定監護人。用特分述如左：

(甲)由所屬國設定監護人者 被監護人之所屬國，為其設定監護人時，內國是否即採本國法主義而承認其有效，抑採他種準據法主義而否認其效力歟？為說不一：

第一，財產所在地法主義 其中又可細分為三派，各不相同。一曰絕對的財產所在地法主義，謂監護關係，僅一財產管理關係，至於被監護人之身體保護，實居於附帶地位，故不問其監護人是否為其所屬國法律上所任，一切皆依財產所在地之法律，定其監護之關係是也。一曰統一的財產所在地法主義，謂監護關係應分為對於被監護人之身體關係，及對於被監護人之財產關係；身體關係應依被監護人之屬人法，財產關係不問動產不動產皆應依其所在地法是也。一曰特殊的財產所在地法主義，謂身體關係固應採屬人法，即動產關係亦然；惟涉及不動產關係之監護，則須依屬地法是也。所謂屬人法，英美普通學說及其判例，皆作住

所地法解，華東(Watson)卽其一人；但亦有其派之國家作本國法解者。所謂屬地法，例如外國被監護人之在英美享有不動產，無論如何之監護人，苟爲英美所不許可者，卽不能有其資格行使監護權；欲實現監護之目的，惟有依英美法另外指定監護人，依英美法管理該項不動產而已！英美外，若亞爾然丁民法第四〇九條第四一〇條，蒙得維的亞條約第二二條第二三條亦採之。

按此一主義，無論何派皆失其當！就絕對的財產地法言之，監護之目的，與其謂爲重在財產之保護，無寧謂爲重在能力之補充；因能力問題，其效力始有及於被監護人之財產方面者，然卽有與財產毫無關係者，則主張援用物權依所在地法之原則，自甚牽強。就統一的財產地法言之，如關於財產之處分等事，固不能謂與所在地法無干，然監護對於被監護人之財產關係，重在如何爲之管理，如何爲之代表，非皆一一依所在地法，始能達監護之意旨。況若動產，時時變更其所在地，則每經一度變更，隨而變更其監護關係，隨而改置監護人，是直視法律爲遊戲之舉矣。就特殊的財產地法言之，此固爲英美主義中之代表，且在適用上似

亦應顧及不動產所在地之法律如何，以定其監護關係，無如探之爲一種絕對的原則，殊亦覺不甚便利。蓋財產之管理，不問何種原因，總以整齊劃一爲貴；倘依其說，被繼承人之不動產散於數國時，勢必各爲之適用其法律，致一監護關係，有數多不同之監護制度相加，卽無由收管理上指揮統一之效；此所以僅行於英美等國，而爲法意德奧法系所不取也。

第二，住所地主義。謂監護當依被監護人之屬人法，蓋監護之目的在保護被監護人之利益，則在適用法律上亦應從被監護人之利益保護方面，而求其準據法；其最能合此目的者，當然爲被監護人之居於斯食於斯寢於斯之住所地法耳。且監護爲公之職務，踰其法境卽不發生效力，被監護人之本國法院雖與其設以監護人，或由其親屬與其選以監護人，但並不能在被監護人之住所地，能當然行使其監護權，故其關係之確定，須仍依住所地法定之。採住所地法主義者，若門的內哥羅財產法第七八九條，匈牙利一八九四年婚姻法第一一二條，蒙得維的亞條約第二一條，第二五條等皆是。蒙得維的亞條約並於第一九條規定保佐亦採之。他如畢氏國際私法典第九十七條，亦兼規定此一主義之適用。其條文曰：「無能力者，由某

國遷移其住所於他國時，承認住所地法爲屬人法之締約國，得令出監護或財產管理之承認證書，或爲之另定監護或財產管理，「尤爲有力之主張」。

按此一主義，以住所地法爲屬人法之國，縱有如何困難，爲貫徹其立法精神起見，或尚可用。若普通國家以本國法爲屬人法，自不容再依住所地法定其效力，蓋如是不啻直然推翻本國法主義矣。況住所遷徙無常，甚或有二以上之住所，則監護關係既常隨住所而變更，又恆不免於同一時間而有兩種監護關係之存在，其不當爲何如耶？

第三，本國法主義。謂關於監護之機關，監護之成立所包含之一切問題，皆應依被監護人之本國法定之。因設立監護之目的，不外補充被監護人之能力，並保護其利益，是乃關於人之法律，並非關於物之法律，自應以被監護人之本國法爲其準據法。且監護之性質，縱不認爲係在一定之範圍內，爲親權之擴張，而爲純粹之私權行使；但亦不能列爲公之職務，排斥其效力之出於其國境外。監護人之本身或不免於公職務之性質，但監護之整個關係，則固一私法關係，依被監護之本國法，與內國又有何害？況監護人管理被監護人之不動產，欲爲

讓與或抵押之行爲者，往往須經親屬會議或本國法院之同意，苟被監護人之本國法，未如荷蘭法第二十五條，讓與內國法律以管轄權者，則內國僅以不動產所在地之理由，重新定其監護關係，勢必引起種種之複雜問題，亦極不便。依此說，凡監護人之資格，設定，及其以如何之方法，如何之條件，保護被監護人之身體，管理被監護人之財產，皆得行其本國法所認之監護權，不問其財產所在地法，被監護人之住所地法，甚或訴訟地法爲如何之規定也。歐陸派學者如巴爾等皆主張之。

按此一主義，爲監護準據法之一大原則，除英美派外，今日任何國家之立法，皆不能完全離開其範圍，是固極可許焉。但如絕對適用此一主義，在實際上亦往往有難通之處，故各國法例又嘗明定或默認有相當之例外，以補其缺。卽所謂

第四，本國法原則主義。謂監護，依原則言，係爲保護被監護人之利益，而又關於其能力問題，苟不依被監護人之本國法，頗不易達此目的，斯固然也。但在他之一方面，監護亦極有關於第三人利益者在，更不能因保護被監護人一人之利益，致妨及內國之公益，此則不

能。不。為。之。設。有。例。外。也。況。有。時，專。依。其。本。國。法，被。監。護。人。之。利。益，亦。有。不。能。適。當。保。護。者，故。即。為。充。分。保。護。被。監。護。人。之。利。益。計，仍。不。能。不。參。以。例。外。之。規。定。焉。今。日。各。國。法。律，如。德，日，波。蘭。及。我。國。皆。採。此。說，而。歐。洲。各。國。間。屢。次。調。印。之。條。約，亦。同。此。規。定。雖。然，此。一。主。張。之。採。用，如。欲。詳。細。分。析。之，實。有。三。種。之。異：

(a) 本。國。法。兼。物。之。所。在。地。法。主。義。謂。關。於。財。產。之。管。理，固。應。依。被。監。護。人。之。本。國。法，但。管。理。方。法。中，若。不。動。產。之。讓。與。與。處。分。兩。事，常。影。響。於。第。三。人。之。利。害。甚。鉅，則。不。能。不。使。原。則。與。例。外。同。時。並。用。也。依。其。本。國。法，讓。與。被。監。護。人。之。不。動。產，須。經。親。屬。會。之。同。意，而。不。經。之。者。固。為。不。可；但。所。在。地。法。不。許。讓。與，苟。僅。依。其。本。國。法。漫。為。讓。與，則。第。三。人。必。蒙。不。測。之。損。害，自。亦。不。能，而。須。受。所。在。地。法。之。限。制。至。於。監。護。人。之。處。分。被。監。護。人。之。財。產，被。監。護。人。可。否。主。張。其。無。效，或。請。求。原。狀。回。復，則。與。一。般。之。物。權。同，依。其。標。的。物。所。在。地。法，更。係。當。然。海。牙。監。護。條。約，既。於。第。一。條。規。定，『未。成。年。人。之。監。護。依。本。國。法；』又。於。第。六。條。第。一。項。規。定，『監。護。之。管。理，不。論。所。在。地。法。之。規。定。如。何，凡。未。成。年。人。之。身。體。及。財。產。皆。及。之；』是。採。本。國。法。主。義。也。然。於。第。六。

條第二項則規定「此規定，依所在地之法律在特別土地制度之下，關於不動產得有例外，」是又兼採所在地法矣。不僅在明文規定上如是，即於實際適用上亦不乏其例；歐洲各國，監護人違背監護之義務，不法管理被監護人之財產，而致受有損害，認為被監護人在監護人之財產上，設有法定抵押權，但在日本等國不認此種法定抵押權，則其不動產在日本時，此種監護之關係，亦不能依被監護人之本國法而成立也。

(b) 本國法兼被監護人住所地法主義 謂監護關係之決定，誠不能不依被監護人之本國法；但如其人留在於內國，即與內國之公益問題發生密切之關係，不可不受留在國法律之限制，且必如是，或更可達保護被監護人之目的焉。法律有明文者，如我國對於有住所或居所之外國人，其本國有置監護人之原因，而無人行使監護之事務者，則依中國法（法適第十八條但書第一款參照），日本同（日法例第二十三條第一項參照）。何以在此場合為中國法之適用？因中國法為其住所地法也。何以在此場合為住所地法之適用？因原則上固應依被監護人之本國法，然如其本國法向未有監護人之設定，或有其人而非在中國能行使監護之事務者，

或由中國任命監護人不能依其本國法上之程序或方法者，則爲保護第三人之利益計，爲保護被監護人之利益計，爲應實際上之需要計，自不應拘守原則之規定，而以適用中國法爲必要，此例外規定之所由生焉。再進一步言之，於實際之適用上，本國法亦嘗受住所地法之限制。例如監護人對於被監護人身體方面之監護，各國往往許其準用親權之規定，親權中之懲戒權等苟違反住所地之公益者，不能依本國法而行使，必受住所地法之限制；則監護權之在此同一情形中，亦當然認其受行使地之公共秩序之限制，換言之，卽不能違反住所地法之禁止者，而爲監護之實行，此又其一端也。

(○)本國法兼法庭地法主義 此一主義與前兩主義有相同點，亦有相異點。財產所在地，或住所地，卽其訴訟地者，在另一方面自皆可另稱爲『兼法庭地法主義』，但如不同爲一地者，則不可稱『兼所在地法主義』，或『兼住所地法主義』，卽是『兼法庭地法主義』：此其有異者一。又『兼所在地法主義』云者，只就不動產方面限制本國法之適用，不問基於住所公益之規定如何；『兼住所地法主義』云者，只就住所地方面限制本國法之適用，不問

不動產關係上之規定如何；『兼法庭地法主義』則無如是限制，凡法庭地法認爲維持其公益時，皆可於任何理由中，舍本國法之原則，而代之以法庭地法；此其相異者二。法庭地與其不動產所在地，或住所地絕無關係者，在適用法律上似不發生本國法之例外，但如監護人對被監護人體罰之類，而爲法庭地法所絕對禁止者，自不能由監護人依其本國法爲此項懲戒權之主張。法庭地不僅限於不動產之理由，或住所之理由，只須有住所，或財產之外國人，而須依法庭地法保護者，法庭地即可於其本國法外，兼爲法庭地法之適用，此更易見之例。波蘭法，在原則上既認爲各種法定之保護，由需保護者之本國官署，適用其法律而主管之。但同時又認爲波蘭人有住所或財產在外國時，例外上可許外國法律支配其監護關係；反之，於波蘭有住所或財產之外國人，亦可由波蘭於必要時，依波蘭法與以暫時或確定之保護；即『兼採法庭地法主義』之表示也。此外畢氏國際私法典上，又有一特殊之主張。應稱爲

第五，各種屬人法與地方法主義。即將監護關係就其各要點，分別爲一方屬人法，雙方屬人法，或地方法之適用是也。試擇最一述：一方屬人法者，適用未成年人或無能力人之屬

入法也。凡與監護或財產管理目的有關係者之組織及分類；關於準監護人之指定；監護人或財產管理人所應供給之擔保，及執行監護或財產管理之規則；關於刑事責任以外之出納義務；親屬會議之權利義務與運用，以及其組織與特別無能力等等皆依之。雙方的屬人法者，除被監護人等之屬人法外，同時並適用監護人，財產管理人，或準監護人之屬人法也。對於監護或財產管理，以及與準監護有關之無能力與不願就任等事依之。地方法有單獨適用之者，有與雙方屬人法共同適用之者。共同適用者，如關於監護之登記是也。單獨適用者，如關於監護人或財產管理人有給付扶養費於未成年人，或無能力人之義務，以及與以相當懲戒之權利；並刑事責任有關之出納義務皆依之。他如監護人或財產管理人所提供之擔保為抵押或質權，其擔保應照地方所規定之形式而成立，任何親屬會議之記錄與決議，應遵照其召集地法所規定之方式與要式等等，亦為單獨適用地方方法之例。

(乙)由居留國設定監護人者 外國人之所屬國法院，並未為其人設定監護，但居留國認為在一定場合，應對居留於內國之外國人有監護管轄權，其監護設定當依何國法律定之乎？

有兩說焉：

第一，法庭地法主義。謂居留國依公益上之必要，爲居留於內國之外國人設定監護，應與對於內國人設定監護之意義相等，惟有依居留國自己之法律定之。苟不取自己法律上所認之效力，則因監護之組織，監護之成立，監護之監察，各國規定不同，而依外國法將有不得設立監護之勢，即無由達其特別管轄之目的。且關於監護人之資格問題，原一權利享有之問題，自當依其所由享有該權利之國之法律，更爲法庭地法主義採用之一論據。況外國人之所屬國爲其人設定監護，居留國已得根據公益上之理由，而不完全接受，則由居留國以特別理由，爲之設定監護人時，爲充分實現此特別原由之精神計，更應完全依居留國法律是定；不問監護人之對於被監護人人身體上的關係，抑財產上的關係，皆如是也。此說，日本山田三良對於日法例第二十三條第二項之解釋採之。

按此一主義，雖有學者不爲贊許，固無害也。反對之理由，不外監護爲對於無能力人或限制能力人，補充其能力之關係，既爲能力問題，斷不能舍屬人法而適用法庭地法，即由居

留國管轄，亦宜依其本國法設定監護也。其說誠不得謂之爲非；但須知此之能力云云，係出於善意的補充，而又與居留國第三人之利害有關，既由居留國以特別原由爲之設定監護人，卽不能拘泥於原則之遵守，而以能力準據法爲反對口實。且外國人之無能力者，內國在一定場合，亦嘗認爲其有能力，而推翻能力依本國法之原則（我法適第五條第二項參照），已爲學者所公認，何獨於此而懷疑乎？然則此一主義卽係定則歟？非也。蓋監護關係終因與能力問題有關，完全依法庭地法而於任何問題上，皆反對本國法之適用亦屬不妥。

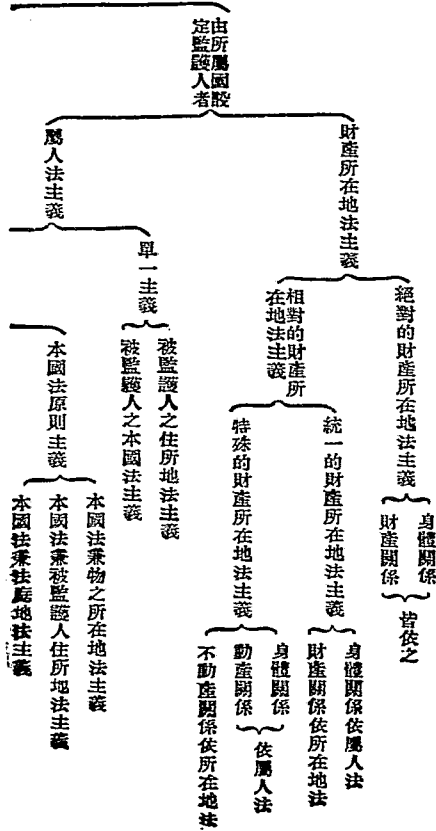
第二，法庭地法兼本國法主義 謂由外國人之所屬國爲之設定監護者，居留國自當以本國法之適用爲原則，而以居留國法爲例外；由居留國爲外國人設定監護者，居留國亦當以居留國法之適用爲原則，而其本國法爲例外。前者重在人之能力問題，但地之公益關係亦應兼顧；後者重在地之公益問題，但人之能力關係仍應注意；事雖兩歧，理固一也，例如海牙監護條約第五條云：『監護無論如何，須依未成年者之本國法規定之原因及時期，以爲始終。』所謂監護無論如何之義，不外重視在由居留國設定並執行監護之時亦應如此耳。又波蘭

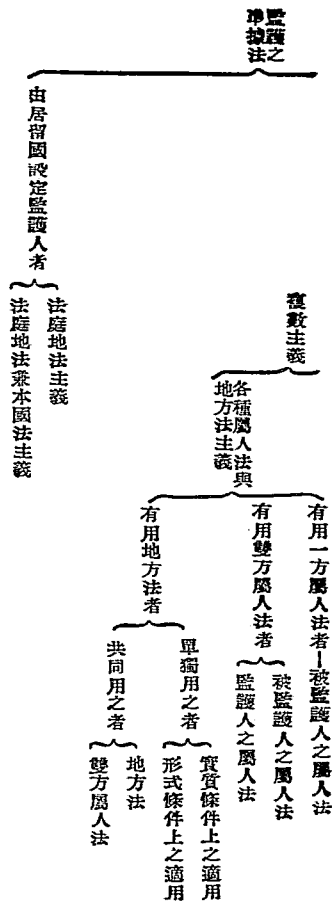
法第二十六條之規定，雖認爲波蘭官署，得依波蘭法暫時或確定與外國人以必要之保護；但監護之開始終止之時期及其原因，仍依被保護者之本國法，更一顯例。我法適第十八條但書第一款之規定，苟其本國法未爲設定監護，而由我國爲之設定時，條文上固明定應用中國法，是於此一端上採用居留國法主義無疑，但採用之條件以『依其本國法，有須置監護人之原因……』云云，是與海牙條約及波蘭法之精神，並未完全有異也。

於此成問題者，乃法適第十八條但書第二款，在中國有住所或居所之外國人，在中國受禁治產之宣告者，其監護依中國法，爲採某一主義者？從字面言之，當然爲居留國法主義，山田三良對於日法例第二十三條第二項之解釋，即係基於字面上之見地而然，但與我法適第六條連合言之，則未見其然。蓋禁治產之宣告，乃監護開始之原因。而在中國得受禁治產之宣告者，依法適第六條規定，須依其本國法及中國法，同有禁治產之原因者，得宣告禁治產；則在監護開始之原因上亦未始無本國法之成分也。至日本法例第四條。禁治產宣告之原因完全依其本國法，則監護開始之原因更係基於其本國法而然，山田三良解釋其法例第二十二

條第二項，不能謂無錯誤，吾人慎勿以山田三良之見解，用而解釋我法適第十八條但書第二款，謂其亦採粹絕的法庭地法主義也。

『圖表七十二』監護關係之進據法主義表





第二十一章 扶養

特定之人，對於其他特定之人，不能自為生活，或受教育之時，給以生活之資，或養於其家，或使之受教育者，曰扶養。不可不任此事之責任，曰扶養義務；任其責任之人，曰扶養義務人，享受其扶養者，曰扶養權利人。扶養問題之所由發生，蓋基於國家以公益及人道

之關係，認爲貧苦之人不能置諸救助之外，然欲由國家對人人而爲救助，其事或有未周，故規定在一定的親屬之範圍內，彼此應先依法負有救助之責任，不容無故而推諉焉。有扶養義務之人而不爲扶養者，刑法上謂之遺棄，應受國家之制裁，此亦各國立法例上之大致相同者。不過各國雖同認扶養制度，其規定之內容不必皆一；苟扶養義務人與扶養權利人國籍有異，而請求扶養時，則發生準據法之問題矣。用分兩項述之：

(一)關於扶養之法律衝突

各國法律上對於扶養之規定，有立爲專章者，有散見各條者，其將一切親屬關係中人擇而列之於內者，有將養親子女或私生子女除外另定者，一一比較其異點，殊覺費時，茲特就其大者，依左列標準，以表示其衝突點之所在：

(甲)扶養義務之性質及存在 第一，就扶養義務之性質言，有絕對認爲出於公益上之義務者，視受扶養權爲一身專屬權，不得自由處分之；凡讓與，拋棄，及以其權利供扣押，皆

所不許，日民法第九六三條『受扶養之權利，不得處分之；』德民法第一六一四條『將來之扶養，不得拋棄之』，皆指此言。有相對認爲出於公益上之義務者，即扶養義務之所以負擔，亦有一半屬於私人間權利義務者在，故許其轉讓，拋棄是也。

第二，就扶養義務之範圍言。我國法，互負扶養義務者，爲直系血親相互間；夫妻之一方與他方父母同居者，其相互間；兄弟姊妹相互間；家長家屬相互間。日本法，與我國略同，其所異者，戶主對於其家族負扶養義務，而家族對於戶主則無此義務耳。意國法，扶養義務之範圍，亦及於姻親。法國法，舅姑窮乏時，婿與婦亦負扶養義務，但姑再婚時，或婿及婦之配偶者及其子皆死時，無此義務。英國法，限於配偶間，直系血親間，有扶養義務；德略同。葡國法，扶養義務及於十等親之未滿十歲者，其範圍則較廣。奧國法，對於贈與者亦負有扶養義務，是更不以姻親爲限矣。

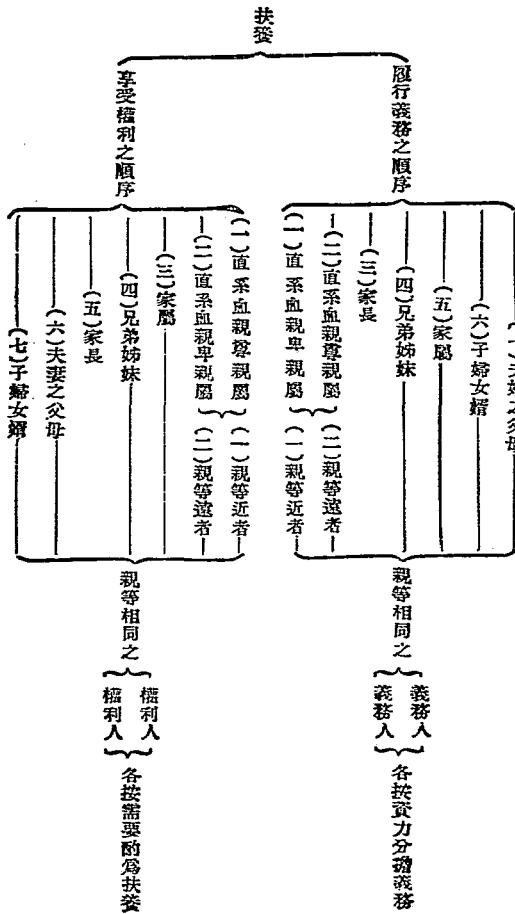
第三，就扶養義務之順序言。被扶養者如祇有一人，而負扶養義務者有數人時，何人在扶養義務之負擔上，應爲之先？我國法之規定，近於日本法，而與德國法有異。何以言與德

國法之各別？德國法，直系尊屬對其卑屬負擔扶養義務時，父先於母而負責任，母對於子女之財產爲收益時，則母先於父而負責任；直系卑屬對其尊屬負擔義務時，則依法定繼承順序及繼承分之率而定。我國法，前者應各依其經濟能力，分別承擔；後者則依扶養之法定順序定之，與繼承順序不爲混同。何以言與日本法之相近？皆列有法定之順序，以定履行義務之人；但既曰相近，亦即仍有不同者在：我國以配偶除外，故列直系血親卑親屬爲第一位；日本以配偶爲第一位，故次直系卑屬爲第二位；此其相異者一。我國以兄弟姊妹列於家長順序之次，家屬，子婦女婿，夫婦之父母順序之前；日本以兄弟姊妹列於最末位，且不承認家屬之對於家長有負養義務，亦未列入之；此其相異者二。我國以夫婦之一方與他方之父母同居者，相互有扶養義務，故列子婦女婿爲第六位，夫婦之父母爲第七位；日本以夫婦之一方與他一方之直系尊屬而在其家者，相互有扶養義務，其範圍較中國爲廣，且在其間亦未分扶養義務之先後，統列之於第五位，僅以親等近者爲先而適用之；此其相異者三。我國負扶養義務有數人，而其親等同一時，各按經濟能力，分擔義務；日本則認爲如有在家者與不在家者

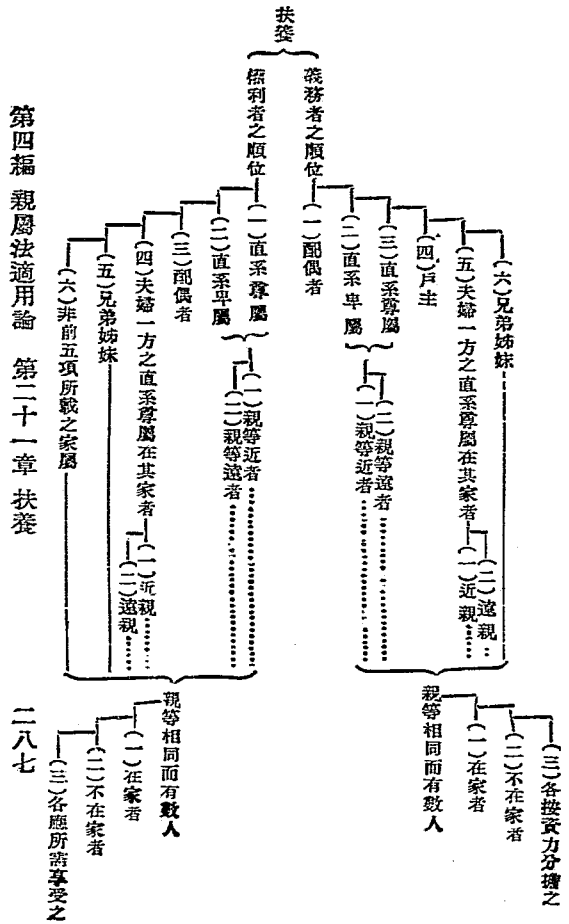
之別，在家者須先爲扶養：此其相異者四。

被扶養者如有多人，而負扶養義務者之經濟能力，不足遍及其全體時，又應以何人爲先受扶養者？德國法，以直系卑屬優先於直系尊屬；同爲卑屬，則以法定繼承可認其被定爲繼承人者，優先於其他卑屬；同爲尊屬，則近親先於遠親。日本法，以直系尊屬優先於直系卑屬，同爲尊屬，同爲卑屬皆以親等近者爲先；而親等同者，在家者得先受扶養；同在家，或同不在家，各應其需要而受扶養。我國法，與日略同，但無在家與不在家之別；且家屬順序列之於第三，非日本之列於最末；家長亦有受扶養權，位在家屬，兄弟姊妹之次；夫婦之一方僅與他方之父母有相互受扶養權，非泛以其直系尊屬或卑屬爲範圍；此又與日本之不同也。又德國法、配偶者同於未婚之未成年者之子女，則此配偶者當優先於他子女及其他親屬；離婚配偶者，及因受死亡宣告者之配偶尙生存時，而發生婚姻取消之事，致有扶養權利之配偶者，其受扶養權亦優先於成年子女或既婚子女，以及他之親屬。日本法，以配偶者列於直系尊屬及卑屬之後，位第二。我國法，不列入。

「圖表七十三」我民法親屬編關於扶養之順序圖



「圖表七十四」日本民法上關於扶養之順位圖



第四編 親屬法適用論 第二十一章 扶養

(乙)扶養義務之程度及方法 第一，就扶養義務之程度言，我國法，應接受扶養權利者之需要，與負扶養義務者之經濟能力及身分定之；日本法同；德國法，應與扶養之程度，依受扶養權利者之身分而定，其扶養包括一切生活上之需要，在須教育之人，並包括教育費及職務豫習費；法國法，依權利者之要求，及義務者家產之狀況定之。

第二，就扶養義務之方法言，我國法，扶養之方法由當事人協議定之，不能協議時，由親屬會議定之；且當事人得因情事之變更，請求變更之。日本法，扶養義務者，自從其選擇，領受扶養權利者給以衣食住而養之，或不領養而給以生活費亦可；但有正當之事由者，法院得由扶養權利者之請求，定扶養之方法。至法院判決根據之事實有變更時，當事人亦可請求變更或撤銷其判決。德國法，扶養當由於定期金之支付而與之；父母扶養未婚之子女，更得指定扶養之種類。及其豫付之期間，但有特別理由時，監護法院得因子之申請，變更父母之指定。法國法，亦以給與金錢為原則，但義務人立不能給與之證時，法院得按其情形，判令移取權利人於其住所養之；又父母移取應給養費之子女於其住所養之者，法院亦可判令不

必再給養費。

(丙) 扶養義務之開始與停止 第一，就扶養義務之開始言，我國法，受扶養權利者，於不能維持生活，而無謀生能力之際，扶養義務人苟非同一情形，即應扶養之；但直系血親尊屬縱有謀生能力，僅在不能維持生活時，亦須扶養之。日本法，於扶養權利人不能以自己資產或勞力為生活時，須受扶養外，並規定不能以己之資產受教育時亦然。但若兄弟姊妹間相互受扶養之權利，須其貧困非由於過失而生時始可，不過扶養義務人如係戶主，則外其限。德國法，非不能自活者，無扶養之權利，但未成年之未婚子女，縱有財產，而其財產收入及其勞力收入，不足給養之程度時，仍得對其父母請求扶養。至於因自己品行上之過失而致貧困者；直系卑屬父母及配偶犯剝奪遺留分之權利所生之過失而致貧困者；以及子女對於祖父母以上尊屬，有剝奪其遺留分權利之要件者；其扶養之請求皆受限制，至多僅得請求必需之扶養。法國法，較為寬泛，扶養權利人貧困時，在原則上即發生養之之義務。

第二，就扶養義務之停止言，我國法，因負擔扶養義務而不能維持自己生活時，免除其

義務；其他則無明文。日本法，並此一點亦未規定。法國法，規定扶養義務人已至不能給與之時，或扶養權利人已至無須受其全部或一部養費之時，得爲止給或減給之訴；但前項情形中，法院仍可斷令養之於其家。德國法，扶養權利者如經死亡，扶養之關係固應歸之消滅，然扶養義務者不能即免除其義務，蓋如扶養權利者死亡時，其繼承人不能支付喪葬費用者，仍由扶養義務者負擔之是也。

(丁) 非婚生子女之扶養問題 關於非婚生子女之扶養，其生父有無此種義務，如何履行此種義務，各國規定亦極有異；大凡非婚生子女取得準嫡子女之身分者，不特父有扶養義務，子女對其父亦有之；然因準嫡規定，各國不同，其間亦大有影響於扶養之進行，此固無待論者。茲所言者，子女處於非婚生子女之地位者，其生父除自願扶養外，有無此義務耳。

第一，絕對負扶養義務者 奧國法，普爾法，任何非婚生子女皆有享受扶養之權利，其生母雖在受胎期間，與多數男子有性交之關係，亦不能否認此權利；子女之監護人得按照法定程序，依次對各關係人提起訴訟，要求其扶養，並與婚生子女享受同樣之教育。美國法，

其扶養義務，並由法官強制任之。

第二，相對負扶養義務者。德國法，其生母在受胎期間，與他之多數男子有性交者，不許子女強其父爲扶養義務；此外，其父負扶養之責，於滿十六歲止，父雖死於子女之出生前，子女仍有扶養請求權。瑞士法，在其生母於受胎期間有不正當行爲之情形外，子女有要求扶養之權；其扶養以金錢爲之，依照法官之規定，應先付給，至子女滿十八歲止，如生母讓步，或對之有不利之約定，得由子女提起訴訟。英國法，亦認爲在前例之限制情形中，得免扶養義務；而其生父爲未成年之男子者亦然。

第三，絕對無扶養義務者。墨西哥一九一七年之法律，絕對禁止父子關係或母子關係之承認，故子女對於其生父，即無法定上之扶養請求權。拉丁法系之法典，如亞爾然丁，烏拉圭，巴西等，對於私生子女以外之姦生子女，亂倫子女，無論父子關係，母子關係皆禁止承認，在此一點上，其生父亦對之絕無扶養義務。

第四，相對無扶養義務者。意大利法，葡萄牙法，西班牙法，委內瑞辣法，雖禁止父子

關係之尋認，然有時因事實之明白宣示，即不尋認其父子關係，而其關係業已成立者，亦准子女爲扶養問題，而提起訴訟。例如以法律程序宣告婚姻無效之私生子女，因刑事或民事終結判決而知其生父爲誰之私生子女，仍不能請求法定認領，但可請求其生父爲扶養義務是也。

(二)關於扶養之法律適用

扶養者與受扶養者之間，雖發生財產權上之債的關係，然與普通之債有別。普通之債或由法律行爲而發生，或由不法行爲而發生，或又由不當得利，事務管理而發生；扶養之債則必以一定之親屬關係爲其前提，其負此義務者，乃基於親屬關係所生之法定義務而已。因之扶養之準據法即不同於債之準據法，今日一般學說皆公認屬人法爲其適用之原則，但爲何種屬人法，尙無定論；而一般扶養與非婚生子女之扶養，其適用法律亦不盡同。試分述之：

(甲)普通親屬間之扶養 即不包含所謂非婚生子女扶養問題以外之一切扶養是也。關於

其法律之適用，共有下列諸說：

第一，權利者之住居地法主義。謂扶養義務之履行，爲救助權利者之貧困而設，故應依與權利者有利益之法律定之；扶養義務之存在，足以減少貧困之人民，而增加社會之富力，並免除公家之救恤，與公安問題所關亦巨，故更應依權利者之住居地法定之。然其所謂住居地法者，又有兩派見解之不同：

(a) 權利者住居地法說。德國判決例曾採用之。蓋以權利者無論屬於何之國籍，而其貧困之直接影響，實其住居地之公安，苟不依住居地法，使貧困者得以請求扶養，勢心仰住居地之救恤，住居地之公家在經濟上蒙其損失，殊非所宜。

(b) 權利者所在地法說。美之二三邦判決例採用之。蓋以需扶養之貧困者，不必皆在異國有其住所，縱無住所，而滯留於所在國時，所在國之政府依樣不能置諸不聞不問，聽其貧困無告，故有依所在地法之必要，使其向負義務者要求扶養。此說較上說更爲深進一層。

按此一主義，無論何說，皆屬失當，何故？一則依權利者之住居地法，以決定扶養義務

，不當獎勵權利者，自由選擇利己之法律，而從變更住所或所在地之結果中，達其強厚無扶養義務之人，擔任扶養，以遂所私之目的。且負擔義務者，依自身所不知之法律，而爲義務之負擔，不特陷法律關係於不確定狀態中，並失其平也！再則依權利者之住居地法，仍未必能如其說，保護權利者之利益；蓋如住居地法上不承認權利者對某特定之人，有請求扶養權時，自不得請求之；而依他之準據法得請求之者，亦不得請求之；是豈保護也哉？直剝奪其受扶養之權利矣！三則依權利者之住居地法，似與各該所在地之公益問題有利，然救災恤貧，爲人類道德上之天職，居留國即與以救濟，亦何所損；苟不能救濟，依國際慣例亦可放逐，或要求其本國政府爲之設法。況外國人貧困者之入國，國際法上特許爲禁止之原因，應禁止而未禁止，以及應放逐而不放逐，是其國自取其咎，或以人道主義爲其立場，對之負以救助之責，縱有損於經濟，亦當然之事也。

第二，權利者之本國法主義。謂扶養義務基於親屬關係而生，親屬關係以適用本國法爲原則，故應依本國法定之；又扶養義務乃爲保護請求權利者之利益而設，故本國法云者，應

限於權利者之本國法也。此說盛行於法國法系之國。

按此一主義，仍不確當。國籍固不似住所或所在地變更之易，然權利者故意變更國籍，以求有利於己之法律，亦非絕無之事。如是，則使義務者依其屬人法以外之法律，而負擔不可豫期之扶養義務，殊不合理。

第三，義務者住所地法主義。謂扶養義務乃以義務為本位之法律關係，故應適用義務者之屬人法。其屬人法中，最堪保護義務者之利益者，當然為其住所地法也。英美學者中有採是說者，而歐陸各國之在昔日，亦極盛行此說。

按此一主義，認扶養義務為由親屬相互間之倫理的觀念而發達，以義務為其中心，採義務者屬人法主義，固極確當；然以其住所地法為屬人法之唯一內容，則在今日本國法時代，究為過去之學說，不應再主張之也明甚！

第四，義務者本國法主義。謂扶養義務乃一定親屬間之法定的義務，由一國之法律，對其人民具有特定親屬關係者，使之負擔者也。故不問權利者之國籍住所如何，苟義務者之所

屬國法律，科特定之人以此義務，該特定之人即不得希圖免除其義務，縱遷移住所，仍須負擔之。反之，義務者在其本國法之規定上，無此義務時，亦不能強義務者服從無關係之外國法，致有負擔扶養之事。德國法系之學者如巴爾，曼利等，皆主此說；日本法例第二十一條「扶養之義務，依扶養義務者之本國法定之」，以及歐陸諸國多數之立法例均屬之。

義務者本國法主義。又有人稱之爲受扶養請求被告者之本國法主義。蓋以扶養義務，雖以一定之親屬關係爲其前提，且此親屬關係亦係終身莫變之關係；然扶養義務之實際的成立，則依義務者現在身分及經濟能力，及權利者需要狀況與有無過失而定。何人果爲實際上之受扶養者，何人果爲實際上之負扶養者，須決之於判決，非可豫先定之。故義務者本國法云者，並非指特定之義務者，乃一般的抽象之義務者；換言之，即受扶養請求之被告云耳。此爲日本山田三良之說，錄之以資參考。

按此一主義，雖爲多數國家所採用，仍非絕對適合於理論者，蓋就片面之扶養義務言之，依義務人之本國法，原無不可。無如扶養義務之負擔，除極少數之例外，各國皆認爲行之。

於一定親屬之相互間者，此在今日爲義務者，安知他日不變之爲權利者乎；彼在目前爲權利者，安知將來不變之爲義務者乎？依此一主義，今日甲爲乙之扶養者，則以甲之本國法爲其準據法；異時乙爲甲之扶養者，則以乙之本國法爲其準據法。然依第一節所述，各該本國法之扶養範圍，順序，程度，方法，以及扶養之承認與否，不必皆同；勢演爲今日依甲之本國法，甲須以豐優之方法對乙扶養，異時依乙之本國法，乙或與甲以輕微之救助，或直免除其扶養義務，自非事理之平！倘甲積巨資，乙陷貧困，乙請求甲之扶養，依甲之本國法，扶養義務不能成立；一旦甲乙易其生活之地位，甲請求乙之扶養，依乙之本國法，則須極充裕扶養之；是依然不合於情理也。學者爲補救此失，遂有下列兩主義之唱。

第五，當事人共同本國法主義。一稱家之所屬國法主義。謂權利者與義務者苟爲同國籍者，適用任何義務者之本國法，皆有同一之效果，自無何等問題發生。惟不同國籍之時，始發現義務者本國法主義，在權利者與義務者易位場合，有不公允之流弊，欲救其失，莫如採其共同本國法以爲用。蓋扶養義務既爲親屬間之法定義務，親屬結合之團體爲家，家之所屬

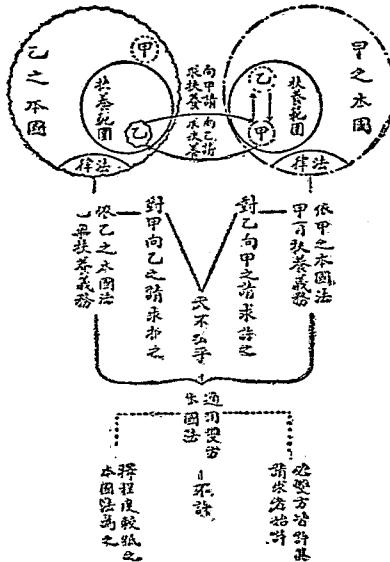
國亦即當事人之本國，乃通例也。當事人所以有國籍之異者，必係一方因變更國籍，而有如是結果；但在未變更以前，雙方固有同一之本國法，換言之，即其家之所屬國法，以之爲本國法之內容，欲免除義務者本國法不公平之結果，善無逾此。且既採用變更國籍前之共同本國法，則義務者欲以變更國籍之故，而免除其義務之巧圖，亦可防止；並可保全權利者豫行取得之扶養權利也。

按此一主義，用之於『家必以同國籍者組織』之國，如日本等，或可一試。但今日各國，夫婦不必皆同國籍，子女出生亦不必即與父母同其國籍；而非同一家屬之間，又嘗發生扶養義務；是根本有『無共同本國法』者在，更根本有超出『家』之範圍者，此一主義即無法適用之矣。至謂防義務者之故意變更國籍，以保全權利者之既得權利，亦不然！因扶養義務中之權利人，初非確定，必有合於請求扶養之條件，始能成爲權利者；反之，合於被人請求扶養之條件，又一變而爲義務者。權利者義務者之資格，既不能豫定，何言乎『既得』，何言乎『規避』？

第六，當事人雙方本國法主義 謂扶養義務通常為雙方相互之義務，不得僅以目前之權

利者，或義務者一方之本國法定之；須於當事人雙方本國法所認之範圍內定之。例如甲方之

【五十七表圖】
圖較比法國本方雙與法國本方一



本國法，認甲與乙為互負扶養義務者，而乙方之本國法認為無扶養關係者，則扶養義務不成立。蓋甲在今日為乙負擔扶養義務後，乙在他日並不為甲負擔同一義務，即失其平；故於今日決定扶養義務之時，同時適用乙之本國法，認為乙依

其本國法，無受甲扶養之權利，甲雖依其本國法有扶養義務，而因無享受權利者，自與無此義務者同。但雙方本國法皆承認其相互扶養之義務，而程度有高低不同時，則若何？此亦不

問爲某方之本國法，惟以程度較低之本國法爲用。蓋扶養義務究以義務爲其本位，爲保護義務者之利益，自應如此。換言之，程度較低之本國法，如爲負擔扶養之甲方本國法，則甲依其法定義務而爲之，不能於本國法外受有額外之損失；如爲享受扶養之乙方本國法，則乙依其法定利益而享之，甲縱減負其本國法之義務，於乙亦無何害也。至於雙方本國法之對象，學者有主張現時之本國法者，有主張義務發生時之本國法者。前者根據權利者義務者之資格非可確定以立論，不必憚其國籍之故意變更；後者根據義務者在實際須負擔義務時，突爲國籍之變更以立論，認爲應爲避免義務之豫防。愚認爲在原則上仍以現在本國法說爲妥，倘恐其在實際將負擔義務時，故意變更國籍，儘可用竊法舞弊之原則，以制裁之。德國民法第一次草案第十八條，第二二五八條，皆有規定。

按此一主義，兼具各種主義之長，實屬妥善，惜乎實際採用之者，尚不多見耳。雖學者中，類多詆責之辭，要不足掩其光彩。說者或謂扶養義務，發生於親屬扶助之道德的關係，自倫理的基礎上而規定其義務，有義務者即須負擔之；可謂與權利者之本國法毫無關係，實

無適用雙方本國法之必要。然須知此項道德觀念建築於雙方相互扶養之關係上，非片面的義務也。今僅依一方本國法有扶養義務，而他方本國法不承認之者，即失其相互扶養之意義，不公允之結果，固非法律上所願，要亦非倫理上所許也。說者又謂扶養義務異於由不法行為而生之債權債務，匪特無害於公之秩序，且依義務者之本國法，負擔其義務，縱權利者之本國法不承認之，實足以增進公之秩序，並適合於善良風俗云。然須知雙方本國法之採用，並非畏及有害於何方之公秩序而設，因扶養一事，本無關於防害公秩序之問題也。然亦不能以增進公秩序之故，而使一方負片面之義務，一方享片面之權利，蓋扶養本係互為權利，互為義務者也。既如是，則舍適用雙方本國法外，將何由達此目的耶？

第七，本國法兼法庭地法主義。此例不多見，且極無理由，願我國則採用之。其中仍有兩派之分：

(a) 權利者本國法兼法庭地法說。此說更可分為兩種解釋：一為限制權利者本國法之適用，我法律適用條例草案第十八條云：『扶養之義務，依扶養權利者之本國法；但扶養權利

之請求，爲中國法律所不許者，不在此限」屬之。其理由「扶養義務爲保護扶養權利者而設，依法律通例，應依被保護人之法；惟扶養權利請求之範圍，仍以中國法許可者爲限，所以保護吾人之利益也」。一爲擴充權利者本國法之適用，謂依權利者本國法得請求時，依本國法；本國法不許請求時，依法庭地法（見程樹德比較國際私法第一六五頁）是也。

按此說之第一解釋。因原則上係採用權利者本國法主義，如義務者爲中國人時，防有利於中國人之情事，故兼採法庭地法以限制之，尚不失有相當理由。但若請求者與義務者均屬外國人時，則中國法所不許者，仍不得請求，實莫知其理由之所在。蓋法庭地法之兼用，不外與法庭地之公安相關；而扶養之實現不特無關任何公安問題，且有增進道德之觀念，殊不應再以法庭地法限制之。至於以權利者本國法爲適用之原則，根本錯誤，更不必論。此說之第二解釋，又進一步爲權利者之保護，專依其本國法，使義務者負不可豫期之義務，已早爲人排斥；並使之能依法庭地法而要求扶養，則人人可擇其訴訟地，求利於己，其不合理自甚顯然。

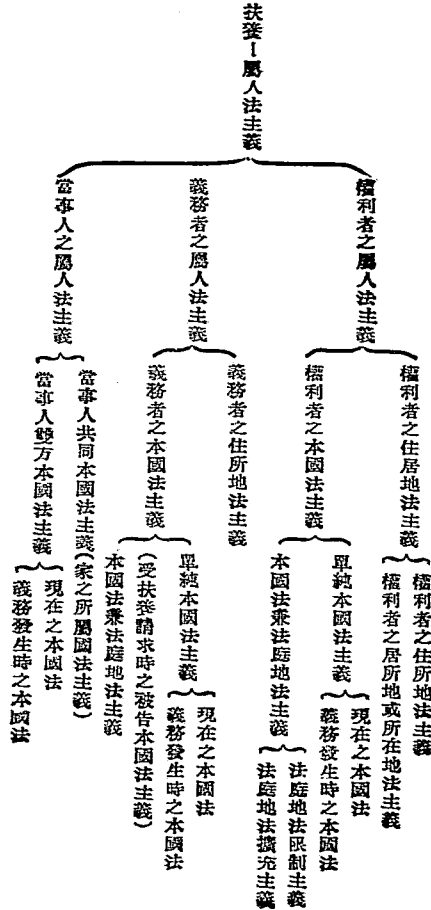
(b) 義務者本國法兼法庭地法說。我法律適用條例第十六條「扶養之義務，依扶養義務者之本國法；但扶養權利之請求，爲中國法所不許者，不在此限」屬之。

按此說，關於義務者本國法之一點，雖非盡合於理，要係採自通例，學者尙多許之。關於但書採法庭地法之一點，中外學者頗多懷疑，恐亦云然。一則中國素重倫常，扶養之範圍較任何國家爲寬，他國所許，大都中國所許，此項但書之規定，實屬無謂。再則縱認爲某項扶養義務，非中國之所許，然在一般親屬間之扶養義務，中國法院判令履行，益增加道德之觀感，亦決不致害及中國之公共秩序，藉作兼採法庭地法之理由。三則扶養義務者苟爲中國人，義務者本國法當然爲中國法，斷不致以中國法所不許之扶養而向外國人負擔之。四則扶養義務者苟爲外國人，對於中國人負擔時，中國法所不許之請求，權利者即不得要求其履行，說者謂此限制，爲保護中國人之利益而設，何見其然？雖然，愚又思之，扶養關係中之一方，苟爲中國人，他之一方爲外國人，於義務者本國法中，兼採法庭地法，不近於雙方本國法乎？但此不過偶合之例，彼固明採義務者本國法主義，尙在不同國籍之外國人場合，則僅

適用一造之本國法，而又限制以第三國之法庭地法，豈可以雙方本國法之精神為之附會也歟

1

「圖表七十六」一般親屬間扶養問題之準據法表



(乙)非婚生子女之扶養 父對於非婚生子女之扶養義務，其性質與一般之扶養義務，略有不同。一般之扶養義務為特定親屬間相互之義務，而以倫常為主要基礎者也。非婚生子女之扶養，乃父片面所負之義務，純以保護非婚生子女為目的，而其事實甚或發生於倫常之變，故不能與一般扶養義務並論，使其仍適用同一之準據法。然則將以何種法律為其準據法乎？

第一，法庭地法主義 謂父對非婚生子女之扶養義務，常引起非婚生子女之認領問題，尤其是父未與以扶養時，非婚生子女可從『父之探尋』程序中請求之。但非婚生子女之『父之探尋』，各國因道德觀念之不同，公安問題之有異，迎拒不一；則其父是否負有扶養之法。定義務，與訴訟地之公序善俗極有關係，故應依法庭地法定之。

按此一主義，注意法庭地之公安，固有一面之理由；然絕對適用之，則非妥善。當事人之屬人法不許有此義務。而法庭地法許之，如仍依法庭地法，即不免有意推翻當事人所屬國法禁止之條款，致侵及其人民主權矣。且如是，則有請求權利者，可擇地以興訴訟，亦失其平。例如普通國家，凡娼妓在營業中所生之子女，不得請求任何假父之扶養，倘採法庭地法

則此類子女或其法定代理人，均可集於奧國或普國法庭，而爲父之探尋，強其任何假父爲扶養之負擔，當然無是理也。

第二，同衾地法主義。謂父對於非婚生子女扶養義務之發生，則因母在懷胎期間，父母有同衾之事實而然。同衾地既爲非婚生子女關係之起點，父應負扶養之義務亦即由此起，所以不用其時之屬人法，而須用屬地法者，恐父母之屬人法不同，及父在中途變更其屬人法故耳。

按此一主義，殊有流弊。同衾地如在母之所屬國，或尙可用；如在父之所屬國，則極失宜；觀後自明。同衾地如在第三國，則僅一同衾之關係，即適用其地之法律，定父之扶養義務，似尙不如直採法庭地法之較有來由也。

第三，父之本國法主義。謂一般扶養義務爲相互義務，通例皆以義務本位決定其準據法，而採義務者本國法。非婚生子女之扶養義務，爲父之片面義務，依同一理由更宜採父之本國法主義無疑。且此項扶養往往爲認領的效力之一，認領的效力通例採認領者之本國法，按

諸扶養義務採父之本國法主義，亦正與之相合。

按此主義，表面上固極有據，然細審之，不能無疑。一則非婚生子女之扶養，並非基於親屬互助之義，而以有此義務，無此義務爲本位；乃以非婚生子女在一定情形中，須享受其生父扶養之權利爲其本位，故不問父之本國法有無此種義務及其程度如何，要皆應以權利者方面之法律，爲其決定之原則。二則扶養義務固有爲認領之效力者，然不予認領，僅予扶養，亦例之常，自不能以認領者本國法主義爲其論據。況認領後之扶養，則通常以其已發生親與子女之法律關係，並可列入一般扶養之範圍內，非此之所討論者。即不然，認領後仍爲父之單方扶養，因吾人已主張認領效力，應採雙方本國法主義，子女是否從父之姓，固應依父之本國法定之，子女能否向父要求單方扶養，即應依子女方面之法律定之也。

第四，母之本國法主義。謂父對非婚生子女之扶養，與認領之關係不同。認領須發生親屬上之法定關係，故不能將父之利益完全不顧，而爲父之本國法主義之絕對的否認；單純扶養，其目的僅在保護非婚生之無辜子女，故應僅依子女方面之法律定之。所以依母之本國法

而不曰依子女之本國法者，因母之本國法同時即其子女之本國法是也。且子女向其生父請求扶養，亦往往由其母代理之，而同時又與母向其生父請求撫養或賠償之事同一爲之，故又以依母之本國法主義爲便。其中又分兩說：

(a) 出生時母之本國法說。謂子女未生以前，是否得生，不可預知；即推知其能生，亦無國籍之是屬，必出生而始有其屬人法，故應依出生時母之本國法。子女出生以後，母或因改嫁而變更國籍，致影響子女出生時已取得受扶養之權利，故亦應依出生時母之本國法。且此際，子女與母之本國法，必係同一者，非如是，則母之本國法，即非必係其子女之本國法也。波蘭法第二十一條採此一說。

(b) 懷胎時母之本國法說。謂在普通之情形上，固以前說爲當；因受胎時之不易得確證也，然非婚生子女之扶養，僅在適用母在何時之本國法，與胎期之計算無關；換言之，依懷胎時母之本國法者，即子女在出生以前母之本國法是也。所以然者，因有時子女一出生，即與其母異其國籍，如母爲甲國人而生子女於乙國，乙國採出生地主義，則母與子女必分屬於

兩國，將能以母之本國法，代子女之本國法之用？於此，惟有依懷胎時母之本國法，向其父請求之。且懷胎爲父發生扶養責任之起點，對子女如此，卽對其母亦如此，兩有所宜也。

按此一主義，雖有兩說之異，然在整個之精神上，則以維護非婚生子女之利益爲目的，故在各學說中爲最有勢力者，惟有疑問者，非婚生子女之扶養，有關公益甚巨，而法庭地法不許之者，僅以母之本國法爲準而許之，究亦非宜！

第五，本國法兼法庭地法主義。德民法施行法第二十一條，規定父對於私生子女之扶養義務，及對於私生子女之賠償義務，無論如何，不得逾德國法律所認許之限度，卽採此一主義也。然細分之，其中仍有兩派不同：

(a) 法庭地法限制主義。以法庭地法限制本國法之適用之謂。例如普通關於非婚生子女之扶養義務，多依母之本國法，然欲以父之探尋方法，爲達其扶養之請求，苟法庭地國不許父之探尋者，其訴訟仍不得提出之是也。此一主義之適用，頗能對於子女之利益及法庭地之公益，而兼顧之，故甚妥。且如法庭地卽其父方之本國，尤可免當事人間各該本國法之衝突。

，父之方面亦不致永在其所屬國法外，負以扶養義務。然如由第三國處理之，則固依有利於子女之法律，不依父之本國法，除非有害於第三國之公益者，始不爲子女方面法律之適用耳。

我國對此問題未設明文，解釋上仍依第十六條定之。第十六條係採義務者本國法，而以中國法限制之；義務者本國法即父之本國法，當然不妥，中國法即法庭地法，所定甚當。故我法適第十六條之規定，倘專對一般扶養言，但書上之法庭地法主義，殊覺太無意謂，實宜刪去之。倘認爲有非婚生子女之扶養在內，則但書之設，解釋之爲對非婚生子女扶養問題而定，固亦未嘗全無根據也。

(b) 法庭地法擴充主義。以法庭地法補足本國法之適用之謂，換言之，子女方面之法律縱不承認父之扶養義務，或承認而其程度太低，爲保護子女之利益計，苟法庭地法能與以有利益之幫助者，即適用法庭地法可也。例如波蘭法第二十一條第二項，『私生子女出生時，父母於波蘭有住所者，倘依波蘭法有利於子女，則依波蘭法，』即此主義，是說更積極爲子

女利益之保護，在立法之用意上尙屬可取。

第四編 親屬法適用論 第二十一章 扶養

第五編 繼承法適用論

第二十二章 繼承

繼承，日本謂之相續，有家督相續，遺產相續之分。我國以前亦有宗祧繼承與財產繼承之別，而第一次民法草案，依習慣用語，又僅稱卑屬繼承尊屬者，曰遺產繼承，尊屬繼承卑屬者，曰遺產承受。今則統稱曰繼承，並廢宗祧繼承之制，專以財產爲繼承之內容，與歐美各國同。故繼承者，特定身分之人格者，依一定之原因，繼承被繼承人之遺產，而以包括的移轉爲原則也。欲說明國際私法上繼承法之適用，應先略知內國人及外國人在繼承法上之地位：

內國人關於繼承之法律上地位，當部族時代，財產爲部族所公有者，個人死亡無所謂遺產，繼承思想自無從發生。家族時代，財產歸爲各家所有，家長獨操管理之權，宗廟祭祀，

亦以家長爲代表，家長死亡，須有繼承其身分權位者，繼承觀念由是而起；日本之家督繼承，我國向之宗祜繼承，皆其餘波。個人時代，社會以個人爲基礎，個人各有財產，遂各有所遺，遂即發生遺產如何繼承之方法問題，遺產繼承乃完全取得法律上之地位。繼承不僅在時代上發生不同之認識，即今日各國，對其本質之說明，亦不一致：有認爲與財產法有重要關係者，如法國以遺產繼承爲取得財產之方法，乃規定於財產取得編中；與國以繼承權爲物權之性質，乃規定於物權編中是。有認爲與身分權有重要關係者，如昔之各國，多以繼承法與親屬法合一，稱之爲身分法；瑞士以繼承爲人事之一，規定於物權編之前；德國普通法，除以遺囑歸之財產事項中外，認爲法定繼承基於親屬關係而然，則規定於親屬事項中是。有認爲與財產法及親屬法皆有重要關係者，如德國民法，日本民法，我國民法，均以列入於財產法，或親屬法，皆失其當。不如另設爲獨立之編是。此外更有認爲不應列爲民法之一編，應作爲特別法者，如印度之繼承法是；英法以不重視法典之編制，對於繼承遺囑等之規定，尤多爲單行法規也。夫各國對繼承之觀念，既如是之複雜，不特影響各該內國人關於繼承之法

律地位，並使國際私法上對此問題之研究，亦大感其困難。但就大體上言之，繼承法雖與財產法親屬法皆有連絡，但其適用也，並非如財產法中之債的關係，以自由意志為原則；乃同於親屬法，以強行法之性質居多，故內國人之無論至於何地，原則上皆須依從之。

外國人關於繼承之法律上地位。夷外時代，外國人為禽畜獸，人格權尚不承認，繼承權更無容問。排外時代，施行國庫繼承權，外國人之遺產，依法不許其子孫繼承，並禁止設立遺囑，遺贈親友。降至今日，內外人在法律上有平等之地位，則無不承認外國人有繼承權矣。不特外國人得以繼承在內國之外國人之財產，並可繼承在內國或在外國之內國人之財產。願繼承關係，一方須以親屬關係為其前提，一方須以財產主體變更為其結果，將以何國法律定其關係？言親屬，則在屬人法之範圍，證以內國人之繼承，永須受內國繼承法強行之規定，似此說確有見地；言財產，則在屬地法之範圍，證以物依所在地法之原則，似此說亦非無據；他如被繼承人財產散於各國，繼承人國籍各不相同，尤足引起種種問題。歐洲各國深感困難，屢欲結一統一條約，俾資遵守，終因利害關係各異，未能有成。然國與國間，以友好

通商條約定及繼承之關係者，則嘗有之，如一九三〇年中捷條約第十一條之規定是；他如德日領事職務條約第十四條之規定亦然。茲於本章先言關於繼承之法律適用問題，次章再言關於遺囑之法律適用問題。

(一) 關於繼承之法律衝突

繼承，有法定繼承與遺囑繼承兩種，應特別論之者，法定繼承而已。法定繼承以財產繼承為主，但日本則兼取家督繼承，我國在昔亦兼取宗祧繼承。家督繼承者，包括的繼承戶主權利義務之謂也；宗祧繼承者，無子者必須擇立族中昭穆相當之人入繼，大宗無後，小宗更須將其親子入承大宗之謂也。茲姑置此不論，僅就財產繼承言之，仍可從左列之標準上，觀察各國立法例上之異點，藉以推知法律適用問題之所以發生也。

(甲) 關於繼承權之取得者 繼承人須具何等資格，始能為繼承權之取得，除關於繼承人之順序問題另述外，可由下之諸事見其概略：

第一，由繼承制度方面言之。何人有繼承權，此與繼承制度頗有關係。如亞利桑那(Arizona)民族之不再繼承制度，死者遺產概燬壞之，任何人即無繼承權之可得主張。如奧斯雅克(Ostyak)民族之因性繼承制度，男子有羊鹿繼承權，女子有陶器繼承權，各有界限。如努特卡(Nootka)民族之因物繼承制度，子孫有「專有權」之繼承權，捕漁祕法即外族人亦有其繼承權，不相混淆。此外，尚有盛行之各種制度，若

(a)長子繼承制度。死者之遺產限於長子有其繼承權，或則基於古代家長權之延續而如此，瑞典，挪威是也。或則基於利用財產不分俾易維持生活之原因而如此，丹麥屬之格陵蘭(Greenland)是也。或則基於限制土地分割之政策而如此，德國嘗行之長子世襲財產制度，英國一八三三年法律不動產長子繼承制度是也。英國普通法上之長子繼承制(Primogeniture)無長子者，以長子之長子繼承之；長子無後者為次子，仍依長子之例為之；必被繼承人無後，始由女子繼承之；故又有男子優先權制(Preference of males)之稱。惟一九二五年公布之財產管理法，則將此種制度，盡行撤廢，而與歐陸各國同。

(b) 幼子繼承制度。限於幼子有繼承權，或則因長子早已分居而不得繼承，或則因長子被贅而失去繼承，遂認為遺產應由幼子繼承也。採此制者，如英國之巴魯英吉利(Baron's English)、西伯利亞之啓耳基茲(Kingiz)、美屬之阿拉斯加(Alaska)是也。此一制度與前制度，通稱一子繼承主義；或強制保存主義。

(c) 兄弟繼承制度。遺產須由被繼承人之兄弟繼承，無兄弟者，始由直系卑親屬繼承之。美洲非洲各幼稚民族中，頗盛行此種制度。西班牙法則與此相反，非被繼承無尊卑親屬及認領之私生子女時，兄弟姊妹絕不能參與繼承之列也。

(d) 均分繼承制度。不問被繼承人之意思若何，以命令強制平均分配於各繼承人，故又曰強制分配主義。例如法國一七九三年之法律，即採此說，並禁止以遺囑變更均分繼承是。他如意大利，西班牙，葡萄牙等國亦嘗行之。

(e) 折衷繼承制度。一面被繼承人得以遺囑自由處分其遺產，一面限制其不得侵及「特留分」之範圍；但有國家亦許遺囑完全自由者；故又曰遺囑自由主義。多數國家採之，或兼

探之。

(f) 限制繼承制度。社會主義的國家，多爲遺產繼承之限制。如蘇俄，有繼承權者爲死者之直系卑屬及妻；並在死者未死一年前之受扶養人，而無勞動能力及財產者；僅得在遺產範圍內，除去死者所負之債外，一萬金幣以下者，始准平均繼承之；其他則歸入國家，任何人不得對之有繼承權是也。

第二，由子女身分方面言之。被繼承人之直系卑屬，在今日，固皆以有繼承權爲原則，然詳察之，仍不盡同：

(a) 婚生子女之繼承權。此似無若何之差異，但婚生子女尙未出生時，以胎兒之資格，是否有繼承權？在普國，不以胎兒爲權利主體，於其將來應享之繼承權爲之保留，視爲無主權利，不歸何人所有，俟其出生非死體時而後與之。在英，美，法，德，日，則以胎兒當然爲權利主體，法律上視爲既生，認其有繼承權。但出生而爲死體者，多數國家則認爲不在其限，我國同；若胎兒生後少頃始殤，是否作已繼承論，各國之解釋則未能一致。其他如受准死

者之婚生子女，法國明文規定其無繼承權；他國不承認准死制度者，自亦有異。

(b) 私生子女之繼承權 有認為私生子女對其父母無繼承權者，奧國，智利是也。有認為私生子女對其母及母系親屬有繼承權，對於父之財產，雖經認領而未准嫡，亦無繼承權者，德國是也。有認為私生子女一經認領，即有繼承權，但對於認領父之父母無之者，法國，意國，秘魯是也。有認為私生子女，在法律上與婚生子女同有繼承權者，我國，日本，希臘，美國是也。其所異者，不過「應繼分」有時不平均耳。

(c) 養子女之繼承權 有認為養子女無繼承權者，西班牙是也。有認為養子女僅對於養親之遺產，有繼承權者，法國是也。有認為養子女與婚生子女同有繼承權者，我國，日本是也。

第三，由親等親系方面言之 各國規定之繼承權之取得，亦不相同。例如

(a) 繼承權之與親等問題者 有認為上而推至高祖父母及其卑親屬，皆有繼承權，並無親等之限制者，英國德國是也。有認為凡在十二親等以內之親屬，俱有繼承權，如堂兄弟之

曾孫間，得相互繼承其財產者，法國是也。有認為遺產繼承以十親等以內為限者，意大利，葡萄牙是也。有認為以六親等以內為限者，西班牙，巴西是也。有認為最後以祖父母為限者，我國是也。有認為最後以直系尊屬或戶主為限者，日本是也。

(b) 繼承權之與親系關係者。有認為旁系親在原則上無繼承權，直系親完全無人時，始由其他最近旁系親繼承者，西班牙是也。有認為旁系親與直系親同有相當之繼承權者，多數國家是也。

(乙) 關於繼承人之順序者。各國所認之遺產繼承人，不僅一位，而同有繼承權者甚多；但非同時皆有之，其中必有先後之分，須無順序在先之人，次位者始得繼承。此順序方面之規定，尤為各國立法例上最大衝突之點：

第一，由直接繼承方面言之。直接繼承者，以自己本有之繼承身分而繼承之，與代位繼承不同。各國大都以直系卑親屬列為第一順序，第一順序以後，則極不一致。但即

(B) 第一順序以內之繼承。仍有差異：在我國及日本，直系卑親屬有數人時，以親等近

者爲先，同親等者，平均繼承。在法國子女及其他卑親屬，不問出生之序，不問父母之異，均可平均繼承其父母，祖父母，或其他尊親屬之財產。在英國，曾認爲不動產則以長男及其卑親屬列爲第一位；次男以下依其出生之次序及其卑親屬列爲第二位；女子列爲第三位。動產，夫對於妻者，首先繼承，夫故者，或先於妻故者，則由其直系卑親屬爲第一順序而繼承之。

(b)第一順序以外之繼承。在我國，以父母爲第二位，兄弟姊妹爲第三位，祖父母爲第四位。在日本，以配偶爲第二位，直系尊親屬爲第三位，戶主爲第四位。在德國，以父母及其卑親屬(死者之兄弟)爲第二位；以祖父母外祖父母及其卑親屬(死者之伯叔及舅)爲第三位；以曾祖父母外曾祖父母及其卑親屬(死者之伯叔祖父母及外伯叔祖父母)爲第四位；以遠祖及其卑親屬爲第五位。在瑞士，第二順序，第三順序與德相類；惟曾祖父母所得者僅享息權，其遺產所有權，則全部歸之配偶。在巴西，以直系尊親屬爲第二位，以六親等內之旁系親屬爲第三位。在法國，以父母及兄弟姊妹爲第二位，以父母之直系親屬及旁系親屬爲第三位

。在意國，以父母或其他直系尊親屬，與兄弟姊妹或其直系卑親屬爲第二位；以其他十親等以內，不分父系母系之旁系親爲第二位。在西班牙，以父母爲第二位，以其他最近尊親屬爲第三位，以兄弟姊妹爲第四位，以六親等以內之旁系親爲第五位。

第二，由代位繼承方面言之。代位繼承者，優先順序之繼承人在繼承開始前死亡，或喪失繼承權，由無優先順序者，代之繼承其應繼承之財產是也。茲先述

(a)代位繼承之存在。在我國，限於第一順序之直系血親卑親屬，有代位繼承之事，故若兄弟姊妹之子女，祖父母之子女，均不能代兄弟姊妹，或祖父母之順位而繼承也。在瑞士，第二順序之父母，第三順序之祖父母，均可由其直系卑屬爲代位繼承之事。在西班牙，第四順序之兄弟姊妹，如已故者，其子女亦可代位繼承。在葡萄牙，代位繼承亦不限於第一順序。次再及

(b)代位繼承之資格。有認爲僅被代位者之子女，有代位繼承權，而其他卑親屬不得享受者，西班牙，英國是也。有認爲被代位者之子女，或其他直系卑親屬皆有此權利者，法國

，德國，意國，瑞士，我國是也。

第三，由特別繼承言之。或稱變則繼承，即，或等繼承人，雖不列入繼承順序之內，依然有其順序可言。此或出於特別關照之意，使其與任何一順序，均得同時為繼承人；或出於特別排斥之意，使其不得處於應有之順序中。質言之，即：

(a) 配偶之繼承順序問題。有列配偶於通常繼承之順序中者。如日本以配偶列第二順序，無直系卑親屬時，配偶始得繼承；如英國，以夫列於妻之遺產之第一順序，排斥直系卑親屬之優先繼承。有認為無正當繼承人，配偶於最後始得繼承死者相當之財產者，如法國，死者無十二親等內親屬，又無認知之私生子女時，配偶始有繼承財產所有權。如意國，配偶於死者無卑親屬時，始發生不限定順序之獨立繼承權。有認為與任何一順序均得同時為繼承人，而有獨立之繼承權者，德國，瑞士，我國是也。

(b) 非婚生子女之繼承順序問題。有認為與婚生子女無區別，即以其順序為順序者，我國是也。有認為無一定之順序，而與任何一順序分別繼承者，法國，西班牙，意大利是也。

但在法國，認領之私生子女，先配偶而完全繼承；在意大利，配偶死後乃能完全繼承。在西班牙，一九三一年十二月九日通過之新憲法，廢除非婚生子女與婚生子女之區別，則其繼承問題，當必有所變更。至於不承認私生子女有繼承權之國家，則更無順序之可言。

(丙)關於應繼分之標準者 應繼分者，繼承人繼承財產之成數之謂，蓋在同一順序，而有數人繼承時，或共同繼承時，每人應繼若干，不能不由法律預爲之規定也。茲就各國立法例上之異點述之：

第一，由同一順序人應繼分方面言之 普通對於子女有數人時，或其他同順序有數人時，各採平均分配法則，以定其應繼分；然亦不盡爲同。須提出者，如：

(a)子女間之應繼分 在我國，婚生子女與非婚生子女，一律按人數平均繼承；惟養子女之應繼分，爲婚生子女之二分之一；養父母無直系血親卑親屬時，其應繼分與婚生子女同。在日本，則認爲私生子女及庶子女之應繼分，爲嫡子女之二分之一。在德國，私生子女對父之遺產，無應繼分，只有受贍養權。在瑞士，認領之私生子女及其卑親屬，其應繼分，爲

嫡子女之二分之一。

(b) 兄弟姊妹間之應繼分。在我國，兄弟姊妹自成一順序，無直系血親卑親屬，又無父母者，始由兄弟姊妹繼承；且堂兄弟姊妹，姑表兄弟姊妹皆不在其列；故其應繼分，即由兄弟姊妹生存者平均分配之。在英國，對於遺產，不論同父同母之同血緣兄弟姊妹，或同父異母，同母異父之半血緣兄弟姊妹，皆與他之同順序者，依人數平分財產。在法國，應歸兄弟姊妹之財產，闕分爲二，一部歸同父母及異母者，一部歸同父母及異父者。在意大利，無論同血緣及半血緣之人數多寡，半血緣所得之遺產，常爲同血緣之半數。

(c) 尊親屬間之應繼分。在法國，父系最近尊親屬(祖父母)，與母系最近尊親屬(外祖父母)，闕分財產爲二，各以其系之所屬，凡十二親等以內之親屬依次與他系之存在者，平均繼承之。在他國，由最近尊親屬繼承者，僅以人數平均繼承，無父系母系之別。

第二，由無一定順序人應繼分方面言之。無一定順序人云者，指配偶，但日本除外；及私生子女，但我國除外而言。茲先及關於

(a) 配偶之應繼分。在我國，配偶與直系血親卑親屬同繼承時，平均分配；與父母或兄弟姊妹同繼承時，其應繼分爲遺產二分之一；與祖父母同繼承時，其應繼分爲三分之二；無以上各繼承人者，其應繼分爲遺產全部。在德國，有直系卑親屬者，配偶之應繼分爲遺產四分之一；無前項之人，而有父母，兄弟姊妹或其卑親屬，或祖父母者，配偶取得二分之一，並取得家用器具及結婚禮物；祖父母或外祖父母有一故者，其應繼分由配偶繼承之；俱故者，配偶繼承全部。在瑞士，有直系卑親屬者，配偶應得遺產四分之一所有權，或易以二分之一孳息權；無前項之人，而有父母，兄弟姊妹及其卑親屬者，配偶得四分之一所有權，加四分之一孳息權；有祖父母或其卑親屬者，配偶得二分之一所有權，加二分之一孳息權；祖父母無卑親屬時，除曾祖父母之孳息權外，配偶得遺產全部所有權。在意大利，有直系卑親屬者，配偶僅得有一定之孳息權；無前項之人，而有尊親屬，兄弟姊妹及其卑親屬者，配偶得其四分之一；僅有認領之私生子女者；得三分之一；僅有六親等以內之旁系親者，得二分之一；無之者，得遺產之全部。在法國，子女非其所出者，配偶僅得有相等於嫡子最少取之有限

度的孳息權；有已出之子女者，取得遺產四分之一孳息權；在直系卑親屬順序以外，任何情形，配偶皆限於二分之一孳息權；如無十二親等內之親屬及認領之私生子女者，得其遺產全部。在西班牙，有直系卑親屬者，配偶得有相等於子女特留分之孳息權；無上項之人而有尊親屬者，得三分之一孳息權；無其人而有認領之私生子女，或兄弟姊妹或兄弟姊妹之子女者，得二分之一孳息權；並皆無者，得其全部遺產。次再及關於：

(b) 私生子女之應繼分。在法國，認領之私生子女，與婚生子女同時繼承者，為婚生子女應繼分二分之一；與尊親屬，兄弟姊妹，或兄弟姊妹之卑親屬同時繼承者，得遺產四分之一；無以上之繼承人者，得遺產之全部。在意國，與婚生子女同時繼承者，得婚生子女之半額；與尊親屬或配偶之一同時繼承者，得遺產三分之二；與尊親屬及配偶三方同時繼承者，尊親屬得三分之一，配偶得四分之一，餘者為私生子女之應繼分；無上述之人，被繼承人雖有兄弟姊妹，私生子女則繼承其全部遺產。在西班牙，認領之私生子女，僅得婚生子女特留分之半；無婚生子女，而有尊親屬時，僅得自由處分財產之半；更無尊親屬時，則得其遺產

全額。

(丁)關於繼承權之其他者 除上述者外，若繼承權之開始，繼承權之承認，繼承權之效力，各國皆有詳密規定，其衝突點更爲複雜，不勝其述。茲再擇要述及三端：

第一，由遺產分割方面言之。數人共同繼承遺產者，其所繼者彷彿共有之性質，倘欲使此共有關係終止，將其分歸各繼承人專有者，曰遺產分割。得從左之各項觀其異點：

(a)分割之限制。我國法，胎兒爲繼承人時，非保留其應繼分，他繼承人不得分割遺產；胎兒關於遺產之分割，以母爲代理人。德國法，胎兒未出生時，直禁止各繼承人爲遺產之分割；又應繼分之訴訟未確定者同。普國法，繼承人中有失蹤者，爲保護失蹤人之關係，禁止一定年限內爲遺產之分割。法國法，監護人代未成年人或禁治產的繼承人，爲分割之訴，須取得其親屬會議之承諾而後爲之；失蹤人爲繼承人其中之一者，亦可由其假有者之親屬爲之。以上係屬於人之限制者。又我國法，遺囑禁止遺產之分割者，其禁止之效力，以二十年爲限。德國法，由繼承開始時，既經過三十年，遺囑之禁止分割，失其效力。法國法，任何禁

止分割契約，不能繼續守至五年以上，但屆其期，可改定之。日本法，被繼承人得以遺囑，禁止在繼承開始後，五年內爲遺產分割，逾限者無效。以上係屬於時之限制者。

(b) 分割之效力。多數國家，如我國，如日本，如法國，均認爲分割效力溯及繼承開始之時，是謂所有權宣示主義。然亦有國家，認爲在分割以前乃純然共有關係，分爲專有，應自分割之時起者，是謂所有權移轉主義。卽同採宣示主義者，如日本各共同繼承人，限於繼承開始前所有之事由，對他之繼承人按其應繼分，與賣主同任擔保之責；我國則不以繼承開始前所存之事由爲限；又其相異者。

(c) 分割之計算。法國法，德國法，瑞士法，繼承中人有在繼承開始前，受被繼承人贈與者，應將贈與之物歸還，加入遺產中，按其應繼分再分配之。但在法國，則採歸還原物主義，德瑞則採歸還價額主義；而歸還價額，各國仍有贈與價額標準及繼承開始時價額標準之異。我國法，與德國之例同，但被繼承人於贈與時有反對之意思者，不在其限，是應否將遺贈部分加入遺產中，完全以被繼承人之意思爲定。此外更有採不歸還主義者。

(d) 分割之特例。瑞士法，對於遺產有供獻之繼承人，採用要求報酬之制度，以成年子女在共同生活中，以勞力或資本爲貢獻者爲限，則在分割時，自不加入其範圍，或特別提出之。我國法，以同居其財者，有共維家產之責，且承認其制，反啓糾紛，不與承認。蘇俄法，繼承人中有與死者在生前同居者，得承受關於死者家中陳設品及家具等，除奢侈品外，不受法定一萬金幣內繼承權之限制；其規定亦含有報酬之意。此一事也。又普魯士舊法，瑞士法，在遺產分割以前，禁止繼承人中有以其應繼分移轉於第三人之事。德國法，並不設有禁止條款，但認爲共同繼承人有先買權。法國法，繼承人中有以應繼分讓與第三人後者，如其在分割以前，則許共同繼承人有於一定期內之贖回權。我國法，對此問題無何限制，此又一事也。

第二，由繼承免除方面言之。有繼承權之人，因一定之行爲，法律上剝奪其繼承權；或自願捨棄其繼承權而不爲繼承，是謂之繼承權之喪失或拋棄。

(a) 繼承權之喪失。繼承權之剝奪須有一定之原因，各國不能相同，自不待論。例如法

國以殺死者，或謀殺而受刑之宣告者；爲可處死者於死刑之誣訴而經告發者，知死者之被殺害而祕其事者；皆喪失其繼承權。日本，則認爲其人如係不能辨別是非，或殺害人係自己之配偶，或直系血族，雖知被繼承人之被殺害，而不告發，不剝奪其繼承權。此外除被繼承人，即對於繼承人之在先一順序者，或在同順序者，而致之死，或欲致之死，而被處刑者；以及以詐欺，強迫，偽造，或毀匿之行爲，加於被繼承人關於遺囑方面之一切事項者；皆喪失其繼承人之資格。我國，更認爲對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者，亦喪失繼承權；至於關於遺囑方面之種種不法行爲，如經被繼承人宥恕者，其繼承權不喪失，又與日本之規定不同。

(b) 繼承權之拋棄 我國法，繼承人拋棄其繼承權，應於知悉其得繼承之時起二個月內，以書面向法院親屬會議或其他繼承人爲之。日本法，拋棄應於知悉其得繼承之時起三個月內，向法院爲之；但繼承人未拋棄而死亡者，則由繼承人之繼承人，知悉其得繼承之時起，依法爲之。法國法，拋棄繼承權者，須於管轄其繼承地之初級法院文書局特別所設之簿冊中

，記入其事。德國法，繼承權之拋棄，限於六週間以內爲之；但被繼承人有最後住所於外國時，或繼承人在繼承期間開始，滯留於外國時，則限於六個月以內爲之。蘇俄法，繼承人欲爲繼承之拋棄，須於開始繼承之地，自設法保存繼承之時起。三個月以內，向法院爲之；否則認爲已受繼承人。但六個月以內未到者，則取消其繼承權。以上係關於繼承拋棄之表示者。又我國法，指定繼承人拋棄繼承權者，應繼分歸於法定繼承人；法定繼承人拋棄者，應繼分歸於其他同一順序之繼承人；同一順序之繼承人均拋棄者，則認爲係無人承認之繼承，除清償死者之債務，及交付遺贈物外，餘產歸之國庫。瑞士法，直系卑親屬拋棄其繼承權者，其應繼分歸之於次位繼承人。德國法，視拋棄繼承權者，根本即不發生繼承之開始，故無應繼分歸誰之可言。法國法，拋棄部分之財產，歸於共同繼承人；無共同繼承人，或共同繼承人同一拋棄時，移於較疏一級之親屬。蘇俄法，遺產之拋棄部分，由國家繼承之。以上係關於繼承拋棄之效力者。

第三，由繼承人缺方面言之 我國稱曰『無人承認之繼承』，即繼承開始時，繼承人之

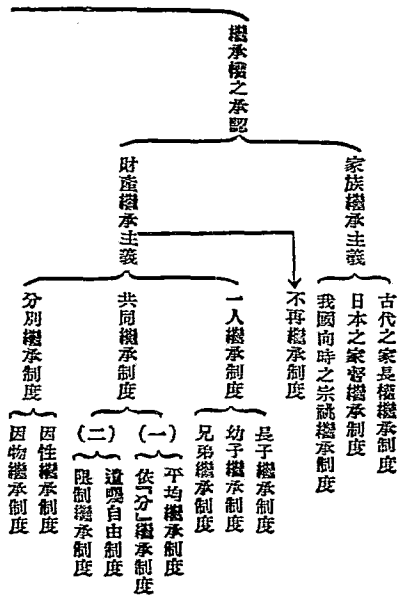
有無不明者之謂。各國之立法例，在此一方面，其最衝突之點，有如下：

(a) 遺產之狀態。在日本，認為無人承認之繼承，其遺產在繼承人分明，或歸之國庫以前，乃獨立之法人，為權利義務之主體。在我國及歐洲各國，以無人承認之繼承，其遺產在最後必有其歸屬，故無論為繼承人所得，或收歸國庫，皆依普通原則，於繼承開始時，發生效力，故非法人之性質。

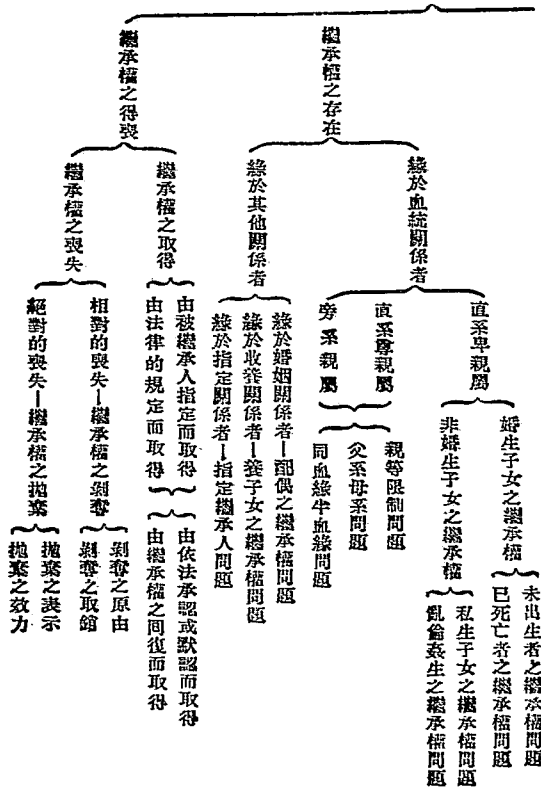
(b) 遺產之管理。其衝突點，述之頗繁，最要者，如在我國，管理人由親屬會議選定，親屬會議並將繼承開始及選定管理人之事由，呈報法院；法院依公示催告程序，公告繼承人，於一年以上期限內，承認繼承。在日本，管理人由法院因利害關係人或檢察官之請求，而選任之，並速公告選任管理人之事；公告後二個月內，繼承人尚不分明，管理人須速對一切之債權者及受贈者，公告當於一定期間內，呈報其請求之旨；其期間滿後，繼承人仍不分明，則由法院公告繼承人，在一定期間內，出而主張權利。在法國，德國，均由法院選定管理人，其他則適用公示催告之規定，彼此之間自不相同。在蘇俄，企業繼承人之賸餘，其保管

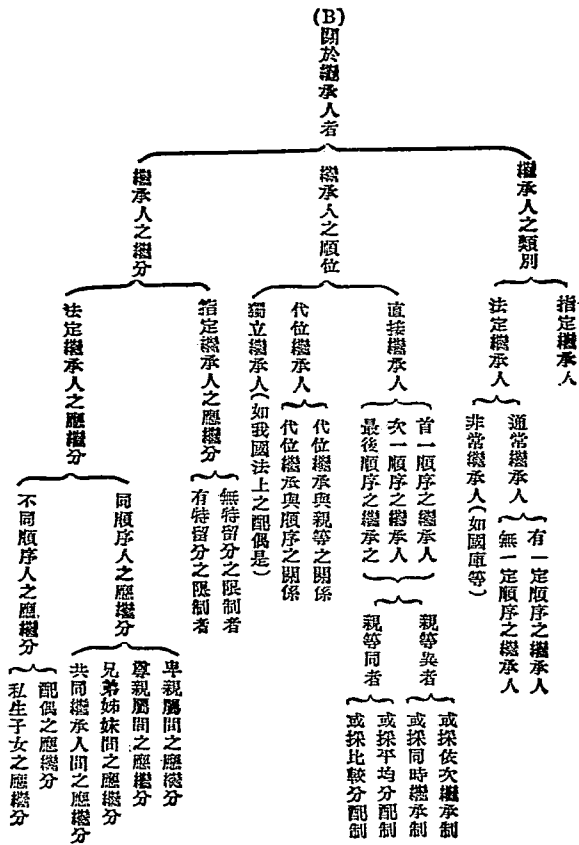
人雖由法院選任，但須由管理該項企業及製造廠之國家機關薦舉之；普通遺產則由法院設法保存，以待繼承人之報到。但無論如何，不得以登報或其他方法，召集繼承人，繼承人自設法保存繼承財產之日起，六個月不到者，則以無嗣財產擬之，收入於國家。

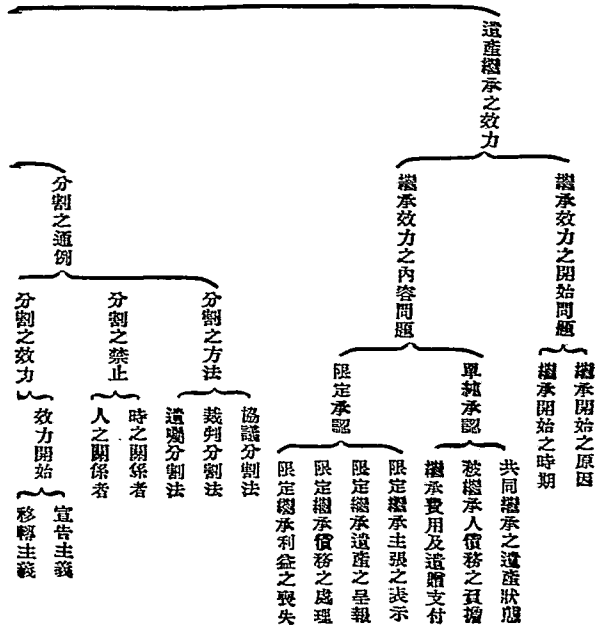
『圖表七十七』繼承問題之內容分析表

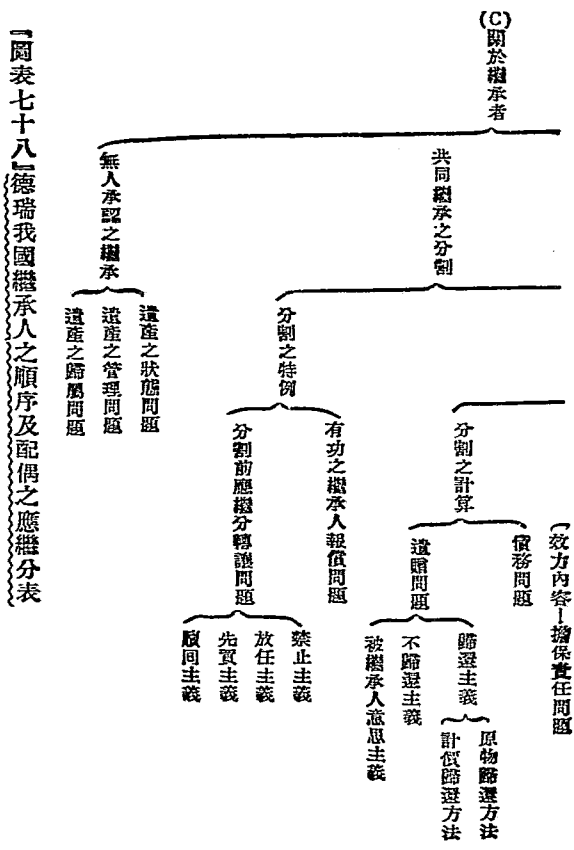


(A) 關於繼承權者





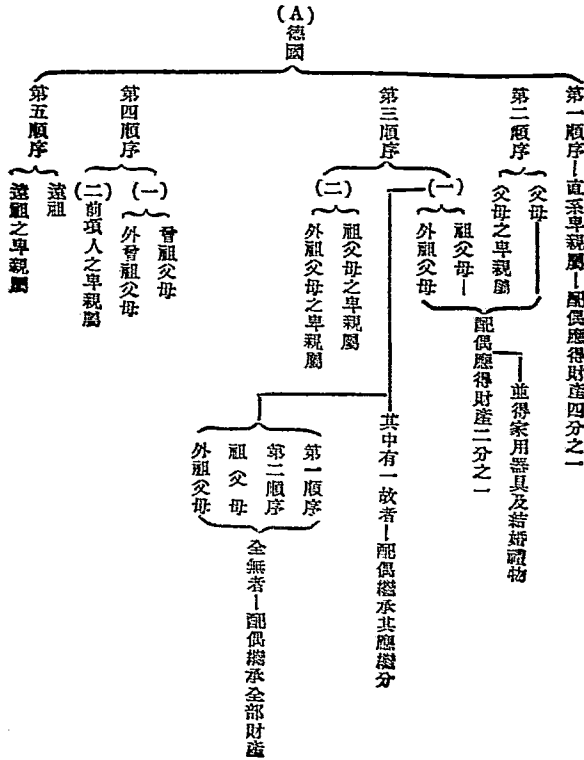


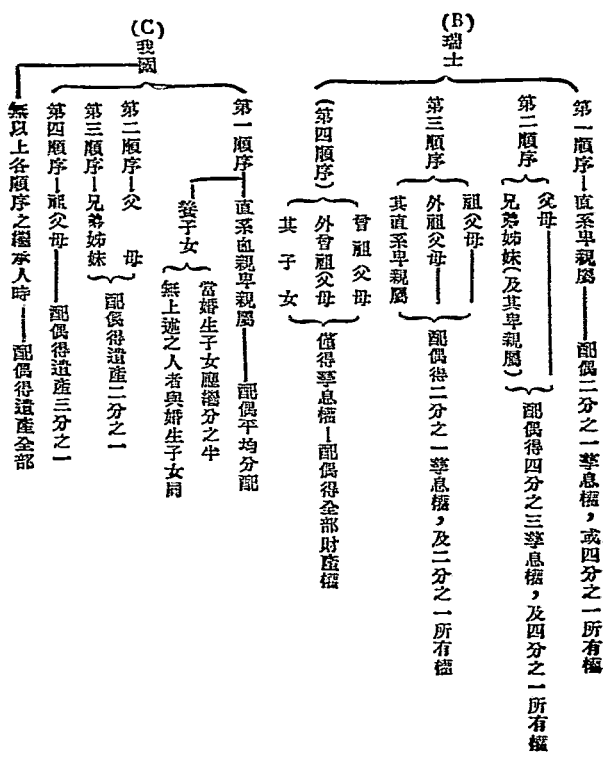


「圖表七十八」德瑞我國繼承人之順序及配偶之應繼分表

第五編 繼承法適用論 第二十二章 繼承

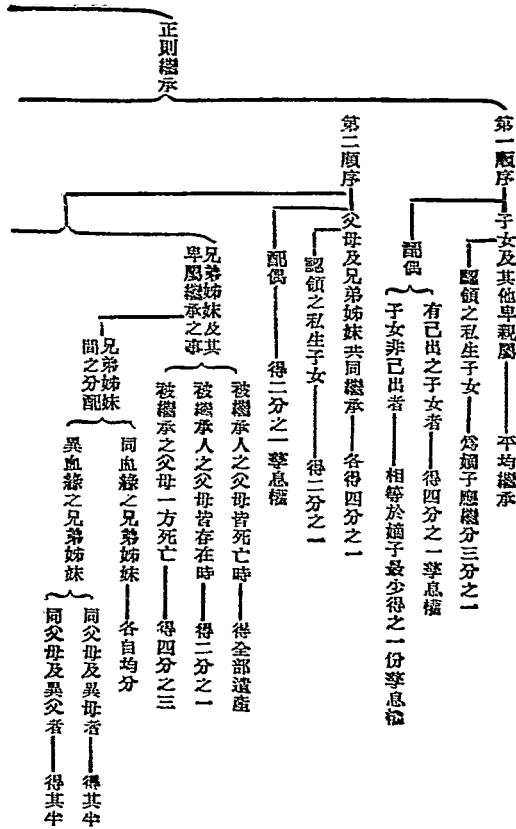
國際私法本論



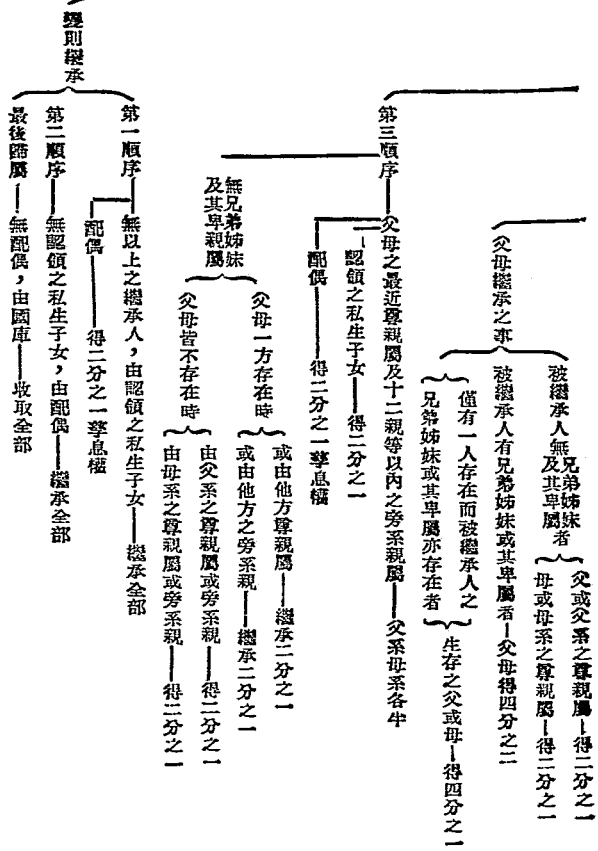


第五編 繼承法適用論 第二十二章 繼承

圖表七十九 法意兩國繼承人之順序及應繼分表

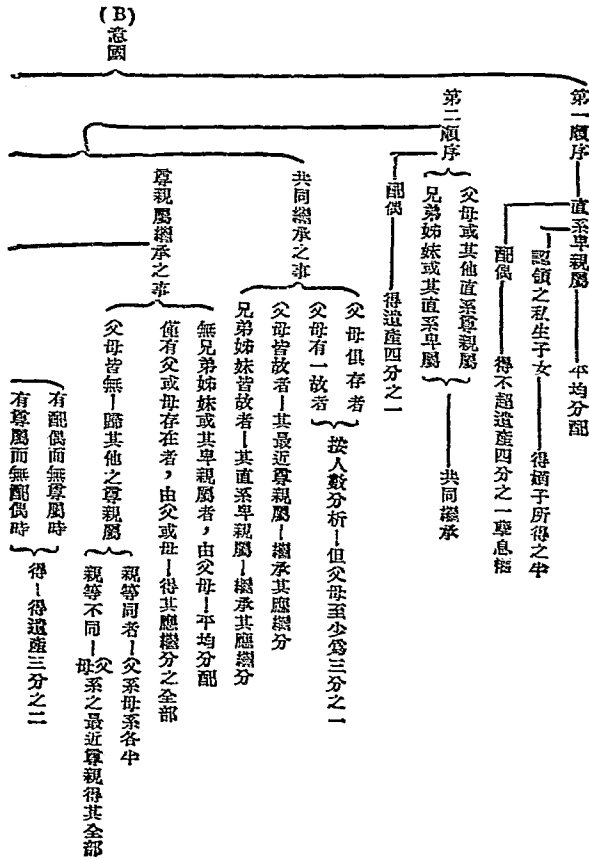


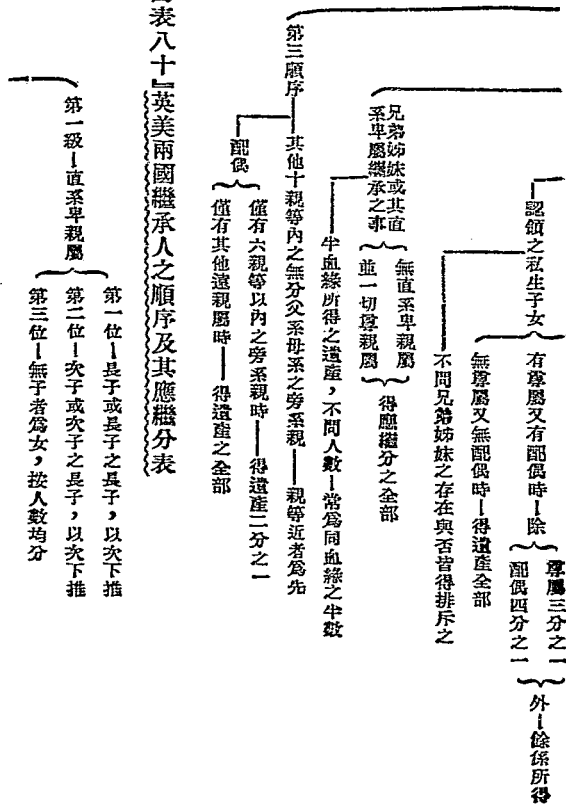
(A) 法國



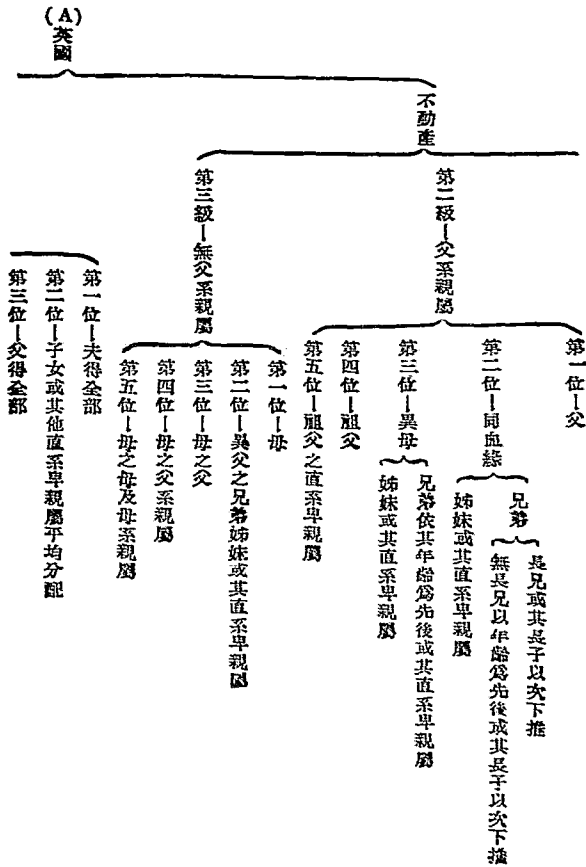
第五編 繼承法適用論 第二十二章 繼承

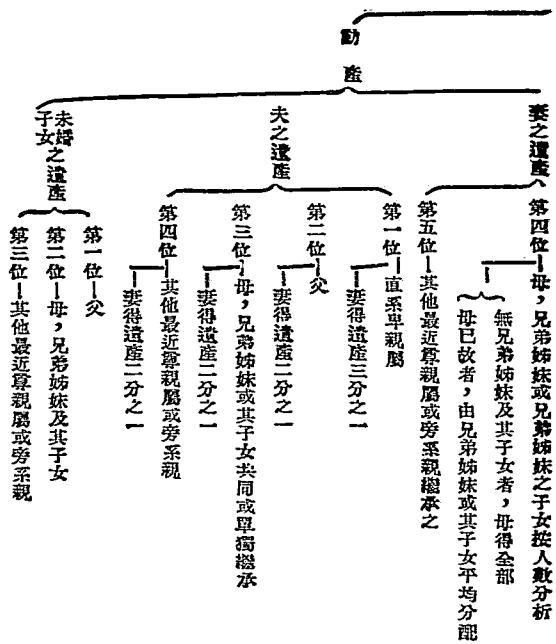
國際私法本論





第五編 繼承法適用論 第二十二章 繼承

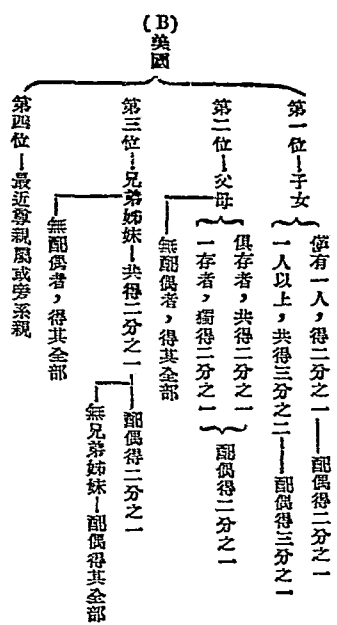




第五編 繼承法適用論 第二十二章 繼承

國際私法本論

(註) 英國於一九二五年公布之遺產管理法，其順序與歐陸各國相近，故未列表；列其向日所行之制，藉示其異。



(註) 美國各邦異法，此係加利弗尼亞邦之制，藉以示例。

(二) 關於繼承之法律適用

繼承問題之內容既如上述之複雜，繼承法規之制定，又若上述之紛歧，則遇有涉外之繼承法律關係時，將依何國法律處理其事，在法律之適用上自不能不有一定之準據也。愚認為此問題之解決，應分爲關於繼承自體之法律適用，及關於遺產處理之法律適用，庶能得其端倪；我法律適用條例僅於第二十條規定「繼承，依被繼承人之本國法」，殊嫌失之籠統，不切實用。即關於繼承自體之法律適用，如詳求之，亦非僅能以一種準據法支配一切繼承自體方面之法律關係，故恐特析如左列各端而論之。

(甲)繼承能力之有無問題 繼承能力問題，普通認爲與繼承自體之其他問題，採同一之準據法；故何人有繼承者之權利，換言之，得享有繼承權之能力，即依解決繼承人順序應繼分及繼承效力等等之準據法定之。然最新之立法例及學說，則認爲繼承能力之有無問題，與繼承自體之其他問題，應列爲兩事，各求其所應準據之法律，愚宗焉。但在繼承能力方面，仍因自然人與法人，致其法律之適用，亦非所同。再分及之：

第一，自然人之繼承能力 人之能力依屬人法定之，此乃國際私法上一大原則，故如依

遺產所在地法而定其繼承能力，當然不妥。惟繼承能力，乃一權利能力問題，非行為能力問題，自不能絕對受普通能力規定之限制。愚雖在本論第九章中，述明若我法律適用條例第五條一類之規定者，得包括權利能力於內；然繼承能力問題終須依總論第五編外國人地位論之原則，以求解決。故自然人之繼承能力，雖在表面上大都傾向於屬人法，而所謂屬人法者，既有住所地法與本國法之分，又有被繼承人與繼承人屬人法之別，將何所採？前項之分，基於法系不同之所致，何優何劣，久有定評，姑置不論；後項之別，則非待說明不可。

(a) 繼承人本國法原則主義 謂權利與義務乃一事之兩面，享有權利即不能不連帶負有義務，況在原則上，繼承又為被繼承人權利義務之包括的移轉，雖有限定繼承之方法以救濟之，但須經過種種程序，而後達其目的。可知繼承權之取得，與繼承人之利害關係甚大，故應依繼承人之本國法，定其有無此種能力。例如繼承人之本國法，不承認母系親屬有繼承母之子財產之權利，此繼承人適為其被繼承人之母系親屬，無論適用何種法律，皆不應強其負繼承之責任也。一九二八年全美會議通常之畢氏國際私法典第一五二條云：「因遺囑或無遺

囑而繼承之能力，依繼承人或受遺人之本國法支配之，「即以繼承人之本國法爲原則也。

但既以繼承人之本國法，定繼承能力之有無，則繼承人之本國法不認其有此能力者，自可免除其繼承之責任；倘僅繼承人之本國承認其有繼承能力，而他之國家，甚至被繼承人之本國皆否認時，則如何？於是國際私法典第一五三條即設補充規定曰：「繼承能力，雖經前規定，依繼承人或受遺人之本國法；但繼承之無能力，經締約國認明時，爲國際的公共秩序法。」國際的公共秩序法者，屬地法也，即財產分配所在國之法律也。例如繼承人之本國法，認爲自由認領之姦生子女或亂倫子女，與婚生子女同有繼承權利，而他之國家皆根本反對其認領，更根本否認其有繼承之事；倘此繼承人爲被繼承人之姦生子或亂倫子，則不能專依其本國法之規定，而即承認其有繼承能力也。

按此一主義，在畢氏國際私法典上係將自然人及法人之繼承能力合而論之；其關於法人之繼承能力是否適用其規定，留待次項再述，自然人之繼承能力，依其主張，殊屬不妥！

一則繼承之性質，雖有各種學說，今日則以遺志說爲最通行，至少亦認爲與公益說並行，故

何人有繼承能力，皆係推測被繼承人之意志，以定法規，並基於公益之關係，規定何人無繼承能力。國不能外其人民，而對他國之被繼承人，有所推測其意志；更不能外其領域，而對他國之公益關係，有所代籌其安全，故繼承能力之依繼承人之本國法，殊不合於繼承之原有意義，再則繼承能力既為一權利能力，此權利能力之所以發生，出自繼承法上之規定，而繼承自體以適用被繼承人之本國法為原則，則繼承人之繼承能力問題，惟有依繼承自體準據法定之，始合於權利能力由能享受之法律上而取得之之通例也。三則依繼承人之本國法，雖為有繼承能力者，而依他之法律不認為有能力者，依其說，仍視為無能力，則繼承人之本國法，不能作為繼承能力準據法之原則，不啻已自行推翻矣。故在用語之周密上言，此一主義猶覺遜於：

(b) 繼承適用法及繼承人本國法主義 謂繼承能力固應與繼承自體之其他問題，採同一之準據法，以繼承能力乃繼承自體中之一事，且與他之問題有連帶而然；但同時既涉及人之能力問題，亦應兼顧繼承人之本國法上，其人是否有繼承能力而定，不能獨以繼承適用法決

之也。是故繼承人之本國法承認其人有繼承能力，例如法國認爲十二親等之親屬有繼承能力，倘其人爲法國籍而具有此能力者，而繼承適用之法律爲意國法，意國法以十親等之親屬爲限，其人卽屬無能力者，自不許其繼承，反之，繼承適用之法律承認其人有繼承能力，例如適用我國法，養子有繼承權，而其人爲西班牙人，依其人之本國法乃屬無能力者，亦不許其繼承也。採此主義者，如波蘭法第二十八條第二項『繼承人須依繼承適用之法律及其本國法，俱有繼承之能力』之規定是。

按此一主義，較繼承人本國法主義在形式上自屬可採，不過在適用上，如舍棄法人之繼承能力方面而論，則亦有疑問者在。繼承適用之法律，不承認其人有繼承能力，雖其人之本國法承認之，而因牽及內國之公益問題，與被繼承人之意志問題，不能依其本國法定之，此固可也。然如繼承適用之法律，承認其人有繼承能力，乃依其本國法之否認，而亦取消其繼承能力，則實無理由。蓋內外人之權利能力，除因特別關係而限制之者外，在原則上皆應平等，尤其私權利方面如此。內國人所不能享之權利，誠不得許外國人有之；內國人所能享之

權利，亦不得特對外國人剝奪之，即外國人在其本國無有此種能力，內國只須無礙內國之公安，自不妨同予承認，此在內國認許之外國法人，其權利之享有已探此一原則，況自自然人乎？故自然人之繼承能力問題，實無併用繼承人本國法之必要。

(c) 繼承適用法主義 謂自然人之繼承能力，既須爲繼承適用之法律所承認，即可謂從繼承適用之法律所發生者，固不問人之國籍若何，只須合於該法律之規定，皆一律有此能力，縱繼承人爲外國人，其本國法之如何規定，與之並不發生如何關係也。且自然人之繼承能力問題，大部分爲法定繼承方面之事，故恆與繼承人之順序，繼承權之喪失等端，有密切連絡，更不能不依繼承適用之法律，並亦不能依繼承人之本國法，任意推翻其法律上合理之準據。然則繼承適用法果爲何法乎？古今學說雖夥，較有力者，即被繼承人之本國法，故爲繼承人者，雖依其本國法不得爲繼承人，苟依被繼承人之本國法，獨有繼承能力，則仍得享有繼承權。一九二八年海牙公約草案，規定繼承，依被繼承人之本國法；並於第一條第三項聲明云：『本公約僅適用於自然人之繼承權。』雖未將繼承能力與其他繼承自體問題特別分標

，但正足以示其採繼承適用法主義也。我法適之第二十條之規定，雖屬簡單，但在解釋上，自然人之繼承能力，當然包括於『依被繼承人之本國法』範圍內也。其精神與海牙公約草案同。

按此一主義，用之於自然人之繼承能力方面，實甚確當。蓋繼承能力乃權利能力，權利能力之存在不必絕對依享有者之本國法，必須依其能享有之國之法律。其本國不許享有者，他國許其享有，則與他國之內國人共享有之，如人之在其所屬國處於奴隸之地位，他國不承認奴隸，其人之在他國法上仍可主張人權是也。其本國許享有者，他國因特定理由，禁止其享有，則亦不能享有之，如我國禁止外國人之享有不動產所有權是也。惟能享有之國之法律云者，並非指其人現所在之國而言，乃指繼承適用法所許與之國而言，明示之，即被繼承人之本國法耳。故雖訴訟地即繼承人之本國，或其住所地，或他之第三國，一皆應以被繼承人之本國法定其繼承能力，因繼承人之欲享有繼承之權利，其權衡完全操之被繼承人之本國，繼承人之本國等，縱否認其能力，亦無何等阻礙，實則亦無否認之理由也。

第二，法人之繼承能力。在法定繼承中，法人不能立於繼承人之地位，此固各國所同；即日本認爲繼承人曠缺之財產，在未確定其歸屬以前，以法人視之，不過使財產之身體，於此期中，形成法人之狀態，而非以他之法人，繼承其財產也。然在遺囑繼承中，被繼承人得任意指定其繼承人，不特不限於有親屬關係者，即法人亦可因遺囑而享受繼承之權利也。顧法人云者，究非自然人，法人之是否爲法人，是否得爲權利義務之主體，必須經過法律之認定；而各國對於法人之認定，不必皆同其類，即同類者，亦不必在甲國爲法律之人格者，在乙國即無條件而默許之。既有此種種之先決問題，則法人繼承能力之決定，自不能與自然人之繼承，列於同一地位，必應另求其準據法焉。試從左列各說一推論之：

(a) 被繼承人本國法主義。謂法人之繼承既限於遺囑繼承，有無繼承之能力，只須就其在法律上果否具有法人之資格而決定之，此爲繼承人之法人如與被繼承人同一國籍，當然有其能力，無何問題；即使屬於外國法人，苟被繼承人之本國法，認其合法之存在，縱被繼承人之本國無此種法人，仍對於該被繼承人有繼承之能力也。今日各國之立法例上，如僅規定

「繼承，依被繼承人之本國法」，別無繼承能力之規定者，在解釋上皆可謂採此說，我國，日本是也。

按此一主義，法人之繼承能力，須為被繼承人之本國法所認許，此誠不能謂之為誤，然如為繼承人之法人，在其所屬國之法律上，根本無法人之資格，自亦無繼承能力可言。今僅以被繼承人之本國法，許其有繼承能力，勢必引起種種糾紛。賴溫康(J. Youchen)，「法人」之在甲國不認為有人格者，雖乙國法認之為有人格，甲國之此項「法人」若在乙國時，仍視為無人格；則僅依被繼承人之本國法，定其有無繼承之能力，亦與此一原則不合。

(b) 繼承人本國法及地方主義 謂法人之是否有繼承能力，當依為繼承人之法人之本國法定之，但如財產分配所在國之法律，不承認其有能力者，則不許其為被繼承人之繼承人。故法人之繼承能力，其本國法否認者，固不得而享有之；即其本國法承認之，而為地方法限制者，亦不得而享有之也。畢氏國際私法典曾採此說。

按此一主義，法人之繼承能力，須依繼承人之本國法及地方法定之，亦不能稱其不妥，

但如財產分配所在國苟非被繼承人之本國，而繼承自體之其他問題，又須依被繼承人之本國法時，則繼承能力以更須兼依被繼承人之本國法而定也。蓋被繼承人之本國法否認其法人之存在，自不能許其有繼承之能力，縱繼承人之本國法，或他之地方法承認之，仍屬無效。遺產歸屬問題因之而起，依被繼承人之本國法，而有合法之繼承權之人，亦必出而主張其權利，斷不能舍被繼承人本國法之適用，與以拒絕。

(c) 被繼承人及繼承人雙方本國法主義 謂法人之繼承能力，不僅一有無繼承能力問題，更牽涉法人之是否成立問題。必法律上承認其爲有人格者，乃能進而決定其能力問題。法人之所屬國根本不承認其人格之存在，縱依內國法而可承認之，亦失其所以爲法人之根據，此所以不能僅依被繼承人之本國法，定其繼承能力也。反之，法人之所屬國固認其爲權利義務之主體，有繼承之權利能力，但如內國未對於此項外國法人以認許，或認許矣，而該外國法人未履行一定之登記程序，仍失其在內國法律之根據，此又所以不能僅依爲繼承人之法人之本國法，定其繼承能力也。是故法人之繼承問題，必依被繼承人及繼承人雙方之本國法，

俱爲有能者，始可。波蘭法之精神，即係採此一說。

按此一主義，法人之繼承能力，須依被繼承人及繼承人之本國定之，更不能責其失宜，然如繼承之事發生於各該本國以外，而又遇有訴訟之際，此一主義仍不能概括也。蓋當事人之雙方本國法，縱皆承認其有繼承能力，倘其財產分配所在國爲我國，或發生繼承之訴爲我國，我國對於法律上所未認許之外本國法人，斷不援各該本國法之例而亦承認之。因在此場合承認其有繼承能力，不啻承認其法人地位之存在，殊非我國之利也。

(d) 雙方本國法及地方主義 謂法人之繼承能力，不僅被繼承人及繼承人雙方之本國法，皆承認其有能力始可，並須與繼承有關係之國家，亦承認其有能力，乃能在後之國家內，發生繼承之效力。法人實道主張我法適第二十條以下，應加一條曰：『繼承人須依繼承適用之法律及其本國法，均有繼承之能力；但未經中國法認許之法人，在中國無繼承能力。』按此一主義，兼有以上各說之長，並能概括各方面之關係，愚認爲係解決法人繼承能力問題最適宜之準據法。

(乙)繼承自體之其他問題 繼承，除遺囑自體另述外，繼承能力已提出討論外，關於繼承自體之其他問題，應以何國法律爲其準據法，其最主要之學說，共有下列諸種：

第一，財產所在地法主義。謂繼承問題之決定，應依財產所在地法。何故如是？或以爲繼承出於公益上之必要，始有法規之制定，其與一國之財產私有制度，關係頗爲密切，至少亦與其經濟制度，有相當之呼應。例如一國恐土地之分割，致阻礙大農經營之目的，而惟長子繼承制度之承認；一國恐資產之集中，發生財富失平之危害，自惟平均分配主義之是採。足見任何國家，對於在其內國財產之繼承，所設之法規，非漫然爲之，實含有最大之作用；斷不能專依他之法律，破壞其立法精神，故繼承問題不可不依財產所在地法定之。或以爲繼承不外物權取得之原因，觀於法國民法，即將遺產繼承，列於其第三編取得財產權之各方法，首一卷中，可知其故。既爲物權取得之原因，即應依物權之準據法，而適用財產所在地之法律。此說在以先頗具有相當之勢力，蓋除巴託路斯首爲主張者外，並基於國庫繼承權之餘勢而演成者也。當百數十年前，外國人之在內國，尚不得有繼承權，死者遺產歸之內國國庫

；後雖革除此制，漸許外國人有繼承權，終因習俗相沿，驟難變更，無論被繼承人之隸屬何國，苟其遺產在內國，其繼承之法律關係，仍須絕對受內國法律之支配，爲之決定一切。故現代各國對於此說莫不排斥，其採用者僅蒙得維的亞條約草案而已！

按此一主義，在法理上，在實際上，兩無所當，不足採用。何以言法理上之不當？繼承在今日之觀念，並非絕對地財產取得之原因，並且繼承被繼承人之人格，凡屬於被繼承人之權利義務，在原則上皆由被繼承人包括地承受之，苟專依物權取得之理由，而依財產所在地法，則繼承有類於普通財產之繼承，而與繼承重在延續被繼承人之人格觀念不合。且縱認其爲公益之關係，不能不依財產所在地法，但繼承自體問題與繼承財產問題，各有不同，繼承財產之處理固可受所在地法之限制，而如何實現其繼承，則與財產所在地實無絕對的公益關係，苟必依其地之法律，或反有害於被繼承人本國之公益也。例如財產所在地法，限於長子繼承，以防土地之分散，不如此，似有害其公益，實則無妨。縱依被繼承人之本國法，採其同繼承制，只須共同繼承人不爲分割之程序，或分割而仍將各人之所得分，易之以價金，與

限於長子繼承之立法用意，依然相投。苟必依財產所在地法，使長子繼承之，則依被繼承人之本國法，其他有繼承權者必被排斥，此等人如係與所謂長子者，同隸於被繼承人之國籍下，而不得依法以主張其繼承權，不其與被繼承人本國之公益影響甚大耶？何以言實際上之不當？被繼承人之財產不必在於一國，尤其動產最易變其位置；倘在數國皆有財產，即須因地之異，而受種種法律之支配。此不僅在繼承之法律關係上，失去其統一性；並在實際之適用上，其程序之繁雜，亦莫與比。況今日，在財產繼承外，尚有所謂家督繼承等之存在，皆依財產所在地法，將何以處理其他不盡與財產有關之繼承問題耶？

第二，動產不動產區別主義。謂繼承依財產所在地法，在理論上原無可議，不過施之於動產方面，頗為不宜。蓋動產易於變動，無固定所在地之可言，則其應適用之所在地法，終難得其確定之對象，即無由定其繼承之關係；故不動產之繼承，雖依然適用財產所在地法，而動產之繼承，則惟被繼承人屬人法之是用。美人華東 (Wharton) 並稱依此主義而為之，被繼承人之財產，可收迅速清理之效；蓋不動產不易移轉，為世所知，合動產於一途，連帶而

歸於遲滯，自無疑問，苟將動產分開，以之清償債務，在程序上必極感其便利也。雖然，此一主義，無論說者如何稱道，其實際的理由，仍不外一沿革上的關係。當封建時代，戰爭頻仍，領地之主，采邑之臣，皆負有兵役及軍資之義務，為培養其實力之永存，斷不許因繼承關係致分割其土地。以領土之全部或大部，由男系之長子一人獨繼承之，與其謂為私法上之制度，無寧謂為公法上之制度，故不動產之繼承，實受領土主權之完全支配耳。至於動產，則依動產從人之格言，固不妨依人之住所地法定其繼承。封建制度雖漸破壞，繼承習慣仍未盡革，遂演成後世繼承適用法上之動產不動產異法主義。現今採此說者，以英美之判決例為最普通；他如奧，匈，亞爾然丁皆然，荷蘭，法國之判決例亦間採之。惟法國等所用之動產屬人法，乃本國法耳。

按此一主義，以動產繼承歸屬人法之支配，故有人稱為折衷主義，以其不偏於財產所在地法主義，亦不偏於屬人法主義也。然在大體上言之，仍視繼承與總財產之組織有關，而非以繼承列為人事之關係，故終不舍財產所在地法之適用；其錯誤自可從上一主義之批評知及。

，不過在動產方面減輕其失而已。然如是，則又增一誤矣！蓋繼承財產爲一種包括的財團之狀態，不得分爲動產不動產債權債務而觀察之，薩焚宜早有所斥，不待吾人之再言也。

第三，被繼承人之住所地法主義。謂羅馬法上，認繼承爲死者人格之延長，故不問動產，抑不動產，權利，抑義務，皆包括地移之於繼承人，實爲繼承原有之性質。不過因封建制度之興，始將繼承之觀念爲之變更；今一切法律，既遠宗羅馬法之精神，則舊日封建制度下所認爲必要者，自應因封建制度傾覆而隨同解除之。是故根據繼承財產爲一種包括財產，被繼承人之財產的人格，依然存在之理由，繼承自體問題不可不以被繼承人之屬人法，爲其準據法，然則屬人法何所指乎？與被繼承人關係最密切者。並最能推知被繼承人之意志者，則惟被繼承人最後住所地法是也。此說薩焚宜最所主張，新意國學派興起以前，歐陸各國亦頗盛行；今之採用者，惟瑞士，丹麥，挪威，智利諸國是也。然在英美派不滿意於動產不動產區別主義者，頗亦有傾向於此說者。

按此一主義，在大體上尙屬可用，所成問題者，以被繼承人最後住所地法爲屬人法之

適用而已！蓋既認爲繼承不外延續被繼承人財產的人格，自宜以較爲永久之法律支配其關係，始爲正當；今僅以最易變更之住所地法，爲解決繼承問題之標準，殊嫌不稱！況被繼承人若無住所時，亦無法解決其問題也。費奧（Fleissner）曾對薩焚宜之主張，有所爭持，實有所見而然。

第四，被繼承人之本國法主義。謂繼承之本質誠如薩焚宜之所論，而屬於人事之範圍，但本國法之爲用，更適合於其關係也。一則繼承雖牽涉財產問題，究以親屬關係爲其主要之前提，此當然與被繼承人之所屬國，極有利害關係；再則繼承人之所以能繼承被繼承人之人格者，除遺囑繼承外，均以有特定之身分而定，身分之準據法，舍本國法莫屬，故繼承，應依被繼承人之本國法定之，實爲莫可爭執之問題也，此說在今日頗通行，我法適第二十條，日法例第二十五條，意民法第八條，德民法第二十四條，第二十五條，皆然。他若摩洛哥法第十八條第一項『在法國保護摩洛哥之區域內，爲動產或不動產之繼承時，關於確定繼承人之規定，斷承人之順序，應繼分，財產返還，自由處分之部分，及特留財產等，應依被繼承人』

人之本國法』；是更列舉繼承問題中主要之點而規定之焉。又波蘭法第二十八條第一項「繼承權，依被繼承人死亡時之本國法」，是更明白標示被繼承人之本國法云者，指被繼承人死亡時之本國法也。此外，國際條約中亦往往設有相類之規定，如中捷友好通商條約第十一條「……兩締約國之一國人民身故時，關於繼承事項，應適用死者所屬國法律……」云云，以及德日領事職務條約第十四條之規定，與一八九四年海牙條約第一條之規定，皆其著例。

按此一主義，固極適當，然實際適用之，則亦不能漫無限制，或完全依從。海牙條約第六條，曾規定適用本國法，倘違反內國強制法規時，得不適用之，是為本國法適用之例外。而畢氏國際私法典固以當事人之屬人法，為繼承準據法之原則，但第一四五條亦設有限制，謂「使享有一人之繼承權利，從其死時開始之規則，為地方法」云云，並可作為參證。他如波蘭法第三十條第一項「不得因死亡(Mortuus)而處置之財產，依財產所在國之法律，」亦限定適用被繼承人本國法時所受之限制。愚認為此尚係因其有害於內國之公共秩序而出此，確有限制，究不必盡為內國法積極之適用。倘如依我法適第八條之規定，外國人受中國法

院之死亡宣告，繼承開始之原因既已存在，縱該外國人之本國法，否認此繼承開始原因，我國仍得就其在中國之財產，及應依中國法律之法律關係，開始繼承之關係，依其本國法，使合法之繼承人承受其權利義務也。苟此說可行，則又別於被繼承人本國法主義，得有被繼承人本國法原則主義之樹立。至於『請求與實行分割之能力，依繼承人之本國法』，此固舉氏國際私法典第一六一條所規定者，而爲吾人所反對之繼承人本國法主義。然在此一問題上，因遺產分割之能力，只發生利害於繼承人相互間，而與被繼承人方面無若何顯著關係，較覺繼承人本國法主義爲妥，似亦不應仍適用被繼承人之本國法也。雖曰被繼承人得預禁止之，然今日法律上多不承認其禁止之效力，至多只與以相當期間之保留，可知分割之能力，不涉及被繼承人之任何方面，卽無再適用其所屬國法律之必要，惟視繼承人之所屬國法律是否允許其有此分割能力而已。愚知人必有說曰：分割誠與被繼承人之本國法關係不切，而與財產所在地之關係則密，自不得適用繼承人之本國法。然須知茲之所討論者，乃分割之能力問題，若夫如何分割，或使財產分爲數部，各有其有，或以價作抵，財產仍爲整體，斯則始受財

產所在地法之限制也。

(三)關於遺產之法律適用

關於繼承之法律適用，限於繼承權及繼承人之說明，未能充分指示遺產自體上所應適用之準據法也。換言之，繼承，應分爲財產繼承與繼承財產兩端而論，一爲人事之關係，一涉財產之問題，不能有所相混耳。前者已有所及，茲就後者言之：

(甲)遺產之訴訟及移轉 吾人知繼承牽及親屬與財產兩種關係，苟其問題與財產方面關係甚切，則法律之適用即不能絕對地與繼承自體方面所適用者相同，學者不察，往往合而爲一，致使繼承問題陷於極複雜之狀態，殊覺不妥。在遺產方面之應先提出討論者，爲

第一，遺產訴訟問題 關於遺產之訴訟，普通以由遺產所在地法院管轄，爲較方便，尤其其遺產爲不動產時，最應如此。中捷友好通商條約第十一條規定「關於遺產之任何爭執，發生於財產所在國者，應由所在國法院審判」。卽一例也。此種規定，以外國人繼承外國人

在內國之遺產場合，甚爲適用。但如外國人尙有一部分遺產在外國，而由外國人請求繼承，或由內國人請求繼承時，則如何？此似以波蘭法第三十四條之規定，堪供解答。卽，「波蘭官署，得因住所所在波蘭，或有波蘭國籍，並確定其繼承權者之請求，對於在波蘭之財產，進行如波蘭人所遺財產之程序，但應依被繼承人之本國法而爲之」是也。然則內國人之遺產皆在外國又當如何？依類似中捷條約規定之解釋，自以遺產所在地法院有管轄權，但如無條約之限制時，被繼承人本國法院，仍在原則上有充分之管轄權。蓋遺產訴訟，以繼承爲其內容，而繼承法規凡內國人皆應適用之也。繼承人爲內國人固極合於此種意義，卽繼承人爲外國人，而因係繼承內國人之遺產，內國對於遺產繼承之訴訟，仍有管轄權。波蘭法第三十二條「波蘭現行繼承法之規定，對於有波蘭國籍者之遺產，雖在國外，亦適用之；」既可爲法律之適用，卽必有其管轄權而後可，更其一例。總之，外國人在外國之遺產，而由內國人繼承之；內國人在內國之遺產，而由外國人繼承之，其訴訟皆須受財產所在國法院管轄之。外國人在內國之遺產，而由外國人繼承之，內國人在外國之遺產，而由內國人繼承之；其訴訟在

原則上由被繼承人本國法院管轄之，但被繼承人在財產所在國有住所或永久居所者，則通常爲便利計，得由財產所在地法院管轄之。

第二，遺產移轉問題。不問遺產訴訟之由何國法院管轄，亦不問遺產繼承之是否適用被繼承人本國法，但如牽涉遺產自體之問題時，因其變爲純粹物權之關係，即不可不依財產所在地法也。最明顯者，如因繼承而移轉財產，其移轉之方式，移轉之條件，皆須依財產所在地法決之。不特財產由被繼承人移轉於繼承人之場合如此，即繼承人相互間之遺產分割亦然。前者，如財產所在地法，不許外國人享有不動產，設被繼承人爲其地之人，或限於一身享有者，而繼承人爲外國人時，其繼承權並不因此而生動搖，但祇能取得繼承之權利，不能爲不動產之占有，應設法將所繼承之不動產，賣之於其地之人耳。蓋財產繼承固應依繼承適用法之規定，但繼承財產之如何處理，則須受所在地法之限制也。波蘭法第三十條第二項云：「關於繼承財產或其中之部分，所受公法上之限制，依財產所在國家之法律，」可供參證者也。後者，如財產所在地法，不許因繼承而致財產分散，則雖依被繼承人之本國法，得由多

數人共同繼承被繼承人之遺產，仍不得實際分割之。畢氏國際私法典第一六〇條云，「關於維持繼承無限共有，或設立假分析之規則，爲國際的公共秩序法，」可供參證者也。此外，若繼承稅之徵收，因其出於一國公法上強制之規定，並與財產權之問題有關，而外國人在內國，依法律又負有相當納稅之義務；故其稅額之多寡，稅金之應否免除，皆應依財產所在地法決之。不過昔日，以排外之故，特別加重外國人之繼承稅，今日，以保護內國人之故，亦往往高其稅額，在內外人平等之原則上自非所宜。故各國往往互結條約，規定相互間繼承稅額之平等，如中捷條約第十一條第五項，「此締約國對於彼締約國人民關於繼承事項，所徵收之稅捐，不得異於，或高於所在國本國人民在同樣情形之下所納之稅捐，」即其例。

(乙)遺產之管理及歸屬 無人承認之外國人遺產，將如何管理之；以及無人繼承之外國人遺產，將如何處分之；則又別於以上各端，成爲一獨立之問題。茲先言：

第一，遺產管理問題 外國人在內國之遺產，值繼承人之曠缺時，即發生繼承遺產在一定期間保管問題。因各國保管方法之不同，究依何國之法律乎？今日通例，皆認爲仍依被繼

承人所屬國法律行之。但如其所屬國之法律，並非規定僅由親屬會議選定遺產管理人，而以此責付之官廳者，則在實施上頗感困難；且有時親屬會議亦不易行其管理權於死者留在國外之遺產，則財產所在地國在事實上亦不能不負管理之責。但管理權雖一時歸之財產所在國之官廳，而如何進行，照例依被繼承人本國法之規定爲之。正如波蘭法第三十三條曰「關於外國人之繼承財產，波蘭官署僅以保全其財產之存在爲原則；」而不涉及其如何進行之程序也。不過今日，各國對其人民死後在外國所遺之財產，往往授權於使領等爲盡管理之責亦有之，並在關係國間豫結條約以擔保之。中捷條約第十一條「……此締約國人民在彼締約國領土內，所遺動產或不動產，應由死者所屬國領事官員，或其委任之財產管理人，協同該管地方官廳，依照死者所屬國法律管理之」之規定，可供參照。

對於外國人遺在內國之財產管理，當然指該外國人有住所或有永久居所者而言，至少亦在其死亡以前，曾經有住所者而言。若夫於海上身故，或在內國領土內，並無固定住所，或永久居所，而於經過時身故者，內國於此際，是否依然對其財產有管理權？中捷條約則

規定『其所遺財物及貴重物品，應不拘方式，交由死者所屬國之最近領事官員，再行處理』，蓋亦當然如此也。

在遺產管理之際，往往對於死者之債務，隨同辦理之；卽不然，亦須由其繼承人辦理之。假使內國政府或公共團體，爲死者醫藥費或殮葬費之債權人時，此項債務之清償應如何辦理？有認爲此項費用之支辦，應歸內國政府或公共團體負擔之，不發生債的關係，如歐戰前，德聯邦諸國間之條約是也。此頗不妥！外國人在內國所享之權利，絕不能起優於內國人所享有者，內國官廳對於內國人既不負有此種義務，何能獨對外國人而如此？苟須如此，則惟有加重外國人之遺產稅，權利義務始爲平等，顧稅之加重又非人所贊許也。德聯邦諸國間之條約，或有特殊之背景，非他國所可取法焉。有認爲須由外國人遺產中首先扣除者，歐洲各國多數之條約是也。此尙可行！因在承認有『先取特權』之國，供給殮葬費用之人，對於死者之遺產上，自有先取特權之物權；正與雇工對於雇主之財產上，旅社對於旅客之行行李上，運輸主對於被運之貨物上，遇其不清償債務時，皆有此種物權之效力等。卽未承認先取特權者

，各國亦多認爲此等情事，爲債權之特別效力，應先於他之債權者受其清償，自應由外國人之遺產中，首先扣除之也。

第二，遺產歸屬問題。在管理之法定期間內，有人出而承認繼承，並依被繼承人之本國法，確有繼承權者，遺產當然交與其繼承人，此固各國之所同。但若無人繼承，各國除少數認爲應歸屬財產所在地之地方團體外，通常均認爲應歸屬國庫，似無何等問題矣。然在國際私法上，遺產非皆內國人遺於內國之財產，內國人之遺產有在外國者，外國人之遺產有在內國者，將歸屬於被繼承人所屬國之國庫乎，抑歸屬於財產所在國之國庫乎？此頗不易統一其答案，應視財產無人繼承時，歸屬國庫之理由若何而定；且各國往往又因利害之關係，立法例與條約規定採極相反之主義者，亦恆有之。茲分述之：

(a) 國庫繼承主義。德國，瑞士採之；而其說則唱於薩焚宜。薩焚宜謂國家或地方團體，可假定其爲遺產之最後繼承人，故國庫之收取死者之遺產，乃立於繼承人之地位而然，德民法法典第一九六四條，並規定「於繼承人適應於事情之期間內，不能確知時，則遺產法院

，於國庫以外繼承人不存在之事，當確定之。前項裁判確定，則推定國庫爲法定繼承人」云。此說既以國庫爲最後之繼承人，依繼承適用被繼承人本國法之原則，外國人之遺產自應歸屬於其本國之國庫，而內國人在外國之遺產，亦應歸屬於內國之國庫也。德日領事職務條約第十四條之規定，即採國庫繼承主義之例，故德國領事對於在日本德國人之遺產，有絕對的管理權與支配權，即以最後繼承人之資格而爲之耳。

按此一主義，從正義方面言之，任何國人無人繼承之遺產，歸於其所屬國之國庫，他國不得因所在地之關係，而掠奪之，殊爲得當。然德國之在昔唱此主義者，究不無利己之嫌。因德國向爲移民於外之國，依此主義，凡國家以繼承名義，收取死者之遺產，不論遺產之在國內，在國外，皆可爲之；德國雖亦應允許外國人在德國之遺產，歸屬外國之國庫，然德國人在外國之遺產，由德國國庫所取得者，超過所失之利益五十倍。故一九〇四年海牙會議，德國代表力持此說，終遭多數否決者，卽此故耳。顧其主義之自體，在公平之標準上，及繼承依被繼承人本國法之原則上，終不得謂之爲非。

(b) 國庫先占主義。法國，日本採之，而其說則唱於威士(Weiss)。威士謂無人繼承之遺產，爲防止個人先占，致引起社會之紊亂，公益之侵害，應由國家以領土主權之作用，獨有先占權，由國庫取得之。易詞以言，國庫收取死者之遺產，表面上似爲最後之繼承人，實質上則以凡物不可無主，死者既無繼承之人，國家則本於主權之當然行爲，由國庫先占之是也。民法第七六八條云『如無生存之配偶者時，應於官徵收之』；日本民法亦以無人繼承時，遺產歸屬問題，卽離開繼承之範圍，而入領土主權作用之範圍，國庫依先占而取得其財產焉。說者又有謂外國人在內國之遺產，無人繼承者，原可依其本國法，屬之於其本國國庫；但按國內法之一般原則，無主財產，應歸屬財產所在地之國庫，則因關於公共秩序之原則，較諸當事人之本國法，自應優先適用云，此又主張先占說之一理由也。凡主張國庫先占主義者，凡外國人在內國之遺產，皆可收入內國之國庫，反之，內國人在外國之遺產，內國亦無權過問也。

按此一主義，在理論上究覺免強，尤其在外國人如爲德國人時，不易爲先占權之解釋。

蓋德國法固明規定國庫爲最後之法定繼承人，其國人遺於外國之財產，縱無親屬方面法定繼承人，仍有國庫之繼承人在，即不得謂之爲無主物，而由財產所在地之國庫先占之。苟以外國國家爲法人之故而否認，然各國對於外國國家之法人資格，固無有不承認者；苟以外國國家爲外國法人之故而否認，然既承認外國人依被繼承人本國法有繼承權，何能獨對認許之外國法人加以反對。故縱認財產所在地之國庫有取得權，亦不能以先占說主張之也。

(○)國庫沒收主義 英國，波蘭採之，不以先占爲理由，而以國家對於在國境以內，有無人繼承之外國人遺產，原有沒收之權爲理由也，在英國，仍不免採中世國庫繼承權之餘波，認爲外國人之遺產，雖不必禁止其被人繼承，但無繼承人者，國庫正可沒收之。且英國，繼承，探動產不動產區別主義，初既排斥被繼承人本國法之適用，遺產無人繼承之歸屬所在，亦即不許被繼承人之本國國庫充任之，正其前後一致者也。在波蘭，繼承，雖依被繼承人死亡時之本國法，但「死亡者所遺之財產，依其本國法無人繼承時，爲無繼承人之財產，適用財產所在國法律之規定處置之，」而「依死亡者死亡時之本國法，因無其他繼承人，而歸

屬於國家或其他種法人之財產，視為無繼承人之財產』（波蘭法第三十一條），則隱然表示其基於領土主權之唯一理由而如此，非以先占為據也。故外國人之遺產，苟於波蘭人，或住所於波蘭之外國人，或波蘭之國庫之請求權或繼承權完全行使，或受有充分擔保後，亦可交付於國外；而未依繼承法確定其繼承權者，對於交付，並不得抗辯（波蘭法第三十五條參照）；可證明其認為財產所在地國庫之取得外國人遺產，不過公法上於必要時之一種沒收行為而已！說者更有謂個人在一國享有財產權，乃國家以經濟上之理由，按其需要而分配之，使各在國家允許之範圍內，有使用收益，甚或移轉之權，然財產之原主仍係國家，故無人繼承之時，其遺產自應歸還於國庫。外國人在財產所在地之享有財產權，與其地之人民立於同一地位，當然與其本國無涉，自不能許其本國國庫收取之。證以蘇俄，對於死者遺產超過價值一萬金幣之數額，其超過額無條件地歸相當之國家機關處分；其一萬金幣以內之『無嗣的財產』，亦係僅於六個月內，繼承人不自動報到者而作成之，收歸公有；益信財產權之淵源出自所在地之政府，則無論任何人所遺之無人繼承之財產，不可不歸於財產所在地之國庫；此又主張

國庫沒收主義另一派之理由也。

按此一主義，以沒收權說爲其中心論據，實較先占權爲澈底；此沒收權之觀念，縱謂不合於正義，然國家原係一權力組織，法律更係一強制之物，外國人之遺產，雖其本國法上以自己之國庫爲最後繼承人，而財產所在國以自己利害上之觀點，由主權之發動而不承認之，他國法律亦無強其承制之理由，故恐認爲此說尙無矛盾之點，似優於先占主義也。不過無論沒收主義，或先占主義，其結果皆係將外國人之遺產，歸之於財產所在地之國庫。自一九〇四年海牙條約探財產所在地法主義後，幾又成爲外國人遺產歸屬問題之準據法之原則。中捷條約第十一條，所謂『如依照其本國法律，死者確無繼承人或遺囑時，其財產應依照財產所在國法律章程處理之』云云，亦係採此主義。然在一九二八年全美會議通過之國際私法典第一五七條之規定，則認爲國庫繼承主義，亦可同時並存之。所謂『關於法定繼承，如法律因無他人而由國家爲繼承人時，適用當事人之屬人法；但如國家爲無主物之先占人，則適用地方』是也。

第二十三章 遺囑

遺囑(Willament)者，人在生存中，處置事務或財產，使於死後發生效力之要式的單獨行為之謂；換言之，屬於要式的，單獨的，死後生效之法律行為之總稱也。故遺囑不限於臨終之言(Last Will)，平日亦可爲之，但無論如何，其效力必於死後始行發生，故與他之法律行爲異。且遺囑亦不限於處分遺產，有關於監護者，有關於家政者，又有關於嗣養等事者，不一而足；不過究因與繼承有密切之關係，如遺贈，特留分等是，故各國多規定於繼承法中，德國，瑞士，蘇俄，日本以及我國皆然，法國亦列於遺產繼承之後。其成爲問題者，爲死因贈與一事，日本則置諸債權編普通贈與之規定中，瑞士亦列之於其單行之債務法中，惟德國則依羅馬法之例，仍規定於繼承法之繼承契約中焉。

以遺囑指定繼承人者，通稱遺囑繼承，或指定繼承；但專就與他人以財產者而言，則曰遺贈，受之者曰受遺贈人。包括的受遺贈人繼承遺囑人權利義務之地位，與通常繼承人同；

普遍的受遺贈人除所謂負擔附之遺贈外，受遺贈人就其遺贈，不負何等義務，此又其與通常繼承人不同之點也。茲就關於遺囑之法律衝突及法律適用，分下列諸大端述之：

(一) 遺囑之成立與其效力

外國人在內國爲遺囑，或內國人在外國爲遺囑，首應解決者，爲其成立遺囑時必須具備之要件，應依何國法律定之？此本可分爲實質的要件與形式的要件而言，實質要件云者，遺囑能力，遺囑範圍是否合法之謂，形式要件云者，如何始構成一要式行爲之謂。惟通常多以形式要件，另爲研究，且兩者之準據法亦不相同，故先爲實質要件之敘述：

(甲) 遺囑成立之法律衝突 爲遺囑者應具如何之資格，其依遺囑而得處分之事項，應有如何之範圍與限制，各國法律皆異其規定，遂即引起國際私法上，應依何國法律決定之問題。然則其主要之衝突點，究何在？

第一，以遺囑能力言之，何謂遺囑能力？狹義解之，即遺囑人有無爲遺囑資格之事；廣

義解之，遺囑見證人之資格問題亦在其內，羅馬法派又以受遺贈人之資格列入之。而荷蘭更以遺囑方式，為關於能力問題，則其範圍更廣。茲特就狹義者一述；因見證人之能力問題，各國大致相同；受遺贈人之能力問題，於前述之繼承能力可資參閱故耳。

(a) 關於遺囑之年齡者。遺囑行為既與他之法律行為異，故在兩者之能力上亦然，雖在普通法律行為限制能力者，亦往往許其有遺囑能力，無須經法定代理人之同意。然不問其達於任何年齡，皆許為之，則仍不妥。於是各國又有遺囑年齡之規定，固均較成年年齡為低，而低至如何程度則不一致，有定為滿十八歲者，瑞士，坎拿大，美之紐約是也；有定為滿十六歲者，我國，法國，德國是也；有定為滿十五歲者，日本是也；有定為滿十四歲者，奧國，普國是也。凡不滿遺囑年齡而定之遺囑，均歸無效。

(b) 關於治產之禁止者。成年之人原可依己意而為遺囑，但如受禁治產之宣告後，是否仍有遺囑能力？我國法，規定無行為能力人，不得為遺囑；禁治產人無行為能力，當然受其限制，且精神耗弱，致不能處理自己事務之人，亦歸入禁治產之列，其範圍較各國為尤廣。

日本法，禁治產人之行為，準治產人未得保佐人同意之行為，在原則上皆須取銷之，然不適用於遺囑之行為。法國法，規定於為遺囑之遺贈，以精神不昏迷為必要，故若為心神回復時所為者，雖在禁治產中，倘有事實上之證明，仍為有效。

第二，以遺囑範圍言之。依遺囑所處分之事項，究竟有無一定之範圍；如有一定之範圍，則超過之者，遺囑即失其效；尤以關於處分遺產場合為甚。此一定的範圍之規定，各國頗不一致，其最衝突者，如：

(a) 關於處分權之存在者。英美各國採遺囑自由主義，認為人之財產既可於生前自由處分之，自不妨預為死後之處分，或以遺產捐助公益，或以遺產遺贈他人，均無不可，不應加以任何之限制也。德法瑞士日本及我國採遺囑限制主義，認為遺囑人雖有絕對自由處分遺產之權，但舉其所有，盡付他人，致違反特留分之規定者，則亦無效。惟無效云者。僅就違反之部分而言耳。故在遺囑之對於遺產處分上，顯已有兩不相同之立法例；然更莫異於：

(b) 關於特留分之方面者。特留分，我繼承草案曰特留財產，日本民法曰遺留分，羅馬

法及德，法皆曰義務分 (Legal portion)，或譯法定分，並有稱爲特留財產權者，皆指法律使被繼承人以其遺產之若干部分，特留於其繼承人，不許以遺囑自由處分之謂也。此特留分除英美外，各國均基於公益之必要而承認之。惟其內容，就特留分之享有者。德國法，直系卑親屬，父母，及其配偶，兄弟姊妹，及祖父母爲特留分之享有者。德國法，直系卑親屬，父母，及其配偶，被排除於繼承以外時，得請求之。瑞士法，除兄弟姊妹亦有特留分外，與德國同。日本法，直系卑親屬，配偶，及直系尊屬，有特留分。法國法，嫡出卑親屬，認知私生子女，享有特留分之權利；無嫡出卑親屬者，爲父母；無嫡出卑親屬，兄弟姊妹，或兄弟姊妹之卑親屬者，則爲其他尊親屬。意國法，直系尊卑親屬，配偶，及認領之私生子女，均有特留分。西班牙法，有特留分之權利者，爲直系卑親屬，無卑親屬時，爲直系尊親屬，配偶，認領私生子女等。

就特留分之成數言，我國法，直系血親卑親屬，父母，配偶等皆爲其應繼分二分之一，餘則均爲其應繼分三分之一。德國法，均爲其應繼分二分之一。日本法，直系卑親屬之特留

分，爲被繼承人財產二分之一；其他法定繼承人之特留分，爲遺產三分之一。法國法，特留分之成數，子女爲一人者，留其財產二分之一；爲二人者留三分之二；三人以上者留四分之三；無子而有尊親屬者留四分之一，尊卑親屬等皆無者不留，得以全部遺贈。凡其中以應繼分若干分之幾，定其特留分者，曰各別特留辦法，德國法系之主義也；喪失其特留分者，其特留分即算入自由處分之部分。其中以遺產若干分之幾，定其特留分者，曰全體特留辦法，法國法系之主義也；喪失其特留分者，其特留分即歸於其他享有特留分之人。蘇俄法，無特留分之規定，但遺囑人可剝奪合法繼承人之權利，其被剝奪之部分，則移轉於國家，又係一特例也，至於特留分之其他規定，各國尤難爲同，姑從略。

第三，以遺囑限制言之。遺囑行爲非皆任何時而得爲之，亦非與任何人可共爲之，各國對此，多設有限制，舉其要者以示其異：

(a) 關於遺囑之禁止者。各國對於遺囑，尙有規定特別禁止之條款者，以法國爲最詳密。如父母之對於其未認領之私生子女，被監護人之對於其非尊親屬之爲監護人者，遺囑人死

亡時之對於醫師藥劑師及僧侶等，皆禁止其爲遺囑之事。但對於病院或其他公共事業之財團，得大總統命令之允許者，則認爲有效。在昔更認爲對於外國人之遺贈，須出於條約相互者，今廢。他如日本，亦規定被監護人對於爲監護人，或其配偶，或其直系卑屬之利益，所爲之遺囑，不認爲有效；但如被監護人之直系血族，配偶，或兄弟姊妹爲監護人時，不在其限。至於他國亦不盡同。

(b) 關於遺囑之共同者 日本法，遺囑者不得以二人以上，同一證書而爲之，所謂共同遺囑之限制是也。德國法，共同遺囑在原則上亦不許，然有例外，卽，配偶者得爲之也。夫各國關於遺囑成立之規定，僅就以上所列舉者而言，已有如許之異。其他未及者，更不勝舉；則外國人在內國所爲之遺囑，或內國人在外國所爲之遺囑，究應依何國法律，定其成立之實質的要件，不可不一求之。

(乙) 遺囑成立之法律適用 從來各國之立法例及學說，對於遺囑成立問題之準據法，多依繼承自體問題之準據法之例而定，但亦稍有異點。茲簡單述之：

第一，不變更國籍時之準據法。即，在通常情形中，遺囑成立之準據法是也。共有下列

諸說：

(a) 財產所在地法主義。謂遺囑者，乃處分財產之行爲也。既係如此，自不可不依財產所在地法定之。採此說者，爲蒙得維的亞條約第四十五條，他無聞者。

按此一主義，誤以遺贈爲遺囑唯一之內容，不知遺囑涉及身家政諸事者亦恆有之，自不能絕對受財產所在地法之拘束；即使爲遺贈之遺囑者，苟其財產散在各地，勢必因一次遺囑，而受各地法律之支配，殊爲不便。中捷條約雖規定『兩締約國人民在彼此領土內，有依照所在國法律章程訂立遺囑，或用他種方法自由處分之權』；此不過重在財產處分之一種方法問題，並非即係關於遺囑本體之規定也。

(b) 動產不動產異法主義。謂遺囑雖應依財產所在地法，而動產性質變動無常，不如依遺囑人住所地法之爲妥。英國之普通法，美國之判決例採之。

按此一主義，在動產依屬人法方面，似較前說尙高一等；在強分遺囑因動產不動產之異

，致適用兩種準據法之方面，則其破壞遺囑成立要件之整一性，更有遜於前說也。

(c) 遺囑人住所地法主義 謂遺囑雖以遺贈爲主要內容，實則一排斥法定繼承規定之處分行爲耳。故其準據法固無以異於繼承關係之準據法；繼承關係既應採被繼承人之住所地法，則遺囑關係亦應從之。德國普通法等採此一說。

按此一主義，理由尙有一部分可取，其不爲現代所重視者，以住所地法更不如本國法之爲尤妥焉。

(d) 遺囑人本國法主義 謂遺囑成立，有關於遺囑人能力問題，自應適用能力規定之原則，依其本國法。又處分財產之行爲，亦以繼承關係爲其基礎，繼承既適用本國法，此更不可不同依本國法也。況繼承法乃一強行法，遺囑爲其一部分，遺囑人只須隸屬其國，雖在國外亦適用之。非然者，遺囑之所禁止與限制者，並特留分之強制保留等事，皆等於虛設，此又須以遺囑人本國法爲其準據法之一理由也。我法律適用條例第二十一條第一項，日本法例第二十六條第一項，德國民法施行法第二十四條第三項，意國民法第九條第二項，西班牙民

法第十條第二項，摩洛哥法第十八條第二項皆採其說。

按此一主義，較為妥當。畢氏國際私法典第一四六條，亦規定「因遺囑而處分之能力，依遺囑人之屬人法支配之；」所謂屬人法者，本國法之適用自在其中也。至其次條規定「關於各國為證明心神喪失遺囑人，在健全狀態期間而決定之規則，適用屬地法」；此不過對於類似法國制度之國家，為能力證明上方便計，不能不有之例外，若遺囑人之本國及遺囑地，對禁治產人皆絕對禁止其為遺囑行為，自無設有此項規定之必要。

第二，遇變更國籍時之準據法。現代多數國家，雖皆以遺囑人之本國法，為遺囑成立實質要件之準據法，尚矣。然遺囑非限於臨終時為之，常有作於生存中者，設遺囑人於遺囑成立後，而變更國籍者，所謂本國法者，究指遺囑成立時之本國法歟？抑指遺囑人死亡時之本國法歟？各國成例既不一致，學者主張亦非統一，不可不明辯之：

(a) 遺囑成立時本國法主義。謂遺囑之效力，雖必待遺囑人死亡後而發生，但遺囑自體固自其作成時，已有效成立，故遺囑得否成立之問題，不問遺囑人死亡時之本國法如何，必

依遺囑成立時之本國法定之。易詞以言，凡在遺囑成立時，爲有效成立之遺囑，其後遺囑人縱變更國籍，不問其新本國法規定之如何，仍屬有效是也。波蘭法第三十條「遺囑，及關於繼承之契約，依訂立時訂立人之本國法」；日本法例第二十六條第一項「遺囑之成立……依其成立當時遺囑人之本國法」；我法適第二十一條第一項「遺囑之成立要件……依成立時遺囑人之本國法」，皆採此一主義。不過在用語上，似以法人寶道改用「依遺囑人於遺囑成立時所屬國之法律」一語爲善；蓋此「成立時」云者，重在表示遺囑人其時之所屬國，卽以其國之法律作爲本國法之對象，並非限於其實際上所依之法律，苟其法律自體有所變更，則依新變更之法律而定其有無效力，不必拘守其成立時之舊法故耳。

按此一主義，若從法律行爲之自體方面言，其本身有無效力，自應依成立時之本國法，實無疑問。若從豫防遺囑人故意改變國籍，以就有利於己之法律方面言，則因遺囑究與他之法律行爲異，殊非維持遺囑成立時本國法主義之堅決論據。何以言之？遺囑非雙方行爲，且於遺囑人死後始生效力者，故在遺囑人死亡以前。法律上皆許其隨時有變更遺囑之自由，固

無需乎變更國籍，始達其推翻已成立之遺囑之目的也。

(b) 繼承開始時本國法主義 謂遺囑成立時本國法主義，既無牢不可破之理由，則在實際上似以遺囑人死亡時之本國法爲便。蓋遺囑，所以適用本國法者，以其爲排斥法定繼承之處分行爲，而在他之部分亦與繼承有密切關係者也。夫既如是，繼承，既適用被繼承人死亡時之本國法，遺囑，則適用遺囑成立時之本國法；苟係同爲一人，而又爲連帶之同一關係，竟有兩種本國法之適用，其間如發生法律上之衝突，將何以善其後耶？故海牙條約，對於遺囑人能力之有無，及遺囑實質要件之具備與否，悉依遺囑人死亡時之本國法定之，即所以爲與繼承適用之法律相同也。我國學者頗多主張此說。

按此一主義，在適用上與繼承採同一之準據法，自甚便利；然在理論上，遺囑而不依其成立時之本國法，定其本身有效與否，竟依死亡時之本國法決之，終亦不妥。故恐主張：

(c) 新舊本國法折衷主義 謂無論遺囑人是否變更國籍，遺囑之本身有效與否，須依遺囑成立時遺囑人之本國法定之；但如與變更國籍後之繼承法有積極衝突，致不能使遺囑與

繼承同時並用者，則依遺囑人死亡時之本國法？何以在原則上仍須依遺囑成立時之本國法？一則遺囑作成後，於死亡以前，雖可自由變更，但既未與以變更，或有行爲上之否認，其本身之是否有效，自須以成立時之本國法定之。吾人知在國內法上，例如遺囑能力，各國皆認爲須於爲遺囑時有此能力，不得於遺囑作成後，始具有遺囑能力，用以追認以前所作者爲有效。則在國際私法上之決定遺囑自身有效與否，亦不能絕對否認此一原則。苟不以成立時之本國法爲其準據法，勢必使原來無效成立之遺囑，而亦有效成立之；原來有效成立之遺囑，而亦歸於否認，殊不妥也。再則遺囑既非限於一次爲之，在始終不變更國籍者，已得以自由變更，則變更國籍後，更有如是之自由；倘遺囑人於此時不依新本國法另定遺囑，或保留原有之遺囑，卽是有意維持變更國籍前之遺囑。吾人知遺囑須由遺囑人以自由之意志爲之，他人不得作成其意志。爲各國法律上所公認之原則，奈何得以國家之力而絕對推翻此原則乎？蓋在此情形下，不依遺囑成立時之本國法，定其有效問題，卽無異持法者強遺囑人須依新本國法而爲之也。何以在補則上兼須依繼承開始時之本國法？此，因在實際適用時，有不能不

顯全新本國法上之公益的規定，及繼承爲強制的法規之性質，故如特留分問題之處理等，自不能仍依舊本國法也。但其遺囑能力諸端，則當然本成立時之本國法而定，無待再及。

此外尚有一事，即遺囑之效力問題。在遺囑效力之開始上，各國大都規定自遺囑人死亡時，發生效力；其不同者，乃遺囑效力所及之範圍若何耳。此一問題之準據法，與遺囑成立問題同，故不另論。

(二)遺囑之方式與其他者

遺囑成立之形式要件，曰遺囑之方式，其適用之準據法，與實質要件不同。他如遺囑之執行，遺囑之撤銷諸事，亦非盡與遺囑之成立，適用同一之法律。爲節段平均分配計，故彙而論之，其實遺囑之執行與撤銷，內部之大部分仍屬於方式方面者也。

(甲)遺囑之方式 遺囑爲遺囑人於其死後發生效力之生前的意思表示，故必須求其真確，預防其錯誤詐欺，而列爲要式行爲之一，不可不以一定之方式爲之。苟違背法定之方式者

，不特難作效力發生時之證明，且其遺囑之自身，亦根本失去效力也。茲先述：

第一，遺囑方式之法律衝突。德國法，瑞士法，遺囑之普通方式，爲公證遺囑，自書遺

囑；公證遺囑者，於法官或公證人前爲之者是；自書遺囑者，遺囑者親筆記載其意志，並附有場所時期，且署名者是。遺囑之特別方式，爲口授遺囑，口授遺囑者，因疾病或其他非常事由，不能於法官或公證人前爲遺囑，得於三證人前，以口頭陳述而爲遺囑者是。法國法，自書遺囑，公證遺囑等方式皆承認之，並有密封遺囑之一種；密封遺囑者，遺囑人以密封方式作成之遺囑也。日本法，以自書遺囑，公證遺囑，祕密遺囑爲普通方式；以口授遺囑爲特別方式。我國法，除上述各種方式外，又有所謂代筆遺囑者，即由見證人代寫之遺囑是也。然遺囑方式之衝突點，尚不在乎方式種類之相異，而在乎每一種方式內容之不同。例如口授遺囑，各國皆爲救濟特別事由而設，非遺囑之正常方式，故自遺囑人能依其他方式爲遺囑之時起，經過一定期間，即應失其效力。然此一定期間，在我國則爲一個月，在德國則爲三個月，在日本則爲六個月，在法國亦爲六個月，在瑞士則爲十四日，各不相同。於是即同探某

一種方式，仍有分別應依何國法律之必要也。特再言：

第二，遺囑方式之法律適用 遺囑爲法律行爲之一，故其方式亦法律行爲方式之一，當然應依法律行爲方式之原則，定其適用之法律，似無庸特別及之。惟各國立法例上，亦有爲特別之規定者，故擇要一述：

(a) 英美法上之主義 關於不動產讓與之方式，依物之所在地法而不依行爲地法，此爲各國共認之原則。英美既將繼承及遺囑之準據法，關於不動產者作爲處分財產行爲視之，使其依不動產所在地法。故對於遺囑之方式，亦主張不動產非依所在地之方式，不能爲有效之處置也。

按此一主義，在英美有其特殊之原因，非他國所能摹倣者。一則遺囑之成立，其內容不必限於不動產，而動產自亦其內，故如英美法，勢必分爲之，卽有不爲事實上所能容許者在，是不管無形限制人之遺囑行爲也。再則關於不動產之遺囑方式，如涉及不動產本身之移轉者，自應依所在地之方式；然此爲物權問題也，非遺囑問題也。遺囑之方式不過如何爲有效

遺囑之成立，非即移轉不動產耳。

(b) 荷蘭法上之主義，荷蘭不以遺囑方式，視為關於遺囑行為之外表方式，而以為能力問題，其結果，惟限於本國法之適用。故荷蘭人在外國為遺囑之時，仍不得不專依內國法所規定之公證遺囑之方式，其民法第九九二條所定者是也。

按此一主義，以遺囑方式視為關於能力問題，立法命意根本失其正鵠。且專依本國法，設旅居外國而不能依本國法所定之方式者，殊為不便，國際條約雖許外國人在其本國使領前所為之遺囑，亦屬有效；然人驟遭危篤之際，亦不能在使領前為之者，如荷蘭之以公證遺囑之方式為限者，其人即莫能為有效之遺囑，何太限制之嚴哉！

(c) 畢氏國際私法典上之主義，一九二八年全美大會通過之畢氏國際私法典，除與在外國所為之遺囑，及在其本國以外所為之陸海軍遺囑相關之規則外，凡關於遺囑形式之規則，均為國際的公共秩序法。故不承認相互遺囑與自書遺囑之規定，及宣告其為純粹個人文件之規定，與夫關於遺囑之私文件形式之規定，並使由強迫或詐欺而得之遺囑為無效之規則，皆

屬國際的公共秩序法。國際的公共秩序法之在此場合之解釋，即遺囑行為地強迫其依行為地法之謂也。

按此一主義，過重行為地法之作用，而使其變為強制法之性質，殊與法律行為方式之準據法，為任意法之意義不合。況遺囑之實質條件既依遺囑人之本國法，其方式而絕對限制適用之，亦不免於矛盾也。

(d) 法國法上之主義 法國民法第九九九條規定，在外國之法國人，得依民法上所規定之自書遺囑方式，而為遺囑；但如依行為地法而成之公證遺囑，亦屬有效云。惟於次條，則更規定雖於外國依法為遺囑者，但其住所現在法國時，非登記其證書於住所地官署之簿冊後；住所現在不在於法國時，非登記其證書於人所通知之在法國最後住所地官署之簿冊後；則在法國內之動產，不得如其遺囑執行之。若係不動產，更須於其不動產所在地官署之簿冊登記之。

按此一主義，雖較上列諸種主義為優，然內國人在外國為遺囑時，其所依之方式，仍於

不。限。制。中。而。有。其。限。制。在。實。際。適。用。上。依。然。不。盡。便。於。遺。囑。人。也。

(e) 德。日。法。上。之。主。義。德。國。民。法。施。行。法。第。十。一。條。日。本。法。例。第。八。條。法。律。行。爲。之。方。式。以。依。支。配。行。爲。自。體。之。法。律。爲。原。則。但。依。行。爲。地。法。亦。爲。有。效。則。遺。囑。方。式。自。以。適。用。遺。囑。人。本。國。法。爲。原。則。而。以。適。用。遺。囑。成。立。地。法。爲。補。則。可。知。但。日。本。法。則。於。遺。囑。方。式。微。有。不。同。認。爲。遺。囑。如。係。爲。之。於。外。國。而。當。危。篤。之。際。爲。便。利。遺。囑。人。計。應。以。依。行。爲。地。法。爲。必。要。故。於。其。法。例。第。二。十。六。條。第。三。項。特。別。規。定。遺。囑。方。式。不。妨。依。行。爲。地。法。云。

按此一主義，深知遺囑方式爲任意法規之性質，本國法，行爲地法，一任遺囑人自由選擇之，自甚得體。至於究竟應以行爲地法爲原則，抑以本國法爲原則？此不過理論上之辯駁，殊不必詳爲討論也。

(f) 我。國。法。上。之。主。義。我。法。適。第。二。十。六。條。法。律。行。爲。之。方。式。以。行。爲。地。法。爲。原。則。以。法。律。行。爲。之。準。據。法。爲。例。外。遺。囑。方。式。自。亦。同。此。準。據。法。行。爲。地。法。與。本。國。法。兩。便。用。之。但。第。二。十。二。條。第。三。項。又。謂。『。關。於。物。權。之。遺。囑。方。式。得。依。第。二。十。六。條。第。一。項。前。段。之。規。定。』。即。指。行。爲。地。

法而言。此在爲別於不動產移轉方式，依所在地法之作用上，或尙可許；苟非如是，則屬非要，故說者謂其規定『不特失之於贅，且解釋上疑與日本探同一主義也，』信然！

(乙)遺囑之執行 遺囑人一經死亡，其遺囑即發生效力，但須有一定之機關爲其執行之，而在執行之前後，又有種種之程序，此當依何國法律定之乎？茲先言：

第一，遺囑執行之法律衝突 各國立法例對於遺囑執行之規定，各不相同；茲特就其顯著之衝突點，依左列標準以及之。

(a)遺囑執行之機關 先就遺囑執行人之選任言：我國法，原則上遺囑執行人由遺囑人以遺囑指定之，或以遺囑委託他人代爲指定之；遺囑人未爲之者，由親屬會議選定之；親屬會議不能選定，得由利害關係人聲請法院指定之。日本法，與我國略同，其所異者，無指定之遺囑執行人，或致無其人時，直由法院指定，親屬會議不參加焉。德國法，原則上亦歸之遺囑人指定，但被繼承人因一定之事由，亦得指定之；如爲使受遺贈人執行義務是。蘇俄法，遺囑之執行，責成遺囑中所定之繼承人；如遺囑人於遺囑中有特委之人，則由特委之人執

行；但執行人之同意，當載之於遺囑，或遺囑之聲明書中，又與各國之規定絕異。

次就遺囑執行人之資格言。我國法，未成年者，禁止遺產人，不得為遺囑執行人，未成年者雖因結婚而有行為能力者亦然。日本法，無能力者及破產者，不得為遺囑執行人。法國法，不能為契約者，既婚之婦未得夫之同意，不得為遺囑執行人；未成年者縱得其監護人或管財人之允諾者亦然。德國法，遺囑執行人當就職時，為無能力，或其行為能力被限制，或因精神廢衰就其財產事務設有保佐人者時，對其指定，皆屬無效。

次就遺囑執行人之地位言。我國法，德國法，日本法，以遺囑執行人依法所為之職務，其行為之性質視為繼承人之代理，蓋認為關於繼承人之利益為多也。法國法，以之視為遺囑人之代理人，故不曰遺囑執行人，而曰受遺囑者委託管理遺囑事務人；蓋認為遺囑人之意思，而處分其身後之財產也。此外學說上更有主張遺囑執行人為被繼承人債權者之代理人者，立法例有無探之，待查。

次就遺囑執行人之決意言。遺囑執行人如有數人時，若何統一其意思，而為決定之標準

，各國法律之規定亦未盡同。我國法，規定以過半數決之。但遺囑內，倘另有意思表示者，從其意思。日本法，西班牙法同。法國法，數人中之一人，得代他之執行人處理關於遺囑之諸事，且須連帶而任其責；但遺囑人分其職務時，不在此限。德國法，由數人共同行其職務，若有意見，由遺產法院裁判之；其中之一人脫離時，僅以其存留者執行職務；但遺囑人得爲相異之意思表示。

次就遺囑執行人之報酬言。多數國家，均以不得請求報酬爲原則，故我國法，法國法，皆未予以規定。德國法，許其得請求相當之報酬，但以遺囑人未表示相異之意思時爲限。日本法，限於遺囑中定有報酬時，得領受之；由法院指定之者，則按照情事，定其報酬；應受報酬者一切準用關於委任之規定是也。

(b)遺囑執行之程序。先就執行前之程序言：在日本等國，遺囑執行前，除公證遺囑外，須將遺囑提出於法院，履行所謂檢認之程序，否則，其遺囑不能認爲當然有效，開始執行。在我國，通常只須提示於親屬會議即可，倘有虛偽詐欺，則認爲遺囑本身之有效無效問題。

，另由其關係人向法院訴之。在蘇俄，因只承認公證遺囑之一種，不識字者使第三人代簽其名，送公證官廳備案，其由登記證書原簿所抄出之遺囑，可代遺囑之原本；故任何情形中，皆無需乎履行檢認之程序，或提示之程序也。在法國，遺囑成立於國外者，欲就國內之動產不動產而為執行，非豫先在一定之官廳，登記其證書後，不得依其遺囑而執行之。此外，關於有封印之遺囑，其開拆之程序，我國限於在親屬會議當場為之；日本則明示非在法院，以繼承人或其代理人之臨會不得為之，亦非盡同。

再就執行中之程序言，最普通者，為如何編製遺產清冊，如何管理遺產，如何處理其他事務，以德國規定為最詳；各立法例上之衝突，自不能免，法國並規定遺囑執行期，不得超過自遺囑人死亡時一年有一日之時間，又一特例也。特再言：

第二，遺囑執行之法律適用，各國之適用法則及學者學說對此問題，殊少特別提出之。惟畢氏國際私法典第一五六條曰：『遺囑執行人之任命與權限，從死者之屬人法；在締約各國內，並須依照此法而承認之。』蓋遺囑執行問題，實即遺囑效力之如何實現問題；遺囑執

行人之任命與權限問題，又往往牽及能力問題；故應依遺囑人之屬人法定之，自係當然如此。不過在執行程序方面，一則與遺囑方式之關係甚有聯絡，遺囑方式既公認其為任意性質之準據法，此則似應不限於屬人法之適用；因遺囑之執行在外國，仍須依本國法而為之，有時亦為事實上所難能也。一則執行程序，重在如何而執行之，苟絕對依其本國法，倘為執行地所不許者，則必有害於執行地之公安，亦非所宜。例如執行地為財產關係之早歸確定，而達其社會經濟活動之目的，限制執行之期間，於此點上，自不得藉口遺囑人本國法上無期間之限制，而得任意拖延處理之時日也。

(丙)遺囑之撤銷 遺囑人既得以自由意思為其遺囑，則對於已經成立之遺囑，亦得以自由意思而撤銷之。且遺囑生其效力於遺囑人死亡之後，為鄭重遺囑人最後之意思表示，更須許遺囑人在生前之撤銷權也。故遺囑之撤銷與遺囑之無效，或失效，顯非盡同；則在法律之適用上又應別論之矣。茲先言：

第一，遺囑撤銷之法律衝突 遺囑撤銷之意思表示，只須非由他人脅迫，詐欺者，各國

法律上皆認其有效。然此種意思表示究應依如何之方法爲之，而其表示之效力所及又如何，各國不同其制，如左所述也。

(a) 遺囑撤銷之方法。就明示之撤銷言之，因其爲遺囑人明白表示其遺囑之撤銷，各國均皆承認此一方法，但其內容亦各異致：在我國及日本，遺囑人得隨時依遺囑之方式，撤銷遺囑之全部或一部，所謂依遺囑之方式者，遺囑係自書者，撤銷時亦須自書是也。在德國，遺囑人雖得於任何時撤銷其遺囑之全部或一部，但因心神耗弱浪費痲痺，致遺囑人已被禁治產時，則不得撤銷在禁治產宣告以前所爲之遺囑。在法國，遺囑人得在證書人前，或新遺囑中，明示撤銷原有遺囑之全部或一部。在蘇俄，遺囑之撤銷，限於在登記證書原簿，或法院，依呈遞聲請撤銷之程序爲之。

就默示之撤銷言之，默示之撤銷一稱推定之撤銷，蓋以遺囑人雖未明示撤銷，但有一定之事由可供依據者，法律上則推定遺囑人有撤銷之意思存在，而爲撤銷之是也。此種方法，如前後遺囑有相抵觸者，其抵觸部分，前遺囑視爲撤銷；如遺囑人於爲遺囑後所爲之行爲與

遺囑有抵觸者，其抵觸部分遺囑視為撤銷；如遺囑人故意破毀，或塗銷遺囑，或在遺囑上記明廢棄之意思者，其遺囑視為撤銷；我國日本德國及法國等，大體上尚無若何之差異，均以承認之。然在德國，凡在法官或公證人前，或為其代位者前所為之遺囑，而以之為公的保管者，苟遺囑人請求付還，自付還之時起，即視為撤銷；日本，凡受有負擔附遺贈者，不履行其義務，經繼承人在相當期間，催告其履行而仍不履行時，視為反於遺囑人之原意，推定其在此場合，遺囑人必有撤銷之意思，故法院得因繼承人之聲請，與以撤銷，是曰審判上之撤銷；則又與其他各國之規定，顯然不同。

(b) 遺囑撤銷之效力。原有遺囑之全部或一部，經其撤銷時，被撤銷之部分即不發生效力，義至顯也。然有問題者，撤銷之行爲復經撤銷時，或不能生效時，則原有遺囑之地位若何？在不能生效場合，如法國民法第一〇七三條規定，雖據後遺囑而應受遺贈者不能受之，或因其不肯受之，致後遺囑無效時，亦應從其規定，承認前遺囑之撤銷。日本同，他國雖多同採其說，但未見有何明文規定。在又被撤銷方面，德國民法復採活主義，認為後遺囑已被

撤銷時，與前遺囑未被撤銷之時同；前遺囑仍依然有其效力。日本民法採不復活主義，謂被撤銷之遺囑，雖其撤銷之行爲又被撤銷，除其行爲爲詐欺或強迫者外，被撤銷之遺囑仍不同復其效力。我國民法無明文規定。次再言：

第二，遺囑撤銷之法律適用。我法律適用條例第二十一條第二項云：『遺囑之撤銷，依撤銷時遺囑人之本國法；』日本法例第二十六條第二項，海牙條約第四條皆有相同規定；法人寶道謂我法適條文應改爲『遺囑之撤銷：依遺囑人於遺囑撤銷時所屬國之法律』，義更明顯。蓋以遺囑之撤銷，既與遺囑之設定依同一之方法，則其準據法，自須與遺囑之設定時爲同樣之規定，而皆依其人當時所屬國之法律是也。且遺囑之撤銷，往往有關於公之秩序，遺囑人苟變更國籍，能否撤銷遺囑或如何撤銷之，惟有依新本國法之適用，此又其不能依遺囑成立時之本國法，而須依撤銷時本國法之一理由也。至於基於新舊法律之改廢，而致遺囑有撤銷之事，亦當然依改廢時之法律定之，固無待論。

雖然，撤銷探明示之方法者，依遺囑人之本國法定其是否成立，誠無問題；但由推定之

方法，而爲遺囑之撤銷者，因其既爲推定，卽非真確，必以公之秩序之維持，支配其推定之內容，故亦有人主張依地方法定之。畢氏國際私法典第一五一條云：「凡撤銷遺囑之訴訟程序，及其條件與效力，均從遺囑人之屬人法；但撤銷之推定，則依地方法決定之」，可供參照。

國際私法本論

四〇八

國際私法本論下冊完



191
4

