

國立政治大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：林秀雄 博士



涉外繼承相關問題之研究
以準據法之決定適用為中心

研究生：蔡文萱 撰

中華民國九十九年三月

謝 辭

猶記得在民法中心旁的電梯偶遇當時大休中的林秀雄老師，因為我魯莽又突兀的把電梯門擋住，以近似攔路喊冤般的舉動拜師，才讓我有機會接受老師的指導，如今也到了該我寫謝辭的時候。

這本論文的完成，首先要感謝的當然是一路上眾多師長的教誨與鞭策，指導教授林秀雄老師，以精闢完整的講授讓我在大學部時代便建立起對國際私法的研究興趣。進入研究所後，老師更在專題研究的課堂以及各種師生聚會的機會，一再的透過身教及言教讓我了解何謂治學嚴謹的真諦。口試完成後，老師一席身為林門弟子除了學問之外，做人也要秉持著有情有義的勉勵話語更讓我銘記在心，往後的人生也將秉持著這樣的精神繼續前進。擔任主任口試委員的王海南老師，在法學方法論專題研究及國際私法專題研究兩門課程的指導，讓我在研究方法及國際私法總論的各項議題上有更深的認識，也感謝老師於口試時針對論文架構及未來研究方向提出的寶貴意見。同時也感謝擔任口試委員的蔡晶瑩老師的細心審查，指出我論文中德文轉引註上的瑕疵。此外，若缺乏日文這項工具，那這本論文能否完成仍屬未定，因此也要感謝啟蒙我日文的陳洸岳老師，雖然在碩一時一邊準備國考一邊修習老師超扎實的日文課程難謂非不痛苦，但如果沒有在老師課程中建立的基礎，也無法讓我在日後的法學日文課程中生存，更遑論有勇氣爭取到日本交換留學。

有幸到金澤大學當交換學生，可說是我目前為止的人生中最正確的決定之一，感謝金大語言中心的老師們，讓日文真正成為我生活的一部分，也讓我得以透過日文看見更寬廣的世界。感謝三野裕師範及ピットマン ハイコ老師，讓我在艱苦的空手道訓練中，培養專注的精神，也鍛鍊更堅強的意志。而在將近一年的交換留學期間，最感謝的就是陳一老師，老師從我申請出國起，便不斷的幫忙處理各項手續，在日期間也持續在生活上給予各種援助，更在繁忙的研究及教學工作之餘，鞭策我建立論文的架構、指引我論文資料的蒐集方向，並不厭其煩的解答我提出的各項疑難。即便在我回到台灣開始撰寫論文後，老師仍持續給予關心，也讓我更加懷念當初在金大教員研究室中的師生相處時光。

同門的學長姐及同學們，也讓我不管是在課業或人生上都獲益良多，與玠鋒學長一同修課的經驗，讓我學習了研究報告應有的深度及論證辨析的價值。明楷學長慷慨分享留學及日文學習的經驗，讓我對未來的規畫更為堅定。秋伶學姊的鼓勵，讓我得以順利通過法學日文的考驗。尚修學長及郁仁學長的經驗分享，使我的交換留學生涯更為順利。秉林的引薦，讓我在電梯口堵人之外有更合宜的拜師管道。來自早稻田大學的小林貴典，除了讓我見識到勤奮的天才之外，多虧小林提出的質疑，讓我更深入的思考論文研究議題的盲點，並確立了論文的研​​究方向。世文的出現，讓我在研究所生涯多了一位可以互相砥礪的好同學，更結交了

一位優秀的好朋友。除了同門師兄弟之外，其他的研究所同學也對我這本論文的完成有著各種各樣的幫助，感謝上茹、家偉、子瑩的經驗談，讓我得以掌握論文的寫作進度，少走了許多冤枉路。一同在研究室焚膏繼晷的冠中與盛文，讓我狀況好時不敢鬆懈；狀況差時又可以找人大吐苦水。其他還有許多曾在我人生道路上不吝給予指導的師長同學們，非常感謝您們對我的愛護及鼓勵。

研究所之外，大學時代的好友們：兆承、佑倫、宗晉、漢威、宗恩、老陳、孟羽。你們的出現豐富了我的生命，和你們一同經歷的許多事情，都是我珍貴的回憶。兆承對學術的熱情令人感動，一直以來也受到你許多的照顧。不常見面的學伴佑倫，總是懷念和你互相吐槽的景象。宗晉可說是我的心靈導師，各種生活及感情上的疑難總是找你訴苦。帶領我欣賞冷門運動的漢威，兩個水瓶座怪咖聚在一起總是能有話聊。特立獨行的宗恩，每每讓我見識到完全不同的思考方式。如同大哥一般的老陳，總是能起到安定人心的作用。霸氣十足的孟羽，讓我在運動場及人生的賽場上都見識到何謂不屈不撓。

在眾多的師長親友之外，絕不會忘了要感謝生命中最重要的人，沒有您們的支持與愛護，不會有今天的我。感謝父親及母親從我出生至今無條件的付出及關懷，一路走來皆讓我在毫無後顧之憂的環境下成長，也包容我在研究所階段仍專心向學，得以順利完成這本論文。感謝妹妹文幸，有妳在家的時候總是特別溫馨，和妳無話不談的時候也讓我在家能徹底的放鬆。

這本論文的完成，僅僅代表著我個人學習階段的一個紀錄，縱使題目冷僻、國內的相關文獻更是非常稀少，但我在整個論文撰寫過程中習得的思考歷程、研究方法，皆讓我時刻不敢或忘自己在學問上的淺薄與不足，也期許自己往後以律師的身分從事實務工作時，能夠秉持謙卑與認真的態度，來面對法律這門社會科學。

最後，僅以這一本小小的碩士論文，獻給勇抗病魔重獲新生的父親、操持家務備極辛勞的母親，以及遠在北京奮鬥的妹妹。

摘要

現代意義下的繼承法制，雖可用超越世代間之財產法上權利義務清算與移轉加以描述，但在大陸法系國家幾乎以概括繼承為原則的背景下，仍無法否認在此項兼具身分法與財產法兩面性質的制度中，大陸法系國家乃趨向前者；英美系國家則更偏重繼承制度之財產法面向，因而在衝突法則之立法理念上產生繼承統一主義與分割主義之區別。此項制度歧異倘涉及複數國籍人，或財產不在一國之內的繼承事件時，將成為一項棘手的問題。而在現代國際交流頻繁的情況下，舉凡勞動人口之海外派遣、國際投資，乃至於留學、旅遊等，皆可能增加涉外繼承案件的發生。因而在規範面有所不同、事實上有發生涉外繼承案件機會等因素下，建構完善之繼承準據法，乃成為國際私法上一項重要的課題。

在考量統一主義與分割主義之利弊後，並參考國際公約及其他國家關於繼承準據法之立法例，本文贊同以統一主義作為繼承準據法之立法原則，並在其追求以單一規範作為適用原則的前提下，使涉外繼承案件之處理盡可能簡化。至於我國現行之規範，因設有對我國籍繼承人特留分保護之例外規定，此就自國民之利益保護而言雖無不當，但在此項例外存在之下，應如何定位我國繼承準據法之立法主義？且本項但書規定制定之時空背景早已變遷，解釋上又存有爭議，凡此皆令人質疑我國現行規範，是否足以因應當代之涉外繼承紛爭。再就無人繼承財產之現行規範，文義上僅針對外國人於我國遺有財產且無人繼承之情形加以規範，對其他可能發生之無人繼承則未明文，故在規範設計上仍有改進的空間。

接下來，本文進一步探討繼承準據法之適用範圍及與其他準據法之關係。首先，在定性問題上，由於其僅為涉外案件準據法選擇及適用上之初步階段，故本文認為與其在此階段便將自國法所無之實質法繼承制度排除，毋寧透過國際私法上其他法技術，如反致、適應問題、公序良俗條款等，解決法庭地法院在處理涉外案件上之困難。其次，本文參照實質法層面之繼承制度架構，依序從繼承開始、繼承人、繼承財產、遺產管理，乃至於無人承認繼承等問題，探討各該部分在牴觸法層面之問題。針對繼承開始，雖然我國民法於二〇〇九年六月修法後，將繼承法制之原則變更為「概括繼承限定責任為原則，拋棄繼承為例外」，但在拋棄繼承之實質內容仍與大陸法系國家之典型內容極為相似的前提下，以我國涉外民事法律適用法第五條第一項關於法律行為方式之準據法作為形式要件之依據，不僅在法律明確性上有所本，又可避免行為地法和被繼承人本國法之爭議。其次，繼承人之相關議題上，本文之重點在處理以繼承為本問題之先決問題，以及其他關於繼承人能力、順位，繼承權之得喪變更等純由繼承準據法處理之問題。另就繼承財產之部分，主要重點在於遺產之構成與移轉，究竟應受何種準據法支配之問題。對此，外國學說上有所謂「個別準據法突破總括準據法」，使如不動產繼承、侵權行為所生損害賠償債務之繼承等問題，累積適用各該權利義務之準據法及作為總括準據法之繼承準據法。此項議題在外國經過多年的討論，至今仍無定

論，故本文對此部份，僅整理可能的發展方向，以供解釋或立法上之參考。此外，由於英美法系與大陸法系對所謂「遺產管理」之認知不同，故也造成抵觸法層面上之衝突。此問題不僅牽涉概念界定之爭，尚因其多半涉及實體法與程序法交錯之事項，如遺產管理、遺囑執行等，故於準據法的選擇與適用上更形複雜。為使討論方便，本文以「廣義遺產管理」之概念涵蓋大陸或英美法系下認知之遺產管理及遺囑執行等事項，並納入英美法系中牽涉繼承開始與否，且作為遺囑執行前提要件之檢認制度。而就廣義遺產管理之抵觸法選擇，本文於結論上亦秉持一貫脈絡而採統一處理之模式。關於無人承認之繼承，爭議多集中在法律性質與準據法之適用範圍。雖然世界各國幾乎皆將此類遺產歸屬國庫，但在歸屬權法律性質上仍有先占權主義與繼承權主義之爭，並在抵觸法上形成適用財產所在地法，或繼承準據法之歧異。本文對此，贊同將無人承認繼承理解為繼承和先占以外之公益說，並將其與先占主義結合，使無人承認之繼承成為保護內國公益之必要設計。至於準據法之適用，考量到無人繼承遺產之本質，仍有若干同於一般繼承之需求，且遺產之種類亦未必限於有體物，故以財產所在地法作為無人承認繼承中遺產歸屬之準據法，應屬最能早日終結遺產於法律上處於不安定狀態之選項。

我國法上對反致之適用前提乃需準據當事人之本國法，而我國之繼承準據法係以被繼承人本國法為準據法，故在形式上應肯定我國涉外繼承案件有適用反致的可能。而在反致與涉外繼承之關係中，本文僅就適用反致條款對繼承準據法之影響，以及廣義遺產管理上之隱性反致加以探討。前者透過對日本法制演變脈絡的檢討，啟發了統一主義國家，究竟應對繼承準據法統一處理之要求堅持到何等程度的質疑。而廣義遺產管理上之隱性反致，本質上乃外國法之解釋問題。對大陸法系國家而言，此種以追求統一處理為原則，卻在法規範技術操作下得出分割處理的結論，正可作為其與英美法系制度衝突下，追求統一處理遺產管理事項之配套措施。

本文基於立法理論、現行規範、適用範圍，以及反致與繼承準據法之關係所呈現的問題意識上，進一步從連結政策的角度的探討繼承準據法之問題。於客觀連繫因素之部分，討論傳統上於繼承準據法常見之國籍、住所，以及財產所在地等客觀連繫因素，同時也就晚近新興之常居所，和一九八九年海牙公約所建構之階段適用立法模式加以研究。而在主觀連繫因素之部分，則從理論依據和實際立法上，研究繼承準據法之範疇中，應否允許被繼承人於生前事先選擇繼承準據法，並在最後得出現行之繼承準據法應有修正必要之結論。最後並於結論上從立法目的、準據法之立法理念、主客觀連繫因素之採擇，以及修正幅度等面向，提出我國繼承準據法未來可能的走向。

關鍵詞：國際私法、涉外繼承、統一主義、分割主義、準據法、先決問題、遺產管理、適應問題、反致、連結政策、連繫因素、涉外民事法律適用法。

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機及背景	1
第一項、繼承制度之歧異	1
第二項、現實上可能發生涉外繼承事件之情況	2
第三項、現行規範可能不足之處	3
第二節 研究範圍及方法	5
第三節 研究架構	8
第二章 繼承準據法之立法主義與現行規範	11
第一節 涉外繼承相關之立法主義	12
第一項 實質法層面	12
第一款 概括繼承主義	12
第二款 清算主義	13
第三款 本項小結	14
第二項 抵觸法層面	15
第一款 繼承統一主義	15
第二款 繼承分割主義	16
第三項 立法主義之對立與調和	18
第二節 涉外民事法律適用法上之相關規範	21
第一項 現行有效之繼承準據法規定	21
第一款 涉外民事法律適用法第二十二條本文	21
第二款 涉外民事法律適用法第二十二條但書	26
第三款 涉外民事法律適用法第二十三條	29
第二項 涉外繼承問題相關之實務見解	30
第一款 最高法院四十六年台上字第九四七號判例	30
第一目 案例事實	30
第二目 法院見解	31
第三目 本案於國際私法上之價值	32
第二款 福建高等法院金門分院八十五年訴字第五號判決	33
第三款 臺灣高等法院八十六年家抗字第一二〇號裁定	35
第四款 司法院第三期司法業務研究會結論	35
第五款 司法院第十一期公證實務研究會研究專輯第二十一則	38
第三節 對抵觸法層面繼承概念之理解——代小結	39
第三章 繼承準據法之適用範圍	42
第一節 涉外繼承之定性問題	43

第一項 涉外繼承之法律性質決定	44
第一款 定性問題之意義與體系定位	44
第二款 定性問題之沿革與判斷標準	45
第二項 涉外繼承定性問題相關之實務見解	50
第一款 我國實務見解	51
第二款 日本實務見解	52
第一目 案例事實	53
第二目 法院見解	53
第三目 本案簡評	56
第三項 本文對繼承定性問題之立場	57
第二節 繼承開始及其衍生效力	59
第一項 繼承開始	59
第二項 繼承開始之效力	64
第一款 應繼分、遺贈、遺產酌給、特留分	64
第二款 繼承之承認與拋棄	67
第一目 限定、拋棄繼承之管轄問題	68
第二目 限定、拋棄繼承之準據法	69
第三目 限定、拋棄繼承相關程序規定與所準據實質法之關係	71
第三節 繼承人	71
第一項 涉外繼承為本問題時可能發生的先決問題	72
第一款 先決問題之概觀	73
第二款 涉外繼承之先決問題	74
第二項 繼承權得、喪、變更相關之準據法適用問題	77
第一款 繼承權之取得	77
第二款 繼承權之變更與喪失	80
第四節 繼承財產	81
第一項 繼承財產之準據法適用	83
第二項 準據法適用衝突之解決	85
第一款 總括準據法與個別準據法	85
第二款 衝突之態樣及其解決對策	87
第一目 繼承財產之構成	88
第二目 繼承財產之移轉	92
第三項 本節小結	93
第五節 遺產管理、清算之準據法適用問題	95
第一項 抵觸法意義之遺產管理	96
第一款 問題意識之提出	96
第二款 廣義之遺產管理	98
第二項 抵觸法上之選擇	100

第一款 統一處理.....	100
第二款 分割處理.....	102
第三款 依外國法選任之廣義遺產管理人權限.....	104
第三項 本節小結.....	106
第六節 無人承認之繼承.....	108
第一項 定義與法律性質之爭議.....	109
第二項 無人繼承財產之準據法適用.....	112
第四章 涉外繼承中之反致問題.....	116
第一節 反致之理論與立法.....	117
第一項 反致概說.....	117
第二項 我國法上之反致條款.....	119
第二節 涉外繼承與反致之關係.....	121
第一項 適用反致對繼承準據法之影響.....	121
第二項 廣義遺產管理上之隱性反致.....	123
第一款 隱性反致.....	123
第二款 是否承認隱性反致之學說爭議.....	125
第三款 本項小結.....	127
第五章 繼承準據法之連結政策檢討.....	129
第一節 客觀連繫因素之採擇.....	130
第一項 傳統觀點.....	130
第一款 國籍及住所.....	131
第二款 不動產繼承之財產所在地.....	134
第二項 新興觀點.....	136
第一款 複數連繫因素之立法設計.....	136
第二款 常居所地.....	138
第二節 主觀連繫因素之導入.....	141
第一項 被繼承人選擇準據法之理論爭議.....	142
第二項 實質立法上之發展.....	146
第一款 一九八九年之海牙公約.....	146
第二款 義大利.....	147
第三款 南韓.....	148
第四款 芬蘭.....	150
第五款 比利時.....	151
第六款 歐盟.....	151
第三節 我國繼承準據法可能之修正方向.....	152

第六章 結論.....	158
參考文獻.....	174
附錄一：一九八九年被繼承人遺產繼承準據法公約.....	185
附錄二：歐盟議會二〇〇六年十月十六日決議.....	194



第一章 緒論

第一節 研究動機及背景

第一項、繼承制度之歧異

所謂繼承，乃是在處理自然人於權利能力消滅時，關於其人財產法上之地位（包括財產法上之權利義務），依法律規定或死者之最後意思，而使具有一定身分法律關係之人承繼之制度¹。從其僅限於特定身分法律關係之人相互間方得適用之面向觀察，可知其具有身分法之性質；又從其處理死者遺產構成、移轉、分配等事宜的角度觀之，尚可知其有財產法之性質。因此繼承制度乃是兼具身分法與財產法雙重性質之法律制度。實質法上，繼承法制乃受各國文化、政治、社會、經濟、宗教等背景影響深遠之法制度，因此在立法例上有截然不同之設計。其中，最大的衝突為包括繼承主義與清算主義間之區別，前者之內涵，強調繼承乃繼承人當然、概括承繼被繼承人之遺產，將無論是被繼承人積極或消極遺產之處理皆納入繼承之法概念中，並輔以限定繼承、拋棄繼承等配套措施，以保護繼承人自身不受被繼承人債務波及之。此廣為大陸法系諸國所採。而後者之內容，則在被繼承人死亡後，首先選任一遺產管理人（若有遺囑則為遺囑執行人）作為其「人格代表者」，將被繼承人之全部遺產交由其人進行清算，僅在被繼承人之遺產清算終結後仍遺有積極遺產時，方有繼承人承繼被繼承人遺產之問題²。故包括繼承制度下之繼承概念，在採清算主義之國家被分為清算被繼承人遺產之「遺產管理」，以及將積極遺產移轉分配予合法繼承人之「繼承」兩大部分³。僅在實質法

¹遠藤 浩 [ほか] 編, 民法(9) 相統 第4版增補補訂版, 有斐閣, 2005.01, 頁1。

²廣江健司, 國際民事關係法: 國際私法・國際民事手続法・國際取引法, 成文堂, 2008.06, 頁157。

³Gareth Miller, *International Aspects of Succession*, Ashgate Publishing Ltd, 2000, p54

層面上，繼承制度本身便有截然不同的面貌。

然而，繼承制度之歧異，不僅體現於實質法之層面，更擴及於準據法之位階，一般在討論涉外繼承準據法時，首先面臨的便是繼承統一主義與繼承分割主義兩者在立法論上之優劣比較，而關於兩主義之衝突與調和，以及其所導致之連繫因素選擇差異，至今仍深刻的影響繼承準據法之決定與適用。因此當涉外繼承事件發生時，所應考慮者除了實質法層面上之制度歧異外，尚有國際私法上對於立法主義之不同，兩者皆可能對單一涉外繼承事件之處理產生重大影響，故有必要深入討論國際私法層面上立法主義間之利弊，以期能在準據法之決定上，先有一個符合法律安定性，避免製造過多適用衝突，而能預先防止紛爭之立法設計。

第二項、現實上可能發生涉外繼承事件之情況

制度面之背景已如前述，而在事實層面上，雖然實際上曾經發生過之涉外繼承案件僅屬少數⁴，但在國際交流甚為頻繁之今日，繼承事件具有涉外因素之情況不僅非不可想像，甚至有更為經常出現之可能。析言之，如我國籍人在外國工作、留學等原因而在其他國家設有銀行帳戶，甚而在當地置產，如該當事人死亡，便構成我國籍人死亡時在他國遺有動產或不動產之情形。又如我國籍人移民國外，但家庭成員中僅部分歸化外國籍，部分仍保有我國籍，或是丈夫在臺灣工作，而妻子、子女移居國外之情形，如遇有任何一方死亡，皆可能構成原本僅為同國籍之親屬間之內國繼承事件，因嗣後出現當事人之國籍變更而演變為涉外繼承事件⁵。另外，近來數月甚受媒體注目之台塑集團前董事長王永慶先生之遺產分配

⁴過去文獻曾引為參考資料者，僅有：台灣台北地方法院四十五年度訴字第二四八號判決及台灣高等法院四十六年度判字第二九〇號判決（此為同一案件之一二審判決，主要涉及在臺美國人死亡後其遺產之定性與交付等問題）。參見：陳榮傳，外國人在台遺產之繼承問題，月旦法學雜誌 5 期，1995.09，頁 63-64；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版頁 365-366 及 371 之註九、註十。

⁵實際上曾發生，但未進入法院訴訟之涉外繼承相關案件，如關於涉外繼承之裁判管轄問題，以及外籍同居人過世，應如何處理其遺產等問題，則可參見：李後政、賴淳良，涉外民事問題案例淺釋：涉外身分事件，永然文化，1993.07，頁 197-227。

問題，由於牽涉之財產數額鉅大且分佈國家甚廣，加上被繼承人本身之國籍問題，也成為一個典型的涉外繼承事件⁶。

除了前述在經濟上有一定資力，而得以在海外置產或移居國外之情形，可能成為潛在的涉外繼承案件之外，由於國際性之勞動人口流動，以及台灣社會國際通婚之比例在近二十年來逐漸增加，無論是暫居於我國之外籍勞動人口，或是大幅增加的外籍配偶人數⁷，雖然前者絕大多數會回歸母國，而後者也多半會歸化我國籍，但在上述情形越來越普遍的情況下，由於民事私法之涉外性包含了相關生活事實之人、事、時、地、物，則若繼承事件發生於該外國人居留於我國期間，或是已歸化為我國籍之外國人，有其他母國之親屬成為合法繼承人，甚而是其在母國留有財產，則相關之程序應依照何地之法律辦理，皆為潛在可能發生之涉外繼承事件。因此在現今的台灣社會中，事實上發生涉外繼承事件之可能性仍不容忽視。

第三項、現行規範可能不足之處

⁶ 在以「王永慶」、「遺產」兩項關鍵字搜尋的新聞資料中，台灣各平面媒體的相關報導就有近兩百筆新聞資料，其中聯合報 2010/01/07A13 版「王永慶財務 美法院著手調查」及同報 2010/01/18A2 版「海外資產 牽動家族敏感關係」等兩篇報導，可一窺涉外繼承案件於處理上之複雜程度。參考：中央社新聞簡報資料庫 <http://210.69.89.181/CNA/do/www/ListDocByCategory?dateRange=0> 最後瀏覽日期：2010年2月22日。

⁷ 參見：內政部戶政司之統計資料。引用自內政部入出國及移民署網站 <http://www.immigration.gov.tw/aspcode/info9712.asp>

年度	總計	外籍配偶								
		歸化(取得)國籍			外僑居留			合計		
		計	男	女	計	男	女	計	男	女
93	336,483	27,060	151	26,909	94,744	8,510	86,234	121,804	8,661	113,143
94	364,596	38,249	230	38,019	92,650	9,283	83,367	130,899	9,513	121,386
95	383,204	50,126	286	49,840	83,960	9,534	74,426	134,086	9,820	124,266
96	399,038	60,726	353	60,373	75,891	9,689	66,202	136,617	10,042	126,575
97	413,421	73,710	437	73,273	65,538	9,943	55,595	139,248	10,380	128,868

本表之統計數據，乃自民國七十八年起累計至九十七年底，由表中可見外籍配偶之人數於民國九十七年底已突破四十萬人大關，其中有十三萬九千多人為非大陸地區人民之外國人，而其中有 52.93% 歸化我國籍剩餘之 47.07% 則為未歸化，或歸化程序正進行中之外籍配偶。

作為我國國際私法成文法典之涉外民事法律適用法，自民國四十二年六月公佈施行後，迄今已逾五十年未為任何修正及調整。相較之下，東亞各國與我國法律體制相近的南韓及日本，分別在二〇〇一年⁸及二〇〇七年⁹施行全新的國際私法，而在亞洲以外，歐洲之部分大陸法系國家，更是早在二十世紀末期，便已公佈施行新的國際私法規範¹⁰。反觀我國之國際私法，於歷經五十多年的解釋及適用後，縱然涉外事件相關規範之研究，一直以來並非法律學之熱門顯學，但在國際交流已成為常態之今日，似乎也已到了不得不重新全面檢討我國相關法制之時刻。因此，無論是在解釋適用之內涵深化，抑或立法之翻新修正，皆必須考量當前之社會現況、盡可能參考諸外國之立法例、學說及實務運作情形，以及相關國際條約之內容，全面性的重新建構規範國際私法關係之涉外民事法律適用法，方可彌補法制面上之不足。

此項規範面上之欠缺，就體系位置處於國際私法各論之繼承準據法而言，亦不會自外其中。雖然我國學說及實務對繼承準據法相關問題之討論並不多見¹¹，但在其他大陸法系之國家中，如前述之日、韓兩國，比較其修法前後之繼承準據法，可發現兩者之舊法，幾乎皆與我國涉外民事法律適用法第二十二條本文完全相同，而在新法公布後，日本雖在歷史因素下產生一定數量之實際案例，且於學

⁸青木清，韓國國際私法の改正，國際法外交雜誌 100 卷 6 期，國際法学会，2001.101 頁 1 以下。

⁹舊稱「法例」之日本國際私法，於平成十八年進行了大幅度的改正，而此之前僅在平成元年對本法關於婚姻及親子準據法及總則之相關部分進行小幅度之修法，而本次修正除了法律名稱改為：「法の適用に関する通則法」外，尚包括法典用語之現代化，以及包含人、法律行為、債權等各項準據法上之實質修正。參見：木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 i。

¹⁰如：奧地利於一九七九年施行新國際私法、瑞士於一九八七年公佈、一九八九年施行新的國際私法、德國則於一九八六年施行其民法施行法（國際私法）之新規定。參見：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 4、22、53。

¹¹國內文獻直接與繼承準據法相關者，自涉外民事法律適用法公佈施行以來，為數不多，僅舉數篇如下：林益山，遺囑及繼承之準據法；陳榮傳，外國人在台遺產之繼承問題；李聲庭，國際私法有關繼承諸問題；洪應灶，論國際私法上繼承之準據法；郭豫珍，涉外繼承事件之國際管轄權的確定；藍瀛芳，涉外繼承訴訟之動的衝突與先決問題；伍偉華，海牙國際私法公約之研究；許麗華，國際私法上繼承問題之研究；吳光明，國際私法上繼承之準據法；曾宛如，論國際私法上之繼承準據法。以及其他散見於國際私法教科書之說明。參見本文參考文獻之部分。

界亦不乏相關論述，但在歷經眾多討論後，仍將舊法原封不動放入新法典¹²。反之，韓國則在繼承準據法之部分，參照國際條約及外國立法後，進行大幅度的改正。此外，國際間亦不乏針對繼承準據法統一之努力，稍遠者為海牙國際私法會議於一九八九年第十六會期公佈之「被繼承人遺產繼承之準據法公約」(Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons)，晚近亦有歐盟於二〇〇五年公佈之「國際繼承與遺囑相關之綠皮書」¹³(Commission of the European Communities: Green Paper Succession and wills {SEC(2005) 270})，皆可證明涉外繼承準據法之相關議題，並非乏人問津。回到我國之現況，適逢司法院於二〇〇八年六月公布最新之涉外民事法律適用法草案，若於繼承準據法之部分，藉由比較法之研究，引進外國學說及實務對繼承準據法及其相關問題之處理，則無論將來修法之幅度如何，至少能充實我國現行法之解釋論內涵，而若欲對此部分之規範進行大幅度變動，透過上開研究，相信亦能對立法論上可行之方向有所助益。

綜上所述，在各國間之繼承制度並不統一、現實上涉外繼承仍有案件產生，以及當前規範有更趨完備之必要等前提下，本文乃欲從解釋論及立法論兩方面著手，探討涉外繼承之相關問題，並以準據法之選擇及適用為討論核心，且附帶就國際私法上，其他與涉外繼承準據法會產生交錯之領域一併進行探討。

第二節 研究範圍及方法

紛爭發生時，若其處理已到了不得不透過法院之程度，則首先將產生究竟何地之法院對該事件具有管轄權之問題，在管轄之問題解決之後，則由受訴法院就系爭案件進行事實認定與法律適用。在法院經過上開認事用法之過程，而對該事件表示見解後，則又產生受訴法院就該事件所為之裁判，其效力範圍如何之問

¹²小出邦夫編，逐條解說 法の適用に関する通則法，商事法務，2009.08，頁 349 以下。

¹³目前國內文獻尚無針對此一文件之論著，故此項文件之中文譯名僅為本文作者之暫譯。

題。綜觀上述流程，不僅在一般的內國案件如此，於涉外事件亦有相同，甚至更為複雜之問題存在。蓋涉外事件之處理，牽連複數國家間法律制度之選擇適用，所以在紛爭解決之過程中，自應繫屬於何國何地法院之國際裁判管轄問題，到衝突法則之選擇與適用，乃至於法院判決作出後之承認與執行問題，皆因涉外因素摻雜其中而亦顯複雜¹⁴。

本文既題為「涉外繼承事件相關問題之研究」，單就文義而言，自涉外繼承事件之國際裁判管轄問題起始，歷經繼承準據法之決定與適用，乃至涉外繼承事件相關裁判之承認與執行，皆有可能在本文研究範圍之內。然而，國際私法本身針對此學門之研究範圍，歷來論者便有許多分歧之見，故而對所謂國際私法應處理之範圍，有認為僅限於處理衝突法則之部分，換言之即聚焦於準據法之決定與適用問題；亦有認為除衝突法則之外，所謂國際私法亦應包含關於國際裁判管轄權之認定問題，以及外國判決承認與執行的問題¹⁵。對此爭議，由單一涉外案件處理之完整度而言，自應包括上述全部範圍方為妥適，唯本文另以副標題：「以準據法之決定與適用為中心」，表明研究範圍僅限於衝突法則之部分，至於涉外繼承事件之國際裁判管轄問題，由於其主要國際民事訴訟法之問題，且牽涉層面甚為複雜¹⁶，故本文僅就與準據法密切相關之部分進行初步探討，而不針對涉外繼承事件之管轄權部分深入研究。又關於涉外繼承事件之判決承認和執行之間

¹⁴於涉外案件中，若欲追求處理之完整性，至少必須兼顧裁判管轄權之決定、準據法之決定，及外國法之調查適用等面向。參見：沢木敬郎，ある涉外相続事件の記録，ケース研究 202 期，家庭事件研究会，1985.02，頁 2。

¹⁵蘇遠成，國際私法，頁 4；馬漢寶，國際私法，總論 各論，頁 30-36。

¹⁶過去曾有若干文獻對此議題進行探討，但為數不多。參見：郭豫珍，涉外繼承事件之國際管轄權的確定，法學叢刊 144 期，頁 57-69；許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，第二章之部分。比較法上，日本學界對於涉外繼承案件相關之管轄問題，則有較多關注，無論是外國人遺產處理相關之日本法院管轄權有無、或是涉外限定、拋棄繼承之申請受理，以及遺囑相關之檢認、執行等之管轄法院決定，甚而是涉外繼承非訟事件之國際裁判管轄，歷來皆有文獻探討。參見：三井哲夫，外国人遺産の処理に関する日本裁判所の管轄，判例タイムス 668 期，1989.04，頁 483，484；石黒一憲，涉外相続放棄と限定承認申述の受理，判例タイムス 668 期，1989.04，頁 498，499；浜四津敏子，涉外遺言の日本における検認と確認，判例タイムス 668 期，1989.04，頁 500-502；奈良次郎，日本の裁判所による遺言執行者の選任及び権限，判例タイムス 668 期，1989.04，頁 505-508；川上太郎，涉外相続非訟事件の國際裁判管轄，民商法雜誌 61 卷 6 期，有斐閣，1970.03，頁 65～98。

題，本文亦不針對此部分專為論述，僅在探討繼承準據法之適用範圍及其例外時，將有若干部分涉及之。

此外，如從我國現行規範觀之，涉外民事法律適用法於第二十二條到第二十四條規定關於繼承及遺囑之準據法，其中，本法第二十二條乃針對繼承準據法之一般性規定，而同法第二十三條則就無人繼承之情形，規範被繼承人如有遺產遺留於我國時之處理方式。故此二條文之解釋適用自應涵蓋於本文之研究範疇。有疑義者，乃同法第二十四條關於遺囑準據法之規定，但因本條之立法理由已明文表示其適用範圍僅及於遺囑本身，並不及於被繼承人或繼承人透過遺囑對繼承進行干涉等關於遺囑實質內容之問題¹⁷，因此在繼承類型上雖有遺囑繼承及無遺囑繼承之區別，但於前者之情形，遺囑本身之效力及其實質內容之效力，至少在我國現行法上，仍規範於不同之條項中而不可加以混淆。則本文所處理之範圍自亦不包括僅針對遺囑本身效力之涉外民事法律適用法第二十四條。

本文之研究方法，預計以文獻整理法及比較法研究為主。前者乃針對中文、日文等語言之相關文獻，探討繼承準據法決定與適用上各部分之問題。後者則以日文文獻為主，對晚近繼承準據法有所修正之國家及重要的國際公約、決議，盡可能的納入研究之範圍。而在全文寫作上，此兩項研究方法乃穿插運用於各處，一方面以文獻整理及比較法研究，探討同為大陸法系之國家（主要為日本），於繼承準據法相關學說實務之發展狀況，期能將外國在此議題上累積的經驗，作為我國未來發展的借鏡。再由整理後歸納之結論，作為現行規範有無不足，以及應如何調整之論據，並配合比較法上對若干國家繼承準據法之分析，探討我國繼承準據法於未來修法上可能的方向，期能在解釋論上充實既有規範之內涵，並在立法論之部分提供若干可參考之意見。

¹⁷劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，頁 466。

第三節 研究架構

本文預計分為六章，第一章為緒論，從繼承制度之歧異，及事實現況之分析，闡述本文題目形成之背景，藉由研究動機之提出，探討繼承準據法存在之必要，並於本章明確劃定本文之研究範圍、所採用之研究方法，以及各章節研究架構之說明。

第二章起為正文之部分，首先就繼承準據法之立法原則及現行規範加以說明。由於準據法之功能乃在選擇應適用之實質法，且各國間法律制度之歧異實乃根源於實質法層面上之不同，故本文在此章第一節中預計從實質法層面及抵觸法層面著手，分別介紹繼承制度於不同的法律次元中之立法主義。第一項乃實質法之部分，透過對現世大多數國家所採用所謂包括繼承制度和清算主義制度作說明，描繪出繼承制度於現代民法中之面貌。第二項則詳述抵觸法上關於繼承制度之兩大立法主義，即繼承統一主義和繼承分割主義，藉由對此二者之內涵、源流等之介紹，解明繼承準據法於立法理論部分之上位概念。第三項則針對前述兩主義進行比較，整理繼承準據法於立法原則上之演進潮流。第二節乃就我國現行有效之繼承準據法規範為論述核心，於第一項處理我國國際私法上之繼承準據法（涉外民事法律適用法第二十二、二十三條），針對其立法架構，所對應之原理原則，檢視現行法之狀態與可能的缺失。第二項則為實務見解之介紹，藉由與繼承準據法相關之實務裁判、座談會決議等，期能對實務在處理涉外繼承案件上之態度有所掌握。第三節則在上述對理論及實際規範之理解下，提出本文對抵觸法層面之繼承概念理解，以作為之後解釋論之基礎。

第三章處理我國繼承準據法之適用範圍問題。乃對繼承準據法之各項構成要件進行深入分析，主要討論者為各該事項是否為繼承準據法之規定所涵攝，以及適用上可能產生之問題和因應之道，為本文之核心章節。第一節透過準據法決定

與適用起點之定性問題，闡釋國際私法上繼承之概念，於第一項中首先說明定性問題之定義、沿革、體系定位，以及判斷標準上之學說爭議。第二項則分別介紹我國及日本實務上之案件，檢視涉外繼承事件於定性問題上之發展，並表明本文在定性問題上之態度。第三項則表明本文對涉外繼承定性問題之立場。第二節研究繼承開始及其衍生效力，第一項就繼承開始之定義，及宣告死亡、同時死亡等於繼承準據法上之處理加以探討。第二項則處理繼承開始後關於應繼分、特留分之算定，以及限定、拋棄繼承與抵觸法層面之問題，尤其在後者的部分，特別介紹德國法上之並行原則，藉以探討繼承制度中，兼具實體法與程序法性質之事項，於準據法適用上之問題。第三節乃處理繼承人之問題，第一項針對繼承準據法相關之先決問題，討論兩者間準據法適用之關連，第二項則針對傳統繼承準據法適用之部分，包含繼承人之範圍、順位、繼承能力，以及繼承人之喪失繼承權等問題，於抵觸法層面之處理。

第四節乃在處理繼承財產之問題，此部分之重點在於繼承財產之構成與移轉，而在準據法之適用上，由於有繼承準據法與其他準據法之積極衝突產生，故針對此項衝突，理論上有所謂「個別準據法突破總括準據法」之原則被提出，本節便集中於此一理論之沿革、內涵，以及對涉外繼承事件所帶來的影響，以釐清繼承財產之準據法適用問題。第五節處理遺產之清算與管理，乃就英美法系與大陸法系認知歧異之遺產管理，建構相關概念之範圍，而將兩法系中之遺產管理、遺囑執行，以及其他關於遺產清算之事項，如遺產分割，一併納入所謂「廣義的遺產管理」概念，討論其在準據法上之處理方式爭議，以及廣義遺產管理人之權限效力範圍，並提出本文對遺產管理準據法之選擇。第六節則是針對繼承人不存在時，應如何處理準據法適用之問題，釐清無人繼承之定義，並介紹相關學說爭議，而就其準據法適用之問題，介紹外國之情形，並針對我國涉外民事法律適用法第二十三條之規定，探討我國規範可能產生之問題及解決對策。

第四章之部分，則針對涉外繼承中之反致問題進行研究。第一節乃就國際私法中反致條款之理論及適用進行討論。第二節則對適用繼承準據法時，是否有反致之問題加以探討，而在肯定反致對涉外繼承準據法適用結果具有調整功能之情況下，進一步討論所謂隱性反致於遺產管理準據法上之適用。研究繼承制度中，兩大法系歧異之部分，究竟如何透過準據法之選擇與反致之交互作用而尋求個案正義。

第五章乃是在前述二、三、四章，對現行繼承準據法諸般問題歸納整理之基礎上，進一步檢討其連結政策上之合理性。首先在第一節中，透過對客觀連繫因素中，傳統上常見之國籍、住所地，以及財產所在地等之個別分析，指出傳統繼承準據法僅採用客觀連繫因素之立法，於實際案例處理上之極限。再就晚近國際公約、歐盟之立法討論，及部分國家之立法例，介紹連結政策上之新興觀點，探討複數連繫因素之立法設計，有無必要出現於繼承準據法，並就常居所地概念，於繼承準據法上之適用價值一併討論。其次，本章第二節乃針對主觀連繫因素，即被繼承人能否選擇準據法之問題加以討論。分別就理論面之爭議，及實質立法上之發展加以論述，前者乃在外國學者之研究基礎上，歸納主觀連繫因素導入繼承準據法之必要及限度¹⁸，後者則透過若干外國之立法例¹⁹，檢視實際立法上允許被繼承人選擇準據法之情況。最後，本章第三節乃在前述對主、客觀連繫因素之分析基礎上，提出我國繼承準據法未來可能的修正方向。

第六章則為本文之結論，總結並回顧前述各章節。

¹⁸木棚照一，國際相統法における準拠法選択-2-，立命館法學 115 期，立命館大学法学会，1974，頁 364-400；木棚照一，國際相統法における準拠法選択-1-，立命館法學 110 期，立命館大学法学会，1973，頁 7-37。

¹⁹本文引有者計有：一九八九年海牙公約、義大利、南韓、芬蘭、比利時、歐盟等，參見本文第五章第二節第二項之部分。

第二章 繼承準據法之立法主義與現行規範

衝突法則決定之過程，乃透過對系爭涉外案件事實之法律關係加以定性、考量其連繫因素為何、並透過特定連繫因素找出應適用之準據法，繼而在所準據之實質法中妥適解決系爭案件。然而，正因為各國法制在實質法層面上有不同，卻又必須在個案中找出應適用之法律，故而有衝突法則²⁰，此種居於上位次元之法規範存在的必要。白話言之，衝突法則乃法律之法律，並非直接就權利義務之實現而為規範，乃用以在不同的實質法間選擇應被適用之對象²¹。然在此抉擇過程所應考量的眾多因素中，除了衝突法則本身存在之目的外，亦不可忽略實質法層面之影響。僅以本文為例，繼承法制衝突之源由，實乃導源於實質法層面之立法制度歧異，故本文乃從實質法層面起始，說明現世大陸法系與英美法系兩大法系下繼承制度之區別，藉由兩大法系中關於繼承制度之上位概念和實施流程之比較，整理繼承制度之概念以及相異制度間之優劣。

當然，本文之重點在於國際繼承準據法之研究，自也不會忽視國際私法上追求內外國判決調和，促進國際私法統一等目的。就繼承準據法而言，欲追求前述目標，首先便面臨立法原則上繼承統一主義和繼承分割主義相持不下之挑戰，故此二主義之優劣分析，乃繼承準據法於解釋論之開端，自有詳加論述之必要。此外，就涉外案件當事人之立場觀之，預期當事人希望適用對自身最有利，關係最密切，抑或最符合自身意思之法律，亦非不可想像。而準據法之決定與適用，或許也能說是在兼顧國際私法自體目的之實踐，與涉外事件當事人利益維護之前提下，求取兩全其美之道。因此，透過分析比較繼承準據法立法主義以追求上述目標之實現，乃是在方法論上可能的手段之一，只不過這樣的手段仍須配合其他如

²⁰或稱為準據法、選法規則、抵觸規範

²¹有認為狹義之國際私法乃所謂間接規範（抵觸法），係針對數國間之法律而為指定適用之規則；相對於此，一般之民、商法等就權利義務關係直接進行規律者，則稱為直接規範（實質法）。參見：沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門 第6版，有斐閣，2006.10，頁7。

規範及相關實例整理等，方不至流於理論之空談。故本文在立法主義相關之介紹完結後，緊接著便對我國國際私法上之現行有效規範加以檢討，討論涉外民事法律適用法第二十二、二十三條之規範要件，並初步整理相關爭議問題。此外，雖然我國實務上關於涉外繼承之見解並不多見，但在有限的實務意見中，仍可一窺繼承準據法於實際案例中適用之若干面向，故本文亦就可取得之部分一一加以介紹。

第一節 涉外繼承相關之立法主義

第一項 實質法層面

抵觸法層面，繼承準據法之立法主義可大別為統一主義與分割主義。而在實質法上，則可分別以大陸法系諸國廣泛採用之「概括繼承主義」，以及英美法系國家中常見之「清算主義」與之對應。雖然在世界各國之立法例上並不僅侷限於此二主義²²，但在本文認為抵觸法層面之立法主義之爭，本質上乃是實質法中立法主義爭執之延續與反映的前提下，以下所述將僅限於上開兩種立法主義。

第一款 概括繼承主義

所謂概括繼承主義（universal succession），乃是將繼承定性為於被繼承人死亡之同時，關於被繼承人財產上之一切權利義務，不經過任何清算程序，當然、概括的由繼承人所承繼。此制度之特點，乃是無論被繼承人之積極或消極財產，皆於繼承開始時自動的（繼承人知或不知並無影響）由繼承人承繼²³。但在概括

²²立法例上另有如法國、澳門、加拿大魁北克等國家或地區所採用之「承認繼承主義」，係將繼承透過繼承人所為之積極承認的意思表示，方始溯及發生繼承效力之立法例。參見：施慧玲、楊熾光、黃聖展，從當然繼承到有限責任繼承的近程與挑戰，台灣法學第 132 期，頁 2。

²³沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門，頁 151；青木清，涉外相統法總論（特集 1 在日外国人の相続に関する実務上の諸問題），市民と法 13，頁 22。

繼承主義之下，若被繼承人之消極財產多於積極財產，則可能使毫不知情的繼承人忽然承擔龐大的債務，故在制度設計上多有其他配套，如限定繼承或拋棄繼承等，以確保繼承制度得在兼顧被繼承人債權人之權益與繼承人之保護的情況下運作²⁴。此類繼承制度起源於羅馬法，至今仍廣泛地為大陸法系國家所採。而我國在最新一波的修法前，亦屬完全採用此種繼承制度之國家²⁵，但在二〇〇九年六月後，由於繼承法制於實質法層面之重大變革，雖然準據法上並無任何變動，但如某涉外繼承案件最終選擇準據我國法，是否會在準據法之適用上出現新的問題，亦屬未來值得注意之處。

第二款 清算主義

英美法系下的繼承制度，可說是圍繞著遺囑而建構之繼承制度。析言之，英美法系國家之實質法，多將繼承大別為有遺囑繼承（testate succession）與無遺囑繼承（intestate succession），當繼承開始時首先須檢視有無合法有效之遺囑存在，此部分之程序稱為「檢認」（probate）。且被繼承人死亡時，關於被繼承人之財產上權利義務並非自動、直接移轉於繼承人，而是將死者所有之權利義務歸屬於所謂「人格代表者」²⁶（personal representative），在有遺囑之情況下為遺言執行者（executor）；無遺囑之情形則為遺產管理人（administrator）。透過「人格代表者」為被繼承人進行遺產管理²⁷（administration of estates）或稱清算。其內容包括被繼承人遺產目錄之編造、遺產之估、鑑價、債權之回收、債務之清償，以及遺產稅

²⁴只不過，如此之原則與配套，對於上開目的之實現仍有不足，尤其我國近年來屢屢出現弱勢繼承人因已逾法定期限而無法為限定或拋棄繼承之實例，故學說及實務皆有出現改革既存繼承法制之呼聲。

²⁵有力學說根據我國舊民法第一一四七及一一四八條，作為我國繼承制度係採當然概括繼承之根據。參見：林秀雄，繼承法講義，頁3。但在民國九十八年六月新法公佈施行後，現今我國實質法上之繼承制度原則，已變更為「當然繼承，限定責任」。相關論述可參見：1.林秀雄，評析二〇〇九年繼承法之修正，月旦法學第171期，頁69-89。2.戴瑀如，論全面法定限定繼承之修法，月旦法學第171期，頁91-105。3.前揭文，頁1-18。

²⁶本文乃引述日文文獻之譯名，鑑於此項譯名可充分反映英文原詞之意思，且於日文漢字中此一名詞與中文原本之意思幾無差異，故照樣援用之。

²⁷此之遺產管理其內涵及體系定位與大陸法系下之定義有所不同，詳見本文下述。

之完納等相關事項²⁸。並於前述程序終結後，視清算之結果，如有積極財產剩餘，則移轉予繼承人；若僅餘消極財產，則進入破產程序。須注意者，清算主義下之繼承，狹義而言僅指遺產管理程序終結後之部分，意即人格代表者將清算後剩餘之遺產依遺囑或依法分配予繼承人一事，至於遺產之管理清算則屬程序性規定之範疇，與大陸法系下對繼承之概念有不同的理解²⁹。

第三款 本項小結

作為法律制度之一環，繼承可說是自古以來便已存在的制度之一，從過去強調人格、身分繼承之面向，到現代轉向側重於財產繼承之部分，亦可發現此項古老制度之內涵意義，仍隨著時代演進不斷的轉化，並非徒留其名而僅為法制史上之遺續，故在比較法學上有其研究之價值³⁰。

僅在實質法層面下，繼承之概念內涵和立法主義便已因各國之歷史文化、社會環境、政治制度等各項因素而有所不同。而在準據法層面，從規範目的來看，國際私法於形式上，並不會涉及各項準據法之概念內涵解釋問題，但若從其立法方式來看，各國的國際私法無非皆由該國自行制定，因此在該國國際私法所包含的各項衝突法則中，準據法中所涉及的各项法律概念之意義，多半亦受該國實質

²⁸ 棚村政行，アメリカ相続法の最近の動向（特集 相続制度--妻の相続権を主に），季刊年金と雇用 16 卷 1 期（現名：年金と経済），年金総合研究センター，1997.06，頁 18。

²⁹ Gareth Miller, *International Aspects of Succession*, Ashgate Publishing Ltd, 2000, pp.1-3； 沢木敬郎、道垣内正人，前掲書，頁 150-151。

³⁰ 進一步言之，實質法層面對於超越世代間的財產移轉，在某些先法制先進國家中，已逐漸將重心由死後之繼承移轉至生前的財產規劃，例如透過老人年金、遺囑信託、保險等制度，使當事人將來之遺產，無論是在稅務上、或是對生存配偶之保障，以及未成年或其他弱勢子女（如非婚生子女、非完全行為能力人之子女）之照顧，皆有更周全的預先計畫。此項趨勢對於「繼承」此一法概念而言將有何影響，是否可能導致繼承之制度內涵更為擴張或萎縮，亦有討論之價值。此外，家庭結構之轉變，如少子化現象、離婚率及再婚率的提高、以及人口結構高齡化等現象，也都直接或間接的影響著繼承法制度的規範重心。參見：棚村政行，アメリカ相続法の最近の動向（特集 相続制度--妻の相続権を主に），季刊年金と雇用 16 卷 1 期（現名：年金と経済），年金総合研究センター，1997.06，頁 11-12； 許末惠，英国相続法における在存配偶者の地位--無遺言相続の場合を中心に（特集 相続制度--妻の相続権を主に），季刊年金と雇用 16 卷 1 期（現名：年金と経済），年金総合研究センター，1997.06，頁 24。

法上對相同法律概念之解釋所影響，因而本節所述之實質法層面繼承之概念內涵和立法主義，無形中便會在準據法層面被延續，而在抵觸法上，亦形成概念內涵之歧異與立法主義的爭執。當然，假設世界各國間並無交流，則在涉外案件發生的可能性甚微的情況下，內涵相異的法制度間似乎也無調和或統一之必要，但正因現實上國際交流甚為頻繁，國際結婚、跨國收養，甚或是到國外置產等情況越來越常見，則在如此的背景因素下，產生涉外繼承事件的可能性也隨之提高，自然也就有在繼承法之領域進行法概念之調和或統一的必要性存在。

第二項 抵觸法層面

國際私法之論著於涉外繼承的部分，一般而言皆由準據法之立法主義作為論述的開端，並多半簡要言及實質法層面之立法主義歧異，此乃因立法主義的不同，其影響將貫穿整個準據法選擇與適用的流程，而導致單一涉外繼承案件之處理結果，因準據不同法律而出現重大差異，故論者有謂立法主義之爭實乃繼承準據法上最大的問題³¹，因此立法主義之重要性在涉外繼承之領域上自是不言而喻。本項以下之內容，乃就繼承統一主義和繼承分割主義之定義、源流以及兩者各自之優劣分別加以說明。

第一款 繼承統一主義

所謂繼承統一主義，係指涉外繼承事件之處理，無論所涉及的財產對象為動產或不動產，皆由單一的法律加以規範之。乃由繼承法制中側重身分法的角度出發，強調對於繼承關係中當事人利益之保護，故以屬人法作為涉外繼承事件之準據法。只不過因其以屬人法作為準據法則，所以也有屬人法兩大主義，即當事人本國法和住所地法對立之問題。採用統一主義，最顯著之優點在於法律關係之簡

³¹木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁 256

單、明確，僅以單一法律規範，便可處理牽涉多項財產及複數繼承人之複雜繼承案件；而其為人詬病之處，則在於即便準據法上採用統一主義之立法，實際上於個案之處理中仍可能因某項財產（通常為不動產）座落於採用分割主義立法之國家，使關於該項財產之處理，因採用所在地法，而有異於其他採用當事人本國法或住所地法之財產。換言之，在採用分割主義立法的國家仍存在的前提下，只要構成繼承財產之標的物分散在複數國家或地區，便有使統一主義立法目的落空之危險性存在。只不過，此種準據法適用上之實效性問題，並非僅存在於繼承準據法，而可說是在世界各國各自規範其衝突法則的情況下，普遍存在於國際私法各項準據範疇之共通問題。故有認為以此作為非難繼承統一主義之理由，並非妥當³²。

從理論源流觀之，繼承統一主義乃根源於羅馬法上對於繼承制度之理解，即前述實質法層面上之概括繼承主義，而於十九世紀中葉起由德國法學家薩維尼 Savigny、義大利法學家 Mancini 等人大力提倡，於今已在德國、義大利、瑞士、奧地利、荷蘭、希臘、西班牙、葡萄牙、瑞典、挪威、丹麥、波蘭等歐陸國家，以及土耳其、埃及、巴西、日本、南韓、泰國等國加以採用³³。我國之涉外民事法律適用法，就繼承準據法之規定乃仿效歐陸各國及日本立法例，原則上亦採用此項立法主義³⁴。

第二款 繼承分割主義

所謂繼承分割主義，乃於涉外繼承事件中，就成為繼承標的之財產，區分為動產和不動產而異其準據法規之適用，其中不動產係依物之所在地法，而動產則

³²山田鐮一，國際私法 第3版，有斐閣，2004.12，頁 566-567。

³³山北英仁，涉外相続と登記をめぐる実務上の諸問題（特集 相続をめぐる今日的諸問題），市民と法 43，民事法研究会，2007.02，頁 41；小出邦夫編，一問一答 新しい国際私法，商事法務，2006.09，頁 151。

³⁴馬漢寶，國際私法，總論 各論，自版，2006.02 再版，頁 373。

依屬人法（當事人本國法或住所地法），即西方法諺：動產隨人；不動產依所在地（*Mobilia personam sequuntur immobilia situm*）於準據法層面之落實³⁵。其由繼承法制中注重財產關係之側面切入，強調對於財產所在地交易安全的保護，故以財產種類作為劃分應被適用準據法之依據。而此項立法主義最顯而易見的缺點，即為此種分割適用的方式，將導致單一繼承案件之處理複雜化。此外，也有學者主張若採用複數的準據法規處理單一繼承案件，可能導致原本實質法層面上對繼承人的保護規定發生衝突，例如在單一繼承案件中，某甲就被繼承人分散於 A、B 兩國之遺產，因各該國家對於法定繼承人之範圍認定不同，而使某甲在單一繼承事件上具有不同的法律地位。又針對遺產債務之處理，亦有批判認為分割主義之立法並未就此部分為明確之規定³⁶，例如上例中，假設 A 國法規定被繼承人之債務應由不動產優先換價清償、B 國法則規定關於被繼承人之債務，由動產先為清償，則如何處理遺產債務也將成為問題³⁷。然而，採用分割主義之立法，至少在前述之實效性問題上，可以在法庭地法和本案準據法上取得一致，只不過如此的調和，乃藉由分割適用各項繼承財產之準據法而得，利益衡量上是否妥當仍不無疑義。

沿革上而言，自十三世紀義大利之法學家 Bartolus 首倡法則區別說以來，針對法律適用衝突之問題，乃有「人法」、「物法」、「混合法則」等區別方法出現。觀其大要，則無非是將決定衝突法律關係之依據，交由與人或物、抑或與兩者皆密切相關之法則加以規範。就關於繼承之部分，十六世紀之法國法學家 D'Argentre 則在其支持封建制度的背景之下，認為法則區別說之適用應以「物法」為原則，「人法」為例外，且認為同時包括人、物法律關係之情形，亦應適用「物法」，因而於繼承法制上導出不同於概括繼承之方式，使各項遺產分別依

³⁵洪應灶，論國際私法上繼承之準據法，法律評論 21 卷 9 期，1955.09，頁 2。

³⁶然若從英美法對繼承之理解來看，由於繼承僅處理積極財產的分配與移轉，故此項批判對於採用分割主義之英美法系國家並不適用。參見：山田鐮一，前揭註 12 書，頁 566。

³⁷劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 458；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 362-363。

所在地之法律處理。迄十九世紀中葉前，由於歐陸各國均認為繼承法制與封建制度關係仍屬密切，故以財產所在地法作為避免繼承適用屬人法導致封建制度崩壞之對策³⁸。誠然，以維繫封建制度作為採用分割主義之目的，於今已失其依據，但不可否認現世中仍有以英、美兩國為首之英美法系國家於涉外繼承準據法上採用分割主義的立法例，其他如加拿大、澳洲等國亦同，而大陸法系國家中，亦有如法國、比利時、盧森堡、羅馬尼亞等採用之³⁹。

第三項 立法主義之對立與調和

由前述關於繼承統一主義與分割主義之源流，可發現此二主義實乃概括繼承主義與清算主義對立於準據法層面上之戰線延長，而為達成國際私法之立法目的，於抵觸法規上有消弭兩主義對立之必要亦已如前述⁴⁰。然而，統一主義與分割主義的對立，乃須折衝於繼承法律關係當事人間之利益、交易安全之保護、準據法適用實效性等多項價值判斷之困難問題。就統一主義而言，其在追求以單一規制駕馭涉外繼承案件的命題之下，仍遭遇國際私法上如定性問題、反致、公序良俗條款等總論層次之問題，而有不得不向財產所在地法屈服之情況存在；就分割主義而言，其在追求財產所在地之交易安全保障，以及涉外繼承問題處理之實效性上，亦面臨如被繼承人之遺產債務無法完全清償時，應如何求取各債權人間之衡平，以及由遺產分割所衍生之共同繼承人間利害調整等問題⁴¹。

此外，立法例之比較上，亦分別有從分割主義改弦易轍為統一主義之例，或是基於自國利益之維護而採分割主義之國家。前者如奧地利之國際私法，其於一

³⁸馬漢寶，前揭書，頁 285、287、290-291；蘇遠成，前揭書，頁 362。

³⁹另須注意，中國及北韓亦屬分割主義之國家，但在法律體系上，此二國乃社會主義法制之國家，一般而言不被納入大陸法系國家。參見：山北英仁，涉外相統と登記をめぐる実務上の諸問題（特集 相統をめぐる今日的諸問題），市民と法 43，民法研究会，2007.02，頁 41；小出邦夫編，一問一答 新しい国際私法，商事法務，2006.09，頁 151。

⁴⁰參見本章第一節第一項第三款。

⁴¹木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，国際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 258；松岡 博，国際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03，頁 126。

八一一年受法則區別說之影響，在該國之國際私法（一般市民法典）第三百條，就涉外繼承之準據法採用分割主義之立法例，但在一九七八年修訂之新國際私法典，則在第二十八條針對涉外繼承之準據法，改採統一主義之立法。至於後者，如中國及北韓之例，乃基於自國民境外財產之保護，而採用分割主義之立法；另如俄羅斯和土耳其等國家，則針對座落於其境內之土地、建物等不動產之涉外繼承採用自國法作為準據法，而在立法上有兼採分割主義之現象⁴²。

有鑑於統一、分割兩義之對立，遍佈於理念上、適用上，甚而實際之立法例上，凡此皆益加印證了調和兩主義之困難度。而各國基於自身利益之考量，亦不可能期許其驟然放棄固有法制度以追求繼承準據法之統一⁴³，故晚近有從連結政策之角度切入，提出以允許被繼承人選擇涉外繼承準據法之方式，緩和兩主義對立之建議。亦即在繼承準據法之部分，除了客觀之連繫因素外，亦將主觀連繫因素導入此一範疇。申言之，由於繼承法制度之重心，在現代人類平均壽命延長、人口結構高齡化等背景下，已逐漸由過去異世代間之繼承，轉移至配偶間之繼承，則此一範疇下之準據法決定問題，亦可能出現如同契約準據法上，僅以客觀連繫因素將導致連結點認定困難之情形出現。又由於當事人對準據法之預測可能性之保護亦有提高之必要，故而使導入當事人自治於繼承準據法中，緩和兩大立法主義之對立，成為立法論上值得注目之新嘗試⁴⁴。

以此項立法論上之嘗試作為解決統一、分割主義對立之手段，已不僅是理論面之倡議而已，實際立法例上也已出現相關規定。例如瑞士於一九八九年施行之新國際私法，便在繼承相關之部分有限度的導入允許當事人（被繼承人）選擇關於自身將來之涉外繼承事件準據法之規定⁴⁵；而德國亦在一九八六年成立施行之

⁴²木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁 257。我國涉外民事法律適用法是否亦屬如此之設計，則留待本章第二節再行說明。

⁴³例如：英美法系之國家，即便在實質法層面漸次廢除動產與不動產於繼承問題上之處理差異，亦難以期待國際私法層面上，各該國家會揚棄分割主義之立法而改採統一主義。參見：同前註

⁴⁴木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁 259。

⁴⁵關於瑞士一九八九年之新國際私法，由於在立法模式上採用廣義國際私法之設計，故在該法第

國際私法改正案中，於該國之民法施行法第二十五條第二項導入上開立法論之新嘗試，但僅限於被繼承人就其在德國境內之不動產相關之涉外繼承，可在原則依當事人本國法的情形下，例外選擇適用德國法，故仍為極其限縮當事人自治之立法方式⁴⁶。亞洲國家方面，同為大陸法系之南韓，亦在其二〇〇一年修正之韓國國際私法第四十九條，在涉外繼承原則仍準據被繼承人本國法之情形下，於該條二項創設了允許被繼承人依遺囑指定當時之常居所地法，以及就不動產之繼承，可明示選擇依不動產所在地法之例外規定⁴⁷。而在各國自行立法解決之外，國際間亦有針對繼承準據法加以統一之努力，其中最值得注意者，為海牙國際私法會議於一九八九年公布之「被繼承人遺產繼承之準據法公約」(Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons)，採用繼承統一主義為原則，且為調和大陸法系與英美法系之下繼承制度的諸般歧異，不僅在客觀連繫因素的部分採用國籍與常居所地，而設計出極具彈性的三類型五階段之準據法決定方式，並在主觀連繫因素上，亦導入承認當事人可自行指定涉外繼承準據法之規範模式⁴⁸。只不過，上述各種針對立法主義衝突化解之努力，必須在連結政策上進行更為深入之分析方可窺其堂奧，且因此種導入當事人自治之方式乃立法論層面上之事項，但於方法論上，若欲就現存之規範為分析，立法論上之探討應置於解釋論之後，方不至遭受混淆體系之評，故本文基於上述理由，乃於之後另闢專章詳述此一部份⁴⁹，於此僅就涉外繼承法於立法主義層面之事項進行如上之歸納

八十六～第九十六條，分別從涉外繼承之管轄（第八十六～第八十九條）、準據法（第九十條～第九十五條），及涉外繼承有關之外國判決的承認、執行（第九十六條）而為詳盡的規範。其中，第九十條第二項規定：「外國人得以遺囑或繼承契約，就其繼承適用本國法，不受前項規定之限制。其準據法之選擇，於其死亡前喪失該國國籍或取得瑞士國籍時，失其效力。」在參照同條第一項：「於瑞士有住所之被繼承人，其繼承依瑞士法。」後，可發現瑞士之國際繼承法係住所地為原則之統一主義立法，而該條第二項即為有限度承認被繼承人選擇準據法之規定。參見：劉鐵錚等著，瑞士新國際私法之研究，三民出版，1991.10，頁 2-3、107-112；許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1991 年，頁 52。

⁴⁶德國之國際私法（民法施行法）第二十五條第二項：「被繼承人得就位於德國之不動產，以死因處分之方式選擇適用德國法」參見：許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1991 年，頁 56。

⁴⁷山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 568 之註（4）。

⁴⁸山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 568 之註（5）。

⁴⁹詳見本文第五章：繼承準據法連結政策之檢討。

整理。

第二節 涉外民事法律適用法上之相關規範

經過了上一節對涉外繼承相關之立法主義之介紹，本節乃欲就此項課題之規範及實際層面加以探討，討論我國法中現行有效之規範，針對繼承準據法究竟採用何種立法方式，回頭印證前述之立法主義於我國法上之落實程度，並討論我國法上但書規定之源由及其必要性。惟本節僅就現行法之法文分析其構成要件，更深入之適用範圍分析，將另以第三章專門討論之。此外，鑑於涉外民事法律適用法中，與涉外繼承相關之實務見解為數不豐，乃一一加以介紹，期能從中瞭解繼承準據法於實際案件適用之若干情形。

第一項 現行有效之繼承準據法規定⁵⁰

在整個涉外事件之處理流程中，經過了確認涉外因素和前述之定性問題後，便面臨準據法之適用問題，而為使準據法則妥當、正確的適用於個案中，則必須對具體條文進行構成要件之分析。以下便分別探討涉外民事法律適用法上之規定。

第一款 涉外民事法律適用法第二十二條本文

現行之涉外民事法律適用法第二十二條本文：「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。」乃我國就涉外繼承事件準據法所設之規範。由條文用語觀之，可發現

⁵⁰ 此指民國四十二年六月六日公布施行之涉外民事法律適用法。而本法之前身，乃民國七年前北京政府公布施行之「法律適用條例」，其中與涉外繼承有關者僅第二十條：「繼承依被繼承人之本國法」參見：劉鐵錚等著，瑞士新國際私法之研究，三民出版，1991.10，頁 241、243。此外，由當初之舊法規定，更可看出我國法乃繼受自日本之痕跡，因當時之條文用語，與日本現行有效之繼承準據法規定可說是完全雷同。

在立法方式上，我國亦採用統一主義作為原則⁵¹。但是否能在所有的涉外繼承案件皆以單一準據法作為規範，實際上仍可能受到其他部分之規定影響，而在個案中出現例外之情形⁵²。

首先，關於條文用語之「繼承」定義為何，需藉助定性問題之判斷標準加以認定。初步言之，在我國實質法以概括繼承為立法原則的前提下，本條所謂繼承，其概念內涵至少應與一般大陸法系國家下之繼承概念相符，故就實質法層面上對於繼承制度之分類，無論是所謂身分繼承、財產繼承；特定繼承、包括繼承；有遺囑繼承、無遺囑繼承，以及配合法定概括繼承所創設之限定繼承，拋棄繼承等制度，基本上皆為本條繼承之概念所包含⁵³。而在遺囑繼承方面，由於立法體系上，涉外民事法律適用法第二十四條⁵⁴乃獨立就遺囑之準據法而為規定，致有生繼承與遺囑準據法兩者適用範圍之疑義。此從條文用語及相關之立法說明，可發現所謂「遺囑之成立要件及效力」，僅指遺囑文件本身是否有效成立而已，就遺囑內容之個別法律行為，如以遺囑指定應繼分、為遺贈、認領或收養，則依各該法律行為應適用之準據法則，不在該條之適用範圍內⁵⁵。因此在涉外遺囑繼承案件之處理上，針對遺囑本身是否成立生效，乃遺囑準據法之範疇；有關遺囑內容及依其所為法律行為之效力問題，如涉及繼承，基本上仍屬本條之範疇，而應準據被繼承人（即遺囑人）死亡時之本國法。

⁵¹曾陳明汝、曾宛如，國際私法原理（續集）各論篇，學林出版，2003.06 修訂二版，頁 335；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 461；馬漢寶，國際私法，總論 各論，自版，2006.02 再版，頁 373；柯澤東，國際私法，元照出版，2002.08 二版，頁 239；林益山，國際私法各論，國立中興大學法律學系法學叢書編輯委員會出版，1996.06，頁 92；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 364。

⁵²如下述第二款之但書規定便在適用結果上，造成單一案件無法統一地以一種繼承準據法，作為規範依據的現象。

⁵³日本學者對於其國際私法上之繼承概念，有認為乃包含各種類型之繼承，要言之乃超越世代之財產或身分之承繼關係。參見：山田鐮一，國際私法 第 3 版，有斐閣，2004.12，頁 569。

⁵⁴涉外民事法律適用法第二十四條：「遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法。遺囑之撤銷依撤銷時遺囑人之本國法。」

⁵⁵此之立法說明乃參考涉外民事法律適用法草案說明，參見：劉鐵錚等著，瑞士新國際私法之研究，三民出版，1991.10 頁 266；學者亦有明確表明此項見解者。參見：蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 366；林益山，遺囑及繼承之準據法，月旦法學雜誌 38 期，1998.07，頁 18。

比較法上，日本作為我國國際私法之主要被繼受法國，不僅在繼承及遺囑準據法之設計上影響我國法，也同樣有上開問題產生。而日本目前之通說觀點，雷同於前揭我國法之立法說明，將遺囑內容及依其指示而為之法律行為，交由各該行為之準據法處理⁵⁶。只不過，日本方面有學者指出，如此的準據法劃定方式，在依遺囑所為的各項法律行為中，如有其他與繼承無關之部分，例如收養、認領、捐助行為、信託等，雖仍依照各該法律行為之準據法，但從整個遺囑繼承的角度來看，上開行為無論如何皆難以擺脫個案中繼承及遺產對其之影響，而在實質上呈現與適用繼承準據法之遺贈或指定應繼分行為相同的機能。故主張繼承準據法應作為遺囑繼承之情況下，透過遺囑指定而為之一切法律行為的共通準據法，以支配上開行為中涉及遺囑之單獨行為部分（例如：各該行為中遺囑人之行為能力認定、遺囑執行人之選任及權限等）。至於各該行為原屬之準據法，僅其本身出現構成要件之認定（例如：捐助行為所設之財團應否向主管機關登記）及欠缺某要件時效力如何（例如須以書面為之的收養，欠缺該書面）等問題上，回歸適用之。如此便可避免各該法律行為之準據法與繼承準據法又生矛盾，而造成個案處理上之困難⁵⁷。此外，另有論者⁵⁸從不同角度對上述日本通說提出質疑，指出在過去遺囑所負擔之功能不僅及於繼承相關事項時，確有必要使遺囑內容相關之各法律行為，依各該行為之準據法決定其效果，然在遺囑所承載的內容，由「為家族所留存之遺囑」轉變為「對個人財產終意處分之意向」後，遺囑之內容已逐漸純化為僅涉及財產繼承之事項。因而在準據法之選擇上，也可能出現與過去通說不同之方式。

進一步言之，若以抵觸法層面之觀點闡述繼承概念，整個死因財產之移轉、分配流程，似乎皆應等同於繼承之概念。然而，從我國乃大陸法系國家之立場而

⁵⁶木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁262、272。

⁵⁷木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁273。

⁵⁸林 貴美，ドイツ國際私法における遺言相続(2・完)，民商法雜誌 115 卷 6 期，有斐閣，1997.03，頁926、928之註11。

言，僅在相同法系之繼承概念而言，即已無法斷言其包含全部之死因財產變動，更遑論與英美法系之繼承概念調和上可能遭遇的阻力。析言之，雖同為大陸法系國家，但針對一方配偶死亡，而產生他方配偶保護之問題，我國民法上乃將其作為夫妻財產制中，法定財產制消滅之原因，而使生存之他方配偶可依我國民法第一〇三〇條之一，請求為剩餘財產之分配，並在繼承法之部分，尚賦予生存配偶與其他繼承人共同繼承死亡配偶遺產之權利。但在相同法系之德國，卻將此種對於生存配偶之保護制度，全部劃歸繼承之部分，而不使配偶一方死亡成為發動剩餘財產分配之原因⁵⁹。故而在繼承概念範圍之認定上，即便處於相同法系之下，仍會基於特定事項之立法設計不同，出現法概念認定困難之問題。對此，國際私法上之對策，乃將此類爭議置於定性或適應問題之階段處理，只不過無論在哪一階段，皆受制於判斷標準之難尋，而無法擺脫個案判斷之結局。

再者，相異法系下之繼承概念調和，首先便須面臨英美法概念之「遺產管理」，應否納入繼承準據法之爭議。關於此議題，乃源於英美法系國家所採之清算主義而生，因在其制度下，被繼承人之財產乃先經清算、管理，嗣後若遺產為負值，則進入破產程序；僅在遺產為正值時，方有分配予繼承人承繼之問題。故在大陸法系將整個遺產之清算、管理、分配等流程皆視為繼承法涵蓋範圍之情況下，如準據之法律為英美法系國家之實質法，亦或是具有類似遺產管理制度之國家法律，將產生諸多問題⁶⁰。而在遍尋我國涉外繼承法之相關文獻後，似乎並無對此一問題加以討論者，故本文乃參照日本學說之見解，以為我國處理此問題之借鏡。

⁵⁹針對此種因一方配偶死亡而生他方配偶保護之問題，在實質法層面上至少有三種立法例，如我國及瑞士乃採夫妻財產制及繼承上之雙重保護，而德國法專以繼承制度處理此項問題，又如瑞典法，則全部交由夫妻財產制而為規範。參見：魏淇芸，國際私法上夫妻財產制準據法之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007年，頁139。

⁶⁰本文於此僅討論英美法系概念下理解之「遺產管理」，是否應被大陸法系下之我國涉外繼承抵觸規則所涵蓋。至於在準據外國法所生之遺產管理問題，或是準據本國法而處理外國遺產所生之管理行為效力問題，則留待本文第三章第五節之相關部分再行深入討論。

申言之，日本通說所認知的抵觸法層面之繼承概念，亦如同前述之大陸法系下對繼承之認識，且就此問題採肯定見解，換言之仍以繼承準據法作為英美概念下遺產管理問題之抵觸法則⁶¹。但在通說之外，仍有少數見解認為，若所準據之國法上，具有如同英美法系之遺產管理制度，則至少在此情況下應將所謂遺產管理之部分準據於遺產管理地之法律⁶²；甚而，更激進之見解認為，在保護內國遺產債權債務人，以及管理行為之本質、目的等考量下，應將所謂遺產管理之部分排除於抵觸法層面之繼承概念外⁶³。對此，日本通說以如下之理由回應之：若將遺產管理之準據法統一，則不僅在遺產管理、清算之問題本身可被單純化，對內外國之遺產債權、債務人而言，亦為追求其利益衡平之良策，尤其在遺產對全體債權人清償不能時特別有意義。因在準據單一實質法規範的情況下，至少就複數遺產債權人間，乃遵循相同之遺產債務清理規範，相較於視遺產所在地而其遺產管理準據法之方式，較能期待全體債權人公平受公平對待。且就英美法系內部之實況而言，遺產管理之準據法問題，亦有所謂所在地法說與住所地法說之對立存在，並非如論者所言，專依遺產管理地法而定其管轄及抵觸法則⁶⁴。

其次，由條文用語之「被繼承人死亡時之本國法」，可發現本條之連繫因素採用屬人法則下之國籍，且明文為「被繼承人死亡時」，參照當時之立法說明⁶⁵，係為解決當事人死亡後之本國法認定問題而增設，但國籍作為一可變更之連繫因素，其變動之情形多半存於當事人生前，則立法者似乎有將內國實質法之變更所導致時際法⁶⁶問題，與抵觸法層面上，如何透過連繫因素決定應適用之準據法一

⁶¹木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 271。

⁶²矢ヶ崎武勝，英米法の遺產管理に関する抵觸法上の一考察-3(完)-，國際法外交雜誌 57 卷 1 号，1958.04，頁 75 以下。

⁶³田中徹，涉外判例研究，ジュリスト（英米法による相続における在日遺産の管理——大阪高判昭和 56・9・30）812 号，有斐閣，1984.05，頁 137。

⁶⁴木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 263-264；山田鐸一，國際私法 第 3 版，有斐閣，2004.12，頁 570。

⁶⁵說明原文為：「惟於被繼承人死亡後，法律發生變更時，如何定其本國法，未加明定。本草案增列『死亡時』一語，以期明確。」參見：劉鐵錚等著，頁 265。

⁶⁶所謂時際法，指內國實質法之新舊變更及其適用問題，多半委諸施行細則等次要法規加以處理。

事相混淆。換言之，「死亡時」三字的增設，乃欲排除此前被繼承人本國法之適用，而非針對嗣後內國實質法之變更所為⁶⁷，至於被繼承人死亡時之本國法，如於系爭案件繫屬於法院時成為舊法，則為前述時際法之問題，乃由所準據國實質法判斷新舊法之適用⁶⁸。

第二款 涉外民事法律適用法第二十二條但書

現行之涉外民事法律適用法第二十二條但書：「但依中華民國法律中華民國國民應為繼承人者，得就其在中華民國之遺產繼承之。」對於立法主義上之分類，將由於此項但書之存在，而對我國原則採用繼承統一主義之立法例形成一突破口，故而有論者主張因本項但書之存在，使我國實際上乃兼採分割主義之國家⁶⁹。然而，於參照典型之分割主義立法例後，便可發現此項但書之設計並非以繼承遺產之類型而區別其準據法適用，乃基於特定目的，例外使涉外繼承案件準據我國實質法。欲探尋此一目的為何，首先應由本項但書之立法理由⁷⁰著手。由立法理由之敘述，可發現立法者乃為因應當時部分國家推行之政策，使原屬我國籍之被繼承人，為求其在僑居國生存之便利而變更為僑居地國籍，但此將使該人之繼承因被繼承人之國籍變更，而讓其他仍保有我國籍之繼承人，關於特留分等利益受侵害之虞，故特設本條但書作為我國籍繼承人特留分及其他繼承相關權利之保護條款⁷¹，例外採用遺產所在地法處理涉外繼承問題。

⁶⁷劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 596。

⁶⁸木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法 第 3 版，有斐閣，2004.12，頁 264。

⁶⁹劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 462。

⁷⁰涉外民事法律適用法第二十二條但書之立法理由：「按英美等國，匪特不採本國法主義，且其繼承法律亦多與我國大相逕庭，例如我國有特留分之規定，而英美則無之，一任遺囑人自由處分其財產。自中外通商以後，我國人民僑居英美及其屬地者為數甚眾，彼等定居國外，擁有資產，多數已脫離祖籍，而其親屬則不乏留居國內，並未喪失中國國籍者，一旦脫籍之華僑死亡，發生繼承之爭執，倘一律依照被繼承人之本國法，則華籍親屬之特留分及其他法律上之權利，即有遭受剝奪之虞，故參酌實際需要，增設但書規定，以資保護。」

⁷¹對此，乃有學者有主張其係為保護我國國民依我國法之繼承期待權，參見：陳榮傳，外國人在台遺產之繼承問題，月旦法學雜誌 5 期，1995.09，頁 64。惟亦有論者主張其係為保護僑居英美法系國家之我國人民。參見：馬漢寶，國際私法，總論 各論，自版，2006.02 再版，頁 373。

僅就本但書之文義而言，無論在適用之要件及範圍上，皆存有若干問題待解。首先，本項但書僅謂：依中華民國法律中華民國國民應為繼承人者，得就其在中華民國之遺產繼承之。則在配合本條之本文後，可發現其並未就以下兩種情況明文規範：其一、我國籍之繼承人是否能就被繼承人在中華民國以外之財產為繼承。其二，於我國籍之繼承人和外國籍之繼承人共同繼承之情形，本項但書之適用範圍如何⁷²？對於第二項問題，本文於下述引用之我國實務判例，便有學者認為其就本條但書之適用採擴張解釋之結論，因其將我國籍之繼承人（妻）和他國籍之繼承人（子、女）一併依本條但書決定其準據中華民國法⁷³。

然而，有學者主張⁷⁴本條但書形式上為前段本文之例外，則在例外從嚴之法理下，復以其立法目的與公序良俗條款保護內國公益之部分有一定程度之重疊，故應採目的性限縮之解釋方式，而將本項但書之適用，限於中華民國之國民依被繼承人之本國法不得為繼承，但依中華民國法可為繼承之情形。如此一來，就我國籍之繼承人仍可依被繼承人本國法為繼承之情形，若遭遇侵害特留分等顯有不利於我國籍繼承人之情形，則委諸公序良俗條款（涉外民事法律適用法第二十五條）調整此類準據外國實質法後所生之不當結果。此外，主張上開見解之論者，另從立法主義之角度出發，試圖為上開問題尋求解答。其認為，本條但書既可解為係以財產所在地法，作為分割準據法適用之標準，則就上開問題，並不會產生共同繼承人中，我國籍繼承人適用中華民國法，外國籍繼承人適用被繼承人本國法，而又出現認定應繼分、特留分等遺產分配上之困難，因在準據法並行適用的情況下，只要遺產在國外，便全依被繼承人本國法處理，於繼承人之國籍無關；而若遺產在中華民國，則亦不問繼承人之國籍，一律以遺產所在地之我國法加以處理。此外，針對本項但書之適用，另有學者在指出本條但書之問題後，於立法

⁷²徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌 160 期，2008.09，頁 157。

⁷³蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 365-366。

⁷⁴陳榮傳，前揭文，頁 64；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 463-464。

論上主張⁷⁵，在此項但書之立法意旨是否符合時代潮流已生疑義的情況下，復以現況上對外國不動產繼承之執行仍有困難，則修正但書之規定，將屈服條款納入我國繼承準據法中，似為值得採納之建議。

本文認為，關於前述論者對於本條但書解釋論之見解⁷⁶，雖然已意識到現行規範於適用上可能產生疑義之處，惟其對立法目的之理解，以及導出上開結論所使用之方法，似乎有在重新考慮之必要。首先，立法目的上，由當初之立法理由，可知乃為因應實質法上之繼承無特留分制度之國家，若成為包含我國籍繼承人在內之繼承事件準據法時，將使我國籍人關於特留分及其他繼承相關權利之保障落空，亦即就我國之立場而言，乃是自國民之利益有受侵害之虞，故特別立法加以保護，但如此之情況並非當然表示，可能受侵害之利益即為所謂「內國公益」。若從特留分之本質而言，在其具有：需為有繼承權之人，始能享有特留分權、特留分乃依應繼分比例而定，可謂為最低限度之法定應繼分等特徵之下⁷⁷，我國國際私法上特設此項但書規定，實際上所保障者，僅為我國籍之法定繼承人，故立法目的乃針對內國人之私益保護。而在解釋方法上，前述論者以所謂目的性限縮作為其解釋操作之依據，然在觀察本條但書之文字用語後，若將文義解釋之結果限縮於最狹義之範圍，似乎亦能導出前述論者之結論，而無須採用漏洞補充之目的性限縮或擴張。因此，在對立法目的及解釋論之方法皆有疑義的情況下，上開論者對於本條但書之解釋結論，似有再行斟酌的空間。

最後，關於立法類型之判別問題，本文則認為，或許可藉由擴張分割主義之概念，使合於：「以複數準據法則規範涉外繼承問題。」此項精神之立法例皆屬分割主義，如此之解釋亦不違背統一主義與分割主義原始上區別之意義。而在統一主義之立法，於現實上難以被完全貫徹的現況之下，與其硬性區分繼承抵觸規

⁷⁵徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌 160 期，2008.09，頁 158。

⁷⁶指前述註 73 之學者意見。

⁷⁷林秀雄，繼承法講義，元照出版，2005.11 初版，頁 317。

範之立法類型而流於形式之爭，毋寧就特定繼承準據法何以不採單一規範處理涉外繼承問題，探討其背後之源由及如此之設計是否妥當⁷⁸。只不過就我國現行規範而言，雖以統一主義作為原則，但因涉外民事法律適用法第二十二條但書之存在，將在牽涉我國籍繼承人之涉外繼承中產生諸多準據法分割適用之現象，乃無法否認之現況。

第三款 涉外民事法律適用法第二十三條

現行之涉外民事法律適用法第二十三條：「外國人死亡時，在中華民國遺有財產，如依其本國法為無人繼承之財產者，依中華民國法律處理之。」本條之立法說明⁷⁹，明確表示在一般之繼承準據法之外獨立設置此項條文，其目的乃為保護內國公益。然尚須注意，是否為無人承認之繼承，乃繼承準據法處理之範疇，故仍應依前條之規定所準據之實質法加以判斷。且本條僅就遺留於我國之遺產規定依我國法處理，若外國被繼承人尚有其他遺留於我國以外之遺產，由於本法並無明文，解釋上多認為應類推適用財產所在地法加以處理⁸⁰。至於我國籍之被繼承人，如依我國法而被認定屬無人承認繼承之情形，就遺留於我國之遺產依我民法第一一八五條⁸¹處理自不待言，但如有其他遺留於外國之遺產，應如何處理，則出現涉外之無人承認繼承問題。對此，現行法亦無明文，且涉及各國實質法層面上對於「無人承認之遺產應歸屬於國庫」一事之法律性質認定歧異，反映在抵

⁷⁸德國法上，有將涉外繼承事件無法與單一準據法加以規範之情況，稱為 *Nachlaßspaltung*。引述之日本學者將其譯為「繼承分割」並介紹其發生之原因及處理態樣。惟需注意此之繼承分割，與中文字面上之意義並不相同，乃專就抵觸法層面發生規範歧異之現象所為的描述。參見：林 貴美，相統準拠法の並立的適用：ドイツにおける議論を中心に（佐藤幸夫名誉教授古稀記念論集），同志社法學 55 卷 7 期，同志社大学，2004.03，頁 235-241。

⁷⁹蓋外國人死亡後，在中國遺有財產，而依其本國法又無人繼承，則其財產關係，長陷於不確定之狀態，即不免影響他人之利益，自應按照中國法為之處理，使告一結束。參見：馬漢寶，國際私法，總論 各論，自版，2006.02 再版，頁 373。但由立法理由之敘述觀之，似應以前者為是。

⁸⁰林益山，國際私法各論，國立中興大學法律學系法學叢書編輯委員會出版，1996.06，頁 19；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 370。

⁸¹民法第一一八五條：「第一千一百七十八條所定之期限屆滿，無繼承人承認繼承時，其遺產於清償債權並交付遺贈物後，如有賸餘，歸屬國庫。」

觸法層面，亦構成無人承認繼承之定性爭議，換言之，也涉及繼承準據法適用範圍之問題，故就其理論上之爭議，比較法上之情況等事項，留待第三章第六節再行詳述⁸²。

第二項 涉外繼承問題相關之實務見解

第一款 最高法院四十六年台上字第九四七號判例

最高法院四十六年台上字第九四七號判例，為我國實務上唯一有關涉外民事法律適用法之規定而被選為判例者，但由判例要旨⁸³並無法得知本件乃涉及國際婚姻、子女婚生性認定、返還遺產以及定性問題等事項之案件。姑且擱置判例要旨不談，本案之內容所涉及之爭議，至少在本論文所欲研究的範圍內具有一定價值。以下便簡單介紹本案之事實，並就各審法院對於涉外繼承和定性問題上之相關見解，分別加以論述。

第一目 案例事實

亞洲航空公司之美籍工程師安諾德於民國四十五年五月間在台灣墜樓亡，於其死後，遺有中華民國籍之妻子與美國籍之子女二人。由於該公司以另有一美籍女子主張其為安諾德之妻子為由，不知究竟何者為安諾德之合法繼承人，故將其遺留之動產全數提存於法院。安諾德之我國籍妻子和仍生存之子女二人，乃就系爭財產，向法院訴請亞航返還被繼承人遺留在台灣之動產⁸⁴。

⁸²針對上開情況，雖有意識到此問題，但僅認為就我國籍被繼承人遺留於外國之遺產，似不宜依被繼承人本國法之我國民法，逕行納入我國國庫。然是否即表示其亦贊同交由遺產所在地法處理，不得而知。參見：劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 466。

⁸³最高法院四十六年台上字第九四七號判例要旨：因不能確知孰為債權人而難為給付者，清償人固得將其給付物為債權人提存之，惟其提存，除有雙務契約債權人未為對待給付或提出相當擔保之情形外，不得限制債權隨時受取提存物，否則即難謂依債務之本旨為之，不生清償之效力。

⁸⁴曾陳明汝、曾宛如，國際私法原理（續集）各論篇，學林出版，2003.06 修訂二版，頁 337。

第二目 法院見解⁸⁵：

（一）第一審法院⁸⁶

關於定性之部分：「查本件為涉外民事訴訟，其法律適用之法則自應依中華民國之國際私法即涉外民事法律適用法之規定。唯在選定適用法則之前，必須就訟爭問題之性質，先行確定。訟爭問題之性質，究應如何確立？學者間之主張，頗不一致。有所謂法庭地法說、準據法說、分析法理學說等等。但各國國際私法為使他國不致適用其不應適用之法則，多基於本國固有定性制度，而採法庭地法說，故本院亦從之。次查，中國之繼承制度係採當然繼承或直接繼承原則，（中略）繼承人於繼承開始時，即已取得遺產之所有權，如為他人占有時，繼承人即得本於所有權請求返還，故本件原告等對於被告請求交還遺產之訴，依中華民國法律定其性質時，應認其為物權性質，而依物之所在地法——中國法來處理。」

關於繼承之部分：「按關於物權依物之所在地法，為涉外民事法律適用法第十條第一項所明定。本件訟爭標的物，均在中華民國已為兩造所不爭。是本件訴訟，自應以中華民國法律為準據法。至於其他有關實體上之問題，為繼承權及身分關係是否存在等等，則亦在上開準據法適用範圍之內，無須依照各該問題之準據法處理。」

（二）上級審法院見解

本案之第二審⁸⁷，僅直接就本案原告（二審為被上訴人）之請求，認為應依

⁸⁵限於篇幅，本文以下僅摘錄與定性和涉外繼承有關之部分。

⁸⁶台北地方法院四十五年度訴字第二四八號判決。由於民間之法源法律網及司法院之判決書詢系統皆未將民國四十年代之判決內容建置於資料庫中，故本文乃直接引用學者文獻中所援引之判決理由部分。完整之判決理由，可參見：游啟忠，論定性概念於我國最高法院判決之運用研析，中正大學法學集刊3期，2000.07，頁82-84。

⁸⁷台灣高等法院四十六年度判字第二九〇號判決。

涉外民事法律適用法第二十二條但書為其準據法，而適用我國當時有效之繼承法，認為妻及子女等三人均有合法之繼承權，故准其請求⁸⁸。但原案被告亞航對此判決結果仍有不服，故上訴於最高法院，最高法院對本案仍維持原判，其涉及繼承之部分理由如下：「是被上訴人安黃瓊芳（被繼承人之妻）本為中華民國國民，其在中華民國廣州與哈利威廉（被繼承人）結婚，係具備中華民國民法第九百八十二條所定之方式。又如上述依中華民國涉外民事法律適用法第十一條第一項但書及第二項暨第二十二條但書之各規定，其結婚自屬有效而取得哈利威廉之配偶身分，並對於哈利威廉在中華民國之系爭遺產有繼承權存在。又被上訴人安哈利與蓮娜安諾德，既均係哈利威廉與被上訴人安黃瓊芳之婚生子女，且因年幼由其母即被上訴人安黃瓊芳監護撫育之中，無論其國籍何屬，而對於其父在中華民國之遺產，要難謂無合法繼承權。從而被上訴人全體就哈利威廉在中華民國之系爭遺產，本於其繼承權關係，訴請上訴人返還，自非法所不許，不容上訴人以被上訴人非哈利威廉配偶或婚生子女等空言任意爭辯。（中略）除被上訴人外，尚有美籍婦人阿爾瑪M安諾德（Alma M.Ar-nott），亦稱為哈利威廉之配偶，就哈利威廉之遺產有所爭執（中略）阿爾瑪M安諾德就系爭遺產，僅以哈利威廉遺囑執行人身分，對兩造提起請求返還之訴，並未訴請確認有繼承權存在，業經受敗訴之判決確定在案，有別一訴訟事件之確定判決可憑。上訴人尤不得執是為拒絕返還系爭遺產之論據。」

第三目 本案於國際私法上之價值

此一判決乃在涉外民事法律適用法公布施行後不久作出，又同時涉及國際私法上定性、準據法適用等部分之爭議，且其案例事實在不同的定性結論下，又可能產生先決問題等其他抵觸法層面之問題，可說是甚具研究價值之實務見解。就定性之部分，雖然最高法院直到九十二年台再字第二十二號判決，方於要旨中闡

⁸⁸蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 371 註 9。

述定性問題所採用之判斷標準及其於準據法決定適用流程中之地位，但至少就本案之一審法院見解，可發現其已對定性問題有明確之問題意識及體系地位，並就個案之適用明示判斷標準，可說是開我國實務對於定性問題處理之先河。另就準據法適用之處理，本案上級審法院雖有較一審法院更細微之區別繼承關係及以之為基礎的系爭請求，但就原告等人之繼承權有無認定上，卻僅將本案例原告等人所提之若干證據便肯認此部分為真，雖有論及涉外婚姻之準據法則，但就親子關係之部分，及在將本案定性為繼承關係後，上開問題有無可能形成國際私法上之先決問題，皆未有明確之表示，似乎有再進一步討論之必要。

第二款 福建高等法院金門分院八十五年訴字第五號判決⁸⁹

本案乃關於某僑居於印尼之被繼承人，就其座落於金門之遺產（不動產），

⁸⁹福建高等法院金門分院八十五年訴字第五號判決要旨：按公同共有物之處分及其他之權利行使，除依其公同關係所由規定之法律或契約另有規定外，應得公同共有人全體之同意，民法第八百二十八條第二項定有明文。以公同共有之財產為訴訟標的者，其法律關係之性質須合一確定，故非由公同共有人全體或得其他公同共有人全體之同意起訴或被訴，則於當事人之適格即有欠缺。（最高法院四十一年台上字第一七〇號判例參照）本件原告主張系爭土地原屬許○舟所有，其係許○舟之繼承人，為系爭土地之所有權人，請求被告塗銷系爭土地之繼承登記及其上建物所有權第一次登記，拆屋還地以回復原狀，固據提出土地及建物登記簿謄本、香港金門縣同鄉會證明書、雅加達公證書、出生證明、許○林華僑登記證、許○林結婚證書、楊○娥證明書、保羅士·○芬迪·丹努維查雅授權書及其姐妹許○媽、許○嫻之同意書為證，惟查系爭土地原屬許○舟所有，而許○舟係中華民國移居印尼之華僑等事實，為兩造所不爭執，依國籍法第十一規定，自願取得外國國籍者，尚須經內政部之許可，始得喪失中華民國國籍，原告主張許○舟死亡時已取得印尼國籍而喪失中華民國國籍乙節，為被告所否認，原告復未能舉證證明許○舟業經內政部許可喪失國籍，其此項主張自不足採，應認許○舟死亡時仍具中華民國之國籍。許○舟之繼承人中，縱有不具中華民國國籍者，依涉外民事法律適用法第二十二條前段「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。」及同法第二十六條但書「依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律」之規定，有關許○舟遺產之繼承，自應適用中華民國法律。故系爭土地於許○舟死亡後，自應歸許○舟全體繼承人公同共有。又依同法第九條第一項前段「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法」及同法第十條第一項「關於物權依物之所在地法」之規定，本件原告以其系爭土地所有權受侵害，請求回復原狀，其侵權行為地及物之所在地均在中華民國，縱如原告主張許○舟之繼承人即系爭土地之公同共有人中有不具中華民國國籍者，亦應適用中華民國法律，原告主張原告及許○媽、許○嫻以外之其他繼承人為印尼人，不適用民法第八百四十條（應係第八百二十八條之誤）之規定節，亦無足採。再查被告抗辯許○舟生前育有子女多人，除長子汝○以外，尚有次子汝○等四個兒子及人數不詳之女兒等情，有被告所提出之金門珠浦許氏族譜及許○舟全家相片影本在卷足稽，原告於上述刑事案件及本件審理過程中對此均未加爭執，應堪認為實在。本件原告未舉證證明系爭土地除原告及許○媽、許○嫻以外之其他共有人亦均同意由原告單獨提起本件訴訟，復未以全體公同共有人名義起訴，揆諸首揭說明，其當事人適格即有欠缺，其訴應予駁回。

原告方面主張被告無權占有，故而訴請被告返還系爭土地。本案之法院判決原告敗訴，係以本案之系爭不動產尚未經遺產分割，仍處與公同共有之狀態，則依我國民法第八二八條之規定，應以全體共同繼承人之名義起訴或由原告得其他共同繼承人之同意後單獨起訴，惟原告未能滿足上開要件，故於本案乃當事人不適格，因而駁回其訴。

本案與涉外繼承相者，主要為被繼承人之國籍認定問題，因我國之繼承抵觸法則，乃以被繼承人死亡時之本國法為連繫因素，故欲判斷系爭案件之準據法為何，首先便須確認被繼承人死亡時之國籍。而本案之法院對此表示：「惟查系爭土地原屬許○舟所有，而許○舟係中華民國移居印尼之華僑等事實，為兩造所不爭執，依國籍法第十一規定，自願取得外國國籍者，尚須經內政部之許可，始得喪失中華民國國籍，原告主張許○舟死亡時已取得印尼國籍而喪失中華民國國籍乙節，為被告所否認，原告復未能舉證證明許○舟業經內政部許可喪失國籍，其此項主張自不足採，應認許○舟死亡時仍具中華民國之國籍。」並在肯定被繼承人為我國籍後，復就準據法之適用表示：「許○舟之繼承人中，縱有不具中華民國國籍者，依涉外民事法律適用法第二十二條前段「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。」及同法第二十六條但書「依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律」之規定，有關許○舟遺產之繼承，自應適用中華民國法律。故系爭土地於許○舟死亡後，自應歸許○舟全體繼承人公同共有。」故本案乃依我國民法處理，因而導出原告當事人不適格之結論。而在上開論述中，可看出我國法院對於處理涉外繼承之被繼承人為雙重國籍時的態度，且就繼承準據法之適用原則，法院亦強調其所謂屬人法則，專指被繼承人之本國法，與繼承人之國籍為何無關。

第三款 臺灣高等法院八十六年家抗字第一二〇號裁定⁹⁰

本案之二審法院主張：「查霍志鈞持澳洲護照，無中華民國國籍，在國內亦未設籍，此經相對人於原法院陳述無訛；霍志鈞既為外國人，則有關繼承效力，應依其本國法之規定，其在我國雖有遺產，亦須依其本國法為無人繼承之財產，始得依我國法律處理，乃原法院未先調查依其本國法，本件是否屬無人繼承之情形，有無民法第一千一百七十八條第二項規定之適用，即率依民法上開規定，選任抗告人為遺產管理人，並為承認繼承之公示催告，即有未洽。」由本項裁定，可發現本案承審法院已對無人承認繼承之認定，以及無人承認繼承狀態下之遺產歸屬問題，有明確區別之認識。因前者乃繼承準據法所應處理之領域，此由前述抵觸法層面之繼承概念所包含之繼承類型可知。但原審法院卻在尚未依本案被繼承人之本國法認定是否屬於無人承認繼承之情形，便逕依當事人之聲請選任遺產管理人，進行相關程序。故二審法院在充分意識到，國際私法乃作為實質法間選法規則之角色及任務下，指出原審法律適用上之違誤，釐清實質法之適用，乃透過抵觸法上相關規定選擇而來，必須先判斷涉外案件之抵觸規則，方得據其指示而準據某國之實質法規，否則如原審般逕行適用內國實質法，不僅可能造成法庭地法之不當擴張，亦有傷於涉外案件判決結果之國際調和。

第四款 司法院第三期司法業務研究會結論⁹¹

⁹⁰臺灣高等法院八十六年家抗字第一二〇號裁定要旨：按繼承開始時，繼承人有無不明，而無親屬會議或親屬會議未於一個月內選定遺產管理人者，利害關係人得聲請法院選任遺產管理人，並由法院依公示催告程序，定六個月以上之期限，公告繼承人，命其於期限內承認繼承，民法第一千一百七十八條第二項固定有明文；惟外國人死亡，其繼承應依被繼承人之本國法，如其在中華民國遺有財產，必依其本國法為無人繼承之財產者，始得依我國法律處理之，此觀涉外民事法律適用法第二十二條、第二十三條規定自明。

⁹¹發文字號：司法院第三期司法業務研究會

發文日期：民國 72 年 05 月 02 日

資料來源：民事法律專題研究（二）第 52-54 頁

相關法條：涉外民事法律適用法 第 22、24 條 (42.06.06)

民法 第 73、1189、1191 條 (71.01.04 版)

法律問題：僑居日本多年之華僑某甲，逝世時仍屬中華民國國籍，其於逝世前，曾在東京法務

此項決議，乃就僑居日本而仍保有我國籍之人民，依日本法所為之遺囑究竟有無合法效力⁹²？如有，又該當於何種遺囑？等問題進行研究。由於立遺囑人死亡時仍屬我國籍，故依我國之繼承準據法及遺囑準據法，關於立遺囑人之繼承及遺囑要件效力等之認定，皆依其本國法（前者為死亡時，後者為遺囑成立時）。此項見解所處理之問題並未涉及遺囑之實質內容，故不生繼承準據法與遺囑準據法於遺囑內容上之適用爭議。而此一案例之主要爭點在於遺囑之形式要件部分，實務亦對此認為，本案之遺囑雖不符合所準據之我國民法上關於公證遺囑之要件，但無論由甲說主張其乃立遺囑人親筆作成，可轉換為自書遺囑；抑或丙說主張之當事人口述，官員書寫，而可認定為代筆遺囑，皆可能成為有效之遺囑。至於此間之乙說，另指出法律行為方式之準據法適用問題，雖然其主張依涉外民事

局所屬三堀博辦事處，依日本民法第九百六十九條規定，作成公證證書遺言，此項遺囑之效力如何？

研討意見：

甲說：按繼承依被繼承人死亡時之本國法，遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法，涉外民事法律適用法第二十二條前段，第二十四條第一項分別定有明文，本題被繼承人亦即遺囑人某甲，雖僑居日本多年，但逝世時仍屬中華民國國籍，則關於因某甲死亡而開始之繼承，及某甲所為遺囑是否合法成立，及其效力如何，依前開法條規定，自應適用我國民法第五編繼承之規定，以為判斷，查依民法第一千一百八十九條之規定，遺囑係屬要式行為，須依法定之方式為之，始有效力，否則依民法第七十三條前段規定，應屬無效。某甲於生前在東京法務局所屬三堀博辦事處，雖依日本民法第九百六十九條規定作成公證證書，惟我國民法第一千一百九十一條第一項所謂公證人，係指我國之公證人而言，雖僑居在中華民國領事駐在地為遺囑時，依同條第二項規定，得由駐在地之我國領事執行同條第一項所定公證人職務，但某甲所為前開遺囑，並未依此規定，由駐在日本東京之我國亞東關係協會東京辦事處執事（中日斷交後實質上執行有關領事職務），執行該條第一項所定公證人職務，似難謂已具備該條所規定之公證遺囑之成立要件（最高法院七十一年度台上字第一八〇五號民事判決）。但遺囑是由某甲自己書寫才拿去公證，仍有自書遺囑之效力。

乙說：依涉外民事法律適用法第廿四條：「遺囑之成立要件及效力，依成立時遺囑人之本國法。」再依同法第五條第一項，法律行為之方式，依行為地法所定之方式者亦為有效，遺囑之作成亦為法律行為，故依行為地法——日本法，該遺囑仍為有效，甲依日本民法第九百六十九條規定作成公證遺囑，應為有效。

丙說：依甲說不是公證遺囑，但遺囑之製作，是口述，由官員書寫，應為代筆遺囑。

研討結論：不能成立公證遺囑，但遺囑仍有效，應視其製作方式究為代筆或自書遺囑，而認其效力。

司法院第一廳研究意見：同意研討結論。

⁹²關於移居外國之內國人，依其僑居地法律作成之遺囑效力，日本實務上亦有類似案件發生，但因遺囑乃於法定方式上有嚴格要求之法律行為，故在當事人對僑居地法律或自國法並不熟悉的情況下，便可能在遺囑之成立與生效上產生疑義，國際上對此問題乃透過公約解決，即海牙國際私法會議於一九六一年公佈之「關於遺囑方式之準據法公約」(Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions)，而於日本則將其內國法化，訂有所謂「關於遺囑方式準據法之法律」。案例事實可參見：杉田時男，涉外遺言——外國の遺言の日本での効力，東京弁護士会相続遺言研究部編，遺產分割、遺言の法律相談，青林書院，1994.09，頁 371 以下。

法律適用法第五條第一項，認為本案之遺囑如符合做成地（日本）之相關法律對於方式要件之規定，亦可成立公證遺囑，惟上開條項所稱之「法律行為」，雖然在解釋上亦包含身分行為，但在遺囑之方式上要求乃其成立要件之一環的情況下，由於同法第二十四條已對遺囑另行規定，似乎應優先適用性質上屬特別規定之後者為當。因此對本案乙說之見解，或有混淆法律行為方式準據法與遺囑準據法之適用範圍之虞，本文在此一併加以釐清。

附帶言之，各國實質法上，為貫徹遺囑人真意，防止遺囑之偽造、變造，以確保其內容之真實性，多半設有證據保全功能之相關制度⁹³，我國則在民法第一二一二條設有類似之制度⁹⁴，但我國法上對遺囑真偽鑑定之要求，不僅未如同日本等其他大陸法系國家，要求必須於家事法院進行檢認⁹⁵，且亦無如同英美法系國家一般，為因應比例上居於多數之遺囑繼承⁹⁶，特別設有專門之法院處理遺囑檢認事宜，且英美法系下之遺囑檢認（Probate），不僅用於檢視遺囑之內容真實性，更進一步作為判斷遺囑繼承可否開啟之要件，故清算主義下之遺囑檢認，乃

⁹³如日本民法第一〇〇四條、德國民法第二二六〇條、瑞士民法第五五七條，以及法國民法第一〇〇七條，皆為此項制度於各國實質法上之依據。參見：矢澤しろう治，櫻田嘉章、道垣内正人編，國際私法判例百選 新法対応補正版，有斐閣，2007.01，頁 154。惟在用語上，我國稱為：遺囑提示；日本及其將他國之條文翻譯後，則稱為「檢認」。本文基於後者之語意較能反映出此項制度之本質，且本文重點非在我國實質法上，故以下之論述皆以「檢認」稱之。

⁹⁴民法第一二一二條：「遺囑保管人知有繼承開始之事實時，應即將遺囑提示於親屬會議；無保管人而由繼承人發見遺囑者亦同。」

⁹⁵同為大陸法系國家，並以法定繼承為主之日本，於近年來遺囑繼承之數量亦逐漸提升，除了家庭型態的改變，及人民對自身繼承相關權利意識之提高外，實務基於紛爭防免而提倡預立遺囑，以及遺產稅務、遺囑信託等相關業務之發展，皆導致日本之遺囑檢認及公證遺囑數量，在過去的三十年來逐漸上升。參見：林 貴美，ドイツ国際私法における遺言相続(1) 民商法雑誌 115 卷 4 期，有斐閣，1997.02，頁 685、688 頁之註六。

⁹⁶根據一九九〇年代針對美國境內部分州之統計資料，被繼承人力立有遺囑之情形，約在百分之五十到百分之八六之間。參見：棚村政行，アメリカ相続法の最近の動向 (特集 相続制度--妻の相続権を主に) 季刊年金と雇用 16 卷 1 期 (現名:年金と経済) 年金総合研究センター 1997.06，頁 11；至於英國之情形，根據日本學者引述之相關統計資料，則隨著年齡而異，一般約有三分之一的人會預立遺囑，但到了六十歲以上之年齡層，則有百分之六十的人會預立遺囑，至於其他未立遺囑之人，亦有其中的百分之六十打算預立遺囑，而剩下的人則基於自身遺產稀少、認為自己尚年輕、未考慮到遺囑的事情，及誤以為遺產將自動由配偶取得等因素，而未立遺囑。參見：許 末惠，英国相続法における在存配偶者の地位--無遺言相続の場合を中心に (特集 相続制度--妻の相続権を主に) 季刊年金と雇用 16 卷 1 期 (現名:年金と経済) 年金総合研究センター，1997.06，頁 23、28 之註 4。

兼具實質法及程序法事項之制度⁹⁷。因此不僅在抵觸法之適用上，可能產生究竟應依繼承準據法，或依其他準據法處理此類遺囑檢認之爭議⁹⁸。當涉外繼承準據外國法時，更須在事實面上，理解不同國家間關於繼承制度之運作實況，方得對各國實質法中相近之規範有正確理解。

第五款 司法院第十一期公證實務研究會研究專輯第二十一則⁹⁹

⁹⁷山崎宏征、中野比 登志，野田愛子監修，國際相續法の実務，日本加除出版，1997.01，頁 163。

⁹⁸此部分請參見本文第三章第五節。

⁹⁹發文字號：司法院第 11 期公證實務研究會研究專輯 第 21 則

發文日期：民國 0 年 00 月 00 日

座談機關：司法院

資料來源：公證法律問題研究（七）（92 年 8 月版）第 112-121 頁

相關法條：涉外民事法律適用法第 22 條(42.06.06)；實施耕者有其田條例第 28 條(82.07.30)；民法第 1223、1224、1225 條(91.06.26 版)；公證法第 17、70 條(88.04.21 版)；公證法施行細則第 71 條(90.04.19 版)；公司法第 290、293、301、302、304 條(90.11.12 版)

座談機關：司法官訓練所公證實務研究會第一期

※法律問題

遺囑人違反關於特留分之規定，以遺囑處分其遺產，公證人可否為之公證或認證？

座談結論：遺囑有無違反特留分之規定，公證人實難予以調查，繼承人得依民法第一千二百二十三條至第一千二百二十五條規定，就遺贈財產扣減之，其遺囑並非無效，公證人應依請求人之請求為之公證或認證，尤其外僑或華僑請求公證或認證，更不得以違反我國民法特留分規定而予拒絕。

座談機關：司法官訓練所公證實務研究會第一期

司法院第一廳研究意見：

按公證事件性質上係屬非訟事件，公證人僅能就請求人所提出之資料作形式上之審查。本件遺囑人以遺囑處分其遺產，若從其所提資料，已知其已違反我國特留分規定，而遺囑人又係我國人時，則公證人應拒予公證或認證。若從其資料作形式上之審查，無從窺知違反特留分之規定，則仍應予公證或認證。抑又我國民法有特留分之規定，而英美則無之，若一任遺囑人自由處分其財產，則我國人民僑居英美等地為數甚眾，彼等定居國外，擁有資產，多數已脫離祖籍，而其親屬則不乏留居國內，並未喪失中國國籍者，一旦該等華僑死亡，如依其僑居之「本國法」，則其在我國親屬之特留分及其他法律上之權利，即有遭受剝奪之虞，故外國人之遺囑，請求公證或認證，固不得以違反我國民法特留分規定而予拒絕；因如遺囑人係華僑，依形式上審查，如尚有應為繼承人在我國，依涉外民事法律適用法第二十二條之規定，仍應注意其有無違反我國民法特留分之規定。

審查意見：採甲說之結論，惟理由採乙說。

理由：

- (一) 認證之目的在預防訴訟、保全證據，為達上述之目的，公證人應詳細審閱當事人所請求公認證之文件，並告知請求人其所簽署文件之可能法律風險。
- (二) 違反特留分之遺囑並非無效，迭經最高法院闡述在案，豈容公證人任意潑灑。
- (三) 侵害特留分之遺囑，或許將引起遺產繼承人行使扣減權之爭訟，極可能有違立遺囑人於百年後所期盼息紛止訟之苦意，應詳加分析該法律風險或採取可能之避險方法。若立遺囑人仍堅持，應尊重其意。採贊同甲說。

理由：按公證人對於請求公認證事項有審查之權利及義務，此乃為維護公證文書之公信力及當事人之權益。實務上均認公證屬非訟事件，本於非訟事件形式審查程序，公證人有形式審查權。故於請求公證或認證之遺囑，應就請求人所提出之資料做形式上之審查有無違反特留分，如違

本則研究報告，乃就侵害特留分遺囑是否得被公證，而表示見解。結論上，實務座談之意見認為，由於遺囑之公、認證本質上係非訟事件，原則上應採形式審查，故針對遺囑是否有違反特留分之規定，僅依形式審查，如顯有違反，則應以拒絕公證為當，若從形式上無法判斷，則應予以公證。且本項研究意見，另援引涉外民事法律適用法第二十二條但書之立法精神，強調如該遺囑人乃僑居英美法系國家之國民，則允許遺囑內容侵害特留分或顯有侵害之虞，將使對我國籍繼承人之保護落空，故仍須依該條之規定，檢視我國籍繼承人之特留分有無被侵害。但此項見解究竟要求公證人於審查時進行之何種程度，從文義上不甚明白，且若公證人對上開事項進行實質審查，又有違公證法上形式審查之原則，則此項研究意見是否妥當，仍有討論空間。質言之，關於遺囑是否侵害特留分，以及遺囑本身可否被公證，實為兩層面之事項，若個案中有涉外因素存在，則又面臨遺囑內容效力之準據法，以及遺囑本身是否成立生效之問題，如依我國現行相關規範，前者乃涉外民事法律適用法第二十二條之適用領域，後者則為同法二十四條之涵蓋範圍，至少在相關事項之準據法決定上，應先加以釐清，至於後者之部分，乃我國之非訟裁定，在涉外案件中應具有何等效力之問題，但外國裁判之承認問題，通常由涉訟之法庭地國處理，故本文於此不再深入討論。

第三節 對抵觸法層面繼承概念之理解—代小結

若由法規範乃為解決爭議而存在之觀點，則對我國實務上案例並不多見的涉外繼承而言，研究之價值似乎甚為有限。從歷史上來看，發生涉外繼承之原因，有可能因為戰爭等導致人口大量移動之因素而間接形成，此從日本及德國對於此項議題之關注便可得知。因兩者同樣在第二次世界大戰後面臨眾多涉外繼承問

反則宜闡明勸諭其修改，以免日後子孫訟爭，致無法遂其以遺囑防止子女爭產之目的。倘仍願修改，則應拒絕之。

研討結論：採甲說。如有違反公證法第七十條規定者，應拒絕公、認證，但如有疑義，則仍應辦理，並依公證法施行細則第七十一條規定註記。

（司法院第十一期公證實務研究會研究專輯 第二十一則）

題，前者乃關於在日朝鮮及中國人之問題¹⁰⁰；後者則屬因逃避戰禍移居美國之德國人仍保有原國籍，且在德國留有財產而死於美國之情形¹⁰¹。因此，至少可以肯定傳統上引發涉外繼承之主要原因，在於移民者於移入國死亡，且仍保有本國籍之情形。而於現代，在國際交流日益頻繁的情況下，無論是人或財產的變動性皆有增加的可能，且當經濟條件改善後，於海外置產亦非太過困難之事。甚而，偶然或短暫的出境，如出差、旅遊，留學，皆可能增加涉外繼承發生的機率。且上述可能引發涉外繼承之原因，皆不能排除我國籍人或在我國之財產牽涉其中，因此無論在理論上或規範上，涉外繼承相關之法制，皆有進一步研究之價值¹⁰²。

站在抵觸法之立場，繼承相關之生活事實，乃被規劃為獨立的法律關係而有對應之選法規則。就事實面而言，本文贊同前述論者對涉外繼承之描述，亦即具有涉外因素而超越世代間之財產權移動，皆可能成為涉外繼承之範圍。就規範面而言，國際私法層面的統一主義與分割主義之爭，除了表面上關於屬人法兩大客觀連繫因素之選擇外，於繼承準據法之範疇，乃如前述蘊含有實質法上對繼承制度價值判斷之差異。再從抵觸法存在本身之價值立論，作為選法規則的繼承準據法，其存在之目的無非為了涉外繼承案件，可以在二次元之衝突法則運作下，指向最適合之一次元實質法制度。故就涉外繼承而言，何以在規範面上要求統一處理，無非是呼應上述目的而來之結論。只不過，現實上無論是實質法或抵觸法，皆因眾多因素影響而無統一之必要或可能，但至少抵觸規範建構之過程，將統

¹⁰⁰ 於二次大戰結束當時，尚有因自願或被強行徵召，而滯留日本之韓國或我國籍人約三百萬，而其中有七十萬人最後仍在保有本國籍的情況，於日本終老。因而在上述人死亡後，形成為數可觀的涉外繼承事件，於日本學界及實務上也成為受到關注的議題。參見：木棚照一，韓國、北朝鮮、中国、台湾を本国とする者の相続をめぐる諸問題，早稲田法学 76 卷 3 期，早稲田法学会，2001.03，頁 2-3；木棚照一，日本と韓国間における国際相続法に関する法的問題，戸籍時報 596 期，日本加除出版，2006.04，頁 15；西山慶一，相続準拠法が日本法に反致する場合--在日の本国法の決定を踏まえて (特集 1 在日外国人の相続に関する実務上の諸問題)-- (在日韓国・朝鮮人の相続)，市民と法 13 期，民事法研究会，2002.02，頁 35。

¹⁰¹ 林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 397。

¹⁰² 日本因上述歷史因素，復以過去作為亞洲最重要之經濟體，國際交流甚為頻繁，故於實務上亦有一定數量之涉外繼承相關案件可提供研究素材。甚而有特別整理實務案件之文獻出現，參見：越川純吉，涉外相続事件，社会科学研究 15 卷 2 期，中京大学社会科学研究会，1995.03，頁 1-38；土井輝生，国際私法基本判例：身分・親族，同文館出版，1992，頁 172-213。

一主義作為涉外繼承事項中之最高指導原則，已在實際立法例及國際條約上成為不可忽視的潮流。

再由實質法的立場，相較於抵觸法，實質法乃更貼近於社會生活事實之規範工具，故也更直接、更快速的反應其存在領域中之實際需求。特別在經濟價值較高之財產權，如不動產物權，各國規範上，多基於交易安全之維持和內國經濟利益的考量，而有各式各樣的強制禁止規定。此在涉外繼承做為財產權移轉之原因時，便會透過抵觸法之指定適用而反映在個案中，成為繼承準據法無法如理想般僅以單一規範處理之原因。此外，不同法系對繼承制度之理解，也是造成抵觸法層面規範無法統一的重大因素。雖然在現代意義下之繼承，規範重心已偏向財產繼承之部分，但在大陸法系國家幾乎仍以概括繼承為原則的背景，仍無法否認在繼承此一兼具身分法與財產法兩面性質的制度中，大陸法系國家乃趨向前者。而在英美系國家以個人主義之理念所發展而成的資本社會中，則更偏重繼承制度之財產法面向，故將遺產債務排除於超越世代間之財產移轉，使被繼承人遺產債務多於財產之情形，交由破產制度處理¹⁰³。惟不容否認者，乃英美法系雖將遺產進入破產或狹義繼承制度之前階段，交由其所謂「遺產管理」程序處理，但此制度在本質上，仍為處理死亡者財產權之構成及移轉，故在統一主義的觀點上，亦應將其理解為繼承準據法所涵蓋之事項。綜上所述，本文乃在上述對抵觸法層面繼承概念之認知下，以統一主義之立法為原則，展開後述關於繼承準據法之適用範圍，以及反致與繼承等解釋論上之論述。

¹⁰³施惠玲、楊熾光、黃聖展，從當然繼承到有限責任繼承的進展與挑戰，台灣法學雜誌 132 期，2009.07，頁 17。

第三章 繼承準據法之適用範圍

在立法主義及現行規範之說明完畢後，本章乃欲就繼承準據法之適用範圍進行深入討論，首先闡述涉外繼承之定性問題，討論「繼承」此一概念於抵觸法層面應立於何種觀點加以解釋，方可兼顧國際私法統一及內外國判決調和之目的。而在我國乃大陸法系之國家，且於繼承準據法原則上採用統一主義立法之前提下，關於抵觸法層次的繼承概念內涵，自仍不免受到實質法上對整個繼承法制度之設計所影響，故本文於此部分，乃盡可能參照實質法上關於繼承之流程，而自繼承開始起，分別就繼承之開始及其相關效力、繼承人、繼承財產、遺產管理、遺囑執行，迄無人承認繼承，遺產歸屬國庫為止，從實質法及抵觸法兩方面之觀點，探討繼承準據法於上開事項之適用問題。其中，就遺產之構成及移轉要件上，將有不同準據法間適用界線劃定之問題，而對個別之財產如何得以構成遺產及其移轉效力上有深刻之影響。而在遺產管理及遺囑執行上，由於乃涉外非訟事件之問題，因而在國際管轄權之決定、外國實質法之適用本身，及其法庭地程序法之適應、調整等諸般問題上，皆有複雜之情況出現，特別是在被繼承人之本國法乃英美法系國家，或是具有與此類國家相似之繼承制度時，將可能因此類國家對實質法繼承制度之設計與大陸法系之我國不同，而使上述問題更顯深刻，甚而出現部分繼承相關流程反致適用我國法之情形¹⁰⁴。故有必要對上述問題於我國之處理提出因應。然而，我國之文獻，對於上述問題之討論仍不多見，故而在中文文獻難調豐富的情況下，乃透過整理歸納我國國際私法主要之繼受源頭：日本及德國¹⁰⁵之相關論述，期能對此部分問題之釐清有所裨益。最後，關於無人承認之繼承，如何處理此類情況，於實質法之層面上便已出現法律性質之爭，反映在抵觸法上，自又成為定性問題之範疇，故本文乃先就此項爭議部分加以釐清，繼而從國

¹⁰⁴此指英美法系國家對遺產之清算管理，通常係劃歸於狹義之繼承概念外，故就此部分另立獨立之抵觸規範，而可能在準據之實質法為英美法時，出現部分反致之問題。

¹⁰⁵受限於本文作者之語文能力，德國部分之介紹，僅能全部轉引自日文資料。

際私法的角度出發，探討此項議題於抵觸規範上之選擇與適用問題。

第一節 涉外繼承之定性問題

由前章第一節關於立法主義之介紹，可瞭解即便名為繼承，實際上制度之內涵仍有許多重大差異。而國際私法存在目的之一，便是在解決此種實質法上之法制度不同所衍生出的紛爭。若從涉外案件準據法決定與適用之處理流程來看，有將此分為四大步驟之見解¹⁰⁶：其一為「法律關係之性質決定」乃是將具有涉外因素的各種生活事實細分化，判斷其法律性質應屬於抵觸法規上之何種法律關係，以決定應適用之抵觸規範為何；其二為「連結點的確定」，乃透過各種連繫因素，如國籍、住所、常居所、行為地、物之所在地、當事人之意思等媒介，檢視系爭個案中，藉由何種連繫因素，可選擇出與該案之事實具有最密切關係之法律，作為該案件之準據法¹⁰⁷；其三為「準據法的特定」，通常在第一、二步驟便可決定應適用之準據法為何，但若發生所準據之法律為當事人本國法時，由於如同美國等國家具有一國數法之狀況，且所準據法國之國際私法上如有反致規定，則僅僅以前述兩步驟並不足以特定出所應適用之準據法，故有藉此一步驟精確特定應適用之準據法的必要；其四為「準據法的適用」，乃是就前三步驟所決定之準據法，如結論為應準據外國法時，針對其適用之結果，判斷是否與內國之公序良俗等價值判斷有所抵觸。又如在所準據之外國法與法庭地法之規範，對相同制度之設計或概念理解不同，而有規範重疊或欠缺之情形時，如何妥當的適用該外國法律，甚而與法庭地之規範加以調和，凡此皆為準據法適用層面上所應處理之問題。

依據上述步驟，則在確認某一繼承案件具有涉外因素後，首先面臨的便是該事件之事實內容是否在定性問題上屬於國際私法中所謂繼承之範疇，換言之即為

¹⁰⁶ 沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門 第6版，有斐閣，2006.10，頁17-19。

¹⁰⁷ 一般而言，由於每個個案之情況皆有不同，故最密切之連繫因素亦隨之而異，但在法定定性之考量和類型化判斷之要求下，定性上相同之個案多半仍採用固定之某幾個連繫因素。參見：前揭註。

衝突法則層次上繼承概念內涵之闡釋。以下，便從定性問題之定義、判斷標準，以及與涉外繼承相關之實際案例之介紹、評析等加以論述。

第一項 涉外繼承之法律性質決定

第一款 定性問題之意義與體系定位

所謂的定性，乃是在將衝突法則之內涵細分為各種各樣的單位法律關係的前提下，就某項具有涉外因素之生活事實，判斷其究屬何種抵觸規定所包攝之謂¹⁰⁸。體系上，定性乃準據法決定與適用之過程中最先面臨的問題，就涉外案件之處理而言，法律性質決定之問題並非僅在此處出現而已，但本節僅欲探究涉外繼承之定性問題，故不擬詳論定性與其他涉及法性決定問題之理論爭議¹⁰⁹。析言之，定性所處理者乃初步之分類問題¹¹⁰，僅就系爭案例之事實應屬何種法律加以歸納分類，反面言之，即國際私法層面上，各式各樣的法律概念，究應包含何種事實關係方為妥當之問題。舉例而言，在跨國婚姻的情況下，夫死亡後妻可自夫受有財產之權利，究竟屬繼承法制之範圍？抑或夫妻財產之範圍？某些國家之法制上，將寡婦所得受有之遺產納入夫妻財產之部分而為規範，但在其他國家，則

¹⁰⁸劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 520；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 41；沢木敬郎、道垣内正人，前掲書，頁 20-21；木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 33；溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 119-120。

¹⁰⁹於國際私法總論的範圍中，如先決問題、適應問題等部分也會涉及事實之法律概念決定。參見：沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門 第 6 版，有斐閣，2006.10，頁 18。再由法律關係之性質決定一事觀之，有見解認為定性亦有階段性之問題，即所謂定性並不僅於選擇抵觸法規範時係爭事實之法概念解釋而已，尚包括訟爭性問題之定性、連繫因素之定性，以及準據法適用範圍之定性等各階段。參見：劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 526-532。然而，亦有論者強調，定性乃準據法適用之前提問題，而所謂連繫因素之概念決定，則是適用準據法後就其結果所生之問題加以解釋，雖亦為事實之法概念解釋，但與定性問題乃非相同之概念，不可混淆。參見：蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版頁 43-44。

¹¹⁰英文中對定性所用之名詞：**classification** 於其原始語意上亦為分類之意，亦可作為定性實乃分類問題之一項依據。參見：溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 120。

將基於自然人之死亡所導致之財產移轉，皆交由繼承法加以處理¹¹¹。又如無人承認繼承之情形，當確認外國籍被繼承人之財產無人可為承繼時，則就遺留在我國之遺產，依涉外民事法律適用法第二十三條之規定乃歸屬於國庫，但就所謂無人承認繼承所遺留財產何以能歸屬於國庫，亦即此種狀態下之財產應如何定性，歷來迭有爭議。有認為¹¹²國庫乃基於領土主權之作用，而在遺產無人繼承時，依無主物先占之法理取得該筆遺產，而被定性為物權準據法之範疇；另有認為¹¹³，國庫乃作為繼承法上最後順位之法定繼承人，而就系爭無人承認繼承之遺產加以承繼，故而納入繼承準據法之領域。因此在對同一原因事實之法律概念理解不同之背景下，如何理解、定位系爭事實於國際私法上應屬哪一部份之法概念所涵攝，便是一項與妥適選擇準據法有關之重要問題。

第二款 定性問題之沿革與判斷標準

定性問題之發現，最早由德國學者 Kahn 於一八九一年所提出之論文「潛在之法律抵觸」揭示此一問題。其認為國際私法上，除了明示之法規抵觸及連結概念抵觸¹¹⁴之外，尚有所謂潛在的法律抵觸，即不同國家對於某事項之抵觸法規設計完全相同，連結概念上亦無歧異，但就該事項之法律概念內涵卻有不同之認識，所以在形式上抵觸規定之設計相同，實際上於個案之適用卻可能大相逕庭。而如此之潛在法律抵觸，實乃根源於兩國實質法上之歧異而生，只要實質法上對於某法律概念之內涵認識有所不同，便難以避免國際私法上產生此種潛在之法律

¹¹¹例如：瑞典之法律，便屬不承認配偶繼承權之立法例，而將夫妻相互間因死亡所得之財產。交由夫妻財產制加以規範。參見：青木清，涉外相統法總論(特集1 在日外国人の相統に関する実務上の諸問題)，市民と法 13 期，民事法研究会，2002.02，頁 22。

¹¹²矢澤しょう治，涉外遺產分割事件における相統人、相統分等の準拠法，判例タイムス 668 期，1989.04，頁 487；佐藤さよひ，ゼミナール国際私法，法学書院，1998.09，頁 40。

¹¹³沼辺愛一，外国人の遺産につき相統人不分明の場合の管理をめぐる諸問題，判例タイムス 668 期，1989.04，頁 492；佐藤さよひ，ゼミナール国際私法，法学書院，1998.09，頁 40。

¹¹⁴舉例言之，某兩國就夫妻財產制之準據法皆規定依夫妻之住所地法，但雙方對於「住所地」此一連結點之定義卻有不同認識，則規範雖於形式上相同，但在對同一連繫因素之理解不同的前提下，於個案之適用結果自有衝突的可能。參見：溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 121。

抵觸¹¹⁵。

其後，法國學者 Bartin 更進一步以實例說明定性問題，如其以法國一八八九年之 (Anton v. Bartolo) 一案之內容所設之例：A、B 兩國於夫妻財產制準據法和繼承準據法皆有相同之規定，前者依結婚時夫之本國法；後者則無論動產或不動產皆依被繼承人本國法。若有 A 國籍之夫婦，於結婚後夫變更為 B 國籍，且在婚姻關係存續中夫死亡，則生存之配偶應如何對夫所遺留之財產，主張其法律上可享有之權利？由於夫死亡時具有 B 國籍，而依該國實質法之規定，並不承認生存配偶對死者之財產享有何等權利。則本案若定性為繼承事件，妻將因此而無法享受任何關於夫所遺留財產之利益。但如妻之主張並非基於繼承，而是以夫妻財產制上之權利為其論據，則本件若定性為夫妻財產之問題時，由於所準據之 A 國法承認配偶一方死亡為夫妻財產制解消之原因，則妻之主張應被肯認。於本案中 Bartin 對於定性問題應採之判斷標準，原則上與 Kahn 相同，皆認為以法庭地法（法庭地實質法）為妥，只不過，Bartin 更進一步主張，如世界各國皆對定性問題以法庭地法（從受訴法院之觀點而言，即自國法）加以判斷，即便各國之國際私法規定表面上相同，也會因各自對定性問題之認定不同而適用相異的準據法。故追求國際私法之統一，事實上乃不可能實現之願景¹¹⁶。

關於定性之判斷標準，學說上之見解分歧，但各標準皆有無法迴避之缺失與困難，至今仍尚無定論。分述如下¹¹⁷：

一、法庭地法說

¹¹⁵溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 121。

¹¹⁶溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 122-123。

¹¹⁷以下之學說整理，參見：劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 523-526；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 44-46；沢木敬郎、道垣内正人，前揭，頁 21-23；木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 35-39；溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 123-137。

本說主張，國際私法上之定性問題應由法庭地之實質法作為其判斷標準，而其論據有二：其一、若將定性問題交由外國實質法判斷之情況下，不啻為法庭地國主權之喪失。其二、字面上相同之法律概念，例如：行為能力、夫妻財產制、繼承等，無論在何種位階之法律，皆應有相同之內涵，方不至於造成法概念內涵之理解錯亂。此說乃自 Kahn、Bartin 等學者提出定性問題以來，傳統上之主流見解，後雖有其他於理論上更有力之學說出現，但各國實務基於案件處理之實效性考量，多半仍以此說作為判斷標準。

本說於理論上確有可資批判之處，因國際私法成立之前提，乃世界各國相互尊重彼此之法律，方有此法律之上的選法規則存在之必要。然國際私法中準據法之選擇與適用，並無涉於國際公法上主權之概念，故即便以外國法作為定性之判斷標準，亦不會造成對法庭地國主權之侵害。而法律概念內涵統一之必要性，亦可能出現例外，尤其國際私法與各國實質法於立法目的上並不相同，則容許不同次元之法規範就同一法律名詞賦予相異之概念內涵，理論上並非全然無據。此外，法庭地法說所面臨的最大問題，乃是當個案中出現法庭地實質法所未規範之法制度時，應如何加以定性？此為反對法庭地法說者批評最烈之處。

二、本案準據法說

本說認為，定性問題應由系爭個案之準據法，即由所準據之實質法加以決定之。例如：因離婚所生之贍養費問題，究竟應定性為離婚所生之損害，而依離婚效力之準據法；或定性為侵權行為所生之損害賠償，而依侵權行為準據法，乃交由個別準據法自行加以判斷，故此說在理念上較法庭地法說更具有國際性。然而此項見解自始即陷入循環論斷之弊病，因定性問題乃決定個案準據法之前提，又如何在尚未解決定性問題前，以嗣後出現之本案準據法作為定性之標準？故此項見解似乎並不可採。

三、國際私法自主決定說（國際私法獨自性說）

由法庭地國之立場觀之，將其所受理之涉外案件交由自國法決定其法律性質，無非是一項最便利、也最可能於系爭案件落實法規範實效的選擇。但此項見解的採用，是以犧牲國際私法本身之目的所換取而來，故有論者主張¹¹⁸，尋找定性問題之判斷標準，真正的重點不在於以何國之實質法為準，而應從國際私法本身之立場出發，建構國際私法層面之判斷標準。換言之，所謂定性問題之判斷標準，也就是國際私法本身，其構成要素中各項法概念之解釋問題。欲在抵觸規範層面建立出獨自的標準，便須從頭探究國際私法之規範精神及立法目的，以期使國際私法中的法律概念得以從實質法之框架中解放，而以超越國界、國際性之角度詮釋抵觸規範上之法律概念。此項見解之立意甚佳，理念上也較過去之學說更貼近國際私法存在之目的，只不過也同時面臨了如何具體操作定性問題判斷標準之困難，因而在理論上又出現各式各樣的具體認定方法。

歸納言之，在認同國際私法獨自性說的前提下，關於具體個案中應如何定性，可大別為三種見解¹¹⁹：（一）比較法說（二）新法庭地法說（三）抵觸規則說。首先，比較法說期待透過比較研究諸國之實質法，藉以導出共通之法律概念，而作為國際私法上之認定依據。但在此說提出之當時，比較法之研究尚未成熟，故有批判此說過於樂觀之見解出現。且本說欲追求以單一判斷標準處理國際私法上之定性問題，卻忽略並非所有字面上相同之法概念皆有共通之處，故仍有其盲點存在。

其次，所謂新法庭地法說，雖然其論述開展之端點仍為法庭地法，但在承認

¹¹⁸德國學者 Rabel 於一九三一年以「法律關係之性質決定」為題所發表之論文中，首次提出國際私法自主決定說之概念。日本學者久保岩太郎亦於同年於日本提出相同之見解。參見：溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 128。

¹¹⁹關於以下所述之具體判斷標準，至今尚無任何一說取得絕對之優勢而有成為通說之傾向。因此，與其認為此所述之學說間處於對立狀態，毋寧認為此三項標準分別從不同的角度更進一步釐清定性問題可能的解決對策，處於一種相輔相成的關係。參見：木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 39。

國際私法上之法律概念具有自主性的大前提下，認為定性問題之判斷標準應交由法庭地之國際私法處理。而就法庭地國際私法之法概念建構而言，雖仍由法庭地之實質法出發，但所強調之重點在於賦予其更寬廣的意義內涵，以兼顧法律適用之實效性與國際私法統一之目的。換言之，除了參照法庭地實質法本身以外，尚須比較相同法系下其他國家之制度內涵，藉以尋求至少於同一法系國家中，特定法律制度的共通概念，以資作為法庭地國際私法上法律概念之內涵¹²⁰。

最後，持抵觸規則說之論者強調，定性問題之判斷標準，實乃各個抵觸規定間關於適用事項之範圍劃定問題¹²¹，故應從國際私法上個別抵觸規範本身之設立目的中導出。換言之，本說之論者乃在比較法之途徑外，由利益法學之觀點切入，探究各個抵觸規範本身於法政策上欲實現之利益為何，藉以釐清衝突法層面中法律概念之內涵¹²²。

四、初步定性與次步定性說

本說主張，定性問題可切割為兩階段，其一為準據法決定前關於個案之法律性質認定，即典型定義下的定性。而在前述三大類判斷標準中，此說採用法庭地法作為第一步定性之標準。其次，在初步定性完成後，尚有所謂次步定性之問題，亦即在準據法選定後，於所準據之實質法中，仍殘存法律概念認定、解釋之問題，故亦有定性之必要。然而，此項見解所謂次步定性問題，實際上乃實質法層面中法律概念之解釋及適用，並非國際私法上應予解決之問題，卻在用語上亦以定性稱之，有令人混淆之嫌。再者，本說亦未針對抵觸規範上之定性問題提出新的判斷標準，故將本說直接排除於定性問題判斷標準之可能方案外，應可不受速斷之

¹²⁰本說之提倡者，久保岩太郎教授明確指出：「國際私法上之法律概念，一般而言乃是以法庭地之實質法為中心，並於某程度上呈現一般化、具有包容性之法律概念。」參見：溜池良夫，國際私法講義 第3版，有斐閣，2005.5，頁133。

¹²¹此為池原季雄教授之見解。參見：溜池良夫，國際私法講義 第3版，有斐閣，2005.5，頁134。

¹²²以利益法學之觀點分析定性問題具體判斷標準之學說，乃由德國學者 Kegel 所提出。參見：木棚照一、松岡博、渡辺惺之，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁38。

譏。

總結以上諸說，本案準據法說及二步定性說之缺陷甚明，難以作為定性問題的解決之道。法庭地法說雖然受到各國實務的青睞，但卻有悖國際私法之精神，至於從理念上尋求突破的國際私法自主性說，卻也在具體的操作上陷入困境。職是之故，本文認為，既然追尋通案之標準甚難實現，毋寧就個案之定性問題，回歸其抵觸規範解釋問題之本質，而在解釋系爭案件之法律概念時，盡可能追求判斷標準之客觀、落實個案解決之實效，以及國際私法統一性之實現等要素之調和。

第二項 涉外繼承定性問題相關之實務見解

關於涉外繼承案件之實務見解，於我國可說是極為罕見，而在稀少的案例之中，正好有一個實際案件涉及繼承之定性問題。在比較法上，既然於我國所發生的實際案件甚少，則透過檢討涉外繼承準據法之規範上相類似之國家的實務見解，似乎也足以作為我國對此部分問題處理之借鏡。環顧同為大陸法系之亞洲國家中，日本即是一個我國大量繼受其法制之國家，於國際私法之範疇自也不例外，而在涉外繼承準據法的部分，我國法雖然就一般情形與無人承認之繼承分立於兩條文中，且在採繼承統一主義之原則下，雖另有基於保護華僑所設之但書規定¹²³，但至少基本的原理原則上，雷同於日本現行有效之涉外繼承準據法¹²⁴。因此，在法規範相似的前提下，本文乃透過比較法之途徑，研究日本實務上所發生之涉外繼承相關裁判，以作為我國涉外繼承法制之參考。

¹²³關於我國法之規範分析，詳請參見本文第二章第二節以下之介紹。

¹²⁴日本之國際私法，舊名為「法例」，自明治三十一年（一八九八年）設立施行以來，於第二十五條規定為：「相続ハ被相続人ノ本国法ニ依ル」，其後經平成元年之改正，但就繼承準據法之部分，僅在條號次序上變更為第二十六條。而在平成十八年，日本對該國之國際私法進行大幅度的翻修，不但法律名稱變更為「法の適用に関する通則法」，在眾多抵觸規範上亦有全新的設計。關於繼承準據法之部分，歷來雖也有修法之討論，但至少到目前為止，日本於涉外繼承準據法上之規範，仍與一百多年前之規定完全相同，僅在條號上變更為第三十六條，且在用語上改為現代用語。參見：木棚照一、松岡 博、渡辺惺之國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06 頁 372、389-390。

第一款 我國實務見解

有關最高法院四十六年台上字第九四七號判例之本案事實及法院見解，已於前章詳述，故於此不再贅述，僅就本案所涉及國際私法上之定性問題，進一步討論。首先，關於定性問題之部分，從上述之判決理由中，可發現當年我國之法院在處理此種涉外案件時，不見得完全意識到定性問題之存在，至少在比較各審法院之見解後，可發現一審法院對於涉外案件準據法之選擇與適用流程，似有較上級審法院更清楚之認識，尤其表明「依中華民國法律定其性質時，應認其為物權性質」一事，可明確得知初審法院已意識到本案之定性問題。相對於此，上級審法院就本案並未明確討論到此一部份，僅直接就本案應適用之準據法表明見解，雖亦可從其就本件應適用涉外民事法律適用法第二十二條但書之結論而導出本件之定性為涉外繼承，但在問題意識的清晰度上似有稍遜。再者，就定性問題判斷標準之採擇，一審法院明確採用法庭地法說，而以中華民國法律處理本案之定性問題。但二審法院在未明示定性問題之標準下，逕為準據法之適用，不得不讓人陷入法院對本案究竟係採法庭地法說，抑或是本案準據法說之疑惑¹²⁵。

其次，雖然在結論上各級法院皆肯認一審原告之請求，唯在定性問題上之結論不同，故也導致一審與上級審對本案返還遺產問題之形成理由有所歧異。析言之，一審在定性為物權之情況下，以物權準據法作為規範依據，而因本案之系爭財產全數位於我國，所以結論上仍以我國民法中之相關規定處理。然而一審法院在準據法的適用範圍上，卻有以單一抵觸規範處理全部問題之傾向，但作為本案

¹²⁵關於定性問題之實務見解，至少在民國八十五年以降（此為民間之法源法律網所收錄裁判之年代界線），法院多能清楚的意識到定性問題乃案件爭點之一，並就其判斷標準及相關之心證形成盡可能清楚的加以論述。參見：台北地方法院八十七年保險字第一〇三號判決；台北地方法院八十九年海商字第二十三號判決；福建金門地方法院九十六年重國字第一號判決；最高法院九十二年台再字第二十二號判決。其中，最高法院之判決更在要旨中闡述定性問題所採用之判斷標準及其於準據法決定適用流程中之地位：「涉外民事訴訟事件，管轄法院須以原告起訴主張之事實為基礎，先依法庭地法或其他相關國家之法律為「國際私法上之定性」，以確定原告起訴事實究屬何種法律類型，再依涉外民事法律適用法定其準據法。」

請求基礎法律關係之繼承，及為判斷個別原告是否為訴外被繼承人之合法繼承人，而產生之涉外婚姻、親子關係認定等問題，是否皆應由法院所示僅以物權準據法加以規範即可，此種擴張準據法至不同法律概念範疇之方法，其論據為何法院並未表明。

上級審之部分，由於其對定性問題並未明確表示見解，只能由所適用之準據法規定推定其將本案定性為繼承，但在準據法之適用上，尚有關於涉外民事法律適用法第二十二條但書規定之適用範圍問題¹²⁶。除此之外，由原告等人所為之聲明可知，本案之基礎法律關係乃是原告等三人就訴外之被繼承人具有合法繼承權，而妻與子女各該人之繼承權有無認定，又分別涉及跨國婚姻之效力，以及子女之婚生性有無等問題，上級法院對此部分，雖未明文是否構成本案之先決問題，但在準據法的適用方式上，至少仍依據各該部分之法概念適用相應範疇之抵觸法規決定其準據法，而較一審法院更合理的劃定準據法之適用範圍。

結論上而言，本案之各級法院在以法庭地國法院之立場，採取保護自國民之見解，如此之作為並不令人意外。只不過，如能在理論構成上有更縝密的推導，似乎更有助於其見解之說服力。故本文以為，如能明確指出本案請求之基礎法律關係，而與本案之遺產返還請求產生理論層次上之區別，亦即本案請求乃定性為物權，基礎法律關係定性為繼承，而分別適用相應之抵觸規範處理準據法之適用，則在更合理的情況下導出實務之結論，亦非不可期待之事¹²⁷。

第二款 日本實務見解

相較於台灣，日本實務上關於定性問題之案例並不少見，其中與繼承有關

¹²⁶本案之上級審見解逕將該條但書適用於繼承人為我國人及非我國人之情形，明顯與該條但書之文義不符。

¹²⁷本案另在判斷原告等人是否為死者之合法繼承人部分涉及多層次法律關係及先決問題等複雜情況。對此本文限於主題及篇幅而不贅述，詳請參見：游啟忠，論定性概念於我國最高法院判決之運用研析，中正大學法學集刊3期，2000.07，頁82-84。

者，多半牽涉以下問題點：如共同繼承人，逕行就未分割之遺產（不動產）而為處分，究為繼承問題或物權問題？因侵權行為所生之損害賠償債務乃侵權行為之問題或繼承問題？繼承人有無不明之遺產管理，乃繼承或物權之問題？無人繼承之場合，對遺產酌給權人所為之遺產分配，乃繼承或物權問題？以下便以在定性問題及涉外繼承上具有代表性，並受到廣泛討論之最高裁平成 6 年 3 月 8 日第三小法庭之判決¹²⁸為例，說明日本實務上對於涉外繼承相關案件定性問題之處理。

第一目 案例事實

X1 和 X2 為中華民國籍之 A 與日本籍之 B 所生之子，A 於昭和五十三年死亡，X1、X2 及 B 自 A 處繼承多筆不動產。昭和六十年，共同繼承人間尚未就上開不動產為遺產分割前，B 以 X1、X2 之親權人名義，逕將上開不動產之全部持分賣予被告 Y，並已完成不動產之移轉登記。X1 及 X2 乃向日本之法院起訴，主張（一）系爭買賣契約係受詐欺而為之，請求撤銷。（二）本件買賣契約因被告 Y 就其應納之稅額債務不履行，應予解除。（三）依本件應適用之準據法，即中華民國法之規定，系爭買賣契約應屬無效。而一審之法院¹²⁹僅依原告聲明（一）之部分即判決原告敗訴，故 X1、X2 乃上訴二審。

第二目 法院見解

本案之二審法院¹³⁰及日本最高法院，皆分別就一審原告 X1、X2 上開三項主張表明心證於判決理由中，但只有聲明（三）之部分與本文論述主題直接相關，故僅就此部分之日本法院見解加以說明。而本案與涉外繼承有關之部分，直接出現在二審之判決要旨：「關於中華民國（台灣）人於日本所有之不動產，其繼承

¹²⁸以下關於本案之案例事實、法院見解、案例簡評皆參見：櫻田嘉章、道垣内正人編，國際私法判例百選 新法対応補正版(別冊ジュリスト；no. 185)，有斐閣，2007.1，頁 4-5。

¹²⁹東京地判平成元・9・27 判決。參見：民集 48 卷 3 号，頁 843。

¹³⁰東京高判平成 2・6・28 判決。參見：民集 48 卷 3 号，頁 848。

人在遺產分割前，將繼承所得之持分處分予第三人效力一事，係包含繼承人處分權之有無，而在全體上該當為物權問題。故其應適用之法律並非法例第二十五條（繼承準據法）而是解為法例第十條（物權準據法）方屬相當。」

詳言之，上訴人等主張本案應依被繼承人本國法之中華民國法，而適用該國之民法相關規定。故就本件之買賣契約，由於出賣人乃對未經遺產分割，而在權利狀態上仍處於共同共有之不動產，獨自處分應由全體共同繼承人同意方得處分之不動產持分，係違反該國民法上之相關規定，而應認為本件之買賣契約無效。

對此，二審法院認為：「關於本案，並非直接就系爭不動產之繼承發生問題，而是繼承人就本件不動產中繼承人之持分，對第三人所為處分行為之效力問題。依有關繼承之準據法而為共同繼承之繼承人，於分割前能否在未得他共同繼承人之承諾，且僅有自己之持分下有效處分本件不動產，不僅涉及共同繼承人間相互關係，亦應被判斷為有關不動產之物權得喪為目的所為之法律行為，而作為其效力問題之一環。於此，不僅只限於繼承關係人之立場，也必須顧及交易安全，意即考量對第三人利益之保護。由於本件係繼承財產之交易問題，若以之作為繼承問題，而適用著眼於規範繼承關係人間內部法律關係的法例第二十五條，將無法適切的回應前述之要求。再者，法例第十條規定：『關於物權之問題，依目的物所在地法。』究其根據，係由於物權關係原即為關於物之直接的、物質性的利用的權利關係，則對其適用目的物現實所在地之法不僅甚為自然，且為最圓滑、最可確實地達成權利關係之目的的規範方式。此外，由於物權具有對物且排他支配的本質，對第三人之利害關係影響極大，且在對第三人利益保護此項要求上，適用目的物現實所在地法時最為簡便，且可確實滿足上開目的。（中略）法例第二十五條所適用之繼承問題範圍，乃如同前述之繼承關係人間之內部問題。另一方面，若考量法例第十條就物權問題規定依所在地法，如右述之旨趣，則如同本件，涉及對第三人處分繼承財產之效力問題時，係包含繼承人處分權之有無，而在全

體上該當為物權問題。故其應適用之法律並非法例第二十五條（繼承準據法）而是解為法例第十條（物權準據法）方屬相當。」

嗣後，日本最高法院於結論上亦支持二審法院之見解，但就準據法適用之部分，則認為二審之認定有所違誤。因其認為本件乃關於被繼承人 A 之遺產移轉問題，應適用之法規乃由法例二十五條所導出，即被繼承人出身地所施行之民法。不過原審卻將此部分依據法例第十條，而適用本件不動產所在地法之日本法，於準據法之選擇上有誤。詳言之，三審法院主張：「於本件，乃 A 之繼承人（上訴人等），關於其因繼承所得之持分，而對繼承關係外之第三人（被上訴人）所為處分是否生權利移轉（物權變動）之效果產生疑義。此一問題所應適用之法律乃依法例第十條第二項，由其原因事實完成當時目的物所在地之法律，意即本件不動產所在地法之日本法加以規範之。然而，作為上開事項之前提，上訴人等共同繼承本件不動產所形成之法律關係為何（是否為共有）；上訴人等於遺產分割前，能否就本件關於繼承之不動產處分其持分等，皆為繼承效力之問題，而依法例二十五條適用被繼承人 A 出身地所施行之民法。」其後，日本最高法院並援用我國當時之民法第一一五一及八二八條，論述所謂「共同共有」之意義及此種狀態下之權利義務關係，導出以日本法上「合有」來涵攝本案事實之結論。

最後，三審法院在肯認上訴人等就本件涉及繼承之不動產乃處於未分割之合有（共同共有）狀態下，且未得全體繼承人之同意便逕行處分該不動產之持分一事，仍認為此部分之效力問題應依物權準據法之日本法加以處理，而在結論上與原審法院持相同見解。惟在理由上有更詳盡之說明：「的確，繼承準據法上，繼承財產乃成為合有之狀態，而縱使繼承人就遺產分割前之個別財產，不得單獨處分其繼承之持分，然於日本法上，並未有對如此之繼承財產合有狀態乃至於繼承人處分限制設有公示方法；另一方面，日本法上，共同繼承人就分割前之遺產所呈現之法律關係，基本上乃依日本民法第二四九條以下規定為共有（最高裁昭和

二八年(才)第一六三號同三〇年五月三十一日第三小法廷判決・民集九卷六號七九三頁參照)而由共同繼承人之一,受讓其就構成遺產之不動產所擁有之持分,對受讓之第三人而言,乃為適法而可被有效取得之權利(最高裁昭和三五年(才)第一一九七號同三八年二月二二日第二小法廷判決・民集一七卷一號二三五頁參照)。綜上所述,關於我國所在之不動產,未遵守前述繼承準據法之規定便使其處分無效,將顯著地有害於交易安全。」

第三目 本案簡評

日本最高法院將本案之事實細分為兩層次,其一乃定性為繼承之部分,而透過繼承效力之概念,將本案中關於共同繼承人就系爭不動產之法律狀態,以及遺產分割前,能否就本件關於繼承之不動產處分其持分等事項,納入繼承準據法之適用範圍,且一併矯正了二審法院對此部分之定性和準據法適用之違誤。其二,本案爭議最大之處,何以將違反所準據實質法上繼承規定之對外處分,定性為物權問題,並肯定其效力?對此,法院以此乃處分是否生權利移轉效果之問題,作為定性上之論據;而在使其生效之結論上,則以欠缺公示制度和不使其生效,將顯著有害於交易安全作為理由。但是,就第二層次問題之定性,若認為其涉及遺產之流向,則納入繼承準據法之範圍似乎亦無不可。則在上述兩對立見解之下,便可發現此乃解釋論上如何操作之問題,換言之乃國際私法上之利益衡量,只不過法院選擇尊重不動產所在地之法秩序,而將交易安全置於優位考量,但實際上是否有助於交易安全,仍必須在所準據之實質法中方能分曉。

此外,亦有論者¹³¹指出,關於第二層面之事實定性為物權並不合理,形式上其確為無權處分之人所為處分之效力問題,但在如台灣繼承法一般,作為繼承法秩序上之重要效果,實難謂此處分之效力不會受其影響。再者,若從法例第二十

¹³¹石黒一憲,國際私法 第2版,新世社,2007.02,頁212、213。

五條中對於「繼承」概念之認知來看，其原本所考量者即已不包含交易安全之問題，係著重於財產權之法定、概括之移轉，亦即為貫徹繼承法秩序而在最低限度上犧牲了交易安全之保障。至少，本件之交易對象，實際上僅為「遺產分割前的繼承持分」，如定性為繼承，於個案之處理上似乎也非如此不當。

由此一判例，亦可發現日本實務在處理涉外繼承之定性問題上，與我國之判例有若干類似之處。兩者皆就判決結果作出對自國民有利之結論，若認為其隱含有對自國民保護之色彩存在，並非全無依據。但在定性問題的論理上，似乎也可以歸納出，無論受訴法院採用何種標準，究其本質，皆為國際私法層面之法律概念解釋問題。故而，在解釋之操作上，便不可能不帶有法庭地自身之利益考量，而此種現實的情況，亦反應出統一的定性判斷標準，幾乎可說是難以存在的結局。所能期待者，乃是當涉外繼承事件發生時，各國法院在定性問題之處理上，至少在保護自國利益的前提下，能以更寬廣的視野來處理實際個案，以避免更多的紛爭產生。

第三項 本文對繼承定性問題之立場

本文認為，在上述學說及案例之介紹後，可發現定性問題本身，除了在理論上尚無統一的判斷標準之外，於實際案例之適用上，亦受到各國法院對於相關當事人之利益保障、所涉及之抵觸規範及實質法規之目的落實，以及法院對於其判決之實效性高低等因素影響。故而在對同一案件事實之定性上，即使同屬內國之法院，便已在上下級法院間出現歧異之見解，更遑論將系爭案例事實變更其法庭地國，而導致裁判結果所可能出現的劇烈變動。僅就涉外繼承之定性問題而言，由於抵觸法層面之繼承，乃涉及兩大法系下對此項法制度之理解和設計所生之歧異，則在衝突難以避免的情況下，至少應摒棄法庭地之本位主義，而在最低限度上為消弭涉外繼承之紛爭做出貢獻，因此法庭地法說雖為實務上所青睞，本文仍

不贊同僅依法庭地實質法之概念，定性抵觸法規範之事項。而在本案準據法說及二步定性說皆有明顯瑕疵的前提下，毋寧以最符合衝突法則設立理念之國際私法獨自性說最為可採，故本文之後對於「繼承」此項概念於抵觸法層面之闡釋，皆立於上開學說之觀點，而不再侷限於我國實質法對繼承之理解。雖然本說仍有具體判斷標準難以建立之問題存在，但至少從妥適解決可能發生於我國之涉外繼承案件的立場出發，對於具體案件中之事項是否為繼承所涵攝，應採寬鬆之認定。

而所謂寬鬆認定，係指對繼承概念之範圍，把握其乃處理整個肇因於人之死亡，而產生跨越世代間之財產清算、移轉等事項之流程，故不受制於英美法系對於繼承之狹義概念，而將該法系定義之遺產管理（administration）亦納入本文對抵觸法層面繼承之理解；至於與其他大陸法系國家之繼承概念調和，雖屬同一法系下之繼承制度，但各國間仍有許多基於歷史、文化、政治等因素所導致之差異，如我國民法第一一四九條之遺產酌給請求權，乃沿襲至我國固有制度而來¹³²。又如日本民法第九五八條之三，於確認無人承認繼承後，有所謂針對特別緣故者之遺產分子¹³³，亦為其國基於特別考量而立法明文之制度。再如德國作為大陸法系中之法律先進國家，其實質法之繼承制度中有所謂繼承證書、繼承契約¹³⁴等特殊

¹³²我國法獨有之遺產酌給請求，乃是基於死後扶養之思想，而在不限於法定繼承人之範圍內，使受被繼承人生前繼續扶養之人，有被酌給遺產之權利。參見：林秀雄，繼承法講義，元照出版，2005,11 初版，頁 86。

¹³³所謂特別緣故者，係日本針對其過去繼承實務上之狀況而發展出的制度，乃於被繼承人無法定繼承人時，當確定遺產無人繼承時，與其逕行將剩餘財產歸屬於國庫，不如檢視有無與繼承人雖無法定繼承關係，但在事實上有深刻緣故（人與人間的關係）者，例如：同居人、事實上之養子、至被繼承人臨終前持續一定期間給予照護之人等，而將遺產部分分子予上述特別緣故者。日本民法並在昭和三七年之改正時明文將此制度納入繼承法，而規定於日本民法第九五八條之三：「前条の場合において、相当と認めるときは、家庭裁判所は、被相続人と生計を同じくしていた者、被相続人の療養看護に努めた者その他被相続人と特別の縁故があつた者の請求によつて、これらの者に、清算後残存すべき相続財産の全部又は一部を与えることができる。前項の請求は、第九百五十八条の期間の満了後三箇月以内になければならない。」參見：遠藤 浩【ほか】編，民法（9）相続 第4版増補補訂版，有斐閣，2005.1，頁 185-186；矢澤しょう治，涉外遺産分割事件における相続人、相続分等の準拠法，判例タイムス 668 期，1989.04，頁 487。

¹³⁴所謂繼承契約，乃源自於中世紀物權性質之死因贈與契約，而在德國固有法制上成為一項發達的制度，惟此項制度不僅存在德國民法中，於瑞士、澳大利亞等亦有類似之制度。簡言之，繼承契約乃應被視為單一契約，而非性質上屬單獨行為之遺囑，以及關於其撤回權之放棄契約等結合之複數法律行為，且通常會與夫妻財產制契約或對於被繼承人之扶養契約呈現於同一之文書上。參見：久保岩太郎，國際私法上における相続契約，一橋論叢 27 卷 3 期，日本評論社，1952.03，

設計，並未被其在亞洲之主要繼受法國日本及我國所繼受。則在上述相同法系國家中出現的獨特制度應如何加以定性，結論上本文仍持寬鬆之態度，將之定性為繼承問題而適用繼承準據法¹³⁵。由於定性僅為涉外案件準據法選擇及適用上之初步階段，故本文認為，與其在定性之階段便將自國法所無之實質法繼承制度加以排除，毋寧透過國際私法上其他途徑，如反致、適應問題、公序良俗條款等，解決此種法庭地法院在適用外國法時可能面臨之問題，似乎比在整個涉外案件處理之程序前階段，便將抵觸法層面之概念嚴格限縮，更能於個案處理上出現彈性，且有助於國際私法在選法規則上所預設目標----「選擇與當事人關係最密切之法律」之實現。

第二節 繼承開始及其衍生效力

第一項 繼承開始

關於繼承之開始，一般認為無論其原因、時期及處所，皆應依繼承準據法¹³⁶，則在採用統一主義立法之國家，原則上依被繼承人本國法或住所地法加以規範之。而在實質法上，如我國乃於民法第一一四七條規定：「繼承，因被繼承人死亡而開始。」且涉外民事法律適用法第二十二條本文亦規定：「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。」因而就繼承開始之認定，重點在於確認何謂被繼承人死亡？對此，自然死亡之部分，如於涉外繼承之情形，實務處理上多半要求繼承相關當

頁 169-170。

¹³⁵日本至今亦未引進繼承契約制度，而關於繼承契約之定性問題，早期便已有學者認為，於抵觸法層面上，既然繼承契約乃是在處理關於繼承事項之內容，自然在定性上也應依繼承準據法，而由被繼承人之本國法加以規範。參見：久保岩太郎，國際私法上における相続契約，一橋論叢 27 卷 3 期，日本評論社，1952.03，頁 171。

¹³⁶蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 367；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 467-468。

事人，出具死者之最後所在地國開立之死亡證明書或類似之證明文件¹³⁷，通常較少出現爭議。有疑義者多為擬制死亡之情形，由於此部分將涉及死亡宣告與繼承開始之問題，須先釐清繼承與死亡宣告準據法間之關係。當某涉外繼承案件發生時，被繼承人是否已屬法律上之擬制死亡，乃交由死亡宣告準據法加以判斷；而繼承是否開始，則如同權利能力消滅、婚姻解消等其他因死亡宣告而生之間接效力般，依各該事項之準據法處理。意即死亡宣告準據法，乃專為處理各種自然人所在不明、生死不明，而有在法律上被擬制死亡之必要時的相關要件及效力而設。繼承準據法，亦僅針對由死亡宣告準據法處理之結論，是否構成繼承開始之原因加以規範¹³⁸。

進一步言之，當某涉外案件繫屬於我國法院，而同時涉及死亡宣告及繼承時，至少有以下之問題須注意。其一，我國法院對該外國人之死亡宣告應如何處理？其二，就涉外繼承之部分，該外國人之遺產應如何處理？是否應區分在我國之遺產及在其本國或其他外國之遺產？其三，如該外國人有具我國籍之繼承人存在時，是否又與某外國人偶然於我國死亡，且無任何我國籍之繼承人的情形不同？首先，參照我國涉外民事法律適用法第四條關於死亡宣告之準據法，可發現其僅針對在我國有住、居所之外國人，且另須有在我國之財產或應依我國法決定之法律關係存在，方得依我國民法為死亡宣告，因而就上述第一、二項疑問可獲得部分之解答。換言之，我國國際私法上對於死亡宣告之準據法，乃基於例外規定之立場，只限定與我國有牽連之外國人，而為例外之準據法適用。而就第三項疑問，則可從同條第二項¹³⁹之規定，導引出我國立法係採用附條件之單面法則，

¹³⁷山北英仁，涉外相続と登記をめぐる実務上の諸問題（特集 相続をめぐる今日的諸問題），市民と法 43，民事法研究会，2007.02，頁 46 以下。

¹³⁸劉甲一，國際私法，三民出版，1988.10 修訂四版，頁 320；林益山，國際私法各論，國立中興大學法律學系法學叢書編輯委員會出版，1996.06，頁 94；木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 265-266。

¹³⁹涉外民事法律適用法第四條第二項：「前項失蹤之外國人，其配偶或直系血親為中華民國國民，而現在中華民國有住所或居所者，得因其聲請依中華民國法律為死亡之告，不受前項之限制。」

而有助於保護自國民利益之結論。然而，由立法理由之說明，可知我國國際私法對於死亡宣告之事項，原則上仍採當事人之本國法¹⁴⁰。只不過，如死亡宣告所準據之當事人本國法，與法庭地實質法有歧異之處，將可能有外國實質法之適用結果與法庭地國之公序良俗產生衝突，而將該適用結果排除之可能¹⁴¹。

比較法上，日本過去之國際私法¹⁴²，於法例第六條¹⁴³有與我國涉外民事法律適用法第四條第一項幾乎相同之規定。故而在其國對涉外死亡宣告之處理上，若於日本法院對外國人為失蹤宣告，依日本通說，原則上依該外國人之本國法為之。法例第六條僅在例外時作為外國人失蹤宣告之管轄及準據法選擇適用之依據。而在死亡宣告與涉外繼承相關之事件中，針對遺留於日本之財產，日本法院之例外管轄權乃為重點¹⁴⁴。故而，針對在日本法院對外國人為死亡宣告之情況，有日本學者認為，既然在例外管轄及準據法之適用上皆已依法庭地之日本法，則就死亡宣告之效力，應不只限於直接效力之擬制死亡部分，而應擴及間接效力之婚姻解消或繼承開始等事項，但主張本說之學者，強調關於繼承之其他事項，如繼承人之資格、應繼分之比例等，仍應依照死亡宣告之當事人，即被繼承人之本國法而為認定¹⁴⁵。然而，在日本之國際私法修正施行後，對於上述於例外情況下擴張死亡宣告準據法效力範圍之主張，已有學者表示既然新法（關於法律適用之通則法）已就死亡宣告之間接效力部分，交由各該事項之準據法加以決定，則對死亡宣告效力之問題，無論是原則（指依當事人本國法決定時）或例外（指與法

¹⁴⁰惟有學者認為：本條規定兼及例外管轄權及準據法之決定適用，且無論是外國人在我國之死亡宣告，以及當然依我國實質法處理之我國民之涉外死亡宣告問題，皆依法庭地之我國實質法的情況下，結論上應將在我國法院受訴之涉外死亡宣告事件，皆認為係採法庭地法主義之立法為當。參見：劉鐵錚、陳榮傳，前揭書，頁 276-277。

¹⁴¹劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 276-277；木棚照一、松岡博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 266。

¹⁴²此指平成十八年改正前之「法例」。

¹⁴³平成元年改正後之法例第六條：「外国人ノ生死カ分明ナラサル場合ニ於テハ裁判所ハ日本ニ在ル財産及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ付テノミ日本ノ法律ニ依リテ失踪ノ宣告ヲ為スコトヲ得。」

¹⁴⁴大橋正春，野田愛子監修，國際相續法の実務，日本加除出版，1997.1，頁 75-76。

¹⁴⁵溜池良夫，國際私法講義 第 3 版，有斐閣，2005.5，頁 267、541。

庭地國有牽連，而依法庭地法決定時）之情況，皆僅限於直接效力為當¹⁴⁶。

前述解釋論上之見解，乃自日本學界對於其涉外死亡宣告管轄及準據法之討論而來。持擴張效力論者，無非是著眼於例外管轄注重內國牽連性之觀點，以及死亡宣告期望早日解決生死不明之人，於某地所遺留之財產上、身分上法律關係之目的而立論；而反對擴張論者，則聚焦於抵觸法上各種單位法律關係之界線，強調既然立法上將死亡宣告、婚姻效力、繼承等事項分別立法，自不應透過解釋而逾越其分際，因而採較保守之見解。對於上述觀點，本文認為應以後者為當。析言之，在死亡宣告與繼承準據法之適用界線問題上，我國之論著已明確強調，前者之效力範圍不包含其是否成為繼承開始之原因一事，已如前述。且我國之國際私法，在立法方式上亦僅針對準據法之選擇適用而為規定，並不及於管轄及外國判決之承認、執行等國際民事訴訟法之範疇¹⁴⁷，則我國法對此問題之解釋論上，應可不必特別考量例外管轄之因素。僅就準據法決定與適用之觀點而言，既然本文已在定性上對於繼承之概念採寬鬆認定，則就死亡宣告是否成為繼承原因一事，亦基於相同立場，且在我國法對涉外繼承原則上採取統一主義立法之情況下，自不應單獨將繼承開始之原因排除於繼承準據法之外，否則將有破壞此項立法原則之虞。若考量個案中需有特別針對我國籍繼承人之保護，則在我國仍有涉外民事法律適用法第二十二條但書可資援用。故於結論上而言，本文主張仍應遵守各該法律關係於準據法適用範圍上之界線，而使死亡宣告之效力僅生法律上死亡之效果；至於該當事人之繼承是否因死亡宣告而開始，仍交由繼承準據法加以認定。

¹⁴⁶木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁114。

¹⁴⁷對此，雖然過去在個別準據法之討論上有兼及管轄問題者，但由新近之涉外民事法律適用法修正草案總說明，明確指出：「外國法院判決、外國仲裁判斷及內國法院之國際管轄權等問題，雖亦屬於國際私法之領域，晚近外國立法例並有將其與法律適用問題合併，而以單一法規予以整體規定之趨勢，惟衡諸我國當前法制環境之各種因素，草案仍維持本法之既有格局，以涉外民事之法律適用問題為規範重點」。亦可作為無論是在現行法或是審議中之新法，皆僅以準據法之部分為規範內容。參見：司法院關於涉外民事法律適用法修正草案總說明之新聞稿。

附帶言之，死亡宣告在我國民事訴訟法上雖以判決為之¹⁴⁸，但在世界各國對法律上擬制死亡之制度仍有歧異的背景下，可能出現由非訟裁定，甚而行政機關作出之死亡宣告，則當某個關於死亡宣告及繼承之涉外案件乃由外國法院管轄而受理，首先出現問題者將在外國裁判之承認部分。此於我國涉外民事法律適用法上並無規定，僅在我國民事訴訟法第四〇二條¹⁴⁹、及非訟事件法第四九條¹⁵⁰設有相關規定，由於主要之問題乃國際民事訴訟法之範疇，故本文限於研究方向及篇幅，於茲不贅¹⁵¹。另須注意，涉外繼承案件之處理上，除了準據法決定適用所產生之問題外，尚有涉及登記實務之問題存在，此部分由於問題之重點較偏向實際程序相關之書類，及其他登記相關法規之解釋適用，故本文不擬深入討論。但在比較法上，日本之司法書士，特別呼籲立法者，必須關注實務在辦理涉外繼承之相關登記程序時，所面臨之困難。舉凡對內國登記法規之解釋適用、外國繼承法之調查，以及相關涉外書面之準備，皆有必要考量登記相關之程序規範，原本僅針對內國實質法而為設計，故應在實務面，甚而立法上如何加以因應，也是一項值得研究的課題¹⁵²。

¹⁴⁸由民事訴訟法第六三三條：「宣告死亡之判決，應確定死亡之時。」應可得之我國之制度係以判決宣告死亡。

¹⁴⁹民事訴訟法第四〇二條：「外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。」

¹⁵⁰非訟事件法第四九條：「外國法院之確定非訟事件之裁判，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、利害關係人為中華民國人，主張關於開始程序之書狀或通知未及時受送達，致不能行使其權利者。三、外國法院之裁判，有背公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。但外國法院之裁判，對中華民國人並無不利者，不在此限。」

¹⁵¹過去關於外國裁判之承認與執行，多半集中於財產事件之部分，參見：許耀明，外國確定身分判決之承認與執行，月旦法學教室 51 期，2007.01，頁 95 之註 3、4。但似乎尚無專門針對涉外繼承裁判之承認執行，所為之專文。

¹⁵²相關文獻，參見：カウンター相談(131)涉外相続に適用される法律と登記手続における添付書面について，登記研究 643，テイハン，2001.08，頁 153-155；鄭英模，司法書士実務ではこうなる(12)債権者代位による涉外相続登記，法学セミナー507 期，日本評論社，1997.03，頁 103~107；姜信潤，講座・司法書士実務の現実と課題-23-ある妻の死(涉外相続登記)-司法書士にも国際化の波が〔含コメント〕，法セミ 430 期，日本評論社，1990.10，頁 98-103。

第二項 繼承開始之效力

前項所述，僅為繼承本身是否開始之問題，至於繼承開始後可能發生爭議之各項問題，諸如以應繼分為首之遺產分配比例，因遺產分配不均而生之繼承法上權利主張，以及概括繼承原則下之繼承制度轉換等，皆屬繼承開始後方得具體主張或請求之部分。以下分別說明其在繼承準據法適用上可能之問題：

第一款 應繼分、遺贈、遺產酌給、特留分

應繼分、特留分、遺贈、酌給之遺產，皆為我國實質法繼承制度中關於遺產分配而明文規定之制度，解釋上自屬繼承準據法所涵蓋¹⁵³。其中，法定應繼分乃對合法繼承人間分配比例所為之規定，深受各國身分法之法政策影響，尤其在配偶、非婚生子女、養子女等親屬之應繼分上，常常有極為不同之規定¹⁵⁴。則在涉外繼承事件中，成為問題者並非應繼分本身是否屬繼承準據法涵蓋，而是在準據外國實質繼承法所得之分配結果，是否有可能對內國之繼承人產生不公而需如何因應之問題。

實務上，日本神戶家庭裁判所平成六年三月二十五號審判¹⁵⁵，乃被繼承人為中華民國人之涉外繼承事件，依當時之日本國際私法（法例第二十六條）準據我國民法後，就妻與第一順位直系血親卑親屬五人間之應繼分比例，由於我國民法

¹⁵³蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 369；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 469；劉甲一，國際私法，三民出版，1988.10 修訂四版，頁 322；林立中興大學法律學系法學叢書編輯委員會出版，1996.06，頁 95。

¹⁵⁴我國民法第一一四一、一一四四條乃法定應繼分之依據。而我國法之特色，就配偶之部份兼採浮動比例制與固定比例制；且就第一順位之直系血親卑親屬，不問婚生、非婚生；全血緣、半血緣；自然血親、法定血親，一律平等對待。參見：林秀雄，繼承法講義，元照出版，2005.11 初版，頁 19-21；另如日本民法第九百條，乃其國關於法定應繼分之規定，就配偶與其他繼承人間之分配，全採固定比例制，且有對非婚生子女或半血緣之子女，有僅能得婚生子女或全血緣子女應繼分之半的規定。參見：遠藤 浩 [ほか] 編，民法（9）相續 第 4 版增補補訂版，有斐閣，2005.01，頁 79-83。

¹⁵⁵原文參見：家庭裁判所月報 47 卷 8 号，頁 59。

第一一四四條第一款係採浮動比例制，因而在分配結果上，相較於日本民法對配偶於此類情況採固定取得遺產二分之一之設計，結論上顯有不當。因而引用抵觸法上之公序良俗條款將此適用結果排除。對此項判決，有從依我國法之分配結果，是否侵害日本人妻特留分之觀點而加強法院見解者¹⁵⁶，亦有強調對外國法之適用結果，應自其法制度整體關照而立論，指出我國法將生存配偶之保護分立於夫妻財產與繼承兩部分，不僅對本案妻子受有之應繼分不足，而有違日本公序良俗的批判不成立。於實際分配上，依我國繼承法操作之結果，更可能超過依日本民法對該生存配偶於財產上之保障額度¹⁵⁷。

此外，在肯認被繼承人遺囑自由之前提下，由其主導之指定應繼分、遺贈、死因贈與行為等關於遺產分配之事項，以及我國繼承法獨有之遺產酌給請求。凡此皆可從明文規定或解釋上發現其存在之依據。而上述對法定應繼分之調整，多半透過作為最低限度法定應繼分之特留分制度，以貫徹對繼承人之保障。於抵觸法層面，上開事項之問題，多半如同法定應繼分，並非其本身是否為繼承準據法適用範疇之問題，尤其在上開事項皆可能有侵害特留分之虞的情況下，此部分易生爭議者，乃是在準據被繼承人本國法後所適用之實質繼承法，對個案之結論是否妥當，而可能產生之適應、調整問題。如前述之日本神戶家裁案件，雖有從侵害特留分之觀點立論，而欲充實實務對本案援用公序良俗條款之正當性¹⁵⁸，但在各國對於特留分之比例、適用對象¹⁵⁹皆有不同的情況下，僅以特定遺產分配之成數，作為是否有違內國公序良俗之認定依據，論理上似乎有不夠充足之疑問。舉一極端之例，如本案之被繼承人已入日本籍，而其死後僅存我國籍之兄弟姊妹為

¹⁵⁶三井哲夫，判例分析(中国(台湾)国籍の被相続人の遺産分割と法例33条)，民商法雜誌115号，1996.10，頁111。

¹⁵⁷木棚照一，韓国、北朝鮮、中国、台湾を本国とする者の相続をめぐる諸問題，早稲田法学76卷3期，早稲田法学会，2001.03，頁44、47之註81

¹⁵⁸三井哲夫，判例分析(中国(台湾)国籍の被相続人の遺産分割と法例33条)，民商法雜誌115号，1996.10，頁111。

¹⁵⁹日本民法第一零二八條關於特留分之比例、適用對象之保障，便不及於被繼承人之兄弟姊妹為法定繼承人之情形。

其合法繼承人，然被繼承人卻將遺產全數贈與其在日本無合法婚姻關係之同居人，則我國籍之兄弟姊妹雖可依日本法受有一定比例之遺產分配，但卻會因被繼承人之遺贈而全數落空，且上開人等又非日本民法中特留分之保護對象，如此之適用結果雖然全數符合被準據之實質法，但從保障我國繼承人之觀點而言，實難認為此一結論妥當。而我國法院如就本案適用日本民法之結論，以有違我國民法對於兄弟姊妹為法定繼承人時之特留分規定，而以公序良俗良俗條款排除日本法之適用，改依我國之繼承制度重新分配遺產。不僅可能使該同居人原受有之保障落空，且可預見在各國實質法制皆有不同之情況下，如此之作法，將難以期待內外國判決調和，更不用說達成國際私法統一之目標。

就上開案例及假設情形，設想其發生於我國並非不可能，故而對相關學說實務進行簡要之檢討。僅就抵觸法層面之事項而言，此一案例揭示了涉外案件之處理上，尤其在對外國法適用結果之檢視，必須盡可能考量該外國相關之制度配套，避免以管窺豹之弊。當然，要求內國法院對外國法亦能妥適運用，似乎有過份期待之虞，但至少在類似案例出現時，可先參考其他國家對此類涉外案件之處理，或可避免陷入相同謬誤之可能。

另就特留分之侵害與扣減權行使之問題，尚須注意，由於扣減權之性質，多數見解採物權形成權說，因而在準據法之適用上，除了扣減權本身應依繼承準據法之外，個別財產是否成為扣減之標的，具體上如何行使對該財產之扣減，皆須另依相關之物權準據法而受規範¹⁶⁰，此涉及繼承與物權準據法之適用問題，深入討論留待本章第四節關於繼承遺產構成之部分。

最後，針對我國獨有之遺產酌給制度，如於涉外繼承案件中，將如何適用？對此，本文區分為以下兩種情形而論：其一乃被繼承人為我國人之情形，由於所

¹⁶⁰劉甲一，國際私法，三民出版，1988.10 修訂四版，頁 322；山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 576

準據之實質法為我國民法，則就此制度之運作，可能發生問題者為非繼承人之外國人如符合遺產酌給之要件，是否得為此項請求？其二，在準據外國法之情形，如有非繼承人之我國籍人，主張應受遺產之酌給，應如何處理？就前者之情形，既然我國之實質繼承法已為該案之準據法，則在貫徹統一主義處理涉外繼承案件之理念下，似不必區分合於遺產酌給要件之人究竟為何國人，而使其一律受有該制度之保障。至於後者之情形，則是法庭地實質法上之制度如何與本案準據法調和之問題。初步之因應，似得以個案之適應問題或在對我國籍人顯有不利情況下，透過公序良俗條款之適用，達到保障內國人之目的。

附帶言之，英美法系之國家，雖無如同大陸法系國家一般之特留分制度，但在其關於無遺囑繼承之規範中，亦有針對被繼承人之家族所為的保護措施。如美國，便在其統一檢認法典(Uniform Probate Code)中，對於生存配偶，及直系卑親屬等人設有特別之保障制度，且此部分之制度，即便在被繼承人立有遺囑之情況下，仍可適用。略舉其中部分制度為例，如：強制取得分(forced share)、配偶在未從遺囑中分得任何遺產的情況下，被賦予得依制訂法主張強制取得分，或依遺囑內容，主張相同比例指定應繼分之選擇權(right of election)¹⁶¹。

第二款 繼承之承認與拋棄

大陸法系之國家，多半在其實質繼承法上，設有針對消極遺產大於積極遺產之繼承，得為拋棄或負擔限定責任之制度，以作為概括、當然繼承原則下，使繼承人無需承擔被繼承人大筆債務之配套措施。而在整個繼承制度中，此部分乃繼承人主導之事項，故可能在抵觸法層面出現究應適用與被繼承人或繼承人關係最密切法律之疑義，且因此類制度多半涉及法庭地國之非訟程序，而就非訟事件，不僅基於其相對於訴訟事件之特徵，而呈現法庭地法院高度職權介入之情況，且

¹⁶¹石川 稔，アメリカ無遺言相続法における相続人と相続分--統一檢認法典(Uniform Probate Code)を中心にして，私法 39 期，日本私法学会，1977.08，頁 199

於比較法上亦有根據上述原因，而將準據法與管轄一併處理之並行原則¹⁶²存在，因而在相關制度之論述上，不得不將管轄之部分一併納入考量，方得就相關之準據法選擇適用問題，盡可能完善的處理。

第一目 限定、拋棄繼承之管轄問題

原則上，涉外案件之裁判管轄，乃國際民事訴訟法之領域，在我國對國際私法所採之立法模式中，並無關於國際裁判管轄之直接明文規定，因而在一般討論準據法選擇、適用之課題時，並無涉管轄之問題。然而，比較法上，德國國際私法學界曾出現一有力主張，認為涉外非訟事件之管轄與準據法應並行決定，僅在系爭事件準據內國法時，內國法院方對該涉外非訟事件具備管轄權，即所謂「並行原則」或「並行理論」¹⁶³。此說立論之根據，乃從以下三點為之。其一、法院於非訟事件扮演之角色：不同於訴訟事件主要為解決私權紛爭，對抽象之法律概念進行涵攝。非訟事件中，法院僅為監督或促成民事上之生活關係，而扮演監護人的角色；其二、非訟程序及裁判之特徵：相對於訴訟裁判乃固有司法作用之展現，非訟裁判係彰顯行政作用，因而使法院所進行之程序，帶有濃厚的職權主義色彩，且所為之裁判亦非以權利關係之確定為目的，僅屬在實質法架構下所為之裁量處分；其三、非訟事件於法律適用上之本質：基於前述特徵，則在非訟事件之處理上，實體法與程序法具有密不可分的關係，若兩者無法緊密配合，將於法律適用上出現困難¹⁶⁴。

若採用上述原則，則於我國法院所處理之涉外限定、拋棄繼承之案件，將呈現全數適用我國法之景象。雖可避免所準據實質法與法庭地之程序法間產生的種種適應問題，但透過準據法之選用結果影響內國法院對特定案件裁判管轄權之有

¹⁶²參見下述第一目之說明。

¹⁶³沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門，有斐閣，2006.10 第六版，頁 153；溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.05 第三版，頁 261。

¹⁶⁴溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.05 第三版，頁 262。

無，並不符合我國之立法體例，亦非多數國家之立法例所採。且並行原則的提倡，究其本質無非欲使在德國涉訟之案件依德國法處理，即便將其一般化，仍無法完全迴避適應問題的發生，因而又不得不設有多種例外情況，縱使在德國此說也不再受到重視，甚至在大幅繼受德國法之日本，雖然將相關之理論及爭議處理之見解引進¹⁶⁵，但於現今之日本，贊成此項理論之學者亦幾乎不存在¹⁶⁶。故而，無論在立法體例、理論本身之實用性，以及比較法上之情況，我國在處理以涉外限定、拋棄繼承為首之涉外非訟事件上，至少就管轄權之部分，仍應回歸一般國際民事訴訟法關於管轄之決定方式，而不採外國法上此種將管轄權之有無認定，從屬於準據法決定適用結果之理論，似為較妥當之作法。

第二目 限定、拋棄繼承之準據法

將概括繼承制度下作為配套措施之限定、拋棄繼承等事項內容，於抵觸規則上交由繼承準據法規範，乃自不待言¹⁶⁷。只不過，綜覽整個繼承法制度之流程，可發現此部分之制度轉換、變更，多半是由繼承人所主導，因而在準據法之決定適用上出現一項問題：若被繼承人之本國法不承認拋棄或限定繼承，但繼承人之本國法卻允許之，應如何處理？對此，有認為不應使任何人被課予其本國法上所無之義務，因而就此情形仍應允許繼承人拋棄或限定繼承¹⁶⁸，換言之，就限定、拋棄繼承等事項，改依繼承人之本國法。然而，前述外國實質法對同一當事人不得課予內國實質法所無義務之見解，是否屬一般原則仍有疑義，復以統一主義立法下，涉外繼承問題乃專依被繼承人之本國法處理，則在被繼承人之本國法不承

¹⁶⁵過去日本實務亦有若干裁判採用並行原則，處理涉外繼中關於遺產管理、分割，以及遺囑之檢認、執行等事宜。參見：川上太郎，涉外相統非訟事件の國際裁判管轄，民商法雜誌 61 卷 6 期，有斐閣，1970.03，頁 990-991。

¹⁶⁶同上註。此外，亦有日本學者認為，此部分之管轄問題，應回歸一般原則，就個案檢視其所具備之諸般要素，是否足以構成日本法院對該案件具有管轄權之合理關連性，而揚棄並行原則之適用。參見：豬狩俊郎，野田愛子監修，國際相統法の実務，日本加除出版，1997.1，頁 129-130。

¹⁶⁷蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 369。

¹⁶⁸山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 577。

認拋棄或限定繼承之前提上，應解為不論繼承人之本國法如何規定，皆不應干涉被繼承人本國法是否容許為限定、拋棄繼承¹⁶⁹。

再者，就限定繼承及拋棄繼承等之形式要件部分，由於各國實質法上多半有相關之方式規定存在¹⁷⁰，而在準據法之選擇上，亦產生應一併依被繼承人本國法，或依行為地法之問題。比較法上，日本學說有以下之意見：若從場所之配行為之觀點來看，則繼承人於何地法院為限定、拋棄繼承，自以其行為地法為依據，且被繼承人本國實質法上之相關方式規定，如非繼承人所能得知，要求其依照其無法明確得知之規範為繼承之限定承認或拋棄，似有對繼承人過於苛酷之虞¹⁷¹。另有從相關形式要件之性質而論，強調繼承人欲從當然、概括繼承轉換為限定繼承，甚至拋棄繼承，多半須經一定形式之法律行為，而在此部分之方式要件並無另為獨立準據法之情況下，則以法律行為方式之準據法加以規範即可¹⁷²。我國之實質繼承法，雖然於二零零九年六月之修法後，將繼承法制之原則從「以概括繼承原則，限定、拋棄為例外」之設計，遽變為「概括繼承限定責任為原則，拋棄繼承為例外」，而創設我國獨有之繼承法制¹⁷³，但至少拋棄繼承之實質內容仍與大陸法系國家之典型內容極為相似的前提下，復以我國涉外民事法律適用法第五條第一項關於法律行為方式之準據法¹⁷⁴亦類同於日本國際私法（法適用通則

¹⁶⁹溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 543。

¹⁷⁰如日本民法第九二四、九三八條；韓國民法第一〇三〇、一〇四一條；以及我國舊民法一一五六條（限定繼承採二階段陳報制）、現行民法一一七四條等，皆對拋棄、限定繼承規範一定之方式要件。

¹⁷¹豬狩俊郎，野田愛子監修，國際相統法の實務，日本加除出版，1997.1，頁 133。本書中，尚有基於拋棄、限定繼承制度之目的不僅在保護債務之繼承人，且亦有使被繼承人債權人公平受償，以維繫交易安全之考量，加上設有限定拋棄繼承制度國家之實質規定差異不大，因而主張縱使依被繼承人本國法，對繼承人亦無顯著之不利。但此項見解在現今之規範下，已被後述之法律行為準據法說所涵蓋，故僅在註中附帶言及。

¹⁷²採此說之日本學者，即以日本「關於法適用之通則法」關於法適用之通則法第十條為依據，則依該條第一項及第二項之規定，原則上依被繼承人之本國法，例外於合乎行為地之方式為之時，所為之限定、拋棄繼承亦為有效。參見：沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門，有斐閣，2006.10 第六版，頁 154。

¹⁷³林秀雄，評析二〇〇九年繼承法之修正，月旦法學 171 期，2009.08，頁 70 以下。

¹⁷⁴涉外民事法律適用法第五條第一項：「法律行為之方式，依該行為所應適用之法律，但依行為地法所定之方式者，亦為有效。」且就本條所謂法律行為之範圍，有力見解認為，原則上仍包含身分行為，僅身分行為之範疇多另有特別規定，故於抵觸規範上無特別規定之部分，

法)第十條第一項和第二項之部分，則於解釋論上採用相同見解，逕以現行條文作為依據，不僅在法律明確性上有所本，又可避開過去關於行為地法和被繼承人本國法之爭議，應有作為我國法未來在相關問題上處理之參考價值。

第三目 限定、拋棄繼承相關程序規定與所準據實質法之關係

除了實質要件與形式要件準據法之適用問題外，在被繼承人本國法肯定得為限定或拋棄繼承之情況下，仍有一項棘手的問題待解。對內國法院而言，若被繼承人本國法為外國實質法之情況，法庭地實質法中之程序法規定，並無法預想其可能在涉外案件上面臨何種制度而先為因應，然在國際私法之學理上，依照「程序依法庭地法」之原則，又導致法庭地之程序規定，必須配合其無法預見之外國實質法而為運作。故在上述情形，法庭地法院應如何落實所準據實質法上關於限定、拋棄繼承之要求，乃為一顯著的適應問題。對此，由於適應問題本身即屬尚無明確定論之課題，且適應問題之態樣千變萬化，因而在統一的處理標準仍未建立的情況下，僅針對上開法庭地程序法與本案準據實質法所生之適應問題而言，初步的因應之道，乃於個案中視情況對法庭地之程序規定，盡可能賦予彈性而使本案準據法之要求落實於法庭地國¹⁷⁵。此乃因實質法層面上，程序法乃為使實體法之規定落實而存在之配套，相對於蘊含特定法政策或價值判斷，而有各種強制、禁止規定之實體法而言，自然在兩者有所衝突或欠缺時，由程序法方面進行轉化或變更，乃是較可期待，也較為合理之選擇。

第三節 繼承人

從繼承之定義觀之，欲成為合法繼承人，首先需具備權利能力，因一般認知的繼承，乃就被繼承人遺產上之一切權利義務加以繼受，自以得為權利主體，而

解釋上自應回歸原則。參考：林秀雄，國際私法上課講述內容。

¹⁷⁵ 沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門，有斐閣，2006.10 第六版，頁 30。

有權利能力之人為前提。而在權利能力之上，又有繼承能力之概念，意即就特定人之繼承，需符合一定資格方成為適格繼承人，如我國民法第一一三八條，雖為法定繼承順序之規定，但該條規定亦可解為，只有與被繼承人具有一定親屬關係之人，方得為繼承人。故由我國實質法之觀點，得為繼承之人，僅限於與被繼承人有特定親屬關係之自然人。然而，比較法上，得為繼承之人並不僅限於自然人，如在無人承認繼承之狀態，德國、瑞士之繼承法，乃將國庫作為最後順位之法定繼承人，故法人亦可能成為適格繼承人¹⁷⁶。於抵觸法層面，關於繼承人之定性問題，由於本文贊同國際私法獨自性說之觀點，而不受限於單一實質法上之概念，故以下所稱之繼承人，原則上包括自然人及法人。此外，由於繼承制度兼含身分法與財產法之兩面性質，使關於繼承之紛爭，除了遺產相關之爭議外，何人可為繼承人，亦屬常見之爭議所在。而在涉外繼承之情況，尚因有所謂「先決問題」之理論存在，所以就繼承人之認定上亦出現準據法之適用爭議。故本節不僅就典型之繼承人資格、順序、繼承權喪失等部分探討準據法適用上之問題，就涉外案件中，繼承為本問題時可能發生之先決問題，亦一併討論之。

第一項 涉外繼承為本問題時可能發生的先決問題

國際私法上之先決問題，乃一九三〇年代由德國學者 Melchior、Wengler 所發現¹⁷⁷。由於此問題本身是否存在¹⁷⁸，以及基於其定義要件、判斷標準等之爭議而衍生出所謂「部分問題」、「先行問題」，皆導致先決問題於理論上，呈現一個尚未完成的狀態。而本文僅欲探討涉外繼承準據法相關之先決問題，故不擬就先決問題本身之理論沿革及學說爭議詳加介紹，僅從其與涉外繼承事件相關之角

¹⁷⁶林秀雄，繼承法講義，元照出版，2005.11 初版，頁 13。

¹⁷⁷柯澤東，國際私法，元照出版，2002.08 二版，頁 78；廖蕙玟，「先決問題」之研究，東海大學法學研究 28 期，2008.06，頁 118。

¹⁷⁸明確認為先決問題不存在者，如：道垣内正人，ポイント国際私法（総論），有斐閣，2007.04 第 2 版，頁 118 以下；我國亦有認為先決問題或許根本不存在之見解。參見：林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度——國際私法，元照出版，2006.01，頁 256-269。

度，探討先決問題之定義、要件、判斷標準，並表明本文所持之立場。

第一款 先決問題之概觀

就問題本質而言，所謂先決問題，係指某涉外事件中，在主要爭議部分之上，另有具涉外性之前提問題，就該前提問題之部分，應交由何者決定其應適用之準據法，而區別出所謂本問題（主要問題）與先決問題（附隨問題）及其與準據法選擇適用上之判斷問題。一般之教科書多引案例說明上述兩者，本文基於部分案例可能在概念上有所爭議¹⁷⁹，姑且以曾對先決問題表示明確意見的，日本最高裁判所平成十二年一月二十七日第一小法庭判決，作為先決問題之抽象定義：「於涉外的法律關係，為解決某一法律問題（本問題）而有必須先解決之不可或缺的前提問題，該前提問題構成國際私法上本問題之外另一法律關係之情形，如此的前提問題，既非依本問題之準據法，也非由本問題準據法所屬國之國際私法指定其準據法，而是應依法庭地之我國國際私法決定其準據法。¹⁸⁰」此項日本法院見解雖未使用「先決問題」此一法學專有名詞，但就其敘述內容，已足描述先決問題之特徵，且日本法院在本案亦表明關於先決問題準據法，應依法庭地國國際私法決定其應適用準據法之心證。

質言之，先決問題亦為準據法之選擇適用問題，但因其發生繫於偶然，故為使先決問題之討論有實益，眾多學說提出了關於先決問題之討論要件¹⁸¹。大致上

¹⁷⁹例如：廖蕙玟，「先決問題」之研究，東海大學法學研究 28 期，2008.06，頁 103 以下，其前言中所舉之四類型案例，便非全屬先決問題。

¹⁸⁰本段文字乃作者自譯，原文如下：「涉外的な法律關係において、ある一つの法律問題（本問題）を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律關係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのでも、本問題の準拠法が所属する国の国際私法が指定する準拠法によるのでもなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。引自：日本最高法院網站 <http://www.courts.go.jp>。

¹⁸¹關於學者對先決問題前提要件之整理，可參見：吳光平，國際私法上的先決問題，法律評論 69 卷 4-6 期合刊，頁 39-40；廖蕙玟，「先決問題」之研究，東海大學法學研究 28 期，2008.06，頁 20-24。

可歸納為以下四點：1 本問題準據外國實質法。2 先決問題乃於抵觸規範上有獨立規定者，且亦可作為本問題而單獨存在。3 本問題所屬國國際私法與法庭地國國際私法對先決問題指定之準據法不同。4 上開兩法之適用結果不同¹⁸²。而在如此的定義及要件下，先決問題仍然受制於準據法選擇標準之爭議而無定論。

關於先決問題準據法之選擇標準，歷來所提出之見解，可整理為以下諸說：1 法庭地國際私法說 2 本案準據法所屬國國際私法說 3 折衷說（尚可細分為，前兩說互為原則例外之見解，以及依具體個案選擇前兩說之見解）¹⁸³。而各說強調之點，無非在於內國判決統一、內外國判決調和，以及針對個案尋求關係最密切之準據法則等價值判斷間擺盪、折衝，只不過目前為止似無任何一說取得絕對領導之地位。

第二款 涉外繼承之先決問題

回歸本文之論述主軸，在涉外繼承問題成為本問題之情況下，符合上開定義、前提要件，且曾為判斷標準之學說爭議援引為例者，至少有下列三種類類型：

案例一：配偶是否為繼承人時，以繼承為本問題，生存配偶與被繼承人之涉外婚姻有效與否為先決問題。案例二：當養子女為繼承人時，繼承為本問題，被收養之子女與被繼承人間，涉外收養有效與否為先決問題¹⁸⁴。案例三：當婚生性有疑

¹⁸²參見：林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度---國際私法，元照出版，2006.01，頁 257；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 547-548。

¹⁸³參見：溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 228 以下；木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 80-82；林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度---國際私法，元照出版，2006.01，頁 258 以下：貳、學說之爭議部分。

¹⁸⁴養子女於繼承法上之地位，各國實質法上有不同，且收養本身之相關法制，於各國間便已出現歧異，故關於涉外收養及繼承併存之案件，其複雜度將不容小覷。簡言之，抵觸法層面上，關於養子女於繼承法上之地位，將涉及被收養人與養家及本家間，法律上之親屬關係認定，因而影響到被收養人可為何者之繼承人，且在收養準據法及繼承準據法不同之情況下，兩者之適用界線應如何劃定，乃涉及定性，亦即準據法適用範圍之問題。相關論述，可參見：金[ブン]淑，國際私

義之子女為繼承人時，該子女與被繼承人間之婚生性認定為先決問題。

本文對於先決問題之判斷標準，贊同有力學說之意見，認為先決問題僅依照法庭地國際私法決定其應適用之準據法即可¹⁸⁵。現代國際私法學之架構，乃承襲自 Savigny 之法則區別說，將具有涉外因素之生活事實，區分為各種單位法律關係。由於各個單位法律關係設有與其相應之抵觸規則，且各該準據法規定皆有其固定之適用範圍及其必須存在之理由¹⁸⁶，故而在涉外案件之事實中，無論將某部分之事實定位為本問題或先決問題，實際上僅有如何將事實切割而使之與相應抵觸規則配合之問題。換言之，各該準據法之適用範圍乃為問題核心，至於先決問題本身究竟是否應在理論體系上成為獨立之項目，本文基於對先決問題之準據法皆依法庭地國際私法處理之立場，以及後述之理由，傾向認為先決問題本身並不存在¹⁸⁷。

首先，以法庭地國際私法說處理上述問題，最大的優點在於確保法庭地之內國判決結果一致，而持本問題準據法所屬國國際私法說之見解者，認為僅在內國追求判決一致，將有悖於國際私法追求國際間裁判統一之目標。然而，後說之內外國判決調和，須繫於本案準據法國與法庭地國關於系爭個案之準據法規定相同時方能達成，但現今世界各國無論是在實質法或抵觸法層面，法律統一之情況皆屬少數，則在如此嚴苛之要件下，於達成上開目的，似乎取決於個案之偶然。此外，採用後說將面對法庭地國際私法全無用武之地的境況，而此說之論者為因應此項批判，又創造出「先行問題」之概念，惟先行問題與先決問題究竟如何區別，

法における養子縁組の効力(一)：養子の相続法上の地位，法學論叢 151 卷 1 期，財団法人学会誌刊行センター，2002，頁 94-119；同作者，國際私法における養子縁組の効力(二)・完：養子の相続上の地位，法學論叢 151 卷 6 期，財団法人学会誌刊行センター，2002，頁 73-98。

¹⁸⁵林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度---國際私法，元照出版，2006.01，頁 269。

¹⁸⁶久保岩太郎，國際私法構造論，有斐閣，1955，頁 179。

¹⁸⁷關於先決問題之判斷標準，法庭地國際私法說似已取得通說之地位。且有論者於命題上將先決問題不存在說與法庭地國際私法說劃上等號，已明示其對先決問題之態度，且強調此部分所討論者，本質上就是個別準據法之適用範圍問題。參見：道垣内正人，ポイント國際私法（總論），有斐閣，2007.04 第 2 版，頁 123-124。

實際上難有明確之標準，甚至如日本學者批判，只要相關之準據法條文改變，某一事項便可能在先行問題與先決問題間游移，不僅有傷法律解釋適用之安定，更使兩者之判斷標準令人無所適從¹⁸⁸。尚且，若法庭地法院已對先決問題之部分作出判決，則準據法說之論者亦不得不在此情況下，創設先決問題應依法庭地國際私法決定準據法之例外，以避免相同事實於同一法庭地國涉訟，卻出現矛盾結果之現象發生¹⁸⁹。

再者，採後說須面臨之問題尚有：於法庭地國，先決問題可能隨本問題不同而異其適用之準據法。若採前說，無論該部分事實乃作為先決問題或本問題，皆依照法庭地國際私法決定其準據法，便無此項疑慮¹⁹⁰。另外，具體案件上可能面臨準據法適用之複雜狀況，如案例三之情形，本問題為繼承，先決問題為父母之婚姻有效，若父母任何一方為再婚，尚有先決問題之先決問題，即前婚姻是否已合法消滅亦成問題，則如何適用本問題所屬國國際私法將成為極其繁瑣之問題。又，如依我國涉外民事法律適用法第二十二條，將使涉外繼承案件可能部分適用被繼承人本國法，部分適用我國法，則會發生本問題準據法無法特定之情形，又如何將先決問題之準據法決定適用託付予本問題所屬國之國際私法¹⁹¹？

最後，基於上述兩說之尖銳對立，且又各有若干無法克服之缺陷，乃有論者主張折衷說¹⁹²。但不管如何折衷，皆無法逃避個案中具體判斷標準如何建構之質疑，且我國乃成文法主義之國家，法律安定性之要求應屬根本且重要之事項，雖然涉外民事法律適用法於先決問題之部分並無明文¹⁹³，但將此問題全數交由個案

¹⁸⁸例如：配偶是否為繼承人發生爭議時，如繼承準據法規定為「繼承，依被繼承人之本國法」，則被繼承人與生存配偶之婚姻效力為先決問題，然若規定為「配偶及其他親屬之繼承，依繼承人之本國法。」則因配偶之概念乃以婚姻有效為前提，將使婚姻有效性成為先行問題。參見：溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.05 第三版，頁 231-232。

¹⁸⁹劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 552。

¹⁹⁰溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.05 第三版，頁 230。

¹⁹¹林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度——國際私法，元照出版，2006.01，頁 268。

¹⁹²木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 82。

¹⁹³於新近公布之涉外民事法律適用法修正草案，亦在修正總說明中指出：「但就實務及學說尚

具體判斷，雖有論者主張之彈性化、貼近關係最密切法律之優點，然若遭遇無法判斷何者為關係最密切時，仍會陷入無法處理之境地¹⁹⁴。甚而在主張先決問題不存在論之學者眼中，由於本問題準據法所屬國國際私法說完全不可採，故將其納入選項之折衷見解，自也無討論之價值¹⁹⁵。就本款第一段所舉之案例一～三，如以我國法院為管轄法院，則其先決問題之部分，分別適用涉外民事法律適用法第十一、十八、十六條之規定，雖然無法完全避免出現同樣案件，在其他關係國涉訟時，與我國法院為相異見解之情形，但此為世界各國之法律不統一所生之必然現象，至少明確依法庭地國際私法處理所謂先決問題，將可避免上述各種依準據法說或折衷說，所產生準據法適用界限上之混亂與不便。

第二項 繼承權得、喪、變更相關之準據法適用問題

前項所述，乃涉外繼承中，非依繼承準據法決定何人可為繼承人之部分。以下，本項乃就其他關於繼承人能力、順序、繼承權之喪失等實質法上與繼承人有關之事項，從抵觸法之角度，探討其於準據法上之適用問題。

第一款 繼承權之取得

在自然人之繼承權取得問題上，欲為繼承人，首先應符合「同時存在」原則，換言之，必須在被繼承人死亡時未死亡或已出生者，方有作為繼承人之可能。但該原則仍有基於對胎兒之保護，或於人之權利能力終期部分設有例外，而在準據法之適用上可能發生問題。

首先，胎兒之繼承權取得，由於各國實質法多對胎兒有特別保護，如我國民

無定見之問題，例如定性問題及先決或附隨問題等，為保留其未來之發展空間，仍不設明文規定」參見：司法院關於涉外民事法律適用法修正草案總說明之新聞稿。

¹⁹⁴林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度——國際私法，元照出版，2006.01，頁 265。

¹⁹⁵道垣内正人，ポイント国際私法（総論），有斐閣，2007.04 第 2 版，頁 133。

法第七條，使胎兒以將來非死產者為限，就其個人利益之保護，視為既已出生。則在繼承之部分，胎兒亦有成為繼承人之可能。但繼承能力以其人有權利能力為前提已如前述，惟若兩者之準據法不同，將可能生矛盾之結論。例如在繼承人死亡時尚未出生之胎兒，雖於繼承人死後出生，但在未能獨立呼吸之情況下，未滿一日便死亡。依胎兒之本國法，不承認其權利能力，但依被繼承人本國法，已符合胎兒可為繼承人之資格，將形成胎兒有繼承能力，卻無權利能力之情形¹⁹⁶。而此問題可從兩個角度來看，其一：此種繼承人本國法與被繼承人本國法間規範矛盾之情形，如本章第二節中關於限定、拋棄繼承之部分，最終仍以被繼承人本國法為準。其二：此乃因權利能力之存在，係作為繼承能力被肯認之前提，故生兩者準據法適用範圍之問題。從一之觀點，則在肯認繼承能力隸屬於繼承準據法適用範疇內之前提下，似仍採相同結論為妥，即無論繼承人本國法對於權利能力之規定如何，皆以繼承準據法所指定之實質法作為胎兒成為繼承人時，關於其繼承能力有無之依據。然若從二之觀點，觀察到此問題之學者，多將法人之繼承能力認定一併納入考量，則無論就上開問題，是否贊成僅依繼承準據法認定自然人之繼承能力者，皆認為在法人繼承之情形，須先依其權利能力準據法確認法人格存在，方可依繼承準據法認定其繼承能力之問題¹⁹⁷。

對此，本文認為應從二之觀點切入，且以區分自然人及法人之繼承能力認定之見解為可採。固然，從一之立場，此二者皆屬應依繼承準據法所轄之事項，卻在特定情況下可能受其他準據法之干擾，而對當事人產生利或不利之結果。但在繼承能力之情況，實際上乃其前提要件之準據法上有不同規定所致，而在單位法律關係上本屬對應不同準據法之事項。與上揭之限定、拋棄繼承部分，乃單純同

¹⁹⁶ 蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 367；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 468 及 469 之註 10。

¹⁹⁷ 對法人及自然人（胎兒）皆認為權利能力準據法優先者：劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 469 之註 10；強調僅法人之部分優先適用權利能力準據法者：山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 575；溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 542。

一事項之實質法層面歧異仍有不同。故雖然一之結論可採，但理由需另行探尋。再由二之立場，何以對法人為繼承人時之繼承能力問題，嚴守權利能力存在之前提，或可從法人可否為繼承人並非普世價值，以及法人之權利主體地位乃透過法律規定擬制而來作為理由。但對於自然人，尤其在實質法上，例外將胎兒之利益保護延伸至其出生前之立法例並非罕見，則在利益衡量下，專以繼承準據法認定胎兒之繼承能力，不僅可將實質法對胎兒之保障落實於抵觸法層面，且可避免於涉外繼承之準據法適用上再為割裂之例外，而合於繼承準據法採用統一主義立法之潮流。

其次，在人之權利能力終期部分，雖然其本屬權利能力之內涵，而應以該項準據法認定，但通常問題多半於個案中發生，如在繼承之場合，因實質法上有關於數人死亡時，依年齡推定死亡順序或推定同時死亡之設計，而可能使特定人取得繼承權或於關係人間相互不為繼承¹⁹⁸。故於抵觸法上，就其所構成之繼承人範圍認定問題，仍應依繼承準據法¹⁹⁹。只不過，同時死亡之情形，由於有適用複數繼承準據法之可能性，故可能形成同時死亡之 AB 二人，依 A 之繼承準據法，B 因同時存在原則不納入 A 之遺產分配範圍；但在 B 之繼承，由於 B 之本國法規定，使年幼之 A 被推定在 B 後死亡，仍可繼承 B 之遺產。此時若 A、B 尚有其他親屬存在，將難以避免遺產分配依據，究應以何為準之問題，而在國際私法上又生棘手之適應問題²⁰⁰。此一問題，終在國際立法上被關注，而於一九八九年八月一日公布之「關於國際遺產繼承之準據法公約」第十三條²⁰¹，明文規定二人以上，其繼承依不同準據法，而無法確定死亡先後時，若各準據法對此規定有異或無規定，死亡之人相互間無繼承權。則僅在同時死亡之數人間，其各自之準據法

¹⁹⁸因同時死亡不附和同時存在原則，繼承法上多半規定同時死亡之當事人相互間不得為繼承。

¹⁹⁹蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 368。

²⁰⁰沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門，有斐閣，2006.10 第六版，頁 151-152。

²⁰¹Article 13 Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others.

均承認相互間得為繼承外，原則上同時死亡之人間互不為繼承，以避免發生更多爭議²⁰²。

第二款 繼承權之變更與喪失

除了繼承能力之認定外，繼承人之權利及順位，實質法上另有眾多配套規定，如法定繼承順位、代位繼承、繼承回復請求權，以及繼承權之失權事由等，由於上開事項皆與特定人於繼承法制上之權利有無、範圍密切相關，故應屬繼承準據法適用之對象²⁰³。而在法定繼承的情況，關於繼承順序乃適用所準據實質法之結果。惟各國實質法上關於繼承人之順位先後，甚而是特定親屬可否為繼承人，並未完全統一，則在此處亦可能生依被繼承人本國法不得為繼承，但依繼承人本國法得為繼承之情況。對此，若立於保護繼承人之立場，法庭地國多半於個案藉由公序良俗條款排除外國繼承法之適用，或乾脆以單面法則之立法，確保內國繼承人之利益²⁰⁴。至於意定繼承之情況，無論是被繼承人依遺囑指定繼承人之範圍、順位，或是於透過我國法制上所無之繼承契約²⁰⁵為上開事項，甚而是英美法系中賦予繼承人選擇繼承途徑之制度，皆可能構成繼承權之變更，而在準據法上有納為繼承準據法適用對象之必要²⁰⁶。

另外，關於繼承權之喪失，如我國民法第一一四五條，分別基於特定事實或被繼承人之意思表示，設有五項繼承權喪失事由。於抵觸法的立場而言，雖然其相關事項乃依繼承準據法處理並無疑義，但因各國對於繼承權喪失之事由是否成

²⁰²伍偉華，海牙國際私法公約之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1998年，頁204。

²⁰³劉甲一，國際私法，三民出版，1988.10修訂四版，頁321；林益山，國際私法各論，國立中興大學法律學系法學叢書編輯委員會出版，1996.06，頁94。

²⁰⁴如我國涉外民事法律適用法第二十二條但書。

²⁰⁵關於繼承契約之詳細說明，可參見：久保岩太郎，國際私法上における相續契約，一橋論叢 27卷3期，日本評論社，1952.03，頁169以下。其中，本文作者在第171頁明示繼承契約亦應交由繼承準據法處理之見解。

²⁰⁶木棚照一、松岡博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁267；山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12第三版，頁575。

立之要件不同，故可能出現所準據之實質法規範內容，於法庭地適用時為若干之調整，而視相關規定，就喪失繼承權之要求，是否僅依被繼承人之意思表示為之即可，抑或須經法院裁判，而在程序上進行若干調整²⁰⁷。例如：大阪高等裁判所昭和六十二年三月二十日之判決²⁰⁸，就遺囑執行人（同時為繼承人之一），向法院依被繼承人所為之遺囑內容，申告其他共同繼承人之廢除事宜，而遭法院以程序無理由駁回。受訴法院強調，依被繼承人之本國法，系爭遺囑關於繼承人廢除之表示，乃構成我國民法第一一四五條第一項第五款之表示失權事由，但於我國並無類同於日本民法上²⁰⁹，關於喪失繼承權事由須經法院為形成性質之非訟裁定方得生效之要求，且此種表示失權乃依被繼承人之意思表示而生效，亦非可透過法院之審判賦予其效力之事項，故不受理本項申告²¹⁰。固然論者強調繼承權喪失如須經裁判，應依法庭地之程序法處理²¹¹，但上開見解充分掌握所準據實質法之制度精神，而不囿於法庭地法上之程序要求，或可對類似案件於我國涉訟時，若干處理上之啟示。附帶言之，某些國家承認被繼承人與繼承期待權人間，可約定廢除繼承權²¹²，此亦涉及繼承權之喪失，故也應納入繼承準據法之適用範圍²¹³。

第四節 繼承財產

我國民法第一一四八條，將非專屬於被繼承人之財產上一切權利義務納為繼

²⁰⁷本橋美智子，野田愛子監修，國際相統法の実務，日本加除出版，1997.1，頁 90。

²⁰⁸原文參見：家庭裁判所月報 39 卷 7 号，頁 43 以下。

²⁰⁹此指日本民法第八百九十二條：「遺留分を有する推定相続人（相続が開始した場合に相続人となるべき者をいう。以下同じ。）が、被相続人に対して虐待をし、若しくはこれに重大な侮辱を加えたとき、又は推定相続人にその他の著しい非行があつたときは、被相続人は、その推定相続人の廃除を家庭裁判所に請求することができる。」及第八百九十三條：「被相続人が遺言で推定相続人を廃除する意思を表示したときは、遺言執行者は、その遺言が効力を生じた後、遅滞なく、その推定相続人の廃除を家庭裁判所に請求しなければならない。この場合において、その推定相続人の廃除は、被相続人の死亡の時にさかのぼってその効力を生ずる。」

²¹⁰本橋美智子，野田愛子監修，國際相統法の実務，日本加除出版，1997.1，頁 95-96。

²¹¹蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 368；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 469。

²¹²如德國、瑞士及北歐諸國。參見：蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 368。

²¹³山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 575。

承標的，因此在繼承法制本身，便已對可能成為繼承權利義務之客體劃定範圍。而在繼承法之外，如物權之相關規範中，亦有關於物權得、喪、變更之強制、禁止規定存在²¹⁴。故而在繼承法制上，上開繼承標的範圍之問題，不僅受繼承法本身規範，亦受到其他法規範之限制。只不過，實質法層面之繼承，對於遺產之範圍、移轉之認定等問題，遵循內國法之體系及規範而運作，通常不發生問題。然而在抵觸法層面上，由於各國繼承制度仍有眾多歧異，且就特定權利義務能否被繼承，亦受各該權利義務之準據法及其欲實踐之法政策所牽制，例如：繼承人為外國人之情形，雖可以繼承我國境內特定用途之土地，但依相關規定，卻負有限期標售之負擔²¹⁵。故而在涉外繼承案件中，特定權利義務之繼承性，換言之，繼承財產之構成範圍，便可能成為爭議之焦點。此不僅在繼承準據法本身，更反映在其與個別權利義務準據法之適用間，當兩者所準據之實質法，對系爭權利義務之繼承與否出現不同認知時，如何決定特定權利義務是否能被繼承，乃是此處之問題重點。

我國國際私法之研究，對上開準據法衝突之研究，多半見於夫妻財產制準據法之部分²¹⁶，而在繼承準據法之範圍中並不多見。此外，現行法之抵觸規範中，亦僅在涉外民事法律適用法第十三條第三項，設有不動產所在地法優先適用之規定，並無普遍適用之屈服條款存在²¹⁷。然就涉外繼承之領域而言，由於不動產成為繼承之標的乃極為普遍之情況，則關於不動產權利本身之準據法（通常為所在地國法），與採用統一主義立法例下之我國繼承準據法，應如何分配其適用範圍，

²¹⁴如民法第七五八條：礦業法第十四、三六條。

²¹⁵土地法第十七條第二項：「前項移轉，不包括因繼承而取得土地。但應於辦理繼承登記完畢之日起三年內出售與本國人，逾期未出售者，由直轄市、縣（市）地政機關移請國有財產局辦理公開標售，其標售程序準用第七十三條之一相關規定。」

²¹⁶對此部分之論述，可參見：魏淇芸，國際私法上夫妻財產制準據法之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007年，尤其在第二章第二節關於屈服條款之部分，以及第三章第一節第二項、第二節第五項，有關不動產所在地法之適用問題部分。

²¹⁷涉外民事法律適用法第十三條：「夫妻財產制依結婚時夫所屬國之法。但依中華民國法律訂立財產制者，亦為有效。外國人為中華民國國民之贅夫者，其夫妻財產制依中華民國法律。前二項之規定，關於夫妻之不動產，如依其所在地法，應從特別規定者，不適用之。」

便為上開問題意識中，最為顯著之實際案例。另外，比較法上，我國國際私法主要參考對象之德國及日本，對此項問題之討論已有數十年，甚至百年以上之歷史，惟兩國各自發展出之因應對策並不相同。前者乃在德國民法施行法第三條第三項規定普遍適用於涉外親屬、繼承事件之屈服條款²¹⁸；後者在立法體系上不採德國模式，而是在繼受德國關於此項立法背後之理論依據後，將所謂「個別準據法突破總括準據法」之命題，以解釋論之方式滲透至其國原有之抵觸規範內涵之中。而就上述兩國之處理方式，由於我國之立法較接近後者，故對於日本學說及實務上關於此部分之研究，本文乃以其作為主要參考對象，並依序探究涉外繼承之情況下，繼承財產之構成、移轉，以及繼承準據法和個別權利義務準據法間之適用關係，期能從繼承準據法之立場，初步釐清繼承財產之準據法適用問題。

第一項 繼承財產之準據法適用

首先，就繼承財產之構成問題，我國文獻上對此多半肯定其應依繼承準據法處理。但在此簡短之敘述後，多半尚有附帶提及與其他準據法之關係，有闡述繼承與其他權利義務之關係，而在準據法適用上認為：個別權利義務之準據法承認，仍須繼承準據法承認；繼承準據法承認，特定權利義務可否繼承，仍須其權利義務準據法承認²¹⁹。亦有認為繼承準據法僅作為適用之原則，例外時則應兼採各該權利之準據法²²⁰。尚有認為，關於繼承財產之構成，雖繼承財產由如何之權利義務所構成，乃依繼承準據法決定之事項，然因受繼承財產涵蓋之一切權利義務並非皆有繼承之屬性，故仍須以特定權利義務各自之準據法認定其繼承性之有

²¹⁸一九八六年修正後之德國民法施行法，承襲舊法第二十八條之精神，將屈服條款之適用對象從夫妻財產制擴張至所有涉外親屬、繼承事件，且將條文用語重新建構，規定於新法第三條第三項：「依第三節與第四節之規定，個人財產應依某國法律者，不在該國之標的物，仍應依其所在地國之特別規定」。參見：魏淇芸，國際私法上夫妻財產制準據法之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007年，頁31、36。關於德國法之修正及新舊法之探討，可參見：木棚照一，國際相統法における總括準拠法と個別準拠法，立命館法學 231・232 号，立命館大學法学会，1994.03，頁1485-1523。

²¹⁹劉甲一，國際私法，三民出版，1988.10 修訂四版，頁322。

²²⁰林益山，國際私法各論，國立中興大學法律學系法學叢書編輯委員會出版，1996.06，頁94。

無。並以關於債權請求權之繼承，舉出畫作請求權為例，強調若被繼承人 A 對某畫家 B 有請求作畫之債權，關於此項完成畫作之權利，是否可被 A 之繼承人承繼而主張之，須視繼承準據法及相關之債權契約準據法而定，亦即須累積適用此二項抵觸法則，當任一準據法否認上開債權請求權之繼承性時，便不納入 A 之遺產範圍，而不得被繼承²²¹。此外，亦有明確表示，被繼承人生前所擁有之權利，如欲納入繼承標之物之範圍，則須累積適用繼承準據法及該權利之準據法，僅在兩者皆就系爭權利之繼承性採肯定結論時，方可將其納入繼承財產之構成範圍，由繼承人繼承之²²²。

其次，關於繼承財產之移轉，上述論者皆認為，在準據法之適用上同於繼承財產之構成，亦受到個別權利義務之準據法所牽制。雖然在統一主義下之繼承準據法，指向單一規範，而使繼承財產之移轉問題，亦可在單純的實質法規範體系中運作，不生法律適用之矛盾與衝突。但此為僅適用繼承準據法之結果，當個別權利義務之準據法加入其中時，上述之理想狀態便難以維持。因在將具有涉外性之生活事實，劃分為各個單位法律關係後，各自有其對應之抵觸規則，而各該權利義務之準據法，即便在如同繼承或夫妻財產等具有眾多權利義務集合體之抽象法律制度中，仍與其對應之權利義務相呼應。且關於系爭權利義務之變動要件，例如：某項權利之取得，究竟是即時取得、履行特定行為後取得，抑或經國家機關之許可、登記方取得之；又如特定權利義務之移轉上，能否對抗第三人之問題。皆屬各該權利義務準據法所應處理之部分，而在上開準據法與繼承準據法之規範內容有衝突時，便生如何認定系爭權利義務移轉效果之問題。對此，上開論者亦認為個別權利義務本身之準據法應被併用，並舉不動產繼承之例說明如下：若不動產之準據法（所在地法）不將繼承開始作為不動產直接移轉與繼承人之原因，且縱依繼承而移轉不動產，仍不生物權法上效力，則繼承準據法上雖將不動產依

²²¹蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 368-369。

²²²劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 470。

繼承取得，規定為因繼承開始直接取得，且具有物權之效力，仍難免受物之所在地法限制²²³，形成優先適用個別權利義務準據法之結局。故有學者甚至主張，在繼承準據法與物權準據法之關係上，由於我國未如德國國際私法，設有一般性之屈服條款，毋寧以援用所謂「個別準據法優先於總括準據法」原則之精神，類推適用涉外民事法律適用法第十三條第三項，藉以適用個別權利準據法中之強制規定²²⁴。

第二項 準據法適用衝突之解決

前述第一項之部分，過去關於涉外繼承之論著中，已有在理論上明確指出此乃準據法間之積極衝突者，而認為抵觸規範間之積極衝突，乃因有所謂總括（包括）準據法與個別準據法同時存在之故²²⁵。以下，本文便從何謂總括準據法及個別準據法起始，探討涉外繼承中，抵觸規範之積極衝突態樣，以及可能的解決之道。

第一款 總括準據法與個別準據法

總括準據法及個別準據法之概念，乃從十九世紀起自二十世紀初，於德國首先被提出，係受到當時屬人法主義逐漸興盛之影響，而就特別財產之效力限定依財產所在地法，進而區別所謂總括財產與個別財產之準據法適用範疇²²⁶。

理論上，此項準據法區別之概念乃二十世紀初之德國學者 Zitelmann 所提出，其認為：在一般原則之下，單一事項僅由單一法律所規範，但某些財產，卻例外受到複數規範之效力所涵蓋，而成為所謂特別財產。在其理解下，特別財產

²²³蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 369。

²²⁴劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 470-471。

²²⁵許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1991 年，頁 46。

²²⁶木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 302。

有以下兩種類：第一、由法律行為所創設：如家族世襲財產、定期金財產、公司財產之員工持分等；第二、由抽象法規所創設：被規範為特別財產者，或在法律上被要求特別處理之財產總體。而在國際私法上，雖然原則上單一財產僅服從於單一準據法則，但在上述特別財產之處理上，如作為財產準據法之繼承準據法，乃依被繼承人之屬人法，但就構成該財產之個別事項，卻仍基於其固有或特別之性質，而依物權準據法適用所在地法，或債權準據法適用債務人之屬人法甚而履行地法。因此特別財產皆是基於兩項準據法而存在，則在抵觸法層面，當兩者之規範內容不同，例如：標的物存在於被繼承人本國以外之場合，必然會產生何者應優先適用之問題²²⁷。之後，Zitelmann 在提出：「財產準據法僅依個別準據法之承認方得產生。」的前提下，將財產準據法改稱為總括準據法，並強調個別財產對總括財產之歸屬性，不僅由總括準據法認定，且必須經個別準據法承認，方得使個別財產服從於全體財產於法規上所指向之命運²²⁸。繼之，同國學者 Frankenstein 在前述對總括及個別準據法之理解上，再度強調前者乃於後者之寬容下生存，並將總括準據法僅在不違反個別準據法時被適用一事，作為各種情況下通用之原則²²⁹。進而創設出所謂「個別準據法突破總括準據法」此一之後被日本所繼受之命題。

立法上，德國舊國際私法第二十八條，以及承襲該條歷來於學說、實務上之解釋，僅在用語上有所變更之新國際私法²³⁰第三條第三項，無論將總括準據法與個別準據法之關係，描述為「個別準據法突破總括準據法」或「個別準據法優先於總括準據法」，其規範重點皆屬就特定權利義務，例外的使總括準據法對性質

²²⁷ Zitelmann, (Sondergut nach deutschen International Privatrecht)Festschrift Otto Gierke zum 70.Geburtstag(1911)S.258ff.轉引自：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 309。

²²⁸ Zitelmann,op.cit.,S.31 轉引自：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 311。

²²⁹ Frankenstein, Internationales Privatrecht(Grenzrecht),Bd.1(1926)S.511.轉引自：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 312。

²³⁰指一九八六年修正通過之德國民法施行法。

上為個別準據法之所在地法讓步，而使後者優先適用²³¹。

在上開命題之下，關於個別準據法之內涵，已從過去提出者主張之實質法判斷事項，轉變為德國民法施行法第三條三項之解釋問題，同時亦屬抵觸法層面上應判斷之事項。而在德國通說理解下之「個別準據法」，乃為以下三類：1.家族世襲財產、農地單獨繼承財產等基於特定政治上、經濟政策觀點，而與一般繼承財產區別之特別繼承財產，關於該特別繼承財產之準據法規定，便屬個別準據法。2.在有關不動產繼承之情況，所在地法就上開事項有特別抵觸規定，則該抵觸規則所指定之實質法為個別準據法。3.法庭地之其他抵觸規則所指定，而構成總括財產之個別財產或權利相關之準據法，特別是物權準據法及債權準據法，亦屬此所稱之個別準據法。而日本在繼受「個別準據法突破總括準據法」此項命題之後，關於其內涵之理解，便有學者強調僅以前述德國通說解釋下 3.之內涵為限，因前二者皆為德國法上，設置普遍性質屈服條款所生之特殊問題，自然在無此項立法之日本，不必繼受之²³²。

第二款 衝突之態樣及其解決對策

僅就繼承財產之構成及移轉而言，前述第一項中我國學者之論述，其實已明示或默示的對作為總括準據法之繼承準據法，與其他如物權等個別權利義務準據法之適用衝突問題有所認識，但在我國實務尚未有相關案例出現，且學說之發展亦有待深入研究等背景下，本文接下來將分別對繼承財產之構成及移轉，介紹日本實務案例及相關學說見解，期能從無論在實質法²³³及抵觸法之繼承事項規範，皆與我國有類似性之日本，對我國未來面對此類問題時之處理，能有若干啟示。

²³¹木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 323、326。

²³²木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 329。

²³³至少在二〇〇九年我國民法繼承編大幅修正前，乃與同屬大陸法系國家之日本一樣，對繼承之立法採概括繼承為原則，限定、拋棄繼承為例外之架構。

第一目 繼承財產之構成

何種財產得構成繼承財產？日本實務上有名古屋地裁昭和五十年十月七日判決，從正面肯定系爭不動產之繼承性。簡述其內容如下：被繼承人具有朝鮮人民共和國之國籍，居住於日本，後在日本死亡。依被繼承人之本國法，禁止土地之私有，使系爭不動產之繼承性被否認，而在此適用結果之下，將使本件當事人關於繼承之權利被剝奪。故本案法院乃依日本國際私法上之公序良俗條款，排除被繼承人本國法之適用，改依日本民法處理本案²³⁴。對於法院之處理方式，有學者認為：本案實際之問題重點在於準據法適用之衝突，若肯認繼承財產之構成與移轉專依個別財產之準據法處理，則本案似乎不必祭出公序良俗條款，逕行適用系爭不動產之準據法處理即可²³⁵。則由上開學者之意見，可知關於繼承財產之準據法適用衝突，有主張僅適用個別財產準據法之見解出現。

而在消極財產之繼承上，大阪地裁昭和六二年二月二十七日判決，乃日本學界討論關於繼承財產之準據法適用時，幾乎皆會提及的代表性案例。本案之事實及法院見解如下：訴外人 A（日本人）因進修語言，與原告 X（日本人）一同在美國加州留學中，一九八三年十二月，A 駕駛租賃之小客車載 X，於該州之州內公路行駛，因闖入對向車道而與來車正面對撞。A 於此件車禍中死亡，X 亦身受重傷。其後，X 基於其享有 A 依據美國加州法所應對其負擔之損害賠償債務，向日本法院訴請 A 之父母 Y1、Y2（共同被告），因繼承 A 對其之侵權行為損害賠償債務，而需負擔各自依應繼分算定之損害賠償額，計每人四千四百萬日元。於事故發生地，關於 A 之繼承，已由加州法院，針對 A 因租賃車輛加入之保險而獲得生命保險金，計十五萬美元進行加州法上之遺產管理程序（Probate），且 X 亦已經由該程序獲得至少五萬八千美元之損害賠償額。但被告 Y1、Y2 就 A 對超

²³⁴木棚照一，國際相續法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 303。

²³⁵林脇トシ子，涉外判例研究（被相續人の国籍が朝鮮である場合における相續關係の準拠法とその内容—名古屋地判昭和50・10・7），ジュリスト 632 号，1977.03 頁 121 以下。

過上開賠償額之債務，主張依加州法而免責，X 主要爭執之點乃為被告此項主張之部分。

受訴之大阪地方法院，首先分別就涉外繼承及涉外侵權行為之部分，闡述抵觸規範適用之見解，分別認定繼承之部分，依法例舊二十五條（法適用通則法第三十六條）準據日本法；侵權行為相關之部分，依法例舊十一條（法適用通則法第十七條²³⁶）則關於因本件事故所生之損害賠償債權債務關係之成立及效力，準據該當侵權行為地法之加州法。其次，引述加州法不承認債務繼承性之結論，並強調因雙方當事人皆就上開事項無爭執，則由此觀點出發，本件債務不可能由 A 之繼承人 Y 等繼承。值得注意者，法院特別針對本件債務之繼承性有無，為如下之論述：「關於本件債務之繼承性，必須適用相矛盾內容之法例第二十五條及第十一條。然而，此二項抵觸規則，不得不認為何者應優先適用之根據皆未被發現。若為如此，欲肯定本件債務之繼承性，而使被告依繼承而承繼系爭債務，必須該當侵權行為準據法之加州法及該當繼承準據法之日本法兩者皆肯認（此項債務之繼承性），當其中任何一方否定時，結論上便僅能認為本項債務不具繼承性。²³⁷」最後，法院乃依據上述其對兩準據法適用關係上之認知，對本案原告之主張，認為必須以系爭損害賠償債務得被繼承為前提，則在確認該項債務無法由被告等繼承後，便駁回本案原告之請求²³⁸。

日本學界自実方正雄、久保岩太郎兩位教授從德國引進「個別準據法突破總括準據法」此項命題以來，因此一實務案件，造成學界對於上開命題之內容熱烈

²³⁶此處須注意，現行日本國際私法關於侵權行為之抵觸規則內容已有變更

²³⁷日文原文：「本件債務の相続性につき、法例一一一条一項と同二五条とは、相矛盾する内容の二個の準拠法の適用を命じているものといわなければならない、しかも、そのうちのいずれかを優先的に適用すべきものとする根拠も見当らないといわざるをえないのである。そうであるとすれば、本件債務の相続性を肯定しこれが相続によつて被告らに承継されることを肯認するには、不法行為準拠法である加州法も相続準拠法である日本法もともにこれを認めていることを要するものといわなければならない、そのいずれか一方でもこれを認めないときは、結論としてそれを否定すべきものと解するよりほかはない。」

²³⁸原判決内容參見：判例タイムズ 639 号，頁 232；事實及法院見解整理參見：大村芳昭，櫻田嘉章、道垣内正人編，國際私法判例百選 新法対応補正版，有斐閣，2007.01，頁 146。

討論。首先，通說之見解，除了上述法院在判例要旨中對繼承性部分之闡述外，可由以下敘述表示²³⁹：「繼承準據法認為構成繼承財產之個別財產，如其固有之準據法否認之，便不構成繼承財產之一部。又，即便依繼承準據法，認可因繼承之財產移轉具有物權效力，如個別財產之準據法否認之，移轉便不能實現。」故而對此類準據法適用之積極衝突，依日本通說之理解，乃是以累積適用相關準據法，做為解決之對策。然而，有論者針對本案認為應以分配適用之方式理解：因系爭債務得以被繼承，需以其作為繼承財產之一部為前提，而關於繼承財產之構成，乃依繼承準據法認定之。在本案準據日本法後，可知一身專屬之債務不得構成繼承遺產，換言之，乃是該當債務一般的移轉可能性問題，應由該當債務之準據法所規範。而在該當債務之準據法，否定此項債務之移轉可能性時，便導出本案之結論。從而，關於繼承性之問題，並非累積適用債務準據法及繼承準據法²⁴⁰。更有自引進此命題之學者論述中，進一步分析其內涵，而認為在通說之架構下，可將涉外繼承財產之處理，分為「繼承的客體性」及「繼承財產之構成」，使前者適用個別財產之準據法，後者適用繼承準據法，換言之，關於某財產是否成為繼承之對象，即財產得被繼承應具有何種屬性，乃由繼承準據法所規範；而該財產是否具有上開屬性，則依個別財產準據法判斷之，因而形成其所謂分配適用之局面²⁴¹。結論上同採分配適用者，亦有從批判通說，將侵權行為所生債務之繼承性，區分為「繼承」與「其權利義務之屬性」雙重性質，有違國際私法不承認單一問題適用複數單位法律關係之架構²⁴²，並進一步認為本案所處理者並非債務於遺產管理後之繼承性，而是一般性質之移轉可能，故而依美國加州法，因不否認

²³⁹山田鏡一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 575。

²⁴⁰塚場準一，涉外判例研究（損害賠償債務の相続の準據法について——大阪地判昭和62・2・27），ジュリスト909号，1988.05，頁120-121。

²⁴¹早川 真一郎，「相続財産の構成」の準據法について<不法行為と相続>研究のための序論的考察，関西大学法学論集38卷2・3号，関西大學法學會，1988.04，頁347-354；同作者，ハグ準據法諸条約と「相続財産の構成」，関西大学法学論集38卷4・5号，関西大學法學會，1990.02，頁176。

²⁴²然提出批判之論者亦認為，此項問題，如將「侵權行為所生之債務繼承性」本身亦當作一項獨立的單位法律關係便可避免，只不過如此之設定卻又可能有悖離現行規範之問題存在。參見：道垣内正人，ポイント國際私法（各論），有斐閣，2000.11，頁113。

此項債務之一般移轉性，則在 Y 等繼承該債務之後，X 之主張可被肯認²⁴³。就由對本案之分析，進一步將準據法分為規範「架構」及「內容」之準據法，而認為在繼承之情形，納入繼承財產之種類，由該當於架構準據法之繼承準據法決定；某財產是否有得被納入繼承之屬性，由該當於內容準據法之個別財產準據法處理之²⁴⁴。

此外，另有針對上述案件，主張僅適用侵權行為準據法者²⁴⁵，亦有泛論財產權相關準據法而對通說提出批判，並在結論上認為僅適用個別財產準據法之見解者²⁴⁶。其認為：1.通說繼受德國之見解，卻對德國法上關於繼承財產構成之準據法適用理解錯誤，因德國之學說皆認為此項議題僅適用個別財產準據法處理即可。2.應盡可能避免累積適用準據法，因準據法累積適用之結果，將使同一單位法律關係，產生何以必須對其性質二次檢驗之疑問。3.通說對繼承準據法之適用根據薄弱，因通說對此問題之論述上，僅表明其與繼承密切相關，論理上當然應依繼承準據法處理，但卻未明確指出交由繼承準據法處理之理由及實質根據為何。4.比較通說（累積適用）與僅適用個別財產準據法之結果，前者將導致個別財產被排除於繼承財產範圍之可能性增加，而有悖於繼承準據法採統一主義之立場。因而自定性階段，便將此所處理之問題排除於繼承之範疇，並表示：「歸屬於被繼承人之財產權中，何者應被納入繼承此項單一的法律機制中，所面臨之問題，乃繼承法律機制之入口或其臨界點之問題。」，且在上述見解之基礎上，一併批判日本國際私法上對於繼承之抵觸規範，似有過度偏向身分法面而輕視財產法面向之問題存在。

²⁴³道垣内正人，ポイント国際私法（各論），有斐閣，2000.11，頁 115。

²⁴⁴道垣内正人，ポイント国際私法（各論），有斐閣，2000.11，頁 115-116。

²⁴⁵林脇トシ子，涉外判例研究（不法行為に基く損害賠償請求権の相統——長野地松本支判昭和36・1・16），ジュリスト 252 号，1963.07，頁 94。

²⁴⁶石黒一憲，国際家族法入門，有斐閣，1981.12，頁 181-183；同作者，相統の準拠法，国際私法の解釈論的構造，東京大学出版会，1980，頁 248 以下。

第二目 繼承財產之移轉

針對繼承財產之移轉，本章在前述定性問題之部分²⁴⁷，曾引述最高裁平成六年三月八日第三小法庭之判決。此項判決之法院見解，亦可說是準據法適用積極衝突之一種態樣。對於本案，有從繼承準據法與物權準據法之關係論述者，認為共同繼承人之處分權限制，本來就是繼承問題，應依繼承準據法處理；而違反上開限制所為之處分效力，是否構成權利之有效移轉？則應解為依照物權準據法認定之，故認為最高裁之判斷妥當²⁴⁸。亦有認為實務見解乃基於交易安全，而將財產所在地法之適用範圍擴張。但從統一主義之立法，重視繼承關係內部人之立場來看，似仍應尊重繼承準據法上對共同繼承人處分之限制規定為當，因而主張僅依繼承準據法，處理此類繼承財產移轉之相關問題。只不過，此對於將遺產作為交易標的之第三人而言，便使其負擔了調查被繼承人本國法之交易成本，而成為統一主義無可迴避之缺點²⁴⁹。

此一案例，與處理此類衝突之「個別準據法突破總括準據法」初看之下似無關連，但亦有論者認為此僅為觀察角度不同之問題，並主張本案例中由繼承準據法規範之事項，即關於共同繼承下，繼承人對遺產處分之限制界線，實際上亦受到物權準據法之牽制，若以上開命題之說法理解，縱使作為總括準據法之繼承準據法，承認該項遺產處分上之限制，只要物權準據法不承認此一限制，總括準據法仍不得不讓步於個別準據法²⁵⁰。尚且，有從定性問題及繼承準據法之性質作為立論理由者，認為定性應隨個案而變更，則在本案之紛爭事實，及其現實之本據皆為日本的情況下，應將本案繼承人處分權之有無定性為物權問題，而較傾向原審

²⁴⁷ 參見本章第一節第二項第二款。

²⁴⁸ 山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 576。更詳細之分析，參見：森田博志，相統準據法上許されない相統持分の処分への物權準據法の適用範囲(最判平成 6.3.8)(涉外判例研究-426-)，ジュリスト 1071 号，有斐閣，1995.07，頁 146~148（本文作者原則上亦贊同法院對本案準據法適用問題之分析）。

²⁴⁹ 溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 545-546。

²⁵⁰ 木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 337-338。

之見解者²⁵¹。且繼承之重心雖已傾向財產繼承，但在規範上仍以人格繼承為其主軸。故而在因應實際問題，而對繼承之實像進行修正的前提下，毋寧以僅適用物權準據法為當²⁵²。

第三項 本節小結

綜上所述，日本實務及學說，對於「個別準據法突破總括準據法」之關係，至少有累積適用說、分配適用說，以及僅適用個別準據法之見解存在。主張通說（累積適用）之學者，對於後二者有若干回應和批判，例如：有認為分配適用說與通說在適用結果上究竟有何種差異，未必令人明瞭²⁵³；僅適用個別財產準據法之見解，則缺乏論據，不足採之²⁵⁴。而分配適用說之提出者本身，亦對其學說之缺點明示如下：其一、擴張準據法適用範圍：在某權利義務是否可被繼承之問題上，就其法律關係進行更細微之劃分，將可能使各該事項之準據法（包括繼承準據法本身）超越其本應適用之範圍，而面臨適用範圍不當擴張之危機。且適用之結論，實際上與重疊適用無異！其二、「繼承的客體性」及「繼承財產之構成」之區別困難：此二者在單一實質法體系之判斷中通常不被提出，因根本無必要。雖在抵觸法層面，兩者可能各依其準據法而被指定適用至不同的實質法體系中，但在準據法適用之階段，兩者之區別仍可能面臨實質上無差異，僅為相對性（觀察角度不同）之危機。此外，欲將法律概念中之繼承特性抽離而出，亦屬極為困難且效益甚微之事。故而在繼承準據法上，分配適用最大之問題，乃是抵觸規則之意義及功能應如何建構？因為抽象概念下之繼承準據法適用，並無太大意義，實質上仍由個別財產之準據法作為規範依據；而系爭權利義務雖在具體概念上交由繼承準據法所確認，但真正能對應其特性而處理問題者，仍為各該問題之準據

²⁵¹ 石黒一憲，國際私法 第 2 版，新世社，2007.02，頁 213。

²⁵² 石黒一憲，國際私法 第 2 版，新世社，2007.02，頁 409-410。

²⁵³ 山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 582-583 之註(1)。

²⁵⁴ 山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 576。

法²⁵⁵。至於主張僅適用個別準據法之論者，則是因其對定性問題之處理，及繼承準據法所應扮演之角色有不同的理解，自然在結論上與多數見解大相逕庭。

析言之，問題之本質，仍在總括準據法與個別準據法適用範圍之劃分。具體而言，處理涉外繼承案件時，繼承財產之構成與移轉，究竟應遵循總括準據法，或個別權利義務準據法上所指向之實質法規範及其價值判斷？自一九一一年德國之 Zitelmann 提出上開準據法之區別以來，「個別準據法突破總括準據法」此一命題被日本繼受之，而開展其相關解釋論。雖有眾多外國學者，對此議題進行研究，但在歷經將近百年後的今日，仍未能得出結論。本文不敢妄言提出任何關於本議題之最終判斷，僅在觀察到我國繼承準據法相關之論述，對此部分之理論及實務仍無太多素材之背景下，嘗試透過上開方式，整理此部分之問題意識及可能之解決途徑。至少在抵觸法層面，以下兩點，可成為今後解釋論或立法論發展方向之參考：其一、繼承準據法在理念上應採之態度：此又可區分為兩種立場。1. 貫徹總括準據法之指定意思，使繼承準據法無論在實際上之實行性如何，皆朝向徹底的統一主義邁進，如此則便可實現繼承相關事項處理上單純、統一之願景。而使總括準據法優先於個別準據法，亦即讓屬地法之適用極小化。只不過此一理想主義之立場，仍須在各國國際私法對此議題有統一規範的共識下，方可能實現。而在立法例上，現行之義大利國際私法，以及晚近立法從分割主義過度到統一主義之奧地利及土耳其國際私法，甚而是一九八八年海牙國際私法會議所公布，關於繼承準據法之公約，皆可作為支持本項立場之例。2. 為了迴避抵觸規定間之矛盾，並從實行可能性之觀點，使總括準據法之指定意思退讓，而肯定個別準據法為與特別財產具有最重要牽連關係之規範，故承認其適用上之優先性。此在現今各國國際私法之立法狀態下，乃是為追求判決之國際調和所不得不採取之現實主義立場。實際立法上，德國國際私法中之屈服條款及其相關理論，便屬基

²⁵⁵早川 真一郎，「相統財產の構成」の準拠法について<不法行為と相統>研究のための序論的考察，関西大学法学論集 38 卷 2・3 号，関西大學法學會，1988.04，頁 355-359。

於此立場而創設者²⁵⁶。

其二、對抵觸法上繼承之內涵認知：我國之涉外民事法律適用法第二十二條本文，與日本法適用通則法第三十六條之文字用語幾近相同。日本方面，明治年間立法時，乃在穗積陳重博士之主導下，將重點置於人格繼承（身分法）之側面而採用本國法主義²⁵⁷。但前述主張僅適用個別準據法之學者，其所持論據之一，便點出了對現代實質法上乃至於涉外繼承之實像觀察結果，故而在論上認為繼承制度之重心及其爭議焦點，已漸往財產法之部分傾斜。反觀我國之立法，從一九一八年之法律適用條例第二十條，將繼承準據法規範為：繼承依被繼承人本國法。到之後一九五三年之修正，皆未變動繼承準據法之原則部分，應可肯定在抵觸法層面之價值判斷亦偏重於身分法層面。然而實質法上之繼承規範，在歷經多次的修正後，其傾向財產繼承之趨勢亦不容否認。則未來在檢討繼承準據法之實用性時，至少需意識到：現行有效之繼承準據法，其設立當時之考量，是否能切合於國際交流頻繁之當代社會，而妥善處理可能發生之涉外繼承問題？若採肯定說，則現行繼承法將無修正之必要，而上述關於日本學說及實務之發展，或可在解釋適用繼承準據法上提供若干參考。若採否定說，則應為如何之修正，仍有待配合其他如立法主義、連結政策、比較法制等因素，全盤考量繼承準據法所面臨之問題，進行更深入之研究。惟現今抵觸法上之實況，繼承財產之構成與移轉，深受個別財產準據法之牽制，乃不容否認之事實。

第五節 遺產管理、清算之準據法適用問題

在進入本節之論述前，先以假設案例提出本節之問題：1-1 原居於美國加州之美國人 A，因在長年台灣經商，故於台北購置不動產。某日 A 自美搭機返台，不幸於降落台灣時遭遇空難死亡。A 死後在台灣留有不動產一筆、銀行存款三百

²⁵⁶木棚照一，國際相續法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 330。

²⁵⁷石黒一憲，國際私法 第 2 版，新世社，2007.02，頁 407。

萬，但在美國則遺有向 E 銀行貸款之五百萬美金尚未清償，則 A 之遺產應如何處理？1-2 若 A 之妻子 B 亦同居於台灣，而 A 知其債務難以償還，遂於台北家中仰藥自殺，並立有遺囑表明指定 B 為遺囑執行人，則其遺產如何處理？1-3 設 A 為單身，經商有成，不僅償還銀行貸款，又在美購置不動產一筆。數年後，A 因癌症病逝於台灣。而於繼承人有無不明之階段，有美國籍之 C 及我國籍之 D 分別出面主張其為 A 之繼承人，後經法院確認 C 為 A 之母親，而 D 則為 A 之非婚生子，則 A 之遺產應如何分配？

第一項 抵觸法意義之遺產管理

第一款 遺產管理概念之不確定性

上述案例，依我國涉外民事法律適用法第二十二條本文，應適用被繼承人 A 之本國法，但實質法上之繼承概念，在英美法系與大陸法系國家中不同，已如前揭相關章節所述。則在涉外繼承案件準據清算主義國家之法律時，如又在大陸法系之國家進行相關程序，將有諸多問題可能產生。即便是內國人於自國法院，對同國籍之被繼承人在外國之遺產為特定處分，受訴法院之裁判效力，亦可能受到許多因素影響而降低實效性。從國際私法之角度觀察，此種因實質法上制度不同，而導致抵觸法層面之扞格，自定性問題以降，歷經連繫因素之選擇，乃至於準據法之適用結果，幾乎在整個準據法選擇適用的過程中，皆可能成為發生問題。

由於定性問題上英美法系之遺產管理與大陸法系對該制度理解上之歧異，導致不同國家間，對實質上相同之問題出現了是否依繼承準據法處理的歧異。即便將繼承準據法之適用範圍，定調為適用整個遺產清算分配之流程，於連繫因素之選擇上，仍有追求統一處理，而強調一體適用繼承準據法，及針對繼承流程中各項細微制度之機能，區別其準據法之見解。而在適用結果上，為實踐所準據實質

法之要求，法庭地國之程序規定如何與其配合，更屢為適應問題處理之對象。

具體言之，案例 1-1 中，如美國之遺產債權人，因其對 A 尚有五百萬之債權而被美國法院選任為遺產管理人，則其選任 E 為遺囑執行人之效力，以及 E 據此而有之權限內容、執行行為之效力（是否僅具有屬地效力，或具有對世效力？）亦將成為問題。又如案例 1-2，依我國繼承準據法指定美國加州法為當事人本國法後，因採清算主義之繼承制度，我國法院將如何進行美國法上之遺產管理制度？且因 A 立有遺囑，則英美法對遺囑繼承所要求之檢認（Probate）程序於我國如何實現？。而案例 1-3 中，繼承人有無不明之階段，如依大陸法系之我國法處理，所呈現之遺產管理態樣，又不盡然與英美法系之理解相同。之後確認有合法繼承人 C、D，但就此二人之應繼分額度，準據法為何？又 A 在美國之不動產，及其在臺灣之不動產和銀行存款，於共同繼承之狀態下，將如何進行遺產分割，亦為值得探討之問題。

於國際民事訴訟法之領域中，上開案例情形亦常成為問題之焦點。由於實質法上，此部分之制度設計和規範內容，多半兼含有實體法與程序法之性質，舉凡遺產管理人或遺囑執行人之選任、共同繼承下遺產之裁判分割、及如前述第二節中關於限定、拋棄繼承等之辦理，皆無法否認其將受到程序法因素之影響，因此較繼承制度之其他部分，帶有更強烈之程序法色彩。而在涉外案件之程序事項上，有所謂「程序依法庭地法」之原則存在，雖然從內國之遺產債權人及繼承人等之便利、外國繼承法與內國程序法適應問題之迴避等觀點來看，主張程序依法庭地法確有其理由。但在現實上，由於世界各國之程序規定皆是為落實內國之實質法而存在，因此當涉外案件準據適用外國實質法時，上開原則之貫徹便有其窒礙難行之處²⁵⁸。例如：涉外遺產分割之事件，如同時牽涉位於複數國家之不動產，將可能出現某國對不動產採專屬管轄之情形，使進行分割之法院，其判決效力無

²⁵⁸熊谷秀紀，野田愛子監修，國際相續法の實務，日本加除出版，1997.1，頁 109-110。

法落實於不動產所在地國²⁵⁹。另在相關文書之送達上，涉外案件之當事人可能分佈於不同國家，若嚴守法庭地國之送達程序及相關之期日期間規定，可能使特定人之實體權利保障落空，而有過度強調程序規定之虞²⁶⁰。又在法院判決之執行上，無論是內國法院之裁判於外國執行，抑或相反之情況，皆有其難處。前者除了受到財產所在地國，對內國法院之裁判承認與否此項國際民事訴訟法上之因素影響外，前述第四節提及之「個別準據法突破總括準據法」，亦可能在準據之實質法上，對系爭事項之權利構成或移轉加以否定，而使內國判決之效力落空²⁶¹；後者則為外國法院裁判於內國之承認問題，如在我國乃透過民事訴訟法第四〇二條及非訟事件法第四十九條認定其效力。因此在比較法上，為因應實際狀況，有如前述第二節提及之「並行原則」，透過準據法尋找管轄之依據。亦有如奧地利一九七八年修正之國際私法，於第二十八條第二項規定：「遺產相關程序於奧地利進行時，遺產取得及對遺產債務所負之責任，依奧地利法判斷。」²⁶²皆為考量廣義遺產管理之性質，而為尋求法庭地程序法與所準據實質法間最大限度之調和，所作的努力。

第二款 廣義之遺產管理

從上述案例 1-1~1-3 中，可發現其中涉及遺產管理、遺囑執行，以及遺產分割等事項。雖在實質法上區別為三種制度，但皆為廣義繼承制度之一環²⁶³。於抵觸法層面，應如何理解上開制度，則可由以下角度觀察之：關於清算主義之遺產

²⁵⁹山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 576-577。

²⁶⁰國際立法上，多半透過國於國間之條約，如：「日本国とアメリカ合衆国との間の領事条約」參見：熊谷秀紀，野田愛子監修，國際相續法の実務，日本加除出版，1997.1，頁 106-107，或國際公約如：關於司法或非司法民商文書外國送達之國際私法公約（Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters）參見：伍偉華，海牙國際私法公約之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 66 以下。

²⁶¹若江健雄，野田愛子監修，國際相續法の実務，日本加除出版，1997.1，頁 123-126。

²⁶²木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 268。

²⁶³英美法系之廣義繼承，亦包含其法系所理解之「遺產管理」參見：Gareth Miller, *International Aspects of Succession*, Ashgate Publishing Ltd, 2000, p2-3.

管理，由於本文第二章探討我國現行規範之部分，已將抵觸法層面之「繼承」，定性為包括英美法系理解之遺產管理事項，而英美法系中，如英國法上之遺產管理，則強調其係採用與其他法系顯著不同之方法，乃為履行死者應負擔之債務所創設之法制度²⁶⁴，但實際上仍與大陸法系理解下的繼承制度所欲達成之目的相同。故而在英國繼承法上，乃從人之財產關係僅在一世代內終結之立場，不將死者之財產權直接移轉與繼承人，而設立該當於死者遺產管理、清算機關之人格代表者（personal representatives），作為處理死者相關財產之代表，且區分為遺囑繼承時之遺囑執行人，及無遺囑繼承或遺囑未選任執行人時之遺產管理人²⁶⁵，故英美法系之遺產管理，廣義言之，亦涵蓋遺囑執行之部分。詳言之，此所涵蓋之遺囑執行，乃執行本身之相關事項，如遺囑執行人之指定、選任及權限等部分。至於英美法系中作為遺囑執行前提要件之檢認制度，由於其與大陸法系下僅對遺囑保全所設計之類似制度不同，乃牽涉繼承開始與否之要件，於功能上亦可視為繼承制度之一環，故就其抵觸法選擇之問題，亦一併納入本節第二項而論述之。

再從大陸法系國家之實質法內容觀察，我國民法第一一七七條以下所規範之遺產管理，乃針對繼承人有無不明之遺產，進行繼承人之搜索及遺產之管理、清算，以保護可能存在之繼承人、遺產債權人，和遺產之最終歸屬者（國庫）²⁶⁶。至於遺囑執行之部分，亦由我國民法之相關規範²⁶⁷，得出其主要功能在於落實被繼承人於遺囑中對其財產權之處分（如設立財團之捐助行為、遺贈等）。而遺產之分割，則屬共同繼承下，分配各繼承人對遺產權利之制度。故從制度機能面觀察，大陸法系實質法中此三項制度，皆涵蓋財產繼承上必要之管理、保全、清算等措施，而在國際私法之立場，似非不得以廣義概念之遺產管理加以描述。換言

²⁶⁴浦本寬雄，イギリス相続法における人格代表者制度の成立過程，法政研究 35 卷 4 期，九州大学，1969.02，頁 475-476。

²⁶⁵浦本寬雄，イギリス相続法における人格代表者制度の成立過程，法政研究 35 卷 4 期，九州大学，1969.02，頁 476。

²⁶⁶林秀雄，繼承法講義，元照出版，2005.11 初版，頁 193。

²⁶⁷指民法繼承編中第一二〇九～一二一八條之規定。

之，本文乃從兩大法系之實質法內涵，檢視上述問題意識中涉及抵觸法選擇適用之部分，繼而在歸納各該制度於功能上之共通點後，將實質法上之遺產管理、遺囑執行，以及遺產分割等事項，理解為廣義之遺產管理，並以之作為下述抵觸法選擇部分之論述對象。

第二項 抵觸法上之選擇

抵觸法層面，由於統一主義之繼承準據法，強調應以單一規範處理整個涉外繼承之流程，但實際上達成此目標之困難性，已成為統一主義立法之支持者所不得不面對之問題²⁶⁸。而批判統一立法之論者，也多半從法庭地之公益保護及個案處理之實效為其立論基礎，並強調在世界各國之法規範仍有歧異的現況下，統一主義僅為理想。上述立法主義之爭執，在廣義遺產管理之準據法選擇適用上亦被延續。以下便介紹德國及日本學說上，對廣義遺產管理於準據法選擇上之見解，從比較法之觀點討論此項問題。

第一款 統一處理

此項見解，將繼承於抵觸法上之內涵，理解為包括整個遺產清算管理之流程，故而將不同法系下之繼承相關制度，皆交由繼承準據法處理。就廣義遺產管理而言，將可能出現由英美法系之遺產管理法（例如美國之統一檢認法 Uniform Probate Code）處理人格代表者之選任及權限等相關事宜（以下以廣義遺產管理人稱之）。而依外國法選任之廣義遺產管理人，其權限範圍究竟僅限於所選任之國家（屬地效力），抑或無論被繼承人之財產所在地為何，皆承認該遺產管理人之權限（對世效力），此說則認為原則上應以後者為當。因本說在受到非訟事件

²⁶⁸無論在繼承本身之概念建構、繼承財產之構成與移轉，及本節所欲探討之課題，皆可充分反應繼承準據法欲為統一規範所面臨之困難。

管轄權理論²⁶⁹之影響下，認為既已承認外國法院對此涉外遺產管理事件有管轄權，則依有管轄權法院所選任之廣義遺產管理人，其權限在該國之外原則上亦應被承認²⁷⁰。所以在廣義遺產管理人之選任及權限上，日本通說乃為如下之論述：

「就遺產管理具有一般管轄權之國家，其所選任之遺產管理人權限，應不問遺產所在地而及於全部之遺產，不必在日本另為選任。然若具有一般管轄權之外國未為遺產管理人之選任，或是雖有選任但其權限效力不及於日本時，應解為日本仍得依被繼承人之本國法選任遺產管理人²⁷¹。」

雖然，如此之準據法適用結果，必然導致法庭地程序法與所準據實質法間之適應問題，但論者亦強調適應問題並非不能解決，且可從實質法及抵觸法兩方面著手²⁷²。在實質法層面，可尋找內國法中能在廣義遺產管理上發揮相同功能之制度，以之代替外國法上之程序規定，以達成所準據實質法上之要求。例如：以限定繼承制度相關之程序規定，代替英美法中檢認制度之進行。只不過如此的解決方式卻可能在適用法庭地之程序法的情況下，又生與繼承準據法指定之實質法矛盾之疑慮。而在抵觸法層面，則可從準據法之適用上，將與實體法密切關連之外國程序法亦納入指定之範圍，則在適用最能配合該實質法之程序規定所得出之結論，應可大幅降低適應問題產生之可能，也有助於國際間之裁判調和。惟，透過抵觸法則處理適應問題，亦面臨要求內國法院適用外國程序法之論據為何？且在內國法院多半對外國法律不熟悉的前提下，實際上也甚難達成如此之要求。如德國實務之立場，也在採用並行原則的情況下，否認內國法院對準據外國法案件之管轄權。至少主張統一處理之論者，已表明上開適應問題，僅在極少數之情況下發生，且並非無法解決。

²⁶⁹此指前揭之「並行原則」。

²⁷⁰木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 287-288。

²⁷¹山田鐸一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 578-579。

²⁷²木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 274、288；林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 363 以下。

第二款 分割處理

為迴避統一處理所必然產生之適應問題，有論者從抵觸法之選擇上，將繼承相關事項又區分為：應依繼承準據法處理之「遺產分配」，及應依法庭地法處理之「繼承過程」²⁷³。前者乃針對繼承之順位、應繼分，及對遺囑自由限制相關之事項（如特留分及扣減權之行使）；後者則將整個繼承流程中，關於遺產取得、共同繼承人之關係、遺產分割、對外之債務責任及對內之債務負擔，以及遺囑執行等皆涵蓋在內。而此說除了對統一處理之可行性提出質疑外，尚從廣義遺產管理本身之性質而立論：1.在不使繼承人負無限責任之制度下，盡可能早日終結遺產之清算管理，而將遺產分配與繼承權利人，亦屬其之利益。2.就遺產債權人而言，儘速知悉被繼承人之遺產對何人？應負擔何等程度之債務？以及其自身債權之早日實現，皆屬此類繼承關係之第三人所得享有之利益。3.對遺產所在地國而言，除了公法上關於稅捐之考量，儘速將關於繼承之財產狀態確定，使其可再度投入市場交易，亦屬其所期待之利益²⁷⁴。而在日本，亦有學者從遺產管理之行為性質立論，認為現實狀況下，應將遺產管理定性為與繼承不同之事項，且在英美法系遺產管理之行為效力僅有屬地性質的情況下，應以遺產管理地法為其抵觸法則²⁷⁵。

在分割處理之見解提出後，統一處理之支持者首先就適應問題之部分回應，強調即便將廣義遺產管理分割處理，則依繼承準據法所為之遺產分配，與依法庭

²⁷³此為德國學者 Ferid 之見解。參見：木棚照一，國際相續法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 274 以下。

²⁷⁴林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 365。

²⁷⁵又可細分為：僅於涉外繼承事件準據於英美法系實質法時，方就遺產管理事項準據遺產管理地法之見解。參見：矢ヶ崎武勝，英米法の遺產管理に関する抵觸法上の一考察-3(完)-，国際法外交雑誌 57 卷 1 号，1958.04，頁 75 以下；及強調遺產管理之屬地性質，而認為如遺產位於日本，即應依日本法處理之見解。參見：田中徹，涉外判例研究，ジュリスト（英米法による相續における在日遺産の管理——大阪高判昭和 5 6・9・30）812 号，有斐閣，1984.05，頁 137。

地法所為之遺產管理，仍可能出現新的適應問題。如以同屬大陸法系之我國為例，我國法上雖有引進英美法系之信託制度，但就英美法中普遍存在之遺囑信託，如欲在我國執行，相關之規範為何，遭遇問題時有應如何解決，皆仍有待研究²⁷⁶。則若英美法系之遺囑執行人欲在我國執行遺囑信託之內容，便會因制度規範欠缺，而又產生適應問題。尚且，統一處理論者亦曾表明，適應問題之發生乃少數例外，僅在與內國法制度差異極大之國家法律成為準據法時才會發生，即便從訴訟經濟的觀點，使內國程序法適應多數外國法之制度，並不會耗費太多成本。但在上開說明後，將使分割處理說之立論基礎動搖，而無法凸顯其與統一處理之差異²⁷⁷。因此，為理解此二說之差異，毋寧將差異之處聚焦於廣義遺產管理之國際統一。依分割說，如遺產存在複數國家時，將依照完全不同之遺產管理制度處理，而使遺產權利人之相同行為可能發生完全不同之效果，且分割說亦導致原本在被繼承人生前歸屬於一人之財產，僅因財產所在地不同而割裂其管理清算上之法依據，對遺產債權人及其他利害關係人而言，似乎是弊多於利的局面。故即便是分割說之提倡者，亦肯定統一處理在抵觸法層面有其可取之處，只不過現實上國際私法尚未能統一，因而寧願採取分割處理之見解。惟在法制史上，分割處理說僅為德國學界於修法過程中提出之立法論，於今已無人採用。而日本之情形，雖然統一處理在學界成為通說，但於實務上，仍有如東京家裁昭和四十一年九月二十六日審判之見解，透過物權準據法之立法精神，將涉外之遺產管理人選任事件，準據於該當財產所在地法之日本民法²⁷⁸。

²⁷⁶遺囑信託相關之問題，可參見：潘秀菊，從遺囑信託與成年安養信託探討台灣現行信託商品於發展上所面臨之障礙與突破，月旦財經法雜誌 17 期，2009.06，頁 85-113 尤其，頁 85-103 之部分。

²⁷⁷林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 366-367。

²⁷⁸判決原文參見：家庭裁判所月報 19 卷 5 号，頁 112。相關評論可參見：出口耕自，櫻田嘉章、道垣内正人編，国際私法判例百選 新法対応補正版，有斐閣，2007.1。

第三款 依外國法選任之廣義遺產管理人權限

從大陸法系國家之立場而言，涉外遺產管理相關問題上，最大的難題即所準據之英美法系制度如何在自國內被實踐，而在英美法國家認知的遺產管理中，最重要的角色便是其實質法上之人格代表者²⁷⁹，在其人進行廣義遺產管理相關事項時，行為之效力範圍究竟為何？換言之，大陸法系國家，對依外國法選任之廣義遺產管理人，乃逕行承認其權限，或否認而另為選任。此亦將導致涉外遺產管理究竟為統一處理或分割處理，故於本款一併討論之。

比較法上，德國之多數見解，乃認為此一問題屬外國非訟裁判之承認，如前述統一處理說之論者所主張，原則上乃自動承認，且德國在一九八六年配合其國際私法之修正，也在非訟事件程序法上設置相關規定²⁸⁰，將歷來實務、學說之見解明文化。則依英美實質法選任之廣義遺產管理人，對德國境內之遺產，亦基於選任國法而有遺產管理之相關權限。對此，同國學者亦有反對見解，認為英美法系之遺產管理制度，重點乃債權者之滿足及遺產債務之處理，而非遺產之移轉，且在承認英美法系遺產管理人之權限及於財產所在地之外國時，將可能對該國之遺產債權人產生不利之結果，例如：被繼承人本國所選任之遺產管理人，為清償本國之遺產債務，而向財產所在地國之法院，申請就被繼承人遺留於此之不動產拍賣變價，如財產所在地國承認該遺產管理人之權限具有普世效力，若財產所在地國亦有遺產債權人存在，有可能需以其不熟悉之被繼承人本國法，方足以保障其債權得受清償。因而形成對選任國以外之遺產債權人不利之局面。雖然主張此說之學者亦從其論述之英美學說中，發現有廣泛承認遺產管理人權限之見解存在²⁸¹，但基於制度本質，仍認為應強調法安定性而將遺產管理人之權限，解為屬地

²⁷⁹此亦為本文所稱之廣義遺產管理人概念所涵蓋，以下仍以廣義遺產管理人稱之。

²⁸⁰德國非訟事件程序法第十六條 a 參見：林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 387。

²⁸¹英美法上，亦有所謂所在地法說與住所地法說之對立存在，前者乃將各法域中存在之遺產，使其個別、獨立的服從於所在地之管轄及準據法規則；後者則將動產性質之遺產，無論其所

性質，僅在選任國內生效²⁸²。

對於否認說之見解，承認說乃自以下兩方面批判²⁸³：其一、對否定說立論基礎之質疑，因其援引之英美見解，對於廣義遺產管理人之權限能否擴張於外國，乃由該外國是否承認其人之權限而決之，甚而在立法上，如美國於一九六九年頒佈之統一檢認法（Uniform Probate Code），亦可看出承認他州選任之住所地遺產管理人，已成為立法趨勢。如本法第四・二〇一條以下，將住所地選任之遺產管理人於住所地外之權限，限於該地尚未開啟選任副次管理人之程序，且經一定之證明程序後方承認之²⁸⁴。故而在英美法系國家，至少在立法上已不同於德國持否

在地為何，皆盡可能時其成為單一遺產而服從於住所地之管轄及準據法規範。參見：木棚照一，國際相続法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 240。

²⁸²林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 388-389。

²⁸³林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 389 以下。

²⁸⁴Uniform Probate Code : § 4-201. **[Payment of Debt and Delivery of Property to Domiciliary Foreign Personal Representative Without Local Administration].**

At any time after the expiration of sixty days from the death of a nonresident decedent, any person indebted to the estate of the nonresident decedent or having possession or control of personal property, or of an instrument evidencing a debt, obligation, stock or chose in action belonging to the estate of the non-resident decedent may pay the debt, deliver the personal property, or the instrument evidencing the debt, obligation, stock or chose in action, to the domiciliary foreign personal representative of the non-resident decedent upon being presented with proof of his appointment and an affidavit made by or on behalf of the representative stating:(1) the date of the death of the nonresident decedent,(2) **that no local administration, or application or petition therefor, is pending in this state,**(3) that the domiciliary foreign personal representative is entitled to payment or delivery.

§ 4-204. [Proof of Authority-Bond].

If no local administration or application or petition therefor is pending in this state, a domiciliary foreign personal representative may file with a Court in this State in a [county] in which property belonging to the decedent is located, authenticated copies of his appointment and of any official bond he has given.

§ 4-205. [Powers].

A domiciliary foreign personal representative who has complied with Section 4-204 may exercise as to assets in this state all powers of a local personal representative and may maintain actions and proceedings in this state subject to any conditions imposed upon nonresident parties generally.

認說者，對廣義遺產管理人於外國權限效力之認知。其二、對遺產債權債務人保護欠缺，承認說也提出三項回應：1.透過德國法上之暫時性保全措施，選任遺產保護人 2.援引美國統一檢認法典中之設計，即依照上述該法典中第四・二〇一條以下之規範內容，作為廣義遺產管理人之權限擴張於選任國外之要件。3.將遺產管理之相關事項，反致於財產所在地國法²⁸⁵。則在依財產所在地國之法律選任廣義之遺產管理人，將因其選任及權限之依據皆為財產所在地國法，而不生法庭地程序法與被準據實質法間之適應問題，亦不會有與外國遺產管理人間之權限爭議。

第三項 本節小結

本文認為，從大陸法系國家之立場，抵觸法層面之遺產管理，實際上之問題係在價值判斷上，究竟統一主義之立法應被貫徹至何等程度。亦即，在涉外的遺產管理相關議題上，應追求者為遺產管理之國內統一或國際統一，而上述的學說或處理方式之爭議，其實也都是在這樣的價值判斷中擺盪。分割處理及否認廣義

§ 4-206. [Power of Representatives in Transition].

The power of a domiciliary foreign personal representative under Section 4-201 or 4-205 shall be exercised only if there is no administration or application therefor pending in this state. An application or petition for local administration of the estate terminates the power of the foreign personal representative to act under Section 4-205, but the local Court may allow the foreign personal representative to exercise limited powers to preserve the estate. No person who, before receiving actual notice of a pending local administration, has changed his position in reliance upon the powers of a foreign personal representative shall be prejudiced by reason of the application or petition for, or grant of, local administration. The local personal representative is subject to all duties and obligations which have accrued by virtue of the exercise of the powers by the foreign personal representative and may be substituted for him in any action or proceedings in this state.

²⁸⁵此之反致，乃是在對選任國之廣義遺產管理人權限採承認說之前提下進行。需注意以下兩點：1.關於反致本身之理論依據，其乃學說上所謂「隱性反致」，關於此項反致之理論及要件，則留待第四章再為說明。2.承認說配合反致運作，於個案中將出現與分割說相同之結果，故而有特別立論分析期間差一之處者，如：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 281 以下；亦有指出對於分割說之批判，如所準據之本國法為英美法系規定，而達成如上開情形時，並不適用。參見：林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 383-384。

遺產管理人權限域外效力之見解，認為其至少可使同一國家內之遺產，實現規範上之統一，但在採用統一主義立法之國家，卻又將因抵觸規則之構造和反致條款之作用，使此一優點之實益大幅降低，而使遺產即便在同一所在地，終究無法避免割裂適用不同規範所生之弊病。反之，統一處理之見解，追求國際間遺產管理統一，且透過承認域外遺產管理人之權限，確保其就同一被繼承人之遺產管理、清算效力亦得統一。而在國際立法上，海牙國際私法會議於一九七三年十月二日第十二會期之海牙國際私法會議通公佈之「關於國際遺產管理之公約」(Convention Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons)²⁸⁶，採用與前述透過繼承準據法追求國際間遺產管理統一不同之方式²⁸⁷。此公約乃藉由國際證書(international certificate)制度之建立，作為締約國間關於遺產管理及相關代表人權限之憑證，以達成國際間遺產管理事務於處理上之統一²⁸⁸。但無論如何，統一處理之方式，應屬較為符合立法趨勢的選擇。

最後，依統一處理及承認說之方式，簡要敘述本節首開案例可能的處理方式：案例 1-1 中，由美國法院選任之遺產管理人 E，如欲就遺留我國之不動產及銀行存款為遺產管理，則就其選任之效力，和相關遺產管理行為之權限，皆屬我國對外國法院非訟裁定之承認問題，我國法院對此應依非訟事件法第四十九條檢驗之，如無該條所述之事由，原則上應予承認。若 E 跨海來台起訴，則與案 1-2，皆依涉外民事法律適用法第二十二條本文，準據美國加州法律，分別由法院指定 E 為遺產管理人，及由 A 之遺囑指定之執行人 B，進行廣義之遺產管理。則我國法院應以何種程序，適應依美國加州法律對遺產管理相關程序之要求，即為問題之焦點。就 1-1 之情形，或許可依照我國民法及非訟事件法上關於概括繼承，限

²⁸⁶條約內容，參見：http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=83。

²⁸⁷木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 300。

²⁸⁸被相続人の財産の國際的管理に関する條約(仮訳)，(ハーグ國際私法會議第 12 會期の報告)，法費時報 25 卷 1 期，法費會，1973.01，頁 51-64；伍偉華，海牙國際私法公約之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1998 年，頁 115-124。

定責任之規定，作為遺產管理人聲請之依據²⁸⁹，而開啟關於 A 遺產之清算程序；而 1-2 的情形，由於需經遺囑檢認程序，方得使遺囑執行人 B 對 A 之遺產進行清算管理，但我國民法上之遺囑提示，不僅對象非為法院，且在制度目的上亦大異於英美法中之檢認，可能形成無功能相近制度可用的局面。至於 1-3 的情形，由於我國之繼承準據法有針對內國人之例外規定，則在 C、D 出面主張欲繼承 A 之遺產時，就 C 之部分及在美之不動產，適用涉外民事法律適用法第二十二條本文，準據美國加州法律；但就我國籍 D 及遺留在我國之不動產和銀行存款，卻可依同條但書而準據我國民法，將使 A 之繼承無可避免的適用不同準據法²⁹⁰，雖然在結論上似可保護我國籍之 D，但就統一主義立法乃追求涉外繼承以單一規範處理，並強調身分法面向，維持繼承人間內部公平的價值判斷而言，我國法之但書將有違背上開立法精神之虞。極端而言，若 A 遺留在美之不動產價額巨大，遠超過其在台灣遺留之財產價值，如因上開割裂適用準據法之結果，導致 D 完全無法取得在美遺產部分之應繼分，則本條但書欲保護我國籍繼承人，不受英美法系規定影響之目的，似又可能有落空之虞。

第六節 無人承認之繼承

所謂無人承認之繼承，乃借用我國民法繼承編遺產繼承章中第五節之節名，藉以描述此一形式上與繼承密切相關，但在實質上卻與典型認知下之繼承內涵有所不同之部分。其在用語之定義上有釐清之必要，且在遺產歸屬權之法律性質上，更有不同之見解對立。不僅在實質法上有兩種制度存在，更將此項議題之核心問題：無人繼承之遺產處理，延伸至準據法之選擇適用上。而在實際立法上，

²⁸⁹即依據我國民法第一一五六條及非訟事件法第依四一條以下之相關規定，陳報遺產清冊。

²⁹⁰亦有學者就涉外民事法律適用法第二十二條但書，指出其文義上不明確之處，而其中一項可能的缺點便為：繼承人依但書規定得繼承中華民國之財產時，若有其他外國籍之共同繼承人，則該共同繼承人得否共同繼承該財產，其應繼分之準據法為何國之法律，從條文文義均難以瞭解。參見：徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌 160 期，2008.09，頁 157。

我國涉外民事法律適用法第二十三條，雖然獨立設有關於無人承認繼承之抵觸規則，但就該條之適用範圍仍有進一步探討之必要。而我國國際私法之主要繼受法國日本，於此部分欠缺直接的抵觸規定，故其國在解釋論上之發展，以及據以建構出之相關準據法適用結論，也可能做為我國在此部分修法上之參考。以下便從無人承認繼承之定義、法律性質爭議，以及無人繼承財產之準據法適用問題，依序加以探討。

第一項 定義與法律性質之爭議

無人承認之繼承，實際上包含兩階段，即在前之繼承人有無不明，以及在後之無人繼承。實質繼承法上，前者於大陸法系國家多半構成遺產管理人之選任事由²⁹¹，使遺產管理之一大重點便在於繼承人之搜索及此段期間之遺產管理、保全等事項。故抵觸法上，此一階段仍屬典型繼承概念下之範疇，仍應依繼承準據法處理²⁹²。而在確認無人可為遺產之繼承後，即進入上述所謂在後之階段，而為本節所欲討論之對象。

在確定遺產無人繼承後，將面臨遺產應歸屬於何者之問題？對此，各國實質法上，多將此情況下之遺產，規定交由國庫或其他公共團體處理，但此項遺產歸屬權之法律性質，尚有以下兩種見解對立：其一，乃至十八世紀為止之通說，主張國庫係依領土主權之作用，而對繼承人不存在之遺產，進行無主物先占（先占權主義）；其二，自十九世紀以來漸成為有力說之見解，認為國庫乃作為最終之

²⁹¹如我國民法第一一七七條：「繼承開始時，繼承人之有無不明者，由親屬會議於一個月內選定遺產管理人，並將繼承開始及選定遺產管理人之事由，向法院報明。」日本民法第九五一條：「相続人のあることが明らかでないときは、相続財産は、法人とする。及第九百五十二條：「前条の場合には、家庭裁判所は、利害關係人又は檢察官の請求によつて、相続財産の管理人を選任しなければならない。2前項の規定により相続財産の管理人を選任したときは、家庭裁判所は、遅滞なくこれを公告しなければならない。」

²⁹²本文於本章第五節所述之遺產管理，至少在大陸法系之國家中，便以處理此部分之情況為大宗。另參見：徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌 160 期，2008.09，頁 156。

法定繼承人，而取得繼承人不存在時之遺產（繼承權主義）。前者為多數英美法系國家所採，並及於拉丁美洲國家及奧地利等國；後者則為多數大陸法系國家所採，如德國、義大利、西班牙、瑞典、瑞士等採之²⁹³。此項實質法上之歧異，亦如同前述之繼承準據法立法主義之爭，透過實質規範的型態反映於抵觸法層面，因此從國際私法的觀點探討無人承認之繼承，首先面臨者乃為定性問題²⁹⁴，亦即在解釋上，應將確定遺產無人繼承後之狀況，歸於何種抵觸規則處理之問題，而在上述實質法上爭議延伸的啟示下，乃成為繼承與物之所在地法（更精確的說，乃財產所在地法²⁹⁵）兩類抵觸規則於其適用範圍上之解釋問題。

如同實質法之層面，無人繼承財產應適用繼承準據法或財產所在地法皆各有支持者。然無論採何種見解，就外國被繼承人死亡而遺留於內國之財產，最終之結論幾乎皆為適用內國實質法而使該筆財產歸屬於內國國庫。因而有學者對此現象提出批判，認為就無人承認之繼承所為之議論，無論是繼承也好，先占也罷，皆是以私法的假面掩蓋其為自國國庫牟取利益之主張。例如：德國對此問題定性為繼承，而認為應適用被繼承人之本國法，係在其國民族主義昂揚而伴隨之屬人法則適用範圍擴張的背景下，而將規範重點置於對外國所在之自國民財產所可能主張之自國法上權利；而在英國及美國，關於無人承認繼承之財產歸屬，幾乎皆為財產所在地發生之爭議事件，因而使抑制外國對內國所在之無人繼承財產所為之權利主張，成為法律構成上之重點²⁹⁶。故而在抵觸法層面上，問題之重點乃被導向應如何建構一項充分合理之論述，使無人承認繼承之處理可符合國際私法之理念，而非僅以選法規則作為增加內國國庫利益之手段。

²⁹³木棚照一，國際私法における相続人の不存在，立命館法學 90 期，立命館大学法学会，1970.11，頁 8；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 464-465；洪應灶，論國際私法上繼承之準據法，法律評論 21 卷 9 期，1955.09，頁。

²⁹⁴蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 370。

²⁹⁵因遺產不僅可能包括物權性質之動產及不動產，亦可能涵蓋債權性質之部分，甚而無體財產權之遺產。

²⁹⁶木棚照一，國際私法における相続人の不存在，立命館法學 90 期，立命館大学法学会，1970.11，頁 33。

對此，日本數十年前便有學者對上述問題清楚意識，並提出獨特見解：由於先占說在形式上被質疑根本不構成無主物先占之現象，至少在形式上論據有所欠缺；而繼承說又有法人可否為繼承人之疑義，以及遺產債權人和受遺贈人之權利喪失問題存在，故而在實質法上，不如將此項遺產歸屬權，認為乃基於特別規定而取得，換言之，乃基於內國公益保護之必要而為之設計²⁹⁷。而在國際私法上，雖然各家學說仍承襲實質法上之見解對立，但若將先占說解為，基於遺產所在地之公益保護，而使財產所在地國之國庫取得遺產，將使論據內涵轉化後之先占說，符合內國法上之公益概念，且亦可與其所考察之諸外國民法²⁹⁸之結果調和，而提出所謂公益說之見解，另在確立抵觸法層面處理無人承認繼承問題之立場後，進一步強調問題之所在乃公益說於實質規範上之依據為何²⁹⁹。其後，尚有論者進一步開展公益說之論述，認為此問題應從涉外私法生活安全保障的角度出發，故應把重點置於遺產債權人等利害關係人之保護³⁰⁰。於今，日本對此項爭議，多數見解從繼承制度之本質，以及其國繼承準據法之規範架構，強調繼承乃以親族關係為中心之財產移轉，係基於特定身分關係而為之，但在國庫作為繼承人之情形，並無如此之關係存在，即便國庫或公共團體作為最後順位繼承人而取得無人繼承之遺產，性質上仍與該條所定義之繼承大不相同。且於被繼承人亦不希望將遺產歸屬於國庫時，更有失其依照繼承準據法處理之依據。因而形成不適用繼承準據法之結論³⁰¹。

²⁹⁷ 提出此見解之學者，對日本民法上之相關規定，依文義解釋解為：在確認遺產無人繼承，而為遺產債權債務相關公告之期限屆滿之同時，遺產即歸屬於國庫，因而根本不會使遺產呈現無主物之狀態。參見：久保岩太郎，國際私法における相続人の不存在，法學研究 23 卷 11 期，慶應義塾大學法學研究会，1950.11，頁 13 中整理之學者意見。

²⁹⁸ 參見：久保岩太郎，國際私法における相続人の不存在，法學研究 23 卷 11 期，慶應義塾大學法學研究会，1950.11，頁 16 註(3)對包括日本、我國、法國、德國及瑞士民法相關規定之解說。

²⁹⁹ 久保岩太郎，國際私法における相続人の不存在，法學研究 23 卷 11 期，慶應義塾大學法學研究会，1950.11，頁 13-14 及 17 之註(8)。

³⁰⁰ 木棚照一，國際私法における相続人の不存在，立命館法學 90 期，立命館大學法學會，1970.11，頁 33 以下。

³⁰¹ 山田鏡一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 581；木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 269；溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 543-544。

第二項 無人繼承財產之準據法適用

繼之，在不適用繼承準據法的情況下³⁰²，無人承認繼承之遺產處理，於抵觸法之依據有以下三種見解：其一、將無人承認繼承之遺產視為無主物，而依照物權準據法（關於法適用之通則法第十三條）其二、著眼於繼承財產未必限於動產及不動產，若認為其牽涉者主要為無主財產之命運，則應以個別財產之準據法加以處理。其三、認為日本之國際私法上欠缺直接規定，則基於法理推導出適用財產所在地法之結論³⁰³。針對上述三說，依照目前通說之脈絡，自以第三說最為可採，且過去在將繼承準據法與財產所在地法並列討論時所持之部分理由，仍可作為支持本說之依據。理論上，公益說強調無人承認之繼承，既非依附於繼承法制，也非歸屬於先占制度，乃作為一獨立之特殊問題存在，故基於財產所在地之公益保障，應適用財產所在地法³⁰⁴。實務上，日本曾有法院認為此項議題之重點乃在遺產之清算、管理部分，而非單純之遺產應歸於何人之問題，故將無人繼承遺產之歸屬理解為應側重清算、管理之部分，而強調所在地法之適用³⁰⁵。

再者，立於排除繼承準據法之適用前提下，支持第三說之理由尚有：一、遺產種類上之考量：由於無人繼承所遺留之財產未必僅限於有體物，則依物權準據法作為規範依據並不足以妥適處理全部遺產，不如依法理而適用財產所在地法更為妥當³⁰⁶。二、無人繼承財產之本質：雖然在結論上，此說與先占說依物之所在地法之處理結果並無不同，但其並非僅限於財產歸屬於國庫之問題，亦非僅單

³⁰²過去日本之學說，尚有主張適用繼承準據法，或將其與財產所在地法視情況混合適用者，但此兩說皆使遺留於日本之無人繼承遺產，準據日本法而處理，結論上並無不同。詳可參見：木棚照一，國際私法における相続人の不存在，立命館法學 90 期，立命館大学法学会，1970.11，頁 34-35 惟本文限於篇幅，僅介紹現今通說下之相關爭議。

³⁰³阿部耕一，國際私法と銀行取引--「法の適用に関する通則法」の制定と銀行実務への影響(10)相続・遺言，銀行法務 21 51 卷 13 期，經濟法令研究会，2007.11，頁 72。

³⁰⁴久保岩太郎，國際私法における相続人の不存在，法學研究 23 卷 11 期，慶應義塾大学法學研究会，1950.11，頁 14 以下

³⁰⁵木棚照一，國際私法における相続人の不存在，立命館法學 90 期，立命館大学法学会，1970.11，頁 36 及 37 之註(8)所引之日本法院判決。

³⁰⁶山田鏝一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 581。

純涉及個別財產之命運，故與典型無主物仍有不同。毋寧認為此種情況下，無人繼承遺產仍有若干同於一般繼承之需求，亦即將全部之遺產交由國庫的同時，不僅處理其歸屬之問題，尚且涉及財產之清算、管理。然其終究非繼承準據法之適用對象，故雖然在統一主義架構下，對涉外繼承問題有統一處理之要求，但至少無人在繼承財產的部分，應更加強調所適用之準據法對內國所在財產有關之遺產債權、債務人等利害關係人利益之重視³⁰⁷，而以財產所在地法，貫徹公益說追求早日終結遺產於法律上處於不安定狀態之理念。

最後，針對我國現行無人承認繼承之準據法，雖然立法理由明確強調乃基於內國公益之保護而設³⁰⁸，但在適用範圍上仍有若干疑義待解。首先，於個案之適用上，有認為應連外國之國庫或其他公共團體亦不得繼承時，方得適用本條。且進一步主張，為避免定性問題之複雜化，以及繼承準據法和財產所在地法衝突之防止，即便為我國人於外國留有遺產而成為無人繼承之情形，亦僅就殘存於我國之部分，適用財產所在地法之我國法，而就留存於外國之部分，不宜概依繼承準據法而使其歸屬於我國國庫³⁰⁹。其次，此項規定是否即表示，我國於抵觸法上選擇財產所在地法作為無人繼承財產之規範依據，抑或僅針對留存於我國之外國人遺產特別規定？若僅以立法理由為據，則似以後者為當³¹⁰。雖有論者注意到此項規範於適用範圍上之限制，而認為如無人繼承之財產在外國，亦應類推解釋為依其財產所在地法解決，但並未說明理由³¹¹。針對上開情形，尚有認為我國現行規定之範圍太過狹隘，且批判其為贅文，而應參照外國立法例，修正改為全面性規定之見解³¹²。

³⁰⁷木棚照一、松岡博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁270。

³⁰⁸參見前述第二章第一節第一項第三款之部分。

³⁰⁹劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁465-466。

³¹⁰亦有學者明確表示本條為例外規定。參見：洪應灶，論國際私法上繼承之準據法，法律評論 21 卷 9 期，1955.09，頁4。

³¹¹蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁370。

³¹²許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1991 年，頁81

現行法於立法當時，確屬針對內國公益而為之例外規定，但在五十多年後之今日，時空背景已大不相同，而關於涉外繼承之理論探討，也有不同於過去之觀點。在實質繼承法上，由於我國民法對法人繼承之否定態度，且不將國庫當作繼承人³¹³，雖然我國對於無人承認繼承於抵觸法上之定性問題，並無表示明確立場者，僅少數見解³¹⁴認為，應限縮於連外國之國庫或其他公共團體亦不得繼承時，方得適用我國之無人承認繼承準據法，則由實質法上之觀點，以及學者對本條適用範圍之解釋，似乎可透露出傾向先占權說之立場。此外，實際修法動向上，司法院於二〇〇八年提出之涉外民事法律適用法修正草案，對我國關於無人繼承遺產之準據法，亦有慮及現行規範在適用範圍上之若干問題，將依本法第二十二條但書認定之無人承認繼承，亦明確納入新法，而在修正草案第五十九條，將現行條文中「依其本國法」，修正為「依前條應適用之法律」，以符合立法本旨³¹⁵。究其本意，似欲就外國被繼承人遺留於我國之遺產，依我國實質法認定其屬無人繼承財產，但依我國民法認定為無人繼承，即表示關於該被繼承人之遺產，並無我國籍之繼承人存在，則修訂本條用語，以明確同法二十二條但書亦納入認定無人繼承之依據，似可解為乃著眼於對我國其他繼承利害關係人，如遺產債權人、遺產酌給請求權人等之保護³¹⁶。

然而，對於上述論者指出，無人承認繼承準據法於適用範圍上之問題，本次修正仍未回應。故本文認為，或許可透過目的解釋之方式，將現行規範從專為內國公益之保障，進一步延伸其目的為財產所在地國之公益保護，意即由公益說之觀點出發，使現行條文得透過解釋論之操作，將適用範圍擴及無論內外國之無人

³¹³林秀雄，繼承法講義，元照出版，2005.11 初版，頁 13。

³¹⁴劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 465。

³¹⁵參見：涉外民事法律適用法修正草案總說明。

³¹⁶但就涉外民事法律適用法第二十二條但書之價值，有認為本條但書在解釋上仍有疑義，且其所強調之立法目的，在當前之時空背景下時否仍屬適宜，皆非無檢討之餘地，故而在立法論上提出不如將本項但書修正為例外適用分割主義之規定。參見：徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌 160 期，2008.09，頁 157-158。而關於本條但書立法論之檢討，本文留待第五章連結政策之檢討，再為說明。

承認繼承，亦無論遺產種類、所在地，皆以財產所在地法為其準據法。退步言之，如認為法律明確性之要求於此項議題上極為重要，亦可能將本條修正為：「依其前條應適用之法律，為無人繼承之財產者，依財產所在地法處理。」惟在確認有修法必要之前，現行條文仍可依上開解釋方式達成與修法類似之效果，並非贅文。

附帶言之，在實際案例中，我國被繼承人出現無人承認繼承，且於外國留有遺產之情形，若依上開解釋適用之結果，原則上便無法歸屬於我國國庫，但此類情形，通常財產所在地國對系爭遺產最具支配力，過去日本有針對此情形，於相關法令中特設關於無人繼承之海外財產，應由在外國之領事或貿易事務官引渡回國，但如此之規定，於今已無太大實質意義³¹⁷。僅在少數情況，例如關係國間有條約特別約定，方有使殘存於外國之無人承認繼承遺產，回歸被繼承人本國之可能³¹⁸。且由國際私法之觀點，無人承認繼承準據法之設置，本即非為追求內國國庫之利益增加，因此前述學者對此情況之準據法選擇適用結論可採，惟本文主張之理由乃如上所述。

³¹⁷明治三十三年勅令四〇九號(相續人曠欠ノ場合ニ於テ国庫ニ帰属シタル財産ノ引渡ニ関スル件):「相續人曠欠ノ為国庫ニ帰属シタル財産ハ管理人ヨリ遲滞ナク被相續人ノ住所ヲ管轄スル地方行政官庁ニ引渡スヘシ但シ外国ニ在テハ領事又ハ貿易事務官ニ引渡スヘシ」其中，但書之部分便為本文所述之情形。參見：久保岩太郎，國際私法における相續人の不存在，法學研究 23 卷 11 期，慶應義塾大學法學研究會，1950.11，頁 17-19；沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門，有斐閣，2006.10 第六版，頁 156。

³¹⁸溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 544。

第四章 涉外繼承中之反致問題

國際私法雖在適用位階上乃為法律之法，但在規範設立的現實上，仍無法擺脫其乃內國立法而可能帶有之問題。亦即，在各國考量其自身利益和法律適用之各項背景因素下，追求國際間之裁判調和，固然為國際私法存在之目的，但在國際私法設立時，自國內既有之法體系，仍會在其價值判斷上扮演關鍵的角色。故即便在選法規則的層次，也不免發生法律之衝突。如以抽象情況作例，假設某一涉外案件，依法庭地國 A 之國際私法，應適用 A 國法，而依 B 國之國際私法，卻應適用 B 國法，即為準據法適用上之積極衝突；反之，依法庭地國 A 之國際私法，應適用 B 國法，而依 B 國之國際私法，反而應適用 A 國法。則為準據法消極衝突³¹⁹。對上述抵觸法層面之規範衝突，積極衝突最終僅能透過國際私法間的統一，因此在現實上無法徹底解決，但在相異準據法間，仍可能有若干理論可作為適用優劣的判斷標準。如前述關於繼承財產之「個別準據法突破總括準據法」，便是因應準據法積極衝突而生之處理方式³²⁰。而在消極衝突之對策上，國際私法中便有所謂「反致」³²¹理論，用以處理此類抵觸規範間消極衝突的情況。

在國際私法的構造上，反致條款的存在，乃作為抵觸規則間之衝突解決機制。換言之乃是選法規則間之法律，但此項三次元之法規範³²²存在的本身，與其說是基於理論之建構，不如說是為因應各國於涉外案件處理上之實際需求。因此，反致之概念，無論從理論依據、應被承認的類型，乃至於其本身是否有存在的必要，皆屬仍有爭議之問題，但在我國涉外民事法律適用法第二十九條明文設

³¹⁹溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 147；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 54-55。

³²⁰但此項命題所欲處理者，乃單一國際私法中不同抵觸規範間之積極衝突，與上開定義略有不同。惟不可否認，其乃就繼承財產相關之準據法，處理規範上積極衝突之問題。

³²¹此一名詞源自法文之「renvoi」而在日文中，乃是反對送致的略語，我國文獻上亦多稱為反致，或許是在繼受日本法時，一併將其用語沿用之結果。

³²²如將各內國法作為直接規範生活事實之法律，而為一次元法律；國際私法上各種抵觸規則作為間接規範生活事實之法，則為二次元法律。因此當國際私法間出現消極衝突時，決定應依何國國際私法的反致條款，乃成為三次元法律。

有反致條款的情況下，至少在現實上不可忽視反致條款對其他抵觸規則的影響。而對本文所欲研究之繼承準據法，在現行法採用屬人法作為連繫因素的前提下，應有必要就反致條款對其之影響進行研究，而為符合反致作為選法規則之法的適用位階，本文乃將其相關問題獨立為一章，惟討論重心將聚焦於繼承準據法與反致之關係，以及我國法上之反致條款，而對反致本身之理論源流、依據，反致種類等事項，則因其複雜程度非本文所能處理，故僅為概略之介紹。

第一節 反致之理論與立法

第一項 反致概說

自法國之福哥案(L' affaire Forgo)³²³發生以來，反致成為國際私法領域中新興的獨立議題，時至今日，關於反致之適用，無論在理論上或立法上，仍呈現肯定論與否定論各自表述的狀態。而在理論依據上，早期之學說，總括指定論雖就選法規則於適用外國法之範圍，提出不同與以往之觀察。但在認為適用外國法，乃適用其法域中全部規範的理解下，將導致法律之選擇適用出現無限循環的情況，因而無法決定最終應適用之法律，而不得不將適用外國法，乃全法域規範皆被涵蓋之設定侷限於單方面，亦即當依 A 國法總括指定 B 國法時，B 國法對 A 國法之指定卻僅限於實質法部分，導致本說陷於循環論或體系不一貫之困境，自也能難成為反致理論之依據。棄權論者，則將被指定之外國法，如又把適用規範之機會讓與他國（包括第三國或原指定國），解釋為對適用自國法之權利放棄。而法庭地國在無法可用的情況下，僅能以內國法之法庭地法補充適用之。但本說將外國法之適用解為其自國主張，卻忽略實際上指定適用外國法與否，仍取決於法庭地法院之判斷，故棄權說亦不足以作為反致之理論依據³²⁴。

³²³ 案例事實及對反致理論之影響，可參見：劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 495-497。

³²⁴ 出口耕自，基本論點國際私法，法學書院，1996.04，頁 198-199。

純理論之說明，皆無法建構反致存在的依據，僅能由較為實際的觀點切入。首先，有強調透過反致條款的適用，恰可實現國際間判決調和之目的，且可避免當事人基於自身利益而為法院之尋逛。此外，反致條款存在的最大功能，乃在於緩和屬人法主義中本國法與住所地法之對立，且在國際私法不可能完全統一的現實上，特別透過反致條款之適用，迴避個案中不當的結果。舉例而言：如採本國法主義之國家 A，承認採住所地法國家 B 之國際私法而來的反致，則將原本應依本國法之涉外案件，透過反致而在法庭地國亦適用住所地法，結論上案件無論在何地涉訟，皆以住所地法為其準據法，即可達成判決的國際調和。此在準據法多半為屬人法則之親屬、繼承中，特別有意義。然而，如某涉外案件之關係國間皆承認反致，則法律適用的結果可能僅為各國準據法之交替，仍無法達成國際間判決調和之理念³²⁵。例如：上開案例中 A、B 兩國均承認反致，則某案件於 A 起訴，承認反致之結果乃適用 A 國法，但由於 B 國亦有反致條款，故當同樣案件於 B 國起訴時，亦因反致之作用而適用 B 國法，將使國際間判決調和之目的落空³²⁶。

其次，有認為反致之依據在於自國法適用之便利，亦即為擴大白國法之適用範圍，而承認反致。因在特定類型嚇之反致，最終乃適用法庭地實質法，故可避免法庭地法院適用其不熟悉之外國實質法。但從另一角度觀之，因承認反致，而必須解釋適用外國之國際私法，又將產生新的困難問題，不但使準據法之決定更形複雜，且在僅承認反致結果為適用內國法的情況下，此種內國法優位的思想又有違國際私法所強調之內外國法平等原則³²⁷。

在上述理論皆有明顯瑕疵的前提下，爭執反致應否被全面肯定或否定之實益甚微，不如針對其究竟能對現狀下之國際私法，提供何種貢獻更為實際。畢竟在現實中，承認或否認反致之立法例皆有一定數量的支持者，則對如我國般設有反

³²⁵ 出口耕自，基本論點國際私法，法學書院，1996.04，頁 200。

³²⁶ 案例改編自學者舉例，參見：蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 61。

³²⁷ 木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 56。

致條款之國家而言，如何在準據法的選擇適用過程中，運用反致條款而體現國際私法上應有的價值判斷，使個案之適用結果更為適當，乃是現狀下可追求的目標。

雖然反致不一定能達成國際間之裁判調和，但當內國國際私法，對身分能力相關事件採用僵硬之屬人法則，而得出不當之結論時，或可透過反致條款予以修正。就抵觸規範之本身之良莠，有認為應從正面檢討其修法之必要，而非以反致條款作為修正、緩和僵硬抵觸規則之手段，否則將形成反致的濫用。但在實際上，全面性的修法確有必要，不過在考量諸般因素後，難以期待其被立即執行，且實務為回應個案中對紛爭解決的立即要求，乃透過定性、公序良俗條款等之適用，以避免個案之不當結果，凡此總總所為之努力亦不容否認。因此對功能上類似的反致條款，至少應肯定其為適切調整當事人及相關國家間之利益，而在國際私法立法分歧的現狀下，以適用外國國際私法，作為緩和硬性抵觸規則不得不採用之手段的存在價值³²⁸。

第二項 我國法上之反致條款

我國國際私法上之反致條款，乃涉外民事法律適用法第二十九條³²⁹。由本條之立法說明³³⁰，可知其設立目的有二：其一、調和內外國間關於法律適用法則之衝突；其二、參照外國之法律適用法則，對系爭之法律關係，選擇其最適當之準據法。且對於反致之類型³³¹，我國之立法者為追求理論之貫徹，乃擴大反致於規範上之依據，故由現行條文，至少可推導出我國法上承認直接反致、間接反致，

³²⁸木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06，頁 56-57。

³²⁹涉外民事法律適用法第二十九條：「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律，依該其他法律更應適用其他法律者亦同。但依該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」

³³⁰劉鐵錚等著，瑞士新國際私法之研究，三民出版，1991.10，頁 268-269。

³³¹反致之類型，有直接反致、間接反致、轉據反致，及重複（二重）反致。定義及設例，參見：柯澤東，國際私法，元照出版，2002.08 二版，頁 134-135；亦有將適用外國法是否包括外國國際私法中之反致條款區別為全部反致及部分反致，而將此二分類亦納如反致類型之說明者。參見：劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 497-498。

以及轉據反致等類型。惟在反致理論跟實際之依據皆有缺陷的情況下，立法當初認為因世界各國多半承認反致，而為貫徹反致理論所採用之立法，是否仍符合當前之潮流？至少在過去，已有學者針對我國法上之反致條款適用範圍提出質疑，其理由在於既然已承認反致之依據有缺陷，極力擴張其適用範圍，實難為妥當³³²。

比較法上³³³，如日本國際私法中之反致條款，亦於平成元年之一部改正時，將原本僅承認直接反致之條文³³⁴，進一步增訂但書排除反致特定類型準據法適用反致³³⁵。而日本現行法上被排除於反致適用之抵觸規範，於連結政策上皆為採階段適用之條文，論者強調其理由有三：其一、此類條文已透過階段適用之選擇方式，精選出關係當事人間之共通準據法，應以之作為最適切之法律。其二、在日本採階段適用的情況下，同樣將最密切關連地法律作為階段之一的國家，於反致成立與否的判斷上，會出現日本應否被認定為最密切關連地之判斷困難。其三、此類條文適用反致，將導致夫之住所地法成為最終適用之法律，但從男女平等的角度觀之，如此結論並不妥當。且在法律明文排除反致適用之準據法以外，論者尚提出部分雖採屬人法則，卻基於各自之原因，而被質疑其適用反致之妥當性者，其中便包括繼承準據法³³⁶。

再者，於我國法上，由不同草案對反致條款之修正程度，亦可稍見反致適用範圍之趨向。因過去之舊草案³³⁷，僅對反致條款為條號變更及明文直接反致之依

³³² 蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 62-63。

³³³ 日本反致條款承認之反致類型及適用範圍，參見：溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 162 以下。

³³⁴ 平成元年改正前之舊法例第二十九條：「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其国ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル。」

³³⁵ 平成元年改正後之規定，法例第三十二條：「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其国ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル但第十四条(第十五条第一項及ビ第十六条ニ於テ準用スル場合ヲ含ム)又ハ第二十一条ノ規定ニ依リ当事者ノ本国法ニ依ルベキ場合ハ此限ニ在ラズ。」此與日本現行國際私法（法適用通則法第四十一條）實質內容完全相同，僅在法條用語及相關條號上有所變動。

³³⁶ 詳參本章第二節。

³³⁷ 舊草案第六條：「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。依該其他法律更應適用其他法律者，亦同。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」參見：魏淇芸，國際私法上夫妻財產制準據法之

據，以杜絕學說上對此之爭議。而司法院於二〇〇八年提出之最新草案，則不僅保留上開修正，亦進一步限縮反致之範圍，僅保留直接反致與間接反致³³⁸。故在考量理論依據之缺陷、外國立法之演變，以及我國立法論上之趨向，本文認為，反致條款雖在現實上有存在之價值，但就其適用範圍，似應以更嚴格的態度檢驗之。

第二節 涉外繼承與反致之關係

反致肯定論者，以其可緩和屬人法兩大主義之對立為主要論據之一，而在繼承準據法之立法例，乃本國法與住所地法分庭抗禮之局面下，討論反致與繼承準據法之關係，正可作為反致論據及繼承準據法立法主義之檢驗。此外，在涉外繼承案件準據之實質法為英美法時，由於英美法系將廣義之遺產管理獨立規範，且在管轄權與準據法之規範設計上有特別之方式，故也產生所謂「隱性反致」之問題。以下本文分別就此二項議題討論之。

第一項 適用反致對繼承準據法之影響

從繼承準據法的角度出發，在統一與分割主義之區別下，若涉外繼承之關係國間皆採統一主義，且以國籍作為連繫因素，則根本不必適用反致條款，因無論在何地涉訟，結論上皆依當事人之本國法處理繼承之事宜³³⁹。而在日本，由於其與我國同為立法上採統一主義之國家，追求以單一規範處理繼承問題，因而過

研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007年，頁149。

³³⁸草案之修正理由：現行條文關於反致之規定，兼採直接反致、間接反致及轉據反致，已能充分落實反致之理論，惟晚近各國立法例已傾向於限縮反致之範圍，以簡化法律之適用，並有僅保留直接反致之例。爰刪除現行條文中段「依該其他法律更應適用其他法律者，亦同」之規定，以示折衷。

³³⁹日本學者在論述繼承準據法與反致之關係時，便曾舉我國為例，強調此時如在日本法院之立場處理我國人為被繼承人之涉外繼承，則依我國國際私法之規定，乃逕行適用我國法，而不構成反致的情形。參見：松岡 博，國際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03，頁144。

去有論者認為³⁴⁰反致條款之適用需以不妨礙繼承統一主義之貫徹為前提，亦即就涉外繼承之反致問題，需以所準據之被繼承人本國法所採之立法主義作為有無反致適用之標準。則反致所強調之屬人法主義調和功能，僅在關係國皆採統一主義且一方以國籍，他方以住所地作為連繫因素時方得實現³⁴¹。當被繼承人本國採分割主義時，即便因遺產之所在或被繼承人之住所，在適用反致後得出規範統一的結論，仍無反致之適用。此見解就統一主義應盡可能被實現之觀點而言，難謂其無理由，但在現實各國立法上仍呈現立法主義對立的狀態下，相較於貫徹統一處理之立法精神，毋寧以尋求兩主義間調和之道更為重要³⁴²。而過去主張反致於繼承準據法上應被限縮適用之論者，亦轉向日本通說之見解，認為既然在文義上、繼承準據法有適用反致條款之可能，則無論日本法在反致之作用下，係該當於被繼承人之住所地法或不動產所在地法，一律承認反致³⁴³。

再由反致條款的觀點切入，由於日本之反致，以準據當事人本國法為其適用前提³⁴⁴，且在其通說對反致條款僅承認直接反致的前提下，涉外繼承如適用反致，結論上便是依日本民法處理。而從案件處理之實效性，及內國法院處理涉外案件之負擔而言，如此解釋自然容易被實務所接受³⁴⁵。綜合以上兩者，可發現日本通說之態度，對繼承準據法統一處理之要求，似已不再將其視為毫不可動搖之絕對價值。而更能因應實際狀況，透過包括反致等選法規則上之技術，使繼承準據法於適用上更具彈性。

³⁴⁰山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 572 之註(5)。

³⁴¹例如：在日本有住所之瑞士人死亡，依日本國際私法乃依瑞士法為準據法，而依瑞士舊國際私法，則因其以被繼承人最後住所地法，作為涉外繼承之準據法，則反致回該當住所地法之日本法。參見：山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 573。

³⁴²木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 264。

³⁴³山田鐮一，國際私法，有斐閣，2004.12 第三版，頁 570-571。

³⁴⁴松岡 博，國際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03，頁 141。

³⁴⁵日本實務亦認為繼承準據法原則上適用反致，且有被繼承人之本國採分割主義之案例存在。如：東京家審昭 45.3.31(英國人為被繼承人，因反致而使遺言執行人之選任依住所地之日本法) 其他如：東京家調昭 38.11.18、神戶家審昭 56.9.21、東京高判平 2.6.28。參見：松岡 博，國際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03，頁 142-143。

而在我國法上，應如何理解繼承準據法與反致條款之關係？首先，由於我國之繼承準據法，與日本之立法原則及連繫因素相同，且我國之反致條款，亦需以準據本國法作為其適用之前提，則就繼承準據法有無反致之適用，結論上應予肯定³⁴⁶。惟須注意，我國之反致條款，在反致類型的承認上較為廣泛，至少在現行法之下，仍可能因承認轉據反致而適用第三國之法律，此對追求同一規範的繼承準據法而言，是否會造成過大的衝擊，似可再進一步研究。而修正草案已將反致之適用限縮，則無論是直接反致或間接反致之結果，皆為適用我國實質法，應可期待其能在最低限度上，有助於國際間之判決調和，且當涉外繼承案件於我國法院審理時，或可稍減我國法院解釋適用外國法之負擔。而上述日本通說之態度，也在立法論上提供了反省的契機。亦即在當前的態勢下，立法主義的爭執並非零合遊戲，就大陸法系國家之立場而言，問題的重點似乎已從追求統一主義的貫徹，轉向為探討何種情況下，應開放統一處理的例外，此或許也意味著國籍此項連繫因素，在繼承準據法之地位上亦非不可動搖。

第二項 廣義遺產管理上之隱性反致

第一款 隱性反致

法制史上，英美法系之選法規則，最初是從裁判管轄之規則起始建構，而抵觸規範的部分乃於其後逐漸設置³⁴⁷，但至今仍有部分僅有管轄規則之事項，如離婚、收養、親權、遺產管理等範疇³⁴⁸。故而在上開領域中，英美法系對此之準據法決定方式，乃採取當自國之裁判管轄權存在時，亦應適用法庭地法之構造。而

³⁴⁶劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版，頁 510；蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版，頁 63。

³⁴⁷於國際私法之研究範圍劃定上，英美學者之傳統方法，乃先將管轄原則確立後，才開始討論法律衝突之問題，且與歐陸國家重視理論建構之傾向不同，更強調實用性之問題。參見：藍瀛芳，國際私法導論—附：國際私法的立法趨勢，自版，1995.01，頁 22。

³⁴⁸木棚照一，櫻田嘉章、道垣內正人編，國際私法判例百選 新法対応補正版，有斐閣，2007.1，頁 14。

在國際私法之層面，便有將原屬單面法則之管轄規定雙面化之見解出現³⁴⁹，因而使上開事項之準據法，隱藏於相關之管轄規範中，而當某國對上述事項之國際裁判管轄權被肯認時，將使準據法如同適用反致般，被指定為法庭地國法，形成所謂「隱性反致」的情形³⁵⁰。此項概念，亦屬英美法系與大陸法系之歧異所導致之問題，於日本因已將離婚及親權之準據法排除於反致之範圍³⁵¹，僅存於收養及遺產管理之部分有適用之餘地³⁵²。本文基於研究範圍之限定，僅針對後者進行說明。

由前章第五節第二項之說明，已知廣義遺產管理於準據法之選擇上，可分為統一處理與分割處理。於後者之觀點下，由於遺產管理事項，經常準據財產所在地（遺產管理人之選任地）法，因此不生反致與否的問題。但在本文所贊同的多數見解，即統一處理說之架構下，當英美法系國家之實質法，成為系爭案件之準據法時，由於在其認知下，繼承與遺產管理於抵觸規範上乃各自獨立，因此若有狹義繼承法上之反致發生時，從英美系國家之認知，並無法導出反致內容當然包含遺產管理之結論。進而產生遺產管理之部分能否反致法庭地法之疑問。然而，於大陸法系之德國，實務上歷來皆將適用英美系實質法案件所生之反致，解為涵蓋遺產管理之部分。此乃不同法系國家於本位主義下所生之歧異，係無法完全解決之理論問題，姑且暫時擱置³⁵³。僅就廣義遺產管理而言，由於英美法系國家對其之抵觸規範，原則上皆以廣義遺產管理人（人格代表者）之選任國法作為準據法³⁵⁴，而在英美法中遺產管理相關規範具有如上述之特徵時，將產生法庭地國法

³⁴⁹最早意識到此問題者，為德國學者 Neuhaus，其對德國法院就居住於德國之英國人夫婦，收養德國籍之非婚生子女之案件，不考慮從英國法反致一事，提出批判。參見：木棚照一，櫻田嘉章、道垣内正人編，國際私法判例百選 新法対応補正版，有斐閣，2007.1，頁 15。

³⁵⁰溜池良夫，國際私法講義，有斐閣，2005.5 第三版，頁 166；出口耕自，基本論點國際私法，法學書院，1996.04，頁 203；沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門，有斐閣，2006.10 第六版，頁 157。

³⁵¹其依據為：日本之國際私法（法適用通則法）第四十一條但書。

³⁵²木棚照一，櫻田嘉章、道垣内正人編，國際私法判例百選 新法対応補正版，有斐閣，2007.1，頁 14。

³⁵³木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 276-277。

³⁵⁴林貴美，ドイツ國際私法における遺言執行，同志社法學 49 卷 6 号，同志社大學法學會，1998.03，頁 376。

是否會因隱性反致而被適用之疑問。

第二款 是否承認隱性反致之學說爭議

德國之隱性反致肯定論者，藉由闡述隱性反致之定義³⁵⁵，而認為英美法系國家中關於遺產管理之管轄規範，該當於上開定義，而可能在涉外遺產管理於大陸法系國家涉訟時，反致而適用法庭地法。只不過此類規範，原本僅針對內國之法院管轄而制訂，故而欲將其解釋為抵觸規範時，尚須合於一定要件³⁵⁶：其一、具有裁判管轄權之該外國法院，僅能適用該當於法庭地法之自國法作為抵觸規範。亦即所適用之管轄規定中，僅隱藏一項抵觸規則。其二、依此類規定亦有管轄權之第三國，以法庭地法所為之裁判結果，也需被該外國法院承認。雖然英美法系國家在遺產管理之外國判決承認要件上，乃無論準據法之內容一律加以承認，故無須考量此要件。惟承認他國依其自國法而為之裁判結果，乃明示或默示兩者之抵觸規定地位平等。此外，英美實務認為，有管轄權之法院，得透過裁量而以外國實質法代替本國法，且又將判決承認之問題與準據法脫鉤的情況下，將使法庭地法之適用含有適用外國法之意義，而成為反致之正當化基礎³⁵⁷。

持否定論者，則從兩方面批判承認反致之依據。第一、英美法系將遺產管理適用法庭地法，乃將其定性為純粹的程序性規定，此在抵觸規定僅用以指定外國實質法之情況，應排除反致之適用。但此一見解於肯定論者指出，英美法上之遺產管理相關規範，實際上兼具實體法與程序法之雙重性質後，已失其論據。第二、有認為肯定論者之反致，僅是一種「附條件的指定」，亦即被指定之外國法本身，欲使其依該國之國際私法而被適用，方附加條件而達成上述結論。而在德國法

³⁵⁵此指前述第一款之說明。

³⁵⁶Paul Heinrich, Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2. Aufl. (1976) S. 284ff. 轉引自：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 278。

³⁵⁷林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 377；木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 279。

上，條件指定最明顯之例子，便是蘊含「個別準據法突破總括準據法」此項原則之屈服條款（德國民法施行法第三條第三項）。則在作為遺產管理地法，而被指定之外國法本身未表明其應被適用時，若承認依英美法所選任之遺產管理人權限，作為法庭地之外國，亦需服從選任國法而為遺產管理。然而，此說也招致肯定論者，批判其將準據法選擇之問題，與依外國法選任之廣義遺產管理人權限範圍問題混淆。又即便在英國，亦有法院見解³⁵⁸，就英國及外國同時選任遺產管理人之案例，強調即便該外國未表明欲適用其自國法，作為遺產管理之規範，至少於該外國進行之遺產管理相關事項，仍須依該外國之法律而為判斷，故本說亦不具說服力。在肯、否兩說之對立下，雖然肯定說漸成為有力見解，但否定說之質疑亦非全無理由。因此，針對遺產管理之抵觸規範相關問題，至少需有如下之認識：「遺產管理，通常在遺產相關法院之監督下進行，職是之故，依法庭地法作為其規範依據，乃契合實務需求之作法。」而上開英國法院之見解，亦可呼應此項對遺產管理抵觸規則本質之認知³⁵⁹。

日本在繼受德國學者提出之隱性反致理論後，亦將相關學說議論引進其國，但就遺產管理之隱性反致問題，雖然日本之爭論未如德國般激烈，惟在此議題上，仍有認為應慎重行事，以避免適用隱性反致，反而違背反致主義精神之見解³⁶⁰；而在一般泛論隱性反致時，亦存在全面否定隱性反致之主張³⁶¹。前者乃就德國學者對隱性反致之要件，進一步提出修正，主張固然英美法之原則，乃將遺產管理之管轄權交由財產所在地，但在晚近廣泛承認被繼承人住所地之見解，成為美國之立法趨勢後，於承認住所地管轄權之情況下，將不僅有法庭地法隱藏抵觸

³⁵⁸關於本項判決，在參照轉引之文獻後，發現作者亦無法取得此項實務見解之字號，故本文僅能忠實列出其出處：林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 379、397 之註(22)、398 之註(32)。

³⁵⁹林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 378-379；木棚照一，国際相続法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 279-280。

³⁶⁰多喜寛，ドイツ国際養子法における“隠れた反致”，民商法雑誌 75 卷 5 号，1976，頁 89 以下；山内惟介，「隠された反致」(演習ノート国際私法)改訂版，法学書院，1991，頁 35 以下。

³⁶¹池原季雄，国際私法(総論)，有斐閣，1973，頁 217。

規定，而使隱性反致無法成立。後者則認為將原本為單面法則之管轄規定雙面化，進而推導出反致之適用，理論上並非妥當。針對上述質疑，肯定論者認為，前者所舉之例，乃個案之情況，尚不足以作為遺產管理之準據法，一律無須反致之論據；後者之批判，則在外國判決承認要件具有間接管轄之可能，且在英美實務上，亦有將遺產管理之規定雙面法則化之情形存在。因而對英美法系中遺產管理之管轄規定，毋寧以反致肯定論者之理解較為妥當³⁶²。故不論在德國或日本，關於遺產管理之隱性反致適用問題，皆以肯定說較為有力。

第三款 本項小結

隱性反致之本質，實乃外國法之解釋問題。而上開學說之爭執，即屬對外國國際私法之解釋態度，究竟應採保守之文義解釋，進而全面否定隱性反致的存在，抑或對外國國際私法進行合目的之解釋，而採取折衷見解說或全面肯定之主張³⁶³。僅就本文所欲處理之廣義遺產管理而言，對繼承準據法採用統一主義之國家，隱性反致乃作為其與英美法系制度衝突下，追求統一處理遺產管理事項之配套措施。在此觀點之下，隱性反致之適用，將使部分遺產之管理清算反致適用法庭地法，如此作法，是否會導致國際遺產管理之問題，出現新的混亂或分裂？對此，肯定隱性反致之論者主張：由於英美法系國家，原本即對內外國之遺產管理之進行，採取分離的態度，因此上開反致適用所導出之結論，對其而言不僅非處理上之分裂，更是理所當然之事。則對大陸法系國家而言，此種以追求統一處理為原則，卻在法規範之技術操作下得出之分割處理，乃是統一主義之下必要且合理之例外，非但不會產生新的問題，反而有助於在繼承準據法，採用不同立法原則之國家間的判決調和³⁶⁴。

³⁶² 木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 292-293。

³⁶³ 出口耕自，基本論点国際私法，法学書院，1996.04，頁 203 以下。

³⁶⁴ 木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 293。

然而，在統一處理加上反致肯定論之運作下，於個案中適用的結論可能同於分割處理，而使兩者皆具有避免適應問題³⁶⁵（外國遺產管理法與法庭地程序法），以及促使內國之遺產管理單純、迅速之特點。然而，在隱性反致本身及其要件仍有爭議的情況下，具體上應在何種情況肯定隱性反致之適用？對此，統一處理說之論者則為以下之回應：至少應將依被繼承人之本國法，廣泛承認其住所地之管轄權，進而毫無保留的承認住所地遺產管理人之權限的情形，排除其適用反致。因在此類情形，若將反致之功能定位於判決之國際調和，則適用反致之結果反而有違其立法目的，不過，若將反致之功能定位為內國法之擴張適用，則在此成立反致亦非不可能³⁶⁶。

最後，若從反致條款之功能立論，其適用與否首應被考量者，乃是國際私法上之利益衡量，換言之此乃連結政策之問題。而在隱性反致的場合，上述認知亦應被延伸至此項議題，故有認為隱性反致在肯定與否定之爭論外，也應優先考量對個案之具體妥當性，以避免被單一標準所囿³⁶⁷。惟此項見解，將無可避免的在法安定性上遭致批判³⁶⁸。

³⁶⁵但如同前述之論者所言，分割處理（或在統一處理配合隱性反致肯定論）之見解下，仍會有繼承準據法與遺產管理地法間，新生之適應問題存在，然亦如同統一處理論者所言，此類適應問題通常為極端之例外，且非完全無法解決。參見：本文第三章第五節第二項第一款之部分。

³⁶⁶木棚照一，國際相續法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 294-295。

³⁶⁷木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 61-62。

³⁶⁸出口耕自，基本論点国際私法，法学書院，1996.04，頁 206。

第五章 繼承準據法之連結政策檢討

本文第二到四章，乃就繼承準據法於解釋論上之問題，擇要進行探討。上述研究，除了對我國學說及實務較少關注之繼承準據法，充實其適用內涵外，也意圖以解釋論階段之研究，從立法原則起始，逐一檢視此項議題可能面臨的問題，畢竟在現行規範已歷經五十年，甚至百年以上的時間後³⁶⁹，實難謂其仍可完全契合現今的社會實況。且國際私法作為各國實質法間之選法規則，相較於一般內國實質法，更有必要立於宏觀的角度審視國際社會之現況。職是之故，除了透過對現行規範之解釋適用，尋求涉外繼承領域中各項疑難雜症的良方之外，當問題已無法僅透過解釋處理時，便是考慮對現有規範進行立法上調整的時機。而進入立法論之關口，便是連結政策上之檢討，以及比較外國法制在此項議題上之立法實例。故本文乃於本章中，對繼承準據法可能使用之各項連繫因素進行分析，並以比較法之方式，檢視若干值得參考國家之立法例、國際公約，及國際組織之相關調查報告。以期能透過此二項途徑，勾勒出我國繼承準據法未來之發展方向。

以下，本文以連結政策之檢討為開端，由傳統上兩大立法主義所選擇之連繫因素開始，分析統一主義下單一規範之屬人法則，與非統一主義下住所地和財產所在地之二元分割，於客觀連繫因素使用上之優劣，並回顧現實上此二項立法模式面臨之困境。進而，介紹新興之連繫因素，以及由海牙國際私法會議一九八九年第十六會期公佈之「被繼承人遺產繼承之準據法公約」(Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons)³⁷⁰所建構之階段適用立法模式。繼之，討論主觀連繫因素於繼承準據法上之適用容許性，分別從理論面及實際立法例，探究繼承準據法中是否允許被繼承人選擇準據法之問題。最後，則

³⁶⁹雖然涉外民事法律適用法中，關於繼承之條文至今僅歷經五十多年的歲月，但就繼承準據法最核心、原始的部分，即本法第二十二條本文，無論是立法原則或用語上，幾乎皆毫無變動的承襲自一九一八年之法律適用條例，故稱其有將近百年的歷史並非誇大。

³⁷⁰以下簡稱：一九八九年海牙公約。

在上述對主、客觀連繫因素之分析後，提出我國繼承準據法可能之修法方向，作為本章之總結。

第一節 客觀連繫因素之採擇

在追求與生活事實最密切關連之法律，作為規範依據的前提下，連結政策的制訂，亦需以上開目的為首要考量。而在法則區別說之架構下，具有涉外因素的私法生活事實，便在立法者依各該事項之特性，透過對連繫因素的採擇與不同的適用方式，設計出與其相應之規範。理想狀態上，各類抵觸規範皆透過其所使用之連繫因素，指定個案適用具有最密切關連性之實質法，但在現實中，由於連繫因素本身皆有不同之特性，而在各種排列組合的運作下，其適用結果便可能大相逕庭。復以各國對抵觸規範本身，仍期待其落實自國之法政策，更加深連結政策背離其原始目的之機率。故而在實際之涉外案件中，便可能出現與理想狀態落差甚大，卻完全符合法律之狀況。以下便從繼承準據法之角度，觀察連結政策之理想與現實間的落差。

第一項 傳統觀點

在世界各國對繼承制度之理解下，抵觸法層面乃發展為追求單一規範，注重繼承制度身分法性質之統一主義，以及強調繼承之財產法特性，而依財產種類設立準據法則之分割主義³⁷¹。前者為符合其對繼承之認知，係以身分法領域中最常被適用的屬人法則，即國籍或住所，作為繼承準據法之連繫因素。後者在配合其法域多半為不統一國法之背景下，則多半兼採住所及財產所在地作為連繫因素³⁷²。本文於第二章中，已對兩大立法主義各自之優劣做過說明，故以下僅針對傳統上最常出現於繼承準據法中之國籍、住所，以及財產所在地等三項連繫因素，

³⁷¹ 櫻田嘉章、道垣內正人，ロースクール国際私法・国際民事手続法，有斐閣，2005.04，頁136-137；神前 禎、早川吉尚、元永和彦，国際私法 第2版，有斐閣，2006.12，頁221。

³⁷² 沢木敬郎、道垣內正人，国際私法入門 第6版，有斐閣，2006.10，頁157。

探討其運作上之問題。

第一款 國籍及住所

歷史上，國籍乃伴隨著法域統一及民族國家之興起，方成為屬人法則中重要的連繫因素³⁷³。適用國籍而指向當事人之本國法，最大的優點在於此項連繫因素具有明確性與安定性。因國籍在現代國家中乃作為自然人身分及能力上之表徵，具有普遍性質，且相較於住所，國籍之變動要件更為嚴格，故於大陸法系國家，多半將本國法作為身分及能力相關事項之準據法。而在繼承法之領域，連結政策之結論採用被繼承人之本國法，除了符合立法主義追求單一規範之理想外，亦宣示其乃涉外繼承事件之處理上關係最密切之法律。只不過，以國籍為連繫因素，其與當事人最密切之關連，實際上乃在公法層面，若從私法生活的角度觀察，如此之結論似非絕對³⁷⁴。甚而在首倡國籍作為連繫因素之法國，亦有學者在分析屬人法兩大主義之優劣時，主張：「民法之以本國法為優先，感情成分實重於理智³⁷⁵」。此外，伴隨者各國國籍法之修正，由過去父系血統優先主義，改採父母雙系血統主義，而當國籍出現積極衝突時，如我國或日本之國際私法，皆採內國籍優先主義，此從國際私法之角度觀之，將難免遭受以無關當事人之主權利益，納入考慮之批判，並導致以被繼承人本國法作為繼承準據法乃連繫因素中最密切關係之結論產生動搖³⁷⁶。再者，當國籍（甚而是住所地）有複數存在時，無論是異時取得之後者優先，亦或同時取得之內國優先，實際上仍為追尋與當事人關係最密切之國籍（或住所地），但在實際案例中，仍會有合於規範但偏離事實之落差出現³⁷⁷。

³⁷³最早將國籍作為屬人法則之立法例，為一八〇四年之法國民法典。參見：曾陳明汝、曾宛如，國際私法原理（續集）各論篇，學林出版，2003.06 修訂二版，頁 5。

³⁷⁴木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 205。

³⁷⁵曾陳明汝、曾宛如，國際私法原理（續集）各論篇，學林出版，2003.06 修訂二版，頁 8 引述之法國學者觀點。

³⁷⁶木棚照一，法例二六条、二七条の改正に関する一考察，ジュリスト 1143 号，1998.10，頁 69。

³⁷⁷木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 207。

屬人法則中歷史最悠久的住所地法，則在其作為繼承準據法連繫因素之主導地位，於多數大陸法系國家被國籍取代後，仍在內國法呈現不統一之法域中延續其生存空間。適用住所地法，最顯著的優點在於，其乃透過法律認定當事人生活之中心地，進而適用該地之法律作為規範依據，實際上比國籍更能貼近當事人私法生活之實況，無論在與第三人之交易安全保障，或是法院在判斷上資訊取得之可能性，以及規範適用之便利性上，皆優於本國法³⁷⁸。惟在連結政策上，住所地由於變動的難易性小於國籍，若系爭案件之當事人又常常居無定所，將可能於個案中適用完全相反之住所地法。又關於住所地概念本身，亦在定義上具有較國籍更高的不確定性，凡此皆可能提高連結政策上之選法困難。但在現實情況下，住所地法仍在屬人法則中扮演著補充規範的角色，尤其當國籍面臨消極衝突時，立法上多半以住所地法取代之，故兩者之優劣實乃相對性質。

在國籍取得身分與能力事項上連結政策之主導地位後，隨著時代演進，至少在身分法相關領域中，所謂與當事人關係最密切之法，已被賦予不同之意義。精確言之，在婚姻、親子關係等純粹身分法領域中，兩性平等、子女利益等其他價值的加入，導致過去僅以夫之本國法，作為單一連繫因素之抵觸規範，出現重新檢討其在連結政策上妥當性之呼聲。而各國立法上，亦逐漸以夫妻共同之本國法、住所地法、乃至於子女本國法，納入可用之連繫因素範疇，或僅將本國法作為選項之一，透過選擇適用或階段適用之方式，取代原本僅以單一當事人本國法，作為連繫因素之立法模式³⁷⁹。如此之演變，使本國法於身分法領域中之不再是絕對價值，而提升住所為首之其他連繫因素的地位，同時也提醒立法者在連結政策上應關照者，乃是整個身分法律關係中的全體當事人，而非僅以單一當事人為利益衡量之對象。此若從現代社會之實況加以觀察，可發現在家庭規模逐漸縮

³⁷⁸木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 206。

³⁷⁹如日本於平成元年對其國際私法之修正，乃將重點至於親屬法抵觸規範之部分，而由修正過後之條文內容觀之，便符合本文所述之情況，於婚姻之效力、夫妻財產制、離婚、親子關係等，皆不再僅以夫之利益為考量，而能在連結政策上反映整個親屬關係中各方當事人之利益。參見：木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第 5 版，有斐閣，2007.06，頁 192。

小、高齡化社會之人口結構轉變，以及對繼承本質中道德層面要求之喪失等現象日漸深刻的今日，繼承法之目的，已逐漸演變為對生存配偶及未成年子女之保護，以及與其相關之遺產計畫(estate planning)。故而在抵觸法之層面，自應於連結政策上考量，如何之因應方足以確保繼承準據法之預測可能性，與適用上之實效性³⁸⁰。

而在多數大陸法系國家，以被繼承人本國法作為繼承準據法之背景下³⁸¹，於前述段落，闡明國籍作為連繫因素可帶來之利益僅為相對性質後，復以其在身分法範疇中之地位逐漸式微，是否會對繼承準據法之連結政策帶來任何啟示？對此，似應透過實際案例之法律適用加以驗證，而在我國實務上缺乏相關素材的情況下，僅能尋求比較法上之援助。由日本與我國在繼承準據法上之相似性，故本文乃引述日本學者對其國繼承準據法適用案例之觀察³⁸²，發現日本之繼承準據法，雖然在表面文義上乃要求以被繼承人本國法作為涉外繼承之統一規範，但在實際案例中，卻有各式各樣排除上開準據法適用之案例出現。歸納言之，在日本實務及學說上，有透過反致條款而適用外國國際私法者³⁸³，如在被繼承人本國為分割主義國家之情況，幾乎不動產繼承皆會因反致而適用財產所在地之日本法；有基於適用外國法之結論，發現違反法庭地之公序良俗，因而被日本法院宣告排除被繼承人本國法，並以日本法補充適用之案例；亦有針對日本特有之「在日韓國、朝鮮；台灣、中國人」之國籍問題，透過理論解決國籍不明者之涉外繼承問題；且有在定性問題上，先將某些繼承相關事項排除於繼承準據法，例如：就英美法系認知下之遺產管理事項，認為應以財產所在地法作為準據法之見解；又有

³⁸⁰ 木棚照一，法例二六条、二七条の改正に関する一考察，ジュリスト 1143 号，1998.10，頁 69。

³⁸¹ 大陸法系國家，但在立法例上採用住所地法者，可以瑞士國際私法為代表，但其採用住所地法，乃因瑞士為一人口流動頻繁且外國籍人占總人口比例甚高之國家，如以被繼承人之本國法為繼承準據法，可能會對其內國利益或法院之涉外繼承案件處理造成太大衝擊，故而在連結政策上，有與其他大陸法系國家不同的考量。參見：木棚照一，スイス国際私法における相統準拠法について，立命館法學，立命館大学法学会，1989，頁 429。

³⁸² 松岡 博，国際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03，頁 141 以下。

³⁸³ 但日本法上承認之反致，最終之結論皆為適用日本法，故此處所謂之外國法，乃就涉外繼承中被繼承人之立場而言，實際上出現在日本之案例，最後皆以法庭地之日本法為準據法。

針對繼承遺產之構成與移轉，透過「個別準據法突破總括準據法」之命題，使作為總括準據法之繼承準據法，受到個別財產準據法之限制；尚有在外國法不明的情況下，僅能以法庭地之日本法作為補充。凡此，皆顯示統一主義在追求單一規範時，僅以單一連繫因素處理準據法之選擇所面臨的困難。而整理上開案例之學者，更明確表示：「如此之情形，乃是在無法完全貫徹被繼承人之本國法主義時，對其準據法適用所為之修正，係為避免法例第二十六條（現行法適用通則法第三十六條）之機械性適用所生不當結論，而不得不採取之手段，亦可說是繼承準據法設立當時所未預見之修正。」進而認為上述情形，難道不是被繼承人本國法主義之原則，應被修改之啟示嗎³⁸⁴？

此外，本節之前言中，曾經提及連結政策之理想與現實之落差，茲以下例為說明：設有日本人 A，來台灣學習中文並留在我國工作。若干年後，A 與同樣留學台灣的日本人 B 結婚，並產下一子 C。A 及其親屬在我國居住達十年以上，皆未歸化我國籍，且多數的財產在我國。若 A 之後死亡，依涉外民事法律適用法第二十二條之規定，關於 A 之繼承，乃依其死亡時之本國法，即以日本法作為應適用之實質規範。然而，就本案而言，實際上 A 之生活重心全在台灣，適用日本法處理其繼承，究竟是否符合 A 之期望（設 A 並未留下任何有效之遺囑），對 A 之繼承人 B、C 而言，日本法亦為其本國法，但在本件繼承之關係人全數生活於台灣的情況下，如此之準據法選擇，雖符合統一主義透過單一規範之適用，而讓繼承事件之處理單純化，但若將連結政策之目的，定位為尋求與當事人關係最密切之法律，則如此結論是否真符合本案當事人之利益？

第二款 不動產繼承之財產所在地³⁸⁵

³⁸⁴松岡 博，國際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03，頁 150。

³⁸⁵將動產交由財產所在地處理，其理由一同於不動產繼承，乃無著眼於交易上之利益，但多數見解認為不妥，因動產不僅與所在地於經濟或法律上之連結未如不動產緊密，於物權準據法和繼承準據法間產生衝突之情形，亦未如不動產繼承之情形劇烈。甚而，將分散在數國之動產皆依所在

於繼承準據法之連結政策上，出現不動產繼承依財產所在地法此一選項，大體上有兩項理由：其一、將實質法上之價值判斷，透過連結政策反映於抵觸法層面。若將屬人法則之採用，理解為追求當事人之利益，則財產所在地法被重視，便是表彰交易上利益之選項³⁸⁶。當兩者利益衝突時，選擇保護前者，乃是為配合概括繼承所得之結論，且由當事人之利益出發，並無理由將動產與不動產分別處理，因其所追求者，正是將當事人散落各地之遺產相關債權債務之清算，交由單一法秩序加以規範；選擇保護後者，由於準據法上採用分割主義之國家，多半偏重繼承之財產法性質，不僅從實質法上將遺產之清算管理，與單純之積極遺產分配切割可見一斑，特別在不動產繼承之情況，因其與所在地之社會、經濟、法律等層面皆有密切關連，且英美法系歷來皆有複數遺囑（multiple wills）之慣行³⁸⁷，因而使財產依種類而異其準據法則，亦成為追求交易利益保障之當然選擇。

其二、基於現實之考量。由於不動產之繼承，通常亦牽涉相關之物權規範，導致統一主義強調之繼承事件單一規範，於抵觸法層面，尚且會受到物權準據法之挑戰。舉例而言，對不動產物權採房地所有權合一之德國，與房地所有權分離之我國，即便同屬統一主義之國家，但就土地之繼承問題，也會因物權法上之認知不同，而使其在繼承³⁸⁸上有無法適用單一規範之可能，更遑論涉外繼承同時牽涉分割主義與統一主義國家時，適用單一規範之結局，實乃繫於財產所在地之偶然³⁸⁹。惟更貼近財產現況之分割主義，卻也在規範適用之複雜度，以及遺產債務無法完全清償時，產生繼承人與遺產債權人間利益分配之問題。故而在不動產繼

地法處理，凡而造成對遺產債務清償上不必要之困難出現，故一般多不將動產之財產所在地法，作為繼承準據法連結政策中之選項。參見：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 211 以下。

³⁸⁶木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 204。

³⁸⁷即 A 國所在之財產適用 A 國法，B 國所在之財產適用 B 國法。參見：原優，ヘ-グ国際私法會議第 16 会期の概要--相統の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報 41 卷 6 期，最高裁判所，1989.06，頁 132、133 之註(30)。

³⁸⁸精確言之，應為權利移轉時，而因繼承取得不動產，僅為其中一項原因。

³⁸⁹此指在統一主義國家涉訟之涉外繼承案件，若被繼承人本國為英美法系國家，當其最後住所恰為法庭地，且不動產亦遺留於法庭地時；或其最後住所在本國，不動產也碰巧全在本國之情形，皆會使繼承準據法適用單一規範。

承之場合，實際上兩大立法主義之連結政策皆有缺陷，此亦成為繼承準據法於連繫因素選擇上之難題³⁹⁰。

第二項 新興觀點

而在上述對傳統連結政策之分析之後，可發現無論何者皆有無法克服之缺陷。僅就大陸法系國家之立場而言，追求繼承事件之規範統一固有必要，然在現實情況下，卻又有不少規範分割的情況發生。解釋論之反思，已如前述日本學者對其國相關實務及學說之整理；立法論上，則引起如此之質疑：涉外繼承之單一規範，難道非與被繼承人本國法劃上等號不可？更抽象言之，連結政策上追求單一規範，難道只能限於單一連繫因素？以下將介紹一九八九年海牙公約，歐盟對繼承準據法統一之相關討論，以及如比利時、南韓等實際上在繼承準據法大幅改變國家之規定，檢討繼承準據法於客觀連繫因素層面上之變動。

第一款 複數連繫因素之立法設計

一九八九年之海牙公約³⁹¹，乃在統一主義與分割主義對立，以及大陸法系和英美法系對繼承範圍認知歧異之背景下，為消弭對立、促進統一，而以統一主義之立法為原則所為的努力³⁹²。於規範內容上，本公約僅針對涉外繼承之準據法部分，而不及於國際裁判管轄及涉外裁判之承認執行³⁹³。由公約第一條第一項³⁹⁴可

³⁹⁰木棚照一，國際相續法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 308-309。

³⁹¹本公約至今仍未達海牙國際私法會議要求之生效門檻（三個以上之國家批准），故仍屬尚未生效之國際條約。

³⁹²惟本公約仍為尊重英美法系關於遺囑之慣行，以及現實上之考量，而在公約第六條容許若干適用分割主義之例外，允許特定財產之繼承準據法可為一部指定。Article 6 A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate. However, any such designation is without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 5, paragraph 1.參見：原優，ヘ-グ国際私法會議第 16 会期の概要--相續の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報 41 卷 6 期,最高裁判所,1989.06，頁 132。

³⁹³公約制訂過程時，曾就本公約之適用範圍進行討論，但基於管轄等問題之複雜度，故最終僅限定在準據法之範圍。參見：原優，ヘ-グ国際私法會議第 16 会期の概要--相續の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報 41 卷 6 期,最高裁判所，1989.06，頁 127。

³⁹⁴Article 1 (1) This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.

明確得知。架構上，本公約乃分別就其本身之適用範圍（第一、二條）、準據法之選擇與適用範圍（第三～七條）、與繼承有關之合意（Agreements as to Succession）（第八～十二條）、一般條款（包括同時死亡、信託與繼承之關係、農業用資產等特別規定，以及繼承人不存在之遺產）（第十三～十六條），以及其他如反致、公序良俗、不統一國法，條約之適用時期、署名、批准、生效、廢棄等相關事項（第十七條～三十一條）進行規定³⁹⁵。其中，本公約第三條³⁹⁶，係採用常居所地（habitual residence）、國籍，以及所謂更密切關係（more closely connected）國之法，將繼承準據法於客觀連繫因素上，分為三類型五階段之適用順序。第一類型：當被繼承人之常居所與國籍相同時，適用該國之法律。（公約第三條第一項）；第二類型：當被繼承人生前已在其死亡時之常居所地國居住滿五年以上，原則適用該國之法律（第三條第二項本文），但被繼承人死亡時，明顯與其本國間有更密切關係時，適用其本國法。（第三條第二項但書）第三類型：其他情形，原則上適用被繼承人死亡時之本國法（第三條第三項本文），除非於被繼承人死亡時有其他與其關係更密切之國存在，則適用該國法律。（第三條第三項但書）。於公約審議當時，並無上開第二、三項但書之例外，惟在考量僅依本條第二、三項本文之準據法，將可能對派駐海外之私人企業員工，以及國際間之藍領勞動人口產生

³⁹⁵本文基於研究範圍之限定，僅針對公約中關於準據法之部分詳述，不擬對整部公約加以介紹。完整之介紹，可參見：原優，ヘ-グ国際私法会議第16会期の概要--相続の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報41卷6期，最高裁判所，1989.06，頁122-156；許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1991年，頁120-137；伍偉華，海牙國際私法公約之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1998年，頁194-207。

³⁹⁶Article 3(1) Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State.(2) Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies.(3) In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of the latter State applies.

不當的適用結果，乃創設此二例外，以避免又陷入準據法僵化之弊³⁹⁷。

本公約在客觀連繫因素上，擺脫過去統一主義繼承準據法，於本國法及住所地法上之對立³⁹⁸，且在納入常居所地作為連繫因素後，可期待涉外繼承事件之處理將一反於過去僅依被繼承人本國法，所導致之規範僵化與不當結果。雖仍有認為本公約僅在形式上採用常居所地法優位之立場，而於實質上仍為本國法優位之設計，異於過去海牙國際私法會議制訂之公約³⁹⁹。惟在上開規範設計之下，亦無法否認其乃在涉外繼承事件之處理上，創設了兼顧柔軟性（個案結果之妥當）與法律安定性（適用上之預見可能及明確程度）間微妙的平衡⁴⁰⁰，而使追求統一規範之手段不再限於單一連繫因素，也為本文對繼承準據法連結政策之質疑，提供了實證上之基礎。

第二款 常居所地

一九八九年之海牙公約，對繼承準據法於客觀面之連結政策革新中，最引人注目之處，當屬常居所地法概念之導入。而在該公約公佈後，亦有外國學者及立法受本公約之影響，討論常居所地法於涉外繼承範疇中之適用妥當性。首先，有日本學者從繼承制度之目的內涵，檢討常居所地法於此之適用可能。其認為⁴⁰¹在繼承制度之兩面性質中，統一主義及以本國法作為連繫因素之選擇，乃宣示繼承準據法偏重於身分法之面向，而若將同為屬人法則之常居所地法納入，則與本國法相較，前者乃為財產法色彩更濃厚之連繫因素。換言之，本國法乃著眼於「死去之亡者」，而常居所地法則強調對「留存之生者」所為的保護。析言之，繼承

³⁹⁷原優，ヘ-グ国際私法会議第16会期の概要--相続の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報41卷6期,最高裁判所，1989.06，頁129-130。

³⁹⁸松岡博，国際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03，頁155。

³⁹⁹原優，ヘ-グ国際私法会議第16会期の概要--相続の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報41卷6期,最高裁判所，1989.06，頁131之註(20)。

⁴⁰⁰原優，ヘ-グ国際私法会議第16会期の概要--相続の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報41卷6期,最高裁判所，1989.06，頁130。

⁴⁰¹早川眞一郎，国際的な局面における相続，国際私法年報1期，国際私法学会，1999，頁87。

制度之本質，究竟應偏重於死者意思之貫徹，抑或生者權益之保障？若將被繼承人生前經營人際關係、與他人進行交易、購置住居、儲蓄財富等行為主要發生之地，名為常居所，則所謂常居所便該當於其人具體生活中心地之概念。因而當被繼承人死亡時，其親屬、日常交易之對象、債權人等，難道不會認為：與其以被繼承人之本國法，毋寧以其日常生活中心地之法律作為規範，來的更為適當嗎？故而，若將繼承制度解為：某人死亡時，生存之人決定如何處理其遺留財產之制度時，於繼承中適用常居所地之概念乃具有合理性之選擇⁴⁰²。

此外，歐盟內部於討論繼承準據法統一之議題時，亦有就客觀連繫因素之部分，強調常居所地法之重要性之見解。首先，德國之 Dörner 及 Lagarde 兩教授於二〇〇二年提出之「關於歐盟成員國間，遺囑與繼承相關之管轄及準據法上之抵觸規範之比較法研究」一文中，認為在今後歐盟內部之立法進程上，繼承統一主義乃為理想之立法理念，而在準據法之客觀連繫因素方面，應採用被繼承人之生活及利益集中之常居所地法，揚棄傳統上以被繼承人之本國法為準據法之設計。此外，在常居所地法適用上，不應如一九八九年海牙公約般有所限制⁴⁰³，僅以最接近被繼承人死亡時之常居所地作為連繫因素即可⁴⁰⁴。之後，在此項報告的基礎下，二〇〇四年於比利時布魯塞爾舉行之「歐盟中之國際繼承法」會議，亦分別有英美法系與大陸法系之學者代表，就繼承準據法之客觀連繫因素提出意見。

其中，英美法系代表之 Hayton 教授，認為現今之歐盟應致力於確保其境內之人、物自由移動，若維持繼承分割主義，不僅造成繼承效力不必要之分散，且可能有害於生存子女及配偶之保護，因此贊成在立法理念上以統一主義為根本。但也認為動產及不動產，在一定情況下仍應確保其相關之強制禁止規定被適用。

⁴⁰²早川真一郎，國際的な局面における相続，國際私法年報 1 期，國際私法学会，1999，頁 88。

⁴⁰³指公約第三條第一項及第二項本文。

⁴⁰⁴長田真里，相続の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成國際私法の発展と展望(1))，民商法雜誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1001、1011 之註(44)。

而在客觀連繫因素之問題上，從英美法系之經驗，已發現住所地概念於認定基準上之困難，以及重國籍人增加所伴隨之國籍基準不完全，因此認為常居所地法乃為最適合之選擇。但在各國對常居所之認知不同上，應事先規範其判斷標準，不以居住期間之長短，而以被繼承人自身之意思，及其經濟上、社會上之生活重心為何，作為判斷標準⁴⁰⁵。至於大陸法系代表之 Pajor 教授，原則上亦贊同以常居所，作為繼承準據法之客觀連繫因素，只不過在常居所乃事實概念的情況下，其判斷標準屢屢產生問題，且在有複數常居所被認定時，也有連繫因素曖昧之問題需被解決，故提出類似一九八九年海牙公約之階段適用方式，作為立法上之提案：「1.被繼承人之最後常居所地，於締約國內時，其死亡時該地為其生活上之利害關係中心時，依該地之法。2.生活上之利害關係分散於數地時，被繼承人之最後常居所地乃其有國籍之國，若無如此之國家時，依其死前至少居住兩年之地國法。3.無法該當前二項任一之情形時，繼承依其被繼承人之本國法⁴⁰⁶。」之後，歐盟在二〇〇五年公佈「國際繼承與遺囑相關之綠皮書」時，關於客觀連繫因素採擇之問題，答覆國家對準據法之客觀連繫因素，亦多贊同採用常居所地，同時強調應對其概念設置明確之基準⁴⁰⁷。

實際立法例中，亦有採用常居所地法之國家，如二〇〇四年修正施行之比利時國際私法，於第七十八條為如下之規定：「1.繼承，依死者於死亡當時，其有常居所領域所歸屬國家之法律。2.不動產繼承，依不動產所在領域所歸屬之國家之法。但外國法將不動產繼承，導向死者於死亡當時，其有常居所領域所歸屬國家之法律時，得適用該國之法律⁴⁰⁸。」比利時此項修法，乃呼應其國對本次修法，

⁴⁰⁵長田真里，相続の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成国際私法の発展と展望(1))，民商法雑誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1002。

⁴⁰⁶長田真里，相続の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成国際私法の発展と展望(1))，民商法雑誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1003。

⁴⁰⁷長田真里，相続の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成国際私法の発展と展望(1))，民商法雑誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1008。

⁴⁰⁸上開條文乃本文作者譯自日文，參見：笠原俊宏，ベルギー国際私法(二〇〇四年)の邦訳と解説(上)，戸籍時報 593 期，2006.01，頁 40；櫻田嘉章、道垣内正人，ロースクール国際私法・国

於屬人法事項採取常居所地法優先之理念，而就常居所地法之概念認定問題，亦在同法第四條第二項中指出：判斷常居所存在與否所應考量之狀況乃為：當事人與該地之繼續關係或類似關係之連繫意思，是否顯示於其身分上或職業性質上⁴⁰⁹。而就繼承準據法之立法，雖然比利時仍採分割主義，但上述之比利時國際私法第七十八條第二項但書，實際上乃欲使不動產繼承得透過反致而適用被繼承人死亡時之常居所地法，乃為繼承事件得以同一規範處理所為的努力⁴¹⁰。

綜上所述，繼承準據法在連結政策的發展上，至少就客觀連繫因素的部分，已不再是採用統一主義，即與單一連繫因素劃上等號之局面。透過常居所地概念之引入，以及複數連繫因素間之交互運用，一方面檢驗繼承制度於國際私法層面應著重之面向，一方面也為涉外繼承事件之準據法選擇，提供更多元、更有彈性之處理模式，而能在個案之妥當與法律之安定間尋求平衡點。

第二節 主觀連繫因素之導入

立法論上，除了客觀連繫因素之採則外，繼承準據法中是否允許被繼承人自行選擇準據法，亦即主觀連繫因素能否在繼承準據法之選擇中提供一定的作用，也是連結政策中關注的焦點。在一九八九年之海牙公約公佈前，於涉外繼承中允許被繼承人選擇準據法之立法例便已出現。如一九八六年之德國新法，便在其民法施行法（國際私法）第二十五條第二項，允許就德國所在之不動產繼承，選擇德國法作為準據法⁴¹¹。一九八七年修正、一九八九年施行之瑞士國際私法，也在新法第九十條第二項針對在瑞士有最後住所之外國人、九十一條第二項針對在外

際民事手續法，有斐閣，2005.04，頁 137。

⁴⁰⁹笠原俊宏，ベルギー国際私法(二〇〇四年)の邦訳と解説(下)，戸籍時報 594 期，2006.02，頁 57。

⁴¹⁰笠原俊宏，ベルギー国際私法(二〇〇四年)の邦訳と解説(下)，戸籍時報 594 期，2006.02，頁 58。

⁴¹¹木棚照一，国際相続法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 75 以下；林貴美，ドイツ国際相続法における準拠法選択に関する一考察：近時の裁判例を手がかりに，同志社法学 49 卷 2 号，同志社大学法学会，1998.02，頁 121-123。

國有住所之瑞士人，以及第九十五條第二項針對繼承契約，允許被繼承人就繼承準據法，透過明示或默示選擇其本國法或最後住所地法為依據⁴¹²。凡此，皆為連結政策上透過主觀連繫因素改變繼承準據法之實例⁴¹³，而其中值得探討者，便在於主觀連繫因素本身，意即當事人自治於繼承準據法上之容許性，除了肯定與否之爭執外，若結論採肯定說，則須進一步探究允許之準據法範圍、選擇之方式、相關之意思表示解釋，以及能否一部指定等問題。以下便從理論面及實際立法研究上述問題。

第一項 被繼承人選擇準據法之理論爭議

若論及抵觸法層面之當事人自治，一般皆會以契約準據法作為代表⁴¹⁴，而其理由多半基於契約強調私法自治、契約自由之本質，以及連結政策上關於連繫因素之認定困難，因而在涉外契約之準據法上，如我國涉外民事法律適用法第六條，係以兼採主、客觀連繫因素，以及階段適用之方式為其立法模式。然而，在國際私法之其他領域中，如夫妻財產制和繼承，過去亦非無相關討論出現⁴¹⁵，尤其在前者的部分，其相關之研究進程，早已從理論進展至國際公約及各國之實際立法⁴¹⁶，故而至少在理論引進前提之疑慮：當事人自治（或稱準據法選擇），是否僅屬契約準據法專屬之連繫因素，已在結論上被否定。

⁴¹²木棚照一，スイス国際私法における相続準拠法について，立命館法學 205・206 号，立命館大学法学会，1989，頁 450-452。

⁴¹³由於已有中文文獻對德國及瑞士此部分之修法提供詳細說明，本文乃不再贅述。參見：許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1991 年，頁 110-113。更詳盡之立法說明及理論爭議，可參見：木棚照一，國際相続法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 22-91。

⁴¹⁴西賢，比較國際私法の動向，晃洋書房，2002.05，頁 59 以下。

⁴¹⁵西山慶一，視点「遺言による相続準拠法選択」制度の立法化を，月報司法書士 401 期，日本司法書士会連合会，2005.07，頁 54 以下；林貴美，ドイツ国際相続法における準拠法選択に関する一考察：近時の裁判例を手がかりに，同志社法學 49 卷 2 号，同志社大学法学会，1998.02，頁 121-123；木棚照一，ドイツ国際私法における相続準拠法--被相続人による準拠法選択を中心に，立命館法學 225、226 号，立命館大学法学会，1993.03，頁 930 以下；同作者，國際相続法における準拠法選択-2-，立命館法學 115 期，立命館大学法学会，1974，頁 364。

⁴¹⁶相關研究可參見：魏淇芸，國際私法上夫妻財產制準據法之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007 年，頁 76 以下。

歸納言之，肯定繼承準據法中當事人自治之論據可大別為二：其一、遺囑自由乃為繼承之基本原則，且與契約自由同為私法自治之一環。其二、允許繼承準據法上之當事人自治，乃為解決其於抵觸法上連結政策決定之困難。首先，在遺囑自由於繼承法之定位上，雖然反對說者認為遺囑自由僅為繼承法眾多原則之一，但由近代民法之觀點，至少在財產繼承的面向上，遺囑自由原則，乃作為所有權絕對理念自其人生前貫徹至死後的法手段⁴¹⁷，故其應屬繼承法之基本原則。且所謂法定繼承，實際上僅為因應被繼承人未立遺囑而死亡時，對其意思之一般、客觀性質推定之制度，本質上仍為遺囑繼承⁴¹⁸。另就遺囑自由與契約自由之相似性而言，反對說者認為繼承法相較於契約法，有眾多強制、禁止規定，因而主張兩者具有本質上之差異。惟若進一步探究契約自由與遺囑自由之本質，可發現實際上後者與前者相似之處，乃在於其背後蘊含之私法自治，換言之，於個人之法律行為活動限制有無上，肯認私法自治，乃是允許當事人得僅憑自己之意思，便足以決定應否服從於法的拘束力之下。若從上述角度而言，遺囑自由與契約自由之本質仍屬相同，而繼承法上之強制禁止規定，充其量只不過是對於遺囑自由程度上之限制，與契約自由所不同者，僅為法規範制約量上之差異⁴¹⁹。

其次，德國學者 Kühne 則從抵觸法層面出發，認為在繼承準據法之範疇允許當事人自治，真正的依據乃為克服連繫因素選擇上之困難⁴²⁰。而本文自第二章起乃至本章第一節，所有關於繼承準據法之適用範圍解釋、實務案例操作，及對客觀連繫因素之優劣分析，皆可反應繼承準據法僅以單一連繫因素所遭遇的瓶頸，換言之，乃呼應上開學者主張最強而有力之依據。然而，進一步言之，何以在繼承準據法遭遇連結政策之決定困難時，需導入主觀連繫因素作為解決問題之手

⁴¹⁷林秀雄，繼承法講義，元照出版，2005.11 初版，頁 4。

⁴¹⁸木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 200。

⁴¹⁹木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 201。

⁴²⁰Kühne, Testierfreiheit und Rechtswahl, S.404. 但 Kühne 提出此說之背景，乃在其完全否認遺囑自由與契約自由具有相似性之情況下，不得不轉向抵觸法層面尋求允許當事人選擇準據法之理由。轉引自：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 202。惟木棚教授則認為此二項理由皆屬肯定說之論據，本文從之。

段？對此，需另由準據法選擇之容許性本身加以探究。而準據法選擇之容許性，又可分為以下兩部分：

第一、何以在各種解決連結困難之手段中，必須採用由被繼承人選擇準據法之方式？對此，解除連結困難之方式，可由法院依個案適用關係最密切之法律，或保障當事人就準據法表示意見之機會。前者乃英美法系中最重要牽連關係說之理論實踐，但此項作法必須配合高素質之法官，且需有足夠案例累積經驗，或許適合案例法國家對法官之養成模式，卻不見得適合大陸法系國家之情況，且對繼承制度之核心人物被繼承人而言，最終仍喪失表示自己意見之機會。而若賦予當事人直接就準據法之選擇表達意見，允許被繼承人生前選擇其將來繼承之準據法，乃在配合繼承制度特徵上，最足以實現個案正義並兼顧法律安定性之作法⁴²¹。

第二、允許當事人選擇準據法，在適用結果上有無不當？對此，反對說者主要有以下四點質疑：

(1) 承認被繼承人得選擇準據法，將有侵害繼承人及遺產債權人利益之可能。

統一主義之立法構造，雖然強調以單一規範可保護繼承之利害關係人，但當出現前述之連結政策上理想與現實之落差時⁴²²，實際上統一主義亦未能保障被繼承人以外之人。故而，有認為統一主義立法在適用結論上，本即未顧慮繼承人與遺產債權人之保護，而在遺產債務之清償及特留分保護之問題上，前者無論在英美或大陸法系國家，皆有制度上之配套存在⁴²³；後者則各國在特留分之侵害時，多有特別立法保護⁴²⁴，故將主觀連繫因素導

⁴²¹如準據法採用選擇適用之模式，亦屬賦予當事人就準據法表示意見之手段，但在涉外繼承上，毋寧以事前之準據法選擇，最符合繼承制度之目的。參見：木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 212-214。

⁴²²本章第一節前言及第一節第一款最後所舉之例。

⁴²³英美系國家自始便將遺產之清算與狹義繼承概念分離；大陸法系國家於立法上亦不期待繼承人對遺產債務負無限責任，故而有限定或拋棄繼承等配套規範。

⁴²⁴大陸法系之部分，即為實質繼承法中關於特留分之規定；英美法系之國家中，亦有若干保護生存配偶或子女之特別規定。美國法之部分參見：石川 稔，アメリカ無遺言相統法における相統

入現行法之架構下，實際上不會產生太大的衝擊⁴²⁵。

(2) 承認被繼承人得選擇準據法，妨礙判決之國際調和。

判決能否調和，某程度上乃機率問題，故對此項質疑，肯定論者亦可反面論述承認被繼承人選擇準據法有助於判決之國際調和，但此對理論釐清無甚裨益。不如以肯定論者強調準據法選擇可消弭兩大立法主義對立及統一主義下屬人法兩大原則對立之功能。則當越來越多的國家將主觀連繫因素導入繼承準據法中時，涉外繼承案件之國際裁判統一將指日可待。此外，如謂引進主觀連結點會造成判決不一致，然無論是內國立法或國際間之條約有變動，皆可能造成此一現象，因而以判決無法調和，此種非獨於採用主觀連結點時發生之問題非難之，立論上似有不足。即便仍有國家採取純客觀之連結政策，但由準據法選擇之範圍極其受限的情況來看，真的導致國際間之判決不一致，似乎也屬極為有限的情況⁴²⁶。

(3) 增加法院適用外國法之機率，造成法院之負擔。

在涉外繼承法之領域，確實有若干部分乃實體與程序規範緊密結合之處，而導致有管轄權之法院在適用此類外國法時產生極大的困難。因而有所謂並行原則的概念被提出。然而，為避免上述困難之並行原則，卻會因允許當事人選擇準據法而被打破。只不過，在資本和貿易自由化，交通之便利性提高，以及國際性的勞動人口流動等的影響下，繼承制度欲處理之兩大對象，人與財產，皆已有越來越高的機率出現在複數國家，如此將導致外國人於內國遺留財產，而有必要於依內國法保護其繼承人。且並行原則本

人と相続分-統一検認法典(Uniform Probate Code)を中心にして，私法 39 期，日本私法学会，1977.08，頁 198-200；国府 剛，アメリカ合衆国相続法 (相続法の比較)，比較法研究 32 期，比較法学会，1971.03，頁 29 以下。英國法則參見：沢田みのり，イギリス相続法 (相続法の比較)，比較法研究 32 期，比較法学会，1971.03，頁 1-20。

⁴²⁵木棚照一，国際相続法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 215。

⁴²⁶木棚照一，国際相続法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 216-217。

身在其發源地之德國，於學說及實務上之影響力亦逐漸衰微，故以維持並行原則，作為否定被繼承人選擇準據法之論據，其說服力已令人質疑⁴²⁷。

(4) 有妨礙法律安定性之虞。

原則上，準據法乃被繼承人生前便已選擇完畢，因此在預見可能性上應無問題。然而，仍有論者指出，由於被繼承人仍可能在指定後撤回，故而上述預見可能性已然明確之說法，太過樂觀。對此，肯定論者強調，準據法縱有變動，但最終在被繼承人死亡時已被選擇完畢，故被繼承人而言，確實已無預見不可能之問題。而上開論者之見解，毋寧是由繼承人及遺產債權人的立場來看，才會形成預見可能性之問題。且無論如何要求繼承制度應兼顧對利害關係人之保障，皆無法否認被繼承人方為此項議題中最關鍵之對象，故在其對準據法已可預見之情況下，如此之批判並不成立⁴²⁸。

職是之故，在肯定主觀連繫因素具有：緩和立法主義及屬人法則間之對立、提升準據法之明確性並保護當事人之期待，且又能與夫妻財產制肯認當事人自治的立法趨勢調和等前提下，繼承準據法連結政策主觀面向所關注之重點，已從肯定與否之論爭，轉向實際立法上，應如何在肯定當事人選擇準據法的前提下，允許當事人自治之範圍、方式、及相關爭議之防止⁴²⁹。

第二項 實質立法上之發展

第一款 一九八九年之海牙公約

本公約除了客觀連繫因素之革新外，亦將主觀連繫因素導入繼承準據法，而

⁴²⁷木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 217-218。

⁴²⁸木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 219。

⁴²⁹日本持肯定論之學者，亦強調此項議題之發展，已從肯否之爭論，演進至肯定論下之細部規劃。參見：早川眞一郎，國際的な局面における相統，國際私法年報 1 期，國際私法学会，1999，頁 89；木棚照一，國際相統法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03，頁 150。

在公約第五條⁴³⁰，設有相關規定。首先，就可被選擇之法律，僅允許被繼承人以其指定時或死亡時之本國法或常居所地國法，作為繼承準據法。且指定之效力及於遺產全部（第五條第一項）。而就指定及指定撤回之方式，則規定依相關死因處分（例如：遺囑、繼承契約）之方式所適用之準據法認定之（第五條第二項前段及第三項）。至於指定之存在與否，及其實質上之效力，則依所指定之準據法（第五條第二項中段）。若指定無效，則繼承之準據法回歸本公約第三項之規定加以認定（第五條第二段後段）。最後，為符合本條之意旨，於繼承人無明示之相反意思時，其對遺產準據法之指定，無論為有遺囑或全部、一部無遺囑，指定之效力及於全部遺產（第五條第四項）。

由上述條文內容之整理，可發現本公約雖將主觀連繫因素引進繼承準據法中，但仍屬在極有限之範圍內允許被繼承人選擇準據法，且為確保被繼承人於選擇上之意思表示明確性，乃規定需以其他死因處分之方式進行選擇或撤回。且由其對選擇無效時，準據法之適用乃回歸公約第三條之規定，可知繼承準據法自此乃邁入主、客觀連繫因素併用之階段，亦即原則上乃由被繼承人選擇準據法，僅在被繼承人之選擇無效或未為任何選擇時，方由客觀連繫因素決定涉外繼承之準據法⁴³¹。

第二款 義大利

⁴³⁰ Article 5(1) A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation will be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.(2) This designation shall be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and material validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.(3) The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.(4) For the purposes of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died intestate or wholly or partially testate.

⁴³¹ 原優，へ-グ国際私法会議第16会期の概要--相続の準拠法条約を中心として(資料)，家庭裁判月報41卷6期，最高裁判所，1989.06，頁130。

義大利於一九九五年施行其國際私法之新規定，其中第四十六條⁴³²乃繼承準據法之規定：「死亡所生之權利繼承，依死亡當時被繼承人之本國法。(第一項)被繼承人，以遺囑之方式，透過明示之意思表示，得使因死亡所生之權利繼承全體適用常居所地法。意思表示之人，於死亡當時已不在該當國家居住時，準據法之選擇不生效力。於有義大利國籍人繼承時，關於準據法之選擇，不得害及被繼承人死亡時，於義大利有常居所之特留分權利人依義大利法所承認之權利。(第二項)遺產分割，依繼承準據法。但繼承相關程序已開始，或遺產分割之當事人已合意適用遺產所在地國法律時，不在此限。(第三項)」

義大利法亦將常居所地引進作為繼承之連繫因素，惟係以之作為被繼承人選擇準據法之唯一選項，且不同於一九八九年海牙公約，僅限縮於被繼承人死亡時有常居所地之法律⁴³³，故也僅在非常有限的範圍肯認當事人自治。且對於導入主觀連繫因素可能產生之侵害，亦不同於其後歐盟內部之討論，明文針對義大利籍之繼承人設有內國人私益之保護條款。

第三款 南韓

南韓於二〇〇一年修正施行之新國際私法，亦在肯認當事人自治為國際條約和諸外國之立法潮流下，將主觀連繫因素適用於契約以外之範疇⁴³⁴。關於繼承之部分，乃於新國際私法典中，第四十九條規定：「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。(第一項)被繼承人依遺囑之方式，以明示意思表示指定以下各款之法律時，關於繼承，雖有前項規定，仍依其所指定之法律：一、指定當時被繼承人之

⁴³²翻譯自日本學者對本條之日文譯本，參見：林 貴美，関西家事事件研究会報告(18)韓国国際私法改正の影響--被相続人による準拠法選択を中心に，判例タイムズ 55 卷 1 期，判例タイム社，2004.11，頁 83 之註(23)。

⁴³³但有日本學者批判，義大利此項立法，於承認被繼承人得選擇準據法之理由：提高準據法之預測可能性而言，乃過於嚴格之限制，反而妨礙主觀連繫因素導入之目的達成。參見：木柵照一，法例二六条、二七条の改正に関する一考察，ジュリスト 1143 号，1998.10，頁 73。

⁴³⁴包括法定債權、夫妻財產制、繼承。參見：青木清，韓国国際私法の改正，国際法外交雑 100 卷 6 期，2002.02，頁 16-17；林 貴美，関西家事事件研究会報告(18)韓国国際私法改正の影響--被相続人による準拠法選択を中心に，判例タイムズ 55 卷 1 期，判例タイム社，2004.11，頁 79。

常居所地法。但其指定，限於被繼承人至死亡時仍於該地有常居所，始生效力。

二、關於不動產繼承，依該不動產所在地之法⁴³⁵。」

南韓於新法將主觀連繫因素納入繼承準據法，乃基於：被繼承人如長期在非其本國之地域生存，且在該國死亡時，應考慮被繼承人可能寧願以實際居住地國之法律作為其財產清算之規範依據；現今之繼承，不僅有對次世代移轉財產，夫妻間之財產移轉亦經常發生，且在各國實質法上，亦有將夫妻財產制與繼承制度混用而難以分離之立法例，為了因應夫妻財產與繼承在準據法不同時所生之複雜問題，乃透過準據法之選擇，期望達成兩者間準據法一致之理想。而在允許之選項上，除了採用與多數肯認被繼承人選法之國家，以及海牙公約相同之常居所以外，尚且將不動產所在地亦納為選項。關於前者，乃呼應繼承制度更偏向財產法之發展現況，並謀求個案中與夫妻財產制準據法統一之機會⁴³⁶。而就常居所地本身之認定，則在避免概念僵化所可能導致之解釋困難，未在新法中設有定義性之規定，僅透過韓國法務部表示：「常居所之概念乃事實層面之事項，大致上可理解為生活中心地，故僅需在特定場所有居住一定時間以上之事實存在，即可被認定為常居所。而就常居所存在與否之判斷，須依具體情形，綜合考量當事人在留之期間、目的、家庭狀況、工作情形等各項因素⁴³⁷。」關於後者，則是基於以下之理由：其一、迴避繼承、夫妻財產，以及物權等三項準據法間歧異所生之難題⁴³⁸，並製造三者統一之可能性。其二、使遺產債務之清算，能在規範依據上合於

⁴³⁵其立法理由如下：「由於繼承不僅有身分法之面向，亦有關於財產移轉等財產法之面向，且被繼承人亦可能與其常居所地或財產所在地有密切之關連，復為解決維持單一本國法主義所生之問題，因而承認被繼承人得選擇繼承準據法。於繼承範疇之當事人自治，乃為確保對被繼承人死後之財產關係之預見可能性，且可兼收夫妻財產制與繼承以同一準據法加以規範之優點。」參見：西山慶一，在日韩国人の遺言による相続準拠法の指定，ジュリスト 1210 期，有斐閣，2001.10，頁 166 之註 11。

⁴³⁶林 貴美，関西家事事件研究会報告(18)韓国国際私法改正の影響--被相続人による準拠法選択を中心に，判例タイムズ 55 卷 1 期，判例タイム社，2004.11，頁 81。

⁴³⁷青木清，韓国国際私法の改正，国際法外交雑 100 卷 6 期，2002.02，頁 12；林 貴美，関西家事事件研究会報告(18)韓国国際私法改正の影響--被相続人による準拠法選択を中心に，判例タイムズ 55 卷 1 期，判例タイム社，2004.11，頁 84-85。

⁴³⁸此指為調和三者間之歧異，而在抵觸法層面以定性、適應問題、反致等法技術而實現個案正義。

現實，並有效率的解決。其三、期待以此作為與分割主義國家關於不動產繼承間之規範調和⁴³⁹。對於不動產所在地法應否納入繼承準據法之選項中，日本有學者於立法論上傾向肯定態度⁴⁴⁰，而其所持之理由，除了與上述韓國立法時考量之因素相同部分之外，特別指出當被繼承人之本國法採分割主義時，雖然在日本法上可透過反致條款之適用，而使座落於日本之不動產亦依日本法律處理，但在反致乃是一項國際私法獨有，且理解上不甚容易的法技術等情況下，毋寧以允許被繼承人就不動產繼承選擇財產所在地法，更能降低當事人預測準據法之困難，並且在法庭地法與不動產所在地法相同之情況下，亦能提升法律適用之安定性。

第四款 芬蘭

芬蘭於二〇〇二年施行之繼承法典中，將第二十六章規定用以規範國際繼承之事項，其中前四條為涉外繼承之管轄規定。本文討論重點之準據法，則於第五、六兩條分別對客觀及主觀連繫因素加以規定。雖然芬蘭係以被繼承人死亡時之住所地法作為原則，仍就其於此二條所引進之連繫因素中，發現受一九八九年海牙公約影響之痕跡⁴⁴¹。而就是否允許當事人自治之問題而言，乃於其國繼承法典第二十六章第六條為如下之規定：「被繼承人，得於本條第二項所規定之方法之下，以遺囑指定繼承適用以下任一法律。關於法選擇之指定，必須以在作成遺囑之方式下進行為其前提。審理法選擇之指定是否於正確方式下進行時，必須考慮第九條關於遺囑方式之規定內容。（第一項）關於指定，以下所揭示之法律得被指定為準據法：一、被繼承人依遺囑為指定，其指定時或死亡時之所屬國法。二、被繼承人依遺囑指定當時，或其死亡時有住所，或以前有住所之國法。（第二項）被繼承人依遺囑指定當時，婚姻關係存續中，得選擇夫妻財產關係所適用之法律

⁴³⁹林 貴美，関西家事事件研究会報告(18)韓国国際私法改正の影響--被相続人による準拠法選択を中心に，判例タイムズ 55 卷 1 期，判例タイム社，2004.11，頁 81-82。

⁴⁴⁰木棚照一，法例二六条、二七条の改正に関する一考察，ジュリスト 1143 号，1998.10，頁 73。

⁴⁴¹尤其所採用之客觀連繫因素，以及對主觀連繫因素所容許之選項、適用時點，皆可作為芬蘭此部新法深受一九八九年海牙公約之依據。參見：笠原俊宏，フィンランド相続法典中の国際私法規定(2001 年)，東洋法学 49 卷 2 期，東洋大学法学会，2006.03，頁 205-206。

為準據法。(第三項)為使有關繼承開始之準據法指定之撤回有效,必須依關於遺囑撤回之方式進行。(第四項)⁴⁴²,而在被繼承人選擇準據法之部分,特別值得注意,其為使與夫妻財產制準據法之調和,乃將其明文作為得被指定之選項之一。

第五款 比利時

比利時雖為採分割主義之國家,亦在二〇〇四年之新國際私法中,導入當事人自治於繼承準據法中,而在第七十九條規定:「被繼承人,可使其之繼承全體服從於一定國家之法律。(第一項)準據法之指定,僅在依被繼承人指定時或死亡時保有指定國之國籍,或於其國之領土上有常居所地時,方生效力。但其指定,不得自繼承人剝奪被繼承人依第七十八條之準據法,所保證之特留分權利之。(第二項)指定及其撤回,須依死因處分所具備之意思表示方式表明(第三項)。⁴⁴³」

比利時之新法,亦可尤其條文內容幾乎與一九八九年之海牙公約第五條第一項相同,而得知海牙公約對其之影響。且比利時法中亦有特別針對特留分權人之保障,乃為其新法中較具特色之部分。

第六款 歐盟

主觀連繫因素之部分,前述德國之 Dörner 及 Lagarde 兩教授於二〇〇二年提出之「關於歐盟成員國間,遺囑與繼承相關之管轄及準據法上之抵觸規範之比較法研究」一文中,亦針對此議題表示:關於被繼承人之準據法選擇,乃透過被繼承人提高準據法之安定性,以及迴避最後常居所地等客觀連結,所生之法律不安定之基礎上,應可被肯認。而就可被選擇之法律,則指出被繼承人可指定死亡時

⁴⁴²譯自日本學者翻譯之日文版本,參見:笠原俊宏,フィンランド相統法典中の国際私法規定(2001年),東洋法学 49 卷 2 期,東洋大学法学会,2006.03,頁 205-206。

⁴⁴³譯自日本學者翻譯之日文版本。參見:參見:笠原俊宏,ベルギー国際私法(二〇〇四年)の邦訳と解説(上),戸籍時報 593 期,2006.01,頁 40。

之本國法，及選擇時本國與常居所地國相同之國法，並此二者中之任一法律，皆作為全部遺產之準據法⁴⁴⁴。另外，二〇〇四年於比利時布魯塞爾舉行之「歐盟中之國際繼承法」會議，亦有學者 Davi 對主觀連繫因素之導入發表看法，其特別強調此項議題之反對論中，關於特留分之侵害實際上甚難透過被繼承人選擇準據法而產生，因特留分制度所欲保護之對象，已因其經濟地位提昇而間接降低特留分制度存在之價值，且在常居所地作為連繫因素的情況下，亦會使特留分因法選擇而被侵害的比例降低。故強調允許被繼承人選擇準據法之重點，乃是在尋求應透過何種立法設計，方能使被繼承人選擇與其繼承具有最密切關連之法律，則可被作為選項之客觀連繫因素，僅有常居所地法而已⁴⁴⁵。

最後，對前述歐盟在二〇〇五年公佈「國際繼承與遺囑相關之綠皮書」，就是否允許被繼承人選擇準據法之問題，多數答覆國家皆贊同，但亦皆強調應在嚴格限制下進行，且僅限於透過明示意思表示選擇，而就得為選項之客觀連繫因素，也多半認為以國籍或常居所地為妥。關於特留分之保護，多半也贊同前述學者之觀察，認為在近年社會狀況之變更下，特留分之必要性已然降低，且準據法指定之範圍嚴格限制下，復以常居所地之嚴格認定，因而不必特別創設保護特留分之規範⁴⁴⁶。

第三節 我國繼承準據法可能之修正方向

日本在海牙公約公布後，曾考慮將公約內國法化，因而透過學者專家提出相關議案，並刪除現存之繼承準據法⁴⁴⁷，除此之外，亦有針對一九八九年海牙公約

⁴⁴⁴長田真里，相統の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成国際私法の発展と展望(1))，民商法雑誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1001。

⁴⁴⁵長田真里，相統の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成国際私法の発展と展望(1))，民商法雑誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1004。

⁴⁴⁶長田真里，相統の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成国際私法の発展と展望(1))，民商法雑誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1008。

⁴⁴⁷池原季雄，国際私法改正研究会，「相統の準拠法に関する法律試案」の公表(資料)，国際法外交雑誌 92 卷 4・5 合併号，国際法学会，1993.12，頁 595-632。

所提之修正草案⁴⁴⁸，以及在不將條約內國法化之前提下，針對當時日本國際私法之繼承準據法提出修正建議者⁴⁴⁹。但在日本之新國際私法於二〇〇七年施行前，其法制審議會仍基於以下理由，將繼承準據法原封不動的移入其現行國際私法中。析言之，雖然在學界對繼承準據法之修正已累積部分能量，但實際立法審議時，在參酌實務界之意見後，就客觀連繫因素的部分，仍強調國籍在明確性及安定性上之優點而維持現狀⁴⁵⁰。至於否定被繼承人可選擇準據法之理由，則有以下四點：其一、在日本之外國人所生之涉外繼承，即便不允許其選擇準據法，仍可透過反致而適用日本法。其二、當前之遺囑自由已甚為充分，尚無特別允許被繼承人選擇準據法之必要。其三、承認準據法選擇，將可能危害本國法上之特留分權利人及遺產債權人⁴⁵¹等利害關係人。其四、對被繼承人以外之人，繼承準據法將難以預見，且在法選擇之有無及有效性上，亦容易產生紛爭⁴⁵²。

歐盟在歷經前述學者專家、內部會議、對成員國意見徵集之綠皮書等眾多立法討論後，於二〇〇六年十月十六日，由歐洲議會作成關於繼承與遺囑之相關決議，而對今後之立法提出若干具體之提案，其中有四點與繼承準據法關係密切。第一、客觀連繫因素，以死亡時被繼承人之常居所地最為理想。第二、應承認被繼承人得明示指定其選擇時之常居所地法作為準據法。第三、準據法之一般規定中，仍應保留對第三國之反致，以及違反公序良俗之效果。第四、應就一定情況下，確保財產所在地法之適用，以及關於適用客觀連結而生之特留分，不因承認法選擇而被侵害等事項設立規範⁴⁵³。

⁴⁴⁸池原季雄，國際私法改正研究会，「相続の準拠法に関する法律試案」の公表(資料)，國際法外交雜誌 92 卷 4 期，國際法学会，1993.12，頁 595-632。

⁴⁴⁹木棚照一，法例二六条、二七条の改正に関する一考察，ジュリスト 1143 号，1998.10，頁 69-76。

⁴⁵⁰小出邦夫編，逐条解説 法の適用に関する通則法，商事法務，2009.08，頁 350。

⁴⁵¹尤其銀行實務界對此反對最烈。參見：阿部耕一，國際私法と銀行取引--「法の適用に関する通則法」の制定と銀行実務への影響(10)相続・遺言，銀行法務 21 51 卷 13 期，經濟法令研究会，2007.11，頁 73、78 之註(17)。

⁴⁵²小出邦夫編，逐条解説 法の適用に関する通則法，商事法務，2009.08，頁 351。

⁴⁵³長田真里，相続の準拠法をめぐる立法論的課題(特集 平成國際私法の発展と展望(1))，民商

本文認為，我國之繼承準據法，雖然在實務上適用之機會尚不多見，但就國際私法乃為涉外事件選擇規範之功能而言，我國之規範亦不能自外於世界潮流，否則當涉外繼承案件發生時，將因規範之陳舊而無法為妥適處理，不僅可能有害於判決之國際調和，亦可能使我國人在涉外繼承中，因抵觸法規之不完備而遭受各式各樣的不利益，因而主張我國繼承準據法有修正之必要。但在繼承準據法之範疇，除了理論面之研究外，尚須與實際社會情況配合，此由前揭日本之情況可知，即便學界之討論再盛，司法實務界乃至金融實務界之意見，仍可能成為最終之主導者⁴⁵⁴。相反的，歐盟歷來皆被作為區域統合較為成功之範例，而在法律面上之統合，亦由其轄下之組織主導，並透過議會決議，運作未來歐盟國際私法於各領域之統一。藉由上述兩項立法決議，可看出準據法之修改，尤其如繼承準據法般牽涉眾多因素之抵觸規範，其修正絕非單憑學者對於理論之建構即可達成，尚須考量規範適用之社會狀況、司法及其他相關領域之實務運作困難，故本文在此僅先就未來之修法方向，於理論上依立法目的、主義、連結政策，以及之可能之修正幅度等事項整理其脈絡。

首先，立法目的上，對於抵觸法層面之繼承準據法究竟有何種期待，乃將來修法需先釐清之部分。此將牽涉對於實質法繼承制度目的之理解，仍應維持過去強調身分法色彩之特質，亦或是將現代之繼承制度，理解為更偏向財產法功能之制度。雖然實質法上之繼承制度歧異，不免會反映到國際私法的層次，但在意識到抵觸法乃為各國實質法間選法規則的本質上，便應對此層面之繼承概念為不同於實質法上之考量，而在概念建構及定性問題上，維持一貫之寬鬆態度。當然，若慮及準據法適用範圍之界定困難，亦可參照一九八九年之海牙公約第七條⁴⁵⁵，

法雜誌 135 卷 6 期，有斐閣，2007.03，1009

⁴⁵⁴ 金融實務界對修正草案之質疑，主要集中於外國法之調查困難，以及常居所地之概念如何與日本國內施行之戶籍制度配合等部分。參見：阿部耕一，國際私法と銀行取引--「法の適用に関する通則法」の制定と銀行実務への影響(10)相続・遺言，銀行法務 21 51 卷 13 期，經濟法令研究会，2007.11，頁 78-79 之註 11。

⁴⁵⁵ Article 7 (1) Subject to Article 6, the applicable law under Articles 3 and 5, paragraph 1, governs the

於規範中明確界定準據法之適用對象、範圍。

其次，於立法主義上，統一主義作為原則應無疑問。於一九八九年海牙公約審議過程中，亦即有現實立法上採分割主義國家之代表，提出往後應採用統一主義立法原則之意見⁴⁵⁶。然而，對於統一主義的採用，仍須意識到追求統一規範之要求，在世界各國之繼承制度歧異，以及現實上存在不動產權利移轉相關之特殊規定等兩大因素影響之下，並非絕對不可動搖之價值。故而在立法主義中採用統一主義，仍須配合現實情形，而不得不設有若干之例外，也因此於繼承準據法之立法主義部分，絕對的統一並非未來應強調之處，毋寧應考量在何種情況下，例外使單一涉外繼承事件，適用複數之準據法加以規範，尋求其規範面上之正當化基礎，方為此部分之重點。

至於連結政策之考量，在客觀連繫因素之採擇上，由本文前述之內容，可知國籍（或住所）、常居所，及財產所在地，皆為值得被考慮之選項。而在上開連繫因素中，亦由於單一連繫因素所建構之繼承準據法，於適用上有許多限制與不足，故而不應將立法主義上追求單一規範之理念，與連繫因素之個數劃上等號。因此對上述連繫因素之適用，至少不應再固守僅以國籍作為唯一連繫因素之連結政策。只不過，對於新興連繫因素之導入，仍應謹慎為之。如常居所地，雖然在性質上比國籍更能反映當事人之生活中心，但在其概念本質為事實，相關法律又

whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.(2) This law governs –a) the determination of the heirs, devisees and legatees, the respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;b) disinheritance and disqualification by conduct;c) any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;d) the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;e) the material validity of testamentary dispositions.(3) Paragraph 2 does not preclude the application in a Contracting State of the law applicable under this Convention to other matters which are considered by that State to be governed by the law of succession.

⁴⁵⁶木棚照一，法例二六条、二七条の改正に関する一考察，ジュリスト 1143 号，1998.10，頁 70。

尚未，或可說是難以對其定義，在法律上為明確規範之同時，於個案中將如何認定被繼承人之常居所地？復以我國亦如同日本有戶籍制度，則如此之常居所地概念，若被引進為準據法之連繫因素，將如何與我國之戶籍制度配合，亦為必須更深入研究之問題。因而在對常居所仍有上述疑慮的情況下，本文認為其若被引進作為連繫因素，尚須與其他客觀連繫因素配合，不得單獨成為繼承準據法之唯一連結點。再就財產所在地而言，其可能扮演重要角色之處，乃不動產繼承與無人承認繼承。就前者而言，其乃繼承準據法追求統一規範最大的阻力，我國現行法對此並無特別規範，若將其引進為一般涉外繼承中之連繫因素，多半會基於與分割主義國家之規範調和、現實上對不動產強行規定之妥協，以及試圖與夫妻財產制準據法統一等理由。另就後者而言，我國現行法之設計雖基於考量內國公益而將其納入連結政策中，但所適用之結果皆為我國法，至少在無人承認繼承上，若將其明確納入規範，一則以明確無人繼承財產之準據法，二則以表明我國國際私法之設計，亦服膺內外國法平等之價值判斷，而非僅為追求內國國庫之利益。

主觀連繫因素之導入問題，肯定被繼承人得選擇準據法應可說是主流意見，但在實際作為上，無論是國際條約，或是各國之實際立法，卻幾乎皆採限制肯定之作法。此或許是顧慮到新制度之引進，以及反對論者之質疑，因而在立法上採用相對安全、保守的方式。將來我國如修正繼承準據法，似也可考慮引進此類限制肯定之模式，此在我國法上甚有意義，因我國現行繼承準據法所獨有之但書規定，在文義不明之情況下，與其保留之而徒生解釋上之困擾，不如刪除之而尋求其他替代方案。雖然涉外民事法律適用法第二十二條但書設立當時之情形，即英美法與大陸法在繼承制度上之歧異至今仍存，但其立法目的乃專為我國人之私益保護，並未能完全符合國際私法存在之目的，且其造成之準據法適用分裂，相較於該項但書之立法目的貫徹，毋寧以消除其所生之弊病較為重要。因此本文贊同刪除涉外民事法律適用法第二十二條但書之見解。至於替代之方案，便是擴大抵

觸法層面之當事人自治，及於繼承準據法之範疇。惟需注意，即便修法納入主觀連繫因素，亦僅能在有限度的範圍內容許，參照前述之國際公約及各國立法，似可將國籍、常居所地，甚而不動產所在地等，納入可選擇之範圍。另就指定之方式，亦應參照多數立法例，對於被繼承人就準據法之指定與撤回，適用繼承法上死因處分（多半為遺囑）之形式要求，並以明示之意思表示為限，透過對形式之嚴格要求，及相關意思表示方式及內容之限縮，以杜絕被繼承人於指定不明時可能產生之爭議。

最後，在修法幅度上，若將完全維持舊制與徹底廢除現行規範，設為光譜之兩端，則日本二〇〇七年之新國際私法，與其國內學者因應一九八九年海牙公約所提出之條約內國法化之草案，恰可作為兩種極端之實例。但在本文透過文獻觀察日本過去運用解釋方法及國際私法上各式法技術，對單一連繫因素之繼承準據法於解釋論上所做出修正後，認為與其保留現行法，而期待實務於未來涉外繼承案件發生時能有類似之作為，不如將現行法為一定幅度之修正。只不過，我國並非海牙國際私法會議之會員國，且國際公約畢竟與內國獨自所為之立法不同，乃是在各成員國之代表妥協後之產物，未必能切合我國法制與社會之現況，因此將條約直接內國法化也未必為最妥適之作法。因而在考量前述關於立法目的、立法主義，以及連結政策之說明後，本文認為我國未來之修法，應在現行法之架構下為之，若欲激進為之，則一九八九年海牙公約第五條及第六條可作為修正之主要參考，換言之可考慮將繼承準據法之修正為主客觀連繫因素並存，且在客觀面上為階段適用之立法模式；若欲保守為之，則可參照義大利、南韓等國家最新之繼承準據法，於保留被繼承人死亡時之國籍作為主要連繫因素的前提下，有限度的引進其他新興連繫因素，作為繼承準據法於例外情況下之配套規定。

第六章 結論

當自然人權利能力消滅時，處理其財產法上地位相關問題之繼承，乃是一項兼具身分法與財產法色彩的法律制度。雖然繼承法制主要的功能，可用超越世代間之財產法上權利義務清算與移轉加以描述，但在世界各國現況下，仍有概括繼承與清算主義之區別，因而在實質法層面上形成截然不同的繼承制度。而制度上之歧異，不僅反映出各國對於繼承制度的理解，究竟較偏向身分法之部分，抑或是財產法之範疇，也由於各國間繼承制度的不同，使涉及複數國籍人，或財產不在一國之內的繼承事件出現紛爭時，應透過何種標準選擇可資適用的規範，成為一項棘手的問題。事實面上，過去發生較多涉外繼承案件之國家，多半基於戰爭或有大量移民進出等歷史因素。而在現代國際交流頻繁的情況下，無論是人或財產的移動皆更為容易，舉凡勞動人口之海外派遣、國際投資，乃至於留學、旅遊等，皆可能增加涉外繼承案件發生的機會。且於上開情形，皆不能斷然排除我國籍之人，或在我國之財產牽涉其中的可能。因而在規範面有所不同，以及事實上有發生涉外繼承案件機會等因素下，建構完善之繼承準據法，乃成為國際私法之一項重要課題。

涉外繼承事件發生時，所應考慮者除了實質法上之制度差異外，尚有國際私法上對於立法主義之不同選擇所形成的歧異規範。而一般在討論繼承準據法時，首先面臨的便是繼承統一主義與分割主義兩者之比較。關於兩主義之衝突與調和，以及其所導致之連繫因素選擇差異，至今仍深刻的影響繼承準據法之決定與適用。此外，由於各國實質法對於繼承制度的不同理解，以及對不動產等交易價值較高之財產所為的特別規定，皆是造成繼承準據法更加複雜的原因。雖然在現代意義下的繼承，規範重心已偏向財產繼承之部分，但在大陸法系國家幾乎仍以概括繼承為原則的背景下，仍無法否認在繼承此一兼具身分法與財產法兩面性質

的制度中，大陸法系國家乃趨向前者。而在英美系國家以個人主義之理念所發展而成的資本社會中，則更偏重繼承制度之財產法面向。因而導致不同法體系在衝突法則之立法理念上，亦反映其各自對繼承制度之理解與偏重。再由抵觸法本身之立場加以觀察，既然對繼承相關之生活事實，規劃為有獨立選法規則之領域，則不僅應從事實面之角度檢討涉外繼承之態樣，也應由規範面追求最合適之選法規則。故而在抵觸規範建構之過程，必須尋求合適之立法主義作為其上位概念。因此在考量統一主義與分割主義之利弊後，並參考國際公約及其他國家關於繼承準據法之立法例，應以統一主義作為繼承準據法之立法原則。而在其追求以單一規範作為適用原則的前提下，將使涉外繼承案件之處理儘可能簡化，不僅使利害關係人之權利義務狀態能有統一之規範標準，亦可降低法院於涉外繼承案件審理上之困難。

實際規範上，我國的繼承準據法分別規範於涉外民事法律適用法第二十二、二十三條。其中，二十二條乃關於一般涉外繼承之準據法，我國對此亦採用統一主義為立法原則，而以被繼承人死亡時之本國，作為追求涉外繼承單一規範之手段。但在此項原則之外，又針對我國籍繼承人之特留分保護而有例外規定，雖然就自國民之利益保護而言並無不當，但在現行規範設有此項例外的情況下，究竟應如何定位我國於此項抵觸規範所採之立法主義，且在上開但書制訂之時空背景早已變遷，以及但書本身在解釋上之爭議，皆令人質疑我國現行規範，是否足以因應當代之涉外繼承紛爭。而同法第二十三條，則為關於無人繼承財產之抵觸規範，惟本條在文義上，僅針對外國人於我國遺有財產，且構成無人繼承之情形加以規範，對其他可能發生之無人繼承並未一併明文其準據法則，因此在規範設計上亦有可被改進的空間。

本文在肯定以統一主義為原則之立法理念，並意識到我國現行規範之不足後，乃先由解釋論層面切入，探討繼承準據法之適用範圍，並就部分事項釐清與

其他準據法之關係。首先，在定性問題上，主張以最符合衝突法則設立理念之國際私法獨自性說為可採，故本文中對於「繼承」此項概念於抵觸法層面之闡釋，皆立於此學說之觀點，而不侷限於我國實質法對繼承之理解。雖然本說仍有具體判斷標準上之缺陷，但在對可能納入繼承事項之情況，保持開放態度的前提下，可將抵觸法上之繼承概念，理解為處理整個肇因於人之死亡，而產生跨越世代間之財產清算、移轉等事項之流程，因此不受制於英美法系對於繼承之狹義概念，而將該法系定義之遺產管理（administration）亦納入本文對抵觸法層面繼承之理解，同時對大陸法系國家所獨有之繼承制度，亦以上開方式處理。此外，由於定性僅為涉外案件準據法選擇及適用上之初步階段，故本文認為，與其在定性之階段便將自國法所無之實質法繼承制度加以排除，毋寧透過國際私法上其他法技術，如反致、適應問題、公序良俗條款等，解決法庭地法院在處理涉外案件上之困難，此相較於在整個涉外案件處理之程序前階段，便將抵觸法層面之概念嚴格限縮，更能於個案處理上出現彈性，且有助於國際私法在選法規則上所預設目標----「選擇與當事人關係最密切之法律」之實現。

關於繼承之開始，一般認為無論其原因、時期及處所，皆應依繼承準據法加以處理。而在實質繼承法，多半以人之死亡作為繼承開始的情況下，重點便在於何謂被繼承人死亡？自然死亡之情形，多半無甚爭議；但擬制死亡之情況，則因同時涉及死亡宣告之準據法，因而有必要釐清兩者間之適用界線。就此部分之爭議，本文亦採用與上述定性問題相同之立場，將實質法層面上各種法律擬制之死亡，寬認其屬繼承開始之原因，亦即將死亡宣告或類似制度是否構成繼承開始之原因，回歸繼承準據法加以規範，而非如部分外國學說，將死亡宣告之效力賦予繼承開始之效果。至於，涉外繼承開始後，關於繼承法上之事項，如繼承人就遺產之分配比例及順位，凡此皆屬繼承準據法之適用對象。此部份在繼承準據法上之爭議，多半不在適用範圍之界定，而是在適用結果上。因實際上對利害關係

人造成影響者，乃是個案中遺產分配之結論，故而問題之重點在於國際私法上對於個案結果之調整，亦即公序良俗條款之操作問題。

而當遺產債務超過債權時，繼承人欲主張限制或拋棄繼承，亦屬繼承開始後之效力。本文對此區分為管轄、準據法、相關程序規定與所準據實質法之關係等三部分而討論之。就管轄之部分，由於涉及涉外非訟事件之處理，比較法上有所謂並行原則，將準據法與涉外非訟之管轄問題結合，試圖透過準據法之選擇決定法院有無裁判管轄之權限，但在上開理論自體仍有缺陷，且於理論提出之國家亦已非主流見解後，本文認為我國對於類似案件之處理，仍應將準據法與管轄之問題脫鉤。而準據法之部分，特別值得注意者乃形式要件之準據法適用問題，此在我國繼承法於二〇〇九年六月之修法後，雖然將繼承法制之原則從「以概括繼承原則，限定、拋棄為例外」之設計，變更為「概括繼承限定責任為原則，拋棄繼承為例外」，而創設我國獨有之繼承法制⁴⁵⁷，但至少拋棄繼承之實質內容仍與大陸法系國家之典型內容極為相似的前提下，以我國涉外民事法律適用法第五條第一項關於法律行為方式之準據法作為形式要件之依據，不僅在法律明確性上有所本，又可避開關於行為地法和被繼承人本國法之爭議，應有作為我國法未來在相關問題上處理之參考價值。至於程序規定如何與所準據實質法配合，則屬個案中之適應問題，本文無法在此建立通用原則，僅能指出程序規定作為實體法配套之特徵，故而在程序事項之要求上，應盡可能保持彈性，以因應外國實質法所帶來之衝擊。

繼承人之相關議題上，本文區分以繼承為本問題之先決問題，以及其他關於繼承人能力、順位，繼承權之得喪變更等純由繼承準據法處理之問題。就前者而言，結論上本文贊同先決問題不存在之學說，亦即將成為先決問題之事項，交由法庭地國際私法定其應適用之準據法即可。而就其他由繼承準據法處理之相關問

⁴⁵⁷林秀雄，評析二〇〇九年繼承法之修正，月旦法學 171 期，2009.08，頁 70 以下。

題，於繼承權之取得上，乃涉及權利能力準據法與繼承準據法之適用界線，對於權利能力之始期，本文區分法人與胎兒而有不同之結論，乃因兩者在性質上與保護之必要性上不同所致。而對權利能力之終期，多半為同時死亡之問題，為避免準據法選擇適用上之混亂，多半以同時死亡者間互不為繼承作結。再於繼承權之喪失、變更部分，此亦類似前述之應繼分等事項，爭執重點不在於是否屬於繼承準據法之適用範圍，而是在適用外國繼承法之結果，若對個案中之利害關係人有所不公，將如何透過公序良俗條款加以調整。

繼承財產之部分，主要重點在於遺產之構成與移轉，究竟應受何種準據法支配，換言之，乃個別權利義務之繼承性應如何認定之問題。對此，有所謂「個別準據法突破總括準據法」，使如不動產繼承、侵權行為所生損害賠償債務之繼承等問題，累積適用各該權利義務之準據法及作為總括準據法之繼承準據法。因此該問題的本質，即為總括準據法與個別準據法適用範圍之劃分。此項議題在外國經過多年的討論，至今仍無定論，故本文對此部份，僅整理可能的發展方向，以供解釋或立法上之參考。其一、繼承準據法在立法理念上應採之態度：可能為貫徹總括準據法之指定意思，使繼承準據法無論在實際上之實行性如何，皆朝向徹底的統一主義邁進。而使總括準據法優先於個別準據法，亦即讓屬地法之適用極小化。只不過此一理想主義之立場，仍須在各國國際私法對此議題有統一規範的共識下，方可能實現。亦或是為了迴避抵觸規定間之矛盾，並從實效性之觀點，使總括準據法之指定意思退讓，肯定個別準據法為與特別財產具有最重要牽連關係之規範，故承認其適用上之優先性。此在現今各國國際私法之立法狀態下，乃是為追求判決之國際調和所不得不採取之現實主義立場。其二、對抵觸法上繼承之內涵認知：我國之涉外民事法律適用法第二十二條本文，於設立當時乃參考日本之繼承準據法而來，與日本法適用通則法第三十六條之文字用語幾近相同。日本方面，明治年間立法時，乃將重點置於人格繼承（身分法）之側面而採用本國法主義。但在繼承制度之重心及其爭議焦點，已漸往財產法之部分傾斜的今日，

未來在檢討繼承準據法之實用性時，至少需意識到：現行有效之繼承準據法，其設立當時之考量，是否能切合於國際交流頻繁之當代社會，而妥善處理可能發生之涉外繼承問題？對此問題之態度，將決定現行規範有無修正之必要，若有，則應為如何之修正，仍有待配合其他如立法主義、連結政策、比較法制等因素，全盤考量繼承準據法所面臨之問題，進行更深入之研究。若現行繼承法無修正之必要，則於解釋論上或可參考外國學說及實務之發展。惟現今抵觸法上之實況，繼承財產之構成與移轉，深受個別財產準據法之牽制，乃不容否認之事實。

由於英美法系與大陸法系對所謂「遺產管理」之認知不同，故也造成法律制度上之衝突。而在抵觸法層面上，由於此部分之問題不僅牽涉概念界定之爭，尚因其多半涉及實體法與程序法交錯之事項，如遺產管理、遺囑執行等，故而在準據法的選擇與適用上更形複雜。本文對於概念上之界定，已在前述之定性問題部分將英美法系概念下的遺產管理，亦納入本文所處理之繼承問題中，故而就遺產管理、清算相關之準據法適用，便已包含上述國家中規範於繼承準據法以外之事項。而為使討論方便，本文以所謂「廣義遺產管理」，使之涵蓋大陸或英美法系下認知之遺產管理及遺囑執行等事項，惟就英美法系中作為遺囑執行前提要件之檢認制度，由於其與大陸法系下僅對遺囑保全所設計之類似制度不同，乃牽涉繼承開始與否之要件，於功能上亦可視為繼承制度之一環，故就其抵觸法選擇之問題，亦一併納入此部份之論述。而在抵觸法之選擇上，參照外國之發展情形，可將廣義遺產管理之準據法，區分為統一處理與分割處理兩種模式，實際上亦為繼承準據法兩大立法主義爭執之延續。結論上，本文認為應以統一處理之模式較為可採。因主張分割處理之論者，雖強調其乃為迴避統一處理運作上必然遭遇的適應問題（指所準據實質法與法庭地程序法間），而選擇了分割處理的方式，卻在其自身之運作上亦產生了新的適應問題，故已失其論據。且在統一處理的模式下，發生適應問題之情況仍屬少數例外，僅在與內國法制度差異極大之國家法律成為準據法時才會發生，故即便由訴訟經濟的觀點，使內國程序法適應多數外國

法之制度，並不會耗費太多成本。最後，即便是分割說之提倡者，亦肯定統一處理在抵觸法層面有其可取之處，只不過現實上國際私法尚未能統一，因而寧願採取分割處理之見解。

關於無人承認之繼承，爭議之處多集中在其法律性質之認定，與準據法之適用範圍上。本文在此問題上，首先指出關於無人承認之繼承，實際上乃包括繼承開始後，繼承人有無不明之階段，以及確定無人可為繼承後，關於被繼承人遺產處理之階段。前者實際上仍為一般繼承準據法之範疇，而後者即為無人承認繼承討論之重心。雖然世界各國幾乎皆將無人承認繼承之遺產歸屬於國庫，但在歸屬權之法律性質上，仍可分為先占權主義與繼承權主義兩種見解，而在抵觸法上成為究竟應適用財產所在地法，或繼承準據法之爭議。然而，無論何種見解，實際上皆有罔顧國際私法之理念，僅為自國國庫增加利益之疑慮，故而在國際私法上，問題之重點乃被導向應如何建構一項充分合理之論述，使無人承認繼承之處理可符合國際私法之理念，而非僅以選法規則作為增加內國國庫利益之手段。本文對此，乃贊同將無人承認繼承之目的，理解為繼承和先占以外之公益說，並將其與先占主義結合，使無人承認之繼承，乃成為保護內國公益之必要設計。至於準據法之適用問題，歷來有適用物權準據法、繼承準據法，以及遺產所在地法之見解。而在本文支持的公益說之下，無人承認繼承之遺產歸屬，自不會納入繼承準據法之適用範圍。另外，若考量到無人繼承遺產之本質，仍有若干同於一般繼承之需求，亦即將全部之遺產交由國庫的同時，不僅處理其歸屬之問題，尚且涉及財產之清算、管理。且遺產之種類亦未必限於有體物，僅以物權準據法不一定可完善處理此類遺產等面向時，則以財產所在地法，作為無人承認繼承中遺產歸屬之準據法，應屬最能貫徹公益說，追求早日終結遺產於法律上處於不安定狀態理念之選項。最後，關於涉外民事法律適用法第二十三條，雖然立法理由明文表示乃為保護內國公益而設，但在適用範圍上，此項規定是否即表示我國於抵觸法上選擇財產所在地法，作為無人繼承財產之規範依據，抑或僅針對留存於我國之

外國人遺產特別規定？對此，本文認為，或許可透過目的解釋之方式，將現行規範之目的延伸為財產所在地國之公益保護，意即由公益說之觀點出發，使現行條文得透過解釋論之操作，將適用範圍擴及無論內外國之無人承認繼承，亦無論遺產種類、所在地，皆以財產所在地法為其準據法。退步言之，如認為法律明確性之要求於此項議題上極為重要，亦可能將本條修正為：「依前條應適用之法律，為無人繼承之財產者，依財產所在地法處理。」惟在確認有修法必要之前，現行條文仍可依上開解釋方式達成與修法類似之效果，並非贅文。

國際私法的構造上，反致條款乃作為抵觸規則間之衝突解決機制。雖然反致之概念，無論從理論依據、應被承認的類型，乃至於其本身是否有存在的必要，皆屬仍有爭議之問題，但在我國涉外民事法律適用法第二十九條明文設有反致條款的情況下，至少在現實上不可忽視反致條款對其他抵觸規則的影響。涉外繼承與反致，由於我國法上對反致之適用前提乃需準據當事人之本國法，而涉外民事法律適用法第二十二條本文即以被繼承人本國法為準據法，故在形式上應肯定我國法中，關於涉外繼承案件之準據法被反致之可能。而在反致與涉外繼承之關係中，本文僅就適用反致條款對繼承準據法之影響，以及廣義遺產管理上之隱性反致加以探討。關於前者，可參考立法上與我國相似之日本，對於繼承準據法適用反致條款之態度演變，乃由過去的反對態度，演變至今日允許反致形成之準據法分裂適用局面。如此的演變脈絡，乃是在考量世界上仍有採用分割主義國家的現況下，更為務實的作法，並期望藉由反致於涉外繼承領域之適用，調和繼承準據法之立法主義，以及屬人法兩大主義之爭執。同時亦揭示採用統一主義立法之國家，對繼承準據法統一處理之要求，似已不再如過去一般將其視為絕對不可動搖之價值，而須因應實際狀況，透過包括反致等選法規則上之技術，使繼承準據法於適用上更具彈性。

此外，廣義遺產管理上之隱性反致，本文乃在介紹其定義、源流後，於結論

上配合本文贊同統一處理之見解，因而肯定此種類型之反致。只不過，隱性反致之本質，實乃外國法之解釋問題。對廣義遺產管理而言，採用統一主義之國家，隱性反致乃作為其與英美法系制度衝突下，追求統一處理遺產管理事項之配套措施，且由於英美法系國家，原本即對內外國之遺產管理之進行，採取分離的態度，因此上開反致適用所導出之結論，對其而言不僅非處理上之分裂，更是理所當然之事。而對大陸法系國家而言，此種以追求統一處理為原則，卻在法規範之技術操作下得出之分割處理，乃是統一主義之下必要且合理之例外，非但不會產生新的問題，反而有助於在繼承準據法，採用不同立法原則之國家間的判決調和。

在關於繼承準據法之立法理論、現行規範、適用範圍討論，以及其與反致之關係討論完畢後，本文立基於上述章節所呈現之問題意識，進一步從連結政策的角
度探討繼承準據法之問題。此部份乃著眼於立法論之探討，藉由對客觀連繫因素之分析，討論傳統上於繼承準據法常見之國籍、住所，以及財產所在地等客觀連繫因素，同時也就晚近新興之常居所，和一九八九年海牙公約所建構之階段適用立法模式加以研究。而在主觀連繫因素之部分，則從理論依據和實際立法上，研究繼承準據法之範疇中，應否允許被繼承人於生前事先選擇繼承準據法，並在最後得出現行之繼承準據法應有修正必要之結論。故於連結政策分析後，乃由立法目的、準據法之立法理念、主客觀連繫因素之採擇，以及可能的修正幅度上，整理連結政策上之問題，並試圖指出未來繼承準據法可能之走向。最後，提出繼承準據法之草案及立法理由，作為本文之總結：

	現行條文	本文建議之條文	修正理由
涉外民事法律適用法第二十二條	繼承，依被繼承人死亡時之本國法。但依中華民國	繼承，依被繼承人死亡時之本國法。但能證明被繼	1.鑑於統一主義可使涉外繼承事件之準據法簡單明

	<p>法律中華民國國民應為繼承人者，得就其在中華民國之遺產繼承之。</p>	<p>承人在本國以外有更密切關連之常居所或國家時，依該地之法。</p> <p>(第一項)被繼承人，得依遺囑之方式，以明示意思表示，選擇以下任一款為其繼承準據法：一、至被繼承人死亡時為止，居住五年以上之常居所地法。二、不動產所在地法(第二項)</p>	<p>瞭，不僅有助於降低當事處理涉外繼承紛爭之難度，亦便利法院對相關案件之審理，復以一九八九年之海牙公約、及晚近修正繼承準據法之國家，如德國、瑞士、義大利、南韓等，皆以統一主義之立法為原則，援將現行法關於繼承準據法之一般原則保留。</p> <p>2.增設本條但書之理由：(1)鑑於過去繼承準據法僅採用被繼承人本國法所面臨之困難，與其透過國際私法上如反致等其他法技術之調整，毋寧以複數之</p>
--	---------------------------------------	--	--

		<p>客觀連繫因素，使繼承準據法在選擇不因單一連繫因素之設計而過於僵化。(2) 以能證明具有更密切關連之常居所地或其他國家作為連繫因素上之選項，乃在參酌我國現況後所為之選擇，因我國之繼承多數仍為法定繼承，故期待本條第二項被繼承人以遺囑選擇準據法之情況大量出現，乃不切實際之考量，故而在為數較多之法定繼承部分賦予準據法選擇、適用之彈性，應屬較符合我國情況之立法。而已此二者為客觀</p>
--	--	--

		<p>連繫因素上之選項，乃著眼於其更能反映被繼承人死前之民事私法生活中心地，不僅可避免被繼承人本國法作為唯一連繫因素所生之缺點，亦能期待其將國際私法上追求適用與當事人關係最密切法之理念，於繼承準據法之範疇中實現。</p> <p>3.本條第二項，導入允許被繼承人選擇繼承準據法之立法模式，但在參酌一九八九年之海牙公約，以及晚近各國如德國、南韓、義大利、芬蘭等國之立法例後，乃透過對被繼承人關於選</p>
--	--	--

		<p>擇準據法之意思表示方式上之嚴格限制，以杜絕对被繼承人選法意思之爭議。</p> <p>4. 允許之選項部分，常居所地乃較國籍更可能反映被繼承人死亡前之生活中心，故將其納入，惟在考量我國尚有戶籍制度之情況下，為免爭議，乃硬性規定僅限於被繼承人死前至少居住五年以上之常居所。允許不動產所在地，乃參考南韓於二〇〇一年修正施行之新法，透過將不動產所在地納入繼承準據法之選項，以調和統一主義與分割</p>
--	--	---

			主義之立法，並可兼顧繼承準據法、不動產物權準據法，以及夫妻財產制準據法三者間之調和。
涉外民事法律適用法第二十三條	外國人死亡時，在中華民國遺有財產，如依其本國法為無人繼承之財產者，依中華民國法律處理之。	依前條之規定，如為無人繼承之財產者，依財產所在地法處理。	<p>1.有鑑於無人承認繼承遺產之歸屬，並非為追求內國國庫利益之增加，而是基於內國公益保障所設之制度，故而在此項公益觀點之下，乃將現行無人承認繼承之準據法，不限於外國人死亡時在中華民國遺有財產之情形，而使依本法之繼承準據法認定之無人承認繼承，皆有本條之適用。</p> <p>2.以財產所在地法</p>

			<p>為準據法，乃基於以下考量：(1) 無人承認繼承之財產，不僅限於物權上之權利，僅以物權為準據法處理，將有掛一漏萬之虞。(2) 無人繼承之財產，仍可能有類似一般繼承關於遺產清算管理之需求（例如：被繼承人死後尚有債務未清償）則以財產所在地法為依據，更能使關於個別財產之特殊規定被落實。(3) 基於現實考量，當我國籍之被繼承人死後無人繼承遺產，且相關財產又位於國外，則以財產所在地法處理，除了切合實</p>
--	--	--	--

			際，也最能有效處理遺產相關之問題。
--	--	--	-------------------



參考文獻

一、中文（按出版年月之順序排列）

（一）書籍

1. 曾陳明汝、曾宛如，國際私法原理（上集）總論篇，新學林，2008.05 修訂八版
2. 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民出版，2007.03 修訂三版
3. 馬漢寶，國際私法 總論 各論，自版，2006.02 再版
4. 賴來焜，基礎國際私法學，三民出版，2004.06
5. 曾陳明汝、曾宛如，國際私法原理（續集）各論篇，學林出版，2003.06 修訂二版
6. 柯澤東，國際私法，元照出版，2002.08 二版
7. 林益山，國際私法各論，國立中興大學法律學系法學叢書編輯委員會出版，1996.06
8. 藍瀛芳，國際私法導論—附：國際私法的立法趨勢，自版，1995.01
9. 蘇遠成，國際私法，五南出版，1995 五版
10. 李後政、賴淳良，涉外民事問題案例淺釋：涉外身分事件，永然文化，1993.07
11. 劉鐵錚等著，瑞士新國際私法之研究，三民出版，1991.10
12. 劉甲一，國際私法，三民出版，1988.10 修訂四版

（二）期刊論文

1. 林秀雄，評析二〇〇九年繼承法之修正，月旦法學雜誌 171 期，2009.08，頁 69-89
2. 施惠玲、楊熾光、黃聖展，從當然繼承到有限責任繼承的進程與挑戰，台灣法學雜誌 132，2009.07，頁 1-18
3. 吳光平，國際私法上先決問題之解決標準—從最高法院 85 年度台上字第 2423

- 號判決談起，玄奘法律學報，2008.12
- 4.徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌 160 期，2008.09
 - 5.廖蕙玟，「先決問題」之研究，東海大學法學研究 28 期，2008.06，頁 101-137
 - 6.許耀明，我國涉外民事法律適用法最新修正草案述評，月旦法學教室 64 期，2008.02
 - 7.吳光平，國際私法上國際裁判管轄發展之新趨勢，軍法專刊，2007.06
 - 8.許耀明，外國確定身分判決之承認與執行，月旦法學教室 51 期，2007.01
 - 9.陳榮傳，夫妻之不動產的涉外問題，月旦法學教室 44 期，2006.06
 - 10.林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度---國際私法，元照出版，2006.01，頁 255-269
 - 11.林秀雄，涉外民事法律適用法第一條第三項所定「關於親屬法或繼承法之法律行為」之意義，臺灣本土法學雜誌 73 期，2005.08，頁 132-136
 - 12.唐敏寶，無人承認繼承之遺產管理人與遺囑執行人之規範競合--評最高法院九十年度臺上字第三一四號民事判決，法學叢刊 48 卷 2 期，2003.04，頁 45-59
 - 13.林益山，遺囑及繼承之準據法，月旦法學雜誌 38 期，1998.07，頁 18-19
 - 14.陳榮傳，先決問題或附隨問題，月旦法學雜誌 12 期，1996.04
 - 15.陳榮傳，外國人在台遺產之繼承問題，月旦法學雜誌 5 期，1995.09，頁 63-64
 - 16.李聲庭，國際私法有關繼承諸問題，東海學報 14 期，1973.07，頁(8)1-(8)11
 - 17.洪應灶，論國際私法上繼承之準據法，法律評論 21 卷 9 期，1955.09
 - 18.郭豫珍，涉外繼承事件之國際管轄權的確定，法學叢刊 144 期，頁 57-69

(三) 學位論文

- 1.魏淇芸，國際私法上夫妻財產制準據法之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007

- 2.伍偉華，海牙國際私法公約之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1998
- 3.許麗華，國際私法上繼承問題之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1991
- 4.吳光明，國際私法上繼承之準據法，台灣大學法律學研究所碩士論文，1976

二、日文（按出版年月之順序排列）

（一）書籍

- 1.小出邦夫編，逐条解説 法の適用に関する通則法，商事法務，2009.08
- 2.廣江健司，國際民事關係法：國際私法・國際民事手続法・國際取引法，成文堂，2008.06
- 3.木棚照一、松岡 博、渡辺惺之，國際私法概論 第5版，有斐閣，2007.06
- 4.道垣内正人，ポイント國際私法（總論）第2版，有斐閣，2007.04
- 5.石黒一憲，國際私法 第2版，新世社，2007.02
- 6.櫻田嘉章、道垣内正人編，國際私法判例百選 新法対応補正版(別冊ジュリスト：no. 185)，有斐閣，2007.01
- 7.神前 禎、早川吉尚、元永和彦，國際私法 第2版，有斐閣，2006.12
- 8.沢木敬郎、道垣内正人，國際私法入門 第6版，有斐閣，2006.10
- 9.小出邦夫編，一問一答 新しい國際私法，商事法務，2006.09
- 10.溜池良夫，國際私法講義 第3版，有斐閣，2005.05
- 11.櫻田嘉章、道垣内正人，ロースクール國際私法・國際民事手続法，有斐閣，2005.04
- 12.遠藤 浩 [ほか] 編，民法（9）相続 第4版増補補訂版，有斐閣，2005.01
- 13.山田鑠一，國際私法 第3版，有斐閣，2004.12
- 14.木棚照一，國際相続法の研究，オンデマンド版，有斐閣，2003.03
- 15.松岡 博，國際私法・國際取引法判例研究，大阪大学出版会，2003.10
- 16.西 賢，比較國際私法の動向，晃洋書房，2002.05

- 17.松岡 博，国際家族法の理論，大阪大学出版会，2002.03
- 18.道垣内正人，ポイント国際私法（各論），有斐閣，2000.11
- 19.佐藤やよひ，ゼミナール国際私法，法学書院，1998.09
- 20.野田愛子監修，国際相続法の実務，日本加除出版，1997.01
- 21.出口耕自，基本論点国際私法，法学書院，1996.04
- 22.東京弁護士会相続遺言研究部編，遺産分割、遺言の法律相談，青林書院，1994.09
- 23.土井輝生，国際私法基本判例：身分・親族，同文館出版，1992
- 24.山内惟介，演習ノート国際私法 改訂版，法学書院，1991
- 25.石黒一憲，国際家族法入門，有斐閣，1981.12
- 26.池原季雄，国際私法(総論)，有斐閣，1973

(二) 期刊論文

- 1.阿部耕一，国際私法と銀行取引--「法の適用に関する通則法」の制定と銀行実務への影響(10)相続・遺言 銀行法務21 51巻 13期 経済法令研究会 2007.11，頁 70-79
- 2.長田真里，相続の準拠法をめぐる立法論的課題 (特集 平成国際私法の発展と展望(1))，民商法雑誌 135 巻 6 期，有斐閣，2007.03，頁 990-1017
- 3.山北英仁，涉外相続と登記をめぐる実務上の諸問題 (特集 相続をめぐる今日的諸問題)，市民と法 43，民事法研究会，2007.02，頁 40-48
- 4.笠原俊宏，フィンランド相続法典中の国際私法規定(2001年)，東洋法学 49 巻 2 期，東洋大学法学会，2006.03，頁 197-213
- 5.木棚照一，日本と韓国間における国際相続法に関する法的問題，戸籍時報 596 期，日本加除出版，2006.04，頁 15-26
- 6.西山慶一，視点「遺言による相続準拠法選択」制度の立法化を，月報司法書

- 士 401 期，日本司法書士会連合会，2005.07，頁 54-58
- 7.林 貴美，関西家事事件研究会報告(18)韓国国際私法改正の影響--被相続人による準拠法選択を中心に，判例タイムズ 55 巻 1 期，判例タイム社，2004.11，頁 79-90
- 8.林 貴美，相続準拠法の並立的適用:ドイツにおける議論を中心に (佐藤幸夫名誉教授古稀記念論集)，同志社法學 55 巻 7 期，同志社大学，2004.03，頁 233-275
- 9.林 伸子、道垣内正人，涉外相続事件の実務と理論，判例・先例研究 2003 年 2 期，東京司法書士会，2003，頁 1-33
- 10.青木清，韓国国際私法の改正，国際法外交雑 100 巻 6 期，2002.02，頁 789-814
- 11.金紋淑，〈論説〉国際私法における養子縁組の効力(二)・完：養子の相続上の地位，法學論叢 151 巻 6 期，財団法人学会誌刊行センター，2002，頁 73-98
- 12.金紋淑〈論説〉国際私法における養子縁組の効力(一)：養子の相続法上の地位，法學論叢 151 巻 1 期，財団法人学会誌刊行センター，2002，頁 94-119
- 13.青木清，涉外相続法総論(特集 1 在日外国人の相続に関する実務上の諸問題)，市民と法 13 期，民事法研究会，2002.02，頁 22-29
- 14.西山慶一，相続準拠法が日本法に反致する場合--在日の本国法の決定を踏まえて (特集 1 在日外国人の相続に関する実務上の諸問題) -- (在日韓国・朝鮮人の相続)，市民と法 13 期，民事法研究会，2002.02，頁 35-40
- 15.西山慶一，在日韓国人の遺言による相続準拠法の指定，ジュリスト 1210 期，有斐閣，2001.10，頁 164-172
- 16.カウンター相談(131)涉外相続に適用される法律と登記手続における添付書面について，登記研究 643，テイハン，2001.08，頁 153-155
- 17.木棚照一，韓国、北朝鮮、中国、台湾を本国とする者の相続をめぐる諸問

- 題，早稲田法学 76 卷 3 期，早稲田法学会，2001.03，頁 1-51
- 18.道垣内正人，ポイント・国際私法(17)各論-5-相続--相続財産に係る問題の扱い，月刊法学教室 227 期，有斐閣，1999.08，頁 89-97
- 19.早川眞一郎，国際的な局面における相続，国際私法年報 1 期，国際私法学会，1999，頁 79-94
- 20.木棚照一，法例二六条、二七条の改正に関する一考察，ジュリスト 1143 号，1998.10，頁 69-76
- 21.林貴美，ドイツ国際私法における遺言執行，同志社法学 49 卷 6 号，同志社大学法学会，1998.03，頁 330-414
- 22.林貴美，ドイツ国際相続法における準拠法選択に関する一考察: 近時の裁判例を手がかりに，同志社法学 49 卷 2 号，同志社大学法学会，1998.02，頁 120-159
- 23.棚村政行，アメリカ相続法の最近の動向 (特集 相続制度--妻の相続権を主に)，季刊年金と雇用 16 卷 1 期 (現名: 年金と経済)，年金総合研究センター，1997.06，頁 11-22
- 24.許末恵，英国相続法における在存配偶者の地位--無遺言相続の場合を中心に (特集 相続制度--妻の相続権を主に)，季刊年金と雇用 16 卷 1 期 (現名: 年金と経済)，年金総合研究センター，1997.06，頁 23-29
- 25.林貴美，ドイツ国際私法における遺言相続(2・完)，民商法雑誌 115 卷 6 期，有斐閣，1997.03，頁 902-929
- 26.鄭英模，司法書士実務ではこうなる(12)債権者代位による涉外相続登記，法学セミナー507 期，日本評論社，1997.03，頁 103-107
- 27.林貴美，ドイツ国際私法における遺言相続(1)民商法雑誌 115 卷 4 期，有斐閣，1997.02，頁 684-706
- 28.松岡博，涉外相続の準拠法について，法曹時報 49 卷 12 期，財団法人学会誌刊行センター，1997，頁 1-38

- 29.早川真一郎，木棚照一著『国際相続法の研究』，国際法外交雑誌 95 巻 4 期，
国際法学会，1996.10，頁 524-527
- 30.三井哲夫，判例分析（中国(台湾)国籍の被相続人の遺産分割と法例 33 条），
民商法雑誌 115 号，1996.10，頁 108-112
- 31.森田博志，相続準拠法上許されない相続持分の処分への物権準拠法の適用
範囲(最判平成 6.3.8)(涉外判例研究-426-)，ジュリスト 1071 期，有斐閣，1995.07，
頁 146-148
- 32.越川純吉，涉外相続事件，社会科学研究 15 巻 2 期，中京大学社会科学研究所，
1995.03，頁 1-38
- 33.木棚照一，国際相続法における総括準拠法と個別準拠法，立命館法學，立
命館大学法学会，1994.03，頁 1485-1523
- 34.池原季雄，国際私法改正研究会，「相続の準拠法に関する法律試案」の公表
(資料)，国際法外交雑誌 92 巻 4 期，国際法学会，1993.12，頁 595-632
- 35.木棚照一，ドイツ国際私法における相続準拠法--被相続人による準拠法選
択を中心に，立命館法學 225、226 号，立命館大学法学会，1993.03，頁 930-969
- 36.木棚照一，在日韓国・朝鮮人の相続をめぐる国際私法上の諸問題，立命館
法學 223・224，立命館大学法学会，1993.01，頁 612-662
- 37.姜 信潤，講座・司法書士実務の現実と課題-23-ある妻の死(涉外相続登記)―
司法書士にも国際化の波が〔含 コメント〕，法セミ 430 期，日本評論社，
1990.10，頁 98-103
- 38.原優，ヘ-グ国際私法会議第 16 会期の概要--相続の準拠法条約を中心とし
て(資料)，家庭裁判月報 41 巻 6 期，最高裁判所，1989.06，頁 122-156
- 39.三井哲夫，外国人遺産の処理に関する日本裁判所の管轄，判例タイムス：
668 期，1989.04，頁 483-484
- 40.矢澤しょう治，涉外遺産分割事件における相続人、相続分等の準拠法，判

- 例タイムス：668 期，1989.04，頁 485-487
- 41.揖斐潔，外国人の相続登記をめぐる諸問題，判例タイムス：668 期，1989.04，
頁 488-489
- 42.沼辺愛一，外国人の遺産につき相続人不分明の場合の管理をめぐる諸問題，
判例タイムス：668 期，1989.04，頁 490-493
- 43.山田光郎，涉外遺産分割事件と書記官実務，判例タイムス：668 期，1989.04，
頁 494
- 44.小野孝正，外国相続法の調査方法，判例タイムス：668 期，1989.04，頁 495-497
- 45.石黒一憲，涉外相続放棄と限定承認申述の受理，判例タイムス：668 期，
1989.04，頁 498-499
- 46.浜四津敏子，涉外遺言の日本における検認と確認，判例タイムス：668 期，
1989.04，頁 500-502
- 47.沢木敬郎，外国で死亡した日本人の遺言をめぐる問題，判例タイムス：668
期，1989.04，頁 503-504
- 48.奈良次郎，日本の裁判所による遺言執行者の選任及び権限，判例タイムス：
668 期，1989.04，頁 505-508
- 49.畑場準一，遺言事項その他の準拠法，判例タイムス：668 期，1989.04，頁
512-513
- 50.沢木敬郎，外国で選任された遺言執行者の権限，判例タイムス：668 期，
1989.04，頁 514-515
- 51.木棚照一，スイス国際私法における相続準拠法について，立命館法學 205・
206 号，立命館大学法学会，1989，頁 423-452
- 52.畑場準一，涉外判例研究（損害賠償債務の相続の準拠法について——大阪
地判昭和 62・2・27），ジュリスト 909 号，1988.05，頁 119
- 53.大西公照，「国際身分法における相続権の優越的地位」の研究-1-遺言を

- めぐる *lex situs* と *lex domicilii* の交錯--(国際私法ケーススタディ-5-)，大東文化
大学紀要 26 号，大東文化大学，1988，頁 45-58
54. 沢木敬郎，ある涉外相続事件の記録，ケース研究 202 期，家庭事件研究
会，1985.02，頁 2-12
55. 田中徹，涉外判例研究（英米法による相続における在日遺産の管理——大
阪高判昭和 56・9・30），ジュリスト 812 号，有斐閣，1984.05，頁 137-138
56. 石川 稔，アメリカ無遺言相続法における相続人と相続分--統一検認法典
(Uniform Probate Code)を中心にして，私法 39 期，日本私法学会，1977.08，頁
198-200
57. 林脇トシ子，涉外判例研究（被相続人の国籍が朝鮮である場合における相
続関係の準拠法とその内容——名古屋地判昭和 50・10・7），ジュリス
ト 632 号，1977.03，頁 121-123
58. 多喜寛，ドイツ国際養子法における“隠れた反致”，民商法雑誌 75 巻 5 号，
1977.02，頁 774-818
59. 木棚照一，国際相続法における準拠法選択-2-，立命館法學 115 期，立命館
大学法学会，1974，頁 364-400
60. 木棚照一，国際相続法における準拠法選択-1-，立命館法學 110 期，立命館
大学法学会，1973，頁 7-37
61. 被相続人の財産の国際的管理に関する条約(仮訳)，（ハーグ国際私法会議
第 12 会期の報告），法曹時報 25 巻 1 期，法曹会，1973.01，頁 51-64
62. 沢田みのり，イギリス相続法（相続法の比較），比較法研究 32 期，比較法学
会，1971.03，頁 1-28
63. 国府 剛，アメリカ合衆国相続法（相続法の比較），比較法研究 32 期，比較
法学会，1971.03，頁 29-52
64. 木棚照一，国際私法における相続人の不存在，立命館法學 90 期，立命館大

学法学会，1970.11，頁 7-38

65.川上太郎，涉外相続非訟事件の国際裁判管轄，民商法雑誌 61 卷 6 期，有斐閣，1970.03，頁 65-98

66.浦本寛雄，イギリス相続法における人格代表者制度の成立過程，法政研究 35 卷 4 期，九州大学，1969.02，頁 475-504

67. 林脇トシ子，涉外判例研究（不法行為に基く損害賠償請求権の相続——長野地松本支判昭和 36・1・16），ジュリスト 252 号，1963.07，頁 93-97

68.久保岩太郎，国際私法上における相続契約，一橋論叢 27 卷 3 期，日本評論社，1952.03，頁 169-199

69.久保岩太郎，国際私法上における相続人の不存在，法学研究 23 卷 11 期，慶応義塾大学法学研究会，1950.11，頁 1-19

（三）網路資料

1.日本法データベース レクシスネクシス・ジャパン
<http://www.lexisnexis.jp/products/lexisnexis-jp.aspx>

三、英文

（一）書籍

1.Eugene F.Scoles, Peter hay, Partrick J.Borchers & Symeon C. Symeonides,
Conflict of Laws, ST.PAUL，MINN., 2000 3rd

2.Gareth Miller, International Aspects of Succession, Ashgate Publishing Ltd, 2000

3. the genral editorship of Lawrence Collins with specialist editors, Dicey and Morris on the conflict of laws, Sweet & Maxwell, 2000, 13th ed.

（三）網路資料

1. Westlaw Database: <http://international.westlaw.com>

2. EUR-Lex.europa.eu: <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>

3. HCCH: http://www.hcch.net/index_en.php



附錄一

海牙國際私法會議一九八九年被繼承人遺產繼承之準據法公約

CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUCCESSION TO THE ESTATES OF DECEASED PERSONS

(Concluded on August 1st, 1989)

The States signatory to this Convention, Desiring to establish common provisions concerning the law applicable to succession to the estates of deceased persons, Have resolved to conclude a Convention for this purpose and have agreed upon the following provisions -

CHAPTER I - SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

(1) This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.

(2) The Convention does not apply to -

- a) the form of dispositions of property upon death;
- b) capacity to dispose of property upon death;
- c) issues pertaining to matrimonial property;
- d) property rights, interests or assets created or transferred otherwise than by succession, such as in joint ownership with right of survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

The Convention applies even if the applicable law is that of a non-Contracting State.

CHAPTER II - APPLICABLE LAW

Article 3

(1) Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State.

(2) Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he

was then a national, the law of that State applies.

(3) In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of the latter State applies.

Article 4

If the law applicable according to Article 3 is that of a non-Contracting State, and if the choice of law rules of that State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of another non-Contracting State which would apply its own law, the law of the latter State applies.

Article 5

(1) A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation will be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

(2) This designation shall be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and material validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

(3) The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.

(4) For the purposes of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died intestate or wholly or partially testate.

Article 6

A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate. However, any such designation is without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 5, paragraph 1.

Article 7

(1) Subject to Article 6, the applicable law under Articles 3 and 5, paragraph 1, governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

(2) This law governs –

a) the determination of the heirs, devisees and legatees, the respective shares of those per-

sons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b) disinheritance and disqualification by conduct;

c) any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d) the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e) the material validity of testamentary dispositions.

(3) Paragraph 2 does not preclude the application in a Contracting State of the law applicable under this Convention to other matters which are considered by that State to be governed by the law of succession.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Article 8

For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement created in writing or resulting from mutual wills which, with or without consideration, creates, varies or terminates rights in the future estate or estates of one or more persons parties to such agreement.

Article 9

(1) Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects, are determined by the law which under Article 3 or 5, paragraph 1, would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

(2) If under that law the agreement is invalid, it is nevertheless valid if it is valid under the law which at the time of death is the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 5, paragraph 1. The same law then governs the effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects.

Article 10

(1) Where the agreement involves the estates of more than one person, the agreement is materially valid only if it is so valid under all the laws which, according to Article 3 or 5, paragraph 1, would have governed the succession to the estates of all those persons if each such person had died on the date of the agreement.

(2) The effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects are those recognized by all of those laws.

Article 11

The parties may agree by express designation to subject the agreement, so far as its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects are concerned, to the law of a State in which the person or any one of the persons whose future estate is involved has his habitual residence or of which he is a national at the time of the conclusion of the agreement.

Article 12

(1) The material validity of an agreement valid under the law applicable according to Article 9, 10 or 11 may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law applicable according to Article 3 or 5, paragraph 1.

(2) However, the application of the law applicable according to Article 9, 10 or 11 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 5, paragraph 1, has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 13

Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others.

Article 14

(1) Where a trust is created in a disposition of property upon death, the application to the succession of the law determined by the Convention does not preclude the application of another law to the trust. Conversely, the application to a trust of its governing law does not preclude the application to the succession of the law governing succession by virtue of the Convention.

(2) The same rules apply by analogy to foundations and corresponding institutions created by dispositions of property upon death.

Article 15

The law applicable under the Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain immovables, enterprises or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations.

Article 16

Where under the law applicable by virtue of the Convention there is no heir, devisee or legatee under a disposition of property upon death, and no physical person is an heir by operation of law, the application of the law so determined does not preclude a State or an entity appointed thereto by that State from appropriating the assets of the estate that are situated in its territory.

Article 17

In this Convention, and subject to Article 4, law means the law in force in a State other than its choice of law rules.

Article 18

The application of any of the laws determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Article 19

(1) For the purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises two or more territorial units, each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession, the provisions of this Article apply.

(2) If there are rules in force in such a State identifying which law among the laws of the two or more units is to apply in any circumstance for which this Article provides, the law of that unit applies. In the absence of such rules the following paragraphs of this Article apply.

(3) For the purposes of any reference in this Convention, or any designation by the deceased pursuant to this Convention,

a) the law of the State of the habitual residence of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State in which at the relevant time the deceased had his habitual residence;

b) the law of the State of the nationality of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State in which at the relevant time the deceased had his habitual residence, and in the absence of such an habitual residence, the law of the unit with which he had his closest connection.

(4) For the purposes of any reference in this Convention, the law of the State of closest connection means the law of that unit of the State with which the deceased was most closely connected.

(5) Subject to Article 6, for the purposes of any designation pursuant to this Convention whereby the deceased designates the law of a unit of the State of which at the time of de-

signation or of his death

a) he was a national, that designation is valid only if at some time he had had an habitual residence in, or in the absence of such an habitual residence, a close connection with, that unit;

b) he was not a national, the designation is valid only if he then had his habitual residence in that unit, or, if he was not then habitually resident in that unit but was so resident in that State, he had had an habitual residence in that unit at some time.

(6) For the purposes of any designation under Article 6 with regard to particular assets whereby the deceased designates the law of a State, it is presumed that, subject to evidence of contrary intent, the designation means the law of each unit in which the assets are situated.

(7) For the purposes of Article 3, paragraph 2, the required period of residence is attained when the deceased for the five years immediately preceding his death had his residence in that State, notwithstanding that during that period he resided in more than one of the units of that State. When the period has been attained, and the deceased had an habitual residence in that State at that time, but no habitual residence in any particular unit of that State, the applicable law is the law of that unit in which the deceased last resided, unless at that time he had a closer connection with another unit of the State, in which case the law of the latter unit applies.

Article 20

For purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

Article 21

A Contracting State in which different systems of law or sets of rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts solely between the laws of such different systems or sets of rules of law.

Article 22

(1) The Convention applies in a Contracting State to the succession of any person whose death occurs after the Convention has entered into force for that State.

(2) Where at a time prior to the entry into force of the Convention in that State the deceased has designated the law applicable to his succession, that designation is to be consi-

dered valid there if it complies with Article 5.

(3) Where at a time prior to the entry into force of the Convention in that State the parties to an agreement as to succession have designated the law applicable to that agreement, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 11.

Article 23

(1) The Convention does not affect any other international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.

(2) Paragraph 1 of this Article also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned.

Article 24

(1) Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, make any of the following reservations –

a) that it will not apply the Convention to agreements as to succession as defined in Article 8, and therefore that it will not recognize a designation made under Article 5 if the designation is not expressed in a statement made in accordance with the requirements for a testamentary disposition;

b) that it will not apply Article 4;

c) that it will not recognize a designation made under Article 5 by a person who, at the time of his death, was not or was no longer either a national of, or habitually resident in, the State whose law he had designated, but at that time was a national of and habitually resident in the reserving State;

d) that it will not recognize a designation made under Article 5, if all of the following conditions are met – – the law of the State making the reservation would have been the applicable law under Article 3 if there had been no valid designation made under Article 5,

– the application of the law designated under Article 5 would totally or very substantially deprive the spouse or a child of the deceased of an inheritance or family provision to which the spouse or child would have been entitled under the mandatory rules of the law of the State making this reservation, – that spouse or child is habitually resident in or a national of that State.

(2) No other reservation shall be permitted.

(3) Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the withdrawal.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 25

(1) The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Sixteenth Session.

(2) It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 26

(1) Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 28, paragraph 1.

(2) The instrument of accession shall be deposited with the depositary.

Article 27

(1) If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may alter this declaration by submitting another declaration at any time.

(2) Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

(3) If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 28

(1) The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 25.

(2) Thereafter the Convention shall enter into force –

a) for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 27, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification referred to in that Article.

Article 29

After the entry into force of an instrument revising this Convention a State may only become Party to the Convention as revised.

Article 30

(1) A State Party to this Convention may denounce it, or only Chapter III of the Convention, by a notification in writing addressed to the depositary.

(2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

Article 31

The depositary shall notify the States Members of the Hague Conference on Private International Law and the States which have acceded in accordance with Article 26 of the following –

- a)* the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 25 and 26;
- b)* the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 28;
- c)* the declarations referred to in Article 27;
- d)* the reservations and withdrawals of reservations referred to in Article 24;
- e)* the denunciations referred to in Article 30.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the 1st day of August 1989, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Sixteenth Session.

附錄二

歐盟議會二〇〇六年十月十六日決議（僅節錄與準據法相關部分）

ANNEX TO THE MOTION FOR A RESOLUTION:

DETAILED RECOMMENDATIONS REGARDING THE SUBSTANCE OF THE REQUESTED PROPOSAL

Recommendation 1 (on the form and minimum content of the instrument to be adopted)

The European Parliament considers that the legislative act to be adopted should aim to regulate succession exhaustively in private international law and at the same time:

- harmonise the rules concerning jurisdiction, the applicable law (the 'conflict rules') and the recognition and enforcement of judgments and public instruments issued abroad, except for the material substantive law and procedural law of the Member States;
- introduce a 'European Certificate of Inheritance'.

Recommendation 2 (on the criteria for establishing jurisdiction and the objective connecting factor)

The European Parliament considers that the legislative act to be adopted should in principle ensure that 'forum' and 'ius' coincide, thus making it less difficult to apply foreign law.

For those reasons, the European Parliament is inclined to prefer the habitual place of residence of the deceased at the time of his death as the criterion for establishing both principal jurisdiction and the connecting factor.

Recommendation 3 (on the freedom of choice to be accorded to individuals)

The European Parliament considers that the legislative act to be adopted should allow a degree of freedom of choice, in particular by permitting:

- the parties concerned to choose, subject to certain conditions, the competent court, along the lines laid down in Articles 23 and 24 of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in

civil and commercial matters⁴⁵⁸,

- the testator to choose which law should govern the succession, the law of the country of which he is a national or the law of the country of his habitual residence at the time the choice is made; this choice should be indicated in a statement taking the form of a testamentary clause;

Recommendation 4 (on the law applicable to the form of wills)

The European Parliament is of the opinion that the legislative act to be adopted should lay down specific rules concerning the law applicable to the form of testamentary clauses – which clauses are to be regarded as valid if they are considered as such by the law of the State in which the testator drew them up, or by the law of the State in which the testator had his habitual residence at the time when he drew up the will or died, or by the law of one of the States of which the testator was a national at the time when he drew up the will or died;

Recommendation 5 (on the law applicable to agreements as to future successions)

The European Parliament considers that the legislative act to be adopted should lay down specific rules concerning the law applicable to agreements as to future successions, which should be regulated:

- (a) in the case of one individual's succession, by the law of the State in which that person has his habitual residence at the time the agreement is concluded;
- (b) in the case of several persons' succession, by the laws of each of the States in which each of those persons has his habitual residence at the time the agreement is concluded.

For agreements as to future successions the legislative act to be adopted should also allow some scope for freedom of choice, permitting the parties to agree, by means of an explicit statement, that the agreement as to future successions is to be made subject to the law of the State in which the person or one of the persons involved has his habitual residence at the time when the agreement is concluded or of which he is a national at that time;

Recommendation 6 (on general issues regarding the applicable law)

The European Parliament considers that the legislative act to be adopted should also deal

⁴⁵⁸ OJ L 12, 16.1.2001, p. 1.

with general issues regarding the applicable law.

In particular, the European Parliament considers that:

- the law specified in the legislative act to be adopted should be competent to cover, regardless of the nature and location of the estate, the whole succession, from the beginning of the procedure to the transmission of the inheritance to the persons entitled;
- the future instrument should be *erga omnes*, that is to say, applicable even if the designated law is the law of a third country;
- for the purpose of coordinating the Community system of conflict rules governing succession with those of third countries, the prospective regulation should lay down specific rules concerning *renvoi*, establishing that, where the law applicable to the succession is the law of a third country and that country's conflict rules designate the law of a Member State or the law of another third country which, according to the system of international private law, could also apply its own law to the case in question, the law of that other Member State or, if appropriate, of that other third country, should apply;
- the legislative act to be adopted should specify the ways and means by which the authorities required to apply a foreign law are to ascertain its content, as well as the remedies in the event of failure to ascertain that content;
- the legislative act to be adopted should make the settlement of a preliminary issue subject to the law designated by the relevant conflict rules of the law applicable to the succession, making it clear that the solution will be valid only as regards the proceedings in which the preliminary issue arises;
- the legislative act to be adopted should specify that application of a provision of the applicable law may be ruled out if such application would produce an effect manifestly contrary to the public policy of the forum.
- the future legislative act should specify that where a State has two or more systems of law or sets of rules concerning succession and wills applicable in different territorial units, each territorial unit is to be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable to the succession. Furthermore, the future legislative act should specify, with regard to such a State, that:
 - (a) any reference to habitual residence in that State is to be construed as a reference to habitual residence in a territorial unit;
 - (b) any reference to nationality is to be construed as a reference to the territorial unit des-

ignated by the law of that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as a reference to the legal system with which the person in question had the closest connection;

Recommendation 7 (on the European certificate of inheritance)

The European Parliament considers that the prospective instrument must aim to simplify the procedures to be followed by heirs and legatees in order to gain possession of the property comprising the estate, particularly by:

- providing for rules of private international law to ensure effective coordination between legal systems with regard to the administration, liquidation and transmission of estates, as well as identification of heirs, with provisions stating: that these aspects of succession, subject to exceptions due to the nature or location of certain assets, are to be regulated by the law applicable to the succession; that if that law provides for the intervention of an authority indicated by the law itself, or appointed pursuant to it, that authority's powers shall be recognised in all the Member States; that, if the law applicable to the succession is the law of a Member State, the powers of such authorities are to extend, unless otherwise specified by the testator, to the whole estate, wherever it may be situated, even if, according to the law applicable to the succession, those powers are confined to movable property; that the measures relating to the activity of those authorities prescribed by the law applicable to the succession may be requested from the courts of the Member State the law of which is applicable to the succession or on the territory of which the deceased person had his habitual residence at the time of his death, or on the territory of which the property comprised in the estate is located;
- introducing a 'European certificate of inheritance' indicating, with binding effect and unless and until proven otherwise, the law applicable to the succession, the beneficiaries of the estate, the persons responsible for administering the estate and their powers and the property comprising the estate, to be issued by an authority empowered to issue or authenticate official documents under the relevant national legislation,

The certificate, which is to specify the law applicable to the succession, shall be drawn up in accordance with a standard model to be laid down in the future legal instrument and shall constitute appropriate title on the basis of which the acquisition of the property inherited may be entered in a public register of the Member State in which the property is located, without prejudice to compliance with the rules of that Member State on the functioning of such registers and the effects resulting from the information contained therein.

Furthermore, the future legal instrument should ensure protection for third parties acting in

good faith who, for valuable consideration, have entered into a contract with the person who appears to be entitled to dispose of the property comprised in the estate on the basis of the certificate, thereby safeguarding the acquisition thereof, unless that person knows that the details given in the certificate are inaccurate or the competent authority has taken steps to revoke or amend the certificate;

Recommendation 8 (on the 'lex loci rei sitae' and the 'reserved portion' principle)

The European Parliament considers that the future legal instrument should:

- ensure the coordination of the law applicable to the succession with the law of the place in which the property is situated, so as to make the latter applicable in particular as regards the procedures for acquiring the property comprised in the estate and any other tangible entitlements thereto, accepting or refusing the succession and the relevant formalities concerning publicity;
- ensure that the law applicable to the succession does not affect the application of any provision of the State where certain immovable property, enterprises or other special categories of assets are located and whose rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets on account of economic, family or social considerations;
- ensure that the ability to choose the law applicable does not contravene the fundamental principles of reserving a proportion of the estate for the deceased person's closest relatives laid down by the law objectively applicable to the succession;

Recommendation 9 (on trusts)

The European Parliament points out that the rules on property ownership come under the competence of the Member States, pursuant to Article 295 of the Treaty, and therefore requests that the legislative act to be adopted should not apply to trusts. However, that instrument should specify that when a trust is created as a result of death, the fact that the law specified by the instrument in question applies to the succession does not prevent another law from being applicable to management of the trust and that, by the same token, the fact that the law governing the trust applies to it should not prevent the law governing the succession by virtue of the future legislative act from being applicable to it.

Recommendation 10 (on 'exequatur')

The European Parliament suggests to the Commission that the legislative act to be adopted

should, with regard to the recognition and enforcement of decisions, reproduce the system established by Regulation (EC) No 44/2001, which requires 'exequatur' only in the event of a ruling made by the courts in one Member State having to be enforced on the basis of enforcement proceedings in another Member State;

However, if a decision is to be entered in public registers, provision should be made, in view of the widely differing rules in the various Member States, for that decision to be accompanied by a 'certificate of conformity' with public policy and the imperatives of the Member State addressed, issued - in accordance with a standard form - by a local judicial authority;

Recommendation 11 (on public instruments)

The European Parliament considers that it is appropriate to regulate similar effects for public instruments relating to succession, which, in particular, should be recognised in all the Member States, by means of proof of the facts and of declarations by issuing authorities that the instruments were drawn up in their presence, where the law of the Member State of origin so provides;

In accordance with the provisions of Article 57 of Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000, the document must meet all the requirements of authenticity laid down in the Member State of origin, and will not be recognised if its recognition would produce an effect manifestly contrary to public policy in the Member State addressed.

Furthermore, when a public instrument is to be entered in public registers it should be specified, as stated in the case of judicial decisions, that the document has to be accompanied by a 'certificate of conformity' with public policy and the imperatives of the Member State addressed, issued - in accordance with a standard form - by the authority competent to draw up the instrument in that country.

Recommendation 12 (on the European network of registers of wills)

The European Parliament hopes that, eventually, a European network of national registers of wills will be set up by linking up existing national registers, to simplify the task of finding and ascertaining the content of a deceased person's will.