

〔 99 新制預試測驗題 〕

Q01.反致理論源自於法國之福果案（Forgo），我國之涉外民事法律適用法（下稱涉民）也採用此一制度。請問下列敘述何者為非？

- Ⓐ反致理論可以調合屬人法則下之本國主義及住所地法主義
- Ⓑ依我國涉民規定，解決國籍消極衝突時，係以住所地法為本國法。此時，因當事人之本國法為其住所地法，故依法應適用其本國法時，無反致之適用。
- Ⓒ涉民未就一級反致予以明確規定，但學說多肯定其採用。
- Ⓓ我國不採雙重反致。

（99 新制預試）

【擬答】

（B）依我國涉民規定，解決國籍消極衝突時，係以住所地法為本國法。此時，因當事人之本國法為其住所地法，故依法應適用其本國法時，無反致之適用。

【解析】

（B）依涉外民事法律適用法應適用當事人本國法，而當事人無國籍時，有無反致條款之適用？本命題其實有正反二說？惟通說認為仍有反致之適用！

1.劉鐵錚教授：採肯定說

其理由為：從涉外民事法律適用法§29（舊法）立法理由上觀察，立法者顯然肯定反致之價值，有擴大適用之意思（註：新法採相反觀點），對無國籍人之適用住所地法或居所地法，既係代替本國法，自仍有反致條款之適用，況且就屬人法事項，各國所規定之準據法，未必僅限於本國法或住所地法，例如不動產繼承也有適用不動產所在地法者，是法律之衝突仍然存在，反致之發生非不可能（劉鐵錚、陳榮傳 國際私法論 P 514）。

2.曾陳明汝教授：似採區分說

其見解為：應適用當事人本國法時，若當事人無國籍者，依涉外民事法律適用法§27 I（舊法）規定，應適用其住所地法，住所不明時，適用其居所地法，有此情形，是否能適用反致，頗值商榷。如認反致之成立，係以本國法與住所地法發生衝突為前提，則無適用反致於無國籍人之餘地。反之，反致並非以本國法與住所地法發生衝突為要件，則以住所地法或居所地法代替本國法之場合，仍得準用該條反致之規定。

（C）涉民未就一級反致（直接反致）予以明確規定。

此項論述就 2010 年前之舊法§29 或許正確，但就 2010 年後之新法§6 但書觀之，此項論述並不正確（請參照修法理由第三點）

◎新涉外民事法律適用法§6 之修法理由

- 一、條次變更，本條為原條文第二十九條移列，酌作文字修正。
- 二、原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。爰刪除原條文中段「依該其他法律更應適用其他法律者，亦同」之規定，以示折衷。

三、直接反致在原條文是否有明文規定，學說上之解釋並不一致。爰於但書增列「其本國法或」等文字，俾直接反致及間接反致，均得以本條但書為依據。

據。

(D) 我國不採雙重反致。

1. 雙重反致（外國法院理論）

(1) 雙重反致又稱全部反致

所謂全部反致，係指法庭地國際私法就某涉外法律關係，採全部反致者，其於依內國國際私法適用某外國法時，不僅適用該外國國際私法對該涉外法律關係所指定之準據法，且也須適用該外國國際私法有關反致之規定。

(2) 說明

如該外國國際私法，指定應適用法庭地國法或第三國法時，法庭地法院於適用前尚須調查該外國國際私法是否採取反致，以決定所適用之法庭地法或第三國法，究竟應指其國際私法或其實體法。換言之，採全部反致時，除須證明某外國國際私法對該涉外法律關係準據法之規定外，尚須證明該外國國際私法上有關反致之規定。

2. 雙重反致與我國涉外民事法律適用法規定之差異

(1) 反致適用中華民國法，即再無雙重反致之適用

依外國法反致適用中華民國法（法庭地國法）時，即不再反致而適用外國法，此時並無雙重反致之適用空間。

(2) 依第三國法律（國際私法）更應適用其他法律時，即再無雙重反致之適用（以舊法§29 第二段為論述依據，新法§6 已刪除無論述之必要）

依第三國法律（國際私法）更應適用其他法律時，不論該其他法律為何國法律，當事人本國法抑第四國法，我國法院即應適用該國之實體法，不再反致出去，此時亦無雙重反致之適用空間。

Q02. A 國籍之夫甲與 B 國籍之妻乙協議離婚。嗣後，甲發現乙仍保留離婚前之夫姓，主張依 A 國之法律，離婚後妻應恢復婚前之姓氏，不得再冠以夫姓。假設我國法院有管轄權，則應如何適用法律？（無須考慮反致問題）

- Ⓐ 為婚姻之要件問題，分別依 A 國與 B 國之法律。
- Ⓑ 為婚姻之效力問題，依 A 國法與法庭地中華民國法律共同決定
- Ⓒ 為離婚之要件問題，依 A 國法與法庭地中華民國法律共同決定
- Ⓓ 為離婚之效力問題，依 A 國法單獨決定即可

（99 新制預試）

【擬答】

（D）為離婚之效力問題，依 A 國法單獨決定即可

【解析】

（一）我國學者對定性之標準：

我國多數見解認為以法庭地法為原則，但基於法庭地法之自限，為避免概依法庭地法之武斷，尚可以比較法之方法將案件性質予以定性；即以超然之立場，以分析法學方法，以比較法學之精神，尋求系爭法律關係在法學上普遍性之涵義，以達公平選法之旨。

(二) 我國實體法認為應屬「離婚之效力問題」

我國民法親屬編關於離婚效力，可分為：

1. 身分上之效力

(1) 夫妻關係之消滅：包括有

① 再婚自由：男婚女嫁各聽其自由。

② 復姓

在嫁娶婚，如妻冠以夫姓者除去夫姓，又去夫家籍；在招贅婚，如贅夫冠以妻姓者除去妻姓，又去妻家籍 (§1000、§1002)。

③ 同居義務消滅 (§1001)

④ 日常家務代理權消滅 (§1003)

⑤ 互為遺產繼承人之地位消滅 (§1144)

(2) 姻親關係之消滅

(3) 離婚後子女親權之行使

2. 財產上之效力

(1) 夫妻財產之取回

(2) 剩餘財產分配請求權之發生

(3) 損害賠償與贍養費之給付

Q03. A 國籍夫婦在 B 國生子甲，依 A 國及 B 國的國籍法，甲因出生取得 A 國與 B 國的國籍，今在我國法院因民事糾紛涉訟，而應適用甲之「本國法」，若甲在 A 國、B 國僅有居所，但在我國有一住所，應如何決定甲之本國法？

Ⓐ 因住所在我國，我國關係最切

Ⓑ 法院在 A、B 二國之間擇其關係最切

Ⓒ 法院在 A、B、我國三國之間擇其中關係最切之國家法律為本國法

Ⓓ 由法院視實際案情，在所有國家中擇其關係最切者，無須受限於前述各國

(99 新制預試)

【擬答】

(B) 法院在 A、B 二國之間擇其關係最切

【解析】

(一) 本案準據法為甲之本國法。

(二) 有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法 (§2)。

甲同時具有 A 國與 B 國國籍，如何決定其本國法？

1. 2010 年修法前：

舊法§26 本文規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，其先後取得者，依其最後取得之國籍定其本國法。同時取得者依其關係最切

之國之法。」，故我國區分異時衝突與同時衝突而有不同之解決方法。

2.2010 年修法後：

§2 規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法。」，顯然揚棄舊法§26 本文之區分說，而改採統一說，不區分生來衝突與傳來衝突，一概依關係最切說決定其應適用之準據法。

Q04. A 國籍夫甲與中華民國籍妻乙定居在台中，嗣因感情不睦，乙離家不歸，甲至我台中地院提起訴訟，主張依 A 國之法律，得強制乙履行同居義務，台中地院應如何適用法律？

- Ⓐ因身分行為為屬人法，故為夫之本國法，即 A 國法
- Ⓑ因反致之緣故，故需視 A 國國際私法之規定而定
- Ⓒ因 A 國法有違我國公序良俗，故適用中華民國法律
- Ⓓ因乙是中華民國妻，並在中華民國有住所，故適用中華民國法律

(99 新制預試)

【擬答】

(D) 因乙是中華民國妻，並在中華民國有住所，故適用中華民國法律

【解析】

【此問題所公布之解答係依 2010 年之前舊法§12 為解答基礎】

關於婚姻身分上效力之準據法，依我國涉外民事法律適用法§12 本文之規定，原則上係採夫之本國法主義（「婚姻之效力依夫之本國法」），例外情形兼採法庭地法主義（「但為外國人妻未喪失中華民國國籍，並在中華民國有住所或居所，或外國人為中華民國國民之贅夫者，其效力依中華民國法律。」§12 但書）。其理由為中華民國人為外國人妻，而未請准脫離國籍者，仍不喪失中華民國國籍，此時如以夫妻身分關係之爭執，在中華民國法院涉訟，則夫之本國法與法庭地法不免發生牴觸，其有背於我國公序良俗之事項，尤有窒礙難行之虞，若絕對依夫之本國法實不合理，故原則上係採夫之本國法主義，例外情形兼採法庭地法主義。

2010 修正後條文	2010 修正前條文
壹 第 47 條（婚姻效力之準據法） 婚姻之效力，依 <u>夫妻共同之本國法</u> ；無共同之本國法時，依共同之住所地法；無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。	第 12 條（婚姻效力之準據法） 婚姻之效力依夫之本國法， <u>但為外國人妻未喪失中華民國國籍，並在中華民國有住所或居所，或外國人為中華民國國民之贅夫者，其效力依中華民國法律。</u>
一、條次變更，本條為原條文第十二條移列。 二、關於婚姻之效力，原條文第十二條專以夫或妻單方之本國法為準據法，與兩性平等原則之精神並不符合。爰參考德國民法施行法第十四條、日本法律適用通則法第二十五條、義大利國際私法第二十九條等立法例之精神，修正為應依夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，則由	

法院綜合考量攸關夫妻婚姻之各項因素，包括夫妻之居所、工作或事業之重心地、財產之主要所在地、家庭成員生活重心之地、學業及宗教背景等，而以其中關係最切地之法律，為應適用之法律，俾能符合兩性平等原則及當前國際趨勢。

Q05 A國籍甲，有A國籍之子女丙、丁二人，丁失業在家，屢向甲要錢，甲若不從，即對甲拳打腳踢，甚至舉刀相向。丙在B國工作，甲至B國探望丙時因故死亡，未留下遺囑。因甲在中華民國有遺產，丙主張丁喪失繼承權，不得繼承。假設我國法院有管轄權，則應如何適用法律，(無須考慮反致問題)

- Ⓐ被繼承人死亡時之本國法，即A國法
- Ⓑ被繼承人死亡地之國之法，即B國法
- Ⓒ遺產所在地法，即中華民國法律
- Ⓓ繼承人繼承時之本國法，即A國法

(99 新制預試)

【擬答】

(A) 被繼承人死亡時之本國法，即A國法

【解析】

(一) 以被繼承人死亡時之本國法為原則

我國涉外民事法律適用法就繼承問題於§58 本文規定：「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。」以被繼承人死亡時之國籍為連繫因素，即就先後不同之國籍，係以最後之國籍為準，被繼承人死亡之前是否曾擁有何國國籍，或其繼承人於當時究屬何國國民，均不予考慮。

(二) 以中華民國法律為例外

我國涉外民事法律適用法§58 但書規定：「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。」此項但書之適用，以中華民國國民依被繼承人之本國法不得為繼承人（例如依A國法，僅配偶及子女為繼承人，如無子女，配偶全得遺產），而依中華民國法律應為繼承人之情形為限（例如其為父母或兄弟姊妹），且僅得就在中華民國之遺產適用中華民國法律，就在外國之其他遺產，則仍應依被繼承人之本國法處理之。

(三) 案例事實解答

雖甲在中華民國有遺產，但丙丁二人均為A國籍，而非中華民國國民，故無§58 但書之適用，僅有§58 本文之適用，故本案準據法為被繼承人死亡時之本國法，即A國法。

Q06.我國國民甲與乙共赴美國求學，之後在美國就業、結婚、生子，並歸化取得美國國籍，惟並未放棄我國國籍。其子丙，出生於美國並取得我國國籍，18歲時，利用暑假返台學習中文。丙看中一台BMW的跑車，在未經甲、乙同意下，支付訂金。甲，乙知情後痛批，要丙立刻返美，丙有無完全之行為能力，應如何決定？

- (A) 丙有無完全之行爲能力，應依美國法而定
 (B) 丙有無完全之行爲能力，應依我國法而定
 (C) 丙有無完全之行爲能力，原應依美國法而定，但因美國法域不統一，故改依我國法而定
 (D) 丙有無完全之行爲能力，應以車商是否知情而定 (99 新制預試)

【擬答】

(B) 丙有無完全之行爲能力，應依我國法而定

【解析】

(一) 人之行爲能力依其本國法 (§10 I)。

(二) 有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法 (§2)。

丙同時具有中華民國國籍及美國國籍，如何定其本國法？

1.2010 年修法前：

舊法§26 但書規定：「但依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律。」，如發生國籍之內外國籍之積極衝突，即以我國之法律為其本國法，係採取內國國籍優先之原則。故應認丙之本國法為我國法，答案為 (B) 應無疑義。

2.2010 年修法後：

然新法§2 則依「其關係最切之國籍」定其本國法，不再採取內國國籍優先之原則。易言之，應由法官參酌當事人之主觀意願（例如最後取得之國籍是否為當事人真心嚮往）及各種客觀因素（例如當事人之住所、營業所、工作、求學及財產之所在地等），綜合判斷當事人與各國籍關係之密切程度。此時是否即認「暑假返台學習中文，而在台灣購買汽車」之丙與我國具有「最重要之牽連關係」，容有審究餘地。

2010 修正後條文	2010 修正前條文
貳 第 2 條（國籍之積極衝突） 依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時， <u>依其關係最切之國籍定其本國法</u> 。	第 26 條（國籍之積極衝突） 依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時， <u>其先後取得者，依其最後取得之國籍定其本國法。同時取得者依其關係最切之國之法。但依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律。</u>
一、條次變更，本條為原條文第二十六條移列並修正之。 二、依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，原條文規定依其國籍係先後取得或同時取得之不同，而分別定其本國法，並於先後取得者，規定一律依其最後取得之國籍定其本國法。此一規定，於最後取得之國籍並非關係最切之國籍時，難免發生不當之結果，且按諸當前國際慣例，亦非合宜。爰參考義大利一九九五年第二一八號法律（以下簡稱義大利國際私法）第十九條第二項規定之精神，明定當事人有多數國籍之情形，一律依其關係最切之國籍定其本國法，俾使法律	

適用臻於合理、妥當。至於當事人與各國籍關係之密切程度，則宜參酌當事人之主觀意願（例如最後取得之國籍是否為當事人真心嚮往）及各種客觀因素（例如當事人之住所、營業所、工作、求學及財產之所在地等），綜合判斷之。此外，中華民國賦予當事人國籍，因此而生之法律適用之利益，既得一併於各國牽連關係之比較中，予以充分衡量，已無單獨規定適用中華民國法律之必要，爰刪除但書之規定。

Q07.甲與乙均為A國人，並在A國設有住所。某日甲與乙開車至C國旅遊，該汽車牌照登記國為A國，汽車保險亦在A國，甲為車主兼駕駛，乙為乘客，不幸於C國發生車禍，車毀乙受傷，甲乙返回A國後，乙向A國法院起訴甲，請求甲賠償乙所受之損害。C國之賓客法（Guest Statute）規定，為防止詐騙保險金之虞，提供他人搭便車者，除有重大過失外，不需要對搭便車者負損害賠償之責。A國法律則規定：「有損害即有賠償」，「有過失即應負責」。假設甲無重大過失，如果你是A國法院法官，以下那項選法模式較合乎現今之國際立法趨勢？

- ⒶC國為侵權行為發生地，應適用C國法律
- Ⓑ從立法政策分析與考量利益中心原則，A國與本案關係較為密切，適用A國法律，可落實A國的立法政策，並無害於C國賓客法的意旨
- Ⓒ主人(甲)為A國人，應適用A國法律
- Ⓓ選擇對主人(甲)較為有利的法律，應適用C國法律（99新制預試）

【擬答】

（B）從立法政策分析與考量利益中心原則，A國與本案關係較為密切，適用A國法律，可落實A國的立法政策，並無害於C國賓客法的意旨。

【解析】

傳統國際私法之選法法則對於當今國際民商關係可能將發生有所缺漏而無法可適，亦可能發生不合理與不公正之結果。依最重要牽連關係原則由法院自由裁量，依據法律關係之性質而尋找與之最為牽連關係之準據法，捨棄事先指定之法律適用最重要牽連之法律，發揮修正傳統國際私法之缺漏與偏差。我國2010新涉外民事適用法§25但書規定：「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但另有關係最切之法律者，依該法律。」即係基於此一理念而為制訂。

Q08. A國籍之男子甲與我國籍之女子乙為四親等之表兄妹，兩人在A國結婚。

根據A國之法律，四親等之旁系血親非為禁婚親之範圍。乙在我國提起訴訟，主張其婚姻無效，假設我國法院有管轄權，則應如何適用法律？

- Ⓐ應適用夫之本國法，即A國法，且須適用反致之規定
- Ⓑ因為乙為外國人妻，未喪失中華民國國籍，故依中華民國法律
- Ⓒ甲依A國之法律，乙依我國之法律，但亦可選擇依結婚地之法律，故結婚有效

④甲依A國之法律後，仍須適用反致之規定；乙依我國之法律，但無須反致
(99 新制預試)

【擬答】

(D) 甲依A國之法律後，仍須適用反致之規定；乙依我國之法律，但無須反致

【解析】

(一) 婚姻之成立，依各該當事人之本國法 (§46 本文)。

婚姻之成立應採「併行適用」甲之本國法與乙之我國法。併行適用係謂就各該當事人適用不同之法律，如關於婚姻成立要件，當事人不同國籍時，不適用特定當事人一方之本國法，而分別適用各該當事人之本國法。

(二) 甲與乙婚姻之成立，甲依A國之法律後，仍須適用反致之規定。

甲與乙婚姻之成立，依我國涉外民事法律適用法之規定，以夫之本國法為準據法，則係屬適用當事人本國法之情形，亦即，在適用當事人本國法時，如該當事人之本國法規定，更應適用其他法律時，則適用該其他法律之規定，故有反致適用之可能。

(三) 甲與乙婚姻之成立，乙依我國之法律，但無須反致。

甲與乙婚姻之成立，其結婚之有效與否依涉外民事法律適用法§46 本文規定，直接適用我國民法親屬編之規定 (民法§983、§988) 應屬無效，並無反致之適用。

Q09. A國公司甲與我國公司乙在B國舉行之資訊展上簽訂LED電視之採購合約、合約中未記載所應適用之準據法，也未約定管轄法院。我國公司乙後來違反契約，不肯支付價金，甲公司在我國起訴，訴請乙公司履約支付價金，則下列敘述何者正確？

- Ⓐ本契約準據法，依我國涉民之規定為B國法
- Ⓑ由於甲公司未經我國認許，無權利能力，不得在我國起訴
- Ⓒ因雙方未約定準據法，故此契約無效
- Ⓓ我國法院應無管轄權

(99 新制預試)

【擬答】

(A) 本契約準據法，依我國涉民之規定為B國法

【解析】

【此問題所公布之解答係依2010年之前舊法§6為解答基礎】

(一) 2010年修法前 (修法後§20連繫因素已有變更)

我國涉外民事法律適用法§6 (舊法) 規定：「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」，其係採逐項逐段適用方式，即：「當事人意思」→「本國法」(國籍

法) → 「行為地法」 → 「發要約通知地法」 → 「要約人之住所地」(住所地法) → 「履行地法」。

(二) 案例事實解答

本題之行為地為 B 國，故於「無當事人意思」及「無共同本國法」下應以「行為地法」B 國法為本契約準據法。

Q10.我國人甲於 A 國賭博，賭輸巨款，簽下本票一紙給賭場公司乙做為還款之用後返國。該本票上記載本票據以中華民國法律為準據法。請問下列敘述何者為非？

- Ⓐ有關賭債是否有效一事，應依 A 國法
- Ⓑ就票據是否有效一事，應依我國法
- Ⓒ賭債非債，任何外國法與此規定不同者，乃有背於我國之公序良俗，該外國法應不予適用
- Ⓓ乙公司雖未經我國認許，仍可向我國法院訴請甲支付票款

【擬答】

(C) 賭債非債，任何外國法與此規定不同者，乃有背於我國之公序良俗，該外國法應不予適用

【解析】

依涉外民事法律適用法第 8 條規定，依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。今雖我國法律對於賭博係禁止，且因賭博而生之賭債並非債務，當事人間並無負清償之義務，而 A 國法律對於賭博認為係合法，且因賭博而生之賭債係為債務，由於外國法適用之限制屬例外，故須從嚴解釋，如僅是外國法規定之內容本身，有背於我國公序良俗時，仍不宜據以限制該外國法之適用，必以適用該外國法之結果，有背於我國公序良俗時，方得限制其適用。今甲在 A 國賭博為合法行為，故法院應認定甲在 A 國所為之行為係屬合法，雖在本票上記載本件票據所生之法律關係適用臺灣地區之法律，惟甲係在 A 國完成簽發及交付票據之行為，因此，甲簽發本票之行為亦屬有效成立，不因我國法律認為賭博係禁止行為而有所影響。