

國際私法有關非婚生子女準正問題

李 聲 庭

非婚生子女在中國以前的律例上稱爲姦生子，民律草案則稱爲私生子，民國七年公佈的法律適用條例（即中國的國際私法典，現於四十二年代以「涉外民事法律適用法」）也稱爲私生子。（註一）日本的日本法例第十八條也稱私生子。我國現行民法則改稱爲非婚生子女。

（註二）

非婚生子女的定義應從兩方面來看：

依我國民法第一千零六十一條之規定：稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。因我國民法對非婚生子女沒有下定義，只好從民法第一千零六十一條的反面來看。凡不合于民法第一千零六十一條所定婚生子女的條件的，便稱爲非婚生子女。非婚生子女的定義應當是：

- （一）男女間無正式婚姻關係所生的子女。
- （二）雖有正式婚姻關係；但受胎不在婚姻關係存續中所生的子女。
- （三）有正式婚姻關係，而受胎亦在婚姻關係存續中；但所生子女經生父提起否認之訴，得有勝訴之確定判決的。（註三）

一般的所謂非婚生子女，其實應分別爲下列四種：

- （一）凡男女間無正式婚姻關係而同居，且不犯刑法上姦淫罪的所生之子女稱爲私生子 illegitimate，或稱爲單純非婚生子女 *enfant naturel simple*。
- （二）男女間無正式婚姻關係存在而相姦，或以夫妻名義同居，且又犯刑法上的姦淫罪的所生的子女應稱爲姦生子女 *adulterine, enfant adulterin*（註四）
- （三）男女間違反近親結婚的限制而結婚或相姦所生的子女稱爲親屬姦生子女 *incestuous*，又稱亂倫子女 *enfant incestueux*。（註五）。
- （四）有些地方的法律禁止不同種族間通婚，如美國南部有好幾州明文禁止黑人與白人結婚。這種婚姻在民法上爲無效 *miscegenous marriage*；在刑法上犯異族通婚罪 *miscegenation*。德國在希特拉統治時代，禁止猶太人與德意志人或與德意志人有血統關係的人結婚（德國新民法第四條）；不過現在廢止了。

上述第三及第四兩項違背近親結婚的限制以及異族結婚法律上均認爲無效。由無效婚姻所生的子女當然成爲非婚生子女。不過亦有不管婚姻有效無效，凡由男女結合所生的子女都視爲婚生子女的。例如：

俄國及其他社會主義國家不承認小孩子有婚生與非婚生的區別。（註六）

美國的亞里桑那州 Arizona 索性承認所有的小孩子都爲婚生子女。(註七)

瑞士民法典第一百三十三條規定：婚姻被宣告無效，其所生之子女，不問父母之善意或惡意，概視爲婚生子女。(註八)

古代羅馬法對於非婚生子女有六種方式可以使它合法：

- (一) 父母隨後結婚 *Legitimatío per subsequens matrimonius*。這一制度有人認爲是康士坦丁大帝 *Constantine the Great* 帶入羅馬以阻止納妾制度的盛行與蔓延（納妾制度此時已盛行于羅馬境內）。後來這一制度載入儒斯丁尼法典內 *Justinian Code*，亦傳入教會法 *Canon Law*（又稱寺院法）。歐洲大陸除帝俄外，父母隨後結婚使非婚生子女準正爲婚生子女，成爲近代各國的法律制度。
- (二) 小孩子供獻給國家之用。
- (三) 收養。
- (四) 由父親的遺囑承認。
- (五) 由皇帝發佈特別敕令。
- (六) 父親認領（由于父親的私文書或公文書承認其爲所生）。

上述六種情形，除第二種外，其餘任何一種方式均可使得非婚生子女取得婚生子女身分。

非婚生子女之準正在國際私法上發生下列幾個問題：

- (一) 有以小孩出生時，父親住所地法爲準的。
- (二) 有以準正行爲發生時，父親的住所地法爲準的。
- (三) 有以準正行爲發生時，所在地法爲準的。
- (四) 有以小孩出生時，其住所地（即生母之住所地）法爲準的。
- (五) 有以財產所在地法爲準的（財產繼承在當地法以有準正之身分爲定）。

美國各州除紐約及亞拉巴馬兩州外，凡在某州準正，則本州所給予小孩之一切權利，其他各州亦加以承認。有些州明文承認非婚生子女，或已準正之婚生子女可以繼承財產。因此這種法律是屬於身分準正，還是屬於財產繼承，便不容易決定。

非婚生子女經由法定手續可以準正爲婚生子女，歸納起來分三大項。

第一：父母隨後結婚

非婚生子女之父母隨後舉行結婚使得非婚生子女準正爲婚生子女并不爲英國的普通法 *common law* 所承認。可是在一九二六年却制定了非婚生子女準正法 *Legitimacy Act* 加以承認。美國最大多數州也制定法律承認。不過，非婚生子女的父母單舉行結婚即可使非婚生子女準正爲婚生子女，還是必須另有其他條件方可；拉丁國家及一半的美國各州法律則認爲除父母舉行結婚外，還得有認領之事實，非婚生子女始得準正爲婚生子女。德國法則不然。我國民法第一千零六十四條規定：非婚生子女其生父與生母結婚者，視爲婚生子女。係採簡單的父母隨後結婚非婚生子女準正爲婚生子女的制度，不必另具其他要件，是仿德國法例。法國民法則規定：除父母舉行結婚外，尚須經父母正式認領；兩事俱備，非婚生子女方取得婚生身分。日本民法則仿法國民法例。(註九)

美國許多州的法律并不禁止由于親屬姦生子女或姦生子女其父母隨後舉行結婚（不能結

婚的障礙已經除去，或遠離了當地的禁止法律）而準正為婚生子女。（註十）路易西安那州有一判例可以說明這種態度。

本案原告的父親是白人，母親是黑人。按路易西安那州的法律是不能結婚的。原告生于父母有住所于本州，其後父母為逃避本州禁止黑白通婚的法律遷居于古巴而結婚。依當時古巴通行的西班牙法律，非婚生子女的父母隨後結婚使得非婚生子女準正為婚生子女。但後來父親又回到了路易西安那，并死于本州，現在發生了財產繼承問題。

原告生于一八四零年，父親的遺囑立于一八五二年，父親與母親在古巴結婚是一八五六年。依路易西安那州民法典第一六九八條的規定：「遺囑中有關遺贈事項 *mortis causa* 因其後有合法子女之出生而失效。」這一條文明示：子女出生于遺囑成立之後，則以前所作之遺贈因有合法子女之隨後出生而失效。因此子女出生時，如係非婚生；但由其後父母結婚而成為婚生子女時，其所應享受之利益與婚生子女同（我國民法第一千零六十四條有同樣規定：非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女。）法院認為解釋本條應從寬。當原告的父親于成立遺囑時，尚無合法子女（事實上原告這時已十二歲，但不是婚生子女）；故可將財產以遺囑贈與方式遺贈他人。但當他與原告的生母其後在古巴結婚，則他有了婚生子女。非婚生子女的準正為婚生子女，是一種法律上的擬制，即由法律承認非婚生子女經此途徑而準正為婚生子女。路易西安那州民法典第一九九條又規定：「由于父母隨後結婚而成為婚生子女的人享受與于婚姻關係存續中而出生的子女同樣權利。」法國一八零三年的拿破侖法典亦有同樣的規定。同時這種法律上的擬制，其效力不溯及于小孩的出生或受孕時；但溯及于父母結婚時。因此本案原告的父親立遺囑于一八五二年，而原告的準正則發生于一八五六年，原告的財產繼承權不因他父親的遺贈行為而受影響。

但反對意見（英美法院容許法官發表反對意見）則認為：原告生于一八四零年，生于路易西安那州。父親的住所地及他本人的出生地法律都已經註定他是非婚生子女，不能由任何方式改變他的身分。黑白通姦或結婚所生的小孩 *miscegenous* 與由有親屬關係和姦而生的小孩 *incetuous*，以及有婚姻關係而與第三人相姦所生的小孩 *adulterous*，如生在本州，則不論他的父母其後在本州結婚，或在別地結婚，均不能使小孩準正為婚生子女。出生地的法律決定一個人的身分。如果又在出生地發生訴訟時，不因他在別地取得的身分有所差別。

德國法院于一九三零年判決一案則持不同的見解。一個俄國人于小孩子出生後始與其德國人母親結婚，德國法院仍指這小孩子是非婚生子女。理由是俄國沒有非婚生子女準正的規定。但爭論的人則說：俄國既不區別婚生與非婚生，而德國法又承認非婚生子女的父母隨後結婚可以使非婚生子女準正為婚生子女；那末本案的小孩子應由德國法院準正始合乎兩國的立法精神。

這裡發生了一個問題：因為俄國法律對於婚生子女與非婚生子女不加區別，於是在外國人眼中如果這小孩子是非婚生則以後便無法取得婚生子女的地位。可是美國亞利桑那州 *Arizona* 的民法則規定：所有的小孩都是婚生子女。這樣一來，便不發生外國法院承認與否的問題。

此外，斯堪的那維亞半島三國（即瑞典、挪威、丹麥）及瑞士均承認父母隨後結婚，非婚生子女準正為婚生子女。瑞士憲法第五十四條且明文規定：父母結婚，使非婚生子女取得婚生子女身分。因之有人加以解釋：瑞士的公共政策 *public policy* 是不區別已婚夫婦的子

女有婚生與非婚生的不同身分。委內瑞納的一九四二年民法也明文規定：當小孩受胎時，雖然父母不能結婚；但他們的隨後結婚却可使小孩準正為婚生子女。

不過美國紐約州法院則仍堅持：凡由禁止結婚的父母所生的子女，不得準正為婚生子女。（註十一）

英國一九二六年的準正法認為：如果父母的住所地在英國，由于通姦而生的子女却不能準正為婚生子女。但對於父母有住所于外國而又在外國舉行結婚時，則無明文限制。因此父親有住所于外國，而根據住所地法小孩子可以準正的話，英國法院亦加以承認。（註十二）

法國法院所持的態度則是：如果外國父母在外國結婚，非婚生子女可以在法國法院準正為婚生子女（因法國法承認父母隨後結婚并加以認領可以使非婚生子女準正為婚生子女）。但如果父母原均為法國人，因逃避法國法律禁止準正姦生子女而放棄法國國籍的情形時則又不許。法國最高法院 Court of Cassation 于解釋民法典第三三五條時，又援引所謂國際公安 *ordre public international* 這一名詞而判案。一九三零年便發生一個案子：一個俄國人已婚，由這婚姻已生有子女。但他與另一俄國女人 Struve 又生一姦生子女于法國。其後與第一妻子離婚與 Struve 結婚。父母兩人又依法國法對這小孩加以認領。帝俄時代法律允許準正，蘇維埃制度下的法律則對子女不區別為婚生與非婚生。法國上訴法院拒絕承認這小孩子已經準正為婚生子女。因為他是法國人，須受法國法的管制。只要三人中（父或母或小孩）之一人是法國人，則姦生子女便不能準正為婚生子女。評論的人認為：法院採這種態度的理由是在防止人民實行多夫多妻制。比利時亦有同樣的判例。（註十三）

歐洲其他國家對於當事人三人都是外國人時，沒有法院以 *public policy* 為理由拒絕承認姦生子女之準正為婚生子女。但德國法院于一九三二年一案中以「反致」*renvoi* 為理由援引荷蘭法律。本案是一個英國人有住所于荷蘭，且在荷蘭結婚。因此原先通姦而生之姦生子，德國法院便不承認其可以準正為婚生子女；因荷蘭法規定：凡由結婚之前所生之姦生子不得準正。德國法院在本案則首先適用父親的本國法，即英國法。而英國的國際私法則認為在這種情形應適用父親的住所地法。故德國法院採「反致」學說而徑行適用荷蘭法，因此否認小孩子可以準正。（註十四）

德國漢堡邦 Hamburg 的上訴法院于一九三五年一案中拒絕承認由荷蘭法院準正非婚生子女為有效。本案的母親是德國人，未婚；生一小孩也屬德國籍，她其後嫁一荷蘭人，兩人均認領小孩為他們所生。但法院則堅持準正應由小孩的生父與生母結婚方有效，因此一個德國小孩的外國法律準正也要受此限制。如果小孩不是結婚夫妻的真正所生時，則只能由別的方式加以準正以保護其利益。（註十五）

美國有些州的法院採與德國漢堡邦上訴法院相同的見解，如奧俄華州，肯塔基州，俄亥俄州，佛基尼亞州，及米蘇里州。（註十六）

但有些國家則只考慮當地的公共政策 *local policy* 而不顧父親住所地法禁止準正的規定。法國法院的判例：認為一個英國人與一個法國女子結婚，依英國的普通法（即法國法院所承認的當事人本國法）並不承認非婚生子女由這一結婚而準正為婚生子女；但法國法則認為可以準正。因為這與法庭地法 *Lex forum* 無害，故法院加以承認。評論家指出：如果法庭地法不反對時，即使父親住所地法不加以承認，法院亦可加以承認。而且夫婦這時如果有住所于法庭地時，當然不失為正確的判決。（註十七）

德國佛蘭克佛特邦法院亦有一判例與法國相近。有住所于德國的比利時人與一德國女人因通姦而生一小孩；其後小孩之生母與這人在德國結婚。法院以當地公安為理由，不顧父親的本國法（父親的本國法為比利時法，比利時法律對這種情形不允許小孩子準正）而使這小孩子準正為婚生子女。（註十八）

結婚與認領兩重手續俱備：

非婚生子女之父母隨後舉行結婚外，還得有其他法定行為（如父母加以認領），非婚生子女方能準正為婚生子女。法國民法典第三三一條有明文規定。美國路易西安那州一九三二年民法典第一九八條，比利時民法典第三三一條及三四二條第二項，及荷蘭民法典第三百二十七條均有類似的規定。

法國法院甚至認為這種雙重限制——父母隨後結婚加以父或母對小孩子的認領，不論在國內或在國外，是法國人的屬人法所引起的必要條件。德國法院關於這一點亦採同樣的態度。有一案子，父親為保加利亞人，依保加利亞法是要父母隨後結婚並由父母認領小孩雙重手續。德國法院（依德國法則無此限制）則判決應依保加利亞法的雙重手續，才承認非婚生子女準正為婚生子女。（註十九）

相反的，外國人在荷蘭結婚，依荷蘭法是還需要父母對小孩加以認領，才能使小孩準正為婚生子女；可是父母的本國法只須父母隨後結婚便可使小孩準正為婚生子女，不必其他手續。荷蘭法院却又適用父母的本國法允許小孩子單由父母的隨後結婚而準正為婚生子女。

（註二十）

父母隨後結婚使非婚生子女準正為婚生子女應從什麼時候生效的問題：英國與加拿大各省的法律則以回溯到子女出生時為有效；不過魁北克省的民法典第二三九條則明文規定從結婚之日起生效。

尚有一個問題；即父母隨後結婚如果被認為無效，那末非婚生子女是否已經準正為婚生子女了呢？這個問題應當由那國法律去決定呢？德國民法及瑞士民法均有明文規定，即比照無效婚姻的規定。父母在結婚時的屬人法決定準正是否應依有效婚姻而定。換句話說，管轄隨後結婚而使非婚生子女準正為婚生子女的法律同時也決定無效的隨後結婚所生的影響。

（註二十一）關於這一點，法國亦採同樣的態度。（註二十二）

德國法院則主張：如果依屬人法認為婚姻無效，但依內國法又認為婚姻有效時則由父親的屬人法決定父親與小孩的關係。（註二十三）。

美國許多州認為父母隨後舉行的婚姻是否有效應不影響小孩子的身分。但紐約州法院不承認，下面再申論。

第二：由父親認領

羅馬法及英國普通法（即判例法）對於認領並不加以承認，這種制度是近代制定法所規定的。美國各州除亞利桑那及北打科達兩州法律承認一切子女皆為婚生外，其他各州均承認非婚生子女由生父認領之後可以準正為婚生子女。惟手續上則有繁簡不同。其中有八州認為口頭或文字的認領均發生效力，惟密西根州則規定非用書面不可。

美國一般的意見認為認領應適用認領時的住所地法，至於小孩子的住所地法則不必攷

慮。因此加利福尼亞州法院承認即使小孩子的住所地在英國，英國這時的法律（一八九二年）不承認非婚生子女可經由認領準正為婚生子女；但由于他的生父對他認領，他應該準正為婚生子女。（註二十四）相反的，依照佛基尼亞州一八六六年法律使黑人小孩準正却不為麻色朱州法院所承認、理由是小孩有住所于佛基尼亞州，而他的父親却有住所于麻色朱休州，應依父親的住所地法而不應依小孩的住所地法。（註二十五）至於在認領之前，父親的住所或甚至三人（父或母或小孩）的住所均不重要。（註二十六）意思是說適用住所地法時，以認領行為發生時為準。

英國在一九四零年有一判例。本案的事實是這樣的：

Charles 于一八九三年結婚，一九〇六年則生一非婚生子于美國加利福尼亞州（這小孩並非由婚姻關係所生）。小孩出生時他的生父與生母均有住所于英國。生父與原來的妻子離婚後與另一女人（非小孩子的生母）結婚。一九二五年生父與第二妻共同簽字于一正式文件上認領小孩為婚生（依加利福尼亞州法律），這時父親有住所于加利福尼亞州。法院認定小孩的生母這時也有住所于加利福尼亞州。依加利福尼亞州的法律規定，小孩經認領而準正應自其出生之日起生效（一九〇六年）。但英國上訴法院的衡平庭則否認小孩子已經準正為婚生子。理由是：英國的普通法對於父母隨後結婚使非婚生子女準正為婚生子女，如果不為在小孩出生時與父母隨後結婚時的住所地法所承認時，則這種準正無效。本案的小孩子出生時，其父母有住所于英國，應受英國法律的管轄；而這時（一九〇六年）英國的判例法並不承認非婚生子女可以經由認領而準正。（註二十七）

這一判例引起了許多批評。

第一，法院說：準正並不限于只經由父母隨後結婚，因此不能在隨後結婚的情形下適用一種法律；而在其他方式之下適用另一種法律。這樣一來，便破壞了法律的統一性。這點理由並不充足。英國普通法之所以堅持以小孩出生時父親的住所地法為準，同時也適用於父母隨後結婚使小孩子準正為婚生子。這一理論係來自羅馬法，認為小孩出生時，父親暗示將來要與其生母結婚以便使小孩準正為婚生子女。因此如果小孩出生時，其父親有住所于某處，而某處的法律又規定：父母隨後結婚並不改變小孩子的身分，那末父親便不能就有關準正事項成立有效的婚姻。換句話說：依據父親的住所地法，小孩子于出生時一定要有一種可能的資格——將來由于父母的隨後結婚可以準正為婚生子女；否則這小孩便只好背着那個非婚生子女的名義于整個一生。羅馬法關於內國法雖然已經由于隨後結婚可以使非婚生子女準正為婚生子女；但羅馬的國際私法則認為除父母隨後結婚外，其他準正程序仍堅持不允許。假若說一個人由認領而準正為婚生子女，僅僅由于在其出生時因有一契約要完成（即父母隨後結婚），而這種契約在這時（小孩出生時）却又無效，因為父親的住所地法不承認這種準正方式。那末這種認領，如果小孩及其父親取得新住所之後又有效，但却因上述理由而無效，當然不合邏輯。

其次，普通法上的規則：小孩以出生時為準決定他的身分，這一點只適用於父母隨後舉行結婚。然而就這一點而論，也已為一九二六年的準正法所廢止。

有一位法官持不同的意見，他說：一個人的身分是代表他對世的一種顯著的資格。一經住所地法承認之後，便應為任何法域所普遍承認才對。本案的小孩及其父母均有住所于美國的加利福尼亞州，他的父親又依照加利福尼亞州法律認領了他。由于這種行為，法律賦予

這小孩子以準正爲婚生子女的身分。這種一經外國法承認了的身分，英國法院有義務加以認可。而且應就其性質，並就外國法所決定的一切附屬效果，當然的 *Prima facie* 去執行。法院所應當放慮的只是在認領當時的住所地法，而不當另生枝節去尋求別徑。法院的意見也許顧慮到：如果小孩當時是有住所于英國，那末加利福尼亞洲的住所地法可能會改變他的身分。這種情形也只有把一九二五年的認領行爲追溯到小孩子出生時才發生。但是如果法院從另一角度看，只承認從認領的時候起，小孩的準正身分才生效，便不致與英國的法律原則相違背，既然父親與小孩均有住所于加利福尼亞州，則本州的法律應有權對他們之間的身分關係加以確定。因此英國法院應認爲小孩子的準正從一九二五年生效，而不從小孩子出生時（一九零六年）生效。

認領 *Aknowledgment* 是生父一方所爲的單獨意思表示，承認某人爲他所親生；而被認領的人因此取得認領者的婚生子女身分。這種認領又稱自動認領，係生父一方面的單獨意思表示行爲，無須得被認領者（子女）或其生母的同意而生效。如果生母與非婚生子女對於某人的認領不同意時，依我國民法第一千零六十六條的規定，可以提起認領否認之訴。（註二十八）。

法國法院認爲外國法既然使非婚生子女準正爲婚生子女，同時又與當事人的本國法相符時，法庭地法雖不承認這種方式；但對於外國法所承領的認領應准許爲有效。不過如果當事人的本國法彼此不同時，那末父親的屬人法可以單獨適用。任何人爲法國人時則適用法國法。

歐洲大陸多數國家的國際私法有關父母隨後結婚或由父親認領都採父親的本國法主義。（註二十九）日本一八九八年法例第十八條規定：私生子認領之要件，關於其父或母者，依認領之當時父或母所屬國之法律定之；關於其子者，依認領之當時子所屬國之法律定之。我國涉外民事法律適用法第十七條亦有類似的規定；非婚生子女認領之成立要件，依各該認領人、被認領人認領時之本國法。德國法規定：認領時以德國法爲準據法。如果小孩爲德國人時，則取得小孩的同意或監督法院或監督人的同意在所必要。瑞士也採父母雙方本國法主義，但不採小孩子的屬人法。至于外國人在瑞士認領小孩時，只要父親之本國法加以承認，便可向瑞士法院請求予以認證。

美國北打科達州的內國法 *Municipal law* 雖不區分小孩子爲婚生子女與非婚生子女，但本州法院有關國際私法的判例則又分別本國人與外國人而差別待遇。非婚生子女的父親在本州公開認領小孩，或其單獨行爲足以構成認領時，這小孩固因此而準正爲婚生子女；但如父親是外國人（本案爲挪威人），而小孩子在父親認領時也與之同住于挪威，因此北打科達州法院不承認這小孩子已經準正爲婚生子女，也就不能繼承在北打科達州的財產。至於小孩子現在有住所于本州則非所問。因爲小孩及其父親的本國法已經決定這小孩子是一個非婚生子女，別的地方無法加以改變。意思是說：如果小孩子出生在北打科達州或認領時有住所于北打科達州則可以。就因爲小孩子的父親的本國法及小孩子的住所地法都不承認這種準正方式，於是北打科達州便愛莫能助。（註三十）

加利福尼亞洲法院所採的態度却又不同：本案原告生於一八七三年，在英國出生。父親爲 *Thomas Blythe*，母親爲 *Julia Perry*。他們兩人都未結婚。母親是英國人，且有住所于英國，原告亦有住所于英國，但後來到了美國，設定住所于加利福尼亞州。父親是美國

人，有住所于加利福尼亞州。原告係其父親于暫時住在英國而受胎的，生于父親返美國之後。父親從未結婚，母親則與一英國人結婚。父親有信件給原告，當她是女兒看待，而且也扶養她並使之受教育。法院認為在這種情形之下，依加利福尼亞民法第二百三十條的規定：

「非婚生子女之父親公開承認其為所生並以親生子女看待，如父親其後結婚（我國民法規定須生父與生母結婚），又得其妻子同意（非生母）撫養于家，或者看待如婚生子女一樣，或收養為子女，則這小孩子應自出生之日起視為婚生子女」，判決原告已經為她父親所認領為婚生子女。

法院首先說明：準正是由立法所創設，因此完全基于某一特定地域的法律與政策而決定。本州的法律與政策却鼓勵這種事（準正）。因此凡能適用本州的法律使非婚生子準正為婚生子女時，便無意去適用別地方的法律與政策。本案原告是一有住所于加利福尼亞州的美國人之小孩，她的身分的建立是由于加利福尼亞法律的結果。同時她現在又利用對她有管轄的法院（即在住所地法院起訴確認她的財產繼承權），因此加利福尼亞的法律由加利福尼亞法院來執行時；既然她父親在原告出生時與認領她時均依照加利福尼亞州法律而行，則本州法律已賦與原告以婚生子女身分。有關原告繼承其生父的遺產權利也因此而生。

意大利法律規定：非婚生子女不得請求生父認領，法國民法原來也禁止非婚生子女尋求生父 *La recherché de la paternité*。但一九一二年十一月十六日的法律改正了民法第三百四十條的禁止規定，承認非婚生子女有尋求生父之權利。我國民法第一千零六十七條也規定：非婚生子女之生母或其他法定代理人得請求其生父認領。而且于同法第一千零六十七條第一項規定得請求認領之原因：(一)受胎期間生父與生母有同居之事實者。(二)由生父所作之文書可證明其為生父者。(三)生母為生父強姦或略誘成姦者。(四)生母因生父濫用權勢成姦者。不過如果生母于受胎期間曾與他人通姦或為放蕩之生活者，則不得請求認領。至於非婚生子女本人是否可以請求生父認領，我民法對於非婚生子女是否也可請求生父認領，因條文文意含糊，致引起各家不同之解釋；而又無判例可援，不過有人認為第一次民律草案第一四〇八條規定：「私生子及其他法定代理人得據事實請求其父認領」為較妥。（註三十二）

第三：收 養

收養在我國不構成準正，但在羅馬法則承認與父母隨後結婚及認領一樣，非婚生子女由此而準正為婚生子女。英國以前的普通法且不承認收養制度，直到一九二六年收養法 *Adoption of Children's Act* 頒行後才允許收養子女；而且只限于收養有住所于英國的英國籍子女，收養人必須有住所于英國。此外收養的結果並不授予財產繼承權。

關於收養歐洲大陸法持屬人法主義（即本國法），即採收養者當事人的屬人法，也有採被收養者的屬人法的，也有兼採兩者的。我國涉外民事法律適用法第十八條規定：收養之成立及終止，依各該收養者、被收養者之本國法。收養之效力則依收養者之本國法。

收養在美國除可收養他人子女外，亦可收養自己所生之非婚生子女，因此收養也可以作非婚生子女準正為婚生子女的方式之一。美國大多數州規定：收養者與被收養者之間有財產繼承權。同時也不切斷被收養者與本生父母之間的繼承財產權。

德國與瑞士認為收養私生子即代替認領私生子，這在我國民法則有區別，因依我國民法

第一千一百四十二條之規定：養子女之應繼分（即財產繼承權）為婚生子女二分之一。而且依我國民法第一千零七十條之規定：生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領。但收養子女之行為依我國民法第一千零八十條及第一千零八十一條之規定可以終止收養關係。因此可知認領與收養的行為在我國是分開的，而在外國則常常把兩者放在一起討論。原因是他們認為兩者的法律效果都在繼承遺產，但也有些地方不承認收養與認領的結果便當然繼承遺產。英國一九二六年的收養法便有明文規定。

非婚生子女經上述三種方式之一或二準正為婚生子女後，不管其準正是依據父母之本國法，父母在非婚生子女出生時的住所地法，小孩子的住所地法，父母隨後結婚的婚姻舉行地法，認領與收養行為發生時的行為地法，是否應為法庭地法所承認（即因繼承或別事在法庭地法院起訴）？這一點，各地法院的意見便不一致，前面英國上訴法院及美國路易西安那州最高法院的判例曾提及過，下面更有兩個美國州法院的不同意見的案子。

本案發生于康乃狄卡州：父親與母親係重婚而生小孩數人，小孩們出生時父母均有住所于美國加利福尼亞州。按加利福尼亞州法律規定：小孩如果生于加利福尼亞州，其父母的婚姻即使係原始無效，小孩子仍為婚生子女。法院解釋這一規定時說：即使父母之婚姻係因重婚而無效，其所生之小孩仍為婚生子女。因為一個人的身分已經確定之後，若非違反法庭地之制定法或違反當地之公安，均應加以承認。康乃狄卡州的法律並無明文禁止這些小孩子可準正為婚生子女。因此如果說，美國的一州法律承認某人為婚生子女，另一州的法律却又加以否認，當然不合理；而且也引起許多不方便，以及不平等和不公道。本案的小孩子們既然已經為其住所地法準正為婚生子女，則本州亦應加以承認。（註三十三）。

可是紐約州則持不同的見解：原告的父親有住所于紐約州，遺棄其妻子前往新澤西州與另一女人結婚而生小孩。其後他又搬到密西根州住。在密西根法院起訴，經法院判決與第一妻子離婚。但因傳票是用公示送達方式，而且離婚之訴的原因也不為紐約州所承認。依密西根州法律：非婚生子女由其父母隨後結婚可以準正為婚生子女。但紐約州法院則拒絕承認密西根州的準正。原告辯稱：即使密西根的離婚判決無效，小孩子已經準正為婚生子女，紐約州應依美國憲法所規定各州應互相尊重姊妹州的法律承認他為婚生子女。這一點法院並不同意。法律的擬制只是為了那些遭遇法律上的障礙以致不能合法結婚的而言；因此如果離婚無效，則法律的障礙對這些人仍然存在。本案原告的父親尚有一個未經合法手續離婚的合法妻子存在，因此他的第二次結婚是重婚。如果這種婚姻舉行于本州則構成重婚罪，因此本州無法對這種行為加以承認。（註三十四）

麻色朱休州的法律規定：父母隨後結婚同時又認領小孩方能使非婚生子女準正為婚生子女。佛基尼亞州一八六六年法律規定：所有黑種男女于一八六六年二月二十七日同居的均認為夫妻，所生的小孩認為婚生子女，不管生于本法通過以前或以後。如果當事人于本法通過前已不再同居，或由于女人已死，或由于別的緣故。那末這女人所生的小孩如經其父親認領亦準正為婚生子女。法律通過時，原告的父親與母親不再同居，原告則有住所于佛基尼亞州，但父親則有住所于麻色朱休州。依麻色朱休州法律規定，必須父母結婚及認領兩條件俱備，才能使非婚生子女準正為婚生子女。如果原告的父親于一八六六年有住所于佛基尼亞州（這時那州正通過有關法律）或者他于這時認領了原告為其婚生子，那末原告便已經取得了婚生子女的身分，麻色朱休州法院自然應加承認。但當佛基尼亞法律于一八六六年通過時以

及其後原告爲其父親所認領時，原告的父親却有住所于本州。因此原告是否已經準正爲婚生子，應先由本州決定。而本州的法律却不承認僅僅認領便構成準正，尙須加上父母舉行結婚才行。（註三十五）

亞拉巴馬州法院也採同樣的態度，小孩依法國法而準正，但這種準正並不給予小孩在亞拉巴馬州有財產繼承權，父親有住所于亞拉巴馬州，却自動的去法國（小孩住所地）認領。因此依法國法小孩雖已準正爲婚生子女，但依亞拉巴馬州法則對於法國的準正並不承認。（註三十六）

因爲準正是有關身分的問題，故那個法院對之有管轄權應由住所地法決定。因此如果父親或小孩無住所于某處而準正行爲却發生于當地時，小孩仍爲非婚生子女。反之，如果父親與小孩均有住所于某地，而當地法律準正小孩子爲婚生子女時，應爲任何地方所承認。如果當地不能準正時，則其他地方也不能加以準正。即一地方的法律不承認準正這種制度，即使當事人有住所于這地方，而且父母又隨後結婚或對小孩子加以認領，這種情形便不發生法律上的準正效果。

附 註

- （註 一）已廢止之法律適用條例第十三條規定：私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法。
- （註 二）我國民法規屬編第一千零六十四條至第一千零七十條，共七條，規定有關非婚生子女之認領事項。
- （註 三）民法第一千零六十三條第二項規定：前項推定，（即推定妻之受胎係在婚姻關係存續中，則所生子女爲婚生）如夫能證明于受胎期間內未與妻同居者，得提起否認之訴。但應于知悉子女出生之日起一年內爲之。
- （註 四）姦生子女通常父母之一方已與他人有婚姻關係，或雙方均有婚姻關係而彼此相姦所生的子女。這種情形發生刑法第二百三十七條「有配偶而重爲婚姻，或同時與二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」及同法第二百三十九條「有配偶而與人通姦者處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」的妨害家庭及婚姻罪。
- （註 五）民法第九百八十三條規定：
與左列親屬不得結婚：
一、直系血親及直系姻親。
二、旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者。但旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者不在此限。
三、旁系血親之輩分相同而在八親等以內者，但表兄弟姊妹不在此限。
前項姻親結婚之限制，于姻親關係消滅後亦適用之。
又按民法第九百八十八條規定：
結婚有左列情形之一者無效：
一、畧
二、違反第九百八十三條所定親屬結婚之限制者。
- （註 六）Russian Soviet Federated Socialist Republic Code of family law (1925) art. 25, 這是指俄國，簡稱爲 R. S. F. S. R., 與 U. S. S. R. 有別。U. S. S. R. 是 Union of Soviet Socialist Republics 的簡稱，U. S. S. R. 包括五個共和國，R. S. F.

是其中之一而且是最大的。因此 R. S. F. S. R. 應譯作俄國，而 U. S. S. R. 應譯作蘇聯，方不致打混。

東德的 Das Familienrecht der volksmokratien (1952)

(註七) Arizona Code Ann. (1939) § 27~401

判例有：Fladung v. Sanford (1938) 51 Airz. 211, 75 P. (2d) 685

Hazelett v. State (1950) 55 Ariz. 141, 99 P. (2d) 101

(註八) 見胡長清著：中國民法親屬論第一百十一頁。

(註九) 法國民法第三百三十一條，日本民法第八百三十六條，德國民法第一千七百十九條。

(註十) 卡羅拿打州有判例：Mund v. Rehaume (1911) 51 Colo. 129, 117 Pac. 159 近親結婚

康乃卡特州有判例：Moore v. Saxton (1916) 90 Cenn. 164, 96 Atl. 960 重婚

麻色朱木州有判例：Green v. Kelley (1917) 228 Mass. 602, 118 N. E. 235 重婚

米里蘇達州有判例：Holloway v. Safe Deposit & Trust Co. of Batimore (1926) 151 Md. 321, 134 Atl. 497

以及下引路易西那州案：Succession of Caballero (1872) 24 La. Ann. 572 黑白結婚

(註十一) Olmsted v. Olmsted (1908) 190 N. Y. 458, 83 N. E. 569, Aff'd 216 U. S. 386 (重婚之後，與第一位妻子離婚) 這判例又見註三十四。

In re Bruington's Estate (1936) 160 N. Y. Misc. 34, 289 N. Y. Supp 725 (重婚)

In re Thomann's Estate (1932) 144 N. Y. Misc. 497, 258 N. Y. Supp. 838 (離婚為紐約州不承認，在俄國重婚)

(註十二) In re Collins v. Attorney General (1931) 47 T. L. R. 484, 145 L. T. 551

(註十三) 法國判例：Cass. (civ.) March 31, 1930, D. 1930. 1.113

比利時判例：Trib. civ. Bruxelles (March 27, 1930) Pasicrisie 1930. 3. 173

Trib. civ. Liège (Nov. 13, 1930)

(註十四) LG. Wiesbaden (Oct. 10, 1952) JW. 1933, 193 IPRspr. 1933 no. 51

(註十五) 德國因政府 (行政機關) 之宣告，非婚生子女可以視為婚生子女。瑞士因法院 (司法機關) 之宣告，非婚生子女亦可視為婚生子女。瑞民法第二百零六十條以下。

上述兩項均見胡長清著：中國民法親屬論第二百三十頁

(註十六) 奧俄華州判例：Pike v. Standage (1919) 187 Iowa 1152, 175 N. W. 12

肯塔基州判例：Helm v. Goin (1929) 227 Ky. 773, 14 S. W. (2d) 183

俄亥俄州判例：Eichorn v. Zedaken (1924) 109 Ohio St. 609, 144 N. E. 258

佛基尼州判例：Harper v. Harper (1932) 159 Va. 210, 165 S. E. 490

米蘇里州判例：Mooney v. Mooney (1912) 244 Mo. 372, 148 S. W. 896

(註十七) Cass. (civ.) (Nov. 23, 1857) S. 1858. 1.293

Cour Bourges (May 26, 1858) S 1858.2. 532, D. 1858. 2. 178

App. Rouen (Jan. 5, 1887) Clunet 1887, 183

Cour Paris (March 23, 1888) Clunet 1889, 638

(註十八) RAAPE 562 (a), 563, See Ernst Rabel's the Conflict of Laws, volume one, P. 628, note 152

(註十九) 法國判例：Cass. (req.) (Jan. 20, 1879) S. 1879. 1.417

Cass. (civ.) (April 20, 1885) D. 1886. 1.23

Cass. (req.) (July 8, 1886) Clunet 1886, 585

德國判例：KG. (Nov. 29. 1929) HRR. 1930, no. 882, IPRspr. 1930, no. 85

- (註二十) Van Hasselt, 6 Répert. 635 no. 201, See Ernst Rabel's the Conflict of Laws, Volume one, P. 622, note 123.
- (註廿一) 德國民法典 BGB. § 1721
瑞士民法典 Egger, 2 Kommentar Zeun Schweizerischen Zivilgesetzbuch art. 258 (I) (B).
- (註廿二) Planiol-Ripert-Boulanger, Traité élémentaire de droit civil (ed. 5, 1950) 385 no. 1051
- (註廿三) RAAPE, JW, 1934, 2951
50 Recueil 1934 IV 405, 487 no. 63
- (註廿四) Blythe v. Ayres (1892) 96 Cal. 532, 31 Pac. 915, 19 L. R. A. 40
- (註廿五) Irving v. Ford (1903) 183 Mass. 448, 67 N. E. 366
- (註廿六) Eddie v. Eddie (1899) 8 N. D. 376, 79 N. W. 856
In re Presley's Estate, Anderson v. Presley (1925) 113 Okla. 160, 240 Pac. 89
- (註廿七) In re Luck's Settlement Trusts, Ch. D. 323
- (註廿八) 法國民法第三百三十九條，瑞士民法第三百零五條與第三百零六條，日本民法第八百三十四條均有同樣的規定。見趙鳳喈著：民法親屬編第一百五十三頁。
- (註廿九) 奧地利，比利時，捷克，芬蘭，法國，德國，希臘，意大利，波蘭等國。
- (註卅) Eduie v. Eddie 見註廿六註
- (註卅一) Blythe v. Ayres 見註廿四
- (註卅二) 見趙鳳喈編著：民法親屬論第一百五十六頁至第一百五十七頁
見胡長清著：中國民法親屬論第二百三十七頁及第二百七十八頁
- (註卅三) Moore v. Saxton 見註十
- (註卅四) Olmsted v. Olmsted 見註十一
- (註卅五) Irving v. Ford 見註二十五
- (註卅六) Brown v. Finley, 157 Ala. 424, 47 So. 577, (1908)。

LEGITIMATION

Francisco Lee

1. Legitimation per subsequens matrimonium

From the time of Constantine, the rule of Roman law was that children born before marriage were made legitimate by the subsequent marriage of their parents and this law was later adopted by practically all the legal systems on the Continent and South American Republics. Until the Legitimacy Act of 1926, it formed no part of the law of England or of Wales or of Ireland, though it existed in Scotland. It exists by statute in most states of the United States though the conditions vary from state to state. By some statutes, acknowledgment is alone sufficient, in others, marriage alone, in still others, both are required. According to the French legal system, a formal acknowledgement of paternity or maternity is an essential part of legitimation by subsequent marriage. The personal law of the parent at the time of marriage determines whether legitimacy is dependent or not upon a valid marriage, the law governing legitimation by subsequent marriage should determine also the effect of an invalid subsequent marriage.

2. Legitimation by parental acknowledgment

Legitimation may be effected by parental acknowledgment or by conduct of public repute, so as to place the illegitimate child upon the footing of a legitimate child. In eight states of the United States by oral or written, and in Michigan, by written acknowledgment, legitimation is performed for all intents and purposes. The conflicts rule of the United States is the same as that concerning subsequent marriage; that of the domicile at the time of the act governs. In the countries following the nationality principle, the rules are the same as in the case of a subsequent marriage. Hence, a foreign legitimation agreeing with the national law of all parties is recognized. Where the parties are of different nationality, usually the father's law alone is applied.

3. Legitimation by adoption

Under the Roman law, the adoption was recognized. But it never found its way into the law of England until the passage of the Adoption of Children Act, 1926. It is also recognized by most of the Continental systems but not in the Netherlands, Norway or Sweden.

By Chinese Civil Code, the adoption does not legitimize an illegitimate child, it only gives the child a right of succession. Adoption statutes seem to have been introduced in the United States through the example of Louisiana and Spanish precedents. An adopted person takes the same share of the property which the adopting parent could dispose of by will as he would have taken if born to such parent in lawful wedlock. A number of Latin-American countries do not recognize the institution of adoption.

Under the rule of *locus regit actum*, the form by which and, the circumstances under which, the acknowledgment of illegitimates take place must follow the law of the forum. Rights of inheritance are referred to the personal law of the deceased, be it the father or the child.