



趙守博著

國際私法中親屬關係的準據法之比較研究

臺灣學生書局印行

趙 守 博 著

國際私法中親屬關係的準據法之比較研究

臺灣學 生書局 印行

⑱ 書叢究研術學

國際私法中親屬關係
的準據法之比較研究 全一冊

著作者：趙 守 博

出版者：臺灣學生書局

本書局登記證字號：行政院新聞局版臺業字第一一〇〇號

發行人：馮 愛 羣

發行所：臺灣學生書局

臺北市羅斯福路三段二九八號
郵政劃撥帳號二四六六號
電話：三三四二五·三四二四六·三三二〇七

定價精裝新
平裝新

中華民國六十五年九月初版
中華民國六十六年八月再版（學一版）

自序

由於國際間交通的發達，屬於不同國籍或法域的人，彼此之間的來往也日形頻繁，涉外親屬關係因而日漸增加。本書的目的，即在於利用比較研究的方法，針對國際上所採行的，國際私法中有關親屬關係問題的各種準據法選擇法則，詳細予以比較批判；以探討這些法則的規定，是否可以適應目前涉外親屬關係日多，容易創設也不難解除的現實情況，以及能否同時達成對親屬關係給予有效保護，而又能對親屬關係的當事人，和有關的利害關係人，予以合理的保障的雙重目的。本書的出版，希望能對國內有興趣於研究國際私法中的親屬關係問題的人士，提供一些參考資料，並盼望海內外學者先進，不吝指正。

趙守博 序於民國六十五年九月

國際私法中親屬關係的準據法之比較研究

目錄

壹、前言.....	一
貳、結婚形式要件之準據法.....	二
一、舉行地法主義.....	五
二、舉行地法主義與屬人法主義交替適用.....	二
三、結婚形式要件準據法選擇的各種法則之批判.....	一三
參、普通法婚姻之承認.....	一七
肆、結婚實質要件準據法.....	一九
一、舉行地法主義.....	一九
二、住所地法主義.....	二一
三、本國法主義.....	二三
四、結婚實質要件準據法選擇的各種法則之批判.....	二五
伍、離婚原因準據法.....	三一
一、法庭地法主義與住所地法主義的爭論.....	三二
二、本國法與法庭地法的累積適用.....	三四
三、本國法主義.....	三七

四、離婚原因準據法的選擇之各種法則的批判.....三九
陸、婚生子女身份之準據法.....四三

一、生母之夫之本國法主義.....四五

二、生父之住所地法主義.....四七

三、父母中相關之一造之屬人法主義.....四九

四、婚生子女身份之準據法選擇的各種法則的批判.....五二

柒、非婚生子女之認領及準正的準據法.....五四

一、生父之本國法主義.....五七

二、非婚生子女之本國法主義.....五八

三、生父之住所地法主義.....五九

四、認領人被認領人之本國法分別適用主義.....六五

五、認領及準正準據法的選擇之各種法則的批判.....六七

捌、收養要件準據法.....六八

一、法庭地法主義.....六九

二、法庭地法及收養人或收養人之屬人法同時適用主義.....七〇

三、收養人之本國法主義.....七一

四、被收養人之本國法主義.....七二

五、收養人及被養人之本國法累積適用主義.....七三

六、收養人被收養人之本國法分別適用主義·····	七三
七、收養要件各種準據法選擇法則的批判·····	七四
玖、結論·····	七七
附 註·····	八二
參考資料·····	九九

國際私法中親屬關係的準據法之比較研究

壹、前言

由於國際間交通的日形發達，人口流動的漸趨頻繁，國際間所發生的親屬關係，如不同國籍之人彼此間的結婚、離婚、收養及親子關係等也隨之而逐日增多。本書的目的，在於利用比較研究的方法，就當前國際私法中有關結婚、離婚、婚生子女身份、認領及準正，收養等問題的各種準據法選擇法則(Choice of Law Rule)加以分析比較批判，以探討此等法則或主義，能否適應目前涉外親屬關係日漸增加，容易創設也容易解除的現實情況，並進一步研究其內容是否合理。換句話說，到底這些法則或主義能否，同時達成對於涉外親屬關係給予有效保護，而又能對於涉外親屬關係的當事人和有關的利害關係人，給予合理的保障的雙重目的。因此，本書將着重於研究此類準據法選擇法則或主義的實際適用效果，而不是一味地僅從事於理論性的探討。在研究過程中，如果，發現現行的國際上所採用的準據法選擇法則，並不是一種理想的制度，則將根據研究所得，研擬另一具體可行的代替法則，以供參攷採用。

在我國的現行法律中，有關國際私法的各種法則，大多規定於民國四十二年六月所公佈施行的一「涉外民事法律適用法」之內(註一)。本書在研究之中，對於「涉外民事法律適用法」的相關法則，亦將加以分析，如發現我國所採行者並不合適，也將根據研究，提出代替法則，以作為將來修改該法的

參攷。

貳、結婚形式要件之準據法

婚姻爲人類社會的一種最基本的關係。爲了使這種關係保持健全發展，同時也爲了維護基本倫常、人種優生，保護善良風俗，以及防止男女草率締婚以維持家庭生活的安定性，和減少不必要的婚姻破裂，各國法律都規定，只有具備一定要件的人，方可以成婚（註二）。此種法律要件，一般而言，可分爲形式要件與實質要件兩種。形式要件，通常指結婚當事人以及第三人，爲使男女雙方所締結的婚姻，在法律上發生一定效力所必須完成的程序或行爲，而實質要件則是指結婚當事人本身所應具備的積極和消極資格。在國際上，各國法制對於何者爲實質要件以及何者爲形式要件，認定的標準大體上講頗爲一致（註三）。不過，由於親屬法規往往反映出一國的文化背景和風俗習慣，國與國間有關結婚的法律規定，有時候頗有出入，所以，某一要件在甲國可能被視爲形式要件，而在乙國却成爲實質上的要求。例如，未成年男女結婚，必須得到父母或法定代理人的同意，在絕大多數的國家，此一規定被視爲實質要件，但在英國以及美國絕大多數的州裡頭，它只是一種形式要件（註四）。這種現象，牽涉到國際私法中所謂的法律涵義或命意的衝突（Conflict of Qualification）（註五），很容易在涉外婚姻的締結上產生很多的困擾。解決之道似乎只有兩種辦法。第一是任由內國法院，在解決某一爭執中的婚姻是否有效之時，適用內國法律所訂的標準，來認定何者爲形式，何者爲實質；其次，也是比較根本的，是經由國際公約的方式，制定一個統一的準則，說明屬於形式要件的是什麼，而應列爲實質範疇的又是那些（註六）。在本書研究範圍之內，所謂形式要件係指爲了成立有效婚姻，法律上規定

結婚當事人以及第三人所必須完成的程序、手續或行爲；而實質要件，則是指爲了完成有效的婚姻，法律上所規定的當事人本身必須具備的最起碼的條件。

國際私法中，有關結婚形式要件，最引起注目的問題是，對一個含有涉外因素 (Foreign Elements) (註七) 的婚姻，何者應該是它的準據法 (Applicable Law)。此爲本章的討論重點所在。不過，爲了對國際私法中結婚形式要件準據法問題的本質，有進一步的瞭解，對於結婚形式要件的國際私法問題的形成，應有說明的必要。

各國對於結婚到底應經過何種形式，也就是應具備何種形式要件，其法律上的規定，頗爲分歧。即使在聯邦國家之內，不同法域 (Jurisdiction) 對於結婚形式要件的規定，也往往很有差異。茲舉出幾個主要法制來加以說明。例如，在西德，爲了完成一項有效的婚姻，結婚當事人事前應發佈一種結婚預告 (Public banns) 說明結婚的意願；在結婚之時，男女雙方必須同時在一個政府委派的婚姻登記員 (Registra) 之前，正式表示願意結爲夫妻，同時應有二人以上之證人在場，而婚姻登記員必須詢問男女兩造是否有意成爲夫妻，在得到肯定的答覆後，婚姻登記員即正式宣佈男女雙方按法律規定已成爲夫婦。如此，有效的婚姻關係才算正式成立，否則，婚姻便無效 (註八)。在蘇聯，法律上所規定的唯一形式要件，是男女雙方將彼此結婚的事實向主管出生、結婚及死亡登記業務之機關申請登記，經登記，婚姻關係便正式成立 (註九)。美國是個聯邦國家，有關結婚的形式要件，各州的規定，不盡相同。不過，彼此之間仍有一些相似之處。通常，結婚之人事先應取得結婚許可證 (Marriage License)，而結婚儀式則應有一定的人員 (一般是政府官員或神職人員) 來主持 (註一〇)。例如，在米蘇里州 (Missouri)，結婚之前，應取得結婚許可證，而且婚姻之締結應由法律上所特准之人來

主持，否則，婚姻便無效（註一）。而在伊利諾州，雖同樣規定事先應獲有結婚許可證，但未申請此許可證並不就會使婚姻失去法律上的效力（註二）。按照我國民法的規定，結婚應有公開之儀式暨二以上之證人在場，未按這個規定所締結的婚姻，在法律上沒有任何效力可言（註三）。

由於上述各國法制的不同，如果男女雙方來自於同一個國家或法域，而在一個法律規定不同的國家或法域舉行結婚儀式，或男女雙方各來自於兩個完全不同的國家或法域，而在其中的一個國家或法域或另一個第三國或第三法域結婚，馬上便產生一個問題：在這幾個有關的國家或法域中，那一個國家或法域的法律，應該被適用來決定男女雙方的結婚，應具備怎麼樣的形式要件？國際私法中有關結婚形式要件準據法的決定問題，便由此而生。例如，假定兩位在美國伊利諾州留學的我國學生，在伊利諾結婚，他們便面臨應按我國民法之規定成婚，或按伊利諾州的法定形式締結的難題；同樣地，一位來自於我國的青年和一位來自於德國的小姐，若在美國米蘇里州結婚，就必須在我國民法、德國婚姻法及米蘇里州的婚姻法規中作一選擇。此種決定結婚形式要件的問題，對於一個涉外婚姻具有頗為重大的關係。它不但影響了此種婚姻的效力，而且也牽涉到此種婚姻締結的難易，甚至有無可能有效地成婚也受到影響。例如，一位住所設於臺灣的我國公民，和一位住所設於波昂的德國公民，若在意利諾州結婚，我國民法、德國婚姻法以及伊利諾的家事法，與他們的婚姻都具有相當的關係，到底那一個國家的法律，應被用來決定他們的結婚必須具備何種形式要件，可以直接影響到他們兩人婚姻關係的效力、締結的難易，以及是否可能順利成婚。假定，適用伊利諾的法律，則他們應事先取得一個結婚許可證，如照我國民法，則相當簡單，只要舉行一公開儀式並有兩人以上的證人在場即可。但是，如果，依西德婚姻法，則他們兩人在伊利諾州的成婚便不可能了，因為，伊利諾州並

沒有結婚預告制度，也沒有西德法律所規定的婚姻登記員。由此可見，結婚形式要件準據法的決定，頗爲重要。

那麼，在與一個含有「涉外因素」的婚姻具有相當關係的各國法律中，那一國或那一法域的法律被選爲準據法才算合理呢？此爲本章討論的重點。在進行討論之前，先來介紹國際上曾被或現被採用的各種決定結婚形式要件準據法的法則或主義。在現行國際間，有三種不同的主義被用以確定結婚形式要件的準據法。第一種主義稱爲「結婚舉行地法主義」(Lex Loci Celebrationis; Law of the Place of Celebration)，完全由結婚舉行地所在的國家或法域的法律，來決定結婚應具有何種形式要件(註一四)。第二種主義，則先行區別有關的婚姻究爲在法庭地所締結者，或是在外國或其他的法域所締結的，如果，爭議中的婚姻係在法庭地締結的，則適用「結婚舉行地法主義」來決定該婚姻的形式效力；但是，假定，爭議中的婚姻係在另一不同的法域所締結的，則適用「結婚舉行地法」或當事人的屬人法(Personal Law)來決定此一婚姻的形式效力(註一五)。第三種的主義，則完全採用當事人之一造或兩造的住所地法或本國法來決定結婚的形式要件。此一主義現僅在少數仍承認宗教儀式的婚姻的地區內通行(註一六)。大多數的國家則採用第一種或第二種的主義。因此，本章對此兩種主義將詳加探討。

一、舉行地法主義

所謂舉行地法主義，意思是說，結婚到底應具備何種形式要件，必須由結婚舉行地的法律來決定。此一主義的理論基礎乃本於「場所支配行爲」(locus regit actum)的原則而來。因此，男女雙方既在某一

地結婚，便被推定爲屬當地法律所管轄，結婚舉行的法律原因可以決定他們婚姻的形式要件（註一七）。目前採用此一主義的計有中南美國家所簽訂巴斯達曼地國際私法典（Bustamante Code）（註一八），蒙地維底奧國際民法條約（Montevideo Treaty on International Civil Law）（註一九），蘇聯（註二〇），法國（註二一）以及英美兩國法律。不過，各國對於此一主義的解釋和運用並不完全一致，現就英美兩國適用此一主義的詳細情形予以說明檢討。

1. 英國式的舉行地法主義

英國的法律早於一七五二年，在有名的「史克敏謝」一案（*Scrimshere v. Scrimshere*）（註二二）中，就採用了舉行地法主義。英國一般法庭適用這個主義時所抱的態度，以及對於這個主義的解釋，在「伯賽阿美」一案（*Berthanne v. Dastous*）（註二三）中有極詳盡的說明：

「如果一個婚姻按其舉行地法是有有效的，則不管結婚當事人任何一造的住所地法的規定是如何，它在任何地方都是有有效的；反過來說，如果，按照結婚舉行地法的規定，這個所謂婚姻，在法律上並不具備任何效力，則儘管結婚當事人的住所地的法律認爲其已有效成立，它在任何地方都不能算是合法的婚姻。」

上述的這一段話，代表了英國法庭對舉行地法主義的看法，它含有兩層意思：(1)任何婚姻的形式效力，一經結婚舉行地法所肯定，則它到處有效；(2)任何婚姻的形式效力，一經結婚舉行地法所否定，則它到處無效。這是英國法庭對於涉外婚姻的形式要件，所採行的準據法準則。在「史塔庫瓦斯基」案（*Starkowski v. A.G.*）（註二四）一案中，英國的最高裁判機關，曾作了一項頗引起爭論的判決。

此項判決的主旨表示，凡依「結婚舉行地法」(Lex Loci Celebrationis)之規定，形式要件欠缺而無法有效成立的婚姻，如果當事人在此婚姻締結後，行使某項法律行為，而此項法律行為，依舉行地法的規定，可補正該婚姻的形式要件欠缺，並使之成爲有效婚姻的話，則這項婚姻可被視爲有效婚姻。這個判決的主要理由是，既然婚姻的形式要件是由結婚舉行地法而定，那麼當事人一開始就完全遵守舉行地法的形式要件，而使其婚姻自始有效，和當事人最初並不完全遵守舉行地法的形式要件，致使其婚姻因欠缺形式而未能生效，但事後又採取合法的法律行為補正其不完全性，兩者之間，並沒有太大的區別(註二五)。這一項判決具有下列的意義：一個因爲形式要件欠缺原本無效的婚姻，如果在其有效性被提出異議或付諸訴訟之前，因形式要件的欠缺被補正，則被視爲有效婚姻；但是，如果在異議的提出或訴訟之前，形式要件的欠缺一直沒有被補正，則此項婚姻就在法律上失其效力。這一個事實的存在，勢將產生一種極其不合理的現象。那就是，具有相同形式要件欠缺的同一個婚姻，其有效無效，將完全視對其有效性的異議或訴訟在何時提起而定。如此，一個形式要件欠缺之婚姻的當事人，可隨心所欲地決定是否補正形式要件的欠缺以使其婚姻發生法律上的效力。如果，他認爲婚姻有效對其有利，他將予以補正，否則，他自可任形式要件的欠缺繼續存在，而使其婚姻永不成立。這樣一來，當事人的婚姻地位也就難於確定，而對於善意第三人就無法保護了。結果，任何一個因形式要件欠缺而無效之婚姻的當事人，儘管其婚姻依舉行地法不能成立，但假如形式要件的欠缺，依法還有補正之可能的話，將無法明確地主張其婚姻關係不存在。所以，筆者對於英國法庭的此一判例，頗不以爲然，而堅決主張，對於任何一個婚姻的形式要件，應該全部由此一婚姻締結之時的結婚舉行地法來決定，如果，此一舉行地法認爲該婚姻形式不欠缺，則該婚姻即有效成立，反之，假定此一舉行

地法認爲該婚姻形式有所欠缺而無效，則此婚姻即依結婚時之舉行地法，成爲無效的婚姻，而不可以
在事後再加補正。如此，婚姻地位的確定性，才能保持。

英國法律及法庭，在適用結婚舉行地法主義的過程中，對於此一主義的原則，曾確立了幾項例外
。第一個例外是，當結婚舉行地無法律可適用，或舉行地之法律不能或難於適用時，可以不必適用舉
行地法（註二六）。例如，在若干回教國家，除了回教性的婚姻儀式外，並無任何其他可資遵循的合法
結婚形式，所以，如果，結婚當事人不是回教徒，或不願意行回教儀式結婚，他們便無法在此等國家
之內結婚了。在此種情況下，英國法律規定，當事人只要依英國普通法婚姻（Common Law Mar-
riage）的方式，彼此互相表示以對方爲配偶，不必舉行任何儀式，即可成立有效的婚姻，而不必按結
婚舉行地法去定應否遵守何種形式要件（註二七）。這是一項法良意美的例外規定。因爲，如果沒有
此種例外的規定，則男女雙方，若處在一個無法律可適用，或法律不能或難於適用的地方，便無法締
結有效的婚姻了，例如，男女雙方因海難漂流至一不屬任何國家管轄的無人荒島上，如彼此互以結婚
之意思而同居共處，當地既無其他人，又無可資遵守的法律制度，假若一定要他們去依照結婚舉行地
法去決定其結婚形式要件，則他們根本無從結爲夫婦，如日後堅持「結婚舉行地法」主義來決定其婚
姻的效力，則這兩位已經同居共處，並互以對方爲配偶的男女，便永遠不能成爲夫妻了，此一現象，
殊不合理。所以，在完全採行結婚舉行地法主義的國家或法域，此種例外規定是頗爲必要的。英國國
際私法有關結婚形式要件的第二個例外是，軍事人員在其所佔領的國家內，可以不必適用結婚舉行地
法主義。此一例外的形成，乃由於二次大戰末期及結束初期，很多英國的軍事人員，在他們的佔領區
內結婚而引發的。雖然他們可以適用舉行地法的有關規定。但這一類婚姻大多不按佔領區法律所規定

的結婚形式要件去締結（註二八）。英國法庭，在決定此種婚姻的有效性時，均認為此等婚姻具有合法的效力；理由是，強迫軍事人員去接受他們武裝佔領之國家的法律，來決定他們的結婚要件，不管形式要件也好，或實質要件也好，都是不合理的（註二九）。這一例外規定，強調的是，佔領國的軍事人員不能被迫去遵守被其所佔領的國家的法律。但是，假定，這一類的軍事人員自動依照被佔領國家之法律的規定，決定其結婚形式要件並加遵守，則他們的婚姻可否被視為有效成立呢？英國法律及判例，對此均無任何規定。依筆者的看法，在此種情況所締結的婚姻，應該被認為合法有效，因為（1）當結婚當事人自動接受被佔領國的結婚形式要件，這表示此等結婚形式要件可能較為方便，或者至少是能夠為當事人所接受，（2）被佔領國的結婚形式，既能在被佔領期間繼續存在，這至少表示這些結婚形式要件，對於佔領國而言，並非不可接受，佔領國的軍事人員如自動選擇此等要件，並不是不合理的，（3）假定對這種情況所締結的婚姻不予承認的話，則與在國際私法上被廣泛接受的所謂「婚姻關係應盡可能予以維護」的原則（*Marriage should be upheld wherever possible*），便有所違背了。英國法律對於「以結婚舉行地法來決定結婚形式要件」的原則的第三個例外，規定於英國的「外國婚姻法」（*Foreign Marriage Act*）之內。這個婚姻法規定，如果結婚當事人有一造是英國公民，則他們可以在英國的駐外使領人員或駐於外國的英軍隨軍牧師的主持下，依「外國婚姻法」所規定的形式，完成結婚手續。此種方式所締結的婚姻，儘管與結婚舉行地法所規定的形式要件不合，仍然被視為合法有效成立（註三〇）。這種規定，目的在於方便旅外的英國國民，避免他們因為受結婚舉行地法主義的限制，而在外國結婚時所可能遭遇到的困難。

2. 美國式的結婚舉行地法主義

10

關於結婚的形式要件的準據法，美國法律和英國法律一樣，採行結婚舉行地法主義。不過，由於適用過程中所遭到的問題並不完全一樣，美國一般法庭以及有關學者對於此一主義的註解，和探討的重點，也就不同（註三一）。美國是個聯邦國家，各州之間的法制彼此常有差異，而州與州之間的交通却極為方便，因此，男女雙方結婚的所在地，往往並非是他們實際所居住的地方。所以，「美國法律研究院」(American Law Institute)（註三二）主張，對於舉行地法主義應有一例外。那就是，就形式要件而言，一個婚姻儘管依結婚舉行地法是有有效的，但是，如果基於與結婚當事人及此一婚姻最具有密切關係之所在地的公序良俗 (Public Policy) 之要求，此一婚姻不應有效成立的話，便不能承認此一婚姻有效（註三三）。此一主張，筆者認為，實無必要，因為就事實而言，結婚形式要件之是否完備與任何法域的公序良俗之維持，似乎並沒有太重大的關連。

在英國，由於採行結婚舉行地法主義的緣故，因此，除了少數例外的情形外，凡是形式要件不符合舉行地法之規定的婚姻，在任何地方都無法產生有效的婚姻效力。在美國，討論此一問題的案例和學者的見解，彼此看法並不一致。「美國法律研究院」認為，既然結婚的形式要件，是由結婚舉行的所在地法律來決定，那麼任何違反其舉行地法之形式要件的婚姻，必然地便應該是到處無效（註三四）。

然而，也有部份法庭與學者持着完全相反的看法（註三五）。他們認為，對於婚姻問題，不應該忽視一個相當基本的政策考慮，那就是，婚姻關係應儘可能予以維護。因此，一個依舉行地法因形式要件欠缺而失效的婚姻，如果按結婚當事人的住所地法 (Law of the Domicile) 的規定可以承認