

兩岸法律衝突

的現況與實務

陳榮傳 著



學林

兩岸法律衝突的現況與實務

陳榮傳 著

二〇〇三年九月

國家圖書館出版品預行編目資料

兩岸法律衝突的現況與實務／陳榮傳著．——一
版．——臺北市：學林文化，2003〔民92〕
面：公分

ISBN 986-7697-20-0（平裝）

1. 兩岸關係－法規論述 2. 民法－中國－
法規論述

581.26

92016274

兩岸法律衝突的現況與實務

作 者：陳榮傳

出 版 者：學林文化事業有限公司

台北市重慶南路一段13號5樓

電話：(02)23141078 傳真：(02)23319972

E-mail：law@sharing.com.tw

責任編輯：林靜妙

登 記 證：局版北市業字第1190號

一 版：2003年9月

郵撥帳號：19168499 學林文化事業有限公司

定 價：新台幣420元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

ISBN 986-7697-20-0（平裝）

序言

民國八十一年七月三十一日，總統公布立法院所通過的「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」（本書簡稱為「兩岸條例」）全文九十六條，行政院並決定自同年九月十八日起施行。從此以後，兩岸之間除了要以政治智慧解決政治問題之外，也必需以靈活而穩健的法律措施，來面對千變萬化的法律問題。

這十多年下來，兩岸關係曾經發生許多變化，兩岸條例也已經修正過幾次。去年我接受陸委會的要約，承諾對於兩岸條例「民事」章的規定提出一些想法，後來就把焦點集中在觀察這十年來的實務運作，同時思考大陸地區法制建設對於兩岸條例的影響。這本書的前八章，就是從這種角度和視野的觀察所得，內容也儘量以報導的形式展現，希望能給相關的條文注入一些生命的元素和動力。最後的三章附論的內容，是我以前所發表的論文，前二章也是兩岸條例的實務觀察所得，最後一章是在兩岸條例制定之前為它催生的呼籲。

兩岸條例隨著兩岸關係的變化，將來必然還有很大的發展空間。本書的內容基本上是兩岸條例施行十年的紀錄和檢討，希望十年之後再來回顧，還能從法律規定看到學術思想的餘輝映照。我的助理楊志凱先生、張孫福先生和

II 兩岸法律衝突的現況與實務

張進鈺先生在本書寫作期間，協助我蒐集資料和繕打，陸委會同意我把報告的部分內容納入本書之中，內人黎慧和稚子虹穎、虹懿一直給我最多的包容和支持，容我在此表示感謝。

這本書要獻給引領我走入法律衝突領域的恩師 劉大法官鐵錚，作為受業門生恭賀他六秩晉五華誕及完成二屆大法官（第五屆及第六屆，自一九八五年至二〇〇三年）釋憲重任的禮物。

陳榮傳 謹誌於二〇〇三年九月

目 錄

序言	I
第一章 緒論	1
第一節 歷史的回顧	1
第二節 政策的演變	3
第三節 法律的定位	6
第四節 法律的衝突	12
第五節 涉陸民事事件的性質	16
第六節 涉陸區際私法之法源問題	23
第二章 涉陸民事相關法規的立法體例	25
第一節 法則類型	25
第二節 臺灣地區現行規定的體例	27
第三節 大陸地區的相關規定及立法建議	28
第三章 法律適用論—權利主體	51
第一節 權利能力及行為能力之準據法	51
第二節 死亡宣告及禁治產宣告的問題	60
第三節 大陸地區人民之法律地位問題	63

IV 兩岸法律衝突的現況與實務

第四章 法律適用論——債	71
第一節 法律行為方式之準據法	71
第二節 債權契約之準據法	72
第三節 捐助之準據法	98
第四節 無因管理及不當得利之債之準據法	99
第五節 侵權行為之債之準據法	104
第五章 法律適用論——物權	131
第一節 大陸地區法律的現況	131
第二節 法律衝突規則	136
第三節 大陸地區相關案例	138
第六章 法律適用論——親屬	143
第一節 結婚要件之準據法	144
第二節 離婚要件之準據法	163
第三節 裁判離婚	174
第四節 結婚及離婚效力之準據法	195
第五節 夫妻財產制之準據法	199
第六節 認領之準據法	202
第七節 收養之準據法	205
第八節 親權之準據法	232
第九節 監護之準據法	236

第十節 扶養之準據法	238
第七章 法律適用論——繼承	241
第一節 繼承之準據法	241
第二節 遺囑之準據法	281
第八章 大陸地區法院判決之認可	287
第一節 問題之發生	287
第二節 臺灣地區的規定及其適用	289
第三節 大陸地區的相關規定	333
第九章 附論(一)——既得權在兩岸條例之保障	341
第一節 緒言	341
第二節 既得權的基本概念及運用	344
第三節 兩岸條例第六十三條的既得權問題	353
第四節 實務案例之類型化及評析	362
第五節 結論	382
第十章 附論(二)——兩岸條例的「時間因素」 問題	387
第一節 緒言	387
第二節 兩岸條例「時間因素」問題之發生	389
第三節 區際法律衝突規則施行所生之時間因	

VI 兩岸法律衝突的現況與實務

素問題.....	398
第四節 連結因素變更所生之時間因素問題	416
第五節 實體規定變更所生之時間因素問題	422
第六節 結論	432
第十一章 附論(三)—兩岸法律衝突規則的立法問題	435
第一節 緒言	435
第二節 區際法律衝突法則之意義與名稱	436
第三節 區際法律衝突之實況	438
第四節 區際法律衝突之沿革與國際私法之形成	439
第五節 區際法律衝突的解決途徑	441
第六節 兩岸條例的性質	450
第七節 兩岸法律衝突的法政策考量	452
第八節 結論	456

第一章

緒論

第一節 歷史的回顧

臺灣與中國大陸之間的兩岸關係，由於涉及的層面很多，至今仍然很難由任何文件完全釐清其錯綜複雜的因素。從臺灣的角度出發，許多外國的官方文件都不適合作為描述兩岸關係的依據，但在美國聯邦法院一九九二年一件有關臺灣著作權保護的判決中，法官對於兩岸關係的遞嬗演變曾經相當難得的作出下列說明，值得參考：

「在一六六一年至一八九五年間，清朝帝國統治中國大陸及臺灣島，但在一八九五年，由於中日甲午戰爭戰敗，帝國乃依中日馬關條約將臺灣割讓給日本，一九一二年清朝覆亡以後，新建立的中華民國政府繼續統治中國。一九四一年十二月珍珠港事變發生後不久，中華民國

¹ *New York Chinese TV Programs v. U.E. Enterprises, Inc.*, 945 F.2d 847 (2nd Cir. 1992). 中文翻譯請參閱拙譯，「外國判決：中美友好通商航海條約作為保護著作權之法源」，刊：中國國際法與國際事務年報第六卷（民國八十二年十二月），第 288-298 頁。

即對日本宣戰。中華民國當時宣布廢棄馬關條約，並重申其對臺灣的主權，但臺灣在日本向聯軍投降，並接受一九四五年九月二日的波茨坦宣言以前，仍一直由日本統治。波茨坦宣言中已明文指出臺灣將歸還中國統治，因此第二次世界大戰以後的中華民國乃將中國大陸與臺灣均包括在內。」

「戰後的中華民國為提升其在世界上的聲譽，遂開始逐步與美國建立非常密切的經濟關係，為此，中華民國也於一九四六年與美國締結友好通商航海條約。該友好通商航海條約隨後由美國參議院於一九四八年六月批准，並於一九四八年十一月三十日生效。」「但中華民國在能享受友好通商航海條約的利益之前，中國境內就爆發了蔣介石的中華民國軍隊與毛澤東所領導的共軍之間的內戰。共軍終於在一九四九年擊敗中華民國軍隊，並建立稱為中華人民共和國的政府，而大約二百萬的中華民國忠貞分子則避走臺灣，並統治該島至今。美國拒絕與共產黨的中華人民共和國建立外交關係，卻繼續承認中華民國為中國與臺灣的唯一政府，也因此繼續尊重與中華民國——實際上是臺灣，因為中華民國事實上僅統治該地區——間所締結的所有協定。也因為美國尊重在中國革命 (Chinese revolution) 以前所締結的友好通商航海條約，其與臺灣的交往仍遵守條約的規定。」

「到了一九七〇年代，國際社會已不可能再無視中華

人民共和國這個將近有十億人口的國家存在的事實，所以在一九七一年聯合國決定中國在聯合國的席次，應由中華民國轉交給中華人民共和國。這也在美國國內煽起對中華人民共和國外交承認的熱潮，終於使美國在一九七九年一月一日與中華人民共和國建立全面的外交關係。當然對中華人民共和國的承認，已將中華民國置於外交的迷霧之中。中華人民共和國及中華民國均未主張其乃二個國家，而又都宣稱乃是真正的「中國」，美國也不能詭稱何一政府對全中國皆有主權，所以承認中華人民共和國必須與撤銷中華民國的承認同時進行。因此在一九七八年十二月三十日，當時的總統吉米卡特乃簽署一項備忘錄，「承認中華人民共和國為中國的唯一合法政府，並…終止與中華民國的外交關係。」

第二節 政策的演變

面對兩岸及國際情勢的發展，在臺灣的中華民國對於大陸政策或兩岸關係，當然也需要酌情調整。自一九四九年國家分裂以來，海峽兩岸之政權歷經軍事武裝對立、和平對峙等時期後，臺灣地區終於從民國七十六年十一月二日起開放一般民眾赴大陸探親，並不斷擴大交流範圍。政府為規劃國家統一之事項，設立國家統一委員會，並由該委員會與行政院通過國家統一綱領，為國家統一政策擬定

三進程：即在國家統一之步驟上分為近程（交流互惠）、中程（互信合作）與遠程（協商統一）等三階段。在第一階段中，不論其具體聲明為何，最重要者無非先在臺灣地區謀求安定與發展，再依法律之精神與程序解決兩岸之間的法律問題，以為將來各階段預作準備。在謀臺灣地區之安定與發展方面，宣布臺灣獨立或改變兩岸現況等舉動，在目前仍是最容易激怒中共，予中共武力犯臺的藉口之一，自不宜輕率主張；在未能與中共簽訂類似互不侵犯條約或類似協定的情況下，仍應充實國防之準備。在解決兩岸間之法律問題方面，首須調整單一法制或中央集權之觀念，承認一個「中國」之內，有數種效力相同，但適用之地區範圍不同的法律，同時併存於這個中國之內的事實。

對我國來說，兩岸關係由原來認為大陸只是暫時被中共竊占，隨時準備反攻大陸、解救同胞，到接受國家已經分裂，並由不同政權分治的事實，其間所經歷的時間不可謂不長。當歷史造成的悲劇已經沉澱為既成事實後，在法律上又必須認真思考如何定位及規範的政策問題。由於國統綱領排除了海峽兩岸「一邊一國」的立場，「一國二邊」的法律思考隨而成為政策上的重要基礎。海峽兩岸「二邊二法」的思維，除了是正視歷史造成的事實外，同時也具有接受各邊的法律及制度，進而準備從頭創造新關係的企圖。不過，現行憲法第一〇七條規定「由中央立法

並執行之」的事項，包括「一、外交。二、國防與國防軍事。三、國籍法及刑事、民事、商事之法律。四、司法制度。五、航空、國道、國有鐵路、航政、郵政及電政。六、中央財政與國稅。七、國稅與省稅、縣稅之劃分。八、國營經濟事業。九、幣制及國家銀行。十、度量衡。十一、國際貿易政策。十二、涉外之財政經濟事項。十三、其他依本憲法所定關於中央之事項。」上述事項在現階段均由於海峽兩岸各自為政的事實，而凸顯出海峽兩岸的現況不符合立憲者在立憲當時（一九四六年）的期待，也與憲法上「一國一法」的安排牴觸。所以我國在立法規範海峽兩岸的法律關係之外，憲法上也應該為必要的調整。²後來憲法增修條文第十一條增訂下列規定，才為相關的法律提供憲法的基礎：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」

上述憲法增修條文把憲法本文所規定的中華民國領域，依其性質分為自由地區及大陸地區，並肯定各個地區都有獨立的對外主權，但地區和地區之間只是區際關係，並不適用國際關係的相關規定，也不是憲法本文所承認的關係，所以法律上在這一部分的規定，不只是優先於

² 陳榮傳，「兩岸法律衝突規則的立法問題」，刊：軍法專刊第三十七卷第十二期（民國八十年十二月一日），第 37 頁；本文收錄為本書第十一章。

普通法的特別法，甚至也具有特別憲法的性質。在一個具體個案之中，例如臺灣地區男子和大陸地區女子舉行結婚典禮後，未辦理結婚登記，雙方當事人對其結婚是否有效發生爭執時，臺灣地區及大陸地區的法律基於其本身的屬人或屬地效力，都有可以適用於該具體個案的理由，而且該婚姻依臺灣地區法律為有效，但依大陸地區法律則屬無效時（此種婚姻關係乃「跛行婚」），即發生學理上所稱的法律衝突 (conflict of laws) 問題。這些法律衝突的現象，在「一國二邊」的架構下，與國際間的法律衝突迥然不同，在法律上應定位為「非國際法律衝突」(noninternational conflict of laws) 或「區際法律衝突」(interregional conflict of laws, interlocal conflict of laws)，解決此類問題的法律，即為「區際法」(interregional law)。

第三節 法律的定位

從法律形成原因的角度來看，我國的「區際法」與在美國、加拿大、澳大利亞等國的法律中，因為該國境內各州 (state)、各省 (province) 或各域 (territory) 的法律不同，而分別形成的州際法 (interstate law)、省際法 (interprovincial law) 或域際法 (interterritorial law)，其實如出一轍。這些名稱都是配合各國對其國內各地方「法域」(Rechtsgebiet) 的命名而來，而在我國現階段的法律架構

下，中華民國之所以有各地不同的法律，無論依前述憲法增修條文或兩岸條例的規定，都不是因為「省」或「地方」等行政區域的劃分，而是因為歷史造成「自由地區」、「臺灣地區」或「大陸地區」等「地區」所致，所以「區際法」的名稱除了說明其不同於「國際法」的另一法律領域外，也直接指明其所規範的是我國境內各個地區法 (regional law) 之間的衝突問題。兩岸條例「民事」章的規定，由於都是針對私法關係而設，學理上如稱之為「區際私法」，不僅能反映我國目前的實際處境，也能與規範涉外民事問題的國際私法作適度區隔。

一個國家內部之所以有數個不同的地區法並存，而形成區際法律衝突的現象，應該都有其特殊的歷史及政治背景。此種現象形成的具體原因，大致可以分為下列各種情形：一、國家的聯合，二、國家的合併，三、國家的復活，四、國家的兼併，五、國家領土的割讓，六、國家領土的租借、永久占用、占住及治理，七、國家領土的回歸，八、分裂國家的統一，九、委任統治及託管，十、國家的殖民。³ 上述各種情形的區際法律衝突問題的發生，都是因為國內各地區的法律不同，也就是同屬於單一國家的各地區，在該國的憲法明文規定或習慣上，都接受

³ 詳請參閱黃進，區際衝突法（臺北：永然文化，民國八十五年十月），第36-49頁。

各地區有獨立立法權的事實。我國雖採地方自治，但各地方依法享有的自治權限仍相當有限，在民事部分亦無獨立的立法權，所以區際法律衝突問題的發生，與憲法關於中央地方分權的設計並無直接關係，而是因政治情勢的發展結果所致。

區際法律衝突問題的解決途徑，隨著各國區際法律衝突發生原因的不同，也存在各種模式。在以美國為代表的聯邦或邦聯國家中，區際法律衝突的發生乃是因為在其憲法上，國家的各組成單位得自主形成其特有的法律規範體系所致，所以各國的立憲者在採取聯邦或邦聯為國家的組成體制後，均可合理預見此等問題的發生，也應該在憲法上設計對應的配合措施，或授權各組成單位得自主形成規範，以謀解決的對策。例如在美國，各州除得由其立法機關制定該州之法律外，不成文的普通判例法的具體作用及內容，亦可由各州的司法機關本其管轄權限，自為獨立之解釋，而區際法律衝突法制的形成也屬於各州的權限，所以美國憲法對於各州的區際法律衝突規則，僅就其最低標準或底線提出基本規範。例如「完全信任及信賴條款」(full faith and credit clause，憲法第四修正案第一項)規定聯邦「各州對於其他州的法令、紀錄與司法程序，應予完全之信任與信賴」，「正當程序條款」(due process clause，憲法第十四修正案第一項)規定「不得未經正當法律程序，使任何人喪失生命、自由及財產」等，各州的