

兩岸三地

# 婚姻家事法律

比較



梁美芬 著

兩岸三地

# 婚姻家事法律

比較

○ 梁美芬 著 ●

三聯書店（香港）有限公司

責任編輯 關秀琮

封面設計 朱桂芳

書 名 兩岸三地婚姻家事法律比較

著 者 梁美芬

出版發行 三聯書店（香港）有限公司

香港荃灣德士古道220-248號16字樓

JOINT PUBLISHING (H.K.) CO., LTD.

16/F., 220-248 Texaco Road, Tsuen Wan, Hong Kong

印 刷 陽光印刷製本廠

香港柴灣安業街三號七樓

版 次 2003年6月香港第一版第一次印刷

規 格 特16開（152×228mm）296面

國際書號 ISBN 962·04·1976·6

© 2003 Joint Publishing (H.K.) Co., Ltd.

Published & Printed in Hong Kong

# 序

我很高興能為梁美芬博士寫序。當我在去年閱讀梁博士的書稿時，我已深深為梁博士的研究打動。她的研究採取了一個嶄新的角度，組合了國際私法、民事訴訟法及家事法的各種理論，引用在兩岸三地法律上最重要的研究空間：司法互助。本書採用的比較法學研究應用在兩岸三地不同法律體系及淵源上是非常適合的。兩岸三地雖然同是中國人的社會，但在法律制度上卻反映了世界兩大法系的特徵。

要兩岸三地在法律制度上能兼容並蓄，並能從分歧走向互助、合作，確實是當今中國法學者的一項重要任務。

本書對兩岸三地的實體法、程序法及法律衝突的適用法律有很精闢的描述，值得讚賞。作者並嘗試以家事法的實體法、程序法作為引子，使之成為兩岸三地法律衝突研究的啓發點，功力深刻，難能可貴。

我祝願作者對兩岸三地的法律研究在未來的日子裡能更上一層樓，取得豐碩的成果。

韓德培

武漢大學

2001年1月1日

# 引言

1997年7月1日開始，香港已經正式回歸了。澳門亦已經回歸了，隨着「一國兩制」在香港和澳門的實踐，台灣的問題也提上了日程。

「一國兩制」是個全新的概念，在過去五年多的時間，「一國兩制」雖然經歷了不少困難；但仍被證明是個可行的方案，中央對香港的開放態度，基本上已得到國際及香港社會接納；甚至連美國亦曾有些輿論支持海峽兩岸的問題亦可以「一國兩制」的形式解決。實際上，所謂「一國兩制」，空間是很大的；可以因為不同的客觀環境及不同的組合產生新的理論模式，以配合實際。

中國大陸、香港及台灣同出一根，只是基於歷史及政治的理由，三個地方採用着不同的法律制度，中國大陸的社會主義法制和台灣的大陸法制基本上同屬大陸法體系，而香港則屬普通法系。兩岸三地可謂實踐着世界的兩大法系、三種法律制度。現在，香港與澳門已經回歸了。台灣問題也不會無限期的拖下去。屆時，三地的法律制度如何在一國的架構下匯合在一起將是個非常重要的課題。

本書之主旨是在總結過去的經驗，在回顧歷史的同時，希望透過「一國兩制」在香港的實踐，展望將來。

本書將對大陸、港、台三地的法律衝突發展進行分析，從而

展望現在及將來如何在民事法律糾紛方面提出解決的方案。

兩岸三地的區際法律衝突問題應按照「一國兩制」的構想解決。所謂區際法律衝突，就是在一個國家內部不同地區的法律制度之間的衝突，或者說是在一個國家內部不同屬地性法域之間的法律衝突。

本書集中在與婚姻家事法律衝突有關的民事法律糾紛，主要原因是兩岸三地之間的刑事問題政治性較強。民事法律衝突則主要涉及技術性的法律。各法域之間民事法律衝突的條件是各法域人民或成員相互交往並建立法律關係以及各法域承認外法域的法律的域外效力。

現在香港已經回歸了，「一國兩制」很多法律問題已經在實踐當中，香港與大陸在不斷的交往中，產生了更多新的法律問題，亦在尋求更多新的方案。無證兒童問題，大富豪張子強案，賴昌星案等等均牽涉到兩地之間的司法解釋及司法互助問題，故本書將對過往兩岸三地的法律活動，尤其是與婚姻家事法律有關的法律衝突，提供一個系統性的研究，從而在理論至實踐方面特別是民事法律糾紛方面提出一些新的建議及設想。

本書主要圍繞兩岸三地現時所面對的局面及所處的環境，從而對兩岸三地雖然同屬一國，但卻屬兩大法系：即普通法系和大陸法系，實行三個不同的法律制度的狀況進行闡述分析。這三個不同法域的中國人社會，在同一個主權國下如何自處並產生互助互利的的作用，是本書將要探討的問題。

本書主要分五個環節去探討兩岸三地法律制度的問題。第一章集中討論兩岸三地法律制度的現狀，並嘗試探討為何會出現現在的「三角」關係；第二章將集中討論有關婚姻糾紛的個案及兩

岸三地的相關條例；第三章集中討論兩岸三地的收養問題；第四章將以繼承問題為集中點，嘗試帶出海峽兩岸有關繼承問題的實體法與程序法的比較，而第五章及第六章則嘗試討論一些不同的方案及作者自己的看法。由於本書的字數所限，只能集中討論婚姻、繼承及收養等民事糾紛，至於其他民事糾紛，則只可待以後有機會時再作深入探討。

在未正式開始討論以前，我特別在此感謝中國人民大學曾憲義教授、武漢大學韓德培教授、中國人民大學法學院許崇德教授、楊大文教授、江偉教授、章尚錦教授、鄭定教授等對我多方面的指導與幫助；並同時感謝人民大學張希坡教授、林榕年教授、葉秋華教授、趙曉耕教授、王利明教授、趙秉志教授、北京大學蒲堅教授、廈門大學陳安教授和台灣海峽基金會的許惠祐秘書長，台灣政治大學前法學院院長劉清波教授，台北律師協會會長范光群教授，他們都為本書給予過寶貴的意見，謹此對他們致以衷心的感謝！

梁美芬

2002年1月1日

# 目 錄

序 .....	韓德培	I
引言 .....		III
<b>第一章 導論：兩岸三地法律問題的現狀</b> .....		1
一 兩岸三地法律衝突的根源 .....		3
二 海峽兩岸交往中的法律問題 .....		7
三 香港與大陸之間的法律衝突 .....		9
四 特殊區際法律衝突原則 .....		12
<b>第二章 兩岸三地婚姻法律衝突</b> .....		47
一 法律衝突的根源 .....		49
二 兩岸三地通婚 .....		54
三 大陸法律下之涉台婚姻與重婚 .....		66
四 香港法律下之重婚與納妾 .....		77
五 台灣法律下之兩岸通婚與居留權 .....		101
<b>第三章 兩岸三地收養法律衝突</b> .....		105
一 兩岸收養法律衝突 .....		107
二 香港法律下之收養關係 .....		126



三	大陸及台灣收養子女在港居留權 .....	129
<b>第四章</b>	<b>兩岸三地的繼承法律衝突 .....</b>	<b>131</b>
一	大陸繼承法與涉台繼承 .....	133
二	台灣法律中之涉陸繼承規定 .....	136
三	海峽兩岸繼承法中實體法與程序法之比較分析 .....	154
四	香港法律與繼承 .....	171
<b>第五章</b>	<b>兩岸三地法律之互動 .....</b>	<b>177</b>
一	規範法律衝突的主張 .....	179
二	司法互助與適用法律 .....	184
三	司法互助之拒絕 .....	186
四	司法互助之語言文字與費用 .....	187
五	大陸與香港法律衝突解決的階段性 .....	188
六	衝突法之統一 .....	194
七	從衝突到協調的兩岸三地法律 .....	196
八	仲裁作為解決兩岸三地民事糾紛的手段 .....	207
九	兩岸三地民事司法互助之語言文字 .....	210
<b>第六章</b>	<b>前瞻 .....</b>	<b>213</b>
一	實體法統一的可行性 .....	215
二	「一國兩制」構思下的法律衝突及解決 .....	222
<b>附錄</b> .....		<b>227</b>
<b>參考書目</b> .....		<b>269</b>
<b>後記</b> .....		<b>277</b>
<b>作者簡介</b> .....		<b>279</b>

# 第一章 導論：兩岸三地法律問題的 現狀\*

- 一 兩岸三地法律衝突的根源
- 二 海峽兩岸交往中的法律問題
- 三 香港與大陸之間的法律衝突
- 四 特殊區際法律衝突原則

**注**

\*筆者於1999年10月15日應香港嶺南大學的邀請就本書第一章的討論在「海峽兩岸學術交流研討會中」發表演說。



兩岸三地的法律衝突主要分為三個方面，即：海峽兩岸之間的法律衝突，大陸與香港的法律衝突，台灣與香港的法律衝突。

## 一 兩岸三地法律衝突的根源

海峽兩岸因為政治原因斷絕交往40多年，期間海峽兩岸人民幾乎沒有交往，這個局面直到1979年1月1日，全國人大常委會發表了《告台灣同胞書》之後才開始有所突破。在大陸倡議「和平統一」、「一國兩制」方針的影響下，在海內外輿論的壓力下，台灣終於在1987年秋宣佈正式開放民眾赴大陸探親。自該年11月2日起，兩岸人民才真正恢復交往，家人始得重聚。

海峽兩岸同屬一個中國，卻實行兩個不同法律制度，這主要是因為特殊的歷史原因使兩岸形成了兩個各不相同的法律體系，產生了兩套不同的制度；由於海峽兩岸關係的現實狀況，司法管轄權成為必然的爭議目標，這種爭議又使海峽兩岸的法律問題更加複雜化。

另一方面，香港自1842年鴉片戰爭之後，一直受英國的統治，雖然與兩岸均有交往，但在法律制度上卻完全受英國的影響，與兩岸之間司法互助的發展一直緩慢，直至1997年7月1日香港回歸以後才有重大的改變，而這個改變主要是因為大陸與香港之間的法律互動而產生的。

### 1. 大陸法律的歷史淵源

自中國大陸解放以來，中華人民共和國的法律一直是社會主義類型的法律。雖然中國大陸也屬於成文法體系，但與

歐洲大陸及台灣等地的成文法體系都存在着本質上的不同。中國大陸的社會主義法律是以「社會主義初級階段，逐漸走向市場經濟」為基本精神。在技術法方面與歐洲大陸法系或英美普通法系既有類同，又有很多不同之處。

## 2. 台灣法律的歷史淵源

台灣現行的法律體系屬成文法體系；源於民國政府，上溯至清末由沈家本領導制訂的民刑法律及訴訟法律草案。而《六法全書》，可謂是自清代以來及至南京國民政府時期幾十年之集大成者。這個體系主要源自法、德等大陸法系國家；亦由於台灣曾長期為日本殖民地，故其亦深受日本法律傳統的影響。

從形式上看，台灣法律繼承了大陸法系「成文法」的傳統，特別是在民法、民事訴訟法等方面，與法國的《拿破侖法典》、德國的《德國民法典》等有很多類似的方面。而近年來大陸在民法及民事訴訟法律上的發展亦深受台灣及其他普通法的概念所影響。大陸的法學者普遍認為，「台灣法」繼承了西方的法律傳統，確立了「契約至上」、「私有財產神聖不可侵犯」等法律原則，以保護「資產階級」的既得利益為其基本宗旨<sup>[1]</sup>。而事實上，在國民黨撤往台灣後的幾十年內，台灣確實吸收了不少如美國等西方國家的法律原則在其法律理念之中。

**注** [1] 曾憲義，郭平坦主編，《海峽兩岸交往中的法律問題》，河南人民出版社，1992年9月，第4頁。

### 3. 不同法律體系的衝突

海峽兩岸法律雖然同是源於成文法體系，但屬兩個性質不同的法律體系，不同的法律體系之間發生衝突是必然的。例如，依大陸法律，可以繼承的不動產主要是土地使用權等；而在台灣，法律明確規定房屋、土地、森林等的所有權均可成為被繼承的不動產。這些法律衝突都是私有制與公有制本質上的衝突，而這些衝突的存在是無法忽視和迴避的事實。在海峽兩岸隔絕狀態打破之後，海峽兩岸的有關方面亦正在探索如何處理海峽兩岸人民交往中出現的這些法律衝突問題。而自從中國大陸實行改革開放以來，其民法及民事訴訟法均引入了不少外面的經驗，而其中亦有不少來自台灣的《民法》及《民事訴訟法》的概念。

### 4. 香港法律的歷史淵源

香港在英國 155 年管治之下，實行普通法體系，法律淵源主要以判例 (Precedents) 為主，法律的原則及精神主要從活生生的案例中體現出來。但普通法已被英國沿用幾百年，判例亦有不足的地方，故普通法除了判例外，亦開始立法，以成文法例來配合判例的運作，在判例不足的地方，以成文條例作補充；此外，普通法的法律淵源中亦有衡平法，附屬立法，法律學者的權威性著作定義。而在香港，大陸舊式社會的習慣亦為法律淵源之一（簡稱習慣法），這些習慣法主要是由大清律例遺留下來的大陸傳統法律，例如何謂舊式婚姻、現代婚姻、納妾等定義問題，香港的法律均考慮到大陸傳統習慣如何看待婚姻、民國時代的民事法律如何看待重婚、繼承等問題。以前香港原居

民中「女丁」<sup>[2]</sup>沒有繼承權等，均是出於對大清時代的傳統習慣的考慮。

此外，慣例（Convention）亦是香港法律淵源的基石，慣例是一些不成文的規定，雖沒有明文制定出來，但行政機關或以前的港督均不敢不遵守，如在法律規定的權力上。在回歸前，香港的港督有權不通過經過立法局三讀的議案，但在慣例上，港督從來不會這樣做，因為這樣做，會帶來憲政危機，甚或令市民質疑甚至挑戰當時的殖民地制度，故當時港督一般不敢這樣做。

一直以來，其他普通法國家如美國、加拿大等國家的判例對於香港的法庭有參考作用，但沒有約束力；現時只有香港本土的判例才有約束力，上級法院的判決對下級法院有約束力，但其他國家，包括英國的判例，在回歸後，對香港來說，只有參考作用；不過，由於香港大部份法官均是在英國受訓的，故香港的法院仍然深受英國判例的影響。

此外，就成文法與普通法近期的發展，有互相學習和融合的趨勢；如美國及英國等普通法國家於近年來增加成文立法，以補充判例的不足；在這個潮流中香港也不例外，增加成文立法，尤其是在回歸後，香港增加了一部最重要的成文法，就是香港《基本法》，使香港的法律制度無可避免地增加了成文法色彩。而中國大陸於1992年開始出版《審判案例要覽》，把中國大陸最重要的案例<sup>[3]</sup>有系統地出版成書，使中國各地及各級的法院可以參考。這亦是中國大陸開始重

**注**

[2] 在香港「女丁」是「女兒」的俗稱。

[3] 判例和案例不同之處在於判例具有約束性，案例主要是指某一個個案而已，不一定具有約束性。

視案例的例子之一。此外，中國大陸在各種法律尤其是在民商法及國際法上亦引入了不少普通法的概念，使兩岸三地在法律的層面上增加了溝通，有利於長遠統一大業。

## 二 海峽兩岸交往中的法律問題

海峽兩岸人民交往產生的法律問題中最常見的是民事法律問題。這主要有婚姻、繼承、收養、知識產權的保護等問題。

### 1. 婚姻問題

既有歷史遺留的婚姻問題，又有1987年以後發生的新的婚姻問題，前者指去台人士與大陸配偶間的婚姻關係問題，包括雙方均未辦理離婚亦均未再婚、雙方均未辦理離婚但均已再婚、去台人士再婚但大陸配偶未再婚、大陸配偶再婚而去台人士未再婚等四種情形；後者主要指1987年台灣當局開放民眾到大陸探親後產生的結婚和離婚問題，包括去台人士回大陸定居後重新結婚、來大陸探親旅遊的台胞與大陸人民結婚以及這兩類結婚者又離婚等問題。這些問題由於海峽兩岸隔絕40多年而產生，一刀切地依大陸現行婚姻制度或台灣的婚姻制度去辦均為不大恰當。問題必須是以海峽兩岸均能接受的方法辦理。

### 2. 財產繼承問題

主要是台胞在大陸的房產所有權問題、台胞作為繼承人繼承在大陸親人的遺產的問題、海峽兩岸夫妻離婚後的財產



分割問題、撫養、贍養費問題或大陸同胞要到台灣繼承身份是否獲台灣承認等問題。

### 3. 人身關係問題

主要指親屬關係的認定及過繼等收養問題。<sup>[4]</sup> 這些問題都是本章嘗試探討的問題。

自陳水扁上台後台灣當局對「台獨」活動的態度更趨明顯，使日趨和諧的兩岸關係又變得非常緊張。台灣在對外極力推行「彈性外交」、「務實外交」的同時，李登輝在位時亦曾推出「新台灣人」的概念，變相鼓吹台獨，此外，在法律理念上，台灣亦曾以「法律主權」來擴大其「主權」的範圍。所謂「法律主權」，主要體現為國家在其領域內完全、排他性的司法管轄權。在「法律主權」的背後即是國家主權。這個提法在香港也有人用過，甚至有人提出香港「名為一國，實為兩國」，香港為一獨立的法律主權等，這些提法都是違反《基本法》及「一國兩制」的原則的。<sup>[5]</sup> 中國是單一制國家，按照「一國兩制」的構想，可以看到在國家統一以後，香港作為特別行政區可以享有極大的自治權，在絕大部份情況下可適用自己的法律和司法的權力。但是，國家主權只能是一個，而絕不能分割（見下一節討論）。在當前大陸與台灣尚未統一之前，在確認一個中國的前提下，大陸在實際上有條件地承認台灣的法律和司法制度在台灣地區有

#### 注

[4] 曾憲義、郭平坦主編，同注〔1〕，第5-6頁。

[5] 梁美芬，《中央與地方關係下的司法協助》，《明報》，1999年2月19日。