

從國際私法選法規則對兩岸 收養案件之分析

王 重 陽*

要 目

壹、前 言	(二)我國法
貳、兩岸收養法制之介紹	參、我國涉陸收養準據法之立法分析
一、收養之成立要件	一、單面法則 (one-sided rules)
(一)實質要件	二、雙面法則 (two-sided rules)
(二)形式要件	肆、大陸涉台收養案件準據法之找尋
二、收養的效力	一、養親之屬人法主義
(一)大陸地區之規定	二、養子之屬人法主義
(二)我國法	三、收養人與被收養人本國法併用主義
三、收養的解消 (解除、終止)	四、收養人與被收養人依各該本國法主義
(一)大陸地區之規定	五、法院地法及收養人或被收養人本國法同時適用主義
(二)我國法	
四、收養解消 (解除、終止) 的效力	
(一)大陸地區之規定	

* 國立政治大學法律學研究所博士班研究生。本文承蒙匿名審查人提供諸多寶貴意見，特此致謝。

投稿日期：九十五年一月三日；接受刊登日期：九十五年五月二十九日

責任校對：陳仲豪

六、海牙關於兒童保護及跨國收養 合作公約（一九九三年五月二 十九日）	（二）收養終止之效力
伍、涉陸收養法律適用之疑義	陸、涉陸收養案件之分析
一、涉陸收養方式之準據法	一、全面依我國法律予以審查
（一）否定說	二、兩岸收養形式要件之衝突
（二）肯定說	三、反致的適用
二、涉陸、涉外收養之競合	四、夫妻（國籍不同）共同收養， 其收養人本國法之決定
（一）德國法	五、附隨問題與收養
（二）日本法	六、兩岸人民關係條例第六十五條 之疑義
三、涉陸收養的解消（終止與解除）	柒、結 論
（一）收養之終止與解除	

摘 要

我國法規定大陸人民經由收養來台依親必須得到我國法院的認可，因此法院在審理涉陸收養事件時，為避免有無效或有得撤銷之原因，必須審查涉陸收養之成立要件與方式，惟兩岸收養制度明顯不同，大陸更於一九九九年修改收養法，法院在處理涉陸收養案件時，依台灣地區與大陸地區人民關係條例規定若指示適用大陸法時，究竟是適用大陸之內國收養規定或外國收養規定，直接適用實體法規定或其國際私法之規定，大陸收養法如何正確解讀、法律漏洞如何補充等，進而在我內國法的適用上，台灣地區與大陸地區人民關係條例中反致規定如何適用、涉陸收養與涉外收養發生競合時如何處理，涉陸收養關係終止效力之準據法是否為立法上的疏漏，及實務對於上開疑義的處理是否妥當等，為本文所欲討論的重點。

關鍵詞：兩岸收養、涉外收養、收養之成立、收養之終止、收養之解除、收養之方式、收養準據法、反致、兒童保護及跨國收養合作公約、人民關係條例

壹、前言

隨著兩岸開放往來，台灣與大陸間除了經濟活動日趨頻仍外，兩岸人民間的交流也逐漸頻繁起來，惟兩岸雖然人同種，書同文，卻因長期分隔而發展出不同的法律制度，尤其在兩岸人民大量通婚產生子女扶養、認領、收養及繼承等問題上，如何踐行一定程序同時滿足兩岸民事法律之不同規定，成為研究兩岸民事法律的重點，其中在收養方面，尤其是兒童的收養，除了收養者家庭因素的考量外，更涉及兩岸間的公序與被收養者利益的保護，因此兩岸收養案件不僅是兩岸人民間的身分法律行為，更因牽涉公共政策而增加其複雜性。過去兩岸收養無從發生，現在我國人民收養大陸地區人民的事件則屢見不鮮，兩岸收養案件雖然以台灣地區人民收養大陸地區人民為主，但大陸地區人民收養我國人民亦非不能想像，如夫妻之一方收養他方之子女等。

目前我國對於大陸人民來台定居設有限制，經由收養來台依親亦有特別規範，根據陸委會所公布「台灣地區人民在大陸地區之養子女申請來台定居審核標準¹」，規定涉陸收養關係必須經由我國法院認可，方可申請來台定居。而法院在為涉陸收養認可時，為避免收養有無效或得撤銷之原因，同時亦須考慮收養是否合法，然實務在處理兩岸收養案件時，主要係根據台灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸人民關係條例）之規定，但是對大陸收養法制的瞭解、收養案件準據法的找尋、收養程序的踐行、反致適用的可能、涉外民事法律適用法與人民關係條例間的關係，其法律意見似乎有進一步討論的空間，因此本文擬先分別介紹大陸地區及我國收養之規定，次對兩岸收養民事法律衝突性質予以分析，再探討大陸

¹ 行政院大陸委員會民國79年7月28日台九七陸政字第927號函。

對於涉台收養案件之準據法的選擇、兩岸收養案件之成立與解消，最後是我國法院處理涉陸收養案件之疑義與分析。

貳、兩岸收養法制之介紹

兩岸分隔五十多年，政治制度、經濟體制及社會狀態明顯不同，而法律為社會科學之一環，亦不免受國家政治、經濟及社會發展的影響，而收養制度或攸關兒童個人的照顧，或當事人身分關係的改變，或第三人既得利益的維護，對收養行為無不詳細加以規範，以期符合當事人的利益及國家社會的安定。大陸收養法於一九九一年自婚姻法獨立出來單獨立法，並於一九九二年四月一日實施，其間曾在一九九九年進行修正；而我國民法關於收養之規定²，於民國十九年立法後迄七十四年始有第一次修正，而七十四年修正後迄今亦未有任何之變動，因此，兩岸收養法制在因應各自社會、經濟的發展，為以下不同的規定。鑑於兩岸人民關係條例第五十六條法條規定的方式，其比較的方式係依收養的成立、終止及效力的順序進行討論，而在成立要件的討論上，則以收養人、被收養人的角度出發進行分析，以方便後述法律適用之說明。

一、收養之成立要件

(一)實質要件

1. 在被收養人方面

(1)大陸地區之規定

一、以收養未滿十四歲的未成年為原則。

大陸收養法第四條規定：「下列不滿十四周歲的未成年人可以

² 礙於篇幅，本文僅以我國民法為比較之基礎。

被收養：(一)喪失父母的孤兒；(二)查找不到生父母的棄嬰和兒童；(三)生父母有特殊困難無力撫養的子女。」因此，被收養的對象原則是未滿十四歲之未成年人，但仍有以下規定的例外，依同法第七條規定：「收養三代以內同輩旁系血親的子女，可以不受本法第四條第三項、第五條第三項、第九條和被收養人不滿十四周歲的限制。」第十條：「生父母送養子女，須雙方共同送養。生父母一方不明或者查找不到的可以單方送養。」而且根據同法第十一條規定，收養年滿十周歲的未成年人，應得被收養人同意，第十四條：「繼父或者繼母經繼子女的生父母同意，可以收養繼子女，並可以不受本法第四條第三項、第五條第三項、第六條和被收養人不滿十四周歲以及收養一名的限制。」所謂三代以內親等之計算，依照大陸婚姻法中的規定，血親關係的親疏遠近是用世代來表示，以方便人民的瞭解，如以羅馬法計算法換算，三代以內旁系血親相當於旁系四親等血親以內³，具體言之，即堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹可以收養其所生之子女，不受前開限制；至於繼父母與繼子女之姻親關係轉變為養父母及養子女之關係，應係為家庭的安定與和諧，因此亦例外允許為十四周歲以上之收養。所以，大陸收養法原則禁止十四周歲以上收養，除非是三代以內同輩旁系血親之子女或是繼父母與繼子女之間。

②收養法對於親屬關係和輩分的限制沒有具體的規定⁴。

③出養條件的特殊規定。大陸採一胎化政策，在通常條件下，本生父母應具有扶養子女的能力，除非出養人有特殊困難無力撫養

³ 楊大文主編、楊懷英副主編，*婚姻法教程*，頁118-119，1982年1月；巫昌禎主編，*中國婚姻法*，頁82-83，1992年6月。

⁴ 蔣新苗，*臺灣與大陸在收養方面存在的區際法律衝突及其解決辦法*，*法律評論*，65卷1-3期合刊，頁31，1999年3月。

子女的前提下，始得為子女的出養，並非本生父母得任意為出養之行為（同法第五條規定）。

(2)我國法

一、被收養者應小於收養者二十歲以下。民法第一〇七三條「收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上。」

②近親收養的禁止。民法第一〇七三條之一：「左列親屬不得收養為養子女：一、直系血親。二、直系姻親。但夫妻之一方，收養他方之子女者，不在此限。三、旁系血親及旁系姻親之輩分不相當者。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。」

③一人不得同時為二人之養子女。民法第一〇七五條：「除前條規定外，一人不得同時為二人之養子女。」

④被收養者配偶之同意權。民法第一〇七六條：「有配偶者被收養時，應得其配偶之同意。」

2. 在收養人方面

(1)大陸地區之規定

依收養法第六條規定：「收養人應同時具備以下條件：(一)無子女；(二)有撫養教育被收養人的能力；(三)未患有在醫學上認為不應當收養子女的疾病；(四)年滿三十周歲。」第八條規定：「收養人只能收養一名子女」、第十條第二項規定「有配偶者收養子女，須夫妻共同收養」，其收養法係立於兒童利益之立場要求收養人必須具備經濟、體力及品德修養上的能力⁵，而夫妻共同收養亦有助於收養後家庭的和諧，此外如果是無配偶的男性收養女性者，收養人與被

⁵ 伏健，我國收養法的幾個問題，人民司法，9期，頁43-44，1992年。轉引自林俊益，中共一九九二年收養法之研究，軍法專刊，11卷8期，頁32之註2，1995年8月。

收養人年齡應該相差四十周歲以上（收養法第九條）。其例外規定則有：①收養三代以內同輩旁系血親之子女不受同法第九條之限制，華僑收養三代以內同輩旁系血親子女，不受收養人無子女的限制（第七條）；②收養孤兒、殘疾兒童或社會福利機構撫養的棄嬰和兒童者，不受無子女和收養一名的限制（收養法第八條第二項）；③繼父母收養繼子女者，不受收養法第六條之限制（收養法第十四條）。

(2)我國法

一收養人應長被收養人二十歲以上（民法第一〇七三條）。

②近親收養的禁止（民法第一〇七三條之一）。

③夫妻共同收養。民法第一〇七四條：「有配偶者收養子女時，應與其配偶共同為之。但夫妻之一方，收養他方之子女者，不在此限。」

④收養人已有子女或養子女者，不得收養大陸地區人民（兩岸人民關係條例第六十五條第一項第一款）

⑤不得同時收養二個以上大陸地區人民為養子女（兩岸人民關係條例第六十五條第一項第二款）。

3. 合 意

(1)大陸地區之規定

收養人收養與送養人送養須雙方出於自願，惟被收養人滿十周歲者，應得其同意（收養法第十一條），本生父母出養之行為，除一方無法為之者外，否則應共同為之，若收養者為夫妻，應共同為收養之行為（收養法第十條）。至於監護人為出養時，應考慮被收養人之本生父母是否具備行為能力（收養法第十二條）及扶養義務人是否同意（收養法第十三條）。依上述條文觀之，其收養合意的主體似乎是收養人與出養人或監護人，滿十周歲的被收養人雖然有同意之權，但似非契約當事人，有被物化之嫌。

(2)我國法

收養係以發生婚生子女關係為目的的身分契約，其當事人為收養人及被收養人，在雙方當事人意思表示一致並自行為之的條件下，創設社會一般觀念上承認的親子關係，若被收養人有配偶時應得其同意。

(一)形式要件

1.大陸地區之規定

近代各國對於收養不再採取放任的態度，國家公權力的介入是立法趨勢，其方式不外嚴格收養成立要件和踐行一定的形式要件，大陸收養法亦如是，其方式要求如下：

(1)向民政部門辦理收養登記。大陸收養法規定收養應向縣級以上的民政部門登記，且收養關係自登記之日起成立（收養法第十五條第一項）。

(2)收養協議及公證。大陸收養法規定收養關係當事人願意訂定收養協議者，可以訂立收養協議（收養法第十五條第三項），而當事人或一方要求辦理收養公證者，應當辦理收養公證（收養法第十五條第四項）。因此不論是協議或公證都不是強制規定，與收養的成立生效無關。

(3)公安機關為戶口登記。收養關係成立後，公安機關應依規定為被收養人辦理戶口登記（收養法第十六條），該條應係公安機關戶口登記業務的訓示規定，與收養之成立與否無涉。

至於外國人在大陸收養子女者，應當經其所在國主管機關依照該國法律審查同意。收養人應當提供由其所在國有權機構出具有關收養人年齡、婚姻、職業、財產、健康及有無前科紀錄等證明檔，並經所在國外交機關或外交授權機關及大陸駐該國使領館認證，且收養人與出養人必須訂立書面協議，親自向省級民政部門辦理登

記。而當事人或一方要求辦理公證者，必須經司法行政部門認定之公證機構辦理公證（收養法第二十一條）。故涉外收養的要件更為嚴格，且收養契約必須以書面為之，與內國收養明顯不同。

2. 我國法

我國民法對於收養的形式要件有：

(1)當事人合意之書面。我國民法第一〇七九條規定：「收養子女，應以書面為之。但被收養者未滿七歲而無法定代理人時，不在此限。」其目的係求收養行為的慎重。

(2)法院之認可。我國民法第一〇七九條規定：「收養子女應聲請法院認可。」

收養有左列情形之一者，法院應不予認可：一、收養有無效或得撤銷之原因者。二、有事實足認收養於養子女不利者。三、成年人被收養時，依其情形，足認收養於其本生父母不利者。」法院的認可不但為生效要件，而且必須進行實質審查。

(3)收養事實的驗證。兩岸人民關係條例第六十五條第一項第三款規定：「未經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證收養之事實者」，目前陸委會所指定之民間機構係財團法人海峽交流基金會。

二、收養的效力

(一)大陸地區之規定

大陸收養法對於收養之效力，於第二十三條規定：「自收養關係成立之日起，養父母與養子女間的權利義務關係，適用法律關於父母子女關係的規定；養子女與養父母的近親屬間的權利義務關係，適用法律關於子女與父母的近親屬關係的規定。養子女與生父母及其他近親屬間的權利義務關係，因收養關係的成立而消除。」

第二十四條規定：「養子女可以隨養父或者養母的姓，經當事人協商一致，也可以保留原姓。」簡要分析如下：

1. 採完全收養原則。即從收養關係成立之日起，被收養人取得與婚生子女相同的法律地位，相反地，被收養人與其本生父母間的權利義務關係，則因收養關係而消除。惟欲與本生父母近親締結婚姻或與收養而形成的擬制血親間結婚，仍受到法律上的限制⁶。

2. 姓氏協商原則。大陸收養法對於收養子女的姓氏，並未強行規定須從養父或養母的姓氏，甚至可以保留原有的姓氏，與我國法制有明顯不同。

(二)我國法

我國民法第一〇七七條規定：「養子女與養父母之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。」第一〇七八條規定：「養子女從收養者之姓。」為我國法上收養效力之具體規定，說明如下：

1. 婚生子女身分的取得。依我國民法規定自收養成立生效之日起，取得養父母婚生子女的身分，與本生父母脫離法律上的親子關係。養子女不僅取得親屬法上婚生子女的地位，在繼承法上與婚生子女的繼承權亦同。

2. 養子女從養父母的姓氏。

3. 親屬關係的變動。依學者通說及實務見解⁷，養子女與養父母之親屬間為收養效力所及；而養子女之子女與養父母及其親屬間

⁶ 任國鈞，淺談我國的收養制度，法學研究，總18期，1982年1期，頁38，1982年；龔灝，收養形成的擬制直系血親之間不能結婚，法學雜誌，總79期，1993年4期，頁28-29，1993年7月。以上轉引自林俊益，同前註，頁33之註46、47，1995年8月。

⁷ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁330，1988年9月；戴炎輝、戴東雄，親屬法，頁437，2000年8月。

亦發生親屬關係；至於養子女與本生父母及其親屬間之關係則處於停止的狀態。

4. 近親禁婚之適用範圍。其主要規定於我國民法第九八三條第一項第二款及同條第三項之規定。

三、收養的解消（解除、終止）

（一）大陸地區之規定

收養的解除係指合法有效的收養，因發生一定的法律事實而歸於消滅，大陸學者認為收養解除的原因有二：一是因收養關係當事人一方因死亡而解除；另一為當事人履行解除收養關係之法律行為而解除。⁸大陸收養法第四章規定收養關係的解除，其中明列解除的要件及效力。

1. 協議解除

（1）要件

一、雙方的協議：依大陸收養法第二十六條規定，其協議的主體為收養人與未成年之本生父母或收養人與成年養子女間。但依同法第二十六條第一項後段規定，養子女年滿十歲者，其協議解除收養應得其同意。

②除收養人與出養人任意解除外，另有法定之解除事由：

A. 不履行撫養義務而虐待、遺棄者。依同法第二十六條第二項規定「不履行撫養義務而虐待、遺棄等侵害未成年子女合法權益行為」為出養人的法定解除事由。

B. 關係惡化無法共同生活者。依同法第二十七條規定關係惡化而無法共同生活，為養父母及成年養子女之解除原因。

⁸ 巫昌禎主編，中國婚姻法（修訂本），頁177，2001年8月。

③須有民事行為能力。

(2)方式：解除收養登記。依大陸收養法第二十八條規定，當事人協議解除收養關係者，應到民政部門辦理解除收養關係之登記。

2. 裁判解除

(1)要件：協議先行原則。

一、收養人不履行撫養義務，有虐待、遺棄等侵害未成年子女合法權益行為，而出養人與養父母無法達成協議者，得以訴訟請求解除收養關係。

②養父母與成年子女關係惡化，無法共同生活而無法協議解除收養關係者，得提起訴訟。

(2)方式：向人民法院起訴。其訴訟之主體及程序法律並無特別規定。

因此大陸收養法關於收養關係的解除，可大別為未成年的解除收養及成年養子女的解除收養，而且不論是協議解除或裁判解除，其理由不外是對未成年權益的侵害及養子女成年後與養父母間關係的惡化。為避免司法過渡干預，採取當事人協議先行原則，協議不成再交由法院加以審理。

(二)我國法

我國收養關係解消的原因，一為當事人一方死亡；另一為收養關係的終止。當事人一方死亡時，其親子關係消滅，但收養關係之效力仍繼續存在；而收養關係的終止，一為兩願收養關係的終止，或稱同意終止；另一為裁判收養關係的終止，或稱宣告終止。

1. 兩願終止

依我國民法第一〇八〇條規定，養父母與養子女之關係，得由雙方同意終止之。其要件分析如下：

(1)須有兩願終止之能力：即具有意思能力為已足。

(2)須當事人自行為之。但養子女未滿七歲者，由收養終止後為其法定代理人之人代為之。

(3)滿七歲未成年養子女須得終止收養後為其法定代理人之人的同意。

(4)養親須共同為之。⁹

(5)協議終止收養必須以書面為之，以昭慎重。

2. 裁判終止

(1)裁判終止收養之原因

一.對於他方為虐待或重大侮辱。

②惡意遺棄他方。

③養子女被處三年以上之徒刑。

④養子女有浪費財產之情事。

⑤養子女生死不明已逾三年。

⑥其他重大事由。

(2)裁判終止收養之方式

一.管轄：專屬養父母住所地法院管轄。

②當事人：養父母與養子女互以他方為被告起訴，而通常情形養父母為共同原告或被告。¹⁰

四、收養解消（解除、終止）的效力

(一)大陸地區之規定

依大陸收養法第二十九、三十條之規定，收養關係解除後發生以下之效力¹¹：

⁹ 戴炎輝、戴東雄，同註7，頁449。

¹⁰ 戴炎輝、戴東雄，同註7，頁460。

¹¹ 張增帆，談收養關係的解除，社會福利，11期，頁18-19，2002年。

1. 養子女與養父母及其他親屬間的權利義務關係即行消滅。
2. 養子女與本生父母及其他親屬間的權利義務關係自行恢復。但成年養子女與本生父母及其他親屬間的權利義務關係是否恢復，可以協商確定。
3. 給付將來之生活費。收養關係解除後，經養父母撫養的成年養子女，對缺乏勞動能力又缺乏生活來源的養父母，應給付生活費，其數額要根據養子女經濟收入狀況及養父母實際需要來確定¹²。
4. 補償收養期間的生活費和教育費。因虐待、遺棄養父母而解除收養者，養父母可以請求成年養子女補償收養期間支出的生活費和教育費，又除虐待、遺棄養子女而解除收養外，養父母可以要求本生父母補償收養期間支出之生活費與教育費。

(二)我國法

根據我國民法之規定，收養關係終止後，發生以下之效力：

1. 養子女與養父母之一切親屬關係消滅，但不溯及既往。
2. 養子女與本生父母間回復親屬間的權利義務關係，包括姓氏、親權、住所等，但不溯及既往。
3. 禁婚的限制。依我國民法第九八三條之規定，直系血親及直系姻親結婚之限制，於收養而成立的直系親屬間，在收養關係終止後亦適用之。
4. 給與金的請求。依民法第一〇八二條之規定，在裁判終止的情形時，無過失之一方因而陷於生活困難者，得請求他方給予相當金額。

¹² 沈樂平，中國涉外婚姻繼承法律問題，頁136，1995年8月。

參、我國涉陸收養準據法之立法分析

目前單純我國的收養事件，其規範的依據主要係依我國民法、兒童及少年福利法及非訟事件法等有關條文，有一完整的法律體系的規範；而大陸地區人民間的收養行為，亦受大陸收養法的規範，基於法律不及國家主權以外及對人效力的觀察，我國民法效力不能及於大陸，同樣地，大陸收養法的效力亦不及台灣，當收養行為涉及我國人民與大陸地區人民時，台灣與大陸地區法律規定的不一致而形成的法律衝突，民事個案中涉有外國因素者大多稱為涉外案件，兩岸間因政治因素的干擾，造成國家定位的錯亂，有認為兩岸是國與國之關係，亦有認為我國法屬大陸法制之一部，亦有主張「區際法律衝突」¹³，眾說紛紜莫衷一是，綜觀兩岸人民關係條例的立法，似乎為避免國家主權爭議而採取特別立法，即是將涉及大陸的民事法律適用單獨立法，有別於一般涉外民事法律的適用，但無論是涉外民事法律適用或將涉及大陸的民事法律適用單獨立法，都是我國內國法的一環，即指示我國法院如何處理案件之準據法。

英美等普通法國家，對國內或國外的法律衝突，並不加以區分，皆以衝突法為名，同時處理國內或國外的法律衝突¹⁴。例如美國一九九四年全國統一州法委員會議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws）制定之統一收養法（Uniform Adoption Act）建議承認他州或他國之收養裁判與本州或本國管轄法院所為之裁判，具有相同效力，且更進一步說明，任何依據各國法律或美國所批准的條約所作成的收養裁判，亦具有相同之效力¹⁵，其目的在於簡化跨國收養及跨州收養之收養程序，以促進收

¹³ 參照「台灣地區與大陸地區人民關係條例」立法說明。

¹⁴ 黃進，區際衝突法，頁169-172，1996年10月。

¹⁵ 原文參照：“JURISDICTION. A decree or order of adoption issued by a court of

養案件的成立¹⁶。在英美法制之下，並無明顯區分其衝突是國家與國家之間，抑或其內國州與州之間的法律衝突，此外，在衝突法適用的過程上，首先皆為訟爭問題的定性，次為選擇準據法的方法，再確定連結因素，最後依據衝突規則，決定所應適用的準據法，國際私法與區際私法的處理方式大致相同，其原理或原則相通¹⁷，因此從國際私法上選法規則的角度，分析兩岸收養法律衝突的立法。

首先，不同法域間的法律衝突或國際私法上衝突，其選法規則的形式，通常不出以下兩個方式，一為單面法則，另為雙面法則，而參考國際私法之立法體例，亦分為單面法則和雙面法則。

一、單面法則 (one-sided rules)

僅規定內國法適用的情形而不及其他。換言之，對於某種涉外事件的法律適用問題，僅從內國法的角度有所指示。例如法國民法第三條第二項規定：「不動產由法國法律管轄，即使係外國人所有者，亦然。」在我國法上，國內學者認為涉外民事法律適用法第三條第二項：「前項禁治產之宣告，其效力依中華民國法律。」及同法第十三條：「外國人為中華民國國民之贅夫者，其夫妻財產制依

any other State which is entitled to full faith and credit in this State, or a decree or order of adoption entered by a court or administrative entity in another country acting pursuant to that country's law or to any convention or treaty on intercountry adoption which the United States has ratified, has the same effect as a decree or order of adoption issued by a court of this State. The rights and obligations of the parties as to matters within the jurisdiction of this State must be determined as though the decree or order were issued by a court of this State.” ; <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uaa94.ht>。

¹⁶ 彭南元，對美國一九九四年統一收養法之評析——兼論對我國收養法制之啓示，歐美研究，29卷1期，頁170，1999年3月。

¹⁷ 賴來焜，基礎國際私法學，頁89，2004年6月。

中華民國法律。」均屬單面法則¹⁸。

二、雙面法則 (two-sided rules)

對於某種涉外事件之準據法以抽象的方式，就某涉外事件所應適用之法律，不分內外予以指示。如我國涉外民事法律適用法第一條：「人之行為能力，依其本國法。」同法第十條：「關於物權，依物之所在地法。」對涉外法律關係不直接規定適用內國法，而是用歸屬未定之連接因素為基礎，抽象地規定其應適用之法律。

國內學者對於國際私法的立法方式，大多認為以採雙面法則為當¹⁹，不僅可避免法院發生無所適從的缺點，且可彌補單面法則可能造成掛一漏萬的現象，另即使採單面法則，遇不適用內國法時，無異迫使法官採取迂迴的方式以處理涉外案件，滋生困擾；話雖如此仍有學者認為，立法者之所以採用單面法則，不外求使內國法之適用可得擴充之機會，或在求保有對付外國之行動自由²⁰。

依前開說明，兩岸間之民事法律衝突與涉外民事法律衝突類似，姑且不論其用語如何，涉及兩岸民事事件之選法規則，亦有上述單面或雙面法則的選擇。人民關係條例第五十六條：「收養之成立及終止，依各該收養者被收養者設籍地區之規定。收養之效力，依收養者設籍地區之規定。」依該規定所呈現之立法方式觀之，我國法對於兩岸間收養案件的法律衝突，係以抽象的設籍地為連繫因素，決定其準據法，顯屬雙面法則。然雙面法則雖係較周延的立法，但非立法上之當然，在立法當時便有立法委員認為大陸地區法

¹⁸ 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，頁236，2004年3月。

¹⁹ 劉鐵錚、陳榮傳，同前註，頁237；馬漢寶，國際私法總論，頁54，1990年11月。

²⁰ 馬漢寶，同前註，頁55。

制不備，採雙面法則恐生窒礙，又常涉國家主權爭議，建議採單面立法之方式，避免反致及一國數法之指定。²¹因此就現行法而言，不論是我國人民收養大陸地區人民或大陸地區人民收養我國人民，其成立或終止的要件，依各收養人及被收養人設籍地區之規定，分別適用之。所謂設籍地係指戶籍所在地，而收養之效力僅指發生收養人與被收養人間之親子關係而已，其具體之親子法律關係之內容係屬親子效力問題，應依同法第五十七條之規定解決之，而收養之方式，既然該法未明文加以規定，則依同法第四十七條之規定，依該行為所應適用之法律或依行為地法來處理。

涉陸收養案件依兩岸人民關係條例第五十六條之規定，固應分別適用兩岸收養法有關之規定，惟依同法第四十三條之規定，似乎有「反致」本國法適用的可能，首先，在條文規定的形式上，人民關係條例第四十三條規定：「依本條例規定應適用大陸地區之規定時，如大陸地區就該法律關係無明文規定或依其規定應適用台灣地區之法律者，適用台灣地區之法律。」與我國涉外民事法律適用法第二十九條「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律……」之內容相比較，皆規定依其（他）規定（法律）應適用台灣地區之法律及應適用該其他法律（我國法）的明文，在立法體例的比較上有其一致性，若在兩岸民事法律關係採取反致的解釋，並不違反選法規則一貫的立場，亦與涉外民事法律的體系相呼應。其次，在兩岸人民關係條例的立法過程中，趙少康等三十二位立法委員所擬草案²²，對於民事一章之立法係取單面法則，並且建議排除「反致」的適用，與最後三讀通過之兩岸人民關係條例的內容完全不同，顯然立法委

²¹ 趙少康委員提案說明，立法院公報，81卷51期，院會紀錄。

²² 立法院公報，81卷51期，院會紀錄。

員多數贊成雙面法則，亦支持「反致」理論的適用。又我國涉外民事法律適用法第二十九條規定，學說上有直接反致（一等反致）、轉據反致（二等反致）、間接反致及重複反致等²³。

從條文分析及國內學者的看法²⁴，我國涉外民事法律適用法第二十九條似乎採取了直接反致、轉據反致及間接反致的立法，而排除重複反致的適用。與兩岸人民關係條例第四十三條：「依本條例規定應適用大陸地區之規定時……依其規定應適用台灣地區之法律者，適用台灣地區之法律。」規定內容相較，其適用應僅限於直接反致的情形，而不及於其他，況且為兩岸間民事糾紛準據法的找尋，其結果不外乎我國法或大陸法的適用，採取直接反致的解釋也是當然之理。

國內學者在解釋我國法上反致的規定時，皆以條文中「依本法適用當事人本國法時」之規定，認為僅於某種涉外法律關係適用到當事人本國法時始有反致的適用，而非一切涉外案件皆有反致的適用，即以國籍為連繫因素所成立之準據法才有反致的適用，若以其他連繫因素為基礎所成立之準據法，縱其與當事人本國法偶然一致時，亦無反致的適用。²⁵上開見解或許滿足法條文義解釋方法的要求，但其解釋的結果是否與反致的目的，擴大內國法適用之目標相符，即有討論的空間。因此兩岸人民關係條例第四十三條規定似乎迴避了上述的爭議，不將反致的前提要件，限定以當事人的設籍地為連繫因素所成立的準據法才有反致的適用，凡是最終指向大陸地區法律的情形時，就有反致適用我國法律的可能，有效擴大內國法

²³ 劉鐵錚，國際私法論叢，頁183，1982年1月。

²⁴ 蘇遠成，國際私法，頁62，2002年10月。

²⁵ 林益山，國際私法與實例解說，頁216，2002年7月；劉鐵錚，同註23，頁183。

律的適用。

本文認為兩岸收養事件既然有「反致」適用的機會，則進一步探尋大陸對於涉台收養案件準據法的規定亦為處理涉陸收養所不可忽略的課題。

肆、大陸涉台收養案件準據法之找尋

至於大陸地區對於涉台收養案件，無明文規定其準據法，而對於涉及大陸地區以外的收養，亦僅規定於收養法第二十一條：「外國人依照本法可以在中華人民共和國收養子女。」似乎亦僅單方的規定涉外收養，只規定外國人收養大陸人民，但對大陸人民收養外國人的情形則未予明文，為立法上的空白²⁶。

至於涉台收養案件準據法的選擇，大陸法律完全沒有規範，從法律衝突的角度，並未指示內國法院該如何適用法律，應可認為係法律漏洞，為彌補其漏洞，從法律衝突相似性上，應參考國際私法對於跨國收養案件準據法之規定，找尋適當的選法規則，其相關立法體例如下²⁷：

一、養親之屬人法主義

如德、義、瑞士等立法例²⁸。

二、養子之屬人法主義

法國的司法實踐。

²⁶ 蔣新苗，國際收養法律制度之研究，頁356，1999年6月。

²⁷ 蘇遠成，同註24，頁342。

²⁸ 劉鐵錚，同註23，頁183。

三、收養人與被收養人本國法併用主義

瑞典、挪威、芬蘭。

四、收養人與被收養人依各該本國法主義

我涉外民事法律適用法。

五、法院地法及收養人或被收養人本國法同時適用主義

在英、美等國，其收養是法院根據當事人的申請發布收養命令完成，因而以法庭地法為收養關係之準據法，如英國一九六八年收養法及一九六四年海牙收養公約²⁹。

六、海牙關於兒童保護及跨國收養合作公約³⁰（一九九三年五月二十九日）

一九九三年海牙國際私法會議第十七次會議，通過「海牙關於兒童保護及跨國收養合作公約」，其公約的目標係為了確保兒童之最佳利益及基本權受到國際法的承認，並在締約國間建立合作之體制，避免兒童遭受誘拐、販賣及非法運送。為使締約國能確實遵守本公約，在收養的實體要件中對於出養國、及收養國為做了詳細的規定，但本公約並非以收養關係之準據法為規範之中心，但從相關規定來觀察，出養國與收養國各有其義務，而其義務之履行又以內國法為基礎，且跨國收養必須出養國與收養國之協力合作始能成立，因此關於本公約收養之準據法，似可謂併行適用被收養子女慣居地國法及收養人之慣居地國法。³¹亦有研究與本文之看法

²⁹ 林益山，同註25，頁546。

³⁰ <http://www.hcch.net/e/conventions>，2005年3月6日。

³¹ 參閱拙著，兩岸收養案件準據法之研析——以國際私法之角度為中心，展望與

相同³²。

大陸學者間對於涉外收養之準據法，因收養法僅單方規定內國收養案件之適用，而不及外國，為立法上之漏洞，應如何補充則看法歧異，有建議分別適用收養時收養者被收養者各自屬人法³³，有建議重疊適用大陸收養法及收養人經常居住國法³⁴，有建議類推大陸民法通則中涉外民事關係的法律適用專章第一四八條：「扶養適用與被扶養人有最密切關係的國家的法律。」³⁵等。關於大陸涉外收養的準據法，大陸學者主張直接適用各自屬人法，似乎缺乏實體法上的依據，而主張類推民法通則第一四八條扶養之規定者，其扶養專指夫妻間的扶養，與父母對子女之撫育及子女對父母的贍養完全不同³⁶，參考其民法通則之英譯條文亦可佐證³⁷，以之為收養行為準據法並不恰當。既然法無明文及學說見解未盡週延的前提下，本文認為可以參考大陸收養法第二十一條：「外國人依照本法可以在中華人民共和國收養子女」單面法則之規定，迂迴造法可得「涉外收養的成立，依被收養人所屬國之法」之雙面法則，再配合外國人在中華人民共和國收養子女登記辦法第三條：「外國人在華收養子女，應當符合中國有關收養法律的規定，並應當符合收養人所在國有關收養法律的規定」立法意旨，涉外收養除了要滿足大陸收養法之規定外，亦要符合收養人所在國法律規定。因此在收養法第二

探索，3卷2期，頁106-107，2003年2月。

³² 伍偉華，海牙國際私法公約之研究，頁63，政大碩士論文，1999年6月。

³³ 趙相林主編，中國國際私法立法問題研究，頁425，2002年10月。

³⁴ 韓德培主編，國際私法新論，頁344，2002年12月。

³⁵ 李雙元主編，國際私法學，頁474，2003年5月。

³⁶ 楊大文、楊懷英，同註3，頁160-161。

³⁷ 其原文如下：“Article 148: Maintenance of a spouse after divorce shall be bound by the law of the country to which the spouse is most closely connected.”

十一條及上開登記辦法第三條規定的條件下，涉外收養必須重疊適用大陸收養法及收養人所在地國法。

再者兩岸收養之準據法，學者認為在法院不得拒絕審理的前提下，涉台收養案件可選擇的法律依據，依大陸收養法第十五條以下辦理（依內國收養的方式辦理）或依同法第二十一條處理（依涉外收養的方式辦理），參考我國學者黃宗樂教授³⁸及香港學者梁美芬的看法³⁹，二人皆認為應當類推適用大陸收養法第二十條（現改為第二十一條）涉外收養案件來處理，本文亦認為涉台收養若依大陸內國收養來處理，不僅與法律現狀不符而且產生當事人不利的結果，更不符當事人既得權之保障，有違信賴保護原則，進一步在判決的承認與執行上亦有困難，因此類推適用涉外收養應是合理的作法，但沒有更深入的說明。本文則認為大陸處理涉台收養事件首先類推上開涉外收養之雙面法則，「兩岸收養的成立，依被收養人所屬地區之法」，再依外國人在中華人民共和國收養子女登記辦法第三條之立法意旨，即「涉台收養除了要滿足大陸收養法之規定外，亦要符合收養人所在地區之規定」，換言之，即同時適用被收養人之收養法及收養人經常居住地國法，因被收養人之國籍因素在兩岸民事法律無法運用，只好以所屬地區代替國籍之連繫因素，易言之涉台收養必須重疊適用被收養人所屬地區之法與收養人所在地區之法。而上述準據法的決定，不僅與海牙關於兒童保護及跨國收養合作公約之內容相符，亦與大陸學者積極要求批准加入公約的期待相呼應。

³⁸ 黃宗樂，關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題的研討，頁38，1992年8月。

³⁹ 梁美芬，兩岸三地婚姻家事法律比較，頁113，2001年1月。

伍、涉陸收養法律適用之疑義

涉陸收養除了有實體成立要件的衝突，在踐行收養的方式上，兩岸規定亦明顯不同，依我國兩岸人民關係條例規定，其收養方式之準據法可依第五十六條及第四十七條規定二種選擇。又涉陸收養的個案中，如果夫妻國籍不同卻同時收養大陸人士，即發生涉陸收養與涉外收養同時出現之情事，因為涉及收養準據法的找尋，故一併予以分析。此外，在涉陸收養案件中，依照各該當事人設籍地區之規定，決定其收養關係成立與否，惟在收養關係的終止上，大陸收養法並無相同的用語，則涉陸收養終止案件的如何適用，亦有疑義。

一、涉陸收養方式之準據法

兩岸人民關係條例第五十六條僅規定收養之成立、終止及效力之準據法，至於收養之方式則未於同條中明文，同樣在涉外民事法律適用法的立法中，第十八條亦沒有對收養之方式加以明文，而是委諸學說解釋說明，對於涉外收養法律行為的方式，主要爭議在於涉外民事法律適用法第五條的適用，其正反意見如下：

(一) 否定說

有謂此等條文既均規定成立要件，而成立要件有分實質及形式，形式要件亦屬成立要件，故收養法律行為之方式應依該條所應適用之法律（依涉外民事法律適用法第十八條）⁴⁰。

⁴⁰ 劉鐵錚，法律行為方式準據法之研究，載：當代法學名家論文集，頁499、510-511之註25，1996年1月。

(二)肯定說

涉外民事法律適用法第十八條規定之要件專指實質要件，果使包含方式在內，則同法第五條第一項再設一般規定，豈非多餘（涉外民事法律適用法第五條第一項）⁴¹；或主張收養方式不若婚姻方式與舉行地國公序密切，所以依同法第五條第一項規定即可⁴²。

本文從多數學者的看法，認為既然法律沒有特別規定收養方式之準據法，則回歸一般法律行為準據法的適用，惟如何適用則有疑義，有學者主張收養之形式要件，就各該收養者被收養者之本國法、其一方之本國法及收養地法三者，選擇適用其中之一⁴³，本文認為涉外收養之成立要件係依各該當事人本國法，但收養之法律行為只有一個，形式要件如何割裂適用各該當事人本國法，及如何以雙方當事人本國法的角度分別解釋其收養合意之方式，除了累積適用雙方當事人本國法外，殊難想像。至於適用涉外民事法律適用法第五條之「該行為所應適用之法律」究竟是實質成立要件之準據法抑或效力之準據法，在實務上曾引起爭論，最後實務採實質成立要件說（司法院七十二年第三期司法業務研究會）。

相較於此，兩岸人民關係條例第四十七條規定：「法律行為之方式，依該行為所應適用之規定。但依行為地之規定所定之方式者，亦為有效。」之立法，與涉外民事法律適用法第五條規定相較，其內容幾近相同，立法者似乎有意採取相同的方式處理涉陸民事法律的衝突，本文在此前提下，借用涉外法律行為方式準據法的解釋，則涉陸收養形式要件準據法的找尋，其結論似亦可得到涉陸收養的形式要件，得就收養人、被收養人各所屬地區之法及收養行

⁴¹ 劉鐵錚，同前註，頁499-500。

⁴² 劉甲一，國際私法，頁310，1988年10月；蘇遠成，同註24，頁345-346。

⁴³ 劉甲一，同前註，頁310。

為地區之法，選擇適用其一即可，但收養之形式要件適用收養人、被收養人各所屬地區之法，亦產生與涉外收養形式要件相同的疑義，因此收養之形式要件以採行為地法主義為佳。

二、涉陸、涉外收養之競合

在涉陸收養的個案中，若夫妻共同收養大陸地區人民，而夫或妻之一方不具我國籍或在台灣沒有戶籍者，即收養夫妻之本國法或設籍地區之法不一致時，究竟如何適用，在解決該選法衝突前，先對照涉外收養之處理。在涉外案件中，夫妻共同收養子女，其夫妻國籍不同時，則收養人之本國法該如何決定，我國法並未明文規定，參考外國學說及實務立法如下：

(一)德國法

依德國民法施行法第二十二條規定，在夫妻共同收養的情形下，適用同法第十四條規定之婚姻效力準據法為收養人本國法⁴⁴。

(二)日本法

對於國籍不同之夫妻共同收養時，日本法例並沒有明文，有認為重疊適用夫妻本國法，亦有認為就養父子關係及養母子關係各別適用，而不考慮他方配偶之本國法。後說則為日本目前通說及實務見解。⁴⁵

我國涉外民事法律適用法，目前對於上開疑義亦沒有明文，似乎可以參考德、日二國的解決方式，關於夫妻共同收養的性質，在日本通說認為收養為個人間之法律行為，主張夫妻共同收養係以夫

⁴⁴ ディーター・ヘーンリッと著，佐藤文彦譯，国際家族法，頁372，平成4年（1992）10月。

⁴⁵ 松岡博，国際家族法の理論，頁80，2002年3月。

妻各自為一方當事人之二個收養行為，夫妻分別與養子女間成立親子關係⁴⁶，在採各別收養說的前提下，養父子關係及養母子關係各別適用，為法理上的當然解釋，至於我國學界目前對於夫妻收養行為係一體收養說或各別收養說仍未定論，實務似採個別收養說⁴⁷。司法院涉外民事法律適用法部分條文修正草案第五十條第二項修正：「夫妻之國籍不同，而共同收養時，以其婚姻之效力所應適用之法律，為收養人之本國法。」⁴⁸其修正係參考奧地利、德國及義大利國際私法之立法，理由在於避免收養人本國法不一致而發生適用上的困難。

在涉陸收養的案件中，夫妻共同收養大陸地區人民，因夫或妻之一方不具我國籍或在台灣沒有戶籍者，即收養人夫妻之本國法或設籍地區不一致時，究竟如何適用，依上開說明，有以下方式：

(一)依養父母婚姻效力之準據法，決定其收養人的本國法。即依婚姻效力決定究竟依我國法或外國法後，再與大陸法決定收養關係所應適用之法。

(二)養父子關係及養母子關係各別適用，分別依養父子決定其收養所應適用之法律及養母子關係決定收養應適用之法律，不受他方配偶本國法影響，各別決定其收養關係是否成立。

第二種作法為我國目前實務見解所採⁴⁹。

⁴⁶ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同註7，頁310-311。

⁴⁷ 參見最高法院85年台上字第298號。

⁴⁸ <http://www.judicial.gov.tw/>，2006年5月2日。

⁴⁹ 台灣士林地方法院91年度養聲字第240號民事裁定。

三、涉陸收養的解消（終止與解除）

（一）收養之終止與解除

兩岸人民關係條例第五十六條規定：「收養之成立及終止，依各該收養者被收養者設籍地區之規定。收養之效力，依收養者設籍地區之規定。」兩岸間對於收養之成立要件及其效力之規定內容雖然不同，但透過收養行為創造一個擬制親子關係的概念卻無二致，在涉陸收養案件中，可以依照各該當事人設籍地區之規定，決定其收養關係成立與否，惟在收養的終止上，大陸收養法並無相同的用語，則涉陸收養終止案件的適用，恐產生疑義，因為依大陸地區人民在我國依親居留長期居留或定居許可辦法之規定，終止收養構成長期居留或探親原因之消滅，必須離境或強制出境，對人民權益之影響甚鉅。今當事人一方為大陸人民且設籍在大陸地區，其是否構成收養關係的終止，必須依大陸內國法決定之，以大陸收養法為其準據法，然從大陸收養法的角度來觀察，「收養的終止」在其收養法上之地位如何，為本文進一步討論的重點，因鑑於兩岸民事法律適用研究之不足，故擬從國際私法的角度，尋找解釋或補充的依據。首先大陸收養法並無「終止收養」的用語，而依我國法對收養終止的定義，係指完全有效的收養，因嗣後事由而向將來消滅，或稱為收養的解消。當我國法院在審理涉陸收養終止之案件時，必定面臨大陸法是否有相同概念，及是否有可能為大陸立法上疏漏的問題，關於前者的討論，將是國際私法中「定性」概念的探討，若後者則為國際私法上「外國法」是否欠缺及如何補充的問題。

所謂定性係指確定某一法律上概念或名詞之意義，俾選擇適當的適用法則，而加以適用，定性的對象有可能是訟爭事實、連接因素或準據法適用範圍，其標準計有：法庭地法說、案件準據法說及比較法說。大陸收養法中，關於完全有效的收養因嗣後事由而向將

來消滅的設計，是否可能是「收養關係的解除」的規定，大陸法中收養的「解除」是否等同我國法上收養「終止」之規定，實有疑問。參考大陸民法體系，其解除係指合同的解除，解除為單方法律行為，當事人有行使的自由，而行使解除權後，合同關係溯及消滅，雙方回復訂立合同前的狀態，並負有回復原狀的義務，而解除的原因除了當事人約定外，亦有法定解除原因，如履行遲延、履行不能等；又解除與撤銷均發生溯及消滅業已形成的法律關係，但解除的原因為合同的不履行，撤銷的法定原因為締約過失；而解除與撤回亦有區別，撤回僅於行為生效前為之，有阻卻行為生效的效力，並無溯及既往的效力。⁵⁰惟大陸民法通則中亦使用「終止」的用語，如第五十四條規定：「民事法律行為是公民或者法人設立、變更、終止民事權利和民事義務的合法行為。」第六十九條：「有下列情形之一的，委託代理終止：(一)代理期間屆滿或者代理事務完成；(二)被代理人取消委託或者代理人辭去委託；(三)代理人死亡；(四)代理人喪失民事行為能力；(五)作為被代理人或者代理人的法人終止。」等，其「終止」係指完全有效的行為，因為嗣後一定事實的發生而向將來消滅。相較我國法上有關解除、撤銷、撤回、終止等概念⁵¹，不難發現兩岸在上開法律概念分類有其相似性，更進一步說其內容幾近相同的，倘嚴格依兩岸人民關係條例第五十六條規定，於大陸收養法將找不到收養終止的相關條文，此時是否構成外國法的欠缺，而進一步以內國法及類推適用等方式加以解決⁵²，或仍屬法律關係定性的問題，則可能有不同的看法。

⁵⁰ 楊振山主編，陳小君、傅鼎生副主編，中國民法教程，頁451-453，1999年9月。

⁵¹ 施啓揚，民法總則，頁310、319、226，1983年。

⁵² 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁486-487。

關於上開疑義，本文認為不論從定性或外國法欠缺的角度觀察，大陸收養法中有關收養關係的解除規定，必須進一步分析其內容，並與我國法上的概念相比較，雖然同屬中文的使用，仍不應單純局限於法律用語的比較，因此大陸收養解除（詳本文貳、三及四說明）與我國收養終止之分析比較如下：

1. 解除權行使的主體：其當事人為收養人與本生父母或成年之養子女，有關收養的成立，其契約當事人為收養人與本生父母，養子女非契約當事人，但在解除收養關係時，成年養子女反而有解除契約之權利，與一般解除權的行使有違；與我國法相較，其收養契約之當事人為收養人和被收養人，其成立或終止的主體始終一致。

2. 收養的解除分為協議與訴訟二種，其法定之理由為有虐待、遺棄等侵害未成年子女合法權益行為及關係惡化無法共同生活等，為收養成立後所發生的事實而導致收養關係無法繼續，似乎為義務履行上的障礙事由；與我國法上判決終止收養的原因類似。

3. 協議收養解除後須辦理解除收養登記，與我國法上離婚須辦理離婚登記始生效力同，但我國法上對於收養的終止並不以登記為要件。

4. 身分上的效力：在身分上養子女與養父母及其他親屬間的權利義務關係即行消滅、養子女與本生父母及其他親屬間的權利義務關係自行恢復，此與我國法終止收養效力同，但成年養子女是否恢復可以協商確定，我國法卻無類似規定。

5. 財產上的效力：給付將來之生活費及請求補償收養期間的生活費和教育費，我國民法第一〇八二條之規定與大陸法上給付將來生活費相當，但對於請求補償收養期間費用之規定，則無明文，應係終止效力使然。

綜上所述，大陸收養法解除之規定似乎同時具有契約解除與終止的效力，其意義應介於我國法上契約解除與收養契約終止之間，

然部分學者及實務⁵³在討論上開爭議時，都直接認為大陸法上的解除，即為我國法上的終止，似未考量兩岸法制的差異性⁵⁴，尤其在解除收養的效力上與我國收養的終止有明顯的不同，其一為成年養子女與本生父母關係的回復，另一為收養期間費用的返還，而此二項差異對收養關係解消後的當事人影響甚鉅，而本文認為決定大陸收養關係解除之性質時，應參考國際私法上定性決定之標準，而各國實證法或判例多採法庭地法說⁵⁵，因此學說或實務逕以我國法來決定其性質並無不妥，但在理由的論述上則應擷取分析比較法說之精髓，即不僅包括各國法律制度間的比較，更包括準據法國及法庭地國之內國法律體系間之分析，經由兩岸收養法制比較分析發現，大陸收養法中關於解除之法律性質，僅類似我國法上收養關係終止之性質，並非完全相同。此外，兩岸收養解消規定之不一致亦與外國法欠缺之概念有別。

(二)收養終止之效力

姑且肯定上述分析之結論，既然兩岸對於收養解消後的效力問題，有明顯不同的規定，則我國涉陸收養終止後的效力，究竟依據台灣地區或大陸地區的法律，兩岸人民關係條例中卻未見明文，經對照我國涉外民事法律適用法之規定，亦發現涉外收養終止後的效力問題亦沒有規範，似乎為立法上漏洞，對照日本法例的規定，其二十條第二項規定養子與本生父母及親屬關係的終了及收養的終止依前項前段所規定之法，而同條第一項前段規定收養依收養當時收養人的本國法，因此包括收養終止的要件及其效力，概依收養人之

⁵³ 台灣台北地方法院87年家訴字第92號；台灣士林地方法院91年親字第34號。

⁵⁴ 蔡輝龍，論海峽兩岸親屬法制，頁211，1994年11月；林俊益，同註5，頁28。

⁵⁵ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁526。

本國法。⁵⁶而參考我國涉外民事法律適用法研究修正計畫，關於涉外收養的修正，有學者建議將收養終止的效力規定一併增列⁵⁷，以補充立法上的疏漏，本文參考日本立法例及本於邏輯的推演，收養解消效力的選擇除收養人本國法外，另一選擇為被收養人之本國法，假設如下：

1. 收養人本國法

為求養子女與婚生子女的平等，收養的效力大多採收養人本國法，以期適用上的一致性，既然在成立期間採收養人本國法，則終止的效力亦沿用之。

2. 被收養人收養前之本國法

一般所謂終止收養係斷絕與養親關係而回復與本生父母之關係，收養之效力係因收養關係存在而不得不然的結果，今收養關係業已終止，是否仍適用收養人本國法，則有疑問，因此應回復收養前的狀態。

3. 被收養人終止收養時之本國法

終止收養為向將來發生效力，應適用終止收養時與被收養人關係最切之國之法。

或謂收養成立常伴隨國籍的變更，因此終止收養時養親與養子的國籍應該相同，應該沒有適用外國法之機會，此亦為確論，但應可想像收養與國籍變更不同步的情形，此部分或許存有研究的空間，而我國國際私法既然有收養終止效力如何適用的法律疑問，則同屬衝突規則的兩岸人民關係條例亦有同步修訂的必要。

⁵⁶ 櫻田嘉章，國際私法，頁280，1998年。

⁵⁷ 司法院編印，司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編(一)，頁785，2002年11月。

陸、涉陸收養案件之分析

依非訟事件法第一三三條第二項規定，收養認可以收養人及被收養人為聲請人，部分聲請案件或因當事人不諳法令，僅一造聲請認可而遭駁回，或證明文件未經特定機構驗證，通知補件逾期而遭駁回，法院因此等程序上理由而駁回聲請為大宗，而部分認可收養之案件，亦有適用上之疑義，因此本文挑選部分案件分析如下：

一、全面依我國法律予以審查⁵⁸

實務上有部分收養裁定在裁定理由中，僅論述我國民法第一〇七九條之適用，至於兩岸人民關係條例或大陸收養法制等則隻字未提。⁵⁹

二、兩岸收養形式要件之衝突⁶⁰

實務認為收養為雙務契約及要式契約，當事人雙方就收養意思表示之合致應以書面為之，以昭慎重。然收養是否為雙務或要式契約，不能以我國法制觀之，因為依兩岸人民關係條例第四十七條但書之規定，依大陸地區所規定之收養方式亦為有效，而依大陸內國收養之規定，其收養書面協議非收養之成立要件，上開實務見解恐有疑義，若實務亦認為台灣人民收養大陸人民屬大陸之涉外收養，而類推適用大陸收養法第二十一條之外國人收養程序訂立書面之特

⁵⁸ 台灣台北地方法院89年養聲字第130號；台灣花蓮地方法院90年養聲字第81號；台灣台北地方法院90年養聲字第213號民事裁定；台灣板橋地方法院91年養聲字第351號。

⁵⁹ 陳榮傳，兩岸法律衝突的現況與實務，頁217，2003年。

⁶⁰ 台灣板橋地方法院91年養聲字第238號；台灣士林地方法院91年養聲字第119號。

別規定時，亦應裁定理由中敘明，不能逕依我國法來處理。

三、反致的適用⁶¹

實務見解認為：「按收養成立依各該收養者被收養者設籍地區之規定，收養之效力依收養者設籍地區之規定，台灣地區與大陸地區人民關係條例第五十六條第一項、第二項分別定有明文。本件收養人李○○、被收養人劉○萍為台灣地區人民，收養人劉○君為大陸地區人民，自應依前開規定定其準據法。經核收養人與被收養人間，已成立收養關係，復無民法第一千零七十九條第五項所列各款情形，亦與大陸地區收養法無違，……依法應予認可。」此為少數大陸地區人民收養我國人民的案件，法院直接審查上開案件是否與大陸收養法規定相符，似乎忽略兩岸人民關係條例第四十三條後段關於反致的規定，本文認為法院應先檢視大陸關於收養是否有涉台衝突法之規定，次依反致規定適用我國法，直接適用大陸收養法似有未恰。其涉台衝突規則依本文前述說明，應重疊適用被收養人所屬地區之法與收養人所在地區之法，而本件個案被收養人為我國人民，收養人為大陸地區人民，其收養之成立依兩岸人民關係條例第五十六條規定各依台灣民法及大陸法併行適用，而大陸法的適用依兩岸人民關係條例第四十三條後段關於反致的規定，應適用大陸之國際私法或隱藏的國際私法，今涉台衝突規則既指示適用收養人所在地法，而本件收養人劉○君雖為大陸地區人民，但是已隨配偶定居台灣，顯然台灣法為收養人的所在地法，因此本案完全依我國民法決定收養成立與否即可。

⁶¹ 台灣士林地方法院92年養聲字第94號民事裁定。

四、夫妻（國籍不同）共同收養，其收養人本國法之決定⁶²

實務認為：「收養人克里斯多為美國人，與收養人朱○○為夫妻，……共同收養被收養人○喜、○嘉為養女，為此請求認可……按，台灣地區人民同時收養二人以上大陸地區人民為養子女者，法院應不予認可，台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第二款定有明文。本件收養人朱○○為台灣地區人民，被收養人○喜、○嘉則為大陸地區人民，收養人同時收養二人為養女，自與前開規定有違。次按，收養之成立及終止，依各該收養者被收養者之本國法，涉外民事法律適用法第十八條前段定有明文。本件收養者克里斯多為美國人，被收養人○喜、○嘉為中國人民，有關收養之成立，應分別依其本國法即美國法及中國法。依中華人民共和國收養法第十條第二項規定：『有配偶者收養子女，須夫妻共同收養』，本件收養人朱○○聲請認可收養部分既不應准許，致其配偶克里斯多無法與之共同收養被收養人○喜、○嘉，其收養於法自有未合。」實務分別就養父子關係及養母子關係討論，在法律沒有明文的情形下，適用上並無違誤，但在處理涉外收養部分，裁定理由所提大陸收養法第十條第二項，應係是收養人的要件，其適用範圍限於大陸地區人民收養外國人之個案，至於大陸地區以外人士的收養並無該條項之適用，所以在這個案件中，其收養人係美國人，其收養人之要件應依美國法來審查。此外，本文認為若採德國法制之婚姻效力準據法為收養人本國法，這個案例或許會有不同的結果。

⁶² 台灣士林地方法院91年養聲字第240號民事裁定。

五、附隨問題與收養⁶³

實務認為「……按遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬，二、父母，三、兄弟姊妹，四、祖父母，民法第一千一百三十八條定有明文。次按台灣地區與大陸地區人民關係條例第五十六條第一項規定，收養之成立及終止，依各該收養者被收養者，應以書面為之；同條第四項規定：收養子女應聲請法院認可。查聲請人主張其為被繼承人之養子，聲明繼承被繼承人之遺產固據提出右開證據為證，惟本件收養人為台灣地區人民，被收養人則為大陸地區人民，本件收養之成立及終止，應適用我國民法及大陸地區之收養法規，此觀諸右揭規定自明。惟聲請人所提被繼承人生前之申請書為其單方制作之文書，收養公證書乃大陸地區四川省內江市公證處之公證文書，均並非聲請人與被繼承人所訂立之書面收養契約，自不符我國民法有關收養之規定，不生收養之效力。因聲請人未提出其與被繼承人成立收養關係之書面並經法院認可……，應予駁回。」本案內國法院之法官對於繼承前提之繼承人身份之認定，明顯用內國法加以審查，而不是以大陸收養法作為認定收養行為是否成立的依據，因我國國際私法對附隨問題並沒有明文規定，其駁回聲請並不違法，只不過收養的方式依行為地法規定之要件已經充足，是否仍須經我國法院的認可，滿足我國收養的形式要件，則有疑問。

六、兩岸人民關係條例第六十五條之疑義⁶⁴

實務認為：「……聲請人張○○之現任配偶李○○（即被收養人張○林之生母）已於九十一年十二月二十二日順利產下一子，即

⁶³ 台灣台北地方法院92年聲繼字第48號民事裁定。

⁶⁴ 台灣板橋地方法院91年養聲字第362號民事裁定。

聲請人張○○於九十二年二月十七日在本院調查中與現任太太（李月竹）已生有一小孩等語，足徵聲請人即收養人張○○已有子女。揆諸上揭台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第一款之規定，本院即不得再就聲請人張○○與張○林間之收養契約予以裁定認可，……自應予以駁回。」本件個案因當事人補訂收養契約，造成訂立收養契約時收養人已有子女之窘境，被收養人即使為收養人配偶之子女，亦無法來台依親，對家庭的圓滿造成傷害。

柒、結 論

隨著兩岸人民聯姻個案的增加，大陸配偶跟隨來台定居亦趨普遍，其與台灣配偶家庭成員間之關係跟著調整，而收養台灣配偶之子女是可預期，惟兩岸收養法制明顯不同足以影響收養的成立，且兩岸人民關係條例中明文之反致規定，卻為實務所忽略，為正確適用法律並保障人民的權益，對於大陸法律的適用必須要有深入瞭解。大陸法雖然對於涉台收養沒有規定，對於涉外收養亦僅有單面指示，惟透過法理的解釋與運用，對於涉台收養案件的準據法非不可得，而重疊適用被收養人所屬地區及收養人所在地區之法，不僅有其成文法的依據，亦與國際公約的內容相符，透過反致適用我國法，既保護本國人的利益，又有助於兩岸判決的一致。目前我國法對兩岸收養行為的規定並不詳細，其不足之處非一味以內國法代替，如適當參考外國立法或學說，適用於個別收養案件中，亦有助於家庭的圓滿和和諧。

論者有謂兩岸人民關係條例第六十五條係對兩岸收養行為不合理的限制，有學者認為我國在現有資源的考量下，係不得不然的作法，而本文則以消弭兩岸收養法律衝突的角度上（如第二款之規定係配合大陸一胎化政策，規定不能同時收養二人以上），肯定其立

法的妥當性，惟同條第一款應予以修正放寬，即收養他方配偶子女之情形，應不受第一款已有子女或養子女的限制，以保護未成年人的福利及人道考量家庭的完整性。國際私法修法箭在弦上，目前司法院公布之修正草案計有六十條之多，對涉外民事法律關係影響頗大，而兩岸民事法律關係與涉外民事法律關係有其類似性，兩岸民事法律勢將隨之更動，然實務上是否累積足夠案例，作為檢討立法之參考，及兩岸民事法律衝突是否得到學者的重視，將影響未來兩岸人民關係條例修正是否完善。

參考文獻

一、中文書籍

(一)台灣

1. 司法院，司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編(一)，2002年11月。
2. 林益山，國際私法與實例解說，國立台北大學法學叢書編輯委員會，2002年7月。
3. 林益山，國際私法實例解說，自版，2002年7月。
4. 施啓揚，民法總則，三民，1983年。
5. 馬漢寶，國際私法總論，自版，1990年11月。
6. 賴來焜，基礎國際私法學，三民，2004年6月。
7. 陳榮傳，兩岸法律衝突的現況與實務，學林，2003年。
8. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，三民，1988年9月。
9. 黃進，區際衝突法，永然，1996年10月。
10. 黃宗樂，關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題的研討，1992年8月。
11. 劉甲一，國際私法，三民，1988年10月。
12. 劉鐵錚，國際私法論叢，政治大學法律學系法學叢書編輯委員會，1982年1月。
13. 劉鐵錚，法律行為方式準據法之研究，載：當代法學名家論文集，頁499、510-511之註25，1996年1月。
14. 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民，2004年3月。
15. 蔡輝龍，論海峽兩岸親屬法制，五南，1994年11月。
16. 戴炎輝、戴東雄，親屬法，自版，2000年8月。
17. 蘇遠成，國際私法，五南，2002年10月。

(二)大陸地區

1. 巫昌禎，中國婚姻法，中國政法大學出版社，1992年6月。
2. 李雙元，國際私法學，北京大學出版社，2003年5月。
3. 沈樂平，中國涉外婚姻繼承法律問題，香港：明報出版社，1995年8月。

4. 梁美芬，兩岸三地婚姻家事法律比較，香港：三聯書店，2001年1月。
5. 楊大文、楊懷英，婚姻法教程，法律出版社，1982年1月。
6. 楊振山、陳小君、傅鼎生，中國民法教程，中國政法大學出版社，1999年9月。
7. 趙相林，中國國際私法立法問題研究，中國政法大學出版社，2002年10月。
8. 蔣新苗，國際收養法律制度之研究，法律出版社，1999年6月。
9. 韓德培，國際私法新論，武漢大學出版社，2002年12月。

二、中文期刊論文

1. 王重陽，兩岸收養案件準據法之研析——以國際私法之角度為中心，展望與探索，3卷2期，頁106-107，2003年2月。
2. 立法院公報，81卷51期，院會紀錄，頁57-79。
3. 伏健，我國收養法的幾個問題，人民司法，9期，頁43-44，1992年。
4. 伍偉華，海牙國際私法公約之研究，政大碩士論文，1999年6月。
5. 任國鈞，淺談我國的收養制度，法學研究，總18期，1982年1期，頁38，1982年。
6. 林俊益，中共一九九二年收養法之研究，軍法專刊，11卷8期，頁17-33，1995年8月。
7. 張增帆，談收養關係的解除，社會福利，11期，頁18-19，2002年。
8. 彭南元，對美國一九九四年統一收養法之評析——兼論對我國收養法制之啓示，歐美研究，29卷1期，頁127-222，1999年3月。
9. 蔣新苗，臺灣與大陸在收養方面存在的區際法律衝突及其解決辦法，法律評論，65卷1-3期合刊，頁30-37，1999年3月。
10. 龔瀟，收養形成的擬制直系血親之間不能結婚，法學雜誌，總79期，1993年4期，頁28-29，1993年7月。

三、日文書籍

1. ディーター・ヘーリッと著，佐藤文彦譯，国(8)家族法，加除出版株式⑤社，平成4年（1992）10月。

2. 松岡博，国(8)家族法の理論，大阪大④出版⑤，2002年3月。
3. 櫻田嘉章，国(8)私法，有斐閣，1998年。

四、網路資源

1. <http://www.hcch.net/e/conventions>
2. <http://www.judicial.gov.tw/>
3. <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uaa94.ht>

An Analysis of “Cross-strait Adoptions” in View of International Private Law

Chung-Young Wang*

Abstract

In accordance with our law adoption of a child from the Mainland shall be applied to our courts for admission. During a trial case relating to adoption between the people of Taiwan and the Mainland, the courts should check the legal requirements and form of the adoption to prevent the adoption on the ground that it is null and void or it may be annulled. The rules of adoption between Taiwan and Mainland China are, however, apparently different. Moreover, Mainland China amended its Adoption Code in 1999. When the courts are dealing with those cases relating to people from Mainland China, if the Act Governing Relations between People of Taiwan and the Mainland stipulates application of the Mainland rules, shall the courts apply the domestic adoption rules or the inter-country adoption rules? Shall the courts apply the substantive laws or the international private laws? How is one to interpret Mainland China's adoption rules? How does one address legal gaps? Furthermore, in terms of application of domestic rules, how does one apply the ren-

* Doctoral Candidate at National Chengchi University, Taiwan.

Received: January 3, 2006; accepted: May 29, 2006

voi? How does one address the problem when Mainland adoption and foreign adoption happen concurrently? Is the absence of rules for the termination of adoption between the people of Taiwan and the people of Mainland China people a legislative gap? Have the courts made proper decisions in regard to the above questions above? These are the key points of this essay.

Keywords: Cross-Strait Adoption, Inter-Country Adoption, Adoption Relation, Termination of Adoption, Rescission of Adoption, Form of Adoption, Renvoi, the Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption, Act Governing Relations between the People of Taiwan and the Mainland