

國際私法上之收養

蔡 華 凱*

要 目

壹、前 言	(一)日本之立法與解釋
貳、國際私法上之收養	(二)我國之立法與解釋
一、制度之比較	三、分析與檢討
二、指導之原則	(一)我國之裁判實務
(一)主要的指導原則	(二)立法論之比較
(二)輔助的指導原則	伍、準據法之適用
參、國際裁判管轄	一、適用之對象與範圍
一、理論之根據	(一)成 立
二、決定的方法	(二)效 力
三、管轄權基礎	(三)方 式
肆、準據法之決定	(四)終 止
一、問題的提起	二、收養人國籍不同時
二、立法與解釋	三、反致與隱藏性反致
(一)準據法之連結方法	陸、結 論

* 中正大學法律學系副教授，日本神戶大學法學博士。本文作者感謝匿名審稿人所賜建設性之意見。

投稿日期：一〇〇年一月五日；接受刊登日期：一〇〇年七月二十八日

責任校對：蘇淑君

摘 要

關於涉外收養，日本的舊國際私法選法規則過去與我國的修正前涉外民事法律適用法相同，採依各該收養者被收養者之本國法之分配性的聯繫因素，結果不但沒讓涉外收養關係容易成立，實務上反而窒礙難行，最主要的原因在於分配性的適用往往變成累積性的適用。又，特別是以未成年子女為對象之收養，多係養子至養親之環境下生活，顯與養親的本國法之間具有比較密切之關係，日本遂於一九八九年全面修正涉外身分關係的選法規則之際，針對涉外收養揚棄分配性的適用。本文檢討我國涉外收養裁判之結果，發現我國法院案例具有一共同的現象，即是將分配性的立法解釋成累積性的適用。換言之，日本過去修法的最主要理由，亦正發生在我國的裁判實務當中。此次我國新修正的涉外民事法律適用法第五十四條第一項的規定，完全承襲修正前第十八條第一項的舊規定。本文之目的在於檢討並分析涉外收養的立法與解釋，並指出在我國學說的普遍認知與實務間的解釋與適用顯然存在相當大的落差。此外，本文針對收養人國籍不同時的準據法適用問題以及隱藏性反致之適用問題，進行檢討與分析。

關鍵詞： 跨國收養、國際裁判管轄、住所地國管轄、分別適用（分配性適用）、累積性適用、並行適用、夫妻國籍不同時之收養、隱藏性反致、涉外民事法律適用法第五十四條、涉外民事法律適用法第十八條

壹、前言

收養者，以他人之子女為自己之子女，法律上擬制為親生子女而成立親子關係之制度。而國際私法上之收養（以下或稱「涉外收養」），則係指上述意義之法律關係含有涉外要素的情形。實質法上收養制度隨著時代的演進，已經從為家之收養、為親之收養而演變至現代為子女之收養，反映在收養的法律政策上，養子女的最佳利益為收養之最高指導原則，而在立法上，各國多採國家監督主義，公權力介入審查收養有無違背子女利益之指導原則¹。而超越國界的收養，在國際私法的實務上相當頻繁，藉由收養而成立的涉外親子關係，在國際私法的法律政策上，首應保護者，亦為養子女之最佳利益²，此點與實質法之政策應無二致³。

何謂涉外收養關係上之養子女之最佳利益？下則二〇一〇年八月三十一日的新聞報導可謂一絕佳範例：「七年前美國籍的海蒂收養了臺灣六個月大的女嬰Maile，今年為了要讓Maile學好自己出生地的中文，要她不能忘本，所以特地和老公辭了在美國西雅圖的工作來臺定居，帶女兒Maile回臺念書，跨國界又不同種族的領養，使他們更超越了一般母女的感情。一見到媽媽就撲上前要抱抱，媽

¹ 戴炎輝、戴東雄，親屬法，頁400-410，2004年5月；高鳳仙，親屬法——理論與實務，頁280-281，2005年3月5版；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁318-319，2005年5月5版。

² 陳隆修教授早在20年前即針對未成年人的跨國收養，指出：「對未成年人之被收養者利益之考慮，為此類案件中唯一且最高之價值及政策。於英美法因收養皆須經法院之許可，故美國法院視收養為一程序法規……（中略），以求得未成年被收養者最大幸福之保障。」請參見陳隆修，比較國際私法，頁290-291，1989年10月。

³ 劉鐵錚，國際私法上收養問題之比較研究，載：國際私法論叢，頁183，1990年1月。

媽抱起Maile、拍拍她的背，Maile還緊貼著媽媽的臉，緊緊抱著不肯下來，但仔細看，Maile其實是臺灣女孩，媽媽海蒂金髮碧眼，在七年前，Maile被美國籍的海蒂收養，第一眼看到她時就認定是她了。Maile六個月大時就被收養，為了要讓Maile學中文，和老公辭了西雅圖的工作，特地回臺定居，媽媽海蒂的愛表露無疑，怕Maile緊張，不時緊握著Maile的手，Maile也會躲進媽媽的胳臂中撒嬌，也會一筆一畫寫出自己的中文名，還畫出心中媽媽的模樣，講起媽媽，Maile滿臉笑容，跨國界的領養，媽媽海蒂和養女Maile的感情更超出一般母女的愛。」⁴當然，上開報導僅為多數涉外收養案例中的鳳毛麟角，理念上希望所有的涉外收養皆能如同此報導內容一般的圓滿，令人讚賞。

以下，本文將針對藉由一九九三年海牙公約上所揭櫫的各項原則，來說明國際私法上收養的指導原則（貳）。如何將達成涉外收養的子女最佳利益，具體反映在國際私法上的管轄與選法等固有領域，其規則應如何形成，不無檢討之餘地，亦為本文之目的。關於管轄權，我國學界就此部分之探討仍屬有限，本文嘗試從比較法的角度，配合我國大陸法系之體系與本質，針對其法則建構進行初步的檢討（參）。最後，本文將對於準據法的解釋與適用，與立法論一併進行檢討。我國新修正之涉外民事法律適用法於二〇一〇年五月二十六日公布，於二〇一一年五月二十六日開始施行。舊條文第十八條第一項規定，收養之成立及終止，依各該收養者被收養者之本國法。修正後之新條文第五十四條第一項完全承襲舊第十八條第

⁴ 華視新聞網，網址：<http://news.cts.com.tw/cts/general/201008/201008310551979.html>，最後瀏覽日：2010年8月31日。或奇摩新聞網，網址：<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100831/69/2c4qw.html>，最後瀏覽日：2010年8月31日。

一項之規定，並無實質上之變動。這說明了此次修法我國的專家們認為關於涉外收養的選法規則沒有修改的必要，但這種維持收養的成立各依當事人之本國法的分配性適用是否意味著已經能夠符合養子女的最佳利益？又我國涉外收養之裁判實務在解釋與適用上開法條之規定，是否有將分配性適用與累積性適用相混淆的情形？皆為本文檢討之對象（肆）。又針對準據法的適用，在收養人國籍不同時，準據法究應如何適用？我國涉外裁判實務中有直指此係屬法無明文規定之問題。又在當事人的本國法為英美法時，針對英美法上的管轄權決定法律適用（*jurisdictional approach*）的法則，是否得適用反致（隱藏性反致）？我國學說與實務皆有採肯定之見解者，惟其理論基礎為何，並無說明，本文將對這些問題一一檢討（伍），並做結論於最後（陸）。

貳、國際私法上之收養

一、制度之比較

存在收養制度之各國法制，大別之有兩大陣營。第一為契約型，即以當事人之合意作為收養成立之基礎，而法院或其他公權力機關之介入僅為確保養子女之利益而進行審查。第二即為決定型，即收養之成立，完全取決於法院或其他公權力機關之形成判決或決定，否則不得成立⁵。其他，從是否承認收養制度，收養成立後，和原生家庭的親屬關係是否終止等效力問題，各國的實質法規定不同，迭生抵觸，故成為衝突法則規範的對象。

實質法關於收養之指導原則有三：(一)養子女利益；(二)區分未成

⁵ 櫻田嘉章，國際私法，頁289，2006年11月5版。

年子女與成年子女之收養；(三)採公權力介入之監督主義⁶。其中(一)養子女利益之保護和(三)公權力介入監督，可謂國際私法與實質法之共通原理原則，廣為各國所接受。而保護養子女之利益在國際私法上的最佳實踐，在確認保障養子女之最佳利益的前提之下，以儘量使其容易成立為原則，嚴格限制並不符合其法律價值與精神⁷。

二、指導之原則

(一)主要的指導原則

關於跨國間的收養，海牙國際私法會議於一九六五年之「關於收養裁定之管轄權、準據法及承認公約」(Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions；本文下稱「一九六五年海牙公約」)⁸，惟目前並無任何國家簽署或批准⁹。海牙國際私法會議另於一九九三年五月二十九日成立了「關於跨國收養之兒童保護暨合作公約」(Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption；本文下稱「一九九三年海牙收養公約」)，並於一九九五年生效¹⁰，現有中國、德國、奧地利、義大利、希臘、西班牙、法國、比利時、盧森堡、瑞

⁶ 戴炎輝、戴東雄，同註1，頁401-407。

⁷ 此點請參見本文肆對於立法與解釋上的檢討。

⁸ HCCH.net，網址：http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=75，最後瀏覽日：2010年11月6日。關於此公約之成立經緯，請參見劉鐵錚，同註3，頁187-189。

⁹ HCCH.net，網址：http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=75，最後瀏覽日：2010年11月6日。

¹⁰ HCCH.net，網址：http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69，最後瀏覽日：2010年11月6日。

典、芬蘭、丹麥、英美法系國家（英、美、加、澳、紐）與俄羅斯等絕大多數國家批准¹¹。公約內容係為具體實踐一九八九年十一月二十日聯合國兒童權利公約暨聯合國關於兒童保護及福利之社會與法律原則宣言¹²。

一九九三年海牙收養公約的規範可謂將國際私法上收養關係之指導原則予以具體化的最佳範例¹³。在其前言中所揭櫫之公約目的，亦即，為兒童完整且和諧之人格發展，應使其在充滿幸福、愛和諒解的氣氛之下，在家庭環境中成長；每一個國家應該將採取適當措施以確保兒童能維持受到其原生家庭之照顧作為第一要務；跨國收養得提供給在其原生國家得不到合適的家庭環境之兒童一個永久家庭之有利條件；並確信採取確保跨國收養係以子女最佳利益且尊重其基本權利而作成，同時防止綁架、買賣或交易兒童之措施有其必要。

本公約規定一定的規則以確保收養係以子女最佳利益且在尊重養子女之基本權利的基礎上而成立。例如國家必須建立內國機制，確保收養制度之建立；保留子女與其父母之資訊；對於日後可能成為養父母之人為完整的評估；為子女找尋合適的家庭；在必要之處課予保護條款（safeguards）。子女最佳利益這一基本原則應該指引整合性的國家兒童照護系統的發展，其中一部分是以合乎道德倫常且以子女為中心的方式來進行跨國收養。

¹¹ 同前註。

¹² United Nations Convention on the Rights of the Child, G.A. Res. 44/25, UN GAOR, 61st Plenary Meeting, Annex. United Nations Human Rights. Available at <http://www.ohchr.org> (last visited: 2010.11.6).

¹³ 以下所述內容皆係直接引用載於本公約之目的而來，請參見HCCH.net，網址：<http://www.hcch.net/upload/outline33e.pdf>，最後瀏覽日：2010年11月6日。

(二)輔助的指導原則

公約中所謂的輔助原則，係指公約締約國承認子女應盡可能在其原生家庭或（幾代同堂的）大家庭（**extended family**）內成長。如果不可能或不可行，在其原生國內其他替代的永久照護應被考量。只有在內國的解決機制被妥當的考量之後，且只有在其符合子女最佳利益的情況下跨國收養才應被考慮¹⁴。

我國的涉外收養案例中，即有以子女離開原生家庭，難謂符合子女最佳利益為理由，裁定不認可收養的例子。臺北地方法院九十一年度養聲字第二七三號裁定參酌財團法人中華民國兒童福利聯盟文教基金會所做之評估與建議後，認為依被收養人之家庭狀況觀之，其經濟收入、家庭關係皆穩定，被收養人目前並無出養之必要性，且原生家庭係被收養人最熟悉、最感溫暖之處所，有本生父母與生俱來、無由割捨的親情之愛，僅因被收養人生母基於手足之情，而出養於不孕之姊姊即收養人夫婦，令被收養人離開原生家庭，脫離父母照料、愛心及關心，非屬有利被收養人之事項。揆諸「聯合國兒童權益宣言」第六項之規範意旨：「需依照兒童的人格發展階段，盡可能使兒童的父母從旁照料並給予愛心及關心，無任何特殊理由，不得使兒童與父母離開」，而以本件收養缺乏其必要性，如予認可難謂符合被收養人之最佳利益為由，不予認可。

臺灣高等法院在九十一年度家抗字第三三〇號民事裁定，維持原法院不認可收養之裁定，駁回抗告，值得注意的是，臺灣高等法院在其裁定理由四中指摘：「……（前略）因而本件出養純係為了滿足不孕親戚之缺憾，其動機較傾向為滿足大人之需求，忽略孩子在原生家庭與父母、親手足共同生長的需要」，又因抗告人強調被收養人之父母之經濟能力有限，若能讓被收養人○○○由收養人收

¹⁴ 同前註。

養，應符合其最佳之利益云云，臺灣高等法院認為：「然法院對於收養事件，雖亦以被收養人之最佳利益作整體考量，惟此『最佳利益』非以收養人或被收養人之父母之經濟能力為認可之唯一依據，仍須慮及是否對未成年子女之親情認同產生困擾，避免其發生身心上之障礙等不良影響。以是項觀點論，被收養人○○○留在原生家庭應較符合其最佳之利益。」

上開裁定，可謂完全符合一九九三年海牙收養公約所揭櫫的輔助性原則，在成立收養之前，應讓子女盡可能在其原生家庭或（幾代同堂的）大家庭內成長之原則。

相對於前開案例，如國外收養家庭的確能夠提供較原生家庭更為健康的家庭環境，縱使收養契約成立之後原生家庭反悔，我國亦有法院認為由外國養親收養較為符合養子最佳利益之案例。例如臺灣高等法院九十八年度家上字第276號判決¹⁵就我國籍女性與荷蘭籍養父母就其一子一女成立收養契約後，在女兒已經前往荷蘭與養父母共同生活之後，反悔拒絕交付其子前往荷蘭，最主要原因在於被收養人自小係由其母（即被收養人之外祖母）照顧，其母不捨被收養人即其外孫出養，遂由生母向臺北地方法院起訴請求終止收養關係（臺北地方法院九十八年度親字第十二號判決）。惟我國法院就原告、上訴人即生母之生活狀況¹⁶、收養程序並未違反其出養子女意願、上訴人之母（即被收養人之外祖母）本身狀況¹⁷離婚、

¹⁵ 本件判決之上訴，被最高法院99年度臺上字第2059號裁定以上訴理由未能具體指摘原判決所違背法令及其具體內容而遭駁回。

¹⁶ 曾因吸毒而入獄，離婚後與3名不同男子同居而分別生下3名子女，長子與次女之生父不同，且次女之生父又因吸毒入監。且在生母勒戒中，其子女皆由社工安置，而後才成立本件收養。

¹⁷ 上訴人之母，即被收養人之外祖母本身離婚、亦因吸食毒品入獄，所生3名子女中次子因盜匪罪入獄，且未能提出具體照顧被收養人之計畫。

單親家庭及隔代教養等，與收養人收養之目的、職業、收入、住宅、夫妻關係、有無犯罪紀錄與荷蘭政府對未成年人所提供的福利等等狀況為利益衡量，認為應按照收養契約由荷蘭籍收養人收養，方符合被收養人最大利益，維持原審為生母敗訴之判決而駁回上訴，可資贊同。

參、國際裁判管轄

就涉外收養而言，我國學說指出，收養之成立要件既應依各該收養人被收養人之本國法，亦有（修正前）本法第二十九條有關反致規定之適用，例如有住所在我國之美國人收養我國國民時，美國國際私法係採法庭地法主義，此時即應以我國法決定有關該收養人之成立要件¹⁸。查美國法就收養係採法庭地法之真意，在於美國法上，就涉外收養係由管轄權決定一切，有管轄權法院直接適用法庭地實質法，故收養本身並不成為選法的對象¹⁹。管轄權係屬程序問題，反致則為法律適用問題，兩者之間在理論上如何交相連結而得到可以適用我國法的結論？其中論理過程為何，實不無檢討之餘地。本文將在伍、三，反致與隱藏性反致中檢討。此處暫將理論上之是非暫擱一旁，我國學說既然認為對英美法有反致之適用，則其前提必先確定我國法院之管轄權問題，否則論理上不可能適用反致（隱藏性反致）。惟我國的實務與學說就涉外收養的管轄問題有加

¹⁸ 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，頁429，2010年9月5版。

¹⁹ “The conflict of laws issues involved relate, first, to the particular court’s jurisdiction to grant an adoption and, second, to the effects (incidents) of the adoption in another forum. Choice of law issues are not involved in the adoption itself as the court applies the law of the forum”, see EUGENE F. SCOLES & PETER H. HAY, CONFLICT OF LAWS 559 (2d ed. 1992).

以論述者稀，本文嘗試論述如下：

一、理論之根據

國際裁判管轄，直接規範法庭地國之法院對於一涉外民商訴訟事件（本文下稱「涉外民事事件」）有無管轄權者，為直接的國際裁判管轄（本文下稱「直接管轄」），在學理上的性質為審理管轄，係一種行為規範。而法庭地國之法院是否承認他國之判決，首要判斷判決國法院對該當事件是否有管轄權者，為間接的國際裁判管轄（本文下稱「間接管轄」），在學理上的性質為承認管轄，係一種評價規範，我國民事訴訟法第四〇二條第一項第一款即是間接的國際管轄之明文規範²⁰。

國際裁判管轄權之意義，在於決定受訴法院對於該當涉外民事事件，有無進行實體審理的權限。無國際裁判管轄權之法院，即表示其訴訟要件有欠缺，程序不合法，對於該當涉外民事事件即無進行實體審理之權限。倘法院仍進行審理，其程序不僅違法，其實體判決為一有瑕疵的判決。

國際裁判管轄的決定，即等同於法庭地國的決定，而法庭地國的決定，即意味著國際私法選法規則的決定。例如，倘若我國法院就一涉外民事事件具有國際裁判管轄權時，適用在該當案件實體法律關係之準據法，即必須依照我國涉外民事法律適用法來決定準據法，斷無適用外國選法規則之可能。國際裁判管轄既然決定法庭地國之所在，其實同時意味著必須適用法庭地國的程序法。依照大陸法系國家的民事程序法上「先程序後實體」原則，國際裁判管轄的

²⁰ 間接的國際裁判管轄與直接的國際裁判管轄之間的關係，尤其是關於具體判斷基準的問題，請參見蔡華凱，國際裁判管轄總論之研究——以財產關係訴訟為中心，中正法學集刊，17期，頁14-17，2004年11月。

問題性質上屬於程序問題，為訴訟要件之一，乃法院應依職權調查（*sua sponte*）之事項，亦即不待當事人程序上有所主張或抗辯，法院即應主動調查。訴訟要件若有欠缺，法院的程序即不合法，不應為實體審理（故不生選擇準據法的問題），故亦不應為實體判決。

至於選法，我國法院就涉外民事事件之涉外性的判斷，應依職權為之（*ex officio*），不問當事人在訴訟上有無主張，法院應針對涉外民事事件依職權適用涉外民事法律適用法來選擇準據法，此所謂國際私法上的強行性原則，為我國現行制度所採，亦為最高法院為數不少的判決一再強調²¹。

值得注意的是，最近最高法院就法院在處理涉外案件的方法上，與過去僅強調必須依照涉外民事法律適用法選擇準據法有所不同，亦要求下級法院必須先決定管轄權的問題，例如最高法院九十八年度臺上字第二二五九號判決謂：「又民事事件涉及外國人或外國地者，為涉外民事事件，內國法院應先確定有國際管轄權，始得受理，次依內國法之規定或概念，就爭執之法律關係予以定性後，決定應適用之法律（即準據法）。……（後略）」

綜上，倘若我國法院為涉外案件的受訴法院，從國際裁判管轄之有無到準據法的選擇，皆為法院應依職權為調查與進行之事項，不問當事人在訴訟上有無主張或抗辯。此一國際私法與國際民事程序法基礎理論上的原理原則，同時適用在涉外財產與涉外身分案件，當然包括本文所論及之涉外收養的程序問題。

²¹ 關於最高法院指摘下級法院處理涉外民事事件，未依照涉外民事法律適用法選擇準據法而直接適用我國民商實質法的整理與分析，請參見蔡華凱，外國法的主張、適用與證明——兼論國際私法選法強行性之緩和，東海大學法學研究，24期，頁189-190，2006年6月。

二、決定的方法

關於國際民事事件的裁判管轄權問題，現行國際法上尚未確立明確的規則，除了歐盟的區域性國際民事程序規範²²以外，尚無成熟之國際習慣法存在。因此，在現實上必須任由各國國內法，亦即國際私法或國際民事程序法來加以規整。若干國家對此部分已予以立法²³，或最近始完成立法化²⁴。我國目前尚無直接法源，仍然處

²² 歐盟對於婚姻暨親子關係事件的國際裁判管轄另定了理事會規則：Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgment in Matrimonial and in Matters of Parental Responsibility for Children of both Spouses, O.J. 2000, L160/19. 關於其官方解釋報告書請參見由Borras博士所撰寫之報告書，O.J.1998, C221/27. 但因法國於2000年7月提案增列超國界探視權（cross-border visiting rights）以及歐盟委員會（Commission）於2001年9月提出關於親權的修正案，將公約的適用範圍為從婚姻暨親子關係擴大適用到未必具有婚姻關係之「父母責任」，歐盟則以新的規則「關於婚姻暨父母責任之管轄及裁判之承認與執行理事會規則」（Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility, repealing Council Regulation (EC) No 1347 /2000, O.J. 2003, L338/1）加以取代，簡稱為「新布魯塞爾規則IIA」（the new Brussels Regulation II or the Brussels II bis）。又除本文前述的各項立法以外，其他關於歐盟國際私法或國際民事程序法之相關立法，都可以在下列網站上取得資料：<http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>或http://www.simonslaw.com/instrument/links.asp?TI_Nr=1，最後瀏覽日：2010年11月6日。

²³ 例如瑞士法，請參閱劉鐵錚等，瑞士新國際私法之研究，1991年10月；關於比利時法，請參閱林恩璋，國際管轄權理論的法典化省思——以比利時國際私法新法典為例，財產法暨經濟法雜誌，4期，頁169-217，2005年12月；韓國的修法，請參閱Kyung-Han Sohn, *New Private International Law in Korea*, 國際私法年報（2001），頁267-496，2002年2月。

²⁴ 日本除了新修正的選法規則「法適用通則法（法の適用に関する通則法）」，於2007年開始施行之外，國際裁判管轄的立法亦已經藉由民事訴訟法的修正而立法化，關於此次法律案、法律案要綱、理由和新舊條文對照，

於法律欠缺的狀態，在規範模式上，有待裁判實務與學說承擔造法的任務。

我國之學說，對於財產關係訴訟之國際裁判管轄在我國法上，包括涉外民事法律適用法與民事訴訟法、非訟事件法等民事程序法欠缺成文規定一點，應無異說。而對於其決定方法，學說百家爭鳴²⁵，縱有主張應該依照國際民事訴訟法之法理決定之見解²⁶，惟學說與涉外裁判之多數係採類推適用說（或逆推知說），亦即主張應類推適用我國民事訴訟法上關於土地管轄之規定²⁷。

國際裁判管轄之決定，應基於當事人訴訟程序上之公平、裁判的正當與迅速等國際民事程序法上的法理為之，在欠缺明文規定，而處於法律欠缺的現況之下，民事程序法（民事訴訟法或非訟事件法等）的土地管轄規定或國際規範上的規定，皆可作為國際裁判管轄的法理內容，惟當民事程序法上的管轄規定適用在具體個案，發生有違反當事人之間的公平，裁判的正當等情事時，我國法院應該例外地否定國際裁判管轄，駁回原告之訴。

關於涉外收養案件的管轄判斷，最重要者即為被收養人之最佳利益，是故當事人如有濫用管轄選擇權而違反被收養人之利益之情事者，縱使我國之民事程序法的土地管轄上有得以類推之管轄權基礎，我國法院即可以在我國法院審理有違反當事人之公平、裁判的

請參見日本法務省官方網站：http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00034.html，最後瀏覽日：2011年8月31日。

25 關於涉外財產訴訟之國際裁判管轄之決定，以及具有代表性學說之具體內容，請參見林秀雄，國際裁判管轄權——以財產案件為中心，載：國際私法理論與實踐（一）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，頁120-135，1998年9月；蔡華凱，同註20，頁17-21。

26 林秀雄，同前註，頁128。本文在結論上亦採此說。

27 林益山，國際裁判管轄權衝突之研究，載：國際私法新論，頁120、124-128，1995年6月；劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁670。

正當與程序的迅速之國際民事程序法的法理為理由，駁回當事人之聲請。

三、管轄權基礎

關於收養的命令或裁定之國際裁判管轄究竟應如何決定，不無檢討之餘地。前述一九六五年之海牙公約，就收養命令之管轄權基礎，得以收養人或其配偶之慣居地，抑或收養者或其配偶之國籍；倘若配偶欲收養時，則必須其共同慣居地國或共同國籍國之法院為聲請，否則配偶不得依照本公約而為收養²⁸。

在大陸法系國家的理論上，僅以收養關係的成立之法院程序而言，在日本的學說上有被收養人（養子）的住所地管轄說、收養人或被收養人的住所地管轄說和本國管轄說等²⁹。針對養親子關係的創設與形成，考量被收養人之最佳利益等問題，日本的學說與實務上的最大公約數，係以收養關係之當事人的住所地或慣居地為管轄基礎。亦即以收養人（養親）或被收養人（養子女）之住所地國、慣居地國法院有國際裁判管轄權³⁰，其理由在於收養人的住所地，多為收養關係成立後養親和養子女共同生活的地點；而被收養人的住所，則係因可從養子女及其生父母的生活環境來判斷收養關係是否符合養子女的最佳利益³¹。上開見解，可供同為大陸法系之我國作為參考。

就我國法制的理論建構與解釋而言，我國非訟事件法第一三三

²⁸ 劉鐵錚，同註3，頁189-190。

²⁹ 西島太一，養子縁組の國際裁判管轄，載：國際私法判例百選，頁184，2004年7月。

³⁰ 同前註，頁184；矢澤昇治，養子縁組，載：基本法コンメンタール國際私法，頁123，1994年5月。

³¹ 本間靖規、中野俊一郎、酒井一，國際民事手続法，頁83，2005年9月。

條針對聲請認可收養子女事件之聲請人與管轄法院，在第一項規定民法第一〇七九條第一項所定認可收養子女事件，由收養人住所地之法院管轄；收養人在中華民國無住所者，由被收養人住所地或所在地之法院管轄。又針對收養無效、終止收養無效或撤銷收養，與確認收養關係成立或不成立，及終止收養關係或撤銷終止收養之訴，我國民事訴訟法第五八三條係以養父母之住所地或其死亡時住所地之法院專屬管轄。原則上與前述比較法上之原理原則相吻合，可以作為我國國際裁判管轄的法理中之管轄權基礎，或無問題。

本文所檢討的諸多我國涉外收養的實務裁判，多有適用涉外民事法律適用法選擇準據法，惟鮮少針對國際裁判管轄的問題有論述者。其中，在臺灣高等法院臺中分院九十二年度家抗字第十三號裁定中，未滿七歲之我國籍男童之生母（我國籍）與韓國籍男子結婚後，韓國籍後父欲收養該男童的案件中，臺灣高等法院臺中分院雖就準據法的部分有相當篇幅的論述，顯示同法院就本件涉外性之認定毫無問題，惟就國際裁判管轄的問題，卻完全適用國內法亦即非訟事件法上的規定在涉外事件上，方法上不無問題：「按聲請認可收養子女事件，由收養人住所地之法院管轄。非訟事件之管轄，法院依住所而定者，在中華民國無住所或住所不明者，以中華民國之居所，視為住所；無居所或居所不明者，以其在中華民國最後之住所視為住所。無最後住所者，以財產所在地或最高法院所指定之法院為管轄法院。非訟事件法第七十五條之一第二項、第二條第一項及第三項分別定有明文。本件收養人韓基成為韓國人，於中華民國臺灣地區從未設定任何住所或居所，亦無任何財產在此，則依據上開法條之規定，本件聲請認可收養子女事件自須由最高法院指定管轄法院。而本件相對人已先依法具狀聲請最高法院指定管轄法院，並獲最高法院以九十一年度臺聲字第五五六號民事裁定指定由原法院即臺灣臺中地方法院管轄，此有最高法院民事裁定一份附卷可稽

（見原審卷第六、七頁），是本件認可收養事件原法院自有管轄權，合先敘明。」

觀上開裁定理由，本件似乎將國內事件之土地管轄與涉外事件之國際裁判管轄兩者交相混淆，在方法上頗值商榷。

肆、準據法之決定

一、問題的提起

本文就我國涉外收養的裁判實務進行調查，發現一個共同的問題點，即是對修正前涉外民事法律適用法第十八條的錯誤解釋與適用問題。以臺灣高等法院八十二年度家抗字第四號裁定中，我國籍男子與印尼籍女子結婚後，欲收養妻之子，最後我國法院以我國籍男子年齡已經超過四十五歲，違反印尼法所要求收養人不得年逾四十五歲，而印尼籍養子已經超過五歲，違反印尼法養子必須未滿五歲的規定為理由，不認可收養。

有問題者，為何我國籍的收養人之年齡必須受印尼法上之拘束？臺灣高等法院對涉外民事法律適用法第十八條之解釋，裁定理由謂：「一、按收養外國人為養子者，其收養之成立應依該外國人之本國法，觀涉外民事法律適用法第十八條第一項規定自明。苟依該外國人之本國法，收養不合法者，法院應不予認可其收養。

二、本件抗告人○○○收養抗告人○○○為養子，固經抗告人○○○之法定代理人陳安榮同意，並訂有書面契約。惟查抗告人○○○為印尼人，持有印尼護照，在臺居住並未設籍。依印尼法律規定，收養事件之被收養人須未滿五歲，收養人須滿二十五歲未逾四十五歲，而查抗告人○○○已逾四十五歲，抗告人○○○已滿五歲，是抗告人○○○收養抗告人○○○，並不合乎印尼法律規定，

依首開說明，法院應不認可其收養。至於抗告人○○○之母○○○已與抗告人○○○結婚，取得我國籍，並不影響抗告人○○○仍為印尼人，本件收養仍不得排除印尼法律之適用，抗告人○○○有收養抗告人○○○之必要，並不能使本件收養變為合法。原法院裁定駁回抗告人認可收養之聲請，並無不合。抗告意旨求予廢棄原裁定，非有理由。」

按舊涉外民事法律適用法第十八條對於收養之成立，規定「依各該收養者被收養者之本國法」，此規定在立法上究係為分配性的適用抑或累積性的適用？如係分配性的適用，收養人即我國籍之養父所適用之法律即應以我國法為準即可，無須適用印尼法上收養人必須未逾四十五歲之規定。若解為收養人和被收養人必須同時符合我國法和印尼法的規定，則顯係累積性的適用。臺灣高等法院所採之解釋，為「按收養外國人為養子者，其收養之成立應依該外國人之本國法」，故倘若該外國人之本國法，收養不合法者，法院應不予認可其收養，將外國收養法的要件適用於被收養人固無問題，但亦適用在我國籍收養人則成累積性的適用，是否妥當，不無疑問。

上開臺灣高等法院八十二年度家抗字第四號裁定，並非單一之個案，我國其他涉外收養案例中對於舊涉外民事法律適用法第十八條所採之解釋，與上開裁定相同者所在多有，此一問題同時涉及就涉外收養之立法論上的檢討，此種立法是否容易引起誤會，有違國際私法上對於涉外收養之本旨？抑或是我國法院裁判實務，普遍錯誤解釋適用法規的問題？實有加以檢討之必要。

二、立法與解釋

如本節(三)後述，我國的代表性學說指出，(舊)涉外民事法律適用法第十八條第一項係採日本舊國際私法「法例」第十九條第一項之立法，為分別適用主義(即下述分配性適用)。何謂分別適用

主義？此乃正確解釋本條之關鍵，茲分析於下：

(一) 準據法之連結方法

傳統的國際私法選法規則，多採單一連結因素的立法方式，尤其傳統上以有關身分與能力之選法規則，多以當事人之本國法為準據法，此種本國法主義，即是一種典型的單一連結因素。涉外民事法律適用法的規定中，有許多單一的連結因素。例如以人的本國、物之所在地等單一的連結因素為媒介來決定準據法。這種方法，係基於下列的觀念而來，即國際私法從具有關聯性之複數國家當中選出「關係最切之國（或法域）」，來作為適用在該當涉外法律關係的中心地法。而在早期的國際私法學說中認為，此種所謂涉外法律關係的中心地，係一種獨一無二的、唯一的地點³²。

惟在現實中，以此種唯一的、獨一無二的中心地來作為媒介之連結因素來決定所有個別的法律關係，在現實上其實相當困難。是故，預先設定一個單一的連結因素來決定準據法，在現代的選法理論上早被認為不當，在方法上，應考慮複數連結因素來決定準據法之方法，晚近已為許多國家在學說理論上與立法上所採。而複數的連結方法，基本上有數種態樣，依照學者個人的分類有所不同³³，本文僅以不具爭議性且具共同性者區分為下列幾種³⁴：

³² 木棚照一，國際私法概說，載：基本法コンメンタール國際私法，頁2，1994年5月。

³³ 例如木棚教授區分為單純性連結、分配性連結、累積性連結、選擇性連結與階段性連結五種，參見同前註，頁2-4；溜池良夫教授則區分為分配性連結、累積性連結、選擇性連結、階段性連結、任意性連結、補充性連結與加重性連結七種，請參見溜池良夫，國際私法講義，頁84-87，2005年5月3版。

³⁴ 我國的教科書中有提及者，請參見李後政，涉外民事法律適用法，頁46-52，2010年10月5月。

1. 分配性連結（適用）

所謂分配性的連結（適用），係指單一的法律關係，被兩個連結因素分別、各別連結到兩個準據法³⁵。最典型的例子即為舊涉外民事法律適用法第十一條關於婚姻成立的要件，第一項規定，婚姻之成立要件，依各當事人之本國法。換言之，婚姻有效成立，為夫者必須滿足夫之本國法所定之要件；為妻者，必須滿足妻之本國法所定之要件³⁶。故此一單一的法律關係（婚姻），被兩個連結因素（夫之國籍與妻之國籍）各別、分別連結到兩個準據法（夫之本國法與妻之本國法）者，即為「分配性適用」（*distributive Anknüpfung*）之立法方式。

2. 累積性連結（適用）

所謂累積連結，係指單一的法律關係，被連結到複數的準據法，必須重複的、累積的適用這些複數的準據法之立法方式，故又被稱為重複的適用³⁷。此種規定的適用，必須同時滿足複數法域的法律所規定的要件，否則該法律關係不成立。

最典型的例子，即為舊涉外民事法律適用法第九條之規定：「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。」依此規定，侵權行為必須同時滿足侵權行為地法和我國法的要件，否則不成立國際私法上的侵權行為³⁸，此條規定係採日本舊國際私法「法例」之立法³⁹。日本學者

³⁵ 溜池良夫，同註33，頁84。

³⁶ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁374。日本舊法例第13條第1項關於婚姻的成立要件與我國舊涉外民事法律適用法第11條第1項之規定完全相同，解釋上與我國法一致，溜池良夫，同註33，頁84-85；木棚照一，同註32，頁2。

³⁷ 溜池良夫，同註33，頁84；木棚照一，同註32，頁3。

³⁸ 此種累積適用之立法例，在國際社會上迭遭批評，許多國家已經揚棄此種累積性之立法，我國修正後之現行涉外民事法律適用法第25條亦已不採。

指出此種立法即為典型的累積性的連結（cumulative Anknüpfung）或「重複性的連結」（häufende Anknüpfung）⁴⁰，惟我國有學說將之稱為「法庭地法與侵權行為地法併用主義」⁴¹。

3. 選擇性連結（適用）

所謂選擇性的連結，係指對於特定法律關係的成立，列舉應連結之複數準據法，只要符合其中任何之一的準據法上所規定的要件，該法律關係即為成立⁴²。例如涉外民事法律適用法第五條第一項前段規定，法律行為的方式，依其行為之效力之準據法，在但書卻又規定依行為地法之方式亦為有效。換言之，法律行為的方式依照法律行為的效力的準據法抑或是行為地法得為選擇，只要滿足二個法其中之一的要件，該當法律行為的方式即為有效。立法上可謂採兩者擇一式的適用。

此種方法即是選擇性的連結或擇一性的連結（alternative Anknüpfung），藉由此種連結方式俾使法律關係容易成立之立法原則，稱為優遇（Günstigkeitsprinzip）⁴³。

4. 階段性連結（補充性連結）

階段性的連結（適用）云者，就該當涉外法律關係，列舉應連結的複數準據法並就此複數的準據法予以階段性的順序排列加以適用。換言之，應先適用第一階段的連結因素而無法以第一階段的連結因素決定準據法時，始適用第二階段的連結因素，在無法依照第二階段的連結因素決定準據法時，則適用第三階段的連結因素，依

³⁹ 此條之規定係採日本舊法例之立法例，請參見劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁347。

⁴⁰ 溜池良夫，同註33，頁84；木棚照一，同註32，頁3。

⁴¹ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁343。

⁴² 溜池良夫，同註33，頁85；木棚照一，同註32，頁3。

⁴³ 溜池良夫，同註33，頁85。

此順序而下決定準據法。

例如修正前涉外民事法律適用法第二十七條第一項規定，依本法應適用當事人本國法，而當事人無國籍時，依其住所地法，住所不明時，依其居所地法。又例如修正後涉外民事法律適用法第四十七條規定婚姻之效力，依夫妻共同之本國法；無共同之本國法時，依共同之住所地法；無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。

此種連結方式，學理上稱之為階段性連結（*Kaskadenanknüpfung*）或補充性連結（*subsidiäre Anknüpfung*），而以此種連結方式為選擇準據法之立法，則被稱為階段性的適用（*Anknüpfungleiter*）或step-by-step approach⁴⁴。

5. 任意性連結（適用）

任意性的適用（*facultative Anknüpfung*），係指對於法律關係的成立與效力，應連結之準據法係以當事人任意的選擇來決定之謂。準此，凡以當事人意思自主原則為選法之基礎者皆屬之。最典型的當然以舊涉外民事法律適用法第六條第一項（修正後新法第二十條第一項）關於契約之準據法規定；又例如修正後新法第三十一條非因法律行為而生之債，其當事人於中華民國法院起訴後合意適用中華民國法律者，適用中華民國法律。皆為任意性適用之例。

(二) 日本之立法與解釋

日本一九八九年之前的舊國際私法選法規則「法例」，關於涉外收養之第十九條第一項規定：「養子縁組ノ要件ハ各当事者ニ付キ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム」，本文將其漢譯為：「收養之要件對各當事人依其本國法定之。」就此規定，日本的學說通說皆認係

⁴⁴ 溜池良夫，同註33，頁86。

就雙方當事人的本國法採分配性的適用，解釋上養親適用其本國法，養子女適用其本國法，收養即可成立，但在實務上此種分配性的適用往往被誤解為累積性的適用，反而使其適用複雜化而阻礙收養關係的成立，日本遂在一九八九年全面修改涉外身分關係的準據法規定時，改採原則上以養親之本國法為原則之立法⁴⁵，並為二〇〇七年該國新國際私法「法適用通則法」所繼受。

由上述可知，我國舊涉外民事法律適用法第十八條第一項的規定，顯係以日本舊法例之規定為立法例，係以收養者與被收養者各自的本國法為分配性的適用，關於其詳細內容，於下後述。

(三)我國之立法與解釋

我國新修正之涉外民事法律適用法於二〇一〇年五月二十六日公布，於二〇一一年五月二十六日開始施行⁴⁶。舊條文第十八條對於收養之成立終止及效力規定，收養之成立及終止，依各該收養者被收養者之本國法（第一項）；收養之效力，依收養者之本國法（第二項）。修正後之新條文第五十四條第一項完全承襲舊第十八條第一項外，僅於第二項將修正前條文「收養之效力」增為「收養及其終止之效力」⁴⁷而已，並無實質上之變動⁴⁸。

⁴⁵ 溜池良夫，同註33，頁505；櫻田嘉章，同註5，頁290；木棚照一、松岡博、渡辺惺之，國際私法概論，頁233-234，2007年6月5版；出口耕自，基本論點國際私法，頁134-135，1996年4月；矢澤昇治，同註30，頁120。

⁴⁶ 新法條文，請參考司法院網站法學資料檢索系統，網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，最後瀏覽日：2010年11月6日。

⁴⁷ 本條修正理由三謂：「現行條文第2項僅就收養之效力，規定應依收養者之本國法，然收養終止之效力，亦有依同一法律決定之必要。爰予以增列，以利法律之適用。」

⁴⁸ 徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌，160期，頁151，2008年9月。

關於舊法第十八條第一項之立法與解釋，究係分別適用抑或累積適用，我國學者在文獻上不乏明確解釋者。其中，劉甲一教授指出：「此係並行適用，不是累積適用，所以關於收養之成立，就收養人之要件適用收養人之本國法，就被收養人之適用被收養人之本國法。」⁴⁹劉鐵錚教授則認為此係仿照日本舊國際私法選法規則「法例」第十九條第一項之規定，採「分別適用主義」⁵⁰。徐慧怡教授亦採分別適用說⁵¹。林益山教授雖未明言本條係採分別適用說，惟其在月旦法學教室之實例解說，顯係採分別適用之見解⁵²。此外，李後政教授亦認為我國之規定係採分配性適用之立法⁵³。惟何謂分別適用主義？劉鐵錚教授指出：「以法律行為之成立，各以其當事人之本國法，論其行為成立，若雙方皆為成立者，則法律行為成立。對於收養之成立而言，收養者須具備收養者本國法之收養成立要件，而被收養者須具備其本國法之被收養要件，若雙方皆為具備，則收養成立。採行此說者，如我國、日本、希臘、布氏法典等是。」⁵⁴

49 劉甲一，國際私法，頁310，1995年3月再版。

50 劉鐵錚，同註3，頁176。

51 徐慧怡，同註48，頁151。

52 林益山，收養之準據法，月旦法學雜誌，74期，頁29，2001年7月。

53 李後政，同註34，頁366。惟必須注意的是，在同書同頁中指出，分配性適用主義有一方要件（一方障礙事由）與雙方要件（雙方障礙事由），並針對收養關係中何為一方要件何為雙方要件作出區別，惟其根據為何似欠說明，區分基準並不明確。日本的學說指出，一方要件與雙方要件之區別本非絕對，且容易將分配性適用主義混淆成累積性適用主義。見溜池良夫，同註33，頁422。此正為本文所指摘之最主要的問題之所在，故本文不採分配性適用主義中所謂一方要件與雙方要件之區別，其理論根據與區分基準皆欠缺明確，徒增解釋與適用之複雜化。

54 劉鐵錚，同註3，頁176。

至於何謂累積適用？劉鐵錚教授指出：「謂法律行為之成立，須完全符合雙方當事人之本國法規定，始能成立。若符合一方之成立要件，而不符合另一方之成立要件，則法律行為不能成立。依此說而論，收養之成立，必須完全具備收養者與被收養者之本國法規定，故對於收養之要件與被收養之要件，雙方當事國法皆須一一考慮，惟其完全具備，始為成立，此說又稱為併用主義或併行適用主義。」

惟值得注意的是，在法律用語上，累積性適用與並行（併行）適用在我國學說有時似乎是相互代用的。如前所述，劉鐵錚教授在早期的大作明確解釋舊涉外民事法律適用法第十八條第一項係採分別適用主義，但在與陳榮傳教授合著的大作國際私法論中，雖然維持同條係採日本之立法例，在用語上卻改採「並行適用」之用語⁵⁵。而所謂「並行適用」，同書解釋其為distributive⁵⁶，而與累積適用說（cumulative）加以區別。準此言之，此所謂「並行適用」（distributive）之概念，即應該當劉鐵錚教授前開「分別適用」，在概念上係屬同一才對。

綜上，可以得知，我國學者所謂分別適用主義，與本節(一)所整理日本法上所謂「分配性適用」（distributive Anknüpfung）之概念是一致的，且我國之立法係採日本之立法例，針對涉外收養的選法，係採分別適用無誤，解釋上收養者依照收養者之本國法，被收養者依照被收養者之本國法，各自符合其本國法上所規定之要件時，收養即可成立。準此，上開臺灣高等法院八十二年度家抗字第四號裁定將分別適用致立法解釋上與「累積性適用」交相混淆，以

⁵⁵ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁426。

⁵⁶ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁425；採並行適用之用語，見陳榮傳，涉外與涉陸收養準據法之研究，臺北大學法學論叢，66期，頁139-181，2008年6月。

我國籍收養者不符合被收養者之本國法（印尼國）法律上關於年齡之限制，或有可議。

三、分析與檢討

（一）我國之裁判實務

我國的涉外收養裁判實務，在解釋與適用舊涉外民事法律適用法第十八條第一項的案例中，本文調查所及，不論臺灣高等法院或地方法院的裁判，幾乎皆有前述將分別適用與累積性的適用混淆之現象，而非採取上述分別適用的解釋。其結果，收養人與被收養人必須同時符合自己和對方之本國法，只要不符合其中一方本國法之要件，收養即不被我國法院認可。以下，本文就臺灣高等法院之案例為對象舉例於下：

在臺灣高等法院的案例中，臺中分院九十六年度非抗字第三七〇號裁定即採取了累積適用的解釋，謂：「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第一項定有明文。查本件再抗告人即收養人乙○○係中華民國人，再抗告人即被收養人詹洛桑為尼泊爾國人，此有再抗告人於原審提出之戶籍謄本及被收養人身分證明文件影本各一份附於原審卷宗為證，是依前揭涉外民事法律適用法第十八條第一項之規定，本件收養之成立與否，應依各該收養人暨（底線為本文作者所加）被收養人之本國法，亦即應依我國民法親屬編關於收養之相關規定，與尼泊爾國關於收養之相關法律規定為斷。」以我國籍婦人年齡違反尼泊爾收養法上的年齡上限限制為理由，駁回再抗告，維持原法院駁回聲請收養之裁定。又如臺中分院九十四年度家抗字第六十三號裁定引用了法務部七十一律字第一四七八八號函，解釋涉外民事法律適用法第十八條第一項的適用，謂：「按收養事件，其中一方為外

國人者，依涉外民事法律適用法第十八條第一項之規定，收養之成立及終止，依各該收養者、被收養者之本國法。即收養者須符合其本國法養親及關於養親養子雙方之要件；被收養者亦須符合其本國法養子及關於養親養子雙方之要件，始能成立收養之關係⁵⁷，而不認可美國籍與我國籍夫婦收養我國籍兒童之聲請；而在一件同為我國籍的夫婦聲請收養印尼籍兒童的案件，臺灣高等法院九十三年度家抗字第五十八號裁定謂：「次按涉外民事法律適用法第十八條第一項明定成立涉外收養，應同時（底線為本文作者所加）該當收養者及被收養者之本國法有關涉外收養成立要件之規定。抗告人謂妻從夫籍，夫為家長，應僅以養父之本國法為準據法云云，顯有誤會，不足採用。」而駁回了當事人對桃園地方法院九十二年度養聲字第三二三號裁定的抗告⁵⁸。

倘若我國法院依照立法本旨為正確解釋，採取分別適用的方法，於結果有無直接的影響？答案是肯定的。雖非絕對，但對於促進涉外收養關係之成立應有正面之幫助。例如上開臺灣高等法院臺

57 本件裁定在方法上特別的是，收養人之一為美國籍，臺中高分院以一句美國法係採法庭地法，故依反致之規定，得到準據法應適用我國法的結論，關於此點，本文將在伍、三檢討。

58 其他採取此種解釋之案例所在多有，限於篇幅，無法一一列舉。例如臺灣高等法院92年度家抗字第13號裁定，不但採取累積適用的解釋，在無反致的適用情況之下，累積適用我國國際私法和韓國國際私法關於收養準據法，可謂完全與國際私法準據法選擇的基礎理論脫軌，在其裁定理由二謂：「而我國涉外民事法律適用法第18條第1、2項規定……（中略）。」「而韓國『涉外私法』第4條、第21條分別規定：『須依據當事人本國法律處理之情況，適用其本國法，須以韓國法律處理之情況，則適用韓國法律』；『收養條件依各當事人本國法之相關規定訂之；收養之效力及棄養適用養親之本國法律規定』（……中略）。故本件收養之成立須同時符合我國及韓國有關收養之法律要件，方得予以認可。」結論上雖然認可韓國籍繼父收養我國籍繼子，可茲贊同，但法學方法實在可議。

中分院九十六年度非抗字第三七〇號裁定中，倘若臺灣高等法院正確地採取分配性的適用，則再抗告人（收養人之我國女性），其準據法僅須適用我國法而不須適用尼泊爾法律，則我國民法對於收養人的年齡並無上限之限制（本件法院適用尼泊爾法律認為收養人年齡七十五歲違反該國法律之規定），其結果將可使本件收養順利成立。臺灣高等法院九十三年度家抗字第五十八號裁定中，我國籍男性迎娶印尼籍女性，欲收養其子，惟法院累積適用的結果，認為印尼法律規定養父母有婚姻狀況者，必須有五年的婚姻生活，以此為理由駁回收養之聲請，在分別適用的方法下，我國籍養父將僅適用我國民法上之規定即可，而不須受印尼法婚姻必須五年之限制。

如前所述，舊涉外民事法律適用法第十八條第一項在修正後，新法第五十四條第一項可謂完全承繼修正前的條文規定與理論架構，實質上並無變動。惟我國實務長久以來將採分別適用主義的立法，解釋成累積性適用，並就涉外收養的成立錯誤地採必須同時適用收養人與被收養人的本國法，只要不符合任何一方的本國法規定，即不認可收養之聲請，對於涉外收養關係的成立，有害而無益，我國法院應就此錯誤解釋法律規定之問題應予以認識並重新檢討。

（二）立法論之比較

修正後之新涉外民事法律適用法第五十四條第一項的規定，完全承繼了舊法第十八條第一項的規定，在解釋與理論架構上仍然維持日本舊國際私法之立法例。這或許說明了對於此次修法我國的專家們認為關於涉外收養的選法規則沒有修改的必要，但這種維持收養的成立各依當事人之本國法的分配性適用是否意味著已經能夠符

合養子女的最佳利益，而全無檢討之餘地⁵⁹？

作為我國上開條文規定藍本的日本舊國際私法本身，在一九八九年的修正時已經廢除了這種分別（分配）性的適用。日本在一九八九年（平成元年）六月的第一一四國會，成立了以關於修正婚姻暨親子關係準據法為目的之「修正部分法例之法律（法例の一部を改正する法律）」，並在同月二十八日公布，於翌年一九九〇年開始施行。該次針對涉外身分準據法的修正，包括收養，其目的在於「將兩性平等原則落實在衝突法規則，謀求準據法的決定之國際統一，藉由使決定準據法的方法容易化而達成使其身分關係成立之容易化。」⁶⁰

在一九八六年（昭和六十一年）由該國法務省民事局參事官室所公布之「關於法例修正之中間報告」，即確立了收養關係之成立，以養親的屬人法為準據法為原則，但倘若養子的本國法對於其出養有以養子或其他第三人的同意或公家機關的認可為要件時，必須符合養子本國法上所定之要件之基本架構⁶¹。此種方法，係參考

⁵⁹ 徐慧怡教授亦有相同之指摘，謂修正草案在2003年11月11日之版本即以養父母之本國法為準據法，惟不知何故在2007年12月之版本則改回與現行法相同之規定。徐慧怡，同註48，頁151。

⁶⁰ 南敏文，改正法例の解説，頁40-41，1992年5月。南敏文現為東京高等裁判所之審判長，在1989年日本修正法例時任職日本法務省民事局課長，參與修法之全過程，因此本書中之敘述與紀錄對於當年修法的全貌有極高之權威性。

⁶¹ 在中間報告公布之後，由法制審議會彙整日本法院中15個廳、日本律師公會、日本婦女法律家協會和學者等提出之意見後，於1988年（昭和63年）由該國法務省民事局參事官室公布「關於婚姻暨親子之法例修正要綱試案（婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案）」，其中對於收養的部分，仍維持上述之基本架構之外，還增加了養子與其生父母等血統上之家族之親屬關係之終了，依收養關係所適用之法律；收養關係之消滅，依收養關係所適用之法律等兩項選法規定。在彙整日本全國的高等法院、地方法院與家事法院、日本律師公會及其他法曹團體、大學、各地方戶籍事務協議會及與國際

前述海牙一九六五年公約第四條、第五條而來⁶²。

日本舊法修正案針對廢止分配性的連結方法，最主要之理由，即在於其阻礙了上述「藉由使決定準據法的方法容易化而達成身分關係成立之容易化」之修法目的，是故，僅就婚姻的實質成立要件還保留分配性的適用，但針對收養及認領，在連結方法上廢止分配性的適用，改採選擇性的連結⁶³。其理由在於，國際社會上，對於收養之實質法各國規定不一，最主要分為收養契約型與公家機關決定型兩大主義，採用分配性連結之方法，將使準據法的適用上複雜化，故參考世界各國晚近之立法例，改採以養親之本國法為準據法之立法⁶⁴。而如同前述，日本的學說指摘就涉外收養的準據法採分配性的適用，在實務上此種方法往往被誤解為累積性的適用，重疊適用當事人彼此之本國法之結果，反而使其適用複雜化而阻礙收養關係的成立⁶⁵。

以養親的本國法為準據法之最大的理由，在於養親子之間為親子關係的生活，通常係以養親的屬人法國為中心，為了成立收養關係，以養親養子女的身分開始正常生活，必須具備該國法律上之要

結婚相關團體等其他共計51個團體之意見後，對於要綱試案中所規定的方向，得到壓倒性的多數贊成意見，在該國法務省民事局與內閣法制局協議後，成立正式的法律草案「修正部分法例之法律案要綱案（法例の一部を改正する要綱案法律案）」，在1989年元月送交法務大臣在國會進行答辯。過程中，開了準備會40次，小委員會20次，大部會4次。整個修法過程，請參見同前註，頁23-24、29-31。

62 南敏文，同註60，頁42。

63 南敏文，同註60，頁50。

64 南敏文，同註60，頁51。

65 溜池良夫，同註33，頁505；櫻田嘉章，同註5，頁290；木棚照一、松岡博、渡辺惺之，同註45，頁233-234；出口耕自，同註45，頁134-135；矢澤昇治，同註30，頁120。

件在現實上誠屬必要。此外，採取以養親的屬人法為準據法之理論根據，尚有藉由收養關係的成立係以養子女成為養父母家庭的成員，或對於複數養子女所適用的準據法皆為同一法律等。尤其現在因收養關係成立而自動賦予養子女其養父母之國籍之國家，所在多有，更加強化養親之屬人法主義之理論基礎⁶⁶。故日本一九八九年修正後之法例第二十條第一項前段規定，原則以養親之本國法為收養成立之準據法，但為防止廢止分配性的適用後對養子女之保護欠周，同條同項後段規定，倘若養子女之本國法對於收養關係之成立，必須以具備養子女或其他第三人的承諾或同意，或以必須具備國家機關之許可或其他處分為要件時，則必須符合養子女本國法上所定之要件。而就同意或許可等要件，適用養子女之本國法⁶⁷。往後日本再一次全面修正國際私法的規定，並於二〇〇七年開始施行新國際私法「關於法律適用之通則法（法の適用に関する通則法；本文下稱法律適用通則法）」，關於涉外收養的第三十一條之規定，完全繼受一九八九年修正後之第二十條之規定，只是將條文規定由文言文改為現代白話文之用語。

上述對於日本國際私法上修正涉外收養的選法規則，以及本文檢討我國裁判實務上適用我國法之結果，兩相配合看來，可發現發生在日本法而導致該國修法的現象，亦即將分配性的適用誤解為累積性的適用之現象，亦同時存在我國，但我國此次修法，竟未修正而維持分別性（分配性）的連結方法，其中過程如何，是否有再檢討之處，實值我國專家學者多加深思。

⁶⁶ 南敏文，同註60，頁136。

⁶⁷ 同前註。

伍、準據法之適用

一、適用之對象與範圍

(一) 成立

涉外民事法律適用法第五十四條第一項（舊法第十八條第一項）之規定，即是針對涉外收養之成立與終止而為規範。就成立而言，係指實質成立要件而言。其適用的範圍，包括：

1. 收養之認可與否

例如不承認收養制度之伊朗（等伊斯蘭各國），不論是作為收養人或被收養人，依照其本國法，皆無法成立收養。

2. 成為養子女之年齡限制

我國民法與兒童及少年福利法對於得成為被收養人之年齡，似乎並無限制性規定。但其他國家例如日本民法，就特別養子制度規定必須未滿六歲，而法國針對完全養子制度則規定必須未滿十五歲。各國規定不一，皆依照本條第一項被收養人之本國法決定。

3. 成為收養人之年齡限制

我國民法上對於成為收養人之年齡並無明文限制，但學說上有主張至少必須滿二十歲⁶⁸。尼泊爾法則規定，夫妻共同收養者不得超過五十歲；單身（含喪偶、離婚與正式分居）者必須三十五歲以上未超過五十五歲⁶⁹。

4. 年齡間隔

我國民法第一〇七三條規定，收養人和被收養人年齡間隔必須相差二十歲；夫妻共同收養的話，一方必須符合上開二十歲的年齡

⁶⁸ 戴炎輝、戴東雄，同註1，頁417；高鳳仙，同註1，頁286；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同註1，頁324-325。

⁶⁹ 臺灣高等法院臺中分院96年度非抗字第370號民事裁定。

間隔，而他方配偶必須長於被收養人十六歲。法國法要求間隔十五歲，義大利要求十八歲，各國要求不一。

5. 親屬收養之限制

有若干國家則禁止收養非婚生子女或監護人收養被監護人。例如我國禁止收養非婚生子女（民法第一〇七三條之一第一款禁止收養直系血親）。

6. 夫妻共同收養

新涉外民事法律適用法或舊法，對於夫妻共同收養之準據法皆未設特別規定。當夫妻在國籍不同時，其準據法如何決定，不無疑問，我國裁判實務中有直指此係屬法無明文規定之問題，本文將於下後述。

(二) 效力

舊涉外民事法律適用法第十八條第二項對於收養之效力規定應依收養者之本國法。解釋上，我國通說認為應以收養時之本國法為準，採不變主義，且效力應以直接效力為限⁷⁰，收養人與被收養人之間的親子法律關係，應另外依照親子法律關係的準據法；得否繼承，亦應依照繼承的準據法決之⁷¹。至於立法上，收養關係的效力為何不若收養的成立之準據法採取分別適用主義，其最大的理由在於，效力的問題實際上不可能分別適用各自的本國法，故以養親的本國法為準⁷²。

故收養之直接效力所及範圍，具體言之，如因收養之成立究竟成立何種身分？例如，係取得與婚生子女同一之身分？取得之時

⁷⁰ 徐慧怡，同註48，頁151。

⁷¹ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁428；徐慧怡，同註48，頁150-151。

⁷² 溜池良夫，同註33，頁511。

期？養子女與養父母之其他血緣上的親屬之間是否發生特定親屬關係？養子女與原生父母及其血緣上之親屬是否仍然保持親屬關係？抑或完全斷絕？皆應本條本項決定之⁷³。

（三）方 式

關於涉外身分行為之方式，我國法並未如同日本一九八九年修正後法例第二十三條與現行法律適用通則法第三十三條之規定一樣，特設規定與涉外財產的法律行為相區隔。是故，我國法上關於涉外身分的法律行為方式，除各別的身分法律關係中對於方式有特設規定，例如舊法第十一條就婚姻之方式（修正後新法第四十五條第一項關於婚約的方式、第四十六條第一項關於婚姻的方式）有特別規定之外，其他未設特別規定者，解釋上我國學說有認為應回歸適用第五條（修正後新法第十六條）之規定⁷⁴。惟前開涉外民事法律適用法關於法律行為之方式之規定，其適用範圍應解為僅限於涉外財產關係，而不及於涉外身分，故涉外身分之法律行為之方式在我國法上實屬法律欠缺，修正後新法未能解決此問題，令人遺憾。是故，關於涉外收養的方式，只能類推適用關於法律行為方式之規定，關於收養人只要符合其本國法或收養之行為地法兩者其中任何一方即可（選擇性的適用）⁷⁵。

⁷³ 日本法舊法例亦為相同之解釋，但1989年修正後法例第20條第2項乃至於現行之法律適用通則法第31條第2項，就收養關係成立後，被收養人與其原生家庭之間的親屬關係之終了，適用養親之本國法。之所以特設規定，最主要在於日本學說上對於養子女與原生家庭之間的關係之準據法，究竟應依收養關係效力之準據法、親子關係之準據法抑或日本法上所獨有之關於其他親屬關係之準據法有爭執。請參見溜池良夫，同註33，頁511。

⁷³ 溜池良夫，同註33，頁512。

⁷⁴ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁290-291；林益山，同註52，頁29。

⁷⁵ 同旨，李後政，同註34，頁367。

(四)終 止

各國國際私法上對於終止收養關係的準據法，多與收養關係的成立之準據法規定在一起，適用相同的法則⁷⁶。舊涉外民事法律適用法第十八條第一項的規定亦同，修正後新法第五十四條第一項亦維持之，故適用上皆分別適用當事人各自之本國法。有問題者，為倘若有國家不認可終止收養關係時，此時則可以外國法的適用違反公序為理由，排除外國法的適用，在日本的涉外裁判實務上有此案例⁷⁷，可供我國參考。而終止的效力，則依照新法第五十四條第二項（舊法第十八條第二項），依收養者之本國法。

二、收養人國籍不同時

涉外民事法律適用法就收養人的準據法，適用上並未區分養親係單身或夫妻之情形。倘若收養人為夫妻且國籍不同時，其本國法之適用即趨於複雜，在養父母與養子女國籍皆不同時，分別適用其本國法之結果，則至少必須適用三個國家的法律，並不符合收養容易之原則⁷⁸。就此問題，臺灣高等法院九十一年度家抗字第四〇九號裁定認為此問題法無明文規定：「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第一項定有明文。而收養人國籍不同時，如何適用，法未明定，晚近立法趨勢，有傾向依共同住居所或關係最切國之現象（我國涉外民事法律適用法草案第四十九條、第五十七條參照）。」學說上有主張應採養父之本國法說，理由在於妻從夫籍，夫為家長⁷⁹。

⁷⁶ 溜池良夫，同註33，頁512。

⁷⁷ 同前註。

⁷⁸ 徐慧怡，同註48，頁151。

⁷⁹ 馬漢寶，國際私法總論各論，頁363，2010年10月再版。

為我國立法例之藍本的日本法上，早期固然有採養父之本國法說之判例，但仍然以分別適用為壓倒性的多數，亦即養父依照養父之本國法，養母依照養母的本國法，彼此不重疊適用對方的本國法⁸⁰。針對養父母國籍不同，日本學者以美國法、韓國法和我國法來做例子，以實務上常見的例子來提出此問題的複雜性⁸¹：

(一)住在日本的美國人A與韓國人B，欲收養未成年人C為養子，向家事法院聲請收養。就收養的效力而言，依A的本國法美國法，C與其原生家庭的親屬關係是終止的（特別養子女）；而依B的本國法韓國法，C與原生家庭的親屬關係並不終止（一般養子女），此時，法院所認可的收養關係之效力，究竟為特別養子女抑或是一般養子女？

(二)倘若美國人A與臺灣人B結婚，欲收B之未成年子C為養子，但美國法上規定夫妻必須共同收養，而中華民國民法卻禁止直系血親之收養，故B不可能與A共同收養C，A亦不可能為單獨收養，此時此種狀況是否違反C之最佳利益？

就(一)中關於效力的問題，當養父之本國法與養母之本國法的內容發生矛盾的情形，日本的多數見解認為只能發生一般養子女的效力，此時必須重疊適用養父母雙方之本國法，以效力較弱之收養關係為範圍認其效力，惟亦有學者主張應依照養父母之共同慣居地法⁸²。本文採此主張，蓋養父母之共同慣居地國，通常係養子女在收養關係成立之後與養父母之間共同生活中心地，在法律上最具有密切關聯性，故當因當事人之間國籍不同而使得準據法適用上趨

⁸⁰ 海老沢美広，異国籍夫婦による縁組，載：国際私法の争点，頁183，1996年7月新版。

⁸¹ 同前註，頁183。

⁸² 海老沢美広，同註80，頁183。

於複雜時，應以養親之共同慣居地為補充性的連結因素。

就(二)之問題，日本法上有准許美國籍養父單獨收養之日本判例存在。此問題之癥結點在於，英美法上之收養之效力，養子女必須與原生父母斷絕親子關係，故倘若不允許夫妻共同收養，例如我國民法禁止收養自己之直系血親，則會造成A收養C之後，依照美國法C必須與其母B斷絕親子關係之情形。此時，在國際私法的理論上，即必須藉由適應問題的方法來解決，朝認可收養的方向去解釋以符合子女最佳利益⁸³。

三、反致與隱藏性反致

我國學說指出，收養之成立要件既應依各該收養人被收養人之本國法，亦有本法第二十九條有關反致規定之適用，例如有住所在我國之美國人收養我國國民時，美國國際私法係採法庭地法主義，此時即應以我國法決定有關該收養人之成立要件⁸⁴。臺灣高等法院九十四年家抗字第六十三號裁定即是採取上述學說的案例之一，謂：「本件收養人丙○○、丁○○為美國公民，被收養人乙○○為中華民國國民，故應適用美國法及我國法，惟美國國際私法關於收養事件，係採法庭地法，依反致規定，仍應以我國法為其準據法（美國國際私法關於收養事件採法庭地法，參照聲請狀所引法務部七十律字第七三五四號函）。」

美國法就收養係採法庭地法之真意，在於美國法上，就涉外收養係由管轄權決定一切，有管轄權法院直接適用法庭地實質法，故收養本身並不成為選法的對象⁸⁵。管轄權係屬程序問題，反致則為

⁸³ 海老沢美広，同註80，頁184。

⁸⁴ 劉鐵錚、陳榮傳，同註18，頁429。

⁸⁵ SCOLES & HAY, *supra* note 19, at 559.

法律適用問題，兩者之間在理論上如何交相連結而得到可以適用我國法的結論？其中論理過程為何？其所涉及之理論，為隱藏性反致，乃大陸法系國家如德國⁸⁶與日本判例法上所發展出來的法理，無明文規定可資依據，方法上必須要依國際私法的法理。我國法不論新法或舊法關於反致的規定，並無此種針對程序上的反致類型，我國法院如何「依反致的規定」而求得其所預設的結論，實在不無疑問，亦非本文（參）所指出，「收養之成立要件既應依各該收養人被收養人之本國法，亦有本法第二十九條關於反致之適用。」⁸⁷

所謂隱藏性反致，即是關於離婚或親子等涉外身分關係事件，法庭地大陸法系國家的選法規則所指定的準據法為英美法時（實務上以發生在美國法的情形較為常見），美國法上關於當涉外身分事件的選法理論，係採「管轄權決定法律適用理論」（*jurisdictional approach*），亦即，有管轄權之法庭地（州、國）適用其法庭地（州、國）之實質法（州法或內國法）。此時，在大陸法系國家的選法理論上，即發展出一種見解，認為該理論係於裁判管轄規則之中同時隱藏有選法規則（即當事人住所地法），所以若依該裁判管轄規則認為我國有國際裁判管轄權（亦即當事人的住所地國為我國）的話，即是對我國法成立反致，而得適用我國法。我國涉外裁判實務中，採用隱藏性反致之例，如臺北地方法院九十五年度監字第八十四號民事裁定⁸⁸。比較法上，德國⁸⁹與日本的學說與實務有

⁸⁶ 德國學說上亦有稱之為「假想的反致」者，請參見王海南，論國際私法中關於反致之適用，載：法律哲理與制度（國際私法）——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，頁13，2006年1月。

⁸⁷ 請見本文參所述與註18的引用。

⁸⁸ 蔡華凱，我國具有國際裁判管轄權？——論臺美間爭奪子女事件，中華國際法與超國界法評論，3卷2期，頁223-257，2007年12月。

⁸⁹ 王海南，同註86，頁13。

認為，此種美國法的管轄權決定法律適用理論，本身就是隱藏有當事人住所地法主義之選法規則，故法庭地國法院只要判斷自己有國際裁判管轄權者，即可直接適用法庭地國實質法。此種隱藏性反致論理，在日本不乏支持之國際私法學說，日本的涉外裁判實務，特別是針對日本人與美國人之間的國際離婚訴訟採用隱藏性反致理論之判例者眾⁹⁰。

惟關於收養是否得適用上開隱藏性反致之法理，理論上並非毫無疑問。隱藏性反致乃反致理論問題之一環，關於其檢討，應按反致制度之目的究竟為何而為之。關於收養，美國各州即是採用上開管轄權決定法律適用之理論，以當事人的住所為連結因素，法庭地州法院認為有裁判管轄權時，則直接適用法庭地州法，而不再透過選法規則選擇準據法。此種方法，係一種只規範法庭地法而未規範外國法的單面選法規則（unilateral rule），而與反致之適用必須以雙面選法規則（bilateral rules）為前提的情況有別⁹¹。且上開英美法上的方法，僅係單純地命令本國（州）法院判斷有管轄權後即適用本國（州）法律，與國際私法上反致之理論基礎在於透過準據法適用的一致而謀求判決之國際調和之根本目的⁹²顯有未合。

的確，以當事人之住所在我國而認為成立反致，我國法院因而適用我國法，但該當事人之本國之美國法院在審理同一事件時則會適用其法庭地法美國法，法律衝突乃至於判決的衝突將於焉而生，無庸贅言。此時究竟如何達成反致所謀求準據法之適用一致與判決

90 日本的學說上雖然有主張英美法上的方法雖然屬於單面的選法規則，但在解釋學上不妨將其「雙方化（雙面化）」，來加以補充。請參見多喜寬，隠れた反致，載：國際私法の争点，頁84，1996年7月新版。

91 同前註，頁84。

92 馬漢寶，同註79，頁254；劉鐵錚，反致條款與判決一致，載：國際私法論叢，頁195-226，1990年1月；陳隆修，同註2，頁105、115。

之國際調和？反而是，拋棄反致理論之適用，我國法院忠實適用當事人之本國法，英美的法院亦適用法庭地法即當事人之本國法，如此一來，準據法的適用皆為當事人之本國法，國際間判決的衝突與牴觸方能避免⁹³。準此言之，隱藏性反致理論對涉外身分的準據法而言，包括涉外收養的成立，不但違反反致制度之初衷，反而被法院當成適用本國法的媒介，成為製造判決衝突，準據法適用衝突的手段，與整體國際私法學所追求的理想與法律價值正面牴觸。

陸、結 論

為兒童完整且和諧之人格發展，應使其在充滿幸福、愛和諒解的氣氛之下，在家庭環境中成長，每一個國家應該將採取適當措施以確保兒童能維持受到其原生家庭之照顧作為第一要務。跨國收養得提供給在其原生國家得不到合適的家庭環境之兒童一個永久家庭之有利條件，此乃國際私法之任務。而國際私法上的收養必須確信採取確保跨國收養係以子女最佳利益且尊重其基本權利而作成，同時防止綁架、買賣或交易兒童。

法院在針對養親子關係的創設與形成，考量被收養人之最佳利益等問題，決定國際裁判管轄之有無時，應以收養關係之當事人的住所地或慣居地為管轄基礎。亦即以收養人（養親）或被收養人（養子女）之住所地國、慣居地國法院有國際裁判管轄權，其理由

⁹³ 劉鐵錚教授直指：「反致條款與判決一致之關係，極為薄弱，對協助達成判決一致之國際私法學理想，可說是功效不彰，僅就其可促使判決一致數種情形言，也都有一定條件之限制，要非一個國家可左右。基於此，本人實不贊成國際私法採用反致條款。」請參見劉鐵錚，同前註，頁212。又王海南教授雖非持反致否定論，而係認為應該修正關於反致條文之規定，惟王教授亦指出若干不應適用反致之情形，其中之一即為違背反致之原意或精神。請參見王海南，同註86，頁24-25。

在於收養人的住所地，多為收養關係成立後養親和養子女共同生活的地點；而被收養人的住所，則係因可從養子女及其生父母的生活環境來判斷收養關係是否符合養子女的最佳利益。準此，就我國國際裁判管轄法制的理論建構與解釋而言，我國非訟事件法第一三三條針對聲請認可收養子女事件之聲請人與管轄法院，在第一項規定民法第一〇七九條第一項所定認可收養子女事件，由收養人住所地之法院管轄；收養人在我國無住所者，由被收養人住所地或所在地之法院管轄。又針對收養無效、終止收養無效或撤銷收養，與確認收養關係成立或不成立，及終止收養關係或撤銷終止收養之訴，我國民事訴訟法第五八三條係以養父母之住所地或其死亡時住所地之法院專屬管轄。原則上與前開原則相吻合，皆可以作為國際裁判管轄的法理中之管轄權基礎，應無問題。

就準據法而言，國際私法上收養，以儘量使其容易成立為原則，嚴格限制並非其宗旨。日本的舊國際私法選法規則過去與我國的規定相同，採依各該收養者被收養者之本國法之分配性的聯繫因素，結果不但沒讓涉外收養關係容易成立，實務上反而窒礙難行，問題叢生，最主要的原因在於分配性的適用往往變成累積性的適用。舊涉外民事法律適用法第十八條第一項之立法，係以日本一九八九年之前的舊國際私法為立法例，係採分配性的連結方法，採分別適用主義，亦即，養父母只要適用其本國法，養子女亦只要適用其本國法即可成立收養關係，彼此之間無須再去重疊適用對方的本國法。惟本文檢討我國涉外收養之裁判實務，發現我國法院皆將分別適用，解釋成累積適用，致使收養人與被收養人還必須重疊適用彼此的本國法，使得我國實務上涉外收養關係之成立違反容易原則，徒增阻礙。此外，我國有學說或裁判，均認為涉外收養既以當事人之本國法為準據法，當然有反致之適用云云，不無疑問。蓋特別是以英美法系國家為例，對其管轄權決定法律適用原則是否得以

成立反致，其根據並非單純依涉外民事法律適用法條文上的反致規定與類型，而是外國判例法理所發展出之隱藏性反致理論。我國的學說和裁判實務在進行檢討或解釋適用時宜多加注意。

修正後之涉外民事法律適用法已於二〇一一年五月二十六日開始施行，惟關於涉外收養的成立之第五十四條第一項，仍然維持舊法第十八條第一項分配性連結的立法方式。日後我國法院是否繼續將分配性適用誤用成重疊性的適用，值得持續觀察。又此種分配性的連結之立法，是否符合國際私法上收養之政策，立法論上不無檢討之餘地，日本一九八九年舊法例即已廢止，我國仍然沿用，日後實有再檢討之必要。

參考文獻

一、中 文

1. 王海南，論國際私法中關於反致之適用，載：法律哲理與制度（國際私法）——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，頁1-34，2006。
Wang, Hai-Nan, On Private International Law Applicable in Respect of Renvoi, in *On Theories and Institutions Law (Private International Law): Festschrift in Honor of Pro. Ma Han-Pao's 80th Birthday*, pp. 1-34, 2006.
2. 李後政，涉外民事法律適用法，2010。
Lee, Hou-Cheng, *Private International Law*, 2010.
3. 林秀雄，國際裁判管轄權——以財產案件為中心，載：國際私法理論與實踐(一)：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，頁120-135，1998。
Lin, Hsiu-Hsiung, International Judicial Jurisdiction—In respect of property relationship matters, in *The Theory and Practice of International Law: Festschrift in Honor of Pro. Liu Tieh-Cheng's 60th Birthday*, pp. 120-135, 1998.
4. 林恩璋，國際管轄權理論的法典化省思——以比利時國際私法新法典為例，財產法暨經濟法雜誌，4期，頁169-217，2005。
Lin, En-Wei, Some Reflections on the Codification of the Doctrine of International Jurisdiction: Take Belgium's New Code of Private International Law as an Example, *Property and Economic Law Journal*, no. 4, pp. 169-217, 2005.
5. 林益山，國際裁判管轄權衝突之研究，載：國際私法新論，頁120-128，1995。
Lin, Yih-Shan, The Study of Conflict of International Jurisdiction, in *The New Theory of Private International Law*, pp. 120-128, 1995.
6. 林益山，收養之準據法，月旦法學雜誌，74期，頁28-29，2001。
Lin, Yi-Shang, The Applicable Law for Adoption, *Taiwan Law Review*, no. 74, pp. 28-29, 2001.
7. 徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌，160期，頁134-160，2008。

- Shyu, Hwei-Yi, The Study of the Content and Review of the Amendments to the Application of Law for Foreign-related Civil Relations in terms of Family Law and Succession Law, *Taiwan Law Review*, no. 160, pp. 134-160, 2008.
8. 馬漢寶，國際私法總論各論，再版，2010。
Ma, Han-Pao, *Conflict of Law*, 2d ed., 2010.
9. 高鳳仙，親屬法——理論與實務，5版，2005。
Gao, Fehng-Shian, *Family Law*, 5th ed., 2005.
10. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，5版，2005。
Chen, Qi-Yan, Huang, Zong-Leh, Guo, Zhen-Gong, *Civil Law: Family Law*, 5th ed., 2005.
11. 陳隆修，比較國際私法，1989。
Chen, Long-Sjue, *Comparative Private International Law*, 1989.
12. 陳榮傳，涉外與涉陸收養準據法之研究，臺北大學法學論叢，66期，頁139-181，2008。
Chen, Rong-Chwan, *International and Interregional Conflict of Laws in the Adoption of Children*, *Taipei University Law Review*, no. 66, pp. 139-181, 2008.
13. 劉甲一，國際私法，再版，1995。
Liu, Jia-Yi, *Private International Law*, 2d ed., 1995.
14. 劉鐵錚，反致條款與判決一致，載：國際私法論叢，頁195-226，1990。
Liu, Tieh-Cheng, The Renvoi Clause and the Uniformity of Results, in *Private International Law*, pp. 195-226, 1990.
15. 劉鐵錚，國際私法上收養問題之比較研究，載：國際私法論叢，頁173-194，1990。
Liu, Tieh-Cheng, A Comparative Study on Adoption in Private International Law, pp. 173-194, 1990.
16. 劉鐵錚等，瑞士新國際私法之研究，1991。
Liu, Tie-Zheng (eds.), *The Study of New Swiss Private International Law*, 1991.
17. 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，5版，2010。
Liu, Tie-Zheng, Chen, Rong-Chwan, *Private International Law*, 5th ed., 2010.
18. 蔡華凱，國際裁判管轄總論之研究——以財產關係訴訟為中心，中正法學

集刊，17期，頁1-85，2004。

Tsai, Hua-Kai, *International Jurisdiction to Adjudicate in Civil and Commercial Matters: Issues, Comparative Analysis and Modern Approach*, National Chung Cheng University Law Journal, no. 17, pp. 1-85, 2004.

19. 蔡華凱，外國法的主張、適用與證明——兼論國際私法選法強行性之緩和，東海大學法學研究，24期，頁175-240，2006。

Tsai, Hua-Kai, *Pleading, Proof and Application of Foreign Law in Private International Law: Mandatory or Facultative Conflict Rules in Taiwan*, Tunghai University Law Review, no. 24, pp. 175-240, 2006.

20. 蔡華凱，我國具有國際裁判管轄權？——論臺美間爭奪子女事件，中華國際法與超國界法評論，3卷2期，頁223-257，2007。

Tsai, Hua-Kai, *Do We have International Jurisdiction to Adjudicate?: A Comment on Child Abduction Case between Taiwan and U.S.A.*, Chinese (Taiwan) Review of International and Transnational Law, vol. 3, no. 2, pp. 223-257, 2007.

21. 戴炎輝、戴東雄，親屬法，2004。

Dai, Yen-Hui, Dai, Doung-Hsung, *Family Law*, 2004.

二、日 文

1. Sohn, Kyung-Han, *New Private International Law in Korea*, 國際私法年報(2001)，頁267-296，2002。

2. 木棚照一，國際私法概説，載：基本法コンメンタール國際私法，頁1-9，1994。

3. 木棚照一、松岡博、渡辺惺之，國際私法概論，5版，2007。

4. 出口耕自，基本論點國際私法，1996。

5. 本間靖規、中野俊一郎、酒井一，國際民事手続法，2005。

6. 矢澤昇治，養子縁組，載：基本法コンメンタール國際私法，頁120-123，1994。

7. 多喜寛，隠れた反致，載：國際私法の争点，頁84-85，新版，1996。

8. 西島太一，養子縁組の國際裁判管轄，載：國際私法判例百選，頁184-

185, 2004。

9. 南敏文, 改正法例の解説, 1992。

10. 海老沢美広, 異国籍夫婦による縁組, 載: 国際私法の争点, 頁183-184, 新版, 1996。

11. 溜池良夫, 国際私法講義, 3版, 2005。

12. 櫻田嘉章, 国際私法, 5版, 2006。

三、外 文

• SCOLES, EUGENE F. & HAY, PETER H., CONFLICT OF LAWS (2d ed. 1992).

Taiwanese Private International Law on Inter-country Adoption

Hua-Kai Tsai^{*}

Abstract

Under the current choice-of-law rules on inter-country adoption in Taiwanese private international law, the adopter and the child shall be governed by his/her/their national law, respectively. The application of this rule is known as a distributive approach and the rule was made by reference to the old Japanese private international law. In 1989, Japanese private international law revised the choice-of-law rule on inter-country adoption, abandoned the distributive approach based on the reason that, the distributive application tended to be construed as a cumulative approach by Japanese courts. As a result, inter-country adoption was not easy to be established in Japan due to the fact that the adopter was not only governed by his/her national law, but also was governed by the child's national law, and vice versa under the judicial practice in Japan. Therefore, the applicable law to the intercountry adoption in Japanese private international law was replaced by a new rule that the requirements of inter-country adoption shall be governed solely by the national law of the prospective adoptive parents.

^{*} Associate Professor of Law, Department & Graduate School of Law, National Chung Cheng University, Taiwan; LL.M. Ph.D, Graduate School of Law, Kobe University, Japan.

Received: January 5, 2011; accepted: July 28, 2011

The situation that occurred in previous Japanese judicial practice is now taking place in Taiwanese judicial practice. Most of the Taiwanese courts construed the choice-of-law rules on international adoption into cumulative approach. As a result, the adopter is governed not only by his/her national law but also governed by the child's national law, and vice versa. Unfortunately, the newly revised choice-of-law rules on inter-country adoption in Taiwanese private law maintain the same approach as the current rule.

In addition to the issue above-mentioned, some Taiwanese courts apply hidden renvoi in cases in which the national law of parties are common-law which takes a jurisdictional approach to adoption. This article argues that the application of hidden renvoi to the jurisdictional approach not only lacks a theoretical basis but also contradicts the tenor of renvoi.

Keywords: Inter-country Adoption, Cumulative Application, Distributive Application, Hidden Renvoi, International Jurisdiction, Jurisdiction based on Domicile, Adoption When the Spouses are in different nationality, Taiwanese Private International Law Article 54, Taiwanese Private International Law Article 18