

國立政治大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：林秀雄 博士



承認適格論之再定位
— 以外國離婚之承認為例

研究生：小林貴典 撰

中華民國一百零一年陸月

謝辭

本論文得以順利完成，要感謝許多人的幫助與照顧，請容我在此一一致謝，表達我的感激之意。

首先感謝指導教授林秀雄老師的指導與關懷。林秀雄老師在我心目中是理想的研究者，理想的教育者，也是理想的人格者。老師的體系、邏輯及論證所帶給我的感動與驚喜，實在無法以語言來描述。尤其，老師給了我不顧生命投入學術的覺悟與勇氣，我將來一定以此光明照亮該走的路。能成為老師的學生，是我最大的幸福。今後仍請老師多加指導與鞭策。

其次，感謝擔任口試委員的王海南老師與蔡晶瑩老師對我的論文進行細心審查。兩位老師指出許多本論文中論述不足及瑕疵之處，其對日後修改甚有幫助、價值不斐，在此由衷感謝兩位老師。

另外，感謝啟蒙我國際私法的日本早稻田大學木棚照一教授。木棚老師以無限的熱情灌注學生研究國際私法的基本精神，雖然當時不少地方無法清楚了解但仍深深刻印在我心中，直至某日突然領略其深奧的道理。我感到迷茫時，總是想起當時老師給我的鼓勵。

還要感謝劉宗德老師的照顧。使我能接觸到行政法學的思考方式，這對確保思考上的彈性助益非淺，且老師給我許多翻譯的機會，使我的語言能力的進步貢獻良多。此外，也要感謝郭明政院長、陳惠馨老師、江玉林老師、陳立夫老師、陳洸岳老師、詹鎮榮老師、林佳和老師及其他許多老師的關懷與鼓勵，總是讓我感到能在政大留學是極大的幸福。

法研所的學長姐及同學們同樣讓我獲益良多。首先必須獻上最大感謝的是林玠鋒學長。從我剛到台灣時到現在，玠鋒學長無論在法學、學術或做人上都教給我很多很多事情，學長一直無疑是我的榜樣及目標。尤其在論文的撰寫過程中，學長不顧時間急促，極為細心幫我進行修正。因為有學長如此莫大的協助才能完成本論文，在此鄭重表示深深的謝意。也感謝江存孝學長時常給我的照顧與協助，學長也常常幫我修正中文翻譯，而且一起探討與練習中日翻譯，同時教給我許多有關法制史及法思想史的事物，包含一起面對令人傷透腦筋的翻譯工作的經驗在內，這一切都是難忘且難得的寶物。也非常感謝孫銘宗學長的照顧，銘宗學長除了幫我解決許多生活上的困難外，帶我去見識很多台灣美麗的風俗與文化，為我的留學生活增添了繽紛色彩。

感謝辦公室同仁一直以來提供給我的極為溫馨的照顧。趙美慶助教與彭子欣助教常常幫我處理行政事務上及居留資格上的各種困難，論文口試的準備程序上也提供了許多協助，有您們的協助才能順利畢業，在此非常感謝。蘇好庭助教也常常幫我處理行政事務上的各種問題，對您一直以來的溫馨協助，感激不盡。

也要特別感謝台灣教育部提供台灣獎學金，其使我的留學生活經濟上無憂無慮，為順利完成學業準備了極佳條件，在此表示由衷的感謝。

父良政、母和子、祖母つね子にはずっと心配ばかりかけてすまなく思う。求学の道はまだ長いが、どうかこれからも温かく見守ってほしい。そして、留学中に帰らぬ人となってしまった祖母高野八重子が病床から送ってくれた激励に、遅くはなってしまったが、心からの感謝を奉げる。

Ein besonders herzlicher Dank gilt schließlich Frau Verena Gehrman. Ohne ihren warmen Zuspruch und ihre große Unterstützung hätte die Arbeit nicht entstehen können. Was sie mir gelehrt hat, macht die unentbehrliche Grundlage der Arbeit aus. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.



小林貴典

2012年6月

台北

摘要

依台灣民事訴訟法第四百零二條第一項規定，「外國法院之確定判決」在一定條件下應於內國承認其效力。惟因在世界各國，各國家機關相互間之權力分配模式及司法制度均有極大不同，故何種外國的國家機關始為「外國法院」或何種國家行為始為「判決」，均有待解釋。此等概念之解釋論，著重在探究選法方法與承認方法間如何劃定界線的標準。本文將此問題稱為承認適格論。就此，本文以外國離婚之承認為素材，參考日本、德國學說及實務見解，嘗試闡明其理論意義並提出應有之解釋論架構。

本文之主題有三：第一，闡述在既有牴觸法體系中選法方法與承認方法之相互關係，並釐清其中承認適格論所具有之理論意涵；第二，參考日本、德國學說及實務對此問題之解釋，驗證其可行性與妥當性；第三，從重視選法方法與承認方法間的相互關係之觀點，嘗試提出承認適格論之解釋論架構。



目次

| | |
|-----------------------------|----|
| 第一章 緒論..... | 1 |
| 第一節 研究主題..... | 1 |
| 第二節 國內相關討論之現況..... | 4 |
| 第一項 承認方法之獨立性..... | 4 |
| 第二項 「法院」之概念..... | 6 |
| 第三項 「判決」之概念..... | 8 |
| 第三節 研究範圍及方法..... | 11 |
| 第四節 研究架構..... | 12 |
| 第二章 各國法秩序上國家機關介入離婚之諸型態..... | 15 |
| 第一節 回教各國法上國家機關介入離婚之型態..... | 15 |
| 第一項 傳統回教法之離婚方法..... | 15 |
| 第一款 得撤銷之離婚與不得撤銷之離婚..... | 16 |
| 第二款 傳統回教法上各種婚姻解消方法..... | 17 |
| 第一目 單意離婚..... | 17 |
| 第二目 兩願離婚..... | 18 |
| 第三目 基於一定事由進行之離婚..... | 19 |
| 第三款 待婚期間..... | 20 |
| 第一目 待婚期間的計算方法..... | 20 |
| 第二目 待婚期間中之法律關係..... | 21 |
| 第二項 在回教各國中離婚法的改革..... | 21 |
| 第二節 以色列法上國家機關介入離婚之型態..... | 23 |
| 第三節 歐洲各國法經由行政機關准許之離婚..... | 24 |
| 第四節 日本法上多元之離婚方法..... | 26 |

| | |
|-----------------------------|----|
| 第一項 協議離婚..... | 27 |
| 第二項 調解離婚..... | 28 |
| 第三項 審判離婚..... | 29 |
| 第四項 調解離婚及審判離婚在牴觸法上之性質..... | 30 |
| 第五節 德國法上裁判離婚主義及其形式化..... | 31 |
| 第一項 法院對離婚之專屬管轄權..... | 31 |
| 第二項 裁判離婚之形式化..... | 32 |
| 第六節 小結..... | 33 |
| 第三章 日本牴觸法對外國離婚之承認..... | 36 |
| 第一節 準據法要件說..... | 38 |
| 第一項 學者江川英文之見解..... | 38 |
| 第二項 對準據法要件說之批判..... | 41 |
| 第二節 實體法說..... | 43 |
| 第一項 學者木棚照一之見解..... | 43 |
| 第二項 實體法說之檢討..... | 44 |
| 第三節 承認方法說..... | 47 |
| 第四節 日本牴觸法學說對承認適格論之理論現狀..... | 48 |
| 第一項 國際民事程序法之通說見解..... | 48 |
| 第一款 「法院」之概念..... | 49 |
| 第二款 「判決」之概念..... | 49 |
| 第三款 「確定」之概念..... | 51 |
| 第二項 傳統學說對外國離婚承認之處理模式..... | 51 |
| 第三項 外國國家行為承認論..... | 53 |
| 第一款 學者石黑一憲之見解..... | 53 |
| 第一目 選法方法與承認方法之關係..... | 53 |
| 第二目 「法院」及「判決」之概念..... | 55 |
| 第三目 「確定」之要件..... | 55 |
| 第四目 承認適格論之機能..... | 56 |
| 第二款 其他有關外國國家行為承認論之見解..... | 56 |
| 第一目 學者中西康之見解..... | 56 |
| 第二目 學者橫溝大之見解..... | 56 |
| 第三目 學者北坂尚洋之見解..... | 58 |

| | |
|--|----|
| 第四項 小結..... | 58 |
| 第四章 德國牴觸法對外國離婚之承認..... | 61 |
| 第一節 承認方法之獨立性..... | 63 |
| 第二節 德國對外國離婚之承認程序..... | 65 |
| 第一項 承認程序之目的..... | 67 |
| 第二項 邦司法行政機關之專屬確定權之意義..... | 68 |
| 第三項 承認程序之適用範圍..... | 69 |
| 第一款 事項適用範圍..... | 69 |
| 第二款 「決定」之概念..... | 69 |
| 第三款 「在外國」之要件..... | 71 |
| 第四款 共同所屬國條款..... | 71 |
| 第四項 邦司法行政機關所作成之決定之效力..... | 72 |
| 第一款 拘束力..... | 72 |
| 第二款 確定力..... | 73 |
| 第五項 承認程序之申請..... | 73 |
| 第一款 申請權人..... | 74 |
| 第二款 申請權之失權..... | 74 |
| 第六項 向邦高等法院之聲請..... | 76 |
| 第七項 小結..... | 76 |
| 第三節 德國牴觸法對外國離婚之承認適格論..... | 78 |
| 第一項 承認外國離婚之法源根據..... | 78 |
| 第二項 「法院」之概念..... | 80 |
| 第一款 定義..... | 80 |
| 第二款 外國行政機關..... | 82 |
| 第三項 確定之要件..... | 85 |
| 第四項 「判決」之概念..... | 86 |
| 第一款 定義..... | 86 |
| 第二款 私的行為與決定之界線..... | 87 |
| 第五項 私的離婚..... | 89 |
| 第一款 私的離婚之判斷標準及其理論體系上之意義..... | 89 |
| 第二款 私的離婚之具體例..... | 90 |
| 第三款 私的離婚與德國民法施行法第十七條第二項及民法第一千五百六十條第一句..... | 93 |

| | |
|----------------------------|-----|
| 第一目 在外國所為之私的離婚..... | 94 |
| 第二目 在國內所為之私的離婚..... | 95 |
| 第六項 小結..... | 100 |
| 第一款 承認要件與合法聽審權之保障..... | 100 |
| 第二款 國家機關所為的決定與私的行為之界線..... | 101 |
| | |
| 第五章 承認適格論之再定位..... | 104 |
| 第一節 選法規則、承認規則、牴觸法..... | 104 |
| 第二節 承認適格論之再定位..... | 106 |
| 第三節 外國離婚之承認..... | 110 |
| | |
| 第六章 結論..... | 112 |
| 第一節 承認適格論之意義..... | 112 |
| 第二節 承認適格論之探討..... | 113 |
| 第三節 承認適格論之再定位..... | 116 |
| | |
| 參考文獻..... | 119 |



第一章 緒論

第一節 研究主題

夫妻間的婚姻關係具有涉外性質，當一方當事人在內國法院提起離婚訴訟時，就其實體法律關係而言，法院應依中華民國（以下稱「台灣」）涉外民事法律適用法第五十條等規定，指定並適用離婚準據法，據以判斷得否准許離婚。如此，就某涉外法律關係，依內國選法規則指定規範該法律關係之準據法，並適用該準據實質法，藉此規範該法律關係之方法，本文稱為「選法方法」。再者，如某外國法院所為之確定離婚判決已經存在，在台灣，則應依民事訴訟法第四百零二條規定，先判斷該外國離婚判決是否為該條所規定之「外國法院之確定判決」，進而審查該條所規定之不予承認事由是否存在，如其確不存在，內國即承認該外國離婚判決之效力。如此，在具有承認適格之外國國家行為存在時¹，在內國未經選法方法而承認該外國國家行為之效力，本文將此方法稱為「承認方法」。

台灣民事訴訟法第四百零二條第一項規定：「外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者」。同條第二項並規定：「前項規定，於外國法院之確定裁定準用之」。又台灣非訟事件法第四十九條規定：「外國法院之確定非訟事件之裁判，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、利害關係人為中華民國人，主張關於開始程序之書狀或通知未及時受送達，致不能行使其權利者。三、外國法院之裁判，有背公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。但外國法院之裁判，對中華民國人並無不利者，不在此限」。在此等規定中，其共通結構係以外國法院所為之確定判決、裁定或非訟事件

¹ 就「外國國家行為」一詞，先說明如下：（一）就「外國」一詞而言，不依該國家行為之發生地點在內國或外國而定，而依為該國家行為之權限，其終極淵源來自於內國主權或外國主權而定。例如，在內國，外國領事所為的私法上法律關係之國家行為，應解為外國國家行為，惟其是否具有承認適格，則應另當別論；（二）就「國家行為」一詞而言，其意義在於將私的行為排除於承認方法之外。而且，如使用「裁判」一詞，則導致預先排除行政機關所為之行為；「決定」一詞，亦可能解為僅指由國家機關所為的積極判斷作用，而預先排除登記或公證等在某種意義上被動的國家行為，故宜選擇較有中立性的用詞。基於上開考量，本文以「外國國家行為」一詞，凡指可能具有承認適格之對象。

裁判（在本章，此三者通稱為「裁判」）之存在為適用前提，且在無各條所規定之不予承認事由時，該外國裁判之效力在內國亦被承認²。如此，承認方法之適用，以具有一定性質的外國國家行為存在為前提，本文將此適用承認方法之前提要件，稱為「承認適格」，而與此等條文所規定之不予承認事由予以區分。

此等條文所定的法院或裁判之概念，究應如何解釋？首須注意者，係各國的司法制度及程序法，均深受不同的政治、經濟、宗教、歷史等因素之影響而有所不同。從此觀點而言，如嚴格且詳細審視各國法制度間的差異，於外國並不存在完全符合內國承認規則所定的「法院」、「判決」或「裁判」等概念。因此，此等規定所定的法院或裁判之概念，不限於在嚴格意義上符合國內法上的概念者，此為當然之理，否則此等條文並無適用機會³。由此可知，在解釋此等概念時，不應過度拘泥於內國法上的觀念，而有必要從寬解釋。

就某一法律效果之發生，各國法所要求的國家機關介入型態甚為多樣，如從比較法觀點觀察此現象，或許助於理解上述從寬解釋的必要性。例如，各國國家機關介入離婚的情形，其介入型態及其與私人行為間之關係，均有令人難以相信的多樣性與複雜性⁴，在此先簡單加以介紹：在德國法中，離婚應透過法院判決為之，即採裁判離婚主義。在歐洲國家中，亦有不少國家的離婚是透過行政機關為之。在日本法中，除了依人事訴訟程序所為之離婚外，尚有依家事審判法所為之審判離婚及調解離婚，亦有經由行政機關所為之行為始成立之協議離婚。在回教各國，傳統回教法允許以夫之單方意思表示成立之單意離婚（*talaq*）及各種以離婚當事人之意思表示成立之離婚，然於第二次大戰結束後，回教各國的立法逐漸開始要求國家機關對離婚進行各種介入。在以色列，依猶太法的規範，原則上在教士法院（*Rabbinatsgericht*）的監督下，夫依其自由意思作成離婚書（*get*），妻則依其自由意思受領該離婚書後，始得成立離婚。在上開各國離婚法制上，可觀察到私人意思表示與國家機關介入兩者複雜交錯，且為介入之國家機關種類及其介入行為之性質，均極為多樣。

²如何區分此三個條文之適用範圍，確係難以解決之問題。詳見唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁216。惟本文之研究主題係選法方法與承認方法之關係，對此主題而言，此三條文之區分尚非具有重要理論意義，因此在本文中不以此為探討對象，僅介紹德國學說就此問題所為的有關討論。參照，本文第四章第三節第一項。

³石黑一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986年）433頁。

⁴詳細分析各國離婚制度之異同者，林秀雄，我國離婚制度之矛盾，收於氏著，家族法論集（三），1994年8月，漢興書局，頁35-63。亦參照，劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010年9月，三民，頁394註1，頁401-402。

上開私人行為與國家行為間之關係，可整理為如下：首先，如對於私人意思表示，法律直接賦予其法律效果時，毋須再經由特定的國家行為即生效力。其次，對於私人意思表示，法律要求須經過特定國家機關之作為，如國家機關先審查該意思表示是否具備法定要件，嗣後經由一定之國家行為始發生法律效果。再者，亦可從各種觀點將國家機關之行為予以分類，如就國家機關之種類而言，有各種法院、行政機關、公證人等區分。然而，各種國家機關對法律要件的審查密度，與機關種類未必有直接的關係。例如，就調解或公證而言，法院的角色一般較為被動，即應受當事人意思所拘束，無法完全獨立於當事人意思而為決定。但行政機關就私法上法律關係所為之行為，卻可能有如下情形，即不受當事人意思所拘束而嚴格審查是否具備法定要件而為決定⁵。

綜上所述，為發生法律效果而需要之國家行為，其機關之種類、審查密度及行為性質等，依各國立法政策之不同而異，然而各種國家行為相互間具有連續性，無法從某一觀點劃定明確界線。正因如此，在此模糊不清的界線上，即可能發生各種選法方法與承認方法之交錯⁶。

因此，為切斷此交錯，承認適格論在選法方法與承認方法間須劃定界線。以下，以向來牴觸法理論為前提，說明選法方法與承認方法之論理關係及承認適格論之理論意義。

在德國，1986年修正前之民事訴訟法第三百二十八條第一項第三款規定，就婚姻之成立及效力、離婚、親子關係、收養及死亡宣告等法律關係所為之外國法院判決，如違反德國選法規則所指定之準據法，以致對德國人之當事人不利者，不予承認⁷。又在日本，有力學說曾對外國離婚判決之承認，主張該外國判決適用日本選法規則所指定之準據法者，始得在內國承認之（所謂「準據法要件說」）。再者，亦有德國、日

⁵參照石黒一憲『國際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）8頁以下。

⁶石黒一憲『國際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）はしがきii頁、9頁以下。

⁷1986年修正前之德國民事訴訟法第328條第1項第3款，以下列事由作為不予承認事由之一：「如判決違反民法施行法第13條第1項與第3項、第17條、第18條、第22條規定或於第27條中與第13條第1項有關部分，而對德國人之一造不利者，或者於第9條第3項所定事件中，違反第13條第2項規定而對於受死亡宣告之外國人之配偶不利者」（„wenn in den Urteil zum Nachteil einer deutschen Partei von den Vorschriften des Artikel 13 Abs. 1, 3 oder der Artikel 17, 18, 22 des Einführungsgesetzes zur Bürgerlichen Gesetzbuch oder von der Vorschrift des auf den Artikel 13 Abs. 1 bezüglichen Teils des Artikel 27 desselben Gesetzes oder im Falle des Artikel 9 Abs. 3 zum Nachteil der Ehefrau eines für tot erklärten Ausländers von der Vorschrift des Artikel 13 Abs. 2 abgewichen ist;“）。就此規定之翻譯及意義，詳見藍瀛芳，外國判決之承認，法學叢刊第103期，1981年9月，頁48，頁50，頁56註18；矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（2）」國際法外交雜誌60卷2号（1961年）100頁。

本有力學說認為，對於離婚裁判等外國形成裁判之形成力，其承認應依內國選法規則之準據法所屬國對此所為之處理而定，得適用內國承認規則之情形，則僅限於內國選法規則將內國法指定為該法律關係之準據法者（所謂「實體法說」（*materielle-rechtliche Theorie*）或「準據法說」（*lex causae-Theorie*））。在此等立法例或學說理論中，前二者從內國選法規則的觀點出發，對於承認方法設有一定限制；後者，則對於外國裁判之形成力，明確承認選法方法優先於承認方法。

然而，現在在德國及日本，無論立法、實務或學說，均否定此等理論，即不承認內國選法規則對承認規則之限制或優越，此意謂承認方法從選法方法中獨立⁸。而且，如承認方法一旦獨立，在選法規則與承認規則的關係上，後者優先於前者。因為，即使內國法院依內國選法規則所指定之準據法與外國法院實際上適用之準據法不同，內國法院仍須依承認規則而受外國法院所為裁判之拘束⁹。

由上開承認方法之獨立與優先，可導出選法方法與承認方法之論理關係，即：在具有承認適格之外國國家行為存在時，應優先適用承認方法；在判斷有無承認適格時，選法規則不得從其觀點加以限制；因此，承認方法適用範圍之決定，不得不從其內部為之；此從承認方法內部所為之界線設定，也就是選法方法與承認方法間之界線。

此種劃定界線的方法，在牴觸法理論上是否為可行且妥當，即為本文之主題。

第二節 國內相關討論之現況

第一項 承認方法之獨立性

在台灣，對於外國法院所為之形成判決或其形成力，一般認為得依民事訴訟法第四百零二條第一項規定承認之¹⁰，並無如同德國、日本少數學說所謂，將其視為實體法上的效力，而任由內國選法規則所指定的準據法所屬國處理之見解¹¹。

⁸ Geimer, IZPR, Rn. 40ff.

⁹ v. Bar/Mankowski, IPR, Bd. I, § 5, Rn. 139.

¹⁰ 蘇遠成，國際私法，五版，1990年10月，五南，頁145；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁149，頁153；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁298；唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁21。

¹¹ 介紹在德國法上外國判決形成力之承認有關所謂實體法說，並否定此見解者，陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁149。

另外，作為承認外國裁判之要件，是否應要求外國法院適用內國選法規則所指定之準據法，就此問題而言，台灣通說採否定見解¹²。其主要理由可整理如下：（一）現行法並無明文規定要求此種要件¹³；（二）由於準據法之確定與事實認定及法律適用密不可分，若審查準據法是否符合內國國際私法規定，即具有審查實體內容之性質，此則違背禁止實質再審查的制度旨趣¹⁴；（三）此一要件，無異強使外國法院應採取與內國相同之準據法之立法主義，此不僅有違內、外國人平等保護之旨，更有強調內國法律優越之嫌¹⁵；（四）若要求準據法要件，有使承認外國判決之可能性變狹之虞，更有招致跛行身分關係之不妥結果¹⁶。

對此，無論為解釋論或立法論，亦有學說見解強調內國選法規則之意旨，而要求準據法要件作為承認要件之一者。例如，有學說認為，就選法規則之觀點言，內國法院在承認外國判決時，或須考慮該判決是否依據正當之準據法所為。如德國（1986年修正前之）民事訴訟法第三百二十八條第一項第三款規定，在於防止承認之結果與內國選法規則之原則牴觸，台灣現行民事訴訟法制定當時未增設此種規定，是為立法上之缺漏¹⁷。亦有見解認為，在外國身分判決所適用之準據法與內國選法規則所指定者不同時，就保護內國國民利益的角度觀之，如以「對我國國民有害」為要件加以限制，仍有可行之處¹⁸。再者，有論者認為，非訟事件之裁判與其所適用之實體法具有密切關

¹²劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010年9月，三民，頁703；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民，頁111；劉鐵錚，國際私法上離婚問題之比較研究，收於氏著，國際私法論叢，六版，2000年8月，三民，頁61；陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收於氏著，國際民事訴訟與民事程序法（第五冊），1998年9月，三民，頁37；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁298；許耀明，外國確定身分判決之承認與執行，收於氏著，國際私法新議題與歐盟國際私法，2009年4月，元照，頁218。

¹³陳榮傳，互惠與外國離婚判決之承認，月旦法學雜誌第10期，1996年2月，頁62。

¹⁴陳榮傳，互惠與外國離婚判決之承認，月旦法學雜誌第10期，1996年2月，頁62；陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收於氏著，國際民事訴訟與民事程序法（第五冊），1998年9月，三民，頁37；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民，頁111；許耀明，外國確定身分判決之承認與執行，收於氏著，國際私法新議題與歐盟國際私法，2009年4月，元照，頁218。

¹⁵劉鐵錚，國際私法上離婚問題之比較研究，收於氏著，國際私法論叢，六版，2000年8月，三民，頁61。

¹⁶陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民，頁111。

¹⁷蘇遠成，國際私法，五版，1990年10月，五南，頁151-152。

¹⁸許耀明，外國確定身分判決之承認與執行，收於氏著，國際私法新議題與歐盟國際私法，2009年4月，元照，頁218。

係，因此，對於外國非訟裁判之承認，除承認管轄要件外，亦須在其所適用的準據法與內國國際私法所指定者相同時，始予以承認¹⁹。

此等反對見解，在於重視選法方法與承認方法間之密切關聯，而從選法方法的觀點出發，對於承認方法課予一定限制，其思考出發點及問題意識，與本研究具有共同性。然而，如以採用承認方法為基本前提而要求準據法要件，難免引起方法論上之各種疑慮，故台灣、德國及日本學說、實務均排斥此種理論。質言之，僅透過準據法要件，直接將承認方法置於選法方法的思考脈絡下，並無法充分掌握兩者間複雜的相互關係，反而引起不必要之混亂。

由上可知，在台灣的牴觸法上，承認方法已經從選法方法中獨立，因此，欲劃定兩者間的界線，僅能從承認方法的內部為之，此為承認適格論之課題。以下分述國內學說對承認適格論上的「法院」及「判決」觀念之解釋。

第二項 「法院」之概念

依國內一般見解，「法院」之概念，係指在裁判國就私法上的法律關係行使審判權之司法機關。無論其為民事法院、商事法院、行政法院或附帶民事訴訟之刑事法院，均包含在內²⁰。在台灣有爭議者，係宗教機關或行政機關得否涵攝於「法院」概念，此見解分歧似因解釋此概念時所採之取基本態度不同所致：較寬解釋之見解認為，各國因其法制不同而有不同之機關型態，應重視者乃係其機能²¹；反對見解則強調國內法上「法院」之本質，即具有公正性與獨立性，且符合訴訟權有關基本權保障（台灣憲法第十六條）之機關即是²²。

¹⁹李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁299-300。

²⁰蘇遠成，國際私法，五版，1990年10月，五南，頁145；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民，頁110；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010年9月，三民，頁689；陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收於氏著，國際民事訴訟與民事程序法（第五冊），1998年9月，三民，頁37；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁153；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁297；唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁18。

²¹李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁297；蔡易紘，論我國對外國民事判決之承認，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2000年6月，頁12-13。

²²唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁17，頁20。

對於外國宗教機關所為之裁判，肯定其承認適格者認為，外國如有關婚姻、離婚等事項之訴訟，有授權由宗教機關為裁判者，若該宗教機關所為之裁判在該國視同法院之判決，應認其具有承認適格²³。就行政機關而言，有論者明確指出，只要其依該外國法律之規定得行使審判職務，即使名稱或性質上屬於行政機關，亦得包含於「法院」概念之內²⁴。

對此，否定見解則認為，台灣民事訴訟法第四百零二條與非訟事件法第四十九條所稱「法院」之文義，至多僅能解釋為在該裁判國具有公正、獨立審判權之「司法機關」；再者，即便台灣憲法第十六條賦與人民訴訟權之基本權保障，但若有外國法雖對於宗教機關或行政機關所為之裁判賦予與該國法院所為裁判同一之效力，卻排除得向司法機關之法院請求救濟，此則違反該條所規範的基本權保障，因此，內國法院不應承認此等裁判。²⁵

就宗教機關而言，日本、德國抵觸法學說一致認為，如該外國授權宗教機關就特定私法上法律關係為裁判者，該外國宗教機關所為之裁判具有承認適格，就此而言，似無爭議。然而，台灣屬於世俗國家，並無允許宗教機關行使國家法上之審判權，從內國的觀點出發，如上開否定見解般，嚴格要求憲法所賦與訴訟權之基本權保障，而「檢驗」此等外國宗教機關是否具有公正性或獨立性時，外國宗教機關所為裁判是否具有承認適格仍有疑義，此種論理似亦有其一貫性。

就行政機關而言，尤其在德國抵觸法學說上亦有相當爭議。亦即，德國通說將「依合法聽審之保障程序為決定」視為「法院」的要件之一，原則上行政機關受上級機關之指示所拘束（*weisungsverbunden*）而無獨立性，因此行政機關所為之決定無法滿足此要件。此德國通說見解與上開國內否定見解之間，具有共同論理結構，即以適當程序之保障作為區分外國裁判主體之標準。

就此爭議，本文擬從比較法觀點分析「承認適格」之理論（第三章至第五章），在此先從抵觸法觀點指出問題所在。就宗教機關所為之裁判而言，首先應注意者，在回教國家或猶太教國家（即以色列），國家與宗教間的分離並不鮮明，與此相應地，

²³蘇遠成，國際私法，五版，1990年10月，五南，頁145；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010年9月，三民，頁689；蔡易紘，論我國對外國民事判決之承認，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2000年6月，頁12-13。

²⁴劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010年9月，三民，頁689。

²⁵唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁17，頁20。

法與宗教間亦具有密切關聯性，此傾向在身分法上尤為濃厚。在此等國家，離婚的裁判權通常交給宗教法院處理²⁶；更正確而言，在此領域中，通常法與宗教並無分離，在宗教法不允許當事人離婚時，離婚即不成立，並無另外「國家法上」之離婚可言。在此情形下，否定外國宗教機關所為裁判之承認適格，無異不承認此等國家作成之所有離婚相關裁判。

再者，就行政機關所為之行為而言，部分歐洲國家及日本等亞洲國家亦有透過行政機關所為之行為而為離婚的情形。在此等國家中，協議離婚可透過行政機關之行為進行，其他離婚則須透過法院的裁判為之²⁷。然而，在丹麥只有總離婚數的百分之十透過法院程序為之，其他離婚均係透過行政機關之行為而成立，在挪威、冰島等國家亦同，准許離婚之機關原則上係行政機關²⁸；在日本亦有雷同的情況，經由行政機關所進行的協議離婚占總離婚數之百分之九十，其餘離婚中，有法院介入之調解離婚占大多數，裁判離婚則僅有百分之一左右²⁹。從此可知，在此等國家，透過行政機關之行為而成立之離婚乃係原則型態，既然如此，在承認規則上有無尊重此種社會事實的必要？

問題之核心，在於各國法秩序之平等此一抵觸法上之原則，在承認規則上之意義如何？

第三項 「判決」之概念

就「判決」概念的定義而言，國內學說上似無明顯的爭議，但觀其細部，仍存不同，在此先列舉主要見解：（一）法院就實體私法上之法律關係，依審問雙方當事人之保障程序所為之終局裁判³⁰；（二）外國有審判權之司法機關，就特定之私法關係，依法定程序所為之有效判決³¹；（三）由外國有審判權之司法機關，按一定之程序，就私法上之法律關係所為之判決³²。暫且不論「有效」及「終局」的要件，其中主要差異在於外國判決所依據之程序：即第一見解要求外國法院應依審問雙方當事人之保障程序而為裁判，其他見解似未要求此種要件。在比較法上，日本及德國通說見解均要求

²⁶Gärtner, Die Privatscheidung, S. 11 ff.

²⁷Gärtner, Die Privatscheidung, S. 7 ff.

²⁸Gärtner, Die Privatscheidung, S. 8.

²⁹島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法（22）』（有斐閣、2008年）1-2頁（岩志和一郎執筆）。

³⁰陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收於氏著，國際民事訴訟與民事程序法（第五冊），1998年9月，三民，頁37；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民，頁110。

³¹劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010年9月，三民，頁689。

³²蘇遠成，國際私法，五版，1990年10月，五南，頁145。

此要件，對此最近有力學說提出批判，本文希望介紹此外國學說以供參考，並檢討此要件在牴觸法上之意義。

上開各種定義雖有差異，惟就具體問題而言，學說廣泛採一致見解，以下列舉主要具體問題：學說並不嚴格要求使用「判決」名稱，只要是法院就私法上權利義務所為之裁判即可，使用其他名稱，例如決定、裁定、判斷或命令等，對於承認適格並無影響³³；無論判決之種類，即給付判決、確認判決或形成判決，皆具有承認適格³⁴；無論一審終結之判決、缺席判決、書面審理之判決，均無不可³⁵；但如屬程序裁判，則不具有承認適格³⁶。

國內學說及實務上頗有爭議者，係訴訟上和解或調解、及法院或有權機關所作成之公證書，其是否具有承認適格之問題。首先須注意者，在國內學說上，外國法院或有權機關所作成之公證書不具承認適格，就此而言意見並無分歧³⁷。有爭議者僅限於訴訟上和解或調解是否具有承認適格。此種學說討論狀況暗示著，在國內學說中，尚未意識到真正的問題所在。

³³陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收於氏著，國際民事訴訟與民事程序法（第五冊），1998年9月，三民，頁37；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁153；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁297；唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁21。最高法院九十八年度台再字四六號民事裁定亦指出：「修正前民事訴訟法第四百零二條規定得請求承認及准予強制執行之外國裁判，不限於判決，凡就解決私法上權利義務爭執而為之終局裁判行為，而當事人亦不能依通常聲明不服之方法，請求予以廢棄或變更者，即屬之，至於其使用之名稱如何，例如判決、裁定、判斷或命令等，皆非所問。況九十二年九月一日修正施行之民事訴訟法，新增第四百零二條第二項規定：「前項規定，於外國法院之確定裁定準用之」，更見一斑」。

³⁴蘇遠成，國際私法，五版，1990年10月，五南，頁145；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁149，頁153；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁298；唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁21。

³⁵陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收於氏著，國際民事訴訟與民事程序法（第五冊），1998年9月，三民，頁37；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民，頁110；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁300；唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁21。

³⁶唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁21。

³⁷陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民，頁110；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁153；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁297；唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010年，頁24。

就此爭議，否定見解認為訴訟上和解或調解均不具承認適格³⁸，但理由何在，似欠缺明確說明。對此，肯定見解則認為，與判決具有同一效力之外國法院所為訴訟上和解或調解，應認其具有承認適格³⁹，其理由在於，與判決具有同一效力之訴訟上和解或調解，既然均係由法院為之，則不應侷限於該等文書的名稱，而認其不具承認適格⁴⁰。

值得矚目者，係在外國作成之離婚調解書是否具有承認適格，有見解認為若該離婚調解書依該外國法與離婚判決具有相同之效力，得將其「調整」為民事訴訟法第四百零二條所定之「外國法院之確定判決」。亦即，此見解認為，「外國法院之確定判決」應包含依該外國法與裁判具有相同效力之公文書在內⁴¹。本文認為，此見解正確地指出，此問題涉及一個基本問題：即其究為兩願離婚是否有效成立的實體問題，或是外國法院的離婚判決應否予以承認的程序問題？如係前者，即應依內國選法規則予以處理；如係後者，則應依民事訴訟法第四百零二條規定處理之⁴²。

對於上述肯定見解，暫且不論其結論是否妥當，可指出下列幾點在方法論上之疑慮。首先，上開肯定訴訟上和解或調解書具有承認適格的見解，其共通依據之判斷基準係為「依該外國法，該文書是否具有與裁判相同之效力」。惟若採此種處理模式，是否為「外國法院之確定判決」，最後應依該外國法所採之態度而定；其意謂在內國所承認的外國國家行為之範圍，甚至內國選法規則之適用範圍，均不得任由該外國法自行決定。如採此種判斷基準，即難免導致內國牴觸法喪失其自主性。

而且，在國內對「判決」概念的討論中，學說僅列舉不影響此概念的眾多因素，惟尚未積極敘述外國國家行為之「判決」究應具有何種性質。此點所引起的影響較深

³⁸陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第 75 期，2001 年 8 月，頁 153；李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007 年 3 月，五南，頁 297。關於公證書，陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009 年 3 月，三民，頁 110。

³⁹劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010 年 9 月，三民，頁 689；蔡易紘，論我國對外國民事判決之承認，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 18-19；唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010 年，頁 22。在實務上，最高法院六十一年台上字第二八三五號判例亦同此意旨，認為在日據時期訴訟上和解之效力，因與台灣民事訴訟法第三百八十條第一項、第四百零一條第一項規定相同，故依台灣民事訴訟法第四百零一條規定，自應認其效力。最高法院八十三年台上字第一三五〇號民事判決，亦同意旨。

⁴⁰唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010 年，頁 22。

⁴¹陳榮傳，外國法院的離婚調解書，月旦法學教室第 52 期，2007 年 2 月，頁 35。對此，在法務部八十三年十二月二日法八三律決字第二七八六〇號函中，法務部對兩岸關係條例第七十四條規定的「裁判」一詞，採狹義解釋，認為大陸地區法院的離婚調解書或其他非以裁判為名的公文書，即使在大陸地區具有與裁判相同的效力，在內國仍非屬於法院得認可的標的。

⁴²陳榮傳，外國法院的離婚調解書，月旦法學教室第 52 期，2007 年 2 月，頁 34-35。

者，乃為訴訟上和解或調解以及公證書之承認適格。就訴訟上和解而言，德國通說否定其承認適格的主要理由，在於其並無法院本身所為決定之性質，而僅具私人以特別方式所為意思表示之性質，法院則僅對此予以公證或確認而已⁴³。換言之，依此德國通說見解，問題之核心係，訴訟上和解或調解以及公證書，究竟是否具有國家公權力本身所為決定之性質？由此可知，德國學說對於「判決」之概念，要求須有國家公權力決定所應具有之一定性質，國內學說則似尚未論及此一問題⁴⁴。

再者，此所涉及者，係如何劃分應適用選法方法及承認方法的界線問題。因就訴訟上和解或調解在內國的效力問題而言，若將訴訟上和解或調解視為私人所為法律行為，則依選法方法為之，若將其視為國家機關所為之決定，則依承認方法為之，然應如何劃定二者的界線，其中不無疑問。從牴觸法觀點出發，如欲對此問題為體系一貫之解釋，則無論訴訟上和解或調解，或者法院所作成的公證書，均應予以相同對待⁴⁵。在國內，有見解雖肯定訴訟上和解或調解具有承認適格，但卻否定公證書具有承認適格，然如從牴觸法體系之角度以觀，此見解或許尚未正確把握問題之所在。

在承認適格問題上，外國國家行為所應具備之性質如何，以及私人之意思表示與國家機關之決定兩者間如何劃定界線，關於此等問題在德國爭論最多者，無異為外國離婚承認之問題。在本文中，透過分析此問題，欲喚起國內學界對此問題之關注。

第三節 研究範圍及方法

本研究之性質，在於上述主題有關牴觸法學的基礎理論。惟就國內法制上之具體解釋論及立法論，均先排除於本文研究範圍外，以期將來以本文所述之方法論進一步展開對解釋論及立法論的研究。

本文之主題，係在探究選法方法與承認方法之相互關係，及兩者間劃定界線之方法。就此問題，在各國學說及實務上向來諸多探討者有二：其一，在方法論上，得否從選法規則的立場對離婚判決等形成裁判或其形成力加以限制；其二，在各國實定法所設之承認規則中，其所規定的「法院」或「判決」等觀念如何解釋此一承認適格論。本文之研究，亦以此兩點為主要研究對象。

⁴³ Stein/Jonas-Roth, § 328 ZPO, Rn. 58; MünchKommZPO-Gottwald, § 328 ZPO, Rn. 59; Koch, FS Schumann, S. 267, 272 f.

⁴⁴關於此點，在日本學說上亦無相關討論。

⁴⁵例如，並未區分對此等文書而否定其承認適格者，MünchKommZPO-Gottwald, § 328 ZPO, Rn. 59.

就承認適格論而言，「外國」或「確定」等概念之解釋雖亦成問題，然此二概念，並非本研究主要探討的對象。如就「外國」之概念而言，其主要爭議在於該外國是否限於內國政府予以國際法上的政府承認者，此問題與本文並無重要關聯，故對此不予探討。其次，就「確定」之概念而言，德國及日本學說均指出，此要件僅係為求便宜而設，並非為理論上之必然性所要求的要件。惟本文研究主題係為牴觸法基礎理論有關，既然「確定」要件僅係為求便宜而設，則不宜過拘泥於此要件，以免此種要件影響牴觸法基礎理論。因此，本文在日本法及德國法有關部分⁴⁶，對此要件有關討論雖加以介紹，但不將特別對此進行探討。

本文以外國離婚之承認作為具體探討之對象，理由有三：（一）在選法方法與承認方法的相互關係討論中，無論在日本或德國，外國離婚之承認一直被作為主要的討論對象；（二）在世界各國，國家機關介入離婚之態樣深具多樣性，故在承認適格論之探討上，得透過考量各種外國國家行為之態樣而對之進行詳細分析；（三）尤其在德國，對於外國離婚之承認適格問題已有相當詳細的討論，亦有無數有關行政解釋及裁判例，故其比較牴觸法上的參考價值，應較其他法律關係為高。

本文之研究方法，採文獻整理法及比較法研究。前者參考台灣、日本及德國相關文獻。就後者比較法部分而言，可分為實質法的比較部分與牴觸法的比較部分。本文在第二章介紹各國國家機關對於離婚所為介入之各種態樣，此部分屬於實質法的比較，其範圍涉及世界各國之法秩序。第三章及第四章則屬牴觸法的比較，此部分僅以日本法與德國法作為比較對象。

第四節 研究架構

本文分為六章。第一章為緒論，首先敘述選法方法與承認方法之意義，以向來牴觸法理論為前提討論兩者間具有之關係，及其中承認適格論的意義，以提出本文的研究主題。其次，分析國內對此主題討論之現況，以具體說明本研究之問題意識與理論意義。最後，於本章說明研究範圍、研究方法及研究架構。

如不知各國有關離婚之國家介入型態的多樣性，則其有關承認之探討難免成為空泛的議論，從此角度觀之，為探究承認適格相關問題，首先須理解究竟何種國家介入型態可能成為問題。因此，於第二章介紹在各國法制上有關離婚的國家介入之多樣型

⁴⁶ 本文第三章第五節第一項第三款及第四章第三節第四項。

態。其中予以介紹者，有回教各國法、以色列法（即猶太法）、在歐洲各國透過行政機關之行為而為離婚之法制、設有多元離婚方法之日本法、以及採裁判離婚主義之德國法。在此介紹之各國法制幾乎均在德國學說及實務上成為問題，因此本章與第四章之關係甚為密切。

第三章處理在日本牴觸法上外國離婚之承認及承認適格論有關的學說。在日本學說上，有關外國離婚承認之方法論之學說主要有三：準據法要件說、實體法說及承認方法說。就此方法論上的爭論而言，現在學說及實務均採承認方法說，而且似已成為幾乎一致之見解，惟過去選法方法與承認方法之相互關係的討論，係主要針對此方法論上之爭論，本文研究主題既在此兩者之關係，即有必要在分析此等學說後，探究其理論上缺點何在。於分析此二學說後，其次探討日本牴觸法學說上的承認方法論及承認適格論。就承認適格論而言，日本傳統學說並未予以詳細討論，但通說仍採較為狹隘之見解。對此，在學說上逐漸出現反對見解，其特色乃係擴張承認方法之適用範圍。尤其，學者石黑一憲，對於選法方法與承認方法相互關係予以詳細分析，由此開展其承認適格論有關見解，其對於本研究主題深具參考價值，故在本章加以詳細介紹。於此見解出現後，有力牴觸法學者亦採相同方向，本文逐一介紹此等學說後，最後對此進行批判性檢討。

第四章處理在德國牴觸法上外國離婚之承認及承認適格論有關的學說與實務見解。首先介紹有關外國離婚承認的方法論爭議，惟筆者未能蒐集與此部分有關的主要文獻，故在此僅能介紹現在通說見解及其理論基礎。其次，敘述德國外國離婚之承認程序。一般而言，德國國際民事程序法上的承認法制，如同台灣的制度，採自動承認主義，即對於外國裁判在內國的承認無需任何程序。惟鑒於外國離婚之特殊性，德國於 1941 年早已設有外國離婚之承認程序，於經過該承認程序後，始得在內國承認外國離婚。德國採取此種法制後，產生無數的行政解釋與法院判決，隨之學說亦深入探討有關外國離婚之承認問題。惟該承認程序所引起之問題，多半僅涉及該承認程序特有之問題，其與本文主題較無關連，況且國內已有詳細分析該承認程序之精闢專論⁴⁷，故本文僅擇其重點加以介紹。於介紹此制度後，本文進入德國國際民事程序法上承認適格論之分析。就此，首先介紹承認外國離婚之法源根據有關爭論。如同台灣的現行法，德國除了民事訴訟法第三百二十八條規定外國民事判決之承認外，另有非訟事件法第十六條

⁴⁷ 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 111-150。

之一規定外國非訟裁判之承認，故兩者規定間如何劃定適用範圍，此問題在學說上引起爭論。其次逐一探討在德國承認適格有關學說與實務見解：在此，先分述「判決」、「法院」及「確定」等各要件後，對於所謂「私的離婚」之處理方法，按眾多個案加以具體分析，呈現出區分私的行為與國家「決定」行為之困難。最後，基於前述討論，對德國理論進行批判性檢討。

於第五章提出本文見解。首先以前述探討為基礎，重新探究選法方法與承認方法兩者間之相互關係，由此導出以牴觸法觀點為共同前提，進而理解此兩者的理論基礎。其次，探討在此牴觸法觀點下承認方法所具有之主要意義何在，進而提出劃定選法方法與承認方法兩者間界線的標準，以此對承認適格論重新定位。其後，將此方法嘗試用於外國離婚之承認適格問題上，論述得適用承認方法之外國國家行為的範圍，並試行檢討若干其他法律關係有關承認適格問題。

第六章則為本文之結論，簡述本文研究結果。



第二章 各國法秩序上國家機關介入離婚之諸型態

如不知各國有關離婚之國家介入型態的多樣性，則其有關承認之探討難免成為空泛的議論，從此角度觀之，為探究承認適格相關問題，首先須理解究竟何種國家介入型態可能成為問題。因此，本文於本章介紹各國法制上有關離婚的國家介入之多樣型態。其中予以介紹者，有回教各國法、以色列法（即猶太法）、在歐洲各國透過行政機關之行為而為離婚之法制、設有多元離婚方法之日本法、以及採裁判離婚主義之德國法。在此介紹之各國法制幾乎均在德國學說及實務上成為問題，因此本章與第四章之關係甚為密切。

第一節 回教各國法上國家機關介入離婚之型態

第一項 傳統回教法之離婚方法¹

如後述，回教各國於第二大戰後紛紛獨立，此後透過立法致力改革傳統身分法，惟此等改革後的回教各國身分法，仍於不同程度上受到傳統回教法之影響²，如不知傳統回教身分法，則難以理解回教各國現行身分法規範，況且回教身分法應屬較為陌生之領域，故在此較為詳細介紹傳統回教離婚法之相關規定。在此介紹者係，回教的最大教派索尼派（全回教信徒之百分之九十信仰該派）³之正統四學派，即哈那非（Hanafi）、夏非（Shafii）、馬里奇（Maliki）及漢巴里（Hanbali）⁴各學派之離婚相關規定。而且，傳統回教法承認各種婚姻解消方法，作為理解其婚姻解消方法的前提知識，首先說明得撤銷的離婚與不得撤銷的離婚此二概念，其後介紹傳統回教法上各種婚姻解消方法，最後簡單說明與婚姻解消息息相關的待婚期間之相關規範。

¹通常以英文音譯法提及阿拉伯文專有名詞時，使用甚多專用符號，惟因無法打出此等符號，故本文一律省略之。

²柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）6頁。

³柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）はじめに。從伍瑪亞德王朝歷任哈里發的時代（西元 661-750 年），除了十六世紀以後的伊朗，幾乎所有的回教徒分布的地區均為索尼派的天下，因此索尼派的神學與律法普遍被視為回教的「正統」。賈瑪·愛利雅思、盧瑞珠譯，伊斯蘭教的世界，貓頭鷹出版，1999年，頁 63。

⁴夏非派與哈那非派為廣大索尼派回教徒的認同，傳揚甚廣。其中，夏非派廣受中東地區阿拉伯人與印尼人的支持，哈那非派則在中、南亞地區及土耳其普遍獲得接受。自十六世紀起，哈那非派開始取代夏非派成為回教世界最有影響力的法律傳統。馬里奇派在北非發展勢力龐大，漢巴里派則在沙烏地阿拉伯最為強勢。賈瑪·愛利雅思、盧瑞珠譯，伊斯蘭教的世界，貓頭鷹出版，1999年，頁 69。

第一款 得撤銷之離婚與不得撤銷之離婚

於說明傳統回教法上各種婚姻解消方法前，首先說明「得撤銷的離婚」(al-talaq al-raji)與「不得撤銷的離婚」(al-talaq al-bain)此二概念。得撤銷的離婚係指夫未經妻的同意得任意撤銷之離婚，例如古蘭經第二章第二百二十八節與第二百二十九節規定，妻於待婚期間中，夫為離婚的意思表示二次後，其仍得收回妻而重圓。亦即，夫作成得撤銷的離婚二次時，於待婚期間屆滿前，其仍得撤銷離婚而維持原來的婚姻關係，此時無需取得妻或其監護人的同意，亦無重新設定「婚資」(mahr, sadaq)⁵之必要⁶。然而，亦有離婚成立一次即發生確定的離婚效果之情形，例如夫妻尚無性交時成立離婚者，只要成立一次的離婚，即發生確定的離婚效果，夫不得任意撤銷之；又如，夫妻約定妻對夫交付一定對價而締結兩願離婚之契約者，亦同⁷。

何種行為屬於離婚之撤銷，各學派有不同見解。首先，四學派一致承認，夫明確表示「我要撤銷離婚」時，此行為係屬撤銷離婚。除此之外，依哈那非派與馬里奇派，夫妻間的性交、夫對妻親吻、以情欲接觸身體或看陰部等行為，亦屬離婚之撤銷；依漢巴里派，性交係屬撤銷離婚的行為，但其他行為不屬之；依夏非派，此等行為均不屬於撤銷離婚之行為⁸。

不得撤銷的離婚係指確定發生解消婚姻的效果之離婚，其又分為「完全不得撤銷的離婚」(talaq bain baynuna kubra)與「不完全不得撤銷的離婚」(talaq bain baynuna sughra)。前者係指於待婚期間屆滿前成立三次的離婚之情形，此時若前夫妻欲重新締結婚姻，妻須先與其他男性結婚、進行性交、與該男性離婚且於待婚期間屆滿後，始得為之；對此，後者係指其他不得撤銷的離婚，其與前者不同，離婚成立後，前夫妻得立刻重圓而締結婚姻⁹。

⁵ 「婚資」係指夫為與妻結婚對其給付之代價；依回教法，婚姻契約係夫所負的婚資給付義務，與妻所負的服從義務間具有對價關係之有償契約。因此，買賣契約的相關規定原則上準用於有關婚資的法律關係。柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）178頁以下。

⁶ 柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）270-272頁。對此，成立離婚一次或二次後，待婚期間屆滿者，前夫妻為再行結婚，夫須取得妻與其監護人之同意締結婚姻契約，且須重新設定婚資。

⁷ 柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）271頁。

⁸ 柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）271-275頁。

⁹ 柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）275-276頁。

第二款 傳統回教法上各種婚姻解消方法

傳統回教法上存在各種婚姻解消方法，其大致可如下分類：（一）單意離婚；（二）兩願離婚；（三）基於一定事由進行之離婚；（四）因結婚後發生的事由婚姻當然成為無效之情形；（五）夫妻一方之死亡。以下介紹（一）至（三）之婚姻解消方法。

第一目 單意離婚

傳統回教法上，單意離婚（或休妻：talaq）係在各種婚姻解消方法中最為典型的方法。作成單意離婚係夫固有的權利，如同解放奴隸或免除債務般，其性質為權利之放棄，因此在實體法上，單意離婚不須經妻的同意，亦無以妻受該意思表示為必要¹⁰。然而，傳統回教法上有關單意離婚的規範並非單純，尤其單意離婚意思表示之解釋係依各不同學派而有不同之詳細規範。而且，依意思表示所用的言詞之差異，離婚是否為得撤銷，以及離婚的成立次數均有不同，進而該意思表示所生的效果亦有差異。詳言之，作成意思表示之次數並不同於離婚的成立次數，以一次的意思表示可能成立二次或三次的離婚，其解釋規則亦依各學派而有異；而且，如前所述，夫妻間已有性交者，成立的離婚次數止於二次時，於待婚期間屆滿前，夫仍得撤銷離婚而維持原來的婚姻關係；對此，於待婚期間屆滿前成立三次的離婚時，若夫欲重新與前妻締結婚姻，前妻須先與其他男性結婚、進行性交、與該男性離婚且待婚期間屆滿後，始得為之。夫妻尚未性交者，成立一次的離婚即發生確定的離婚效果，夫不得任意撤銷之¹¹。

以下說明哈那非派與馬里奇派對單意離婚意思表示之解釋規則。依哈那非派，夫對妻說「妳已經被休了」（anti taliq）或「我已經休了妳」（tallaqtuki）等，使用 talaq 一詞的動詞形或分詞形以作成意思表示，且未明示離婚的次數或是否保留撤銷權者，即使夫有意使二次以上的離婚成立，仍僅成立一次的離婚；對此，如「妳被休了三次」等，夫明示離婚的次數為三次時，則成立三次的離婚。另一方面，如夫對妻說「妳、離婚」（anti talaq）等，使用 talaq 的名詞形以作成意思表示時，原則上成立一次的離婚，但夫主張其有意使三次的離婚成立，則成立三次的離婚，此是因為名詞的單數形有時意指複數。再者，如夫對妻說「和妳分開」（anti bain）或「進入待婚期間吧」（i taddi）等，未使用 talaq 一詞而為暗示的離婚意思表示時，以夫有離婚之意思者為限，

¹⁰柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）337頁。

¹¹柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）339-340頁。

有效成立離婚。反之，夫對妻說如「給我水」或「坐下」等，通常無法解釋為離婚意思表示之言詞，即使夫有意藉此為單意離婚，仍不成立離婚¹²。

依馬里奇派，夫對妻說「妳、離婚」（anti talaq）、「妳被休了」（anti taliq）、「我已經休了妳」（qad tallaqtuqi）等，使用 talaq 或其衍生詞而為意思表示，且明示其次數時，成立該次數的離婚；未明示其次數時，則視夫之意思而定。夫未使用 talaq 一詞之情形，分為明確的暗示言詞與曖昧的暗示言詞二個類型。前者係指習慣上通常用以進行單意離婚之言詞，例如「妳是自由的」（anti khaliyya）或「進入待婚期間吧」等言詞屬之，以明確的暗示言詞為意思表示時，成立三次的離婚；後者則指，雖習慣上通常不會用於單意離婚之意思表示，但有可能解釋為此種意思表示之言詞，例如「去吧」、「離開吧」或「出去吧」等言詞屬之。如夫主張以此等言詞為單意離婚，則成立離婚，其次數亦視其主張而定。再者，夫對妻說「給我水」等無法解釋為單意離婚意思表示之言詞，但夫後來主張藉此已為單意離婚者，此時是否成立離婚，學者間有肯定與否定兩說；而且，夫未採取任何外在表達方法，但其後來主張有意使離婚成立者，亦有肯定與否定兩說¹³。

第二目 兩願離婚

傳統回教法上，基於夫妻間的合意，以妻對夫負擔一定對價為條件解消婚姻之契約，稱為 khul¹⁴。此種契約最為典型之方式是，妻放棄對夫的婚資債權或返還夫已交付的婚資。妻於待婚期間中應取得的扶養請求權、妻於子女出生後二年間哺乳子女而取得之報酬請求權、或者妻所具有的子女的扶養費請求權等各種請求權，其放棄亦得作為兩願離婚契約之對價。除此之外，一般的財物或金錢亦得作為契約對價¹⁵。

古蘭經第二章第二百二十九節規定，夫給妻的，不得索回一物，除非他倆恐不能守安拉的定律者。通說將其解釋為夫妻的一方或雙方不履行婚姻關係所生義務或有其可能性之情形，其中，學說一致承認夫妻均不履行婚姻關係所生之義務時，自得以 khul 為離婚，因此解釋論上成為問題之情形可分為下列三種：（1）妻不履行其義務之情形；（2）夫不履行其義務之情形；（3）夫妻均遵守其義務之情形。（1）妻不履行其義務時，所有學派均承認夫妻得以此種契約解消其婚姻關係，具體而言，如妻對夫

¹²柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）340-342頁。

¹³柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）342-344頁。

¹⁴柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）381-382頁。

¹⁵柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）402-404頁。

表露憎恨或未經夫的許可出門等，妻不服從夫的情形屬之；（2）就夫不履行其義務之情形而言，各學派有不同見解。例如，夫不履行扶養義務或在晚上留在妻身邊的義務，以直接或間接迫使妻締結兩願離婚的契約者，哈那非派認為此種契約仍屬有效，惟其他三學派均認為須禁止之。後者關於其法律效果則認為，妻應對夫負擔對價的約定係屬無效，如夫已經受領該對價，則須返還之，但離婚仍然有效成立；（3）雖夫妻均遵守其義務，但其締結兩願離婚的契約者，所有學派均承認此時的契約仍然有效，但部分學說認為宜忌避之¹⁶。

第三目 基於一定事由進行之離婚

傳統回教法承認，有一定事由時，配偶一方得取得單意解消婚姻的選擇權（*khiyar*）或得請求法院准許解消婚姻。此種事由亦依各學派而有不同，但四學派大致共通承認下列事由：（1）夫妻一方精神上、身體上的瑕疵；（2）夫不履行婚資債務或扶養義務；（3）夫的失蹤；（4）解放身為妻的奴隸¹⁷。以下僅就（1）與（2）予以說明。

（1）夫妻一方精神上、身體上的瑕疵

所有學派均承認，夫妻一方有一定的精神上、身體上的瑕疵時，他方配偶得請求解消婚姻，此時應於法院提起此種請求¹⁸。關於何種瑕疵始可該當，各學派間見解不一。依哈那非派見解，即使妻有精神上、身體上的瑕疵，除非有詐欺的情形外，否則不得基於該瑕疵請求解消婚姻，夫僅得為單意離婚。對此，就夫有精神上、身體上的瑕疵的情形而言，該派之中亦有爭論。一說認為，妻得請求解消婚姻的事由，僅限於夫因心理上的因素無法性交或缺性器官，另一見解則認為，除上開事由外，夫有精神喪失、白斑或漢森氏病時，妻亦得請求婚姻的解消¹⁹。依馬里奇派見解，夫妻一方有精神喪失、白斑、漢森氏病或性器官的疾病時，他方配偶有權利選擇維持或解消婚姻。而且，法官依夫的請求准許解消婚姻時，免除夫對妻交付婚資的義務²⁰。

（2）夫不履行婚資債務或扶養義務

¹⁶柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）397-401頁。

¹⁷柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）412頁。

¹⁸柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）413頁。

¹⁹柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）414-416頁。

²⁰柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）416-418頁。

婚資的給付期限屆滿後，夫雖有資力但不履行該給付義務時，妻得向法院提起訴訟請求給付，惟仍不得以此為由請求解消婚姻。對此，夫欠缺資力足以給付婚資時，妻則得請求解消婚姻²¹。關於夫不履行扶養義務之情形，哈那非派一律否定妻得請求解消婚姻。反之，依其他三學派，夫因欠缺資力而無法履行扶養義務者，妻得請求解消婚姻。就夫有資力的情形而言，三個學派中均有爭論²²。

第三款 待婚期間

第一目 待婚期間的計算方法

待婚期間（idda）係指婚姻經解消後，妻不得再為結婚的期間，其主要目的在於防止父性推定的混亂。傳統回教法上，待婚期間分為因夫的死亡而解消婚姻時之「死亡的待婚期間」，及因其他事由解消婚姻時之「離婚的待婚期間」²³。以下僅就後者進行說明。

離婚的待婚期間又分為：（1）「月數的待婚期間」、（2）「懷胎的待婚期間」、（3）「充血的待婚期間」三種²⁴。此三種待婚期間的起算點均同樣為婚姻解消的時點，待婚期間終期的規定方法則各有不同。（1）月數的待婚期間之適用對象係未成年人、從未經歷月經的成年人及已至停經期者，其待婚期間為三個月²⁵；（2）懷胎的待婚期間之適用對象係解消婚姻時已懷孕的妻，其待婚期間則為至該子女出生時為止。但須注意者，例如於解消婚姻時妻主張其已懷孕，惟自婚姻解消之日經過二年或五年等長時間後始出生子女，此時因於待婚期間中妻不得再為結婚，故除非該子女視為與前夫間之子女，否則該子女成為非婚生子女，不僅該子女本身將受終生的不利益，妻亦將處以通姦罪。為迴避此結果發生，各學派均承認懷孕期間達二年或五年等遠超過通常懷孕期間的時間之可能性，以推定該子女係由婚姻關係所生，並迴避妻應處以通姦罪的結果²⁶；（3）除上述二種情形外，則適用充血的待婚期間，就此古蘭經第二章第二百二十八節規定，妻被休後須待三次「充血」。關於此「充血」的概念，各學派的解釋不一，哈那非派與漢巴里派將充血解釋為月經之意，故解消婚姻後第三次月經的終

²¹柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）232-233頁。

²²柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）250-253頁。

²³柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）279-280頁。

²⁴柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）278-279頁。

²⁵柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）288頁。

²⁶柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）290-291頁。

了時解為待婚期間的終期，且於月經期中解消婚姻時，將下一次月經作為待婚期間計算上的第一次月經。對此，馬里奇派與夏非派則將充血解為月經的休止期，於月經期間中解消婚姻時，以該月經結束後第一次的休止期作為第一次的充血；於月經的休止期解消婚姻時，則以該休止期作為第一次的充血²⁷。

第二目 待婚期間中之法律關係

關於待婚期間中的法律關係，傳統回教法上尤其重要者係妻的住所與扶養。於待婚期間中，妻原則上須留在解消婚姻時的住所且不得自由外出。此規則係來自古蘭經，且其具有強制規範的性質，當事人不得依合意變更之。其主要目的在於確保無法即時再婚的妻的住所，以及防止發生父性推定的混亂²⁸。關於待婚期間中妻的扶養請求權，依不同情形而有差異。首先，妻因得撤銷的離婚而處於待婚期間時，無論其有無懷孕，各學派均承認其得請求扶養；妻因不得撤銷的離婚而處於待婚期間時，則依有無懷孕而有不同；妻已懷孕者，依古蘭經第六十五章第六節規定，所有學派均承認扶養請求權；對此，妻尚未懷孕者，僅有哈那非派承認妻有扶養請求權，其他三學派則不承認之²⁹。

第二項 在回教各國中離婚法的改革

於第二次大戰結束後，回教各國，尤其有所謂「西洋化」趨勢的各國，透過新的立法紛紛進行身分法的改革。其主要目的在於改善女性的法律地位，以對應在社會中女性所扮演的角色已經逐漸獲得認同。回教各國進行的法律改革中，可看出下列三種改革方向：（一）部分地承認妻亦有請求離婚的權利；（二）設法院或行政機關介入離婚的機制；（三）廢除單意離婚制度。回教各國進行離婚法的改革，其基礎在於穆罕默德所言的如下話語：「在阿拉的律法所允許的所有事情中，最為可惡者係離婚」³⁰。以下，本文將以國家機關的介入型態為重點，介紹回教各國所進行的離婚法改革。

在伊朗，依 1983 年制定的民法第一千一百三十條規定，夫仍有權利為單意離婚，惟如有難以維持婚姻的事由存在，則妻亦得向「民事特別法院」（*das zivile Sondergericht*）聲請准許離婚。依 1979 年制定的民事特別法院法規定，有關離婚的裁

²⁷柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）284-288頁。

²⁸柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）300頁、303-324頁。

²⁹柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）303頁、307-309頁。

³⁰ Staudinger-Mankowski, Art. 17 EGBGB, Rn. 65.

判管轄權專屬於民事特別法院；夫或妻聲請准許離婚時，法官首先選定仲裁人（通常為當事人的親屬），使其嘗試讓夫妻復合。該仲裁人應於法官所指定的期間內，判斷婚姻的持續是否可以期待，並向法官通知該判斷結果，但仲裁人所下的判斷，並無拘束法官的效力。此後，法官如認為夫妻的共同生活已無法繼續，則核發記載該意旨的證明書。當事人取得該證明書後，赴「離婚局」（Das Offizielle Amt für Scheidung）向其提出該證明書，並於回教法上的公證人（Adoulen）面前為離婚的意思表示，離婚局則據此為離婚登記³¹。

在摩洛哥，於 2004 年對「身分及繼承法」（Code du Statut Personnel et des Successions）進行大改革，其主要目的在於對身分法進行大幅的「西洋化」，並設置家庭法院，使其擔任解決家庭糾紛的任務。依新法規定，在夫或妻欲解消婚姻關係時，須先經由家庭法院的認可，始得為離婚（該法第七十九條）。在家庭法院受理離婚聲請時，首先詢問相關證人後，須採取為了讓夫妻復合而必要的措施（該法第八十二條）。夫妻如有共同子女，則應相隔三十日進行二次的嘗試復合之措施。在夫妻並無意願復合時，家庭法院進而酌定夫對妻與子女應支付的金額（該法第八十三條）。夫如於指定期間內尚未支付該金額者，視為已無離婚的意願（該法第八十六條）。於夫支付該金額後，家庭法院則予以認可，當事人始得於回教法上的公證人面前為離婚意思表示，並為離婚登記（該法第八十七條）³²。

在巴基斯坦，依 1961 年制定的回教家族法（Muslim Family Laws Ordinance）第七章規定，在夫欲為離婚意思表示時，其應通知所管 Chairman of Union Council（此為一種行政機關）。該 Chairman 於收到該通知後三十日內，應嘗試讓夫妻復合；該嘗試並無結果者，則於 Chairman 收到該通知後經過 90 日時，離婚有效成立³³。如夫未經向 Chairman 為通知而逕為離婚的意思表示時，離婚是否有效成立，關於此問題，後述於本文第四章第三節第五項第三款。

在突尼西亞，於 1956 年新制定「身分法」（Personenstandgesetz），該法基於男女平等的理念，已完全廢除單意離婚制度。依該法規定，夫妻關於離婚享有同等的權利；

³¹ Yassari, FamRZ 2002, 1088, 1089; Henrich, FamRZ 2004, 1959; KG 27.11.1998, IPRax 2000, 126, 127.

³² Wohlgemuth, FamRZ 2005, 1949, 1956 f.

³³ Herfarth, Scheidung nach jüdischem Recht, S. 434 ff.; Beule, IPRax 1988, 150; LJV Baden-Württemberg 23.5.1986, IPRax 1988, 170; OLG Stuttgart 11.4.1987, IPRax 1988, 172; BayOblG, 30.8.1984, FamRZ 1985, 75, 76.

在夫或妻欲離婚時，依單方或雙方當事人的聲請，世俗法院經由判決准許離婚（該法第三十一條）。而且，法院在離婚程序中，須嘗試讓夫妻復合（該法第三十二條第一項）³⁴。在該國，有一則有關涉外離婚的判決，認為離婚準據法的（當時的）摩洛哥法，容許夫未經法院程序而為單意離婚，且妻對其濫用不得請求損害賠償，因此，其違背突尼西亞法的根本原則，並違反公序良俗而無效³⁵。

由上可知，在現代回教各國中，國家機關介入離婚的型態，因各國立法的不同而具有多彩繽紛的多樣性。關於此點，學者 Yassari 指出：「如同唯一的基督教或猶太教並不存在，唯一的回教亦不存在。就法律而言，亦為同理。當人需要解釋與演繹時，人所為的分析即摻進於不朽且神聖者中，因而無法避免產生分歧。各種具體規定、不同學派及不同時代間存有細微的差異，如忽視此差異而將其概括於「回教法」此種概念中，則其過於模稜而毫無助益」³⁶。

第二節 以色列法上國家機關介入離婚之型態

在以色列，依「教士法院裁判權法（婚姻及離婚）」第一條規定，關於依據猶太法締結的婚姻，教士法院具有專屬管轄權³⁷。該國離婚法的基礎，在於猶太教的律法（Torah）。惟依現行法，離婚原則上在教士法院（Rabbinatsgericht）的監督下，夫依其自由意思作成離婚書（get），妻則依其自由意思受領該離婚書後，始得成立³⁸；教士法院原則上不得透過判決，取代當事人的此等行為³⁹。

就當事人間有爭執時而言，猶太法上存在各種離婚原因，其亦因請求離婚者不同而有所差異⁴⁰。教士法院經審查離婚原因是否存在後，即使認定離婚原因存在，其尚不得逕為離婚的裁判。於教士法院確認離婚原因存在後，如妻仍拒絕自願受領離婚書時，教士法院則須徵求其他一百位有資格的教士之意見；如其同意教士法院的意見，教士法院即得賦予「免除」（Dispens）。但在以色列，為了賦予該免除，僅需二位教士長

³⁴Wiedensohler, 41 RabelsZ, 151, 152; Menhofer, IPRax 1990, 419; Yassari, 103 ZVglRWiss, 103, 119 f.

³⁵Yassari, 103 ZVglRWiss, 103, 120 f. 在該案件中，摩洛哥人的夫與突尼西亞人的妻，同住於突尼西亞，而夫對妻提起離婚訴訟。依突尼西亞國際私法規定，離婚準據法為婚姻締結當時的夫之本國法，即為摩洛哥法。

³⁶Yassari, 103 ZVglRWiss, 103, 121.

³⁷Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 26 f.

³⁸關於離婚書應記載的文句，及其交付的程序，詳見 Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 455 ff.

³⁹Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 3.

⁴⁰詳見 Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 21 ff.

(Chefrabbiner) 的同意即可。此免除亦有二種，其一為未經解消婚姻關係而允許重婚者；其二則係具有解消婚姻關係的效果者。如有後者的免除，夫即得將離婚書寄託於教士法院，藉此有效成立離婚⁴¹。相對而言，若妻欲離婚，夫卻拒絕交付離婚書，此時其解決較為困難，因為猶太法雖容許一夫多妻，惟禁止一妻多夫之故。此時，教士法院採取各種措施，迫使夫對妻交付離婚書，例如課予夫應給付較平常高的扶養費之義務；如夫仍拒絕交付離婚書，法院則得命強制拘禁。如夫再拒絕時，妻已無法達成離婚的目的⁴²。

另一方面，如夫妻關於離婚已有合意，猶太法並不要求其他理由原因的存在，惟當事人須在教士法院的監督下作成並交付離婚書，此時，教士法院的任務主要在於確認夫妻的合意是否真正基於自由意思，並確保作成與交付離婚書的過程符合猶太法所定的要件⁴³。亦即，於教士法院的離婚過程中，教士再三確認當事人是否依其自由意思而為離婚，亦有規定教士應嘗試讓當事人復合；而且，猶太法就作成並交付離婚書的程序，定有詳細且嚴格的規範，教士則監督當事人作成並交付離婚書的過程符合該規範。於當事人依猶太法規範交付離婚書後，教士法院則為離婚登記⁴⁴。

第三節 歐洲各國法經由行政機關准許之離婚

在歐洲各國，離婚方法傳統上僅限於裁判離婚，即夫妻僅得經由法院裁判解消婚姻關係。採裁判離婚主義的國家所為之離婚判決，通常其承認適格較無疑義，故在此不予逐一介紹採裁判離婚主義的國家之離婚型態。對此，在歐洲亦有國家將准許離婚之權限賦予行政機關，此時行政機關作成之離婚決定是否具有承認適格，則成為有待解決之理論問題。因此，在此特別介紹歐洲各國經由行政機關准許之離婚型態。

首先，北歐各國向來對離婚持有特別開放的思想，此等國家較早已承認，夫妻間有離婚的合意時，得經由行政機關的行為准許離婚。例如，在丹麥，早已於 1922 年的

⁴¹ Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 29 f.

⁴² Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 31. 作為迫使夫交付離婚書的方法，除強制拘禁外，尚有剝奪駕照、禁止出國等措施。

亦有案件，教士法院已於 1950 年代命令強制拘禁，惟夫直至 1994 年死亡時為止，在拘禁狀態中堅持拒絕離婚書的交付。Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 33, Fn. 92.

⁴³ Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 22 f, 25.

⁴⁴ Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 27 f.

婚姻法設有經由行政機關的命令准許離婚之制度⁴⁵；依 1999 年的該國婚姻法第二十九條至第三十七條規定，夫妻於分居期間已超過六個月者，得向行政機關申請准許離婚⁴⁶；又在挪威，依 1991 年婚姻法第十九條至第二十五條規定，夫妻解消婚姻共同體後，已分居一年者，得向 Fylkesmann（此為行政機關的一種）申請准許離婚⁴⁷。在此兩國，基於合意的離婚占總離婚數的大多數，法院所為的裁判離婚則為例外；行政機關的程序所需要的時間，在丹麥為三個月左右，在挪威則為四、五個月左右⁴⁸。

在葡萄牙，於 2001 年通過的修正法，為了減輕法院的負擔，就夫妻間對離婚有合意的案件，授予戶政機關准許離婚的專屬權限。依該法第十二條第五項及第十四條第三項規定，戶政官吏（conservador（葡）：Standesbeamter（德）），經確認離婚的法定要件存在後，宣告（declara（葡）：aussprechen（德））離婚。就此，離婚究竟依當事人的合意已經成立，而戶政官吏的宣告僅有宣言性質（deklaratorisch），或者戶政官吏所為的宣告具有創設效果，就此問題，雖法律規定不甚明確，惟德國學說解釋為後者⁴⁹。

在荷蘭，經 2001 年民法修正後，夫妻得以向戶政機關所為的意思表示，將婚姻關係轉換為伴侶關係（Lebenspartnerschaft），並在身分登記上為相關登記時，即發生解消婚姻關係的效果（荷蘭民法第七十七 a 條第一款、第三款、第一百四十九條（e））。進而，伴侶關係當事人，得透過單方或雙方向戶政機關所為的申請，而解消該伴侶關係（第八十 c 條（c）（d））。此時，戶政機關對申請的內容不為審查，而直接為解消伴侶關係的登記。依此方法所為的離婚，因得於二十四小時內完成，故被稱為「閃電離婚」（flitsscheiding（荷）：Blitzscheidung（德））⁵⁰。另外，不僅無未成年子女的夫妻，有未成年子女的夫妻亦得透過此方式進行離婚⁵¹。

然而，在荷蘭，立法者擬再為修法，先廢止此閃電離婚後，再增訂較為審慎的離婚方法，惟依修正草案規定，准許離婚的機關依然是戶政機關。依該修正草案規定，

⁴⁵林秀雄，我國離婚制度之矛盾，收於氏著，家族法論集（三），1994 年 8 月，漢興書局，頁 42。

⁴⁶ Staudinger-Mankowski, Art 17 EGBGB, Rn. 29.

⁴⁷ Staudinger-Mankowski, Art 17 EGBGB, Rn. 39. 挪威的 Fylkesmann 所作成離婚成為問題的案件：OLG Schleswig 5.5.2008, NJW-RR 2008, 1390.

⁴⁸ Schwenzler, FS Henrich, S. 533, 534.

⁴⁹ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 8 f., 327 f.; EuZPR/EuIPR-Rauscher, Art. 1 Brüssel IIa-VO, Fn.31; Jayme, IPRax 2001, 382.

⁵⁰ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 329 ff; Mom, FamRZ 2006, 1325 f. 因其較法院的裁判離婚為簡易且便宜，故許多荷蘭人開始利用此方法。例如，於 2004 年，在荷蘭裁判離婚的總數為約 32,000 件，對此所謂閃電離婚的總數則為約 5,000 件。Mom, FamRZ 2006, 1325 f.

⁵¹ Boele-Woekli, FamRZ 2005, 1632, 1633; Mom, FamRZ 2006, 1325.

在婚姻雙方當事人欲為協議離婚時，須向戶政機關表示，因婚姻已持續性地破綻而欲解消婚姻關係。此時，當事人應以經律師、公證人或調解人簽署的書面為該意思表示。從該書面上的簽署日期未經三個月時，戶政機關「決定」（entscheiden（德））婚姻關係的解消（草案一：一百四十九 a 條第三項）。該草案規定刻意強調戶政機關的行為具有創設效果，其理由如下：就向來的閃電離婚，歐洲各國可能將其視為欠缺國家機關所為的創設性決定，以致各國不予承認此種閃電離婚；此次修法主要目的則在於，透過立法明確規定戶政機關的行為具有創設性，以防止歐洲各國不承認該離婚的可能性。然而，該草案於 2005 年 11 月通過國會上院，惟因下院反對該草案另外新增訂的「親權計畫」制度，而遭到了否決，故最後未能通過⁵²。

第四節 日本法上多元之離婚方法

在日本，於 1896 年制定的民法已經承認二種離婚方法的並存，即向戶政機關申報而成立的協議離婚及裁判離婚二者；又於第二次大戰後，於 1947 年創設家庭法院，另制定家事審判法，而增設調解離婚及審判離婚此二離婚方法；再者，於 2003 年新制定的人事訴訟法第三十七條規定，增設訴訟上和解離婚。因此現在日本法上並存五種離婚方法。就各種離婚的實際情形而言，每年協議離婚在總離婚數中所占的比率高達百分之九十以上，有法院介入的離婚之比率一直未滿百分之十；就有法院介入的離婚而言，其中調解離婚占絕大多數，判決離婚則為總離婚數的百分之一左右，至於審判離婚則僅有少數⁵³。在日本法中雖有上述五種離婚方法，但在此將僅介紹協議離婚、調解離婚及審判離婚三者。

另外，日本已於 2011 年 5 月 25 日通過「家事事件手續法」⁵⁴，預定該法將取代家事審判法，本論文將之稱為「新法」，但家事事件手續法至今尚未施行，因此敘述相關條文時，將與家事審判法一併引用。

⁵²Gärtner, Die Privatscheidung, S. 332 ff; Mom, FamRZ 2006, 1325 f. 在此所謂「親權計畫」制度係指，作為協議離婚的前提要件，要求當事人就所有的離婚效果，尤其未成年子女的住所或會面交往等監護相關事項達成協議，且於離婚程序中須經確定之制度。Boele-Woekli, FamRZ 2005, 1632 f. 另外，於該草案中，原本其適用對象並無限制，但上院認為夫妻有未成年子女者，其離婚應限於法院的裁判離婚，以確保適當考量子女利益之機會，故上院將該草案的適用對象限縮為夫妻無未成年子女之情形。Mom, FamRZ 2006, 1325 f.

⁵³島津一郎=阿部徹編『新版 注釈民法（22）』（有斐閣、2008 年）1 頁以下〔岩志和一郎〕、262 頁〔大塚正之〕。

⁵⁴平成二十三年五月二十三日法律第五十二號。

第一項 協議離婚

日本法上，夫妻得依其協議而離婚（日本民法第七百六十三條），然其並非意謂當事人得經由法律行為而為離婚；即依日本民法規定，協議離婚須依戶籍法為申報始生效力，而此申報，須當事人雙方及二人以上之成年證人以口頭或署名之書面為之（該法第七百六十四條準用第七百三十九條）。此時，戶政機關則審查申報人的真正性及申請內容是否符合民法及戶籍法所定要件後，決定是否受理該申報。受理係指，將申報判斷為合法而受領該申報之行政處分，經由該行政處分，離婚始得有效成立；申報如不合法要件時，戶政機關則須作成不受理處分，對此，申報人得向家庭法院提起異議（日本戶籍法第一百二十一條）⁵⁵。

戶政機關依何種方法進行審查，在日本法中有形式審查與實質審查之別；前者係指，申請書及其附件的記載內容視為真實，而僅審查該記載內容相互間有無矛盾，及該記載內容與身分登記間有無出入之審查方法；後者則指，對申請書及其附件的記載內容，利用所有資料進行調查後，判斷該記載內容是否符合事實之審查方法⁵⁶。在日本法中，戶政機關原則上並無進行實質審查的義務，惟其亦有權限進行實質審查，如其認為有必要，即可行使該權限。此時進行實質審查的方法，戶政機關通常向當地所管法務省法務局進行函詢，該法務局則替戶政機關進行調查。另外亦有向移民署或國外的領事館為函詢等方法⁵⁷。

另一方面，日本的涉外戶政實務上，戶政機關應依其職權適用國際私法規定及準據法。如準據法是外國法，且無法自行判斷得否受理申請時，戶政機關則通常函詢當地所管的法務局⁵⁸。例如，當外國人夫妻或日本人與外國人的夫妻，欲在日本進行協議離婚時，則須判斷何國法為共同習慣居所法或關係最切之法律（日本法適用通則法第二十七條準用第二十五條）；此時，戶政機關如無法依行政解釋所定的認定標準為處

⁵⁵利谷信義「創設的届出の不受理申出制度」『現代家族法大系 第1巻』（有斐閣、1980年）523頁；石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）15-17頁。

⁵⁶田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権（1）」民事研修 174号（1971年）6頁。

⁵⁷利谷信義「創設的届出の不受理申出制度」『現代家族法大系 第1巻』（有斐閣、1980年）541頁、547頁；田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権（2）」民事研修 175号（1971年）28頁以下、39頁以下；山川一陽「わが国における協議離婚と意思確認（4）」戸籍時報 394号（1990年）35頁以下；海老原良宗「不受理申立制度の周辺問題について」戸籍誌第五百号記念論文集『家族法と戸籍』（テイハン、1986年）490頁以下。

⁵⁸西谷祐子「涉外戸籍をめぐる基本的課題」ジュリスト 1232号（2002年）149頁。

理，即通常函詢當地所管的法務局；法務局則調查夫妻在日本的居住情形、未成年子女的居住情形、夫妻過去的國籍及其他相關事項後，附上其意見，再向法務省民事局第二課長進行函詢。就此，學者亦指出，就關係最切之法律的認定而言，行政機關所進行的調查通常相當詳細⁵⁹。

另外，夫妻欲為協議離婚，惟離婚準據法不允許協議離婚時，戶政機關即不得受理該申報：例如，昭和二十六年（1951年）六月十四日民甲第一二二零號通達⁶⁰認為，就美國人與日本人的夫妻，其離婚準據法如為美國法者，戶政機關即不得受理協議離婚的申報；又平成六年（1994年）二月二十五日民二第一二八九號回答亦認為，就巴西人夫妻，其離婚準據法如為巴西法者，戶政機關即不得受理協議離婚的申報⁶¹。

由上可知，日本法上，協議離婚須經由戶政機關的行為為之。尤其在涉外案件中，行政機關應依其職權適用選法規則而指定離婚準據法後，判斷離婚準據法是否容許協議離婚；如該離婚準據法不容許協議離婚，戶政機關則須為不受理處分。

第二項 調解離婚

日本法上，夫妻的一方欲離婚，另外一方對此不同意時，雖得向法院聲請准許離婚，惟須先經家庭法院的調解程序（日本家事審判法第十七條及第十八條：新法第二百五十七條第一項：所謂「調解前置主義」）。家庭法院的調解程序中，依家事審判法規定組成調解委員會，由其主導調解程序（該法第三條第二項：新法第二百四十七條）；調解委員會係由法官及兩人以上的家事調解委員所組成（該法第二十二條第一項：新法第二百四十八條）。調解程序中，調解委員會首先聽取聲請意旨、雙方的意願及申請的背景等相關事實，並同時協助當事人能依據自由意思而為意思決定。如當事人雙方達成解決糾紛的合意，並調解委員會認為其內容為適當者，此時調解成立而作成調解書。該調解書的記載，具有與確定判決或審判相同的效果（該法第二十一條：

⁵⁹鳥居淳子「内外人の婚姻と離婚—いわゆる日本人条項について—」『講座 現代家族法 第2巻 夫婦』（1991年）315頁；佐藤やよい＝道垣内正人編『涉外戸籍法リステイトメント』（日本加除出版、2007年）35頁、225頁以下。

⁶⁰「通達」係指，由上級行政機關對下級行政機關下達的行政規則，例如法令解釋、處理辦法等。

⁶¹佐藤やよい＝道垣内正人編『涉外戸籍法リステイトメント』（日本加除出版、2007年）7頁以下。

新法第二百六十八條第一項)。就離婚而言，在調解成立時，不待向戶政機關申報，而直接發生解消婚姻的效果⁶²。

從比較法觀點而言，日本的家事調解制度係屬相當特殊的制度，其特色在於：進行家事調解的組織，並非民間機構而是司法機關；調解人亦為法官，並將調解作為其所擔任的主要事務之一；而且在日本家庭法院，有具各種專門知識與經驗的調查官及醫事官，如調解委員會認為需要其協助時，調查官及醫事官亦對其提供協助。正因為日本家事調解制度具有如此「重裝備」的特色⁶³，其本質究竟在於當事人合意，或在於調解委員會所為的調解判斷，學者見解不一。通說認為，家事調解程序，是為了讓當事人達成出於自由意思的合意，並調整當事人的利益關係而設，故調解的本質仍在於當事人的合意，其與依據法律規範所為的裁判，兩者間有本質性的差異。對此，反對見解認為，調解程序具有明顯的司法性質，宜將調解的重點置於調解委員會所作成的調解判斷，其理由在於：調解程序亦為法官所主導的程序；而且，調解委員會如認為當事人的合意不適當時，其得使調解不成立（日本家事審判規則第一百三十八條之二：新法第二百七十二條第一項）；再者，調解書的記載具有與確定判決或審判相同的效力⁶⁴。

第三項 審判離婚

在家事調解程序中調解未成立，惟如家庭法院認為適當時，經聽取調解委員的意見，並考量當事人雙方的公平後，得依其職權為離婚的審判（日本家事審判法第二十四條：新法第二百八十四條）。對此審判，當事人及利害關係人，從受審判告知時起二週內，得聲請異議（該法第二十五條第一項：新法第二百八十六條第一項）；如有該異議，審判則喪失其效力（該條第二項：新法第二百八十六條第五項）；於二週內未有異議時，該審判則具有與確定判決相同的效力（該條第三項：新法第二百八十七條）。

⁶²梶村太市＝德田和幸編『家事事件手続法 第2版』（有斐閣、2007年）28頁以下、57頁以下、74頁以下。

⁶³中川良延「家事調停と家族法の役割」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣、1996年）1037頁。

⁶⁴村崎滿「家事調停私論（1）」法律時報31卷2号（1959年）80頁、83頁；高野耕一『家事調停論』（信山社、2002年）170頁、174頁、178頁。

第四項 調解離婚及審判離婚在牴觸法上之性質

關於調解離婚及審判離婚，其在牴觸法上的性質究為如何，就此問題，在日本牴觸法學說中亦有爭論。此爭論的原因是，在日本家庭法院實務中，於離婚準據法（尤其美國各州法）僅規定裁判離婚時，法院依調解程序或審判程序准許離婚，此種案件層出不窮⁶⁵。於是，離婚準據法僅規定裁判離婚時，從牴觸法觀點而言，調解離婚或審判離婚究竟得否視為裁判離婚，此問題成為牴觸法學說的討論焦點。

日本多數見解認為，日本調解離婚及審判離婚制度，係以當事人對離婚享有任意處分的權利為前提而設，其結構亦以當事人意思為支柱，從此以觀，調解離婚及審判離婚，均無法視為具有裁判離婚的性質，因此，離婚準據法不容許當事人對離婚享有任意處分的權利時，家庭法院不得為調解離婚或審判離婚⁶⁶。

對此，亦有見解認為，即使離婚準據法僅規定裁判離婚，在一定條件情形下，日本家庭法院仍得依調解程序或審判程序准許離婚。例如，學者渡邊惺之認為，各國對離婚的立法趨勢已大幅改變，不少國家的立法，在當事人有離婚的合意時，將裁判程序予以簡化與形式化，此種裁判離婚與協議離婚間，實質上並無明顯差異。在此種變

⁶⁵調解離婚：東京家裁昭和 33 年 4 月 21 日調停成立・家月 15 卷 8 号 133 頁；橫濱家裁昭和 34 年 5 月 4 日調停成立・家月 11 卷 8 号 130 頁；東京家裁昭和 35 年 8 月 1 日調停成立・家月 12 卷 11 号 165 頁；橫濱家裁昭和 36 年 7 月 24 日調停成立・家月 14 卷 1 号 119 頁；東京家裁昭和 37 年 11 月 8 日調停成立・家月 15 卷 2 号 162 頁；仙台家裁古川支部昭和 51 年 2 月 26 日調停成立・家月 29 卷 1 号 109 頁；広島家裁昭和 55 年 12 月 1 日調停成立・家月 34 卷 2 号 174 頁。

審判離婚：大阪家審昭和 38 年 6 月 4 日家月 15 卷 8 号 133 頁；東京家審昭和 43 年 8 月 22 日家月 21 卷 1 号 121 頁；東京家審昭和 48 年 12 月 19 日家月 26 卷 7 号 59 頁；京都家審昭和 50 年 6 月 4 日家月 28 卷 4 号 127 頁；東京家審昭和 51 年 3 月 13 日家月 28 卷 4 号 121 頁；東京家審昭和 51 年 5 月 31 日判夕 345 号 297 頁；札幌家審昭和 60 年 9 月 13 日家月 38 卷 6 号 39 頁；東京家審昭和 63 年 2 月 23 日家月 40 卷 6 号 65 頁；橫濱家審平成 3 年 5 月 14 日家月 43 卷 10 号 48 頁）。在此等審判中，通常當事人間雖有離婚的合意，惟日本家庭法院為了提高外國承認在日本所為的離婚之可能性，而以審判准許離婚（西谷祐子「わが国におけるブラジル人の離婚について」法学 66 卷 3 号（2002 年）41 頁）。

⁶⁶桑田三郎「ドイツ人夫について調停離婚をなすことの適否」ジュリスト 247 号（1962 年）84 頁；溜池良夫「涉外人事訴訟及び家事審判の諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 6』（日本評論社、1971 年）133 頁；折茂豊『国際私法（各論）新版』（有斐閣、1972 年）303 頁注 2；山田鏡一『国際私法 第 3 版』（有斐閣、2004 年）448 頁以下；溜池良夫『国際私法 第 2 版』（有斐閣、1999 年）437 頁以下。就此，學者石黒一憲指出：此多數見解，係從日本牴觸法的觀點出發，而對調解離婚及審判離婚進行定性。惟依據多數見解，離婚方法的問題係屬實體問題；既然如此，日本的調解離婚或審判離婚是否為準據外國法所定的裁判離婚，無非是該外國法上的「裁判」概念之解釋問題，因此，此問題的解釋，不得從內國法的立場判斷，而應任由該準據外國法判斷（石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988 年）90-94 頁）。

化的趨勢中，基於合意的離婚與判決離婚，僅此兩者視為離婚方法的典型，而將各種多樣的離婚程序分類為此二類型，此種思考模式是否仍屬合理？莫如以離婚形成權限的所在為標準，區分為下列二個類型：其一，當事人以法律行為為離婚的「以法律行為為所為的離婚」；其二，法院等機關具有形成權限，當事人則向該機關聲請其為形成行為，依法定程序為離婚者（「法院（或機關）所為的離婚」）。依此區分標準，日本法上的調解離婚及審判離婚，係屬後者，因此，即使離婚準據法採裁判離婚主義，法院仍得為調解離婚或審判離婚⁶⁷。

學者木棚照一亦指出，在採裁判離婚主義的各國中，亦有國家採比較緩和的裁判離婚主義，亦即在離婚程序中，透過心理諮詢等方法，考量當事人意思或子女最佳利益等因素，藉此試圖解決當事人糾紛者即是。如離婚準據法採此種制度時，內國法院仍得為調解離婚或審判離婚。相反的，亦有如義大利、西班牙或中南美各國，於天主教的影響下，仍採有責主義及嚴格的裁判離婚主義者。離婚準據法為此等國家的法律時，內國法院僅能透過訴訟程序准許離婚⁶⁸。

由上開爭議可知，日本國內實質法上的通說雖認為，調解離婚係屬協議離婚之一種，其與裁判離婚間具有本質上的差異，然日本牴觸法學說，從比較法的角度出發而指出，裁判離婚與協議離婚，有時難以分辨；裁判離婚本身亦具有多樣性，尤其各國法逐漸「緩和」離婚法的過程中，裁判離婚與各種協議離婚間，究竟能否明確區分，不無疑義。

第五節 德國法上裁判離婚主義及其形式化

第一項 法院對離婚之專屬管轄權

德國民法第一千五百六十四條第一句規定，婚姻僅得透過法院判決而解消。在國際私法層面上，1986年修正後的民法施行法第十七條第二項規定，於國內，婚姻僅得透過法院而解消。此規定的主要意義有三：（一）確保身分關係變動上的法律明確性；（二）法院透過審查伴隨離婚而生的附隨事項，能保護弱勢當事人及子女的利益；

⁶⁷渡辺惺之「涉外家事事件における調停と審判」澤木敬郎＝烱場準一編『国際私法の争点 新版』（有斐閣、1996年）252頁。

⁶⁸木棚照一「異国籍外国人夫婦の離婚の方法」澤木敬郎＝烱場準一編『国際私法の争点 新版』（有斐閣、1996年）171頁。

(三) 透過法院程序，防止尚未破綻的婚姻之解消，以實現德國基本法第六條第一項所定對婚姻的制度性保障⁶⁹。

從歷史觀點而言，此裁判離婚主義的成立，源於 1876 年制定的戶籍法與此後制定的法院法第十五條第三項所定的教會裁判權的排除，由此成立國家法院對離婚的專屬管轄權。此際，教會裁判權的排除，與依外國法所為的私的離婚間，尚未具有直接關聯；然其後見解逐漸認為，國家對離婚的專屬管轄權，在國內不得容許任何侵害，故須禁止外國人在國內為私的離婚⁷⁰。

另一方面，德國裁判離婚主義的成立過程中，亦有薩維尼學說的影響。亦即，近代自然法學說，將婚姻視為雙方當事人間的契約，離婚則視為此契約的解消；惟於十九世紀的歐洲，國家對家族的介入逐漸增強，且來自基督教原理的婚姻不可解消性此思想亦逐漸普及。在此潮流中，薩維尼將婚姻視為應從夫妻兩造的意思切割的一種「制度」(Ehe als Institution)，基於此思想其作成離婚法相關提案。氏之所以要求法院程序，主要在於保護「無責的」(unschuldig) 婚姻當事人。該提案嗣後為德國民法草案所採⁷¹。

另外，亦有見解指出，德國所採的裁判離婚主義，係在於基督教的婚姻不解消主義的影響下形成，其與回教法及猶太法所承認的私的離婚間，不僅存在不同法秩序間的衝突，亦有不同宗教思想間的衝突⁷²。

第二項 裁判離婚之形式化

德國民法上，於當事人對離婚有合意時，經一年的分居期間者，其婚姻視為已破綻（該法第一千五百六十六條第一項），並於婚姻破綻時，法院原則上應為離婚判決（第一千五百六十五條第一項第一款）。就此當事人對離婚有合意時的離婚，學說見解指出，實際上，關於該規定所定的一年分居期間，如當事人在法院為如演戲般地主張，法院則不得不接受之，此為德國離婚訴訟的常態。由此可知，由法院提供的保護機制係容易迴避的，實際上已經難以與協議離婚嚴格區分⁷³。亦有見解認為，在法院實

⁶⁹ Rauscher, Familienrecht, S. 312.

⁷⁰ Beitzke, IPRax 1981, 202.

⁷¹ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 51.

⁷² Gärtner, Die Privatscheidung, S. 51.

⁷³ Rauscher, Familienrecht, S. 313, 332.

務中基於民法第一千五百六十六條第一項規定所為的離婚，無非是「純粹的協議離婚」（die reine Konsensualscheidung），並此種離婚占今日發生的離婚之大多數⁷⁴。

此種法院的離婚程序之形式化顯示，在採裁判離婚主義的離婚法中，伴隨破綻主義思想的增強，離婚逐漸變成屬於私領域的事情，國家對離婚的介入，亦隨之喪失以往的功能。正如德國學說本身指出，此種已形式化的裁判離婚，其功能已與協議離婚並無重大差異；換言之，「實質上雖為協議，但形式仍為裁判離婚」⁷⁵。在此種趨勢中，裁判離婚與協議離婚，此兩者於抵觸法上嚴格區分，其可行性與必要性是否仍存在，便成為問題。

第六節 小結

由上可知，在各國法秩序中，離婚法受傳統、思想或宗教等因素的影響，且在各國此等因素均有不同，故各國國家機關介入離婚的型態，亦有相當差異。然影響離婚法的因素本身，亦無法避免因時而變；此時，以往視為截然不同的制度間，亦有發生相互交錯的可能性。在此種情況下，觀察各國的國家機關介入離婚之多樣型態，對承認適格論具有各種不同的啟發性。就此，以下分別加以檢討。

在回教各國，傳統的回教法容許私人僅以其意思表示進行離婚，而毋需經由任何國家機關的介入。然在第二次大戰後的回教各國，透過立法要求當事人應經由國家機關的介入而為離婚，此時，私人的意思與國家機關的行為間，呈現出複雜交錯的現象。例如，如巴基斯坦法，離婚究竟僅以私人的意思表示即已有效成立，或者其未經國家機關的介入前尚無法成立？在其他立法例中亦同，離婚究竟透過法院的決定而成立，或者法院的角色僅限於確認並公證私人的意思表示？如前所述，承認適格論的意義，在於選法方法與承認方法間劃定界線，惟在回教各國法中，私人意思對離婚具有顯著的影響力，因此經由國家機關介入而成立的離婚，究竟仍具法律行為的性質，或者國家機關的介入具有公權力決定的性質，此問題，在德國承認適格論相關的學說及實務中，已經引起莫大的困難。另一方面，須注意者，在現代回教各國間，因各國立法政

⁷⁴ Schwenger, FS Henrich, S. 533, 540. 介紹德國、美國紐約州及英國此種形式化或「儀式化」的裁判離婚程序者，林秀雄，我國離婚制度之矛盾，收於氏著，家族法論集（三），1994年8月，漢興書局，頁51-52。

⁷⁵ 林秀雄，我國離婚制度之矛盾，收於氏著，家族法論集（三），1994年8月，漢興書局，頁54。

策之不同，而國家機關介入離婚的程度亦有差異。因此在牴觸法上，已無法將回教各國法概括為「回教法」而一併處理，而須正確認知並尊重不同的各國法內容。

在以色列法，亦能明顯觀察到，私人的意思與國家機關的介入間，存在複雜的交錯現象。亦即，該國法雖以夫對妻交付離婚書作為不可或缺的因素，惟教士法院對此過程的監督亦相當審慎且詳細。此時，究竟應重視私人行為的層面，或者應重視教士法院所為的程序之層面，而承認其具有裁判的性質？

在日本法，雖就國內通常的協議離婚而言，私人的意思表示對離婚具有決定性影響，惟就涉外協議離婚而言，戶政機關應依其職權指定並適用離婚準據法，而據此判斷得否准許離婚，其中戶政機關所為的判斷或決定的性質，較通常的協議離婚為濃厚。另外，就調解離婚而言，其程序係由法官主導，而且調解程序亦甚為審慎，其程度可謂不低於裁判程序。再者，調解委員會並非應完全聽從當事人意思，即使當事人間已達成合意，調解委員會仍有權限使調解不成立。由此可知，調解離婚在某種程度上兼具類似於裁判的性質。日本的法院實務及部分學說認為，即使離婚準據法僅容許裁判離婚，在內國仍得依調解程序准許離婚，此事亦證明調解離婚與裁判離婚間，已無存在絕對的差異；尤其在各國法逐漸「緩和」離婚法的過程中，裁判離婚本身已有相當變化，此時裁判離婚與各種協議離婚間，究竟能否明確區分，便成難以解決的問題。

德國法雖仍採裁判離婚主義，惟觀察其現在的實際情形，在多數離婚案件中，夫妻間對離婚已有合意，此時在法院進行的裁判離婚程序，已相當形式化而實質上具有協議離婚之性質。在此種情形下，探討承認適格相關問題時，若對經由法院裁判而成立之離婚賦予絕對性意義，而與其他如經由行政機關的介入而成立之離婚嚴格區分，此種立場是否仍為妥當，實有疑義。

由上述檢討可知，在各國法秩序中有關離婚的國家機關之介入，無論私人意思影響的程度、准許離婚的機關的種類、其所依據的程序之密度等等，均有不同，而難以從單一的角度進行分類。以比喻而言，各國法秩序富有豐富的色彩，並非僅有「黑」或「白」；而且，在不同顏色的中間亦有連續性，難以明確判斷在何處開始變成另一顏色。承認適格論的課題雖在於劃定其間的界線，惟從本章介紹的各國法制亦可看出，此課題似非易事。在此本文僅能指出，牴觸法必須以各國富具多樣性的制度為規範對象，而且此規範對象的多樣性，逆向地要求牴觸法上的概念具備一定的開放性，以能

對應各國法秩序的多樣性。惟單從內國實質法的觀點出發並在抵觸法的脈絡中借用內國實質法的概念，恐無法形成具備此種開放性的概念。於探討承認適格論相關問題前，本章先介紹各國法制度的意義，即在於確認此重要事實。



第三章 日本牴觸法對外國離婚之承認

在日本，就外國離婚的承認問題，在牴觸法上應採取何種處理方法¹，學說較早開始討論。其主要爭點在於，外國離婚的承認問題，究應視為屬於選法規則層面的問題，而將在內國得承認的離婚限於依據內國選法規則所定的離婚準據法所為者（所謂「準據法要件說」），或者將此問題視為外國判決的承認問題，而依日本民事訴訟法第一百十八條²（1996年修正前之舊民事訴訟法第二百條³）規定承認之（承認方法說）？除此二見解外，另有見解認為，以離婚判決為代表的形成判決，其形成力係屬實體法上效果，故在內國應否承認該效力，應任由內國選法規則所指定的離婚準據法所屬國處理（所謂「實體法說」或「準據法說」）。

關於此點爭論，日本法制審議會國際私法部會小委員會，曾經於1961年4月公布「法例修正要綱試案（婚姻）」，其中就外國離婚判決的承認要件僅指出：「承認是否僅限於依日本國際私法所定的準據法所為之外國判決，仍持保留態度」。該委員會當時就此爭論未能表明其態度，顯示當時承認外國離婚判決的方法，仍屬頗有爭議之問題⁴。然而，嗣後承認方法說逐漸獲得眾多學者的支持，而最後形成幾乎一致之見解，

¹ 就外國判決承認制度，如同台灣法，日本法亦採自動承認主義，即承認外國判決毋須在內國經過任何程序，而且外國離婚的承認亦不例外。然而，外國判決的承認要件是否存在，就此問題當事人間有爭執，並為了解決當事人法律地位的不安定，以確定判決解決該爭執可認為係適當的方法者，此時當事人得提起請求確認外國判決承認或不承認之訴，以確認在國內外國判決是否有效力（鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法（1）』（第一法規、1984年）（青山善充）365頁、389-390頁；鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）（高田裕成）364-365頁；竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995年）520頁）。而且，學說見解認為，為了確保法律安定性，應類推適用人事訴訟法第二十四條，而對該確認判決賦予對世效力（竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995年）520頁；石川明＝芳賀雅頭「外国離婚判決に付隨する裁判の承認」石川明＝石渡哲編『EUの国際民事訴訟法判例』（信山社、2005年）366頁）。

² 日本民事訴訟法第一百十八條規定：「外國法院之確定判決，以具備下列所有要件者為限，認其效力：一、依法令或條約，可認外國法院具有裁判權者；二、敗訴之被告受開始訴訟之通知或命令（除公示送達或其他類似送達外。），或者雖未受該通知或命令但應訴者；三、判決之內容及訴訟程序，未違背日本之公共秩序或善良風俗者；四、有相互之承認者」。

³ 日本舊民事訴訟法第二百條規定：「外國法院之確定判決，以具備左列所有要件者為限，認其效力：一、依法令或條約，未否認外國法院之裁判權者；二、敗訴之被告為日本人時，其不依公示送達而受開始訴訟之通知或命令，或者雖未受該通知或命令但應訴者；三、外國法院之判決，未違背日本之公共秩序或善良風俗者；四、有相互之承認者」。

⁴ 木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 —承認規則と抵触規則の関係について—」立命館法学 137号（1978年）32頁。

並且法院實務及戶政實務雖於初期有採準據法要件說者，惟於承認方法說成為通說後，隨之改採承認方法說的立場⁵。

在此，先如下整理上述各見解之概要⁶：

（一）準據法要件說：鑑於形成判決的特質，得在內國承認之外國離婚判決，應限於依內國國際私法規定所定的準據法為之者；另依內國國際民事訴訟法，該離婚判決亦須具備間接管轄要件；

（二）實體法說：由內國國際私法所定的離婚準據法所屬國所為之外國離婚判決，得於內國承認之；另外，其他國家（第三國）所為的離婚判決，於內國國際私法所定的離婚準據法所屬國承認該離婚判決時，在內國亦得承認之；在內國得適用日本民事訴訟法第一百十八條的情形，則僅限於內國國際私法所定的離婚準據法為內國法之情形。

（三）承認方法說：外國離婚判決的承認，基本上與其他種類的外國判決之承認並無差異，應直接適用、準用或類推適用日本民事訴訟法第一百十八條規定。其中，是否要求相互承認要件（該條第四款），則有爭議。

在本章，首先分析上開準據法要件說及實體法說，以進一步釐清選法方法與承認方法的相互關係。其次，以採承認方法說為前提，分析日本國際民事程序法上承認適格論有關理論。就此部分而言，日本學說上向來主要探討者，僅限於上開方法論之爭，相對而言，就外國離婚，何種外國國家行為得成為承認對象，日本學說似未詳細討論。其原因似在於，日本對外國判決的承認採自動承認主義，故法院實務上外國離婚判決的承認成為爭點之情形，並非常見；戶政機關依外國離婚判決為身分登記時，亦不為嚴格審查，而其不予承認的情形，僅限於「明顯」不具備日本民事訴訟法第一百十八條所定的承認要件者⁷；因此，日本學說的討論亦侷限於抽象層面，並未探討各種外國國家行為所引起的具體問題。另一方面，最近在日本牴觸法學說中，選法方法與承認方法的區別標準究應如何設定，就此問題相關的討論日益增加，其中有些學者認為，通說見解肯定承認適格的範圍過於狹隘，應從寬解釋承認適格要件。雖此討論並非針

⁵木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察——承認規則と抵触規則の關係について——」立命館法学 137号（1978年）32-33頁。

⁶山田鐸一『國際私法 第3版』（有斐閣、2004年）469-470頁。

⁷佐藤やよい＝道垣内正人編『涉外戶籍法リステイメント』（日本加除出版、2007年）247-255頁。

對外國離婚的承認問題，惟該學說與外國離婚的承認問題亦有密切關聯，故本章將對此進行檢討。

第一節 準據法要件說

在日本，首先提倡準據法要件說者，係學者江川英文。氏於 1932 年及 1960 年發表二篇論文，其中論述外國離婚判決的承認相關問題，惟其見解甚為難解，其中是否包含相互矛盾，亦不無疑問。而且，此二篇論文相互間，似有基本不同：亦即，於 1932 年的論文中，氏雖原則上採承認方法，但考量身分法律關係的特殊性，而對此從選法方法的立場加以限制；相對而言，於 1960 年的論文中，氏將外國離婚判決的承認問題視為屬於選法方法層面的問題，而對此從國際民事程序法的觀點，再加以必要的限制。本文以為，詳細分析該學說有助於理解選法方法與承認方法的相互關係，故以下對此進行探討。

第一項 學者江川英文之見解

學者江川英文在 1932 年發表的論文中首先指出，日本舊民事訴訟法第二百條所謂的「判決」，不僅包含給付判決與確認判決，亦包含形成判決在內⁸。然而，該條不問外國判決是否適用內國國際私法所指定的準據法，因此依該條規定，即使外國法院對日本人的身分法律關係適用其住所地法，仍不得不在內國承認，然氏認為：「此種結果，在國際私法上極為不合理」⁹。

基此觀點，氏首先檢視德國舊民事訴訟法第三百二十八條第一項第三款之規定¹⁰。該條規定，就婚姻之成立及效力、離婚、親子關係、收養及死亡宣告等法律關係所為之外國法院判決，如違反德國民法施行法所指定之準據法，以致對德國籍之當事人不利者，不予承認。氏認為，因立法者之不慎與誤解所生之疏漏，日本民事訴訟法中並無類似條文；然而，若考量日本舊民事訴訟法第二百條規定所預定包攝的判決為何種判決，則「為與德國民事訴訟法大致相同的解釋，亦未必不可能」¹¹。

⁸江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）46 頁。

⁹江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）68 頁。

¹⁰關於該條，詳見本文第一章第一節。

¹¹江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）68-70 頁。

因此氏認為，日本舊民事訴訟法第二百條規定，僅規範將來需要執行的財產權相關判決，對此，就身分法律關係相關的外國判決之承認，法律上則欠缺明文規定。然而，對身分法律關係相關的外國判決，仍應類推適用適合於類推的規定，故就此亦應類推適用該條第一款至第三款之規定（即間接管轄權要件、應訴或送達要件及公序良俗要件）。就相互承認要件而言，其所涉及者，僅限於需要國家的積極協力之判決（即將來需要執行之判決），故對身分法律關係之相關判決，不應以此為承認要件¹²。

最後，氏檢討 1931 年之德國民事訴訟法修正草案第三百三十五條，該條規定：「於外國有第二百九十五條所定種類之判決〔註：指形成判決〕，且就該判決之法律關係依德國法應適用該裁判國之法律者，就該法律關係之判決效力，不依第三百三十三條〔註：相當於現行法第三百二十八條之規定〕規定，而依據依德國法應適用之外國法」。就此規定，氏認為，「因形成判決具有直接變動法律關係的實體法效果，故若具有管轄權的外國法院，其所適用之準據法合於內國國際私法規定時，該判決所形成的法律關係之變動，內國亦應承認之」，因此該草案規定，極為妥適¹³。

以上為學者江川英文於 1932 年的論文中展開的學說，其中可指出二個主要疑義。第一，德國舊民事訴訟法第三百二十八條第一項第三款規定，係為了保護德國人的利益而設，其性質為所謂特別保留條款。此種規定得否雙面化，亦即於未涉及內國人利益的案件中得否要求外國法院遵守內國選法規則，實有疑義。惟氏就此問題未經任何考量，而肯定將其雙面化。第二，氏所認為妥適的上開草案第三百三十五條規定與氏所提倡的準據法要件說，二者在理論上顯有不同：亦即，該條規定是按實體法說的立場而設，即該條規定將外國離婚在內國如何處理之問題，任由內國選法規則所定的準據法所屬國處理，依此學說，不管準據法所屬國究竟適用何種法律，只要該國承認第三國法院所為的形成判決，即在內國亦得承認其效力。對此，準據法要件說係要求外國法院亦適用內國選法規則所定的準據法者，因此，二者立場理論上並非相同¹⁴。

嗣後，氏於 1960 年發表的另一篇論文中，針對外國離婚判決的承認問題再為探討，而其理論似與以前的見解所有不同。然其學說甚為難解，筆者無法充分理解其意旨，惟其中明確存在選法方法與承認方法的交錯，故以下將對此進行分析。

¹²江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）71-72 頁。

¹³江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）77-78 頁。

¹⁴石黒一憲『國際私法と國際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988 年）180-188 頁。

首先，氏於該論文的末尾部分指出，如對外國離婚判決的承認問題適用日本舊民事訴訟法第二百條規定，即「甚為不合理地扭曲上述由國際私法理論導出的歸結」，故對此不得適用該條規定¹⁵。在此所謂的「國際私法理論」，究為何指？

氏指出：「既存的法律狀態之變更或新的權利關係之發生，於國際私法中，〔……〕該法律關係的準據法認其有效時，始得發生。既存的法律狀態之變更或新的權利關係之發生，有時因法律行為而生，亦有時因不具效果意思的行為而生。〔……〕然而，無論如何，關於涉外問題，只要內國國際私法規範所定的準據法不肯認該形成效果，即不得於內國肯認其效果¹⁶」。惟「須檢討者係，外國法院透過判決變更既存的法律狀態或產生新的權利關係，此時上開有關法律牴觸的理論，是否亦得適用。內國國際私法規範所定的準據法肯定該形成效果的發生，在此範圍內，原則上並無理由在內國否定該效果¹⁷」。「日本法例第十六條〔離婚準據法〕之規定，其與在外國為離婚的情形並非全無關聯。蓋於外國依其牴觸規則所定的實質法為離婚，此時，為了在內國肯定該離婚的效力，該準據法須為法例第十六條所定的實質法」。「既然國際私法所定的準據法與由法院判決所生的形成效果間存在如前所述之關係，即外國法院所宣告的離婚判決，其依內國牴觸規則所定的準據法所為者，在此範圍內，原則上內國亦得承認之¹⁸」。

由上可知，依以當事人所為的法律行為而發生法律效果的情形，與透過判決發生實體法律關係變動的情形，氏將此二者並列，而且就此採相同的處理模式。由此辯證的過程可推知，氏所謂的「國際私法理論」之意旨在於，無論外國形成判決是否已存在，仍依據內國選法規則指定準據法後，據此判斷離婚是否有效成立。此種處理方法，與實體法說並非相同：依後者，如作形成判決的外國為內國選法規則所定的準據法所屬國者，內國即得承認該判決的效力；而且，準據法所屬國承認第三國法院所作成的離婚判決時，內國亦得承認該效果；亦即，此時內國國際私法所「指定」的範圍，亦包含外國的承認規則在內。反之，氏在該論文中顯然認為，依其「國際私法理論」，內國國際私法所指定者係外國實質法，而且於該實質法肯定該形成效果的發生時，始得在內國亦肯認其效果。其實，氏雖有時使用「承認」一詞，惟其所採的處理方法，

¹⁵江川英文「外国離婚判決の承認」立教法学1号(1960年)42頁。

¹⁶江川英文「外国離婚判決の承認」立教法学1号(1960年)28-29頁。

¹⁷江川英文「外国離婚判決の承認」立教法学1号(1960年)29頁。

¹⁸江川英文「外国離婚判決の承認」立教法学1号(1960年)30-31頁。

無非係在內國重新指定離婚準據法而判斷離婚是否有效成立，即基本上忽視外國判決的存在。

然而，氏另外指出：如透過外國法院的判決發生實體法上形成效果，此時「在內國承認該形成效果的要件，不僅是該效果依內國國際私法所指定的準據法而發生而已。因為，如認為不問何國法院使該形成效果發生均可，則實有不合理之處。為了在內國承認外國法院判決之形成效力，該外國法院須具備內國國際私法所定的管轄權，此係極為當然之理」¹⁹。在此，選法方法與承認方法呈現某種「交錯」。如將外國離婚的承認視為專屬實體法的問題而採選法方法，則理論上應無所謂外國法院是否具有間接管轄權之問題，因為依一般認知，該要件係屬程序法性質的要件。也因此，就外國離婚之承認，氏認為其屬於實體法（即選法規則）層面的問題，抑或認為係屬程序法（即承認規則）層面的問題，亦無法明確判斷。相較之下，實體法說並不要求間接管轄權的要件，係因認為此問題係屬實體法層面的問題，而從理論一貫性的角度以觀，實體法說的立場似較為自然。無論如何，如以氏的理論為前提，則要求間接管轄權要件一事，並非「極為當然之理」。

綜上所述，學者江川英文，於 1932 年發表的論文中，就外國離婚判決的承認，原則上採承認方法，而為了修正其所導致的結果，解釋論上認為外國法院所適用的準據法須與內國國際私法所定者相同。然而，於 1960 年發表的論文中，其基本前提不同，原則上將此問題視為屬於實體法層面的問題，而對此從承認規則的觀點要求間接管轄權的要件。無論從何種觀點出發，氏所主張的學說中均呈現選法方法與承認方法的交錯，對此，嗣後日本學說提出批判，以下本文將介紹日本學說對準據法要件說的批判。

第二項 對準據法要件說之批判

日本學說對上開準據法要件說的批判，主要可分為二點：（一）違背實質再審查（*révision au fond*）禁止原則；（二）增加跛行法律關係的發生。以下分述之：

（一）違背實質再審查禁止原則

¹⁹江川英文「外国離婚判決の承認」立教法学 1 号（1960 年）31-32 頁。

上開準據法要件說，與當時法國法所採的如下立場相類似，即「法國法院承認外國法院所為的判決，僅限於該判決所適用的準據法合於法國選法規則者」²⁰。然而，當時法國牴觸法，就外國判決的承認，仍容許內國法院為實質再審查，故即使內國法院審查該外國法院對何種事實適用何國法，仍不會引起任何理論問題。反之，日本牴觸法採實質再審查禁止原則，在此前提下，如何審查日本選法規則所指定的準據法是否合於外國法院所實際適用的準據法，便引起各種困難²¹。詳言之，外國法院僅適用內國選法規則所指定的準據法是否已足；或者其解釋與適用是否亦須正確；再者，選擇準據法的前提事實之認定是否亦須正確；準據法雖非相同，但其內容卻相同時，應如何處理等各種問題即是²²。

就此問題而言，內國法院如審查外國法院所為的準據法之解釋與適用是否正確，即完全違反實質再審查禁止原則，故只能認為外國法院僅指定與內國選法規則相同的準據法即可，其解釋與適用是否正確，則在所不問。惟如此「形式化」之準據法要件，實際意義究竟多大？例如，外國法院適用內國選法規則所定的準據法，但該準據法的解釋卻係糊里糊塗，在此情形中，顯而易見準據法要件說的問題點。在實質再審查禁止原則下，該要件的審查不得不半途而廢，然該學說對此賦予否決權，而一律不承認未滿足該要件的外國判決，此結論是否妥當，實有疑問²³。

（二）增加跛行法律關係之發生

在探討外國離婚判決的承認問題時，準據法要件說僅考量的內國選法規則的意旨，而要求外國法院亦應適用內國所相信為正確的準據法。然而，此種思考模式，無非忽視各國選法規則尚未統一的現狀²⁴。觀諸各國所採的離婚準據法之連結方法，仍有屬人法主義與屬地法主義的對立等基本立場之分歧，而尚無法達成其統一²⁵。在此現況下，如採準據法要件說，內國承認外國離婚判決的機會顯著降低；此明顯違反外國離婚判

²⁰矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（1）」国際法外交雑誌 60 卷 1 号（1961 年）54 頁。

²¹矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（1）」国際法外交雑誌 60 卷 1 号（1961 年）54 頁。

²²山田鐮一『国際私法 第3版』（有斐閣、2004 年）473 頁。

²³石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988 年）204-205 頁。

²⁴石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988 年）203 頁。

²⁵矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（1）」国際法外交雑誌 60 卷 1 号（1961 年）54-55 頁。

決的承認上最為重要之利益，即防止發生跛行法律關係²⁶。內國法院擬作成形成判決的情形，與外國法院已經作成形成判決的情形，就此二者應考量的利益並非相同，因為在後者情形中，須防止跛行法律關係之重要性，與前者情形迥然有異²⁷。

第二節 實體法說

第一項 學者木棚照一之見解

就外國離婚等有關身分關係的形成判決之承認，日本學者木棚照一主要參考德國所謂的實體法說，而認為此問題基本上應透過內國國際私法的規定處理，而得適用內國國際民事程序法上承認規則之情形，僅限於內國國際私法將內國法指定為離婚準據法之情形²⁸。氏探討德國學者 Jonas、Süß、Neuhaus 所主張的見解後²⁹，將其特徵如下整理如下³⁰：

（一）在外國所為的離婚，無論係透過私人行為、非訟程序或法院判決為之，均須適用內國國際私法規定所指定的準據法予以規範。因此，作成判決的外國係內國國際私法所指定的離婚準據法所屬國者，該判決原則上即應承認；該判決是否滿足內國承認規則所定的要件，則在所不問。

（二）外國法院以判決准許離婚時，如內國國際私法所定的離婚準據法所屬國承認該判決，則內國亦須承認之。亦即，離婚準據法如規定離婚須透過「法院判決」為之，則在此所謂的「法院判決」究指何等國家的何種判決，應視離婚準據法所屬國的法秩序而定。離婚準據法若有如同德國民事訴訟法第三百二十八條規定般的承認規則，則應依該規定予以處理。

²⁶矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（1）」国際法外交雑誌 60 卷 1 号（1961 年）54-55 頁；松岡博「外国離婚判決の承認について」阪大法学 86 号（1983 年）34-35 頁。

²⁷石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988 年）206 頁。

²⁸木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 —承認規則と抵触規則の關係について—」立命館法学 137 号（1978 年）35 頁注（10）、63 頁。

²⁹在此氏所參照的文獻為：*Martin Jonas*, JW 1934, 2555; *ders.*, JW 1936, 283; *Theodor Süß*, Die Anerkennung ausländischer Urteile, FS Rosenberg (1949), 229; *Paul Heinrich Neuhaus*, Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht, 20 RabelsZ, 201; *ders.*, Zur Anerkennung sowjetzonaler und ausländischer Scheidungsurteile, FamRZ 1964, 20; *ders.*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., 1976, S. 433 ff.

³⁰木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 —承認規則と抵触規則の關係について—」立命館法学 137 号（1978 年）56 頁。

（三）於不得已的例外情形中，應認外國離婚的承認違背內國公序良俗者，離婚準據法如為內國法，即得依內國承認規則上之公序良俗條款，拒絕承認之；離婚準據法如為外國法，則得依據內國選法規則上之公序良俗條款，拒絕承認之。

氏支持該見解的主要理由有二：其一，牴觸法學說時常強調國際民事程序法的獨立性，惟此種見解，實有架空選法規則之虞。如欲在所有案例中指定適當的法律，藉此實現國際私法正義的內容，則須防止此種選法規則的架空。而且，外國離婚判決，一方面涉及實體法律關係的形成，另一方面須重視身分法律關係統一性的要求，鑑於此等性質，未經考量選法規則的意旨而承認外國離婚判決，實有不妥；其二，僅據承認規則而承認外國離婚判決，不僅引發當事人不當挑選法院（forum shopping），更有甚者，內國承認離婚準據法所屬國所不承認的離婚，而產生跛行法律關係。從選法規則理論的立場思考判決承認的問題，有助於防止此等弊端³¹。

另一方面，氏亦認為，關於實體法說的實際妥當性，仍須按各種場合進行更進一步的探討。惟至少在以下情形中，實體法說得導出適當的結果：即，例如美國人夫妻在美國內華達州或墨西哥取得離婚判決，而該離婚判決的效力在日本成為問題，此時，若依承認方法，即按日本舊民事訴訟法第二百條第一款規定欠缺間接管轄權的要件，而在日本不得承認該離婚判決；惟夫妻的共同本國法之美國法既然承認該離婚判決，即不宜依承認方法而拒絕承認之，否則將引起跛行法律關係之發生³²。

以上為學者木棚照一的見解之概要，惟對此見解在日本尚無充分檢討，故以下本文對此見解直接進行若干檢討。

第二項 實體法說之檢討

（一）適用過程之複雜性

乍看之下，氏似未區分離婚判決之既判力與形成力，而對離婚判決的所有效力適用實體法說之處理模式。然而，如氏本身亦已正確引用，德國學者 Süß 及 Neuhaus 所主張的見解，僅就形成判決的形成力採取不同的處理方式，至於其既判力則依承認方

³¹木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 —承認規則と抵触規則の關係について—」立命館法学 137 号（1978 年）61 頁。

³²木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 —承認規則と抵触規則の關係について—」立命館法学 137 号（1978 年）62 頁。

法處理³³。惟若形成力與既判力間區分有關承認的處理方式，則不得不引起各種困難：例如，內國選法規則所指定的準據法係甲國法，有乙國法院所為的離婚判決，且甲國承認乙國離婚判決，此時，內國得否據此直接承認該離婚判決的形成力，仍有疑義。如 Neuhaus 本身所言，甲國是否「承認」乙國判決的問題，並非「屬於訴訟法層面」，而係在甲國法中，離婚判決是否僅指甲國法院的判決，或者容許以外國的類似行為替代（Substitution）甲國法院的判決，此「實體規範的解釋問題」³⁴。至於有無替代性的判斷方法，又依 Neuhaus 所言，首先應探究該外國法的立法者意思，若無法確知之，即應視該外國法制度與成為問題的制度間是否具有相同機能而定³⁵。亦即，有無替代性的判斷屬於該外國法的解釋問題，其與準據法所屬國是否承認第三國所為的判決，二者間並無直接關聯。因此，實體法說如就形成力解釋為實體法上效力，而將其任由選法規則處理，即應探究準據法上實體規範之意旨，不得與準據法所屬國是否承認第三國判決的問題混淆。因此，若要貫徹實體法說的意旨，則內國得否承認上開乙國所作成的離婚判決，取決於甲國法是否容許以乙國判決替代甲國判決。惟顯而易見地，其已涉及二種外國法制之比較，其複雜性甚高，有多少內國法院的普通法官得正確運用此解釋技術，仍有疑慮。

而且，依實體法說，亦可能發生如下情形：例如，就外國離婚判決的形成力，因上開甲國不承認乙國的離婚判決，因此內國亦不得承認該離婚判決的形成力；惟至於既判力，內國得依內國承認規則承認乙國判決。在此情形下，當事人欲在內國重新提起離婚訴訟時，其是否因該乙國判決的一事不再理效力而不得重新提訴，便成問題³⁶。Neuhaus 本身已意識到此問題，其謂：「應重視判決的實體法上效力與程序法上效力相互間具有的內在關聯性。例如，在內國一方面依當事人的本國法否定其實體法上效力，惟另一方面在重新提起的離婚訴訟中容許既判力的抗辯，不得發生此種情形」。「外國判決的各種效力，其承認亦應互相調整」³⁷。惟究須如何進行調整，氏尚未進一步說明。

³³木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 —承認規則と抵触規則の關係について—」立命館法学 137 号（1978 年）49-52 頁。

³⁴Neuhaus, 20 RabelsZ, 201, 220 f.; 木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 —承認規則と抵触規則の關係について—」立命館法学 137 号（1978 年）51 頁。

³⁵Neuhaus, Grundbegriffe, S. 352.

³⁶Müller, 79 ZJP, 199, 215 ff.

³⁷Neuhaus, 20 RabelsZ, 201, 221.

由上可知，實體法說如欲貫徹其理論，則不得不導致大幅複雜化外國離婚承認問題之結果。反之，對形成判決的形成力亦採承認方法，即不會發生上開各種困難。單就處理的簡單程度而言，承認方法說遠勝過實體法說，似無疑問。

（二）處理結果之妥當性

本文將檢討上述見解所舉的案例類型：美國人夫妻在美國內華達州或墨西哥取得離婚判決，而該離婚判決的效力在日本成為問題，此時，若依承認方法，即按日本舊民事訴訟法第二百條第一款規定欠缺間接管轄權的要件，而在日本不得承認該離婚判決；惟夫妻的共同本國法之美國法承認該離婚判決。

就此案例而言，若再稍微變更前提事實，則依承認方法所為的處理可能較具妥當性：例如，夫妻的共同本國法雖為美國紐約州法，其卻在日本長期居住，而為了取得離婚判決赴墨西哥，在當地僅逗留幾天即取得離婚判決，紐約州法卻承認該判決。此時，從日本法的觀點而言，當事人無非係不當挑選法院，故日本不承認該判決亦有其合理性。即使紐約州法肯定間接管轄權，似尚無理由認為內國有關間接管轄權的判斷標準，應無條件地服從外國法的判斷標準。換言之，依實體法說見解，內國的間接管轄權的判斷標準，無條件地劣後於外國所定的間接管轄權的判斷標準。然而，如同選法規則包含其所追求之正義內涵，承認規則亦包含不同於選法規則之正義內涵。前者為何應優先於後者，實體法說似須再進一步說明。

從比較牴觸法的觀點，再詳言此問題。就本文所提的上述案件類型，依德國牴觸法，根據於 1986 年增定的民事訴訟法六百零六條之一（§ 606a ZPO）第二項第二句規定，如夫與妻的本國法均承認第三國所為的裁判，即不再問該第三國有無間接管轄權，而得承認該判決（所謂「第三國承認」（Drittstaatsanerkennung）），故德國亦得承認上述案件類型中的墨西哥判決³⁸。而且，就婚姻事件的直接管轄權，德國民事訴訟法六百零六條之一第一項第一句第四款規定，僅有夫妻的一方在德國設有習慣居所者，亦得肯定德國法院具有裁判管轄權，除非夫與妻的本國法均明顯不承認德國法院所為的裁判。由此可知，德國牴觸法，無論直接管轄權或間接管轄權，重視「本國是否承認第三國所為的裁判」此一問題，並且已將此思想落實於實定法中。惟對此種思想較

³⁸詳見 Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 353 ff.; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 133；石黑一憲『現代國際私法 上』（東京大学出版会、1986 年）580-583 頁。

為陌生的國家，是否適合接受之，應需極為審慎的檢討，因為其所涉及者係整個牴觸法體系；即在牴觸法體系中，究應何種程度尊重包含實體法與程序法在內的整個本國法秩序此問題³⁹。

本文認為，無論理論上或實際上，實體法說仍有不少問題有待解決。然而，此見解亦指出：「就有關身分關係的形成判決之承認，如認不需考量選法規則的意旨而專依內國承認規則即可，或為失之過急」⁴⁰。此問題意識及著重身分法律關係統一性的方向，均實值贊同，本文亦擬遵循此方向尋找另一條路。

第三節 承認方法說

現在日本的通說⁴¹、判例⁴²及戶政實務⁴³均認為，外國離婚裁判，滿足日本民事訴訟法第一百十八條所定的要件者，在內國得承認之（所謂「承認方法說」）。而且，在日本牴觸法最近的學說中，亦有見解認為該方法論上爭論係已解決者，而對外國離婚判決的承認直接適用日本民事訴訟法第一百十八條規定，視為理所當然⁴⁴。

³⁹例如，如認為指定準據法之意旨，在於複製在準據法所屬國已有或將有的法律狀態，則指定範圍亦可包含外國程序規範，尤其該國的承認規則。此種思考與上述德國的第三國承認間，有一定程度的共同性。參照，*Picone, Liber Amicorum Kurt Siehr, S. 596; Siehr, IPRax 2005, 155.*

⁴⁰木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察——承認規則と抵触規則の關係について——」立命館法学 137 号（1978 年）34 頁。

⁴¹在通說見解中，就外國離婚裁判的承認是否要求日本民事訴訟法第一百十八條第四款所定相互承認的要件，亦有肯定與否定說的對立：採肯定見解者，山田鐮一『國際私法 第 3 版』（有斐閣、2004 年）472 頁；酒井一「外国形成裁判の承認」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（2005 年）897-898 頁；本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『國際民事手続法』（有斐閣、2005 年）181-182 頁。採否定見解者，溜池良夫『國際私法 第 2 版』（有斐閣、1999 年）452-453 頁；松岡博『現代國際私法講義』（法律文化社、2008 年）334-335 頁。

⁴²橫濱地判昭和 46 年 9 月 7 日下民集 22 卷 9・10 号 937 頁；東京家審昭和 47 年 12 月 13 日家月 25 卷 2 号 108 頁；東京地判昭和 46 年 12 月 17 日判時 665 号 72 頁；東京地判昭和 48 年 11 月 30 日家月 26 卷 10 号 83 頁；宇都宮地裁足利支判昭和 55 年 2 月 28 日判時 968 号 98 頁；東京地判昭和 55 年 9 月 19 日判時 435 号 155 頁；橫濱地判昭和 57 年 10 月 19 日判時 1072 号 135 頁；東京地判昭和 63 年 11 月 11 日判時 1315 号 96 頁等。參照、高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学 37 号（1992 年）89 頁。

⁴³昭和 51 年 1 月 14 日民二第二八零號民事局長通達認為：「就外國離婚判決之承認，應全面適用民事訴訟法第二百條規定。〔……〕該判決無需為依法例第十六條所定的準據法所為者」。參照、木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察——承認規則と抵触規則の關係について——」立命館法学 137 号（1978 年）33 頁。

⁴⁴例如，竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995 年）523 頁；本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『國際民事訴訟法』（有斐閣、2005 年）181 頁等。

在日本牴觸法理論中，方法論爭議主要存在於準據法要件說與承認方法說二者間，故承認方法說對準據法要件說的批判，即為學說所舉應採承認方法說的主要理由。惟承認方法說亦有指出如下理由：（一）就外國判決的承認，如實定法已定有特別原則，即應依該承認規則，以取代選法規則之處理模式。日本民事訴訟法第一百十八條所定的外國判決承認制度的意旨，在於確保國際民事糾紛解決的統一性，藉此促進國際私法交通的安定性。為了達到此目的，該承認制度信賴外國裁判機關，而於一定條件下，在內國亦尊重其所為的裁判在外國訴訟法上具有的效力。因此，外國離婚判決的承認問題，應於程序法的框架中處理，此應係日本實定法上已確立之原則⁴⁵；（二）制定日本舊民事訴訟法第二百條時的立法者，不僅認為無論給付、確認或形成判決等判決種類之不同，該條規定均有其適用，更有具體指出，對外國離婚判決亦須適用該規定⁴⁶。

如上所述，在日本牴觸法理論上，就外國離婚判決的承認問題，承認方法說幾乎已成為一致見解。此意謂，承認方法已獨立於選法方法，而且承認方法的適用範圍，須透過承認適格論的解釋，從其內部決定之。以下本文依據承認方法說見解，再行檢討日本牴觸法有關承認適格論的理論現狀。

第四節 日本牴觸法學說對承認適格論之理論現狀

第一項 國際民事程序法之通說見解

日本民事訴訟法第一百十八條規定，「外國法院之確定判決，以具備所有下列要件者為限，認其效力」。該規定所要求的有關承認適格之主要要件，可分為「法院」、「判決」及「確定」三者，有關承認適格論的爭論，亦圍繞此等概念的意義而生。以下本文先介紹日本牴觸法傳統通說見解後，進而說明最近學說所採的各種廣義解釋之學說，最後對此等見解進行檢討。

⁴⁵山田鐮一『國際私法 第3版』（有斐閣、2004年）471-472頁。

⁴⁶矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（1）」國際法外交雜誌 60卷1号（1961年）52頁。

第一款 「法院」之概念

依日本牴觸法傳統通說見解，日本民事訴訟法第一百十八條所定的「法院」概念，係指在外國就私法上法律關係具有權限行使裁判權之機關⁴⁷。關於此概念，當日本牴觸法學說進行進一步的說明時，如同台灣學說，通常列舉不成問題的各種因素，而且其所舉的各種因素，亦與台灣學說相類似，例如：法院的名稱、組織型態及有幾個審級，均所不問，亦不必限於民事法院，只要其處理有關私法上法律關係的糾紛即可，商事法院、勞動法院、刑事法院或行政法院均包含在內⁴⁸；在外國法上，就婚姻或離婚等一定事項，如宗教機關具有權限為裁判，且其所為的裁判具有與法院裁判相同的效力者，即亦屬之⁴⁹。另有見解認為，行政機關具有就私法上法律關係為裁判的權限者，亦得包含於法院概念⁵⁰，惟此見解尚未進一步說明採此廣義解釋之理由。

第二款 「判決」之概念

依日本牴觸法傳統通說見解，該條所定的「判決」概念，係指法院就私法上法律關係，透過對雙方當事人保障合法聽審的程序所為之終局裁判⁵¹。除了從牴觸法觀點主張廣義解釋的後述見解外，在日本國際民事程序法學說中，尚無見解排除「保障合法聽審的程序」此一要件，就此而言，似與台灣學說不同。惟日本學說所列舉的具體問題，在此亦頗類似，且其結論亦並無二致，例如：命令或裁定等裁判的形式或名稱，

⁴⁷江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）44 頁；鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法（1）』（第一法規、1984 年）（青山善充）387 頁；鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997 年）（高田裕成）361 頁；石川明＝小島武司編『國際民事訴訟法』（青林書院、1994 年）137 頁；竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995 年）522 頁。

⁴⁸江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）44 頁；鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法（1）』（第一法規、1984 年）（青山善充）387 頁；鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997 年）（高田裕成）361 頁；石川明＝小島武司編『國際民事訴訟法』（青林書院、1994 年）137 頁；竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995 年）522 頁。

⁴⁹江川英文「外国判決の承認」法学協會雜誌 50 卷 11 号（1932 年）45-46 頁；溜池良夫「離婚・別居」『國際私法講座 第 2 卷』（1955 年）584 頁。

⁵⁰竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995 年）522 頁。

⁵¹鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法（1）』（第一法規、1984 年）（青山善充）388 頁；鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997 年）（高田裕成）357-358 頁；石川明＝小島武司編『國際民事訴訟法』（青林書院、1994 年）137 頁；竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995 年）523 頁、

均所不問，缺席裁判或依簡易程序所為的裁判，亦均無不可⁵²；給付判決、確認判決或形成判決，亦均包含在內⁵³。關於在外國法院所為之請求的認諾或捨棄、訴訟上和解及公證書，通說認為均欠缺承認適格⁵⁴。

在日本學說中較有爭議者係外國非訟裁判之承認問題，此係因日本法尚無如同台灣民事訴訟法第四百零二條第二項及非訟事件法第四十九條般，明文規範外國非訟裁判的承認之規定。首先，日本多數見解認為，就何謂非訟裁判，不得視相同案件在內國是否依非訟程序而定，而應從國際民事程序法的觀點予以定性。從此觀點出發，日本國際民事程序法上的非訟裁判，解釋為欠缺爭訟性、對審性或終局性之裁判⁵⁵；就此非訟裁判，雖不得直接適用日本民事訴訟法第一百十八條規定，惟該條第一款及第三款所定的間接管轄權要件及公序良俗要件係外國裁判承認制度的本質性要件，故如具備此二要件，即可承認之⁵⁶。就此點，日本學說上亦有各種不同見解，例如：（一）所有非訟事件裁判均得依該條規定予以承認⁵⁷；（二）至少對須經審問當事人的事件，得

⁵²鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法（1）』（第一法規、1984年）（青山善充）388頁；鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）（高田裕成）357頁；本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』（有斐閣、2005年）180頁；竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995年）523-524頁。

⁵³鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）（高田裕成）357-358頁；本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』（有斐閣、2005年）181-182頁；竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995年）523-524頁；酒井一「外国形成裁判の承認」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（2005年）897-898頁。

⁵⁴鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法（1）』（第一法規、1984年）（青山善充）387頁；石川明＝小島武司編『国際民事訴訟法』（青林書院、1994年）137頁；高桑昭「外国裁判の承認」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務体系 3』（青林書院、2002年）308頁；本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』（有斐閣、2005年）180頁。

⁵⁵鈴木忠一「外国の非訟裁判の承認・取消・変更」法曹時報 26 卷 9 号（1974 年）12-16 頁；鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）（高田裕成）358-359頁。

⁵⁶鈴木忠一「外国の非訟裁判の承認・取消・変更」法曹時報 26 卷 9 号（1974 年）21-22 頁；高桑昭「外国判決の承認及び執行」『新実務民事訴訟講座（7）』136 頁；溜池良夫「涉外人事非訟事件の諸相」『新実務民事訴訟講座（7）』203 頁。

⁵⁷酒井一「外国形成裁判の承認」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（2005 年）900-901 頁。此見解如下論述其理由：（一）外國裁判之承認制度，係為了確保私人間國際法律關係的安定而設，從此目的以觀，並無理由因外國裁判係屬訴訟或非訟而為不同處理；（二）多數見解對外國非訟裁判的承認要求之要件，與外國訴訟判決的承認要件並無重要差異，既然如此，區分此二者並無實益；（三）訴訟與非訟間，並無明確或普遍的區分標準，而且在有些國家的法制中並無此種區分，故在國際民事程序法層面上區分此二概念，實有困難。

適用該條規定而承認之⁵⁸；（三）在非訟事件中存有各種類型，其中有爭訟性較強者，亦有較弱者，故其承認亦不得一概而論，而應按各類型個別考量不同的承認要件⁵⁹。

第三款 「確定」之概念

就「確定」之概念，日本通說認為，係指依該國法律已無通常的聲明不服方法之狀態⁶⁰。惟就此要件而言，已有透過解釋論予以緩和之趨勢。例如，學者中野俊一郎認為，從比較法角度觀之，並非所有國家對外國判決的承認要求確定要件，反而在最近的眾多條約或公約所採的主流模式，已轉變為不以此為要件而承認尚未確定的裁判。而且，外國裁判承認與執行制度之意旨，主要在於下列二點：（一）防止跛行法律關係或相互矛盾的判決之發生，以確保涉外法律關係之安定；（二）避免當事人及法院不得不在內、外國耗費雙重的勞力與時間。然而，從此承認制度的目的，無法演繹出確定要件的必要性，反而確定要件的意旨，僅在於承認國立法政策上合目的性之考量而已。因此，解釋該要件時，其所保護的利益與犧牲的利益間必須進行比較衡量⁶¹。亦有見解指出，外國判決的承認，不同於外國判決的執行，並無因撤銷執行而導致各種困難之虞，因此亦得認為，對外國判決的承認並無需確定要件⁶²。

第二項 傳統學說對外國離婚承認之處理模式

在外國夫妻透過法院判決以外的方式為離婚時，牴觸法上究應如何處理，日本國際民事程序法通說見解，對此並無討論。惟僅有如下早期的國際私法見解提及相關問題，且此說向來被視為通說見解⁶³：「透過裁判以外的方法所為的離婚，專視其是否符合內國國際私法所定的準據法而定。因此，日本人夫妻在外國所為的協議離婚，在內

⁵⁸鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）（高田裕成）359頁；竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995年）527-528頁；河野俊行〔判批〕ジュリスト1026号（1993年）154頁。

⁵⁹海老沢美広「外国養子決定の承認」民商法雑誌75卷3号（1976年）6-7頁；河野俊行「子の引渡しを命じたテキサス州判決につき執行判決がなされた事例」ジュリスト1026号（1993年）154頁；本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』（有斐閣、2005年）182頁。

⁶⁰石川明＝小島武司『国際民事訴訟法』（青林書院、1994年）138頁；鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）（高田裕成）361-362頁；本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』（有斐閣、2005年）179頁。

⁶¹中野俊一郎「外国未確定裁判の執行（3）」国際商事法務13卷11号（1985年）811頁。

⁶²高田裕成「財産関係事件に関する外国判決の承認」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987年）401頁 注47。

⁶³高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学37号（1992年）97頁。

國自得視為有效成立，然以單方意思表示所為的離婚，即使該外國視為有效，在內國仍不得將其視為有效。外國行政機關所為的離婚，其基於雙方當事人的同意而為者，作為協議離婚的一種，得承認之。〔……〕外國宗教機關所為的離婚，如該國對其賦與裁判權者，應視為裁判離婚而予以承認，然其他宗教機關所為的離婚，在內國不得承認之。一般而言，在甲國人於乙國離婚時，根據上開所述，於符合內國國際私法所定的準據法之範圍內，即可視為有效的離婚。本國是否將其視為有效，則在所不問」⁶⁴。

此項見解，對法院判決以外的方式所為之外國離婚，雖有時使用「承認」一詞，惟其認為，對所列舉的離婚，應於內國依選法規則指定準據法，據此判斷外國離婚是否有效，故其所採用的方法，基本上係選法方法⁶⁵；但該見解將外國宗教機關所為的離婚，以該國對其賦與裁判權為條件，將其視為「裁判離婚」，由此可知，該見解僅就此採用承認方法。

惟對此見解，在學說中亦有如下批判：在外國法院透過判決所為的離婚，就此不以符合內國選法規則所定的準據法為要件，反之，就依其他方式所為的離婚卻均依據內國選法規則所定的準據法重新判斷其是否有效成立，此二者間採不同處理模式，其實質理由究竟何在⁶⁶？在該外國，離婚已合法且有效地成立，亦已形成永續的法律關係，對此他國從另外觀點加以判斷，令很多人感到奇異。而且，如在該外國法制中並存裁判離婚制度與協議離婚制度，此時對此二者採不同的處理模式，其實質理由亦不明確⁶⁷。

由上述批判見解可知，依傳統通說的處理模式，在外國未經法院裁判而為的離婚，就其在內國的效力，應依內國選法規則重新指定準據法，據此判斷該離婚是否有效成立。惟無論在外國成立的離婚係透過法院裁判或其他方法，在該外國均已形成法律關係，對此在內國重新從另外觀點加以評價，則不得不提高發生跛行法律關係之機會。如外國裁判承認制度之主要目的在於防止跛行法律關係的發生，即似無理由因形成法律關係的外國國家行為係行政機關所為的行政處分，而採取完全不同的處理模式。以

⁶⁴溜池良夫「離婚・別居」『國際私法講座 第2卷』（1955年）584頁。

⁶⁵高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学 37号（1992年）97-99頁。

⁶⁶高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学 37号（1992年）99頁；徳岡卓樹「身分關係事件に関する外国裁判の承認」澤木敬郎＝青山善充編『國際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987年）428-429頁。

⁶⁷高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学 37号（1992年）99頁。

下探討的各種學說，亦基於相同的問題意識，對承認適格論的解釋，採遠比傳統通說開放的態度。

第三項 外國國家行為承認論

在日本牴觸法學說中，亦有不少見解採與傳統通說不同的處理模式。此等見解，基本上將日本民事訴訟法第一百十八條規定，視為有關外國國家行為承認制度的一般規定，不拘泥於內國程序法概念，而從牴觸法體系的觀點予以解釋（以下，將此立場稱為「外國國家行為承認論」）。其基本方向，在於無論外國國家行為的種類或性質，均廣泛採用承認方法，而承認外國國家行為在內國之效力。以下本文將對此學說進行探討。

第一款 學者石黑一憲之見解

在日本學說中，首先採外國國家行為承認論者係學者石黑一憲，而且在採外國國家行為承認論的論者中，其所說明的理由最為詳盡，因此，本文以下較詳細地介紹其見解。

第一目 選法方法與承認方法之關係

氏整理傳統通說的處理方法如下：亦即，在外國所為的某一法律行為，如依行為地法須經由行政機關的介入，且該外國行政機關已為該介入，此時依傳統通說見解，不得適用日本民事訴訟法第一百十八條規定；就此情形，通說區分法律行為的方式與實質成立要件此二問題，對法律行為的方式而言，其依行為地法，即為有效，因此並不產生太大問題；然而，對實質成立要件，則須依內國選法規則重新指定準據法，而據此再度審查其是否具備實質成立要件。依行為地法當事人須向身分官吏提出申請，在該外國已根據其選法規則指定準據法，並據此審查實質成立要件後受理該申請，儘管如此，依通說見解，除非該當事人的法律行為符合內國選法規則指定的準據法所定之實質成立要件，否則在內國不得視為有效⁶⁸。反之，在外國行為地，法律關係的發生或變動須經法院的形成裁判，且當事人已取得該形成裁判者，此時在內國則適用日本民事訴訟法第一百十八條規定，不審查其是否具備實質成立要件，而在內國得承認其效力。由此可知，依通說見解，內國承認外國國家行為之模式，在權利形成性行政行

⁶⁸石黑一憲『國際私法と國際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）172-173頁。

為與形成裁判此二者間的某點上，突然完全變更。然而，有無充分理由因承認對象係形成裁判或係行政行為，而採取完全不同的處理模式⁶⁹？

就此問題，氏認為：外國所為的權利形成性國家行為，無論係法院裁判與否，在該外國均已形成新的法律地位，此際問題的核心則在於在內國得否忽視之，並非在於該形成行為係屬法院裁判或行政行為⁷⁰。或有人認為，行政機關所為的受理等行政行為，因嗣後有可能透過法院判決被撤銷而不甚確定，惟如當事人對此並無爭執，則該行政行為一直有效；反之，法院裁判亦可能透過再審被撤銷。申請的受理、法院判決及位於其中間的非訟裁判，均共同具有國家機關形成私人法律地位之性質，並無於其中作出區分的必要。「牴觸法應擁有理論，得以很自然地、毫無勉強地涵蓋各國多樣的各種國家行為」⁷¹。

另一方面，就有關外國行政機關所為的形成行為之處理模式，氏亦指出傳統通說的具體問題，即：（一）通說將當事人向行政機關所為的申請等行為仍視為法律行為，而對其方式，只要符合行為地法的方式，則一律視為有效，惟是否無需過問行為地與法律關係的關聯性是否存在，仍有疑問；（二）在外國行為地所為的程序，即使其較在內國須經過的程序顯著簡略，只要符合行為地法即視為有效，此點亦有疑慮；（三）依通說見解，無法審查外國行政機關所為的程序是否對當事人或利害關係人賦予程序保障。發生上述問題的原因在於，對外國行政機關所為的形成行為採用選法方法處理，相對而言，如改採承認方法即可解決上述問題⁷²。

氏基於上述考量而認為，日本民事訴訟法第一百十八條所規定的承認方法，應認本質上修正法例各規定的立法意旨所意含之選法方法，並對整個權利形成性國家行為，應基於承認方法予以處理，其中亦包含行政機關形成法律關係的行政行為（例如認領登記的受理），以及公證人形成法律關係的行為⁷³。

由上可知，氏將法院判決、非訟裁判、行政機關所為的形成行為及公證人所為的形成行為，均概括為權利形成性國家行為，而認為須就此採統一的處理模式。其中，

⁶⁹石黒一憲『國際私法と國際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）173-174頁；石黒一憲『國際家族法入門』（有斐閣、1981年）96-97頁。

⁷⁰石黒一憲『國際私法と國際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）206-207頁。

⁷¹石黒一憲『國際家族法入門』（有斐閣、1981年）26-27頁。

⁷²石黒一憲『國際家族法入門』（有斐閣、1981年）98-99頁。

⁷³石黒一憲『國際私法と國際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）208-209頁。

與傳統通說見解不同，具有承認適格的對象大幅擴大。基於此基本認知，氏亦進一步如下展開有關承認適格各要件的解釋論。

第二目 「法院」及「判決」之概念

氏就「法院」概念的解釋認為，問題的本質在於為何承認外國國家行為，從此觀點而言，無論係法院所為的行為或係行政機關所為的行為，既然據此私人法律地位受到影響，則其承認的必要性應無差異。承認對象的判斷標準，不應求諸於外國國家機關的法律性質，而應求諸於其所為的國家行為之性質。基此觀點，氏將「法院」定義為「有權限就特定私人的具體私法上地位作成一定判斷之國家機關」⁷⁴。另一方面，氏將「判決」概念定義為「於上述意義的法院，依一定程序所為之行為（國家行為）」⁷⁵。其認為，通說雖以「依保障雙方當事人的合法聽審權之程序」為判決的要件，惟賦予當事人程序保障既然係屬承認要件之一，即不必以此為「判決」的要件⁷⁵。

第三目 「確定」之要件

就「確定」之要件，氏首先認為須分開承認與執行二者問題進行討論，而將有關承認的確定要件解為「在該外國，已脫離該程序（即僅於該程序內具有效力者，並無承認之必要），而已於社會中具有作為國家行為的通用力或確定力者」⁷⁶。其主要理由有二：（一）從抵觸法觀點而言，通常的聲明不服方法（即上訴）與例外的聲明不服方法（即再審），二者難以嚴格分辨，例如，如某外國程序法廣泛容許當事人提起再審之訴，則其是否非為通常的聲明不服方法，會有疑慮⁷⁷；（二）除了通說所謂確定外國裁判以外，仍可存在許多在該外國已具有作為國家行為的通用力及強制力之國家行為。在該外國已經有國家機關所為的決定，且至少一段時間於該法秩序中具有通用力，此時，即使在該外國尚有透過嗣後的程序被變更或撤銷之可能性，仍有必要對該法律地位賦予國際性保護。此必要性無非係外國國家行為承認制度之基礎⁷⁸。

⁷⁴石黑一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986年）43-438頁。

⁷⁵石黑一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986年）438頁、459頁以下。

⁷⁶石黑一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986年）462-463頁。

⁷⁷石黑一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986年）453頁。

⁷⁸石黑一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986年）453-454頁。

第四目 承認適格論之機能

氏基於上開解釋論，將承認適格論之主要機能求諸於排除下列行為之消極機能：

（一）立法行為：此為不以解決特定私人就具體法律關係的不安定狀態為目的，而抽象規範私人法律關係者，其屬於選法方法層面的問題；（二）私的行為：並無為了解決特定私人就具體法律關係的不安定狀態而為之程序者⁷⁹。

以上為學者石黑一憲所主張的外國國家行為承認論之概要。雖難以得知日本牴觸法學說對此理論的看法如何，惟於最近學說中亦有見解採相同方向，以下本文先介紹此等見解後，於本節小結中對此理論進行檢討。

第二款 其他有關外國國家行為承認論之見解

第一目 學者中西康之見解

就如何區分選法方法與承認方法之問題，學者中西康提出如下判斷標準：即二個方法的區別，取決於在外國機關所為的行為究係斷定且具體的決定，抑或僅有假定且抽象的規範。並且氏指出，不僅在外國發生的交通事故等單純的事實當然依選法方法處理，外國身分登記機關所為的受理及登記等行為，原則上亦應依選法方法而處理之⁸⁰。其理由在於，採用承認方法時，根據實質再審查禁止原則，原則上不得進行實質審查，因此，應以外國國家機關所為的「決定」之存在為要件⁸¹。對此，婚姻登記申請之受理等行為尚未具備「決定」之因素，故即使國家機關的介入存在，仍有充分理由對此依準據法進行再審查⁸²。

第二目 學者橫溝大之見解

學者橫溝大如下區分選法方法與承認方法如下：即選法方法係以規範為對象，規範係指未限於特定的個人或狀況，而對具有一定性質的所有法律關係均有適用，且該

⁷⁹石黑一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986年）442-443頁。

⁸⁰中西康「外国倒産承認論の理論的再検討」『京都大学法学部創立 100 周年記念論文集 第三卷』（2000）763-765頁；中西康「EU 法における「相互承認原則」についての考察－国際私法方法論の観点から－」法学論叢 162 卷 1～6 号（2008）219-220頁；中西康「審判離婚」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選 新法対応補正版』（有斐閣、2007年）113頁。

⁸¹中西康「EU 法における「相互承認原則」についての考察－国際私法方法論の観点から－」法学論叢 162 卷 1～6 号（2008）219頁。

⁸²中西康「審判離婚」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選 新法対応補正版』（有斐閣、2007年）113頁。

性質係與一定法律效果相結合。對此，就成為承認方法的適用對象之外國國家行為而言，其以特定事實為對象，國家機關對此適用規範而斷定地宣告法律效果之形成⁸³。就此承認方法，氏亦指出，就外國國家行為的承認，唯一的明文規定係日本民事訴訟法第一百十八條，故對採用承認方法的所有情形，適用該條規定而予以承認即可，亦即將該條所定的「判決」廣泛定義為成為承認對象之所有外國國家行為⁸⁴。

依氏之上述見解，對外國國家行為所應具備的性質，並無特別要求，故似只要在外國有就具體個別的案件所為的國家行為，即得採用承認方法。惟就外國法人的承認問題相關之檢討中，氏亦從另外觀點，對具有承認適格的外國國家行為加以一定限制。氏就外國法人的承認問題如下指出⁸⁵：外國法人得否透過承認方法予以承認，對此須考量實質再審查禁止原則之存在，而視外國國家機關是否已經進行實質審查而作不同處理。就法人的設立，如外國國家機關已經進行實質審查，即得依承認方法承認之。然外國如基於有關法人設立的準則主義僅進行形式審查，此時在該國通常容許提起設立無效之訴，以確保就其設立要件進行實質審查的機會。在此情形下，如採承認方法而承認外國法人，則因實質再審查禁止原則而無法審查該法人的實質設立要件，以致在內國賦與的效果超過該外國法本身所賦與之效果。因此，承認的效力須限於形式成立要件的滿足，對此，就實質成立要件而言，仍有必要選擇準據法以判斷其是否滿足實質成立要件⁸⁶。

由上可知，氏如同學者中西康，亦重視外國國家機關是否已進行實質審查，其理由在於，外國僅進行形式審查時，通常仍有主張其無效的可能性，惟如採承認方法，即有實質再審查禁止原則之適用，故無法審查其是否具備實質要件，以致承認的效果超過該外國法本身所賦與的效果。

⁸³橫溝大「外国国有化・収用措置のわが国における効果」法学協会雑誌 113 卷 2 号（1996 年）179-180 頁。

⁸⁴橫溝大「子の引渡しを命じたテキサス州判決に基づく執行を認めなった事例」ジュリスト 1105 号（1997 年）154 頁。

⁸⁵惟氏本身不採依承認方法處理之見解。氏重視法人與國家政策間的密切關係，而涉及法人的成立之法規視為強制適用法規，並將日本民法第三十六條規定視為具有如下性質的規定：即承認透過登記等外國國家行為成立的法人格，以及容許在內國適用有關外國法人的成立之外國強制適用法規。然而，氏又認為，法人的成立等涉及其本質部分的法規，與一國的社會經濟政策密切有關，故外國公司的設立無效之訴，因涉及外國經濟政策而不得在內國提起之。橫溝大「法人に関する抵触法の考察」民商法雑誌 135 卷 6 号（2007 年）155-157 頁。

⁸⁶橫溝大「法人に関する抵触法の考察」民商法雑誌 135 卷 6 号（2007 年）154 頁。

第三目 學者北坂尚洋之見解

在外國成立的身分關係究應採選法方法或應採承認方法，就此問題，學者北坂尚洋指出選法方法的如下問題：第一，如採選法方法，則在國內將成立的身分關係之判斷標準，與在外國已經成立的身分關係之判斷標準，二者間並無差異。然而，在外國已經成立身分關係時，當事人信賴其有效性，以其為前提發生新的身分關係及事實關係，就此角度觀之，實有區分二者之必要；第二，在各國選法規則並未統一的現狀下，在外國身分關係成立時適用的準據法未必與內國選法規則所指定的準據法一致，此時僅因未具備後者準據法所定之要件，而斷然否定已經成立的身分關係，其妥當與否，實有疑問⁸⁷。氏基於上述考量認為，就外國離婚的承認，即使離婚僅經由申請身分登記而成立，亦得視為外國裁判，而依日本民事訴訟法第一百十八條所定的標準判斷其得否在內國承認⁸⁸。

第四項 小結

由上開日本各種學說可知，傳統通說有關承認適格論之檢討對象，基本上僅限於外國法院所為的裁判，對外國行政機關所為的行為，尚不納入承認適格論的範圍。惟學者石黑一憲提倡寬鬆解釋承認適格之學說後，學說就承認適格討論的對象明顯有擴大傾向，此等學說並不拘泥在外國為決定之機關究為法院或行政機關，而主要探討該決定之性質如何。

誠如許多日本學說所指出，從牴觸法的角度以觀，外國法院裁判承認制度的主要目的，在於防止跛行法律關係之發生。在各國選法規則並未統一的情形下，如僅依靠選法規則規範涉外法律關係，則因各國所指定的準據法有所不同，將導致各國對同一法律關係的判斷並不一致之結果。為了彌補此選法規則所無法避免之缺點，承認方法須發揮其功能。從此承認制度的目的以觀，在外國作成決定的機關究為法院或為行政機關，應無重要意義。

除此之外，當事人向外國行政機關為申請，該行政機關對此作成形成法律關係之處分，此時，通說見解仍將其視為法律行為之問題而依選法方法處理，也因此不得不忽略行政機關所為的程序已經存在，而引起如下問題：（一）如將仍其視為法律行為

⁸⁷北坂尚洋「外国で成立した身分關係のわが国での効力」國際私法年報 6 号（2004 年）170-172 頁。

⁸⁸北坂尚洋「外国で成立した身分關係のわが国での効力」國際私法年報 6 号（2004 年）186-187 頁。

的問題，即其方式依行為地法而定，而並無過問該行為地是否與法律關係具有適當關聯性之餘地，此點是否妥適，尚有待商榷；（二）依選法方法，該外國程序是否符合適當程序之要求，亦不成問題，此點亦有疑慮。對此，如採承認方法，上述二點問題得審查間接管轄權與程序上公序良俗而解決，因此，外國行政機關所為的程序已存在時，與其忽視其存在而對此依選法方法處理，不如肯定承認適格而將審查重點置於其程序層面，此為較合適的處理模式。

其次，就外國國家行為所應具備的性質之問題而言，學者石黑一憲的見解似未設有具體限制，只要係「有權限就特定私人的具體私法上地位作出一定判斷之國家機關，依一定程序所為的國家行為」，即承認具有承認適格。氏以認領登記申請的受理視為具有承認適格，亦可佐證此點。對此，學者中西康則認為，具有承認適格的外國國家行為，應以具有「決定」因素者為限，故外國身分登記機關所為的受理及登記等行為非具承認適格。然而，於氏的見解中，為何此種行為欠缺「決定」因素，及其判斷標準何在，均無說明，似有待進一步的明確化。

再者，學者橫溝大的見解，重視在承認方法中實質再審查禁止原則之存在，而對具有承認適格的國家行為設有一定限制。其意旨在於，在外國國家機關僅進行形式審查的情形，通常在該外國法上仍有主張其無效的可能性，惟如採承認方法，即有實質再審查禁止原則之適用，故無法審查其是否具備實質要件，以致承認的效果超過該外國法本身所賦與的效果。惟外國國家機關是否進行實質審查一事作為判斷是否具有承認適格之決定性因素，本文對此有如下疑義：（一）氏似以日本法對實質審查與形式審查之區分為立論前提，惟各國法制上對私人的申請如何進行審查，應富有多樣性，其中得否明確區分實質審查與形式審查，仍有疑問。例如，如日本的戶政機關，雖原則上僅進行形式審查，卻有必要時得進行實質審查，此種法制應如何歸類？如認為法制上具有進行實質審查的權限仍有不足，尚須實際上進行實質審查，此則發生如下問題：亦即，各國行政機關所為的決定，未必詳細說明其所認定的事實及理由，在此情形下，如須判斷外國國家機關是否實際上進行實質審查，則有時內國法院需要調查該外國國家機關作成決定之過程，此際內國法院所作的審查，不得不接近實質再審查，而有違背氏所重視的實質再審查禁止原則之虞；（二）日本法對形式審查之定義係，申請書及其附件的記載內容視為真實，而僅審查該記載內容相互間有無矛盾，及該記載內容與身分登記間有無出入之審查方法。依此判斷標準，舉協議離婚為例，例如戶

政官吏先確認當事人持有的身分證後，對當事人發問「您願意離婚嗎？」，即已進行實質審查；反之，法律要求當事人提出有關離婚意思的宣誓書，並對其偽造科以嚴重刑罰，此種法制仍為形式審查主義。嚴格分開此二者，而對前者採承認方法，對後者則採選法方法，此種區分有無充分理由，無不疑問。質言之，如實質審查與形式審查作為區分標準，則其判斷不得不過度流於形式，不宜對其賦予重要意義，否則選法方法與承認方法之區分亦流於形式；（三）氏似認為，如採承認方法，即有實質再審查禁止原則之適用，故無法審查其是否具備實質要件，以致承認的效果超過該外國法本身所賦與的效果。惟本文以為，上述見解似混淆承認要件問題與承認效果問題。誠如上述見解所謂，當內國法院審查是否具備承認要件時，不得審查外國國家機關所為之決定是否滿足其所適用的法律所定之實質要件。然而，「承認」並非意謂治癒該法律關係或外國國家行為本來具有之瑕疵，而該瑕疵所生之效果如何，則屬於承認效果之問題。在此最重要者係，採承認方法，得依外國國家機關所適用的法律處理其效果問題，以免因內國與外國所指定的準據法不同而導致判決不一致之結果。

基上所述，本文以為不宜以外國國家機關已進行實質審查作為承認適格之要件，惟尚未贊同對上述廣義的外國國家行為毫無限制地肯定其承認適格。如後述，德國學者亦有採相當廣義的解釋者，然判例及學說仍對此設有一定限制，本文將於下一章對此進行檢討。然在此先提出一個疑慮：在本章中檢討的準據法要件說及實體法說，均具有方法論上的缺點，而為嗣後學說所不採。惟此等學說明確意識到，若採承認方法，內國選法規則即無適用，該法律關係即應任由外國牴觸法規範處理，因此內國選法規則須對承認規則設有一定限制，否則將架空內國選法規則。本文以為，此選法規則與承認規則間的緊張關係，確實係牴觸法學須重視之課題。在考量承認適格問題時，有時學說僅強調須防止跛行法律關係的發生，惟其並非牴觸法所追求的唯一利益。從此觀點而言，上述外國國家行為承認論，似有忽視選法方法與承認方法間存在的複雜關係之嫌。

第四章 德國牴觸法對外國離婚之承認

本章處理德國牴觸法上外國離婚之承認及承認適格論有關的學說與實務見解。首先介紹有關外國離婚承認的方法論爭議，惟筆者未能蒐集與此部分相關的主要文獻，故在此僅能介紹現在的德國通說見解及其理論基礎。其次，敘述德國外國離婚之承認程序。一般而言，德國國際民事程序法上的承認法制，如同台灣的制度，採自動承認主義，即外國裁判在內國的承認無需任何程序。惟鑑於外國離婚之特殊性，德國於 1941 年早已設有外國離婚之承認程序，於經過該承認程序後，始得在內國承認外國離婚。德國採取此種法制後，產生無數的行政解釋與法院判決，隨之學說亦深入探討有關外國離婚之承認問題。惟該承認程序所引起之問題，多半僅涉及該承認程序特有之問題，其與本文主題較無關連，況且國內已有詳細分析該承認程序之精闢專論¹，故本文僅擇其重點加以介紹。

介紹此制度後，本文將進入德國國際民事程序法上承認適格論之分析。就此，首先介紹承認外國離婚之法源根據相關爭論。如同台灣現行法，德國除了民事訴訟法第三百二十八條規定外國民事判決之承認外，另有非訟事件法第十六條之一規定外國非訟裁判之承認，兩者規定間如何劃定適用範圍，此問題在學說上引起爭論。其次逐一探討德國承認適格相關學說與實務見解：在此，先分述「判決」、「法院」及「確定」等各要件後，對所謂「私的離婚」之處理方法，按眾多個案加以具體分析，呈現出區分私的行為與國家「決定」行為之困難。最後，基於前述討論，對德國理論進行批判性檢討。

另外，在此先說明德國所謂「私的離婚」(Privatscheidung)之概念。此概念係指，有關離婚的身分法律關係之變動不依國家行為而發生，而依單方或雙方的意思表示解消婚姻關係之離婚型態。依德國學說或實務見解，回教各國法上依單方意思表示所為的離婚，以及東亞各國法上依契約所為的離婚，係屬其典型例²。關於此概念牴觸法上的意義及其有關承認的處理方式，後述於本章第三節第五項以下。

再者，德國於 2008 年制定「家事事件及非訟事件程序法」(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

¹ 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 111-150。

² Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 544 ff.

(FamFG)³：以下稱「家事事件法」)，並已從 2009 年 9 月 1 日開始施行。該法的整體目的，在於就家事事件及非訟事件領域建構有現代性、具備明確結構且易懂之程序法，並該法亦將此目的貫徹於涉外家事事件及非訟事件：亦即對以往分散於民事訴訟法、非訟事件法及親屬法變更法⁴的國際管轄權規則及外國決定承認與執行規則進行統整，於第九章設有名為「涉外程序」(Verfahren mit Auslandsbezug)之獨立一章，以規定有關涉外家事及非訟事件之國際管轄權規則及外國決定承認與執行規則⁵。於該法施行後，外國離婚的承認程序及承認適格各應以該法第一百零七條及第一百零九條規定為根據，惟本文基於以下考量，仍以以往的親屬法變更法第七條之一及民事訴訟法第三百二十八條為檢討對象：

(一) 關於外國離婚承認程序，家事事件法雖於第一百零七條設有規定，惟該規定幾乎全面承襲親屬法變更法第七條之一之規定⁶，而且因新法施行後時間仍不久而有關新法的資料仍為數不多，因此本文仍以親屬法變更法第七條之一為檢討對象進行論述。然而，家事事件法就下列二點作成實質修正：第一，舊法關於邦司法行政機關所作成之決定向邦高等法院聲請裁定，並未設定期間限制。對此，家事事件法為確保法律安定性，就此設定一個月之期間限制(家事事件法第一百零七條第七項準用第六十三條)；第二，家事事件法承認對邦高等法院作成的有關外國離婚承認之裁定，得再向聯邦最高法院提起抗告(家事事件法第一百零七條準用第七十條以下)⁷。就此二點修正，本文於相關地方(分別於本章第二節第四項第二款及第六項)予以說明。

(二) 家事事件法施行前，德國學說及實務見解將承認外國離婚之法律根據求諸於民事訴訟法第三百二十八條⁸，惟於家事事件法施行後，該法第一百零九條成為新的法律根據⁹。關於承認適格範圍，德國民事訴訟法第三百二十八條第一項規定：「外國法院之判決具有下列情形之一者，不予承認：……」，家事事件法第一百零九條第一項則規定：「外國決定具有下列情形之一者，不予承認：……」。僅以法條文義觀之，後者似比前者較為廣義。惟德國民事訴訟法第三百二十八條所定的承認適格範圍，幾乎與台灣民事訴訟法第四百零二條第一項一致，故德國家事事件法施行前之解釋論對台

³ BGBl. 2008, Teil 1 Nr. 61, S. 2586.

⁴ 關於親屬法變更法，後述於本章第二節以下。

⁵ Horndasch/Viefhues-Hohloch, FamFG, Vorbemerkung zu §§ 97 bis 110, Rn. 7.

⁶ Meyer-Seitz /Frantziöch /Ziegler(hrsg.), Die FGG Reform, 2009, S. 182; Horndasch/Viefhues-Hohloch, FamFG, § 107, Rn. 1.

⁷ Meyer-Seitz /Frantziöch /Ziegler(hrsg.), Die FGG Reform, 2009, S. 182.

⁸ 後述於本章第三節第一項。

⁹ Horndasch/Viefhues-Hohloch, FamFG, § 109, Rn. 1 ff.

灣具有之參考價值應為較高；再者，德國家事事件法的立法過程中，立法者對承認適格並未有意識地進行實質修正¹⁰，因此可認該法施行前的解釋論亦於施行後仍維持其價值¹¹；此外，關於家事事件法的資料仍為數不多。因此，本文關於外國離婚之承認適格，亦以德國家事事件法施行前之學說及實務為檢討對象進行論述。

第一節 承認方法之獨立性

外國離婚之承認，向來德國學說上有方法論之爭議，即是否依德國民事訴訟法第三百二十八條規定處理（承認方法說）¹²，抑或將此問題認為屬於實體法層面而依民法施行法第十七條所定的離婚準據法處理（實體法說）。現在德國通說及實務均採承認方法說，認為對外國離婚的承認，適用德國民事訴訟法第三百二十八條規定處理即可¹³。惟本文因資料有限，且已於第三章第二節中對實體法說進行說明與檢討，因此在本節僅介紹德國通說見解所舉的應採承認方法說之理由：

- 一般而言，在國際民事程序法，並不認為限於內國選法規則所指定之準據法所屬國之外國法院始具有間接管轄權。不同於準據法所屬國的第三國亦得具備間接管轄權的要件，此點顯示該第三國亦有權限對該案件作成決定，故該第三國所作成的裁判，無論準據法所屬國對此態度如何，原則上均應在內國承認之¹⁴。
- 選法規則對某法律關係僅指定一個準據法，相對而言，國際民事程序法上承認規則，肯定複數國家對某一案件具有競合的國際管轄權。觀諸此二者之性質，

¹⁰ Horndasch/Viefhues-Hohloch, FamFG, Vorbemerkung zu §§ 97 bis 110, Rn. 15. 聯邦政府草案的提案理由亦並未提到涉及承認適格之問題。Meyer-Seitz/Frantzoch/Ziegler(hrsg.), Die FGG Reform, 2009, S. 182.

¹¹ 關於德國家事事件法施行後之承認適格範圍，直接援引施行前的學說及實務見解者，Horndasch/Viefhues-Hohloch, FamFG, § 108, Rn. 23 ff.

¹² 德國民事訴訟法第三百二十八條第一項規定：「外國法院之判決具有下列情形之一者，應不予承認：

一、依德國法律，外國法院無管轄權者；

二、開始訴訟之通知未合法且及時送達致使被告未應訴，而不能為適當之攻擊與防禦者；

三、外國判決之內容與德國判決或與應受德國承認之較早作成之他外國判決相違背；或外國判決所據以進行之訴訟程序開始時，該事件已繫屬於德國法院者；

四、判決之內容顯與德國法律基本精神不符，尤其是違反德國基本權之規定者；

五、無相互之承認者。」

本條文譯自：蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 129 註 64。

¹³ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 133; MünchKomm-Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 475; Geimer, IZPR, Rn. 40 ff.; Schack, IZVR § 17, Rn. 869; Müller, 79 ZJP, 199, 215 ff.; BayObLG 8.5.2002 FamRZ 2002, 1637; OLG Bamberg 21.11.2001, FamRZ 2002, 1120.

¹⁴ Geimer, IZPR, Rn. 46.

僅因與準據法所屬國的處理不一致，而不承認從德國法觀點具有國際管轄權的外國法院所為之判決，尚不符合承認規則之基本性質¹⁵。

- 實體法說強調判決一致性之要求，惟發生判決不一致之原因，不在於德國承認準據法所屬國所不承認之第三國判決，而在於該準據法所屬國不承認該第三國判決。即使德國不承認該第三國判決，德國與該第三國間仍存在判決不一致的情形，故實體法說不僅無法解決判決不一致之問題，更有增加且固定化跛行法律關係之虞¹⁶。
- 嚴格適用實體法說的處理模式，準據法所屬國本身作成裁判時，不問其程序是否充分保障當事人的程序權，而對此一律予以承認，此點是否妥適，實有疑問¹⁷。
- 依實體法說，外國裁判的程序法效力（即既判力）應依德國民事訴訟法第三百二十八條處理，其實體法效力（即形成力）則應任由準據法所屬國處理，惟如區分此二種效力而予以不同處理，則有可能導致如下不合理的結果：例如，法國人的夫與挪威人的妻在挪威透過法院判決離婚時，依德國民事訴訟法第三百二十八條規定得承認該判決的既判力。另一方面，依（當時的）民法施行法第十七條規定，離婚準據法為法國法，且法國並不承認該判決，因此德國亦不得承認該判決之形成力。在此情形下，德國將該夫妻視為尚未離婚，惟該判決的既判力已經被承認，導致該夫妻不得在德國重新提起離婚訴訟之結果¹⁸。
- 實體法說所重視者係，確保內國與準據法所屬國間之判決一致。惟德國已於1986年修法中增訂民事訴訟法第六百零六條之一第二項第二句，規定離婚雙方當事人的本國法均承認第三國所作成的離婚判決時，視為具備間接管轄權的要件。因此，德國與準據法所屬國間產生判決不一致之情形，藉此規定即可減少¹⁹。

依據上述理由，對外國離婚判決之承認，德國通說採承認方法說，學者 Geimer 將其稱為「國際民事訴訟法之獨立性」而謂：「問題在於，承認國對其本身的選法規則欲賦予何種地位。承認國如認為其本身的選法規則應國際性地貫徹，則承認國將拒絕承認未符合其選法規則之外國判決。此時，承認規則僅有低於選法規則之地位」；「德國法並不採此種立場，而其出發點係承認規則獨立於選法規則」；「選法規則對法官所示的連結規範，僅涉及法官於裁判程序中就特定法律糾紛作成決定之情形，換

¹⁵ Geimer, IZPR, Rn. 47.

¹⁶ Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, Bd. I 2. § 187, S. 1400.

¹⁷ Geimer, NJW 1974, 1026, 1027.

¹⁸ Müller, 79 ZJP, 199, 215 ff. 上述假設案例中提到的各國法律情形，係以發表該論文時為準。

¹⁹ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 140.

言之，其僅為『自己作成決定時之規範』。然而，內國選法規則並不欲成為外國法官適用法律時亦應尊重之標準。鑑於各國牴觸法之根本不同，裁判國法官適用與承認國不同之準據法，應認為理所當然」²⁰。

由上可知，關於外國離婚之承認，德國通說採承認方法說而認為適用德國民事訴訟法第三百二十八條之規定處理即可。亦即，此說認為，選法規則與承認規則係相互獨立，前者不得具有凌駕後者之地位。若以此學說見解為前提，承認規則的適用範圍，應從其內部自行決定，其決定標準即無非係承認適格論所探討者。關於此點，在德國頗有爭議者，係如何處理私的離婚之問題，因其一面具有當事人所為私的行為之性質，另一面亦有外國國家機關對該私的行為進行介入之情形，就此爭論，後述於本章第三節。本文以下先介紹德國對外國離婚之承認程序，以便瞭解外國離婚具有的特質為何。

第二節 德國對外國離婚之承認程序

一般而言，德國法如同台灣法採自動承認主義（*das Prinzip der automatischen Anerkennung*），即外國法院的裁判在內國未經特別程序而被承認²¹。家事事件及非訟事件程序法第一百零八條第一項規定以法律明文規範該原則²²。然而，於1961年8月11日制定的德國親屬法變更法第七條之一（*Art. 7 § 1 Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz, FamRÄndG)*）規定²³，就此自動承認主義設有重要例外：亦即，依該條規定，邦司法行政機關

²⁰ Geimer, IZPR, Rn. 41 f.

²¹ Stein/Jonas-Roth, § 328 ZPO, Rn. 5; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 7; Geimer, IZPR, Rn. 2797; Kropholler, IPR § 60 III, S. 662; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第11期，2003年12月，頁115-116。

²² Meyer-Seitz/Frantziach/Ziegler, Die FGG Reform, S. 183.

²³ 親屬法變更法第七條之一規定：「（1）對外國所作成之婚姻無效、婚姻撤銷、離婚、分居以及確認婚姻存在或不存在之決定，經由邦司法行政確認具備承認要件時，始得予以承認。相互承認之保證並非承認之要件。裁判係由雙方當事人共同所屬國之法院或行政機關所作成者，則邦司法行政機關之承認審查即非必要。

（2）對承認之審查，由配偶一方之習慣居住地之邦司法行政機關為之。若配偶雙方於內國均無習慣居住地，則由新婚姻應締結之所在地之邦司法行政機關為之，此時司法行政機關得要求提出欲為結婚之登記證明。無法確定應由何地之邦司法行政機關承認要件之審查時，則由柏林之邦司法行政機關為之。

（2a）邦政府得將本法所賦予邦司法行政機關之權限，透過行政命令委由邦高等法院院長行之。此項權限，邦政府得委由邦司法行政機關為之。

（3）邦司法行政機關之決定應基於申請而為之。釋明對裁判之承認具有法律上利益者，皆得提起申請。

（4）邦司法行政機關對申請為駁回之決定時，申請人得再向邦高等法院聲請為裁定。

(Landesjustizverwaltung) 就外國離婚之承認具有專屬確定權 (Feststellungsmonopol)；就外國離婚之承認，當事人向邦司法行政機關申請准許承認，且邦司法行政機關作成准許承認之決定後，德國始承認該外國離婚所生的身分變動效力及其他效果²⁴。在此須注意者係，邦司法行政機關具有專屬確定權，此具有二個層面的不同意涵：（一）外國離婚經內國的承認程序後，始得承認之，即排除自動承認主義；（二）該承認程序的管轄權，專屬於邦司法行政機關。

就該承認程序之歷史而言，現行制度基本上係淵源於德國 1941 年制定的婚姻法第四次施行細則 (4. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz) 第二十四條規定。依該條規定，外國離婚經帝國司法部長 (Reichsjustizminister) 有審查權限的承認程序後，始得在內國承認之。當時德國創設該承認程序制度之背景，在於德國當時正在繼續擴大其領土，惟其領土包含法秩序不同之各國，對各國所為的離婚裁判之承認，德國法院及行政機關常有判斷不一之情形，故創設該承認程序，並對准否承認之決定賦予拘束國內各國家機關之效果，以確保各機關對外國離婚承認之判斷統一性。該施行細則於 1962 年 1 月 1 日廢止，並於同日開始施行親屬法變更法第七條之一之規定²⁵。

另外，從比較法角度以觀，設有類似德國外國離婚之承認程序制度，係屬較為例外之設計。以往奧地利亦有類似於德國的承認程序制度，惟該國於 2001 年將該承認程序的權限移至法院管轄，再於 2005 年將該承認程序轉變為非強制性質，故該國原則上已採自動承認主義，惟當事人認有必要時，則得向法院聲請承認程序²⁶。英格蘭、比利

(5) 邦司法行政機關對請求承認之申請，為承認要件具備之決定時，未提出申請之他方配偶，得請求邦高等法院為裁定。邦司法行政機關之決定，於向聲請人通知時發生效力。但邦司法行政機關亦得於其決定中明定，於一定期間經過後始生效力。

(6) 邦高等法院依非訟程序為裁定。邦司法行政機關所在之邦高等法院具有管轄權。請求為法院裁定之聲請不生停止之效力。非訟事件法中第二十一條第二項；第二十三條；第二十四條第三項；第二十五條；第二十八條第二項及第三項；第三十條第一項第一句以及第一百九十九條第一項之規定有其適用。邦高等法院之裁定為終局裁定。

(7) 對提起承認之聲請，於確定承認要件不具備時，有前述條文之適用。

(8) 承認要件存在或不存在之認定，對法院及行政機關具有拘束力。」

本條文譯自：蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 113 註 5。

²⁴ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 12 ff.; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 116。

²⁵ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1636 ff.; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 115。

²⁶ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 191 f.

時、西班牙、義大利等各國亦設有由戶政機關等機關進行審查之承認程序，但其制度均無強制性，故外國離婚原則上未經任何程序而在內國被承認²⁷。

再者，於進入德國承認程序制度的說明前，本文先說明承認程序與承認要件間之關係。規範承認程序之親屬法變更法第七條之一規定，僅涉及外國離婚的承認程序相關事項²⁸。承認外國離婚之實質要件，則依得否適用德國民事訴訟法第三百二十八條規定而不同：對外國離婚有該條規定的適用時，其承認要件係依該條規定判斷；對此，無該條規定之適用時（即私的離婚），依民法施行法第十七條所定的離婚準據法判斷外國離婚是否有效²⁹。區分此二者之標準，係屬外國離婚是否具有承認適格之問題。詳言之，親屬法變更法第七條之一第一項第一句所定的外國「裁判」概念，看似與承認適格論有關，惟該概念僅涉及得否合法申請承認程序之程序層面問題，該申請是否有理由，則視德國民事訴訟法第三百二十八條規定或民法施行法第十七條所定的離婚準據法而定：亦即，該條所定的事項與德國民事訴訟法第三百二十八條所定的承認適格及承認實質要件，二者各屬於不同之層次，而且此二者並無直接的理論關聯性。也因此，承認程序之相關問題與本文主題尚無直接關聯性，故於本節僅擇其重點加以介紹。

第一項 承認程序之目的

德國外國離婚承認程序制度之主要目的，在於就外國離婚的承認問題確保其法律明確性與統一性。亦即，若無此種承認程序制度，則內國法院及戶政機關等行政機關，每當外國離婚之有效性成為先決問題時，各機關須自行判斷，而無法保障各機關的判斷結果之統一性。然而，婚姻關係是否存在，涉及身分法、繼承法、租稅法及社會保障法等眾多法律領域相關之法律關係，故國內性判斷統一性之利益（*das Interesse am inneren Entscheidungseinklang*）具有極為重要之意義。因此，就此法律問題，對國內的專門機關賦予權限以作成有拘束力之決定，始得有效確保法律安定性與明確性。除此

²⁷ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 192.

²⁸ 惟該條第一項第二句規定，就外國離婚之承認，無需具備相互承認之要件，因此僅有此部分具有實質承認規範之性質。

²⁹ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 26 f.; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1658.

之外，賦予專門機關該權限之結果，相關的法律知識可集中於該機關，藉此亦得實現其判斷之專業性與迅速性，此亦為承認程序之次要優點³⁰。

第二項 邦司法行政機關之專屬確定權之意義

對外國離婚之承認問題，邦司法行政機關有專屬確定權，惟就其專屬性而言，法律並未明文規定，此為學說及法院實務由親屬法變更法第七條之一的規範目的所導出之解釋結果³¹。邦司法行政機關對外國離婚之承認有專屬確定權，因此外國離婚的當事人，未經承認程序前，在德國法院不得提起請求確認外國離婚在內國得否承認之訴或請求確認婚姻關係存否之訴，當事人提起此種訴訟時，法院須裁定駁回之³²，係因當事人得透過承認程序較簡易地取得對外國離婚承認問題之決定，故欠缺訴之利益³³。對此，如離婚後扶養等離婚效果之相關訴訟，或離婚當事人死亡後之繼承問題相關訴訟等，外國離婚的有效性成為先決問題時，法院對外國離婚的承認問題並無判斷權限，故法院須停止訴訟程序，而促使當事人向邦司法行政機關申請承認程序³⁴。

由上可知，在德國法院需要判斷外國離婚的承認問題時，邦司法行政機關之專屬確定權構成某種程序障礙，法院應依職權考量之³⁵。惟有爭議者係，外國離婚明顯不得承認時，法院是否仍須停止訴訟，就此問題，聯邦最高法院認為此時無須停止訴訟³⁶，惟德國學者對此多持反對見解³⁷。

³⁰ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 1; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 177; Schack, FS Spellenberg, S. 497, 498 f.; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 113。

³¹ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 12; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1660.

³² BayObLG 25.9.1973, NJW 1974, 1628; OLG Karlsruhe 17.9.1990 FamRZ 1991, 92; OLG Köln 18.3.1998, FamRZ 1998, 1307.

³³ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 14; Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 291.

³⁴ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 13; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1660 f.; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 205; Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 292; BGH 6.10.1982, IPRax 1983, 292; OLG Hamm 18.5.1988 FamRZ 1988, 968; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 117-118。

³⁵ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 18.

³⁶ BGH 14.10.1981, FamRZ 1982, 1203.

³⁷ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 18; Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 227; Schack, IZVR § 17, Rn. 991.

第三項 承認程序之適用範圍

第一款 事項適用範圍

就承認程序之事項適用範圍，親屬法變更法第七條之一第一項第一句規定明文列舉下列事項：外國所作成之婚姻無效、婚姻撤銷、離婚、分居及確認婚姻關係存否之決定（*Entscheidungen*）。外國法院附隨離婚裁判作成的相關事項之裁判（*Neben- und Folgenentscheidungen*），不在承認程序之適用範圍內，故就此得未經任何程序而依德國民事訴訟法第三百二十八條或非訟事件法第十六條之一規定予以承認，但外國離婚的有效性成為先決問題時，法院仍須停止訴訟而待邦司法行政機關之決定³⁸。

另外，伴侶關係（*Lebenspartnerschaft*）是否在承認程序的適用範圍內，對此德國學說見解採否定見解，其理由係，德國民事訴訟法第三百二十八條第二項規定明文提及伴侶關係的承認問題，因此伴侶關係顯然包含於該條之適用範圍內；惟親屬法變更法第七條之一規定並未提及伴侶關係而僅規定「婚姻」（*Ehe*）相關外國裁判，故伴侶關係相關外國裁判無法認為係承認程序之適用對象³⁹。

第二款 「決定」之概念

德國親屬法變更法第七條之一之規定，為界定其適用範圍，使用在外國作成的離婚相關「決定」（*Entscheidung*）一詞，對此概念，德國學說及實務見解均採相當廣義的解釋。首先，該條與德國民事訴訟法第三百二十八條規定使用「判決」（*Urteil*）一詞不同，「決定」一詞其文義上顯然包含外國行政機關所作成之相關決定⁴⁰。其次，外國機關所作成的決定，是否限於具備創設性（*konstitutiv*）效力者，抑或包含登記或公證等僅具確認（*deklaratorisch*）性質者，就此問題，通說及實務見解均認為，無論其性質如何，只要有外國國家機關所為之介入（*Mitwirkung*），即屬該條之適用範圍，其理由在於：承認程序之制度目的，在於確保外國離婚承認問題之法律安定性與明確性，既然如此，就「決定」概念採取廣義解釋，較能實現該制度目的；而且，外國國家機

³⁸ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 52 f.; Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 292；蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 124。

³⁹ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 30.

⁴⁰ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1683; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 161.

關所作成之決定是否具有創設性效力抑或僅具確認性質，其判斷經常並非容易且明確，因此將其作為承認程序適用範圍之判斷標準，尚非妥適⁴¹。

而且，就作成該決定的外國機關之種類而言，回教各國的宗教法院（*Schariagericht*）或以色列的教士法院（*Rabbinatsgericht*）等宗教機關，只要該外國對此等機關賦予「授權」（*Autorisierung*），而該外國肯認宗教機關所作成的決定在國家法上亦有效力，即屬承認程序之適用對象⁴²。反之，在美國或德國存在的猶太教士法院，該等國家並未對其賦予授權，故此等機構所作成之決定，並非在承認程序之適用範圍內⁴³。

相較而言，對所謂「純粹的私的離婚」（*reine Privatscheidung*）得否適用德國親屬法變更法第七條之一規定，在德國學說及實務上頗有爭論。所謂「純粹的私的離婚」係指，在外國為離婚的過程中，並無任何國家機關介入之離婚型態。德國聯邦最高法院就此持保留態度⁴⁴，但有一則 *Celle* 邦高等法院裁定認為，「決定」之概念要求外國國家的介入須存在，如無法確認介入之存在，承認程序之申請即為不合法（*unzulässig*）⁴⁵。在德國學說上，亦有肯定與否定二說：否定見解認為，在外國所為之純粹的私的離婚，其有效與否純屬實體法層面，惟立法者並未授權邦司法行政機關就實體法層面的問題作成決定，故就此問題作成決定之權限須保留予法院，不宜透過擴張解釋而剝奪法院判斷實體法問題之權限⁴⁶。對此，德國學者 *Spellenberg* 指出，依多數的回教各國法，國家機關雖須介入離婚程序，但國家機關的介入非為離婚的有效要件，而離婚效果直接經由當事人的行為而發生；在此情形下，依否定見解，尚未存在該國家機關的介入時，當事人所為的外國離婚未經承認程序而在德國具有效力，但於該國國家機關進行介入後，該離婚即變成須經承認程序之外國離婚；例如，依否定見解，當事人在外國透過意思表示而有效離婚，且未經向國家機關申請登記時，該當事人在德國未經承認程序亦得重新結婚，嗣後若當事人在該外國申請前婚之離婚登記，則在德國即發

⁴¹ *Staudinger-Spellenberg*, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 30 ff.; *Gärtner*, Die Privatscheidung, S. 161 ff.; *Herfarth*, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 421 f.; *Henrich*, IPRax 1995, 86; *Beitzke*, IPRax 1981, 202, 204; *Siehr*, FamRZ 1969, 184, 185; BGH 10.14.1981, IPRax 1983, 37; BGH 21.2.1990, FamRZ 1990, 607, 608; BayObLG 13.1.1994, FamRZ 1994, 1263, 1264; BayObLG 7.4.1998, NJW-RR 1998, 1538; BayObLG 12.9.2002, FamRZ 2003, 381; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 122。

⁴² *Staudinger-Spellenberg*, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 32; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 122。

⁴³ *Staudinger-Spellenberg*, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 32.

⁴⁴ BGH 14.10.1981, FamRZ 1982, 1203. 參照，*Staudinger-Spellenberg*, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 38.

⁴⁵ OLG Celle 10.11.1997, FamRZ 1998, 686.

⁴⁶ *Schack*, IZVR § 17, Rn. 988.

生重婚情形。為避免此種結果發生，該外國法律要求國家機關的介入時，即使該介入尚未存在，仍須將該私的離婚包含於承認程序之適用對象⁴⁷。

上述肯定見解，仍限於該外國法律要求國家機關介入之情形，惟在德國學說上亦有見解認為不以此情形為限，而認純粹的私的離婚亦須經過承認程序，且此見解不在少數。此項見解主要認為，無論在外國是否存在國家機關的介入，均有必要透過承認程序在內國確保法律安定性與明確性，從此承認程序之目的以觀，亦應將純粹的私的離婚包含於承認程序之適用範圍內⁴⁸。

第三款 「在外國」之要件

德國親屬法變更法第七條之一規定，以「在外國」作成的決定之存在為承認程序之要件，就此德國通說及實務見解認為，由駐德國的外國國家機關（如大使館或領事館之官吏）所作成之決定亦包含在內⁴⁹。然而，德國民法施行法第十七條第二項規定，「在內國」僅得依法院判決為離婚，就此所謂「在內國」的概念，德國通說及實務見解則解釋為德國領土內之意（詳見本章第三節第五項第三款）。因此，在駐德國的外國領事館內經由其官吏的行為作成離婚時，其仍成為承認程序之適用對象，惟違反民法施行法第十七條第二項規定而無效。

第四款 共同所屬國條款

德國親屬法變更法第七條之一第一項第三句規定，決定係由雙方當事人共同所屬國之法院作成者，無須經過承認程序而得承認之。依該規定，共同所屬國之法院所作成之離婚，回歸國際民事程序法的自動承認主義，即外國離婚的有效性在內國成為問題時，內國法院或行政機關依德國民事訴訟法第三百二十八條規定審查是否具備承認

⁴⁷ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 31.

⁴⁸ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1753; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 192; Stein/Jonas-Roth, Art. 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 161; Andrae, Internationales Familienrecht, S. 253; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 164 ff.; Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 423 ff.; Lüderitz, FS Baumgärtel, S. 333, 342; Beule, StAZ 1979, 29, 33; Siehr, FamRZ 1969, 184, 186.

⁴⁹ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 35 ff.; BGH 14.10.1981, FamRZ 1982, 1203; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 122。

要件。該共同所屬國條款之立法意旨，在於共同所屬國所作成的離婚裁判，其承認通常並不產生疑慮，故無經由邦司法行政機關作成判斷之必要⁵⁰。

依該規定，夫妻的共同所屬國法院所作成之離婚，其承認不必經由邦司法行政機關，惟當事人主動申請承認程序時，德國通說及實務均認為該申請仍屬合法；其理由係，即使係共同所屬國作成之離婚，其得否承認仍可能有疑義，故不妨容許當事人主動申請承認程序，以除去該外國離婚得否承認之不確定性⁵¹。

然而，家事事務及非訟事件程序法第一百零八條第二項，明文規定利害關係人得向家庭法院聲請有關外國決定的承認或不承認之裁判，且就該裁判的效力準用該法第一百零七條第九項規定而賦予對世效力，因此有學者見解認為，如容許當事人向邦司法行政機關主動申請承認程序，將不當使該條的適用範圍變成狹隘，故於該法制定後已不得採取上述見解⁵²。

第四項 邦司法行政機關所作成之決定之效力

德國親屬法變更法第七條之一第一句規定，邦司法行政機關係「確認」（feststellen）在外國所為之決定是否具備承認要件，亦即邦司法行政機關所作成之決定，有確認該外國離婚於該外國法上發生效力時承認該離婚之確認效力（Feststellungswirkung）⁵³。基此性質，該決定之效力溯及至在該外國發生離婚效力之時點⁵⁴。以下本文說明邦司法行政機關所作成的決定具有之效力。

第一款 拘束力

依德國親屬法變更法第七條之一第八項規定，對外國離婚的承認要件之存否，邦司法行政機關所作成之決定，具有對世效力，即拘束內國法院及行政機關之效力（Bindungswirkung）。邦司法行政機關依據程序上理由駁回申請（unzulässig）時，其

⁵⁰ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 55; Stein/Jonas-Roth, Art. 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 168; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 118-119。

⁵¹ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 70; Stein/Jonas-Roth, Art. 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 169; LJV Nordrhein-Westfalen 21.2.1984, IPRax 1986, 167; OLG Celle 14.2.1996, StAZ 1996, 303; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 119。

⁵² Schack, FS Spellenberg, S. 497, 506.

⁵³ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 75.

⁵⁴ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 75; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 217.

對外國離婚的承認問題尚未作成實體判斷，故該決定並無拘束力⁵⁵。其次，邦司法行政機關認為申請尚無實體上理由而駁回申請（*unbegründet*）時，該決定是否具有拘束力，則有爭議。肯定見解認為，該條第八項並不區分承認或不承認而一律賦予拘束力，且對此種決定賦予拘束力較能確保法律安定性與明確性，故認為對此種決定亦須賦予拘束力⁵⁶。

第二款 確定力

德國親屬法變更法第七條之一第四項及第五項規定，申請人或他方配偶對邦司法行政機關所作成的決定有不服時，得再向邦高等法院聲請裁定，惟就此聲請未設任何時間限制，因此學說見解認為，邦司法行政機關所作成之決定並無確定力（*Rechtskraft*）⁵⁷。

然而，向邦高等法院之聲請權若無時間限制，則外國離婚之得否承認須待邦高等法院之裁定，始告終局確定，有缺乏法律安定性之嫌。故家事事件及非訟事件程序法第一百零七條第七項準用該法第六十三條規定，對該聲請權設有一個月之時間限制⁵⁸。若當事人或利害關係人未於一個月的期間內向邦高等法院聲請裁定，邦司法行政機關所作成的決定即發生存續力（*Bestandskraft*）⁵⁹。

第五項 承認程序之申請

依德國親屬法變更法第七條之一第三項第一句規定，外國離婚之承認程序係依當事人之申請而開始，亦即邦司法行政機關不得依職權開始該承認程序，且當事人並無義務申請該承認程序。當事人得申請邦司法行政機關予以承認之決定，亦得申請不予承認之決定⁶⁰。

⁵⁵ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 94; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1680; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 127。

⁵⁶ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 96; Geimer, IZPR, Rn. 3019; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1681; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 216; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 127-128。

⁵⁷ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 102.

⁵⁸ Geimer, IZPR, Rn. 3046.

⁵⁹ Meyer-Seitz/Frantzioch/Ziegler, Die FGG Reform, S. 182; Schack, FS Spellenberg, S. 497, 500.

⁶⁰ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 121; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 125。

第一款 申請權人

依德國親屬法變更法第七條之一第三項第二句規定，對外國離婚之承認或不承認有法律上利益者，均得向邦司法行政機關申請承認程序。有法律上利益，係指申請權人與他人間存在因外國離婚的承認或不承認而受到影響之法律關係⁶¹。具體而言：

- 由前婚或後婚而生之子女，外國離婚的承認與否涉及其扶養、親權或姓名等身分法律關係者，無論離婚當事人是否仍生存，均有申請承認程序的獨立之法律上利益⁶²；
- 於離婚當事人死亡後，其繼承人之法律地位因外國離婚的承認與否而受到影響者，該繼承人即有申請承認程序之法律上利益。反之，離婚當事人仍生存時，推定繼承人尚無申請權⁶³；
- 欲與在外國離婚之一方當事人重新締結婚姻之訂婚者，尚無得以申請該離婚的承認程序之法律上利益，因婚約係隨時得撤銷，故仍宜委由前婚的離婚當事人自主決定是否申請該離婚之承認程序⁶⁴。
- 社會保障給付人（Sozialversicherungsträger），其給付義務因外國離婚之承認與否而受到影響者，有申請承認程序之法律上利益。反之，戶政機關或稅務機關尚無此種法律上利益⁶⁵。

第二款 申請權之失權

外國離婚承認程序之申請權，法律並無明文規定其時間限制，故自在外國為離婚時起經過長時間後始為申請者，原則上並無違法。然而，若有下列情形，其申請權是否罹於失權（Verwirkung）成為問題：例如，在外國為離婚後，當事人仍長期繼續共同生活，且撫育有婚生子女地位之子女，惟若在內國承認外國離婚，則該子女之法律地位受到不利影響者，此時申請承認該外國離婚之權利是否已罹於失權，便成問題；或者，當事人長期認外國離婚為有效，並以此為前提進行各種行為時，申請不承認該

⁶¹ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 124；蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 125-126。

⁶² Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 131.

⁶³ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 133.

⁶⁴ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 130.

⁶⁵ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 136 ff.; Geimer, IZPR, Rn. 3028 f.; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1719.

外國離婚之權利是否已罹於失權，亦成問題⁶⁶。惟德國學者指出，如認此問題為申請權之失權問題，則不得不依各申請權人的狀況考量其申請權是否已失權，因而導致當事人之申請權雖已失權但社會保障給付人之申請權尚未失權等情形⁶⁷；而且，在內國法院已繫屬涉及外國離婚的訴訟，且該訴訟程序因申請承認程序而停止時，若申請權已失權，則該訴訟程序將陷於不確定狀態⁶⁸。因此，不應認此問題係有關申請權之問題，而應將其解為係實體法層面之問題⁶⁹；例如，外國離婚效果之援用，與該當事人本身過去所為的行為相互矛盾時，此援用違反誠信原則而不許之；反之，當事人長期接受外國離婚之決定而生活時，不予承認事由之援用，亦違反誠信原則⁷⁰。

觀諸德國實務，亦有肯定不予承認事由的援用罹於失權或違反誠信原則者：例如，（一）Baden-Württemberg 邦司法行政機關 1995 年 2 月 21 日決定⁷¹，於下列情形中肯定不予承認事由之援用罹於失權：亦即，在波蘭進行的離婚程序中，妻並未受到開始訴訟之通知而未應訴，故原則上依德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第二款規定不得承認該離婚；惟妻於 1977 年已知悉該離婚判決之存在，卻於夫死亡後的 1993 年才申請不承認該離婚判決；其間妻與夫並無任何聯絡，且妻本身在相關文件上均表示為其已離婚，租稅等級（Steuerklasse）上亦係已離婚者；在此情形下，其為了主張作為繼承人的權利而援用上述不予承認事由，無非欲恣意處分其本身所長期接受的離婚者身分，不得採之；（二）Bayern 邦高等法院 2002 年 5 月 8 日裁定⁷²亦認為，在如下情形下，援用不予承認事由違反誠信原則而不許之：在烏克蘭進行的離婚訴訟中，妻並未受到開始訴訟之通知；在德國繫屬的有關離婚效果之訴訟中，妻本身一再表明，因烏克蘭的離婚判決而離婚已有效成立，惟其僅於有關扶養的程序中，考量若該離婚判決不被承認則有德國扶養法之適用，因而主張該離婚判決之不予承認事由；此種主張與其本身在其他程序一再主張之內容相矛盾，故違反誠信原則而不許之。

本文以為，上述透過權利失效以否定不予承認事由之援用，就確保法律安定性及保護當事人之信賴而言，其得發揮甚大功能，並能促進國際性判決一致。其性質則應

⁶⁶ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1711 f.

⁶⁷ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1712.

⁶⁸ *MünchKommZPO-Gottwald*, § 328, Rn. 212.

⁶⁹ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1712; *MünchKommZPO-Gottwald*, § 328, Rn. 212; *Geimer*, IZPR, Rn. 3030.

⁷⁰ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1712; *MünchKommZPO-Gottwald*, § 328, Rn. 212.

⁷¹ Justizministerium Baden-Württemberg 21.2.1995, FamRZ 1995, 1411.

⁷² BayObLG 8.5.2002, FamRZ 2002, 1637.

為承認規則上之實質規範，雖仍需進一步的明確化與類型化，惟為了確保承認規則具有一定彈性，發展此種規範應有其必要。

第六項 向邦高等法院之聲請

邦司法行政機關駁回申請時，申請人得向邦高等法院為裁定（親屬法變更法第七條之一第四項）；邦司法行政機關容認申請時，未申請承認程序之他方配偶，亦得向邦高等法院聲請為裁定（親屬法變更法第七條之一第五項）。其他申請權人亦同⁷³。邦司法行政機關所為的決定係屬一種行政處分，惟關於外國離婚的承認問題，普通法院較行政法院為熟悉，故由屬於普通法院的邦高等法院審查有關不服聲明⁷⁴。

如前所述，親屬法變更法第七條之一並未對此聲請權設有時間限制，惟為確保法律安定性，新法就此設有一個月的时间限制（家事事件及非訟事件程序法第一百零七條第七項準用該法第六十三條），當事人及利害關係人未於一個月內提出聲請者，邦司法行政機關的決定即產生存續力。

邦高等法院之裁定，如同邦司法行政機關之決定，具有拘束國內法院及行政機關之效力（德國親屬法變更法第七條之一第八項）。該裁定亦有終局性（該條第六項第五句），即對此當事人不得再向聯邦最高法院提起上訴。惟邦高等法院欲作成與聯邦最高法院或其他邦高等法院之見解不同之裁定時，須先經聯邦最高法院之先行決定（德國非訟事件法第二十八條第二項及第三項）⁷⁵。就此，新法容許當事人對邦高等法院之裁定得再向聯邦最高法院提起法律抗告（*Rechtsbeschwerde*：家事事件及非訟事件程序法第七十條以下）⁷⁶。

第七項 小結

由上可知，德國親屬法變更法第七條之一規定，雖使用「決定」或「在外國」等看似與承認適格論有關聯之概念，惟有關此等概念在德國學說及實務上之解釋，強烈以承認程序之制度目的為導向；亦即，該條規定之主要目的，在於對外國離婚之承認問題專由邦司法行政機關作成有拘束力之決定，以確保在德國國內之法律安定性與明

⁷³ MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 222；蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 128。

⁷⁴ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 177.

⁷⁵ Staudinger-Spellenberg, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 205.

⁷⁶ Geimer, IZPR, Rn. 3048.

確性。如強調此制度目的，則該條所定要件之解釋自然趨向擴張解釋之方向，藉此儘量廣泛涵蓋所有外國離婚之型態。後述德國有關承認適格論之解釋論，與此承認程序制度中之解釋論迥然不同，其原因應在於此。總而言之，因德國承認程序相關討論強烈以其制度目的為導向，故其對承認適格論之探討並無直接參考價值，且須認二者為屬於不同層面之問題。惟在有關承認程序之討論中，對承認適格論的探討仍有可供參考之處，以下分述之：

（一）外國離婚承認問題之特質

德國對外國離婚之承認制定承認程序制度，其考量在於外國離婚承認問題之如下特質：外國離婚在內國得否承認，其所涉及的法律關係並不限於在內國得否重新結婚，尚涉及子女的法律地位、繼承、社會保障及租稅等廣泛法領域之眾多法律關係，此點亦可從承認程序之申請權人相關討論中看出。因此，關於離婚是否有效之問題，確保法律安定性與明確性此抵觸法利益之高度重要性，或與其他法律關係無法相比。德國法之所以特就外國離婚制定承認程序制度，其原因應係考量此法律關係之特質。相較之下，承認適格論之探討中，有無必要反映此法律關係之特質，以及如何始能反映此特質，此點成為關鍵問題。

（二）「決定」概念之解釋－創設性國家行為與確認性國家行為之區分

如本節中所述，德國親屬法變更法第七條之一第一項第一句作為承認程序之程序要件，要求外國國家機關所為的「決定」之存在，就此概念，德國學說及實務均採相當廣義之解釋。其中，德國學者及實務均檢討是否將創設性國家行為與確認性國家行為予以區分，而僅將前者包含於「決定」概念內。就此問題的檢討中，德國學說及實務見解，除了承認制度之目的外，尚有考量此二者之區分經常並非容易且明確，因而放棄將此作為「決定」之判斷標準。然而，如後述，承認適格之相關討論中，德國學說及實務見解均將此區分作為判斷是否有承認適格之決定性因素。其實，如後述，判斷外國國家行為是否具有創設性效力，經常並非容易且明確，就此點而言，無論係承認程序的問題或係承認適格的問題，均無差異。為何德國學說及實務僅就承認適格問題認為此區分尚可行，似有自相矛盾之嫌。

以上為德國外國離婚的承認程序制度之檢討，以下本文將探討德國抵觸法對外國離婚之承認適格論。

第三節 德國牴觸法對外國離婚之承認適格論

德國牴觸法上，外國離婚具有德國民事訴訟法第三百二十八條所定之承認適格者，該外國離婚在內國之效力，依該條規定判斷（承認方法）。反之，並非該條所規定的適用對象之外國離婚（所謂「私的離婚」），其有效與否則依德國民法施行法第十七條所定的離婚準據法而定（選法方法）。對此方法論上的原則，德國學說及實務並無爭議⁷⁷。因此，此二方法之區分標準，在於外國離婚是否成為德國民事訴訟法第三百二十八條規定之適用對象，即其是否具有承認適格⁷⁸。

另外，在德國有關外國離婚的承認問題之討論中，有論者將上述的選法方法稱為「實體法上之承認」（*materiellrechtliche Anerkennung*）⁷⁹。惟在外國所為的私的離婚，並無具備德國民事訴訟法第三百二十八條所定之承認適格，故對此應指定離婚準據法，並依此審查離婚原因之存否及有無遵守離婚方法，而判斷該離婚是否有效成立⁸⁰，其與通常的選法方法並無二致。因此，其與承認方法截然不同，不宜就此使用「承認」一詞。

第一項 承認外國離婚之法源根據

如於本文第二章所述，各國立法例所定之離婚方法甚為多樣，其中包含依德國法的分類標準屬於訴訟裁判、非訟裁判或行政處分者。對各種外國離婚檢討承認問題時，首先成為問題者係，如何決定承認之法源依據。首先，德國於 1986 年增訂非訟事件法第十六條之一，故外國非訟裁判之承認有該條規定之適用。該條規定的規範內容，基本上與德國民事訴訟法第三百二十八條規定類似，但仍有如下差異：

- 德國民事訴訟法第三百二十八條規定，其文義上之適用對象為「外國法院之判決」（*das Urteil eines ausländischen Gerichts*）；非訟事件法第十六條之一之文義則係「外國之決定」（*ausländische Entscheidung*），故其文義上後者之適用對

⁷⁷ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 556.

⁷⁸ von Bar/Mankowski, IPR I § 5, Rn. 144.

⁷⁹ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 172.

⁸⁰ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 12, Rn. 1744; MünchKomm-Winkler von Mohrenfels, Art. 17 EGBGB, Rn. 354; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 172 f.

象似較為廣泛。惟如後述，德國學說及實務肯認將前者規定適用於外國行政機關所作成之決定，故此二者文義上之差異尚未帶來重大差異⁸¹。

- 德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第五款規定要求相互承認之要件，對此，德國非訟事件法第十六條之一並不以此為要件。惟對外國離婚之承認，德國親屬法變更法第七條之一第一項第二句規定排除相互承認之要件，故就外國離婚之承認而言，二者間並無差異⁸²。
- 德國民事訴訟法第三百二十八條規定，其文義上尚無要求外國判決之確定，惟德國通說見解認為以此為必要。反之，德國非訟事件法第十六條之一規定，亦未以確定為要件，且學說見解認為對非訟裁判無要求確定之要件，亦即得變更或撤銷之裁判亦屬該條之適用範圍⁸³。

關於此二規定適用範圍之區分標準，德國學說及實務見解，基本上從內國之分類標準出發，無論在外國進行的程序係訴訟程序或非訟程序，均視該裁判在德國應依何種程序而定⁸⁴；亦即，就離婚而言，無論在該外國的離婚係透過訴訟程序、非訟程序或行政程序而作成，在德國離婚係依訴訟程序為之，因此，所有外國離婚的承認均依德國民事訴訟法第三百二十八條而判斷⁸⁵。

對此，亦有學說見解認為，德國民事訴訟法第三百二十八條之適用對象，係限於當事人間的法律糾紛（*Rechtsstreit*）依保障合法聽審權的程序解決之情形，其他外國裁判則成為非訟事件法第十六條之一之適用對象⁸⁶。對此見解有論者提出如下批判：訴訟事件與非訟事件二者難以區分，且若採上開標準，則外國國家行為的分類標準最後應依該外國法判斷，故不宜採該分類標準⁸⁷。

如上所述，德國學說對外國離婚的承認，如何區分其條文根據，此問題雖有爭論，惟本文僅能以通說及實務見解為前提進行檢討，因並無文獻就外國離婚的承認問題依據德國非訟事件法第十六條之一規定進行檢討，且在德國法院裁判中亦無適用德國非訟事件法第十六條之一規定而檢討外國離婚得否承認之問題者。因此，以下對外國離

⁸¹ *Wagner*, FamRZ 2006, 744, 748.

⁸² *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 176.

⁸³ *Wagner*, FamRZ 2006, 744, 748.

⁸⁴ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 178 f.; *Zöller-Geimer*, § 328 ZPO, Rn. 91; *Kropholler*, IPR § 60 II, S. 660; BGH 5.2.1975, BGHZ 64, 19; BGH 11.4.1979, NJW 1980 529.

⁸⁵ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 178 f.; *Zöller-Geimer*, § 328 ZPO, Rn. 91.

⁸⁶ *Wagner*, FamRZ 2006, 744, 748.

⁸⁷ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 510.

婚之承認問題，主要分析德國民事訴訟法第三百二十八條規定所定的要件，探討德國承認適格論相關之學說及實務見解。

第二項 「法院」之概念

第一款 定義

對德國民事訴訟法第三百二十八條第一項所定的「法院」概念，向來通說的見解一般解釋為：有國家所賦予的權限，對私法上之法律糾紛，依保障合法聽審權的程序作成決定之機關⁸⁸。惟最近亦有不少見解並不要求「依保障合法聽審權之程序」此一要件⁸⁹，此點爭論主要涉及外國行政機關所為之決定得否依該條承認之問題，就此本文於下一款進行分析。

就該條所定的「法院」概念，聯邦最高法院首次表明其態度的判決係 1956 年 5 月 9 日之判決⁹⁰。該案件的爭點在於蘇聯佔領地區（東德）法院所作成的離婚判決是否滿足承認要件，其中蘇聯佔領地區的法院究竟是否符合該條所定的「法院」概念成為問題。聯邦最高法院並未要求合法聽審權之保障，並明確敘述從寬解釋此概念之必要性，故以下詳引該判決之內容：

「蘇聯佔領地區的法院所具有之機能與結構，與德意志聯邦共和國基本法所肯認者，二者間有本質性不同。德意志聯邦共和國法院之任務，係在個別案件中實現法律與正義（基本法第二十條第三項）。為最大限度實現此任務，基本法及法院組織法（*Gerichtsverfassungsgesetz*）設有規範，以保障法院獨立於其他國家機關及避免立法權的濫用。基本法第九十三條以下規定及有關普通法院之法院組織法，係為此目的而設」；「對此，蘇聯佔領地區的法院組織，係由德意志民主共和國憲法及 1952 年 10 月 2 日制定之法院組織法予以規範。依該法院組織法第二條，司法權亦貢獻於『社會主義之建設』，且該規定亦進一步說明之。據此，法院的任務同時具有社會性質與經濟政策性質，其對應著（極權主義的）共產主義之法解釋。其法官，不同於德意志聯邦共和國的法官，無需具備專業教育。法官的任命僅限於一定期間，且依德意志民主共和國憲法憲法第一百三十二條規定，法官『違反憲法或法律且顯著違背法官的義務』

⁸⁸ *Soergel/Schurig*, Art. 17 EGBGB, Rn. 109; *Gärtner*, *Die Privatscheidung*, S. 174 f.

⁸⁹ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 210; *Geimer*, *IZPR*, Rn. 2870; *Martiny*, *Hdb. IZVR* Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 498.

⁹⁰ *BGH* 9.5.1956, *JZ* 1956, 496.

時，人民議會得解任之」；「然而，蘇聯佔領地區之司法機關，尚無法否認其有法院之性質」；「依有關民事訴訟法第三百二十八條所定「外國法院」概念之判例，須依作成決定之外國機關所屬之外國法，判斷成為問題的決定是否符合法院判決之概念。就此，於該外國法上，有國家所賦予的權限對私法上糾紛依訴訟程序作成決定之機關，即滿足民事訴訟法第三百二十八條之要件」⁹¹；「法院組織體系與其型態，及解決糾紛時須遵守之原則，各國間均有差異，且此等各國人民間存在經濟、社會關係，觀諸此點，若依民事訴訟法第三百二十八條規定得承認之判決，僅限於如同德意志聯邦共和國就司法權的結構遵守法治國原則之國家所為者，則時常會產生不當結果」。

此則德國聯邦最高法院判決，對東德法院之判決肯定承認適格時，明確指出兩國間的司法制度本質上不同，其並指出，為肯定承認適格，外國法院不必遵守法治國原則。該判決亦尊重各國法秩序間法院組織或解決糾紛程序之不同，且重視對外國判決不予承認時所產生之結果。此聯邦最高法院之基本態度，亦可謂係德國學者基本上支持者，例如學者 Martiny 指出：在世界各國間，司法體系、法院組織及政治與社會狀況等均有不同，鑑於此點，「法院」概念之解釋，應認以「最低標準」（Minimalstandard）為足；若採狹義解釋，則導致廣泛不承認外國裁判之後果，其既不符合德國民事訴訟法第三百二十八條規定之意旨，亦時常產生對當事人不當之結果⁹²。

就「法院」概念之具體解釋論而言，德國學說見解通常指出下列各點：外國國家機關，無須符合德國憲法第九十二條及法院組織法所要求的法院之標準⁹³；外國勞動法院、商事法院、刑事法院或行政法院等各種法院所為之裁判，於就私法上法律關係作成決定之範圍內，亦包含於法院概念⁹⁴；外國國家機關亦無需具有法院之名稱⁹⁵。

而且，德國學說見解一致承認，該外國對宗教法院賦予權限作成具有國家法上效力之決定時，該宗教法院亦為德國民事訴訟法第三百二十八條第一項規定所謂之「法

⁹¹ 就此，聯邦最高法院 2008 年 5 月 28 日判決（BGH 28.5.2008, FamRZ 2008, 1409.）則認為，該外國機關係屬「依該外國法，有國家賦予的權限對私法上糾紛作成決定之機關」已足。在此已無「依訴訟程序」之構成要件。

⁹² Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 498.

⁹³ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 216; Geimer, IZPR, Rn. 2870; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 499; BGH 9.5.1956 FamRZ 1956, 228, 276.

⁹⁴ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 498, 504; Geimer, IZPR, Rn. 2871.

⁹⁵ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 499.

院」⁹⁶。就此，該宗教法院不必就婚姻事項具有專屬管轄權，如同義大利或西班牙，除了國家法院所為之裁判外，該外國亦肯認宗教法院所為之裁判具有國家法上效力者，亦滿足此要件⁹⁷。然而，義大利法上，宗教法院所為的婚姻無效判決，須經國家法院作成承認判決並經戶籍登記後，始發生國家法上效力。就採此種法制的國家而言，成為承認對象者，係該國家法院作成之承認判決⁹⁸。

第二款 外國行政機關

德國學說上較有爭議者係，在外國作成決定的國家機關係屬行政機關時，是否滿足「法院」之概念。依上述向來的通說見解，外國國家機關須為「依保障合法聽審權之程序」作成決定之機關。依德國法觀念，區分法院裁判與行政處分之本質性標準，在於作成決定之程序是否保障合法聽審權，因此，若以此作為「法院」概念的構成要件，則外國行政機關不得包含在內⁹⁹。與此密切相關的問題係，是否要求法官之獨立性，即是否排除受上級機關指示（*weisungsgebunden*）之機關。其亦為在德國法上區分法官所為的裁判與行政機關所為的行政處分之標準¹⁰⁰。因此，「法院」概念是否包含外國行政機關，取決於是否要求合法聽審權之保障程序及作成決定的機關之獨立性。

例如，德國學者 Gärtner 認為，「法院」概念須要求作成決定的機關之獨立性，故外國行政機關所作成的離婚等裁判外離婚（*außergerichtliche Scheidung*），均非為德國民事訴訟法第三百二十八條第一項之適用對象¹⁰¹。此項見解之主要理由在於，容許經由行政機關作成離婚之各國立法例，就當事人間有爭執的離婚，仍然委由法院處理，得由行政機關處理的離婚則僅限於當事人間有合意之情形；此時，由行政機關作成之離婚，其重點在於當事人自治，故須對其予以與私的離婚相同的處理；從此觀點而言，德國民事訴訟法第三百二十八條規定，係以獨立的法官依訴訟性程序作成決定為前提，故該條規定並不適合於此種經由行政機關基於當事人的合意所為之離婚¹⁰²。

⁹⁶ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 211; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 45; Geimer, IZPR, Rn. 2872.

⁹⁷ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 213.

⁹⁸ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 214; Geimer, IZPR, Rn. 2872; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 176.

⁹⁹ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 210, 218.

¹⁰⁰ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 217.

¹⁰¹ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 433, 436.

¹⁰² Gärtner, Die Privatscheidung, S. 181 f, 184 f;

上開見解之重點在於，在容許經由行政機關作成離婚之各國立法例中，通常有法院所作成的離婚與行政機關所作成的離婚二者並存，且後者限於當事人間對離婚有合意之情形，故應將其認為具有法律行為性質之私的離婚，而不得肯認承認適格。然而，例如，在各國法上亦有如訴訟上和解離婚或在法院進行的調解離婚，或者雖有法院判決，但因當事人對離婚已有合意，故法院的介入僅具形式意義者。亦即，各國法上亦有在法院進行的程序或裁判存在，但強烈具有當事人自治色彩之離婚型態。由此可知，離婚經由法院作成抑或經由行政機關作成，此點差異與當事人自治程度之強弱，尚無論理上之直接關聯。從此觀點以觀，如認經由行政機關作成的離婚係屬基於當事人自治之法律行為，而將其一律排除於承認對象外，尚有速斷之嫌。

另外，亦有論者認為，對外國行政機關所作成的離婚，尚無德國民事訴訟法第三百二十八條規定之適用，但仍得依國際行政法予以承認¹⁰³。此項見解並未說明何謂「國際行政法」，故無法得知其根據及要件如何，惟對此德國學說提出如下批判：外國行政機關所作成之決定中，屬於行政法領域者，仍得依國際行政法上有關外國行政處分之承認規範予以承認，惟此種規範不得適用於私法上法律關係之問題¹⁰⁴；而且，在國際行政法領域中，有關外國行政處分的承認幾乎不存在，故不得由法的一般原則導出或「發明」（*erfinden*）此種規範，惟其內容應大致與德國民事訴訟法第三百二十八條規定之內容無差異¹⁰⁵。本文亦以為，尚無理由斷然否定既存條文之適用或類推適用，而另外發明出有大致相同內容之「國際行政法」。

在最近的德國學說見解中，已有不少見解將「法院」概念，從寬解釋為有國家所賦予的權限對私法上法律糾紛作成決定之機關，而對外國行政機關作成之決定，肯定適用或類推適用德國民事訴訟法第三百二十八條規定¹⁰⁶，此項見解主要指出如下理由：將某法律事項委由法院管轄抑或由行政機關管轄，國際上並無明確的標準，在此情形下，對外國行政機關所作成的決定賦予承認適格，始能在法院與行政機關的組織結構並不不同的各國間實現判決一致之理想¹⁰⁷；即使作成決定的外國機關尚無獨立性或受

¹⁰³ *Habscheid*, FamRZ 1981, 1142, 1145.

¹⁰⁴ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 219; *Gärtner*, Die Privatscheidung, S. 183 f.; OLG Schleswig 22.1.1957 FamRZ 1957, 223.

¹⁰⁵ *Geimer*, FamRZ 2005, 325, 326.

¹⁰⁶ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 219; *MünchKommZPO-Gottwald*, § 328, Rn. 45; *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 519 ff.; *Kegel/Schurig*, IPR § 20 VII, S. 872; *Gottwald*, 103 ZZP, 257, 263; 主張類推適用者，*Geimer*, IZPR, Rn. 2873.

¹⁰⁷ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 498.

他人的指示，仍無僅據此否認該決定的承認適格之必要；如有必要時，則依德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第四款所定之公序良俗要件不予承認即可¹⁰⁸；內國法院判斷外國裁判是否具有承認適格時，若須先審查外國機關是否確實具有獨立性，其無非係強人所難¹⁰⁹。

德國法院實務上亦有肯定由外國行政機關所作成的離婚之承認適格者：例如，Schleswig 邦高等法院 2008 年 5 月 5 日裁定¹¹⁰，對挪威行政機關（Fylkesmann）所作成的離婚肯定承認適格，其認為：按民事訴訟法第三百二十八條之意義及目的，外國機關係屬有國家賦予的權限對婚姻事項作成決定之機關即可；而且，在外國所為的離婚之承認，依民事訴訟法第三百二十八條或依國際私法規則，二者之區別應取決於係經由創設性的高權行為所為之離婚抑或係透過法律行為所為之離婚；本件離婚係經由挪威的 Fylkesmann 作成，依該國婚姻及離婚法第二十七條規定，其為該國法上之行政機關；其所為之介入，依該法第二十一條規定，不僅係國家對私的離婚所為之介入，且係形成法律地位之高權決定。

綜上所述，就「法院」之概念，德國通說見解認為外國機關應為依保障合法聽審權的程序作成決定之機關。而且，在德國法上，區分法院與行政機關之主要標準，在於其作成決定之程序是否保障合法聽審權，及作成決定之機關是否具有獨立性，因此，若以此為「法院」概念之構成要件，則外國行政機關並非滿足此要件。對此，在最近德國學說中，不少見解肯定外國行政機關亦包含於「法院」概念之內；而且，就德國法院實務而言，德國聯邦最高法院亦強調從寬解釋此概念之必要性，亦有法院判決肯定外國行政機關作成之離婚亦具有承認適格。關於「法院」概念之解釋，其與「判決」概念之解釋具有密切關聯，因此本文先對德國學說及實務對「判決」概念之解釋進行分析後，再於本章小結中對二者一併進行檢討。

¹⁰⁸ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 178, 189, 210; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 499.

¹⁰⁹ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 499.

¹¹⁰ OLG Schleswig 5.5.2008, NJW-RR 2008, 1390.

第三項 確定之要件

德國民事訴訟法第三百二十八條第一項尚未明文要求外國法院之判決已經確定¹¹¹，惟德國通說見解仍以此為要件。其主要理由係下述之「實際考量」（*praktische Gründe*）：亦即，如不以外國裁判之確定為要件，則在外國後續的程序中該裁判被撤銷或變更時，內國亦須對此一一反應，為避免此種問題，須待外國裁判已具充分的存續性而確定¹¹²。此通說見解亦以如下考量為背景，即外國裁判如有確定之可能性，則其所需要之時間通常應該不長，故宜經過該期間後再予以承認即可¹¹³。因此，如同在非訟裁判中出現者，有並無時間限制之不服聲明方法時，當然不得為相同處理¹¹⁴。

反之，在德國亦有反對見解，例如學者 *Geimer* 認為不要求外國裁判之確定，因為亦有法國法系各國及英美法系各國，原則上不待形式上確定而已發生既判力等判決效力者；而且，就有關扶養之裁判，通說見解本身亦肯認依裁判國法得隨時變更的裁判具有承認適格¹¹⁵。學者 *Kropholler* 亦認為，不必對承認與執行二個問題予以相同處理，外國裁判之承認係將其效力擴張至內國，即然如此，若外國作成之決定依該國法不待形式上確定而發生效力，則亦承認該效力，較符合邏輯¹¹⁶。

對此，德國學說一般認為，為承認外國裁判，並不以其有既判力為必要。此係因為，從比較法角度而言，形式確定與既判力並非同時發生的立法例亦存在，而且，在外國法上，該裁判雖無既判力但有形成力等其他效力時，並無理由拒絕承認該效力¹¹⁷。

¹¹¹ 於 1887 年制定德國民事訴訟法時，尚未分開外國判決之承認與執行，而一併規定於該法第六百六十一條中，而且該條第二項第一款規定作為賦予執行判決之要件，要求外國判決須已確定。在 1898 年民事訴訟法的草擬過程中，*Gebhard* 第一、第二草案，對外國判決之承認均有相當於該條之明文規定（草案第三十七條第二項第一款），惟第二次修正委員會（*die Kommission für die zweite Lesung des BGB-Entwurfs*）將該規定予以刪除，其理由係就外國判決之承認而言，該判決須已確定，係屬當然之理，無需以明文規定之。*Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 448.

¹¹² *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 198 f.; *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 487; *Schack*, IZVR § 17, Rn. 910.

¹¹³ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 199.

¹¹⁴ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 199.

¹¹⁵ *Geimer*, IZPR, Rn. 2856; *Zöller-Geimer*, § 328 ZPO, Rn. 69.

¹¹⁶ *Kropholler*, IPR § 60 III, S. 664.

¹¹⁷ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 205; *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 490.

第四項 「判決」之概念

第一款 定義

德國民事訴訟法第三百二十八條規定，係以外國法院「判決」之存在為適用前提，就此概念，依德國向來通說見解，係指對當事人間的法律糾紛，依保障合法聽審權的程序作成的有關實體法律關係之決定¹¹⁸。對此通說見解，又有不少論者認為上述定義過於狹隘而採取不同見解者。惟此等學說所採之定義亦互不相同，以下列舉各論者所採之定義：對當事人間的法律糾紛，依法律程序作成的有關實體法律關係之終局決定¹¹⁹；對私法上糾紛對象所作成之終局決定¹²⁰；確認或形成實體法律狀態或由其衍生的請求權之高權性宣言（*ein hoheitlicher Ausspruch*）¹²¹；外國國家機關所作成之決定¹²²。此等見解的共通特徵係，作為「判決」之要件並不要求合法聽審權之保障。其主要考量則在於：外國機關作成決定時未保障合法聽審權，此點係透過德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第二款的送達要件或第四款的公序良俗要件予以解決即可，不必將其作為「判決」之構成要件¹²³。尤其，學者 *Martiny* 明確指出：「若欠缺合法聽審權之保障，該外國裁判已非民事訴訟法第三百二十八條第一項所規定之判決，則該條所定的不予承認事由—尤其第四款—並無適用餘地」¹²⁴。

雖然德國學說上有如上見解之歧異，但就具體問題之處理而言，要求合法聽審權之保障與否似無具體影響，因為各學說對「判決」概念進行具體說明時，似無涉及合法聽審權保障之具體爭點。德國學說對「判決」概念進行說明時列舉者，通常係如下各點：判決、裁定、命令、處分等形式或名稱，均所不問¹²⁵；其內容，無論確認裁判、給付裁判或形成裁判均可¹²⁶；不僅容認請求的裁判，駁回請求的裁判亦包含在內¹²⁷；

¹¹⁸ Stein/Jonas-Roth, § 328 ZPO, Rn. 54; Schack, IZVR § 17, Rn. 900; Habscheid, FamRZ 1981, 1145.

¹¹⁹ Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 66.

¹²⁰ MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 45.

¹²¹ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 186.

¹²² Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 469. 其指出：「只要外國國家機關作成決定即可」（„Notwendig ist nur, dass die ausländische Stelle eine Entscheidung trifft.“）。

¹²³ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 189; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 464 ff.; Geimer, IZPR, Rn. 2852.

¹²⁴ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 468.

¹²⁵ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 185, 188; Stein/Jonas-Roth, § 328 ZPO, Rn. 54; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 465; Kropholler, IPR § 60 III, S. 662.

¹²⁶ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 188; Stein/Jonas-Roth, § 328 ZPO, Rn. 54; Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 67; Kropholler, IPR § 60 III, S. 662.

¹²⁷ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 193; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 482.

該裁判不得為無效¹²⁸，但其並非當然（*ipso jure*）無效，而須待法院的裁判始成為無效者，仍得承認之¹²⁹；缺席裁判¹³⁰及依簡略程序所為之裁判¹³¹，均可承認；未記載理由之裁判，亦得承認¹³²。

由上可知，是否要求合法聽審權之保障此問題，似未影響對具體問題之結論，誠如學者 Martiny 所謂：「鑑於成為問題的決定之豐富性，對判決概念下明確定義係甚為困難，而且雖然有各種不同定義存在，但其未必意謂其間存在實質內容之差異」¹³³。而且，德國通說見解雖以保障合法聽審權之程序為判決概念之構成要件，惟其並無說明其所要求之具體內容究竟如何，因此，作為承認適格要件的合法聽審權之保障，與作為不予承認事由之送達要件及程序上公序良俗（德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第二款及第四款），二者間有何不同，以及區分此二者究竟有何實際意義，均不明確。再者，在德國法院實務中，並無案件以外國裁判未保障合法聽審權為由否定其承認適格。基上所述，德國通說見解所採之定義，是否添加並無必要的構成要件，實有疑義。

第二款 私的行為與決定之界線

除了上述有關定義之爭議外，德國學說對「判決」概念積極討論者，係外國決定具有何等性質時始得肯定承認適格之問題。而此點主要涉及如下極為重要的問題：即應依承認方法的外國決定，與應依選法方法的私的行為，二者間如何設定界線。惟就此問題而言，在德國各種學說中有各種不同的說明方式，但亦可觀察到其間有一定類似性。以下透過介紹德國各學者之見解，明確化此問題所具體涉及者。

學者 Geimer 指出：法院所為之公證行為（*Urkundstätigkeit des Gerichts*），並非為在此所謂的判決。外國國家機關，須於調查當事人所提出的事實後，就此作成其所負責之決定。例如，在戶政機關作成的離婚僅具有證據意義時，尚非為判決。對此，法院對當事人的意思表示所為之確認具有創設意義者（例如有關親權之決定），以及法

¹²⁸ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 196; MünchKommZPO-Gottwald, § 328, Rn. 61; Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 95; Kropholler, IPR § 60 III, S. 665.

¹²⁹ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 196.

¹³⁰ Geimer, IZPR, Rn. 2855; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 467.

¹³¹ Stein/Jonas-Roth, § 328 ZPO, Rn. 54; Geimer, IZPR, Rn. 2855; Zöller-Geimer, § 328 ZPO, Rn. 67.

¹³² Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 208; Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 469; Geimer, IZPR, Rn. 2853.

¹³³ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 464.

院對當事人的合意予以認可後依簡略程序作成決定者（例如有關扶養之決定及集體訴訟之和解（class action settlement）），則得視為判決。訴訟上和解與法院的決定二者間之界線雖非明確，但訴訟上和解在進行程序的外國具有程序上效力時，其得為承認對象¹³⁴。

學者 Martiny 亦對此問題如下認為：外國法院基於當事人的合意作成之離婚亦得為判決，但法院僅受領（entgegennehmen）當事人的意思表示者，或其僅將當事人的意思表示予以公證（beurkunden）者，不在此限。外國法容許當事人對某一法律關係為合意，且法院對此僅作成認可（billigen）或確認（bestätigen）之情形，其則為德國民事訴訟法第三百二十八條所謂的判決。若僅有純粹的當事人間合意，其僅為和解而已，但訴訟上和解與法院決定的界線係有流動性。在有些國家，當事人在法院程序中締結和解時，並非僅將其予以公證，而更據此作成判決，此時該決定得在內國予以承認與執行¹³⁵。

再者，學者 Spellenberg 則認為：為肯定承認適格，應存在確認或形成法律地位或由其衍生的請求權之高權性宣言，須區分其與私的行為尤其私的離婚。就外國離婚而言，私的行為與外國國家機關的行為，以多樣型態相互結合而形成一個全體。然而，判斷有無承認適格時具有決定性意義者係，離婚是否基於高權性宣言，即外國所為的國家行為是否具有創設效力。對當事人的單方意思表示或契約，即使法院予以登記或者其須確認離婚原因或其他要件，此仍非為「判決」¹³⁶。

由上可知，無論在財產法或身分法之領域，關於眾多法律關係的規範，存在當事人的意思表示與國家機關所為的行為二者相互結合而成為一體之情形。此時，在牴觸法上成為問題者係，對此種行為，如何評價其私的行為的層面及國家行為的層面。上述德國學說，僅對具有一定性質之國家行為肯定其具有承認適格性，而將其依承認方法處理，反之，雖有國家機關的介入，惟其尚未具有此種性質時，即將其定性為私的行為，而委由選法方法予以處理。區分此二者之標準究竟為何，在上述各種見解中雖得看出共通點，但尚難發現明確的判斷標準。就此點而言，在德國學說及實務上討論最多的具體問題，係應為如何處理私的離婚之問題。以下本文再分析有關私的離婚之德國學說及實務見解，而進一步釐清私的行為與國家行為間如何劃定界線之標準。

¹³⁴ Geimer, IZPR, Rn. 2861 ff.

¹³⁵ Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 469 ff.

¹³⁶ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 186 f, Art 7 § 1 FamRÄndG, Rn. 27.

第五項 私的離婚

第一款 私的離婚之判斷標準及其理論體系上之意義

德國學說及實務一致認為，非為德國民事訴訟法第三百二十八條第一項的適用對象之私的離婚，須依選法方法即德國民法施行法第十七條所指定之離婚準據法予以處理，對此方法論上的原則，在德國並無爭論¹³⁷。對在外國所為的私的離婚採選法方法，係指應依德國選法規則指定離婚準據法後，據此審查離婚原因之存否及是否遵循離婚方法，而判斷外國進行的離婚是否有效成立¹³⁸。

成為德國民事訴訟法第三百二十八條第一項的適用對象之外國離婚，與無該條適用之私的離婚，此二者之區分標準，德國學說及實務均求諸於是否透過該外國國家行為而發生身分變動，即該外國國家行為是否具有創設效果¹³⁹。亦有論者認為，外國法將國家機關所為的登記作為離婚之有效要件仍有不足，國家行為本身更應針對身分變動而為，亦即二者的區分取決於離婚透過國家機關本身所為的決定而發生，抑或透過私人的意思表示而發生¹⁴⁰。然而，在外國法基本上容許當事人基於其合意而離婚之情形，亦有各國國家機關對此予以一定之介入者，例如公證、登記或離婚意思之確認等，因此，私的離婚在何處轉換為透過國家行為的離婚，其界線係流動的¹⁴¹。也因此，為了判斷此問題，需要審慎調查外國國家機關及當事人據以進行離婚之外國法¹⁴²。

然而，上述二者之區分標準，在牴觸法理論體系上應定位於何處，德國學說及實務對此問題似未明確討論。例如，學者 *Spellenberg* 於對德國民事訴訟法第三百二十八條之註釋中，註釋承認適格及各承認要件之後設有「私的離婚」一節，而其中提及上述區分標準，故該區分標準在牴觸法體系上之位置究竟何在，令人難以判斷。而且，在法院判決中，通常僅有如下敘述：外國離婚的承認須依民事訴訟法第三百二十八條

¹³⁷ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 556.

¹³⁸ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1744; *MünchKomm-Winkler von Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB, Rn. 354; BayObLG 12.9.2002, FamRZ 2003, 381, 382.

¹³⁹ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 222, 549 ff.; *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1744; *Gärtners*, Die Privatscheidung, S. 176 ff. 德國法院判決或邦司法行政機關的決定中明確指出此一區分標準者：BGH 28. 5. 2008, FamRZ 2008, 1409, 1412; BGH 21.2.1990, FamRZ 1990, 607, 608; BayObLG 12.9.2002, FamRZ 2003, 381, 382; OLG Stuttgart 3.12.1998, FamRZ 2000, 171; Justizministerium Baden-Württemberg 27.12.2000, FamRZ 2001, 1018; LJV Baden-Württemberg 23.5.1986, IPRax 1988, 170.

¹⁴⁰ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 549.

¹⁴¹ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1743.

¹⁴² *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 551.

或依國際私法規則，取決於離婚係透過具有創設性的高權行為為之抑或透過法律行為為之¹⁴³。

就此問題，本文以為，在該區分標準的適用過程中，德國學說及法院實務通常主要認定的對象係在該外國法上該國家行為具有之性質如何，即其所重者主要在於外國國家行為的層面，而不在於私人的法律行為層面，從此觀點而言，將此區分標準視為承認適格論之一環，較為自然。而且，上述區分標準明顯具有區分承認方法與選法方法之意義。承認方法與選法方法之區分，若以承認方法之獨立性與優先性為前提，應從承認方法之內部為之，且此時選法方法無法對承認方法加以外在限制，從此觀點考量，決定得否適用承認方法之承認適格論，無非係承認方法與選法方法之區分標準¹⁴⁴。因此，既然上開區分標準具有區分此二方法的意義，則其在牴觸法上的位置，邏輯上須在承認適格論中。因此，本文以為，私的離婚之區分標準無非係承認適格論之一環。而且，其界線應從承認方法的內部劃定，從此角度以觀，私的離婚此概念，係指不具承認適格之外國離婚，亦即此僅係透過承認適格論的過濾而被排除之剩餘概念而已，其並非具有實體內涵，亦無法從私的離婚之概念出發設定選法方法與承認方法之界線。

第二款 私的離婚之具體例

依德國學說及實務，依如下各國法所為之離婚視為屬於私的離婚之範疇：

德國學說及實務均認為，依回教各國法所為之單意離婚（*talaq*），即使國家機關對此進行登記、離婚意思之確認或復合之嘗試等介入行為，使身分關係發生變動之行為仍為夫之意思表示，故其非為德國民事訴訟法第三百二十八條之適用對象¹⁴⁵。而且，亦有學說見解指出，外國法院先審查離婚原因之有無後，對當事人賦予單意離婚之認

¹⁴³ OLG Schleswig 5.5.2008, NJW-RR 2008, 1390.

¹⁴⁴ 本文第一章第一節。

¹⁴⁵ Gärtner, Die Privatscheidung, S. 176 f.; LVJ Baden-Württemberg 23.5.1986, IPRax 1988, 170, 171; BayObLG 13.1.1994, FamRZ 1994, 1263, 1264; OLG Stuttgart 3.12.1998, FamRZ 2000, 171; OLG Braunschweig 19.10.2000, FamRZ 2001, 561; OLG Frankfurt aM 26.10.2004, FamRZ 2005, 989; 回教法上基於兩造當事人的合意所為之離婚（*mukhalala*）視為私的離婚者，Justizministerium Baden-Württemberg 27.12.2000, FamRZ 2001, 1018; BayObLG 12.9.2002, FamRZ 2003, 381.

惟亦有對依伊朗法所為的離婚適用德國民事訴訟法第三百二十八條者，但該案件中，最後仍依公序良俗條款排除承認：Bayern 邦高等法院 1999 年 7 月 28 日裁定（BayObLG 28.7.1999, NJW-RR 2000, 885），該案件中，伊朗人夫妻在伊朗的離婚公證處（*Scheidungsnotariat*）進行離婚，且經離婚登記，對此，法院並未探討得否適用德國民事訴訟法第三百二十八條，而逕適用該條規定。但是，在該案件中，妻與他人通謀，使其攜帶偽造護照而假裝雙方係均欲離婚之夫妻，因此，Bayern 邦高等法院以詐欺為由，認定違背該條第四款之公序良俗，而不予承認。

可，此時該離婚最後仍然透過當事人的意思表示為之，故仍屬私的離婚¹⁴⁶。例如，Bayern 邦高等法院 2002 年 9 月 12 日裁定¹⁴⁷認為，依約旦身分法第一百零二條規定，妻以對夫給付財產為條件，妻得向法院聲請為離婚（mukhalala），此時，法院確認當事人間確有離婚意思後予以離婚登記，惟其僅具確認性質，即法院僅有公證之機能而尚無創設性的高權行為存在，故不得適用民事訴訟法第三百二十八條。

關於依以色列法所為的兩願離婚，教士法院雖依相當審慎的程序確認當事人確實有離婚之意願，惟夫作成離婚書而交付予妻，此當事人之行為構成不可或缺之要素，而教士法院的任務限於確認並監督當事人之行為，且不得以其本身的決定取代之，因此，德國學說及實務見解均認為，當事人的行為具有變動身分關係之創設效力，故依以色列法所為之離婚並不具承認適格¹⁴⁸。

再者，德國學說亦將依韓國法及日本法所為的離婚原則上視為私的離婚：亦即，依韓國法，協議離婚之當事人應經法院確認後，始得向戶政機關申請離婚登記，惟德國學者認為當事人的合意具有創設效力，故對此不得適用德國民事訴訟法第三百二十八條規定¹⁴⁹。就日本法的協議離婚，德國學說及實務見解亦將戶政機關所為之行為視為僅具確認性質，而認為當事人的合意具有變動身分的創設性效力¹⁵⁰；惟亦有學者認為，日本法的調解離婚，雖主要根據夫妻的合意而成立，惟在調解過程中法院進行監督，且依日本法調解書的記載具有與確定判決相同的效力，故得肯定德國民事訴訟法第三百二十八條之適用¹⁵¹。

由上可知，在德國實務上，出現承認方法與選法方法的區分問題時，多半將外國離婚視為私的離婚而依選法方法處理。法院明確提及此問題而肯定該外國離婚具有承認適格並適用德國民事訴訟法第三百二十八條者，在筆者所調查之範圍內，僅有已於本節第一項第二款中介紹之 Schleswig 邦高等法院 2008 年 5 月 5 日裁定¹⁵²。該案件中，法院對挪威的行政機關（Fylkesmann）所作成的離婚肯定承認適格，其指出：按民事

¹⁴⁶ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 545, 552.

¹⁴⁷ BayObLG 12.9.2002, FamRZ 2003, 381.

¹⁴⁸ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 545, 549; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 177 f.; Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 434; Henrich, IPRax 1995, 86, 87; BGH 2.2.1994, FamRZ 1994, 434, 435; BGH 28. 5. 2008, FamRZ 2008, 1409, 1412.

¹⁴⁹ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 552.

¹⁵⁰ Nishitani, IPRax 2002, 49, 52; OLG Frankfurt aM 10.6.2000, StAZ 2001, 37.

¹⁵¹ Nishitani, IPRax 2002, 49, 52.

¹⁵² OLG Schleswig 5.5.2008, NJW-RR 2008, 1390.

訴訟法第三百二十八條之意義及目的，對婚姻事項具有國家所賦予的權限作成決定之機關即可；而且，「對在外國所為的離婚之承認，依民事訴訟法第三百二十八條或依國際私法規則，二者之區別應取決於係經由創設性的高權行為所為之離婚抑或係透過法律行為所為之離婚」；「本件離婚係經由挪威的 Fylkesmann 作成，依該國婚姻及離婚法第二十七條規定，其為該國法上之行政機關。在本件，於 2005 年 12 月 7 日作成的『離婚認可』（„Skilsmissebevilling“〔挪威文〕）不得視為僅係對私的離婚的國家機關介入而已，而依該法第二十一條規定係屬形成法律地位之高權決定」。在本件中，對選法方法與承認方法之區別標準，法院僅引用挪威婚姻及離婚法第二十一條規定而認為應依承認方法。本文尚無法調查該條規定之內容，惟選法方法與承認方法之區分，不僅決定得否適用德國民事訴訟法第三百二十八條規定，更就該案件排除內國國際私法之適用，並將準據法之指定、解釋與適用委由該外國機關依其本身之牴觸法決定。考量此二方法區分問題之重要性，僅依據外國法的一個條文導出其結論，此種判斷方式是否妥適，實有根本疑問。

再者，Frankfurt 邦高等法院 2000 年 6 月 10 日裁定¹⁵³，關於在德國居住的日本人夫妻於駐法蘭克福日本總領事館進行之協議離婚，否定其具有承認適格。該裁定指出：「本件協議離婚係屬私的離婚。私的離婚與裁判離婚之區分係在於，在後者中針對身分變動作成高權性決定行為使身分發生變動效果，對此，私的離婚係透過私人的法律行為或單方意思表示解消婚姻，然依多數容許私的離婚的立法，國家機關透過戶籍登記等方式介入離婚程序」；「在日本法的協議離婚中，當事人的合意係具有創設性的離婚行為。惟就此須經向戶政機關申請離婚登記。而且，依現在的日本通說見解，向戶政機關所為的申請係婚姻的開始與終止之基準。另一方面，在夫妻間並無有效合意之情形，協議離婚之申請與受理，被視為無效」；「此表面上的矛盾，透過區分離婚的有效成立與離婚效果的創設性發生此二問題，始得解決。邏輯上，在夫妻間有離婚的合意時，始得受理離婚的申請。因此，離婚的效力直接結合於離婚的合意，對此，戶籍登記並無作為離婚成立要件之獨立意義。戶籍登記僅具有有效性的推定效果」。該法院對日本法的解釋，雖其論旨不甚明確，但其中明顯含有決定性錯誤。如已於本文第二章第四節第一項中詳論，日本法的協議離婚，夫妻向戶政機關申請登記且其受理該申請時，始得成立，在此意義上，戶政機關的行為顯然具有創設效果，並非夫妻達成協議即得解消婚姻。由此案例可知，法院為了判斷外國國家機關所為的介入是否具

¹⁵³ OLG Frankfurt aM 10.6.2000, StAZ 2001, 37.

有創設性效果，其必須進行詳細且審慎的調查，且因私的離婚在何處轉換為透過國家行為的離婚，其界線深具流動性¹⁵⁴，故其判斷無法避免地含有模稜之處。在各國離婚法中，受各國不同法文化之影響，而當事人意思與國家介入二者間存在極為多樣之交錯關係；承認適格論須在其中劃定一條界線，但以外國國家機關的行為是否具有創設性效力作為標準，其是否可行且妥適，仍待商榷。

關於外國離婚的處理，外國國家機關的行為是否具有創設性效力此問題，不僅具有選法方法與承認方法的區分標準之作用，尚在德國民法施行法第十七條規定之適用上扮演決定性角色，因此本文先對此層面的問題進行分析後，再於本節小結中一併予以檢討。

第三款 私的離婚與德國民法施行法第十七條第二項及民法第一千五百六十條第一句

依上述區分標準，將外國離婚定性為私的離婚時，其處理須依選法方法，即依德國民法施行法第十七條規定指定離婚準據法，並據此審查離婚原因之存否及有無遵守離婚方法，而判斷該離婚是否有效成立¹⁵⁵。在德國，依此方式處理私的離婚問題時，發生眾多難以解決的問題，就此德國學說及實務亦爭論不休，係因為在德國實質法上存在民法第一千五百六十條第一句及於 1986 年增訂之民法施行法第十七條第二項之規定。前者規定，婚姻僅得依夫妻一方或雙方之聲請，透過法院判決解消之；後者則規定，在國內，婚姻僅得透過法院解消之。如下所述，依德國通說及實務見解，如下二種情形下有該條文之適用：（一）夫妻在外國進行私的離婚，但離婚準據法為德國法時；（二）夫妻在國內進行私的離婚時。在此二種情形下，上開規定僅容許裁判離婚，因此私的離婚必然違反該規定¹⁵⁶，而被視為無效。以下本文分述此二種情形。

¹⁵⁴ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1743.

¹⁵⁵ *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1744; *MünchKomm-Winkler von Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB, Rn. 354; *Gärtner*, *Die Privatscheidung*, S. 172 f.

¹⁵⁶ 詳言之，德國民法第一千五百六十四條第一句所定之「法院判決」，係指經由具有獨立性的國家機關進行審查後決定而成之形成行為（*Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1748.）。就此本文以為，理論上，外國國家行為若與「法院判決」具有等價性（*Gleichwertigkeit*），則透過該外國國家行為作成之離婚亦可能滿足該條所定之要件。然而，上開該條所指之「法院判決」概念，應較承認適格問題中的「法院判決」為狹隘，且私的離婚係指不具承認適格的外國離婚，因此，外國離婚須依選法方法處理（即私的離婚）時，既然該外國離婚無法滿足承認適格問題中的「法院判決」概念，其即無法滿足德國民法第一千五百六十四條第一句所定的「法院判決」要件，故在本文所述之二種情形下，必然違反該條規定。

第一目 在外國所為之私的離婚

夫妻在外國進行私的離婚，但離婚準據法為德國法時，成為問題者係，對此是否有德國民法第一千五百六十條第一句規定之適用。首須檢討的問題係，在外國未透過法院判決進行私的離婚時，得否依據方式依行為地法原則（德國民法施行法第十一條），滿足該外國法所定方式之私的離婚解為有效。就此，德國學說認為，離婚得否僅依當事人的合意或單方意思表示成立抑或須經由法院裁判，此問題具有實體法內涵，因此不得將其視為法律行為的方式問題而適用德國民法施行法第十一條規定¹⁵⁷。

其次，德國民法第一千五百六十條第一句規定如僅具程序規範之性質，則此規定不必適用於在外國進行的私的離婚，故其法律性質究竟如何，便成問題。就此問題，德國學說及實務見解均認為，該條規定係涉及德國離婚實體法的型態（*Ausgestaltung*）之基本決策，即其與離婚法的實體內容密不可分，故須將其解為實體法規範，而於德國法成為離婚準據法時須適用之¹⁵⁸。

依此上開德國通說及實務見解，夫妻在外國進行私的離婚，但離婚準據法為德國法時，該外國離婚均違反德國民法第一千五百六十條第一句而無效。對此結論，在德國亦有學者提出疑問，例如，關於依以色列法所為的外國離婚，學者 *Henrich* 指出如下批判：德國民法第一千五百六十條第一句的主要目的，在於經由獨立的國家機關確認離婚要件確實存在，惟依以色列法，當事人的行為須經教士法院的審查與監督，此種離婚不妨視為與該條規定所定的裁判離婚同等，故夫妻在以色列的教士法院進行之離婚尚未違反該條規定¹⁵⁹。然而，德國聯邦最高法院 2008 年 5 月 28 日判決¹⁶⁰引用氏之見解，並認為其並非可採，於是氏對此判決再度提出如下詳細批判：在許多國家，夫妻雙方均有離婚意願時，法院裁判僅係純粹形式之事（*eine reine Formsache*）而已；將夫妻均有離婚意願作為離婚原因的立法，較過去增加許多，甚至僅夫妻一方願意離婚亦作為離婚原因，此種立法亦有增加；對此，觀諸以色列法的離婚，教士法院詳細審

¹⁵⁷ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 559 ff.; *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1748.

¹⁵⁸ *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 561; *MünchKomm-Winkler von Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB, Rn. 354; *Staudinger-Mankowski*, Art. 17 EGBGB, Rn. 116; *Andrae*, Internationales Familienrecht, S. 253; *Martiny*, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1748; BGH 21.2.1990, FamRZ 1990, 607, 609; BGH 2.2.1994, FamRZ 1994, 434; BGH 28. 5. 2008, FamRZ 2008, 1409; BayObLG 7.4.1998 FamRZ 1998, 1594; BayObLG 12.9.2002, FamRZ 2003, 381, 383; KG 6.11.2001, FamRZ 2002, 840.

¹⁵⁹ *Henrich*, IPRax 1995, 86, 87; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 141。

¹⁶⁰ BGH 28. 5. 2008, FamRZ 2008, 1409, 1412.

查離婚原因之存否，其與德國法院所進行的程序不同者，僅在於前者最後並非作成離婚的宣告，而係認可或課予夫對妻交付離婚書之義務；「此差異是否為足以決定得否承認該離婚之本質性差異？」¹⁶¹

氏所提出的批判之重點應在於，各國裁判離婚已有形式化的趨勢，且向來被認為係私的離婚之程序中，亦有進行實質之程序者，因此在外國已有法院程序時，即使依該外國法當事人的行為具有創設性效力，仍不得僅據此差異斷然否定該離婚之有效成立。本文完全贊同此見解，惟本文有疑問者，係氏仍否定以色列法的離婚具有德國民事訴訟法第三百二十八條第一項的承認適格¹⁶²。氏既然將此種離婚解為德國民法第一千五百六十條第一句所定的裁判離婚，更應肯定其具有德國民事訴訟法第三百二十八條第一項的承認適格，始為論理一貫。

第二目 在國內所為之私的離婚

夫妻在國內進行私的離婚時，依德國通說及實務見解，該離婚違反德國民法施行法第十七條第二項及德國民法第一千五百六十條第一句而無效¹⁶³。德國民法施行法第十七條第二項係於 1986 年修法時始增訂，其立法意旨在於以明文確認無論離婚準據法是否容許私的離婚，在內國仍僅得經由法院進行離婚¹⁶⁴。於增訂該條規定前，聯邦最高法院 1981 年 10 月 14 日裁定已明確表示，德國民法第一千五百六十條第一句亦具有程序法之內容，且根據程序依法庭地法原則，即使離婚準據法容許私的離婚，在國內仍須遵守裁判離婚主義¹⁶⁵。

¹⁶¹ Henrich, FamRZ 2008, 1409, 1414.

¹⁶² Henrich, IPRax 1995, 86, 87.

¹⁶³ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 584; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 140。

¹⁶⁴ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 585; Staudinger-Rauscher, §1564 BGB, Rn. 3; Staudinger-Mankowski, Art. 17 EGBGB, Rn. 182; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 140。於增訂德國民法施行法第十七條第二項前，學者 Kegel 指出，德國民法第一千五百六十條第一句規定並非具有程序法性質：依氏之見解，為了主張某權利須經特定程序時，該權利的實體內容無非因此而受到限制，故為了主張某權利是否須經特定程序，應委由實體準據法而定；對此，作為程序法的法庭地法，僅規範須經特定程序時的該程序之態樣（Kegel, IPRax 1983, 22, 23.）。學者 Martiny 亦將該條規定視為僅具有實體法內涵之規範：氏認為，從尊重判決一致的理念之觀點，離婚準據法容許私的離婚時，應予以尊重；而且，即使在國內將私的離婚視為無效，其結果僅係要求當事人重新在國內進行裁判離婚程序而已，故法院介入離婚程序之利益應讓步（Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1 Kap I § 4, Rn. 1751.）。

¹⁶⁵ BGH 14.10.1981, IPRax 1983, 37; 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 140。

然而，該等規定之適用係以在國內進行離婚之情形為前提，因此進而成為問題者係，如何界定在國內與在國外進行的離婚。例如，依回教國法所為的離婚，夫在國內為單意離婚的意思表示，惟妻在國外且該國家機關的登記等行為亦於國外所為者；又如，依以色列法所為的離婚，夫在國內委託代理人在以色列進行離婚程序，妻居住在以色列並與該代理人一同在以色列的教士法院進行離婚程序者；再如，依泰國法或日本法等容許透過申請身分登記而為協議離婚之外國法，夫妻於駐德國大使館或領事館內進行協議離婚者。

上述各情形中，如何決定何者為在國內進行的私的離婚，依德國多數學說及實務見解，須視離婚的創設性行為是否在國內而定，故其他行為因素在國內進行時，仍不違背德國民法施行法第十七條第二項及民法第一千五百六十條第一句之規定。其主要理由係在於，離婚準據法容許私的離婚者，其只要不違背公序良俗，即屬有效，此係國際私法之原則，故該等規定構成此原則之例外，即須予以限縮解釋¹⁶⁶。就此，學者 Herfarth 如下指出：裁判離婚主義，係以確保身分關係的明確性及保護離婚當事人與子女利益為目的，然親屬法變更法第七條之一所規定的承認程序，亦得透過審查承認要件以及作成具有拘束力的決定，而滿足裁判離婚主義之目的；反之，如認無論離婚準據法的內容如何，在國內僅得以法院判決離婚，此不僅扭曲離婚準據法的內容，更有迫使當事人進行文化上難以接受的程序之虞；再者，如從寬認定該等規定的違反，則該外國離婚在德國成為無效，將產生跛行法律關係；觀諸上述理由，該等規定須予以限縮解釋¹⁶⁷。

如上所述，是否違背該等規定，係以在何處進行離婚的創設性行為為準，故有決定何種行為係屬創設性行為之必要。惟承認適格論的脈絡上亦出現外國國家行為是否具創設性之問題，故此二概念間的關係如何，自然產生疑問。然而，德國學說及實務見解上，似無明確說明此二概念間的關係。本文以為，承認適格論的脈絡上出現之創設性行為，係區分選法方法與承認方法之標準，其明確屬於牴觸法層面之問題；對此，德國民法施行法第十七條第二項規定的脈絡上出現之創設性行為，鑑於該條規定的違

¹⁶⁶ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 588; Staudinger-Mankowski, Art. 17 EGBGB, Rn. 188; MünchKomm-Winkler von Mohrenfels, Art. 17 EGBGB, Rn. 99 ff.; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 61 ff.; Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 432 f.; Henrich, IPRax 1986, 305; OLG Stuttgart 11.4.1987 IPRax 1988, 172; BayObLG 30.8.1984 IPRax 1985, 108; OLG Düsseldorf 24.1.1986, IPRax 1986, 305; LJW Baden-Württemberg 23.5.1986, IPRax 1988, 170; OLG Frankfurt aM 10.2.2000, StAZ 2001, 37.

¹⁶⁷ Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 432 f.

背產生實質法上該外國離婚成為無效之效果，應屬實質法層面之問題，由此可知，此二概念各有不同之性質與機能。而且，關於承認適格問題上未有爭議的外國法，有關該規定的解釋論上卻有爭議，故或許德國學說將此二者認為係不同問題。惟上開學者 Herfarth 所指出的各因素，如依承認方法承認外國離婚，亦可有效實現，且就防止跛行法律關係之發生而言，承認方法遠比選法方法更為有效，故尚無理由一面對承認適格問題採從嚴解釋的態度，一面對德國民法施行法第十七條第二項的問題則採從寬解釋的態度。德國學說就此如何考量，本文無從得知，但承認適格論的探討中，已指出該區分標準所產生之困難，其問題的本質亦在該條規定的解釋論上出現，故有關該條的解釋論，在承認適格問題的脈絡上亦有一定參考價值。以此為前提，以下本文分析該條規定適用上產生之問題。

首先，就以色列法而言，離婚係由妻受領夫作成的離婚書時始得成立，故以在教士法院的監督下妻受領離婚書的地方為基準¹⁶⁸。以色列法的離婚程序通常在以色列的教士法院進行，故此時德國民法施行法第十七條第二項的適用上，仍未產生太大困難。

對此，較為困難者係如何處理依回教國法進行之離婚。德國學說及實務見解原則上認為，回教法的單意離婚中，夫所為的意思表示原則上不以妻的受領為必要，且由國家機關所為的介入亦不具創設性效力，故夫在國內為意思表示時，即違反德國民法施行法第十七條第二項規定而無效¹⁶⁹。然而，成為問題者係，在外國所為的國家機關行為是否未具有創設性效果。就此問題，德國學說及實務上特別引起困難者，係夫妻依巴基斯坦法進行離婚的案件。如於本文第二章第一節第二項所述，依該國於 1961 年制定的回教家族法第七章規定，在夫欲為離婚意思表示時，其應通知 Chairman of Union Council；該 Chairman 於收到該通知後三十日內，應嘗試讓夫妻復合；該嘗試並無結果者，則於 Chairman 收到該通知後經過 90 日時，離婚有效成立。就此，德國學說見解認為，依該國法，離婚的有效成立須經 Chairman 的介入，該國家行為即屬解消婚姻關係的創設性要件，故該國家機關所為的行為存在時，已非在國內進行之私的離

¹⁶⁸ Staudinger-Mankowski, Art. 17 EGBGB, Rn. 193; MünchKomm-Winkler von Mohrenfels, Art. 17 EGBGB, Rn. 101; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 63; Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 434; OLG Düsseldorf 17.5.1974, FamRZ 1976, 528; BayObLG 29.8.1985, FamRZ 1985, 1258.

¹⁶⁹ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 589; Staudinger-Mankowski, Art. 17 EGBGB, Rn. 194; MünchKomm-Winkler von Mohrenfels, Art. 17 EGBGB, Rn. 101; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 63 f.; OLG Stuttgart 11.4.1987, IPRax 1988, 172; LJW Baden-Württemberg 23.5.1986, IPRax 1988, 170; BayObLG 30.8.1984, FamRZ 1985, 75, 76; OLG Braunschweig 19.10.2000, FamRZ 2001, 561.

婚，而不違反德國民法施行法第十七條第二項規定¹⁷⁰。對此，德國實務見解向來則認為，由夫所為的意思表示具有解消婚姻關係的創設性效力，故夫在國內為意思表示時，違反該條規定而不得肯認離婚的成立¹⁷¹。尤其，Frankfurt 邦高等法院 2001 年 11 月 19 日裁定¹⁷²詳細認定該國法律而指出：夫違反 1961 年回教家族法第七章規定而未踐行該程序時，離婚無法有效成立抑或僅有夫受處罰的可能性，以往在該國亦有相當爭議；惟此點爭議已透過於 1979 年制定的 Hodood Ordinance 及後續的立法獲得解決，並該國判例現已認為，夫即使未踐行該程序，該離婚仍屬有效。

再者，德國學說將泰國法、韓國法或日本法上的協議離婚概括為依契約所為之離婚，並原則上認為該契約具有解消婚姻的創設性效力，因此，在國內締結該契約時，亦即尚未離開德國而進行離婚時，即違反德國民法施行法第十七條第二項而無效¹⁷³。尤其，夫妻於駐德國的該國大使館或領事館經由其人員的行為進行離婚時，該離婚認定為在國內所為之私的離婚，違反該條規定而無效¹⁷⁴。然而，在此又產生爭議者係，依此等國家的法律，該國家行為是否真正未具創設性效力。例如，就韓國法上協議離婚，亦有學者認為，依韓國法，離婚須經由家庭法院或駐外國大使館、領事館的官吏確認離婚意思之存在後，向戶政機關申請離婚登記，始得有效成立，故創設性行為在於戶政機關所為之離婚登記¹⁷⁵。日本法上協議離婚亦產生相同問題，關於此點，參照本章第三節第五項第二款。

由上開爭議可知，此處圍繞創設性行為成為問題者，基本上與在承認適格論所探討者相同。亦即，判斷何種行為具有創設性效果，因私的離婚與透過國家行為所為的離婚二者間的界線甚為模稜，故而產生判斷上之困難。尤其，德國學說及實務面臨屬於不同法文化之外國法時，常常陷於難以明確認定創設性行為之困境。惟抵觸法不得不面對世界各國不同法文化的外國法，此為無法逃避的宿命。也因此，必須考量者係，普通的內國法院是否有能力判斷何者為創設性行為。

¹⁷⁰ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 591; Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 435 f.; Beule, IPRax 1988, 150, 151.

¹⁷¹ BayObLG 30.8.1984, FamRZ 1985, 75, 76; OLG Stuttgart 11.4.1987, IPRax 1988, 172, 173; LVJ Baden-Württemberg 23.5.1986, IPRax 1988, 170, 171.

¹⁷² OLG Frankfurt aM 19.11.2001, StAZ 2003, 137, 138.

¹⁷³ Staudinger-Mankowski, Art. 17 EGBGB, Rn. 198; Gärtner, Die Privatscheidung, S. 64; Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 438.

¹⁷⁴ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 594; BGH 14.10.1981, IPRax 1983, 37; OLG Frankfurt aM 10.6.2000, StAZ 2001, 37.

¹⁷⁵ Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht, S. 436.

另外，由上開德國實務案件中可看出，採該區分標準的結果，導致大量的外國離婚認定為無效¹⁷⁶，此點是否未損害牴觸法利益，德國學者亦提出質疑。例如，聯邦最高法院 1981 年 10 月 14 日裁定¹⁷⁷係泰國人夫妻於駐德國泰國大使館進行之協議離婚認定為無效之案件，對此學者 *Kegel* 指出：「在本件不認離婚之有效性，是否真正有充分理由？究竟藉此要保護何人的利益？當事人？已為再婚的夫？欲再婚的妻？」；「本件離婚認定為無效，係要保護在本件並無存在的子女？惟當事人間只要有合意，其即得在布魯塞爾或巴黎的大使館再為離婚，此則我們將承認之」。另有一則案件係：*Baden-Württemberg* 邦司法行政機關 2000 年 12 月 27 日決定¹⁷⁸，在敘利亞人夫妻為協議離婚，且敘利亞的回教法院確認並登記該離婚之情形，該邦司法行政機關認為，夫妻間在德國達成的合意具有創設性，而在敘利亞法院所為的行為並無創設性，因此本件離婚違反德國民法施行法第十七條第二項而無效。對此決定的評釋中，學者 *Gottwald* 指出：「不承認敘利亞的離婚，究竟係為了誰的利益？敘利亞籍的妻在敘利亞已有效離婚；其夫在德國被視為仍有婚姻關係，因此不得不在德國重新辦理離婚程序。此程序應係甚為辛苦。妻是否會參與此程序極為不確定，若夫不知她的聯絡方式，聲請離婚時或許須以公告為送達。惟若已經過一年的分居期間〔即可離婚〕，最後結果事前已甚為清楚。那麼，此等浪費究竟為何？」¹⁷⁹。

由上開學者批判可知，僅藉何種行為具有創設性效力此判斷標準，仍無法充分實現有關外國離婚問題的牴觸法利益。此點起因於該判斷基準含有的如下特質：亦即，何種行為具有創設性效力，不得不取決於該外國實質法所規定之內容，故判斷此問題時，並無在牴觸法層面進行利益衡量之餘地。因此，如依該判斷標準處理外國離婚，則會導致從牴觸法利益的觀點難以接受之結果，其可謂係理所當然。為迴避此結果，實有重新檢視該判斷基準本身之必要。

¹⁷⁶ 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第 11 期，2003 年 12 月，頁 140。

¹⁷⁷ BGH 14.10.1981, IPRax 1983, 37.

¹⁷⁸ Justizministerium Baden-Württemberg 27.12.2000, FamRZ 2001, 1018.

¹⁷⁹ *Gottwald*, FamRZ 2001, 1018, 1019.

第六項 小結

第一款 承認要件與合法聽審權之保障

如前所述，德國向來的通說見解，不僅將保障合法聽審權之程序作為「判決」概念的構成要件，亦將其包含於「法院」概念之定義。若依此通說見解，因行政機關不依保障合法聽審權之程序作成決定，且其受上級機關之指示而不具獨立性，故其所作成之決定，並無具備德國民事訴訟法第三百二十八條第一項所定之承認適格。由此可知，合法聽審權之保障此要件，不僅涉及外國機關作成決定之程序，仍與該國家機關的組織形式有關，故此要件所產生的問題，亦涉及程序層面與組織層面。

「判決」概念的要件是否以合法聽審權的保障為必要，就此可指出如下疑問：向來的德國通說見解，基本上僅舉出不成問題的裁判種類或因素，而似未積極界定何者為在此所謂合法聽審權之保障，故此項見解據此欲排除何種判決，其範圍多廣，亦令人無從得知。有德國學者指出不同的定義未必反映其間存在實質內容的差異，亦可佐證此點問題。

而且，依此項通說見解，承認適格要件上的合法聽審權之保障，與德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第二款及第四款所保障之送達要件及公序良俗要件，二者間的關係如何，產生界定上之困難。亦即送達要件已明文保障程序開始時之合法聽審權，且公序良俗條款不僅包含實體層面的內容，亦包含外國程序不至於侵害當事人合法聽審權之程序上公序良俗，就此二點而言，德國學說及實務上並無爭議¹⁸⁰。儘管如此，如保障合法聽審權之外國決定始肯認承認適格，鑑於承認適格的存在係適用該條規定之前提要件，該條第二款規定及第四款規定的程序上公序良俗要件，即無發揮其功能之餘地。再者，在德國實務上，認定違反該條第二款規定或第四款規定的程序上公序良俗要件而不予承認之案件不勝枚舉，反之，以未保障合法聽審權為由否定承認適格，在筆者所調查的範圍內，並無存在。基於上開理由，本文以為「判決」概念不宜以合法聽審權之保障作為構成要件。

其次，本文檢討「法院」概念是否以該機關依保障合法聽審權之程序作成決定為必要。具體而言，受上級機關的指示且不具備獨立性的行政機關，得否解釋為「法院」，依向來德國通說見解，則不得不否定之。在此外國國家機關的組織形式層面亦

¹⁸⁰詳見，Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 516 ff.

成問題者係，與德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第四款所保障的程序上公序良俗要件間的關係如何。亦即，德國學說認為，法官是否獨立係包含於該款所保障程序上公序良俗之問題¹⁸¹。因此外國國家機關不具獨立性，如足認侵害內國公序良俗時，依該款不予承認即可。而且，如僅以外國國家機關係屬行政機關為由而一律否定承認適格，承認適格要件則將具有遠超過公序良俗要件之限制機能。惟承認適格論係劃定承認方法的適用範圍之理論，比喻而言，其具有劃定承認方法的入口之性質；而間接管轄、送達或公序良俗等承認要件，則具有排除從入口已進來的外國決定之功能；鑑於此二者之論理關係，承認適格要件不得具有過度的限制機能。

再者，如以外國國家機關的獨立性作為承認適格之構成要件，則其影響者不限於外國行政機關，更須一一審查外國司法機關是否確實具有獨立性。就此，前揭德國聯邦最高法院 1956 年 5 月 9 日判決中具體成為問題者係東德的司法機關，可見一斑。而且，德國學說及實務見解均肯認，外國宗教機關只要依該外國法有國家所賦予的權限而對私法上法律關係作成決定，其即為德國民事訴訟法第三百二十八條第一項所定的外國法院。惟從德國法的觀點來看，此等外國宗教機關是否滿足法官的獨立性，或有令人質疑之情形。總而言之，各國多樣的法秩序上存在的各種機關，如須從德國法觀點一一審查是否具備獨立性，即必然需要對該外國法制度進行相當廣泛的調查，得否要求內國法官每當處理外國裁判承認問題時進行此種調查，似有強人所難之嫌。

誠如前揭德國聯邦最高法院 1956 年 5 月 9 日判決所言：「法院組織體系與其型態，及解決糾紛時須遵守之原則，各國間均有差異，且此等各國人民間存在經濟、社會關係，觀諸此點，若依民事訴訟法第三百二十八條規定得承認之判決，僅限於如同德意志聯邦共和國就司法權的結構遵守法治國原則之國家所為者，則時常會導致不當結果」。法制度根本不同的各國間，私人的法律交通仍會發生，牴觸法取得能接納此種差異之體系時，始得實現涉外法律關係之安定。在此意義上，承認適格論中的「法院」概念須儘量從寬解釋，故不宜以保障合法聽審權為必要。

第二款 國家機關所為的決定與私的行為之界線

如前所述，德國學說及實務認為，外國國家機關所為的行為具備作為高權性決定的一定性質時，始得肯認其承認適格，且觀諸外國離婚相關的學說及實務見解，其判

¹⁸¹ Staudinger-Spellenberg, § 328 ZPO, Rn. 521.

斷標準係在於該外國國家行為是否具備創設性效力抑或僅具確認意義。而且，如本節所探討，該判斷標準無非具有區分選法方法與承認方法的機能，故須將其定位於承認適格論中而解為承認適格之構成要件。就此要件，以下本文將進行探討。

由外國離婚承認相關的德國學說及實務上爭論可知，外國國家機關所為的行為是否具備創設性效力，其無非係屬該外國實質法的解釋問題。此為該判斷標準的根本問題所在：亦即，如採該判斷標準，則內國牴觸法上應依選法方法或依承認方法此極為重要的問題，不得不取決於外國實質法的解釋，由此發生難以解決之各種困難。

首先，各國離婚法上，國家機關所為的介入與私人意思二者，呈現極為多樣且複雜的相互交錯現象，因此如欲判斷何者為創設性行為，即使進行詳細且審慎的調查，仍有難以判斷或甚至判斷錯誤之情形。尤其，德國學說及實務面對屬於不同法文化之外國法時，常陷於難以明確認定創設性行為之困境。惟牴觸法體系既然以世界各國不同法文化的外國法為適用對象，其概念須具備能自然接納各種外國法之性質，從此角度以觀，創設性效力此種概念，尚難認為係符合牴觸法概念應具備之性質，且有不當扭曲外國法之虞。

其次，依該判斷標準，承認適格問題專視外國實質法之內容而定，以致於將是否肯認承認適格的決定權交由外國立法者。例如，前揭 Schleswig 邦高等法院 2008 年 5 月 5 日裁定，僅引用挪威婚姻及離婚法第二十一條規定而判斷該國行政機關的決定具有創設性效力，由此看出，該法院為挪威法的立法者所直接影響。就此亦可參照第二章第三節中介紹的荷蘭法之例：在該國，立法者欲修法之主要目的在於，透過明確規定該國行政機關所為的離婚具有創設性效力，藉此防止以往的所謂閃電離婚不為外國所承認之風險。由此可知，外國國家機關所為的行為是否具有創設性效力，受該外國立法者所採的立法政策之直接影響。然而，承認適格論係區分選法方法與承認方法的標準，且一旦肯認承認適格，即有對該案件的規範排除內國選法規則適用之效果。因此，如採該判斷標準，不僅內國承認規則之適用範圍，內國選法規則之適用範圍亦取決於外國立法者之態度，以致內國牴觸法根本喪失其自主性。

再者，德國實務中，從牴觸法上利益衡量的觀點可認拒絕承認外國離婚係屬不當，但依該判斷標準不得不拒絕承認，此種案件為數不少。尤其令人質疑者係如下類型的案件：亦即，甲國籍的 A 與德國籍的 B，在甲國進行基於合意之私的離婚，嗣後 A 將

居住甲國，B 則將居住德國。此時，就婚姻關係的解消此效果而言，如學者 *Kegel* 及 *Gottwald* 均指出，並無牴觸法利益足以拒絕該離婚的承認。而且，如不予承認該離婚，B 則須在德國法院重新提起離婚訴訟，但 A 在甲國已開始過與德國無關聯的生活時，A 既然甲國法上已有效離婚，德國法將其視為有效離婚與否，對 A 而言無關重要，因此 A 是否參與在德國進行的離婚訴訟，即甚為不確定。如 A 不欲主動參與該離婚訴訟，則有對外國進行送達之必要，甚至已無法得知 A 的聯絡方式時，即不得不付諸公示送達，如學者 *Gottwald* 所言，此種程序確係甚為辛苦。不予承認此種外國離婚，究竟能促進何種牴觸法利益，實有根本疑義。

此種情形之所以發生，亦起因於該判斷標準之上述性質：亦即，該判斷標準取決於外國實質法上該國家行為的形式上性質，因此其中並無機制據以從內國牴觸法觀點衡量有關外國離婚承認之牴觸法利益。因此，如採此種判斷標準，則造成從牴觸法利益觀點難以接受之現象，此係無法避免之結果。

綜上所述，外國國家行為是否具備創設性效力抑或僅具確認意義，不宜作為區分選法方法與承認方法之標準。而且，由上開探討亦可指出下列二點：第一，承認適格問題，須從內國牴觸法本身的觀點予以判斷，不得將決定權交由外國法；第二，二者間劃定界線之標準，須為得以考量牴觸法利益之方法。以此為前提，本文將於下一章探討承認適格論在牴觸法體系的定位問題，以及其解釋方法。

第五章 承認適格論之再定位

第一節 選法規則、承認規則、牴觸法

德國學者 v. Bar/Mankowski，關於選法規則與承認規則之關係認為：外國之決定，「因該外國與事實關係間有充分關聯性而從德國法觀點可認『適當』時，始得承認之。在此所謂的外國與事實關係間之充分關聯性，係主要依內國的（直接）管轄規則予以決定。如同雙面性牴觸規範將各國法秩序視為平等，承認規則以內國的管轄規則作為標準（民事訴訟法第三百二十八條第一項第一款），其在某種意義上係將各國司法權視為平等之表現。德國法自己主張之司法權範圍，承認規則上亦應對外國司法權予以肯認，始可謂係值得信賴之態度」¹；然而，選法規則與承認規則間仍有觀念上之差異：「選法規則，原則上對結果係盲目的（*ergebnisblind*）。亦即，選法規則透過連繫因素將法律關係與法秩序相結合時，其連繫並不依存於該法秩序之內容。對此，承認規則則根基於管轄規則上的等價性之審查（*Äquivalenzprüfung*）。僅在德國司法權對自己主張之範圍內，對外國法始可予以肯認。『雙面性』此選法規則上已習以為常之思想，其程序法上的對應概念係，承認國將裁判國自己主張的管轄權全部予以肯認。惟民事訴訟法第三百二十八條第一項第一款之規定內容並非如此。原則上，德國尚未對外國司法權賦予如此廣泛之信賴」²。

如上，氏認為選法規則上的雙面性係平等對待各國法秩序之表現，然承認規則尚未貫徹此思想，而其基礎在於管轄規則上的等價性之審查。氏在此指出之觀點，涉及選法規則與承認規則二者之基本思想是否不同。誠如氏所指出，選法規則原則上將各國法秩序視為平等，由此衍生之選法規則，無論準據外國法之內容如何，未先審查其內容，只要係選法規則所指定的準據法，原則上內國即肯認該準據法之適用；對此，承認規則上，承認國並不全盤接受裁判國自己主張的管轄權，而經過承認管轄要件之審查，承認國自行決定得以肯認之承認管轄範圍，在此意義上，承認國並非被動地接受外國法之適用要求。然而，就此結構而言，選法方法與承認方法間尚無差異：亦即，選法方法上，選法規則本身係由內國本身所制定，內國並不完全接受外國所定之選法規則。

¹ v. Bar/Mankowski, IPR, Bd. I § 5, Rn. 125.

² v. Bar/Mankowski, IPR, Bd. I § 5, Rn. 126.

反之，如從承認方法的觀點觀察選法方法之基本結構，則可看出二者間存有之類似性。亦即，依選法方法指定準據法時，基於各國法平等對待之思想，先不過問準據實質法之內容如何，此現象亦可從承認方法的角度分析如下：關於一般、抽象的法規範，未經審查其制定過程或制定該規範的機關之性質是否與內國法同等，只要內國選法規則指定該外國法，內國即肯認其內容亦在內國具有效力。在此，以內國選法規則所為的選擇行為為前提，由外國國家機關所定之抽象法規範，在內國亦有效力。反觀承認方法，內國透過承認管轄要件指定得以承認之外國法秩序，以此為前提，內國亦承認由外國國家機關所具體肯認之法律狀態³。

然而，承認方法上，向來有關承認適格論之日本、德國通說見解，以合法聽審權之保障作為承認適格之構成要件，此可解為上述 *v. Bar/Mankowski* 之見解中提及的「等價性之審查」。亦即，如以合法聽審權之保障作為承認適格要件，得以承認的外國國家行為，即不得不從內國法觀點限制其程序或作成該行為之機關種類，藉此審查該程序或機關種類與內國法上「法院」或「判決」概念是否同等。在此意義上，不同於選法方法不拘泥外國立法者制定該法規範之過程或機關，向來通說見解則透過此承認適格要件，承認方法上先進行等價性審查後，始肯認外國裁判之承認。例如，下列日本見解明確指出此係承認方法之基本架構：「內國法院所為之確定判決，在內國有既判力，如係給付判決，則亦成為執行名義而有執行力。其得具備此等效力之最終根據，在於該判決係依賦予當事人適當程序保障而作成之公權力判斷。既然如此，外國所作成之判決，其如同內國法院經由值得信賴的機關所作成，且賦予當事人從內國觀點可認至少不可或缺之程序保障者，其在內國亦得承認其既判力及執行力」⁴；「由

³就此，國內有見解指出：「無論法律或判決，基本上均屬一國主權之產物，那為何於法官依據國際私法適用外國法時不介意主權的問題，而於判決承認之情況卻猶豫呢？足見有關民事外國判決承認制度之理論基礎，實不應從主權觀點發展」（陳長文，外國判決之承認—從歐盟「布魯塞爾判決公約」及美國「對外法律關係新編」評析民事訴訟法第四〇二條，收於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，1998年，學林，頁214）。亦有見解認為，司法權與立法權同係國家之表現之一；選法規範承認外國法作為準據法，係對於外國立法權及其行使之承認；外國法院確定判決之承認與執行，則是對於外國司法權及其行使之承認（李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南，頁293）。日本學者橫溝大亦指出，「立法」、「裁判」及「執行」三者不予區分而將其解為具有連續性，係牴觸法上將來較有建設性之方向（橫溝大「国内に所在する外国国家財産に対する執行について」金沢法学43卷2号（2000年）211頁注309）。

⁴神前禎=早川吉尚=元永和彦『國際私法 第2版』（有斐閣、2006年）276頁。

『法院』作成的『確定判決』，此要件最重要者，係是否與內國法院同等，故有必要實質地判斷其與內國是否有同質性」⁵。

惟如本文所述，以合法聽審權的保障作為承認適格之構成要件，此項見解並不可採。以此立場為前提，承認方法原則上不過問外國國家機關作成決定之程序或機關性質而肯認承認適格，此時承認方法揚棄以等價性作為基礎之思想，取而代之，各國法秩序之平等轉變為承認方法之基礎。同時，程序保障已無法解為外國裁判承認制度之基礎，而須從外國國家行為承認制度之廣度出發，其最終正當化根據，求諸於各國法秩序之平等原則⁶。在此，牴觸法體系取得理論基礎，據以從牴觸法觀點統一了解選法方法與承認方法。

第二節 承認適格論之再定位

學者 *v. Bar/Mankowski* 亦指出：「有關外國判決及決定的承認之法規範，如僅解為係依德國法的標準承認外國高權行為在內國具有效力之程序法上制度，則無法正確把握其意義。將承認規則的作用方式與牴觸法的作用方式相互比較，且探求國際私法、承認法及國際管轄間存在的、尤其令人想起控制論機制（*kybernetisches System*）之循環關係時，即可瞭解，承認規則更具（或許主要係有）實體法上意義」⁷；「承認規則係屬程序法，但從其功能以觀，顯然有間接性牴觸規則之功能。選法規則與承認規則，既相互影響又相互排除」⁸。

具體而言，上述承認規則所具有的實體法上意義，係指適用承認方法時，外國依其選法規則所作成的決定之效力擴張至內國，而外國選法規則取代內國選法規則。在此意義上，承認規則具有間接性選法規則之功能。氏謂：「承認，係指外國國家機關所為決定之效力擴張至內國。該決定，係依該外國的牴觸規則而作成，故其所適用之準據法，可能與從德國觀點應適用於該事實關係之準據法不同」⁹；「德國的承認規則肯認外國法院具備承認管轄，其首要的結果係肯認：間接地委由外國牴觸法來規範該

⁵神前禎=早川吉尚=元永和彦『國際私法 第2版』（有斐閣、2006年）277頁。

⁶德國學者 *Spellenberg* 認為，只要滿足承認管轄要件與公序良俗要件，縱外國法院依不同於內國的事實認定作成不同的裁判，仍未經實質再審查而予以承認該裁判，係為實現國際性判決一致之理想而必要，而且此係各國法秩序之平等此牴觸法的基礎概念，其表現於承認規則上之對應概念。 *Staudinger-Spellenberg*, § 328 ZPO, Rn. 250.

⁷ *v. Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I § 5, Rn. 118.

⁸ *v. Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I § 5, Rn. 134.

⁹ *v. Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I § 5, Rn. 134.

事實關係。如同德國國際私法的適用係以肯認德國的直接管轄權為前提，肯認外國具備間接管轄權之結果，在於肯認該國國際私法之適用。惟從選法規則的角度而言，承認規則所採者，總是總括指定」¹⁰。

瞭解承認方法之主要意義在於此點，即可看出，經由承認方法排除選法方法，其主要目的在於確保國際性判決一致（即防止跛行法律關係之發生）。氏謂：「與選法機制相較，承認機制更能確實實現國際性判決一致」¹¹；「德國國際私法肯認總括指定之情形，較以往顯著減少。也因此，克服任務的國際性與法源的國內性此二者間之矛盾，其中可看出國際民事程序法所能貢獻之處」¹²。

對此，向來有關承認適格論之學說，將承認方法定位為程序法上的制度，以此為出發點，主要從程序法觀點瞭解此制度。也因此，承認適格要件所要求者，諸如合法聽審權之保障、外國已進行實質再審查或外國國家行為具有創設性效力等，均主要著眼於該外國作成決定之過程或其性質。此等見解，如將承認制度解為程序法制度，則可謂係較為自然之推理結果。

然而，此等判斷標準，均過於拘泥形式層面，而尚無法適當把握抵觸法上選法規則與承認規則間存在的複雜之相互關係，故不得不放棄依程序法觀點從承認方法的內部劃定其適用範圍之嘗試。誠如 *v. Bar/Mankowski* 所言，承認規則之主要意義，在於委由外國依其選法規則規範該事實關係，在此意義上，其無非有實體法上意義，而且，藉此能實現之主要利益，則為國際性判決一致即防止跛行法律關係之發生。此利益亦為選法規則所須追求的抵觸法利益之一，從此角度可看出，選法方法與承認方法二者係屬不同機制，惟二者有其共同目的，既相互扶助又相互排斥。為正確反映此二者間複雜的相互關係，二者間劃定界線時，須衡量多樣的抵觸法利益而從抵觸法觀點為之。透過此抵觸法上的利益衡量，始得充分對外國國家行為之承認賦予正當性。

而且，須重視者係，關於各種法律關係，各別選法規範所追求的利益均有不同，且又依各法律關係的不同，須尊重國際判決一致之程度亦有所不同。因此，須依各種不同法律關係，從探究該法律關係之性質出發，依選法方法追求選法方法上的正義之

¹⁰ *v. Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I § 5, Rn. 137.

¹¹ *v. Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I § 5, Rn. 135.

¹² *v. Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I § 5, Rn. 137.

利益抑或依承認方法實現國際性判決一致之利益，二者間進行利益衡量，而決定在何種範圍內及何種限制下適用承認方法¹³。

其實，依各法律關係之性質判斷是否適用選法方法抑或適用承認方法，其或許係向來牴觸法學說已肯認或默認之結論。例如，學者 *v. Bar/Mankowski* 認為，關於外國公司的法人格之「承認」，應依德國國際公司法（即選法方法）予以處理；反之，外國收養決定，除非係純粹依契約而為之收養，否則無論其國家機關所為的認可是否有形成身分法律關係的效力，均應依承認方法予以處理¹⁴。學者 *Geimer* 亦指出，非訟領域上出現的形成行為，縱在外國已有程序，仍須明確區分依選法方法之情形與依承認方法之情形；例如，法院對未成年人的法律行為予以認可，或公司的法人格之登記等，均專屬選法方法之範疇¹⁵。再者，學者海老澤美廣則明確指出此必要性：氏認為，非訟事件包含各種多樣的對象，考量其牴觸法上之處理時，法律安定的要求與屬地性處理的必要間時常存有緊張關係，而且其比重依各事件的類型而有不同，故於此領域進行各論探討之必要性甚高，應建構按各事件類型而不同之承認規則¹⁶。由此可看出，向來的牴觸法學說已承認，依各法律關係的不同性質，而在牴觸法上採取對應該法律關係性質的處理模式¹⁷。本文以為，依本文所述之方式把握選法方法與承認方法之關係，始得明確說明牴觸法應採此種模式之必然性。

依各法律關係的性質進行牴觸法上的利益衡量時須注意者係，外國國家機關已作成公權力決定時，當事人信賴其有效性在其基礎上繼續形成新的法律關係。透過利益

¹³ 學者石黑一憲已指出：「外國的權利形成性國家行為是否在本國「承認」，如同選法問題或較其更高的程度上，應綜合考量多樣的因素而審慎判斷」。惟結論上氏認為，外國非訟裁判（例如監護宣告、監護人之選定、限定繼承之裁判等）、與行政處分相結合的私權之形成（例如認領登記等）及由公證人所為之權利形成等所有權利形成性國家行為，應基於承認方法予以處理（石黑一憲『國際私法と國際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988年）206頁以下）。

¹⁴ *v. Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I § 5, Rn. 144.

¹⁵ *Geimer*, FS Jayme, S. 241, 243.

¹⁶ 海老澤美廣「非訟事件裁判の承認」澤木敬郎編『國際私法の争点』（有斐閣、1980年）161頁。同樣鑑於非訟事件之多樣性，而認為應依各事件類型考量不同之承認要件者，河野俊行「子の引渡しを命じたテキサス州判決につき執行判決がなされた事例」*ジュリスト* 1026号（1993年）154頁；早川眞一郎「子の引渡しを命ずる外国判決の執行判決請求が公序良俗違反を理由に棄却された例」*私法判例リマックス* 1995年（上）175頁。

¹⁷ 國內亦有見解認為，應依不同案件類型而設計不同承認要件者。惟此項見解以承認規範屬於程序法為前提，主要考量在程序法上細分民事案件類型而予以不同程序審理，而認為外國判決承認要件亦必須視其案件性質不同而予以不同處理（陳長文，外國判決之承認—從歐盟「布魯塞爾判決公約」及美國「對外法律關係新編」評析民事訴訟法第四〇二條，收於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，1998年，學林，頁220）。

衡量須判斷者，在於承認國忽略該外國決定而重新依內國選法規則作成另一決定，此種內國的干涉行為抵觸法上得否正當化。

進而成為問題者，係如何將上述利益衡量之結果反映於具體處理方式上。就此而言，按該法律關係之性質，法律安定性的要求或國際判決一致的必要較其他抵觸法利益為重要時，基本上儘量從寬解釋承認適格而採承認方法，始能符合此等利益。反之，有其他利益優先於法律安定性之要求或國際判決一致之利益時，首先本文以為，以合法聽審權之保障作為承認適格或要求準據法要件等方法，其缺點已於本文中詳論，無法採之。在此利益狀況下可考量之方法，首先係排除承認方法而採選法方法。例如，對物權或專利權等權利國家採登記制度時，法律交通安全的要求與公示制度相結合，基本上在各國成立不同的權利，此時如採承認方法，則產生在一國所為的公示具有國際效力之結果，以致違反有關此等權利之基本機制，故原則上不適合採承認方法。

對此，就身分法律關係而言，抵觸法學說傳統上認為在某國已有的身分法律關係應予國際性尊重，即使當事人跨越國境，原來的身分法律關係仍應存續，就此抵觸法上應有強烈之利益。例如，學者 Vischer 認為：「各國裁判管轄與國際私法機制均有不同之情形下，判決一致此國際私法之最大目的，仍屬烏托邦。尤其，身分法領域上，判決一致之欠缺可能對當事人有特別的、有時甚至是悲劇性的意義，故將重點集中置於外國進行的行為及裁判之承認上」；「身分法領域中，（國籍與住所間）連結規則的對立甚難克服，此時特別有肯認承認規則優先之必要」¹⁸。誠然，最須尊重判決一致之身分法領域，選法方法上偏偏存在國籍主義與住所地法主義之強烈對立，此為選法方法之矛盾與悲劇。在此現況下，不承認外國國家行為並在內國依其選法規則重新作成決定，此時因準據法不同而產生跛行法律關係之可能性不低，故就身分法律關係而言，基本上應認承認方法係較符合抵觸法利益之機制。

然而，身分法律關係中，亦有應重視因時而變的利益狀況而內國須積極擔任保護角色之法律關係。例如，就未成年子女親權之分配及行使而言，承認國具有強烈利益以因應情事變更而重新作成適合目前子女利益之決定¹⁹。因此，在外國與協議離婚一同依當事人協議定親權人並經該外國進行登記，此時對此種國家行為賦予排除內國選法

¹⁸ Vischer, FS von Overbeck, S. 367, 370, 376.

¹⁹海老沢美広「外国養子決定の承認」民商法雜誌 75 卷 3 号（1976 年）57-59 頁；村上正子「外国非訟裁判の承認執行制度再考—子の監護・扶養に関する裁判を中心に—」民訴雜誌 51 号（2005 年）185 頁。

規則之效果，則有低估內國選法規則保護子女利益的意旨之嫌。惟如完全排除承認方法，則可能引發當事人綁架子女帶至內國而藉此迴避外國決定的效力，有損子女身分之安定性²⁰。為在此二者間取得平衡，外國根據事實調查對子女利益作成實質判斷時，始肯認其承認適格，或許係可考量的解決之道。

再者，選法方法與承認方法之區分，並非完全取決於牴觸法上的利益衡量，而係基於肯認二者並存之牴觸法結構，承認方法之採用必須以外國國家機關對特定案件進行具體行為為必要。亦即，任何外國國家機關尚未進行具體行為時，成為牴觸法的評價對象者，僅有純粹的私人行為而已，此時，承認國尚無法審查承認管轄權之要件。承認管轄權之審查，係以外國已肯認直接管轄權為前提，對此從承認國的觀點加以一定評價。而且，一般而言，各國肯認直接管轄權之情形，限於從該國觀點其與該法律關係間存在牴觸法上有意義的關聯性者，因此，外國肯認直接管轄時，該國亦同時肯認此種關聯性之存在。承認國則透過審查承認管轄權要件，排除從承認國觀點尚未具有充分關聯性之外國決定。如此，外國與內國均肯認牴觸法上之關聯性，係正當化外國決定的承認之重要因素。惟僅有純粹的私人行為時，如採承認方法，似應以私人進行該行為的國家為準，判斷是否具備承認管轄權要件，惟私人得恣意選擇其行為地，故不得將其與外國肯認之直接管轄權相提並論。而且，外國所作成的具體決定尚未存在時，有關法律關係國際安定之利益狀況有所不同。亦即，外國決定已存在時，內國忽略該決定而重新作成決定，則該外國再承認內國決定的機會不得不降低。對此，尚未存在任何外國決定時，可期待內國作成的決定在外國被承認。在此意義上，外國的具體行為尚未存在時，可謂採承認方法之必要性不高。因此，承認方法之採用必須以外國國家機關對特定案件進行具體行為為最低要件。

第三節 外國離婚之承認

基上所述，本文探討外國離婚之承認適格範圍。

首先，離婚係屬身分法律關係，在外國已形成的身分法律關係於國際上予以保護之必要性較高，故基本上適合採用承認方法。尤其，外國離婚在內國得否承認，其所涉及的法律關係並不限於在內國得否重新結婚，尚涉及子女的法律地位、繼承、社會保障及租稅等廣泛法領域之眾多法律關係，故如拒絕承認外國離婚，則以離婚的成立

²⁰海老沢美広「外国養子決定の承認」民商法雜誌 75 卷 3 号（1976 年）58-59 頁。

為前提，當事人及利害關係人所形成的法律關係受到廣泛影響，導致大幅損害法律安定性之結果。因此，離婚與其他法律關係相較，須重視判決一致之程度更高。

而且，不同國籍的夫妻，在一造當事人的本國進行離婚後，二人各居住其本國，此可認係國際離婚常見的型態，且係外國離婚的承認最常引起問題之類型。就此種類型而言，內國不承認外國離婚的牴觸法上利益，似不得不求諸於內國人保護，惟不承認外國離婚是否真正有助於內國人利益保護，實有疑問。內國法院拒絕承認外國離婚後，以婚姻關係仍存在為前提，而對扶養、家庭費用的負擔或同居等婚姻關係所生之權利義務作成裁判，此時他方配偶既已居住於外國，如該裁判不被該外國承認，則其原則上不具有實效性，惟外國將婚姻關係解為已解消時，此種裁判被承認之可能性甚低。牴觸法上似無利益使此種婚姻關係繼續存在。而且，該內國人在內國欲重新離婚時，如前所述，如他方配偶不欲主動參與該離婚程序，則該程序對內國人造成甚大負擔，實違背保護內國人之原意。

綜上所述，外國離婚之承認適格，應儘量從寬解釋，外國國家機關已對特定案件採取具體行為時，即應肯認其承認適格。此時，外國國家機關是否進行實質審查，或該行為是否具有創設性效力等，均所不問；外國國家機關僅為登記，亦可認為係屬承認對象。反之，如尚未存在任何外國國家機關的具體行為時，不得採承認方法，而須依選法方法予以處理。

第六章 結論

本章總結本文之研究成果。

第一節 承認適格論之意義

依台灣民事訴訟法第四百零二條及非訟事件法第四十九條規定，外國法院所作成之裁判，符合該條所定要件時，在內國亦有效力。惟各國的司法制度及程序法，均深受不同的政治、經濟、宗教、歷史等因素之影響而有所不同，如嚴格且詳細審視各國法律制度間的差異，於外國並不存在完全符合內國承認規則所定的「法院」、「判決」或「裁判」之概念。因此，此等規定所定的法院或裁判之概念，不應限於嚴格意義上符合內國法上之概念者。另一方面，為發生法律效果而需要之國家行為，其機關之種類、審查密度及行為性質等，依各國立法政策之不同而均有差異，且各種國家行為相互間具有連續性，甚難從某一觀點劃定明確的界線。在此模糊不清的界線上，即發生各種選法方法與承認方法之交錯。因此，為切斷此交錯，承認適格論在選法方法與承認方法間須劃定界線。

惟以往各國牴觸法學說上，亦有見解從選法方法的角度對承認方法加以一定限制，或者認為選法方法應優先於承認方法者。依此等學說，承認適格論並非決定承認方法的適用範圍之唯一標準。例如，在日本，所謂準據法要件說對外國離婚判決之承認，主張該外國判決適用日本選法規則所指定之準據法者，始得在內國承認之。惟對此見解，日本眾多學說提出批判，其重點主要在於：準據法要件的審查將違背實質再審查禁止原則，且在各國所採離婚準據法的立法主義仍有不同之現況下，如採準據法要件說，內國承認外國離婚判決的機會顯著降低，必然導致增加跛行法律關係之不當結果。本文以為，現在的牴觸法體系肯認選法方法與承認方法之並存，即應肯認二者依循不同的原理與法則而實現牴觸法利益，惟如將選法方法之要求原封不動地導進承認機制中，承認方法將無法自律運行，以致喪失其原來之制度目的。

又依部分德國、日本學者支持的實體法說，對離婚裁判等外國形成裁判之形成力，其承認應依內國選法規則之準據法所屬國之處理而定；得適用內國承認規則之情形，則僅限於內國選法規則將內國法指定為該法律關係之準據法者。惟此項見解，區分形成判決的既判力與形成力而各採承認方法與選法方法，將徒增牴觸法上處理之複雜性，

且有時產生難以解決之調整問題。而且，依此項見解，形成力之承認應依準據法所屬國的態度而定，故準據法所屬國的承認管轄權規範取代內國的承認管轄權規範；惟如同選法規則包含其所追求之正義內涵，承認規則亦包含不同於選法規則之正義內涵，前者為何應優先於後者，似有待商榷。

如上所述，準據法要件說及實體法說，均具有方法論上的缺點，故為嗣後學說所不採。惟此等學說明確意識到，若採承認方法，內國選法規則即無適用，該法律關係即應任由外國牴觸法規範處理，因此內國選法規則須對承認規則設有一定限制，否則將架空內國選法規則。此選法規則與承認規則間的緊張關係，確實係牴觸法學須重視之課題，因承認方法所追求的判決一致之利益，尚非牴觸法所追求的唯一利益。

現在在德國及日本，無論立法、實務或學說，均不採上述準據法要件說或實體法說，即不承認內國選法規則對承認規則之限制或優越，此顯示承認方法已獨立於選法方法。而且，如承認方法一旦獨立，在選法規則與承認規則的關係上，後者優先於前者。因為，即使內國法院依內國選法規則應指定之準據法與外國法院實際上適用之準據法不同，內國法院仍須依承認規則而受外國法院所為裁判之拘束。由此承認方法之獨立與優先，可導出選法方法與承認方法之論理關係，即：在具有承認適格之外國國家行為存在時，應優先適用承認方法；在判斷有無承認適格時，選法規則不得從其觀點加以限制；因此，承認方法適用範圍之決定，不得不從其內部為之；此從承認方法內部設定之界線，同時成為選法方法與承認方法間之界線。此係以承認方法之獨立與優先為前提時，必然導致之結果。

第二節 承認適格論之探討

如以上開見解為前提，得承認的外國國家行為之範圍，則專視承認適格的解釋而定。關於承認適格要件之解釋，在德國及日本有爭論者係，就「法院」或「判決」之概念是否以保障合法聽審權之程序作為其構成要件。就此問題，向來德國、日本通說均採肯定見解。依此見解，因區分法院裁判與行政處分之本質性標準，在於作成決定之程序是否保障合法聽審權，且行政機關通常受上級機關的拘束而不具獨立性，故外國行政機關不得包含於「法院」概念之內。

惟本文基於下列理由，以為此項通說見解尚不可採：

- 從牴觸法的角度以觀，承認機制的主要目的，在於防止跛行法律關係之發生。在各國選法規則並未統一的情形下，如僅依靠選法規則規範涉外法律關係，則因各國所指定的準據法有所不同，將導致各國對同一法律關係的判斷並不一致之結果。為彌補此選法規則所無法避免之缺點，承認方法須發揮其功能。從此承認制度的目的以觀，在外國作成決定的機關究為法院或為行政機關，應無重要意義。
- 各國實定法上之承認規範，均透過送達要件及程序上公序良俗要件保障當事人之程序權；惟外國程序制度尚不足以保障合法聽審權，或外國國家機關係屬行政機關，以此為由而一律否定承認適格，則送達要件及程序上公序良俗要件並無用武之地，甚至承認適格要件將具有遠超過公序良俗要件之限制機能。比喻而言，承認適格具有劃定承認方法的入口之性質；而間接管轄權要件、送達要件或公序良俗要件等承認要件，則具有排除從入口已進來的外國決定之功能；鑑於此二者之論理關係，承認適格要件不得具有過度之限制機能。
- 上開通說見解，基本上僅舉出不成問題的裁判種類與性質或外國機關性質，而似未積極界定何者為此處所謂的合法聽審權之保障，故此項見解據此欲排除何種外國國家行為或外國機關，尚無從得知。而且，各國法秩序上，作成決定之程序與機關之性質甚為多樣，如須從內國法觀點逐一審查是否滿足合法聽審權之要求，即需對該外國法制度進行相當廣泛之調查，故要求內國法官每當處理外國裁判承認問題時進行此種調查，似有強人所難之嫌。
- 當事人向外國行政機關為申請，該行政機關對此作成形成法律關係之處分，此時，通說見解仍將其解為法律行為之問題而依選法方法處理，惟其忽略行政機關所為之程序已存在，而引起如下問題：（一）法律行為之方式原則上依行為地法，故並無過問該行為地是否與法律關係具有適當關聯性之餘地，此點是否妥適，尚有待商榷；（二）依選法方法，該外國程序是否符合適當程序之要求，亦不成問題，此點亦有疑慮。對此，如採承認方法，上述二點問題得審查間接管轄權與程序上公序良俗而解決，因此，外國行政機關所為之程序已存在時，與其忽視其存在而依選法方法處理，不如肯認承認適格而將審查重點置於其程序層面，此為較合適的處理模式。

除上述合法聽審權的保障之要件外，在德國及日本，亦有對承認適格加以一定限制者。首先，有日本學者見解，重視承認方法中實質再審查禁止原則之存在，而將外國國家機關進行實質審查解為承認適格要件。本文對此項見解提出如下疑義：（一）各國法制上對私人所為的申請，其審查方法甚為多樣，其中得否明確區分實質審查與形式審查，仍有疑問。而且，各國行政機關所為之決定，未必詳細說明其所認定的事實及理由，在此情形下，如須判斷外國國家機關是否實際上進行實質審查，則有時內國法院需要調查該外國國家機關作成決定之過程，此際內國法院所作之審查，即接近實質再審查，反而有違背實質再審查禁止原則之虞；（二）日本法對形式審查之定義係，申請書及其附件的記載內容視為真實，而僅審查該記載內容相互間有無矛盾，及該記載內容與身分登記間有無出入之審查方法。如以此作為選法方法與承認方法之區分標準，則其將過度流於形式，故不宜對此賦予重要意義；（三）「承認」並非意謂治癒該法律關係或外國國家行為本來具有之瑕疵，而該瑕疵所生之效果如何，則屬於承認效果之問題。採用承認方法之最大意義在於，內國得依外國國家機關所適用的法律處理其效果問題，以免因內國與外國所指定的準據法不同而導致判決不一致之結果。

另外，德國學說及實務見解則認為，外國國家機關所為的行為具備作為高權性決定之一定性質時，始得肯認承認適格，且觀諸外國離婚相關的學說及實務見解，其判斷標準係在於該外國國家行為是否具備創設性效力抑或僅具確認意義。惟依此見解，因外國國家機關所為的行為是否具備創設性效力係屬該外國實質法的解釋問題，故內國抵觸法上應依選法方法或依承認方法，專視該外國實質法之解釋而定，由此發生難以解決之各種困難，亦即：（一）各國離婚法上，國家機關所為的介入與私人意思二者複雜交錯而成為一體，故甚難判斷何者為創設性行為。尤其，德國學說及實務面對屬於不同法文化之外國法時，常陷於難以明確認定創設性行為之困境。惟抵觸法體系既然以世界各國不同法文化的外國法為適用對象，其概念須具備能自然接納各種外國法之性質，從此角度以觀，創設性效力此種概念，尚難認為係符合抵觸法概念應具備之性質；（二）依該判斷標準，承認適格問題應依外國實質法之內容而定，以致於將是否肯認承認適格之決定權交由外國立法者。然而，承認適格論係區分選法方法與承認方法的標準，且一旦肯認承認適格，即有對該案件之規範排除內國選法適用之效果。因此，如採該判斷標準，不僅內國承認規則適用範圍，內國選法規則的適用範圍亦不得不取決於外國立法者之態度，以致內國抵觸法根本喪失其自主性；（三）依該判斷標準，得否肯定承認適格，取決於外國實質法上該國家行為的形式上性質，因此無法

從內國牴觸法觀點衡量有關外國離婚承認之牴觸法利益，而產生從牴觸法利益觀點難以接受之現象。

透過上開探討，本文歸納承認適格論應具備之基本性質：第一，承認適格問題，須從內國牴觸法本身之觀點予以判斷，不得將其決定權交由外國法；第二，二者間劃定界線之標準，須為得考量牴觸法利益之方法。

第三節 承認適格論之再定位

如否認向來通說見解，就選法方法與承認方法之制度性差異，亦可開啟新的視野。亦即，關於選法方法，牴觸法理論一般認為其原則上並不拘泥於外國法之實質內容，只要係內國選法規則所指定之準據法即應適用之，此係選法方法將各外國法視為平等之表現。對此，向來有關承認適格論之通說見解，以合法聽審權之保障作為承認適格之構成要件。以合法聽審權之保障作為承認適格要件之立場，對得承認之外國國家行為，從內國法觀點限制其程序或作成該行為之機關種類，藉此審查該程序或機關種類與內國法上「法院」或「判決」概念是否同等。由此可知，向來通說見解並不欲閉著眼睛跳進黑暗，而係先審查外國制度是否與內國同等後，始承認外國國家行為在內國之效力，此無非係「等價性思想」之表露。也因此，否認此項通說見解後，承認方法原則上不再拘泥於外國程序或機關是否與內國同等，藉此，承認方法得從等價性的束縛解放而獲得牴觸法概念必須具備之開放性，並得採與選法方法相同的各國法秩序之平等原則。此係從牴觸法觀點統一瞭解此二制度之基礎。

在此基礎上，本文以為選法方法與承認方法應解為同樣以促進牴觸法利益為目的之制度。惟須注意者係，二者間存在既相互排斥又相互扶助之關係。前者係指，適用承認方法時，外國依其選法規則所作成的決定之效力擴張至內國，而外國選法規則取代內國選法規則。後者則指，在各國選法規則尚未統一之現狀下，適用承認方法較能確實實現判決一致之理想，故承認方法得防止因準據法不一致所生之跛行法律關係。既然二者間存在如此相互關係，則不應單從承認方法之內部劃定二者之界線，更應探究如何結合二者，始能實現牴觸法之最大利益。此時，須重視者係，關於各種法律關係，各別選法規範所追求的利益均有不同，且又依各法律關係之不同，須尊重國際判決一致之程度亦有所不同。因此，須依各種不同法律關係，從探究該法律關係之性質

出發，依選法方法追求選法方法上的正義之利益抑或依承認方法實現國際性判決一致之利益，二者間進行利益衡量，而探索此二者之平衡點。

就身分法律關係而言，原則上在某國已有的身分法律關係應予國際性尊重，即使當事人跨越國境，原來的身分法律關係仍應存續，就此牴觸法上應有強烈之利益。而且，最須尊重判決一致之身分法領域，選法方法上偏偏存在國籍主義與住所地法主義之強烈對立，此為選法方法之矛盾與悲劇。在此現狀下，不承認外國國家行為而在內國依選法規則重新作成決定，此時因準據法不同而產生跛行法律關係之可能性不低，故就身分法律關係而言，基本上應認承認方法係較符合牴觸法利益之機制。

再者，選法方法與承認方法之區分，並非完全取決於牴觸法上之利益衡量，而係基於肯認二者並存之牴觸法結構，適用承認方法必須以外國國家機關對特定案件進行具體行為為必要。

最後，關於外國離婚之承認適格範圍，離婚係屬身分法律關係，在外國已形成的身分法律關係於國際上予以保護之必要性較高，故基本上適合採用承認方法。尤其，外國離婚在內國得否承認，其所涉及的法律關係並不限於在內國得否重新結婚，尚涉及子女的法律地位、繼承、社會保障及租稅等廣泛法領域之眾多法律關係，故如拒絕承認外國離婚，則以離婚的成立為前提，當事人及利害關係人所形成的法律關係受到廣泛影響，導致大幅損害法律安定性之結果。因此，離婚與其他法律關係相較，須重視判決一致之程度更高。而且，外國國家機關已作成離婚時，內國選法規則須否認該外國離婚而重新作成決定，其牴觸法利益可謂不高。因此，外國離婚之承認適格應儘量從寬解釋，外國國家機關已對特定案件採取具體行為時，即應肯認其承認適格。此時，外國國家機關是否進行實質審查，或該行為是否具有創設性效力等，均所不問；外國國家機關僅為登記，亦可認為係屬承認對象。



參考文獻

壹、中文文獻（按作者姓氏筆劃順序排列）

一、書籍

陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂六版，2009年3月，三民

賈瑪·愛利雅思（Jamal J. Elias）、盧瑞朱譯，伊斯蘭教的世界，1999年12月，貓頭鷹出版

劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，2010年9月，三民

蘇遠成，國際私法，五版，1990年10月，五南

二、期刊論文

李沅樺，外國民事確定判決之承認與執行，收於氏著，國際民事訴訟法論，二版，2007年3月，五南

林秀雄，我國離婚制度之矛盾，收於氏著，家族法論集（三），1994年8月，漢興書局

陳長文，外國判決之承認－從歐盟「布魯塞爾判決公約」及美國「對外法律關係新編」評析民事訴訟法第四〇二條，收於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，1998年，學林

陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月

陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收於氏著，國際民事訴訟與民事程序法（第五冊），1998年9月，三民

陳榮傳，互惠與外國離婚判決之承認，月旦法學雜誌第10期，1996年2月

陳榮傳，外國法院的離婚調解書，月旦法學教室第52期，2007年2月

許耀明，外國確定身分判決之承認與執行，收於氏著，國際私法新議題與歐盟國際私法，2009年4月，元照

蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學第11期，2003年12月

劉鐵錚，國際私法上離婚問題之比較研究，收於氏著，國際私法論叢，六版，2000年8月，三民

藍瀛芳，外國判決之承認，法學叢刊第 103 期，1981 年 9 月

三、學位論文

蔡易紘，論我國對外民事判決之承認，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2000 年 6 月

唐敏寶，外國民事裁判之承認，國立政治大學法律學研究所博士論文，2010 年

貳、日文文獻（按作者姓氏筆劃順序排列）

一、書籍

山田鐮一『國際私法 第 3 版』（有斐閣、2004 年）

久保岩太郎『國際身分法の研究』（有信堂、1973 年）

司法研修所編『涉外家事・人事訴訟事件の審理に関する研究』（法曹会、2010 年）

石川明＝小島武司編『國際民事訴訟法』（青林書院、1994 年）

石黒一憲『國際家族法入門』（有斐閣、1981 年）

石黒一憲『現代國際私法上』（東京大学出版会、1986 年）

石黒一憲『國際私法と國際民事訴訟法との交錯』（有信堂、1988 年）

本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『國際民事訴訟法』（有斐閣、2005 年）

折茂豊『國際私法（各論）新版』（有斐閣、1972 年）

佐藤やよい＝道垣内正人編『涉外戶籍法リステイトメント』（日本加除出版、2007 年）

松岡博『現代國際私法講義』（法律文化社、2008 年）

柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001 年）

神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『國際私法 第 2 版』（有斐閣、2006 年）

島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法（22）』（有斐閣、2008 年）

高野耕一『家事調停論』（信山社、2002 年）

溜池良夫『國際私法 第 2 版』（有斐閣、1999 年）

梶村太市＝徳田和幸編『家事事件手続法 第2版』（有斐閣、2007年）

鈴木正裕＝青山善充編『註釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）

鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法（1）』（第一法規、1984年）

二、期刊論文

山川一陽「わが国における協議離婚と意思確認（4）」戸籍時報 394号（1990年）

中川良延「家事調停と家族法の役割」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣、1996年）

中西康「外国倒産承認論の理論的再検討」京都大学法学部創立 100周年記念論文集 第三巻（2000）

中西康「審判離婚」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選 新法対応補正版』（有斐閣、2007年）

中西康「EU法における「相互承認原則」についての考察－国際私法方法論の観点から－」法学論叢 162巻 1～6号（2008）

中野俊一郎「外国未確定裁判の執行（3）」国際商事法務 13巻 11号（1985年）

中野俊一郎「外国未確定裁判の執行（4）」国際商事法務 13巻 12号（1985年）

木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察－承認規則と抵触規則の関係について－」立命館法学 137号（1978年）

木棚照一「異国籍外国人夫婦の離婚の方法」澤木敬郎＝畑場準一編『国際私法の争点 新版』（有斐閣、1996年）

石川明＝芳賀雅顕「外国離婚判決に付随する裁判の承認」石川明＝石渡哲編『EUの国際民事訴訟法判例』（信山社、2005年）

矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（1）」国際法外交雑誌 60巻 1号（1961年）

矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（2）」国際法外交雑誌 60巻 2号（1961年）

田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権（1）」民事研修 174号（1971年）

田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権（2）」民事研修 175号（1971年）28頁

北坂尚洋「外国で成立した養子縁組の承認」阪大法学 51 巻 1 号（2001 年）

北坂尚洋「外国で成立した身分関係のわが国での効力」国際私法年報 6 号（2004 年）

江川英文「外国判決の承認」法学協会雑誌 50 巻 11 号（1932 年）

江川英文「外国離婚判決の承認」立教法学 1 号（1960 年）

竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995 年）

早川眞一郎「子の引渡を命ずる外国判決の執行判決請求が公序良俗違反を理由に棄却された例」私法判例リマークス 1995 年（上）

西谷祐子「涉外戸籍をめぐる基本的課題」ジュリスト 1232 号（2002 年）

西谷祐子「わが国におけるブラジル人の離婚について」法学 66 巻 3 号（2002 年）

利谷信義「創設的届出の不受理申出制度」『現代家族法大系 第 1 巻』（有斐閣、1980 年）

村崎満「家事調停私論（1）」法律時報 31 巻 2 号（1959 年）

松岡博「外国離婚判決の承認について」阪大法学 86 号（1983 年）

河野俊行「判例批評」ジュリスト 1026 号（1993 年）

酒井一「外国形成裁判の承認」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（2005 年）

桑田三郎「ドイツ人夫について調停離婚をなすことの適否」ジュリスト 247 号（1962 年）

海老沢美広「外国養子決定の承認」民商法雑誌 75 巻 3 号（1976 年）

海老沢美広「非訟事件裁判の承認」澤木敬郎編『国際私法の争点』（有斐閣、1980 年）

海老原良宗「不受理申立制度の周辺問題について」戸籍誌第五百号記念論文集『家族法と戸籍』（テイハン、1986 年）

高田裕成「財産関係事件に関する外国判決の承認」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987 年）

高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学 37 号（1992 年）

鳥居淳子「内外人の婚姻と離婚—いわゆる日本人条項について—」『講座 現代家族法 第 2 巻 夫婦』（1991 年）

渡辺惺之「涉外家事事件における調停と審判」澤木敬郎＝畑場準一編『国際私法の争点 新版』（有斐閣、1996年）

溜池良夫「離婚・別居」『国際私法講座 第2巻』（1955年）

溜池良夫「涉外人事訴訟及び家事審判の諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 6』（日本評論社、1971年）

溜池良夫「涉外人事非訟事件の諸相」『新実務民事訴訟講座（7）』

徳岡卓樹「身分関係事件に関する外国裁判の承認」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987年）

横溝大「外国国有化・収用措置のわが国における効果」法協 113 巻 2 号（1996年）

横溝大「子の引渡しを命じたテキサス州判決に基づく執行を認めなつた事例」ジュリスト 1105 号（1997年）

横溝大「法人に関する抵触法的考察」民商 135 巻 6 号（2007年）

参、徳文文献（按作者姓氏字母順序排列）

一、書籍

Andrae, Marianne, Internationales Familienrecht, 2. Auflage, 2006

Bar, Christian von/Mankowski, Peter, Internationales Privatrecht, Band. I Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003 (本文以如下方式引註：v. *Bar/Mankowski*, IPR)

Gärtner, Veronika, Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 2008 (本文以如下方式引註：Gärtner, Die Privatscheidung)

Geimer, Reinhold, Internationales Zivilprozessrecht, 6 Auflage, Köln 2009 (本文以如下方式引註：Geimer, IZPR)

Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf, Internationale Urteilsanerkennung, Band. I, 2., 1984

Herfarth, Christoph, Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht, Heidelberg 2000 (本文以如下方式引註：Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht).

Horndasch, Peter /Viefhues, Wolfram, Kommentar zum Familienverfahrensrecht, Münster 2009 (本文以如下方式引註：Horndasch/Viefhues-Bearbeiter, FamFG).

Kegel, Gerhard /Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004 (本文以如下方式引註：*Kegel/Schurig, IPR*)

Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Tübingen 2006 (本文以如下方式引註：*Kropholler, IPR*)

Martiny, Dieter, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht, Band 3/1, Tübingen 1984 (本文以如下方式引註：*Martiny, Hdb. IZVR Bd. 3/1*)

Meyer-Seitz, Christian /Frantziöch, Petra /Ziegler, Dainer (hrsg.), Die FGG Reform, 2009.

Münchener Kommentar zum BGB: Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht, 4. Auflage, München 2006 (本文以如下方式引註：*MünchKomm-Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zur ZPO: Band 1, 3. Auflage, München 2008 (本文以如下方式引註：*MünchKommZPO-Bearbeiter*).

Neuhaus, Paul Heinrich, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1976 (本文以如下方式引註：*Neuhaus, Grundbegriffe*)

Rauscher, Thomas, Familienrecht, Heidelberg 2001

Raucher, Thomas (hrsg.): Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, München 2010 (本文以如下方式引註：*EuZPR/EuIPR-Bearbeiter*)

Schack, Heimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Auflage, München 2010 (本文以如下方式引註：*Schack, IZVR*)

Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 22. Auflage, 2006 (本文以如下方式引註：*Stein/Jonas-Bearbeiter*)

Staudinger, Julis von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; (本文以如下方式引註：*Staudinger-Bearbeiter*)

-Band: Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, Berlin 2005

-Band: Buch 4 Familienrecht, §§ 1564-1568; Hausrats VO, Berlin 2004

-Band: Art. 13-27b EGBGB, Berlin, 2003

Zöller, Richard, Zivilprozessordnung, 26. Auflage, Köln 2007 (本文以如下方式引註：*Zöller-Bearbeiter*)

二、期刊論文

Beitzke, Günther, Anerkennung inländischer Privatscheidungen von Ausländern?, IPRax 1981, 202 ff.

Beule, Dieter, Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen, insbesondere bei Privatscheidung, StAZ 1979, 29 ff.

ders., Ein Verstoß gegen das Scheidungsmonopol der deutschen Gerichte?, IPRax 1988, 150

Boele-Woelki, Katharina, Geplante Änderung im niederländischen Familienrecht, FamRZ 2005, 1632 f.

Geimer, Reinhold, Anerkennung drittstaatlicher Ehescheidungen, NJW 1974, 1026 f.

ders., Internationale Freiwillige Gerichtsbarkeit, FS Jayme (2004), S. 241 ff.

ders., Standesamtsehescheidung (vormals) in Litauen, FamRZ 2005, 325 ff.

Gottwald, Peter, Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen, 103 ZJP, 257 ff.

ders., Anmerkung zu Justizministerium Baden-Württemberg 27.12.2000, FamRZ 2001, 1018

Habscheid, Walther J., Randvermerke im Geburtenbuch auf Grund ausländischer gerichtlicher Entscheidungen, FamRZ 1981, 1142 ff.

Henrich, Dieter, Anmerkung zu OLG Düsseldorf 24.1.1986, IPRax 1986, 305

ders., Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen, IPRax 1995, 86

ders., Anmerkung zu BGH 6.10.2004, FamRZ 2004, 1958 f.

ders., Anmerkung zu BGH 28. 5. 2008, FamRZ 2008, 1413 f.

Kegel, Gerhard, Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft, IPRax 1983, 22 ff.

Klinck, Fabian, Das neue Verfahren zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach § 108 II S. 1 FamFG, FamRZ 2009, 741 ff.

Koch, Harald, Anerkennungsfähigkeit ausländischer Prozeßvergleiche, FS Schumann (2001), S. 267 ff.

Lehner, Moris, Religiöses Eheverständnis und bürgerliche Ehe im Judentum, FamRZ 2011, 4 ff.

Lüderitz, Alexander, „Talaq“ vor deutschen Gerichten, FS Baumgärtel (1990), S. 333 ff.

Mom, Andreas, Niederlande: Zur geplanten Einführung der Registerscheidung, FamRZ 2006, 1325 ff.

Müller, Klaus, Zum Begriff der „Anerkennung“ von Urteilen in § 328 ZPO, 79 ZJP, 199 ff.

Neuhaus, Paul Heinrich, Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht, 20 RabelsZ, 201 ff.

Nishitani, Yuko, Privat- und Schlichtungsscheidung deutscher Staatsangehöriger in Japan und die Scheidungsanerkennung in Deutschland, IPRax 2002, 49 ff.

Picone, Paulo, Die „Anwendung“ einer ausländischen „Rechtsordnung“ im Forumstaat: ...perseverare est diabolicum!, Liber Amicorum Kurt Siehr (2000), S. 596 ff.

Schack, Heimo, Das Anerkennungsverfahren in Ehesachen nach § 107 FamFG – Vorbild für Europa?, FS Spellenberg (2010), S. 497 ff.

Schwenzler, Ingeborg, Registerscheidung?, FS Henrich (2000), S. 533 ff.

Siehr, Kurt, Privatscheidungen und Anerkennungsverfahren nach Art. 7 § 1 FamRÄndG, FamRZ 1969, 184 ff.

ders., Paolo Picone: Gesammelte Aufsätze zum Kollisionsrecht und die Blockverweisung auf die „zuständige Rechtsordnung“ im IPR, IPRax 2005, 155 ff.

ders., Ehescheidung deutscher Juden, IPRax 2009, 332 ff.

Vischer, Frank, Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, FS von Overbeck (1990), S. 367 ff.

Wagner, Rolf, Anerkennung und Wirksamkeit ausländischer familienrechtlicher Rechtsakte nach autonomem deutschem Recht, FamRZ 2006, 744 ff.

Wiedensohler, Günter, Ehescheidungsrecht in Tunesien, 41 RabelsZ, 151 ff.

Wohlgemuth, Gisela, Die neue Moudawana – Ausblick auf das marokkanische Familienrecht und seine Reform, FamRZ 2005, 1949 ff.

Yassari, Nadjma, Überblick über das iranische Scheidungsrecht, FamRZ 2002, 1088 ff.

ders., Islamisches Recht oder Recht der Muslime, 103 ZVglRWiss, 103 ff.