

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫  成果報告

期中進度報告

### 論國際身分法與男女平等

計畫類別： 個別型計畫  整合型計畫

計畫編號：NSC 96-2414-H-004-008

執行期間：2007年08月01日至2008年07月30日

計畫主持人：林秀雄

共同主持人：無

計畫參與人員：陳明楷、林玠鋒、陳中順

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告   
完整報告

本成果報告包括以下應繳交之附件：

赴國外出差或研習心得報告一份

赴大陸地區出差或研習心得報告一份

出席國際學術會議心得報告及發表之論文各一份

國際合作研究計畫國外研究報告書一份

處理方式：除產學合作研究計畫、提升產業技術及人才培育  
研究計畫、列管計畫及下列情形者外，得立即公  
開查詢

涉及專利或其他智慧財產權， 一年 二年後  
可公開查詢

執行單位：國立政治大學法律學系

中 華 民 國 97 年 8 月 8 日

## 壹、計畫中文摘要

我國涉外民事法律適用法係仿六十年前日本之法例（國際私法）而來，自民國四十二年施行以來，至今已逾五十年，其中部分之規定，例如關於婚姻之效力、夫妻財產制、離婚原因及離婚效力等之準據法則係採夫之本國法主義，明顯違反男女平等原則，爲此，涉外民事法律適用法關於此等規定實有修正之必要。日本平成元年，針對該國法例（國際私法）關於違反男女平等之規定均已做大幅度之修正，日本法例修正之經驗及其內容值得參考。本研究計畫擬透過比較法之研究，參考日本之修正經驗，以提供我國涉外民事法律適用法之修法方向。

本研究計畫，首先究明國際身分法與兩性平等之關係後，再就婚姻之效力、夫妻財產制、離婚原因、離婚效力等之準據法修正方向加以檢討，最後並提出修正意見。其具體之研究內容如下：

- 一、國際身分法與兩性平等之關係
- 二、婚姻效力準據法之修法方向
- 三、夫妻財產制準據法之修法方向
- 四、離婚原因準據法之修法方向
- 五、離婚效力準據法之修法方向

## 貳、計畫英文摘要

Following and imitating the Japan law (i.e., International Private Law) enforced 60 years ago, Application Law Concerning the Governing Law of Foreign-related Civil Affairs (“Application Law”) in our country was promulgated and enacted in 1953 and has been in use for more than 50 years since its enactment. Articles of the Application Law concerning the governing laws of the validity of marriage, matrimonial property regime, cause to divorce and validity of divorce, among others, were legislated in accordance with the traditional domestic law principles for husband’s advantages and therefore bias in nature. Such articles are in clear violation to gender equality and thus need significant amendments. In 1989, articles in violation to gender equality of the Japan Law (i.e., International Private Law) were greatly amended, and the experience and amendments of such a law reform are worth our reference. This Project, using the comparative law approach, intends to refer to the aforesaid law reform to provide directions and guidelines to Application Law amendments for our country.

This Project first clarifies the relevance of the international family law and gender equality, followed by a close examination of the current articles which concern the governing laws for the validity of marriage, matrimonial property regime, cause to divorce and validity of divorce, and provides suggestions for amendments. Specifics are as follow:

1. Relevance of the International Family Law and Gender Equality;
2. Amendment Directions for Governing Law of Marriage Validity;
3. Amendment Directions for Governing Law of Matrimonial Property Regime;
4. Amendment Directions for Governing Law of Cause to Divorce; and
5. Amendment Directions for Governing Law of cause to Validity of Divorce

## 參、計畫內容

### 壹、前言

關於屬人法，大陸法系國家中大多採取本國法主義，惟關於婚姻身分效力、夫妻財產制、離婚等法律關係之準據法，究應採夫之本國法主義或妻之本國法主義或累積適用夫妻本國法主義，以往大多採取夫之本國法主義。我國於民國七年仿日本明治三十一年之法例，制定法律適用條例，於第十條規定，婚姻之效力依夫之本國法，夫妻財產制依婚姻成立時夫之本國法；第十一條規定，離婚依其事實發生時，夫之本國法及中國法均認其事實為離婚原因者，得宣告之。由此可知，其亦採夫之本國法主義。民國四十二年之涉外民事法律適用法關於婚姻之效力、夫妻財產制、離婚及離婚效力之準據法，其內容較法律適用條例之相關規定更為詳細，惟採夫之本國法主義之立法原則並未改變。

關於上述法律關係之準據法，德國於一八九六年制定之民法施行法雖採夫之本國法主義，惟於一九八六年修正時，將夫之本國法主義予以廢除。日本亦於一九八九年修正其國際私法，雖仍堅持本國法主義，但已不採夫之本國法主義。我國憲法第七條規定，人民無分男女在法律上一律平等。憲法增修條文第十條第六項亦規定，國家應消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。而我國涉外民事法律適用法第十二條至第十五條之相關規定採夫之本國法主義，是否違反憲法之平等原則及憲法增修條文消除性別歧視之立法意旨，則有待進一步之檢討。行政院婦女權益促進委員會於民國八十八年四月七日之第六次委員會中提案建議，涉外民事法律適用法之修正，函請司法院考量列為優先修正法案，該委員會乃於同年八月十九日發函司法院，略謂攸關我國婦女權益之涉外民事法律適用法之修正案，請貴院列為優先法案送立法院審議<sup>1</sup>。事實上，早在民國八十七年司法院即已組成研究修正委員會著手修正涉外民事法律適用法，而筆者於同年十月三十日研究修正委員會第一次會議中即建議，配合釋字三六五號宣告父權條款違憲之解釋，男女平等意識逐漸受到重視，國際私法第十一條以下有違反男女平等之條文應適度修正<sup>2</sup>，惟如何具體的修正，則有待進一步之檢討。如前所述，德國、日本分別於一九八六年、一九八九年就其國際私法加以修正，廢除夫本國法主義以符合男女平等之原則，本文擬參考外國修正國際私法之經驗，以提出我國關於婚姻身分效力、夫妻財產制、離婚等之準據法之立法方向。

### 貳、國際身分法與男女平等之關係

關於國際家族法與男女平等之關係，早在一九五八年日本學者溜池良夫教授

<sup>1</sup> 司法院編印，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編(一)》，民國 91 年 11 月，262 頁、267 頁。

<sup>2</sup> 司法院編印，前揭，21 頁。

即就德國學者關於此問題之合憲論與違憲論加以介紹，並提出其個人之批判。詳言之，合憲論者認為確實憲法上有規定男女同權之原則，但所謂男女同權係指男女之實質同權，而非形式的同權。換言之，係指對於男女承認其實質上均為同等、同價值而言，惟國際私法僅就各個法律關係指示其應適用之法律，與男女是否有實質的同權並無直接關係。適用夫之本國法並不當然產生對夫有利，對妻不利之結果，對於夫或妻是否有利或不利，必須依具體適用之準據法所定之內容加以決定。惟其內容在國際私法上無法預先確定，亦即準據法帶有純粹空白之性格，因此，準據法之指定並非實質而為純粹之形式。若於國際私法關係上要求實現實質的同權，則必須累積適用雙方當事人之本國法，惟此方法將打亂法律之調和，無法為圓滿之解決。要之，所謂同權之原則，僅在國內實質法的領域中才能實現，不必將其擴張至與實質法不同次元之抵觸法之領域裡。合憲論認為，無法在夫之本國法或妻之本國法中選擇一妥當而中立之基準，因此，準據法必須在夫之本國法或妻之本國法中選擇其一，純粹從自然的、社會的立場觀之，夫之年齡一般較妻為年長，較有經驗，則採夫本國法主義並不違反憲法男女同權之原則。對之，違憲論者認為，決定優先適用某特定人之屬人法，對該當事人應屬有利。第一，其可透過國籍或常居所之變更而自由選擇其屬人法；第二，任何人均會認為其固有之屬人法較其他法律秩序更容易適合自己；第三，對於當事人而言，其屬人法乃是其最知悉之法律，其行為多少以該法律為基準，因此，連接點之選擇仍應考慮男女之同權。對以上合憲論與違憲論之見解，溜池良夫教授認為，合憲論將實質的同權與實質法的同權的觀念加以混淆，實質法與衝突法均以實現實質的正義為前提，但二者屬於不同目的、不同性質之法規範，因此，構成其內容之實質正義的觀念本身亦不相同。亦即實質法的正義與衝突法的正義並非同義。詳言之，實質法以規定具體個別的權利義務為其目的，因此，所謂實質的正義之實現，乃是在決定具體的、個別的權利義務之正義之實現。對之，衝突法係關於從具體的、個別的權利義務抽象而出之各種法律關係上，以決定其準據法為目的之法規，其實質的正義之實現，乃是在決定準據法的正義之實現，憲法所定男女同權之原則，乃是一切國內法中之實質的同權，其於實質法或衝突法並無區別，惟其實質的同權的觀念本身，二者卻有不同。亦即實質法上之同權為決定具體的、個別的權利義務之同權，對之，衝突法上之同權乃是一般的、抽象的決定準據法之同權。衝突法上之同權應自適用於各個場合之實質法內容之問題抽離，而排除對當事人一方實質有利之準據法之決定方法，夫之本國法主義不僅有形式上之不平等，同時，帶來實質的不平等，而違反實質同權之要求，合憲論者認為適用夫之本國法未必對夫有利，此乃混淆了實質法的平等與衝突法的平等<sup>3</sup>。溜池教授提出違憲論後，獲得多數學者的支持<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 溜池良夫，「國際私法と兩性平等」，《國際家族法研究》，昭和 60 年 3 月，5 ~ 14 頁、《國際私法講義》，1993 年 4 月，412 ~ 416 頁。

<sup>4</sup> 鳥居淳子，「國際私法と兩性平等」，《國際私法の争點》（新版），38 頁。

以夫之屬人法為準據法之理由，大多認為夫為家長之原因，例如：薩維尼認為關於身分能力之涉外民事事件其本據為住所地，而夫之住所地法乃為家長之法，因此，採夫之住所地法主義。十九世紀末歐洲各國國際私法之立法，已將屬人法之決定基準由住所改為國籍，但以國籍為連繫因素並未改變夫為家長之地位，因此，仍採夫之本國法主義<sup>5</sup>。法國學者巴狄福亦認為，夫作為家長之資格，因此，於不同國籍之夫妻之身分關係之準據法，應採夫之本國法主義<sup>6</sup>。一九二八年第六會期之海牙國際私法會議於該條約第一條第一項附加決議認為，夫妻於婚姻關係存續中無同一國籍時，其權利義務依婚姻舉行時夫之本國法，其說明亦認為，夫之本國法即為家長之法<sup>7</sup>。由此可知，大多認為婚姻生活以夫為中心，而夫為家之首長，故以夫之本國法為準據法。惟於今日家庭主婦逐漸走向社會，主婦勞動者日益增多，女性地位普遍提高而與男性有分庭抗禮之時，夫不再為家之首長，而婚姻生活亦由以夫為中心而移向以夫妻為中心，此時，若再堅持以往夫為家長之舊觀念，則將成為時代之落伍者。固然，國際私法不過是指定準據法而已，關於夫妻間之具體權利義務，仍應依所準據之實質法的內容來決定，因此，適用夫之本國法未必對妻不利，有時反而對妻較為有利，但為何不適用妻之本國法，則難自圓其說。此不考慮妻之本國法之點，被認為是承認家父長制之國內實質私法之投影<sup>8</sup>，站在男女平等的立場，無法導出夫之本國法優先於妻之本國法之結果。

自從利益法學出現後，認為於決定準據法時，應追求國際私法次元上所存在之種種利益，而將此等利益比較衡量之後，以就各個法律關係決定最適切之準據法，此種國際私法之次元中所存在之利益，被稱為國際私法的利益。於國際私法之種種利益中，就當事人而言，與自己最為密切關係之法，亦即依其最為熟悉而得以為行動基準之法，為裁判時對其最為有利，此即為當事人利益。涉外身分、能力、繼承等之準據法採本國法主義，乃是因為當事人對其本國之法律最為熟悉，得為其行動之基準，最符合其本身之利益<sup>9</sup>。由此利益法學出發可以得知，關於婚姻之效力、夫妻財產制及離婚之準據法採夫之本國法主義，對夫較為有利，至少對夫而言，適用自己本國法，在心理上已占上風，因為，任何人都覺得自己之本國法比其他法秩序更適合於自己，且當事人對自己之本國法最為清楚<sup>10</sup>，基於以上論述可知，採夫之本國法主義確實違反男女平等原則。

### 參、婚姻身分效力準據法之立法方向

當事人之利益、兩性平等之原則、判決的國際調和、身分關係之同一性及具

<sup>5</sup> 橫山 潤，《國際家族法の研究》，1997年6月，18頁。

<sup>6</sup> 橫山 潤，前揭，16頁。

<sup>7</sup> 橫山 潤，前揭，18~19頁。

<sup>8</sup> 溜池良夫，前揭研究，6頁。

<sup>9</sup> 山田鏡一，《國際私法》，1992年10月，42~43頁。

<sup>10</sup> 溜池良夫，前揭研究，8頁。

體妥當性之確保，乃為今日國際身分法法選擇政策之重要考量<sup>11</sup>。上述的法選擇政策亦得適用於婚姻身分效力準據法之立法政策上，今日多數國家基於上述法選擇政策上之考量，而採取階段性連結之立法方式。詳言之，首先，為保障當事人之利益，在夫妻擁有共同國籍之情形下，依其共同之本國法。第二，在夫妻不同國籍之情形下，為實現男女平等之原則，而依夫妻之共同住所地法或常居所地法。第三，在夫妻無共同之住所地或常居所地時，為確保具體的妥當性乃規定，依與夫妻關係最密切地之法律。縱然，各國關於階段性之連結有五階段之連結或三階段之連結，但相差不大，在採階段性連結準據法之情形下，應可期待判決的國際調和與身分關係之同一性。

在我國關於階段性之連結，於涉外民事法律適用法第六條有例可循，依該條第六條第一項規定，法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力依當事人意思定其應適用之法律。該條第二項規定，當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者，以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。依該條第三項規定，前項行為地如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。由此條規定內容觀之，可知當事人意思為第一階段之連繫因素，國籍為第二階段之連繫因素，第三階段之連繫因素為行為地，因此，就階段性之連結之立法技術，我國並不陌生，立法論上應仿多數國家之立法技術，關於婚姻身分效力之準據法，應採階段性之連結。

有鑑於現行法採夫之本國法主義，有違男女平等原則，涉外民事法律適用法修正草案（原稿）第九十四條乃仿外國立法例規定，婚姻之效力依訴訟時夫妻共同之本國法，無共同之國籍時，依共同之住所地法，無共同之住所時，依共同之居所地法，無共同之居所時，依其他與夫妻婚姻生活關係最切國家之法律。其立法理由謂，現行法制定之時，因各國國籍法之立法例均採妻從夫籍，現行之立法意旨亦認為，雖規定婚姻之效力依夫之本國法，實際上即多依夫妻共同之本國法，故採依夫之本國法之規定，此立法意旨自一九五七年聯合國提出「已婚婦女國籍公約」後，世界各國之國籍法已採夫妻異籍之國籍獨立原則，妻不會因結婚當然取得夫之國籍，故「妻從夫籍」之情形已非原則性之現狀。再者因男女平等之世界潮流，夫之本國法本身雖非一定不利益於妻，但僅依一方之國籍使其優先於他方適用之情形，即有違男女平等之原則，本草案依屬人法之性質，明文規定適用法律之優先順序。夫妻有共同國籍時，基於本國法主義之屬人法本質，依夫妻共同之本國法，無共同之國籍時，住所既為夫妻生活之中心，且依目前之各國有夫妻住所地之法律，已朝向採合意住所之原則，故可認為，夫妻雙方有以合意住所地之法律為準據法之意思，至於無共同之住所時，則依共同之居所地之法律，無共同之居所時，則依與夫妻婚姻生活關係中關係最切國家之法律以為準據

<sup>11</sup> 松岡博，「國際私法における法選択政策考慮」，《國際家族法の理論》，2002年，30～48頁。

法<sup>12</sup>。由此條文觀之，其有別於外國立法例，而採四階段之階段連結，亦即以國籍、共同住所地、共同居所地及與夫妻婚姻生活關係最切國家為四個階段的連結。又，婚姻之效力依「訴訟時」夫妻共同之本國法，此「訴訟時」為各國立法所無，所謂婚姻之效力，例如：稱姓、同居義務、守貞義務等均於結婚後立即當然發生，並非在訴訟時才發生，特別加上「訴訟時」等三字，則會產生自結婚後，尚未發生訴訟前，該夫妻婚姻之效力應依何國之法律不得而知之情形，因此，於修法過程中，筆者建議應將該條之「訴訟時」等三字加以刪除<sup>13</sup>。為此，於涉外民事法律適用法草案（初稿）第四十九條已將該「訴訟時」之字加以刪除。民國九十二年十一月十一日公布之涉外民事法律適用法修正草案第一稿第四十三條，則將四階段之連結改為三階段之連結，依該條規定，婚姻之效力依夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。其立法理由認為，關於婚姻之效力，現行條文專以夫或妻單方之本國法為準據法，與男女平等原則之精神並不符合，爰參考德國民法施行法第十四條、日本法例第十四條、義大利國際私法第二十九條等立法例之精神，修正為應依夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，則由法院依與夫妻婚姻攸關之各項因素，包含居所、工作地、財產所在地及家庭成員生活地區等因素，以其中關係最切地之法律為應適用之法律，俾能符合男女平等原則及當前國際趨勢。

#### 肆、夫妻財產制準據法之立法方向

有鑑於採夫之本國法主義之不當，涉外民事法律適用法修正草案原稿第九十五條乃規定，夫妻財產制準用前條之規定，但夫妻得可以選擇夫妻一方之本國法或住所地法，為其夫妻財產制應適用之法律，前項關於夫妻之不動產如其所在地法與前項應適用之法律規定不同者，適用不動產所在地法。依該條之立法理由認為，夫妻財產制屬於婚姻效力之範圍，現行法依夫之本國法有違男女平等之世界潮流，故修訂使與婚姻一般效力之規定一致，又為兼顧夫妻財產制在財產法上之性質，尊重當事人對財產關係之明確性與固定性之期望，故許當事人合意選擇準據法，惟為避免合意選擇漫無止境而影響交易安全，故限制所選擇之適用法律在一定之屬人法範圍內，允許夫妻雙方選擇一方之本國法或住所地法為準據法。又，廢除現行法第二項招贅婚之規定，現行法之規定，乃是根據民法嫁娶婚與招贅婚之區分，男女平權已為國際趨勢，各國法制均陸續修訂以夫妻平等為原則。我國現行民法亦在民國八十七年六月十七日修訂廢止贅夫冠妻姓、贅夫隨妻之住所等招贅婚之規定，是以無論為何種婚姻基於男女平等原則，且依修正草案本條第一項即足以解決該問題，故刪除第二項關於招贅婚之規定，再者，有關不動產之部分仍貫徹現行法動產不動產統一原則，與原則依夫妻財產制應適用之法律規定，僅在不動產所在地之法律與夫妻財產制之適用法律不同時，例外規定是適用

<sup>12</sup> 司法院編印，前揭，299～300頁。

<sup>13</sup> 司法院編印，前揭，279頁、288頁。

不動產所在地法，因條文文義不甚明確，故修正條文文義求其明確<sup>14</sup>。又，涉外民事法律適用法修正草案初稿第五十條僅就文字略做修正，其立法意旨與原稿大致相同，民國九十二年十一月十一日之修正草案第一稿第四十四條則規定，夫妻財產制夫妻以書面合意適用其一方之本國法或住所地法者，依其合意定其應適用之法律，夫妻無前項之合意或其合意依前項應適用之法律無效時，其夫妻財產制依夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依其共同之住所地法，無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律，前二項之規定關於夫妻之不動產如依其所在地法應從特別規定者，不適用之。立法理由認為，現行條文關於夫妻財產制應適用之法律為能平衡兼顧夫妻雙方之屬人法，有違當前男女平等之世界潮流，爰參考一九七八年海牙夫妻財產制準據法公約、德國民法施行法第十五條、日本法例第十五條、義大利國際私法第三十條、瑞士國際私法第五十二條之立法例之精神，兼顧夫妻財產制對於夫妻及交易第三人之重要性及影響，合併現行條文第一項及第二項規定，夫妻財產制得由夫妻合意定其應適用之法律，但已由夫妻以書面合意適用其一方之本國法或住所地法之情形為限。又，夫妻無前項之合意或其合意依前項應適用之法律無效時，其夫妻財產制應適用之法律仍應與夫妻之婚姻關係具有密切關係，爰規定其應依夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，依其與婚姻關係最切地之法律。由條文內容觀之，第一稿之條文與原稿、初稿相較，其立法精神大致相同，亦即允許婚姻當事人得以約定其夫妻財產制之準據法，但採量的限制，僅允許指定夫妻一方之本國法或住所地法，又，若無指定時，則採階段性之連結，此種情形與婚姻之身分上效力之準據法相同。關於夫妻之不動產，於原稿、初稿之規定似乎有採動產不動產區別主義，不動產依所在地法，惟第一稿之條文又回復現行法第十三條第三項之規定，而具有屈服條款之性質。又關於第二項階段性連結之連結時點係採變更主義，此點與日本法例第十五條相同。

#### 伍、離婚準據法之立法方向

我國關於離婚之準據法或離婚效力之準據法，原則上係採夫之本國法主義，此種規定違反男女平等之原則，因此，面臨被修正之命運。涉外民事法律適用法修正草案原稿第九十八條乃規定離婚及其效力，依離婚時夫妻之共同本國法，無共同之國籍時，依共同之住所地法，無共同之住所時，依共同之居所地法，無共同之居所時，依其他與夫妻婚姻生活關係最切國家之法律。第二項規定，前項夫妻之一方為中華民國國民，且在中華民國有住所者依中華民國法律。立法理由認為，現行法就離婚之原因與效力均依夫之本國法，有違男女平等之原則，且就離婚之原因累積適用屬人法與法庭地法，亦極端限制當事人之離婚，離婚原因固法庭地國之公序問題，但與國際私法之公序問題則非同一概念，若有維持內國公序之必要，得以外國法限制適用之條文，排除外國法之適用，故本草案刪除現行法累積是用之規定，而將離婚之要件與效力均適用與夫妻婚姻生活關係最切之屬人

<sup>14</sup> 司法院編印，前揭，301～302頁。

法。又，離婚之法律制度包括兩願離婚與判決離婚，判決離婚故應依起訴時之法律為準據法，惟兩願離婚並不需要透過訴訟程序，為其法律規定周延，故修正條文文字為「離婚時」。第二項則為內國人保護之規定，蓋夫妻之一方為我國之國籍，且在我國有住所時，我國為其婚姻關係最切國家之一，要無異議，故以第二項規定排除其他關係亦密切之法律，而適用內國之法律<sup>15</sup>。又依修正草案初稿第五十三條規定，僅將前述條文中之離婚時三字加以刪除，其餘內容與前述之原稿第九十八條內容大致相同<sup>16</sup>。由原稿及初稿之規定可知，其係參考日本修正後之條文採取階段性之連結之立法方式，且於夫妻一方為中華民國國民而在中華民國有住所者，優先適用中華民國法律，與日本不同者，日本其第二階段之連結因素為常居所地，我國則為住所地，日本僅有三階段之連結，我國則有四階段之連結，於住所地與關係最切地之間尚有居所地，為第三階段之連結因素。依此規定，縱夫妻無共同之住所卻有共同之居所時，若一方為我國國民且在我國有住所者，則我國法律將優先於共同之居所地法。

如前所述，日本學者對於日本法例第十六條但書之規定有所批判，而我國卻又參考日本之規定，認為夫妻之一方為本國人而在我國有住所時，即優先適用我國法，實屬不當。有鑒於此，民國九十二年十一月之修正草案第一稿第四十六條即將該項規定予以刪除，依該草案第四十六條規定，離婚之原因及其效力依協議時或起訴時夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律。立法理由認為，現行條文關於離婚僅規定裁判離婚而不及於兩願離婚，(一)、關於離婚之原因及其效力應適用之法律規定亦非一致，乃合併現行法第十四條及第十五條規定，並將原規定之內容，酌以補充及修正。(二)、關於離婚原因及其效力應適用之法律，現行條文並未兼顧夫妻雙方之連結因素，與當前實務需要及立法趨勢均難謂合，乃改以各相關法律與夫妻婚姻關係密切之程度為衡酌標準，規定夫妻之兩願離婚及裁判離婚，應分別依協議時及起訴時夫妻共同之本國法，無共同之本國法時，依共同之住所地法，無共同之住所地法時，依與夫妻婚姻關係最切地之法律<sup>17</sup>。原稿與初稿之條文，既採四階段之連結立法方式，而第一稿之條文則與日本同採三階段之連結立法方式。所不同者，日本有內國法適用之保留條項，我國則無，較之日本之規定，我國之立法應屬正確。又日本並無特別規定準據法之基準時點，我國則特別強調協議離婚之場合為協議時，判決離婚之場合為起訴時。又，離婚之型態既包括判決離婚與協議離婚，則規定離婚之原因係指裁判離婚之情形，因為，協議離婚乃屬無因離婚，因此，建議將條文中之「之原因」等三字予以刪除。

## 陸、結論

<sup>15</sup> 司法院編印，前揭，303～304頁。

<sup>16</sup> 司法院編印，前揭，451頁。

<sup>17</sup> 《涉外民事法律適用法研究修正資料》，210～211頁。

我國涉外民事法律適用法關於婚姻身分效力、夫妻財產制、離婚之準據法仿立法當時之日本法例之規定，原則上採夫之本國法主義，日本有鑒於夫之本國法主義有違男女平等之原則，乃於一九八九年參考大陸法系之國家之最新發展趨勢，關於婚姻身分效力之準據法採階段的連結之立法方式，就夫妻財產制之準據法，除採階段之連結外，並導進當事人選擇制，關於離婚之準據法，除準用婚姻身分效力之準據法採階段之連結外，並參考多數國家之立法例，導進內國法保留條項。於日本已修正其國際私法之今日，我國仍維持五十年前之立法，實屬落伍，為實現男女平等之理念，對應國際私法之國際化，實現國際私法之統一目的，我國有需要就涉外民事法律適用法之上述規定加以修正。立法論上，就婚姻身分效力、夫妻財產制及離婚之準據法，仍宜仿日本及大陸法系多數國家之立法，採階段性之連結方式，關於夫妻財產制之準據法，除階段性之連結外並應參考多數國家之立法例，允許婚姻當事人得就一定範圍內之法律選擇其一作為其夫妻財產制之準據法。至於離婚之準據法，日本與多數國家為避免適用外國法之結果而無法獲得離婚之情形，乃規定內國法保留條項，惟強制適用內國法之結果將失去國際私法就與涉外身分關係有牽連之數國私法中，選擇最具密切關係法之立法目的，若適用外國法之結果而不容許離婚之情形，得依公序條款之規定，排除該外國法之適用，即可獲得解決。

## 肆、参考文献

- 1、石黒一憲，國際家族法入門 [有斐閣選書]，1983 年。
- 2、折茂豊，屬人法論，1982 年。
- 3、笠原俊宏，國際家族法概説，1991 年。
- 4、久保岩太郎，國際身分法の研究，1973 年。
- 5、國際家族法實務研究會編，問答式國際家族法の實務，1987 年。
- 6、澤木敬郎、南敏文編著，新しい國際私法—改正法例と基本通達。
- 7、溜池良夫，國際家族法研究，1985 年。
- 8、西賢，屬人法の展開，1989 年。
- 9、二宮正人，國際法における男女平等，1983 年。
- 10、南敏文，改正法例の解説，1992 年。
- 11、山田鏝一、澤木敬郎、南敏文、住田裕子，わかりやすい國際結婚と法 [有斐閣リブレ 25]。
- 12、松岡博，國際家族法の理論，2002 年。
- 13、佐藤文彦譯，國際家族法，1992 年。
- 14、横山潤，國際家族法の研究，1997 年。
- 15、土井輝生，國際私法基本判例（身分、親族），1992 年。
- 16、丸國松雄，國際私法における夫婦財産制

## 伍、計畫成果自評

本計畫之研究內容與原計畫之預期成果大致相同，應可達成預期目標。研究成果對關於婚姻身分效力、夫妻財產制、離婚等之準據法之立法方向，有相當詳細之介紹，具有學術價值，即將在國內著名法學雜誌發表。