

李後政——著

國際民事 訴訟法論

—增訂第3版—

五南出版

李後政——著

國際民事 訴訟法論

國家圖書館出版品預行編目資料

國際民事訴訟法論／李後政著．——三版．

——臺北市：五南，2015.07

面：公分

ISBN 978-957-11-8019-9（平裝）

1. 國際民事訴訟法 2. 論述分析

579.98

104001530



4T15

國際民事訴訟法論

作 者 — 李後政 (97.2)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 王翠華

主 編 — 蔡惠芝

責任編輯 — 張婉婷

封面設計 — 斐類設計工作室

出版者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106 台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

法律顧問 林勝安律師事務所 林勝安律師

出版日期 2003年4月初版一刷

2007年3月二版一刷

2015年7月三版一刷

定 價 新臺幣600元

三版序

話說從前。1983 年我在東吳大學法律學研究所修習陳長文先生之國際私法專題研究，以「外國法院判決之承認與執行」作為報告題目。次年，即請陳長文先生擔任碩士論文指導教授，並以該報告的部分擴充為「涉外民事案件決定管轄法院之方法」作為碩士論文，1986 年筆者當兵退伍，進入台大法律學研究所就讀博士班，同年 11 月擔任政治作戰學校法律學系（國防大學國防管理學院法律學系）講師。那時，讀了澤木敬郎、高橋宏志編著的「國際民事訴訟法之理論」（1987 年，有斐閣），開啓我對於國際民事訴訟法之興趣。之後陸續讀了這方面的幾本日文方面的著作。

1991 年 11 月初分發擔任台灣台東地方法院法官。幫台灣台東地方法院撰寫研究報告——兩岸條例民事審判實務，大量運用國際私法理論於「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」，包括國際民事訴訟法。1997、8 年間奉命二度在司法院「大陸法制研究會」報告「兩岸條例民事審判實務」，爲了題材之取捨大傷腦筋，最後，廣泛搜集 intranet 上最高法院等關於涉外民事之裁判、問題研究等（當時是 dos、80386 黑白電腦時期，沒有 internet），作大約三小時的報告。

2000 年我離開法官工作，同年擔任東吳大學法律學系兼任副教授，講授國際私法，第一年按照一般大學授課方式，講授「國際私法」，包括國際民事訴訟法，自己都覺得乏味。第二年改變上課方式。先發一份「國際私法概說」、「國際民事訴訟法概說」（日文，不記得是那本書的影印資料），要求同學要翻譯（自行或找人翻譯），上課以之爲綱要，大約花了三分之二學期把國際私法與國際民事訴訟法的問題，大致說明。剛開始使用板書，後來才有 powerpoint。其餘時間則增補了前述關於大陸法制研究會之資料，成爲「涉外民事之裁判選輯」。由同學分組報告。報告方式是要求整理同一類型之案例，「事實」「爭點」「法院見解」「評論或研究」。再由其他同學提問或與筆者對答。如果有不完備的，下週報告補充。

由於工作上之需要，一直對於民事訴訟法之研究與教學抱持高度的熱忱與興趣。從前述的案例搜集與整理，更發現前述「國際民事訴訟法之理論」中

的不少問題在實務上均曾經發生過，於是開始一系列的撰寫「涉外民事裁判評釋」，又陸續發表「國際民事訴訟之訴訟標的」、「大陸地區民事確定裁判之效力」。

當中包括：

涉外民事事件之處理流程——最高法院民事判決 91 年度台上字第 1164 號判決，討論涉外民事事件之處理流程。這是第一件談論涉外民事事件之處理流程的案例，也是強調「先程序後實體」的案例。

涉外海洋污染事件之一般管轄權——最高法院 95 年度台抗字第 2 號民事裁定等，最高法院關於涉外民事事件之一般管轄權裁判很多，惟類推適用說成為實務界之主流見解。

僱傭契約合意瑞士法院專屬管轄，最高法院肯定台灣關於侵權行為、不當得利等法律關係之一般管轄權——最高法院 78 年度台上字第 592 號民事判決。本案，兩造有約定關於僱用契約之爭議專屬瑞士法院管轄。原告根據「不當得利」、「侵權行為」之法律關係起訴，法院以瑞士籍被告在台北有居所，肯定自己的一般管轄權。

大陸地區法院合意管轄之效力——最高法院 85 年度台上字第 1880 號等，兩造關於大陸惠州的工程契約，合意選擇惠州人民法院管轄，當事人之一方在台北地方法院起訴，被告抗辯台北地方法院無管轄權，台北地方法院、台灣高等法院均不予理會，一直到最高法院才適用臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條，以既承認大陸法院之判決，當然也應承認大陸法院之一般管轄權為由，肯定大陸地區惠州人民法院之合意管轄之效力。

經台灣地區認可之大陸地區裁判之效力與債務人異議之訴——最高法院 97 年度台上字第 2376 號民事判決等——長榮國際案，主要談大陸法院之確定判決，台灣法院在債務人異議之訴得否為「實質審理」。

大陸地區公司之當事人能力——最高法院 89 年度台上字第 461 號民事判決——民事訴訟法第 40 條第 1 項與第 3 項之適用。以往的實務見解都認為未經認許之外國公司或未經許可之大陸公司，為「非法人團體」，依民事訴訟法第 40 條第 1 項，承認其當事人能力。本件，則認為依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 71 條：「未經許可之大陸地區法人、團體或其他機構，以其名義在臺灣地區與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為，應與該大陸地區法

人、團體或其他機構，負連帶責任。」認為大陸地區法人縱未經許可，亦應有權利能力，並依民事訴訟法第 40 條第 1 項有當事人能力。

涉外事件外國人之訴訟能力——最高法院 85 年度台抗字第 165 號民事裁定等，本件主要是關於民事訴訟之委任，委任人爲外國公司，應由何人代表公司委任台灣的律師？法院認為應適用德國股份有限公司法之規定。

涉外民事事件之當事人適格——最高法院 83 年度台上字第 169 號民事判決等。分割共有物之訴，爲固有有必要共同訴訟，即應以部分共有人爲原告，再以其餘共有人全體爲被告，當事人始爲適格。本件關於某二位大陸地區人民是否應列爲當事人，涉及其是否爲共有人，法院依據臺灣地區與大陸地區人民關係條例之規定，認為準據法爲台灣地區法律，該二人爲大陸地區人民，不得取得台灣地區之土地，因此，並非共有人，未列爲當事人，該分割共有物之訴並非當事人不適格。亦即，關於當事人適格問題，應適用國際私法，進而適用準據法決定之。

外國仲裁協議與妨訴抗辯——最高法院民事庭 81 年度第 3 次會議決議，主要探討外國仲裁協議得否與內國之仲裁協議，爲妨訴抗辯，即仲裁協議之當事人不得在內國起訴，而應提付仲裁？

外國法院民事確定裁判之承認與執行——許多案例。

破產宣告之域外效力問題——最高法院 85 年度台上字第 1592 號民事判決等，台灣法院選出之破產管理人得否在香港執行其職務，取回原屬於破產人財產。

10 多年的案例教學，逐漸累積了多篇的判決例研究與評釋，加上前述「涉外民事案件決定管轄法院之方法」之碩士論文，總結成國際民事訴訟法論，2006 年第 2 版問世（第 1 版只少量印行），嗣後增補了若干篇新著，是爲第 3 版，敬請先進、前輩多多指教。

李後政

甲午年冬，紗帽山下九思堂書屋。

序

這本書記錄了筆者 20 多年研究國際民事訴訟法的成果。

筆者願將之呈獻給引領我入國際私法與國際民事訴訟法的恩師——碩士論文的指導教授陳長文先生與博士論文的指導教授馬大法官漢寶先生。感謝他們引領筆者入國際私法與國際民事訴訟法之堂奧之門。雖然國際私法的研究，在台灣本不屬於顯學。著作、論文本就不多，國際民事訴訟法，尤然。但是他們二位給與思考與資料搜集整理方法上的啓迪，卻是筆者一輩子取之不盡，用之不竭的寶藏。

〈論涉外民事案件決定管轄法院之方法〉，是筆者在私立東吳大學法律學研究所的碩士論文。會收在本書，是因為成書之時的 1984 年，台北只有中文打字機，沒有中文電腦。原本印量不多的紙本碩士論文逐漸散逸，致偶有索求者，經常向背。因之出版，留作紀錄。更為當年年少輕狂的寫作留下紀錄。其他篇章則是陸陸續續寫就的判決評釋、研究報告。

2000 年開始擔任東吳大學法律學系國際私法課程的教學。第一年，即為教材及講授方法所困。在嘗試一年索然無味的演講式的教學後，從第二年開始即搜集涉外（或涉及兩岸）的民事裁判，發給同學研讀及報告；之後，我再參與討論或說明。每年都更新所選輯的裁判資料。在資質頗佳且相當用功的同學努力投入之下，每次上課都給我許多啓發，獲益良多，真所謂教學相長。

為什麼要印發涉外民事裁判供教學之用？

除了前述增加同學之參與感外，最主要的是來自筆者的信念——法律的生命在實際的案例。筆者從事實務工作近 20 年。對於法律規定在實務中之運作，體會頗深，也一直努力於法理與實務見解之相互啓發、發明。以往經常聽說國際私法（及國際民事訴訟法）根本沒有什麼裁判……？從筆者蒐集的裁判觀之，絕非如此。反而有許多可供學理研究，頗饒趣味的裁判。此在彰顯，國際私法（及國際民事訴訟法）絕非供在學術殿堂的學問，而是時時顯示其旺盛生命力，出現在各級法院的裁判的法律。既然如此，作為國際私法（及國際民事訴訟法）的筆者，如何能割捨不顧？尤其，那些裁判都是法界前輩焚膏繼

晷、殫精竭慮的心血結晶？

本書之成，要感謝五南出版公司願意出版冷門的法律書。更要感謝默默從事編排、美工等辛勞工作的編輯女士與先生們。沒有他們，就沒有本書。感恩。

李後政

2006/12/9 寫於紗帽山下，秋高氣爽日。

目 錄

第一章 涉外民事事件之處理	1
第一節 案例事實及法院裁判要旨	1
壹、當事人及利害關係人	1
貳、事實概要	1
參、判決要旨	2
第二節 評 釋	4
壹、緣 起	4
貳、國際私法與國際民事訴訟法之課題	5
參、涉外民事事件之處理過程	9
肆、本件判決簡評——代結論	12
第二章 論涉外民事案件決定管轄法院之方法	15
第一節 序 言	15
壹、問題緣起	15
貳、本文之主要內容	16
參、本文寫作之方法	18
第二節 導 論	19
壹、管轄權之意義	19
貳、管轄權問題與外國裁判承認之關連	21
參、管轄問題與案件準據法之關連	21

第三節 傳統上決定管轄法院之方法	31
壹、緒說	31
貳、大陸法系國家	32
參、英美法系國家	39
第四節 傳統上決定管轄法院方法之分析與檢討	56
壹、緒說	56
貳、立法體制	58
參、立法形式	59
肆、決定管轄法院之方法與其檢討	65
伍、立法政策	74
第五節 功能性分析決定管轄法院之方法	83
壹、基本觀點	83
貳、方法之變革	86
參、基本步驟	88
肆、基本價值	90
伍、基於被告之保護而得行使管轄權	93
陸、基於原告之保護而得行使管轄權	105
柒、基於紛爭之全面解決而行使管轄權	107
捌、其他得行使管轄權之情形	108
第六節 關連問題之處理	109
壹、序言	109
貳、功能性分析方法與法庭不便利原則之關連	110
參、管轄之競合與功能性分析方法	116
肆、承認外國判決之管轄權存在之條件與功能性分析方法	125
第七節 改革與建議	128
壹、吾國法制概述	128
貳、分析與檢討	135
參、改革與建議	137

第三章 合意大陸地區法院管轄之要件及效力問題	141
第一節 案例事實及法院裁判要旨	141
壹、當事人及利害關係人	141
貳、事實概要	141
參、裁判要旨	142
第二節 評 釋	144
壹、問題發生	144
貳、國際私法一般管轄權之概念及其實務見解	146
參、基於當事人合意之一般管轄權	155
肆、日本最高裁判所判決及所涉及之問題	158
伍、排除型一般合意管轄之要件	161
陸、排除型一般合意管轄之效力	168
柒、本件最高法院判決簡評——代結論	173
第四章 外國人之當事人能力	175
第一節 案例事實及法院裁判要旨	175
壹、當事人及利害關係人	175
貳、事實概要	175
參、判決要旨	176
第二節 評 釋	178
壹、概 說	178
貳、當事人能力之準據法	179
參、外國法人之權利能力	185
肆、外國法人之外國人法問題	189
伍、本件最高法院民事判決簡評——代結論	191

第五章 外國人之訴訟能力 193

第一節 案例事實及法院裁判要旨 193

壹、當事人及利害關係人 193

貳、事實概要 193

參、判決意旨 193

第二節 評 釋 194

壹、概 說 194

貳、涉外民事事件訴訟能力之準據法 195

參、本件判決簡評——代結論 201

第六章 涉外民事事件之當事人適格問題 203

第一節 案例事實及法院裁判要旨 203

壹、最高法院 83 年度台上字第 169 號民事判決 203

貳、最高法院 86 年度台上字第 3789 號民事判決 204

第二節 評 釋 206

壹、問題發生 206

貳、問題所在 207

參、民事訴訟上之當事人適格概說 207

肆、涉外民事事件之當事人適格問題 210

伍、結論：贊同最高法院判決之見解 218

第七章 外國仲裁協議與妨訴抗辯與假扣押、 假處分 219

第一節 案例事實及法院裁判要旨 219

壹、台灣高等法院 84 年度抗字第 1434 號民事裁定 219

貳、最高法院 85 年度台抗字第 227 號民事裁定 222

第二節 評 釋	223
壹、楔 子	223
貳、問題發生	225
參、不同見解	231
肆、本文見解	235
伍、結論：最高法院之裁定理由有待補充	245

第八章 國際民事訴訟之訴訟標的問題 247

壹、前 言	247
貳、國際的訴訟競合	247
參、同一事件	248
肆、外國法院民事確定裁判之既判力	250
伍、訴之合併	254
陸、訴之變更與追加	257
柒、訴訟標的理論	258
捌、各種訴訟類型之訴訟標的	261
玖、新、舊訴訟標的理論之差異	262
拾、定 性	263
拾壹、定性與訴訟標的理論	281
拾貳、國際的訴訟競合、外國法院民事確定裁判之既判力 與國際民事訴訟之訴訟標的	285

第九章 外國法院民事確定判決之承認與執行 291

第一節 案例事實及法院裁判要旨 291

壹、最高法院 84 年度台上字第 2534 號民事判決	291
貳、最高法院 88 年度台上字第 3073 號民事判決	294
參、最高法院 87 年度台上字第 1672 號民事判決	297
肆、最高法院 81 年度台上字第 2517 號民事判決	299

第二節 評 釋	301
壹、外國法院確定裁判承認之理論基礎	301
貳、形式審查主義與實質審查主義	303
參、外國法院確定裁判承認之要件	304
肆、經承認之外國法院確定裁判之效力	319
伍、最高法院民事判決簡評——代結論	323
附 錄 最高法院關於外國（包括大陸地區）判決之承認 與執行之民事裁判	325
第十章 經台灣地區認可之大陸地區裁判之 效力與債務人異議之訴	405
第一節 案例事實及法院裁判要旨	405
壹、最高法院 97 年度台上字第 2376 號民事判決	405
第二節 評 釋	420
壹、外國法院確定裁判承認之理論基礎	420
貳、形式審查主義與實質審查主義	422
參、外國法院確定裁判承認之要件	423
肆、經承認之外國法院確定裁判之效力	440
伍、強制執行請求權	444
陸、外國法院民事確定判決之宣告許可執行判決	446
柒、債務人異議之訴	448
捌、外國、港澳與大陸地區之確定判決之效力	454
玖、結 論	457
第十一章 涉外破產之域外效力問題	459
第一節 前 言	459
第二節 涉外破產之概念	460

第三節 各國涉外破產法制概說	461
壹、序 說	461
貳、德國之涉外破產制度	463
參、美國之涉外破產制度	469
肆、法國之涉外破產制度	471
伍、英國之涉外破產制度	476
陸、日本之涉外破產制度	479
柒、瑞士之涉外破產制度	487
捌、歐洲聯盟公約	489
第四節 我國涉外破產法之發展及有關問題之檢討	495
壹、涉外破產三大主義之對立	496
貳、我國法院之實務見解	498
參、破產法修正草案之規定	500
肆、結論：涉外破產選法問題	503

{第一章}

涉外民事事件之處理

▶▶台灣高等法院 89 年度國貿上字第 1 號民事判決評釋

第一節 案例事實及法院裁判要旨

壹、當事人及利害關係人

財團法人國際新象文教基金會（第一審被告，第二審上訴人兼被上訴人）

AIS PRODUCTIONS INC.（第一審原告，第二審上訴人兼被上訴人）

貳、事實概要

本件 AIS 為一藝術表演公司，受新象基金會邀請，於 86 年 8 月 20 日至 8 月 24 日分別於中壢及台北表演探戈，兩造訂立表演契約約定 AIS 29 位團員之飛機票金額及運費應由新象基金會負擔，飛機票每張金額訂為美金一千兩百元，AIS 29 位團員已依約表演完畢，新象基金會尚未給付機票費用、運費及律師費等情，業據其提出表演契約為證，並為新象基金會所不爭執，自堪信為真實。本件之兩造之爭執點為：新象基金會得以表演契約第 7 條 (c) 款為據，而拒為給付系爭機票及運費？Anywhere Everywhere 所提出之收據，是否可作為證明，並請求系爭運費與機票費用之依據？而其中表演人數及機票費用明細與表演契約所訂不符，是否影響給付之主張？AIS 是否可依表演契約第 13 條 (b) 向新象基金會主張律師費用之給付？

參、判決要旨

一、本件是否係涉外私法案件、我國法院是否取得該案件之管轄權及應適用何國之準據法為首應辨明之先決問題，茲析論如下：

（一）涉外私法案件：按涉外因素係指本案有涉外的部分，如當事人或行為地之一方為外國者而言。本件涉訟之當事人為新象基金會與 AIS，而其爭執之法律關係為兩造所訂立之表演契約。按 AIS 為外國法人，故本案就人的部分具有涉外案件所須具備之最基本要素，即涉外因素。且本案所涉及者係當事人間所訂立之表演契約法律關係，核其性質屬於私法案件，故本案為涉外私法案件。

（二）管轄法院之歸屬：按民事審判權乃普通法院所職掌審判民事訴訟案件之權限及其範圍，且國家對於人民有審判權乃基於主權之表彰所致，不容任意剝奪，本件我國法院是否為其管轄法院，亦即是否取得抽象管轄權，為得否審理之前提。經查，AIS 固未經我國認許設立之外國法人，惟其設有代表人，自有當事人能力（參見下述），AIS 起訴主張依兩造所簽立之表演契約，請求新象基金會給付運費及律師費用事件，因 AIS 為外國法人核屬涉外案件，且又屬私法關係涉訟，如前所述，為涉外私法案件。再者，本件係於我國法院所提起，一般認為若依我國民事訴訟法我國法院有管轄權，則我國法院取得對該涉外案件的管轄權。按對於私法人，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄，而因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄，民事訴訟法第 2 條第 1 項及第 12 條定有明文。查，本件訴訟，「新象基金會」之事務所所在地位於台北市大安區金山南路二段二二二號五樓，而本件表演契約之履行地係於台灣，故依前開所述原則及法律規定，我國法院自為本案之管轄法院。確定其有抽象管轄權之後，則為歸由境內何法院之具體管轄權問題，基於上述二規定，及參酌 AIS 於原審起訴時，新象基金會亦未就有關管轄之抗辯而為本案之言詞辯論，本案就此無其他專屬管轄情形下，就本案亦可認有擬制之合意管轄，故台灣台北地方法院應取得本案之具體管轄權。綜合論之，我國法院為本案之管轄法院，並由台灣台北地方法院為本案之管轄法院及取得本案之管轄權。

（三）定性：本件之事實係依兩造所訂之表演契約而為之請求，依法庭地法，即我國法律判斷，此一法律關係屬債之關係之請求，而此首應尊重當事人意思之自主，故其定性為依法律行為而成立之債之關係，此一連繫因素與準據