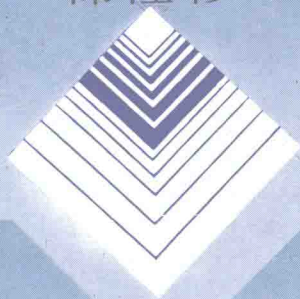


學術著作 大學用書

比較國際私法

陳隆修 著



五南圖書出版公司印行

大學用書

比較國際私法

陳隆修 著

私立東海大學法律系主任

私立東海大學法研所所長

五南圖書出版公司印行

ISBN 957-11-0020-X

比較國際私法

中華民國 78 年 10 月初版

著作者 陳 隆 修

發行人 楊 榮 川

發行所 五南圖書出版公司



局版臺業字第 0598 號

臺北市銅山街 1 號

電話：3916542

郵政劃撥：0106895-3

印刷所 茂榮印刷事業有限公司

板橋市双十路2段46巷22弄11號

電話：2513529

基本定價： 7.12 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

ISBN 957-11-0020-X

謹以本書呈獻

馬 教授 漢 寶 先生

序

在我國法學領域裏，一向偏重民、刑事法的研究，對一切國際法之研究略有輕疏。尤其過去或許由於領事裁判權長久之存在，國際私法在我國發展之期間較之英國實甚為淺短，專研此一門學科者亦屬有限，惟近年來我國對外貿易蓬勃發展，已躍居世界貿易大國之一，隨著對外關係之開拓，涉外民事糾紛亦驟增。

對外貿易之發達既掌握著我國之經濟命脈，故吾人對涉外民事法律適用之日增自亦應加以關心，國際私法學之開展亦更形重要。然如我國國際私法學者所周知，我國有關涉外民事法律適用法之規定稍嫌陳舊與簡陋，而法院於此方面之實務判例亦同嫌不足。故而我國國際私法學者無不潛心研究，努力著述，以期集腋成裘，對我國此方面之發展有所助益。作者對有關涉外契約之法律問題，較近三十年來為國際私法界風暴中心之各種美國新理論，及實務上最感迫切及困擾之管轄權確定問題及外國判決之承認與執行問題，已分別於拙作「國際私法契約評論」、「美國國際私法新理論」、及「國際私法管轄權評論」中陳述管見。

於本書上篇中，作者對屬人法連繫因素、定性、反致、公序良俗、及程序法上之問題等世界上公

認之基礎範圍加以介紹及陳述。下篇則專對奧地利新國際私法法典加以評析。第二次世界大戰以來，由於科技突飛猛進，導致社會結構發生變動，再加以政治因素造成歐洲人口之大遷徙，國際私法近數十年來不得不作大幅度之修改，以迎合社會之發展。國際私法近數十年來之最大發明，乃為各種美國新理論之創造。而歐洲除了各個海牙會議不斷地對國際私法加以適度地整理、修改外，德國、奧地利、及瑞士等國亦針對其過時之國際私法法典加以修改，並欲於其新法典中將美國新理論中之「最密切關連說」加以適度之引用。於此些新法典中，奧地利新法典不但為作者所較贊同，並且遠較其他法典甚早就率先公佈，為其他法典之法源或藍圖，故於此特加以翻譯並逐條評論之，惟作者今年忙於東海法研所之創設，並限於篇幅，於此僅能擇要加以評析。作者試圖將奧地利法典各條文與我國國際私法相對條文、英國判例學說、及美國判例學說加以比較、評析，至於德國新法典，因其性質與奧地利新法典類似，故將其條文置於奧地利新法典相關條文之注解中。

於合適之處，作者亦將遊學歐美所得之自創「國際私法立法實體化」主張闡明於適當之條文中。於本書之著述過程中，作者不但法律系系務繁忙，並且東海法研所之創設甚為艱辛，故本書由於倉促付梓，疏漏難容，尚祈讀者惠予指正。

作者於碩士班求學時即過份熱衷於國際私法之無法統一，其時剛當完海牙會議主席返國，並即將退休之 R. H. Graveson 教授於課堂上就曾善意地警告作者：「陳先生，世界上甚少人對國際私法加以注意。」於其時作者尚無法完全體會，如今回想其滿頭之結髮，完全能感受國際私法學者之淒涼與寂寞。返國後，臺灣社會更加繁榮，但亦變成一急功近利之典型功利社會，政府對教授待遇之菲薄令

人傷感，社會對真正孜孜研究之純學者之忽視令人心寒。於此病態風氣瀰漫下，年青之歸國學人甚少能潛心向學，有些打著學術招牌利用大眾傳播以取得名聲，有些則走向其他途徑以取得更加實際之社會地位或財富。相較之下，馬教授漢寶先生數十年來即對國際私法學之傳道、授業、解惑從未間斷，其對國際私法學後進之提携與照顧更為作者回國後之親身感受。相信「國際私法研究會」之大多數會員於出國留學前，所用之教科書為馬教授所著，但令人慚愧的乃是，相信大多數會員回國任教後，對學生所指定之參考書或教科書亦仍為馬教授之著作。馬教授於我國國際私法發展史上實有著不朽之地位，相較世界各國法界之發展史上，亦甚少或幾無可有與其倫比者。於此極端病態之功利社會中，馬教授能數十年如一日般地秉持著學者之高風亮節，對國際私法學鑽研不斷，其對國際私法終生之奉獻，實與宗教家對其信仰之犧牲無異。故作者於此以一後進國際私法學者之身份，表示對一前輩國際私法學者之最高尊敬與推崇——謹以本書呈獻國際私法界之馬教授漢寶先生。

比較國際私法 目錄

上 篇

◆論國際私法有關定性之問題……………三

壹、總論……………／三
貳、特論……………／三〇

◆論國際私法上屬人法之連繫因素……………四一

壹、導解……………／四一
貳、國籍……………／四六
叁、住所……………／五一
肆、慣居地……………／九〇
伍、結論……………／九三

◆論國際私法有關反致之問題.....九七

壹、導言 / 九七

貳、有關反致理論之種類 / 一〇〇

參、判例評析 / 一〇八

肆、結論 / 一一四

◆論國際私法上外國法律適用之限制.....一一九

壹、導言 / 一一九

貳、公序良俗或公共政策 / 一二二

參、外國刑罰法規 / 一二六

肆、稅法法規 / 一三〇

伍、其他公法法規 / 一三二

陸、結論 / 一三五

◆國際私法上實體法與程序法問題評論.....一三九

壹、前言 / 一三九

貳、英國程序法	/ 一四二
參、美國程序法	/ 一六四
肆、結論	一七三

下 篇

◆前言.....	一七九
----------	-----

◆奧地利聯邦國際私法條款.....	一八一
-------------------	-----

第一章 總則	/ 一八一
第二章 屬人法	/ 二三二
第三章 親屬法	/ 二四二
第四章 繼承法	/ 三〇二
第五章 財產法	/ 三二〇
第六章 無體財產權	/ 三三五
第七章 債法	/ 三三八

附
錄

◆奧地利新修正之國際私法法典·····	三八五
---------------------	-----

上
篇

論國際私法有關定性之問題

壹、總論

一、定性產生之原因

定性 (characterization; classification; qualification) 爲許多大陸法系及英美法系學者所公認國際私法上之一基本問題，但定性並非爲國際私法所特有之問題，內國法 (municipal law; domestic law) 亦有此問題。於內國案件中法官與律師亦經常將有關連之法律事實，歸納入合適之法律部門，事實上於較簡單之案件中，此步驟爲一自動之思考過程。或許於人類所有之其他部門之常識，此種將既有之知識、經驗與事實綜合歸納之步驟，皆爲不可缺少之程序。如若有死亡之事實發生，則可將其歸類爲刑法上之故意殺人罪或過失殺人罪，或民法上之侵權行爲或繼承。簡言之，定性即爲將所發生之特定法律事實，歸類於特定之法律部門之程序。

國際私法之發生，乃由於兩種不同之法律制度對同一案件有着不同之看法之故。定性之所以於國際私法中較於其他部門之法學重要，乃亦由於所牽連之不同法律制度對於同一系爭問題或對其所產生之權利、義務、有着不同歸類或定義之故。國際私法上定性問題之產生，大致上可分為五種原因，而此些原因與內國法之因素無關。此些原因如下：

1 不同之法律制度給予相同之法律名詞不同之定義，亦即不同之法律制度對於相同之法律名詞有着不同之性質與內容。例如英美法系國家傳統上屬人法之連繫因素「住所」(domicile)之定義，即與大陸法系國家之定義經常不同。甚至英美法系中之英國與美國對住所之定義，亦不相同，此並非為那個法律制度之定義為對或錯之問題，而為法院必須尋找一種原則，以決定那個法律制度之定義應適用於該案件或為一般性之適用。

2 不同之法律制度可能有着其他法律制度所無法完全了解與知道之法理。例如英美法有關信託之理念，於大陸法上即無完全類似之法律觀念。即使於同樣之英美法系中，美國及加拿大之許多州有著“mechanics lien”，亦即對不動產加以施工，服務之人，對於其費用於該不動產有抵押權，而英國却無此規定。

3 不同之法律制度對於基本上相同之問題，却交付不同之法律部門處理。例如英國以前認為違背婚約之救濟應屬於契約上之權利（但現已取消）；法國法則認為於適當之條件下，應屬於侵權行為。

4 不同之法律制度以不同之事實來組成基本上相同之法律觀念。例如日本與我國對家族成員之認定與西洋國家不同，故對「家屬」之認定亦不同。又如各國對於基於契約或侵權行為而來之請求權之

請求項目 (heads of damage)，亦各自不同。

5. 不同之法律制度以不同之科學方法達成相同之目的。例如贈予行為依英美法須以書面，且尚須有對價 (consideration)，方有拘束力；但有些大陸法國家則規定贈與行為必須經法院公證，或於公證人前為之，方有拘束力（註¹）。此些國內法上之強制規定，皆是為了適當地控制贈與行為，故手段雖不同，但目的却一致。

綜上所述，可知於國際案件中法院必須區分法律技巧與其最終之目的或政策 (policy) 之不同。於定性過程中，法院若發現所牽連之法律制度引用不同之法律技巧時，其應遵守最終目的之相同應重要於技巧之不同之大原則（註²）。

以下則列舉兩個較著名之英國判例，以說明定性為國際私法中所不可能避免之問題：

於著名之 *Agden v. Agden* (註³) 中，一住所於法國之法國未成年於英國之英國女人結婚，其並未依成人於英國與一住所於英國之英國女人結婚，其並未依法國法之規定，得到其父母之允許。英國國際私法與法國國際私法皆一致認為，婚姻之形式要件 (formalities of marriage) 應由婚禮舉行

註¹ 我國民法第四〇七條規定不動產之贈與，非經登記不生效力；第四〇八條規定贈與物未交付前，贈與人得撤銷其贈與。

註² 請參閱拙著「美國國際私法新理論」。

註³ [1908] p. 46 (A. C.)。

地法決定（本案為英國法）；又一致認為該法國之實質結婚能力（capacity to marry）應由其屬人法（personal law）法國法決定。但依英國法父母之同意（consent）應屬形式要件，而依法國法此問題應屬實質上結婚能力之問題。後英國法院依英國法而決定父母之同意應屬形式要件，故當事人依英國法不必得到父母之許可，因而婚姻有效。

於 *S. A. de Prayon v. Koppel* (註4) 中，一契約之準據法為德國法，於德國消滅時效（statute of limitation）屆至後，但於英國消滅時效屆至前，原告依該契約於英國提起訴訟。依國際私法之原則，實質上之問題（substance）應由契約準據法德國法決定，程序上之問題（procedure）應由法院地法（lex fori）英國法決定。消滅時效之問題，雖然依德國法應屬實質上之問題，然依英美法應屬程序上之問題，蓋其認為此乃法院准予原告請求救濟之特權。英法院決定消滅時效應為程序法，而由法院地法決定，故原告仍得起訴請求（註5）。

二、定性之理論

上述兩案雖皆由法院地法（lex fori）做為法院定性之依據，但正如於國際私法之其他部門一般，有關定性問題之解決辦法，亦有許多學者提出各種理論。下列則就其中較為重要之理論加以討論：

1. 法院地法理論。絕大部分之大陸法系學者皆贊同英國學者，認為英國亦採此理論，事實上於大部分之英國判例中，英國法院亦採此理論。法院如欲將外國法規以內國法之理念定性，則必須先將最近似該外國法規之內國法規加以定性，然後方可將該定性適用於該外國法規上。