

台灣財產法暨經濟法研究叢書(八)

國際私法論文選集

許兆慶 主編
吳光平 助編

伍偉華 林恩瑋
吳光平 許兆慶
許耀明 陸尚乾
陳駿賦 蔡佩芬
合著



台灣財產法暨經濟法研究協會出版

台灣財產法暨經濟法研究叢書(八)

國際私法論文選集

伍偉華、林恩瑋、吳光平、許兆慶
許耀明、陸尚乾、陳駿賦、蔡佩芬

合 著

台灣財產法暨經濟法研究協會 出版

國家圖書館出版品預行編目資料

國際私法論文選集 / 伍偉華等著. -- 臺北市：臺灣
財經協會出版：翰蘆圖書總經銷，2005〔民94〕
面：公分. -- (臺灣財產法暨經濟法研究叢書：
8)

ISBN 986-80750-4-1 (平裝)

1. 國際私法—論文、講詞等

579.907

台灣財

國際

著作人 / 伍偉華、吳光平、許兆慶
許耀明、陸尚乾、陳駿賦、蔡佩芬

編者 / 許兆慶、吳光平

發行人 / 台灣財產法暨經濟法研究協會

總經銷 / 翰蘆圖書出版有限公司

台北市重慶南路一段 121 號 5F-11

電話：(02) 2382-1120・2382-1169

傳真：(02) 2331-4416

E-mail: hanlu@hanlu.com.tw

http://www.hanlu.com.tw

郵撥帳號 / 15718419 翰蘆圖書出版有限公司

出版日期 / 2005 年 9 月

定價 / 新台幣 500 元

※ 著作權所有 翻印必究 ※

李 序

國際私法存在之事實，可考諸羅馬之萬民法，我國遠溯唐律也有「諸化外人」之規定，但近代國際私法之理論應始於西元十一世紀封建屬地確立之時。真正的國際私法之理論應濫觴於 Bartolus of Saxoferrato (1314-1357) 所提出之法則區分說。至於國際私法之規定見諸法典，則在十八世紀末。最早出現衝突規範的是一七五六年的巴伐利亞法典與一七九四年的普魯士法典，觀念完整推出且影響最大者，應推一八〇四年法國民法之緒編第三條，規定「不動產即使為外國人所有，也受法國法支配。」「關於警察及安寧之法律，對在領土內居住的所有人有效。」「關於人的身分及能力的法律，對國外之法國人仍受拘束。」其後，一八一一年奧地利，一八二九年荷蘭，一八六五年義大利及羅馬尼亞，一八六七年葡萄牙，一八八八年西班牙，一八九一年瑞士，一八九六年德國，一八九八年日本均先後制定了國際私法的條文。

我國最早之成文國際私法為民國七年，北洋政府公布「法律適用條例」。民國十六年國民政府定都南京以後，明令暫准援用，作為外國人在華民事訴訟之準據。迨至抗戰勝利領事裁判權徹底廢除，又重行擬議國際私法成文法典。民國四十二年訂定「涉外民事法律適用法」適用至今。惟在國內法

學界國際私法一直不是顯學。早在大陸有著作者有唐紀翔、周敦禮、王毓英、盧峻等人。遷台後，因有涉外民事法律適用法之立法，又有馬漢寶老師等人之努力傳揚，研習之風氣略盛。但有專書著作者亦僅梅仲協、陳顧遠、翟楚、洪應灶、阮毅成、何適、馬漢寶、劉甲一、蘇遠成、劉鐵錚、曾陳明汝、藍瀛芳、柯澤東、陳隆修、賴來焜、陳榮傳等人。近年，師承馬漢寶教授門下之學者及再傳之弟子紛紛出道，國際私法之討論會與論文日益增多。除馬教授主持之國際私法研究會之外，復有台灣財產法暨經濟法研究協會以及網路「國際私法研習會」之成立，對國際私法之研究注入活力。

許兆慶、蔡佩芬、許耀明、林恩璋、吳光平、陳駿賦、陸尚乾、伍偉華等成員均甚活躍，論文著述豐富。兆慶等人將近來論文集結成冊，內容包括總論部分之選法理論、連繫因素、即刻適用法則、當事人基本權保障，各論部分之當事人能力、代理、契約、無因管理、侵權行為、夫妻財產制等資料豐富，引註詳實。余翻閱所及，深覺本論文集對學術研究及實務均極具價值，固樂為之推介，並綴數語，以為序焉。

國際私法研究會執行秘書
中國文化大學法律系教授

李復甸 於華岡大成館
民國九十四年九月十九日

編者序

國際私法在大學學科當中受到關注的程度向來不高，涉外法制的研究者，在法學界的比例也始終偏低。值得欣喜的是，晚近三、五年之間，跨國法制的研究風氣，似乎有逐漸熱絡之勢；拜網路科技之賜，海內外包括海峽兩岸對國際私法有共同興趣的研究者組成網路「國際私法研習會」，透過國際網路的討論平台，彼此交換並分享研究心得，同時針對跨國界法律相關議題共同研究、公開討論、相互激盪，使國際私法的研究更加活潑、有趣且無國界，本書即為「國際私法研習會」成員近年研究成果的匯集。

本書依各篇論文的主題與性質區分為總論與各論兩部分，總論部分包括選法理論的比較、新選法理論的提出、近年來頗受矚目的即刻適用法則以及國際私法上當事人基本權保障議題，各論部分則包括法人屬人法、契約當事人意思欠缺之法律適用、代理關係準據法、因吳憶樺案而備受關注的監護關係準據法、夫妻財產準據法相關國際公約、以及海事國際私法上船舶碰撞與海難救助之問題等。本書編輯過程，除盡可能統一各篇論文的格式，以利讀者查閱外，並力求維持各篇作者的寫作風格，以示對原創性的尊重。

長久以來，法律學人，似仍難免文人相輕之習，闡述己

見同時，亦偶有情緒性攻擊，以致彼此的心得難以交流、經驗難以傳承、成果難以累積，甚且彼此相互抵銷，殊屬可惜。相對於此，在國際私法領域，國內大專院校擔任國際私法課程的老師們早於民國七十四年間組成「國際私法研究會」，二十年來，在馬大法官漢寶教授與劉大法官鐵錚教授以及諸位令人崇敬的師長風範引領下，已奠定相互敬重的優質傳統；「國際私法研習會」成員有感於此，彼此亦期許相互尊重、鼓勵與提攜，承諾團結這一股好不容易凝聚的力量，願共同呵護我國的國際私法園地。藉本書之成，懷抱感恩之心，特誌成員初衷，以示不忘。「國際私法研究會」執行秘書李教授復甸熱情加入研習會社群，參與討論、提供寶貴資料，並為本書賜序，特申謝忱。

最後感謝「台灣財產法暨經濟法研究協會」將本書選編為台灣財產法暨經濟法研究叢書，並感謝翰蘆圖書出版有限公司協助本書的出版。惟本書作者學植未深，疏漏違誤難免，祈蒙斯學宏達不吝賜正，幸甚矣！

許兆慶 謹序

2005/9/20 於台灣嘉義地方法院

目 錄

第一編 國際私法總論	1
❖ 國際私法選法理論之比較	林恩瑋 3
❖ 國際私法連繫因素實體化簡析——以涉外侵 權行為選法規範為中心	許兆慶 51
❖ 國際私法上「即刻適用法則」簡析	許兆慶 91
❖ 國際私法上的基本權保障問題——從德法相 關判例發展談起	許耀明 105
第二編 國際私法各論	127
❖ 國際私法中法人屬人法之研究	陳駿賦 129
❖ 論大陸公司在台灣之當事人能力——評釋最 高法院八十九年台上字第四六一號與八十九 年台上字第二八九號判決	陸尚乾 155
❖ 代理關係衝突法則國際公約與涉外民事法律 適用法之修正	吳光平 219
❖ 當事人意思自主原則下關於意思欠缺之研究	林恩瑋 279

❖ 船舶碰撞問題研究	蔡佩芬	307
❖ 海難救助準據法之研究	吳光平	377
❖ 海牙國際私法公約之研究——以一九七八年 海牙關於夫妻財產制之國際私法公約為中心	伍偉華	415
❖ 涉外監護事件之準據法與相關國際公約	許耀明	447
❖ 吳憶樺案評述	陳駿賦	483

SELECTED ESSAYS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

EDITED BY
CHAO CHING HSU
&
KUANG PING WU

Part I

En-wei Lin

- The Comparison of Different Methodology in Choice of Laws 3

Chao-ching Hsu

- Connecting Factors Substantiation Approach on Torts
Conflicts Law 51

Chao-ching Hsu

- “Lois de Police” on Private International Law 91

Yao-ming Hsu

- The Protection of Fundamental Rights in International Private
Law: A Perspective from German and French Jurisprudences. 105

Part II

Jun-fu Chen

- The Personal Law of Corporations in Private International
Law 129

Shang-chien Lu

The Capacity To Be A Party of Mainland China Corporations in Taiwan	155
--	-----

Kuang-ping Wu

International Conventions Relating to the Law Applicable to Agency and the Modification of the Law Governing the Application of Laws to Civil Matters	219
---	-----

En-wei Lin

An Analysis of the Principle of Party Autonomy: Shall the Judge Regard the Presumed or Hypothetical Intention of the Parties?	279
---	-----

Pei-fen Tsai

Research into Matters of Collision between Ships	307
--	-----

Kuang-ping Wu

A Survey on the Problem of Law Applicable to Salvage	377
--	-----

Wei-hua Wu

The Hague Convention on Private International Law -- Focus on the Convention on The Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, 1978	415
--	-----

Yao-ming Hsu

The Choice of Law in International Custody and The Relevant International Conventions	447
--	-----

Jun-fu Chen

A Comment on Iruan Ergui Wu Case	483
--	-----

第一編

國際私法總論

- ❖ 國際私法選法理論之比較 / 3
- ❖ 國際私法連繫因素實體化簡析 / 51
- ❖ 國際私法上「即刻適用法則」簡析 / 91
- ❖ 國際私法上的基本權保障問題 / 105

國際私法選法理論之比較

林恩瑋*

目 次

壹、前 言

貳、選法理論的新舊之爭

一、傳統選法理論的基礎

二、新選法理論的革命

參、規範的困境與突破之可能

一、規範的困境

二、突破之可能

肆、結 論

* 本文作者林恩瑋，東海大學法學學士，東海大學法學碩士，法國史特拉斯堡第三大學私法深入研究文憑（DEA），法國史特拉斯堡第三大學基礎私法中心博士生，律師。

壹、前言

「國際私法」(private international law; Droit international privé)一詞，自一八四三年「佛利斯國際私法文集」(le Traité de Droit international privé de Foelix)問世在法國以來，就一直為世界各國沿用至今¹。雖然中文的字義上，名之為「國際」私法，事實上國際私法之內涵，則不限於研究「國」與「國」間私法紛爭之解決，而是研究「法域」²衝突之問題。

是以傳統上，關於國際私法之研究，主要有三個面向；即管轄權的確認、準據法的選擇，以及承認或強制執行外國法院之判決³。這其中要以準據法的選擇——即法律選擇論近年來所呈現的大規模變動，最為引人注目。

長久以來，國際私法理論上，關於選法法則(Choice of Laws；le choix de la règle de conflit)的部分⁴，係憑藉著具體案件事實

¹ Y. Loussouarn P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, Droit international privé, 8e édition, p.1 (2004).

² 柯澤東，國際私法，2001年1月，頁30以下；有關「法域」定義之說明，請參見劉鐵錚，國際私法論叢，民國80年3月修訂再版，頁70。

³ 陳隆修，國際私法管轄權評論，五南圖書出版公司，民國75年11月初版，頁4參照。

⁴ 傳統上，國際私法法學討論的範圍，除了解決法律衝突的規範（即選法法則部分）外，還包括有國籍和民事法律地位等規範。英美法系國家則一向把司法管轄權、法律的選擇與適用（即選法法則）、外國法院判決的承認和執行作為國際私法的主要內容。參考馮大同等合撰，國際私法講義，人民法院出版社，1993年7月第2次印刷，頁3。陳隆修著，國際私法管轄權評論，頁

中的某些事實與某國之關聯，據以選定該國之實體法為涉外案件之準據法。這種用以決定涉外案件準據法之事實，學者稱之為「連繫因素」（connecting factors; connecting ground; point de rattachement）⁵。易言之，傳統選法理論的基礎，可謂係建立在連繫因素理論之上。

而連繫因素，作為一種選法的指引，抑或一種選法的基礎，則係於制定法律時，將各種不同的案件事實，分類為各種不同的法律類型，並假設某些連繫因素與某法律類型之案件關係最為密切，再由法官依照不同的案件，適用不同的連繫因素，選擇案件的準據法⁶（applicable law；loi applicable）。是以於方法論的適用上，並不允許法官依案件的特性，對於準據法的決定有何自由裁量⁷。

由於連繫因素本身的預設性與抽象性，使得傳統選法理論於處理各種涉外案件時，時有捉襟見肘之感⁸。這種只重形式，不重實質的選法方式，學者譏為「機械化的選法理論」⁹。是以

4。

⁵ 亦有學者稱之為「連接點」、「連接因素」等。見馬漢寶著，國際私法總論，自刊，民國 79 年 8 月 11 版，頁 58。蘇遠成著，國際私法，五南圖書出版公司，民國 77 年 9 月 4 版，頁 66。

⁶ 劉甲一著，國際私法，三民書局，民國 60 年 10 月初版，頁 91。

⁷ 陳長文，國際私法上之規避法律問題，法令月刊第 40 卷第 7 期，頁 9。

⁸ 例如，將在以下提到的 **Babcock v. Jackson** 一案，即為傳統選法理論所無法完善解決之例。

⁹ 陳隆修，論國際私法上屬人法之連繫因素，東海學報第 29 卷，民國 77 年 6 月出版，頁 251。

方法論的擇選，一向為各國國際私法學者所關切。在美國，源於六〇年代對於傳統選法理論的突破，繼而發揚光大的名案：*Babcock v. Jackson*，導引出許多創新的選法理論觀念，風潮所及，連帶影響了歐陸的國際私法學界。故本文在研究上擬分兩大部分，首先，本文擬先就傳統選法理論與美國選法理論之歷史與內容，略為論述，其次，再進一步分析各項選法理論在規範上所遭遇的困境，並就選法理論之核心爭議問題提出檢討意見。

貳、 選法理論的新舊之爭

一、傳統選法理論的基礎

(一) 薩維尼學派、屬地主義以及既得權

所謂傳統的選法理論，係指在一九六〇年 *Babcock* 案發生以前，傳統上國私學者所遵循的選法理論。首先必須指出，該理論事實上為建築在屬地主義（*territorialisme*）與既得權理論（*vested right*）的基礎上的產物¹⁰。而這兩種主義的源頭，則要追溯到十七世紀時，以 Paul Voet、Jean Voet 及 Ulric Huber 等人的觀念推動¹¹。

¹⁰ L. A. Miller, Choice of Law Approaches in Tort Actions, 16 American Journal of Trail Advocacy, 861 (1993); L. Brilmayer, Right, Fairness, and Choice of Law, 98 Yale Law Journal, 1281 (1989); L. D. Garson, Choice of Law Issues in Mass Tort Litigation, 56 Journal of Air Law and Commerce, pp. 204-206 (1990).

¹¹ P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, 8^e édition, pp.42-44 (2004).