

國立臺灣大學法學叢書
(156)

國際私法新境界

——國際私法專論



柯澤東 著

 元照

D997/86

2006

國立臺灣大學法學叢書(156)

國際私法新境界

——國際私法專論



柯澤東 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

國際私法新境界：國際私法專論 / 柯澤東著。
-- 初版.-- 臺北市：柯澤東出版：元照總
經銷，2006[民 95]
面：公分

ISBN 978-957-41-3571-4(平裝)

1. 國際私法

579.9

95005730

國際私法新境界

—— 國際私法專論

56WJD01001

2006年9月 初版第1刷

作 者 柯澤東
出 版 者 柯澤東
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 280 元
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN-10 957-41-3571-3

ISBN-13 978-957-41-3571-4

序 言

進入二十一世紀，國際私法學之發展，至少有四課題值得關注。第一，世貿組織引領新世界社會秩序，全球化理想蘊育人類新契機，傳統之國際私法面臨全球財貨交流、個人移動所引起文化、社會理念變遷之新衝擊，如何為調整。第二，大陸法系如何在衝突法則傳統固定、確定之選法方法上擷取英美彈性選法理論之優點。第三，衝突法則任擇性理論的發揚使法院地法適用提升，國際私法法院判決調和之理想與回歸法院地法適用傾向之對立如何調合、解決。第四，若干國際公序因具普世價值而國際公法化，所形成真正之跨國公序，如何融入、規範國際私法生活。以上四課題之討論與發展，都將改變現行國際私法學的面貌，將國際私法學帶入新境界。

本書所收錄之論文，乃為作者長年來研究國際私法學之心得，各篇旨趣，皆在探討、分析與評估上述足以影響二十一世紀國際私法理論、改變現行國際私法學的面貌之課題，期能在進入二十一世紀之初，對我國國際私法學作更深入發展，提供不同觀點與嶄新視野，故而乃以「國際私法新境界——國際私法專論」命名。本書並可與著者另一教科書著作「國際私法」相互參照，作為該書深入進階閱讀之輔助。

本書共收錄論文八篇。第一章旨在闡述國際私法研究前瞻開發之必要性，除了對傳統基本原則及方法問題，應觀察比較法及國際公約上觀點之演變更新外，對全球化風潮經貿發展及新科技發展所涉及法律適用，國際私法之管轄權、法律適用及判決之承

認三關聯為體統合觀察之發展趨勢，衝突法則任擇性之抬頭等，皆應關注。第二章旨在以國際貿易演進之回顧與前瞻，觀察WTO之形成與法制之演變，並結合全球化理念，探討在WTO與全球化發展特性所引發貿易自由與大企業，已然形成對國家政府之抗衡優勢，造成對傳統之國際私法面臨全球財貨交流、個人移動所引起文化、社會理念變遷之新衝擊，而從國際私法變動之探討中，發現甚多新觀念正待認同。以上二章皆以宏觀角度，鳥瞰影響二十一世紀國際私法學發展之課題，形成本書第一主題。

第三章乃以實例說明現代概念之公序原則，除了傳統防制、排除本國法益秩序因外國法適用而受到之侵害、破壞之國際公序原則外，若干國際公序因具普世價值而國際公法化，形成真正之跨國公序，更應與注意。第四章為整理與探討法院地法適用發展之輪廓，指出法院及當事人對法院地法之適用已從多面向伸張，法院應依職權適用衝突法律，究竟萎縮多少，當事人果有一日真能主導法院之法律適用，則對衝突法則或法規適用面臨挑戰即在不遠，全球化風潮下，國家立法與法院用法，恐應面臨新因應，在修正我國「涉外民事法律適用法」之同時，宜值深思。以上二章皆以法院地法之適用為論述中心，為本書第二主題

第五章在探討國際私法與國際貿易間之依賴關係，後者之發展，使其更形對前者之需要以維繫其新秩序，而後者之不斷發展，使其更形對前者之需要以維繫其新秩序，但由於後者之不斷發展，亦漸分裂、改變依賴前者所提供之方式與內容，終至自行擴張、創新，脫離前者並輔助彌補前者之缺陷，代替前者之欠缺。第六章在剖析並評述闡明現階段探討國家契約以仲裁為爭議救濟方法，仲裁管轄及法律適用等問題，期供學術研究者、法律

實務家及業界之切磋，並可作為關切商務仲裁人適用法律問題之參考。以上二章皆在論述現階段國際私法與國際貿易間之互動，此為本書第三主題。

第七章旨在剖析、介紹契約準據法問題複雜之演進，一方面為傳統固定準據法規範法則與非固定準據法規範方法之爭，另一方面為國際私法方法本身之變動演進，所產生新方法之獲接受，如已生效之國際實體法公約所形成之國際私法實體法則，代替各國衝突法則，又如即刻適用法則，更一方面，為國際商務仲裁所帶來法律適用之特殊需要，對國際私法傳統方法引起之變動。第八章旨在掌握成文法國家侵權行為準據法發展之源流，其與美國法理論及實務結合後之反響，及歐陸成文法制與美國法制適用法律方法之固有差異，一方面釐清美國革命與歐陸法系重新組合之若干不同結晶，二方面敘明歐陸法系不同於美國法之嶄新面貌，期對理論與實體法之總體把握，以饗讀者。以上二章皆在闡明一九六〇年代美國國際私法革命運動發揚之後，英美以適切法、最重要或最密切關聯為中心之彈性選法實務與理論，接續影響歐洲大陸法系國際私法之思維與因應，為本書第四主題。

本書成輯付梓，承蒙輔仁大學法學博士生吳光平先生在本書編輯、校對事宜之協助，辛勞備極，特此誌謝。國際私法學內容浩瀚，未及討論重要問題尚多。本書疏誤之處，願先進宏達指教是希。

柯澤東

序於國立臺灣大學法律學院

二〇〇六年八月二十三日

目 錄

序 言

第一章 國際私法之發展與理想——邁向 新境界

壹、國內國際私法課程與研究.....	3
一、國際私法課程之地位.....	3
二、加強對國際私法之研究.....	5
貳、國際私法研究前瞻開發之必要性.....	6
一、背 景.....	6
二、研究之新境界與理想.....	7
參、管轄權、法律適用及判決承認三關聯之統合與 國際合作.....	10
一、大陸法系與英美法系之區別.....	11
二、對大陸法系缺點之救濟.....	12
肆、國家衝突法規之地位——衝突法規適用之基本 問題.....	16
一、衝突法規為強制性（mandatory）.....	17
二、衝突法規為任擇性（optional; facultative）.....	21

第二章 論世界貿易組織、全球化及其對 國際私法之影響

壹、前 言.....	29
------------	----

貳、世界工業革命與國際貿易法律之形成與演進.....	30
一、WTO扮演國際貿易法制動力引領人類，經濟、 社會文化發展邁向新境界與新挑戰.....	33
二、WTO及全球化貿易趨勢對國家相關法律全面性 之牽動.....	35
參、全球化對國際私法之衝擊.....	37
一、全球化貿易自由削弱國家對人類共享文化遺產 特權之影響.....	40
二、全球化形成網際網路無所不在（虛擬實境）性 之國際化法官.....	43
三、全球化貿易個人自由流動對形成快速化離婚之 影響.....	46
肆、結 論.....	48

第三章 國際公序原則

壹、從國家概念到跨國概念.....	51
貳、國際私法公序原則之基本精神與性質.....	52
一、應區別於國內法之公序原則.....	52
二、一國國際公序係對外來之反響，非源自其內部.....	52
三、國際公序所適用之法律關係.....	53
四、由法官決定國際公序原則之適用.....	53
五、國際公序原則之維持與式微.....	54
參、現代跨國際公序概念之形成與發揚.....	55
肆、以實例說明現代概念之公序原則——代結論.....	56

第四章 法院地法在國際私法演進上之 功能與地位

壹、前 言	61
貳、國際管轄權為法院地法適用之基礎	63
一、國際管轄權與法院地法適用之重疊	64
二、管轄法院與法院地法適用重疊之限縮	66
三、適用法院地法作為替代之功能	66
(一)法院地法之替代地位——提供較佳之解決機制	68
(二)視外國法等同法院地法為之適用——實際抑虛 構?	69
參、現代法院地法適用之新態勢	71
一、法院地法之優越性	71
(一)基於對法院適用法院地法偏好之趨勢	71
(二)「回歸適用法院地法之趨勢」之強調	72
二、即刻適用法則與法院地法之適用	74
(一)即刻適用法之性質、目的與範圍	74
(二)制定即刻適用法在私法關係適用之限制與調和	76
三、當事人意思自主任擇與適用法院地法趨勢之強 化	77
(一)法院為主導採擇法院地法之適用，而當事人自 主為輔之類型	78
(二)由當事人主導選擇法院地法之適用，而由法院 配合為輔之類型	81
肆、當事人任擇法院地法適用之合理途徑——建議與 結論	82

第五章 現階段國際貿易與國際私法之關係

壹、前 言	89
貳、內國立法及判例所確認	93
一、大陸法系	93
(一)法 國	93
(二)德 國	96
(三)荷、比、盧三國 (BENELUX)	97
(四)義大利	97
(五)我 國	98
二、英美法系	98
三、社會主義國家	99
參、國際法源所確認	105
一、國際司法判例	106
二、其他國際貿易法律規範工具	108
(一)國際貿易習慣及其實務	108
(二)國際統一立法公約	110
肆、趨勢與展望——代結論	114

第六章 國家與外國私企業間貿易契約國際 商務仲裁之法律適用

壹、前 言	119
貳、規範國家契約之法源	120
一、國家法——特別指締約國法而言	121
(一)依締約國法	121
(二)依外國私企業國法	122

(三)反對適用任何國家法於國家契約上.....	123
二、國際商事習慣法（或稱跨國法）.....	124
(一)概 述.....	124
(二)應為被動之接受.....	125
(三)應為主動之接受.....	126
三、國際公法.....	127
(一)主觀觀點.....	127
(二)客觀觀點.....	128
四、小 結.....	130
參、國家契約仲裁法律適用之實踐.....	130
一、國家契約上國家法與國際法適用競合現象.....	131
(一)應為適用法律之選擇（準據法之選擇）.....	131
(二)法律適用之制裁制度.....	132
(三)仲裁人得參考其他法律制度合併適用.....	132
二、仲裁人如何適用有效之法律.....	134
(一)國家契約適用單一法源之情形（如基於統一法 之條款）.....	134
(二)國家契約適用不同法源之多元法律情形.....	135
肆、結 論.....	135

第七章 從國際私法方法論探討契約準據法 發展新趨勢——並略評兩岸現行法

壹、前 言.....	143
貳、契約當事人未明定約定準據法時法院之法律適用.....	145
一、方法（或規範）演進之比較表解.....	145

二、契約準據法演進——圖解	152
參、「最密切關聯」原則之發展	154
一、優點	154
二、缺點	154
三、正當性	155
肆、「最密切關聯」原則之發展與「特徵性履行」 契約之結合	155
一、國際立法	156
二、內國法例	159
(一)一九七八年奧地利聯邦國際私法規第一條之 規定	159
(二)西德法	160
(三)瑞士法	161
伍、「即刻適用法」方法在契約準據法之適用	162
一、Boll案	162
二、一九八〇年EC Convention	163
三、國內法例	164
(一)內國國際私法立法	164
(二)內國司法實務及實體法規定	166
陸、國際商務仲裁與仲裁人之法律適用	169
一、當事人於契約上有明示意思時	169
二、契約未明示約定時	173
柒、中國大陸有關契約準據法規定之探討	176
一、大陸現行法	176
二、適用「最密切關聯」原則選擇法律	176

三、「特徵性履行」之法律適用方法（人民最高 法院解釋——十五項）	178
四、「即刻適用法」之運用	180
五、法律適用特徵與評價	180
捌、對我國法之批評與建議	181
一、對我國涉民事法律適用法第六條規定之評析 （兼從比較法檢討）	181
二、面對國際及兩岸經貿易調整之需要	182
三、現行法應朝國際化與現代化為增修	182
玖、結 論	183

第八章 侵權行為準據法變動之內涵與特性 ——從美國法之革命到歐陸法系之反響

壹、前 言	187
貳、侵權行為適用「侵權行為地法」傳統單一原則之 式微	189
參、侵權行為依「最重要關聯原則」與大陸法系國家 之結合	191
一、侵權行為「最重要關聯原則」與契約「最密切 關聯原則」之共通與區別	191
二、侵權行為「最重要關聯原則」在大陸法系之兩 組主軸	192
(一)以「鄰近原則」或／與「保護原則」並存、平 行、交互選擇	192

(二)以「確定、可預見」(certainty and predictability) 或／與「彈性」(flexibility)規則或方法之組 合選擇	193
肆、侵權行為準據法在大陸法系之立法模式與特性	195
一、採現代「鄰近原則」與侵權行為地法之結合及 取代之立法例	195
(一)以「共同」較強關聯之鄰近性取代之	195
(二)以侵權行為地法為原則，但有鄰近或較強之關 係存在時，法官得優先適用後者，或由當事人 選擇之	196
二、採現代「保護原則」與侵權行為地法之結合及 取代後者之立法例	198
(一)一般侵權行為之立法型態	198
(二)若干特殊侵權行為之立法型態	199
伍、侵權行為當事人間得否適用「當事人意思自主原 則」問題	200
陸、侵權行為與國際公序之牽連關係	202
柒、結論——我國法之因應	203

附錄一 涉外民事法律適用法修正草案 總說明	207
--------------------------------------------	------------

附錄二 涉外民事法律適用法修正草案 條文對照表	225
----------------------------------------------	------------

附錄三 中國大陸民法通則	271
---------------------------	------------

第一章



國際私法之發展與理想 ——邁向新境界

壹、國內國際私法課程與研究

- 一、國際私法課程之地位
- 二、加強對國際私法之研究

貳、國際私法研究前瞻開發之必要性

- 一、背景
- 二、研究之新境界與理想

參、管轄權、法律適用及判決承認三關聯之統合與國際合作

- 一、大陸法系與英美法系之區別
- 二、對大陸法系缺點之救濟

肆、國家衝突法規之地位——衝突法規適用之基本問題

- 一、衝突法規為強制性 (mandatory)
- 二、衝突法規為任擇性 (optional; facultative)

壹、國內國際私法課程與研究

作者長久以來對國際私法之教學與研究，終能認識並伴隨該學科之傳統嚴謹方法：自涉外爭議管轄開端、內外國法律競相適用現象、選擇解決競合，及至適用法律作成判決止，透過連繫因素與國家法律之連結運作，從技術到理論；從機械邏輯到功能理論；從手段到目的考量思維之系列演進；從法官以司法依立法選法，到達今日法官依案件與某國家法律關聯最鄰近或密切（甚而即以法院地法）為適用法律趨勢，化解嚴肅刻板，展現國際私法之新貌，得以同研究其他私法學常態方法，以輕鬆自由之心境，加以探索與理解，並享受對國際私法範疇、原理及方法演變驗證境界之樂趣。

一、國際私法課程之地位

國際私法教學，均列為大學法學最後一年課程。¹因如此，學生始能真正瞭解。如所謂「法律適用」？「國際裁判管轄籍」？「外國法院判決之承認與執行」？一系列用語之基礎文義，均屬課程學習進階上所逐步累積瞭解者，無庸為跳躍性之闡釋。惟考國際私法之目的、功能與內容，以及如「買賣」、「在外國之不動產」、「離婚」、「行為能力」等意義，則在早期法學課程上之民、商事法學即已學習。本

¹ 國際私法一科目，與國際公法具密切關係，常共稱為國際法。國內東吳大學法律學院之即有專研國際法之國際公法組，包含國際公法與國際私法之研究，為國內（中正大學亦類似）採此類專門教學研究，具規模與特色者。