

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma

法律哲理與制度

On Theories and Institutions of Law

—國際私法

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會



元照出版

D997/85

2006

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma

法律哲理與制度——國際私法

On Theories and Institutions of Law—Conflict of Laws



馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會 編輯

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法律哲理與制度．國際私法：馬漢寶教授八秩
華誕祝壽論文集 / 馬漢寶教授八秩華誕祝壽
論文集編輯委員會編輯．-- 初版．-- 臺北
市：元照，2005〔民94〕
面：公分

ISBN 986-7279-49-2（精裝）

1. 法律－哲理，原理－論文，講詞等
2. 國際私法－論文，講詞等

580.107

94022664

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

法律哲理與制度——國際私法

1N09GA

2006年1月 初版第1刷

作者 馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會
出版者 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 580 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 986-7279-49-2

序

馬教授漢寶先生字襄武，安徽省渦陽縣人，民國十五年（1926）農曆十一月二十七日生於湖北省漢口市。民國九十五年（2006）欣逢先生八秩榮慶，海內外部分門生後輩仿照先生六秩及七秩華誕時之例，相約廢除俗禮，各獻所著文一篇，集之成帙，定於民國九十四年（2005）末出版預為祝壽。

是集得文五十五篇，係以先生在法學方面致力之範疇為依據而分為「基礎法學」、「國際私法」及「公法理論」三部分，並以「法律哲理與制度」為名，委由元照出版公司出版。對撰文之學者專家，於此謹致誠摯之謝忱。集文既成，負責編輯者仍本前例，不能無一言為序。

先生一生以教學為志業，宏育英才，遠及多國，堪稱能實踐「誨人不倦」及「有教無類」之古訓者。此雖為各界所已聞，仍擬以先生在兩方面之經歷為對象，述其梗概以為文集之介，或亦有益於後學。

先生尊翁壽華（木軒）公，畢業於清季末葉最早之現代化法律學校，河南法政學堂，民國元年起即任各級司法官及首長。漢寶教授尊父意，亦習法，先入上海國立復旦大學法律系肄業（民國三十三年至三十六年，1944-1947），後轉入台北國立台灣大學法律系，於民國三十九年（1950）畢業，為台灣光復後該校第一屆畢業生。

先生自台灣大學畢業，即因成績冠全級為傅斯年校長留校擔任助教。以自幼習用英語文，奉校命於民國四十一年（1952）與美籍教授陶遂（Gray L. Dorsey）合授「憲法原理」於政治系。民國四十四年（1955）起，自講師至教授，在台灣大學法律系講授憲法、法學緒論及國際私法等課程，計四十餘年。其間並在台灣大學法律研究所講授國際私法專題研究、西洋法律思想專題研究及在中興大學、輔仁大學、東吳大學、文化大學等校法律研究所兼授法律哲學專題研究、法理學專題研究及國際私法專題研究。自民國五十三年（1964）起，以後四十年間，先後在美國哈佛大學及其法學院從事研究，在美國西雅圖華盛頓大學法學院、奧地利維也納大學法學部、香港大學法學院、加拿大英屬哥倫比亞大學法學院、美國紐約市哥倫比亞大學法學院、美國聖路易華盛頓大學法學院、中國北京大學法學院，擔任客座或訪問教授；並曾在奧地利國家科學院（Osterreichische Akademie der Wissenschaften）、法國國家學術院（Collège de France）擔任講座及受聘為美國哈佛大學法學院東亞法律研究所首任「李多慈傑出學人講座」（First Lecturer, Jules and Chen Ing Chang Ritholz Distinguished Lectureship）。凡所講所授之課題均關中西法律思想與制度，尤置意兩者之比較與融貫。至教學期間，先後奉總統命擔任考試院考試委員十年（民國六十一年至七十一年，1972-1982），司法院大法官十二年（民國七十一年至八十三年，1982-1994），並承總統聘為中央研究院評議員十八年（民國七十三年至九十一年，1984-2002）。雖或任重或事繁，但傳道、授業、解惑之工作從未中輟。

先生教澤非但廣被列邦子弟，而對國內各方面人才之培訓亦不後人。先後在司法人員訓練所、外交人員訓練所、土地改革訓練所、外貿人才培訓中心等處擔任專業課程多年。同時，為協助推動國內學術之發展，促進國際間學術之合作，復曾兼任行政院國家科學委員會諮議委員、教育部學術委員會常務委員、蔣經國學術交流基金會諮議委員、中山學術基金會學術著作獎審議委員會委員。更值一提者，民國七十四年（1985），先生集合全國大專院校國際私法教授與學者成立國際私法研究會，並被推為會長。該會以交換教學經驗與研究心得為宗旨，多年來經常舉辦研討會、專題演講，並在各會員努力之下，迭有書籍出版，皆有助於提升國內國際私法學之研究、教學與師資之培育。

此外，民國八十七年（1998），為提倡文化及教育事業多盡一份力量，乃以馬府自己之力，成立「馬氏思上文教基金會」，嗣即以此基金會與國立台灣大學法律學院合作，在該院設「馬漢寶法學講座」及「馬漢寶訪問學者講座」，定期舉行學術演講並發表論文。自民國九十二年（2003）始，已有法學講座教授林文雄先生與王澤鑑先生兩位。自民國九十三年（2004）始，已有訪問學者加拿大之彭德（Pitman B. Potter）教授及瑞士之勝雅律（Harro von Senger）教授兩位。

上述學術講座之設立，可謂開國內風氣之先，有足多者。民國八十九年（2000），先生在台灣大學法律系任教滿五十年，法律學院鄭重其事，舉辦「春風化雨半世紀～馬漢寶教授教學五十週年」慶祝活動，並以金質紀念獎牌相贈，其上刻有下列文字：

這是對一位傳道、授業、解惑的師表的肯定與崇仰！

也是對一位誨人不倦、有教無類的師長的肯定與祝福！

更是對一位執教上庠、講學三洲、經傳五校，以謙沖之懷、如玉之德，

陶冶溫潤千萬顆青年學子心靈達半世紀之久的偉大師表的肯定、崇仰與祝福！

馬教授漢寶先生任教上庠滿五十週年誌慶

門牆逾一萬 讀萬卷書 行萬里路

絳帳垂半百 享百年壽 作百世師

國立台灣大學法律學院全體 敬賀

二〇〇〇、五、二十四

編輯者咸以為此段文字最足表述漢寶教授畢生之志業與成就，且可兼申祝嘏之敬，故謹錄之以為本序之結語。

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會

中華民國九十四年（2005）十二月

目 錄

序 馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會

◎國際私法

(作者依筆劃排序)

- 論國際私法中關於反致之適用 王海南... 1
- 論涉外民事法律適用法第6條
與當事人意思自主原則 李子文... 35
- 國際商事仲裁協議之運用及發展趨勢 吳光明... 81
- Lex Mercatoria在仲裁上之適用 李復甸... 107
- 大陸關聯企業法制之研究 何曜琛... 131
- 兩岸仲裁判斷執行實例與展望 李永然、鍾元珖... 191
- 涉外破產之域外效力問題 李沅樺... 207
- 論國際私法上之先決問題 林秀雄... 255
- 外國法人國籍與認許之分析
——以涉外民事法律適用法第二條為範圍 林誠二... 271
- 生物科技在WTO之研究課題 洪德欽... 289
- 人口販運之國際規範初探 高玉泉... 347

- 美國有關外國國家放棄管轄豁免的
理論與實踐 陳純一... 365
- 世界文化遺產的法律規範 陳榮傳... 387
- 債之移轉之準據法 廖蕙玟... 411
- 國際私法中區際法律衝突之研究 賴來焜... 429
- 文化認同與國際私法 賴淳良... 463
- 馬漢寶教授簡歷

◎基礎法學

- 法律的合法性與正當性
——兼談我國法官的法律智慧……………王寶輝… 1
- 維根斯坦、法律、智慧財產權……………王敏銓… 25
- 韋伯的法律與資本主義論及其應用……………江耀國… 47
- 法理學考古初探
——從當代知識社會學談起……………江玉林… 61
- 天主教教會法（Canon Law）之研究……………成鳳樑… 87
- 類推適用與民事實務
——最高法院有關消費者保護法類推適用
之判決見解試評……………朱漢寶… 117
- 現行法中之道德管制及其正當性……………何建志… 139
- 凡庸之惡
——「法」學者笈克彥與增田福太郎……………吳豪人… 177
- 專利權保護之法理正當性……………何愛文… 201
- 回歸法律原則
——債法方法論上之大轉向？……………邱聰智… 239
- 法律解釋……………黃茂榮… 319
- 審理家事事件整合心理諮詢模式之初探
——以台灣台北地方法院家事法庭祥股試
行之經驗為例……………彭南元… 391

- 論法之理想因素 楊奕華... 487
- 知識產權專業教育制度及課程設計之探討
—— 以台灣政治大學知識產權研究所
 為例 劉江彬、葛孟堯... 507
- 建立時效停止制度之立法芻議 劉宗榮... 529
- 比較法的援用與解釋問題 鄧衍森... 553
- 描繪台灣身分法基礎教育的實然面貌
—— 一個法社會學研究的初步嘗試 劉宏恩... 569
- 以經濟分析突破概念法學的困境
—— 兼回應熊秉元教授的幾個觀點 謝哲勝... 607
- 朝鮮朝初期刑事法之基礎與
 中國傳統法律思想 韓基宗... 639
- 黑格爾法律哲學之研究 韓毓傑... 651
- 從社會利益說 (Theory of Social Interests)
 論信徒得否請求返還宗教奉獻金 蘇銘翔... 681
- Stratagem Prevention Through Law in the
 People's Republic of China Harro von Senger... 697
- 馬漢寶教授簡歷

◎公法理論

- 「民之父母」與先秦儒家古典憲政思想初探
——從上博楚竹書簡文談起……………李念祖… 1
- 歷史·國家·行政·法律
——歐洲近代前期行政法史汎論……………李建良… 49
- 普通法傳統下的第一個憲法法院
——南非憲法法院……………吳志光… 101
- 論國際投資之徵用與財產人權……………何明瑜… 131
- 中央政府再造與組織法制變革……………林明鏞… 153
- 我國地方自治團體之資訊公開法制化芻議……………紀振清… 189
- 行政程序法的理念與立法……………翁岳生… 229
- 再論機關的法人化……………許宗力… 247
- 資訊揭露與公司治理……………陳志龍… 269
- 大法官是否有發布暫時處分之權限與「真
調會條例」合憲性問題意見書……………陳春生… 305
- 憲政僵局與釋憲權的運用
——檢討機關忠誠的概念問題……………陳新民… 345
- 淺論法律扶助和訴訟救助之關係……………張文郁… 395
- 宗教團體的宗教自由與商業行為……………張永明… 417
- 美國不當勞動行為裁決機制之研究……………焦興鎧… 459

- 一般法律原則與行政法實務..... 葛克昌... 491
- 淺論德國法上之警告性裁判..... 楊子慧... 515
- Law, Economic Regulation and Political
Change: Comments on Selective Adaptation
in Mainland China and Taiwan..... Dr. Pitman B. Potter... 561
- 馬漢寶教授簡歷

論國際私法中關於反致之適用

王海南*

目 次

壹、前 言	二、轉據反致
貳、歷史回顧	三、間接反致
一、案 例	四、重複反致
二、學 說	陸、不適用反致之情形
參、反致發生之原因	一、基於條約規定
一、因連結因素差異所致	二、基於內國法明文規定
二、因定性差異所致	三、違背反致之原意或精神
三、因管轄規定所致	柒、我國國際私法關於反致之規定
肆、理論爭議	一、類 型
一、贊成理由	二、適用範圍
二、反對理由	三、對於反致規定的檢討
三、評 析	捌、結 論
伍、反致之類型	
一、直接反致	

壹、前 言

所謂反致，初始意義為：就某項涉外案件，根據內國衝突規範應適用某外國之法律，而根據該被指引之外國衝突規範卻應適用內國法律而言¹，法文名之為renvoi，英文稱remission，而德文則曰

* 國立政治大學法律系副教授。

¹ 請參閱馬漢寶，頁215。（以下各注釋所參考、引用之書籍，請參閱後文之參考文獻）

Rückverweisung。按renvoi在法文中有「發回²」、「回復³」或「把球擲回⁴」等意思。反致其實是國際私法中之一種程序⁵或工具⁶，用以找尋並確定涉外案件應適用之法律為何，故以renvoi表示這種適用法律之過程頗為貼切。然而隨著國際私法發展以及各國對於反致所持態度不同或立法方式有別，反致的意義已延伸為根據被指引之國的衝突規範（Kollisionsnorm, Kollisionsrecht）應適用其他國家法律的情形⁷，因之本文稍後論述之轉據反致（Weiterverweisung）與間接反致（Weiterverweisung mit Zusatzverweisung auf Ausgangsstation）亦歸屬於反致之意義之內（請見以下「反致之類型」）。

考反致之所以發生，係肇因於各國衝突規範對於同一涉外事件所規定之準據法有異所致⁸。不僅如此，必也被法庭地之國際私法所指引之外國法，須係該國之法律全部，此即所謂之「全部轉引」（Gesamtverweisung）或「國際私法（衝突法）轉引」（IPR-Verweisung¹⁰）；如若僅指該外國之實質法¹¹，即所謂之「實質

² 馬漢寶，頁215；梅仲協，頁214。

³ 馬漢寶，頁215。

⁴ 見Dubois, renvoi條：returning, throwing back (d'une balle)。

⁵ 相同看法見：劉鐵錚，頁197；劉鐵錚、陳榮傳，頁493；劉甲一，頁126；Collier, P. 21。因此非如梅仲協（頁214，章節標題）所稱係反致「法」。另請參Levontin, P. 50 (Fn. 103)。

⁶ 亦有稱之為「選法技術（choice of law technique）」者，如：Sykes/Pryles, P. 216。

⁷ 國內國際私法教科書或文獻大多採用這種較廣之定義。例如：劉鐵錚，頁197；曾陳明汝，頁309以下；洪應灶，頁51；梅仲協，頁214；德國亦將反致作廣義定義，見：Firsching, S. 61 ff.; von Hoffmann, S. 230。

⁸ 劉甲一，頁126。

⁹ 馬漢寶，頁219，稱之為「全體法之指向」；曾陳明汝，頁310，則名曰「全部轉引」；蘇遠成，頁57，稱「總括指定」。

¹⁰ Kegel認為“Gesamtverweisung”用語不夠精確，因而採用德國帝國最高法院判決向來使用之術語“IPR-Verweisung”（國際私法轉引），見：Kegel, S. 240。

¹¹ 所謂實質法（Sachnorm, Sachvorschriften, Sachrecht），係指涉外民事法律關係中應適用之民法、商法及其他相關實體法規定而言。此係衝突規範（Kollisionsnorm, Kollisionsrecht）之相對概念，而非程序法（例如國際民事訴訟法、國際私法中關於管轄或程序之規定、民事訴訟法）之相對概念。由於國際私

法轉引¹²」(Sachnormverweisung¹³)，則因無由發生法律衝突，不生反致問題。反之，若該外國法係法律全部而包含國際私法在內，則依其規定，系爭涉外案件應適用之準據法，應為法庭地法或另一國之法，準據法規因之發生衝突，如是始有可能發生反致。

目前雖有許多國家之國際私法拒絕反致，例如：義大利、希臘、西班牙、土耳其¹⁴、丹麥、挪威、瑞典、美國大多數州¹⁵。但採用反致之國家仍居多數，其中有法律明文規定者如：德國、奧地利、瑞士、匈牙利、波蘭、羅馬尼亞¹⁶、日本、俄羅斯、哥薩克¹⁷、委內瑞拉¹⁸；實務承認者如：荷蘭、盧森堡、比利時、英國、法國等。而在接受反致之國家中，復有不同類型，或以接受反致為例外情形（如：瑞士、荷蘭、波蘭、哥薩克）、或有條件接受反致¹⁹、或僅接受直接反致（羅馬尼亞）、或同時接受直接反致與轉據反致（如：德國、奧地利），而我國規定更為繁雜（詳見後述）。

本文擬先回溯反致之歷史，再依次論述反致發生之原因、反致

法關於衝突規範之規定並非程序法（不同說法見：劉鐵錚、陳榮傳，頁16以下），因此本文不使用相對於程序法之「實體法」(materielles Recht)一詞，以免誤會。

¹² 馬漢寶，頁219，稱之為「實體法之指向」；曾陳明汝，頁310，則以「實體法之轉引」名之。

¹³ Kropholler認為使用“Sachnormverweisung”一詞，容易被人誤會為：被指引國係複數法域國家之衝突規範，並說明何以海牙國際公約使用“innerstaatliches Recht” (loi interne)（內國法），以及德國民法施行法第3條第1項使用“Verweisungen auf Sachvorschriften”（實質規定轉引）之原因，見：Kropholler, S. 160.

¹⁴ 以上各國見：Riering所刊資料。

¹⁵ 請參閱Staudinger/Hausmann, Anhang zu Art. 4; Kropholler, S. 158; 亦請參洪應灶，頁55以下。

¹⁶ 以上各國見：Riering所刊資料。

¹⁷ Weishaupt, IPRax 2002, S. 54.

¹⁸ Fernandez-Bretón, IPRax 1999, S. 195.

¹⁹ 所謂單面反致，如前東德之法律適用法（Rechtsanwendungsgesetz）第3條僅承認因反致適用東德法之情形，因反致而適用其他國家之法律之情形，則一概不予承認。

之爭議和類型、反致適用之範圍，最後檢討我國現行規定，並藉外國立法例以及反致之功能提出修正淺見。受限於時間和篇幅，關於反致與複數法域（一國多法）之法律適用關係，以及個別法律關係之準據法是否排斥反致等相關問題，容另撰文討論。

貳、歷史回顧

一、案 例

（一）福哥案

反致始於何時，國內論述雖無定論²⁰，然率皆同意，十九世紀末葉發生於法國之「福哥案」，係引起國際私法學領域正視內國法院以反致方法處理涉外案件之重要案例²¹甚或首例²²。

福哥（Franz Xaver Forgo²³）於西元一八〇一年在巴伐利亞國（Bayern）出生，係非婚生子，五歲時隨其母（Anne-Marie Dischtle²⁴）遷居法國。母親嫁於法國人，因之取得法國國籍。福哥終其一生未曾離開法國，娶一富有法國女人為妻，未有子女。夫妻採用共同財產制。後其妻先死亡，福哥則於西元一八六九年卒於法國南部Pau，留下大筆動產，未立遺囑。福哥之母系旁系血親認為，根據巴伐利亞一七五六年民法（Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis）第三篇第十二章第四條規定，彼等係福哥之法定繼承人，因此可以繼承福哥留在法國之遺產。法國國庫（Administration des Domaines）則主張：福哥係非婚生子，根據法

²⁰ 請參閱馬漢寶，頁217；劉鐵錚，頁197，註10；劉鐵錚、陳榮傳，頁493，註2；曾陳明汝，頁311；梅仲協，頁215；劉甲一，頁126；洪應灶，頁53以下；蘇遠成，頁57。

²¹ 劉鐵錚，頁197，註10；劉鐵錚、陳榮傳，頁493；梅仲協，頁215；洪應灶，頁54。德國文獻見：von Bar/Mankowski, S. 697.

²² 例如：馬漢寶，頁218；曾陳明汝，頁311；劉甲一，頁126；德國文獻請參：Firsching, S. 63; von Hoffmann, S. 230; Staudinger/Graue, Art. 27 Rdnr. 19.

²³ 法國文獻作François Xavier Forgo，見Staudinger/Graue, Art. 27 Rdnr. 19.

²⁴ 或依法國文獻作Ditchl，見Kegel, S. 238; Staudinger/Graue, Art. 27 Rdnr. 19.