

國立臺灣大學法學叢書 (55)

國際私法



柯澤東 著

二〇〇二年八月二版



元照出版

國立臺灣大學法學叢書（五五）

國際私法

柯澤東 著

二〇〇二年八月二版

元照出版公司

國立臺灣大學法學叢書（五五）

國際私法

5C21PA

2002 年 1 月 修訂第 3 刷 2002 年 8 月 二版第 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 台北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 450 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (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 957-41-0449-4

自序

國際私法乃為解決民商事件法律衝突之大法，以法院及仲裁之運用為中心實踐。法院以剛性管轄作成判決，仲裁以柔性管轄作成判斷。前者為開放之權利救濟管道，而後者必以當事人合意之仲裁契約為基礎。

傳統上，國際私法之基本方法，乃透過「連繫因素」決定選擇一「國家法律」之適用為主軸解決爭議。半世紀以來，我國「涉外民事法律適用法」運用不彰，而在我國邁入新世紀，面對國際、亞太及兩岸關係，法制務須為調整因應。今後應藉對「涉外民事法律適用法」之修訂及配合其他措施，鼓勵法官改變態度，增進新知，認真用法，加強裁判品質，司法再造。

數十年來，國際社會、經濟、科技文化、服務及法律因素之變動，國際私法之演進，朝三大趨勢發展：一為國際私法方法運用上之式微：此指因應國際經濟社會變動，「非國家法律」之制定，及其擴大適用，以避免國際私法傳統方法不確定、不安定及不可預知，作為解決爭議基礎之缺陷，擬藉由國際公約所形成異於「國際衝突法則」之「國際實體法則」（國際商品買賣契約統一法、如漢堡規則等）；以及國際商會以各國不同內國習慣為基礎，制定條文化之「國際習慣」法典（如「信用狀統一慣例」及「國貿條規」等跨國商事慣例—New Lex Mercatoria）作為規範，直接、間接取代並削弱對國際私法傳統適用方法之依賴。二為高科技新產業等「特殊」因素，導致「國家法律」適用方法之多元化：如

II 國際私法

侵權行為在陸、海、空及環境各類型重大跨國災難事故之損害賠償事件，依傳統準據法顯非適當；傳統債權契約準據法適用於消費者保護、國際金融、保險等，具特徵性履行契約類型，亦有困難，務為法律適用技術之區隔。三因社會、倫理因素變動，憲法兩性平等原則，身分法理念社會化之變遷及外勞僱傭契約關係等——由私法向社會法，再朝公法之變動，均面臨單純以連繫因素決定準據法之不足與困境。

由上述三方向所引起種類繁雜新型態法律關係之特性，如何區分其適用法律之原理與技術，及應如何與國內法修法更易銜接，俾達實用、合理、前瞻與符合我國國情，均重點所在。而國籍、住所、居所基本連繫因素問題，因國際關係接觸頻繁之複雜化，所生相互間輔佐、替代功能及地位之變化事實，亦為現代國際私法發展之特徵。

以上多元變動所引發我國國際私法修法之必要，當須考慮及若干法機制之運用，以為補救。譬如應如何引進由英美「適切法」（proper law）彈性原理、方法之發展，使時下風靡之「最密切關聯國家法律」原則得以發揮運用，並兼顧傳統維護「連繫因素」法規固定性之優點，俾使兩者能調整配合；為防範「公序條款」之濫用及政策性、社會利益之保護，考量某些法律關係，以「即刻（直接）適用法則」之方法，明文規定強制適用，納入修法條文中，以資肆應；為因國際社會之交往頻繁、複雜，法院地法適用之趨於重要，用以節制外國法；另就當事人得自由處分而不妨害他人及社會利益之債權契約或侵權行為金錢債務訟案，宜重新檢討「涉外法」準據法規定，是否非賦予全面性強制適用效力不

可之問題(如 69 年台上字第 1728 號判例)?以開啓法官得於當事人未主張適用外國法,或依當事人合意主張適用法院地法時,適用法院地法之機制,以減除法官調查外國法及當事人舉證外國法時間、金錢之負荷等,限縮法定衝突法則拘束法官之強制性。以符國際實務趨勢,以上諸端,為新世紀國際法之思潮與修法上可實用參採者。

另一方面,我國前「商務仲裁條例」已於八十七年為「仲裁法」所取替,該法第三十一條明定:「仲裁庭經當事人明示合意者,得適用衡平原則為判斷」。則仲裁人除就普通法院所得適用之法律及國際商事習慣外,尚可因當事人之明示同意,適用公允善意及商業現實之衡平原則。此一規定,符合仲裁之國際精神與實務,擴大仲裁人適用法律之自由與權力,開展仲裁與國際私法廣義法律適用結合之新領域,提高我國仲裁法制規範內涵與國際化,增廣國際私法之內涵。且八十八年我國修正新海商法甫就載貨證券涉外法律之適用及其仲裁條款效力,均有嶄新增定,對律師及法官形成新挑戰,為我國司法品質之提升,提供新契機。

本著共分為四篇。第一至第三篇為傳統國際私法之內涵。但由於下一世紀我國即將面臨全面性國際社會之參與,三十年來國際商業社會法制之發展基本問題,就其法律適用,我國一向未為應有之關切與回應,今後應隨客觀環境之變遷而擴大胸襟、視野,涉外民商事法律之適用,必會因需要與考驗而成為國際私法發展上重要環節,本著於傳統國際私法法律適用問題為繼續探討外,最後另闢新篇,討論國際特別商事法律關係之法律適用,國際私法法學領域於方法與範圍,數十年間已有重要之變動與擴

IV 國際私法

大，除就傳統狹義國際私法運用外，更已擴及廣義現代之法律適用功能，我國應於新世紀之來臨加速迎頭趕上。

綜之，本著就國際私法分成狹義與廣義二部分，以四篇論述，兼顧傳統與現代；國家法律與非國家法律之適用方法。對國際私法之學習與研究者，本書應兼具基本、廣度、深度與前瞻。初學者可以之為入門手冊，識者可用為問題之砌礎。國際私法學精深博大，學海無涯，本著論述，缺失遺漏之處，願高明宏達指正。

柯 澤 東

序於考試院玉衡樓考試委員研究室

民國八十八年十月

二版序

本二版主就第二篇第四章衝突法則適用之原則內容加以擴增，篇幅尙大包括第一節中國際公序層次意義在國際私法內含上之說明予以充實。除就原先提出之防制國際私法濫用之大陸法制之即刻適用法外，同時新增英美法上「強行法」(mandatory rules) 概念及其運用。並探究「強行法」與公序及與即刻適用法間用語交錯、內涵廣狹義之差別及特性；特別針對世界跨國公序長期以來慢漸透過國際法各種領域，及其在內國法律理論與實踐之變遷中，所形成另一嶄新超越國家疆域藩籬的新世界秩序含義之公序加以論述，並以之與內國公序、國際私法之公序爲比較。故屬國際公法與國際私法交錯層次之連結，由於全球化與貿易自由變動，法律人須進一步瞭解國際私法與跨國法秩序間之關聯。

其次有關同章第三節規避法律項目中，除酌修段落文字外，另闢英美法上之「不方便法庭原則」，雖與規避法律問題無直接關係，但其與選擇有利法庭 (forum shopping) 有關。「不方便法庭原則」爲比較國際私法管轄問題在英美法上之重要部分，本著利用二版修訂補述。

另就同章第四節中，有關英國所採反致制度，所謂「雙重反致」理論補充以圖表及說明，使讀者更易瞭解英國「外國法院理論」所指。

最後就第三篇第一章章名及若干部分之文字酌修。

柯 澤 東

序於考試院傳賢樓考試委員研究室

民國九十一年八月

作者簡介

柯澤東

學 歷

法國巴黎大學法學博士

現 任

考試院考試委員

國立臺灣大學法律學院教授

曾 任

國立臺灣大學法律學系系主任

國立臺灣大學法律學研究所所長

國立臺灣大學法學院院長

中華民國交通部海商法修訂委員會委員、召集人

中華民國仲裁協會技術委員會委員

中華民國仲裁協會仲裁人

擔 任

海商法、國際私法、國際貿易法、保險法、仲裁法、
環境法等課程

出版著作

國際貿易法專論、國際私法、海商法論、最新海商法
—貨物運送責任篇、海商法修訂新論及環境法論等

目 錄

二版序

自序

第一篇 導 論

第一章 國際法之目的與涵義	3
第一節 研究國際法學之目的	3
第二節 國際法與國內法之區別	4
第三節 狹義之國際法	4
第四節 廣義之國際法	6
第二章 國際私法與國際公法之關係	8
第一節 國際私法與國際公法之共同要素	8
第二節 國際私法以內國法為基礎	8
第三節 國際私法對國際公法之依存關係	9
第四節 國際私法與國際公法之分離	10
第五節 國際私法之現實主義	11

第二篇 國際民事關係法律適用

第一章 國際私法緒論	15
第一節 國際私法發生之基本條件	16
一、外國人地位之承認	16

二國家主權受尊重及內國司法權獨立自主	17
三國際私法不因國家間正常外交關係之中斷而停止發展	17
第二節 國際私法法律適用方法之演變	18
一問題背景——國際社會之變動	18
二法律適用方法之類型及其發展	19
(一)就傳統方法言	20
(二)就現代方法言	22
三國際私法兩種法律適用方法之並存	24
第三節 國際私法之意義	25
第四節 國際私法之性質	32
一國際私法爲國內法抑國際法	32
(一)國內法說：本說從以下七個觀點主張國際私法屬國內法	32
(二)國際法說：本說亦提出數個主張，並加反駁	33
二國際私法爲公法抑私法	35
第五節 國際私法之法源	37
一國內法源	38
(一)國內法律	38
(二)國內判例	39
(三)國內習慣	40
(四)法理及學說	41

二國際法源	42
(一)國際習慣	43
(二)國際判例	43
(三)國際條約	45
第二章 法律衝突之方法	50
第一節 衝突法則之精神與功能	50
一、法律衝突法則之功能	50
二立法與司法之相互作用	51
第二節 法律衝突解決之技術	52
一、表解	53
二實例說明	55
第三章 法律衝突之解釋	59
第一節 連繫因素	59
一、定 義	59
二連繫因素決定準據法之過程	60
三實例說明連繫因素在國際私法上之地位	61
四連繫因素與牴觸法規之形成	64
第二節 法律適用之分割方法 (Dépeçage)	67
一、意義	67
二舉例	67
三為實體法之明文規定所採	68
四另外，有排除國家法律之適用	68
第三節 定 性	68

一、定性問題之發生	68
二、定性之意義	69
三、定性所應適用之法律	71
(一) 依法院地法(<i>lex fori</i>)定性	71
(二) 依涉訟案件原準據法(<i>lex causae</i>)定性	72
(三) 依比較法(<i>comparative law</i>)獨立定性	73
四、批評與建議	73
第四節 附隨問題	78
一、概 念	78
二、演 進	78
三、附隨問題之準據法	79
(一) 原因準據法說 (或稱案件準據法說)	79
(二) 法院地法說	79
四、案 例	80
五、法律適用分割方法 (<i>Dépeçage</i>) 與附隨問題	82
六、定性與附隨問題性質上差異之比較	83
(一) 二者問題上之區別	83
(二) 實務趨勢之演變	84
第五節 時間變動所引起法律適用問題	85
一、衝突法則之變動	86
二、連繫因素之變動(<i>Mobile Conflict</i>)	89
三、實體法新、舊法變動(<i>Transitory Conflict</i>)	89
第四章 衝突法則適用之原則	93

第一節 國際公序	94
一、概念與用語	94
二、內國公序與國際公序本質與範圍之區別	96
三、區別「內國」與「國際」公序之必要與實益	96
四、我國對國際公序原則之規定、內涵、性質	98
(一) 意義	98
(二) 性質	98
(三) 內容	102
(四) 適用與限制	103
五、國際公序原則適用之效果	105
(一) 一般效果	105
(二) 萎縮效果	106
(三) 反射效果	107
六、國際公序運用上之缺點與補救	107
(一) 國際公序之濫用	107
(二) 國際公序濫用一般之防止	108
(三) 國際公序濫用特殊之防止	108
第二節 國際公序之濫用與救濟	109
一、問題說明	109
二、大陸法系——即刻適用法	110
三、英美法系之強行法	113
(一) 廣義——屬國內法	113
(二) 狹義——國際私法	114

(三)最狹義——屬國際法下之跨國公序	118
第三節 規避法律	121
一、意 義	121
二、範 圍	122
三、規避法律之理論基礎	124
四、規避法律之制裁	125
五、國際公序與規避法律之關係及其間異同	126
六、不方便法庭原則	127
(一)概 說	127
(二)意 義	127
第四節 反 致	130
一、概 說	130
二、福哥案之事實及判決	131
三、反致之種類	134
四、我國涉外民事法律適用法對反致之規定	135
五、反致原則是否應予維持之辯論	136
(一)反對反致之理由	136
(二)支持反致之理由	139
六、反致原則適用之限制	141
七、英國國際私法之反致理論	142
(一)案例事實	142
(二)各國之準據法條件	142
(三)英國法院應如何選擇準據法	143

(四)就上例作圖示，並說明雙重反致之選法效果..	143
(五)對雙重反致之總評	144
八美國國際私法（衝突法）上之反致	145
(一)美國國際私法之發展	145
(二)美國法律衝突對反致制度之反響	152
第五章 外國法之適用	155
第一節 因法律衝突法則而適用外國法——外國法	
適用之理論基礎	157
一、因既得權（Vested rights）尊重之結果	157
二、外國法接受說（reception）	158
三、受外國立法之委任說（delegation）	158
第二節 外國法之性質	159
一、外國法事實說	159
二、外國法法律說	160
第三節 外國法之證明	161
一、由當事人負舉證外國法之責任——主張外國法	
為事實者之當然義務	161
二、由法官調查外國法——主張外國法法律說之	
當然結果	161
三、比較法上外國法之舉證責任	162
第四節 外國法適用錯誤之控制	164

第三篇 涉外民事關係準據法

第一章 涉外民事法律適用法是否為強制法之基本

問題	171
第一節 我國司法實務	171
第二節 比較法實務發展趨勢	175
一、英美法	175
(一)英國法上兩原則	175
(二)美國法之原則與例外	175
二、大陸法	176
第三節 外國實務上問題之分析	179
第四節 法官得任擇適用法院地法之條件	180
第五節 法院實踐提升適用法院地法之趨勢	182
第二章 權利能力與行為能力	185
第一節 權利能力	185
一、權利能力準據法	185
(一)屬人法主義	185
(二)法律關係準據法	185
(三)法院地法主義	185
二、我國法之規定	186
三、死亡宣告	186
(一)死亡宣告之管轄	187
(二)死亡宣告之準據法	188
第二節 行為能力	189