

國際私法研究會叢書 -

美國國際私法新理論

陳隆修 著



國際私法研究會叢書(一)

美國國際私法新理論

陳 隆 修 著

倫敦政治經濟學院
法學碩士，哲學博士
東海大學副教授

國際私法研究會叢書編輯委員會主編
五南圖書出版公司印行

美國國際私法新理論

中華民國76年1月初版

著作者 陳 隆 修
主編者 國際私法研究會
叢書編輯委員會
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
臺北縣三重市重新路五段632號
電話：9951628・9953227

基本定價：4.45 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司員責換新)

國際私法研究會叢書

總序

國際私法，在我國一向為法律系科必修課程，但却未受重視，亦不發達。究其原因，則過去由於領事裁判權長久存在，法院對涉外案件根本無權管轄，遑論依據國際私法，就內外國法律加以選用。故雖民國七年即制定國際私法法規「法律適用條例」，而實際上極少實施。

第二次世界大戰結束前後，我國與外國間之不平等條約相繼廢除，司法權得以收復。國際私法之適用機會，原可日多。惜為時不久，大陸國土變色，政府播遷臺灣。起先，受客觀條件限制，涉外民商事案件甚少，國際私法遂亦無用武之地。

惟自政府積極發展經濟以還，國際貿易及外國投資急速擴展。同時國際交通便捷，內外國人間之其他交往與關係，亦隨之加多。其結果，涉外民商事問題與糾紛，非但數量日增，而且性質亦日繁。除非妥善適用國際私法法則以選用最適之準據法，無以獲得公平合理之解決。國際私法之重要性，在此種情況下，理當日益為人所共見。

雖然，由於過去此門法律之實用機會極少，研究風氣亦甚弱，以致國際私法今日在我國，可說理論與實務同嫌不足。一旦實際需要驟增，自難免運用失宜而應付維艱。至於彌補之道，仍待學者、法官與律師，從理論與實務二方面，攜手努力以赴。

按國際私法之立法，在法典制國家，每每失之簡陋，有賴法官以判例補充之處，遠甚於其他法律。惟法官藉涉外案件之判決以補充國際私法，性質特殊。必須以國際共知之理論為根據，以外國既成之制度為參考，始易臻妥適。而對此等理論與成規，又以平素即有相當認識為貴。國際私法研究工作之重要，由是可知。

有鑑於此，國內大專院校擔任國際私法課程之同仁，乃於民國七十四年三月集議成立國際私法研究會，以交換教學經驗與研究心得為主旨。其具體工作之一，則為出版國際私法及相關科目之書籍與資料，統列入「國際私法研究會叢書」。相信假以時日，集腋成裘，對國際私法理論之發展及實務之改善，當可有所助益。茲值叢書出版之初，特為序以誌緣由。

國際私法研究會會長 馬漢寶

中華民國七十五年雙十國慶日

於臺北思上書屋

自序

在我國法學領域裏，一向偏重民、刑事法的研究，對國際法頗為忽視，尤其國際私法在我國發展的期間較短，專研此一門學科者亦甚有限。惟近一、二十年來，國際關係頻仍，對外貿易幾掌我國經濟命脈，故涉外民事法律問題日增，國際私法學的研究亦漸形重要。

美國因採聯邦制度，各州間社會經濟生活事象，極為錯綜，國際私法案件不計其數，故對國際私法的研究亦有獨到之處。同時，更由於現代社會變動性日趨鉅大，傳統機械式理論已不足應付現代社會的需要，因此近二十年來，美國學者創造許多功能性新理論，此等新理論甚至已為歐洲部份國家及海牙會議所採用。美國新理論已為世界國際私法帶來一大突破，時勢所趨，此等新理論可能成為國際私法學的主要潮流。

本書旨在對美國新理論加以介紹與批評，並從比較法學立場，嘗試提出積極性建議，期能對我國國際私法學的發展，亦有所裨益。

本書之撰寫，多蒙國際私法研究會會長馬漢寶大法官，費心指導與斧正，始克完成，隆情厚愛，深銘肺腑。

本書獲國際私法研究會列為叢書之一，並承該會執行秘書劉鐵錚大法官協助出版，謹致誠摯謝意。

此外，本書之原文資料，皆由美國法學碩士陳文吟小姐作初稿翻譯，並由東海大學法律系助教戴慕蘭、胡孝珍兩位小姐幫忙校對，併此致謝。

陳隆修 謹識

美國國際私法新理論

目 次

—— 通 論 ——

第1章	所有法律制度的共同重心	3
A	盲目的審判地主義與現代方法論的混淆	4
B	一般法律原則及普遍主義	17
C	平等待遇及價值的增進	30
第2章	美國現代法律選擇方法論	47
A	利益分析	49
B	修正後的利益分析	64
C	屬地主義	77
D	Leflar的五項要素	82
E	優先的原則	87
F	其他的方式	91
第3章	主要價值的適用	103
A	「主要價值」的辨別	105
B	主要價值的適用	111
C	適用主要價值的困難	120

—— 特定論題 ——

第4章	侵權行為法	127
A	現代侵權行為法的背景	129

B	交通事故案件	131
C	飛機事故案件	167
D	商品責任	172
E	較廣義的價值	179
第5章	親屬法	187
A	導論	188
B	多婚姻制婚姻	188
C	婚姻的效力	195
D	離婚的承認	203
E	保護妻子的經濟利益	207
第6章	國際私法契約各論	217
A	導論	218
B	已婚婦女訂立契約的能力	226
C	未成年者訂立契約的能力	230
D	約因	232
E	形式上的效力	235
F	繼承與契約	238
G	標準格式	242
H	以契約作為侵權行為的抗辯	244
I	以契約作為侵權行為的訴因	247
J	高利貸法	248

通論

第 1 章

所有法律制度的共同重心 (The Common Core of All Legal Systems)

- A. 盲目的審判地主義與現代方法論的混淆
(Forum Chauvinism and Modern
Methodological Confusion)
 - a. 表面混亂的情況 (Seemingly Chaotic
Situation)
 - b. 盲目審判地主義的起源 (The Root of Forum
chauvinism)
 - 1. 實務上的原因
 - 2. 理論上的原因
 - c. 方法論的困惑
- B. 一般法律原則及普遍主義 (Common Legal
Principles and Universalism)
- C. 平等待遇及價值的增進 (Equal Treatment
and Advancement of Values)

A. 盲目的審判地主義 (Forum Chauvinism) 與現代方法論的混淆 (Modern Methodological Confusion)

a. 表面混亂的情況 (Seemingly Chaotic Situation)

數年前 William L. Prosser 教授曾沮喪地寫著：「法律衝突論 (Conflict of Laws) 的領域裏充滿了無法解決的難題，而博學古怪的教授——擅長以怪異無法理解的文字談論不可思議的事情——又充斥其間，致使此一領域形同陰暗的沼澤地。一般法院或法學者在處理涉及法律衝突法的案例時，每每陷於迷惑中。」^①顯然，美國法學者中有此看法的，非僅 Prosser 教授一人。上述的批評是 Prosser 教授在討論美國州際刊物發行有關準據法問題時所提出的。他發現有關準據法 (applicable law) 的問題，至少有十種不同且互不協調的理論存在，這些理論雖然經常為某些美國法院所採用或被博學著作者所提出，然而其中沒有一種理論能被視為最佔優勢者。^②即使是 Roger Traynor 法官——一個學識淵博且於任職加州最高法院法官之際，竭盡心力奉獻於法律衝突範疇的法官——亦寫著：「在某些範圍內（例如近來的法律衝突論）原有的疑惑變得更加令人困惑，其速度之快，遠超過一般人使用斧頭時所能控制的速度。新編（指 Restatement of the Law of Conflict of Laws 國際私法新編）中的觀念已因 Cook 及 Lorenzen 的毀壞性攻擊而滅失，而提案中的強制性理論——『適當程序條款』 (Due Process Clause) 的禁令與『充分互信條款』 (Full Faith and Credit Clause) 的法令中以『當地法』 (Local Law) 為最優先的法律——使我們必須探求適當的法理以反駁『當地

法論』並作為『法律衝突論』中新的及實際的法律基礎。廢除陳舊的理論使得法官的工作更加艱難，因為他們必須歷經艱苦的過程方能達到目的。」^③

由這些法學專家的批評及美國法學者們不時的感歎，我們不難了解美國的法律衝突法正處於混亂的局勢中。不幸，此種混亂的情勢並不局限於西方；甚且它也擴展到東方；而在東方，Savingny 的方法論 (methodology) 仍支配及影響著很多國家法令的制定。^④許多日本人及我們本國人常向作者提出他們對國際私法的困惑，且急欲知道世界其他國家的情況。憑著他們的正義感和衡平觀念，他們提出了一個法學者應該提出的問題：「為什麼我們的法院在處理有關法律衝突（國際私法）的案件時，總是適用我們自己的法律？」這個問題證實了 Traynor 法官所觀察到的近代法律衝突的現象，亦即「當地法至上」(local law is supreme)。而這些衆所周知的混亂問題和審判地優先主義，似乎不僅是美國的問題而是世界性的問題。

法律衝突論所造成的困惑，難道真如野火燎原般快速且廣泛地繁衍？美國紐約法院在 *Babcock v. Jackson* ^⑤ 案中的革命性判決，正式敲響了 Beale 教授第一新編理論 (First Restatement theory) 的喪鐘；而此一判決也使得英國^⑥ 古老的規則，如 *Phillips v. Eyre* ^⑦ 案的判決，及歐洲 Savingny^⑧ 的理論被懷疑，並導致許多理論家提出新的方法論。^⑨ 這些原有的理論加上美國專家們^⑩ 的創新理論，在在證明了 Prosser 教授對法律衝突論之批評的正確性。

法院於處理法律衝突的案例時，果真循著強烈的盲目審判地主義途徑？又法律衝突論果真處於如此混亂的狀態？欲獲得這兩個問題的答案，須加深入探討。

b. 盲目審判地主義的起源 (The Root of Forum Chauvinism)

1. 實務上的原因 (Pragmatic Reasons)

解答第一個問題是非常容易的。第一、在法律衝突案例中，當法院就一件案子行使其裁判權時，該案通常與法院的管轄地有所關連 (contacts)，因而使得適用審判地法 (the law of the forum) 有合理、正當的理由。例如：基於英國司法的聲望，縱使商事契約的主要履行地是在他處，它的當事人仍可依誠信原則 (good faith) 指定英國法為適當法 (proper law)。第二、在許多判例中，法院是為使判決能有利於原告而採審判地法，而不是法官們沈迷於法庭地法的區域優先觀念。很明顯的是，原告的律師提起訴訟的地區的內州法 (domestic law) 必有有利於其委任人的相關法規存在。原告的律師可以根據該案與審判地的「關連」說服法院採用審判地法之有利於原告的法規。法律衝突的案例，很少是在訂有有利於被告的法律的地區提起。^① 第三，「一個必須採用外國法 (foreign law) 審判的法官，遠不如一個適用自己的審判地法 (lex fori, law of the forum) 的法官處理得得心應手。一個法官於適用本地的法律時，是個熟練的專家，也是最優秀的法官。而外國法在法庭地無法一如它在原起源地具有相同的特質與功效。因為法官並不實際處於外國法管轄的社會環境中，最明顯的弊端是他僅能依外國法規的字面意義審理案件，而無法靈活地運用它。因此，在整個司法過程中，法官適用外國法較適用其『審判地法』的功效差。」^② 法律衝突中的一大諷刺是，法院適用「被選出的外國法」(chosen foreign law) 彷彿它是一套完好的法律。事實上，我們都知道，任何一種法律制度都是非常繁複的。依照審判地的法律衝突法規，擷取「被選出的外國法」中的一部份來審理國際爭議案件，其是否能達到公平的成效，是無法預計或保證的。再者，不僅是「被選出的外國法」的其餘部份被忽略，即使是被擷取的部份，也可能有

可變通的脫法方式，而那些方式是審判法庭所不知道的或沒有信心採用的。例如「公共政策」(public policy)係廣泛為一般國家所採納之一種審理案件的方法，而這種方法是無法制訂準則的；審判法院更無法採行外國法的公共政策審理案件。^⑬ Zweigert 教授就他在英國法院當鑑定證人 (expert witness) 的親身體驗，產生一種想法，即法學專家間的交錯訊問 (cross examination) 造成法官的困惑，而整個案子的判決，或多或少會受到影響。^⑭ 作者個人在美國讀書所得到的經驗乃是，美國學者專家對於與其個人專門學識範圍有關的英國法，並不十分瞭解。我國的許多學者專家們對日文雖沒有什麼語言上的困難，但也未必能完全瞭解日本的法律。

經由上述實務方面的探討，倘若再發現有法院經常適用審判地法的情況時，我們便毋須感到驚訝。有關所謂為現代趨勢的盲目審判地主義的傳說，似乎尚未被妥當地證實。我們必須以仔細分析的態度，去探討 Traynor 法官概括敘述的「當地法至上」(local law is supreme) 的說法。除了這些實務上的因素導致法院適用自己的法律外，在美國有一些不合理的理論，致使法院產生困惑，而這些不公平的理論是形成「盲目審判地主義」流行趨勢的主要因素。

2. 理論的原因 (Theoretical Reasons)

在所有現代私法學者中，Currie 教授及 Ehrenzweig 教授是最需要為盲目審判地主義負責的人。Currie 教授相信法庭有一種適用其自己的法律的自然傾向。^⑮ 同時他亦確信沒有任何州法院或聯邦法院能被授與知識或授權在數種相衝突的法律中，衡量其各別的價值以便作一項具有政治本質的選擇。^⑯ 他認為這種涉及價值的判斷，應該屬於國會 (Congress) 的職責。有關真正法律相衝突的案例，他的解決方式很簡單，即為審判法院適用自己的法律。^⑰ Erenzweig 教授

是另一位對於「審判地法」具有偏好 (lex fori bias) 者。^⑩ 他說：「在整個『法律選擇論』(choice of law) 的領域裏，法庭地法須處於起點的位置，附帶一些或多數的傳統法律衝突規則作為例外規定，——這便是我的基本論點。」^⑪ 表面上無害的「較妥善的法律」(better law) 是 Leflar 教授對於有關法律衝突案例所主張的解決方式，而這種方式亦擔當著一種風險，即較好的法律往往是審判地法而忽略其實質價值 (intrinsic value) ^⑫。同樣的風險也出現在第二新編 (Second Restatement) 的「最重要的關連」(the most significant contact) 說中。有些人認為法院可能試著決定，審判地與法律衝突案例間的關連是否經常是最重要的。因理論上複雜所引起「盲目審判地法」的困惑，它的解決方式便是澄清這些理論上的困惑——此即本篇論文的目的。

同時，F. A. Mann 也在這理論性的困惑中提出一個敏銳的問題：「審判地法是否可產生一個實質上公平的結果，而且是一個令人滿意的解決方式？又是否這種方式是可行的？為什麼幾世紀以來一直被批評為不具充分關連的『審判地法』，突然在法律衝突論的理性制度 (rational system) 中被賦與顯著的地位？——這些和其他許多問題都充滿了疑問。」^⑬

C. 方法論的困惑 (Methodological Confusion)

接著第二個問題是：法律衝突論真如一些法官和學者們所想像的如此的混亂？假如我們靜心地觀察這些有趣的美國方法論，我們將發現仍有許多法律領域未受到多數新理論方法的影響。Reese 教授曾很鎮靜地指出，美國的法律衝突法仍有一些基本的法律原則 (legal principles) 存在。^⑭ 而這些原則 (或「社會價值」social values, 或「政策」policies, 或「趨勢」trend) 實際上亦廣泛地為世界大多