

台灣財產法暨經濟法研究叢書(六)

國際私法與比較法研究

許兆慶 ◎ 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(六)

國際私法與比較法研究

許兆慶 ◎ 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

國際私法與比較法研究 / 許兆慶著. -- 臺北市：
臺灣財經協會發行：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：6）

ISBN 986-80750-3-3（平裝）

1. 國際私法—論文、講詞等

579.907

94016390

台灣財產法暨經濟法研究叢書（六）

國際私法與比較法研究

著 作 人 / 許 兆 慶

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 430 元

※ 著作權所有 翻印必究 ※

陳 序

美國國際私法選法理論無疑的為上個世紀法學界中最引起爭議的學科之一。雖然時至今日，歐洲各國及國際公約皆不約而同的認同美國於選法理論上的“revolution”，並且採納第二新編的「最重要關連說」，但在國際私法選法理論的麥加——美國本土並不認為“revolution is over”。甚多人認為對於本著既得權或 territorialism 而來的機械式法規所引起的革命，“the war is won, but the battle continues”。本書對於美國選法革命的各種不同重要理論皆有紮實敘述及介紹，對台灣有志於研究國私的學生的重要性不言而喻。此外，本書對於大英帝國協及歐陸國家的新侵權行為選法規則亦有介紹。

個人國際私法之專業是於英美法國家受訓，深知大陸法重理論與英美法重判例的不同之處。本書除了介紹美國理論外，並列舉實例說明美國法院對各種不同理論的混合法。對美國法院使用各種新理論的作法，個人一向認為是「諸法皆空，自由自在」。即使是英、德法院，截至目前為止，尚無法仿效此種美式混合作風。台灣既然號稱處於國際村，對此不可抗拒的世界潮流，自然應多加努力以便掛上末班車。

猶記得個人近三十年前於政經學院提出此方面的博士論

文題目時，指導教授 Hartley 驚訝的說：“You are a very ambitious man!” 雖然美國 “new methodologies” 已經變成 “old methodologies”，新世代的爭議雖然與三十年前的爭議不盡相同，但其爭議激烈的程度與幅度並不下於三十年前，只是於期刊上個人於外國所熟悉、接觸的人物換了一批陌生的名字。雖然近十年來拜電腦科技之賜，國內研究環境大有提昇，但整體研究環境仍甚為惡劣。故而看完此書，以同樣的心情，個人認為兆慶兄 is a very ambitious man。

最後必須一提的乃是，兆慶兄與個人於東海共同切磋數年，對個人花費一輩子所主張的「實體法方法論」似乎亦未見得如何排斥，例如於本書中對信託行為之探討，其亦主張尊重立信託人之意願。個人私下認為個人有系統的主張「實體法方法論」或者還在 Juenger 之前。博士論文還未成形前，曾被權威學者稱為「瘋子」之過程，伴隨著雪花永遠成為人生難以忘懷的磨鍊。

個人約於 1982 年將博士論文寄給 Reese 教授，當時除了得到其快速回函外，其並主動將該論文加以推荐。但一直到最近拜電腦科技之賜，於 Reese 教授逝世多年後，個人才發現其對「主流價值」回覆如下：

A criticism made of the Restatement Second by a number of writers is that it does not give proper emphasis to what, in their opinion, is the only—or at least the principal—value in choice of law. This is that the court should look to the policies underlying the

potentially applicable local law rules of the state having contacts with the case. If these writers are correct, the Restatement second is plainly wrong. It takes the position that this value, although important, does not stand alone and that there are other values to be considered. This insistence that there are a number of relevant values is a primary reason for what can be justly termed the vagueness of some of the Restatement Second formulations. In defense, it can be said that a balancing of values inevitably will be an uncertain process until it is finally determined which of these values should carry the greatest weight in a given situation. In many instances, such a time has not yet come. (34 Mercer L. Rev. 518 1982-1983)

綜合故 Reese 教授的答覆，其除了將個人早期的“prevailing value”與“interest analysis”混淆外，最主要的是他認為“such a time has not yet come”。「實體法論」的時代是否來臨，或許不應該由賣瓜的個人來決定，而應由兆慶兄及其他同樣 ambitious 的年輕學者來決定。

東海大學法律系教授

陳隆修 謹序

2005 年 8 月於台中東海大學

謝 序

許兆慶法官所著「國際私法與比較法研究」，對於台灣國際私法與比較法的研究和發展具有多種意義。首先，本書將國際私法上最核心的選法問題針對各種不同案件為深入探討，除了我國法外，還包括英、美、歐陸各國的最新的理論和實務發展，對於最新選法理論的探討，本書是不可或缺的文獻。

其次，本書中的第三篇論文是國內第一篇（甚至有可能是第一篇中文論文）探討信託準據法的文章，對於信託準據法的探討，該篇論文是最重要的中文文獻。第三，也是最重要的，本書論文中提出一項非常重要的見解：「選法應考量案件的具體事實，考量準據法的適用是否符合正義」，此一見解的提出，拋棄傳統選法不顧個案實質正義的論點，將帶領國際私法選法理論進入一個全新且正確的方向，更可見本書的價值。

許兆慶法官於今年七月取得中正大學法學博士，也任教於東海大學法律學系，發表過十餘篇論文，每一篇都能契合國際私法和比較法最新的發展趨勢，對於國內國際私法和比較法的發展，有顯著貢獻，尤其他首度在台灣提出選法時必須考量準據法的適用是否符合正義，此一觀點將有助於矯正

若干學者對法律規範只重概念不重實質正義的錯誤觀念，就此而言，許法官的研究在法學方法論上也是有重大意義。

台灣的法學現正蓬勃發展，涉外民事法律適用法也在修正討論中，許法官的研究正好可以提供規範和指引的作用。台灣年輕學者廣納世界新知的視野與努力研究的精神，使我們可以樂觀地看到台灣法學進步的未來，早日讓台灣邁入法制先進國之林。

國立中正大學法律學系教授

謝哲勝 謹序

2005年8月於台灣財產法暨
經濟法研究協會

自序

國際私法的發展在過去的半世紀以來，包括歐美各法學先進國家在內，都可謂經歷了革命性的演進。波濤洶湧的「美國國際私法革命」與歐洲各國國際私法立法與修法的浪潮相互激盪，勾勒出當代國際私法的嶄新面貌。

我國國際私法的發展，在教育體系中受到的關注一向偏低，司法實務上法院深入探究涉外事件所生國際私法爭議的熱忱與意願似乎也不高，現行涉外民事法律適用法制定施行至今已逾半世紀，諸多規定亦早已不合時宜，然而在此同時，歐美各地國際私法學驚濤駭浪似的發展，在國內受到重視的程度依然極其有限！

作者從 1992 年進入碩士班開始即對涉外法律爭議產生興趣，更為歐美晚近半世紀國際私法革命性的發展歷程與相關議題所著迷，作者不揣淺漏，野人獻曝，陸續將鑽研國際私法與比較法上新興議題的讀書心得在國內期刊發表，本書收錄其中十篇論文，定名「國際私法與比較法研究」，為自己幾年來的研究成果下一註解，並期勉自己在跨國法律議題上持續精進。本書各篇論文初稿完成時間相隔多年，寫作與引註格式略有不同，編輯過程，作者盡可能在不變動原發表內容的基礎上，統一寫作與引註格式；部分引註資料雖有更

新版本與文獻，但仍盡可能維持原貌，用以記錄寫作當時的學術環境，並忠實面對自己的成長歷程與尚待精進的空間。

藉由本書出版的機會，我要再次感謝父母親大人與家人們多年來的愛護與鼓勵，這些年來，人生歷程中同時扮演子弟、夫婿、父親、法官、老師、學生等多重角色，多虧有愛妻游悅晨法官的體恤、扶持與陪伴，兩個可愛寶貝殷綸（Lawrence）、殷齊（Morris）讓我的努力更加踏實，有了家的溫暖，所有的辛苦都值得。特別要感謝我在東海碩士班與中正博士班的兩位恩師陳隆修教授與謝哲勝教授慨允賜序美言，期許自己在法律工作崗位與研究道路上應更加盡心盡力，以期無辱師門。網路「國際私法研習會」上恩璋、耀明、佩芬、駿賦、光平、瑞生、尚乾、偉華、天泰、正中、昌鑫、欽彥等諸位同道的激盪，讓國際私法與比較法的研究更加活潑、有趣且無國界；五年來，不時有東海大學法律系學生在國際私法課程的心得交流站不經意寫下「**老師，原來國際私法可以這麼有趣**」的心得，更加深我對國際私法研究的信心與熱忱；東海大學賴怡吟同學協助校對、編輯，併此致謝。最後感謝台灣財產法暨經濟法研究協會與翰蘆圖書出版有限公司在我即將司法院公費赴美進修前協助本書的出版。

許兆慶

謹序於台灣嘉義地方法院

2005年8月11日七夕情人節

目 錄

◇ 國際私法上「最重要關連原則」之理論與實際 ——以涉外侵權行為選法規範為中心

壹、前 言	2
貳、（涉外侵權行為）最重要關連理論簡析	4
一、序 說	4
二、方法論簡述	5
三、小 結	10
參、最重要關連理論評析	11
一、積極面	12
二、消極面	17
肆、最重要關連理論之發展	21
一、最重要關連理論在美國以外地區之發展趨勢	21
二、最重要關連理論在美國本土之發展趨勢	36
伍、連繫因素實體化（代結論）	41

◇ 海事國際私法上「至上條款」與「即刻適用法則」 簡析——兼評新海商法第 77 條之訂定

壹、引 言	48
貳、海事國際私法上「至上條款」	50
一、海事國際私法之意義	50

二、至上條款之內涵.....	53
三、小 結.....	57
參、即刻適用法則簡析.....	58
一、序說——「即刻適用法則」國內聚光的開端.....	58
二、即刻適用法則之意義.....	59
三、即刻適用法則之淵源.....	59
四、即刻適用法則之理論基礎.....	60
五、即刻適用法則之發展與立法例.....	62
六、即刻適用法則與其他國際私法概念之比較.....	68
七、小結——即刻適用法則之利弊評析.....	71
肆、新海商法第 77 條簡析.....	72
一、序說——立法沿革.....	72
二、本條之特色——兼談「賴來焜條款」.....	74
三、本條規定在立法論上之評價.....	76
四、本條規定在實踐面之評價.....	78
五、本條與「至上條款」之關係.....	80
六、本條與「即刻適用法則」之關係.....	82
七、小 結.....	83
伍、結論——修法之建議.....	84

◇從信託之共同價值談涉外信託之準據法

壹、前 言.....	88
貳、涉外信託之意涵與法律適用.....	90
一、涉外信託之意義.....	90

二、涉外案件法律適用之步驟.....	91
三、涉外信託之法律適用.....	92
參、信託之共同價值.....	92
一、序 說.....	92
二、案例選析.....	93
三、信託之共同價值.....	99
肆、涉外信託準據法.....	99
一、信託之定性疑義.....	99
二、準據法之統一適用與分割適用.....	102
三、涉外信託整編部分.....	103
四、海牙信託公約.....	109
伍、以信託之共同價值為根本之選法模式——代結論.....	116

◇ 國際私法離婚效力與親子關係準據法之理論與實際 ——最高法院 85 年度台上字第 1207 號民事判決評 析

壹、前 言	120
貳、本案事實	121
參、本案之爭點.....	122
肆、兩造主張、抗辯要旨.....	123
一、X 之主張要旨.....	123
二、Y 之抗辯要旨.....	123
伍、本件第二、三審之判決要旨.....	124
一、高等法院判決要旨.....	124

二、最高法院判決要旨	125
陸、涉外私法案件處理程序之評析	126
一、是否為涉外私法案件之判斷	126
二、中華民國法院是否具備國際裁判管轄權	129
三、本件之定性問題	133
四、本件之連繫因素	138
五、本件之準據法	142
柒、本判決所涉爭點之修法評析	146
一、現行涉外身分衝突法確已不合時宜	146
二、修正草案關於本判決爭點相關之條文內容	148
三、形式上變更連繫因素非必達成實質兩性平權與保 護子女之目的	149
四、小 結	152
捌、連繫因素實體化（代結論）	152

◆英國及國協國家侵權行為新選法規範簡析

壹、導 論	158
貳、傳統法則—— <i>Phillips v. Eyre</i>	161
參、現代法則	164
一、革新的背景	164
二、學界因素——PROPER LAW THEORY	164
三、判例因素—— <i>Boys v. Chaplin</i>	167
肆、國協國家選法規範概觀	172
伍、結 語	175

◇ 歐陸諸國涉外侵權行為新選法規範簡析

壹、導 論	178
貳、判決選析——破繭而出	181
參、各國法制之發展	184
一、序 說	184
二、各國法制概觀	184
三、奧、德、瑞新法	195
肆、海牙國際私法會議	204
一、序說——1993 國際私法年	204
二、彈性選法理論之植入	207
伍、結 語	209

◇ 美國現代選法理論選析——政府利益分析理論

壹、導 論	212
貳、學說簡介	215
一、序 說	215
二、學說內容	215
參、評 析	221
一、積極面	221
二、消極面	225
肆、結 語	230

◇美國聯邦最高法院對國際私法新理論之影響

壹、導 論	234
貳、違憲審查理論之變遷.....	237
一、既得權理論時期.....	237
二、州利益之崛起.....	240
參、爭議性之 <i>Hague</i> 案.....	242
一、序 說.....	242
二、 <i>Hague</i> 案簡介.....	243
肆、 <i>Hague</i> 案後概觀.....	250
一、序 說.....	250
二、 <i>Phillips Petroleum Co. v. Shutts</i>	251
伍、結 語	254

◇美國國際私法選法理論之變遷

——以紐約州法院涉外侵權案例為中心

壹、導 論	258
貳、革命之沿革.....	261
一、 <i>Auten v. Auten</i>	261
二、 <i>Kilberg v. Northeast Airlines, Inc.</i>	264
參、革命之爆發.....	268
一、序 說.....	268
二、 <i>Babcock v. Jackson</i>	268
肆、後革命時期 (Post- <i>Babcock</i>)	278