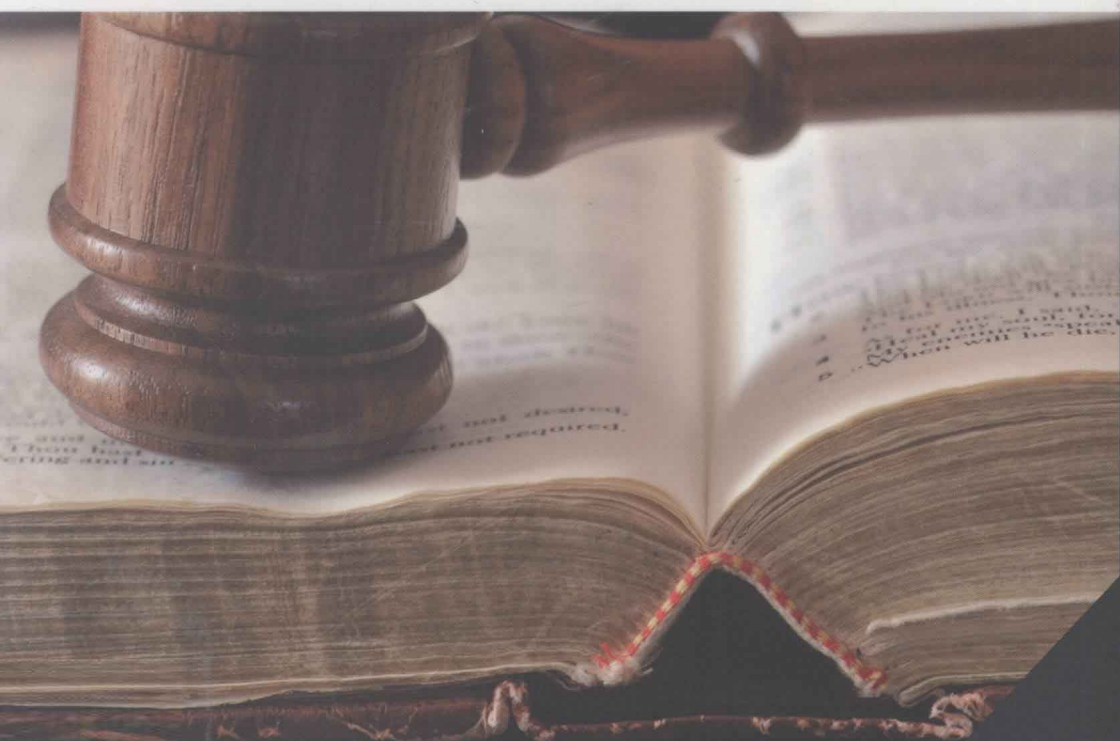


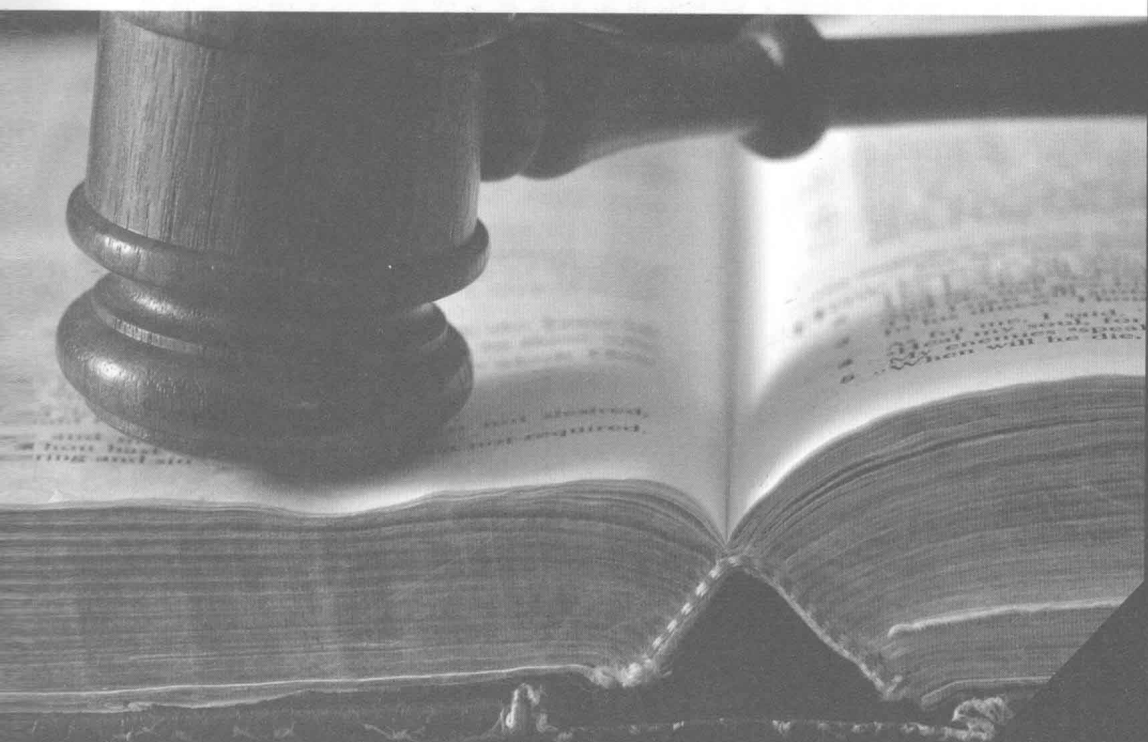
涉外民事法律 | 適用法 |

李後政／著



涉外民事法律 | 適用法 |

李後政／著



國家圖書館出版品預行編目資料

涉外民事法律適用法／李後政著．——初版．

——臺北市：五南，2010.10

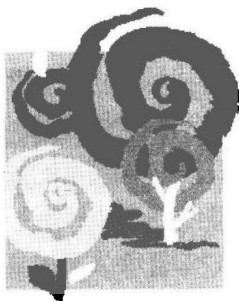
面；公分

ISBN 978-957-11-6063-4（平裝）

1. 國際民法

579.93

99014685



1S93

涉外民事法律適用法

作 者 — 李後政 (97.2)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 龐君豪

主 編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 李奇葵 聶家音

封面設計 — P.Design視覺企劃

出 版 者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：010668953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室/台中市市區中山路6號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室/高雄市新興區中山一路290號

電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 元貞聯合法律事務所 張澤平律師

出版日期 2010年10月初版一刷

定 價 新臺幣450元

自序

從1984年「論涉外民事事件決定管轄法院之方法」，獲得東吳大學法學碩士學位，1994年「國際私法選法理論之新趨勢」，獲得台大法學博士學位，1998年擔任司法院涉外民事法律適用法研修委員會「三人小組」、2000年東吳大學法律學系兼任副教授，講授國際私法，2003年擔任律師高考國際私法典試委員，2007年國際民事訴訟法論出版，經歷了20餘寒暑。直至今天才有「涉外民事法律適用法」出版，也不知是慢是快。

從2000年開始講授國際私法，一直是以案例（最高法院等法院之裁判等）作為教材。通常上學期講授國際私法概論（國際私法總論與國際民事訴訟法），下學期由同學分組報告，再隨堂作口頭補充。同學在沒有教科書之情形下，抄寫筆記等工作均甚為辛苦，又不易完整，對於同學總是抱歉再抱歉。今天涉外民事法律適用法出版，應該可以稍減我的罪愆。也希望與前述國際民事訴訟法論一併參閱，更能明瞭筆者之見解。

國際私法好不好唸？當然是見人見智。其實，法律學每一科目都是如此，就是要建立體系與清楚的概念，用這個方法是無往而不利。請讀者諸君細察之。

李後政

於九思堂書齋2010年8月21日



自序	i
----	---

序章 國際私法與國際民事訴訟法概說	001
第一節 涉外民事事件及其處理流程	001
第二節 國際私法之概念	004
第三節 國際私法與國際民事訴訟法之課題	005
第四節 現行涉外民事法制概說	005

第一篇 總論 013

第一章 國際私法之選法規則	015
第一節 概說	015
第二節 選法規則之種類	017
第三節 選法規則之構成	020
第四節 選法規則之特徵	020

第二章 定性	023
第一節 概說	023
第二節 民事訴訟法訴訟標的理論與定性	024
第三節 定性之對象與定性問題之範圍	027
第四節 定性的基準	029

第三章 連繫因素	045
第一節 連繫因素之意義與種類	045
第二節 連繫因素與準據法之決定	046
第三節 連繫因素與時間因素	052
第四節 連繫因素與選法詐欺	057

第四章 準據法	061
第一節 準據法之概念	062
第二節 外國法之意義	062
第三節 外國法之性質	063
第四節 外國法之舉證責任	064
第五節 外國法不明的處理	066
第六節 外國法適用錯誤與判決違背法令	068
第七節 準據法與國家承認、政府承認	069
第八節 不統一法國與準據法	070
第九節 複數法與準據法	071
第五章 反致	075
第一節 概說	076
第二節 反致之種類	076
第三節 反致理論	079
第四節 我國涉外民事法律適用法關於反致之規定	086
第六章 公序良俗	089
第一節 概說	090
第二節 公序良俗條款之立法體例	090
第三節 外國法適用之限制與排除	092
第四節 外國法適用限制之困難	094
第五節 外國法適用限制之救濟	096
第六節 公序良俗條款之功能與評價	099
第七節 機能的公序論	101
第八節 即刻適用法	104

第七章	先決問題	109
第一節	概說	111
第二節	國際私法選法規則相互間的關係	111
第三節	先決問題之準據法	112
第四節	案例解析（前述最高法院46年度台上字第947號 民事判決）	119
第八章	適應問題	123
第一節	概說	123
第二節	調整問題與類似概念之異同	124
第三節	調整問題之意義與解決方法	129
第四節	小結	134
第二篇	各論	137
第一章	程序依法院地法	139
第二章	屬人法論	141
第一節	屬人法之意義與根據	142
第二節	屬人法之決定基準	143
第三節	本國法主義之問題	145
第四節	住所地法主義之問題	153
第五節	慣常居所地法主義之興起	155
第三章	自然人與法人	159
第一節	自然人之權利能力	159
第二節	自然人之行爲能力	161
第三節	法人之國際私法問題	169

第四章	禁治產宣告（監護宣告，輔助宣告）與死亡宣告	179
第一節	禁治產宣告（監護宣告，輔助宣告）之國際私法問題	179
第二節	死亡宣告之國際私法問題	186
第五章	法律行為之準據法	193
第一節	概說	195
第二節	法律行為方式之準據法	196
第三節	法律行為實質之準據法	200
第四節	法律行為代理之準據法	201
第六章	因法律行為而生之債	209
第一節	概說	210
第二節	契約實質準據法之立法主義	211
第三節	當事人意思自治原則	215
第四節	當事人意思自治原則的限制	219
第五節	涉外民事法律適用法之其他規定	233
第七章	無因管理	235
第一節	概說	236
第二節	無因管理之準據法之立法主義	237
第三節	無因管理準據法之適用	239
第四節	海難救助	241
第八章	不當得利	245
第一節	不當得利之概念	246
第二節	不當得利準據法之立法主義	246
第三節	涉外民事法律適用法之規定與適用	249

第九章 侵權行為	255
第一節 概說	258
第二節 侵權行為之準據法	258
第三節 涉外民事法律適用法之規定與適用	262
第四節 比較法關於侵權行為之規定	265
第五節 商品製作人責任	269
第六節 交通事故責任之準據法	273
第七節 違法競爭之侵權行為準據法	275
第八節 因媒體之侵權行為之準據法	275
 第十章 債法總論	 279
第一節 概說	282
第二節 金錢之債之準據法	283
第三節 債之效力之準據法	284
第四節 債權讓與之準據法	285
第五節 債務承擔之準據法	290
第六節 債之消滅之準據法	293
 第十一章 物權	 297
第一節 概說	301
第二節 物權關係準據法之立法主義	301
第三節 涉外民事法律適用法之規定及適用	303
第四節 物權準據法之適用範圍	308
 第十二章 智慧財產權	 315
第一節 概說	316
第二節 智慧財產權本身之準據法	317
第三節 權利侵害的準據法	318

第四節 權利讓與的準據法	319
第五節 受僱人與智慧財產權	320
第十三章 訂婚與結婚	321
第一節 訂婚	322
第二節 婚姻成立要件之準據法	322
第三節 婚姻之身分效力	328
第四節 婚姻之財產效力（夫妻財產制）	333
第十四章 離婚	341
第一節 概說	342
第二節 離婚之一般管轄權	342
第三節 離婚準據法之決定	344
第四節 涉外民事法律適用法之規定與適用	346
第十五章 親子關係	353
第一節 婚生子女	354
第二節 非婚生子女（認領、準正）	358
第三節 收養	365
第四節 父母與子女間之法律關係	368
第十六章 扶養	373
第十七章 監護	381
第一節 概說	382
第二節 監護事件之一般管轄權	382
第三節 監護之準據法	383
第四節 涉外民事法律適用法之規定及其適用	385

第十八章 繼承	389
第一節 繼承	390
第二節 遺囑之準據法	397

序章

國際私法與國際民事訴訟法概說

【關鍵字】

- 民事事件
- 涉外因素
- 國際民事訴訟法
- 涉外事件
- 國際私法管轄權

【案例1】

甲男與乙女同時具有中華民國國籍和美國國籍，在美國依當地法律結婚後，返回台灣定居。嗣乙根據中華民國法律向台灣台北地方法院提起婚姻無效之訴，問：此案件是否為涉外民事事件？理由安在？

第一節 涉外民事事件及其處理流程

一、涉外民事事件與純粹的內國事件

涉外民事事件與純粹內國民事事件之處理，有所不同。處理純粹內國事件，只需適用民法或其特別法即可。處理涉外民事事件，其方法之一須依據國際私法為之，涉外民事事件因而成為國際私法之適用對象。

(一)所謂涉外民事事件，即係具有涉外成分之民事事件。由於民事事件無論係純粹內國事件或涉外民事事件，均是指民事法律關係，而法律關係之構成又包括：

1. 法律關係之主體：包括自然人和法人。

2. 法律關係之客體：主要是以物為主，另外亦包括人（例如：身分權、人格權）；權利（例如：權利質權、準物權）以及人的智慧創作物（例如：專利權、商標權）

3. 法律關係變動之事實：包括法律行為、事實行為、其他事實等。

(二)所謂的涉外成分，係指在法院的觀點，該事件中之當事人、標的物之所在地、事實發生地、行為地等連繫因素涉及法院地以外的國家，若不涉及法院地以外之國家，則屬純粹內國民事事件。

「涉外成分」簡單加以分析，有以下幾類：

1. 法律關係之主體：民事事件之一方或雙方是外國人或無國籍之人或其住所或居所在外國。

2. 法律關係之客體：標的物在外國之涉外民事事件。

3. 法律關係之變動事實：如事實發生地、侵權行為地、契約訂立地、契約履行地在外國者屬之。

【解析】

甲男與乙女同時具有中華民國國籍和美國國籍，此為積極國籍衝突中之內外國國籍衝突。舊涉外民事法律適用法第26條但書規定：「但依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律。」¹是故，應認甲男、乙女為中華民國人。本案就法律關係主體而言，不具涉外成分。又，甲、乙兩人在美國依當地的法律結婚，牽涉到外國地，因此本案具有涉外成分，為一涉外事件。

二、涉外民事事件之處理程序

(一)關於涉外事件之處理，大致上有下列幾種方法：

1. 當事人和解或調解：當事人得循和解或調解之方式解決其爭議。

2. 仲裁：當事人有交付仲裁的約定，仲裁機構不當然適用法律解決當事人間之爭議，例如，仲裁機構得運用衡平、公允善良等原則。

3. 法院依據法律或法理解決當事人間之爭議。

¹ 涉外民事法律適用法新法之規定為第2條：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法。」

(二)涉外民事事件如以法院訴訟之方式解決當事人間之爭議，則其處理程序如下：

1. 先確定系爭事件是否為涉外事件。
2. 確定該涉外民事事件具備訴訟合法要件（參看民事訴訟法第249條），訴訟要件之審查包括：
 - (1)受訴法院有無國際私法上之管轄權。
 - (2)當事人間有無外國法院之合意管轄。
 - (3)當事人間有無仲裁協議。
 - (4)外國當事人有無當事人能力及訴訟能力，如無訴訟能力，其法定代理是否合法。
 - (5)當事人是否適格。
 - (6)同一事件在外國法院是否已繫屬。
 - (7)同一事件是否經外國法院判決確定。
 - (8)是否欠缺其他訴訟要件。
3. 適用國際私法決定涉外民事事件所應適用的法律，即準據法。於此一階段，應注意幾個重要步驟：
 - (1)定性：藉此決定所應適用之國際私法選法規則。
 - (2)連繫因素：根據國際私法選法規則所規定之連繫因素，確定該涉外民事事件之連繫因素為何。於此一階段，應注意：選法詐欺（規避法律）、一國數法、屬人法二大原則與國籍及住所之衝突、各個連繫因素之意義與確定等問題。
 - (3)決定準據法：於此一階段應注意外國法本身及其適用問題，包括外國法之適用根據、外國法之性質、外國法之舉證責任及外國法適用錯誤與判決違背法令問題。其次，外國法之範圍（程序法與實體法之區別；公法與私法之區別），包括國際私法上之反致問題以及外國法有無違反公序良俗條款的問題。
 - (4)適用準據法，解決系爭涉外民事事件之爭議：於此應注意調整問題（適應問題）及先決問題（附隨問題）。

第二節 國際私法之概念

國際私法是處理涉外民事事件之主要依據之一，惟對於國際私法的概念為何，各家見解不一，茲分述如下。

（一）國際私法係決定各國私法適用之法律

此說認為國際私法係指就內外國之私法，決定其適用範圍之法律。依此說，各國私法之適用範圍如何，其本身並不能決定，而應適用國際私法決定之，故不僅涉外的私法法律關係，應適用國際私法，即純粹內國之私法之法律關係，亦應適用國際私法，只是後者，因往往適用之法律為內國法，故一般較未意識其應適用國際私法。

惟此說並不正確，蓋該說稱內國實體法之適用範圍如何並不明確。對於內國人於外國發生之私法關係，或外國人於內國發生之私法關係，是否有內國實體法之適用，固有疑義，但對於內國人於內國發生之私法關係亦有適用內國實體法與否之疑義，則顯與立法者之意思相違背。

（二）國際私法決定涉外民事事件應適用之外國法

此說認為國際私法係以涉外民事事件為其對象，依此說，則國際私法與純粹內國民事事件無關，純粹內國民事事件只適用內國之實體法，而涉外民事事件則應依國際私法決定其所應適用之法律。

一般言之，一國之私法對於純粹內國之私法關係及涉外民事事件均有適用，但就涉外民事事件而言，如貫徹此一立場，基於涉外民事事件之性質，將有所不便，故對於大部分之涉外民事事件，於一定場合，不再適用內國法而承認外國私法之適用。承認外國私法適用者乃國際私法，故國際私法亦可謂係內國法適用範圍之限制。

（三）國際私法決定涉外民事事件應適用內國法或外國法

此說認為內國實體法係以純粹的內國私法關係為對象，而國際私法係

就涉外民事事件，定其應適用內國或外國私法之法律。依此說，則一國私法原本係以純粹的內國私法關係爲其對象，而涉外民事事件則否，但若將涉外民事事件置於法的規整範圍外，將阻害國際的私法關係之建立，故設國際私法，使涉外民事事件，有適用內國法，有適用外國法。因此，一國之私法秩序遂由適用於純粹的內國私法關係之內國實體法與適用於涉外民事事件之國際私法所構成。

第三節 國際私法與國際民事訴訟法之課題

國際私法的研究課題，學者所見不一，其著作所論述之範圍亦有不同。以我國早期國際私法著作而言，多只及於國際私法選法規則，間有以國籍爲論述對象者。但晚近國際私法之著作則遠遠超過傳統國際私法選法規則之範圍。

以學問角度觀之，國際私法研究課題，是否應將國際民事訴訟法納入，誠有爭議。晚近各國之發展，似有將兩者區別之現象。

由於國際民事訴訟法並未如國際私法有其獨自之法典，因此，國際民事訴訟法究何所指，不無疑義。據筆者所信，國際民事訴訟法係指包括：一般管轄權（國際裁判管轄權，裁判管轄權）、國際的多重民事訴訟繫屬（國際民事訴訟之重複繫屬，國際的民事訴訟競合）、外國人之當事人能力與訴訟能力、涉外事件之當事人適格問題、外國仲裁協議與妨訴抗辯、涉外破產之域外效力等。

第四節 現行涉外民事法制概說

（一）涉外民事法律適用法

我國以涉外民事法律適用法名國際私法，按其特徵，有以下三點：

1. 涉外關係：即涉外民事法律適用法所欲解決者，爲各種具涉外性質之法律問題；

2. 民事關係：即涉外民事法律適用法所規定之涉外法律關係，原則上以民事關係者為限，例如行為能力、死亡宣告、債權、物權、親屬、繼承等法律關係均屬之；
3. 法律適用：涉外之民事法律問題，與內外國人之權利義務有密切關係，為謀合理解決，非只以適用內國法為已足，有時尚須斟酌內外國法律，擇其實際者，予以適用。

涉外民事法律適用法42年制定時原共計31條，第1至24條屬於各個法律關係之選法規則，係針對涉外法律關係，直接規定應適用之法規。第25至31條為選法規則之總則或通則之規定，其非直接對涉外民事案件規定其應適用之準據法，而是用來輔助解決適用各個選法規則所生之問題。嗣於99年5月26日修正公布，共分8章63條，於修正公布後一年施行。

（二）民事訴訟法

國際私法選法規則承認涉外民事事件得適用外國法作為準據法，係對於外國立法權及其行使之承認，外國法院確定判決之承認與執行，則是對於外國司法權及其行使之承認。關於外國法院確定判決之承認與執行，可見於民事訴訟法第402條及強制執行法第4條之1。

民事訴訟法第402條規定：「外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。」根據本條規定，可知外國法院之確定判決，原則上與我國法院之確定判決，具有相同之效力，除非有本條所列之情形，始否認其效力。²

強制執行法第4條之1第1項則規定：「依外國法院確定判決聲請執行者，以該判決無民事訴訟法第四百零二條各款情形之一，並經中華民國法院以判決宣示許可其執行者為限，得為強制執行。」可見外國法院之判決

² 參閱馬漢寶著，國際私法（總論各論），頁212。