

外國法的主張、適用與證明

—兼論國際私法選法強行性之緩和—

蔡華凱*

目 次

壹、前言	三、本文之見解—外國法位階論
貳、外國法的適用	肆、緩和選法規則強行性之必要
一、問題的提起	一、涉外民事法律適用法修正草案第二十八條
二、選法規則之強行性	二、任意的或非強行的選法之理論基礎
三、非強行的或任意的選法規則與理論	三、訴訟程序上之具體適用及其理論根據
參、外國法的證明	伍、結論
一、外國法事實說與法律說之實益？	
二、外國法欠缺或內容不明時的處理	

中文關鍵詞：國際私法、準據法選擇、選法規則之強行性、非強行的選法（規則）、任意的選法（規則）、外國法的適用、外國法的主張、外國法的證明、外國法事實說、外國法法律說、民事訴訟法第二八三條、美國聯邦民事訴訟規則第44.1條

Keywords: mandatory choice-of-law rule, facultative choice-of-law theory, lex fori, application of foreign law, proof of foreign law, pleading of foreign law, federal rules of civil procedure 44.1

* 日本神戶大學法學博士，國立中正大學法律系專任助理教授。

中文摘要

選法規則選法的結果，原則上非法庭地法即為外國法，因此外國法的適用與外國法的證明乃國際私法選法規則與理論上不可或缺之一章。傳統講學上或研究方法上就此問題，必先以討論外國法的性質究竟是法律抑或是事實而展開其論述。此種方法在比較法的研究上固然有其價值，惟在我國的國際私法選法規則本身的理論架構上是否妥當，不無疑問。

法院是否適用外國法，與外國法在法庭地國的法律體系內，究竟屬於法律或事實並無直接之關聯。法院是否適用外國法，乃選法的問題，取決於選法規則在法庭地國係屬強行規範，抑或任意規範。而「外國法法律說」與「外國法事實說」之別在理論上所攸關者，乃訴訟程序上舉證責任誰屬的問題，為外國法證明的問題，並非選法的問題，論理邏輯上與外國法的適用應該加以區別。具體言之，在決定適用外國法之前提，法院必先適用法庭地的選法規則，法院若不先適用法庭地的選法規則，則根本不可能達到用外國法的結論。換言之，無適用外國法的問題，則不生外國法證明的問題。

外國法的證明雖然應為外國法的適用之後位概念，但卻足以影響適用外國法之整體結果，兩者關係密切，自不待言。尤其對於外國法不明時應如何處理，法無明文，唯有依解釋決定之。此際，外國法事實說和外國法法律說之別不論在我國或外國之涉外裁判實務上是否具有關鍵性的影響，殊值檢討。本文針對我國民事訴訟法第二八三條與美國聯邦民事訴訟規則第44.1條之立法、解釋與兩國涉外民事裁判實務進行比較研究，所得之結論為，外國法事實說和外國法法律說之議，不論在國際私法學之講學上或

研究上，可以休矣。

現行的選法規則，亦即我國之涉外民事法律適用係屬強行法規，在理論上不問當事人在訴訟上是否有所主張或抗辯，法院必須依職權選法，最高法院就此有為數不少糾正下級法院之判決，即在闡明此理。惟強行性之選法規則，固然在理論上堅持對於涉外民事訴訟之法律適用給予法庭地法院適用外國法的機會，惟一方面鑒於外國法之證明不易，乃國際社會涉外裁判普遍之現實，另一方面，倘若當事人之間不欲適用外國法，則法院強行選擇適用外國法之理論正當性何在，殊值再考。

本文主張在總論上仍然應該維持選法規則之強行性，法院處理涉外民事爭訟仍應依職權為準據法之選擇。惟限於涉外財產關係事件，基於當事人意思自主原則、訴訟上之處分權主義、司法裁判品質之確保以及訴訟經濟之理由，特別在當事人於訴訟上未就選法問題或適用外國法提出主張或抗辯時，審判長應行使闡明權，曉諭當事人就選法問題與分析為充分言詞辯論之準備，而當事人亦得在訴訟程序中達成適用法庭地法的合意，抑或適用某特定國家之法律，但合意適用外國法者，應就外國法的內容負充分之舉證責任。

Abstract

The application of foreign law and the proof of foreign law must be distinguished at the outset. The former relates to the choice-of-law question and also concerns the role of the court. That is, should a court applies foreign law *ex officio* whenever indicates by conflict rules, or should it apply foreign law only at the request of one of the parties? This simple question concerns the nature of

conflict of laws. In other words, should conflict rules mandatory or permissive? The latter relates to the burden of proof, is basically procedural question. Traditional conflict rules approach begins with the division between those system that regard foreign law as fact and those that regard it as law. Though it may appear fundamental, this distinction is actually of only limited importance.

Take conflict of laws in U.S.A for example, prior to the adoption of Rule 44.1 F.R. Civ. P in 1966, foreign law question were regarded as question of fact, and failure to prove the content of foreign law was fatal to a claim, even if the parties had not raised the issue of the applicability of foreign law on their own. Nevertheless, under the influence of the vested rights theory, courts raised the choice-of-law issue on their own motion. This assumes that choice of law rules in U.S.A were mandatory rather than permissive. However, after the adoption of Rule 44.1 F.R. Civ. P, foreign law is a question of law thereafter, but with the decline of the vested rights theory, the movement has been away from a mandatory application of the forum's choice of law rules and forwards the adoption of a discretionary rule.

There is a question that mandatory choice-of-law-rules camp must answer: If there is neither party request the application of foreign law, why should a court insist that foreign law should be applied?

This article argues that in order to serve the private interests of the parties, the freedom of disposition, the quality of the judicial process and procedural efficiency should be taking into consideration

of private international law policy in Taiwan. Especially under the circumstances that neither party plead for the application of foreign law, the court should notice the parties sua sponte, ordering that both parties should be well-prepared for choice-of-law issue prior to oral argument. The parties are also allowed to give consent to decide their case according to *lex fori*. The burden of proof is imposed on those who plead for the application of foreign law

壹、前言

透過選法規則（conflict rules; choice-of-law rules）選法之結果，原則上，適用在涉外事件之實體法律關係的準據法，倘非法庭地法（forum law）則為外國法（foreign law）。準此言之，涉外民、商（以下統稱民事）事件與純粹之國內案件不同，即在於國際私法的選法規則與理論，給涉外民事事件之實體法律關係，提供了適用外國法規範的機制。是故，在國際私法學的領域裡，「外國法的適用」乃不可或缺的一章。

國際私法上關於適用外國法的理論，傳統上的論述多沿襲國外，首先多將論說重心放在關於外國法的性質之上。亦即，先就外國法在法庭地國的法律體系內，究竟性質上屬於事實（外國法事實說）還是法律（外國法法律說）展開概念法學與比較法學上的論說，並就孰是孰非加以評斷，接而論及「外國法的證明」之問題¹。依此傳統上之論述，自結論而言，採「外國法法律說」者，

¹ 李訓民，國際私法上適用外國法之理論與實務，軍法專刊第 35 卷第 9 期，1989 年，頁 28；阮文泉，從國際私法的性質論外國法的適用，法令月刊第 43 卷第 12 期，1992 年，頁 13；陳民，關於適用外國法時外國法之證明問題，法律評論第 27 卷第 1 期，1961 年，頁 10-12；陳榮傳，論「外國法適用」之基

法院必須依職權 (ex officio) 調查外國法，而採「外國法事實說」者，當事人必須對該外國法的內容加以證明，法院無依職權調查的義務。一般的認識，英美法系國家和法國法系國家採取外國法事實說的立場，而其他多數的歐陸國家和繼受歐陸法系的國家則採外國法法律說的立場²。

上開論述之方法，在比較法的研究上固然有其必要，惟就我國現行國際私法之理論體系而言，本文自以下角度提出不同之觀察：第一，國際私法上的選法規則，不論是Private International Law或conflict of laws，皆稱之為choice of law（法律之選擇），既以選擇法律為前提，何來選擇之後再行爭論其究竟為法律或為事實之理？第二，外國法在我國實質法（substantive law），尤其是民法上本得為補充性的法源而成為法院適用的對象（民法第一條），何來實質民法採取外國法法律之立場，而生討論國際私法上外國法是否為事實之餘地³？第三，以美國為例，眾所皆知，美國在1966年，透過增修聯邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure)第44.1條的方式，立法上明文規定外國法法律說的立場，外國法事實說不論在理論上或實務上於焉告終。惟在1966年之前採取外國法事實說的美國國際私法，縱使當事人在訴訟上並未提起選法問題或主張適用外國法，法院處理涉外事件理論上必須依職權選

礎：外國法之性質，軍法專刊第39卷6期，1993年，頁5-16頁；趙晉枚，國際私法上外國法適用限制之標準，東吳法律學報第2卷第2期，1978年，頁46；藍瀛芳，外國法適用之理論與實務概述，輔仁學誌第1卷第11期，1979年，頁51。

² 關於以色列的情形，見 Talia Einhorn, The Ascertainment and Application of Foreign Law in Israeli Courts-Getting the facts and fallacies straight, in: Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh (Einhorn & Siehr ed.), T. M. C. Asser Press, 107-117 (2004).

³ 請參見本文後註78。

法。蓋在既得權理論 (vested rights theory) 蔚為主流之十九世紀至二十世紀前半，選法規則既「強行 (ineluctable mandate)」且「定理 (categorical imperative)」地強制法院必須適用選法規則所指定的外國法之外無他。只是，在當時採外國法事實說的理論架構下，訴訟上外國法的內容如何，必須由當事人來負舉證責任，當事人未能舉證或舉證不充分時，法院駁回當事人之請求或逕自適用法庭地法。反之，在1966年立法上採取「外國法法律說」以後迄今，訴訟上外國法的內容原則上仍然是當事人舉證的負擔，但是，倘若當事人在訴訟上並未提起選法問題或主張適用外國法，縱使依法庭地選法規則選法的結果指向適用外國法，法院亦有忽視選法的結果，而逕自適用法庭地法的傾向⁴。

綜上，不論自我國法律體系或比較法的角度觀之，國際私法學上，不論是講學上或研究方法上，議論外國法的性質究竟為法律或事實的實益何在，令人懷疑。法院是否適用外國法，與外國法在法庭地國的法律體系內，究竟屬於法律或事實並無直接之關聯。法院是否適用外國法，乃選法的問題，取決於選法規則在法庭地國係屬強行規範，抑或任意規範。而外國法法律說與外國法事實說之別在理論上所攸關者，乃訴訟程序上舉證責任誰屬的問題，為外國法證明 (proof of foreign law) 的問題，並非選法的問題，論理邏輯上與外國法的適用 (application of foreign law) 應該加以區別。

具體言之，在涉外案件上決定適用外國法之前提，法院必先適用法庭地的選法規則，否則不可能達到用外國法的結論。倘無適用外國法的問題，則不生外國法證明的問題。惟必須注意的是，外國法的證明雖然應為外國法的適用之後位概念，但卻足以

⁴ 詳述請見本文參以下以及註 105 之美國判例。

影響適用外國法之整體結果，兩者關係密切，自不待言。尤其對於外國法不明時應如何處理，法無明文，唯有依解釋決定之。此際，外國法事實說和外國法法律說之別不論在我國或外國之涉外裁判實務上是否具有關鍵性的影響，殊值檢討。

以上所述，縱貫本文之問題意識與論理架構。本文首先以我國法院的涉外裁判作為提起本文問題意識之材料，對於國際私法選法規則的強行性問題進行理論上的檢討，並整理我國最高法院之見解，之後對於比較法上採取非強行性選法的國家之理論與實務加以介紹，俾以辯證外國法的性質究為事實或法律與外國法的適用根本無涉（貳）；其次，對於外國法的證明問題，以美國聯邦民事訴訟規則第44.1條之立法理由、條文解釋與聯邦涉外裁判實務之現況⁵，與我國民事訴訟法第二八三條之學理和我國涉外裁判實務進行比較研究，再次證明，國際私法上外國法事實說與法律說之議不論理論上或實務上皆不具實益，可以休矣。

本文以為，在國際私法上應探討者，非外國法性質的問題，而係外國法在法律適用上之位階問題。準此言之，對於外國法不明之處理，雖各有理論輩出，惟涉外裁判實務，仍然以法庭地法

⁵ 在美國，被告為州外或國外之住民、法人的涉外民事訴訟事件，基於州籍相異（diversity of citizenship）管轄，被告多會聲請將訴訟移送至聯邦法院進行審理。又聯邦地方法院處理州籍相異事件（diversity case）之準據法選擇問題時，必須適用其所在之州之選法規則與判例，見 *Krock v. Lipsay*, 97 F.3d 640, 645 (2nd Cir. 1996); *Twohy v. First Nat'l Bank of Chicago*, 758 F.2d 1185, 1192 (7th Cir. 1985)。請參見蔡華凱，美國涉外民事訴訟之對人管轄總論，超國界法律論集，陳長文教授六秩華誕祝壽論文集，三民書局，2004年，頁288-290。再則，聯邦上訴法院對於聯邦地院關於選法的判決之審查，為覆審制（*de novo*）。換言之，上訴法院就選法規則的法律見解不受地院見解之拘束，見 *Banque Libanaise Pour Le Commerce v. Khreich*, 915 F.2d 1000, 1006-1007 (5th Cir. 1990)。因此在研究方法上，只要聯邦最高法院未受理上訴，聯邦上訴法院各巡迴區的判例具有極高的規範性。本文之案例研究，即以1966年聯邦民事訴訟規則增列第44.1條以後之聯邦法院判例為範圍，謹此敘明。

代之為國際社會之大勢，只是理論基礎各有千秋。本文對此問題亦持法庭地法說之立場，惟立論係以民事法律適用之位階順序為其根據，以為在選法規則所指定之外國法不明無法成為裁判基準時，應以民事法律適用之法源上之位階為基準，回歸適用法庭地實質法（參）。

此外，在處理國際私法案件上，不問當事人意願及其利益之強行選法，在法律政策上是否值得檢討再議，殊值研究。鑑於國際社會上將當事人意思自主原則的妥當性延伸至涉外契約以外之法定之債的趨勢，基於訴訟法上處分權主義與訴訟經濟、涉外司法裁判之品質等理由，選法規則之強行性應適當地加以緩和。而其具體訴訟程序上之方法，則論述於本文之末（肆）。

貳、外國法的適用

一、問題之提起

首先，以我國之涉外民事判決一則，作為本文問題意識的序說：

台灣高等法院 89 年度國貿上字第 3 號判決（給付授權金事件）

【事實概要】

本件訴訟之原告日本法人 X 主張，被告台灣法人 Y，於民國 87 年與 X 簽定授權契約，約定將 X 擁有代理權之日本卡通授權 Y，再由 Y 轉授權給訴外 A（台灣電視公司），於民國 87 年 6 月至 89 年 5 月止兩年間在台灣地區播放。雙方約定授權金為五萬

二百元，分四期給付，並於契約中約定準據法為日本法。Y 在以電話傳真為簽約之意思表示之同時，率先電匯第一期之授權金以爭取授權契約之簽定。未料爾後，Y 在逾期並經過 X 催告之後始為第二期授權金之繳納，之後，Y 藉口因新聞局打壓日本卡通片以致與 A 電視公司之間簽定公開播送契約遲遲未決，因而拖延給付第三、第四期授權金。X 在直接與 A 電視公司接洽，了解 A 無意與 Y 簽定播送契約之後，再行對 Y 發出催告仍未獲得 Y 之清償，遂於台北地方法院起訴請求 Y 給付授權金與法定遲延利息。

Y 於第一審⁶言詞辯論期日未到場，僅提出書狀主張 X 之起訴違背兩造合意管轄之約定，請求法院以 X 之訴不合法而為駁回，對於本案實體問題並未提出答辯。第一審法院依 X 之聲請為一造辯論之 X 勝訴判決。X 於第一審並未就準據法之適用提出任何主張，法院亦未提及本件訴訟為涉外事件，亦未適用涉外民事法律適用法。Y 不服第一審判決提起上訴。

上訴人 Y 在上訴第二審的聲明中，追加主張依我國涉外民事法律適用法之結果，本件訴訟的準據法應為日本法。

【要旨】駁回上訴，但廢棄原審就利息部份之判決

(1) 本件授權契約中第十三條之約定，係準據法之約定，而非管轄合意之約定。

(2) 被上訴人（即原告 X）據以起訴之訴訟標的乃係依兩造之授權合約請求上訴人（被告 Y）應付清之權利金，而非以其其他法律依據或任何日本法律請求，自無須提出日本法律之相關規

⁶ 台北地方法院 88 年度國貿字第 40 號（第一審）判決。本文所引之我國裁判，皆係司法院網站（<http://nwjirs.judicial.gov.tw>）法學檢索系統上所公佈者，無一一明列其出處之必要，特此敘明。

定，Y 抗辯 X 應舉證證明日本法律之相關規定，尚有誤會。

【分析與檢討】

本件判決所提起之問題，可以歸納整理如下：

第一，在第一審程序，當事人並未就準據法之問題提出主張或抗辯，法院亦未進行選法。惟必須注意的是，本件訴訟當事人之間本有選法合意，且訴訟之爭點之一，即為該合意究為準據法合意或為管轄合意，若謂第一審法院對於本件訴訟之「涉外性」毫無意識可言，並不為過。退一步言，或許第一審法院雖然理解本件為涉外事件，但是仍未進行選法。是否表示倘若當事人並未就選法問題或外國法適用問題提出主張或抗辯，法院即無須加以處理，而得逕自適用法庭地法？此問題所涉及者，乃國際私法選法規則之強行性問題，於下節後述。

第二、在第二審程序，上訴人以依涉外民事法律適用法選法之結果，提出應適用外國法（日本法）的抗辯，第二審法院始就選法問題加以判斷，但僅認為法定遲延利息之計算部份發生準據法的問題。蓋第二審法院認為本件訴訟之訴訟標的為「當事人合約中之給付授權金之約定，而非以其他法律依據或任何日本法律請求」。第二審之台灣高等法院之此項見解，不無疑問。

不論依我國裁判實務所採現行的訴訟標的理論（或稱傳統的訴訟標的理論、舊訴訟標的理論），抑或是依新訴訟標的理論，涉外民事訴訟事件上之訴訟標的，均必須在法院進行選法之後才有可能被加以特定⁷。換言之，必須經過定性、連結因素的確定、準據法的特定（例如準據法所屬國是否為屬人的或屬地的一國數法、有無反致之檢討）等等選法的過程之後，才能達到特定訴訟

⁷ 石黑一憲，國際私法【新版】，有斐閣，1990年，頁155。

標的的結論。即便是本件訴訟法院適用我國法，亦應該是在選法之後得到適用法庭地法的結論才是，而非逕依我國實質法處理。

第三，承接上開第二點問題，法院必須在進行選法之後，並得到適用在當事人之間實體法律關係的準據法為何國法的結論，才能達到訴訟標的之特定。此時，當事人之間的權利是否成立、有效？其適用範圍和違反之法律效果為何？其請求是否罹於時效⁸？均應依準據法所屬國之實質法決定之。

本件訴訟，當事人間之約定，即為契約，契約中既然明示地約定準據法為日本法，台灣高等法院又何以得到此項約定「非以其他法律依據或任何日本法律請求」之結論⁹？其論理之背後，恐怕祇為逃避調查外國法之煩而已，本文此項論斷是否率斷，可由下述第四點問題加以評斷。

第四，台灣高等法院認為本件計算利息之利率，應依日本法，但因當事人就日本法關於利率計算之規定未盡舉證責任，因此駁回此部份之請求。外國法內容之舉證責任，應為當事人之負擔，抑或法院之職責？無法證明外國法之內容時，法院是否逕以請求無理由為駁回？

第五，亦承接上開第二與第三點，訴訟標的之特定，不僅涉及裁判的範圍、訴訟標的的客觀範圍等問題，亦與當事人是否在

⁸ 消滅時效應依請求權之準據法，而請求權之準據法則必須依選法規則選法以後決定之，請參見蔡華凱，同前註5。

⁹ 自訴訟法的觀點，我國現行的訴訟標的理論，關於給付訴訟之訴訟標的，並非給付行為之自體，亦非給付行為之標的，而為主張給付所依據之法律關係，亦即，成立此項權利義務關係之實體法上的請求權。於本件，台灣高等法院所云訴訟標的為「當事人合約中之給付授權金之約定」，自然亦必須以實體法上的請求權為據。而規範本件約定之實體法，即為日本法。是故，台灣高等法院所云本件訴訟標的「非以其他法律依據或任何日本法律請求」之論理，似不無商榷之餘地。既然雙方意思約定以日本法為本件契約之準據法，則契約之成立與效力，乃至於違反契約之法律效果，均應依照日本的契約法來加以規範。

訴訟上為訴之變更與追加之判斷有關。而涉外民事訴訟訴訟標的之特定，必須在選法之後始可能為之已如前述。本件訴訟之上訴人在上訴第二審之聲明中才提出本件契約應適用日本法，依照我國實務所採現行之訴訟標的理論，與第一審所判斷之請求權基礎係依我國法即有變更。準此，本件訴訟標的的變更至為明顯。雖結論上依民事訴訟法第四四六條第一項、第二五五條第一項第二款的規定，因請求之基礎事實同一而得為變更，但被告之訴訟代理人或法院似乎對此程序問題皆未察覺¹⁰。

上述所指陳五點問題，涉及外國法的適用問題和外國法的證明問題，乃國際私法選法規則與理論中重要的基礎範疇。

二、選法規則之強行性

我國的學說對於我國裁判實務上逕依我國民法適用在涉外民事案件的傾向，而未斟酌國際私法以及外國法之適用，早有指摘。惟對此傾向，有從「外國法事實說」或「外國法法律說」之爭論的角度予以說明者，亦即：「此項慣例之形成，究是基於外國法之適用為事實問題之推論，或係基於其雖為法律問題，但乃當事人得行使處分權之範圍之立場，尚未可知」¹¹。

對於我國涉外裁判實務逕依我國民法的傾向，本文以為，此問題所涉及者，或許可以從選法規則的是否為強行規範之角度予以觀察，而這個問題，我國的學說中予以正視者似乎尚屬有限¹²。

¹⁰ 除非台灣高等法院所採者，係所謂新訴訟標的理論，則縱當事人實體上之請求權基礎之準據法由我國法變更為日本法，在訴訟上亦不生訴之變更的問題。但自本件判決觀之，台灣高等法院顯無此等問題意識。

¹¹ 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂三版，三民書局，2004年，頁200。

¹² 我國學說中，對於涉外民事法律適用法是否為強制法之問題，從我國的涉外裁判實務與比較法實務發展趨勢的角度提出探討者，請參見柯澤東，國際私

(一)意義

選法規則乃強行法規 (mandatory choice-of-law rules)，其意義可從下面三個角度觀察：

第一，如本文貳之三後述，法國的國際私法實務以及少數德國學者所主張之任意的選法理論 (facultative choice of laws)¹³所採之見解認為，選法亦應尊重當事人之意思與貫徹訴訟上之處分權主義，法院原則上並無義務依職權主動選法，縱使選法規則指向適用外國法，除非當事人之一造在訴訟程序上有所主張或抗辯，法院並非當然適用該外國法。就此面向而言，此種任意的選法理論與選法規則的強行性成強烈的對比，為採取強行性之國家所不採。

第二，法院就涉外事件，必須依照選法規則所指定的準據法，作為實體判斷的基準。不問當事人的意思如何，法院不得依該被指定之準據法以外之法律裁判¹⁴。申言之，涉外民事法律適用法所指定的準據法，不論是外國法或我國法，法院必須受其拘束，縱使當事人主張其他國家之法律，其主張不生效力。

第三，依傳統國際私法理論，適用外國法，係依國際私法選法規則之「命令」而來。亦即，依通說之外國法法律說，外國法係依選法規則上所表示出來的立法者意思，賦予其與內國法相同

法，元照，2002年，頁171以下；此外，對於國際私法的強行法性與任意法性在體系上有專節之說明者，請參見賴來焜，基礎國際私法學，三民書局，2004年，頁149-151。

¹³ 我國的學說中有加以介紹者，請參見賴來焜，同前註12，頁150。

¹⁴ 海老澤美広，國際私法の強行性と民事訴訟，民商法雜誌64卷5号，1971年，頁782；野村美明，國際私法の強行性と任意性，國際私法の争点【新版】，1996年，頁55；廣江健司，國際私法適用的前提—事案の涉外性の理解および判断，判例タイムズ900号，1996年，頁45；溜池良夫，國際私法講義【第2版】，有斐閣，1999年，頁18-20。

之效力。其結果，「法官應知法律（*jura novit curia*）」之原則亦為妥當，法院對於外國法應依職權調查之。

（二）我國最高法院的立場

我國最高法院，對於處理涉外民事事件，卻未依法適用涉外民事法律適用法的情形，有為數不少糾正下級法院的判決。例如 69 年度台上字第 1728 號判決要旨謂：「本件兩造當事人均為日本國營利法人，在我國就涉外法律關係發生訟爭，自應依我國涉外民事法律適用法定其應適用之法律。我國涉外民事法律適用法第六條第一項及第二項分別規定：『法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思表示定其應適用之法律』，『當事人意思不明時，同國籍者依其本國法（下略）』云云。原審未依此項規定定本件應適用之法遽依我國法律為上訴人不利之判決，顯有違背法令之情形」；83 年度台上字第 3281 號判決要旨謂：「本件為涉外民事訴訟事件，原審未依涉外民事法律適用法之規定確定其準據法，逕行適用我國法律而為上訴人敗訴之判決，尚有疏略。」；87 年度台上字第 363 號判決要旨：「被上訴人為外國公司，本件應屬涉外事件，原審未依我國涉外民事法律適用法第六條規定確定其準據法，遽依我國法律為上訴人不利之判決，自有可議。」；87 年度台上字第 1203 號判決要旨謂：「本件運送契約之運送人及簽發載貨證券之人均為外國法人，應屬涉外民事訴訟事件，原審未依涉外民事法律適用法之規定確定其準據法，逕行適用我國法律而為上訴人敗訴之判決，自有疏略。」；91 年度台上字第 1031 號要旨：「本件兩造當事人之國籍不同，上訴人為韓國籍，被上訴人為中華民國籍，屬涉外事件，究應以何國法律為準據法，首須加以釐清。…（中略），依我涉外民事

法律適用法之規定，究應以何國法律為準據法，原審概未推闡調查明晰，並予決定，遽行判決，已有未合。」。

上開最高法院之諸項判決所指摘者，一言以蔽之，即為國際私法之強行性的問題。據此可以得知，我國最高法院對於涉外民事法律適用之強行性，採取首尾一貫的解釋，在理論上極具有正當性。倘若我國法院首先不能夠意識到其所處理者，為「涉外」民事訴訟或非訟事件，又怎會意識到國際私法或涉外民事法律之適用？

(三)對於現行選法規則理論架構之反思

綜上所述，在現行的選法規則之理論架構下，涉外民事訴訟上之所以發生適用外國法的可能，概括言之有兩種情形，第一為當事人在訴訟上主張適用外國法；第二為法院主動適用法庭地選法規則之結果而得到應適用外國法的結論。

第一種情形，所謂當事人在訴訟上主張適用外國法，縱為當事人間本就存有選法合意的情形，包括其合意本身的成立與效力（法律行為的成立與效力）問題，均應先適用法庭地選法規則來決定準據法¹⁵。換言之，外國法之適用與否，不論是否由當事人在訴訟上提出主張，皆必須先接受法庭地選法規則之檢驗之後才能夠加以決定，不受當事人主張之拘束。

第二種情形，法院因適用選法規則而得到應適用外國法的結果，其前提必須建立在，法院首先意識到其所處理者，為「涉外」民事事件或「國際」私法案件之上。接而，理論與實務上，必然

¹⁵ 具體言之，例如意思表示是否合法、可能、妥當與確定；意思表示有無真意保留、通謀虛偽、詐欺或脅迫等瑕疵問題？又其法律效果為撤銷或無效？又其意思表示生效時期應採發出（信）主義、到達主義抑或了解主義，均因準據法之不同而法律效果不同，應各自依其法律行為之準據法決定之。

面對的問題為：法院處理涉外事件，是否應依職權（*ex officio*）適用法庭地之選法規則，或應該將其留待當事人主張或提出抗辯才處理選法問題？就此問題，如前所述，我國最高法院與學說均認為，法院處理涉外案件應依職權適用選法規則¹⁶，本文原則上亦肯定此見解。法院受理訴訟事件是否先意識其「涉外」、「國際」或「跨國（*transnational*）」的特殊性，理解其乃適用國際私法的範疇，一言以蔽之，乃涉及國際私法之強行性問題，乃選法規則之總論上重要之基礎問題。

惟必須注意的是，採取強行性之選法理論的國家，在理論上必須說明的是，如果兩造當事人無適用外國法的意願，選法規則必須強制法院適用外國法之理由何在？法律政策上之正當性何在？

選法規則是否，或應否為強行規範，涉及各國對於國際私法選法規則之本質的認識不同。相對於強行性的選法規則，採取非強行性選法規則或任意的選法規則的國家（見後述），除非當事人在訴訟上針對應適用外國法為準據法有所主張或爭執，否則法院處理涉外事件並不主動選法，在當事人未主張選法甚或當事人祇主張法庭地實質法時，法院將以法庭地法代之。反過來說，祇有在當事人在訴訟上主張適用外國法時，法院才依法庭地之選法規則決定是否適用外國法，若達到應適用外國法之結論，次而發生外國法的內容如何確定與證明之問題。此時，外國法事實說和外國法法律說在理論上若有不同，將反映在訴訟程序上舉證責任誰屬之差異。

外國法在性質上究竟屬於事實或法律之爭論，所涉及之範圍可概括分為兩個層面，第一，為訴訟上舉證責任的問題。第二，

¹⁶ 劉鐵錚、陳榮傳，同前註 11，頁 218；賴來焜，同前註 12，頁 151。

為可否上訴最高司法審判機關（以下通稱最高法院）接受法律審查的問題。具體言之，外國法若為事實的一種，則訴訟上當事人負有舉證責任（辯論主義），法院無須主動調查，如當事人拒絕舉證或未能充分舉證，各國的涉外裁判實務上所採取者，以駁回當事人的請求，或逕行適用法庭地法為常態。又，在外國法事實說的理論架構下，法院錯誤解釋或適用外國法的內容時，理論上亦無法上訴至最高法院來進行法律審查。反之，若採外國法法律說，外國法的性質既然為法律，法院即有依職權就外國法的內容如何進行調查的義務（職權探知主義），其舉證責任不在當事人而在法院；當法院錯誤解釋或適用外國法時，得以違背法令作為上訴最高法院的理由。綜上，外國法事實說與外國法法律說在比較國際私法的理論上的確有明顯的對立與衝突存在。

惟針對外國法事實說與外國法法律說兩大陣營進行比較法的研究時，可以發現，兩大陣營之間是否真正存在衝突與對立，不無疑問。在採取外國法事實說的國家的涉外裁判實務上，當法院解釋或適用外國法發生錯誤時，果真無法上訴最高法院進行法律審查？反之，在外國法法律說的國家的立法和涉外裁判實務上（例如我國），就外國法的內容如何，法院果真職權探知其內容而當事人完全不用負擔舉證責任？上述兩個問題的答案，不論在採何說的國家，自結論而言皆為否定。換言之，外國法事實說和外國法法律說在涉外裁判實務上，可說殊途同歸，難謂存有真正的衝突與對立，是故，有學說直指外國法事實說和外國法法律說之區別在國際私法的理論上其實不具實益¹⁷。此外，在採取外國法法律說的荷蘭與德國，是無法以錯誤解釋與適用外國法為理

¹⁷ Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared*, 45 *Int'l & Comp. L.Q.* 272 (1996).

由，上訴至德國聯邦最高法院的¹⁸。

綜上，在比較國際私法上，存在衝突的，恐非外國法的性質，而係強行性的選法規則之外，尚有其他的選擇——非強行的選法規則或任意的選法規則。簡述如下。

三、非強行性的或任意的選法規則與理論

(一)英國—非強行性的選法—

選法規則在許多國家，係屬強行法規，例如義大利、荷蘭、比利時、奧地利、德國、瑞士、西班牙、土耳其、日本和我國。因此，在這些國家，法院受理涉外事件後，不待當事人提起，法院即必須依職權主動適用選法規則，即便是選法的結果連結因素指向外國法，法院仍然必須加以適用。所以，這些國家的國際私法學者，多半不願被披上動輒主張法庭地法優位的外衣。

但是亦有許多國家或法域，國際私法並不具強行性，除非當事人在訴訟上主張適用外國法，否則法院並不主動選法。例如英國法上，法院處理涉外事件，並不依職權適用國際私法上的選法規則，除非當事人在訴訟上有所主張或抗辯。反之，倘若當事人訴訟上主張適用外國法，卻無法證明其內容時，英國法院將適用法庭地法之英國法¹⁹。其理論基礎與論理邏輯得整理成下列四大原則：第一，外國法為事實而非法律；第二，既然為事實，外國

¹⁸ 德國聯邦最高法院認為其統一解釋法律之義務，不包括外國法在內，見 Th.M.DE.Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 316 (1996); 溜池良夫，同前註 14，頁 242。

¹⁹ Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared*, 45 *Int'l & Comp. L.Q.* 273 (1996).

法必須如同其他事實一樣在訴訟上被加以主張；第三，既然為事實，外國法必須在訴訟上依一定的方式證明；第四，外國法在訴訟上未被主張，或縱有主張但未被充分證明時，法院將適用法庭地法代之。蓋當事人縱有主張適用外國法，但因未證明或不能證明其內容——所以無法證明外國法的內容和英國法不同，因此推定外國法的內容與英國法相同²⁰。

英國國際私法裁判上的實踐，雖不能驟下國際私法在英國為任意規範之結論，但是，至少可以肯定的是，國際私法在英國並非強行規範（non-mandatory choice-of-law rules）。而且，在當事人任何一造皆未主張選法問題時，英國法院有忽視選法之傾向²¹。因此，英國有學說認為國際私法在英國法的性質上，和大陸法系國家學者所主張的「任意選法理論（facultative choice of laws）」非常近似²²。但亦有學說從訴訟法的角度來觀察，認為英國國際私法上的外國法適用問題，並非選法的問題，而係訴訟程序的問題。蓋英國國際私法採外國法事實說之結果，既然外國法的性質屬於事實，自然必須由當事人在訴訟上提出主張，是故，外國法適用的問題在英國自然為程序問題而非選法的問題。

對於這種國際私法在基礎理論上的不同，一般的認識，係從外國法事實說和外國法法律說的角度來理解，而英國乃採取外國法事實說之英美法鼻祖。這種傳統上的理論說明，固然清楚地反映出外國法適用與外國法的證明在英國國際私法似乎係屬同一層次的問題，和大陸法系國家之間所呈現的差異。惟必須注意的是，在所謂採取外國法事實說的英國，此種事實，亦與民事訴訟

²⁰ Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 3-4, 60, 142 (1998).

²¹ Th.M.DE.Boer, *supra* note 18, at 227.

²² Richard Fentiman, *supra* note 20, at 259.

上一般的待證事實不同²³，因為，錯誤解釋與適用外國法，在英國是可以上訴至最高司法審判機關（the House of Lords），接受法律審查的²⁴。

（二）法國—任意的選法—

與其他歐陸國家相比，法國在外國法的適用之問題上可謂獨樹一格。而關於這個部份的法則，皆由法國最高法院（Cour de Cassation，亦譯為廢棄法院）之判例所確立。首先於 1959 年 5 月 12 日之 Bisbal 判決²⁵，法國最高法院宣示，外國法之適用，並不具公共政策之性質，倘當事人於訴訟上未主張外國法的適用時，下級法院並無依職權適用外國法的義務。加上於 1960 年的 *Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque v. Chemouny*, Cass.civ. 1re 判決中²⁶，當事人在訴訟上並未主張適用外國法，法國下級法院卻依職權適用外國法，當事人以此為理由向法國最高法院提起上訴，卻遭到法國最高法院駁回。準此言之，上開兩則法國最高法院判決所樹立的法則為：在當事人未於訴訟上主張適

²³ 英國的上訴法院（appellate courts）通常不妄加干涉事實審法院所認定的事實，但是外國法，「雖然係屬事實問題，但係一種特殊的事實問題（although a question of fact, is a question of fact of a peculiar kind）」，因此，英國上訴法院比較不吝廢棄下級法院對於外國「法」之內容的「事實認定」。Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared*, 45 *Int'l & Comp. L.Q.* 284 (1996).

²⁴ *Id.* at 274 and 285

²⁵ 共同國籍為西班牙之夫婦，請求法院判決將分居（decree of judicial separation）之法律狀態變更為離婚，當事人在訴訟上並未主張適用西班牙法或其他外國法，而當時的西班牙法是禁止離婚的。法國法院逕自適用法庭地之法國法，判准當事人離婚。Th.M.DE.Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 263 (1996); Jacob Dolinger, *Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law*, 12 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 227 (1995).

²⁶ Th.M.DE.Boer, *supra* note 25, at 263; Trevor C. Hartley, *supra* note 23, at 278.

用外國法時，主動依選法規則適用外國法乃法國法院的權限，但非義務²⁷。

但是在 1988 年，情況看來彷彿有所逆轉。法國最高法院接連在兩件判決中改變立場，認為法院不依職權選法適用外國法，應解為違反法國新民事訴訟法第十二條第一項²⁸之規定。此項見解，得到當時法國若干國際私法學者之支持，並認為不啻宣告任意的準據法選擇理論在法國終於告終²⁹。但在 1990 年和 1991 年，法國最高法院卻再次重申任意的準據法理論，認為在當事人訴訟上未主張適用外國法時，下級法院無須依職權主動適用選法規則，當事人亦不得以判決適用法庭地之法國法為理由提起上訴³⁰。

惟任意的準據法選擇規則有兩個適用上的例外，亦即，第一，它只適用在當事人具有處分權的事項（parties have the free disposition of their rights）。例如契約、侵權行為和財產（包括夫妻財產和繼承財產）。換言之，對於身分（status）和能力（capacity）事件則無適用的餘地³¹；第二，法國法院必須依職權適用在法國

²⁷ Th.M.DE.Boer, *supra* note 25, at 264; Jacob Dolinger, *supra* note 25, at 227; Trevor C. Hartley, *supra* note 23, at 278.

²⁸ 第一項規定：法官依適用的法律規範判決訴訟爭端（Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables）。關於條文之漢譯，感謝法國史特拉斯堡第三大學私法學博士候選人林恩璋律師之協助。期待林律師日後能就法國法上之相關問題為詳盡之解說，使國內相關研究更為豐富。

²⁹ 惟必須注意的是，是否由當事人證明外國法的內容，抑或由法院進行調查，法國法院有依個案處理的裁量權。Th.M.DE.Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 265 (1996).

³⁰ Jacob Dolinger, *Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law*, 12 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 231 (1995); Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared*, 45 *Int'l & Comp. L.Q.* 279 (1996).

³¹ Th.M.DE.Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 265 (1996).

生效的國際公約³²。惟必須注意的是，縱使涉及國際公約的適用，當事人仍得依法國民事訴訟法第十二條第三項的規定，合意適用法庭地之法國法。而這種情形的發生，可以說即專指契約事件而言³³。

(三)強行性之緩和

1、瑞士

瑞士在 1987 年制定聯邦國際私法³⁴之後，於第十六條第一項規定：「外國法之內容應依職權調查，為達此目的，得要求當事人之協助，在財產案件，得課當事人證明之責任。」；第二項規定：「如外國法之內容無從證明，適用瑞士法。」³⁵。因此，當事人在訴訟技巧上，可以刻意懈怠就外國法內容之舉證責任，而達到使瑞士法院依第二項適用法庭地瑞士法的結果³⁶。這個規定，

³² Th.M.DE.Boer, *supra* note 29, at 264-265; Trevor C. Hartley, *supra* note 30, at 279.

³³ Trevor C. Hartley, *supra* note 30, at 280.

³⁴ 關於介紹與解說，請參見劉鐵錚等，*瑞士新國際私法之研究*，三民書局，1991年。逐條英譯與解說則請參見 Jerome B. Elkind, *The Swiss Private International Law Act*, 37 *Int'l & Comp.L.Q.* 681 (1988); Jean-Claude Cornu/Stéphane Hankins/Symeon Symeonides, *Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987: An English Translation*, 37 *Am. J.Comp. L.* 193 (1989).

³⁵ 條文之漢譯係依劉鐵錚等，同前註 34，頁 24 為準。條文之英譯如下：
Article 16:

1. The content of the applicable foreign law is established *ex officio*. To that effect, the cooperation of the parties may be required. In patrimonial matters the burden of proof may be placed on the parties.
2. If the content of foreign law cannot be established, Swiss law applies. See Jean-Claude Cornu/Stéphane Hankins/Symeon Symeonides, *Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987: An English Translation*, 37 *Am. J.Comp. L.* 199 (1989).

³⁶ Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared*, 45 *Int'l & Comp. L.Q.* 277 (1996).

原本並不在 1987 年聯邦國際私法的草案當中，係在聯邦國會的立法審查中被以修正案的方式加入，顯係為了維持選法規則強行性而為妥協之產物³⁷。又瑞士法中所謂的 *patrimonial matters*，其概念相當於法文 *matière patrimoniale* 和德文 *Rechtsstreit über vermögensrechtliche Ansprüche*，在瑞士法上係指契約法、侵權行為法、物權法、親屬法和繼承法上，所有得作為金錢上之請求者皆屬之³⁸。

2、美國

同屬英美普通法系的美國，其國際私法（*conflict of laws*，或譯衝突法）乃美國法之中，和英國法之間較不具淵源的少數法領域之一³⁹。惟在過去和英國相同，外國法在美國法上亦為事實而非法律，在訴訟上屬於陪審團決定的事項，備受美國國際私法學者批評⁴⁰。美國 1966 年增修聯邦民事訴訟規則第 44.1 條，明文揚棄外國法事實說的傳統見解，改採外國法法律說的立場。

惟在 1966 年以前縱使美國國際私法上採外國法事實說的立場，但是在既得權理論的影響下⁴¹，聯邦法院不待當事人提起，

³⁷ *Id.*

³⁸ Jean-Claude Cornu/Stéphane Hankins/Symeon Symeonides, *supra* note 30, at 196 n 9.

³⁹ Symeon C. Symeonides/Wendy Collins Perdue/Arthur T. von Mehren, *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, 12-13 (2nd ed. 2003).

⁴⁰ David F. Cavers, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, the University of Michigan, 268-289 (1966)。又本文所引用之美國論文與判例，原則上均以 1966 年以後者為準。1966 年以前的相關論文，在聯邦民事訴訟規則第 44.1 條的立法理由說明內有列舉；1966 年以前的美國國際私法實務之整理，見 Arthur R. Miller, *Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine*, 65 *Mich. L. Rev.* 638-649 (1967)。

⁴¹ 在既得權的理論下，選法規則指定特定之外國法係定理（a categorical imperative）的，選法規則命令法院祇能適用外國法之外無他。Brainerd Currie, *On the Displacement of the Law of Forum*, 58 *Colum L.Rev.*, 1001 (1958)。我國

即依職權適用法庭地選法規則，倘若當事人就外國法的內容無法充分舉證或不為舉證，法院將駁回當事人的請求⁴²。就此意義而言，在採取外國法事實說當時的美國選法規則，係屬強行（mandatory），而非任意（permissive）⁴³。

1966年以後，改採外國法法律說的美國，是否和原本就採相同立場之大陸法系國家一樣，選法規則更屬強行，法院必須依職權適用選法規則，不問當事人在訴訟上有無主張？本文首先試譯1966年所增修的聯邦民事訴訟法第44.1條（以下簡稱第44.1條）條文如下：「欲提起以外國法為爭點之當事人應以訴狀或其他合理書面為通知。法院，於決定外國法時，得考慮任何相關資料或來源，包括證言，不論其是否由當事人所提出亦不論依聯邦證據規則是否具有證據適格性（證據能力）。法院之決定必須被視為就法律問題之判斷」⁴⁴。就前段（第一句）之規定而言，依大陸法系所謂反面解釋之法學方法，似乎可解為當事人在訴訟上若不主動提起適用外國法之爭點，法院即得逕依法庭地法處理。惟同法同條之修正理由說明謂：縱使當事人未為主張，法院被授權仍得適用外國法（The court is authorized to apply foreign law even if not requested by a party）⁴⁵。

惟值得注意的是，適用本條規定採取外國法法律說之後的美

學說對於既得權理論之說明，請參見柯澤東，同前註12，頁157-158；劉鐵錚、陳榮傳，同前註11，頁188-189。

⁴² Stephen L. Sass, *Foreign Law in Federal Courts*, 29 Am. J. Comp. L. 103 (1981).

⁴³ Lea Brilmayer & Jack Goldsmith, *Conflict of Laws: Cases and Materials*, 178 (5th ed. 2002).

⁴⁴ "A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country shall give notice by pleadings or other reasonable written notice. The court, in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The Court's determination shall be treated as a ruling on a question of law".

⁴⁵ Notes of Advisory Committee at 292.

國涉外裁判實務，卻有朝向緩和強行選法理論的傾向。亦即，原則上美國聯邦法院處理涉外訴訟，仍然主動適用法庭地選法規則，不問當事人在訴訟中有無主張。但是，在當事人於訴訟中未提出選法問題或主張適用外國法時，聯邦法院之判例有下列二種處理模式：

第一，將以當事人違反第44.1條中段所規定，必須以訴狀或其他合理的書面「通知 (notice)」法院及他造的要件，而適用法庭地法⁴⁶。第二，以聯邦上訴法院第二巡迴區的判例為例，在 *Bartsch v. Metro-Goldwyn-Meyer, Inc.*⁴⁷和 *Fairmont Ship. Corp. v. Chevron International Oil Corp.*⁴⁸兩件判決中，第二巡迴區皆主動適用選法規則而得到必須適用外國法的結論，但兩件判決中皆無任何一造當事人在訴訟上主張適用外國法。是故，第二巡迴區的見解為，當事人在訴訟上未主張適用外國法所代表之意義為，無任何一造當事人主張外國法與法庭地法之紐約法有任何實質上的差異，又第44.1條並未強制法院必須依職權調查外國法的內容，因此法院無獨立調查外國法的義務，而適用法庭地法。

造成這種當事人未於訴訟上提起選法或主張適用外國法時，縱使違反選法規則之選法結果，法院仍然適用法庭地法之傾向的原因，一般認為與既得權理論在美國國際私法方法論上遭到顛覆有關⁴⁹。

⁴⁶ 這種處理方式多半為第二巡迴區及其轄下之聯邦地院所採，例如 *The Clarkson Co. Ltd. v. Shaheen*, 660 F.2d 506, 512 n.4 (2nd Cir. 1981)。在其他各聯邦上訴法院的判例中除了第九巡迴區之 *DPA v. Smith Industries Aerospace & Defence Systems Ltd.*, 268 F.3d 829, 845 (9th Cir. 2001)以外，似乎比較少見。

⁴⁷ 391 F. 2d 150, 155 (2nd Cir. 1967)。

⁴⁸ 511 F.2d 1252, 1261, n.16 (2nd Cir. 1975)。

⁴⁹ *Lea Brilmayer & Jack Goldsmith, Conflict of Laws: Cases and Materials*, 178 (5th ed. 2002); *Stephen L.Sass, Foreign Law in Federal Courts*, 29 *Am. J.Comp. L.*106 (1981)。又對於既得權理論之下的美國涉外裁判實務 *Arthur R. Miller*,

美國的國際私法教科書或論文，多舉第二巡迴區的判例為範例，蓋第二巡迴區所管轄的範圍包含紐約，乃美國受理涉外民事訴訟最多之地區⁵⁰，惟是否得以第二巡迴區的判例解為全美之共通現狀，似不無檢討之餘地。惟本文針對其他巡迴區進行案例調查之結果，亦得到同樣的結論。亦即，現行美國之涉外裁判實務，選法規則已經不再具有絕對的強行性，只要兩造當事人在訴訟上皆未提起選法問題或主張適用外國法，美國聯邦法院的判決縱然仍會主動言及選法問題，但是結論上皆忽視選法之結果，而逕依法庭地法處理之⁵¹。因此，美國的學說指出，在增修第 44.1 條後，倘若原告之訴訟原因（cause of action）係基於外國法，但原告刻意不主張選法或適用外國法，反而主張適用法庭地法，在被告洞悉原告之訴訟策略的情況下，假使被告提出應適用外國法之抗辯，是否意味著被告成為第 44.1 條前段所規定的「欲提起以外國法為爭點之當事人（A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country）」而成為必須負擔舉證責

Federal Rule 44.1 and the “Fact” Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine, 65 Mich.L.Rev. 693-694 (1967)有詳細的敘述。雖然美國國際私法之通說已經揚棄既得權理論，但在學術上仍然可見對於繼受既得權理論而衍生出來的其他理論之追擊，見 Michael S. Green, Legal Realism, Lex Fori, and the Choice-of-Law Revolution, 104 Yale L.J. No.4, 967-994 (1995)。

⁵⁰ Milton Pollack, Proof of Foreign Law, AJCL, 471 (1978)。

⁵¹ Carey v. Bahama Cruise Lines, 864 F.2d 201, 205 (1st Cir. 1988); Clarkson Co. Ltd. V. Shaheen, 660 F.2d 506, 513, n.4 (2nd Cir. 1981); Montgomery Ward & Co., Inc. v. Pacific Indemnity Company, 557 F.2d 51,58,n 11 (3rd Cir. 1977); Twohy v. the First National Bank of Chicago, 758 F.2d 1185, 1189 (7th Cir.1985); Commercial Insurance Company of Newark v. Pacific Peru Construction, 558 F.2d 948,952 (9th Cir. 1977); Cavic v. Grand Bahama Devel Co.,701 F.2d 879, 882-883 (11th Cir. 1983); In re Korean Air Lines Disaster of September 1, 1983,932 F.2d 1475,1495 (Columbia Cir.1991)。又前開哥倫比亞巡迴區上訴法院判決關於選法問題之分析雖係記載於反對意見之中，但反對意見係指摘多數意見忽略選法問題，而直接適用法庭地法的不當，並就該巡迴區的相關問題為分析，故本文引用之。

任的一方⁵²？這雖然是美國學說在評論條文規定所可能產生的問題，但本文以為，藉由這個問題的提出可以窺見，美國學說上對於選法規則不具有強行性似乎已經認為理所當然，蓋在強行的選法規則理論之下，法院選法不受當事人主張之拘束，理應無從發生上開疑問才是。

綜上，美國聯邦法院的涉外民事判例在形式上雖仍然維持法院應主動適用選法規則加以選法⁵³，但在當事人並未主張的情形下，結論上以法庭地法代之的現象，可謂選法規則的強行性已經大幅地被加以緩和或後退。

參、外國法的證明

美國法上有所謂「司法認知 (judicial notice)」的制度，對於美國法院裁判實務上調查外州法有相當的助益⁵⁴。的確，特別在於 1967 年通過的「法律問題統一證明法 (Uniform Certification of Questions of Act)」為 31 州所採以後，確有學說對之寄予厚望⁵⁵。惟這些立法在美國涉外裁判實務上，似乎僅限於涉及外州法 (foreign law; sister state law) 之州際 (interstate) 事件，就本文所為之國際 (international) 民事裁判中涉及外國法 (foreign country law) 之適用者，尚未發現有聯邦法院針對外國法進行司法認知的案例。反之，有若干聯邦法院和第二巡迴區一樣拒絕當

⁵² Arthur R. Miller, *Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine*, 65 Mich.L.Rev. 617 (1967).

⁵³ 其實有許多判例已經僅止於「言及」選法問題，並非真正就選法進行分析。

⁵⁴ 劉鐵錚、陳榮傳，同前註 11，頁 207。

⁵⁵ John B. Corr & Ira P. Robbins, *Interjurisdictional Certification and Choice of Law*, 41 Vand. L. Rev. 411 (1988).

事人所為就外國法進行司法認知之聲請者⁵⁶。因此，實務上如同絕大多數的美國聯邦判例所示，問題之癥結仍然在於第 44.1 條之規定。

一、外國法事實說與法律說之實益？

(一)美國聯邦民事訴訟規則第 44.1 條

1、學說理論

美國的學說上亦有主張選法問題和外國法證明的問題在理論上應予以分別。法院是否應該主動選法，所涉及者，與既得權理論在總論的方法上遭到顛覆有關⁵⁷，而當事人未能證明外國法內容的問題則是屬於外國法證明的問題（proof of foreign law）。1966 年以前採取外國法事實說的結果，外國法的內容必須由當事人在訴訟上負舉證責任，倘若當事人不為舉證或舉證不充分時，在裁判實務上，多半採取因當事人無法證明其訴訟原因（cause of action）之基礎，而駁回其請求之處理⁵⁸；但亦有如第四巡迴區一樣，採取以法庭地法代之的作法⁵⁹。一般而言，對於採取直接駁

⁵⁶ 許多聯邦法院往往拒絕適用其所在之州關於司法認知的規定，Lea Brilmayer & Jack Goldsmith, *Conflict of Laws: Cases and Materials*, New York, Aspen Law & Business, 178 (5th ed. 2002).

⁵⁷ Arthur R. Miller, *Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine*, 65 *Mich.L.Rev.* 695 (1967)。但 Miller 教授在文中表明無意捲入既得權理論與其他後繼理論在方法論上之是非，僅就第 44.1 條之規定來分析相關問題，*Id.*

⁵⁸ *Id.* at 639。採取駁回請求之作法，與總論上採取既得權理論具有整合性，蓋當事人未能證明該外國法，即表示其無法證明其權利之依據，見 William M. Richman & William L. Reynolds, *Understanding Conflict of Laws*, 174, New York, LexisNexis (3rd ed. 2002).

⁵⁹ Arthur R. Miller, *supra* note 57, at 693.

回請求之處理，在學說上受到強烈的批判⁶⁰。在 1966 年以後，美國改採外國法法律說的立場。問題在於，是否從此美國的國際私法實務，和其他原本就採同說的國家一樣，認為在國際私法的領域，「法官應知法律(Jura novit curia)」的原則亦適用在外國法上？

1966 年增修第 44.1 條後，規定聯邦法院於決定外國法時，得考慮任何相關資料或來源，包括證言，且不論其是否由當事人所提出亦不論依聯邦證據規則是否具有證據適格性（證據能力）。就此條文規定之意義而言，使得聯邦法院在決定外國法的內容時，得不受所在之州判例法或實定法之拘束⁶¹。此外，將確定外國法內容的舉證責任，由當事人和法院共同負擔，且法院不受當事人所提出之證據資料之拘束，自大陸法系訴訟法學的觀點，其意義為此條並不採絕對的辯論主義，亦不採絕對的職權探知主義，而係採取中間性質的折衷處理⁶²。

惟於當事人縱有舉證，但不充分的情形時，法院是否應獨立調查？學說上之見解多趨向肯定⁶³。例如參與修法之 Kaplan 教授指出：「本條規定之目的，在於讓法官堅持一定形式的證據(formal proof, 例如條文所言及之證言)；…(中略)，法官可以仰賴兩造，亦得進行獨立的調查。條文雖未明言此點，但自條文意旨言之，

⁶⁰ 但是，亦有從訴訟現實與裁判實務的角度，認為此種處理理所當然，極力批判國際私法理論的學術研究多半偏離現實。William L. Reynolds, What Happens When Parties Fail to Prove Foreign Law?, 48 Mercer L. Rev. 776-779 (1997).

⁶¹ Arthur R. Miller, *supra* note 57, at 656-657.

⁶² 雖然第 44.1 條的條文後段明確採取外國法法律說的立場，但美國的學說認為自此舉證責任的規定而言，本條所採者，既非事實說，亦非法律說，而係介於其中間之第三種範疇(In deed, foreign law is a tertium genus, a third category, between fact and law) 見 Stephen L. Sass, Foreign Law in Federal Courts, 29 Am. J. Comp. L. 98 (1981).

⁶³ Arthur R. Miller, Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine, 65 Mich.L.Rev. 659-660 (1967).

最終法官所應該做的，即是根據他所得的可信資料，並在兩造於法庭上有充分之辯論機會的情況下來決定（外國法）」⁶⁴。

2、實務見解

本文進行案例調查的結果，發現實務上依上開學說見解，認為法院必須獨立調查外國法者，似乎祇有第七巡迴區而已。

其他的美國聯邦上訴法院多數認為，倘當事人在訴訟上未提出選法問題或主張適用外國法，不論第 44.1 條或選法規則均未明文應如何處理，立法理由內對此問題亦未言及或說明⁶⁵。自結論而言，美國聯邦法院將以法庭地法代替外國法，縱使依法庭地的選法規則之結果應適用外國法亦同。此種裁判實務上的處理，在 1966 年以前，其理論基礎係推定外國法的內容與法庭地法相同，但備受學者批評⁶⁶。1966 年以後至今，以法庭地法代替外國法的適用之處理不變，但其理論根據係建立在當事人之間默示的合意，此為美國國際私法第二新編（Restatement (second) of Conflict

⁶⁴ Benjamin Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (II)*, 81 Harv. L. Rev. 591, 615-616 (1968). 惟必須注意的是，Kaplan 教授雖係參與修法之成員之一，但於上開論文開頭即表明文中所述者，僅止於個人意見而已。

⁶⁵ 聯邦上訴法院第一巡迴區在 *Carey v. Bahama Cruise Lines*, 864 F.2d 201, 205 (1st Cir. 1988) 直指第 44.1 條之規定為「得」而非「應」，聯邦法院並無義務依職權適用並調查。學說上有認為此乃立法者有意留下討論的空間，見 Stephen L. Sass, *supra* note 62, at 103.

⁶⁶ Arthur R. Miller, *supra* note 63, at 610, n 41. 聯邦法院之理論根據究竟是依據其所在州之選法理論抑或係依聯邦法院之一般法原則，此部份的說明在絕大多數的判例中並不清楚，*Id.* at 693-694; 另外，有批評認為，在兩種法律之間存在有衝突的時候，此種理論並不妥當，見 Stephen L. Sass, *supra* note 62, at 107; Gregory S. Alexander, *The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts*, 70 NW.U.L.Rev. 608-619 (1975); Rudolf B. Schlesinger, *A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law*, 59 Corn. L.Rev., 6-12 (1973).

of Laws) § 136 所採⁶⁷。因此，在聯邦上訴法院的判例之中，亦有直接引用第二新編第 136 條之規定，以當事人在訴訟上未能證明外國法的內容時，法院得以當事人之間存在有以法庭地法為準據法之默示合意，而適用法庭地法⁶⁸。

又倘若當事人縱有主張適用外國法，但舉證不充分時，聯邦上訴法院各巡迴區多認為依第 44.1 條中段的規定，法院並無獨自調查外國法的義務，而且，在事實審的階段當事人縱有主張外國法的適用，但舉證不充分時，在上訴審即不得再行補充提出⁶⁹。換言之，縱使增修了第 44.1 條之規定，美國聯邦法院仍然認為就外國法的內容之確定責任，應由當事人來負擔。惟第七巡迴區之立場似為例外，認為在決定外國法內容的問題上，不論事實審或上訴審法院（both trial and appellate courts），在當事人舉證不充分的情形下，法院均被要求獨自調查與分析外國法⁷⁰，可謂特例。

(二)我國的現況

1、民事訴訟法第二八三條

我國民事訴訟法第二八三條規定：「習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」。本條規定在民事訴訟法的領域中無足輕重，我國

⁶⁷ Comment h, at 378-379 (1971)指出，對於外國法，不論無資料或資料不充分，法院通常會適用法庭地之實質法。其理由在於，此種處理乃實現當事人間之正義之最善的作法。...（中略）當兩造當事人均未能證明外國法，法庭地可謂當事人之間就適用法庭地實質法存有默示的合意。

⁶⁸ *Carey v. Bahama Cruise Lines*, 864 F.2d 201, 205 (1st Cir. 1988); *Commercial Insurance Co. of Newark v. Pacific-Peru Construction Corp.*, 558 F.2d 948, 952 (9th Cir. 1977).

⁶⁹ *Banque Libanaise Pour Le Commerce v. Khreich*, 915 F.2d 1000, 1018-1019 (5th Cir.1990).

⁷⁰ *Kalmich v. Bruno*, 553 F.2d 549,552 (7th Cir.1977); *Twohy, Jr. v. the First National Bank of Chicago*, 758 F.2d 1185, 1192-1194 (7th Cir.1985).

民事訴訟法的教科書多一語帶過甚或不提，但在國際私法的領域，卻攸關國際私法案件關於外國法的證明之程序處理，為國際私法學所不能忽視。

本條之規定，與日本舊民事訴訟法第二九一條⁷¹相同，均繼受自奧地利 1895 年民事訴訟法第二七一條以及德國 1977 年民事訴訟法第二九三條而來⁷²。日本民事訴訟法學者三ヶ月章教授指出，這些條文之規定，其意義不僅在於規範「外國法」的證明與「事實」的證明，亦在「外國法」與「內國法」的位階之間劃出區隔的界限。蓋自條文的體系位置而言，本條規定在民事訴訟法法典上關於事實的證明之部份，因此不可否認的，立法者認為外國法的證明與事實的證明之間有一定的同質性；惟自文義解釋而言，本條其實係在區隔劃分內國法與外國法之位階。準此言之，在大陸法系之我國、日本與德、奧關於外國法證明之規定，既非採法律說亦非採事實說，而係採法律與事實之中間的見解⁷³。

倘若外國法為法律，則在「法官應知法律 (Jura novit curia)」的原則之下，法院「應」依職權探知法律之內容，而非我國民事訴訟法第二八三條但書所規定，法院「得」依職權調查，又倘若

⁷¹ 亦即，「地方習慣法、商業習慣以及制定法規或外國之現行法可為證明時，裁判所不受當事人是否為證明之拘束於必要時得依職權調查之」。

⁷² 三ヶ月章，外國法の適用と裁判所，澤木敬郎=青山善充編，國際民事訴訟法の理論，有斐閣，1987年，頁243。奧地利民事訴訟法第一項規定：「在他國領域內具有效力之法律、習慣法、特權及制定法規，以法院所不知者為限，有加以證明之必要」。第二項規定：「關於此等法規之調查，法院不受當事人所提出之證據拘束。法院得依職權進行必要之調查。(以下略)」；德國1977年民事訴訟法第二九三條規定：「外國法、習慣法以及制定法規，以法院所不知者為限有必要證明。法院不受當事人所提出之證明所拘束。法院得使用其他之調查方法，或為使用其他調查方法時有命令為必要事項之權限」。上開奧德兩國之民事訴訟法條文翻譯，係依照三ヶ月章教授之翻譯為準。

⁷³ 三ヶ月章，同前註72，頁245。

外國法的內容，不具有事實面的性質，同條即不會採取以當事人必須負舉證責任為原則，而法院亦得展開調查為例外之立法方式。

此與前開美國學者解釋美國聯邦民事訴訟法第 44.1 條，認為此條並不採絕對的辯論主義，亦不採絕對的職權探知主義，而係採取中間性質的折衷處理，在結論上可說是相同的。就此意義而言，大陸法系國家和英美法系國家，在關於外國法證明的問題上，抑或，外國法究竟是事實還是法律的問題上，可謂並不真正存在衝突與對立。

2、實務之立場

就我國實務對於本條之適用而言，在採取職權進行主義和職權探知主義的涉外身分關係事件，存在若干上級法院要求下級法院依職權調查外國法的案例，例如台灣高等法院 88 年家抗字第 205 號民事裁定要旨中謂：「按收養之成立與終止，依各該收養者被收養者之本國法，涉外民事法律適用法第十八條第一項定有明文。抗告人固未提出印尼國有關收養之法律以供審核本件收養是否符合該國法律規定，惟依民事訴訟法第二百八十三條但書規定，原審法院非不得依職權加以調查。」。

但在涉外財產關係的訴訟事件上，我國法院則不吝於承認對於調查外國法之困難，在台灣高等法院 89 年抗字第 1293 號民事裁定理由中謂：「…（前略），因此系爭主債務之效力如何，法院即必須依據馬來西亞法律詳盡調查事實及證據，惟中華民國法院對於馬來西亞法律並不熟悉，若須以馬來西亞法律為審判依據，不但當事人舉證困難，法院亦須花數倍勞力調查理解後方能審判，況本件主債務發生地及履行地均在馬來西亞，原審法院若欲

加以調查事實及證據，勢必國內外公文往返或來回奔波，不但增加勞費，而且事倍功半，(下略)…。」，因而裁定停止訴訟⁷⁴。足見，外國法的證明問題，乃涉外裁判之現實運作問題，與外國法的性質，究竟為法律或事實無直接的關係。

(三)本文之見解與評價

承上所述，傳統國際私法的理論上，外國法事實說與外國法法律說在關於外國法證明的程序上似乎可以導出不同的結論。惟依上開比較民事訴訟法的規定或涉外裁判實務的動向，可以得到以下之結論，亦即，不論是外國法事實說或外國法法律說，對於法院在處理如何證明外國法的裁判實務上，難謂有重大差異或影響。換言之，外國法究竟是法律還是事實，在國際私法的選法理論上之議論是否有其價值，頗值商榷。

在法國，雖亦有學說從外國法事實說的角度來解釋法國最高法院的立場，認為法國最高法院採取適用外國法必須由當事人在訴訟上主張，在當事人未就外國法的內容充分舉證時，依法庭地之法國法代之處理，係因採取外國法事實說之見解。惟亦有反對之見解認為，此種從外國法係屬事實的角度之理論說明，極其容易在下述的反駁之下土崩瓦解。亦即，法官之得以適用外國法，係因法庭地選法規則之授權，而選法規則乃內國法，因此，適用外國法係因內國法之命令所致，而非因外國法律之命令而為⁷⁵。進一步言，選法規則乃內國法之令狀 (precepts)，未能適用

⁷⁴ 本件乃我國法院依不便利法庭原則適用在國際訴訟競合，裁定停止訴訟的典型案例。作者將另外為文檢討此一問題。但對於國際訴訟競合的簡單討論，請參見蔡華凱，國際裁判管轄總論的研究—以財產關係訴訟為中心—，中正法學集刊第17期，2004年，頁27-33。

⁷⁵ Jacob Dolinger, Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law, 12 Ariz. J. Int'l & Comp. L.228

選法規則即為違法（違反內國法）⁷⁶。

法國的學者 Pierre Mayer 指出，外國法在所屬國家的法源上當然為法律，但其存在本身的確含有一定的事實面。例如以前的西班牙法禁止離婚，但是，禁止離婚的西班牙法律事實上是否存在，如何存在（內容與範圍如何），實際上超越法庭地國法官應負義務之專業知識範圍，而必須訴諸訴訟上的證明程序⁷⁷。

在我國的民法法學方法上，法律的適用順序與法源的位階上，外國法本來就得在法理的範圍內，成為補充性的法源，亦為實務所採⁷⁸。焉有實質民法承認外國法係法律，而國際私法卻採外國法事實說之理？準此，在無國際公約規範的前提下，國際私法上所生外國法之問題者，應為其在內國法律位階的問題，而非性質的問題。質言之，與內國法相比較，外國法在法庭地國的法律體系內為一種位階低於內國法之法律。

外國法之所以在涉外民商事件中和內國法被列為法律適用順序上的同位，係因法庭地國國際私法選法規則和理論授權與強制之結果。鑑於涉外民事法律關係的特殊性，為求合理妥當地解決當事人之間實體的權利義務關係，而非任何司法主權之絕對堅持或利益，國際私法上的公平正義，賦予外國法在法庭地法律體系內的適用順序上，與內國法同位。

綜上，討論外國法性質上究竟為法律或事實，在國際私法選法理論上的價值如何，實不無疑問，值得我國國際私法學界商

(1995), citing Henri Motulsky, III *Écrits* 132 (1978).

⁷⁶ *Id.* Citing M. Massip, *Rep. Defrénois*, 1987.p.774

⁷⁷ *Id.* at 228-229. Citing Pierre Mayer, *Droit International Privé* 1977, p.149.

⁷⁸ 台灣新竹地方法院 84 年度訴字第 751 號判決要旨謂：「按民事法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。民法第一條定有明文。查本件為國際貿易糾紛，本國法律對此並無規定，實務作法及外國判例自在參酌之列。（以下略）」。

權。反之，國際私法上所應探討者，並非外國法究竟是法律或事實等性質上的問題，而應為外國法與內國法之間所存在的法律位階問題。換言之，應以外國法適用之位階論取代外國法之性質論。

二、外國法欠缺或內容不明時的處理

(一)發生原因與類型⁷⁹

所謂外國法欠缺或內容不明之發生原因，可歸納為下列四種：

1、連結因素不明

例如國籍不明、難民或無國籍人。

2、連結因素所在法域不明

例如臺灣高等法院 86 年度保險上字第 63 號判決要旨中謂：「按關於侵權行為所生之債，依侵權行為地法，涉外民事法律適用法第九條第一項前段定有明文。按侵權行為地，一般係指行為地或結果發生地而言，依此本件侵權行為地應係貨損實際發生之前開地點，該地屬何國領域，或係公海，上訴人並未舉證明之，而我國宜蘭蘇澳港僅係損害發生後船舶之到達地而已，既非侵權行為地，亦非損害發生地，上訴人主張準據法應適用中華民國法律，即有不當。」⁸⁰。

⁷⁹ 根本洋一，外國法內容不明時的處置，涉外判例百選第 3 版，有斐閣，1995 年，頁 28。

⁸⁰ 本件判決涉及國際私法上連結因素的確定問題，台灣高等法院是否將連結因素事實的證明責任，與連結因素本身的確定責任與解釋問題相混淆，恐有討論空間。對此問題，本文作者將另外為文討論。

3、連結因素所在地無法律施行

例如朝鮮民主主義共和國。

4、連結因素所在地雖有法律之施行,但內容有欠缺或不明。

一般而言,學說均就上開第3和第4點展開論述。

(二)學說

如前所述,依我國民事訴訟法第二八三條之規定,外國法為法院所不知者,原則上由當事人負舉證責任,但法院亦「得」依職權調查。又倘若當事人不為舉證或舉證不充分時應如何處理,我國民事訴訟法和涉外民事法律適用法均未規定,唯有依解釋決定之。學說上具有代表性者,如下所述:

1、駁回請求說

在應適用之外國法發生欠缺或內容不明的情況時,即無法證明當事人之主張或請求有所依據,準此,除了駁回當事人之請求之外別無他法。傳統的國際私法學說上認為尤其在採取外國法事實說的理論架構下,認為此種立場和當事人無法就一般事實提出證明時,即應遭到法院駁回其請求之理相同。惟此說遭到外國法法律說論者批評,此種處理無異於拒絕裁判⁸¹。

惟如同本文後述,實務上法院採取駁回請求之處理,非必意味法庭地係採外國法事實說,而或與訴訟標的理論有關。

2、法庭地法說(內國法適用說)

此說認為,準據外國法欠缺或不明時,即應適用內國法代替

⁸¹ 溜池良夫,同前註14,頁240。

之，此說見解之依據主要在於「有懷疑時即依法庭地法（in dubio lex fori）」原則。惟此說被批評為背於內外國法平等原則，有違國際私法之基本精神⁸²。

3、補充連結說

此說之見解主要認為，準據外國法有欠缺或不明時，應探求其補充的準據法，並加以適用。例如當事人的本國法不明時，應以其常居所（慣居地）或住所為次一順位的連結因素。換言之，此說所主張之方法與大陸法系國家選法規則立法上之階段的連結方法相同。義大利國際私法第十四條條第二項採之。

惟此說最大的問題在於，補充的連接因素，往往會導出完全不同的準據法，例如當事人本國法和常居所（慣居地）所連結者，往往為不同國家的法律，反映在訴訟程序上，法院必須就外國法的內容重新調查。因此，是否得以完全解決外國法有欠缺或不明的問題，頗有疑問⁸³。

4、法理說與近似法說（surrogate substantive law; verwandte Rechtsordnung）⁸⁴

此說認為，外國法有所欠缺或內容不明時，即應該依照一般適用民事法律之方法，依法理解決之。此說主要以比較法的研究為其方法，在歐陸國家受到學者間相當廣泛的支持。惟所謂的法理，究竟是法庭地法之法理？抑或是準據法所屬國之法理？還是

⁸² 溜池良夫，同前註 14；道垣內正人，ポイント國際私法總論，有斐閣，1999 年，頁 247-248。

⁸³ 溜池良夫，同前註 14；道垣內正人，同前註 82，頁 249。

⁸⁴ 我國國內學說有將法理說與近似法說在整理上加以區隔者，請參見劉鐵錚、陳榮傳，同前註 11，頁 210。

可解為具有一般普遍性的法原理原則？其範圍失之過廣與抽象，在學說所主張的版本亦各有不同。

在法理說的架構下，有所謂近似法說，在歐洲學說上似蔚為潮流⁸⁵。其共通之處在於，外國法內容欠缺或不明時，應以該國之社會體制、宗教信仰和所屬之法系來加以推定出最可能妥當的法律（*wahrscheinlich geltendes Recht*; the principle of greatest probability），並採為裁判的基準。例如比利時法不明的時候，依法國法；盧森堡法律不明時，依法國法或比利時法決定之；或瑞典法不明的時候，依丹麥法或挪威法決定之。

在日本與美國的涉外裁判實務上，皆有採取此說之判例存在。日本東京家事法院 1963 年東京家裁昭和 38 年 6 月 13 日之判決，對於朝鮮民主主義人民共和國關於收養之法律，「極盡調查之手段，仍然無法究明其內容。在被指定為準據法之外國法的內容不明時，應參酌法例（筆者註：日本之國際私法選法規則）指定為準據法之趣旨探求其內容，首先應從準據法國全體之法秩序來推測其內容，仍不可能時則依從前所施行之法令或與其政治、經濟或民族上近似之國家的法秩序來推測其準據法之內容」，而認為應參考蘇聯法為朝鮮法之近似法⁸⁶。

在一件侵權行為的損害賠償請求中，美國的路易斯安那聯邦地方法院（the Eastern District of Louisiana）在準據法指定適用孟加拉法，卻發現對於侵權行為的損害賠償之計算範圍之孟加拉判例法有所欠缺，因此決定適用印度和英國的判例法來決定原告之損害賠償金額。聯邦地院除了依職權獨自調查之外，並就孟加拉

⁸⁵ 又以德國國際私法學者 Kegel 所提之「最可能妥當原則（the principle of greatest probability; *wahrscheinlich geltendes Recht*;）」在學說中最具影響力。Th.M.DE.Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 312 (1996).

⁸⁶ 判例タイムズ 148 号 130 頁。

法與印度、巴基斯坦和英國法之間的歷史淵源做了詳細的說明。原告聲明不服，以下述理由上訴至第五巡迴區聯邦上訴法院。亦即，依聯邦民事訴訟規則第 44.1 條之規定，主張適用外國法之當事人必須就該外國法的內容負舉證責任，但被告顯然就孟加拉的法律未盡舉證責任，又依法庭地之判例法，外國法不明時應以法庭地法代之，因此聯邦地院適用選法規則顯有錯誤。第五巡迴區駁回上訴，維持地院的原判決⁸⁷。

(三)我國的涉外裁判實務

以下，依當事人主張權利之方式，依請求權與抗辯權分述如下，但其共通之處在於，當事人主張之權利係依據外國法且無法證明其內容時，我國法院均採取駁回或否定其權利之見解：

1. 請求權

關於當事人未能充分舉證證明其請求權所依據之外國法的內容時，最高法院之見解分歧，似乎仍未統一。例如，最高法院 79 年度台上字第 2192 號要旨謂：「英國買賣法及相關判例之內容如何，被上訴人對之有舉證之責任，原審亦得依職權調查之，原審僅憑被上訴人提出某刊物影印之片斷資料，遽以其為所準據之英國法加以援用，自與證據法則有違。」。自此判決要旨觀之，在當事人縱有舉證，但舉證不充分或不適當時，似有解為最高法院認為下級法院有依職權調查之必要之空間。

惟在其他的判決中，似乎又和上開立場有違，而採取駁回當

⁸⁷ Karim v. Finch Shipping Co., 265 F.3d 259, 272-273 (5th Cir. 2001). 孟加拉國籍的船員（原告、上訴人）X 於本件被告馬爾他法人 Y 所有之船舶上工作時，因摔傷使得頸部、背部和腰椎嚴重骨折，遂對於 Y 提起依侵權行為請求損害賠償之訴。

事人之請求者，例如最高法院 80 年度台上字第 2427 號要旨謂：「查上訴人主張被上訴人違反無記名式載貨證券原則上不准擔保提貨及不得於開發信用狀當日即為擔保提貨行為之國際慣例，依民事訴訟法第二百八十三條前段規定，上訴人自有就上述國際慣例存在與否，負舉證之責任。原審以上訴人未盡其舉證之責任而不予採信，實無違背舉證責任分配法則之可言。」；同法院 86 年台上字第 2988 號判決謂：「（前略）…。該聖文森國律師所具宣誓書亦未說明聖文森國法律是否別有如我國海商法第二十四條第一項第六款之規定，則其個人一己之見解，尚不足資為該國法律確有此項規定認定之依據，…（中略）。從而，上訴人主張依聖文森國法律，因被上訴人海星公司對伊所負前開債務不履行損害賠償責任，伊就被上訴人喜悅公司所有之喜悅輪有優先權存在，難認有據，不應准許。」。

上開兩則判決，和本文（壹之一）前述台灣高等法院判決所採的立場一致，在當事人就外國法的內容未舉證或未充分舉證時，採取請求駁回說之處理，並不要求下級法院依職權調查。

2、抗辯權

當事人依據外國法行使抗辯權時，倘其未能就該外國法的內容充分舉證時，亦採取否定其權利之見解。台灣高等法院有判決一則頗值參考。在同法院 88 年重上字第 413 號判決中，我國法人（本件被告、上訴人）Y 與自然人 Y2 為香港法人 A 之債務，與本件原告、被上訴人 X（香港銀行）之間簽訂共同保證契約。在 X 銀行對 Y、Y2 起訴請求其履行共同保證契約，就系爭債務負連帶清償責任的訴訟中，Y 依我國消保法之規定提起上訴主張定型化之保證契約無效。我國法院選法之結果，判斷該保證契約

之準據法為香港法，認為 Y 主張契約無效缺乏根據。又上訴人 Y 據以保證人享有先訴抗辯權，X、Y 之間的保證契約中，排除保證人之先訴抗辯權之約定應為無效云云更為爭執，但台灣高等法院認為 Y 就準據法之香港法律，是否設有保證人享有先訴抗辯權，且該先訴抗辯權不能以特約事先拋棄之規定，未能證明，故判斷 Y 之主張無理由。

三、本文之見解—外國法位階論—

綜上，我國涉外裁判實務上對於主張適用外國法卻無法證明其內容之當事人的主張，似採駁回其請求或主張的立場。此種處理，是否代表我國法院認為外國法並非法律，而係當事人訴訟上必須立證的事實？對此本文持保留之意見。或許此係肇因於我國民事訴訟法上現行的訴訟標的理論之故。現行的訴訟標的理論，在給付訴訟和形成訴訟兩型態上，其特定原則上係以實體法上的權利基礎，亦即請求權基礎或（訴訟法或實體法上）形成權的明文根據為判斷基準。當事人主張其請求權或形成權而無法證明其法律規定之要件者，在訴訟上遭到法院駁回乃當然之理⁸⁸。因此在涉外民事訴訟上，當事人所主張之請求權、形成權或抗辯權係以外國法為準據，而又無法證明其要件內容者，在現行的訴訟標的理論下其權利主張自然失所附麗，斷無為法院所採之理。

至於上開美、日之判決，係屬於例外之個案，並不表示近似法說為該兩國學說實務之通說。美國之通說係採法庭地法說，已

⁸⁸ 新舊訴訟標的理論的差異，簡言之，現行（舊）訴訟標的理論的特定基準係以實體權利上的法律要件與請求原因為判斷基準。而新訴訟標的理論則是以法律效果（法律上受領或主張權利的地位）為特定基準，實體上的權利基礎只不過為當事人訴訟上的攻擊防禦方法或法院的判決理由而已。

如前述。而日本涉外裁判實務上採取近似法說之案例有兩個特徵，第一，其多為採取職權進行主義與職權探知主義的涉外人事訴訟或非訟事件；第二為其多與朝鮮人⁸⁹之近似國法有關。有認為應為蘇聯法者，亦有認為應為大韓民國法者⁹⁰，並不一致⁹¹。採此說之案例，其共通之處在於兩造當事人皆為外國籍之自然人或法人，與法庭地之間的關聯性薄弱⁹²。美國的案例係因被告法人在訴訟程序中就選法問題提出抗辯，主張應適用孟加拉之近似法，因此法院才接受近似法之處理。

近似法說，其理論基礎係建立在虛構之上。此說擬制同一法系國家的法律同質性高，因此可以代替適用以資解決。這種虛構，極容易在此說所主張的比較法研究之下不攻自破。例如我國與日本的民法體系皆受德國民法影響極大，但是，我國民法與日、德兩國民法，存在有若干的差異。例如德國的民法採取住所複數主義，而我國與日本民法皆採住所單一主義，但是日本民法的住所之規定祇採客觀之要件（生活中心地），與我國民法兼採主、客觀要件（久居之意思與事實）有所不同。而這些差異，會

⁸⁹ 本文稱之為朝鮮而非北韓，係依朝鮮民主主義共和國之正式國號，以及在日朝鮮人之自稱為準，斷無歧視之意，特此敘明。

⁹⁰ 大阪家審昭和 37 年 8 月 22 日判決（家裁月報 15 卷 2 号 163 頁）採取應以大韓民國法為朝鮮法之近似法。

⁹¹ 還有適用法庭地日本法者。例如日本長野家裁昭和 57 年 3 月 12 日審判（家裁月報 35 卷 1 号 105 頁），針對朝鮮人在日本提起之遺產分割聲請審判事件，法院認為與朝鮮為同一民族之大韓民國民法上關於繼承制度之規定違反憲法上之平等原則（與日本繼承法上採取均分原則不同），又基於被繼承之財產位於日本境內，且被繼承人長久在日本境內生活、蓄財為理由，以日本民法為準據法，判准分割。

⁹² 在日本的社會中，政治意識形態傾向朝鮮之朝鮮半島裔居民（即日文中所謂在日朝鮮人）雖然生活並居住在日本境內，但在日本社會中自成一格，有自己的自治團體、學校、制服，升北朝鮮國旗唱北朝鮮國歌。日本國際私法上屬人法的決定基準係以本國法為基準而非住所，因此國際私法的選法規則上與其關聯性密切者為朝鮮之法律。

不會影響到國際私法上對於「住所」之概念？會不會影響到國際裁判管轄權上「住所」之概念？又例如我國繼受德國的法律系統，也繼受日本法律上之用語，以消滅時效制度為例，消滅時效本係日本民法上之用語與概念，蓋日本民法上一旦請求權罹於時效，債權債務關係本身即告解消不存在，故云「消滅」。但我國民法不做如此解釋，只是債權人之請求權效力減弱，債務人得據以提出抗辯並拒絕清償而已，但債權債務關係本身不僅不消滅，而且縱使債務人死亡，原則上其債務仍為其繼承人所繼承⁹³。可見得同一法系中國家的法律規定仍有不同，且其差異影響實體上權利義務關係甚鉅。

比較法上，瑞士聯邦國際私法 1978 年的修正草案本來採取類似近似法的規定，但遭到實務界強大的反彈，最終演變成前述現行之第十六條第二項以法庭地法為準之規定⁹⁴；德國聯邦最高法院在 1977 年的判決中認為外國法不明的時候應依法庭地法解決之，不採近似法說；而外國法不明時以法庭地法代之之立場亦為許多國家於條文中明文規定，例如奧地利⁹⁵、波蘭、匈牙利⁹⁶和土耳其等國⁹⁷。在日本，法庭地法說亦為多數之裁判實務所採⁹⁸。

⁹³ 其他關於法國、比利時和盧森堡之間的差異，見石黑一憲，同前註 7，頁 159 指出，比利時法和法國法縱屬同一法系，往往規定相同但解釋有異。

⁹⁴ 見前揭註 35。

⁹⁵ Edith Palmer, *The Austrian Codification of Conflicts Law*, 28. *Am.J. Comp. L.* 197 (1980).

⁹⁶ 匈牙利國際私法之英翻，見 Francis A.Gabor, *A Socialist Approach to Codification of Private International Law: Comments and Translation*, 55 *Tul.L.Rev.*63 (1981).

⁹⁷ Th.M.DE.Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 313-314 (1996). 又荷蘭的 Boer 教授指出，法庭地法說目前在荷蘭以及斯堪地那維亞各國皆已經成為多數之見解。*Id.* at 315.

⁹⁸ 道垣內正人，同前註 82，頁 247。道垣內教授本身在結論上亦採法庭地法說，見頁 252。又三ヶ月章教授評論近似法說為：「要求全國法官平均全體具有高

在當事人未能充分舉證的情形下，我們能仰賴法院依職權獨立調查外國法的內容？各種持肯定立場的學說理論均可鏗鏘有力，惟如前所述，外國法的證明在比較法上其實為裁判實務上之現實問題無他，並非端賴任何學說理論之理想即得解決。非僅有我國台灣高等法院 89 年抗字第 1293 號民事裁定理由中誠實之指摘⁹⁹，在美國聯邦民事訴訟規則第 44.1 條制定後，美國的法官亦有了職權調查外國法內容的明文依據，可是實務上除了第七巡迴區以外，其他的各巡迴區皆採法官無義務依職權獨立調查之見解，如同在國際私法案件最多的美國紐約聯邦地院（S.D.N.Y）的 Pollack 法官之名言，針對美國聯邦法院的法官是否會獨立調查外國法之答覆為：第一審法官通常無能為力。況且，他們也不該被如此要求。而且他們大概也不會這樣去做（They trial judge usually can't. Indeed, they usually shouldn't. And they probably won't）¹⁰⁰。

在現行制度下，法院均無法完全依職權探知外國法的內容之現實下，在發生外國法不明的情況，竟又進一步要求法院必須以比較法的方法去探求與繫屬案件無直接、實質關聯性的其他國家之法律，除非我國成立專辦國際私法案件的專業法庭或法院，法官亦在法律研究所就國際私法學作深度的在職進修，否則這種理論上的虛構，是否與裁判實務越行越遠，不無疑問。

本文在結論上亦採法庭地法說。如前述，外國法不明的時候，應回歸到民事法律適用之位階。在國際私法的授權之下，外

度的比較法知識，課與其發現最接近之法律（準據外國法以外之外國法）之義務，無法否定其理論有脫離現實之感，從訴訟的現場觀之，難逃不切實際之致命批判」，見三ヶ月章，同前註 72，頁 267。

⁹⁹ 本文參之一(二)2。

¹⁰⁰ Milton Pollack, Proof of Foreign Law, AJCL, 471 (1978).

國法始與內國法同位階，而在法庭地國法院選法之結果指向外國法時，外國法的適用順序始優先於法庭地內國法。惟在外國法內容不明或有所欠缺時，自然應該以適用位階之順序為準，以法庭地內國法為裁判之基準，方能符合涉外裁判實務之現實，合理解決涉外私法紛爭與確保涉外民事裁判之品質。

肆、緩和選法規則強行性之必要

一、涉外民事法律適用法修正草案第二十八條

涉外民事法律適用法修正草案增列第二十八條規定：「非因法律行為而生之債，其當事人於起訴後合意適用中華民國法律者，依中華民國法律。」。增修理由謂：「當事人就非因法律行為而生之債涉訟者，法院亦多盼當事人能達成訴訟上和解，如未能達成和解，其在訴訟中達成適用法庭地法之合意者，對訴訟經濟亦有助益，當為法之所許。」。本條所規定者，係訴訟繫屬後合意以法庭地法為準據法之立法，增修理由所謂之訴訟經濟，即為任意的選法理論之理論基礎之一（後述）。本條之立法目的與意旨，殊值贊同。

關於本條之增修理由所舉之比較法上的立法，一般而言係針對涉外侵權行為的準據法選擇為主要之討論對象，為了緩和傳統上侵權行為地法主義所採之客觀連結因素（侵權行為地），導入主觀的連結因素，亦即當事人意思自主原則。傳統上，侵權行為係法定債權之一種，非依法律所規定之要件則無從成立，故無任憑當事人之意思左右之餘地。惟另一方面，因侵權行為而發生之債權債務關係，在訴訟上本得由當事人任意處分，因此，和意定

債權之契約同樣，在理論上承認當事人得依其意思自主而為自由處分，在比較法上為多數的學說與立法所採¹⁰¹。

惟有問題者為，第一，本條關於適用範圍之「就非因法律行為而生之債涉訟」之文義而言，除了侵權行為之外，亦包含無因管理和不當得利等法定債權而言。依條文規定之反面解釋，因法律行為而生之債，例如契約關係而涉訟者則無本條之適用，是否表示涉外契約事件無從在訴訟程序中達成以法庭地法為準據法之合意，不無疑問。第二，縱使當事人之間有事前的選法合意，但我國法院認為其選法合意無效之情形，是否亦無從於訴訟繫屬後達成選法合意？第三，本條之適用，是否包含訴訟繫屬後，當事人間默示的準據法合意？例如當事人雙方在訴訟上皆未主張適用外國法，而就我國實體法上之規定展開本案之攻擊防禦的情形，法院可否「順水推舟」將之解為兩造就適用法庭地法存在有默示的合意？

關於第一個問題，涉外契約事件中當事人多有選法合意條款，因此因法律行為而生之債似乎不生適用本條之問題。倘若涉外契約事件之當事人之間本無事前的準據法選擇約定，在我國起訴後亦無從適用本條之規定，但可以發現我國現行涉外裁判實務上似乎存在若干見解認為，現行涉外民事法律適用法第六條（修

¹⁰¹ 此種立法動向在日本修正「法例」（筆者註：即該國之國際私法）之中間報告書上亦被詳細地檢討，見法例研究会，法例の見直しに関する諸問題（2）—不法行為・物權等の準拠法について—，別冊NBL85号，商事法務，2003年，頁43。惟此種立法尚有其他的問題，例如訴訟繫屬後當事人之間的選法合意是否祇限於法庭地法？抑或亦得合意適用其他第三國之法律？我國本條之立法理由說明本條係採德國民法施行法與瑞士國際私法之立法例。惟德國與瑞士之立法並不相同，德國不限於法庭地（德國）法，而瑞士明文限制祇能合意以法庭地（瑞士）法為準據法。瑞士採此種立法之目的在於防止訴訟上地位不對等之當事人間在為選法合意之談判時，強勢的一方藉機選擇對自己有利之準據法。見前揭第45頁。因此，我國本條之立法，按嚴格言，應係採瑞士之立法例而採德國之立法例。

正草案第十五條)第一項當事人意思自主原則,對於起訴後之事後的合意亦有適用。換言之,不論涉外契約或涉外侵權行為訴訟,在我國的裁判實務上,早已存在若干於訴訟程序中達成合意以法庭地之我國法為準據法的案例。例如台灣新竹地方法院 84 年訴字第 751 號判決理由謂:「按法律行為發生債之關係者,其成立要件及效力,依當事人意思定其應適用之法律。涉外民事法律適用法第六條第一項定有明文。本件原告為外國人,且兩造均同意適用中華民國法律為本件之準據法,有筆錄在卷可稽,參照前開法律規定,本件自應適用中華民國法律。」;台灣高等法院 83 年重上更字第 120 號判決理由謂:「本件係因運送契約所發生之損害賠償責任,依涉外民事法律適用法第六條第一項規定,應依當事人意思定其應適用之法律,而兩造均同意適用我國法律(見本院保險上字卷第一一五頁正面),故本件應以我國法律為其準據法。」;同法院 84 年重上更(一)字第 22 號伊朗國防部請求彰化銀行給付電匯款一案,判決書中清楚記載兩造之聲明,上訴人聲明第六點中陳述:「至於最高法院發回所指摘準據法之適用問題,...(中略),於該案中,非僅兩造就適用中華民國法律一事並無爭執,各審法院亦均以中華民國法律為準據法,兩造於均院準備程序時亦均合意以中華民國法律為準據法,其法律之適用異常明確。」;被上訴人聲明第二點陳述:「...(前略),兩造且已表示就本件合意適用中華民國法律,是本件自應依涉外民事法律適用法第六條之規定,以中華民國法律為準據法。」¹⁰²。綜上,訴訟繫屬後倘若兩造欲合意以法庭地之我國法為準據法時,即以現行法第六條第一項為其依據。

關於第二個問題之情形在涉外裁判實務上發生最多者,為涉

¹⁰² 惟本件適用我國法之理由係以涉外民事法律適用法第六條第二項為依據。

外訂型化契約的問題，例如最高法院 85 年度台上字第 2487 號判決要旨謂：「(一) 按法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律；當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，涉外民事法律適用法第六條第一項、第二項前段定有明文。本件上訴人為荷蘭籍之公司，被上訴人為我國公司，上訴人依據系爭買賣契約請求給付遲延之債務不履行損害賠償，涉及外國人及外國地，為一基於國際貨物買賣契約所生之涉外民事事件，上訴人致函被上訴人之右開買賣契約確認函註記欄上雖記載準據法為荷蘭法律，然此乃上訴人單方所表示之意思，不能認係雙方當事人之約定，尚無涉外民事法律適用法第六條第一項之適用，上訴人亦係依我國民法第二百二十七條、第二百二十九條、第二百三十一條規定提起本件訴訟，而兩造對於系爭國際貨物買賣契約之發要約通知地為我國台北，並不爭執，自應依發要約通知地即我國法為本件國際貨物買賣契約之準據法。」。我國法院之見解，其理由在於認為定型化條款，係單方所為之意思表示，而當事人意思自主原則並不適用於單方的意思表示或單獨行為，顯然與國際私法通說背道而馳，惟非本文之主題，在此避免詳論¹⁰³。

¹⁰³ 如保險、銀行或海空運送契約等，在附合契約中指定準據法的條款，其效力如何，不無疑問。蓋由經濟強勢優位的企業一方作成的定型化契約，交易之他方當事人倘若為無實力之小市民或消費者，在無可選擇的情況之下連要求修改的機會都沒有，遑論拒絕。是故，在定型化契約中含有準據法條款時，有學說主張無效。蓋此種擬制當事人間的合意純為虛構，若解為有效而拘束當事人時將對處在交涉地位不平等的當事人帶來不利益的結果，因此，此種情形之定型化契約實可謂有違當事人意思自主原則。惟若不由分說，全面的否訂定型化契約中準據法效力亦非妥當。例如在保險、運送、銀行業、網際網路等產業確有以定型化契約來為大量且統一處理業務的必要。面對大量的商業往來與交易，企業不得不為統一的計算與

關於第三個問題，比較法上對於訴訟繫屬後以法庭地法為準據法之合意的情形，多不承認默示的合意，而僅限定於當事人間明示的選法合意¹⁰⁴。本文亦採取此立場，具體在訴訟上的運用於後詳述。

綜上所述，涉外民事法律適用法修正草案第二十八條之目的，在於使涉外侵權行為、無因管理和不當得利事件，於訴訟繫屬後，當事人仍然得達成合意以法庭地之我國法為準據法。加上涉外契約事件在我國實務上已經採行此種作法，可謂我國實質上已經就涉外財產關係事件，從選法規則各論的範圍上，大幅地緩和了選法規則總論上強行規範的屬性。以下，在檢討訴訟程序上之具體方法之前，首先就方法論上之理論基礎有加以釐清之必要。

二、任意的或非強行的選法之理論基礎

(一)現行選法理論上之各種虛構

在國際私法選法規則強行性的理論架構下，法院依職權選法，不論結論是法庭地法或外國法，均不受當事人之拘束。美國

計畫來進行與管理事業，若對於定型契約的解釋因當事人的國籍、住所、契約的締結地、履行地或法庭地而異時，不僅影響企業的信用，提高經營成本，在現實運作上根本不可能。準此，定型化契約上之準據法條款原則上應為有效。在解釋上，只有在個案上適用後的結果對弱勢當事人之一方極為不利時，才例外的否定其效力。而其方法，多半是以動用公序條款的方式為之。上開所舉我國法院之裁判，當事人皆為同業界之法人企業，對於同業間的商業慣行，既難謂陌生、不熟悉或不知，且在經濟上和訴訟上的地位亦非處於不對等，我國法院一律否定選法合意條款之效力，殊為可議。

¹⁰⁴ 例如瑞士、荷蘭、奧地利、列支敦士登以及2002年5月歐盟委員會所公佈之準備草案採之，見法例研究会，同前註101，頁43以下。

在 1956 年的 *Walton v. Arabian American Oil Co.*¹⁰⁵ 判決中，原告係一美國籍自然人（阿肯色州居民），因被告（美國德拉瓦州）法人之職員之過失，在沙烏地阿拉伯境內發生車禍受傷。原告依紐約法主張其損害賠償請求權，但法院依職權選法的結果，認為侵權行為地在沙烏地阿拉伯，準據法應為沙國法，但因原告根本無意就沙國法的內容舉證，聯邦地院駁回原告之請求而判決被告勝訴，第二巡迴區駁回原告之上訴維持原判。

如前所述，本件判決在當時的美國國際私法係採外國法事實說，但準據法選擇係屬強行性規範的情況下所產生之必然結果。但如同學說之指摘：倘若兩造當事人均無意適用外國法為準據法，強行選法而適用外國法之意義何在¹⁰⁶？此一質疑，對於採取強行性選法規則的國際私法學而言，係無法逃避，法律政策上必須加以答覆的問題。

現行的大陸法系國際私法之選法理論上，存在太多的虛構（fiction）。例如在總論上的「內外國法平等原則」和「價值中立性原則」。前者之精神為，各國既然對於藉由發揮國際私法的選法功能，來謀求涉外私法紛爭的合理解決具有高度的共識，就必須將本國法優先適用的心態降到最低，放棄本位主義。準此，在對內國法與外國法的評價上即不應有差別待遇。而應該賦予平等的地位，廢除不承認適用外國法的法庭地法主義；後者的精神為，在選法功能祇具有間接規律性的前提下，選法規則，不應將適用準據法後的結果當成問題。換言之，選法之前，不問被選擇為準據法的實質法之內容與其適用的結果如何。準此，國際私

¹⁰⁵ 233 F.2d 541 (2nd Cir.1956).

¹⁰⁶ William L.Reynolds, What Happens When Parties Fail to Prove Foreign Law? 48 Mercer L.Rev 775 (1997); Trevor C. Hartley, Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared, 45 Int'l & Comp. L.Q.274 (1996).

法，在傳統的理論上不考慮實質法的內容與適用後的結果，學說上稱之為一種「盲目的指定」，也因為如此，歐陸學者稱之為「往黑暗裏的跳躍」。是故，選法規則，在理論上不能因為想要實現比較好的結果而對實質法加以比較或挑檢，而必須對於相互衝突之各國實質法的內容與適用的結果保持「價值中立」¹⁰⁷。

如本文前述，國際私法學上，不論講學上或研究方法上，根本不發生外國法究竟是法律還是事實的問題。外國法本屬法律無誤。惟有問題者為，在法庭地之外國法真的與內國法平等？反之，內國法在外國法庭地內真與該外國法處於平等之地位？

國際私法並非強行法規的國家和國際私法係屬強行法規的國家，在理論上的差異，似可從另外一個角度來觀察：亦即，在非屬強行規範的這些國家或法域，在國際私法的理論上即不採外國法與法庭地法平等之擬制。在法源與法律的適用之位階上，法庭地法優位在法學方法論上本就具有正當性，外國法次於（subordinated）法庭地法，在理論上何罪之有？此理，是否在國際社會上的法律原理原則上具有高度的普遍性，不因大陸法系國家或英美法系國家而有所不同？準此，外國法在法庭地國，邏輯上不應發生性質上的問題，有問題者，乃法律位階上的問題。在我國民法的法學方法論中，外國法本就得成為法源之一，只是其僅在本國法的適用順序上發生欠缺的時候，具有補充性的位階而已。而在涉外事件，外國法的位階得與法庭地法同位，係因國際私法選法規則與理論授權與強制之結果。是故，當國際私法選法

¹⁰⁷ 對於傳統國際私法選法方法上關於價值中立性原則之介紹與其立法上難以貫徹之說明，請參見木棚照一、松崗博、渡邊惺之，國際私法概論，第三版補訂版，有斐閣，2002年，頁24-25。晚近我國學說中的有力主張，無疑的是撼動了價值中立性原則的根基，請參見陳隆修，以實體法方法論為選法規則之基礎（上）（下），東海大學法學研究第21期，2004年，頁185以下；第22期，2005年，頁307以下。

規則所指定之外國法，在法庭地無法確實發揮其定爭解紛之功能時，法律適用的位階與順序，即應以法庭地實質法為準。其理論上的根據之所在，即以下述任意選法理論所主張之原則為基礎。

(二)任意選法理論之理論基礎

1、當事人意思自主原則 (party autonomy)

實質民法上的當事人意思自主原則，在契約法的領域中，除了勞動和消費者保護等當事人地位不對等的分野之外，原則上在一般契約法上已經成為國際社會普遍接受之一般原則。至於侵權行為、不當得利和無因管理等法定債權，在比較國際私法上亦見當事人意思自主原則之擴張，已如本文肆之二關於我國修正草案第二十八條增修理由前述，在此不再贅文。

2、處分權主義 (the freedom of disposition)

任意的選法理論，與其說是準據法選擇的方法，不如說是訴訟程序上的概念更為貼切。任意的選法理論之精神即在於尊重當事人選法的意願，而其理論基礎主要即以訴訟法上之處分權主義為根據。當事人之權利屬於當事人，不屬於法院；當事人權利之行使，應由當事人為之，而非由法院代行¹⁰⁸。

民事訴訟法學上之處分權主義¹⁰⁹，其目的即在尊重當事人之訴訟主導權。其具體意義在於，第一，訴訟由當事人發動，法院只能處於被動地位；第二，當事人起訴的同時，裁判的對象、範圍、與態樣亦由當事人決定；第三，訴訟程序之終了，亦由當事

¹⁰⁸ Th. M. DE. Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 335 (1996).

¹⁰⁹ 關於民事訴訟法上處分權主義的概念內容、限制與例外，請參見陳榮宗、林慶苗，*民事訴訟法*，新修定三版，三民書局，2005年，頁42-43。

人之意思決定之，例如判決確定以前得隨時撤回起訴（民事訴訟法第二六二條）、捨棄上訴權（第四三九條）或撤回上訴（第四五九條），並得於在訴訟上和解（第三八零條）、為訴訟標的之捨棄或認諾（第三八四條）。上開三項原則，即建立在當事人在訴訟程序進行中，對其訴訟是否續行或終結有自由決定之權，對其起訴之請求權得以自由處分。

惟處分權主義，尚受到涉及國家社會之公益事項所限制，例如人事訴訟程序中之婚姻事件、親子關係事件、禁治產宣告和死亡宣告事件等程序。綜上，民事訴訟法上的處分權主義，決定了當事人與法院之間的角色與分際。

必須注意的是，以處分權主義為主要理論基礎的任意選法理論，其旨主要在尊重當事人的選法意願，而非祇為法院適用法庭地法而服務，因此其功能不應被誤解為在架空國際私法的選法規則機能，「自廢武功」。在實踐上，學說主張程序上法院應與當事人之間就選法的問題相互諮詢¹¹⁰，如本文後述主張，審判長應就選法問題行使闡明權，曉諭當事人就此為充分之言詞辯論之準備。準此言之，當事人不欲適用外國法者，於訴訟程序上得合意適用法庭地法；反之，當事人了解適用外國法更為符合其實體利益時，亦得在訴訟上達成適用特定外國法之合意¹¹¹。

3、司法裁判之品質（the quality of the judicial process）與訴訟經濟（procedural efficiency）

適用外國法，某種程度上意味著裁判品質之低落。法官在內國法學教育之訓練下，為內國法之專家，對於內國法負有知識上

¹¹⁰ Th.M.DE.Boer, *supra* note 108, at 324-325.

¹¹¹ Th.M.DE.Boer, *Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des Cours*, 335 (1996).

之義務。但此項義務並不擴張至外國法，因此要求法官適用外國法，其錯誤解釋與適用之危險相對提高。而為了減低此種危險，法院多會諮詢專家之意見，例如從事比較法研究之學術工作者或具有外國律師執照者。惟專家常因立場不同而見解針鋒相對，因此，法院裁判的基準，是否得仰賴專家的意見以資解決，不無疑問¹¹²。

其次，適用外國法，將使當事人在於訴訟攻擊防禦的準備上，對於資訊情報之收集，處在不平等的地位之上。主張外國法之當事人，往往較他造具有充分之準備，此種情形容易對他造產生突襲裁判之可能¹¹³。更有甚者，在德國，當事人無法以法院錯誤解釋或適用外國法為理由，上訴至德國聯邦最高法院請求統一之法律見解¹¹⁴。

綜上，是否甘受上述司法裁判品質之低落與風險，應由當事人自己決定。縱使在具有強行性之國際私法選法規則的理論架構下，亦不妨礙法院與當事人就選法問題保持溝通。

任意的選法理論，係以尊重當事人的選法意願為主要理論根據。而其在程序上的做法，即必須以法院就選法問題與當事人間保持充分的溝通為配合措施。換言之，在訴訟程序上，法院應行使闡明權告知當事人選法之問題與可能結果，曉諭當事人為其

¹¹² Th.M.DE.Boer, *supra* note 111, at 320-321. Boer 教授以其在荷蘭擔任法官處理涉外訴訟的經驗表示，在其所處理的某一件訴訟當中，爭點在於決定利比亞公司法的內容，在兩造當事人所聘請之專家見解對立的情況之下，當時的 Boer 法官不得已只好依職權獨立調查，所得之結論又與兩造之專家迥異。

¹¹³ 此乃國內外以研究國際私法學為職志，且擔任過實務審判工作的法官所提出來的共同見解，在我國，早有就此問題提出卓見如下者：「...若就訴訟當事人的立場而言，訴訟程序中兩造公平之辯論機會以及避免法院認事用法之突襲，毋寧始為重心。」請參見許兆慶，國際私法離婚效力與親子關係尊據法之理論與實際——最高法院 85 年度台上字第 1207 號民事判決評析，國際私法與比較法研究，台灣財產法暨經濟法研究協會，2005 年，頁 137。

¹¹⁴ Th.M.DE.Boer, *supra* note 111, at 319.

實體利益，就選法問題為充分之分析與準備，防止當事人之任何一方遭受突襲裁判。就此目的而言，法院處理涉外民事訴訟事件不應允許當事人在不具有律師資格者為其訴訟代理人的情況之下起訴或被訴，依民事訴訟法第六十八條之規定，裁定禁止非律師而為訴訟代理人。在當事人於言詞辯論之前就選法問題有充分的理解之情況下，倘若合意選擇法庭地法為準據法時，得省去調查外國法之勞費與司法資源之消耗，避免當事人就外國法內容之確定與其解釋之無限爭執，以致於延宕訴訟程序，促進訴訟經濟亦大有助益。

綜上，可知尊重當事人選法的意願，主要考量即祇為當事人之實體利益無他。由當事人自己評估其所追求實體上的利益，倘若達到適用外國法符合自己實體利益的結論，亦由主張者自負攻擊防禦之風險與責任，對於涉外民事法律關係之合理解決並無妨害，對於消弭國際私法理論與涉外裁判實務之鴻溝，反而具有正面的價值。

三、訴訟程序上之具體適用及其理論根據

綜上所述，在我國法院處理涉外民事爭訟事件，以財產關係事件為限，在程序上的具體適用如下：

(一) 涉外民事法律適用法之強行性應予以維持

總論的方法上，選法規則的強行性仍然應予以維持。處理涉外事件，就其本案之實體法律關係，不問當事人在訴訟上是否有提出選法問題或主張適用外國法——特別在於當事人於訴訟上就此問題未有任何主張時，法院必須依職權適用法庭地之選法規

則，在我國即為涉外民事法律適用法。

(二)當事人在訴訟上未提選法問題或主張適用外國法時之處理

當事人於訴訟上未提選法問題或主張適用外國法時，法院仍依職權選法，但不宜採外國國際私法上之「默示合意」理論，據此以當事人之間存在以法庭地法為準據法之默示的合意，而逕自適用法庭地法。其理由在於，涉外民事訴訟比較起一般的純粹國內案件，在人、事、時、地等各因素均所費不貲，選法之結果，直接影響當事人實體上權利存否、訴訟上訴訟標的的特定與既判力的客觀範圍等，亦涉及其訴訟代理人處理涉外事件之能力與素質，均應令當事人明瞭其具有完全選擇與充分辯論之機會。

是故，縱涉外民事法律適用法並無強制法院必須告知當事人選法之義務，但依我國民事訴訟法第一九九條第一項規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。」；同條第二項規定：「審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」，似可作為本文主張之明文根據。鑒於涉外事件之特殊性，法院應行使闡明權，曉諭當事人本件訴訟含有涉外因素，依職權選法之結果，有發生適用外國法的可能，當事人應就此問題為言詞辯論之充分準備，訴訟代理人應為當事人之實體利益就準據法選擇為分析與評估，並令其在訴訟上為主張。

惟如前所述，倘若兩造當事人均無意適用外國法，此時縱使依法庭地國際私法選法之結果必須適用外國法，在訴訟程序上使兩造達成以法庭地法亦即我國法為準據法之合意，以代替外國法

的適用，並記明筆錄。此種訴訟上以法庭地法為準據法之合意，乃明示的合意，以訴訟法上的處分權主義為理論根據，無庸移植外國之推定（外國法與法庭地法內容相同）理論或默示的合意理論。

(三)外國法的證明，原則上應由當事人負舉證責任

倘若當事人之一造在訴訟上主張適用外國法，仍然應維持現行民事訴訟法第二八三條之規定，法院雖亦得依職權調查，但原則上應令主張者就該外國法之內容，包含法規，判例或該外國所採之法則提出證明。

由當事人來負擔外國法的證明責任為原則，並非意謂著外國法性質上為事實而非法律。外國法的證明問題，與外國法在性質上究竟為事實抑或法律無涉，由上述比較法的研究，可以了解，世界各國關於涉外訴訟程序上的證明外國法，不會因採事實說或法律說而有任何不同。蓋外國法的證明所涉及者，乃裁判實務上的現實問題，未必與理論有關。亦即現實上，如何進行方為可行有效率，並達到正確判斷的效果。

學說上，日本民事訴訟法學者三ヶ月章教授指出，通常專職涉外民商案件的律師或法律事務所，比較起案牘勞形，籠罩結案壓力的法院，更有調查、研究相關外國法的能力與熱情，而應由涉外律師來填補外國法法律說與事實說皆不能解決之外國法證明的問題¹¹⁵。如本文前開主張，法院應依民事訴訟法第六十八條之規定，裁定禁止不具律師資格者擔任涉外民事訴訟之訴訟代理人。特別是由專職涉外案件之律師或法律事務所肩負其職業（執

¹¹⁵ 三ヶ月章，同前註 72，頁 251-252。此外，見前揭註 100 所引美國紐約聯邦地院（S.D.N.Y.）的 Pollack 法官之名言。

業)上的專業責任,並不為過。為其所代理當事人之利益故,原則上仍然應由當事人與其訴訟代理人負擔其所主張之外國法內容之責任。當然,法院在現行的條文規定下,亦不妨礙其職權之調查。

前開我國最高法院最高法院 80 年度台上字第 2427 號判決和 86 年度台上字第 2988 號判決即採以當事人負擔舉證責任為原則之立場。

(四)外國法內容不明時,原則上應以法庭地法代之

外國法內容不明時,倘若為主張適用該外國法當事人不為舉證,或舉證不充分以至於法院無法據以採為審判之基準時,法院應以法庭地法代之。此種處理,並非英美法系國家所獨有,歐陸法系國家如法國已經由其最高法院之判例形成法則,瑞士聯邦國際私法第十六條第二項在立法上明文規定之。

如前所述,理論上有所謂應採近似法之見解。是否採取近似法,應就各案處理,而不應採之為處理涉外案件之一般性準則。採取近似法,原則上亦應由當事人在訴訟程序上加以主張,並負擔舉證責任,證明其所主張近似法系中特定國家之法律內容與系爭實體法律關係具有密切關聯性,如無法證明時,仍應以法庭地法代之。

(五)以上所述,其適用僅限於涉外財產關係事件

民法上有財產法與身分法之分類,反映在民事訴訟法上,則分有財產關係與身分關係之訴訟程序。實體財產法上的當事人意思自主原則,反映在民事訴訟法上則為處分權主義、辯論主義和裁判效力之相對性(對人性)原則。以婚姻與涉及血統之親屬法

律關係，反映一國之民情風俗、宗教信仰與牽涉社會公益之深度，法律政策上不容當事人任意處分。因此，在民事訴訟法上之人事訴訟程序，與財產關係之訴訟程序在總論上即有所不同，採取職權進行主義，職權探知主義，裁判效力之絕對性（對世性）主義。

準此，本文所上開主張之法理，原則上對於涉外身分關係事件中之婚姻事件、親子關係事件以及禁治產宣告和死亡宣告事件等程序即無適用之餘地。

伍、結論

長久以來，我國的國際私法學，在我國學界先進的努力之下，不論在比較法的研究上或我國法的建構上，理論日趨深化與精緻，對於我國涉外裁判品質的提升大有助益。惟國際私法的選法理論，在比較法上向來存在若干以虛構為基礎的理論，而與涉外裁判之現實呈現某種程度之落差。無可諱言，倘若固執本位主義拒絕從裁判法學的角度，或與訴訟法進行理論之體系整合，或許在研究方法上值得再考。

我國的國際私法選法規則，亦即涉外民事法律適用法係屬強行規範，殆無疑義。法院處理涉外事件本應依職權選擇準據法，不問當事人在訴訟上是否有所主張。惟不問當事人之利益而強行選法，是否符合國際私法選法之法律政策，對於解決當事人之間的涉外私法糾紛是否提供合理的解決，似不無檢討之餘地。我國涉外民事法律適用法增修草案第二十八條之規定，允許涉外法定債權債務關係事件，當事人得在訴訟繫屬後合意以法庭地之我國法為準據法，即是反映出國際社會之主流現勢，而這個國際現

勢，則是基於世界各國長久以來涉外民事裁判實務之現實而成。

本文以司法裁判之品質、訴訟經濟、當事人意思自主原則和訴訟法上之處分權主義為理論根據，配合民事訴訟法上審判長闡明權之行使，可以適當地調和強行性選法所致不合理的結果。即便在我國現行國際私法選法規則，亦即涉外民事法律適用尚無明文規定的情形下，或在增修草案第二十八條之立法通過之前，仍可實際上達到訴訟繫屬後使當事人達成以法庭地法為準據法之選法合意，俾以填補國際私法選法理論和涉外裁判實務之間的鴻溝。

參考文獻

一、中文文獻（依姓氏筆畫順序）

1. 李訓民，國際私法上適用外國法之理論與實務，軍法專刊第35卷第9期，1989年。
2. 阮文泉，從國際私法的性質論外國法的適用，法令月刊第43卷第12期，1992年。
3. 柯澤東，國際私法，修訂版，元照，2002年。
4. 許兆慶，國際私法離婚效力與親子關係尊據法之理論與實際——最高法院85年度台上字第1207號民事判決評析，國際私法與比較法研究，台灣財產法暨經濟法研究協會，2005年。
5. 陳民，關於適用外國法時外國法之證明問題，法律評論第27卷第1期，1961年。
6. 陳隆修，以實體法方法論為選法規則之基礎（上）（下），東海大學法學研究第21期，2004年；第22期，2005年。
7. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，新修定三版，三民書局，2005年。
8. 陳榮傳，論「外國法適用」之基礎：外國法之性質，軍法專刊第39卷6期，1993年。
9. 趙晉枚，國際私法上外國法適用限制之標準，東吳法律學報第2卷第2期，1978年。
10. 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂三版，三民書局，2004年。
11. 劉鐵錚等，瑞士新國際私法之研究，三民書局，1991年。
12. 蔡華凱，美國涉外民事訴訟之對人管轄總論，超國界法律論集，陳長文教授六秩華誕祝壽論文集，三民書局，2004年。
13. 蔡華凱，國際裁判管轄總論的研究—以財產關係訴訟為中心一，中正法學集刊第17期，2004年。
14. 賴來焜，基礎國際私法學，三民書局，2004年。
15. 藍瀛芳，外國法適用之理論與實務概述，輔仁學誌第1卷第11期，1979年。

二、日文文獻（依執筆者五十音順）

1. 石黒一憲，國際私法【新版】，有斐閣，1990年。
2. 海老沢美広，國際私法の強行性と民事訴訟，民商法雜誌64卷5号，1971年，頁781。
3. 溜池良夫，國際私法講義【第2版】，有斐閣，1999年。
4. 道垣内正人，ポイント國際私法總論，有斐閣，1999年。
5. 根本洋一，外國法内容不明時の処置，涉外判例百選，第三版，有斐閣，1995年。
6. 野村美明，國際私法の強行性と任意性，國際私法の争点【新版】，1996年。
7. 廣江健司，國際私法適用の前提—事案の涉外性の理解および判断，判例タイムズ900号，1996年。
8. 法例研究会，法例の見直しに関する諸問題（2）—不法行為・物權等の準拠法について—，別冊NBL85号，商事法務，2003年。
9. 三ヶ月章，外国法の適用と裁判所，澤木敬郎=青山善充編，國際民事訴訟法の理論，有斐閣，1987年。
10. 木棚照一、松崗博、渡邊惺之，國際私法概論，第三版補訂版，有斐閣，2002年。

三、英文文獻

1. Gregory S. Alexander, The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts, 70 NW.U.L.Rev. 602 (1975).
2. Th.M.DE.Boer, Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law, 257 Recueil des Cours, 227-421 (1996).
3. Lea Brilmayer & Jack Goldsmith, Conflict of Laws: Cases and Materials, New York, Aspen Law & Business, (5th ed. 2002).
4. David F. Cavers, The Choice of Law Process, Ann Arbor, the University of Michigan (1966).
5. Jean-Claude Cornu/ Stéphane Hankins/ Symeon Symeonides, Swiss Federal Statute on Private International Law of December

- 18, 1987: An English Translation, 37 Am. J. Comp. L. 193 (1989).
6. Brainerd Currie, On the Displacement of the Law of Forum, 58 Colum L. Rev. 964 (1958).
7. Jacob Dolinger, Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law, 12 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 225 (1995).
8. Talia Einhorn, The Ascertainment and Application of Foreign Law in Israeli Courts-Getting the facts and fallacies straight, 107-117, in: *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh* (Einhorn & Siehr ed.), T.M.C. Asser Press (2004).
9. Jerome B. Elkind, The Swiss Private International Law Act, 37 Int'l & Comp.L.Q.681 (1988).
10. Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press (1998).
11. Francis A.Gabor, A Socialist Approach to Codification of Private International Law: Comments and Translation, 55 Tul.L.Rev.63 (1981).
12. Trevor C. Hartley, Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared, 45 Int'l & Comp. L.Q.272 (1996).
13. Peter Hay/Russell J. Weintraub/Patrick J. Borchers, *Conflict of Laws: Cases and Materials*, New York, Foundation Press (11th ed. 2002).
14. Benjamin Kaplan, Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (II), 81 Harv.L.Rev. 593 (1968).
15. David McClean, *Morris: the Conflict of Laws*, London, Sweet & Maxwell (5th ed., 2000).
16. Arthur R.Miller, Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine, 65 Mich.L.Rev.617 (1967).
17. Edith Palmer, The Austrian Codification of Conflicts Law, 28. Am. J. Comp. L. 197 (1980).
18. Milton Pollack, Proof of Foreign Law, AJCL, 470 (1978).

19. William L. Reynolds, What Happens When Parties Fail to Prove Foreign Law?, 48 Mercer L.Rev.776 (1997).
20. William M. Richman & William L Reynolds, Understanding Conflict of laws, New York, LexisNexis (3rd ed 2002).
21. Stephen L. Sass, Foreign Law in Federal Courts, 29 Am. J. Comp. L.97 (1981).
22. Rudolf B. Schlesinger, A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law, 59 Corn. L.Rev. 1 (1973).
23. Symeon C. Symeonides/Wendy Collins Perdue/Arthur T. von Mehren, Conflict of Laws: American, Comparative, International (2nd ed. 2003).
24. David H. Vernon/Louise Weinberg/William L. Reynolds/William M. Richman, Conflict of Laws: Cases, Materials and Problems, LexisNexis (2nd ed.2002).