

論定性的反致—台法法制之比較

林恩璋*

目 次

壹、前言	參、理論的影響
貳、理論基礎與概念發展	一、台灣法制上的影響
一、理論的提出	(一)對定性的反致理論上的認識
(一)反致與定性：概念辨異與問題提出	(二)法院的實務意見
(二)選法理論對「定性的反致」問題的忽視	二、法國法制上的影響
二、理論的發展	(一)學說普遍的見解
(一)概念源起：法律系統的兩種衝突	(二)法院的意見
(二)理論的成形	肆、結論

中文關鍵詞：國際私法、定性、反致、定性的反致、準據法說、選法理論、定性的標準、衝突法、比較國際私法、調和理論

Key Words: classification, qualification, renvoi de qualification, lex causae, renvoi, private international law, the Conflict of Laws, the Choice of Laws, the theory of Coordination, the Comparative of Private International Law

中文摘要

本文旨在討論國際私法傳統選法理論中，所謂「定性的反致」

* 法國史特拉斯堡第三大學基礎私法研究中心博士生，律師。作者並感謝匿名審稿人對本文之鼓勵與惠賜寶貴專業意見。

之概念。雖作為反致的類型之一，實則定性的反致問題橫跨國際私法傳統選法理論中有關定性問題與反致問題兩大領域，並與定性採行準據法標準說息息相關。

我國對於定性的反致理論，目前尚未有專文就之討論，本文完成目的之一，即在填補此一理論上的空隙。此外，由於法國學說理論與實務見解，對於定性的反致概念頗有研究，是以本文擬以比較國際私法之觀點切入，向讀者呈現有關定性的反致在台、法兩國法律系統間之理論與實務見解，並從中分析定性的反致在其中所遭逢之問題。本文認為，定性的反致理論為傳統選法理論架構下，法官所運用的一種功能性的調和方法，而在涉外案件中採行反致理論與傳統選法理論的我國，似乎亦應對此一理論有所理解，以活化並防止我國法官在實務上操作傳統選法理論機制的過度僵硬等缺失。

Abstract

The concept of "*renvoi de qualification*", often presented in the French studies, which is well known among the French scholars and also taken into account by the French courts. It is adopted like a method of coordination between the various legal systems, especially insofar as the litigation, which contains the foreign elements, classified by the judge under the criterion of the *lex causae*.

However, in Taiwan, there are no Taiwanese authors, nor in the Taiwanese jurisprudence have ever been to introducing the conception of "*renvoi de qualification*". It is perhaps because the Taiwanese judges often classify the litigation under the criterion of the *lex fori*. Thus in tradition the Taiwanese lawyers neglects the

concept of *renvoi de qualification*. We consider that the criterion of the *lex fori* is not the only choice for the Taiwanese judge when they face the international case. It should be recognized that the Taiwanese judge could also choose the criterion of the *lex causae*, which generates "the hidden negative conflict" because of the divergence of legal systems. In other words, under this criterion, the *renvoi de qualification* seems inevitable.

The Taiwanese private international law admits the technique of *renvoi*. Therefore, by the same logic, it seems that we do not have any reason to refuse the concept of *renvoi de qualification*. This article tries to compare the doctrines and the jurisprudences of the French private international law to that of the Taiwanese private international law. We will also try to justify that the *renvoi de qualification* must be regarded as a method of coordination, which the Taiwanese judge could not neglect since it can be operated sometimes functionally under the traditional mechanism of the Choice of Laws rules in order to achieve the justice in the individual international case.

壹、前言

眾所咸知，國際私法的研究內容之一，主要是針對涉外私法關係中，受訴法院應當適用何國法律的檢驗機制的探討¹。而在傳

¹ 即一般傳統「小」國際私法的概念。將國際私法理論研究集中於法律衝突部分之研究。有關國際私法的研究內容範圍問題，請參照賴來焜，基礎國際私法學，2004年6月版，頁26以下；又請參考專文，賴來焜，中國大陸地區國際私法之最新發展，文章收錄於國際私法理論與實踐（一）：劉鐵錚教授六

統選法理論中，無論是學者或是實務，一向將這套檢驗機制歸結為以下幾個階段：涉外因素、國際管轄權、定性、連繫因素判定與準據法找尋等。這幾個階段，是屬於歷時性的(diachronique)，亦即其彼此間在邏輯上具備前後的關係²。並且，所謂的準據法一旦確認，程序上即應當以所選擇準據法之國之實體法對系爭案件為進一步之實體判決。

成問題者，為經由國際私法選法程序所擇選的案件準據法，所指定者為外國法時，此時法官是否需併予考慮該外國法系統中之國際私法？從而，當依照該外國國際私法的規定對本案重新進行選法，發現該外國國際私法就本案迴避適用該外國之實體法時，即生反致(renvoi)之問題³。

就定性問題，我國法律對之並無明文，一般的實務意見與學

秩華誕祝壽論文集，學林，1998年版，頁31；林恩璋，大陸法系國際私法選法理論方法論之簡短回顧，法今月刊第56卷第3期，2005年3月，頁37。

² 以我國為例，學者間最早對於國際私法選法理論階段所整理的意見為馬漢寶前大法官，見馬漢寶，談國際私法案件之處理，軍法專刊第28卷第11期，1982年11月，頁3，其將選法方法分為數階段：涉外案件、國際管轄權、定性、連繫因素與準據法的適用等。此一階段論雖然學者對之有所批評，認為涉外民事問題具有個別性，無法簡化為某一通則性的問題，因此不宜機械式地套用某種公式掩飾對個別問題的處理困境，陳榮傳，國際私法的定性、再定性，台灣本土法學第40期，2002年11月，頁129參照。惟此一選法方法的階段論，大體來說其邏輯上的前後關係仍為學者間所肯定，例如柯澤東，國際私法，元照，2004年10月第4版，頁58；在法國，這種選法理論的階段性亦被廣泛接受，見H. Fulchiron, *Travaux Dirigés de Droit international privé*, Litec, 2001, n°45；Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2001, n°5；P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd., 2001, n°1；D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffe de la Pradelle, *Droit international privé*, Masson, 1987, n°271；J-L Elhoueiss, *L'émément d'extranéité préalable en Droit international privé*, J.D.I., 1, 2003, p.39.

³ 反致的問題無論在何種法系，都被提及討論過。而其主要發生的背景則在於法院地法官對於涉外案件適用外國法時，所可能產生的選法考慮。相關概念說明詳見本文後述討論。

者看法多採法院地法主義 (*Lege fori*)⁴為原則。換言之,即以法院地法之法律系統概念,對案件作適當的分類與法律性質的確定⁵。而反致問題,我國涉外民事法律適用法(下稱涉民法)則對之有明文規定。按我國通說之見解,涉民法實即為我國國際私法之規定,該法第二十九條謂:「依本法適用當事人本國法時,如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者,應適用該其他法律,依該其他法律更應適用其他法律者亦同。但依該其他法律應適用中華民國法律者,適用中華民國法律。」可知我國亦承認反致理論,並且類型上至少可分為三類,即一般所謂「直接反致」、「轉據反致」與「間接反致」者⁶。

法國在立法體例上,並無成文之國際私法。是以該國之國際私法理論,讓諸學說理論與判例、公約等法源為補充⁷。在定性問

⁴ 馬漢寶,國際私法總論,自刊,2004年,頁265以下;劉鐵錚,陳榮傳合著(下稱劉陳合著),國際私法論,三民,2004年第3版,頁526;藍瀛芳,國際私法導論,自刊,1995年,頁52;蘇遠成,國際私法,五南,2002年第5版,頁46。亦有學者採比較法說,如劉甲一,國際私法,三民,2001年第3版,頁125;或兼採比較法說,如柯澤東,同前註2,頁75;或彈性運用法理說,如陳隆修,比較國際私法,五南,1989年,頁29。

⁵ 就定性的階段,我國學者有將之分為「訟爭定性」、「連繫因素定性」與「準據法定性」等階段。陳榮傳教授則曾提及「再定性」的問題。以定性的階段來說,所謂「定性的反致」往往於「再定性」的階段中發生,然而概念上「定性的反致」仍然屬於「隱藏性的法律衝突」,詳見本文後述討論。

⁶ 我國學者對反致之分類,大可分為兩類型,一是遵循大陸法系法國對反致的分類方式,即將反致的種類分為「一級反致」與「二級反致」,另一種則是依照我國涉外民事法律適用法之規定,將反致分為「直接反致」、「轉據反致」與「間接反致」三類。另有將之分為「全部反致」與「部份(一部)反致」者。實則就其內容,「一級反致」即為「直接反致」,「二級反致」即為「轉據反致」。而所謂「間接反致」則為我國涉外民事法律適用法第二十九條之特別規定類型,在世界各國中甚為罕見,詳見本文後述討論。

⁷ 賴來焜,當代國際私法學之基礎理論,2001年,頁314。受到歐洲國際私法統一運動的影響,法國的國際私法漸有系統化的趨向,C. Kessedjian, Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne, RA.E.-L.E.A., 2001-2002, p.411。中文另請參考許耀明,歐

題上，除少數學說外，實務上普遍亦採取法院地法主義，著名的 *Caraslanis* 案⁸即昭示此一原則，並為日後法院實務所遵行不悖。在反致問題部分，起源於 1878 年 6 月 24 日的名案 *Forgo c. Administration des Domaines*⁹則是確立了反致的這項理論，這也是最早意識到反致理論的法國法院案例。是以法國在定性問題及反致理論的發展，很早便已成型。彼邦對此一部份之學說理論與實務發展意見紛陳，頗值研究參考。

實則，就是否承認反致理論而言，學說上迭有爭議¹⁰。一般而言，支持反致的理由不外乎為「調和」各法律系統之衝突而發。這主要是因為各國之國際私法規定存在著差異性，使得同一案件中之法律關係，往往可能因為起訴地不同，適用不同國家的國際私法，而導致不同之選法結果¹¹。

反致理論即是因為這種調和不同法律系統的考慮受到支持。而「定性的反致」者，則係著眼在於定性階段，亦可能存在

盟統一國際私法之發展：以「管轄權規則」與「契約準據法公約」為例，月旦法學第 110 期，2004 年 7 月，頁 93。

⁸ Ch. Civ., 1^{re} sect., 22 juin 1955, RCDIP 1955, p.723, note Batiffol; D. 1956, p.73, note Chavrier; aussi voir B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé(cı-après Les grands arrêts), Dalloz, 4^e éd., n°27. 該案對於婚姻之舉行，認為應依法國法定性為婚姻之形式要件問題。

⁹ Ch. Civ. 24 juin 1878, D. 1879. 1. p.56; Clunet 1879, p.285; Les grands arrêts, n° 7. 國內翻譯作「福哥案」，見蘇遠成，同前註 4，頁 57；劉陳合著，同前註 4，頁 495；或作「福果案」，見曾陳明汝，國際私法原理（上集），學林，2003 年第 7 版，頁 311；「法魯克」案，劉甲一，同前註 4，頁 132。

¹⁰ 反對反致者，最主要的理由在於反致在邏輯上的缺陷，以及質疑反致調和不同法律的效果。

¹¹ 基於國際私法的「個別主義」出發觀點，反致的理論對於各個不同的國家法律系統有調和的作用，這也是支持反致理論的主要原因。防堵「任擇法院」（forum shopping）以及盡力促成判決的一致乃是國際私法學界長久以來熱衷的話題，主張反致理論者確信反致可以達成這些目標，進而調和不同法律系統國家間所可能存在的主權衝突問題。

反致的問題。易言之，各國法律系統對於同一案件中的法律關係所為的法律定性，同樣可能存在著解釋上與概念上的差異。這些解釋上與概念上的差異，也會影響到準據法的選擇，進而導致不同的選法結果。當這種歧異造成準據法適用的「消極衝突」時，反致的問題就隨之浮現¹²。

最明顯的例子是時效的問題。在大陸法系的概念中，時效問題屬於實體法的性質，而在英美法系的概念中，傳統上則是認為時效是程序法性質¹³。那麼，當一個涉外案件牽涉到時效的爭議時，是否大陸法系的法官必須考慮到這種對法律概念解釋上的歧異性，而以英美法官的概念定性？從而，當法院地在大陸法系時，該案件因為依照英美法的概念定性後，「反致」適用大陸法系的法律。這種情形，即稱為「定性的反致」¹⁴。

成問題者，這種「定性的反致」理論究竟有無承認之必要？如果我們承認這個理論，那麼所可能面臨的問題會有哪些？

¹² 從法律衝突的類型來說，反致即意味著準據法適用的消極衝突。亦即當案件適用外國法時，該外國法對本案迴避適用，而將之改向適用於第三國法或法庭地法。此時的衝突型態為外國法與本國法均消極的不適用，故稱為「準據法適用的消極衝突」。

¹³ 英國習慣法上將時效問題分為兩類，即權利（right）消滅的時效與救濟（remedy）消滅的時效，後者在習慣法的傳統上被認為係程序性的規定，屬於程序法。惟近年來受到 1980 年羅馬契約準據法公約影響，已漸有將時效問題認定為實體法規範問題，而適用主契約之準據法（lex causae）之趨勢。美國亦同。相關發展請參考陳隆修，同前註 4，頁 142 以下；Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 13th ed. (Lawrence Collins), London, 2000, p.176.

¹⁴ 法國學者就此最常舉出的例子為婚約之解除。在法國法定性上，婚約之解除為侵權行為性質，適用行為地法原則（Lex locus actus），而在德國法定性上，則認其為身份問題，為屬人法事項（le statut personnel），適用本國法主義。則我們可設想一個情形：兩個法國人在德國解除婚約，此時依德國國際私法，應適用本國法，即法國法，而依法國國際私法，則應適用解除婚約之行為地，即德國法。若案件在法國提起，則法國法官依照法國國際私法原則定性本案為侵權行為，適用德國法之後，是否仍須再依德國法定性，而反致適用法國法？此即為「定性的反致」問題。

實則「定性的反致」理論，跨連了定性與反致兩個特殊的國際私法概念領域。為回答上述問題，本文以為應可從兩個方向拓深研究的主题。第一部份，從學理上出發，討論定性的反致理論基礎與其概念的發展，並說明該理論成立的可能。第二部分，則是從實務的發展觀察，我們提列對於定性的反致理論迭有研究的法國法院判例，以與我國實務見解對照，說明該理論所可能出現的問題，與解決的方案。

貳、理論基礎與概念發展

「定性的反致」理論的概念，各國在實務上並非少見，但相較之下，學理上的探討並不熱絡。特別在我國，僅有陳榮傳教授曾提及反致後的「再定性」(second, additional characterization)問題等類似研究¹⁵，但對於進一步或其他可能衍生的定性的反致問題則未有著墨。在法國，定性的反致問題在學者間則多有討論。著名的法國國際私法學者，如 Holleaux¹⁶、Francescakis¹⁷、Batiffol¹⁸、Lequette¹⁹、Audit²⁰與 Loussouarn²¹等，都在他們的著作中提到這個問題與概念。

因此，所謂定性的反致理論並非一個全新的國際私法學上的問題。於此本文即嘗試以我國學界既有之概念，結合法國學界的

¹⁵ 陳榮傳，同前註2，頁135參照。

¹⁶ D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffe de la Pradelle, *op. cit.*, n°510.

¹⁷ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, 1958, n°81, n°168.

¹⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t.1, L.G.D.J., 8^e éd. 1993, n°310.

¹⁹ Y. Lequette, *Le renvoi de qualification*, *Mél. D. Holleaux*, 1990, p.249.

²⁰ B. Audit, *Droit international privé*, *Economica*, 3^e éd. 2000, n°199, 210, 224

²¹ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, n°198-3.

討論，就定性的反致理論的提出（一）與其發展（二）為進一步討論。

一、理論的提出

有關定性的反致理論提出，可從此問題所牽涉之相關概念的辨異與問題的發生開始，亦即何謂定性？何為反致？（1），繼就理論上之觀點，說明學界長久以來忽視此一問題之可能原因（2）。

（一）反致與定性：概念辨異與問題提出

在傳統選法理論上，定性被認為是屬於「先設」（*a priori*）的階段。亦即在法官針對案件中的各項連繫因素事實審酌前，必須先對訟爭的案件事實做法律的定性，以確定系爭涉外案件應當注意和連繫因素，進而選擇何準據法²²。

就選法的階段上來說，反致屬於在法院地國際私法選擇完案件之準據法後，法官所應該進一步考慮的問題²³。然而，這並不意味著法官對於反致的思考必然是在案件準據法選擇之後進行的。事實上，由於各國法律系統與其各自的法律制訂目的性的差異，使得法官在涉外案件所面對的法律衝突顯得無法避免，「定性問題」於是乎成為法官所面臨的第一個棘手問題。

有關法官應該依照何種標準對案件定性，一般學說上有法院

²² 定性的對象客體（objet）究為法律或事實，在學說上曾有爭議，目前咸認係以訟爭案件事實為定性的對象，惟此一問題為國際私法上之一大難題，在法國學者間亦多有爭論。J-L Elhoueiss, Retour sur la qualification lege causae en droit international privé, J.D.I., 2, 2005, p.281, spéc. p. 290.

²³ 劉甲一，同前註4，頁126；梅仲協，國際私法，三民，1990年第9版，頁214；馬漢寶，同前註4，頁245；劉陳合著，同前註4，第492頁特別指出：「唯此最後階段有問題者...導致了國際私法上反致問題之發生。」

地法說、準據法說與比較法說等。通常為了實際便利起見，法院實務上多採法院地法作為定性標準。而主張準據法說者，主要係認為只有案件的準據法才能夠對於案件為合理的定性，而不至於曲解外國法律。但這種說法卻有著邏輯上的缺點，首先是定性與選擇準據法間，有著邏輯上先後的問題²⁴；其次，如果我們從雙面法則的特性去檢驗，也會發現類似準據法說的理論，是不適合適用於雙面法則的²⁵；因為適用準據法說，往往更難以決定案件的性質。例如一對希臘人在法國公證結婚，卻未舉行教會儀式的婚禮。就有關結婚儀式的問題，法國法定性為婚姻的形式要件問題，適用舉行地法，即法國法，使婚姻有效；依照希臘法則定性為教會儀式為婚姻的實質要件問題，應該依照當事人本國法，即希臘法，而使婚姻無效²⁶。此時因為兩個法律制度對於同一個教會儀式的問題相峙不下，且無法調和。而無論法國法或是希臘法，在雙面法則的運作下，都有可能成為案件的準據法，法院無法偏愛其中任何一種法律為案件的定性，更何況依照不同法律定性的結果，亦將影響到婚姻的效力。

也因此適用法院地法作為案件的定性，相較之下可以省卻掉準據法說所帶來的許多困擾。但這不意味著法院地法便是定性的唯一標準：事實上，準據法說作為一種調和的方式，有時候基於同一種目的或價值，可以幫助法院就本案找到更合理的解決方案²⁷。也就是說，採用準據法說定性，法院可以因此反向地利用各

²⁴ 陳隆修，同前註4，頁10；劉陳合著，同前註4，頁524參照。

²⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, op. cit., n°295; Y. Loussouarn et P. Bourel, op. cit., n°187; P. Mayer et V. Heuzé, op. cit., n°167; B. Audit, op. cit., n°201. 其幾乎一致認為，準據法說不適用雙面法則，只能在單面法則的情形下被考慮。

²⁶ 此即法國判例 Caraslanis 案之內容，見前註8之說明。

²⁷ 陳隆修，同前註4，頁28以下。其主張「在一些例外案件中，為了達成公平正義之判決，法院一不得不彈性採取準據法理論，(...) 法律操作定性技

國法律系統的差異性，透過定性的方式，為具體的個案尋找出合理的判決結果²⁸。

如果說定性並非國際私法所特有的問題，那麼反致問題則確為國際私法所獨有的現象²⁹。從反致問題我們可以看出國際間存在著不同法律系統的現實，從而對於這些不同的法律系統之間，究竟應該如何調和，即是提倡反致者的主要關切所在。

就傳統理論而言，反致的現象主要出自於各國國際私法對於連繫因素的規定不一致。易言之，所謂連繫因素本身即為案件中之一項或多項事實，或具有屬人性，或具有屬地性³⁰，使得案件與這些事實間具有密切的連繫，因而透過這些存在的事實，指引出案件的準據法，並據以為準據法適用的合理基礎。而關於何種事實與何案件間有密切的連繫，各國的國際私法規定上均不盡相同，因此具備法律衝突的可能。其次，反致現象是於法官依本國之國際私法適用外國法時，始產生之問題：究竟此等外國法之適用，是僅指外國之實體法，或是尚包含了外國的國際私法？最常見的例子為屬人法事項中，英國法過去傳統上以住所作為連繫因素，而法國法則是國籍。當住所在法國的英國人因涉外屬人法事項在英國法院涉訟時，英國法官依其國際私法規定，適用住所地法，即法國法，而此時所謂的法國法是否包含法國國際私法原則？若包含，因為法國國際私法就涉外屬人法事項適用本國法主義，此時則必須返回適用英國法，於是生反致之問題。

巧之真正目的，可能是為了維護法院地之強烈政策（policy）或所認定之價值（value），以達成其心目中真正公正之判決。」頗值參考。

²⁸ J-L Elhoueiss, *op. cit.*, p.312.

²⁹ 同此意見，陳隆修，同前註4，頁97以下。

³⁰ 有關連繫因素與國際私法間之屬人性與屬地性問題，可參考 J-L Elhoueiss, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse de l'Université Paris II, 2000.

以字義來說，法文中 renvoi 一詞為 envoi 與字首 re 的結合，envoi 一詞有「移送」、「寄送」之意，而 re 則是「再...」之義。二字結合，就中文的含義來說，實為「再次移送」。我國以「反致」稱之，乃是沿襲日文翻譯名詞而來，唯僅就中文語意上觀之，不容易看出所謂「反致」的真意為何³¹。是以既然在語意概念上係「再次移送」，則再次移送之管轄法律可能為法院地法，亦可能為外國法。因而反致的型態則被我國學者區分為以下幾個類型，為求清楚，本文以圖表說明如下：

反致的種類

全部反致（外國法院理論、雙重反致）

部分反致

直接反致（即一級反致）

轉據反致（即二級反致）

目前採反致理論之國，多係部分反致，全部反致理論者因在實際操作上有相當之難度，並且易產生「乒乓球戲」的現象，故雖然在形式上較符合調和各法律系統的理想，但實際上不常被適用³²。

³¹ 曾陳明汝，同前註 9，頁 309；梅仲協，同前註 23，國際私法，頁 214；馬漢寶，同前註 4，頁 245 參照。

³² 全部反致，亦有學者稱之為「雙重反致」，或「外國法院理論」。柯澤東，同前註 2，頁 127；陳隆修，同前註 4，頁 106 參照。當內外國皆採取此一理論時，反致將無法操作，猶如兩面鏡子對照一般，將造成無窮反致的情形。

那麼，反致的問題既是源於內外國法的差異而來，事實上和定性的問題系出同源：亦即反致為定性問題之延長。如果說不同的連繫因素規定會產生不同的選法結果，同樣地對於法律觀念以及法律解釋在定性上的差異，也會產生不同的選法結果。承認反致理論主要是考慮到外國法律的完整性，與避免干預外國主權，避免扭曲外國法律真義，進而達成判決的一致之目的而來，這與前述定性採行準據法說的理由基本上是相同的。

然而，將反致與定性的概念二者區分之際，仍然很難辨別這兩個問題有如何絕對的差異性，而所謂「定性的反致」理論就是在說明定性與反致問題二者所重疊交會的灰色部分。現實在於，不同法律系統的差異性依然存在著，而這些差異性可能會在定性階段發生問題，也可能透過反致的方式獲得調和。所以我們很難將二者所產生的問題截然劃分：他們都是互相關連的。

(二)選法理論對「定性的反致」問題的忽視

然而「定性的反致」這種介於定性與反致二著間概念的理論，又為何長期以來受到忽視呢？

主要的原因有數個，首先是定性適用法院地法的標準，使得定性的反致問題被忽略了。在適用法院地法統一對案件定性之後，使得法律系統差異所導致的衝突問題轉變成反致的問題。也就是說，法律的衝突雖然仍存在著，但是因為適用法院地法定性被暫時地掩蓋了，直到準據法適用的階段，這種衝突的問題才再次被提出。

我國對於定性的標準，學說及實務均採法院地法說，已如前述。則不難理解何以有關定性的反致問題，在我國未受到重視。其次，從選法理論的沿革來看，世界主義（universaliste）者如薩

維尼 (Savigny)，個別主義 (particulariste) 者如巴丹 (Bartin)，二者對於定性的反致理論也未有考慮。蓋前者因為理念上基於「共同法價值 (valeurs communes)」的觀念，故對於定性問題未為詳細考慮³³，而後者則囿於各國應尊重主權維護原則，故主張定性應採法院地法，以避免侵越他國主權，或扭曲外國法律之真義³⁴。因此，左右大陸法系國際私法學的兩大思潮，都對定性的反致問題予以有意或無意的忽略。

此外，因為各國對於其強行法規的主張，特別如即刻適用法這種情形的存在，使得定性的問題愈增加其複雜度。例如前述的婚姻舉行教會儀式之規定，在希臘因為該規定不僅適用在無論身處何地之希臘國民間，並且適用在所有於希臘境內所成立之婚姻，故此一規定可被視為係即刻適用法而排除他國法律之適用。那麼，是否法國法官應當尊重該項希臘之法律，亦按照希臘法將教會儀式定性為婚姻實質要件之問題？

法國在 *Caraslanis* 乙案中採用了法院地法對這類案件為定性，然而這是否即為合理之定性結果？法國學者間亦迭有爭議。於此，吾人可知所謂定性的反致問題事實上牽涉者為法律系統間衝突之問題，以下即就定性的反致理論的發展過程，進一步地分析。

二、理論的發展

定性的反致理論的提出既非屬虛構，則關於該理論之發展過

³³ Ph. Francescakis, *Droit naturel et droit international privé*, Mél. Maury, 1960, t. I, n°13 et 14.

³⁴ 是以一旦依照本國之衝突法則審理案件，即無外國法律介入之餘地。Y. Lequette, *op. cit.*, n°8; E. Bartin, *Principe de droit international privé*, Domat-Montchrestien, 1930, n°85, p.221s..

程，即應自何以有定性的反致發生之概念開始為探尋。首先必須說明者，為不同之法律系統間常存在之兩種衝突分析（1），其次，則檢討定性的反致理論，應有如何之要件與限制，以確保該理論不至於無法操作而流於空談（2）。

（一）概念源起：法律系統的兩種衝突

有關各國因法律系統間的差異所產生的衝突，按照法國學者 *Bartin* 的見解，可分為定性的衝突（*le conflit de qualification*）與反致的衝突（*le conflit de renvoi*）兩類。*Bartin* 認為，所謂定性的衝突是來自於法律內容規定類型的差異，而反致的衝突則來自於偶然地（*éventuellement*）適用外國國際私法的考慮³⁵。

Bartin 有關法律衝突的這種分類被法國國際私法學者承繼下來，*Francescakis* 教授更進一步指出，「定性的衝突是（...）在雙方對於選法理論內容均無疑義的條件下，可轉化為反致的衝突。³⁶」從而我們可以發現這兩種衝突之間的關係：在內國法與外國法對於法律概念定性均無歧義（即其對同一法律內容均無疑義）的情況下，不會有定性問題的發生，但即使就同一案件定性為同一法律性質，各國的國際私法在連繫因素的規定上仍未必相同，換言之，仍有可能發生反致的問題。

問題在於，在一般的情形下，我們無法輕易地確知外國法的法律系統是否與內國法的法律系統有所差異，有時候外國法即使在立法的形式上與內國法無所差異，但在解釋上確有根本的不同。換言之，發生定性的衝突情形有許多。我國學者陳隆修教授

³⁵ Y. Lequette, *op. cit.*, n°10.

³⁶ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, n°84；原文為：le conflit de qualification est (...) convertible en conflit de renvoi à condition qu'il n'y ait pas de doute sur la teneur des règles de conflit applicables de part et d'autre.

將之歸納為五種原因，頗值參考³⁷：

1) 不同的法律制度給予相同之法律名詞不同之定義。例如關於「住所」之定義，各國未盡相同。

2) 不同的法律制度可能有他法律制度所無法完全了解與知道的法理。例如英美法中有關「信託」(trust)之觀念，在法國法中即無³⁸。

3) 不同之法律制度對於基本上相同之問題，卻交付不同之法律部門處理。例如解除婚約，法國法認為係侵權行為，德國法認為是屬人法事項。

4) 不同的法律制度以不同之事實來組成基本上相同之法律概念。例如對禁婚親範圍之認定，我國與法國即有所不同。

5) 不同之法律制度以不同之科學方法達成相同之目的。例如贈與以書面或是以公證為之，各國規定不同。

也因此，定性的衝突仍時常可能發生，而「定性的反致」理論，即在於針對這些因為法律系統的差異性所產生之衝突問題，應如何調和而存在。亦即其係為消弭因為定性的問題所引起的消極衝突 (conflit négatif) 而生之理論³⁹。

³⁷ 陳隆修，同前註4，頁4。

³⁸ 法國法中有類似於英美法之信託，源自於羅馬法概念之 fiducie 制度，但就其型態上及內容來說，仍不如英美法信託概念之範圍廣泛與多元，似未可稱之為信託。法國法系中，比利時為首次引進國際信託概念至其 2004 年國際私法新法典中之國家，相關資料請見許兆慶，跨國信託法律適用之研析—以意定信託為中心，國立中正大學法律研究所博士論文，2005 年 6 月，頁 426 以下。

³⁹ 因定性的衝突引起的積極衝突 (conflit positif) 可藉由法庭地法定性或是即刻適用法予以解決，但正如前文所述，法庭地法定性並非法院唯一之定性標準，故仍有可能遇到消極衝突之情形，這也使得定性的反致理論的提出，饒富意義。

(二)理論的成型

定性的反致理論提出，既然有上述之目的與功能，則該理論應該在如何之條件下被法官所援用？歸結有以下幾種情形：

1) 必須是就案件定性不單純採行法院地法之標準下，亦即法院地法非為定性之唯一標準的前提下，考慮定性的反致問題。若法院僅以法院地法對案件為定性時，則定性的衝突被隱藏起來，成為隱藏性的法律衝突，其所形成的準據法消極衝突問題，由反致理論解決。

2) 必須是內外國法律系統間存在差異的前提下，進行定性的反致調和。若內外國就法律定性的目的及內容均為一致，則無所謂衝突之問題，自然也不需考慮定性的反致。

3) 避免實務操作上的困難，定性的反致應以部分反致為主。若內外國均採全部反致，則反致永無休止，無助於涉外爭議問題之解決。

4) 在承認反致的國家，亦以承認定性的反致為宜。採取定性的反致理論，與採取反致理論之觀點相同，均係為調和不同法律系統間之作用，與達到個案正義及合理結果之目標而生。如果承認反致理論，亦即承認法官應就不同之法律間所造成的差異問題進行調和，為求理論一致性，承認反致之國家，自然亦應承認定性之反致理論。

成問題者，定性的反致理論是否可毫無界限地適用？易言之，是否每一類型之案件均應該考慮有關定性的反致的問題？

事實上，這個問題與反致的理論適用界限是一樣的。理論上來說，反致理論本係國際私法傳統選法理論中一種調和的方法，而並非正式的機制。反致理論最為人詬病之處，在於其本身邏輯上的矛盾：何以一國立法者對於涉外的法律關係，經過慎重與熟

慮的程序，選擇出最適合本案的準據法後，竟又因反致理論而輕易捨棄置於不顧，而反求諸他國之法律？⁴⁰以此觀之，反致的情形雖然應予承認，以供給法官彈性操作的空間，但不宜反客為主，將所有之法律關係均置於反致理論下操作。同理，定性的反致理論亦然。

本文在以下部分即就實務上操作的情形，進一步說明定性的反致理論應受限制的範圍。

參、理論的影響

在第二部分，本文將以兩國間實務之案例為經，學說理論為緯，分別敘述定性的反致理論對於台、法兩國之國際私法實務上之影響。首先從台灣法制實務出發，觀察理論與實務是否有考慮過定性的反致理論。（一）其次則觀察法國國際私法學界，對於定性的反致理論是否支持，並分析該理論在法國實務判例上的作用。（二）

一、台灣法制上的影響

定性的反致在台灣法制上的影響，可從學者意見發展（1）以及法院判決（2）兩方面分別討論：

（一）對定性的反致理論上的認識

對於定性的反致理論，我國國際私法學界並無使用該項名

⁴⁰ 劉陳合著，同前註4，頁516、517，柯澤東，同前註2，頁137；曾陳明汝，同前註9，頁314等均同此見解。

稱。僅極少數的學者，可能意識到定性的反致的存在，但在敘述與討論上此一問題時，仍是晦澀不清，或是未再深入討論。例如劉鐵錚、陳榮傳兩位教授合著之國際私法論，在提及定性問題時，謂：「國際私法間之衝突，至少包括下數三種情形，其一，明顯的衝突，即兩適用法則表面上之衝突，...此類衝突可能發生反致之問題；其次、二以上之適用法則所援用之連繫因素，表面上相同而實際上差異，因二國對此連結因素之解釋有別。...此類衝突，究竟發生定性抑反致，或者是一特殊的問題，則尚有爭執。」⁴¹可認其已對「定性的反致」之問題有所意識，但關於「定性的反致」此一專有名詞，劉、陳二位教授仍未予以援用，亦未就此一問題發生之可能性為更進一步之說明。

陳隆修教授則是指出「理論上言之，反致實為定性過程之一延續」。而定性問題「甚難以一機械性之規則加以處理，絕大部分之學者及法院皆徘徊於法院地法理論及準據法理論之間，...法院操作定性技巧之真正目的，可能是為了維護法院地之強烈政策或所認定之價值，以達成其心中真正公正之判決⁴²。」此一觀點洵為正確。雖然陳教授所著比較國際私法一書，就定性與反致之案例解析，有相當詳盡之解說，但其仍未就相關案例進一步討論定性的反致理論成立之可能。

然而，在反致理論應予限縮適用這一點上，我國學者的意見則是相當一致。特別是在準據法為當事人意思自主選法的場合，通常為了保持準據法適用的完整性，避免割裂適用法律，以及尊重當事人意思自主的情形下，學者通常主張反致在這種場合無適用的餘地⁴³。本文以為，基於與限制反致適用同樣的理由，「定

⁴¹ 劉陳合著，同前註4，頁519參照。

⁴² 陳隆修，同前註4，頁28-29參照。

⁴³ 按我國涉外民事法律適用法第29條之規定，反致之限於「適用當事人本國

性的反致」理論似乎也不能逸脫這個限制的範圍，始為合理。以下本文即續就我國實務意見分析。

(二)法院的實務意見

我國法院由於對涉外案件之定性，普遍採取法院地法，是以有關定性的反致問題，在實務上未曾被提出討論，惟此未可據以認為在我國國際私法實務上，不生定性的反致問題。

如前所述，定性的反致主要源自於不同法律系統間之解釋或命意衝突，是以只要我國法院有可能對涉外案件採行案件準據法為定性時，便極有可能發生定性的反致情形。目前我國實務上，最高法院對於國際私法定性之標準問題，尚未形成判例意見，理論上各級法院在不干擾實際選法運作過程中，自亦得選擇案件準據法之定性標準，以調和法律系統衝突，達成具體個案正義維持的目標。

因此，所謂定性的反致理論在我國國際私法法院實務上而言，並非不可想像，只是因為我國法院實務習慣上向來傾向採取法院地法定性，因此該問題被技巧性地忽略了。邇來我國最高法院實務就一涉外保險賠償案件，做成 93 台上第 1007 號判決⁴⁴，該案牽涉有關定性問題之部分，與本文討論定性的反致理論限制內容有關，頗值注意。

該判決事實略為：原告為新加坡商，就一批運送到莫斯科的

法」的情形下始有適用。此一限制也影響到有關反致理論在我國涉外民事法律適用法中的適用範圍問題，特別是有關涉外民事法律適用法第六條第二項適用當事人共同本國法時，有無反致之適用的爭議，贊成適用說有劉甲一、曾陳明汝等教授，反對者有劉鐵錚、陳榮傳等教授。見劉甲一，同前註 4，頁 140；曾陳明汝，同前註 9，頁 317；劉陳合著，同前註 4，頁 513 參照。

⁴⁴ 關於該案之各級審判決詳細內容，可參考司法院法學檢索系統，網址為：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。(最後更新：2006 年 5 月)

貨物向被告，一中華民國籍之產物保險公司投保貨物運輸險。未料貨物於抵達受貨人倉庫前遭人竊走。本件保險契約載明以英國法為準據法，原告主張被告應按照契約之準據法，即英國法之規定賠償，並請求遲延利息。

值得注意者，為原告律師就本案遲延利息利率之請求部分，主張「利率是程序事件，依英國涉外事件處理法律，應採審判地法（*lex fori*）來決定利率⁴⁵。」進一步指出，「本件保險事故發生地點（莫斯科）、及契約當事人國籍等，俱非英國，對英國法院而言即屬所謂『涉外事件』，從而，本件應依審判地法即我國法決定利率。」

原告的這項主張雖未明白指陳，但很清楚地，此即為定性的反致理論的典型：就遲延利息利率計算部分，若按照英國法（準據法）定性，應認為屬於程序問題，而反致適用法庭地國，即中華民國法。就英國法而言，程序依照法庭地法，實質的權利依照準據法是一項鐵則⁴⁶，原告的主張僅就此而觀，實不無道理⁴⁷。

然而，我國法院卻在各審級的判決中，明白反對這項看法⁴⁸。

⁴⁵ 原告律師提出之見解為：「依英國一九八一年最高法院法（the Supreme Court Act 1981）第三十五A條第一項規定，法院對於債務不履行或損害賠償事件，於判決時得加計「依其認為適當的利率計算」之利息。英國學者進一步指出：由於「利率」是程序事件，依英國涉外事件處理法律，應採「審判地法」（*lex fori*）來決定利率。本件保險事故發生地點（莫斯科）、及契約當事人國籍等，俱非英國，對英國法院而言即屬所謂「涉外事件」，從而，本件應依審判地法即我國法決定利率。」

⁴⁶ 陳隆修，以實體法方法論為選法規則之基礎（上），東海大學法學研究第 21 期，頁 185，民國 93 年 12 月，特別在頁 198 以下的說明。

⁴⁷ 事實上，此在英國法上容有爭議。權威著作 Dicey and Morris 認為「數額」（rate）的決定與計算似屬程序性質，Dicey and Morris, *supra* note 13, pp.1459-1462，反對意見，陳隆修，國際私法契約評論，五南，1986 年，頁 19 以下。

⁴⁸ 請參考台灣台北地方法院 88 年保險字第 1 號判決，台灣高等法院 90 年保險上字第 1 號判決。

最高法院認為：「本件訟爭之準據法為英國保險法，則關於上開保險金遲延利息之計算，自亦應準據適用英國保險法或相關民法之規定，而無庸再依英國涉外民事法律適用重新定性、決定準據法。」分析此一判決之理由，有兩種可能的解釋可為衍生討論：一種可能是，法院適用法院地法的標準，對遲延利息利率的爭議直接定性為實體問題，而適用當事人意思自主之準據法，即英國法之規定。另一種可能的解釋是，法院仍適用英國法（即本案準據法）對遲延利息利率問題為案件的定性，但是排斥「定性的反致」理論的適用，亦即雖然遲延利息之利率定性為程序問題，但為求尊重當事人意思，避免與本案準據法割裂適用之理由下，法院仍將遲延利息利率問題與本案之保險金請求問題，依同一之案件準據法處理。

無論法院的用意可能是何者，於此我們可以清楚地發現，在適用當事人意思自主的場合，為了避免割裂適用法律，造成不一致與混亂情形，定性的反致理論是傾向被排除的。

二、法國法制上的影響

而在法國，有關定性的反致理論探討由來已久，吾人亦可從學說普遍的見解（1）與法院的意見（2）兩方面觀察定性的反致理論對法國國際私法法制的影響。

（一）學說普遍的見解

部分贊成說：法國學者對於定性的反致理論，討論甚早⁴⁹。不過最先具體將定性的反致列入教科書討論者則為 D.

⁴⁹ Y. Lequette, op. cit., n°4.

Holleaux、J. Foyer 與 G.de Geouffre de la Pradelle 三位教授在 1987 年合著之「國際私法」一書，段碼第 510 號中指出：「外國的選法規則依照其法律要素及連繫因素的種類而被適用。吾人可觀察到反致的問題不僅是源於法院地法與外國法對於連繫因素標準上的差異，（例如依法國法就屬人法事項試用本國法，英國法則係適用住所地法。）反致也可能源自於法院地與外國之國際私法對於同一連繫因素或是法律問題有著不同的解釋，而導致不同的定性結果。⁵⁰」其並進一步指出，定性採準據法說與定性的反致之間的關係。二者差別主要在於法院可以法院地法定性，拒絕定性的反致，以排除外國之選法規則。然而如果定性採準據法說之標準時，則適用外國之選法規則屬於邏輯上的必然，而無法排除定性的反致。

部分反對說：學者 Y. Loussouarn 以及 P. Bourel 兩位教授在其「國際私法概論」一書中則指出，一方面這些法律系統差異所造成的情形，如果均交由法院地法定性，是不公平的。因為反致主要是基於「外國法律均為一個整體」的這個理念而來。是以對外國法律（包括外國的國際私法）割裂適用，無論是就法律的內容，或是法律概念的定性，都是不恰當的⁵¹。

然而其也認為，若適用定性的反致，將導致法院適用反致的範圍擴大，而反致所可能造成的種種缺點，例如公式化的選法操作以及準據法的不可預見性，都會因此發生。是以定性的反致理論在法國國際私法上，僅能被認為是一種例外的情形。

⁵⁰ D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de la Pradelle, op. cit., n°510, 原文略為 «...renvoi ne résulte pas uniquement d'une différence entre le critère de rattachement du for et le critère étranger (...) Il peut résulter aussi de différences d'interprétation dans le pays du for et à l'étranger de règles de conflit apparemment identiques, aboutissant à des différences de qualification du facteur de rattachement ou de la question posée.»

⁵¹ Y. Loussouarn et P. Bourel, op. cit., n°198-3.

完全贊成說：學者 H. Batiffol 及 P. Lagarde 兩位教授則對於反致的概念採取比較不一樣的想法。其贊成反致，並認為反致並非是一種放棄適用法院地國際私法的表現。相反地，其應當被視為是內國法院用來調和內為國法律系統的一種方式，即「調和方法」(une méthode de coordination)⁵²。而定性的反致與定性的標準、反致的承認等問題，有著緊密的連繫。易言之，若無人承認反致，則亦不應對定性的反致有相反之見解。

反致定義相異說：與 Batiffol 教授相同看法的還有 P. Mayer 與 V. Heuzé 教授⁵³。其在所著之教科書中提到，對於法律名詞或概念予以不同的解釋，亦會造成反致的現象，即所謂「定性的反致」。不過其認為就一般而言，反致的定義應該是指因為連繫因素規定上的差異而導致的現象，故傳統選法理論因此忽略了定性的反致。與此見解相同的有 B. Audit 教授⁵⁴。

Y. Lequette 教授在其專文「定性的反致」中則是對反致抱持較悲觀的看法。他認為至少從兩方面來看，造成定性的反致適用的機會將越來越少。首先是反致本身理論缺陷的問題，事實上反致解決消極衝突的功能有限，而且只要當事人合意，便可以規避反致。加上吾人應尊重立法者的意思，故反致似不值得鼓勵。

其次，在歐洲各國普遍接受所謂的「鄰近理論」(le principe de proximité)⁵⁵後，因為採取彈性選法的方式，使得定性問題的重

⁵² H. Batiffol et P. Lagarde, op. cit., n°304.

⁵³ P. Mayer et V. Heuzé, op. cit., n°227.

⁵⁴ B. Audit, op. cit., n°199.

⁵⁵ 「鄰近理論」首見於法國學者 Paul Lagarde 於 1986 年於荷蘭海牙國際法學院講座中提倡，其類同於美國新選法理論之「最重要關連說」，將連繫因素做功能化的區分，認為應經由最接近案件之連繫因素事實，從中分析比較，找出案件的準據法，在判斷何為最接近案件之事實時，可參酌傳統選法理論中連繫因素之規定。此一理論試圖調和傳統選法理論與新選法理論之差異，屬於一種「中間性質」的方法論。請參考 P. Lagarde, Le principe de proximité dans

要性被降低了。因為鄰近理論主要是根據各個案件中具體的各項連繫因素事實，做功能性的綜合參考，而直接地透過這些連繫因素事實的分析選擇出案件的準據法。因此，Lequette 教授認為，所謂定性的反致理論在這種法律的思潮之下，終究只是曇花一現而已⁵⁶。

Lequette 教授的考慮並非全無道理，但若因此認為定性的反致問題將消失無蹤，或是定性的問題將因為新彈性選法理論的提出而顯得無足輕重，則未免過於樂觀。這主要是因為各國的法律系統差異仍然存在，而定性無論在傳統選法理論或是彈性選法理論中，都是法官必須面對的問題⁵⁷。我們無法想像法官可以不依照定性的程序去判斷一個涉外案件應適用何種法律，也因此只能說定性的衝突可能因為彈性選法理論被降低了，但這類型的衝突在全球法制尚未統一之前，不可能完全被消弭。

(二)法院的意見

法國實務上對於涉外案件之定性。一般而言亦以法院地法作為定性標準之原則，在少數的情形則適用準據法定性。對於定性的反致，雖不若鄰國德國法院操作上積極⁵⁸，然而巴黎上訴法院在 1962 年 7 月 19 日⁵⁹、1975 年 1 月 23 日⁶⁰等案判決中，均表達

le droit international privé contemporain, RADIP, 1986, t.I, n°88 et s..

⁵⁶ Y. Lequette, op. cit., n°21. 我國學者同樣亦有認為美國之「最重要關連說」不失為「解決定性問題之辦法」者，見劉陳合著，同前註 4，頁 535，註第 26。

⁵⁷ 相同之意見，請參考陳隆修，同前註 4，頁 29。

⁵⁸ 例如 1880 年 5 月 8 日、1934 年 7 月 6 日 RG (Reichsgericht) 關於時效的判決、1958 年 11 月 21 日 BGH (Der Bundesgerichtshof) 關於婚約解除之判決、1980 年 4 月 11 日 BGH 關於遺產繼承的判決。參考 Y. Lequette, op. cit., n°4 et 16。

⁵⁹ 未公告編入之判決，引據於 Francscakis 教授與 1958 年 la théorie de renvoi 一書中，第 252 頁。本文轉注該資料自 H: Batiffol et p. Lagarde, op. cit., n°310, note 9。

⁶⁰ CA Paris, 23 janvi. 1975, RCDIP 1976, p.97, note Dayant.

了對定性的反致的看法。1989年10月18日⁶¹法國最高法院判決意見則是間接地提及此一概念。

由於1980年羅馬契約準據法公約第15條明文排除反致⁶²，因此有關反致理論在國際契約爭議案件上的適用，目前在羅馬公約簽約國間均被限制。職是之故，定性的反致亦被排除。以下本文僅就法國最高法院⁶³第一民事庭（Cour de cassation, première chambre civile）最近的案件，1997年3月11日的 *Mobil North Sea Limited*（下簡稱 Mobil NSL）案⁶⁴為進一步之分析。

該案事實為：1974年2月21日，Mobil NSL 和兩家依法國法成立之公司，Compagnie Française d'Entreprises Métalliques（簡稱為 CFEM）及 Entreprise d'Equipements Métalliques et Hydrauliques（簡稱為 EMH）合作締約在北海興建鑽油平台。雙方並約定若鑽油平台設備有瑕疵時，在從接受設備操作完好證明起一年內得要求無償替換或修繕其平台設備。（契約第10-2-1條）有關契約之效力或執行問題，雙方並約定以英國法決定。（契約第28條）而有任何爭議或反對意思時，應將爭議或反對意思提付在洛桑之瑞士籍仲裁人仲裁。（契約第29條）

1975年5月16日油管開始施工，而此一施工工程則交由 Llyod's Register of Shipping（簡稱為 LRS）監工，1975年8月14日發給證明，證實所有監管工程之測試結果均為合格。

然而，油管卻在1985年1月30日爆裂崩壞，Mobil NSL 隨

⁶¹ CDC, 1^o c. Civ. 18 oct. 1989, RCDIP 1990, p.712.

⁶² 該公約第15條規定為：「The application of the law of any country specified by this Convention means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law.」

⁶³ 亦有翻譯成「廢棄法院」者，取 Cassation 一詞有廢棄、駁回之義。惟本文為求便於讀者理解，仍將之稱為最高法院。

⁶⁴ CDC, 1^e c. Civ., 11 mars 1997, J.D.I. (clunet) 3, 1997, p.789, note Santa-Croce.

即在 1986 年 4 月同時於洛桑與巴黎進行仲裁及訴訟。隨後雙方當事人協議放棄仲裁，選擇本案接受巴黎商業法院的管轄。1991 年 6 月 26 日巴黎商業法院做成判決，認為 Mobil NSL 請求無保護之必要而予以不受理駁回。案經 Mobil NSL 及其他共同原告上訴，1992 年 6 月 10 日巴黎上訴法院裁定受理本案，並針對本案 Mobil NSL 與其共同上訴人對於 CFEM 與 EMH 關於訴訟時效之準據法問題進行辯論。

本案的主要爭點為，關於上訴人 Mobil NSL 之請求，其權利是否已因罹於時效而消滅？

被上訴人主張，依法國國際私法之規定，有關契約之權利消滅時效問題，應依其契約之準據法決定。在本案，契約準據法為當事人所選定之英國法，而依英國法之規定，1939 年的「Limitation Act」被 1980 年的「Limitation Act」所取代，根據此一法案，時效係自訴因 (cause of action) 開始起起算六年內消滅，而本案訴因起算點應為 1975 年 5 月 6 日，亦即被上訴人交付鑽由平台予上訴人之日。故上訴人遲於 1986 年 4 月 14 日始為起訴請求，權利已罹於時效消滅，其請求應屬無據。

上訴人 Mobil NSL 則主張，本案應考慮定性的反致。亦即認為本案契約準據法為英國法。而有關時效的問題，依照英國法定性應為程序問題，按照程序問題依照法院地法之法則，應反致回歸適用法國法。易言之，本案應適用法國民法第 164 條規定，即油管爆裂屬於買賣物的隱有瑕疵 (défaut caché) 而進一步按照法國 1967 年 1 月 3 日之「海事及其他海上建物規定法」(la loi du 3 janvier 1967 sur le statut des navires et autres bâtiments de mer) 第 8 條之規定，時效應自發現瑕疵時起開始計算一年的時間。準此 Mobil NSL 已於 1986 年 4 月對本件紛爭提起訴訟，而隱有瑕疵確

認部分則由 Welding Institute 在 1987 年 7 月確認並發給證明完畢，故本案 Mobil NSL 之權利並未罹於時效，請求應屬有據。

然而，法院的判決卻堅定地駁回了上訴人的這項主張。巴黎上訴法院第一民事庭在 1994 年 3 月 3 日做成判決⁶⁵，認為契約責任之消滅時效依英國法決定，即契約之準據法。並且就訴訟程序性質問題的定性，不需要再依反致方式，由法院地法對其再為定性。在契約事件中，定性的反致應當被排除，這是為了尊重當事人的意願，以及避免契約依選法規則選擇之法律分割適用，以維護其統一性而考慮的⁶⁶。

法國最高法院民事第一庭亦支持巴黎上訴法院的意見。其於 1997 年 3 月 11 日的判決中確認了巴黎上訴法院的判決：定性的反致不適用於當事人意思自主的場合，並且其更進一步指出，「所有的」反致在這種情形下都應該被排除⁶⁷。

學者 Santa-Croce 認為⁶⁸，法院判決應如此解釋：除了當事人意思自主原則的此類案件以外，法國法院實務在其他的涉外案件中，事實上並不排斥定性的反致⁶⁹。進一步言之，在當事人明示選法的情形下，定性的反致應當被排除，但在當事人選法意思有

⁶⁵ CA Paris, 3 mars 1994, J.C.P. éd. G., n°4, 22366-22367, note Muir Watt.

⁶⁶ 原文略為：«La prescription extinctive d'une action en responsabilité contractuelle est régie par la loi anglaise, la loi du contrat, dont il n'est pas démontré qu'elle retient une qualification procédurale de la question litigieuse de nature à fonder le renvoi à la loi du for. Le renvoi de qualification doit être exclu en matière contractuelle, tant par référence à la volonté des parties, qu'afin d'éviter le morcellement du statut contractuel dont la règle de conflit de lois tend à conserver l'unité.»

⁶⁷ 原文略為：«La mise en œuvre de la loi d'autonomie de la volonté étant exclusive de tout renvoi, la prescription extinctive d'une action fondée sur un contrat est soumise à la loi dudit contrat.»

⁶⁸ M. Santa-Croce, supra note 61.

⁶⁹ 反對之見解，見 J-L Elhoueiss, Retour sur la qualification lege causae en droit international privé, J.D.I., 2, 2005, p.283, note 11.其認為法國實務拒絕適用定性的反致理論。

所欠缺時，似不限制法官適用定性的反致理論，以中和判決之結果。簡言之，定性的反致，在法國法院實務上，是有限制地被接受的。

肆、結論

總結本文上述分析，可知定性的反致理論實源自於各國法律系統差異下所生之「隱藏的消極衝突」。在沒有一個統一的世界法建立之前（事實上也幾乎難以建立），各國法律系統的差異性有時候仍須藉助法官彈性地運用定性技巧，甚或反致理論，以調和案件所可能造成的個案正義欠缺之情形。

定性的反致理論因此也應該被視為係一種調和的方式。雖然我國對於涉外案件之定性標準多採取法院地法，惟法院地法並非唯一的定性標準。國際私法之本旨本在於協調與尊重各國間不同之法律制度，因此，吾人亦應期待吾國法官在處理涉外問題時，在定性的標準上留有更大的迴旋空間，若適用準據法定性可以因此導致更合理判決結果，我國法官實無理由拒絕之。

而正如本文所指出的，若採行準據法定性，則將可能面對定性的反致問題，此時法官亦當以其智慧，判斷是否採取或拒絕採取反致，得對本案判決結果更有助益，亦即使當事人能夠因著選法理論的操作，達成甘服判決的結果⁷⁰。此時運用定性的反致理論，即饒富意義。

我國涉外民事法律適用法第二十九條採取反致理論，是以就承認反致理論的一貫性而論，我國法院亦無理由拒絕定性的反

⁷⁰ 關於國際私法目的應在於達成當事人甘服法院判決的理念，請參考林恩璋，開放方式的選法理論，東海大學法律碩士論文，民國85年6月，頁130以下說明。

致。然而，正如學者一再指出反致本身所可能造成的邏輯上缺陷、選法可預見性的欠缺與實際上對判決的一致功能促進有限等理由觀之，我國法院運用反致理論的範圍似宜予以限制。本文中所述之台灣、法國法院判決實務，也印證了此一趨勢。

至少，在檢討反致理論與案件連繫因素的衝突上，正如前述法國法院所述：「當事人意思自主原則應排除反致之適用」理由一般，本文認為定性的反致在此等案件中，即應當謹慎使用，至少在當事人明示意思表示選法的情形下，法院不得視此一合意為無物，而以反致的方式割裂適用案件的準據法。

因此，本文建議定性的反致理論應當被我國法院所注意，至少做為一種理論的工具，在涉外民事法律適用法的實體規定外，成為我國法院實務上的一項選法操作技巧。特別是我國立法及法院實務上，目前仍難以逸脫傳統選法理論的操作模式，功能性地調整適用定性的反致方式，一方面可協調國際間法制上的差異，另一方面亦可為個案的正義找到一個更合理的出口。

參考文獻

一、中文書籍

1. 柯澤東，國際私法，元照出版，2001年元月修訂。
2. 馬漢寶，國際私法總論，自刊，2004年。
3. 梅仲協，國際私法，三民書局，1990年第9版。
4. 陳隆修，比較國際私法，五南圖書，1989年。
5. 陳隆修，國際私法契約評論，五南圖書，1986年。
6. 曾陳明汝，國際私法原理（上集），學林，2003年第7版。
7. 劉甲一，國際私法，三民書局，2001年第3版。
8. 劉鐵錚，陳榮傳合著，國際私法論，三民書局，2004年第3版。
9. 賴來焜，基礎國際私法學，三民書局，2004年6月版。
10. 賴來焜，當代國際私法學之基礎理論，自刊，2001年。
11. 藍瀛芳，國際私法導論，自刊，1995年。
12. 蘇遠成，國際私法，五南圖書，2002年第5版。

二、中文論文

1. 林恩璋，大陸法系國際私法選法理論方法論之簡短回顧，法令月刊第56卷第3期，2005年3月。
2. 林恩璋，開放方式的選法理論，東海大學法律碩士論文，民國85年6月。
3. 馬漢寶，談國際私法案件之處理，軍法專刊第28卷第11期，1982年11月。
4. 許耀明，歐盟統一國際私法之發展：以「管轄權規則」與「契約準據法公約」為例，月旦法學第110期，2004年7月。
5. 許兆慶，跨國信託法律適用之研析——以意定信託為中心，國立中正大學法律研究所博士論文，2005年6月。
6. 陳隆修，以實體法方法論為選法規則之基礎（上），東海大學法學研究第21期，民國93年12月。

7. 陳榮傳，國際私法的定性、再定性，台灣本土法學第 40 期，2002 年 11 月。
8. 賴來焜，中國大陸地區國際私法之最新發展，文章收錄於國際私法理論與實踐（一）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，1998 年版。

三、中文判決

1. 台灣台北地方法院 88 年保險字第 1 號判決。
2. 台灣高等法院 90 年保險上字第 1 號判決。

四、網路資料

1. 司 法 院 法 學 檢 索 系 統：
<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>（最後更新：2006 年 5 月）

五、外文書籍

1. B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (ci-après *Les grands arrêts*), Dalloz, 4^e éd.
2. B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 3^e éd. 2000
3. D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffe de la Pradelle, *Droit international privé*, Masson, 198
4. Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 13th ed. (Lawrence Collins), London, 2000.
5. E. Bartin, *Principe de droit international privé*, Domat-Montchrestien, 1930
6. H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t.1, L.G.D.J., 8^e éd. 1993
7. H. Fulchiron, *Travaux Dirigés de Droit international privé*, Litec, 2001
8. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd., 2001
9. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, 1958

10. Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2001

六、外文論文

1. C. Kessedjian, *Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne*, R.A.E.-L.E.A., 2001-2002, p.411
2. J-L Elhoueiss, *Retour sur la qualification lege causae en droit international privé*, J.D.I., 2, 2005, p.281
3. J-L Elhoueiss, *L'émément d'extranéité préalable en Droit international privé*, J.D.I., 1, 2003, p.39.
4. J-L Elhoueiss, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse de l'Université Paris II, 2000.
5. P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RADIP, 1986, t.I, n°88 et s.
6. Ph. Francescakis, *Droit naturel et droit international privé*, Mél. Maury, 1960, t. I, n°13 et 14.
7. Y. Lequette, *Le renvoi de qualifications*, Mél. D. Holleaux, 1990

七、法國判決

1. CDC c.. Civ., 1^{re} sect., 22juin 1955, RCDIP 1955, p.723, note Batiffol; D. 1956, p.73, note Chavrier
2. Ch. Civ. 24 juin 1878, D. 1879. 1. p.56 ; Clunet 1879, p.285 ; *Les grands arrêts*, n° 7.
3. CA Paris, 23 janvi. 1975, RCDIP 1976, p.97, note Dayant.
4. CDC, 1^o c. Civ. 18 oct. 1989, RCDIP 1990, p.712.
5. CDC, 1e c. Civ., 11 mars 1997, J.D.I. (*clunet*) 3, 1997, p.789, note Santa-Croce.
6. CA Paris, 3 mars 1994, J.C.P. éd. G, n°4, 22366-22367, note Muir Watt.