

# 「先決問題」之研究\*

廖蕙玟\*\*

目 次	
壹、前言	一、先決問題之發現
貳、相關之名詞體系建構	二、先決問題之形成
一、文獻中先決問題之意涵	三、先決問題之要件
二、以「先決問題」為上位概念之名詞體系建構	四、避免先決問題之難題
參、部分問題 (Teilfrage)	五、判決研析
一、問題之提出	陸、先決問題之準據法
二、部分問題之意義與處理	一、本案準據法國國際私法說之例外
肆、第一問題 (Erstfrage)	二、法庭地國際私法說之例外
一、第一問題之意義	三、個別類型之處理：繼續性法律關係之先決問題
二、第一問題之準據法	四、小結
三、判決研析	柒、結論
伍、先決問題 (Vorfrage) 之本概念	

中文關鍵詞：國際私法、先決問題、附隨問題、第一問題、部分問題、連繫因素、準據法

Key Words：private international law, preliminary question,

\* 本論文之初稿發表於二〇〇五年兩岸國際私法研討會，感謝與談人，並感謝二位審稿人之寶貴建議，謹此致上最誠摯之敬意與謝忱。

\*\* 國立中正大學法律學系助理教授。

投稿日期：97年3月28日；審查通過日期：97年4月11日。

incidental question, first question, part question,  
connecting factors, applicable law

## 中文摘要

國際私法中先決問題之目的在追求涉外民事案件判決之個案妥適性，此乃二十世紀以降，世界各國之國際私法選法規則之發展方向。我國文獻關於先決問題之意義與要件於論述上有分歧之處，法院判決對此亦有概念不清之處，故本文首先整理我國文獻與法院判決關於先決問題一詞之意涵，建構較清晰之相關名詞體系。其次介紹部分問題、第一問題與先決問題之區別；部分問題與第一問題皆依據法庭地之國際私法選定其準據法。其後論述先決問題之要件，探討英國學者 Dicey 氏與 Morris 氏主張之三項要件應如何闡釋，將先決問題類型化為「普通之先決問題」與「棘手之先決問題」，前者依據法庭地之國際私法選定其準據法即可，以簡化先決問題之處理，後者之準據法選擇應彈性為之，以追求個案妥適性。本文亦對於誤用先決問題概念之法院判決為評析。

## Abstract

The purpose of preliminary question in private international law is to search for the appropriateness of verdict for civil cases concerning foreign affairs, which is the trend for choosing rules in the application of private international law since the 20<sup>th</sup> century. There are disagreements in argument regarding the meaning and element of preliminary question in our domestic literatures while

court verdicts are also not clear in concepts. First, this paper reviewed literatures in Taiwan and court verdict concerning the meaning of preliminary questions in order to construct a clear system in nouns. Secondly, the differences among partial question, the first question and preliminary question are introduced. Partial question and the first question are based on the applicable law selected by private international law that applies at where the court locates. Then, elements of preliminary question are discussed in order to examine the interpretation of three elements suggested by English scholars Dicey and Morris. Preliminary questions are categorized into “common preliminary questions” and “troubled preliminary questions”. The former type of question is based on the applicable law selected by private international law that applies at where the court locates so that the preliminary questions can be handled in a simple way; for the latter type of question, the selection of applicable law should be flexible in order to pursue case appropriateness. This paper also provides comments and analysis concerning court verdicts that have misused concept of preliminary questions.

## 壹、前言

涉外民事案件之處理，首先須依據選法規範擇定準據法；再據此準據法，分析當事人間之法律關係以探究其法律效果。某些涉外民事案件只須經過一次選定準據法之程序即可判定其法律效果，例如我國涉外民事法律適用法（以下簡稱涉外法）

第 10 條第 1 項規定：「物權依物之所在地法。」依據此條文，涉外物權行為只須經過一次選定物之所在地法之程序，即可判定其效力。然而，甚多涉外民事案件必須經過二次以上之選法程序，方能判定其法律效果，例如：一、涉外買賣契約依據涉外法第六條之規定選定準據法，而其當事人之行為能力須另外依據涉外法第一條之規定選定準據法；二、關於涉外債之移轉，被移轉之債權或債務有其準據法，而債之移轉行為本身亦須擇定一準據法；三、關於涉外監護事件，依據涉外法第 20 條規定，通常只須一次選法，亦即選定被監護人之本國法即可；然而，若被監護人為非婚生子女，生父（母）是否對之認領，往往影響其國籍之認定，故必須先選定認領之準據法，以判定該非婚生子女是否經生父（母）認領；四、發生涉外繼承關係時，應依據涉外法第 22 條規定，選定被繼承人之本國法為準據法，若此準據法規定配偶有繼承權，則主張自己係生存配偶之人與被繼承人間是否曾有婚姻關係存在，亦須另擇準據法以判定之。以上四類型是否皆為國際私法領中所稱之先決問題（德文：vorfrage；英文：preliminary question、incidental question；法文：questions préalable）？是否全部依據我國涉外法之規定選定準據法？我國文獻未對此詳細區分類型作體系性之論述，故學生於學習時易感困惑，法院裁判之見解亦有待斟酌。此外關於「先決問題」一詞之運用，我國學者於文獻中有不同之定義，法院裁判文中亦指向不同之意涵，有加以釐清之必要。

本文擬先分析文獻中關於「先決問題」一詞之定義與意涵，嘗試建構較清晰之相關名詞體系，再依此體系循序分別論述上述四類型之案件應如何擇定準據法。因先決問題（Vorfrage）概念源自德國，故本文以德國之學說見解與法院裁

判之演進為比較之依據，以提出適於我國法院採行之選法途徑。

本文所引用之我國法院裁判未特別註明出處者，均引自司法院法學資料檢索系統<sup>1</sup>，合先敘明。

## 貳、相關之名詞體系建構

「先決問題」此一詞彙於國際私法文獻中，通常被認為是法學專有名詞，然而其意義為何，學者之間有不同見解；法院裁判中，或以之為法學專有名詞，或以之為一般之詞彙，用法亦不統一。本段欲先整理分析其分歧之用法，再嘗試系統化架構之。

### 一、文獻中先決問題之意涵

#### (一)學者之定義

我國學者多採英國學者 Dicey 氏與 Morris 氏之見解<sup>2</sup>，認為先決問題應具備以下三要件：1.主要問題按照法庭地之國際私法，應以某外國法為準據法；2.某次要問題在該案件中發生，該次要問題具有涉外因素、是可以獨立發生之法律關係、在國際私法上有獨立之選法規範；3.法庭地之國際私法不同於主要問題準據法國之國際私法，二者對次要問題所選定之準據法相異<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 網址為：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

<sup>2</sup> Dicey, Albert Venn/ Morris, John Humphrey Carlile/ Collins, Lawrence, Dicey and Morris on the conflict of laws, 13<sup>th</sup> ed., London, 2000, P. 46 (2-045).

<sup>3</sup> 劉鐵錚/陳榮傳，國際私法論，三民書局，2006年修訂三版，頁417；劉鐵

依照此定義，先決問題之範疇單一明確，係前述要件 2 中所稱之次要問題；而先決問題理論欲處理者，乃該偶發之次要問題應如何選定準據法。

然而曾陳明汝教授於其論述定性問題之專論中稱：「選擇適用法律之先決問題 (la question préalable au choix de la loi applicable)，此一先決問題，有別於其他先決問題，亦即應先就選擇適用法律之指定原因—法律關係—之性質加以決定，是為國際私法上之定性理論 (la théorie des qualifications en droit international privé)。<sup>4</sup>」此段文字認為先決問題係處理涉外案件時必然發生之定性問題。推敲曾陳教授之行文「此一先決問題，有別於其他先決問題」，似認為先決問題包含不同範疇之概念；然而除定性問題外，曾陳教授之論文中未指出其他先決問題之概念為何。

綜上所述，學者於論述先決問題時，通說係將之視為與定性問題截然不同之概念，亦有少數說認為先決問題為定性問題之上位概念。法院判決有支持此少數說者，將於下段論述之。

## (二)法院之裁判

我國法院民事裁判早於民國初年即使用「先決問題」一詞，並廣泛沿用至今；無論非涉外案件或涉外案件之裁判書，均可見不同意涵之先決問題，整理如下：

---

錚，國際私法上附隨問題之研究，收錄於氏著：國際私法論叢，三民書局，2000年，頁245-246；林益山，國際私法上先決問題之研究，收錄於氏著：國際私法各論，自版，1996年6月，頁127-129；陳隆修，比較國際私法，五南圖書，1989年10月，頁33。

<sup>4</sup> 曾陳明汝，國際私法原理（上集），自版，2003年6月，頁324。

## 1、先決問題乃可獨立之法律關係，且可決定另一法律關係是否成立

我國實務判決中最常提及先決問題一詞者，乃訴訟程序中  
止之判決；當本案訴訟之勝敗須以他訴訟之法律關係為斷時，  
他訴訟之法律關係即為本案訴訟之先決問題。最高法院 18 年抗  
字第 56 號判例謂：「訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律  
關係是否成立為據者，係指他訴訟之法律關係是否成立，為本  
件訴訟先決問題者而言，若他訴訟是否成立之法律關係，並非  
本件訴訟之先決問題，則其訴訟程序即毋庸中止。」各級法院  
援引此判例至今<sup>5</sup>。此外，最高法院 87 年台抗字第 142 號民事裁  
定謂：「財產權上之請求與其為先決問題之非財產權上請求，同  
為訴訟標的，經第二審法院合併判決，而當事人對於判決中關  
於非財產權上請求及財產權上請求兩部分均上訴者，不適用民  
事訴訟法第四百六十六條第一項之規定。」此裁定所稱先決問  
題乃一非財產權上之請求，自係一法律關係。此等裁判均非涉  
外案件，然而裁判文中提及之先決問題概念，與國際私法學者  
通說所稱「先決問題必須是一可獨立發生之法律關係」意涵相  
同<sup>6</sup>。

## 2、先決問題乃涉外案件相關問題之上位概念

<sup>5</sup> 同此意旨與用語之最高法院民事裁定尚有：95 年台抗字第 78 號、89 年台抗  
字第 476 號、89 年台抗字第 356 號、88 年台抗字第 646 號、87 年台抗字第  
374 號、86 年台抗字第 14 號、85 年台抗字第 232 號。

<sup>6</sup> 亦有民事裁判所稱之先決問題為公法法律關係，如：最高法院 89 年台抗字  
第 234 號民事裁定謂：「抗告意旨仍執前開刑事案件抗告人是否成立詐欺罪  
責為本件訴訟之先決問題，……」台灣高等法院 88 年上國字第 8 號民事判  
決謂：「行政處分是否違法，為國家賠償之訴先決問題。」

台灣高等法院 89 年重上更（二）字第 170 號民事判決為我國銀行與伊朗回教共和國國防部間關於給付電匯款項之案件，該判決書謂：「首應辨明之先決問題，茲析論如下：（一）涉外私法案件……（二）管轄法院之歸屬……（三）定性……（四）準據法之選擇……」此判決顯示我國法院時而認為，先決問題包含所有處理涉外案件時應探討之問題：判定案件是否為涉外案件、定國際管轄、定性、選擇準據法等；關於先決問題包含定性之部分，與前述曾陳教授之意見相近；蓋如上所述，曾陳教授曾言定性為先決問題，且先決問題尚有其他範疇，可被解讀為先決問題乃上位概念，包含定性等下位概念<sup>7</sup>。

### 3、無特定意涵，泛指所有應先判斷之事項

我國法院之裁判中，亦有非屬上述之範疇，而用先決問題一詞者；或指法律適用範圍之問題<sup>8</sup>；或指要件<sup>9</sup>；或指事實狀態<sup>10</sup>。

<sup>7</sup> 曾陳明汝，同前註 4。

<sup>8</sup> 例如臺灣高等法院高雄分院 94 年上字第 170 號民事判決，此判決謂：「本件有無人民團體法及人團選舉辦法之適用，即為首應釐清之先決問題。」此案相關之事實及爭點為：原告訴請法院宣告某財團法人之常務董事選舉無效，因系爭選舉未經監事簽章；法院認為應先探究人團選舉辦法第 8 條與第 18 條第 1 項第 1 款之規定是否適用於財團法人，並判定不適用。

<sup>9</sup> 例如臺灣高等法院 85 年抗字第 2690 號民事裁定，此裁定謂：「股東會決議選舉董事、監察人是否有效，為新任董事、監察人聲請裁定「重整完成」之先決問題，而非「重整完成」為本件之先決問題……」此案所稱之先決問題乃指聲請重整之要件。

<sup>10</sup> 例如臺灣基隆地方法院 88 年訴字第 298 號民事判決關於爭點效之論述：「民事判決理由中之判斷有無拘束力，涉及所謂爭點效理論，該理論認為，當事人在前訴訟以重要爭點加以爭執，經法院審理及判斷，所發生之通用力，於不同之後訴，如以同一爭點為重要之先決問題加以審理時，當事人不得為與其判斷相反之主張，並禁止法院為與其相矛盾之判斷。」此



## 二、以「先決問題」為上位概念之名詞體系建構

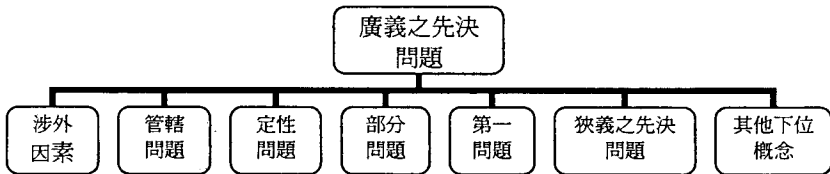
綜上所述，「先決問題」此一詞彙於我國之用法多樣而廣泛，吾人若堅守國際私法學者通說之立場，認為先決問題即為前述英國學者 Dicey 氏與 Morris 氏所定義之問題，固甚有理；蓋此一問題源於德國，德國學者稱此問題為 *Vorfrage*，其文字意思為：預先提出之問題；按此字義與其定義，將此問題之專有名詞定為「先決問題」，不僅通順典雅，亦契合前述 18 年抗字第 56 號判例所述：先決問題係可決定另一法律關係是否成立之獨立法律關係。然而，如此認定之結果，無助於解決文獻中先決問題分歧之意涵。

若採曾陳教授及台灣高等法院 89 年重上更（二）字第 170 號民事判決之意旨，應認為先決問題乃一上位概念，泛指所有應先判斷之事項；包含重要涉外因素之判定、管轄權之判定、定性、先決問題、法律之選擇與適用等下位概念。此雖非通說，卻有助於將我國文獻中先決問題一詞分歧之用法系統化。然而，如此處理必須面對之最大困難在於，如何將其與國際私法學者通說所稱之先決問題（即 *Vorfrage*）妥適區分？若以文獻上提及之另一專有名詞「附隨問題」（*incidental question*）稱之固無不可，然而附隨問題一詞在我國文獻上雖均有提及，究非慣用之專有名詞，亦與德國文獻中所稱之 *Vorfrage* 意涵不盡相同，適用上不無遺憾。本文亦曾思考另訂名詞，以「前問題」或「先提問題」名之，蓋字義與意涵皆符合，且可以與為上位

---

判決所稱之先決問題因係訴訟爭點，故可能為法律關係，亦可能為事實狀態。

概念之先決問題作名詞上之區分；然而若無其他理論上之重大理由，只因與尚未概念之區別而貿然另創專有名詞，恐徒增學說分歧、增加學子學習上之困難。於不變動先決問題一詞於文獻與判決中既有用法之前提下，本文認為吾人可將先決問題區分為狹義與廣義；狹義之先決問題乃是國際私法中傳統所稱者，亦為本文探討之範圍，其要件將於下文詳細探討；廣義之先決問題則包含於處理本案時，必須先解決之所有可能問題。圖示如下：



## 參、部分問題 (Teilfrage)

與前言中四類型之案件相關之問題為部分問題、第一問題與先決問題，以下將循序論述之。

### 一、問題之提出

前言中提及之第一類型案例，亦即行為能力不適用涉外買賣契約之準據法，必須另外選法，此須經二次選定準據法程序方可決定其法律效果之情形，是否屬於先決問題？若依 Dicey 氏與 Morris 氏對於先決問題所述之三要件分析之，依據涉外法

第六條之規定選定之準據法有可能為外國法，可以符合先決問題之第一項要件：本案準據法為外國法。然而繼續分析先決問題之第二項要件（須為得獨立發生之法律問題）時，吾人可即刻判定此要件不符；蓋當事人之行為能力僅為判斷法律行為是否成立生效之要件，均依附於法律行為，非可以獨立發生之法律關係。至此，吾人可斷言為行為能力選法之問題並非先決問題。然而，此問題應該歸屬於何種問題？此為認真研讀國際私法之學生提出之疑問。我國國際私法教科書中多未賦予此等問題一專有名詞，然而德國之教科書中均稱此為部分問題（Teilfrage）<sup>11</sup>。吾人不認為我國之規定均應披上外國之學說或法理，全然不知部分問題此一概念，亦不妨礙對於涉外法第一條之學習與理解；然而為解答認真思考國際私法相關問題者之疑問，本文介紹部分問題之概念，以助相關問題之類型化。

## 二、部分問題之意義與處理

首應與先決問題加以區分者為部分問題。德國學說上認為部分問題係指，關於構成法律行為之某要件應單獨選定準據法之問題。此要件雖為使該法律行為成立生效不可或缺之部分，且無法與該法律行為分離而單獨存在，然而在國際私法上，卻應該（或可以）獨立選擇準據法，不受該法律行為準據法之影響。理論上，可以成為部分問題之法律行為要件有下列各項：行為能力、法律行為之方式、遺囑之方式、結婚能力、代理

<sup>11</sup> 我國教科書提及此概念者，參閱藍瀛芳，國際私法導論，自版，1995年初版，頁64-65。

權、立遺囑之能力等<sup>12</sup>；實際上，此等權能若無法律明文規定其單獨選法之規則，均會依其本案準據法斷定之，德國民法施行法僅就行為能力、法律行為之方式以及遺囑之方式分別於第 7 條、第 11 條、第 26 條規定其獨立之準據法；因此，德國學者通常只將此經明文規定單獨選法規則之要件選法問題列入部分問題之中。

我國若以同樣之概念觀察，則部分問題應包含依涉外法第 1 條規定應該獨立選擇準據法之行為能力問題，以及依第五條可以獨立選擇準據法之法律行為之方式問題<sup>13</sup>；此部分類似德國民法施行法於第 7 條、第 11 條之規定。此外，我國涉外法第 11 條第 1 項但書以及同條第 2 項關於結婚方式之要件，可以或應該獨立選擇準據法之規定，亦屬部分問題之範疇。

若法律無此等要件得獨立選法之規定，就無部分問題發生之可言；換言之，部分問題均有法律規定其選擇準據法之規則，因此處理上相對容易，僅需依據法定之連繫因素選法即可。

## 肆、第一問題（Erstfrage）

前言中提及之第三類型案例，亦即關於涉外監護事件，若被監護人為非婚生子女，必須先選定認領之準據法，判定該非婚生子女是否經生父（母）認領，以便判斷其國籍，進而據以

<sup>12</sup> Hoffmann, Bernd von, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München, 2002, S. 221f. (Rz. 43-46).

<sup>13</sup> 廖蕙玟，親屬法中法律行為之行為能力準據法之研究，收錄於：超國界法律論文集--陳長文教授六秩華誕祝壽論文集，陳長文教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會發行，2004年初版，頁 341-342。

選定監護之準據法；此須先選定認領之準據法之情形，是否屬於先決問題？若依前提問題之三要件分析之，於判斷是否符合先決問題之第一項要件（本案準據法為外國法）時即發生困難，蓋選定認領之準據法時，尚未確定該非婚生子女之國籍，無從擇定其監護之準據法，亦即無從得知該本案準據法是否為外國法。此時，吾人可不顧先決問題之第一要件，直接認定此選定認領準據法之問題為先決問題？或者此非先決問題？若此非屬先決問題之範疇，則此問題應該歸屬於何種問題？此亦為認真研讀國際私法之學生提出之疑問。我國國際私法教科書中多未賦予此等問題一專有名詞，然而德國之教科書中均稱此為第一問題（Erstfrage）<sup>14</sup>。為提供認真思考國際私法相關問題者深入思考之資料，本文介紹德國第一問題之概念，以助相關問題之深入研討。

## 一、第一問題之意義

各國之國際私法選法規則皆有其構成要件，若內國國際私法之構成要件為一待處理之法律關係，此法律關係即是第一問題，又稱為衝突法之先決問題（kollisionsrechtliche Vorfrage）<sup>15</sup>。例如我國涉外法第 12 條規定：「婚姻之效力，依夫之本國法。」<sup>16</sup>第 13 條規定：「夫妻財產制，依結婚時夫所屬國之

<sup>14</sup> 我國學者有稱此為「先行問題」者，參閱藍瀛芳，同前註 11，頁 64；因 Erstfrage 與先決問題之意義有別，為避免先行問題與先決問題二詞相近似而造成混淆，對於 Erstfrage 一詞本文直譯為第一問題。

<sup>15</sup> Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Tübingen, 2004, S. 133.

<sup>16</sup> 德國民法施行法(EGBGB)第 14 條規定婚姻之一般效力，原則上以夫妻共同之本國法為準據法。

法。」<sup>17</sup>此二條文皆以有效婚姻之存在為適用該選法規則之構成要件；如果婚姻無效，則根本無婚姻之效力可言，亦無夫妻財產關係，自無適用我國涉外法第 12 條或第 13 條選法之可言。此外，我國涉外法第 16 條第 1 項前段規定：「子女之身分，依出生時其母之夫之本國法；如婚姻關係於子女出生前已消滅者，依婚姻關係消滅時其夫之本國法。」依我國學者之見解，本條適用於婚生子女身分之認定<sup>18</sup>，其連繫因素為母之夫之本國法，因此本條之適用，以母與其夫之婚姻有效或曾經有效為構成要件。上述三條文均涉及為選法規則構成要件之婚姻關係是否有效之問題，此即為第一問題。若以德國法為例，除註釋 11、12 所述之德國民法施行法（EGBGB）第 14 條、第 15 條與前述我國涉外法第 12 條、第 13 條同有婚姻效力之第一問題外，德國民法施行法第 19 條第 1 項第 1 句規定：「子女身分之認定依子女之習慣居所地法。」<sup>19</sup>第 3 句前段規定：「若母親已婚，其子女身分之認定，亦可依子女出生時，其母依第 14 條第 1 項所定之婚姻一般效力準據法。」<sup>20</sup>因此於判定子女身分時，其母之婚姻是否成立生效，即為第一問題<sup>21</sup>，蓋若其母之婚姻無

<sup>17</sup> 德國民法施行法(EGBGB)第 15 條規定，夫妻未約定時，夫妻財產之準據法為結婚時婚姻效力之準據法。

<sup>18</sup> 曾陳明汝，國際私法原理（續集），自版，2003 年再版，頁 289-290；劉鐵錚/陳榮傳，同前註 3。

<sup>19</sup> 德國民法施行法第 19 條第 1 項第 1 句(Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB)原文為：「Die Abstammung eines Kindes unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.」

<sup>20</sup> 德國民法施行法第 19 條第 1 項第 3 句(Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB)原文為：「Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Artikel 14 Abs. 1 unterliegen; .....」

<sup>21</sup> Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 222.

效，只能適用德國民法施行法第 19 條第 1 項，亦即僅能單獨以子女之習慣居所地法，認定子女之身分；然而，若其母之婚姻有效，尚可適用同條項第 3 句，增加得以婚姻效力之準據法判定其身分之可能。

德國實務裁判未對第一問題著墨<sup>22</sup>，而其國際私法學者則無論是否贊成第一問題之概念獨立於先決問題之外，幾乎均在其所著之國際私法教科書中，介紹第一問題之概念<sup>23</sup>。我國關於第一問題之研究尚付之闕如，似應對此問題加以探討，或有助於選法步驟之清晰，促進選法結果之妥適。

## 二、第一問題之準據法

關於第一問題準據法之選擇，德國學者間之見解一致，認為應依法庭地國法（*lex fori*）處理<sup>24</sup>；例如上述德國民法施行法第 19 條第 1 項關於子女之母之婚姻有效與否之第一問題，即應依照德國民法施行法第 13 條（關於婚姻成立生效之準據法選法規則）定其準據法。蓋第一問題發生於法院適用本國國際私法

<sup>22</sup> Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz-Jürgen/ Rixecker, Roland, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 4. Aufl. München, 2006, Rz. 550, Fn. 1829.

<sup>23</sup> 對第一問題隻字未提之德國國際私法教科書為 Junker, Abbo, Internationales Privatrecht, München, 1998.

<sup>24</sup> Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München, 2004, S. 381; Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 221; Bar, Christian von, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. München, 2003, S. 668 (§7 Rz. 186); Rauscher, Tomas, Internationales Privatrecht, Heidelberg, 2002, S. 106; Hoffmann, Bernd von, a.a.O., (Fn.12), S. 224 (Rz. 52); Mankowski, Peter, Warenübereignung durch Dokumentenübertragung und Internationales Privatrecht, in: Festschrift für Rolf Herber, Hamburg, 1999, S. 147, 149; Mohrenfels, Winkler von, Kollisionsrechtliche Vorfrage und materielles Recht, RabelsZ 51 (1987), S. 20 f..

之時，此乃對本國法規範是否具備其構成要件之探討，自應以本國之選法規則決定；況且於斯時，本案準據法尚未產生，亦無從依本案準據法國之國際私法為第一問題選法，不至於產生如同先決問題般棘手之選法難題。我國若思考第一問題之概念，應該基於相同之理由，以我國之國際私法為第一問題選擇應適用之準據法。

值得注意的是，國籍之判定應屬第一問題或先決問題之範疇？德國學說認為此為先決問題之範疇<sup>25</sup>；本文認為此應屬於第一問題之範圍，蓋我國涉外法關於屬人事項，原則上以本國法為連繫因素，例如第 1 條、第 11 條至第 22 條、第 24 條等，國籍乃此等條文之連繫因素，屬於國際私法選法規則之構成要件，因此關於以何國之法律判定當事人之國籍，以決定其本國法，應為第一問題之選法問題，依法庭地國法以決定之。然而，此所稱之法庭地國法並非直接指向法庭地國之國籍法，而是指向法庭地國對於判定國籍之選法規則。目前各國對於國籍判定之標準，多認應依該帶判定之國籍所屬國之法<sup>26</sup>，蓋唯有該國方有權力決定何人為其國民，其他國家之法律不應越俎代庖；此外，此一原則有助於統一認定之結果，避免各國判斷之

<sup>25</sup> 參閱 Kegel, gerhard/Schurig, Klaus, a.a.O., (Fn.24), S. 382; Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 225; Bar, Christian von, a.a.O., (Fn.24), S. 681 (§7 Rz. 210); Rauscher, Tomas, a.a.O., (Fn.24), S. 113; Hoffmann, Bernd von, a.a.O., (Fn.12), S. 226f. (Rz. 63).

<sup>26</sup> 馬漢寶，國際私法總論，自版，2004 年 9 月，頁 76；此亦為德國實務暨學說關於此問題之通說，參閱 OLG Frankfurt FamRZ 1967, S. 481, 483; KG NJW-RR 1989, S. 644；Kegel, gerhard/Schurig, Klaus, a.a.O., (Fn.24), S. 452; Bar, Christian von, a.a.O., (Fn.24), S. 681 (§7 Rz. 210)。然而德國文獻認為此屬於先決問題之範疇。



歧異。我國國際私法對此雖未為明文規定，但學說<sup>27</sup>與實務裁判<sup>28</sup>均認為應依從此原則。

### 三、判決研析

巴西女子與我國男子之非婚生子吳童於我國進行訴訟之監護案<sup>29</sup>，依我國涉外法第 20 條第一句規定：「監護，依受監護人之本國法。」應以吳童之本國法為準據法。問題在於，吳童之國籍為何？是否為中華民國國民？關於此第一問題，依我國法院對國籍認定之標準，應依我國之國籍法為判斷；因吳童乃非婚生子，依我國民法第 1065 條第 1 項之規定，吳童須經生父認領，方與生父產生法律所承認之父子關係（婚生子女）；因吳童被其生父認領時已因取得其母之國籍而為巴西人，因此該認領是否有效，乃屬於涉外案件，該認領之準據法應依我國涉外法第 17 條選定。此案關於確認吳童國籍所用之法律，幾乎均為我國之法，此乃因為待判定之國籍恰為我國國籍；假設本案生父非屬我國國民而為 B 國國民，則應依 B 國之國籍法決定其國籍、視 B 國之身分法規而決定須否經過認領程序、依 B 國之國際私法為該認領選定準據法。吳童案雖未能直接引發關於第一問題之探討，蓋無第一問題之概念，亦絕不影響其選法之正確

<sup>27</sup> 馬漢寶，同前註；蘇遠成，國際私法，五南圖書，2006 年 5 版，頁 69；賴來焜，國際（私）法之國籍問題，自版，2000 年 9 月，頁 32。

<sup>28</sup> 高雄地方法院 90 年監字第 95 號判決。

<sup>29</sup> 與吳童案相關之我國判決依時間序計有：高雄地方法院 90 年監字第 95 號、高雄地方法院 90 年度親字第 153 號、臺灣高等法院高雄分院 91 年度家抗字第 103 號、臺灣高等法院高雄分院 91 年度家上字第 127 號、臺灣高等法院高雄分院 92 年度家抗字第 84 號、臺灣高等法院高雄分院 93 年度家抗字第 18 號、最高法院 93 年度台抗字第 418 號。

性，然而此案件提供我國國際私法許多研究暨舉例之題材與思考之空間。

## 伍、先決問題（Vorfrage）之基本概念

### 一、先決問題之發現

德國學者 Melchior 與 Wengler 於 1930 年代提出先決問題（Vorfrage），意指法院選定外國法為準據法並適用之，若該外國法以某必須先被決定之法律關係為構成要件時，究竟應依何國（法庭地國抑或本案準據法國）之國際私法為該必須先被決定之法律關係選定準據法。相對於反致（Renvoi）早已於 1878 年因法國法院福哥（Forgo）案之判決而引起熱烈討論與發展<sup>30</sup>，定性（Qualifikation）於 1891 年由德國學者 Kahn<sup>31</sup>、1897 年由法國學者 Bartin 提出<sup>32</sup>；先決問題在國際私法之發展史中，遲至 1932 年方被德國學者 Melchior 發現<sup>33</sup>。Melchior 氏首先提出先決問題應依據本案準據法而選法之概念；他認為，當內國法院就審理之涉外案件（本案），為其主要問題（Hauptfrage）選定外國法為準據法時，若此準據法規範以某先決之法律關係為

<sup>30</sup> 柯澤東，國際私法，自版，2006 年 3 版，頁 124-125；曾陳明汝，同前註 4，頁 311。

<sup>31</sup> Kahn, Franz, Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 30 Jena, 1891, S. 107-143.

<sup>32</sup> 曾陳明汝，同前註 4，頁 322。

<sup>33</sup> Melchior, George, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin, 1932, S. 246 ff.

構成要件，則判斷此構成要件是否具備，亦即此先決之法律關係是否成立，必須依據本案準據法國之國際私法為其選定應適用之準據法（先決問題）。1934年 Wengler 亦為文贊成 Melchior 氏之見解<sup>34</sup>；認為先決問題不應依據法庭地法（*lex fori*）選法，而應依據本案準據法（*lex causae*）選法。自此展開先決問題在德國熱烈之研討<sup>35</sup>。

## 二、先決問題之形成

法院於審理涉外案件時，為本案選定之準據法若為外國法，則有可能發生先決問題，先決問題理論上可能發生於適用外國之國際私法時，而通常發生於適用外國之實體法時。為本案準據法之構成要件之先決法律關係不得直接適用本案準據法國之實體法，必須再一次透過選法程序，選出其應適用之實體法，否則對法庭地而言，將擾亂定性與選法規則而發生混亂，且妨害內國判決達成一致之期待；對案件與當事人而言，該先決法律關係之準據法會發生不妥適之結果，且無助於國際判決之一致。例如涉外繼承事件涉訟於我國時，依據我國涉外法第22條規定，原則上以被繼承人死亡時之本國法為準據法，此為主要問題準據法；此時若有人聲稱自己為被繼承人之配偶而享有繼承權時，其婚姻是否成立生效，乃是為本案準據法之構成要件之先決法律關係，於此若因其為先決法律關係而直接適用被繼承人死亡時所屬國之實體法，以判定該婚姻是否成立生

<sup>34</sup> Wengler, Die Vorfrage im Kollisionsrecht, *RabelsZ* 8 (1934), S. 148 ff.

<sup>35</sup> Schurig, Klaus, Die Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems, in: *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart, 1987, S. 549 ff..

效，呈現之結果將為：婚姻之成立適用繼承之準據法。此結果模糊婚姻之定性與選法規範；而被繼承人死亡時所屬國之實體法與當事人之婚姻可能毫無關聯，以之為婚姻之準據法，將造成對當事人之突襲。況且各國關於繼承之選法連繫因素規定不一，有採本國法主義，有採住所地法主義，有採物之所在地法主義等，則該先決法律關係將因涉訟國家不同，而適用不同之法律，將發生該婚姻於某些國家有效，於某些國家無效之不利結果。

通常與繼承或身分有關之涉外案件，最有可能發生先決問題，例如於繼承案件判斷繼承人時，必須先判斷某人是否與被繼承人有配偶關係（其婚姻是否有效成立）、是否為婚生子女（父母之婚姻是否有效成立或有無認領）、是否為養子女（其收養是否有效成立）等；於離婚案件，必須先確定其婚姻是否有效成立；於重婚案件，必須先判斷前婚姻是否有效成立或是否已經消滅；於扶養或監護案件，必須先確定是否具有某種身分關係。然而關於財產請求權之涉外案件，亦有可能發生先決問題，例如於給付型不當得利案件，請求返還不當得利之前，必須先判斷原因法律關係是否不存在<sup>36</sup>。

### 三、先決問題之要件

先決問題應具備何等要件，各國學者間之見解不一，分述如下：

---

<sup>36</sup> 陳榮傳，先決問題或附隨問題，月旦法學雜誌別冊第12期，1996年4月，頁62。

### (一)德國學者

1、廣義之先決問題：德國學者有不區分第一問題與先決問題之概念者，亦即認為第一問題亦屬於先決問題，因此先決問題只須具備一項要件：處理本案主要問題而適用本國法或外國準據法時，須以得獨立發生之先決法律關係判斷此等法規之效力。依此見解，於適用內國國際私法時，即有可能發生先決問題<sup>37</sup>。

2、狹義之先決問題：區分第一問題與先決問題之德國學者，認為於主要問題之準據法為外國法時，方可能發生先決問題，否則即屬於第一問題。此外，不能獨立之先決法律要件而有單獨選法規則者，例如行為能力或法律行為之方式等，屬於部分問題（Teilfrage）<sup>38</sup>，應與先決問題區分<sup>39</sup>。故此等學者認為先決問題應具備二要件：（1）主要問題之準據法為外國法；（2）主要問題之先決法律關係可以獨立發生（故在國際私法上有獨立之選法規範），且須以此先決法律關係判斷準據法之效力。

採狹義之先決問題之德國學者，認為先決問題雖然常常發生，然而真正難以解決之「先決問題之難題」（Problem der Vorfrage）甚少出現，蓋其須再具備下列要件<sup>40</sup>：（A）法庭地國與本案準據法國之國際私法，就該先決之法律關係所確定之準

<sup>37</sup> Rebmann, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland, a.a.O., (Fn.22), Rz. 549ff.; Junker, Abbo, a.a.O., (Fn.23), Rz. 230 ff..

<sup>38</sup> 參閱本文前述段落：參、部分問題。

<sup>39</sup> Kegel, gerhard/Schurig, Klaus, a.a.O., (Fn.24), S. 373 ff.; Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 219; Bar, Christian von, a.a.O., (Fn.24), S. 105 ff.; Hoffmann, Bernd von, a.a.O., (Fn.12), S. 225 ff. (Rz. 56 ff.).

<sup>40</sup> Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 220; Bar, Christian von, a.a.O., (Fn.24), S. 671 ff. (§7 Rz. 192 ff.).

據法相異；(B) 此相異之準據法就該先決之法律關係所規定之法律效果亦相異。否則，若法庭地國與本案準據法國之國際私法，就該先決之法律關係所確定之準據法相同，或不同之準據法確有相同之實體法律效果，則究竟以法庭地國之國際私法或以本案準據法國之國際私法為先決之法律關係選法，已無區別矣。

## (二)英國學者

英國學者 Dicey 氏與 Morris 氏認為先決問題應具備以下三要件<sup>41</sup>：

1、主要問題按照法庭地之國際私法，應以某外國法為準據法。

2、某次要問題在該案件中發生，該次要問題具有涉外因素、可以獨立發生、在國際私法上有獨立之選法規範。

3、法庭地之國際私法不同於主要問題準據法國之國際私法，二者對次要問題所選定之準據法相異。

## (三)我國學者

我國學者有僅介紹先決問題之概念，而未清楚指明其要件者<sup>42</sup>；有學者同於上述英國學者之見解<sup>43</sup>；亦有學者於上述英國學者提出之三項要件之外，再加上一項要件：「依法庭地之國際私法確定之準據法，就先決問題或先決問題規定之法律效果，

<sup>41</sup> Dicey, Albert Venn/ Morris, John Humphrey Carlile/Collins, Lawrence, a.a.O., (Fn.2).

<sup>42</sup> 柯澤東，同前註 30，頁 73。

<sup>43</sup> 劉鐵錚/陳榮傳，同前註 3；劉鐵錚，同前註 3；林益山，同前註 3；陳隆修，同前註 3。

與依準據法國之國際私法所確定之準據法，規定不同。<sup>44</sup>」

#### (四)小結

以上對於先決問題之要件，乍看之下甚為分歧，實則其關鍵在於是否區分第一問題與先決問題，以及是否區分先決問題（Vorfrage）與先決問題之難題（Problem der Vorfrage）；此先決問題（Vorfrage）僅指「為本案主要問題之先決法律關係選定準據法」<sup>45</sup>，先決問題之難題（Problem der Vorfrage）則指「為本案主要問題之先決法律關係選定準據法時，難以取捨應依法庭地國或本案準據法國之國際私法。」

若不區分第一問題與先決問題，則不應要求「主要問題之準據法為外國法」此一要件；蓋適用內國國際私法時，關於其構成要件之先決法律關係之選法，亦屬於先決問題。

若區分第一問題與先決問題，而且區分「先決問題」與「先決問題之難題」，則先決問題應具備之要件應該只有二項：（1）主要問題之準據法為外國法；（2）主要問題之先決法律關係可以獨立發生、在國際私法上有獨立之選法規範、且為準據法之構成要件。蓋於具備此二要件時，即須為先決之法律關係選法，先決問題於焉而生。此選法通常不遭遇難題，唯有在同時具備上述三、（一）2.文中之（A）（B）二要件時，方遭遇難題；換言之，（A）（B）二點乃是構成先決問題難題之要件。

若區分第一問題與先決問題，然而不區分「先決問題」與

<sup>44</sup> 陳榮傳，同前註36，頁63。

<sup>45</sup> 非先決問題之難題者，無論依據本案準據法國之國際私法為之選法，或依據法庭地國際私法選法，其法律效果皆相同，故無須細究應該依據何一國際私法選法。

「先決問題之難題」，將二者合而為一，亦即將「先決問題」併入「先決問題之難題」之中，而以「先決問題」名之，則會認為先決問題應具備之要件有四，即上段所述之（1）（2）（A）（B）四要件。

以上各種區分及其引伸而出之要件，各有理由，難分軒輊，亦難以決斷何者方為正確。若為主要問題之先決法律關係選定準據法時，完全依據法庭地之國際私法，則無須區分第一問題與先決問題，蓋二者皆以法庭地之國際私法選法；反之，若為主要問題之先決法律關係選定準據法時，係依據本案準據法國之國際私法，則必須區分第一問題與先決問題，蓋二者之選法依據相異。此外，真正值得探討之課題，雖為「先決問題之難題」，若以嚴格之觀察角度，認為具備上述（1）（2）（A）（B）四要件者，方屬先決問題，難謂無據；然而，此時只具備（1）（2）二要件之簡單先決問題將何以名之？況且下文將說明，對於某些先決問題，因各國之共識或國際條約，其準據法之選定既非依據法庭地之國際私法，亦非依據本案準據法國，而有其他之選法規範，對此又將何以名之？因此，先決問題應以具備（1）（2）二要件為以足，若其同時又具備（A）（2）二要件，則成為先決問題之難題。



#### 四、避免先決問題之難題<sup>46</sup>

如上所述，具備以下四要件者，為先決問題之難題：1.主要問題之準據法為外國法；2.先決問題得獨立發生；3.法庭地國與本案準據法國之國際私法，就該先決問題所確定之準據法相異；4.此相異之準據法就該先決問題所規定之法律效果亦相異。此等難題因國際私法之結構特性而不可完全避免，然而吾人可從立法技術或由選法技術加以努力，部分的避免此等難題之產生。

首先由內國立法技術言，例如規定本案主要問題之準據法依從先決法律關係之準據法，使二者之準據法相同，則先決問題之難題將無從發生。舉例如下：K 向外國公司 V 購買貨物一批，V 有效移轉標的物之所有權予 K 後，發現該買賣契約無效，遂訴請 K 返還貨物。此案例無論依我國法或依德國法，均應定性為「給付型之不當得利」，此不當得利請求權之成立，以該買賣契約無效為先決要件。此案件若涉訟於我國，依據我國涉外法第八條之規定，以不當得利之行為地法為準據法，此時，該買賣契約之準據法究應依我國法（法庭地法）選定，或依不當得利之行為地法（本案準據法）選定，即構成先決問題之難題。此案件若涉訟於德國，依據德國民法施行法第 38 條規定：「涉外之給付型不當得利依該給付原因之準據法」此時為該

<sup>46</sup> 我國有文獻提及，有國家將先決問題置於 *dépeçage*（法律分割適用）之概念下，而認為先決問題不存在；參閱柯澤東，同前註 30，頁 77。此作法是否有助於國際私法研究之精緻化，尚有待探討。關於先決問題與 *dépeçage* 之區別，參閱劉鐵錚/陳榮傳，同前註 3，頁 546-547；吳光平，國際私法上的先決問題，法律評論第 69 卷第 4-6 期合刊，2003 年 6 月，頁 44-46。

買賣契約選定準據法應屬第一問題，應依法庭地之國際私法決定，亦即依德國民法施行法第 27 條以下之規定選法<sup>47</sup>，而本案主要問題（不當得利）之準據法依從之，二者之準據法相同，不致產生先決問題之選法困難。我國涉外民事法律適用法修正草案關於給付型不當得利，亦依該給付原因之準據法<sup>48</sup>，因此可以就此部分避免先決問題之難題。

其次由選法技術言，透過國際條約之簽訂，就某涉外法律關係規定多重與輔助之連繫因素（Alternative und subsidiaere Anknüpfungen），亦可降低先決問題之難題的困難度。例如住於德國之希臘婦女向其希臘國籍之夫請求扶養，就此扶養請求權（主要問題），無論依據德國法或依據希臘法，皆以其婚姻有效成立為先決法律關係；然而其於德國締結之婚姻因未具備德國法要求之方式，依德國法為無效，而依希臘法有效。根據 1973 年於海牙簽訂之扶養公約第 4 條第 1 項（亦即德國民法施行法第 18 條第 1 項第 1 句<sup>49</sup>），扶養請求權以請求權人之習慣居所地之實體法為準據法；該婦女之習慣居所於德國，故應以德國法為扶養請求權（主要問題）之準據法。而為扶養請求權先決法律關係之婚姻之準據法，依據德國民法施行法第 13 條第 3 項之規定<sup>50</sup>，於德國締結之婚姻，關於其方式應以德國法為準據

<sup>47</sup> Hoffmann, Bernd von, a.a.O., (Fn.12), S. 437-438 (Rz. 3).

<sup>48</sup> 目前司法院公告供下載之涉外民事法律適用法修正草案為民國 92 年 10 月 28 日版本；此草案第 22 條規定：「關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。」司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/>。

<sup>49</sup> 德國民法施行法第 18 條第 1 項第 1 句原文為：「Auf Unterhaltspflichten sind die Sachvorschriften des am jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltenden Rechts anzuwenden。」

<sup>50</sup> 德國民法施行法第 13 條第 3 項原文為：「Eine Ehe kann im Inland nur in der

法，則因其婚姻未具備德國法要求之方式而無效，其扶養請求權不成立。然而，根據該公約第 5 條（亦即德國民法施行法第 18 條第 1 項第 2 句<sup>51</sup>）之規定，若請求權人無法依第一句所定之準據法向扶養義務人請求時，則以雙方共同國籍國之實體法為準據法，故應以希臘法為扶養之準據法；此時關於婚姻之選法，成為先決問題之難題：若依法庭地國（德國）之國際私法選法，則該婚姻如上所述應為無效；若依本案準據法國（希臘）之國際私法選法，該婚姻之準據法應為希臘法，則該婚姻有效，其扶養請求權成立<sup>52</sup>。此處雖有先決問題之難題，然而吾人應毫不猶豫地採取本案準據法國國際私法說，以解決先決問題，蓋如此方符合公約之意旨：促成扶養請求權人之請求權實現。

## 五、判決研析

前言中提及之第四類型案例屬於先決問題，自不待言。然而，前言中提及之第二類型案例（債之移轉）是否屬於先決問題，有加以探討之必要。

---

hier vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Eine Ehe zwischen Verlobten, von denen keiner Deutscher ist, kann jedoch vor einer von der Regierung des Staates, dem einer der Verlobten angehört, ordnungsgemäß ermächtigten Person in der nach dem Recht dieses Staates vorgeschriebenen Form geschlossen werden; eine beglaubigte Abschrift der Eintragung der so geschlossenen Ehe in das Standesregister, das von der dazu ordnungsgemäß ermächtigten Person geführt wird, erbringt vollen Beweis der Eheschließung.」

<sup>51</sup> 德國民法施行法第 18 條第 1 項第 2 句原文為：「Kann der Berechtigte nach diesem Recht vom Verpflichteten keinen Unterhalt erhalten, so sind die Sachvorschriften des Rechts des Staates anzuwenden, dem sie gemeinsam angehören.」

<sup>52</sup> Siehr, Kurt, Internationales Privatrecht, Heidelberg, 2001, S. 471.

### (一)基隆地方法院 89 年海商字第 1 號民事判決

此判決認為債之移轉涉及先決問題。本案原告（新光產物保險股份有限公司）向被告（貨物運送人）主張保險代位，行使由被保險人（即托運人）法定移轉而來之運送契約債務不履行以及侵權行為之損害賠償請求權，判決謂：「因原告係主張保險代位，則保險契約生效與否，乃審理主要問題之先決問題，為免準據法適用上之歧異，大致有兩種見解，一為法庭地國際私法說、一為本案準據法國際私法說，又鑑於我國國際私法甚為重視反致，自以原則上採取本案準據法國際私法說為適宜。<sup>53</sup>」

本案之訴訟標的為債務不履行以及侵權行為之損害賠償請求權，此等請求權之法律關係即為主要問題法律關係，應依我國涉外法第六條以及第九條之規定選定其準據法。選定主要問題之準據法後，於適用此等準據法判斷運送契約是否成立生效、是否構成債務不履行損害賠償請求權、是否成立侵權行為損害賠償請求權時，無須考慮保險契約之問題；蓋保險契約非主要問題準據法之構成要件或其他足以影響運送契約以及侵權行為法規效力之先決法律關係。因此，法院未提及此部分此部分與先決問題之關係，甚為正確。

基隆地方法院認為本案之保險代位為主要問題，保險契約生效與否為其先決問題，此部分有詳加分析之必要。保險代位（例如我國保險法第 53 條之規定）應為法定債之移轉<sup>54</sup>；於涉

<sup>53</sup> 與此見解類似之民事判決尚有：基隆地方法院 93 年度保險字第 8 號；台灣高等法院 91 年度保險上字第 42 號；臺北地方法院 90 年度保險字第 168 號；臺北地方法院 91 年保險字第 3 號。

<sup>54</sup> 劉宗榮，保險法，自版，1995 年 8 月，頁 243-246。

外之法定債之移轉，依據通說見解應以規範讓與原因之法律（Zessionsgrundstatut）為準據法<sup>55</sup>，以本例而言，即為保險契約之準據法。保險代位既然應與其據以成立之保險契約同一準據法，即無先決問題之存在。

## 陸、先決問題之準據法

先決問題應以何種標準選定準據法，素有法庭地國際私法說（Selbständige Anknüpfung）與本案準據法國國際私法說（Unselbständige Anknüpfung）之爭論，前者注重內國法院裁判之統一，後者注重國際裁判之一致<sup>56</sup>。然而目前德國並無學者固守單一之法庭地國際私法說或本案準據法國國際私法說，而是認為先決問題並無一致適用之解決方法，無論採取法庭地國際私法說或本案準據法國國際私法說，均須為追求個案妥適而考慮例外之處理方式<sup>57</sup>。以下就德國文獻就原則與例外之交錯運用說明之。

### 一、本案準據法國國際私法說之例外

本案準據法國國際私法說主張，先決問題準據法之選擇，應依據本案準據法國之國際私法。然而，有下列例外：

<sup>55</sup> 劉鐵錚/陳榮傳，同前註3，頁321, 325；Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 488.

<sup>56</sup> 關於此二說之爭論，我國文獻有詳盡之介紹，請參閱劉鐵錚，同前註3，頁249-252；柯澤東，同前註30，頁74-76。

<sup>57</sup> Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 223.

### (一)先決法律關係既為第一問題復為先決問題

若先決法律關係先以第一問題之姿態呈現，依據法庭地之國際私法選法，已經得出判斷，復以先決問題之姿態呈現時，另以本案準據法國之國際私法選法，恐生相反或不一致之結果，因此於此種情形，先決問題應依從第一問題之判斷結果。此結果，就如同以法庭地之國際私法為先決問題選法一樣<sup>58</sup>。

### (二)避免與內國法嚴重衝突

若先決問題以本案準據法國之國際私法選法並判斷，其結果與內國之法秩序衝突時，本案準據法國之國際私法應退讓，而以法庭地之國際私法為先決問題選法。例如婚姻成立生效與否，本身得作為獨立之涉外案件，依據法庭地之國際私法選定準據法，若該婚姻以此所選定之準據法應屬有效成立；則於主要問題為繼承或親子關係認定之涉外案件，婚姻以先決問題之方式呈現時，不得依據本案準據法國之國際私法所選定之準據法判斷該婚姻無效，導致無法繼承或認定子女為非婚生子女<sup>59</sup>。此例外修正之結果，事實上已經導致先決問題之解決方法，偏向法庭地國際私法說。

## 二、法庭地國際私法說之例外

法庭地國際私法說主張，先決問題準據法之選擇，應依據法庭地之國際私法。然而，有下列例外：

<sup>58</sup> Hoffmann, Bernd von, a.a.O., (Fn.12), S. 229-230 (Rz. 70-72).

<sup>59</sup> Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 223-224.

### (一)關於國籍判定之先決問題

如前文肆、二段落所述，德國認為國籍判定屬於先決問題之範疇，若有關於國籍認定而生之先決問題，其處理應該如同上文肆、二、段落中所述，以該待認定之國籍所屬國之國際私法，為先決問題選定準據法。此時法庭地之國際私法應退讓<sup>60</sup>。

### (二)避免對當事人之突襲

若在具體案件中，具有涉外因素之案件事實，其與外國之關連明顯超越與內國之關連，則內國裁判之統一應退讓，以追求國際判決之一致，實際上即是以本案準據法國之國際私法為先決問題選法<sup>61</sup>。

## 三、個別類型之處理：繼續性法律關係之先決問題

在先決問題中待判斷之法律關係，如係繼續性之法律關係，則不應單一固守法庭地國際私法說或本案準據法國國際私法說，而應以具體案件判決之妥適性加以調整。例如一對希臘夫婦於德國在希臘正教神父前締結婚姻，然而未具備德國法要求之方式；該婚姻依德國法為無效，然而依希臘法該婚姻有效；其後夫死亡，因繼承問題涉訟於德國。若此對夫婦真正度其婚姻生活，則應依希臘之國際私法（本案準據法國之國際私法）為婚姻此一先決問題選擇希臘法為準據法，蓋依希臘法，

<sup>60</sup> Kegel, gerhard/Schurig, Klaus, a.a.O., (Fn.24), S. 382; Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 225; Bar, Christian von, a.a.O., S. 681 (§7 Rz. 210); Rauscher, Tomas, a.a.O., (Fn.24), S. 113; Hoffmann, Bernd von, a.a.O., (Fn.12), S. 226f.(Rz. 63).

<sup>61</sup> Kropholler, Jan, a.a.O., (Fn.15), S. 224-225.

該婚姻有效，符合當事人之期待；若此對夫婦實際上並無婚姻之生活關連，則應依德國之國際私法（法庭地國際私法說）選擇德國法為準據法，蓋依德國法，該婚姻無效，符合個案妥適，亦不會對當事人造成突襲，並確保其他繼承人之權益<sup>62</sup>。

#### 四、小結

綜上所述，先決問題之處理應彈性化<sup>63</sup>，若法庭地之國際私法與本案準據法國之國際私法處理之結果不同時，應以與案件關係最密切之國之法為準，以維護個案妥適性，並避免造成對當事人之突襲。對於實際存在之繼續性法律關係，應以承認該法律關係成立生效之國，為其關係最密切之國<sup>64</sup>。

### 柒、結論

處理涉外案件時，第一問題、部分問題與先決問題理論上可能皆不發生，亦可能依序部分發生或全部發生。第一問題乃於法院適用內國之國際私法時，就作為法條要件之先決法律關係選定準據法之問題。先決問題乃關於主要問題之先決法律關係之選法問題。部分問題乃內國立法者就主要問題之構成要件單獨規定其準據法，依據此準據法選法之問題。對本案主要問

<sup>62</sup> Siehr, Kurt, a.a.O., (Fn.52), S. 473.

<sup>63</sup> 有學者認為先決問題理論無存在之價值，一律以法庭地國際私法為選法標準即可，參閱林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度—國際私法，元照出版，2006年1月，頁256-269。

<sup>64</sup> Siehr, Kurt, a.a.O., (Fn.52), S. 473-474.



題而言，前者為選法階段時之問題，後二者為選法階段後之問題；就選法之對象而言，前二者乃法律關係，可獨立成為一涉外案件，而後者乃不可能獨立之構成要件。

關於第一問題與部分問題之準據法，前者因學說上有定論，後者因有法條明文規定，處理上較為明確。先決問題最常發生於涉外身分關係、涉外婚姻相關之法律關係以及涉外繼承關係，其準據法之選擇有時極為困難，立法者或可嘗試上文伍、四所述之立法方式，間接減少先決問題選法之困難，然而並非所有涉外案件均適合此種立法。

我國國民與外國人民通婚之事例日增，先決問題發生之機率愈來愈大，我國法院於處理先決問題時，應考量個案之差異，追求個案妥適性之判決，不拘泥於法庭地國際私法說或本案準據法國國際私法說，建立我國先決問題類型化之選法規則。而立法者就先決問題應不加以直接規範，為法院預留判決發展之空間；誠如德國學者 Kurt Siehr 教授所言：「Es gibt keine moderne Rechtsordnung, die das Problem der Vorfrage gesetzlich loest. Das ist kein Armutszeugnis, sondern eine kluge Zurueckhaltung mit einer einfachen Loesung eines sehr schwierigen Problems.<sup>65</sup>」意即：先決問題之難題無法以立法之方式解決。此非無能之表現，而是（立法者）明智之克制，以簡單之方法，解決極困難之問題。預留此一彈性空間，應該不會增加法院之負擔，蓋先決問題之難題甚少發生，因此於普通之先決問題，法院皆依據我國之涉外法為主要問題與先決問題選法即可；若真有先決問題之難題發生，與其必須適用無彈性之選法方式作

---

<sup>65</sup> Siehr, Kurt, a.a.O., (Fn.52), S. 470.

出不符合個案正義之判決，不若賦予法院空間，可以選擇適合個案正義之準據法，達成妥適解決司法紛爭之最終目的。

## 參考文獻

### 一、中文資料

1. 吳光平，國際私法上的先決問題，法律評論，第 69 卷第 4-6 期合刊，2003 年 6 月，頁 38-49。
2. 林益山，國際私法各論，自版，1996 年 6 月。
3. 林秀雄，論國際私法上之先決問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲學與制度—國際私法，元照出版，2006 年 1 月，頁 256-269。
4. 柯澤東，國際私法，自版，2006 年 3 版。
5. 馬漢寶，國際私法總論，自版，2004 年 9 月。
6. 陳隆修，比較國際私法，五南圖書，1989 年 10 月。
7. 陳榮傳，先決問題或附隨問題，月旦法學雜誌別冊第 12 期，1996 年 4 月，頁 62-63。
8. 曾陳明汝，國際私法原理（上集），自版，2003 年 7 版。
9. 曾陳明汝，國際私法原理（續集），自版，2003 年再版。
10. 廖蕙玟，親屬法中法律行為之行為能力準據法之研究，收錄於：超國界法律論文集--陳長文教授六秩華誕祝壽論文集，陳長文教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會發行，2004 年初版，頁 335-346。
11. 劉宗榮，保險法，自版，1995 年 8 月。
12. 劉鐵錚/陳榮傳，國際私法論，三民書局，2006 年修訂三版。
13. 劉鐵錚，國際私法上附隨問題之研究，收錄於氏著：國際私

法論叢，三民書局，2000。

14. 賴來焜，國際（私）法之國籍問題，自版，2000年9月。
15. 藍瀛芳，國際私法導論，自版，1995年初版。
16. 蘇遠成，國際私法，五南圖書，2006年5版。

## 二、外文資料

1. Bar, Christian von, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. München, 2003.
2. Dicey, Albert Venn/ Morris, John Humphrey Carlile/ Collins, Lawrence, Dicey and Morris on the conflict of laws, 13<sup>th</sup> ed., London, 2000.
3. Hoffmann, Bernd von, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., München, 2002.
4. Junker, Abbo, Internationales Privatrecht, München, 1998.
5. Kahn, Franz, Gesetzeskollisionen : Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts, in : Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 30 Jena, 1891, S. 1-143.
6. Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München, 2004.
7. Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Tübingen, 2004.
8. Mankowski, Peter, Warenübergang durch Dokumentenübertragung und Internationales Privatrecht, in: Festschrift für Rolf Herber, Hamburg, 1999, S. 147-186.

9. Melchior, George, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin, 1932.
10. Mohrenfels, Winkler von, Kollisionsrechtliche Vorfrage und materielles Recht, RabelsZ 51 (1987), S. 20-34.
11. Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz-Jürgen/ Rixecker, Roland, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 4. Aufl. München, 2006.
12. Rauscher, Tomas, Internationales Privatrecht, Heidelberg, 2002.
13. Schurig, Klaus, Die Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems, in: Festschrift Gerhard Kegel, Stuttgart, 1987, S. 549-598.
14. Siehr, Kurt, Internationales Privatrecht, Heidelberg, 2001.
15. Wengler, Die Vorfrage im Kollisionsrecht, RabelsZ 8 (1934), S. 148-251.