

一九七八年奧地利聯邦新國際私法總則編評論

陳隆修*

目次

前言：

第一章總則

最有關連之原則

準據法決定之要體

外國法之適用

外國法之確認

反致—回復至本國及第三國

因公共政策（公共秩序）而排除適用
後起事體與得適用之法律

方式

自然人身份之屬人法

法人之屬人法

準據法之選定

前 言

第二次世界大戰以來，由於科技突飛猛進，導致社會結構發生變動，再加以政治因素造成歐洲人口之大遷徙，國際私法近數十年來不得不作大幅度之修改，以迎合社會之發展。如衆所週知，國際私法近數十年來最大之變化，乃爲種種美國新理論之發明。而歐洲除了各個海牙會議不斷地對國際私法加以適度地整理、修正外，德國、奧地利及瑞士等國亦針對其過時之國際私法法典，擬予加以修改，並擬欲於其新法典中將美國新理論中之「最有密切關連說」加以適度之引用。於此些已修正、公佈或修改中之法典內，奧地利新法典不但甚早就率先公佈，並且就整體而言爲作者所最贊同，故於此特地加以翻譯並評論之。惟限於篇幅，於此僅能擇要加以評析。而既然總則篇不但爲最基礎、最重要之規定，並具有全面適用之性質，由此即可看出整個新法典之哲學根據，故而本文

乃對奧地利新法典之總則篇加以翻譯及評析。

第一章 總則

最有關連之原則

§ 1.(1)關於與外國有關之私法上之事實情況，應依與其最有關連之法律規定決定之。

(2)本聯邦法規（衝突法）關於應適用之準據法規之特別規定，應被視爲此一原則之明示。

本條款所謂之「最有關連」〔the strongest connection〕之法律，實與美國第二新編之「最重要之關連」（the most significant relationship）〔註1〕之法律相類似。然而如衆所周知，於美國衆多之新理論中〔註2〕，如「利益說」（interest analysis）〔註3〕、「五種考慮因素說」（five considerations）〔註4〕及「比較利益說」（comparative impairment appro-

*本系教授兼系主任

ach)〔註5〕等，第二新編之「最重要關連說」雖為極端重要學理之一，卻非為具有惟一絕對影響性之學說，美國各法院對各個學說之偏好程度不一，更甚而常將各學說參雜混淆使用，以作成其心目中所欲達到之正義判決〔註6〕。一般而言，歐洲學者中有許多人對美國新理論持著深度懷疑之態度，其中尤以英國學者為甚。但即使是謹慎之英國最高法院（House of Lords），亦有一位大法官於革命性之Boys v. Chaplin〔註7〕中採用「最重要關連說」。由此可見於眾多之美國新理論中，「最重要關連說」實較於美國廣被採用之「利益說」易於為歐洲國家所接受。奧地利新國際私法法典亦不例外地排除「利益說」，而採納「最重要關連說」。

事實上，有些歐洲學者的確有著排斥「利益說」之傾向。究竟何種原因促使此些歐洲學者拒絕「利益說」而轉向「最重要關連說」，實令人深感困惑，或許除了「利益說」表面上之追逐、比較州利益，令成文法學者無法接受外，另有其他原因。蓋美國新理論之創造乃是為摒棄傳統理論之死硬與機械化，然美國新理論之靈活性（flexibility）雖較能於今日流動性大之工商社會中達成符合個案正義之要求，但亦缺乏傳統性理論所具有之「穩定性」Stability與可「預測性」（predictability）之優點。許多歐洲學者雖醉心於美國新理論之優點，亦深懼法院自由操作此些新理論後所可能造成之混亂後果。而最廣受美國法院及學者所歡迎之「利益說」，以表面上比較州利益之名而進行分析所牽連之不同法律之背後政策（policies）之實，無疑地實為當今全美國（或

者全世界）最進步、最開明。及最能符合錯綜複雜之現代社會需求之理論，但其之極度靈活性亦促成其之極端不穩定性。相比之下，「最重要關連說」之革命色彩實不若「利益說」濃厚，其之穩定性雖不若傳統性理論，分析政策之靈活性亦不若「利益說」。然其卻不若傳統性理論之死硬，及不若「利益說」之極端缺乏穩定性。故而對歐洲學者而言，他們既不滿意於傳統性理論之無法適應現代社會，又對「利益說」所可能帶來之混亂後果甚為擔心，「最重要關連說」自然為其最好之選擇。

奧地利新法典之選擇「最重要關連說」或許亦是基於上述理由。但即使是選擇「最重要關連說」奧國學者仍無法十分放心，於新法典中他們仍將「最重要關連說」與傳統理論配合著使用，而非完全摒棄傳統理論，此精神充斥於新法典中。新法典經常將過去傳統上所被使用之嚴格（rigid）而機械性（mechanical）之法規（rules）交叉配合著大原則（principles）而製成法條，而法院必須本於「最重要關連說」之理論基礎去引用此些條文，並且於少數案件中條文若有不完全涵蓋之處亦須以「最重要關連說」去補充之。

基於時代之變遷，奧地利學者不得不將新時代之新社會價值（values）及法學趨勢（legal trends）放進新法典中〔註9〕，而公然承認此些大原則於法律上之地位，使得法院不必再以公共政策或公序良俗之方式去維持個案之正義，可謂為新法典最令人稱讚之處。此外新法典並不放棄傳統之理論，而將之與美國新理論配合使用，亦可謂為一歐洲式之新嚐試，而為美國所無。吾人於此

可明白地見出外國法理被移植至不同之法律、社會與政治環境後，所可產生之變化與修改。新法典之作法實優劣點皆有，但無疑地為一十分謹慎之作法。

又由新法典開宗明義第一條即申明其主張「最重要關連說」而言，新法典之作法亦似乎有失唐突而欠缺考慮。蓋美國新理論之發展至今尚未有絕對性之定論，甚而許多法院經常有將許多不同之理論於同一案件中配合交雜使用之情形〔註10〕。例如於具有歷史性之 *backcock v. Jackson*〔註11〕判例中，紐約最高法院即除了主張「利益說」及「最重要關連說」外，又引用除了於歐洲外於美國甚少為人贊同之 Ehrenzweig 教授之「車子停泊地」理論 (the law of the garage)。故新法典之於衆多理論中選定「最重要關連說」，令人似乎有著快刀斬亂麻之感，事實上作者個人與甚多美國學者一般，對於「利益說」較為讚賞。蓋 Currie 教授雖嚴令法院不得對所牽連之各州政策 (policies) 加以評定優劣 (evaluation)，但藉由「利益說」之技巧，許多法院於判案時不由自主地暗中對落伍之州政策加以否定之評判，從而選定較為符合現代社會之州政策及法律。例如於屢見不鮮之典型之「乘客法規」(guest statute) 之案件中，美國各法院雖舉著 Currie 之招牌，但實際上卻無法嚴格地遵守其理論，此種陽奉陰違之作法〔註12〕亦為「利益說」迷人之處。簡而言之，「利益說」實具有濃厚之美國色彩，其理論基礎又籠罩於美國憲法之架構下，無怪乎甚多歐洲學者對其極端厭惡。

新法典除了有著融合傳統理論與新理論之特色外，另一特色乃為英國新理論一般常

圍繞著意外侵權行為 (accidental tort) 案件發展，而新法典卻將「最重要關連說」放置於開宗明義之第一條，使其之適用範圍及於所有之案件上。此可謂為新法典之突破處，亦足為令人讚賞之處。

準據法決定之要件

§ 2. 與一特定準據法之選定有關之事實及法律要件應當然地依本法決定之，但當事人就一法律行為為準據法上之約定，並且其主張依程序法之規定應被接受時，則不在此限 (§§ 19, 35 第一段)。

「當事人自主原則」(party autonomy) 為國際私法於契約法上公認之原則〔註13〕，故新法典亦不例外地於此承認此原則。事實上當事人於夫妻財產制度及有關債之法律行為上之自主原則，既然以後於第十九條及第三十五條皆有提及，此處再提起似乎過份謹慎。

外國法之適用

§ 3. 如果外國法被決定為準據法，則該外國法應被依其原管轄區之法院之適用方式而當然地被適用。

本條文為一典型之成文法國家之法條，其涵蓋之廣與適用範圍之不明確，相信大部份之英美學者會深覺頭痛。本條文為一拙劣之法條。

本條文非但為一單純訓令式之法條，用以鼓勵法官對所牽連之外國法規應加以整體之探討，更加千萬倍複雜的乃是其牽涉到反致與定性之問題。任何研究國際私法之人皆知，反致與定性皆為極端錯綜複雜之問題。而以一條文涉及此兩種問題，其複雜性可知。

或許本條文最直接適用之處乃為，其既

明訓法官所應適用之外國法應為整體法規 (whole law)，故而法官若欲以 " issue by issue approach " (「選擇問題之方式」或 *dépeçage*) 之傳統定性技巧以達成其心目中的正義判決，則為此條文所禁。例如設有甲國籍之夫妻二人於乙國發生車禍，依侵權行為地乙國法妻子得依侵權行為法而向夫請求損害賠償，然依親屬法妻子又不得向夫提起民事請求 (family immunity rule)。而依夫妻二人之屬人法甲國法，未付報酬之乘客 (妻子) 不得向車主 (丈夫) 請求侵權行為之損害賠償 (guest-statute)，但該國卻無夫妻免訴法規。如今本條文既明訓所被選擇適用之準據法應為該國之整體法規，則奧地利法官於本假設案件中，只能完全依甲國法或乙國法以解決本案，其結果必然是妻子無法取得賠償，而違反了當今於此類案例中允許妻子取得賠償之世界潮流與趨勢 (trend)。此種法條雖能簡化法官之工作，但嚴格執行之則不見得能符合公平正義之要求。傳統上有些法官於此案例則適用侵權行為地乙國之侵權行為法，及屬人法甲國法之親屬法以促使妻子得以合理之取得賠償，而避免適用乘客法規及夫妻免訴法規此等落伍而不合時宜之法規。此等傳統定性技巧之使用，雖為主張美國新理論者批評為破壞法律系統之穩定性，但新法典此種僵硬之作法更是破壞了法律追求正義之精神。

此外本條文之要求外國準據法之整體被適用，又似乎與英國於反致之問題上要求適用外國法院所可能引用之任何法律〔註14〕(完全反致理論；foreign court theory；total renvoi；whole renvoi) 相似。但有關反致之問題，新法典已於第五條上明文規

定採用一般歐陸國家所慣用之部份反致理論〔註15〕(partial renvoi)，故不可能採用英國式之完全反致理論。本條文之用語雖極端類似完全反致理論，但由於第五條之明文採用部份反致理論，故其功能充其量亦不過限制於對第五條之部份反致理論加以補充而已。例如於奧地利政府公文所解釋之假設案例中，依奧地利法一寡婦繼承其瑞典丈夫之權利乃依瑞典法而定，而瑞典法將此問題定性為夫妻財產制之問題，依瑞典國際法應由瑞典法律管轄，則奧地利法官會採用瑞典夫妻財產制之法律去處理此問題；但若依瑞典國際私法本問題應適用奧地利法，則奧地利法官會接受反致，而依奧地利法將此問題定性為繼承問題，由奧地利繼承法處理本問題〔註16〕。由此假設案例之運作可見奧地利新法典所採用的乃是典型之部份反致理論，而本條文不過是對此理論之使用再加以更明確之指示而已。有關於先決問題 (preliminary questions) 或附帶問題 (incidental question) 之解決辦法，由本條文之文義而言似乎認定應由主要問題 (main issue) 之準據法而決定，而非由法院地法之國際私法決定。先決問題到底應由法院地之國際私法獨立決定，抑或由主要問題之準據法之國際私法決定，至今尚未有定論。本條文對此點亦只不明確地指示整體外國法規之適用，而未下達確定性之指示。

英美法系與大陸法系有關實體法與程序法之不一致，一般而言，英美法有漸向大陸法系配合之趨勢，而大陸法系亦一般仍堅持消滅時效、請求之類別、抵銷及反訴等應屬實體法等仍為不變。本條文對此趨勢並無多大之影響或改變。另外現今由於工業化社會

之複雜性，引起各國對於私人之權利義務關係不得不逐漸地以公法規加強管理。有些歐洲學者認為此些公法規應於國際私法上被他國所承認，但本條文雖指示外國整體法規之適用，對此點卻無明確之指示。

外國法之確認

§ 4.(1)外國應確認之。可利用之協助包括利害關係人之參與、聯邦司法部之資料及專家之意見。

(2)經密集之努力仍不能於合理之時間內確定該外國法時，則以奧地利法為準據法。

英美法系將外國法視為事實 (fact) [註17]，而大陸法系則一般將外國法規為法律。故於英美法院若當事人欲主張外國法時，其必須如同主張其他事實一般，自動提出，否則英美法院於處理此涉外案件時，將會如同其處理國內案件一般。奧地利與我國則如同一般大陸法系之作風，法院應依職權主動確定外國法之適用。

依英國法，若一方當事人主張外國法，而他方當事人默認或不抗辯該外國法時，即表示其承認該外國法 [註18]；並且英法院於解釋外國法條時，若經雙方當事人之請求，則可於無證據之情況下決定該法律之效力。又較本條文謹慎的乃是，英國判例法規定英國法院不得僅由外國法條、判例或著名之著作而決定外國法，外國法一般須經外國法專家證明 [註19]。外國法條、判例或著作僅得做為輔助法院決定外國法律之證據。又英法院僅得查證外國法專家所引用部份之外國資料，蓋其他部份之資料可能不正確，例如其他判例可能已被推翻，其他部份之法條被廢除，或外國著作之其他部份不對。

本條文第二項規定，於無法確定外國法

之情形下，則應以奧地利法為準據法。此規定為我國所無，我國有關當局似應從速立法。英美法亦有類似之規定，蓋依英美法外國法之舉證責任雖是在於主張外國法之一方當事人，但是由於外國法之證明相當困難，故於該當事人無法完全證明外國法之情況下，法院則採用法院地法 [註20]。但本條文畫蛇添足之處乃是，其適用範圍限定於「不能在合理之時間內確定外國法」方可，此等限制似乎可除去。奧地利政府公報指本項主要適用於緊急之事情，例如緊急之禁止命令或有關親屬法上不能遲延之事情等。但事實上若於多番探討仍無法確定外國法之情況下，以法官所最熟悉之法院地法 (lex fori) 作為解決紛爭之依據，實為最合理而可行之辦法，此項限制似為多餘。

反致一回復至本國及第三國

§ 5.(1)當外國法被適用時，亦包括該國之國際私法。(2)如因該外國法律規定而回復至奧地利法，則應適用奧地利內國法 (國際私法以外之法律)；如反致至第三國時，則應進一步對此反致加以考慮，但不反致至他國法律之法律系統之內國法或第一次被他國法律反致回來之法律系統之內國法應被適用。(3)如果一個外國法律系統包含數地方法律系統，該外國法律系統所規定之地方法律系統應被加以適用。如欠缺類似之規定，則該有最關連關係之地方法律系統應被加以適用。

反致問題長久以來為國際私法界所熱愛討論之題目。其產生之最主要原因為於屬人法之連繫因素上，英美法系一向採用住所而大陸法系則大部份採用國籍，為避免各國法院對一案件作成不同之判決，而導至反致技

巧之發生，以求得判決之一致性（consistency）。一般而言反致之發生乃是基於利用不同屬人法連繫因素之結果，而會牽扯至屬人法之連繫因素之案件，一般皆屬於親屬繼承案件。故而反致之適用範圍，一般皆僅限於親屬繼承方面之案件。現今由於海牙會議之屢次提倡增用慣居地（habitual residence）為屬人法之連繫因素〔註21〕，而歐洲各國又接受其影響逐漸地增用慣居地為其連繫因素之一〔註22〕，故大陸法系與英國法系自拿破崙法典以來住所地與國籍之爭總算有一可能為折衷之連繫因素。由於兩大法系對於同一連繫因素之逐漸共識，反致問題於親屬繼承之案件中，其重要性便亦逐漸降低。美國至今雖未增用慣居地為連繫因素，但美國新理論學者一向鄙視反致、定性與公共政策等傳統「脫避法律」技巧，故而不採用反致之技巧〔註23〕。

由主要之歐美學術潮流而言，反致於目前似略有走下坡之趨勢，然本條第一項卻於此種趨勢下毅然擴大反致之範圍。第一項之明言外國法之適用應包括其國際私法，則很明顯地將反致之適用範圍擴大至所有之私法部門，不再局限於傳統上之親屬、繼承案件、傳統上一般常與反致無涉之侵權行為及契約亦包含於反致之範圍內。此點似乎令人深難贊同。例如於國際貿易之契約上，只要當事人有約定準據法，傳統上除非契約中有明訂包括該準據法之國際私法，否則各國法院一般皆直接適用該準據法之內國法。如今由於本項之創新，各國人士若與奧國人士訂國際契約時，最好於契約中明文契約準據法之國際私法不適用，否則會增加契約之不穩定性，而徒增國際貿易之糾紛。法律乃用來解

決社會糾紛，而非增加社會之不穩性，本項實與國際商業傳統及習俗不合，亦不能促進國際商業交流之穩定性，蓋適用一國之內國法自然較適用其國際私法而可能指向他國法（包括其內國法與國際私法）為穩定與明確。

至於侵權行為上，傳統上一般亦大多適用侵權行為準據法之內國法。侵權行為為美國新理論之發源地〔註24〕，故自然地美國於侵權行為案件上一般只採用侵權行為準據法之內州法，而不採用其國際私法。然而於美國聯邦政府侵權行為請求法案（the Federal Torts Claims Act）規定，若對聯邦政府提起侵權行為之訴訟，政府之責任應依「過失行為發生地法」而決定〔註25〕，所謂「過失行為發生地法」美國最高法院於 *Richardo v. United States*〔註26〕中認定應包括過失行為發生地之所有法規，亦即包括其國際私法在內。美國此法案有關此點實與本條第一項相同，然此究竟為少數情況。如眾所周知，侵權行為法自美國新理論後已變為甚不可捉摸，例如英國於 *Boys v. Chaplin*〔註27〕一案後，即無人可對英國侵權行為法加以確認。故於許多國家之侵權行為法本身即甚為不可確定（elusive）之情況下，再加上各國持有不同反致理論之因素，本條第一項使得侵權行為法將變得極度之不穩定與不可預測。故以侵權行為法之眼光而論之，第一項之實現亦是吾人研究國際私法者之惡夢之實現。

又由第一項之用語而言，其極類似英國法院於反致問題上所採用之「完全反致理論」（total renvoi）〔註28〕。所謂完全反致理論又名「外國法院理論」（foreign court theory），蓋當英國法官依英國國際私

法而指向他國之法律時，其應引用該他國法院所可能引用之任何法律，亦即英國法官應假設其為該他國法院之法官於處理本案之情形，而依他國法院之法官所可能為之判決處理之。故由第一項觀之，英國法之「外國法院理論」似為新法典所採，但實際上由本條第二項觀之，新法典所採的乃是甚多大陸法系國家所採之「部分反致理論」(partial renvoi)。表面上此兩項所採之反致理論雖不同，但實際上乃是第一項之適用範圍為第二項所限制，新法典所採的為典型之反致理論。

故就整個反致理論之潮流而言，第一項之擴大反致適用範圍，實與時代之趨勢不合。就契約法而言，第一項之規定亦違反了國際商業之傳統習俗，而可能造成國際貿易上之困擾。就侵權行為法而言，新法典雖魄力十足地於開宗明義之第一條即揭櫫新理論中之「最重要關連說」，進而成為歐洲各法系接受新理論之表率，然本條第一項適用之結果，不但不能促進新理論之穩定性，並且使得本就廣被批評為不可捉摸(elusive)之新理論，變為更加不穩定。非但如此，本第一項適用之結果，使得新法典提倡「最重要關連說」之形象變為一假象。蓋如眾所週知，美國之種種新理論，一般皆排除反致之適用，當美國法院透過各種新理論而確定一該適用之準據法時，法院所引用的僅為該準據法之內州法，而並不考慮其國際私法〔註29〕。今新法典第一條既主張「最重要關連說」，而本條第一項又主張完全反致理論，如此不調和之現象，除了可能歸之於新法典之創始人欠缺考慮及對於美國新理論不能十分掌握及了解外，只能推定新法典之創始人對

於美國新理論欲加以改革及創新。然如為後者之情形，很可能如此劃蛇添足之改革會為美國新理論學者所排拒，並且似乎亦未見新法典之創始人對於其創見任何解釋及推廣行為，此實與近二、三十年來發展新理論之正常程序不合。而且最重要的乃是本項之規定實根本上就違背新理論排斥傳統上反致技巧之運用之精神。

故本項之規定不但與甚多部門之法學發展趨勢不合，並且與國際商業之習俗及傳統有違，而由法律邏輯論之，其與本法典所引為理論基礎之美國新理論亦不能配合。

第二項很明白地規定，奧地利所採納之反致哲學為部份反致主義(the doctrine of partial renvoi)，此與我國〔註30〕及大部份之大陸法系國家並無不同之處。然新法典與我國涉外民事法律適用法不同的是，其有關反致之法條之立法技術及用語顯然較我國之類似條文高明。我國涉外民事法律適用法第二十九條規定：「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。」我國法條除了規定法院地法指向本國法之情形外，又規定本國法指向其他第三國法。及其他第三國法指向第四國法之情形。本項奧地利法規只有規定牽涉至第三國之情形，而未規定牽涉至第四國之情形，相較之下似乎我國條文較為詳細。然事實上於實務案件中，一般甚少牽涉到第三國之法律，遑論牽涉到第四國之法律。而實務上於採部份反致哲學之國家，所最常可能發生之情形，即第二國指回第一國(法院地國)之情形

，我國條文卻不似奧地利條文而未規定，僅規定其他第三國或其他第四國指回第一國（法院地國）之情形。故我國雖與奧地利新法典一般，皆採部份反致主義，然單就立法技術而言，我國條文不但華而不實，甚而可謂技術拙劣。

本條文第三項適用於當被牽連之國家為聯邦國家或者數個獨立法律系統之時，此與我國涉外民事法律適用法第二十八條類似。我國該第二十八條規定：「依本法適用當事人本國法時，如其國內各地方法律不同者，依其國內住所地法，國內住所不明者，依其首都所在地法。」若被牽連之國家有著數個獨立之法律系統時，依當事人之住所地法，此自然由成文法之眼光而言甚為合理。然住所之定義各國不同，究竟應以法院地法為定性之基準，抑或以被牽連之國家之法律為定性之基準，實為國際私法長久以來之問題，若以法院地法為基準，則法官自然較易處理案件；若以被牽連國家之法律為基準，則法律關係自然較為協調與統一。歐洲共同市場有關民事及商業案件管轄權之確認及判決之強制執行公約（the European Judgements Convention），雖然其會員國之成員絕大部份為成文法之國家，其管轄權之基礎亦為住所〔註31〕，故亦不得不在眾說紛紜之住所加以一個合理之解決之道。公約第五十二條第一項規定：「要決定當事人之一方之住所是否於訴訟地之訂約國內，該國之法院應引用自己之法律。若該當事人之住所不是於法院國內時，若欲決定其之住所是否於其他訂約國內時，法院應引用該其他訂約國之法律。」第二項又規定：「若一當事人之國籍法規定其住所是應依據其他人之住所而來，則

其住所應依據其國籍法之規定。」顯而易見地，公約所提出之解決辦法並不能使得各國於管轄權方面之規定趨於一致，蓋當事人之住所很可能隨著其起訴之法院地之法律而改變。公約因礙於各會員國對於住所之觀念不同而無法提出對住所之統一定義，不得不提出如此權宜之主張而勉強達成表面上之統一，故此權宜主張並不足為我國效法，而我國該第二十八條有關住所定性之問題仍舊存在。英美法因主張以住所為屬人法之連繫因素，故一向對住所之定性問題甚為重視，其一般皆以法院地法為定性之基準。

新法典本條第三項並不以當事人之住所地法為依據，而完全以該被牽連國之規定為依據，此似乎比我國之規定更為高明。又若該被牽連國於此未有規定之情形下，則採用美國新理論，而以「該有最關連關係之地方法律系統」為依據。此種作法自然兼有著靈活及配合實際情況之優點，及判決不穩定之缺點。此規定與我國涉外民事法律適用法第二十六條〔註32〕於當事人有多重國籍時，以「依其關係最密切之國之法」為依據有著異曲同妙之作用。

因公共政策（公共秩序）而排除適用

§ 6. 外國法之條款如其適用有違奧地利法律之基本原則，則該條款不應被加以適用。必要時，奧地利法之相當條款應取代該外國條款而予以適用。

大陸法系所謂之公共秩序善良風俗，英美法謂之公共政策。無論於國際案件或國內案件，若當事人於追求其私人法律行為時，影響到法院地之公眾、社會或國家之利益、秩序、基本政策或道德水準，法院必須放棄

維護當事人之法律行為之意願，以保護法院地更重要之利益、秩序、基本政策或道德水準。公序良俗或公共政策一般為具有否定性之作用，亦即法院引用法院地之公序良俗或公共政策以否定一個依據外國法律本已成立之法律關係。公序良俗或公共政策之標準為相對性地，世界各國無法有一絕對之標準。法院於處理國際案件時，若欲引用法院地之公序良俗，自應較處理國內案件時更加小心謹慎，蓋國內案件只涉及法院地之公序良俗，而國際案件則涉及國際社會錯縱複雜之公序良俗。一般法院欲引用法院地之公序良俗之先決條件為，適用外國準據法之「後果」(result)會與法院地公平正義之觀念不合。故若只是單純地外國準據法與法院地法不一致之情形，並不構成引用法院地公序良俗之原因。甚多大陸法系認為若案件之事實與法院地愈有關連，則法院愈可引用法院地之公序良俗；反之，若案件之事實與法院地愈無關連，則法院對於引用法院地之公序良俗應愈加謹慎。例如若一回教徒欲於法院地娶當地女子為第二妻子，則應被法院以違背法院地之公序良俗為由而宣判該婚姻無效；而若該回教徒於其本國之其他第三或第四妻子欲於法院地提起請求扶養之訴，則應認許該女子之地位，而允許其起訴。

美國國際私法因採新理論，可以靈活地運用新理論之技巧，或藉新理論之技巧而分析、操作相關連之州之法律，故而仰賴以公共政策之手段以達成合乎公平正義原則之判決之需要已大為降低。但即使是採傳統式理論之英國法系，一般而言其使用公共政策之機率與範圍似乎仍較大陸法系少。或許主要原因為，英國之判例法雖較複雜，但亦較

為詳細，大陸法則較偏重法條及概括性之法律原則，雖似乎較有系統，但亦較為簡略，故於無法應付之新狀況下，大陸法系之法院常較易以公序良俗為理由，以達成其心目中合乎公平正義原則之判決。

本條文雖未提及有關外國刑罰法規、稅法法規及其他公法法規，但極可能如世界上大部份國家一般，奧地利法院會承認此些外國法規之合法性，但又認為其無義務，亦無管轄權去強制執行此些法規〔註33〕。前者例如契約當事人訂立一合夥契約，合夥之目的乃欲違反友好國家之法律，而將酒偷運入該國，此時法院應判該契約無效〔註34〕；後者例如被告因違反外國禁止賣酒之法律而被處罰款，而該罰款可於該外國法院由該外國官員提起債務訴訟而求償，若該外國官員於本國法院提起訴訟要求被告給付罰款時，本國法院應認為其對此案無管轄權。

上述為一般公認之原則，本條文雖未明言，但似乎亦不太可能會違反此些原則。一般各國於此方面見解較為有程度上之差異者為有關賭博契約之效力問題，強制徵收法規(expropriatory legislation)之效力問題，及多妻制度所可能衍生之婚姻效力、繼承、扶養及子女身份等問題。於此些問題上，各國基於其本身文化、經濟與社會結構之因素，而常與他國認同之程度不一致。即使同一國內，也常因時代之演變而對同一問題有著不同之看法。例如早期英國法院認為其只能對基督教式之一夫一妻婚姻給予救濟，而不能對多妻制度之婚姻給予救濟〔註36〕。故於一九七二年以前，多妻制度之當事人不能要求英國法院給予離婚之判決，但當事人卻被視為已婚，而不得再於英國結婚〔註37〕

〕；所生下之小孩仍被視為婚生子女〔註38〕；妻子亦得以妻子之身份而繼承遺產〔註39〕。但自一九七三年以來迫於社會環境之變遷，英法院現今亦給予多妻制度之婚姻救劑〔註40〕。

有關於此些問題新法典本條文中並未加以任何明文規定，事實上此些問題由於社會結構及文化變遷快速，除非全國有著明顯之共識，否則似不宜以立法條文明示規定，而仍應由法院以個別案例之方式伺機而作判決方是。我國涉外民事法律適用法第二十五條規定：「依本法適用外國法時，如其規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」以上有關新法典本條文之分析亦適用於我國該第二十五條。

惟新法典本條文有規定，當外國條款被排除適用時，奧地利之相當條款應被加以適用，而我國該第二十五條卻未有此規定。英美法於當外國準據法被以不合法法院地之公共政策而排除適用時，亦並無規定應以相當之法院地法為依據。其原因或許由於當事人不主張外國法之適用時或不能舉證外國法之內容時，英美法院一向以法院地法為依據之故。我國既無英美法類似之規定，故或許仍應加上新法典本條文之規定方是。

後起事件與得適用之法律

§ 7. 有關決定一特定法律系統為準據法之要件事後發生之變更，並不影響已經完成之事實。

本條文反映奧地利民法〔註41〕及許多其他法律系統公認之「法律不溯及既往之原則」，同時亦與 Savigny 之「既得權利說」〔註42〕(vested rights approach) 相配合。本條文最主要乃規定於訴因發生後之事實

，不得再做為選擇準據法之考慮因素，以期於捉摸不定之國際私法學中注入穩定之因素。國際私法學一般稱此方面之問題為時間因素(time factors)，為持傳統理論學者長久以來所探討不休之問題，但美國學者對此問題似乎不甚重視之。

本條文實為一成文法性質甚濃之法條，英美法學者可能無法接受本條文如此模糊而概括之性質，而事實上英美國際私法亦無如此不詳實之條文。由於有關時間之因素牽涉甚廣，此些方面之問題，似乎不應由立法手段上去解決，而應由法院以個案之方式解決較好。而且事實上於實務案件中，各國法院於選認準據法時，一般亦常以訴因發生時之事實為考慮因素。例如於當事人無有效地訂立準據法時，美國第二新編則以契約訂立地、契約磋商地、契約訂立時預訂之履行地、標的物所在地、及當事人之住所等為推定準據法之因素〔註43〕，而英國有關契約準據法之推定亦如是〔註44〕，皆以契約訂立時之事實為考慮因素〔註45〕；又如傳統上侵權行為之準據法經常為侵權行為發生時之行為地。但即使如此，有關時間因素之問題實甚為複雜，而非能以「法律不溯及既往」之簡單原則而一概解決之。

時間之因素於國際私法上會造成困擾的情形，一般而言可分成三類：一、法院地國際私法之改變；二、連繫因素之改變；三、準據法之改變。此三類型中所可能發生之問題，以準據法內容之改變範圍最大，蓋其幾乎涵蓋私法之每一部門。然而若仔細觀察本條文，則可發現本條文所規定之範圍僅限於有關確定準據法之事項而已，至於確認準據法後，該準據法內容可能發生之變動並不在

本條文涵蓋範圍之內。故姑且不論本條文品質之優劣及其內容是否正確，新法典雖欲藉本條文而將令人困擾之時間因素穩定下來，但因本條文並未涵蓋有關時間因素之所有問題，故仍為一有缺陷之條文。事實上本條文不但未涉及有關準據法內容之改變，其似乎偏重於與確認準據法有關之連繫因素之變更，而與法院地國際私法內容之改變較無直接之關係。

本條文之範圍不但沒有新法典所預定之寬廣，並且其所賴以解決有關時間因素問題之主張亦太過籠統，有關時間因素之三部門應分別加以論之方是。

(1) 法院地國際私法之改變。法院地國際私法之改變與法院地一般法律之改變並無多大不同之處，故而其改變後效力之確定應與一般法律或判例不同。法院地國際私法之改變可能有下列三種方式：(a) 一成文法條變更以前法條之效力〔註46〕；(b) 一成文法條變更一判例法之效力〔註47〕；(c) 一判例法變更以前判例法之效力。就成文法條之變更而言，因立法者一般會對新法條之適用範圍及時間加以明確之說明，故即使法條有著溯及既往之效力，通常亦不會有適用上之困難。又如法條對此未有規定，於解釋上除非該法條為有關程序上或宣示上(declaratory)之法條，否則該法條一般應會被推定為不溯及既往〔註48〕。

成文法條之效力雖然一般為前瞻性的，但判例法之本質無可避免地必然溯及既往，蓋法院之判決乃必然作成於案件之事實發生後，但效力卻及於該案件〔註49〕。既然判例法之效力經常為溯及既往，故法院地國際私法透過判例法之改變，亦偶而會造成一些

甚不協調之情形。例如於英國判例 *Hornett v. Hornett*〔註50〕中，一住所於英國之人於一九一九年與一住所於法國之女結婚。婚後當事人繼續於法國及英國居住，直至一九二四年妻子於法國取得離婚之判決為止。後丈夫於一九二五年知曉該離婚判決，故又恢復與妻子於英國同居，雙方於一九三六年分離。於一九六九年丈夫向英國法院提起訴訟，要求法院認許該一九二四年法國離婚之效力。雖然該種離婚之效力於一九六七年以前仍不能為英國法院所認許，但該一九二四年之法國離婚，仍於一九六九年為英國法院依該年度之新判例法〔註51〕而被認許。由此案可明顯地見出英國該一九六九年之新判例法有著溯及既往之效力。此類型溯及既往之案件，雖一般能於該直接個案中達到公平正義之結果，但亦常於其他問題上造成法律邏輯之不一致。例如於 *Hornett* 案中，若有一小孩生於離婚後但同居期間時，該小孩之身份問題應如何解決方能照顧到其之最大利益？或丈夫若於離婚後但英法院無法承認該離婚前已再婚，則其第二次婚姻之效力及與其第二任妻子之間所衍生之一切法律問題應如何解決？或若於英法院無法承認該離婚前丈夫已死亡，其遺產並已由其妻子繼承後，英法院方承認該離婚，則其妻子是否應交回該遺產？

由以上論之，法院地國際私法之變更若經由成文法條而來，則適用上似乎無甚大問題，反之，若經由判例法而來，則似乎較容易產生問題。作者一向主張國際私法之進化，經常隨著社會上「主要價值」(prevailing values)〔註52〕之變動而來，有關此點無論是成文法或判例法自然亦不例外。例

如英國一九六三年之 Wills Act 其溯及既往之效力乃是為了支持「維護遺囑之形式要件」之價值；而英國一九二六年之 Legitimacy Act 之所以不排除舊有之判例法之效力〔註 53〕，亦不過是在於維護「支持親生子女利益」之價值；至於 Hornett 一案，該判例法所顯示地乃是英法院決定維護「尊重當事人離婚之自由」之價值，英法院為了維護此主要之價值甚至不惜造成法律邏輯上可能發生之不一致性。

(2) 連繫因素之改變。相信本條文所指的時間因素之改變，最主要即有關連繫因素之改變。由時間因素而論之，連繫因素可分為固定的 (constant; immutable) 及可變的 (variable; mutable) 二類。所謂固定的連繫因素即指一特定時期之連繫因素；而所謂可變的連繫因素即指該連繫因素可能會變更，而須加以重新定義。固定之連繫因素乃是基於一已完成之事實而來，事情後來之發展不得被加以考慮，因而不可改變，進而其準據法亦無法改變。例如婚姻之形式要件依婚禮舉行地法〔註 54〕；物權之取得依當時該物之所在地法〔註 55〕；侵權行為依侵權行為時當地之法律〔註 56〕；遺囑之形式要件依遺囑成立時當地之法律。可變之連繫因素乃是連繫因素隨著事實之變更而改變，因而準據法亦隨著變更，亦即準據法隨著決定準據法因素之變更而改變。於此情形下；即使為同一性質之法律關係，其各個部份可能因為時間之不同而由不同準據法處理。例如有關夫妻間扶養費之請求權，或未成年子女對父母要求扶養之權利，經常隨著當事人之住所地或國籍之變更，而變更該段時期法律關係之準據法〔註 57〕；又如我國特別規定有

關船舶之物權常依船籍國法，而船之國籍可能會變更〔註 58〕，故該船舶特定時期之物權應依某特定國之法律而定；又如人之行為能力常依其住所地法或國籍法〔註 59〕，而人之住所地或國籍亦會變更，故某人某段特定時期之行為能力應依某特定住所地或國籍之法律決定之。

可變之連繫因素之種類因為太為廣泛，且彼此之間經常無任何關連可言，故實無法於此方面建立統一之規則。事實上有關可變之連繫因素之許多問題乃為傳統上國際私法之研究重心，亦為各國間及許多學者間對於有關此方面衆多個案所爭論不休之處，相信無任何人可以完全解決此些爭點。正如於前述法院地國際私法之改變之情形一般，有關可變之連繫因素之種種問題，仍是社會上所公認之主要價值於進化過程中所衍生之附帶問題。雖然於進化過程中衆人對於其時尚不明確之主要價值並無共識，但一旦主要價值為世界各國所共同接受後，於進化過程中所發生之激烈爭端就變為不重要，例如於有關小孩子監護權案中該未成年兒童之幸福應為最大考慮因素〔註 60〕；於有關遺囑效力之案件中該遺囑形式要件之效力應被儘量維持；於意外侵權行為案件中夫妻免訴法則為不合時宜之規定；於離婚案件中婦女之財產權應受保護等。

故雖然有關連繫因素之變化無法加以統一歸納，但許多有關此方面之問題若以主要價值進化過程之觀點解釋之，則此些問題之複雜性似乎可以大為減少。例如姑且不論法院地屬人法之基礎為住所地法抑或國籍法，非婚生子女之認領應依該子女出生時生父之屬人法，抑或以後生父與生母結婚時生父之

屬人法〔註61〕，抑或認領時生父之屬人法〔註62〕，此問題似乎無法得到統一之答案，但若以最有利於該子女之方式解決之，則此問題亦可迎刃而解。於有關因生父及生母事後之結婚而使得子女被認領之情形，若生父及生母之屬人法有不同規定時，則本法典第二十二條即規定應以最利於該子女被認領之屬人法為準據法。

但以主要價值之趨勢來解決連繫因素之變化，於理論上雖然似乎甚為完美，於實際上可能如同其他部門之法律上，法院會遭遇執行上之困難。例如遺囑之解釋應以立遺囑人立遺囑時之屬人法為準，抑或以其死亡時之屬人法為依據，雖然一切皆應以尊重立遺囑人之意願為依歸，但法院於執行時可能會遭遇實際上操作之困難。又如一婚姻是否為一夫一妻制或一夫多妻制，應以結婚時當事人之屬人法為依歸，抑或隨婚後當事人所變更之屬人法為依歸，自然應順應潮流而走向尊重當事人意願之路線，然世界各國之法院對於應執行此開明之風氣至何等界線，皆甚感苦惱而無法達成一致之共識。

故有關連繫因素之變更之問題範圍實甚為寬廣，類型亦甚為複雜，無法加以統一規範之，惟有各類型之案件分別處理之方是。並且各國對於許多類型案件之處理方向即使有著共識，但對於執行之程度上可能有著不同之認知。

(3) 準據法之改變。因本條文之內容只是有關確定準據法之事項，而且最主要的是有關連繫因素之改變，故本條文實與準據法內容之改變無涉。但於有關時間因素之問題上，準據法內容之變更實構成甚重要及甚困難之問題。無論大陸法系或英美法系〔註63〕，一般通認為適用準據法時，應適用該準據法

之整體，亦即應包括該準據法變動後之法律。例如契約準據法若已約定後，該準據法本身發生變更，則應以變更後之準據法為依據，而不應以訂約時之舊準據法為依據，蓋當事人所採用的乃是活的準據法，而非死的準據法〔註64〕。雖然準據法內容之改變常與連繫因素之改變相牽連，例如遺囑之效力究竟應以死者立遺囑時之屬人法或死亡時之屬人法為依據，但此二者實為不同之問題。有關準據法內容之改變，因涉及私法學之每一部門，故範圍實為太廣泛而不應以一大原則概括之，應分別各類型而單獨加以討論。但即使分類討論範圍亦太廣，於此只能挑幾個判例以個案方式加以討論之而已。

Nelson v. Bridport〔註65〕為一有關不動產繼承之案件，於該案中西西里國王將一塊土地贈予一將軍，該將軍將土地設定信託，信託受益人為其弟，但於其弟死亡後另有繼承人。於將軍死亡後西西里法律改變，使得土地信託受益人可變為所有權人，而其弟便基於該法律指定自己女兒為繼承人，得享有該土地之所有權。後將軍之繼承人提起訴訟，要求依照將軍之遺囑而繼承該土地。英法院判無論西西里法如何改變，其遵循改變中之西西里法，而非嚴守將軍死亡時或其立遺囑時之西西里法，故判將軍之指定繼承人敗訴。於本案件中或許英法院寧願遵守「不動產禁忌」(land taboo)之原則，而依照不動產地之法律去處理本案件，以致忽略了尊重立遺囑人意願之原則。

但是於有關動產之繼承上，英國卻有幾個判例與其他判例不同，採用死的準據法而不發生溯及既往之效力。*Re Aganoor's Trusts*〔註66〕一案之判決即直接與*Nelson*規

則相衝突。於該案中，立遺囑人之住所為巴達，其時巴達法為奧地利法，而依奧地利法立遺囑人指定信託收益人及該些受益人死後之繼承人。立遺囑人死後巴達之法律變為義大利法，而義大利法禁止此類型之信託行為，依義大利法該信託財產應由其時之受益人及此些人死後之繼承人平均分配而享有所有權。英法院判立遺囑人死後巴達法律之改變，並不能影響該遺囑之效力，該遺囑所處分之信託仍為有效。Re Aganoors 之判決曾廣受英國學者之批評，或許他們皆由法律之技術性及與其他判決之一致性之觀點論之。作者認為本案達到了「尊重立遺囑人意願」之價值，為了甚好之判決。本案與 Nelson 不同之處或許在於後者牽涉不動產繼承之問題，蓋英法院深知其所作之判決若違反了不動產所在地法，則該判決便無法被強制執行之故，此亦為「不動產禁忌」(land taboo)之由來，更何況英美法一向注重權利之強制執行性。

有關此類型案件之另一著名判例為 Lynch v. Provisonal government of Paraguay [註67]，立遺囑人之住所於巴拉圭，其曾為巴拉圭之獨裁者，於其遺囑中其將於英國之動產給予原告。於其死亡兩個月後，但於英法院允許原告開始繼承程序前，烏拉圭發生革命，新政府通過法令，宣佈立遺囑人於各地之財產皆為國有，並且其所立之遺囑於各地亦失去效力。此新法令溯及既往至立遺囑人死亡之時。原告於英法院提起訴訟，要求以繼承人之身份繼承該些遺產，英法院判此案件之準據法應為死者死亡時之住所地法，故原告勝訴。同樣地此案件亦廣受英國學者之批評，蓋一般認為英法院應採納活的準

據法，該準據法發生變動後之法律應為有效方是。大部份學者認為新政府應敗訴，而原告本就應勝訴，然皆認為法院之判決理由甚不合適，蓋法院應承認變更後之準據法之效力。他們認為法院所持之理由應為外國政府無法沒收(confiscated)於英國領土之財產〔註68〕，或者烏拉圭新政府之新法令為刑罰法規(penal law)，依國際私法慣例不應去強制執行之〔註69〕，而不應以該新法令不溯及既往為理由。

於侵權行為案例上，英法院甚早以前即贊成變更後之準據法之溯及既往。於著名之 Phillips v Eyre [註70]中，被告為牙買加之前總督，其於平息當時之一場叛亂中誤將原告關入監獄及毆傷。依當時牙買加法被告之行為為非法，但依後來牙買加通過之法律被告之該行為變為合法，並該法律有溯及既往之效力。英法院判牙買加後來通過之法律有溯及既往之效力，被告勝訴。

於契約方面，契約準據法之適用亦應為活的準據法，而非只適用訂約時之準據法之內容。於 R v. International Trustee for the Protection of Bondholders A/G [註71]中，英國政府於一九一七年時於紐約發行公債，該些公債依債券持有人之請求得於紐約以金幣清償，或於倫敦以英鎊清償。後於一九三三年美國國會立法禁止以金幣清償債務，但債券持有人仍於英國法院請求依發行公債時之條件，而於紐約以金幣清償債款。英法院判契約之準據法既已改變，則必須依改變後之準據法清償債款，而於紐約以貶值之美金付款。另外於 F. & W. Jabbour v. Custodian of Israeli Absentee Property [註72]中，一契約之訂定地與履地皆於巴

勒斯坦，巴勒斯坦之法律為準據法，英法院判決由於起訴時巴勒斯坦已由以色列佔領，巴勒斯坦人原來之政權已瓦解，巴勒斯坦之新法律為以色列法，故契約之準據法為巴勒斯坦之以色列法。

於夫妻財產制上，亦有外國準據法溯及既往之效力被採納之判例。於南非判例 *Sperling v. Sperling* [註73] 中，一對住所於東德之男女，於一九五四年在當地結婚，其時他們之財產並非為共有財產制 (community property regime)。於一九五七年他們移民至南非，並於當地取得住所。於一九六五年時東德法律變更，任何於婚姻持續期間所取得之財產皆應屬於共有財產，此法律並有溯及既往之效力。南非法院判東德法為婚姻住所地法，應為準據法，而所採之東德法應為整個法律，包括其改變後之法律，故東德此法律溯及既往之效力應被採納。

於有關婚姻之效力上，英國法院在 *Starkowski v. Att - Gen* [註74] 中亦承認外國準據法溯及既往之效力。在該案件中，一住所於波蘭之女子與男子皆為羅馬天主教徒，雙方於一九四五年五月以天主教之方式於奧地利結婚。雙方於一九四七年時分居，其時雙方已取得英國之選擇住所。於一九五〇年時該女子於英國與另一住所於英國之波蘭男子乙結婚。依照奧地利法於一九四五年五月以前，單純之宗教儀式婚而未依民法之方式結婚為無效之婚姻，但奧地利於一九四五年六月通過新法律，依新法律此些年效之宗教儀式婚姻只要經過適當之登記，即溯及既往地變為有效。在該女子不知情之下，於一九四九年時甲將其與該女子之宗教婚依奧地利新法而登記，其時該女子已於英國取得選

擇住所。英國最高法院認為該奧地利宗教婚姻有效，而第二次之英國婚姻因為重婚故無效，蓋依第一次婚禮舉行地法奧地利法之整體法律，於本案件發生訴訟時該婚姻已變為有效之婚姻。對不明案情之外人而言，本案之結果似乎違背了第二次婚姻當事人之結婚意願，故而不是一個好判決。事實上本家中第二次婚姻之當事人亦正尋求解除該婚姻當中，故本案之判決並未造成不公平之結果，但若本家中第二次婚姻之當事人仍想維持此婚姻時，則法院面對之困難可能甚大。

故所適用之準據法若有變動，一般判例顯應採用整體之準據法，亦即變動後之準據法，容或有少數類型之判例持有相反之見解，亦可謹慎地加以解釋為法院如此判決乃是為了維持案件中所牽涉之主要價值。但作者認為即使採納準據法溯及既往之效力，亦似不宜太過違背案件中所牽涉之主要價值。

綜論本條文之用意雖甚為良好，但有關時間因素所牽涉之範圍實太為廣泛，其所表現出之種種問題亦甚為錯綜複雜，而非一簡單條文所能加以全部解決。首先本條文之範圍只限於確定準據法之前時間因素之變更，特別是其重點在於連結因素之變更，至於有關應適用之準據法本身之變更則並未涉及。再者本條文所提出之解決時間因素所造成問題之方針亦稍嫌過於籠統，事實上並無任何統一之原則足以解決所有此方面之問題，即使於本條文所涵蓋之有限範圍內亦不能以統一之原則以解決之。故本條文實不能穩定時間因素於國際私法上所造成之不安，反而束縛法院於面對特殊個案中自由發揮之機會。總之有關時間因素之種種問題，於目前似仍不宜以法條將之定型化，而應以交付法院依

據學理個案處理之較為合適。

方式

§ 8. 法律行為之方式應依與處理法律行為本身相同之法律決定之，但符合法律行為行為地國之形式要件亦可。

法律行為之要件一般分為實質要件與形式要件，而較會引起爭議者，一般為有關實質要件之問題，例如當事人之結婚年齡與近親結婚等問題。而有關形式要件之問題，一般較不會引起爭議，蓋目前之趨勢乃是儘量尊重當事人之意願，而避免因形式要件之欠缺以致阻礙當事人之意願。本條文為一基本法規，涵蓋一切涉外法律行為之形式要件，並且為一必要之法規。本條文規定法律行為之形式要件只要滿足行為地法或該行為之準據法即可，甚符合目前放寬形式要件之要求之一般趨勢，故為一甚為適當之條文，然所應注意的乃是本條文只為基本法規，並不能涵蓋有關形式要件之全部問題，有些問題仍須特別立法以規定。例如有關遺囑形式要件之要求除了滿足行為地法外，較近之趨勢又公認只要滿足立遺囑人之國籍地法、住所地法或慣居地法亦可，甚至雖未滿足以上之任何法律，但如為上述之任何法律所認可者亦可以，而本條文並不能符合此最近趨勢之需求，應於有關遺囑要件之法規上另文規定之；又如結婚之形式要件一般皆只以婚禮舉行地法為依據，本條文所另加結婚行為之準據法亦可之規定似為多餘，何況所謂「結婚行為之準據法」於當事人有著不同住所地或國籍時是否以「婚姻住所地法」(matrimonial domicile)為準等問題，實甚難於各國間達到一致之共識，即使勉強以「婚姻住所地法」為準亦有著不穩定之嚴重缺點，故於

有關婚姻要件之法規上實應另文規定婚姻之形式要件〔註75〕較為合適。

我國亦有類似條文規定於涉外民事法律適用法第五條第一項前半段：「法律行為之方式，依該行為所應適用之法律，但依行為地法所定之方式者，亦為有效。」此段之規定與本條文類似，以該行為之準據法為形式要件之依據可以收到法律效果統一之目的，又以該行為之行為地法為形式要件之依據則於當事人行為時形式要件之要求即可趨於穩定。我國該第一項之後半段又規定：「物權之法律行為，其方式依物之所在地法。」奧地利新法典本條並無此規定，但是很可能物權法律行為物之所在地法常與該行為之行為地法一致。物權分為動產物權與不動產物權，無論是有關動產物權或不動產物權之法律行為，皆應該物之所在地法為形式要件之依據，以便於法律行為開始之時有關此方面之法律關係即可趨於穩定。雖然如前所言，物之所在地法常與行為地法合而為一，然將物之所在地法特別標示出為有關物權法律行為之特別法實為必要且合適之做法，以促進交易行為之穩定性。於此處我國實較新法典為高明。

另外我國涉外民事法律適用法第五條第二項規定：「行使或保全票據上權利之法律行為，其方式依行為地法。」票據行為之形式要件依行為地法本為世界共通之原則，第五條此項本身並無不適之處，惟所謂「行為地」則須再加以定義。英美法之票據契約訂定地乃指票據交付地〔註76〕，而甚多大陸法系國家及日內瓦公約則認為行為地應指簽名地。前者乃是因英美法採票據債務是因票據當事人間契約所致，故票據行為人完成作

成，尚須交付，經受領合意完成後始生票據行為之效力；後者乃是因甚多大陸法系國家採單獨行為說，故票據一經記載簽名，雖未交付亦產生權利。我國雖採單獨行為說，但卻採該說中之發行說，認為票據行為應包括交付在內，故我國之「行為地」應如英美一般指票據交付地方是。無論各國對行為地之定義有何不同之見解，票據行為之形式要件應以行為地法為依據則為公認之大原則。於 *Koechin v. Kestenbaum*〔註77〕中，一張票據是於巴黎開給 X，X 將其代理權授與其子，X 之子以自己之名義（非為 X 之名義）背書轉讓與他人。依英國法此行為無效，依法國法只要 X 之子有代理權則有效，英國法院判因該行為於法國作成，故應依法國法而有效。

我國第五條第二項之規定雖為一國際公認之條文，但置於第五條似乎不甚合適，而似應另專文規定而與票據行為之實質要件配合方是，蓋有關票據行為之實質要件或形式要件一般皆公認應以行為地法為依據。雖然如同形式要件上一般，有關實質要件行為地之定義亦有些爭執，除了票據交付地外〔註78〕或簽名地外，亦偶有認為付款地者〔註79〕，但無論如何有關票據行為之形式要件與實質要件應配合整體理論而統一規劃較為合宜。奧地利新法典本法條則未於此處規定票據行為之形式要件，立法技術似乎較我國略為高明。我國有關票據行為立法技術上之最大缺點為，綜觀整個涉外民事法律適用法，我國只規定有關票據行為之形式要件，對於更重要之實質效力、合法性及票據行為之責任卻未加以規定。

· 自然人身份之屬人法

§ 9.(1) 自然人身份之屬人法應為該自然人隸屬國之法律，若一人除擁有一外國國籍外，亦享有奧地利國籍，則應以奧地利法為屬人法，若一人擁有多重國籍，前以最關連之國之法律為屬人法。

(2) 無國籍者及國籍無法認定者以其慣居地國之法律為屬人法。

(3) 依對奧地利有拘束力之國際協定之範圍內所認定之難民，或因比較嚴重之理由而與本國切斷關係之人，皆以其之住所地國之法律為其屬人法，如無住所地，則以其慣居地國之法律為屬人法；若該法律反致回其本國法時，該反致應被排除適用。

我國雖與奧地利皆採國籍為屬人法基礎之成文法國家，然我國並無與新法典本條文直接完全相對照之條文。我國涉外民事法律適用法第一條第一項規定：「人之行為能力，依其本國法。」然而我國該第一條第一項與本條文並不相對，因為新法典第十二條亦有規定：「人之法律能力及行為能力依其屬人法決定之。」但我國涉外民事法律適用法第二十六條規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，其先後取得者，依其最後取得之國籍定其本國法。同時取得者依其關係最切之國之法。但依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律」，此與本條第一項規定當事人有多重國籍時相似。我國法與奧地利法皆規定於當事人有多重國籍時，若有牽涉至法院地法（*lex fori*），而法院地法又為國籍法之一時，則應以法院地法為依據，此為一甚自然且優良之法規。但若法院地法不被牽涉為國籍法時，則兩國之規定不甚一致，我國以取得國籍之次序為基準，若同時取得時再

以關係最密切之國之法為依據，人此似不若新法典本條文直接以最有關連之國之法為依據較為合理，蓋當事人國籍取得之次序有時並未能配合其現實之生活環境。以國籍取得之次序為基準，其最大之優點不外乎法院判案時較容易鑑定，但現今之趨勢已很明顯地逐漸背棄判案之穩定性，而志上判案之靈活性，以期判案之結果更符合案件之現實。與達成合乎公平正義之要求。

又我國涉外民事法律適用法第二十七條第一項規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人無國籍時，依其住所地法，住所不明時，依其居所地法。」第二項規定：「當事人有多數住所時，依其關係最切之住所地法，但在中華民國有住所者，依中華民國法律。」第三項規定：「當事人有多數居所時，準用前項之規定，居所不明者，依現在地法。」我國該第二十七條之規定與新法典本條第二項與第三項之規定類似，皆為有關當事人無國籍或國籍無法認定時之法規，然所規定之內容卻不儘相似。我國之規定甚為傳統，亦即無國籍時依住所地法，住所地不明時依居所地法，居所地不明時依現在地法，而住所地或居所地若有數個時，則以關係最密切之住所地或居所地法為依據。

我國民法第二十條第二項規定：「一人同時不得有兩住所。」既已採住所單一原則，然而涉外民事法律適用法第二十七條所謂「當事人有多數住所時，依其關係最切之住所地法」，究竟何意？事實上所謂「住所單一」原則，於現今國際私法之潮流上為一甚值得探討之原則。現今於美國為著不同之目的，住所之取得標準亦可能不同。此即意味著於不同之訴訟中，取得住所之「關連點」

(contacts) 之數量亦不同，換言之，一個人可能同時為著不同之目的而有著不同之住所〔註80〕。例如一個人可能同時於離婚案件之管轄權及投標之目的上，有著不同之住所。截至目前為止，雖尚無英國判例支持此理論，但一般學者皆贊同此理論，且許多大英帝國協之國家已有立法例。例如加拿大雖為一聯邦國家，但於離婚案件之管轄權上，申請人之「住所可為加拿大」〔註81〕；澳大利亞亦規定，若當事人之一方「住所為澳大利亞」，則澳大利亞之各法院有該離婚案件之管轄權〔註82〕。事實上英國於一些稅則法規上，亦有著「住所於英國」之名詞〔註83〕。故傳統上一個人為著所有之目的只能有一個住所之理論，於今似乎應加以修改。特別是為了法院之管轄權、付稅、選舉及服公職等方面，似乎可以有著不同之住所。

歐洲許多主要國家屬人法之連繫因素非以住所為主，故其對有關住所之個數亦經常非為單一性。例如法國規定住所是一個人之主要所在地，但若為契約之履行，其可以再有一個選擇住所〔註84〕；盧森堡之規定與法國相同；義大利規定一個人有一基本住所與一特別住所，而前者為其生活重心所在地〔註85〕；荷蘭對一個人之居所地視為其住所地〔註86〕；比利時則與我國內國法實務上之作法相同，其對於住所之定義為一個人形式上之戶籍登記地〔註87〕；德國認為一個人之住所地為其永久居住地，故有可能一個人有數個住所〔註88〕。我國甚多民法學者雖一向主張我國採住所單一制，但我國民法第二十三條又規定：「因特定行為選定居所者，關於其行為視為住所」，故我國亦與大陸法系及英美法系甚多國家一般，於國際

私法上我國並非為採住所單一制之國家，並且我國似亦可採「為著不同之目的可有不同住所」之理論。總之不同於內國法，我國於國際私法上並不採住所單一理論，故我國涉外民事法律適用法第二十七條第二項所謂之「關係最切之住所地」並不足為奇。

新法典本條文第二項及第三項於當事人無國籍時，並不採類似我國依住所地、居所地及現在地之機械式推論，而以慣居地或住所地為依據。本條文之第三項先以住所地法為依據，於無住所地時再以慣居地為依據，不似第二項直接以慣居地為依據，故此兩項間不甚配合。究第三項之主要適用範圍，不外是有關政治難民，似無必要與無國籍人士區分，而仍可依時代之潮流直接以慣居地法為依據，無必要先以住所地法為依據。

為了解決傳統上國籍與住所地之爭，海牙會議長久以來便屢次提倡慣居地〔註89〕，以做為兩者之折衷或替代。許多歐洲國家因為簽訂了一些海牙公約，使得此些海牙公約變成其國內之法律〔註90〕，慣居地也因而逐漸地為此些國家所接受。時至今日，許多國家之法典甚至於與國際公約無關之法規，亦引用慣居地之觀念〔註91〕。新法典本條文之引用慣居地之觀念，乃為此趨勢下甚為自然之現象。以慣居地做為國籍與住所地之折衷之觀念，或許首次正式出現於一九五五年之海牙會議（*Convention to regulate Conflicts between the Law of Nationality and the Law of Domicile*）該公約將住所定義為「個人慣居地」〔註92〕。雖然對住所下以如此之新定義為英國當時所難以接受〔註93〕，但直至今日反倒為美國之外之大部份工業國家所接受為一管轄權之新基礎及

屬人法之新連繫因素。海牙會議至今仍舊故意不對慣居地下一統一之定義，其目的自然是為了避免嚴格而死硬之定義會妨礙其將來靈活發展之機會，然而更重要的乃是為避免立下一死硬之定義而與各國法律系統不相容，使得各國國際私法連此最基本的統一都不能完成。奧地利法界將一個人之慣居地解釋為：一個人經常長期地居留於某地，並且該地為其生活之重心、經濟之所依存、及社會關係之所在〔註94〕。

慣居地仍為一發展中之法學觀念，各國之規定或許不同，而且很可能各國於此方面之發展仍未穩定〔註95〕。但無可置疑地，慣居地之發展成重要之屬人法連繫因素之一及法院之一種主要管轄權基礎，已成為未來之法學趨勢。故我國涉外民事法律適用法第二十七條有關無國籍之當事人，而應適用其本國法為屬人法之依據時，似亦可逕以其慣居地法為依據較為合適。

法人之屬人法

§ 10. 法人或任何其他人之結社或得被賦與權利履行責任之財產，其屬人法應為該法律實體之主要執行事務所在地國之法律。

新法典本條文以該法律實體之主要執行事務所在地，為其屬人法之依據，而不以其成立地或登記成立地為依據，此似乎為英美法系及大陸法系許多國家所承認之主要法則。我國民法第二十九條規定我國法人以其主事務所之所在地為住所；公司法第三條第一項規定公司以其本公司所在地為住所，而第二項規定所謂本公司即為依法首先設立，以管轄全部組織之總機構。故我國民法第二十九條及公司法第三條之規定與新法典本條文相類似。

然而我國公司法第四條又規定，我國公司法所稱之外國公司為以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中國政府認許，在中國境內營業之公司；我國外人投資條例第二條亦規定外國法人依其所據成立之法律定其國籍。由上述二條例可見我國對一法人國籍之定性基準，似乎以其據以登記成立之法律為準。又由我國民法第二十九條及公司法第三條之精神而言，我國對一法人住所之定性基準，似乎如新法典本條文般以其主要事務執行所在地為依據。

故由上述法條之精神而言，我國對法人之國籍及住所之定性似乎各有所據，且彼此不相衝突。然而我國涉外民事法律適用法第二條卻又規定：「外國法人經中華民國認許成立者，以其住所地法為本國法。」涉外民事適用法此規定將住所地法與本國法合而為一，似乎與以上所討論之內國法將住所與國籍分開之精神有違。涉外民事法律適用法第二條此等以住所地法為外國法人之國籍法之作法，似乎為各國立法例所少有或甚至沒有之現象。作者甚至懷疑是否為當初製作法條時參考或翻譯外國立法例有誤之結果，該第二條較為合理之規定似乎應如新法典本條文般，以該外國法人之住所地法為其屬人法。我國該第二條雖對究竟應以何標準去區分「外國法人」並未下以定義，然既已確定為外國法人後方再以另一法律（即其住所地法）為其國籍法，似乎於法律邏輯上無任何合理之解釋，最為合理之解釋仍應為以其住所地法為其屬人法方是。

我國涉外民事法律適用法第二條對何謂「外國法人」及其「住所地」為何並未下定義，似乎應如我國內國法般以登記成立地法

及主事務所所在地為依據。此外我國該第二條又限定外國法人應以經中華民國認許成立者方可，此似乎亦為另一可議之處。

我國有些研究內國法之學者經常認為外國法人，若未經認許自非為中國法律上之人格者，故無權利能力可言。但此種外國法人，事實上常有已在我國設置事務所或未設事務所而為法律行為者，為保護其相對人，我國法律特承認在此種情形下，該外國法人，對於義務之負擔，亦為法律上之人格者，就該法律行為應與行為人負連帶責任〔註96〕。我國公司法第四條亦規定該法所謂之外國公司，乃指經中國政府認許者為限，此外第三七一條亦有類似規定。由我國以上所討論之國際私法、民法及公司法之法條之精神觀之，我國立法者之本旨似乎強烈地認為外國法人若未經我國政府認許，則只能負擔義務而不得享有權利，故於許多有關外國法人之條文上一再強調須經我國政府認許。但我國公司法第三百八十六條卻又規定外國公司因無意在中國境內設立分公司營業，未經申請認許而派其代表人在中國境內為業務上之法律行為時，應申請中央主管機關備案，並報明其在中國境內所為業務上之法律行為之代表人。由公司法此條可見我國法律認為外國公司主要向我國政府備案，則即使未經我國政府認許，亦可於我國營業。但無論如何，外國公司如欲於我國營業，法律似乎規定如若其未經認許，至少亦須向我國政府備案。

新法典本法條並未規定外國法人須經奧地利政府認許，方得享受權利，此似乎與我國涉外民事法律適用法第二條及我國其他相關法規不同。一個人得否享有民法上權利之最重要之點，乃在於其得否本於其權利而於

法院起訴，蓋其權利若無法被強制執行，則其權利亦只為空談而已。英國法院似乎未曾以外國法人未於英國登記（register，或經認許，或報備），而認定該外國法人不為「人」，故無訴訟能力者。美國有些州規定，未經「合格」（qualified）之外州公司非但不能於當地法院起訴，甚至當被起訴時亦不能抗辯其權利。而該些外州公司必須繳納當地州稅，及於當地經營商業而引起之訴訟必須指定送達代收人後，方能合格。但美國最高法院卻認為外州公司若無「經常性」（regularly）地於法院地營業，則這些法規違反了美國憲法上之商業條款（commerce clause）〔註97〕。一般之所以要求外國公司必須登記，除了要求其指定送達代收人外，最主要的應是稅收之問題。英國法院一向認為「法院不是替政府看管荷包之地，而為主持正義之地」，此似乎為一甚為正確之看法。稅收應由行政機關依其他方法而為之，不應由司法機關以剝奪當事人訴訟能力之方式而執行之。所有之外國法人似皆應有訴訟能力，如此方能與促進國際貿易之宗旨配合。我國位居世界貿易大國之一，我國產品遍及世界各國，但相信我國大小廠商可能無法一一至世界各國請求當地政府認許。故須經認許後或報備後方能取得訴訟能力之規定，實與促進國際貿易之本質不合，更與我國國情不符。

又如果明定外國法人或團體之訴權質以「互惠」（reciprocity）為條件，亦非為一合適之作法，蓋以「互惠」為國際私法之基礎，其哲學理上即有問題。美國現今並不以「互惠」為其國際私法之基礎〔註98〕，而以「國際禮讓」（international comity）

為基礎；英國則更進一步，早已拋棄「國際禮讓理論」，而以當事人有義務（obligation）去履行其責任之「義務理論」，為其國際私法之基礎〔註99〕。我國似應趕上世界先進潮流，而將互惠主義由我國國際私法中剷除。何況我國對外國法人之訴訟能力如本著「互惠」主義為基礎，鑑於我國於國際政治中目前之逆境，我國對外貿易之開拓可能遇上甚大之阻礙。故不如反被動為主動，永遠排除「互惠主義」，而給予一切外國法人訴訟能力，以促進我國對外關係之開拓。

總之綜上所論，新法典本條文之不堅若外國法人必須經認許或報備，實較我國涉外民事法律適用法第二條之適用範圍只限於經我國政府認許之外國法人為高明。

準據法之選定

§ 11.(1)於發生疑問時，當事人所選定之準據法不包括該被選定法之衝突法規則在內。

(2)僅為默示之選擇準據法，於司法程序進行中不應被尊重。

(3)第三人之法律地位不因後來準據法之選擇而受損害。

由於在國際案件中，惟有契約當事人方能自由選定準據法〔註100〕，故本條第一項乃指契約而言。本條第一項明訂當事人所選定之準據法不應包括其國際私法在內，此甚合乎契約之準據法不包括其國際私法之國際商業習慣與學術傳統。但所應注意的乃是，若當事人有明示規定契約之準據法應包括其國際私法在內，則自然應尊重「契約當事人自主」（party autonomy）之精神，而適用該準據法之國際私法。不過於國際商業習慣上，為求貿易關係之穩定與便利，一般甚

少有當事人做如此之約定，故此僅為理論上之探討而已。世界各國之國際私法於規定契約準據法時，一般並無強調不適用該準據法之國際私法之情形。本條文之所以如此規定，很明顯地乃是與新法典第三條及第五條第一項有關，蓋此兩條明白地規定外國法之適用應包括其整個法律系統或包括其國際私法在內。新法典第三條及第五條第一項之優劣點已於前面加以論及，又此兩條之規定不適用於契約之部門亦前已述及，故本條文第一項特地加以如此之規定。

然就新法典整體之立法技術而言，其並未於有關親屬、繼承、或不動產物權等方面之條文再次強調應適用之準據法之國際私法不應被加以適用，同樣地其亦未於無因管理、不當得利、代理或侵權行為等方面之條文做類似之強調。於有關前者方面之法規，因各國所採之所致理論及屬人法之連繫因素不同，故適用外國準據法之整體法規，實較能表達追求國際私法一致性（consistency）之決心與目的。然於有關後者方面之法規，與有關契約之案件同樣，一般各國通常皆只適用該準據法之內國法，而不適用該準據法之國際私法。事實上無因管理、不當得利及代理方面之法律糾紛、英美法經常將其視為契約法（或衡平法）上之問題以解決之；侵權行為法更是美國國際私法新理論之發展重心。而美國新理論則一向是以排除包括反致在內之傳統技巧為己任。相信奧地利於無因管理、不當得利、代理及侵權行為等方面之法律哲學，不至於與世界各國之主要潮流相違背，而於當事人無特別明示要求下，逕自引用應適用之準據法之國際私法，而非其內國法。故由新法典之整體立法技術而言，其未

於親屬、繼承或不動產物權等方面之條文，加以重申類似本條第一項之規定乃為無可厚非之做法；然基於新法典第三條及第五條第一項之規定，對無因管理、不當得利、代理或侵權行為等方面之條文，未加以類似本條文第一項之規定，則很明顯地為一重大之缺失。

於繼續討論本條文第二項之前，則必須先確定成文法國家普遍認為契約為債之發生原因之一種。蓋本條文第二項甚為明白地表示默示之準據法不應被尊重，然而新法典第七章有關債權方面，卻又於第三十五條第一項規定當事人之默示準據法應被採納，該第三十五條第一項之後半段甚至規定何種情況下當事人可被認為有默示準據法之存在。故由以上可見本條文第二項與第三十五條第一項之間甚為不協調，因為此不協調之現象實太過突出與明顯，故應該非為新法典立法者之單純疏忽所致。

由於本條文屬於第一章總則之部門，而第三十五條屬於債編之部門，故就法理而言，第三十五條有關債法之部門自然應優先本條文而被適用。易言之，有關債權之法律行為上，當事人得根據第三十五條而以默示之方式選定準據法，但根據本條文第二項則於債以外之其他方面之法律關係，當事人不得再以默示之方式選定準據法。但事實上除了於契約行為外，無論以明示或默示之方式，當事人一般皆無法自訂準據法，故若由此點觀之，本條文第二項之規定似無多大意義。

若由實務上而言，英美法院於當事人皆不主張外國法時，法院可逕以法院地法為依據，但觀之新法典第四條之精神而言，大陸法系之奧地利法似不採此。如若本條文第

二項乃是針對法官於訴訟程序中，不應受當事人默示合意選擇準據法之影響而言，則此又無甚大意義。蓋如上所述，大陸法系之法官有主動依據法律確認準據法之職責，除了於契約行為外，當事人皆不可以默示或明示之方式自己選定準據法。故本條文第二項實如新法典總則編之許多法條一般，因屬總則性質，除了適用範圍模糊不清外，尚有著陳義過高及明顯地不切實際之缺點。

本條文第三項之目的很明顯地乃是在保護第三人不受事後準據法之選定而受損害。所謂「準據法之選定」，如乃指當事人之合意選定，則自然只限於契約行為方可能，故第三項乃是指第三人不能因契約當事人事後準據法之選定而受到損害。第三項如屬以上之解釋，則自然為一合理之訓示法規。但很明顯地此訓示法規於法院實務操作上並不會有甚大之幫助，或許此類訓示規定，應交付法院於實務案件中依法理處置較為合適，不必以立法技術去指導法院之實務個案操作。

所謂「後來準據法之選定」，如是非指當事人契約上之合意選定準據法，而是指於係爭法律關係發生後方確定應適用之準據法，則似乎除契約當事人可以預定準據法外，一切法律關係應適用之準據法當然皆於事後方始確定。如是則本項所謂事後準據法之確認不能對第三人構成損害，亦同樣地為一合理之訓示法規，而且亦同樣地無必要以立法來指示法院。

但如若所謂「後來準據法之選定」牽涉到法院地準據法選擇規則事後之變更，則此牽涉至時間因素之問題，此方面之問題於討論第七條時已述及，並且本條文第三項之範圍可能與第七條之範圍相重覆，故本條文第三項似乎不太可能涉及時間因素之問題。

綜觀本條文最令人可爭議之處為，其德文原文上並未有「契約」字樣，然英文翻譯版上卻三項皆加有契約字樣，而本條文之標題英文翻譯版上亦加有契約字樣。於第一項中，德文原文上既有當事人選定準據法字樣，此為契約行為所特有之現象，何況當事人之合意行為以選定一準據法本身亦構成契約行為，故第一項實具有契約之性質，英文翻譯版似乎並無太大誤失之處。第二項德文原文中並未載有當事人字樣，然所謂默示選擇準據法必有當事人之默示在內，而當事人之默示實與當事人之明示相差無幾，故英文翻譯本加上契約字樣亦似乎不能稱之為絕對之錯誤。惟有第三項中德文原文並未有「當事人」或「默示」等字樣，故該項很明顯地可以不限定於契約之範圍內，或許英文翻譯本基於前二項之精神，而再加以契約字樣。總而言之本條文因置於總則篇，故立法者似乎刻意力求其適用範圍之廣泛而具有高度之彈性，以致於其適用範圍實為十分令人捉摸不定，並非為一優良之立法技術之表現，所幸我國並無類似之相對條文。

註 釋

註 一：見 Second Restatement, Torts, § 145。

註 二：請參閱拙作「美國國際私法新理論」第二章。

- 註 三：B. Currie, Selected Essays on the Conflict of Laws ; " governmental Interests ", 26 U. Chicago L. Rev. 9 (1958) 。
- 註 四：R. A. Leflar, " Choice— Influencing Considerations in Conflicts Law ", 41 N. Y. U. L. Rev. 267 (1966) ; " Conflicts Law : More on Choice Influencing Considerations ", 54 Calif. L. Rev. 1584 (1966) 。
- 註 五：Harold w. Horowitz, " The Law of Choice of Law in California — A Restatement ", 21 UCLA. Rev. 719 (1974) 。
- 註 六：R. A Leflar, " Choice of Law : A Well—watered Plateau ", Spring 41 Law & Contemp. Prob. 10 (1977) 。
- 註 七：[1968] 2 Q.B. 1 ; [1971] A.C. 356 .
- 註 八：Edith Palmer, " The Austrian Codification of Conflicts Law ", 28 Am. J. Comp. Law 197 (1980), pp. 197, 198 。
- 註 九：請參閱拙作「美國國際私法新理論」第一章「所有法律」制度之共同重心。
- 註 十：R. A. Leflar, " Choice of Law : A Well - watered Plateaw ", Spring 41 Law & Contemp. Prob. 10 (1977) 。
- 註 十 一：12 N. Y. 2d 473, 19 1 N.E. 2d 279 (1963) 。
- 註 十 二：Lea Brilonayer, " Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent ", 78 Mich. L. Rev. 392 (1980) 。
- 註 十 三：見美國第二新編，國際私法契約，一八七條；又見英國判例 Vita Food Products [1939] A. C. 277 。
- 註 十 四：Dicey & Morris, the Conflict of Laws, 10th ed, Vol. 1, p.67 ; Collier v. Ruiz, (1841), 2 Curt 855 ; Re Annesley, [1926] Ch 692 ; Re Ross, [1930] 1 Ch. 377 。
- 註 十 五：我國國際私法第二十九條亦規定採用部份反致理論。
- 註 十 六：Edith Palmer, " The Austrian Codification of Conflict Law ", 28 Am. J. Comp. Law 197 (1980), p.206 。
- 註 十 七：Fremoult v. Dedire (1718) 1 p. Wms. 429 。
- 註 十 八：Lloyd v. guibert (1865) L.R. 1 Q.B. 115 。
- 註 十 九：Sussex Peerage Case (1844) 11 C1. & F. 85, 115 。
- 註 二 十：Lloyd v. Guibert (1865) L. R. 1 Q. B 115, 129 。
- 註二十一：例如一九六〇年之 Hague Convention on the Conflict of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions 。
- 註二十二：例如英國一九六三年之 Wills Act 。
- 註二十三：但於有關不動產物權則採完全反致理論，見 Second Restatement § 223, 又見 §

260, § 263。

註二十四：Backcock v. Jackson, 12 N. Y. Zd 473, 19 1 N. E. 2d 279 (1963)。

註二十五：28 U. S. C. § 263。

註二十六：369 U. S. 1 (1962)。

註二十七：〔 1968 〕 2 Q. B. 1；〔 1971 〕 A. C. 356。

註二十八：Collier v. Rivaz, (1841) 2 Curt. 855；Dicey & Morris, the Conflict of Laws, 10th ed. Vol. 1, p.67。

註二十九：見 Babcock v. Jackson, 12 N. Y. 2d 473, 19 1 N. E. 2d 279 (1963)；Dym v. Gordon, 16 N. Y. 2d 120, 262 N. Y. S. 2d 46, 209 N. E. 2d 792 (1965)；Tooker v. Lopez, 24 N. Y. 2d 569, 301 N. Y. S. 2d 519, N. E. 2d 394 (1969)；Neumeier v. Kuehner 286 N. E. 2d 454, 335 N. Y. S. 2d 64。

註三十：見我國涉外民事法律適用法第二十九條。

註三十一：請參閱拙作「國際私法管轄權評論」，第二章「歐洲共同市場之公約」。

註三十二：該第二十六條規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，其先後取得者，依其最後取得之國籍定其本國法。同時取得者依其關係最切之國之法。但依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律。」

註三十三：請參閱拙作「論國際私法上外國法律適用之限制」，中與法學第二十五期，第一九六頁至二〇一頁。

註三十四：Foster v. Driscoll [1962] 1 K. B. 470 (C. A.)。

註三十五：Huntington v. Attrill [1983] A. C. 150 (P. C.)。又我國民法九百八十六條規定：「因姦經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚。」由國際私法之觀點而言，此自亦為刑罰法規，不應被他國執行。

註三十六：Hyde v. Hyde (1866) L. R. 19 & D. 130。

註三十七：Baindail v. Baindail [1946] p. 122 (C. A.)。

註三十八：Bangbose v. Daniel [1955] A. C. 107 (P. C.)。

註三十九：Coleman v Shang. [1961] A. C. 481 (P. C.)。

註四十：1972 Matrimonial Causes Act Section 47 (1)。

註四十一：§ 5 AGBG。

註四十二：Savigny, Conflict of Laws (Guthrie's Translation) (2nd ed, 1880)。

註四十三：第二新編第一八八條。

註四十四：Boissevain v. Weil [1949] 1 K. B. 482 at p. 490, 及 The Fehmarn [1958] 1 W. L. R. 159 at p. 162。

註四十五：請參閱拙作「國際私法契約評論」，第21～65頁。

- 註四十六：例如英國一九六三年之 Wills Act 變更一八六一年之 Wills Act 之效力。
- 註四十七：例如英國一八八二年之 Bills of Exchange Act , Section 72 。
- 註四十八：Maxwell , Interpretation of Statutes , 12 th ed. , pp. 215—227 。
- 註四十九：例如英國有關承認外國法院離婚之判決方面之法律，即為一連串之判例所更改，見 Travers v. Holley [1953] p. 246 (C. A.) ; Indyka v. Indyka [1969] 1 A. C. 33 。
- 註五十：[1971] p. 255 。
- 註五十一：Indyka v. Indyka [1969] 1 A. C. 33 。
- 註五十二：請參閱拙作「美國國際私法新理論」，第三章「主要價值之適用」。
- 註五十三：Re Askew [1930] 2 Ch. 259 ; Re Hurl [1952] Ch. 722 。
- 註五十四：例如我國涉外民事法律適用法第十一條規定：「……結婚之方式依舉行地法……」。
- 註五十五：例如我國涉外民事法律適用法第十條第三項規定：「物之所在地如有變更，其物權之得喪，依其原因事實完成時物之所在地法。」
- 註五十六：例如我國涉外民事法律適用法第九條規定：「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。」
- 註五十七：例如我國涉外民事法律適用法第二十一條規定：「扶養之義務，依扶養義務人之本國法。」
- 註五十八：例如我國涉外民事法律適用法第十條第三項規定：「關於船舶之物權依船籍國法……。」
- 註五十九：例如我國涉外民事法律適用法第一條第一項規定：「人之行為能力，依其本國法。」
- 註六十：作者於美國主張此理論時，曾遭遇一美國學者詢問，於一世界著名之新聞案件中，一蘇聯小孩儘管雙親居住於蘇聯，其卻趁旅遊於紐約時投奔自由，美國人雖認為小孩之最大幸福應是居住於自由世界，蘇聯人自然認為小孩之最大幸福應是居住於社會主義世界中與其父母一起。於此案件中，雙方仍舊對「兒童之幸福應為最大考慮因素」之價值一點無爭執，只是對此價值之執行方式有不意見而已。
- 註六十一：英國一九七六年之 Legitimacy Act , section 3 規定以生父與生母結婚時生父之住所地法為準。
- 註六十二：我國涉外民事法律適用法第十七條第一項規定：「非婚生子女認領之成立要件，依各該認領人被認領人認領時之本國法。」
- 註六十三：但 Lynch v Provisional Government of Paraguay , (1871) L. R. 2p. & D. 268, 卻經常被視為英法院偶有持相反意見之表率。
- 註六十四：F. & W. Jabbour v. Custodiap of Israeli Absentee Property [1954] 1 A1

E. R. 145 at p.157。又請參閱拙作「國際私法契約評論」，pp.3132。但所應注意的是被引用為契約條款一部份之他國法律應永遠其被引用時之法律，蓋其已成為契約條款之一部份。

註六十五：(1846) 8 Beav. 547。

註六十六：(1895) 64 L. J. Ch. 521。

註六十七：(1871) L. R. 2p. & D. 268。

註六十八：Adams v. National Bank of Greece and Athens [1958] 2Q B. 59, 76。

註六十九：請參閱拙作「論國際私法上外國法律適用之限制」，中興法學第二十五期，pp. 6~8。

註七十：(1870) L. R. 6 Q. B. 1。

註七十一：[1937] A. C. 500。

註七十二：[1954] 1 All E. R. 145 at p.157。

註七十三：1975 (2) S. A. 707。加拿大聯邦法院亦採相同之見解，見Fopolski v. The Queen (1978) 90 D. L. R. (3d) 66。

註七十四：[1954] A.C. 155。

註七十五：我國涉外民事法律適用法第十一條規定：「婚姻成立之要件依各該當事人之本國法。但結婚之方式依當事人一方之本國法，或依舉行地法者，亦為有效。結婚之方式，當事人一方為中華民國，並在中華民國舉行者，依中華民國法律。」

註七十六：Re Deveze (1837) L. R. 9ch. App.27。

註七十七：[1972] 1 K. B. 616。

註七十八：見英國Bill of Exchange Act 1882, Section 72 (2), (3), (4), 及(5); Alcock v. Smith [1892] 1 ch.238。

註七十九：美國第二新編第二一四條(1)項規定付款人(包括本票發票人與滙票承兌人)之責任依付款地決定；(2)項規定當無指定付款地時，則付款人之責任由票據交付地決定之。

註八十：Hershkoff v. Board of Registrars, 321 N. E. 2d 656 (Mass. 1974)。

註八十一：The Dominion Divorce Act 1968, S. 5 (1) (a)。

註八十二：The Commonwealth Family Law Act 1975, S. 39(3)(b)。又見Lloyd v. Lloyd [1962] V. R. 70。

註八十三：Income and Corporation Taxes Act 1970, ss. 122 (2) (a)。

註八十四：法國民法第一〇二條。

註八十五：一九四二年法典，第四十三條。

註八十六：N. B. W. 第十一條。

註八十七：Code judiciaire 第三十六條。

註八十八：B. G. B. 第六條。

註八十九：例如 Draft Convention on Jurisdiction , Applicable Law and Recognition of Decrees relating to Adoption 。

註九十：例如英國之 Wills Act 1963 。

註九十一：例如英國之 Unfair Contract Terms Act 1977 。

註九十二：Article 5 , " the place where a person habitually resides 。

註九十三：Private International Law Committee , Seventh Report (1963) Cmnd. 1955 , para. 16 。

註九十四：O G H 24 July 1957 , O J Z 602 (1957) 。

註九十五：請參閱英國判例 Cruse v. Chittum [1974] 2 All E. R. 940 ; Hack v. Harck (1976) 6 Fam Law 177 。

註九十六：民法總則施行法第十五條。

註九十七：Allenberg Cotton Co. v. Pittman , 419 U. S. 20 (1974) 。

註九十八：於較早之 Hilton v. Guyot , 159 U. S. 113 (1895) 中，美國最高法院曾採此理論。

註九十九：Schilsby v. Westenholz (1870) L. R. 6 Q. B. 155 , 159 。

註一〇〇：但於英美法院中，當事人若同意不舉證外國準據法，而皆主張法院地法時，法院不可引用該外國準據法。