

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

在任何國家，每一法律部門的產生與存在，都有其特定的社會基礎。這一基礎首先就是社會成員之間的交往，社會成員之間的交往形成了多樣化的社會關係，逐漸產生了对公平正義為主要內容的社會秩序之需要。法律正是為滿足這種需要而產生的，所以，任何法律都是以一定的社會關係為調整對象的。國際關係為社會關係的重要種類，其發展可分成三個層面，即國際政治關係、國際經濟關係和國際民商事關係。前二者屬於公法，我們用國際公法和國際經濟法來調整；而後者則主要由「國際私法」來調整。¹由此可知，「國際私法」作為一個法律部門或分支，是人類社會發展到一定階段的產物，是隨著國際民商事交往日益頻繁而發展起來的。²

海峽兩岸的國際私法學科因兩岸政治的不同發展，也有不同的發展歷程，因現實因素的影響，其受重視的程度也大不相同。在全球化的時代潮流衝擊下，海峽兩岸國際私法規範發展方面，也受到相當程度的挑戰。³就當代人類社會而言，法律面臨全球化⁴這一

¹ 李雙元、金彭年、張茂、歐福永著，《中國國際私法通論》（北京：法律出版社，2007年），頁2。

² 韓德培主編，《國際私法新論》（武漢：武漢大學出版社，2001年），頁3。

³ 有學者把全球化分成二個層次的意義。第一，它代表一種「時間與空間壓縮（time-space compression）的過程」這個過程導源於交通與資訊傳輸的進步；第二，它代表一種新的經濟制度或經濟價值觀，亦即，它代表世界經濟體系的聚合，這個聚合的基本要求是，跨國資本、資訊、技術、貨物的自由流動。請參閱陳長文，〈現代菁英應有的超國界法律思維〉，《中華國際法與超國界法評論》，第1卷第1期，2005年6月，頁10。

⁴ 晚近以來，對國際立法活動影響最重要的因素之一即為「全球化」。隨著「全球化」進程的不斷加速和深化，各國之間的聯繫和交往日益頻繁，跨國交往以前所未有的數量發生，而為了進一步推動國際間各個層面交往的擴張和深化，就需要制定更多的國際規則來規範交往關係。請參閱曾濤，〈全球化視野中的示範法〉，《法制與社會發展（雙月刊）》，2006年第3期（總第69期），2006年5月，頁41。處於全球化的風潮之下，法律規範是否亦有走向全球化同一國際標準的問題，不止具有法學研究的興味，也是現代人必須面對的挑戰，尤其是法律在傳統上被認為是文化的表現，深具民族精神與在地化的特色，因此，如何兼顧全球化與在地化，使法律規範合理性和諧轉化為新的生活價值（法律文化），是作為地球村成員不可忽視的課題。請參閱楊君仁主編，《新世紀的法律課題》（台北：威仕曼文化事業股份有限公司，2006年），頁313。

⁵ 「法律全球化」是近年人們使用的一個概念，其涵義尚不十分確定，學術界一般用來指稱世界法律發展中跨國度發展現象。如果用定義語言來表述，可以說，「法律全球化」就是當代法律發展中由跨國度發展而導致的全球性的法律趨同，它既是一種趨勢，也是有常態可尋的發展格局。請參閱徐立志，〈法律全球化時代的制度與文化衝突〉，信春鷹主編，《全球化與多元法律文化》（北京：社會科學文獻出版社，2007年），頁53。有學者從經濟的角度闡釋「法律全球化」：「一方面，隨著經濟的全球化，法律與其他文化產品和服務一起被順理成章地輸出。這個過程被稱為法律的全球化，或者更準確地說，是跨國法治的美國化。另一方

客觀現實，不論是國際法還是國內法都必須反映這一事實，適應客觀需要。同時，全球化的進程也是一個不斷出現法律衝突的過程，國際私法作為調整跨國民商事關係、解決法律衝突的法律部門，其發展趨勢，尤其是二十一世紀的發展趨勢也不同程度地受到全球化的影響。⁶因為全球化的一系列進程不同程度地促進了國際民商事交往，作為調整國際民商事關係的國際私法也因之得到了發展，⁷海峽兩岸因國際私法受此時代潮流影響之下，也分別對其進行了法典化⁸及修法的行動，以符合國際社會進步的需求。⁹

面，有人認為經濟全球化可能會產生影響法治的結構性後果，而不管這種影響是發生在本國還是在跨國背景下。這是全球化背景下的法律問題。」請參閱D. Nelken、J. Feest編，高鴻鈞等譯，《法律移植與法律文化》（北京：清華大學出版社，2006年），頁157。而全球社會的存在是「法律全球化」的前提，「法律全球化」表徵的是全球社會法律發展的趨勢和規律。學者將「法律全球化」的基本標誌和內容概括為三項：一、世界法律的多元化；二、世界法律的一體化；三、全球治理的法治化。從這三個方面來看，「法律全球化」是由全球社會的各種力量共同推動的法律發展進程。除了國家之外，政府間國際組織、非政府性國際組織、超國家組織、跨國公司、個人等行為主體都對「法律全球化」的推進起了重要作用。相關討論，請參閱黃文藝，《全球結構與法律發展》（北京：法律出版社，2006年），頁18-26。「全球化」與法律發展的關係，並請參閱陸鴻明，〈全球化與法律發展的價值選擇〉，《南京師大學報（社會科學版）》，第5期，2003年9月，頁30-36。王晶宇，〈法理學中的全球化範式〉，《法制與社會發展（雙月刊）》，2008年第1期（總第79期），2008年1月，頁141-150。

⁶ 「法律全球化」並不能成為一種獨立現象。它既是其他領域「全球化」的結果，又是推動其他領域「全球化」的工具，其實質是世界各國法律方面相互依賴之狀態進一步加強的表現，與其他領域的「全球化」不可分割地聯繫在一起。具體說來，「法律全球化」既是各國國內法互相影響、互相融合、逐步趨同，又是國際法所涉及領域的不斷增多、深度不斷加強、影響面不斷擴大的演進過程或發展趨勢，而「國際條約之效力優先於國內法原則」普遍理念的確立是實現國內法與國際法之間逐步統一的保證。相對而言，「法律全球化」的研究剛剛起步，目前尚處於不成熟的狀態。請參閱閻志雲，〈法律全球化進程中的特徵分析與路徑選擇〉，《法制與社會發展（雙月刊）》，2007年第1期（總第73期），2007年1月，頁114。

⁷ 黃世席、魏增產，〈全球化時代中國國際私法若干問題之探討〉，法苑精萃編輯委員會編，《中國國際法學精萃2003年卷》（北京：機械工業出版社，2004年），頁159。國際私法於全球化時代應如何發展，請參閱趙相林、邢鋼，〈全球化視野下的國際私法〉，《國際法學》，2003年第4期，2003年7月，頁21-29。

⁸ 「法典化」有非常廣泛的涵義，通常是指制定一個成文的法律，與非成文法相對。把散見於各個不同地方的規範統一到一個體系中，是「法典化」的一個主要的作用。請參閱邢鋼，〈國際私法法典化進程〉，《政法論壇（中國政法大學學報）》，第23卷第5期，2005年9月，頁84。「法典化」的定義顯然與「法典」有關聯。通常，前者被認為是實現後者的手段，而後者是前者所要達到的目的。在更廣泛的意義上，「法典化」一詞在西方常常同時指稱「過程（制定行為）」和「結果（制定的法典）」。「過程」是指將某一特定領域的法律文本集中於一部法典的操作進程，「結果」是指最後所通過的法典。至於「法典」則顯然僅指「結果」，而且對其應作實質上的理解。請參閱石佳友，《民法法典化的方法論問題研究》（北京：法律出版社，2007年），頁3。故「法典化」與「法典編纂」的涵義相同，指的是編纂法典或制定法典的動態活動或過程。請參閱封麗霞，《法典編纂論——一個比較法的視角》（北京：清華大學出版社，2002年），頁16。

⁹ 「法律全球化」不但是經濟、生態、政治和文化「全球化」的產物，也是「全球化」的重要組成部分，它本身又進一步推動了世界範圍內的「全球化」進程的深度和廣度發展。在「全球化」進程中，發展中國家因其經濟、技術、人才等方面實力的薄弱，以及法治建設的不完善而處於不利地位，當下極需解決的問題，已經不是承認「法律全球化」的問題，而是採取什麼樣的方式、選取何種最佳的突破口融入「全球化」，並在「全球化」進程中發揮自身的作用並謀求自身的利益的問題了。請參閱馮玉軍，〈法律與全球化一般理論述評〉，朱景文主編，《法律與全球化實踐背後的理論》（北京：法律出版社，2004年），頁29。另有學者已提出「司法全球化」的概念，請參閱Anne Marie Slaughter著、石明磊譯，〈司法全球化：論世界範圍內法院對話的興起〉，《南京大學法律評論》，2003年春季號，頁1-15。

大陸地區¹⁰至今仍未有一部國際私法的單行規範，學界從二十世紀末開始就積極推動國際私法法典化的運動，其主要代表就是「中國國際私法學會」從1993年12月開始起草一部《中華人民共和國國際私法示範法》（本文以下簡稱《示範法》），藉以提供政府有關部門和教學科研單位參考。歷經7年多次會議討論與反覆修改，前後易稿數次，最後2000年定稿為第六稿，共分五章有一百六十六條條文。廈門大學徐國棟等15位各大學教授，於2004年5月也合編完成了一部共有五千餘條條文的《綠色民法典草案》，其中附編也針對國際私法編撰了一百三十八條條文。2004年底，中國政法大學國際私法研究所在全國人民代表大會法工委的贊許下，借鑑了《示範法》和《民法典草案》第九編《涉外民事關係的法律適用》的專家建議稿和送審稿，通過對有關國家國際私法立法的比較研究，並吸納國際私法理論的先進科研成果，起草了一份《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿。另外，大連海事大學法學院院長屈廣清教授，也於2006年7月提出了一部共有五百三十條條文的《中國國際私法》的立法建議稿（本文以下簡稱《立法建議稿》）。在學界如此熱鬧的國際私法法典化運動影響下，大陸地區官方也於2002年12月23日在第九屆全國人民代表大會常務委員會第三十一次會議上，提出部分的《中華人民共和國民法典草案》（本文以下簡稱《民法典草案》），其中第九編《涉外民事關係的法律適用法》的九十四條條文，就是對國際私法法典化運動的具體回應，並已於2003年初提交全國人民代表大會進行初步審議。2008年後，相信大陸地區應該會完成國際私法條文的立法程序。¹¹

臺灣地區在國際私法成文規範方面，現行法為《涉外民事法律適用法》，共有三十一條條文。但該法自同年6月6日公佈施行以來，迄今已屆50年。政治環境、社會結構、經濟條件乃至世界局勢，均已發生重大變化，而該法原來所參考之立法例與學說理論，亦有實質修正，益以長期間之適用經驗及學術探討，確可發現該法若干未盡妥適或疏漏

¹⁰ 我國《憲法》增修條文第十一條規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」並依據此條文制定有《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》，故本文將海峽兩岸分別稱呼為「大陸地區」與「臺灣地區」。

¹¹ 2003年底公佈的大陸地區「十屆全國人大常委會立法規劃」中，進一步指出第十屆全國人民代表大會常務委員會五年任期內，將審議《民法典》中國際民商事關係的法律適用法編，全國人民代表大會法工委則決定起草工作將在《物權法》通過後進行。國際民事訴訟法程序部分也將在修改民事訴訟法和仲裁法時一併制定。請參閱趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》（北京：人民法院出版社，2006年），序與前言之說明。

不足之處，應予增刪修正。有鑑於此，司法院乃邀請國際私法學者及實務專家，組成《涉外民事法律適用法》研究修正委員會，確定修正方向及基本原則，再委託學者專家研擬修正條文，提交委員會分批討論。經廣徵委員及相關機關意見，審慎考量各種因素後，經三次調整架構及內容，已於 2003 年 11 月 11 日公佈完成《涉外民事法律適用法草案第一稿》（本文以下簡稱《第一稿》）。2005 年 11 月延續《第一稿》之立法精神，小幅度調整條文內容，最後形成《涉外民事法律適用法草案討論稿》（本文以下簡稱《討論稿》）。其中《涉外民事法律適用法草案原稿》（本文以下簡稱《原稿》）共有一百四十四條條文、《涉外民事法律適用法草案初稿》（本文以下簡稱《初稿》）共有六十七條條文、《第一稿》共有六十條條文、《討論稿》則有六十三條條文，體例與內容迥然不同，內涵各國國際私法學術發展理論，頗富研究價值。《涉外民事法律適用法》修正草案已於 2008 年 6 月 30 日經由司法院召開院會會議通過，將函請行政院會銜，送請立法院審議。¹²

由上述得知，海峽兩岸於二十一世紀初分別對其國際私法立法投注甚多心力，在可得而知的未來，海峽兩岸的國際私法規範將呈現出不同以往的內容與風貌。本文將嘗試研究海峽兩岸國際私法的立法發展趨勢，並比較臺灣地區與大陸地區的立法例，檢討臺灣地區《討論稿》之內容，以供相關修法參考。另外，在此立法潮流影響下，《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》（以下簡稱《兩岸條例》）將會受到不小的衝擊，因其第三章民事篇的條文在解決海峽兩岸間民事法律衝突¹³問題，同屬國際私法理論範疇，而學術理論在全球化影響下已大幅向前邁進，但第三章民事篇的條文立法完成於 1994 年 9 月 16 日，至今十餘年未見其修正相關條文內容。¹⁴在此狀況下，將來會發生海峽兩岸人民遇到民事法律衝突問題，《兩岸條例》規範內容卻不能與時俱進，法院所為之裁判必與現實狀況脫節之情形。尤其海峽兩岸人民如將依據《兩岸條例》第三章民事篇所為之臺灣地區民事判決，拿到大陸地區人民法院聲請認可與執行，而《兩岸條例》第三章民事篇的條

¹² 〈涉外民事法律適用法司法院新聞稿〉，《司法院》，〈<http://www.judicial.gov.tw/>〉，最後上網檢視日期：2008 年 8 月 11 日，並請參閱本文附件一。

¹³ 臺灣地區將海峽兩岸法律問題採「一國兩區」立法方式，有學者即認為海峽兩岸民事法律衝突為「區際法律衝突」關係，但從現實狀況考量，海峽兩岸非如同傳統發生區際法律衝突關係的美國、英國等國家法律狀況一樣，故宜認兩岸民事法律衝突為「特殊區際法律衝突」關係，較為妥當。請參閱，王志文，〈析論海峽兩岸法律問題及其處理規範〉，《華岡法粹》，第 19、20 期合刊，1990 年 2 月，頁 141。王志文，《國際法與兩岸法律問題論集》（台北：月旦出版社股份有限公司，1996 年），頁 343。

¹⁴ 該條例雖於 2003 年 12 月 29 日已進行全文修正，但經查第三章民事篇條文內容並無任何變動。

文內容卻與海峽兩岸國際私法未來立法原則大幅脫節，難保未來大陸地區人民法院依《關於人民法院認可臺灣地區有關法院民事判決的規定》第九條，¹⁵拒絕認可臺灣地區民事判決，故《兩岸條例》第三章民事篇的條文內容，亦應配合海峽兩岸國際私法的立法發展趨勢修正，才為適當。本文於完成比較研究海峽兩岸國際私法立法理論與實踐發展後，將以此為基礎，研究《兩岸條例》第三章民事篇的條文內容，找出其缺失，並提出符合全球化與海峽兩岸立法潮流的相關立法建議，以供未來該條例立法或審判實務之參考。

第二節 研究範圍與架構

壹、研究範圍

本文主要係為因應海峽兩岸國際私法相關規範立法與修正問題而起，也正因為海峽兩岸交流的頻繁，海峽兩岸間民事法律衝突問題的解決勢將面臨更多的需求與更詳盡的規範。為此本文以下列幾項，作為研究範圍：

一、世界各國國際私法立法發展趨勢研究。

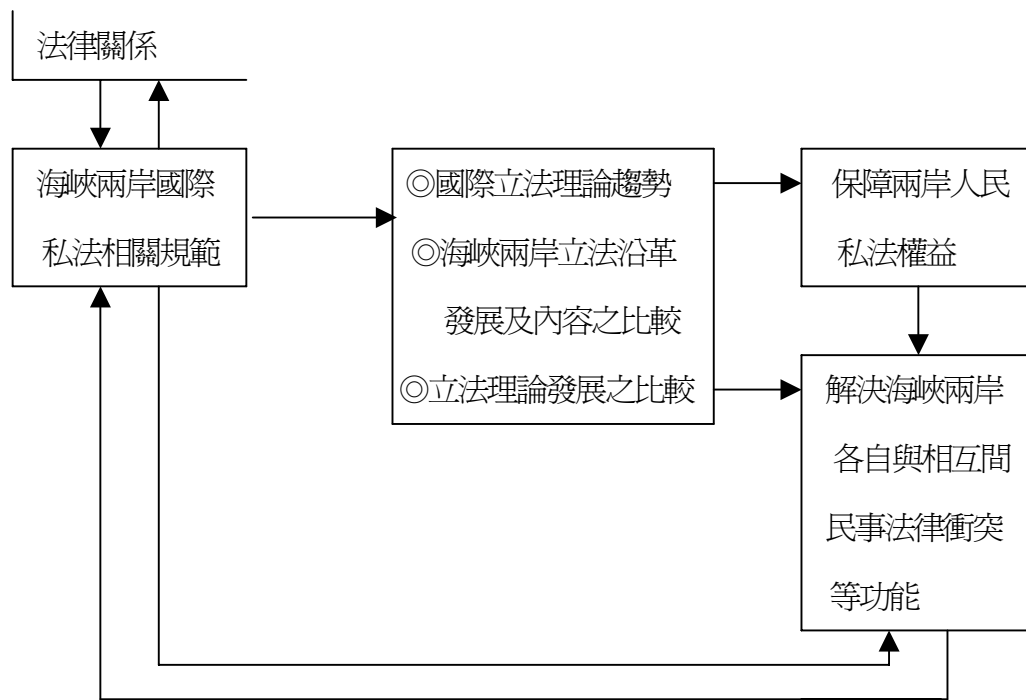
二、海峽兩岸國際私法相關規範立法沿革發展及內容之比較研究。這部分包括海峽兩岸的國際私法現行法：大陸地區《民法通則》第八章與臺灣地區《涉外民事法律適用法》；海峽兩岸的國際私法立法與修法草案：大陸地區《示範法》、《綠色民法典草案》、《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿、《立法建議稿》、《民法典草案》第九編《涉外民事關係的法律適用法》，以及臺灣地區《原稿》、《初稿》、《第一稿》、《討論稿》等。

三、海峽兩岸國際私法立法理論發展之比較研究。

四、臺灣地區《涉外民事法律適用法》及《兩岸條例》第三章民事篇未來修正之發展與期待。

海峽兩岸民事

¹⁵ 該條規定申請認可的臺灣地區法院的民事判決，具有違反國家法律的基本原則，或者損害社會公共利益情形的，裁定不予認可。



【圖 1】本研究分析架構關係圖

貳、研究架構

本論文在章節安排上，共包含七章，茲分述如下：

一、第一章為「緒論」。本章將說明本論文之研究動機與目的、研究範圍與架構、研究途徑、方法與步驟，以及名詞定義與文獻分析。

二、第二章為「國際私法之基礎概念與立法發展趨勢」。本章是先從國際私法之意義、相關名稱、性質及立法體系開始探討，藉以釐清本文之研究範圍；其次，再研究二十一世紀國際私法趨同化與統一化現象，作為驗證海峽兩岸國際私法立法與修法原則，是否符合全球化時代潮流。

三、第三章為「大陸地區國際私法立法發展之研究」。本章詳細論述大陸地區現行國際私法具體條文之內容與缺失，包括國際法規範與國內法規範；並探討大陸地區特殊之立法體制，以及大陸地區解決區際民事法律衝突之規範與模式。

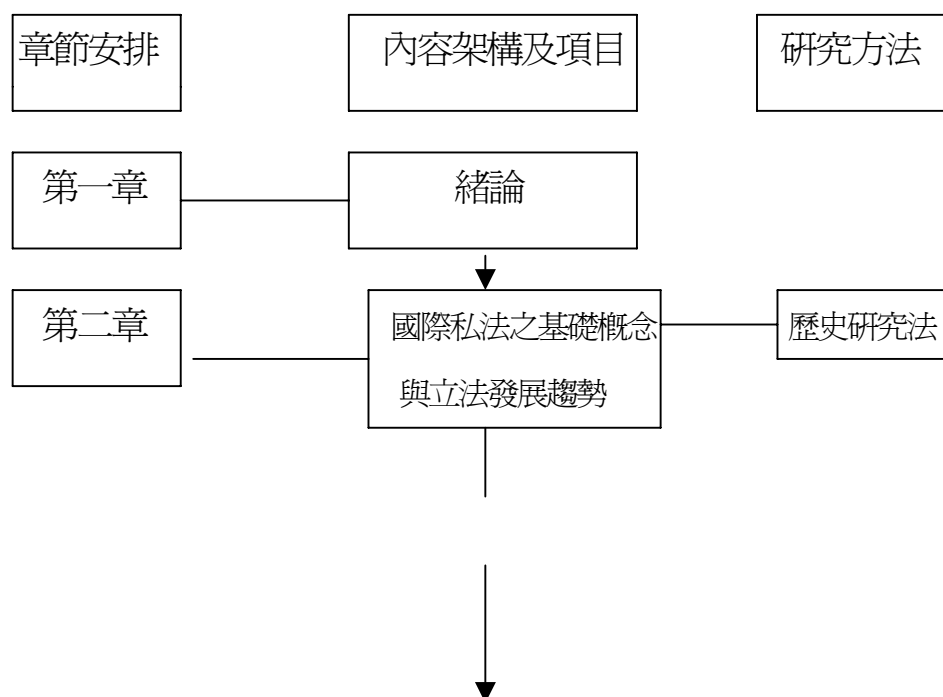
四、第四章為「臺灣地區國際私法立法發展之研究」。首先，本章詳細論述臺灣地區現行《涉外民事法律適用法》具體條文之內容與缺失，再探討《兩岸條例》第三章民事篇與《香港澳門關係條例》相關條文內容，找出不符合全球化時代潮流之缺失。

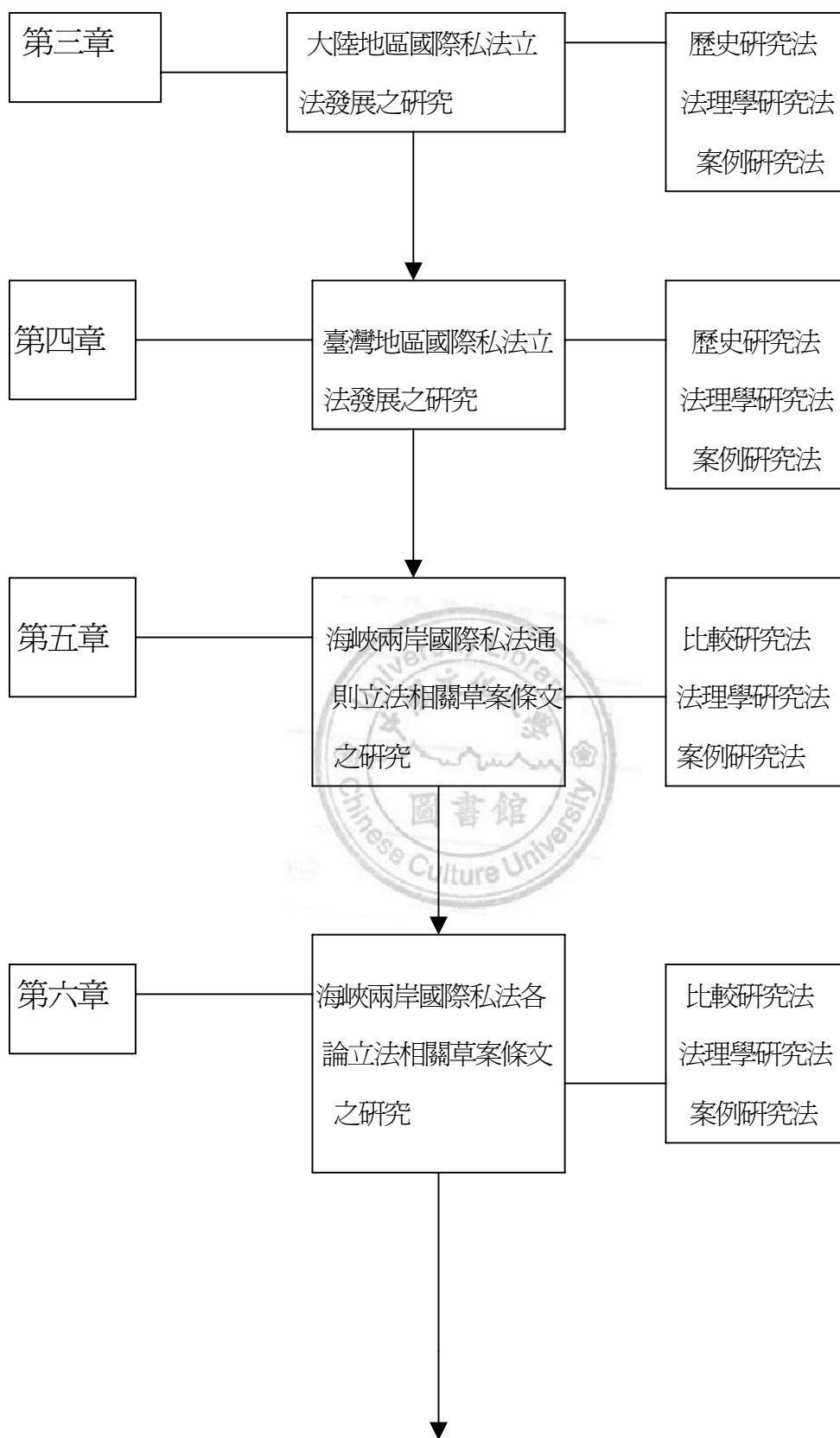
五、第五章為「海峽兩岸國際私法通則立法相關草案條文之研究」。本章依照臺灣地區《討論稿》之章節為劃分標準，內容包括通則、權利主體、法律行為方式及代理，探

討及比較研究範圍則包括海峽兩岸的國際私法立法與修法草案：大陸地區《示範法》、《綠色民法典草案》、《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿、《立法建議稿》、《民法典草案》第九編《涉外民事關係的法律適用法》，以及臺灣地區《原稿》、《初稿》、《第一稿》、《討論稿》等。最後歸納出兩岸國際私法立法發展的趨勢，提出對修正《兩岸條例》第三章民事篇相關條文的建議。

六、第六章為「海峽兩岸國際私法各論立法相關草案條文之研究」。本章亦依臺灣地區《討論稿》之章節為劃分標準，內容包括債、物權、親屬、繼承，探討及比較研究範圍亦包括海峽兩岸的國際私法立法與修法草案：大陸地區《示範法》、《綠色民法典草案》、《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿、《立法建議稿》、《民法典草案》第九編《涉外民事關係的法律適用法》，以及臺灣地區《原稿》、《初稿》、《第一稿》、《討論稿》等。最後歸納出兩岸國際私法立法發展的趨勢，提出對修正《兩岸條例》第三章民事篇相關條文的建議。

七、第七章為「結論」。本章將以之前各章比較研究兩岸國際私法立法發展趨勢之基礎，分析兩岸國際私法立法草案是否已分別改進現行法之缺失，並為《兩岸條例》第三章民事篇提出修法建議。故在內容上分為三部分，首先是大陸地區《民法典草案》第九編之分析，其次是臺灣地區《討論稿》之分析，最後再依照現行《兩岸條例》第三章民事篇之條文架構提出建議條文內容，包括通則規定、權利主體、債、物權、親屬、繼承、大陸地區法院民事判決之認可等。







【圖 2】本研究分析架構圖

第三節 研究途徑、方法與步驟

第一項 研究途徑與方法

研究途徑指出研究的原則性方向，從另一個角度來看，一般係指用來選擇問題與相關資料的標準。本文於研究途徑採取制度研究取向中的「法律研究途徑」。在政治學的研究中，法律研究途徑重點落實在政治制度的法律層面，而其所研究者乃係憲法及其相關的法律對政治制度的職權，及其與人民間權利關係的規定。¹⁶而法院在解決涉外民事案件時，於法律適用部分須依循國際私法的理論與相關條文，而本文之研究重心即在於國際私法條文之相關立法原則是否恰當及其對人民權利關係的影響，故本文採取「法律研究途徑」。

研究方法一般係指用來蒐集與處理資料的手段，以及其進行的程序。¹⁷本文主要採取的是非實驗性的研究法，以文件分析為主。並且擬採取比較研究法、歷史研究法、法理學研究法及案例研究法等作為研究方法：

壹、比較研究法

比較研究法，則是對於二種以上之學術思想，或二種以上之事物，加以比較推斷，以發掘其共同點，或各具有的特點、特質，並非只是比較其優劣長短而已。¹⁸比較研究法在法學研究中具有重要的地位，經由法學家之運用，甚至已成為一獨立學門或學派，稱為「比較法」或「比較法學」。任何一個國家的立法活動，都離不開吸收和借鑒外國的先進立法技術和法律制度，作為具有涉外法律性質的國際私法更是如此。應該說，國際私法的立法過程，其本身就是比較法運用的過程。從比較法的歷史來看，比較法最初

¹⁶ 朱宏源主編，《撰寫博碩士論文實戰手冊》（台北：正中書局股份有限公司，1999年），頁184-185。

¹⁷ 同註16，頁156。

¹⁸ 王錦堂，《大學學術研究與寫作》（台北：東華書局，1997年），頁97。

便是從比較立法開始的，人們正是從立法工作中開始認識到比較法的價值。同時，通過比較研究國際私法，有利於我們借鑑和吸收外國先進的立法例。¹⁹比較法和國際私法，這兩個領域，不待說是根本不同的，但是卻是互相影響的。國際私法或衝突法是現行的本國法的一個部門，而比較法則以一種「純粹科學」的面目出現。國際私法如所周知，回答的問題是：對於含有涉外關係的具體案件，應當在考慮之內的若干法律秩序中適用哪一種法律秩序。因此它是一種關於法律適用的管轄權的規則，由於此項指定導致適用一定國內的法律秩序。我們可以說，國際私法以它本身看，原本具有的選擇性格遠在比較的性格之上。反之，比較法是研究若干法律秩序的相互關係，也就是說當初並沒有確定比較的一定的目的。²⁰但比較法在推動國際私法發展中的重要作用是一目了然的。因為從狹義來說的國際私法，是指在不同國家涉外民事關係的法律規定發生衝突時，用以選擇適用哪一國家法律的準則。這種選擇準則一般有以下幾種：行為地法，如契約締結地、侵權行為地或婚姻締結地的法律；屬人法，即根據當事人國籍或住所而定；標的地法，即財產所在地法；法院所在地以及有關當事人自己選擇的法律。不論採用哪種準則，都涉及對不同國家法律的比較研究。所以，有的比較法學家認為：「當代國際私法的方法實質上是比較法的方法。」當然，這並不意味比較法等於國際私法，前者旨在比較，後者旨在選擇。國際私法是真正意義上的法律規則，是用以決定選擇適用哪一國家法律的法律規則，而比較法並不是真正意義上的法律規則，只是對這些不同規則進行比較。²¹

由於國際私法涉及世界各不同國家的法律制度，為了歸納出國際私法的一般理論和總體上的特點，必須通過比較的方法才能實現。運用比較法研究國際私法時，主要是從橫向比較各法系各國際私法的差異。在國際私法研究中運用比較研究法是客觀的需要，國際私法調整的涉外民事法律關係，它的淵源既包括國際條約、國際慣例，又包括國內立法和法院判例，而後者又涉及許多平行且互不相同的法律制度。因而對國際私法的研

¹⁹ 袁泉，《中國與荷蘭國際私法比較研究》（廣州：中山大學出版社，2002年），頁7-8。

²⁰ K·Konrad Zweigert、H·Hein Kötz著，潘漢典、米健、高鴻鈞、賀衛方譯，《比較法總論》（北京：法律出版社，2003年），頁9。

²¹ 沈宗靈，《比較法研究》（北京：北京大學出版社，1998年），頁13-14。

究離不開比較的方法，故在國際私法學中，比較研究法具有其特殊的意義。²²本文將大量運用比較研究法對英美法系、大陸法系，包括大陸地區及其他國家的國際私法作系統的比較研究，主要來說有二項研究的對象：一是以臺灣地區與大陸地區的理論與法規來進行比較；二是綜合比較各國的國際私法制度，包括實體法、衝突規範、國際條約、國際慣例以及學說與判例。藉以達到知己知彼的作用，提出對臺灣地區《涉外民事法律適用法》及《兩岸條例》的立法建議，使其規定能更完善、更符合世界潮流。

貳、歷史研究法

歷史研究法是利用歷史資料或事例來掌握歷史事實，依照研究事件的時間和順序關係，讓事件的背景、經過、影響清楚呈現，以作為找出事實之間的因果關係及解釋的具體根據。在國際私法研究中，歷史研究法是對一定專題進行深入地縱向分析研究。它有兩層涵義：其一是在社會文化背景中研究某一問題；其二是在事物歷史的發展過程中研究某一問題。此項研究法能使我們瞭解國際私法產生和發揮作用的歷史條件，揭示出不同制度與理論產生的社會背景和歷史作用，使我們能夠透過現象看到事物的本質屬性，並有助於我們通過瞭解國際私法的過去、現在，預見它的未來發展趨勢和前景。²³本文將藉助歷史研究法，探討臺灣地區與大陸地區國際私法之規範發展沿革，及其內容之真正涵義。

參、法理學研究法

大陸法學派學者研究國際私法以法理學研究法為其主要研究方法，該研究法的特點是注重理論研究，以提出舉世通用的國際私法原則為目的，它比較注重從法理學的探討出發，進而試圖推導出各種普遍適用的衝突法原則之規則。²⁴大陸法學派的研究法實際是運用演繹的方法，由基本觀念演繹而發生各種法例，其視同國際私法類同法理學。其出發點認為國際私法為行於文明國家間之共通法規，為國際法之一支，目的在發現共通之原理原則，以明國際私法應當如何。因而又有人將大陸法學派的研究法稱為演繹研究

²² 徐冬根、薛凡，《中國國際私法完善研究》（上海：上海社會科學院出版社，1998年），頁173。比較研究法在國際私法研究上是極重要且被廣泛運用的方法，學者甚至稱其為「國際私法之母」或第三學派。事實上在國際私法研究中運用比較方法，不僅是客觀上有其需要，也是法院審理涉外案件事實上所必然。請參閱郭豫珍，〈國際私法研究方法論〉，《法務通訊》，第1803期，1996年11月14日，版3。

²³ 徐冬根、薛凡，《中國國際私法完善研究》，頁171-172。

²⁴ 徐冬根、薛凡，《中國國際私法完善研究》，頁175。

法。²⁵

肆、案例研究法

判例在國際私法中佔有一席之地。首先，國際私法領域的情況十分複雜，調整涉外民事法律關係的法律規範也很不完善，故應允許法院在必要時通過判例來彌補成文法的不足；其次，在涉及普通法國家的案件時，雖然這些國家也在朝著成文法的方向發展，但判例仍然是主要的法律淵源，所以，有時需要適用它們的判例作為判斷的根據。²⁶故英美法學派學者注重案例之研究，以本國之判例為基礎，探求國際私法之原則，以明本國現行國際私法之真相。此派學者以國際私法為國內法，其法律之效力，乃由國家主權之立法、司法兩方面發生，故欲研究本國之國際私法，不能不採取此種方法，至各國之國際私法如何，各國之共同原則如何，均非所問。此種研究方法由各種判例歸納國際私法之原則，故又稱為歸納研究法。²⁷

本文將兼採法理學研究方法與案例研究法，一方面釋明臺灣地區與大陸地區國際私法之法則，一方面引證各國立法例，以資臺灣地區立法參考，俾取二種方法之長，以臻完善。

第二項 研究步驟

學者指出，對法律的比較研究一般可分為三個過程：第一，掌握所要比較的不同國家的有關法律材料；第二，對這些法律進行比較，也即發現其同異；最後，分析同異的原因並作出適當的評價。²⁸又規範的比較程序有下列四項：第一，準備階段；第二，分析階段；第三，比較異同階段；第四，綜合階段。²⁹本文之研究步驟，係先就相關規範、司法判解、政府公報、圖書、期刊論文等文獻資料進行蒐集。次就相關文獻資料整理，

²⁵ 劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》（台北：三民書局股份有限公司，2003年），頁25。

²⁶ 徐冬根、薛凡，《中國國際私法完善研究》，頁176。

²⁷ 劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，頁26。

²⁸ 同註21，頁48-49。

²⁹ 在準備階段選定被比較的法、作比較的法和比較的法。在分析階段把被比較的法和作比較的法，分解成一系列組成要素，作比較的法將按照被比較的法之諸因素加以分解，並把被比較的法作為模式，儘管二者的結構可能不同。在比較異同階段，把法律規範分解成若干因素之後，便可對每個因素分別加以比較。在這個階段比較就是研究兩個法律的每一個因素的相似和相異之處。在綜合階段，這是比較的諸階段中最重要的階段。它應當在比較異同的基礎上，對比較的結果進行批判性的評價。請參閱朱景文，《比較法總論》（北京：中國人民大學出版社，2004年），頁27-28。這裏的程序是運用「微觀比較」方法，簡而言之，是指對屬於不同法律秩序的法律規範和法律制度進行比較。請參閱大木雅夫著，範愉譯，《比較法論（修訂譯本）》（北京：法律出版社，2006年），頁61-62。

歸納出大陸地區國際私法立法條文之功能設計與臺灣地區國際私法修法條文之功能設計，並進而釐清海峽兩岸二十一世紀國際私法立法條文之趨勢與原則。再就《兩岸條例》第三章民事篇條文進行檢討，找出不符合時代潮流之缺失。最後，根據海峽兩岸二十一世紀國際私法立法條文之趨勢與原則，建構出《兩岸條例》第三章民事篇之修法基準，提出相關條文建議內容，以供將來修法機關之參考。

第四節 名詞定義與文獻分析

「國際私法」在臺灣地區傳統的教科書上的定義為：「國際私法者，乃對於涉外法律關係，就內外國之法域及法律，決定其由何國法律管轄及適用何國法律之國內公法。³⁰」從現在的時代意義來看，國際私法是以平等主體間國際民商事法律關係為適用對象，以解決法律衝突³¹為中心任務，以衝突法³²選擇適用何國何法域之法律為核心。同時包括規定外國人民事法律地位規範為前提、避免或消除法律衝突之統一實體規範，並經由國際民事訴訟與仲裁程序規範，進行司法程序之獨立的法律總稱。³³國際私法在研究定義上其實向有爭議，因學者觀察不同，立論自然紛歧。一般可概略區分成「小國際私法學派」、「中國國際私法學派」與「大國際私法學派」。「小國際私法學派」僅以準據法與管轄權為範圍；「中國國際私法學派」則包括準據法、國際民事訴訟法、國際商務仲裁法等程序法；「大國際私法學派」則相容並蓄，包括準據法、程序法規範及統一實體法規範等。³⁴本文認為於立足二十一世紀初之際，為擴展國際私法學之視野與國際私法「單一化」之重視，應採「大國際私法學派」的觀點，故研究重點包括「衝突法論（準據法選擇）」、「外國人地位論」、「國際民事訴訟法論」、「國際商務仲裁法論」、「區際私法論」與「統一實體法論」等。

³⁰ 劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，頁3。但國際私法之意義因學者間體系之爭，而有所不同，請參閱本文第二章第一節第一項之內容。

³¹ 從普遍的意義上來說，法律衝突是指二個或二個以上的不同法律，同時調整一個相同的法律關係，而在這些法律之間產生矛盾的社會現象。一般來說，只要各法律對同一問題作了不同規定，而當某種事實又將這些不同的法律規定聯繫在一起時，法律衝突便會發生。簡言之，法律衝突就是對同一民事關係，因所涉及各國民事法律規定不同，且都可能發生的法律適用上的衝突。請參閱，同註2，頁125；同註1，頁4。

³² 衝突法指規定涉外民事法律關係應如何適用實體法的法律準則，又叫法律適用法和法律選擇法，包括衝突規範以及其他相關制度。請參閱，屈廣清，《衝突法原理》（北京：法律出版社，2004年），頁3。

³³ 賴來焜，《當代國際私法之基礎理論》（台北：自版，2001年），頁35。

³⁴ 請參閱本文第二章第一節第一項之內容。

國內外一般學者研究文獻亦可概分為上述幾類，但本文著重於海峽兩岸國際私法立法發展趨勢的比較研究，故在文獻分析部分，亦以海峽兩岸國際私法立法發展趨勢部分為主，其他暫不論述。本文以下採整合型的研究回顧，³⁵分別就大陸地區與臺灣地區之文獻析述之：

壹、大陸地區

一、國際私法立法發展研究：

大陸地區近年來對國際私法立法發展趨勢研究的文獻，主要有以下三本專書及一篇文章可作為代表：

首先是徐冬根、薛凡所著之《中國國際私法完善研究》一書，³⁶本書作者首先從市場經濟與大陸地區國際私法立法的關係入手，對市場經濟與法制的關係、國際私法在建立社會主義市場經濟中的地位與作用、社會主義市場經濟與國際私法立法的完善，以及國際私法立法應充分認識當代國際私法的特殊性等問題進行了闡述。本書第二章和第三章著重對當代國際私法的大趨勢進行了深入研究，並歸納出當代國際私法的四大趨勢：從意思自治到政策導向、從機械規則到彈性處理、從特殊主義走向普遍主義，以及從任意性規範到強制性規範，同時對世界各國國際私法立法進行了專門的研究和剖析。在此基礎上，作者在第四章至第六章中針對大陸地區國際私法立法問題，進行了系統的闡述。其中包括對大陸地區國際私法立法發展歷程的回顧，對大陸地區國際私法立法的價值取向、大陸地區國際私法立法導向問題，對大陸地區國際私法立法模式、立法體系、立法技術等問題，從思辨的角度進行了思考。並結合大陸地區改革和開放的實際需要，提出了一些具體的富有建設性的意見和方案。第七章對國際私法立法總則部分的基本問題，包括連繫因素、定性、反致、公共秩序、屬人法等問題進行了研究。本書第八章至第十四章，分別對涉外經濟合同、³⁷侵權行為、物權、知識產權、³⁸行為能力、婚姻家庭和繼

³⁵ 此種整合型的研究回顧，從很多不同但相信有相同或相關的假設性研究，以做一完整的的結論來綜合整理過去的研究，整合型的研究回顧者希望能呈現相關的知識，和強調以往研究所沒有解決的重要議題。從讀者的觀點來看，整合型的研究回顧想要「替換那些從研究前線失去光采的論文」，並且指導未來的研究方向，所以整合型的研究回顧會產生量極大的新資訊。請參閱Harris M. Cooper著，國立編譯館主譯，高美英譯，《研究文獻之回顧與整合》（台北：弘智文化事業有限公司，1999年），頁18-19。

³⁶ 徐冬根、薛凡，《中國國際私法完善研究》。

³⁷ 臺灣地區稱「合同」為「契約」。

³⁸ 臺灣地區稱「知識產權」為「智慧財產權」。

承的法律適用問題進行研究。主要採取實證和比較的方法，對大陸地區現行立法進行評論和分析，結合世界上其他國家的有益經驗，提出了有關的立法建議和方案。

其次是趙相林教授主編之《中國國際私法立法問題研究》一書，³⁹面對大陸地區調整涉外民商事立法的上層建築（國際私法）之相對滯後性，該書立足中國大陸、注重世界上國際私法立法的發展趨勢，注意吸收國外有關立法之優點，對大陸地區國際私法的現狀和發展進行了探討，並在此基礎上提出了一些立法建議。本書以「中國需要一部較完整的國際私法」作為開篇，闡釋大陸地區國際私法的歷史與現狀。以下章節具體介紹大陸地區國際私法的相關制度規定，第一章說明中國需要一部較完善的國際私法，第二章敘述中國國際私法的基本制度，第三章談準據法的確定。第四章、第五章分別探討國籍與住所的法律衝突及解決與外國人民事法律地位。第六章至第十八章則分別論述民事身份和能力、國際代理、物權、信託關係、破產、知識產權、合同、海事關係、票據、侵權行為、不當得利和無因管理、婚姻家庭關係和繼承等的法律適用問題。第十九章至第二十一章談國際商事仲裁、國際民事訴訟管轄權及司法協助。最後第二十二章探討中國國際民商事法律衝突立法問題研究。全書9位作者重點突出對於建立大陸地區國際私法典的一些立法建議，並參照《中國國際私法示範法》，推進大陸地區國際私法之發展。

再者是趙相林教授、杜新麗教授等著之《國際民商事關係法律適用法立法原理》。⁴⁰2004年末，中國政法大學國際私法研究所在全國人大法工委的贊許下，借鑒了《示範法》和《民法典草案》第九編《涉外民事關係的法律適用》的專家建議稿和送審稿，通過對有關國家國際私法立法的比較研究，並吸納國際私法理論的先進科研成果，起草了一份《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿，2005年在該草案建議稿的基礎上，經過進一步整理和完善，完成了本書。本書在立法建議條文之下，有條文釋義、法理分析、應用案例及立法例分析論證，從而將立法條文設計的理論脈絡和實用價值清晰地呈現給讀者，其學術意義及對國際私法立法的助益都毋庸置疑。

最後是丁偉教授所著之〈世紀之交中國國際私法立法回顧與展望〉一文。⁴¹作者研究

³⁹ 趙相林主編，《中國國際私法立法問題研究》（北京：中國政法大學出版社，2002年）。

⁴⁰ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》。

⁴¹ 丁偉，〈世紀之交中國國際私法立法回顧與展望〉，《政法論壇》，2001年第3期，2001年3月，頁127-134。

結果認為大陸地區現行的國際私法根植於計劃經濟的土壤，與時代和改革開放的要求相距甚遠。在二十一世紀之交及中國即將加入WTO之際，大陸地區國際私法的變革面臨歷史性機遇。鑑於大陸地區國際私法的特點，及其存在的種種弊端，大陸地區國際私法的立法亟待完善。作者先從當代大陸地區國際私法立法的特點談起，再論述當代大陸地區國際私法立法的缺陷與不足，最後提出世紀之交大陸地區國際私法立法的走向，以作為將來立法的參考。

上述文獻，皆從宏觀角度研究，歷年來大陸地區國際私法立法狀況與發展，在歷史觀上，頗具有參考價值。但大陸地區學者皆強調社會主義市場經濟與立法的關係，此觀點只能顯現因改革開放需求，使得國際私法立法重要性大增，而不能以偏概全的主張國際私法是因應計劃經濟而生的。海峽兩岸雖然法律體制不同，但以世界各國國際私法在早期的發展史上來看，其國際私法產生的本質並未有所不同，都是因應調整涉外民商事法律關係而生的。故本文在解析大陸地區國際私法立法發展資料時，尤其特別注意因法律體制的不同，所產生的內容差異性。

二、區際法律衝突研究：

以大陸地區的觀點來看，兩岸四地的法律衝突，依「一國兩制」的政治構想和設計，當屬於「區際法律衝突」。⁴²而大陸地區致力於這個問題的研究專著，包括以下五本著作。

第一是黃進教授著的《區際衝突法》。⁴³本書作者對世界上許多法制不統一國家的區際衝突法理論，以及立法和司法實踐進行了廣泛、深入和系統的比較研究，闡述了各種區際衝突法的重要問題和制度。作者對兩岸四地法律衝突產生的歷史條件和特點評析，並評估「一國兩制」下出現的四大法域的地位和相互之間複雜關係，亦對解決兩岸四地法律衝突的基本原則、途徑和步驟進行探討。本書對未來建立統一的兩岸四地區際衝突法的幾項設計和構思，對大陸地區立法和司法實踐及理論研究極有參考價值，具有十分

⁴² 所謂區際法律衝突，就是在一個國家內部不同地區的法律制度之間的衝突，或者說是一個國家內部不同法域之間的法律衝突。因為區際法律衝突是一國內部具有不同法律制度的地區之間的法律衝突，所以，它是在一國內部不同地區的人民進行交往的過程中產生的，或者說是在一國內部的區際法律關係或跨地區的法律關係中產生的。在一國內部，區際法律衝突產生的條件有：（1）在一國內部存在著數個具有不同法律制度的法域；（2）各法域人民之間的交往導致產生眾多的區際或跨地區的法律關係；（3）各法域互相承認外法域人在本法域的法律地位；（4）各法域在一定條件下互相承認外法域的法律在自己的區域內的域外效力。請參閱黃進主編，《中國的區際法律問題研究》（北京：法律出版社，2001年），頁6-7。

⁴³ 黃進，《區際衝突法》（台北：永然文化出版股份有限公司，1996年）。

重要的現實意義。本書是大陸地區第一部系統、深入地研究區際法律衝突和區際衝突法的學術專書。

第二是沈涓教授著的《中國區際衝突法研究》。⁴⁴本書從中國歷史上調整區際法律衝突的方法獲得啓示，通過分析現代中國區際法律衝突的狀況和調整法律衝突的障礙，提出了若干調整區際法律衝突的方法，論證了中國區際衝突法的一般規則及其發展和完善，並具體探討了幾種中國區際民事法律關係的調整，最終得出中國區際衝突法的發展方向將是導向統一的結論。

第三是黃進教授主編的《中國的區際法律問題研究》。⁴⁵本書共有 13 位作者，分別對相關區際法律問題提出研究成果。包括區際法律衝突與區際衝突法、一國兩制與中國的區際法律衝突、區際管轄權、區際法律適用、區際送達、區際調查取證、區際執行保全、區際司法救助、區際法院判決的承認與執行、區際仲裁裁決⁴⁶的承認與執行、區際法律資料交換、區際公文書認證、區際海事法律衝突、區際知識產權保護、區際環保協助等問題。堪稱研究範圍最大且最完整。

第四是馮霞教授著的《中國區際私法論》。⁴⁷本書是一部全面論述中國區際法律衝突的理論與實踐的專著。全書共分為十章：前兩章為區際法律衝突與區際私法概述、區際法律衝突協調解決模式比較，系統地闡述了區際法律衝突與區際私法的基本概念和理論，特別是論述了世界上幾個典型複合法域國家解決區際法律衝突的協調模式，以期對大陸地區相關問題有所借鑒；第三、四章分別論述了中國區際衝突法的歷史與「一國兩制」構想下的中國現代區際法律衝突，以及中國區際衝突法的立法現狀，在此基礎上，探討了大陸地區現代區際法律衝突的解決模式；以下六章全面論述了大陸地區區際法律衝突的具體領域存在的問題與解決辦法，它們分別是第五章中國區際民商事法律適用、第六章中國區際民商事管轄權衝突與協調、第七章中國區際民商事司法協助中的送達、第八章中國區際民商事司法協助中的調查取證、第九章中國區際民商事判決的相互承認與執行和第十章中國區際商事仲裁裁決的承認與執行。本書最大的特點是運用比較法的

⁴⁴ 沈涓，《中國區際衝突法研究》（北京：中國政法大學出版社，1999 年）。

⁴⁵ 黃進主編，《中國的區際法律問題研究》。

⁴⁶ 臺灣地區稱仲裁裁決為「仲裁判斷」。

⁴⁷ 馮霞，《中國區際私法論》（北京：人民法院出版社，2006 年）。

方法，針對中國區際法律衝突的特殊性，從理論與實踐兩方面較為全面、系統、深入地論述了中國區際私法中的重要問題，這是目前相關問題的論者中所不具備的。

第五是于飛教授著的《海峽兩岸民商事法律衝突問題研究》。⁴⁸本書基於區際衝突法的基本理論，採用理論聯繫實際和比較分析的方法，從剖析海峽兩岸民商事法律衝突的產生、性質和特點入手，以回顧和總結海峽兩岸衝突法的歷史發展為鋪墊，在理論和實踐兩個方面探討了海峽兩岸衝突法的制度、原則和規則，以及它們在解決海峽兩岸民商事法律衝突方面應有的功能和作用。在此基礎上，進一步比較分析瞭解決海峽兩岸民事法律衝突的各項基本制度，意在突出此類區際私法制度特點之所在。進而，本書對解決海峽兩岸民商事法律衝突的思路進行了梳理，提出瞭解決海峽兩岸民商事法律衝突的若干原則、模式和途徑，討論了海峽兩岸相互承認與適用對方法律的法理基礎，以及建立解決海峽兩岸民商事法律衝突的憲法性機制的可行性。這部分研究頗具特色，其理論上的意義，值得關注。

此部分的文獻雖集中研究於海峽兩岸區際民事法律衝突規範，⁴⁹但因大陸地區學者多以「一國兩制」立論或批評臺灣地區法制，本文認為失之中肯；而對於區際民事法律衝突規範部分，則僅就原則討論或提出解決模式，並無細究條文內容，明顯過於粗糙。

貳、臺灣地區

臺灣地區的代表文獻可分為國際私法立法發展研究、臺灣地區司法實務見解研究、《涉外民事法律適用法》修正問題建議及特殊區際法律衝突研究等四大部分析述之：

一、國際私法立法發展研究：

柯澤東教授於研究國際私法立法發展方面，先從全球化觀點著手，其在〈論世界貿易組織、全球化及其對國際私法之影響〉一文中指出，⁵⁰臺灣地區所加入的世界貿易組織在名稱上不曰「國際」而曰「世界」，即表示將以世界性全球化之組織體，而非傳統的主

⁴⁸ 于飛，《海峽兩岸民商事法律衝突問題研究》（北京：商務印書館，2007年）。

⁴⁹ 衝突規範（conflict rules）是由國內法或國際條約規定的，指明某一涉外民商事法律關係應適用何種法律的規範。因此，它又叫法律適用規範（rule of application of law）或法律選擇規範（choice of law rules）。不考慮對衝突規範的性質認定，從這個定義中我們至少可以發現衝突規範所具有的以下特徵：（1）權利義務的非創設性。（2）法律適用後果的不確定性。（3）實體程序規定的統一性。請參閱楊利雅，〈衝突規範性質的法理學分析〉，《當代法學》，第19卷第3期（總第111期），2005年5月，頁111。

⁵⁰ 柯澤東，〈論世界貿易組織、全球化及其對國際私法之影響〉，《月旦法學雜誌》，第89期，2002年10月，頁40-49。

權國家，為其發展的主導及重心。故臺灣地區宜準備迎接挑戰、提升國家競爭力，以及面對全球化對國際私法的衝擊。此外，作者也就全球化的法律變動的三個特性，即自由化、普遍化及快速化分別舉例說明之，並認為凡此均使內國之實體法及國際私法面臨應有調整的新衝擊，全球化風潮及傳統價值如何在堅持與鬆綁之間取得平衡，頗值得共同研究及思考。接著柯教授從臺灣地區國際私法的課程定位以及長期教學及研究的心得出發，到《涉外民事法律適用法》的修正方向，提出其觀察和見解，完成〈國際私法之發展與理想——邁向新境界〉一文。⁵¹柯教授在該文首先指出，國際間新近發展的國際合作與協調，已經超越傳統單純透過管轄、適用法律及承認的個案層面，而成為解決涉外問題的新模式。也呼籲國際私法學者在研究準據法的各種問題之外，也將涉外民事訴訟的問題列為急切的課題。其次指出，英美法系將法院管轄、法律適用及判決之承認及執行，為同時之思考，大陸法系則將國際私法分為實體正義與程序正義，而分別由立法及司法予以處理。此種設計的差異造成前者之法官有強大之裁量權力，而後者之法院裁量權力相形狹隘。最後指出衝突法規的性質原有強制理論及任擇理論二種，新任擇理論則強調適用法律之選擇主動機制，操在當事人明示意思之選擇，而非如傳統國際私法之謂其應由法院控制。

陳榮傳教授於〈國際私法立法的新思維——衝突規則的實體正義〉一文中認為，⁵²衝突正義和實體正義分別源自不同的法律領域，而最近一世紀的國際私法的立法，實際上就是這二種正義的競爭和妥協的歷史紀錄。衝突正義納入實體正義內涵的轉型，已說明國際私法不是封閉的法律領域，衝突正義並非故步自封的邏輯象牙塔，各種爭端的公平、合理解決及法律安定性的維持，迄今仍然是國際私法的主流價值，而國際私法也在某種程序負擔捍衛社會正義的任務。晚近國際私法就各種法律關係所形成的立法例，都在衝突規則之中巧妙地注入實體正義的因素，形成兼具有衝突意義及實體導向的衝突規則，臺灣地區未來修法時如何體察國際趨勢及國情，酌予增刪調整，值得吾人共同期待。

學者吳光平先生於研究國際私法立法發展方面，先從國際立法趨勢著手，其於〈論

⁵¹ 柯澤東，〈國際私法之發展與理想——邁向新境界〉，《月旦法學雜誌》，第100期，2003年9月，頁144-155。

⁵² 陳榮傳，〈國際私法立法的新思維——衝突規則的實體正義〉，《月旦法學雜誌》，第89期，2002年10月，頁50-61。

國際私法發展之趨勢》一文中指出，⁵³自第二次世界大戰以來，國際間政治、社會、經濟、文化及科技的劇烈變化，使國際私法發生了許多改變。也激發了國際私法的生機及生命力，其中包括法律衝突的複雜化、國際民商事裁判管轄權的擴張化、法律適用方式的二元化、準據法確定方法的彈性化、法律關係類型的細分化、準據法立法主義的單一化、國際私法的上位法化等。在結論部分並預測國際私法將隨國際社會的統合，而發展成為規範所有因國際交往所生私法關係的跨國性、功能性的法律總體。另外，其再從〈從國際私法體系論涉外民事法律適用法之修正〉一文中具體建議《涉外民事法律適用法》之修正。⁵⁴該文討論的是國際私法的基本問題，先談國際私法存在的理由，其後又討論國際私法學的研究範圍及國際私法的立法體例，最後再對於臺灣地區的現行法的修正提出建議。認為國際私法的範圍應採最廣義的見解，但在《涉外民事法律適用法》的修正仍應採狹義說，即依現行規定之格局。

上述文獻皆忽略了國際私法公約組織及外國立法例的發展，本研究將加強研究海牙國際私法會議組織、歐洲聯盟、美洲國家組織國際私法會議等從事國際私法統一化工作的國際組織，探討世界各國所簽署相關國際私法之公約趨勢，以瞭解國際間國際私法立法發展之趨勢。

二、臺灣地區司法實務見解研究：

陳榮傳教授整理了臺灣地區最高法院 2002 年作成的案例事實及爭點，為〈二〇〇二年國際私法實務見解回顧〉一文。⁵⁵其將案例歸納為以下幾類：

- (一) 法院適用國際私法及準據法之職權；
- (二) 準據法的確定，含 1. 涉外表演契約、2. 涉外買賣契約、3. 涉外墊款契約、4. 涉外借展契約、5. 信用狀的法律關係、6. 載貨證券、7. 無因管理、8. 不當得利、9. 侵權行為、10. 船舶優先權、11. 未成年人的監護；
- (三) 外國法的證明及適用，含 1. 美國法的適用、2. 泰國法的適用、3. 聖文森國法的適用、4. 1926 年《船舶優先權及抵押權統一規定公約》（International Convention for the

⁵³ 吳光平，〈論國際私法發展之新趨勢〉，《軍法專刊》，第 48 卷第 3 期，2002 年 3 月，頁 20-30。

⁵⁴ 吳光平，〈從國際私法體系論涉外民事法律適用法之修正〉，《立法院院聞》，第 31 卷第 7 期，2003 年 7 月，頁 32-58。

⁵⁵ 陳榮傳，〈二〇〇二年國際私法實務見解回顧〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 52 期，2002 年 11 月，頁 130-150。

Unification of Certain Rules of Law Relating to Maritime Liens and Mortgages,1926)》的適用；

(四) 外國法人及外國法院判決。藉此觀察該年度案例所代表的社會變遷的脈絡和趨勢，並肯定法院在國際化的趨勢中所扮演的角色和功能。

整理臺灣地區司法實務見解的文章，尚有一篇黎文德法官所著之〈我國司法實務上國際私法之發展〉。⁵⁶該篇文章就半世紀來國際私法在我國實務上的發展與變化，蒐集整理了許多實務上的相關見解，再輔以國內學者的意見。討論的範圍包括不適用法規之違法判決、管轄權問題、連結或連繫因素之定性、公序良俗條款之運用、即刻適用法則之適用等問題。並指出除現行法的規定有限、規定的內容概括，不足以因應國際社會結構之急遽變化外，司法主管機關對於國際私法未予重視，亦為我國司法實務關於國際私法之運用效果不彰之原因。故建議司法業務主管機關在注意修法活動之餘，更應省思如何結合學術理論與實務操作，以加強裁判品質並提升民眾及國際之信賴度。

司法實務代表了法院對法律條文的看法及執行的成效，本文將持續蒐集臺灣地區法院國際私法及《兩岸條例》之實務見解，結合學術理論與實務之研究，藉以省思修正草案條文內容的可行性。

三、《涉外民事法律適用法》修正問題建議：

端視針對《涉外民事法律適用法》修正問題而為建議之文獻，重要者有如下四篇：

劉鐵錚大法官在其〈論「涉外民事法律適用法」之修正〉一文，⁵⁷先說明國際私法產生之理由，其次敘述我國國際私法立法之演變，再者說明國際社會之立法發展趨勢，最後提出以下七大原則供司法院《涉外民事法律適用法》修正委員會參考：

- (一) 《涉外民事法律適用法》未分章節，且僅有三十一條，過於簡單。
- (二) 宜注意國際私法上選法新趨勢。
- (三) 應貫徹憲法上平等原則之規定。
- (四) 當事人意思自主原則宜考慮擴大其適用之範圍。
- (五) 對各種法律關係準據法之規定宜考慮予以充實或補充。
- (六) 國際私法上諸多輔助法規應予明文規定。

⁵⁶ 黎文德，〈我國司法實務上國際私法之發展〉，《月旦法學雜誌》，第89期，2002年10月，頁84-102。

⁵⁷ 劉鐵錚，〈論「涉外民事法律適用法」之修正〉，《法令月刊》，第50卷第5期，1999年5月，頁3-6。

(七) 外國法之調查證明如何求其迅捷、確實並減輕法官之負荷。

陳啓垂教授於〈英美法上「法院不便利原則」的引進——涉外民事法律適用法修正草案增訂第十條「不便管轄」的評論〉一文中，⁵⁸從法院不便利原則的起源、內涵，認為其功能乃在授與受訴法院裁量權，以便放棄其對於不便利訴訟事件的國際管轄權，從而批評 2001 年 5 月 18 日的《涉外民事法律適用法》修正草案第十條⁵⁹的諸多缺失。包括第一項文字欠妥、第一項不合邏輯、該原則不適合我國管轄權制度、第二項並不恰當、第十條規定不夠完備等。並在結語部分指出我國關於國際管轄權雖未明文規定，但由具有明確性與得預見的優點的地域管轄權，而逆向推論國際管轄權，仍具相當明確性且不浮濫，並不需要英美法制法院不便利原則的修正。

王志文教授之〈涉外民事法律適用法之檢討與修正〉一文，⁶⁰是臺灣地區首篇探討司法院修法三個版本（《原稿》、《初稿》、《第一稿》）優劣的文獻，其研究目的在於就該法之檢討及修正，提出個人身為司法院修正委員會委員之觀察與評述，期能進一步凝聚修法之共識，有助於修法作業之順利完成。王教授針對國際私法立法範圍、未來《涉外民事法律適用法》之章節結構、通則性規範之設計加以探討。至於不便利法庭原則之採納與否，以及如何引進關係最密切法則⁶¹與細密性立法模式等，亦一併深入分析。其認為修正草案《原稿》之規範設計似乎較能兼顧宏觀面及微觀面，因此亦應獲得較高之評價。又由於已經提出的數次修正草案版本均仍有值得商榷之空間，且該研究修正委員會亦尚未就修正內容達成最後之定論，因此《涉外民事法律適用法》之修法工程目前尚未進入最後階段。此就新近提出之修正草案《第一稿》而論，其章節之安排似乎尚未臻理想，且通則性規範明顯不足。為求臺灣地區國際私法之發展能更趨完善，王教授並期待未來《涉外民事法律適用法》之修正或將有更新之草案版本提出。目前該法之修法作業雖尚未完成，但預期此次《涉外民事法律適用法》之修正幅度將甚為可觀，應毋庸置疑。

⁵⁸ 陳啓垂，〈英美法上「法院不便利原則」的引進——涉外民事法律適用法修正草案增訂第十條「不便管轄」的評論〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 30 期，2002 年 1 月，頁 51-60。

⁵⁹ 本條應為《原稿》第十條。

⁶⁰ 王志文，〈涉外民事法律適用法之檢討與修正〉，《華岡法粹》，第 31 期，2004 年 5 月，頁 1-46。

⁶¹ 臺灣地區學者有另稱為「最重要牽連關係原則」，大陸地區學者則稱之為「最密切聯繫原則」，本文以下統一稱之為「關係最密切法則」。

許耀明教授於〈我國涉外民事法律適用法最新修正草案述評〉一文中，⁶²就《討論稿》之「準據法選擇」(主要條文)部分，區分關於財產法事項與身分法事項之相關選法條文修正，尤其是關於連繫因素⁶³之變更，加以評述。其次，就《討論稿》中關於「準據法適用」(輔助條文)之相關修正部分，區分對既有條文之澄清與新增條文二部分，加以闡釋。最後，結論則綜結本次修正草案之貢獻，與提出一些未來此一草案在立法審議過程時可能可以再加以考慮之意見，以使得《涉外民事法律適用法》臻至善之境的想法。

上述劉文僅提出概略抽象之立法修正原則，陳文僅就草案中一條條文內容作檢討，王文則採宏觀角度檢討《原稿》、《初稿》、《第一稿》三項草案版本之缺失，許文則僅探討《討論稿》草案版本，而王文與許文皆因篇幅限制，無法就每一條文內容作深入探討。本研究將延續王文之研究方式，就四項草案版本條文，分類並就每一條條文形成過程作深入探討，研究是否符合國際私法立法趨勢，及最適當之條文內容為何。

四、特殊區際法律衝突⁶⁴研究：

在此部分，臺灣地區具代表性的有二本專著及一篇文章：

首先在《兩岸法律衝突的現況與實務》一書中，⁶⁵陳榮傳教授著墨於《兩岸條例》的研究。本書是以《兩岸條例》施行十多年來的實務問題為主軸，一方面是觀察這十年來臺灣地區在「涉陸」問題的實務運作，另一方面也思考大陸關於「涉臺」問題的處理模式，以及兩岸法制互動的情形。各章的內容依次是：緒論、涉陸民事法規的立法體例、法律適用論—人、法律適用論—債、法律適用論—物權、法律適用論—親屬、法律適用論—繼承、大陸地區法院判決之認可、既得權在《兩岸條例》之保障、《兩岸條例》的「時間因素」問題、兩岸法律衝突的立法問題。作者認為《兩岸條例》隨著兩岸關係的變化，將來必然還有很大的發展空間，本書的內容基本上是《兩岸條例》施行十年的紀錄和檢討，希望相關的法律在兩岸對照之外，也能今昔相比，並預測未來發展的可能動向。

⁶² 許耀明，〈我國涉外民事法律適用法最新修正草案述評〉，《月旦法學教室》，第64期，2008年2月，頁59-69。

⁶³ 臺灣地區學者有另稱為「連結因素」，大陸地區學者則稱之為「連繫點」或「連結點」，本文以下統一稱之為「連繫因素」。

⁶⁴ 本文認為海峽兩岸間民事法律衝突，性質上屬於「特殊區際民事法律衝突」，詳細討論請參閱本文第四章第二節。

⁶⁵ 陳榮傳，《兩岸法律衝突的現況與實務》(台北：學林文化事業有限公司，2003年)。

其次，王泰銓教授與陳月端教授共同編著《兩岸關係法律》。⁶⁶本書分別就兩岸法律制度（差異、衝突）、憲政（一國兩制、兩區）、民事（涉臺處理原則，兩岸婚姻、繼承、債務、智慧財產，民事糾紛解決）、刑事（涉臺處理原則，臺商人身安全、危害中共國家安全行為）、經貿（臺商地位、投資保護、投資保障協定）、行政（出入境、就業、貨物運輸）、司法行政合作（兩岸民事判決、仲裁判斷之承認與執行）領域，檢視、蒐集、分解、整合主要規範性文件資料，依次進行重點分析解決其適用的問題。

最後，賴來焜教授著有〈國際私法中區際法律衝突之研究〉一文。⁶⁷該文首先介紹區際法律衝突的概念與特點，並將海峽兩岸間之民事法律衝突定位於「區際法律衝突」，其次探討區際法律衝突的解決方式，再者討論區際私法與國際私法的異同，最後再探討臺灣地區關於兩岸間、以及與港澳間區際私法之立法問題。該文最大特點為宏觀討論海峽兩岸間之民事法律衝突問題，並引用大量臺灣地區司法實務，並探討其見解是否符合立法期待。

陳榮傳教授一書僅檢討《兩岸條例》，並未提出全面性的修正建議。王泰銓教授與陳月端教授共同編著一書，則對於《兩岸條例》中解決民事法律衝突部分之條文內容，著墨不深。而賴來焜教授一文，雖宏觀研究海峽兩岸間民事法律衝突問題，但限於篇幅，該文僅著重判決承認與執行及仲裁判斷認可與執行部分，無法及於其他。故本文擬將延續上述研究，以海峽兩岸間國際私法最新立法趨勢及立法例，貫穿檢討《兩岸條例》第三章民事篇條文內容，提出符合潮流與現實之建議案，有效解決海峽兩岸間民事法律衝突問題，以謀求海峽兩岸人民最大之福祉。

⁶⁶ 王泰銓、陳月端，《兩岸關係法律》（台北：大中國圖書股份有限公司，2000年）。

⁶⁷ 賴來焜，〈國際私法中區際法律衝突之研究〉，馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯，《法律哲理與制度（國際私法）——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》（台北：元照出版公司，2006年），頁429-461。