

第五章 海峽兩岸國際私法通則立法相關草

案條文之研究

海峽兩岸國際私法現行成文規範之缺失，本文已於第三章及第四章分別探討海峽兩岸學者各自之研究成果，基此，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，大陸地區包括學界與官方，皆各自浩浩蕩蕩地展開立法行動，官方版草案並已於2002年底推出；臺灣地區則不同於大陸地區之方式，由官方主導，聘請多位知名大專院校國際私法學者參與修法，有計畫地經過十年努力，整合出修法共識，於2008年7月，完成確定之修法草案。以下本文將概述海峽兩岸立法現況，¹於本章再分節比較研究關於國際私法總論部分，海峽兩岸不同之草案條文內容。

大陸地區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》（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。歷經七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大法工委的贊許下，借鑑了《中國國際私法示範法》和《中華人民共和國民法典草案》（以下簡稱《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。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》（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

¹ 海峽兩岸國際私法各草案立法、修法詳細過程與架構，請參閱本文第二章第一節第三項第二款之內容。

上，提出部分的《中華人民共和國民法典草案》，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。

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日公布施行以來，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，目前已於2003年11月11日公布完成《涉外民事法律適用法草案第一稿》（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》（以下簡稱《討論稿》）。其中《涉外民事法律適用法草案原稿》（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》（以下簡稱《初稿》）共有六十七條條文、《第一稿》則有六十條條文、最後之《討論稿》於2008年7月定稿後條文則計有六十三條，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。以下本文即整合海峽兩岸各草案版本，以探尋出海峽兩岸國際私法之立法原則，藉以作為《兩岸條例》第三章民事篇之修法參考依據。

第一節 大陸地區相關草案條文之探討

《示範法》屬於「通則」範圍的條文為第一章「總則」，共有十八條。內容包括：第一條「宗旨和基本原則」、第二條「適用範圍和調整對象」、第三條「外國人的民商事法律地位」、第四條「屬地原則」、第五條「國際民商事事項的處理依據」、第六條「國際條約的優先」、第七條「國際慣例補缺」、第八條「反致」、第九條「定性」、第十條「連繫因素的認定」、第十一條「準據法的解釋」、第十二條「外國法的查明」、第十三條「規

避法律」、第十四條「公共秩序」、第十五條「先決問題」、第十六條「區際和人際法律衝突」、第十七條「時際法律衝突」、第十八條「程序問題」。

《民法典草案》第九編屬於「通則」範圍的條文為第一章「一般規定」，共有十六條。內容包括：第一條「涉外民事關係範圍」、第二條「適用範圍」、第三條「國際條約優先與國際慣例補充」、第四條「國際慣例適用方式」、第五條「定性」、第六條「連繫因素的認定」、第七條「準據法的解釋」、第八條「先決問題」、第九條「一國數法」、第十條「時際法律衝突」、第十一條「公共秩序」、第十二條「外國法的查明」、第十三條「外國法的適用」、第十四條「國民待遇」、第十五條「訴訟時效確定」、第十六條「法源」。

《綠色民法典草案》附編屬於「通則」範圍的條文為第一題「一般規定」，共有二十四條。內容包括：第一條「適用範圍」、第二條「調整對象」、第三條「外國人、無國籍人的民事地位」、第四條「不同法域的人的民事法律地位」、第五條「區際民事爭議的法律適用原則」、第六條「準據法」、第七條「屬地原則」、第八條「國際、區際民事事項的處理依據」、第九條「國際條約優先」、第十條「國際慣例補缺」、第十一條「反致」、第十二條「定性」、第十三條「連繫因素的認定」、第十四條「準據法的解釋」、第十五條「外國法的查明」、第十六條「其他法域法律的查明」、第十七條「規避法律」、第十八條「公序良俗」、第十九條「先決問題」、第二十條「外國區際和人際法律衝突」、第二十一條「法律選擇」、第二十二條「適用例外」、第二十三條「直接適用」、第二十四條「時際法律衝突」。

《國際民商事關係法律適用法(草案)》建議稿屬於「通則」範圍的條文為第一章「一般規定」，共有十二條。內容包括：第一條「涉外民事關係的界定」、第二條「國際條約的適用」、第三條及第四條皆為「國際慣例的適用」、第五條「定性」、第六條「反致」、第七條「規避法律」、第八條「公共秩序保留」、第九條「區際、人際法律衝突」、第十條「時際法律衝突」、第十一條「外國法的查明」、第十二條「時效」。

《立法建議稿》屬於「通則」範圍的條文為第一章「總則」，共有三十八條。內容包括：第一條「宗旨」、第二條「比照適用」、第三條「涉外民商事糾紛」、第四條「適用國際條約」、第五條「適用國際慣例」、第六條「人際衝突」、第七條「屬地原則」、第八條「時效」、第九條「遵循本法的情況」、第十條「連繫因素的認定」、第十一條「反致」、

第十二條「先決」、第十三條「定性」、第十四條「外國法的查明」、第十五條「外國法的解釋」、第十六條「直接適用的法」、第十七條「規避法律」、第十八條「公共秩序」、第十九條「區際和人際法律衝突」、第二十條「時際衝突」、第二十一條「程序問題」、第二十二條至第三十七條為訴訟程序規定，第三十八條則為「非統一的法律制度」。

從以上大陸地區五項相關草案架構來看，《示範法》為其他草案之範本，故條文內容皆相當類似，僅有些微差異，本文以下將依臺灣地區《第一稿》及《討論稿》之重要項目擇相同要項比較探討之。

第一項 適用範圍

在適用範圍部份，雖欲解決的對象皆為「涉外民商事關係案件」，但在用語上有很大的歧異，包括：「國際民商事關係」、「涉外民事關係」、「國際民事關係」、「涉外民商事糾紛」等。

使用「國際民商事關係」用語為《示範法》第二條規定：「本法規定國際民商事關係的管轄權、法律適用和司法協助，包括外國法院判決和仲裁裁決的承認與執行。國際民商事關係指其當事人一方或者雙方為外國人、無國籍人、外國法人、其他外國組織、外國國家或者國際組織，或者當事人的住所、慣常居所或者營業所在不同國家，或者其標的物在國外，或者導致其產生、變更或消滅的法律事實發生在國外的民商事關係。」

使用「國際民事關係」用語為《綠色民法典草案》附編第二條第一款規定：「國際民事關係是當事人一方或雙方為外國自然人、無國籍人、外國法人、其他外國組織、外國國家或國際組織，或當事人的住所、居所或營業所在不同國家，或其標的物在國外，或導致其產生、變更或消滅的法律事實發生在國外的民事關係。」

使用「涉外民商事糾紛」用語為《立法建議稿》第三條規定：「有下列情形之一的糾紛，為涉外民商事糾紛：（一）當事人一方是外國人、無國籍人、外國國家、國際組織；（二）當事人一方的住所、慣常居所地或者營業地位於中華人民共和國領域外；（三）爭議的標的在中華人民共和國領域外；（四）產生、變更或者消滅民商事關係的法律事實發生在中華人民共和國領域外。」

使用「涉外民事關係」用語則有《民法典草案》第九編及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿。《民法典草案》第九編第一條規定：「下列情形之一的，為涉外民

事關係：(一) 民事關係的一方是外國人、無國籍人、外國法人、國際組織、外國國家；(二) 民事關係一方的住所、經常居住的或者營業所位於中華人民共和國領域外；(三) 民事關係的標的在中華人民共和國領域外，或者爭議的標的物移轉出一國國界；(四) 產生、變更或者消滅民事關係的法律事實發生在中華人民共和國領域外。中華人民共和國的自然人之間、法人之間或者自然人和法人之間的民事關係，其標的物以及履行地不在中華人民共和國領域外的，不得選擇適用外國法律。」《國際民商事關係法律適用法(草案)》建議稿第一條規定：「涉外民事關係，是指民事關係中至少含有下列一個涉外因素：(一) 至少有一方當事人是外國人、無國籍人、外國法人或者、其他非法人組織、外國國家或者國際組織；(二) 至少有一方當事人的住所、慣常居所或者營業所位於中華人民共和國領域外；(三) 當事人爭議的標的在中華人民共和國領域外，或者爭議的標的移轉越出一國國界；(四) 導致當事人之間民事關係產生、變更或者消滅的法律事實發生在中華人民共和國領域外。」

大陸地區學者分析，作為大陸地區內《民法典》的一部分，在現行民商合一的立法思想指導之下，採用「涉外民事關係」的稱謂比較合乎時宜。其理由如下：²

首先，擬定條文作為《民法典草案》第九編的涉外民事法律適用的規定，從名稱和結構的統一性來講，都應該使用「涉外民事關係」的稱謂，而不是《示範法》中所用的「國際民商事關係」。因為第九編僅僅是大陸地區內《民法典草案》的一個涉外編部分，區別於《示範法》最初擬定時的單行法典的文本形式。所以，要繼續作為《民法典草案》的一部分，沿用 1986 年《民法通則》中第八章的涉外民事法律適用法的稱謂。

其次，就實質而言，此處的涉外民事關係是否包括商事關係？是否有必要稱之為「涉外民商事關係」？對此，就目前《民法典草案》的起草進程來看，起草專家小組走的依舊是一條民商合一的道路，故此處的「民事」即已包含了「商事」問題。

最後，採用「涉外」而沒有用「國際」的稱謂，是從大陸地區作為內國的單邊角度出發來看法律適用問題的，符合目前國內實踐。因為「國際」強調的是從雙邊的角度考慮問題。但就目前狀況而言，在理論上可以提倡保護弱方利益或堅持平等的對待內外國

² 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)，頁46。

人的原則，但最根本的立法出發點還是要保護內國當事人的利益，依舊是二種單邊的思維模式，以內國國家利益和當事人利益為主。進一步而言，儘管「國際」的稱呼更有利於體現國際私法從雙邊角度考慮法律適用的本質特徵，但在近二十年的司法實踐中，《民法通則》規定的「涉外民事關係」的稱謂已是約定俗成，如果表述為「國際民事關係」缺乏有效的實踐基礎。

至於「非法人組織」是否應規定在條文內，亦有歧異。《示範法》中並未明確規定「非法人組織」，而只是採用了「其他外國組織」的概念。這種模糊的「外國組織」概念比存有爭議的「非法人組織」的概念更讓人困惑。何謂「其他外國組織」？這種「其他外國組織」是指在「國際組織」之外的、不具有國際性的「外國組織」，還是指在外國不具有法人地位的「非法人組織」？推論就其所在位置，在此款中緊隨「外國法人」之後，可見實際上《示範法》起草者是想將這種「其他外國組織」與「外國法人」一樣對待，視其為具有民事地位但又不是法人的那一類組織。考慮到《示範法》制定時，在大陸地區學界尚未有對「非法人組織」民事主體地位的明確界定，故暫且稱之為「其他外國組織」。從現在《民法典》起草的過程來看，在「非法人組織」的民事地位問題上依舊存在有激烈的爭論。儘管在現實生活中大量存在非法人形態的合夥，並在經濟生活中發揮巨大的作用，但在2002年底提交給全國人大常委會審議的《關於〈中華人民共和國民法（草案）〉的說明》中，依舊未採納非法人組織作為民事主體的規定。對此，有學者認為屬於重大遺漏。³故《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第一條即將「非法人組織」規定在內。

第二項 定性

國際私法中的定性（Qualification/Classification），大陸地區學者又稱為「識別」，是指依據一定的法律概念，對待決案件的事實情況或有關問題進行定性或分類，把它歸入特定的法律範疇，從而確定應援用哪一條衝突規範的認識過程。⁴大陸地區學者認為，為了避免立法技術上用語的抽象化和定性對象上的爭議，不籠統地使用「識別」這一用語，

³ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》，頁7-8。

⁴ 趙相林主編、杜新麗副主編，《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），頁28。

而使用「定性和分類」、「連繫因素的認定」、「準據法的解釋」。因涉外民事案件所涉及的事實或問題的定性和分類、衝突規範連繫因素的認定，以及準據法的解釋是三個不同的問題。首先，法律上對它們的規定，具有不同的目的。定性和分類是爲了將特定的案件事實或問題劃歸特定的法律範疇，從而決定相應的衝突規則；而對連繫因素的解釋，是確定衝突規範之後的準據法選擇問題，它影響和決定著被選擇的準據法本身而與衝突規則的確定無關；對準據法的解釋則是在確定了準據法之後，如何確定準據法適用範圍的問題，它旨在對準據法進行界定，而與衝突規則和準據法的確定無關。所以，以上三個問題應有各自的法律規則來調整，以達到各自所體現的法律目的。其次，三者產生的原因也有根本的區別：定性分類是因不同國家對同一事實構成賦予不同的法律性質而產生，而連繫因素的衝突是因爲不同國家對衝突規範繫屬中的連繫因素有多種解釋而產生的問題，準據法的選擇屬於準據法的界定，是在準據法的適用中產生的問題。⁵

《示範法》第九條規定：「對國際民商事關係的定性，適用法院地法。但如果依法院地法不能適當解決的，可以參照可能被選擇適用的法律來解決。」第十條規定：「對連結點的認定，除自然人的國籍外，適用法院地法。」第十一條：「對準據法的解釋，適用其所屬國家的法律及其解釋規則。」

有大陸地區學者指出，《示範法》第九條及第十條應該說是適應定性問題本身的特殊性和複雜性，而作出的一種原則性和靈活性相結合的規定，即首先確定了依法院地法進行定性的一般性原則，然後又確立了在必要時可依其他可能被選擇適用的法律來進行定性的彈性機制，爲法官的自由裁量留下了一定的空間。⁶故《示範法》規定的定性是以法院地法爲主，這與大多數國家立法與實踐中的做法一致。而爲避免依法院地法定性時，法院地法不能適當解決的，例如法院地的國內法中沒有相類似的概念無法進行定性，《示範法》以可能被選擇適用的法律作爲補充，彌補了單純依法院地法定性的不足。此外由於理論上對定性依據存在分歧，導致很多國家的國際私法立法對此未作規定，而留給法官自由裁量。《示範法》規定的方式，也給定性依據預留了自由的空間。何爲不能適當解決？何種情況下參照可能被選擇的法律，條文並未具體規定，這就使法官能夠根據個案

⁵ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》，頁33。

⁶ 鄧杰，《國際私法總論》（北京：知識產權出版社，2005年），頁119。

特性具體分析，從而靈活地決定定性依據，保證正確的選擇衝突規範。⁷至於《示範法》第十一條規定，雖然定性衝突的解決與準據法的確定之間有著密不可分的聯繫——解決定性衝突、確定定性依據或標準就是為了準確援引衝突規範和準據法，但準據法的解釋顯已超出了定性的範疇，因而不能以法院地法為依據，而應以準據法所屬國的法律為依據。⁸

《綠色民法典草案》附編第十二條規定：「對國際、區際民事關係的定性適用法院地法。法院地法不能適當解決的，參照該民事關係可能確定適用的準據法。」第十三條規定：「除自然人的國籍外，對連結點的認定適用法院地法。」第十四條：「對準據法的解釋，適用其所屬國或法域的法律及其解釋規則。」

《立法建議稿》第十三條規定：「識別適用法院地法。但如果依法院地法不能解決的，可以適用當事人選擇的法律或最密切聯繫地法。」第十條規定：「除當事人的國籍外，對於連結點的認定，適用法院所在地的法律。」第十五條規定：「外國法的解釋應該根據該外國法本身的解釋和運用標準來決定。」

《民法典草案》第九編第五條規定：「涉外民事關係的分類和定性，以法院所在地法律為依據，也可以該涉外民事關係應當適用的法律為依據。」

有大陸地區學者認為這條規定也採用了法院地法和準據法相結合的原則。但是這一規定在文字上有進一步改進的必要。本條規定乍看之下，意味著定性一般情況下以法院地法說為主，準據法說為輔。立法者的本意好像是在法院地法不能夠解決定性問題，或者結果不合理的情況下，就適用準據法來作為補充。但是仔細一分析，就會發現法院地法說和準據法說二者是並列的。這意味著法官自由地在二者之間進行選擇，而且沒有先後主次之分。⁹

同草案第六條規定：「對連結點的認定，除自然人和法人的國籍外，適用法院所在地法律。」第七條規定：「適用法律的解釋，依照該法律所屬國的解釋規則解釋。」

《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第五條規定：「1.對涉外民事案件所

⁷ 趙相林主編、杜新麗副主編，《中國國際私法立法問題研究》，頁33-34。

⁸ 同註6。

⁹ 杜濤、陳力，《國際私法》（上海：復旦大學出版社，2004年），頁202。李慶明，〈論國際私法中定性的標準〉，《月旦民商法雜誌》，第20期，2008年6月，頁135。

涉及的事實或問題的定性和分類，以法院地法為依據。以法院地法不能進行的，以可能適用的法律為依據。2.對連結點的認定，除自然人的國籍外，適用法院地法。3.對準據法的解釋，適用所屬國家的法律及其解釋規則。」

依上述條文來看，關於定性問題，所有的相關草案皆採「法庭地法」為原則，如「法庭地法」不能適用時，則例外採可能被選擇適用的法律（準據法）為依據；但《立法建議稿》例外則採「當事人意思自主原則」或「關係最密切法則」。而《示範法》、《民法典草案》第九編與《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿皆採前項較寬鬆之設計。大陸地區學者則認為，依法庭地法為主，兼採與案件有關的其他國家的法律進行定性。這一主張如能在大陸地區《民法典》中得到確立，無疑是大陸地區對涉外民事關係法律適用法的一大貢獻。這一主張肯定了定性依法庭地法，這與世界絕大多數國家保持一致，同時，這一主張摒棄了依法庭地法定性的不足，確認在特殊情況下，可以適用與案件有關的其他國家的法律定性，以保證定性的公正性。¹⁰

第三項 反致

《示範法》第九條第一款規定：「本法規定應適用的法律，是指現行有效的民商事實體法律，不包括衝突規範，但本法另有規定的除外。」同條第二款規定：「在民事身份領域，外國衝突規範對中華人民共和國法律的反致應予接受。」大陸地區國際私法學界經過長期激烈的爭論之後，終於在《示範法》中對反致的採用作出了十分有限的認可。¹¹本條採取了原則否定、例外肯定的觀點。原則否定表述為：「本法規定應適用的法律，是指現行有效的民商事實體法律，不包括衝突規範。」例外肯定表述為第二款規定。¹²《示範法》的立法說明指出，本條的規定，依照多數起草者的意見，是原則上不採用反致，但法律另有規定的除外。接著第二款就規定在民事身份領域應接受外國衝突規範對大陸地區法律的反致。這主要考慮到在有關民事身份的法律衝突問題上，大都主要以屬人法加以解決。在民事身份領域實行反致制度，有利於屬人法原則的貫徹。¹³這一條是一條較

¹⁰ 齊相泉主編，《涉外民事關係法律適用法》（北京：人民出版社，2003年），頁67。趙相林主編，《國際私法教學案例評析》（北京：中信出版社，2006年），頁134。

¹¹ 鄧杰，《國際私法總論》，頁134。

¹² 丁偉主編，《國際私法學》（上海：上海人民出版社，2004年），頁114。

¹³ 賴來焜，《當代國際私法之基礎理論》（台北：自版，2001年），頁788。

為謹慎的規定，表明原則上不接受反致，在傳統的民事身份領域例外接受狹義反致，與目前世界上大多數國家的做法相一致。¹⁴但有大陸地區學者指出，與越來越多的國家接受反致的趨勢相比，《示範法》的規定，略顯保守。¹⁵因在反致問題上，此條的規定有所分化，即外國衝突規範對大陸地區的反致應予接受，而大陸地區不接受對方的反致，這樣規定是不對等的、不妥當的。¹⁶

《綠色民法典草案》附編第十一條第一款規定：「本附編規定應適用的法律，指各國、各地區現行有效的民事實體法，不包括衝突規範，但本附編另有規定的除外。」同條第二款規定：「就國際民事身份事項，外國衝突規範對中國法律的反致應予接受。」同條第三款規定：「就區際民事身份事項，其他法域的衝突規範對中國法律的反致也應予接受。」

《立法建議稿》第十一條規定：「在民事身份領域的反致（包括轉致）應予接受。」

《民法典草案》第九編第二條規定：「依照本法規定應當適用的法律是指有關國家的民商事實體法，而非衝突法，但對於自然人的法律地位和身份關係，依照本法規定應當適用某外國法律，而依照該國衝突法又應當適用中華人民共和國法律的，可以適用中華人民共和國法律。」

《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第六條規定：「依照本法規定應當適用的法律是指有關國家的民商實體法，不包括該國的衝突法。但對於自然人的法律地位和身份關係，依照本法規定應當適用外國法律，而依照該國衝突法又應當適用中華人民共和國法律的，可以適用中華人民共和國法律。」

有大陸地區學者認為，反致制度在個人身份關係和法律地位領域確有一定功效和用武之地，《示範法》中僅提出了「民事身份領域」，不夠全面，應再加上「法律地位領域」，因為二者經常相關聯而存在，且適用的繫屬公式也同為屬人法。但反致制度客觀上存在的不足與缺陷，決定了不能將反致制度作為國際私法立法中的一項基本原則，而只能將其作為例外而使用。而且大陸地區學者主張即使在個人身份關係和法律地位領域採用反致條款的規定，也不代表大陸地區在審理案件時就一定適用他國的衝突規範，並沿其指

¹⁴ 徐冬根，《國際私法趨勢論》（北京：北京大學出版社，2005年），頁81。于飛，〈反致制度反思與展望〉，中國國際私法學會主辦，《中國國際私法與比較法年刊2001第四卷》（北京：法律出版社，2001年），頁154-155。

¹⁵ 趙相林主編、杜新麗副主編，《中國國際私法立法問題研究》，頁43。

¹⁶ 屈廣清主編，《國際私法導論（第二版）》（北京：法律出版社，2005年），頁157。

引最終適用大陸地區法律，也可以選擇性地適用他國的實體規範，只要該規定的適用效果比大陸地區法律更好、更能有效保護當事人的利益。所以，《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿建議在立法時採用「可以適用中華人民共和國法律」的字眼，以保證最大限度保護大陸地區及當事人的合法權益。¹⁷

有大陸地區學者認為反致是一項十分有價值的制度，儘管它還存在一定缺陷，如會增加法院了解第二國甚至第三國衝突法與實體法的負擔，但從根本上講，反致符合涉外民事關係法律適用法的目的和要求。因此，多數大陸地區學者都主張大陸地區的立法應對這樣一個能靈活協調法律選擇衝突的反致制度，作出明確規定。¹⁸更有學者認為，《示範法》及《民法典草案》第九編規定了反致，這樣做擴大了大陸地區法律適用的可能性，而大陸地區的有關實體法貫徹了使法律關係儘可能穩定的原則，這種擴大適用符合國民利益增進說，因而是更容易為當事人所接受的。¹⁹因大陸地區在現行法律中，沒有對反致問題作出明確的規定。最高人民法院 1988 年發佈的《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第一七八條第二款規定：「人民法院在審理涉外民事關係的案件時，應當按照民法通則第八章的規定來確定應適用的實體法。」對這一規定是否意味著排除反致制度在理論界尚有不同的看法，學者認為，本條規定應理解為大陸地區法院在審理涉外民事案件依照《民法通則》第八章規定的衝突規範確定應該適用的法律時，是不採用反致與轉致的。這是因為該條明確規定，確定應適用的實體法的只能是《民法通則》第八章中的衝突規範，而不能是外國的衝突規範，從而排除了適用外國衝突規範確定應適用的實體法的可能，而反致制度正是適用外國衝突規範的結果，因此大陸地區的以上規定隱含著不採用反致與轉致的意思。²⁰

但究竟在立法上怎樣規定反致，承認反致到什麼程度，是全面接受還是部分接受，

¹⁷ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》，頁 52-53。

¹⁸ 齊相泉主編，《涉外民事關係法律適用法》，頁 97。仍有大陸地區學者主張最好保留大陸地區現行立法和司法實踐的普遍作法，完全拋棄反致制度。其認為隨著當代國際私法的實體化和統一化和日益靈活化的發展進程，反致制度越來越不符合當代國際私法的發展趨勢。反致制度的產生是建立在過去兩大法系在屬人法上國籍原則和住所地原則的嚴格對立和僵硬、刻板的衝突規範的繼承之上。而現在，隨著關係最密切法則和一系列靈活性、開放性連繫因素的出現和廣為接受，反致制度所存在的基礎日益喪失。另一方面，由於反致制度過於複雜、深奧，而且存在著非常多的例外情形，對法官的要求過於苛刻，尤其是考慮到大陸地區的國情，採用反致制度弊多利少。請參閱杜濤、陳力，《國際私法》，頁 217-218。

¹⁹ 徐文超、傅敏，《國際私法要論》（北京：知識產權出版社，2004 年），頁 144。

²⁰ 趙相林主編、杜新麗副主編，《中國國際私法立法問題研究》，頁 42-43。

是原則上接受還是例外接受，大陸地區學界意見不一。目前大陸地區內占主導地位的一種意見是，原則上不採用反致，例外情況下接受。從形式上看，《示範法》的規定與許多國家的立法相似，都將反致制度限制在與人的身份能力有關的法律關係範圍之內，即只有在與人的身份能力有關的法律關係中，才適用反致制度，而商事領域內的法律關係一般不適用反致制度，這似乎沒有什麼不妥。但從實質上看，依該規定不一定就能更好地實現當代涉外民事關係法律適用法所追求的個案公正的目的。因為《示範法》只規定在民事身份領域外國衝突規範對大陸地區法律的反致應予接受，這是否意味著在民事身份領域，外國衝突規範對第三國法律的轉致就不接受呢？如果第三國法律是更有利於保護當事人權益也是與案件有最密切關係的更為合適的法律，大陸地區也不接受這種轉致，又怎樣保證個案的公正合理解決呢？另外，就反致的形式而言，應該包括直接反致、轉致和間接反致，因為這三者是相互聯繫的，沒有理由將它們硬性分割開來，立法在規定直接反致與間接反致的同時，也應對轉致制度有所規定。²¹

第四項 規避法律

《示範法》第十三條規定：「當事人故意規避中華人民共和國強制性或者禁止性法律規定的，不得適用當事人企圖適用的法律。」

《示範法》的立法說明指出，本條對國際私法上的規避法律作了規定。規避法律是指國際民商事關係的當事人故意製造某種連繫因素，以避開本應適用的對其不利的法律，而使對自己有利的法律得以適用的行為。從本條規定可以看出以下三點：第一，從主觀上講，當事人規避法律是出於故意；第二，從規避的對象上講，當事人規避的是大陸地區的強制性或禁止性法律規定；第三，當事人通過規避法律行為而企圖適用的法律，不得適用。²²大陸地區學者指出，顯然，大陸地區對規避法律行為是持否定態度的，但本

²¹ 齊相泉主編，《涉外民事關係法律適用法》，頁 97-98。上述《示範法》及《民法典草案》規定說明，大陸地區原則上不接受任何領域或任何形式的反致，但在民事身份領域，大陸地區接受直接反致。請參閱趙相林主編，《國際私法教學案例評析》，頁 159。

²² 賴來焜，《當代國際私法之基礎理論》，頁 791。基本上，《示範法》本條的設計，是延續大陸地區現行法的精神，最高人民法院 1988 年發佈的《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的（試行）》第一九四條規定：「當事人規避我國強制性或禁止性法律規範的行為，不發生適用外國法律的效力。」由這一規定可知，大陸地區在司法實踐中主張：規避法律是指規避本國的強制性或禁止性規定的行為；規避法律的範圍僅限於本國的強制性或禁止性規定；規避法律的效力是該規避行為無效，不發生適用外國法的效力。請參閱趙相林主編、杜新麗副主編，《中國國際私法立法問題研究》，頁 56。

條規定中僅涉及了當事人規避內國法即大陸地區法律的效力問題，²³而對當事人規避外國法的效力問題，以及當事人爲規避法律而實施的附帶法律行爲的效力問題，卻付諸闕如。²⁴在審判實踐中，認定當事人規避外國法無效的也極少。有大陸地區學者認爲，形成這種狀況的主要原因是：第一，當事人規避外國法，對內國一般不具有社會危害性。第二，對規避外國法行爲的認定極困難，很難判定當事人是否具有規避外國法律的故意，這就需要作大量細緻的審查工作，這種審查會加大法官的工作量。²⁵依大陸地區某些學者的意見，由於國際私法所調整的法律不僅涉及本國和某外國兩個國家，甚至常常涉及三個或四個國家的法律，當事人既可適用外國法來規避本國法，也可能適用某一外國法來規避另一外國法，因此，國際私法上的規避法律應包括一切規避法律在內，既包括規避本國法，也包括規避外國法，規避本國法當然一律無效；對規避外國法要具體分析，區別對待，如果當事人規避外國法中某些正當、合理的規定，應該認爲規避行爲無效；反之，如果規避外國法中不合理的規定，則應認定該規避有效。大陸地區學者認爲，只要當事人規避了本應適用的強制性或禁止性的法律，即構成規避法律，不論是規避內國法還是外國法一律無效。上述對外國法區別對待的做法是不合適的，因爲用法院地法的觀念去判斷識別外國法是否「正當、合理」存在著明顯的理論缺陷，何爲「正當、合理」？以什麼爲標準？難以掌握。雖然其立足於個案分析，但的確具有較大的不確定性，在立法上也無法作出明確的規定，因此這種做法是不可取的。即使外國法的規定確實不合理，當法庭地國在適用它的時候，也可借公共秩序保留制度排除其適用，因此也不會出現最終適用了與法庭地公共政策不符的被規避的外國法的情況。²⁶

《綠色民法典草案》附編第十七條規定：「當事人故意規避中國的強制性或禁止性法律規定的，不得適用當事人企圖適用的法律。」

《立法建議稿》第十七條規定：「當事人故意規避國際公共秩序或中華人民共和國強制性或者禁止性法律規定的，不得適用當事人企圖適用的法律。當事人故意規避外國強

²³ 有大陸地區學者指出，《示範法》規定「不得適用當事人企圖適用的法律」，其結論當然是應當適用被當事人規避的大陸地區法律。請參閱，同註 12，頁 118。

²⁴ 鄧杰，《國際私法總論》，頁 179。

²⁵ 徐冬根，《國際私法趨勢論》，頁 99。

²⁶ 同註 19。

制性或者禁止性法律規定的，該外國強制性或者禁止性法律規定符合國際慣例的，不得適用當事人企圖適用的法律。」

《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第七條規定：「國際民商事關係的當事人故意規避中華人民共和國法律的強制性或者禁止性法律規定的，不得適用當事人意圖適用的法律。」

關於規避外國法行為的效力，有大陸地區學者認為，凡規避非特定外國法的行為，原則上不作審查，應視為有效。但大陸地區與當事人本國簽訂或者共同參加了有關國際私法條約，或者按照互惠原則，或者經有關當事人請求且該規避行為在被規避的外國法中也被限制或禁止的，人民法院可以對其是否規避其他締約國法律或有關外國法律進行審查並裁定其無效。但是，在立法上對這一問題，以不作規定為妥。²⁷故《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿不將當事人規避外國法的效力問題納入規範。

由此觀之，《綠色民法典草案》附編與《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿皆延續《示範法》之立法設計，僅涉及了當事人規避內國法即大陸地區法律的效力問題；而《立法建議稿》則將當事人規避外國法的效力問題納入規範，不對外國法區別對待。但《民法典草案》第九編卻未規範規避法律問題，²⁸本文以為，大陸地區在立法上暫不作明確規定，似想留待司法實踐具體解決。

第五項 公共秩序

《示範法》第十四條規定：「依照本法規定應適用外國法律時，如果適用結果明顯違背中華人民共和國的公共秩序的，則不予適用，可以適用中華人民共和國相應的法律。」

《示範法》的立法說明指出，公共秩序制度作為國際私法上的一項重要制度，已在國際上被普遍接受。大陸地區現行立法已確立了公共秩序制度。²⁹但大陸地區現行立法沒

²⁷ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》，頁64-65。

²⁸ 《民法典草案》第九編在第一章一般規定中沒有規定規避法律，只在第六章婚姻家庭第六十一條第二款規定：「中華人民共和國承認在境外締結的合法婚姻，但當事人故意規避中華人民共和國強制性或者禁止性法律規定的除外。」有大陸地區學者指出按照本條規定，似乎可以得出一個結論：「法律只禁止在境外結婚的當事人規避大陸地區強制性或禁止性的法律規定，而並不禁止其他國際民商事關係的當事人規避法律。」這樣的規定不免掛一漏萬，實欠妥當。而且，為了體現內外法域法律的平等，對當事人規避大陸地區法律的行為和規避外國法律的行為應該一概予以禁止。請參閱于飛，〈海峽兩岸衝突法中的法律規避辨析〉，發表於「2007年海峽兩岸國際私法學術」研討會（新竹：玄奘大學法律學院，2007年3月16—17日），頁124。

²⁹ 如大陸地區《民法通則》第一五〇條規定：「依照本章規定適用外國法律或者國際慣例的，不得違背中華人民共和國的社會公共利益。」

有使用「公共秩序」的措辭，而使用「社會公共利益」、「法律的基本原則」、「國家、社會利益」等措辭。爲了符合國際上較爲通行的用語，本條採用了「公共秩序」的措辭。在立法和司法實踐中，對於運用公共秩序排除外國法適用的標準，有二種理論：主觀說及客觀說。³⁰本條規定採用了「客觀說」。³¹一國以公共秩序爲由拒絕適用本國衝突規範指定的外國法後，應該以什麼法律取而代之？國際上通行的做法是以法庭地國法取而代之。因此，本條亦作了如此規定。³²有學者指出，適用外國法違背大陸地區公共秩序時則不予適用，而適用大陸地區相應法律的規定。此規定有些不妥，因爲此時大陸地區法與該外國法存在根本的矛盾和衝突，否則不會產生公共秩序保留，故適用之是不恰當的，可以考慮另外的方式；如適用關係最密切地法等。³³但另有學者指出，上述問題依條文解釋即可解決，其認爲條文中的「可以」應理解爲，排除外國法後，「適用中華人民共和國法律」不是絕對的，也可以根據案件情況適用與案件有關係更密切的法律。³⁴

這一規定體現了以下幾方面問題：

- 一、在公共秩序的適用標準上採用結果說（客觀說）；
- 二、適用公共秩序排除的對象僅包括外國法律，而不包括國際慣例；
- 三、在公共秩序的適用條件上較爲嚴格，採用了「明顯違背」的措辭；
- 四、在排除了外國法後的法律適用問題上，雖未採取有些國家相關規定中「必要時」的措辭，但用「可以」代替了從前法律中的「應當」，爲不適用法院地法留有餘地。³⁵

《綠色民法典草案》附編第十八條規定：「依照本附編規定應適用外國法的，如果適用結果明顯違背中國的公序良俗，則不予適用，可以適用中國相應的法律。」

³⁰ 「主觀說」認爲，法庭地國依自己的衝突規範本應適用某一外國法作準據法時，只要該外國法本身的規定與法庭地國的公共秩序相抵觸，即可排除該外國法的適用，而不問具體案件適用該外國法的結果。「客觀說」則認爲，在援用公共秩序保留時，不能只看外國法規定的內容是否違反法庭地國的公共秩序，而且必須看外國法適用結果是否違反法庭地國的公共秩序。「客觀說」又可分爲「結果說」和「聯繫說」，前者指外國法適用的結果違反法庭地國的公共秩序；後者是指在個案中不僅外國法適用的結果有違反法庭地國的公共秩序，而且案件與法庭地國有直接聯繫，換言之，如果案件與法庭地國沒有直接聯繫，法庭地國即不會認爲該外國法有違公共秩序。請參閱同註 19，頁 149。

³¹ 學者認爲《示範法》採納了「客觀說」中的「結果說」，用來判定違反大陸地區公共利益，這可能是考慮到「主觀說」不僅有違國家主權理論，而且實行起來往往有太多的負面效果。請參閱同註 19，頁 155-156。

³² 賴來焜，《當代國際私法之基礎理論》，頁 791-792。

³³ 屈廣清主編，《國際私法導論（第二版）》，頁 158。

³⁴ 同註 12，頁 118。

³⁵ 趙相林主編、杜新麗副主編，《中國國際私法立法問題研究》，頁 50-51。

《立法建議稿》第十八條規定：「依照本法規定應適用外國法律及中國沒有加入的國際條約時，如果適用結果明顯違背中華人民共和國的公共秩序或國際公共秩序的，其違背部分不予適用，可以適用最密切聯繫地的法律。」

《民法典草案》第九編第十一條規定：「依照本法規定適用外國法律或者國際慣例，不得違反中華人民共和國的社會公共利益。」

《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第八條規定：「依照本法規定適用外國法律或者國際慣例，如果明顯違背中華人民共和國社會公共利益的，不予適用，必要時，可以適用中華人民共和國的法律。」

有大陸地區學者指出，本條在一定程度上保證了公共秩序保留制度在國際私法中適用的完整性，使其排除外國法之後的空白能及時得以填補。同時，考慮到如果一味地適用法庭地法，會導致法庭地法的濫用，並在具體案件中未必能真正公平合理的解決涉外民商事法律衝突。例如，在大陸地區目前法治不甚健全的情況之下，以違背社會公共利益為由，排除了外國法的適用之後，很可能大陸地區對此類爭議沒有相應的法律規定，那麼參照國際條約或其他與該案件有密切關係的外國國家的法律，也是可行的。故需結合案件的具體情況，用「必要時，可以適用」給法院留下有限的選擇適用空間，更符合各方當事人利益與解決涉外法律衝突的需要。³⁶

本文以為，從上述的幾個草案條文來看，關於援引公共秩序保留排除有關外國法的適用之後應如何處理、應以何種法律替代的問題，有以下三種立法方式：一是規定可以適用大陸地區的法律，承襲《示範法》的精神，還有《綠色民法典草案》附編及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿；二是規定可以適用關係最密切地的法律，即《立法建議稿》；最後是不予規定，延續《民法通則》的規定內容，即《民法典草案》第九編。有大陸地區學者贊同不予規定的立法方式，認為大陸地區除了應借鑑其他國家立法和實踐中的合理規定和做法，儘快就此問題在立法上作出明確規定。另外，絕不可簡單規定直接以內國法替代，否則將很難保證公共秩序保留制度在大陸地區不會因此而被濫用。³⁷

而關於適用對象，《示範法》、《綠色民法典草案》附編及《立法建議稿》僅規定適用

³⁶ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》，頁 79。

³⁷ 鄧杰，《國際私法總論》，頁 170。

「外國法律」；而《民法典草案》第九編及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿則規定適用「外國法或者國際慣例」。有大陸地區學者認為完全沒有必要借助公共秩序排除國際慣例的適用。其認為一方面由於國際慣例是各國在長期的國際商事交易中形成的，往往被證明是能夠為大多數國家所接受的行之有效的行為規則，其目的是為了便於國際貿易、國際運輸和國際金融等順利進行。因此，一般來說不會與一國的公共秩序相抵觸。另一方面，雖然國際慣例這種規則既包括強制性規則，又包括任意性規則，可是國際私法上所涉及的國際慣例都是任意性的規則。因此，大陸地區國際私法上的公共秩序所要排除適用的國際慣例，只能是任意性的國際慣例。這樣就沒有必要借助公共秩序排除國際慣例的適用。³⁸另有大陸地區學者指出，強制性規則即具有法律拘束力的國際慣例，是國際法的主要淵源之一，它跟國際條約一樣，具有優先國內法的效力，也是不宜借助公共秩序條款而排除其效力的。³⁹

從立法技術觀點來看，上述立法草案在對公共秩序的涵義與稱謂的表述上存在問題。一方面，大陸地區立法用「法律的基本準則或者我國國家、社會利益」或「社會公共利益」來表述公共秩序保留制度，顯然過於簡單、含糊。另一方面，大陸地區立法對公共秩序的稱謂也不統一。故有大陸地區學者建議大陸地區立法在措詞上統一採用「公共秩序」，以避免對同一問題的理解出現混亂。⁴⁰

第六項 一國數法

《示範法》第十六條規定：「依照本法規定應適用外國法律時，而該國的不同地區實施不同的法律的，或者該國的不同的人受不同的法律支配的，應根據該國法律關於調整國內法律衝突的規定來確定應適用的法律。該國法律沒有規定的，直接適用與國際民商事關係有最密切聯繫的法律。」

《示範法》的立法說明指出，世界上，有不少國家國內法制不統一，或者其不同地區實施不同的法律，或者該國不同的人受不同的法律支配。當一國衝突規範指定適用這種國家的法律時，到底應適用其哪個地區或哪類人適用的法律呢？國際上比較普遍的做

³⁸ 屈廣清，《屈氏國際私法講義》（北京：法律出版社，2005年），頁173-174。

³⁹ 李雙元、歐福永、金彭年、張茂著，《中國國際私法通論（第三版）》（北京：法律出版社，2007年），頁182。

⁴⁰ 孫建，《國際關係視角下的國際私法問題》（北京：人民法院出版社，2007年），頁205-206。

法是依國家的區際衝突法或人際衝突法確定。但是，有些法制不統一的國家沒有自己的區際衝突法或人際衝突法。在這種情況下，各國的實踐不一，有的規定適用當事人的住所地或慣常居所地法，有的規定適用其首都所在地法，有的規定適用與民商事關係有關係最密切的法律。本條規定應該說和國際上的通常做法是一致的。⁴¹有大陸地區學者指出，區際法律衝突是指一個國家內部不同法域之間的法律衝突。區際私法（又稱區際衝突法或準國際私法）即為用來解決區際法律衝突的法律。當衝突規範指定適用某一外國法，但該外國是一個法制不統一的多法域或複合法域國家，內部存在區際法律衝突時，究應以該外國哪一法域的法律為準據法呢？對此，實踐中存在三種不同的解決方式：一、直接依據衝突規範中的連繫因素確定準據法；二、根據多法域國家的區際私法確定準據法；三、依關係最密切法則確定準據法。而《示範法》則採用上述第二種和第三種方法結合起來使用的立法方式。⁴²亦即採用直接指定和間接指定相結合的作法。⁴³

《綠色民法典草案》附編第二十條規定：「依照本附編規定應適用外國法律，而該國的不同地區實施不同法律，或者該國的不同的人受不同法律支配的，應根據該國法律關於調整國內區際和人際法律衝突的規定確定應適用的法律。無此等規定的，直接適用與國際民事關係有最密切聯繫的法律。」

《立法建議稿》第十九條規定：「依照本法規定應適用外國法律時，而該國的不同地區實施不同的法律的，或者該國的不同的人受不同的法律支配的，應根據該國法律關於調整國內法律衝突的規定來確定應適用的法律。該國法律沒有規定的，直接適用與國際民商事關係有最密切聯繫的法律。」

《民法典草案》第九編第九條規定：「依照本法規定應當適用某國法律，而該國的不同區域實施不同的法律，應當根據該國關於調整國內區際法律衝突的規定確定所適用的法律；該國法律沒有規定的，適用與發生爭議的涉外民事關係有最密切聯繫的區域的法律。」

《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第九條規定：「依照本法規定應當適

⁴¹ 賴來焜，《當代國際私法之基礎理論》，頁 793-794。

⁴² 鄧杰，《國際私法總論》，頁 103-104。

⁴³ 于飛，《中國國際私法理論與立法》（北京：中國法制出版社，2004年），頁 147。

用外國法律，而該國在不同的區域或對不同種類的人施行不同的法律制度的，應當依照該國關於調整國內法律衝突的法律規定確定應適用的法律；如該國無此種規定的，則適用與該國際民商事關係有最密切聯繫的法律。」

大陸地區學者認為，關於本條合併設定區際法律衝突與人際法律衝突規則的考慮，首先需要明確的是，立法不可能包羅萬象，它只能是對現實生活中存在的主要且重要的問題作出規範。區際法律衝突和人際法律衝突是發生較多的兩種法律制度不統一的情況，因此，本條文的規定主要針對這兩種情況。考察各國立法，也有不少國家採取一個條款規範兩個問題的條文。所以建議採用一個條款統括規範的方法。當存在多種法律制度的國家沒有區際或人際私法規定時，則法院可行使自由裁量權，通過對各種因素的綜合考慮確定與民商事關係有關係最密切的法律制度。關係最密切法則最大的優點是它的靈活性，但其缺點也是很明顯的，就是很多時候無法確定何法律為關係最密切法律，這給予法官太大的自由裁量空間。因此世界各國在國際私法立法中都對關係最密切法則有所限制，只有在通過其他方法無法確定準據法時才以關係最密切法則為補充。本法條以關係最密切作為確定準據法的補充原則，既發揮了該原則的靈活性，為法院最後確定準據法提供法律依據，又將該原則的適用限制在了一個可以控制的範圍之內，比較符合當今國際潮流和司法實踐。⁴⁴

上述關於一國數法的規定，大致上皆繼承《示範法》的精神，規範內容包括區際和人際法律衝突，僅有《民法典草案》第九編僅規定區際法律衝突。而對於欠缺解決區際法律衝突規定之情形，五項草案皆以適用關係最密切的法律為解決方式。

第七項 外國法的查明

《示範法》第十二條規定：「中華人民共和國法院和仲裁機構審理國際民商事案件時，或者中華人民共和國行政機關處理國際民商事事項時，可以責成當事人提供或者證明本法規定應適用的外國法律，也可以依職權查明。不能查明或者經查明不存在有關法律規定的，適用與該外國法律類似的法律或者中華人民共和國相應的法律。」

《示範法》的立法說明指出，在各國國際私法實踐中，在外國法查明的方法上大致

⁴⁴ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》，頁 85。

有三種做法：一是由當事人舉證證明，二是由法官依職權查明，三是由法官依職權查明，但當事人亦有提供和證明的義務。本條規定採取第三種做法。在一國法院依本國衝突規範的指定應適用外國法的情況下，如法官無法查明該外國法，當事人也不能舉證外國法的內容時，各國的理論和實踐基本上採取如下解決辦法：第一，以內國法取而代之；第二，駁回當事人的訴訟請求或抗辯；第三，適用與本應適用的外國法相類似的法律；第四，適用一般法理。本條規定採用了第一種和第三種做法。⁴⁵

大陸地區學者認為，從本條來看，似乎並不主張簡單地以內國法替代，而還應考慮其他可以適用的更適當的法律。⁴⁶在外國法的查明方法上，《示範法》的做法與法國⁴⁷相近，即當事人應提供或者證明應適用的外國法，但同時也允許法院依職權查明。這種方法是查明外國法的一種較為靈活的方法，因為當事人與法院都能夠提供或者證明該外國法律，雖然當事人對提供或者證明該外國法律負有責任，但法律亦不禁止法院依職權來查明。從而使外國法的查明變得更為容易，有利於確定該外國法的內容，從而找到應適用於案件的準據法，保證案件的公正解決。而在無法查明外國法的解決辦法方面，《示範法》對大陸地區現行司法解釋中一律適用法院地法即大陸地區法的規定進行了修正。⁴⁸《示範法》規定，當有關法律規定不能查明或查明不存在時，應適用與該外國法律類似的法律或大陸地區法律，這種規定吸收了德國和日本司法實踐中的做法。究竟以何種標準來決定最終應適用哪一國法律，《示範法》未作規定，但應該明確，這種規定的目的就是使最終適用的法律更接近於應適用但卻無法查明的外國法，從而做到最大限度內不違背本國衝突規範的指引。因此，在權衡兩者中哪一國法律將被最終適用時，應遵循關係最密切法則，並兼顧考慮各法適用後的結果是否能保證案件得到公正的判決而決定。⁴⁹

對於該規定，另有學者認為有以下若干值得商榷之處：

⁴⁵ 賴來焜，《當代國際私法之基礎理論》，頁 790-791。

⁴⁶ 鄧杰，《國際私法總論》，頁 139。

⁴⁷ 法國《民法典》第二二八八條規定：「必要時，在法官建議下，可用一切手段對外國法的內容進行確定。」請參閱李雙元、歐福永、熊之才編，《國際私法教學參考資料選編上冊—總論·衝突法》（北京：北京大學出版社，2002年），頁 310。

⁴⁸ 大陸地區學者普遍認為，大陸地區有關司法解釋關於查明外國法的途徑是切實可行的，但在外國法無法查明時，僅僅規定以大陸地區法律取而代之似乎過於簡單。請參閱齊相泉主編，《涉外民事關係法律適用法》，頁 108。

⁴⁹ 趙相林主編、杜新麗副主編，《中國國際私法立法問題研究》，頁 62-63。

第一，外國法查明失敗的選擇權，可能導致法官自由裁量權過大。本條賦予法院以選擇權，既可以適用近似法，也可以適用內國法，這就使得案件的判決結果具有很大的不確定性，無法給當事人以確定的預期，而法官掌握了過大的自由裁量權。

第二，適用「類似的法律」妨礙司法的公正性和權威性。適用近似法在客觀上就可以克服「駁回訴訟請求或抗辯」、「推定或替代適用本國法」實際上排除了外國法的適用這一弊端，符合國際私法的基本理念，也可以得出比較公正的結果。然而，但各國法律差別很大，雖然可能總體上是近似，但對於某一具體問題的規定可能截然不同。如此以來就賦予了法官極大的自由裁量權，相同的案件可能判決頗不一致，影響司法的公正性和權威性。而且，與適用本國法和駁回訴訟的做法相比，適用近似法過於主觀，且過於複雜。⁵⁰

第三，《示範法》規定「適用與該外國法律類似的法律」不妥當，因為「與該外國法律類似的法律」對法院地國來說也是外國法律同樣存在外國法的查明問題，不如直接適用法庭地法簡單易行。⁵¹

《綠色民法典草案》附編第十五條規定：「中國法院審理國際民事案件，可責成當事人提供或證明本附編規定應適用的外國法律，也可以依職權查明。不能查明或經查明不存在有關法律規定的，適用與該外國法律同法族的法律或中國的相應法律。」

《立法建議稿》第十四條規定：「中華人民共和國法院和仲裁機構審理國際民商事案件時，或者中華人民共和國行政機關處理國際民商事事項時，對中國加入的國際條約，或中國衝突規範指定的法律、國際慣例由法官負責查明。其他由當事人提供。不能查明或者經查明不存在有關法律規定的，由法官負責查明的，適用與該外國法律類似的法律或者中華人民共和國相應的法律。由當事人提供的，駁回起訴。」

《民法典草案》第九編第十二條規定：「依照本法規定應當適用的法律為某外國法律，中華人民共和國法院、仲裁機構或者行政機關可以責成當事人提供該外國法律，也可以依職權查明該外國法律。當事人不能提供或者法院、仲裁機構、行政機關無法查明

⁵⁰ 劉來平，《外國法的查明》（北京：法律出版社，2007年），頁217-218。

⁵¹ 趙相林主編、杜新麗副主編，《中國國際私法立法問題研究》，頁63。另有大陸地區學者建議，不能查明外國法時，由法院依關係最密切法則選擇適用外國法，仍然不能查明時，應適用法庭地法，法庭地也沒有相關規定時，應依一般法理裁判。請參閱于飛，《中國國際私法理論與立法》，頁247。

該外國法律，可以適用中華人民共和國相應的法律。」

對於該規定，有學者認為尚存在以下不足：⁵²

第一，《民法典草案》第九編第十二條規定的是外國法的查明，而將外國法的解釋規定在第七條。外國法的解釋的目的是闡明外國法的涵義，屬於外國法查明的一項內容，應當規定於外國法查明之中。《民法典草案》第九編將二者割裂開來，有失妥當，也不符合各國慣行的做法。

第二，雖然制定了民法典或國際私法法典，並不代表所有衝突規範均規定於其中。事實上，必然有部分衝突規範規定於其他法律之中，當依據這部分衝突規範適用外國法時，其查明應當與依據民法典的衝突規範應當適用外國法的查明作相同的處理。但是該條僅僅規定「依照本法規定應適用的法律為某外國法律」，因此其調整範圍過小，使得依照其他法律適用外國法時的查明無法可依，顯然是不合適的。

第三，該條在外國法查明的責任分配上，認為法院既可以責成當事人查明，也可依職權查明。換言之，如果法院責成當事人查明，則當事人承擔查明責任，如果法院自行查明，則由法院承擔查明責任。但問題是，如果法院既未責成當事人提供外國法，而自己又不依職權查明外國法時，應當如何處理呢？從該條當然無法找出答案，存在著考慮不周之處。⁵³

第四，該條對外國法的查明方法沒有作任何規定。許多國家在立法中僅規定了外國法的查明責任，對查明方法並不作具體規範，《民法典草案》第九編第十二條不規定查明方法本來也無可厚非。不過，在立法中對外國法的查明方法作例示性規定可能更為合適。也即既列舉出比較典型的查明方法，引導法官和當事人作出選擇，又包含補充條款，以免掛一漏萬，給多樣化的查明方法預留進一步豐富的空間。

⁵² 同註50，頁216-217。

⁵³ 相同意見指出該條草案條文無法用國際私法學界的理論予以解釋。大陸地區國際私法學界通說認為，區分外國法為「事實」或「法律」並無實際意義，因為「民事訴訟採取『以事實為依據，以法律為準繩』的原則，人民法院在審理涉外民事案件時，要作出切合實際、合理的判決，維護當事人的正當權益，不管是『事實』，還是『法律』，都必須查清。」由此得出的結論是法院「應該」承擔外國法查明的職責而且是「必須查清」外國法，而非草案條文規定的法院「可以」查明外國法的授權；也不是法院可以自由裁量最終將外國法查明任務賦予當事人，使外國法是否查明，以及在何種程度上查明，事實上成為可以操控的物件。請參閱徐鵬，〈外國法查明的比較研究—兼評相關條文設計〉，中國國際私法學會、武漢大學國際法研究所主辦，《中國國際私法與比較法年刊2007第十卷》（北京：北京大學出版社，2007年），頁184-185。

第五，根據《民法典草案》第九編第十二條，如果外國法查明失敗，法官「可以」適用大陸地區相應的法律予以處理，換言之，法官也可以不這樣處理，而是採取其他的措施。這就賦予了法官過大的自由裁量權，無法保證司法的公正、判決的一致，也容易孳生司法腐敗，在大陸地區現階段尤其要引以為戒。

《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第十一條第一款規定：「應當適用的外國法律，法院可依職權或當事人提供。法院可通過以下途徑查明：（1）依照我國締結或參加的國際條約所規定的方式查明；（2）由我國駐該國使領館提供；（3）由該國駐我國使領館提供；（4）由當事人提供；（5）其他途徑。」同條第二款：「如果通過以上途徑該外國法仍不能查明，適用中華人民共和國法律。」

本條共有二個條款，分別規定了兩方面的問題：一是外國法的查明方法；二是無法查明時的救濟方法。外國法的查明關鍵在其查明的方法。在各國國際私法的實踐中，外國法的查明方法大致有三種：一是由當事人舉證證明；二是由法官依職權查明；三是由法官依職權查明，但當事人亦有提供和證明的義務。本條規定在採取第三種做法的基礎上，吸收了最高人民法院司法解釋的規定，肯定了外交、領事機關的作用，但同時又做了相應調整：（1）明確規定了當事人的主體地位，由其向法院提供所需查明的外國法是其基本的義務，無需法院的「責令」；（2）在法院的查明途徑中引入大陸地區一向遵循的原則——遵循國際條約原則；（3）以「其他途徑」作為補充條款以備不時之需，為法院在查明方法上留下一定空間。如法官無法查明應適用的外國法，當事人也不能舉證該外國法的內容時，則以大陸地區法律為準據法對該涉外法律關係進行判決。⁵⁴

大陸地區多數學者認為，國際上對外國法的查明趨勢是混合方法，⁵⁵上述五項草案也均採用了混合方法。從《示範法》來看，應該是採納了當事人證明為主，法官查明為輔的方式，《綠色民法典草案》附編及《民法典草案》第九編亦採相同方式。⁵⁶而《立法建議稿》及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿正好相反，採用的是法官為主，

⁵⁴ 趙相林、杜新麗等著，《國際民商事關係法律適用法立法原理》，頁98。

⁵⁵ 郭玉軍，〈論外國法的查明與適用〉，《珞珈法學論壇》，第6卷，2007年7月，頁251。

⁵⁶ 有大陸地區學者認為，以《示範法》與《民法典草案》規定相較，以《示範法》規定比較切實可行，可以作為今後立法的參考，同時，還似可加上「適用與該外國法律相類似的法律、與當事人有關係最密切國家的法律」作為選擇，以增強法律適用的靈活性。請參閱趙相林主編，《國際私法教學案例評析》，頁175。

當事人為輔的模式，並皆規範了法官職權查明的範圍。本文以為，《立法建議稿》及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿的立法方式較為合理，因法院機關查詢外國法比當事人便利，可增進審判效率；於法院依法指定準據法之情況，更非當事人所能預測，故當以職權查明為主。《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿更將職權查明的途徑與順序規範完整，當比《民法典草案》第九編規定的內容來得適當。

第八項 先決問題

《示範法》第十五條規定：「國際民商事案件或者事項的主要問題的解決依賴另一先決問題的解決時，先決問題所涉及的民商事關係的法律適用應根據本法依照該民商事關係的性質加以確定。」

《示範法》的立法說明指出，先決問題，又稱附隨問題，在國際私法中，一項主要問題的解決必須以解決另外一個問題為前提，而這另一個問題就是先決問題或附隨問題。在國際民商事案件中，先決問題具有獨立性，需要單獨考慮其準據法。而且，其準據法的選擇直接影響主要問題的解決。在理論和實踐中，對於先決問題的法律適用主要有兩種主張：（1）主張依解決主要問題的準據法所屬國家的衝突規範來確定先決問題的準據法；（2）主張依法庭地國的衝突規範來確定先決問題的準據法。這兩種主張的共同之處是均主張依先決問題的性質，或者說先決問題所涉及的民商事關係的性質來確定其準據法。本條規定，先決問題依其所涉及的民商事關係的性質加以確定。當然，這裡是指根據法院地國的衝突規範來加以確定。⁵⁷

大陸地區現行法律中對先決問題沒有明確規定，本條可以說是根據法庭地國的衝突規範來加以確定的。⁵⁸而從本條規定來看，大陸地區學術界是主張將先決問題作為一個獨立的問題對待。⁵⁹有學者認為，從這一規定可以看出，大陸地區學術界主張先決問題適用的準據法是根據先決問題自身性質所確定的法律，這一規定在先決問題處於游離狀態，先決問題當事人的權利義務未確定的情況下是公正、合理的。⁶⁰但另有學者指出，大陸地

⁵⁷ 賴來焜，《當代國際私法之基礎理論》，頁 793。該《示範法》指出先決問題是根據「本法」，即法庭地衝突規範來加以確定。請參閱趙相林主編，《國際私法教學案例評析》，頁 147。

⁵⁸ 李晶，《國際私法中先決問題的法律適用》，孫南申、杜濤主編，《當代國際私法研究—21 世紀的中國與國際私法》（上海：上海人民出版社，2006 年），頁 116。

⁵⁹ 鄧杰，《國際私法總論》，頁 122。

⁶⁰ 齊湘泉主編，《涉外民事關係法律適用法》，頁 88。

區在立法當中應當規定先決問題的構成要件，但不宜對其解決進行硬性規定，可以以司法解釋的形式，對解決先決問題時應當考慮的因素加以規定。同時，通過若干典型判例的公佈，為法官提供具體的操作指導。這樣法官可以在審判實踐中，首先依大陸地區的觀念確定先決問題是否存在，進而在諸要素的指引下，根據案件的具體情況靈活決定應適用的法律。⁶¹

《綠色民法典草案》附編第十九條規定：「國際民事案件或事項的主要問題的解決依賴於另一問題的解決的，後者為先決問題。先決問題所涉及的民事關係的法律適用應依其性質，根據本附編確定。」

《立法建議稿》第十二條規定：「先決適用法院地的衝突法。但如果依法院地法不能解決的，可以適用當事人選擇的法律。必要時由法官根據先決問題與爭訟問題準據法所屬國、法院地國、對其有管轄國家的關係來判斷，適用與之有最密切聯繫的國家的衝突規則。」

《民法典草案》第九編第八條規定：「對於涉外民事爭議的先決問題，應當根據該先決問題的自身性質確定其所應當適用的法律。」

這一規定填補了大陸地區立法目前沒有規定先決問題的空白，將結束大陸地區司法實踐中對先決問題無法可依的狀態。立法中強調應從先決問題的自身性質出發確定應當適用的法律，這尊重了先決問題的獨立性，考慮到其自身的特色和需求，反映了現代國際私法中的現實主義的傾向。但是該條對先決問題準據法確定的規定過於簡單、籠統。「根據先決問題的自身性質確定其所應當適用的法律」，這一規定實際上意味著在大陸地區對該先決問題有管轄權的情況下，法院根據先決問題自身性質，按照法庭地的衝突規則選擇先決問題的準據法。但何謂「先決問題自身性質」？法條沒有明示，法官還需進一步判斷，因而立法需要對其進行明確的解釋，這是其一。其二，這一規定排斥了主要問題準據法所屬國的衝突規則和對先決問題有管轄權國家衝突規則的適用，這使得先決問題準據法的選擇單一，過於機械。特別是忽略對先決問題有管轄權國家衝突規則的適用，這可能導致出現這樣一種情況，即大陸地區對該先決問題無管轄權，另外一個國家有專

⁶¹ 蕭永平、王葆蒔，〈國際私法中先決問題的理論重構〉，《武漢國際法評論》，第3卷，2005年5月，頁58。

屬管轄權，但案件由大陸地區法院審理，並按大陸地區衝突規範進行法律選擇，這樣形成的判決其合理性、公正性不能不令人懷疑。⁶²

論者以為，上述《示範法》和《民法典草案》第九編中對先決問題的規定，採納的是法庭地法原則。這個原則雖然對於法院而言簡便易行，也符合很多國家的司法實踐，但沒有對先決問題區分對待，顯然過於僵硬，不利於對個案的合理解決和當事人利益的平衡，⁶³有關問題仍然會是一個複雜問題，易出偏差。⁶⁴但有學者認為，《民法典草案》第九編規定非常不明確，沒有說明到底是依據法庭地衝突規範，還是依據主要問題所屬國衝突規範進行解決。⁶⁵因此，不如像臺灣地區《第一稿》一樣，不予規定為好。⁶⁶本文以為，也許就是這樣的原因，《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿對先決問題即無作出任何規定。

從立法形式來看，《示範法》及《綠色民法典草案》附編皆明確規定先決問題採法庭地法原則來解決，《立法建議稿》則先以當事人意思自主原則解決，必要時再採關係最密切法則來解決，而《民法典草案》第九編規定卻有點開倒車，有上述學者提出的「模糊性」疑慮。如以保護當事人立場著眼，本文以為，《立法建議稿》在解決先決問題上，是為最妥適的規定。

第二節 臺灣地區相關草案條文之探討

《原稿》屬於「通則」範圍的條文為第一章「總則」及第三章「法律之適用」第一節「通則」之部份條文，共有二十二條。內容包括：第一條「法源」、第二條「國際條約的補充適用」、第三條「職權適用」、第四條「外國法的適用」、第五條「外國法的證明」、第六條「囑託調查外國法」、第七條「外國法無法查明之適用順序」、第八條「外國法之比照適用」、第九條「國民待遇」、第十條「法人之認許與例外」、第十一條「法人未經認

⁶² 屈廣清，《屈氏國際私法講義》，頁 155。

⁶³ 王葆蔘，《國際私法中的先決問題研究》（北京：法律出版社，2007 年），頁 280。

⁶⁴ 同註 19，頁 147。

⁶⁵ 杜濤，《國際私法的現代化進程—中外國際私法改革比較研究》（上海：上海人民出版社，2007 年），頁 205。杜濤、陳力，《國際私法》，頁 207。趙相林主編，《國際私法教學案例評析》，頁 147。

⁶⁶ 杜濤，〈從外國國際私法之新發展看海峽兩岸國際私法之修訂〉，《華岡法粹》，第 36 期，2006 年 11 月，頁 215。

許之責任」、第二十三條「定性」、第二十四條「先決問題」、第二十五條「公序良俗」、第二十六條「規避法律」、第二十七條「國籍之得喪」、第二十八條「國籍之積極衝突」、第二十九條「國籍之消極衝突」、第三十條「住所之得喪」、第三十一條「住所之積極衝突」、第三十二條「一國數法」、第三十三條「反致」。

《初稿》屬於「通則」範圍的條文為第一章「通則」，共有十六條。內容包括：第一條「法源」、第二條「公序良俗」、第三條「國籍之積極衝突」、第四條「國籍之消極衝突」、第五條「住所之積極衝突」、第六條「一國數法」、第七條「反致」、第八條「規避法律」、第九條「先決問題」、第十條「不便利法庭原則」、第十一條「國際訴訟競合」、第十二條「仲裁協議」、第十三條「排他管轄」、第十四條「涉外身分民事確定裁判之承認」、第十五條「外國法院確定裁判之承認」、第十六條「無管轄權之推定」。

《第一稿》及《討論稿》屬於「通則」範圍的條文為第一章「通則」，共有八條。內容包括：第一條「法源」、第二條「國籍之積極衝突」、第三條「國籍之消極衝突」、第四條「住所之積極衝突與消極衝突」、第五條「一國數法」、第六條「反致」、第七條「規避法律」、第八條「公序良俗」。

本文以下也以定性、反致、規避法律、公序良俗、一國數法、外國法的查明、先決問題等順序，依序探討臺灣地區相關草案的條文內容。

第一項 定性

關於定性問題，臺灣地區四項草案版本僅有《原稿》有明文規定。《原稿》第二十三條規定：⁶⁷「涉外民事事件之性質，由法院定之。但被告不爭執者，得依原告之主張。」其立法理由為：「定性在國際私法上，具有重要意義，法院應依職權決定涉外民事事件之性質，無須受當事人主張拘束。惟若原告之主張，被告不爭執時，基於訴訟經濟之原則，法院得尊重當事人之合意。至於法院在依職權決定涉外民事事件之性質時，應以何種理論為標準，學說與實務上約有四說。目前實證法或判例多採法庭地法說，屬便宜舉措；新趨勢則採最重要牽連關係說，但充滿不確定性。故此處不另設標準，由法院自行依最

⁶⁷ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》（台北：司法院編印，2002年），頁159-160。

適用之判斷形成觀念。參考之外國立法例：奧地利 1978 年國際私法第一條、⁶⁸匈牙利 1979 年國際私法第三條、⁶⁹羅馬尼亞 1992 年國際私法第三條。⁷⁰」

至於《初稿》刪除定性條文的理由為：定性之問題在之前提出之《原稿》草案曾予以明定，後經委員會討論後認為無規定之必要，故《初稿》草案對定性問題已不再明文規定。⁷¹而《第一稿》刪除定性條文的理由為：⁷²「定性和先決問題的規定在本稿草案被刪除的主要原因，是誠如各位委員所知，在國際私法上的定性和先決問題，乃是在決定涉外民事事件的準據法的必經過程，它的問題類型屬於涉外程序中的一環；不過從目前各國國際私法發展的情況來看，如果定性或先決問題要在國際私法上特別予以討論，是因為此等問題的準據規範迄今仍然沒有統一的標準。在這種情形下，研究小組判斷認為，如果本稿草案要對此等問題為明文規定，勢必要規定定性的標準為哪一國的法律規範，以及先決問題的解決依據為哪一國的國際私法，但上述權限在現階段，顯然又應該交由臨案審斷的法官來決定較妥，因此如果要在本稿草案規定定性或先決問題，其結果只能規定在涉外民事程序中有此等問題存在，而不宜以立法手段規定此等問題之解決方案。所以研究小組認為，即使國際私法的法典中未規定定性和先決問題，法院的法官在涉外民事的準據法的決定過程中，也會碰到定性和先決問題，如果在法典中對於定性和先決問題予以明文規定，勢必無法迴避定性和先決問題的標準問題，如此一來，對於法官在個案中決定定性和先決問題的標準的結論的形成，將形成一些限制。因此，研究小組認為，定性和先決問題如由將來臨案審斷的法官，在個案之中為充分的衡量，並作出

⁶⁸ 1978 年奧地利《國際私法》第一條規定：「(一) 與外國有連結的事實，在私法上，應依與該事實有最強聯繫的法律裁判。(二) 本聯邦法規(衝突法)所包括的適用法律的具體規則，應認為體現了這一原則。」請參閱李雙元等編，《國際私法教學參考資料選編上冊—總論·衝突法》，頁 365。

⁶⁹ 1979 年匈牙利《國際私法》第三條規定：「(一) 如果在法律關係中對於事實或關係的性質有爭議，應根據匈牙利法律規則和概念決定適用的法律。(二) 如果匈牙利法律未規定某種法律制度，或者以另一種形式或名稱承認法律制度，並且不能僅從解釋匈牙利法律規則予以確定，在決定它的法律性質時，也應斟酌規定這種法律制度的適當的外國法律規則。」請參閱李雙元等編，《國際私法教學參考資料選編上冊—總論·衝突法》，頁 257。

⁷⁰ 1992 年羅馬尼亞《關於調整國際私法法律關係的第一百零五號法》第三條規定：「如果對於所適用法律的確定取決於如何對某一司法制度或某一法律關係進行識別，則依羅馬尼亞法律所作的識別為起決定作用的法律識別。」請參閱李雙元等編，《國際私法教學參考資料選編上冊—總論·衝突法》，頁 271。

⁷¹ 陳榮傳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編(一)》，頁 509。

⁷² 陳榮傳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十七次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十七次會議紀錄，2003 年 9 月 26 日，頁 10-11。

明確的決定，透過案例的累積，將來還是會對其標準逐漸形成某種見解，所以現階段暫時不必在立法上先下定論，而將其委由法院於具體個案中決定，以逐漸形成其見解。以上是研究小組當時評估的重點，其結果是認為以本稿草案的格局而言，定性和先決問題暫時不必予以明文規定。」

臺灣地區學者王志文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十七次會議中曾指出，《第一稿》草案將定性與先決問題之規定刪除殊為可惜，假使未來修正通過之《涉外民事法律適用法》缺乏這方面之規定似乎將是一大遺憾。王教授亦進一步建議，草案《原稿》及《初稿》中原本已經納入之條文而在《第一稿》草案中遭到刪除之部分，值得再作更謹慎之檢討。⁷³亦有學者認為，現行《涉外民事法律適用法》對甚多輔助法規未予規定，致適用時頗感不便，或因此而妨礙涉外案件之正確審理，也未可知。對學說上討論已久，外國立法例均有先例，在審理案件時不可或缺之一些規定，實無理由讓其空白，例如定性似有明文規定之必要。⁷⁴

本文以為，誠如《原稿》立法說明指出學說與實務上對定性問題約有四說，雖判例多採法庭地法說，但依臺灣地區法律制度，法官仍得依自己之見解進行裁判，如裁判對定性問題見解與判例有所抵觸時，僅屬判決是否違法問題。當事人如不服，仍須上訴第二審或第三審，尋求救濟以獲得正確之裁判。因此，如一開始即於《涉外民事法律適用法》中明訂定性問題之條文，法官於審判中即不能「明目張膽」地不受該法之拘束，而作出不符該法規定之裁判。如此一來，除能增進審判效率外，更能避免違法判決之產生，使涉外事件當事人能夠迅速獲得正確無誤之裁判。另外，徐慧怡教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議中曾指出：⁷⁵「本章（《原稿》第三章「法律之適用」）以定性作為首條規定，因定性之重要性不言可喻，第一章總則已有涉外民事事件時應依職權適用本法，故本節（《原稿》第三章第一節「通則」）即呼應第一章總則第三條之規定，將定性置於本章，由法院依職權適用法律，換言之，不但可以避免當事人在國際私法未允許其選擇法律之部分，自行選擇法律以規避國際私法之適用外，亦希望

⁷³ 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11。

⁷⁴ 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5。

⁷⁵ 徐慧怡教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁99。

貫徹訴訟經濟，當事人只須陳述相關之事實，法律問題完全委由法院分析解決，例外在不影響訴訟之公平正義下，法院得依當事人之主張來定性，此乃定性部分較為特殊之設計。」故臺灣地區學者指出應增訂定性規定之見解，誠值贊同。

第二項 反致

反致制度在臺灣地區國際私法中頗受重視，《原稿》、《初稿》、《第一稿》及《討論稿》中皆仍存在反致的條文，且迭經變更。

在《原稿》第三十三條中，有關反致的條文係採兩案並陳方式，分為甲、乙兩案。甲案保留原《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。」其立法說明為：⁷⁶「反致，得在某部分之涉外案件中，調和國際私法之衝突，尤以在屬人法則國家本國法主義與住所地法主義法律之適用上，獲得一致之判決。參照各國國際私法，採國籍為連繫因素之國家，往往保有反致之規定，採住所地為連繫因素之國家，則未見反致之規定。我國非以移民為主之國家，復以國籍較諸住所地明確，不易變動，故宜保留反致之規定。現行法就反致之規定，範圍廣泛，理論完整，故保留原案。」乙案條文為：⁷⁷「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係而依中華民國法律者，適用中華民國法律。」其立法說明為：⁷⁸「各國立法例採反致之規定者，多僅及於直接反致，少見於轉據或間接反致。我國民國七年之法律適用條例第四條亦僅規定直接反致。現行法制定時，將其擴充兼採轉據與間接反致，且轉據反致並及於第四國，理論上雖一以貫之，實務上卻難以執行，且較諸世界採反致之其他國家，範圍委實過大。本草案將其修正，僅採直接反致，以減輕法官之負擔。參考之外國立法例：瑞士 1989 年國際私法第十四條、⁷⁹義大利 1995 年國際私法第十三條、⁸⁰奧地利 1978 年國際私法第五條、⁸¹匈

⁷⁶ 司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 178。

⁷⁷ 同註 76。

⁷⁸ 司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 179。

⁷⁹ 1989 年瑞士《國際私法》第十四條規定：「1.當準據法指定適用瑞士法或另一外國法時，此種規定只有在本法有此指示時，始予以考慮。2.有關人之身分，依外國法應適用瑞士法時，予以接受。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》（台北：三民書局股份有限公司，1991 年），頁 20。

⁸⁰ 1995 年義大利《國際私法制度改革法》第十三條規定：「1.在以下條文中指向外國法時，對外國國際私法向另一國家現行法律的反致應予考慮，如果：（1）依據該國法律接受反致；（2）反致指向義大利法律。2.第

牙利 1979 年國際私法第四條、⁸²南斯拉夫 1983 年國際私法第六條、⁸³德國 1986 年民法施行法第四條、⁸⁴日本 1989 年法例第三十二條、⁸⁵羅馬尼亞 1992 年國際私法第四條。⁸⁶」

參與討論之研究修正委員中，賴來焜教授主張維持原條文，即甲案條文，其認為：⁸⁷「臺灣地區民國七年時所制定之《涉外民事法律適用法》即採乙說，目的只有調合內外國法衝突的觀念，擴大內國法的適用，本席認為採甲說事實上也包括了乙說，包括直接、間接、轉據、重複反致，授權法官去選法使具體個案能作出最好的判決，本席認為採甲說有恢宏的氣度。」而林益山教授、林秀雄教授則贊成乙案條文，林益山教授認為：⁸⁸「說明中採用乙案在目前法官案件很多的情況下，對於法官辦案速度及無須找出其他許多國

一款應不適用於(1)本法規定根據有關當事人的法律選擇而適用外國法的情況；(2)行為的法定形式；(3)與本篇第十一章規定有關的情況。3.對於第三十三條、第三十四條和第三十五條中提到的情況，只有當所指向的法律允許確定父母子女關係時，對此反致才應予考慮。4.在本法規定可以適用國際公約的任何情況下，公約中採用的關於反致問題的解決方式應予適用。」請參閱李雙元等編，《國際私法教學參考資料選編上冊—總論·衝突法》，頁 344-345。

⁸¹ 1978 年奧地利《國際私法》第五條規定：「1.依本法適用外國法時，包括其國際私法。2.依外國法之指示，反致適用奧國法時，適用奧國之實體法（國際私法以外之法規）；如反致適用第三國法時，進一步反致即應考慮，但依應適用之法律不再反致出去，或依其他法律第一次回頭反致適用某國法時，即適用其實體法。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，頁 300-301。

⁸² 1979 年匈牙利《國際私法》第四條規定：「本法指定適用外國法時，其指定係指向外國法之實體規則（直接規範、實體法）。但如該外國法就該特殊問題，指定適用匈牙利法時，適用匈牙利法。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，頁 311-312。

⁸³ 1983 年南斯拉夫《新國際私法（內外國間就特定事項之法律規定衝突之解決法）》第六條規定：「1.依本法或其他聯邦法律應適用外國法時，亦應斟酌其準據法選擇之規定。2.外國選擇準據法之規則反致於南斯拉夫社會主義聯邦共和國之法律時，應不斟酌其選擇其他準據法之規定而適用南斯拉夫社會主義聯邦共和國之法律。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，頁 343。

⁸⁴ 1986 年德國《民法施行法》第四條規定：「1.引致外國法律者，於不違背引致意旨之限度內，亦引致其國際私法。該外國法反致於德國法者，則適用德國之實體法規定。2.當事人之選擇適用某國法律，其引致僅限於實體規定。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，頁 385。

⁸⁵ 1989 年日本《法例》第三十二條規定：「應依當事人之本國法，而依其國之法律應依日本法律者，依日本之法律，但依第十四條（包括第十五條第一項及第十六條準用之情形）及第二十一條之規定，應依當事人之本國法者，不在此限。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，頁 406。2007 年 1 月 1 日施行之日本《關於法律適用之通則法（法の適用に関する通則法）》，已將反致條文移至第四十一條規定。請參閱《日本電子政府法令查詢提供系統》，〈<http://law.e-gov.go.jp/announce/H18HO078.html>〉，最後上網檢視日期：2008 年 8 月 11 日。《關於法律適用之通則法》第四十一條規定：「應依當事人本國法，依該國法應依日本法時，依日本法。但依第二十五條（含在第二十六條第一項及第二十七條中準用時）或者第三十二條規定應依當事人本國法時，不在此限。」請參閱崔紹明譯，〈法律適用通則法〉，中國國際私法學會、武漢大學國際私法研究所主辦，《中國國際私法與比較法年刊 2007 第十卷》，頁 461。

⁸⁶ 1992 年羅馬尼亞《關於調整國際私法法律關係的第一百零五號法》第四條規定：「如果根據以下規範所確定的外國法律反致回羅馬尼亞法律，只要沒有其他明確規定，則應該用羅馬尼亞法律。外國法律對另一外國法律的轉致無效。」請參閱李雙元等編，《國際私法教學參考資料選編上冊—總論·衝突法》，頁 271-272。

⁸⁷ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 116-117。

⁸⁸ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 107。

家相關立法例的便利下，我個人贊成乙案。」林秀雄教授則指出：⁸⁹「第三十三條反致部分，我贊成採乙案，我國學者常批判我國關於反致規定過於複雜，採乙案則非常簡單，不過理由不應是爲了減輕法官負擔，而是要達成內外國判決一致的目標。但需達成內外國判決一致的結果，原則上需本國法不承認反致情形下才能達成，所以乙案中依其本國法，需其本國法不承認反致，而就該法律關係需依中華民國法律者，才適用中華民國法律，否則該國亦承認反致，最後還是適用該國法律，各自適用本國法律，仍無法達到外國判決一致的結果。」

《初稿》關於反致的條文，採取《原稿》的甲案，即保留原《涉外民事法律適用法》第二十九條規定，移列爲《初稿》第七條。研究修正委員對《初稿》條文的設計，仍有一番辯論，主要焦點仍爲是否保留原《涉外民事法律適用法》第二十九條規定，或是只採取「直接反致」內容即可。曾陳明汝教授首先指出原《涉外民事法律適用法》第二十九條規定，無法解釋出有「直接反致」。其認爲：⁹⁰「就該條規定之立法技術加以剖析，亦值得商榷。蓋條文中，『其他法律』字樣總共出現五次。第一、二、三次出現之『其他法律』係指同一法律。第四次係指另一法律。適用第二個『其他法律』時，係採二級反致。適用第四個其他法律時，則爲擴充適用，筆者尚不敢妄稱其爲三級反致。至於但書內之『其他法律』究係何指，並不明確。如爲第二個，則爲間接反致，如爲第四個，則不知該屬何種反致矣。而嚴格說來，在該條文中竟找不出一級反致，其不合邏輯之處，莫過於斯。亦唯有將第一與第二個『其他法律』解釋爲包括『中華民國』或將但書內之『其他法律』勉強解釋爲相當於當事人本國法時，始有直接反致之可言。同一條文中，『其他法律』代表好幾種不同之法律，解釋上，煞費苦心，且不合邏輯。」

主張保留原《涉外民事法律適用法》第二十九條規定的研究修正委員，如賴來焜教授指出：「本席認爲第二十九條應予保留。且保留反致條款後，係可授權法官是否適用反致之自由裁量權。又反致在我國不會濫用，因爲我國僅限於特定『國籍』爲連接因素所成立準據法（本國法）始可反致，爲縱度深的立法，若反致真欲修改，可修改第一句話，

⁸⁹ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁110。

⁹⁰ 曾陳明汝教授所提「反致種類及現行法第二十九條立法技術」之補充資料，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁472-473。

使所有連繫因素所成立準據法準據法也得適用反致，以增加該條適用範圍之寬度。⁹¹……本國如仍採硬性法則，即由立法者預設國籍、住所、居所，在此情形下反致之規定應予保留，現行法第二十九條中雖有『應』適用該其他法律之規定，如詳讀其立法說明書，將發現立法者之原意為是否反致均可，授權法官決定之，即反致時按本國之國際私法選法，而反致時即按第一國或第二國之國際私法選法，該『應』字本有授與法官自由裁量權之意，部分教科書更將之解釋為『得』字，而本席記憶中保留現行法第二十九條有三個原因，即：一、共同之邏輯基礎；二、各類反致有其獨特之作用及優點；三、具體表明所適用之外國法包含衝突法或外國國際私法之選法法則。⁹²」馬漢寶教授也認為：⁹³「若要保留原條文，並要突顯直接反致之規定，可否將第七條第一項修正為：『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中華民國法律者，依中華民國法律。』其後再為其他規定。」贊同上述說法者，還有藍瀛芳教授：⁹⁴「只要有本國法與住所地併存之涉外案件，即有反致適用餘地，因此反致規定有其存在必要。實務上反致之適用並不多見，若再限縮反致範圍，將使反致規定形同虛設，因此本席暫時認為本條不予修訂為妥。」

林秀雄教授與林益山教授則仍然只贊成採直接反致之規定。林秀雄教授認為：⁹⁵「本席贊同曾陳委員明汝之意見，反致限於直接反致較為妥當。蓋若太廣泛承認二級反致或間接反致，恐無法達到判決一致之目的。因此為達成判決一致之目的，本席認為本條應有：當事人本國法、直接反致及適用之當事人本國法須不承認有反致等幾個限制。又反致在理論上本就矛盾，因其適用他國實質法，即包括國際私法中之反致條款，使反致之引用變成反致之自殺。因此為達判決一致之目的，允許在某個特殊情形下有直接反致，作一最低限度之限制方較妥當。反致如果規定太廣泛，會造成法官無從適用之困擾。若

⁹¹ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 504。

⁹² 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 521-522。

⁹³ 馬漢寶教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 521-522。

⁹⁴ 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 505-506。

⁹⁵ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 505-506。

放縱法官在具體個案自行決定應否適用反致，會造成適用法規顯有錯誤之違法。因此本條不宜太廣泛，應盡量限縮，讓法官明確瞭解本條之適用。」林益山教授則認為：⁹⁶「原則上本席贊同舊草案中之乙案，即文字簡單採直接反致，讓法官易於明瞭適用。又各國立法中採直接反致之國家為數不少，如瑞士、義大利、奧地利、匈牙利、南斯拉夫、德國、羅馬尼亞等等，因此本席認為反致規定採直接反致即可。」

《第一稿》及《討論稿》第六條皆規定：「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，亦同。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」

《第一稿》立法說明為：「現行條文第二十九條移列為修正條文第六條，並增訂直接反致之明文，規定依本法適用當事人本國法時，如依其本國法應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」《討論稿》立法說明則為：⁹⁷「一、現行條文第二十九條，移列為第六條，並增列『其本國法或』等文字。二、直接反致在現行條文之規範依據，學說上頗有爭議，爰於但書增列『其本國法或』等文字，俾直接反致及間接反致，均得以本條但書為依據。」

本條如此設計之原因，依研究小組之分析，有下列三項原因：⁹⁸

一、中段之規定確立全部反致之原則，乃現行條文之基本精神，此一立法原則目前雖屬罕見，惟其畢竟為本法之特色，並足以彰顯各國反致條款效力之平等，故建議予以保留。

二、本條但書為反致條款之最基本規定，並為各國之反致條款所共同採納，故建議予以保留。

三、現行規定之立法理由，已指出本條規定包括直接反致在內，縱其文字仍未臻明確，而發生直接反致之依據為何之疑問，修正草案之增訂「其本國法或」等文字，固將解決直接反致之明文依據問題，但其重點是在反映現行條文立法精神之具體內容，與單

⁹⁶ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 506。

⁹⁷ 司法院編，《涉外民事法律適用法研究修正資料（民國 94 年 11 月 25 日會議資料）》（台北：司法院，2005 年），頁 23-24。

⁹⁸ 司法院編，《涉外民事法律適用法研究修正資料（民國 94 年 11 月 25 日會議資料）》，頁 107-108。

純增訂某一原則者尙有不同，故建議修正說明中避免使用類似「增訂」直接反致規定之用語。

在經過研究修正委員激烈討論後，作出保留反致規定之結論，⁹⁹惟本條草案條文中間之「依該其他法律更應適用其他法律者，亦同」這一句話刪除，其餘文字則依草案條文修正版本。¹⁰⁰但學者間對本條之立法仍有爭議，賴來焜教授除認為應保留反致之規定，並堅持上述條文中間那一段應該要保留，至少考慮三個國家的國際私法去選擇最適當之準據法；¹⁰¹多數學者則贊同上述結論，但理由多有不同，分別敘述如下：

一、馬漢寶教授表示：¹⁰²「本條問題出在『依該其他法律更應適用其他法律者，亦同』這一句，不論這種反致在學說上有何名稱，此種反致是『反出去再反出去』，不是回到原來法院地的直接反致。下一句『但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律』，此乃修改後之條文，因為直接反致在原條文中不是這麼明顯，雖然有辦法用解釋解決，但並不很妥當，因此加上這一句，以突顯直接反致和間接反致。中間這據條文是要再反致出去，有人認為如此會一直反致下去，但事實上大家都知道，反致需要不同『連繫因素』完成，用完即止，因此不會有此問題。針對『依該其他法律更應適用其他法律者，亦同』這一句，本席認為沒有必要，因為關於反致之規定，已經足夠。」

二、曾陳明汝教授認為：「依該其他法律更應適用其他法律者，亦同。這一段不曉得應該稱為那一種反致，從二、三十年前就一直懷疑，到現在這個條文還在，我還是懷疑到底應該稱它為那一種反致，因為草案但書裡面的『依其本國法或該其他法律應適用中

⁹⁹ Siehr教授也認為依反致條款之規定限縮本國法之適用，應有其實益。請參閱司法院編，《涉外民事法律適用法研究修正資料（民國94年11月25日會議資料）》，頁103。

¹⁰⁰ 馬漢寶教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，2006年1月9日，頁7。

¹⁰¹ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁6-7。賴來焜教授認為：「大法官在追求妥當性時，亦爰引此二立法理由：第一，調和內外國國際私法，就法令適用法則之衝突，已不再是針對調和本法衝突的問題，只要是數個國籍，依本法適用當事人本國法，包括契約、船舶國籍、物權等，已突破當初調和本法的衝突，只要是兩個國家選法不同皆可適用；第二，由於各國立法有成文、不成文之規定，參照外國適用法則，對於系爭法律關係選擇最適當之準據法，因此除了考慮中華民國國籍法外，準據法所屬國第一個國家所屬國際私法跟臺灣國際私法不同，只考慮中華民國跟準據法所屬國之國際私法，因此只有直接反致跟一等的轉據反致，本人堅持中間這一段應該要保留，至少考慮三個國家的國際私法去選擇最適當之準據法。」

¹⁰² 馬漢寶教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁3。

華民國法律者，適用中華民國法律。」但書的第一句話就是『直接反致』，也就是『一級反致』，『或該其他法律應適用中華民國法律者』這個就是『間接反致』，中間這段應稱為什麼反致，這也是本席提出來請教各位前輩的問題。¹⁰³……其實反致所要解決二國法律之衝突，主要在解決本國法跟住所地法之衝突，用一級反致解決問題即已足，正如同剛才馬老師所言，本條文包含直接反致、二級反致和間接反致，若將中間『依該其他法律更應適用其他法律者，亦同』刪除，尚有三種反致，且中間那段擴大反致之適用誠無必要，因此本席贊同將此段刪除。¹⁰⁴」

三、林秀雄教授認為：「第六條為反致之條文，我國之反致條文讓人百思不得其解，且很多學者亦著有專論提出批評，正如鑿鐵錚老師所言，反致條款除在某特定條件下可實現內外國判決統一外，其他毫無價值可言。反致既為學者批判，我國有無必要廣泛承認，尤其從立法技術來看，前段與但書應是原則與例外之關係，但本條前段太長，長到不知道但書之射程範圍在何處。若真要承認反致之存在，則『再轉據反致』似無存在需要，蓋直接反致、間接反致、轉據反致既已承認，若再承認再轉據反致，似乎太廣泛了，事實上如此規定，是無法實現內國判決統一之目的。¹⁰⁵……本席相當贊同曾陳老師的意見，限於直接反致，若要規定，應該進一步限制我們選用的外國法不承認反致才能實現此目的，且應侷限在屬人法事項。最起碼中間這段要刪除。¹⁰⁶」

四、徐慧怡教授認為：¹⁰⁷「剛剛從各位委員的說法中，我想是否能從另外一個角度來看，反致理論之所以發展，除了因為屬人法二大原則的存在，希望得到判決一致外；最初的另一個目的，也有希望能適用內國法的用意。前者，從諸位教授的研究論文中可發現，希望得到判決一致的目的者，在一定之條件下，某些直接反致與轉據反致，是可以得到一致的判決的。對於間接反致，縱然不能達到判決一致之目的，但內國法院的法

¹⁰³ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議紀錄，2005年11月25日，頁5-6。

¹⁰⁴ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁5。

¹⁰⁵ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議紀錄，頁12。

¹⁰⁶ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁6。

¹⁰⁷ 徐慧怡教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁5-6。

官仍有機會在合於法理之下適用內國之法律，在實務作業上仍會有幫助。故就反致條文而言，本人贊成保留，而僅將中間那段取消。」

五、王志文教授認為：¹⁰⁸「本席原則上贊同馬主席看法，將中間那一段刪除。草案第六條若不保留，等於回到原來之法律適用條例第四條之規定，所以應否考慮到半世紀前涉外民事法律適用法草案提出時，立法者之想法與方向，其認為本草案擬擴充之，兼採轉據與間接反致。」

承上所述，《討論稿》最後出爐之草案條文規定為：「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。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」立法理由則為：「一、條次變更。二、現行條文關於反致之規定，兼採直接反致、間接反致及轉據反致，已能充分落實反致之理論，惟晚近各國立法例已傾向於限縮反致之範圍，以簡化法律之適用，並有僅保留直接反致之例，爰刪除現行條文中段『依該其他法律更應適用其他法律者，亦同』之規定，以示折衷。三、直接反致在現行條文是否有明文規定，學說上之解釋並不一致，爰於但書增列『其本國法或』等文字，俾直接反致及間接反致，均得以本條但書為依據。」¹⁰⁹本文以為，其中包括直接反致、¹¹⁰間接反致¹¹¹及轉據反致。¹¹²學者認為前述修正宗旨，本在簡化反致類型。但修正後文字，似乎並無簡化反致類型之效。本條修正雖去除現行《涉外民事法律適用法》第二十九條中段之爭議段落，然而就反致類型之簡化，尤其是間接反致之各國少採部分，並未刪除。此等修正建議文字，與修正宗旨似有不符。本條修正理由第三點所明言「俾直接反致及間接反致，均得以本條但書為依據」，相對於修正理由第一點之「晚近各國立法例已傾向於限縮反致之範圍，以簡化法律之適用」，兩

¹⁰⁸ 王志文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁7。

¹⁰⁹ 司法院編，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二十九次會議修正草案總說明資料，2007年6月1日，頁5-6。

¹¹⁰ 《討論稿》第六條但書：「依其本國法應適用中華民國法律者，適用中華民國法律」，此屬於「中華民國法→當事人本國法→中華民國法」之「直接反致」。

¹¹¹ 《討論稿》第六條本文與但書：「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係，需依其他法律關係而定者，應適用該其他法律。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」，屬於「中華民國法→當事人本國法→其他法律→中華民國法」之「間接反致」。

¹¹² 《討論稿》第六條本文：「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係，需依其他法律關係而定者，應適用該其他法律」，此屬於「中華民國法→當事人本國法→其他法律」之「轉據反致」。

相比較，似有矛盾之處。各國立法例上，多僅有直接反致與轉據反致，因此建議如欲與國際間減少反致類型、簡化法律適用趨勢一致，本條修正，但書部分宜刪除「或該其他法律」字樣，於但書僅設計「直接反致」類型較為妥適。¹¹³

第三項 規避法律

規避法律在臺灣地區現行《涉外民事法律適用法》並未規定，而在臺灣地區四個草案版本中，則皆有明文。

《原稿》第二十六條規定：¹¹⁴「為達到適用外國法律之目的，而故意規避中華民國法律之強制或禁止規定者，仍適用中華民國法律。」其立法說明為：「相對於內國法之『脫法行為』，當事人故意藉變更連繫因素而逃避原應適用之內國法律，求得有利於己外國法律之適用者，為國際私法上之『規避法律』。規避法律問題之解決，各國法制相當不一致，學說見解，亦尚未定型。過去有依據『權利濫用』或『公序良俗』之理論者，有強調變更『善意』者，亦有採用『法律詐欺』之觀念者，均在否認規避法律之效力。連繫因素之變更，是否確有規避內國法律之故意，並非完全無法判斷，故對顯有故意規避之行為，自不應姑息，否則易生不公平之現象，爰增定此條文。參考之外國立法例：瑞士 1989 年國際私法第四十五條、¹¹⁵匈牙利 1979 年國際私法第八條、¹¹⁶南斯拉夫 1983 年國際私法第五條。¹¹⁷」

參與討論之研究修正委員中，僅有林秀雄教授對本條發表意見，其認為：¹¹⁸「第二十六條法律迴避的問題，直接適用中華民國法律時會發生雙重屬人法適用的問題，即對其所迴避事項，適用中華民國法律不予承認，但對其他人法的事項，又不得不承認其新

¹¹³ 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 67。

¹¹⁴ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 165-166。

¹¹⁵ 1989 年瑞士《國際私法》第四十五條規定：「1. 在外國有效成立之婚姻，瑞士亦予承認。2. 締結婚姻之男女，一方為瑞士國民或雙方在瑞士均有住所者，其在外國締結之婚姻，除當事人顯有規避瑞士法所定婚姻無效事由之意圖外，予以承認。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，頁 68。

¹¹⁶ 1979 年匈牙利《國際私法》第八條規定：「1. 涉外成分係由當事人虛擬地或詐欺地設定時，不適用該外國法。2. 在詐欺之情形，原應適用之法律應予適用。」請參閱劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，頁 312。

¹¹⁷ 1983 年南斯拉夫《新國際私法（內外國間就特定事項之法律規定衝突之解決法）》第五條規定：「依本法或其他聯邦法律應適用之外國法，如其適用之目的係在規避南斯拉夫社會主義聯邦共和國之法律之適用者，不適用之。」同註 82。

¹¹⁸ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 109-110。

國籍部分，換言之，對其所迴避事項適用我國法，對迴避事項以外的事項適用新國籍的法律，會產生雙重屬人法的適用。又另會造成跛行的現象，即新國籍的法律承認其新迴避的事項，我國不承認，會造成內外國判決不一致的結果。」

《初稿》第八條規定：¹¹⁹「涉外民事事件原應適用中華民國法律之強行規定，但當事人以不正當之方法，使其準據法為外國法時，仍適用中華民國法律之強行規定。」其立法說明為：「一、本條新增。二、按涉外民事事件原應適用中華民國法律，但當事人以不正當之方法，巧設連繫或連結因素，致其準據法為外國法，而迴避中華民國法律強行規定之適用時，即學理上所稱規避法律。為維持連繫或連結因素之客觀、公平，爰規定其仍應適用中華民國法律，以杜爭議。」

參與討論之研究修正委員中，可簡單區分為贊成明文規定與反對明文規定二種不同意見：

一、贊成明文規定說：

(一) 曾陳明汝教授認為規避我國法對象應增加禁止規定，¹²⁰其指出：¹²¹「本席對於第八條文字上有一些意見，法律之強行規定應包括禁止規定，所以『……，但當事人以不正當之方法，使其準據法為外國法時，仍適用中華民國法律之強行規定。』建議可修正為：但當事人以不正當之方法規避中華民國強行或禁止之法律規定時，仍適用中華民國法律之規定。」

(二) 藍瀛芳教授認為：¹²²「我認為在目前地球很小的情況下，不要一直立法保護自己的法律，國際私法若要求具有穩定性的話，就應具有國際觀。僅因應適用中華民國法律，但當事人以不正當之方法，使適用外國法律，就認其規避法律，仍適用中華民國法律，這似乎僅將範圍侷限在保護中華民國法律之適用。我建議立法時應具有某程

¹¹⁹ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁395-396。

¹²⁰ 規避法律中強制性和禁止性規定的討論，請參閱金彭年、吳德昌，〈法律規避中的強制性和禁止性法律規範研究〉，發表於「玄奘大學第一屆兩岸法學會議」研討會（新竹：玄奘大學法律學院，2005年6月10-11日），頁149-160。

¹²¹ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁346。

¹²² 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁510。

度之國際觀，依《涉外民事法律適用法》之原則，應適用特定國家之法律，當事人以不正當方法變更連繫因素，致適用其他國家法律的話，這都屬於法律規避的問題。例如，應適用日本法，當事人以不正當方法變更連繫因素，致適用韓國法，應認為係法律規避的問題。所以，不宜限於規避中華民國法律，才是規避法律，範圍放寬一些，較為妥當。¹²³」

(三) 賴來焜教授指出：¹²⁴「就是否要明文規範的觀點來看，大多數國家是沒有規定，在這個概念還不是很明確之情形下，學理上雖有討論，但效果及對策部分，將來是絕對無效、相對無效還是相對有效，的確會發生爭執。所以，我個人建議不妨明文化。」

(四) 王志文教授認為：¹²⁵「我留意了1997年中國大陸所提出的國際私法示範法第十四條，有將規避法律的問題放入條文中，用的是『故意規避』等字眼，條文內容為『當事人故意規避中華人民共和國強制性或者禁止性法律規定的，不得適用當事人企圖適用之法律，其企圖成立的法律關係無效。』比我方所提草案規定的範圍涵蓋較廣。我個人對是否要將『規避法律』明文化沒有意見，但如果要明文化的話，文字上應該強調『故意規避』將條文用語更精確化。」

二、反對明文規定說：

(一) 林秀雄教授認為：¹²⁶「關於草案第八條，個人建議不要明文規定，理由如下：第一、因為要證明當事人以不正當之方式變更國籍相當地困難。第二、若我們以當事人規避法律為由，不承認當事人原來應適用之外國法律的話，可能會產生跛行的現

¹²³ 亦有臺灣地區學者贊同此種見解，其認為若在遇到被規避之法律為外國法之強行規定時，我國之修正條文則未對之加以處理，因此，無法對之加以限制。使人覺得規定的有點兒不夠完整（半調子），既然國際私法之目的係為達成判決一致性及保障當事人正當期待利益等，就應將國內法與國際法強行規定之規避系統加以規定，以達國際私法之立法目的。請參閱張孫福，〈論國際私法上之法律規避問題—兼評涉民法修正草案第八條〉，《東吳法研論集》，創刊號，2005年4月，頁129。

¹²⁴ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁512。賴教授還從其他其他面向探討本條規定，包括主觀要件、規避的客體及對象、規避的行為、司法解釋的發展等，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁511-512。

¹²⁵ 王志文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁513。

¹²⁶ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁510-511。

象。換言之，我國不承認當事人所規避之法律關係，但當事人變更國籍之後的新國家承認其法律關係時，會造成我國跟當事人變更國籍後之新國家之判決不一致之情形；復造成雙重的屬人關係，即當事人基於特定目的，而變更連繫因素時，我國不承認其變更，但對於其他屬人關係時，我國還是得承認其新國籍連繫因素的存在。第三、欲證明其變更連繫因素的動機非常困難，且將使整個法律關係處於不確定狀態。所以，我認為關於法律規避的問題，不宜明文規定於國際私法中。」

(二) 李復甸教授認為：¹²⁷「我的看法和林委員秀雄接近，假設法律行為發生債之關係的話，本來即可依當事人意思定其準據法，這部分並無問題。變更連繫因素致發生草案第八條所欲規範之情形，根本問題可用『公共秩序善良風俗』來解決，¹²⁸特別訂一個條文規範，我個人認為沒有必要。」

《第一稿》及《討論稿》第七條皆規定：「涉外民事之當事人，以不正當方法規避中華民國法律之強制或禁止規定者，仍適用該強制或禁止規定。」但二者立法說明不同，前者立法說明為：「一、本條新增。二、涉外民事事件原應適用中華民國法律，但當事人以不正當方法巧設連結因素或連繫因素，致應適用外國法，而規避中華民國法律強行規定之適用時，該連結因素或連繫因素已喪失真實及公平之性質，其法律之適用已難期合理，而有必要適度限制其適用，爰參考匈牙利國際私法第八條規定之精神，增訂明文規定如上。」後者立法說明則為：¹²⁹「一、本條新增。二、涉外民事事件原應適用中華民國法律，但當事人以不正當方法巧設連結因素或連繫因素，使其得主張適用外國法，而規避中華民國法律之強制或禁止規定之適用，並獲取原為中華民國法律所不承認之利益者，該連結因素或連繫因素已喪失真實及公平之性質，其法律之適用亦難期合理，實有適度限制其適用之必要。蓋涉外民事之當事人，原則上雖得依法變更若干連結因素或連

¹²⁷ 李復甸教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 510。

¹²⁸ 亦有大陸地區學者採相同見解，其認為在取消禁止法律規避制度之後，在法律系統維護自身和諧與穩定的整合過程中，作為與國際私法相伴相生的公共秩序保留制度堪當大任。因公共秩序保留制度實質上就是法律系統為了其本身的自治、和諧、穩定狀態的需要，對國家適用外國法律的行為予以規範。當由於某些特殊的情況的出現，依據一國的衝突規範將有可能使與本國法律系統不相協調的法律得到適用時，公共秩序保留制度就可以以「安全閥」的面目出現，充當最後的「保護神」。請參閱周江，〈國際私法中法律規避問題的再思考〉，《法律科學（西北政法學院學報）》，2007 年第 4 期（總第 160 期），2007 年 7 月，頁 157。

¹²⁹ 司法院編，《涉外民事法律適用法研究修正資料（民國 94 年 11 月 25 日會議資料）》，頁 26-27。

繫因素（例如國籍或住所），惟倘就其變更之過程及變更後之結果整體觀察，可認定其係以外觀合法之行爲（變更連結因素或連繫因素之行爲），遂行違反中華民國之強制或禁止規定之行爲者，由於變更連結因素或連繫因素之階段，乃其規避中華民國強制或禁止規定之計畫之一部分，故不應適用依變更後之連結因素或連繫因素所定應適用之法律，而仍適用中華民國之強制或禁止規定，以維持正當適用中華民國法律之利益。現行條文對此尚無明文可據，爰增訂明文規定如上。」

研究小組維持本條規定，主要有下列二點理由：¹³⁰

一、主張刪除本條者，多數認爲本條所欲規定之內容，依第八條關於公共秩序善良風俗之規定，即足以達其規範目的。¹³¹惟本條所強調者，爲「應適用」中華民國法律之強制或禁止規定；而第八條所著重者，則爲「不適用」特定之外國法，二者特定之內容並非相同。¹³²故建議在第八條之外，增訂本條關於禁止「規避法律」之明文規定。

二、按規避法律禁止之原則至今仍在發展之中，本草案規定規避法律應以「不正當方法」爲之者，始爲法之所禁。其之所以採取概括而不確定之法律概念，乃期待法院於審斷個案時，以具體之見解充實其內涵，故建議保留「不正當方法」之用語。

參與本條條文討論之研究修正委員中，仍可區分爲贊成明文規定與反對明文規定二種意見：

一、贊成明文規定說：

（一）林益山教授認爲：¹³³「草案第七條是規避法律的問題，這個條文擬的很好，不過，規避法律時一定會變更連繫因素，譬如說變更連繫因素而取得美國國籍，最

¹³⁰ 司法院編，《涉外民事法律適用法研究修正資料（民國94年11月25日會議資料）》，頁108-109。

¹³¹ 如Siehr教授雖然認爲規避法律的問題不必立法，只要適用公序良俗條款即可，但研究小組認爲有必要進一步予以分析、評估，經深入分析後，發現Siehr教授不是認爲規避法律的問題不必規定，而是認爲規避法律問題的性質，乃是違反公序良俗的問題。請參閱陳榮傳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議紀錄，頁18。

¹³² 馬漢寶教授認爲，「規避法律」與「公序良俗」雖有國外學者主張彼此可照顧，但兩者實爲不同之問題。「規避法律」是從法院地之觀點，認爲適用法庭地國自己之法規，且此爲強行規定，當事人故意逃避；違反「公序良俗」是外國法律違背國內之公序良俗。所以兩者並不相同，應分別以觀。請參閱馬漢寶教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁8。

¹³³ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十七次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十七次會議紀錄，頁11。

後適用美國的法律，依條文規定，如以不正當方法規避者，就不能夠適用美國的法律，但因為變更連繫因素而取得的美國國籍，是否有效？是不是需要在第七條規避法律規範之，即到底採用那一種學說，是相對有效說，還是絕對無效說等，這在理論上有相當大的爭議，共有五、六種學說，¹³⁴故應明文規定，以杜爭議。」

(二) 藍瀛芳教授認為：「本席就本條之看法是，如此規定等於未規定。蓋強制規定、禁止規定本來就是法官應當遵守的，當事人如何約定都無法排除其適用。法律規避問題原則上不是只規避強制法、禁止法，所以本條如此規定等於未規定。又本席適才說明違反強制規定、禁止規定與『公序良俗』是兩回事。例如有些國家規定某些法律行為必須公證。此為強行規定。可是其違反，不一定即違反公序良俗。『規避法律』通常為某種法律行為應依某某地方法律（本國法），當事人故意不用此法律而規避適用其他法律。所以『規避法律』應是如此規定，而非規定一定違反強制規定或禁止規定才有適用，因為如此無法達到規範『規避法律』之效果。¹³⁵強行法就是強行法，當事人與法官均應遵守，所以『不正當方法規避』之文字等於是多餘，本席認為若要規定『規避法律』應非此種文字。¹³⁶」

(三) 曾陳明汝教授認為：「『規避法律』之問題與『公序良俗』是不同地，正如適才有委員提到之違反法律強制禁止規定不一定違反公序良俗，因為每個國家法律有其特別之強制或禁止規定。草案第七條若要保留，並非不可，蓋在美洲間國際私法一般法則公約，亦有『規避法律』之明文。但條文中之『不正當方法』，本人有不同意見，因

¹³⁴ 對於規避法律的效力，有絕對無效說、相對無效說、相對有效說、完全有效說等不同的主張。絕對無效說從「詐欺使一切歸於無效」這一法律格言出發，認為既然是一種詐欺行為，在發生規避法律的情況下就應當排除當事人所希望援用的法律的適用，而適用本應適用的法律。無論是變更連繫因素的行為本身，抑或達成行為的目的，皆屬無效。相對無效說認為，規避法律並非當然無效，只有在違背內國法律之立法目的時，始屬無效。相對有效說認為，承認規避法律旨在維護法律尊嚴及貫徹立法精神與目的，如果變更連繫因素行為的本身沒有悖於上述宗旨，應為有效，至於達成的目的行為則無效。完全有效說根本否認規避法律問題的存在，認為無論是變更連繫因素的行為還是達成目的行為的效力，都應依該行為的準據法，而不應因當事人的變更連繫因素行為是否有規避法律的意圖而受影響。因為既然衝突規範給予當事人以選擇法律的可能，則當事人為了達到自己的某種目的而選擇某一國的法律即不應歸咎於當事人，應當承認這種行為有效；如果要防止衝突規範被人利用，就應該由立法者在衝突規範中有所規定。請參閱于飛，〈海峽兩岸衝突法中的法律規避評析〉，發表於「2007年海峽兩岸國際私法學術」研討會（新竹：玄奘大學法律學院，2007年3月16-17日），頁120。

¹³⁵ 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁8。

¹³⁶ 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁9。

為規避法律不一定用不正當方法規避，只是其意圖、動機不正當，但其變更連繫因素仍是用正當程序來達到規避適用法庭地強行規定之目的。所以其不當然是以不正當方法規避，只是其變更連繫因素，適用外國法律來規避法庭地法之適用，是爲了要達到某一種目的，其意圖不正當，所以有些國家認爲此種意圖很難證明，遂不採規避法律之規定。¹³⁷……本席贊同規避法律理論之存在，至於應否明文化，本席認爲應可合理之明文化，以與公序良俗相呼應。¹³⁸」

（四）賴來焜教授認爲：¹³⁹「本席認爲保留較爲適當。民法第七十一條是法律行爲違反強行或禁止規定者無效，第七十二條是法律行爲違反公序良俗者無效，在民法學上此兩條被稱爲帝王條款，所以兩者當然不同。草案條文第八條有關公序良俗規定之前規定第七條強制禁止規定，正好與民法條文相呼應。就規避法律來看，實體法上有脫法行爲，從比較法上來看，除匈牙利外，有瑞士新國際私法第四十五條、南斯拉夫第五條等等非常多之國家仍有規避法律之規範。規避法律規避的是法庭地的實體法，草案條文用中華民國強制或禁止規定之術語，用以維持中華民國法律。本席認爲不應用『強制或禁止』，因爲除了強制禁止規定外就是任意規範，在實體法上就是契約自由之範疇，在國際私法上則是立法者未以當事人意思自主原則以外之事項，就屬規避法律，所以不用強制或禁止，倒是應從意圖來看，有規避法律之意圖，從行爲來看，有創設虛偽連繫因素之關聯，從客體來看，有規避中華民國法律，所以本席認爲嚴格限制後之效果來看，草案條文之規定應屬正確，仍然適用中華民國法律，至於其所虛設的、創造出來之例如歸化外國國籍部分，因非國際私法範疇，所以採取相對無效之看法。故本席認爲只要在術語上作調整，『規避法律』之規定仍然可以保留。」

二、反對明文規定說：

（一）林秀雄教授於此秉持一貫反對之主張，認爲：「從超國界之法律思維立場來看，則第七條關於法律迴避之規定，是違反國際私法之根本精神，蓋承認法律迴避之

¹³⁷ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁9。

¹³⁸ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁12。

¹³⁹ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁10。

結果，會造成內外國判決不同一之現象，即被迴避國不承認所迴避之效力，但其他國家仍會承認其效力之存在，造成內外國，尤其是身分關係認定不同一之結果；其次，可能會造成雙重屬人法之現象，即被迴避之我國就其所迴避之部分不承認其效力，但其他屬人法部分仍應承認其變更國籍後新的國籍之本國法之適用，造成雙重屬人法之問題。又制定法律迴避規定後，會造成報復心態，國與國之間，你迴避我，我不承認你，反而造成國際間不和平。從外國立法例來看，僅有匈牙利國際私法第八條有此規定，其他國家並無此規定，是否有必要仿東歐之國家訂定此一條文，本席持懷疑態度。¹⁴⁰連繫因素之判斷不應取決於當事人主觀之動機，蓋在判斷上非常困難，尤其草案條文加上不正當方法。正如適才各位委員所提，變更國籍本身並無不正當，若強加規定，可能會造成更嚴重問題。國際私法根本精神是內外國判決一致，若採取規避法律之規定，可能會造成內外國判決不一致之結果，尤其是身分關係。被迴避國不承認所迴避之效力，但其他國家仍然承認，如此無異自外於國際社會。另一個是雙重屬人法之問題，即不承認其迴避之特殊目的，但在其他部分仍承認，所以屬人法部分不能全部否定。最憂慮的是國際間報復之情形，所以本席認為連繫因素之判斷不應取決於當事人之動機為何。¹⁴¹

(二) 李復甸教授於此也秉持一貫反對之主張，認為：¹⁴²「本席認為刪除草案第七條，在體系上較為妥適。草案中有數個地方提到『關係最切』之法律，不論是草案第五條、第二十條均有類似觀念。『關係最切』是關於適用法律不明時，通用當事人關係最密切之法律。其實這些規定均未規範到法律適用後顯失公平之問題，本席的看法或許遠了些，有無可能把『適當法』(Proper Law)之觀念放入條文中。雖然當事人選定了一個法律或依其他準據法之規定指向了一個法律，而這法律並不適當，讓法院有權力從適當法之角度去決定一個比較妥當之法律。此一觀念是否兼顧到草案第七條之以不正當方法規避中華民國法律。以『適當法』來規範，在某個角度會與法國之『即刻適用法』觀

¹⁴⁰ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議紀錄，頁 12。

¹⁴¹ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁 9-10。

¹⁴² 李復甸教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁 10-11。

念相連結，不知可否如此設想與規劃。¹⁴³」

上述臺灣地區學者有質疑條文中之「不正當方法」之用語，陳榮傳教授則指出本條中的「不正當」是個不確定的法律概念，主要是指當事人爲了規避適用內國法的不利益，而精心設計有關連繫因素的相關事實，而發生應適用外國法的「表面」結果，此時即使連繫因素的變更（例如歸化）從外國法的角度來看並沒有明顯的破綻，適用外國法也的確發生在內國法上不可能的法律效果，修正草案爲了實現實體或實質正義，仍從國際私法的觀點，認定當事人以詐僞的方法巧取適用外國法的利益的整體過程，具有「不正當」的性質，所以規定此時的準據法不依其詐僞所得的新連繫因素決定，故仍適用內國的法律。換言之，適用外國法的結果是否係因當事人之不正當行爲所致，應綜合全部的事實內容及整體過程的利益變更情形決定，其具體標準的輪廓應在將來由法院透過個別案例的判斷，逐漸予以勾繪、補充。¹⁴⁴最後會議則決定《討論稿》將來僅調整文字而保留第七條規避法律規定，即採「贊成明文規定說」。¹⁴⁵

最後《討論稿》第七條之定稿條文規定爲：「涉外民事之當事人規避中華民國法律之強制或禁止規定者，仍適用該強制或禁止規定。」立法說明則爲：「一、本條新增。二、涉外民事事件原應適用中華民國法律，但當事人巧設連結因素或連繫因素，使其得主張適用外國法，而規避中華民國法律之強制或禁止規定之適用，並獲取原爲中華民國法律所不承認之利益者，該連結因素或連繫因素已喪失真實及公平之性質，適用之法律亦難期合理，實有適度限制其適用之必要。蓋涉外民事之當事人，原則上雖得依法變更若干連結因素或連繫因素（例如國籍或住所），惟倘就其變更之過程及變更後之結果整體觀察，可認定其係以外觀合法之行爲（變更連結因素或連繫因素之行爲），遂行違反中華民國之強制或禁止規定之行爲者，由於變更連結因素或連繫因素之階段，乃其規避中華民國強制或禁止規定之計畫之一部分，故不應適用依變更後之連結因素或連繫因素所定應適用之法律，而仍適用中華民國之強制或禁止規定，以維持正當適用中華民國法律之利

¹⁴³ 關於規避法律與即刻適用法二者間關係之討論，請參閱杜濤，〈從外國國際私法之新發展看海峽兩岸國際私法之修訂〉，頁 215-218。

¹⁴⁴ 陳榮傳，〈國際私法的新走向—鳥瞰涉外民事法律適用法修正草案〉，發表於「玄奘大學第一屆兩岸法學會議」研討會（新竹：玄奘大學法律學院，2005年6月10-11日），頁 71。

¹⁴⁵ 馬漢寶教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁 12。

益。現行條文對此尚無明文可據，爰增訂之。」由此觀之，有臺灣地區學者質疑之「不正當方法」用語已刪除，而該條立法理由也僅刪除「不正當方法」之用語，本文在此不再贅述。¹⁴⁶學者認為此一修正，有杜絕當事人借合法之行為變更連繫因素，而遂行違反中華民國之強制規定或禁止規定之行為之意。然而此一修正，並未規定所謂「合法之行為變更連繫因素」之部分之效力問題。此一「原因行為」部分，如為合法行為，例如：變更國籍，則如何正當化本條修正之「結果行為」依舊適用中華民國法律？例如：中華民國人已合法變更國籍為日本人，則關於應適用本國法之事項，自當適用日本法，否則豈非變更了「一定連繫因素指向一定準據法適用」之法則？此「原因行為有效，結果行為無效說」在學理討論上，已經遭遇「邏輯矛盾」之批評，因此如欲採與此說，勢必提出更堅強之理由。¹⁴⁷

第四項 公序良俗

公序良俗條款規範在臺灣地區現行《涉外民事法律適用法》第二十五條，而在臺灣地區四個草案版本中，亦皆有明文。

《原稿》第二十五條第一項規定：¹⁴⁸「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」該條第二項規定：「前項情形，應適用其他關係最切國之法；關係最切國之法不明者，適用中華民國法律。」該條立法說明為：「外國法適用之限制，並非指外國法之規定內容如與我國公序良俗規定不一致時，即拒絕適用，問題之本質應解為適用外國法之內容縱對我公序良俗有顯著之違背，若其適用之結果對我公序良俗，仍不生危害，應以既得權尊重之。僅在適用外國法之結果，對我公序良俗有危害之虞，始限制外國法之適用，故修正現行條文文字求其明確。外國法適用之結果違背我國公序良俗時，法院固不能因此而拒絕審判；除非我國法律有明文規定以內國法代替外國法者，例如現行有關監護之準據法是，否則不得直接適用內國法。此時，應選擇其他關係最切之國之法為其準據法，方為妥適。例如不能適用該外國法之特別規

¹⁴⁶ 請參閱司法院編，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二十九次會議修正草案總說明資料，2007年6月1日，頁6-7。

¹⁴⁷ 許耀明，〈我國涉外民事法律適用法最新修正草案述評〉，頁68。

¹⁴⁸ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁162-164。

定者，適用該外國法之一般規定；不能適用第一順序之外國法時，則依序適用次順序之準據法，或是視事件之原因事實中有無其他關係較切之連繫因素，以決定準據法。在均無其他關係較切之外國法律以資適用時，始適用內國之法律。我國現行法對此並無規定，爰增訂第二項是。」

關於本條之討論，有臺灣地區學者認為本條第二項規定似有疑義：

首先，林益山教授認為：¹⁴⁹「第二十五條第一項中改為『適用的結果』，我個人認為非常好，用語明確，目前也是國際私法學者的通說，因目前現行條文規定『如其規定』，在解釋上常產生爭議，第二項規定，即外國法不明時，就要直接適用關係最切國之法。假設在內國國際私法中，有明文規定時，是否就適用關係最切國之法呢？還是先適用內國明文規定？」

其次，林秀雄教授指出：¹⁵⁰「在第二十五條第二項『前項情形，應適用其他關係最切國之法……』，很直接了當，既然內國已判斷違反了我國公共秩序善良風俗，不妨直接適用中華民國法律來的直接了當。如現適用之外國法是不准許離婚，不許離婚違反我國公序良俗，那麼我國可直接適用中華民國法律處理，准許其離婚，說明中引用羅馬尼亞1992年國際私法第八條，就是規定直接適用羅馬尼亞法。」

《初稿》第二條第一項規定：¹⁵¹「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」該條第二項規定：「前項情形，除本法另有規定外，適用其他關係最切之國之法。」該條立法說明為：「一、現行條文關於排斥外國法適用之標準，以『其規定』為準，不符合現實需要，爰參酌我國學說與外國立法例，修正為『其適用之結果』，並移列為第一項。二、外國法適用之結果違背我國公序良俗時，現行條文未規定法院之處理方式，易滋疑義。此時法院不得拒絕審判，固屬當然，其直接適用內國法律，亦非妥適，爰規定除本法另有規定者（如監護之準據法）外，適用其他關係最切之國之法。」

¹⁴⁹ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁106。

¹⁵⁰ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁109。

¹⁵¹ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁390-391。

臺灣地區學者對於本條規定，皆將關切重點置於「關係最密切法則」究應如何適用？亦即適用「關係最切之國之法」後，又同時背於我國之公共秩序或善良風俗，應如何適用法律？以下本文分為適用「次切」之國之法說、適用法庭地法說與折衷說：

一、適用「次切」之國之法說：

藍瀛芳教授認為：¹⁵²「本會研究小組研擬修正草案第二條增訂第二項之目的，本席可予瞭解，因按傳統之國際私法，如外國法律違反本國之公序良俗時，則不予適用，但應適用何法律呢？本席認應適用法庭地法之法律，研究小組研擬該條之旨，即外國法律違反本國之公序良俗時，則不予適用，而不即適用本國之法律，本席以為此種作法可採，但如林委員益山所言，如又同時有背於我國之公共秩序或善良風俗時，應如何適用法律？本席認為法官或其他執法人員應尋找『次切』之國之法，但如『次切』之國之法適用之結果亦背於我國之公共秩序或善良風俗時，則應尋找『次次切』之國之法，故本席肯認修正草案第二條增訂第二項應為正確之立法方向。」

二、適用法庭地法說：

(一) 林益山教授認為：「如適用其他關係最切之國之法，又同時有背於我國之公共秩序或善良風俗時，應如何適用法律？故建議於修正草案第二條增訂第二項之末句加上『但其他關係最切之國之法有背於我國之公共秩序或善良風俗時，適用中華民國法律。¹⁵³』……關係最切之國之法在美國國際私法新編中（英文The most significant relationship），它是強調most之部分，故關係最切之國之法同時有背於我國之公共秩序或善良風俗時，如認為法官或其他執法人員應尋找『次切』之國之法，但若『次切』之國之法適用之結果亦背於我國之公共秩序或善良風俗時，則應尋找『次次切』之國之法，依此類推，則有違關係最切之意義，故本席認為『關係最切』之語有再斟酌之必要，因而有如前次發言之建議，即同時有背於我國之公共秩序或善良風俗時，則應適用中華民國法律。¹⁵⁴」

¹⁵² 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁362。

¹⁵³ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁361。

¹⁵⁴ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁365。

(二) 林秀雄教授認為：「適用其他關係最切之國之法，是否妥當仍有疑義，原則上係有背於我國之公共秩序或善良風俗時，故而不適用外國之法律。……即適用外國法律時，如有背於我國之公共秩序或善良風俗時，則不能適用該國法律，而應適用我國之法律。¹⁵⁵……個人剛才主張應適用中華民國法律，並非基於本位主義，而係多數國家均為此種規定，如匈牙利國際私法第七條、奧地利國際私法第六條、前東德國際私法第四條、秘魯國際私法第二百零五十條、土耳其國際私法第五條等，當此立法方向已成爲世界各國之潮流時，我國是否有必要超越世界各國之潮流，制定如此前衛之法律，原則上如無合理正當之理由，本席則採取比較保守之態度，如同對修正草案第一條之態度一般，因爲適用關係最切之國之法之結果，必產生林委員益山所提之疑慮，故修正法律時，將來可能發生之問題，草擬法案時均應予以考量爲妥。¹⁵⁶」

(三) 王志文教授認為：¹⁵⁷「基本上本席亦贊成林委員益山所認應適用法庭地法即中華民國法律，本會是否應參考《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第四十四條之規定：『依本條例規定應適用大陸地區之規定時，如其規定有背於臺灣地區之公共秩序或善良風俗者，適用臺灣地區之法律。』其文字及結構是否應一同配合，因《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第四十四條規定係自《涉外民事法律適用法》第二十五條條文移植，該條例移植後並無《涉外民事法律適用法》第二十五條後段『不適用之』之語，而逕採『適用臺灣地區之法律』之語，直接規定其準據法，故修正草案第二條似可將二項合併爲一項，條文中『不適用之』之語，而改採『適用中華民國法律』取代之，直接指示其準據法，似乎較合於世界各國之立法潮流，即建議修正爲：『依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，適用中華民國之法律。』」

三、折衷說：

賴來焜教授認為：「所謂『適用其他關係最切之國之法』，可能涉及公序良俗條款目的僅爲消極地抵制不良之外國法（如現行法第二十五條），但應如何救濟？則法無明

¹⁵⁵ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁361-362。

¹⁵⁶ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁365-366。

¹⁵⁷ 王志文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁366。

文，抑或應積極提出解決之道，不僅應維持內國法運用公序良俗之限制外國法之適用，更積極提出『適用其他關係最切之國之法』以資因應，在多數國家中我國如此之立法頗為前衛，誠如藍委員方才所提，『適用其他關係最切之國之法』時，該外國法應不適用，或者在合理必要之範圍內限制部分之外國法後，仍決定繼續適用外國法，則可能發生折衷見解，如適用外國法、內國法或其他外國法均包含在內，本席認為此條文限制外國法後，又提出救濟之道以適用其他關係最切之國之法，為現代進步之立法。¹⁵⁸……惟進步之立法未必是良法，現在所謂單性選法其連繫因素係最重要之牽連關係，而依最重要之牽連關係選出法律之後，認為該法律應不適用，又用最重要之牽連關係選出該法律，形成套套邏輯，應不合理，故修正草案第二條不僅應是消極地不適用某法律，而應積極地宣示適用何法律。……就原文（The most significant relationship）而言，與該案件最有關係者，應為『最重要牽連關係』或『較重要牽連關係』（部分國家採之），則現行法中已有區域私法之規定可資遵循，但如採『適用中華民國之法律』之立法，則『最重要牽連關係』原則就無法加入，將來在各論中之條文亦有討論之空間，彈性選法究應採何法則，將來在立法用語上頗值討論。¹⁵⁹」

由此看來，臺灣地區學者皆贊成本條採用「關係最密切法則」之設計，但有實務意見表示反對，司法院沈方維副廳長指出：¹⁶⁰「如以法院審判者及將來定實體上權利義務關係之人民之角度觀之，修正草案第二條第二項中之『其他關係最切之國之法』其關係最切係不確定之法律概念，此一不確定之法律概念如何將之明確化，比連繫因素抽象，故較為困難，抽象之不確定之法律概念如何適用在具體之個案，無論審判者或人民均難以達成共識，故以法院審判者之角度觀之，尋找準據法已造成法官審理案件之困難，但依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之，而適用其他關係最切之國之法，似乎造成無益資源之耗費。」

《第一稿》第八條第一項規定：「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華

¹⁵⁸ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁363-364。

¹⁵⁹ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁366-367。

¹⁶⁰ 司法院沈方維副廳長於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第六次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁367-368。

民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」該條第二項規定：「涉外民事依前項規定不適用外國法者，適用中華民國法律。」該條立法說明為：「一、現行條文關於外國法適用之限制，係以『其規定』有背於中華民國公共秩序或善良風俗為要件，惟其限制適用之具體內容仍待進一步予以明確界定，爰將『其規定』一詞修正為『其適用之結果』，以貫徹其為內、外國法律平等原則之例外規定之立法原意，並杜爭議。二、應適用之外國法如依前項規定被排除適用時，現行條文對於法院應適用之法律，尚乏明文規定，法院臨事審斷不免發生疑義，爰參考瑞士國際私法第十七條、第十八條、羅馬尼亞國際私法第八條、義大利 1995 年第二一八號法律（以下簡稱義大利國際私法）第十六條、第十七條等規定之精神，增訂適用內國法之明文如第二項，以貫徹中華民國公共秩序或善良風俗排除該外國法適用之立法意旨。」

關於本條有臺灣地區學者指出，本條明定外國法被排除後，應以法庭地法為準據法。其立法說明則未敘述理由。此一規定，是否妥適，猶有爭議。關於外國法因違反內國（法庭地國）公序良俗條款而被排除時，向有準據法欠缺說與準據法欠缺否認說之對立。前者認為此際準據法有欠缺，應駁回當事人之請求，或以法庭地法、近似法等補充之，見解不一而足。後者否認準據法有欠缺，蓋此際應以公序良俗作為裁判之依據。本草案採欠缺肯定說，並以法庭地法補充其欠缺，是否妥適，仍有檢討之必要。¹⁶¹

本文以為，本條第二項規定已「從善如流」地將前述學者通說「適用法庭地法說」納入條文設計，而不採用「關係最密切法則」，以避免爭議。但林益山教授對本條規定仍認為不盡完美，其認為：¹⁶²「草案第八條規定的是法律的不能，如果是事實上不能，應該如何適用法律？譬如說決定應適用外國法律，但事實上沒有辦法去查，這種情況是否需要加以規定。」

《討論稿》第八條規定：¹⁶³「依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」該條立法說明為：「一、現行條文第二十五條，

¹⁶¹ 李沅樺，〈涉外民事法律適用法二〇〇三年十月二十八日修正草案評釋—總則編〉，《月旦法學雜誌》，第 158 期，2008 年 7 月，頁 31。

¹⁶² 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十七次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十七次會議紀錄，頁 11-12。

¹⁶³ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《涉外民事法律適用法研究修正資料（民國 94 年 11 月 25 日會議資料）》，頁 27-28。

移列為第八條，並酌為修正。二、按關於外國法適用之限制，現行條文係以『其規定』有背於中華民國公共秩序或善良風俗為要件，惟其限制適用外國法之具體理由，仍待進一步予以明確界定，爰將『其規定』一詞修正為『其適用之結果』，以維持內、外國法律平等適用之原則，並彰顯本條為例外規定之立法原意。」

本條規定拿掉過去有第二項的設計，但如此設計引發學者爭議，本文區分為「不應規定第二項說」與「應增加規定第二項說」：

一、不應規定第二項說：

(一) 外國學者Siehr教授指出：¹⁶⁴「外國法之規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗，而不予以適用時，究應適用何國法律為準據法之問題，建議不予以規定。」

(二) 曾陳明汝教授認為：「草案第八條不適用的時候，以法庭地法當然替代適用，但本條未加入，後面也討論到是否當然適用法庭地法，要不要適用與公序良俗相近似之法律，或者要適用關係較切的法律，若照現在的情形，並不需表示一定要適用法庭地法，而當然適用法庭地法。¹⁶⁵……一直以來本席認為如果外國法律適用的結果違反中華民國的公序良俗，就有好幾種學說討論到底要適用何種法律，其中有一個學說是主張適用相近法系的法律，但是本席認為適用相近法系的法律，可能百分之九十幾還是會違反公序良俗，因此用相近法系的法律，這樣似乎太辛苦了，而且好像也沒有這個必要。通常在這種情形之下，如果沒有規定，實際上都是以法庭地法來代替，只是這樣好像是搶著要適用中華民國法律，但實際上是要以中華民國法律來適用，此處可以引用一位法國學者的話來參考，即『法庭地法永遠有替代適用的價值』。¹⁶⁶」

(三) 李沅樺教授認為：¹⁶⁷「本席以前讀過的資料，在觀念上有點像剛剛林教授所講到，在日本他們有一個說法叫做『欠缺否認說』，就是說在這個地方用公序良俗來代替原來的外國法作為準據法，亦即公序良俗已經取代原來的法律來作為準據法，沒有

¹⁶⁴ 司法院編，《涉外民事法律適用法研究修正資料（民國94年11月25日會議資料）》，頁102。

¹⁶⁵ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十八次會議紀錄，頁6。

¹⁶⁶ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁14。

¹⁶⁷ 李沅樺教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁16。

準據法欠缺的問題。在此，本席不贊成增訂第二項的規定，理由與剛剛林教授所提到的一樣，因為已經是由公序良俗來代替原來的準據法，所以就不需要再訂這樣的規定，這樣的作法有一個好處，如果認為在這裡公序良俗需要介入，這時直接以公序良俗取代原來選定的準據法，如果認為這裡公序良俗不需要介入時，就可以適用第一條的規定，認為是法規欠缺，再找其他適當的法律來代替原來的準據法，這樣做，如同剛剛劉老師所講到的一個觀念，保持一個彈性，即有時候公序良俗可以取代準據法來適用，有時候可以認為是法規欠缺，另外再找準據法，其依據是草案第一條，適用其他法律的規定，或適用法理，基本上本席的想法是如此，如果把第二項定進去之後，反而會把規定訂死在那裡。」

（四）司法院謝碧莉廳長認為：¹⁶⁸「依本席的實務經驗，此處不要規定，會給大家較多的選擇權，因為當事人如果發現原來的準據法因為違反法庭地的公序良俗，也許當事人會合意適用其他準據法，如果開放讓當事人去決定，或許較有彈性，因此本席贊成不要規定。」

二、應增加規定第二項說：

（一）藍瀛芳教授認為：¹⁶⁹「個人的看法倒不是這樣，本席認為如果有這樣的一個條文，不去適用是消極的、否定的。如果增加第二項，就具有一個積極的指標，因此本席認為第二項可能有增加的需要。因為適用到一個類似的法律，如果是與我國法系相同，一定會適用到我們中華民國法律。例如如果適用中南美洲某國法律的結果會違反中華民國的公序良俗，我們可以找到他的鄰國相近的法律，而不會違反我國公序良俗的法律來適用。本席的看法是，如果以目前第一項『不適用之』，只是消極的規定，宜再增加第二項去適用，指出一個近似國法的方向。像這樣的話，就會去用到應適用該外國的近似法，這個時候也可能會用到我們自己的法律。詳言之，依規定應通用外國法而該外國法規定與我國公序良俗有違背時，可以考慮適用該外國的鄰國法或同法系的近似國法，這時也有可能指向我國法。這樣總比規定一概適用訴訟地（我國）法為妥當。」

¹⁶⁸ 司法院謝碧莉廳長於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁 17。

¹⁶⁹ 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁 13。

(二) 王志文教授認為：¹⁷⁰「本席是覺得每次上課時跟學生提到這個條文時，總感到不夠明確，本席還是覺得加上第二項比較具有積極的作用與價值。適用法庭地法，個人認為並沒有什麼不妥當，更何況也有其他國家的法例可以作為參考。因此本席還是贊成增加第二項適用中華民國法律。」

(三) 賴來焜教授認為：¹⁷¹「針對公序良俗條款，原來第二項的文字，曾經有一個版本是『前項情形，應適用其他關係最確切國之法，關係最切國之法不明時，應適用中華民國法律。』當時好像有委員提出，準據法選出來以後，該準據法就是關係最切國的法律，現在如果又說要適用其他關係最切國之法律，本席認為是需要有第二項的規定，如果第二項的規定指向中華民國法律，在學說上看，多數學者並不這樣認為，因為有些部分仍是適用該外國法，即同一個外國法，……本席認為可以把應適用其他關係較切國之法列為補充外國法適用限制之後的一個對策或方法，如果關係較切國之法不明時，就適用中華民國法律，這樣也就不會直接適用到中華民國法律，比如說可以適用該準據法所屬國的外國法的一小部份，必要合理的範圍排除，其他部分還是適用，其他近似國法不會有適用的機會，沒辦法的時候才指向另外一個學說，就是適用中華民國法律，以上是針對第二項的部分。」

(四) 林秀雄教授認為：¹⁷²「關於第二項要不要增訂的問題，本席是認為應該要增訂，而且是應該增訂如93年那次草案中所提到應該適用中華民國法律，主要原因是既然已經含有我國內國的價值判斷後，當然應該依照中華民國法律，否則是捨近求遠，……事實上公序良俗的違背，已經含有我國的價值判斷的情形下，當然應該依照中華民國法律。至於近似法，並非每一個國家都有一般規定與特別規定，如果沒有，還是應選擇回歸到中華民國法律，更何況，就是因為認為該一般規定不妥當，所以才會特別規定，如果現在又認為特別規定違反公序良俗，而又回歸到適用一般規定時，才是違背我們選法的基本原則，因此，還是回歸到中華民國法律，此部分參考多數的外國立法例，

¹⁷⁰ 王志文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁14。

¹⁷¹ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁14-15。

¹⁷² 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁15-16。

或許可以得到答案。」

最後定稿的條文內容不變，立法說明則略作更改：「一、條次變更。二、按關於外國法適用之限制，現行條文係以『其規定』有背於中華民國公共秩序或善良風俗為要件，如純從『其規定』判斷，難免失之過嚴，而限制外國法之正當適用。爰將『其規定』一詞修正為『其適用之結果』，以維持內、外國法律平等之原則，並彰顯本條為例外規定之立法原意。」

承上所述，關於本條規定因學者意見太為分歧，最後結果仍照原草案條文通過，即不另規定第二項，以避免「關係最密切法則」與「法庭地法」之爭議。¹⁷³

第五項 一國數法

《原稿》第三十二條規定：¹⁷⁴「依本法應適用當事人本國法時，如其國內多數法律因地或因人而異者，依該國法律之規定；該國法律無規定者，適用該國內關係最切之地方。該條立法說明為：「一國數法，有因『地域』而併存者，有因『屬人』而併存者。一國數法因『地域』而併存者，在屬人法上多採住所地法，現行法採直接指定主義，用法雖簡單明確，惟理論上若存在一非採住所地法之國家，則判決難免有不一致之弊，且國內住所不明時，直接適用可能與當事人無任何關連之首都所在地法，是否合宜頗有疑義，故改採間接主義。惟在當事人本國無法律指示時，為解決間接主義之窮，則委由法院依職權，在當事人本國之內，或於現在之住、居所、或過去之住、居所等與當事人有關連之地中，擇一與當事人關係最切之地之法律以為準據法。一國數法，因『屬人』而併存者，法律有因不同宗教、種族、社會階級而異，內國國際私法無從直接加以指定，適用法律端賴各國之國內法規加以指定。我國現行法未有明文，特增此規定。」

《初稿》第六條規定：¹⁷⁵「依本法應適用當事人本國法時，如其國內多數法律因地或因人不同者，依該國法律之規定；該國法律無規定者，適用該國國內關係最切之地之

¹⁷³ 請參閱劉鐵錚教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議發言，請參閱司法院，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第十九次會議紀錄，頁14。《討論稿》第八條最後之定稿條文規定及立法理由並無太大變動，請參閱司法院編，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二十九次會議修正草案總說明資料，頁7-8。

¹⁷⁴ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁175-177。

¹⁷⁵ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁393-395。

法。」該條立法說明為：「一、現行法在一國數法因『地域』而併存時，採直接指定主義之住所地法，雖簡單明確，但理論上若某一國家不採住所地法主義為，則其判決難免有不一致之弊，而國內住所不明時，直接適用可能與當事人無任何關連之首都所在地法，是否合宜亦頗有疑義，因而改採間接指定主義。在當事人本國無法律指示時，為解決間接指定主義之窮，則委由法院依職權，在當事人本國現在之住、居所、或過去之住、居所等與當事人有關連之地中，選擇一與當事人關係最切之地之法律作為準據法。二、一國因『人』而有數個不同法律併存時，無論其不同係因宗教、種族、社會階級之不同所致，內國國際私法固可直接指定其準據法，但未必妥適宜由該國以國內法指定其應適用之法律。現行法就此未有明文，爰增定之。」

一國數法的條文，在歷次學者討論過程中，僅對《初稿》版本進行探討，《原稿》、《第一稿》及《討論稿》則皆無討論過。本文歸納學者意見如下：

一、馬漢寶教授對於該條文有一點建議如下：即將「……，如其國內『多數法律』因地或因人不同者，依該國法律之規定……。」修改為「……，如其國內因地或因人不同『而有多數法律』者，依該國法律之『相關』規定……。」理由為因地或因人不同而有多數法律，並非有多數法律始因地或因人不同，其後之「依該國法律之規定」更正為「依該國法律之『相關』規定」加上相關二字，似更為明確。¹⁷⁶

二、藍瀛芳教授認為，法條上使用「因人」之用語，恐生種族問題，通常發生此一情形者，係於中東回教國家，基於信仰而有回教法律，基督教則為基督教法律，並非「因人」之問題，而係因宗教之問題，現在國際私法不承認interracial（各種族間的），故「因人」及「因種族」之用語建議不採用，建議改為「因地域」或「因法域」（district of law）之不同，或多使用一些文字，如「因信仰」或「因宗教」或「因人」不同。¹⁷⁷

三、賴來焜教授指出：¹⁷⁸「馬主席漢寶方才之意見原則上本席支持之，第一、因為它有數套法律因地、因人或其他因素有因果描述順序之問題；第二、一國數法之問題在

¹⁷⁶ 馬漢寶教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁491-492。

¹⁷⁷ 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁492。

¹⁷⁸ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁493-494。

因人之部份建議予以保留，國際私法已由『國與國』之問題，推演為『區與區』、『邦與州』地際衝突之法律，成為甚至人際衝突之法律，……因其他國家已有立法上之參考，即針對因種族、宗教、信仰而有不同法律之情形，故國際私法並非不得描述上開各因素，僅不為該因素之價值判斷爾，本席認為在有此情形發生後應有其解決之道，區分因地或因人而有不同法律之立法技術應值鼓勵，如因地際、區際或人際，甚至尚有時際（時間與時間之動的衝突）之衝突法律，擴大國際私法之範圍，就日本之相關法律而言，的確是將人際衝突問題單獨用一條文立法，其立法原則與『地際衝突』之一國數法條文相同，目前將『因地或因人』並列為一條文，實有節省立法文字之效。其次之問題，過去我國在立法上採直接指示主義，在國際私法內訂出兩個標準，即國內住所地法及首都所在地法，係直接指示主義，修正草案改採間接指示主義與直接指示主義之折衷主義，即先委由該國間接指示，間接指示未果後又有所謂適用關係最切之地，此為各國立法上之大致方向，日本、南斯拉夫、德國、奧地利、匈牙利、義大利等國均同此，先委由該國間接指示，間接指示未果後再考量關係最切之地，故修正草案之立法方向應屬合乎世界潮流。」

四、林秀雄教授指出：¹⁷⁹「研究小組之用心良苦，可予理解，欲將一國數法之問題與人際衝突之問題作一結合，事實上係非常困難，故以此得知何以日本『法例』中，在平成元年將一國數法之問題與人際衝突之問題分列為兩條文，……本身即與人際衝突發生矛盾，事實上人際衝突並非因地之不同而生，……故在此將之合併，適用國內關係最切之地之法將產生矛盾之現象。因此在國內，與當事人之『國內關係最切之地』與『國內關係最切之法』應予區分，如一定予以規範，則法條上應區分為兩項，似較易為之立法。」

五、王志文教授認為，如修正草案第六條之規定係欲解決一國數法之問題，目前一國數法之國家，如英國區分為英格蘭、蘇格蘭及北愛爾蘭，其法域差異較大，再如聯邦制國家之美國，區分為五十州即有五十個法域，如加州及紐約州，未必在民事實體法上有明顯之差異，故在複數法域之國家各法域間之法律未必會不同，故修正草案上不必強調「不同」二字，即不必強調「不同」而有如何之處理，而是在有適用複數法域之法律

¹⁷⁹ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁496。

時，將如何之處理。問題即在此，如加州及紐約州係屬不同之法域，但未必在民事實體法上有明顯之差異，甚至根本為相同之規定，而修正草案第六條之規定限於法律不同始有適用時，則無法適用之。故修正草案上不必強調「不同」之概念，而係因法域不同（多數法域或複數法域）時，決定應適用何一法域之法律。¹⁸⁰

《第一稿》第五條規定：「依本法應適用當事人本國法時，如其國內法律因地域或其他因素有不同者，以該國法律規定應適用之法律，為其本國法，該國法律無規定者，依其國內關係最切之法律。」該條立法說明為：「依本法應適用當事人本國法時，現行條文就其國內各地方之不同法律，仍直接明定其應適用之地方法律，惟該國法律除因地域之劃分而有不同外，亦可能因其他因素而不同，且此等國家對其國內之法律衝突，通常亦自有其法律上之對策，爰就其國內法律不同之原因，修正為地域或其他因素，並對當事人本國法之確定，改採間接指定原則及關係最切原則，規定以該國法律規定應適用之法律，為其本國法，該國法律無規定者，依其國內關係最切之法律。」

《討論稿》第五條規定：¹⁸¹「依本法適用當事人本國法時，如其國內法律因地域或其他因素有不同者，依該國關於法律適用之規定，定其應適用之法律，該國關於法律適用之規定不明者，適用該國與當事人關係最切之法律。」該條立法說明為：「一、條次變更。二、依本法適用當事人本國法時，現行條文就其國內各地方之不同法律，直接明定其應適用之地方法律，惟該國法律除因地域之劃分而有不同外，亦可能因其他因素而不同，且此等國家對其國內之法律衝突，通常亦自有其法律上之對策，爰參考義大利國際私法第十八條規定之精神，就其國內法律不同之原因，修正為地域或其他因素，並對當事人本國法之確定，改採間接指定原則及關係最切原則，規定依該國關於法律適用之規定，定其應適用之法律，該國關於法律適用之規定不明者，適用該國與當事人關係最切之法律。」

最後定稿的條文內容不變，立法說明則略作更改：「一、條次變更。二、依本法適用當事人本國法時，現行條文就其國內各地方之不同法律，直接明定其應適用之法律，惟

¹⁸⁰ 王志文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第七次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁496-497。

¹⁸¹ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二十九次會議修正草案總說明資料，頁45。

該國法律除因地域之劃分而有不同外，亦可能因其他因素而不同，且該國對其國內各不同法律之適用，通常亦有其法律對策。爰參考義大利國際私法第十八條規定之精神，就其國內法律不同之原因，修正為地域或其他因素，並對當事人本國法之確定，改採間接指定原則及關係最切原則，規定依該國關於法律適用之規定，定其應適用之法律，該國關於法律適用之規定不明者，適用該國與當事人關係最切之法律。」

有臺灣地區學者認為《討論稿》第五條，除了同現行法規範圍因「地域」之不同而有一國數法之發生外，亦新增因「其他因素」所產生之一國數法現象。而在具體適用上，現行法採依國內住所地法或首都所在地法之「直接指定原則」立法，《討論稿》第五條則改為「依該國關於法律適用之規定，定其應適用之法律」之「間接指定原則」，以求國際間判決之一致。此外，在「該國關於法律適用之規定不明者，適用該國與當事人關係最切之法律」。此亦「關係最密切法則」之體現。¹⁸²

第六項 外國法的查明

《原稿》第五條規定：¹⁸³「涉外民事應適用之外國法律，法院不知其內容者，得命當事人證明其內容。」該條立法說明為：「涉外民事依本法應適用外國法律時，我國法院即應依職權適用該外國法律。惟外國法律究與我國法律不同，無法完全適用『法官應知法律』之原則，如法院不知該外國法律之內容，得命主張適用該外國法律之當事人證明其內容，以符合法院及當事人合作之原則。」

有臺灣地區學者對於本條規定之意見，集中於法院是否應依職權調查外國法，亦即《民事訴訟法》第二八三條規定是否不適當，本文以為，可區分為肯定說與否定說：

一、肯定說：

（一）陳長文教授認為，草案第五條「涉外民事應適用之外國法律，法院不知其內容，得『命』當事人證明其內容」，此於《民事訴訟法》第二百八十三條規定「……當事人有舉證之責任，但法院『得』依職權調查之。」相信研修小組與每位委員所見略同，皆認法院應依職權調查之，但可命當事人負舉證責任，以證明其內容。故『應』責

¹⁸² 許耀明，〈我國涉外民事法律適用法最新修正草案述評〉，頁 66。

¹⁸³ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 83-84。

成法院依職權調查，而非法院『得』依職權調查，此部份應強化民事訴訟法第二百八十三條規定。¹⁸⁴

(二) 賴來焜教授指出：¹⁸⁵「該條文之規定，個人認為不如我原有之《民事訴訟法》第二百八十三條規定清晰明確。其規定『得命當事人證明其內容』，則法院是否要依職權調查其內容，剛才陳委員等已有論及，此部分是否採用原有條文，可避免只有當事人。至於法院之地位如何，使聯想到的是外交與行政機關之地位如何？建議從積極面來看，法院不知其內容者，不應以此為由推給當事人，法院應依職權調查，又行政機關改委由法務部似更為妥適。」

(三) 藍瀛芳教授指出：¹⁸⁶「個人對《民事訴訟法》第二百八十三條之解讀與其他委員稍有不同，本條文當事人有舉證之責任，其顯然採用外國法事實論立場。因當事人要舉證，而法官無適用之義務，完全不同於新近之立法潮流。自十八世紀以來，外國法法律論之見解已甚清晰，法官所知法律僅限於本國法或包括外國法，此為國際私法上所爭論問題，由於國際化、自由化之結果，法官所知法律並不限於訴訟地法，本席認第五條規定方向正確，惟文字方面建議仿造瑞士立法例，改為『依本法應適用之外國法，受理法院應依職權為調查，法院所不知者，得命當事人為調查。』以期外國法之適用能引起全國各界之重視。」

(四) 林益山教授指出：¹⁸⁷「有關第五條本席認同陳大律師所見，基於法院有負責調查義務，原則上法院應依職權調查，無法調查時，得命當事人證明之。」

(五) 林秀雄教授認為：¹⁸⁸「第五條本席同意諸位委員意見，即強調法院應依職權調查。最高法院十九年上字九一六號判例：對習慣法之存在，法官應依職權調查。同理解釋，《民事訴訟法》第二百八十三條對外國法內容亦應依職權調查，將之明文規定

¹⁸⁴ 陳長文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 50-51。

¹⁸⁵ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 54。

¹⁸⁶ 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 54-55。

¹⁸⁷ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 55。

¹⁸⁸ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 58。

於條文中更見完備。至於『法院不知其內容者』，均為多餘，蓋法官知與不知，純係主觀上之認定，有無此必要則尚待研究。」

二、否定說：

司法院廖宏明廳長指出：¹⁸⁹「民事訴訟本於當事人處分權原則，當事人對訴訟之進行有協助之義務，已為當今立法之新取向。有鑑於外國法院繁多，法官無法全部明瞭情況下，特設法院於不知其內容時，課當事人有輔助法院發現法律適用之義務，以達訴訟迅速進行目的。本席認法院固有依職權調查之責任，惟在法院有困難時，當事人亦有協助之義務。因之，《民事訴訟法》第二百八十三條所作之規定並無不當。至於『但法院得依職權調查之』其『得』字是否應刪除，似可考慮。」

《原稿》第六條規定：¹⁹⁰「法院依當事人之聲請或依職權調查外國法律之內容時，得囑託該外國之管轄機關或中華民國駐外機關，或委託其他專業之機關、團體或個人調查之。」該條立法說明為：「外國法律之內容有待證明者，法院得本其法律專業，就其所知及當事人提出之證據，綜合判斷之。為提高確定外國法律內容之效率，法院亦得依當事人之聲請或依職權，囑託該外國之管轄機關或中華民國駐外機關，或委託其他專業之機關、團體或個人調查之，俾藉專業鑑定意見之輔助，確定外國法律之內容。」

本文以為，臺灣地區學者對於本條規定是否妥當，可區分肯定說與否定說：

一、肯定說：

司法院廖宏明廳長認為，當事人聲請法院調查外國法律之內容，以實際調查作業途徑而言，法務部不可能代為調查，因其對外國法令之蒐集與法院相差無幾，必須透過我駐外單位或外國使節、領事館於當地蒐集，本條之規定與現今實務上之作法相同。¹⁹¹

二、否定說：

藍瀛芳教授認為，本條規定方式不甚妥當。因為外國法調查證明方法甚多，諸多外交管道、司法合作、學術機關……等，建議用其他較為抽象文字表達，以暢通管

¹⁸⁹ 司法院廖宏明廳長於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁59。

¹⁹⁰ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁85-86。

¹⁹¹ 司法院廖宏明廳長於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁59-60。

道。¹⁹²

《原稿》第七條規定：¹⁹³「涉外民事應適用之外國法律，其內容無法於合理之期間內確定者，法院得適用其他近似之外國法律；無近似之外國法律者，適用中華民國法律。」該條立法說明為：「涉外民事應適用外國法律者，該外國法律即為法院實體裁判所必須準據者。該外國法律之內容，如經法院與當事人合理之努力，仍無法於合理之期間內確定者，宜有補救措施，以免相關程序因而受阻，影響當事人權益。爰規定外國法律之內容無法於合理期間內確定者，法院得適用其他近似之外國法律；無近似之外國法律者，得適用中華民國法律，以求簡約。」

臺灣地區學者對於本條規定的意見分歧，分別如下所述：

一、陳長文教授認為，惟第七條所謂「合理之期間」，理論或有可能，但事實上應無可能，找不到外國法時，適用其他近似之外國法，學理上有其道理。但如無近似之外國法，適用中華民國法律，立法本意或在使其得適用最妥善之法律，但適用中華民國法律，或有可能為最不適當者，故期期以為不可，如確無近似之外國法，則應適用習慣，如無習慣，則依法理。¹⁹⁴

二、藍瀛芳教授認為：¹⁹⁵「本條文立法方向正確。惟外國法無法查明，依照國際私法原則，適用近似之外國法。個人認為其規定不甚妥當，因愛國主義之立法，查並無採訴訟地法，此立法方向早已被摒棄不用。建議改採『法院得適用其近似之外國法』即可解決此問題，蓋此時中華民國法律亦在適用範圍之內也。」

三、林益山教授指出：¹⁹⁶「關於外國法律之承認事實上不明者有兩種情況，其一係指法律上之不明，即外國法於取得後，適用結果，違背我公序良俗者，可不採用。惟本條所指係外國法律事實不明之情況，因此，本席建議文字部分稍作修改，將其『內容』

¹⁹² 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁55。

¹⁹³ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁86-87。

¹⁹⁴ 陳長文教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁48。

¹⁹⁵ 同註191。

¹⁹⁶ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁56-57。

改為『事實上』，直接標明係因事實上無法在合理期間確定者；至於多久方為合理期間，尚有待斟酌。而『確定』二字之定義，建議採國際私法上一般通說『於事實上無法證明或調查者』較為明確。」

四、林秀雄教授認為：¹⁹⁷「第七條係依照目前通說之見解將之明文化。至匈牙利、土耳其、瑞士等國皆係直接適用其本國法，並無適用其他近似之外國法；我國規定先適用近似之外國法，再適用本國法之立法，較之完備。」

五、曾陳明汝教授認為：¹⁹⁸「『其內容無法於合理之期間內確定者』，若內容已確定，但違反公序良俗者，應非屬本條適用範圍。以阿拉伯國為例，其法律內容無法確定者，近似之法律可能也違反公序良俗。在此情況下，法國係採法庭地法，其並未包括違反公序良俗法律上無法適用之情形，而係事實上無法適用，有第七條適用之餘地；若為法律上無法適用時應如何則無規定。」

六、賴來焜教授指出：¹⁹⁹「有關外國法不明情況，很多研修委員主張法院適用近似法律，無近似法律者適用中華民國法律，稱之為愛國主義立法。本席手頭上歸納出八個國家，其中六個國家皆直接適用自己國家之法律，剛才林老師也有特別提到，此為第一種類型；第二種類型為適用近似法律或法庭地自己國家法律。此外，義大利之立法方式係適用自己國家另外第二個的連接因素，而不直接適用法庭地法。比如第六條『當事人意思』，在國家無法證明，便依據第六條第二項之國籍，若無第二個連接因素適用時，再使用近似國家法律等。為避免太偏重愛國主義，建議先適用近似法律，其次可採用義大利模式，適用我國國際私法所指示之另外其他法律，再其次則為適用法庭地法。綜合以上八個國家法律，最終皆與法庭地法有關。」

對於外國法查明的條文設計，從以上臺灣地區學者意見看來，多數皆贊同明文規範之，但不知何故，《初稿》、《第一稿》及《討論稿》則都將外國法查明的條文拿掉，亦即將來的立法，已不規範外國法查明部份的條文，故本文以為，於此部份，須回歸《民事

¹⁹⁷ 同註 187。

¹⁹⁸ 曾陳明汝教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 58-59。

¹⁹⁹ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第二次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 60。

訴訟法》第二八三條規定適用，但仍以於《涉外民事法律適用法》規範為佳。

第七項 先決問題

先決問題又稱為附隨問題，有臺灣地區學者認為在國際私法上之所以被特別討論，是因為根據不同立場，會得到不同的判決結論，故通常認為應符合下列要件：一、主要問題的準據法為外國法；二、先決問題或附隨問題雖與主要問題在同一案件中發生，但其在涉外案件中亦得獨立發生，且在國際私法上亦屬另一條文獨立規定之範圍；三、依準據法國之國際私法，就先決問題或附隨問題確定之準據法，與法庭地法之國際私法所規定者不同；四、依法庭地之國際私法確定之準據法，就先決問題或附隨問題規定之法律效果，與依準據法國之國際私法所確定之準據法，規定不同。²⁰⁰

《原稿》第二十四條甲案規定：²⁰¹「涉外民事事件，有必須先決定之問題者，除已依本法判決確定者外，適用該民事事件準據法所屬國之法。」該條甲案立法說明為：「法院在審理涉外民事事件之過程中，常伴有應先解決之其他次要、附隨且含有涉外成分之法律關係，此種法律關係應適用何準據法加以決定，現行法未有明文，判例上亦少見。為避免當事人選擇法院與避免法庭地法官就先決問題適用法庭地之國際私法，結果與應適用之外國法律國家之法官產生不同之判決，是以先決問題應適用與其具有最重要關連性之主要涉外民事事件國家之國際私法；例外時，對已經我國法院依我國《涉外民事法律適用法》判決確定之事件，為避免重複審判與判決不一致，則適用我國之《涉外民事法律適用法》。」第二十四條乙案規定：「涉外民事事件，有必須先決定之問題者，其準據法由法院決定之。」該條乙案立法說明為：「不設硬性之標準，委由法院依事件之性質，與各種可能之標準，個別決定先決問題之準據法。故僅在條文中宣示有先決問題存在，定性時需一併考量之。」

有二位臺灣地區學者認為本條應採「甲案」條文內容：

首先，林益山教授指出：「第二十四條是有關先決問題的規定，分甲案和乙案，甲案

²⁰⁰ 陳榮傳，〈涉外侵權行為與扶養的準據法〉，《月旦法學教室》，第71期，2008年9月，頁25。「先決問題」的詳細探討，請參閱廖蕙玟，〈附隨問題準據法之研究〉，發表於「玄奘大學第一屆兩岸法學會議（上）」研討會（新竹：玄奘大學法律學院主辦，2005年6月10日），頁137-148。廖蕙玟，〈「先決問題」之研究〉，《東海大學法學研究》，第28期，2008年6月，頁101-137。

²⁰¹ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁160-162。

在國際私法分類上是屬於本案準據法的國際私法說，乙案則是有關法庭地的國際私法說，研究國際私法的學者贊成乙案的人大多傾向反對反致規定，希望法庭地的國際私法能多多被適用。在我國國際私法上是有反致規定的，且有三種反致規定，修正條文中亦有反致規定，我個人傾向贊成甲案見解，因我國國際私法目前贊成反致。²⁰²……另外草案第二十四條有甲案與乙案二學說，乙案是採法庭地法說，甲案是採本案準據法國際私法說，在世界各國國際私法判例上，該二學說都有人採用，本席認為主要的問題在所適用的法律為外國法律的話，該外國政策的考慮應優先於法庭地法，如果適用該外國法律之後，有背於法庭地法的公共秩序或善良風俗者，可例外採用法庭地法的國際私法。²⁰³」

其次，賴來焜教授指出：²⁰⁴「草案第二十四條應採甲說或乙說？可否在說明時把國際私法的『中間確認』、『中間爭點』用語一致，避免有人用先決問題，有人用中間爭點等名詞，至於第二十四條應採甲、乙何學說？若國際私法要彈性一點去選擇，使具體的個案得到妥當之判決，本席認為應採甲說。」

但林秀雄教授認為「甲案」在涉外身分關係上會產生問題，其指出：²⁰⁵「在第二十四條先決問題，甲案採適用該民事事件準據法所屬國之法，可能在涉外身分關係上會產生問題，第一涉外身分事件，大多存在著先決問題，請求履行同居義務之訴是以夫妻關係存在為前提，大部分涉外身分事件既然存在著先決問題，然後又用準據法所屬國之外國國際私法時，將使我國國際私法毫無適用餘地。第二先決問題還有先決問題，例如在涉外身分事件，女子繼承權問題，以該子女具有婚生性為前提，子女婚生性有以父母婚姻關係存在為前提，如果父母是再婚時，又須以前段婚姻關係是否已消滅、離婚是否有效為前提，即先決問題的先決問題的先決問題要如何適用該民事事件準據法所屬國之法，這些都會產生問題。論理上，同一婚姻事件，如以本問題提起的話，適用的是我國國際私法，但如以先決問題提起時，卻必須適用外國國際私法，會造成適用上不一致的情形，

²⁰² 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 105-106。

²⁰³ 林益山教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 115。

²⁰⁴ 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 116。

²⁰⁵ 林秀雄教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第三次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 108-109。

故是否可採該民事事件準據法所屬國之法，仍有疑問。」

《初稿》第九條規定：²⁰⁶「涉外民事事件之法律關係，以其他涉外民事法律關係之成立為據者，該其他涉外民事法律關係之性質及準據法，由法院依職權確定及適用之。」該條立法說明為：「一、本條新增。二、處理涉外民事事件之過程中，常伴有應先解決之其他含有涉外成分之民事事件，一般稱該應先解決之涉外民事事件為先決問題或附隨問題，稱原來之涉外民事事件為本問題。先決問題或附隨問題應適用法庭地國際私法或與本問題準據法國之國際私法，理論與實務均未有定論。本條文爰不設硬性標準，委由法院依事件之性質，與各種可能之標準，個別決定先決問題之準據法，故僅在條文中宣示國際私法有先決問題存在，須於本問題定性時一併考量之。」

本條規定因提及「性質」，故有與「定性」牽連之疑問，但陳榮傳教授指出：「修正草案第九條規定的內容，僅是『定性』之後所產生的附隨問題。例如涉外民事事件經定性為繼承事件後，又發現另有其他涉外問題應先予以解決，即被繼承人與主張為繼承人之人間，婚姻關係在繼承開始時是否存在之問題。此一問題之解決，特別是應依何國的國際私法決定其準據法，外國立法例有予以明文規定者，研究小組遂以修正草案第九條為原則性之規定。²⁰⁷……因修正草案第九條確實提到附隨問題法律關係性質之決定，其意義應非對主要問題之定性，而係就附隨問題法律關係性質之決定。本人亦同意主席及各位委員之意見，性質決定之部分不須為重複之規定，重點應在於附隨問題之準據法究應依據何國家之國際私法予以決定，此項問題由法院依職權決定，乃是本條主要規範意義之所在。²⁰⁸」

而臺灣地區學者對本條規定的看法也可分為肯定說與否定說，肯定說贊成先決問題應加以規定，否定說則認為應不予規定：

一、否定說：

(一) 藍瀛芳教授認為：「『附隨問題』或『先決問題』應依據何標準予以適用？」

²⁰⁶ 本條規定及立法說明，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁396-397。

²⁰⁷ 陳榮傳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁515。

²⁰⁸ 陳榮傳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁516。

乃國際私法上之大問題。研究小組方才說明應由法院依職權確定之，惟究應依訴訟地法、依準據法說、或依國際私法自主說，均不明確，因如依訴訟地法顯過於保守，研究小組草擬為由法院依職權確定之，可否將此標準明確化？而不完全依訴訟地法為標準。²⁰⁹……此一問題到目前為止尚難以解決，有時依訴訟地法為當，有時依訴訟地法不為當，情況甚多，由法院依職權確定恐生弊端，故最好作明確之規定，當然欲為明確之規定相當困難，因此倒不如不為規定為當。²¹⁰」

(二) 林秀雄教授指出：²¹¹「本席認為修正草案第九條僅為宣示性之條文，規定之意義並不大，剛才賴委員來焜提及成文法國家義大利 1995 年國際私法第六條及中國大陸示範法第十五條均依法庭地法說，本席再提供去年日本最高裁判所平成 12 年 1 月 27 日第一小法庭之判決亦明白認為應採法庭地法說，其原因大致有二：一、涉外身分事件大多存在著先決問題，如依本案準據法所屬國之國際私法，將使本國之國際私法毫無適用之餘地。二、先決問題本身亦有其先決問題，例如子女之繼承權涉訟，應以婚生子女為前提，而該婚生性又涉及父母之婚姻存在為前提，如父母為再婚，又必須探究前婚姻為有效離婚為前提，先決問題本身亦有其先決問題，『先決問題之先決問題之先決問題之……』將如何適用本案準據法所屬國之國際私法亦成問題，易言之，就國內安定性之角度觀之，在本國提出涉外事件依訴訟地國際私法說，但該案件有先決問題，如須適用本案準據法所屬國之國際私法，則發生適用上不一致之情形，如要明確規定殊有困難，不如不為規定。」

二、肯定說：

²⁰⁹ 陳榮傳教授對此問題指出：「研究小組起草條文的一貫原則，是認為不論係對於主要問題的定性標準，或對於附隨問題法律關係性質之決定，究應依訴訟地法或依本案準據法予以定性，均不適合在條文之中予以明定。其目的是先授權法院就個案具體情形單性決定，再透過實務上經驗之累積逐步調整，將來的結果必然朝最理想之方向發展。故不論是前此草案所提之『定性』之條文，或是本修正草案第九條關於『附隨問題』或『先決問題』之規定，都未指定法院應依訴訟地法去決定，亦無限制法院不得依訴訟地法作為定性之標準，此一問題應由涉外案件承審之法院臨案審斷，就個案情形為具體之決定。」請參閱陳榮傳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 517。

²¹⁰ 藍瀛芳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，請參閱司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 516-517。

²¹¹ 陳榮傳教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 519-520。

賴來焜教授指出：²¹²「藍委員瀛芳方才所提究應以法庭地法作為選法之標準，或是以本案之準據法所屬國之國際私法用以選法？個人認為應回歸法理學上之兩句話，即應強調『一般安定性』或是『具體妥當性』？主張一般安定性者多為大陸法系國家所採，並不區分主要問題、附隨問題或第二級之附隨問題上而有不同；英美法系之國家大多強調具體妥當性，即個案不因受訴法院不同，皆按本案準據法所屬國之國際私法去決定，較有彈性；從比較法之觀點而言，義大利 1995 年國際私法第六條及中國大陸示範法第十五條均依法庭地法之國際私法決定，強調一般安定性或文法國家較不願因個案而異，強調法官之一致性，修正草案第九條較為獨特，因未提出標準，而授權法官依職權確定附隨問題之性質，即不強調『一般安定性』或是『具體妥當性』。另在立法技術上觀之，可提出三項建議：（一）就『涉外民事事件之法律關係』而言：『事件』與『法律關係』係同一概念，法律用語應用『涉外民事事件』或『涉外民事之法律關係』。（二）就『以其他涉外民事法律關係之成立為據者』而言：附隨問題不應僅以其他法律關係之成立為主，其他法律關係之效果亦應包括之，譬如前婚是否『有效』將影響後婚是否得成立，故僅用『成立』兩字將無法包括其他法律關係之效果。（三）就『該其他涉外民事法律關係之性質及準據法』而言：建議將『性質』二字刪除，因避免誤認該條文除規範附隨問題外亦規範『定性』之問題。」

誠如採否定說的臺灣地區學者所言，欲在《涉外民事法律適用法》中規範「先決問題」，實有困難，故在《第一稿》與《討論稿》中，已不再規定「先決問題」。

參諸外國之立法例，所謂國際私法立法中之「通則」應從兩種層面加以觀察，一是整部國際私法立法中「通則」或「總則」性之規定，另一則是國際私法立法中有關「法律選擇」這一部份中的「通則」性規定。倘細加分析，國際私法立法中之通則性規定實包括上述兩種類別之「通則」。值得注意的，前述《原稿》係同時納入該兩種類型之通則性規定，且將之規定於不同之章節中予以分開處理。但《初稿》則將該兩類通則性規定加以集中，且同時置於第一章中；至於《第一稿》與《討論稿》對於通則性規定之處理，亦係採取相同之模式。上述兩種「通則」之規範模式（分開或集中）均有不同之考量與

²¹² 賴來焜教授於司法院《涉外民事法律適用法》研究修正委員會第八次會議發言，司法院編，《司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編（一）》，頁 518-519。

特色，至於何者較佳（優）應屬相對性之價值判斷，而更重要的應在於規範內容之適切與否。就通則性規範之內容與架構而言，學者較為肯定《原稿》之設計。²¹³《原稿》不僅體系完整分章分節，內容上更是跨越了我國一直以來所侷限的「法律適用」範圍而進入中國國際私法的訴訟與仲裁程序領域；其中通則部分除了於第一章「總則」有所規範且在第三章「法律適用」另設「通則」可謂相當完備；惜最新草案似乎又回到小國際私法的範疇，但基於國際各國間有關國際私法立法的趨勢，則毋寧採取中國國際私法立法體系的態度。²¹⁴而細觀《第一稿》與《討論稿》之內容，通則性規定僅有八條，倘與現行《涉外民事法律適用法》中通則性規定相比，似乎只增列了關於「規避法律」之規定，內容明顯不足。²¹⁵《第一稿》與《討論稿》相較於《初稿》而言，刪除了「先決問題（附隨問題）」（《初稿》第九條）與「管轄權問題之一般規定（《初稿》第十條至第十六條）」；又與相當完整之《原稿》相比，則未見諸如「外國人地位（《原稿》第九至十一條）」、「外國法之證明調查與不明（《原稿》第五至八條）」、「定性（《原稿》第二十三條）」、「附隨問題（《原稿》第二十四條）」或涉及國際私法本質之「強行性」、「非政治性」、「外國法適用」……等規範，殊嫌不足與可惜。²¹⁶有臺灣地區學者認為，在未來《涉外民事法律適用法》的修法過程中，除應大體保留現行法中之通則性規定外，亦應將定性、附隨問題等相關規定一併納入。²¹⁷

第三節 臺灣地區與大陸地區人民關係條例

第三章民事篇相關條文修法建議

本文以下將以上述探討內容為基礎，從兩岸官方草案條文中，尋找《兩岸條例》第

²¹³ 王志文，〈涉外民事法律適用法之檢討與修正〉，頁 21。

²¹⁴ 賴來焜，〈國際私法立法體系中「通則」之比較研究〉，陳長文教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，〈超國界法律論集〉（台北：三民書局股份有限公司，2004 年），頁 266。

²¹⁵ 同註 212。

²¹⁶ 賴來焜，〈國際私法立法體系中「通則」之比較研究〉，頁 265-266。相同意見指出，《討論稿》通則編之修正範圍仍相當保守，尤其是若干重要國際民事訴訟法之議題，未予納入，殊屬可惜。《討論稿》企圖將國際私法總論的重要問題條文化，亦有相當成果，例如：定性問題、先決問題等。規避法律，亦不應以法庭地法之規避為限，《討論稿》之規定過於保守。請參閱李沅樺，〈涉外民事法律適用法二〇〇三年十月二十八日修正草案評釋—總則編〉，頁 37。

²¹⁷ 同註 212。

三章民事篇未來之修法方向，於建議修正條文部分，以不破壞原有條號順序為原則。

原本《兩岸條例》第三章民事篇的條文，關於「通則」部分，勉強來說僅有第四十一條至第四十五條。第四十一條規範涉陸民事事件之適用法律，即屬「法源」規定；第四十二條為「一區數法」；第四十三條為「大陸地區法律不明及反致條款」；第四十四條為「公序良俗」；第四十五條為「行為地或事實發生地」。上述條文內容及缺失，本文已於前章論述過，在此不再贅述。本文僅補充依臺灣地區《涉外民事法律適用法》修法原則與大陸地區官方相關草案立法原則，所提出之建議內容。

首先是「定性」問題。臺灣地區《原稿》第二十三條原有規範定性問題，可惜最後的《第一稿》及《討論稿》並未明文規範。本文以為，應予明文規定為佳。而大陸地區《民法典草案》第九編以第五條至第七條規範之，《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第五條也加以規範之。臺灣地區《原稿》是以法院職權決定為原則，當事人主張為例外；而大陸地區兩草案之設計皆為「雙面法則」；本文以為，大陸地區規定較佳。故本文建議《兩岸條例》可增訂第四十一條之一，第一項規定為：「涉大陸地區人民之民事事件，所涉及的事實或問題的定性和分類，以法庭地法為依據。以法庭地法不能進行的，以可能適用的法律為依據。」第二項規定為：「對連繫因素的認定，除自然人的戶籍外，適用法庭地法。」第三項規定為：「對準據法的解釋，適用所屬地區的法律及其解釋規則。」

第二是「反致條款」。本文以為，綜觀大陸地區《民法典草案》第九編及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿相關草案條文，不符臺灣地區民情，相較之下，以臺灣地區《討論稿》條文為佳。故本文建議原《兩岸條例》第四十三條應修正如下：第一項規定：「依本條例規定應適用大陸地區之法律時，如大陸地區就該法律關係無明文規定，適用臺灣地區之法律。」第二項規定：「依本條例適用當事人所屬地區法時，如依其所屬地區法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。但依其所屬地區法或該其他法律應適用臺灣地區法律者，適用臺灣地區法律。」

第三是「規避法律」。關於「規避法律」，《兩岸條例》原本無明文規定，但臺灣地區《討論稿》已決定增訂之，本文以為，海峽兩岸間亦會發生「規避法律」之問題，故亦增訂為佳。大陸地區《民法典草案》第九編並無規範「規避法律」，但《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第七條則有規定，但該條僅規定「不得適用當事人意圖適用

的法律」，而臺灣地區《討論稿》第七條則規定「仍適用該強制或禁止規定」，本文以為，後者規範較明確。故本文建議增訂《兩岸條例》第四十四條之一：「涉大陸地區人民之民事事件當事人，規避臺灣地區法律之強制或禁止規定者，仍適用該強制或禁止規定。」

第四是「公序良俗」。本文以為，原《兩岸條例》第四十四條規定「如其規定有背於臺灣地區之公共秩序或善良風俗者」，應配合臺灣地區《討論稿》第八條修正為「如其適用之結果有背於臺灣地區公共秩序或善良風俗者」，故本文建議《兩岸條例》第四十四條規定應修正為：「依本條例規定應適用大陸地區之法律時，如其適用之結果有背於臺灣地區之公共秩序或善良風俗者，適用臺灣地區之法律。」

第五是「一區數法」。大陸地區《民法典草案》第九編第九條及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿第九條規範「一國數法」，已採納「關係最密切法則」；臺灣地區《討論稿》第五條也採納了「關係最密切法則」。故本文以為，原《兩岸條例》第四十二條也應規範「關係最密切法則」。本文建議《兩岸條例》第四十二條應修正為：「依本條例規定適用大陸地區之法律時，如大陸地區法律因地域或其他因素有不同者，依該大陸地區關於法律適用之規定，定其應適用之法律，大陸地區關於法律適用之規定不明者，適用大陸地區與當事人關係最切之法律。」

第六是「大陸地區法的查明」。本文以為，大陸地區幅員遼闊，立法體系依本文第三章所述，分為「法律」、「行政法規」、「地方法規」等，其規範內容及位階相當混亂，故應有規範「大陸地區法的查明」之必要。因海峽兩岸民情不同，大陸地區《民法典草案》第九編及《國際民商事關係法律適用法（草案）》建議稿關於「外國法查明」的條文，並無參考價值，此部分可參考臺灣地區《原稿》相關條文。本文建議增訂《兩岸條例》第四十三條之一，第一項規定為：「涉大陸地區人民之民事事件，應適用之大陸地區法律，法院不知其內容者，得命當事人證明其內容。」第二項規定為：「涉大陸地區人民之民事事件，應適用之大陸地區法律，其內容無法於合理之期間內確定者，法院得適用其他近似之大陸地區法律；無近似之大陸地區法律者，適用臺灣地區法律。」

第七是「先決問題」。如前述，臺灣地區學者認為「先決問題」不以規定為佳，但本文以為，為避免「重複訴訟」之煩，仍應明文規定。臺灣地區《原稿》及《初稿》條文有「法院依職權決定適用」與「適用該民事事件準據法所屬國之法」之爭議，故本文以

為應不予參酌。而大陸地區《民法典草案》第九編第八條規定：「對於涉外民事爭議的先決問題，應當根據該先決問題的自身性質確定其所應當適用的法律。」從立法技術上來看，大陸地區《民法典草案》第九編條文可採。職是之故，本文建議增訂《兩岸條例》第四十一條之二：「對於涉大陸地區人民之民事爭議的先決問題，應當根據該先決問題的自身性質確定其所應當適用的法律。」

