

選法規則定性之客體

目次

壹、問題之提出

貳、定性之客體與範圍

參、傳統理論

- 一、請求（Anspruch; Rechtsbegehrr）說
- 二、法律關係（Rechtsverhältnisse）說
- 三、生活關係（Lebenverhältnisse）說
- 四、法律問題（Rechtsfragen）說
- 五、實體規範（Sachnorm）說

肆、訴訟實務上的觀察

- 一、德國法院有關伊斯蘭婚姻聘禮請求案
- 二、美國 Connecticut 州最高法院有關保險給付請求案
- 三、新加坡法院有關遺產屬於動產或不動產之判決
- 四、台灣有關子女監護權歸屬之判決
- 五、小結

伍、新發展之理論

- 一、計畫理論（Projekt）
- 二、過程理論（Mittler Weg）
- 三、訴訟上主張類型理論（Orientierung am Vortragmuster im Prozeß）

陸、法學方法上的探討

- 一、契約之定性



二、類型概念

柒、以案件事實為定性之客體

一、案件事實的形成

二、以案件事實為基礎選擇應適用之選法規則

捌、結語

壹、問題之提出

所謂定性之客體，係指選法規則所應處理之客體為何？在選擇以及適用選法規則時，作為法律條文之一的選法規則，本身是法律適用上的大前提，而欲正確適用選法規則，必須先確定何者是小前提。不同於一般法律條文，選法規則係以歸類概念作為大前提的主要要素¹，因此選法規則究竟以何者為其適用上的小前提，便產生爭論，此項爭論不僅具有學術上的意義，也具有處理涉外案件的重要性。討論定性的客體，就是在確定選法規則的小前提，究竟是法律關係、生活關係、實體法規或者是一項法律問題。討論定性客體，其實也是在思考如何建構選法規則，究竟應該直接以案件事實為選法規則適用的對象，並以此建立選法規則，或者應該以實體規範作為對象，將實體規範分門別類，依其性質建構選法規則²。

貳、定性之客體與範圍

選法規則可以區別為三種主要的部分，一是歸類概念，例如「侵權行為」、「法律行為發生債之關係」等等，第二部分是連繫因素，例如「本國」、「侵權行為地」等等，第三部分是準據法適用。在選法適用的各個階段，均可能因為各國對於何謂「侵權行為」、何謂「住所」、何謂「程序法」等有不同的規定或詮釋，導致選法規則

¹ 賴來焜，《當代國際私法學之構造論》，台北，神州圖書出版，2001，頁 68 以下。李雙元、金彭年、張茂、歐福永，《中國國際私法通論》，北京，法律出版社，2004，頁 101 以下。黃進，《國際私法》，北京，法律出版社，2005，頁 174。Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 2004, 5. Aufl., S. 103 ff. Gerhard Kegel & Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 2004, 9. Aufl., S. 310 ff.

² Loukas A. Mistelis, Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht, 1999, S. 233.



所使用「歸類概念」、「連繫因素」的文字雖然相同，卻因為不同的詮釋，導致準據法選擇產生不同的結果。這種不同階段所產生的問題，學說上也有認為均屬於定性問題，並針對各個階段的定性提出不同的解決方法，而統稱之為「定性之範圍」或稱為「定性之對象」³。這與本文所欲討論的定性客體，具有不同意義。定性範圍的問題跨越選法規則適用的各個階段，而本文所欲討論的，則是選法規則所處理的對象，在整個涉外案件處理上，何者是選法規則適用上的小前提，主要集中在選法規則適用上的第一階段。

也有學者將定性區分為對於訴因的定性以及對於準據法之定性，前者係指將訟爭之涉外案件分歸於選法規則所使用的歸類概念，並因此適用該選法規則，後者係指當確定涉外案件之歸類概念屬性後，必須決定如何正確選擇應適用的準據法，包含連繫因素的確定以及準據法是程序法或實體法屬性確定的問題⁴，也都是將定性問題放在比較廣泛的範圍來討論，與本文所討論的定性客體，意義不同，自應先予敘明。

另外在反致時，由於法院必須適用準據法國的國際私法，而在選擇適用外國的選法規則時，同樣也必須依照定性的程序選擇選法規則。而既然有定性，即必須將涉外案件歸入該外國選法規則所使用的歸類概念，也會產生本文所討論之定性客體的問題。因此雖然是在選法規則適用的第三階段時，才發生反致所產生再定性的問題⁵，依然有定性客體的問題存在。

定性的客體係討論選法規則所處理的對象而言。與定性的範圍

³ 劉鐵錚，《國際私法論叢》，台北，三民書局，2000，頁 229 以下。徐冬根，《國際私法趨勢論》，北京，北京大學出版社，2005，頁 71 以下。杜新麗，《國際私法實務中的法律問題》，北京，中信出版社，2005，頁 81 以下。

⁴ Peter North & J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 2008, pp. 35-45.

⁵ 有關再定性之問題，請參見陳榮傳，〈國際私法的定性、再定性〉，《台灣本土法學雜誌》，第 40 期，2002 年 11 月，頁 135 以下。

係討論定性應該包含歸類概念，或者是連繫因素，或者是準據法適用，並不相同。也由於定性客體係討論選法規則處理的對象，因此只要是選擇適用選法規則時，均有定性客體的問題，包含反致後的再定性。

另外也有學者主張，選法規則的構成要件有兩個要素，一個是歸類概念，一個是連繫因素。定性是指把涉外案件中的實體事實涵攝到選法規則構成要件中的歸類概念，因此只有歸類概念的處理才是定性所應討論的事項。確認連繫因素是解釋的問題，不是定性的問題⁶。

參、傳統理論

定性之客體，傳統上有以下不同之理論。

一、請求（Anspruch; Rechtsbegehrt）說

以「請求」為定性之客體，是指以當事人得請求相對人履行的事項為定性的客體。如起訴請求被告賠償損害或者給付生活費用等等。此說認為由於立法者無法一一為具體「請求」，規定選法規則，只能將請求分門別類，找出共通的連繫因素，以決定準據法，所以定性之客體是「請求」。此說雖是由 Wengler 所介紹，但他並不支持這項說法。不過有學者卻以英美法上的訴因制度（cause of action）更新此說。訴因制度其實相當於德國民法上的「請求」，這些學者認為訴因就是定性之客體。Oskar Hartweg 甚至更進一步衍伸，認為不止訴因是定性的客體，訴訟相對人所提出的各項抗辯主張也都是定性的客體⁷。英國學者也有認為定性有兩個不同的階段，在第一階段

⁶ Bernd von Hoffmann & Karsten Thorn, Internationales Privatrecht, 2007, 9. Aufl., S. 222.

⁷ Mistelis, (Fn. 2), S. 227 ff.



是正確選擇應適用之選法規則，這個階段是以訴因作為對象，法官必須依照當事人所提出之訴因，決定該訴因屬於哪一項選法規則所預定的歸類概念中⁸。

二、法律關係（Rechtsverhältnisse）說

從 Friedrich von Savigny 之後，法律規定所規範的對象就是一種法律關係。之後 Franz Kahn 將法律關係的性質當作是所有國際私法規範的起點。所謂法律關係係指生活關係依據法律要件的過濾判斷後所形成具有法律上意義的權利義務關係而言⁹，一般而言，具有兩項重要的要素，第一項要素是生活關係，第二項要素是經過法律的調整。亦即單純的生活事實，如果不具有法律上的意義，那麼這種生活事實並不是法律關係。而生活事實是否具有法律上之意義，自然必須依賴法律所規定之要件而定。當生活事實經過法律的過濾調整之後，基本上會形成以權利義務為主要內涵的人際關係。例如婚姻會是一項法律關係，而單純地共同生活，在不承認事實上婚姻關係的社會中，就不會形成法律關係¹⁰。此說認為法律關係是定性的客體。在立法例中，如 1983 年海牙防止兒童誘拐公約（CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION）第 3 條規定，依照兒童慣居所地法律認為行為侵害監護權（rights of custody）者，監管兒童之行為即屬非法；第 5 條並且對監護權做出定義性的規定，所謂監護權是指照顧兒童的一切權利而言，特別是住居所的安排。

⁸ North & Fawcett, *supra* note 4, pp. 42-45.

⁹ Kropholler, (Fn. 1), S. 116.

¹⁰ Dieter Medicus, 邵建東譯，《德國民法總論》，北京，法律出版社，2000，頁 50 以下。

三、生活關係（Lebenverhältnisse）說

所謂生活關係是指實際的社會關係而言，不是經過法律規定處理過的法律關係。此說認為實體法律規定處理的對象就是這種生活關係，選法規則也是同樣以處理生活關係為對象，所以定性也是以生活關係為對象。只不過，實體規範直接將事實（Tatsach）連接到法律效果，選法規則則僅僅將事實與某一個可適用的法律秩序聯繫在一起，並沒有直接規定法律效果¹¹。例如依照台灣民法第 6 條規定，「人之權利能力，始於出生」，這是一項實體規範，而有人出生，這是一項事實，依照該法規，這位人士就取得了權利能力，這就是一種法律效果；而涉外民法第 10 條第 1 項規定：「人之行為能力，依其本國法」，這是一項選法規則，並沒有對法律效果直接作出規定，而只是針對例如某一位滿十七歲之人士，這樣一個生活事實，規定必須適用該人士的本國法，以決定其是否取得行為能力的法律效果。德國學者 Paul Heinrich Neuhaus 在早期的著作中，即採此說¹²。

四、法律問題（Rechtsfragen）說

此說認為定性的客體是法律問題。法律問題有幾種型態，可能是發生某個事實時，該事實是否產生特定的法律效果，這會有法律問題，例如台灣民法第 7 條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生」，那麼胎兒是否取得繼承之權利能力，可能會因為胎兒尚無法確定將來死產與否，因而形成一個法律問題；也有可能是某一個法律效果的前提事實成為一個法律問

¹¹ Kropholler, (Fn. 1), S. 116.

¹² Paul Heinrich Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 1976, 2. Aufl., S. 118.



題，例如台灣民法第 194 條規定，配偶對於加害人可以請求非財產上之損害賠償，那麼是否為配偶，涉及婚姻是否有效，以及是否已經離婚等等法律問題；另外也可以是相當具體的法律問題，例如債務人是否因為債務不履行，而必須負損害賠償責任。選法規則也是以法律問題為客體，這些法律問題包含了胎兒是否具有繼承之權利能力、婚姻是否有效、是否具有離婚的事由、是否有債務不履行之情形等等。

認為以法律問題作為定性之客體，會產生究竟應該以法院地法或者是案件準據法認定的爭論，如果將所謂「案件」準據法與特定「準據法」脫離，不把案件事實據以推論的法律上理由考慮在內，那麼以案件準據法的案件本身來判斷是否形成法律問題，而不以法院地法擅自取代，應該是比較正確的做法。不過，法律問題有時候可以純從生活關係上來判斷，或者是在選法規則的適用上發現有法律問題待解決，但也有可能必須在適用準據的實體規範時，才發現還有必須解決的法律問題。因此，判斷是否屬於定性客體之法律問題時，經常需要往來穿梭於選法規則以及實體規範之間。

按照此說的見解，既然選法規則是以法律問題作為客體，最理想的選法規則結構應該呈現為「當某項法律問題需要被回答時，應以某法律為準據法」¹³。

五、實體規範 (Sachnorm) 說

此說認為定性的客體，是各個具體規定當事人間權利義務關係的實體規範。最早是由德國學者 Neuner 於 1934 年所提出，之後 Wilhelm Wengler 於 1952 年繼續加以闡明。Wengler 認為定性是針對由一群法條所形成之概念 (Bildung von Begriffen für Rechtssatzgruppe)，

¹³ Kropholler, (Fn. 1), S. 117 ff.

這個概念讓這群法條可以在該國法律體系中與其他法條區分¹⁴。所以定性的客體是實體的規範。英國文獻也有採取相同立場之學者¹⁵。Gerhard Kegel/ Klaus Schurig 也採取此項見解，他們認為選法規則通常是依照實體規範的類型來形成，亦即將實體規範依照歸類概念分門別類，據以制定選法規則，並選擇應適用之準據法¹⁶。Christian von Bar/ Peter Mankowski 也採取此見解，這二位學者認為，法律關係必須在法律適用之後才會產生，選法規則沒有產生之前，也不會有可以適用的實體法，因此法律關係不是選法規則的客體，自然也不是定性的客體。而沒有經過法律評價過的生活關係、單純生活關係，例如自己打傷自己等等，既不是法律所規範的對象，也不會成為定性的客體。而選法規則也不是以當事人的請求為對象，所以請求也不是定性的客體¹⁷。

德國學者 Jan Kropholler 對此說大力抨擊，他認為涉外案件必須先適用選法規則，在選定準據法後，才有可資適用的實體規範，在選法規則適用程序上，不可能以實體規範作為定性的客體¹⁸。

不過許多國際條約，都是直接以各種實體法的規範作為客體¹⁹，例如 1961 年海牙遺囑處分方式法律衝突第 5 條規定，「在適用本公約時，任何以立遺囑人的年齡、國籍或其他個人條件來限制被許可的遺囑方式的法律條款，應視為屬於方式問題」。

¹⁴ Mistelis, (Fn. 2), S. 228.

¹⁵ Mistelis 在前註文獻中，引用 Cheshire and North's Private International Law 第十一版頁 47-52，認為該書作者主張以實體規範作為定性之客體。不過筆者在該書第十三版相關章節，即第 37 頁以下，並沒有發現足資證明的文字記載。

¹⁶ Kegel & Schurig, (Fn. 1), S. 327.

¹⁷ Christian von Bar & Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, 2003, S. 662 ff.

¹⁸ Kropholler, (Fn. 1), S. 118.

¹⁹ Kropholler, (Fn. 1), S. 119 ff.



肆、訴訟實務上的觀察

定性既然是選法規則適用上必經的階段，則在採用以選法規則選擇準據法以處理涉外案件之國家中，處理涉外案件的司法實務，必然需要對於案件進行定性。那麼各法院在審理涉外案件實際時，究竟以何種事項作為定性之客體，也就值得觀察。而這種司法實務的觀察，應該從事實審法院實際審理案件之過程去了解。

一、德國法院有關伊斯蘭婚姻聘禮請求案

首先觀察德國 Stuttgart 高等法院 (OLG) 在 2008 年 1 月 29 日的 17 UF 233/07 判決。該案是夫妻離婚後，妻子向先生請求給付聘禮 (Brautgabe) 的案件，該案中，妻子因歸化而取得德國國籍，先生則是土耳其人，兩人都信仰伊斯蘭教，在 2006 年舉辦宗教儀式結婚，之後並且在德國戶籍機關辦理登記，又在 2007 年經判決離婚確定。在舉辦宗教婚姻儀式中，有一份文件，記載「3,000 歐元 mihri müeccel」，在該記載之後則有先生的姓名，但是先生並沒有簽名。妻子於是主張依照伊斯蘭法，由於先生對於婚姻的破裂有責任，先生必須依照該記載給付妻子 3,000 歐元。先生拒絕，抗辯自己並無義務給付該款項。一審判決先生應給付 2,000 歐元。先生上訴，妻子仍主張先生必須為離婚負責，而離婚導致其在生活群體中社會地位的下降，因此也應給付扶養費用。而依照伊斯蘭法，婚姻被認為是一種契約，婦女成為買賣一方的主體，並有權獲得聘禮，亦即男方在結婚時，確實負有給付聘禮的義務²⁰。而雙方當事人既然在結婚當時約定特定金額的聘禮，女方依照該約定請求，性質上屬於依照婚姻效力 (Ehewirkungsstatut) 的規定所為之請求，如果已經離婚，也可

²⁰ 高鴻鈞，《伊斯蘭法：傳統與現代化》，北京，清華大學出版社，2004，頁 247。