

台湾における国際私法の現状と課題

何 佳 芳
カ カホウ

東呉大学法学院副教授

はじめに

1. 国際私法の現状— 2010年新法の改正要点
2. 最密接関係原則の運用
3. 今後の課題

おわりに

はじめに

台湾における国際私法の法源である「涉外民事法律適用法」は、1953年の施行以来、ほとんど改正されてこなかった。そこで、台湾における最高司法機関である司法院は、1998年から法学者や司法実務家を招聘して「涉外民事法律適用法修正委員会」を設置、改正草案の作成を開始した。同草案は2008年6月に完成し、2010年4月には立法院の三読（本会議での可決）を経て、同年5月26日に総統令により「改正涉外民事法律適用法」（以下「新法」とする。改正前の1953年「涉外民事法律適用法」は「旧法」とする）が公布された。新法の改正範囲が広範囲にわたっているため、各界が新法の内容を十分に認識できるよう、新法の施行は公布から1年後の2011年5月26日とされた。

新法では、社会経済形態の変化と国際法制の変遷に対応するため、総則部分に「法律回避」などの規定を追加しただけでなく、各論においても数多くの事案類型に対する準拠法の規則を追加した。また、旧法とは異なる新たな形の連結点を数多く採用している。

新法が2011年に施行されてから、すでに5年が経過しているが、新法の条文に係る法概念の解釈について、学者の間でもまだ見解が定まっていないものが多く、また司法実務の第一線で活躍する裁判官や弁護士にとっても、関連条文の運用、または連結点の判断基準の解釈上の差異などに関する疑問点が少な

くないようである。

以上のような問題意識を踏まえ、本稿では、2010年の新法の改正要点と、今後の課題を中心として論じたい⁽¹⁾。

1. 国際私法の現状— 2010年新法の改正要点

(1) 渉外商事事案の準拠法の新設

新法では、狭義の涉外民事に限らず、例えば、支払指図または無記名証券の法律行為(22条)、製造物の製造者責任(26条)、不正競争および競争制限行為により生じた債務(27条)、船荷証券(43条)、集中保管を行っている有価証券の権利変動(44条)などに関連する問題についての準拠法の規定など、渉外商事事案に関する規定も多数設けられ、新たな経済環境と国際法制の変化に対応している⁽²⁾。

また新法では、従来の債権債務によらない関係(すなわち20条ないし29条の法律行為、事務管理、不当利得、不法行為以外の法律事実から生ずる債権債務関係)により生じた債権債務⁽³⁾については、原則的に事実が発生した地の法律に基づかなければならない(30条⁽⁴⁾)。また、事務管理、不当利得、不法行為については、中華民国での提訴後でも、当事者は中華民国法の適用に合意することができる(31条⁽⁵⁾)との条文も新設された。

(2) 男女平等および子の利益保護の原則の貫徹

新法では、婚姻の効力、夫婦財産制、離婚の要件、離婚の効力などに関する準拠法について、旧法での「夫の本国法」の適用から、「夫婦の共通本国法」、「共通住所地法」または「婚姻関係に最も密接な関係がある地の法律」の適用へと改正が行われた(47条、48条、50条)。また、子の身分の保護(51条)、親権(55条)、監護/未成年者後見(56条)、扶養(57条)などに関わる涉外事案では、子、被監護者、扶養権利者の本国法を準拠法として採用するよう改められた。立法理由をみると、これら改正の理由は以下のようなものとなっている。すなわち、前者に関して、旧法の規定においては、「夫の本国法」によるとされてきたため、夫婦双方の属人法を共に考慮することができず、世界的な潮流

である男女平等に反していた。また後者に関しては、子、監護、扶養などに係る事案においては、子、被監護者、扶養権利者などの弱者保護を重視すべきである。したがって、これらの改正は、男女平等の原則に沿ったものであるだけでなく、「市民のおよび政治的権利に関する国際規約」における人権保障の精神にも沿うものである⁽⁶⁾、とのことである。

(3) 法の適用の明確性と合理性

改正前の涉外民事法律適用法の条文数は全31条であったが、今回の改正では、うち28条を改正、1条を削除、33条を追加したため、新法は全63条から構成されることとなった。また、旧法では章立てがされていなかったが、新法では、「通則」、「権利主体」、「法律行為の方式および代理」、「債（債権債務）」、「物権」、「親族」、「相続」、「附則」の8章に分けて条文を整理、調整するなど、全面的な改正が行われた⁽⁷⁾。

さらに、新法では、涉外民事事件において法律を適用する際に直面する恐れのある問題について、可能な限りの対応がなされた。例えば、知的財産権、人の権利能力、代理権授与、債務負担、請求権の消滅時効、債務消滅などに関する準拠法の規定を新設したほか、事務管理、不当利得、不法行為を原因として生じた債務の準拠法適用規定を改正した。これにより、法の適用の明確性と合理性が高まった⁽⁸⁾。

(4) 最密接関係原則の普遍的採用

現在の国際私法規範における世界的な趨勢となっている「最密接関係原則」とは、台湾での一般的な説明によると「当事者の主観的期待と予見可能性および具体的な個別の事案といった客観的事情を共に考慮することを最も重要な原則とするという原則」とされる。新法ではこのような理解に基づき「最密接関係原則」を普遍的に採用するとの改正を行った。この点こそが今回の改正の最も大きな特徴と言えるだろう⁽⁹⁾。

例えば新法では、総論において、本国法主義を補充する規定として、2条（最も密接な関係がある国籍）、4条（最も密接な関係がある住所地、最も密接な関

係がある居所地), 5条(最も密接な関係がある法)などの規定が設けられたほか, 各論においても, ①当事者意思の不明を補充する規定: 17~19条(代理行為に最も密接な関係がある地の法律), 20条(最も密接な関係がある法), 43条(船荷証券に最も密接な関係がある地の法律), 44条(集中保管の有価証券に最も密接な関係がある地の法律), ②不法行為準拠法の調整規定: 25条(最も密接な関係がある法), ③身分関係における共通属人法の最終段階連結点とする規定: 45条(婚約当事者に最も密接な関係がある地の法律), 47条(夫婦の婚姻関係に最も密接な関係がある地の法律), 48条(夫婦の婚姻関係に最も密接な関係がある地の法律), 50条(夫婦の婚姻関係に最も密接な関係がある地の法律)などの規定が設けられた。

注目に値するのは、「何を最も密接な関係がある法律とするのか」という点について、新法では、それを推定する規定をいくつか規定したことである。例えば20条では、法律行為により生じた債権債務の内に、法律行為の特徴的な債務とされるものがある場合には、当該債務を負担する当事者が同行為を行った時点で有する住所地の法を最も密接な関係がある法律であると推定している(推定的な最も密接な関係がある法律)。

2. 最密接関係原則の運用

「最密接関係原則」は、現在各国の立法例や国際条約でも採用されている。個別事案において、具体的な状況に従って全ての要素を総合的に考量し、適切な判断を下すことができるという最密接関係原則のメリットや、涉外民事紛争は、常に事案の重大性、複雑性および革新性などの特性を有することなども考慮して、一部の裁量の余地を残すことで裁判官が個別具体的な事案に法律を柔軟に適用できるよう、新法では、広く最密接関係原則を採用するに至ったものである。その適用方法としては概ね以下の類型に分けられる⁽¹⁰⁾。

(1) 連結点の積極的抵触の解決

(a) 国籍の積極的抵触

2条 (国籍の積極的抵触)

本法の規定により当事者の本国法を適用する場合において、当事者が多数の国籍を有するときは、その者に最も密接な関係がある国籍によって本国法を決定する。

旧法においては、「当事者の本国法を適用すべきであるが、当事者が複数の国籍を保有している場合について、その国籍の取得時期が異なる場合には、最後に取得した国籍を当事者の本国法とする」との規定が設けられていた。しかし、「最後に取得した国籍」は、必ずしも当事者に最も密接な関係がある国籍とは限らないため、当事者が最後に取得した国籍により本国法を決定すると、不合理な結果となる可能性を避けることができなかった。また、旧法においては、国籍の同時取得の場合に、「最密接関係原則」が採用されていたが、中華民国法を優先的に適用するとも定められていた。

このような旧法の規定に対して、新法の立法者は、「最後に取得した国籍は必ずしも最密接関係がある国籍ではない」という理由から、国籍の取得時に関わらず、一貫して「最密接関係原則」を基準とすることとし、新法2条を制定した。また新法では、「最密接関係原則」を採用することですでに中華民国法適用の利益にも配慮しているという認識から、旧法に定められていた中華民国法を優先的に適用するとの関連規定も削除した⁽¹¹⁾。

「最密接関係国籍」の決定方法については、立法理由では、当事者の主観的な意思と各種客観的要因を斟酌し、総合的に判断するのが望ましいとされている。まず、当事者の主観的意図として、当事者が最後に取得した国籍が本人の真実の意思なのかどうかについて当事者の内心の効果意思を考慮するほか、客観的要因については、当事者の実質的な住所、営業所、就労、学業、財産の所在地などの各要素を考慮し、どの国が当事者の最密接関係地であるかを総合的に判断したうえで、当事者の本国法を決定する⁽¹²⁾とされている。

(b) 住所、居所の積極的な抵触

4条（住所の抵触）

- 1 本法の規定により当事者の住所地法を適用する場合において、当事者が複数の住所を有するときは、その者に最も密接な関係がある住所地法を適用する。
- 2 当事者の住所が不明なときは、その者の居所地法を適用する。
- 3 当事者が複数の居所を有するときは、その者に最も密接な関係がある居所地法を適用する。居所が不明なときは、現在地法を適用する。

新法では、住所の積極的な抵触については、国籍の積極的な抵触の場合と同様に内外住所ないし居所を一律に平等に、「最密接関係原則」によって判断をすることとなった。4条1項と3項において、当事者が複数の住所または居所を有するときは、その者に最も密接な関係がある住所地法または居所地法を適用すると定められている。

(2) 「不統一法国の法」の規定が不明な場合の適用補充**5条（法を異にする国の法）**

本法の規定により当事者の本国法を適用する場合において、その国内の法律が地域またはその他の理由により異なるとき、当該国の法律適用に関する規定に従い、適用すべき法律を決定する。当該国の法律適用に関する規定が不明である場合には、当該国において当事者に最も密接な関係がある法を適用する。

新法5条は、当事者の本国法が地域、宗教、身分その他の理由によって法を異にする、いわゆる「不統一法国内法」の場合、「間接指定主義」を採用し、当該国の法律適用に関する規定に従い、適用すべき法律を決定するとの規定である。また、当該国の法律適用に関する規定が不明である場合には「最密接関係原則」を採用し、当該国において当事者に最も密接な関係がある地の法を適用する。

(3) 当事者が明示の準拠法選択をしていない場合の補充的準拠法選択ルール

(a) 代理の三面関係の準拠法

17条 (代理権を授与する行為の準拠法)

代理権が法律行為によって授与された場合、その代理権の成立、および本人と代理人との間における効力は、本人と代理人が適用すべきことを明示的に合意した法律による。明示的な合意がない場合、代理行為に最も密接な関係がある地の法律による。

18条 (本人と相手方との間の法律関係の準拠法)

代理人が本人の名義をもって相手方と法律行為を行うときは、本人と相手方との間において、代理権の有無、制限、および代理権の行使が生ずる法律効果に関し、本人と相手方が適用すべきことを明示的に合意した法律による。明示的な合意がない場合、代理行為に最も密接な関係がある地の法律による。

19条 (代理権を授与する行為の準拠法)

代理人が本人の名義をもって相手方と法律行為を行うときは、相手方と代理人との間において、代理人がその代理権限によるか、代理権限を越えるか、または、代理権なくして行った法律行為によって生ずる法律効果に関し、前条が適用すべきものと定める法律による。

新法では、各法律行為間の共通問題のうち、法律行為の方式および代理について、別途通則を(第3章「法律的行為の方式および代理」)を設けて規定している。中でも、代理の準拠法に関する規定は、旧法には規定がなかったものであり、新法で新たに規定されたものである(17条~19条)。

この3つの条文の構造から判断する限り、新法は、国境を越えた代理行為による複雑な問題に対応するため、代理関係の準拠法について、「本人と代理人との間」または「本人と相手との間」に生じた代理関係は、原則として全て「当事者自治の原則」を優先して、「当事者の合意」を第一の連結点とし、「最

密接関係原則」を副次的な連結点とするという立法手法を採用している。すなわち、当事者間に「明示の合意」があるために適用することが可能な法律がある場合には、同法を準拠法とし、明示の合意がない場合には、「代理行為の最も密接な関係がある地の法律」に従うとしている。しかし、代理の三面関係については、それぞれの局面において異なる法的根拠があり、利害関係もそれぞれ異なりうるため、学説や海外の立法例においても準拠法の選択に関して重視する点は異なっている。すなわち、本人利益の保護を主とするか、相手の期待の可能性に重点を置くか、または取引の安全性、もしくは行為地の公共秩序を維持するか、その出発点によって「最も密接な関係がある地の法律」が異なってくるのである。この点、新法の規定だけでは問題解決を見ることはできず、今後の実務と学説を基礎にしたさらなる論証と発展を待たなければならない⁽¹³⁾。

(b) 債権債務関係の準拠法

20条（法律行為によって発生した債権債務の準拠法）

- 1 法律行為によって債権債務関係が発生した場合、その成立および効力については、当事者の意思によって、適用すべき法律を決定する。
- 2 当事者に明示的な意思がない、または、その明示的な意思により適用するとされた法律が無効であるときは、最も密接な関係がある法律による。
- 3 法律行為による債務の中に、当該法律行為の特徴を十分に含んだものがあるときは、当該債務を負担する当事者の行為当時の住所地法を最も密接な関係がある法律と推定する。ただし、不動産について行われた法律行為は、その所在地法を最も密接な関係がある法律と推定する。

契約に関する準拠法の決定については、「契約自由」を前提に、第1順位として当事者の主観的な意思を連結点に、第2順位としてその他客観的な連結方式により補完し適切な準拠法を探求するとの立法を採用している国や国際規範が多い。

新法が、法律行為によって発生した債権債務関係にかかる準拠法決定に際し、

第2順位となる連結点として「最密接関係地」を採用したのは、旧法では客観的連結として固定的な連結点しか認められなかったこと（例えば、旧法6条2項では、契約の準拠法について、当事者の合意がない場合に、まずは当事者の共通本国法により、その法がないときは、契約の行為地法によると規定されていた）により、当事者の期待や社会的利益に反する不公平な結果が発生していたため、それを解消するためのものである。したがって、新法においては裁判所が、ある契約の準拠法を決定する際には、その契約に関する様々な要素（自然人の住所または国籍、法人の営業地、事件の発生地、行為地、当事者の予見可能性、正当な期待利益の保護、当該準拠法を決定または適用するための便宜性、法廷地の関連政策およびその他利害関係のある法域の関連政策など）を総合的に分析し、かつ、質および量の視点から比較して分析することにより、どの法域が事件の事実および当事者と最密接関係にあるかを突き止め、当該法域の法律を当事件の法律関係の準拠法とする⁽¹⁴⁾べきである。

しかし、最密接関係原則に対する最も強い非難は、その基準があまりにも抽象的であることである。そのため、裁判官が事件を審理する際に、一定の判断基準がなければ恣意的に準拠法を選定してしまう場合も多くなろう。この欠点を解消し「法の安定性」と「当事者の予見可能性」の両方を追求するため、新法では20条第3項に「最も密接な関係がある法律」に関する推定規範を置くことで、契約準拠法を選択する場合の柔軟性と明確性の双方に配慮した。この点については後述の「推定的な最も密接な関係がある法律」の中で詳述する⁽¹⁵⁾。

(c) 船荷証券に関する法律関係および集中保管証券の権利変動の準拠法

43条（船荷証券に関する問題の準拠法）

- 1 船荷証券によって生ずる法律問題は、当該船荷証券に記載された適用すべき法律による。船荷証券に適用すべき法律が記載されていないときは、最も密接な関係がある地の法律による。
- 2 船荷証券に記載された貨物に対し、数人が、それぞれ、船荷証券により、直接当該貨物に対して物権を主張するとき、その優先順位は、当該

貨物の物権に適用すべき法律による。

- 3 倉荷証券又は貨物引替証によって生ずる法律関係に適用すべき法律は、前2項の船荷証券に関する規定を準用する。

44条（集中保管の有価証券の権利変動の準拠法）

有価証券が証券集中保管者によって保管されるとき、当該証券の権利の取得・喪失・処分又は変更は、集中保管契約に明示された適用すべき法律による。集中保管契約が適用すべき法律を明示していないときは、最も密接な関係がある地の法律による。

新法は上記20条において債権行為について「当事者自治原則」を基本的な規範としたほか、物権の章にも類似する規定を設けている。船荷証券と集中保管証券は、その基本行為となる債権債務関係だけでなく物権変動とも密接な関係があるため、新法では、物権の章の中に、船荷証券に関する法律関係、および集中管理証券の権利変動の準拠法についての規定を、43条および44条として新設した。これらの規定についても、上記の代理関係および債務関係の準拠法のように、当事者意思を第1順位の準拠法選択の根拠とし、当事者の明示の準拠法選択がない場合（台湾法上は黙示の準拠法選択は認められない⁽¹⁶⁾）の補充的な準拠法選択ルールとして「最密接関係原則」を採用した。

(4) 不法行為により生じた債務の基本的な準拠法選択規則

25条（不法行為の準拠法）

不法行為によって生ずる債権債務に関しては、不法行為地法による。ただし、最も密接な関係がある法律が別にあるときは、当該法律による。

26条（製造物責任の準拠法）

商品の通常使用又は消費によって損害が発生したとき、被害者と商品製造者との間の法律関係は、商品製造者の本国法による。ただし、商品製造

者が、次に掲げるいずれか一つの法律を施行する地域内において当該商品を販売することを事前に同意したか又は予見することができて、かつ、被害者により当該法律が適用すべき法律として選定されるときは、当該法律による。

27 条 (不正競争および制限競争の準拠法)

市場の競争秩序が不公平な競争又は制限的な競争の行為によって妨害を受けたとき、これによって生ずるその債権債務は、当該市場の所在地法による。ただし、不公平な競争又は制限的な競争が法律行為により生成し、かつ当該法律行為に適用すべき法律が被害者により有利であるときは、当該法律行為に適用すべき法律による。

28 条 (メディアによる不法行為の準拠法)

- 1 不法行為が、出版、ラジオ、テレビ、コンピューター・インターネット又はその他の伝播手段により行われるとき、その生じた債権債務は、次に掲げる各号中、それと最も密接な関係がある法律による。
 - 一 行為地法。行為地が不明であるときは、行為者の住所地法。
 - 二 行為者が損害発生地を予見することができたときは、その損害発生地法。
 - 三 被害者の人格権が侵害されたときは、その者の本国法。
- 2 前項の不法行為の行為者が、出版、ラジオ、テレビ、コンピューター・インターネット又はその他の伝播手段の営業に係るときは、その者の営業地法による。

新法 25 条では、一般不法行為により生じた債権債務には、原則的には不法行為地法を適用しなければならないと定める一方で、「最も密接な関係がある法律が別にある場合には、当該法律による」とのただし書を追加した。また、特殊な不法行為によって生じた債権債務について、26 条、27 条、28 条に、それぞれ適用すべき法律を規定した。立法理由によると、新法における特殊不法

行為により生じた債権債務に関する 26 条ないし 28 条の規定は、25 条ただし書に記載された「最密接関係地法」の具体化であり、これら規定が優先的に適用されるとしている⁽¹⁷⁾。そのため、商品の製造物責任に関しては、結果発生地、被害者が当該商品を買受けた地、または被害者の本国法による (26 条)。不正または競争制限行為により生じた債務に関しては、原則的に当該市場地法により、不正または競争制限が法律行為により生じた場合で、当該法律行為について適用すべき法律が被害者に有利となる場合には当該法律行為について適用すべき法律による (27 条)。出版、ラジオ放送、テレビ、コンピューター・インターネットなどの伝播手段により行われた不法行為により生じた債務に関しては、状況に応じて結果発生地、または被害者の本国法を適用することができる (新法 28 条)⁽¹⁸⁾。

(5) 身分関係事件の中での段階的な準拠法選択ルールの最終段階として——
両性平等の原則

45 条 (婚約の成立および効力の準拠法)

- 1 婚約の成立は、その各当事者の本国法による。ただし、婚約の方式は、当事者の一方の本国法又は婚約締結地法によるときも有効とする。
- 2 婚約の効力は、婚約当事者の共通本国法による。共通本国法がないときは、共通住所地法による。共通住所地法がないときは、婚約当事者に最も密接な関係がある地の法律による。

47 条 (婚姻効力の準拠法)

婚姻の効力は、夫婦の共通本国法による。共通本国法がないときは、共通住所地法による。共通住所地法がないときは、夫婦の婚姻に最も密接な関係がある地の法律による。

50 条 (離婚およびその効力の準拠法)

離婚およびその効力は、協議の当時又は訴訟提起の当時の夫婦の共通本

国法による。共通本国法がないときは、共通住所地法による。共通住所地法がないときは、夫婦の婚姻に最も密接な関係がある地の法律による。

旧法は涉外婚姻および涉外離婚問題について、12条～15条に規定を設けていたが、もっぱら夫あるいは妻の一方の本国法を準拠法としていた。新法では、この規定の在り方が両性平等の原則に反していたことに配慮し、ドイツ民法施行法14条や日本の法の適用に関する通則法25条、イタリア国際私法29条などの立法例の主旨を参考として、45条、47条、50条において、「婚約効力準拠法」、「婚姻効力準拠法」および「離婚およびその効力準拠法」についての規定を設け、それぞれ「段階的な連結方法」を採用した。すなわちまず夫婦共通の本国法を準拠法とし、共通の本国法がない場合は、共通の住居地法を、共通の住居地法がない場合は、「最密接関係原則」を段階的に準拠法とするとの選択ルールとしたのである。また、最も密接な関係がある地を決定するための基準としては、裁判所が夫婦婚姻の各要素（夫婦の住居地、勤め先または事業の重心地、財産の主な所在地、家族の生活重心地、学業・宗教の背景など）を総合的に考慮し、その中から、最も密接な関係がある地の法律を準拠法とする⁽¹⁹⁾と規定した。

なお、夫婦財産制の準拠法については、夫婦財産制が身分法と財産法をまたいだ法律制度であり、財産法の性質を持っていることに鑑み、当事者自治の尊重という契約法上の原則も涉外的夫婦財産制の準拠法を規範化するための一般原則となっている。そのため、外国の立法例などを参考として、夫婦財産制については、夫婦が書面によってその一方の本国法または住所地法の適用を合意した場合に限り、夫婦の合意によってその適用する法律を決めるべきと規定された（新法48条⁽²⁰⁾）。

3. 今後の課題

(1) 総論

(a) 法律回避と公序則の競合

7条（法律回避）

涉外民事事件の当事者が中華民國の法律の強行規定または禁止規定を回避するときであっても、当該強行規定または禁止規定を適用する。

8条（公序良俗）

本法によって外国法を適用する場合において、その適用の結果が中華民國の公の秩序または善良の風俗に反するときは、これを適用しない。

涉外民事事件における当事者が、本来適用されるべきであった中華民國法よりも自らに有利な外国法を適用するために、連結点を操作して、人為的に連結点を創設または変更し、中華民國の強行規定または禁止規定の適用を回避することを防止するため、新法7条には、法律回避の規定が定められた。同条の立法理由によれば、当事者が、当該外国法が適用されることにより、中華民國が承認しない利益を得ることを目的として創設または変更した連結点は、準拠法決定の基準としての実質性および公平性を失っているため、それによって決定された準拠法も合理性を欠くこととなる。そのため、その適用を制限する必要があることから、中華民國の法律の強行規定または禁止規定を回避する場合であっても、当該強行規定または禁止規定を適用するとされている⁽²¹⁾。

台湾の通説によれば、以下の主観的要件と客観的要件を満たすことで「法律回避」が認定される。主観的要件については、当事者が不法な動機や目的（詐欺の故意）を有すること、が要求される。また、客観的要件については、次の三点が指摘される。すなわち、(1)当事者が連結点を変更したこと。(2)当事者にとって不利益な法廷地法が回避されること（すなわち、回避されるのは法廷地の強行規定や禁止規定であること⁽²²⁾）。(3)当事者の動機（詐欺の故意）と行為（連結点の変更行為）との間に時間上の連続性があり、そして有効な回避結果（当事

者が利益を得ること)が達成されること。この点は「法律回避の連続性」といわれている⁽²³⁾。これらの要件のうち、主観的要件は最も重要な要件だと考えられている。そもそも、法律回避は、外観的には合法であるが、主観的には詐欺の故意があることによって成立すると考えられており、この主観的要件が満たされなかった場合には法律回避も成立しないとされる⁽²⁴⁾。従って、当事者が法廷地法を回避する意図の有無は、法律回避を認定する場合に、最も重要な判断基準なのである。しかし、その一方で最も困難な判断基準であるとも言える⁽²⁵⁾。

新法7条の法律回避は新法通則章における唯一の新設規定である⁽²⁶⁾が、同条と8条の公序則の関係や区別などについてはすでに詳しい議論がなされている。国内の裁判官がある事件の準拠法を外国法と認定した場合でも、当該外国法の適用結果が国内の公序則に違反すると認められる場合、適用されないことがある(新法8条)。一方で、外国に関わる事件の当事者が連結点を変更することで選定した適用すべき外国法について、国内の裁判官は、当事者が本来適用できる国内法をわざと回避したと認め、適用することができない場合がある(新法7条)。これらは似通った事例であるようにも思えるが、この2者の違いは次のように考えることができる。

- ① 公序則は国内の公共秩序および善良な風俗の維持に重点を置くが、法律回避は国内法によって創設された強行法秩序の保護に重点を置く。
- ② 公序則は適用することができる外国法の内容に重点を置き、その「適用結果」が国内の公共秩序および善良な風俗に反するため、その適用が排除される。一方、法律回避は法律の内容と関係がなく、「当事者が国内法を回避する意図」に重点を置き、その「連結点を変更することで外国法を適用させる行為」が無効となる。つまり、法律回避は「法の指定段階」で外国法を排除するが、公序則は「法の適用段階」で外国法を排除している。
- ③ 裁判官が公序則を理由に外国法の適用を拒否するのは新法8条を根拠としているが、裁判官が法律回避を理由に、当事者の連結点変更の行為が無効で、連結点変更後の準拠法に適用できないと認めるのは、新法7条を根拠とする。公序則と法律回避については以上のように、形式上、ある程度の区別ができ

るが、実的な区別の実益は存在するのだろうか。

まず、法律回避の客観的要件について、当事者の「連結点」を変更する行為が必要である。連結点は主観的な連結点（当事者の意思）と客観的な連結点（たとえば国籍、住所等）に分けられる。学説では「主観的連結」に対しては法律回避は適用されない⁽²⁷⁾。例えば、当事者が合意によって契約準拠法を選択する場合には、当事者が当事者自治により準拠法を選択しているため、連結点の変更行為がなく、法律回避は発生し得ない。ただし、適用の結果が中華民国の公の秩序または善良の風俗に反する場合には、公序則による制限をしなければならない。

一方、「客観的な連結点」を変更する場合には、有利な外国法を準拠法とするために、当事者が国籍や住所等を変更し、法廷地の強行規定や禁止規定を回避することとなる。この場合は、法律回避によって、その適用を制限する必要がある、当該法廷地強行規定または禁止規定を適用しなければならない。しかし、本当に一律に内国法（法廷地法）の強行規定や禁止規定を適用する必要があるのだろうか。もし同事件が本来であれば国内と重要なまたは本質的な関係（国内関連性）がない場合でも、依然として7条の規定に従って法律回避を認め、国内の強行規定の適用を強制してもよいのだろうか。例えば、ある契約事件において、契約の締結地や履行地などが全て外国にあるような場合、あるいは、ある身分事件において、当事者が生活の中心地を外国に移した場合など、国内関連性が弱い事件においても、法律回避によって、法廷地法を強制的に適用すべきなのであろうか。

以上のように、国内関連性の強い事件においては、当事者が連結点を変更し、法廷地法の強行または禁止規定を回避した場合、7条の法律回避規定がなくても、8条の公序則違反さえ存在すれば十分に対応できると考えられる。一方、国内の法秩序や利害関係などに関連性の弱い事件においては、8条の公序則違反にも該当しないのに、ただ当事者が連結点を変更し、法廷地の強行・禁止規定を適用しないことによって、7条の法律回避が認定され、当該強行規定または禁止規定を適用することになる。このような法律回避規定の適切性は今後さらに研究する必要があるだろう⁽²⁸⁾。

(b) 反致——第二次転致の排除および狭義の反致の採用

6条 (反致)

本法により当事者の本国法を適用する場合において、その者の本国法により当該法律関係がその他の法律によって決定されるとされているときは、当該その他の法律を適用しなければならない。ただし、その者の本国法または当該その他の法律により、中華民国の法律を適用しなければならないときは、中華民国の法律を適用する。

新法6条は旧法29条に従って、反致を肯定する立場から規定を行っている。旧法では反致について間接反致と転致を兼ねて採用する理論を採用していたが、各国の現行立法では、反致の範囲を狭める傾向があるため、新法では第二次転致の適用を排除し、法律の適用を簡略化させるために、旧法29条の中の、「その他の法律に従って更にその他の法律を適用すべき場合、同上」の規定を削除した。また、旧法に狭義の反致が明示に規定されているかどうかについて、学説の解釈は一致していなかったため、新法ではこれを明確するために、6条の但書きにおいて「その者の本国法……により、中華民国の法律を適用しなければならないときは、中華民国の法律を適用する」という規定が明記された⁽²⁹⁾。

新法の反致規定と属人法規定の併用については、いくつかの問題点が考えられる。

まず、反致の規定は、属人法の二大原則（本国法主義、住所地法主義）の対立を解消するために設けられた。しかし、新法には「段階的連結」の規定が数多くあり、本国法と住所地法を共に採用しているため、改めて反致を行う必要がないようにも見える。また、夫婦についての「共通本国法」、「共通住所地法」の規定は、男女同権を考慮に入れなければ選択することができない法選択規則である。しかし反致により別の法律が準拠法になる恐れがあるのであれば、そもそも段階的適用を採用した立法者意図に背くことになるだろう⁽³⁰⁾。

次に、新法における「段階的適用」の規定によって、第二段階の「共通住所地法」に準拠する場合、反致は必要なのであろうか？否定説を採用すると、涉外婚姻事件において、第一段階の「共通本国法」に準拠する場合には反致が必

要になり、第二段階の「共通住所地法」に準拠する場合には反致が不要になる。このように、共通本国法（反致は必要）と共通住所地法（反致は不要）で対応が異なってしまう。一方、肯定説を採用すると、第二段階の「共通住所地法」に準拠する場合にも、反致が必要になり、住所地法を属人法とする国（例えば英米法国）の大半に反致規定がないという世界的な趨勢に背くことになるだろう。また、「段階的適用」の第三段階、すなわち夫婦の婚姻に最も密接な関係がある地の法律を適用することについては、その時点で当事者の婚姻で最密接関係地法が一方の当事者の本国法だと決定した場合には、反致の適用があるが、反対に、逆に一方の当事者の住所地法を選択した場合には、反致があるのだろうか⁽³¹⁾。さらに検討を進める必要があるだろう。

最後に、子の身分を定める準拠法の制定では、子の最善の利益を保障することが趨勢となっているが、この点につき反致を認めることで子の最善の利益の保障がはかれない可能性もあるだろう。

(2) 財産法

(a) 推定的な最も密接な関係がある法律—特徴的給付の判断不明

前述したように、最密接関係原則が最も非難されている点として、その判断基準があまりにも抽象的になることや、裁判官が恣意による認定に走りやすいことがあげられる。そのため、「法の安定性」と「当事者の予見可能性」を確保するために、新法20条3項に「最密接関係地法」に関する推定規範を新設することで、契約準拠法を決定する場合の柔軟性と明確性に配慮した⁽³²⁾。

(i) 不動産に対する法律行為—不動産の所在地法について（§ 20 III但書き）

不動産に関する契約については、不動産の定着性により、当事者の予見可能性の要求を満足でき、また不動産取引に関する債務の履行行為（不動産の引渡しや登記など）、はほとんどが不動産所在地で行われることから、同契約について、多くの場合は「不動産所在地」と密接な関係があると認められる。そのため、新法20条3項但書きには、不動産に関する法律行為について、不動産所在地の法律をその「最も密接な関係がある法律」として推定すると明記されている。もちろん、「推定」であるため、不動産所在地の法律より密接な関係の

あるその他の法律がある場合、当事者は反証を挙げて同但書きの推定を覆し、より密接な関係のある法律を適用することも可能である。

(ii) その他法律行為による債務関係—特徴的給付理論 (§ 20 III本文)

不動産取引以外の契約関係、またはその他法律行為による債務関係について、新法 20 条 3 項の本文には、最も密接な関係がある法律の推定の規定がある。これは EC における 1980 年の「契約債務の準拠法に関する条約 (Convention on the law applicable to contractual obligations/ ローマ条約)」4 条の精神を参考とした条文であり、「特徴的給付理論」を推定の手段とするものである。「特徴的給付の理論」とは、商業上の行為に関しては、契約関係の重心が職業的行為を引き受ける者の側にあることから、契約の最密接関係地法は商人が営業を営む地であるとする考察を基礎として、それを一般化し、契約に特徴的な給付 (その種類の契約を、他の種類の契約から、区別する基準となる給付) をすべき者が活動の拠点を有している地を契約の最密接関係地とする考え方である⁽³³⁾、と台湾では一般的に説明される⁽³⁴⁾。

それでは、「特徴的給付」あるいは「特徴的債務」とは何なのであろうか。この点、台湾では立法理由でも明らかにはされておらず、各研究者により解釈が異なり、区々である。また、個別事件において法律行為による債務のうち、十分に当該法律行為の特徴に該当するものがあるかどうかについてはどのように判断すべきであろうか。台湾の国内法にはこのような規定は存在しなかったため、改正理由においては、特に「特徴的債務の判断について、関連国家の実践を参考に、それぞれ個別事件に対して認定し、そしてそのタイプを整理し、裁判所の優先的な適用根拠とすること」との指摘がなされている⁽³⁵⁾。以下、新法が施行された後に、新法 20 条 2 項や 3 項により、涉外契約事件における契約準拠法を認定した裁判例をいくつか紹介する。

*裁判実務 1- § 20 II の「最密接関係原則」だけを適用する事例

事件番号	事件類型	渉民条文	準拠法の判断理由
台湾高等法院民事判決 102 (2013) 年度上易字第 1227 号	代金返金請求事件	§ 20 II	本件は被控訴人が双方当事者契約による債務関係により代金と手数料の返還を控訴人に請求した事件であるが、 <u>双方当事者が準拠法を合意していなかったため、控訴人が中華民國の法人で、その債務不履行の事実が中華民國で発生したなどという点を考慮し、中華民國の法律が本件債務の最密接関係法だと認められた。</u>
台湾高等法院民事判決 103 (2014) 年度保險上字第 17 号	損害賠償	§ 20 II	本件輸送契約には準拠法の合意が明記されていないが、 <u>同契約の履行地が中華民國の高雄港と韓国をまたいでおり、また被控訴人が中華民國の法人であるため、外国に関わる民事法律適用法 20 条 2 項の規定に従って、中華民國の法律を最も密接な関係がある法律と判断した。</u>
台湾高等法院民事判決 104 (2015) 年度上字第 517 号	代金返金など	§ 20 II	本件は被控訴人と控訴人が売買契約を締結したが、 <u>売買契約には準拠法に関する合意がないため、被控訴人は中華民國の裁判所で訴えを提起し、そして中華民國の法律に従って権利を主張した。また控訴人は中華民國の企業法人で、しかも中華民國の法律に従って抗弁したため、中華民國の法律をこの売買契約の最も密接な関係がある法律とし、売買契約の成立および効力について、中華民國の法律を準拠法とした。</u>
台湾高等法院民事裁定 104 (2015) 年度抗字第 771 号	仮差押に対する異議	§ 20 II	外国に関わる民事法律適用法 20 条 (略) により、 <u>抗告人が相手の中華民國での財産 (中華民國法人の株) を本件の執行目的物とし、中華民國の法律を最も密接な関係がある法律とするため、中華民國の法律を準拠法とする。</u>

*裁判実務 2- § 20 III の「特徴的給付」を適用した事例 (極めて少数)

台湾高等法院民事判決 102 (2013) 年度上易字第 3 号	損害賠償等	§ 20 III	控訴人が被控訴人と締結した輸送契約には <u>契約準拠法の合意がないが、輸送者の輸送行為が当契約の特徴的債務に属するため、控訴人の主張した輸送者 (被控訴人) の住居地法 (中華民國の法律) を当契約の成立および効力の準拠法とする。</u>
----------------------------------	-------	----------	--

ここにあげた台湾での裁判例を見ると、裁判実務においては、「特徴的給付理論」に対する知識があまりないのが現状であり、新法20条3項を正しく適用し、「当該法律行為の特徴的債務を負担する当事者の行為時の住居地の法律」を利用し、最も密接な関係がある法律を推定することができた裁判例は極めて少数であることがわかる。すなわち、ほとんどの判決においては、新法20条について、3項による2項の最も密接な関係がある法律の推定を行わず、形式的には20条を適用しているが、同規定の条文構造と推定方法を含めた最密接関係理論が正確に適用されていないという問題があるように思われる。これは「法の安定性」と「当事者の予測可能性」に配慮を加えるという、当初の立法目的が全く喪失してしまうことになる⁽³⁶⁾。今後、台湾の裁判所が本来の「特徴的給付理論」を理解し、関連規定を正しく運用し、さらに様々な契約法律関係の特徴的債務を類型化することで、契約当事者が事前にその準拠法を予測し、その契約締結コストあるいは訴訟コストを見積もり、そして国際間取引行為の活性化が促進できることを期待する。

(b) 弱者の保護の不足—消費契約と労働契約の特別ルールの不存在

契約当事者の一方が経済的弱者でもう一方が経済的強者であるような契約について、経済的強者が契約締結の利便性から、契約書の内容などをできる限り統一化するために、契約書を定型化させることは、実務ではよくあることである。このような経済的強者と弱者の間で締結された契約は、一般には定型化した契約書式で締結されている場合が多い。このような定型化された契約書を利用して、自分に有利な法を準拠法とする「準拠法条項」を経済的強者が挿入している場合、「当事者自治の原則」はむしろ弱者を圧迫するためのツールとなってしまう。

また、「特徴的給付理論」では、各契約類型では次のように特徴的給付を行う当事者を決定し、その当事者の常居所地を準拠法とするとの見解が見られる。まず、(1)金銭給付以外の給付を給付義務の内容とした一方が契約の相手方からコントロールを受けている場合(労働契約)、コントロールしている側(雇用者)を特徴的給付を行う当事者とし、(2)契約当事者の双方の給付が金銭給付である場合(金銭貸借契約、または保険契約)には、比較的大きいリスクを負担す

る一方当事者（すなわち、銀行または保険会社）を特徴的給付を行う当事者とする。しかし、このような見解にたつと、労働者、被雇用者、消費者、被保険者などの弱者にとって不利となり、問題である⁽³⁷⁾。

これに対し、国際私法学の領域においては、近年経済的弱者の「保護原則」が重視されており、外国に関わる契約の法律適用に「実体法としての目的のある両面抵触法則 / result-oriented conflicts rules」という立法方式を採用し、弱者の契約当事者を保護するための「実質的な正義」を実現するために、弱者である消費者、労働者を保護するための実体法の目的を抵触規則に入れ込むという傾向がある⁽³⁸⁾。しかし、新法ではこの点立法上の手当てはなされておらず、消費契約や労働契約などの契約当事者の一方が弱い立場にある契約タイプについて準拠法決定の特則がない。債権債務関係の発生原因において、不法行為と契約に関する事件が一番多いと考えられるところ、渉外的な不法行為の法律適用については、新法 25 条の通則の外に、新法 26 条ないし 28 条において、それぞれ渉外的な製造物責任の法律適用、渉外的な不正競争または競争制限の法律適用、メディアによる国境を越えた不法行為の法律適用などの特則が設置されている。一方、消費者契約および労働契約も紛争が生じやすいにも関わらず、新法では個別の特則を設けず、「法律行為による債権債務関係」一般の規則（20 条）のみでそれを規定している。これは明らかにバランスを欠いており、不十分であると言えよう⁽³⁹⁾。

(3) 身分法——子の利益の保護

52 条（準正の準拠法）

非嫡出子の実父が実母と婚姻したときは、その身分は実父と実母との婚姻の効力に適用されるべき法律による。

新法 52 条の「実父と実母との婚姻の効力に適用されるべき法律による」という規定は、以下の問題を見落としている。

52 条が準拠法とする婚姻の効力に関する規定は、主に男女平等を考慮するために、夫婦共通の国籍法、住所地法および婚姻関係最密接法を採用するもの

である。しかし、本来、「準正」とは子の利益を考慮すべきであり、このような52条の規定は子の利益とは異なる基準となってしまうている。また、修正草案において参考とされたとされる日本法によると、「実父、実母あるいは当該子の本国法による」ことになるはずである。このような日本の規範は子の利益を十分に考慮しており、新法の規範態様とは全く異なったものである。新法の改正理由においては日本法30条を参照したとしているにもかかわらず、このような改正の結果となってしまうているのは、日本法に対する誤解があると言えるだろう。そのうえ、法律修正委員会では、第21回会議において、すでに「子、その父またはその母の本国法」という修正結論に達したにも関わらず、最終結果としては、依然として旧草案のまま改正手続きを行っていることから、記録整理に何らかのミスがあったのではないかと考えられる⁽⁴⁰⁾。

(4) 国際私法にかかる教育の強化

以上紹介した台湾の涉外民事法律適用法の改正を見ると、台湾における涉外法律関係の準拠法の決定については、「明文規定に現れている立法者意思」への依存から、部分的にはあるが、「裁判所の個別事案に於ける判断」へと、その準拠法決定基準の比重が変化しつつある。例えば、最も密接な関係がある法律の認定は、裁判所の裁量によるところが多く、総合的な認定が重要となっており、今回の改正により台湾の国際私法は裁判官信頼型立法へと展開したと言えるだろう⁽⁴¹⁾。

しかし、上述した特徴的給付の理論による最密接関係法の推定の事案に見られるように、現状における裁判官の20条に関する理解不足は極めて大きな問題である。そのほかにも、当事者や利害関係者の利益および国際私法政策などの全般的な利益をどのように守り、そして、判決結果の国際的な調和をどのように達成するかについて、指摘できることは、裁判官が、個別案件を処理する際に適切な関連法規を適用し、適切な手続を行わなければならないということである。つまり、実務家への国際私法教育の強化は、台湾の喫緊の課題と言える。

しかし、国際私法は台湾の実務や司法試験上では重視されていないという現

状があり、司法試験においても、国際私法の論述試験は無く、司法試験の第一段階において、たった10問のみの選択問題が設問されるにすぎないため(600点中の20点=3.3%)、国際私法の準備を放棄してしまう受験生も多い。涉外事件がどんどん増えている裁判実務に比べると、明らかに間違った傾向だと思われる。

おわりに

台湾の涉外民事法律適用法の約60年ぶりの改正は、現代の経済形態と国際法制の変遷に対応して、数多くの準拠法の規則を追加し、また、新たな連結点を採用した。台湾における国際私法の発展にとって非常に意味深いものである。新法は2011年5月に施行されたが、関連法規の適用と解釈については今後の判例の積み重ねと学界でのさらなる議論が期待される。

本稿では、台湾に於ける国際私法の現状と課題について若干の私見を述べた。本稿が、実務ならびに学界での議論に一石を投じることとなれば幸いである。

- (1) 台湾の国際私法(涉外民事法律適用法)の改正に関する日本語文献として、笠原俊宏「中華民国国際私法(涉外民事法律適用法)の改正(上)～(下)」戸籍時報659号(2010年9月)63頁以下、662号(2010年12月)35頁以下、664号(2011年1月)24頁以下、665号(2011年2月)47頁以下、666号(2011年3月)28頁や、黄瑞宜「共同研究「民事法最新重要判例研究会」台湾涉外民事法律適用法の改正について——主に契約の準拠法を中心に——」明治学院大学法律科学研究所年報29号(2013年7月)199頁以下がある。また、台湾の涉外民事法律適用法の全ての条文の日本語訳については、笠原俊宏「前掲論文(上)」64-73頁があり、本論文でも条文を翻訳するにあたって参考にした。
- (2) 陳榮傳「国際私法的新面貌——鳥瞰二〇一一年涉外民事法律適用法」『台灣法学雑誌』第156期(2010年7月)14-16頁。
- (3) この条文の立法理由によると、従来の債権債務関係は主に法律行為、不法行為、事務管理または不当利得から生ずる。しかしながら、科学技術の発展及び社会活動の変更に伴い、債権債務関係の発生原因は必ず多様性になっていくため、将来その中のいずれかの債権債務関係についての規律に遺漏が生じないために、旧法

8条の「その他の法律事実から生じる債権債務関係」に関する規定は、本条に移し、「第20条から前条まで以外の法律事実から生ずる債権債務関係」という語句へと改正した、とされる。すなわち、本条は包括的な意味を有する規定であり、なんらかの具体的な法律関係を指してはいない。司法院が公表した「涉外民事法律適用法修正草案条文對照表」(以下「条文對照表」と称する)第30条の説明を参照, at <http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=21016&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>

- (4) 新法30条:「第20条から前条まで以外の法律事実から生ずる債権債務に関しては、事実が発生した地の法による。」
- (5) 新法31条:「法律行為によらず生じた債権債務は、その当事者が中華民國の裁判所への訴訟提起後に中華民國の法律を適用することを合意するとき、中華民國の法律を適用する。」
- (6) 【立法院公報】第99卷31期委員会記録(2010年)421頁。林益山「新修正涉外民事法律適用法簡析」【台湾法学雜誌】第156期(2010年7月)47頁。
- (7) 司法院が公表した「涉外民事法律適用法修正草案總說明」を参照, at <http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=21016&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>
- (8) 陳榮傳「國際私法的新開展——民國一百年新法的特色與適用」【月旦法学雜誌】第200期(2012年1月)280-281頁。林益山「前掲論文」(注6)42頁以下を参照。
- (9) 陳榮傳「前掲論文」(注2)31頁。何佳芳「論最重要牽連關係原則在我国涉外民事法律適用法中之適用與判斷」【開南法学】第8期(2016年2月)43-44頁。
- (10) 何佳芳「前掲論文」(注9)49-58頁。
- (11) 劉鉄錚=陳榮傳【國際私法論【修訂第五版】】(三民,2010年)593-595頁。
- (12) 司法院「前掲条文對照表」(注3)第25条の説明を参照。
- (13) 何佳芳「論涉外代理關係之準拠法——以〈與代理行為關係最切地〉之判斷為中心」【東吳法律學報】第27卷3期(2016年1月)103頁以下を参照。
- (14) 王志文「涉外債之關係法律適用規範之修正」【月旦法学雜誌】第158期(2008年7月)5頁以下を参照。
- (15) 次の3.(2)の「(a)推定的な最も密接な関係がある法律——特徴的給付の判断不明」を参照。この点、台湾新法第20条3項の立法理由においては、「特徴的給付理論」を最密接関連地を推定する手がかりとした理由は「具体的妥当性」を追求することにより、「当事者の予見可能性」を追求するとの点が指摘されている。この点において、法の安定性と具体的妥当性の相剋が問題とされる日本法とは若干議論状

- 況が異なっているとも考えられる。司法院「前掲条文對照表」(注3)第20条の説明(四)を参照。
- (16) 司法院「前掲条文對照表」(注3)第17条, 18条, 20条, 43条及び44条の説明を参照。
- (17) 司法院「前掲条文對照表」(注3)第25条の説明を参照。
- (18) 何佳芳「日本新國際私法之侵權行為準拠法——兼論我國涉外民事法律適用法及其修正草案之相關条文」『法学新論』第2期(2008年9月)21-47頁。
- (19) 林秀雄「從男女平等之觀點論婚姻效力準拠法之修正」『月旦法学雜誌』第166期(2009年3月)59頁以下を参照。
- (20) 新法48条:「1. 夫婦財産制は, 夫婦が書面を持ってその一方の本国法又は住所地法の適用を合意するとき, その合意によって定められた法律による。2. 夫婦が前項の合意をしていないか, 又はその合意が前項の法律により無効であるとき, その夫婦財産制は夫婦の共通本国法による。共通本国法がないときは, 共通住所地法による。共通住所地法がないときは, 夫婦の婚姻に最も密接な関係がある地の法律による。」
- (21) 司法院「前掲条文對照表」(注3)7条の説明を参照。
- (22) 法律回避の客体は「法廷地法」に限られるか否かについて, 「包括主義(概括主義)」と「制限主義(限制主義)」に分けられる。台湾の多数説は「制限主義」を採用し, 当事者が法廷地法を回避する場合だけ, 法律回避が構成される。例えば, 翟楚『國際私法綱要(台7版)』(国立編訳館, 1982)257-258頁; 陳長文「國際私法上之規避法律問題」『法令月刊』第40卷7期(1989年7月)9-10頁; 何適『國際私法釈義(5版)』(作者自版, 1993年)192-194頁; 劉甲一『國際私法(再修訂3版)』(三民, 1995年)153-155頁; 蘇遠成『國際私法(5版)』(五南書局, 2002年)117-122頁; 曾陳明汝『國際私法原理(上)——總論篇(改訂7版)』(作者自版, 2003)301-304頁; 劉鉄錚=陳榮傳「前掲書」(注11)529-530頁; 柯澤東『國際私法(4版)』(元照, 2010年)144-145頁。一方, 「包括主義」を採用するのは: 藍瀛芳『國際私法導論』(作者自版, 1995年)58-59頁。新法第7条は多数説の影響を受けて, 「制限主義」を採用している。
- (23) 柯澤東「前掲書」(注22)145頁。
- (24) 劉鉄錚「國際私法上規避法律問題之研究」『國際私法論文集』(五南書局, 1996年)12-13頁。林益山「國際私法上之規避法律問題」『月旦法学雜誌』第58期(2000年3月)32頁。
- (25) 吳光平「當事人意思自主原則, 契約準拠法之約定與規避法律」『法学新論』第3

期(2008年10月)34-35頁。法律回避の意図の判断や証明が特に困難であり、従って、この意図を有することだけで、当該行為を無効にするのは不適切だと思われる。

- 26) 当時、改正案の起草を担当する修正委員会の委員の発言によると、回避に関する条文を改正案に取り入れられる理由は、まだ明文化されていない学説上だけ議論されている国際私法上の概念や原則などが、将来に(実務上で)抵触する判断が出ることを防止するために、今回の修正を機会として、明文化すべきと決められた。司法院「司法院涉外民事法律適用法研究修正委員会第一次會議紀錄(1998年10月30日)」『司法院涉外民事法律適用法研究修正資料彙編(司法院編印,2002年)19,23頁。従って、法律回避に関する条文は、最初版の「涉外民事法律適用法修正草案(原稿)」からずっと改正案に取り入れられていた(原稿の第26条)。同「司法院涉外民事法律適用法研究修正委員会第三次會議紀錄(1999年6月25日)」『前掲書』98-99,165-166頁。
- 27) 吳光平「前掲論文」(注25)37-39,42-43頁。廖蕙玟「規避法律」『月旦法學教室』第15期(2004年1月)32頁。
- 28) 現時点での私見では、「法律回避」の適用の必要性について、「適用結果が法廷地の公序に違反するか」との判断に基づく必要があるように思われる。法律回避の行為が国内の公序に違反しない場合、連結点を自由に変更できるという当事者の正当な権利を剥奪し、それによりその目的行為を無効にさせることか妥当なのかどうかについては、依然として討議しなければならない。
- 29) 司法院「前掲条文對照表」(注3)第6条の説明を参照。
- 30) 徐慧怡「論涉外民事法律適用法草案中有關身分法之內容與檢討」『月旦法學雜誌』第160期(2008年9月)159-160頁。
- 31) 徐慧怡「前掲論文」(注30)160頁。
- 32) 何佳芳「前掲論文」(注9)58-59頁。
- 33) 法務省民事局參事官室「國際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」(2005.3.29)32頁。
- 34) 何佳芳「契約準拠法中推定的關係最切之法——以〈特徵性履行〉之判斷為中心」『月旦法學雜誌』第197期(2011年10月)204-205頁。
- 35) 司法院「前掲条文對照表」(注3)20条の説明を参照。
- 36) 吳光平「國際私法上的特徵性履行理論」『法學叢刊』第49卷4期(2004年10月)1-33頁。何佳芳「前掲論文」(注34)209頁。
- 37) 吳光平「涉外民事法律適用法之新境界」『高大法學論叢』第11卷1期(2015年

9月) 44頁。

(38) 吳光平「前掲論文」(注37) 45頁。

(39) 何佳芳「日本新国際私法之契約準拠法——兼論我国涉外民事法律適用法及其修正草案之相關条文」『月旦法学雜誌』第152期(2008年1月) 114-134頁。

(40) 徐慧怡「前掲論文」(注30) 148頁。

(41) 陳榮傳「前掲論文」(注2) 32頁。