

# 公序良俗條款在國際私法中之發展 與適用——以德國法做為探討之重心

蔡 晶 瑩\*

## 要 目

- |  |                             |
|--|-----------------------------|
| 壹、前 言                                    | 三、一九八六年德國民法施行法第<br>六條之規定    |
| 貳、公序良俗理論在德國之發展與對<br>於立法之影響               | (一)民法施行法第六條第一句              |
| 一、積極公序與消極公序                              | (二)民法施行法第六條第二句              |
| (一)薩維尼之國際私法理論                            | (三)公序良俗判斷之時代意義              |
| (二)馬志尼之理論對於德國法之影<br>響——德國現行法中積極公序<br>之基礎 | (四)限制外國法適用之結果               |
| 二、公序良俗之積極效力與消極效<br>力在德國現行法之表現            | 四、德國法規之演進與現況對於我<br>國現行法規之啓示 |
| 參、公序良俗條款在現代德國法制上<br>之呈現                  | 肆、一般保留條款與其他概念之區分            |
| 一、限制外國法適用之立法主義                           | 一、程序法上之公序良俗——外國<br>裁判之承認與執行 |
| 二、一九〇〇年德國舊民法施行法<br>第三十條之規定               | 二、特別保留條款                    |
|  | 伍、結 論                       |

\* 中原大學財經法律學系助理教授，德國雷根斯堡大學法學博士。本文承蒙匿名  
審查人多所指正，獲益良多，謹此謝忱。

投稿日期：九十五年十月三日；接受刊登日期：九十六年二月二十六日

責任校對：陳仲豪

## 摘 要

國際私法主要是針對具有涉外因素的民、商私法關係，而從內外國的法律規定，決定該涉外事件應該適用哪一國法律的法則。各國的國際私法基本上多是立足於內外國法律平等適用的原則，而依照案件之法律關係來確定究竟適用內國法律或者是其他的外國法律。當法庭地依國際私法的選法規定應該適用外國法時，則適用外國法。為了防止外國的法律規範影響法庭地之私領域生活之安定，當外國法之適用與內國法律之基本原則相衝突時，對於內國國際私法中所指示應適用之外國法，則沒有絕對予以適用的必要性。我國涉外民事法律適用法第二十五條與德國民法施行法第六條之規定，即是透過公序良俗來限制外國法之適用。在德國法制的發展中，公序良俗條款在體系上的定位，深受薩維尼理論的影響，薩維尼認為以公序良俗之規定，排除外國法之適用，乃是例外之規定，並且依照德國之通說，公序良俗僅具有一般保留條款的性質。當透過公序良俗條款排除外國法律之適用時，如何確定替代適用之法規，在我國與德國之國際私法中，皆無明白的指示。如果考量成文法國家所重視之一般安定性的要求，那麼透過法律明文之規定而採行法庭地法說應該較為適切。除此之外，在德國聯邦憲法法院作成西班牙人決議案之後，確定了基本權對於國際私法的影響力，不僅是準據法適用的結果與基本權之內容被劃上關聯，同時國際私法法規本身也不得違背基本權內容的原則，此項原則之確立同時推動了一九八六年德國國際私法的修正。本文希望藉由德國立法例的比較分析，提供我國國際私法在公序良俗的適用以及修法的參考。文章中除了介紹德國法制中公序良俗理論的演進之外，也將說明外國法之適用如

果有違背德國基本權的規定時，實務的處理態度以及該立法的過程，最後並且分析整理部分與公序良俗有關之類似概念，在德國實務操作上的具體情形。

**關鍵詞：**外國法適用之限制、公序良俗、一般保留條款、特別保留條款、西班牙人決議案

## 壹、前言

國際私法主要是針對具有涉外因素的民、商私法關係，而從內外國的法律規定，決定該涉外事件應該適用哪一國法律的法則。自從第二次世界大戰結束之後，因為國際間貿易的發展以及外國旅遊人口的增多，再加上各國人民移民行為的普遍，使得內國人民與外國人民接觸頻繁，而涉外的私法衝突往往因此伴隨著發生。當涉外私法關係之解決牽涉兩個以上國家的法律時，究竟應該要以何國的法律做為解決涉外案件的準據法，則是國際私法的任務。為了達成國際間判決一致的理念，並且避免法庭地之判決受到其他國家抵制或不予承認的結果，各國的國際私法基本上多是立足於內外國法律平等適用的原則，而依照案件之法律關係來確定究竟適用內國法律或者是其他的外國法律。因此在選法的設計上，內國法律的適用並不存在有優先的地位，當法庭地依國際私法的選法規定應該適用外國法時，則適用外國法。

然而如果從法庭地的角度來觀察，法院對於外國法的內容不僅不容易有全盤的瞭解，其對於適用外國法的結果其實也不容易掌握，德國學者Raape甚至曾以「躍入黑暗」(Sprung ins Dunkle)的描述，認為法庭地國依照國際私法之指示適用外國法不外乎就是一種冒險<sup>1</sup>。為了防止外國法律規範之適用影響法庭地之私法生活之安定，當外國法之適用與內國法律之基本原則相衝突時，對於內國國際私法中所指示應適用之外國法，則沒有絕對予以適用的必要性。我國涉外民事法律適用法第二十五條即規定，「依本法適用外國法時，如其規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之」。類似的規定也出現在德國民法施行法第六條(Art. 6

---

<sup>1</sup> Vgl. Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Bd. I, S. 199 (1977).

EGBGB) , 德國民法施行法第六條規定, 「當外國法適用之結果明顯與德國法律之基本原則不一致時, 不適用之。尤其是外國法之適用違背德國基本權之規定時, 不適用該外國法」<sup>2</sup>, 此種型態的規定都是一種凸顯公序良俗思考的表現。

事實上以公序良俗條款來限制外國法之適用, 在實務的運作上並非完全沒有問題, 因為公序良俗本身即是一種不確定的法律概念。對於所謂公序良俗之內涵確定, 雖然也有國家(例如德國)透過其他文字的表現, 企圖實體化「公序良俗」之判斷。但是就公序良俗的認定而言, 無論如何還是必須經由法官依照具體案件的判斷來呈現。因此, 對於如何確定公序良俗之內涵, 以及是否要擴張或者是限制公序良俗條款之適用, 有時並非單純的透過理論的探討就可以澄清, 立法當時所想要達成之目的以及法律適用當時的政治、文化、經濟背景都應該要一併的予以考量。除此之外, 法庭地對於公序良俗條款的內涵與範圍的界定在案件的適用上, 有時也必須顧及與國際法律思潮的接軌問題。至於公序良俗的解釋, 如果還可以從比較法的角度來思考, 斟酌其他國家之立法與實務運作的情形, 則不論對於公序良俗條款內涵的透明化, 或是概念應用的全面性, 都顯然可以有更積極的助益。

基於國際私法之性格考量, 本文從研究德國法之相關內容作為論述的出發, 在文章中特別是以德國法律之演進與現行法之規定做為探討與介紹的重點。地處歐陸中心的德國, 由於地理與歷史因素的關聯, 對於公序良俗理論之發展存在有明顯的體系與脈絡思考, 文章首先將介紹此一部分之內容。由於在立法的方式表現上, 德國

---

<sup>2</sup> Art. 6 EGBGB: Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

是首先將基本權之保障與公序良俗直接劃上關聯，並以這樣的規定來限制外國法適用的國家，本文在論述德國現行法規之適用情形時，也會詳細說明外國法之適用如有違背德國基本權的規定時，實務的處理態度以及該立法的過程。文章最後並且分析整理部分與公序良俗有關之類似概念，在德國實務操作上的具體情形，期望藉由相關類似概念之比較，凸顯公序良俗條款之體系定位與核心意義。他山之石，可以攻錯，或許經由文章的研究分析，可以在進一步瞭解德國的立法例之後，能夠作為我國國際私法在公序良俗的適用以及修法的參考。

## 貳、公序良俗理論在德國之發展與對於立法之影響

對於公序良俗之內容以及其理論的發展，在德國之法制史中最具有影響力之人物首推薩維尼（Friedrich Karl von Savigny）。也因此在此一章節的鋪陳中，將以介紹薩維尼之理論以及其對於德國法發展之影響，作為敘述的出發點。

### 一、積極公序與消極公序

#### (一)薩維尼之國際私法理論

薩維尼之國際私法理論是以法律關係作為問題探討的切入點，而關於以公序良俗作為限制外國法適用的思考，在薩維尼所設計之國際私法的藍圖中，僅是一種例外的呈現。

##### 1. 以「法律關係」做為基礎思考之理論

歐洲自十六世紀以來，關於國際私法理論的發展，是以個別的「法則」作為中心思考。其中以法則區別說的理論最具有影響力，這樣的現象一直維持到十九世紀中葉為止，才漸漸有其他不同的理論出現。德國學者薩維尼於一八四九年在「現代羅馬法之體系」的

著作中，首先以「法律關係」作為問題探討的切入點，強調在內外國法律平等適用的基礎之下，國際私法的任務在於依照個別法律關係的固有本質（*eigenthümliche Natur*），確定該法律關係應屬於哪一個法域（*Rechtsgebiet*）的支配客體<sup>3</sup>。薩維尼透過法域以及法律關係之間是否具有最密切之牽連，來解決多數法律之間的適用問題，並且將法律關係應屬於某一法域的根據，以法律關係之本據（*Sitz*）加以定義<sup>4</sup>。薩維尼還具體的指出，身分能力之事項應該受到住所地法律的支配，而物權關係之本據則是物之所在地，另外債之法律關係則應受到債務人的住所地或者是債務之履行地的法律來支配，至於親屬繼承關係的本據則為當事人之住所地等等<sup>5</sup>。

## 2. 關於外國法適用限制之理論

在「現代羅馬法之體系」中，薩維尼也針對公序良俗之內涵提出他的看法。當時的歐洲法制對於公序良俗的內容，主要是以強調其積極效力（*Effekt*）為主流<sup>6</sup>，這樣的趨勢與當時歐洲的歷史背景具有密切的關聯，因為歐洲在十九世紀時期關於國際私法案件所牽涉到的問題，主要是為了解決環繞在歐洲或者是歐洲殖民國家間的法律衝突。歐洲各國之間法律規範的內容雖然存在有一些差異，但是法規本質的思考，還是都立足於「共同之基督教倫理思想（*gemeinsame christliche Gesittung*）」的基礎上<sup>7</sup>。也因此國家之間關於法律適用之問題，較少是以消極防衛外國不良之法律思想作為判斷的重心，真正其所在乎的問題其實是，如何使內國之法規具備

<sup>3</sup> Vgl. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. VIII (1849), S. 28, 108; 轉引自 Firsching/v. Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, Rn. 12, 13 (1995).

<sup>4</sup> 參閱馬漢寶，*國際私法總論*，頁262，1986年。

<sup>5</sup> 同前註，頁262。

<sup>6</sup> Vgl. Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, S. 517 (2004).

<sup>7</sup> Vgl. Firsching/v. Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, Rn. 142 (1995).

有國際的貫徹能力，比較重視的是公序良俗規定的積極作用<sup>8</sup>。在當時的社會環境下，薩維尼關於公序良俗理論的主張，無可避免的受到了這一種思考的影響。

薩維尼以內外國法律平等適用之思考為基礎進而主張，在國際私法的法律適用問題中，法規適用之分配原則乃是根據法規之本質，並且依其本質自由適用於由不同國家之間所形成之法律共同體。而其中關於法域所支配之法律關係的問題，主要是限縮在民事法規（Civilgesetze）所支配之範圍。然而薩維尼也指出，相對於此種一般民事法規的存在，內國法律中另外還存在有其他具備嚴格積極與強制內涵的規範（Gesetze von streng positiver, zwingender Natur）。後面的這一種規範對於所謂「法規適用的分配原則」，也就是透過法規之本質自由適用於法律共同體的特性，完全不必予以理會<sup>9</sup>。一般而言，此種規範因為具備有道德或是公共利益的考量，因此在內容上常伴隨著明顯的政治、公安甚或是國民經濟的性格。根據薩維尼的觀點，內國所存在之此種規範在國際私法的適用範圍上，只是屬於例外的情形，這一種例外的規範通常出現於親屬法的大部分規定，以及契約法中之部分強行法規和侵權行為法當中<sup>10</sup>。值得注意的是，在當時的時空背景之下，薩維尼也認為，限制猶太人取得土地之法規，同樣屬於此種規定之範圍，並且具備有強制之內涵。此種排除外國法律適用之例外思考，即是公序良俗概念在當時德國理論形成中之具體形象。

---

<sup>8</sup> Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, S. 221-222 (2001).

<sup>9</sup> “...deren besondere Natur einer so freien Behandlung der Rechtsgemeinschaft mit verschiedenen Staaten widerstrebt”, vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII, S. 32; 轉引自Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 16, S. 517 (2004).

<sup>10</sup> Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 517.

此外應該還要特別說明的是，薩維尼所稱之具有強行內涵的法規，雖然只是一種例外的規定，但是依照當時歐洲國際私法的發展狀況來看，這一種例外規定的表現，不能因此就與所謂公序良俗的消極作用劃上等號。因為在當時的歐洲社會，消極公序的輪廓並沒有被具體形成。

在薩維尼所設計之國際私法的藍圖中，公序良俗的內涵除了上述所呈現出來具有積極強制性格的法規之外，並且包含限制適用內國所不能承認之外國法律制度。限制適用的理由並不是因為該外國法律制度本身是否具備有違反倫理本質的色彩，而是單純因為某些外國法律制度的存在是完全不能被內國法制所接受，於是產生了法規適用的排擠現象，關於排除適用的理由，顯然並非是由於此種外國法規與內國法律中不得牴觸之基礎核心相違背。薩維尼並且舉奴隸制度之排除與當時之民事死亡制度為例而深入說明，他認為，由於奴隸制度是屬於內國所不能承認之外國法律制度，因此在國際私法所建構之法規適用藍圖中就應該加以排除，而不得適用<sup>11</sup>。同樣的，在薩維尼的時代，德國法中因為存在有民事死亡的制度，對於其他不承認此種民事死亡的國家而言，民事死亡制度即是屬於該國所不能承認之外國法律制度，若是依照該國之衝突法規應適用德國法時，也不能承認適用德國之民事死亡制度而產生無權利能力之結果。薩維尼並且進一步說明，民事死亡制度被其他國家所加以排除之原因，顯然不存在有倫理色彩之考量，因為相對於民事死亡而言，在當時事實上存在有其他更嚴厲而不道德的懲罰制度，因此民事死亡不能被其他外國所承認之理由，其實是純粹來自於這種規定

---

<sup>11</sup> 事實上奴隸制度本身也存在有違反倫理之本質色彩，因此同時牴觸內國法之核心基礎原則。

是屬於該外國所不能承認之法律制度<sup>12</sup>。

總結而言，消極公序的輪廓在當時並沒有被具體的形成，外國法律制度是否「不良」，以及是否具有反倫理之色彩，並非當時做為考慮限制適用該外國法的理由；更確切的說，防衛外國不良法律制度在當時並不屬於公序良俗條款的作用與功能。薩維尼並且期望，透過公序良俗條款來限制外國法適用的現象，應該僅是一種例外的呈現，隨著各國法律的發展，此種限制外國法適用的情況應該可以減少<sup>13</sup>。

### 3. 康恩之批判

關於薩維尼所提出來排除外國法適用的情形，所謂具有嚴格之積極與強制本質之內國規範（後來被稱之為禁止性法規——*Prohibitivgesetze*），應該絕對予以貫徹的思考，有部分學者有不一樣的意見，其中德國學者康恩（*Franz Kahn*）曾經提出比較深刻的批判。在衝突法則之準據法適用的問題上，康恩對於具有此種內涵之公序良俗條款（在此主要是指積極公序）給予特別定位（*Sonderklasse*）的發展加以批評，他認為若不能考量地域性之理由而斷然適用內國法，則將陷入理論上之謬誤。在康恩的學說中，公序良俗條款的適用與一般衝突法規適用的前提條件相同，至少必須與內國存在有一定之牽連，基本上他認為沒有一種實體法規可以單純因為其內容涉及相關社會因素的性質，而得以完全不設限的被絕對適用<sup>14</sup>。

---

<sup>12</sup> Vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, S. 517 (2004).

<sup>13</sup> 參閱簡清忠，國際私法上公序良俗條款之研究，頁26，1984年。

<sup>14</sup> Vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, S. 517-187 (2004).

## (二)馬志尼之理論對於德國法之影響——德國現行法中積極公序之基礎

在德國法的發展過程中，另外一個被認為具有影響力的思考，則是來自於義大利人馬志尼（Pasquale Stanislao Mancini）的理論。透過馬志尼的理論基礎，形成現行民法施行法第三十四條中關於積極公序的規定。

在薩維尼提出以法律關係做為國際私法理論基礎的主張後，義大利學派（italienische Schule）的學者馬志尼因為受到法國大革命思潮的影響<sup>15</sup>，於一八五一年一月在Turin大學以「以國籍做為國際法之基礎（von der Nationalität als Grundlage des Völkerrechts）」為題發表演說，馬志尼認為應該揚棄住所地法主義，而且必須以國籍的觀念做為思考國際私法理論之基礎<sup>16</sup>。在他的理論架構中，公序良俗法則（ordre-public Gesetz）的規定是屬於衝突法規體系中，另一個平行考量的要素，是屬於國際私法理論的基本原則。馬志尼一方面認為，與個人身分能力事項相關之法規，應該以當事人之國籍作為連結，而採本國法主義；另一方面還主張，當涉及政治之考量或者與公共利益相關的法規時，則必須依照屬地原則來規範應適用的法規，此時領域內之法規對於領域內之任何人均應予以適用<sup>17</sup>，而公序良俗法則即為此種具有屬地性質之法規。馬志尼以為透過公序良俗法則之規定，可以直接給予適用內國法之基礎，並且直接作為排除衝突法則中所指示之外國準據法適用的理由。同時，此種含有積極公序內容法規之適用，不在於外國法適用之結果是否

<sup>15</sup> 義大利學派又稱為羅馬學派（romanische Schule）；vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 189.

<sup>16</sup> Vgl. Firsching/v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, § 2 Rn. 34 (1995).

<sup>17</sup> Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 517.

妥當，而是純粹來自於法規本身的性質<sup>18</sup>。

依照馬志尼之體系，公序良俗法規並非如薩維尼所持之觀點，為一種例外的規範，而是屬於國際私法中法規適用之原則性的規定，馬志尼的想法後來並且成為德國民法施行法第三十四條積極公序的立法基礎。在這裡必須加以補充說明的是，在二十世紀時期，「公序良俗」的作用在德國法之發展漸漸由積極公序的理論轉向以消極公序為主的公序良俗概念，而這樣的內容其實也就是，現行德國在其民法施行法第六條關於外國法適用限制所作成之規定。

## 二、公序良俗之積極效力與消極效力在德國現行法之表現

如前所述，薩維尼與馬志尼之公序良俗理論對於現代德國法之發展影響很深，雖然薩維尼與馬志尼兩人的學說皆是立足在當時歐洲「共同之基督教倫理思想」的基礎上，發展其國際私法的理論架構，並且同樣是以公序良俗之積極效力作為思考背景，然而由於對公序良俗之作用是屬於原則或者是例外規定的認定不同，卻因此深刻影響德國現代國際私法之體系，並且使得德國現行之國際私法對於積極公序與消極公序之作用，透過法條架構之不同呈現，而有嚴格的區別<sup>19</sup>。

以公序良俗條款做為例外規範的思考，表現在德國民法施行法第六條之規定，在其所表現的內容中，內外國法律平等適用乃是國際私法之原則，外國法適用限制的現象則應定位為國際私法之例外情形。因此公序良俗條款之作用，僅在於防衛外國法律體系之消極作用，並不存在有積極貫徹內國法律制度之目的，然而在適用的結果上，消極公序的使用卻因而可能製造有法律漏洞的現象，以致於

---

<sup>18</sup> Vgl. Staudinger/Blumenwitz, Art. 6 EGBGB, Rn. 23 (1996).

<sup>19</sup> Vgl. Staudinger/Blumenwitz, a.a.O., Rn. 14.

必須思考漏洞填補的問題。至於德國法中針對公序良俗之積極作用而形成之規範，則是指德國民法施行法第三十四條之規定，這樣的內容主要受到馬志尼理論的影響<sup>20</sup>。換句話說，就是透過公序良俗法則的規定，直接給予內國強行法規干預以及貫徹實現的理由，並且作為直接排除衝突法則中，所指示之準據法適用的依據，是一種強調屬地性格的規定。

德國學者對於德國民法施行法第三十四條之規定，通常是以所謂的干預法規（Eingriffsnormen）來加以定義，依照德國民法施行法第三十四條的規定，「針對契約之債所指示應適用準據法之規定，不影響德國法中強行法規之適用」，這樣的規定其實是表現了德國的強行法規（Zwingende Vorschriften）對於契約之債準據法適用的牽制，條文所指的強行法規主要是指德國民法第一百三十四條中，可能涉及的相關禁止規定（德國民法第一百三十四條規定，法律行為違反法律禁止之規定者，無效。但基於法律之規定可以發生其他效果者，不在此限）。這一類的法規或者是以達成特定的外交、軍事以及經濟政策為目標，又或者是為了文化、環境以及社會政策等目的而形成的規範。總括而言，是以具有公法性格並且以國家、公共利益之考量所設計出來的強行法規為限，至於考量契約雙方當事人是否立足於平等地位以及關於經濟上弱者保護之強行法規，則並不屬於本條在闡釋時所可以涵攝的範圍<sup>21</sup>。

除此之外，也有部分學者認為<sup>22</sup>，德國舊民法施行法第三十條所規定之「不得牴觸德國法律之目的」的內容，也可以推論出積極公序良俗的效力。其實不論是所謂德國舊民法施行法第三十條，或

---

<sup>20</sup> Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 517.

<sup>21</sup> Vgl. Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, § 10, Rn. 93, 96 (2002).

<sup>22</sup> Vgl. Makarov, Grundriss des internationalen Privatrechts, S. 97 (1970).

者是德國現行民法施行法第三十四條的規定，這一種具備國際強行性格之法規最可能受到批判的地方應該是在於，這樣的原則使用不僅破壞國際私法適用外國法的基本精神，也動搖了衝突法規關於準據法適用的體系<sup>23</sup>。值得一提的是，由於此種「干預法規」的應用，在德國國際私法的體系上具有特殊的獨立性格，並且是屬於維護內國公序的規定，因此民法施行法第三十四條就本質的解釋來說，並非一般所謂之公序良俗條款的範疇。

儘管透過積極公序與消極公序的概念名詞，我們可以分別找到各該意義的法條歸屬，並因此在現代德國國際私法的體系中，呈現其可以被嚴格區分的運作方式。基本上對於外國法適用限制的問題，仍然是聚焦於德國民法施行法第六條的討論；也就是說，防衛外國法律制度的問題，是屬於消極公序的範圍<sup>24</sup>。德國民法施行法第六條之內容，雖然被定位為消極公序良俗之作用，然而公序良俗的積極作用與消極作用應該可以被認為是一體兩面的關係。更確切的來說，積極公序良俗所呈現的內容除了貫徹內國法的適用之外，它同時也可以被解讀為發生排除外國法適用的結果<sup>25</sup>。相對的，消極公序的作用雖然不在於強制內國法的適用，但是因為內國的法律思想確實是扮演著是否發生防禦外國法律制度的判斷基礎<sup>26</sup>，則這兩種概念應該不能被認為有本質上的差異，所謂積極效力與消極效力的分類，事實上不過是因為觀察點切入的方式不同，而呈現出不

---

<sup>23</sup> Vgl. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. I, S. 128 f. (2003).

<sup>24</sup> Vgl. Firsching/von Hoffmann, a.a.O., § 6 Rn. 142.

<sup>25</sup> Vgl. Spickhoff, Der ordre public im internationalen Privatrecht, S. 112 f. (1989); Roth, Der Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht, NJW 1967, 135 ff.; Roth, Der Vorbehalt des ordre public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen S. 70 ff. (1967).

<sup>26</sup> Vgl. MünchKomm/Sonnerberger, Art. 6 EGBGB, Rn. 2 ff.; 16 (1998).

一致的樣貌，並不需要有任何過度的強調。

## 參、公序良俗條款在現代德國法制上之呈現

### 一、限制外國法適用之立法主義

國際私法的立法模式可區分為單面法則與雙面法則兩種立法方式，單面法則的立法方式乃是單純指向內國法的適用，而雙面法則的立法方式則是以歸屬未定之連結因素，來指示其應適用的準據法，並不刻意的表現其結果究竟是適用內國法或是適用外國法。通常透過雙面法則之立法方式，較能達成國際間判決一致的理念，因此各國國際私法的立法，也多以雙面法則的方式加以呈現。此種現象不僅存在於我國之涉外民事法律適用法的規定中，同時德國現行國際私法也是採取此一原則。只是透過選法規定所指示適用之準據法如果為外國法律時，各國為了維護內國法規所存在之不可動搖之核心原則，如果在具體案件的適用結果發生有與核心原則抵觸的情形時，則各國法律往往會設計出對於外國法適用機制的限制，以排除該外國法之適用。這些對於外國法適用機制的限制，在立法例的呈現上可區分為三種方式，即為學說解釋時所謂的間接限制主義、直接限制主義以及合併限制主義。其中直接限制主義乃是在原則上肯定外國法之適用，只有當外國法適用的結果違背了內國的公序良俗時，才會例外限制外國法之適用。也就是以公序良俗條款來限制外國法的適用，這種外國法適用限制的立法例，除了我國涉外民事法律適用法採用之外，德國法也採取了這樣的立法思考。

公序良俗條款的目的是為了維護內國的公共秩序，或者是其它具有保護價值的公共利益，其中經常是涉及了內國法律規範在國際法律秩序上不可放棄的核心原則，也就是一般所稱的國際公

序<sup>27</sup>。我國涉外民事法律適用法第二十五條直接以「公共秩序或善良風俗」來表示，並在立法理由書上說明其具體內容，立法理由認為，公共秩序為立國精神與基本國策的具體表現，至於善良風俗則是指發源於民間的倫理觀念<sup>28</sup>。德國法在法條的規定上，並沒有直接以公序良俗的文義來表現<sup>29</sup>，而是將公序良俗的概念直接轉換為「善良風俗（die gute Sitten）」、「德國法律之目的」或「基本權之規定」來表達。在一九八六年德國國際私法修正時，立法者刪除舊民法施行法第三十條關於「違反德國法律之目的」的文字<sup>30</sup>，而增訂基本權之違反也構成違背公序良俗的規定，並且將外國法適用限制的問題，規範於現行之德國民法施行法第六條當中。

## 二、一九〇〇年德國舊民法施行法第三十條之規定

德國舊民法施行法第三十條規定：「外國法之適用，如有抵觸善良風俗或德國法律之目的時，應不予適用」。舊法透過法律目的或善良風俗抵觸的標準，做為判斷是否該當公序良俗的要件。對於舊法中所稱之「善良風俗」，在理解上與實體法所規定的內容並不完全一致，在國際私法的適用上主要是指德國法律所據為基礎之公

<sup>27</sup> 參閱柯澤東，國際私法，頁93，2006年。

<sup>28</sup> 對於程序法上之公序良俗（主要是指我國民事訴訟法第402條第3款之規定）的具體內容，依照我國學說之見解，不外乎是指我國之強行法規或者是指我國社會一般之倫理道德觀念，參閱劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，頁722，2004年。

<sup>29</sup> 一般在德國法上所稱之公序良俗條款主要是指民法施行法第6條之內容，至於民法施行法第34條之規定由於具備有獨立之性格，不屬於公序良俗之範圍。

<sup>30</sup> 德國舊民法施行法第30條規定：外國法之適用，如有違背善良風俗或是德國之法律目的時，應予以排除；Art. 30a.F：Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würden.

平正義的思考（*Gerechtigkeitsvorstellungen*）。

其次，舊法透過「德國法律之目的」的文義來表達公序良俗之內容，關於對「德國法律之目的」的理解，有學者認為，所謂德國法律之目的包含了德國法規在國際適用的意圖，以及存在於法規背後之基本原則<sup>31</sup>。然而由於所使用之文義並非完全妥當，在適用時很容易因為外國法則所據以規範之目的與德國法不同，而產生外國法的適用即為抵觸德國之公序良俗條款的誤解<sup>32</sup>。如果以這樣的方式擴張理解公序良俗之規定，則將使得所有透過衝突法則所指示適用之外國法，皆有可能發生抵觸德國公序良俗的問題<sup>33</sup>。對於「德國法律之目的」的理解，德國實務在帝國法院時期則是採取較為保守的態度，實務上的見解認為，只有在發生與法條文義確實有重大抵觸之現象時<sup>34</sup>，才是屬於違背「德國法律之目的」<sup>35</sup>。也就是說，必須是外國法所據以發生之政治與社會背景的考量基礎，與德國法律所存在的基本原則有明顯的差異<sup>36</sup>，並且使得適用該外國法可能會動搖德國的政治與社會的生活根基時<sup>37</sup>，才會排除該外國法的適用。儘管有學者認為，「德國法律之目的」在措辭意涵中，存

<sup>31</sup> Vgl. Mugdan, *Materialien*, Bd. I, S. 306 (1971).

<sup>32</sup> Vgl. Firsching/von Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, § 6, Rn. 138 (1995).

<sup>33</sup> Vgl. Firsching/von Hoffmann, a.a.O., § 6, Rn. 138.

<sup>34</sup> Vgl. *MünchKomm/Sonnenberger*, Art. 6 EGBGB, Rn. 58 (1998).

<sup>35</sup> Kegel認為，由於帝國法院針對「德國法律之目的」所作成之標準過於嚴格，這樣的標準在實際的適用上很難被貫徹；Vgl. *Soergel/Kegel*, Art. 6 EGBGB, Rn. 18 (1996).

<sup>36</sup> 有學者認為，帝國法院對於「德國法律之目的」的解釋過於狹隘，因為透過公序良俗條款所維護的範圍除了有關於政治、社會之生活利益外，並且也包含個人利益之保護；Vgl. Firsching/von Hoffmann, a.a.O., § 6, Rn. 138.

<sup>37</sup> RGZ 60, 296, 300.

在有公序良俗之積極效力的表示<sup>38</sup>，然而從帝國法院對於「違背德國法律之目的」在解釋時，所抱持之限制適用的保守態度可以得知，此一內容所想要表達的，應該還是停留在公序良俗消極效力之面相，就目的而言，僅有防衛外國法律制度之作用，是屬於衝突法則適用上的例外規定<sup>39</sup>。

除此之外，在第二次世界大戰以後的聯邦法院時代，對於外國法之適用是否抵觸「德國法律之目的」的判斷，起初仍是依循帝國法院時代所創下的模式來進行。一直到六〇年代中期，由於受到學說批判的影響<sup>40</sup>，聯邦法院才漸漸轉而以較為彈性的方式來思考「抵觸德國法律之目的」的判斷標準。根據聯邦最高法院之見解，限制外國法適用之情形僅發生於，「當外國法適用之結果與德國法規之基礎思想以及德國法規所據以發生之公平正義的理念存在有明顯的差異，並且由於此種差異使得內國認為適用該外國法是一種無法忍受的結果」的情況<sup>41</sup>。此種由聯邦最高法院在六〇年代中期所形成之判斷標準，一直影響著實務判決的方向，即使在一九八六年德國國際私法修正後，聯邦最高法院當時對於公序良俗之見解在現行民法施行法第六條之規定仍有適用。

### 三、一九八六年德國民法施行法第六條之規定

德國民法施行法第六條保有舊民法施行法第三十條之一般保留條款<sup>42</sup>（*allgemeine Vorbehaltsklauseln*）的性質，修法小組並且為

---

<sup>38</sup> 參閱本文貳、二。

<sup>39</sup> Vgl. MünchKomm/Sonnenberger, Art. 6 EGBGB, Rn. 58 (1998).

<sup>40</sup> Vgl. MünchKomm/Sonnenberger, a.a.O., Rn. 58.

<sup>41</sup> BGHZ NJW 1969, 369, 370.

<sup>42</sup> 一般條款意指，對於外國法適用之限制僅作抽象之規定，具體之內容則留待實務針對個案來作判斷，除此之外，透過公序良俗來防衛外國之法律制度僅是一

了避免爭議，以括號填入公序良俗（*ordre public*）的標題做為輔助表明民法施行法第六條之內容<sup>43</sup>。民法施行法第六條在文義上雖然與舊法之文義有明顯的改變，然而其內容與修正前之條文並不存在有實質上的差別。也因為如此，舊法時期對於何種情形可以認為有「善良風俗」之牴觸，以及何種案例是屬於違反「德國法律之目的」的闡釋，在修法後對於公序良俗的見解，仍然可以找到其可以發揮的空間。必須注意的是，就實質內容而言，新舊法規雖然沒有明顯的變動，然而公序良俗的概念其實是會隨著時代的變動而被修正，這樣的現象是法院在適用法規時，應該要配合調整的思考。修正後的法條雖然如前所述，在應用時並沒有明顯之變更，然而透過修正後的法條文義表現，確實是比較能夠凸顯出公序良俗條款的法律地位，同時符合法律明確性的要求，並且彰顯其配合國際趨勢的形式意義<sup>44</sup>。由於公序良俗的保留只是一般條款的性質，關於公序良俗的應用與解釋，最後仍然必須透過法官以個案判斷，降低其抽象性質而落實其具體內涵的適用<sup>45</sup>。

#### （一）民法施行法第六條第一句

根據德國民法施行法第六條第一句，當外國法適用之結果明顯與德國法律之基本原則不一致時，不適用之。對於此一規定內容，應該注意的是：

##### 1. 被審查的客體必須是具體個案適用外國法所生之結果

外國法本身則並非公序良俗條款判斷的對象，例如A國法律允許一夫多妻，若有一A國男子在德國締結其第一個婚姻，則不會因

---

種例外的狀況，因此又稱為保留條款。

<sup>43</sup> BT-Drucks 10/5632, 7.

<sup>44</sup> BT-Drucks 10/504, 42.

<sup>45</sup> Vgl. Staudinger/Blumenwitz, Art. 6 EGBGB, Rn. 7 (1996).

為A國法律允許一夫多妻的內容，而發生有公序良俗違反的問題，即使由於該A國法律之規定，而潛藏有重為婚姻的危險，仍然必須依照個案的結果而分別認定<sup>46</sup>。除此之外，公序良俗條款所干預的案件，必須與內國存在有一定之關聯（Inlandsbezug）。

#### 2. 必須與德國法之基本原則產生有明顯不一致的結果

立法者透過「明顯不一致」的文義，使得公序良俗條款之適用範圍得以限縮，這樣的文義規定並且從嚴認定以公安之概念來限制外國法適用的前提，確實在文義的呈現上符合了國際契約的發展趨勢<sup>47</sup>。至於規定中「德國法之基本原則」的文義表現，應該可以理解為是在指涉範疇上，涵蓋了舊法時期「善良風俗」與「德國法律之目的」所可能描述的內容。

### (二) 民法施行法第六條第二句

德國民法施行法第六條第二句則是規定，外國法之適用違背德國基本權之規定時，不適用該外國法。透過第六條第二句的規定使得基本權直接成為德國公共秩序中重要與優先的一環，然而早在一九八六年國際私法修正前二十年，德國實務就已經在判決中踐行了這樣的想法<sup>48</sup>。關於基本權的保障與德國國際私法的關聯，基本上可以以西班牙人決議案（Spanier-Beschluss）作為基本權是否介入國際私法領域的重要決斷點。

#### 1. 西班牙人決議案之影響——BVerfGE 31, 58

依照早期的德國通說見解，民法施行法中對於選法條文的規定僅是一種指示適用法律之法規（Ordnungsvorschrift），即使準據法

<sup>46</sup> 所舉案例改寫自Kegel/Schurig, a.a.O., S. 526.

<sup>47</sup> Vgl. Staudinger/Blumenwitz, a.a.O., Rn. 8.

<sup>48</sup> BGHZ NJW 1964, 2013, 2014; BGHZ NJW 1970, 1503, 1504; BGHZ NJW 1970, 2160, 2161 f.

的確定是以夫之本國法作為連接因素，在實體上也不會因此發生歧視婦女的結果，也就是說，選法法規本身的內容並不牴觸基本法第三條第二項男女平等之規定<sup>49</sup>。這一種否定國際私法與基本權之間的關聯的觀點，一直到聯邦憲法法院在一九七一年五月四日作成了西班牙人決議案之後，才漸漸出現有新的發展。

西班牙人決議案中所牽涉的事實是關於婚姻成立要件的問題：有一位西班牙人在德國想要和一位經德國法院判決離婚的德國婦女締結婚姻。由於本案是屬於涉外私法案件，究竟應該適用哪一國的法規，必須透過國際私法之選法程序來確定該案件之準據法。按照德國民法施行法第十三條第一項，「婚姻成立之要件，依當事人雙方之本國法而確定」的規定，本件當事人之一的西班牙人在結婚時，其婚姻的成立要件必須依照當事人的本國法來確定，而就本件案例而言，這裡所稱之本國法是指西班牙的法律。然而根據西班牙的法律，並不允許西班牙人與離婚婦女締結婚姻，此時德國法院或者是機關按照適用準據法的結果，似乎應該拒絕該西班牙人與德國離婚婦女締結婚姻，然而這樣的結果是否適當，顯然是有問題的。其中最主要的問題癥結在於，適用西班牙法律的結果，可能會與基本法第六條第一句所保障之婚姻自由的原則相違背。除此之外，在這裡還可以延伸的問題思考是：在這樣的情況下，外國法的內容或者是適用該外國法的結果，是否屬於基本權所應該干涉的範圍。案例事實所碰觸的問題，雖然與德國民法施行法第十三條第一項所規定的內容是否妥當沒有直接的關聯，但是由於透過選法條文所指示適用之外國法，在適用的結果的呈現上，與基本權之規定顯然有相牴觸，這樣的情形根據聯邦憲法法院的見解，該外國法應該不予以

---

<sup>49</sup> Vgl. Firsching/von Hoffmann, a.a.O., § 1, Rn. 136.

適用<sup>50</sup>。然而，聯邦憲法法院在西班牙人決議案中，對於適用外國法之結果牴觸內國基本權之情況，究竟應該在何種體系之下以何種方式來處理，並沒有明顯的表態，也因此問題的討論上出現有一些不一致的思考。在解決問題模式的爭議中主要有兩種方式，其一：在國際私法之體系中透過公序良俗條款來限制外國法之適用。其二：不藉由公序良俗之助力而直接在基本法的判斷體系下，以基本權作為控制的框架（Grundrechte als unmittelbare Schranke）來解決問題。基本上學說的見解傾向透過第一種模式來解決，也就是以公序良俗條款作為限制適用的準則<sup>51</sup>，這樣的思考方式也在一九八六年國際私法修正時，被採納而成為現行民法施行法第六條第二句的規定。

透過西班牙人決議案的作成，我們可以看到在實務的討論中所涉及的問題，不僅是基本權之內容與準據法適用之結果的關聯，同時也帶引出國際私法法規本身不得違背基本權內涵的討論。聯邦憲法法院因此在一九八三年二月二十二日宣告舊民法施行法第十五條第一項、第二項前段的規定，因為違背基本法第三條第二項所保障之男女平等原則，而無效<sup>52</sup>。同樣的理由也被表現在聯邦憲法法院一九八五年一月八日，宣告舊民法施行法第十七條第一項規定無效的判決中<sup>53</sup>。其中的說理基本上都是認為，選法條文本身的內容不得違反基本法保障男女平等的原則，至於準據法實際適用的結果是否不利於女性當事人，並不影響選法條文牴觸基本權的判斷。由於違背了基本權的原則，以夫之國籍作為連接因素的選法條文則因為

---

<sup>50</sup> BVerfGE 31, 58=NJW 1971, 1509.

<sup>51</sup> Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 533.

<sup>52</sup> BVerfGE 63, 181=NJW 1983, 1986.

<sup>53</sup> BVerfGE 68, 384=NJW 1985, 1282.

被宣告無效而不再能被適用。在選法條文「本身」違反基本權所保障之原則而被宣告無效的同時，立法者為了解決因為欠缺法律規定所可能出現之法律不安定性與法律漏洞的問題，特別加速了修法的腳步，相關的修法規定在一九八六年完成。西班牙人決議案所發生的影響力，不僅在於將基本權的規範置入國際私法的考量範疇，同時也成為推動德國一九八六年國際私法修正的重要推手。

## 2. 以基本權作為公序良俗之內容

基本權的內容是呈現內國實體價值的核心理念，也因此基本權本身在憲法規範中存在有其特殊的地位，其中透過民法施行法第六條第二句的規定，也凸顯了基本權的概念在國際私法中與準據法適用的牽連。在本質的呈現上，其實基本權的內涵就是民法施行法第六條第一句所稱「德國法之基本原則」，甚而有學者認為這裡關於基本權的文義是屬於「德國法之基本原則」中最重要之應用典型（das wichtigste Anwendungsbeispiel）<sup>54</sup>。只是為了配合憲法保障基本權之目的，立法者於是在衝突法則中給予其特殊地位，而與「德國法之基本原則」並列為公序良俗條款，並且表現在民法施行法第六條第二句的規定中<sup>55</sup>。但是在實際的案件適用時，必須要特別注意到，基本權的內涵所要達成的實體利益與應用衝突法則的思考並不相同。國際私法的規定在於處理具有涉外因素的案件，相對於以基本權檢視德國實體法之規範正確性的判斷，在這裡顯然不可以將基本權在國際私法上的適用考量也在功能上作同等的認識。

為了避免公序良俗條款的適用被無限制的擴張，同時也顧及國際判決一致理念的實踐，對於外國法適用之結果是否牴觸基本權的判斷，必須考慮該案件與內國之間是否具有足夠之牽連，以及外國

<sup>54</sup> Vgl. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. 1, § 7, Rn. 260 (2003).

<sup>55</sup> Vgl. Mankowski, RIW 1996, 11 f.

法的適用是否與基本權的內容發生有明顯不一致的結果。對於內國關聯的判斷，例如案件的當事人有習慣住居所於內國，或者當事人之一造為內國國民時，應該可以認為具有足夠的內國牽連<sup>56</sup>，如果只是單純的因為案件在德國起訴，並不能夠被認為具備有足夠的內國關聯<sup>57</sup>。

一般而言，當涉外案件與德國有愈多的牽連，則基本權之內容在該涉外案件的影響也愈直接，相反的，如果案件與德國只存在有薄弱的關係時，則必須準據法適用的結果與基本權的核心內容有重大抵觸時，才會發生公序良俗條款的適用。此種公序良俗條款在適用上的謹慎態度，主要仍是考慮法律適用的問題在國際社會所具備的特殊性格，其中考量的因素還是在於達成國際判決的一致。如果從這樣的結論作反面的推論，當不存在有妨礙國際判決一致的疑慮時，即使不具備有足夠的內國關聯，也可能因為基本權的抵觸而發生有公序良俗條款違反的問題，這樣的情形常發生在外國法的內容違反國際人權保障的案例。由於人權保護是屬於國際上透過國家共同體的合意所確認之國際法的最低標準，因此基本權之抵觸如果同時構成國際人權的違反時，不論該涉外案件是否有足夠之內國牽連，都應該構成違反公序良俗之情形，應該排除該外國準據法的適用<sup>58</sup>。

---

<sup>56</sup> 德國聯邦憲法法院關於此一問題，早期曾在其判決中（BGHZ 60, 68）否定以習慣住居所與國籍作為足夠之內國關聯的認定，但是這樣的見解受到學者的批評，學者並且認為聯邦憲法法院的見解也與現行法之內容不一致；vgl. Staudinger/Blumenwitz, a.a.O., Rn. 104.

<sup>57</sup> OLG Hamburg JZ 1951, 444 f.

<sup>58</sup> Vgl. Staudinger/Blumenwitz, a.a.O., Rn. 105.

### (三)公序良俗判斷之時代意義

公序良俗的內容和判斷的標準，常常因為時代的變遷而發生改變，也因此適用外國法之結果是否牴觸德國法之基本原則，以及是否違反基本權之規定，應該以法院裁判當時的社會觀念來確定。例如德國實務上對於變性人結婚與公序良俗的判斷，在一九八〇年之前，曾經以違背公序良俗的理由，拒絕變性之巴基斯坦人民請求以變性後之女性身分來締結婚姻<sup>59</sup>，這樣的觀點在今日的社會環境中，已經沒有辦法成立，並且被認為違反了婚姻締結的自由。

### (四)限制外國法適用之結果

當外國法適用的結果違反德國公序良俗條款時，德國民法施行法僅規定不適用該外國法，然而應以何種法律來作為替代適用的準據，法律並沒有確切的指示<sup>60</sup>，在這裡會發生有漏洞填補的問題，相關解決的方法，在德國學說與實務的見解中，主要出現有三種不同的討論<sup>61</sup>。

#### 1. 法庭地法說 (lex fori)

有學者主張以法庭地法作為替代適用之法規<sup>62</sup>，例如依瑞士法之規定，某些債權是不罹於時效的，在帝國法院時期，德國法院曾經處理有關於依瑞士法之規定所發生之不罹於時效之債權的問題，如果依法庭地法說，即是以德國法來替代瑞士法之適用，法院應該

---

<sup>59</sup> OLG Hamm FamRZ 1974, 456.

<sup>60</sup> 由於德國法強調公序良俗條款之消極作用，因此並無直接適用內國法之規定。

<sup>61</sup> 在法律效果的部分，我國民法施行法第25條同樣也僅是規定不適用該外國法，而對於應如何確定替代適用之法規，我國之國際私法也如同德國法之規定，並無明文的指示，因此，德國學說與實務上關於法律效果的討論，可以作為我國在處理相關案例或者法規修改之參考。

<sup>62</sup> Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., Rn. 641.

根據德國當時所規定之最長時效期間三十年來作為判決之依據<sup>63</sup>。

由於以法庭地法作為替代適用之準據最為便利，因此，在德國實務上有多數判決是採行此種方式，然而，過度強調內國法律制度之貫徹容易發生違反國際判決一致的理念，同時也有學者批評，優先適用內國法之結果容易令人產生以內國法規干預外國法之疑慮，此外對於外國法規（包含未牴觸公序良俗之部分）全盤予以排除適用也並不妥當<sup>64</sup>。

## 2. 本案準據法說（lex causae）

有學者主張可以在本來應該適用的外國法中尋求解決的途徑，更確切的說，在排除適用的思考上，應該再細緻的分析，原則上將部分牴觸公序良俗條款之外國法規予以適用上的排除，至於該外國法「其他未牴觸之部分」應該還是有適用可行性<sup>65</sup>。

若以前述不罹於時效的債權為例，當時的帝國法院曾經傾向主張本案準據法說，也就是適用瑞士當時民事法規中最長之十年時效期間的規定<sup>66</sup>。然而依照本案準據法說的見解，顯然忽視了個別規範間的各自規範目的，所謂外國法規「其他未牴觸之部分」，自然必須考量該特定規範的存在，應該要有自己的規範意義與指涉對象，該部分法規在立法設計時，並非是為了應用於法院所處理的相關案件事實，本案準據法說很明顯的是將規範其他內容之法規，針

---

<sup>63</sup> RGZ 106, 82, 85 f.

<sup>64</sup> Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 538.

<sup>65</sup> Vgl. Wuppermann, Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht seit 1945 vornehmlich auf dem Gebiet des Familienrechts, S. 72 (1977); Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rdnr. 1486 f; Makarov, Grundriss des internationalen Privatrechts, S. 100 (1970).

<sup>66</sup> RGZ 106, 82, 85 f.

對本案事實擴張適用<sup>67</sup>。而且在法律本質的考量上，也已經不是適用選法條文中所指示之「該外國法」，不過是在形式上維持了一個沒有特殊意義的外國法型態，適用該外國法規所欲表達的精神已經蕩然無存。

### 3. 獨立實體法規說

還有學說在上述兩種方式之外，獨立思考了另一種解決的模式。學者Kegel認為應該針對具體個案建立符合德國公序良俗的獨立實體法規（durch Ausbildung neuer Sachnormen），以用來替代原來應該適用的外國法。Kegel認為，關於不罹於時效之債權的案例，應該考慮以社會共通法感所能夠接受之最長的時效期間來代替，例如以五十年的期間，作為法院判斷的依據<sup>68</sup>。整體而言，此種見解最能達成國際判決一致之理念<sup>69</sup>，然而就成文法規所固有之安定性的優點來觀察，卻也因此容易發生法規適用有不確定的現象<sup>70</sup>。

德國民法施行法中所規定之公序良俗，僅是屬於一般條款的性質，在內容的表達上只有單純法律原則的呈現，而沒有明確具體構成要件的規定，經由公序良俗的闡釋所顯現出來的內涵，才是個案審查之核心與精神意義，最主要是希望個案表現符合公序良俗之時代性與地域性之要求，也因此在解決法律適用的問題上，似乎應該依個案來確定替代適用的法規。然而，這樣的結論或許能夠貫徹體系架構的一致性，卻無法滿足成文法國家在法制規定中，所重視之一般安定性的要求。相對來看，法庭地法說雖然不免發生國際判決

<sup>67</sup> Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 539.

<sup>68</sup> Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., S. 539.

<sup>69</sup> Vgl. Bernd von Hoffmann, a.a.O., Rn. 154.

<sup>70</sup> Vgl. Staudinger/Blumenwitz, a.a.O., Rn. 136.

一致性的疑慮，但是從公序良俗的本質加以觀察時，其內容所表示者是屬於「內國」法律精神中不得牴觸的部分，是對於「內國」某些法律原則的堅持，就這個角度來說，確實必須承認以內國法來替代適用最能夠直接反應公序良俗的要求。或許法庭地法說存在有學說上所批判之諸多缺點，然而，外國法適用的限制不過是國際私法的例外規定，法院若能於適用法規時嚴守此一分際，那麼法庭地法說的缺失應該可以降低到最小的程度。同樣的問題也存在於我國涉外民事法律適用法中，針對外國法適用之結果如果違反我國公序良俗之內容，而不予適用時，法律上並沒有明白指示替代適用的方案，若是能夠透過立法的方式，直接規定適用內國法，不但能停止學說討論的爭議，也在實務適用的問題上，給予明確的法規依據。

#### 四、德國法規之演進與現況對於我國現行法規之啟示

對於外國法適用之限制，我國規定於涉外民事法律適用法第二十五條中。我國法之規定與德國之立法例相同，在內外國法律平等適用之基礎下，以適用外國法作為國際私法的原則性思考，只有在例外的情況中，明文規定以公序良俗來限制外國法之適用，採行直接限制主義。由於公序良俗的概念模糊，對於「公共秩序」與「善良風俗」之理解，僅能依具體個案作出判斷。如果參閱涉外民事法律適用法之立法理由書，則所謂「公共秩序」是指，立國精神與基本國策之具體表現，而「善良風俗」是指一般人民之倫理道德觀念。此外，對於我國法規中所規範之公序良俗，在內容上應該將其定位為國際公序或者是國內公序，並非完全沒有爭議。如果單純針對涉外民事法律適用法第二十五條之規定作文義解釋，那麼應該是指國內公序<sup>71</sup>，然而參考德國法之見解以及順應國際潮流的趨勢，

---

<sup>71</sup> 參閱許耀明，國際私法上的基本權保障問題——從德法相關判例發展談起，法

解釋為國際公序應該較為妥當。

限制外國法之適用僅是例外之規定，因此法院對於具體案例之審理，應該以嚴格而審慎的態度為之。在要件的審查中，首先，公序良俗條款的判斷對象，並非抽象的外國法規，而是具體個案適用外國法的結果<sup>72</sup>。其次，適用外國法的結果，必須與內國法律之基本原則產生明顯不一致的牴觸，才能限制該外國法的適用。最後，必須該涉外案件與我國具有一定之牽連。上述三點要件雖然在法條中並無明文規定，然而如果從我國國際私法之體系來定位涉外民事法律適用法第二十五條之適用標準，那麼如此解釋似乎較為妥當。

除此之外，依國際私法選法條文的指示應適用外國法，而外國法適用之結果違背公序良俗而不能適用時，我國法律也如同德國法之內容，並未規定替代適用之法規。國內學者討論較多的解決方式主要分為：拒絕審判說，內國法替代適用說，以及分別處理說三種<sup>73</sup>。其中除了拒絕審判說較不妥當之外，內國法替代適用說，以及分別處理說各有其支持者。如果考慮到控制外國法適用的標準中，內國法律之基本原則乃是判斷上之重要基礎時，那麼從體系適用上的一致性以及結果的期待性來觀察，以內國法作為替代適用之法律，應該是屬於比較合理以及便宜的解決方案。因為公序良俗所反映之直接內容，經常是屬於內國法律精神中不得牴觸之核心部分，如果能夠以內國法來替代適用，自然最能夠直接反應內國法律之立法目的。關於內國法替代適用說，在國內文獻的討論中，較常被質疑的問題乃是在於法官適用法律之心態，以及因此而產生之過

---

學叢刊，198期，頁160，2005年。

<sup>72</sup> 參閱馬漢寶，國際私法總論，頁212，1985年；陳榮傳，公序良俗條款之適用，月旦法學雜誌，1期，頁71，1995年。

<sup>73</sup> 參閱陳清雲，論國際私法上外國法適用之限制——以公序良俗條款為中心，萬國法律，133期，頁89-90，2004年。

度擴張內國法律適用之疑慮，導致違背內外國法律平等適用之原則<sup>74</sup>。這樣的批判並不足以作為內國法替代適用說之有效阻力，因為所有的法律規範皆是透過法院的實務操作來加以落實或者加諸以強制力，所有的法規都有可能因為人為操作之不適當而無法發生預期之效果，這一部分的問題牽涉到法官整體之訓練以及素養，以及內國人民對於法律文化之認識，不得因為有此一疑慮的存在，就直接否認內國法替代適用之可行性。

除此之外，如果考慮法律適用的安定性原則，那麼對於替代適用的辦法，似乎以立法直接加以確定較為妥當。這樣的方式，一方面解決實務適用法律的困擾，另一方面也得以兼顧當事人的利益，並且終止學說討論的爭議。而內國法替代適用的思考方式，也呈現於國際私法修正草案的修定方向與內容中。

#### 肆、一般保留條款與其他概念之區分

關於公序良俗條款與其他類似概念的區分，一般文獻在論述架構的安排上，常在深入主題的討論之前，即先作比較，不同於其他文獻的布局，本文將此一部分安排在文章最後的部分，而僅作選擇性的探討，主要是希望在瞭解學說討論與實務運作的結果後，透過概念區隔的分析，可以更進一步的強調公序良俗之一般保留條款的特性以及其核心概念。

由於德國民法施行法第六條所規定之公序良俗條款，是以防衛外國法律制度而規範之一般保留條款，並且是以內國的實體法律原則作為公序良俗條款所欲維護的內容，在概念上，與程序法之公序良俗以及特別保留條款並不相同。

---

<sup>74</sup> 參閱同前註，頁89。

## 一、程序法上之公序良俗——外國裁判之承認與執行

程序法之公序良俗，主要是為了審查外國裁判，或者是仲裁所據以進行之程序，是否牴觸了內國程序法中不容許違背的基本原則，也就是判斷是否違背程序公正的精神<sup>75</sup>，基本上其所涉及的是裁判的承認與執行的問題。由於各國所具有的不同地理以及人文背景因素，事實上我們也沒有辦法期待外國程序法的規範與內國法完全一致或是有高度的相似性<sup>76</sup>，所以在這裡我們必須接受的前提思考是：只是單純法條內容的相異，並不可以因此構成所謂違背公序良俗的問題<sup>77</sup>。依照德國在戰後的通說，德國民法施行法第六條關於公序良俗一般條款之規定，並不包含程序法的範圍，關於程序法上公序良俗之審查，必須有其他法規另外加以規範，例如德國民事訴訟法第三二八條第一項第四款<sup>78</sup>、親屬法變更法第七條§1等規定<sup>79</sup>。

然而，關於公序良俗與外國判決承認和執行的問題，所可能涉及的檢驗範圍應該不只是相關審查外國裁判所據以進行的程序，是否符合法制國的精神，就實質面來說，也必須同時對於違反內國法律基本原則的結果加以排除。就這樣的現象意義而言，所謂外國裁

<sup>75</sup> Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 3 Rn. 166 (2001).

<sup>76</sup> Vgl. Zöller/Geimer, § 328 ZPO, Rn. 155 (1999).

<sup>77</sup> Vgl. Schack, IZVR, Rn. 864 (1996).

<sup>78</sup> 德國民事訴訟法第328條第1項規定，「外國法院之判決具有下列情形之一時，應不予承認：……4.判決之內容明顯與德國法律基本精神不符，尤其是違反德國基本權之規定者；……。」

<sup>79</sup> 德國關於親屬法變更法第7條§ 1的法條表現（Art. 7 § 1 FamRändG），對照於中文，不論是Art.或是§皆稱之為條，因為中文翻譯無可對照文字存在，因此本文對於此一法條以親屬法變更法第7條§ 1稱之，關於德國親屬法變更法第7條§ 1之內容與翻譯，參閱拙著，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學，11期，頁113-115，2003年。

判之承認與執行，無論如何都會包含有程序法以及實體法之基本原則的維護<sup>80</sup>。除此之外，當事人透過外國裁判原則上已經取得一定的法律地位，關於外國裁判之承認與執行是否違反公序良俗問題的審查判斷，其實是具有比較高的容忍力。相對於公序良俗在民法施行法第六條規範外國法適用限制的嚴格標準，有學者認為，對於外國判決的承認與執行而言，公序良俗在這裡所扮演的角色，則是屬於效力較弱的公序良俗<sup>81</sup>。

上述關於公序良俗的效力論述，可以從德國相關機關對於涉及損害賠償之外國裁判的承認態度，來加以印證。在外國法院所做成之損害賠償的案例中，如果加害人為德國人，此時即使加害人所負擔的損害賠償額度較德國法規針對相同案例事實所規定者為高，通常德國法院仍然予以承認<sup>82</sup>，並且不因此而認為存在有違背公序良俗的問題，例如德國聯邦最高法院在一九八三年六月二十二日，對

---

<sup>80</sup> 同前註，頁137。

<sup>81</sup> Vgl. Wuppermann, Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht seit 1945 vornehmlich auf dem Gebiet des Familienrechts, 11 ff. (1977); MünchKomm/Sonnenberger, Art. 6 EGBGB, Rn. 21, 22; 關於完全效力以及效力較弱之公序良俗之區別，僅限於在實體公序良俗之範圍予以討論。

<sup>82</sup> 本案件在德國法院為承認與執行之裁判時，德國舊民法施行法第38條之規定仍未修訂，根據舊民法施行法第38條之內容：「對於德國人在外國所為之侵權行為，關於（依外國法主張之）損害賠償之請求不得逾越德國侵權行為法所成立之責任」，此一規定，德國法院在本案件之適用態度上，並未將其視為具有國際強行規定之性質，因此使德國籍之被告負擔較高額度之損害賠償的外國判決，仍然被德國法院所承認。除此之外，關於德國舊民法施行法第38條規定之內容，國內有學者認為類似我國涉外民事法律適用法第9條第2項之規定，參閱謝志鵬，法院地法對侵權行為準據法限制條款與公序良俗條款之關係，高大法學論叢，1卷1期，頁234，註40，2005年。

於義大利法院所作成之車禍損害賠償判決的承認<sup>83</sup>。根據義大利法院判決的內容，德國籍的車禍肇事者與車輛所有權人對於被害之車禍癱瘓者必須賠償大約150,000歐元的損害<sup>84</sup>，儘管從當時德國法的觀點來看，義大利法院所裁判的損害賠償額度過高<sup>85</sup>，而且該損害賠償請求權依照德國法的規定也已經罹於時效，德國法院仍然作出承認的裁判<sup>86</sup>。

儘管德國對於損害賠償額度的範圍，願意採取寬鬆的承認思考，但是這樣的態度並不表示德國因此接受所有性質的損害賠償。對於外國法院所作成之高額刑罰性質的損害賠償（*Strafschadenersatz*）或懲罰性的損害賠償的判決，德國法院在承認或執行的處理，則抱持了相當保留的態度。例如聯邦最高法院於一九九二年六月四日所作成有關執行美國法院損害賠償判決的裁判時，就明確的表達了這樣的看法。在該案例中，美國加州法院判決具有美國以及德國雙重國籍的被告，必須對於其性侵害對象之未成年美國籍原告負擔總額高達750,260美金的損害賠償，後來被告由美國遷移至德國，而在德國被查知有可供執行之財產（土地），美國籍原告即以加州法院之判決請求德國法院承認，並且請求對被告的財產予以強制執行。在加州法院所判決的損害賠償金額中，除了包含財產上之損害賠償（醫療費用、將來醫護費用、預期上必要之安置費用）以

<sup>83</sup> BGHZ NJW 1984, 568.

<sup>84</sup> 車禍事實發生之時間與地點係於1967年Bologna往Rom之高速公路上，關於法院所作成之損害賠償額度，是否有過高或者是過低的疑慮，應依循當時社會之時空背景以及當時社會之一般價值與期待予以判斷。

<sup>85</sup> 德國法院作成承認與執行裁判之當時，德國舊民法施行法第38條特別針對保護德國籍加害人之限制侵權行為責任之規定尚未修改，儘管如此，法院仍然作出承認之裁判；關於德國舊民法施行法第38條之問題，本文在肆、二、特別保留條款之部分將有論述。

<sup>86</sup> Vgl. Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, § 3, Rn. 171 (2002).

及非財產上的損害賠償（原告所遭受之恐懼、疼痛、痛苦以及其它相類似的損害）之外，還包含400,000美金的刑罰性質損害賠償。針對財產上以及非財產上之損害賠償的判決，德國法院基本上予以承認，然而對於刑罰性質損害賠償的部分，德國則是以判決之內容違背公序良俗為理由而不予承認。學者認為，由於德國普遍主張損害賠償目的在於填補損害，至於懲罰不法行為並不屬於民事法規所可以涵蓋的部分，所謂懲罰不法的實現應該是屬於刑事法規的範疇，以金錢的給付作為懲罰被告的思考，並不符合德國的法規體系表現，也因此就這一部分來說，是屬於違背德國公序良俗的內容，而不應該予以承認<sup>87</sup>。

## 二、特別保留條款

德國民法施行法第六條關於外國法適用的限制，是屬於一般保留條款之性質，透過公序良俗條款的作用，是否期望達成特定結果，或者應該以何國的法律作為替代適用的法規，法律都沒有明確的規定。相對於一般保留條款的開放態度，特別保留條款（*spezielle Vorbehaltsklauseln*）則是在條文中明白的針對特定事實為干預的規定，並且直接指示應該替代適用的法規<sup>88</sup>。

德國國際私法中關於特別保留條款的規範目的，在學說的討論中，區分為兩種類型：第一種類型乃是將屬於民法施行法第六條之公序良俗一般條款的典型內容，或者是經常發生的案件類型，具體規定於特定的法條中，而使法規適用更為清楚便利。例如德國民法施行法第十七條第二項，關於在德國離婚透過法院判決規定的堅持就是屬於這種類型。根據德國民法第一五六四條第一句之規定，

---

<sup>87</sup> Vgl. Bernd von Hoffmann, a.a.O., § 3, Rn. 172.

<sup>88</sup> Vgl. Siehr, Internationales Privatrecht, S. 486 f. 491 (2001).

「離婚僅能透過法院之判決為之」，此項原則透過民法施行法第十七條第二項規定之重覆強調，使得在德國所為之離婚，即使根據國際私法之選法條文是指示適用某外國法，也由於離婚應經過法院判決之規定（Scheidungsmonopol）是屬於德國法規之基本原則，而必須強制遵循。第二種類型則是單純為保護內國國民之利益而作成的規範，例如德國民法施行法第十七條第一項第二句之規定即是。根據德國民法施行法第十七條第一項之規定：「離婚，依離婚之請求繫屬於法院時關於婚姻一般效力之準據法定之。依照婚姻一般效力之準據法不能離婚時，若當事人之一方為德國人，或者於婚姻締結時為德國人，則依德國法<sup>89</sup>。」對於離婚準據法的確定，很明顯的，在一定條件之下，是以保護德國籍之當事人的利益為目的，也因此德國民法施行法第十七條第二項以單面法則之立法方式，直接指示適用德國法。除此之外，舊德國民法施行法第三十八條之規定（此一條文已經在一九九九年修正）亦屬於此類型的特別保留條款。

德國舊民法施行法第三十八條之規定內容雖然已經廢止，但是考量到該條文內容類似我國涉外民事法律適用法第九條第二項的規定<sup>90</sup>，而且該條文於廢止前在學說中曾經引起諸多的討論，在這裡仍然對於德國舊民法施行法第三十八條之特別保留條款的內容加以探究分析。

---

<sup>89</sup> Art. 17 I EGBGB: 「Die Scheidung unterliegt dem Recht, das im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe massgebend ist. Kann die Ehe hiernach nicht geschieden werden, so unterliegt die Scheidung dem deutschen Recht, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte in diesem Zeitpunkt Deutscher ist oder dies bei der Eheschliessung war.」

<sup>90</sup> 參閱謝志鵬，同註82，頁234，註40。

根據德國舊民法施行法第三十八條之規定：「對於德國人在外國所為之侵權行為，關於（依外國法主張之）損害賠償之請求，不得逾越德國侵權行為法所成立之責任。」這樣的內容規範主要是涉及到違背（國籍）歧視禁止原則的討論，更確切的說，德國舊民法施行法第三十八條是以國籍作為區分，而分別內、外國人之侵權行為責任以及侵權行為損害賠償請求的範圍。該條文的規定是以有利於德國人之目的作為出發點，在牽涉德國人與外國人間之侵權行為責任的爭端時，若法律事實涉及在外國所發生的侵權行為時，則外國籍之被害人對於加害之德國人所得主張的權利，以德國之實體法規中關於侵權行為所得成立之責任範圍為限，而不去思考作為準據法之侵權行為地法，對於被害人較為有利的規定。

相反的，當牽涉德國籍之被害人對於外國籍的加害人主張侵權行為時，則依照利益原則作為責任主張的考量，也就是說，根據較為有利的侵權行為地法。此種內、外國人不平等對待之內容違背當時之「歐洲共同體成立協定第六條第一項」（Art. 6I EG）關於歧視禁止的原則，因而在學說中備受批評<sup>91</sup>。儘管如此，在一九九九年修法之前，就準據法的適用而言，舊民法施行法第三十八條的規定，對於實務的運作仍然具有實質的影響力。只有當涉及外國法院關於侵權判決的承認與執行問題時，德國才以較為寬容的態度，尊重外國法院所創造出來的權利義務關係，而不認為舊民法施行法第三十八條的規定，是屬於公序良俗的內容。

舊民法施行法第三十八條的規定在一九九九年廢止後，新修正

---

<sup>91</sup> Vgl. Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Bd. I, S. 204; Firsching/von Hoffmann, Internationales Privatrecht, § 1 Rn. 126, 127.

的內容規定於民法施行法第四十條第三項<sup>92</sup>，在不違背（國籍）歧視禁止的基礎下，刪除單方面有利於德國籍當事人的規定。但是仍舊以特別保留條款之性質，具體呈現相關德國法中不得牴觸的基本原則，而成為德國民法施行法第六條一般保留條款在侵權行為範疇的具體表現<sup>93</sup>。

民法施行法第四十條第三項的內容，是以外國法作為準據法適用的前提要件下，對於被害人根據外國侵權行為法所得請求之損害賠償的限制。該條文規定的內容共分為三個部分：

#### （一）範圍的限制

依外國法規所得請求之範圍，在本質上逾越對於被害人適當填補損害的必要時，應予以限制。此一條款主要是針對美國法中過高額度之慰撫金請求的限制。

#### （二）目的的特定

依外國侵權行為法所得請求之內容，如果明顯是以填補被害人損失以外之其他考量為目的時，則不加以適用。例如按照美國法所存在之懲罰性的損害賠償。

#### （三）國際條約的尊重

關於侵權行為責任之規範，不得違反對於德國具有拘束力之相關國際條約。上述損害賠償的限制規定，有學者認為第一款與第二款的規定，在進行內容解釋時，會發生有重複規定的現象，因為請求之範圍若是逾越本質上填補被害人損害所必要時，通常即是由於

---

<sup>92</sup> 現行德國民法施行法第38條則是有關於不當得利之規定。

<sup>93</sup> Vgl. Spickhoff, NJW 1999, 2213.

其他目的之考量而發生的結果<sup>94</sup>。

相較於德國舊民法施行法第三十八條的規範目的，德國現行民法施行法第四十條第三項與我國涉外民事法律適用法第九條第二項更為接近。德國民法施行法第四十條第三項不再以內國人的保護作為規範目的，而以較為開放的態度，將內容單純的限縮在內國關於公安法規原則的堅持。對照我國涉外民事法律適用法第九條第二項「侵權行為之損害賠償及其他處分之請求，以中華民國法律認許者為限」的規定，則第九條第二項應該可以被定位為公序良俗在侵權行為範疇的具體表現。換句話說，之所以以台灣侵權行為法規作為損害賠償以及其他處分請求的限制內容，在目的的考量上，也是為了要維護法規的基本精神。德國與台灣的規定雖然在文義顯現有不同的表達方式，但是在實質上的內涵理解時，並不需要有刻意區隔的強調。

## 伍、結 論

本文對於公序良俗條款的討論，主要是限縮在外國法適用限制的問題。在德國法制的發展中，公序良俗條款在體系上的定位，深受薩維尼理論的影響，以當時歐洲各國法制所據以發生之「共同基督教倫理思想」的基礎，薩維尼主張內、外國法律應該可以有平等適用的考量，薩維尼並且認為適用外國法是國際私法的原則，而對於國際私法中有關公序良俗之作用，則是以積極效力作為思考的主軸，強調內國法律中存在有嚴格積極與強制內涵的規範，而這樣的規範是屬於法律適用上不得逾越的界限。當案例事實涉及此類強行規定的適用時，本來應該作為準據之外國法，則必須例外的排除其

---

<sup>94</sup> Vgl. Bernd von Hoffmann, a.a.O., § 11, Rn. 59.

適用，此一內容後來發展成為德國現行民法施行法第六條的規定。隨著時代的演進，國際私法的適用範圍明顯的也擴及於歐洲以外的其他國家，基於歐洲法治以外的法律觀念的介入，國際私法的目的則被聚焦在國際判決一致性的考量。公序良俗之作用在二十世紀時期逐漸轉變為消極作用的強調，德國民法施行法第六條所規定之公序良俗也因此被解釋為僅具有一般保留條款的性質。

在德國民法施行法第六條的規定中，外國法適用的結果不可以有明顯違背德國法基本原則或德國基本權的規定。而受到西班牙人決議案的影響，基本權之內容與準據法適用的結果不僅被劃上關聯，同時也導引出國際私法法規本身不得違背基本權內容的原則，此項原則之確立同時推動了一九八六年德國國際私法的修正。這樣的發展使得適用外國法的結果違背公序良俗時，該外國法即被認為不應予以適用，然而關於替代適用的法規，無論是我國之涉外民事法律適用法或者是德國之民法施行法都沒有規範。

就德國法的法規結構而言，由於公序良俗是屬於一般條款的性質，在解決法律適用的問題時，依照個案的不同情形來確定替代適用的法規，表面上看起來似乎比較能夠貫徹體系架構的一致性，然而如果考量成文法國家所重視之一般安定性的要求，那麼採行法庭地法說應該較為適切。因為公序良俗所堅持的內容，是屬於「內國」法律精神中不得牴觸的部分，如果能夠以內國法來替代適用，自然最能夠直接反應內國法律的要求。基本上外國法適用的限制僅是國際私法的例外規定，實務的運作若能確實認識這樣的原則，並且嚴格遵守這樣的分際，那麼相關法庭地法說的缺失應該可以限縮至最低的程度。同樣之問題也存在於我國的涉外民事法律適用法中，如果能夠透過立法之方式直接規定適用內國法，就可望可以終止學說討論的爭議，並且解決實務適用的問題。

另外關於公序良俗與外國判決承認與執行的問題，由於當事人

透過外國裁判已經取得一定的法律地位，實務在公序良俗的審查標準上，往往具有較高之容忍力，而採取比較寬鬆的態度。如果將之與外國法適用限制的標準作為比較，則關於外國裁判之承認與執行部分所討論之公序良俗，是屬於效力較弱之公序良俗。

相較於民法施行法第六條之一般保留條款的開放態度，特別保留條款則是在條文中明確的針對特定事實為干預，並且直接指示應該替代適用的法規。關於特別保留條款之制定，其中之一的規範目的，乃是將屬於民法施行法第六條之公序良俗的典型內容，或者是經常發生之案例，具體規定於特定法條中，俾使法規適用較為清楚便利。一九九九年所修定之德國民法施行法第四十條第三項的規定，很明顯的是受到這樣思考的影響，其內容於是成為德國民法施行法第六條之一般保留條款在侵權行為範疇的具體表現。從比較法的觀點來看，我國涉外民事法律適用法第九條第二項之規定有類似的表現，兩者所使用之文義雖有不同，不影響實質的共通意義。文章希望透過德國法制的介紹與比較，可以對於我國涉外民事法律適用法在實務運作，以及修法方向有些微的助益。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 柯澤東，國際私法，2006。
2. 馬漢寶，國際私法總論，1986。
3. 許耀明，國際私法上的基本權保障問題——從德法相關判例發展談起，法學叢刊，198期，頁147-162，2005。
4. 陳清雲，論國際私法上外國法適用之限制——以公序良俗條款為中心，萬國法律，133期，頁81-94，2004。
5. 陳榮傳，公序良俗條款之適用，月旦法學雜誌，1期，頁71，1995
6. 劉鐵錚，陳榮傳，國際私法論，2004。
7. 蔡晶瑩，德國對於外國離婚之承認，中原財經法學，11期，頁111-150，2003。
8. 謝志鵬，法院地法對侵權行為準據法限制條款與公序良俗條款之關係，高大法學論叢，1卷1期，頁217-248，2005。
9. 簡清忠，國際私法上公序良俗條款之研究，政治大學碩士論文，1984。

### 二、外 文

1. v. Bar, Christian/Mankowski, Peter, Internationales Privatrecht, Band I, 2. Aufl. (2003).
2. Firsching, Karl/v. Hoffmann, Bernd, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (1995).
3. v. Hoffmann, Bernd, Internationales Privatrecht, 7. Aufl. (2002).
4. Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2004).
5. Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (2001).
6. Makarov, Alexander N., Grundriss des internationalen Privatrechts (1970).
7. Mankovski, Peter, Art. 34 EGBGB erfasst § 138 BGB nicht, RIW 1996, 8.

8. Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band. I, Neudruck (1971).
9. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Band 10: IPR Art. 1-38 EGBGB, 3. Aufl. (1998).
10. Raape, Leo/Sturm, Fritz, Internationales Privatrecht, Band. I, Allgemeine Lehren, 6. Aufl. (1977).
11. Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl. (1996).
12. Roth, Günter H., Der Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht, NJW 1967, 134.
13. Roth, Günter H., Der Vorbehalt des ordre public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen (1967).
14. Schack, Heimo, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. (1996).
15. Siehr, Kurt, Internationales Privatrecht, 2001.
16. Soergel (-Bearbeiter), Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. (1996).
17. Spickhoff, Andreas, Der ordre public im internationalen Privatrecht, Entwicklung-Struktur-Konkretisierung, Diss. Göttingen (1989).
18. Staudinger (-Bearbeiter), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. ab (1993).
19. Wuppermann, Michael, Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht seit 1945 vornehmlich auf dem Gebiet des Familienrechts (1977).
20. Zöllner (-Bearbeiter), Zivilprozessordnung, 21. Aufl. (1999).

# A Study on Private International Law Concerning Order Public in Germany

Ching-Ying Tsai\*

## Abstract

The principle of private international law between Taiwan (Art. 25 IPR) and Germany (Art. 6 EGBGB) is based on the public order to define limitation of jurisdiction of foreign law. In the development of Germany's legal system, the position of public order is influenced by the theory of Savigny. Savigny thought that the regulation of public order should include the jurisdiction. Besides, according to the general theory of Germany, public order is only with the essential of general reservation clause. Therefore, once public order excludes the jurisdiction of foreign law, there is no law to indicate which law should be used. If we take the stability of law into concern from the statute law countries, it would be more appropriate to consider the method of "lex fori". Besides, after Bundesgerichtshof becomes "Spanier-Beschluss", it decides the power of fundamental right to international private law. Base on this principle, Germany had passed the amendment of international private law in 1986. This article is basically to offer some refer-

---

\* Dr. Jur., University of Regensburg (Germany) Asst. Professor of Law, Chung Yuan Christian University.

Received: October 3, 2006; accepted: February 26, 2007

ence for Taiwan's amendment of international private law via the analysis of Germany's regulation. In this article, besides the introduction of playing part of public order in German legal system, the author also describes the pragmatic process when the adoption of private international law is against Grundrecht. At the end, the author has analyzed some simulated situations with similar concepts to help understand the real operation process in German's legal system.

**Keywords:** Ordre Public, General Reservation Clause, Special Reservation Clause, "Spanier-Beschluss"