

《商事法與國際私法》

- 一、A 股份有限公司係依我國公司法設立，但未辦理公開發行之中小企業，如 A 公司辦理發行新股增資，試依公司法規定與法理，扼要回答下列問題：(20 分)
- (一)甲甫獲得國外著名大學電機博士，欲以所具有之高科技知識出資，乃提議以赴 A 公司工作三年為對價，換取增資新股。問此舉是否合法？
- (二)乙欲以其所持有對 B 公司之債權出資，是否合法？
- (三)A 公司欲採投資入股方式與 C 公司建立策略聯盟，C 公司之大股東丙願意促成此事。依公司法規定 A 公司與丙間應依循何種程序，以達到目的？

命題意旨	1.測試考生是否瞭解第一百五十六條第五項與第六項有關出資標的之相關規範。 2.本題較為靈活，但並不困難，只要能確實掌握各種出資標的之立法目的與概念，應能迎刃而解。
答題關鍵	1.技術股不同於勞力出資。 2.第 156 條第 5 項「對公司所有之貨幣債權」之公司，係指「被出資公司」。 3.股份交換。
參考資料	1.程政大，公司法講義，第一回，第 73 頁，91 年會計師第 2 小題。 2.月旦法學教室 第 30 期，P.30~31：技術股與勞務股（王文宇） 第 33 期，P89-98：公司法第七講：資本三原則之理論與實踐（王志誠）
高分閱讀	1.高點重點整理系列-公司法〈史律師〉〈L211〉（相似度 90%） P.2-179~212：股份有限公司成立後之資金籌措方式 2.高點經典題型系列-公司法經典題型（周律師）〈L503〉（相似度 70%） P.2-1-8：股份有限公司之資本與股東出資 3.高點法研所歷屆試題（民訴、商事法）(M506) P.2-1-16：台大 94 年：股份有顯公司之出資（相似度 80%） P.2-1-38：台大 92 年：技術入股的估價（相似度 55%） P.2-5-1：東吳 94 年：股份有限公司之出資（相似度 40%）

【擬答】

(一)甲之出資不合法

- 1.在知識經濟時代，各種無形資產（尤其是智慧財產）對於企業發展扮演舉足輕重之角色。為此，公司法（以下同）於民國九十年修正第 156 條第 5 項，明文規定股份有限公司之股東得以技術入股，其立法理由即強調技術之輸入能增強企業之競爭，有利於公司未來之發展。
- 2.惟本例中，甲係以赴 A 公司工作三年為對價，應屬提供勞力換取酬勞之勞力出資。雖甲本身具有高科技知識，但並非提供技術供甲公司使用，而仍非屬本規範所指之技術出資。
- 3.又股份有限公司基於資本維持原則，特別要求出資之充實性，非如無限公司特別允許股東得以勞務出資（參第 43 條），故甲之出資不合法。

(二)乙之出資不合法

- 1.民國九十年除明文規定得以技術出資外，亦明文規定得以「對公司所有之貨幣債權」出資。立法者認為，允許公司以債作股，得改善公司財務狀況，降低負債比例。
- 2.就此立法理由可知，該抵作股款之債權，應僅限於對被出資公司之債權，否則被出資公司即無法達成降低負債比例之立法良意。再者，若以對他公司之貨幣債權出資，可能使被出資公司面臨債權不能實現之困境，而有害其資本之充實。
- 3.故本例中，乙並非以對 A 公司之貨幣債權出資，並不合法。

(三)A 與丙可循股份交換之規定，達成目的

- 1.A 既欲入股 C 公司而與其建立策略聯盟，則應使 A 取得 C 之股份。此時自可由 C 公司發行新股由 A 認購，A 並得依第 156 條第 5 項、第 6 項或第 272 條之規定出資，取得 C 公司之股份。惟若 C 公司並無發行新股之意願，此方式即不可行。
- 2.C 公司之大股東丙既然願意協助，則可使丙將其股份移轉與 A，由 A 發行新股予丙，作為受讓 C 公司股份之對價（參第 156 條第 6 項）。以有效降低 A 公司之資金壓力，並達成投資入股 C 公司之目的。
- 3.進行股份交換時，A 公司內部應經董事會特別決議，並受轉投資規範之限制（參公司法第 13 條）。



二、依我國票據法規定，票據行為之種類有幾？此等票據行為於匯票、本票及支票，是否均可適用？又為此等票據行為時，若附記條件者，其效力如何？試分別附理由述之。(20 分)

命題意旨	1.本題著重票據行為之分類，及三種票據是否均有各該票據行為之適用等基本觀念，同時配合相關條文之記憶及比較。 2.答題時，務必引出條文，並論述票據法上五種票據行為於票據法上有何不同規定。
答題關鍵	1.應就票據行為於學理上之分類為論述主軸，並配合相關之法條作為引證。 2.同時須對票據行為之種類及票據法第三十六條、第四十七條等之相關條文記憶清晰，並作適當之闡釋。 3.本題純記憶性之考點居多，出題老師應係測驗考生有無詳記法條，此部分應屬容易。又關於票據法未規定之事項，究應如何決之，則應由票據行為之性質出發尋找相類之條文而予以類推適用，此部分即應對票據行為之理論及性質有所瞭解，屬理論性之考題，要全面性之作答較屬不易。
參考資料	1.月旦法學教室 第 25 期，P.32～33：參加承兌之要件及效力（王志誠） 第 27 期，P.34～35：承兌之意義、記載、提示及限制（梁宇賢） 第 29 期，P.36～37：隱存保證背書與公司之保證（梁宇賢） 第 34 期，P.30～31：票據之一部分付款（李欽賢） 2.月旦法學雜誌 第 113 期，P.252～256：發票之禁止背書轉讓與委任取款背書-評最高法院 92 年度台上字第 373 號判決（梁宇賢）
高分閱讀	1.高點重點整理系列-票據法〈方律師〉(L213)（相似度 40%），P.1-26～62：票據行為之要件 2.高點實例演習系列-票據法實例演習（陳律師、詹律師）(L706)（相似度 60%） P.1-23～70：票據行為內涵及要件 3.高點法研所歷屆試題（民訴、商事法）(M506) P.2-1-4：台大 94 年：附條件背書人之責任（相似度 40%） P.2-9-18：中原 92 年：附條件之承兌（相似度 65%）

【擬答】

一、依我國票據法規定，票據行為之種類，計有發票、背書、承兌、參加承兌及保證五種：

- (一)當事人間將因票據行為而發生票據法上之權利義務關係，票據法為落實促進票據流通、保障交易安全之立法目的，遂就相關之票據行為設有明文以資規範。依學者通說之分類，認為票據行為中之發票行為，屬基本票據行為，而其餘背書、承兌、參加承兌及保證等四種票據行為，則屬附屬票據行為。
- (二)就發票行為言：目的係創設票據權利之票據行為。
- (三)就背書行為言：目的係轉讓票據上之權利。
- (四)就承兌部分：目的則係確定付款人之付款責任。
- (五)就參加承兌部分：目的則係阻止期前追索。
- (六)就保證部分：目的則係擔保被保證人票據債務之清償。

二、此等票據行為並非於匯票、本票及支票均可適用：

- (一)就發票行為言：
匯票、本票及支票三種票據均有適用，此觀票據法第二十四條、第一二〇條及第一二五條分別就各該票據於發票時應記載之形式要件為規定，即可明瞭。
- (二)就背書行為言：
票據法於第二章第二節第三十條至第四十一條，就匯票之背書設有規定，雖第三章本票及第四章支票，票據法並無明文就背書設有規定，然於第一二四條及第一四四條，則設有「第二節關於背書之規定，除第三十五條外…」均於本票、支票準用之規定，可知三種票據均有適用。
- (三)就承兌部分：
本票及支票並無承兌制度，是僅匯票有承兌之適用，此觀票據法第二章匯票、第三節中第四十二條至第五十二條之匯票承兌規定，於第一二四條本票及第一四四條支票，並無準用即知。
- (四)就參加承兌部分：
同承兌，茲不贅述。
- (五)就保證部分：
僅匯票及本票等信用證券始有保證制度之適用，此觀票據法第二章匯票、第五節保證、第五十八條至第六十四條等之規定，於第一二四條本票亦有準用即知。蓋支票為支付證券，並非信用證券，是無保證制度，此觀第一四四條並



無準用前揭保證規定可證。

三、此五種票據行為，若附記條件者，其效力分述如下：

按「票據上記載本法所不規定之事項者，不生票據上之效力」，票據法第十二條著有明文；是以，除票據法另有規定票據行為得記載條件外，倘票據行為附記條件者，則該條件則屬「不得記載事項」其效力可分為 1.記載本身無效（即記載無益事項。）2.記載則票據無效（即記載有害事項。）3.記載不生票據法上之效力，但可能生民法上之效力。茲就各該票據行為附記條件之效力，分述如下：

(一)就發票行為言：記載附條件支付之委託者，與票據法就發票所要求「無條件支付之委託」之記載不符，學者通說及實務均認將致該票據無效。

(二)就背書行為言：按「背書附記條件者，其條件視為無記載」，票據法第三十六條後段著有明文，此即背書單純性之規定，亦即該背書仍屬有效，僅該條件不生票據法上之效力。惟是否生民法上之效力，仍有爭論：

甲說：仍生民法上效力。民法上之條件約定，本不以記載於書面為必要，而以口頭約定即可生效，今既記載於書面，實不因該書面為票據或票據以外之文書，而異其效果。

乙說：不生民法上效力。今票據法第十二條既規定：「票據上記載本法所不規定之事項者，不生票據上之效力。」，復又於第三十六條為：「背書附記條件者，其條件視為無記載」此一規定，顯係認該條件於民法上亦不生效力。

(三)就承兌部分：承兌附條件者，視為承兌之拒絕。但承兌人仍依所附條件負其責任。此觀票據法第四十七條第二項自明。

(四)就參加承兌部分：票據法就參加承兌附記條件時，並無明文規定，是須先確定參加承兌之性質，進而決定究應類推適用第三十六條背書或第四十七條第二項承兌之規定：

甲說：有學者認為參加承兌為承兌之一種，性質上為一種特別的承兌理由如下：

(1)依票據法第五十七條可知，不論執票人有無依八十六條、八十七條作成拒絕證書，對參加承兌人均不喪失追索權，亦即參加參承兌人均應負付款之責。

(2)再者就體系而言，參加承兌之規定（第五十三條至第五十七條）乃緊接於承兌（第四十二條至第五十二條）之後；再者，依第四十三條及第五十四條之規定觀之，二者之方式均須於匯票正面為之；末者，再觀諸第四十二條及第五十三條可知，均未強制執票人須對承兌人或預備付款人為承兌或參加承兌之提示。

(3)如採此說，似應類推第四十七條第二項承兌之規定。

乙說：參加承兌性質上並非承兌，參加承兌人所負之責任，僅係一償還責任，會因執票人未依法作成拒絕證書而對其喪失追索權。蓋被參加人所負之債務既係償還債務，則參加承兌人所負之債務，自亦是償還債務。如採此說，似應類推第三十六條背書之規定。

(五)就保證部分：票據法就保證時附記條件之情形，並無明文規定，惟保證既與背書均同為附屬票據行為，則類推適用票據法第三十六條背書之規定，實際上並無違同法第十二條之解釋。

三、海商法第 77 條有關準據法之規定，是否適用於傭船運送以及件貨運送？如何認定該條所稱之「依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者」？

命題意旨	出題委員之意旨在測試考生對海商法七七條(一)關於準據法之規定及(二)獨樹一幟之立法風格。
答題關鍵	應掌握之基本重點有： 1.首先七七條要熟記其法條內容。 2.掌握「載貨證券」之要件。 3.分析「保護較優」之概念。
參考資料	1.柯澤東，最新海商法貨物運送責任篇，第一四〇頁以下（一九九九年，十一月）。 2.張新平，海商法，第四一〇頁以下（二〇〇一年二月） 3.高點費台大海商法補充講義第四本，頁 28。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-海商法〈陳律師〉(L212)（相似度 50%），P.3-104~105：有關準據法條款的學說見解 2.高點實例演習系列-海商法實例演習（劉律師）(L708)（相似度 65%） P.4-256~255：載貨證券上準據法條款之解釋與應用 3.高點法研所歷屆試題（民訴、商事法）(M506) P.2-2-44：政大 93 年：準據法條款（相似度 55%） P.2-2-64：政大 92 年：準據法條款之效力（相似度 55%）

(一)海商法第七七條是否適用傭船運送以及件貨運送？

第七七條規定：「載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，其載貨證券所生之法律關係依涉外民事法律適用法所定應適用法律。但依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」

本條在適用上應先依涉外民事法律適用法第六條規定，決定應適用法律。應適用之法律為本法者，即應適用本法相關規定；應適用之法律為外國法者，須再檢視其與本法對於中華民國受貨人或託運人之規定，何者較優，俾選擇保護較優者適用。

按我國涉外之海上運送糾紛之準據法的決定，素來委諸涉外民事法律適用法之規定，因此本條前項之規定，即係此一原



則之重申，並無新意。至於本但書之規定則極為突兀特異。

由於本法第七七條前段規定依涉外民事法律適用法所定應適用之法律，因此準據法條款在本法之效力，是否適用於備船運送以及件貨運送？析言如下：

- (1)第七七條係規範載貨證券所生法律關係之法律適用，故備船契約未答發載貨證券而有準據法條款者，依涉外民事法律適用法之規定，定其應適用之法律。但備船契約簽發載貨證券者，則仍應有第七七條之適用。
- (2)件貨運送契約無載貨證券之簽發者，其當事人談判能力無法與備船人相提並論，是以有關準據法條款之效力仍應有第七十七之適用，方稱妥適。

(二)如何認定該條所稱之「依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者」？分析如下：

1.違反國民待遇之立法方式

第七七條但書規定：「依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」既明言以中華民國受貨人或託運人之保護為重心，即排斥以我國港口為裝載或卸載港之外國人的適用。惟按海商法為商法之一環，在商言利，雖有保護本國利益之色存在，但其保護之方式終究不脫以符合公約為其範疇，譬如注重運送人利益之保護者，以海牙規則及海牙威士比規則馬首是瞻；強調貨方權益之維護者，以漢堡規則為壓臬。類本條但書白紙黑字明示保護「中華民國受貨人或託運人」之立法例，堪稱少見。

2.「保護較優」之認定困難

第七七條但書之規定，於適用上依「主張有利於己之事實者負舉證責任」之原則，中華民國受貨人或託運人為期本法之適用，須負舉證之責。然而「依本法……保護較優」之舉證責任顯係相當沉重。首先就法律之範圍而言，由於本法第五條第六十條之定，包括民法在內之其他法律均有保護孰優孰劣之比較必要。其次法律之內容而言，所謂「保護較優」，究係程序上或實體上保護較優？如就實體而言，究係以期間之長短、船方賠償額之高低、優先受償位次或其他何者為標準？此外，一部較優一部較劣者又如何？職是之故，負舉證責任之中華民國受貨人及託運人是否因而蒙利，實難逆料，倒是增加其負擔及困擾，應可預期。

3.「保護較優」立法意旨與適用上之矛盾

第七七條但書規定：「但依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」其立法意旨係為保護我國貨人或託運人。惟同條前段規定：「載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，其載貨證券所生之法律關係依涉外民事法律適用法所定應適用之法律。」依涉外民事法律適用法所定應適用之法律倘為我國法，則外國法對中華民國受貨人或託運人保護縱使較優，亦不得適用外國法，無法貫徹保護我國受貨人或託運人之立法意旨。足見本條規定立意雖佳，立法技術有欠妥適。

四、保險法上之強制規定，性質上可分為那二類？試述其依據，並分別說明之。(20 分)

命題意旨	測試考生是否瞭解保險法第 54 條第 1 項所稱之「強制規定」並非泛指所有之強制規定。
答題關鍵	強制規定中，若涉及保險之要素者，應屬絕對強制規定，縱有利於被保險人，亦不得以契約變更之。
參考資料	
高分閱讀	1.高點重點整理系列-保險法〈廖律師〉(L214) (相似度 70%)， P.4-42~45：保險法針對保險契約之附合性所為規範 2.高點實例演習系列-保險法實例演習（程律師）(L707) (相似度 65%)，P.1-96~103：保險法第 54 條之適用

【擬答】

基於保險契約之附合性質，為保障被保險人之權益，保險法（以下同）第 54 條第 1 項規定：「本法之強制規定，不得以契約變更之。但有利於被保險人者，不在此限。」又學者認為，保險法中之強制規定可區分為絕對強制規定與相對強制規定，而本條項所稱之強制規定，基於保險法之監督性質，應僅指相對強制規定而言。說明此二分類如下：

(一)絕對強制規定

此類規定係指涉及保險之要素者，如保險利益之存在、超額保險之禁止、複保險之禁止等規定，若得適用第 54 條第 1 項而變更此等強制規定，保險法理將因而破壞，顯然不當。故縱有利於被保險人，亦不得變更。

(二)相對強制規定

1.相對於上述之絕對強制規定，此類規定亦屬強制規定，且該等規定是為保障要保人或被保險人而設，故原則上亦不得以契約變更之。但若此變更有利於被保險人時，更能符合保障被保險人之目的，故例外許可。換言之，基於保險法之監督性質，此等規範為法定之最低標準，以避免保險人藉由定型化契約而剝奪要保人及被保險人之權益。

2.又學者另有主張，相對強制規定可再區分為以下三類：

- (1)主要類型：此種類型是以強制規定方式呈現，如要保人與保險人約定，善意複保險依連帶給付方式為之，排除我國保險法第 38 條之適用。
- (2)條文中有「除契約另有約定」或「除當事人另有訂定」等類似文字者：學者主張，縱條文中有此等文字，亦不得一概認為此種規範為任意規定，而應從其立法目的判斷是否屬相對強制規定，始符合保險法具有監督性質之特性。
- (3)隱藏式的相對強制規定：此等規定係指立法者雖未表明其屬強制規定之性質，但基於保險契約之附合性，為保障要保人及被保險人之利益，應解為相對強制規定。例如關於通知義務之規定，現行法並未限制其通知方式（如第 36 條、



第 58 條等等)，則表示要保人及被保險人之一方，得以任何方式為通知。若保險人以定型化約款限制通知方式，將有違第 54 條第 1 項而無效。

五、試依序扼要解答下列各題：(20 分)

- (一)問：未約定準據法之債權契約，依我國「涉外民事法律適用法」(以下簡稱「涉外法」)第 6 條第 2 及第 3 項規定適用，與依「最密切關聯原則」立法適用，各有何優缺點？依後一原則之適用，在選擇「最密切」之問題上，於比較法或國際立法公約之規定、原則或理論上，有什麼其他配套可減少其缺點？
- (二)問：依「涉外法」第 25 條公序原則之規定，排除外國法之適用，與以即刻適用法排除外國法之適用，兩者在適用上及效力性質上有何不同？

命題意旨	本題為新興考題，出題委員之意旨在測試考生對(一)「當事人意思不明時，契約準據法如何決定」？大陸法及英美法之不同及其理論。(二)「即刻適用法」之適用及效力。
答題關鍵	應掌握之基本重點有： (一)當事人意思不明時，契約之準據法如何決定？立法與實務解決有何不同？ (二)「即刻適用法」之理論及效力。
參考資料	(一)1.柯澤東，國際私法，第一九四頁以下(二〇〇一年，元月)。 2.高點費台大國際私法講義第一本「國際私法總論」，頁 98。 (二)1.柯澤東，前揭書，頁一〇六以下。 2.高點費台大國際私法講義第二本「國際私法總論(續)」，頁 20。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-國際私法〈許展毓〉(L216) P.7-1~9：關於債權行為之準據法的現行規定與修法方向有何不同(相似度 50%) P.3-1~18：傳統選法模式之準據法適用與非選法模式(相似度 70%)

【擬答】

(一)當事人意思不明時，契約之準據法如何決定？立法與實務解決有何不同？立法與實務解決形成三主義：

1.大陸法—以行為地為主

此時大陸法官，應以行為地為主作為契約之準據法。易言之，以行為地法作為契約之經濟重心。採客觀精神，以外觀的存在來尋求契約應適用之法律。從客觀當事人行為地如契約、締約地、履行地等行為地中尋求一契約意旨經濟重心所在，決定準據法。契約訂立地—要約地、承諾地；契約履行地—出賣地、交貨地、付款地。如針對一 FOB 契約或 CIF 契約，實務上前者契約以進口地為重心，後者以出口地為重心，故 FOB 以進口地國法，而 CIF 以出口國法為準據法。而在大陸法制中，法國法方法與德國法之方法又有不同：法國法完全以契約行為地法作為契約客觀上經濟意旨重心選擇準據法。1950 年以後被選擇之準據法多為履行地，以前則多為締約地。德國法卻由法官以個人之經驗判斷，尊重當事人意思，在一特定契約下，推定當事人意思應該會以何地作為契約之準據法。亦即由法官假設當事人主觀意思而帶有主觀色彩。不像法國法完全以行為地與契約外觀存在之經濟要旨作為重心(特別係契約履行地)，完全隔絕當事人意思，但德國法於 1986 年修法即有改變。

2.英美法—以關係最適切或密切關聯為主

英美法不受連繫因素為選法之控制，不採行為地為選擇重心，不受行為地限制而採「適切之法律」(THE PROPER LAW OF CONTRACT)。個別契約所有相關要素綜合性認定何國法律對契約之整體最適切、最重要(THE MOST IMPORTANT 或 ESSENTIAL 或 SIGNIFICANT)、最直接(THE MOST DIRECT)，此謂以法學「印象主義」作為適用法選擇方法。亦即以法官之整體印象為準，法官之信念為依歸，法官之經驗上認為何者為個別契約最重要，即以之為準據法。方法雖不於大陸法，但英美法實務運作結果卻與大陸相同，選擇之結果發現履行地最重要。英美法官有較大裁量權，不受限於客觀行為地，不受連繫因素之限制，重點在對此一契約而言其重心何在？何地與其最 IMPORTANT、最 SIGNIFICANT 之關係。履行地、締約地、付款地綜合被法官考慮，無絕對順序，不以「行為地」為出發、為拘束，法官有較大決定空間。也許支付價金方法對契約最重要，支付所根據國家之法律可能被認為最適切。亦即每一事實皆可能為考慮對象，而非固定以某一連繫因素上之行為地為準據。大陸法系國家法官權限較狹，以固定標準才能達到適用法律一致、裁判一致之目的。因此，嚴格言之，是一種適用法律選擇之原則，一種方法，而非「準據法」本身，因法官尚須決定何國法始為「適切」(PROPER)，故 WHAT IS THE PROPER LAW OF THE CONTRACT 乃英美法官所採之方法耳。大陸法原則上不採 THE PROPER LAW，應問 WHAT IS THE APPLICABLE LAW OF THE CONTRACT。THE PROPER LAW 為決定 APPLICABLE LAW(準據法)之方法而已，故 APPLICABLE 不即等於 THE PROPER LAW。

3.法定準據法主義

法定準據法主義立法例，乃以法律規定當事人意思不明時應適用之法律。優點為標準確定，缺點為不能切合時代及社會變遷需要。我國涉外民事法律適用法第 6 條第 II 項規定：「當事人意思不明者，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法。行為地不同者，以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人住所地視為行為地。」即是。法定準據法主義之標準確定，雖為英美所採之 THE PROPER LAW OF CONTRACT 所不及，但後者



往往較符合當事人真意。又例：一台灣商與一日本商在德國商展上洽定契約內容後，台灣商發要約函到東京日本商公司，該日本商公司發承諾函到台北。契約內容為從日本進口原料到台灣加工再出口到南美。當事人未約定準據法時，我國法院應如何尋求準據法？依涉外民事法律適用法第 6 條規定，於法官無法依第 I 項規定決定準據法時，則應第 II 項之規定。依此，則本案準據法為德國法律（發要約通知地）。然而以德國法為準據法顯然不符合當事人真意，違反選法原理。此即，由於法定準據法主義有預為確定準據法安定性優點，但會導致刻板、僵化不合理之結果。雖然方便法官決定一準據法，但無實質意義與適用上之不實際。

(二)依涉外法第 25 條公序原則之規定，排除外國法之適用，與以即刻適用法排除外國法之適用，兩者在適用上及效力性質上有何不同？

1.公序原則排除外國法之適用

(1)意義

涉外民事案件依國際私法之指示，可能適用內國法，亦可能適用外國法，然如應適用之法律為外國法時，且有妨害內國公益危及法庭地一般私法生活之安定時，則自無勉強法庭地漫無限制之適用。準此，若適用外國法有違背內國公共秩序時，對該外國法之適用應予排除。每個國家均有兩個公序之概念，一即為「國際公序」，另一則為「國內公序」。國際公序具有相對性而國內公序具有絕對性。而國際私法為內外國法律之選法規則，且有相對性。是以國際私法中所指稱之公序應指「國際公序」。

(2)國際公序之效力：

對涉外民事法律適用法第 25 條有關「國際公序」之規定，其應為國際私法上之立法原則而非準據法，已如上述。又其目的在於消極防止本國法律秩序，因外國法之適用而受破壞。

惟國際公序規定於第 25 條僅排除外國法之適用，並未引導法官於排除適用外國法後，究應適用何國法律解決之問題？因此國際公序雖為國際私法之原則，但關於國際公序之適用後果應適用何國法律，至今尚未統一。此原則之效果及其限制效果（例外）如何？請申論之：

2.效果：

(1)一般效果

「國際公序」排除外國法之適用，對於被排除之外國法而言，是為法律適用之否定效果。

(2)萎縮效果(即為國際既得權尊重之原則，以對抗國際公序)為一般效果之例外

即一般效果之萎縮，某項權利於外國法院合法獲取時，法院地法應予以尊重，不可因法院地禁止此種權利，而運用國際公序排除之，此即既得權尊重原則於國際上可對抗國際公序之原則；換言之，國際公序因為有既得權之存在而不得適用。

(3)反射效果

即第三國法院地國際公序得與權利創制法院國之國際公序相協調時，亦承認此既得權。

3.限制效果—如何防止法庭地國濫用「國際公序」之概念

既然適用外國法為原則，對外國法之適用加以限制為例外，本於例外應從嚴之態度，應該要防止法庭地對外國法之適用（即「國際公序」之概念）予以濫用。防止法庭地國濫用「國際公序」之概念，其方法有二：

(1)一般防止：

立法者應對「國際公序」之概念予以定義。申言之，由於各國國際公序之概念不同，其運用遭受濫用，故學者及法律實務家，均試對國際公序作一統一之解決，而以各種方式界定其含義；或以立法之技術；或以法官之自我控制。

(2)特殊防止：

採用「即刻適用法」(immediate applicable law)。

4.即刻適用法排除外國法之適用

申言之，為避免國際公序原則遭受濫用及為特別保護之意旨，而由法院於受理案件適用法律時，即刻、直接就某類法律關係（包括身分、財產、法律行為等），以法院地法或某一國家法之適用（亦可能為外國法），不必再透過國際私法之衝突法則選擇所應適用之法律。通常有即刻適用法則適用之法律關係或法規有二類：

第一類：

屬公安、政策之公法性法律關係——為屬於政策性範疇之規範。

第二類：

亦屬政策性之考量，原為私法衝突法之範疇，但法律明文規定其屬特別之即刻適用法範圍。

(三)小結

要者，依涉外民事法律適用法第 25 條以公序原則排除外國法之適用是透過選法規則而選用法律、決定準據法。即刻適用法之條件，應為明文規定，其性質為強制性，當事契約條款或約定與之牴觸者無效。

