

# 國際私法上「最重要關連原則」之 理論與實際

## —以涉外侵權行為選法規範為中心—

許兆慶\*

目	次
壹、前言	3、靈活性與穩定性的平衡
貳、(涉外侵權行為)最重要關連理論簡析	4、Reese教授的直接影響
一、序說	5、歐陸法學思潮的引領
二、方法論簡述	(二)內國立法影響概觀
三、小結	1、奧地利新法
參、最重要關連理論評析	2、瑞士新法
一、積極面	3、英國成文立法
(一)選法規則彈性化	(1)序說
(二)法制正規化	(2)新立法
(三)選法規範現代化	4、德國新法
二、消極面	(1)第一階段修法
(一)標準之抽象化	(2)第二階段修法
(二)屬地主義之過度堅持	(3)小結
肆、最重要關連理論之發展	二、最重要關連理論在美國本土之發展趨勢
一、最重要關連理論在美國以外地區之發展趨勢	(一)序說
(一)最重要關連理論在成文法系脫穎而出的原因	(二)美國法律學會“Complex Litigation Project”
1、避免利益分析的盲目性	(三)國際私法第三次新編(下稱第三新編)的推動?
2、國際與區際法律衝突特性相異	伍、連繫因素實體化(代結論)

\* 東海大學法律學系兼任講師。

\*\* 感謝匿名審稿人惠賜意見，使本文適度增補，惟本文如有任何違誤，當由筆者自負之。

## 壹、前言

二十世紀後半葉國際私法領域最顯著的發展在於選法理論的變革。緣以傳統國際私法預設單一連繫因素，藉其引介而選擇準據法之剛（硬）性選法模式（rigid rules），輒生不符個案正義之判決結果，是以學界持續倡議，伴隨法院見解的變更，終於勾勒出近世國際私法選法理論彈性化之演進趨勢；影響所及，歐美兩地，無論學術界或實務界、大陸法系或英美法系、成文法或判例法，都在不同程度上，以新立法、新修法或變更判例之方式，傾向以彈性選法理論取代之；由於彈性選法模式改變長久以來被視為不變定理的機械式選法規範，從而國際私法學界遂將此波自二十世紀三〇年代陸續發展問世、且大別以往的各個新方法論以及判例的變更過程，統稱為「國際私法（衝突法學）革命」（conflicts revolution）（註一）。又選法理論的演變，固然是本世紀各地國際私法的共通現象，但深究其實，足以「革命」稱之者，仍以涉外侵權行為直接、間接相關的法律領域為主（註二），此所以本文擇定以涉外侵權行為選

---

（註一）美國國際私法學界將硬性選法規範轉向彈性選法規範之學理發展及判例變更過程，統稱為「國際私法革命」。相關文獻，參閱 Harold L. Korn, *The Choice-of-Law Revolution: A Critique*, 83 COLUM. L. REV. 772 (1983); 另見 Patrick J. Borchers, *The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study*, 49 WASH. L. REV. 357 (1992); Patrick J. Borchers, *Symposium: The Silver Anniversary of The Second Conflicts Restatement: Courts and The Second Conflicts Restatement: Some Observations and an Empirical Note*, 56 MD. L. REV. 1232 (1997). 歐陸學者就「美國國際私法革命」對歐洲之影響亦時有撰文評論者，參看 Edoardo Vitta, *The Impact in Europe of the American "Conflicts Revolution"*, 30 AM. J. COMP. L. 1 (1982). 國內文獻，請參見陳隆修，*美國國際私法新理論*，五南圖書出版公司，七十六年一月初版；高鳳仙，*美國國際私法之發展趨勢*，臺灣商務印書館，七十九年一月初版。

（註二）Albert Ehrenzweig, *A Counter-Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers*, 80 HARV. L. REV. 337, 392 (1966). ("What appears to many as a revolution in

法規範為說明中心的緣由。

在諸多引領國際私法選法規範變遷之新方法論當中，美國國際私法第二次整編（下稱「第二新編」）（註三）中的核心理論「最重要關連理論」（the most significant relationship test），無疑是影響大陸法系國家最深遠者；然而，法哲學家博登海默（Bodenheimer）教授在觀察研究美國司法實務對新選法規範之適用情形後指出，美國司法制度中，最受重視的是「政府利益分析理論」（governmental interests analysis）（註四），其次才是「第二新編」中之方法論（註五）。但無論如何，「最重要關連理論」已然成為當今國際私法界共通的語言與趨勢，並時為我國部分國際私法學者奉為至高無上神聖不可侵犯之論。究竟「最重要關連理論」所指為何？其產生之相關背景又為何？其理論之利弊安在？晚近發展現況如何？本文擬簡要析述之，俾對近世國際私法選法理論（規範）之主要變遷及趨勢得一初探瞭解。本文第二部分以侵權行為選法規範為例，簡析最重要關連理論之內容；第三部分略評最重要關連理論之利弊；第四部分說明最重要關連理論之發展現況；第五部分，本文嘗試以最重要關連理論之利弊評論及發展為基礎，提出拙見「連繫因素實體化理論」，以之代替本文之結論。惟筆者學植未深，疏漏違誤之處，尚祈先進宏達不吝賜正。

---

American conflicts law is in fact limited to the law of torts.")

（註 三） American Law Institute (A.L.I.), Restatement (Second) of Conflict of Laws, 1971 (hereinafter "Second Restatement").

（註 四） 許兆慶，美國現代選法理論簡析——政府利益分析理論，法律評論，第六十五卷第一～三期合刊，頁 7~16。另見高鳳仙，前揭書。

（註 五） 陳隆修，前揭美國國際私法新理論，頁 49。

## 貳、（涉外侵權行為）最重要關連理論簡析

### 一、序說

「美國法律整編」係由美國聯邦最高法院法官、上訴法院資深法官、各州最高法院院長、律師公會代表、全國統一州法委員會議、學界代表、及大學法學院院長等「職務會員」（official member）與其他依選舉產生之「選舉會員」（elected member）共同組成之「美國法律學會」，就過往之成案加以有系統之編整，並在相當程度上融入各領域主編及參予研討學者之見解，可謂集各權威於一身（註六）；惟「法律整編」終究並非法律，不得以之與法律同視，此乃不可不察之原則。

就國際私法整編言，一九三四年第一次整編（下稱「第一整編」）由 Joseph Beale 教授主導，一九七一年「第二新編」則由 Willis Reese 教授擔任主編，而第二新編最具創造力亦最具代表性的部分，即為 Reese 教授所主張之「最重要關連標準」（註七），職是，學界輒以「最重要關連理論」做為「第二新編」之代表，甚或等同齊觀之。本文以下如未特別指明條號，則二者亦以同義視之。

### 二、方法論簡述

「第二新編」的方法論與「政府利益分析」、「較佳法則」（註八）等其

---

（註六） 劉鐵錚譯，美國法律整編——國際私法，司法周刊雜誌社，七十五年六月初版，譯者序參照。

（註七） 陳隆修，前揭美國國際私法新理論，頁 79。

（註八） Robert Lefflar, *Choice-Influencing Considerations in Conflict of Laws*, 41 N.Y.U. L. REV. 277(1966); Robert Lefflar, *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations*, 54 CAL. L. REV. 1584 (1966).

他方法論迥異，針對特定法律關係與爭點，「第二新編」條列出不同的規則與原則。詳言之，「美國法律學會」就過往之成案加以分析歸納，對於準據法之決定已趨穩定之特定法律類型，「第二新編」便將其選法規則「條文化」（articlization），而成為此法律類型之選法依據。例如關於移轉土地之契約義務，如當事人未選定準據法者，依第一百九十條規定，以該土地所在法域之實體法為準據法（註九）；又如運送契約，若當事人未選定準據法時，依第一百九十七條規定，以旅客出發地或貨物啟運地之實體法為準據法（註一〇）。惟對於準據法之選定尚未達成共視之法律類型，「第二新編」亦提供第六條之選擇準據法之基本原則與指導方針——最重要關連原則，法院就具體個案為裁判時，即應依此原則與方針而選出該案準據法，假以時日，待此法律類型之選法規則亦因案件之累積而有共視時，除法院得援用之外，當國際私法再次整編（re-estate）時，就可以如同前舉土地移轉契約或運送契約一般，由編者將之「條文化」（註一一），此即「第二新編」所呈現之基本架構。

類同於歐陸晚近立法，條文化的「第二新編」對法律類型與選法規範做更詳密的區分（註一二）；就民事不法行為（Wrongs）言，「第二新編」以「侵權行為」（Torts）、「不法致死」（Actions for Death）及「勞工職災賠

---

（註九） A.L.I., Second Restatement, § 190 reads: "the contractual duties imposed upon the parties to a deed of transfer of an interest in land are determined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the state where the land is situated...."

（註一〇） *Ibid*, § 197 provides: "the validity of a contract for the transportation of passengers or goods and the rights created thereby are determined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the state from which the passenger departs or the goods are dispatched,...."

（註一一） Willis L. M. Reese, *Choice of Law: Rules or Approach*, 57 CORNELL L. REV. 322~334 (1972).

（註一二） 如一九七八年奧地利新法及一九八九年瑞士新法，對於法律類型之區分，較諸舊法典，除增訂新法律類型，如智慧財產權等外，就傳統法律類型，如侵權行為、契約等，則更細分之。

償」(Workmen's Compensation)三節規範之，對於「侵權行為」，尤細分為三款，第一款舉出所有侵權行為選法規則之指導方針，並做為補充規範(註一三)，第二款及第三款則針對特殊侵權行為及侵權行為法相關之重要爭點，如「慈善事業免責」(Charitable Immunity)、「家庭成員免責」(Intra-Family Immunity)(註一四)等而為規定，第一款侵權行為選法之指導方針，即第一百四十五條之一般原則，其規定如下(註一五)：

- (1)關於侵權行為事件之爭點，依第六條所定之諸原則下，就該侵權行為事件之發生，與當事人具有最重要牽連關係之法域之實體法，以決定當事人之權利與責任。
- (2)在適用第六條所定之原則以選定一爭點之準據法時，應斟酌之連結因素包括：

(註一三) 對於「第二新編」未「修文化」之爭點與法律類型，「第二新編」建議法官應依此做為選法考量與根據，故稱之「補充規範」。

(註一四) 劉鐵錚譯，同前註六書，第168條及第169條；劉興善譯，美國法律整編——侵權行為法，司法周刊雜誌社，七十五年四月版，第四十五A章各條參照。

(註一五) A.L.I., Second Restatement, § 145 The General Principle

- (1) The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6.
- (2) Contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:
  - (a) the place where the injury occurred,
  - (b) the place where the conduct causing the injury occurred,
  - (c) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
  - (d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

- (a)損害發生地；
- (b)行為做成地；
- (c)當事人之住所、居所、國籍、公司所在地與營業地；
- (d)雙方當事人關係集中地。

上開連結因素係應據其與特定爭點牽連之相對重要性而予以評價（註一六）。

由上述規定可知，「第二新編」方法論之選法基礎在於法律爭點，換言之，係以爭點為導向（issue-oriented），與大陸法系國家國際私法立法係以「法則規範體系」（rule-based system）之方式截然不同（註一七），法院決定涉外案件準據法時，應就涉訟案件之爭點分別選定其應適用之法律，而承審法院於決定每一爭點之準據法時，依前開條文指示，應以第六條所定之（選法規則之）原則（註一八）做為衡量與評價之依據，其規定如下（註一九）：

（註一六） 條文中譯引自劉鐵錚譯，同前註六書，頁 180。

（註一七） Peter Hay, *From Rule-Oriented to "Approach" in German Conflicts Law: The Effect of the 1986 and 1999 Codification*, 47 AM. J. COMP. L. 633, 664-665 (1999)

（註一八） 本條所定法律選擇之原則並非首見於此，「第二新編」主編 Reese 教授與 Elliot Cheatham 教授於一九五二年所共同發表之專論中，即曾列出斯等選法原則。See Cheatham & Reese, *Choice of the Applicable Law*, 52 COLUM. L. REV. 959 (1952).

（註一九） A.L.I., *Second Restatement*, § 6 Choice-of-Law Principles

- (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
- (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include:
  - (a) the need of the interstate and international systems,
  - (b) the relevant policies of the forum,
  - (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
  - (d) the protection of the justified expectations,

- (1)法院在憲法的限制下，就法律之選擇應遵守其法域制定法之指示。
- (2)如一法域無上述制定法時，有關選擇應適用法律之相關因素包含：
- (a)州際及國際制度之需要；
  - (b)法庭地之相關政策；
  - (c)其他有利害關係法域之相關政策，以及在解決某特定爭執時，這些法域之比較利益；
  - (d)正當期待利益之保護；
  - (e)某特定法律領域所依據之基本政策；
  - (f)確定，預見可能及結果一致；
  - (g)應適用法律之決定及適用之便利（註二〇）。

應進一步說明者，第一百四十五條及第六條相互搭配以選定準據法之選法模式，並非適用於所有侵權行為法律類型與爭點，在「第二新編」已有特別規定（條文化）之情形，如第一百四十六條關於人身侵害（Personal Injuries），第一百四十七條關於侵害有體物（Injuries to Tangible Things）等法律類型之選法規則，第一百四十五條及第六條僅係補充規定或例外規定，「行為地法主義」（*lex loci delicti*）仍屬原則性規定，與「第一整編」相去非遠（註二一）。由是觀之，在眾多美國新選法方法論中，「第二新編」之「最重要關連理論」顯然是革命色彩最淡薄的一個。

### 三、小結

由上述說明可大致歸納第二新編最重要關連理論之標準如下：

- （一）法院應就各法律爭點選定準據法；
- （二）選定各爭點準據法時，應以第六條之選法標準，就涉訟案件加以分析，以找尋最重要關連關係之法域之法律；

(e)the basic policies underlying the particular field of law,

(f)certainly, predictability and uniformity of result, and

(g)ease in the determination and application of the law to be applied.

（註二〇）條文中譯引自劉鐵錚譯，同前註六書，頁 8~9。

（註二一） Gary J. Simson, *Leave Bad Enough Alone*, 75 IND. L.J. 649, 652 (2000)



(三)就特定爭點(如人身侵害),第二新編已明定其選法規則(如以行為地法定其準據法)者,應優先適用該選法規則;惟若特定爭點,其他法域之實體法較諸依該特定之選法規則所選定之準據法具有更重要之牽連關係者,應例外適用該法域之法律。

## 參、最重要關連理論評析

在第二新編誕生之前, Ehrenzweig 教授曾竭盡心力地嘗試說服美國法界應停止國際私法的編整工作,並多次撰文以明其說(註二二),顯然當時他的意見並未被美國國際私法界多數意見所採納,「美國法律學會」終究還是通過第二新編,尚且至今,不論吾人接受與否,就形式上言,第二新編已是美國各州法院最常引以為據之國際私法選法規範(註二三)。

「最重要關連理論」對美國、甚至美國以外各國選法理論及實定法所造成之震撼與影響,恐怕 Reese 教授自己亦始料未及,在「美國法律學會」一九六九年核准通過國際私法第二新編十三年後, Reese 教授自己在一篇對「第二新編」所作之回顧專論(註二四)中表示:「因為法律並非固定不變,所以沒

---

(註二二) Albert A. Ehrenzweig, *American Conflicts Law in Its Historical Perspective: Should the Restatement Be "Continued?"*, 103 U. PA. L. REV. 133 (1954); see also, Albert A. Ehrenzweig, *Restitution on the Conflict of Laws: Law and Reason Versus the Restatement Second*, 36 N.Y.U. L. REV. 1298 (1961); see also, Albert A. Ehrenzweig, *The Second Conflicts Restatement: A Last Appeal for Its Withdrawal*, 113 U. PA. L. REV. 1230 (1965).

(註二三) Larry Kramer, *Choice of Law in the American Courts in 1990: Trends and Developments*, 39 AM. J. COMP. L. 465, 486 (1991); see also Herma Hill Kay, *Theory into Practice: Choice of Law in the courts*, 34 MERCER L. REV. 521, 591-592 (1983).

(註二四) Willis L. M. Reese, *The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited*, 34 MERCER L. REV. 501 (1983).

有任何法律整編能永遠保持正確無訛，國際私法整編亦然；．．．所能肯定的是，「第二新編」係將植基於過往的成案加以編整的過度性工作．．．。」（註二五）是以「最重要關連理論」的成功，或不無幾分偶然。大體而言，「最重要關連理論」有其正面與負面雙重意義，析述如下：（註二六）

## 一、積極面

### （一）選法規則彈性化

傳統選法理論之最大缺點，在於機械式地抽象預設單一連繫因素以供做選法之媒介，法院依此模式機械式的操作，往往將導致不符個案公正（individual justice）之判決結果，第二新編之方法論提供法官相當大的裁量空間，使法官就具體個案為選法裁判時，若發現依此所選之準據法，將可能導致不符正義之判決結果時，能運用「最重要關連原則」，就各該法律類型之特定爭點，選定最妥切之法律做為準據法。

就侵權行為法言，傳統之單一行為地法主義往往造成悖離正義之判決結果，而在第二新編彈性方法論之運作下，法官若認為，根據第二新編就「特殊

---

（註二五） *Ibid*, pp518~519. ("No restatement can remain correct forever because the law is never static....What can be said with assurance is that it is a transitional work that has roots in the past.")

（註二六）國內文獻就「最重要關連理論」為評析時，原有歸納其積極面意義為（一）選法規則彈性化、（二）法制正規化；其消極面意義為：（一）標準之抽象化、（二）屬地主義之過度堅持，見許兆慶，涉外侵權行為新選法規範之研析—兼論國際私法連繫因素實體化，東海法研所碩士論文，八十四年六月發表，頁76~81。彌來，國內學者就「最重要關連理論」利弊面之評論，偶然亦有採類同之分類與見解，而歸納其優點為：（一）可依個別案件選擇妥當性之法律作為準據法、（二）可達到判決一致與法制正規化；其缺點為（一）會破壞法律的安定性，確定性及可預測性、（二）屬地主義之過份堅持；見林益山，國際私法上「最重要牽連因素原則」之研究，載前揭國際私法之理論與實踐（一）——劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，（總）頁441~443。

侵權行為」預設之連繫因素所引致之準據法，其適用之結果與個案公正顯將有所違背者，法官即可引用各該條文之但書，亦即「更重要關連」(more significant relationship)原則，以導正不妥切之判決結果。以前舉「人身侵害」事件為例，第二新編第一百四十六條本文規定：「對於人身侵害之訴訟，以損害發生地法決定當事人間之權利義務關係。」惟若依此既定之選法規則將導致不符個案公正之判決結果者，同條但書規定：「但關於特殊爭點，依第六條所定之諸原則，顯示其他法域對於系爭案件及當事人具有『更重要之關連』者，則以該法域之實體法為準據。」提供法官依此但書規定做成正義之判決。此外，關於未經第二新編「條文化」之「一般侵權行為」類型，第一百四十五條則列舉數個連繫因素，供法官得就此等連繫因素中，選擇與系爭案件具有最重要關連者，並以之做為選法之媒介。

## (二) 法制正規化

在傳統選法理論架構下，如依抽象預設之連繫因素所確定之準據法，其適用之結果與個案公正有違時，為做成具體妥當之判決結果，法官輒運用定性、反致(renvoi)與公序良俗條款等脫避技巧(escape devices)，以達拒卻適用該法律之目的。詳言之，當法官認為原定之準據法不符個案公正，而法院地法將填補此缺憾時，法官便將涉訟爭點定性為程序法，從而本於實體事項依準據法，程序事項依法院地法之國際私法大原則(註二七)，適用法院地法之

---

(註二七) 涉外案件之實體部份依案件之準據法，而程序部份則依法庭地法，換言之，某一爭點經依法庭地法定性為實體問題者，則應依案件之準據法為判斷準據，反之，若經定性為程序問題，則應依法庭地法處理之，此乃國際私法之一大原則；此外，外國法規如經定性為程序法範疇，承審法院將不予引用。見陳隆修，國際私法上實體法與程序法問題評論，載國際私法論文集，國際私法研究會叢書(二)，五南圖書出版公司，78年4月再版，頁185~214；另見Brian R. Opeskin, *Choice of Law in Tort and Limitation Statutes*, 108 L Q R 398, 402 (1992). ("According to the orthodox learning, issues that are classified as procedural are governed by the *lex fori*, while those that are substantive are governed by *lex causae*.")

目的即可達成。同理，當原定準據法非法官心中理想之選時，法官或運用反致理論（規範），使系爭案件之準據法轉而指向其他法域（通常是法院地）之法律；或運用選法規範之最後防線——公序良俗條款，以達拒卻外國（法域）實體法之目的。惟定性、反致及公序良俗條款等機制（mechanism）之原始功能均非如此，法官為做成心中之理想判決，乃刻意曲解其內涵與功能，亦因此使上述機制蒙上脫避技巧之惡名。

法官必須運用此等脫避技巧，乃傳統選法理論機械式預設抽象連繫因素之特性使然，因此，在第二新編最重要關連理論之彈性選法架構下，正義判決即無須借重脫避技巧，從而使法制之運作得以正規化。

### （三）選法規範現代化

二十世紀中葉，美國國際私法界對於修訂表彰「既得權理論」與「屬地主義」的第一整編，可謂有志一同，眾家學說亦紛紛提出；案例上，紐約州終審法院（Court of Appeals）Fuld 法官始於 *Auten v. Auten*（註二八），繼之於 *Kilberg v. Northeast Airlines, Inc.*（註二九）的協同意見，最後集大成於 *Babcock v. Jackson*（註三〇）判決文中的推論，明顯可見美國法界在選法規範現代化的思潮與努力。Fuld 法官代表多數意見，在 *Babcock v. Jackson* 一案中寫道：

侵權行為事件之傳統選法規則乃，實體權利與責任關係以侵權行為地法為準據，此項原則源自既得權理論，但因其忽略行為地以外之法域對於特定爭點可能具有之利益，故縱然此理論具選法穩定性（certainty）、適用簡易性（ease of application）、及可預測性（predictability）等優點，惟近年來，論者間指摘日增，而司法實務上亦有廢棄或修正之趨勢。

借重本院前此關於契約案件 *Auten v. Auten* 所立下之「重心地理論」（Center-of-Gravity）及「連結因素聚集理論」（Grouping of Contacts），吾人同樣得將此標準與方法運用於侵權行為事件；正義、公平及最妥切之判決結

（註二八） 308 N.Y. 155, 124 N. E. 2d 99 (N.Y. 1954).

（註二九） 172 N.E. 2d 526 (N.Y. 1961).

（註三〇） 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963).

果，唯藉由適用與系爭案件特定爭點具有最大關連（the greatest concern）之法域的法律有以致之。

衡量紐約州與安大略省與本案相關之連結因素及利益，毫無疑問，前者具備較大且直接之關係，雙方當事人均為紐約州居民，肇事汽車之停泊地、發照及保險地均在紐約州，而此次旅程起於紐約亦原定終於紐約，相較之下，安大略省與本案之關係唯事故之發生地一點耳！

紐約州之政策在於要求侵權行為人（tort-feasor），對於因其過失所致之損害應負賠償責任，法院不得僅因事故發生於州界以外即悖離此政策；另一方面，安大略省對於限制紐約之乘客就發生於安省境內之侵權行為對紐約之車主求償，並不具利益，蓋乘客條款之立法意旨與目的（註三一）在於避免乘客與車主共謀詐領保險金，以保障加拿大保險公司免於其害，惟本案當事人與保險公司均屬紐約州，顯然，若安省之乘客條款用以限制原告求償，該省保險公司並未蒙其利，從而該省對適用其法律並不具利益。

假若訴訟之爭點在於被告是否違反駕車之注意義務，則原告所指訴之被告過失行為發生地，即具支配性，良以在此情形下，該地對規範其境內發生之侵權行為即具有利益。然而，本案之爭點並不在於此，而係原告做為被告之乘客，是否應受求償之限制；關於此一爭點，紐約州做為雙方當事人之居所地、乘客與車主（guest-host）關係之建立地、以及旅程之出發地與原定終止地，相較於安大略省僅係事件之偶發地，前者顯具支配性之連結因素（dominant contacts），同時對其法律之適用亦具較高之需求與利益。

由於未能對必要之政策詳加考慮，傳統法則之適用，將導致不公平且違反常理（unjust and anomalous）之判決結果，正因如此，過去法院所形成之斯等法則即有變更之必要。

最後，Fuld 法官歸結道：「毫無任何理由，何以所有因侵權行為損害賠償訴訟所生之爭點，均必須以同一法律（筆者按：指行為地法而言）為準據，倘若訴訟之爭點牽涉行為（合法性）之標準（standard of conduct），吾人可以肯定侵權行為發生地之支配地位，惟就不同於此之爭點，吾人即應倚重與處

---

（註三一） 乘客條款係加拿大各保險公司強力遊說議會通過之法律，其詳細立法說明見 *Survey of Canadian Legislation*, 1 U. TORO. L. J. 358, 366.

理該特定爭點具有最強利益 (the strongest interest) 之法域的法律。」

在 *Babcock v. Jackson* 集各家大成之判決文做成後，美國各州法院踵而效之者有之，觀望者有之，堅持第一整編傳統方式者亦有之，隨後美國法律學會在一九七一年提出第二新編，縱使並非國際私法界有志一同的結晶（註三二），但對於指引美國各法院選法規範現代化的功能，堪可謂第二新編之最重要意義。（註三三）

## 二、消極面

### （一）標準之抽象化

「最重要關連理論」最受質疑之處在於「最重要」標準之模糊化與抽象化；形而上地宣揚準據法必須與系爭案件具有最重要之關連關係，相信吾人均可贊同，但面對具體個案時，根據何等標準或觀念或價值，始足以決定最重要關連關係之存在，第二新編臚列第六條之準據法標準，卻未能進一步指示如何對該條所列之考慮因素做評斷，究應計考慮因素之「量」或計其「質」？重要次序孰先孰後？對不同之爭點應分別有如何不同之考量重心？．．．第二新編留下一個個大問號，從而賦予承審具體個案的法官幾乎毫無限制的裁量權，在此情況下，每一個法院、每一個法官心中的「最重要」標準未必一致，也因此，第二新編的支持者始終引以為豪的「判決穩定性」與「預見可能性」之優點，是否果真存在，誠值懷疑（註三四）。以一九九六年美國聯邦第六巡迴上訴法院 *International Ins. Co. v. Stonewall Ins. Co. and Crown Equipment*

（註三二） Simson, *supra* note 21, at 653; see also Ehrenzweig, *supra* note 22.

（註三三） Simson, *ibid*, at 650. ([I]t was an important step forward, and there can be little doubt that it helped accelerate courts' movement away from the First Restatement to more modern approaches.)

（註三四） Kramer, *supra* note 23, at 487. ("Judges try to make sense of the factors listed in § 6 but the analysis is predictably question-begging and confusion.... § 6 seems to have had ...the...effect--encouraging courts to forgo systematic analysis in favor of *ad hoc* intuition.")

*Corporation* 一案（註三五）為例，被告 Crown 公司為堆高機製造商，原告與被告 Stonewall 公司分別承保 Crown 公司因產品瑕疵所生對第三人之（侵權行為）賠償責任；本案緣起 Crown 公司於路易斯安那州，因產品瑕疵對 Hopper 所致侵權行為被訴，遭一審法院判決敗訴，Crown 公司乃向原告及被告 Stonewall 公司告知訴訟，原告為確定其保險責任與範圍而向 Crown 公司所在地俄亥俄州提起本件訴訟。本案如適用俄亥俄州法，被告 Stonewall 公司亦應負保險責任而應分擔部分 Crown 公司應賠償 Hopper 之金額，惟若依路易斯安那州法，僅原告應負擔保險責任。兩造律師於訴訟進行中均分別援引第二新編第六條之選法標準為攻防，並分別得出對己方有利之結果，此情形於訴訟實務上固不足為奇；較值爭議者，俄亥俄州地區法院與上訴法院亦均採用第二新編之方法論，但關於系爭案件究應以第二新編第六條中何項標準判定最重要關連之法律，地區法院與上訴法院之詮釋即有差異；甚且關於同一考量因素「合法期待的保護」（the protection of justified expectations），地區法院與上訴法院之操作亦有不同（註三六）。因此，如何使當事人於訴訟進行前能合理預測法院選法之結果，最重要關連理論顯然未提供明確可期之標準。

## （二）屬地主義之過度堅持

在所有美國現代選法理論中，第二新編可謂最受屬地主義影響者之一（註三七），以侵權行為一般選法原則為例，第二新編第一百四十五條第二項所列舉出之四項連結因素（Contacts）中，每一項均留有屬地主義之本質，亦即以地理區隔之「地域」做為選法之考量，學界對第二新編屬地主義之評論，Reese 教授更嚴詞捍衛（註三八）；雖第二新編亦建議法官在運用各該特定條文

---

（註三五） <<http://caselaw.findlaw.com/USCIRCS/6th/960173p.html>>

（註三六） 關於「合法期待的保護」，地區法院認為所謂合法期待，係指 Crown 公司被訴案件侵權行為被害人及路易斯安那州（政府）之合法期待，上訴法院則認合法期待係指原告與 Crown 公司之合法期待。

（註三七） 陳隆修，前揭美國國際私法新理論，頁 78。

（註三八） Reese, *supra* note 24, at 514. ("To ignore the significance of territoriality is to ignore the basic reason for the existence of choice of law.")

時，均應以第六條之選擇準據法之原則為依歸，然而實務運作上，法官往往忽略第六條之原則（註三九），而任憑其各自心中之正義，主宰第一百四十五條所列四項「地」域之選擇。抑有甚者，在特殊侵權行為類型，「最重要關連標準」退居補充性規範，原則規範仍沿襲第一新編之既得權（vested right）思想，採行為地法主義，實務上遇此類型案例，法官往往將第六條臚列之選法標準拋諸腦後，以避免繁瑣之選法分析。（註四〇）

加州大學 Davis 校區 Juenger 教授在一場學術研討會中（註四一）所提出之見解，適足說明第二新編如此置重屬地因素所呈現之缺點：「任何嘗試以固定之法則解決法律衝突問題，卻不進而探究相衝突法則間之本質者，其結果註定要令人失望」（註四二）。誠然，地域之區隔乃法律衝突之根源所在，吾人並非否認地域在整體選法過程中之重要性，然而亦不意味法律衝突的解決，僅能藉由屬地因素為選定準據法之媒介；何況就一跨法域之涉外案件言，所牽涉者必屬不同法域中之人、事、地、物及法律等爭點，任一單面屬地因素所引致之法律，用以規範屬於雙面（複面）性質之法律爭議，從而選出其一法域之法律做為準據法，對於未受擇定之地域均有未公。舉例言之，涉及甲、乙、丙三地間之法律爭議，單純藉屬地因素擇定其一為準據法，非但忽略法律關係之實質內容，對於未受擇定之其他二法域尤屬不公；是以跨法域之法律衝突，應以跨法域或超越法域之連繫因素做為選法媒介，此所以學界有主張「國際私法立法實體化」（註四三）之緣故。職是，第二新編（或者更精確地說，Reese 教授自

（註三九） Kramer, *supra* note 23, at 487. ("...little or no attention is paid to § 6....")

（註四〇） Simson, *supra* note 21, at 652.

（註四一） Juenger 教授是在評論 *Neumeier v. Kuehner* 時，提出此處所述之見解，See Friedrich K. Juenger, *Babcock v. Jackson revisited: Judge Fuld's Contribution to American Conflicts Law*, 56 ALB. L. REV. 727 (1993).

（註四二） *Ibid.*, at 750. ("Any attempt to resolve conflicts problems by means of a set of fixed rules that fail to take into account the quality of competing state laws is bound to disappoint.")

（註四三） 陳隆修，比較國際私法，五南圖書出版公司，78年10月初版，頁180。Russell J. Weintraub, *An Approach to Choice of Law that Focuses on Consequences*, 56 ALB.



己) 在指出國際私法之目的，在於解決不同法域間無可避免之法律衝突(註四四)，隨之推論出屬地因素乃解決此衝突不可忽視之要素時，學界認其立論上似不無速斷之處。

## 肆、最重要關連理論之發展

### 一、最重要關連理論在美國以外地區之發展趨勢

#### (一) 最重要關連理論在成文法系脫穎而出的原因

如前文所述，在所有新選法理論當中，Currie 教授主張之「政府利益分析理論」可謂是實際影響美國國際私法界最深遠的一個(註四五)。然何以「最

---

L. REV. 701 (1993).

(註四四) Reese, *supra* note 24, at 514. ("The purpose of choice of law and of conflict of laws rules in general is to provide a solution for the problems that inevitably arise.")

(註四五) 於此，本文應加以陳明，就學術界言，「政府利益分析理論」影響最直接、深遠應無疑義，而就實務界言，儘管法院並未明確指出採用何種方法論、甚或表示採用第二新編，「政府利益分析理論」較諸第二新編或其他方法論對法官斷案有更實質之影響亦屬非虛，此已獲得美國國際私法界甚多學者之肯定；再徵諸「美國法律學會」一九九三年“Complex Litigation Project”之內容尤足認定；間有統計資料指出，最重要關連理論顯然是最廣為美國州法院使用之方法論，See Kramer, *supra* note 23, at 486 (1991). ("...It is by far the most widely used approach to choice of law in the state court,...") 惟深究其實，實乃法院往往以「第二新編」之名，行「利益分析」、「比較損害」、「較佳法則」或盲目目的論選法之實。Symeon C. Symeonides, *The Need for a Third Restatement (And a Proposal for a Tort Conflicts)*, 75 IND. L. J. 437 (2000). (hereinafter "Symeonides, Third Restatement"). (...such as that in many instances the courts' loyalty to the Second

重要關連理論」能獲得歐陸學者，甚至其他成文法系國家學者之青睞，可得而言者約有下列數端：

### 1、避免利益分析的盲目性

首先，正如同 Lea Brilmayer 教授所感嘆的，「學術論辯之焦點均集中在『政策』、『利益』、或『功能性方法論』上」（註四六），美國學者及法院如此醉心於「利益」之追逐與比較，著實令大陸法系學者不敢苟同，換而言之，「外國學者通常較美國法學者重視『國際睦誼』（international comity），他們無法接受具有濃厚盲目審判地主義（forum chauvinism）的利益分析」（註四七）。

### 2、國際與區際法律衝突特性相異

其次乃國際法律衝突與區際法律衝突之相異特性使然。緣美國本於其聯邦體制，各州之選法裁判只需符合「充分互信條款」及「正當程序條款」之要求，其裁判即為適法，因此各州能充分自由地對州政策及州利益進行分析（註四八）；相對而言，國際間之法律衝突，各國除遵照其內國國際私法之指示外，尚必須考慮到國際間之相互尊重原則，因此，法院地法色彩較濃之「政府利益分析理論」自然是成文法系學者所望之卻步者。

### 3、靈活性與穩定性的平衡

再其次，相較於「政府利益分析理論」，「最重要關連理論」之革命色彩顯然較為柔和，詳言之，「最重要關連理論」之穩定性雖不若傳統選法理

---

Restatement is rather shallow or equivocal, that their application of it often tends to be manipulative or disingenuous, etc.)

（註四六） Lea Brilmayer, *Rights, Fairness, and Choice of Law*, 98 YALE L. J., 1277 (1989).

("...[T]he academic talk is all about 'policy', 'interest', or 'functional approach'....")

（註四七） 陳隆修，前揭美國國際私法新理論，頁 50。

（註四八） 許兆慶，美國聯邦最高法院對國際私法新理論之影響，法學叢刊，第一七〇期，頁 84~94；另參照高鳳仙，前揭書，頁 63~88。

論，分析政策、利益之靈活性亦不若「政府利益分析理論」，然因其革除傳統選法理論之死硬及「政府利益分析理論」之極端不確定性，因此，對歐陸學者而言，他們既不滿意傳統選法理論之無法適應現代社會，又對「政府利益分析理論」所可能導致之混亂後果甚為擔心，「最重要關連理論」自然成為最佳之選（註四九）。

#### 4、Reese 教授的直接影響

此外，另一個因素恐係來自第二新編主編 Reese 教授之直接影響。Reese 教授自一九五六年起，即代表美國參加「海牙國際私法會議」（註五〇），此後，各國所簽訂之國際公約即直接或間接受到 Reese 教授「最重要關連理論」之影響，其中，「產品責任準據法公約」（Convention on the Law Applicable to Products Liability, 1973）更是在 Reese 教授主導下完成（註五一）。因此，在眾多提出新方法論之美國學者中，Reese 教授與歐陸學者淵源最深應可理解，其理論自然以最直接之方式融入歐陸學者之思想架構中。

#### 5、歐陸法學思潮的引領

最後不容忽略者當屬歐陸法學先驅之卓見。以德國為例，在一九八六年新國際私法（註五二）生效前，「西德通說與實務在無國際私法之成文下，對涉外契約債之關係已發展出『重點決定』原則（Schwerpunktbestimmung），作為客觀上確定『假設當事人意思』之準則」；「西德聯邦最高法院曾於一九五二年九月三十日的判決中對於假設當事人意思之見解曾有說明，認為該概念與探求當事人假設的主觀認識無關，而是依契約訂立時之情況，在純粹客觀的

---

（註四九） 陳隆修，前揭比較國際私法，頁 181~184。

（註五〇） Willis L. M. Reese, *The Hague Conference on Private International Law: Some Observations*, 19 THE INTERNATIONAL LAWYER, 881, 881~882 (1985).

（註五一） Bernard Hanotiau, *The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking*, 30 AM. J. COMP. L. 73, 88~89 (1982).

（註五二） 劉初枝，西德一九八六年新國際私法，載國際私法論文集，國際私法研究會叢書（二），五南圖書出版公司，77年2月初版，頁 115~168 參照。

基礎上，作合理的利益衡量，依 Ferid 之見解，即是探求契約最密切的空間關係，亦即是探求契約的重點」（註五三）。此外，一九五五年，海牙上訴法院（The Court of Appeals of The Hague）在 *de Beer v. de Hondt*（註五四）一案即採用類似最重要關連理論前身「適當法理論」之方式，做為選法理論之根據（註五五）。本案之原、被告均屬荷蘭籍，兩人計畫前往法國等地旅遊，乃由被告駕車搭載原告同行，車行至法國，因被告駕車有過失而發生事故，致原告受有重創。案經上訴至海牙上訴法院時，該院表示：「一般而言，侵權行為事件均以行為地法為準據法，惟當該侵權行為所產生之影響與結果屬於其他法域時，本院認為此規則即有更替之必要；本件雙方當事人均屬荷蘭公民，並慣居於此，兩造之旅遊計畫亦於荷蘭擬定，而法國復非計畫中之唯一旅程．．．」（註五六）。在參照比荷盧國際私法統一公約草案（Benelux Draft on Private International Law）（註五七）第十四條（第二項）（註五八）之精神後，該院判定，本案之準據法應為荷蘭法（註五九）。由上可知，歐陸法學先驅就國際私

（註五三） 見劉初枝，同前註文，頁 130~131。

（註五四） Hof's-Gravenhage, 16 juin 1955, N. J. 1955, 615.

（註五五） Hanotiau, *supra* note 51, at 93.

（註五六） *Ibid.*

（註五七） 本公約草案於一九五一年，由三國共同擬定，嗣後，曾於一九六九年修訂，惟一九七五年時，三國共同議會（Interparliament Council of Benelux）決定廢棄本公約。See Vitta, *supra* note 1, at 13.

（註五八） C. G. J. Morse, *Choice of Law in Tort: A Comparative Survey*, 32 AM. J. COMP. L. 62 (1984).

Article 14 provides as follows:

(1) The law of the country where a tort takes place shall determine whether this fact constitutes a wrongful act, as well as the obligations which result therefrom.

(2) However, if the consequences of a wrongful act belong to the legal sphere of a country other than the one where the act took place, the obligations which result therefrom shall be determined by the law of that other country.

（註五九） Hanotiau, *supra* note 51.

法選法理論演化的思潮，與最重要關連理論基礎相去匪遠，因此更加奠定最重要關連理論在成文法系國家茁壯而難以撼動的地位。

## (二)內國立法影響概觀

### 1、奧地利新法

奧地利一九七九年一月一日生效之新國際私法典（註六〇），堪稱最重要關連理論影響最深入之立法。以侵權行為選法規範為例，奧國新法關於侵權行為準據法主要係規定於第四十八條第一項（註六一）：「非契約損害賠償之請求，以行為發生地國之法律決定之，惟涉案當事人與他國有較密切之關係者，依該他國之法律。」（註六二）但對於奧國法之理解，無論任何法律類型之選法規範，均須配合該法第一條（註六三）而綜合觀察之，其規定內容為：「涉外民事法律關係，應依與該法律關係最密切牽連之法律決定之。（第一項）本法中關於準據法之特別規定乃前項原則之體現。（第二項）」（註六四）因

---

（註六〇） 陳隆修，前揭比較國際私法，頁 181 以下參照。

（註六一） Edith Palmer, *The Austrian Codification of Conflicts Law*, 28 AM. J. COMP. L. 197, 234 (1980). ("§ 48. (1) Non-contractual damage claims shall be judged according to the law of the state in which the damage-causing conduct occurred. However, if the persons involved have a stronger connection to the law of one and the same other state, that law shall be determinative.")

（註六二） 本條雖名為「非契約」損害賠償，惟因不當得利、無因管理等其他非契約之債之法律關係，該法已於第四十六條、第四十七條等處規定，因此本條實係關於侵權行為法之規定。陳隆修，前揭比較國際私法，頁 368 參照。

（註六三） Palmer, *supra* note 61, at 222. ("§ 1. (1) Factual situations with foreign contacts shall be judged, in regard to private law, according to the legal order to which, the strongest connection exists. (2) The special rules on the applicable legal order which are contained in this Federal Statute (conflicts rules) shall be considered as expressions of this principle.")

（註六四） 陳隆修，前揭比較國際私法，頁 181；劉鐵錚等，瑞士新國際私法之研究，三民

此，奧國之（涉外侵權行為）選法規範可略做如下之解析：

- (1)「關係最密切原則」乃奧國選法規範之最高指導原則；
- (2)該法所選定以做為特定法律類型（如侵權行為）選法規範之連繫因素（如行為地），以及基於該規定所尋找出之準據法（行為發生地法），均推定為與該法律類型之關係最密切；
- (3)但如其他法域之法律與該法律關係具有更密切之牽連者，「關係最密切原則」即可做為推翻前項推定之根據，從而，即可適用該關係較密切之地之法律。

## 2、瑞士新法

瑞士新法之立法技術及立法體例，在歐陸各國之新立（修）法中，可謂具有最多突破者，例如將管轄權及外國法院判決之承認與執行等程序性質之規定，與選法規範融於同一法典，開西歐國家之先例（註六五）；又該法之條文數量（二百條）亦可謂各國新法之冠；此外，該法關於準據法之規定亦頗多突破之處。

就侵權行為法言，首先，該法第一百三十二條（註六六）規定：「當事人於損害事件發生後之任何時期，得合意適用法庭地法。」（註六七）本條規定

---

書局，80年10月初版（下稱瑞士新法），頁300參照。

（註六五） Symeon C. Symeonides, *The New Swiss Conflicts Codification: An Introduction*, 37 AM. J. COMP. L. 187, 188 (1989). ("It is the first statute in [west] Europe to overcome the traditional division between procedural and substantive law and to treat in a single integrated document the three topics whose interrelationship has so far been recognized only in theory--jurisdiction, choice of law, and recognition of foreign judgments.")

（註六六） Article 132. In general: Choice of law [by the parties]

The parties may, at any time after the occurrence of the injurious event, agree to the application of the law of the forum.

（註六七） 余先予主編，衝突法資料選編，法律出版社，1990年第一版，頁211；劉鐵錚等，前揭瑞士新法，頁157參照。

創當事人得就侵權行為事件選擇準據法之先例，雖然選擇標的僅限於法庭地法（註六八），似亦可謂當事人意思自主原則之法定擴張型態；其次，兩造當事人如未依前開規定選擇法庭地法為準據法，依第一百三十三條（註六九）規定：「若侵權行為人與被害人於同一國有習慣居所（慣居地），基於侵權行為之請求，由該國之法律所規範。（第一項）若侵權行為人與被害人並無於一國有習慣居所，該請求權由侵權行為做成地國之法律規範。然而，若該行為之結果發生於他國，如侵權行為人可預見此結果將於該處發生者，適用該他國之法律。（第二項）．．．」（註七〇）依本條規定可知，慣居地已取代行為地，成為侵權行為準據法之主要法定連繫因素；再其次，該法第十五條第一項（註七一）則規定：「依本法指定適用之法律，如從周遭環境觀察，很顯然地此特殊案件與該法僅有些微不足道之牽連，而與另一法域之法律，卻有更密切牽連關

---

（註六八） 草案曾研擬同列屬人法與法院地法二者供當事人選擇，惟最後之定案版本則僅餘法院地法一端。

（註六九） Article 133. In general: In the absence of choice of law

(1)When the tortfeasor and the injured party have their habitual residence in the same state, claims based on a tortious act are governed by the law of that state.

(2)When the tortfeasor and the injured party do not have a habitual residence in the same state, these claims are governed by the law of the state in which the tortious act was committed. Nevertheless, if the result [of such act] occurred in another state, the law of that state is applicable if the tortfeasor should have foreseen that result would occur there.

(3)...(omitted).

（註七〇） 劉鐵錚等，前揭瑞士新法，頁 157-158；余先予，前揭書，頁 211 參照。

（註七一） Article 15

(1)The law designated [as applicable] by the present statute is, by way of exception, not to be applied if, from the totality of the circumstances, it is manifest that the particular case has only a very slight connection to that law and has a much closer relationship to another law.

係時，則例外的不予適用。」（註七二）換言之，當其他法域之法律相較於依該法規定尋找出之準據法，對系爭法律關係具有更密切之牽連者，該法所指定之準據法即被排除，不予適用。

基上所述，瑞士新法之侵權行為選法規範可做如下解析：

- (1)當事人於侵權行為發生後選擇法庭地法為準據法者，依其所選；
- (2)當事人未選法之情形，法定連繫因素之順位首先為共同慣居地，其次始為行為地（此中，行為做成地為原則，結果發生地為例外）；
- (3)如侵權行為屬於該法所定之特殊侵權行為類型者，依各該條規定，以定其準據法（註七三）。
- (4)惟依該法所定之準據法與系爭案件之關係不若他法域之法律關係密切者，其規定不予適用。

### 3、英國成文立法

#### (1)序說

英國乃判例法系國家之鼻祖，長久以來，英國國際私法選法規範均以普通法（common law）方式運行。以侵權行為選法規範為例，傳統法則遵行

---

（註七二） 劉鐵錚等，前揭瑞士新法，頁 22；余先予主編，前揭書，頁 189；賴來焜，海事國際私法中船舶優先權之研究，政大法研所博士論文，八十一年五月，頁 297 參照。

（註七三） 瑞士新法第九章第三節所規範之侵權行為類型，除前述「一般侵權行為」之規定外，尚包括「特殊侵權行為」類型，諸如第一百三十四條之道路交通事故（Traffic Accidents）、第一百三十五條之產品責任（Products Liability）、第一百三十六條之不公平競爭行為（Unfair Competition）、第一百三十七條之妨礙競爭行為（Obstructing Competition）、第一百三十八條之廢棄物及其他有害物質（Emissions）、第一百三十九條之人格權侵害（Injuries to [rights of] Personality）、第一百四十條之多數侵權行為人（Multiple Tortfeasors）、及第一百四十一條之對保險人之請求訴訟（Direct Action against Insurer）等。See Symeonides, *supra* note 65, at 227; 另見劉鐵錚等，前揭瑞士新法，頁 155~163。



*Phillips v. Eyre* (註七四) 一案所立下之雙重選法累積適用 (double-barrelled rule; double actionability) 方式，凡發生於英國境內之侵權行為，一律適用英國法，而發生於境外之侵權行為欲於英國法院起訴，必須同時符合以下二要件：若該行為發生於英國，亦屬可追訴之行為，此其一；又依行為地法，該行為為係不法行為，可知英國傳統法則甚為嚴格。迨至一九七一年大英國協終審法院 (House of Lords) *Boys v. Chaplin* (註七五) 一案，始將前開原則彈性化。不容忽略者，英國法儒 Morris 教授提出侵權行為適當法 (the proper law of a tort) 理論，嘗試將契約法領域「適當法」(proper law) 模式運用於侵權行為，對於英國普通法上侵權行為選法規範之彈性化工程，可謂居功厥偉。(註七六)

## (2)新立法

經過多年討論，英國國會在一九九五年制定通過了國際私法 (雜項條款) 條例 (註七七)，並於一九九六年五月一日正式施行。(註七八) 前揭立法，除開英國國際私法成文立法之先河外，其融入「更密切連繫原則」之精神，並明定於該條例第十二條第一項：「倘若綜合諸般情狀以觀，比較①『與侵權行為相關連之各項因素在一般選法原則所指向之準據法國之重要性』及②『與侵權行為相關連之所有因素，對於其他涉訟案件有關各國之重要性』二者

---

(註七四) (1870) L. R. 6 Q. B. 1.

(註七五) [1971] A. C. 356.

(註七六) 許兆慶，英國及國協國家侵權行為新選法規範簡析，軍法專刊，第四十三卷第四期，頁 31~41 參照。

(註七七) 1995 C.42.內容詳見 <[http://www.hms0.gov.uk/acts/acts1995/Ukpga\\_19950042\\_en\\_1.htm](http://www.hms0.gov.uk/acts/acts1995/Ukpga_19950042_en_1.htm)>

(註七八) Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 (Commencement Order) 1996, S. I.1996 No. 995(c. 16). 內容詳見 <[http://www.hms0.gov.uk/si/si1996/Uksi\\_19960995\\_en\\_1.htm](http://www.hms0.gov.uk/si/si1996/Uksi_19960995_en_1.htm)>中文文獻請參看王志文，英國法上侵權行為衝突規範之變革，載國際私法理論與實踐(一)——劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化事業有限公司，1998年9月一版，(總)頁 37~60，於頁 40。

之結果，顯示若以其他國家之法律為準據法，對於涉案相關爭點之決定，實質上更為適切者，則（第十一條所示）一般選法原則應代之以該實質更適切之準據法」（註七九），以之作為第十一條（註八〇）行為地法主義之補充規範，英國成文法此一選法架構，與前述瑞士新法及後述德國新法立法體例相似，顯見其受最重要關連理論及歐陸立法之影響深遠。

#### 4、德國新法

##### (1)第一階段修法

德國國際私法修法工程係分階段進行，第一階段以一九八六年九月一日起生效之新國際私法（Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. 7. 1986）為指標，此波修法，主要集中在原則指示、反致、法律分裂及公共秩序等總則領域之修正，至於分則領域，以契約法彈性選法規範之明文化及屬人法連繫因素置重「慣居地」（habitual residence）之採用最受矚目；（註八一）其中涉外契約當事人未合意選定準據法時，該法第二十八條即以

---

（註七九） *Supra* note 77, § 12 (1) reads, “If it appears, in all the circumstances, from a comparison of— (a) the significance of the factors which connect a tort or delict with the country whose law would be the applicable law under the general rule; and (b) the significance of any factors connecting the tort or delict with another country, that it is substantially more appropriate for the applicable law for determining the issues arising in the case, or any of those issues, to be the law of the other country, the general rule is displaced and the applicable law for determining those issues or that issue (as the case may be) is the law of that other country.” 中文說明，請參看王志文，同前註文，頁 52~55 參照。

（註八〇） *Supra* note 77, § 11 (1) provides, “The general rule is that the applicable law is the law of the country in which the events constituting the tort or delict in question occur.”

（註八一） 劉初枝，同前註 52 文參照。

「最密切關連原則」為主要選法準據。(註八二) 值得注意者，德國一九八六年修法時，納入「歐體契約債務準據法公約」(EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980) (亦稱「羅馬公約」) (註八三) 諸多規範，關於契約法領域之修法，猶可謂直接移植羅馬公約之條文(註八四)。(註八五)

## (2) 第二階段修法

德國國際私法第二階段修法完成於一九九九年；德國國會於一九九九年五月二十一日通過關於非契約之權與物權關係之國際私法立法(Gesetz zum internationalen Privatrecht fuer ausserververtragliche Schuldverhaeltnisse und fuer Sachen vom 21.5.1999)。(註八六) 此次修法主要係就非契約之債——包括侵權行為、不當得利及無因管理，以及物權關係之準據法規定。就侵權行為而言，該法第四十條(註八七)規定：「侵權行為，依行為發生地法。但被害人

---

(註八二) 條文內容，見劉初枝，同前註 52 文，頁 158；劉鐵錚等，前揭瑞士新法，頁 395~396。

(註八三) 該公約全文見 <http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>

(註八四) Hay, *supra* note 17, at 636.

(註八五) 羅馬公約及德國一九八六年新法固均納入最重要關連理論之精神，惟斯二者與第二新編關於最重要關連理論之適用與操作模式，容有些許差異；詳言之，後者關於最重要關連關係法律之確定，係以第二新編第六條之選法因素進行利益之分析，後者則採「特徵性履行」模式(characteristic performance)，期藉以提高選法之預測可能性與穩定性。See Hay, *supra* note 17, at 637.

(註八六) 賴來焜，德國一九九九年新國際私法(下稱德國新法)，法令月刊，第五十一卷第四期，頁 43~55，於頁 48。

(註八七) Article 40 (Torts) reads, “(1) Claims arising from tort are governed by the law of the state in which the person liable to provide compensation acted. The injured person may demand, however, that the law of the state where the result took effect be applied instead. The right to make this election may be exercised only in the court of first instance and then only until the end of the first oral proceeding or the

得於第一次言詞期日或書面預審程序終結前，聲請法院適用結果發生地法。  
 （第一項）侵權行為發生時，如行為人與被害人之慣居地為同一國者，以該共同慣居地國法為準據法。公司、社團或法人，以其主事務所所在地或特定涉訟分支機構所在地為其慣居地。（第二項）依外國法所為之請求，有下列情形之一者，其請求不得逾下列各款所限制之範圍：1、顯逾被害人所需之適當賠償者；2、顯為滿足被害人獲得適當賠償以外之目的者；或3、與聯邦德國簽署生效之公約所規範之義務內容相衝突者。（第三項）被害人對於賠償義務人得主張之事項，於侵權行為準據法或賠償義務人責任保險契約準據法有規定時，得直接訴請保險人給付之。（第四項）」（註八八），尤值注意者，新法關於侵權行為選法規範納入「實質較切牽連原則」（substantial closer connection），而於第四十一條第一項（註八九）規定：「如其他國家之法律較

end of the written pretrial proceeding. (2) If the person liable to provide compensation and the injured person had their habitual residence in the same state at the time the act took place, the law of that state shall be applied. In the case of enterprises, associations, or legal persons the place of their principal administration, or, in the case of a branch of its location, shall be the equivalent of habitual residence. (3) Claims that are governed by the law of another state may not be entertained to the extent that they 1. go substantially beyond that which is required for appropriate compensation for the injured person, 2. obviously serve purposes other than the provision of appropriate compensation for the injured person, or 3. conflict with provisions concerning liability contained in a treaty that is in force with respect to the Federal Republic of Germany. (4) The injured person may bring his or her claim directly against the insurer of the person liable to provide compensation if the law applicable to the tort or the law applicable to the insurance contract so provides.”

（註八八） Hay, *supra* note 17, pp 650~651. 條文德文原文，參看賴來焜，前揭德國新法，頁49。

（註八九） Article 41 Substantially Closer Connection

(1) If there is a substantially closer connection to the law of a state other than the law

依第三十八條至第四十條第二項所定應適用之法律具有實質更密切之牽連關係者，以該國之法律為準據法。」此外，較為特殊之規範，當屬新法允許當事人選法之規定。該法第四十二條（註九〇）規定：「非契約之債所由生之事件發生後，當事人得合意選定準據法。但第三人之權利不受影響。」

### (3)小結

基上說明，德國（侵權行為）選法規範體系可大致歸結如下：

- A、侵權行為發生後，當事人得合意選定準據法。（註九一）
- B、當事人未為選法時，如當事人有共同慣居地者，依共同慣居地法；若否，以行為發生地法為準據法，但被害人得聲請適用損害發生地法。
- C、除當事人所選定之準據法外，如其他法域之法律較法定準據法具有實質更密切之牽連關係者，適用該法域之法律。
- D、無論依合意選定或依法定所確定之準據法，被害人請求損害賠償之範圍，均受第四十條第三項第一、二款「適當補償原則」及同條項第三款「條約義務原則」之限制。

---

that would be applicable under Articles 38 to 40, paragraph 2, the law of that state shall be applied. Hay, *supra* note 17, at 651. 條文德文原文，參看賴來焜，前揭德國新法，頁 49。

（註九〇） Article 42 (Party Autonomy) goes: "After the event giving rise to a non-contractual obligation has occurred, the parties may choose the law that shall apply to the obligation; rights of third parties remain unaffected." Hay, *ibid*. 條文德文原文，參看賴來焜，前揭德國新法，頁 50。

（註九一） 前述瑞士新法固亦允許當事人選定準據法，但僅限於選擇法庭地法為準據法；相較而言，德國新法並未設此限制，解釋上，當事人自得選定與涉案事實相關任一法域之法律為準據法。此項創新規定，可謂當事人意思自主原則(*party autonomy*)之法定擴張型態。

## 二、最重要關連理論在美國本土之發展趨勢

### (一) 序說

第二新編主編 Reese 教授曾言：法律整編是個階段性工作。國際私法第一整編誕生於美國法學思潮由形式主義轉向唯實主意的時期，第二新編則於新選法理論戰國時期出爐，因此自第二新編於一九六九年由美國法律學會定稿至今三十餘年間，學界對第二新編的正反評論，從未間斷；雖第二新編歷史評價如何尚難定論，然可以肯定的是，學界醞釀敲響第二新編之喪鐘的呼聲，或對最重要關連理論的修正，儼然已成美國國際私法界學最新論戰焦點。

### (二) 美國法律學會 “Complex Litigation Project”

美國法律學會於一九九三年曾提出 “Complex Litigation Project” (註九二)，其中第六章即為準據法規範。基本上，新議案可謂近代美國主要新選法理論之集合體，不同於第二新編者，最重要關連理論顯已讓出其通說之地位，取而代之者乃利益分析方式之架構 (註九三)。如第 6.01 條(b)項本文指示法院應考量所例示 (註九五) 法域之「政策」 (註九六)，又如第 6.01 條(c)項本文前段，明顯係「假衝突案件」之選法準據，而後段則為「真衝突案件」法律選擇之規範，惟相較於 Currie 教授關於真衝突案件應適用法院地法之建議 (註九七)，新議案則有全然不同之選法方式：首先，如行為發生地與結果造成地相

(註九二) See A.L.I., *Complex Litigation Project—Proposed Final Draft (April 5, 1993)*, 54 LA L. REV. 881 (1994), see also Symeon C. Symeonides, *The ALI's Complex Litigation Project: Commencing the National Debate*, 54 LA. L. REV. 843, 858 (1994).

(註九三) Symeonides, *ibid*, at 858.

(註九五) 之所以稱「例示」者，乃因同條(d)項容許承審法院於例外情況，得考慮並選用(b)項所舉法域以外之法域的法律。

(註九六) 選擇準據法應考慮州政策，此乃(廣義)利益分析理論主要見解之一。詳見許兆慶，同前註四「政府利益分析理論」文。

(註九七) 詳見許兆慶，同前註四「政府利益分析理論」文之說明。

同者，該地法律即為準據法（註九八）；其次之考量則為當事人（包括法人（註九九））之共同屬人法（註一〇〇）；（註一〇一）而若前揭情形均不適用，再其次始以造成損害之行為發生地法為準據法（註一〇二）；又若造成損害之行為發生地有多數者，第二新編之主要核心——「最重要關連理論」——即應做為決定，何一行為發生地與事件之發生關係最為密切，該關係最密切之行為地之法律即應做為準據法（註一〇三）。（註一〇四）此外，新議案另一特色乃其允許承審法院得分別就不同之爭點適用不同之準據法（註一〇五）。（註一〇六）

基上所述，可知新議案係以利益分析理論之架構為主軸，並在利益分析之過程中，融合 Neumeier 三法則之主要精神——共同屬人法，以及第二新編之最重要關連理論，後革命時期之理論發展實況，亦即方法論之整合（註一〇七），充分表現在新議案之方法論中。然而令人遺憾的是，新議案在從事方法

（註九八） A.L.I., *supra* note 92, § 6.01 (c) (1).

（註九九） 關於法人之主要考慮因素，新議案以法人之主要營業所在地（primary places of business）為原則。

（註一〇〇） A.L.I., *supra* note 92, § 6.01 (c) (2), (c) (3).

（註一〇一） 在歐陸已獲全面肯定，而且亦為海牙國際私法會議所接受採用之「慣居地」（habitual residence）概念，在新議案中亦已取代住所地，成為第一順位之屬人法考量因素，屬人法兩大連繫因素幾個世紀以來之交戰局面，或將因大陸與海洋兩大法系對於慣居地概念取得共識，而逐漸消弭於無形。

（註一〇二） A.L.I., *supra* note 92, § 6.01 (c) (4)前段。

（註一〇三） A.L.I., *supra* note 92, § 6.01 (c) (4)後段。

（註一〇四） Symeonides, *supra* note 93, at 863.

（註一〇五） A.L.I., *supra* note 92, § 6.01 (d).

（註一〇六） Symeonides, *supra* note 93, at 860.

（註一〇七） 多數學者均指出，後革命時期選法理論之特徵即為各家見解之折衷趨勢。See, e.g., Bruce Posnak, *Choice of Law—Rules vs. Analysis: A More Workable Marriage Than the (Second) Restatement; A Very Well-Carried Leflar Over Reese Approach*, 40 MERCER L. REV. 869 (1989); Kramer, *supra* note 23; 國內文獻，高鳳仙，前揭書，頁 26 等參照。

論整合之際，似乎過度集中焦點於各家理論之技術層面，對於案件具體法律關係之考量仍嫌未足，換言之，對於各該涉外案件法律類型之社會共同價值，新議案仍未於法則之內容中明確指出。因此，縱然新議案於爭點之分類上已有長足進展，惟因其仍未觸及意外涉外侵權行為法之核心，亦即指出其社會共同價值在於提供被害人迅速合理之賠償或補償，其實行之有效性與成功之可能性，不無令人質疑。此或許是新議案由「美國法律學會」定稿至今仍未獲國會支持之主要緣故。

### (三) 國際私法第三次新編（下稱第三新編）的推動？

在美國國際私法革命之後，美國法院關於選擇準據法之亂象，始終為學界所批評。Willamette 大學法學院院長 Symeonides 教授持續多年研究美國法院運用新理論的情形（註一〇八）；在年前舉辦的一場學術研討會中，Symeonides 教授立倡美國法界應有開始進行國際私法（特別是涉外侵權行為法）第三次整編的準備（註一〇九），氏以為第二新編自開始至一九六九年定稿，前後進行約二十年，因此有及早進行第三新編準備之必要；其次，Symeonides 教授亦表示第二新編主編 Reese 教授亦主張法律整編係一階段性持續進行的工程，因此有就美國法院在第二新編提出以後之運作情形加以重新

（註一〇八） See, e.g., Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 1988*, 37 AM. J. COMP. L. 457 (1989); Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 1993 (and in the Six Previous Years)*, 42 AM. J. COMP. L. 599 (1994). 此後，Symeonides 教授每年均於「美國比較法論叢」發表先前一年美國司法實務運用新理論之統計、評論專文，最近一篇於西元二〇〇〇年春季號發表，see, Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 1999: One More Year*, 48 AM. J. COMP. L. 143 (2000). (hereinafter "1999 survey")

（註一〇九） Symeon C. Symeonides, *Third Restatement*, *supra* note 45. 事實上，在美國法學院聯盟(Association of the American Law Schools)一九九七年年會法律衝突法議程中，Symeonides 教授即已主張應開始第三新編的準備。See Symeonides, *The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing*, 56 MD. L. REV. 1248 (1997).



編整之必要；更重要者，Symeonides 教授強調美國需要一套新的選法規範，以解決第二新編提出以來美國法院運用第二新編之選法亂象（註一一〇）。

關於 Symeonides 教授就美國法院運用第二新編選法亂象的說明，與會學者並無異議，至於是否適宜開始第三新編，與會學者多持相反見解（註一一一），其等反對第三新編的理由，或認時機未到，或認法院實務仍屬渾沌不明，或認法律整編本身即有根本的問題等不一而足，固然立論有異，但均非肯定第二新編之完美無暇或不容更替；此外，參予研討的眾家學者，除評論第二新編的問題或反對第三新編之外，多同時提出其等主張或信仰的方法論（註一一二），足見美國法界關於選法理論，如今仍處於眾說紛紜之狀態。

固然第二新編所代表的最重要關連理論，在美國美國司法實務或司法史，有其不可抹煞的代表性與重要性，但學界對第二新編的評論意見，相信是選法理論學界不容忽視的課題。

---

（註一一〇） Symeonides, *Third Restatement*, *supra* note 45, pp439-449.

（註一一一） See, e.g., Friedrich K. Juenger, *A Third Conflicts Restatement?*, 75 IND. L. J. 403 (2000); Robert A. Sedler, *Choice of law in Conflicts Torts Cases: A Third Restatement or Rules of Choice of Law?*, 75 IND. L. J. 615 (2000); Simson, *supra* note 21; Russell J. Weintraub, *The Restatement Third of Conflict of Laws: An Idea Whose Time Has Not Come*, 75 IND. L. J. 679 (2000). 贊成應進行第三新編者亦有之，見 Bruce Posnak, *The Restatement (Second): Some Not So Fine Tuning for a Restatement (Third): A Very Well-Currie Leflar over Reese with Corn on the Side (Or Is It Cob?)*, 75 IND. L. J. 561 (2000).

（註一一二） 例如杜克(Duke)大學 William A. Reppy, Jr.教授在時隔多年之後，仍建議應將利益分析理論納入（第三）新編當中，此或多或少反映出前文所述美國法界對利益分析理論之重視程度。See William A. Reppy, Jr., *Codifying Interests Analysis in the Torts Chapter of a New Conflicts Restatement*, 75 IND. L. J. 591 (2000).

## 伍、連繫因素實體化（代結論）

選法理論的變革，乃二十世紀以來國際私法學中最重要的議題之一，而直接促成選法理論異動者，以涉外侵權行為所衍生之爭議為最，此所以 Morris 教授表示：「二十世紀乃國際私法侵權行為問題的時代」（註一一三），亦本文以侵權行為選法理論為討論重心之原因所在。

就侵權行為選法理論言，傳統選法法則本於「既得權理論」與「屬地主義」，採「機械式選法模式」，抽象預設「行為地」為涉外侵權行為選擇準據法之連繫因素，是所謂「行為地法主義」（*lex loci delicti*），美國第一整編即以行為地法主義基礎。

惟傳統上抽象預設單一連繫因素之選法模式，已因時代的演進而明顯不符現代社會的需求，根據此方式選定準據法所做成之判決，亦時有不符「個案公正具體妥當」之結論，因此，幾經司法實務嘗試突破傳統法則之案例後，歐美各地分別展開不同型態、但方向一致之選法理論革新工程。美國紐約州終審法院於一九六三年做成 *Babcock v. Jackson* 案，一改傳統硬性（剛性）選法模式，代之以彈性選法理論（註一一四），伴隨百家爭鳴之各個新選法理論，而蔚為所謂「美國國際私法革命」，第二新編所代表之最重要關連理論，無疑亦係革命之主力軍。

就統計計量之表象言，第二新編所代表之最重要關連理論已然成為美國司法實務上，各州法院最常引以為據之選法準據，惟觀諸判決內容，忠實運用第二新編者卻不多見，法院往往以第二新編之名，行利益分析、較佳法則或個

（註一一三） J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws* 242 (STEVENS 2nd. ed. 1980).

（註一一四） 於此，本文擬再次強調，*Babcock v. Jackson* 案之判決，並非以「最重要關連理論」為唯一之裁判基礎，實則該案判決中融入多種當時盛行之新方法論，包括「政府利益分析理論」、「較佳法則理論」等主張，國內學界每僅引述其「最重要關連理論」之部份，於判決之解析上，似不無誤會之處。該案詳情與解析，請參看許兆慶，美國國際私法選法理論之變遷，軍法專刊，第四十四卷第一期，頁 34~48。

案導向／結果導向 (*ad hoc*; result-oriented) 目的論之實之情形，亦時為美國學界所指陳 (註一一五)；美國法律學會一九九三年所提出之“Complex Litigation Project”中關於準據法規範的建議案，可明顯看出關於特定爭點，其他連繫因素 (如共同屬人法) 已有凌駕「最重要關連理論」之趨勢。當然，方法論之結合乃「後革命時期」 (Post-*Babcock*) (註一一六) 之學術重心所在，「最重要關連理論」無疑亦為重要之結合要素之一，惟吾人似不宜奉其為選法規範之唯一圭臬，尤其不應再盲目地以其做為新選法理論之唯一代表，更不宜以「美國國際私法」稱之，蓋美國各州有其個別之國際私法，例如路易斯安那州 (Louisiana) 向有成文國際私法選法規範 (註一一七)，新國際私法典

---

(註一一五) Michael Solimine, *The Impact of Babcock v. Jackson: An Empirical Note*, 56 ALB. L. REV. 773, 774, note 11 (1993). ("This is not to say that courts are faithful in applying these presumptive rules. In practice, it seems some courts nonetheless follow an essentially *ad hoc* approach, even when ostensibly applying the Second Restatement."); see also Kramer, *supra* note 23, 469-472, 486-489. Professor Kramer wrote, for example, "[m]any courts have solved the problem of what to do with the Second Restatement by turning it into straightforward governmental interest analysis. In *Transco Leasing Corp. v. United States* ... There are many other cases in which a court treats the Second Restatement as calling for straightforward interest analysis...."

(註一一六) *Babcock* 案之後，在大多數州法院均踵而仿效該案之分析方式，紛紛改採彈性選法方法論同時，美國州法院關於法律衝突案件之判決，卻呈現令人遺憾的混亂局面，究其原因，實乃法院在運用新選法理論時，未能充分公開其選法之心證，抑或未認清相關案型之社會共同價值，始導致各法院 (甚至各承審個案的法官) 選法標準不一。因此，在該案之後，美國國際私法學界乃致力於方法論之結合，以期找出統一之選法標準，美國學界遂將 *Babcock* 案後的時期稱為後革命時期。許兆慶，前揭美國國際私法選法理論之變遷，於頁 40 以下。

(註一一七) Symeon C. Symeonides, *Louisiana's New Law of Choice of Law for Torts Conflicts: An Exegesis*, 66 TUL. L. REV. 677 (1992); Symeon C. Symeonides, *Louisiana Conflicts Law: Two "Surprises"*, 54 LA. L. REV. 497 (1994).

並於一九九二年一月一日生效（註一一八）；加州（California）採用「比較損害理論」（comparative impairment approach）（註一一九）；新罕普夏州（New Hampshire）採用「較佳法則理論」（better rule theory）（註一二〇），是若以第二新編（或最重要關連理論）即為美國國際私法，容有誤會，此立場或係吾國從事新選法理論研究者不容忽視之課題。

傳統選法理論受制於抽象連繫因素之預設，於具體法律關係之實體內涵輒欠缺考慮，每因此造成不符具體妥當之判決結果，而失之於案件之「個案公正性」（individual justice）；另一方面，為彌補案件之「個案公正性」而提出之各個新（彈性）選法方法論（如第二新編），於提供具體妥當之判決結果雖不無助益，然則因選法標準虛無飄渺，使傳統理論具有之選法穩定性（stability）亦為之犧牲，而失之於案件之「判決一致性」（uniformity; certainty），簡言之，傳統選法理論與現代選法方法論，於「個案公正性」與「判決一致性」國際私法兩大要求，呈現顧此失彼之窘境，雖學者間有主張「個案公正具體妥當」與「選法穩定判決一致」乃魚與熊掌不可兼得者（註一

（註一一八） 1991 La Acts No.923, § 1 (effective Jan. 1, 1992). <<http://www.legis.state.la.us/ttrs/search.htm>>

（註一一九） *Hurtabo v. Superior Court*, 11 Cal. 3d 574, 579, 522 P.2d 666, 669, 114 Cal. Rptr. 106, 109 (1974); *Offshore Rental Co. v. Continental Oil Co.*, 22 Cal. 3d 157, 583 P.2d 721, 148 Cal. Rptr. 867 (1978). 關於比較損害理論之說明，見許兆慶，前揭碩士論文，（總）頁 49~58。

（註一二〇） 736 A.2d 1226 (N.H.1999). quoting Symeonides, 1999 survey, *supra* note 108, at 149.

（註一二一） Friedrich K. Juenger, *American and European Conflicts Law*, 30 AM. J. COMP. L. 117, 127 (1982). ("[J]ustice and consistency can conflict, and it may be necessary to sacrifice one for the other."); 賴來焜，涉外侵權行為問題之研究，政大法研所碩士論文，75年6月發表，頁388。（「究竟注重『具體的妥當性』使個案公正合理，抑或應注重『法律的安定性』使有確定及結果預見可能等，此乃千古來法理爭論，．．吾寧採後說，法律安定性優於具體妥當性」．．．）；李後政，國際私法選法理論之新趨勢，台大法研所博士論文，83年5月發表，

二一)，但本文以為，若能在現代選法方法論已具備之妥當性基礎上，發展穩定性之原則；或者為具有穩定性基礎之傳統選法理論注入妥當性之因素，則妥當性與穩定性二者兼得即非不能（註一二二）。

形而上地主張法院應選擇與涉訟案件有最重要（密切）牽連之法域之法律為準據法，吾人似難言其有何不當，惟如何確定「最重要」（最密切）關連之法律，毋寧始為重心。第二新編關於如何找尋最重要關連之法律係以第六條之選法因素為據，但因第六條標準模糊，歐陸各國立法乃趨向以「特徵性履行」模式為調和，選法理論在妥當性與穩定性的拉鋸與折衝，歐美兩地法制發展可見端倪。

美國以選法方法論選定準據法之模式，就採成文法制之我國而言，顯有隔閡，且司法實務運作亦屬不易，類似歐陸晚近特徵性履行模式似為較符我國法制之選擇。然而所謂「特徵」，歐陸諸國立法，其選法連繫，似均回歸屬地因素；以屬地因素作為選法連繫，於實體法律正義，恐難免有所忽略。緣以關於準據法之選擇，歐美近世通說均主張於選法過程應考慮法律適用之妥當性，亦即應考慮法律適用之實體結果，此所以學界有主張應「立法實體化」者（註一二三）。

本文以為，選法規範之實體化，在選法規則模式下，即為「連繫因素實

---

頁 2。（「本文認為國際私法之統一，或判決一致，不失為國際私法之理想，或恆久努力之目標，但經過百年來之努力，距離國際私法之統一，或判決一致，仍很遙遠．．．。」）

（註一二二） 第二新編主編 Reese 教授嘗言：「穩定性（certainty）與預見性（predictability）在國際私法中十分重要，但很遺憾，此目標之達成誠屬不易」。See Willis L. M. Reese, *Substantive Policies and Choice of Law*, 2 *TOURO L. REV.* 1 (1986). Reese 教授集數十年研究國際私法之經驗，仍不得不做如此之表白，或許其中困難非初探此領域的筆者所能得知，但正因存在解決之困難，始有學術上研究之必要，尚且，吾人不得僅因正義判決不易即拒絕甚或放棄正義；同理，為妥當而捨安定，或為安定而棄妥當，於整體法律之建構均難稱合理。

（註一二三） 陳隆修，前揭比較國際私法，頁 180。

體化」(註一二四)，具體言之，法院處理涉外案件，應以各該法律關係(如意外侵權行為、監護、或契約等)之社會共同價值(如給予被害人迅速合理之賠償／補償、子女之最大利益、或締約當事人之正當期待等)做為該案型選法規則之連繫因素；此外，為求立法體系之完整，本文亦建議得制定所謂「帝王條款」或「至上條款」，亦即類同「最重要關連原則」之上位規範(註一二五)；最後為避免最重要關連原則標準過於抽象，本文乃建議以「實現社會共同價值原則」作為至上條款之標準。就侵權行為選法規範而言，茲擬具體條文如下：

### 一、總則部分：

「涉外民商事法律關係，應以能實現各該案型社會共同價值之法律為準據法。(第一項)法律條文中關於準據法之特別規定，乃前項原則之體現。(第二項)」(註一二六)

### 二、分則部分：

「意外侵權行為，應以提供被害人最迅速合理賠(補)償之法律為準據法。」

---

(註一二四) 許兆慶，國際私法連繫因素實體化初論——以涉外侵權行為選法規範為中心，法律評論，第六十六卷第四～六期合刊，頁 2~19。

(註一二五) 奧、瑞、德新法均可謂以「最重要關連原則」做為「帝王條款」，惟「最重要關連理論」諸如形而上等缺點，已見述於前文，因此本文以為，若以此作為「至上條款」，至少應再確認「最重要關連」以何為據，否則形而上的指示法官應以「最重要關連」之法律為準，不啻置法官於茫茫無涯之選法汪洋中。

(註一二六) 本條文之擬議，可與奧國新法第一條：「涉外民事法律關係，應依與該法律關係最密切牽連之法律決定之。(第一項)本法中關於準據法之特別規定，乃前項原則之體現。(第二項)」對照觀察。