

國際私法選法理論之比較

林恩璋*

目 次

前言	貳、規範的困境與突破之可能
壹、選法理論的新舊之爭	一、規範的困境
一、傳統選法理論的基礎	(一)傳統選法理論的困境
(一)薩維尼學派、屬地主義以及既得權	(二)新選法理論規範的困境
(二)法官的角色問題	二、突破之可能
二、新選法理論的革命	(一)主要價值的提出
(一)實務界的意見	(二)開放方式的選法理論
(二)主流學說分析	參、結論

中文關鍵詞：衝突法規、國際私法、利益分析、最重要牽連關係、屬地主義、主要價值、開放方式的選法理論

Key Words: Choice of Laws, private international law, Interest analysis, the most significant relationship, territorialism, prevailing value, the open process of Choice of Laws Rules, the open process

中文摘要

自德國學者薩維尼建構當代國際私法選法理論以來，有兩大分支分別在歐陸與美國建立起其獨特的選法體系。奠基於屬地主義與既得權理論的美國學者史拖雷，其所提出的方法論不但與歐洲選法理論體系相仿，並且影響美國國際私法學界百餘年之久，一般又將之稱為「傳統選法理論」。

六〇年代初由美國學者首先發起，對於傳統選法理論所作的一系列「革命」，可從紐約法院的名案 *Babcock v. Jackson* 中可以窺見一二。這波美國新選法理論的蓬勃發展，已經引起廣泛的注意，並預料其方法論將引起更多的討論。

* 東海大學法學碩士，律師，法國巴黎第一大學國際私法 D E A 博士生。

然而，對於新選法理論的本質，卻仍有許多困難無法突破，而在此之外，吾人是否應另行思考不同於傳統選法理論與新理論之方式，以解決涉外民事爭議問題？實值研究。是以本文以為，根植於另一項主要價值理論所建構之「開放方式的選法理論」，或許可以有助稍解此項長久以來爭論不休之問題。本文並試著提出，選法理論的重心在於使「當事人甘服法院之判決」這項概念。並且，法官在依循開放方式的選法程序下，將可獲致「有效而迅速、公平地」判決結果，解決繫爭之涉外問題。

Abstract

After the great work of Savigny established the contemporary methodology of Choice of Laws, there are two different Choice of Laws systems, which had been developed separately and independently in the United States and the European countries. American Judge Story had been constructed his theory by the territorialism and the doctrine of vested right. His methodology is not only similar to the European, but also influenced the American scholars more than one hundred year, which had been called, in this article, as “the classic methodology”.

The American scholars did not always satisfy this classic methodology. Therefore, since 1960, there are lots of thesis criticized the disadvantage of the classic methodology. We can find those critiques obviously within the discussion from the famous case *Babcock v. Jackson*. The new methodology of Choice of Laws, what in this article named as “the revolution”, has been attracted most of the attention in the field of Choice of Laws rules, and it will be provoked continuously more discussions in the visible future.

On the other hand, the new methodology cannot still resolve the difficulties because its incertitude nature. Should we consider therefore finding another new approach which is based on a very different foundation and, beside the two methodologies we raised hereinbefore resolving the case concerning the foreign element? This article will make a point that by the method of “the open process of Choice of Laws” which based on the theory of “prevailing value”; the argument of methodology of Choice of Laws may be resolved. Also this article considers that the theory of Choice of Laws is based on the conception of “convincible judgment”. The

judge could conclude an “efficient, prompt and fair” judgment by the rule of the open process of Choice of Laws. Such judgment is consistence with the conception of convincible judgment and the new methodology could be more easily to apply in those complex private international cases.

前 言

「國際私法」(private international law ; Droit international privé) 一詞，自 1843 年因介紹「佛里斯國際私法條約」(le Traité de Droit international privé de Foelix) 出現在法國以來，就一直為世界各國沿用至今(註一)。雖然中文的字義上，名之為「國際」私法，事實上國際私法之內涵，則不限於研究「國」與「國」間私法紛爭之解決，而是研究「法域」(註二)衝突之問題。

是以傳統上，關於國際私法之研究，主要有三個面向；即管轄權的確認、準據法的選擇，以及承認或強制執行外國法院之判決(註三)。這其中要以準據法的選擇--即法律選擇論近年來所呈現的大規模變動，最為引人注目。

長久以來，國際私法理論上，關於選法法則(Choice of Laws ; le choix de la règle de conflit) 的部分(註四)，係憑藉著具體案件事實中的某些事實與某國之關聯，據以選定該國之實體法為涉外案件之準據法。這種用以決定涉外案件準據法之事實，學者稱之為「連繫因素」(connecting factors ; connecting group ; les rattachements) (註五)。易言之，傳統選法理論的基礎，可謂係建立在連繫因素理論之上。

(註 一) Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, 7e édition, 1(2001).

(註 二) 柯澤東，〈國際私法〉，頁 30 以下，2001 年 1 月；有關「法域」定義之說明，請參見劉鐵錚，〈國際私法論叢〉，頁 70，民國八十年三月修訂再版。

(註 三) 陳隆修，〈國際私法管轄權評論〉，頁 4，五南圖書出版公司，民國 75 年 11 月初版。

(註 四) 傳統上，國際私法法學討論的範圍，除了解決法律衝突的規範(即選法法則部分)外，還包括有國籍和民事法律地位等規範。英美法系國家則一向把司法管轄權、法律的選擇與適用(即選法法則)、外國法院判決的承認和執行作為國際私法的主要內容。參考馮大同等合撰，〈國際私法講義〉，頁 3，人民法院出版社，1993 年 7 月第 2 次印刷。陳隆修著，〈國際私法管轄權評論〉，頁 4。

(註 五) 亦有學者稱之為「連接點」、「連接因素」等。見馬漢寶著，〈國際私法總論〉，自刊，頁 58，民國 79 年 8 月 11 版。蘇遠成著，〈國際私法〉，五南圖書出版公司，頁 66，民國 77 年 9 月 4 版。

而連繫因素，作為一種選法的指引，抑或一種選法的基礎，則係於制定法律時，將各種不同的案件事實，分類為各種不同的法律類型，並假設某些連繫因素與某法律類型之案件關係最為密切，再由法官依照不同的案件，適用不同的連繫因素，選擇案件的準據法（註六）（*applicable law*；*la loi applicable*）。是以於方法論的適用上，並不允許法官依案件的特性，對於準據法的決定有何自由裁量（註七）。

由於連繫因素本身的預設性與抽象性，使得傳統選法理論於處理各種涉外案件時，時有捉襟見肘之感（註八）。這種只重形式，不重實質的選法方式，學者譏為「機械化的選法理論」（註九）。是以方法論的擇選，一直為各國國際私法學者所關切。在美國，源於六〇年代對於傳統選法理論的突破，繼而發揚光大的名案：*Babcock v. Jackson*，導引出許多創新的選法理論觀念，風潮所及，連帶影響了歐陸的國際私法學界。故本文在研究上擬分兩大部分，首先，本文擬先就傳統選法理論與美國選法理論之歷史與內容，略為論述，其次，再進一步分析各項選法理論在規範上所遭遇的困境，並就選法理論之核心爭議問題提出檢討意見。

壹、選法理論的新舊之爭

一、傳統選法理論的基礎

（一）薩維尼學派、屬地主義以及既得權

所謂傳統的選法理論，係指在 1960 年 *Babcock* 案發生以前，傳統學者所遵循的國際私法選法理論。首先必須指出，該理論事實上為建築在屬地主義

（註 六） 劉甲一著，《國際私法》，三民書局，頁 91，民國 60 年 10 月初版。

（註 七） 陳長文，〈國際私法上之規避法律問題〉，《法令月刊》，第 40 卷第 7 期，頁 9，民國 78 年 7 月。

（註 八） 例如，將在以下提到的 *Babcock v. Jackson* 一案，即為傳統選法理論所無法完善解決之例。

（註 九） 陳隆修，〈論國際私法上屬人法之連繫因素〉，《東海學報》，第 29 期，頁 251，民國 77 年 6 月出版。

(territorialisme) 與既得權理論 (vested right) 的基礎上的產物 (註一〇)。而這兩種主義的源頭，則要追溯到十七世紀時，以 Paul Voet, Jean Voet 及 Ulric Huber 等人的觀念推動 (註一一)。

德國學者薩維尼 (Friedrich Carl von Savigny) 的學說，對於傳統選法理論之模型建立，有不可抹滅的貢獻 (註一二)。其名作「現代羅馬法之體系」(System des heutigen römischen Rechts) 第八冊中提到有關法律關係之本據 (Sitz) 理論 (註一三)，主張將各項法律關係分別依其本據適用不同之法律，可謂為當代國際私法選法理論之濫觴。

值得注意者，傳統選法理論的另一項基礎，是建立在「主權國家」這一個概念之上。其源由是出自於國際法上對於國家與主權概念的延伸，法律的適用，原則上是屬地的，任何一國之法律，均得以在其領土範圍內管轄一切發生之事件 (註一四)。

荷蘭學者 Huber 教授，對屬地主義的原則，曾做了清楚的說明。歸納如下 (註一五)：

1. 一國之法律，僅於其領土內有其效力，且足以拘束一切人民，但不及於領土之外。
2. 一國之人民指凡在一國領土以內的人而言，不問其係永久居住或臨時停留。
3. 各國主權者 (君主) 為禮讓起見，於不妨礙各該本國主權及其人民之權益限度內，應承認他國法律在他該國領土內適用後，在任何國家均保有其效力。

Huber 的見解，影響了後來的美國學者 Story (註一六)，Beale 等人。其中值

(註一〇) Leigh Anne Miller, Choice of Law Approaches in Tort Actions, 16 American Journal of Trail Advocacy, 861(1993); Lea Brilmayer, Right, Fairness, and Choice of Law, 98 Yale Law Journal, 1281(1989); Lynn Darrow Garson, Choice of Law Issues in Mass Tort Litigation, 56 Journal of Air Law and Commerce, 204~206(1990).

(註一一) Pierre Mayer, Droit international privé, 6e édition, 44(1999).

(註一二) Henri Batiffol et Paul Lagard, Droit International Privé, 8e édition, P.78; 401(1993).

(註一三) 中國學者有稱之為「本座」者，請參考董立坤，《國際私法論》，頁 22 以下，2000 年 12 月第 2 版。

(註一四) 馬漢寶，前揭書，頁 270。

(註一五) 馬漢寶，前揭書，頁 252。曾陳明汝，《國際私法原理》，三民書局，頁 21，民國 80 年 5 月修訂 4 版再刷。

(註一六) Story 基本上承繼了 Huber 的學說，被譽為「美國衝突法之父」。在他那本 1834 年出版的「衝突法評論」(Commentaries on the Conflict of Laws) 一書中，說明其基本理論為：1. 一國在其領域之內有絕對的主權與管轄權，因此一國法律直接規範其領域內之所有動產與不動產，所有居住在其領域內之本國人與外國人，以及所有域內之契約及行為等。2. 一國法律無權規範其領域外之財物及非居住於其域內之人，不論其是

得一提的是 Beale；這位鼎鼎大名的學者--美國「國際私法新編」(Restatement of the Law of Conflict of Laws，下稱「第一新編」)的主導人；其彙整了一世紀以來英美之判例，以 Huber 的屬地主義為理論基礎，並藉由既得權理論，昭示出選法的基本原理原則(註一七)。以其侵權行為案件所採之準據法為例，係採取「最後事實發生地」；即「侵權行為地法主義」(*lex loci delicti*)，作為涉外侵權案件中的準據法。而採取「侵權行為地」為案件的連繫因素，實在是根基於既得權理論所致(註一八)。

對於既得權理論與屬地主義間的關係，卡爾朵柔(Cardozo)法官有一番典型的說明，在 *Loucks v. Standard Oil Co.* (註一九)乙案中，他寫道：

「對本州而言，外國法並非法律。但它卻賦予法院一項義務，這項義務無論其人現於何處，都隨著其人而存在。…法律只能在它自己的領土上發生效力，然而…關於既得權應當予以保護這一點，卻是所有文明法律的原則…原告擁有某些東西，而我們則幫他得到它。」

(註二〇)

可見得堅持屬地主義的結果，必有既得權說以濟之，在上述的判決中，既得權應受保護的理論即被歸結為文明法律的原則(a principle of every civilized law)。因此，儘管既得權的理論帶有不公平的、歧視性的色彩(註二一)，但依然

否生於域內。3.一國之法律在他國具有何種效力，依他國之法律與行政法令，亦即依他國自有之法理、政策以及其明示或默示之同意而定。4.一國無義務為他國而放棄其基本政策和法制，或為他國而犧牲其利益，或執行有違其本身之安全、幸福或正義與責任理念之法則。5.「國際禮讓」最適當作為一國法律在他國領域內生效之真正基礎，其源於他國之自願同意，並僅在不為其本國之政策與利益內，始得加以承認。Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 19, 21, 24-25, 37 (1834)；又請參考高鳳仙，《美國國際私法之發展趨勢》，臺灣商務印書館，頁2，民國79年1月出版。

(註一七) J. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws* § 1.1(1935).

(註一八) C.G.J.Morse, *Choice of Law in Tort: A Comparative Survey*, 32 *The American Journal of Comparative Law*, 51~97(1984).

(註一九) 224 N.Y. 99, 110, 120 N.E. 198, 201(1918).

(註二〇) 判決原文為：A foreign statute is not law in this state, but it gives rise to an obligation, which, if transitory, 'follows the person and may be enforced wherever the person may be found'... 'No law can exist as such except the law of the land; but... it is a principle of every civilized law that vested right shall be protected'. The plaintiff owns something, and we help him to get it.

(註二一) 既得權的觀念是，凡是根據文明國家法律所正當取得的權利，法院應予以承認，並可執行；非正當取得的權利，英國法院不予執行，亦不承認。而這裡所謂的「文明國家」和「正當取得」的用語，依照 Dicey 的解釋，文明國家指的是西方資本主義國

被英美的學者廣泛的支持著(註二二)。傳統上英國法院更認為，判定外國之錯誤行為，如欲於英國起訴時，依照 Phillips v. Eyre 案(註二三)中所建立的標準，至少應滿足兩個要件。一是當這種錯誤行為若發生在英國時，對之是可以起訴的(actionable)；二是依照行為地法，這種行為必須是非法的(not justifiable)(註二四)。英國之所以做如此之規定，乃由於侵權行為經常與刑法有關連，故不得不特別小心，限制成立的可能範圍。另外就是因侵權行為經常與法院地的強烈公共政策有關之故(註二五)。這些考量，無非均具有屬地主義的色彩(註二六)。

堅持屬地主義原則的結果，除了表現在侵權行為時，適用侵權行為地法以外，尚有如法律行為的方式，適用行為地(註二七)；契約的當事人能力，不適用住所地法，而適用締約地法(*lex loci contractus*)(註二八)；以「屬地連結」之理論作為英美及南美現今抵觸法則上關於「身份能力」採取「住所地主義」之基礎等。配合既得權理論，構成了傳統國際私法選法理論的基礎(註二九)(註三〇)。

家，即現在所謂的「已開發國家」，而廣大的開發中國家和未開發國家則不在文明國家之列。所謂「正當取得」也僅指依「文明國家」法律所規定的程序而取得的權利才叫正當取得，非依文明國家法律規定的程序，而依當地國家或其他國家法律規定的程序而取得的權利為「非正當」取得。這樣也就為某些西方國家拒絕適用外國法的專橫態度，提供了藉口。姚壯主編，《國際私法理論與實務》，頁47，法律出版社，1992年9月第一版。

- (註二二) L. Brilmayer, J. Corre. E. Esty, J. Fisch, J. Firestone, S. Gordon, J. Hutthower, N. Kuckes, M. Marr. K. Paisley & A. Spencer, An Introduction to Jurisdiction in the American Federal System 218~220(1986), and in Juenger, A Page of History, 35 Mercer L. Rev. 419(1984).
- (註二三) (1870) L. R. 1 P. D. 107.
- (註二四) 陳隆修，《比較國際私法》，頁372，五南圖書出版公司，民國78年10月出版。
- (註二五) 陳隆修，前揭書，頁372。
- (註二六) Martin Wolff 原著，李浩培、湯宗舜譯，《國際私法》，法律出版社，頁489，1988年8月第1版。
- (註二七) 例如我國涉外民事法律適用法第五條第一項但書。「場所支配行為」原則雖在現今的法律架構下，成為例外適用的情形，但無可否認的，在某種程度上仍保留了一定的地位，特別是在法律行為方式應適用的準據法這一點上。參考劉緒倫，《國際私法上法律行為方式之研究》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，頁39，民國76年6月。
- (註二八) 一般說來，關於締約能力的準據法不外是契約訂定地法，屬人法(住所地法或國籍法)，及契約之準據法(*proper law of the contract*)三者。受到屬地主義的影響，英美學者如 Cook 所倡導的「地域法說」(Local Law theory)，即大行其道，影響英美學說甚鉅。陳隆修，《國際私法契約評論》，五南圖書出版公司，頁13，民國75年2月出版；劉甲一，前揭書，頁108。
- (註二九) 既得權理論，事實上左右著國際私法學上的一個重要目標--「判決一致」的要求。易言之，基於保護既得權這個觀念，要求各國的法院無論該涉外案件在何處提起訴訟，均應對之為相同一致的判決。從這個基點出發，而得出國際私法學者應當找尋一種穩定而永久的選法方式；至少在維護法律安定性與保護當事人期待這點上，能確實的實現，進而推動國際私法統一的最終目標。但在這一點上，筆者有不同的看

(二)法官的角色問題

法系之間對於法官角色上的認定不同，同時也構成了傳統選法理論有利的一種支持。吾人自國際私法習慣上的研究方法，可以看出大陸法系與英美法系認知的差異性。大陸法系重視學理之探討，以求原理原則的浮現，不同於英美法系之重視闡明現實的法則，以確定國際私法的性質（註三一）。也就是說，大陸法系學者習慣上將一切問題，由理論上設定一確立基礎，本著這個基礎進一步探求國際私法的原理原則，所採用的研究方法，是演繹的方式。反之，英美法系的學者們則注重成例的研究，以本國的判例為基礎，探求國際私法的原則，所用的研究方式，是歸納的（註三二）。上述的情形，也連帶影響了兩個法系的法官在處理案件上，所抱持的不同的態度。

由於受到成文的硬性法則限制，大陸法系的法官們相對地於衡量案件準據法的選擇上，比起英美法系的範圍要小的多。在強調判決一致性與選法穩定性的要求下，往往就犧牲了個案的具體妥當性（註三三）。由於大陸法系法官所具有的關鍵地位，他甚至很少在進入法庭時對眼前案件所爭議的問題裝作一無所知。相反地，他已細心研究卷宗，甚至可能近乎做出了他的判決（註三四）。在選法的過程中，大陸法系的法官強調國際私法是作為一種專業的領域，而不許有任何人代替法官來選擇案件應適用的準據法的。也就是說，國際私法選法法則是一種「法官法」（Richterrecht）（註三五），是純粹屬於法官專業領域，甚至只是法官腦海中躊

法。

- （註三〇）傳統國際私法上二股主要思潮，國際主義（universalisme）與屬地主義雖然見解殊異，然而對選法理論之形式及順序，卻無太大區別。
- （註三一）洪應灶，《國際私法》，中國文化大學出版部，頁23，民國77年7月第4版。
- （註三二）以美國為例，有幾個特性是值得注意的。第一，美國法本身並無一套包羅萬象的法典化設計（comprehensive plan of codification），可供吾人據以得出分類的體系。第二，美國法盛行之「案例前導式研究法」（case-oriented approach）較重實際（pragmatic）及經驗實證（empirical），而輕理論（theoretical）與抽象觀念（abstract）。是以美國法並不適於概括歸納。第三，美國法各分支（branch）所盛行的共通研究方式與技巧都傾向於抑制美國法之自治立法範疇（autonomous fields）的成長。其部分原因在於美國不像大陸法系國家之設有處理諸如商事法及公法等主要法律項目之專業法庭。參考司法院譯印，《美國法律制度序論》，頁88，民國78年12月。
- （註三三）認為著重於「法律安定性」優於「具體妥當性」的學者，如劉鐵錚，〈論侵權行為之準據法〉，《政大法律評論》，第7期，民國61年12月，收錄於氏著《國際私法論叢》，頁30，民國73年新3版。
- （註三四）Henry W. Ehrmann 著，高鴻鈞等譯，《比較法律文化》，新華書店，第7版，頁175，1990年3月。
- （註三五）馬漢寶，前揭書，頁19。

踏考慮的景象而已（註三六）。

當然，這並不代表著英美法系的法官們就是採取一種完全開放的態度，來選擇案件應適用的準據法。事實上，無論英美法系或是大陸法系，在認定「選法規則為法官所獨占」這一點上，都是一致的，幾乎沒有人曾想過，或許應該把這方面的工作也開放給予當事人去論爭、辯駁（註三七）。只是英美法系的法官（尤其是美國的法官）在選法方法論的選擇上，相較於大陸法系的法官，更有彈性。也因此，促成了日後美國國際私法新理論的崛起（註三八）。

二、新選法理論的革命

（一）實務界的意見

美國的法學界在三〇年代開始，盛行所謂的「唯實主義」（Realism）（註三九）。唯實主義事實上是對於概念主義（或稱形式主義，Conceptualism）的一項反動，而巧的是，在 Beale 教授所編的「美國國際私法新編」中所採用的哲學基礎，正是與概念主義相契合的既得權理論。這種具有高度假設、抽象性質的選法理論，自然逐漸地不能見容於唯實主義高張的美國國際私法學界，而美國學者基於這麼一層哲學上立場的不同，所提出的反傳統理論思想，也變成是理所當然了。無怪乎有學者感歎 Beale 教授所編的「美國國際私法新編」，從時間上來看，實在是生不逢時（註四〇）。

另一股反對傳統選法理論的勢力，則是來自於美國聯邦最高法院。最高法院認為所謂的既得權理論，實際上是限制了各州的「法律管轄權」（Legislative Jurisdiction），而對於傳統選法理論抱持著懷疑的態度（註四一）。而這個問題，又因著勞工案件上的賠償問題的爭議性；也就是所謂的「勞資佣金」（Industrial Commissions）的問題，使得最高法院亟思採取一種更為廣泛的方式，將這類因意

（註三六） Dicey, A.V.: CONFLICT OF LAWS, 6th edition, 1949 (edited by J.H.C. Morris), p.7.

（註三七）請參閱拙著，《開放方式的選法理論》，東海法研碩士論文，頁 144 以下，民國 85 年。

（註三八）同前註，頁 46 以下。

（註三九） Friedrich K. Juenger, Babcock v. Jackson Revisited: Judge Fuld's Contribution to American Conflicts Law, 56 Albany Law Review, 728 (1993).

（註四〇） Ibid, p.728-729.

（註四一） See, e.g., New York Life Ins. Co. v. Dodge, 246 U.S. 357(1918) (lex loci contractus); Green v. Van Buskirk, 74 U.S. (7 Wall.) 139 (1868)(lex rei sitae); Green v. Van Buskirk, 72 U.S. (5 Wall.)307 (1866)(same).

外事故導致損害發生糾紛的案件，盡量以與本案有合理關係之州法律解決。三〇年代中，最高法院對於這一類的案件所採取的態度為：「各州為求實踐其州法律背後之立法政策，均有權適用其本身所制定的法律。」(註四二)這一情形被學者 Paul Freund 在 1946 年的一篇文章中指出，未來法院所採取的新選法方法論，將以分析政策與利益為主流(註四三)。而後來證實果真言中！

事實上，不只最高法院，即如州法院本身在六〇年以前，就隱約透露出了這股革命的暗潮。著名的案例如紐約法院作成之 *Auten v. Auten* (註四四)一案，福德 (Fuld) 法官在本案所運用的現代法律選法方法論，誠如 Reese 教授所說，是「為他自己爭取到了普遍的讚賞，並對於選法理論，第一次起了一個奇妙的作用(註四五)。(an amazing first effort in choice of law)」

Auten 案可說是美國新理論的一個先驅性的判決，在這種學界高呼改革傳統選法理論，實務界也配合跟進(註四六)，大膽採用這類選法方法論作為案件準據法的環境下，終於促成了 1963 年的 *Babcock c. Jackson*--這件堪稱為國際私法學界最重要的案件的實現(註四七)。

無論在美國的國際私法學界，或是法院實務上，*Babcock v. Jackson* (註四八)這個案件幾乎一致是被公認為最重要及最具領導性的一個案件(註四九)。案例事實略為：1960 年 9 月 16 日星期五，*Babcock* 小姐與同為紐約州州民的朋友 *Jackson* 夫婦三人，由 *Jackson* 先生駕車自其等居處紐約州 Rochester 出發，擬前往加拿大度週末，當車子行駛到加拿大安大略省 (Ontario) 時，*Jackson* 先生顯然是因為

(註四二) See *Pacific Employers Ins. Co. v. Industrial Accident Comm'n*, 306 U.S. 493 (1939); *Alaska Packers Ass'n v. Industrial Accident Comm'n*, 294 U.S. 532 (1935); see also *Carroll v. Lanza*, 349 U.S. 408 (1955).

(註四三) Paul A. Freund, Chief Justice Stone and the Conflict of Laws, 59 *Harvard Law Review* 1210, 1220, 1223-25(1946).

(註四四) 124 N.E. 2d 99 (N.Y. 1954).

(註四五) Willis L.M. Reese, Chief Judge Fuld and Choice of Law, 71 *Columbia Law Review*, 551(1971).

(註四六) *Kilberg v. Northeast Airlines, Inc.*, 172 N.E. 2d 526(N.Y. 1961).

(註四七) Michel E. Solimine, The Impact of *Babcock v. Jackson*: An Empirical Note, 56 *Albany Law Review*, 773(1993).

(註四八) 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963).

(註四九) E.g., Lea Brilmayer, CONFLICT OF LAWS: FOUNDATIONS AND FUTURE DIRECTIONS 87 n.100(1991); Robert A. Leflar et al., AMERICAN CONFLICTS LAW 264 (4th ed. 1986); Eugene F. Scoles & Peter Hay, CONFLICT OF LAWS 585, 612 (2d ed. 1992); Gene R. Shreve, Teaching Conflicts, Improving the Odds, 90 *Mich. L. Rev.* 1672, 1674 n.11 (1992)(book review).法院意見方面，參照 *Olmstead v. Anderson*, 400 N. W. 2d 292, 295(Mich. 1987); *Paul v. National Life*, 352 S. E. 2d 550, 554(W. Va 1986).

汽車失控，而撞上了路邊的石牆，致使 Babcock 小姐受到了重傷。在回到紐約州以後，Babcock 小姐便對 Jackson 先生主張其駕車有過失所造成的侵權行為，訴請紐約法院損害賠償。

這件案子當時的事故發生地點--即加拿大的安大略省，關於交通事故案件訂有所謂的「乘客條款」(Guest Statute)，規定只要是非營利的汽車所有人或司機，對於因為車禍而受傷或死亡的乘客，不負賠償責任(註五〇)。而紐約州則無此規定。被告因此主張本案的準據法應依照事故發生地之法律，即安大略省法律，而按照該省之「乘客法規」，主張法院應駁回原告之訴。

本案的爭點為：

1. 是否關於涉外侵權行為案件，一律依照侵權行為地法做為本案之準據法？
2. 是否在選法理論(規則)之中，有其他考慮的因素，足以決定是否准許原告求償(註五一)？

由於本案是在 1963 年判決的，而當時紐約有關侵權行為的法律衝突法仍是採「行為地法」。針對這一點，法院為了達成案件的個案公正(individual justice)，竭盡所能地破除這項傳統的規則(註五二)。Fuld 法官認為，借重紐約法院關於契約案件，即前述 *Auten v. Auten* 所立下的經驗，關於本案之侵權行為案件亦得同樣地適用。也就是說，關於準據法的適用，亦應當藉由適用與系爭案件特定爭點具有最大關連(the greatest concern)之法域的有效法律，獲得解決。

法院承認：「對於因適用傳統規則所造成的不公平及不規則情況的確認，激起在該範疇內尋求更令人滿意的司法研究。」因而將原來案件中適用的「侵權行為地法」原則，變更為「具有重大關聯的州法律」以及「利益分析」(the law of the place with most significant relationship and interest analysis)。進一步指出：「在本案中，被害人是一名紐約籍的旅客，事件的起因，是由一名紐約籍的車主駕車疏

(註五〇) Highway Traffic Act of Province of Ontario [Ontario Rev. Stat. (1960), ch. 172], §105, subd. [2] (“The owner or driver of a motor vehicle, other than a vehicle operated in the business of carrying passengers for compensation, is not liable for any loss or damage resulting from bodily injury to, or the death of any person being carried in...the motor vehicle.”)

(註五一) *Babcock v. Jackson* 12 N.Y. 2d at 477, 240 N.Y.S. 2d at 746; 191 N.E. 2d pp280~281. (“Shall the law of the place of the tort invariably govern the availability of relief for the tort or shall the applicable choice of law rule also reflect a consideration of other factors which are relevant to the purposes served by the enforcement or denial of the remedy?”)

(註五二) 侵權行為依侵權行為地法這項規定，其根源基礎為既得權理論，為六〇年前美國國際私法學界之主流。紐約法院在當時也不例外地接受這一項規則。

忽所引起。該汽車修護或行照，甚至連保險的地點都是在紐約，而整個旅途也以紐約作為起迄點。相反地，安大略和整個事件唯一的關連是意外事件的偶發地點。」在這種情形之下，顯然紐約要較安大略對本案的關係要來的密切。

再者，安大略省的乘客條款，其立法意旨在於避免乘客與車主共謀詐領保險金，以保障加拿大的保險公司（註五三）。而本案當事人與其保險公司均屬紐約州，顯然在本案乘客條款並無適用的餘地。從而適用該省的法律在本案並不具有利益。且本案的爭點，並非是確認被告是否違反駕車之注意義務，而是在於原告做為被告之乘客，是否應受求償之限制。如前所述，紐約州相較於安大略省，有較強支配性之連結因素（dominant contacts），是以適用紐約法作為本案的準據法，毋寧具有更高的利益。

綜上而論，分析的結果，法院以為採紐約法為本案之準據法為適當。雖然關於判決仍有些不同意見（註五四），但 Fuld 法官最終仍是採取了這種嶄新的選法方法論。

（二）主流學說分析

1. 利益分析說（Interest Analysis）

美國新理論中，影響最深遠，爭論最激烈的，要數 Currie 教授在 1958 年發表的「政府利益分析」理論（註五五）。國內一般學者稱之為「利益說」，本文從之。誠如 Bodenheimer 教授所述：「吾人在研究近代司法發展過程時。可以得到一種概念，也就是在美國的司法體制中，最為各方重視的，是政府的利益分析；而其次才是美國國際私法新編中的方法論（註五六）。」因著這個緣故，本文便擬先從利益說開始介紹。

（註五三） 12 Survey of Canadian Legislation, 1 University of Toronto Law Journal, 358, at 366.

（註五四） 例如認為可將該乘客條款宣告違反紐約之公共秩序，或將乘客與車主關係（guest-host relationship）解釋為契約關係，以契約成立地紐約州法作為案件準據法，或判決準據法由安大略反致（renvoi）回紐約，將乘客條款定性為程序法規等。

（註五五） Leigh Anne Miller, Choice-of-Law Approaches in Tort Actions, 16 American Journal of Trail Advocacy, 859-882, at 869 (1993); Friedrich K. Juenger, Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis, 32 The American Journal of Comparative Law, 1-50, at 14 (1984).

（註五六） 這裏所指的方法論，即「最重要關連理論」（The Most Significant Relationship）。Edgar Bodenheimer, The Need for Reorientation in American Conflicts Law, 19 Hast. L. J. 731 (1978), 737-738.

Currie 教授對利益分析的原則，可歸納如下（註五七）：

- (1)當法院需要適用法院地法以外之州之法律，作為本案準據法時，法院必須要採用一般的程序，去分析解釋各相關州之間的立法政策，以及所有能使各州合理的主張其利益，實行其政策之情況。
- (2)若法院發現有一州在個案情形下，對於其立法政策的執行是有利益的，而另一州並不具有這種利益，那麼法院就應該適用那具有利益州的法律，作為本案的準據法。
- (3)若是法院發現到兩個州之間的利益，顯然有所衝突之時，那麼法院就應該把各州的立法政策與利益的分析，做更適當而嚴謹的解釋，以求避免法律衝突的發生。
- (4)若是法院在重新斟酌之後，發現到州際間的法律衝突，終究無法避免時，那麼法院就應當適用法院地法，作為本案的準據法。
- (5)若是法院地法對於本案並無利益的存在，而州際間的利益衝突無法避免，且法院又不能夠拒絕正義、拒絕審理該案件的時候，只要法院地法的規

（註五七） B. Currie, SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS, 177~187 (1963). 原文如下：

1. When the court is asked to apply the law of a foreign state different from the Laws of the forum, it should inquire into the policies expressed in the respective laws, and into the circumstances in which it is reasonable for the respective states to assert an interest in the application of those policies. In making this determination the court should employ the ordinary processes of construction and interpretation.
2. If the court finds that one state has an interest in the application of its policy in the circumstances of the case and the other has done, it should apply the law of the only interested state.
3. If the court finds an apparent conflict between the interests of two states it should reconsider. A more moderate and restrained interpretation of the policy or interest of the state or the other may avoid conflict.
4. If, upon reconsideration, the court finds that a conflict between the legitimate interests of the two states is unavoidable, it should apply the law of the forum.
5. If the forum is disinterested, but an unavoidable conflict exists between the interests of two other states, and the court cannot with justice decline to adjudicate the case, it should apply the law of the forum, at least if that law corresponds with the law of one of the other states. Alternatively, the court might decide the case by a candid exercise of legislative discretion, resolving the conflict as it believes it would be resolved by a supreme legislative body having power to determine which interest should be required to yield.
6. The conflict of interest between states will result in different disposition of the same problem, depending on where the action is brought. If with respect to a particular problem, this appears seriously to infringe a strong national interest in uniformity of decision, the court should not attempt to improvise a solution sacrificing the legitimate interest of its own state, but should leave to Congress, exercising its power under the full faith and credit clause, the determination of which interest shall be

定，與本案例中任何一州的法律相仿，那麼便應當適用法院地法，作為本案的準據法。或者，法院得運用公正的立法解釋方式，來審理涉外爭議案件。此時法院得設想若其為最高立法當局時，對於這一類型的利益衝突，將會做如何認定。

- (6)關於州際間的利益衝突，同類型事件將視訴訟地的不同，而異其處理方式。如果上述的情形，就特定的個案來說，將嚴重的侵害到各州間判決一致性的國家利益時，那麼法院不得為了達成判決，而輕易的犧牲其本州的合法利益。此時應當將本案交由國會，由其依照「充分互信條款」(Full Faith and Credit Clause)的原則，決定本案例中利益的取捨問題(註五八)。

2.最重要牽連理論 (The most significant relationship)

另一項為相當的新理論學者所支持之學說，即 Willis Reese 教授大力主張的「最重要牽連」理論。1971年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、律師工會代表、全國統一州法院委員會、學界代表及大學法學院院長等「職務會員」(official member)與其他依選舉產生的「選舉委員」(elected member)共同組成之「美國法律學會」(A.L.I.)(註五九)，在 Reese 教授的主導下，進行了美國國際私法的第二次整編(Second Restatement; 國內多簡稱為「第二新編」)。在這次的法律整編之中，採用了「最重要牽連標準」作為準據法的選用原則，可說是第二新編中最具特色的部分。

根據第二新編第六條所揭示的「選法理論的一般原則」(註六〇)，列舉如下：

required to yield.

- (註五八) Bernard Hanotiau, *The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking*, V30 *The American Comparative Law*, pp78-79 (1982). 中文部分，參考陳隆修，〈美國國際私法新理論〉，頁 49-50。高鳳仙，〈美國國際私法之發展趨勢〉，頁 43-44。許兆慶，前揭碩士論文，頁 36-37。
- (註五九) 劉鐵錚譯，〈美國法律整編--國際私法〉，司法周刊雜誌社，民國 75 年 6 月初版，譯者序部分參照。
- (註六〇) § 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) 法律在憲法的限制下，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，有關選擇應適用之法律相關因素包含：
- ① 州際及國際制度之需要；
 - ② 法庭地之相關政策；
 - ③ 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；
 - ④ 正當期待利益之保護；
 - ⑤ 某特定法律領域所依據之基本政策；
 - ⑥ 確定，預見可能及結果一致；
 - ⑦ 應適用法律之決定及適用之便利（註六一）。

以上各點，大多重複了 Leflar 教授的「影響選擇因素」，而學者們多對於此等要素是否能促使法院達成具體的判決，持懷疑的態度（註六二）。又第一百四十五條規定，關於侵權行為案件之一般標準（註六三）：

- (1) 關於侵權事件之爭點，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，應斟酌之連結因素包括：
- ① 損害發生地；

(e) the basic policies underlying the particular field of law,
 (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
 (g) ease in the determination and application of the law to be applied.

（註六一） 劉鐵錚譯，前揭書，頁 8-9 參考。

（註六二） 陳隆修，《美國國際私法新理論》，頁 79 參照。

（註六三） § 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.

- ②行為作成地；
- ③當事人之住所、居所、國籍、公司所在地與營業地；
- ④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（註六四）。

然而，應值得注意的是，第二新編實際上並非完全採納「最重要牽連理論」做為選法的原理原則，第一百四十五條及第六條僅係補充規定或例外規定，而第二新編仍以「行為地法主義」（*lex loci delicti*）作為基本原則，這從新編中第一百四十六條（註六五）及第一百四十七條（註六六）之規定中可以觀察出來。是以其革命性的色彩，較之於利益說要來的淡薄得多（註六七）。

（註六四） 劉鐵錚譯，前揭書，頁 180 參照。

（註六五） § 146. Personal Injuries

In an action for a personal injury, the local law of the state where the injury occurred determines the rights and liabilities of the parties, unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied.

（註六六） § 147. Injuries to Tangible Things

In an action for an injury to land or other tangible thing, the local law of the state where the injury occurred determines the rights and liabilities of the parties unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principle stated in § 6 to the occurrence, the thing and the parties, in which event the local law of the other state will be applied.

（註六七） 1980 年羅馬契約準據法公約亦接受此一彈性選法標準，用詞為「les lien les plus étroits (most closely connected with the country)」，不過其功能屬例外條款（clause d'exception），非屬主要選法規則；Paul Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev. crit. dr. internat. privé, 80(2) avr.-juin, p.310.

貳、規範的困境與突破之可能

一、規範的困境

(一)傳統選法理論的困境

1.機械性選法理論的缺陷

傳統的國際私法選法理論，主要是以機械性的過程來適用既定的規則（註六八）。這種機械性的過程，在法院確定其有管轄權之前提下，對於處理涉外案件的第一步工作，首要者即為「定性」（Qualification; Chracterization; Classification）（註六九）。所謂定性是指法院於面對涉外案件時，將該案件系爭的事實劃歸為選法體系內的法律類型之步驟。法官在完成了定性的工作之後，接著就進入了選法程序的階段。根據所定性的法律類型，找尋案件的連繫因素，由連繫因素的規定，直接導引法官選擇出案件的準據法，適用於系爭的涉外案件之中，這就是傳統選法理論的基本模式（註七〇）。

又如果該準據法的適用，不僅限於實體法，尚且包括國際私法的適用，則適用該準據法的結果，便可能產生反致（Renvoi; Remission）（註七一），而使得案件的準據法轉向適用他國法律的規定。此外，若是準據法適用於具體案件的結果，有背於法院地的公共秩序善良風俗（*publica utilitas; public policy*）（註七二），那麼

（註六八） 陳長文，〈國際私法方法論之回顧與展望（上）〉，《法令月刊》，第35卷第6期，頁6參考，民國73年6月。

（註六九） 定性又有稱之為「歸類」、「識別」者，中國大陸學者多用後者的名詞，事實上都是指對於「事實情況」、「事實構成」所做的法律上的分類，概念上是相同的。韓德培等編，《國際私法》，武漢大學出版社，頁62，1994年4月第9次印刷。

（註七〇） 馬漢寶，〈國際私法規則之特性及相關問題〉，《法令月刊》，第41卷第10期，頁210參考，民國79年10月。

（註七一） 有學者稱之為「移送」，參看阮毅成，《國際私法》，商務印書館，頁51，民國54年第1版。反致的發生原因，源於國際私法上，有關身份行為之連繫因素（如國籍、住所）無法統一之故。

（註七二） 所謂公序良俗實為不確定的法律概念，在我國，立法理由說明略為：「...所謂公共秩序，不外為立國精神及基本國策之具體表現，而善良風俗又發源於民間之倫理觀念，皆國家民族所賴以存立之因素，法文之規定，語雖簡而義極賅，俾可由執法者體察

該案件準據法將會為法官所排除適用。這時很可能將由法院地法，或是由其他國家的法律取代原來案件的準據法適用。在經過反致與公序良俗條款的檢驗之後，傳統選法理論的程序方能算告一段落（註七三）。

自然，傳統選法理論本身的簡易性，的確為法官減低了不少準據法上適用的困難。而適用這種選法理論，對於當事人對法律的期待可能性與判決一致性的要求，也有多少的助益（註七四）。然而，傳統選法理論的優處，正巧也是它的劣處。也就是說，這種表面上看起來穩定性極高的選法方式，事實上也蘊藏著無法完全實現其功能的難處。

首先，從定性來看，事實上定性的理論在國際私法上一直是無法妥善解決的難題（註七五）。歷來所提出的學說之中，幾乎沒有一種能夠真正解決定性理論在邏輯上與事實上的難題（註七六）。即使採用「法院地法說」予以案件的定性，也不外是基於實際上的便利，而非基於任何邏輯上的必然（logical necessity）（註七七）。對於傳統選法理論而言，定性問題作為第一關把守的程序，都無法令人有滿意的解釋，遑論其後法官能夠依照案件之不穩定的定性基礎，導源出正確的選法結果（註七八）。

其次，再從連繫因素的設定上看，傳統選法理論中的五大連繫因素--國籍、住所、當事人意思、物之所在地及行為地等，其都是經由立法制定之初便已經決定的（註七九）。立法者預設某一連繫因素與某法律類型關係最為密切，故將其由

情勢，做各別之審斷。」可供參考。

- （註七三） 馬漢寶，〈談國際私法案件之處理〉，《軍法專刊》，第 28 卷第 11 期，頁 3，民國 71 年 8 月。
- （註七四） 賴來焜，〈涉外侵權行為問題之研究--國際私法的新發展〉，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 389，民國 75 年 6 月。
- （註七五） 定性的各種理論，由於無法統一，使得定性的結果，往往產生許多不妥適的現象，有賴「調整」（或稱「適應」；Adaptation; Adjustment）的方式做解決。李後政，〈國際私法上選法理論之新趨勢〉，國立臺灣大學法律研究所博士論文，頁 77，民國 83 年 5 月。
- （註七六） 關於定性基準之理論，計有法院地法說、階段的性質決定說（初步定性與次步定性說）、事件準據法說、多重定性說與比較法說等。但幾乎沒有一種理論具有相當的說服力；施啟揚，〈國際私法上「定性問題」的歷史發展及其解決方法〉，載馬漢寶主編，〈國際私法論文選輯（上）〉，五南圖書出版公司，頁 363，民國 73 年 7 月初版；劉鐵錚，〈國際私法上定性問題之研究〉，收錄於氏著，〈國際私法論叢〉，三民書局，頁 227，民國 80 年 3 月 3 日修訂再版。
- （註七七） 馬漢寶，前揭書，頁 234。
- （註七八） 陳長文，〈國際私法方法論之回顧與展望（下）〉，《法令月刊》，第 35 卷第 7 期，頁 5，民國 73 年 7 月。
- （註七九） 就屬人法事項在我國而言，是採本國法主義；亦即以國籍作為屬人法事項的連繫因

法律類型案件事實中所包含之連繫因素中挑選出來，相應於該一法律類型，並以其所指向國家之法律作為該類型涉外案件之準據法；換言之，傳統選法理論中，連繫因素的選擇，乃基於關係密切之假設。基於這種假設，使一切法律類型的涉外案件，均適用該連繫因素所指向國家之法律。

在 1960 年的 *Babcock v. Jackson* 案中（註八〇），這種預設的連繫因素的弱點便顯露無疑。對於變化多端的國際私法案件，單靠這些預設的連繫因素求得案件的完滿解決，無疑的只能被視為是一種理想而已。更何況傳統的連繫因素本身即存在著許多問題（註八一），近來國際間對於新興的連繫因素的創造，亦所多見（註八二），足以證明這些傳統連繫因素作為傳統國際私法選法理論的中心，事實上是處於一個怎麼樣困窘而貧乏的地位。

再者，就傳統選法理論所最自豪的一點--達成判決一致的要求上來看，實際上也未必那麼確切而可預見。因為只要存在著「規避法律」的情形（註八三），便足以使得判決一致性的原則被破壞。而這種「規避法律」的情形，卻正是傳統選法理論所產生的弊端之一（註八四）。也就是說，利用變更連繫因素的規定，達成所預期的判決結果，將造成實際上該案件準據法與案件無甚關連；甚至全無關連的現象。這和當初設立該案件連繫因素所冀求的目的，是大相違背的。

最後，則是反致的問題。傳統選法理論之於反致理論的存在，無疑地是一大

素，住所則係補充或代用國籍之地位，至於契約部分，我國主要則是採當事人意思作為連繫因素（涉民第六條），配合行為地（涉民第九條）、物之所在地（涉民第十條）等，架構了現行涉外民事法律適用法之選法體系。

（註八〇）關於 *Babcock* 案細節部分，請參考拙著論文第四章以下之說明。

（註八一）例如，對於「侵權行為地」的爭議，有採行為完成地說，亦有採結果發生地說者，莫衷一是，而均有其道理。又如「當事人意思」不明時，究竟應否探求默示之意思表示，或是直接適用硬性法則之規定，國內學者亦無定論。馬漢寶，〈國際私法上「當事人意思自主原則」晚近之理論與實際〉，載於民主編，〈國際私法論文選輯（下）〉，五南圖書出版公司，頁 656，民國 73 年 7 月初版。

（註八二）海牙會議長久以來提倡之「慣居地」（habitual residence; résidence habituelle）觀念，即為一例。「慣居地」是一種介於住所地與居所地間的概念，至今已為美國以外之大部分工業國家所接受為一管轄權之新基礎及屬人法之新連繫因素，並為 1980 年羅馬契約準據法公約所援用。陳隆修，〈論國際私法上屬人法之連繫因素〉，《東海學報》，第 29 期，頁 251，民國 77 年 6 月出版。又如瑞士國際私法第一百十條第一項：「智慧財產權依被請求保護該智慧財產之國之法。」亦為一種新型連繫因素。劉鐵錚等著，〈瑞士新國際私法之研究〉，三民書局，頁 134，民國 80 年 10 月出版參考。

（註八三）*La fraude à la loi*；學者間亦有稱之為「選法詐欺」或「竊法舞弊」或「迴避法律」者。翟楚編著，〈國際私法綱要〉，正中書局，頁 25，民國 61 年 3 月。

（註八四）陳長文，〈國際私法上之規避法律問題〉，《法令月刊》，第 40 卷第 7 期，頁 9，民國 78 年 7 月。

諷刺。反致條款於邏輯上所呈現的最大缺陷，主要在於其無法解釋：何以法院在經過一連串既定的選法程序後，選擇了一個在理論上應屬於最恰當的案件準據法，而該準據法本身又認為其法律不恰當，進而轉以適用其他法律解決該涉外問題（註八五）。這一點，使得反致的存在，除了依照其「工具性」的需求做解釋以外，實在無法對於適用該理論的理由，做一個合理的說明（註八六）。

總的來說，傳統選法理論本身所造成的缺點，是再明顯不過的。而針對這些缺點，究竟是該大刀闊斧地，作一番「國際私法的選法革命」（註八七），或是從其基礎--連繫因素理論及其種類上做改革，實為一繁複並堪值玩味之問題（註八八）。

2.連繫因素的老舊—以我國法為例

我國涉外民事法律適用法最後一次修正，是在民國四十一年，參酌德日法等國之立法成例，由司法院及最高法院提供修正意見，經行政院第二〇七次會議通過，咨送立法院審議，完成立法程序，並由立法院於民國四十二年五月十九日三讀通過（註八九）。至今已近五十年，卻仍未見有任何進一步修正的趨勢。其中所援引之法律概念與基本的連繫因素種類，都已嫌過時。甚至原先所根據的外國法律，都已有了改變，而我國卻仍未跟上這些新的觀念（註九〇）。

無可諱言，傳統連繫因素在我國而言，已經不敷現行社會之需求。與四十年前涉外案件與現今案件成長度、複雜度相較，欲以這些「古董級」的法令規範所有涉外民事案件事務，幾為「不可能的任務」。特別在我國加入全球貿易組織後，所面臨的法律衝突案件將還要更多。原有的連繫因素理論，本即存在著許多無法

（註八五） 同註 79。

（註八六） 學者有認為反致條款，非僅不能解決法律之衝突，且足以動搖國際私法之根本，應不為立法者所採取。劉鐵錚，〈反致條款與判決一致〉，載於馬漢寶主編，《國際私法論文選輯（下）》，頁 513。

（註八七） 例如後面將提到的美國新理論，可謂為徹底顛覆了傳統選法理論基礎的「國際私法革命」。See Patrick J. Borchers, *The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study*, 49 *Washington and Lee Law Review*, 357~384(1992).

（註八八） 一個明顯的爭議將存在於中國與台灣的侵權行為民事糾紛中，例如中華人民共和國民法第一百四十六條與台灣地區與大陸地區人民關係條例第五十條之規定，究應依何法律決定侵權行為是否成立？是否將出現判決不一致之現象？

（註八九） 何佐治，〈涉外民事法律適用法〉，《法令月刊》，第 41 卷第 10 期，頁 206 參考，民國 79 年 10 月。

（註九〇） 例如日本於 1964 年修改部分國際私法條款，法國則於 1969 年重新研擬法國國際私法草案（*French Draft Statute on Private International Law, 1969*），奧地利、瑞士及德國等亦相繼於 1979 年以後陸續重新修正制定，使國際私法法典化的聲勢大振，掀起另一股法典化的高潮。

解決的難題。是以對於這種假設為合理解決涉外爭端的傳統連繫因素使用了近半世紀的我國，更應該慎重重新考慮，對連繫因素立法問題再為詳細之評估。

筆者以為，在考慮連繫因素的重新立法化過程中（註九一），我們必須要面對的，該是一個根本上傳統選法程序應否變革的問題。易言之，基本的問題在於，對傳統選法理論所謂：涉外案件、管轄權、定性、連繫因素找尋與準據法選用、反致與公序良俗條款應用的方法論（註九二），應該徹底革命？抑或僅做有限度的修正？甚至激進地說，或許吾人應回到問題平面上，將國際私法選法理論的原始目的、概念乃至於功能，為徹底之檢討？

（二）新選法理論規範的困境

以下，我們將主流的新理論學說為相同之檢討。首先，我們須將指出利益分析學說的困境。

利益分析說理論部分最為學者所詬病的，歸納來說有三個方面。第一，是這種方法論將可能帶來判決結果不穩定性（Uncertainty）及不可預見性（Unpredictability）等危險。這一點顯然是很容易理解的，因為所謂的「政策」（Policy）本身的含義，實際上是十分抽象的（註九三）。而偏偏 Currie 教授又將「州利益」的概念定位在於「立法者意旨」（the actual intent of legislature）這個範圍內，這不但窄化了利益說本身適用的範圍，而且僵化了利益說在個案適用時所應具有的彈性。所謂「立法者意旨」事實上可能只是一廂情願的想法而已。

一個法律的制定，可能蘊含了多重的立法意旨，也可能根本沒有立法意旨的存在--尤其在民主政治之中，法律的制定往往只是政治協商下討價還價的結果（註

（註九一）亦有名之為「立法實體化」者。陳隆修，〈比較國際私法〉，頁 180；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〉，私立東海大學法律研究所碩士論文，頁 239 參考，民國 84 年 6 月。

（註九二）筆者願在這裏做一番趣味性的比較，以凸顯傳統選法理論的機械性。傳統選法理論的順序，就好比一個人口渴，走到販賣機前購買飲料。確定涉外案件事實，有如確定口渴此一事實，管轄權的服膺，則有如其人自願走至該販賣機處購買產品的情形，定性就有如在選擇產品種類，連繫因素就好比投入機器的硬幣，而準據法的獲致則有如飲料產品的取得。至於機器故障，則須到他機器再購買產品，這有如反致的情形；而機器吃錢，則為其內部機件問題，就好比是公序良俗條款的適用。

（註九三）Jonathan R. Macey, Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model, 86 Columbia Law Review, 230~233 (1988); Frank H. Easterbrook, Statute's Domains, 50 University of Chicago Law Review, 547~548 (1983); Richard A. Posner, Legislation and Interpretation: A Primer, 68 Nebraska Law Review, 431, at 437 (1989).

（註九四）參考陳隆修，〈美國國際私新理論〉，4 版，頁 57，民國 77 年 9 月。

九四)。對一個開放性的社會而言，若是只探求法律的立法意旨作為解決變化多端的案件唯一的方式，而不去考慮社會環境的變遷，以彈性地運用法律的理念解決案件爭端，這將會是非常危險的（註九五）。更何況我們並不能保證，承審案件的每個法官都能夠明確地掌握相關法律背後的立法目的（註九六）。利益說的這一項缺點，已經在日後紛陳混亂的案件中，得到了實證（註九七）。

其次，是利益說所呈現的區域性觀念（Parochialism）太過於明顯，以致於這種分析步驟很難為眾多犀利的法學評論家所接受。這種區域性的觀念，表現在 Currie 教授偏好於法院地法（pro-forum; forum preference solution）這一點上。Currie 教授對於「各州是為了其本州居民之利益，而適用法律。」這個觀念，做了並不適當的引述。事實上，我們可以想見，州法律的制定，並不是為了促使其本州的居民較非本州之居民獲取更多的利益，當然也不是為了促使其州本身要他州獲得更多的利益（註九八）。無怪乎有學者認為 Currie 教授的這一項主張是歧視他州的州民，有違憲之嫌（註九九）。

再者，則是 Currie 教授過於誇大了美國聯邦最高法院受到「權力分立」（check and balance）原則的影響，強調「當州際之間存在著不同的政策，並且各州對於其政策的適用，均具有合法的利益時，法院並沒有權力去衡量這些相衝突的利益，或是去評斷其價值。而法院也沒有權利就這些衝突的法律間，選擇其一作為本案的準據法；…為了要決定哪一個法律應當優先適用，而必須就這兩個獨立法域的法律做評價的工作，這種是相當高層次的一種政治權能，在民主的國家中，這種權能是不該委由法院來執行的（註一〇〇）。」這種主張，即所謂司法的「評價禁忌」（Evaluation Taboo）。對於這種評價禁忌的說明，從各種的立場來看，都是很難讓人信服的。道理很簡單，因為法官適用法律、評價法律，本來就是法官

（註九五） 現代法律作為一種社會的工具，往往被用來實現公共改革與政策計劃等目的。這種法律多是在有時效上的考量及特定環境的需求等情形下制訂，臨時性的意義是很強的，例如美國詹森（Lyndon Johnson）總統於 1964 年為「對抗貧窮」而通過的經濟機會法案即為一例。參考 Lawrence M. Friedman 原著，鄭哲民校訂，吳錫堂等合譯，《法律與社會》，巨流圖書公司，頁 234-238，民國 80 年 7 月 1 版 1 印。在這個情形之下，討論立法意旨本身，是否能夠切合現今所發生的案件，這個答案顯然是很容易理解的。

（註九六） Castel, CANADIAN CONFLICT OF LAWS, p20 (1977).

（註九七） 詳參照拙著論文，頁 84。

（註九八） Donald T. Trautman, Comments on Reich v. Purcell, 15 UCLA Law Review, 623 (1968).

（註九九） John Hart Ely, Choice of Law and the State's Interest in Protecting It's Own, 23 William & Mary Law Review, 173 (1981).

（註一〇〇） Currie, supra note 58, pp181-182.

的職責。法官不得因為法律的不備而拒絕裁判，否則就構成了拒絕正義（註一〇一）。特別是在國際私法的領域，國際私法學者每日的工作，便是在於將各個法律制度的內容精神，加以評價比較，若因著各法域的法律間發生「真衝突」的情形，而拒絕對這種情形加以評論、選擇法律，那麼我們怎麼能確定國際私法學者到底該做些什麼？這相同的道理用在法官的身上，當法官面對一樁國際私法案件時，放棄對於法域間法律衝突的評價，拒絕承擔立法者的困境與其所留下的缺隙，這都將使得司法機關的角色功能大為減損（註一〇二）。

接著，我們檢討另外一項新理論學說－「最重要牽連理論」，也同樣發現一的難以解決的根本問題，亦即：「最重要」之標準何在？

對於何謂「最重要」這個標準兩難式的問題，顯示出最重要牽連理論本身的抽象性與不確定性。若謂最重要標準為「質」的概念，則每個法官心中都自有一個正義的天平，所謂「最重要牽連」的衡量，即陷入了極端的不穩定狀態。

若謂最重要標準為「量」的概念，則所謂「最重要牽連理論」的衡量，便有如拳擊比賽一般—若不能擊倒對手（通常不容易），便是「計算點數」而判斷輸贏，而這豈非與傳統選法理論之操作方式無異？誠如 Von Mehren 教授所言：「...第二新編的選法方法，其廣度大到足以包含高度發展的政策分析法。然而，新編並無對於理論或是分析法則做任何淨化或規則化的工作...新編是近數十年來美國選法理論思想基本改變的里程碑，然而，其對於政策分析方法所遭遇到的許多困難問題，並未提出解決之道（註一〇三）。」

二、突破之可能

（一）主要價值的提出

不同於前述兩種方法論，我國國際私法學者陳隆修先生，曾對選法方法論問題，提出另一套創新的見解。

陳氏的選法規則理論，是以主要價值（prevailing value）取代傳統連繫因素

（註一〇一） 施啟揚，《民法總則》，三民書局，頁 41，民國 76 年 4 月校訂 4 版。國際私法案件紛爭除牽涉警察法規(lois de police)外，原則上均為私的紛爭，與政治問題(political question)有相當區別。

（註一〇二） 參考陳隆修，《美國國際私法新理論》，頁 59-63。

（註一〇三） Von Mehren, Recent Trends in Choice-of-Law Methodology, 60 Cornell Law Review,

理論，透過實現案件主要價值的方式，直接指向案件的準據法選擇。而取代的方式，則是以重新立法方式行之。是以，陳氏的方式亦為學者稱為「多國性理論」或是「連繫因素實體化」理論。

但這項理論的第一個問題，同樣要問：何謂主要價值？必須檢驗的是，主要價值是不是憑空設定的？是否為一種抽象而上位的概念？在這個問題上，陳氏以為，答案是否定的。那麼，主要價值存在的形態又該是什麼？我們怎麼能知道它確實存在著？

陳氏認為，所謂的「主要價值」其意義毋需他求，只需要整理歷來事實上已存在（*de facto*）的國際社會價值，即可獲知主要價值之內容（註一〇四）。也就是說，主要價值作為法律概念的共同重心（註一〇五），作為特定態樣案件之共同解決之道，運用主要價值選擇案件準據法的結果，將有效而迅速、公平地解決系爭案件，達到解決涉外紛爭的目的。

那麼，為什麼我們要堅持找出案件的主要價值呢？道理在於，這種方式要比傳統理論中的連繫因素的假設來得實際，而且要較新理論中的利益分析方式來得容易的多（註一〇六）。法院只要能夠決定哪一種是相關國際社會的主要價值，便可已很輕易地依照該主要的目的來衡量差異，達成合理的判決要求。傳統理論由於預設案件之連繫因素，使得其選法理論落入許多僵化及不合理等境地，這已經是眾所皆知的事實（註一〇七）。而新理論為求個案具體公正妥當性，所造成的選法方法混亂與違反當事人之判決期待可能性，也是明顯易見的。而本文之所以強調主要價值的意義，其功能便是在於尋找出另一條截然不同的選法捷徑來（註一〇八）。

從現有的國際私法判決及學說之經驗中，我們可以得出一些確定的觀念，作為特定類型案件中主要價值之參考。以下將這些可確定之主要價值分別羅列：

1、在親子關係的案件之中，以我國為例，傳統的選法法則規定應依照父之屬人法，而造成諸多不合理之現象（註一〇九）。近代關於親子關係的法律政策，

927, 964 (1975).

（註一〇四） 陳隆修，《美國國際私法新理論》，頁 117 參考。

（註一〇五） 陳隆修，〈國際私法的共同基礎（The Universally Shared Principles in Conflict of Laws）〉，《輔仁法學》，第 3 期，頁 417，民國 73 年 1 月。

（註一〇六） 陳隆修，《美國國際私法新理論》，頁 107 參照。

（註一〇七） 拙著論文，頁 15。

（註一〇八） 主要價值還有一項問題，在於主要價值的可變性與複合性。這可以從休妻制與多婚制的問題上看出。相關的敘述，請見拙著，前揭論文，第 99 頁以下之說明。

（註一〇九） 林凱，《國際私法上本國法主義之研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁

多偏向於保護子女之權益，以維護未成年人完整之人格。這一點，並不是僅僅單純依照父之屬人法，便可以達到的。雖有學者主張應按子女之屬人法解決（註一一〇），但事實上這種僵化的選法方式所造成的結果，往往與父之屬人法沒有兩樣，甚至於有可能造成更不利於未成年子女的後果（註一一一）。故而我們不妨承認，在親子關係的事件之中，「維護未成年子女最大之權益」為該類型案件之主要價值，以確切保護子女於案件中的利益。

2、在契約的案件中，有關契約的實質效力部分，由於受到傳統選法法則的影響，使得在這個部分幾乎在慣例上都是交由契約的當事人自行決定（註一一二）。在「當事人自主原則」背後所表達的價值意義，便是要求關於契約實質效力的準據法選擇上，應當盡力實現「保護當事人之正當期待」（justified expectation of the parties）的一般社會價值（註一一三）。不過，這項價值也有例外之處，那就是當締約的雙方處於不平等的狀態時，即所謂「附合契約」（standard form contract）的情形，通常「保護交易能力較弱一方當事人利益」的價值，將超越「保護當事人正當期待的價值」。實現「保護當事人之正當期待」價值的理由是十分容易理解的，由於為了促進國際貿易發展的活絡，減低交易障礙及不必要的違反期待的風險，直接採取當事人心中所期待的準據法，的確是一種最為便利與有效率的方式。即使經濟管制之嚴密的共產國家，也是採取這一種看法（註一一四）。

3、在侵權行為的案件，所欲實現的主要價值應該是「盡量予以被害人公平而迅速、合理地賠償。」這項觀念。從 Babcock v. Jackson 以來案件的實證顯示，法院在面臨侵權行為時，的確有此明顯的傾向性存在著。在 Kell v. Henderson（註一一五）一案中，表現出這種傾向性則更為明顯。Kell 案的案情正好與 Babcock 案完全相反，然而法院竟然也引用 Babcock 案件作為判決的依據之一，甚至得出的判決結果也與 Babcock 案相同。令人不禁懷疑，是否在侵權行為案件之中，法院

154-155，民國 81 年 6 月。

（註一一〇）曾陳明汝，〈涉外民事法律適用法違憲條文之多少〉，《司法周刊》，第 700 期第四版參照，民國 83 年 11 月 23 日。

（註一一一）許兆慶，前揭碩士論文，頁 251 參照。

（註一一二）余先予主編，《衝突法》，法律出版社，頁 181，1991 年 9 月第 4 次印刷。

（註一一三）陳隆修，《美國國際私法新理論》，頁 219-220。

（註一一四）參照中華人民共和國涉外經濟合同法第五條：「合同當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律。當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫國家的法律。（第一項）」

（註一一五）263 N. Y. S. 2d. 647 (1965).

的確有著一致性的價值判斷標準出現(註一一六)?而若我們以法院是為了實現「給予受害人公平而迅速、合理地賠償」這項價值而做出這種判決的話,則我們將不難了解何以在不同的案件中,竟然能獲致相同的結論(註一一七)。

再者,由於侵權行為損害賠償的重心,已經從「損失移轉」(loss-shifting)的趨向轉而變為「損失分擔」(loss-spreading)(註一一八),因而使得「給予受害人公平而迅速、合理地賠償」這項價值越見其合理,在衡平當事人間的利益上,配合責任保險與社會福利制度的普及化,維護受害者的權益,擴張其求償可能之空間,應當是十分可行的。

4、有關物權的案件,不動產的部分,由於世界各國對之多顧慮到實際上的便利與內國公安之維護,且不動產往往與土地有著不可分割的聯繫,故關於這類型的案件,多交由「物之所在地」(*lex rei sitae*)決定不動產案件之準據法(註一一九)。「不動產物權的效力依照物之所在地決定」這項價值無疑的幾乎已為世界各國所公認(註一二〇)。而關於動產的部分,一般動產在過去採「動產隨人」原則,適用當事人屬人法,但在本世紀初,資本主義經濟迅速發展,國際交往直日益擴大,使得涉外財產關係變得越來越複雜。個人占有的動產越來越多,動產的種類不斷增加,價值不斷擴大,並且以不再局限於所有人的住所範圍之內,而是遍及其他許多國家。基於動產在這一點上所表現的流動性,依照「物之所在地法」判定一般動產之準據法,似將更能有效地保護交易的安全與貿易的活絡(註一二一)。是以「動產之效力,依照動產之所在地法決定」可謂為這類型案件之主要價值(註一二二)。

(註一一六) 陳隆修,《美國國際私法新理論》,頁183參考。

(註一一七) 中國國際私法學會所提出的「中華人民共和國國際私法示範法」(2000年)中第一百十二條原則上雖仍採「侵權行為地」法,惟對侵權行為地不但有明確定義(包含行為實施地與結果發生地),更進一步揭櫫當二者規定不同時,適用對受害人更為有利的法律。可以看出,這是一條十分嶄新的立法,殊值肯定。

(註一一八) Russell Weintraub, COMMENTARY ON THE CONFLICT OF LAWS(2nd ed. 1980.), pp.270-271.

(註一一九) 洪應灶,《國際私法》,頁138-139參照。

(註一二〇) 即便是中華人民共和國,雖政治上主張共產主義,但其民法通則第一百四十四條亦規定:「不動產的所有權,適用不動產所在地法律。」可資參考。

(註一二一) 姚壯主編,《國際私法理論與實務》,法律出版社,頁105-106,1992年9月第1次印刷;馬漢寶,《國際私法總論》,頁102-104。

(註一二二) 其他相關主要價值找尋的方式,筆者認為可以自國際及憲法等規定上去探知。請參閱拙著論文,《開放方式的選法理論》,頁99以下。

(二)開放方式的選法理論

接下來，筆者要提出自己對選法理論的意見。筆者主張的「開放方式的選法理論」，其基礎即是建立在陳氏的主要價值理論之上。但首先讓我們回到更早的源頭，就國際私法的定義與目的再做檢驗。

何謂國際私法？傳統上的定義為：「對於涉外案件，就內外國之法律，決定其應適用何國法律之法則也（註一二三）。」國際私法既然作為一種法則，在穩定性與可預測性方面的要求，自然被列為首要事項（註一二四）。國際私法的目標是在選擇涉外案件最妥當的準據法，而這一個目標所要解決的前提要件則是尋求判決的一致。判決一致的理想可以由兩個方面來觀察（註一二五），即實體結論的一致與法律適用的一致。前者指的是當事人可取得之權利，必將依法取得；而依法取得之權利必將具有國際性效力，在各國法制上皆受到尊重。這種想法與既得權理論結合的結果，構成了今日的傳統國際私法選法理論體系（註一二六）。後者則指各國法院對同一案件，皆依據同一法律之規定予以判決。而為了實現這一個目標，導出國際私法的未來應走向統一的結論。為達此理想，乃經由各國努力締結條約，統合整體的國際私法法律概念（註一二七）。

上述的基礎聽起來似乎是很合理的。甚至連新理論的提出，也未見其撼動這個基礎於分毫。「判決一致」的要求似乎已經是傳統選法理論與新選法理論學者們的共識，而從這個基礎出發，因著法系實務習慣上的差異，發展出兩類截然不同的方法論來。然而，筆者卻深深以為，這個基礎不但是該被質疑的，甚至在這個前提之上，還有另一個前提是該被我們所發掘和研究的。易言之，筆者以為與其僵持在方法論上的擇選，不如追本溯源，重新回到問題的平面，也就是直接質疑長久以來被視為當然的國際私法方法論基礎--「判決一致」這一點，而反思是

(註一二三) 馬漢寶，《國際私法總論》，頁1。曾陳明汝，《國際私法原理》，頁4。See also R. H. Graveson, CONFLICT OF LAWS (PRIVATE INTERNATIONAL LAW), p.3 (7th ed. 1974).

(註一二四) 學者有以為「個案公正具體妥當」與「選法穩定判決一致」為魚與熊掌，不可兼得。Juenger, American and European Conflicts Law, 30 The American Journal of Comparative Law, 117, at 127 (1982).

(註一二五) 陳榮傳，〈國際私法上的適應或調整問題〉，《法學叢刊》，第145期，頁111，民國81年1月。

(註一二六) 關於既得權理論在傳統國際私法選法理論上的地位，請參考拙著論文第一章第二節之說明。

(註一二七) 有關締結條約，以達到國際私法統一之理想之各國所努力的事實，請參考拙著論文，頁25以下。

否在解構了這個基礎之後，還有另一個基礎原點是值得我們再做出發的？

筆者認為，這個重新出發的這個基礎，應當落在--「使當事人甘服判決」(註一二八)這個原點上，代替原有的追求「判決一致」概念。這個想法其實再單純不過：當一個涉外案件發生時，無論法官選擇解決這個案件紛爭的方法論為何，最終的目的，都是希望案件的當事人能夠甘服法院的判決的。也就是說，判決的一致雖然有其重要性，然而要求判決一致背後的原因是什麼？便是在於使當事人能夠對於法院所作成的判決心悅誠服。這種「使當事人甘服判決」的基礎一旦被確立下來，那麼所有方法論上的意識形態之爭，都將會失去其存在的意義(註一二九)。法律問題便是社會問題，社會問題的解決並非藉由意識形態的辯證而來，而是切實地對於問題的本身提出可行的解決方案。從解決問題的角度出發，程序上的強求就不再是那麼地重要；而相對於程序拘泥的放棄，實體層面的問題便清楚浮現。國際私法長久以來強調其選法規則的技術性是大大超越了強調解決國際私法問題的本身，而我們所應該做的，首先便是回歸這個解決問題的基點上來，也就是「使當事人能甘服(註一三〇)法院的判決」這一點。

從這個原點出發，探討現行的程序，在國際私法被定位為「法官法」(註一三一)的現在，果真能夠達成「使當事人能甘服判決」這個目標麼？筆者以為，答案顯然是否定的。那麼，解決這個法官壟斷選法規則的現象，應採取什麼方式？筆者是傾向於將選法程序開放給當事人參與的(註一三二)。而採用了這個新的選法程序之後，只要當事人能夠接受經過這個程序所選擇的準據法結果，那麼之後的判決是否一致？國際私法是否統一？都將成為不必要的問題。法官所要做的，在這裏，只剩下注意本案的判決是否能夠「有效而迅速、公平地」解決當事人

(註一二八) 「使當事人甘服判決」這個概念，實在地說，是量的概念。由於我們無法要求當事人百分之百地甘服於法院的判決，所以只好退而求其次，即「提昇」當事人對法院判決甘服之程度。因此，問題變成，如何找出一個適當的選法方式，使得當事人藉由這個方式，達成他們所期待的、合理的判決結果，進而甘服於本案的判決？

(註一二九) 所謂「意識形態之爭」，是對於長久以來國際私法學者彷徨於抉擇「具體個案公平合理性」與「選法穩定判決一致性」間的形容。這種屬於價值判斷的典型兩難式問題，事實上討論至最後的結果，大抵是法系習慣本身所堅持的立場的問題。

(註一三〇) 「甘服」的意義，並非百分之百的信服，而是達到當事人可以接受的程度。所謂可接受程度不只是主觀的，客觀上吾人亦可以「有效而迅速、公平地判決」原則予以檢驗。合理並得為當事人甘服的判決標準，應當符合這三項基本的原則。

(註一三一) 國際私法向來被定位為法官選擇法律的一種理論，是在指示法官如何適用法律的，屬於「法官之法律」(Richterrecht)。並未有將選法程序這個範圍，開放與當事人參與之說。

(註一三二) 此即為筆者所主張的「開放方式的選法理論」。

涉外紛爭的情形。而何謂「有效而迅速、公平地」解決當事人涉外紛爭？分述如下：

1、有效原則（The Principle of Efficiency）。這點是針對判決的強制執行而言。也就是說，法官對於案件的判決，應考慮到當事人是否能依此判決而確實達到最大執行效果。根據這一項原則，在法官作成案件判決時，應衡量案件事實與當事人等各項情狀，例如執行標的物之所在，當事人之住所、國籍等，而斷定本案判決之作成，是對於其日後之執行有極大有利之效果的。也就是說，如涉外不動產爭議一類的案件，必須與該國之國內法令有關不動產變動之規定相合，否則往往無法順利對判決之標的執行者是。法官對此所為之判決內容，即應注意與不動產所在地之法令相合。

2、迅速原則（The Principle of Promptness）。這一點指的是使訴訟程序圓滑進行，亦即判決應顧及訴訟經濟之要求。所謂「遲來的正義不是正義」，若一個案件的爭執點是十分激烈而難分軒輊，或是爭執的焦點仍屬模糊時，迅速原則便往往為法官所採用。比較常見的如涉外侵權案件時，就賠償的數額當事人雙方的意見不一致時，法官此際便應主動界定一個賠償數額的標準，以避免訴訟程序因此延滯不前。程序的速度需要如何迅速、圓滑地進行，端賴法官斟酌。由於迅速原則的主張，使得程序上的最後主導權事實上落入專業的法官手中，而這也正是我們之所以依賴法官解決涉外問題程序上的根本原因（註一三三）。

3、公平原則（The Principle of Fairness）。也就是強調在判決的基礎上，法官應斟酌當事人的背景，衡量案件所牽涉之各種事實，以協調（Compromise）的方式，做出準據法選擇的判斷。在這裏法官可以將當事人的住所、國籍、之間的約定、物之所在地及行為地等事實，甚至包含經濟情況、風俗或宗教習慣都考量在內，以求獲得一個客觀而公平的判決。

筆者以為，主要價值的功用便是在於促使法官能依循這個標準，獲得出一個「有效而迅速、公平地」判決結果。因著這麼一個判決結果的產生，使得涉外爭

（註一三三） 解決涉外案件的方式，還有如國際仲裁一類的程序可以運用。然而，並非所有的程序，都可以依賴仲裁的方式來達成的。也就是說，在仲裁所主張的這種「由雙方當事人同意的第三者（仲裁人）站在公正的立場上，對雙方當事人間有爭議的事項做出判斷或裁決。」具有強烈當事人協議基礎色彩的程序，運用在所有的涉外私法案件上，是不適宜的。實體上可以舉個例子，如涉外案件牽涉到當事人身份的問題時，仲裁的方式若運用在這上頭，並不妥當。而程序上，由於我們在某種程度上仍然要依賴法官對於案件的專業意見，所以未必都能把這些程序的主控權，交由當事人以協議自行決定。

議問題如能夠妥善地獲得解決，而達成使當事人甘服判決的這一個終極目標，則關於選法方法論上的爭議，便不須那麼費事地去論辯和理解了。拆除了「判決一致」這個基點的意義在於，我們對於整部國際私法機器，應當把程序與實體面做合一的觀察，揚棄不合理的、鋸箭法式的傳統選法理論（註一三四），並且應重新開放選法程序，使得國際私法案件能夠依循著這種新觀念的程序獲致解決。於此，筆者大膽的主張，國際私法的統一運動，雖然在相當程度上可以免去許多繁雜的法概念衝突等問題，然而，這並非一股必然的趨勢。只要能認識到國際私法的原點並非建立在「判決一致」這點上，那麼無論將來的走向是統一國際私法也好，「放棄統一」國際私法也好，都是可行的。筆者並不打算建立起另一套宏偉的國際私法選法理論結構，而是企圖指出，若我們徹底地放棄了傳統國際私法的基礎核心時，那麼所謂的國際私法選法理論，又該會如何地呈現？

參、結論

Beale 教授在 1934 年所領導彙整的「第一新編」，可謂為集傳統理論之大成的鉅作。「第一新編」中採用侵權行為地法，事實上可說是受了既得權理論與屬地主義的影響結果（註一三五）。

在屬地主義以及既得權理論的基礎上所建構的傳統選法理論，將概念法學的菁華，發揮盡致（註一三六）。配合著不同法系間對於法官角色上的認定，使得傳統理論在實踐上，於兩個法系間有著迥然不同的際遇。傳統選法理論所帶來的選法穩定性與判決一致性的要求，是可以預見的。但其所顯示的個案具體正義的維護不彰，使得國際私法的另一功能--間接確定當事人的權益部分，因此產生了不公平及效果減損等現象，卻也是無法避免的。

此外，由於傳統連繫因素的老舊，不合時宜，毋寧又是對傳統選法理論的窘

（註一三四） 拙著論文，頁 155 以下參照。

（註一三五） Patrick J. Borchers, s, *The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study*, 49 *Washington and Lee Law Review*, 357(1992).

（註一三六） 概念法學強調邏輯崇拜（*der Kultus des Logischen*）與概念的支配，這與傳統選法理論中，預設抽象的連繫因素，以解決多樣化的國際私法案件，有著相同的道理。楊仁壽，《法學方法論》，三民書局，頁 88 參考，民國 83 年 1 月印刷。

狀雪上加霜。特別是國際私法的新潮流趨勢的衝激下（註一三七），我國的涉外民事法律適用法歷經四十餘年，而未見修正，更顯得傳統選法理論在我國，實有重新檢討其變革之必要。

傳統選法理論機械方式運用的缺陷，是一種必然的結果。如何改革這個選法理論的方式，新選法理論起了一個頭。雖然不是那麼地令我們滿意，但已經是很重大的改變了。陳隆修先生曾在課堂上表示：「所謂選法理論的建立，是要像數學公式一樣，放諸四海皆準，不能夠只侷限在個人單純的偏好中。」或許能夠說明，我們對於新理論的惋惜，以及對於另一種選法方式所該具有怎麼樣的一個特色的期待。

那麼，取決於兩種潮流之間的我國法院，該如何自處，進而解決這些繁雜的涉外問題？筆者以為，首先我們應當放棄長久以來對於國際私法所要求的重心--即「判決一致」這個原點，而該從另一項平面基礎的原點上出發；這項原點，就是「使當事人甘服法院的判決」。

這項基礎的建立並不難理解：只要案件的當事人能夠對於法院的判決信服的話，那麼沒有任何一個人有權利對於這項判決的結果提出任何的質疑。追求「判決一致」、「國際私法統一」等目標，都不如直接解決跟前的涉外爭議問題來的重要--這就是筆者對國際私法重心基本的看法。

是以，與其我們固執於方法論上的爭辯，何不回過頭來，研究看看還有哪一種方式能夠最直接、清楚而又穩定、妥當地解決涉外案件的爭端呢？筆者以為是有的，那就是涉外案件中「主要價值」的找尋。換句話說，透過揭示案件中主要價值的意義，使得本案的準據法得以浮現，讓這些既存的價值解決既存的問題，使得法院依照這種主要價值的軌跡，做出「令當事人甘服」的判決。讓已經實證淬灑的價值，解決這些原已具有解決方案的問題，這便是一項值得嘗試的選法方式。

關於主要價值的找尋，筆者主張這項工作不應只由法官所獨攬，而應當將程序開放，由當事人與法院三方面共同找尋。開放程序的結果，將更有利於達成筆者所認為的，國際私法的心目標--即「使當事人甘服判決」的達成。

（註一三七） 晚近國際私法之發展趨勢，大致而言，有三股潮流，其一，為美國之國際私法新理論。其二，為海牙國際私法會議對於國際私法統一之努力。其三，為開始於東歐國家，最後席捲西歐各國之國際私法立法或修法運動。李後政，前揭博士論文，頁 1 參考。此外，歐盟近年來一系列對其會員國間與會員國以外之國所生之法律衝突問題，所制定之各項公約，亦頗值參考。

當然，開放程序這一點，在法制的設計上，仍然是要與之配合的。(註一三八))完成一個「有效而迅速、公平地判決」便同時是在促成「當事人甘服法院判決」這個效果的發生。筆者相信，這麼一種選法程序要比任何一種由法院掌握獨攬的選法程序，來的合理的多。當然，筆者所提的這種選法方式，並不是毫無困難的。從某種意義上來說，這種開放方式的選法理論很可能被認定為是理論上的空談而已。但筆者相信，只要我們能夠瞭解國際私法的重心已經轉移這一項事實，那麼對於這種新觀念方式的選法理論，或許不會有如是的責難。

總的來說，筆者並不認為在本文中所提的選法方式，便是唯一的選擇。筆者對於選法方式架構上的理論，事實上是漠不關心的。甚至筆者主張，將所有的選法方式都混合在一起也無妨--只要他們都能確實證明出案件的主要價值，解決涉外私法案件爭端，達到「使當事人甘服法院判決」的目標，混合的選法方式何嘗不可？筆者不認為為建構法律概念而建構法律概念的說法是正確的，簡而言之，法律問題就是社會問題，而如何解決既存的社會問題，才是吾人應予關切的重心。

(註一三八) 筆者曾提出專業法庭設計，選法輔助人的設立，即是為求在開放程序的同時，能夠最「有效而迅速、公平地」實現案件主要價值內容。詳見拙著論文，頁 159 以下。

參考資料

一、西文期刊論文

1. Gene R. Shreve, Teaching Conflicts, Improving the Odds, 90 Mich. L. Rev. (1992)
2. Edgar Bodenheimer, The Need for Reorientation in American Conflicts Law, 19 Hast. L. J. 731 (1978).
3. Michel E. Solimine, The Impact of Babcock v. Jackson: An Empirical Note, 56 Albany Law Review (1993).
4. Juenger, A Page of History, 35 Mercer L. Rev. 419(1984).
5. Willis L.M. Reese, Chief Judge Fuld and Choice of Law, 71 Columbia Law Review (1971).
6. C.G.J.Morse, Choice of Law in Tort: A Comparative Survey, 32 The American Journal of Comparative Law (1984).
7. Friedrich K. Juenger, Babcock v. Jackson Revisited: Judge Fuld's Contribution to American Conflicts Law, 56 Albany Law Review(1993).
8. Paul A. Freund, Chief Justice Stone and the Conflict of Laws, 59 Harvard Law Review (1946)
9. Leigh Anne Miller, Choice of Law Approaches in Tort Actions, 16 American Journal of Trial Advocacy, (1993)
10. Lea Brilmayer, Right, Fairness, and Choice of Law, 98 Yale Law Journal, (1989)
11. Lynn Darrow Garson, Choice of Law Issues in Mass Tort Litigation, 56 Journal of Air Law and Commerce, (1990).
12. Paul Lagarde, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. dr. internat. privé, 80(2) avr.-juin.
13. Patrick J. Borchers, The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study, 49 Washington and Lee Law Review (1992).
14. Jonatham R. Macey, Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model, 86 Columbia Law Review (1988)
15. Frank H. Easterbrook, Statute's Domains, 50 University of Chicago Law Review (1983)
16. Richard A. Posner, Legislation and Interpretation: A Primer, 68 Nebraska Law Review (1989)
17. Donald T. Trautman, Comments on Reich v. Purcell, 15 UCLA Law Review (1968)
18. John Hart Ely, Choice of Law and the State's Interest in Protecting It's Own, 23 William & Mary Law Review (1981)
19. Von Mehren, Recent Trends in Choice-of-Law Methodology, 60 Cornell Law Review (1975)

20. Patrick J. Borchers, The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study, 49 Washington and Lee Law Review, 357(1992).
21. 12 Survey of Canadian Legislation, 1 University of Toronto Law Journal 358.
22. Leigh Anne Miller, Choice-of-Law Approaches in Tort Actions, 16 American Journal of Trial Advocacy (1993)
23. Friedrich K. Juenger, Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis, 32 The American Journal of Comparative Law (1984)
24. Bernard Hanotiau, The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking, V30 The American Comparative Law(1982).
25. Juenger, American and European Conflicts Law, 30 The American Journal of Comparative Law (1982).

二、西文書目

1. L. Brilmayer, J. Corre. E. Esty, J. Fisch, J. Firestone, S. Gordon, J. Huttonhower, N. Kuckes, M. Marr. K. Paisley & A. Spencer, An Introduction to Jurisdiction in the American Federal System (1986)
2. Dicey, A.V.: CONFLICT OF LAWS, 6th edition, 1949 (edited by J.H.C. Morris).
3. Lea Brilmayer, CONFLICT OF LAWS: FOUNDATIONS AND FUTURE DIRECTIONS (1991)
4. Robert A. Leflar et al., AMERICAN CONFLICTS LAW (4th ed. 1986)
5. Eugene F. Scoles & Peter Hay, CONFLICT OF LAWS (2d ed. 1992)
6. Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, Droit international privé, 7e édition(2001)
7. Pierre Mayer, Droit international privé, 6e édition, (1999)
8. Henri Batiffol et Paul Lagard, Droit International Privé, 8e édition(1993)
9. Joseph Story, Commentaries on the Conflict of Laws, (1834)
10. B. Currie, SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS, (1963)
11. Castel, CANADIAN CONFLICT OF LAWS (1977)
12. Russell Weintraub, COMMENTARY ON THE CONFLICT OF LAWS 2nd ed. (1980)
13. R. H. Graveson, CONFLICT OF LAWS (PRIVATE INTERNATIONAL LAW) 7th ed. (1974).

三、中文期刊論文

1. 陳長文，〈國際私法方法論之回顧與展望（上）〉，《法令月刊》第35卷第6期，民國73年6月。
2. 馬漢寶，〈國際私法規則之特性及相關問題〉，《法令月刊》第41卷第10期，民國79年10月。
3. 馬漢寶，〈談國際私法案件之處理〉，《軍法專刊》第28卷第11期，民國71

年 8 月。

4. 陳隆修，〈論國際私法上屬人法之連繫因素〉，《東海學報》第 29 期，民國 77 年 6 月。
5. 陳長文，〈國際私法上之規避法律問題〉，《法令月刊》第 40 卷第 7 期，民國 78 年 7 月。
6. 何佐治，〈涉外民事法律適用法〉，《法令月刊》第 41 卷第 10 期，民國 79 年 10 月。
7. 陳長文，〈國際私法方法論之回顧與展望（下）〉，《法令月刊》第 35 卷第 7 期，民國 73 年 7 月。
8. 陳榮傳，〈國際私法上的適應或調整問題〉，《法學叢刊》第 145 期，民國 81 年 1 月。
9. 曾陳明汝，〈涉外民事法律適用法違憲條文之多少〉，《司法周刊》，第 700 期，第四版，民國 83 年 11 月 23 日。
10. 陳隆修，〈國際私法的共同基礎（The Universally Shared Principles in Conflict of Laws）〉，《輔仁法學》第 3 期，民國 73 年 1 月。
11. 劉鐵錚，〈論侵權行為之準據法〉，《政大法律評論》，第 7 期，民國 61 年 12 月。
12. 陳長文，〈國際私法上之規避法律問題〉，《法令月刊》第 40 卷第 7 期，民國 78 年 7 月。
13. 陳隆修，〈論國際私法上屬人法之連繫因素〉，《東海學報》第 29 期，民國 77 年 6 月。

四、中文論文

1. 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〉，私立東海大學法律研究所碩士論文，民國 84 年 6 月。
2. 賴來焜，〈涉外侵權行為問題之研究--國際私法的新發展〉，國立政治大學法律研究所碩士論文，民國 75 年 6 月。
3. 李後政，〈國際私法上選法理論之新趨勢〉，國立臺灣大學法律研究所博士論文，民國 83 年 5 月。
4. 林凱，〈國際私法上本國法主義之研究〉，國立政治大學法律研究所碩士論文，民國 81 年 6 月。
5. 林思璋，〈開放方式的選法理論〉，東海法研碩士論文，民國 85 年。
6. 劉緒倫，〈國際私法上法律行為方式之研究〉，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國 76 年 6 月。

五、中文書目

1. 韓德培等編，《國際私法》，武漢大學出版社，1994.4 第 9 次印刷。
2. 阮毅成，《國際私法》，商務印書館，民國 54 年第 1 版。
3. 馬漢寶主編，《國際私法論文選輯（上）》，五南圖書出版公司，民國 73 年 7 月初版。
4. 馬漢寶主編，《國際私法論文選輯（下）》，五南圖書出版公司，民國 73 年 7 月。
5. 劉鐵錚等著，《瑞士新國際私法之研究》，三民書局，民國 80 年 10 月。
6. 翟楚編，《國際私法綱要》，正中書局，民國 61 年 3 月。
7. 陳隆修，《美國國際私新理論》，民國 77 年 9 月 4 版。
8. 鄭哲民校訂，吳錫堂等合譯，Lawrence M. Friedman 原著，《法律與社會》，巨流圖書公司，民國 80 年 7 月 1 版 1 印。
9. 余先予主編，《衝突法》，法律出版社，1991 年 9 月第 4 次印刷。
10. 施啟揚，《民法總則》，三民書局，民國 76 年 4 月校訂 4 版。
11. 楊仁壽，《法學方法論》，三民書局，民國 83 年 1 月。
12. 姚壯主編，《國際私法理論與實務》，法律出版社，1992 年 9 月第 1 次印刷。
13. 陳隆修，《國際私法契約評論》，五南圖書出版公司，民國 75 年 2 月出版。
14. 陳隆修，《比較國際私法》，五南圖書出版公司，民國 78 年 10 月出版。
15. 洪應灶，《國際私法》，中國文化大學出版部，民國 77 年 7 月第 4 版。
16. 司法院譯印，《美國法律制度序論》，民國 78 年 12 月。
17. 劉鐵錚譯，《美國法律整編--國際私法》，司法周刊雜誌社，民國 75 年 6 月。
18. 柯澤東，《國際私法》，2001.1。
19. 劉鐵錚，《國際私法論叢》，民國八十年三月修訂再版。
20. 陳隆修，《國際私法管轄權評論》，五南圖書出版公司，民國 75 年 11 月。
21. 馮大同等合撰，《國際私法講義》，人民法院出版社，1993.7 第 2 次印刷。
22. 馬漢寶，《國際私法總論》，自刊，民國 79 年 8 月 11 版。
23. 蘇遠成，《國際私法》，五南圖書出版公司，民國 77 年 9 月 4 版。
24. 劉甲一，《國際私法》，三民書局，民國 60 年 10 月。
25. 董立坤，《國際私法論》，2000.12 第 2 版。
26. 曾陳明汝，《國際私法原理》，三民書局，民國 80 年 5 月修訂 4 版再刷。
27. 李浩培、湯宗舜譯，Martin Wolff 原著，《國際私法》，法律出版社，1988 年 8 月第 1 版。
28. 姚壯主編，《國際私法理論與實務》，法律出版社，1992.9 第一版。
29. 高鴻鈞等譯，Henry W. Ehrmann 著，《比較法律文化》，新華書店，1990.3 第 7 版。
30. 高鳳仙，《美國國際私法之發展趨勢》，臺灣商務印書館，民國 79 年 1 月。

六、法條

1. 加拿大安大略省乘客條款 HighwayTraffic Act of Province of Ontario [Ontario Rev. Stat. (1960), ch. 172], §105, subd. [2]
2. 美國國際私法第一新編 J. Beale, A Treatise on the Conflict of Laws § 1.1(1935).
3. 美國國際私法第二新編 §6 Choice-of-Law Principles; §145 The General Principle; §146. Personal Injuries; §147. Injuries to Tangible Things
4. 涉外民事法律適用法第六條、第九條、第十條、第二十五條
5. 中華人民共和國民法第一百四十四條、第一百四十六條
6. 台灣地區與大陸地區人民關係條例第五十條
7. 中華人民共和國涉外經濟合同法第五條
8. 中華人民共和國國際私法示範法第一百十二條

七、判決

1. Kilberg v. Notheast Airlines, Inc., 172 N.E. 2d 526(N.Y. 1961)
2. 224 N.Y. 99, 110, 120 N.E. 198, 201(1918)
3. L. R. 1 P. D. 107(1870).
4. 124 N.E. 2d 99 (N.Y. 1954)
5. 263 N. Y. S. 2d. 647 (1965)
6. New York Life Ins. Co. v. Dodge, 246 U.S. 357(1918)
7. Green v. Van Buskirk, 74 U.S. (7 Wall.) 139 (1868)
8. Green v. Van Buskirk, 72 U.S. (5 Wall.)307 (1866)
9. Pacific Employers Ins. Co. v. Industrial Accident Comm'n, 306 U.S. 493 (1939)
10. Alaska Packers Ass'n v. Industrial Accident Comm'n, 294 U.S. 532 (1935)
11. Carroll v. Lanza, 349 U.S. 408 (1955)
12. 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963)
13. Olmstead v. Anderson, 400 N. W. 2d 292, 295(Mich. 1987)
14. Paul v. National Life, 352 S. E. 2d 550, 554(W. Va 1986)
15. Babcock v. Jackson 12 N.Y. 2d at 477, 240 N.Y.S. 2d at 746; 191 N.E. 2d.