

開放方式的選法理論

林恩璋*

目 次

壹、前言	參、開放選法程序的實行
貳、選法程序的開放	一、開放選法的原則
一、選法理論的強行性	二、開放選法的限制
二、選法理論的目標	肆、結論

中文關鍵詞：選法理論、國際私法、開放方式、法律適用、涉外民事、準據法、連繫因素實體化、涉外因素、任擇性、主要價值

Key Words：Choice of Law, Private International Law, Open Process, Application of Law, Applicable Law, substantialization of the connecting factor, foreign element, optional nature of Private International Law, prevailing value

中文摘要

法國著名的國際私法學家 Gaudemet-Tallon 教授，曾經

* 執業律師、法國史特拉斯堡第三大學基礎私法中心博士候選人。
投稿日期：96年5月15日，審查通過日期：96年6月18日。

以「彩虹與走鋼索」形容現代國際私法學所呈現的複雜特性：特別是選法理論的發展方面。的確，在我們這個時代中，國際私法學所面臨挑戰的問題，其複雜性已經遠遠超過上個世紀中所能想像。「多元主義」（Pluralisme）的趨勢使得國際私法學者無法僅滿足於一隅的研究與討論，各項選法理論的蓬勃發展，使得國際私法學者不得不去面對與探討，這項多變的學科所立以為基礎的研究重心，究竟應該是什麼？

本文將試圖論證，從國際協調與司法現實的立場而言，開放當事人參與選法程序不但為必要，更係一項調和訴訟上各項價值與利益，減低不確定的選法風險所值得參考的涉外紛爭解決機制之一。所有的法學理論，都無法避免應該回答一個重要且根本的問題：是否爭議可以隨著我們所選擇的判斷標準，而得到平息？在建構未來國際私法的體系上，我們需要一個更為開放、多元與靈活的涉外紛爭解決架構。而這個架構，將不會僅滿足於一個「平穩」或「確定」的假想而已。

Abstract

French professor Gaudemet-Tallon has described the modern theory of Private International Law by two symbols: the funambulist and the rainbow. (*le funambule et l'arc-en-cie*) The development of modern theories of Choice of Law rules are now more and more complex than what they were in the last century. The trends of pluralism pushes the scholars not only to expand their research field, but also review a very basic question: what is the main idea of the Private

International Law in this modern world?

This article tries to prove, from the angle of internationalism and judicial practices, that opening the procedure of Choice of Laws rules to the parties can not only reduce the risk of arbitrariness of Judge, but also provide an efficient solution, which conciliates the different interests and values in the litigation. Actually, all legal theory shall inevitably ask a basic and fundamental question: will the controversy be subsided by our choice? Consequently, what we need is an open, plural and flexible structure/ solution which can handle the various international affairs in the “real” modern international society, and this structure shall never be satisfied on an image such as “stability” or “certainty” from another “pure theory” world.

壹、前 言

*把手捏緊，裏面什麼都沒有，把手鬆開，你擁有的是一切。
電影「臥虎藏龍」對白*

法國 Gaudemet-Tallon 教授在荷蘭海牙國際法學院 2005 年課程中，曾經以「彩虹與走鋼索」形容現代國際私法學所呈現的複雜特性。彩虹是指現代國際私法的變化，包括其法源、目標以及呈現的形式，猶如彩虹的顏色般繽紛、模糊與難以捉摸，走鋼索則是指現代國際私法學的發展，猶如走鋼索一般，必須要設法保持平衡向前邁進，如果向任何一邊傾

斜，或是停滯原地不動，都將導致失敗墜落的結果¹。

Gaudemet-Tallon 的生動敘述，確實地反映了目前國際私法學的主流趨向。觀諸選法理論的發展，從過去將管轄權問題與選法問題合一觀察的時代，到後來薩維尼（Savigny）法律關係本據說的興起，在大陸法系的西歐國家中，始終未能跳脫出單面法則與雙面法則兩種基本的思維²。而在上個世紀六〇年代於美國興起的「選法理論革命」，雖然在一定的程度上可謂改變了選法理論方法論的風貌，但事實上囿於政治體制以及司法習慣的差異，其與傳統大陸法系西歐國家的交集，則僅落於「最重要牽連理論」的引進上³。

在選法理論的領域中，舊的問題未解，新的問題則不斷產生。在上個世紀八〇年代中，實體性法律衝突規則（Les règles de conflit à caractère substantiel）與實體法論（substantive Law approach）的影響開始為各國的國際私法學者所重視⁴。對於新世紀的選法理論而言，國家疆界與國

¹ H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI, t.312, 2005, p.9-488.

² 陳隆修、許兆慶、林思璋三人共著，*國際私法：選法理論之回顧與展望*，翰蘆，2007年，頁2。

³ 許兆慶，*國際私法與比較法研究*，翰蘆，2005年，頁178以下；賴來焜，*國際私法中「最重要牽連關係原則」之研究*，*法學叢刊*第187期，2002年7月，頁1；F. JUENGER, *A Third Conflicts Restatement? 75 Ind. L. J.* 403 (2000).

⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 8^e éd., Paris, p.182；F. JUENGER, *A Third Conflicts Restatement? 75 Ind. L. J.* 403 (2000)；陳隆修，*美國國際私法新理論*，五南，1987年，頁103以下；陳隆修，*以實體法方法論為選法規則之基礎*，*東海大學法學研究*第22期，2005年6月，頁307以下；陳榮傳，*國際私法立法的新思維—衝突規則的實體正義*，*月旦法學*第89期，2002年10月，頁50。

家法律體制已經不足以因應新的國際法律關係。易言之，傳統上以各國主權劃分管轄，進而選擇準據法解決涉外紛爭的概念，對於新興的交易、活動已呈現力有未逮的情形⁵。在許多領域中，必須借助「訴訟外爭端解決方式」(alternative dispute resolutions, ADR) 為彈性的支援，以達成紛爭解決的目標⁶。

另一個現象則是公法與私法的界線逐漸的模糊化。對於某些議題而言，其所牽涉的法律規範往往橫跨了公法與私法的分界，例如文化遺產的問題⁷。而隨著全球自由經濟的提倡，國際私法的研究已不限於各國法律的協調與比較，還必須結合國際經濟法、國際商事法等學科互為補充：這一方面不但急遽拓展了國際私法的研究範圍，另一方面，也對於傳統選法理論的建構產生相當程度的影響⁸。

⁵ 這方面最常被研究的主題，例如網際網路與全球化企業集團行為影響的問題。柯澤東，論世界貿易組織、全球化及其對國際私法之影響，月旦法學第 89 期，2002 年 10 月，頁 40；李復甸，網際網路行為準據法之研究，文章收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林，1998 年，頁 15 以下。

⁶ 例如仲裁，吳光明，國際商事仲裁協議之運用及發展趨勢，文章收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲理與制度—國際私法，元照，2006 年，頁 81 以下。吳教授並認為：「隨著全球化、自由化腳步之擴張，各國法律對仲裁協議有效性做出之限制，亦將逐步縮小。」

⁷ 陳榮傳，世界文化遺產的法律規範，文章收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲理與制度—國際私法，元照，2006 年，頁 387 以下；陳榮傳，由國際私法觀點論盜賊文化資產之回復問題，東吳法律學報第 14 卷第 1 期，2002 年 8 月，頁 67；陳榮傳，保護水下文化遺產公約之研究，文章收錄於陳長文教授六秩華誕祝壽論文集：超國界法律論集，三民，2004 年，頁 92。

⁸ 賴淳良，文化認同與國際私法，文章收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲理與制度—國際私法，元照，2006 年，頁 463 以下，特別是第 524 頁。

傳統選法理論的架構特色，在於預設一個中立的、抽象的、封閉的選法規則（*règle de conflit*），以解決各式的涉外民事紛爭。連繫因素理論為這個模式的核心，所謂「準據法」（*applicable Law ; loi applicable*）亦僅為預設連繫因素的法律適用過程下，所得到的當然結論。

選法理論的封閉性主要來自於兩個方面。首先是選法規則本身的設計：立法者預設各項單一或複數的連繫因素，將之規定於成文法典或單行法規中，以便法官就其所指定的連繫因素範圍中尋找出案件之準據法，作為涉外紛爭解決之基礎。硬性法則的設計，使得法官頂多僅能就案件本身，在斟酌全辯論意旨後，依照連繫因素的指示適用案件的準據法，在這其中除因特定案件適用當事人自主原則以外，幾無當事人參與選法之可能；其次是選法規則的強行性：傳統選法理論基本上認為一旦發現了涉外因素，就應當發動選法規則，在發現與發動之間，摒除了當事人干預選法的可能。在訴訟程序上，選法規則由既為法官職權所援用，除非迴避這類規範，（例如以即刻適用法或以國際公序為由，排除選法規則的干涉，適用法院地法）否則當事人在法官適用選法理論或是衝突法則時，無權也無法變更這類規範的標準。

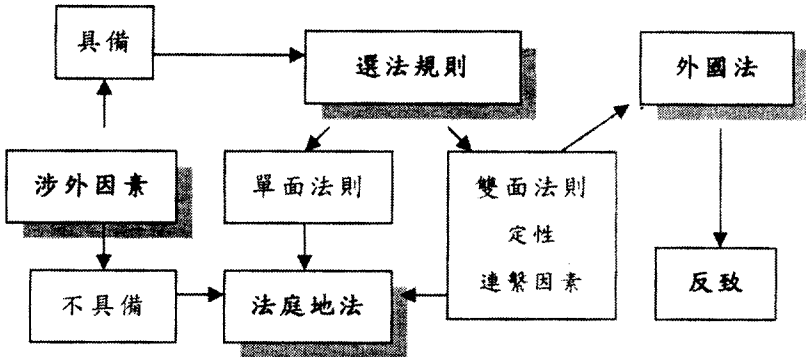
封閉型的選法理論系統長久以來因為具有相當的穩定性，並且在實務操作上允稱便利，是以無論是新選法理論或是傳統選法理論，事實上對於法官在選擇何種法則或是方法作為選法基礎的問題上，皆予以相當的尊重。換言之，如何在封閉的選法理論系統下，協助法官透過各種理論方法或法則，達成判決的一致並維護個案的正義，實為新／傳統選法理論所聚焦研究的共同課題。

現代國際私法學所面臨挑戰的問題，其複雜性已經遠遠超過上個世紀中所能想像。「多元主義」(Pluralisme)的趨勢使得國際私法學者無法僅滿足於一隅的研究與討論。各項選法理論的蓬勃發展，使得國際私法學者不得不去面對與探討，這項多變的學科所立以為基礎的研究重心，究竟應該是什麼？在新的客觀環境影響下，選法理論所可能呈現的形式，相較於傳統選法理論，究竟有如何之差異？

就此，本文即試圖論證，基於國際協調與司法現實的立場，相對於封閉型的傳統模式，選法理論應致力於開放當事人參與選法程序，以調和訴訟上各項價值與利益，進而減低不確定的選法風險。而何謂開放當事人參與選法程序？何以開放當事人參與選法程序為必要？又應當如何實行此一開放方式的選法理論？即有進一步研究之必要。

貳、選法程序的開放

依照台灣國際私法學者的主張，選法理論的機制可以下圖表示：



圖一：傳統選法理論機制

從判斷涉外因素的存否、到發動選法規則、選擇案件的準據法以解決系爭訴訟案件為止，在傳統選法理論的機制下，除法官以外，當事人就此一流程不得有何置喙。就選擇準據法的過程而言，此種模式的選法機制是封閉的、職權的與無法干涉的。

封閉型的選法方式，事實上容易落入法律形式主義（Legal Formalism）的困難中：例如機械性地適用連繫因素選擇案件準據法，為求形式上判決的一致而援用反致理論，或是欲透過定性的技巧規避法律系統衝突的問題⁹。這種單面的、由法官立場出發的選法觀點忽略了在一般訴訟程序中，涉訟的雙方當事人才是真正主角的事實。此外，以法律競爭的角度來看，封閉型的選法方式因為固守原來選法理論的中立架構，使得法院在面對一些新興的法律關係時往往遭

⁹ 我國學者對於傳統選法理論的缺失為文批判甚多，於此本文即不贅述。

到困難¹⁰。甚至無法為有效地處理，而使得國家法律在國際社會中遭到邊緣化的危險¹¹。因此，是否選法理論應當走出封閉型的桎梏，而另外尋求一種開放的方式，以擴大由法官之外，特別是訴訟當事人的參與選法之過程，即成重要之問題。

如果我們對於開放選法參與的想法表示贊同，則有兩個基本的問題必須先予以妥當的解釋。首先在於，是否我們可以認同法官，特別是具有成文國際私法法典或單行法規國家的法官，在面對涉外案件時，得不受其既定的封閉性方法或法則之拘束？換言之，所需討論者，為選法規則的強行性如何緩和的問題。(一)

其次，如果我們確認了選法規則的強行性是可以被緩和的，開放方式的選法也是可以接受的，那麼回歸選法規則的基礎上討論，究竟在涉外案件中，選法理論又應當扮演何

¹⁰ 例如環境公害賠償問題或是民事共同體契約 (PACS)，這類問題均非僅靠法官定性與傳統法律概念即可完滿解決者。關於後者，請見許耀明，「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係，東海大學法學研究第 25 期，2006 年 12 月，頁 75，特別是頁 105 以下的討論；G. KHAIRALIAH, Les « partenariats organisés » en droit international privé, *RCDIP*, 89(3), 2000, p.8.

¹¹ 國家與國家間，特別在國際私法上，是否存在法規範競爭，為一新興之研究問題，本文採肯定之見解。並請參考 H. MUIR WATT, Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé, *mélanges de l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2006, p.615. 有關法律邊緣化的問題，以法律達爾文主義 (Le darwinisme juridique, Loquin 教授用語) 的觀點說明：在全球化自由競爭之下，法律亦將面臨選擇，而有「優勝劣敗」的現象出現。遭到邊緣化的法規首先面臨的問題是按照這些法規做成的判決的承認與執行的問題，並且無可避免地將面對更多的規避法律與選擇法院 (forum shopping) 現象問題。E. LOQUIN, Les sources du droit mondialisé, *Droit & Patrimoine*, n°96, 2001, p.70, spec. p.76 et s..

種角色，以證成開放選法的必要性？此一問題實質上涉及選法理論的任務及目標，亦當予以究明。(二)

一、選法規則的強行性

所謂選法規則的強行性，係指法院就涉外訴訟事件，必須絕對受到選法規則的拘束，依其所指定之準據法作為案件適用實質法規的依據。其內涵至少有二：其一，只要是涉外案件，法院即須強制適用選法規則，不得直接援引內國法的規定作為涉外紛爭解決之基礎；其二，法院強制適用選法規則的過程為絕對封閉與獨立，不須也不容當事人意思介入更改¹²。

關於選法規則的強行性，台灣法院實務的立場甚為一致，以最高法院近期做成之 94 年台上字第 687 號判決為例，即認為上訴人外國法人，「本件應屬涉外民事事件。原審未依涉外民事法律適用法之規定確定其準據法，遽依我國法律而為上訴人不利之判決，自有可議。」最高法院一向主張就涉外民事事件法院應「依涉外民事法律適用法之規定確定其準據法」，若有違反時，即構成判決違背法令，得將該判決廢棄發回原審¹³。

¹² 關於選法理論之強制性，在台灣學者間首見於柯澤東教授於其國際私法教科書中之討論。柯澤東，國際私法，元照，2004 年，頁 171 以下，另請參考蔡華凱，外國法的主張、適用與證明—兼論國際私法選法強行性之緩和，東海大學法學研究第 24 期，2006 年 6 月，頁 175，特別在頁 188 以下；吳光平，論法院之依職權適用涉外民事法律適用法—從最高法院九十五年度台上字第一一六六號判決談起，2006 年李樸務實法學基金會論文。

¹³ 其他判決參考如最高法院 69 年台上字第 1728 號判決、83 年台上字

實務的立場或許不難理解：因為在立法上目前存在著涉外民事法律適用法（下稱涉民法）這一個單行法規，就司法習慣而言，台灣法官很難無視於該單行法規之存在而予以迴避，法官必須依照法律的規定為判決，否則將使涉民法之規定形同具文。因此就現行法制下的實際狀況而言，採取選法規則強行性的立場，確係有因可循的。

然而，如果我們可以試圖，至少在理論上，認為選法規則的強行性應該受到適度的緩和時，那麼採取這種緩和選法規則強行性觀點的立論基礎，又應該是什麼？

首先，讓我們回到國際私法的基礎理論上觀察。在國際私法理論的發展上，大致上有兩種截然不同的觀點：公法主義觀（publicisme）與私法主義觀（privatisme）。前者源於法則區別說學派，主要認為國際私法的問題是在於處理主權衝突的問題¹⁴。所謂法律衝突，實際上是指主權衝突。在此基礎上可以推論為：消弭主權衝突的方式有許多，不限於某一項特定的法規，而應該由國家司法者透過其限制或擴張主權的行使的方式解決。換言之，就公法主義觀而言，涉外案件應以劃定主權範圍方式，判定案件究應適用內國法抑或外國法；後者則是源於 Savigny 的雙面法則模式，認為國際私

第 3281 號判決、87 年台上字第 363 號判決、87 年台上字第 1203 號判決、91 年台上字第 1031 號判決以及 95 年台上字第 1166 號判決等。
¹⁴ 就此，又可細分為國際的公法主義觀（publicisme international）與國內的公法主義觀（publicisme interne）。前者與世界主義（universalisme）相結合，認為主權衝突可透過統一的原則獲得解決，後者則是著重在於內國主權範圍的認定，當內國主權範圍可得確定之時，即可決定案件究竟適用內國法，抑或外國法。J-L ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse Paris II, 2000, p.254 s..

法問題在於解決私的關係衝突問題，而非主權的衝突。就涉外私紛爭的解決，應針對其法律關係的特殊性質，直接地提出適當的解決方案。易言之，法律關係本據說一即今日選法規則的雛形，在私法主義的國際私法觀看來，植基於連繫因素之選法規則為一獨特並具有正當性的涉外紛爭解決機制¹⁵。

不同的觀點對於選法規則的強制性是否應予緩和，亦有不同的看法。就公法主義而言，選法規則並不具強制性，而僅應被視為係國內法制之一部，與其他內國法規立於平等考慮之地位。就私法主義而言，選法規則自然被定位為解決涉外紛爭最妥當的機制，特別在立法上或司法實務上採用傳統選法理論的國家，往往愈加強調選法規則的強行性¹⁶。

然而，選法規則的強制性並非牢不可破。其受到兩種思潮的衝擊，而顯得越來越趨於緩和。首先是來自於外部的思潮：隨著六〇年代開始選法理論的突破性發展，已經使得傳統選法理論的正當性地位受到挑戰。多元主義的興起並引發現代國際私法學界開始質疑選法規則強行性的合理基礎¹⁷。繼而，就選法規則強制性本身的立論基礎，學者亦多有反省之聲。一方面，如果賦予選法規則強制適用性，在單面

¹⁵ 有關國際私法上公法主義與私法主義的分析，請見 P. MAYER, *L'Etat et le droit international privé*, Droit 16, 1992, p.33 s.

¹⁶ 特別是該項選法規則為國際條約中所選用，而該國又為締約國時，選法規則的強行性即被更加強化：因為一旦違反時，還會引發國際條約義務違反的問題。Y. LOUSSOUARN, P. BOUREK et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, op. cit., p.309

¹⁷ Y. LEQUETTE, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal : à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988*, *RCDIP*, 1989, p.277, spec. p.323.

法則的情形下往往窒礙難行¹⁸，另一方面，是否案件具有涉外因素（foreign element; élément d'extranéité），即應強制適用選法規則？亦不無疑問。

在傳統選法理論中，涉外因素的作用主要是作為發動選法規則的條件¹⁹。易言之，一旦發現案件具有涉外因素，在傳統選法理論中即因此發動選法規則，以代替內國實質法的直接適用。然而，吾人若仔細推敲此一方法步驟，卻可發現其充滿矛盾。首先是涉外因素之作用，主要係予以訴訟國際性質的色彩。然而，此一具有國際性質的訴訟案件卻歸結由內國法律作為最終之解決方案，而非「國際的」法律²⁰。其次，是否涉外因素一經發現，即必然發動選法理論？於不

¹⁸ 舉例而言，有關涉外離婚事件，法國民法第 310 條為單面法則形式，規定當事人共同國籍為法國或其住所法國時，適用法國法。則設想一例：當法國法院在面對涉外離婚案件當事人共同國籍非法國，在法國亦無住所時，是否法官應該被強制考慮相關「外國國際私法」的適用問題？然而，如果作這樣的考慮，往往是不切實際的。因為我們不能期待內國法官可以正確無誤地適用外國的強行法規，更何況對於內國法官而言，是否適用外國強行法規僅係一種裁量，而非義務。加以考慮到尊重他國主權行使，內國法官實無理由越俎代庖考慮外國法是否於此情形應加以適用。是以就單面法則而言，選法規則的強制適用性不盡合理。J.-M. BISCHOFF, *Le divorce en droit international privé allemand, français et suisse*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 1980, p.42.

¹⁹ 此幾乎已成為我國國際私法學者之通論。有關國際私法案件處理順序的說明，台灣國際私法學者首見馬漢寶，談國際私法案件之處理，軍法專刊第 28 卷第 10 期，1982 年 11 月，頁 3。

²⁰ 以內國法律制度概念片面定性系爭法律關係，以及漠視該關係事實上具有國際性質，各國法律制度存在相當歧異的狀況，往往使得選法規則的美意大打折扣。因此，法國學者 Batiffol 認為，國際私法學者對於此一情形應首重協調各國之法律系統（coordination des systèmes）。H. BATIFFOL, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, 15 Seton Hall L. Rev., 1984-1985, p. 812.

同國際私法立法型式的國家，亦有不同之看法。例如法國，向來其法院立場對於外國法的適用予以法官相當之自由選擇空間²¹。雖然法國仍有學者認為選法規則具有強制適用性²²，然而法國法院對於法官是否因此有職權適用選法規則選擇外國法之義務，似仍採保留的看法²³。

這些關於選法規則強制適用性的對立看法，或許以另外一種解釋，可以將之導向較為合理的結果：涉外因素不該被認為是發動選法規則的條件，而僅係作為內國法律系統適用於訴訟案件的一種限制條件²⁴。換言之，當案件具有涉外因素時，內國法官在法律的適用上即受此一事實之拘束，而不得直接以內國法律的規定，作為訴訟最終解決的方案。從推論的階段上觀察，原則上法官在未審究訴訟案件相關事實前，就訴訟案件的處理均是以內國法角度為之。在此一階

²¹ 我國學者稱之為選法規則的任擇性 (optional; facultative)，柯澤東，國際私法新境界：國際私法專論，元照，2006年，頁21以下；蔡華凱，同前註12，頁193以下。見 Bisbal 案，Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1959, JDI 1960, p. 810 s., note Sialelli; RCDIP 1960, p.62, note Batiffol; 或 Compagnie Algérienne de crédit et de banque 案，Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1960, JDI 1961, p. 408 s., note Goldman。法國法院認為當案件適用外國法時，選法規則具有任擇性 (facultative)，如案件適用法國法時，選法規則即具強制性，惟此種區分方式頗受法國國際私法學者質議。

²² P. MAYER, L'office du juge dans le règlement des conflits de lois, TCFDIP, 1975-1977, Séance 13 mai 1977, p.233 s., H. FULCHIRON, Travaux dirigés de droit international privé, Litec, 2001, p.65。

²³ 此從 Bisbal 案後法國法院實務的發展可知。一般而言，除了所應適用的法規為國際條約或立法者所制訂，在當事人未主張適用外國法時，若法官適用法國法規（特別是法源來自於法院判決的法律規則）為判決，仍為法國最高法院所接受。Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, op. cit., n°242。中文方面資料見柯澤東，同前註12，頁179以下。

²⁴ 有關此種新解釋，請見 J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, J.D.I., 1, 2003, p.39。

段，所謂的「內國法」的意義是廣義的，應該包括了一切法庭地公法與私法的法律。而當法官確定案件具備涉外因素之時，其亦應立於內國法官的立場考慮，究竟應該如何適用法律，使得此一具備涉外因素之案件得以獲得解決。在此一階段，選法規則亦與其他內國法律相同，屬於法官考慮之眾多紛爭解決方案之一，與其他內國法律立於平等之地位，並無特別優越性。

如果我們能被修正「涉外因素的存在作為發動選法規則的一項條件」這種說法，則選法規則的強制性將可因此緩和。法官僅有在案件「非必然適用」法院地法時，始考慮外國法之適用問題。易言之，涉外因素的作用係在於限制法院地法於案件中之「必然適用」，而非作為一項「當然發動」選法規則的條件。在這種解釋之下，法官關於選法規則的強制適用性自然也就存在了自由衡量的空間。

在法院實務採取嚴格的選法規則強制適用性的我國而言，無論從民事訴訟法或是從涉民法規定觀之，事實上就此一問題仍存在著解釋的空間。如果我們能從針對訴訟紛爭解決的立場來看，涉外案件在擺脫傳統機械性的適用方式後，法官得以功能地輔以較為靈活與彈性的方法論，則不但在國際私法學術上可以刺激更多靈感激盪，實務上對於案件個案正義的維護，亦可達到更為合理的效果²⁵。

²⁵ 我國學者並有主張從司法現實運作的觀點而言，由於法官對法院地法（內國法）知之甚詳，故適用法院地法（內國法）並無有如適用外國法般有查明困難、理解障礙導致適用不正確等問題，因此法院裁判之品質得以維持，案件程序與實體利益得以促進，法庭地法相對於外國法應享有優位者。蔡華凱，同前註 12，頁 217 以下。此外，陳隆修教授甚早即著文指出：「法律衝突中的一大諷刺是，法院適用

二、選法理論的任務及目標

然而，如果我們接受選法規則強制性是可以緩和的觀點，是否又會回到國際私法的老問題：維護選法穩定與判決的一致，與保障個案公正具體妥當，二者是否始終不可兼得？

此一問題涉及到吾人對選法理論的任務及目標的基本認知：選法理論的任務究係何在？是否現行的選法規則架構可以達到選法理論所追求之目標？

法國學者 Batiffol 認為，「衝突法的方法不在於鬆散的國際法律現實，而是在於提供一些有效的對策，以便組織這些共存的各國法律系統²⁶。」所謂有效的對策，指的是針對訴訟案件國際性質所提出的解決方案，這種解決的方式不但應具有普遍性，並且應該具備一定程度的可預測性，使得透過這些對策的運用，有效的協調與解決各國法律差異的衝突。

台灣國際私法學者在傳統上接受國際私法的私法主義觀，認為國際私法係「對於涉外案件，就內外國法律，決定

「被選出的外國法」中的一部份來審理國際爭議案件，其是否能達到公平的成效，是無法估計或保證的。再者，不僅是「被選出的外國法」的其餘部分被忽略，即使是被擷取的部分，也有可能存有可變通的脫法方式，而那些方式是審判法庭所不知道的或沒有信心採用的。例如「公共政策」(public policy)係廣泛為一般國家所採納之一種審理案件的方法，而這種方式是無法制訂準則的...美國學者專家對於與其個人專門學識範圍有的英國法，並不十分瞭解。我國許多學者專家們對日文雖沒有什麼語言上的困難，但也未必能完全瞭解日本的法律。」請參陳隆修，同前註4，頁6。

²⁶ H. BATIFFOL, op. cit., p.830.

其應適用何國法律之法則也²⁷。」作為一種法則，自然在穩定性與可預測性方面，亦有其相當之要求。按照此一定義，選法理論的目標是在選擇涉外案件最妥當的準據法，其任務在尋求判決的一致：包含實體結論的一致與法律適用的一致，使當事人可取得之權利，必依法取得，而賦予其權利國際性效力，並進一步使各國法院對同一案件，皆能依照同一法律之規定予以判決。

國際私法學者向來醉心於判決的一致的理想，因此致力於發展各種理論，期能達到此一目標。同時因為法律系統與司法習慣的差異，使得這些不同的理論各自呈現出其獨特的風貌。但無論是大陸法系或是英美法系，國際私法學似乎始終環繞著幾個基本的主題不斷地辯證：主權、外國法的適用、案件事實與各該國家間之聯繫，以及法院地法的適用範圍等。僅在少數的場合中，國際私法學者會去關心當下發生訴訟紛爭當事人的真實感受。而就此，個人卻願意相信，有關當事人是否得經由公正、迅速與有效的程序甘服法院的判決，如何從此一角度出發去判斷所應該採用的選法標準，以及如何將理論確實結合內國的民事訴訟程序以減少法官在適用法律上的困難，將是國際私法學在可預見的未來無法避免，也必須要慎重解決的重要問題。

所謂選法理論所冀求的穩定性，並非只是選法理論「自身」的穩定性，而是指整個國際民事訴訟程序在選法階段時的「整體」穩定性。事實上，所有的法學理論都無法避免應該回答一個重要且根本的問題：是否爭議可以隨著我們所選

²⁷ 這裡我們採取傳統「小」國際私法學的觀點，將選法理論作為國際私法學的基本核心問題為合一之觀察。

擇的判斷標準，而得到平息？國際私法學亦不例外。選法理論的提出，其目的即在於定紛止爭。如果我們不忘記此一最基本的原則，那麼當法官藉由各種選法理論所提供的方法，尋找出解決訴訟案件紛爭最適當的法規時，我們就沒有理由阻止當事人對於如何選擇最佳的解決方案提供意見的可能。換言之，如果我們仍然採用封閉方式的選法理論，排除當事人對於最終解決訟爭問題參與發表其意願的機會，這種作法事實上不但忽略了訴訟當事人在程序上所本應獲得的保障，並且也與選法理論的最終目標：「解決訴訟紛爭」不符。選法程序開放與當事人參與，其主要的理由與選法理論的任務與目標是一致的：如果我們可以透過選法程序的開放，使得當事人能夠因此「甘服判決」，那麼這種作法就能夠保證案件所牽涉之各國法律秩序間具備相當程度的穩定性，並且對於法院判決的執行面上亦將有相當之助益²⁸。易言之，決定案件準據法的方式，應當首重法官、原告與被告三面關係間的平衡。因此，過去一向將選法理論視為「法官法」（Richterrecht）的看法，似應予重新修正²⁹。

如果我們始終封閉選法理論多元化的管道，那麼極容易造成一種情形：內國法官總是傾向於固守已經相沿成習的選法方法或法則，而不願意進行更為複雜的法律系統協調工作，特別在選法方法已經被立法明文化的國家中，法官往往

²⁸ 誠如學者指出，「歷來實務驗證所顯示，訴訟當事人對於其親自參與之裁判過程越能信服、滿足，則其自動自發順從裁判內容所示紛爭解決方案之機率亦恒屬越高，此乃當事人愈能接納裁判結果之表徵。」邱聯恭，程序制度機能論，台大法學叢書 52，1998 年，頁 205 以下。

²⁹ 馬漢寶，國際私法（總論、各論），自版，2004 年，頁 24。

傾向採用對自己而言較為簡單與容易適用的選法法則，而不願意輕易嘗試新的方法³⁰。法官故步自封的危險性以及選法規則流於僵化與機械性的操作，將無法確保涉外訴訟案件的公平性，遑論實現國際私法的最終目標：解決涉外法律衝突之紛爭。

因此，如果選法過程得開放當事人參與辯證與選擇，則任何選法理論，無論是採取傳統的或是彈性的選法方法，都有可能被援用為涉外案件準據法主張的基礎：只要這些選法理論可以確保當事人甘服判決目標的達成。選法理論的任務在於決定系爭涉外訴訟案件最能使當事人甘服法院判決的解決方案。此一方案的提出不應僅依照法官單方面的意志，而應該一併考慮當事人對於訴訟案件所關注的實體法律價值判斷。使當事人「甘服判決」的意義，可以從兩個角度去持論，一方面，主觀上法院必須尊重當事人選法的意願，適度將法官享有之選法權力分享與各該當事人，促成其信賴最終判決的結果；另外一方面，客觀上法院必須確保選法的結果合乎實體法上的主流價值（the prevailing value），將實體正義（material justice）融入衝突正義（conflicts justice）

³⁰ 學者 Carlier 在對比利時 2004 年推出的國際私法新法典評論時，認為法典化的理由主要是基於實用主義（pragmatisme）的考慮：因為對從事司法實務的工作者而言，其所需要的是一套面對涉外問題時的指導性規範。這套規範必須要清楚的、容易理解的並具體的給予法官指示，以解決相關的涉外問題，而不是讓法官們在複雜的學理與法院的判決先例意見間繞來繞去。從這一點，我們可以知道事實上對於司法實務工作者而言，因為受到其能力與程序效率要求等條件上的限制，往往其最為青睞的並不是最佳的選法理論，而是一套容易運用與清晰穩定的選法規則。J.-V. CARLIER, Le Code belge de droit international privé, RCDIP, 94(1) janvier-mars 2005, p. 11., surtout p. 14.

之內涵³¹，使得選法的範圍不至於逸脫國家的監督與控制而顯得漫無目的，特別是在國際公序或是重大國內公共法規政策（如「即刻適用法」）的約束下，妥善地調和個人與國家的利益衝突問題。

在此基礎上，所謂開放選法程序的實踐方式，即有必要為進一步之討論。

參、開放選法程序的實行

在確立選法程序開放的前提下實踐開放方式的選法，至少有兩個問題必須被提出與解決。首先，在現行的法律架構下，應如何實現開放方式的選法？易言之，是否現行的法律架構能夠確實保障開放方式的選法順利進行？如有欠缺時，又該如何改進？此即有關開放方式選法理論進行原則的問題。（一）

其次，實踐開放方式的選法是否意味著當事人的選法應完全自由而不受限制？特別是選法理論與其他內國法律之間的關係，應該如何確定其適用順序與選法的範圍？此即有關開放方式選法理論限制之問題。（二）

一、開放選法的原則

涉民法對於何謂涉外因素，是否一經發現涉外因素即應強制適用涉外民事法律適用法之原則，並無明文。就此一問

³¹ 此亦為現今國際私法學發展之新趨勢。陳榮傳，同前註4，頁60。

題，事實上讓諸司法解釋與法院習慣形成慣例。

對於法院如何緩和選法規則的強行性，台灣國際私法學者曾提出具體的實行辦法。例如柯澤東教授認為就此一問題，原則上應提升當事人意思自主原則在程序上之選法，至少有三點內涵：(一)、應給予雙方當事人充分之意思自主，除抵觸公序或第三者利益、社會公益情形外，其得自行決定在訴訟程序上是否選擇法院地法。(二)、當事人主張適用外國法時，如該外國法與法院地之衝突法則選法之結果一致，則應適用該外國法。若當事人未主張適用外國法，法院不得隨意適用外國法。(三)、適用外國法的合理性，由當事人決定，而非由法院決定。於外國法與法院地法間之選擇，何者較強應由一方當事人主張證明以否定法院地法，否則應該適用法院地法³²。

蔡華凱教授則認為，從當事人意思自主原則、處分權主義以及司法裁判品質提升與訴訟經濟等基礎上觀之，尊重當事人意願，尤其自己評估所追求實體上的利益，對於涉外民事法律關係之合理解決不但無戕害，反而在消弭國際私法理論與涉外裁判實務之鴻溝，有正面的價值。不過，蔡教授認為原則上涉民法仍具強行性，程序上法院應行使闡明權，曉諭當事人本件訴訟有發生適用外國法的可能，當事人應就此問題為言詞辯論之充分準備。在涉外財產關係事件中，若兩造無意適用外國法，則可以在訴訟上使兩造達成適用法庭地法之合意，以代替外國法。此外，如外國法內容不明時，原

³² 柯澤東，同前註 21，頁 83。

則上應以法庭地法代之³³。

上述見解均表達了在採取選法規則任擇性的情形下，適用法院地法的傾向性。而本文則認為，即便對於選法規則採取任擇性的立場，仍不妨維持法院地法與外國法平等適用的原則，似無須過於強調法院地法優位原則。就選法規則的任擇性而言，涉外因素之功能，若能採取其作為內國法律系統適用於訴訟案件之限制條件，而非當然發動涉外民事法律適用法之條件的看法，不但不違反現行法律規定，反而適足以預留合宜之裁量空間，有助於國際私法學之發展。並且可以協助司法實務者在採用國際私法新理論時勇於跨出腳步，不至於過於機械性地適用傳統選法理論，而無轉圜之空間³⁴。

在確認採取選法規則任擇性的立場後，若我們仍堅持法院地法與外國法必須被平等適用，則無可避免地，必須討論該潛在可能被適用之外國法的證明問題。就外國法之證明問題，民事訴訟法第 283 條規定：「習慣、地方制訂之法規及外國法為法院不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」學者通說認為此為我國法制上目前對於外國法之證明採「協力證明說」之法源依據，實務判決上亦常責成當事人應就其所主張之外國法內容，包含法規、判例及法則提出證明³⁵。依照此一推論，對於訴訟案件是否以適用外國

³³ 蔡華凱，同前註 12，頁 228 以下。

³⁴ 若依照現今實務意見，除非修正涉外民事法律適用法之相關規定，否則我國涉外案件幾無國際私法選法新理論適用之餘地。在正式通過新法以前，運用解釋彌補現行法律彈性的不足，賦予司法實務者更多的判斷空間，亦不失為一種權宜的方式。

³⁵ 參考最高法院 96 年台上字第 156 號、95 年台上字第 1361 號、89 年台上字第 240 號等判決。

法為宜的問題，可透過當事人的舉證，尋求出法院適用或拒絕適用外國法的合理依據³⁶。

再者，民事訴訟法第 199 條規定「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」法院就未知的外國法，適時地運用此種訴訟上的闡明權，以祛除當事人在程序上所可能面臨的，因對外國法內容證明舉證不足，所可能遭受的不利益風險。

上揭關於外國法證明的條文均表達了一個圖像，那就是涉外案件中存在的三方關係：法官、兩造當事人之間其各自職務與角色應當如何發揮之情形。易言之，在法官尚未決定案件應適用外國法或是法院地法時，有關準據法適用的問題應該是開放性的，至少是可受辯證的。那麼，如果我們選擇將外國法與法院地法置於同一個天平上去衡量，另一個重要的問題是：法官要如何才能知道，何時應當適用外國法，何時又應當適用法院地法呢？

如果以封閉性的選法規則標準來看，這個問題的解決，毫無疑問地是交由立法者所制訂的連繫因素標準去判斷

³⁶ 另，陳隆修教授援引英國法為例，進一步說明「有些學者雖主張於外國法無法證明之情況下，外國法應被推定與英國法相同，但若該外國法為大陸法時，此推定則不甚合適，故『推定說』時有缺點。既然於國際案件中外國法甚難舉證，作者亦主張於無法證明外國法時，我國法院似亦可採用我國法，但由於我國法院職責與英美法院不同，或許法院應取得雙方當事人之同意較好。」殊值參考。陳隆修，比較國際私法，五南，1989年，頁157以下。

的。而如果採行的是彈性選法理論的標準，這個問題的回答則是與案件具有最重要牽連關係的法律，或是對於案件具有適用上最佳利益的國家法律——但這又回到了傳統選法理論與新選法理論相峙不下的老問題上：究竟選法穩定性要高過個案正義的維護，還是個案正義要優先於選法穩定性去考慮呢？

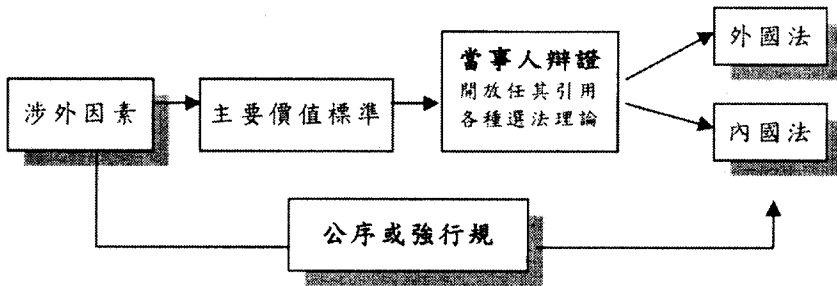
難道我們沒有第三條路嗎？筆者個人認為是有的。

筆者主張，關於此一問題回答，我們不應該耽於選法理論優劣性的辯論，而應當著眼於：究竟紛爭應該如何解決？究竟應當如何讓當事人甘服法院的判決？無論法官在技術上想要選擇哪一種標準或方式，他都必須要對當事人提出足以信服的理由，以證明他所選擇適用的法律是符合正義的標準與當事人合理的期待。是以，既然我們無法切割實體正義與衝突正義：因為這兩種正義往往難以區分的，並且對當事人來說，做這樣的切割是毫無意義的，則就準據法應依照何種標準判斷的問題，仍應該回到實體法規價值的層面上去探討。於此，筆者認為較為適當的標準，應該是各該案件中的「主要價值」（the prevailing value）。

所謂「主要價值」並非學理上的假設，而是事實上源自於實體法上各部門，在經歷長時間歷史發展、實踐與協調下，於國際社會中所奉行的一項或多項主流標準。例如在父母子女的事件中，應優先考量保護未成年子女的利益；在人身事故損害的案件中，受害人應當得到迅速與合理的賠償；在多婚制的案件中，合法成立的外國多婚制度其效力應該受到尊重；涉外信託案件中，委託人合法的意願應受到尊重等

³⁷。做為國際社會中已經事實上 (de facto) 普遍存在的主要價值，與目前封閉性的選法規則，及紛亂不知所措的彈性選法理論相較，主要價值理論應該是一種較佳的選法標準，亦可能為我國法院所接受。

從這個基礎來說，選法程序的進行，應當先由法官昭示主流價值作為判斷基準，次由當事人共同協力證明其所選擇的法律為最符合相關類型案件中主要價值的標準，進而判斷或從中協調出最可能實現個案正義的準據法。是以，在此一原先封閉的選法階段中，我們將之開放給當事人參與辯證，準據法作為一個程序上被公開討論的議題，透過法官、雙方當事人的協力，將其原先模糊的輪廓漸漸地浮現清晰。



圖二：開放方式選法理論機制

於此，我們有兩種方式可以採用，第一種方式是在不更動現行的涉民法與民事訴訟法的架構下，變更對於選法規則強制性以及選法步驟的解釋（涉外因素的功能），法官先自行選擇並昭示相關案件中的主要價值，以建立先例，再由當

³⁷ 此一理論為我國陳隆修教授所創。陳隆修，同前註4，頁103以下。

事人就其所選擇的法律是否符合此一主要價值進行辯證³⁸。當事人要以何種選法理論或是法則證成其主張為合適，完全聽任其自由，法官的角色在於監督當事人的主張是否逸脫案件主要價值之範圍及目標，並作適時的闡明與修正。

第二種方式，則是在新修正的涉外民事法律適用法中，明文加入這些已被國際社會所普遍承認的主要價值，作為法官評估選擇準據法時的另一項依據。技術上有兩種作法：第一種作法是就個別的法律類型，分別地列出其目前於國際社會上已被普遍接受的主要價值內容，作為個別類型案件中選法參考之直接依據。例如在涉民法第 11 條中，增列「婚姻，除得參考左列各項規定外，應依尊重個人婚姻自由與儘量維持依法成立婚姻效力之法律。」一項，做為法官於涉外婚姻成立效力案件上選法之依據；第二種作法則是以總括條文的方式立法，將主要價值作為帝王條款，明白揭示各該涉外法律關係，應依最能實現其案件類型之國際社會主流實體價值之法律³⁹。無論如何，如果這種開放方式的選法理論是可以被接受的，立法上我們就應當不再迴避，勇於面對各項實體法上的價值判斷與選擇，並考慮儘量將實體法的精神融入到選法規則之中。

同時，鑑於內外國法律在比較上存在一定的困難度，程

³⁸ 陳隆修教授稱此種方式為「謹慎的方式」(The Cautious Approach)。陳隆修，同前註 4，頁 112 以下。

³⁹ 就此，許兆慶法官亦曾提出其立法意見，建議在總則部分，增列「涉外民商事法律關係，依能實現各該案例社會共同價值之法律決定之。(第一項)法律條文(本法分則)中關於準據法選法規則之特別規定，乃前項原則之體現。(第二項)」；分則部分則以涉外意外侵權案件為例，試擬為「意外侵權行為，依提供被害人最迅速合理賠(補)償之法律。」等頗值參考。許兆慶，同前註 3，頁 46。

序上似可考慮增設「選法輔助人」，將其提供之意見作為內外國法律價值比較與衡量時的有力參考依據。所謂選法輔助人是啟發自鑑定人的構想，其定義為「涉外民商案件中，於法官或當事人對於外國法的內容或精神有所疑問或爭執時，受法院委託，適時地提供其比較法上法律專業意見之第三人。」作為客觀法律意見的提供者，選法輔助人並非在於指導法院或當事人應如何適用法律，而僅在於還原該不明之外國法律真正樣貌，提供法院與當事人在選法上的參考。

二、開放選法的限制

開放當事人參與選法程序，並非意味著漫無目的地放任當事人恣意地主張。相反地，選法程序的開放範圍，仍應受到法院地強行法規以及公序良俗概念之拘束。必須指出的是，關於判斷法院地強行法規與公序良俗的介入時機，本文認為並不需要因案件類型而有何差異。在分工日趨複雜化，與公私法相互影響的現代社會來說，這類型法規的介入往往是標誌著特定時空下的政策特色所需，而並非意味著某類型案件—例如身份關係事件，其性質就是應當受到法院地強行法規或公序良俗較為強度的拘束⁴⁰。

有關法院地的強行法規與公序良俗的介入，在開放方式的選法機制下，應當被認為是一種例外的情形。這類型法規

⁴⁰ 台灣國際私法學者對於公序良俗條款，曾指出其具備三項功能，頗值參考：「其一、對違背法庭地道德觀及端正禮儀之外國法律之拒絕適用；其二、防止繫屬案件當事人在特殊環境下不公平情事之發生；其三、影響選法規則。」，劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民，2004年，頁222。

除了顯示出國際私法的個別性（*caractère particulariste*）之外，同樣也代表了個別國家法律制度的價值觀基礎：當個別案件中，國際社會的主要價值和這類法規產生無法調和的矛盾衝突時，（即使這種情形很少發生）我們似乎無法強求法官應以付出犧牲內國法律制度基本價值的代價，藉此博取與國際社會主要價值一致的美名。

是否國際法律秩序應與內國法律秩序共同形成一個一致的法律系統，一直是法學家們感到興趣的問題。然而不可否認的是，現今的世界各國仍傾向自主地保留內國特定法規的強制適用性，以求其得以在政策的執行與法律的規範間靈活操作。即刻適用法（*lois d'application immédiate*）理論的提出，就是基於這項考慮而來⁴¹。台灣國際私法學界對於即刻適用法的概念，目前雖已不陌生，但司法實務上迄今仍未見到運用此一理論之相關判決出現，對於何法規具有即刻適用法性質，亦未有討論。本文對即刻適用法理論雖採肯定之立場，惟認為法官在運用此一理論時仍應力求慎重，尤其在可能涉及外國即刻適用法的情形時，法官仍應斟酌當事人所提出之意見，以避免曲解該外國法之意旨⁴²。

⁴¹ 法文資料請見 Ph. FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, RCDIP, 1966, p.1. 中文相關資料部分，請見柯澤東，從國際私法方法論討論契約準據法發展新趨勢—並略評兩岸現行法，台大法學論叢第 23 卷第 1 期，1993 年 12 月，頁 292；許兆慶，國際私法上「即刻適用法」簡析，軍法專刊第 42 期第 3 卷，1996 年 3 月，頁 16；吳光平，重新檢視即刻適用法--源起、發展，以及從實體法轉變為方法的歷程，玄奘法律學報第 2 期，2004 年 12 月，頁 147 以下。

⁴² 關於外國之即刻適用法是否應當被法官所考慮適用，亦有爭論。P. MAYER, *Les lois de police étrangères*, JDI, n°2, 1981, p.277.

在公序條款的運用方面，台灣國際私法學者的見解十分一致：即將公序條款視為例外條款，僅於外國法適用結果有違法院地公序良俗之情形時，始適用此一條款排除之⁴³。本文亦從之，並認為法院的角色主要在於捍衛法院地不可動搖的社會價值：公序良俗條款適用的判斷是具有公務員身份的法官的職責，並非一般身份的當事人所得置喙。公序條款是否得合理適用，僅能藉由法官自制與其智慧為最佳的判斷，就此當事人實無法越俎代庖，否則將使訴訟角色產生紊亂。

不過，如果在選法理論上採用主要價值的標準，以開放方式進行選法程序時，似亦可減少法官適用公序良俗條款的機會。這主要是因為國際私法上的公序良俗意義，往往與國際社會的主流價值有相合之處⁴⁴。而一旦選法開放當事人參與時，個案正義與紛爭解決的機會可望提昇，法院運用公序良俗條款以調和個案正義的情形亦可望減少⁴⁵。

⁴³ 一般學者稱之為「適用結果說」。馬漢寶，同前註第 29，頁 241；柯澤東，同前註 12，頁 103；劉鐵錚、陳榮傳，同前註第 39，頁 226 以下；曾陳明汝，國際私法原理，學林，2003 年七版，頁 286；蘇遠成，國際私法，五南，2002 年 5 版，頁 111；劉甲一，國際私法，三民，2001 年修訂三版 4 刷，頁 176。

⁴⁴ 例如關於是否承認國外成立之同性婚姻，似亦可自主要價值理論為推論，而不需碰觸法院地公序之問題。關於同性婚與公序良俗之研究，請參考徐慧怡，同性婚姻與公序良俗，文章收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林，1998 年，頁 340 以下。

⁴⁵ 例如夫妻間免訴及最高賠償額之限制法規，傳統上美國法院以公序條款解決之，但美國學者則以利益分析或是其他新理論工具分析案件所牽連的州法律政策，直接達成欲做成的判決目標，而不再仰賴難以捉摸的公序條款。陳隆修，同前註 36，頁 124。同樣的情形在我們運用開放方式的選法機制時，法院及當事人亦可運用各種新選法理論，直接作為調和個案正義解決紛爭之工具，而不需運用公序良俗條款，即可獲得合理的判決結果。

肆、結論

「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎。」論語顏淵篇如此簡短地記載了孔子對於訴訟的觀點與哲學。「無訟」，是中國古聖先哲一再提醒的重點。事實上，所有的法律程序的設計與安排，也都應當朝向消弭訟爭，使當事人甘服判決結果這個方向去努力。

法學者們的任務總是相同的：無論是研究國內法或是國際私法，最終我們都必須面對如何解決落實實體法上的價值、維護個案正義與消弭訴訟紛爭的衝突（無論是法律形式的衝突或是法律價值的衝突）等這些棘手的問題。無論如何，在達成判決一致的理想之前，首先我們還是必須確信這是一個合乎正義，並為當事人所信服的判決，否則任何表面上與形式上的和諧，都不具實質的意義。

本文希望藉由提供「開放方式的選法」這種觀點，得以有助於突破這些複雜又充滿變化的涉外民商事紛爭難題。或許值得質疑之處，是在於開放方式的選法理論並沒有提出一個明確的、固定的方法論模式，以茲與傳統選法理論，或是新選法理論互為區別。但誠如陳隆修教授在他的作品中所曾說明的，「現代工業社會中，總有一些新的社會問題不斷發生。我們不應該和其他美國現代法律衝突理論家一樣，有相同的美妙夢想，而認為法律衝突法有一天能完全確定。一個社會變的過於完善致使法律無庸改變，一如兩千年來中國的經驗所顯示，並不是一件可喜的事⁴⁶。」國際私法學者無須

⁴⁶ 陳隆修，同前註4，頁268。

過於執著於選法方法論上的優劣比較：或許將這個問題留給現實生活的當事人去評價，要比我們紙上談兵來得適合的多。

參考文獻

一、中文書籍

1. 吳光平，重新檢視即刻適用法--源起、發展，以及從實體法轉變為方法的歷程，玄奘法律學報第2期，2004年12月，頁147-196。
2. 吳光平，論法院之依職權適用涉外民事法律適用法—從最高法院九十五年度台上字第一一六六號判決談起，2006年李模務實法學基金會論文。
3. 吳光明，國際商事仲裁協議之運用及發展趨勢，文章收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲理與制度—國際私法，元照，2006年，頁81。
4. 李復甸，網際網路行為準據法之研究，文章收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林，1998年。
5. 邱聯恭，程序制度機能論，台大法學叢書52，1998年。
6. 柯澤東，從國際私法方法論討論契約準據法發展新趨勢—並略評兩岸現行法，台灣大學法學論叢第23卷1期，1993年12月，頁277-307。
7. 柯澤東，論世界貿易組織、全球化及其對國際私法之影響，月旦法學第89期，2002年10月，頁40-49。
8. 柯澤東，國際私法，元照，2004年。
9. 柯澤東，國際私法新境界：國際私法專論，元照，2006年。
10. 徐慧怡，同性婚姻與公序良俗，文章收錄於劉鐵錚教授

六秩華誕祝壽論文集，學林，1998年。

11. 馬漢寶，談國際私法案件之處理，軍法專刊第28卷第10期，1982年11月，頁3-8。
12. 馬漢寶，國際私法（總論、各論），自版，2004年。
13. 許兆慶，國際私法上「即刻適用法」簡析，軍法專刊第42期第3卷，1996年3月，頁16-23。
14. 許兆慶，國際私法與比較法研究，翰蘆，2005年。
15. 許耀明，「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係，東海大學法學研究第25期，2006年12月，頁75-120。
16. 陳隆修，美國國際私法新理論，五南，1987年。
17. 陳隆修，比較國際私法，五南，1989年。
18. 陳隆修，以實體法方法論為選法規則之基礎，東海大學法學研究第22期，2005年6月，頁307-371。
19. 陳隆修、許兆慶、林恩璋三人共著，國際私法：選法理論之回顧與展望，翰蘆，2007年。
20. 陳榮傳，由國際私法觀點論盜賊文化資產之回復問題，東吳大學法律學報第14卷第1期，2002年8月，頁67-128。
21. 陳榮傳，國際私法立法的新思維—衝突規則的實體正義，月旦法學第89期，2002年10月，頁50-61。
22. 陳榮傳，保護水下文化遺產公約之研究，文章收錄於陳長文教授六秩華誕祝壽論文集：超國界法律論集，三民，2004年。
23. 陳榮傳，世界文化遺產的法律規範，文章收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集：法律哲理與制度—國際私

- 法，元照，2006年。
24. 曾陳明汝，國際私法原理，學林，2003年。
 25. 劉甲一，國際私法，三民，2001年。
 26. 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民，2004年。
 27. 蔡華凱，外國法的主張、適用與證明—兼論國際私法選法強行性之緩和，東海大學法學研究第24期，2006年6月，頁175-240。
 28. 賴來焜，國際私法中「最重要牽連關係原則」之研究，法學叢刊第187期，2002年7月，頁1-61。
 29. 賴淳良，文化認同與國際私法，文章收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，法律哲理與制度—國際私法，元照，2006年。
 30. 蘇遠成，國際私法，五南，2002年。

二、外文部分

1. H. BATIFFOL, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, 15 *Seton Hall L. Rev.*, 1984-1985, p. 812.
2. J.-M. BISCHOFF, *Le divorce en droit international privé allemand, français et suisse*, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 1980, p.42.
3. J.-V. CARLIER, *Le Code belge de droit international privé*, *RCDIP*, 94(1) janvier-mars 2005, p.11.
4. J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse Paris II, 2000.
5. J.-L. ELHOUEISS, *L'élément d'extranéité préalable en*

- droit international privé, J.D.I., 1, 2003, p.39.
6. Ph. FRANCESKAKIS, Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, RCDIP, 1966, p.1.
 7. H. FULCHIRON, Travaux dirigés de droit international privé, Litec, 2001, p.65.
 8. H. GAUDEMET-TALLON, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), RCADI, t.312, 2005, p.9-488.
 9. F. JUENGER, A Third Conflicts Restatement? 75 Ind. L. J. 403 (2000).
 10. G. KHAIRALIAH, Les « partenariats organisés » en droit international privé, RCDIP, 89(3), 2000, p.8.
 11. Y. LEQUETTE, L'abandon de la jurisprudence Bisbal: à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988, RCDIP, 1989, p.277.
 12. E. LOQUIN, Les sources du droit mondialisé, Droit & Patrimoine, n°96, 2001, p.70, spec. p.76 et s.
 13. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, Dalloz, 8° éd., Paris.
 14. P. MAYER, L'office du juge dans le règlement des conflits de lois, TCFDIP, 1975-1977, Séance 13 mai 1977, p.233 s.
 15. P. MAYER, Les lois de police étrangères, JDI, n°2, 1981, p.277.

16. P. MAYER, L'Etat et le droit international privé, Droit 16, 1992, p.33 s.
17. H. MUIR WATT, Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé, mélange de l'honneur de P. Lagarde, Dalloz, 2006, p.615.