

論網際網路侵權行為之準據法

—以美國選法理論為中心，兼評涉外民事法律適用法修正草案*

陳 穎 彥**

目 次

壹、前言	肆、我國網際網路侵權行為之準據法
貳、美國傳統選法理論	一、兼評涉外民事法律適用法修正草案第25條及第28條
一、概說	一、傳統學說下之選法模式
二、理論之內容	(一)立法主義之探討
三、適用之優劣	(二)侵權行為地之確定
四、小結	(三)我國現行涉外民事法律適用法第9條之適用
參、美國現代選法理論	(四)小結
一、概說	二、美國現代選法理論之引進
二、非以連繫因素為基礎之選法理論	(一)序說—「最重要牽連關係原則」之採納
(一)政府利益分析理論 (Theory of Governmental Interest Analysis)	(二)涉外民事法律適用法修正草案第25條
(二)比較損害理論 (Theory of Comparative Impairment)	1. 主要內涵
(三)功能分析理論 (Theory of Functional Analysis)	2. 評析
(四)較佳法則理論 (Theory of Better Law)	3. 修正建議
三、以連繫因素為基礎之選法理論	(三)涉外民事法律適用法修正草案第28條
(一)現代法標準理論 (Theory of Modern Law Standards)	1. 主要內涵
(二)最重要牽連關係原則 (Theory of the Most Significant Relationship)	2. 評析
四、小結	3. 修正建議
	(四)小結
	伍、結論

關鍵字：美國選法理論、虛擬空間、虛擬侵權行為、利益分析、最重要牽連。

Keywords： American Choice of Law, Cyberspace, Cybertorts, Interest Analysis, the Most Significant Relationship.

* 對於二位匿名審查人所提供之寶貴意見，特此表達感謝。

** 陳穎彥，國立臺北大學法律研究所博士生，律師高考及格，真理大學財經法律學系兼任講師。

摘要

近年來，網際網路蓬勃發展，其低成本、無時差、無國界等特性，帶動一股網路新風潮，於此虛擬空間（Cyberspace）中產生之涉外侵權行為訟爭，因屬跨國界之爭議，打亂了傳統選擇法律之適用原則，使案件準據法之抉擇更形複雜化。

網路虛擬空間中發生涉外侵權行為爭議，因網路傳輸空間不受地域之限制，網際網路侵權行為之行為地或所在地判斷顯得難以確認。是以，本文嘗試從美國選法理論出發，復觀察我國現行涉外民事法律適用法暨修正草案，企圖為網際網路侵權行為之準據法尋找適切方向，此即本文研究之目的也。

The Applicable Law of Cybertorts - Concerning American Choice of Law, Private International Law in R.O.C

Chen, Ying-Yann

Abstract

Long before the Internet arrived, International Private Law had developed a rich doctrine of law to define prescriptive, adjudicative and enforcement jurisdiction to restrict a sovereign's exercise of power. Traditionally, a sovereign's jurisdictional limit was defined by geography. However, in the virtual context of cyberspace, geography has no real significance. The emergence and growing popularity of cyberspace presents a number of social, legal, and logistical problems that are arguably unparalleled. While the increase in exposure to these problems has made them no longer novel, they remain unresolved. In the legal arena, the rise of cyberspace has raised a myriad of challenges in the areas of free speech, privacy, and intellectual property.

The zeitgeist of the future will be virtual rather than physical. In the years to come, most human exchange will be continuous rather than sequential, consisting not of stuff but the stuff of which dreams are made. The old choice-of-law doctrines fail to provide any meaningful guidance in the virtual world because these doctrines depend on notions of physical location. Because there is no "there" in the virtual world, the doctrines are virtually useless. However, it ignores the fact that no matter how long an Internet user floats in the ether of electronic communication, she exists in the real world. Her reputation, privacy, economic well-being all are directly attributable to her concrete presence in the tangible world. Cyberspace is a "consensual hallucination", but even hallucinations occur in a particular, material place.

In response to the perceived inadequacy above, commentators propose various evolutions in the law, such as creating a federal common law of the Internet or transforming medieval notions of a *lex mercatoria* into a compartmentalized law of the Internet. However, no easy solution to the problem has been found. In this regard, new and more flexible choice of law rules seems to be highly desirable. The purpose of this article is to assess if and to what extent it is possible to attribute a new meaning to too often datable applicable law principles.

壹、前言

近年來，隨著電子科技與通訊技術的蓬勃發展，網際網路、電腦及其相關周邊設備早已深植每個人的生活中。隨著網路的發達，其根本地影響到傳播之本質與生活方式，實現人們「天涯若比鄰」的夢想，世界各國儼然形成一個地球村。於此虛擬空間（Cyber-space）中所產生之法律紛爭問題，跨越了現實世界的地理疆域，如果各國皆毫無限制地擴張管轄權，基於網路無國界之特性，將造成每一個國家皆可將自己之法律，強行適用至全世界之結果¹，而形成全球性法律、經濟等層面之衝突與恐慌，對於以物理疆界為架構之現有法律體制與規範產生了極大之衝擊。當發生於網路虛擬空間中之侵權行為為案件含有涉外因素（Foreign element）²時，法院地法院於國際管轄權確定後，尚須依國際私法上之衝突規則，以決定適用何國之實體法（Substantive law）為其準據法。由於網際網路具有虛擬、無國界、全球及開放等特性，此專屬虛擬空間獨有之特色³，打亂了傳統選

擇法律之適用原則，使案件準據法之抉擇更形複雜化。

本文嘗試從美國選法理論出發，以美國傳統與現代選法理論諸觀點，觀察我國現行涉外民事法律適用法暨修正草案之內容，企圖為網際網路侵權行為準據法難於決定之問題尋找適切之方向，希冀本文之完成能提供一套不同於以往之選法模式並對未來網際網路相關選法模式有所助益。

貳、美國傳統選法理論

美國傳統選法理論，指涉之年代係西元 1963 年 *Babcock v. Jackson*⁴ 一案發生之前，於美國國際私法學界及司法實務所依循之選法規則，以下分別就其意義、內容及優劣加以說明。

一、概說

美國傳統選法規則（Choice of Law Rule），係以具體個案事實中之一種或多種事實與某國實體法間之關連性，而據以選定該國之實體法為該案件之準據法，此等事實，

¹ 林益山，〈涉外網路契約管轄之探討〉，《月旦法學》，第 77 期，2001 年 10 月，頁 22。

² 涉外因素（Foreign element）係指案件牽涉外國人、外國地或涉及外國人及外國地者而言。

³ 依傳統概念，一國之法律，除少數情形採「屬人主義」外，原則上均係採「屬地主義」，即該國之法律僅得施行於該國領土範圍內，易言之，以該國之地理疆界作為法律施行之基礎。此種地理上的分界，當人們進入不同的主權國家時，即進入不同的法律疆界，人們對於將受該國法律規範一事具有預見的可能性。惟，「網際網路無國界」的特性，使得虛擬世界中之時間與空間概念皆俱模糊化，網路行為之行為地或所在地，往往成為爭議上確認之難點。

⁴ *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963).

案情略為：本案之原告及被告均為紐約州公民，被告邀原告共同至加拿大之安大略省（Ontario）度週末。被告於駕車前往安大略省途中，車子突然失控而撞及高速公路旁邊之石牆致傷及車內之原告；原告乃向紐約州法院，對被告提起侵權行為損害賠償之訴訟。依加拿大安大略省賓客法（A Guest Statute）之規定：禁止賓客向無重大過失之主人求償，故原告將無法得到賠償。但紐約州並無上述賓客法之規定，原告得依侵權行為法之規定向被告請求損害賠償。本案受訴法院（紐約州法院），採用 Brainerd Currie 之「政府利益分析理論」（Government Interest Analysis），以紐約州法律作為本案之準據法，判決原告勝訴以保護本州居民之利益。請參閱林益山，〈國際私法與實例解說〉，《國立臺北大學法學叢書》，2009 年 9 月修訂 5 版，頁 137-138。

學者稱其為「連繫因素 (Connecting factors)」或「連繫點 (Points of Contact)」⁵。此連繫因素係選法的一種導引，於法律制定之初，立法者先將各種案件事實分門別類，依分類之事實設計各種不同之法律型態，並預設某一連繫因素與某法律型態間之關連性，最後，再由法院依據不同的案例事實適用不同的連繫因素，以其所引致某國家之實體法作為該法律型態之準據法。簡言之，傳統選法方式乃以連繫因素關連性之預設，使具體個案適用其所指示之國家法律為案件之準據。於方法論之適用上，對於準據法之決定法官並無依其案件的特性有自由裁量之權⁶。

二、理論之內容

美國傳統選法理論係植基於「屬地主義 (Territorialism)」及「既得權理論 (Vested-right Theory)」而為開展⁷。十七世紀荷蘭法學家 Huber 基於上述二理論提出其主張：

(一)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。

(二)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。

(三)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⁸。

因上述主張立基於禮讓，國際私法學界遂稱之為「國際禮讓說」。

二十世紀初期美國學者 Joseph Beale 受 Huber 主張之影響，以「屬地主義」、「既得權理論」為中心，來說明國際私法上選法之基本規則⁹。嗣後，於其領銜編纂之國際私法第一次新編 (Restatement, Conflict of Law First, 1934) 中，其主張：在某一特定法域所發生之單一、重要之連接因素將引領該權利之內涵，並具確定法律準據之功能¹⁰。Beale 教授所主張之侵權行為爭議之準據法，係採取「侵權行為地法 (lex loci delicti)」主義之立法例，並以損害造成地 (the place of injury) 為依歸，易言之，侵權行為地，乃以侵權行為為行為人造成損害之地方為其判斷標準¹¹。

而關於屬地主義 (Territorialism) 與既得權理論 (Vested-right Theory) 兩者間之關係，美國聯邦最高法院 Cardozo 大法官曾於 Loucks v. Standard Oil Co.¹² 案中寫道：「對本州來說外國法並非法律，但它卻賦予了一項義務，此項義務在於，無論其人現處何方，皆隨其人而存在。…法律僅於其領域內發生規範之效力，然而…關於既得權應予保護應當係每個文明法律的原則…原告擁有某些東西，我們幫他得到它¹³。」

於西元 1963 年以前，美國國際私法領域

⁵ 林益山，前揭 (註 4) 書，頁 135-136；馬漢寶，〈國際私法總論〉，自版，1990 年 8 月 11 版，頁 58。

⁶ 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，1989 年 7 月，頁 9。

⁷ Lynn Darrow Corson, Choice of Law Issues in Mass Tort Litigation, 56 J. Air L. & Com. 204-206(1990) ; Leigh Anne Miller, Choice-of-Law Approaches in Tort Actions, 16 Am. J. of Trial Advoc. 861(1993).

⁸ 馬漢寶，前揭 (註 5) 書，頁 252。

⁹ C. G. J. Morse, Choice of Law in Tort: A Comparative Survey, 32 the Am. J. of Comp. L. 51-97(1984).

¹⁰ See Restatement (First) of Conflict of Law s 377 (1934).

¹¹ Herbert F. Goodrich, Handbook of the Conflict of Laws, at 263 (3rd ed. 1949).

¹² Loucks v. Standard Oil Co., 224 N.Y. 99,110 (1918).

係以傳統選法理論為重心，亦即以「屬地主義」、「既得權理論」為基礎之選法理論，是以「侵權行為依侵權行為地法」、「法律行為方式依行為地法」、「契約成立要件依締約地法」及「契約效力依履行地法」等預設、抽象、單一之連繫因素作為一種選法的導引遂成為當時美國選法的主流¹⁴。

三、適用之優劣

傳統選法理論，係以機械性的選法過程來適用既定的規則¹⁵，其於適用上之優越性在於：一者，因其適用上之簡易性，為法官減低了不少準據法上適用的困難。二者，對於當事人對法律的期待可能性與判決一致性的要求亦有相當助益¹⁶。然而，傳統機械式選法理論的最大缺點，在於機械式地抽象預設單一連繫因素以供作選法之媒介，法院依此模式機械式地操作，往往將導致不符個案公正（individual justice）之判決結果¹⁷。易言之，美國傳統選法理論雖有適用簡便、選法穩定、法律安定與結果預見可能之實益，卻也同時隱藏著無法完全實現紛爭實質解決之缺憾。

四、小結

西元 1963 年以前，美國選法理論之基礎係源於「屬地主義」及「既得權理論」，以預設、抽象及單一之連繫因素來處理各類型之涉外案件。選法方式本身雖具「簡易」、「法安定」與「預見可能性」之優點，然而，此種僅著重形式程序、機械性、僵化的選法模式，有時甚難合理期待法院能公平地實質解決紛爭，職此，具體個案之妥當性與公平性等問題將有難以兼顧之疑慮。為彌補於傳統選法理論下所導致「具體妥當」、「個案正義」之闕漏，美國司法實務於紐約州上訴法院（Court of Appeals）1963 年 *Babcock v. Jackson*¹⁸ 一案後，漸採較為彈性的選法理論，為美國國際私法學界挹注了一股新活力。

參、美國現代選法理論

鑑於傳統選法理論已無法完善解決日趨複雜之涉外民事法律關係，單以預設連繫因素之模式僵化性地尋找準據法，勢必無法兼顧具體個案之妥當性，職是，新選法理論之提出便成為這股浪潮下不得不然的趨勢。

一、概說

美國傳統選法理論雖具法安定、適用簡易等優點而為當時所流行，然自二十世紀以

¹³ 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.

¹⁴ See Restatement (First) of Conflict of Law s332 and s 377 (1934).

¹⁵ 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，1984 年 6 月，頁 6。

¹⁶ 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》，1986 年 6 月，頁 389。

¹⁷ 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〉，《東海大學法律學研究所碩士論文》，1994 年 6 月，頁 76。

¹⁸ *Babcock*, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279.

降，國際社會變動甚劇，具體個案之妥當性暨公平性問題逐漸受到重視，傳統選法規則似有不敷使用之虞¹⁹。西元 1920 至 1940 年間，學者針對以「屬地主義」及「既得權理論」為中心之傳統選法理論提出檢討²⁰；西元 1958 年芝加哥大學及杜克大學 Brainerd Currie 教授提出「政府利益分析理論（Theory of Governmental Interest Analysis）」作為新的選法方法；西元 1963 年紐約州上訴法院作出 *Babcock v. Jackson*²¹ 案之判決，自此之後，美國選法理論呈現百家爭鳴、多采多姿的新風貌，而代表新觀念與新思考模式的現代選法理論逐漸形成，以下茲就相關學說理論分述之。

二、非以連繫因素為基礎之選法理論

（一）政府利益分析理論（Theory of Governmental Interest Analysis）

西元 1958 年 Brainerd Currie 教授提出「政府利益分析理論（Theory of Governmental Interest Analysis）」，其主張之內容為：

1. 受訴法院對於涉外案件原則上應適用法庭地法；當法院經當事人聲請以異於法庭

地法之外州法作為涉外案件準據法時，法院必須採用一般分析及解釋之程序，探討各相關內州法所表彰之立法政策，以及各州因其立法政策被執行所具有之利益。

2. 若就案情而言，法院認為有一州對於其立法政策被執行具有利益，而他州並無利益之情形，法院應適用因立法政策被執行而具有利益之州法律。

3. 倘法院認為兩州之利益顯然有所衝突時，則該法院必須重新對各州立法政策及利益作更為適當及嚴謹之解釋，以求化解法律之衝突。

4. 法院於重新斟酌後，仍認為兩州間之利益衝突終究無法避免時，則應適用法庭地法。

5. 如法庭地並非涉案相關州，而涉案兩州間具必然之法律衝突，法院基於正義之考量不得拒絕審理該案件時，僅需法庭地法與其中一州之內州法相吻合者，法庭地法即為該案件之準據法；當然，法院亦得擬設最高立法當局將用以處理該衝突之方式，並以此方式公正地審理該案件。

6. 州際間之利益衝突，可能因訴訟地不

¹⁹ 以侵權行為採侵權行為地法為例，其缺失諸如：一、侵權行為不僅與行為地有關係，其同時與當事人國籍、住所、居所、習慣居所等亦有牽連，以行為地為唯一連繫因素置其他因素於不顧，有違常理；二、侵權行為地常屬偶然，且與當事人間法律關係常無重大實質牽連關係，判決結果可能有背於公平正義；三、晚近科技發達，侵權行為地究位於何方時有混淆或有兼跨數國之問題；四、預設連繫因素不當等。請參閱陳長文，〈國際私法方法論之回顧與展望（上）〉，《法令月刊》，第 35 卷第 6 期，1984 年 6 月，頁 6-9；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，1984 年 7 月，頁 5-8；劉鐵錚，〈國際私法論叢〉，三民書局股份有限公司，1994 年 8 月 8 版，頁 1-33。

²⁰ 當時學者諸如 Walter W. Cook 教授、Ernest G. Lorenzen 教授、Hessle E. Yntema 教授及 David F. Cavers 教授均對傳統選法理論提出了一些檢討與建議。See Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, 33 *Yale L. J.* 457 (1924); Lorenzen, *Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws*, 33 *Yale L. J.* 736 (1924); Yntema, *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, 37 *Yale L. J.* 468 (1928); Cavers, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 *Harv. L. Rev.* 173 (1933).

²¹ *Babcock*, 12 *N.Y. 2d* 473, 240 *N.Y.S. 2d* 743, 191 *N.E. 2d* 279.

同而導致對同一問題有相異之處理方式，就特定個案而言，如上述情形可能嚴重損害判決一致之國家利益時，法院不得僅為作成判決而輕易犧牲其內州之正當利益，此時應交由國會運用「充分互信條款（Full Faith and Credit Clause）」所賦予之職權，決定何州之利益應屬優先。²²

（二）比較損害理論（Theory of Comparative Impairment）

比較損害理論（Theory of Comparative Impairment）乃美國學者 William F. Baxter 於西元 1963 年所提出，其之主張係於 Currie 教授之「政府利益分析理論」上作修正，其認為法律不僅具有保護州民之利益，同時兼具促使他州尊重其內州法之目的，因而使他州得以適用內州法之法律及執行內州法之政策。於選法方式上，應以 A 法域之立法政策若歸於 B 法域之立法政策下，是否將損及 A 法域之利益及 B 法域之立法政策若歸於 A 法域之立法政策下，是否將損及 B 法域之利益，兩相比較後，法域所受損害程度較低者，該法域之法律應即退讓²³。易言之，於案件所涉及之相關州法中，哪一州法未被採行所受到之損害程度較高，即適用該州法為準據法²⁴。

（三）功能分析理論（Theory of Functional Analysis）

Von Mehren 教授於西元 1965 年以功能

性之角度來說明選法的方式，其主張，跨州法律問題之解決、立法政策衝突之妥協，應求之於涉案各地個別實體法則或整體法律政策及精神，倘相關兩州間之立法政策係相衝突者，前揭法規範將各給予一半適用之機會。易言之，某一法域允許原告求償，另一法域拒絕原告求償者，依據本說主張，應對兩相衝突之法律各給予一半之適用機會²⁵。例如，在典型「乘客條款」案件中，如依 A 州之法律拒絕給予原告乘客任何賠償，而依 B 州法律則允許一般侵權行為賠償之請求時，此說主張，受訴法院應於 B 州法律允許之範圍內判令被告給付原告半數之賠償額²⁶。

（四）較佳法則理論（Theory of Better Law）

西元 1966 年美國學者 Robert Lefflar 教授提出「較佳法則理論（Theory of Better Law）」，此理論雖有其創新之處，惟仍未跳脫 Currie 教授所研提之「政府利益分析理論」。其主張涉外案件之審理應以社會經濟之法理學標準（Social-economic Jurisprudential Standards）來比較、分析及適用較佳法則為案件之準據法，而於其所提之「影響選擇之關切（Relevant）因素」乃指：

1. 判決結果之可預見性（Predictability of Results）。

2. 州際與國際秩序之維持（Maintenance of Interstate and International Order）。

²² 林益山，前揭（註 4）書，頁 225-228；陳隆修，《美國國際私法新理論》，五南圖書出版公司，1987 年 1 月，頁 49-50；高鳳仙，《美國國際私法之發展趨勢》，台灣商務印書館，1990 年 1 月，頁 43-44。Also see Bernard Hanotiau, The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking, 30 the Am. J. of Com. L. 78-79 (1982).

²³ William F. Baxter, Choice of Law and the Federal System, 16 Stan. L. Rev. 17-18 (1963).

²⁴ Peter Hay & Robert B. Ellis, Bridging the Gap between Rules and Approaches in Tort Choice of Law in the United States: A Survey of Current Case Law, 27 Int'l L. 369, 387 (1993).

²⁵ Von Mehren, Choice of Law and the Problem of Justice, 41 L. & Contemp. Prob. 39-40 (1977).

²⁶ 陳隆修，前揭（註 22）書，頁 92。



3. 司法業務之簡化 (Simplification of the Judicial Task)。

4. 法庭地政府利益之增進 (Advancement of the Forum's Governmental Interest)。

5. 較佳法則之適用 (Application of the Better Law)。²⁷

前揭五項考量因素係提供法院於案件準據法抉擇之參考，彼此之間並無優先順序及適用強制性等問題²⁸。

三、以連繫因素為基礎之選法理論

(一)現代法標準理論 (Theory of Modern Law Standards)

Juenger 教授於「選法與跨州正義 (Choice of Law and Multistate Justice)」一書中提及其見解認為：

繫屬於法院之跨州侵權行為案件之選法規則，應自下列法域中選定之：

1. 損害發生地 (The place where the injury occurred)。

2. 行為作成地 (The place where the conduct causing the injury occurred)。

3. 當事人住所地 (慣居地、法人住所地或營業主事務所所在地) (The home state (habitual residence, place of incorporation or principal place of business) of the parties)。

關於各個爭點，法院應從前揭法域中選擇最符合現代侵權行為法標準者，以之作為準據法。²⁹

(二)最重要牽連關係原則 (Theory of the Most Significant Relationship)

「最重要牽連關係原則」(The Most Significant Relationship)係西元 1971 年美國哥倫比亞大學 Willis Reese 教授在其所領導編纂、美國法律協會 (A.L.I.) 出版之美國國際私法第二次新編 (Restatement, Conflict of Laws Second, 1971) 中所提出。Reese 教授認為每一個案件均包含不同之問題與爭點，每一問題或爭點與解決各該問題或爭點最重要牽連關係之法域之法律為其案件之準據法³⁰。易言之，美國國際私法第二次新編係以「爭點」為選法之基本架構，與大陸法系之國際私法以「規則」為選法中心有所不同³¹。依據第二新編的選法方式，關於涉外案件準據法之選擇，法院非以單一、預設之連繫因素來連接法律之適用，而係就案件所包含之各個爭點，其中所涉及之相關連繫因素全部、完整地予以比較、分析及統整，從中尋找與涉例爭點最重要牽連之法域，最後，係爭案件即適用該法域之實體法為其準據。而選法之基本原則係規定於第二新編第 6 條³²，內容如下：

²⁷ Robert Lefflar, Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations, 54 Cal. L. Rev. 1586-1588 (1966).

²⁸ Miller, supra note 7, at 865.

²⁹ Juenger, Friedrich K., Choice of Law and Multistate Justice, at 196-197 (1993). 轉引自嚴勝曦，〈從涉外侵權行為準據法之選法趨勢論船舶碰撞之法律適用〉，《國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文》，2004 年 6 月，頁 83，註釋 238。

³⁰ 劉鐵錚，前揭（註 19）書，頁 17。

³¹ 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).

³² Restatement of Conflict Laws, Second, §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.

尋找案件準據法之原則如下：

(1) 法院除受憲法限制外，應依其本州或國有關選法之法令規定。

(2) 無法令規定時，選擇準據法之因素包括：

(a) 國際及州際社會之需要。

(b) 法院地之有關政策。

(c) 對於決定某特定爭點具有利益之州或國之有關政策及利益。

(d) 保護正當之期待。

(e) 特別法之目的與政策。

(f) 結果之統一性，確定性及可預測性。

(g) 易於認定及適用準據法³³。

而有關侵權行為案件之準據法部分，第二新編異於第一新編所採之「侵權行為地法

主義」，改採「最重要牽連關係原則」，規定於該新編第一 45 條³⁴，其內容為：

尋找侵權行為案件準據法時之一般原則如下：

(1) 雙方當事人因侵權行為產生之權利與責任問題應依本法第 6 條之規定，以具有「最重要牽連關係」之州或國之法律。

(2) 依本法第 6 條規定，決定案件之準據法時，應注意下列之連繫因素：

(a) 侵權行為發生地。

(b) 損害結果造成地。

(c) 住所地、居所地、國籍、公司主事務所所在地、公司營業中心地。

(d) 主要財產分佈地。

以上連繫因素，依個別案件決定其重要

(2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include

(a) the needs 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 justified expectations,

(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.」

請參閱林益山，〈國際私法新論〉，自版，1995 年 6 月，頁 327-328。

³³ 林益山，前揭（註 4）書，頁 136-137。

³⁴ Restatement of Conflict Laws, Second, §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.」

請參閱林益山，前揭（註 32）書，頁 368。

性。」³⁵

是以，就侵權行為所涉之各地法律，綜合判斷各種連繫因素與侵權行為之牽連，以具有最重要牽連關係之地之法律，作為案件之準據法。

四、小結

美國現代選法理論以連繫因素作為基礎之有無為區別標準，可大別區分為二類：(一)非以連繫因素為基礎之選法理論：1. 政府利益分析理論 2. 比較損害理論 3. 功能分析理論 4. 較佳法則理論；(二)以連繫因素為基礎之選法理論：1. 現代法標準理論 2. 最重要牽連關係原則。

政府利益分析理論藉由立法政策、州政府及州居民利益之比較，跳脫連繫因素之羈絆，以較彈性、實質法律分析之方式對於具體個案進行準據法之選擇過程，而考慮「政策」與「利益」之理由在於法律本質上即係為執行某種法政策或目的，照顧並保護州內住民之利益而存在。比較損害理論亦立於「政策」、「利益」之觀點，於係爭案件涉及之相關州中，倘某一州法被爰引為該案之準據法將使該州政策、州民利益獲得尊重、保護與改善者，該州法即為案件之準據法。而功能分析理論則就個別法則與整體法精神為統整之考慮，協調兩相衝突之法域各予一半之適用。最後，較佳法則理論仍以政府利益分析理論所提之「政策」及「利益」為其框架，認為，案件準據法之抉擇除應考慮法律政策、州及居民利益外，其他因素諸如：結果之預測可能性、州際與國際秩序之維持、司法業務之簡化、法庭地政府利益之增進及較佳法則之適用亦應列入考慮，以求個案之妥適。

最重要牽連關係原則為美國國際私法第二次新編所採納之核心理論，從該新編選法指導原則之第 6 條規定加以觀察，選擇法律適用之相關因素（例如：國際及州際社會之需要、法院地、州、國有關之政策及利益、結果之可預測性、易於適用準據法等）實已採納政府利益分析、比較損害、功能分析及比較法則之主要宗旨暨內涵；復觀察該新編侵權行為選法之基本原則第 145 條規定，其內容不僅參採傳統選法理論一以侵權行為地法為主之選法方式，亦與現代法標準理論具異曲同工之妙，職此，管見以為最重要牽連關係原則可謂係美國選法理論之集大成者，究其實質內容，包括以屬地主義及既得權思想之傳統選法理論與以「政策」、「利益」為導向之現代選法理論，其承繼傳統選法方式一以連繫因素為本之精神，並融入非以連繫因素為基礎選法理論所揭示不預設、彈性、實質法律政策及利益之具體個案分析。該理論一方面將機械性、僵化地傳統選法方式予以柔化，另一方面則追求較為彈性、靈活地選法過程，就法安定性、當事人可預期性而言，雖不如傳統選法理論之穩定，於政策、利益個案分析不如非以連繫因素為基礎之現代選法理論靈活，然從另一角度而言，適用該理論具有一定之法安定性及符合具體個案正義之要求，從而，該理論乃美國傳統選法理論與現代選法理論折衷後之學術思想結晶，其後影響歐陸法學界甚巨，而成為當代國際私法學界共同之語言。

肆、我國網際網路侵權行為之準據法—兼評涉外民事法律適用法修正草案第 25 條及第 28 條

³⁵ 林益山，前揭（註 4）書，頁 139。

一、傳統學說下之選法模式

(一)立法主義之探討

傳統國際私法領域侵權行為準據法之立法例，共有「法庭地法主義³⁶」、「侵權行為地法主義³⁷」及「折衷主義³⁸」等三種立法主義。就上述而言，本文認為「折衷主義」之「不附條件之折衷主義³⁹」立法例為優，其理由如下：

1. 法律安定性之考量

採「法庭地法主義」者，依法庭地法認為係不法行為，在行為地未必為如此認定，行為人於行為時，因對方起訴之地點不確定，其行為是否適法將無從預測，實有違法律之安定⁴⁰。雖然「折衷主義」酌採「法庭地法主義」，亦有上述之弊，惟「折衷主義」項下之「不附條件之折衷主義」係以侵權行為地法為主，當事人相互間之權利義務關係，不因訴訟地之不同而異其法律之適用，對於結果具有預見之可能性，而有助於法律之安定。

2. 對於既得權之尊重

因侵權行為發生之債既然發生於行為地，以行為地實現該債之內容，乃行為人義務之

一種，此一義務，無論於何地發現行為人，該義務即得於該地執行，與行為人如影隨形。換言之，侵權行為債之關係於行為地實現係受害人之既得權利，基於國際私法對於既得權之尊重，以侵權行為地法為主之「不附條件之折衷主義」似乎較為可採。

3. 兼顧法庭地之公序良俗

採「侵權行為地法主義」者，係以侵權行為地為唯一之準據法，其雖有單純、簡單、確定及收判決一致之效果⁴¹，卻往往因適用侵權行為地法而無法顧及法庭地之公序良俗，無法達成維護內國公益之使命，或有不足之處。「不附條件之折衷主義」以侵權行為地法為主，兼採法庭地法，並不以侵權行為人之國籍為條件，累積適用侵權行為地法及法庭地法，應最能顧及法庭地之公序良俗，保護及維持內國公序才是。

4. 平等原則之遵守

採「附條件之折衷主義」者，其以侵權行為人內、外國籍之身分作為是否加上法庭地法限制之條件，其以國籍為區分差別內、外國人之待遇，此舉明顯違反國際私法上內、外國人應受平等保護之原則。職此，為貫徹

³⁶ 此說於 19 世紀末葉，由薩維尼（Savigny）、維希特（Wachter）等德國學者提倡，並經蘇聯、希臘等國國際私法採用，認為侵權行為與犯罪行為相類似，與法庭地之公序良俗有重大之關係。世界各國為維持內國秩序，對於犯罪行為之適用皆採取「法庭地法主義」，同理，與犯罪行為相牽連之侵權行為之成立及效力問題，亦應以法庭地法（lex fori）為準。

³⁷ 所謂侵權行為地，係指侵權行為事實發生地而言。此說為 13 世紀法則區別學派所提倡，認為行為適法與否及其效果如何，即侵權行為之成立及效力，悉依侵權行為地法（lex loci delicti commissi）。

³⁸ 鑑於侵權行為與侵權行為地有密切關係之聯絡，而侵權行為之發生亦常常與法庭地之公序良俗息息相關，為維持兩地公益之故，此說認為宜兼採兩地之法律，以期公平。於以侵權行為地法為主，兼採法庭地法者之折衷主義下，尚有以侵權行為人是否為內、外國人之條件，區別「不附條件之折衷主義」、「附條件之折衷主義」二說。

³⁹ 此說不以侵權行為人是內、外國人為條件，僅須累積適用侵權行為地法及法庭地法之結果，皆認係侵權行為者，即成立侵權行為。

⁴⁰ Cheshire, Private International Law, at 256 (4th ed. 1952).

⁴¹ 劉鐵錚、陳榮傳合著，《國際私法論》，三民書局股份有限公司，1996 年 10 月，頁 393-394，註釋 2。

並遵行國際私法上之平等原則，不以侵權行為人是否內、外國人為條件之「不附條件之折衷主義」相形為優。

5. 符合國際私法之精神

國際私法之主要課題為「對於涉外民事法律案件，決定其應適用何國之法律為其準據法」⁴²。簡言之，國際私法係就案件性質，選擇適用內、外國法，而關於侵權行為所生之債依侵權行為地法，即根據此原則所制定。侵權行為地得在國內，亦得於國外，內、外國均有被適用之機會。從而，以侵權行為地法為主之「不附條件之折衷主義」與制定之初的國際私法精神相吻合。

(二) 侵權行為地之確定

承前所述，本文採「不附條件之折衷主義」，係以侵權行為地法為主軸，而於適用此種準據法時，則尚有待侵權行為「地」之確定。蓋侵權行為之發生，若均位於同一國家或法域內，侵權行為地之決定尚無困難。但涉外侵權行為之紛爭，由於涉及「虛擬空間」(Cyberspace)，在網路虛擬世界中所發生之侵權行為，實體疆界早已不復存在，同時橫跨多個國家或法域乃常有之事，此時欲確定侵權行為「地」，則非易事。於此情形，侵權行為「地」究竟該如何探詢，各國立法例及學者見解均不一致，約可分為「行為作

成地說⁴³」、「損害造成地說⁴⁴」及「當事人自由選擇說⁴⁵」三說，而虛擬空間中之涉外網路侵權行為案件實為複雜、多元，究應以何說較為可採，管見以為，立基於網路侵權案件之多樣性與歧異化，受訴法院於定其案件之準據法時，似不可單採「行為作成地說」抑或「損害造成地說」，其應以網路侵權行為爭議之具體案例事實為基礎而個案分析其利弊，不可一概而論，方能有效達成法安定之適用與個案正義衡平之要求。而「當事人自由選擇說」，除兼有上述二說之弊外，另侵權行為常涉公益，若任由當事人擇其準據法，恐生規避法律之問題，似不足採。

(三) 我國現行涉外民事法律適用法第9條之適用

關於涉外網路侵權行為而生之債之準據法，依我國現行涉外民事法律適用法第9條規定：「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。侵權行為之損害賠償及其他處分之請求，以中華民國法律認許者為限。」，本條採「不附條件之折衷主義」，不區別侵權行為人是否為內、外國人之條件，以侵權行為地法為主，兼採法庭地法為輔之折衷主義，茲析述本條相關重點於后⁴⁶。

1. 侵權行為之成立要件

⁴² 林益山，前揭（註4）書，頁3。

⁴³ 此說主張，侵權行為「地」應為行為人本人或其經由他人作成行為之地方，而不問其侵害他人權利之結果發生於何地。

⁴⁴ 此說認為，侵權行為為民事責任之目的，在於填補被害人之損害，有損害才有賠償，故無損害發生，僅有加害行為之存在，仍無法構成侵權行為。且侵權行為影響社會公安最大者，往往係損害造成地，而非行為作成地。因此，侵權行為地，應指損害造成地而言，以侵權行為行為人造成損害之地方為其判斷標準。

⁴⁵ 此說特別重視被害人權利（益）之保障，認為侵權行為之受害人（即原告）得就侵權行為之行為作成地或損害發生地，擇依有利於己之法律作為起訴之依據

⁴⁶ 以下內容摘錄整理自林益山，前揭（註4）書，頁303-304。

原則上依侵權行為地法決定之。例如行為人有無故意、過失、有無正當防衛或緊急避難等違法阻卻之事由，均依侵權行為地法決定之。此外，何種權利及利益之侵害構成侵權行為；損害與行為間是否必須具有因果關係存在，其因果關係究為直接、間接或相當因果關係，均依侵權行為地法決定之。惟應注意者，中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。故必累積適用侵權行為地法與中華民國法律之結果，均認為侵權行為者，始構成侵權行為。

2. 侵權行為之效力

原則上亦依侵權行為地法決定之。例如損害賠償請求權之成立，賠償之範圍、方法、性質及賠償請求權之消滅時效等問題，原則上均依侵權行為地法決定之。但亦應注意本條第2項之規定：「侵權行為之損害賠償及其他處分之請求，以中華民國法律認許者為限」。故關於侵權行為之效力，亦兼採侵權行為地法與法庭地法主義也。

(四) 小結

關於我國網路侵權行為準據法之適用，係依據我國涉外民事法律適用法第9條之規定，以侵權行為地法為主，兼採法庭地法為輔之折衷主義。一般而言，採侵權行為地法主義具有簡便、穩定與可預見性之優點，復參酌法庭地法主義可兼顧法庭地之公序良俗，職是，前揭規定於法典制定之初（民國42年）應屬時宜之立法。然隨著時代進展，網路科技之發達，無國界之地球村概念已蔚為風潮，我國侵權行為準據法之連繫因素仍以侵權行為地法為主軸之立法方式是否妥適，容有討論空間。再者，侵權行為地常出於偶

然，有時該地與當事人間並無實質上的牽連關係，倘以此無牽連關係之法律作為案件之準據法，似不足以維護司法制度下當事人之權益，而有違個案正義之要求。我國侵權行為之選法模式，乃從外觀上形式、機械地適用，以固定之連繫因素作為媒介，而尋得案件適用之法律，此適用上之簡便固然易於實務所接受，然選法過程中，忽略具體個案之異質性，未慮及案件本質上之妥適性，對於法秩序下之公平正義實有所不足。末者，網路發展一日千里，隨著電子商務時代的來臨，虛擬空間中之侵權行為態樣將更形複雜多變，以僵化、固定式之侵權行為地選法方式應對變化萬千之網路侵權爭議，有時甚難想像案件準據法之尋找能有適當的結果或符合社會正義之期待。從而，我國涉外民事法律適用法第9條規定，以侵權行為地法為主之選法模式，似已不敷現行網路商業社會之需求，而有重新檢討修正之必要。

二、美國現代選法理論之引進

我國現行涉外民事法律適用法第9條第1項關於侵權行為之準據法，採侵權行為地法主義，其適用結果未盡合理，且與當前潮流有違。而侵權行為經由出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為之者，由於其損害之範圍較廣，行為地與損害發生地之認定亦生困難。職是，我國涉外民事法律適用法修正草案（司法院民國97年7月11日發布⁴⁷）針對上述缺失引進美國現代選法理論下之最重要牽連關係原則加以修正，期能兼顧侵權行為之基本原則並彌補現行法規不足之處，茲將相關重點析之如下：

⁴⁷ 司法院民國97年7月11日涉外民事法律適用法修正草案（含涉外民事法律適用法修正草案總說明暨條文對照表）全文可至我國司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/>下載。（visited on 2010/01/20）



(一)序說—「最重要牽連關係原則」之採納

涉外網路侵權紛爭之準據法若採美國國際私法第一次新編「侵權行為地法主義」之傳統機械性選法理論，就理論而言，法確定性、可預期性及安定性乃其最主要之優點。然於隱私權、著作權、毀謗等網路侵權行為案例中，由於網路無國界之特性，網路使用者在全球各地皆得連線並瀏覽該網頁之情形下，則全世界任何地方皆有可能為侵權行為地。如此，除法院無從選擇準據法外，當事人對於法律之適用亦無法預期，法律安定性勢將破壞殆盡。職此，「侵權行為地法主義」於網路侵權爭議中將有侵權行為地判斷困難之問題存在而難謂妥適。再者，以廣義網域名稱所生之侵權行為為例⁴⁸，往往係被告所經營之網路事業或網頁侵害原告之姓名、名稱或商標等表徵，如採「侵權行為地法主義」之解釋，則上傳行為之地，甚或全世界各地皆有可能成為侵權行為地。且有時虛擬空間之網頁內容或事業，有其目的性之取向，被告行為可能係故意、實質地指向某地而已，並無以全世界各地作為消費性基礎之意圖。基此，廣義網域名稱侵權行為與侵權行為地之法律，牽連關係反而不如其他法律，倘強加適用侵權行為地之法律，似有違個案公平正義之要求，自有未洽之處。

現今網路世界所發生之具體法律事實，可能早非當初立法者於立法時所得預見，因此，為配合今日社會及網路現況快速變化之需求，兼具美國傳統與現代選法理論優點之最重要牽連關係原則確有參考及採行之實益。而我國涉外民事法律適用法修正草案（司法院民國 97 年 7 月 11 日發布）有關侵權行為

之準據法部分，即涉外民事法律適用法修正草案第 25 條及第 28 條亦從善如流，引進最重要牽連關係原則之選法模式，惟上述草案內容是否契合美國現代選法理論下之最重要牽連關係原則之基本宗旨暨內涵，即有討論之必要，以下分述之。

(二)涉外民事法律適用法修正草案第 25 條

1. 主要內涵

涉外民事法律適用法修正草案第 25 條（以下簡稱草案第 25 條）規定：「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地。但另有關係更切之法律者，依該法律。」，其修正理由為：「一、條次變更。二、現行條文第 9 條移列本條，並修正其內容。三、現行條文就因侵權行為而生之債，原則上採侵權行為地法主義，有時發生不合理之結果。爰參考奧地利國際私法第 48 條第 1 項、德國民法施行法第 41 條等立法例之精神，酌採最重要牽連關係理論，於但書規定另有關係最切之法律者，依該法律，以濟其窮。此外，本法對因特殊侵權行為而生之債，於第 26 條至第 28 條規定其應適用之法律，其內容即屬本條但書所稱之關係最切之法律，故應優先適用之。四、涉外侵權行為之被害人，於我國法院對於侵權行為人，請求損害賠償及其他處分時，其準據法之決定既已考量各法律之牽連關係之程度，中華民國法律之適用利益及認許範圍，亦當已於同一過程充分衡酌，無須再受中華民國法律認許範圍之限制，爰刪除現行條文第二項。」

2. 評析

從涉外民事法律適用法修正草案第 25 條規定加以觀察，係採取以「侵權行為地法」

⁴⁸ 關於網域名稱爭議準據法之詳細論述，請參閱拙著，〈涉外網域名稱爭議之研究〉，《國立臺北大學法律研究所碩士論文》，2007 年 6 月，頁 129-174。

為主，「最重要牽連關係原則」為輔之立法模式，與現行涉外民事法律適用法第9條規定，以「侵權行為地法」為主，兼採「法庭地法」為輔之立法模式相較，兩者最大差別在於前者酌採「最重要牽連關係原則」而後者採行「法庭地法」。就上述兩者仍採行「侵權行為地法」之選法模式而言，無法兼顧具體個案之妥適性及公平性等問題持續存在；草案第25條雖參考「最重要牽連關係原則」之選法方式以濟其窮，然該原則係美國傳統、現代選法理論之集大成者，其本質上已係硬性、彈性選法規則之折衷，而草案第25條似有未察，認最重要牽連關係原則為彈性選法規則之代表，是以草案第25條以「侵權行為地法」為主兼採「最重要牽連關係原則」為輔之立法，似認融合「侵權行為地法」之硬性選法方式及「最重要牽連關係原則」之彈性選法方式，實則美國現代選法理論下之最重要牽連關係原則已足以含括機械式之硬性選法及靈活性之彈性選法，從而，若貫徹美國最重要牽連關係原則之選法模式之精神，草案第25條即有檢討之必要⁴⁹。

再者，草案第25條將現行涉外民事法律適用法第9條第1項之「但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之」予以刪除，則無須累積適用侵權行為地法與中華民國法律（法庭地法）之結果，均認為侵權行為，始構成侵權行為。職此，適用外國法之結果有時將危及法庭地之公序良俗，誠然，我國法院依據現行涉外民事法律適用法第25條規定：「依本法適用外國法時，如其規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」，得排除外國法之適用，以維內國公序。但侵權行為議題具有強烈之倫理性及絕

對性，法庭地法認為係侵權行為者，於行為地法未必認為係侵權行為，反之，某一行為依行為地法為適法，依法庭地法可能被認為係不法行為。從而，為求法律適用之統一，管見以為，關於草案第25條仍應參採「法庭地法主義」之精神，似較為妥當。

最後，有關草案第25條之「關係最切」用語部分，據修正理由所述，係酌採最重要牽連關係理論，職此，倘欲貫徹該原則之緣起國—美國之用語，應以「最重要牽連關係原則」用語予以規範，似較為妥適，且「關係最切」之用語於我國現行涉外民事法律適用法之適用上似有其他意涵存在，草案第25條逕行採用「關係最切」之用語，除有混淆現行法律適用之疑慮外，與該原則之發源國用語亦未相符，從而，前揭條文用語似尚有討論之空間存在。

3. 修正建議

承前所述，爰試擬修正建議條文如后。

涉外民事法律適用法修正草案第25條：

「關於由侵權行為而生之債，依最重要牽連關係國之法律。但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。」

(三) 涉外民事法律適用法修正草案第28條

1. 主要內涵

涉外民事法律適用法修正草案第28條（以下簡稱草案第28條）規定：「侵權行為係經由出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為之者，其所生之債依下列各款中與其關係最切之法律：一、行為地法；行為地不明者，行為人之住所地法。二、行為人得預見損害發生地者，其損害發生地法。三、被害人之人格權被侵害者，其本國法。前項侵權行為之行為人，係以出版、廣播、電視、

⁴⁹ 林益山，前揭（註4）書，頁333。



電腦網路或其他傳播方法為營業者，依其營業地法。」，其修正理由為：「一、本條新增。二、侵權行為係經由出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法實施者，其損害之範圍較廣，而行為地與損害發生地之認定亦較困難。為保護被害人並兼顧關於侵權行為之基本原則，爰參考瑞士國際私法第一三九條規定之精神，規定被害人得依與其關係最切之下列法律，而主張其權利：（一）行為地法，行為地不明者，作為行為人私法生活重心之住所地法；（二）行為人得預見損害發生地者，其損害發生地法；（三）人格權被侵害者，為被害人人格權應適用之法律，即其本國法。法院認定某法律是否為關係最切之法律時，應斟酌包括被害人之意願及損害填補之程度等在內之所有主觀及客觀之因素，再綜合比較評定之。三、侵權行為之行為人，係以出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為營業者，即公共傳播媒介業者本身為侵權行為之行為人時，該侵權行為與其營業行為密不可分，有依同一法律決定該行為之合法性及損害賠償等問題之必要。爰規定應依其營業地法，以兼顧公共傳播媒介之社會責任原則。」

2. 評析

有關草案第 25 條與第 28 條之關係，草案第 28 條解釋上係草案第 25 條之特別法，依據「特別法優於普通法」之原則，草案第 28 條應優先於草案第 25 條為適用。而草案第 28 條如無規定時，則回歸普通法之適用，以草案第 25 條加以補充之⁵⁰，合先敘明。

基於前揭兩者所具之關係特別，文前所述草案第 25 條諸缺失（似誤解最重要牽連關

係原則、未酌採法庭地法主義及用語似有未當等）問題，於草案第 28 條依舊存在，茲不贅述。

草案第 28 條修正理由謂：「…規定被害人得依與其關係最切之下列法律，而主張其權利…法院認定某法律是否為關係最切之法律時，應斟酌包括被害人之意願及損害填補之程度等在內之所有主觀及客觀之因素，再綜合比較評定之」，按關於選法權限之分配，原則上仍應由法律專業之法院主導為佳，然立基於尊重當事人意思之國際趨勢，上述修正理由賦予當事人有選法主張之機會，管見以為，此兼顧個案妥適並符國際潮流之思考，殊值讚許。

3. 修正建議

承前所述，爰試擬修正建議條文如后⁵¹。

涉外民事法律適用法修正草案第 28 條：

「侵權行為係經由出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為之者，其所生之債依最重要牽連關係國之法律。」

前項準據法應考量下列各款並依個案決定重要性：

- 一、行為地法。
- 二、損害發生地法。
- 三、行為人住所地法。
- 四、當事人本國法。
- 五、營業地法。

（四）小結

我國現行涉外民事法律適用法第九條關於侵權行為之準據法，採侵權行為地法主義，適用於網路侵權案件上自有其缺失，而我國涉外民事法律適用法修正草案第 25 條及第 28 條引進美國現代選法理論下之最重要牽連

⁵⁰ 關於兩者間關係之詳細論述過程，拙著，前揭（註 48）文，頁 159-161。

⁵¹ 請參閱林益山，前揭（註 4）書，頁 334。

關係原則加以修正，期能彌補不足。然，據草案第 25 條內容以觀，其仍採「侵權行為地法」為主軸之選法模式，雖可收法安定之效，卻可能產生未符個案妥適之問題，且最重要牽連關係原則已是硬性、彈性選法規則之折衷，而草案第 5 條卻將該理論酌採之，如貫徹美國該理論之精神，日後我國於適用上恐生疑義。草案第 28 條係針對網路侵權行為之準據法而為規範，同樣有誤解最重要牽連關係原則的問題，且前揭兩者（草案第 25 條及第 28 條）皆未酌採法庭地法，對於法庭地公序之保護，似有未見周全之處。最後，草案關於最重要牽連關係原則之用語顯現於條文上皆採「關係最切」之詞彙，不僅容易與現行涉外民事法律適用法第 26 條⁵²及第 27 條第 2 項、第 3 項⁵³產生混淆，亦不符該原則之緣起國—美國之用語。綜上，修正草案關於侵權行為及網路侵權行為之選法模式似容有檢討與改進之空間。

伍、結 論

美國西元 1963 年前之選法理論，係以預設、單一之連繫因素來處理各類型之涉外案

件，由於其機械、僵化的特性，甚難期待法院能公平地實質解決紛爭；於 1963 年 *Babcock v. Jackson*⁵⁴ 一案後最重要牽連關係原則成為美國選法理論之主流，其以連繫因素為基礎，並融入「政策」、「利益」分析之觀點，可謂係美國選法理論之集大成者，對於具體個案妥適性及公平性之需求頗有助益，而深切地影響著當代國際私法選法之發展。

關於我國網際網路侵權行為案件之準據法，係依據涉外民事法律適用法第 9 條之規定，以侵權行為地法為主，因適用上有若干缺失，我國涉外民事法律適用法修正草案第 25 條及第 28 條引進最重要牽連關係原則加以修正，期能彌補闕漏。惟前揭草案似有誤解最重要牽連關係原則、未酌採法庭地法主義及用語似有未當等問題存在，是以文末提出若干建議以供將來修法時之參考。

綜上，網路發展一日千里，我國現行選法模式跟不上科技腳步已成事實，如何擘劃一套法安定性及妥適性皆宜之選法規則，或將成為網際網路侵權行為準據法下一階段研議之課題。

⁵² 我國現行涉外民事法律適用法第 26 條規定：「依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，其先後取得者，依其最後取得之國籍定其本國法。同時取得者，依其關係最切之國之法。但依中華民國國籍法應認為中華民國國民者，依中華民國法律。」，上述規定僅能從當事人之多數國籍中去尋找關係最切之國籍，雖屬最重要牽連關係原則之廣義適用（請參閱林益山，前揭（註 4）書，頁 552-553。）惟管見以為，關係最切之概念若以本條規定觀之，僅限於以國籍為連繫因素時始有適用之餘地，與最重要牽連關係原則可考慮與係爭案件爭點所有相關之連繫因素而從中尋得最重要連繫之因素有所區別，從而，草案採行「關係最切」之用語似有未妥之處。

⁵³ 我國現行涉外民事法律適用法第 27 條第 2 項規定：「當事人有多數住所時，依其關係最切之住所地法。但在中華民國有住所者，依中華民國法律。」，同條第 3 項規定：「當事人有多數居所時，準用前項之規定。居所不明者，依現在地法。」，此二項規定，僅能從當事人多數住居所中去尋找關係最切之住居所地法，雖屬最重要牽連關係原則之廣義適用（請參閱林益山，前揭（註 4）書，頁 553。）惟管見以為，關係最切之概念若從本條規定觀之，僅限於以住居所為連繫因素時始有適用之餘地，與最重要牽連關係原則可考慮與係爭案件爭點所有相關之連繫因素而從中尋得最重要連繫之因素有所區別，從而，草案採行「關係最切」之用語似有未妥之處。

⁵⁴ *Babcock*, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279.

參考文獻

一、中文文獻：

(一)專書

1. 林益山，〈國際私法與實例解說〉，《國立臺北大學法學叢書》，2009年9月修訂5版。
2. 林益山，《國際私法新論》，自版，1995年6月。
3. 馬漢寶，《國際私法總論》，自版，1990年8月11版。
4. 劉鐵錚，《國際私法論叢》，三民書局股份有限公司，1994年8月8版。
5. 劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，三民書局股份有限公司，1996年10月。
6. 陳隆修，《美國國際私法新理論》，五南圖書出版公司，1987年1月。
7. 高鳳仙，《美國國際私法之發展趨勢》，台灣商務印書館，1990年1月。

(二)期刊論文

1. 林益山，〈涉外網路契約管轄之探討〉，《月旦法學》，第77期，2001年10月。
2. 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，1989年7月。
3. 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，1984年6月。
4. 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，1984年7月。
5. 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》，1986年6月。
6. 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〉，《東海大學法律學研究所碩士論文》，1994年6月。
7. 嚴勝曦，〈從涉外侵權行為準據法之選法趨勢論船舶碰撞之法律適用〉，《國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文》，2004年6月。
8. 陳穎彥，〈涉外網域名稱爭議之研究〉，《國立臺北大學法律研究所碩士論文》，2007年6月。

二、英文部份：

- (一) Herbert F. Goodrich, Handbook of the Conflict of Laws, (3rd ed. 1949).
- (二) Cheshire, Private International Law, (4th ed. 1952).
- (三) Lynn Darrow Corson, Choice of Law Issues in Mass Tort Litigation, 56 J. Air L. & Com., (1990).
- (四) Leigh Anne Miller, Choice-of-Law Approaches in Tort Actions, 16 Am. J. of Trial Advoc., (1993).
- (五) C. G. J. Morse, Choice of Law in Tort : A Comparative Survey, 32 the Am. J. of Comp. L., (1984).
- (六) Cook, The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, 33 Yale L. J., (1924).
- (七) Lorenzen, Territoriality , Public Policy and the Conflict of Laws, 33 Yale L. J., (1924).
- (八) Yntema, The Hornbook Method and the Conflict of Laws, 37 Yale L. J., (1928).
- (九) Cavers, A Critique of the Choice-of-Law Problem, 47 Harv. L. Rev., (1933).
- (十) Bernard Hanotiau, The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking, 30 the Am. J. of Com. L., (1982).
- (十一) William F. Baxter, Choice of Law and the Federal System, 16 Stan. L. Rev., (1963).
- (十二) Peter Hay & Robert B. Ellis, Bridging the Gap between Rules and Approaches in Tort Choice of Law in the United States: A Survey of Current Case Law, 27 Int'l L., (1993).
- (十三) Von Mehren, Choice of Law and the Problem of Justice, 41 L. & Contemp. Prob., (1977).
- (十四) Robert Leflar, Conflicts Law : More on Choice-Influencing Considerations, 54 Cal. L. Rev., (1966).