

專題演講：超國界法律問題

主講人：陳長文教授(理律文教基金會董事、理律法律事務所執行合夥人、中國國際法學會理事、政治大學法律學研究所、東吳大學法律學研究所兼任教授)

一、法律人應有的超國界法律思維

楔子~從二個故事開始談起

- (一)魔鬼代言人與紀伯倫的詩句~你站在什麼樣的位置?
- (二)閉門造車、出門合轍~為什麼要建立超國界法律思維?

二、超國界法律之定義

(一)Judge Jessup (in Storrs Lectures: Transnational Law, 1956) :

to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories [as pure domestic laws].

(二)國際公法(習慣法, 法律原則, 條約, etc.)

- ◎ 國際私法
- ◎ 比較法(v. 融和法)(EU)
- ◎ 憲法(如我國憲法第二章及第十三章(131條)以及釋字 313, 372, 392, 428, 549 & 560 等)
- ◎ 經濟法規
- ◎ 政治理論與法理學

(三)純內國法律案件以外之法律問題

- ◎ 純內國案件(國際化之演化中與日俱減-U.N. Charter 第 2(7)條)
- ◎ 區別內外國之連結點漸趨模糊(國籍, 居所, etc.) (參考民總施行法第二條(但注意渝上 976); 國籍法; 涉民法第廿六條)
- ◎ 認識外國法/國際法之需要
- ◎ 法令統計
<超國界法律彙編>統計:
(1) 法令 488; (2) 條約協定 91; (3) 判解令函 1075

三、具超國界法律思維之必要與超國界法律在我國面臨的困境

(一)必要性

- ◎ 國際化/自由化是主流
- ◎ 國際法/公約的重要性日增(內國法受到影響)
- ◎ 國際組織功能日趨強大(UN, WTO, EU, etc.)
- ◎ NGOs 日趨積極
- ◎ 內國法之國際化(globalization of law)/外國化(基本人權, 引渡法, 司法協助, 海商, 金融, 國貿, 貿易, 資本市場, 信託, 電子商務, 科技, 環保, 核子損害賠償, 財稅, 保險, 票據, 公平法, 因應加入 WTO(如 TRIPs)等之修法, 判決/判斷承認與執行等)

(二)困境

- ◎ 傳統之觀念(普天之下, 率土之濱...)
- ◎ 我國之國際地位(被阻隔於國際社會→更應加重超國界法之認識與國際法之國內

- 法化一例：人權公約等)
- ◎ 立法、行政、法律界（檢、審、學校、律師）忽視超國界法
 - ◆ 法治 v. 人治非實定法（條約或是例外）
 - ◆ 非必修課目／非考試課目（除國際私法外）
 - ◆ 非培訓／在職教育之重點
- (三) 忽視超國界之不利後果
 - ◎ 影響法治均衡之發展
 - ◎ 影響國際化進程（美裔 Oasis 公司著作權侵權提起刑事告訴之法人代表人問題；美裔蘋果電腦公司著作權侵權提起自訴之能力問題；在華工作之外外國人在海外家屬的勞保給付問題等等）
 - ◎ 國際觀瞻及責任（參考美聯邦法院 Boeing 案我國法官（退休）之落伍意見）(555 F. Supp. 9; 1982 U.S. Dist. LEXIS 16894)
- (四) 瞭解超國界法之實益性：
 - ◎ 課程未學到
 - ◎ 考試未考到
 - ◎ 逆向思考（本國法至上之反思）
 - ◎ 符合時代挑戰
 - ◎ 較不定（比較，融合）
 - ◎ 較挑戰／費時（外國法＋國際法 v. 國內法）

四、超國界法應注意之重點

- (一) 國際法優先與條約優先異同之處
 - （另參考大法官會議釋字第 313，372，392，428，549 & 560 號等）
- (二) 內外國法平等
 - ◎ 融和 v. 獨斷 (Harmonization) v. (Supremacy of National Law)
 - ◎ 排除唯我獨尊的思維（參考民訴法；涉民法等）
 - ◎ 給予中國大陸人／外國人同等的尊重（憲法第一條；兩岸條例第 67 條）
 - ◎ 給予外國法／法院同等的尊重（管轄、判決，法律適用等）（參考美國法院對遠航－Boeing 案；台北地院於 Hong Leong Bank v. Ms. Win (2000)案等）
- (三) 超國界法律問題之特別考慮
 - ◎ 公序良俗（涉民 25，民訴 402.3，仲裁法，兩岸／港澳條例）之考慮（重婚；律師費；賭博；利率；懲罰性賠償等）－準據法，判決／判斷承認等
 - ◎ Scherk v. Alberto-Culver Company (U.S. Supreme Court 1974)－合意國際仲裁（而美國之證券法排除仲裁之適用）

Judge Stewart :

[The] uncertainty will almost inevitably exist with respect to any contract touching two or more countries, each with its own substantive laws and conflict-of-laws rules. A contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction. Furthermore, such a provision obviates the danger that a dispute under the agreement might be submitted to a forum hostile to the interests of one of the parties or unfamiliar with the problem area involved.

A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages. In the present case, for example, it is not inconceivable that if Scherk had anticipated that Alberto-Culver would be able in this country to enjoy

resort to arbitration he might have sought an order in France or some other country enjoining Alberto-Culver from proceeding with its litigation in the United States. Whatever recognition the courts of this country might ultimately have granted to the order of the foreign court, the dicey atmosphere of such a legal no-man's-land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements.

五、淺談超國界法律之問題

(一) 國際法案例選輯：(均涉及國際公法／國際私法／國內法)

(A) Nottebohm (Leichtenstein v. Guatemala I.C.J. 1955)

- ◎ 外交保護(個人)(違反國際法+用盡當地救濟等+真正連繫+國籍繼續原則)
- ◎ Genuine Link (國籍／住所)
 - ◆ 我國國籍法／涉民法第 26 條及民總則施行法第 2 條等
 - ◆ 1930 年國籍法公約
 - ◆ 1958／1982 公海／海洋法公約

(B) Barcelona Traction (Belgium v. Spain, I.C.J. 1970)

- ◎ 外交保護(法人)
- ◎ Place of Incorporation (設立地)
- ◎ Nationality of Shareholders ? (genuine link)

附註

- ◆ 我國外人投資條例，涉民法，公司法
- ◆ 美國之實踐 (US company 50% owned by Americans, etc.)
- ◆ BVI／Bermuda etc., Tax Haven Corp.
- ◆ 兩岸投資(間接投資之立法政策之妥善性?)
- ◆ 兩岸間之"外交"保護?

(C) The Boll Case (Netherlands v. Sweden, I.C.J. 1958)

- ◎ 1902 海牙公約 on Guardianship of Infants 1960 Convention on Protection of Infants

re: 吳憶樺案(巴西 v. 中華民國)

- ◎ (涉民法：監護)

(D) The Sunday Times Case (European Court of Human Rights, 1979)

- ◎ 1972 article on "Our Thalidomide Children: A Cause for National Shame"
- ◎ Judge Zenkia (Concurring)

"The birth-place of the Magna Carta, the Bill of Rights and the basic principles of justice—embodied in the Anglo-Saxon judicial system and the substantial part of them already incorporated into the Articles of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms—in my humble opinion can easily afford either to do away altogether with the branch of the common law of contempt of court under review or to amend this part of the law of contempt of court on the lines indicated in the Phillimore Committee report."

- ◎ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms., Article 10
- ◎ 我國之廣電法(22)，已廢止之出版法
- ◎ 公民與政治權利國際盟約
- ◎ 經濟社會化權利國際盟約

(二) 國際私法案例選輯

(A) 準據法

- ◎ 選法之理論（傳統 v. 功能選法）
 - 準據法（涉民法 = 傳統選法 v. 功能性選法）
 - Babcock v. Jackson (N.Y. 1963)
 - Neumeier v. Kuehner (N.Y. 1972)
 - Offshore Rental v. Continental Oil (Calif. 1978)
 - 定性 → 連繫因素之指定 → 準據法？
 - 反致（* 選擇準據法時或可特別排除涉民法）
（涉民法）
 - 公序良俗（純內國案件 v. 涉外案件）
（涉民法）
 - 參考陳長文：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集文章
 - “外國判決之承認—從歐盟「布魯塞爾判決公約」及美國「對外法律關係新編」評析民事訴訟法第四〇二條”
 - 內外國法之考慮：
 - Somportex Ltd. v. Philadelphia Chewing Gum (1971) (loss of good will, etc.)
 - Tahan v. Hodgson (1981) (piercing corporate veil)
 - 真假衝突（賭博）

(B) 管轄

- ◎ Case of The S.S. "Lotus" (France v. Turkey P.C.I.J. 1927) But note : 1958 / 1982 Conventions relating to High Sea
- ◎ 民訴第 402 條第 1 款：“涉外”之專屬管轄由我國法律“獨斷”之妥善性？
（德民訴 328 條）
- ◎ 參考陳長文文章
- ◎ 「以原就被」是原則？
- ◎ “血拚”法庭（forum shopping）與 choice of governing law and choice of forum
- ◎ 合意管轄（雙面 / 單面）
 - ◆ 我國之實踐 / 理論
（司法院第一廳研究意見）
（吳明軒見解 = 不可合意管轄排除我國法院管轄 → 而致我國人得不到我國法院保護之理？）
（參考仲裁法第 4 條）
 - ◆ New York 州法（有關合意指定紐約州管轄之規定）
- ◎ 法庭不便利：1981 年遠航空難事件在美聯邦法院之判決（forum non conveniens，我國法院處理涉外案件能力，etc.）；Hong Leong Bank v. Ms. Win (2000, Taipei)
- ◎ 民訴第三條基礎之泛濫
實務問題：
舉例：
- ◎ N.Y. 公司與本國公司之債權契約之準據法與管轄 / 仲裁之合意（參考涉民法第 6 條及相關民訴 / 仲裁法）
 - 選 ROC Law / ROC 法院 / 仲裁
（N.Y. 法院之反應）
 - 選 N.Y. Law / N.Y. 法院 / 仲裁
（中華民國法院之反應）

- 選 U.K. Law / U.K. 法院 / 仲裁
 - (中華民國 / N.Y. / U.K. 法院之反應)
- (C) 外國判決之承認：原則上應維持一事不再理（包括附帶民事判決）；海牙公約鼓勵承認與執行外國判決與仲裁判斷
 - (i) 互惠之必要？
 - Hilton v. Guyot (US Supreme Court 1895)
 - Chief Justice Fuller (Dissenting) :
 - "The application of the doctrine of res judicata does not rest in discretion; and it is for the government, and not for its courts, to adopt the principle of retorsion, if deemed under any circumstances desirable or necessary."
 - 註：民訴 402 條第 4 款
 - 美國之實踐 / 德國之實踐 / 法國之實踐 仲裁法；兩岸 / 港澳條例
 - (ii) 公序良俗（民訴 402.3）
 - (iii) 司法協助送達 / 送達代收人（外交部函）
 - 1964 Hague Convention on The Service Abroad of Judicial and Extra Judicial Documents in Civil and Commercial Matters)
 - 中美刑事司法互助協定（2002）
 - (iv) 管轄（見管轄之討論）
- (D) 如何處理個案
 - 考慮因素：
 - ◎ 準據法與管轄 / 仲裁宜一併考慮
 - (i) 準據法之週密性（專業領域與超國界法之內涵等）
 - (ii) 便利性（法庭及當事人便利）
 - (iii) 執行可行性（亦即指定外國法院或仲裁未必有利於外國之客戶）
 - (iv) 法院之素質與風評（費用）
 - (v) 其他
 - ◎ 仲裁之優點：
 - 律師之角色
 - 中立性
- (三)（未經認許）之外國法人之權利能力 / 當事人能力
 - ◎ 何謂認許（源起及發展）？
 - ◎ 程序法：— 非法人團體（但實體法的問題呢？）
 - （訴訟）— 專利法 / 商標法 / 著作權法等
 - ◎ 蘋果電腦案（自訴之問題）
 - 院字 533 號（民 20）
 - US – ROC FCN Treaty
 - ◎ Oasis 案（法人代表人資格認定之準據法）
 - ◎ 實體法：
 - 民總則施行法（12 及 15 條）
 - 公司法（371 及 375）
 - 外人投資條例
 - 涉民法(2)
 - 條約之例外
 - 例：
 - 抵押權
 - 所有權（動產，不動產）
 - 質權
 - 附條件買賣
 - 動產擔保（飛機 / 船舶？）
 - 智慧財產
 - 民總則施行法第 15 條之問題（律師之責任！）

(四) 香港／大陸／澳門與台灣之關係

- ◎ 比較超國界問題：較佳待遇
較劣待遇
相等待遇
- ◎ 香港／澳門與中國大陸不同？
- ◎ 訴訟／仲裁之可行性
－兩岸條例／港澳條例／憲法

(五) 國際公法／國際私法與政府採購（政府、國營事業等）

- (A) 未經承認政府之當事人能力與訴訟能力（公法／私法，國際法／國內法）
- (B) Sovereign Immunity (from Jurisdiction & Execution)
US FSIA
Trial by Jury（中鋼購煤案）
援外案件
- (C) 出口執照與不可抗力（Act of God）
- (D) 準據法（ROC law or foreign law）
- (E) 法院－仲裁（承認與執行）

(六) 超國界營業（Transnational Business Problem）之重要問題：

- (A) Establishment of An Operation Abroad
法律／商業／文化／社會等問題
- (B) Acquiring Control of A Foreign (say, PRC) Firm
＊注意
 - (1) 一般條款
 - (2) 公平法（反托拉斯法）
 - (3) 外國人股權、經營權限制
 - (4) 外匯
 - (5) 爭端解決機制
- (C) A Joint Venture Agreement
 - (1) 一般條款
 - (2) 公平法（反托拉斯法）－另加專利等智財協議
 - (3) 準據法與合資公司所在地法之衝突
 - (4) 爭端解決機制
- (D) An International Loan Agreement
 - (1) 一般條款
 - (2) 貸方之認許問題
 - (3) 付款地（國家行為主義 Act of State Doctrine）
 - (4) 借方為政府時（主權豁免）
 - (5) 破產時外國債權人之順位
 - (6) 外匯問題
 - (7) 爭端解決機制
- (E) A Distributor Agreement
 - (1) 一般條款
 - (2) 終止的條件（對經銷商的保護）
 - (3) 公平法／反托拉斯法（獨家或非獨家）
 - (4) 爭端解決之機制

- (F) An Agency Agreement
 - (1) 一般條款
 - (2) 終止的條件（注意 agent 所在地法之保護）
 - (3) 競業之禁止的限制（期間等）
 - (4) 爭端解決機制
- (G) A Licensing Agreement
 - (1) 一般條款
 - (2) 租稅
 - (3) 智慧財產財
 - (4) 公平法／反托拉斯法
 - (5) 回銷權
 - (6) 爭端解決機制
- (H) Export Sales of a Factory/Equipment
 - (1) 一般條款
 - (2) 出口／進口執照
 - (3) 外匯問題
 - (4) 爭端解決機制
- (I) Development (Concession) Agreement
 - (1) 一般條款
 - (2) 主權豁免與 Act of State
 - (3) 爭端解決機制
- (七) 內國刑法之域外適用
 - ◎ 行爲與結果地
 - ◎ 國際犯罪（戰爭；殘害人群；劫機等）
 - ◎ 國際合作－國際刑事法庭
 - ◎ 國籍（行爲人／被害人）
 - 福明輪（參考公海公約與海洋法公約）
 - 春日輪（參考“Lotus”案；公海公約與海洋法公約）
- (八) 內國經濟法規之域外適用
 - ◎ 過失責任法律（參考 Offshore Rental v. Continental Oil）
 - ◎ 社會福利法律（海員）
 - ◎ 反托拉斯法（公平法）
 - ◎ 出口管制法
 - ◎ 證券法規（詐欺；虛偽陳述，etc.）

