

教育部
法學教育教學研究創新計畫

總計畫
「跨國法律規範理論與教學模組之建構」
總計畫主持人：鄧衍森教授

子計畫(一)
國際公法教學模組 子計畫主持人：鄧衍森教授
子計畫(二)
國際經濟法教學模組 子計畫主持人：王煦棋教授
子計畫(三)
國際人權法教學模組 子計畫主持人：鄧衍森教授
子計畫(四)
國際金融法教學模組 子計畫主持人：王煦棋教授、朱德芳助理教授
子計畫(五)
國際私法教學模組 子計畫主持人：黃居正副教授

中華民國九十九年九月二十八日
教育部 98 年教學研究計畫

目錄

壹、前言

貳、跨國法律規範理論研究方法

參、跨國法律之規範理論

肆、國際公法教學模組之建構

一、國際法與跨國法律的概念

二、國際公法的基本原則

- (一) 國家主權平等
- (二) 禁止使用威脅或武力原則
- (三) 國際合作原則
- (四) 和平解決國際爭端
- (五) 外交保護原則
- (六) 民族自決原則

三、國際法與國內法

(一) 國際法與國內法的相互關係及其意義

(二) 國際法與國內法關係的基本原則

- 1、國際法與國內法是兩個法律體系
- 2、國際法與國內法的效力位階
 - (1) 不同法律體系中法律的效力位階確定的原則
 - (2) 國際法與國內法的效力位階的確定
- 3、國際法與國內法關係的實踐
 - (1) 國際規範的內化
 - (2) 國際法不能干涉國家依據其主權所制定之國內法
 - (3) 國內法不得作為違反國際義務的理由

四、國際法的體系構成

(一) 國際強行法概述

- 1、國際強行法的概念和特征
- 2、國際強行法的規範對象
 - (1) 國際條約和國際習慣。
 - (2) 國際法主體的行為。
- 3、國際強行法的形成標準和內涵要素
 - (1) 國際強行法的形成標準
 - (2) 國際強行法的內涵要素

(二) 國際法的規範層級

五、國際法主體

- (一) 國家
- (二) 國際組織

(三) 爭取獨立民族

(四) 個人

1、自然人在國際法上的地位

2、跨國公司在國際法上的意義

3、跨國公司與國家所簽協定（或契約）的法律性質

(五) 國際法主體演變對國際法發展的影響

六、國際組織與跨國組織

七、國家與環境

(一) 國際法主體的擴張

1、國家是國際環境法的基本主體

2、個人在國際環境法的主體地位

(二) 軟法的規範效力——以國際環境法上之預防原則為例

1、關於預防性原則之國際環境立法

2、國內環保法規體現預防原則的規定

伍、國際經濟法

一、國際組織的合作網絡與我國的國際「軟法」義務

二、經常帳支付與移轉的自由化

三、歧視性通貨措施與多重匯率的禁止

四、跨國商業訴訟中外匯契約的解釋及其效力

五、跨國法律關係當中新的「規範指引」—訊息的充分流通

陸、國際人權法

一、國際人權法教學之模組大綱

二、國際人權法中個人尊重基本人權的義務與責任

三、人口販運

(一) 人口販運的定義

(二) 販運被害人及證人之保護

(三) 國際與地區合作

(四) 台灣對人口販運之防制

四、公平審判權之研究

柒、國際金融法

一、本計畫宗旨

二、本子計畫之規劃與實施

(一) 基礎理論之建構—基本問題之思考與經典外文文獻之閱讀與報告

(二) 結合本土案例—雷曼連動債糾紛

(三) 與實務專家之對話—座談會之籌備與舉行

(四) 具體學習成果之展現

三、本子計畫之研究結果成果

(一) 軟法

(二) 跨國法律規範內化之必要性

(三) 結語

附件一 981 金融法授課大綱

附件二 座談會題綱與會議資料

捌、國際私法

一、前言

(一) 計畫研究目的

(二) 國際私法之發生與其重要性

(三) 國際私法之性質

二、國際私法之方法論

(一) 國際私法之線性適用程序

(二) 選擇法律的基本順序

(三) 定性規則(characterization; qualification)

三、實務運作於國際私法教學與理論之回饋

四、結論

五、教學模組織設計：以涉外法律行為發生債的關係為例

玖、子計畫的課程實踐

一、國際公法

(一) 台灣的國際法實踐

(二) 台灣－菲律賓漁業糾紛概況與處理方式

(三) 國際刑法與恐怖主義

二、國際經濟法

(一) 如何有效參與國際經貿談判

三、國際人權法

(一) 公平審判權之研究

(二) 死刑存廢爭議之探討

壹、前言

人類的生活態樣難以避免地會形成特定的社會結構，而為了維繫社會的秩序和人類的價值，特定的法律就會形成並發展。因此，法律和社會之間一直存在著緊密的連結關係。這種緊密的連結，不只是發生在國內社會，也出現在國際社會的層面，亦即，國家之間的互動交往，會形成或緊密或鬆散的國際關係，並進一步建構出國際社會，而為了維持國際社會秩序，國家間發展出了國際法以規範國家間的往來行為。

國際法規範並調整國際關係，所謂國際關係一般認為僅只是國家間的關係，這個看法隨著國際社會的發展逐漸產生了變化。二次大戰後，聯合國的成立加速了國際組織的發展和作用，使國際法所規範與調整的國際關係加入了國家與國際組織及國際組織之間的關係。不僅國際組織逐漸被承認為國際法主體，隨著經濟全球化的發展，許多全球事務需要國家和非國家主體共同解決，有關國際組織和個人的國際法規則也因此增多。全球化時代的到來，明顯可見國際法開始影響到國內法的規範，而國際法的發展，也將國內法規範引領到新的領域和方向，而產生了國際規範的內化（internalization）問題。

長久以來，台灣傳統法學教育一直是以國內法的教學為主，加上國家公務人員考試的動向主導教學的模式和學生的修課領域，導致國際法的研究與教學在台灣的法律教育一直未受重視。由於侷限在國內法體系並且忽略國際法的發展和跨國法律規範的研究，對於因為全球化而與日俱增的跨國法律問題，傳統法學教育所提供的教學模式和知識領域已經無法涵蓋今日所需的法學知識。

此外，隨著科技發達和經濟全球化，跨國界之往來頻繁發生於國家、個人、法人或其他各類組織之間，國際法也逐漸從傳統的契約關係論述下的國家間（inter-States）的法律朝向具有制約性質的跨國法律（Transnational Law）趨勢發展，因此，過往僅以「國家」為主體所架構之國際法以及國際法之教學，已經不再能正確界定國際社會新興秩序的規範理論與解決相關問題，國際法學出現了前所未有的機遇和挑戰。為此，培養法律人才的主要機構—法律系所，即有迫切需要重新界定國際法的範疇並規劃其必要的教學內容，此即為本研究計畫—「跨國法律規範理論與教學模組之建構」之主要宗旨。

面對此等變化，法律人更應加強國際法知識的學習以因應國際社會的挑戰，更應知道如何利用國際法以創造出有利於台灣的國際生存發展空間。本研究計畫「跨國法律規範理論與教學模組之建構」分成五個子計畫—國際公法、國際經濟法、國際金融法、國際人權法和國際私法，都是和台灣對外關係、和台灣人民生活息息相關的國際法議題，基於總計畫主持人所建構的跨國法律規範理論分別研究相關議題並撰寫有關的教學模組。

貳、跨國法律規範理論研究方法

首先，由總主持人針對跨國法律規範有關方法論之基本問題與假設，提出初步的理論架構雛形作為子計畫進行研究與相關新教學模組設計之理論基礎。其

次，針對國際法規範進入內國法體系有關法規適用所關涉的二個介面問題，意即，條約國內法化與國際規範內化的問題，根據跨國法律關係的內容與規則體制的型態，選定五門國際法課程，包含，國際公法、國際人權法、國際私法、國際經濟法、國際金融法，每門課程分別提出若干議題，事先給與相關各領域之實務界專家、顧問，針對此等議題於座談會中提供案例說明，說明實務操作的經驗，從理論與實務之間的對話，進一步檢視本計畫預設之關跨國法律關係所需要之規範理論，是否能有效說明與規範跨國事務有關法律問題之意義與效力。

參、跨國法律的規範理論

傳統國際法，特別是以「國際公法」為名的教學模組與內容，基本上是以主權國家為主體，論述國家於對外關係中所具有之權力與權限，概念上類似國內法體系中權利主體之權利能力問題，例如，管轄權的範疇與行使權限，領土的保護，締結條約的能力等；卻忽略國際法秩序中，其他主體的存在意義與其對於國際法秩序的影響，例如，國際組織，不論是政府間或是非政府間組織，在國際法規範的形成與發展中已具有相當的地位與作用，但是傳統國際公法卻只從功能的面向解說國際組織的制度性意義與概念，至於其最值得探究與瞭解的國際組織規範理論卻完全付諸缺如。又如跨國公司在國際經濟活動中，居於經濟與權利主體的意義，對於國際法規範之侷限性更是重要的顯影劑，讓國際法學者清楚看見國際法規則體制不但存有結構上的瑕疵，在國際法規則體制建構上更有令人擔心的方法論錯誤。這些問題在全球化時代已益加彰顯傳統國際法規範理論的缺失。

這些問題的發生，當然不完全是上述有關國際法規範理論的缺失所造成，確切而言，這些問題的出現，實際上是與國際法的既有典範有關，意即，國際法規範過度依賴類似私法自治原則的契約理論，強調權利主體的意志自主與自由。國際法本質所具有的合意性就是例證。

目前，國際法是否能解決這些問題，當然不完全在於變更或修正國際法既有典範即可功德圓滿。本計畫之目的也並非設定在探討如何變更或修正國際法既有典範，而是構思是否可能建構一個跨國界（transnational）的法律理論，藉以規範包含個人、法人、國際組織、國家以及其他團體所生具跨國界性質的法律行為與活動，以在實效上能夠含括並且超越傳統國際法之理論框架，進而鋪陳能夠因應並解決全球化時代涉及跨國界之法律活動所生紛爭的需求，亦可填補純粹內國法律體系所無法提供解決此等跨國法律問題所出現的規範真空。

使用跨國界法律一詞，並無意改變國際法的概念與名稱，而只是要彰顯法律活動或行為事實涉及跨國界之現象所具有之法規範意義與效力，因而跨國界法律雖然含有超國界（supranational）的意義，卻不是等同之概念。例如，具有類似行政法規制意義之跨國界法律，即具有超國界之意義與效力。基於此說明，就規範向度而言，超國界法律的概念與範疇，顯然較跨國界法律之概念與範疇為狹

窄，但是在規範效度上，前者卻強於後者。

因此，本研究計畫所稱跨國法律規範理論之意義，意在表彰涉及跨國界之法律活動與事實行為在國際法既有典範架構下如何或是應如何確立其法律關係以使產生國際法之規範效力。這個規範效力的檢視，表面上應從國際法秩序中加以觀察，然而，由於國際法既有典範在方法論上的界限，事實上難以開展必要之規範理論俾使國際社會涉及跨國事務，無論是法律行為或是實行為，得以納入國際法秩序之中，於此限制下遑論釐清與界定各種跨國界法律有關其規範效力的地位問題，更無須討論與比較其規範效度問題。

這就是目前國際法發展上的困境。國際法學者雖有倡議應建構國際法特有之方法論或是創新方法論以處理國際社會面臨之新議題與問題，就其功效而言仍待繼續努力。因此，有關各種跨國界法律之規範意義與效力，即應從國內法體系加以檢視、判讀，一方面無須擔心是否背離國際法的典範架構；另一方面，從國內法秩序中觀察國際法規範的張力，事實上更容易理解跨國法律的規範意義與效力。

透過本計畫之執行所得之結論，驗證計畫提出所假設之問題，確實為真，意即，國際法秩序內部存有的分化因子，包含有法源理論的過度倚賴形式主義；公領域誤用私法自治原理；缺乏垂直規範體系架構導致水平規範關係的矛盾；過度限縮國際法的權利主體導致同時限縮國際法規範的向度與張力。

因此，在國際法既有典範架構下，面對難以去除的因子，從國內法體系檢視跨國法律關係的規範意義與效力，方法上即應針對條約國內法化以及國際法規範內化於國內法律體系之實踐問題進行事實歸納與規範判讀。基於此所論述的跨國法律規範理論即應處理下述議題：確認跨國法律關係的主體，包含國際組織、公司法人與個人；確認跨國法律規範的範疇，應包含硬法與軟法；確認跨國法律關係的成立，應以行為主體的權利能力為基礎；確立規制跨國間涉及公領域法律關係的方法論；確立單一規制跨國間有關私領域法律關係的規則體系。這也正是本計畫針對跨國法律問題建構新教學模組的基礎架構，而基於此所建構的跨國法律規範理論或許才有可能解決國際法發展上的困境與難題。

肆、國際公法教學模組之建構

本子計畫為國際公法的教學研究，著重基礎國際規範理論的研究、國際法和國內法體系的關係、跨國法律的議題發展以及台灣在國際社會上的活動。藉由探討台灣的外交實踐和國際法學基礎理論知識的結合，清楚說明學習國際法的必要性，以及國際法對於國內法律規範發展的影響。本子計畫目的不僅在於使國內法學教育重視跨國性議題的研究，也在於建構跨國法律教學的模組，並提供例示教材，以促進法學教育在此領域的蓬勃發展。

一、國際法與跨國法律的概念

國際法，是規定關於國家和其他國際社會成員在國際社會中的權利義務和責任的法律規範，是對國家和其他國際法主體在國際關係中具有法律拘束力的各種原則、規則和制度的總稱。

國際法，係指國際法律制度。國際法是規範國際社會的法，其適應國際社會的需要而形成和發展，由於國際社會不斷的變遷，國際法的原則和規則也相應會產生變化，因此，國際法是動態的（dynamic）法律。

在很長的一段時間裡，國際法被認為僅僅是規範國家之間關係的法律，並且國家是國際法上的唯一主體¹。這個看法隨著國際社會的發展逐漸產生了變化。不僅國際組織逐漸被承認為國際法主體，隨著經濟全球化的發展，許多全球事務需要國家和非國家主體共同解決，有關國際組織和個人的國際法規則也因此增多，而產生了「個人在國際法上地位」的討論²。

國際法的內涵，指調整各種國際的、區際的、國家之間的或一國涉外的社會關係或社會現象的法律規範的總稱。這些社會關係或社會現象包含了政治、經濟、軍事等國際社會生活等方面。

國際社會是國際法產生、形成和發展的基礎。國際法的歷史背景顯示，國際法是由國際社會所公認，為適應國際社會成員交往的需要而產生的。國際法調整國際關係，長久以來，國際關係被認為僅只是國家間的關係，二十世紀以來，聯合國的成立加速了國際組織的發展和作用，使國際法所調整的國際關係加入了國家與國際組織及國際組織之間的關係。

國際法是對國際社會所有成員具有法律約束力的各種原則、規則和制度，是一個綜合的法律體系，包括主權平等、和平解決國際爭端等國際法基本原則，以及適用於領土、海洋、大氣空間、環境和人權等領域的國際法具體原則、規則和制度。國際社會中，國際法規則不僅拘束國家，也在某些領域拘束國際組織和非國家行為體，除了國家責任的傳統議題之外，國際法還發展了國際組織責任和個人責任的相關規則。由於國際法的破碎與龐雜，我們很容易忽略國際法對跨國公司與個人的影響，事實上，不論過去或現在，跨國公司和個人的國際法問題都是一直存在的，只是現在因為全球化時代的來臨，這些過去隱藏在國際法和國內法的區隔中的法律問題漸進地被揭露出來，而在當代掀起了「跨國法律」

（Transnational Law）的概念及討論。

跨國法律（Transnational Law）的概念，係指規範跨越國境的活動行為的所有法律，不僅包括傳統國際公法和國際私法，還包括不屬於其範圍的其他法律在內。二次世界大戰後，不僅國家與國際組織是國際法的主體，個人在國際法上的特定地位也逐漸發展成重要議題。跨國界法律所規範的對象，是及於個人、法人、國家、國際組織以及其他團體的各種超國界活動。

跨國法律問題是國際法在全球化下必然會產生的，其將國際法的主體從國家

¹ R.Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th edn, vol.1, 1992, pp.4-13

² 吳嘉生（1999），「個人在國際法上地位之研析」，*軍法專刊*，45(2)，4-18。

擴張到包括國際組織、跨國公司及個人，並且揭露了傳統國際法的盲點，亦即，跨國界法律議題，不只是國際法上，也是國內法會涉及的問題。因此，國際法的研習已是整體法律體系的認知上不可或缺的重要部分，而非僅只是偏好的選擇³。

跨國法律的規範來源包括了國際法上的硬法（Hard Law）和軟法（Soft Law），其中，硬法又包含條約及習慣國際法，均是國際法上具有法律拘束力（Legal Binding Force）的規範來源。而軟法雖不具有如硬法所有的法律拘束力，但仍是具有法律效力的文件，且其規範的有效性並不亞於硬法，甚至在某些法領域中，軟法規範效果甚至優於硬法。

二、國際公法基本原則

（一）國家主權平等

主權是國家對內即對外的基本權利，對內享有最高管轄權，對外有獨立權和自衛權。二戰後主權進一步被強調，被認為是國家基本屬性，不可分割，不可轉讓的絕對權利。現在進入全球化，我們應該說主權是相對的。現在已開發國家在弱化主權，提出主權過時論，新干涉主義等。落後國家強調主權，不加任何限制的主權。1992年聯合國安理會首腦會議，加利說：絕對的、排他的主權時代已經過去，它的理論從來就與實際情況不符合。安南：國家主權就其最基本的意義而言正在重新定位。現在國家普遍被認為服務於人民的工具，主權的概念更多的被加入了人權的概念。只要自主讓與的權利，就不是損害主權。

國家在相互關係中，不得以任何藉口和方式直接、間接干預並不承擔國際義務的他國內政。也不得以非法手段強迫他國接受自己的意志、制度和意識形態。內政不是地理上的概念，劃分內政與非內政的界限在於有關國家是否在相關事項上承擔國際義務；與此對應，干涉包括三種形式，武裝干涉、經濟干涉和外交干涉三種。

（二）禁止使用威脅或武力原則

對於武力使用和威脅的禁止，明定於聯合國憲章第2條第4項，該條款是在聯合國憲章第一章「宗旨與原則」之內，其內容為：「各會員國在其國際關係上不得武力使用或威脅，或以與聯合國宗旨不符之任何其他方法，侵害任何會員國或國家之領土完整或政治獨立。」

第2條第4項建立了對於武力使用的一般性禁止，更規定武力威脅（threat of force）也同樣是屬於禁止範圍內。因此，戰爭當然是非法的，更進一步，凡是有侵害其他國家之「領土完整或政治獨立」的武力使用或武力威脅都一律被禁止。

第2條第4項對武力使用的禁止指出了自從二次大戰結束以來，以聯合國憲章為規範核心的國際秩序的主要特質，亦即維持國際和平與國際現存秩序的重要性。聯合國憲章雖然同樣主張和推動其他價值，如自決權、人權、經濟與社會發展、及公正的國際秩序，但是這些價值均不能以戰爭或武力來達成。有鑑於戰爭所帶來的毀滅與破壞，更嚴重的是人的傷亡，使得國際社會認知到戰爭或武力使

³ 鄧衍森，「有關國際法之教學與使用名稱」，收錄於「認識超國界法律專文集」，陳長文、馬英九主編，中國國際法學會出版。

用均不能作為解決爭端或尋求正義的手段和方法。和平是最高的價值，因此國際社會的現有秩序和政策的改變或修正，均不得以訴諸戰爭或武力方式達成之。

第 2 條第 4 項雖然是要求聯合國會員國在其國際關係上，遵守武力非法化的規定，但是這條規定已經獲得國際習慣法（customary international law）的地位，對於所有國家均有拘束力。在尼加拉瓜案例中，國際法院確認「聯合國憲章第 2 條第 4 項對於武力使用的禁止具有國際習慣法的效力，這可由各國的宣示中均表示該條文不僅是一項習慣國際法，更是構成習慣國際法的基本核心原則獲得確認」。國際法院更進一步指出國際法委員會（International Law Commission）在進行條約法的成文化過程中，曾經表示第 2 條第 4 項不僅是一項國際習慣法，更具有「強行法」（jus cogens）的地位。

這項憲章禁止武力使用與威脅的規定，在後來許多其他國際公約和聯合國決議案獲得了進一步的確認。其中重要的包括 1970 年聯合國大會全體決議通過「友好關係及合作之國際法原則之宣言」，宣言中再一次強調了武力使用及武力威脅的禁止。1974 年聯合國大會通過對於「侵略的定義」決議案中，又再次確認第 2 條第 4 項相關規定的效力。因此，侵略戰爭的武力使用是一項國際罪行，發動戰爭的國家需負國際責任，而有罪的個人也必須面對國際罪行責任，這可由紐倫堡審判、東京審判、以及後來設立的波士尼亞戰犯法庭得到證實。

（三）國際合作原則

各國不論政治、經濟、社會制度上有何差異，都有義務互相協助。一戰後，國際聯盟第一次建立了全球性政府間國際組織，提出了增進國際合作並保證其和平與安全。二戰後，國際合作成為普遍的國際法基本原則。聯合國憲章已經寫入。促進社會經濟發展也是國家的重要目的，和平時期國家更需要合作，成為所有國家參加包括所有領域固定、長期的合作，更重視經濟、文化的結盟。憲章規定：各國應該與其它國家合作以維持國際和平與安全。各國應該合作，促進對於一切人民、人權以及基本自由的原則。各國一個腦蓋依照主權平等和不干涉內政的原則處理經濟、文化和貿易方面的關係。聯合國會員國均有義務依照憲章有關規定採取個別和共同行動與聯合國合作。

（四）和平解決國際爭端

各國應該以和平方法解決與他國之間的國際爭端。1920 年國際常設法院開創了以司法方式解決國際爭端的先河，1928 年巴黎非戰公約，規定和平解決國際爭端為一向普遍性國際義務。1970 年《國際法原則宣言》，再次規定。

（五）外交保護原則

外交保護是指在一國的外國人應履行其對居住國和國籍國的雙重義務，同時他的有關權利也應得到居住國及國籍國的雙重保護。當在居住國其權益受到侵害時，國籍國在某些情況下有權採取某些措施提供幫助，其中重要的措施之一就是外交保護。

外交保護是直接涉及所在國的權益的國家行為，必須具備兩個基本條件：1) 符合「國籍繼續規則」，因為外交保護權源於屬人管轄權。2) 符合「用盡當地救

濟規則」，因為這是構成國家責任的前提。

外交保護泛指一國通過外交途徑對在國外的本國國民的合法權益所進行的保護。國家有權對其在國外的本國國民的合法權益進行保護，這是國家屬人優越權的重要內容之一。實踐中，各國都是通過本國外交機關對在國外的本國國民提供各種保護。

（六）民族自決原則

各民族有權按照自己的意願來處理自己的事情。60年代，15屆聯合國大會《給予殖民地國家和人民獨立宣言》。70年代，《國際法原則宣言》規定：根據聯合國憲章所尊崇之各民族享有平等權利及自決權之原則，各民族一律有權自由決定其政治地位，不受外界之干涉，並追求其經濟、社會及文化之發展，且每一國均有義務遵照憲章規定尊重此種權利。

三、國際法與國內法

（一）國際法與國內法的相互關係及其意義

傳統國際法上，國際法和國內法的關係主要涉及到兩個問題：其一，國際法和國內法是屬於同一法律體系，還是分屬於兩個不同的法律體系？其二，是國際法優於國內法或是國內法優於國際法，還是國際法和國內法並駕齊驅、不分軒輊？國際法與國內法的關係問題，是國際法的最重要、最基本的理論問題，也是涉及到各國正確適用國際法的重大實踐問題。

（二）國際法與國內法關係的基本原則

1、國際法與國內法是兩個法律體系

儘管國際法與國內法在一定程度上有著彼此協調、互相滲透、互相補充的緊密關係。但是，從法律特徵上分析，國際法與國內法是屬於兩種不同的法律。理由如下：

從主體上看，國內法的主體是自然人和法人，而國際法主要是國家、國際組織、以及特定之個人⁴；從調整對象看，國內法是規範國家與個人、個人與個人的關係，而國際法主要是規範國家間的關係、國際組織間的關係、以及國家和國際組織間的關係；從法律淵源看，國內法主要是國家的立法，而國際法主要是來自兩個以上國家的共同意志，實踐上亦即條約與習慣；從性質看，國內法是一種隸屬關係的法律，因為政府制定法律、發布命令，其人民即應遵守，而國際法則是一種平等關係的法律，基於各國主權平等原則，一國家不得干涉他國內政，故是以平等的基礎相互往來的；從法律實施看，國內法主要依靠國內司法機關，而國際法主要依賴各國總體政府，包括行政、立法、司法機關在內的執行。

2、國際法與國內法的效力位階

（1）不同法律體系中法律的效力位階確定的原則

在同一法律體系中，往往有著完善而清晰的法律效力位階排序：上位法優於下位法，後法優於前法，特別法規則優於一般法規則，規則不得違背原則。

但當不同法律體系中的法律發生衝突，從而必須對不同法律體系法律的效力

⁴參吳嘉生，「國際法與國內法關係之評析」，第39到第40頁。

進行排序，但又因為這些法律分別處於不同的法律體系，進而不可能直接判斷兩個法律何者上位何者下位，何者特別何者一般時，又應如何確定何者效力更優先呢？

此時，必須抽象出該法律規範背後所保護的價值或者立法的價值取向，對兩個價值進行稱量，優先保護較大的價值，同時盡可能兼顧另一價值。從而保護較大價值的法律優先於保護較小價值的法律。

而這樣的價值衡量需要司法者在具體案件中單獨進行，有一些價值是公認具有較大價值，從而為法律所優先並全力保護的，如基本人權或者國家的根本性的利益等。故對於這些價值進行保護的法律的效力便確定的具有更為優先的效力。

(2) 國際法與國內法的效力位階的確定

依據上述理論，國際法和國內法何者優先並不能一概而論。簡單的判定國際法優先，或者國內法優先都不是正確的說法。

第一，就國際法體系內部而言，國際強行法規範具有最為優先的效力，因為國際強行法所保護的正是上述所公認的最為基礎和重要的價值，如基本人權和國家的基本權利等。

第二，國際義務與國內法規範之間若產生衝突，其效力判斷首先要看該國際義務本身是否公正合理，若非如此則國家無義務遵守履行之；再看該國是否自願承擔該項義務，若為被迫，則該國亦無義務遵守履行之；最後還需要判斷該國際義務的履行是否違背了國內法中關於基本人權和國家基本權利的保護的相關規定，若違背了這些規定，則國家無須遵守履行之。

3、國際法與國內法關係的實踐

(1) 國際規範的內化

國際法的規定仰賴國內法的實踐，通常情況下，國際法應有拘束特定國家的效力，而各個國家也有義務使國際法的規範可以在各國國內生效。例如條約法應拘束地約當事國、習慣國際法則適用在所有國家身上，而受拘束的國家必須去履行國際法賦予他們國際義務。這個規定的原因在於，如果各國國內法不能讓國際規範在其國內發生效力，國際規範的功能就會實質喪失，也無法達到維持國際社會秩序的目標。因此，國內法律應相當程度地內化國際規範。

國際規範的內化和內國法化不相同。內國法化指透過條約的簽署或批准，或是透過國內施行法的頒布，將國際法律規範變成國家法律體系的一部份；國際規範的內化則指透過立法、特定的行政或是司法措施使規範直接被現有的法律體系吸收，而將該國際規範的內涵體現在原有的內國法律中。內化比起內國法化是一個更實質意義上的概念。以聯合國 1966 年公民權利和政治權利公約為例，批准該公約、制訂公約施行法是國際規範的內國法化，但是從原有的法律條文和體系中一一檢視是否有和公約相牴觸的條文並且做修正，則是國際規範的內化。因此內化更能表現出國際規範的內涵，也更具有實踐上的意義。

(2) 國際法不能干涉國家依據其主權所制定之國內法

國際法是國際社會所適用的法律規範，但是國際社會上，部分是由國家所構

成的，國家擁有平等的主權，是國際法上權利義務的主體。國際法上承認國家主權平等，認為各國在其管轄領域內享有至高無上的權利，任一國家都不得對他國的主權行使做任何的限制。因此，國際法不能干預國家根據國家主權所制定的國內法。

實證上的例子是聯合國憲章第二條第七項⁵，其明白規定：「本憲章不得認為授權聯合國干涉在本質上屬於任何國家國內管轄之事件，並且不要求會員國將該項事件依本憲章提請解決。」

至於國際組織之決策在國內法體系之地位問題。美國聯邦最高法院在 *Medellin v. Texas*⁶ 一案中，認定國際法庭(International Court of Justice)之判決在國內法庭中並不具有直接拘束力。而在 *Kadi v. Council*⁷ 一案中，歐洲法庭(European Court of Justice)亦認為聯合國安全理事會之決議對歐盟法律之詮釋並無影響。

(3) 國內法不得作為違反國際義務的理由

國際法上規定，一國不得以其國內法之規定做為違反國際法上義務的理由，此點規定在維也納條約法公約第 27 條⁸：「一當事國不得援引其國內法之規定為理由而不履行國際條約。」

此法理基礎在於，條約當事國同意承受條約之拘束，承擔了條約義務之後，就必須善意履行，而國際實踐上，以 *Alabama* 仲裁案⁹為例，美國成功地從英國那裡獲得賠償，該案的仲裁庭認為英國「不能以缺乏行為之法律根據為理由，為自己未能盡到正當留意而辯護」¹⁰。又以 *Treatment of Polish Nationals in Danzig* 案件¹¹為例，常設國際法院(PCIJ)宣稱：「一國不得舉出他自己的憲法來對抗他國，以圖規避其在國際法或有效條約下所加諸之義務」¹²。

四、國際法的體系構成

(一) 國際強行法概述

1、國際強行法的概念和特征

1969 年的聯合國《維也納條約法公約》第 53 條對國際強行法的定義是“就適用本公約而言，一般國際法強制規律是指國家之國際社會全體接受並公認為不

⁵ Article 2(7) of UN Charter : " The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles..... Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII."

⁶ *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

⁷ Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P, *Kadi & Al Barakaat v. Council of the European Union*, 3 C.M.L.R.41 (2008).

⁸ Article 27 of Vienna Convention on the Law of Treaties : " A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty."

⁹ The *Alabama Claims Arbitration Case*，吳嘉生，「國際法與國內法關係之評析」，第 57 頁。

¹⁰ "It cannot justify itself for a Failure in due diligence on the plea of insufficiency of the legal means of action which it possessed."

¹¹ *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, 1932.02.04: Advisory Opinion No. 23 (PCIJ, Ser. A/B., No. 44, 1933.)

¹² "A state cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force."

許損抑且僅有以後具有同等性質之一般國際法律始得更改之的規律。”

可見，國際強行法是國際法上一系列具有強制的法律拘束力的特殊原則、習慣和規則的總稱，這類規範由全體國際社會成員共同承認並接受，具有絕對強制性。

根據《維也納條約法公約》第 53 條的規定，國際強行法有以下幾項基本特徵：

國際社會對於強行法規範的接受具有整體性。所謂整體性並不是指每一個國際社會成員都必須毫無例外的全體接受才能導致強行法規範的強制性，而隻需要“絕大多數的成員表示接受“即可。極個別國家的反對無損於該規則的強制性。

強行法規範的強制效力具有絕對性。該絕對強制性體現在兩個方面：其一，非同等強行性質之國際法規則不得予以更改；其二，任何條約或行為如與之相抵觸，歸於無效，並需承擔相應的法律後果。

強行法規範的適用範圍具有普遍性。國際強行法規範適用於國際社會的一切成員，毫無例外。

強行法規範的範圍具有變遷性。隨著國際社會日新月異的變化和發展，國際強行法規範的也將與時俱進，不斷有新的規範產生，同時也會有舊的規範的修改或者消亡。當然，對於這些新增或修改的限制是嚴格的，受到“具有同一性質的一個以後的一般國際法規則才能予以更改“的限制，從而保證了強行法規範效力的絕對性。

2、國際強行法的規範對象

國際強行法的規範對象既包括規範，也包括行為。具體而言，國際條約、國際習慣以及國際法主體的行為都受其約束。

（1）國際條約和國際習慣。

任何國際條約和國際習慣都不得違背國際強行法規範、理論和實踐。

（2）國際法主體的行為。

這裏的行為既指國際法主體的締結行為，也指其在條約領域外所實施的作為或者不作為。雖然理論上，對於國際法主體的行為是否可由國際強行法調整尚有爭議，但眾多實踐表明，國際法主體的行為已經現實的已經為國際強行法所約束，例如違反戰爭法規或者人權保護的國家行為均因違反國際強行法而遭到責難。

3、國際強行法的形成標準和內涵要素

維也納條約法公約雖然首次界定了國際強行法的概念，但對於其標準卻並沒有給出清晰的說明。因此，強行法的確立標準並不明確，這也直接導致了強行法內涵要素的不清晰。

儘管如此，對於強行法的形成標準和內涵要訴問題經過國際法學者的探討和發展，逐步形成了相當程度的普遍認識。

（1）國際強行法的形成標準

首先，國際強行法規則是構成「國際公共秩序」的規則，是爲了「國際社會作爲整體的利益」而存在的。所以，國際強行法的判定不應立足於個別國家的需要，而應看其是否符合整個國際社會的需要。唯有如此，國際強行法才可能具有絕對性。

其次，符合整個國際社會需要的法律規範也並非都是國際強行法規則，而僅有那些違背之則無效的法律規範方有成爲國際強行法規則的可能。

故此，要成爲國際強行法規範必須同時滿足兩個條件，缺一不可：其一，符合整個國際社會的需要；其二，對其違反將直接導致條約或行爲的無效。

（2）國際強行法的內涵要素

國際強行法之所以具有絕對強制的效力並非因爲對其違反將導致無效——這僅僅使其絕對強制效力的體現而已——而是因爲其所保護的價值有著最爲重要、最爲基礎性的意義。由此，可以從這些基本價值出發來探尋國際強行法的構成。

上述基本價值可以依照其主體分爲兩個層面：其一，基本人權；其二，國家的基本利益。與之相對應，國際人權法中保護基本人權的相關規範和國際法中保護國家基本利益的相關規範就成爲了國際強行法的最主要組成部分。

國際人權法中的保護基本人權的相關規範

並非所有國際人權法規範都是國際強行法：僅指保護基本人權的國際人權法的規範具有國際強行法的絕對強制效力，而保護一般人權的國際人權法因其所保護的價值並不是最爲核心和重要的，而僅具有一般效力。

由此，符合上述標準，構成國際強行法的國際人權法律規範包括：第一，保護生命權（包括免受任意屠殺的權利和免受種族滅絕的權利）的國際人權法律規範；第二，保護免受種族隔離的權利的國際人權法律規範；第三，保護免受酷刑和其他有辱人格待遇的權利的國際人權法律規範；第四，保護免爲奴隸的權利的國際人權法律規範；第五，保護免受奴役或強迫勞動的權利的國際人權法律規範；第六，保護婦女和兒童免受販運的權利的國際人權法律規範。

保護國家基本利益的相關規範

保護國家基本利益的相關規範，在國際法中歷史悠久。其中有很多在“國際強行法”這一新興的法律制度出現之前就業已成爲國際法的原則或者習慣。“和平共處五項原則”即爲典例。

（二）國際法的規範層級

1、國際法規範的層級性：

關於強行法¹³，如同在 *Prosecutor v. Furundzija*¹⁴中所述，有許多學者也認爲強行法確實享有比條約法和習慣國際法更高的地位。但是對於國際法上是否真的已經

¹³ 1969年的聯合國《維也納條約法公約》第53條對國際強行法的定義是“就適用本公約而言，一般國際法強制規律是指國家之國際社會全體接受並公認爲不許損抑且僅有以後具有同等性質之一般國際法律始得更改之的規律。”

¹⁴ *Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement)*, IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998.

存在規範的層級性這個問題，國際法學者之間仍提出許多爭議。

在 Dinah Shelton 所著文章”Normative Hierarchy in International Law”¹⁵中，將過去曾討論有關國際規範層級性的文章做了整理和分析，並且得出國際法學者對於這個問題存有歧見並且尚不能確定國際規範層級性之存在。

有部份學者認為：國際強行法作為一項新興的法律制度，為國際法的發展帶來了新的動力，因而被冠以“國際憲法”、“國際至高法”的美譽¹⁶。1969年，“國際強行法”這一名詞正式載入《維也納條約法公約》。這標誌著這一法律制度的正式確立。國際強行法是國際法上一系列具有強制的法律拘束力的特殊原則、習慣和規則的總稱，這類規範由全體國際社會成員共同承認並接受，具有絕對強制性。但是另外一部份學者則認為，國際法的體系原本就是破碎的，國際法規範上是不可能有如國內法的規範層級性存在的。並且認為，強行法的概念還沒有被完全確定下來¹⁷，即使追溯到最有力的法源——維也納條約法公約第 53 條，它的法源仍然是條約，而無法證明其為國際習慣法，因此只拘束公約當事國。更甚者，強行法如果是較國際習慣法更高層級的國際法，還必須透過確立為國際習慣法來論證其效力，豈不是陷入循環論證當中？因此強行法的發展一直未臻完整，更不能用維也納條約法公約來論述強行法的較高層級性。

不能否認，強行法的概念已經開始萌芽發展，可能是基於國際社會的需要或是國際社會全體的道德意識，但是這個概念最多尚只被肯認為一個「漸進發展」的概念，而並非已發展完成的法律概念。原因就在於對於強行法的內涵，還沒有一個國際法上統一的標準來認定。如果禁止種族屠殺和刑求被認為是強行法，我們也找不到一個明顯的標準來認定人口走私到底是不是屬於強行法的範疇。強行法的界線，似乎並非如傳統教科書上所述的「人類社會特別重大的犯罪行為」，那樣容易判斷。

因此，關於國際法規範的層級性，並不存在一個絕對的層級，而是存在著相對的層級(Normative Hierarchy)。亦即，所謂的「較高的層級」應該是比較出來的。但是這只是初步的想法，在立論之後總會產生許多問題，諸如：大規模刑求和種族屠殺，誰規範層級較高？比較的標準是什麼？是人權嗎？可是人權論述上最基本的等價性就已經讓比較的基礎不存在了。所以，不使用強行法概念，要建立國際法規範的層級性是困難重重的，但是使用了強行法概念，困難並沒有減少。學者們疲於應付那些頑固的問題：禁止種族屠殺已被認為是屬於習慣國際法的範疇，但是從習慣國際法再跨一步，到所謂的強行法的層級，依據在哪裡？標準又是什麼？為什麼禁止人口走私跨不過去這個標準呢？

¹⁵ Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law," 100 A.J.I.L. 291.

¹⁶ Karen Parker and Lyn Beth Neylon, *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Right*, Hastings International and Comparison Law Review. 1989, No. 12. p. 411, 415; Philippe Lieberman, *Expropriation, Torture, and Jus Cogens Under the Foreign Sovereign Immunities Act: Siderman De Blake v. Republic of Argentina*, U. Miami Inter- American Law Review, 1993, No.24, p. 503; David Wippman, *Treaty- Based Intervention: Who Can Say No?*, University of Chicago Law Review 1995, No. 62, p. 607, 618

¹⁷ Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?* 77 AJIL 413 (1983).

強行法是一個近來引起國際法學界爭相論述的新概念，它被寫進維也納條約法公約裡，就代表了國際社會很大部分的認同。至於這個新概念留下來的許多問題，仍有待國際法的持續發展來解決。

五、國際法主體

國際法的主體是指被賦予國際人格的個體，其有能力承擔國際法下的權利和義務。但是國際法院 1949 年對「聯合國雇用人員服務期間所受損害賠償諮詢意見」(Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations) 表示：「在任何法律制度下的法律主體，其性質或其權利範圍並不需要相同，它們的性質是依靠社會的需要。」¹⁸因此一個國際法人並不一定需要享有全部國家通常享有的國際權利、義務與權力。¹⁹

國家是最早被承認具有國際法人格的國際法主體，國際法人格，係指成爲國際法上權利義務主體的資格。因爲國際法人格的存續，所以國家享有國際法上訴訟當事人的資格，得以從事各種國際法訴訟以對其國民行使外交保護、主張權利。具有一國國籍的個人，因他國的不法行爲而遭受損害時，國家有義務行使外交保護，追究加害國之責任，請求賠償損失。此外，國家得實施國際法行爲，包括單方行爲或是與其他國際法主體簽訂條約。

(一) 國家

國家是定居在特定的領土之上，並結合在一個獨立自主的權力之下的人的集合體。國際法就是在國家相互交往的過程中產生和發展起來。在資本主義生產方式迅速發展後，國家之間的交往增多，西方國家爲爭奪殖民地和世界市場而不斷發生爭端和摩擦，爲了互相協調彼此的利益關係，國際法因此應運而生。當時，國家是唯一的國際法主體，國際法一開始就將國家之間的關係作爲其主要調整對象，無論習慣國際法還是國際條約，其主要內容都是關於國家的權利和義務。

在當代的國際關係中，國家始終居於主要的地位，國際法的制訂和實施也離不開國家，只有國家才擁有完全的權利能力和行爲能力，而其他國際法主體都只享有相對地國際法上的權利和義務。

(二) 國際組織

此處的國際組織指的是政府間國際組織，是指兩個以上的國家政府，爲謀求合作，以實現符合共同利益的目標，通過締結國際條約的形式而創建的常設性機構。

隨著國家間政治、經濟交往逐漸增多，國家之間定期召開會議這種形式已不符現實需求。專門性、綜合性國際組織便紛紛出現，其中最有影響力的就屬聯合國。爲了增加國家間的合作，主權國家通過簽訂條約賦予國際組織有一定的權利能力和行爲能力，因此國際組織可說是一種有限的國際法主體，受其組織章程、宗旨的約束。

隨著國家間政治、經濟交往逐漸增多，國家之間定期召開會議這種形式已不

¹⁸ ICJ Reports, 1949, p.178。

¹⁹ 丘宏達，現代國際法，初版，第 248 頁。

符現實需求。專門性、綜合性國際組織便紛紛出現，其中最具有影響力的就屬聯合國。爲了增加國家間的合作，主權國家通過簽訂條約賦予國際組織有一定的權利能力和行爲能力，因此國際組織可說是一種有限的國際法主體，受其組織章程、宗旨的約束。

（三）爭取獨立民族

在二戰以前，列強認爲殖民地、半殖民地國家是「非文明國家」，因此不具有國際法主體地位，而爭取獨立的民族更不被認爲是國際法主體。直到二戰後，爭取獨立民族國際法地位問題才在民族爭取獨立自主的過程中被提出。

《聯合國憲章》以及聯合國通過的《關於人民與民族自決權》的決議，都明確規定了民族自決原則。根據民族自決原則，被壓迫的民族都有權爭取民族獨立，建立主權國家，有接受其他國家援助的權利，而其他國家負有不得干涉的義務。因此，爭取獨立民族在實質上是正在走向形成國家的政治實體，被視爲一種過渡性的國際法主體，其國際法主體地位已獲得廣泛承認。

（四）個人

1、自然人在國際法上的地位

個人是不是國際法的主體，至今仍存在著爭議。主張個人是國際法主體的學者，其主要論述如下：1 國家在國際法上的權利與義務總歸是由個人來承擔的；2 一些國際公約直接規定了個人必須因其國際罪行如海盜罪、戰爭罪而承擔國際責任；3 某些國際條約如國際人權條約可以適用於個人。

持反對觀點的學者則認爲，在國際法與個人之間存在著國家，無自然人或法人，都是處於國家地主權之下，受其管轄。國際法上的權利、義務通過國家才能及於個人，或者是由國家轉化爲國內法，由國內法貫徹到個人。

從實際的情況來看，個人做爲主體也漸漸出現在國際法之中，例如聯合國憲章和世界人權宣言給予個人最廣泛的權利保護，而 1949 年日內瓦戰俘公約和 1949 年日內瓦戰時保護平民公約都直接對個人的權利保護做出規定。由以上可見，個人做爲國際法主體的地位是不容否定，但個人的權利義務直接由國際法規定的情況還是比較少的，其國際行爲能力也有限，所以個人只是一個有限的國際法主體。然而，從長遠的觀點來看，個人在國際法中的地位必定將越來越重要。

2、跨國公司在國際法上的意義

跨國公司係指在不同國家設有生產經營機構的企業，這些企業受公司總部的控制。由於跨國公司通常擁有雄厚的經濟能力，加上其跨國性質，影響力常常不只及於一國，在國際經濟往來中扮演著重要的角色。因此，在國際經貿全球化的時代，將之納入國際法的規範下正是迫切的議題。

跨國公司的外交保護是以跨國公司的國籍爲判斷基礎，而在確定跨國公司的國籍時，各國採用不同標準。英美法系以公司成立說與登記說爲標準，亦即，該公司依據何國的法律設立，便具有該國的國籍；歐陸法系則以公司住所地說爲主，認爲公司的經營所在地或是管理行爲地是確定其國籍的標準；另外，也有所謂的控制說，認爲不應該以公司的人格爲標準而應該以公司多數投資人的國籍爲

標準來確定公司的國籍。

採用公司成立說與登記說的優點在於國籍較容易確定，但是會給予跨國公司選擇國籍國，以達到利用該國外交保護目的的機會，進而忽視了國籍國與跨國公司的聯繫是否緊密真實。歐陸法系的公司住所地說可以彌補這樣的缺點，但是公司住所地易於更換，導致跨國公司國籍國的不確定性倍增且易在認定上產生困難。

因此，國際法上發展出「真實聯繫原則」，要求跨國公司與對其提供外交保護的國家必須具有真實聯繫，而非僅只是基於外交保護的目的及公司利益而得任意選擇國籍國。

3、跨國公司與國家所簽協定（或契約）的法律性質

跨國公司常與國家簽訂協定，以使其經濟活動和投資財產不受投資國內一般法律的拘束。由於跨國公司的長期投資可能大幅影響投資國的經濟發展與國民就業等社會問題，投資國也會對跨國公司適用特殊的規範，一方面用以創造安定投資環境並留住挹注外資，保持與跨國公司的長期互利關係，一方面也對跨國公司利用本國資源與環境的行為做限制。

跨國公司與投資國所簽訂的協定，從傳統國際法的角度來看，其性質認定上會產生困難，因為傳統國際法不承認私人為國際法主體，自然也不能將此類協定，歸於國際條約。但是從跨國法律的概念上來看，認定國際法主體已擴張到包含跨國公司，因此協定內容只要雙方當事人同意，沒有理由不能看成兩個國際法主體之間的協定。這種觀點賦予跨國公司與國家之間之協定具有拘束雙方當事人的國際規範效力，即可以保證協定的有效性並且防止投資國單方變更所可能帶來的危險。

國際投資爭端解決公約（ICSID）第 53 條規定，投資國與外國投資者可以約定將投資糾紛提交仲裁，該仲裁裁決具有國際法上的拘束力。該公約第 42 條規定，如果當事人對適用法律有爭議，則應該適用投資國的法律。但是在近年國家實踐上，為了達到雙方利益最大化的效果，國家主權的彈性已變大到足以容忍跨國公司與其達成共識，雙方所形成跨國法律協定，不只與國際法接軌，也相當程度影響國內法律規範。

國際法上，跨國公司責任的形式可以是刑事責任、民事責任或是行政責任。

（五）國際法主體演變對國際法發展的影響

非國家實體尤其是個人成為國際法主體後，國家主權原則遭遇挑戰。在二戰後，人權日益受到國際間的重視，陸續制定關於基本人權保護公約，給予個人權利有力的保障。而國際法對個人權利的保護是不分國籍的，對侵犯個人權利者也不分國籍而追究其責任，甚至當國家嚴重侵犯個人權利時，也需被追究國家責任。這將使得國家對內事務的最高權與對外的平等權遭到侵害。因此，維護人權也常被已開發國家干涉開發中國家內政的藉口。

在非國家實體、尤其是個人成為國際法主體以後，國際法調整的範圍和領域

不斷擴展，其內容也得以深化，國際法不再只是調整國家之間的關係，它還調整國家與個人及其他主體之間的關係。在此過程中，將逐漸打破國際法與國內法之間的界線，進而建構成一個和諧的法律秩序。

六、國際與跨國組織

國際交往中的制度化形式及是由國際組織所呈現的，國際組織可以被成員賦予任何目的，並具有相應的職權，有固定化的內部結構和獨立的意思表示能力，國際組織才能確保其使命的完成。

從十九世紀歐洲和平會議、建立在國家間條約上的行政聯盟逐漸形成今日的國際組織，國際聯盟及國際勞工組織的成立代表國際組織從成員國獨立出來，並且取得了法律上獨立的行為能力，此二組織具有今天的國際組織基本結構，其形成與設立分別表明了國際組織可以承擔全面的政治任務，如國際合作和維持和平，也可以履行專門職權。國際聯盟更在社會與人權的領域為聯合國的發展奠定了基礎，並首次實現了制度化的法院管轄的設想，亦即設立了常設國際法院。1945年以後，聯合國實現了在全球建立有組織的國家共同體的設想，並且成為國際組織的原型，在聯合國範圍內或外，國際組織持續增長，包括政治合作的地區組織、去除政治色彩而以執行特別任務為目的的組織，前者例如歐洲理事會、美洲國家組織、非洲團結組織，後者包括世界糧農組織、國際貨幣基金、世界銀行、國際民用航空組織。

國際組織可定義為在國際條約基礎上由兩個或兩個以上的國際法主體為會員來組成以維護會員共同利益的獨立組織。國際組織的發起人通常是國家，但不排除其他國際法主體加入組織的可能性。超國際組織則與國際組織有所區別，其直接的效力不僅及於會員，而且及於會員內部的主體，亦即超國際組織的法律文件可以穿透會員國的主權，不經過轉化直接在其成員國的管轄空間內適用。這正展現出跨國組織的特殊性，雖然超國際組織和國際組織均必須在其成立條約所賦予的職權範圍內從事活動，而不得為自己擴大職權，但是超國際組織，例如歐洲聯盟的特徵即在於各會員國同意讓渡部分主權與歐盟以處理特定範圍的事務。

原則上，國際組織非成員國不享有會員權，也不承擔會員義務，除非例外涉及該國事務，例如該國為觀察員身分，因此對非成員國而言，「條約對第三國不產生義務與權利」，非成員國即為所謂的「第三國」。然而，實力強大的國際組織在事實上影響著第三國的行為，例如許多國家自願依照世界銀行的人權規範標準實行其政策，以便爭取長期貸款與資金；或者自願按照歐洲共同體的規則行事，以便與歐洲聯盟建立或擴大貿易關係，或是未將來加入歐盟做準備。

七、國際環境法

環境是影響人類生存和發展的各種自然因素與社會因素的總和，現今環境的污染所造成的危害已經影響到人類的政治、科技、經濟生活等各方面，環境保護以及預防損害成為當今國際社會的共同利益和共同責任，因此，有關跨國界環境損害責任制度規則的制定成為國際法上各國努力達成的目標。

由於國際環境問題的跨國界性質，以國際環境法做為跨國法律的發展證據，足以說明跨國法律規範在處理這類問題上的效力。以下分為兩點，分別就國際法主體之擴張與軟法的規範效力作論述。

1. 國際法主體的擴張

(1) 國家是國際環境法的基本主體

國家主權決定國家對內代表最高權力，對外具有國際法上的獨立人格，能夠獨立、平等地實施國際法律行為並享有國際法上的權利及承擔國際法上的義務。

(2) 個人在國際環境法的主體地位

國際環境法是保護全人類世代利益的法律，各類環境資源保護協定之動機、目的及內容都是直接為了保護人類環境、確保人類世代的生存條件，國際環境法基於此公益性特點²⁰，為所有人創設權利和義務。亦即，個人不但有權利享有受保護的環境，也有保護環境的義務，因而，享有權利並且負擔義務的個人，是國際環境法上的主體。

2. 軟法的規範效力——以國際環境法上之預防原則為例

預防原則（Precautionary Principle）是國際環境法的基本原則，其係指在國際性、區域性或國內的環境管理中，對於那些可能有害於環境的物質或行為，即使缺乏其有害的結論性證據，亦應採取各種預防性手段和措施，對這些物質或行為進行控制或管理，以將其侵害環境的可能性降低到最小，達到防止環境損害的效果。

(1) 關於預防性原則之國際環境立法

1972年「斯德哥爾摩人類環境宣言」第7項原則規定：「各國應該採取一切可能的步驟來防止海洋受到那些會對人類建造成危害的、損害生物資源和破壞海洋生物舒適環境的或妨害對海洋進行其他合法利用的物質的污染。」

1982年「內羅華宣言」第9條規定：「……預防性行動應包括對所有可能影響環境的活動進行妥善之規劃。」同年10月的「世界自然憲章」第19條規定：「應密切監測自然過程、生態系統和物種的情況，以便儘早察覺退化或威脅的狀況，保證即時干預，並便利養護政策。」1982年的「聯合國海洋法公約」第206條也規定：「各國如有合理根據認為其管轄或控制下計劃中的活動可能對海洋環境造成重大污染或重大和有害的變化，應在其實際可行範圍內就這些活動對海洋環境的可能影響作出評估，並應依照第205條規定的方式提交這些評估結果報告。」

1987年「關於消耗臭氧層物質的蒙特利爾議定書」在序言中即宣稱締約國「認識到全世界某些物質的排放會大大消耗和以其他方式改變臭氧層，對人類環境可能會帶來不利影響」並「念及這些物質的排放可能對氣候造成影響」，而「決議採取公平地控制消耗臭氧層物質全球排放總量的預防措施」。

1992年「里約環境與發展宣言」第15項原則規定：「為了保護環境，各國應按照其本國能力，廣泛適用預防措施。遇有嚴重或不能逆轉損害的威脅時，不

²⁰ 林燦鈴，國際環境法，2004年4月第一版，第127頁。

得已缺乏科學充分確實的證據為理由，延遲採取符合成本效益的措施防止環境惡化。」同年「聯合國氣候變化框架公約」第3條將「採取預防措施，預測、防止或盡量減少引起變化的原因，並緩解其不利影響」列為該公約的指導原則之一。

(2) 國內環保法規體現預防原則的規定

中華民國領海及鄰接區法第12條：「中華民國政府基於航行安全、預防海上與海底設施或海洋資源受到破壞或預防海洋環境受到污染，得要求無害通過之外國船舶遵守一定之海道或分道通航制。」

土壤及地下水污染整治法第1條：「為預防及整治土壤及地下水污染，確保土地及地下水資源永續利用，改善生活環境，維護國民健康，特制定本法。」同法亦規定：「八、土壤污染監測標準：指基於土壤污染預防目的，所訂定須進行土壤污染監測之污染物濃度。九、地下水污染監測標準：指基於地下水污染預防目的，所訂定須進行地下水污染監測之污染物濃度。」²¹此類規定即是基於環境一旦遭受污染的破壞，就會承受不能回復或是難以回復的重大損害。因此需要有監測和評估的措施、即時干預並防止污染的產生。

海域環境分類及海洋環境品質標準，也直接將海域環境與以分類，並且根據不同類型的海域有不同的環境品質標準，以這樣的標準作監測，以精確平衡環境保護和經濟發展的社會需求。

「臺灣地區沿海海域環境分類，以臺灣本島及澎湖群島、蘭嶼、綠島等離島，由海岸向外延伸之領海為範圍。」

依據海域之最佳用途，涵容能力及水質狀況，訂定台灣地區沿海海域範圍及海域分類如下表：

海 域 範 圍	水體分類
鼻頭角向彭佳嶼延伸至高屏溪口向琉球嶼延伸線間海域	甲
高屏溪口向琉球嶼延伸至曾文溪口向西延伸線間海域	乙
曾文溪口向西延伸線至王功漁港向西延伸線間海域	甲
王功漁港向西延伸線至鼻頭角向彭佳嶼延伸線間海域	乙
澎湖群島海域	甲
備註：在右列之一海域水體內之河川、區域排水出海口或廢水管線排放口出口半徑二公里之範圍內之水體得列為次一級之水體。	

²¹土壤及地下水污染整治法第2條。

我國國內法規定，除了反映國際社會的環境保護標準之外，同時說明了國際法具有的規範效力。從環境法這個議題來觀察，雖然國際環境法的規範，例如里約環境與發展宣言、關於消耗臭氧層物質的蒙特利爾議定書、斯德哥爾摩人類環境宣言等等多是軟法性質，法律拘束力上不如硬法，但是規範效力上，並不因此而有所削減，反而因為軟法的性質而更容易讓各國達到共識，落實其內容的範圍也更廣。

伍、國際經濟法

一、國際組織的合作網絡與我國的國際「軟法」義務

《關貿總協定1947》第15條第四項規定：「締約方不應透過匯兌措施，阻礙本協定條款意旨（intent）之達成；**締約方亦不應透過貿易措施，阻礙國際貨幣基金組織協定條款意旨之達成。**」在功能論（functionalism）之下，世貿組織規範貿易活動，國際貨幣基金則規制匯兌事項，看來似乎互不相關。但是透過「合作條款」的規定，在消極面上，匯兌措施不會妨礙世貿組織的功能行使，貿易措施也不會阻撓國際貨幣基金宗旨的達成。

國際貨幣基金的宗旨，依據其《組織協定》第1條的規定，可以分為「主要」宗旨與「輔助性」的宗旨。《國際貨幣基金組織協定》第1條第一項開宗明義地規定，基金的建立，是希望透過一個能夠提供「磋商（consultation）與協調（collaboration）國際貨幣問題之機制」的常設組織（而非僅作為處理戰後金融問題的暫時性機構），以促進國際貨幣合作。由其文義與基金的實踐可知，基金對促進國際貨幣合作所採取的方式，本來就不是建構在「硬性規則」的基礎上。而是透過「軟法」，以「凝聚」國家對規則與原則的共識，並「促成」國家對特定議題更為一致與普遍的回應。²² 像是基金會員國有義務追求共同的目標，並遵行特定的行為標準。就此，《組織協定》第1條第二項規定：「經濟政策的首要目標，是便利國際貿易的擴大與平衡成長，並藉以促進與維持高水平的就業與實際收益，與全體會員國生產資源的發展。」同條第三項則規定：「促進匯率穩定，並維持會員國間有秩序的匯率安排，與避免競爭性的匯率貶值。」

為了達成上述的主要宗旨，《國際貨幣基金組織協定》第1條還有兩項作為輔助性質的規定。首先，第1條第四項規定：「協助建立會員國間有關經常性交易的多邊支付體系，並消除有害於世界貿易成長的外匯管制。」第1條第五項及第六項則分別規定：「在充分的保障下，藉由基金普通資金的暫時給予（by making the general resources of the Fund temporarily available to them），使會員國因此有信心在

²² Alan Boyle, *Soft Law in International Law-Making*, in INTERNATIONAL LAW 141, 141 (Malcolm D. Evans ed., 2d ed. 2006).

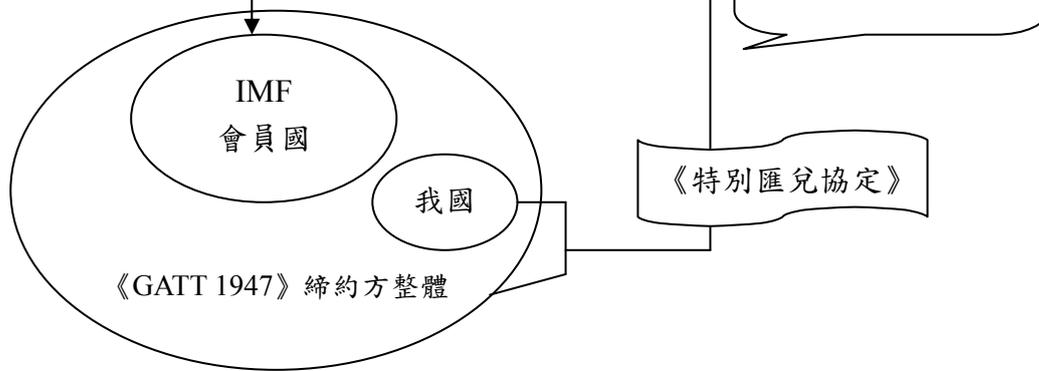
不尋求有害其內國或國際繁榮之措施的情形下，藉此機會修正其國際收支上的失衡（maladjustments in their balance of payments）。」以及「在符合上述規定的情況下，縮短會員國國際收支失衡的期間，並減緩其程度。」

其次，在積極面上，不屬於國際貨幣基金會員國的世貿組織會員，像是我國，則會因為特別匯兌協定的締結，而擔負國際法上有關貨幣規則的義務。從我國所締結的《特別匯兌協定》第 1 條可以看出，其基本上反映了國際貨幣基金對其會員國的行為要求，並具體表現在「使匯率反應經濟的基本面，與世貿組織其他會員維持有秩序的匯兌安排，以及避免競爭性的調整措施與操縱匯率」。

對於義務的範圍，《關貿總協定 1947》第 15 條第七項（a）款規定：「本條第六項下締約方與締約方整體間之特別匯兌協定，應使締約方整體滿足於其規定將不會因系爭締約方就匯兌事項所採取的措施，而阻礙本協定目標之達成。」同條項（b）款則規定：「**就匯兌事項，特別匯兌協定的條款，不應對締約方課與在整體上嚴格於（generally more restrictive）國際貨幣基金組織協定對其會員國所課與之義務。**」

這也就是說，世貿組織與國際貨幣基金在貿易與匯兌事項上的合作，使作為世貿會員的我國，有簽訂特別匯兌協定的義務。《關貿總協定 1947》第 15 條第六項與第七項的規定，是從法律的層面，藉由「促使」世貿組織中非屬基金會員的締約方（如我國），在匯兌相關事項上與基金建立一定程度的關係，以強化基金與世貿組織在匯兌事項上的合作，進而達成基金監督職能的宗旨—有秩序的匯兌安排與穩定的匯率體系。

而依照《關貿總協定 1947》第 15 條第七項（b）款，我國因此所承擔的國際法義務，以「《國際貨幣基金組織協定》對其會員國所課與之義務」為限。也可以說，《特別匯兌協定》是國際貨幣基金相關規定的「影子條款」。因此，我國雖非國際貨幣基金之會員國，但是透過國際組織間之合作以及《特別匯兌協定》的締結，我國仍然受到以《國際貨幣基金組織協定》為規範內容的國際法所制約。所以，國內的教學與學習，不能對相關的國際法規則視而不見，而有從法律的角度加以了解的必要。



資料來源：作者自行繪製

二、經常帳支付與移轉的自由化

《特別匯兌協定》第 2 條第一項的規定，除了許可的組織從國際貨幣基金換成世貿組織之外，基本上等同於《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項 (a) 款的規定，即「除了第 7 條第三項 (b) 款與第 14 條第二項之規定外，未經基金同意 (without the approval of the Fund)，所有會員國均不應對國際經常交易 (current international transactions) 的支付與 (資金) 移轉施加限制。」

《國際貨幣基金組織協定》第 30 條 (d) 款前段規定，對經常帳的支付係指「非為資本移轉之目的」所為之支付，且包括但不限於下列各項：「(1) 所有關於外貿以及包括服務在內之其他經常性商業活動的支付，與一般短期銀行信貸業務 (normal short-term banking and credit facilities)；(2) 作為貸款利息的支付，以及作為其他投資淨收益的支付；(3) 作為分期償還 (for amortization) 之適度金額貸款的支付，或是作為直接投資折舊 (for depreciation) 之適度金額的支付；(4) 作為家庭生活支出之適度匯款 (moderate remittances) 的支付。」而國際貨幣基金本於促進國際貨幣合作的基本精神，同款後段仍規定謂：「在與相關會員國進行磋商之後，基金得決定何種特定交易屬於經常性交易，抑或屬於資本交易。」

此等例示性規定，而非列舉式 (exhausted) 的定義，有幾個重要的特徵。第一，既然不是列舉式的規定，就表示國際貨幣基金有權決定在上述規定之外的交易行為，是否屬於經常帳上的交易，並因此屬於《國際貨幣基金組織協定》第 1 條第四項所明示規定應消除的外匯管制。第二，這些例示規定依照經濟學的定義，並不全然屬於經常帳的支付，而帶有強烈的保護外人投資的特色。²³ 第三，對於分期償還，條文中兩度出現的「適度 (moderate)」，係指支付金額「占總金額的比例」須合理，而非如資本交易般「一次全額」(in a lump sum) 支付。

經常帳支付與移轉的「自由化」，代表國家不得加以限制。對於何謂「對支付之限制」，大致上有三種見解。第一是「管制事實說」，亦即只要存在政府管制國際支付的事實，就屬於對支付的限制。因此，干預行為是以間接的方式達成，或是為了保護公共利益 (public interest)，均在所不問。第二是「國際收支原因說」。

²³ JOSEPH GOLD, THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND PRIVATE BUSINESS TRANSACTIONS: SOME LEGAL EFFECTS OF THE ARTICLES OF AGREEMENT 12 (IMF Pamphlet Series No. 3, 1965).

顧名思義，其認為政府對國際收支的管制行為，只要是為了國際收支的目的，就屬於對國際支付之限制。

目前通常採取的是「本質說」，亦即當政府對本國通貨的獲取與使用，課與直接的限制時，才屬於對國際支付的限制。管制事實說使認定結果過於寬泛，且不符合國際貨幣基金歷來的解釋性決議。國際收支原因說則同時會有過寬與過狹的缺點。認定過寬的原因，在於其不區分國家是間接或直接實施管制，因此有可能造成將貿易限制認定為對經常帳支付的管制。認定過狹的原因，舉例來說，當政府對國際收支實施與國際收支無關的限制時，就算該限制措施是對國際支付所為之直接控制，也會因為其「無關國際收支」而被排除。

最後，移轉之所以必須自由化，則與經常帳支付的自由化密切相關。因為國際貨幣基金要是只禁止對支付的限制，卻不禁止對移轉的限制，將使經常帳支付的自由化毫無意義。所謂「移轉」，是指「外國人」(nonresident)在國際經常帳上將其交易所得(proceeds)兌換為其他通貨。²⁴ 經常帳下的移轉自由，則包括不得禁止非本國人的交易行為人，將其交易所得用於另外一個國際經常性交易。此外，國家在將國際經常性交易之所得視為資本帳，並因而對其適用資本管制規則之前，應給予非本國人的交易行為人一個合理期間，以便將該些所得兌換成其他通貨，或是用於他項國際經常帳交易。

相較於國家在認為適當時得對國際資本移轉做出管制，多邊支付與移轉體系的自由化，可以確保國家或其財政機關不會以禁止、不當地拖延，或是其他方式，去阻礙本國或他國通貨的獲取與使用。²⁵ 這種在通貨獲取與使用上的自由，對於將國際貿易的貨款兌換成其本國貨幣的外國受款人來說，非常重要。因此我們可以說，通貨之間能否自由兌換(convertibility)，是整個貿易行為能否「從頭『到尾』」自由化的關鍵。

三、歧視性通貨措施與多重匯率的禁止

國家不得採取歧視性的通貨實踐(discriminatory currency practices)，不但屬於基金管理功能之下一「行為規範」(code of conduct)所明示禁止的行為，也是基金會員國的一般性義務(general obligations)。

《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第三項前段規定：「除非經由本協定之授權或由基金批准，否則不論在本協定第 4 條的範圍內外，或是否在附錄 C 的規定或範圍下，任何會員國均不應從事，或允許本協定第 5 條第一項提及之財政機構

²⁴ *Id.* at 11.

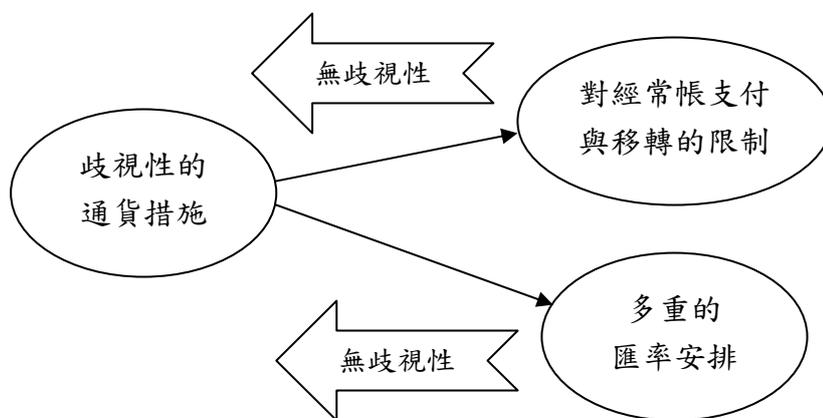
²⁵ Joseph Gold, *International Monetary Fund*, in *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 112 (Rudolf Bernhardt ed., 1983).

去從事任何歧視性的通貨安排（discriminatory currency arrangements）或是多重的通貨實踐（multiple currency practices）。」

第 8 條第三項後段則規定：「若此種安排或實踐之採行，於本協定生效時即已存在，則除非該些行為係依本協定第 14 條第二項所維持或實施者，否則相關會員國應與基金就漸進地取消該些行為（progressive removal），進行磋商。在上述的例外情況下，本協定第 14 條第三項的規定應予適用。」

所謂歧視性的「通貨安排」，應採廣義解釋，以使其包括國家間的雙邊協定與國家的單方實踐。²⁶ 實踐上，歧視性的通貨措施，經常也同時被認為是對經常帳支付與移轉的限制，或是一種多重的匯率安排。對前者而言，其相近之處在於「通貨」措施與經常帳上的「支付」。反面來說，對經常帳支付與移轉的限制或多重的匯率安排，因為在適用上通常具有一般性，所以不會被認為是一種歧視性的通貨措施。

其次，《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第三項，並未提及資本移轉與經常性交易的區別。因此，國家在管制資本移轉時，仍需考慮其所實施的管制措施，是否屬於國際貨幣基金所禁止的歧視性通貨措施。換言之，**國家對資本移轉所實施的管制，是有成為歧視性通貨措施的可能性。**²⁷



資料來源：作者自行繪製

四、跨國商業訴訟中外匯契約的解釋及其效力

²⁶ JOSEPH GOLD, THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND PRIVATE BUSINESS TRANSACTIONS: SOME LEGAL EFFECTS OF THE ARTICLES OF AGREEMENT 16 (IMF Pamphlet Series No. 3, 1965).

²⁷ JOSEPH GOLD, THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND PRIVATE BUSINESS TRANSACTIONS: SOME LEGAL EFFECTS OF THE ARTICLES OF AGREEMENT 15-16 (IMF Pamphlet Series No. 3, 1965).

(一)《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項 (b) 款的解釋與定位

當今，外匯風險在銀行的風險與資產比率中，被謹慎地衡量與估算。²⁸ 另一方面，隨著接受《國際貨幣基金組織協定》第 8 條下一般性義務的會員國，幾乎達到基金會員國總數的九成，相關的訴訟已漸減少。外匯管制的相關規則，源於國際貨幣基金宗旨——也就是《國際貨幣基金組織協定》協定第 1 條第四項所規範的國際支付自由化。而我國所締結之《特別匯兌協定》第 2 條第三項的規定，則是《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項 (b) 款的體現。

第 8 條第二項 (b) 款規定：「當某匯兌契約背於依本協定所持續或實施的匯兌管制規則時，不論該契約是涉及何會員國之通貨，其在任何會員國的領土內均不應被執行 (shall be unenforceable)。此外，依據共同協定，所有會員國得藉由使彼此之匯兌管制規則更具效力的措施，加以合作。然而該些措施與規則，應符合本協定。」

在此，有管轄權的法院必須做出解釋，²⁹ 以認定國家的匯兌管制規則，是否係依據《國際貨幣基金組織協定》所持續或實施。³⁰ 實踐上，內國法院管轄下的訴訟當事人，在其本國的外交單位之外，³¹ 經常希望由國際貨幣基金提供更多的訊息或是解釋。然而，對條款作出正式解釋的要求，原則上必須由會員國政府或是基金內部的機關所提出，像是基金的執行董事會於 1955 年 8 月曾應秘書處的建議，對《國際貨幣基金組織協定》第 5 條第三項做出解釋。³²

國家請求國際貨幣基金解釋約文，大多則是因為其國內法院需要以《國際貨幣基金組織協定》作為判決的適用法。在現行的規範架構下，執行董事會得依《協定》第 18 條，做出有關有關分配與撤銷特別提款權 (SDRs) 的解釋性決議。除此之外，則均應依第 29 條之規定，由理事會之下的解釋條文委員會 (Committee on Interpretation) 為最後裁決。

1949 年 6 月 10 日，執行董事會做出解釋性決議如下：「當有關基金組織協定第 8 條第二項 (b) 款的訴訟被提出時，會員國法院不得以違反公序良俗為由，拒絕承認其他會員國依基金組織協定所維持或實施的外匯管制規則，且此與該外

²⁸ Wood, Philip R., *International Loans, Bonds and Securities Regulation* 388-89 (London: Sweet & Maxwell, 1995).

²⁹ Frederick Alexander Mann, *The Bretton Woods Agreement in the English Courts*, 16 INT'L COMP. L.Q. 539, 541 (1967).

³⁰ William Blair QC, *Interference of Public Law in the Performance of International Monetary Obligations*, in INTERNATIONAL MONETARY LAW: ISSUES FOR THE NEW MILLENNIUM 395, 406 (Mario Giovanoli ed., 2000).

³¹ 毫無疑問，依此途徑所提出的約文解釋，會比較接近締約國的原意，但卻無法確保約文解釋在會員國之間的一致性。

³² Ervin P. Hexner, *Interpretation by Public International Organizations of Their Basic Instruments*, 53 AM. J. INT'L L. 341, 363 n.4 (1959).

匯管制規則的上位法規，是否係外匯契約的適用法無關。」³³ 因此，私人在訂立涉外支付契約等涉及匯兌之契約時，除須遵守他方當事人的國內法外，還必須考慮該國是否有符合《國際貨幣基金組織協定》的外匯管制規則。而且，外匯管制規則與《國際貨幣基金組織協定》的規定相牴觸，是不承認該外匯管制規則的唯一理由。

以上個世紀 60 年代末荷蘭與印尼就移交西新幾內亞的爭議為例，印尼對荷蘭在其境內的所有財產實施國有化，其中一些被國有化的公司便將部份債權以外幣的形式，移轉給位於荷蘭的母公司。其後，母公司在海牙提出訴訟，要求印尼的相關銀行為支付。被告在初審時主張，不論依國有化或是外匯管制的印尼國內法，債權的移轉都是無效的。但法院認為，作為適用法的國際條約，並非《國際貨幣基金組織協定》，而是兩國所締結的金融暨經濟協定。而印尼政府因為單方違反條約規定，所以在荷蘭的母公司有請求支付的權利。最後，荷蘭最高法院仍然維持原判決。³⁴ 此等法律理由顯然讓人懷疑法院是否有不願遵守印尼外匯管制的偏見。這對一向代表小國法律意見，且因國際地位而高度依賴國際法之適用的荷蘭來說，不啻係一諷刺。

對於在國家之間所可能產生的約文解釋分歧，前基金法律總顧問高德 (Joseph Gold) 認為，各國國內法院應將自身視為一個國際法庭，並依據約文的立法意旨，做出從國內觀點而言偏向狹義的司法解釋。³⁵ 德國與法國這兩個歐陸國家，對於何謂「外匯契約」的見解，與英國並不相同。《羅馬條約》(Convention on the Law applicable to Contractual Obligations) 第 3 條第一項前段規定：「當事方間所擇定之法律，為契約之適用法。」《羅馬條約》生效後，德國或法國法院對於以英國法為適用法的外匯契約爭議，基於禮讓原則 (comity)，均以英國法對第 8 條第二項 (b) 款的解釋為裁判依據。

相較於德國將第 8 條第二項 (b) 款視為程序性質的「選法之法」，³⁶ 學者曼 (F. A. Mann) 主張該規定屬於英國的實體法。《羅馬條約》第 7 條第二項規定：「當本公約有效法域內之某些法律規則屬於強行法時，不論該法律是否為契約之適用法，本公約均不應限制此些法律規則的適用。」因此，倘若第 8 條第二項 (b) 款屬於實體法中的強制性規範，則其適用與否就不受是否經契約當事人選擇作為適用法的影響。

³³ EBD No. 446-4. 此決議亦聲明，當本款規定發生解釋上之爭議時，基金樂於提供協助。

³⁴ HENRY G. SCHERMERS & NIELS M. BLOKKER, INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW: UNITY WITHIN DIVERSITY 953 (3d ed. 2001).

³⁵ 高德也不諱言，要各國法院在所有情況下都不考慮其國內規則，是有點天真的想法。參閱 4 JOSEPH GOLD, THE FUND AGREEMENT IN THE COURTS: SOME PROBLEMS OF THE UNIFORM INTERPRETATION OF MULTILATERAL TREATIES 270 (1989).

³⁶ RAVI C. TENNEKON, THE LAW AND REGULATION OF INTERNATIONAL FINANCE 38 (1991).

(二) 何謂「外匯契約」

(一) 廣義說

對於何謂「外匯契約」，大致可分為廣義說與狹義說兩種見解。³⁷ 廣義說為曼、³⁸ 高德，³⁹ 以及著名法官丹寧勳爵 (Lord Denning) 在英國上訴法院審理 *Sharif v. Azad* 案時所採。⁴⁰ 按廣義說，契約只要對某國的外匯資金 (exchange resources) 造成影響，該契約即屬外匯契約。此定義不但分別在 1954 年與 1961 年得到德國聯邦法院與巴黎上訴法院的支持，⁴¹ 也是歐洲大陸德法義三國在實務上的通說見解。⁴² 高德認為，採取廣義的解釋，可以避免損及第 8 條第二項 (b) 款的立法目的—亦即使外匯資金短缺的債務國，免於遭受外國銀行或債權人履行債權。

廣義說有兩個缺點。第一，以「匯兌資金」是否被影響作為判准，被認為會阻礙國際金融市場的流動力 (liquidity)，債務國也有可能透過立法，使國際借貸協定下之義務無效，藉以規避債務的履行。⁴³ 第二，在這個定義下，並不直接涉及通貨交易的情況，像是有關債券或借貸的協定以及貨物買賣，⁴⁴ 都屬於外匯契約。如此一來，所有在經濟上可能造成的影響不但都要列入考慮，範圍上的不確定性也會使法律適用產生困難。

(二) 狹義說

英國上訴法院於 1976 年變更見解，認為契約只有在涉及兩國貨幣間之交換時，始屬外匯契約。⁴⁵ 這也就是狹義說。這個見解在欠缺單獨法律理由的情況下，於 1982 年得到上院 (House of Lords) 的肯認。⁴⁶ 依據狹義說，對於國際借貸協定，或是賦予國際債券發行效力的契約及相關文書，英國法院都不會認為其屬於《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項 (b) 款所稱之外匯契約。⁴⁷

紐約州最高法院在 *Banco do Brasil, S. A. v. A. C. Israel Commodity Co., Inc., et al.*

³⁷ 關於英國、德國、美國以及新加坡的實務見解及學說，參閱 THE LAW OF INTERNATIONAL TRADE FINANCE 65-157 (Norbert Horn ed., 1989).

³⁸ 曼認為應適用國際準備被影響之國的法律 (*lex patrimonii*)。

³⁹ 其雖強調此為個人見解，卻仍認為此見解背後之經濟學概念，是促使布雷頓森林會議通過基金組織協定第 8 條第 2 項 (b) 款的原因。參閱 JOSEPH GOLD, THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND PRIVATE BUSINESS TRANSACTIONS: SOME LEGAL EFFECTS OF THE ARTICLES OF AGREEMENT 24-25 (IMF Pamphlet Series No. 3, 1965).

⁴⁰ *Sharif v. Azad*, [1967] Q.B. 605.

⁴¹ Frederick Alexander Mann, *The Bretton Woods Agreement in the English Courts*, 16 INT'L & COMP. L.Q. 539, 541 (1967).

⁴² FREDERICK ALEXANDER MANN, FURTHER STUDIES IN INTERNATIONAL LAW 285 (1990).

⁴³ RAVI C. TENNEKON, THE LAW AND REGULATION OF INTERNATIONAL FINANCE 36-37 (1991).

⁴⁴ PHILIP R. WOOD, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL FINANCE 5-10 (1986). 後者如德國最高法院於 1962 年 4 月判決，參閱 HENRY G. SCHERMERS & NIELS M. BLOKKER, INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW: UNITY WITHIN DIVERSITY 837 (3d ed. 2001).

⁴⁵ *Wilson Smithett and Cope Ltd. v. Terruzzi*, [1976] Q.B. 683.

⁴⁶ *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 A.C. 168.

⁴⁷ RAVI C. TENNEKON, THE LAW AND REGULATION OF INTERNATIONAL FINANCE 36 (1991).

一案，⁴⁸ 也是採取狹義說。此案的被告公司是美國德拉威州（Delaware）某公司的子公司，其與巴西咖啡出口商共謀詐欺，包括以偽造相關銀行職員及巴西政府官員的簽名，來取得巴西政府的出口許可。其後，該公司把以美元支付的貨款，在自由市場以高於官價兩倍有餘的價格，兌換成巴西貨幣「克魯塞羅」（Cruzeiro）。因此，該公司違反了巴西有關出口咖啡的外匯收入，需依官價在巴西國家銀行結匯成克魯塞羅的外匯管制法規。

此案多數意見下的附帶意見，主要有兩個論點。第一，一個很簡單的經濟學概念，就是假若支持某貨幣的資金被抽離，則該貨幣的穩定性就會被影響。第二，多數意見認為《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項（b）款當初的立法目的，是基於當會員國發現有必要為了支持其本國貨幣，而維持或實施符合《組織協定》的外匯管制時，會員國之間能依照該規定進行合作。⁴⁹ 因此紐約州最高法院認為，不應僅因契約對某國的外匯資金造成影響，就認為其屬於外匯契約。

狹義說被批評的缺失有二。第一，採取狹義說的法院，沒有盡到「盡可能統一解釋法律」，並促進相關法律可預測性的義務。⁵⁰ 第二，因為狹義說將外匯契約限於「貨幣兌換」，所以第 8 條第二項（b）款將與跨國公司公司債的發行及國際銀行團的集體借貸協定脫鉤，而不利於國際金融秩序的維持。對較具規模的公司而言，隨著利率的降低，藉由發行公司債作為集資的手段，要比發行股票簡易，風險也比較低，甚至可以藉此調整稅務規劃。因此，《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項（b）款，更顯重要。⁵¹

（三）何謂「涉及國家之通貨」

這個問題與何謂「外匯契約」直接相關，而亦可分為廣義與狹義兩種見解。高德採廣義見解而認為，只要國家的外匯資金因為契約的履行—像是支付或移轉—而受到影響，那麼就屬於「涉及」通貨。⁵² 像是甲國國民以外幣支付乙國的交易相對人時，甲國的外匯資金就因此受到該支付行為所影響。狹義說則認為，只有當外匯契約涉及實施外匯管制的國家之貨幣時，始屬「涉及」該國貨幣。

（四）何謂「不應被執行的外匯契約」

對於這個問題的分歧，主要在於所謂不應被執行的外匯「契約」，是否包括

⁴⁸ (1963) 12 N.Y. 2d 371, 190 N.E. 2d 235, 239, N.Y.S. 2d 872.

⁴⁹ Joseph Gold, *Interpretation by the International Monetary Fund of Its Articles of Agreements — II*, 16 INT'L COMP. L.Q. 289, 294-95 (1967).

⁵⁰ FREDERICK ALEXANDER MANN, *FURTHER STUDIES IN INTERNATIONAL LAW* 286 (1990).

⁵¹ Partying Like It's 1999: Deal-Making Is Breaking Records, But Thankfully It's Not Déjà Vu Yet, *Economist*, Nov. 25, 2006, at 83.

⁵² JOSEPH GOLD, *THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND PRIVATE BUSINESS TRANSACTIONS: SOME LEGAL EFFECTS OF THE ARTICLES OF AGREEMENT 25* (IMF Pamphlet Series No. 3, 1965).

「從原始契約而直接發生之其他契約」。我國民法上的混合契約，係指兼具數典型或非典型契約之部分的「單一契約」，而非複數個契約。所以此處所指之契約，係指「契約聯立」(Vertragsverbindungen)當中，具有「一定依存關係」之結合的契約。亦即依當事人之意思，一契約之效力有無，「依」他契約之效力而定。⁵³ 英國最高法院基於《國際貨幣基金組織協定》第8條第二項(b)款「保護會員國通貨」與「反對非法交易」的本旨，持肯定的看法。⁵⁴ 紐約州最高法院則保持其一貫立場，不認為外匯契約包括那些契約效力依原始契約而定的其他契約。

(五)「外匯管制規則」的範圍

外匯管制規則，係指對通貨、財產，以及服務之流通進行管制的規則，藉以保護一個國家的外匯資金。⁵⁵ 因此，貿易管制(trade restrictions)不屬於外匯管制，因為外匯管制是在管制交易的金融面，而不是「交易本身」。而且，外匯管制是對交易的支付實施直接的控制，而不是透過貿易管制而「間接」管制外匯。

第二，某些規則的訂定，其立法目的在表面上(*prima facie*)雖然是保護國家經濟與規範外國債權人的權利行使，但其本質卻不符合該國就相關事項的一般做法。這種「不真實的外匯管制」(non-genuine exchange controls)，也不屬於外匯管制。

第三，「法幣」(*cours légal*)與紙幣的強制流通(*cours forcé*)，也不屬於外匯管制。將某種貨幣定為法定通貨或是本位貨幣，是規定債權人必須接受某種貨幣，並且將該貨幣作為在該國國內清償債務之貨幣。紙幣的強制流通與法幣的規定，因為都與國家外匯資金的維繫與否無關，所以不屬於對外匯的管制。

(六)違反外匯管制的時點—契約「成立」或「支付」時

外匯管制的立法，可以分為兩類。第一類是交易完成當時就已經存在的立法，第二類則是交易完成後才訂定的立法。在後面這種類型，就會發生以外幣償付的行為，雖然在締約當時合法，但是卻被嗣後立法所禁止的情況。這個問題又與違反外匯管制的「時間點」有關。第一種見解認為，違反的時間點是外匯契約「成立」當時。如此一來，該契約等於打從一開始就違反了外匯管制規則，也就絕不會成為一個「有效」的契約。

高德等人所採的第二種見解，認為應該以外匯契約「支付」時為準。因此，

⁵³ 王澤鑑(2003/10增訂版七刷)，《基本理論：債之發生—契約、代理權授與、無因管理》，122-124頁，臺北，王慕華。

⁵⁴ HENRY G. SCHERMERS & NIELS M. BLOKKER, INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW: UNITY WITHIN DIVERSITY 837 (3d ed. 2001).

⁵⁵ PHILIP R. WOOD, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL FINANCE 5-13 (1986).

外匯契約基本上是一個有效的契約，僅在爲了履行契約而爲支付時，若違反外匯管制規則，才會發生不合法的問題。以這種標準來看，假若有一個外匯契約在成立當時，是屬於依外匯管制規則爲無效之契約，亦不影響該契約之有效性。而且，在契約履行（支付）之前，倘若該外匯管制規則已被撤銷，則該契約下之支付亦屬有效。⁵⁶

實務上的通說是採取曼的見解，而認爲《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項（b）款與契約的有效性有關，換言之，契約成立之後的有效與否，重於履行時的支付是否合法。⁵⁷ 舉例而言，某國規定，履行外匯契約並爲支付時，須要官方核發的許可。倘若後來這個規定被暫停實施或被廢止，那麼之後這個規定不論是否被恢復實施，都不會影響外匯契約依《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第二項（b）款所具有的執行力。⁵⁸ 換言之，即使國家在外匯契約成立並生效後變更法律規定，亦不影響本即有效之外匯契約的履行與支付。

五、跨國法律關係當中新的「規範指引」—訊息的充分流通

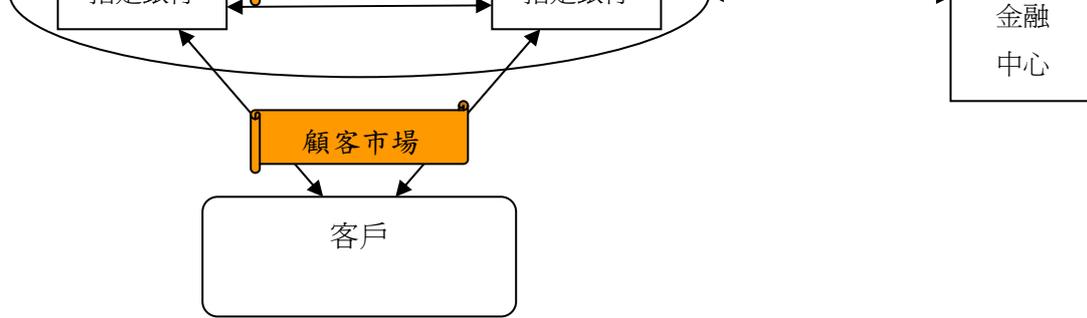
我國入會後，央行如果過份干預匯率，或明顯利用匯率作爲刺激出口的工具，都可能會違反入會的協定。這會使得我國的相關管理措施，更能夠與國際接軌，新台幣的匯率也更能反映經濟的基本面。但在此同時，金融市場的開放，會使外匯市場（見下圖）的廣度與深度增加，外匯市場的波動情況也將同時加劇。而政治上敏感的話題，也就是「中資」的部份，如何在入會後放寬對外資之限制的情況下，達成政府的管制目的，也是持續必須面臨的問題。

市場干預

⁵⁶ JOSEPH GOLD, THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND PRIVATE BUSINESS TRANSACTIONS: SOME LEGAL EFFECTS OF THE ARTICLES OF AGREEMENT 26 (IMF Pamphlet Series No. 3, 1965).

⁵⁷ 參閱 *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, 570 F. Supp. 870 (SDNY, 1983) 以及 *J. Zeevi & Sons Ltd. v. Grindlays Bank (Uganda) Ltd.*, 37 N.Y. 2d 2220, 333 N.E. 2d 168 (1975).

⁵⁸ FREDERICK ALEXANDER MANN, THE LEGAL ASPECT OF MONEY: WITH SPECIAL REFERENCE TO COMPARATIVE PRIVATE AND PUBLIC INTERNATIONAL LAW 370 (5th ed. 1992).



就此，央行與銀行業間對於外匯交易所建立的即時通報系統，以及相關監督外資進出的制度，就會起很大的作用。《關貿總協定 1947》第 15 條第八項規定：「非基金會員的締約方，一如締約方整體爲了實現其於本協定下之功能而會要求者，應提供國際貨幣基金組織協定第 8 條第五項全部範圍（general scope）內的資訊。」

提供訊息之義務的範圍，依《國際貨幣基金組織協定》第 8 條第五項（a）款，包括下列 12 種類型的訊息：

- (i) 官方在國內外所持有的黃金與外匯；
- (ii) 官方機構以外的銀行或金融機構在國內外所持有的黃金與外匯；
- (iii) 黃金生產量；
- (iv) 按目的地國與原產國（countries of destination and origin）區分的黃金出口與進口；
- (v) 按目的地國與原產國區分，並以本國通貨計價（in terms of local currency values）的商品總出口及進口量；
- (vi) 國際收支，包括貨品貿易及服務貿易、黃金買賣、可確定的（known）資本交易，以及其他項目；
- (vii) 國際投資情況，亦即會員國境內的外人投資，以及會員國國民在外國的投資（by persons in its territories）—在可能的範圍內提供此類資料；
- (viii) 國民收入；
- (ix) 物價指數，亦即批發與零售市場之大宗物資（commodity）的價格指數與進出口的價格指數；
- (x) 外幣的買賣價格（buying and selling rates）；
- (xi) 外匯管制，亦即成爲基金會員時已生效之外匯管制的全面情況，以及其後發生之變化的詳細情況；
- (xii) 在官方清算安排（official clearing arrangements）存在的情況下，有關商業及金融交易待清算數額的詳細情況，以及此項待清算數額延滯的期間。

《關貿總協定 1947》第 15 條第九項（a）及（b）兩款則規定：「締約方所採行之合於國際貨幣基金組織協定或其與締約方整體間所簽訂之特別匯兌協定的外匯管制或外匯限制，或是在進口或出口上所採行之限制或管制，除了具有本協定第

11 條、⁵⁹ 第 12 條、⁶⁰ 第 13 條、⁶¹ 以及第 14 條⁶² 所允許的效果外，其唯一的效
果在於使此等外匯管制或外匯限制發生效力。」至於服務貿易總協定（GATS）
方面，其第 5 條所列出之有關國際貨幣基金國際支付與移轉相關條款與國際收支
的部份，則在第 11 條與第 12 條。⁶³

對於這些應提供之訊息，國際貨幣基金於 1996 年 4 月制定完成「統計資料
發布特別標準」(Special Data Dissemination Standard, SDDS)。會員國加入此標準與
否，並非強制，而且可以在任何時間於書面通知基金秘書處後加入。⁶⁴ 至今，該
特別標準的參加國已達 64 國。不論是統計資料發布特別標準，或是「統計資料
發布一般系統」(General Data Dissemination System, GDDS)，基金之目的都是希望
會員國在準備將對外發布之總體經濟暨金融資訊時，能夠有所依循，並藉以強化
統計資料上「及時」且「全面」的獲取，進而達成更有效的總體經濟政策。此外，
統計資料發布特別標準也被預期能夠促進金融市場的運作。

至於「統計資料標準佈告欄 (Dissemination Standards Bulletin Board, DSBB)」
則可以使基金工作人員在過渡期後（即 1999 年元旦起），更有效地監控參加國對
相關標準的遵守情況。未遵守的參加國，則有被執行董事會除名的可能。此外，
執行董事會亦於 1998 年 12 月決定在所有的參加國間，由統計資料標準佈告欄在
「統計資料發布特別標準」與參加國在「國家統計資料簡要頁面 (NSDP)」上所
實際顯示的資訊，提供超連結 (hyperlinks) 的服務。另外，對於執行董事會對個
別會員國總體經濟政策的評估，亦可於「政府訊息公告 (PINs)」上獲取之。

對我國而言，訊息充分流通這個新的「規範指引」(normative direction)，在
短期內無法加入國際貨幣基金的情況下，顯然是一個實質參與國際社會的新契
機。對談判籌碼相對弱勢的國家來說，其往往無法擺脫政經上受到的壓力，而付
出匯率升值後的調整代價。1987 年新台幣對美元大幅升值百分之 25 的經驗，仍
殷鑒不遠。20 年後的今天，面臨多哈回合談判的全面終止，不論其是否標示著
在國際經濟領域上雙邊或區域性談判的興起，我國在出口漸趨弱勢的情況下，應
該充分利用 1999 年起即依「統計資料發布特別標準」定期發布資料的實踐，⁶⁵ 將
無法形式參與國際貨幣基金所帶來的不利益降到最低。

⁵⁹ 數量限制的一般例外 (general elimination of quantitative restrictions)。

⁶⁰ 保護國際收支的限制 (restrictions to safeguard the balance of payments)。

⁶¹ 實施非歧視性的數量限制 (non-discriminatory administration of quantitative restrictions)。

⁶² 非歧視性規則的例外 (exceptions to the rule of non-discrimination)。

⁶³ GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION 517 (Pierre Sauvé & Robert Mitchell Stern eds., 1999).

⁶⁴ IMF, *Annual Report of the Executive Board for the Financial Year 48* (1996).

⁶⁵ 陳一端 (2005/12)，〈IMF 金融健全指標之編製暨其於台灣之運用〉，《中央銀行季刊》，27 卷 4 期，50 頁，註 2。臺北，中央銀行經濟研究處。

陸、國際人權法

一、國際人權法教學之模組大綱

(一) 人權的概念

1. 人權的定義：

做為人不能缺少的權利，基於人的尊嚴所擁有的權利就是人權。

2. 人權的內涵：

世界人權宣言第 1 條：「人人生而自由在尊嚴與權利上一律平等。他們賦有理性和良心並應以兄弟關係的精神相對待。」

3. 人權理念的形成：

來自自然法的啓發與自然權利的提出。

4. 人權的性質：

人權具有普世性，人的尊嚴與價值都是平等的，先於社會的存在。

5. 人權法的發展

1945 年 6 月 26 日於舊金山通過的聯合國憲章（同年 10 月 24 日生效）奠定了人權保障的法制化，1948 年聯合國通過世界人權宣言，並以宣言為基礎，1966 年通過公民權與政治權利國際公約，1966 年通過經濟社會與文化權利國際公約，三者為國際人權憲章。

(二) 聯合國核心人權公約

1. 1966 年公民權與政治權利國際公約（Universal Declaration of Human Rights）。

2. 1966 年經濟社會與文化權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）。

3. 1965 年消除一切形式種族歧視公約（International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination）。

4. 1979 年消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）。

5. 1984 年禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約

（Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment）。

6. 1989 年兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）。

7. 1990 年保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約（International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families）。

(三) 人權規範的內容

1. 生命權：

根據世界人權宣言、公民權利與政治權利國際公約、美洲人權公約、非洲人權和民族權憲章，每一個人都有使其生命受到尊重的權利，不得任意剝奪任何人的生命。在尚未廢除死刑的國家，僅犯最嚴重罪行並依主管法院的最後判決，才可處以死刑。執行這種懲罰不應擴大到目前並不適用死刑的犯罪行為。

若剝奪生命構成滅種罪時，不准許國家以任何方式克減其於防止及懲治滅絕種族罪公約下的任何義務。在已經廢除死刑的國家，不得恢復死刑。

2.公平審判權：

根據公民權利與政治權利國際公約，於民事或刑事程序中的被告有受公正公開審判的權利，在法院或法庭之前，一律平等，任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。

3.宗教自由與言論自由：

關於信仰和宗教自由，根據世界人權宣言及公民權利與政治權利國際公約，人人有權享受思想、良心和宗教自由。此項權利包括維持或改變宗教或信仰的自由（宗教或信仰的選擇自由），以及單獨或集體、公開或秘密地以禮拜、戒律、儀式和教義來表明其宗教或信仰的自由。任何人不得遭受足以損害他維持或改變他的宗教或信仰自由的強迫。

關於言論自由，根據世界人權宣言及公民權利與政治權利國際公約，人人有權持有主張，不受干涉。人人有自由發表意見的權利，此項權利包括尋求、接受和傳遞各種消息和思想的自由，而不論國界，也不論口頭的、書寫的、印刷的、採取藝術形式的或通過他所選擇的任何其他媒介。

4.集會和結社自由：

根據世界人權宣言及公民權利與政治權利國際公約，人人有權享有和平集會的權利。對此項權利的行使不得加以限制，除去按照法律以及在民主社會中為維護國家安全或公共安全、公共秩序，保護公共衛生或道德或他人的權利和自由的需要而加的限制。人人有權享受與他人結社的自由，包括組織和參加工會以保護他的利益的權利。對此項權利的行使不得加以限制，除去法律所規定的限制以及在民主社會中為維護國家安全或公共安全、公共秩序，保護公共衛生或道德，或他人的權利和自由所必需的限制，本條不應禁止對軍隊或警察成員的行使此項權利加以合法的限制。

5.工作權：

根據世界人權宣言，人人有權工作、自由選擇職業、享受公正和合適的工作條件並享受免於失業的保障。人人有同工同酬的權利，不受任何歧視。每一個工作的人，有權享受公正和合適的報酬，保證使他本人和家屬有一個符合人的尊嚴的生活條件，必要時並輔以其他方式的社會保障。人人有為維護其利益而組織和參加工會的權利。人人有享受休息和閒暇的權利，包括工作時間有合理限制和定期給薪休假的權利。又根據經濟、社會和文化權利國際公約，工作權應包括人人應有機會憑其自由選擇和接受的工作來謀生的權利，國家並應採取適當步驟來保障這一權利。各國為充分實現這一權利而採取的步驟應包括技術的和職業的指導和訓練，以及在保障個人基本政治和經濟自由的條件下達到穩定的經濟、社會和文化的發展和充分的生產就業的計劃、政策和技術。國家承認人人有權享受公正和良好的工作條件，特別要保證，最低限度給予所有工人以下列報酬、安全和衛生的工作條件、人人在其行業中有適當的晉升的同等機會，除資歷和能力的考慮

外，不受其他考慮的限制，休息、閒暇和工作時間的合理限制，定期給薪休假以及公共假日報酬。

6.健康權與環境權：

有關健康權方面，根據經濟、社會和文化權利國際公約，人人有權享有能達到的最高的體質和心理健康的標準，國家為充分實現此一權利而採取的步驟應包括為達到下列目標所需的步驟，第一，減低死胎率和嬰兒死亡率，並使兒童得到健康的發育，第二，改善環境衛生和工業衛生的各個方面，第三，預防、治療和控制傳染病、風土病、職業病以及其他的疾病，第四，創造保證人人在患病時能得到醫療照顧的條件。

根據人類環境宣言，人類有權在一種尊嚴和福利的生活環境中，享有自由、平等和充足生活條件的基本權利，並且負有保護和改善這一代和將來的世世代代的環境的莊嚴責任。為了這一代和將來的世世代代的利益，地球上的自然資源，其中包括空氣、水、土地、植物和動物，特別是自然生態類中具有代表性的標本，必須通過周密計畫或適當管理加以保護。

（四）人權規範的內化

1.規範內化的必要性

國家何以遵守人權規範以及將規範內化皆出於人的尊嚴的維護，而人權規範得以內化與實踐，有賴國家法治的運作，國家的立法是以人的尊嚴為依歸，而非利益的考量，使得國家的立法合乎人權的規範目的，且人權由於本質上的普世性、客觀性與平等性，因而不但可以表彰法治的真諦，也是一種最完善的分配正義模型，人權規範的內化則呈現分配正義的狀態，因此國家基於人權、法治與正義之理由必要將人權規範內化。

2.人權的可訴訟性：

訴訟權是國家應保障之人權，人權原則上應受司法保障以獲得有效救濟，依世界人權宣言第 8 條：「任何人當憲法或法律所賦予他的基本權利遭受侵害時，有權由合格的國家法庭對這種侵害行作有效的補救。」

3.人權規範內化於我國之司法案例

(1)我國近來關於兒童受性侵案件之判決頻傳爭議，最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議，針對兒童性侵案之判決做成決議，決議書中引用兒童權利公約、公民與政治權利國際公約以及經濟社會文化權利國際公約之意旨。我國雖非兒童權利公約之締約國，但此次最高法院會議主動將公約之精神原則及規範目的融入司法意見當中，而後的彰化地方法院對於相關案件亦引用兒童權利公約及相關公約之意旨做成判決。我國雖非該公約之締約國，亦無以人權規範作為個人請求權基礎之案例，而法官引用公約之規範目的作為判決之理由，得以作為國際人權規範內化於我國法律體系的實踐證明。

(2)理由書摘錄：參照聯合國《兒童權利公約》（西元 1990 年 9 月 2 日生效）第 19 條第 1 項所定：「簽約國應採取一切立法、行政、社會與教育措施，防止兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿 18 歲之人）…遭受身心脅迫、傷害或虐待、遺

棄或疏忽之對待以及包括性強暴之不當待遇或剝削」之意旨，以及《公民與政治權利國際公約》第 24 條第 1 項：「每一兒童應有權享受家庭、社會和國家為其未成年地位給予的必要保護措施…」、《經濟社會文化權利國際公約》第 10 條第 3 項：「應為一切兒童和少年採取特殊的保護和協助措施…」等規定（按：公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力」），自應由保護該未滿 14 歲之被害人角度解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。

尊重人權是現代國際法的一項基本原則。聯合國宗旨之一為促進國際合作，以解決國家間屬於經濟、社會、文化與人類福利性質之國際問題，且不分種族、性別、語言或宗教，增進並激勵對於全體人類之人權及基本自由之尊重。1945 年聯合國憲章中明確重申了基本人權，人格尊嚴與價值，以及男女與大小各國平等權利之信念。

以下就國際人權法下具有跨國法律規範性質者為論述。

二、國際人權法中個人尊重基本人權的義務與責任

由於個人可能成為國際犯罪之主體，在有關於個人刑事責任上，國際法之發展較為明顯。1919 年凡爾賽條約以條約的形式確定了個人得以成為國際法上受審判的對象，不但意味著對犯戰爭罪行之人由國際法庭進行審判，而且亦是第一次在國際條約中對發動侵略戰爭的國家君主和軍事負責人追究個人刑事責任。

紐倫堡和東京審判則繼承了個人刑事責任的規範，是歷史發展上第一次成功地對犯侵略罪、反人道罪和戰爭罪的罪犯，依據國際法原則和規則進行審判，並在審判中發展了關於個人刑事責任的國際法原則，包括國家庇護權和政治犯不引渡原則之限制，以及承認國際法上的個人責任和國家責任的分離性和相關性。

至於具有特殊地位的國家公務員和國際公務員於侵犯人權時，涉及國家豁免權的探討。2000 年剛果向國際法院起訴請求法院「宣部比利時應當撤銷 2000 年 4 月 11 日的國逮捕令」，理由包括比利時違反主權平等原則以及侵犯主權國家外交部長的外交豁免權。儘管比利時認為現任外交部長於涉嫌犯有戰爭罪或者危害人類罪之情況下，外交豁免權絕對不能成為保護他們的藉口，但是 2002 年國際法院的判決仍認為比利時應撤銷該逮捕令，因為比利時的國際逮捕令未能尊重剛果民主共和國現任外交部長依據國際法所享有的刑事管轄豁免權和不可侵犯權。

皮諾切特案（Pinochet Case）是另一國際法上對於個人刑事責任的典型案件。皮諾切特是智利的前國家元首和軍事統帥，被控在執政期間有嚴重侵犯人權之行為。1998 年皮諾切特因病到英國治療，西班牙則根據歐洲引渡公約向英國提出引渡皮諾切特到西班牙接受審判的要求。該案件中確立的原則是，退位元首在執政期間犯有嚴重侵害人權的刑事責任，並不因為其曾為外國元首之身分而享有國際法上的刑事豁免權。

傳統國際法上有關個人責任主要是自然人之責任，但是近年來的國際公約開始規定法人的責任。2000 年「聯合國打擊跨國組織犯罪公約」即規定法人責任，

各締約國應採取符合其法律原則之必要措施，以確立法人參與和實施公約所規定的犯罪時應承擔的責任。亦即不僅自然人應了解和遵守國際公約的規定，法人的行為也受到同樣的限制和拘束。

三、人口販運

人口販運是利潤豐厚的全球性商業活動，對象不限於男性女性、成年、少年或是兒童，由於全球化的加速，販運行為已開始組織化，此種不人道行為引起國際社會的關注。

國際組織從過去就開始制定一連串的國際法規、指導原則等與以防制並打擊人口販運，而因為牽涉到人權、邊境管制、性別、兒童及少年、身心健康、勞工、組織犯罪、移民等問題，大大提升了販運問題的複雜性，因而需要全面性的專門技術來完整地表達這個議題。

世界各國對販運問題具體反映在「打擊跨國組織犯罪公約」⁶⁶上，聯合國大會在 2000 年通過該公約，這是第一個在犯罪領域上拘束聯合國的法律文書，包含兩個議定書，主要著重在打擊非法移民及打擊人口販運上。其中一項議定書是「防止、防治及懲罰人口販運，尤其是婦女及兒童議定書」(Protocol to Prevent Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime) (下稱販運議定書)，著重在婦幼方面，以補充聯合國「打擊跨國組織犯罪公約」之不足。該議定書不但建立了預防政策，著重在提升簽約國間的合作，以及將販運行為犯罪化的義務，也對執法機關、邊境管制在保護以及協助被害人方面提供一項法律措施。

打擊跨國組織犯罪公約將專有名詞及概念標準化，對國際遏止犯罪提供更普遍的基礎其定義「組織犯罪集團」的概念，列舉並將「組織犯罪集團、洗錢、貪污、妨礙司法」等四種類型的特殊犯罪與以刑罰化，以支持打擊跨國組織犯罪的活動。依據公約，簽約國也應將這些行為刑罰化。

公約規定中包含預防、調查以及起訴組織犯罪集團、具有跨國性以及牽涉組織犯罪集團等重大犯罪的條款，其中一項重要的國際合作基礎即為引渡條款，引渡條款確保犯罪者「沒有安全的天堂」，且根據公約，財政因素不能作為拒絕引渡的單一理由。此外，公約中還規定了多樣化的法律協助，除了建議透過中央政府的立法以協助文書傳遞過程，另准許電子傳送請求書以取得時效，而銀行保密義務也不可以作為拒絕協助的理由。

此外，跨國組織犯罪的本質使得保護被害人與證人也成為重要議題，公約要求簽約國採取適當方式來保護證人免於潛在的威脅或報復，包括人身保護、重新安置、合法居留以及隱藏身分。公約進一步號召簽約國支持發展中國家打擊犯罪的努力，並透過技術合作以及經濟與物質之協助來實現公約的英神。

⁶⁶ 聯合國大會於 2000 年 11 月 15 日制定，於 2003 年 9 月 29 日生效，共有 147 個簽約國，其中 61 國批准 (GAres 55/25)。

「販運議定書」⁶⁷則強調打擊組織犯罪的問題，並將此議題與不人道、剝奪人性、危害並剝削被販運人之人口販運結合，除了用於預防、偵查、起訴人口販子、同時也強調被販運人之保護。議定書的三大目的包括「為預防及打擊人口販運，必須對婦幼特別注意」、「以全方位人權考量以保護、協助被販運之被害人」以及「提升簽約國彼此之間的合作關係以達到目標」。

議定書是一項工具，裡面設定了一種模型，規範了應該被懲處的行為法規、懲處的強度以及用以打擊及預防販運之有效方法。議定書的簽約國有義務將與販運相關的行為刑罰化，使公約及議定書條款之內容成為國內法律改革之基礎。

1. 人口販運的定義

販運議定書第 3 條規定：「(a)『人口販運』係指以威脅、武力或其他恐嚇、誘拐、詐術、欺瞞、濫用權力或趁他人處於脆弱的狀況，或給予、接受報酬獲利亦以取得對他人有控制權者之同意等等方式，基於剝削之目的，而招募、運送、交付、藏匿或收受他人。所謂剝削係指使他人賣淫或其他性剝削，使他人從事勞動或提供服務，處於奴隸或類似奴隸之狀態，或被摘取器官；(b) 人口販運被害人對於被剝削行為之同意規定在 (a) 項規定之要件，是否得到被害人之同意，不影響犯罪之成立；(c) 基於剝削之目的而招募、運送、交付、藏匿或收受兒童及少年，即使位牽涉任何 (a) 項所指的方式，仍然視為『人口販運』；(d)『兒童及少年』係指 18 歲以下之人。」

議定書中分別定義販運成年人、兒童及少年的犯罪成立要件，並且承認包含性剝削在內的其他剝削目的，包括被迫勞動、處於奴隸地位或類似奴隸地位等狀況。但是對於「賣淫剝削」以及「性剝削」，在議定書中卻未加以定義。這是因為不同國家對賣淫行為有不同的規定，無法取得共識，因此議定書將剝削的定義留給各國自行裁量。惟國際法上，根據「兒童權利公約」以及該公約的選擇議定書，若牽涉到所有 18 歲以下之人從事賣淫、性奴隸或色情物品之生產都構成性剝削，無論是否得到同意。

2. 販運被害人及證人之保護

人口販運違反被害人基本人權以及自由，為了尊重、保護及修復被販運者人權，國家必須要履行被害者保護政策，確保他們的安全。其措施上需要保障被害人人身安全、隱私權，提供被害人免於被起訴的承諾，調查及偵訊程序中實施保護措施，提供民事賠償機制等。

由於被販運者常常是以非法入境者的身分被拘留，或因為從事犯罪行為，如賣淫而被起訴，因次通常被視為犯罪行為人而非被害人，而無法受到司法保障，也無法享受基本人權。雖然聯合國販運議定書或是跨國組織犯罪公約中沒有課與締約國將被販運者除罪化之義務，但是除罪化卻是維持議定書精神，以達到保護及協助販運被害人的目的，同時也是議定書所強調的規範目的。

此外，議定書第 7 條要求每一個簽約國在適當的案件中，考慮採取立法或其

⁶⁷聯合國大會於 2000 年 11 月 15 日制定，於 2003 年 12 月 25 日生效，共有 117 個簽約國，其中 46 國批准 (GAres 55/25)。

他適當的方法，准許被販運者永久或暫時的停留在該簽約國領域內；第 8 條則要求當被害人屬於簽約國之公民或享有永久居留權時，應該基於合理考量該人之安全，協助並接受被害人返國，不應有不當或不合理的拖延。

販運議定書第 6 條要求簽約國考量在適當案件中，執行提供販運被害人身體、心理及社會回復之方法，包括與非政府組織或其他相關的機構以及公民社會合作。這些措施應該包括「適當供給住所」、「以被害人理解的語言提供諮詢及資訊、醫療、心理與物質上之協助」以及「提供工作、教育與訓練機會」。

3. 國際與地區合作

因為販運的跨國本質，起訴人口販子無法以一國力量單獨完成，而需要相關國家執法機關雙邊或多邊的合作，包括情報交換、執法機關的訓練、共同調查及證據、取得證詞以及分享文件等等法律層面的相互合作與協助。

販運議定書第 10 條規定執法機關、海關以及其他相關當局都應該於適當情況下與其他機關合作，交換行為人及販運被害人身分以及組織犯罪集團用以運送人口之措施及方法，包括招募、運送及路線等等資訊。11 條則要求簽約國儘可能在不損害國際承諾的固有權益下，加強邊境管制，並且考慮藉由建立及維持直接溝通管道來加強邊境管制機構間的合作。

「打擊跨國組織犯罪公約」同時提供簽約國相互法律協助。包括取得證據及證詞、司法文件，以及實行搜索、扣押及凍結財產。

4. 台灣對人口販運之防制

自 2006 年行政院頒布「防制人口販運動計畫」，到 2007 年立法院修正通過入出國及移民法，增訂跨國境人口販運防制及被害人保護之專章，再到 2009 年人口販運防制法，可知政府對人口販運的重視，人口販運是侵害人權，違反國際法及人權保障的問題，人口販運防治法第 1 條規定：「為防制人口販運行為及保護被害人權益，特制定本法。」本條規定顯示本法被害人保護是本法的重要目的之一⁶⁸。

依照人口販運防治法，人口販運被害人之保護包括「人身安全」⁶⁹、「隱私權」⁷⁰、「司法程序中的特殊待遇」⁷¹及「工作權」⁷²。學者有謂這四項保護措施皆源自

⁶⁸ 高玉泉，人口販運被害人之保護與安置，月旦法學第 167 期。

⁶⁹ 人口販運防制法第 17 條第一項第一款：「各級主管機關、勞工主管機關對於安置保護之人口販運被害人及疑似人口販運被害人，應自行或委託民間團體，提供下列協助：一、人身安全保護。」

⁷⁰ 人口販運防制法第 21 條：「因職務或業務知悉或持有口販運被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別其身分之資料者，除法律另有規定外，應予保密。

政府機關公示有關人口販運案件之文書時，不得揭露前項人口販運被害人之個人身分資訊。」；

第 22 條：「廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、網際網路或其他媒體，不得報導或記載人口販運被害人之姓名或其他足資識別被害人身分之資訊。但有下列情形之一者，不在此限：

一、經有行為能力之被害人同意。

二、犯罪偵查機關依法認為有必要。

前項但書規定，於人口販運被害人為兒童及少年者，不適用之。」

美國的「人口販運被害人保護法」(Trafficking Victims Protection Act, TVPA)，而美國的此項立法則源於上述的 2000 年聯合國打擊組織犯罪公約及販運議定書對解決人口販運問題所提供的架構。

關於對販運被害人之安置，我國人口販運防治法第 17 條和美國 TVPA 第 107 條有相似規定，包括生活與心理需求的照顧、醫療需求的滿足、提供經濟補助及就業的機會、司法諮詢及法律扶助的照顧，以及提供安全返國的管道。這些規定均能從 2000 年聯合國的販運議定書中找尋到規範脈絡，該議定書不但對各簽約國產生法律效力，更對其他非簽約國有立法上的影響。由於人口販運的跨國性質，只是單一國家的努力尚不足以防制人口販運，各國司法機構及海關措施有必要展開國際上多邊或雙邊合作，以達到遏止組織犯罪、人口販賣的目標，聯合國販運議定書的效力即對處理這類複雜問題提供了規範標準，由此可見軟法雖不具有法律拘束力，但是其法律效力的規範範圍卻不亞於硬法。本議題中，聯合國 2000 年「打擊組織犯罪公約」及「販運議定書」所提供的規範標準，透過我國立法，即直接對我國的法律主體產生了拘束及保護的效力。

四、公平審判權之研究

1. 受公正公開審判的權利

《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 1 項：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。」

(2) 享有平等的審判權

《公約》第 14 條第 1 項首句指出「所有人在法院或法庭前一律平等」，法庭之前平等的權利，是對《公約》第 26 條平等的一般原則的具體闡述，即任何人在法庭上享有平等的審判權，是為確保公正審判的基礎。在法院或法庭前一律平等和獲得公正審判的權利是人權保護的一項關鍵內容，是保障法治的一項程序手段，《公約》第 14 條旨在確保司法制度的適當運作，並為此保障一系列具體權利。根據人權事務委員會的一般性意見第 32 號第 9 點指出第 14 條包括

⁷¹ 人口販運防制法第 25 條：「於偵查或審判中對人口販運被害人為訊問、詰問或對質，得依聲請或依職權在法庭外為之，或利用聲音、影像傳真之科技設備或其他適當隔離方式將被害人與被告隔離。」

人口販運被害人於境外時，得於我國駐外使領館或代表處內，利用聲音、影像傳真之科技設備為訊問、詰問。」

⁷² 人口販運防制法第 28 條第 4 項：「第一項及第二項人口販運被害人得逕向中央勞工主管機關申請工作許可，不受就業服務法及臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十一條規定之限制，其許可工作期間，不得逾停（居）留許可期間。」

在判定刑事指控和確定在一件訴訟案中的權利和義務的案件中，出席法庭的權利，在所有這些案件中，必須切實保證能夠利用司法機構，以確保所有個人在程序方面，不被剝奪要求伸張正義的權利。並不限於締約國國民才可享有訴諸法庭和裁判所及在他們之前一律平等的權利，所有個人不論其國籍如何或是無國籍，也不論其地位如何，不管是不是尋求庇護者、難民、移徙工人、無親屬伴隨兒童或其他人，只要是身在締約國境內或受其管轄均可享受這項權利。

(3) 受適格的法庭審判的權利

《公約》第 14 條第 1 項次句提到「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」，亦即在判定對任何人提出的任何刑事指控或確定他在一件訴訟案中的權利和義務時，人人有資格由一個獨立的、無偏倚、依法設立的和合格的法庭進行公正的和公開的審訊。第 14 條第 1 項關於「法庭」的概念指依法設立的機構，不論其名稱為何，但須獨立於政府的行政和立法機構或在司法性質的訴訟中裁定具體案件的法律事項時，享有司法獨立性。第 14 條第 1 項第二句保障所有人在被指控刑事犯罪時，可以由上述法庭審判。同樣，審判決定也必須由上訴定義之法庭做出。

第 14 條第 1 項關於「有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」，則法院或法庭應符合「合格的」、「獨立的」和「不偏倚」之特性，此為一項絕對的權利，不得有任何例外。獨立性的要求尤其是指程序和委任法官的條件，以及任用直至法定退休年齡或在有規定的情況下任期屆滿的保障，晉升、調職、停職和中止職務的條件，以及不受行政部門和立法機構的政治干預。各國應採取具體措施，保證司法機構的獨立性，並保護他們在裁決中不受政治干擾。不偏倚的規定涉及兩方面。第一，法官作判決時不得受其個人傾向或偏見之影響，不可對其審判的案件存有成見，也不得為當事一方的利益而損及另一當事方。第二，法庭由合情理的人來看也必須是無偏倚的。⁷³

(4) 享有公開公正的審判權利

依《公約》第 14 條第 1 項指出人人享有在法庭上受公開公正審問的權利。公開審判一般是指法院在審理案件宣告判決過程中，應該公開進行，允許觀眾旁聽，允許新聞記者採訪和報導。第 14 條第 1 款保障由法庭進行公正審訊的權利。這一原則是民事和刑事程序保障的核心。公正審判的最重要標準是原告和被告之間，或檢察官和被告之間的「訴訟雙方平等」原則，而包括此原則在內的公正審判原則，也同樣適用於民事訴訟案件。第 14 條第 1 款保障在民事和刑事審判中，各當事方獲得法庭的公正和公開審訊的主體性權利。公開審訊的權利因此意味著所有民事和刑事案件的審判，在原則上都必須口頭地和公開地進行，而其目的乃在於使司法行政公開透明，這是公正審判權利的一個要素，在民主社會中尤其如此。人權事務委員會一般性意見第 28 點指出所有刑事案件或涉及訴訟案件的審判均應以口頭方式公開進行。審問公開可以確保訴訟的透明

⁷³ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 19, 21 點。

度，從而是個人和整個社會利益的重要保障。法庭應將口頭審問時間和地點的資料傳遞給公眾，並在合理限制範圍內，為有興趣的公眾出庭提供充分的方便，除其他外，應考慮到公眾對案件的潛在興趣和口頭審問的時間。⁷⁴

但是根據《公約》第 14 條第 1 項第三句，公開審判原並非絕對，在符合條件的情況下也可以不公開，人權事務委員會指出，本條之規定確認法庭有權以民主社會中的道德、公共秩序或國家安全為理由，或當訴訟當事人的私生活的利益有此必要時，或在特殊情況下法庭認為公開審判會損害司法利益因而嚴格需要的限度下，拒絕所有或部分公眾列席旁聽。除了這種例外情況，審訊應開放給一般民眾包括新聞界參加，不應只限於某幾種人。⁷⁵

依我國憲法第 82 條、第 107 條規定我國各法院是由法院組織法、中央立法並執行。審判獨立是憲法第 80 條所明定，要求法官依據法律獨立審判。憲法第 81 條及司法人員人事條例，規定法官任用及身份保障之事項。刑事訴訟法第 17 條至第 24 條有法官迴避之規定，是以確保公正審判維護當事人正當權益為目的，以上均符合「受獨立無私之法定管轄法庭公正審問」。

關於公開審判原則，依刑事訴訟法第 379 條第 3 款規定禁止審判公開非依法律之規定者，法院所為判決當然違背法令，相關法律所訂審判不公開之例外情形⁷⁶，不違反《公約》所定「法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部」。

我國刑事訴訟法第 245 條第 1 項：「偵查，不公開之。」第 3 項規定：「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要外，不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項。」從此一規定無法得知偵查不公開原則在我國法下的定位，此外，違反偵查不公開的法律效果，本法並未具體明訂。在我國，雖有此規定，但目前偵查機關動輒召開記者會說明案情之慣例，或者檢察官在媒體面前敘述案情，加上媒體轉播犯罪現場模擬。縱使最終未獲起訴或獲得無罪判決，恐怕已對被告造成傷害，但未見相關人員受到法律追究，時有必要加強破壞偵查不公開相關法律責任之追究。⁷⁷

就刑事訴訟制度上，正常的刑事訴訟程序應該呈現一個三角形，代表國家

⁷⁴ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 28 點。

⁷⁵ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 29 點。

⁷⁶ 例如刑事訴訟法第 326 條第 2 項、少年事件處理法第 34 條、第 73 條第 1 項、性侵害犯罪防治法第 18 條、證人保護法第 20 條、國家機密保護法第 25 條第 1 項、智慧財產案件審理法第 24 條等。

⁷⁷ 黃朝義，刑事訴訟法，頁 12。

的法官位在正上方，左右方代表被告與辯護律師、另一是原告與檢察官，而三角形的訴訟關係代表的是法官獨立審判，制度之所以這樣設計，因為我們希望法官是中立、客觀的第三人。但在我國實際運作上卻不是如此，例如刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定：「法院會發見真實，得依職權調查證據」，如此形成法官與檢察官一體對抗被告之情形。實務上常見檢察官舉證控訴的角色萎縮，根本無法切實執行公訴，而法官則接手檢察官的調查工作，與被告對立而無法保持中立客觀，角色混淆，被告跟檢察官的攻防消失，人權的保障不受尊重。更重要的是，代表國家發現真實的檢察在扭曲的制度運作下，將使「證據」難以形成，則公平審判則更不易作成。我國關於檢察官之定位不明問題，出現「檢察獨立」與「檢察一體」之爭論，對於檢察官之角色及職權，制度上應有再檢討之必要。⁷⁸

2. 人身自由與逮捕、拘禁

《公約權利與政治權利國際公約》第 9 條關於人身自由及逮捕程序規定：「一、人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。二、執行逮捕時，應當場向被捕人宣告逮捕原因，並應隨即告知被控案由。三、因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具報，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場。四、任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放。五、任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償。」

(1) 人身自由與人身安全之不可剝奪

《公約》第 9 條第 1 項前部分揭示對於「人身自由」與「人身安全」兩者之保障，後句指明剝奪人身自由非依法定理由及程序不得為之。第 1 項提到的「逮捕」和「拘禁」，還有第 9 條是否允許其他可允許之剝奪自由的形式，以及有哪些形式能被允許的問題。「逮捕」和「拘禁」這兩種剝奪自由的形式，通常僅指國家公職人員的行為，而不包括將精神病患者置留在精神病治療設施中的行為。「逮捕」和「拘禁」只有在「依照法律所確定的根據和程序」進行且非出於任意時，才能允許依此剝奪自由。此外，根據法律規定剝奪自由的情況，不能明顯地不成比例、不公正或不可預見；進行逮捕的具體方式不能是歧視性的，且該逮捕的具體情形必須是適當和符合比例原則。

我國憲法第 8 條規定對於人民身體自由予以直接保障，非依法定程序不得逮捕、拘禁、審問、處罰。大法官解釋第 664 號對於依少年事件處理法第 26 條第 2 款、第 42 條第 1 項第 4 款之規定，就限制經常逃學或逃家「虞犯」少年人身自由部分，認為不符憲法第 23 條之比例原則且違反無罪推定原則，構成要件

⁷⁸ 高榮志，跨國法律規範理論與教學模組之建構—子計畫國際人權法教學演講紀錄。

不明確，亦與憲法第二十二條保障少年人格權之意旨有違，由公約視之，對於「虞犯」之認定是不具合理性的，不符合公約下的任何人不得無理予以逮捕或拘禁，此應被禁止。

(2) 羈押不得成爲通例、迅速解送、羈押期限

《公民權利與政治權利國際公約》第 9 條第 3 項規定：「因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具報，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場。」人權事務委員會解釋該條的意涵是，審判前的拘禁必須是作爲一種例外，並且期間儘可能地縮短。委員會進一步地指出，審判前的拘禁不僅要合法，還須是必要的且合理的，此處的「必要性」，應作狹義的解釋。如係爲了預防脫逃，避免對於證人、證據的侵害，以及防止其他的犯罪行爲，拘禁嫌疑入也許有所必要。如果某人構成「對社會明顯且嚴重的威脅，且該危險不能以任何其他方式加以控制時」，對其施行拘禁亦被容許。但是，在調查與起訴進行期間，懷疑一個人犯罪並不足以將拘禁合理化。

刑事訴訟法於民國 86 年修正時，除針對偵查中羈押被告之決定權回歸法官外，並就羈押要件予以檢討修正，包括拘捕前置、法官訊問、罪嫌重大、法定原因、羈押必要，對於羈押必要性之審酌依刑事訴訟法第 93 條第 3 項、第 101 條之 2、第 228 條第 4 項，檢察官與法官仍須盡量避免實施羈押，以確保人權。

⁷⁹

就我國刑事訴訟法規定，所謂「審前羈押」是否專指偵查階段而言，或是兼指自偵查到第一次審判日期在內，尚有探討空間。而刑事訴訟法第 108 條中偵察中首次羈押即可達二個月之久，使被告處於長期未決之羈押，此爲不合乎人權標準之處，應將羈押期限修短，對於最重本刑十年以上之重罪的無限延押，有過度限制人權之虞。

3. 接受辯護的權利

《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 3 項規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障」，其中，第 3 項第 2 款規定：「給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡。」第 3 項第 4 款規定：「到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認爲審判有此必要時，應爲其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之。」

《公約》第 14 條第 3 項第 2 款規定被告必須有充分時間和便利準備他的辯護，並與他自己選擇的律師聯絡。該條是公正審判和適用「權利平等」原則的一個重要基本保障。什麼構成「充分時間」取決於每起案件的情況。如果律師合理地認爲準備辯護的時間不足，他們有責任請求休庭。而「足夠的便利」必

⁷⁹ 朱石炎，公民與政治權利國際公約與刑事訴訟法之關係（上），司法週刊 1454 期。

須包括能夠接觸文件和其他證據，這必須涵蓋訴方計畫在法庭上針對被告提出的全部資料或者可開脫罪責的資料。⁸⁰

刑事訴訟法第 272 條有審判期間之規定，其目的在於預留相當時間以力被告做防禦之準備，就審期間不足之傳喚，被告即有拒絕到庭之理由。又辯護人依第 33 條規定有閱覽卷證之權利，且依第 34 條規定，辯護人與被告有接見、通信、聯絡之權，縱有該條但書情形，僅能加以限制，不得予以禁止，羈押中之被告依第 105 條第 3 項規定禁止與外人接見者，並不包括辯護人在內，民國 98 年羈押法增訂第 23 條之 1 明定「被告與其辯護人接見時，除法律另有規定外，看守所管理人員僅得監看而不與聞」。⁸¹

《公約》第 14 條第 3 項第 4 款含有三個不同保障。第一，要求被告有權出庭受審。在某些情況下，為適當進行司法有時允許缺席審判，比如，儘管及時事先將審判及時通知被告，但被告拒絕行使出庭權利。因此，只有採取必要措施及時傳喚被告並事先通知其審判的日期和地點，請其出庭。第二，所有遭刑事指控的被告有權親自替自己辯護或通過自己選擇的法律援助辯護，並有權被通知他享有這項權利。這一權利涉及到互不排斥的兩類辯護。第三，第 3 項第 4 款保障在司法利益有需要的案件中為被告指定法律援助；如果他沒有足夠能力償付法律援助，不要他自己付費。⁸²

我國刑事訴訟法第 31 條第 1 項於審判中始有強制辯護案件與指定辯護人，而同條第 5 項規定僅有智能障礙者在偵查中如無選任辯護人者，檢察官得指定律師為其辯護。但為保障當事人地位平等，由強而有力的辯護人協助被告，以確保其法律上的利益，監督並促成刑事裁判正當程序的實現，並使當事人不因無資力、能力不足、不諳法律、身心障礙等因素而受不利之對待，一般人並非有能力瞭解繁雜的刑事訴訟程序，實務上被告在面對第一步的偵查作為時，往往因為警方誘導或是其他方式，造成偵查時的供述在日後的公判程序中產生無可挽回的情形，似在偵查階段就有強制指定辯護人之必要。

然則依我國刑事訴訟法第 34 條、第 404 條、第 416 條之規定，有不符合《公約》第 14 條第 3 項之規定與釋字 654 號之解釋之處，釋字 654 號關於受羈押之被告與辯護人自由溝通之權利的限制應符合憲法第 23 條比例原則規定，並應具體明確，以利憲法保障防禦權之意旨。又按釋字第 653 號，憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之原則，人民認為其權利遭受侵害，必須給予向法院請求救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容，不得因身份之不同而予以剝奪。

⁸⁰ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 33 點。

⁸¹ 朱石炎，公民與政治權利國際公約與刑事訴訟法之關係（下），司法週刊 1456 期。

⁸² 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 36, 37, 38 點。

4. 無罪推定原則

《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 2 項規定：「受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。」《世界人權宣言》第 11 條第 1 項規定：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。」此乃揭示國際公認之刑事訴訟無罪推定基本原則。

無罪推定為刑事審判中對被告的最低限度保障，是公正審判最基本的原則，無罪推定以及第 14 條中絕大部分的其他權利，不僅應被賦予按該詞的嚴格意義上的被告，還應給予在提起刑事起訴之前的任何被指控的人。一個人「在未依法證實有罪之前」，即直到最後的上訴之後，定罪判決生效之前，都有此項權利。

根據第 14 條第 2 項，凡受刑事指控者，在未依法證實有罪之前，應有權被視為無罪。無罪推定是保護人權的基本要素，要求檢方提供控訴的證據，保證在排除所有合理懷疑證實有罪之前，應被視為無罪，確保對被告適用無罪推定原則，並要求根據這一原則對待受刑事罪行指控者。無罪推定原則下，不僅法院必須排除預斷，所有公務機關均有責任不對審判結果作出預斷，如不得發表公開聲明指稱被告有罪。被告通常不得在審判中戴上手銬，或將其指摘或以其他方式使社會大眾認為該被告為危險罪犯的方式出庭。媒體應避免作出會損及無罪推定原則的報導。此外，預審拘留時間的長短並不能說明罪行情況和嚴重程度指標。⁸³

為貫徹無罪推定原則，使檢察官就被告犯罪事實負實質舉證責任，並採行嚴謹證據法則、強化交互詰問的要求，維護當事人實質地位平等，以彰顯刑事訴訟保障人權之精神。民國 92 年修正後的刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」該項原則意指法院須排除預斷、控方應實質舉證、對被告罪疑為輕。然而被告得否具保之決定，係以法官之裁量為主。但因實務上經常以被告有偽造、變造、湮滅證據或串供之虞，或依同法第 101 條之 1 存有預防性羈押之內容申請羈押，此除與刑訴法之規範理念不合外，且更加嚴重違反無罪推定原則。⁸⁴

刑事訴訟法在第 163 條第 2 項規定：「法院因發現真實之必要，應依職權調查證據」，此規定似違反權力分立原則，也就是說檢察官與被告是一對立關係，應由被告去舉反證推翻檢察官所提出之證據，至於真實情形是否成立犯罪，則由法院負聽訟之職責，藉由證據提出、交互詰問之過程，使法院形成心證。現行規定下，法院得在起訴之後以職權發動調查，似和法院作為第三方公正聽審之角色有所牴觸。

刑事訴訟程序應以發現實體的真實為原則，而無罪推定原則之刑事裁判原

⁸³ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 30 點。

⁸⁴ 黃朝義，刑事訴訟法，頁 196~197。

則可由前述理念得到根據。就犯罪事實存在與否須由檢察官提出證據，積極的說服法官。無罪推定原則的運用，對被告而言，法院為審理之前，應以空白心證對待之，推定其無罪，進入審理後，檢察官所舉證若無法說服法關心證，最後仍應在為罪推定之前提下，判處被告無罪。⁸⁵

刑事訴訟法主要的目的，即傾向當事人有利的認定。就無罪推定原則來論，實務上有難度，開庭時法官通常只要看到出庭的被告，心裡很容易產生有罪的推定。因此為了避免預斷案件，法官在進行審判程序前，不得被告知任何對於被告有罪或無罪的意見。還必須規定在審判時，被告在法庭上，不能被關在特定的空間中，不能被戴上手銬、腳鐐與穿著囚服，開庭前必須先讓被告整理儀容，以避免在法庭上，因外觀使被告看起來罪犯，而承受不利益的預斷。就是因為法官會有心證，所以制度設計就是為了對抗人性，強迫法官作無罪推定。⁸⁶

5. 在合理時間內受審判的權利

《公約》第 14 條第 3 項規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障」第 3 款規定：「立即受審，不得無故稽延。」

第 3 項第 3 款規定被告受審時間不被無故稽延的權利。這不僅旨在避免使被告過久處於命運不定的狀態，並且一如果在審判期間被羈押一旨在確保這類剝奪自由不超過具體案件情況的需要，而且符合司法的利益。必須根據每一案件的具體情況評估什麼才是合理；主要兼顧到案件的複雜性、被告行為以及行政和司法機關處理案件的方式。在法院不允許保釋被告的情況下，必須盡可能快速地審判他們。這一保障不僅涉及正式提出指控與應開庭審判之間的時間，而且還涉及直至上訴作出最後判決的時間。所有階段，無論是初審或上訴，都不得「不當稽延」。⁸⁷ 而何謂案件不當稽延、何謂案件合理的審判期間，得就斟酌案情是否複雜、證據調查是否順利等，視個案而定，

國內法律中並無對合理的時間內受審判的權利有原則性的規定。相關的規定亦大多集中在羈押、逮捕的問題，如憲法第 8 條、刑事訴訟法第 91 條、第 93 條、第 109 條等，又如第 311 條定有「宣示判決，應自辯論終結之日起 14 日內為之」，僅為訓示規定。又有針對開庭期日與審限期間的規定，如刑事訴訟法第 293 條中的規定，對於程序將延續多久時間，與何謂合理的審判時間，則無規範之效力。

大法官解釋第 446 號理由書中指出「人民於訴訟上有受公正、迅速審判之權利」，釋字 530 號解釋揭示「人民有受充分而有效公平審判之權利」，並於理由書內指出「法官於受理之案件，負有合法、公正、妥速及時處理之義務」。就刑事被告而言，其享有應受法院公正、合法、迅速審判之權利，受憲法所保障，

⁸⁵ 黃朝義，刑事訴訟法，頁 424。

⁸⁶ 高榮志，跨國法律規範理論與教學模組之建構—子計畫國際人權法教學演講紀錄。

⁸⁷ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 35 點。

與《公約》第 14 條第 1 項、第 3 項之規定一致。

然而我國法院長久以來有積案久懸未決的問題，方思考如何解決迅速審判並兼顧裁判品質的問題，司法院推動「刑事妥速審判法」立法草案。主要內容為被告在羈押中之案件，應以優先且特別迅速之方式連續開庭審理。倘若案件繫屬逾一定期間仍未能判決確定，建立法院於審酌相關事項後，得以裁定駁回起訴之結案機制。以及案件繫屬逾一定期間，且經最高法院數度發回者，建立最高法院之特別審查機制。刑事妥速審判法之推動乃為解決法官嚴重積案的問題，但迅速開庭審理並結案之下，是否造成案件於一審事實審草率結案，對被告之人權可能造成侵害，由於草率結案然則提起上訴，使案件又重新回到二審，對於審判的品質與效率要求的問題仍無法解決，反而更害傷害人權。故在妥速審判及發現真實之要求下，應慎思改革方向。

6. 不得強迫自供或認罪

《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 3 項規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障」第 7 款規定：「不得強迫被告自供或認罪。」此外，《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》第 15 條中規定：「每一締約國應確保在任何訴訟程序中，不得援引任何業經確定係以酷刑取得的口供為證據，但這類口供可用作被控施用酷刑者刑求逼供的證據。」

《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 3 項第 7 款保障有權不被強迫作不利於自己的證言或強迫承認犯罪。必須從沒有來自刑偵當局為獲得認罪而對被告作任何直接或間接的肉體或不當精神壓力的角度來理解這項保障。當然，以違反《公約》第 7 條的方式對待被告以獲取認罪，是不可接受的。國內法必須確保不得援引違反《公約》第 7 條取得的證詞或口供作為證據，但這類材料可用作證明已經發生了該條所禁止的酷刑或其他待遇的證據。在這種情況下，應由國家證明被告的陳述是出於自願。⁸⁸

於此刑事訴訟法第 95 條第 2 款、第 98 條、第 156 條已有明文規定，刑事訴訟法第 156 條規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」在法律條文中僅對於被告之自白，提供免於刑求或不當取供的保護，然而，該法條並沒有將證人的證詞包括在保護的範圍之中。在實務上仍常見到以刑求的方式取得證人對被告不利之證言。

法律雖明文規定違法羈押取得之自白無證據能力，但難以限制檢察官以合法羈押為手段逼迫被告自白。實務上被告偵查中如不自白，檢察官往往以聲請羈押脅迫被告自白，對於在押被告，也常以撤銷羈押利誘被告自白，被告若畏懼羈押因而自白，其非任意性自白極有可能造成誤判。關於押人取供之檢討，

⁸⁸ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 41 點。

實務上當問不到口供時，押人取供的作法可能會有效，則產生證據力不足不夠的問題。但對於「證據」認定的寬嚴與一個國家的人權的標準是相關的。只要有「人」到法院就有證據，端視法官採信與否。因此制度的設計就是要排除人性的弱點，盡量避免法官心證的產生。對於「供述證據」之效力，供述證據本身重在可信度、真實性，一旦欠缺真實性，該證據即無證據能力，無法透過「人權保障即公共利益」等因素，而取得證據能力。⁸⁹

7. 證人傳喚與詰問

《公民權利與政治權利國際公約》關於刑事被告最低限度之保障第 14 條第 3 項第 5 款規定：「得親自或間接詰問他造證人，並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等條件下出庭作證。」

《公約》第 14 條第 3 項第 5 款保證被告有權訊問或已訊問對他不利的證人，並使對他有利的證人在與對他不利的證人相同的條件下出庭和受訊問。對於確保被告及其律師進行有效辯護，並因此保障被告擁有同樣法律權力促使證人出庭和像訴方一樣訊問和詰問任何證人，作為權利平等原則適用的這一保障很重要。然而，這並不提供一個無限地讓被告或其律師所請求之任何證人出庭的權利，而僅是有權讓那些與辯護有關的證人出庭，並有適當機會在審判的某個階段訊問和反駁證人。在這些限度內，並受關於違反第 7 條所獲之陳述、認罪和其他證據的使用的限制，首先由締約國國內立法機構決定證據可否接受和法庭如何評估。⁹⁰此約文保障的是出庭受審的權利，以及傳喚和訊問證人的權利。在和檢察官同等條件下傳喚和獲得證人出庭並予訊問的權利，是指「訴訟雙方平等原則」，也是公正審判的一個要素。對通過訊問證人而提出證據而言，各方當事人必須被平等對待。

「當事人進行主義」之核心，乃法庭活動由當事人扮演積極主動之角色，故有關證人、鑑定人之詰問，實為法庭活動之根本。而交互詰問制度主要之目的，在辯明供述證據之真偽，以發現實體之真實，故交互詰問之順序，至為重要，應予明定。於此刑事訴訟法第 163 條第 1 項、第 163 條之 1、第 166 條、第 171 條、第 287 條之 1 及之 2 有相關規定，甚至在偵查中被告依 248 條規定亦有詰問證人之機會。我國刑事訴訟法於民國 92 年修法後，已建立傳聞法則、強化交互詰問程序並推行刑事審判集中審理，具「改良式當事人進主義」之色彩。⁹¹

柒、國際金融法

一、本計畫宗旨

隨著科技發達，跨國界之往來頻繁發生於國家、個人、法人或其他各類組

⁸⁹ 黃朝義，刑事訴訟法，頁 501。

⁹⁰ 聯合國人權事務委員會於 2007 年第 90 屆會議通過的《第 32 號一般性意見：第 14 條》第 39 點。

⁹¹ 朱石炎，公民與政治權利國際公約與刑事訴訟法之關係（下），司法週刊 1456 期。

織之間，也因此，過往僅以「國家」為主體所架構之國際法以及國際法之教學，實已經不能滿足現今之需要。為解決與日俱增的跨國糾紛，培養相關法律人才，實有必要重新定義國際法以及規劃國際法之教學模式，此亦為本研究計畫—「跨國法律規範理論與教學模組之建構」之主要宗旨。

本子計畫(五)國際金融法教學研究，即嘗試建構我國跨國金融法律規範與教學模組。蓋全球化之影響下，不僅貨物跨國界的流動，資金之跨國流動也日益普遍，金融商品與服務的跨國界化，已成趨勢。此一趨勢，必然伴隨其利與弊。

從好的方面而言，金融商品與服務的跨國界化有助於增加我國境內投資人籌資及投資之管道，並使資金市場蓬勃發展。以我國金融市場之現況與發展來說，我國由於受限於金融業的商品開發能力以及國內市場的胃納量，故仍屬於金融商品與服務市場中的消費者而非製造者；是以，國際金融商品與服務之引進，可以使國內金融機構與一般投資人享受國外金融創新與資金全球配置的好處。除此之外，國內法人及金融機構也必須藉由與國外金融機構進行利率、匯率交換或其他衍生性金融商品交易以為避險。而凡此種種所生交易平台中各項交易所產生之手續費等收入，更可促進當地金融業之發展。有鑑於跨國金融交易所帶來之收益，各國立法機關無不致力於完善行政、立法、司法等各項基礎建設，以期能在各國資金與服務的競賽中勝出，吸引跨國基金與交易於內國進行。

然於促進跨國金融交易之同時，分屬不同國籍的法人與自然人間產生交易與發生糾紛的可能性亦越來越高，交易所產生之爭端亟需相關之處理機制，我國投資人於跨國金融交易下之權益亦需加以維護。因此著眼於金融市場國際化之同時，同步規劃完善的爭端解決機制及投資人保護措施實屬必要。

有鑑於跨國界的金融商品與服務交易，往往約定以外國法為準據法，或者以國際交易慣例或文件作為界定當事人權利義務關係之基礎，此等規範與文件由於為國際間各交易主體大量採用，本質上已與國際協定無異，甚或進一步有內化為國內規範之趨勢。我國法學教育應如何將國際金融交易實務及所適用之規範納入，以順應全球化下之金融市場發展趨勢，實值吾人深思。

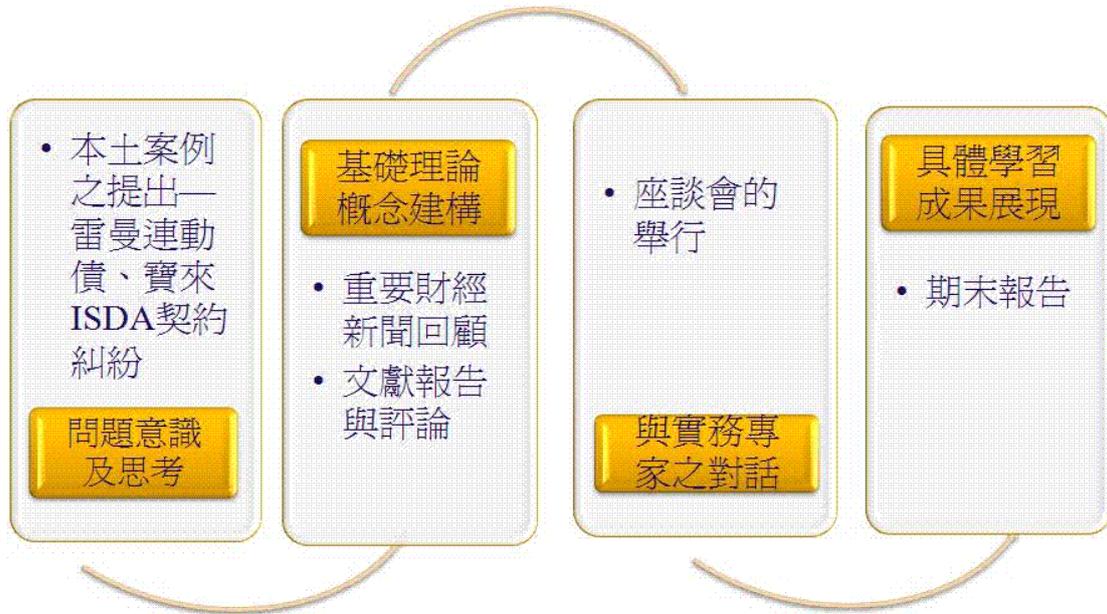
二、本子計畫之規劃與實施

本子計畫之課程設計方向，承襲總計畫之主旨及目標，就國際金融法領域之法規範「內化」(internalization)以及國際金融法規範和我國法規範之歧異為探討，以突顯出跨國法律規範之重要性和必要性，並以此為立論基礎，緊扣「理論與實務結合」以及「本土案例」之採用，同時在教學方式上以啟發學生主動思考之「學生報告與評論」以及「對話式教學」為主。

本子計畫以東吳大學 981 研究所兩學分之金融法課程作為實驗場域，修課同學共為 8 人，同時為確保課程討論內容之完整性，故延長每次上課時數、同時減少上課次數。

以下說明課程設計與進行，並以下圖一示意：

圖一：子計畫規劃與實施



(一) 基礎理論之建構—基本問題之思考與經典外文文獻之閱讀與報告

1. 基本問題思考

法學教學如只是教師單方面的知識灌輸，常會流於照本宣科，不僅課程內容單調無法引起學生興趣，同時學生在切缺思考概括接受下，亦無法理解其中法理而無法融會貫通。為免如此，本子計畫於教學方法上著重於「互動式教學」，在進入法規範之前，本課程首先提出以下問題，要求同學思考：

- (1) 金融商品與服務之特性。
- (2) 金融商品市場之構成與參與者之屬性，以及所可能呈現之權利義務衝突態樣為何。
- (3) 金融市場本身是否能有效率地解決此一糾紛？是否有產生市場失靈的可能？
- (4) 倘市場失靈，則內國法規範應如何介入？
- (5) 又在面對各國競爭金融商品交易市場之同時，各國間法規範之競爭，對於跨國金融市場之有效率發展，有何影響？是將因競爭而產生效率，還是造成監理套利？國際金融交易規範於此之重要性為何？

藉由提出以下問題，讓學生思考其中法理，了解其中核心問題之所在，而師生間的思考和討論，教學相長之結果，亦可加深學生印象，而非死背強記。

2. 課程單元與教材

為架構同學思考與處理金融商品交易相關爭議問題之能力，本課程首先帶領同學閱讀歐美等金融市場與法規範較為發達國家之證券金融相關經典期刊論文，共八篇：

1. Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, The Corporate Contract, 36 J. L. & Econ. 425 (1993)
2. Henry Hansmann & Ugo Mattei, The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, 73 N.Y.U.L. Rev. 434 (1998).
3. David Llewellyn, The Economic Rationale for Financial Regulation 1999, <http://www.fsa.gov.uk/pubs/occArticles/OP01.pdf>
4. Cornelius Hurley & John A. Beccia, III, The Compliance Function in Diversified Financial Institutions: Harmonizing the Regulatory Environment for Financial Services Firm, July 2007, <http://www.fsround.org/publications/pdfs/ComplianceFunctioninDiversifiedFinancialInstitutions.pdf>
5. Robert B. Thompson, Piercing the Corporate Veil, 76 Cornell. L. Rev. 1036 (1990).
6. Lucian A. Bebchuk & Jesse M. Fried, Pay Without Performance: Overview of the Issues. 2005, http://Articles.ssrn.com/sol3/Articles.cfm?abstract_id=761970
7. Tamar Frankel, United States Mutual Fund Investors, Their Managers and Distributors, in Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets. L. Thevenz and R. Bahar, eds., Kluwer (2006), <http://www.tamarfrankel.com/support-files/conflicts-of-interest-chapter12.pdf>
8. John C. Coffee, Jr., Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation, 106 Colum. L. Rev. 1534 (2006).

此外，限於授課時數，無法逐一帶領同學閱讀重要文獻，故選取以下四篇文章，供學生自修與衍生閱讀：

1. Tamar Frankel, Fiduciary Law, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983).
2. Nuno Garoupa, Regulation Professions in the U.S. and Europe: A Comparative Analysis, 2004, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=alea>
3. John P. Hunt, Credit Rating Agencies and the 'Worldwide Credit Crisis': The Limits of Reputation, the Insufficiency of Reform, and a Proposal for Improvement, 2009 Colum. L. Rev.

為使學生主動學習，並且訓練學生報告與表達能力，以上八篇經典論文各由一位同學負責導讀報告，一位同學負責評論，同時在上課過程中，由老師適時提出問題，要求每位同學參與討論。藉此，一方面可建構同學解決金融商品交易糾紛之基本能力，一方面也可以訓練同學們日後解決跨國糾紛所必備的英文能力。

此外，為配合座談會之進行，亦事先安排學有專精者講授基本觀念，如 ISDA 部分，即就 ISDA 之組織、合約基本架構及內容和實務爭議作介紹；同時，於課後要求學生閱讀國內判決，使學生在參與座談會前即建構基本概念。

關於本學期課程之授課大綱及方向，請見附件一和下表一。

表一：國際金融法課程規劃概述

每次上課三小時，共計上課12次	
日期	上課內容
98年9月14日~98年12月28日	概述本學期教學重點及方向(2009/9/14) 出席Hurley教授研討會(2009/11/16) 財經新聞回顧(30分鐘/次) 經典文獻報告(90分鐘/次) 評論及討論(60分鐘/次)
99年1月4日	國際交換及衍生性金融商品協會(ISDA)及其所定之標準合約
99年1月11日	國際金融法座談會
99年1月18日	學生課堂期末報告

此外，以 ISDA Agreement 及連動債之基礎概念，例示國際金融法課程單元基礎理論：

1. ISDA Agreement—以臺灣高等法院民事判決 96 年度金上字第 3 號為例

目前全球衍生性金融商品交易多以 International Swaps and Derivatives Association (以下稱 ISDA)所制定之契約文件進行，有相當多之國家亦皆已立法以配合此項交易之需要。ISDA 已為全球最大之金融商品交易組織，僅利率型商品於 2009 年上半年之交易額即高達\$414.09 trillion。對於此種交易實務、標準化交易文件並爭端解決機制之了解及運用，已成為法律人面對跨國金融交易時所必須具備之職能。我國立法及司法實務能否與此種國際交易慣例接軌，更是我國得否成為亞洲金融交易平台之關鍵。

(1) ISDA 簡介

ISDA(International Swaps and Derivatives Association)，唯一非營利性組織，成立於 1985 年，目前有來自 56 個國家超過 850 個機構加入會員，其中包括世界從事衍生性商品較易之金融機構、政府組織、使用 OTC 衍生性金融商品管理事業風險之企業及提供相關服務的專業顧問等，是一全球性組織，制定之相關文件、定義和規則已然成為國際衍生性金融商品市場之圭臬。

ISDA 自成立以來，在衍生性商品種類、ISDA 法律文件、Close-out Netting(淨額結算)及 Collateral(擔保品)方面之法律意見及風險管理均有顯著之貢獻及參與。同時也致力於各國政府機關維持密切溝通管道，促使交易市場更健全發展。

而為落實前揭目標，ISDA 之宗旨如下：

- 推廣衍生性商品業務活動、研擬及修正調整衍生性商品法律文件
- 與其會員及從事衍生性商品人員研究改善以發展衍生性商品風險管理
- 舉行有關衍生性商品研討會議，並進一步於各方面共同合作，增加衍生性商品有效率之運用

(2) ISDA 之功能⁹²

- A. 預防法律未規範或規範不明確之風險
- B. 預防契約疏漏之風險
- C. 預防當事人真意不明之風險
- D. 其他風險預防
- E. Modular Architecture(模組化建構)，是指當事人得援引既定條款，迅速完成締約之制約技術。此項技術得大量降低協商及制約成本。

(3) ISDA 之架構

ISDA Agreement 之架構，分別由「主約」(Master Agreement)、「附約」(Schedule)和「交易確認書」(Confirmation)所組成。基礎架構如下：

A. Master Agreement

主約為一制式總約定，包含了一般合約上常見的基本條款。而目前實務上多採行 1992 年版(1992 Master Agreement)，ISDA 於 2003 年公佈了 2002 年版(2002 Master Agreement)，供市場參與者選擇。

B. Schedule

由於契約當事人不能直接變更 Master Agreement，需另以 Schedule 調整約定內容。Schedule 中之重要選項之一即為當事人需約定以紐約州州法(laws of New York)或英國法(laws of England)為準據法。

C. Confirmation

Confirmation 為當事人就 economic term 所為約定。且依據當事人是否援引 Definition，Confirmation 得區分為 Long-form、Short-form 二種。Long-form Confirmation 包含所有 economic terms，如 Credit Default Swap 仍大量使用 1997 Confirmation of OTC Credit Swap Transaction。而 Short-form Confirmation 中，當事人將援用 Definition，進而節省大量交易時間與成本。當事人亦得依需求調整所援用之條款。

(4) 寶來證券案-臺灣高等法院民事判決 96 年度金上字第 3 號

A. 判決意旨摘要：請見**附件二之會議資料附件一**。

B. 問題思考：

- a. ISDA 所制定之各項契約及交易實務已成為近乎國際協定之國際金融交易慣例，法律人應具備哪些職能或專業知識以處理此類交易所生之法律議題？
- b. 我國目前立法是否已與此種國際交易慣例接軌？例如，依照我國

⁹² 參閱 簡堅訓 著，「衍生性商品與 ISDA 合約法務控管實務手冊」，pp. 57-60(2006 年 7 月)。

目前法令，是否得以進行 ISDA 交易下之 Netting 程序？若否，此種情形對於我國公司從事衍生性金融商品交易是否有影響？

c. 我國目前司法實務就 ISDA 所產生之爭端是否已有司法判決？該些判決內容是否與現行跨國交易實務有所牴觸？

d. 為何了解此種跨國交易實務具有相當重要性？其利基為何？我國法學教育應如何改革，使法律人足以面對跨國金融交易所產生交易實務、法令制定以及司法實務之需要？於教學方法上，應如何使學生得以了解此種國際金融交易實務？

2. 雷曼連動債案

(1) 何謂固定收益商品及衍生性金融商品？

固定收益商品，是指在一定的期間內，商品的發行者會根據事先約定的利率支付投資人利息，使投資期間每期收益均為固定，並於到期時可以領回本金的商品。例如公司債與政府公債等皆屬此種商品。而固定收益商品是一較為穩健有保障之投資，風險較低。而衍生性商品(Derivative Securities) 乃指由金融市場(貨幣市場與資本市場)中現貨基本交易商品價格所衍生出來的金融工具，其之所以稱為衍生，乃因該商品的合約價值依附於其他金融商品的價格之上，例如股價指數期貨合約價值的大小，身受標的(現貨股價指數)的影響⁹³。衍生性金融商品波動較大，投資者較易經由投資槓桿原理而以小搏大，但同時亦面臨較高的投資風險。

(2) 連動式債券

A. 定義

連動式債券(Structured Note)是結合固定收益商品與衍生性金融商品的投資工具，固定收益部份提供投資金額的基本利息收益，而變化多端的衍生性商品部份則負責提供槓桿效果，加強收益，或是改變風險承受的模式。連動式債券的價值會隨著標的資產，參考利率，或參考指數而變動。因此連動式債券所需支付與償還的利息與本金的價值，將決定於一些標的資產的價值，參考利率與一些指數，因此連動債又稱混合負債工具或衍生性證券。

B. 類型

連動式債券主要有兩種常見的類型：第一種是以獲取正常報酬為目的之保本型連動式債券，保障一定程度的本金，其餘部分資金投資於高報酬的創新型債券(Capital Guaranteed Notes)；另一種為以獲取較高收益為目的的高收益型連動式債券(Yield Enhancement Notes)。保本型連動式債券(Capital Guaranteed Notes)又稱作參與債券(Participation Notes)，本金是以購買前預先決定的特定比率保證歸還(如原始投入金額之 95%、97%、100% 或 105%)，並將部份或全部的利息拿去購買選擇權，利用選擇權的特色去參與標的資產上漲的好處。而高收益型連動式債券(Yield Enhancement Notes; Y.E.N.)又稱 High Yield Note，由於其結構的不同，所隱含的收益率較定存為高，相對的風險也相對較高。

C. 連動式債券牽涉之風險

- a.最低收益風險(Minimum Return risk):如投資期間所連結之標的超過計息區間範圍時,投資者於到期日時將僅能得到發行機構所保證比例之本金。
- b.提前贖回的風險(Early Redemption Risk):債券期末發行機構於到期日時,將保證償還原始信託本金。如提前贖回則必須以贖回當時之實際成交價格贖回,將可能會導致信託本金之損失。因此,當市場價格下跌,而投資者又選擇提前贖回時,將會產生損失。
- c.利率風險(Interest Rate Risk):債券自正式交割發行後,其存續期間之市場價格(mark to market value)將受發行幣別利率變動所影響;當該幣別利率調升時,債券之市場價格有可能下降,並有可能低於票面價格而損及原始投資金額。
- d.流動性風險(Liquidity Risk):債券不具備充份之市場流動性,對於金額過小之提前贖回指示單無法保證成交。在流動性缺乏或交易量不足的情況下,債券之實際交易價格可能會與債券本身之單位資產價值產生顯著的價差(Spread),將造成若投資者在債券到期前提前贖回時,可能損及信託原始投資金額的狀況,甚至在一旦市場完全喪失流動性後,投資者必須持有本債券直到滿期。
- e.信用風險(Credit Risk):投資者須承擔債券發行機構之信用風險;而「信用風險」之評估,則視投資者對於債券發行機構之信用評等價值之評估。
- f.匯兌風險(Exchange Rate Risk):通常海外債券是以外幣為計價單位,若投資者於投資之初是以新台幣或非本產品計價幣別之外幣資金承作本債券者,須留意外幣之孳息及原始投資金額返還時,轉換回新台幣資產時將可能產生低於投資本金之匯兌風險。
- g.交割風險(Settlement Risk):債券之發行或保證機構之註冊國或所連結標的之交易所或款券交割清算機構所在地,如遇緊急特殊情形、市場變動因素或逢例假日而改變交割規定,將導致暫時無法交割或交割延誤。

(3) 雷曼連動債案

A. 案件事實及涉及之準據法

請見附件二之會議資料附件二。

B. 問題思考

- a.我國金融監理實務應如何與此種境外金融商品接軌?如何使我國於成為境外金融平台與市場之同時,完整保護我國投資人之權益?
- b.對於外國發行人所發行之金融商品違約時,於跨國追償上遭遇哪些困境?準據法應如何確定?例如,在現今跨國金融集團發行金融商品慣用集團內子公司或孫公司的實務運作下,我國投資人能否就該發行公司之母公司或其他關係企業進行追償?又應適用哪一國家之法律?
- c.於此次金融海嘯下,我國法學教育是否已足以使我國法律工作者得以面對相關爭議?我國法學教育之方式應如何改革?
- d.按雷曼兄弟之香港子公司(LBCCA)因對台灣高鐵公司(下稱高鐵)貸款

而對高鐵享有債權，我國銀行可否主張「揭穿公司面紗」，就雷曼兄弟控股公司與關係企業下其他公司之財產主張債權？又我國債權人對於LBCCA 對高鐵之債權有無優先受償權？

(二) 結合本土案例—雷曼連動債糾紛

教學與學習之目的，在於師生共同建構解決實際問題之方法，是以，本課程設計強調，帶有問題意識之教學與學習方式。

本課程於學期一開始之授課大綱中即表明，必須將本學期所學運用於期末報告中，同時以「雷曼連動債糾紛」案件為實務問題為出發，設計出涉及事前與事後、國內與跨國法規適用的三個期末報告題目：

1. 金融服務法草案之評析：以金融從業人員與消費者間權利義務設計為核心。
2. 金融商品買賣爭端解決機制。
3. 雷曼兄弟破產跨機構、跨國追索問題。

本課程之所以選擇以「雷曼連動債糾紛」案例作為本計畫之本土案例，主要理由在於，近年來跨國界發行與銷售之金融商品蔚為潮流，可預見的是，未來跨國金融機構仍會在金融創新的推波助瀾下，設計各種各樣的金融商品，以滿足市場需求。當然，可以想見的是，此類涉及跨國界之金融商品糾紛也勢必層出不窮，設計出解決此類糾紛之事前與事後機制有其必要性與迫切性。同時，由於本案仍在持續發展中，國內相關法規之設計與討論以及國內投資人之跨國訴追仍在繼續進行中，本課程以本案為探討核心，亦可培養學生關注時事，感受所學有所用。

(三) 與實務專家之對話—座談會之籌備與舉行

為使學生學習國際金融法之重要性以及了解國際金融法之實務運作情況，促進學生之學習動機，本課程特於 2010 年 1 月 11 日(星期一)下午 3:30-5:00，邀請環球高蓋茨法律事務所黃璽麟律師、台新國際商業銀行財務處翟如君協理等實務專家，舉行座談會。

本座談會之設計，亦是以「本土實務」案例為核心，除探討「雷曼連動債糾紛」外，亦探討 ISDA 合約於我國司法判決上之應用以及交易實務上之因應。

為使專家座談能夠發揮最大效用，督促學生一同參與事前準備則極為重要。

1. 座談會前之準備工作

首先，要求期末報告各組學生先就期末報告擬定大綱，並於座談會前繳交於授課老師。藉此，學生於擬定報告授課大綱之同時，必須進行「雷曼連動債糾紛」相關資料之蒐集、閱讀，以及小組討論，對於本議題之背景資料已有初步之掌握與思考。

其次，於課堂中，帶領同學了解 ISDA 組織以及相關衍生性金融商品示範契約文本，同時要求同學於座談會前閱讀我國對於 ISDA 合約解釋具有重大影響之司法判決—臺灣高等法院民事判決 96 年度金上字第 3 號，以便於座談會中能夠直接與專家進行相關案例之對話。

2. 會議成效

由於事前準備充足，相關會議資料與討論題綱也事前寄送與會實務專家，致使座談會時，實務專家能夠切合主題以進行經驗的分享，同時由於學生於座談會前已詳細閱讀相關案例之背景資料，座談會時，也能提出相關問題，與實務專家對談，雖限於時間，但仍有 4 名同學提出問題，顯見同學們的高度參與，如下圖二所示。

關於座談會之會議討論題綱，請見附件二；會議發言紀錄，請見附件三。



圖二：國際金融法座談會講者和學生間的熱烈互動

(四) 具體學習成果之展現

本課程學生在本學期經典文獻之理論基礎，結合座談會專家之本土案例討論與經驗分享，所撰寫之期末報告，可謂十分精采。「Practice makes perfect」，教師要求同學以口頭報告之方式，盡顯本學期課程所學，一方面應證學生是否理解，另一方面教師亦可具體檢驗學習成果。而本學期最後一次上課進行期末報告之口頭報告，課堂中之討論十分熱烈，報告同學們分享研究心得，也透過互相討論，發現了一些報告中論述不足的問題，透過討論，也解決了部分問題。同時，在期末報告最終版繳交時，特別要求同學於書面報告之第一部分優先整理口頭報告時之討論焦點、討論結果與思考方向，使同學在修改期末報告時，能直接回應焦點。

三、本子計畫之研究結果成果

透過本子計畫之試驗，本團隊初步認為，在跨國金融商品交易如此頻繁之今日，應於國際金融法之教學中，強調美國或英國等特定國家之相關法規範，或者 ISDA 合約內容，作為「軟法」(soft law)而實質上內化為國內法之趨勢。

(一) 軟法

跨國法律規範體系中，具有形式和實質兼備之實證法，又稱為「硬法」(hard law)，其固然對於其所規範之客體具有強制拘束力(binding power)，這已被傳統國際法所肯認，故其所受重視之程度，亦不待多言；相較於硬法所受之正視，「軟法」(soft law)這一近數十年國際法學界所興起的概念，不只對傳統國際法學產生

衝擊和挑戰，同時對其定義和效力也興起了一番討論。而國際經濟和國際金融貿易領域的快速、高變動等特性，要隨時制定相對應具拘束力之法律規範有其困難度，而軟法則成了這些領域設立相關規範的過渡方法，希望藉由軟法的普遍被承認和接受，而有轉換成硬法之可能性。但我國就相關領域之研究卻少有論及，對其定義和效力亦缺乏了解，以金融貿易為命脈的台灣，若不能了解其意義及重要性，而繼續忽略，就更遑論有將這些跨國法律規範內化之可能。因此，以下將對軟法之定義、特性和理由，陳述如下：

1. 軟法之基本概念

軟法一詞可指稱兩種不具拘束力的法律規則，包括了「法律性的軟法」(legal soft law)和「非法律性的軟法」(non-legal soft law)。前者係由條約法所構成，此類條約法雖屬於傳統國際法，惟其內容較為含糊或對於義務的設定較乏拘束力，故被視為軟法的一種；後者則包含了不具有拘束力或為自願性質的決議案(resolution)、由國際或地區性組織所制定或採行之行為準則(codes of conduct)、宣言(declaration)、建議案(recommendation)，以及由個人或非政府機構所提出之聲明(statements)等⁹⁴。非法律性之軟法雖然不具有強制拘束力，但是卻有可能轉換為硬法，成為新的國際法原則之可能。

2. 軟法之特性

軟法之遣詞用字通常較模糊缺乏一個明確的定義，即「不確定性」(vagueness)之特性，常見者如「得」(should)，如此雖然會造成適用上的疑義，且使其法律效果受到限制，但是相對地留給使用者解釋和探討之發展空間；同時，這也代表軟法具有「彈性」(flexibility)，因為實證法通常規定較嚴謹，缺乏解釋之空間，使得參與之客體常常為之卻步，而軟法則因為解釋和運用上的彈性，而能因應各種不同的需求，可使利益相對立之參與者達到妥協，達到全球性接納的目標。此外，軟法所能達到的合理期待性(legitimate expectation)亦是一大特點，由於軟法較容易被國際間所接受，所以在期待其他參與者的加入以及軟法是硬法化前的先行法(pre-law)等理由下，會有更多的參與者懷有高度期待性而投入，繼而催生出統一跨國法律規範。

3. 跨國金融法律規範使用軟法之理由

如前所述，隨著全球貿易的活絡及自由貿易風氣之盛行，金融商品之種類在大量資金湧入下亦隨之多元化，以滿足不同類型之投資者需求。然而，就國際性之金融貿易，卻因為傳統國際法下之限制和造法之困難，當下無法立即以實證法之模式來加以規範。

傳統國際法下，以國家為唯一完全能力主體之架構下，依國際法院規約第38條第1項(a)(b)⁹⁵之規定，條約和國際習慣為國際法之形式法源，絕大多數之

⁹⁴ 參閱 牛惠之，「軟法之法律效力與其在國際經濟規範中之發展」，經社法制論叢第20期，pp. 176-177，1997年7月。

⁹⁵ STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Article 38 :

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized

國際法律規範皆從中產生。多邊條約(multilateral treaty)之形式，在國家高度參與簽署之情形下容易快速形成規則，對於非締約國亦產生一定之拘束力，故對特定情形之國際事務發展產生莫大的效果⁹⁶；但國際金融體系下，在高度自由化的前提下，國家鮮少插手金融交易過程，反而傳統國際法所忽略的法人、國際組織及為數眾多的自然人扮演著國際金融主導者之地位，且若真以條約來規範國際金融市場，可能會產生以下問題：

- (1) 國家取而代之扮演國際金融主導者，會對於金融貿易的高度自由化產生損害；
- (2) 條約僅能拘束簽署之會員國，故難以達到普遍適用之結果；
- (3) 條約之制定、簽署乃至於生效，期間難免曠日廢時，無法立即執行，無法符合瞬息萬變的國際金融市場之需求；
- (4) 條約往往是政治利益妥協下之產物，存有是否公平合理之疑慮，且其通常缺乏有效之執行機制；
- (5) 以我國目前處境，在不被承認為國家主體之情形下，所為之簽署不被承認，故無法透過條約之形式達到「國內法化」之效果。

而國際習慣法的形成，必須具備兩個構成要件：「國家實踐」(actual practice of states)和「法之信念」(opinio juris)，要完成此二要件形成習慣法規則實非易事，故對於跨國金融法律規範而言，若採用習慣法模式來建構跨國法律規範，將不易達到「立即有效」之目的。

綜上所述，以「軟法」作為跨國金融法律規範之主要模式，以因應國際金融市場的瞬息萬變及金融商品的不斷推陳出新，暫時規避「國內法化」的障礙。將跨國法律規範「內化」為國家法律體系之形式法源或實質上納入一國法律體系並等待轉換實證法的時機來臨。同時，輔以如「條約」、「國際習慣」等其它國際法源，以補充軟法架構下缺乏明確定義及拘束力之問題。

(二) 跨國法律規範內化之必要性

1. 內化之定義

「內化」一詞，包含兩種涵義。首先，它可以單純指跨國法律規範，以條約

by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

⁹⁶ 具體例子為 1970 年「關於制止非法劫持航空器的公約」，又稱「海牙公約」，由於 1960 年代後期劫機事件頻頻發生而制定，該公約於 1969 年開始設立委員會，至 1970 年初完成草擬提交外交會議完成簽署生效，在國際造法的歷史中，該公約是以前所未見的高效率完成制訂並獲得廣泛採納，如今已有 182 個成員國，產生了超越條約的效果。See Michael Milde, *International air law and ICAO*, Eleven International Publishing, pp.220-222 (2008).

或習慣法之方式，透過國家之簽署批准「國內法化」，並設立執行機制；其次，除了國內法化外，它可以更加廣泛地涵括將跨國法律規範藉由「軟法」等各種途徑「內化」納入一國法律體系之中。

國際公法、國際人權法等領域，主要透過各種國際組織來做為國家互動溝通的橋梁，仍然以國家作為主體，所以其跨國法律規範常是透過「國內法化」之過程，將規範納入國內法律體系；而國際金融法有別於前述之領域，其具有高度流動性和創新性外，參與者通常為自然人、法人和其組成之國際組織，因此是透過各種途徑將跨國金融法律規範於形式或實質上內化至一國法律體系。

2. 跨國金融法律規範之內化

跨國法律規範之形成及內化，耶魯大學法學院教授哈洛柯（Harold Koh）曾指出大概都經過三個階段：互動、解釋以及內化

（interaction-interpretation-internalization）。國家間產生互動，以條約或習慣方式制訂規範，繼而形成國際法規則，然後經過國家實踐與解釋過程，逐漸形成一套眾所接受的執行機制（preferred enforcement mechanism），最後國家普遍接受該規範體系與價值，視之為國家必須遵守的國際法規範而將之內化為國內政策與法律規範⁹⁷。

哈洛柯教授所闡述之內化過程，雖然是以國家為主體所建構，但其構想於法人、國際組織及個人等非國家主體下，應亦有適用之可能。於國際金融法面向，藉由這些非國家主體的互動，以軟法形式構成各方面較不具形式拘束力、較具彈性之規則，並藉由其中解釋之空間，逐漸調和出能被廣泛接受之規範，最後透過「實質法規範內化」之方式，融入一國法律體系之中。

（三）結語

如本研究案總計畫基礎理論所述，傳統國際法教學於主體和主題上皆過於狹隘：主體部分，僅以國家為主體，而忽略了近期國際法的發展，主體已逐漸函括國際組織等非國家主體，如國際刑法不僅僅追究國家責任，同時亦對於惡行重大之個人訴諸行動；於主題上，傳統教學僅依教科書照本宣科，課程單元過於死板。這樣的情形造成國際法教學僵化的結果，僅能給予學生粗淺的概念，更何況時至今日我國法科考試無論於考科和內容皆無太大變動，在考試取向之下，學生更容易忽略國際法教學之重要性。

現今台灣法學教育就國際金融法領域之教學，其內容常僅就台灣金融界之法律規範與實務操作進行介紹，或僅限於傳統國際法理論之窠臼；然而這些理論和實務成果的源頭，教學過程中卻未追本溯源。由於現今實務運作下，於我國境內進行之跨國金融商品交易，常約定以他國實體法或國際組織所定之規則作為當事人之權利義務關係基礎，故有探尋這些作為源頭之「跨國法律規範」的必要性，而探尋源頭之過程，亦必須就該類規範是藉由形式或實質內化為國家法律體系之一部分。

⁹⁷ Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?", Yale Law Journal, Vol. 106, pp. 2599-2657 (June 1997).

而國際金融貿易頻繁往來，其涉及國際法主體通常為國際組織、法人乃至於個人，和傳統國際法以國家為主體之模式有所區別。雖然國家可以藉由自行立法或形式國內法化的方式，對金融市場產生拘束力，但就效率和彈性的角度觀之，一項實體立法的通過生效往往要經過冗長的審查程序，但而今金融貿易往來頻繁、新金融產品如雨後春筍般產生，單靠實體立法無法因應金融市場瞬息萬變之特性，必須透過其他規範來補足；此外，實體立法雖可透過國家展現其強制力，但欠缺彈性變通下的結果，常會妨礙金融市場交易之進行，使其無法展現自由化之特質，此時亦有賴非國家主體所訂之金融規範或審查。況且觀諸我國金融貿易法規範，除了眾多實體法規範援用自他國立法和國際組織規則外，於眾多金融業規則，無論是成文規定或不成文規定，追尋其規範強制力之源頭，往往不是經由國家，而是透過國際金融組織和金融業者所訂出的統一規則，在獲得承認和共同遵守下，逐漸形成「軟法」，雖然未經由形式法規範內化而成為我國法律之一部分，但仔細觀察可以發現，其實質上已產生規範力道，拘束了金融貿易之行爲，維持國際金融秩序。

因此，國際金融法之研究及教學，除了已內化之國內法、政策或實務操作模式外，亦必須緊扣住相關之跨國金融法律規範及其實質內化之過程。

附件一 981 金融法授課大綱

981 金融法專題研究

朱德芳老師 tfchu@nccu.edu.tw

一、課程主旨：

本學期透過重要金融法相關議題的英文經典文獻閱讀與期末報告之撰寫，期達成以下目的：

- (一) 使同學了解新興金融法重要議題。
- (二) 加強同學運用英文資料學習財經法之能力，以便為日後碩士論文的撰寫預作準備。
- (三) 透過課堂報告與評論，訓練表達力與溝通力。

二、課程進行方式

為強化學習效果，每次上課 3 小時，共計上課 12 次。課程安排如下：

	日期	上課分組任務與內容
1	9.14	Introduction and Overview

2	9.21	Self-learning
3	9.28	Self-learning
4	10.5	Self-learning
5	10.12	News review: 30 mins/ # 4 Article presentation: 90 mins/ # 1 Henry Hansmann & Ugo Mattei, The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, 73 N.Y.U.L. Rev. 434 (1998). Comments and discussion: 60 mins/ # 7
6	10.19	Self-learning
7	10.26	News review: 30 mins/ # 5 Article presentation: 90 mins/ # 2 Robert B. Thompson, Piercing the Corporate Veil, 76 Cornell. L. Rev. 1036 (1990). Comments and discussion: 60 mins/ # 8
8	11.2	News review: 30 mins/ # 6 Article presentation: 90 mins/ # 3 David Llewellyn, The Economic Rationale for Financial Regulation, 1999, http://www.fsa.gov.uk/pubs/occArticles/OP01.pdf Comments and discussion: 60 mins/ # 1
9	11.9	News review: 30 mins/ # 7 Article presentation: 90 mins/ # 4 Cornelius Hurley & John A. Beccia, III, The Compliance Function in Diversified Financial Institutions: Harmonizing the Regulatory Environment for Financial Services Firm, July 2007, http://www.fsround.org/publications/pdfs/ComplianceFunctioninDiversifiedFinancialInstitutions.pdf Comments and discussion: 60 mins/ # 2
10	11.16	Professor Hurley visit Attend at least one of Professor Hurley' s seminars.
11	11.23	Self-learning/guest panel
12	11.30	Self-learning/guest panel

13	12.7	<p>News review: 30 mins/ # 8</p> <p>Paper presentation: 90 mins/ # 5</p> <p>(A-7)Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Contract and Fiduciary Duty, 36 J. L & Econ. 425 (1993), http://scholar.google.com.tw/scholar?q=info:e5WnB_qKNmoJ:scholar.google.com/&output=viewport&pg=1&hl=zh-TW</p> <p>Comments and discussion: 60 mins/ # 3</p>
14	12.14	<p>News review: 30 mins/ # 1</p> <p>Article presentation: 90 mins/ # 6</p> <p>Lucian A. Bebchuk & Jesse M. Fried, Pay Without Performance: Overview of the Issues, 2005, http://Articles.ssrn.com/sol3/Articles.cfm?abstract_id=761970</p> <p>Comments and discussion: 60 mins/ # 4</p>
15	12.21	<p>News review: 30 mins/ # 2</p> <p>Article presentation: 90 mins/ # 7</p> <p>Tamar Frankel, United States Mutual Fund Investors, Their Managers and Distributors, in Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets, L. Thevenz and R. Bahar, eds., Kluwer (2006), http://www.tamarfrankel.com/support-files/conflicts-of-interest-chapter12.pdf</p> <p>Comments and discussion: 60 mins/ # 5</p>
16	12.28	<p>News review: 30 mins/ # 3</p> <p>Article presentation: 90 mins/ # 8</p> <p>John C. Coffee, Jr., Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation, 106 Colum. L. Rev. 1534 (2006).</p> <p>Comments and discussion: 60 mins/ # 6</p>
17	1.4	ISDA: the organization and its agreements
18	1.11	Workshop
19	1.18	Students' Final Paper Presentations: 3 panels

課程安排說明如下：

(一) news review：回顧重要財經或財經法律要聞；請以剪報方式呈現(應標明出

- 處)；上課前一天(星期天)中午 12:00 以前寄送老師與修課同學。
- (二) Article presentation: 以 power point 方式解說文獻；上課前三天(星期五)中午 12:00 以前寄送老師與修課同學。
- (三) Comments: 評論人可以 power point 方式進行與談，亦可撰寫 word 書面評論 (不少於 3000 字)；上課前一天(星期天)中午 12:00 以前寄送老師與修課同學。
- (四) Students' Final Paper Presentations: 期末分組報告，上課前三天(星期五)中午 12:00 以前寄送老師與修課同學；請以 word 編輯、12 號字、固定行高 18ppt、標楷體、標註頁碼、引註請用東吳法律學報。主題為以下三個：
4. 「雷曼兄弟破產跨機構追索問題」，兩位同學負責。
 5. 「金融服務法草案之評析：以金融從業人員與消費者間權利義務設計為核心」，三位同學負責。
 6. 「金融商品買賣爭端解決機制」，兩位同學負責。

Other recommendations:

- * Tamar Frankel, Fiduciary Law, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983).
- * Nuno Garoupa, Regulation Professions in the U.S. and Europe: A Comparative Analysis, 2004, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=alea>
- * John P. Hunt, Credit Rating Agencies and the 'Worldwide Credit Crisis': The Limits of Reputation, the Insufficiency of Reform, and a Proposal for Improvement, 2009 Colum. L. Rev.

附件二 座談會題綱與會議資料

跨國法律規範理論與教學模組織建構 子計畫(五)國際金融法座談會

時間：2010 年 1 月 11 日(星期一)下午 3:30-5:00

地點：東吳大學城中校區崇基樓 1104 會議室

主持人：東吳大學法律系王煦棋教授、政治大學法律系朱德芳助理教授

與談貴賓：環球高蓋茨法律事務所黃璽麟律師

台新國際商業銀行財務處翟如君協理

一、前言

全球化之影響下，國際交流日益頻繁，不僅貨物跨國界的流動，資金之跨

國流動也日益普遍。如香港及新加坡等各國皆致力使自身成為國際金融交易之平台，希冀藉此獲取大量之利潤。

金融商品與服務的跨國界化，有助於增加境內投資人籌資及投資之管道，並使資金市場蓬勃發展。舉例來說，我國受限於金融業的商品開發能力以及國內市場的胃納量，故仍屬於金融商品與服務市場中的消費者而非製造者。國際金融商品之引進，可以使國內金融機構與一般投資人享受國外金融創新與資金全球配置的好處；此外，國內法人及金融機構也必須藉由與國外金融機構進行利率、匯率交換或其他衍生性金融商品交易以為避險；交易平台中各項交易所產生之手續費等收入，更可促進當地金融業之發展。有鑑於跨國金融交易所帶來之收益，各國立法機關無不致力於調整相關法令以吸引專業投資人於境內進行交易。我國立法機關及司法實務亦須與時俱進以配合此項全球化所產生之變革。

而於促進跨國金融交易之同時，分屬不同國籍的法人與自然人間產生交易與發生糾紛的可能性亦越來越高，交易所產生之爭端亟需相關之處理機制，我國投資人於跨國金融交易下之權益亦需加以維護。因此著眼於金融市場國際化之同時，同步規劃完善的爭端解決機制及投資人保護措施實屬必要。

跨國界的法律架構，規範包含個人、法人、國家等所具跨國界性質的法律行為與活動，實已超越傳統國際法係以國家作為權利主體之範疇。各項交易慣例或文件因為國際間各交易主體大量採用，本質上已與國際協定無異，甚或進一步有內化為國內規範之趨勢。因交易所生之權利義務關係是否得以滿足，亦與該交易關係所選用之準據法具有密切之關係。我國法學教育應如何將國際金融交易實務及所適用之規範納入，以順應全球化下之金融市場發展趨勢，實值吾人深思。

二、 討論題綱：

1 目前全球衍生性金融商品交易多以 International Swaps and Derivatives Association (以下稱 ISDA)所制定之契約文件進行，有相當多之國家亦皆已立法以配合此項交易之需要。ISDA 已為全球最大之金融商品交易組織，僅利率型商品於 2009 年上半年之交易額即高達\$414.09 trillion。對於此種交易實務、標準化交易文件並爭端解決機制之了解及運用，已成為法律人面對跨國金融交易時所必須具備之職能。我國立法及司法實務能否與此種國際交易慣例接軌，更是我國得否成為亞洲金融交易平台之關鍵。

1.1 ISDA 所制定之各項契約及交易實務已成為近乎國際協定之國際金融交易慣例，法律人應具備哪些職能或專業知識以處理此類交易所生之法

律議題？

- 1.2 我國目前立法是否已與此種國際交易慣例接軌？例如，依照我國目前法令，是否得以進行 ISDA 交易下之 Netting 程序？若否，此種情形對於我國公司從事衍生性金融商品交易是否有影響？
 - 1.3 我國目前司法實務就 ISDA 所產生之爭端是否已有司法判決？該些判決內容是否與現行跨國交易實務有所抵觸？
 - 1.4 為何了解此種跨國交易實務具有相當重要性？其利基為何？我國法學教育應如何改革，使法律人足以面對跨國金融交易所產生交易實務、法令制定以及司法實務之需要？於教學方法上，應如何使學生得以了解此種國際金融交易實務？
- 2 境外金融商品已成爲我國法人或自然人重要投資標的之一，惟此些商品之發行人如發生信用事件或其他糾紛時，亦將使我國投資人遭蒙重大損失。例如 2008 年 9 月美國雷曼控股公司宣布重整後，持有該公司所發行金融商品之眾多我國投資人亦因此面臨血本無歸之窘境。我國主管機關亦試圖爲我國投資人進行相關跨國追償程序。
- 2.1 我國金融監理實務應如何與此種境外金融商品接軌？如何使我國於成爲境外金融平台與市場之同時，完整保護我國投資人之權益？
 - 2.2 對於外國發行人所發行之金融商品違約時，於跨國追償上遭遇哪些困境？準據法應如何確定？例如，在現今跨國金融集團發行金融商品慣用集團內子公司或孫公司的實務運作下，我國投資人能否就該發行公司之母公司或其他關係企業進行追償？又應適用哪一國家之法律？
 - 2.3 於此次金融海嘯下，我國法學教育是否已足以使我國法律工作者得以面對相關爭議？我國法學教育之方式應如何改革？

三、會議資料附件一：寶來案概述

裁判案號	臺灣高等法院民事判決 96 年度金上字第 3 號
裁判日期	中華民國 96 年 8 月 7 日
裁判案由	清償債務
當事人	上訴人一仕野股份有限公司；被上訴人一寶來證券股份有限公司
案件事實 ⁹⁸	
兩造於 93 年 12 月 9 日簽訂系爭契約相關開戶文件，從事利率交換交易，即當	

⁹⁸ 以表格敘述如<表一>。

事人約定交易條件及利率指標，於未來特定週期以不同計息方式之定期收付現金及結算差價之交易。交易名目本金：新臺幣 1 億元、每季 給付 1 次，到期日 96 年 12 月 13 日。被上訴人依約於 94 年 3 月 14 日、6 月 13 日、9 月 13 日付息予上訴人，惟上訴人亦曾於 94 年 3 月 22 日寄發電子郵件向被上訴人主張解除契約。嗣後被上訴人通知上訴人依約應於 94 年 12 月 13 日支付第 4 次交換金額 61 萬 7,553 元。上訴人則於 94 年 12 月 12 日寄發存證信函通知被上訴人，主張契約無效，請被上訴人領回 12 萬 7,749 元。被上訴人於 94 年 12 月 13 日寄發利率交換利息催繳通知書，通知上訴人應於通知日起第 3 個營業日內全額支付利息交換款項，逾期將停止交易並逕為終止結算等相關事宜，結算後交易如致被上訴人產生損失，被上訴人並應負賠償責任。被上訴人則寄發存證信函通知上訴人指定於 94 年 12 月 16 日為提前終止日，終止兩造間之系爭契約及所有交易等事實。被上訴人後依系爭契約之約定，主張因上訴人未履行付款義務，致需提前終止系爭契約，而僅得以提前終止日之市場利率，並參考利率預期波動及時間價值，一併計算未來各期之損益，實符合市場實務等理由，請求為命上訴人給付 557 萬 4,259 元及自 95 年 1 月 19 日起，至清償日止，按年息百分之 5 計算利息之判決。

爭點

1. 被上訴人是否有積極施用詐術或刻意隱匿解約（或終止契約）風險之消極詐欺行為，致使上訴人陷於錯誤而簽署系爭契約？
2. 系爭契約中主約第 6 條第(a)項及同條第(e)、(i)、(3)、及(iv)項等定型化契約終止條款，是否有違反誠信原則，或平等互惠原則之顯失公平情事而無效？
3. 系爭契約解除或終止之時點為何？
4. 被上訴人主張提前終止之交割金額 495 萬 6,706 元之請求是否有理？其計算是否實在？
5. 終止契約前之 61 萬 7,553 元及利息，被上訴人得否為請求？

相關法規

1. 消費者保護法第 12 條（定型化契約無效之情形）
 定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。
 定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：
 一、違反平等互惠原則者。
 二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。
 三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。
2. 消費者保護法施行細則第 13 條（無效認定之考量事項）
 定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。
3. 消費者保護法施行細則第 14 條（互惠原則之違反）
 定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：
 一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。

- 二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。
 - 三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。
 - 四、其他顯有不利於消費者之情形者。
4. 最高法院 95 年度台上字第 1604 號、94 年度台上字第 1860 號、89 年度台上字第 1904 號判決要旨。

裁判理由

1. (1)依財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心證券商營業處所經營衍生性金融交易業務規則第 20 條，利率交換契約係由契約雙方進行指定利率之定期履行交換計算，僅就利息差額進行清算，以淨額給付之**繼續性契約**。而雖利率衍生性金融商品係主要以移轉風險為目的，交易相對人得透過利率交互計算下，彌補因利率變動所產生之未來不確定風險，非謂該交易不具履行契約風險。又利率交換衍生性商品履行契約風險即包含流動性風險、匯兌風險、利率風險、稅賦風險、信用風險及**提前解約風險**（即應指終止契約），而提前終止契約之風險，應係指該契約一方終止該契約時，因原約定交互計算期間末日提前至終止或指定終止之時，而按該時之市場價格交互計算淨額，致原約定交互計算期間市場價格改變之風險，**非指終止契約後有產生違約金或損害賠償之風險**。
- (2)被上訴人之承辦人員在推銷系爭商品時，未針對解約、終止後所可能產生之條款詳加說明使上訴人瞭解知悉，雖兩造對於系爭契約提前終止後，無須負擔違約金或損害賠償均無疑義，**惟並未談及終止系爭契約後，契約並非當然絕對消滅**，而會將原約定交互計算期間末日提前至終止或指定終止之時，仍會按該時之市場價格交互計算原約定期間全部之淨額，致原約定交互計算期間市場價格改變之風險。且上訴人決定選擇系爭商品，原因係為避險功能較強而簽約。本件如依被上訴人之主張，於終止契約後仍繼續計算未到期部分，顯與上訴人當初選擇系爭商品之真意不符。足見被上訴人之承辦人員在推銷系爭商品時，未針對解約、終止後所可能產生之條款詳加說明使上訴人瞭解，有**隱匿解約風險**之行爲，致上訴人陷於錯誤而

簽署系爭契約，而使上訴人將負擔非其所能控制之危險。

(3)依風險預告書內容和證人之證詞，足見被上訴人對系爭商品之風險，及解約或終止契約後上訴人是否仍須給付終止後未到期部分之差價，有關條款均未詳加說明。且風險預告書係事後才補簽，顯使上訴人未明瞭系爭商品，而陷於錯誤致簽署系爭契約。

2. 上訴人雖抗辯系爭契約已於 94 年 3 月 22 日解除，惟上訴人卻於其所稱解除系爭契約後之 94 年 6 月 13 日、94 年 9 月 13 日仍收訖(被)⁹⁹上訴人所給付系爭契約交互計算之二次差額，而遲至其所抗辯終止契約 8 個月後即 94 年 12 月 12 日始寄發存證信函通知被上訴人主張契約無效而解除契約，請被上訴人領回 12 萬 7,749 元云云，顯與常情有悖。足認上訴人確有未付第 4 期交換金額而屬違反系爭契約，被上訴人自得主張終止系爭契約。
3. (1)依最高法院 95 年度台上字第 1604 號、94 年度台上字第 1860 號、89 年度台上字第 1904 號判決要旨，按契約終止僅向將來消滅而無溯及效力，在契約終止以前之契約關係，並不發生回復原狀之問題，終止以後則契約消滅。又按契約經解除者，溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同，此與契約之終止，僅使契約嗣後失其效力者迥異。又按契約除當事人為合致之意思表示外，須經債務人繼續之履行始能實現者，屬繼續性供給契約，而該契約倘於中途發生當事人給付遲延或給付不能時，民法雖無明文得為終止契約之規定，但為使過去之給付保持效力，避免法律關係趨於複雜，應類推適用民法第 254 條至第 256 條之規定，許其終止將來之契約關係，依同法第 263 條準用 258 條規定，向他方當事人以意思表示為之。
(2)依被上訴人通知上訴人提前終止系爭契約之存證信函所載，雖系爭契約係於 94 年 12 月 16 日為提前終止，惟被上訴人亦給予上訴人自其違反契約之日即 94 年 12 月 13 日後三日為付款寬限期間，故自 94 年 12 月 14 日至契約終止之日即 94 年 12 月 16 日間，應屬兩造喪失利率交換計算損益淨額給付之利益，故雙方均不得再就此寬限期間為主張該期間之交互計算。
(3)依系爭契約之總契約（主約）有關終止條款之第 6 條第(a)項觀之，並無明文規定得於終止契約後仍應將後續未到期部分合併計算。是被上訴人僅得於上訴人違反系爭契約後，依其所指定之 94 年 9 月 11 日之市場利率計算第 4 期差價損益淨額，而請求上訴人給付因違約於契約終止前未給付之 61 萬 7,553 元部分（此金額上訴人不爭執），非謂被上訴人得於系爭契約效力終止消滅後，仍得請求第 5 期以後尚未屆至之各期淨額給付。況如依被上訴人所稱仍可請求未屆至之各期淨額，顯與上引總契約（主約）條款之規定不符，將使契約形式上雖終止，但無退場機制，仍要求系爭商品之投資人（即上訴人）賠償未到期部分之各期淨額，則解約或終止之定義何在？將形同具文而無意義，且顯失公平，亦違反誠信原則、公序良俗、平等互惠原則，亦與上訴人之認知有所不同。

⁹⁹ 疑似判決書漏打，特以括號標記在此補正。

(4)主約為英文版，兩造既均為我國人民，非慣用英文，訂約地又在我國，上訴人雖從事國際貿易，然系爭商品係屬專業複雜之衍生性商品，縱懂一般英文，亦難認定完全明瞭系爭主約之內容。是上訴人抗辯此有不當加重伊對主約條款之契約審閱責任，前揭終止條款約定有違誠信原則、或平等互惠原則而顯失公平為無效等語，亦屬可採。是被上訴人所請求系爭契約終止後 495 萬 6,706 元金額之債權計算方式內容，非以兩造間所約定之交易浮動利率為計算標準，係擅自改依固定利率及他種浮動利率二部分計算後加計總和為上訴人應付金額，亦有不當。

判決結果

原判決關於命上訴人給付超過新臺幣陸拾壹萬柒仟伍佰伍拾元及自民國九十五年一月十九日起至清償日止，按年息百分之五計算利息部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

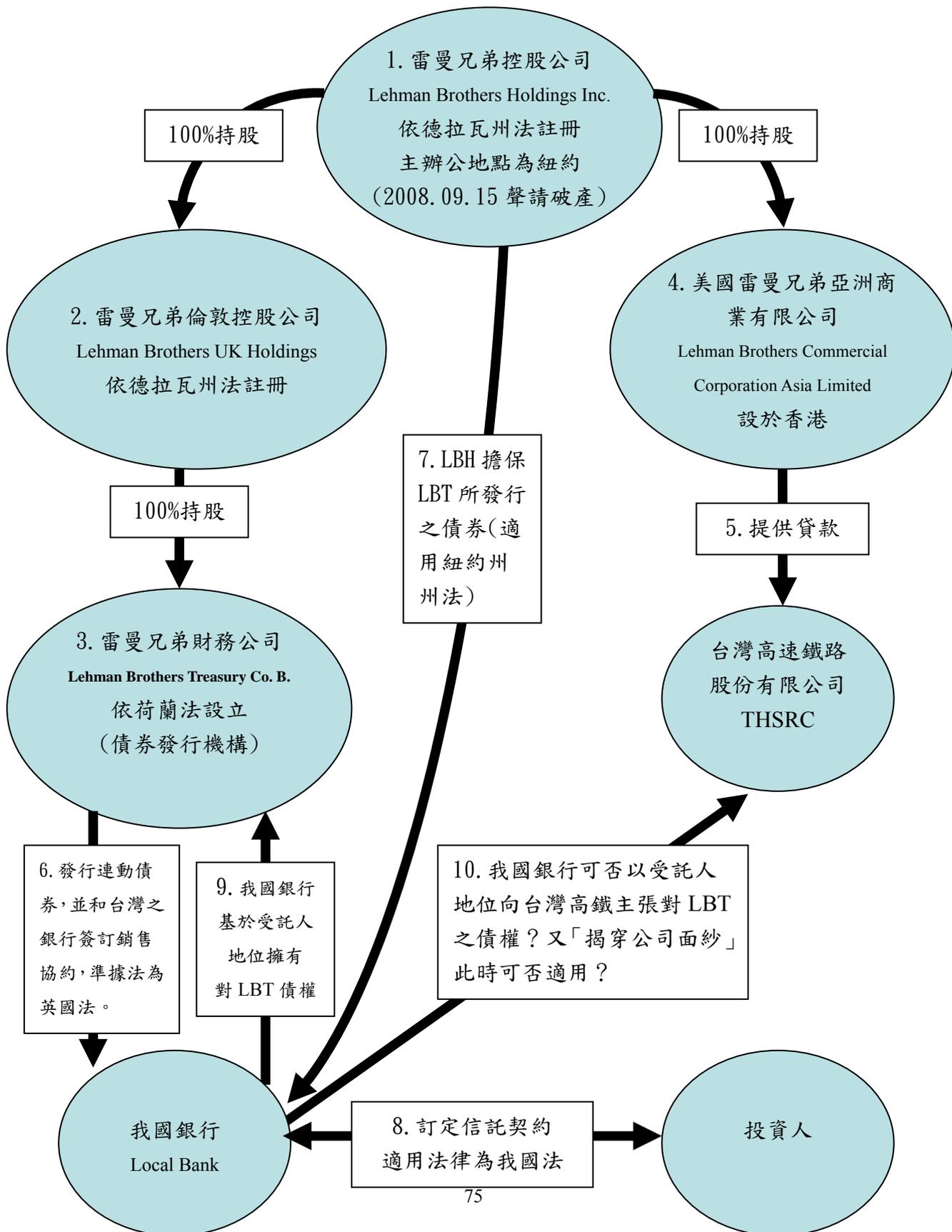
其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之八十八，餘由上訴人負擔。

<表一> 案件事實表

上訴人(仕野股份有限公司)		被上訴人(寶來證券股份有限公司)	
93 年 12 月 9 日簽訂利率交換衍生性商品契約 (本金新台幣 1 億元、每季給付 1 次，到期日 96 年 12 月 13 日)			
		94 年 3 月 14 日	第 1 次付息
94 年 3 月 22 日	寄發電子郵件欲解除契約		
		94 年 6 月 13 日	第 2 次付息
		94 年 9 月 13 日	第 3 次付息
		?	通知第 4 次交換金額為 617,550 元和支付日期 94 年 12 月 13 日
94 年 12 月 12 日	寄發存證信函，主張契約無效		
		94 年 12 月 13 日	寄發催繳通知書
		94 年 12 月 13 日	寄發存證信函，指定契約終止日為 94 年 12 月 16 日
94 年 12 月 16 日利率交換契約終止日			

四、會議資料附件二 雷曼連動債案涉及之事實及準據法



★ 文字說明：

1. 「雷曼兄弟控股公司」(Lehman Brothers Holdings Inc.)設立於美國德拉瓦州，為雷曼集團之控股公司。

2. 「雷曼兄弟倫敦控股公司」(Lehman Brothers UK Holdings (Delaware) Inc.)，係依德拉瓦州法律成立，為雷曼兄弟控股公司百分之百持有之子公司。

3. 「雷曼兄弟財務公司」(Lehman Brothers Treasury Co. B.V.)係依荷蘭法設立之有限責任公司，為 Lehman Brothers UK Holdings (Delaware) Inc.百分之百持有之子公司。

4. 「美國雷曼兄弟亞洲商業有限公司」(Lehman Brothers Commercial Corporation Asia Limited, LBCCA)，設立於香港，是雷曼兄弟控股公司百分之百持有之子公司。

5. 香港雷曼子公司 LBCCA 因參與高鐵聯貸案對高鐵具有 158 億之債權，部分數額已由銀行進行假扣押。

6-8. 由 Lehman Brothers Treasury(下稱 LBT)作為發行機構(issuer)發行連動債券，此些債券並由雷曼控股公司為擔保。債券所適用之準據法為英國法，雷曼兄弟控股公司所負之保證債務部分則適用紐約州州法。LBT 與台灣之銀行之間多簽訂有銷售協定(distribution agreement)。我國銀行與投資人則將簽訂定特定金錢信託契約。由我國銀行以投資人所交付信託財產，依投資人之指示為其進行連動債之申購。此項特定金錢信託所適用之法律為我國法。於此信託架構下，我國銀行將為連動債券之形式上所有人，連動債所生之各項損益則將皆歸屬於信託財產，並由我國投資人透過受益權所享有。

9-10. 按雷曼兄弟之香港子公司(LBCCA)因對台灣高鐵公司(下稱高鐵)貸款而對高鐵享有債權，我國銀行可否主張「揭穿公司面紗」，就雷曼兄弟控股公司與關係企業下其他公司之財產主張債權？又我國債權人對於 LBCCA 對高鐵之債權有無優先受償權？

附件三 座談會發言紀錄

跨國法律規範理論與教學模組織建構 子計畫一 國際金融法座談會

時間：2010 年 1 月 11 日(星期一)下午 3:30-5:00

地點：東吳大學城中校區崇基樓 1104 會議室

主持人：東吳大學法律系王煦棋教授、政治大學法律系朱德芳助理教授

與談貴賓：環球高蓋茨法律事務所黃璽麟律師、

台新國際商業銀行財務處翟如君協理

出席人數：30 人

王煦棋教授：兩位貴賓，大家可以從手上的資料看出來，一位是環球高蓋茨法律事務所黃璽麟律師，黃律師相關簡介亦在資料中附給大家，他在商務訴訟、公司破產和智慧財產權和金融犯罪等是非常專業的，今天非常榮幸請到黃律師百忙中撥空前來，所以請大家熱烈歡迎黃律師(掌聲響起)；第二位也是我們今天朱老師精心安排的，是由台新國際商業銀行財務處翟如君翟協理，她也是百忙之中抽空前來幫我們就相關金融案例做演講，這些案例等會朱老師會為大家做說明，翟協理一直以來都有在金融研訓院演講，我們今天非常有福氣請到她來跟大家分享，特別對於法律人就未來實務及案件發展，我們也要對自我條件做些準備，如果未來有興趣要走這條路更是如此。我們現在熱烈歡迎翟協理(掌聲響起)。我們趕快把時間交給朱老師。

朱德芳助理教授：好的，謝謝煦棋老師還有兩位貴賓：黃律師和翟協理，還有各位同學大家下午好。非常高興今天有機會可以和兩位專家有一個座談。誠如大家所知，現在跨國金融商品的交易和服務非常盛行，但是在我們過去法學教育內，一直對這塊不是有太多的著墨，所以我們的同學以後出去做律師、做法官、做企業法務甚至去金融機構服務，可能要面對這種新興交易的型態跟其所衍生之糾紛來作正確的對待。那大家在相關資料中所提供的兩個案例，從案例的角度可以思考這個問題，第一個案例是 2007 年高等法院所作之判決，寶來證券銷售利率交換衍生性金融商品給一間民間企業仕野公司，在這契約中法官不只是看待依雙方當事人所簽訂的白紙黑字，包括 ISDA Master Agreement 或是附約或者是風險預告書，法官更從整個交易過程中金融商品的銷售人員，塑造一個 image，對於買方來說該金融商品是否有風險，比如說解約時是否須付出更多成本的角度來看待該

契約，本身當事人是否有意思表示有合致。那法官最後的判決是說，由與銷售人員沒有做十足的揭露，導致法院認為這個地方是一個錯誤，對方當事人是基於一個錯誤來簽訂契約。那剛和翟協理討論，她說這個案件對金融業界造成地震般巨大的影響，金融業界也花了非常大的成本去調整因這個案子所衍生之問題，所以就下列問題請教翟協理：首先，將這個衍生性金融商品契約是為定型化契約，繼而適用消費者保護法是否合理？另外，在 ISDA 契約條款中並未針對解除契約後利率交換契約之買方是否須就未屆期之債務做清償部份，法院認為 ISDA 契約沒有這樣規定，想要請教一下是否真是如此？在我的看法認為，法院縱或認為契約上有這樣規定，可是這是一個英文契約，金融機構有必要提供一份中文契約給對方當事人，如果沒有提供可能是基於一個錯誤，而導致契約沒有辦法合致而不成立；再來就是，契約完成之後，到底金融機構如何因應法院之判決，似乎從法規範圍或法律人之角度，認為衍生性金融商品是一個較為特殊的商品交易，不然的話，證交法第 36 條之 1 就不會要求公開發行公司在從事衍生性金融商品交易的時候，證券主管機關要制定相關的處理準則；同時，也不會在證券交易法第 14 條之 3，要求公開發行公司的董事會，必須針對公司從事的衍生性金融商品要做通案處理準則，而且要求如果公司有做重大衍生性金融商品決策，層級必須是在董事會。顯然從法律的角度或從主管機關之角度，都把衍生性金融商品視為一種較為特殊的交易，那這樣的看待到底是否合理？那或者是因為過去台灣企業比較沒有和國際接軌，所以即便是國際上已行之多年的衍生性金融商品，對國內企業來說，還是屬於比較不熟悉的金融商品，它有可能使你獲利但也有可能產生虧損。面對這樣的情況，今天特別邀請翟協理，她在 ISDA 相關契約有相當多的經驗，告訴同學說未來做律師做法官應如何正確看待 ISDA 契約，這部分再請翟協理跟我們說明。另外一個例子就是雷曼的例子，顯示出一個現象是，過去認為跨國金融商品交易只會發生在國內大的企業或是金融機構對外來做成，而雷曼的例子告訴我們，一般大眾也有可能置身於這種跨國金融商品交易內，有太多國際金融集團在世界各地成立子公司、發行有價證券，投資人藉由銀行銷售買到這些有價證券。那這就牽涉到這些有價證券銷售本身所牽涉的法律，可能是英國法、荷蘭法、香港法或是美國法，美國法也有可能是不同州的美國法，可能是紐約州也有可能是德拉瓦的，那甚又或在處理相關糾紛的審判地，也有可能在世界各地的某一個角落。所以從消費者或者是作為銷售機構的銀行來說，要如何去看待這種金融商品所帶來的風險，舉例來說，由光譜最極端，如果認為所謂金融機構只是站在銷售者(distributor)之角度來講，各種金融商品之風險當然是歸於最後買受金融之一方(end user)，投資人怎樣看待荷蘭法，本來金融機構也沒有動機去判斷荷蘭法對此金融交易結構所產生的風險，但是這次金融風暴顯然告訴我們，我們的金融主管機關會科以銀行較重之責任，他會告訴你不是最終的消費者要負這個責任，而是銀行要跑去世界相關各地做相關主張。所以對我們從事法律工作者來講，以後我們所要了解的不只是台灣的實體和程序法律而已，也要去了解世界各地的法律，ISDA 的契約的準據法大多是紐約法和英國法；但是，像我們這種境

外衍生性金融商品、結構型商品，它有可能是約定任何一個地點作為準據法，那如果台灣之銷售金融機構(?)比較不夠或比較小，他就沒辦法做這方面的處理，可能就會交由律師事務所處理，那律師要如何就案件作相關之處理，特別是在全球化的影響之下，像雷曼這麼樣的一個公司，他在全世界都有佈局，集團破產之後我們到底能不能夠適用「否認公司法人格」，就整個集團的財產加以主張，還是只能夠去主張發行機構荷蘭子公司的財產，那主張之後如果可以揭開公司面紗，我們台灣之投資人有沒有辦法針對香港子公司在台灣資產有優先主張的權利？那雷曼的例子就請黃律師來為我們做解答。那最後的時間就留給同學做提問。我想就先請翟協理來問我們做介紹。

翟如君協理：謝謝朱老師和王老師給我這個機會，剛好趁這個機會和大家分享一些經驗，我頭先不太清楚說我今天是要來就這個案例作說明，這個案例我相信你們手上資料非常多、很豐富了，而且像剛剛朱老師已經有簡單的說明法院的想法，我想就在銀行和其他外商方面，碰到這個案件後的處理因應和大家分享。在分享前和大家再介紹一下，這個案例基本上是在講一個衍生性商品交易，也許你們已經有看過了，第一個它是一個利率交換交易，如果你沒有去上過衍生性金融商品課程的話，你可能不知道什麼是利率交換，所以你沒有了解這個交易的話，縱使你有合約在手上，你在處理上也會不著邊際，所以我要先提醒大家說，不管我們在做怎麼樣的 bill，雖然你是學法律，但是你必須要先理解你要協助處理的部份，也許是金融方面、也許是工程方面，你要先了解這些交易的實務，你才有辦法把你所學的法律運用進去，這是題外話。那我想回過頭來和大家介紹「什麼是利率交換」，為什麼會有這樣的利率交換商品，其實可以很簡單去大家介紹，也許一家公司借錢，借錢就會有利息支出，一般來說銀行在跟公司簽訂合約時，他無法預料未來利率之發展，所以通常會訂一浮動利率合約，公司擔心浮動利率會影響其 cash flow，所以擔心無法預估風險下，為了要鎖定風險，所以他去做一個 IRS 交易，這是一個最基本的原因，來鎖定固定支出以知悉未來之現金流量，這時就和金融機構、可以做利率交換之銀行做利率交換，每期例如每三個月就支付固定之利率給銀行，而銀行就支付 floating 浮動之利率給他，用來支付另外一邊之借款。利率交換會將利息從浮動鎖成固定，常常實務上在說一邊收到浮動利率支付債務，一邊支付固定利率給銀行，這就是最原始的利率交換之由來。那這個案件就是個利率交換的案子，利率交換本來照理說大家在相安無事的情況下，就按照合約去履行，每期付固定利息給銀行，銀行支付浮動利息至債務利息，如果每期都如此就沒有問題，可是其中本案支付三期後，到第四期仕野公司就違約了，違約後寶來證就催告，催告依照合約進行，而後主張提前到期。在一般授信合約裡面，比如說我們跟銀行借 100 萬，期限可能是 20 年，每期按照合約去履行，可是我有一直沒繳的時候，被銀行催告我又沒有去繳的話，銀行可能就通知你提前到期…；所以在衍生性金融商品也是，當你違約而後經過通知都未去支付時，違約事實成就時，那會有一個程序上你要去通知你要提前中止這個合約，讓

對方喪失這個期限利益，那提前終止之後呢，在衍生性商品合約，我們剛剛有講到 IRS 是一個利率交換，它其實是一期一期算好的，我每期支付你固定的，可是你未來是貼我浮動的，那這個地方牽涉到現金流量，所以比如為什麼我現在是支付你 2%，而你是給我 1.5%，因為未來你是要給我 2.5%而我還是繼續給你 2%的利息，那這個都有經過財務工程計算出來，所以當你某一期違約時，未來的現金流量依照合約的精神，是要全部折現到違約的當下去依照市價結算金額，而且這在合約都非常清楚，可是實際上在這個案子內，法官沒有接受這點，那可能是律師或其法務人員沒有很清楚明確地去點出這個交易精神或者是說，依照法院的認定好像認為契約終止後仍要求支付，讓終止之權力形同具文，他就是用台灣僵化的契約終止，終止後之權利義務就是消滅了，可是實際上這個交易套到台灣的契約法上契約終止後權利義務歸於消滅，那這個解釋這是會有問題的那我們剛剛有講到說，因為法院可能是不查，或是寶來的法務人員沒有很清楚地點出或是做更強而有利的主張，導致法官做出一個這樣的判決，而是到了三審了，那二審時已經是不利了，其實一審時寶來是勝訴，對方上訴後，二審被翻盤，那二審翻盤後有沒有好好去正視這個問題，導致三審就維持二審的判決。那二審判決的結果是，仕野公司只需負擔第四期之利息，未來的現金流量寶來是沒有權利去要求折現做現值之支付，當然在市場上引起一片譁然，非常的 shocked，這跟全世界的實務都不同。其實實際上我們在做雷曼案，雷曼破產時全世界都是用這個實務方式去操作，沒有任何的意外而且沒有任何地方的 jurisdiction 有問題，只有台灣發生了這樣的 issue，而且不是在雷曼案，那因為有這樣的案子之後，其實很多的外商比我們 local bank 更緊張，因為他們幾乎都是用 ISDA 合約，其實 local bank 因為很多 local 公司不太喜歡簽英文合約很排斥，所以 local bank 都要撰中文版的金融交易協約書，讓客戶來簽，那 local bank 通常都會把 ISDA 精神放到這個合約裡面，那只是說，ISDA 寫的很複雜，我們中文版就把它簡化了，可是簡化了還是會把它的精神放進來，那如果說從 ISDA 合約來看的話，其實是有這樣的一個精神在，ISDA 其實是一個協會名字，合約只是他其中一個產出品，變成是一個衍生性市場大家共用的一個 standard agreement，那 ISDA 協會就為了這個案子，就幫 member 找台灣的律師事務所，因為 ISDA 協會在每個主要的國家都有一個合作律師出意見，那他在台灣就找到了一個合作律師，幫他提供一些意見，針對這個案子出了一個意見給所有的會員，請會員在這個合約上做一點因應調整，所以後來律師意見後在合約上加註說其實在做提前終止時，可以把未來的現金流量折現到現在去算它的公平市價，就是這個精神放了進來，可是大家就會覺得很奇怪，這精神本來在合約裡面就已經有了，為什麼還要重申，可是為了可能避免法官沒有特別去注意複雜之處，因為契約本來就已經很繁瑣，再加上它又是法律文字，其實很多人可能不見得會看得懂，就把這個東西比較白話的寫在合約上面，去年下半年就很多銀行就在做這個工程，就是一一直在和交易對手換約，當然我們銀行也有去做一些因應，也許有些銀行沒有了解，所以他就沒有去做這個動作。所以這就是大概去年下半年的時候，因為這個案子一些銀行所做的調整，然後萬

一合約外沒有講到，且不見得每一家交易對手都會願意換約，去年雷曼案發生後，其實主管機關不管是在連動債部份或是結構性商品這塊，對於所有這些法規做了一個非常大幅度的調整，調整方向基本上就是在保護客戶的立場出發，那其中這個新公佈的法規裡面有一條，就是把這個精神放進去，就是在去年年底公告的「衍生性商品應注意事項」內，這是針對銀行的部份，我們去拜託銀行放進來的，就是剛剛說的契約精神，可以折現到最後一期去計算它的公平市價，為什麼我們希望放進來的原因是說，到時如果真的合約沒有講清楚，我還有一個地方可以去跟法官 argue，所以這就是我們後來因應的方式，所以這個案子就大概跟大家簡單介紹到這邊。

朱德芳助理教授：那關於定型化契約部分呢？

翟如君協理：定型化契約的部份，其實因為 ISDA 合約，我們從業者的角度，我們是不覺得它是一個定型化契約，因為它經過一個很冗長的議約流程，不是說我把合約丟給客人客人就要簽回來，因為 ISDA 合約它基本上一個架構是 Master 和 Schedule，Schedule 是大家要花很多時間去議約的，所以我們不覺得它是個定型化契約，這是我自己個人的看法。

朱德芳助理教授：協理是不是麻煩你再說明一下剛剛講的 kyc 的問題。

翟如君協理：這個不是在台灣有這樣的一個規範，而是舉世皆然，那在台灣的情況是因為，我想大家也許未來工作的時候都會知道，其實金融商品的創新都走在法規前，所以法規永遠都是在後面追著跑，等到它發現有問題的時候他就開始越來越緊，那其實在國外也是一樣。那在台灣，早期的衍生性商品注意事項，如果光從銀行端來看得話，其實是非常的簡單，後來陸陸續續這幾年，衍生性商品在台灣這個市場越來越蓬勃越來越多人買，連個人戶都在買結構性商品，這個結構型商品不管是連到海外的結構債，或者是在台灣可以存款的結構型商品，所以就變成說因為有這樣一個市場的出現，主管機關注意到這個問題，所以在業者的規範他就增加更多保護客戶的要求，這個部分我簡單說明，不管是結構型商品或者是連動債也好，在實務上的發展趨勢是說，會把客戶分成兩種等級：專業客戶跟一般客戶，專業客戶是專業機構投資人、有錢之個人或符合一定資產，主管機關採取較低度之管理，因為他們是有能力承擔風險了解商品所以低度管理，交易雙方是採公平立場去做交易；對一般非專業客戶時，主管機關就會做較高度之要求，定非常嚴謹之法，要求業者遵循這些要求，包括適合度政策，對客人的屬性作評估、對商品之屬性作評估，作進行 KYC，最後再決定他到底是否有適格能力(suitability)去做這樣的交易，所以這是現在主管機關非常要求落實之部分，那這也是我們常常在說衍生性商品不是只要懂法(documentation)，其實 documentation 只是讓大家進入交易的前置作業，可是實際上衍生性商商品在每個國家，

jurisdiction 的 issues 非常多，不同的國家 regulator 也有很多的規範，那這些規範會變成是說業者或者是消費者，業者如果要去 launch 這些商品他就必須要 follow 的，那包括像境外結構型商品規範，最近因應雷曼 400 億的投資人，主管機關有重新規範，那規範之後，其實到現在基本上台灣市場是處於停擺的狀態，所以有法規在，可是因為有一些狀況所以導致實務上比較難克服，包括境外結構型商品內要求有總代理人制度，總代理人必須要和 issuer 連帶負責，讓許多業者卻步，這也是一個問題。所以從剛剛和大家的簡單說明，所以有很多東西都是在 regulator 這邊需要去克服的，或者是說 regulator 站在比較保護消費者之立場出發，而有越來越趨於嚴格之規範。

王煦棋教授：那現在好像聽說對於境外結構性金融商品，如果要來台灣發行的話，在公會那邊都要個案審查通過才可以？

翟如君協理：它的審查機制其實分兩種狀況，專業機構投資人商品和一般客戶商品，兩者之審查機制是不同的。因為就像我剛剛和大家說明的，比較低度的或比較高度的管理，那如是對低的一般客戶非專業投資人的話，審查機制要經過兩層，第一個要公會審查後，銀行銷售機構也要審一次，而且他也有一個很嚴格的審查 rule 要 follow，那這個是境外結構型商品的部份；本來在衍生性金融商品部分它也是有一個審查機制，但是是不用到公會的，因為它沒有牽涉到一個第三的 issuer，銀行自己就是一個交易對手，所以信用風險是在台灣它的管理方式就不太一樣。

朱德芳助理教授：像寶來這個案子，我覺得...，法官就是較由主觀的角度去判斷當事人意思表示有沒有合致，所以會牽涉到說，就判決的過程中雙方在 negotiation 時就有很多 terminology 很多不同的看法，銷售員就會說這個你不要擔心解約之後也沒有違約金，因為對方會擔心說有沒有違約金，可是我覺得雙方對於違約金是有不同的判斷，那法官是不是站在買方的角度去釐清…？

翟如君協理：對，我們在看到這個判決之後，其實我們有馬上做出因應，...，對我們跟所有專門跟客戶端從事衍生性金融商品的銷售員說，在跟客戶表明時要說得清楚點，因為他們從來不覺得這是一個問題，覺得他的客戶都是財務部門的人，基本上都有一定的能力了解，所以這些(對解約、違約金和市價計算)都是事後推卸責任之詞，不可能他不清楚，也許真的有少數人不知道，但是如果你在公司財務部門做交易，你不可能不知道這些東西。所以當時交易人員會覺得我的交易對手都有這個能力了解，當然我們在講電話作交易的時候，不會這麼仔細，尤其是這麼陽春的交易，不是一個複雜的，根本沒有人在出一個書面敘述交易條件，都是用 done deal 的，以電話詢價看市場價格，只要主要交易條件合致即以電話完成交易，其他東西都是在前置在議約過程時即已講明的，所以不會在到了

銷售人員階段還有這些義務去講明，而銷售人員可能也不知道合約是如何規範。

王煦棋教授：還有一個問題去請教協理，像我們的法院法官在審理這些案子時，其實如果剛好碰到一個走傳統法學之法官，他願意對這些新的商品更加琢磨的話那麼就判決結果和他所想到的，他不是應該去找專家做了解，還是單純就自己主觀判斷做審理？

翟如君協理：可能就是要看碰到什麼樣的法官了。不過我們覺得我們可以努力的是說，假如覺得法官真的不是很清楚的話，你其實是有機會在準備程序去跟法院說明這些東西讓他能清楚的了解，多提供很多 evidences 去讓他了解。其實我不管是作衍生性金融商品的案子也好，或者是其他的案子也好，真的法官不清楚實務是如何，你就要花非常多的工夫去跟他說明？

朱德芳助理教授：我們可不可以這樣說法院對於這塊的判決似乎也有所分歧？不同法院的法官對相同類型的案子有不同的判決？

翟如君協理：對阿！所以這就是自由心證，這個案子影響比較大是因為不是在一審，那其他的案子可能是在一審的時候，如果我們覺得法官的判決跟實務上有差距，其實還是有辦法在二審去扭轉，而本案在一審其實是符合國際慣例的，到了二審才突然翻轉，而在三審，我是不太清楚黃律師的經驗，是否是二審判決結果到三審要翻案之機會比較難？

黃璽麟律師：各位同學大家好，翟協理、教授和王教授大家好。今天很榮幸有機會到這裡，因為已經很久沒有回到學校裡面來參加這樣的座談會。我上一次上課的時候，好像是在台北大學 EMBA 去上課，不過他大部分的學生是在職人員，也很少能看到這麼年輕的面孔，其實還蠻高興的。那我想這樣子，剛才我坐在這裡其實在回憶我以前上課是什麼樣子，所以剛才翟協理突然回頭望我說你待會要不要講的時候，我就突然想起來以前我們當學生的時候就是這樣，老師在台上上課，尤其是我高中的時候老師就突然說最後面那排那個打瞌睡的給我站起來，結果站起來 6.7 個，每個都在打瞌睡，每個人的方式不一樣，老師只有看到一個，所以剛才就是這樣子，翟協理突然回頭我才就大夢初醒，原來我是來上課我不是學生。那今天很榮幸來講這個「Lehman Brothers」的案子，因為這個案子是一個 ongoing 的案子，現在還由法院在審理當中，我們是替中國信託在台灣告 Lehman Brothers，所以有一些東西是 confidential information，所以我們就不在這邊多談，因為有 claim 在進行。那我今天也印了一份 Legal Entity Structure，這是在網路上找到的 public domain 的東西，所以公佈給你們應該沒有問題，那各位可以看到，其實這個東西是不全的，他省略的一些東西，但他的基本架構是對的，指示是不完整的，那我相信一份完整的 Legal Entity Structure 大概在 Lehman Brothers

裡面也沒有人能完整畫出來，這會牽涉到現在的跨國企業，從這方面來談說這樣的訴訟在台灣告到法院去我們會面臨到一個什麼樣的問題，這是一個最主要的問題。目前大概在全世界的跨國企業來說，其實 Legal Entity 是一個不重要的東西，也就是說我們現在在學校法律系所學到的公司法，我們基本上念的公司法就定性在傳統上對公司的了解，但是現在所有全世界的跨國公司對這些公司的了解跟我們是完全不一樣的，可能我在這邊講希望你可能要打破對公司的概念，那現在的跨國公司的概念它其實是對 business line 是重要的，那我不知道台新銀行，我想他應該也是採取這種(38:30)管理，也就是說他底下有很多子公司，有銀行有證券有保險，可能有其他的一些海外的 entity，但是其實這些 entity 並不是說在這些銀行的總經理或董事長說的就算數，因為在銀行裡面的業務基本上可能分成譬如說銷經、客經、法經或其他各個業務，而各個業務底下再去分，這對於企業來說才是重要的，也就是說，對於這個 business line 來說，他的執行長決定了什麼，他下面的 entity 就是去執行這個執行長對這個 business 的意旨，那至於說為什麼會需要這些 entity 的存在，因為各個不同的 entity 其實是就不同的 business 取得 license，也就是說銀行要取得銀行的 license，保險要取得保險的 license，那 security 要取得 security 的 license，這些都是他去取得 license 的過程，可是並不表示說我們在台灣的公司法裡面說的，你在保險公司或銀行的董事要開董事會，其實那些事情都是變成執行的過程，譬如說金控今天派的銀行董事會的董事是哪些人，那他們決定要做某一個業務或法律行為，需要取得金管會的許可，那麼他們所委託的董事就會去做出這麼樣的一個決議，如果不做那麼就離職。因為它其實就是一個對 business 來說，就是去貫徹這個 business 要去執行政策，並不是對每個公司控股就受股利股息那樣子，他其實是整個控制，就各個 business 內灌貫徹 business 的 activity，那譬如說在台灣銀行這種情形是比較成熟的，在國外 multinational company 對這些也是很成熟，可是到台灣來有時候你會發現有一點點，跟傳統中國人敬老尊賢倫理的概念有所不同，所以有人說跨國公司在台灣的子公司，他其實也是這種管理，也就是說他雖然設了一個董事長，符合台灣的公司法，底下有好幾個總經理和副總，其實這個董事長只負責其中某一個 A product，他是 A product 在台灣地區的執行長；那其實他的另外一個 B product 是由另外一個總經理，他雖然是掛名總經理，可是實際上他是不和董事長報告任何事情，他只是在公司的位階是一樣的，也就是說他今天要報告是直接跟總部報告，如今天 B product 需要什麼，他如需要董事長簽字他就報到總公司，總公司共同上級可能就會下一個指令告訴這邊董事長說要配合辦理，也就是總經理不和董事長直接 report 事情，那我在台灣其實就碰過這種情形說，去那邊談案件談完後，因為敬老尊賢(董事長年紀比較大)，想說和董事長見個面，通常董事長來說個 hello 和感謝的話，結果這次他說到案子的情形和他個人的意見，我們覺得有點怪異，因為它談的東西其實所有事情都和他沒有相干，他其實對這個事情的始末都是陌生的，可是他卻發表了自己的一些評語。等到他走了之後，總經理就跟我講說，不要理他說的，我們又不用對他 report，我也不知道他為什麼今天心血來潮講了那

麼多，…。那在台灣碰到的情形大致上是這樣，不只在分公司的情形，剛剛也提到在法院裡面實務這塊，經常會碰到的情形就是這樣，一般來說台北地方法院是比較 liberal，也跟他當初在選取法官的過程中有一些關係，因為台灣的法官會調動，和美國任命制不同，台灣是會調動的，所以護牽涉到一些升遷的觀念，所以會有這種情形，台北地方法院因為是明星法院，所以大部分的法官他如果想要升遷他會想要調到台北地方法院，這部份到底是善與惡我們今天不討論，就是說在台北地方法院最起碼大部分對於法官這個 career，有野心的法官基本上是希望爭取來台北地方法院，也因為台北地方法院的很多案件比較特殊，向雷曼這種案件，其他你像在屏東地方法院、澎湖地方法院你要審一個像雷曼這樣的官司是不可能的，那邊大概漁船相撞的案件可能比較多。現在台北地方法院一般來講法官素質是比較高的比較 liberal，因為這邊案件類型比較特殊，久了之後法院被教育成接受新的觀念，但是即使是在台北地方法院來說，大部分的法官他的觀念還是保守的，這當然會牽涉到我們法學教育的問題，我們一般法學教育不管是刑事訴訟或民事訴訟，我們的法官都不是只有聽訟，當然從過去我畢業到現在已經改善很多了，但是到目前來講這種習性還是沒有根本改變，也就是說譬如刑事庭法官他基本上就是覺得他要除暴安良，其實這些事情根本不干他的事情，而是檢察官的事情，可是因為檢察官很懶散，一上場就詳如起訴書，他不盡力就閉成是法官覺得他應該要盡力，因為他覺得某甲搶劫了某乙，所以我一定要如何如何，可是他忘了他這時候已經改變了自己的立場，那不管怎樣，我們的刑事訴訟法和民事訴訟法會讓法官在整個訴訟程序上還是會有點裁判兼球員的情形。所以在這樣的情形下，法官在聽訟的情形下比較難要求法官不恥下問，因為他做的比較高，其實在我們看來，我在美國唸書的時候，也有在美國法院實習，美國法院他們是法官聽訟的成分很高，他如果不懂他就把雙方律師叫到前面來問或者是叫到 chamber 裡面來問，甚至在法庭上直接問，不過有一些涉及隱私他通常會把雙方律師叫上來問，我覺得這點的教育會比較好，法官會覺得我的職責是讓你們武器平等就好，你們要想辦法說服我，我不懂我就告訴你我不懂，你們就過來跟我解釋清楚，所以美國法官他基本上會比較注重所謂的方法，一個案子怎麼樣會 reach 這個 result，怎麼樣去做一個 conclusion，在審理的過程中我設法讓他公平，基本上他過程不懂事很自然的，他認為一個法官我怎麼可能會懂所有的東西；可是在台灣，這點跟我們的文化就有點差異，現在你們還是學生，可能有一部分你們已經在工作了，上法院的話，其實在目前就面對這種情形，想辦法去說服法官、去 approach 他，這就是我們的工作。再回到本題來講，就是說在 Lehman Brothers 這個案件，比較麻煩的就是說在美國來講，就像我講的大部分跨國企業的管理是那種方式的管理，他的 entity 的形式安排其實並不重要，執行過程中你要去取的一個 license，對他來講是很重要的，所以美國會發展出「揭開公司面紗」(Lifting the Corporate Veil)的理論，因為美國早期也是傳統產業，慢慢從二次世界大戰後他也變成跨國公司和世界金融接軌，久了以後理解跨國公司的本質，法院去發展出揭開公司面紗理論，在美國算是蠻成熟鬆平常的，可是當我們要應用到臺灣的時

候會有一點問題，揭開公司面紗理論過去在台灣曾經有律師提出來過，那到了高等法院承認，但是到了最高法院卻不採，這會對後來產生一點影響，因為最高法院法官，就像我說的台北地院法官雖然很 liberal，但是有最高法院的判例，他也很難求變。所以我們另外採取的方式是說，利用民法第 224 條，適用原則故意過失的問題，也就是說當最高法院在某一判例裡面有說到 224 條，224 條對於除了契約以外適用侵權行為的時候履行人的故意過失他也是可以適用的，所以我們現在 approach 的方式是說，像 Lehman Brothers 這樣一個跨國公司，他是一個 holding company，然後公司的 entity 指是他實行過程中之一，所以實際上所有下面的 entity，像是董事、董事長或是 director，不管他各個國家的名稱為何，他這些都是他的履行輔助人，所以他在構成契約行為或侵權行為時，我們認為 holding company 本身應該要就結論去負責；那我們試圖去以另外一個法條去 approach，長期來講，台灣如果要現代化的話，可能法律上要去修改，因為現在的法律，就好像大家都用自動販賣機、用網路，結果你的法律還在那邊一定要見面以後意思表示合致，每一個 term 要 negotiate，假如你使用定型化契約我就認為你無效(當然我們的法律還沒有那麼落後)，這是不可能的。當然我們國家如果法院態度那麼保守，造成效率變低，結果就是我們經濟萎縮，就像卡斯楚一樣，如果不繼一切代價我們要革命那麼也可以，如果我們台灣兩千三百萬民眾還是覺得我們要回到古代以物易物的話，那我大概也會成為全世界文化保存的焦點，就是說我們的意志是這樣，那我們意志假如不是這樣，而是追求經濟發展，那恐怕我們的法律要做一定的修改，這是未來的事情。那現在來說，就 Lehman Brother 的案件，我們所採取的策略是利用 224 條去做一個 approach，結果還不知道因為還在 ongoing，我們是希望藉由說服地方法院、高等法院或是最高法院，讓法官能夠了解到一個跨國公司其實在下面的子公司分公司，其實都只是某程度的 SPD，就是一個執行特定目的的工具罷了，例如就像我們原來在公司法念到的轉投資一家公司，我就收他的股利股息，所以他們的董事跟股東可以去決定一切的契約，其實現在的大公司已經沒有人這樣做。我想這個是 Lehman Brothers 我們所面臨到的一個問題，在實務上，我們會面臨遭遇到哪些困難，這個部份我想是困難重重，因為就像我說的 Legal Entity 的部分，其實我們查也查不清，那今天我印的這個表，其實也是網路上別人，我想也是利害關係人去做出來的，跟我們有關係的可能只是其中的一些 Entity，那我們的事務所再去找我們事務所在倫敦的分所、在新加坡分所、在香港分所還有在美國的分所，再去查詳細的情形，而其中我看你們作的表，是說 100% 持股，其實有一些並不是 100% 持股，詳細去查他的登記的話其中可能會有 1 股是登記在某一個人名下，有可能在早期台灣也是這樣，因為台灣早期有最少股東的限制，所以就會去登記 1 股 1 股，來符合股份有限公司 7 個人的底限，他當地也可能是去 comply，也就是符合當地法律，但是 100% 控股控制這個公司我想是沒有問題的，所以這個表基本上還是可以去追溯說他的 holding company 到底是哪些 entity，所以就這個案件來說，困難重重不只是確定如此，確定當事人資格就很困難，而且我們如果去詳細查包裝結構債商品過程，這些過程

中有沒有詐欺和刻意隱瞞這些問題就更難了，因為他的結構債商品有很多是用他們的 SPD，這些 SPD 在不同的地方登記，看當時發行他在哪個國家是成本最低的或是最自由的，通常最多選擇的是稅率。如果我們要去探究他的結構債商品裡面包裝的東西就更困難了，因為他涉及各個不同的 jurisdiction 裡面金融管理機構要求的 disclose 程度，而且我們是拿不到這個資料的，所以我們並不是說我們的事務所在倫敦有分所我們就可以拿到 Lehman Brothers 在倫敦金管會的所有資料，所以這些東西是更深一層的困難。那我想這幾間是冰山一角，我們比較希望台灣的法官能夠理解，在這樣的一個跨國交易當中，如果我們是一個處於弱勢的情形之下，那在民事訴訟法到底賦與我們怎麼樣的一個權利，民事訴訟法有相對規定是說如果你所有資料是掌握在對方持有當中，可以要求法院下才定要求對方提出，如果對方不提出，那麼法院就可以 based on presumption，認為說你不提出就是你理虧，法院就可以用這種方式。那因為這個案子還在訴訟當中，所以我們並不知道法官的態度是怎麼樣，但是以目前在我看來在台灣要處理 Lehman Brothers 這種糾紛，除非法官在訴訟態度要比較 flexible，不然的話我們基本上在舉證一定是處於弱勢的，因為我們在代理本案所以我不能夠說太多，但是相同結構債爭議在香港跟我們是有點類似的，香港是發行 mini bond，他們的學者其實也說其實香港相對於臺灣來說已經是很開放了，而且他的專業人才也比較多，期時他們在處理 mini bond 的過程當中，要去解析說結構債裡面的問題也是困難重重，因為…(1:02:54)中間很多的條文 refer 來 refer 去，到最後找不到答案，不知道同學們有沒有詳細去看過，如果你們有做 case study 的話，可以去找其中某一個案子來看看，然後你們去找他的原文定義，他會告訴你要 refer 到哪一份文件，你會發現 refer 到最後根本沒有這個東西。以前我們在學生時代都很喜歡作弄人家，譬如說翻到第 1 頁就說請看第 3 頁，翻到第 3 頁就說請看第 18 頁，他基本上玩的大概也是這種遊戲，我相信這不是故意的，因為他們文件太多的，到最後管理的不是太好，到最後變成無解，譬如說你現在 early termination 時，你的利率要如何計算，此時他就會 refer 到另外一個文件上面去，那你就去看他就會告訴你其實有一個 agent 來做 discretionary 的指定，那你會覺得在台灣的法官來說，這樣意思表示恐怕沒有合致，我跟你之間的費用找一個第三人來訂，第三人說多少就多少，而且沒有給你什麼基礎參考，他不是說兩個當事人之間的爭議我第三人按照什麼樣基礎去計算。那我們律師代表那一方就說哪一方，如果代表 Lehman Brothers 那我可能就說這是一個 practice，那我如果代表買方(mini bond 的 holder)那我可能就會說意思是沒有合致，請把錢通通還給我。但是實際上，我想這些在未來都是一個困難，台灣如果說想要經濟發展成一個經濟有效率的情形，中間會感覺到多麼的痛苦，其實我們律師沒有什麼痛苦，我以前年輕的時候常常會罵檢察官怎麼亂起訴、法官怎麼亂判、這個怎麼會是定型化契約；可是我年紀大了以後，成為你們學生最喜歡講的既得利益者，也有人跟我講說其實檢察官沒有亂起訴你就沒有案子，我想一想有道理，後來他就跟我講了一個專有名詞，叫做「暗貴人」，他是對你間接有幫助。基本上我想大家還是在推動的過程之中，實際

上我想每一個階段美國的法院來講都還是有進步的空間，在進步到完美之前，實際上會感到痛苦的大概就是做生意的人，像翟協理他們可能就比較痛苦，一個判決下來他們就要擔心說怎麼辦怎麼辦，那我們律師基本上是比较沒有那麼大的痛苦，以前我比較痛苦，因為那是我離開學生時代還充滿了熱情，現在比較冷血一點。Lehman Brothers 這個案件我想他的問題非常多，包括 jurisdiction 這個部分都是一些問題，接下來如果你們有問題就問我，我不知道我就跟你說不知道，因為我不可能知道所有的事情，我知道所有的事情我就在美國紐約州 expert witness，因為 Lehman Brothers 現在在美國紐約有一個集團訴訟，如果我什麼都知道我就坐在那 charge 每個人幾千塊美金一小時。那 jurisdiction 當初對我們要起訴也是一個問題，因為當初我記得準據法適用紐約州法律，但是他發行各個不同的 security 時會有不同的 jurisdiction 的約定在裡面，我當初處理這個案子時，我們的起訴方式，起訴方式全世界都跟我們一樣的教法，我們起訴發現契約既然對我們不利，那我們就改用侵權行為，那在美國告 Lehman Brothers 也是一樣，他們也是告契約跟過程的部分，在台灣也是一樣，因為我們必須要讓法院受理這個案件，那我們必須要讓法院能受理這個案件，我們一定要找到一些東西去 attach 台灣，如果沒有任何 element 和台灣有關的話，台灣的法院是沒有權利去審理這個案件，契約這點是比較難，因為契約裡面都已經約定了，當事人也已經同意了，就有一定的 jurisdiction 和 governing law 在裡面，這點是比較難去變動的；所以我們當初除了告契約以外，我們等於是先告侵權行為，我們就認為 Lehman Brothers 他可能有些 fault 在裡面，有一些 misleading 在裡面，也就是說 Lehman Brothers 在長久以來包裹的東西，其中有大部分含有 supply，supply 隨著美國不動產的不景氣降價，那麼他應該要 right off 很多東西，可見那時候他們都沒有 right off，念過會計的就知道，有一些東西譬如說庫藏的，你也賣不掉，那你賣不掉你就放在庫藏，你到底是要 right off 還是你把原來的價值通通放在上面，比較通俗點就是說已經是植物人了，你就不宣告他死亡，基本上就是這種概念。在美國集團訴訟主要告他的理由就是在這裡，也就是說他們明明知道這個 property 的價值已經在降了，你還不 right off，你假如 right off 就會反應在財報上，就會反映出這個東西不能再做了，所以他應該提早要爆發，可是不是他一直等到爆發了，他突然有一天告訴你這些東西都沒有價值了，所以我現在要宣告破產，所以在美國告時也是按照 fault 財務報表不實、misleading 等等 100 多項，看看美國律師都很會寫，因為美國訴訟法和我們不一樣，你一開始的時候要都寫出來，你如果沒寫出來他就不審，他讓你有一次機會去做修改，所以美國律師一開始訴狀就寫的洋洋灑灑，將像我們起訴寫訴訟標的，什麼都寫進去，大概每國律師都差不多啦。那我們在台灣也是主張說他有侵權行為，那有侵權行為可能有涉及詐欺等其他情形，所以我們認為他應該有損害賠償，所以這樣的一個案子，因為他某一些行為是在台灣進行的，因為當時 Lehman Brothers 有派人來，所以他和台灣有一些 attachment，所以我們因此就主張台灣的法院有 jurisdiction，因為就台灣的侵權行為有權管轄，所以我們就另外主張客觀訴之合併，去合併契約的部分，因為這兩個部分事實上大部分

是統一的，所以我們請求法院就這兩個部分應該要去審理，我想這是當初我們在處理 Lehman Brothers 的 jurisdiction 方面所做的一個努力和突破，那我想大概就介紹到這邊，謝謝。

(掌聲響起)

翟如君協理：我想在這邊再呼應黃律師 jurisdiction 的問題，Lehman Brothers 這樣的案子，是所有的一些外資、國外銀行，之前他在做時，大概每一家都是他的 SPV，所以他每一個 entity 大概都有它特殊的目的。我們現在不講結構債，譬如說…，他其實也都是在不同的 entity 做不同的類型，譬如說他在 UK 他就是 book 他的利率型的商品；如果做 credit 的話可能就是在美國的一個 entity 專門在做這樣的商品。所以說台灣的實務，不只是台灣的銀行或者是其他國外地區(香港、日本)，他要跟像雷曼這樣的 entity 做交易時，他要去跟不同的地區去做一個簽約的動作，會變成說我可能跟雷曼的 A 做 IRF；跟雷曼的 B 做 CDF；跟雷曼的 C 做一個 equity option。所以說當雷曼發生這樣子破產情形時，整個法院程序是非常複雜，在全世界各個地方都在處理，如果你們剛好有很多交易是跟不同交易對手在做的時候，會變成你除了要非常了解合約之外，妳還要去了解當地的破產程序要怎麼樣做，這時候就變成你必須要跟當地的律師配合你才知道要怎麼樣去申報債權。那這時候就必須提到「請大家不要放棄你的英文」，依我現在處理雷曼的這些申報債權，跟美國律師、香港律師或英國律師在討論時，我們都是用英文處理，這個東西你不得不去面對，如果你要走國際金融方面，你不想只是在國內做 litigation 案件的話，那你可能需要去注意這個部分，這是我要補充的部分。

朱德芳助理教授：我們現在是不是開放給學生提問？

同學 A：我想請問黃律師，剛才有提到說，如果想要讓台灣也具有管轄權，先提起侵權行為再做訴之合併，侵權行為變成是說可能原告要負責舉證責任，可能造成很大的負擔，如果要證明詐欺等等行為，會不會對原告來講最後會沒有什麼實質上的幫助？

黃璽麟律師：像這樣子的一個訴訟，就跟你去提起一個公害訴訟是一樣的，你要去舉證，一個公害訴訟，當地居民你可能要去舉證說你生產過程有問題造成汙染，基本上這種案子就是小蝦米對上大鯨魚，而雷曼兄弟案也差不多，Lehman Brothers 他給你的東西其實是一個經過 process 的產物，不是譬如說青菜拿來賣給你，假如是這樣就是 ground material，你也很容易去分辨這個東西是好還壞；可是今天這個東西是經過 process 的，他把東西都切了最後賣給你，譬如說營養食品賣給你，可是你其實都不知道生產過程是如何。所以說這種情況下我們的訴訟法是如何因應呢？如果按造傳統的舉證責任分配，大概這樣子的訴訟就跟你去打公害訴訟一樣，你是不可能贏的；可是你在訴訟法裡面這種情形他是有一定的規

範的，譬如說如果在你的界定的一個前提之下，他不可能把舉證責任全部都倒置，所以訴訟法下有這樣的規定，你去建立一些前提，當你可以證明說這些東西你是無法取得而且是在對方的持有當中的話，對方是有義務要公開的，那美國的訴訟制度他有一個 procedure 叫 discovery(79:10)，就是說法院下一個 order 說將這個案件有關的東西全部都讓對方來審閱；那台灣在我畢業的時候是沒有，最近這幾年有修改，那基本上就這種情形他有一定的進步，所以我們去代理這樣的案件，儘量就既有的制度上去建立這樣的前提，也就是說台灣制度他雖然不是完美的，但是在你可用的武器當中呢，不要去放棄任何的希望，也就是說從沒有來看，台灣是有進步的，雖然是不公平，但是我們律師主要去想的是說不是公平不公平，而是我的 solution 是什麼，而不是好或不好；教授或是學者去做評論給司法當局一些 comment，而我們律師很難跟法官去做這樣的 comment。

翟如君協理：我再補充一下，其實我想黃律師的方式是有一個 story 的，所以在這我們就不提了；而我們做 in-house 的角度，在提供意見的時候其實不見得會是相同，不見得會去法院提起這樣的一個訴訟，我們剛剛也有講到說，其實雷曼他在不同的地方有做不同的交易，那這些在台灣有資產的其實都不是我們台灣的交易相對人，那你必需要透過揭開公司面紗的這個原理去在台灣去尋求一個解決方式，可是你假如在公司內部出法律意見時，你可能會去做非常多的評估，包括說訴訟費用、是否勝訴、假如勝訴是否美國法院會同意在台灣執行，因為其實整個雷曼的資產是要凍結的，他是全世界債權人要一起來分的，不是說我來做我就具有優先權，所以我們在做評估時，會說我們縱使去做了假扣押，但是這些資產其實都不是我們交易相對人的資產，我們花了這麼大的工夫，總是勝訴了我是否具有優先權仍是疑問，所以很多銀行是不願意做這個動作，當然是因為背後有一些原因所以才做。這個部分提供給大家，就是有時律師做的不見得是當事人想做的，通常都有一些原因。那另外一個部分是說，我們新的境外結構型商品的管理規則出來了，其中就有要求我們剛剛提到的總代理制度，原來就是因為這些產品的發行人或是保證人其實都在海外，那發生事情其實他根本什麼都不管了，所以為了台灣境內的消費者，指定新的規範，要求總代理人制度，要求總代理人必須付連帶保證人責任，甚至還有營運保證金的要求，所以當發生問題時都可以先從中求償。而現在另外一個比較難以解決的問題是「三方合約」，國外的 issuer 跟台灣銷售機構和總代理人之間的權利義務界線為何，仍有待解決。

同學 B：我想請問翟協理，就是我國立法機關對於 netting 的立法態度是否有著手擬定，一般實務上金融機構如何去說服立法機關去立法加以規定。

翟如君協理：這個部分基本上所謂的 netting，其實是在整個大合約下面，所有的交易是不是可以當你的交易對手發生破產情事時，所有交易可否去做一個 netting，例如說正負相抵，我們可能雙方有 100 筆交易，其中有一些是你賺錢、

一部分是我賺錢，當一方發生破產情形要提早終止合約(early termination)時，我是否可以透過 netting 的機制，其中是因為要降低信用風險，如果沒有 netting 的話會產生一個很大的問題是說，我必須將虧錢的部位先吐出去給破產的一方，而我賺錢的部位必須和其他債權人去分，這就是一個非常大的風險。當可以 netting 時，正負相抵我的風險就可以降下來，那這個 netting 的機制，基本上在台灣是被承認的，只是說沒有條文白紙黑字去規定說可以接受淨額交割等等，但是從法院精神可以發現他沒有禁止，因為台灣重整程序裡面，你在請求債務人的履行債務方面，有一段時間是受限制，但是該限制是指抵銷，但是抵銷和 netting 是不一樣的，抵銷觀念是根據 agreement，譬如說雙方間有很多不同的法律關係，有存款、借款和其他投資商品的關係，那這些所有權利義務關係，是否可以透過抵銷去做；可是 ISDA 下的 netting 是一個就合約下所有的交易去做 netting，ISDA 本身就是一個 netting 的 agreement，剛剛我們說提前終止是依照市價去做交易 netting，本身合約就寫清楚了，只是說這個 netting process 在台灣法院是否可獲承認，目前我們是沒有碰到一個法官是說不可以，所以依 ISDA 所委任律師所出之意見，都是同意 ISDA 下 netting 機制在台灣是可以被接受的。

朱德芳助理教授：那我想請問一下，netting 的部分是可以在整個機關裡面做嗎，還是只能在各地區特定的 entity？

翟如君協理：目前應該是只有在相互往來的 entity，因為你們今天合約是 A 和 B 簽，並非 group 對 group，所以是就 A 和 B 合約下的權利義務去做 netting。這也是我們實務上碰到的一個蠻大的困擾，我想同學手上都有這張表，其實這樣的一家外商銀行，它其實是透過不同的 entity 去做不同類型的交易，那有可能你和 A 公司間是賺錢的、和 B 公司間是虧錢的，那相互之間是沒有辦法 netting，因為它不是自同一個 ISDA 合約之下，導致說這次的雷曼事件，發生許多台灣金融機構就是這樣子，賺錢部位必須申報債權，可是賠錢部位必須吐出去，可是因為大家沒有辦法利用「揭開公司面紗」去處理，加上可能必須考量不同地區的 entity 是否當地法律都可接受「揭開公司面紗」，這都不必然，因為這樣子的關係所以沒有辦法形成一個 group netting，承受不得不承受的風險。

朱德芳助理教授：現在雷曼事件中，所以已沒有可能因為這個案子之後，ISDA 考慮做出加入 group netting？

翟如君協理：其實目前就我的了解是還沒有，因為合約就是兩方，權利義務關係就是跨 jurisdiction 的關係，如果真的要做到 group netting 有點困難，其實我知道說某幾家外商銀行，他們在試著在他們的 ISDA 合約裡面，去做這樣的一個約定，只是說他們尚未有相關情形發生，所以我們不知道說未來這樣的情況會如何？

同學 C：我想請問翟協理，您有提到說國內以訴訟方式來解決金融紛爭有其困難性，法院可能比較不了解，國內有仲裁方式，國內銀行是否可採仲裁之方式來解決這樣的紛爭，因為國內團體仲裁尚未發生過，就是國內有這樣的法規但是實際上尚未運用過？

翟如君協理：券商的仲裁，是因為券商法規的規範，他們的主關機關在他們的規定裡面就要求了，那在銀行的狀況其實是沒有的，而且我不覺得仲裁是一個更好的解決方式，當然仲裁的好處是我們可以找一個專家做處理，可是實際上在台灣真的針對衍生性商品發生問題的還是少數，絕大多數仍是結構型商品，而結構型商品現在新法規對於一般的客人，是有一個可以透過公會機制，由公會小組專門處理。而新的衍生性金融商品應注意事項已經將公會角色納進來了，變成一般投資人如過對於衍生性商品銷售過程有疑問，可以透過公會進行解釋，那公會運行的方式，目前還是多由一些主管機關來規定。

同學 D：我想請問黃律師，您剛有提到說用民法 224 條來達到揭穿公司面紗的效果，可是民法 224 條是要在一個契約關係下，可是雷曼兄弟控主公司和投資人之間本身並沒有持股關係，所以要如何適用達到效果？

黃璽麟律師：這個我剛剛有解釋過，民法 224 條的確是在契約關係下才有適用，可是最高法院曾經有一個判決是說在侵權行為裡面也有適用，這是一個突破，這是我說的法官在這個領域有這個機會去法官造法，但是台灣你要讓經濟進步、讓交易行為是 predictable，那麼你還是要透過修法程序來讓投資人清楚。那現在是因為紛爭已經發生，在找解決方式時發現這是一個可突破的點，我們希望法院能夠理解到說，台灣法律基本上是和全世界的交易行為是有一段脫節的，脫節過程中如何突破。

同學 E：我想請問一下黃律師，那現在銀行向雷曼兄弟求償，那如果後來真的有分到錢的話，這些部分是還給投資大眾嗎？那假如投資大眾不夠清償，那因為投資人和國內銀行有信託關係，那麼可否向銀行求償？

黃璽麟律師：第一個問題，台灣的假扣押基本上是沒有執行之職權，假扣押後其他債權人如果也取得執行名義，那麼他也是可以去分這筆錢。第二個問題，如果你可以跟銀行求償，那麼你現在就可以跟銀行求償了，不需要等到不能分配。但是「你和銀行間的法律關係」是和「銀行和 Lehman Brothers 間的法律關係」是完全不同的，就是說銀行和你之間的契約關係或者有無違反侵權行為，這和銀行和 Lehman Brothers 是不同的。

朱德芳助理教授：那今天時間已差不多了，兩位貴賓真的是知無不言言無不盡，

把過去多年經驗傳授給大家，兩位貴賓也講到一個重點，你的腦袋要活一點，你到了實務上工作時，你可以要運用到學校所學的東西，但是不要受到侷限，這是非常重要的。最後再以熱烈掌聲謝謝兩位貴賓(掌聲響起)。也希望兩位貴賓有機會可以繼續跟年輕學子聊聊天。

捌、國際私法

一、前言

(一) 計畫研究目的

本研究計畫「跨國法律規範理論與教學模組之建構」，目的在探究跨國法規範之內化，以建構法學教育模組。透過「教學理論」與「實務運作」之對話，觀察各子計畫所屬領域中，相關運行之規範所指涉之淵源為何，是否由跨國規範而來，以及此等規範內化的情形。透過此等內國規範在實務上運作之回饋，進而確認本國之國際法教學，是否有需修正或另行建構機教學模組之處。

(二) 國際私法之發生與其重要性

由於世界係以各個獨立且相互存在差異的政權所組成，各政權有其各自的法律體制，任何事件及交易之發生，以及因其所生之爭執，均可能與一個以上之政權，及其法律體制具有實質之牽連關係。爲了在承認既存之國際活動前提下，維持政權間之管理秩序、避免主權衝突，並以和平且有效率之方式解決爭執，而有制定一種規則及方法之必要。雖然統一私法運動持續在世界推展，惟只要國族疆界存在一天，國際私法就有被適用的必要。作爲一個海島國家的台灣，既以交易文明爲立國基礎，自然必須正視並精進國際私法的理論與實務。

(三) 國際私法之性質

國際私法，即指「決定涉外事件所應適用何國法律的法則」。是故涉外事件(案件)除了需具備「涉外因素」作爲要件之外，事件可能適用的規則，尚須依連接因素、定性規則以及繫屬法院之法律政策等因素而異，必須自各國相關法律中選擇、擷取。廣義的國際私法即指此一選擇適用法律時所應遵循之法則；而狹義的國際私法，則是指本國所制定之實定法：「涉外民事法律適用法」。在實際的運作上，國際私法的法源還包括國際民商法律間之普遍原則¹⁰⁰，以及國際公約¹⁰¹，法理與外國法。「跨國法律規範」亦屬國際私法的重要法源。質言之，國際私法是一種適用法則，目的在指定涉外事件之準據法，並在選法過程中實質處理牽連關係，因此，國際私法可謂具備實體法與程序法、公法與私法、國際法與國內法等

¹⁰⁰ *locus regit actum; lex rei sitae*(物之所在地法原則)

¹⁰¹ 統一國際私法公約，於海牙國際私法會議進行簽署，每4年通過1至數個公約。目前共有69個成員國；已簽署的公約如下 http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing

多樣之性質。

二、國際私法之方法論

基於歷史與結構上的原因，國際私法屬於典型的理論發展大幅領先實務需求的法律。因此，國際私法的統一性，較其他實定法為高。各主權領域在市民法上的差異，肇因自歷史條件、意識形態與風俗習慣，但是各國的國際私法之間並沒有存在這種巨大的差異。國際私法規範之發展，至 19 世紀末、20 世紀初方臻成熟，彼時普通法與大陸法開始大量交會，使二者之國際私法規則之間並沒有存在極大的差別，也促成了統一國際私法公約為兩種法系國家所接受，並間接型構了跨國法律規範的本體。所以目前的國際私法規範，可以說是普通法與實定法之匯流。在我國的理論與實務方面也都可以驗證此種匯流。

(一) 國際私法之線性適用程序

線性適用程序 (lineal pattern) 是國際私法客觀化、科學化的最重要表徵。不過，相較於理論，目前國內法院涉外民事案件判決採取線性適用程序的穩定性並不高。所謂線性適用程序，是描述自涉外事件繫屬起始，經定性程序至選法完成的過程中，國際私法原則適用的方法。依線性程序，法院在繫屬訴訟之後，首先應進行管轄利益之考量。管轄利益依內容，在程序上區分前後兩個階段：

1. 行政利益：訴訟行政支出，公權力行使經濟上不利益，稅收之浪費，執行之效力。
2. 當事人利益(實質利益)：法院以法庭地法、可能適用之法律作為推測當事人利益之根據。

例如涉外法第九條第一項後段但書（前段：場所支配原則，即事實發生地，此為連接因素，後段：實體權利，是當事人權利義務內容，後需探究是見是否適用民法一八四以下相關條文）。

另外如適用涉外法第二十五條時，也需藉線性適用程序以解決該條條文所存留之法律空白問題。

(二) 選擇法律的基本順序

選擇法律的基本順序，乃是法院在本國憲法的限制下，就法律之選擇，應遵守其內國制定法之指示¹⁰²；後若無前述制定法時，則選擇依事件所應該適用法律之相關因素，包括：

- 1、法庭地之相關政策、
- 2、其他有利害關係法域之相關政策¹⁰³，以及在解決某特定爭執時，這些法律之比較利益(有時尚須考慮公共政策或法律政策之時間因素)、

¹⁰² 制定法若已指示法律之選擇，法院必須選擇適用有關法律選擇的制定法，必須合乎憲法的規定。例如美國之統一商法典之規定。

¹⁰³ 例如不動產上利益之移轉，應適用不動產所在地之法律，

- 3、正當期待利益之保護、
- 4、某特定法律領域所依循之基本政策、
- 5、對選法結果之確定性、預見可能性及一致性
- 6、應適用法律之操作便利性

(三) 定性規則(characterization; qualification)

在線性適用程序裡，法院可能必須在確認適用法之前，即展開對於一個法域之相關實體法規則內容之探究。而在決定外國之實體規則之前，尚必須對繫爭事件究竟應對應何種選法準則加以「定性」。所謂定性，是在進行連接因素的選擇之前，確定指示該連接因素之事實，在法律上之屬性的判斷作為，屬於線性程序中的前階段作業。通常是由繫屬法院依特定法律以確定該事實的法律概念或意義，再指示適當的法則而加以使用。

國際私法的選法規則，需透過特定事實所建立法律概念或名詞，如住所、履行地、行為能力、婚姻、夫妻財產等，作為連結的指示。涉外事件若屬於某一法律概念範疇，即適用該範疇之規則來定其準據法。定性之結果可能指示適用不同國家之法律。

定性的過程中，法庭地首先須必須「探究系爭事件在選擇連接因素時的屬性」，才能透過「有限的連接因素」的指示，選擇應適用之實體法，最後再針對該實體法之內容，尋找利害關係法域。所謂的定性問題，即指此一「屬性」的探究。

在選擇法律的順序完成後，法院應依前述方法程序，視事件之連接因素及屬性進入民事訴訟法程序；或者依選法程序，做出繫屬法院為不便法庭之決定。

三、實務運作於國際私法教學與理論之回饋

在國內實務上，涉外事件從繫屬於法院開始，至法院完成選法乃至做出實體判決之依據，是否符合前述國際私法線性程序之方法論，則頗有疑義。以下問題依線性程序方法論提出，反思現行涉外事件實務之運作。

- (一) 涉外民事法律適用法的全部條文中，並無與管轄基本原則相關之條文。實務上，在法院訴訟繫屬，判斷管轄權是否行使之時，法院實務上所採取的一般道理(方法論)為何？

執業律師碰到一個涉外案件之立場，如果有涉外成份，首先針對管轄權之存在與否進行考量。以異國婚姻之離婚訴訟為例，律師可能抗辯沒有管轄權，而沒有管轄權的理由者眾，包括當事人在台灣已經沒有居所，如果要依訴訟法上以原就被原則，就要去外國法院進行。實務上法官通常不會接受這樣的理由，但律師仍舊會試著就此點進行主張。

若是同時於本國法院及外國法院就一案件，存在兩平行的訴訟進行中，則可能主張，要求選出一個對兩造當事人皆便利的法庭。但通常台灣的法官不會採納。有幾種可能的選擇，第一個就是法官繼續審理；另外一種就是用拖延的方式，法官用訴訟指揮權決定拖延開庭的時間。比較積極的法官則可能會裁定停止進行。

異國婚姻就是很典型的涉外案件，但反而我們看到的是兩個案件同時都在進行，台灣的民事訴訟法第 182 條規定，訴訟如果已經有外國法院進行，且將來的判決可能為台灣法院承認，則法官也可以停止訴訟。縱使台灣法官決定適用外國法，訴訟理論上是可以進行，但事實上幾乎不可行，因為幾乎沒有法官了解外國法，或願意在訴訟中適用外國法。

(二) 台灣之法院單純就管轄的爭執問題做成裁定的可能性?

法官可以就程序的問題做決定，例如裁定，但是通常法官單純就管轄的爭執問題做成裁定的可能性其實不高。寫訴狀通常第一個是程序問題，但法官通常不會先就程序處理，幾乎沒有看過有法官會下一個裁定，至多是最後在判決裡面就管轄之爭執做交代。

(三) 如果準據法是一外國法，而此外國法在本國法院適用時，可能因證據調查上的困難、傳喚證人、兩造進行攻防、法官判斷攻防等議題之法律基礎，不確定是否確為該外國法的內容，而法官決定不加管轄本案的情形?

理論上依照程序，首先處理審判權、管轄，都沒有問題了才進行準據法、定性之處理，例如決定適用本國法，或者日本法，然後才進行攻防。但是經驗上沒有一個法官會在程序中間，很明確下一個指明適用準據法之裁定。法官會讓兩造先進行辯論，不管本國法、外國法，辯論完了再依心證選定適用法。

(四) 法官若不積極的宣示或者諭知此一事件應適用的法律，是否可能在最後判決中，說他不具有管轄權，或者使用雙方在攻防中最未著重之適用法?

在早期民事訴訟程序並未要求整理爭點之階段有可能出現，此一階段兩造並不會把爭點詳列，可能到判決才知道法官著重之爭點，而有突襲的狀況；而在司法改革之後，兩造都要先整理爭點，就程序與實體上兩造可能意見不同的部分提出，法官會就兩造不一致之爭點開庭做確認。在爭點整理之後這種突襲的狀況比較少。在跨國案件裡，通常有無管轄權、準據法的討論都在爭點之中。

(五) 爭點整理過程中，兩造若未就適用法或管轄的部分爭執，是否會產生不同的效果?法院對這種議題積極為裁定者多或少?

牽涉到實務上最高法院的心態。最高法院為法律審，沒有主張的事實不可加以斟酌，但實際上不然。最高法院往往不希望案件在其手上確定，我們的案件一再地發回更審，因最高法院的法官不希望有重大影響力的案子在他手上決定。複雜的案件上訴到最高法院，如果不是相當具有明確說服力，法官這時候應該要開庭，讓兩造就有問題的爭點進行攻防，但是實際上都沒有。

而兩造在爭點裡面都沒有意見的，法院是不是不能依職權去審理？整個訴訟法制度的設計，並不純粹是當事人進行主義，某種程度保留法官依職權調查。到底哪些項目是法官可以依職權調查、認定，也並不非常清楚。就會產生法官就自行就兩造雙方沒有攻防、也沒有發現的點進行處理。

(六) 如果案件依其法律關係、訴訟標的，有利者皆指涉外國法，台灣律師會不會於訴訟中主張？

假設清楚知道適用外國法對他有利，律師依律師職業倫理本來就有責任主張。台灣現實的情況，幾乎很少有律師有把握知道某個外國法是對他有利，律師可能知道一個法條，但很難知道其他周遭相關的法條的規定。有可能主張單一的規定，例如載貨證券可能就國際規定主張。如果是律師明知，則其當然有責任主張，如果明知而未替當事人主張，這是可以檢舉而送懲戒的情形，理論上是違反律師倫理。

(七) 如果準據法很明確，依涉外民事法律適用法之規定應該適用外國法，最高法院會不會以判決不適用法規，做為駁回的理由？

如果依涉外民事法律適用法規定應適用某個外國法而且相當明確，則的確可作為發回的理由。

(八) 儘管民事訴訟法與涉外法並沒有相關條文規定，法院在過程中，是否可能擁有絕對司法權的情況下，不只單純內國法的考量，而考慮到涉及國際法的議題，如主權管轄、主權的排他管轄、司法行使的獨立，甚至國際禮讓、便利因素等問題，而禮讓平行的外國法院來管轄，後裁定駁回本國案件？或者在法院可能在訴訟程序裡面諭令兩造當事人其有此心證？

台灣的法官跟律師的心證裡，其實沒有國際法的思維。假設兩個平行法院進行同一案，例如日本法院做出判決，要來台灣執行，依民事訴訟法要經過認可，第一個條件是否對對造不利、他是否應訴、兩國之間是否互相承認。這甚至牽涉到政治上國家承認的問題。實際上台灣跟所有東南亞國家沒有認可的司法協議。台灣目前最多外籍(人士)是越南、印尼、泰國、菲律賓，但是沒有司法協議也沒

有互相承認，這些人都不能享有司法互惠。

台灣跟日本有司法協議，若是日本法院要來台灣執行要申請台灣法院認可，我若做為台灣本國被告，在台灣沒有平行的訴訟進行，對方申請書來便會被准許；但若台灣這邊有平行的訴訟進行，就可以爭執，並主張法院不加以認可，等到本國的判決出來再進行。這套法律的規定看似明確，但實務操作上非常錯綜複雜，充滿策略性的思考。

台灣的律師跟法官在碰到涉外案件，並且意識到這是涉外案件的能力並不高。法官在處理這種案件，並不是站在國際法角度觀之，而是在訴訟上面要不要進行，若要進行就進行；如果不想進行，覺得事件很複雜就會用程序的手段把案件打回。

(九) 如果兩造具有前述的思維而積極地攻防，例如主張台灣法院雖有管轄權，但管轄結果會對訴訟進行造成不便、兩造攻防困難、訴訟勞費(需要要許多專家證人來舉證法律的內容為何)等，而積極主張另有一個平行外國法院比較適合，台灣的法院會怎麼處理？

被告應訴是否方便、調查證據是否方便，應訴部分會考量到經濟能力懸殊，應訴費用負擔的問題。就證人部分，例如主張證人小孩在日本唸書，難以到台灣作證，可能就此點加以攻防，法官不見得不採納。

假設已有平行的外國法院，法官通常不會自己說我沒有管轄權。我遇過實際的例子，律師就說「法官，我們是獨立的國家，自己的案子就用自己的法律來判」，激將法官，暗指不判就是不愛國。法官實際上會講自己沒有審判權機會很小，可能用迂迴的方式，例如停止訴訟。理論上有可能，實務上要法官表示沒有審判權則不太可能。

四、結論

國際私法之理論發展大幅領先實務，而依國內涉外案件之反饋也得證之。是故國內國際規範之理論教學是否有可調整，或者結合實務形式之教學，尚有討論的空間。此外，本國之涉外民事法律適用法條文雖簡短有失縝密，且依前文實務之反饋或有與跨國規範脫節之嫌。但涉外法之規定中屬人法議題佔絕大多數，用以補充本國法。可稱我國法仍是以國際法作為人與國家之間內在關聯的核心。

另外，涉外民事法律適用法第 10 條關於物權之規定，所採之物之所在地法原則，即為前述之普遍國際私法原則。可知本國關於選擇適用法之法則，確有以跨國規範為淵源之處。

五、教學模組織設計：以涉外法律行為發生債的關係為例

※涉外契約之準據法總論－當事人意思自治原則

關於涉外契約所生之債，應依當事人意思表示所選擇之法律決定其權利義務之內容；此即所謂「當事人意思自治原則」。當事人意思自治原則是國際私法關於債之準據法的基本原則。若當事人未就應適用之法為意思表示，則應依該原則設計下與債之發生及效果相關之其他原則（如意思表示之要件所在之場所、或推定當事人最可能表示之意思等；如我國涉外法第六條第二項以下：「同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地；前項行為地，如兼跨兩國以上或不屬於任何國家時，依履行地法」）選擇之法律。而我國涉外法第六條第一項之規定：「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律」，即是此一基本原則之反映。

補充解釋：

a、所謂『關於契約所生之債，應依當事人意思表示所選擇之法律』，**僅為一個可適用於所有契約以及關於契約所生之爭執之原則**。至於債法各論裡面各種型式之契約，則須參考本課程資料第二部份所提供之知識基礎，以尋找更明確的選法規則。另外，契約之要素，包括當事人之締約能力，意思表示之合致（契約形成），契約之實質效力，契約之無效（包括虛偽陳述、脅迫、不當壓力下之意思表示和意思錯誤）、不法行為、重利行為、契約解除、履行和損害賠償之方法等之適用法，亦須借助其他解釋原則補充。

涉外契約準據法基本原則判決一則

最高法院民事判決
九二號

九十三年度台上字第一二

上訴人 芊卉種苗股份有限公司

法定代理人 劉月紅

訴訟代理人 邱寶弘律師

被上訴人 荷蘭商吉·吉爾零氏出口公司（G.GEERLINGS EXPORT BV）

法定代理人 傑克斯尼

（JAC）

訴訟代理人 蔡得謙律師

右當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十一年十一月十二日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（八十九年度國貿上字第二號），提起上訴，本院判決如下：

主文

原判決關於駁回上訴人其餘上訴暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

本件被上訴人主張：上訴人自西元一九九五年二月間起，陸續發函向伊訂購百合花球莖，買賣總金額計一九九五年度荷蘭幣（下同）一百八十一萬三千二百二十五元，一九九六年度一百零五萬元，買賣契約成立後，伊按訂購數量，分別與荷蘭花農訂立種植球莖契約。詎上訴人竟自一九九六年四月九日起藉詞取消該二年度之訂購量，經協調無果，依約請求補足價差亦遭拒絕。爰以起訴狀繕本之送達作為解除系爭未經上訴人交付價金部分訂購契約之意思表示。上訴人自應賠償伊已備妥貨品而遲不受領之一九九五年度損害八十四萬二千四百十二·四七元，及一九九六年度未履行契約之利潤損失二十六萬二千五百元等情。求為命上訴人給付一百十萬四千九百十二·四七元，並加計法定遲延利息之判決。（第一審為被上訴人勝訴之判決，上訴人不服，提起第二審上訴，原審除將其中超過二十四萬八千九百五十一·二三元部分廢棄，改判駁回被上訴人之訴外，其餘部分駁回上訴人之上訴。）

上訴人則以：伊雖於一九九五年間，因事業上之需要，曾與包括被上訴人在內之外商接洽，詢問有關生產百合花球莖情形，及其球莖之尺寸與品質等資訊，供作參考。嗣並與被上訴人進行數次交易，但並未於一九九五年及一九九六年與被上訴人成立任何買賣契約，被上訴人係因所生產之大量百合花球莖無法銷售，恐造成自身之損失，持卷附訂購明細表、買賣條件等，向伊主張未依買賣契約交付價金及受領標的物，並請求債務不履行之損害賠償，欲將損失轉嫁與伊。況被上訴人前交付之球莖貨品亦因含有瑕疵已予銷燬，政府並禁止該含病菌之球莖進口。伊依法解除契約，拒絕受領被上訴人非依債之本旨所為之給付，於法有據，無何遲延責任可言等語，資為抗辯。

原審維持第一審命上訴人給付二十四萬八千九百五十一·二三元之判決，駁回上訴人此部分之上訴，無非以：被上訴人主張之事實，業據提出公司設立證明書、授權書、訂購明細表、信函、傳真函、買賣契約明細表為證。查兩造自一九九五年二月間起，即以傳真信件往來，就系爭百合花球莖進行要約及承諾之意思表示，而達成買賣契約。交易情形為被上訴人先行報價，上訴人下訂單（order），再由被上訴人進行確認（confirmation）。是被上訴人之報價應屬要約，上訴人之同意應屬承諾；有時則為上訴人先向被上訴人要約，由被上訴人同意其要求之數量及價格，不論何種情形，雙方意思表示既經合致，自己成立買賣契約無疑。再徵諸上訴人於一九九六年四月九日、五月十日、七月二十二日致被上訴人之傳真信函載稱：「……我們必須取消……之訂單」字樣。苟非兩造間確有買賣契約存在，何以上訴人須多次強調取消訂單並要求被上訴人代為出售所訂購百合花球莖予他人？足見上訴人所辯兩造僅止於磋商階段，未成立契約一節，尚無可取。次就上訴人之訂購單與被上訴人之確認函記載觀之，雙方就各產品單價之記載相同，被上訴人並未變更上訴人之要約。上訴人抗辯被上訴人變更價格，應視為拒絕上訴人之要約，而為新要約云云，亦不足採。再依上訴人八十四年三月三日之信函記載，冷藏費用之起算時點於兩造間已達成合意。且依雙方往來信件觀之，冷藏費用並非本件球莖買賣契約必要之點。上訴人稱冷藏費用包括起算日、費率、支付方式等，除起算日外，其餘事項均未見雙方有任何合致之意思表示，契約不成立云云，自無可採。本件交易係屬國際貿易，國際貿易中「信用狀」、「提單」是否必要，須視雙方之交易條件而定，依兩造所提文件觀之，均為「鹿特丹

船上交貨（F.O.B.Rotterdam）之條件下，而在「F.O.B.」之條件下，除非買方願提供費用並要求，否則賣方無義務提出任何自裝貨國及（或）產地國所簽發之任何單證，包括「檢疫證明」。上訴人抗辯本件買賣契約，未見有信用狀、提單及檢疫證明存在，買賣契約未成立，尤無足取。至上訴人所辯被上訴人前交付之球莖貨品有瑕疵而予銷燬，伊已依法解除契約一節，並未據舉證證明。兩造既已成立買賣契約，上訴人即有交付約定價金及受領標之物之義務，其明確表示拒絕給付，且經被上訴人定相當期限催告其履行，亦未於期限內為上開義務之履行，則依民法第三百六十七條、第二百五十四條規定，被上訴人以本件起訴狀繕本之送達作為解除契約之意思表示，自生解約之效力。

按解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，被上訴人主張受有一百十萬四千九百十二·四七元之損害，固據提出計算書及買賣條件為證。惟被上訴人所提損害計算書係其自行列計，並無證據證明確以五十九萬七千零九十九·七八元之低價出售未經上訴人受領之一九九五年份之百合花球莖，自難認其就此項價差損害，已盡舉證之責。又被上訴人提出之買賣條件，其上未經被上訴人簽認，已難證明係雙方約定之契約條款。

再者，買賣條件第十四條約定：「在買賣標之物未交付運送前，且買受人同意給付標之物發票金額百分之二十五賠償金之情況下，買受人得解除全部或部分之買賣契約」字樣，上訴人既未同意被上訴人於給付標之物發票金額百分之二十五賠償金之情況下解除契約，被上訴人自難執以為請求利潤損失之依據。惟按當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第二百二十二條第二項定有明文。本件被上訴人因上訴人拒絕受領已訂購之一九九五年及一九九六年百合花球莖，而解除契約受有損害，雖未能提出具體證據證明所受損害及所失利益之金額。經參酌財政部核定之八十四年至八十六年度營利事業各業所得額及同業利潤標準所載「花卉栽培」之同業利潤標準淨利率為百分之十，用資計算被上訴人之損害應屬適當。準此，未經上訴人受領之百合花球莖，一九九五年部分一百四十三萬九千五百十二·二五元，一九九六年部分一百零五萬元，合計二百四十八萬九千五百十二·二五元，依上開百分之十淨利率計算，被上訴人得請求之損害額為二十四萬八千九百五十一·二三元。綜上所述，被上訴人本於契約解除之損害賠償請求權，訴請上訴人給付二十四萬八千九百五十一·二三元，及自起訴狀繕本送達翌日即八十八年三月十九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息部分，為有理由，應予准許；至逾此金額本息之請求，則無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟按法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律；當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地；前項行為地，如兼跨兩國以上或不屬於任何國家時，依履行地法，為涉外民事法律適用法第六條第一項、第二項及第三項所明定。本件兩造間就百合花球莖之買賣，係屬國際貿易，為原判決所是認，乃原審未依前揭涉外民事法律適用法之規定，定其準據法，遽引我民法規定，以為上訴人應負損害賠償責任之法律依據，已欠允洽。又所謂「同業利潤標準」，係由財政部各地區國稅局訂定，報請財政部備查。依所得稅法第七十九條及第八十三條規

定，乃納稅義務人未依規定期限辦理結算申報，或已依規定期限辦理結算申報，於稅捐稽徵機關進行調查時，通知提示有關各種證明所得額之帳簿、文據，而未依限提示時，稽徵機關得依查得之資料或據同業利潤標準以核定其所得額。是以「同業利潤標準」係屬推定之課稅方式，其所訂利潤通常均偏高，而具懲罰之性質。本件上訴人有違約情形，應賠償被上訴人之利潤損失，倘應適用我國法律，固非不得參酌該「同業利潤標準」，計算其損害額，惟兩造間就系爭百合花球莖係買賣關係，原審依「花卉栽培」業之同業利潤標準淨利率百分之十，計算被上訴人之損害，亦屬可議。再按判決不備理由或理由矛盾者，其判決當然為違背法令，民事訴訟法第四百六十九條第六款定有明文。判決主文與理由不符，亦屬判決理由矛盾情形之一。查本件原判決理由第七項記載被上訴人請求上訴人給付之金額，其中二十四萬八千九百五十一·二三元及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息部分，為有理由，應予准許。乃其主文欄第一、二項竟諭知第一審判決命上訴人給付被上訴人超過上開「本金部分」廢棄，駁回被上訴人在第一審之訴，而置「利息」於不顧，尤難認無判決主文與理由不符之矛盾情形。上訴論旨，指摘原判決於其不利部分為不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 三 年 六 月 三十
日

最高法院民事第三庭

審判長法官 蕭 亨 國
法官 楊 鼎 章
法官 陳 淑 敏
法官 謝 正 勝
法官 鄭 玉 山

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 三 年 七 月 十五
日

準據法約定之一般效力與法院審查基礎判決一則：

最高法院民事判決
六四號

九十一年度台上字第一一

上 訴 人 財團法人國際新象文教基金會
法定代理人 樊曼儂
訴訟代理人 陳哲宏律師
蔡文玲律師
被 上 訴 人 AIS Productions Inc.
法定代理人 Mel Howard
訴訟代理人 聶開國律師

右當事人間請求給付報酬事件，上訴人對於中華民國八十九年九月七日台灣高等法院第二審判決（八十九年度國貿上字第一號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：伊受上訴人之邀請，於民國八十六年八月二十日至同年月二十四日分別在中壢及台北表演探戈，兩造於簽訂之表演契約（下稱系爭表演契約）第六條定明伊之二十九位團員飛機票及運費由上訴人負擔，飛機票金額每位團員為美金（下同）一千二百元，計三萬四千八百元，連同運費四千零二十六元，共三萬八千八百二十六元。詎上訴人一再拖欠上開款項，伊為追討乃於八十七年十月五日、同年十一月五日、八十八年四月二十日、八十九年二月十六日，先後支出律師費五百元、一千五百元、五千元及三千元，依系爭表演契約第十三條第b款規定，上訴人亦應賠償伊上開所支出之律師費共一萬元等情。爰求為命上訴人給付四萬五千八百二十六元，及其中三萬八千八百二十六元自八十七年三月一日起；五百元自八十七年十月五日起；一千五百元自八十七年十一月五日起；五千元自八十八年四月二十日起算法定遲延利息之判決（被上訴人請求利息逾上開部分，經第一審判決其敗訴後，未據其提起第二審上訴），並擴張請求再給付三千元及自八十九年二月十六日起算之法定遲延利息。上訴人則以：關於機票費用及運費之負擔，兩造業於系爭表演契約中訂明伊應負責之範圍，且被上訴人亦應將表演行程搭機之機票存根交予伊報帳。惟其非但未交付機票存根予伊報帳，且計算機票費用金額之人數及運送目的地等，亦與約定不符，自不得請求伊給付該等費用。至訴外人 Anywhere Everywhere 出具之收據，則非真正，且以西元二〇〇〇年（八十九年）三月九日簽立之收據，證明八十六年八月間所發生之費用，亦與一般商業常規有違，其內容並不完整。又系爭表演契約第十三條第b款之約定，係為免被上訴人因第三人請求而受有損害，被上訴人主張其因伊不履行契約責任而支出律師費，應不包括在該條款所欲保障之範圍內。況被上訴人請求伊賠償之律師費，其支出與請求系爭機票費用及運費無涉，並不實在，且被上訴人未能提出機票費用及運費之單據證明，其起訴請求給付該等費用所支出之律師費，亦無由伊負擔之理等語，資為抗辯。

原審審理結果，以：本件因被上訴人係外國法人，且所涉及者為私法性質之系爭表演契約，雖屬涉外私法事件，但該表演契約之履行地係在台灣，且上訴人之事務所亦設於台北市，依民事訴訟法第二條第二項（原判決誤為第一項）及第十二條之規定，台灣台北地方法院就本件即有管轄權。又系爭表演契約係依法律行為成立債之關係，且於第十八條約定適用台灣法律，依涉外民事法律適用法第六條第一項之規定，並應以我國民法為準據法。被上訴人為美國合法成立之法人，有法人證明發起人組織行動聲明、董事及股東聯合會議議事錄可稽，參諸本院五十年台上字第一八九八號判例意旨，其未經我國政府認許，仍不失為非法人團體，依民事訴訟法第四十條第三項之規定，自有當事人能力。經查，被上訴人主張其受上訴人之邀請，於八十六年八月二十日至八月二十四日分別於中壢及台北表演探戈，依系爭表演契約之約定，上訴人應負擔被上訴人二十九位團員機票費用（每張機票一千二百元）及運費，惟上訴人迄未給付該等費用之事實，有表演契約可證，並為上訴人所不爭執，自堪信為真實。

被上訴人二十九位團員為履行契約所支付之機票費用（每張機票一千二百元）既應由上訴人負擔，且上訴人對於被上訴人二十九位團員確實來台表演，亦不爭執，則被上訴人主張二十九位團員之機票費用（每張機票一千二百元），自足採取。至運費部分，系爭表演契約固約定運送路線為巴勒摩至台北、台北至杜塞道夫，然由上訴人八十六（即西元一九九七）年七月二十九日致被上訴人之傳真函內容以觀，上訴人應知悉運送行李所需運費為五千元，而運送行程嗣後雖有些微變更，由台北至布宜諾賽利斯，與原約定由台北至杜塞道夫有所不同，但仍係被上訴人就系爭表演而為之支出，有 Anywhere

Everywhere 收據足稽。況實際支出之運費僅有四千零二十六元，亦低於原定運送行程所需運費，將近一千元，故被上訴人主張上訴人應負擔之運費為四千零二十六元，亦可採取。雖上訴人辯稱機票人數及運送目的地等與約定不符，但系爭機票費用之費率固定（每張機票一千二百元），參以上訴人於上開傳真函中，明白表示被上訴人之旅行社在系爭表演契約約定之報價及被上訴人之旅遊行程範圍內，若能提供更好的安排，並能預訂全部三十一位，上訴人將依該報價給付此項機票費用，上訴人應已確認系爭機票費用明定為總金額三萬四千八百元，且如前述，上訴人依約應負擔之運費為四千零二十六元，則被上訴人安排之人數及運送之目的地，於約定之機票費用範圍內，皆無礙其請求系爭機票費用之權利；上訴人亦不得據以拒絕給付系爭運費。又系爭表演契約第七條第 c 款，雖約定被上訴人應交付機票存根予上訴人供報稅用，但此項義務與上訴人給付系爭機票費用之義務，並無對價關係，上訴人據以為同時履行之抗辯，並不足採。至被上訴人所提有關係爭機票費用及運費之收據，Anywhere Everywhere 於八十六年八月十七日即已出具，但未經當地公證人公證及駐紐約台北經濟文化辦事處認證，嗣由 Anywhere Everywhere 重行製作內容相同之收據，經紐約州拿梭市公證人公證無訛，再經駐紐約台北經濟文化辦事處認證，自屬真正，上訴人抗辯該收據非屬真正，不足證明系爭機票費用及運費，要難採取。次查，系爭表演契約第十三條第 b 款之約定，係在確保債務之履行，並保全被上訴人受有損害之賠償請求，故只須

上訴人有債務不履行之情事發生，被上訴人即得據此條款請求因此所生之一切損失及費用。上訴人既應負擔系爭機票費用及運費，且承諾於八十六年八月二十六日給付，嗣因財務拮据，要求延至八十七年二月二十八日給付，亦有傳真函可憑，則其迄未給付，實已構成上開條款之違約事由，自應賠償被上訴人因而提起本件訴訟所支付之律師費一萬元（八十七年十月五日、同年十一月五日、八十八年四月二十日及八十九年二月十六日，先後給付五百元、一千五百元、五千元及三千元）。未查，系爭機票費用與運費本屬無確定給付期限之給付，惟上訴人於致被上訴人函中表示將於八十七年二月底清償，是上訴人自八十七年三月一日起即負遲延給付之責任。綜上所述，被上訴人依系爭表演契約，請求上訴人給付機票費用及運費共三萬八千八百二十六元及自八十七年三月一日起至清償日止之法定遲延利息；賠償律師費一萬元，及其中五百元自八十七年十月五日起、一千五百元自八十七年十一月五日起、五千元自八十八年四月二十日起、三千元自八十九年二月十六日起，均至清償日止之法定遲延利息，自屬有據，應予准許，為其心證之所由得。因而將第一審就被上訴人請求賠償律師費七千元及其利息部分所為其敗訴判決廢棄，改判上訴人如數給付；維持第一審就被上訴人請求給付系爭機票費用及運費暨其利息部分所為上訴人敗訴判決，駁回其上訴；並就被上訴人擴張部分，命上訴人再給付三千元及其法定遲延利息，經核於法並無違誤。

按參與辯論之法官有變更時，始應更新辯論，此觀民事訴訟法第二百十一條規定自明。本件在審判長王聖惠、法官周美月及蕭忠仁參與原審辯論之前，並無由其他法官參與辯論之情事，依上說明，原審未更新辯論，自無違誤。又被上訴人應預納之第二審上訴裁判費，其已自行補繳不足之差額，有卷附收據可稽，亦無上訴人所指程序違背法令之瑕疵。此外，上訴論旨，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當。從而，上訴人提起本件上訴，聲明廢棄原判決，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一

項、第七十八條，判決如主文。

中華民國九十一年六月十四日

最高法院民事第一庭

審判長法官 李 錦 豐

法官 楊 鼎 章

法官 吳 麗 女

法官 陳 淑 敏

法官 陳 重 瑜

右正本證明與原本無異

書記官

性質上是否屬於法律行為發生債之關係者，定性問題之判決一則：

最高法院民事判決
一一三號

八十七年度台再字第一

再 審 原 告 永隆輪船股份有限公司

法定代理人 林森衛

訴訟代理人 古嘉諄律師

郭宏義律師

再 審 被 告 華僑產物保險股份有限公司

法定代理人 王傳通

右當事人間請求損害賠償事件，再審原告對於中華民國八十六年十二月十八日本
院判

決（八十六年度台再字第一一八號），提起再審之訴，本院判決如左：

主 文

再審之訴駁回。

再審訴訟費用由再審原告負擔。

理 由

本件再審原告主張本院八十六年度台再字第一一八號確定判決，有民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所定適用法規顯有錯誤之情形，對之提起再審之訴，係以：再審被告基於保險代位，自訴外人和寶股份有限公司（以下稱和寶公司）及源生窯業股份有限公司（以下稱源生公司）受讓損害賠償請求權，請求伊賠償，

經前訴訟程序臺灣高等法院八十五年度保險上字第二二號判決（以下稱高院判決）適用我國法律，維持第一審所為不利於伊之判決。惟再審被告不能證明和寶公司及源生公司於貨物滅失前受讓載貨證券，依最高法院七十六年台上字第七七一號判例意旨，和寶公司及源生公司之受讓載貨證券僅發生損害賠償債權讓與之問題，不發生貨物所有權移轉之物權效力，是和寶公司及源生公司所受讓者應係原託運人香港德捷洋行依運送契約對身為運送人之伊之損害賠償債權。此等債權之讓與，對於第三人之效力，依涉外民事法律適用法第七條規定，應依原債權之成立及效力所適用之法律，本件損害賠償債權自應以託運人與運送人間依運送契約所生之債權所應適用之法律為準據法。而本件運送契約成立於香港，託運人德捷洋行為香港公司，與再審原告國籍不同，而又未約定應適用之準據法，則依涉外民事法律適用法第六條第二項規定，應以運送契約之簽約地即香港之法律為其準據法。高院判決以我國法為準據法，本院八十六年度台上字第一三〇五號判決（以下稱本院一三〇五號判決）予以維持，適用法律即顯有錯誤情形。經伊提起再審之訴，原確定判決竟仍採同一見解，認前訴訟程序有關損害賠償請求權部分適用我國法並無錯誤，自有未合。原確定判決併以本件侵權行為地及結果發生地均屬我國領域，有關侵權行為部分亦應以我國法為準據法為由，駁回其再審之訴，與高院判決記載：系爭貨物之損害係緣於運送契約，應無侵權行為法則之適用等情相違，其適用法規亦顯有錯誤云云，為其論據。

惟查：再審被告於前訴訟程序係以再審原告為運送人，對所承運貨物應負債務不履行及侵權行為之損害賠償責任，伊為貨物保險人，已依約賠償載貨證券持有人和寶公司及源生公司，受讓其損害賠償請求權，依保險代位及債權讓與之規定，訴請再審原告賠償，有其起訴狀之記載可按。高院判決記載：系爭貨物之損害係緣於運送契約，應無侵權行為法則之適用等語，係就其侵權行為損害賠償請求權為審究，是原確定判決謂：以本件侵權行為地及結果發生地均屬我國領域，有關侵權行為部分應以我國法為準據法云云，即無適用法規顯有錯誤情事。又再審被告係依保險契約賠償載貨證券持有人和寶公司及源生公司，受讓其損害賠償請求權，依保險代位及債權讓與之規定，訴請再審原告賠償，業如前述。縱如再審原告主張，和寶公司及源生公司係在系爭貨物滅失之後，始自託運人手中受讓持有載貨證券，依最高法院七十六年台上字第七七一號判例意旨，僅發生損害賠償債權讓與之問題，而不發生貨物所有權移轉之物權效力，再審被告亦係受讓和寶公司及源生公司依所持有載貨證券而取得之損害賠償請求權而為請求。而保險公司代位受貨人憑載貨證券向運送人行使權利，受貨人與運送人雙方均為中國人，即應適用中國法，託運人在此等訴訟標的之法律關係中並非當事人，其準據法之確定，要不受託運人不同國籍之影響。原確定判決本此見解，認本院一三〇五號判決就有關損害賠償請求權部分適用我國法洵無錯誤，亦無適用法律顯有錯誤情事。再審原告以原確定判決有民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款之再審事由，提起本件再審之訴，不能認為有理由。

據上論結，本件再審之訴為無理由，並依民事訴訟法第七十八條，判決如主文。

中華民國八十七年九月三十日

最高法院民事第五庭

審判長法官 吳 啓 賓

法官 洪 根 樹

法官 謝 正 勝

法官 劉 福 來
法官 黃 熙 嫻

右正本證明與原本無異

書記官

中華民國八十七年十月二十一日

b、所謂『當事人意思表示所選擇之法律』，在欠缺相反的意思表示時，所選定之法律，應指準據法法域之實體法，而非指該法域包括其選法規則之所有法律。亦即應排除反致原則之適用。此一政策是基於維持國際私法「結果確實」與「適用容易」之價值。因為，在契約適用法之選法程序中導入反致規則，並無確保其公平性或選法一致之必然價值（雖然有部分學說支持）。特別是當法院欲尊重當事人之真意時，理應推論當事人希望適用所選擇之法域的實體法。

c、另一方面，如前所述，法庭地在選法時既應考慮『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』。則即使在政策上原則應尊重當事人之意思，法院仍得考慮適用該規定使該法域可能獲得之重大利益為何。若即使不適用該規定，該法域之重大利益亦不致遭受損害，則其他的比較利益就應納入考慮。

演習問題一則：

住所於 x 之 A 和住所於 y 之 B 二者在 x 訂定一承攬契約，須於 y 履行。後因 A 未能如期完成定作物致 B 受損，B 乃在 z 法域對 A 提起債務不履行之訴。若 AB 契約並未選定適用法，則 z 法域之法院若決定 y 為最重要關係法域，則 z 法域之法院將適用 y 法域之實體法。而在決定 y 是否為最重要關係法域時，z 法域之法院可能考慮 y 法域之法院是否願適用其實體法，或其他法域之實體法，以決定該特定爭執。

契約之一部爭執與準據法

當契約中數個構成要素牽涉到兩個以上的法域，若繫屬法院在探知這兩個以上法域關於契約之實體規定並無實質差異時，應將契約之各要素所適用之法視為單一法域。例如 A 和 B 在 X 法域訂定買賣契約，約定 C&F 在 Y 法域交貨，若 X 與 Y 在買賣法有實質相同的實體規定，則不論是在契約之訂定（X 法域）或履行（Y 法域）上發生爭議，均應適用同一法域之法處理。

以『當事人意思表示所選擇之法律』為準據法之適用原則

一、所謂以當事人依意思所選定用以規範其契約權利義務之法律為準據法，係指就某特定爭執，當事人已以明示條款規定應適用何種法律予以解決者，則繫屬法院應適用該法律規範其契約權利義務之法域的法律，即使就契約構成要素中之部

分並未以明示條款約定適用，除有下列情形之一者外，亦適用該法律：

(a) 選定之法域對與當事人或交易，無實質的關係，且當事人所選擇之法律並無其他合理的基礎；

(b) 適用選定法域之法律將違背某法域之基本政策。該法域在決定特定爭執時，較當事人所選定之法域更具有實質上的利害關係，亦即該法域可能是當事人間欠缺有效選擇法律時應為準據法之法域。

三、在欠缺相反之意思表示時，當事人選定之法律係指選定法域之實體法（同上）。

補充解釋：

a、明示、默示與推定：以當事人之意思作為選法之基礎，必須先確立法庭地之國際私法已存在有如此之政策（包括以硬性規範如我國，或以判例法如美國），再確認當事人所選定之法律為何。當事人通常會於契約中明白指定所選定法律之法域。如果當事人並未於契約條文中明示選擇適用之法律，法院亦可由其契約之內容或條款文句中得知當事人確實希望適用某特定法域之法律（此即所謂推知當事人默示的意思）。所以，由契約條款之內容可確信當事人有指示特定法之意思，或採用某特定法域之實體法所特有之法律學說、或某國之法律術語，或以某國之語文為契約用語等事實，皆可做為確認當事人有意或期待適用該法律之基礎。

例如：居住於 X 法域之 A，與居住於 Y 法域之 B，在 X 訂一契約；依其約定，應於 Y 履行。該契約條文規定損害賠償之最高責任限額以及排除懲罰性損害賠償責任，與 X 之民事實體法規定相反，而符合 Y 之民事實體法，此時，法院可能得以推知當事人默示該約應適用 Y 之實體法。

此外，即使當事人未明示選擇適用法，且亦無從確知當事人之意思，若法庭地就債之關係已確立當事人意思自主之政策，仍可確立與當事人間債之關係最密切之法，推定或假設當事人在合理之情形下可能選擇之法。

認定契約當事人有默示意思表示之判決一則：

最高法院民事判決
八八號

八十九年度台上字第一七

上訴人 伊朗回教共和國國防部（MINISTRY OF DEFENCE AND SUPPORT FOR

ARMED FORCES, THE ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN）

法定代理人 阿郁貝·阿不都拉契（AYOUB ABDOLLAHI）

訴訟代理人 陳長文律師

李念祖律師

李家慶律師

被上訴人 彰化商業銀行股份有限公司

法定代理人 蔡茂興

訴訟代理人 鄭洋一律師

王惠光律師
黃柏夫律師
陳志雄律師

右當事人間請求給付電匯款事件，上訴人對於中華民國八十七年九月八日台灣高等法院第二審更審判決（八十四年度重上更字 第二二號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件上訴人主張：伊於民國七十年六月間，透過伊朗中央銀行，委由英國倫敦密得蘭銀行（MIDLAND BANK LTD. LONDON）（以下稱密得蘭銀行）於七十年七月七日以電報通知被上訴人辦理匯款，並指示被上訴人之大同分行貸入美金一千五百萬元於阿克巴·哈他密（AKBAR, HATAMI）法塔希（MANOUCHEHR FATTAHI）及默罕默德·里薩·沙里發（MOHAMMAD REZA SALEHI FAR）之全名帳戶，並經核對上述三人全部之簽名與護照上之簽名後供其使用。嗣伊派遣上述三人向被上訴人請求付款未果，該三人乃於八十年五月三十日將其對被上訴人之匯款請求權讓與伊，並於八十年八月二十九日將債權讓與之事實通知被上訴人等情，本於第三人利益契約請求被上訴人給付伊美金一千

五百萬元及其遲延利息；並本於第三人利益契約之本人及第三人之請求權、侵權行為損害賠償請求權、委任契約之債務不履行損害賠償請求權、情事變更原則等法律關係，請求就上開給付均按美金一元折算新台幣三七·七九元之匯率折付新台幣之判決（第一審判命被上訴人給付一千五百萬元及其利息，並駁回上訴人其餘之請求。被上訴人就其敗訴部分，聲明不服，上訴第二審；上訴人就其敗訴部分，提起附帶上訴）。

被上訴人則以：密得蘭銀行於七十年七月七日通知伊辦理匯款後，同年月三十日，即有該銀行所指示之三人持護照向伊請求付款，伊之承辦人於核對護照上之簽章、姓名及護照號碼相符後，已將該一千五百萬元美金存入該三人所開立之外幣外匯活期存款帳戶內，是該款早已解匯，其法律關係業已消滅。況密得蘭銀行亦於同年八月十一日以電報向伊表示取消匯款，雙方間之委任關係自彼時起終止，上訴人無權再向伊請求付款。且系爭匯款契約並非第三人利益契約，上訴人亦不得向伊直接請求給付。另本件無情事變更原則之適用，兩造間無委任關係，不生債務不履行損害賠償問題。且伊已盡注意義務，更無侵權行為可言等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為上訴人勝訴部分判決，改判駁回其訴；及維持第一審所為上訴人敗訴部分判決，駁回其附帶上訴，無非以：查本件匯款之直接當事人為密得蘭銀行與被上訴人，而密得蘭銀行與被上訴人間之通匯關係，始於一九六七年五月八日由被上訴人致函密得蘭銀行，要約表示與之建立通匯關係，經該銀行於一九六七年五月十七日覆函表示承諾，有密得蘭銀行函可稽，且為被上訴人陳明。則兩通匯銀行雖未就通匯發生爭議約定應適用之準據法，惟依涉外民事法律適用法第六條第二項規定，應以發要約通知地法為其準據法，即應以被上訴人發要約通知地之中華民國法為準據法。又依密得蘭銀行一九八一（民國七十年）七月七

日匯款電報文係密得蘭銀行將款匯至被上訴人銀行，並指示被上訴人核對上開三名應受款人之簽名及護照號碼後，將匯款撥入該三名受款人共同設立之外幣外匯活期存款帳戶，未用完之餘額退還密得蘭銀行，其性質係密得蘭銀行委託被上訴人處理審查及交付匯款與受款人，並將未用完餘額退還等事務，且經被上訴人允諾之契約，屬委任契約關係。按所謂第三人利益契約，必須當事人以契約約定因契約所生之債權由第三人享有，第三人基於此項債權，方得向債務人直接請求給付。換言之，必須第三人取得一種債權，同時必須訂約人與債務人均有將此項債權交由第三人享有之合意始可，若無此種合意，第三人即無從取得此種債權，亦無向債務人直接請求給付之權利。查被上訴人爲密得蘭銀行處理之事務，乃係一種代爲審查受款人證件及代爲交付電匯款，並將未用完之餘額退回密得蘭銀行之事實行爲，被上訴人履行受任人之義務後，受款人方取得電匯款，受款人所未用之餘額，被上訴人並有將之退回密得蘭銀行之義務，是三名受款人取得電匯款係被上訴人履行受任人應盡義務之當然反射結果，絕非密得蘭銀行約定將其對被上訴人因委任契約所生之債權約由受款人享有之結果，此與第三人利益契約之應由第三人享有債權人對債務人因契約所生之債權之情形不同。亦與最高法院二十九年台上字第一四〇九號判例所載之情形不同。上訴人主張系爭匯款屬第三人利益契約，尙無可採。受款人取得電匯款既係因被上訴人履行委任人義務之反射利益，對被上訴人並無債權，上訴人主張伊自受款人處受讓債權，進而本於第三人利益契約之直接給付請求權訴請被上訴人給付系爭一千五百萬元美金本息，於法無據。又密得蘭銀行於七十年八月十一日以電報向被上訴人表示取消付款，爲兩造所不爭執，且有該電報影本附卷足憑，則該銀行與被上訴人間之委任契約，自被上訴人受終止通知時起發生終止效果。上訴人於委任關係終止後，再請求被上訴人給付系爭款項，亦乏依據。上訴人雖以該三名受款人已於七十年八月四日爲受益之表示，密得蘭銀行不得解除契約或撤銷付款之委託云云置辯，惟查該匯款契約既非第三人利益契約，自不生第三人已否表示受益之問題，上訴人此項抗辯，自無足取。上訴人雖另主張密得蘭銀行於七十年十一月十日通知被上訴人，更正部分受款人護照號碼，足認其有再行委任之意云云，惟查再訂委任契約，須有要約與承諾方能成立，縱認該更正通知有再委任之意，因被上訴人否認其曾爲承諾，上訴人此項主張，亦無足採。未查上訴人既不得依第三人利益契約請求給付匯款，則其本於第三人利益契約之本人及第三人之請求權、侵權行爲損害賠償請求權、委任契約之債務不履行損害賠償請求權，或情事變更原則等法律關係，請求被上訴人賠償匯兌損失，亦乏依據，不應准許等詞，爲其判斷之基礎。按第三人利益契約之成立，依民法第二百六十九條第一項規定，以契約訂立向第三人爲給付者，要約人得請求債務人向第三人爲給付，其第三人對於債務人亦有直接請求給付之權。乃必須契約當事人有使第三人對於債務人取得直接請求給付之權，若契約當事人僅約定向第三人給付，而不使第三人對於債務人取得直接請求給付之權利者，即非屬第三人利益契約。當事人間有無使第三人對於債務人取得直接請求給付之意思，應就交易習慣及契約具體情況，探究當事人之真意。查卷附密得蘭銀行於七十年七月七日通知被上訴人辦理匯款事項之電報載明：「指示貴行大同分行（重慶北路三段一四六號）通知貸入美金一仟伍佰萬元於 Mr·AKBAR,HATAMI，護照號碼 844850；Mr·MANOUCHEHR FATTAHI，護照號碼 004248，及 Mr·MOHAMMAD REZA SALEHI FAR，護照號碼 004825 之合名帳戶，於將來核對上開三人（三人全部）之簽名後供其使用」等語（見外放原證一）；被上訴人國外部出具之匯入匯款收款人正

收條亦記載系爭匯款之「收款人」(BENEFICIARY)為上開三收款人【按 BENEFICIARY 乙詞，乃指受益人而言】(見外放原證二)。又查上訴人主張，國際電匯制度之成立，乃係為促使銀行交易流通方便，而縮短當事人間給付之空間距離。是由委託付款與受託銀行間訂立一委託付款契約，俾使收款人得直接向受託付款銀行請求支付款項。因此，若不認收款人得直接向受託銀行請求付款，勢將大幅降低一般人利用國際匯款制度之意願，亦與此等制度設立之目的相悖。根據一般國際電匯之實務，收款人本即可向受託付款之銀行直接請求給付，否則，國際貿易中之出賣人將無接受此付款方法之可能，亦不足以保障國際交易之方便或安全。系爭匯款契約係屬第三人利益契約云云(見原審卷第二宗一二二頁反面、一二三頁正面)，則上開密得蘭銀行通知被上訴人辦理系爭匯款之電報之真意為何？即欠明瞭，原審未遑調查審認，亦未說明上訴人上開之主張不採之理由，遽認上開三收款人無直接請求被上訴人給付系爭匯款之債權，殊嫌速斷。次按要約者，以訂立契約為目的所為之意思表示。查卷附兩造所不爭之一九六七年五月八日由被上訴人致密得蘭銀行函略稱：「彰化銀行已經被政府授權自一九六七年七月一日起處理外匯業務。我們確信本行於增加此項業務後，對拓展國際間的業務，將更處於有利的地位。……若貴行客戶從事國際貿或投資，請惠予推介紹給本行，我們相信本行的服務一定會讓貴行及貴行的客戶滿意」等語(見原審卷第二宗二四三、二四四頁)，該函件僅簡介說明被上訴人銀行辦理外匯業務，期待與世界各銀行建立業務關係，並未具體載明所欲訂立系爭匯款契約之內容(即契約之標的)，似難據此認為系爭匯款契約之要約意思表示。原審憑上開函件認定被上訴人訂立系爭匯款契約所為要約之意思表示，適用涉外民事法律適用法第六條第二項規定，以發此函件之要約通知地之中華民國法為本件之準據法，亦有可議。又按法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律，涉外民事法律適用法第六條第一項有明文規定。所謂當事人「意思」，兼指明示及默示之意思。如當事人有默示選定之法律，不可逕適用同法第二項之規定。查密得蘭銀行致被上訴人上開匯款電報係密得蘭銀行將款匯至被上訴人銀行，並指示被上訴人核對該三名收款人之簽名及護照號碼後，將匯款撥入該三名收款共同設立之外幣外匯活期存款帳戶，未用完之餘額需退還密得蘭銀行，為原審確定之事實。則系爭匯款係密得蘭銀行指示以中華民國為付款地，且上開三名收款人須至中華民國之被上訴人銀行開立外幣存款帳戶領取。是當事人間似已默示合意以付款地之中華民國法律為系爭匯款契約所生之債之準據法。原審疏未注意及之，遽以密得蘭銀行與被上訴人間未就系爭電匯契約發生爭議約定適用之準據法，逕適用涉外民事法律適用法第六條第二項之規定決定準據法，尤有未合。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八

條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 八 月 四 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 曾 桂 香

法官 劉 延 村

法官 劉 福 聲

法官 黃 秀 得

b、選法意思之不當或錯誤：在確認當事人之選法為乙契約之前提下，若當事人一方之同意係由不正當（非法）方法取得者，則不發生效力，例加以虛偽陳述、強暴脅迫、或以詐術使他方陷於錯誤而取得者。該同意是否以不當方法或因錯誤而取得，**應由法庭地依其本身之法律原則決定之，而非由當事人選擇之法律之債法原則決定，其理由是避免陷入所謂『循環論証』。**

c、附合契約中選法條款之效力：除了明顯的詐欺、通謀虛偽或意思表示錯誤外，附合契約中選法條款之效力也是一大問題。附合契約之條款多半由優勢一方草擬，相對人僅有選擇全盤接受與否之權利，實際上並無機會磋商契約條款。這些契約經常以標準條款印妥，或以極小的字體印刷。例如各種運送憑證和保險單。**法庭地應以法庭地契約規則檢証這些契約**，若適用其所包含之任何選法條款，將對他方當事人造成實質上的不公平，則應拒絕適用之。

附合契約條款之效力判決一則：

最高法院民事判決
七二號

九十一年度台上字第五

上 訴 人 中美嘉吉股份有限公司（即中美嘉吉飼料股份有限公司）

法定代理人 林拓南

上 訴 人 柏強貿易企業有限公司

法定代理人 張振輝

右二人共同

訴訟代理人 張元宵律師

被 上 訴 人 泰商海星股份有限公司（OCEAN STAR CO. LTD.）

法定代理人 塞玉·蓬松（SATYUO PAUANGTHONG）

被 上 訴 人 香港商喜悅輪船股份有限公司（OCEAN HAPPY SHIPPING LTD.）

法定代理人 吳志賢

右二人共同

訴訟代理人 劉緬惠

複 代 理 人 蔣瑞琴律師

右當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國八十七年八月十七日臺灣高等法院臺中分院第二審更審判決（八十五年度海商上更 字第二號），提起部分上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：被上訴人泰商海星股份有限公司（下稱海星公司），使用被上訴人香港商喜悅輪船股份有限公司（下稱喜悅公司）所有喜悅輪，承運泰國中央穀物股份有限公司（下稱中央公司）出口之樹薯粒共九千七百公噸，於民國八十年四月二十三日自泰國裝船。上訴人中美嘉吉股份有限公司（下稱嘉吉公司）、柏強貿易有限公司（下稱柏強公司）分別持有海星公司及船長共同簽發之載貨證券二張及一張，嘉吉公司部分樹薯粒重二千公噸、柏強公司部分重一千五百公噸，預計於同年五月五日到達台中港。惟該輪船開航後，四次折返泰國裝貨港修理，因此遲至同年七月三十日始到達台中港。經開艙查驗，發現樹薯粒全部變黑、酸味、蟲蛀等，致上訴人分別受到貨物之損失新台幣（下同）四百八十七萬二千九百五十六元（嘉吉公司）、及三百六十五萬四千七百十六元（柏強公司），上訴人自得依債務不履行及侵權行為之規定請求賠償。又上訴人上開損害賠償請求權依海商法第二十四條第一項第四款規定具有優先權等情。因而求為命被上訴人共同給付上訴人嘉吉公司四百八十七萬二千九百五十六元、柏強公司三百六十五萬四千七百十六元，及均加付法定遲延利息，並確認上訴人就被上訴人喜悅公司所有喜悅輪有優先受償權存在之判決（上訴人請求被上訴人海星公司給付上訴人嘉吉公司二百四十三萬六千四百七十八元本息，給付上訴人柏強公司一百八十二萬七千三百五十八元本息，及請求確認優先受償權存在部分，第一審駁回上訴人之請求，上訴人提起上訴，原審改命被上訴人海星公司如數給付，駁回上訴人其餘上訴。上訴人就其敗訴部分，提起第三審上訴。另上訴人一併請求被上訴人喜悅公司共同賠償部分，經原審更審前維持第一審判決上訴人敗訴，未據上訴人提起第三審上訴，已告確定）。

被上訴人則以：被上訴人就承運船舶「喜悅輪」發航前及發航時之適航、堪載能力確已盡必要之注意及處置義務，喜悅輪發航後突失航行能力，被上訴人不應負責。況上訴人實際上並未受有任何損害，尤其上訴人所主張之貨損原因「短少」、「蟲蛀」、「變酸」，其或屬自然耗損範圍，或為貨物本質瑕疵所致，或因託運人或其代理人之行為或不行為所造成，被上訴人無須負責。又優先受償權不得為確認之訴之訴訟標的，且喜悅輪已移轉於第三人所有，上訴人仍列原船舶所有人，又未列其他船舶債權人為被告，並無確認利益，該優先權之行使亦已罹時效而消滅等語，資為抗辯。原審依審理之結果，以：上訴人係起訴請求被上訴人海星公司、喜悅公司共同給付上

訴人嘉吉公司四百八十七萬二千九百五十六元，共同給付上訴人柏強公司三百六十五萬四千七百十六元，依民法第二百七十一條，數人負同一債務，而其給付可分者，應各平均分擔之規定，上訴人顯係請求被上訴人海星公司、喜悅公司各給付上訴人嘉吉公司二百四十三萬六千四百七十八元，及各給付上訴人柏強公司一百八十二萬七千三百五十八元。而法院僅能就上訴人聲明之請求範圍裁判，否則即為訴外裁判之違法，上訴人既僅請求被上訴人海星公司給付上訴人嘉吉公司二百四十三萬六千四百七十八元，上訴人柏強公司一百八十二萬七千三百五十八元，就超過部分，自不能為裁判。原審更審前八十三年度海商上更 字第一號，依上訴人之聲明，僅就上訴人請求給付上訴人嘉吉公司二百四十三萬六千四百七十八元，及給付上訴人柏強公司一百八十二萬七千三百五十八元部分為裁判。最高法院八十五年度台上字第一四一七號判決發回更審部分，亦僅限於前開八十三年度海商上更 字第一號所判命被上訴人海星公司給付上訴人嘉吉公司二百四

十三萬六千四百七十八元及上訴人柏強公司一百八十二萬七千三百五十八元部分，超過此數額部分，既未在最高法院發回之範圍內，原審法院亦無從為裁判，合先說明。次查被上訴人喜悅公司於七十九年二月一日，在泰國曼谷與被上訴人海星公司訂立光船租賃契約，將喜悅公司所有之喜悅輪（船籍國為聖文森國）以光船租賃與海星公司。八十年三月二十八日，海星公司與中央公司於曼谷訂立航程備船契約（即運送契約），由海星公司以該喜悅輪承運中央公司所託運之散裝泰國樹薯粒共九千七百公噸，於八十年四月二十三日完成裝船，由海星公司於同日在曼谷簽發載貨證券十三張，其中屬於上訴人者有三張（編號T A I | 4、K A O | 6、K A O | 3，前二張載貨重各一千公噸受貨人為嘉吉公司，後一張載貨重一千五百公噸受貨人為柏強公司）。該船於同日晚上十時許開航，原預定於同年五月五日到達台中港並分別在該港及高雄港卸貨。惟該船甫開航四小時後，於同月二十四日凌晨二時即發生船舶主引擎故障，嗣折返泰國修理，先後四次開航均因引擎故障而失敗，至同年七月十七日再自泰國開航，於同月三十日到達台中港。經查驗該船艙所載樹薯粒，發現有變黑、蟲蛀、發酸之情形，由忠興公司代理海星公司與上訴人及其他貨主協議，全部貨載均在台中港卸下，所卸數量共計九千五百七十二·九五公噸。上訴人及其他貨主決定予以標售，於八十年九月十九日，由鄉霖公司以最高價七百九十萬元得標買受。該所得價金按各受貨人之貨載數量比例分配，上訴人嘉吉公司分配得款一百六十二萬八千八百六十六元，上訴人柏強公司分配得款一百二十二萬一千六百五十元等情，為兩造所不爭執，並有載貨證券三張、皇家海事公證有限公司公證報告書（下稱皇家公證報告）、光船租賃契約、航程備船契約、船舶備便卸載通知書、買賣合約書及瑞商遠東公證股份有限公司台灣分公司公證報告書（下稱遠東公證報告）在卷可稽（一審卷第九至十五、三五至四四、一二二至一三二、一六二、一七一頁、上字卷第一四一至一四七頁）。被上訴人均非中華民國國籍之法人，上訴人與之訴訟，自應依我

國涉外民事法律適用法之規定，以定其準據法。本件載貨證券背面固記載，以韓國法為準據法，惟其字體甚為細小，復為運送人單方所擬具，他方當事人無注意或詳細考慮其內容之餘地，且本件運送契約之訂立，船籍國、託運人、運送人、受貨人、履行地等均與韓國無關，應認該記載乃單方所表示之意思，不能認係雙方當事人之約定。當事人就載貨證券之準據法既無約定，自應依我國涉外民事法律適用法第六條第二項規定定其準據法。本件運送人與受貨人國籍不同，應依行為地法，而本件係由泰國進口樹薯粒至我國台中港，行為地自有不同，故應以發要約通知地之泰國（本件運送契約訂立於泰國，載貨證券亦簽發於泰國，為兩造所不爭）法律為準據法。上訴人主張應適用我國法律，尚有未洽。按泰國為將一九二四年海牙規則（即一九二四年統一載貨證券規則國際公約）之精神與原則納入其國內法之國家，為兩造所不爭。依泰國海

上貨物運送法第八條規定：「運送人於裝載前或船舶發航前應：使船舶具有預定航程之安全航行能力，配相當之海員、設備及船舶之供應，使貨艙、冷藏室及其他載運貨物部分，安全及適合於受載、運送與保存。運送人履行本條規定之義務，應盡相當於專業海上貨物運送人應履行之注意義務。」。第九條規定：「在貨物裝載後或船舶航行後，如運送人未盡第八條規定之義務時，運送人應以專業海上貨物運送人之注意，儘速採取必要補救措施。」。第十條規定：「運送人應盡必要注意以裝載、搬運、保管、看守及卸載貨物。」（上字卷第一七三 | 一七六頁）。

一九二四年海牙規則第三條規定，運送人於發航前及發航時，應注意使船舶有適航性，使貨艙就貨物之

受載、運送及保存為適宜並穩妥。應適當並注意地裝載、搬移、運送及保管、看守並卸載所承運之貨物。第四條規定，如運送人違反第三條上開規定，致貨載有滅失或損害時，應負責任（見原審調閱之另案台灣高等法院台中分院八十三年度海商上更字第二號卷 第六九至七三頁）。及被上訴人海星公司與喜悅公司所訂光船租賃合約第二部分第八條約定，喜悅輪於租傭期間，傭船人（即海星公司）對船舶有完全占有、使用及絕對的處置之權利，並於各種情況下，皆由其完全控制與管理。傭船人並應負責維修並保持本船船體、機件、鍋爐、引擎、屬具及零件於良好狀態及有效使用運轉的情形。並須以其自己之費用負責為本船配置充分適當之船員，供給食物、航行、操作、供給、油料補給及修理。本船船長、船員縱使係由船東指派，在所有情形下均視為傭船人之受僱人（一審卷第三五至四一頁）。被上訴人海星公司與託運人中央公司所訂承運系爭樹薯粒之航程傭船契約（即運送契約）第二部分約定，船東（即海星公司）應保證船舶於各方面均適於本次航程，以完好狀況履行本傭船合約，本船必須適於穀類之裝卸（第十八條）。船東應負責貨物之適當保護及通風。船東對因發航時，未盡使船舶適航之義務而發生貨物損害應負責任。裝貨或堆存須依船長之指示並符合其要求以使其滿意，船長就貨物之堆裝負責（第三十七條）（一審卷第四二至四四頁、另案台灣台中地方法院八十年度訴字第一六三五號卷 第一一二至一二八頁）。被上訴人海星公司為系爭樹薯粒之運送人，自應於該喜悅輪發航前及發航時，使其具有預定航程之安全航行能力，並應使其貨艙適合於系爭樹薯粒之受載、運送與保存。本件喜悅輪於八十年四月二十三日完成系爭貨物之裝船後，於當晚二十二時許自泰國 KOHSICHANG 港開航，至翌日即二十四日凌晨二時，約發航後四小時，主引擎即故障，在海上漂流，由船員自行檢修無效，於五月四日折返原港，由修理廠及船員修理。五月二十三日又開航，同月二十五日復折返檢修，六月二十二日再開航，六月二十四日又折返，由船員自行修理，七月五日再次開航，同月八日又折返由船員修復，迨至七月十七日始發航，於七月二十九日到達台中港外，入港時間為七月三十日。依其引擎作業日誌之故障資料，有數次汽缸蓋破裂，清潔活塞、活塞汽門磨小、火塞環尺寸過大被卡住情形，有遠東公證報告可憑，該船原預定於八十年五月五日到達台中港，共計逾期達八十六日。上開公證報告結論並認因主引擎故障及修理使船舶四次往返於泰國，致裝載於三個船艙內之九千七百噸泰國樹薯粒之貨載，遲誤達九十六天（按自四月二十三日起算），為損害之主要原因。復認 a、自然通風不良，船艙空間滿載，貨物表面已達到艙口邊板，影響下面船艙通風，特別是該船為修復引擎，大部分是在靜止、漂流或停泊狀態。b、引擎屢次無法修復使貨載在船艙儲存過久（超過三個月），而造成貨物損壞的主要原因（上字卷第一四一至一四七頁）。本件另經皇家海事公證有限公司檢驗結果，亦認該船歷經五次開航，其時間之耗損乃由於該船主輪機頻頻修理測試之故，而且此等作業僅由該船人員自行處理有以致之。該船僅在各船艙上方處，縱向設置數個自然通風口，惟當該船以慢速航行測試主輪機，以及長時間停泊於港內進行修護時，此等自然通風口對散裝貨物是無效的。其結論認為貨物之損害實係由於船舶的不當遲延，因而導致貨物在通風不良的船艙內存放達三個月之久所造成，該船的自然通風設施僅對上層貨物具有通風作用，即使在該船無法航行被迫停泊裝載港時也仍是這種情形，在此狀況下，自然通風所能發揮的通風效果有限，因而造成損失，這些結果都是船主的疏忽所造成，船主應對上開受損貨物

引發的損失負責，有皇家公證報告可考（一審卷第一二二 | 一三二頁）。本件喜悅輪開航甫四小時，即發生主引擎故障，並一再修理無效，未僱請專業維修人員徹底檢修確實予以修復，數次由該

船船員自行修理，延誤甚久，足徵被上訴人海星公司顯未盡其必要之注意義務，以使喜悅輪於發航前及發航時具有預定航程之安全航行能力，亦未注意儘速採取必要之補救措施。且該船舶之貨艙通風設備不足，被上訴人海星公司亦未注意設置相當之設備使貨艙適合於系爭樹薯粒之載運與保存，灼然甚明。又所謂堪航能力，係指預定航程之安全航行能力，並非指船舶能開出裝貨港即謂具有堪航能力。被上訴人海星公司辯謂其就承運船舶「喜悅輪」發航前及發航時之適航、堪載能力確已盡必要之注意及處置義務，乃喜悅輪發航後突失航行能力，其不應負責云云，自無足採。被上訴人海星公司未盡其必要之注意義務，以使喜悅輪具有預定航程之安全航行能力，該輪發生引擎故障後，亦未注意儘速採取必要之補救措施，確實予以修復，致延誤航程達八十六日。該輪通風設備不足，海星公司亦未注意設置相當之設備使其貨艙適合於系爭樹薯粒之載運及保存，終致系爭樹薯粒因在通風不良之船艙內存放過久而發生變黑、蟲蛀、發酸，造成貨損，自有因果關係。系爭貨物不能認係因託運人之行為而發生毀損，被上訴人海星公司抗辯其不負賠償責任，要無可取。系爭樹薯粒裝船時情況完好，有被上訴人海星公司所簽發載貨證券可稽（一審卷第九至十一頁），其於八十年七月三十日運抵台中港，經皇家海事公證有限公司檢驗結果，發現船艙內之貨物均有變黑、蟲蛀現象，貨物上層則有蟲卵和強烈發酸氣味，中層及底層的貨物，其情況較諸頂層貨物尤為惡劣，有該公司公證報告可憑（一審卷第一二二至一三二頁）。該樹薯粒之品質顯已遭受損害，依通常交易觀念，自足以減少其經濟上之價值。系爭受損貨物經標售後，所得價金較其原應有之市價相差其鉅，足徵上訴人確已因此而受損害，被上訴人抗辯上訴人並無損害，尚非可採。本件貨物為散裝之樹薯粒，含有一定之水份，於運送及裝卸過程中，可能因環境乾溼度、裝卸飛灰、抓斗漏失及其他原因之影響，而減輕其重量，亦即在通常情形，自然耗損實無法避免，該自然耗損所減少之重量，自不能責令運送人負責，方與公平原則相符。惟運送人倘因未提供具適航、堪載能力之船舶，於遲延中所增加之貨物重量之耗損，仍非得免責。喜悅輪本次航程運送樹薯粒共九千七百公噸，於台中港卸貨時，其數量剩九千五百七十二·九五公噸，短少一

百二十七·〇五公噸，短少比率為百分之一·三〇九七九四，有皇家公證報告可稽，並為兩造所不爭。另案台灣高等法院台中分院八十三年度海商上更 字第二號曾囑託華聲公司鑑定結果，認系爭樹薯粒於本件預定航程依通常情形，其自然耗損率以百分之一即九十七公噸為合理，該公司係蒐集各方資料，市調訪查國內學術機構、飼料工廠及貿易公司，分析結果一般樹薯粒運送之自然耗損率平均在百分之〇·五至百分之二之間，依合理評估推定為百分之一，有該公司鑑定報告書可考（附該案卷外，報告書影本附於本件更卷第一一七至一三四頁）。斟酌本件船期延誤致實際發生耗損比率，認上開鑑定結果尚屬相當，應為可採。系爭貨物耗損於百分之一範圍，為本件

預定航程通常所無法避免發生之自然耗損，應予扣除。上訴人各自進口樹薯粒數量扣除該百分之一自然耗損，即為上訴人各自應有餘存樹薯粒數量。逾該百分之一之耗損，被上訴人海星公司仍應負責。一九二四年海牙規則第四條規定如運送人違反第三條上開規定，致貨載有滅失或損害時，應負責任。泰國海上貨物運送法亦規定，運送人對於貨物之任何滅失或損害應負責任，因運送人之過失而遲到

時亦同（見另案八十三年度海商上更 字第二號卷 第六六至七三頁）。泰國民商法第六百一十六條規定：「運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任。」。第二百二十二條規定：「損害賠償，應就該債務不履行通常所致之損害為補償。因特別情事所生之損害，如當事人已預見或能預見該情事者，債權人仍得請求賠償」。第二百二十四條規定：「金錢債務如遲延給付者，於遲延期間應加計週年利率百分之七·五之遲延利息。」（見另案同上卷 第二五至三六頁）。另泰國海上貨物運送法第六十一條規定：「毀損或滅失貨物之價值，應依下列方式計算之：貨物全部毀損或滅失者，應以目的港送達時之價值定之貨物部分毀損或滅失者，應以目的港送達時餘存貨物相同種類品質之價值定之」（本件更 卷 第一二一頁）。被上訴人海星公司依上開規定，就系爭貨物之毀損，即應負債務不履行之損害賠償責任。喜悅輪係於八十年四月二十三日開航，如依正常航程大約十餘天即八十年五月初可到達台中港，而八十年五月二日樹薯粒不含稅之市價為每公斤約三·三五元，有台灣區飼料工業同業公會台飼八三總字第一〇五號函在卷可稽（更 卷第八八頁），惟該飼料工業同業公會另以台飼八三總字第四六號函復原審法院，謂八十年八月五日進口泰國樹薯粒價格每公噸約六十三 | 六十五美元，國內每公斤不含稅之市價約二·一 | 二·三元（更 卷 第一三五頁）。茲被上訴人海星公司承認系爭貨物於八十年五月間預定到達台中港時不含稅之市價以每公斤二·一元，並同意以此價格計算系爭貨物之價值，上訴人則主張以每公斤二·八五元計算損害額。而系爭貨物受損後經公開標售，由鄉霖公司以最高價七百九十萬元得標買受，該標售價格，自堪認為系爭貨物受損後殘存之價值，而所賣得之價金已分配予受貨人，上訴人嘉吉公司占九七分之二十得款一百六十二萬八千八百六十六元，上訴人柏強公司占九七分之十五得款一百二十二萬一千六百五十元，上訴人所進口樹薯粒之數量扣除自然損耗一%，依樹薯粒於八十年五月初應到達台中港之市價計算，再扣除上訴人分配受損貨物經標售所分得之金額後，即為上訴人因本件貨物毀損所受之損害。依被上訴人海星公司所同意之樹薯粒不含稅市價為每公斤二·一元計算，被上訴人海星公司即應賠償上訴人嘉吉公司二百五十二萬九千一百三十四元 \times 2000 \times (1 | 0.01) \times 1000 \times 2.1 | 1,62 8,866 || 2,529,134 \times ，應賠償上訴人柏強公司一百八十九萬六千八百五十元 \times 15 00 \times (1 | 0.01) \times 1000 \times 2.1 | 1,221,650 || 1,896,850 \times 。上訴人於本件僅請求被上訴人海星公司給付上訴人嘉吉公司二百四十三萬六千四百七十八元，上訴人柏強公司一百八十二萬七千三百五十八元，仍在上開被上訴人海星公司應賠償之範圍內，上訴人之請求，自應准許，其所主張樹薯粒不含稅之市價為每公斤二·八五元，即無審究之必要。從而上訴人嘉吉公司請求被上訴人海星公司給付二百四十三萬六千四百七十八元，上訴人柏強公司請求被上訴人海星公司給付一百八十二萬七千三百五十八元，及均自起訴狀繕本送達之翌日即八十年十月十六日起至清償日止，按年息百分之五計算之遲延利息，洵屬正當，應予准許。被上訴人海星公司為運送人，應負使船舶具備適航、堪載能力之義務，此項義務之違反，致上訴人受損害，核屬單純之契約不履行，尚難認其應另負侵權行為責任。而其僱用之船長、船員等，對於上訴人並不負契約之作為義務，縱未對船舶及貨載為適當之處置，亦非可認係船長、船員之侵權行為，被上訴人海星公司亦不負侵權行為僱用人連帶賠償責任。上訴人主張對於被上訴人海星公司有侵權行為損害賠償請求權而有優先權存在云云，即屬無據，並非可採。又涉外民事法律適用法第十條第四項前段規定：「關於船舶之物權，依船籍國法。」，另強制執行法第一百十四條之三前段規定：「外國船舶經中華民國法院拍賣者，關於船舶

之優先權及抵押權，依船籍國法。」，本件喜悅輪之船籍國為聖文森國，為兩造所不爭執，關於該船舶之優先權自應以聖文森國之法律為準據法。上訴人主張兩造優先權之爭執應適用我國海商法，尚非可取。查聖文森國以一九八二年海上貿易法第二十二號規範船舶登記及抵押權、優先權之適用範圍，該法第五十節規定：「一九二六年四月於布魯塞爾簽訂之船舶優先權及抵押權統一規定公約，為本法之第一附件，該公約構成本法不可或缺的部分並與本法具有相同之法律效力。」有聖文森國律師所出具並經我駐聖文森國使館認證之宣誓書及其譯本可稽（上字卷外放證物）。惟依一九二六年統一規定公約第二條規定，其所定之船舶優先權項目大略與我（修正前）海商法第二十四條第一項第一款至五款規定相同，並無如我海商法同條第一項第六款規定，將「對於託運人所負之損害賠償」亦列入為船舶優先權，有該公約可參（更字卷第四十至四二、一〇九至一一一、一四七至一五二頁）。該公約第二條第四款係規定「因船舶碰撞或其他航行事故所生之損害賠償；加於海港、碼頭、及航道工作物之損害賠償；對於旅客海員身體傷害之賠償；貨載或行李喪失毀損之賠償。」，可見該公約第二條第四款規定之優先權，限於因船舶碰撞或其他航行事故所生之損害賠償，貨載或行李喪失毀損之賠償，僅係因船舶碰撞或其他航行事故所生之損害賠償之例示規定，該貨載或行李喪失毀損之賠償，自須因船舶碰撞或其他航行事故所生始有優先權。該公約第二條第四款既限於因船舶碰撞或其他航行事故之損害賠償，可見係就侵權行為而規定，自不及於債務不履行所生之損害賠償。上訴人斷章取義，僅以所定「貨載或行李喪失毀損之賠償」等文字，即謂包括侵權行為所致及債務不履行之結果，自非允當。上訴人另以該公約第九條第一項規定「因貨載或行李之毀損滅失而生之優先權有效期間，自貨載或行李應交付之日起算」。及因該公約第二條規定運費可作優先受償之標的物，而認作為運費對價之應運送之貨物或行李，因債務不履行如遲延引起之毀損滅失，基於衡平原則，亦應在優先受償之列。暨一九六七年統一規定公約明定，基於侵權行為所致貨載之毀損滅失，其債權有優先權，因契約上債務不履行所致貨載之毀損滅失，其債權無優先權，債權優先受償之標的不及於同次航行中所得運費，優先權之時效自債權成立時起算等情形，推斷一九二六年統一規定公約第二條第四款所定貨載或行李喪失毀損之賠償，包括債務不履行之損害賠償在內，均與該第二條第四款規定不符，洵屬無據。至上訴人提出上開聖文森國律師宣誓書，雖謂：「茲聲明本人之法律見解如下，一旦船舶所有人及（或）簽發提單的運送人，須依債務不履行或侵權行為負損害賠償責任時，受貨人或載貨證券持有人依聖文森國法律，有權對於裝運該批貨物之船舶行使海上優先權。」。惟其並無敘明此項見解之法律規定依據為何，且其所引據之聖文森國法即為上開公約第二條規定，該條規定尚無從解為運送人對於託運人或受貨人因運送契約債務不履行所負損害賠償責任，亦屬船舶優先權範圍。該宣誓書亦未說明聖文森國法律是否別有如我海商法第二十四條第一項第六款之規定，則其個人法律上之見解，尚不足資為該國法律確有此項規定認定之依據，上訴人就此復未據舉證以明之，即非可採取。本件上訴人之系爭貨物係因被上訴人海星公司之運送遲延而受損，與一九二六年統一規定公約第二條第四款所定因船舶碰撞或其他航行事故所生之損害賠償不符。從而，上訴人主張依聖文森國法律，被上訴人海星公司對上訴人所負前開債務不履行損害賠償責任，上訴人就被上訴人喜悅公司所有之喜悅輪有優先權存在，難認有據，不應准許。第一審駁回上訴人確認優先權存在之訴，理由雖有不同，結論尚無二致。因而就此不應准許部分，維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核

於法並無違背。上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，指摘原判決此敗訴部分不當，求予廢棄，非有理由。又本件損害賠償部分原審更審之範圍，僅係本院八十五年度台上字第一四一七號判決發回之部分，即上訴人請求被上訴人海星公司給付上訴人嘉吉公司二百四十三萬六千四百七十八元本息，給付上訴人柏強公司一百八十二萬七千三百五十八元本息部分。上訴人於原審逾上開更審範圍，上訴聲明請求被上訴人海星公司給付上訴人嘉吉公司四百八十七萬二千九百五十六元本息，給付上訴人柏強公司三百六十五萬四千七百十六元本息（更 卷 第八六、九一頁），原審因而認逾上開更審範圍之請求部分，其上訴為不合法，判決予以駁回（詳原判決四九頁）。原審此程序駁回部分，未另以裁定為之，而併以判決為之，固欠妥適，惟不影響本件判決之結果。上訴人就上開不合法之第二審上訴而經原審駁回部分，提起上訴，指摘原判決該部分不當，求予廢棄，亦非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一

項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 一 年 三 月 二 十 九 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 曾 桂 香

法官 劉 延 村

法官 劉 福 聲

法官 黃 秀 得

法官 陳 國 禎

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 一 年 四 月 十 日

認定通謀虛偽意思表示之規則判決一則：

最高法院民事判決

九十年度台上字第一七

七一號

上 訴 人 永輪工業股份有限公司

法定代理人 楊基圻

訴訟代理人 陳淑貞律師

被 上 訴 人 列支敦士登商賴文生有限公司（LEVINSON ESTABLISHMENT,VADUZ）

法定代理人 艾弗瑞德·史坦布魯格（ALFRED STEINBRUGGER）

訴訟代理人 林鼎鈞律師

右當事人間請求履行契約事件，上訴人對於中華民國九十年三月六日台灣高等法院第

二審更審判決（八十八年度上更 字第三二五號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：兩造於民國八十年八月十六日簽訂協議書，由伊為上訴人在奧地利取得經銷商品之權利，上訴人則依商品發票所載銷售總額之百分之五給付佣金予伊，嗣上訴人經伊之服務銷售商品予訴外人 NEURUHRER & GRUBER 公司（下稱N & G公司），依約應給付伊服務佣金。惟上訴人僅給付部分款項，尙欠美金（下同）十萬一千三百二十九元二角五分未付等情。求為命上訴人如數給付及加付法定遲延利息之判決。

上訴人則以：伊與被上訴人並無業務往來，系爭協議書係因N & G公司向伊購買自行車，要求給予回扣，假藉被上訴人名義與伊簽訂者，為通謀虛偽意思表示，且違反公序良俗，應屬無效。縱認該協議書有效，伊亦已電匯全部回扣款予N & G公司指定之人，被上訴人不得再為本件之請求等語，資為抗辯。

原審以：系爭協議書第六條約定：「因本協議書所生之爭訟，雙方合意以列支敦士登公國法律為準據法」等語，依涉外民事法律適用法第六條第一項規定，自應以該國法律為準據法。該協議書前言載明：經由賴文生公司之媒介，在奧地利由N & G公司銷售及經銷已被促成等語，其第一條載明：上訴人與奧地利N & G公司之交易，於簽訂系爭協議書前已被促成，第二條並明訂：佣金明細應由上訴人每季制作並交予被上訴人等語，該明細表係供被上訴人審核佣金數額之計算是否正確，上訴人就系爭服務佣金亦已依約制作明細交予被上訴人，足見於系爭協議書簽訂前，被上訴人已促成上訴人與N & G公司之交易，系爭協議書僅係事後對被上訴人給付報酬約定之書面而已。被上訴人係由N & G公司來函正式介紹予上訴人，並經上訴人陳明。證人即上訴人公

司總經理楊文采，為該公司實際負責人，其證稱：N & G公司從未跟我說賴文生公司是何人，我從未看過賴文生公司，也沒有與他們有任何商業行為或交易或信件往來云云，與事實不符，不足採信。另證人關惠文、紀色珠雖證稱：系爭服務費係屬回扣性質云云，惟其二人係由楊文采處聞知，上開證言為傳聞之詞，不足為上訴人有利之證明。上訴人辯稱：系爭協議書係關於回扣之約定，為通謀虛偽意思表示云云，既為被上訴人所否認，上訴人復不能舉證證明，自非可採。依列支敦士登公國法律規定，為他人取得商業交易即可請求報酬，系爭協議書之內容亦無違反公序良俗，上訴人應負履行之責。被上訴人因上訴人遲未提供應付佣金明細及給付佣金，先後於八十一年二月二十七日、同年四月八日、同年五月四日、同年九月二十五日，致函上訴人要求其

提出買賣發票影本、佣金明細並付款，復於八十二年二月間向上訴人函詢付款情形。上訴人於八十二年二月十七日函稱：系爭佣金已匯與訴外人 MR. HELMUT RIENER；又於同年二月二十二日函稱：系爭佣金係因錯誤而匯與 MR. SEPP REGNIK，並提出佣金明細予被上訴人；至同年三月三十一日，上訴人函稱：已請人查詢匯款下落及追回系爭佣金；復於八十四年二月六日函表示承認錯誤，將向受款人追討；至同年八月三十日，上訴人委請奧地利律師函告被上訴人，除再度承認其匯款錯誤外，並請被上訴人暫緩採取法律行動，俾其依法向無權受領系爭佣金者追討各等語，有各該函及其譯文可稽。足見上訴人係因其自己之錯誤，未將系爭佣金匯至被上訴人指定之帳戶，其辯稱

：伊已清償全部債務云云，不足採信。從而，被上訴人請求上訴人給付系爭佣金及加付法定遲延利息，洵屬正當，應予准許。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法洵無違誤。上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一

項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 年 十 月 十 一 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 林 奇 福

法官 陳 國 禎

法官 李 彥 文

法官 陳 重 瑜

法官 吳 麗 女

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 年 十 月 二 十 四 日

c-1、不過，在許多商業交易中，定型化契約往往是商業習慣的結晶，其目的在減少協談所產生之經濟上之無效率，例如保險契約，多半採用英國勞埃保險會社所制定之制式條款；運送契約，則以各（海運或航空）運輸協會（如 IATA）所設計之標準運送條款為主。此時，除非當事人地位明顯不對等，否則，制式約款反而可提供作為當事人意思之默示的最有力例證。

對商業習慣條款效力之判決一則：

最高法院民事判決
六二號

九十一年度台上字第一三

上 訴 人 富邦產物保險股份有限公司

法定代理人 石燦明

訴訟代理人 林昇格律師

被 上 訴 人 誠康貿易有限公司

法定代理人 康文福

參 加 人 台飛聯運股份有限公司

法定代理人 鄭道檣

參 加 人 交通部民用航空局台北航空貨運站

法定代理人 孔祥善

右當事人間請求給付保險金事件，上訴人對於中華民國八十九年六月十六日台灣高等

法院第二審判決（八十八年度保險上字第一一號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件被上訴人主張：伊於民國八十三年二月間，為出口電腦用 I C 二五五〇〇只（規格 1M×4 一七〇〇〇只及規格 1M×1 八五〇〇只；下稱系爭貨物）於同年二月二十六日向上訴人投保航空貨物險，其上載有 FROM SELLER'S WAREHOUSE TO BUYER'S WAREHOUSE 條款，由上訴人依約承保貨物自出賣人即伊倉庫起至買受人倉庫止之危險。伊嗣於同年二月二十八日將系爭貨物託交參加人台飛聯運股份有限公司（下稱台飛公司），將前開貨物空運至美國洛杉磯。詎該批貨物於裝載於航空器前即告滅失一三五〇〇只（規格 1M×4 五〇〇〇只及規格 1M×1 八五〇〇只），致伊受有美金十二萬七千三百二十五元之損失，乃向上訴人請求給付，惟迭經催償，上訴人均置之不理等情，爰依保險法第一條、第四條、第五條、第二十九條第一項前段、第三十四條、第八十五條之規定，求為命上訴人給付美金十二萬七千三百二十五元及自八十三年三月二十一日起加計法定遲延利息之判決。

上訴人則以：依兩造簽訂之航空貨物保險契約（下稱系爭保險契約），可知保單自保險標的離開本保險單所載起運地點之倉庫、處所或儲存處所，而開始運送時生效，而依學者見解，一般倉庫至倉庫條款中所指之倉庫，應為保險單載明之起、訖地之倉庫，而不一定是買賣雙方之倉庫，本件保險單正面載明：「FROM C·K·S AIR-PORT TO LOS ANGELES（自桃園中正機場至洛杉磯）」，倉庫應指桃園中正機場之倉庫及洛杉磯機場之倉庫，然依大正公司所作公證報告，系爭貨物在台飛公司裝入木條箱前即已短少，即系爭貨物並未離開本保險單所載起運地點，開始運送，即保險契約並未生效，被上訴人自不能依保險契約為請求；再參照大正公司公證報告，被上訴人對系爭貨物是否安全及確實裝入木條箱與否，並未盡其應盡責任及注意義務，導致系爭貨物失竊，依協會貨物保險航空險條款中一般不保條款說明，伊亦不負保險責任等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回上訴人之上訴，係以：被上訴人於八十三年二月二十六日與上訴人訂定系爭保險契約就系爭貨物向上訴人投保航空貨物險，於裝載於航空器前，即滅失一三五〇〇只（規格 1M×4 五〇〇〇只及規格 1M×1 八五〇〇只），等情，為兩造不爭之事實，堪信屬實。茲被上訴人主張：依據保險契約，上訴人應就被上訴人所滅失之一萬三千五百只 I C 負損害賠償之責云云，上訴人則否認之，兩造情詞各執。經查：所謂「倉庫至倉庫」條款，其目的即為延展承保貨物運輸風險，系爭保險契約有特別約定保險有效期間係自貨物離開起運地之倉庫、處所或儲存處所時始，迄至目的地倉庫、處所或儲存處所時止，即倉庫至倉庫條款，應係指要保人或被保險人之發貨倉庫而非指海關倉庫，系爭保險契約應自保險標的物離開被上訴人之發貨倉庫時生效。上訴人以大正公證有限公司公證報告書（下稱公證報告書）指出系爭短少之物品可能於裝入木條箱內即短少，並以海關人員、倉庫管理員及明邦實業股份有限公司（下稱明邦公司）報關人員均稱木條箱於驗關時外觀完好，並無異樣，但開箱後始發現內裝三只紙箱中上層之一只遭割破，內無物品，公證報告及警方均研判貨物非於中

正機場遭竊為由，辯稱：系爭短少之 I C 貨物自始即未裝入木條箱，亦即並未離開台飛公司開始運送，保險契約尚未生效云云，惟：系爭貨物係由被上訴人經理彭景華送至台飛公司，共計三大箱兩小盒，由其與台飛公司之吳燦輝共同將二小盒拼裝入三大箱中之一箱內，而成為三大箱，並一同用封箱帶封箱後交由台飛公司之人員處理乙節，業據彭景華陳明，與台飛公司司機李錦仁於警訊時所為：「我與葛樹文共同放進木箱內，據我所知三大箱係由誠康公司之彭先生在本公司內親自封好」之供詞相符，足見被上訴人將全部系爭貨物送交與承攬運送人台飛公司。台飛公司填載之出口報單及 INVOICE，內載 I.C. 1MX4 17000PCE；I.C. 1MX1 8500PCE，足證台飛公司承認收受被上訴人交付之系爭 I C 有二萬五千五百只，台飛公司於八十三年三月十四日案發後予良太運通股份有限公司（下稱良太公司）、明邦公司之存證信函仍表示其代理被上訴人出口貨名為電腦用 I C 共計貳萬伍仟伍佰粒，足證台飛公司已收到被上訴人交付之系爭貨物。台飛公司職員張世光於警訊中供稱：伊根據公司之磅秤紀錄表才知五十七公斤云云；司機李錦仁稱：伊與葛樹文於八十三年二月二十八日十三時許過磅，重量為五十七公斤（包含木箱重量），木箱係由我們封釘云云，良太公司司機陳文賢證稱：貨物非由其過磅，良太公司第二一九六一八號簽收單上之五十七公斤是台飛公司告訴伊，收貨單非其所書寫云云，明邦公司之報關人員趙大衛於被上訴人請求台飛公司損害賠償事件證稱：木箱重量為五十七公斤，我們是以重量來算價錢云云，於本件則證稱：木條箱有黑筆記載五十七公斤云云，足認系爭貨物曾經台飛公司過磅，李錦仁嗣於第一審改稱：貨沒過磅，因彭景華說是保險理賠需要，說要給我好處，我才警訊所說有過磅，我只訂箱，沒數幾箱，我們公司是以貨運站過磅，彭景華沒說要給我好處，只是因朋友關係，是因保險流程需要才這樣說云云，與前開事證矛盾，並不足取。系爭貨物若非經由台飛公司之過磅，如何得知重量為五十七公斤？系爭貨物之重量係台飛公司承攬運送之計價收費依據，台飛公司不可能疏未過磅。上訴人雖以系爭貨物於二月二十八日下午四點十七分進倉時，與其他併裝貨物共三十一件一起過磅總毛重為三百八十六公斤，而發現異樣後剔除該木條箱（即分提單 aif | 904600）貨品後再將其他三十件貨物過磅毛重為三百五十公斤，可推知系爭木條箱進倉時之重量為三十六公斤，而三月一日系爭 I C 被發現異狀後由海關人員單獨過磅重為三十六公斤，兩相符合，再依海關人員及趙大衛所稱系爭貨物之外

觀上無異狀等情，可推知系爭貨物於裝入木箱前即已短少，並以公證報告書、長榮航空之貨物託運申請書、海關人員周志剛重新過磅之記錄為證據方法；惟公證報告書中就併裝貨物三十一件剔除該木條箱後再次過磅之重量為三百五十公斤一節，並未能提出具體事證證明，上訴人亦表示無法提出，則上訴人依據該三百五十公斤之資料來推測系爭木條箱在進倉之初重量為三十六公斤，即屬無據。被上訴人於八十三年二月二十八日將含木箱共重五十七公斤之系爭貨物送抵台飛公司，經台飛公司職員裝箱，過磅後，始由台飛公司交付良太公司司機陳文賢運往機場，因台飛公司對於物品之接收、保管、運送人之選定、目的地之交付未盡相當之注意義務而致託運物品於上航空器前部分滅失，台飛公司應賠償被上訴人短少部分貨物所滅失之價值，業經被上訴人另案訴請台飛公司損害賠償認定明確，系爭貨物中之一萬三千五百只 I C，應於離開被上訴人之倉庫交付運送人運送後至上航空器前滅失，係於保險契約生效後滅失，上訴人自應負保險責任。至上訴人辯稱：系爭保險契約應被上訴人之要求，附加承保「institute strikes clauses (air cargo)」(協會貨物保險航空罷工險條款)及「institute war clauses (air cargo)」

(協會貨物保險航空戰爭險條款)而為採用英國法為準據法之推定，八十三年二月間既將保險契約交付被上訴人，被上訴人於訂約之初已知本件保險契約係採英國協會約款，而以英國法為準據法云云，然已遭被上訴人所否認，表示上訴人未告知以英國法為準據法，其不知保險單上有此約定，上訴人並未進一步舉證證明，亦不足取。系爭一萬三千五百只 I C 之滅失，為台飛公司未盡其應有注意義務所致，且係於保險契約有效期間發生，被上訴人請求上訴人給付滅失之保險金美金十二萬七千三百二十五元本息，即屬有據等詞。為其判斷之基礎。

按法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律；當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，涉外民事法律適用法第六條第一項、第二項前段定有明文。查兩造訂定載有 FROM SELLER'S WAREHOUSE TO BUYER'S WAREHOUSE 條款之系爭保險契約，而系爭保險單正面載明：「FROM C·K·S AIR-PORT TO LOS ANGELES (自桃園中正機場至洛杉磯)，就系爭貨物投保航空貨物險為原審確定之事實。兩造既因系爭貨物自台灣出發運送至美國而訂定系爭保險契約，自屬涉外法律關係，上訴人主張：兩造於系爭保險契約第十六條約定：「This insurance is subject to Englishlaw and practice.」(本保單適用英國法)，故本件保單所載之約款，均應依英國法及英國實務見解而為解釋云云，揆諸前開說明暨被上訴人提出之系爭保險契約之保險單影本(置一審卷證物袋)，自非無據。原審未予盡察，竟以上訴人未舉證證明為由，而為不利於上訴人之判斷，於法殊有未合。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 一 年 七 月 十 二 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 吳 正 一
法官 劉 福 來
法官 鄭 玉 山
法官 黃 義 豐
法官 沈 方 維

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 一 年 七 月 十 三 日

演習問題兩則

1. AB 間訂定契約並規定當事人之權利義務應以 X 法域之民法為準據法。草擬契約之 A 為避免 B 因知適用 X 法而拒絕簽約，因此未告知 B 契約內容並稱勿須閱

讀該契約，因其不過係雙方早先合意之書面形式而已。B 信賴 A 之說詞致未閱讀契約即簽字。法庭地是否應承認契約內容中關於適用 X 法之規定的效力？

2.A 在 X 法域向 B 公司買一張由 X 開往 Y 法域之車票。依票背後印刷條款註明其受 Y 法域之相關法律規範，包含排除 B 對於其受雇人（包括司機）因過失造成之損害；此條款依 Y 法固為有效，但依 X 法則無效。後 B 因該車翻覆而受傷並於 Z 法域對 B 提起損害賠償之訴。此時 Z 法院是否應考慮該契約是乙種「附合契約」而不承認免責條款之效力？

d、各種關於契約之成立要件之約款是否有效：關於法律行為能力，意思表示之有效性，以及契約之合法性，不能由當事人以契約特別約定而賦予其效力。亦不能因此而免除其形式要件之要求。例如關於不動產物權移轉之契約，必須具備一定之形式作為生效要件，當事人自不得以合約免除。易言之，允許當事人選擇準據法，並等於賦予任意決定契約內容之自由。

e、

e1 當事人意思自主之理論基礎：**契約法之首要目的，為保護當事人之正當期待，並協助其正確預知契約上之權利和義務。**在跨法域之交易中，以當事人選擇之法律規範契約效力及其權利義務，可以達成這種「確定」與「可預知」性的效果。這也反映出契約法所普遍存在的共同特質：就是由當事人創設並決定契約義務之內容，以滿足私法自治之精神。

e2 過去的國際私法學說曾認為給予當事人選擇適用法之權力將等同其為立法者，而作為正義之執行工具的司法機關反而居於其下，顯然與憲法之權力分立結構有所違背。現已絕少學者同意此觀點。因當事人之選法權力仍然是藉由立法機關或司法造法所賦與。至於當事人得藉由選法規避特定法域之強行或禁止規定之顧慮，亦因管轄法院之選法規則之運作而降低其可能性。法院仍得考量本教材第二週所提供之知識基礎，對選定之法之適用性加以限制。例如當事人所選擇之法律係可能使契約無效之法律，則法院應考量當事人對契約利益之期待、是否有受詐欺或基於錯誤之意思等等，直接以法庭地法決定選法之效果。

f、

f1 當事人意思自主之選擇仍須有合理之基礎：若當事人選擇法律並無合理基礎，則法庭地得不適用其所選定之法。例如惡意選擇法庭地極不熟悉或無從理解之法。**通常確立合理基礎之存在之最明顯標準就是：所選定之法與當事人或契約有實質關聯。**例如契約之履行地，或當事人之居住地或主營業地、締約地。即便當事人與所選擇之準據法間並無實質之關聯，亦非即欠缺合理之基礎。若所選擇之法律是**當事人所熟悉且於習慣上通常遵循或使用**者，仍得被視為適當之準據法。例如海上運送雖然啓程港與目的港、甚至託運人與運送人，皆與所選擇之法律無實質牽連，但因該法係國際運送業慣常遵循之規則，且牽連地之法律並非當事人

所期待者，繫屬法院自然會尊重當事人之選擇。

f2 當事人之期待利益並非當然優先於其他競合之利益；**特定法域之利益及基本政策**可能比選定法域有更實質之利害關係—**基本政策之內容包括契約法之一般規則，或誠實信用、衡平價值之原則，或交易之公平性與權利濫用之禁止（例如附合契約），或特定當事人之保護（例如勞動契約）。**至於**確立牽連關係之重要性**的方法，一般採用的是**比較利益原則**，若**重要牽連集中於該法域**，包括與契約和當事人都有密切關係時，則法院會傾向於認定該法域係合理之選擇。若僅有**少數牽連集中在特定法域**，則該法域之政策就不會被認為非常基本。另外，**當二法域之基本政策競合時，應以該政策是與契約之形式要件或實質要件相關聯作為判準。**

g、**當事人選擇兩個以上之法律作為準據法**：法院應探知當事人之真意與期待後再確定各該實體法適用之範圍（作為雙重條件抑或補充條件）。例如契約當事人雙方住在不同法域，任一方依其住所地之實體法皆有締約能力時，當事人可能約定依雙方當事人各該實體法決定任一方之締約能力。

契約當事人間欠缺有效選擇時之準據法：

模式一：準據法個別確定式

當事人間欠缺有效選擇之準據法，又無從依前述默示與推定之方法確立準據法時，應就與交易和當事人具重要牽連關係之法域之實體法決定之。其應考慮之連接因素包括：**締約地、契約交涉地、履行地、契約標的物所在地、當事人之住所、居所、國籍、公司所在地以及主要營業地等。**並就該等因素與特定爭執間關係之重要予以比較、評價。

模式二：準據法一般確定式；其又包括（一）非絕對性規則，與（二）硬性一般規則兩種法例。

我國涉外法所採取之原則，即是**硬性一般規則**。在當事人意思不明時，以法律明文（硬性）規定之標準，確定其準據法。須依五種連接因素：**包括當事人之共同國籍、行為地（契約之訂定地）、發要約通知地、要約人住所地、履行地，以一定之適用順序，確定契約之準據法。**

採取一般確定式之判決一則：載貨證券

最高法院民事判決
二〇號

九十一年度台上字第二一

上訴人 世華聯合商業銀行股份有限公司

法定代理人 汪國華

訴訟代理人 馮欣伯律師

被上訴人 韋史脫弗而賴生有限公司（WESTFAL-LARSEN & CO. A/S）

設 Teatergaten 35, Postboks 1192, 5811 Bergen, Norway
法定代理人 羅夫·韋史脫弗而·賴生 (ROLF WESTFAL-LARSEN)

被上訴人 史島而脫誠實有限公司 (STOLT INTEGRITY INC.)
設 80 Broad Street, Monrovia, Liberia
法定代理人 艾倫·溫瑟 (ALAN B. WINSOR)

被上訴人 史島而脫驕傲有限公司 (STOLT PRIDE INC.)
法定代理人 保羅·歐布萊恩 (PAUL E. O'BRIEN)

被上訴人 史島而脫尼爾森運輸集團有限公司
(STOLT-NIELSEN TRANSPORTATION GROUP LTD.原名被上
訴人史島而
上訴人 脫派賽而坦克有限公司 STOLT-PARCEL TANKERS INC.、兼被
史島而脫隼鷹有限公司 STOLT PALCON INC.承受訴訟人)
法定代理人 保羅·歐布萊恩 (PAUL E. O'BRIEN)
右四人共同
訴訟代理人 黃靜嘉律師
被上訴人 英裔怡和有限公司台北分公司

法定代理人 徐曜東
被上訴人 隆光股份有限公司
法定代理人 黃律明
右二人共同
訴訟代理人 陳長律師
被上訴人 捷通股份有限公司

法定代理人 張成發
訴訟代理人 黃靜嘉律師
楊佩怡律師
被上訴人 大眾船務代理有限公司

法定代理人 張青城
右當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十一年四月二十四日台灣
高等法院高雄分院第二審更審判決（八十九年度海商上更 字第二號），提起上
訴，本院判決如左：

主 文
原判決廢棄，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件被上訴人韋史脫弗而賴生有限公司，更名爲沙特爾公司（SALTVERKENE AS.），又更名回爲韋史脫弗而賴生有限公司，其以該名稱續行訴訟，依法並無不合，先予敘明。

上訴人主張：伊爲第一審起訴狀應受判決事項聲明所載二異氰酸甲苯、異丁醇、冰醋酸四批系爭化學液體之開發信用狀及持有載貨證券之人，被上訴人韋史脫弗而賴生有限公司（下稱韋史脫弗公司）係無險輪之所有人，被上訴人英裔怡和有限公司台北分公司（以下簡稱怡和公司）爲其在台灣之總代理人，被上訴人隆光股份有限公司（以下簡稱隆光公司）爲怡和公司在高雄港之代理人，被上訴人史島而脫隼鷹有限公司（現已概括移轉予史島而脫尼爾森運輸集團有限公司、以下稱尼爾森公司）、史島而脫誠實有限公司（以下簡稱誠實公司）、史島而脫驕傲有限公司（以下簡稱驕傲公司）依序係隼鷹輪、誠實輪、驕傲輪之所有人，被上訴人派賽而坦克有限公司（已更名爲尼爾森公司）爲隼鷹輪、誠實輪、驕傲輪之傭船人，被上訴人捷通股份有限公司（以下簡稱捷通公司）爲尼爾森公司在台灣之總代理人，被上訴人大眾船務代理有限公司（以下簡稱大眾公司）爲捷通公司在高雄港之代理人。前述四艘貨輪承運系爭化學液體抵達高雄港後，並未通知伊，即逕行卸入訴外人芳企業股份有限公司（以下簡稱芳公司）在高雄港之保稅倉庫（油槽）內。依載貨證券所載，芳公司僅爲受通知

人而已，並非受貨人，因運送人不當之交貨，致遭 芳公司陳春華竊取如起訴狀聲明所示之化學液體等情，爰依載貨證券持有人及受貨人之地位，本於履行契約及債務不履行損害賠償之法律關係，求爲命： 韋史脫弗公司應給付伊二異氰酸甲苯四三五公噸九五四公斤，如不給付時，應與怡和公司、隆光公司連帶給付伊美金四十九萬零四百四十八元二角五分。 尼爾森公司應給付伊異丁醇二二三公噸二一〇公斤，如不給付時，該公司應與捷通公司、大眾公司連帶給付伊美金十萬五千二百四十三元五角二分。 誠實公司、尼爾森公司應連帶給付伊異丁醇二二三公噸一七六公斤，如不給付時，該二公司應與捷通公司、大眾公司連帶給付伊美金十萬五千二百二十七元四角八分。 驕傲公司、尼爾森公司應連帶給付伊冰醋酸九九九公噸二三九公斤，如不給付時，該二公司應與捷通公司、大眾公司連帶給付伊美金三十二萬四千七百五十二元六角八分，並均加給法定遲延利息及依給付時美金 率折付新台幣之判決（上訴人主張依侵權行爲之法律關係爲請求之部分，已經本院八十五年度台上字第一八三一號判決不予准許在案）。

被上訴人韋史脫弗公司、尼爾森公司、誠實公司及驕傲公司（下稱韋史脫弗公司等）則均以：伊均非載貨證券之簽發人，復未與上訴人訂立運送契約，且 芳公司爲系爭貨物之實際買受人，貨物到達高雄港後，持有載貨證券者未繳關稅，無法船邊交貨，乃通知載貨證券上所載之受通知人，並存入依法設置於高雄港之保稅倉庫，伊已完成通知及交貨之行爲，既合法且無過失，自無應負給付貨物或損害賠償責任之可言；被上訴人怡和公司、隆光公司及捷通公司則以：系爭貨物爲芳公司之陳春華所竊，與伊無涉，伊代辦通關卸貨手續，係依海關卸貨作業之行政措施，並未以外國法人之名義與上訴人爲任何負擔義務之法律行爲，無民法總則施行法第十五條之適用，自毋庸負賠償責任等語，資爲抗辯。

原審將第一審所爲上訴人一部勝訴判決廢棄，改判駁回該部分之訴，並駁回其上訴，係以：查一九八二年至一九八三年間，被上訴人韋史脫弗公司爲無險輪之所

有人，被上訴人尼爾森公司、誠實公司、驕傲公司分別為隼鷹輪、誠實輪、驕傲輪之所有人；而隼鷹輪載運異丁醇四九九噸八七〇公斤（載貨證券五張，其中四張每張一〇〇公噸，另一張九九公噸八七〇公斤），驕傲輪載運冰醋酸九九九公噸二三九公斤（載貨證券十張，其中九張每張一〇〇公噸，另一張九九公噸二三九公斤），無險輪載運二異氰酸甲苯四九九公噸四五〇公斤（載貨證券十張，其中九張每張五〇公噸，另一張四九公噸四五〇公斤），誠實輪載運異丁醇四九九公噸八三〇公斤（載貨證券五張，其中四張每張一〇〇公噸，另一張九九公噸八三〇公斤），依序於七十一年十二月九日、二十二日、二十七日、七十二年一月一日駛抵高雄港，並於抵港日發「卸載準備完成通知書」予芳公司，芳公司分別於七十一年十二月九日、二十二日、二十八日、七十二年一月二日簽收，其後並均如數向財政部高雄關申請卸入芳公司依法申請核准設於高雄港第五七號碼頭之特殊化學原料保稅倉庫內。上訴人為上開化學液體貨物之開發信用狀銀行，並由其國外代理銀行支付貨款，取得前開載貨證券三十張；另怡和公司為韋史脫弗公司在台灣之總代理人，隆光公司為其在高雄港之代理人，尼爾森公司為隼鷹輪、誠實輪、驕傲輪之傭船人；捷通公司為尼爾森公司在台灣之總代理人，大眾公司為捷通公司在高雄港之代理人，上開化學液體貨物裝船運送時，表面良好整齊，至高雄港卸貨時，數量亦無錯誤；上開化學液體貨物經卸入於芳公司保稅倉庫後，為芳公司法定代理人陳春華等人竊取，計韋史脫弗公司原卸載貨物，減少二異氰酸甲苯四三五公噸九五四公斤、尼爾森公司原卸載貨物減少異丁醇二二三公噸二一〇公斤、誠實公司原卸載貨物減少異丁醇二二三公噸一七六公斤、驕傲公司原卸載貨物減少冰醋酸九九九公噸二三九公斤等事實，均為兩造所不爭執，均堪認屬實。

次查本件訴訟係涉外事件，上訴人係本國法人，而其所指之債務人韋史脫弗公司為挪威籍，誠實公司、驕傲公司為賴比瑞亞籍，其等分別所有之無險輪、驕傲輪之託運人為美國三菱國際公司，隼鷹輪、誠實輪之託運人為德國三菱國際公司，尼爾森公司係屬美國籍，上訴人係本於持有載貨證券之法律關係，以受貨人之地位，向運送人請求交貨，及向伊等及其代理人為債務不履行損害賠償之請求，而依載貨證券之文義，並無從知悉受貨人與運送人間關於應適用之法律之合意，其意思不明，且國籍不同，然本件之載貨證券係在美國簽發完成，行為地係在美國，並未兼跨二國以上，關於載貨證券債之法律關係，依涉外民事法律適用法第六條第二項規定，依行為地法，即以美國法為準據法，且上訴人對於本件應適用之準據法為美國法，已不再爭執，故本件應適用美國法。按美國載貨證券法第九十一條規定：除依本章第一百零六條之規定及法

定程序之強制外，運送人對於可供流通之載貨證券交付貨物，而怠於收回並註銷其證券，運送人對善意購得該證券之任何人，不論購得時事實上已否交貨，均負有交付之義務，縱為有權受領之人亦同。同法第一百零六條則規定：當運送人於（1）運送物經合法出售用以滿足運送人之留置權；或（2）未被請求交付貨物；或（3）貨物為易腐壞或有危險性之情況下，其無需因該貨物未交付予受貨人或貨物權利人或提單持有人一事負責，縱使該提單為記名提單亦然。又韋史脫弗公司等就美國法之適用，提出美國喬治華盛頓大學法學教授大衛·傑·夏普之美國法律意見書謂：一九三六年海上貨物運送條例雖經制定，一八九三年之哈特法仍為（貨載）離船後船舶貨物運送人之義務與責任之準據法。哈特法第一條規定，載貨證券不得免除運送人關於貨物適當交付之故意過失責任，哈特法第二條，更

規定運送人適當交付貨物之義務，不得以載貨證券降低、減輕或免除之。此之所謂適當交付，多年來純係由司法見解以判決為之，近年來美國法院之現代案例中，此種見解，仍屢見不鮮。直接交付受貨人，或交予中間人如妥適之卸載處所，或依港埠法令、慣例及實務而交予受寄託人，不問該受寄託人之適當與否，皆屬交付，若運送人選定妥適卸載處所為其中間人，則應履踐下述程序，以完成交付：

(A) 將貨物卸入妥適之碼頭。(B) 通知載貨證券上載明之受通知人；且(C) 提供適當機會予受貨人，以令提貨。運送人一旦將貨物卸交妥適之卸載處所或其他中間人，則除其未以一般合理之注意選任中間人外，對嗣後之損失無庸負責。反之，若運送人係依港埠法令、慣例及實務作法而交付時，則只需遵循該法令，慣例及實務作法即為已足，不必再具備上述A、B、C三項要件等語。綜上，原則上運送人非收受載貨證券之全數，不得為貨物之交付，如船長或運送人怠於收回該載貨證券，而將貨物交付與非持有載貨證券之第三人，則運送人應自負其責任，但有載貨證券法第一百零六條之情形及運送人係依港埠法令、慣例及實務作法而交付時，則否。又依交通部民國七十二年十一月二十二日交航(七一)字第 二七四二六號令修正發布之國際商港棧埠管理規則第四十三條規定：進出口貨物應一律進儲倉棧，但有左列情事之一者，得在船邊交貨或提貨。……八、危險物品。查上訴人於本件輪船到

達前並未繳清關稅，完成通關程序，故於本件輪船到港時無法船邊提貨，依上開規定，本件系爭貨物自應一律進儲倉棧。而隼鷹輪、驕傲輪、無險輪、誠實輪駛抵高雄港，係停靠第五十七號碼頭，當時該碼頭僅有芳公司及李長榮化學工業股份有限公司(下稱李長榮公司)有設置供儲存化學品之倉儲，而李長榮公司於高雄港區所設置之保稅倉庫僅供自用，隼鷹輪、驕傲輪、無險輪、誠實輪僅能將系爭貨物進儲芳公司所設置之保稅化學品倉庫，別無選擇。是本件系爭貨物依我國上開法令規定既應進儲倉棧，且當時除受通知人芳公司所經營之保稅倉庫外，無其他保稅倉庫可供儲存，在別無選擇之情況下，韋史脫弗公司等依修正前關稅法第三十條第一項前段：運達中

華民國之貨物，在報關進口前，得申請海關存入保稅倉庫之規定，經海關核准，取得卸貨單後，將系爭貨物卸載存放於芳公司所經營之保稅倉庫，應認係依我國港埠法令及實務作法，將貨物交付予海關保稅倉儲，並已通知載貨證券上所記載之受通知人芳公司，應認已符合美國法所規定之適當交付，本件運送人之運送責任應已完成。縱如上訴人主張系爭貨物嗣遭芳公司之負責人盜領為真實，亦與本件運送人無關，運送人自毋庸負損害賠償責任。上訴人主張本件運送人未收回該載貨證券，而將貨物交付與非持有載貨證券之第三人，且未通知受貨人之上訴人，依美國法規定即非適當交付，依美國海上貨物運送條例第四條第十七款規定，韋史脫弗公司等應負債務不履

行之損害賠償責任云云，即不足採。又依系爭載貨證券所載，受貨人為上訴人指定之人，受通知人(notify party)為芳公司，然系爭貨物到達目的地高雄港時，上訴人並未依系爭載貨證券記載指定受貨之人，運送人自無從通知上訴人所指定之人。而隼鷹輪、驕傲輪、無險輪、誠實輪係分別於七十一年十二月九日、十二月二十二日、十二月二十七日、七十二年一月一日駛抵高雄港，並於抵港日即發卸載準備完成通知書予載貨證券上所記載之受通知人芳公司，芳公司並分別於七十一年十二月九日、十二月二十二日、十二月二十八日及七十二年一月二日簽收。本件運送人於到港口卸貨後，因上訴人未指定受貨人，無從通知受貨人，而通知載貨證券所記載之受通知人芳公司，應認為運送人已盡通知義務。本件運送

人已依我國港埠法令、慣例及實務作法，將系爭貨物二異氰酸甲苯、異丁醇、異丁醇、冰醋酸存放於芳公司所經營之保稅倉庫，並依系爭載貨證券之記載通知受通知人芳公司，已符合美國法所規定之適當交付。上訴人主張本件運送人將貨物寄存於港埠管理機關經營之倉庫（國家倉庫）後，未在貨物卸載前、進倉後，通知受貨人，違反哈特法適當交付之規定云云，亦不足採。未按民法總則施行法第十五條規定：未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為應與該外國法人負連帶責任。所謂行為人係指以該外國法人之名義與他人為負義務之法律行為者而言。被上訴人怡和公司、隆光公司、捷通公司及大眾公司（下稱怡和公司等）為上開外國公司代辦進口貨物在港口時之報關手續及裝卸貨物有關業務，其代辦行為對象為我國財政部高雄關，有貨物進棧申報暨聯保單上記載之各船務代理商出具之文件係致財政部高雄關可證，怡和公司等未與上訴人為任何法律行為，即與前開民法總則施行法第十五條規定之要件不符。上訴人主張怡和公司等各船務代理人，代理無險輪、隼鷹輪、誠實輪、驕傲輪等船務代理之行為，係運送人在目的港之履行輔助人，其所為之各船務代理行為，包括以船舶名稱保管貨物之行為，故在貨物被竊滅失發生損害，致他人有受損時，船務代理人應依民法總則施行法第十五條與外國輪船公司負連帶賠償責任云云，不足採信。

。未查哈特法第一條規定：無論任何船舶，於由美國港口或在美國與外國港口間運送商品財物，如其經理人、代理人、船長或所有人，在載貨證券或船運文件，設有詞句契約或合同，因之該船舶或經理人或所有人等，對於保管之合法商品財物，不負過失或未盡相當裝載、堆放、保存、謹慎或相當交貨諸行為，所發生之滅失或損失之責者，均應認為違法。凡類似之字句，如在載貨證券或船運收據設定者，均應認為未設定，並根本失效。此乃規定載貨證券不得免除運送人關於貨物適當裝載、堆放、保存、交付之責任，本件載貨證券並無如上免責之字句，無該條規定之情形，自無適用該條規定所指免責約定無效之餘地等詞，為其判斷之依據。

惟查關於韋史脫弗公司等外國運送人部分，原審認為應適用美國法，而系爭貨物於運抵高雄港後，因尚未完稅而儲存於芳公司所經營之保稅倉庫等情，此時貨物已離船，依美國法，即應適用該國一八九三年之哈特法。哈特法第一條則明定：任何於美國港口間或在美國港口與外國港口間、運送商品或物品之船舶，其經理人、代理人、船長或所有人，如在載貨證券或運送文件中，以任何條款、約定或合意，以免除其等因過失、錯誤或疏失未盡適當裝載、堆放、保存、照料或適當交付任何或全部商品或物品致生之損失或損害而應負之責任者，應認為違法。任何此類之用語或條款，縱載明於載貨證券或運送收據中，均應認為無效，且不生效力（原文：that it shall not be lawful for the manager, agent, master or owner of any vessel transporting merchandise or property from or between ports of the United States and foreign ports to insert in any bill of lading or shipping document any clause, covenant, or agreement, whereby it, he, or they shall be relieved from liability for loss or damage arising from negligence, fault or failure in proper loading, stowage, custody, care, or proper delivery of any and all lawful merchandise or property committed to its or their charge. Any and all words or clauses of such import inserted in bills of lading or shipping receipts shall be null and void and of no effect.）（參見原審八十五年度海商上更字第三號卷第一〇七|一、|二頁、原證二二六）。依此規定，運送人

或其代理人對於所運送之貨物，自有妥為保管之義務，以防遺失、被竊或毀損。系爭貨物於到達高雄港時，依規定應先存入保稅倉庫，而於儲存時，隆光公司及大眾公司均曾填具貨物進棧申報暨聯保單給財政部高雄關，該聯保單內載明「本公司保證遵照海關管理進出口貨棧辦法或海關管理貨櫃辦法之規定負責將上述貨物妥為保管，非經貴關核准，絕不擅自出棧或搬移，如有故違，甘願任憑貴關依海關管理進出口貨棧辦法或海關管理貨櫃辦法及海關緝私條例有關規定論處，絕無異議。」（見外放證物原證一八〇至一八三），依該聯保單之內容以觀，系爭貨物，雖已存放於芳公司所經營之保稅倉庫，韋史脫弗公司之複代理人隆光公司及尼爾森公司等人之複代理人大眾公司仍負有保管之義務與責任，原審以系爭貨物由運送人存入芳公司之保稅倉庫並通知受通知人芳公司，即謂運送人已符合美國所規定之適當交付，運送人毋庸負本件損害賠償責任，不無速斷。上訴人於原審主張：「由他們來看外國港口就是高雄港，應該是由載貨證券換小提單，小提單應該由運送人通知港口代理人，由港口代理人找芳公司及世華銀行，世華銀行必須拿著載貨證券才能換小提單。拿著小提單可以跟芳公司領貨。本件沒有換小提單，所以才造成芳公司有偷竊的機會」（見原審八十九年度海商上更 字第二號卷 第一七四頁）；「對造韋史脫弗公司等人確有……不派人看守，致貨物被竊，不能交付於上訴人，顯有重大過失，違反美國哈特法適當交貨之規定」等語（見同上號卷 第一二八頁反面、第一二九頁正面）。原審未說明不足採取之理由，即認韋史脫弗公司等運送人已依美國法適當交付系爭貨物而為上訴人敗訴之判決，自有判決不備理由之違法。又隼鷹輪載貨證券原證第二一號至第二五號、誠實輪載貨證券原證第三一號至第三五號、驕傲輪載貨證券原證第四一號至第五〇號，其上均載明派賽而坦克有限公司（已更名為尼爾森公司）為傭船人（PARCELTANKERS, INC.-TIME CHARTERED OWNERS），且其上亦載明「本載貨證券證明託運人、受貨人、貨物所有人與船舶所有人或傭船人間就貨物之運送成立運送契約。」（原文：The contract of carriage evidenced by this Bill of Lading is between the shipper, consignee and/or owner of the cargo and the owner or demise charterer of the vessel named herein to carry the cargo described above.），上訴人於原審主張：本件此部分之載貨證券，內載明船名，在簽名處僅有「代船長簽發」（Behalf of the master 與 For the Master），並無船舶所有人或傭船人之簽名，祇有認船舶所有人與傭船人應連帶負責，以免其等互相推卸運送責任等語（見原審八十九年度海商上更 字卷 第五〇頁反面、第一三〇頁正面、卷 第五七頁反面）。原審未查明此部分何人為運送人，應負運送人之責任，亦未敘明上訴人上開主張不足採取之理由，即駁回上訴人請求尼爾森公司分別應與誠實公司、驕傲公司連帶賠償之訴，同有判決不備理由之違法。未查依前述之貨物進棧申報暨聯保單所載，隆光公司與大眾公司對系爭貨物負有妥為保管之責，而上訴人為系爭載貨證券之持有人及系爭貨物受貨人之指定人，茲系爭貨物被 芳公司陳春華所竊取，怡和公司、隆光公司、捷通公司及大眾公司能否謂與上訴人無法律上之關係而不應負賠償責任，亦非無再研求之餘地。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八

條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 一 年 十 月 十 八 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 吳 正 一
法官 劉 福 來
法官 黃 義 豐
法官 徐 璧 湖
法官 許 澍 林

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 一 年 十 一 月 六 日

補充解釋：

a、**準據法個別確定式之理論基礎**：參考本授課資料第二部份所提供之選法之知識基礎，以評價特定爭執與特定法域、交易和當事人之最重要關係。加以細分則包括：一、相關之社區、各聯邦（省）或國家間之和諧關係。二、規範競合之管轄主權（「利害關係法域」）的實體法規則之政策和目的，以及適用之結果。三、當事人之正當期待利益以及適用結果之確定性。四、特定法域（契約規範）之基本政策。五、司法行政之需要：包括法律適用之便利性。

b、**當事人期待利益之保護的相關問題**：當事人利益之保護與施行特定法律領域之基本政策是相關聯的。通常契約法域之基本政策，就是要保護當事人之期待利益。當事人正當期待之保護之範圍，因契約之要素（能力、形式效力和實質效力）而異。當事人訂定契約時，除極少之例外，應當都希望受契約條款之拘束。因此在解釋上，應儘量尊重當事人之選擇。至於部分漏洞為當事人未明示約定者，基於期待利益保護之解釋原則，宜直接由選定法域之實體法補充規定之。

c、**契約規則之目的**：利害關係法域之契約規則之規範目的，以及該等法域與交易和當事人間之關係，為決定最重要牽連關係時所須考慮之因素。例如某法域之契約政策是為「保護當事人免於優勢一方之不公平協商力量」、「消費者之權益」、「重利之禁止」等。不過，這種政策不見得為法庭地所承認。特別是在適用「無效法則」時，法庭地必須衡量特定契約規則之政策是否比保護當事人正當期待之價值更為重要。

d、**在欠缺明示之選擇之情形，契約之規範與訴訟程序之規範仍可適用不同之法律加以解決**：法院適用法庭地法之規則解決有關訴訟程序、答辯、共同訴訟等相關程序爭執，而關於契約之問題，則適用個別確定規則或一般確定規則。

e、**個別確定規則所考慮之連接因素**：

（一）**當事人之住所、居所、國籍、公司所在地和營業地**：

與當事人持續發生關係之地點。其重要性決定於契約所生爭執之性質。例如，一人在其居住法域實體法下，有受特定契約拘束之能力，則無理由因為該人在履行地法域下欠缺行為能力，而否認契約之效力。不過，這些因素只能作為輔助之參

考工具，通常必須與締約地或履行地相牽連，才會被賦予重要性。

(二) 締約地（行爲地）：締約地爲依法庭地之要約與承諾規則，賦予契約拘束力之最後必要行爲發生地。締約地爲相對上較不重要的牽連。其被選爲契約之準據法，是因其恰爲契約效力之發生之最後必要的行爲。與其他契約形成之程序要素相較，多數締約地純係偶然，且與當事人或契約沒有實質關係，因此其重要性極小。在英美國際私法實務上，締約地極少單獨作爲乙決定性之連接因素。

(三) 契約協商地：當事人協商、交涉、議定及同意其契約條款之地，若係契約重要之點雙方達成意思一致之處，則有明顯的利害關係。但若交涉與合意非在同一地時，該牽連就較不重要。例如，當事人分位於各別法域而以電話、電報、電子郵件甚或即時影像方式交涉。

(四) 履行地：契約履行地法域之重要性，端視爭執之性質而定。例如契約履行地法域在契約之履行是否違法之問題上，就有明顯之利害關係。若當事人雙方皆於該法域履行，則通常會被認定爲準據法法域。不過，如果締約時履行地尙不確定或尙未知，或依給付之性質，當事人係受對方指示分別於特定地履行者，則其重要性就有減損。

(五) 契約標的物所在地：在以特定物權之移轉或交易爲標的之契約中，例如土地或動產，爲保護該標地物使免於特殊之屬地性風險，且推定當事人亦重視該物或危險之所在地，則該物或該危險之所在地法域，對於交易有當然利害關係。

硬性規則所引發之反致問題判決一則：

最高法院民事判決
字第一一七九號

八十三年度台上

上訴人 昭洋船務代理股份有限公司
法定代理人 石國禎
被上訴人 德商德塔艾夫·逢·雅偏航運公司
歐偏·史帖爾街二〇號
(Schiffahrtsgesellschaft Detlef Von Appen M. B. H.)
法定代理人 瑞格納·樸卡斯
(Ragnar Pukas)
瑞福·邦加頓
(Ralf Baumgartner)
訴訟代理人 陳長律師
劉貞鳳律師

右當事人間請求反還代墊款事件，上訴人對於中華民國八十三年二月二十八日台灣高

等法院高雄分院第二審更審判決(八十二年度上更 字第一三三號)，提起上訴，本

院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院高雄分院。

理由

本件上訴人主張：被上訴人於民國七十七年六、七月間，委任伊處理其所有瑪莉亞輪及格力輪碇泊台灣高雄港及基隆港之卸貨事宜，伊代墊引水費、碼頭費、浮筒費、拖船費、駁船費共計新台幣（下同）四百六十萬七千九百三十八元，被上訴人除已給付二百二十七萬九千四百三十元外，積欠二百三十二萬八千五百零八元迄未給付。爰依民法第五百六十條、第五百四十六條第一項規定，求為命被上訴人如數給付及自七十七年八月二十四（催告之日）日起算付法定遲延利息之判決。

被上訴人則以：伊為外國法人，而兩造間就上開契約關係並未約定準據法，依涉外民事法律適用法第六條第二項規定，本件自應適用發要約通知地即西德漢堡市之西德法律。上訴人逕依中華民國法律求償，於法自有未合。況駁船費，應由受貨人負擔，上訴人未依伊指示於放貨前向受貨人收取，致伊未能行使留置權，受有該費用之損失，上訴人應負損害賠償之責。縱伊尚有未清償之費，用亦得主張抵銷等語。資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：被上訴人係外國法人，其自德國漢堡市指示在我國之上訴人代為處理前述船舶於台灣港口之卸貨事宜，固有電報二紙為憑，惟法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思，定其應適用之法律；當事人意思不明時，同國籍者，依其本國法，國籍不同者，依行為地法，行為地不同者，以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時，不知其發要約通知地者，以要約人之住所地，視為行為地。涉外民事法律適用法第六條第一、二項定有明文。本件兩造間之意思既屬不明，國籍又不同，自應依行為地法，即以被上訴人發要約地之德國漢堡市為行為地而適用該地之法律。上訴人逕行適用我國法律，在台灣高雄地方法院起訴，尚非有據云云。為其判斷之基礎。

查涉外民事法律適用法第六條規定因法律行為發生債權債務之「實體」法律關係，所應適用之「準據法」，與因「契約涉訟」，「程序上」所定「法院管轄權」之誰屬（見：民事訴訟法第十二條）係屬二事。原審不察，遽以兩造間債之關係，應適用德國法律為「準據法」，即認上訴人不得向台灣高雄地方法院起訴，排除我國法院之「管轄權」，而將「準據法」與「管轄權」混為一談，所為不利於上訴人之判決，於法已屬有違。且本件縱應以德國法律為準據法，然上訴人於原審主張，「按依德國國際私法之規定，當事人關於選擇準據法之約定意思不明時，一切契約之債，均以履行地法為準據法，此有國際私法權威學者馬漢寶先生所著之國際私法總論第一百十一頁可稽」等語，並提出該著作影本一件為證（見：原審上更 卷四三頁背面四六頁），是否全不足取？原審愒置不論，亦屬難昭折服。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。又上訴人請求被上訴人給付之二百三十二萬八千五百零八元及自七十七年八月二十四日起之利息，經更審前原法院八十一年上更 字第四〇號判決被上訴人應給付一百五十七萬二千九百十六元及自七十七年八月廿五日起之利息並駁回上訴人之「其餘上訴」後，上訴人對其敗訴部分，似未再聲明不服，本院八十二年度台上字第二四六一號判決，亦祇宣示：原判決（八十一年度上更字第四〇號）、關於命被上訴人給付部分廢棄，未及於上訴人「敗訴」部分，茲上訴人於原法院本次更審時，復就其原起訴

之「全部」金額本息為聲明，請求被上訴人為給付（見：原審上更卷二九、四二、五八頁），其超過上述一百五十七萬二千九百十六元本息部分之請求依據何在？案經發回，宜注意及之。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 五 月 十 八 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 范 秉 閣

法官 蘇 茂 秋

法官 朱 建 男

法官 李 瓊 蔭

法官 朱 錦 娟

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 三 年 五 月 三 十 一 日

玖、子計畫的課程實踐

一、國際公法

（一）概述

教學方式上，本子計畫以 98 年度第一學期東吳大學法律研究所國際法組一年級之課程「國際公法專題研究」作為實施本研究的教學場域，設計上承襲總計畫之主旨及目標，就國際公法領域之法規範概念作初步的討論之後，輔以國際新興議題，以探討理論和實務的結合在國際法和國際社會上呈現的態樣，之後以台灣的特殊國際法地位為例，探討台灣的國際關係和外交困境，以突顯出跨國法律規範對台灣的深遠影響。除了從國際法的角度，本研究子計畫在課程設計上也同時從國際政治社會的角度來探討國際關係，教材選擇囊括國際法學理論、國際關係理論、國際法上的議題及新興指標性案例，以多元的思考啟發學生的創造性思想。在「對話性教學」的實踐上，於 98 年 10 月份邀請了外交部駐歐盟代表處組長王萬里老師，針對「台灣特殊國際法主體在國際法的適用上問題」舉辦座談會¹⁰⁴，會議中對於台灣的外交現況、困境及前景作了實際且深入的講述和對話；99 年 5 月又邀請了外交部條法司丁樂群丁副司長就「台灣－菲律賓漁業糾紛問題」做了深入且獨到的經驗分享，充分表達出在外交實踐上，國際法之事的重要性；同月份更邀請了中央警察大學的江世雄教授針對「國際刑法與恐怖主義」和東吳大學學生做講談，在座談會上，學生充分理解到國際刑法的歷史發展背景、適用

¹⁰⁴ 98 年 10 月 15 日（星期四）假本校東吳大學城中校區崇基樓 1104 室，舉辦總計劃「跨國法律規範理論與教學模組之建構」第一場座談會-「台灣特殊國際法主體在國際法的適用上問題」。

與實施上的限制以及在試圖將恐怖主義納入國際規範範疇時的困難。座談會中，學者專家們與學生討論熱烈，也引領出更多國際法學理及實務案件的探討。

(二) 國際公法教學模組之研究方法

台灣的國際法實踐

1. 國際法的淵源及效力

國際法 (international law) 又稱國際公法，簡言之是國家間法律，具體來說是指處理國家及政府組織間各種關係規則及基本原則之總和，其淵源表現在國家間條約 (或多邊公約) 及習慣 (慣例)。

國際法的法律地位雖已獲得國際之承認，但由於國際社會中並無凌駕於國家之上的組織獨立行使立法及司法權，因此名義上國際法對國家具有拘束力，但事實上國際社會缺乏有效制裁違反國際法國家的手段。

2. 國際法之主體

法律制度下何種實體能夠成為法律主體，必須取決於法律規範的界定。國際法的法律主體，係指得享受國際法賦予之權利、承擔國際法課以之義務，並且具有維護其權利而提起國際訴訟能力之實體。

國際法人格所賦予之對象，最基本的是國際制度中最主要的實體—國家。無論國際法主體之對象如何擴張，國際法主要適用對象仍是主權國家，因此現階段國家仍是國際體系之核心單位，也是國際法的最重要主體。

但由實踐上觀察，包括國際組織 (政府間與非政府間)、少數民族、「獨立前領土實體」(如巴勒斯坦自治區)、多國籍公司、個人等，在國際上也享有若干特定的權利與義務，可稱為特殊的國際法主體。

1. 國家

國際法對主權獨立國家規範之條件：1933 年 Montevideo Convention on Rights and Duties of States 所要求之條件有：「特定領土」(a defined territory)、「一定人口」(a permanent population)、「有效統治政府」(an effective government) 及「具有進行國際活動的能力」(the capacity to enter into relations with other States)。

具有進行國際活動的能力：(一) 不具備獨立性—如滿洲國 (二) 外交能力受限，但不礙成為獨立國家—列支登斯敦 (Liechtenstein)、摩納哥、聖馬利諾 (San Marino)，授權瑞士、法國、義大利代為行使外交權力，仍是主權行使。

2. 聯合國會員與國家屬性

前述 4 項條件，仍是國際社會判斷特定實體是否為國家之準則，但在解釋上有時仍有政治之考量。如烏克蘭及白俄羅斯在蘇聯解體前為 UN 會員國，另東西德、南北韓同時加入 UN 也是國際政治之安排。

憲章第 4 條第 1 項規定：凡愛好和平國家得為 UN 會員國，因此凡申請成為 UN 會員國的必然是國家，但並不代表 UN 會籍是國家屬性的要件，如早年之瑞士、目前之梵諦岡城國。

台灣之困境：目前以獨立關稅領域或實體等身份加入國際組織，似乎強化台

灣本身無法主張為獨立國家之論點；但推動參與聯合國，其終極目標似在獲取聯合國資格，又反映台灣正努力確認其國家地位。

3.政府間國際組織（IGO）

國際法院於 1949 年在「關於為聯合國服務受損害賠償案」中指出，UN 具國際法律人格，有能力享受國際權利、承擔國際義務、提起國際索賠來維護自身權利，此一意見具指標意義，之後乃被推論到 UN 專門機構及其他 IGO。IGO 在其章程確定之範圍內，為實現其宗旨、履行職能，理應具有國際法律人格，成為國際法主體。

IGO 一般是指由兩個或以上國家簽署條約設立之組織，在 IGO 林立的今天，IGO 對國際發展之影響力與國家同等重要，其國際權利能力及行為能力表現在各層面，國際法學界普遍接受其為國際法主體。

IGO 是若干國家為特定目的通過條約所建立的組織，離開成員國的授權，其在法律上的權利能力和行為能力就無法存在。由於 IGO 不具有主權，因而無法像國家一樣具有完全的權利能力與行為能力，是一種有限及派生的國際法主體。因此在探討 IGO 之國際人格時，應先瞭解該組織能夠行使之特定權利、義務或權力。

4.非政府間國際組織（NGO）

NGO 係根據內國法律設立，而非國際法，但在國際法之形成以及促進國際遵守方面，有相當之影響力。在跨國際議題上，NGO 有重要之發言及參與權，在跨國遊說方面，也對各國政府立場有重要之影響力。近年來 NGO 更經常以觀察員身份，積極參與多邊條約談判。

NGO 在國際社會發展上，扮演越來越重要的角色及功能。尤其在全球化的今天，NGO 對許多國際議題如環保、衛生、氣候變遷、兩性平權、瀕臨絕種動植物保護等之貢獻，有時更甚於國家或 IGO。如國際特赦組織、綠色和平組織、國際紅十字會、國際法學會等。

5.個人

個人能否成為國際法主體，學說歧異甚大。但當代實踐則逐漸傾向個人已經是國際法之參與者及主體，此一現象主要發生在國際人權法方面。

個人與國家之聯繫發生在國籍概念上，此在國家管轄及國家為個人主張權益方面扮演重要角色。個人如無本國代為主張，通常在國際條約下並無主張之權能，除非國際條約直接賦予個人在國際法下得以執行之權利，而不論國內法如何規定。

許多國際條約或協定，直接賦予個人權利或義務，並容許個人直接向國際間法院或仲裁庭尋求救濟，如 1950 年「歐洲人權公約」、1957 年「歐洲經濟共同體條約」等。

雖然國際法並未限制個人得為國際法主體，但因此將個人歸類為國際法主體，其政治和外交上的實質意義並不大。

6.其他

叛亂團體：國際法有關叛亂團體之規範，因為人民自決權及人道考量之衝擊，及領土完整、主權平等與不干涉原則，仍在演進中。

跨國公司：大部分之跨國公司，均應服從地主國法律，因此近年來大部分國際法學者，已不再認定跨國公司得為國際法主體。當然，這是從政治上的角度來解讀，認為跨國公司的影響力已經不如 70、80 年代時那樣強大。但是從法律的角度上來看，跨國公司在經濟全球化的時代，其擁有的經濟影響力並不會消滅，而從企業社會責任（CSR）的發展趨勢上來看，跨國企業被國際社會所賦予的期待越多，同時也負擔更多的義務和責任，所以從全球治理的角度來看，跨國公司的重要性反而是與時俱增的。

3.外交保護

外交保護概念為西方所創，乃習慣法、不成文法，在適用時可能遭致反對，有必要成文化。2006 年 UN 國際法委員會二讀通過「外交保護條款草案」(draft articles on Diplomatic Protection)，並建議大會以草案為基礎制訂一項公約，希望將外交保護概念成文化。

草案中所謂之外交保護是指：一國就其國民（包括自然人及法人）因另一國之國際不法行為而受侵害，依加害國法律用盡一切行政或司法救濟程序，仍不能獲得補救時，以國家名義為受害者採取外交行動或其他合法手段求償的行為。

有無邦交並非執行外交保護之必要條件，反而與國家大小、強弱或國力息息相關。通常大國希望透過政治協商執行外交保護，小國則需藉助法律保護以達外交保護目的。

1.外交保護之必要條件

被保護人權利所受侵害是由於他國國家不法行為所致：他國國家機關或其他代表國家行為的實體或個人，所為違反該國之國際義務之行為。

國籍繼續原則：自受害行為發生起到正式提出外交保護期間，持續擁有保護國國籍。

用盡當地救濟原則：只有在受害人用盡當地所有行政與司法救濟手段後仍未獲得合理補償時，其國籍國方可進行外交保護，透過外交途徑尋求賠償或救濟。

國家有權根據形勢發展，考慮雙邊關係各種因素，在國際法許可範圍內，決定是否為其國民或法人提供外交保護，但不得以外交保護為藉口，干涉他國內政或進行侵略。

外交保護方式：外交行動（交涉、抗議、談判）及司法救濟（訴諸國際司法機構或其他國際仲裁機構）。

2.對公司及股東的外交保護問題

「外交保護條款草案」立場：公司具有設立地所在國的國籍，並由該國行使外交保護為原則。但當該公司與設立國無實質關連時，該國可能不願行使外交保護。因此草案另規定，如公司必須受另一國國民控制、公司在設立地國無實質性商業活動、公司管理總部及財務控制權均處於該另一國，則另一國才有權對公司行使外交保護。

換言之，對公司的保護，有兩種情形：或由公司設立地國行使，或由公司管理總部和財務控制權所在國行使。當公司國籍國行使外交保護時，公司必須連續性具有該國籍。

4. 分裂國家之主權

1972 年兩德簽署基本條約，使關係正常化。西德聯邦憲法法院判定：德國分裂國家的兩個部分關係，應由國際法來規範。

兩韓憲法都主張「一個韓國」，但無礙雙方擁有國際人格，並加入 UN。當然，不可否認，兩德、兩韓例子是由國際強權所安排。

5. 台灣是否為國際法主體？

1. 台灣是否為國家及具有法律人格？

(1) 國際法院 (ICJ)

根據國際法院規約第 34 條：國際法院訴訟當事國，限於國家。國家得藉由與國際法院簽署特別協定、條約、公約或承認法院強制司法管轄權，成為規約當事國。台灣要加入規約將經由安理會向大會推薦，有政治性困難。

(2) 國際海洋法法庭 (International Tribunal for the Law of Sea - ITLOS)

其管轄權不若 ICJ 嚴格限於國家，對實體 (entity) 較為開放，例如海床爭議。台灣雖非聯合國海洋法公約會員國，但以「漁業實體」身分應該有權加入。

(3) 各國國內法如何適用台灣？

美國：

TRA—the absence of diplomatic relations or recognition shall not affect the application of the laws of the United States with respect to Taiwan.

美國法院在判決時，一貫引用 TRA 作為法理依據主張：derecognition of Taiwan did not change Taiwan's status as a nation. And US-Taiwan relations are “quasi government relations.”

英國

1986 年英政府基於互惠原則，給予台灣產品 copyright protection，等於有限度承認台灣的法律。

法院在實踐上給予台灣 state status。The courts recognize that the ROC continues to exist on Taiwan despite derecognition.

法院也認為 PRC 和 ROC 為分離司法管轄權，兩者應分開對待。

加拿大

1996 年加拿大警方逮捕涉嫌在公海謀殺 3 位羅馬尼亞偷渡客之台灣籍船長及船員，羅國要求將嫌犯引渡至羅國審判，但加拿大最高法院認為台灣雖然和加拿大無邦交，但對本案仍有司法管轄權。顯示台灣隨未被加拿大承認，但並不影響雙方之司法合作。

日本

光華寮案：1972 年中日斷交後，親北京學生佔領光華寮，中華民國政府訴請日法院判決返還。Kyoto 地院認為斷交後在台灣之中華民國政府無權保護在日

本之財產；經上訴 Osaka 高院後，認為由於台日之貿易關係，台灣有權成為私法爭端當事人；1986 年 Kyoto 地院判決由於 ROC 仍然統治台灣，因此中共與日本建交僅有不完全之政府繼承，因此 ROC 享有對光華寮的擁有權。

其他

2007 年台灣向瑞士日內瓦一審法院控訴「國際標準組織」，ISO 於 1974 年將 3166 country codes list 我名稱由 Republic of China (Taiwan) 改為 Taiwan, Province of China。法院於 2008 年 9 月判定：Taiwan, whose official name is the ROC, “possesses all the elements of statehood” and its government holds sovereignty to and exercises effective control of its territory. Whether the ROC is a U.N. member, or if it has diplomatic ties with Switzerland, is of no relevance to the case.

在另一個涉及兩岸對法國海外屬地大溪地我原領事館土地爭議案中，法國法院判定：Taiwan’s case could be heard “independent of the diplomatic situation” even Taipei’s status as “a Chinese state not recognized by the international community.”

2. 台灣公司在外國之投資保護問題

過去對投資保障主要是因前往投資國政府之不當徵收，目前此種現象較不多見，但仍有「部分徵收」導致投資利益受損問題。

慣例上應先由廠商採取行政、司法救濟途徑解決，如無法有效處理，才由政府進行外交保護。

台灣面臨之困難處在於：(1) 不易採取外交行動（交涉、抗議、談判）(2) 不易簽署投資保障協定 (3) 不易訴諸國際司法機構或其他國際仲裁機構。

新一代投保協定均屬架構性協議（包括投保及合作），政府目前正朝簽署投資保障協定（目前有 27 個）的方向努力，而其中面臨的困難包括：簽署及擴大協定範圍不易；簽署層級、名稱及效力各為何？

6. 台灣參與國際組織

台灣在國際態度上無法獲國際支持參加以主權國家為先決條件之國際組織成為會員國。

名稱：ROC、Taiwan, ROC、TPKM、Chinese Taipei、China(Taiwan)、Taiwan、
身份：state、authority、separate customs territory、economy、jurisdiction、fishing entity、entity

在全球化下，由於國際角色增加，越來越多國際組織允許更多角色參與，有助於台灣未來擴大國際參與。

未來發展方向：修改組織規章、擴大參與（我可做出貢獻及有助我民眾福祉之功能性國際組織）

本年推案目標：「聯合國氣候變化綱要公約」(UNFCCC)：依據公約及議事規則，我似無參與之法理空間，該部刻正研議各種可能之參與方式，屆時再報呈府會核定。「國際民航組織」(ICAO)：參加大會有所困難，但仍列為最高目標。現階段以成為理事會、常設委員會、區域會議及功能性會議觀察員為優先目標。

7. 結論

UN 憲章第 1 條 3 款：「促進國際合作，以解決國際間屬於經濟、社會、文化及人類福利性質之國際問題，且不分種族、性別、語言或宗教，增進並激勵對於全體人類之人權及基本自由之尊重」，係 UN 國設立宗旨之一，也是國際社會發展的方向。而台灣從二次戰後，歷經統治主體的變更，又因為國際現勢而侷限了國際上的發展空間。長久以來，我國外交人員多次嘗試交涉和突破外交困境，但是囿於政治現實，還有國內統獨爭議問題，一直難以爭取更自由的國際空間。

因此，討論以及研究國際公法上的跨國爭議問題，是台灣法學界迫切需要的教育。而國際政治與國際法的切入觀點不同，所出現的結論也截然不同，由此可見，尋求跨學科之間的合作更能使我們看清楚國際關係的全貌，對於日後繼續努力爭取國際生存空間的台灣，只有具備充足的國際法知識才有前進的可能。

台灣－菲律賓漁業糾紛概況與處理方式

(一) 前言

- 1、經濟海域重疊，多年來漁業糾紛不斷。
- 2、漁業法公布實施後，全面排除外國漁船進入菲國水域捕魚。
- 3、菲國採領海基線理論。目前未與鄰國家協商劃界事宜。
- 4、民間合作菲民需持股 60% 以上。
- 5、菲國漁業法嚴苛存在相當程度之民族情緒。
- 6、2000 至 2005 年遭緝捕之 15 艘台灣漁船罪證確鑿，錯在我方。
- 7、平均每年有 15 艘台灣漁船在菲國海域遇難，在尋求協時，屢遭菲方質疑。

(二) 台灣漁船越界捕魚成因。

- 1、經濟價值誘因。
- 2、誤信捕魚許可。
- 3、同業競爭。
- 4、漁業資源枯竭。
- 5、視菲國海域視為傳統漁場之偏差觀念。
- 6、自恃擁有先進漁船設備及技術之僥倖心態。

(三) 菲國加強緝捕台灣漁船成因及採取措施。

- 1、菲國加強緝捕台灣漁船成因：
 - (1)、漁村民眾生活清苦，引起政府高度重視。
 - (2)、屏東黑鮪魚季活動被擴大渲染。
 - (3)、菲國認定台灣係其海洋資源掠奪國之一。
 - (4)、二〇〇四總統大選迎合選民訴求。
- 2、菲方加強緝捕台灣漁船採取之措施。
 - (1)、高層掌控，防止私了。
 - (2)、創造案例，以儆效尤—中共駐菲大使曾因於務與菲國前司法部長發生衝突。
 - (3)、強化海防，嚇阻越界。

(4)、援引外資，改善技術。

(5)、長期羈押，遏止再犯—截至 2004 年 6 月中國大陸尚有 52 名中國漁民在押。

(四) 漁務救難案件情形。

1、越界捕魚部分—自 2000 至 2005 年，計有 15 個案，43 位台灣漁民遭菲國緝捕(請參下圖)。

2、越界捕魚案辦理情形。

序號	船名	案情
1	大○號	2000.4.26 被捕，台籍漁民 6 人，駐處協助被告保釋後於同年 8 月棄保返台，漁船毀失。
2	聖○號	2000.11.30 被捕，台籍船員 2 人；次年 5 月駐處協助保釋後棄保返台，漁船毀失。
3	昇○壹號	2000.11.30 被捕，台籍船員 2 人；駐處協助保釋後，次年 5 月棄保返台，漁船擱淺毀壞。
4	新○陽號	2001.2.28 被捕，台籍漁民 3 人；同年 7 月棄保潛逃返台，漁船毀失。
5	志○群號	2002.04.29 被捕，台籍漁民 1 人，船隻翻覆毀失。次年獲交保，在菲國高層政治人物協助下棄保潛逃，駐處嗣為其取得無罪判決，協助申請保險理賠。
6	滿○財號	2002.4.5 被捕，台籍船長 1 人，輪機長 1 人保外返台就醫；次年 9 月獲判無罪，經駐處交涉於同年 10 月返台。
7	滿○豐號	2002.5.1 被捕，台籍漁民 3 人，次年 7 月颱風期間脫逃，人、船平安返台。
8	昆○成號	2002.4.24 被捕，台籍漁民 5 人；次年 7 月颱風「侵襲」之際脫逃，人、船平安返台。
9	新○興號	2002.4.17 被捕，台籍漁民 3 人；次年 7 月颱風侵襲期間脫逃，人、船平安返台。
10	金○滿號	2003.5.4 被捕，台灣漁民 2 人，同年 7 月趁隙脫逃，人、船已平安返台。
11	漁○財號	2003.5.4 被捕，台灣漁民 3 人；同年 7 月趁隙脫逃，人、船已平安返台。
12	金○財號	2003.5.10 被捕，台籍漁民 6 人；同年 7 月颱風期間趁隙脫逃，人、船已平安返台。
13	金○達號	2003.5.14 被捕，台籍漁民 2 人；駐處提供破產證明認罪後，免除近 14 萬美元罰款後，遞解出境。
14	昌○8 號	2004.8.20 被捕，台籍漁民 2 人；駐處協助下，主張不可抗力無害通過權，菲國撤回告訴，漁業局裁定免罰，10 月 20 日釋放人船。
15	軍○億號	2004.7.27 被捕，台籍漁民 2 人，2005 年七月 1 日結案，漁民返

台，漁船沒收。

3、漁務救難部分。

據統計駐菲律賓代表處 2002 年至 2005 年，平均每年有超過 15 次承行政院國家搜救中心指示，協調菲國同意我海巡署艦及空軍運輸機進入菲國海域救難，協助我國遇難台灣漁船平安脫險，順利返台。

(五) 解決漁務糾紛工作重點。

- 1、「台菲農漁業合作備忘錄」業於 2005 年簽署，宜加強落實。
- 2、爭取派遣農漁專業人員來處，協助國人來菲投資相關產業及積極促成兩國農漁業合作或共同開發。

(六)、結論。

- 1、我漁民侵入菲國違法在先，駐處尚需面對各部門之質詢。
- 2、台菲漁業糾紛，似與經濟海域重疊無關，卻與我國漁業管理關係密切。
- 3、菲國對外國漁船救難均盡力協助無可歸責。
- 4、督促台灣漁民尊重菲國法律，避免冒險越界盜魚。
- 5、政府宣導黑鮪魚季。同時應要求漁民恪遵他國法律。

國際刑法與恐怖主義

第一部 國際刑法與其規範範疇

【一】國際社會與刑法

(一) 國內法的刑法：依據罪刑法定，規範各項犯罪行為構成要件與刑罰效果。

中央政府（三權分立）

立法機關，提案、審議、三讀通過、公布

行政機關，依法行政

司法機關，依法審判

(二) 國際法的刑法：不存在中央政府。

條約締結程序：交涉、簽署、批准、交存（換文）、生效

條約必須遵守原則（*pacta sunt servanda*）

條約普遍性受限制

條約所規範刑事犯罪的範圍受限制

【二】國際法上的國際犯罪

(一) 傳統「國際法上的犯罪」概念：

1. 國際刑事法的傳統起源來自國際社會對於海盜、奴隸販賣甚至戰爭犯罪的規範。

2. 傳統上，海盜（piracy）被視為萬國公罪（*hostis humani generis*）。

3. 1820 年美國最高法院：海盜是海上的強盜（robbery upon the sea），是「違反國際法的犯罪（offense against the law of nations）」。

(二) 現代「國際法上的犯罪」概念的發展

1. 二次大戰戰後的國際軍事審判：紐倫堡審判、東京審判。
2. 戰爭犯罪、破壞和平罪、人道犯罪均是國際法上直接課以個人刑事責任的犯罪。

3. 現代國際法之國際犯罪行爲：性質、型態、其侵害法益的性質、定義、構成要件、刑事管轄權的歸屬等的基準，在國際社會的範疇模糊不明。

(三)「國際犯罪」在國際法學上的一般分類

1. 具有外國性質的普通犯罪：犯罪過程涉及國外因素的犯罪

該當犯罪行爲具有涉外性質或跨國性質，例如犯罪地牽涉數個國家，犯人逃亡至國外等：國際刑事司法互助，搜查、逮捕、證據調查

此種犯罪仍屬國內犯罪，並非國際法所規範的犯罪行爲，故並不包含在真正的「國際犯罪」。此非國際法上的犯罪，嚴格來說僅是國內犯罪。國家間刑事司法互助的問題。

2. 國家的國際犯罪

國家違反國際法所規範的法律規則，是屬國家的國際違法行爲。例如侵略，此種犯罪屬於國家責任法的範圍。

針對國際法義務當中，爲了保護國際社會基本利益不可或缺部分，國家有重大違反之情況，而且國際社會全體均承認如此的國際違法行爲是一種犯罪(國家責任法條文草案第 19 條 2 項)。

救濟對抗具體措施：恢復原狀、損害賠償、責任者的處罰、道歉等外在行爲。

3. 侵害國際社會共通利益的國際犯罪

(1) 犯罪構成要件由條約國際法規範。起訴、處罰程序必須通過締約國制定相關國內法，將該條約所規範之犯罪（條約犯罪）構成要件與追訴程序加以具體化、明確化，才可能於締約國國內法院進行犯罪的起訴與處罰。

(2) 國際條約之特徵

1971 年制止危害民航安全之非法行爲公約：

第 1 條〔犯罪行爲〕任何人如果非法且故意從事下述行爲，即爲犯罪。

第 3 條〔嚴厲懲罰〕各締約國承允對第一條所指的罪行給予嚴厲懲罰。

第 5 條〔裁判權的設定〕在下列情況下，各締約國應採取必要措施，對犯罪行使管轄權。

第 7 條〔引渡或懲罰的義務〕在其境內發現被指稱的罪犯的締約國，如不將此人引渡，則不論罪行是否在其境內發生，應無例外地將此案件提交其主管當局以便起訴。

1970 年「防止劫機之海牙公約」

1971 年「防止威脅民用航空機安全之蒙特婁公約」

1973 年「外交官等保護公約」

1979 年「有關挾持人質國際公約」

- 1980 年「核子物質防護公約」
- 1988 年「防止不法侵害海上航行安全公約」
- 1994 年「聯合國要員安全公約」
- 1997 年「防止炸彈恐怖行為公約」
- 1999 年「防止提供恐怖主義資金公約」
- 2005 年「防止核子武器恐怖行動公約」

4. 直接違反國際法的國際犯罪

國際刑事法之規範對象犯罪行為，在學說與實踐上的範疇，是排除以上各類犯罪，主要在於探討直接違反國際法(Crime against international law)的國際犯罪（狹義的國際犯罪）。

直接違反國際法的犯罪，其犯罪的構成要件、追訴與處罰等刑事管轄權的分配或歸屬，均是以條約國際法作為適用之依據，並於國際刑事法院中起訴處罰。相對而言，侵害國際社會共通利益的犯罪：於各締約國國內法院中起訴處罰。

概念的發展上，純粹以國際法直接規範處罰的個人犯罪，不僅實體構成要件由條約國際法所規範，在程序法上亦委由國際刑事法庭加以起訴處罰：如特別軍事法院、國際刑事法院。具體案例包括二次大戰之後的 1945 年 紐倫堡國際軍事法院條例第六條以及 1946 年 遠東國際軍事法院條例第五條均是以「重大的戰爭犯罪」起訴審判戰爭主導者。

直接違反國際法犯罪的處罰須符合以下三要件：

(1) 犯罪的構成要件與個人的刑事責任必須在國際法(條約或國際習慣法)上有明確且詳細的規定，並非僅是將個人的特定的行為規定為犯罪行為且設置刑罰，而且不須經由國內刑法的規定，直接可以對犯罪行為人加以拘留，起訴並審判。完全排除國內法的介入。強調國際法作為準據法的直接性。

(2) 設立國際刑事法院，專門負責此類個人國際犯罪的起訴與處罰，並享有管轄權。

(3) 規定「違反國際法的犯罪行為」的國際條約，必須世界上大多數國家都加入成為當事國。

【三】、國際刑事司法機構的成立

(一) 直接違反國際法的國際犯罪之防止處罰

犯罪構成要件與個人刑事責任必須以國際法明確詳細規範，符合罪刑法定主義。設立國際刑事法院，擁有管轄權。

(二) 國際刑事法院羅馬規約之簽署與國際刑事法院之成立

1. 歷史進程：

1998 年國際刑事法院羅馬規約開放簽署

2002 年 7 月 1 日規約生效

國際刑事法院正式成立

2. 主要功能：對犯有滅絕種族罪、人道犯罪、戰爭犯罪、侵略犯罪的個人進行起訴和審判。

3. 規約第五條：法院管轄權限於整個國際社會關注的最嚴重犯罪（the most serious crimes of concern to the international community as a whole）。

第二部 國際刑法與恐怖主義犯罪之防制

【一】恐怖主義在國際犯罪上的定位

在狹義的國際刑法理論與實務中，恐怖主義犯罪並非真正的「國際犯罪」。是屬於特定國際條約所規範之「國內法上的犯罪」。

今日的恐怖主義犯罪，在程序上，仍由條約的締約國以其國內刑法處罰該條約所規範之恐怖犯罪行爲。

因此，本質上，現階段恐怖犯罪行爲仍屬於具有國內法上的犯罪性質，同時具備侵害國際法益之犯罪行爲。並非國際刑法之範疇。

【二】恐怖主義之國際規範

（一）國際社會規範恐怖主義之現狀

戰前：1937年防止與處罰恐怖主義公約與1937年國際刑事法院設立公約，但均未生效。

戰後：聯合國與其專門組織主導下，依據各種特定恐怖犯罪，締結規範個別恐怖行動之反恐公約。

條約名(簽署年份)
1.關於在飛機上進行犯罪和某些其他行爲東京公約（1963年）
2.防止劫機之海牙公約（1970年）
3.防止威脅民用航空機安全之蒙特婁公約（1971年）
4.外交官等保護公約（1973年）
5.有關挾持人質國際公約（1979年）
6.核子物質防護公約（1980年）
7.防止在機場威脅民用航空機安全之議定書（1988年）
8.防止不法侵害海上航行安全公約（1988年）
9.制止危及大陸棚固定平台安全非法行爲議定書（1988年）
10.在可塑性炸藥上作標記以供偵察的公約（1991年）
11.聯合國要員安全公約（1994年）
12.防止炸彈恐怖行爲公約（1997年）
13.防止提供恐怖資金公約(1999)

14.防止核子武器恐怖行動公約（2005 年）

（二）反恐怖主義公約對於「條約犯罪」規範之特徵

1. 爲了防止與處罰各條約犯罪，規範其特定恐怖犯罪行爲之構成要件，爲有效處罰此類犯罪，各締約國同意在國內法上給予嚴厲處罰。

2. 各締約國同意針對此條約犯罪設定管轄權。

3. 對於在其領域內之犯罪嫌犯，各締約國同意負有將之「引渡或處罰」之義務。

4. 締約國間締結有引渡公約者，必須將條約犯罪列爲「可引渡之犯罪」，未締結引渡公約之締約國則可將各反恐怖主義公約視爲引渡公約，據以進行引渡。

5. 締約國之間負有刑事資訊交換，司法互助之義務。

6. 藉由此種反恐公約，確保犯罪者不管身處哪一國，均可能接受司法制裁，以確保打擊處罰恐怖主義犯罪之有效性。

【三】國際刑法下規範恐怖主義之問題點

（一）原則：防止與處罰恐怖主義仍須符合正當法律程序(due process of law)。

戰後以來，各類型的反恐國際公約採取此種方式。911 之後，進一步探討以國際刑事法院處罰之可能性。在國際刑事法院規約中所規範之四種犯罪包括：滅絕種族罪、人道犯罪、戰爭犯罪、侵略犯罪，而恐怖主義犯罪並非國際刑事法院之管轄犯罪。

戰前曾有 1937 年防止與處罰恐怖主義公約和 1937 年國際刑事法院設立公約，但是均未生效。而在國際法委員會草擬國際刑事法院規約草案階段，曾有討論是否將戰後各反恐公約之「條約犯罪」納入國際刑事法院規約當中。

國際刑事法院規約草案中將 1970 年「防止劫機之海牙公約」、1971 年「防止威脅民用航空機安全之蒙特婁公約」、1973 年「外交官等保護公約」、1979 年「有關挾持人質國際公約」、1988 年「防止不法侵害海上航行安全公約」與「固定平臺議定書」等特定的條約犯罪納入該規約附屬書當中，結果數個反恐公約之條約犯罪納入 ICC 規約附屬書之草案被否決。

現今 ICC 規約之條約犯罪僅止於主要犯罪(core crimes)，即種族滅絕罪、人道犯罪、戰爭犯罪、侵略犯罪。將各反恐公約之條約犯罪納入國際刑事法院之管轄的國際立法努力失敗後，現階段必須從解釋論角度探討恐怖主義犯罪是否可以成爲國際刑事法院之管轄對象。

（二）條約解釋論

1. 恐怖主義犯罪是否構成「人道犯罪」？

首先應討論何謂「人道犯罪 (crimes against humanity)」之定義。根據國際刑事法院規約第 7 條：「爲了本規約的目的，人道犯罪是指在廣泛或有系統地針對任何平民人口進行攻擊中，在明知這一攻擊的情況下，作爲攻擊的一部分而實施的下列任何一種行爲： 1. 謀殺；2. 滅絕；3. 奴役；4. 驅逐出境或強行遷移人口；5. 違反國際法基本規則，監禁或以其他方式嚴重剝奪人身自由；6. 酷刑；7. 強姦、性奴役、強迫賣淫、強迫懷孕、強迫絕育或嚴重程度相當的任何其他形式的

性暴力; 8. 基於政治、種族、民族 ……」

解釋論上，恐怖主義犯罪行為有可能屬於人道犯罪。但是，當初國際刑事法院規約在起草過程中，將恐怖主義犯罪納入人道犯罪的提案，明顯被否決。因此，現階段採取此一解釋途徑，有所困難。

2. 恐怖主義犯罪是否為「戰爭犯罪」？

戰爭犯罪必須以武力紛爭(無論是國際武力紛爭或是非國際武力紛爭)之存在為前提。而恐怖主義犯罪行為難以視為是武力紛爭法上之武力紛爭行為。相反來看，關於反恐戰爭是否為「戰爭」，學者認為美國所謂的「反恐戰爭」在政治、心理上雖有其國內法上的一定效果，但是「反恐戰爭」與傳統的戰爭、現代的武力紛爭仍不相同。

3. 罪刑法定主義之限制：

國際刑事法院規約第 11 條第 1 項規定：本法院僅對本規約生效後實施的犯罪具有管轄權。因此，2002 年 7 月 1 日成立之國際刑事法院無法對 2001 年發生之 911 恐怖主義犯罪行為行使管轄權。

【四】防止與處罰恐怖主義犯罪全面性公約之國際立法努力

(一) 恐怖主義的困難點在於其意義：*One Man's Hero, Another's Terrorist*¹⁰⁵

(二) 聯合國反恐公約協商架構¹⁰⁶：將恐怖主義侵害定為犯罪，必須廢除依據政治、哲學、思想、種族、民族、宗教或類似背景免除將恐怖行為定為犯罪的立法。

【五】結論

1. 戰後規範個人犯罪之國際法發展具有正面意義：以往，要追究個人的國際刑事責任相當困難，現在實體法與程序法上則可能透過國際刑事法院 (International Criminal Court) 達成追究責任之功能，國際社會因此邁向功能性的中央集權化。

2. 在現今國際刑法之定位中，恐怖主義犯罪並非國際犯罪。因此現階段，以國際刑事法院處罰國際恐怖主義犯罪有其限制與問題點。除了透過國際刑事法院規約

¹⁰⁵ When does Reuters use the word terrorist or terrorism

Terrorism and terrorist must be retained when quoting someone in direct speech. When quoting someone in indirect speech, care must be taken with sentence structure to ensure it is entirely clear that they are the sources words and not a Reuters label. Terrorism and terrorist should not be used as single words in inverted commas (e.g. terrorist) or preceded by so-called (e.g. a so-called terrorist attack) since that can be taken to imply that Reuters is making a value judgment. Use a fuller quote if necessary. Terror as in terror attack or terror cell should be avoided on stylistic grounds.

…… We aim to report objectively their actions, identity and background. We aim for a dispassionate use of language so that individuals, organisations and governments can make their own judgment on the basis of facts. Seek to use more specific terms like “bomber”, or “bombing”, hijacker or hijacking, “attacker” or “attacks”, “gunman” or “gunmen” etc. It is particularly important not to make unattributed use of the words terrorism and terrorist in national and territorial conflicts and to avoid using those terms in indirect speech in such a context.

¹⁰⁶ <http://www.un.org/chinese/terrorism/instruments.shtml>

條文解釋之變化或修改規約，突破點即在於全面性反恐公約之締結生效。

3. 在 2006 年 9 月 8 日聯合國大會通過《聯合國全球反恐戰略》中，各成員國保證將立即考慮加入現有的國際反恐文書，並執行其規定，以此增強各國對這些文書的重視程度。

(三) 基礎理論之建構——學生課前閱讀文章及書目

Dinah Shelton, “*Normative Hierarchy in International Law*,” AJIL Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 291.

Jose E. Alvarez, “*International Organizations Then and Now*,” AJIL Vol. 100, No. 2 (2006), pp.324.

Steuve Charnovetz, “*Non Governmental Organization and International Law*,” AJIL Vol. 100, No. 2 (2006), pp.348.

Martti Koskeniemi, “*The Politics of International Law-20Years Later, European Journal of International law*,” Vol.20 No.1 (2009), pp.7

5. Mattias Kumm, “*The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*,” European Journal of International law Vol.15 No.5 (2004) pp.907.

6. Detlev F. Vagts, “*International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist’s Defence*,” European Journal of International law Vol.15 No.5 (2004) pp.1031.

7. Malcolm D. Evans, *International Law, Second Edition*, 2005.

(四) 與實務專家之對話——座談會之籌備與舉行

1、「台灣特殊國際法主體在國際法的適用上問題」

2009 年 10 月 15 日週四，本子計畫邀請外交部駐歐盟代表處組長王萬里老師，假本校東吳大學城中校區崇基樓 1104 室，舉辦總計劃「跨國法律規範理論與教學模組之建構」第一場國際公法子計畫座談會-「台灣特殊國際法主體在國際法的適用上問題」。座談會的開始，首先由本總計畫主持人鄧衍森教授為本場座談會主持開場，針對我國法學教育發展與國際法的趨勢，講述國際公法的課程教學上所遭遇之困難點，其中包含：學生常常認為國際公法所涉及之內容與自身相距甚遠，因此「事不關己」的想法根深蒂固於學生的心中；又或者是因為我國在國際上的地位和在外交上所面臨之困境，使得莘莘學子們，不欲去觸碰這一塊領域；亦可能出於國際法之性質較偏屬軟法（soft law），學生更不願全力以赴投入學習；在現實面上，以國考為目標的學子認為，國際法並不屬於國考科目，更使得國際法的教學更難實施。

針對這個問題，鄧衍森教授強調經濟全球化時代的到來，跨國法律紛爭的解決成為國際爭相研究的對象，而我國學子囿於台灣本身的外交困境及其他因素，疏於跟進國際社會的腳步，未來在國際法知識的缺乏下，不但難以處理國內法律體系面對跨國法律爭端的規範真空，更會限制住台灣在國際社會上的發展。為解

決此問題，鄧衍森教授針對現今國際法課程內容及科目，提出許多跨國法律的問題以及討論面向。例如在國際投資和仲裁的領域，傳統國際法基礎理論無法提供完全的解決方案，因為其中參雜了許多已發生的跨國法律關係，因此必須從目前正在發展的跨國法律層面去理解，才能全面掌握國際投資和仲裁的議題。

2、台灣－菲律賓漁業糾紛概況與處理方式

2010年5月5日星期三，本子計劃邀請外交部條法司副司長就「台灣－菲律賓漁業糾紛概況與處理方式」分享個人在菲律賓從事外交工作時，曾經處理過的台菲漁業糾紛，以及在處理類似案件時所需運用到的國際法知識以及外交經驗。

在此座談會中，學生們深入理解到台菲漁業糾紛的根本因素，來自於經濟誘因、菲律賓家族政治分立，法制難以確實落實，而當他國的政治因素已經影響到台灣人民的人身安全，我國政府就有義務透過外交方式處理，以保護我國人民。交涉過程中，人權議題以及刑事追訴程序是否依法進行，成為保障我國人民權利的重要前提。但是菲國政治影響因素複雜，中央及地方利益難以均衡，政治及利益因素一旦介入司法，人權的保障便岌岌可危。外交在這種情形下介入保護，係超脫國內法的架構，以跨國法律的型態影響菲律賓的國內法律，典型地說明了跨國法律的規範效力在內國法律架構下的影響。

3、國際刑法與恐怖主義

2010年5月19日星期三，本子計劃邀請中央警察大學江世雄教授蒞臨東吳大學就「國際刑法與恐怖主義」為題講述國際刑法的發展和難題，以及恐怖主義可否以及如何如何在國際刑法的範疇下解決。

此座談會引發學生一連串討論，包括國際法規範的對象是否即等於國際法主體、個人在國際法上的權利義務、所謂「國家的國際犯罪」的概念與定義。由於恐怖主義以及美國所謂「反恐戰爭」成為國際法上新興議題，不論是從國際法上或是國際關係的角度觀察，均是難以當代國際法架構解決的問題。本次座談會最大的效果是讓學生釐清問題的重點，雖然在許多概念上國際社會仍然未達共識，但是其發展卻相當具有前瞻性。

（五）具體學習成果之展現

1.座談會呈現結果

「台灣特殊國際法主體在國際法的適用上問題」

本課程學生了解到實務上存在許多案例，其中國際法觀念的運用，取決於國際法知識的完備與否。國際法的發展呈現在實體判決中，主導著世界各國和台灣的利益，和台灣人民的生活有著密切牽連。

藉由同學的參與和發問，引導本座談會的對話更加深入國際法的思考，同學提出的問題包括：

- 1.以2009年因海洋領域劃界，涉及是否越界捕魚的問題，台灣船長和釣客遭日本扣押一事為例，台灣因為其特殊國際法地位，如何具體實施外交保護？
- 2.國際上，台灣常以諸如「捕魚實體」、「政治實體」等名稱參與國際組織，請問，

外交關係上，台灣在國際社會上如何自我定位？

3.針對台灣目前外交和國際關係發展的困境，要如何爭取國際發展空間？外交部的具體政策為何？短期和長期目標如何制定和達成？

由這些問題的提出和討論的參與，突顯出同學對這個議題的關心，並且參與討論的同學發言熱烈，思考層面廣泛，有從國際法學法理切入者，有從客觀現實層面切入者，對於台灣的國際法地位和國際關係發展困境，不但獲得整體初步了解，並且願意深入思考、探討相關議題、閱讀相關文獻，可謂本次座談會已經實現了對話式教學的目的，透過專家學者的專業實務分享，讓同學對這個一直以來認為政治意義大於法律意義的議題，有了法律上、外交現實上、政治上等等的多層面了解。

「台灣－菲律賓漁業糾紛概況與處理方式」

本座談中著重在與菲律賓外交的實務分享，首先介紹了菲律賓的社會與政治概況，其中上千零星島嶼的分布造成家族分治的政治景況。因此菲律賓的法制受到各島嶼家族的重大影響，而無法平等、公平地落實在菲律賓國內。

台灣和菲律賓的漁業爭執起因於台灣漁民的越界捕魚，因為黑鮪魚的價值高昂、加上台灣漁民國際法上關於越界捕魚的禁止知識薄弱，常常受騙於菲國代表地方或家族的捐客，購買所謂入菲國海域捕魚證，這種證件可能是各島嶼分治的家族為了經濟利益而發行，但是中央政府和法律卻是不允許的。因此在遭中央查獲這種私入捕魚的行為，仍是菲國的跨境犯罪行為。

台灣漁民的跨界捕魚利益高昂，但是相對付出的法律風險也高，因此我國政府應負起教育人民的義務，除了事後解決跨國漁業爭端糾紛，同時也兼顧事前預防的措施，避免以經濟利益為誘餌而觸犯國際法律的情形。

「國際刑法與恐怖主義」

恐怖主義隨著全球化的來臨成為國際上的新興議題，由於國際刑法具有其規範界線，並非任何議題均可納入，加以「恐怖主義」的用詞爭議頗大，對於恐怖主義的價值認定無法達到共識。更有甚者，連恐怖主義的定義都難以確定，遑論將行為納入國際刑法的範圍、以刑罰來追訴。

2.課程期末呈現結果

由於閱讀廣泛多元的國際法相關文獻，同學們對國際公法的基礎理論已有所了解，配合幾個國際上重要案件的討論，學生課堂反應熱烈，彼此間討論不斷。課後更組織讀書會，深入探討及思考國際法上的議題。

本課程學生更主動提出願意自修國際公法的相關領域，除了閱讀文獻之外，也和同學、老師作課後的討論，這學期的基礎理論教學，已建構學生對國際公法的研究興趣，對於他們之後修習其他國際法領域，諸如國際經濟法、歐盟法、國際人權法、國際私法等科目，也能夠具有獨立思考和發問的能力，可謂達成本教學計畫的核心目的。

本課程的評量方法，是針對 Martti Koskeniemi 的文章——“What is

International Law for ?”¹⁰⁷做出評論。撰寫該報告可以檢驗出同學這一整個學期對於國際法的理解夠不夠深入，是否具有議題延伸和探討的能力。評論不限字數，不限中英文，可讓學生自由發揮，盡量延伸思考的廣度和深度。惟要求引註，是爲了確保學生報告的穩定性和審酌參考資料的完整性。這也是對學生日後寫碩士論文的能力打下良好基礎。

二、國際經濟法

主題：如何有效參與國際經貿談判

大家午安，今天要和各位講「如何有效參與國際經貿談判」，這個題目剛開始是主辦單位要我自己選的，選了這門課是因爲在座的各位未來可能都會參與這方面的工作。如何參與經貿談判，身爲一個談判者，應該注意些什麼？剛才吳教授講的國貿人才應該具備的條件，這裡就不再重複這些問題。重點在於，如果你們要去談判，面對談判的時候要怎麼去處理問題。

我自己的經驗告訴我，像我有次幫廠商到韓國去參加談判，因爲韓國要對我國產品課徵反傾銷稅，我國廠商在報紙上說政府都不理他們，於是我們跟他們講了一下，資料蒐集一下就去了韓國。到了韓國，其實韓國並不友善，看了他們的長相就可以瞭解爲什麼他們的美容事業這麼發達，如果他不友善再加上長的那樣子你就知道這個談判不會太愉快。不太愉快該怎麼辦呢？你要讓他愉快。這邊要注意到，在所有談判當中，每一個人都是可以掌控局面的，就看你怎麼掌控。我告訴各位，我的長相基本上也需要靠美容。我必須老實跟各位講，有時候當你不知道該怎麼處理的時候，就要展現你的誠意。

所以我一到那邊就和對方說，我知道你們在行政處理上，你們有你們業者的壓力，但是我今天來我有我業者的壓力，所以我必須要來，而且我希望能在這把很多問題做個澄清。那位先生基本上不太友善，我和他談，以我們所得的資料告訴他們，我們的 dumping market 絕對不是那麼高，而且整個 dumping 課下去的話，你們所要花的成本高於你們要課徵的稅。事實上也是如此，所以我和他講了很久，我告訴他我希望大家能核對一下資料，確定有沒有問題，確定沒問題就來講。對方的臉一下子垮下來，我就說嘿不要緊張！我有你們的資料，你們也有我的資料，我知道你們 confidential 的問題，我就用我們的資料來對。那天本來對方只預備給我半小時，最後我們整整談了一個半小時。我談到他沒有辦法拒絕我，你知道嗎？！像我們長得這個樣子，要人家沒辦法拒絕我們，很不容易喔！我用非常誠懇的句子，透過翻譯來談，因爲對方是韓國人所以透過翻譯去做。

我也了解他的困難，所以在整個談話過程中，我一直強調我非常了解他的困難。我知道他在處理這個問題上所經歷的壓力，我絕對能夠瞭解。但是我強調今天是完全根據 WTO 規範來談這件事情。到了韓國財政部的時候，韓國的財政部比我們小很多，當時一看就知道對 WTO 不太熟。我告訴各位，在談判的時候也要看

¹⁰⁷ Martti Koskenniemi, “What is International Law for ?” edited in “International law,” by Malcolm D. Evans, Second Edition, 2005.

情勢，我一看到對方就知道我可以有點盛氣凌人，我告訴對方今天如果因為這個案子要課我們反傾銷稅的話，我告訴你們，只要我們認定他們不公平，就到 WTO 去告你。結果那小姐問我，台灣是 WTO 會員嗎？我說是！是！和財政部的人談判，不講有沒有 dumping market 的問題、不講有沒有產業損害的問題，只要講財政稅收對抗的課徵所造成行政成本的問題。注意到：談什麼人、看甚麼人、看什麼話、談什麼商品，千萬不要離題，直接切入題目和他講，重點告訴他今天課徵這個東西是沒有意義的，我們要求的是一個公正的處理方式，你如果課徵的話，增加行政成本不說，事實上也讓韓國的產品，從我們這邊進口原物料的話，增加成本事實上並不利於產業的發展。講完我就出來，流了滿身大汗，也不知道有沒有效，第二天我們就回家了。

回台北以後接到通知，韓國決定不課徵臨時反傾銷稅了。一開始的時候韓國談到 dumping market 時，非常高傲，我們去交涉，讓他的 margin 從百分之五十左右降到百分之五左右。人不一定長得很漂亮，重點在於談判過程當中，要怎麼讓人家覺得你是很有誠意的，第二，清楚表達你的訴求，第三，在處理過程當中，要讓對方知道你不是一個容易對付的對手，要有點難纏。那天本來他只給我半小時，一直到中午他只好把他中午的約取消，要一直纏的緊緊的，我們韓國的同事告訴我，你來了他們願意陪你，我來幾次他們都不願意跟我講話，我就想：你跟我比嗎？其實重點不是在於這，我們國人那邊，沒有和產業界接觸，就沒辦法了解產業的訴求在哪，沒辦法了解整個問題在哪，所以他的處理方式絕對只能用求人的方式請求對方不要課徵。談判的時候怎麼樣展現出我即便求你也不是你所想像的和你乞求，我要的只是一個正義的裁決。談判的氣勢在整個談判過程中，要自己想辦法去培養，這不是一上談判桌就會了，尤其在這種專業的經貿談判中，是需要專業的。

所以可以看到我的講稿上，今天大概分成前言、何謂國際經貿談判、有效參與國際經貿談判之重點建議、談判者應具備的條件，談判者應具備的條件裡面，我絕對沒有說一定要英俊貌美，最後我在做個簡單的結語。其中特別提到的是，在今天的演講中，我只是把我們中華民國政府在參與國際經貿談判的過程，和各位做個簡單的敘述。這個講義是我自己做的，只是請他們畫圖。這個敘述事實上要告訴大家，我國再參與 WTO 的整個過程當中，首先在 1948 年 1 月 1 日，我們是 GATT 的 23 個創始會員國之一，我必須告訴各位，我不相信當時的蔣中正會去談判，但當時我們是五強之一，不需要談判也是強國，所以當時不太需要講話。然後，1950 年退出 GATT，美國當時說退出吧，好我們退出，所以當時也不需要講話。再來，1965 年以觀察員身分列席 GATT，美國當時說你進來吧，我們就進去了，也不需要講話。

這裡面有個問題，我時常在想，開玩笑這裡面有沒有外交部的同仁，現在不要難過，1971 年被人家腳踩在頭上，被趕出聯合國，頭都不敢抬了。再退出聯合國之前，基本上我們的運作都是靠著各方面的金援，給金援讓別人支持，所以需要嘴巴的機會不多。甚麼時候開始需要談判？1970 年代整個政府政策的改

變，國際化制度化與自由化出現，以及國民所得升高時，別人就會開始來找你談判。當時談判的東西是甚麼？當時因為我國本身貿易條件，在開發中國家階段關稅很高、貿易障礙很高，所以主要談判是降低關稅。美國來和我們談關稅降低，當時蕭萬長先生，現在的副總統，以及現在最高法院的大法官，賴英照先生，兩人閉門就和對方慢慢談，他們的談判方式是和對方談食品降多少、鞋子降多少，沒有甚麼 consultation 也沒有 coordination，他們兩個的 coordinate 很爛的。所以就這樣子給了美方降低關稅，慢慢談，問題一樣一樣解決。當時需要的口才其實差不多，因為我們不認識國際規範，在處理這類問題上面，口才就不被認為有太大的重要性。

1986 年我在比利時，當時要開放美國菸酒進口，尤其是香菸，英國透國歐盟我國要開放美國香菸進口，同時也要開放歐盟香菸進口。當時我們希望原則上，in principle，開放歐盟香菸進口，但可以好好談，這也是談判中誘導談判的一種方式。結果對方臉就拉下來，問談甚麼談？要怎麼談？這邊可以注意到，談判高手知道這邊的問題是迫在眉睫的時候，他說怎麼談？歐盟有 12 個會員國，如果一個國家談一個月，我要到一年以後才能開放，這在當今的處理上是不合時宜的，而且根據關稅暨貿易總協定的規定，就是不歧視，開放美國香菸進口就應該一體適用到每一個國家。當時敵人老太太在旁聽不懂甚麼叫做最惠國待遇，因而當時完全感覺到，對於手上要處理的國際業務之國際規範，如果不懂是沒有辦法談判的，完全會處於劣勢。所以當時談完後，我就決定回國後要處理關稅暨貿易總協定的事務，這是當時自己立下的期許。也是那時候才知道，原來國際間是有規範、是有國際規則的。在處理過程中，台灣慢慢開始 warm up 國際談判的經驗。

到 1990 年加入關稅暨貿易總協定的時候，真正開始面臨談判，剛開始去做的遊說工作都還算簡單。當時就有關稅暨貿易總協定的人告訴我，如果真的要加入 WTO，前半段的遊說都還是小事，真正難是難在後半段的談判。那個難是難在 market offers 的問題，市場進入條件夠不夠，國際規範有沒有遵守，例如常常講的笑話，紐西蘭要鹿茸進口，我們告訴他們會有社會問題，他們不懂會有甚麼社會問題，問說鹿茸有甚麼功用？鹿茸就是中國的威而剛，但他們不這樣會造成甚麼社會問題，只好跟他們說，鹿茸有高附加價值部份，鹿茸進口會影響鹿茸生意，鹿茸生意會影響到失業，失業就會造成社會問題。一連串問題下來，對方聽了只有一句話，說這是產業結構問題。可以注意到在參與國際談判的時候，剛開始是開發中國家，你講話外行沒有人會說話，但一旦進入這個 community 的時候，就必須講行話。

在 WTO 過程中經歷過這麼多時間，從成為 WTO 會員到現在為止，台灣經歷很大改變。今天台灣加入 WTO 後，就不能把自己當成一個微小的國家處理，而是當成國際社會之一員，在處理國際事務的過程當中要納入國際事務的思維。這是我這邊給大家做的建議。

什麼是國際經貿談判

第一，它的經貿屬性高。例如 World Trade Organization、OECD、NAFTA，還有 KORUS FTA，KORUS FTA 就是韓國和美國間的自由貿易協定，還有現在正在新加坡召開的 Asian - Pacific(APEC)，這些都是有經貿屬性的東西，但是有些議題偶爾也會參與，就是參加國際談判也需要的，例如 Kyoto Protocol，京都議定書事實上也和貿易有關連性，所以在談判的時候也含有貿易條款。如果有這些問題的話，國際經貿談判基本上它的經貿屬性比較強，它談的通常是貿易問題。

國際經貿談判大致上都是兩國或三國以上的談判，所以可以分成雙邊、多邊或複邊。雙邊的部分例如 TIFA，最近牛肉的問題讓它吵的沸沸揚揚。跟美國談判有其方法，但也要忍受他們的盛氣凌人。在亞特蘭大奧運會的時候，美國在開場用我們一對原住民老夫妻唱的歌，我們說你們這樣侵犯我們的著作權，侵犯文化財產，美國說了和現在美國在台協會處長說一樣的話，甚麼摩托車撞死人比吃牛肉死的人多，真是胡說八道，這就是沒有 diplomatic 的想法，那時美國說台灣很難讓人聽到，所以我們使台灣讓全世界聽到，使用我們的音樂不算傾害財產權，反而在做善事。那時真想一腳踩死他，但又不能這樣跟他講，只能和他講國際話，我告訴他你這樣是侵犯智慧財產權。雙邊談判有很多形式，像台日經貿諮商會議、美韓自由貿易協定都是屬於雙邊的會議。

跟日本人談判，資料要準備非常充分，他們會一直講講講，他們英文不見得好，你的英文也不見得好，但他們會一直澄清再澄清，一直到確定沒有問題才會和你們簽約。當時我們再和日本談避免雙重課稅，簽完後，在東京全日空飯店的大會堂，我跟他們說，我們辦暫審通關的同事，剛開始辦的時候還是小姐，現在都是兩個孩子的媽了，還好不是等她變成 grandmother 的時候才簽。但日本人不是個太有幽默感的民族，我話一講完，所有人都愣在原地，那張照片真該留下來。

這邊要告訴大家的是，其實在談判的時候，有一點點幽默感是蠻好的，聽說我那次談完後，日本經產省誰都知道有我這號人物，這樣也不壞啊！日本因為女性出來談判本來就很少，尤其女性主管本來就少。那次去談不只談了這個東西，還另外談了小汽車進口，那次的談判我真的逼得日本人當場就改，我一直跟他們說你們的費額用完你們在增加都沒有意義，一直講講講到後來他實在沒話可講，最後只好說我還要問業者的意見，我說日本業者都聽你們的哪還要問他們的意見，你告訴我今天可以了我明天就發簽證。因為我的資料準備充分，所有可用的詞都用上了，而且我態度誠懇，所以日本人最後就同意簽了。所以在處理的時候，要配合人的個性，還有談判的特色。

複邊的部分有政府採購協定、民用航空器協定，還有資訊科技協定。最主要這些談判的國家不只兩個，就是兩個以上，但也不全部都是 WTO 的會員。多邊協定這邊就不再多說了，大家看看就知道。另外，整個國際經貿談判間最大的特色在於，它是政府間的談判。韓國在我國加入複邊貿易組織的時候，和我們談小汽車進口，就帶他們的業者來和我們談判，但當時我國就不准業者進入，因為這是政府間的談判，不允許業者進入。所以可以知道，政府間的談判特色在於，政府官員的參與。

另外的特色在於主題明確。第一個，市場開放、排除非關稅貿易障礙。例如剛舉例的 market dumping，就是排除非關稅貿易障礙，市場開放就包括原來的限制措施怎樣排除，除此之外，還有關稅要怎麼降低，關稅降低是有很多技巧的，但今天時間不夠沒辦法和你們說故事，有機會你們來找我，我來和你們說故事。第二個要看到的是國際經貿規範之制定及監督。規範的制定，例如 WTO 的所有規定都是大家談出來的。另外還有監督，國際規範一旦制定，各國是否遵守都會受到監督。

第三個，國與國間經貿糾紛調解。國與國間一定會有經貿糾紛的產生，國家養了律師，律師就會找漏洞，爲了替某些問題，有其立場要保護時，說法上常有不同看法，尤其在 WTO 架構下的特色，因爲 WTO 是一個妥協的機構，是一個共識決才能做決策的機構，所以很多條文的文字能看出有妥協色彩，這些妥協色彩就導致有很大的解釋空間，這就是國際經貿好玩之處。國際經貿規範的制定、糾紛的調解在國際經貿談判中也非常重要。第四個，國際合作。國際合作比較簡單，通常是大家怎麼去談，未來怎麼一起去做一些事情的問題。我覺得裡面比較難的兩項是市場開放、排除非關稅貿易障礙，前面三項其實都很難，尤其談到經貿糾紛，需要的專業技能很高、語言能力很強。

怎樣有效參與國際經貿談判

如果把談判做一個 cycle 來看，第一有事前的準備、談判的進行、事後評估，一個回合談判以後要不要舉行下一個回合是由事後評估來做。事後評估在這裡沒做細項，待會如果有時間再和大家分享。

事前的準備在國際經貿中是很重要的一個環節。第一個，要掌握議題。國際貿易局在處理時，事實上有時因爲議題不能即時送到，所以不排除考前猜，考前猜題，例如餐與國際大型會議如 APEC，議題送來非常的慢，只好先做考前猜題。考前猜題必須掌握國際經貿情勢，必須假想會是甚麼情況，如果開始談 TIFA，會談甚麼問題，牛肉議題一定會在議題上，藥品議題也會在議題上，所以要注意到美方經常關切的是甚麼東西，它可能要的就是甚麼。像我們和日本談判很清楚，對方很關注我國的智慧財產權，如果是這樣的話，可以把智慧財產權分開成另一個場次去談判。掌握議題非常重要，另外就是要確定談判結構。

很多時候談判不是單純聊聊天，聊天哪有這麼容易，談判結構在哪？比方說談判菸酒的時候真的只有菸酒嗎？還會有稅收的考量。關稅要不要降？煙農要不要繼續養他？葡萄農藥不要繼續養他？國內還有那麼多的反菸人士。要注意到，這是一個談判結構的問題。在談判過程中不能輕忽、簡化，談判要越周延越好，要把相關的 sector 也考量進去，這樣才是一個完整的 preparation。事前的準備在這一塊是非常的重要。

另外，蒐集情報。以前吳儀和美國談智慧財產權的保護的時候，吳儀根本不理美國，美國說要課 150 億美金的報復性關稅，一經公佈，吳儀馬上停掉對美國四十二架波音飛機的訂單，吳儀早已掌握了內部可運用籌碼。在談判過程中，難道可以不用去瞭解一下國內有哪些籌碼是可以運用的嗎？所以情報的蒐集非常

非常重要。

我告訴各位我以前在歐洲唸書的時候，一個越南同學跟我說，你們有個台灣作家非常非常好，男主角都好英俊，女主角都好漂亮，他說名字叫瓊瑤。我說如果瓊瑤知道國際經貿的規範，知道智慧財產權的保護，我告訴各位你們現在還要看瓊瑤的那些無聊電影，因為她錢多了，她可以爭取版稅，會有更多錢的來源。所以這邊要告訴大家，如果情報蒐集的好，對自己、對整個業界都是有保護的空間。

產業溝通。在討論任何東西的時候絕對都不能忽略產業的利益，萬一產業的利益消失，則談判的結果未來得到國內的支持會是有限的。這邊要提到我們政府現在正在跟中國大陸簽 ECFA，在蒐集情報與產業溝通上面是非常重要的事情。

議題底線。我們第一次和美國談農產品談判的時候，那時候很緊張，我們問農委會你們有沒有準備好底線？有有有，我們準備五個底線。沒想到一上桌面，一下子就直接殺到第五個底線。這邊要注意到，底線的設計是很重要的。

沙盤推演。這次報上看到沸沸揚揚的 ECFA，在他們走以前我們已經和他們沙盤推演至少兩次，重點是要我設計的 issue 他們可能會怎麼樣提出，讓大家知道在何種情境中該怎麼應付，所以沙盤推演是很重要的，當然如果遇到很睿智的人，他不需要，那也沒辦法啦！但我還是勸各位自己要去思考，在假設那些情境的時候可能會碰到甚麼樣的情況，這在過程中是非常重要的。

溝通與遊說。尤其在國際經貿談判裡頭，有時經貿規範的制定，不是一個國家可以獨撐的，需要和其他的國家聯手，如果在這種情況下，就必須和其他國家去談、爭取支持。尤其像我們的農業，日本的農業結構和我們很接近，這時日本就應該是我們可以聯手合作的對象。我們可能就需要和日本人談，關於這個東西我們的看法一樣，可不可以一起來做，這樣在會場上就可以增加聲勢。

養精蓄銳。我告訴各位，年紀大的人上了飛機就睡不著覺，下了飛機又愛暈。年紀大的人最好上飛機就看電視，給電視看，對我來說非常有效，電視一開就睡著了。精神好或不好，很容易讓人逮到弱點，利用你精神耗弱時去切入重點。對我來說爲了身體關係本來已經不喝咖啡，但爲了談判，還是早上一杯咖啡喝下去，從早八點半耗到晚上八點半，兩個眼睛瞪得跟球一樣大，完全讓人沒有辦法趁虛而入。在談判的時候真的必須要有這樣的體力和能耐，怎樣調整體能很重要，尤其到美國去剛好日夜顛倒，該怎麼辦？我告訴各位我當時就是去慢跑，早上起來天再黑還是要去跑步，很快時差就可以調過來。每個人體質不一樣，我不敢說對各位都有用。

是否完全不能妥協？在處理過程中要預設已見後，還有很重要一點，必須要去設想萬一有什麼情境，有沒有妥協空間？妥協空間和議題底線的設定當然是有關聯的。所以在設計的過程中，第一個底線的設計必須合理，第二妥協的空間需要去設想。這是談判過程中經常要去設想的，但是妥協絕對不是一上場就要妥協，必須是在各種情境下都沒有辦法時才做的最後選擇。妥協要妥協的漂亮。以前何美玥在談判的時候，因為她白白瘦瘦的，她每次講這樣我回去可能會沒工

作，我可能會怎麼樣，她那個樣子講很有效，如果是我講我回去會沒工作、我身體不好，根本沒人會相信。怎樣利用自己的情境去處理，基本上需要去討論的。談判過程中其實最重要的是在過程中要了解如何察言觀色。事後評估也很重要，應該檢討整次會議的過程，如有錯誤也要尋求改善。

談判者應具備之條件

良好的組織能力及溝通能力。談判的人絕對不是穿西裝，坐在那邊漂亮就算了，不是賣弄口舌就算了。而是你必須要了解怎麼樣去和對方溝通，尤其是在政府談判裡，是要協調很多單位的，怎樣說服對方，讓對方願意把他的問題告訴你，讓你好去做事，是很重要的一件事。

懂得傾聽及仔細傾聽。很怕談判過程中因為沒有聽好而做出錯誤的判斷，所以在談判過程中要非常的注意。我記得我在和老共有過交涉的時候，我就是非常注意，任何細微末節都不放過。所以在談判中要懂得傾聽及仔細傾聽，因為這也是一種禮貌。

知所進退，有攻有守。但今天沒有太多時間去講述這個經驗，以後有機會再說。

從容不迫、臨場應變及適度幽默感。這些都是要告訴大家，在談判氣氛緊繃的時候，要怎麼讓大家放鬆一點。

足夠溝通之外語能力。英文也不見得要好到哪裡去，剛才那位教授有提到，現代的國際經貿談判的人，應該要懂得現代的工具，比方說上網。我次去 APEC，旁邊坐了位日本人，我就跟他談農業檢驗，我告訴各位，他講完了我根本不知道他講甚麼，我講完了他也不知道我講甚麼，但兩人講的很快樂，講得興高采烈講了半天，當時何部長有給我個任務，要我去問他到底有甚麼問題，結果我發現我完全沒有達成任務，後來怎麼辦呢？回到台北以後，趕快送 E-Mail 給他，告訴他我非常高興在飛機上和他有個愉快的 conversation，然後問他在經過談話以後，你覺得我們還有甚麼需要注意的嗎？注意到，這邊是很技巧的。結果他就回信告訴我他覺得有哪些地方該注意的。所以足夠的溝通外語能力是很必要的，我昨天接見一團澳洲國會議員，對方英文比我好太多，英文要講也講不過人家，要念莎士比亞也念不過人家，只好和他們說昨天在立法院預算審議的過程，天花亂墜的和他們說，他們聽了快樂的不得了。所以我告訴各位，足夠的外語溝通能力要有，但不一定要 perfect，重點在於後面 draft 那個 manual 的時候，每個字都要小心。

另外重要的是，要具備專業知識及嚴謹的邏輯觀念。講出來的話要能夠說服人，所以專業知識能力一定要夠，不要讓別人覺得你是半桶水，那會是很危險的事情。

結論

國家經貿利益需更多談判人才去爭取，WTO 提供我們良好場域，我們要多加利用。同時後 WTO 時代對外經貿談判官員應有新思維，不要只抱著一個產業不放，必須要注意到還有其他產業要養，所以新思維很重要：有攻有守、專業掛

帥、團隊表現、擴大參與。同時，國際經貿舞臺上你來我往樂趣無窮，親身體驗，經驗傳承。我今天報告到這，謝謝大家！

三、國際人權法

(一) 計畫宗旨

本研究計畫「跨國法律規範理論與教學模組之建構」，由於傳統國際法教學於知識論上的侷限，僅將國際法定位為國家主權間所同意的法，使得法律系學生在學習國內法時難以與所謂的國際法做連結，因此在教學上有必要建構一套跨國的法律規範理論，本計畫的目標乃藉由探討條約國內法化以及國際規範內化於我國法律體系之實踐問題，提出以跨國法律關係為主軸所需之規範作為基礎理論，並結合本土案例以及實務運作，與規範理論作一反思和對話，以此形成教學之模組架構。

(二) 國際人權法教學研究之目的

國際人權法教學模組之建構的提出，主要目的為檢視國際人權條約以及國際人權規範內化於我國法律體系後的實踐性問題。藉由檢視我國完成締約程序或是經立法院批准通過的人權公約，例如，我國 1970 年加入的《消除一切形式種族歧視國際公約》、2007 年立法院批准通過的《消除一切形式對婦女歧視公約》，2009 年 3 月 31 日由立法院依據憲法第 63 條規定，議決通過《公民與政治權利國際公約》與《經濟社會與文化權利國際公約》，同時三讀通過「兩公約施行法」，總統並於 4 月 22 日公布兩公約施行法，5 月 14 日再簽署批准兩公約，接著同年 12 月 10 日正式實施兩公約施行法，本計畫以此些公約為規範理論基礎，檢討國際法規範在我國法律體系中有關法律規範效力上的缺失與問題，藉此提出以個人作為規範主體時，於跨國法律關係下產生的人權保障之議題與問題，建構垂直與水平之國際法規範體系之空間。

此外，聯合國所通過的其他核心國際人權公約，包含：《兒童權利國際公約》、《禁止酷刑和其他殘忍不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》、《保護所有移徙工人及其家屬成員權利公約》以及《殘疾人士權利公約》，對於不是或是無法加入此等人權條約的我國而言，雖然不會發生履行人權條約義務的國際監督問題，但因國際人權法規範所具有的普世性，因而仍有國際人權法規範與標準內化相關的議題與問題。檢視國際人權條約國內法化與規範內化在我國的實踐情形，將有助於說明建構具有跨國法律性質與效力之跨國法律之規範理論所必需具備的條件。

由於我國特殊的國際社會處境，在無法以國際條約正常批准程序下參與國際社會時，為避免我國被置於國際法律體系規範之外，藉由實質國際規範內化以確認規則的存在，此種論述方式，可解決上述程序的問題，使我國實質參與國際社會避免被邊緣化，此外，在人權保障的意義上，避免國家以非公約締約國為由規避人權保障之義務。

(三) 國際人權法教學模組之建構

本計畫結合理論與實務的對話方式，建構國際人權法規範理論的教學模組，本計畫直接以法律系三年級國際人權法與人權理論的授課班級為教學對象，於課程中先介紹國際人權法之基本規範，並探討國際人權規範內化於我國法律體系之相關問題，經由對照我國國內法之規定，發現人權理論實踐於內國法律體系所產生的缺失，再由對話式教學的過程以及進行本土案例之研究，引發同學對於與人權有關之法律問題的反思及回饋。

(四) 國際人權法教學之研究方法

1. 跨國法律規範的「國內法化」與「內化」

一般論及國際法在國內法的地位以及國家如何適用國際法時，傳統國際法教學於國際法與國內法關係之專章，多數停留在一元論與二元論的爭執，而無法解決跨國法律規範之適用問題，亦未能觸及國際法進入國內法律體系問題之核心。由於所有國際法的落實必須是以國家間主權的同意為基礎，使國家依其主觀意志於國際社會從事法律行為時會受到規範，而此規範在各國間皆會有一法定的國內法化過程，也就產生了國內法化的問題。

國際法或跨國法律規範的「國內法化」有狹義的與廣義的兩個面向。第一，狹義的國際法「國內法化」國內法化概念，一般所論者為國際條約透過國際法上的簽署與批准等程序後，直接構成國內法體系之直接法源，或是透過施行法等轉換程序成為國內法律體系的一部分，此外，國際習慣法的國內法化於國內之效力問題，亦是狹義的國內法化之概念。以國際人權法而言，各國人權保障義務的建立依據，主要來自幾個核心的國際人權條約，其所揭示的權利保障內容成為締約國所應遵守之義務，國家藉由將國際人權規範國內法化的過程，使國際人權規範成為國內法體系的一部分。

第二，廣義的國內法化，包含了狹義的國際法「國內法化」以及軟法(soft law)的「內化」兩個概念。其中，國際法或跨國法律規範的「內化」，指的是在沒有所謂的條約參與的國際法秩序當中，直接在國家的國內法相關領域例如金融法、投資法或買賣法等等去採納國際法的規範，亦即國家沒有條約等法律文件的拘束，但也能夠或是在國內法律相關規範意義上得到銜接，使規範的呈現跨國的意義，此為跨國法律行為、跨國事實關係與跨國法律規範實踐的問題，因此「內化」此概念就是國際法律規範變成國內法律規範的一部分，可能透過各種途徑成為國內法體系的形式法源或實質法源，內化進入該國之法律體系。

國際法或跨國法律規範的「國內法化」在一般國家為一常態無加以討論之意義，但對於我國特殊的國際法身份而言，在無法參與條約正常批准程序下如何參與國際法秩序的背景下，國際法或跨國法律規範的「內化」則有重大的意義，以國際人權法而言，藉由國際人權規範的內化，更能解決非公約締約國的人權保障義務問題。

人權是一個普世的價值，每一個人只要存在都應該要享有的權利，國家基於對內統治的正當性以及對外主權的行使，國家有批准通過人權公約的義務，更進一步落實人權的保障，積極的將具有應然規範意義的軟法由抽象的規範轉化為有

實質效力的國內法，將軟法的規範意義內化進入國內法律體系當中，使人民享有充分的人權。故國家人權保障義務的實踐並非以條約批准之國內法化程序為己足，在實踐上包括國際人權規範全面性的內化，使國家的立法與政策產出皆具有人權的規範意義於其中。

2.軟法

「軟法」為對締約國而言雖不具法律之拘束力也難以去執行，但對於國際社會以及國際法秩序之建構有其影響性，且經過各國之普遍實踐，軟法亦會演變為「硬法」，從而對各國產生法律上的拘束力。軟法的型態通常為國際組織所通過的決議、宣言，為一種尚未實證化的應然法，其形成表現出國際社會對於特定事務或議題，具有共同的認知及遵守該規範之意願。在以國家同意為基礎的國際法秩序當中，除了以國際條約、國際習慣此等形式法源作為確認國際法規則存在的方法外，軟法雖不具法律效力與拘束力，但作為一個實質意義上的規則依據，在跨國法律規範的論述建構上，有形成國家意志合意的作用與功能¹⁰⁸。雖然軟法常被認為是不具法律拘束力的文件，但在國家或國際的層級上，經由一段漸進的過程，採取各種措施來實現國際的宣言、協定等，則將使軟法在國際上成為具有拘束力的規則，最顯著的例子，世界人權宣言已成為當今國際人權規範的基石，以及多數國家立憲的典範¹⁰⁹。

國家基於主權同意行使條約義務而落實人權公約之保障內容，此為國家保障人權的一般方式，國家落實人權保障的依據並非僅以締結條約為唯一方式，國際人權規範有另一個來源就是「軟法」，軟法是除了公約外提供更廣泛、更多面向，甚至於更具充分與完善的人權保障規範內容與標準。軟法就是國家間對於特定事務與問題的處理已形成具有相當程度共識之規範設定與認識，在形式上不是條約的文件，而且也尚未發展成為國際習慣法，但是在國際社會卻能產生一定的規範作用，國家之間也經常仰賴或是依據這些不具有拘束力的標準、原則與準則等，作為說明、詮釋國際法規範與條約規範意義的證據與論理基礎的文件¹¹⁰，例如一些較為耳熟能詳者：世界人權宣言（Universal Declaration of

¹⁰⁸ Kenneth W. Abbot and Duncan Sindal, 'Hard Law and Soft Law in International Governance' in Charlotte Ku and Paul F. Diehl (eds) *International Law: Classic and Contemporary Readings*, 2nd edn Lynne Rienner Publishers, Inc., Colorado, 2003, pp. 51-57. Dinah Shelton, 'Normative Hierarchy in International Law', 100 *AJIL* 291, 2006, pp. 319-322.

¹⁰⁹ Roberto Andorno, 'Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics', *Journal of Medicine and Philosophy*, volume 34, 2009, p. 225.

¹¹⁰ Alan Boyle, "Soft Law in International Law-Making" in Malcolm D. Evans (ed.) *International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2nd ed. 2006) pp. 141-156; D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law* (Sweet & Maxwell, London, 6th ed. 2004) pp. 61-65. Andrew T. Guzman and Timothy L. Meyer, "Explaining Soft Law", available at: <http://ssrn.com/abstract=1353444>.

Human Rights），維也納宣言與行動計畫（Vienna Declaration and Programme of Action），人類和平權利宣言（Declaration on the Right of Peoples to Peace），發展權宣言（Declaration on the Right to Development），原住民族權利宣言（Declaration on the Rights of Indigenous Peoples），斯德哥爾摩人類環境宣言（Stockholm Declaration on the Human Environment），21世紀議程（Agenda 21），檢察官職責準則（Guidelines on the Role of Prosecutors），跨國企業準則（Guidelines for Multinational Enterprises）。

國際現實上，由於軟法不具有拘束力，因而其所包含的實質內容通常較容易被國家接受，國際環境法所通過包含原則性規範的框架公約（framework convention）就是例子。基於此說明，可見軟法的種類包含具有法律效力的條約與不具有法律效力的非法律文件兩種，前者雖然是法律文件且具有法律效力，但是由於其規範內容過於抽象無法產生拘束力，所以被看成是軟法；人權公約所揭示的權利內容，如果不夠具體，也可能會被視為是軟法；例如，經濟、社會與文化權利國際公約第1條、第2條、第11條與第15條規定，由於過於抽象，負有履行義務的國家或政府就會認為這些條款也是屬於沒有拘束力與無法執行的軟法；後者則是典型意義的軟法¹¹¹。

國際法理論傳統上以實證主義與寫實主義為方法論，實證主義的方法論以現實存在的資料作為確認國際法存在的唯一證據，而寫實主義的方法論則以國家意志作為國際秩序得以運作、規則得以制定的基礎，此皆為形式主義的詮釋方式，對於解釋國家以實質的國際法法源作為國際人權規範的基礎上有所不足¹¹²。以國際人權法而言，實證主義方法論可能使人權規範淪為形式上的效力，即人權規範的存在來自法律的制定，且經不同國家實證化後的權利甚或未能經國家實證化的權利，將使本質上的人權失去其普世性，而以國家同意為基礎的主義方法論，將使人權落入先國家同意的後果，使人權產生不確定性。因此以「軟法」此種實質法源作為國際人權規範的另一個來源有其必要性¹¹³。

（五）國際人權法教學之實踐

1. 對話式教學一

理論與實務結合之對話式教學

國際人權規範內化於我國法律體系之實踐—公平審判權之研究

¹¹¹ 鄧衍森，國際人權規範另一個來源—軟法，TAHR 報春季號：兩公約專輯，台灣人權促進會，2010年3月。

¹¹² 鄧衍森，基礎國際法教學議題與問題的反思，台灣國際法季刊第四卷第二期，2007年6月。

¹¹³ 鄧衍森，國際人權規範另一個來源—軟法，TAHR 報春季號：兩公約專輯，台灣人權促進會，2010年3月。

理論與實務結合之對話式教學

國際人權規範內化於我國法律體系之實踐—公平審判權之研究

- ◎開課班級：國際人權法
- ◎授課教師：鄧衍森教授
- ◎受邀之專家：高榮志律師（法律扶助基金會專職律師）
- ◎演講主題：人權於刑事法的實踐
- ◎問題引導：
 - (1)人權的概念？概念觀？
 - (2)刑事實體法—規範的對象？幾個原理原則？
 - (3)刑事（訴訟）程序法—目的？原則？
- ◎專家與學生進行對話：見對話紀錄。
- ◎對話延伸之問題—死刑存廢之爭議。
- ◎影片推薦：「24 小時反恐任務」，同學自行觀看。

就公平審判之研究，本計畫邀請實務界專家以理論與實務的對話方式，說明人權於我國刑事訴訟法中的實踐。主要以國際人權規範《公民與政治權利國際公約》中的「公平審判權」為主題，探討公平審判在我國刑事法體系下實踐的情形，並輔以專家之實務經驗及所面臨的問題討論之。我國刑事法律體系發展至今仍不斷在建構與修正當中，刑事訴訟法整部大體符合國際人權規範，唯有部分規定例外，就刑事制度的實際運作上仍有不少待修改之爭議處。我國刑事訴訟法是以法官、檢察官、律師為規範主體，於規定與制度上為限制法官、檢察官之司法人員為出發，使法官排除人性之弱點盡量合乎公平審判之原則，但制度設計若缺乏被告之人權保障之規範目的，將造成法官徒然依法行政而罔顧被告人權。合乎人權標準之刑事法制度應是保障被告人權為核心，一個受刑事審判之被告，應享有之權利包括平等的受公正公開審的權利、接受辯護的權利、無罪推定原則保護、在合理時間內受審判的權利、不得強迫自供或認罪、詰問權等。刑事法體系改革於實務界與學界爭論多時，未來將朝更加保障被告人權的運作方式發展，主要是審辯雙方武器對等原則、當事人進行主義以及起訴卷證不併送制度，此些以保障被告個人權為規範主體之規定，使被告於法庭的防禦權行使上具有平等性。本研究以此國際人權規範原則檢視人權於我國刑事法的實踐情況。

2.對話式教學二

理論與實務結合之對話式教學

國際人權規範內化於我國法律體系之實踐—死刑存廢爭議之探討

理論與實務結合之對話式教學

國際人權規範內化於我國法律體系之實踐—死刑存廢爭議之探討

- ◎開課班級：人權理論
- ◎授課教師：鄧衍森教授
- ◎受邀之專家：林峯正律師（民間司法改革基金會執行長）
- ◎演講主題：冤案不絕，死刑無解
- ◎影片欣賞：「自由的滋味 島國殺人紀事 3」
- ◎問題引導：由蘇建和三人案的紀錄片引發同學對於刑事程序、冤案與死刑間的問題思考。
- ◎專家與學生進行對話：見附錄。
- ◎影片推薦：島國殺人記事（蘇建和三人案）、島國殺人記事（盧正案）。

自 1977 年起即致力在全世界推動廢止死刑的國際特赦組織則是在 3 月 30 日發表全世界死刑報告，也許是台灣的廢死議題已引起國際社會的矚目。2009 年一整年，歐洲沒有執行任何一件死刑，美洲僅剩美國仍然處決人犯，全球大部分的死刑個案依舊集中在亞洲和中東，尤其是中國、伊朗、伊拉克與沙烏地阿拉伯。總結來說，截至 2009 年底為止，法律上已廢止死刑或有 10 年以上沒有執行死刑的國家已達 139 國，2009 年也僅有 18 個國家曾經處決死刑犯。

廢除死刑的國際趨勢清楚明白，足供我國民眾參考，而國內外的案例也顯示，司法冤判不時發生，百分之百準確的司法是不存在的。國際特赦組織表示，自 1973 年以來，僅僅美國就有 130 個死刑案件被清楚證明是冤判。如果美國，日本的司法都只能有這樣的水準，要如何說服大家台灣的司法水準能夠超美趕日。

然而不是凡事都可以學外國，為何死刑犯殺人手段之兇殘，卻還能夠容忍殺人者苟活於世，可是司法冤判不絕於史，為何平日不信賴司法的多數台灣民眾就無條件相信台灣法院作出的死刑判決，實在令人費解。此波關於死刑的論辯仍在進行，死刑議題是人命交關，期盼再作思辨。長期以來不受重視的犯罪受害者保護問題，法務部責無旁貸應向全體國民公開報告如何加強，而非只是將死刑作為撫慰被害人的唯一途徑。不論台灣在未來如何定奪死刑議題，政府都應盡責於被害人保護的領域。

3.公平審判權之對話式教學

高律師：同學對於人權的初步想法為何呢？

- A 學生：人的尊嚴。
- B 學生：避免人權利的侵害。
- C 學生：大家都要平等。
- D 學生：基本權利。

高律師：什麼樣的基本權利？

E 學生：不可缺少的權利。

F 學生：上位的權利。

G 學生：每個人都有的權利。

H 學生：不可侵犯的權利。

高律師：有什麼權利是不可侵犯？

I 學生：生命。

J 學生：自由。

高律師：還有什麼其他權利是絕對的、不可侵犯的？

像是憲法第 13 條內在宗教信仰的自由就是一種。

一般我們會認為「生命」是者絕對的權利，可是在台灣是這樣的嗎？台灣有死刑的存在，所以看來在台灣所有的權利都是相對的，生命權也是相對的。

K 學生：人權是良心自由。

L 學生：人權是以人爲本。

高律師：以人爲本的相對是以誰爲本？

現在之所以談人本一定有相對的概念，因爲以前不是以人爲本。

M 學生：人權是國際法的概念。

高律師：爲什麼？

M 學生：人權像是操縱國內法的標準。

高律師：因爲國內法做不到，所以才要談國際法，以此爲模範。

N 學生：上面一個問題，以神爲本。

高律師：自中世紀，受宗教思潮的影響，歐美國家受宗教影響，神權思想較重。

在台灣宗教信仰、道德決斷教不像歐美那麼強，價值較爲相對。

O 學生：人權是程序保障，國內法不夠的地方就透過國際公約來保障。

高律師：談到訴訟法、程序法的原則，沒有這套人權標準就是空談。

就刑事訴訟法的目的來看—

第一發現真實、第二法治原則和程序保障、第三法和平性。

其中最關鍵的是「真實性」的問題，是我國目前面臨最重要的問題。

高律師：在談保障時，會想到什麼族群需要受到保障。

P 學生：弱勢族群，相對弱勢的，像是買賣定型化契約中的消費者保護。

Q 學生：人權的概念在私人與私人間應該是衝突的關係，而國家對私人才具侵害的問題。

R 學生：弱勢的族群，像是女性相對於男性。

高律師：台灣有什麼弱勢族的族群呢？

S 學生：相對於老師，學生是弱勢。

高律師：過去行政法所講的特別權利義務關係，像是學生、軍人、受刑人，現

已經不談了。

T 學生：窮人相對於富人也是弱勢的。

U 學生：人權是不能拋棄的。

高律師：可是關在監獄裡的人也不想拋棄自由但卻失去自由。

鄧老師：像是勞工相對於雇主就是顯型弱勢。

V 學生：少數民族也是弱勢。

W 學生：黑人相對於白人。

高律師：我們其實是更歧視黑人的社會，台灣人在國外看到黑人比看到白人還要害怕。

台灣的種族歧視其實是很嚴重的，尤其對於移民、移工、外籍新娘的歧視。

在我所接觸到的，例如對於愛滋病患者、公娼、同性戀、移民、移工的歧視。

像是精障者在刑事訴訟程裡是很慘、很不利的。

到底有哪些是屬於弱勢族群，對於較常接觸到的才比較有感覺。

這些對於弱勢族群的感受度形成了所謂的「人權意識」。

這種意識感是比較難具體呈述去說服法官的。

這要經過教育、法治教育的改革，使想法、意識在求學過程中形成。

除非經歷特殊經驗才有特殊感受，我感受較強烈的是外籍勞工問題。

外籍勞工有什麼問題呢？同學家裡有外籍勞工嗎？

現在移工契約是兩年為限兩年後可再多加一年，雇主至多可再簽一次約共雇六年。

六年後遣返回國。為何我們的政策要這樣規定？

X 學生：保障國內工作權嗎？

高律師：其實是不希望他們待太久，怕他們落地生根。

主政者認為台灣是小島怕太多外來者，會造成經濟、社會的問題。

保障國內工作權其實是假，因為陸續一直都有人六年、六年的來。

最主要的是移工不能有自由轉換雇主的權利，不能自己找工作、不能亂跑。我們認為他們偷跑會造成社會混亂。這是對移工契約限制的根本想法。

對他們而言遇到什麼樣的雇主就看運氣了因為不能換雇主。

像是被性侵害的外籍看護工，又來自回教國家，可能精神崩潰，處境很慘。

事實上是我們的政策導致這些問題。

你能想像來自美國的芝麻街外語教師不能換工作嗎，不可能的。

這來自看待東南亞相對於美國的歧視，以及藍領相對於白領的歧視。

以上這些例子都只是縮影。

事實上人權是上位的國際法規範，在我國內國法不足時發揮引導的作用。

最主要的是「程序」的問題。

程序的規範對我國本來是不熟悉的，但現今在刑法、刑事訴訟法裡已大量談到。

刑事訴訟法裡什麼最重要？

Y 學生：證據。

高律師：證據是連結事實與法律最重的環節。

在實務中事實的建構要透過證據。

證據種類有人證、物證、鑑定等，刑事訴訟法中規定所有證據方法要程序來。

證據法定主義，所有證據方法要靠法律規定，如果不照方法來就不成爲證據。

證據的來源中，問題最多的是在人證，因爲我們不重視「程序」。

正常的訴訟程序用幾何圖形來看應該是一個三角形。

爲什麼代表國家的法官位在上方？爲何是一個三角形？

Z 學生：代表獨立審判的意思。

高律師：制度之所以這樣設計，因爲我們希望法官是中立、客觀的第三人。

但理論上是一回事，實際上是兩個對抗一個，形成法官與檢察官對抗被告。

現在制度運作的問題是審檢不分，檢察官法官化、法官檢察官化，變成糾問制。

檢察官調查一堆證據，檢察官覺得自己是法官，被告跟檢察官的攻防不見了。

檢察官就職位的設計出現偏頗是難免的，這是制度設計的問題。

如果沒有三角形的架構就無法像訴訟法規定的程序一樣運作，證據就難以形成。

同學覺得刑事訴訟法是保障好人還是壞人？

A 學生：應該是每個都有保障的到，但好像有保障壞人的嫌疑。

B 學生：保障懂法律的人

高律師：刑事訴訟法所有的制度設計都是保障被告、向被告傾斜。

像無罪推定原則、罪以爲輕原則、被告自白，都是有利被告。

刑事訴訟法主要的目的，就是傾向當事人有利的認定。

就無罪推定原則來說，實務上有難度，開庭時法官心裡很容易產生有罪推定。

制度設計就是爲了對抗人性，就是因爲法官會有心證，所以要強迫他們無罪推定。

當問不到口供時把人押起來真的會有效，押一個星期就什麼都招了。

那結果就是有做的招、沒做的也會招。

就蘇建和案到底他們有沒有做這我不知道，而逼供是有的，證據也是有的。

問題是證據力不足夠。證據認定的寬嚴與國家的人權的標準是相關的。

只要有「人」到法院就有證據，端視法官採信與否。

所以制度的設計就是要排除人性的弱點，像起訴書一本主義也是這個用意。

高律師：進入刑事實體法。

最重要的原則是「罪刑法定主義」。罪刑法定主義的原則有一禁止類推適用、法律明確性原則、禁止溯及既往等。

就法律明確性問題而言是最難的，解釋空間很大。禁止溯及既往也很難。有沒有違反罪刑法定主義是看檢察官的，例如「猥褻」，定義是很主觀的。

要如何才能符合刑法謙抑性、最後手段性以及最以為輕原則。

刑法在討論明確性時是在強迫你做決定，往對被告有利的方向做決定。

但為何做不到，因為是人性，這是制度為何要這樣規定的原因。

刑法是寫給誰遵守的？法官，刑法設很多限制也是給法官的。

這些違反人性的規定是刻意制定的。

其實人權概念是一種意識感，靠經驗累積的，國家也經過經驗和事件的累積，才將制度建立起來，而程序法像是一道道攔沙壩，限制國家的行為不侵害人權。

鄧老師：所謂依法行政，給發官依此作為的權力就是在侵害當事人的權利。

人權是作為一個先驗的價值規範，刑事訴訟法則是一個後驗的法律保障。

（六）課程規劃

【一】人權理論

1.教學目標：

從各種不同面向探討人權的概念及其論述方法以及其影響藉以反省人權主張與論述的有效性與正當性問題。

2.課程單元：

人權與人性；普世論與文化相對論；人權與社會的關連性；人權與義務的問題；人權理論的蛻變；人權與正義理論。

3.閱讀資料：

(1)鄧衍森，法治與人權，東吳法律學報，第十五卷第二期，2004。

(2)Y. S. Teng, New Features in International Human Rights Law, Soochow Law Journal, Vol. 3 (2006).

(3)Jack Donnelly, Universal Human Rights in Theory and Practice,Cornell University Press (2nd. ed. 2003).

(4)Richard Pierre Claude and Burns H. Weston, Human Rights in the World Community, Issues and Action, University of Pennsylvania Press (3rd ed.2006).

【二】國際人權法

1.教學目標：

理解國際人權法規範的形成、發展與意義，使法律人具備國際人權法基本知識與運作方法並瞭解其對於國內憲法基本權保障之影響。

2.課程單元：

國際人權法的歷史發展，國際人權法規範的國內法化，重要國際人權法規範的內容概述與國際執行監督機制。

3.閱讀資料：

(1)楊雅婷、陳文暉譯，國際人權概觀，國立編譯館，2007年9月。

(2)徐子婷、司馬學文、楊雅婷譯，國際人權的進展，國立編譯館，2008年1月。

(3)Rhona K.M.Smith, Textbook on International Human Rights (2nd ed.2005) Oxford University Press, Oxford.

(4)Human Rights, A Basics Handbook for UN Staff, Office of the High

(5)Commissioner for Human Rights,(2001) United Nations, Switzerland.