

2011-12-11 超國界法律研討會開幕致詞

楊楨理事長（中華民國國際法學會理事長/教授）

陳前會長、李執行長、陳副理事長、姚秘書長，各位貴賓、各位學者、各位同學：
今天我們借東吳的實習法庭舉行超國界法律研討會。超國界法律問題是陳前會長從 20 年前在東吳、政大任教時，就一再提及的，是他的專長、也是他的最愛，推展到現在，每個學校幾乎都有超國界法律的教學。

馬總統對超國界法律也很重視，陳前會長與馬英九總統在 93 年 9 月 27 日於市長沙龍舉辦了一場超國界法律教育座談會，很多學者專家參與。之後在 94 年，中華民國國際法學會由陳會長帶領出版了《中華國際法與超國界法評論》。這刊物從 94 年起每年 6 月、12 月出刊，一直到現在第七卷，內容包羅各類型－民法、刑法等超國界的法律問題。在國際化的趨勢之下，超國界法律越來越受到重視。我們很欽佩陳前會長有這樣的遠見，20 多年前就開始教授超國界法律問題，一直到現在世界村的趨勢之下，這個課題越來越重要；大陸的法學院也開始重視超國界的法律問題，這是很有意義的。以往超國界法律都是出版論文，今天是第一次以研討會動態邀請各位專家參與、討論超國界法律問題，意義更是重大。希望以後每年至少要舉行一次。我們感謝長文兄的領導，更感謝理律文教基金會對每次出版的大力支持。中華民國國際法學會很多活動受到理律文教基金會的贊助，今天研討會也是理律文教基金會主辦，在此感謝理律文教基金會的李執行長以及各個董事。希望今天在座的學者專家身體健康，研討會順利成功。

陳長文教授（理律法律事務所執行合夥人/教授）

楊理事長、各位老師、各位同學：大家早安！

我簡單地做一個引言：「超國界研討會舊題新解—以超國界法新眼光看傳統法學爭議問題」。

我們所說的超國界法就是傳統法學與國際公法、國際私法、國內法全部整合。今天有三個題目，涉及民商法、民商訴訟的題目，之後還會有行政法、刑法等的超國界議題。今天的大綱：超國界的民法議題、超國界的民訴議題、準超國界法律關係（兩岸關係）。談超國界法之前我們先談「什麼是法？」阿奎納（Saint Thomas Aquinas）說：「不公的法律不是法律。」富勒（Lon L. Fuller）說：「不管法律是什麼，應該問法律應當是什麼。」奧斯丁（John Austin）說：「法律，是主權者的命令。」哈特（H.L.A. Hart）說：「只要符合承認規則，就是法律。」

另外也有想法認為，法律就是法官的判決、律師的意見。「法律」，有人說是老師教的、有人說是律師的意見，有人說是檢察官的起訴書或者是法官的判決。究竟什麼是「法」？國內法是不是法律？國際法是不是法律？外國法是不是法律？內國法、外國法跟國際法之間又是什麼關係？學校裡有國內法、國際法、國際公法、國際私法、外國法的課，實際上這些法在今天 21 世紀有那麼明顯的區隔嗎？這是我們超國界法應該要談的。

美國法學家傑賽普在 1956 年提出「超國界法」，以「超國界 (transnational)」取代「國際的 (international)」的用語。他說：「所有的法律只要是規範跨越國界的行為或事件，這些規範不管是國際公法或者是國際私法，都包括內在 (to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included)」。都在內的意思並不表示只是這兩個而已。我加進去：「as are other rules which do not wholly fit into such standard categories」，「as pure domestic laws」也就是，純粹內國法之外的，都在超國界法的範圍。什麼叫做純粹內國法的案件？其實純粹內國法的案件越來越少，因為國家跟國家之間的交流越來越緊密，每一個法律涉及外國人、外國事件或外國地方的問題，可能是國際公法，也是國際私法；是中華民國法，也是外國法。

前一陣子我們有詐騙集團在菲律賓被查到並遣送到中國大陸而不是台灣，我們很不高興。那究竟是中華民國刑法的案子、還是菲律賓刑法的案子？還是中國大陸刑法的案子？刑法老師有沒有把跨境的刑法教進去？依此類推，其他科目有沒有類似問題？各位同學應該去體會。

超國界法包括所有的法，國際公法、國際私法、憲法、民商法、刑法、行政法、訴訟法…，兩岸間的法律亦應在其中。兩岸之間究竟是一個國家還是兩個國家？還是一個國家兩個區？我們有憲法和其他各種法，要不要適用到中國大陸是另外一個題目，但是事實上我們的法律沒有適用到那邊去；反之亦然。中國大陸有中華人民共和國的憲法，說臺灣是一個不可分的地方，但是他的法律也沒有適用在臺灣。我們兩個之間究竟該怎麼辦？如果不能涵蓋在國際公法之下，就應是兩岸之間特別的法規範，這個法規範顯然不是我們的憲法和其他法律所涵蓋，因此我們叫做準超國界法。

理律文教基金會超國界法律研討會主要討論傳統學科的超國界法問題，今天討論訴訟法、民商法，日後還有憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法等。這些法在學校上課的時候，除非老師特別用心，否則都不會談涉外的問題。譬如公司法，外國公司這一章對於外國公司在中華民國的權利能力、訴訟能力，行為能力並沒有特別去談。以前涉外民事法律適用法因為沒有這些規定，造成很多困擾，最近修訂生效的涉外民事法律適用法納入了外國法人依其設立地法決定其權利能力、行為能力、訴訟能力；然而民法總則施行法第 12 條及公司法相關條並未連同修正，未來在解釋及適用上可能產生疑問。

傳統法學科所分析的法律問題，具有涉外因素的不勝枚舉，譬如今天要討論的對外國判決之承認與執行。這個題目很大，今天只就「懲罰性賠償是否違背我國的公序良俗？」做報告。另外一個題目「未經認許外國法人之自訴能力」，在民事訴訟，未經認許外國法人因認定是非法人團體，而得為訴訟當事人，然而在刑事訴訟法之下未經認許外國法人卻沒有自訴能力。為什麼沒有自訴能力，卻又可以經由檢察官提起公訴？這些由於涉外因素而引起的問題很多，因而我們必須關注內國法現在的教學與法院的判決實務。經濟法方面最近有一個題目很紅，因為韓國的三星公司去告密，美國的反托拉斯法與歐盟的反托拉斯法認定臺灣面板業者有聯合行為，於是課以處罰。事實上我們的公平交易法也把美國這個法律規定引進來，之後不斷地加強它。

至於懲罰性賠償這個議題，起初我國民法侵權行為條文裡完全沒有懲罰性賠償的規定，

只有損害填補而已。後來消費者保護法、證券交易法把這個制度引進來。外國的判決中有懲罰性賠償，這是民事訴訟救濟很重要的一部分，可是我們的法院可能認為違反我們的公序良俗，因為我們只有特別的民商法中有此規定，民法侵權行為裡沒有。懲罰性賠償究竟是否違反我國的公序良俗？值得我們討論。

傳統法學爭議具備超國界性質的非常多，在全球化之下，具備涉外因素的法律關係越來越多，單純內國的法律問題相對越來越少。超國界法律是整合性的法律，我們應該學習以超越內國法的眼光看待傳統法律議題，惟有如此，我們才能兼顧問題的多面性，提出內外周延的法律見解。

超國界法這門課似乎是包山包海，如何能夠不要包山包海？最好的辦法是，希望刑法老師、民法老師、民刑事訴訟老師，每一個科目的老師在教課內容中討論涉外因素所可能產生的問題。換句話說，當傳統國內法的課程都能把涉外因素融入傳統法科目裡面討論，超國界這門課就可以畢竟其功。譬如我國民事訴訟法第 3 條是民國 20 幾年的法律，今天仍然在。美國 1923 年 *Siro v. American Express* 乙案討論到類似規定，我 40 年前在美國讀書時，民事訴訟法課堂第一天討論都已經認為這種規定荒謬，可是我國民事訴訟法歷經 18 次的修改，第 3 條卻還沒有修改，這就是剛才談到我們應該把民事訴訟法好好地整理一下。

權利能力的問題，民法總則施行法第 11 條：「外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。」民法總則施行法第 12 條第 1 項：「經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之我國法人有同一之權利能力。」民法總則施行法第 15 條：「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。」第 15 條會讓律師很緊張，一不小心就負連帶責任。

根據經濟部商業司的調查，外國公司經我國認許有 3000 多家，在臺灣現有的公司登記差不多 60 萬家，全世界有多少公司？如果全世界每個國家的法律都跟中華民國民法總則的規定一樣，未經認許的外國法人沒有權利能力，必須成立分公司才能夠有權利能力，才能取得所有權、物權、質權，實在很難因應跨國活動的需要。全世界 190 幾個國家如果都要來中華民國，除非它設分公司，否則都沒有權利能力，這樣對律師或會計師而言，生意會非常好，但是否與現實相符？我國民法總則是不是該討論這個題目？

超國界民事訴訟的問題，民事訴訟法 402 條第 3 款：「外國法院之判決有背公共秩序或善良風俗者。」懲罰性賠償這個觀念是外國法律制度所有，我國民法只有懲罰性違約金的規定，但這救濟往往有所不足，因為必須有契約才會有違約金，當事人間不一定有違約金的約定。在侵權行為的案子中，當有人利用詐欺方式侵害別人權利時，在國外就有懲罰性賠償，我們消費者保護法、證券交易法、知識產權法後來也引入懲罰性賠償的規定。

我們應該徹底去看，為什麼外國法設有懲罰性賠償的規定？為什麼判決可以有懲罰性的賠償？以前監禁或許是處理問題的最好方案，尤其是對於有故意、重大過失的人，但是今天時代改變，監獄人滿為患，在經濟上作壞事的人，或者是詐欺構成侵權行為的人，如果好好地處罰他，損害填補之外，另外再罰他 3 倍、5 倍、10 倍的賠償，可能比坐牢更能達到法律救濟的效果。外國難道不會想到刑法跟民法之間的區隔嗎？為什麼外國法

設有懲罰性賠償的規定？請各位同學想想。

準超國界法的關係是針對臺灣和大陸的關係，大陸的終局判決到臺灣執行，臺灣的法院認為中華民國兩岸關係條例第 74 條特別規定：「在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗，得聲請法院裁定認可。前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。」沒有說大陸的判決有既判力，所以大陸地區判決只有執行力，不像一般外國判決有既判力。為什麼兩岸關係條例第 74 條這麼規定？後來的港澳條例反而說「準用民事訴訟法第 402 條的規定」，兩岸關係條例規定該不該重新檢視？兩岸關係條例只說大陸的判決有執行力，沒有說既判力，導致被告可以在臺灣提起債務不存在的異議之訴，使得大陸的判決完全沒有意義，我們的立法用意就是如此嗎？回到最先的問題「法律是什麼？」我們念法律的人究竟該怎麼解釋法律？

在 1895 年美國有一個案件 *Hilton v. Guyot*，大法官 Fuller 對最高法院的判決提出不同意見，特別對於法院的角色說了這麼一句話：「既判力原則的適用，我們不能夠恣意的裁量。」換句話說，原則就是原則，法院不能任意不採取。這個案子涉及請求美國法院承認法國民事判決，Fuller 認為應該承認，既判力一定要執行，可是多數意見不予承認，因為當時法國的法院不承認美國的民事判決，案子到法國法院會重新審理，除非有互惠才得免。我們民事訴訟法 402 條第 4 款也有互惠的規定。早在 1895 年 Fuller 大法官就說互惠其實是很糟糕的：「It is for the government, and not for its courts, to adopt the principle of retorsion, if deemed under any circumstances desirable or necessary.」法院應受一事不再理原則之拘束，不可任意裁量。所謂報復，是國家政府（行政機關）的事，不是法院要做的。互惠因帶有報復的意味，外交部可以做，但是法院不會藉要求互惠而否定一個已經有既判力的外國判決，以報復對方不承認我國判決。我們值得檢討我國所有法律中有「互惠」條件的相關規定，特別是民事訴訟法第 402 條、兩岸關係條例第 74 條的規定。作一個超國界的法律人，大家勉勵之。

最後一句話，*Doing Well by Doing Good* 的意思就是，做好事，把事情做好，就會成功。*Giving Back* - 回饋。這部分也跟各位分享。謝謝各位。