

從超國界法律思維--論未經認許外國法人之權利能力問題

吳必然* ** 2011-12-11

- I. 前言
- II. 內國法思維的前提假設
- III. 我國面對未經認許外國法人的現況
 - 1. 相關法令規定及基本原則
 - 2. 以特別法及實務解釋作迂迴解決
 - 3. 歧異見解及尚存問題
 - 4. 嘗試作根本解決的各種建議
- IV. 從「超國界法律思維」看問題
- V. 結語

I. 前言：

「未經認許外國法人之權利能力問題」，在我國是一個討論多年，卻無法完全解決的難題。參與在其中的人，從專家學者、審檢辯、到政府官員，幾乎包括各層面的法律人。但為什麼這麼多的碩彥之士，都還不能找出一個令眾人滿意的答案？更重要的是，當我們陷在難解的法律爭議中，全球經貿實際情況繼續快速變化，並沒有因為我們沒有達成結論而暫停。另一方面，這個問題上對於涉及台灣的國際經貿活動所造成的「障礙」，繼續困擾著當事人，包括外國人，也包括台灣人。

用另一個例子做對比：如果我們今天面臨的問題是關於「祭祀公業是否享有權利能力」，這個問題雖然也爭論數十年，最後終於以條例提供了登記設立法人的解決方式，但這個議題造成的影響基本上侷限於國內，也不致形成國際經貿的障礙。換言之，關於祭祀公業的權利能力問題，只用國內法的觀點來討論，不考慮外國法令、外國人權益、國際層面，並沒有太大的負面衝擊。可是，在全球化的趨勢下，不牽涉外國人、事、物的議題愈來愈少。以本文題目為例，若是僅從國內法觀點來討論，且堅持以我國法律的基本理論作抽象的推論適用，其結果就是容讓不合理的國際經貿障礙繼續存在，直到其嚴重性構成政府與政府間的談判議題。

但不是每個問題都能夠有系統的被提高到國與國的層次尋求解決，對於處於特殊國際情勢的國家（例如台灣）而言，更是困難。遲遲沒有合理解決的障礙，國際

* 作者為協合國際法律事務所資深顧問，東吳大學法律研究所兼任副教授。

** 感謝理律文教基金會提供關於本文議題的詳盡資料。也感謝協合國際法律事務所羅少驊律師的大力協助。

貿易或投資的當事人，就會自行尋找迴避或迂迴的替代方案。舉例而言，若是一個跨國公司正考慮在全球佈局的策略下，要選擇在哪些國家進行經貿活動，而根據法律顧問從各地蒐集得到的資訊，發現涉及台灣的資產及活動，可能因為該公司在台灣沒有經過認許並設立分公司，因此無法得到完整的保護，那麼台灣可能就無法列在最後的投資、佈局的名單上。

當然，一個國家在考慮如何對待外國人（包括自然人及法人）時，不需要僅僅為了求取無障礙之國際經貿環境，而犧牲國內應當受保護的利益。事實上，所有國家在修改法令的過程中，都在權衡取捨相關的利益，問題是，所謂應堅持保護的國內利益是否真的存在？眾人依照傳統的、純內國法的思考模式所認定的保護方式，是否真的有保護作用？為了保護理論上存在的利益，是否付出太高的代價？這些問題值得我們一再地省思斟酌。

在這樣的方向上，本文首先提出幾個疑問，質疑過去的討論、辯論的前提基礎，在此刻是否已經有所不同。其次，本文整理到目前為止，我國處理「未經認許外國法人之權利能力」這個議題上的現況，並分為四方面說明：(1) 問題根源（現行法令及基本原則）；(2) 迂迴解決方法（包括特別法及實務解釋）；(3) 目前還存在的歧異見解及問題，以及(4) 嘗試作根本解決的各種建議。從這些摘要整理，瞭解我們現在所處的階段。最後，本文推論：問題的癥結在於處理這個議題的「法律思維方式」，並建議以「超國界法律思維」來尋求解答。

II. 內國法思維的前提假設：

「未經認許的外國法人無權利能力」，我國採行這樣的法律原則，是基於幾個前提假設。但這些前提有其侷限性，也因此會衍生許多問題：

前提假設一：只需要考慮我國管得到的範圍，並且從我國的角度來制定規則：

要執行「未經認許的外國法人無權利能力」這個原則，必須先假設某一個根據外國法令設立的法人，它的活動/行為涉及我國管轄權（包括行政、立法、司法），而且我國行政機關或司法機關有機會對該法人做出判斷，認為它因為不符合我國法的規定，所以沒有權利能力。更精確的說，該法人在我國管轄權的範圍內，沒有一般法人（包括依我國法設立的內國法人，以及經認許的外國法人）的權利能力。但問題是：在我國管轄權之外（包括設立地及其他承認該法人的區域），它仍然是個「人」。我國不承認該法人的權利能力，它不會因此就不存在，只是我們「當作」它不存在，因此不賦予它法人的權利義務。其次，這個法人的存在，真的會因為我們的視而不見而完全不影響我們嗎？舉例而言，我國國民可能在許多地方跟該法人進行商業交易，或是發生法律關係。若是發生爭議，且我國國民在外國提起對該法人的民事損害賠償訴訟且勝訴，並且在台灣請求承認該外國判

決，針對該法人在台灣的財產進行強制執行，我國法院會認為該法人沒有權利能力而不執行嗎¹？

前提假設二：施行「認許」制度即可有效規範外國法人：

當我國以「認許」為賦予我國法令下的權利能力的前提要件時，是假設外國法人進入我國的門戶只有一個，凡是要以「人」的身份進門的，都必須遵循法定的認許程序；如果是公司的話，還必須以營業為目的，設立分公司，否則連單純申請認許的機會都沒有。但問題是，在現今國際往來頻繁的情況下，有許多外國法人進入或牽涉我國管轄權的入口，不限於上述的傳統門戶。舉例而言，2011年9月簽訂的台日投資保障協定第2條關於日本「投資人」的定義，在非自然人部分的定義如下：依日本法規所設立或組成之法人或其他任何實體，包括任何公司、信託、合夥、獨資、合資、社團、組織或群體，且不論其是否以營利為目的，亦不論其是否為私人所有。在這樣的定義之下，未來可能在台灣主張投資保障協定下權利的投資人，根本不必經過我國的認許或設立分公司的程序，甚至有許多「主體」根本不是我國所承認的法人樣態。我國上述原則所假設的單一入口，以及所要保障的利益，似乎已經有所動搖。

前提假設三：我國法令目的在保護國內利益，與其他國家法令、跨國活動可做切割：

這是假設僅在我國管轄權範圍內，根據我國的基本法律原則，給予未經認許外國法人必要的（也就是對我國有利的）權利能力，例如僅能作為民事被告，而不能提起刑事自訴，這樣的作法與外國無涉，也不必考慮外國政府及人民的反應。問題是，在現今的國際社會中，完全切割國內、國際層面，已經是不可能的事。我國政府所採取的法令實踐，遲早引起他國政府的反應。舉例而言，倘若某外國的法令不要求認許程序，或是不要求必須設立分公司才能申請認許及進行營業，則我國法人在該國受到的待遇，顯然與我國對待該國法人的標準不一。此時，若該外國引用互惠原則，拒絕給予我國法人上述的一般待遇，此時是否對我國法人利益產生負面影響？相較於其他第三國法人在當地的地位，我國法人是否喪失競爭力？再假設上述外國法人在台灣成為被告，可是因為沒有得到認許而無法在訴訟程序中主張若干權益，這樣的判決若涉及在該外國的執行，該外國法院會照單全收嗎？

本文認為上述的前提假設本身就有謬誤之處，而在這樣的謬誤框架之下要尋找解答，幾乎是不可能的事。之所以困難，原因是問錯了問題。若我們進一步分析為什麼會在錯誤問題上打轉，其思考模式應該是這樣的：

¹ 實務上做法可以想像的是，應會按非法人團體成為執行當事人之情況，依強制執行法第30-1條規定，準用民事訴訟法第40條第3項為之，然具體個案當中其是否當然可被視為非法人團體而取得當事人能力，可能尚有爭議，詳後述。併參張登科，強制執行法，頁78-79，95年9月修訂版。

- (1) 依據我國傳統法律體系，要問：「外國法人來到中華民國進行法律活動，是否應受我國法令規範？」這個問題的答案顯然為：「是」。
- (2) 接著，下一個問題是：「因為外國法人不是依我國法律設立，所以必須有認許機制及其他必要措施，確保他們與我國法人一樣受到規範與審查？」答案自然也是肯定的。
- (3) 然後，再繼續問：「為了保護國內利益，未經認許外國法人僅在「必要」範圍內給予權利能力（例如必須負擔義務，但僅給予必要的權利）？」眾人往往也必須說「是」。

正因為上述的直線推論及內國法的思考方式，在「未經認許外國法人的權利能力」問題上，很難有共識。主張原則上要給予未經認許外國法人較高權益，或是主張認許制度及相關措施不應構成不合理障礙的論點，似乎必須詳盡證明國內權益不會受到侵害。另一方面，持保守立場的論者，似乎只要堅守「保護國內權益」及「法律如此規定」的理由，就可以理所當然的等候別人來說服。

因此，若是雙方沒有建立共同的討論基礎，就很難達成共識。換言之，解決問題的方法不難，其實就是修改若干法令文字。但眾人必須明白這些修正文字背後所涉及的利益取捨，並且同意在某一點上的利益權衡是我國在目前的全球環境中所能接受的，才有可能達成共識。因此，在本文提出建議文字前，讓我們先檢視一下在這個議題上，法令、見解及國際活動所交織出來的現況。這些現況，或許能說明我們所面臨的環境與問題、難以達成共識的癥結點，以及為何本文建議應該以另一個角度切入，來討論這個問題，形成共識。

III. 我國面對未經認許外國法人的現況

1. 相關法令規定及基本原則

我國關於外國法人的基本規定，在於民法總則施行法第 11 條：「外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。」其次，民總施行法第 12 條第 1 項規定：「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。」根據此二條文，我國司法實務見解認為：外國法人非經我國之認許，是沒有權利能力的。換言之，在我國的眼中，未經認許的外國法人原則上是不存在的。

在公司型態的法人部分，公司法第 4 條規定：「本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司。」第 371 條規定：「外國公司非在其本國設立登記營業者，不得申請認許。（第一項）非經認許，並辦理分公司登記者，不得在中華民國境內營業。（第二項）」理論上，外國公司的承認與認許應該有所不同，前者係指人格承認之問題，

後者係指營業許可之問題。然而，因為民法總則施行法第 11 條、公司法第 4 條及第 371 條皆使用「認許」一詞，因此無法從條文文字上分辨人格承認與營業許可兩件事²。據此，我國行政及司法實務上遂以民總施行法第 12 條第 1 項與公司法第 375 條³之反面解釋，認為未經認許之外國公司無權利能力；加上同法第 371 條與第 378 條⁴之合併解釋，將認許與分公司之設立視為一事，使得無意在我國營業而設立分公司者，仍應依公司法第 387 條所定之公司登記與認許辦法規定，申請分公司設立登記，並不得以取得權利能力之目的而單獨申請認許⁵，更進一步的連結、同一化了人格承認與營業許可的議題。

然而，無意在我國內從事營業行為而設立分公司，僅偶派其代表於我國為一般法律行為或涉訟者所在多有，卻因其未經認許而法人格地位不被我國所承認，此等現實上之需求，急待解決。為了保護未經認許外國法人之相對人，民法總則施行法第 15 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。」。兩岸人民關係條例第 71 條⁶、香港澳門關係條例第 39 與第 40 條亦有類似規定⁷，與前開法條和實務解釋合併觀察的結果，即雖認外國法人未經認許而不具法律上人格，不得享受、負擔法律上權利、義務，卻又令該外國法人與行為人負連帶責任，而得以反推其例外的具有權利能力。

在訴訟程序法律規範上，民事訴訟法第四十條第一、三項明定：「有權利能力者有當事人能力。」、「非法人團體設有代表人或管理人者，有當事人能力。」，未經認許外國法人雖因無權利能力而原則上無當事人能力，但例外得以利用其符合設有代表人或管理人等非法人團體之要件，取得當事人能力。刑事訴訟法上則因刑事訴訟法第 3 條明定當事人限於檢察官、自訴人及被告，並未有如民事訴訟法規定非法人團體亦得為當事人之情形，得否依刑事訴訟法第 319 條第 1 項⁸規定，以自訴人地位提自訴，即生有疑義。現行實務上法院仍多援引民國 20 年司法院院字第 533 號解釋所謂：「刑事訴訟法第三條所稱自訴人以自然人或法人為

² 參陸尙乾，論大陸公司在臺灣之當事人能力--評釋最高法院八十九年臺上字第四六一號與八十九年臺上字第二八九號判決，東吳大學法律學報第 15 卷第 1 期，頁 28-30

³ 公司法第 375 條：「外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中華民國公司同。」

⁴ 公司法第 378 條：「外國公司經認許後，無意在中華民國境內繼續營業者，應向主管機關申請撤回認許。但不得免除申請撤回以前所負之責任或債務。」

⁵ 經濟部 92 年 12 月 12 日經商字第 09202253920 號函

⁶ 「未經許可之大陸地區法人、團體或其他機構，以其名義在臺灣地區與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為，應與該大陸地區法人、團體或其他機構，負連帶責任。」

⁷ 第 39 條：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為。」第 40 條：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構以其名義在臺灣地區與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為，應與該香港或澳門法人、團體或其他機構，負連帶責任。」

⁸ 「犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」

限。未經依法註冊之外國公司，既未取得法人資格，其以公司名義委任代理人提起自訴者。應不受理。」之法理，駁回自訴⁹。

民國六十七年，行政院曾對未經認許之外國法人委託華商代理申請著作權的情形核示六項處理原則，即便距今已年代久遠，但自其內涵仍可以一窺我國行政機關處理此問題之法律思維與態度¹⁰：

一、民事方面

- (一) 外國法人經認許成立即具有權利能力及當事人能力
- (二) 外國法人未經認許成立，但其本國與我國訂有關於承認法人地位之條約時，依條約之規定，具有權利能力及當事人能力。
- (三) 外國法人未經認許成立，且其本國未與我國訂有關於承認法人地位之條約者，其仍不失為設有代表人或管理人之非法人團體，得參照最高法院 50 年度台上字第 2719 號判例辦理。

二、刑事方面

- (一) 外國法人如已經認許而具有法人地位，得提起自訴。
- (二) 外國法人未經認許立，但其本國與我國訂有關於承認法人地位之條約時，若條約泛稱「承認法律地位」，則其是否得提起自訴，參照司法院字第五三三號解釋：「未經依法註冊之外國公司既未取得法人資格，其以公司名義委任代理人提起自訴者，應不受理」，而對依條約承認其法律地位者未予除外，當不無疑義，惟此應屬司法院斟酌釋明之範圍。

2. 以特別法及實務解釋作迂迴解決

我國法上的基本規定與實務做法，現實上所發生的爭議以「蘋果二號」與「永備電池」兩案件最為著名¹¹，以「蘋果二號」案為例，台北地方法院¹²曾經認為中美友好通商航海條約¹³第 3 條第 2 款對於法人資格之規定¹⁴，僅為原則性而仍待

⁹統計資料（89 年起）顯示，法院認為未經認許外國法人為我國非法人團體，而援引院字第 533 號解釋駁回自訴的共有 9 件（較新的有：臺灣臺中地方法院 98 年自字 59 號刑事判決與臺灣高等法院 96 年上易字第 1649 號刑事判決）；法院直接援引院字第 533 號解釋駁回未經認許外國法人自訴的共有 6 件（較新的有：臺灣臺北地方法院 95 年自字 156 號刑事判決臺灣高等法院 94 年上易字第 1377 號刑事判決）；判決未援引院字第 533 號解釋而直接駁回自訴的判決亦有 10 件。

¹⁰ 行政院 67 年台內地字第 10916 號函

¹¹ 詳參歐陽正，未經認許外國公司在我國法律上之地位，台大法學論叢第 12 卷第一、二期，頁 263-269，民國 74 年 6 月

¹² 71 年度自字第 870 暨 897 號判決

¹³ US-ROC Treaty of Friendship, Commerce and Navigation，以下簡稱 FCN。

國內法律為必要之補充，逕依據前述之國內法而不受理蘋果公司的自訴。在臺灣高等法院¹⁵以中美友好通商條約是否得作為蘋果公司提起刑事自訴的法律依據，應加以辨明為由，將全案發回更審後，台北地院雖然在更審判決¹⁶中並未提到中美友好通商條約之適用問題，但因九名被告最終均被判定有罪，顯然法官採納蘋果電腦公司的論據，承認該公司得依條約規定提起自訴。

或許為了避免類似案例之發生，我國無論在一些特別之實體法、程序法或實務解釋上，又採取了不同的規定而例外承認未經認許之外國法人得以作為權利義務主體或成為訴訟當事人。最為明顯者即為早年爭議所由來的智慧財產權案件之相關法律，在實體權利保護方面，現行有效之商標法第 3 條¹⁷規定：「外國人所屬之國家，與中華民國如無互相保護商標之條約或協定，或依其本國法令對中華民國人申請商標註冊不予受理者，其商標註冊之申請，得不予受理。」；在訴訟權利保護方面，現行有效之同法第 70 條¹⁸規定：「外國法人或團體就本法規定事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟，不以業經認許者為限。」著作權法第 4 條¹⁹與第 102 條²⁰、專利法第 4 條²¹與第 91 條²²，亦有類似（但不完全相同）的規定，似是以互惠為前提而承認未經認許外國法人之地位。其他特別法方面，亦不乏例外之規定，諸如公平交易法第 2 條規定，其所稱事業包括其他提供商品或服務從事交易之人或團體，同法第 47 條規定未經認許外國法人得以提起告訴、自訴與民事訴訟；香港澳門關係條例第 46 條則規定未經許可或認許之香港或澳門法人，以臺灣地區法人在香港或澳門享有同等權利者為限，享有告訴或自訴之權利。

¹⁴ 「在締約此方之領土內依照依法組成之官廳所施行之有關法律規章所創設或組織之法人及團體，且無論在締約彼方領土內，有無常設機構、分事務所或代理處，概應在該領土內，承認其法律地位...」

¹⁵ 72 年度上訴字第 806 號判決

¹⁶ 72 年度更一字第 35 號判決

¹⁷ 中華民國一百年六月二十九日總統華總一義字第 10000136171 號令修正公布之商標法第 4 條規定：「外國人所屬之國家，與中華民國如未共同參加保護商標之國際條約或無互相保護商標之條約、協定，或對中華民國國民申請商標註冊不予受理者，其商標註冊之申請，得不予受理。」其施行日期，由行政院定之。

¹⁸ 同前註，新修正而尚未施行之商標法第 99 條規定：「未經認許之外國法人或團體，就本法規定事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟。我國非法人團體經取得證明標章權者，亦同。」

¹⁹ 著作權法第 4 條：「外國人之著作合於下列情形之一者，得依本法享有著作權。但條約或協定另有約定，經立法院議決通過者，從其約定：一、於中華民國管轄區域內首次發行，或於中華民國管轄區域外首次發行後三十日內在中華民國管轄區域內發行者。但以該外國人之本國，對中華民國人之著作，在相同之情形下，亦予保護且經查證屬實者為限。二、依條約、協定或其本國法令、慣例，中華民國人之著作得在該國享有著作權者。」

²⁰ 著作權法第 102 條「未經認許之外國法人，對於第九十一條至第九十三條、第九十五條至第九十六條之一之罪，得為告訴或提起自訴。」

²¹ 專利法第 4 條：「外國人所屬之國家與中華民國如未共同參加保護專利之國際條約或無相互保護專利之條約、協定或由團體、機構互訂經主管機關核准保護專利之協議，或對中華民國國民申請專利，不予受理者，其專利申請，得不予受理。」

²² 專利法第 91 條「未經認許之外國法人或團體就本法規定事項得提起民事訴訟。但以條約或其本國法令、慣例，中華民國國民或團體得在該國享受同等權利者為限；其由團體或機構互訂保護專利之協議，經主管機關核准者，亦同。」

前開經由各種例外規定，方便未經認許外國法人取得權利或為刑事告訴、自訴，或為民事訴訟顯示，我國對於外國法人人格之承認制度（即原則上採取未經認許並設立分公司即否認其人格之作法），早有窒礙難行之處。現行實務上除了前述之各種法律，明文承認未經認許外國法人地位的例外規定外，亦多有以各式解釋方法及實務權宜作法尋找出路，解決其法人格欠缺所造成的法律問題，包括：

- ✓ 於各部會之解釋函令當中，就土地權利之取得²³、動產擔保交易登記²⁴、著作權權利之取得與保護²⁵、公平交易法之保護²⁶等議題上，多有以互惠原則之解釋方法，認為只要該外國法人之母國對於我國法人之權利有所保護，便使未經認許外國法人取得權利、受到保護，而迴避權利能力之取得與承認問題。
- ✓ 有關動產擔保抵押之登記問題，法務部 89 年法律字第 051328 號轉引法務部 75 參字第 1075 號函稱：「...如我國與他國締結條約有特別約定時，基於『國際協定之效力優於國內法』（參照最高法院 23 上字第 1074 例），則前開規定（指民總施行法第 13 條及公司法第 18 章）應無適用之餘地...」，亦有試圖以條約效力優先於內國法之論理，欲使簽約國他方法人之權利直接獲得保護，迴避無權利能力者根本無從成為權利主體之問題。
- ✓ 困擾我國智慧財產權登記實務以久的「以外國公司作為專利、商標申請案之申請人」問題，經濟部智慧財產局在今年（民國 100 年）6 月 8 日以一紙函令認定外國公司得作為專利、商標申請人，向我國提出專利、商標申請案，並不以須經認許為必要。但其說理內容同時提及「專利、商標申請人指具名向本局提出專利、商標申請案之人，為權利義務之主體，必須具有獨立之人格，應為自然人或法人²⁷。」是否前後矛盾又與民法總則施行法及公司法相關規定有所衝突，值得研究。
- ✓ 在公司法之原則性規定本身，也因為商業上公司併購講求時效，若外國公司經認許在我國設立分公司營業者，其後依外國法律因合併而消滅，其存續公司擬在我國繼續營業而此前未曾於我國認許時，依舊實務運作方式仍須經「清算程序²⁸」，將耗時費日而增加外商企業成本，且此與本國公司合併不需經清算程序之處理方式顯有不同，經濟部遂於 86 年以(八六)經商字第 204287 號函釋改變見解，認為：「...此與公司法第三百七十八條「外國公司經認許後，無意在中國境內繼續營業者」之情形尚有不同，爰依公司合併之法理，得由存續公司逕行辦理變更認許及在台分公司名稱變更登記，俾外商公司在我國之營運得持續進行。...」以公司概括承受之法理迴避公司法第

²³內政部 87 年 2 月 24 日台內地字第 8702939 號函

²⁴財政部 75 年 2 月 6 日台財融字第 7533979 號函

²⁵內政部 87 年 9 月 4 日台內著會發字第 8705363 號函

²⁶公平會 84 年 2 月 11 日公法字第 00899 號函

²⁷經濟部智慧財產局智法字第 10018600350 號

²⁸經濟部(82)經商字第 122099 號函釋

75 條²⁹之適用問題，進而迴避了存續公司權利能力是否存在的問題³⁰。

- ✓ 亦有以法律行為不包括訴訟行為及進行訴訟行為所為之催告及觀念通知在內，認為未經認許之外國法人雖不得為法律行為但可為訴訟上之法律行為，且請求支付票款乃請求發票人履行票據債務之意思通知，也不在限制之內³¹，於我國國民簽發支票予未經認許之香港公司時，再次迂迴解釋。
- ✓ 我國航政主管機關在實務上並不拒絕未經認許外國法人申請登記為航空器與船舶抵押權人。
- ✓ 實務上因為設定質權程序並不涉及向主管機關申請登記的問題³²，故將台灣公司股份設定質權與未經認許之外國法人情形仍然常見³³。
- ✓ 外國法人於我國進行投資時，實務上只須由經濟部投資審議委員會審議通過，而無須另行申請承認或認許，即得在我國境內經營生產或製造事業。
- ✓ 兩岸關係條例第 46 條第 2 項規定：「大陸地區之法人、團體或其他機構，其權利能力及行為能力，依該地區之規定。」，與新修正的涉外民事法律適用法第 14 條第 1 款（條文如後）類似，也可能會產生同樣的法令適用疑義。
- ✓ 公平交易委員會實務上曾以未經認許外國法人為行政處分之相對人。³⁴

至此，「未經認許並設立分公司之外國法人，在我國無權利能力」之原則性規定，早已千瘡百孔、難以自圓其說，其法律思維與邏輯性上之謬誤已經愈演愈烈。更進一步，新修正的涉外民事法律適用法第 13 條（法人，以其據以設立之法律為其本國法。）及第 14 條第 1 款（外國法人之下列內部事項，依其本國法：一、法人之設立、性質、權利能力及行為能力。），是否能被引用作為解決「人格承認」與「營業許可」的混淆？其與民法總則施行法第 12 條及公司法相關條文如何調和適用？都尚未經驗證。

3. 歧異見解及尚存問題

即便有前述之特別法規範及實務作法，提供各種迂迴處理的路徑，但是尚未解決的問題、連同進一步所衍生之爭議，亦不在少數。以現今已形成共識的民事訴訟上當事人能力與實體上權利能力脫鉤處理為例，未經認許之外國法人可能成為非法人團體而得為民事訴訟上之當事人³⁵，配合民法總則施行法第 15 條肯認其法

²⁹ 「因合併而消滅之公司，其權利義務應由合併後存續或另立之公司承受」

³⁰ 相關評釋請參王文宇，外國公司之認許、清算與合併，月旦法學雜誌第 67 期，頁 18-19，2000 年 12 月

³¹ 最高法院 92 年度簡上字第 4 號裁定

³² 但是法務部 86 律決字第 030762 號與經濟部經商字第 86216515 號函釋，曾經明確表達未經認許之外國公司不得取得本國公司股票質權的立場

³³ 洪榮宗，未經認許之外國人能否取得在台灣資產擔保物權之爭議，電子時報資料庫，2004 年 9 月 17 日

³⁴ 最高行政法院 95 年度判字第 2128 號

³⁵ 最高法院 50 年度臺上字第 1898 號判例

律行為之部分有效性，以保護我國國民，但實務後續細部見解由保守至開放，又分別有所不同：

(1) 台灣高等法院台南分院 94 上易 134 決：

非法人團體之成立尚需有一定之要件，未經認許之外國一人公司，因非為「多數人」所組成之團體，即無當事人能力

(2) 台灣高等 95 上字 282 決：

民總施行法第 12 條反面解釋僅可知「未經認許之外國法人，其權利能力與同種類之中國法人不同」，不能據此而認「未經認許之外國法人無權利能力」。由民總施行法第 15 條規定觀之，未經認許外國法人，要非全無權利能力。我國允許未經認許之外國法人於一定條件下，在我國境內為營業行為（公司法第 386 條），則其遭受侵權行為損害時，自應予以保護，否認其一切權利能力，應不足採。

(3) 台灣高等 89 年台上 794 決：

依民總施行法第十五條定有明文，因之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非不成立或不生效力，只不過必須由行為人與該外國法人就該法律行為負連帶責任而已，故如認外國法人無權利能力，自亦無負擔義務之必要，毋庸與行為人連帶負責，故未經認許之外國法人並非無權利能力。僅權利能力（享受權利部分）應依實體法之規定有無限制而決之。

(4) 台北地院 99 仲訴 4 決：

依民法總則施行法第 15 條規定之內容，即可得知未經認許之外國公司所為之法律行為仍為有效，故原告依民法總則施行法第 12 條規定之反面解釋，雖不能認與同種類之我國法人有同一之權利能力，仍不失為類似有權利能力之合夥團體，以保護交易安全（參最高法院 58 年第 1 次民、刑庭總會決議(三)）。是以，未經認許之外國法人除應認其為非法人團體而有當事人能力外，亦應認其有權利能力而得為法律行為。

此外，實務上還存在的難題包括：

- ✓ 未經認許外國法人取得所有權、設定抵押權或質權、動產擔保交易登記的障礙：關於土地上權利之取得，內政部台內地字第 8702939 號函雖曾嘗試以互惠原則或條約等特別約定使未經認許外國法人取得權利，而迴避權利能力之承認問題（土地法第 18 條併參），但經濟部於 57 年經商字第 05663 號函亦曾明確表示：「...因該外國公司未經申請認許，在中國境內尚不能做為權利義務主體，自無由設定抵押權及質權」，二不同主關機關間之見解似亦有所抵觸。

- ✓ 未經認許外國法人所定契約、所為法律行為之效力：我國國民依據其與未經我國認許之外國法人訂定之契約，於我國法院進行訴訟，卻因該外國法人未經認許，因此契約、法律行為是否有效成為爭點。例如最高法院 99 年台上字第 1367 號民事判決（涉及委任契約及買賣契約），最高法院第 92 年台上字第 2416 號民事判決（涉及保證契約），及行政院陸委會民國 91 年 03 月 07 日陸港字第 0910002869 號（法律行為效力）。
- ✓ 未經認許外國法人不得提起一般刑事自訴（除商標法等特別規定外，見前述 II.2 之說明）：例如最高法院 96 年度台上字第 391 號刑事判決：「…認其既係未經我國政府認許之外國公司，不具法人人格，僅屬非法人團體，無自訴之當事人能力，依法不得提起自訴，諭知自訴不受理判決。」該案上訴至臺灣高等法院，亦予維持。最高法院亦認原判決採此見解並未違背法令。
- ✓ 未經認許外國法人智慧財產權之保障不完整：依照目前智慧財產權相關法律得以擁有、申請或註冊智慧財產權之外國法人，就該權利依法亦得以提起刑事告訴、自訴或民事訴訟，其權利保障自實體以及程序面皆看似完整，但如其就該等權利與他人訂立智慧財產權相關授權、買賣契約或設定擔保、融資契約進而涉訟，雖其為相關財產之合法權利人並得作為訴訟主體，但以其作為權利人而為相關請求時，即可能因不承認其法人格而影響契約效力。

4. 嘗試作根本解決的各種建議

正因為本議題涉及民法、公司法之基本規定，而各種迂迴、片面、權宜的作法又無法徹底的解決問題，因此歷年來有許多學者專家提出各種建議，嘗試在整體法制上做根本的變革，包括：

- (1) 針對所有外國法人：此種建議大多從比較法上著手。以大陸法系之德國規定而言，其並無所謂「外國法人應經認許，始承認其權利能力」之規定，在德國之外國法人如依其本國法具有權利能力，則於其法律中自動、當然的具備權利能力。其他多數大陸法系國家，如奧地利、瑞士、荷蘭等之規範亦同³⁶。此種法制可稱為「自由說」或「域外效力說」之作法，認為法人既已依照一國法律設立取得法律人格從事活動，在其他國家中亦被視為當然具有法律人格。英美法系之英國向來也是採取此種態度，在一六三〇年 *Henriques v. General Privileged Deutsch West India Co.* 一案中，英國法院即指出，依他國法律設立的公司皆可為英國法庭承認，並得向英國法院提起訴訟，此外除英國公司法和保險公司法的特殊規定外，外國公司可在英國境內逕行從事營業活動而無須事先核准或許可³⁷。

³⁶ 參王照宇，外國法人認許制度之檢討，行政院經濟建設委員會「研議廢除外國公司認許制度之可行性」會議書面意見，民國 99 年 10 月 21 日。

³⁷ 參歐陽正，未經認許外國公司在我國法律上之地位，台大法學論叢第 12 卷第一、二期，頁 278，民國 74 年 6 月

(2) 針對公司型態的法人：提出此種建議的原因，是基於民法所涵蓋之外國法人非僅限於公司，尚包括財團法人及其他非以營利為目的之社團法人，故存在著不宜鬆綁的政策考量。其次，在實務面，外國法人於我國需要認許者，絕大部分是公司；因此，修法上應可先從公司法著手。在這一類的提議中，又可分為：

甲、依據外國公司是否有意在我國進行營業，分別「承認」及「認許」程序：學者多認為外國公司取得權利能力與享有何種權利係屬二事，因此概念上宜區分「承認」與「認許」。亦即無意於我國境內營業之外國公司，只要經由形式上的簡易承認程序，即可賦予法人人格及基本權利能力，以利其在我國境內為法律行為。相對的，有意於我國境內為營業行為的外國公司，應要求其設立分公司，而分公司之設立及認許是較嚴格的管控制程序。

乙、外國公司若無意在我國進行營業，則完全無須認許：有學者認為外國公司之一般權利能力，即一般地為法律上權利主體之地位，而得依法從事各項法律行為，僅需外國公司確實依其本國法有效設立，即自動「承認」其法律上之權利能力，包括訴訟能力、締約能力及為各種偶然性、一次性之交易行為。至於外國法人如在國內從事經常性及持續性營業活動，由於與內國利益關係甚大，故須符合內國法律規定之條件，即所謂之「認許」。

上述的不同見解，在 2010 年 10 月 21 日由行政院經濟建設委員會所召開之「廢除外國公司認許制度之可行性」會議當中，有「完整」的呈現。經建會蒐集我國鄰近之國家如新加坡³⁸、日本³⁹、香港⁴⁰及中國大陸⁴¹之公司法等規定，做出研究

³⁸ “foreign company” means-

(a) a company, corporation, society, association or other body incorporated outside Singapore; or
(b) an unincorporated society, association or other body which under the law of its place of origin may sue or be sued, or hold property in the name of the secretary or other officer of the body or association duly appointed for that purpose and which does not have its head office or principal place of business in Singapore;

Section 365: This Division applies to a foreign company which, before it establishes a place of business or commences to carry on business in Singapore, complies with section 368 and is registered under this Division.

Section 368-(1) Every foreign company shall, before it establishes a place of business or commences to carry on business in Singapore, lodge with the Registrar for registration...

³⁹ 日本公司法第 2 條第 3 款：「外國公司：指依外國法令設立之法人及其他外國團體，而與公司相同或類似之組織」；第 817 條第 1 項：「外國公司擬於日本持續交易時，應選定日本之代表人。...」；第 818 條第 1 項：「外國公司於為外國公司之登記前，不得於日本持續交易。」；第 823 條：「外國公司，關於其他法律之適用，視為日本之同種類或最類似公司。但其他法律另有特別規定者，不在此限。」

⁴⁰ 香港公司條例第 XI 部之前言：「本部適用於所有非香港公司，即在香港以外成立為法團並於本條例生效後在香港設立營業地點的公司，以及在香港以外成立為法團並於本條例生效前已在香港設有營業地點，而且在本條例生效日期仍繼續在香港設有營業地點的公司」

⁴¹ 大陸公司法第 192 條：「本法所稱外國公司是指依照外國法律在中國境外設立的公司。」；第 193 條：「外國公司在中國內設立分支機構，必須主國主管機關提出申請...經批准後，向公司登記機關依法辦理登記...」

之結論，認為該等國家對於外國公司，並無要求應經認許，始承認其權利能力之規定，而是直接承認其依外國法律組織登記所取得之法人格。而外國公司欲於境內從事經常性營業者，始要求應辦理分支機構登記。基此，經建會與商業司均同意進行公司法之修正作業，未來朝向簡化認許制度之方向進行；學者認為毋庸經認許，即承認其依其本國法有權利能力，但為行政管理監督則認許制度有其必要，應以簡化之認許制度取代現行制度，且必須將其與分公司之設立一事切割處理；法務部則仍是反對修正民法或廢除認許制度，但對於修正公司法並沒有意見。

IV. 從「超國界法律思維」看問題

從前述 II 的整理，特別是第 4 點，我們是否能得到一個觀察，那就是：大家都知道有問題，也認知有必要做一些修正變革，但隨著個人感受問題的層面與嚴重性的差異，而有不同的立場。

當然，每個立場都有正當的考量，也都是認真嚴肅的在尋求答案。但若要形成共識，進而討論修正文字，本文認為我們真正要問的問題是：「在我國管轄權範圍內，未經認許外國法人的基本權利義務為何？在哪些特別事項上，必須採取特別的處理方式？這樣的處理與待遇是否合乎國際上多數國家採取的原則，以致於該外國的法人在我國及其他國家受到的待遇相類似？相對的，我國法人在其他國家是否因為我國上述（給予未經認許外國法人）的處理與待遇，因此得到公平、無歧視的待遇？」

這樣的命題，其基本思考方式就是所謂「超國界法律思維」。這個概念起源於哈佛大學三位教授 Steiner, Vagts 及 Koh 之論述⁴²，並由陳長文教授多年來在台灣講學、應用、發揚，我國法界已有相當的認識。簡言之：

- ✓ 「超國界法律思維」：當一個國家就影響其利益之外國人、事、物制定規範時，此種規範必然地影響到其他國家及其國民。因此，處理這些議題的思考方式，不能僅限於內國法，而必須從他國、多國的觀點，尋求各方都能接受的解決方案。
- ✓ 「超國界法律」：與上述議題相關的國內規範、國際公法，國際組織之規範，共同組成一個複雜的規範體系。此體系包含眾多規則、政策、原則、立場及程序，且形塑國與國之間、國家與他國人民之間、以及不同國家人民之間的關係。這個法律體系與處理國與國關係的「國際法」不同，因此特別稱之為「超國界法律」。
- ✓ 「超國界法律問題研究」：目的不在創造新的、獨立的法律領域，而係以法律問題之「超國界」特性為基礎，研究相關法令與處理程序，目的在提供一個「概念架構」(conceptual framework)以瞭解、解決涉及多個法律、政治、

⁴² 參考 Steiner, Vagts & Koh, Transnational Legal Problems (4th ed., NY: Foundation Press, 1994)

社會、文化體系之法律問題。「超國界法律問題研究」強調：處理涉及多國，多層面（法律、道德、政治）之法律問題，必須以「多重觀點」(varied perspectives) 掌握其特性。

根據上述的說明，「未經認許外國法人的權利能力」這個議題就是一個典型的超國界法律問題，因為：

- ✓ 牽涉外國人（外國法人）、跨國活動（法律行為、營業設立、權利取得、義務負擔）等。
- ✓ 牽涉多國法令，包括我國法令、未經認許法人之設立地所在國法令、甚至第三國法令（例如關於我國國民與未經我國認許之外國法人，在第三地所為之法律行為）。
- ✓ 牽涉我國政府措施（例如適用相關法令之行政、司法行為）與其他國家（包括未經認許法人之設立地所在國與第三國）之互動
- ✓ 因為上述各國政府的互動，因此影響私人的跨國活動，例如外國判決的承認、互惠原則的適用，甚至報復措施的實行。

因此，面對「未經認許外國法人的權利能力」這件事，若是運用本文上述建議的命題結構，或許可以推論出較理想的處理方式：

(1) 在我國管轄權範圍內，未經認許外國法人的基本權利義務為何？在哪些特別事項上，必須採取特別的處理方式？本文建議應該依據外國法人之設立地法，自動承認其權利能力，除非該國不承認或限制我國法人的權利能力：

- (a) 這樣的作法，基本上是採行互惠原則，正如目前我國的商標法、著作權法、專利法等法令業已實行的原則一般。但本文更進一步建議採行「積極互惠原則」（或稱「自動承認原則」、「當然承認原則」⁴³），亦即除非該外國有不承認或限制我國法人的法令或措施，否則我國原則上即應承認該國法人之權利能力（不須再經我國承認或認許）。
- (b) 然而，若是對於這樣的全面性（在民法中）、一般性、主動地承認外國法人仍有疑慮，退而求其次，最少我們可以在公司法中，針對外國公司給予不必經認許即有權利能力之待遇。
- (c) 若是多數意見仍然認為還是要存在一個「簡化」的認許或承認制度，本文建議這個認許或承認制度，要真的是簡單及形式要求，換言之，只是快速檢查：是否有確切記錄顯示該外國法人的設立地所在國不承認或限制我國法人權利能力；若無，則應立即承認其權利能力。

⁴³ 參考臺灣台北地方法院 92 年度重訴更一字第 6 號判決：「...按承認外國法院之判決，無論係基於禮讓原則或國際之司法互助，於全球化之趨勢下，正足彰顯本國司法權力之正當性。蓋於國與國之流動關係，隨意不承認外國法院之判決，所得之反效果，即得不到他國法院承認本國法院之判決，其封閉效果，反折損本國法院司法權力之正當性。故國際司法判決無相互承認，應係例外，而非原則，是苟有如被告所主張：美國俄亥俄州法院對於我國侵權行為之判決有不承認之情形，關於此例外事項，被告自應舉出實例，協助本院就此應依職權調查之事項形成法律確信，而被告並未舉出任何實例，空言主張，要無可採。...」該判決亦廣為其他判決所引用。

(d) 除了基本權利能力之外，若是外國法人有意在我國進行經常性的活動，例如外國公司在我國的營業行為，我國當然可以要求這些外國法人必須履踐類似我國法人所必須遵守的要求。

(2) 這樣的處理與待遇是否合乎國際上多數國家採取的原則，以致於該外國的法人在我國及其他國家受到的待遇相類似？根據本文 III.4 的摘要說明，本文的建議的確是參考主要國家（也就是跟我國人民關係密切的國家）的法制。因此，我國對待外國法人（包括是否經認許）與其他國家無異，國際經貿活動涉及我國的部分，也就不會出現特殊的、令人存疑的風險與障礙。換言之，關於我國對待外國法人的法令制度，即使從眾多外國、外國人的觀點來審視，仍然是符合「國際常規」的。

(3) 相對的，我國法人在其他國家是否因為我國上述（給予未經認許外國法人）的處理與待遇，因此得到公平、無歧視的待遇？如本文起首所論，當一個國家僅以內國法的角度處理問題，不但可能損傷自己的利益，同時將引起他國的抗議或反制。但本文建議的處理方式，既能避免他國因為我國的保守認許制度，因而採取對我國法人不利的措施；同時，對於仍然採取保守認許制度的他國，我國仍然保有相對的因應法制，也不吃虧。

V. 結語

面對我國長久以來難解的議題，本文作者不敢自稱專家，也未能提出關於法人、公司法制的特殊見解。本文想做的一件事，是用這個議題作為例子，說明超國界法律思維的重要性，以及如何這樣的思維方式上，建立尋求解決方案的共識。更重要的是，這樣的思考方式，不是獨一法律學科所特有，也不是某一類法律學者所專精研究的。正如陳長文教授、馬英九總統（時任台北市市長）及許多法律碩彥在 2004 年的「認識超國界法律專文集」中剴切說明的：「一旦我們的教育失去了培養法律人國際觀與超國界法律思維的功能，則我國的法律自然變成了一個框限在國內思維，與世界脫節，走不出去的思想囹圄 ...。」藉著這樣的邏輯，我們也應該從國際觀與超國界法律思維來看「未經認許外國法人的權利能力」這個問題，否則我們就會框限在國內思維，與世界脫節。