

# 互惠原則在我國法律上的幾個問題

陳榮傳\*

## 壹、互惠原則的入憲及入法

在我國，互惠不只是一項國際政治的原則，「平等互惠之原則」更直接中華民國憲法第 141 條所揭櫫的外交原則：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」此外，在許多涉外法規之中，也都明文規定類似的原則，例如貿易法第 6 條第 1 項第 1 款的「公平互惠原則」、稅捐稽徵法第 5 條、入出國及移民法第 95 條、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 29-1 條第 1 項、規費法第 12 條第 6 款及外國護照簽證條例第 14 條的「互惠原則」、電子簽章法第 15 條的「國際互惠」，民用航空法第 72 條、第 75 條的「平等互惠原則」，均為適例。2009 年 4 月 26 日兩岸簽署的《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第 10 條（裁判認可）也明確規定：「雙方同意基於互惠原則，於不違反公共秩序或善良風俗之情況下，相互認可及執行民事確定裁判與仲裁裁決（仲裁判斷）。」此等規定的適用，都涉及「互惠」一詞的認定，由於「互惠」乃是不確定的法律概念，如何解釋乃成為司法的重要課題。

## 貳、互惠原則的意義及功能

從積極面來看，「互惠」乃是有利害關係的各方，基於道義而相互「施惠」的合作原則，如果基於彼此的約定而相互施惠，實質上已屬於「信守承諾」的問題(Pacta sunt servanda.)，互惠已成為法律上的義務，各方的相互施惠並不屬於互惠的核心意義。但從消極面來看，「互惠」要求施惠的「相互性」，欠缺相互性的施惠，各方均得拒絕為之，因此可能形成彼此抵制、相互制衡的「互不惠」現象。「互惠」是以對等原則為基礎，「互不惠」亦然。因為有利害關係的各方，如果在法律上並無必須為「對等給付」的義務，一方為避免「片面施惠」而受損失，在他方無法承諾將來「必為」或「能為」對等給付時，勢必應暫時停止「片面施惠」的作為，因此而拒絕片面施惠者，就法理而言，乃是本於自然正義而防衛本身權利，實無可厚非。

互惠原則的具體適用，應該儘量朝積極面發展，如藉用互惠原則的消極功能，也應該以有利害關係的各方，彼此無相互施惠或合作的義務為前提，一方的拒絕「片面施惠」，也應該是以「如非拒絕，即將受損失」為要件。我國由於國情特殊，涉外關係所必須考量的因素未必與一般國家相同，在兩岸四地之間，隨著政治情勢的變遷，是否應適用互惠原則，如應適用其範圍

---

\* 國立臺北大學法律學系教授

及內容應如何拿捏等問題，在立法實踐及司法實務上均成為重要的課題。

### 參、互惠原則作為外國人權利限制的依據及檢討

在我國法律上，關於外國人權利的保護，就外國人的一般權利能力，係依其本國法決定(涉外民事法律適用法第 9 條)，但關於外國人得否在我國享有或取得特定的權利，則採取得依特別法予以限制的原則，換言之，除有特別規定外，外國人與我國國民對於應依我國法律決定的私權利，均得享有或取得之。

我國法律對外國人權利的保護，係以國民待遇為原則，互惠主義為例外的方法，因此法律上對外國人權利的限制，通常僅規定於符合互惠原則的條件下，即保護該外國人的權利，其法律上的用語大致為「以依條約或其本國法令、慣例，中華民國人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之協議，經中央主管機關核准者亦同。」(公平交易法第 47 條參照)此一原則被具體採用於法律者，主要是限制外國人的實體權利，例如土地法第 18 條(土地權利)、國家賠償法第 15 條(賠償請求權)、刑事補償法第 36 條(補償請求權)、核子損害賠償法第 35 條(賠償請求權)、營業秘密法第 15 條(營業秘密之保護)、專利法第 4 條(專利申請權)、商標法第 3 條(商標註冊申請權)及著作權法第 4 條(著作權)等規定是；也有限制其程序上之權益者，例如民事訴訟法第 108 條(訴訟救助)是，但此等規定的前提，均是該特定的權利應以我國法律為準據法。

上述規定所適用者，是一般權利能力並無疑義的外國自然人或已經我國依法予以認許的外國法人，至於未經認許的外國法人，理論上尚無適用上述「外國人」規定的餘地。對於未經我國認許其成立的外國法人或團體，在我國法律上並不具有法人的資格，其在我國法律上並無權利能力，在我國法律針對「人」或「有權利能力者」所為的後述規定，得否直接適用，如不能適用，在該外國法人的本國與我國之間，已訂有相互保護法人權利之條約、協定或協議時，得否直接適用該條約、協定或協議，而不因其無權利能力而受限制，即發生問題。

例如民事訴訟法第 40 條第 1 項規定：「有權利能力者，有當事人能力」；刑事訴訟法第 232 條規定：「犯罪之被害人，得為告訴」；第 319 條第 1 項規定：「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。」未經我國認許的外國法人，在我國法上因無權利能力，亦不得作為被害之「人」，自無法直接適用此等規定。但如我國與外國法人所屬國所簽訂的條約、協定或協議，規定該外國法人得享有權利、受保護或得請求救濟時，基於「條約優先於法律」的原則，自應承認該外國法人具有前述之當事人能力、告訴能力及自訴能力。

在最高法院的司法實務亦採取類似見解，91 年度台非字第 101 號刑事判決謂：本院按外國人著作之保護，如條約或協定另有約定，經立法院議決

通過者，從其約定，此觀著作權法第四條但書規定自明。又北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定（下稱中美著作權保護協定）第一條第四項後段規定：「第四項所規定之人或組織在締約雙方領域內，於下開兩款條件下，經由有關各造簽訂任何書面協議取得文學或藝術著作之專有權利者，應被認為係『受保護人』：甲、該專有權利係該著作於任一方領域參加之多邊著作權公約會員國內首次發行後一年內經由有關各造簽署協議取得者。乙、該著作須已可在任一方領域內對公眾流通。」而所謂取得「專有權利」不以受讓著作財產權為限，尚包括「專屬授權」之情形。且依照上開中美著作權保護協定約定，中、美雙方領域內之人，或法人，如符合相關要件，即可成為該協定第一條第四項之「受保護人」。

未經認許的外國法人如依條約、協定或協議的規定，而享有訴訟權或其他權利者，解釋上並非前述狹義的「互惠原則」適用的結果。在欠缺條約、協定或協議的特別規定時，未經我國認許的外國法人固不得適用法人的規定，但其得否適用我國法律上關於「非法人團體」的規定，例如民事訴訟法第 40 條第 3 項所規定：「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力」，仍有疑義。對於此點，最高法院 50 年台上字第 1898 號民事判例採肯定見解，謂：「未經認許其成立之外國法人，雖不能認其為法人，然仍不失為非法人之團體，苟該非法人團體設有代表人或管理人者，依民事訴訟法第四十條第三項規定，自有當事人能力。」因此，未經認許其成立之外國法人之提起民事訴訟的能力，不但無須條約、協定或協議予以特別規定，或另以法律予以重複規定，亦無再以互惠原則予以限制或作為承認之條件。

根據上述說明，我國下列法律以互惠原則為基礎，對於未經認許之外國法人或團體，承認其得提起民事訴訟，理論上即非妥適：修正前專利法第 91 條、植物品種及種苗法第 43 條、公平交易法第 47 條（另含告訴、自訴）；102 年 1 月 1 日將施行之專利法第 102 條規定：「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」，及商標法第 99 條關於民事訴訟的規定：「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」，均屬多餘，值得檢討。

#### **肆、互惠原則作為大陸地區人民權利限制的依據及檢討**

前述我國法律關於外國人的某些，採取互惠原則作為限制的形式依據，乃是因為外國人的範圍包含所有不具有我國國籍的人士，外國人的本國與我國之前的關係及其國內法的內容，不但有查證的困難，立法時也不能以單一、明確的標準，予以全部概括，因此乃採取互惠的形式予以規定。針對不屬於「外國人」的大陸地區人民而言，雖然不宜直接適用外國人或臺灣地區人民的規定，但其對應的所屬地區乃是單一而且明確的「大陸地區」，理論上宜在立法上明確規定大陸地區人民相關權利的範圍或限制，不宜再採用抽象的互惠原則，以求法律關係的明確。不過，臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸條例）第 78 條仍規定：「大陸地區人民之著作權或其他權

利在臺灣地區受侵害者，其告訴或自訴之權利，以臺灣地區人民得在大陸地區享有同等訴訟權利者為限」，此種規定是以大陸地區的法律否認臺灣地區人民的權利為前提，並具有明顯的報復色彩，是否正確及有無必要，均值得檢討。

由於兩岸條例對於大陸地區人民的權利，多採應經主管機關許可及直接規定其限制範圍的方式(特別是繼承權的規定)，由於大陸地區可能基於互惠原則而提出其報復性之規定，如何強調互惠原則的積極功能，隨時檢討，也值得注意。

## 伍、互惠原則作為認可大陸地區法院裁判的要件及檢討

關於大陸地區人民法院裁判的認可，兩岸條例第 74 條規定：「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者，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。」「前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。」本條規定歷經增訂第三項的變革，規定的內容並與民事訴訟法第 402 條有些差距，在適用上乃引起不少疑義。以下僅針對互惠原則予以討論。

在臺灣地區的司法實務上，「惠州台灣工業園區案」涉及管轄合意的爭議及認可法制的變遷，頗具啟發性，特將其案情及相關裁判概述於下，以供參考。本件爭議發生於 1993 年間，雙方當事人皆為台灣公司，因為對於位於大陸地區的某土地為標的物的買賣契約，雙方對於其履行及價金的返還的問題發生爭議。本案原告在台灣地區的法院起訴時，台灣地區已制定兩岸條例，訴訟期間並歷經兩岸條例的重要修正，以及大陸地區最高人民法院頒行「最高人民法院關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定」，相關法律的發展對於合意管轄的影響，也都表現在歷審的裁判之中，可謂為台灣地區的指標性裁判。以下謹先簡介本案的事實，再就雙方當事人對於涉陸管轄合意的爭執點，以及台灣最高法院的歷審見解，進行整理。

本案原告為喬貿電子工業股份有限公司(台灣設立登記公司，下稱喬貿公司)，被告為西陵建設股份有限公司(台灣設立登記公司，下稱西陵公司)。原告委託被告取得「惠州台灣工業園區」編號 B-17 之大陸土地 50 年使用權，並為原告買受其上工業廠房。雙方於 1993 年 8 月 31 日簽訂「惠州台灣工業園區國土使用證明書取得暨委託建廠契約書」(下稱系爭契約書)後，喬貿公司繳交新台幣(下同)147 萬元予西陵公司。其後西陵公司以編號 B-17 土地內有革命先烈廖仲凱墳墓，大陸當局反對遷墓，致土地無法取得使用權為由，要求喬貿公司將契約原定之土地變更為 C-9，因喬貿公司不能接受，乃於 83 年 10 月 27 日通知西陵公司解除契約，並向台北地方法院起訴，請求西陵公司依不當得利、民法第 259 條、第 226 條、契約第 2 條第 4 項及第 11 條第 3 項返還 147 萬元及其法定利息。

被告西陵公司抗辯台北地方法院無管轄權，其理由是雙方於系爭契約

書第 13 條，約定以大陸地區惠州人民地方法院（下稱惠州地院）為第一審管轄法院。針對台北地方法院有無管轄權的問題，本案在台灣地區法院的歷審裁判，可列表如下：

|                         |                          |                         |
|-------------------------|--------------------------|-------------------------|
| 台北地方法院 84 年度訴字第 246 號判決 | 台灣高等法院 84 年度上字第 873 號判決  | 最高法院 85 年度台上字第 1880 號判決 |
|                         | 台灣高等法院 85 年度上更字第 329 號判決 | 最高法院 86 年度台上字第 2644 號判決 |
|                         | 台灣高等法院 86 年度上更字第 486 號判決 | 最高法院 88 年度台上字第 3402 號判決 |
|                         | 台灣高等法院 89 年度上更字第 28 號判決  | 最高法院 89 年度台上字第 1606 號判決 |

本案的雙方當事人來回在各審法院之間，其所爭執的重點主要有二：1. 當事人得否於系爭契約書第 13 條，約定以大陸地區法院為管轄法院？2. 大陸地區法院是否認可台灣法院的確定判決或裁定，是否影響系爭管轄合意的效力？對於此二問題，最高法院曾提出數項重要見解，值得重視。

#### 一、台灣地區之法院承認大陸地區法院的合意管轄

本案的雙方當事人從原告起訴時起，即對第一審的台北地方法院是否具有管轄權之問題，爭執不休，歷經最高法院四次判決，始告塵埃落定。最高法院關於台灣地區人民得否以管轄合意，約定大陸地區法院有管轄權的問題，在 85 年度台上字第 1880 號判決中，即依兩岸條例當時的規定採肯定之見解，並指出：「按台灣地區人民，關於由一定法律關係而生之訴訟，合意定大陸地區法院為管轄法院，因依台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條規定，大陸地區法院之判決，台灣地區法院非不承認其效力，倘該事件非專屬台灣地區法院管轄，大陸地區法院亦認台灣地區人民得以合意定管轄法院者，尚難謂其合意不生效力。若該合意已生效力，且屬排他性之約定，當事人又已為抗辯者，即難認台灣地區法院為有管轄權。」可見最高法院認為，當事人合意以大陸地區法院為第一審管轄法院之約定，以該訴訟非專屬於台灣地區法院管轄之案件為限，且必須與兩岸條例第 74 條的規定意旨相符，始能生效。

最高法院作成 85 年度台上字第 1880 號判決之時，大陸地區對於台灣地區法院的裁判尚無予以認可的機制，但因兩岸條例關於認可大陸地區法院裁判的規定，並未規定應以兩岸互惠認可彼此的裁判為要件，乃形成上述見

解。最高法院並於本件判決，以下列文字指出合意管轄的約定問題，在訴訟上屬於責問事項，有無管轄合意之問題須由當事人提出，法院始予以判斷：「本件兩造既於上述契約約定就契約之履行有爭執時，合意由惠州地院為第一審管轄法院，上訴人又已抗辯本件第一審法院台北地院無管轄權，若本件非專屬台灣地區法院管轄，大陸地區法院又認兩造得以合意定管轄法院，上述約定又屬排他性之合意者，揆諸上開說明，台灣地區之法院即難認為有管轄權。」

## 二、大陸地區法院的裁判認可與合意管轄的關係

在最高法院將本案發回更審期間中，兩岸條例第 74 條於 1997 年 5 月 14 日修正，增訂第 3 項關於互惠原則的規定。面對此種法律之變更，最高法院即於 86 年度台上字第 2644 號判決中，以相關法律已變更為理由，將本案發回更審。本件判決指出：「原審既係以依兩岸關係條例第七十四條第一項規定：『在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背台灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。』足證大陸地區法院之判決，我國亦承認其效力，為其認定應准許兩造合意定大陸地區法院為管轄法院之基礎，並進而為上訴人不利之判斷。第按台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條已修正增訂第三項：『前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。』，則大陸地區是否承認在台灣地區做成之民事確定裁判，既與兩造得否合意定大陸地區法院為管轄法院所關至切，自應詳加調查，資為判斷，乃原審未及審酌澄清，即為上訴人不利之判決，尚有未洽。」

## 三、時間因素或法律變更對合意管轄的影響

本案當事人後來對於兩岸條例第 74 條修正前後的新、舊規定，究應如何適用於本案的管轄合意的問題，亦發生爭執。最高法院於 88 年度台上字第 3402 號判決中，認為本件無論適用舊法或新法的規定，系爭管轄合意均屬有效，並指出：「查兩造就系爭契約履行之爭執，於八十二年八月三十一日合意以大陸地區惠州人民地方法院為第一審管轄法院時，台灣地區與大陸地區人民關係條例業已公布施行，其第七十四條第一項明定『在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背台灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。』並無第三項互惠原則之規定，迄至被上訴人於八十四年一月十一日提起本件訴訟時止，該條並未增修。由上以觀，不論是約定合意管轄時，抑或被上訴人提起本件訴訟時，似均難謂斯時之台灣地區法院不承認大陸地區法院作成之民事確定裁判。又嗣後上開條文於本件訴訟繫屬中，雖於八十六年五月十四日增訂第三項，明定同條第一項、第二項須在互惠原則下始有適用，但定有承認台灣地區法院作成之民事確定裁判之大陸地區『最高人民法院關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定』，亦已於原審言詞辯論終結前之八十七年五月二十六日施行。」上述見解對於管轄合意的要件問題，究應適用當事人訂定管轄合意時、起訴時或為判決時的法律的問題，並未正面予以答覆，並明確採取「程序從新」的原則，殊屬可惜。

對於依據最高法院上述見解作成的更審判決，本件原告仍然不服，繼

續自最高法院提起上訴，主張兩造之合意管轄約定，依法理應於民國 86 年 5 月 14 日兩岸條例增訂第 74 條第 3 項規定時，失其效力，因此第一審法院台灣台北地方法院即取得管轄權。最高法院並未採納此一主張，而於 89 年度台上字第 1606 號判決中重申前述見解：「查原判決以兩造約定合意管轄及上訴人提起本件訴訟時，依斯時兩岸關係條例第七十四條第一項之規定，台灣地區法院並無不承認大陸地區法院作成之民事確定裁判，且有關大陸地區法院承認台灣地區法院作成之民事確定裁判之規定，於原審前審言詞辯論終結前業已施行，亦無因兩岸關係條例在訴訟繫屬中增訂同條第三項互惠原則規定，而不得向兩造合意管轄之大陸惠州人民地方法院起訴，因認台北地院無管轄權。」歷經 4 次最高法院的判決之後，本件關於管轄權的爭議，至此終告確定。

由本案之發展觀察，我們可以發現互惠原則在兩岸之間，確實有報復及相互牽引的作用。目前兩岸裁判的相互認可，似乎已達到「形式互惠」的階段，臺灣地區如何在形式之外，擴大認可的範圍及效力，實踐「實質互惠」，已成為無法迴避的新課題。