

東亞地區之法律繼受與

法律發展

87-2418-H-002-030-56

殖民主義與東亞各國的法律繼受
(沖一針 初稿)

王素銓

第一部分

背景說明

東亞地區國家繁多，包括東北亞的中國大陸，香港、澳門、台灣、南韓、北韓、日本、和東南亞的印尼、馬來西亞、新加坡、菲律賓、泰國、寮國、越南、高棉、緬甸及汶來等國。這些國家多有著各自獨特不同的歷史與文化背景，因而，在法律的繼受與發展上就顯現出豐富而多變的特色。今天，我們要研究東亞地區的法律繼受與法律發展的情況，首先，就必須對這樣的一個背景加以探討。

相對於歐洲及美國，東亞地區近代的法律發展起步較慢，這個地區許多國家法律制度的基礎都是奠定於十九世紀末到二十世紀這段時間，因此，其制度規模大致上與歐美國家的制度相似，也就是說，此地區的法制主要係繼受自歐美國家近代的法律思想。然而，東亞各國繼受歐美法治的原因不一，有的是基於國家本身現代化的需要而變法圖強，所以，在其政府刻意的推動下，大規模的將歐美法律制度加以繼受，有的則是受到歐美帝國主義的殖民統治，殖民母國將其本身的法律制度強加於其所佔領的殖民地，而這些殖民地在二次大戰後多已獨立建國，由於過去受到殖民母國長期的影響，獨立後多延續其原本即已實行多年的制度。除此之外，我們也不能忽視不同的種族、文化、宗教、語言及風俗習慣，甚至意識型態，對於這個地區法律發展的影響。

以下將分別說明這個地區法律繼受與發展的背景。

壹、中國大陸(Mainland China)

中國早期的法律制度，與西方各國相比，毫不遜色，然而，1840年鴉片戰爭後，便開始績弱不振，不只科學技術落後，法律制度也未有精進，因而無法與當時的列強競爭，成為帝國主義下的犧牲品，被迫與列強簽定了許多喪權辱國的不平等條約，所以有志之士都倡議變法圖強，學習列強的法律制度，從清朝自十九世紀末變法，以至於民國初年制定法典以來，中國的法律制度深受德國，奧地利，瑞士等歐洲大陸國家的影響，一直到1949年中共政權統治中國大陸以後，便又完全廢除了原本的法律制度，引進蘇聯式的社會主義法制。

貳、台灣(Taiwan,ROC)

貳、澳門(Macau)

澳門自十六世紀開埠以來，由一避風港的小泊口逐漸轉變為前往中國及日本經商必經之地。澳門曾經是亞洲局勢轉變時難民的避難所。一四九八年，葡萄牙人在發現前往印度新航線後，隨即嘗試打開前往遠方及東方神秘王國之路，以便能和它們建立貿易關係。葡萄牙人在這裡展開了與中國商人的首度接觸。這些初步的接觸為葡萄牙人在珠江三角洲地區開展貿易打下基礎。

葡萄牙人以這個小半島為根據地，開展貿易，在接近一個世紀(1543-1639)的中日通商貿易中佔有首要之地位，天主教會隨同葡萄牙人來到這裡，與東方建立關係，其中以耶穌會為代表，不僅向東方各地(包括中國和日本)傳教，同時亦建立了聖保路學院，它是一個培訓中心，也是天主教在亞洲的傳播中心。至今依然屹立的聖保路教堂莊嚴的門面(牌坊)就是見證。

最初，葡萄牙人是這些東方口岸出現的唯一西方民族，但自十七世紀起，荷蘭人及英國人加入與之競爭(荷蘭人在一六四一年霸佔馬六甲)。英國人和荷蘭人因壟斷生絲及白銀而獲利，同時又將東方的精緻產品引入歐洲。

因此，澳門自一六零三年開始就成為荷蘭人屢攻的目標。另一方面，英國人由於擁有先進科技----以蒸汽船革新了其古老的運輸系統，因此逐漸壟斷了中

國對外貿易。並利用澳門這個與葡萄牙建有聯盟關係的地方作為進入中國的大門。直到一八四二年在鴉片戰爭英國獲勝後，英國人開始以香港為落實其政策的基地，使香港日後成為世界著名的金融市場之一。

香港因為擁有比澳門更優良的港口，可停泊遠洋的巨輪，因而得以迅速發展；而澳門因面臨競爭的衝擊、大量人才流向更有發展機會的地方，經歷了幾近一世紀的衰落。

葡方曾就澳門的狀況分別在一六八七年及一七五三年派大使到北京商討，但沒有結果。其後，及至一八八七年中葡雙方使節經過二十多年的往返談判，終於在翌年八月廿八日簽訂里斯本協議和通商及友好條約(從未獲北京確認)。承認葡萄牙在澳門的最高權力。

自十八世紀末，澳門城市不斷發展，一直到目前的規模。其改變除河床沖積及新填海工程令土地擴大外，另一方面，大量移民的湧入，使澳門人口不斷增加，最顯著的是一九三七年第二次世界大戰期間，當時日本侵略中國，香港亦淪入日軍手中；及中國大陸政局動盪，逃難的狂潮令澳門人口劇增——這些因素改變了澳門的面貌、建築、日常生活、風俗、環境，尤其是經濟。

嚴格來說，澳門從來不會是殖民地，尤其是與其他前葡國殖民地相比較的話。因此，當葡萄牙於一九七四年四月二十五日推翻獨裁統治，政權發生更替，葡萄牙放棄其殖民帝國時，非殖民化過程對澳門影響極小。

里斯本政府實行非殖民化政策，四個世紀以來首次對澳門政治行政制度正式作出規定。一九七九年二月八日中葡兩國簽訂復交協定時擬出第一個政治上可行的方案。當時在巴黎簽署的聲明明確提到「互相尊重主權和領土完整的原則」，含蓄地承認了澳門是葡萄牙管治下的中國領土。

早在一九七四年四月革命之後，葡國即宣佈，里斯本無意違反北京當局的意願去保留對澳門的主權，從而重新打開了與中國建立外交關係以求解決澳門政治制度的大門。

一九八七年四月，中葡兩國就澳門問題簽署了聯合聲明，這份歷史性文件就澳門未來以及與市民相關的垂大基本問題定下一個全面的框架。

這份協議具有國際法效力，現存檔於聯合國。根據協議內容，中國於一九九九年十二月二十日對澳門恢復行使主權，並設立澳門特別行政區。澳門特別行政區享有高度自治權，擁有本身的政府機關及法律，澳門現行的政治、法律、社會、文化及經濟制度將維持五十年不變，維持葡文作為第二官方語文，保留葡式、人道及西方的權利自由及保障的架構¹。

肆、香港(Hong Kong)

¹ 澳門政府新聞司 澳門簡介 1996 頁 5

第一章 香港法律地位之演變

第一節 英國統治期間的香港殖民地

香港位於中國廣東省東南海岸，珠江河口之東，包括香港島、九龍（昂船州與九龍城寨）、新界（及周圍島嶼）等三個部分，原屬中國廣東省新安縣（後改寶安縣，現為深圳市）管轄，1840—1842年中英鴉片戰爭後，逐步為英國所佔領，成為英國的殖民地。民國以後，中國政府對於香港地位的問題，始終持著不願承認英國對香港擁有主權的態度。近年由於英國租借新界所依據之〈展拓香港界址專條〉即將於1997年7月1日到期，新界土地的使用因涉及英國土地法律的規定而必須解決（註一）。因受新界租期之限制，香港英國政府所同意之批地年限日短，以致需要長期收益之土地投資日益裹足不前，影響香港經濟發展甚鉅。在此一壓力下，英國政府乃向中華人民共和國政府提出解決批地契約的問題，中共方面表示此一問題應與香港主權問題一併解決，中（共）英雙方乃自1982年起展開有關解決香港前途問題之談判，中（共）方在「收回主權、

註一 依照英國法律規定，英國土地之所有權均屬於英國皇室所有，土地占有人僅能依照不同的土地保有條件（tenures）對土地享有地產權（estate）。地產權的類別約可分為兩類，一為自由地產權（freehold estate），一為租借地產權（leasehold estate）。前者指無條件繼承地產權（fee simple），實際上已相當於所有權。新界為英國租借地，因此英國對新界土地沒有所有權，凡居民須使用土地而政府提出申請者，英國政府一律授以租借地產權。參見蕭蔚云主編，一國兩制與香港基本法律制度，北京：北京大學出版社，1990年5月，頁79。

保持繁榮」的立場下，以1982年修憲時所正式明定之「一個國家，兩種制度」精神作為主要談判基礎，用以安排香港回歸中國（共）後的政治經濟地位。中（共）英針對香港問題於1984年於北京簽訂〈中華人民共和國政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明〉，確定中國（共）將於1997年7月1日回復對香港行使主權，中共並依其憲法第31條規定，於香港設置特別行政區，1990年4月4日中共第7屆全國人民代表大會（以下簡稱「全國人大」）通過〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉，以作為未來中共統治香港的根本大法。

中（共）英雙方進行香港問題談判之時，其間最大的分歧在於雙方對於香港法律地位的看法，英國認為其合法統治香港的依據為中（共）英有關香港地位的三項條約：〈南京條約〉、〈北京條約〉、〈展拓香港界址專條〉，中共則主張該三項條約係不平等條約，本即無效，中國（共）之所以無法在香港有效行使主權，僅僅是由於英國佔領的緣故，後因英方擱置了對於主權問題的爭執（註二），談判方得以繼續展開。

英國主張合法統治香港所依據的三項條約，皆為於鴉片戰爭後與中國清政府所簽訂者。從19世紀開始，英國以鴉片打開對華通商大門，為了確保對華貿易上的利益，英國即不斷要求中國清政府割讓海島以作為貿易據點，中國清政府於1839年正式禁煙，英國除要求中國停止收繳鴉片，更反而要求與中國簽訂通商條約或割讓海島，中國表示拒絕後，英國乃於1840年發動第一次鴉片戰爭。戰爭一爆發，中國軍事失利，1841年中方代表琦善與英方代表義律談和，私下簽署〈穿鼻草約〉，同意割讓香港，該約規定，「香港之島及其港口割讓於英國，大清帝國對香港商業

註二 英國首相柴契爾夫人於1983年3月致函中國總理趙紫陽，表示：「只要英國政府和中國政府之間，能夠就香港的行使管理安排達成協議，而這些安排能夠保證香港今後的繁榮與穩定，又能既為中國政府又為英國議會和香港人民所接受，我就準備向議會建議，使整個香港的主權回歸中國。」參見王叔文主編，香港特別行政區基本法導論，北京：中共中央黨校出版社，1990年10月，頁6。

得按黃埔貿易之例，徵收一切稅鈔。」儘管中英雙方皆不滿意於該草約的內容，但英國則仍舊強行佔領香港。1842年，英軍北上南京，迫中國清政府與之簽訂中國第一個不平等條約〈南京條約〉（即〈中英江寧條約十三款〉）。該約第3款就香港問題重新規定：「今大清皇帝批准將香港島給予英國君主暨嗣後世襲主位者長遠掌管。任便立法治理。」該條文取消了原定明於〈穿鼻草約〉的「大清帝國對香港商業得按黃埔貿易之例，徵收一切稅鈔」的規定，由於徵稅權的取消，象徵中國清政府喪失了對香港島的一切主權。

英國占領香港島後，則進一步覬覦九龍半島。簽訂〈南京條約〉的同時，英國已在南九龍的尖沙咀駐軍，1856至1858年以及1858至1860年間中英之間因亞羅船事件再度爆發第二次鴉片戰爭。1860年，英國以「尋找住宿營地」為藉口，迫使清兩廣總督勞崇光與英國駐廣州領事巴夏禮（Harry S. Parkes）簽訂了租借尖沙咀的協議，將北至界限街以南的九龍尖沙咀、旺角地區連同昂船州的土地永久租借予英國。然英國政府對於租借九龍半島並不滿意，同年與法國合組聯軍攻入北京，脅迫中國與之簽訂〈北京條約〉（即〈中英續增條約九款〉）。該約第6款中規定：

「前據本年2月28日，大清兩廣總督勞崇光將粵東九龍司地方一區交與大英駐紮，粵省暫充英法總局，正使功賜三等寶星巴夏禮，代國立批永租在案。茲大清大皇帝定即將該界付與大英大君主並歷代後嗣，並歸英屬香港界內。」九龍司地區乃繼香港島之後以割讓的形式由英國占有。

1898年，英國利用中日甲午戰爭調停之功，藉口維護在華國際勢力均勢，向清政府施壓簽訂〈展拓香港界址專條〉，強行租借九龍半島界限街以北深圳河以南及鄰近所有島嶼（此即新界地區）。該專條規定，九龍半島之「所有現在九龍城內駐紮之中國官員，仍可在城內各司其事」，「議定仍留附近九龍城原碼頭一區，以便中國兵商各船渡艇任便往來停泊，且使城內官民任便行走」，「其餘新租之地，歸英國管轄」，其租借則「以99年為限期」，到1997年6月30日終止，亦即須於1997年7月1日歸還中國。

由上可知，香港地區除新界之外，皆為英國以割讓形式占有者，但因百年來三個地區的發展已融為一體，因此英國無法單獨就新界租地與中國談判，〈展拓香港界址專條〉遂成為逼使英國與中共談判香港主權歸屬的主要關鍵。

英國對於國際條約的國內法效力採取的是二元論的立場，換言之，國際條約在國內並不能即時實施，而是需要通過國內的特別立法，此即國際條約的接受轉化成為內國法律的程序。依照英國法律，國際條約必須再經本國議會訂立同樣內容的法律方得約束本國，因此中英之間三項條約乃是經由此一程序，使英國對香港的統治直接歸因於英國國內法，亦即以女皇會同樞密院會議通過的憲制性文件作為香港法律的法源。職是之故，1842年英國雖簽署了〈中英南京條約〉，但要到1843年4月5日女皇會同樞密院以英皇制誥的形式發布〈香港憲章〉(Hong Kong Charter) (又名〈第一憲章〉)，規定香港為英國殖民地後(註三)，方才算是完成割讓香港手續，而由英國當局依照本國之〈殖民地條例〉實施統治。

〈香港憲章〉則成為香港的第一部憲制性文件(註四)。九龍司地區與新界地區則係分別經由1861年2月4日與1898年10月20日的〈九龍敕令〉(註五)與〈新界敕令〉(註六)宣布併入香港殖民地而適用於〈殖民地規例〉

註三 相關條文為：「我們認為應當並決定置我們的香港島及其屬土為一殖民地。」

註四 〈香港憲章〉發布後次日，即同年4月6日，英國戰爭及殖民地大臣斯坦利訓令護理港督砵甸乍(Sir Henry Pottinger Batt，一譯璞鼎查)依照〈香港憲章〉組織香港政府，並授以香港總督制訂香港法律的權力，〈香港憲章〉和〈致砵甸乍訓令〉於1843年6月26日中英兩國交換〈南京條約〉批准書後生效。由於〈致砵甸乍訓令〉並非由英皇發布，故未收入〈香港法律典〉。史深良，香港政制縱橫談，廣州：廣東人民出版社，1991年5月，頁212。如果說憲法的實質意義在於對於一個終止舊有政府繼續統治的地區重新創設一新的政府體制，則吾人可視〈香港憲章〉與〈致砵甸乍訓令〉為香港的第一部憲法。N. J. Miners, *The Government and Politics of Hong Kong*, Oxford: Oxford University Press, 1981, p.63。

註五 相關條文為：「鑒於女皇陛下同中國大清皇帝1860年10月24日簽訂的〈北京條約〉，把九龍地區割讓與女皇陛下，作為殖民地香港的屬土」，「九龍地區為女

者。然而〈新界敕令〉的內容與〈展拓香港界址專條〉是有所出入的。該一敕令並不包括限制英政府在新界地區的權力，但這一點卻是〈專條〉的一部分（註七），因為〈專條〉規定，除作政府辦公樓宇、防禦工事或類似的官方用途外，英政府不得徵用新界土地，而因上述目的需徵用的土地，也當以合理的價格購買，但是該敕令卻絲毫不提此事，換言之，〈新界敕令〉隱含著英國在新界地區的完整統治權。儘管如此，該一敕令第4條仍維持了原先保留於〈專條〉中的中國對於九龍半島上九龍城的法治權（註八）。1899年5月6日英國政府藉口中國官員暗遣官兵幫助同年4月15日起發生的三日抗英暴動，將中國官員驅逐，使中國實際上喪失了對於九龍城寨的管轄權（註九），英國乃在1899年12月27日發布〈城寨敕令〉（註十），宣布取消1898年10月20日敕令第4條，將九龍城寨完全併入香港殖民地。基於以上事實，我們可以說，英國對於新界地區的土地處分權力以及對於九龍城寨的管轄，皆非來自中英間條約的規定，而是英

皇陛下殖民地香港的重要組成部分，正如它實際上已成為所述殖民地的一部分一樣。」

註六 相關條文為：「鑒於女皇陛下同中國皇帝於1898年6月9日達成條約，鄰近殖民地香港之英國領土，將依據上述條約以租借給女皇的形式展拓，「上述條約規定的邊界範圍內的土地，是女皇陛下殖民地香港的重要組成部分，正如它實際上已成為所述殖民地的一部分一樣。」

註七 董立坤，香港法的理論與實踐，北京：法律出版社，1990年4月，頁7。案：〈北京條約〉簽訂於1860年，簽訂於1898年者應為〈展拓香港界址專條〉，原書似有誤。

註八 第4條規定：「駐紮在九龍城之中國官員不受本敕令限制，仍可在城內各司其事，惟不得與保衛香港之武備有所妨礙。」與〈專條〉之規定大致相同。

註九 參見丘宏達，香港法律地位之研究——兼論中共對香港問題的態度，收錄於氏著，關於中國領土的國際法問題論集，台北：台灣商務印書館，民國64年4月，頁137。

註十 相關條文為：「鑒於九龍城的中國官員行使職權，構成與保衛香港之武備有所妨礙」，「女皇會同樞密院1898年10月20日敕令第4條作廢。」

國片面違約自作主張的結果。

全面性規定英國與香港政制關係的法律文件為1917年4月20日修正頒布的憲制性文件〈英皇制誥〉(Letters Patent)與〈皇室訓令〉(諭旨)(Royal Instructions)(註十一)。就形式上而言,該兩份憲制性文件僅係英皇頒發給香港總督的敕令,而非經國會通過具有嚴格意義的法律,但這些形式都是表面的,因其修改乃是由英國政府中主持香港事務的大臣策劃經首相同意送國會通過者。〈英皇制誥〉強調英國對香港至高無上之主權,規定英皇為香港的最高統治者,總督作為英皇的代表行使對香港的統治權,英國有權通過在香港施行的法律,或通過樞密院的敕令,為香港立法。英國議會為香港制定之法律之效力高於香港自訂之法律,英國有權否決香港自訂之法律。若單就立法形式而言,作為英國統治香港之國內法依據,竟以敕令的形式行之,不啻表明了香港的殖民地性質,而就實質觀之,作為香港各種法制之基本大法,竟非由香港人民參與制定者,亦在在顯示了在英國統治下香港人民主權之不存。

英國對於香港的主權主張基礎是中英間的三項條約,但是辛亥革命後的歷屆中國政府,皆主張該三項條約連同清政府與外國簽訂之有損及中國主權的條約皆為不平等條約,中(共)英香港談判時,中(共)方所持者即此一貫立場。因此,中英條約的有效性,乃成為香港主權歸屬的重要關鍵。

從該三項條約的發生原因以觀,皆為英國對中國所發動的侵略戰爭,國際法鼻祖格老秀斯(Hugo Grotius)即歸結戰爭的正當理由為自衛、恢復自己的財產和懲罰三種(註十二),英國的對華戰爭無一具有傳統國際

註十一 英皇制誥是由樞密院會議通過,載有英皇針對特定目的對特定對象之公開指示,並於加蓋國璽頒發的一種特許證書,皇室訓令則是由英皇御筆簽署後,並加蓋國璽的英皇敕令,為英皇制誥的實施細則。英皇於1888年頒發〈英皇制誥〉給香港總督,該文件的第2條則規定了〈皇室訓令〉的頒佈方式。

註十二 格老秀斯(Hugo Grotius),戰爭與和平法,摘選自法學教材編輯部〈西方法律思想史編寫組〉編,西方法律思想史資料選編,北京:北京大學出版

法學所認定的正當理由，在傳統允許以戰爭作為解決國際爭端合法手段的時代裡，鴉片戰爭本身即已非具有合法性之正義戰爭，因非法戰爭所簽訂之和約，如中國之與英國簽訂該三項條約，皆為城下之盟，並非基於締約雙方自由同意，而係一方以武力脅迫一方訂立者，這是中國(共)依現代國際法體現在1969年〈維也納條約法公約〉當中的法理主張不平等條約無效的主要理由(註十三)。但涉及邊界或領土問題的不平等條約效力，恐怕必須從另一個角度加以理解。傳統國際法乃「允許一國占領他國土地經時效取得法權」(註十四)。換言之，凡涉及邊界之國際協定，傳統國際法中，通常不問是否為平等或不平等，皆儘量不加以變更。因為縱有包含不平等的成分，由於國際間必須互相依存合作，不宜完全廢除，而應改以平等互惠的精神來簽訂新約(註十五)。質言之，縱使中英有關香港地位之三項條約為無效之不平等條約，英國仍可依占領時效之原理合法取得香港主權，中國並不當然自始保有香港主權。由於中英雙方陷於國際法理與民族情緒的糾葛之中各執一詞，互不相讓，在日後展開的香港前途談判中，則由英方在表面上稍作讓步，使雙方得以迴避對這一問題的爭執(註十六)。再者，對於以何種方法決定香港主權歸屬的問題上，當代國際法則主張對於爭執中的領土，尤其是一般殖民地、屬地、託管地等等「依賴領土」，應透過自決原則來加以解決(註十七)，若自決的結

社，1983年6月，頁147。

註十三 參見趙理海，香港問題的回顧與前瞻，收錄於黃炳坤主編，「一國兩制」法律問題面面觀，香港：三聯書店有限公司，1987年7月，頁24-25。

註十四 參見湯武，中國與國際法二，台北：中華文化出版事業委員會，民國46年8月，頁420。

註十五 Lung-Fong Chen, State Succession Relating to Unequal Treaties, Hamden, Connecticut: Archon Books, 1979, p. 234。 闕引自蕭欣義，化解宿怨自決前途，收錄於張富美編，台灣問題討論集——台灣現狀與台灣前途，台北：前衛出版社，1988年9月，頁220。

註十六 參見註四。

註十七 Lung-Fong Chen, 同註十七，蕭欣義，同註十七，頁208。

果與歷史上的祖國歸於統一，那也是自決原則的運用，而非收復失土。唯香港屬於典型的小形袋囊殖民地（又可稱為被包圍的殖民地colonial enclaves），亦即為原主權國領土包圍的領土，面積小，人口少，缺乏自成一主權國家的條件，因此缺乏了獨立的可能性，其前途的決定乃可排除自決原則的適用，而應採行歸還鄰境原主原則，即可以由殖民國和主權國以保障袋囊殖民地人民福利為目的，透過和平談判的方式來轉移主權（註十八）。

不過中國歷屆政府確實以收回香港為最高目標，並強烈地主張廢除不平等條約，1928年6月15日，中國國民政府宣言堅決聲明廢除不平等條約的決心。但在中華民國統治中國大陸期間，中華民國至多僅於1943年1月11日與英國簽訂〈取消英國在華治外法權及其他有關特權條約〉時照會英方，聲明中國保留收回九龍之權，當時輿論、學者亦多主張英國租借新界的理由即維持在華國際均勢之理由已不存在，根據情事變更原則，〈展拓香港界址專條〉已失去存續原因，英國應「從速交還九龍租借地於中國」（註十九）。原則上，中華民國並未直接主張中英三項條約為自始無效，對於租借地與割讓地亦分開認定處理。

中華人民共和國早在建國前夕，即於1949年9月24日由中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過之〈中國人民政治協商會議共同綱領〉第55條中指出：「對於國民黨政府與外國政府訂立的各種條約和協定，中華人民共和國中央政府應加以審查，按其內容，分別予以承認，或廢除，

註十八 參見蕭欣義，同註十七，頁206-214。李鴻禧教授則就國際法上殖民地人民自決與國內法之主權在民原理主張自決原則應一體適用於香港殖民地人民，參見氏著，中共憲法與一國兩制問題試析——香港一國兩制問題與中共法律觀念，台北：中國比較法學會學報，第10期，民國79年9月25日，頁8-9。唯香港之領土性質是否為聯合國定義的「殖民地」，在1972年11月8日第27屆聯合國大會通過決議將之自殖民地名單中刪去之後，則有疑義。下詳。

註十九 丘宏達，同註九，頁138-9。

或修改，或重訂。」對於國民黨政府之前之中國政府對外簽訂之條約，理論上若國民黨政府加以繼承，其效力與國民黨政府所訂立者並無二致，故中華人民共和國之意願雖未明白表達，但就中華人民共和國之外交實踐經驗以觀，這條顯然亦對於國民黨之前的條約適用。中共在1963年3月8日〈人民日報〉社論《評美國共產黨聲明》中即明白指出：「我國政府在中華人民共和國成立時就宣佈，對於歷史上遺留下來的歷屆中國政府同外國政府所訂立的條約，要分別按其內容，或者承認，或者廢除，或者修改，或者重訂。」（註二十）。1964年在莫斯科召開的世界青年論壇，通過錫蘭提議，曾將香港與澳門列入〈應依聯合國憲章給以獨立的某些殖民地的決議〉草案中。為因應國際輿論與中共的壓力，英國從70年代開始，將主管香港事務的部門由殖民地部轉移到外交及聯邦事務部，並且迂迴地展開香港的非殖民地化政策。所謂的非殖民地化，是指在英國政府的主導下，逐步在原殖民地建立一個受英國影響、政治文化同英國接近，由親英人士掌權的政府，其於香港的實踐，便是擴大了香港本地人士進入立法局與行政局參與決策的機會（註二一）。自中華人民共和國進入聯合國後，即積極促使聯合國殖民主義特別委員會將香港自殖民地名單中刪除出去，表明中國（共）認為香港係英國之佔領地而非殖民地，不承認英國對於香港之統治具有合法性。1972年6月15日，聯合國非殖民化特別委員會建議聯合國大會通過決議將香港自殖民地名單中刪去。1972年11月8日，第27屆聯合國大會通過決議，批准了該委員會的報告。1972年12月22日，英國聲明「聯合國大會的行動絲毫不影響香港的法律地位」，

註二十 同上註，頁140。

註二一 一般而言，非殖民地化的步驟有四，一為設立代議政府，二為將代議政府轉為責任政府，三則由成立了責任政府的殖民地自治領過渡，四為自治領的獨立建國。香港的特殊性在於其之非殖民地化並非為了獨立建國作準備。參見史深良，同註六，頁58-62。由於香港本地民主政府的建立有礙於中共的順利接收，故晚近的發展，非殖民化政策已成為英國與中共談判香港問題時的重要籌碼。

「英國不能接受任何與香港為英國殖民地所不同的觀點」(註二二)。

不論中(共)英雙方對於香港所持之立場如何，在擱置了此一爭議之後，雙方終於1984年12月19日簽訂了〈聯合聲明〉，英國國會隨之依與三項不平等條約同樣的國際法國內立法方式相應制定了〈香港法令〉，該法於1985年4月4日通過，表明了英國以國內法的形式承認了香港主權的回歸中國，預告其將結束對香港之統治。〈香港法令〉的性質與一般英國處理殖民地脫離獨立的〈獨立法令〉(Independence Acts)不同，後者係一方面結束英國對於該殖民地之統治權，一方面則授權賦予新獨立國家有權處理本國之行政與立法事務。但由於接管香港之中國(共)當局係持不承認英國對香港主權的立場，因此，未來中國(共)接管香港後的香港根本大法並不包括英國所制定〈香港法令〉，而直接為中國(共)所制定之〈基本法〉(註二三)。

第二節 中國(共)恢復行使主權 後的香港特別行政區

中國(共)對於香港法律地位安排的最高原則為「一國兩制」，1982年9月，中國共產黨中央顧問委員會主任鄧小平在會見來華進行第一階段香港問題談判的英國首相柴契爾夫人時，首度就香港問題提出了此一概念，他說，關於收回香港主權問題，可以採用「一個國家、兩種制度」的辦法解決。據此，中(共)方開始制定對香港的基本方針政策(註二四)。

所謂的一國兩制，即是一個國家中有二種制度：一種是社會主義制度，一種是資本主義制度。具體說，就是「在中華人民共和國內，大陸

註二二 董立坤，同註九，頁14。此一決議是否影響及香港人民合於聯合國1960年〈給予殖民地國家和人民獨立宣言〉中聲言之行使人民自決權的資格，在政治的現實下，似乎僅存理論探討的價值。

註二三 同上註，頁32。

註二四 蕭蔚雲主編，同註二，頁3。蕭氏認為這是一國兩制概念的最早提出，似有誤，參見註三二。

義社會。初級階段論提供中共自我說服何以能在社會主義國家之內存在資本主義制度（手段）的充分論證與信心，也真正解決了一國兩制統一戰略決策法制化的意識形態障礙。由此可見香港之實施一國兩制，並不是單純的政治性決策，「一個穩定繁榮的香港對於祖國的四化建設也有重要的輔助作用。香港是我們與資本主義國家溝通的重要橋樑，利用香港的特殊地位與條件，為我們引進資金、先進技術和經營管理經驗，便於『對內搞活經濟、對外實行開放』的政策順利貫徹執行」（註二八），此乃無法擺脫中共環繞著經濟開放的思考路徑。

一國兩制的設想，大約在1978年底中共黨中央和鄧小平為因應中（共）美建交台美軍事協防關係終止後的新形勢，在制定解決台灣問題決策時便已形成（註二九），1979年元旦，中共全國人民代表大會常務委員會發表〈告臺灣同胞書〉指出：「世界上普遍承認只有一個中國，承認中華人民共和國政府是中國唯一合法的政府，……我們殷切期望臺灣早日回歸祖國，……在解決統一問題時尊重臺灣現狀和臺灣各界人士的意見，採取合情合理的政策和辦法」。所謂「尊重臺灣現狀和臺灣各界人士的意見」、「採取合情合理的政策和辦法」，於此已包含有「一國兩制」的構想。同月30日，鄧小平在美國國會發表演說時表示：「我們不再用『解放台灣』這個提法了。只要台灣回歸祖國，我們將尊重那裡的現實和現行制度。」同年10月13日，鄧小平接見日本朝日新聞社長渡邊誠毅時，宣稱將比照國民政府允許中共在陝北設立特區的方式在台設立特區（註三十）。這是特別行政區概念的曙光乍現，可說是鄧小平革命經驗的召喚。1980年1月16日，鄧小平在一次黨的內部講話中接續八十年代的三大任務為四化、統

註二八 紅旗雜誌評論員，香港長期穩定繁榮的可靠保證，北京：紅旗雜誌，第20期，1984年10月16日，頁22。

註二九 中國社會科學院顧問錢俊瑞透露，引自翁松燃，「一國兩制」剪論——概念、性質、內容、困難和前景，收錄於張富美編，同註十七，頁88。

註三十 郭瑞華，中共「一國兩制」產生的背景分析（下），台北：共黨問題研究，第14卷第9期，頁10。

十億人口實行社會主義制度，香港、台灣實行資本主義制度。」(註二五)。但這兩種制度並不能等量齊觀，平分秋色，實則一國兩制係指在社會主義國家內，容許少數地區建立特別行政區，在相當長時期內不實行社會主義的制度與政策，繼續保有原有的資本主義社會經濟制度和生活方式(註二六)，亦即在以社會主義為主體的單一制國家內，為促進社會主義的更高發展，而策略性地局部保留一時無法過渡的資本主義制度。但如果我們把它放在整個歷史脈絡裡來看，我們又可進一步地發現，它是中共統一戰略決策上的一個創新的法律制度。它的對象不是既已在中國(共)統治下的區域，而是尚未為中共兼并的三個鄰近中國大陸的華人資本主義世界：澳門、香港和台灣。事實上，它的真正對象是一度宣稱要「以三民主義統一中國」的台灣，港澳正是在中共的大戰略佈局下因緣際會地躬逢其盛。

「一國兩制」的觀念非一蹴即成，而係經過一段時間慢慢演化而來的。「一國兩制」觀念的提出早在70年代末期，但一直到80年代中期後，為了改革開放需要而建構的社會主義初級階段論，才是一國兩制理論真正成熟的基礎(註二七)。1987年12月25日由總書記趙紫陽在中國共產黨第13屆全國黨代表大會發表的社會主義初級階段論，將中國大陸社會的發展階段，由過去一向標榜的高級社會主義退回所謂的初級社會主義，此即承認中國(共)仍為一物質文明不發達的後進社會，因而全力發展生產力為一切工作的重心，從而容許在生產關係上，在中國(共)已實施社會主義公有制的基礎上，引進具有資本主義特徵的商品經濟手段，以使中國(共)能順利跨過資本主義階段，直接由封建社會過渡到社會主

註二五 鄧小平，一個國家兩種制度(節錄)，收錄於沈宗靈主編，法學基礎理論教學參考資料選編，北京：北京大學出版社，1989年1月，頁327。這是1984年6月會見香港工商界訪京團和香港行政局議員鍾士元等人的談話要點。

註二六 許崇德主編，中國憲法，北京：中國人民大學出版社，1989年4月，頁282。

註二七 李念祖、石之瑜合著，規範兩岸關係，臺北：五南圖書出版公司，1991年4月，頁3。

一和反霸，強調「實現台灣回歸祖國、完成統一大業」。1981年9月30日，中共全國人民代表大會常務委員會委員長葉劍英向新華社記者發表〈實現祖國和平統一方針〉談話（俗稱〈葉九條〉），其重要內容為：一，建議舉行中國共產黨和中國國民黨兩黨對等談判，實行第三次合作，共同完成祖國統一大業；二，台灣可作為特別行政區，享有高度的自治權，並可保留軍隊，中央政府不干預台灣地方事務；三，臺灣現行社會經濟制度不變，私人財產、房屋、土地、企業所有權、合法繼承權和外國投資不受侵犯。這是「特別行政區」概念的首度使用。1982年1月鄧小平於會見海外友人時說，九條方針，實際上就是「一個國家，兩種制度」，關於「一國兩制」的概念，才開始正式被使用（註三一）。1982年12月，中共為表誠意，乃將台灣可設立特別行政區的承諾入憲，於全國人大第5屆第5次會議通過的〈中華人民共和國憲法〉（〈八二憲法〉）總綱第31條明文規定：「國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律定之。」中共憲法修改委員會副主任委員彭真於1982年11月26日於北京第5屆全國人民代表大會第5次會議上所作的〈關於中華人民共和國憲法修改草案的報告〉即不諱言道：「1981年，全國人民代表大會常務委員會委員長葉劍英同志發表談話指出，實現和平統一後，台灣可作為特別行政區，享有高度的自治權。這種自治權，包括台灣現行社會、經濟制度不變，生活方式不變，同國外的經濟、文化關係不變等等。考慮到這種情況的需要，才有憲法第31條的規定。」（註三二）。

在稍早鄧小平對柴契爾夫人的談話宣示與至此一國兩制的正式入

註三一 李家泉，一國兩制與臺灣前途——中國海峽兩岸關係探討，1991年，頁1。
問引自朱武獻，論一國兩制——兼論對海峽兩岸關係之影響，收錄於氏著，
公法專題研究(二)，台北自版（輔仁大學法學叢書），1992年11月，頁3。

註三二 彭真，關於中華人民共和國憲法修改草案的報告，北京：新華月報，1982
年12月號，第458期，1983年1月30日，頁27。

憲,使中共代表團於1983年7月12日與英國就香港問題在北京展開第二階段談判之時,全面提出以「一國兩制」解決香港問題之主張,並制定了作為中(共)英談判基礎的12條關於解決香港問題的基本方針政策:

- 1.收回香港後,設立香港特別行政區;
- 2.香港特別行政區直轄於中央人民政府,除外交和國防事務屬於中央人民政府管理外,香港特別行政區實行高度自治;
- 3.香港特別行政區享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權,現行法律基本不變;
- 4.香港特別行政區由當地人自己管理;
- 5.香港的社會、經濟制度不變,生活方式不變,居民的權利和自由、私人財產、企業所有權、合法繼承權、外來投資受法律保護;
- 6.保持自由港和獨立關稅地區的地位;
- 7.保持國際金融中心地位,外匯、黃金、證券、期貨市場繼續開放,資金進出自由,港幣繼續流通,自由兌換;
- 8.財政獨立,中央不向香港徵稅;
- 9.照顧英國在香港的利益;
- 10.香港特別行政區,可以「中國香港」的名義單獨同各國、各地區及有關國際組織保持和發展經濟、文化關係,並簽訂有關協定;
- 11.社會治安由香港特別行政區自己維持;
- 12.制定〈香港特別行政區基本法〉。

我們若粗略比較一國兩制在香港的實踐與先前中共針對台灣問題所作的詮釋,便可以發現中共承諾台灣可保留的軍隊(國防事務管理權)並不見於香港,這說明了香港作為殖民地的命運,連最後自己武力的屏障也沒有。

第二階段談判一度因雙方對於有關香港三項條約之效力及香港主權之認定有所歧見而陷入膠著狀態,1984年12月19日,在擺開有關條約效力之爭議後,中(共)英兩國政府首長在北京簽署了〈中華人民共和國

政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明》以及三個附件：〈中華人民共和國政府對香港的基本方針政策的具體說明〉、〈關於中英聯合聯絡小組〉和〈關於土地契約〉。中共在〈聯合聲明〉第3款第12項中宣布中華人民共和國全國人民代表大會將以〈中華人民共和國特別行政區基本法〉規定〈聯合聲明〉中所宣示之基本方針政策，並在50年內不變。〈基本法〉之起草工作隨即展開。

1985年4月10日中共第6屆全國人民代表大會第3次會議通過決定成立中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會，關於起草委員的組成，該決定則規定：「由包括香港同胞在內的各方面的人士和專家組成。具體名單由全國人民代表大會常務委員會決定並公布。」6月18日，人大常委會公布起草委員名單。該起草委員會由59人組成，其中中國（共）內地委員36人、香港委員23人。香港委員佔有39%，由工業、商業、金融、地產、航運、文教、法律、工會、宗教、傳播各界人士所組成，委員中尚有香港行政、立法兩局議員和香港法院按察司以個人身分參加者；內地委員佔有61%，包括全國人大和國務院及有關部門負責人15人、各界知名人士10人、法律專家11人。香港委員人數雖然較少，但由於表決採三分之二絕對多數決，如果香港委員對於某一問題的立場一致，則以其佔五分之二的人數，仍足以否決佔多數的內地委員意見。然而由於委員並非經由民意選舉產生，而係中共御筆親點，基本上立場必然與中共不致太過對立，再者爲了廣納香港民意，基本法起草委員會復委託23名香港委員於同年底12月8日在香港成立基本法諮詢委員會，成員共160名，邀請香港各界代表及少數外籍人士組成，該諮詢委員會僅爲一諮詢機構，其代表性是否經得起民意考驗，則無從由選舉中得到檢證。起草委員會與諮詢委員會的委員歷經了三個階段四年的起草案與意見諮詢，在三易其稿修改百餘處後，終於在1990年4月4日由中共第7屆全國人民代表大會第3次會議決定通過〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉，該基本法同時包括〈香港特別行政區行政長官的產生辦法〉、〈香港特別行政區

立法會的產生辦法和表決程序〉和〈在香港特別行政區實施的全國性法律〉三個附件，經國家主席楊尚昆於當日頒布，預定1997年7月1日起實施。屆時，香港主權則將歸諸中華人民共和國，成為中華人民共和國轄下的第一個特別行政區。

第三節 香港特別行政區基本法與 中華人民共和國憲法之關係

〈基本法〉的法源為〈八二憲法〉第31條，第31條有關特別行政區的規定是一種憲法委託(Verfassungsauftrag)，即將設立特別行政區的條件(必要時)及立法內容(按照具體情況實行的制度)交由立法者判斷與決定，表面上看來，「必要」與「具體情況」顯然是一種典型的不確定法律概念，〈憲法〉似乎將認定的標準交付給作為民主集中制國家意志機關的全國人大，使其享有完全的判斷餘地。是否果真如此，而縱使吾人同意全國人大享有此種憲法委託之判斷權能，吾人亦須進一步追問，憲法的委託有無界限，可否違背憲法本身的精神？

依〈中共憲法〉第62條規定，全國人大有修改憲法、監督憲法的實施及制定和修改各種基本法律的職權，若借用耶凌涅克(G. Jellinek)的立法者主權說來解釋(註三三)，人大要採取修憲或立法的方式來展現其意志，除了程序不同(修憲要有常務委員會或五分之一以上代表提議，並由全體代表以三分之二以上的多數通過，立法則只要經全體代表過半數通過，參照中共〈憲法〉第64條)，唯一能夠拘束人大者，可能就是一種「負責的情感」(Verantwortungsgefühl)；為了維護整個法律體系的內在邏輯一致性，而不使法律的制定造成「沉默的憲法變更」(stillschweigende Verfassungsänderung)。如果中共憲法理論不承認法律具有位階性的話，則憲法與法律的邏輯上矛盾或法律體系的錯亂秩序，

註三三 參陳新民，論「憲法委託」之理論，收錄於氏著，憲法基本權利之基本理論，上冊，台北：自版，民國79年1月，頁49-52。

便可依後法優於前法的法理加以解決，但若非如此，則將會造成法律的違憲。〈中共憲法〉序言稱：「本憲法以法律的形式確認了中國各族人民奮鬥的結果，規定了國家的根本制度和根本任務，是國家的根本法，具有最高的法律效力。」第5條復規定：「國家維護社會主義法制的統一和尊嚴。一切法律，行政法規和地方性法規都不得同憲法相牴觸。一切國家和武裝力量、各政黨和各社會團體、各企業事業組織都必須遵守憲法和法律。一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究。任何組織或者個人都不得有超越憲法和法律的特權。」正表明了中共承認法律位階性的存在，就此以觀，〈基本法〉自然亦不得與〈憲法〉相牴觸，換言之，全國人大對於設立特別行政區必要條件之判斷及制度內容之規劃，亦不得有超越憲法的特權，除非全國人大先行修改憲法，以擴大其判斷之餘地。中共法學家向來認為法律應當結合原則性和靈活性，毛澤東曾說：「原則性要靈活執行。應當是那樣，實際是這樣，中間有個距離。有些法律條文要真正實行，也還得幾年。」（註三四）。張鑫教授評論道：「……對法律靈活性的說明，即法律制定公佈後，並非一定立即嚴格執行，特別是應該根據形勢靈活掌握。」（註三五）。形勢的判斷則繫於黨的政策，「具有相對穩定性的法律，只有根據黨的政策靈活地加以實施，才能發揮它的革命作用，決不能不問時間、地點、客觀形勢，死搬硬套法律條文，機械地實施法律。」（註三六）。但儘管如此，靈活性的運用仍舊是有限度的，「所謂靈活性，就是在原則允許的限度內，根據具體情況，對某些問題採取靈活的規定（實施）。」（註三七）。因此〈憲法〉第31條雖然是一條授權條款，賦與全國人大作具體判斷的權能，但一如中共〈憲法〉序言所說的：「……

註三四 毛澤東，毛澤東選集，第5卷，北京：人民出版社，1977年4月，頁86。

註三五 張鑫，法律視念在中國大陸，收錄於翁松燃編，中華人民共和國憲法論文集，香港：中文大學出版社，頁20。

註三六 陳守一、張宏生主編，法學基礎理論，北京：北京大學出版社，1981年2月，頁234。

註三七 吳祖謀主編，法學概論，北京：法律出版社，1987年6月，頁46。

一切國家機關和武裝力量、各政黨和各社會團體……，都必須以憲法為根本的活動準則，並且負有維護憲法尊嚴、保證憲法實施的職責。」換言之，全國人大必須以憲法的基本原則為基準，依照共產黨對於具體客觀形勢的判斷與政策，來決定特別行政區的設置。我們所能依據的詮釋與批判方法，就是從中共憲法的基本原則出發，檢查中共黨的一國兩制政策在形成全國人大對於設置資本主義體制特別行政區之必要性的判斷上，有無超越憲法基本原則所允許的限度，才能評斷〈基本法〉的合憲性有無疑義。

〈中華人民共和國憲法〉的指導思想為明示於序言的四項基本原則，即中國共產黨的領導、馬克思列寧主義、毛澤東思想的指引、人民民主專政與社會主義道路的堅持，「憲法的各條只能以四項基本原則為指導，貫徹這些原則的精神，而不能背離它，不能認為憲法的條文與序言是無關聯的，條文可以離開序言而單獨存在、任意解釋。」（註三八）。四項基本原則構成了整個中共憲法法規階段構造上最基礎的、從而是最上位的規範，在國家階級本質的認定上，中共自認為已完成了社會主義的改造，當前的國家中心任務依〈憲法〉序言的規定係為「集中力量進行社會主義現代化」。而如何在四大堅持之下進行社會主義的現代化，中共官方的詮釋則以社會主義初級階段論為基礎，即要調動資本主義市場經濟的手段加速社會主義初級社會的升級，此一主張被法律化為〈憲法〉修正案第7條所謂的社會主義市場經濟體制，但這是否即表示國內部份地區的資本主義體制化也是促進社會主義現代化的可得容許的手段之一，至少就香港、澳門而言，中共官方的詮釋觀點是持肯定的態度的，但如此一來，中共官方對於一國兩制在促進社會主義現代化貢獻上的宣揚，恐怕會導致中共社會主義體制地區對於社會主義信心的動搖，而嚮往香港的特殊地位，將有釀成中共社會主義制度正當性危機之虞。另一方面，〈憲法〉

註三八 蕭蔚雲，我國現行憲法的誕生，北京：北京大學出版社，1986年11月，頁32-33。

並未明言同意在某些地區排除四大堅持原則的適用，對於社會主義市場經濟體制實施的對象並未作排除規定，則理應適用於全國。按，在社會主義體制中實行其他制度，類似於一國兩制的情況在中共憲政史上亦著有先例，如〈1954年憲法〉列舉了四種生產資料所有制，即全民所有制、勞動群眾集體所有制、個體勞動者所有制和資本家所有制，但在少數民族地區，還存在著原始社會所有制、奴隸主所有制和封建地主所有制(註三九)。該憲法於序言中昭示：「在社會主義改造的問題上將充分注意民族發展的特點」，且於其第3條明定：「各民族……都有保持或者改革自己的風俗習慣的自由」(現行憲法第4條)。因此少數民族地區實施民族區域自治與民族法制皆為憲法所保障者，這與特別行政區實施資本主義體制未經憲法明定的情形是不同的。當然，就實踐經驗來看，中共於1959年揮軍鎮壓西藏，並經第2屆第1次全國人大決定西藏走向社會主義之路(註四十)，民族區域自治的條款如同具文。一國兩制與民族區域自治的性質不同，後者有憲法的明文保障，一國兩制或資本主義體制「保持或改革」的文字並不見於〈中共憲法〉，而是中共官方對於港澳台主權問題的政策宣示。中共〈憲法〉序言只提到「完成統一祖國的大業是包括台灣同胞在內的全中國人民的神聖職責」，卻未表明放棄在收復的領土上實施社會主義的意思。職是之故，一國兩制的合憲性頗值得商榷。吾人因而可以斷言，將四大堅持、社會主義現代化等原則結合人民的統一祖國誠命形成實施一國兩制之必要性的判斷，是中共對社會主義憲法文本詮釋上的一種創造。可是一旦中共官方詮釋的典範轉移，則我們不敢預料未來在社會主義國家內資本主義體制的存在是否會構成中共憲法評價上的「違憲」。

中共學者對於一國兩制或〈基本法〉之憲法法源合憲性的理解，基

註三九 王叔文主編，同註四，頁61。

註四十 朱寶鈺編著，西藏抗暴運動的認識與展望，台北：長青出版社，民國48年7月5日，頁26。

基本上反對〈基本法〉只同〈憲法〉第31條發生關係的看法，他們認為「基本法的許多條文都是依據憲法中不少有關條款來制定的」。然另外一方面卻又認為「憲法中關於社會主義制度和政策的某些條文，不作為制定基本法的依據」（註四一），對於〈憲法〉的那一部份如何與〈基本法〉發生關係，中共學者告訴我們，「這是由“一國兩制”所決定的」（註四二）。如前所述，在憲法的內在邏輯結構上作這樣的詮釋是很勉強的，但是黨又以一國兩制作為解決香港問題的基本方針，因此若沒有了第31條的規定，則資本主義體制之特別行政區的設置，將立失憲法上的法源，亦使憲法與現實產生矛盾。然而這不代表第31條便已解決了憲法與現實及其內在邏輯的矛盾，因為在憲法階段構造上，第31條及依照第31條制定的法律是憲法序言的下位規範，它應當在序言中找到相應的原則，否則即是違憲。而中共卻是透過對於序言內容的創造性詮釋去建立一國兩制的原則，這又造成了全國人大是否因過度詮釋而有違其憲法職責之嫌。中共學者主張第31條為〈憲法〉的特別條款，依特別法優位的法理說明其為社會主義制度與四項基本原則的例外規定，不受〈憲法〉其他條款諸如第1條（人民民主專政、社會主義制度）、第2條（人民代表制）、第5條（社會主義法制、憲法最高性）、第6條（社會主義公有制）等等的限制（註四三）。這無疑暴露了中共憲法學的落後，因為特別法優位的法理只適用於同一位階的法律之間，而其所例示的四個條款乃是憲法基本原則的進一步詳細規定。如第5條的憲法最高性即係來自憲法序言的最後一段，作為下位規範的第31條並不能抵觸作為上位規範的序言的精神，這將違背法律位階性的憲法法理，因此特別條款的說法本身是不能成立的，從而一國兩制的法理不能從第31條推論得出，必須在序言中找到依據。唯縱觀〈憲

註四一 雲冠平、鍾業坤主編，中華人民共和國香港特別行政區基本法概論，廣州：暨南大學出版社，1993年，頁85-86。

註四二 同上註，頁86。

註四三 許崇德主編，同註二八，頁282。

法〉序言，我們實在找不出任何足以直接支持「一國兩制」的文字依據，〈基本法〉的法律效力則只有繫於中共黨對於憲法的權威詮釋。無可否認，從彭真〈關於中華人民共和國憲法修改草案的報告〉中吾人可窺知立憲者制定第31條的原意即在實現一國兩制，且適用對象僅限於港澳台，但〈憲法〉本文整個敘事結構的嚴重缺失，對於一國兩制的欠缺交待，將會使〈基本法〉陷於對於其合憲性之質疑的不確定感當中。

針對第31條文義不清所可能導致的憲法性爭端，翁松燃教授認為有兩種解決途徑，一為根據〈憲法〉第64條修改第31條，加上「不受憲法其他條文之限制」等字樣，另一途徑則是根據第67條第1款，由人大常委會釋憲，聲言：「特別行政區可以實行完全不屬於社會主義的(甚至是反對社會主義的)制度，不受憲法其他條文或者序言的限制)。」(註四四)。我們則認為與其針對第31條作修改或解釋，倒不如斧底抽薪直接修改序言，方可維護憲法的位階性，其次方就第31條的條文作更為精確的規定，以明確全國人大的原意，使人不致於有存在一有別於港澳台地區的另一地區亦可實施一國兩制的錯覺。

依據〈憲法〉第31條制定的〈香港特別行政區基本法〉，係體現一國兩制構想而深具歷史意義的法律，關於〈基本法〉之性質及其法律位階，中共官方及學界均一致認為(註四五)：

一、香港基本法不是「小憲法」，而是中華人民共和國之一種特殊「基

註四四 翁松燃，同註三一，頁102。

註四五 王叔文主編，同註四，頁87-89；及王叔文，基本法是體現「一國兩制」方針的全國性法律，上海：法學研究雙月刊，1990年第2期，頁1-10；王玉明，香港特別行政區基本法的幾個理論問題(上)，北京：政法論壇雙月刊=中國政法大學學報，1990年第3期，1990年6月，頁1-5、15；袁曙宏，一本具有開拓性的法學專著——評蕭蔚雲主編的「一國兩制與香港基本法律制度」，北京：中國法學，1991年第3期，頁117-121；吳建璠，「一國兩制」的法律保證——談中央與香港特別行政區的關係，北京：中國法學，1990年第3期，總35期，頁16-17。

本法律」，專屬全國人大立法

〈基本法〉雖為香港地區排他、根本的最高法律，但其至多為一「憲法性法律」，而非另一小憲法或與憲法平行之法。其與英國之憲法性法律是憲法的表彰形式，憲法可由一系列憲法性法律和慣例形成的體系不同，效力自低於全國唯一最高之憲法。

二、〈基本法〉不是地方性法規，而是全國性法律

〈基本法〉雖係針對香港特別行政區一地規定，但它卻是根據〈憲法〉授權，由全國人大制定的全國性法律，其解釋權、修廢權均在全國人大，香港特別行政區本身並無權限。而其適用範圍並不限於香港一地。如〈基本法〉第22條規定中央人民政府所屬各部門、各省、各自治區、直轄市不得干預香港自行管理的事務等，其規範對象顯然不限於香港政府及其人民，蓋以中央直接立法的方式制定〈基本法〉，可以要求「社會主義主體」內的各個權力機構不致於侵害到香港的自治權限，可藉以進一步地鞏固一國兩制的精神。

三、〈基本法〉是香港特別行政區之根本大法，香港特別行政區將來制定一切制度和政策均以此為法律依據。

四、〈基本法〉是香港特別行政區未來的立法基礎和法源依據，在擁有「高度自治」的承諾下，由中央授與有限度的立法權與香港特別行政區，其現行法律制度的維持、修正或由其立法機關另定新法，均須以〈基本法〉為準，且只得在其授權範圍內為之，不得逾越。

在這個意義之下，於「一國兩制」原則下運轉的香港特別行政區，實際上地位只是相當於中共一個民族自治區（當然，其權限大過於它）或省之「地方等級」意義的一個「特別行政區」，可見中共重一國而輕兩制，重吸納而不平等尊重兩制的並存。〈基本法〉終究效力低於〈憲法〉，是一部必須在中央人民政府約制下運轉的法律。強調它的「全國性」法律性質，則更凸顯了「香港地方」無權插手「中央」修廢此法之實情。若以「香港」為主體地位觀之，走了個殖民主子英方，換上來的中共中

央所制定的「香港地區憲法性法律」(或稱「香港的根本大法」), 實質上並無太大差別, 而且更面臨了中共憲法內部難以自圓其說以及中共人治色彩高過法治的隱憂。

伍、日本(Japan)

陸、南韓(South Korea)

柒、北韓(North Korea)

捌、東南亞各國(Southeast Asia Nations)

一、前言

東南亞是一個十分複雜的區域，主要有十個國家，即印尼、馬來西亞、新加坡、菲律賓、泰國、寮國、越南、高棉、緬甸及汶來，每個國家均有不同的歷史背景，因而產生了迥異的人文特色，諸如不同的種族、文化、宗教、語言及風俗習慣等，近代歐美殖民母國對其統治以及共產主義等意識型態在此地區蔓延所產生的影響更是不容忽視，此等龐雜而多變的因素，造就了東南亞這個區域特殊的法律體系。

二、殖民時代的影響

從傳統的地方部落思想，就有著許多差異，馬來人、印度人、華人以及其他少數民族的語言、文字和風俗習慣都極不相同，其後所傳入的佛教、回教、印度教、基督教等在教義與教規上亦有相當的衝突存在，不過，以上這些都不是影響現今東南亞複雜的法律體系的最主要因素，因為目前東南亞的法律制度主要係奠基於十九世紀殖民地時代，當時歐美列強受帝國主義思想影響，曾將此地區瓜分為其殖民地，歐美殖民母國遂將其本國的法律制度移植於此區域，

雖然各地在不同的程度上仍被允許維持了部分的傳統習慣法，但在整個法律架構上則大致與其殖民母國相類似，不出英美法系與大陸法系此兩大法系之外。如新加坡、馬來西亞、汶來、緬甸等國曾被英國殖民，受英國法影響較大，屬於英美的普通法系統（common law system），以判例法（case law）為主，而越南、高棉、寮國等過去為法國殖民地，在其獨立之初，尚未成立共產政權之前，此等國家之法律體系與法國法制較近似，屬於歐洲大陸法系，以成文法（statutory law）為主。

三、日本佔領時期

第二次世界大戰期間，東南亞地區被日本所佔領，在日本的統治之下，本地區與中國東半部、朝鮮半島及台灣等地被劃入所謂的「大東亞共榮圈」，日本原計畫在此區域推行其法律制度，然而隨著大戰的結束，日本戰敗，其勢力隨即撤離本區域，其短暫的統治並未對此地的法律體系的發展產生重大影響。

四、共黨勢力之消長

反而是在大戰期間與戰後共產黨勢力的蔓延與散布，其後更在蘇聯與中共在政治、經濟與軍事的支持之下，依馬列社會主義思想在許多地區發生所謂無產階級的革命，成立共產政權，如越南、寮國及高棉等。因此在英美法系與大陸法系外又產生了社會主義法系。然而，近年來共產國家紛紛採行經濟改革措施，為吸引外國投資，促進經濟發展，不再如過去一般重視意識型態，政府政策也更加開放而務實，因此，法律體系中社會主義色彩已漸漸淡去，其對法律制度的影響已大不如前。

五、歷史經驗之整理與歸納

東南亞地區各國獨特的歷史經驗，對於本地區法律發展過程深具影響，吾人對其法制現況的瞭解與研究，必須以此為前提，以下表格所列係東南亞地區各國近代歷史上對法律發展影響重大的事件之發生時間：

印尼	一六一九	荷蘭佔領巴達維雅
	一六八二	荷蘭政府接管荷屬東印度公司
	一九四二	日本佔領
	一九四五	日本撤退
	一九四九	正式獨立
緬甸	一八八五	第三次英緬戰爭，緬甸王國滅亡，被英國統治
	一九四二	日本佔領
	一九四五	日本撤退

	一九四八 一九六二 一九八八 一九九四	獨立 軍事獨裁政權成立 改國號為 Union of Myanmar 再度改國號為 Republic of Union of Myanmar
泰國	一九三二	建立君主立憲政體
高棉（柬埔寨）	一八六三 一九五四 一九七〇	法國統治 獨立 內戰開始，延續至今
寮國	一八九三 一九五四 一九七六 一九八六 一九九三	法國統治 獨立，內戰開始 內戰結束，共黨政府統治 共黨政府實行經濟改革政策 新經濟改革方案，實施稅制改革，土地改革
越南	一八八七 一九五四 一九七五 一九八六	法國統治 獨立（日內瓦條約分為南北越） 越南共產黨統一越南 共黨政府實行經濟改革政策
馬來西亞	一七八六 一八九六 一九四一 一九四五 一九五七 一九六三 一九六五	英國佔領檳城 馬來聯邦組成 日本侵略 日本撤退 獨立 新馬合併 新馬分裂
新加坡	一八一九 一八二六 一九四一 一九四五 一九六三 一九六五	新加坡開埠 海峽殖民地 日本侵略 日本撤退 新馬合併 新馬分裂
菲律賓	一五二一 一五七一 一八九八 一九四一 一九四五 一九四六	西班牙佔領菲律賓 西班牙人建立馬尼拉城 美西戰爭，美國取得菲律賓 日本征服 日本撤退 獨立
汶來	一八八八 一九八四	英國佔領 獨立

表一

六、種族與宗教問題

如前所述，歐美國家殖民統治對於東南亞地區法律體系的形成與發展固然

有著深遠的影響，然而這些東南亞國家在繼受西方法律制度時，並未全盤西化，因為本地區有著獨特而分歧的民族與宗教問題，在繼受西方法制時，不得不在某些領域保留一部份例外，在不違背國家法律基本原則精神之下，容許依個別種族與宗教的特殊習慣，適用不同的法律規定。比如說，在新加坡，大多數的法律案件原則上法院都適用英國法，然而，當涉及結婚與離婚的法律問題時，若當事人的宗教信仰係回教或印度教，根據回教法案（Muslim Law Act），英國法即被排除適用，轉而依回教或印度教的宗教法，甚或倘當事人之種族為華人時，則應適用中國傳統習慣法，同理，當事人若為印度人亦然。

由此可知，種族與宗教對於東南亞的法律發展之影響亦不容忽視，吾人若要全盤掌握與瞭解此地區之法制，尤需注意此等問題與事實，茲將東南亞各國之種族與宗教狀況列表統計如下²：

國 家	宗教(百分比)		種族團體 (百分比)	
緬甸	佛教	88	緬甸人	75
	印度教	5	印度人	9
	回教	5	卡倫， 泰， 撣， 卡泰人	7
	道教	2	華人	5
			其他	4
柬埔寨	佛教	90	高棉人	85
			安南人， 寮人， 泰人， 華人	15
印尼	回教	90	爪哇人	45
	印度教， 佛教 基督教， 其他	10	巽丹人(Sundanese)	17
			馬都拉人(Madurese)	10
			望加錫—布吉人 (Macassarese-Bugis)	5
			米朗卡保人(Minangkabau)	3
			峇里人(Balinese)	2
			峇達人(Batak)	2
			亞齊人(Atjehnese)	1
寮國	佛教		其他	15
	其他	85	寮人	95
	回教	15	高棉人， 安南人	5
馬來西亞	回教	50	馬來人	50

	佛教， 道教	40	華人	39
	印度教	10	印度人	9
			其他	2
菲律賓	基督教	93	菲人	96
	回教	4	華人	2
	其他	3	其他	2
新加坡	佛教， 道教	79	華人	79
	回教	15	馬來人	12
	印度教	6	印度， 巴勒斯坦人	9
泰國	佛教	90	泰人	85
	回教	3	卡倫， 高棉(柬埔寨人)	3
	其他	7	馬來人	3
			華人	9
越南	佛教， 道教	85	安南人	88
	基督教	10	高棉人	4
	回教	2	華人	6
	其他	3	馬來人	2

表二

第二部分 法律體系

壹、 大陸法系

這個地區的大陸法系國家主要繼受歐洲大陸的法律體系，以成文法為主，由於本地區部分國家過去曾為歐陸國家的殖民地，獨立後多沿襲過去殖民地時代的制度採行大陸法系之法律體系，另外一些國家則是在法制現代化過程中選擇了歐陸國家作為其效法的對象。茲就本地區屬於大陸法系的國家分述如下：

一、 中華民國(台灣)

二、澳門

由於澳門過去長期被葡萄牙統治，因而大量繼承屬於大陸法系的葡萄牙法律，雖然，中共將於1999年在澳門行使主權，但是，根據即將生效的澳門基本法，大部分當地原有的法律將在1999年後繼續適用。所以，此地的法律體系在基本上仍應歸類於大陸法系。

在司法領域，澳門擁有全面的自主性。這正顯出葡萄牙對澳門所承擔的歷史責任，也就是說，在顧及澳門本身現實情況的同時，亦建立和鞏固現代法治社會的模式，體現對基本權利、自由尊重 and 保障。

保障司法獨立是澳門地區管理機構、葡萄牙及中共政府的共同目標。一九八七年簽署的中葡聯合聲明已明確承認澳門享有獨立的司法權和終審權，且保證此一權力祇屬於將來特別行政區的法院。聯合聲明內有關司法的章節對這基本政策作這樣載明：「法院獨立進行審判。不受任何干涉，只服從法律，法官履行職責時享有適當的豁免。」

負責執行審判權和檢察職能的司法機關安排方面，基本法規定設三級法院：初級法院數個、中級及終審法院各一。初級法院可設立若干專門法庭，原有刑事起訴法庭的制度繼續保留。澳門特別行政區並設立行政法院，不服行政法院裁決者，可向中級法院上訴。

澳門現行的司法制度包括兩部份：第一審法院和上級法院。就前者而言，澳門的普通管轄法院擁有司法法院和刑罰執行的權力，而刑事起訴法院則保持預審及初級偵訊的權力。

一九九三年四月之前。舉凡澳門第一審法院所作決定的上訴均需上呈里斯本中級法院或最高法院處理，但自此之後，則祇需轉介於一九九二年三月二日起設立的澳門高等法院作最後裁決。

在行政法範疇內，如在稅務和海關事宜方面，澳門高等法院方有權作出審判，在第一審中。上述權力屬行政法院所有。而所有有關行政當局、公共機關和地方自治團體的財政控制之個案，則由按司法組織綱要法所設立的審計法院負責審理。

另一方面，在澳門的司法組織架構圖中可見到共和國最高法院仍保持看本地區的審判權。除里斯本的最高法院外，憲法法院亦有權對立法會所定法規之憲法性及合法性作出審議：最高行政法院可審判有關澳督和各政務司行為方面的上訴；而共和國審計法院則可評審澳門政府與澳門審計法院之間可能出現的分歧。

修改澳門組織章程經本地區行政當局和葡國主權機關雙方同意，確保了澳門司法制度的全面自主，並為未來澳門特別行政區基本法規定設立的終審法院奠定基礎。

培訓有質素的本地司法人員成為過渡期裡一項主要任務。司法組織綱要法使澳門司法制度首次出現雙語法官。澳門大學的法律系在這方面身擔要職，

因爲從一九九三年起，這裡已培訓出第一批法律學士。與此同時，司法官培訓中心在九五年底招收了首批爲數十二名的實習生，他們都是澳門人士或來自中國，擁有法律學士學位—有些在澳門或葡國畢業—並懂中文及葡文，這批新法官和檢察官已開始接替直至現時一向只從葡國聘請的司法官所擔當之職位。

在法律本地化方面，行政當局責任重大。因爲由其所制訂的法律和法典，構成一個根據聯合聲明和澳門特別行政區基本法規定的司法體系，可以於一九九九年十二月二十日之後五十年仍然有效。

在三個半世紀當中所形成的法律現正經歷一項複雜工作程序，乃是修改、改編和翻譯約三百項法規。這些法規加上五大法典將構成澳門特別行政區在一九九九年十二月二十日後的法律制度基礎。中葡聯合聯絡小組是一個常設諮詢機關，成員有來自葡國和中共的政府代表，負責就交來的法規之有效性發表意見，及確保雙方間之協議—中方承諾在澳門行政權移交後繼續使用該等法規。

本地區法律體系的主要法規一直在逐步進行上述程序。新的刑法典已在一九九六年一月一日正式生效，取代有百多年歷史的舊法典，成爲澳門司法自主目標中一項主要工作，對本地市民現時及將來的基本權利予以保障和肯定。

透過與中共方面成功協商後，新刑法典明確訂定禁止死刑和無期徒刑，鞏固了刑事範疇中的人道價值，以致在未來將可保障澳門居民，維持寬容和尊重人權的悠久傳統習慣。

此外，爲保障市民權利和鼓勵其參與對其本身有關的程序和決議，執行權通過了行政程序法典，並在一九九五年三月正式生效。

在一九九四年亦頒佈了一系列關於新監獄法律制度及新法律援助制度的法規以保障人權。爲了加強在刑事訴訟中的個人辯護權，一九九四年起，在第一審法院刑事審訊時採用同聲傳譯制度，由有質素的翻譯員負責，回應了長期以來對這方面的需求。新刑事訴訟法典是本地區司法體系的另一基石，同樣爲保障個人權利和自由，主要界定了羈押期限，強調無罪推定直至確定判罪爲止的原則。目前已就潛逃罪犯的交還和已被判刑犯人的轉移的法規草案進行諮詢。

對於其他重要程序的翻譯工作一言在進行中。從1992年起，所有由澳督發出的規範性行爲都以本地區兩種官方語言公佈，對澳門組織章程生效後獲通過而還沒有中譯本的所有本地法規，現正進行翻譯工作。與此同時，並透過傳播機構在學校或社團內，以中文推廣法律知識，在外地(主要在中共學術或司法機構內)推介澳門法律制度來補充這方面的工作。

值得注意的是有關公民權利與政治權利及經濟、社會、文化權利等聯合國公約延伸到澳門，根據基本法有關條文訂明，有效期將跨越一九九九年。這些國際協議令澳門與其他國際組織建立聯繫並受到多邊法律文件所保障。

澳門加入聯合國教育、科學、文化組織是其加入國際組織及協議的過程中重要的一環，進一步落實聯合聯絡小組議程中有關本地區加入一些著名國際組織的工作。除了聯合國教科文組織外，澳門亦透過加入世界貿易組織

(其前身爲關稅及貿易總協定)、國際海事組織、世界旅遊組織、世界衛生組

織、世界氣象組織、海關合作理事會、亞太區經濟社會理事會及家庭組織國際聯盟，以達到這一目標。

此外，澳門亦簽署數項葡國亦參與的國際協議，這些協議將於一九九九年十二月二十日後繼續生效，在這一前提下，值得注意的是有關公民權利與政治權利國際公約和人權國際公約，在中葡聯合聯絡小組一九九二年協議下，延伸至澳門。

雖然中共並非公民及政治權利和經濟、社會及文化權利國際公約的簽署國，但按照聯合聲明所訂定，一些北京沒有參與但已於澳門生效的國際協議，只要經聯合聯絡小組預先通過，即可於一九九九年十二月二十日後繼續生效。澳門在一九九二年簽署了與歐盟之間的貿易合作協議，藉此鞏固本地區一直擔任的連繫東西方的歷史角色。下列是近年來澳門經協商後所參加的國際協議：

- 國際海事組織設立性協約(1992)
- 保護臭氧層維也納公約(1993)
- 澳門與歐盟貿易合作協議(1992)
- 葡國與澳洲引渡協議(1995)

此外，澳門一直以來亦有簽署有關民航、郵政電訊服務、著作權國際勞工組織、禁毒工作、司法合作及人權等範疇的國際性協議。關於人權方面值得注意的協議包括：一九六五年約有關消除所有種族歧視的聯合國協議；有關就業及工作上歧視的第111號協議；一九七九年有關消除所有對女性歧視的聯合國協議；一九六零年反教育歧視巴黎公約；一九八九年有關兒童權利的聯合國協議；一九八四年有關反對殘暴、不人道或損害尊嚴等方式的對待、折磨或懲罰的聯合國協議。

最後，亦需提到反貪污暨反行政違法性高級專員公署一直以來所擔當的重要工作，而打擊貪污及反行政違法工作一向在澳門行政當局整體政策中佔一重要位置³。

三、日本(Japan)

四、南韓(South Korea)

³ 澳門政府新聞司 澳門簡介 1996 頁15

五、泰國(Thailand)

泰國在 19 世紀時雖未成為列強的殖民地，但仍受列強的勢力所控制。西元 1896 年，英、法成立協議，雙方同意尊重泰國領土主權的完整。但又劃分為三個勢力範圍，西區屬英，東區屬法，中區仍屬泰，以為中立地帶。泰國由於成功的採取「聯英制法」及「聯俄制英」的政策，故仍能勉強維持國家的獨立地位。第一次世界大戰期間，泰國宣布加入協約國，對德作戰。西元 1919 年，戰爭結束，泰國代表出席巴黎和會，要求各國廢除不平等條約。西元 1920 年，美國宣布放棄特權，與泰國簽訂新約。西元 1924 年至西元 1925 年間，先後與法國、義大利、荷蘭、英國締結新約，廢除各種特權，至此泰國成為一個完整獨立的國家。泰國原先是君主專制政體，西元 1932 年 6 月 24 日，發生革命，制訂憲法，規範君王政治，而成為君主立憲政體。

第二次大戰期間，泰國於初期與日簽訂「泰日互不侵犯條約」，宣布保持中立。西元 1941 年 12 月 8 日，日本偷襲珍珠港爆發太平洋戰爭。三日之後，日本與泰國簽訂攻守同盟，允許日軍借用泰國交通設備和軍事基地。西元 1942 年 1 月，泰國正式加入軸心國，對同盟國宣戰。西元 1944 年後，日本逐漸敗退，泰國反日活動日漸激烈，西元 1945 年 8 月，撤銷對英美宣戰的決定。免於成為戰敗國的命運。

泰國自西元 1932 年實施君主立憲以來的 66 年以來，政變不斷，先後頒佈了 15 部憲法，一部憲法平均壽命為四年，先後更換了 52 任政府，22 名總理。⁴故其政治極不穩定，泰國人民一直處於半民主政治、民主、和獨裁更迭的政治型態。故其法的安定性相對偏低。西元 1997 年 10 月 11 日泰國宣布新憲法，其條文中增加的內容主要包含三項：

- (1) 增加人民的權力與參與權
- (2) 增加促進政治制度、文官制度公正廉明的措施
- (3) 增加促進政府地位穩定、提高總理與國會行政工作效率的條文

泰國法典的編纂始於 20 世紀早期，主要受大陸法系國家所影響，其於民事與商事法規的總則（General Principle of the Civil and Commercial Code）中即指出：「總則的相關條文，是以法國、德國、日本、瑞士法為基礎。該法適用於所有被其條文文字或精神所規範的事項。當沒有適當可使用的條文，必須根據當地習慣；假如沒有當地習慣，可類推適用相關法條；若無相關法條，適用法的基本原則。」

⁴ 譚國安，泰國政治改革的原因、理念和新憲法的內容，東南亞季刊，第三卷第三期，西元 1998 年 7 月，頁 1。

泰國在 20 世紀法律編纂盛行，將其過程表列如下：

時間	法律名稱	主要內容、特點
西元 1908 年	舊刑法 (Penal Code)	
西元 1931 年	貿易商標法 (Trade Marks Act)	
西元 1931 年	文學與藝術作品保護法 (Protection of Literary and Artistic Works Act)	
西元 1935 年	民事程序法 (Civil Procedure Code)	同時適用於民事和商事法規
西元 1935 年	刑事程序法 (Criminal Procedure Code)	
西元 1935 年	法院組織法 (Law on the Organization of the Courts of Justice)	
西元 1935 年 finally completed	民事和商事法規 (Civil and Commercial Law)	民事和商事同樣被規範於該法典，採民商合一制度，包含 6 本書，分別處理不同事項： 1. 第一和第二本在在處理一般性原則和義務 (西元 1925 年) 2. 第三本在處理特定契約 (西元 1929 年) 3. 第四本在處理財產權 (西元 1932 年) 4. 第五、第六本分別處理親屬和繼承 (西元 1935 年)
西元 1938 年	衝突法 (The Act on Conflict of Laws)	
西元 1956 年	商業登記法 (Business Registration Act)	
西元 1957 年	新刑法 (Penal Code)	替代西元 1908 年制定的刑法

貳、英美法系

這個地區的英美法系國家主要繼受英國的法律體系，以判例法為主，由於本地區部分國家過去曾為英國的殖民地，獨立後多沿襲過去殖民地時代的制

度而採行英美法系之法律體系。茲就本地區屬於英美法系的國家分述如下：

一、香港

二、新加坡

新加坡的法律系統屬於英美法系，由於英國在十九世紀將新加坡佔為殖民地，故其主要繼受自英國的普通法（common law），因此，不論在程序法與實體法，甚至是在法律思維上都與英國的系統十分近似。

新加坡在 1826 年之前並沒有一套完整的法律系統可供研究，一直到 1826 年，英國的殖民當局對當時統治新加坡的英屬東印度公司頒佈了所謂的「第二司法法案」（the Second Charter of Justice），此法案於 1826 年十一月二十七日正式生效，從此以後，透過此法案之適用與法院對其所為之司法解釋，新加坡開始大量而普遍性地接受英國法。亦即原則上所有英國法只要合乎當地之風俗習慣或宗教者，均得適用於新加坡。

除了透過前述法案普遍性的繼受英國法之外，新加坡也經由其當地自行個別立法的方式，來繼受英國在某特定領域的法律制度，最明顯的例子就是「民事法案第五節」（section 5 of the Civil Law Act），即係針對貿易之法律制度繼受英國法。

雖然絕大多數的新加坡法律繼受自英國，惟仍有部分法律受到其他方面的影響，比如說，新加坡刑法（Penal Code）、證據法（Evidence Act）及刑事訴訟法（Criminal Procedure Code）極受到十九世紀印度的影響，而新加坡公司法（Companies Act 1967）與土地登記規則（Land Titles Ordinance）則較接近於澳大利亞之規範模式。除此之外，隨著時間的演進，新加坡當地的法院也逐漸發展創造出一些自己本土的判例法（case-law）。

在新加坡，大多數的法律案件原則上法院都適用英國法，然而，由於新加坡是一個民族與宗教複雜的地方⁵，因此常會發生一些例外情況，比如說，當涉及結婚與離婚的法律問題時，若當事人的宗教信仰係回教或印度教，根據回教法案（Muslim Law Act），英國法即被排除適用，轉而依回教或印度教的宗教法，

甚或倘當事人之種族為華人時，則應適用中國傳統習慣法，同理，當事人若為印度人亦然。

三、馬來西亞

馬來西亞過去曾經是英國的殖民地，因此馬來西亞的法律主要是繼受英國的普通法，衡平法，以及部分的英國成文法，然而，由於英國對各邦的統治時間與統治方法不同，各邦繼受英國法的時間亦不相同，在馬來西亞，英國對於某些邦，以複雜的手段進行間接統治，而對於其他某些邦，則進行較直接的統治。不過英國逐漸發覺，為了維持和平，以及倡導經濟開發，他們必須建立較為集權的政府形式。一九一四年，柔佛（Johore）邦終於置於英國的統治之下，它是馬來西亞各邦之中，被納入英國統治的最後一邦。從第二次世界大戰，英國一方面致力於維持馬來西亞各邦個別統轄與傳統，在另一方面，則致力於建立一個強而有力的聯邦權力。其結果是，英國在馬來西亞島上建立了拼湊的政府體系，其中包括了三種殖民統治類型：對於新加坡，檳城（Penang），以及麻六甲（Malacca）等三個海峽殖民地，採取直接統治，對於四個馬來亞加盟邦，採取中央集權的間接統治，對於五個為加盟的馬來邦，採取間接的統治。

由以上之說明，我們不難發現，這也就是為何在某時期之後英國的部分成文法亦得適用於此地之原因了，如一八〇七年由英國政府所頒佈的「皇家法案」（Royal Charter）將所有的英國法適用於檳城，一八二六年的法案（The Charter of 1826），將英國法擴大適用於檳城與麻六甲等邦。

此外，由於當地種族複雜（主要有馬來人、華人、印度人等），故馬來西亞的法律尚受到各民族傳統法律與習慣的影響，包括了中國習慣法，馬來習慣法，回教習慣法，印度習慣法等。以身分法為例，不同的種族即適用不同的身分法原則，比如說一個華人即使其信仰基督教仍應適用中國傳統習慣法，馬來西亞東部的原住民仍受其傳統習慣法的支配。然而，有些少數的情況之下，不同的宗教信仰也是造成需要適用不同法律（宗教法）的原因，比如說，在馬來西亞的一個男性究竟可以有一個或多個妻子，則應視其所屬的宗教而定。關於種族與宗教的問題，事實上，在東南亞各國均可見到。

馬來西亞在一九五七年獨立後採行聯邦制，於同年八月三十一日頒佈其第一部憲法，政治權力握於總理手中，採兩院制國會，總理由國會下院（the Dewan Ra'ayat）議員中選出，至於參院（the Dewan Nagara）則代表各邦利益。基本上，馬來西亞的政府制度乃遵循英國的國會制度，或內閣制度而行。

參、 混合法系

一、 印尼(Indonesia)

印尼原為荷蘭的殖民地，於西元 1596 年被荷蘭佔領，在第二次世界大戰期間，於西元 1942 年日本侵入，西元 1945 年，日本投降。印尼於同年八月爆發八月革命，在西元 1945 年 8 月 17 日，宣布自己獨立；直到西元 1949 年 12 月 27 日才被荷蘭所正式承認。在主權移轉後最初的八個月（西元 1949 年 12 月 27 日—西元 1950 年 8 月 17 日），印尼是採聯邦共和政體，包含大約 7900 個島嶼—“連結成一串圍繞赤道的綠色寶石”。西元 1965 年 9 月 30 日，印尼共產黨，發動政變，企圖奪取政權，蘇哈托將軍奮起平亂，恢復秩序。西元 1966 年 3 月 1 日，蘇加諾在人民的壓力下，把政權交給蘇哈托接管。後由蘇哈托初任總統，恢復憲政秩序。

現在印尼的政權體制是屬於單一國家，其立基於法律規範（Constitution of 1945 ,Preamble and art.1）印尼的法律體系有多樣化的組成要素。尤其在私法領域特別明顯，成文法和不成文法同時並存。另外，對多數印尼人而言，規範他們的法律仍然是本土的習慣法。

印尼的法律體系相當特別，結合了以成文法為主的大陸法系與以判例法為主的英美法系，茲分述如下：

一、成文法（Written Law）

最重要的立法是西元 1945 年的憲法，它在西元 1950 年至西元 1959 年間暫時不發生效力，而由聯邦共和憲法（西元 1950 年）和臨時憲法（西元 1950 年）所取代。第二個重要的法源是由國會通過，總統公布的法律。此外，藉由適格的立法主體所通過的法案同樣具有法律效力。印尼獨立後先後頒佈過三部憲法：(1) 印尼共和國憲法，亦稱“四五憲法”，西元 1945 年 8 月 17 日頒佈。(2) 印尼聯邦共和國憲法，西元 1949 年底頒佈。(3) 印尼共和國臨時憲法，西元 1950 年 8 月 15 日公布。現行的是四五憲法，憲法規定人民協商會議是國家最高權力機構，總統是最高行政首腦和武裝部隊最高統帥，直接領導內閣，有權單獨頒佈政令和宣布國家緊急狀態法令，對外宣戰媾和等。憲法規定立國五基，即信仰上帝、人道主義、

民族主義、民主和社會公平。

值得注意的是，西元 1945 年憲法的臨時條款（Clause 2）爲了避免國家法律的不連續性，提供既存的法律和制度一個效力基礎——原則上既存的法律和制度有效，除非其爲新的立法所取代。另外要提及的是，日本的佔據，對印尼的法律制度並沒有顯著的影響；稍值得注意的改變是，在法院結構上，提供國家法院有一般的審判權，而不管訴訟當事人的出生地爲何。

然而，在西元 1959 年，繼受自荷蘭的基本法律結構產生極大的變化，法令內容提出“回歸西元 1945 年的憲法”（LN no.75/1959），依這個觀點，只要以前的法律跟憲法的原則不一致，則可能導致以前的法律被廢棄，歸於無效。爲了支持這個觀點，提出的依據爲：依照 Government Regulation no.2 of 10 Oct.1945，規定“在西元 1945 年 8 月 17 日共和國成立時，只要新的法律沒有被制訂，則既存的法規和國家組織仍然有效——前提是假定它們沒有與憲法相抵觸。”

這個觀點的提出，促進了法律的革新，藉由主張與西元 1945 年憲法的不一致性，則新的法律見解能被提出與應用。例如西元 1847 年制定的民法和商法，在今日已不被認爲具有法律上的效力，僅作爲法官在判決時所參考的內容，法官可以拒絕適用，但必須針對該法條與憲法所抵觸的內容提出解釋。

二、習慣法

多數的印尼人仍受不成文的習慣法所規範（the *adat law*）。在殖民地時期，荷蘭東印度法律體系是複數的，來適用於不同的居民。在當時，居民可被區分爲三個主要部分：本地人，歐洲人和外來的東方人（又分中國人和非中國人）。本地人適用當地的習慣法（the *adat law*），the *adat law* 大部分是不成文的，而且依地區的不同而有變化。歐洲人適用由統治者所引進的歐洲法律，其中大部分來自於荷蘭法。而這些法律除了親屬法領域以外，同樣適用於外來的東方人。有趣的是，人民可藉由“自願服從歐洲私法（voluntary submission to European Private Law”來作法律的轉換適用。這種選擇可能發生在一般性的針對未來的交易或行爲，或針對特定性的交易活動，且無論明示或默示皆可。但是，若一個人進行某種交易是爲當地的習慣法（the *adat law*）所未規定，則假定其願意接受歐洲私法的規範。藉由此原則的實行，將導致歐洲私法適用領域的擴大，甚至影響當地的習慣法。

三、判例法（Case Law）

既然不成文法在法律體系中佔重要地位，當然判例法也相對非常重要。其亦爲法源之一，尤其在習慣法和衝突法的議題上更爲凸顯。對成文法而言，判

例亦具有相當的重要性，雖然在印尼，法官判決並不受判決先例所拘束，但是下級審為避免被上級審廢棄原判決，所以在實際運作上，下級法院會依照最高法院之判決先例來為審判之依據。

肆、 社會主義法系

第二次世界大戰後，本地區許多國家陸續獲得獨立，然而，由於其國內的情勢尚不穩定，共產黨勢力便在此地區迅速蔓延，使本地區許多國家在戰後幾年內都成為了共產主義國家，採行馬列主義的思想，在法律制度上，則屬於所謂的社會主義法系。茲分述如下：

一、 中國大陸(Mainland China)

二、 寮國(Laos)

寮國，位於中南半島西北部，是東南亞唯一的內陸國家。在西元 1945 年 3 月 9 日日本入侵前，寮國是法國的殖民地，屬於法蘭西印度支那 (French Indo-China)，超過 70 年之久。直到日本投降後，西元 1945 年 8 月 15 日，獨立運動展開，寮國臨時政府成立，國王頒佈寮國憲法 (西元 1947 年 5 月 2 日)。直到西元 1949 年 7 月 19 日，在法國—寮國一般協約 (Franco-Laotian General Convention) 中，被確認完全獨立。11 月 28 日，國會組織正式成立，並確定寮國為君主立憲國家。至西元 1975 年 12 月 3 日，寮國共產黨解散聯合政府，罷黜國王，成立寮國人民民主共和國，實施社會主義及計畫管制政策。由於經濟的發展不足，故於西元 1986 年起，採行新經濟政策，放鬆中央管制，實施市場經濟。西元 1988 年 7 月，通過「外人投資法」，成立投資管理委員會，主掌投資管理事宜，正式公開允許外人投資。此外，陸續頒佈多項與外人投資有關的法律：外國投資獎勵條例 (西元 1989 年)、所有權條例 (西元 1990 年)、合約約束條例 (西元 1990 年)、繼承條例 (西元 1990 年)、犯罪條例 (西元 1990 年)。

程序條例（西元 1991 年）、勞工條例（西元 1991 年）等。

關於寮國基本的法律架構之發展情況，茲分述如下：

- 一、寮國法的基本法源來自由國會通過的立法，在某些特定情況，國會未能召開，由國王所頒佈的皇家法令同樣具有法律的效力。此外在殖民地時期所頒佈的法律依然被使用，包含有民法，刑法，民事程序法，刑事程序法，法院組織法（西元 1927 年）。
- 二、殖民地時期由法國所頒佈的法令，在獨立之後仍然有效，直到立法機關提議來處理這些不同事項。藉由文字的改變、法律的制定或皇家命令的頒佈，這些法令會部分改變而且符合國家新的需求，來建立新的司法體制。
- 三、立法機關也著手去建立新的法律，包含刑法，親屬法，民事和商事法規，刑事程序法，民商法規程序法，軍事審判法，勞動法。
- 四、在寮國邊界山區，當地的習慣為法律所引用。例如：
 1. CC art. 14 & 19：允許法官參考當地習慣來決定婚姻嫁妝的組成。
 2. CC art. 342：尊重農村土地的佔有模式。
 3. Code on Organization of the Courts art. 5：爭議的解決，在交付法院前，可藉由和解或仲裁來處理。假如採用仲裁方式，則由當地領導者和年長者，依據當地風俗習慣來評判。
- 五、簡結：寮國法律制度，由於長久為法國殖民地，故直接受歐洲大陸法系的影響。在成為獨立國家後，仍採用殖民地時期的法令，後來依據國情和風俗習慣的不同，再加以修正或改變；最後著手於新法典的制定來取代殖民地時期舊的法律規範。而後來由於寮國共產黨執掌政權，實施社會主義，並受蘇聯法的影響，逐漸走向社會主義立法，成為社會主義法制國家。

寮國法院組織先前由西元 1927 年的法院組織法（Code on judicial Organization of 1927）所規定，後來隨時間經過，而偶爾有所修正。大致可作以下的區分：

一、普通法院

1. 治安法官(Justices of the Peace)處理輕微的民事和刑事案件，由單一法官來做成判決。在民商案件，對總金額在 10000 基普 (kip) 以下的訴訟，有最初及最終的審判權。在刑事案件，治安法官處理簡單的暴力事件，若對個別案件，判決為罰金，則不得上訴；若判決為監禁，則可提起上訴。
2. 在每一省有初審法院(Court of First Instance)，由一位庭長和兩位法官所組成。他們處理對治安法官判決所提起的上訴案件，在民商事件方面，其對總金額在 30000 基普 (kip) 以下的訴訟，有最終的審判權；在刑事案件，其處理上訴案件，並對於較嚴重的犯罪類型有初審權。

3. 上訴法院(Courts of Appeal) ，其有受理對初審法院判決所提起上訴的權利，並且處理廢棄法院 (Court of Annulment) 所駁回的判決。犯罪室 (committal chamber) ，決定被控訴犯法的人是否應該交付刑事法院審判。相同的，他們擁有對初審法院刑事判決的審判權。
 4. 每一個有上訴法院的省份，都設有刑事法庭 (Criminal Court) ，來審判被控訴犯罪的人民。
 5. 廢棄法院 (Court of Annulment) ，設立在 Vientiane ，由三個法官組成，處理所有對下級法院判決及命令不當的上訴，其基於以下三個理由會廢棄原判決：
(1) 缺乏權能 (2) 侵犯權威 (3) 違背法律。
- 二、上級審判法院 (High Court of Justice) ，由國王的議會所組成，其對於被控訴刑事犯罪的國民大會議員，具有絕對優越的審判權。
- 三、先前由法蘭西—印度支那所實施的行政審判系統，已經不再運作。新的制度是，設立二級制度，包含初審行政法院 (administrative court of first instance) 和州議會 (Council of State) 。州議會除了對初審行政法院判決的上訴有審判權外，對某些特定形式的訴訟有最初及最終的審判權。

三、北韓

今北韓。過去原為中國之一部。清光緒二十年脫離中國而獨立，改國號為韓。宣統二年(一九一〇至一九四五年)為日本所并吞。第二次世界大戰後，於一九四八年七月建立大韓民國。惟韓國北部為共產黨所佔據，亦建立朝鮮民主主義人民共和國。於一九四八年九月八日由該共產政權之朝鮮最高人民會議通過其憲法。一九五〇年韓戰爆發，蘇聯與中共援助北韓政權，以美國為首代表聯合國之若干國家援助南韓，血戰三載，未見勝負，遂以北緯三十八度附近劃定停戰線，形成南北韓對峙之局面。世人亦以北韓(North Korea)南韓(South Korea)稱之。前者土地面積十二萬二千餘方公里，現有人口約一千三百餘萬。後者僅有三萬九千餘方公里，現在人口約有三千五百餘萬人。朝鮮(北韓)之司法制度由其憲法之第六章可知。茲概述如下。

(1) 法院制度 北韓之最高審判機關，分為最高法院、道、市、郡法院。特別審判則由專門法院實行之(朝憲八二條之一)。最高法院為朝鮮民主主義人民共和國之最高審判機關，負責監督所有各級法院(包括專門法院)之審判工作(八九條)。

(2)人事制度 法院按選舉原則組成之，凡有選舉權之一切公民，均得被選為審判員或陪審員，但在日本統治時代曾任該項職務者，則不得任此項職務。最高法院由最高人民會議選舉之。道、市、郡法院以秘密投票方式，由該人民委員會選舉之。專門法院之組成，另以法律規定。審判員與陪審員，只有經原選舉機關罷免方得解除其職務(八三及八五條)。

(3)審判制度 第一審之審判，應由與審判員有同等權利之陪審員參加執行(八四條)。審判公開，保障被告之辯護權。只有在法律規定的場合，根據法院之決定，始得作不公開的審判(八六條)。審判時用朝鮮語進行，對不瞭解朝鮮語者，通過翻譯使其圓滿瞭解紀錄，並有權用本族語言在法院陳述(八七條)，審判員在審判時獨立，只服從法律(八八條)。判決時應以朝鮮民主主義人民共和國之名義宣告及執行之(八二條之二)⁶。

四、越南

越南人與西方的接觸，最早始於1516年的葡萄牙探險家，隨後又有荷蘭與英國企圖打開通商之路，但均未成功。而曾出兵支援阮朝的法國。因要求傳教與通商被拒。乃決意以武力侵越；1885年。越南終於淪為法國殖民地，越南人民反抗殖民地運動也從此展開。

1930年，胡志明在共產國際組織協助下，於香港創立越南共產黨，1941年又在中國南部創建越南獨立同盟(簡稱越盟)，在第二次世界大戰期間積極展開游擊戰。1945年法軍被日本解除武裝。越南保大皇帝宣布獨立。但實權則握在日本領軍手中，同年8月日本投降。越盟發動總起義，保大皇遜位，胡志明再度宣布越南獨立。

第二次世界大戰結束後，負責解除越南南方日軍武裝的英國，竟支持法國捲土重來。於是爆發第一次印度支那戰爭(1946-1954)，最後法軍在奠邊府戰役中敗北，法軍自越南全面撤退，日內瓦協議將越南臨時分為南北。以北緯17度為分界線，北方由胡志明領導的越共控制，南方則是以吳廷琰為總統的越南共和國。

越南分為南北之後，北越的共黨潛入南方進行宣傳及游擊戰。導致美國派兵干涉，引起第二次越南戰爭(1965-1975)。也就是歷史上聞名的越戰，造成雙方大量傷亡，從1968年開始，美國國內反戰口號四起，迫使美國和北越進行初步和平談判，最後認定這南北戰爭乃越南本國的家務事，於是雙方在1973年簽訂停戰協定，美軍自越南撤軍，1975年南越政府垮台，北越共黨全面統治越南。

⁶ 劉清波 中國大陸司法制度 1995 頁 30

1976年7月2日南北越正式統一，成立越南社會主義共和國，定都河內。

統一後的越南，一方面調養生息，另一方面卻遭受美國禁運的經濟制裁，越南幾乎封鎖在自己的理想國裡。結果導致經濟破敗，人民一貧如洗。

1987年，為順應世界潮流，越南門戶大開，企圖改善與自由世界的關係，而台灣與越南則在1992年正式通航。如今，台商已躍居越南外商投資首位，觀光客亦絡繹於途。1993年2月美國正式對越南解除禁運，1994年美越宣布恢復邦交，資本主義國家解脫美國對越南經濟制裁的枷鎖，越南，已成為各國互相較勁的經濟舞台⁷。

越南(Vietnam)久受法國統治，因而，過去許多法律制度都與法國相似。第二次世界大戰以後，於一九四八年獨立，為民主共和國。然北越為越共武力所佔據，法軍戰敗，於一九五四年七月日內瓦協定以北緯十七度為停戰線，分割為南越與北越。北部稱越南民主共和國，首都河內。北越人口約一千二百六十九萬人，共產黨政權於一九四六年十一月八日通過越南民主共和國憲法，採行社會主義主義的法律制度。依其憲法第六章曾規定司法機關，內容甚簡，茲概述如下。

(1)法院制度 越南民主共和國的司法機關如下：一、最高上訴法院；二、上訴法院；三、省及縣法院(越憲六三條)。

(2)人事制度 一切審判員均由政府任命(同法六四條)。

(3)審判制度 法院審判刑事案件時，必須有人民陪審，如係重大案件，審判員應與陪審員共同決定；如係輕微案件，陪審員得向審判員提供意見(六五條)。在法院中，少數民族有使用其本族語言的權利(六六條)。一切審判除有特殊情形外，必須公開舉行。一切被告均得自行申辯或聘請律師辯護(六七條)。禁止刑訊、拷打或虐待被告及犯人(六八條)。審判員審判案件時，必順依據法律辦事。其他任何機關不得對法院職務加以干涉(六九條)。

惟越共在蘇聯與中共約支持下，向南越進侵，並向寮國、高棉滲透。美國派兵協助南越，作戰失利，一九七五年四月三十日南越淪入越共。一九七六年七月二日，南北越正式合併，稱：「越南社會主義共和國」。沿用北越的一切法律制度⁸。

⁷ 黃素寬 中南半島 1996 頁6

⁸ 劉清波 中國大陸司法制度 1995 頁26

第三部分

東亞地區法系整理分析

國家	殖民地	主要法源	法律特性
中國大陸		成文法	社會主義法系
台灣		成文法	大陸法系
香港	英國	判例法	英美法系
澳門	葡萄牙	成文法	大陸法系
寮國	法國	成文法	社會主義法系
越南	法國	成文法	社會主義法系
泰國	無	成文法	大陸法系（可能參考法國法律體系）
印尼	荷蘭	成文法 習慣法（多為不成文） 判例法	大陸法系和英美法系並存，因為地區廣大，且民族特性的差異，故仍須著重不成文法，以適用各地不同法律環境
新加坡	英國	判例法	英美法系
馬來西亞	英國	判例法	英美法系
南韓		成文法	大陸法系
北韓		成文法	社會主義法系

韓國近代法律體系的形成與發展

目 錄

一、序言

二、朝鮮近代化之前的時代背景

(一) 西方列強的朝鮮侵犯與大院君之鎖國政策

(二) 甲午戰爭與朝鮮之開放

1. 西方文物制度之收容

2. 朝鮮最初之近代法律洪範十四條宣佈

(三) 日本之統監政治與法律制度之改革

三、日本之朝鮮合併與總督統治

四、日帝之戰敗與美軍政之實施

五、大韓民國之成立與現代法律制度之實施

(一) 現代法律制度的建立

(二) 歐美法律的影響

多死於難，日本乃派艦赴韓，中國則派吳長慶率兵渡韓，從此中日兩方介入朝鮮，迭經交涉，難得圓滿結果。1894年，朝鮮發生東學黨革命，中日同發兵平之。日據朝鮮襲擊中國海軍於豐島，於是爆發甲午之戰。中國敗績，朝鮮乃入日本掌中。由甲午之戰又演成1903年的日俄戰爭，日本於勝利之後，於1905年與俄和成，翌年朝鮮乃為日本所併吞，日本置朝鮮統監統治之。

自甲午中日之戰後，清廷之腐敗無能，完全暴露，而滿清權貴，把持政權，絕不放手。於是當時革命領袖孫中山，率領革命志士，經十次失敗，多年奮鬥，乃推翻滿清君主專制政府，成立中華民國。嗣以袁世凱恃其北洋兵力，以為政權基礎，與日本勾結，簽訂喪權辱國的21條件，國人之憤恨日本，勢成不共戴天。袁世凱敗望後，政權落入軍閥之手，直至民國12年冬中國國民黨重整革命陣容，成立革命政府，於今，總統蔣介石統率下，出師北伐，統一全國。中國人至此，方得揚眉吐氣。韓國志士於亡國之後，皆奮起從事復國運動。其行動措施，與中國革命發展，力謀配合。而中國革命政府，亦盡力贊助，以觀其復國之成。無如日本自甲午之戰勝中國，日俄之役勝俄後，軍人氣焰告張，控除日本政權。秉承武功派政策，咄咄逼人。是以當北伐軍進抵山東之際，日本竟出兵濟南，以阻中國軍之挺進。嗣後九一八，一二八諸役。莫不是其侵略行動的表現。而七七蘆溝橋的日本槍聲，激起中國全國軍民的奮力抵抗，並由是而演成第2次世界大戰。

二. 朝鮮近代化直前 時代之 背景

十七、八世紀以後朝鮮王朝之封建社會，因西方列強進出之影響，迫切需要社會全般之改革，而自然而然依據當時流行之實事求是思想之影響，被強調重商主義與外來文物制度之受容。尤其於1876年日本兵艦之侵犯朝鮮江華島，飛騰開化論，而朝鮮朝廷施行了軍事技術之導入與經濟上體制之改革。

一) 西方列強的 朝鮮侵犯 與大院君之 鎖國政策

朝鮮末期因政治紊亂，民衆陷於塗炭之19世紀前半，西洋經過產業革命，已成近代產業資本主義國家了。於是為了獲得商品市場和原料供給地，開始轉眼對亞洲地區國家，所以，英國，法國，俄國，美國等之列強，以宗教，商品和砲，兵艦排列前面開始侵略。於1842年英國擊敗中國，使她開放門欄。繼續的英，法聯合軍佔領北京，與清廷締結屈辱的條約。美國也威脅日本，使她開放國土。朝鮮也不例外西方列強之侵奪對象。可是此時執權的大院君，對朝鮮朝廷，開放要求的西方列強，採取了強硬的鎖國政策。

以韓國憲法來源來看，1896年10月25日，高宗宣言國號為「大韓帝國」，爲了建立當時國際社會主流之一的君主立憲國家，於1889年8月宣布全文共有九個條文之「大韓帝國國制」¹，此是韓國最初之近代憲法。該「國制」的內容和構造，基本上與Bluntschli的「公法會通」是相當²。由此一事實來看，我們可以說此爲西歐大陸法理論影響韓國政府法體制思想的表現，也可以說韓國繼受西洋法之結果。該時期的大韓帝國，雖然作過不斷的努力，但在無情的國際政治之壓迫下，韓國淪爲日本的殖民地，使得韓國具主體性的公法發展與研究活動不得不中斷三十五年之久。

1945年8月15日，日本宣布無條件投降，於是韓國脫離日本約三十六年的殖民統治獲得解放，後三年的美軍政管制，1946年美軍政廳下的政治教育科發佈所謂的「立憲政治概要」之48項小書³

¹ 參照崔鐘庫原著，韓相敦譯，韓國的繼受西洋法，法學叢刊，第142期，頁110；參照金孝全，外國法的繼承與韓國的法律文化，東亞法學(韓國)第3號，1986年，頁378。

「大韓帝國國制」此韓國最初之近代憲法，共有九個條文如下：

第一條 大韓國是世界萬邦所公認自主獨立的帝國。

第二條 大韓國政治，由前則傳來五百年，由後則萬世互不變之專制政治

第三條 大韓國大皇帝享有無限君權，公法所謂自立政體。

第四條 大韓國臣民若有侵損大皇帝君權之行爲時，無論其已行未行，則認做是失去臣民者。

第五條 大韓國大皇帝統率國內陸海軍，定編制，宣布戒嚴解嚴之令。

第六條 大韓國大皇帝制定法律，命其頒布和執行，效倣萬國之公共法律，改正國內法律，命大赦、特赦減刑復權，是公法所謂自定律例。

第七條 大韓國大皇帝制定或修正行政各府部之管制和文官之俸給，發行政上必要之各項洵勒令，公法所謂自行治理。

第八條 大韓國大皇帝行文武官之黜陟任免，授與或遞奪爵位勳章及其他榮典，公法所謂自選臣工。

第九條 大韓國大皇帝派送駐渣紮使臣於各有約國，締結宣戰講和及各種條約，公法所謂自遣使臣。

² 同前註。

³ 參照金孝全，韓國憲法學五十年成果與二十一世紀的課題，漢城大學法學，第36卷第2號，1995年8月，頁53。

日本投降以後，依美、蘇兩大國朝鮮造成分佔南北韓的局面。按照聯合國決議，原預定在南北韓舉行共同選舉，但在蘇軍萬般阻撓及北韓的反對下，於 1948 年 5 月 10 日，在南韓地區單獨舉行選舉，該月 30 日成立「制憲國會」(初代國會)，於 7 月 17 日通過並公佈「大韓民國憲法」。

此後，韓國在四十餘年的憲政發展史上，曾經過九次修改，成立過六次共和國。從歷次修改憲法的過程觀點來看，每當修改憲法時總是產生有關國家全力構造上之變革，這表示韓國社會長久處於不安定的狀態，也顯示出韓國憲法是處在特殊的法律、政治、經濟、文化背景。

~~Handwritten signature~~
~~2912-1869~~

韓國近代法制體系的形成與發展

一、序言

十九世紀後期的一八六〇年代，為歐美列強勢力範圍膨脹的時期。溷海上霸權的英國，正高唱英國國旗無落土，以誇耀其大英帝國的強大，顯示其侵略魔掌之無遠弗屆，為法國第二帝國皇帝的拿破崙第二，好大喜功，自我誇大，對世界弱小民族，正高揚戰旗。揮肥而靡，於1862年，用有普魯士宰相的普士麥，本其鐵血主義的基本國策，於1864年，聯奧以敗丹麥，統一德意志的半部。1871年經過一個星期的血戰，擊潰奧地利，以掃除奧國在德意志的勢力。1871年以普魯士為首，以最迅速的作戰，俘獲法皇，攻佔巴黎，在凡爾賽宮，宣告德意志帝國由法立。美國於1865年結束五年的內戰，翌年開始為期十年的重建的時期（Reconstruction Period），從而使美國跨上近代經濟繁榮的大道，成爲嗣後最強大的一個民主國家。原為英國殖民地的加拿大，於1867年經英國國會通過北美洲法，改行加拿大的憲法，從而成爲具有強力的自治領國家。歐美列強凡此重大事情的發生，均在1860年代。然則，1860年代，在世界史上是應該大地波變動的時代。

正當19世紀歐美列強發展其勢力的時會，東亞方面的韓中日三國，同為列強侵略的對象。中國最爲不幸，於中英鴉片戰爭，敗後軍事敗北之餘，復遭太平天國之亂，處境之難，亙古未見。同時日本亦被列強強迫開放門戶，與列強互市通商。而國內藩閥割據，政出多門，其國際的重難，與中國相仿。亂世流變，以求其通。於是中國於1866年開始仿行西法，有洋務之興，是為該帝國境內改革的開始。再過二年，即1868年，日本明治天皇立，遷都江戶，廢用幕府行政，悉制廢除，開明治維新之基。而當時朝鮮則乃以清廷爲宗主國，清廷正當雍以昏了之際，影響朝鮮國運的昏屯，勢則然也。

中日雖皆同遭列強的侵略，且同於1860年代中起從事軍政各方面的改革，然而後來的發展却大不相同。蓋日本自明治天皇詔定國是，決心接受西方文化後，頒布憲法，施行法治，整軍經武，修明內政，獎勵工商，普及教育，同時弘揚中國忠君愛國的精神，用能集權中央，統一政令。從而國是一定，國基確立，國力日強，儼然成爲現代化的國家了。中國雖自1866年開始辦理洋務，然而被節之圖，無關根本，誠以昏庸糊塗的清廷，庸濫無能，朝綱不振，倖倖弄權。而經鴉片戰爭，英法聯軍之餘，復遭太平天國，捻亂，苗亂，回亂，外交失敗，內政不修，豈但聲威掃地，抑亦民窮財盡矣。當此時會，日本武功派西鄉隆盛主張對於東方弱小國家用兵，以發揚國威。1874年日本兵艦之犯臺灣，1879年日本之波荒球，均為日本武功派向外發展的信號。至於朝鮮乃聖賢之裔，禮義之邦，素以中國爲宗主國，於1879年獲清廷許可，得與各國通商條約。

1882年朝鮮因韓王生父大院君與王妃閔氏權力鬭爭而起內亂，波及日本使館，武官

多死於難，日本乃派艦赴韓，中國則派吳長慶率兵救韓，從此中日兩方介入朝鮮，迭經交涉，難得圓滿結果。1894年，朝鮮發生甲午戰爭，中日同發兵平之。日據朝鮮襲擊中國海軍於豐島，於是爆發甲午之戰。中國敗績，朝鮮乃入日本掌中。由甲午之戰又演成1903年的日俄戰爭，日本於勝利之後，於1905年與俄和成，翌年朝鮮乃為日本所保護之國，日本派遣朝鮮統監統治之。

二、朝鮮王朝時代的法律制度

韓國傳統的法律體系屬于東洋法，即中國法的新鮮。但是，現在的韓國法律體系屬于西歐之大陸法體系。為了考察這種變遷過程，我們必要對現代法以前的法律體系進行詳細的研究。

看歷史記錄，朝鮮和中國的交流是紀元前一和前後，成文法的歷史是從高句麗，新羅，百濟的三國時代開始。〈三國史記〉中這樣記錄著，即第17代小獸林王3年(紀元379)制定了高句麗律令，新羅時代，晚高句麗150年後的法興王7年(紀元520年)，頒布了新羅律令(註1)這意味著中國隋，唐朝的律令政策傳到了朝鮮半島後他們有了獨自的律令的事實。但是，同時代的日本的養老律令，大寶律令，弘仁格式等至今有存在的事實相比，韓國已經不存在，只有歷史記載而已。

高麗王朝(紀元918-1392)繼承了新羅王朝的諸制度，也採納了法律制度。看高麗初期的完善的官僚組織和引用于高麗史中的律(註2)，可以推測高麗王朝時期也存在律令。又從高麗史刑法志的記述中可以看出，雖然高麗模倣了唐朝制度，刑法也採用了唐朝法律，高麗時代也有過七十條的高麗律。

高麗一代之制，大抵皆倣乎唐……亦不可謂無本，然其弊也(註3)，高麗史中也有(高麗末期，鄭夢周制定了新定律)的記載，但很可惜，高麗法典的原本沒有傳下來。

進入朝鮮王朝時代(紀元1392-1910)，經過歷代王朝實錄的保存，可以把握當代的有關法律制度的詳細的實狀。幫助李太祖開創朝鮮王朝的鄭道傳，趙浚，河崙，李穰等開國功臣們個個都是優秀的法學者，所以在建設新國家的同時，對立法事業也傾注了全力。

根據王朝實錄，太祖6年(1397年)12月，左政丞，趙浚指揮檢詳條例司的立法機關，編寫了法典。這就是趙浚的經濟六典，也是經濟六典中的元典(註4)。這元典的主要特點是，條文不是純漢文，而是利用了吏讀(借用漢字的音，表現了朝鮮人的言語)，容易理解。所以把元典又稱做方言大典(註5)或吏讀元大典(註6)。

隨著朝鮮王朝第3代太宗大王的即位，計劃六典的補修，在太宗七年(1407年)，設置了續大典修撰所。這是因命河崙為主管，在太宗十二年四月，編纂了把趙浚的吏讀六典改成純漢文的經濟六典元集詳節和元六典的續集。續六典，即續集詳節。翌年太祖十三年二月頒布實施。

第四代世宗大王即位的同時，對元六典，續六典的規定進行再檢討，要對太宗以降的

新敕令進行補修,這樣在世宗四年(1422年)設置了六典修撰所,因命李穰爲主管.世宗八年二月,纂寫的新的續六典(註7),這就是李穰的六典.之後命令河演修改李穰的六典,並在十一年三月頒布了.(註8)這就是河演的六典.又在世宗十五年,由大臣黃喜改寫的續六典也頒布了.(註9)

如同上述,所謂叫經濟六典的法典,它的種類很多,但原本現已不存在.只是根據王朝實錄中引用的條文.參考其內容而已(註10)

經過政變即位的第七代世祖大王,計劃(註11)編寫綜合前人各種經濟六典,續六典,能够成爲<萬世經國之具>的新法典.所以,世祖元年(1456年)設置了六典詳定所.命令崔恒,韓繼緒,姜希孟等編寫.同五年七月完成並頒布了戶典.這就是庚辰年戶典(註12),又在世祖六年七月,根據副承旨,金國光의成案.頒布實施了刑典.這就是辛巳年刑典.(註13)世祖在位時只把戶典,刑典刊行頒布而已.只是在世祖四年五月,崔恒的上疏中

大典一書,<萬世經國之具>(註14)的句字和同五年七月前揭的庚辰年戶典的刊行頒布之際,叫新定經國大典戶典頒行(註15)的和在王朝實錄裏記載的事實中的經國大典,這些稱號可以推定爲世祖大王時期命名的.繼世祖即位的睿宗時代,<在六典詳定所>的創始人崔恒,右議政金國光等人的帶領下,編寫事業有了快速的發展.所以,在睿宗元年(1469)九月二十七日,吏,戶,禮,兵,刑,工的六典.全部編寫完成,命名爲<經國大典>(註16),這已丑年大典,也就是最早的六典完備的<經國大典>.之後,對經國大典的修改不斷進行,到成宗十五年十二月,完成了第四次的<經國大典>,翌年十六年(紀元1485年)一月開始實施.(註17)就這樣世祖三年以來,經過三十餘年的刻苦努力,完成了經國大典的編寫事業.

以後經國大典做爲<祖宗之成憲>.隨著時代的變化,社會的需求,有必要修改條文時候也沒被允許補充與刪掉.

<經國大典>頒布實施之後,也頒布了<大典前續錄>(成宗二十三年-紀元1492年),<大典後續錄>(中宗三十八年-紀元1543年),<大典註解>(明宗十年-紀元1555年),<受教輯錄>(肅宗二十四年-紀元1698年),<典錄通考>(肅宗三十二年-紀元1706年),<續大典>(英祖二十二年-紀元1746年),<大典通編>(正祖九年-紀元1785年),<大典會通>(高宗二年-紀元1865年),<六典條例>(高宗四年-紀元1867年)等

.又世宗大王開始編寫,經過成宗五年,申叔舟,鄭陟等完成的<國朝王禮儀>,世祖開始編寫成宗五年頒布的<國朝五禮序例>,英祖在編寫續大典的同時計劃編寫頒布的<國朝續五禮儀>,<國朝續王禮儀補>,<國朝喪禮補編>等的一系列的禮典也是爲了補充法典.之外,還有各時代的法學者尊王命或私撰的法典.

這些雖然沒有做爲國法公布,但所謂的私撰法典類也不少.就像<詞訟類聚>,<新註無冤錄>,<增修無冤錄>,<典律通補>,<百憲總要>,<萬機要覽>,<經世遺表>,<欽欽新書>等有關牧民的文獻即是.

三. 朝鮮王朝法律的淵源

古代文化是法,道德,慣習,宗教等混在一起的社會規範,但是對現代法律制度起到重要作用的羅馬人,當時已經把法和社會規範區分開,即羅馬人認為法是善和公平的技術(Ius est ars boni et aequi),正義就是對每個人,付給它們屬於它們自己的,平常的,永恆的意志(Iustitia est coustrans et perpetua voluntas ius sum cuique tribuetur).所以他們一直把正義看做法的根源,它的母親.就這樣命題的基礎下,羅馬人除了國家和個人以外,還是認定擬制(fictio)的法人(persona ficta),創造權利主體的概念.他們創造這樣的法的概念,確定了絕對不可侵的,排他性的所有權思想,確立了契約自由的原則,奠定了資本主義發展的基礎.又主張對於無過失的加害無需賠償的羅馬法(Pandektenrecht)的損害賠償原理,引出近代自由競爭思想的推進力.這樣的個人主義法律思想,在羅馬帝國滅亡之後的今天,卻成了資本主義經濟的指導原理.

羅馬法在歐洲的作用一樣,在東洋,中國的法律起到了和西歐羅馬法一樣的作用.中國法中,家族比個人重視,把法律當做人倫和道德實踐的手段.所以隨著公法,尤其是行政法,刑法的發展,多樣化地刑罰體系對東洋諸國的形成是很深刻的影響(註3).古朝鮮也有頒布<犯禁八條>實施善政的箕子的傳說(註4),但是漢武帝以來開始受到了其文物制度的影響.當時,高句麗,百濟,新羅三國之間有激烈的角逐,新羅最先從中國大陸引進了文物制度(智證應立王,紀元500-512)到法興王時期模倣中國律令制度頒布了新羅律令.高麗從建國初期開始,引進新羅的諸制度,確定了官制,土地制,賦稅制,兵制等.即高麗律是把500條條的舊律和宋明律法行綜合檢討,壓縮成七十一條約.朝鮮王朝參考唐會要,元章典編寫了經濟六典,續六典,甚至於編寫了永世不刊的大典——經國大典六卷.然後,律中把大明律當做普通法依用,朝鮮王朝末期甲午更張的刑法大全也是參考明律和清律制定的.

進而在這裏,為了比較朝鮮時代狀況,觀察東亞各國的法律,日本也是在百濟,新羅時代開始通過朝鮮半島接受了中國大陸的文物制度,即奈良時代以後的近江律令,養老律令,延喜格式等都是模倣了唐的律令格式,德川時代的御定百箇所及諸藩的刑法,大都是模倣了明律.明治維新——當時的暫定刑法(新律綱領)也是根據明律,清律制定的.當然其法律思想也是經過儒教思想接受的.所以,也可以說是絕對受到了中國法律思想的影響.(註18)一方面,東南亞的安南,黎朝的諸法典(註19),也模倣了唐律,院朝模倣大清律例制定皇越例(註20)同時,成了中國的冊封國(註21).琉球也是在乾隆五十一年(紀元1686)制定的科律,咸豐十年(紀元1860)制定的法條等都是模倣了清律(註22).

然而,傳統的中國禮儀思想的基本精神是修身,齊家,治國,平天下為理想的儒教思想.個人的生活也強調道德的具體實現,即尊重父母,崇拜祖先,強調對帝王的君臣之義,目的是確立統治秩序.所以為了崇拜祖先,維持以祭祀為中心的大家族集團的秩序

和保持血緣集團的利益的紛爭中,開始有了法律意識.例如,山訟,奴婢訟,謀陷訟等.

所謂的山訟是指信奉墓地是否是明堂,決定了孫榮榮的命運的〈風水地理說〉的影響下,發生的在他人的山地上暗葬自家人(註23),或勒葬(註24),偷葬,偷盜墓地,強占墓地等訴訟事件.這種訴訟占朝鮮王朝時代的大部分訴訟事件.其次的奴婢訴訟指的是財產訴訟.這個訴訟的特徵是王朝初期開始做爲民,刑事訴訟的大原則——決獄三限之法和就訟斷根之法(就訟三限之法又稱爲決獄三限之法)是通過很多奴婢訴訟和斷獄而確立的法,(註25)

所謂的謀陷訴訟是在朝鮮王朝官僚組織社會裏,在權力鬭爭當中,爲了打倒對方進行捏造事實,謀陷他人過程中發生的訴訟事件(註26)例如朝鮮王朝實錄中的上疏,上言,上言等是對人身的非行,暴力,中傷.一時統治天下的權臣們,有時一朝就成爲大逆罪人,被處以徒刑,流刑,家族也受到相連,被流放到邊境地帶,從事苦役,甚至於淪落成奴婢.

韓民族居住的朝鮮半島三面環海,氣候溫和,資源豐富,自古以來稱其爲錦繡江山.但是,由於瀕臨中國大陸,大陸的每次政治變革,都無情地波及到韓國(註27),使韓國經受這一苦難.基於這種原因,韓民族一直渴望和平.例如, Good morning, Guten morgen, Bongour 等是早晨好的意思.相比,在韓國,一早互相問候時,和西洋不同,他們用,睡好覺了嗎?,吃朝飯了嗎?前夜平安無事嗎?,等等的語言,問候前夜的平安與否和今日的平安無事等.這意味著韓民族在長期的外國侵略歷史中,在社會不安中渴望每日天睡,吃的,活的都能平平安安地過去的強烈的願望.在這樣的歷史背景下形成的生活意識也反映到了法律思想上.

在社會生活中發生紛爭時,不是採取攻擊性的立場,而是用保守的態度,盡量把事情圓滿地解決好.這種做法是在先除後患,省得以後給子孫後代帶來影響的潛在意識作用下生產的.在發生衝突時不是想利用法律來解決問題,而是選擇互讓和妥協的方法,比較前輩的遺教和前例來解決問題.所以,禮俗和長輩的勸告具備了法律以上的心理的強制力,代替了平常法.法只不過是不得已的情況下最後選擇的補充手段而已.

如上所述,傳統的韓國國民潛意識中的法的性格和形成其根源的重視禮儀的基本思想,在不分禮和法的權利鬭爭下(註28),私法關係的法律思想無法得到發展.與此相反,公法特別是專制王權用來維持統治秩序的刑罰法規的立法技術是很發達了.今天的現代法概念下,應該做爲私法處理的婚姻,繼承,財產關係的法律,其立法的根據也是強化王權,只能和刑罰制裁聯繫起來考慮.所以百姓是臣民,君主是家長,就像西歐的個人中心的法律概念下,不可能在統治者和被統治者之間衝突和鬭爭引出的權利和義務關係的觀點上考慮法的問題.

四. 朝鮮王朝法律的構造

經國大典包括此前此後,歷來朝鮮的法典全部都是六分主義,即吏,戶,禮,兵,刑,工的六典構成,把政治,行政等所有的社會現狀分成六個範疇來統治.這由來于中國歷史中的周朝以來的六官制度,它的名稱有<天,地,春,夏,秋,冬>,<治,賦,禮,政,憲,工>,<典理,版圖,禮儀,軍簿,典法,典工>,<吏,戶,禮,兵,刑,工>以及其他別稱.有時也有順序上的變化,但六分主義本身的採用是沒有變化.這就是所謂的繼承了東洋法體系的傳統,模倣了中國歷代王朝,特別是模倣了唐,宋,明,清等時代的諸法典的形式.即律,令,會典等的編寫方式.

按照現在的法律思考方式去思考社會生活規律法律的六分方法,適用立法,司法,行政的權力分支概念就不用談,連公法和私法,民法,刑法的區分概念都沒有.這樣的問題點,在專制王權的統治體制下,不可能分清楚哪些是國家的統治行為事務領域,哪些是王室事務領域的情況下所造成的.所以不可能存在對一般國民的權利義務的規定和對官廳的訓令,其他行政命令等的區別.再之,實體法規和程序法規互相混合在一起,法和道德,禮儀也混在一起規定,所以無法按現代法學概念做比較分類.尤其在王權神聖視,成憲尊重的影響下,實際上已廢止或改正的舊法也保存下來,新舊法規同時記錄在同一法典上,在法律適用問題上適用哪一個無從判斷.綜上所述,東洋法系把法律規定六分的同時,法規形式也分成律,令,格,式四類.唐六典中說<凡律以正刑定罪,令以設範立制,格以禁違正邪,式以軌物程事,乃立刑名之制.(註29)也就是說律是定罪的刑罰法,令是制定制度的教令法,格是禁違和矯正正邪的矯正法,式是把事物納入軌道的旅行規則.

但是東洋法的所有條文包含禁止規定的性質,所有的都是一種制裁法規,有時存在根據條文無法判斷究竟屬於哪一類律,令,格,式的情況.如果根據規定內容的重要性來劃分,可以說律令屬於基本法規,格式是從屬法規.如果以規律的先後關係為基準劃分,事前提示的是令,事發後對事情進行制裁和處罰是律.不管怎樣它們都是原則性的理論,雖然說律是以制裁和處罰為主的規定,也包含訴訟規定,親屬,繼承規正.同樣,雖然說令以行政為主的規定,也包含民事,商事規正,訴訟規正,也包含一些刑事制定.

隨,唐的律令政治時代,編寫出了嚴格按照律令格式形式的法典.但到了宋,元,明代,律做為立法形式維持著,令被改稱為典或會典,格式的編寫也就到了斷絕的邊緣.

在朝鮮高句麗,新羅,百濟,三國時代已經繼承了中國的律令政治,并各自制定和頒布固有的律令格式,這些可從歷史記載中了解到.在高麗時代初期也一定程度地維持著固有律令.但從王朝中期開始,迫于元朝的壓力,依用了元典章,議刑易覽,至正條格等(

註30)朝鮮王朝把明律當成普通法依用(註31),這相當于令的法典,獨自編寫和刊行了如同上述的經濟六典,經國大典等多數的法典,所以大體上可把朝鮮朝的固有法典看做<令>。

觀察朝鮮王朝法典的立法過程,<法>原來是國王的命令,如果說皇帝的命令是<<制詔>>,那麼國王的命令是<<教>>(註32),將這些成為格式化的叫做<<教旨>>,下達到地方的教旨,在<<奉而行之>>的意義上,叫做<<受教>>。關於這類事情,當時的名臣鄭道傳在朝鮮經國典<<教書>>中這樣記述着,即<<漢唐以來,天子之言,或稱制詔或稱誥勅,諸侯之言,稱教書,尊卑雖殊,其所以立言之義,則一也>>(註33)。

世宗實錄七年(乙巳1425)七月條中有如下的記錄<<禮曹啓,謹按中朝之制,各衙門奏聞欽奉文書,皆稱聖旨勅旨,令本朝各司於啓聞取旨之事,皆斥言王旨,未便請自今凡中外各衙門,啓聞奉行文書,皆稱教旨,從之>>(註34)。即一直稱做<<王旨>>的王的命令,依照禮曹的建議,統一叫做<<教旨>>,這個規定編入到經濟六典續典,成了法條文化。<<世宗實錄>>二十四年(壬戌)二月條中這樣記述著<議政府據禮曹呈啓,續禮典云,中外各衙門奉行文書內,王旨皆稱教旨,自是以後,凡於國中常行文書,皆稱教旨(註35)。又,在世宗二十五年(癸亥,1443年)八月條中有如何的記錄,<傳旨承政院,自今凡傳教之事,并稱教旨,其細瑣之事,則稱傳旨承旨,亦稱匠著名仍印之,下攸司,以為恒式>, (註36)從中可以看出王命分為重要之事和細末之事,前者叫教旨,後者叫傳旨。

太宗實錄四年(甲申1404年)十月條中有如下記載<議政府請,凡立新法,必報本府擬議受判施行,從之,其書曰,凡所以立法者,必傳之萬歲而無弊然後,可以為法也,各司員吏,各執所見,喜作新法,不惟當該官吏,難於遵守,弊復如前,今後各司,凡可新立法之事,必報政府,政府以可行事件,擬議受判施行,勿令更出依貼(註37)即六曹想要制定新法時,要向議政府報告,得到王的許可才行,給國王擬議,得到許可的稱<奉王旨施行>, (註38)<啓聞取旨施行>, (註39)<受判施行>(註40)或<啓下行移>(註41)。進而得到裁斷的王旨叫<判旨>,又得到<判旨>的該當衙門把它稱之為<受判>。下達到六曹的受教,由收到受教的曹,對其進行登記保存是慣例。登記制度的發達意味的朝鮮王朝的行政事務有特色,意味著法典化的行政法規。朝鮮之立法不是制定新的法,而是將這些既存的條例蒐集,整理的。蒐集按各個官府登錄的條例,然後進行取捨,選擇,做成法典,因為是六條官府收集的,所以叫六典。

但是,諸六曹官府各自進行受教,受判下成立的各個官府應遵守的有效的法令,這種習慣做法經過數年形成了法,又沒有各官府間的協助,所以發生矛盾,執行起來也很混亂,為了避免這種情況,才有了編寫經典的想法。

為了編寫經典,設置了專門機關,例如,太祖時代的<檢詳條例司>,定宗時代的<條例詳定都監>,太宗時代的<續大典修撰所>,世宗時代的<六典修撰所>以及<六典

詳定所>,世祖時代的<六典詳定所>,成宗時代的<校正廳>,<勘校廳>等.但是,各司直是一所具有收集和整理受教,受判等條件,然後對能够永久地遵守和實施的法規進行分類,選擇任務的一種機關.

朝鮮立法特色的一種是成憲尊重主義即尊重了祖宗之法,所以不適用後法破壞前法(Lex posteriori derogat legi priori)的原則.相反,前法具有了更強有力的效果.太宗四年九月條文中有自<古有國家者,不可輕變,祖宗之法>的主張和太宗實錄十五年八月條文中有<丁丑命,凡條割一從元六典王旨,續六典內,元典條割更改,未便,更令參考,仍舊施行其中不得已更改條割擬議啓問,禮曹與諸曹,擬議謹錄,.....教口,元典更改續典所載,并皆削除,其中不得已事,元六典各其條下書其注脚(註42)的內容.即在各自頒布經濟六典和續六典的情況下,如果兩典的條文相互衝突時,經濟六典就是元典,是<祖宗之成憲>,所以應該刪除收集元典以後的條例和受判而編寫的續六典的條文.如果出現不能刪除續六典的條文的情況時,在元六典的各條文下寫上注明,要維持法的統一.就這樣尊重元六典的原則成了後世編寫法典的原則.(註43)

五. 傳統法和西洋法的接觸

朝鮮王朝末期最先介紹西洋法學的書是十八世紀末經過清朝傳到朝鮮的漢譯西學書.在朝鮮王朝末期更加強化的封鎖政策下,是通過唯一的文化交流窗口——清朝和朝鮮使節之間的交往傳入進來的,當時受清朝學者為中心的實事求是學風的影響,朝鮮學者也經過中國開始接觸西洋的文物制度.有關西洋文物制度的書籍是從活躍在中國的西洋宣教師們介紹的書籍中而來的.在這些書中,Julius Aleni(中國名,艾儒略1582-1649)寫的<西學凡>和<職方外記>做為介紹西歐文化教育及中國的小冊子,在中國是很有名氣的.

和<職方外記>同時出版的<西學凡>傳入到朝鮮的有關記載,可從黃嗣永的記錄中看到.即紀元1801年辛酉邪獄的連累,被處以死刑的李家煥(1742-1801)的家藏本中就有<職方外記>和<西學凡>.包括著兩本書籍內容的<大學初函>中最初記錄着李家煥同時期的研究西學的李燮(1754-1786),把這本書傳給同志們閱覽的事實.

在本書中,著作者介紹有關西洋法同時也談到了法律工作者的素質,法官是體現正義的職業,必須以聖賢為榜樣精通古典等強調要有很高的精神修養.書中介紹在西洋把精通哲學的人通過嚴格的考試選拔為法官.

紀元1623年出版并經傳統的中國社會灌輸新的有關世界知識的<職方外記>其實就是世界人文地理書.編寫成五卷的本書,分成歷史,政治,風俗,社會,宗教,產物等凡方面詳細說明了中國以外也有廣闊的世界,還存在着很多擁有自己的獨立歷史和傳統的民族和國家的事實.

這<職方外記>仁祖九年(紀元1631年)做為陳奏使派遣到北京的李斗源(紀元

1681-1749)在山東半島遇見的耶穌會宣教師JohannesRodoriguez(中國名陸若漢)所贈與的西洋科學器具和書籍中夾帶着傳到朝鮮的,這些東西雖然儲藏在王室中只有少數人才能見到,但還是被傳遞下來,遍布到當代的實學者階層中。

如上所述朝鮮後期的知識人,經過斷斷續續地傳入到朝鮮的西方書籍了解一些西方法律制度,但是,從那時候的社會的背景上看,還沒有成熟接受西洋法律制度的條件,在西洋帝國主義強大勢力的壓迫下,港口的開放是不可避免的,與此同時先于朝鮮,經過明治維新迅速接受西方文物制度的日本製造雲揚號事件締結江華島條約,朝鮮的封鎖政策就徹底謝幕了,全文為12條的江華島條約,約定了日、朝間的使節的交換,領事裁判權的承認,開放釜山以外的兩個港口等,隨着此條約的簽定,朝鮮王朝的舊體制開始崩壞,法律制度也無法不變,在這裏韓國的法首先從和外國之間簽定的通航和通商協定中做為國家主權(Sovereignty)的公法概念和以條約的國際私法概念做為當前最重要的問題出現了,朝鮮政府為了解決當前出現的法律問題,聘請西方法律顧問一邊解決國際法問題的同時國內法律制度中也逐漸地模倣了西歐法律制度進入到法的近代化階段。

紀元1864年在美國Perry提督的武力示威下開始開放的日本通過明治維新開闢了近代化的道路,向朝鮮提出了通商,但都被一一拒絕了,尤其是經過明治維新,反對王政復古的不平武上的不滿表現為西向隆盛等的征韓論,但還是被制止着,當時清朝在北京條約之後在西歐列強的强大勢力壓迫下國內外經受着苦難,國際形勢在急劇變化的嚴峻形勢下,代替高宗掌權的大院君和官僚們還是繼續地頑固地執行着封鎖政策,紀元1875年失敗了同朝鮮的和平會談的日本要用雲揚號兵船侵入朝鮮江華島進行武力挑戰,於是朝鮮的海岸防禦陣地砲臺進行先行攻擊,日本也進行交戰,并登陸永宗島,進行殺戮和掠奪後撤出,翌年,日本政府對朝鮮政府,藉故這一事件要求謝罪的同時要求通商這一條件,并用武力迫使朝鮮政府締結了江華島條約,這一條約的內容是:

- (1)互換兩國間的使節。
- (2)開放釜山和其他兩個港口。
- (3)在開放的港口給日本人予以貿易,并設定租界及提供房屋建築等方便。
- (4)日本可以自由地測量朝鮮沿海。
- (5)朝鮮官吏不能干涉兩國人民間的貿易活動。
- (6)在開放港口,日本人的犯罪由日本領事來處理的治外法權條款等。

和日本國建立關係為開頭,和歐美列強間的通商條約的締結,結束了封鎖政策,隨着社會的變革加速了韓國的法律制度近代化,紀元1910年日本對朝鮮併吞并朝鮮半島開始依用了日本法律制度,經過黑暗的日帝植民統治時期(1910-1945),隨着1945年的日本的敗戰和聯合軍與蘇聯軍的南北韓分割占領,南韓地域經過三年的美軍軍

政實施之後,1948年建立大韓民國政府同時引用德國的大陸法系統制度到至今,但北韓地域在1949年9月成立朝鮮民主主義人民共和國,引用與南韓不同的社會主義法律體系到至今,有關北韓的法律制度在另一中敘述。

六、朝鮮的進入國際社會與法律近代化

因19世紀初西歐列強之東亞侵奪之影響,韓國人民對舊社會體制全般之改革有着強烈之意願

,但整個朝鮮半島始終無法脫離國際情勢之影響,於1880年清朝經加強對朝鮮之影響力,可於多次它被日本及其他強權制止於特定範圍內得知,甚至於1884年,在開化黨政變中,日本及使節們被驅離朝鮮,日本仍於協定天津條約時,成功的主張清朝必須同意由朝鮮撤軍,且須優先通知其他國家如將來須派兵至朝鮮。

藉由東學黨叛亂朝鮮政府所引發之內亂,由保守黨領導所引領之清國軍隊進入朝鮮,但是根據天津條約之規定,清國於1884年六月六日,優先通知了日本政府。次日日本馬上主張派遣軍隊至朝鮮。除了想壓制清朝對朝鮮之影響力,另也希望將日本人民之注意力自紛亂的內政轉至境外之問題上,如清日戰爭。無視於朝鮮政府重複性的抗議,干涉朝鮮之政治,日本當務之急則是要求朝鮮政府終止清朝海陸貿易章程之條款中之對清朝傳統之優惠條款,日本於1894年7月17日發了最後通牒予朝鮮並令其須於當年7月22日午夜止完全廢除該條款,袁世凱於七月十九日逃至清國,於7月22日朝鮮政府仍無任何明確之回應,日本軍隊便於7月23日黎明占據了景福宮,日本藉由武力政變之成功,通知組織了親日新內閣,藉由日本之搖動,清政府和朝鮮政府很自然的結束了朝、清之間定期朝貢之關係,爲了促進改革舊體制,在日本引領下,經由二十多位較熟悉西方文明事務之成員所組成之軍國機務處進行1894年之改革(註44),他們當中,前駐美使節朴定陽及前交聘使俞吉濬也參與此機構,內務大臣及外交部執行官金弘集(1881年紳士遊覽團之團長)也成爲軍國機務處處長,大部分改革經由該機構直接計劃並無日本之直接干涉,於此看來,日本對於改革本身並無太大興趣,唯一目的是將朝鮮納入其統治之下。

軍國機務處的改革是革命性的,基本改革是將宮內部自行政部脫離出來,議政府是其首長所組成,外務大臣取代了禮儀部(當時處理進貢事宜的肯定的,司法行政第一次由行政部脫離出來)根據開創法院制度,成立了地方法院,上訴法院及巡迴裁判所,另也禁止了嫌疑犯之拷問及重罪犯之三族之範圍內延伸至附加處罰的所謂緣坐罪法制,爲了鼓舞改革之進行,於1875年7月7日朝鮮王高宗在其皇宮庭園內聲明了洪範14條之基本條款,(註45)第一條則宣告“我們將切斷對清朝之依靠並建立獨立之基礎”此爲朝鮮政府第一次宣告自清朝政治上獨立出,清日戰爭後之下關條約中,再次肯定陳述了朝鮮脫離清朝而獨立,該條約第一條並註明,“清政府正式承認朝鮮之完全獨

立及自治,並且完全終止將來朝鮮對清之納貢附款,慶典執行及各項儀禮等,自1836年中國滿清政府打敗李朝鮮所訂定之進貢賠償條款終於結束,然而此結束並非由於朝鮮不屈不撓的掙扎所獲得,而是經由日本處心積慮切斷清朝,朝鮮納貢關係斷繼而將朝鮮納入其統治之下,朝鮮對此突如其來之獨立得不到失的,一方面獨立的歡樂氣分中,另一方面又害怕日本的加強統治,於此時朝鮮政府小心改爲提升了從仁祖十四年(紀元1636)丙子胡亂由滿清政府被擊敗後起,一直到當年強制被下降之皇家成員及官方稱號例如:將國王稱呼由大君主陛下改爲主上殿下,皇后由王妃陛下改爲王妃殿下,王子由皇太子陛下改爲王子儲下,皇帝及皇后自那時起,則不再被使用了。

俞吉濬於1895年4月25日在東京出版了西遊見聞,於1885--1892年拘禁期間,他完成此書之原稿,之後他以駐美使節派遣美國,他之所以被拘禁是因他聲稱贊同1884年之政變當他於東學農民之亂之夜被解除拘禁後,他便決定加入1894年之改革,至今人們仍好奇,爲何他的西遊見聞是以朝鮮方言撰寫,但非於朝鮮出版,卻遲至1895年5月送至東京出版。

雖然他的慶應義塾學院之印刷設備已經不錯,但選擇在那裏出版,主因是他堅強保證他書中所主張獨立自主,平等之信念是對抗,不易忘懷之進貢制度的,他介紹了西方事務合理爲了朝鮮進步之啓蒙教化,在書中他解釋了在〈國際公法〉(59)中獨立國家之基本權力,不管各省是大或小,是強或弱,均在保有如同獨立國家之同等權利,他進一步主張那最高主權(Sovereignty)不可被侵犯的,他舉例說明了各省應有之七種權力,(1)自力生存權(2)獨立權(3)開發權(4)立法權(5)外交權(6)團結權(7)中立權,居於西方獨立平等信念之國際公法制度,他強力反對納貢制度,他主張“省不高於省,省不低於省”省之獨立主權就如同家庭中之任何成員不得干涉。

於1896年6月,朝鮮教育部(1897年即高宗30年把朝鮮之國號改爲大韓帝國)出版了〈公法會通〉,1880年清朝也出版了此書,這本書之內容是事實上德國學者之著書翻譯本的,將此書翻譯成中文,目前政府急於派遣過儒教學者將此書散播至全國,此政策與朝鮮政府先前之政策將國際法書籍搜出並於街道上焚書迥異不同,出版於1864年,並經由William A. P. Martin 翻成中文之 H. Wheaton's (1785-1848) 國際法之基礎〈Elements of International Law (Philadelphia, 1836, 2 vols.)〉之萬國公法也遭受到同樣的命運,朝鮮嚴禁出版如此煽動性的書籍,因他們反對階級進貢制度,或許凡了解整個東亞之儒教文化,這些書籍或許可能出版,除非清朝完全消失於朝鮮半島。

在1897年10月12日,朝鮮政府宣布成立大韓帝國,在日本侵略中國被法、德、蘇突擊制止後,此項宣布可能是爲了暫時平衡日、蘇之間的力學,經由三強調停的結果。

日本必須放棄在清日戰役中從中國獲得之遼東半島,1899年8月17日宣告了經由法規校正所所草擬新的大韓帝國憲法,此憲法之序文清楚的記載著全部內容是,經由公

共輿論及參考了國際公法而草擬的。此憲法包含了九項主題。所有的主題完全以國際公法之信條為基礎。當中五項主題確實表明了國際公法之基礎信條。這條款第一條載明，大韓帝國是一主權獨立及自治的帝國，並經由世界各國所承認，此段話引自公法會通之第64節條文中陳述到，獨立國須具二個階段。第一，獨立之主旨（意義）是不依靠他國，第二，自治之主旨是不被他國所操縱，公法會通當中第68節之第3,6,7,8及9條分別載明5項獨立權利：(1)自立政體(2)自定律例(3)自行治理(4)自選臣工(5)自遣使臣。

在1899年9月11日，中韓簽署一份商貿友好條約。條約第一條陳述，中韓必須建立永久之和平及友好之關係。另兩國間之個別主題，各方應當享有充分保護自己及較利於自己之待遇。條約第二條說明自尊之兩當事者可各自指定外交代表。長駐對方國內，且可依各自之便利於對方國際貿易地點派駐領事。另處於相互平等的基礎上，一方的官方事務須與對方當地當局有所聯結且享有平等地位。1899年12月14日 雙方於漢城簽署了此權益的並批准承認之條約。此條約之最後結論為“中國事實上放棄了朝鮮對進貢之利益，另也終於承認朝鮮之獨立。根據現代國際公法之信條，中韓終於平等地位之上了。

七. 結論

經由如此的韓國的法律近代化過程當中，對於傳統的法律體系與思考方式予以最大的衝擊是西洋的國際公法觀念。事實上開化期的東洋人對西洋持有的印象是技術與國際法。因經由長期間之鎖國政策原因，朝鮮人民完全隔離與外國之交流。所以對於西洋法上的主權或權利之概念知識蕪蕪沒有了。此時所謂叫〈萬國公法〉的新的國際法的威脅下，韓國的支配階層不得不感覺到恐怖與荒唐。可是後來這樣的恐怖變為促進韓國法律近代化的契機。

如舊有的中韓之間的階級納貢關係在國際法的觀點露出矛盾。然而以事實觀點來看，朝鮮與美國及西方強權基於獨立平等地位上，締結了友好，貿易及航海等條約。另中國也於平等立足點，締結了相同之條約。處於日本及西方強權帝國主義下，出拍朝鮮淪為越南一樣，中國更利容其間西方學習所得之牽制之方法，來加強束縛朝鮮。不管中國一再加強其干涉，朝鮮也一再努力掙脫中國主導的地位，並要求中國廢除舊有納貢制度並以國際公法獨立平等權基礎上建立新關係。然而因中國之貪慾，此項努力達成挫敗的直至清。日戰爭中，中國被打敗為止。在日本勢力增強的影響下，朝鮮政府於一八九四年掠取了大慶革新，在其中朝鮮政府宣布中韓中止於一八八二年簽定之〈海陸貿易條款〉及廢止進貢使節至中國。此宣言再度被確認於一八九五年一月七日之十四條基本條款之〈洪範十四條〉(註46)宣言中。在韓國的法制史上，此為韓國最初之含有近代法概念之憲法。當中一條款註明朝鮮須脫離中國而獨立。下關條約第一條中也指明〈中國須承認朝鮮之完全獨立〉。一國之獨立是有關國際觀點的法律許可獲

得獨立經由完全執行獨立權或經由他國之承認。

自一八七六年江華島條約締結後，日本明顯的保證朝鮮之獨立，但其真正目的是驅逐中國勢力並行統治於朝鮮半島。居於此因，日本於中國的下關係款締結後，與蘇我，法國，德國以及其他強權相爭利益。

在其他強權圍繞朝鮮半島之際，清、日戰爭後之日本，強介入獨占之利益。朝鮮於一八九七年十月十二日宣布大韓帝國。一八九九年八月十七日宣告之帝國憲法是根据一八九六年教育部印刷，傳遞的〈公法會通〉中之國際公法信念基礎上成立的。脫離中國而獨立的朝鮮是經由朝鮮人民的強烈意願及日本在清、日戰役之積極協助及朝鮮政府不屈不撓的努力才成立此帝國的。中國於一八九九年九月十一日以同等地位與朝鮮締結的〈商貿友好條約〉中，亦承認了朝鮮的獨立。

自從當年十二月十四日漢城相互承認並施行此條款後，中國和朝鮮以獨立平等之地位，成爲伙伴會員並立足於國際社會中。

東亞地區經貿爭議解決之途徑

目次

壹、前言

貳、背景說明

一、殖民時代的影響

二、日本佔領時期

三、共黨勢力之消長

四、種族與宗教問題

參、各國之仲裁制度

一、泰國

二、香港

三、越南

四、新加坡

五、馬來西亞

六、菲律賓

七、日本

八、中國大陸

壹、前言

關於經貿爭議的解決，除可循一般訴訟程序提起訴訟外，尚可交付仲裁，仲裁係指雙方當事人在爭議發生之前或在爭議發生之後，達成書面協議，把相

互間的爭議提交雙方所同意的仲裁機關進行仲裁，由仲裁機關居間做出一個對雙方當事人均有拘束力的裁決，既不同於友好的協商和解，亦不同於司法裁判。凡有關法律上之爭議，尤其是涉及專業性、經驗性的商務經貿糾紛，經當事人訂立仲裁協議者，可提付仲裁，由適當的仲裁人作成公正的仲裁判斷。仲裁制度擁有迅速、經濟、不公開、當事人充分陳述的優點，實可作為解決經貿爭議的良好方法之一。

貳、背景說明

東亞地區這片廣大的土地上，充滿了商機，但由於歷史因素，使得此地區國家繁多，包括東北亞的中國大陸（包括香港、澳門）、台灣、南韓、北韓、日本、和東南亞的印尼、馬來西亞、新加坡、菲律賓、泰國、寮國、越南、高棉、緬甸及汶來等國。這些國家多有著各自獨特不同的歷史與文化背景，導致其人民存在著許多思想上的差異，因而，在法律的繼受與發展上就顯現出豐富而多變的特色，其中複雜的經貿法規更是國際投資者必須克服的一大難題，今天，我們要研究東亞地區的經貿爭議解決機制，首先，就必須對法律繼受與法律發展情況的背景加以探討。

相對於歐洲及美國，東亞地區近代的法律發展起步較慢，這個地區許多國家法律制度的基礎都是奠定於十九世紀末到二十世紀這段時間，因此，其制度規模大致上與歐美國家的制度相似，也就是說，此地區的法制主要係繼受自歐美國家近代的法律思想。然而，東亞各國繼受歐美法治的原因不一，有的是基於國家本身現代化的需要而變法圖強，所以，在其政府刻意的推動下，大規模的將歐美法律制度加以繼受，有的則是受到歐美帝國主義的殖民統治，殖民母國將其本身的法律制度強加於其所佔領的殖民地，而這些殖民地在二次大戰後多已獨立建國，由於過去受到殖民母國長期的影響，獨立後多延續其原本即已

實行多年的制度。除此之外，我們也不能忽視不同的種族、文化、宗教、語言及風俗習慣，甚至意識型態，對於這個地區法律發展的影響。

以下將以東南亞為例，說明這個地區法律繼受與發展的背景。

東南亞是一個十分複雜的區域，主要有十個國家，即印尼、馬來西亞、新加坡、菲律賓、泰國、寮國、越南、高棉、緬甸及汶來，每個國家均有不同的歷史背景，因而產生了迥異的人文特色，諸如不同的種族、文化、宗教、語言及風俗習慣等，近代歐美殖民母國對其統治以及共產主義等意識型態在此地區蔓延所產生的影響更是不容忽視，此等龐雜而多變的因素，造就了東南亞這個區域特殊的法律體系。本文試由以下四個方面加以說明：

一、殖民時代的影響

從傳統的地方部落思想，就有著許多差異，馬來人、印度人、華人以及其他少數民族的語言、文字和風俗習慣都極不相同，其後所傳入的佛教、回教、印度教、基督教等在教義與教規上亦有相當的衝突存在，不過，以上這些都不是影響現今東南亞複雜的法律體系的最主要因素，因為目前東南亞的法律制度主要係奠基於十九世紀殖民地時代，當時歐美列強受帝國主義思想影響，曾將此地區瓜分為其殖民地，歐美殖民母國遂將其本國的法律制度移植於此區域，雖然各地在不同的程度上仍被允許維持了部分的傳統習慣法，但在整個法律架構上則大致與其殖民母國相類似，不出英美法系與大陸法系此兩大法系之外。如新加坡、馬來西亞、汶來、緬甸等國曾被英國殖民，受英國法影響較大，屬於英美的普通法系統（common law system），以判例法（case law）為主，而越南、高棉、寮國等過去為法國殖民地，在其獨立之初，尚未成立共產政權之前，此等國家之法律體系與法國法制較近似，屬於歐洲大陸法系，以成文法（statutory law）為主。

二、日本佔領時期

第二次世界大戰期間，東南亞地區被日本所佔領，在日本的統治之下，本

地區與中國東半部等地被劃入所謂的「大東亞共榮圈」，日本原計畫在此區域推行其法律制度，然而隨著大戰的結束，日本戰敗，其勢力隨即撤離本區域，其短暫的統治並未對此地的法律體系的發展產生重大影響。惟朝鮮半島及台灣受日本的殖民統治時間較長，因此，受日本法律制度影響較大¹。

三、共黨勢力之消長

反而是在大戰期間與戰後共產黨勢力的蔓延與散布，其後更在蘇聯與中共在政治、經濟與軍事的支持之下，依馬列社會主義思想在許多地區發生所謂無產階級的革命，成立共產政權，如越南、寮國及高棉等。因此在英美法系與大陸法系外又產生了社會主義法系。然而，近年來共產國家紛紛採行經濟改革措施²，為吸引外國投資，促進經濟發展，不再如過去一般重視意識型態，政府政策也更加開放而務實，因此，法律體系中社會主義色彩已漸漸淡去，其對法律制度的影響已大不如前。此外，在 1997 年與 1999 年香港與澳門相繼改隸於中國大陸後，由於一國兩制的實施，該地區的法律制度更形複雜，而在社會主義與資本主義兩大法律體系的相互影響下，法律適用上的問題亦是將來一國兩制實踐上的一大考驗³。

四、種族與宗教問題

如前所述，歐美國家殖民統治對於東南亞地區法律體系的形成與發展固然有著深遠的影響，然而這些東南亞國家在繼受西方法律制度時，並未全盤西化，因為本地區有著獨特而分歧的民族與宗教問題，在繼受西方法制時，不得不在

¹ 有關台灣受日本法制的影響可參考，王泰升計畫主持，日治時期法律在中華民國法制上之運用，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，計畫編號: NSC84-2414-H002-026 (1995 年)

² 有關大陸的經濟改革問題可參考，王泰銓教授，大陸經濟體制改革與投資爭議問題，國立台灣大學法學叢書 68，1995 年，月旦出版

³ 有關香港改隸於中國大陸後的法律問題可參考，王泰銓教授，香港基本法，1995 年，三民書局

某些領域保留一部份例外，在不違背國家法律基本原則精神之下，容許依個別種族與宗教的特殊習慣，適用不同的法律規定。比如說，在新加坡，大多數人民間的紛爭，法院原則上都適用英國法，然而，當涉及結婚與離婚的法律問題時，若當事人的宗教信仰係回教或印度教，根據回教法案（Muslim Law Act），英國法即被排除適用，轉而依回教或印度教的宗教法，甚或倘當事人之種族為華人時，則應適用中國傳統習慣法，同理，當事人若為印度人亦然。

由此可知，種族與宗教對於東南亞的法律發展之影響亦不容忽視，吾人若要全盤掌握與瞭解此地區之法制，尤需注意此等問題與事實。

參、各國之仲裁制度

以下分別就東亞地區各國之經貿爭議解決的仲裁制度說明之。

一、泰國

相對於普通法系，屬於大陸法系的泰國擁有完整的成文法系統。主要包含有民商法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法及稅法。依民事法傳統，大部分法律會作簡短的一般原則的敘述，以作為法律解釋的考量及保持彈性。在西元 1987 年仲裁法（Arbitration Act of 1987）實施之前，泰國只有在民事訴訟法有規定仲裁程序，包含法院內的仲裁及法院外的仲裁。法院內的仲裁意指仲裁程序的開始及進行都在一審法院訴訟繫屬中；法院外的仲裁意指由法院外的機構所為的仲裁判斷。泰國仲裁機構是設在司法院之下的部門，其任務為促進以仲裁制度作為紛爭解決的方式。這個機構有充實的人員及設備來處理各種仲裁案件。即使經政府預算所設立，其視自己為獨立於政府外的機構，公正且不受干預的處理仲裁案件，管理當局包含官方及民間代表，以保持其客觀性及獨立性。

西元 1987 年的仲裁法公布，其對現在及未來的民事紛爭發生效力。由於該

法未對「民事紛爭」下一個明確的定義，所以仲裁程序的適用範圍將產生爭議，因此仍有待法院明確去界定其範圍。該法第五條定義仲裁協議（Arbitration Agreement）為雙方當事人在契約中協議或定有仲裁條款，約定現在或將來的民事紛爭依仲裁程序解決。第六條規定~~規定~~仲裁協議需以書面約定才能拘束雙方當事人。另若當事人一方違反仲裁協議向法院起訴，若法院認為仲裁協議有效，應駁回起訴，命當事人依仲裁程序解決紛爭。對於仲裁人的指定，該法允許當事人指定一位或多位仲裁人對係爭事件為仲裁判斷，由當事人選定相等的仲裁人數。若仲裁協議中對仲裁人人數並未約定，則由雙方當事人各選出一人為仲裁人，並由選出的仲裁人共推第三位仲裁人，組成仲裁庭。仲裁人可以指揮仲裁程序的進行，下仲裁判斷前，必須公正的傾聽雙方當事人的陳述。當事人可以指定其他人或律師作為代表，參與仲裁程序的進行。仲裁判斷的決定，乃依多數決。若不能達成多數決，則由仲裁人共推另一人為仲裁人；若不能選定，由仲裁人或當事人聲請法院指定。

內國仲裁判斷及外國仲裁判斷在強制執行效力上有所不同。內國仲裁由仲裁人作最後判斷，並依法定程序做成判斷書，送達給雙方當事人後，當事人可持該判斷書向法院聲請強制執行。若法院認為該判斷違反法定程序或超出原仲裁協議範圍，法院可以否認該判斷的強制力。外國仲裁判斷要在泰國被認可及強制執行，必須在條約或公約所承認的範圍之內。泰國仲裁法第 28 條定義外國仲裁判斷為「該判斷在泰王國領域外所做成，並且任一方非泰國國民」。西元 1987 年泰國仲裁法的制訂，提供另一種方式，便利民事紛爭的解決，並將仲裁制度明文化及程序化，雖然條文中尚有許多解釋上的爭議，然而泰國仲裁制度的發展已向前邁進。

二、香港

在普通法的傳統下，香港仲裁制度乃根源於英國法。仲裁制度的使用是在建立民事審判的另一種模式—不藉由法官的介入來解決紛爭。在立法機關的努力下，西元 1963 年，仲裁條例 (Chapter 341, Laws of Hong Kong) 首次被實行。立法者的目的在於規範民事仲裁的程序，其中許多條款乃以西元 1950 年英國仲裁法 (the English Arbitration Act of 1950) 為範本。1980 年代初期，香港政府為使香港成為亞太地區的仲裁中心，對其仲裁法做了許多修正，此次修正採納了「香港法律改革委員會」(the Law Reform Commission of Hong Kong) 對香港商務仲裁制度的改革建議，參考 1979 年的英國仲裁法(the English Arbitration Act of 1979)，並加以改進而適用。伴隨仲裁法的修正，「香港國際仲裁中心」(the Hong Kong International Arbitration Center- HKIAC) 於 1985 年成立，與香港政府共同密切合作，提供國際仲裁以及爭議解決所需的重要資訊和仲裁人、調解人名單，以及會議場地等設施。

依據最新修正的香港仲裁法，香港仲裁制度主要可區分為兩種不同的仲裁方式，一種應用於內國仲裁，另一種應用於國際仲裁。在國際仲裁方面，自西元 1990 年 4 月 6 日起，「聯合國國際商務仲裁模範法」(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 被香港國際仲裁程序所採納，經參酌香港法律改革委員會對其所為的小幅修正意見後，並成為香港仲裁法的一部份。至於紐約公約 (New York Convention) 乃關於外國仲裁的承認與強制執行，此公約對於外國仲裁的承認及強制執行有詳細的架構性規定。超過 100 個國家已簽署這份公約，因為英國政府同意香港以香港名義加入，香港早於西元 1977 年 4 月 21 日起即開始適用紐約公約。由於中國大陸也簽署了紐約公約，因此，自 1997 年 7 月 1 日對香港行使主權後，香港仍得繼續適用紐約公約。香港法院承認且執行紐約公約締約國所為之仲裁判斷；相對地，香港所為之仲裁判斷，亦為其他締約國所承認，並在其他締約國有強制執行的效力。

西元 1992 年，香港司法部長委託「香港國際仲裁中心」(HKIAC)，參照英國仲裁法的發展，提出仲裁法的修正案，以改進善現行的仲裁法缺失，並朝

投資、營建、工程等契約。當事人可在契約中協議定由新加坡國際仲裁中心作為爭議發生時之解決處所⁷。

五、馬來西亞

馬來西亞的仲裁法（the Arbitration Act 1952）⁸主要繼受自英國仲裁法（the UK Arbitration Act of 1950），原為地方性法規，1972年經過修正後，適用於馬來西亞全國，從此，本法得以有效規範任何的仲裁案件，即使馬來西亞聯邦政府或州政府為當事人，均受其拘束。此仲裁法為一普通法性質，就一般性的仲裁案件均有其適用，然而，在若干特殊情況下，仲裁案件會歸由其他法律來規範，例如聯合國國際商務仲裁模範法、吉隆坡地區仲裁中心之仲裁規則等。

馬來西亞仲裁法規定，仲裁協議必須以書面契約為之，當事人可以事先明訂仲裁條款於契約書中，亦可於爭議發生後，提付仲裁前，再就個案為此書面。唯有在符合此書面之要求下，當仲裁人有偏袒一方的行為，或涉及詐欺時，仲裁當事人才可以就此等事項訴請法院撤銷仲裁判斷。

一個有效的仲裁協議必須以書面為之，但該法並未明訂此書面需當事人簽名於其上，在 *Baker v. Yorkshire Fire and Life Assurance Company* 一案中，原告雖未簽名於書面，該書面仍被認定為有效的仲裁協議，因此，需特別注意者，即使書面未經當事人簽名，仍屬有效。

在有效的仲裁協議之下，當事人間一旦發生爭議，接下來的程序就是要選

⁷ 新加坡國際仲裁中心有提供定型化仲裁條款，使欲在新加坡國際仲裁中心解決其爭議的當事人，方便於契約中直接引用。

⁸ 1952年的仲裁法初期只在馬來西亞的 Sarawak 州施行，一直到1972年11月1日後才在馬來西亞的其他各州施行。

定仲裁人，一般而言，仲裁人的產生方式依當事人的仲裁協議定之⁹，然而，在某些特殊情況下，法院仍有可能會介入¹⁰。例如，若當事人無法依仲裁協議選定仲裁人，或已選定的仲裁人死亡、拒絕仲裁時，法院則會代為指定仲裁人。此外，法院所指定的仲裁人的權限，以及其所為之仲裁判斷，與當事人所選定的仲裁人完全相同。仲裁人一旦經由當事人選定或法院指定後，便不能任意撤換，即使當初為選定行為的當事人死亡，亦復如是¹¹，唯最高法院依法有權撤換仲裁人¹²。

依據仲裁法，法院對仲裁程序的進行，有監督之權，以確保仲裁程序的妥當性與仲裁判斷的公平性。但法院並不直接介入仲裁程序，仲裁程序仍依照當事人的意思進行，只有在仲裁人違法失職、有偏袒一方的行為、涉及詐欺、或仲裁判斷違法時，法院得將仲裁協議宣告無效，或剝奪仲裁人之權限。

仲裁判斷對當事人而言，具有終局的拘束效力，嗣後均不得再對之為爭執。仲裁判斷雖然並不強制要求以書面為之，但一般情況均有作成仲裁判斷之書面。仲裁判斷不論是否以書面為之，均與法院的裁判有相同的效力，但仍須以踐行合法程序為其先決要件，否則，該仲裁判斷可能因此被法院判定為無效。此處所謂合法程序例如，只有一造當事人在仲裁程序到場時，仲裁人必須另定期日，並通知未到場之他造到場，使兩造當事人均有平等之辯論權。此外，仲裁人必須將一造當事人所提出的資訊或證據讓他造知悉，並讓他造對證人有交互詢問之權。最後，仲裁人必須依照呈現於其面前之所有的證據加以評估和判斷，且不得以其先前所知悉的其他事實作為判斷依據。

在國際仲裁方面，由於前面曾提到，馬來西亞法院對於仲裁程序的進行，在許多方面有監督與管制之權，導致外國之當事人常不願適用馬來西亞仲裁法以進行仲裁。為了因應此一情況，馬來西亞便成立了一個「吉隆坡地區仲裁中

⁹ 馬來西亞仲裁法第三條

¹⁰ 馬來西亞仲裁法第十二條

¹¹ 馬來西亞仲裁法第四條第二款

¹² 馬來西亞仲裁法第三條

心」，此仲裁中心具有相當大的獨立地位，不再處處受到法院的控制與監督。此仲裁中心的成立，使得馬來西亞的國際仲裁制度又向前邁進了一大步。以下就吉隆坡地區仲裁中心的運作情況稍作說明。

「吉隆坡地區仲裁中心」(the Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration) 成立於 1978 年，係由一國際官方組織「亞-非法律諮詢委員會」(Asian-African Legal Consultative Committee) 所主辦，並由馬來西亞政府協辦，此仲裁中心成立之目的，乃在於促進鄰近國家間的國際經貿爭議得以利用仲裁方式解決之，進而使亞洲地區的國際商務仲裁制度能有所提昇，它不僅提供仲裁當事人的諮詢服務，更對於仲裁判斷的程序及執行提供必要的援助。除國際仲裁外，此中心還提供其他爭議解決方式之場所，例如和解與調解等。

所有在吉隆坡地區仲裁中心的仲裁案件，均依照吉隆坡地區仲裁中心之仲裁規則 (the Rules of the Regional Center for Arbitration) 的規定處理，而該規則大體上係根據聯合國國際商務仲裁模範法的內容制訂，雖然馬來西亞依照當地的國情對聯合國國際商務仲裁模範法略做修正，但並未對該模範法的實質內容為任何的更動。此外，該仲裁中心之仲裁規則並允許仲裁當事人有相當大的自由空間，可任意選擇仲裁人、仲裁地、和程序法。若當事人未選定仲裁人時，該仲裁中心並會依據上述之仲裁規則，為當事人指定一位獨任仲裁人，或由當事人從該仲裁中心所提供的名單中選定之。

六、菲律賓

一、法源

過去，菲律賓法律並不承認仲裁制度，1950 年所修正通過的新民法才正式將仲裁制度納入其法律體系，成為爭議解決的重要方式之一。

菲律賓現行的仲裁法 (Arbitration Law)，制訂於 1953 年，當中許多規定至

今已經不合時宜，且該法僅對內國仲裁設有規定。因此，國際經貿爭議發生時，當事人便只能雙方合意依照外國仲裁規定處理¹³。1965年，菲律賓政府正式批准加入，關於外國仲裁的承認與強制執行的紐約公約，但菲律賓國內迄今仍未制訂關於外國仲裁的承認與強制執行的法律，以資配合。為提昇國際商務仲裁解決爭端的功能，目前，菲律賓國會正積極研擬仲裁法的修正，有意採用「聯合國國際商務仲裁模範法」(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)，以配合國際立法之趨勢。

二、仲裁協議之效力

若當事人協議以仲裁方式解決紛爭，則該仲裁協議便具有拘束當事人的效力，不因第三者的介入而有所不同。立有仲裁協議的當事人未依法仲裁，而逕向法院提起訴訟者，法院將會駁回該訴訟¹⁴。

三、仲裁庭的組織

仲裁庭的組織通常有以下兩種：

(一) 由三位仲裁人組成的合議庭。

(二) 依據當事人協議所定的一位獨任仲裁人組成。

菲律賓法律不允許一方當事人指定之仲裁人的人數超過他方當事人所指定者。若仲裁協議未明訂應指定一位或三位仲裁人，則法院有權依是件的嚴重性與複雜程度決定仲裁庭應由一位或三位仲裁人組成。

四、仲裁程序

仲裁程序開始於當事人提交一份書面聲明，表示當事人欲以仲裁方式，解決其爭端，或者當事人之間的契約中已有仲裁協議條款，此時，僅須提出該契約條款即可。聲請仲裁時，當事人應於文件中載明以下之基本資料：

(一) 當事人之姓名以及地址

(二) 爭議之性質

¹³ UNCITRAL Bill, Explanatory Note.

¹⁴ The Arbitration Law, R.A. No. 876, Sec. 7.

- (三) 爭議標的之價額
- (四) 賠償之請求
- (五) 仲裁協議存在之證明
- (六) 仲裁人之指定

五、外國仲裁判斷的承認與強制執行

依先前所提到的，菲律賓已於 1965 年採納紐約公約。而其最高法院亦已明白承認紐約公約係國際經貿爭議解決體系的一環，因此，菲律賓法院基於該公約之互惠原則與其他規定，對其他紐約公約會員國的仲裁判斷加以承認並強制執行。同理，菲律賓仲裁機構所為之仲裁判斷，在其他紐約公約會員國之法院，亦被承認與強制執行。

七、日本

一、法源

日本仲裁制度的法源主要有二，分別為日本民事訴訟法第 8 章第 765 條至 805 條有關仲裁的規定；以及與仲裁有關的國際公約。

日本簽署及批准了以下的國際公約：

- (一) 日內瓦仲裁條款協定（西元 1923 年 9 月 35 日制訂，1928 年 6 月 4 日批准）。
- (二) 日內瓦外國仲裁判斷執行公約（西元 1927 年 9 月 26 日通過，1952 年 6 月 11 日批准，以下簡稱為日內瓦公約）。
- (三) 紐約外國仲裁判斷承認與執行公約（西元 1958 年 6 月 10 日制訂，1961 年 6 月 20 日批准，以下簡稱為紐約公約）。
- (四) 華盛頓投資爭端解決公約（西元 1965 年 3 月 18 日制訂，1967

年 8 月 17 日批准。

此外，日本也簽署及批准了數個有關外國仲裁判斷承認及執行的雙邊協定。依據日本憲法第 98 條第 2 項規定，日本國所締結的條約應忠實的被遵守。第 73 條第 3 項規定條約由內閣締結前，應先經國會批准。依日本通說見解，當公約或雙邊協定與國內法不一致時，其效力優於國內法；故若前述關於仲裁之公約或雙邊協定與日本民事訴訟法規定不一致時，以公約或雙邊協定效力為優先。

二、仲裁協議的性質

仲裁協議的性質，~~日本~~日本法院自 1935 年後的判決，都將其認為是私法規範下的契約。而仲裁準據法的決定乃依據雙方當事人在仲裁協議中明示或暗示的約定。仲裁協議的可分割性亦為日本最高法院判決所肯認。^{對於}接下來談到仲裁程序，^此雖然日本並無明文規定，但依據紐約公約第 5 條 1 項 d 款規定，仲裁庭的組成及仲裁程序依照當事人協議，若無協議，則依照仲裁地國之法律。若不適用紐約公約的國家，依據最高法院 1918 年的判決指出，仲裁程序的準據法適用仲裁地國家的法律。仲裁人為仲裁判斷時，可依據習慣商法為實質責任之判定，只要該判斷能符合合理性需求即可，紐約公約或日本民事訴訟法並無特別規定。

三、仲裁庭的建立

仲裁庭的建立，依據紐約公約第 5 條一項 d 款及日本民事訴訟法第 788 條規定，仲裁人的選擇依據當事人協議；若無協議，日本民事訴訟法第 788 條規定每個當事人可選擇一個仲裁人。而仲裁人選定後，仲裁人必須開始仲裁程序，不可以有不正當的遲延。仲裁費用由仲裁人及當事人依事件性質約定。

四、仲裁程序

仲裁程序進行中，仲裁人必須聽取雙方當事人陳述意見及有關意見，並調查與該爭議有關之證據，以為合理深入之考量，作為仲裁判斷的依據。依據日本民事訴訟法第 799 條第 1 項規定，仲裁人必須做成仲裁判斷書及簽名於

其上；並送達給雙方當事人及送交法院存查。依據日本民事訴訟法第 800 條規定仲裁判斷法院確定判決相同效力。同法 802 條規定，仲裁判斷可由日本法院執行，適用法院判決執行之程序。

最後談到仲裁判斷的瑕疵問題，首先依據日本民事訴訟法第 792 條規定之理由，法院可介入仲裁人爲仲裁判斷。其次，依同法第 797 條，當事人一方可向有管轄權法院抗辯仲裁判斷不應被認可，因爲沒有有效的仲裁協議、仲裁協議未包含係爭爭端之解決或仲裁人不合法等。若抗辯成功，則成爲同法第 801 條撤銷仲裁判斷之訴的理由之一。依據同法第 801 條，當事人可向有管轄權法院，依據第 801 條第一項理由，提起撤銷仲裁判斷之訴，若法院認爲原告之訴有理由，可撤銷原仲裁判斷，使其溯及既往不生效力。

八、中國大陸

1994 年 8 月 31 日，第八屆全國人民代表大會第九次會議通過《中華人民共和國仲裁法》，自 1995 年 9 月 1 日起施行，共八章八十條，爲大陸之第一部有關仲裁之單行法，內容包括內國與涉外仲裁規定。

大陸經濟改革開放以後，其原有的社會主義法制已不敷時代的需求，對於經貿糾紛，大陸發展出兩套系統以資因應，分別是內國經濟合同仲裁與涉外經濟合同仲裁，以下就分別就此不同的制度，探討其程序、效力。

（一）內國經濟合同仲裁

（1）經濟合同的仲裁機關

1994 年《仲裁法》施行之後，以「仲裁委員會」爲仲裁機關，仲裁委員會是大陸仲裁協會的會員，仲裁委員會可以在直轄市和省、自治區人民政府所在地的市設立，也可以根據需要在其他設區的市設立（《仲裁法》第 10 條）。仲裁

委員會應當由當事人協議選定（《仲裁法》第6條）。

（2）經濟仲裁的程序

當事人申請仲裁之前要件是須在糾紛發生前或糾紛發生後達成仲裁協議，仲裁協議是獨立存在的，合同的變更、解除、終止或無效，不影響仲裁協議的效力。

仲裁協議應當具有下列內容：（1）請求仲裁的意思表示；（2）仲裁事項；（3）選定的仲裁委員會。如有約定的仲裁事項超出法律規定的仲裁範圍者、無民事能力人或者限制民事行為能力人訂立的仲裁協議或一方採取脅迫手段，迫使對方訂立仲裁協議等情形之一者，其仲裁協議無效（《仲裁法》第17條）。

向仲裁機關申請仲裁時，依《仲裁法》第23條規定，申請書應載明（1）當事人的姓名、性別、年齡、職業、工作單位和住所，法人或者其他組織的名稱、住所和法定代理人或者主要負責人的姓名、職務；（2）仲裁請求和所依據的事實、理由；（3）證據和證據來源、證人姓名和住所。仲裁委員會收到申請書之日起五日內，認為符合受理條件的，應當受理，並通知當事人，認為不符合受理條件的，應當書面通知當事人不予受理，並說明理由（《仲裁法》第24條）。

原則上，仲裁不公開進行，但若未涉及國家機密並經當事人協議公開者則為例外。在開仲裁庭時，當事人有陳述和辯論意見的機會，仲裁員在詢問申請人、被申請人的最後意見後，仍可再試行調解，未達成協議者，由仲裁庭評議後裁決之；裁決的結論應作成仲裁裁決書，由仲裁員署名，加蓋仲裁機構的印章，仲裁程序即告完結。

（3）經濟仲裁的效力

經濟合同當事人對發生法律效力的仲裁裁決書，應當依照裁決書中規定的期限，自動去履行其義務；如果一方逾期尚未履行者，根據《仲裁法》第62條規定，另一方當事人可向有管轄權的人民法院，申請就裁決書的內容予以強制執行。仲裁的裁決書自作出之日起便發生法律效力。

(二) 涉外經濟合同仲裁

涉外經濟合同是指具有涉外因素的經濟合同，其涉外性表現在合同主體上，即一方是外國自然人、法人或其他經濟組織，另一方為中方之企業或者其他經濟組織。

涉外經濟合同仲裁是大陸的企業或其他經濟組織，與外國企業、其他經濟組織或個人之間，在經濟、貿易交往活動中，自願將爭議提交大陸涉外仲裁機構或其他國家仲裁機構進行裁決的一種方式。

(1) 涉外仲裁機構

大陸現行涉外經貿合同的仲裁機構，是附屬於中國國際貿易促進委員會內的中國國際經濟貿易仲裁委員會，屬於民間性的常設仲裁機構，會址在北京，在上海及深圳有其分會。其基本任務在於根據大陸的法律、法規和對外政策、方針，處理對外經濟合作以及貿易中的爭議。

(2) 涉外經濟仲裁的程序

當事人申請仲裁，必須向中國國際經濟貿易仲裁委員會遞交仲裁申請書，並附各種有關證件資料，仲裁委員會受理案件時，須向申請人收取仲裁手續費預付金。

一方當事人向仲裁委員會提出仲裁申請，經審查可以受理的，仲裁委員會秘書長應立即向雙方當事人發出仲裁通知。除非雙方當事人已從仲裁委員會仲裁員名冊大陸同指定一位獨任仲裁員，雙方當事人應在被申請人收到仲裁通知之日起十五天內，在仲裁委員會仲裁名冊大陸同選定或共同委任仲裁委員會主任指定一位獨任仲裁員。雙方當事人逾期未能共同選定或共同委任仲裁委員會主任指定的，仲裁委員會主任應立即從仲裁委員會仲裁員名冊中指定一位獨任仲裁員成立仲裁庭審理案件。被申請人應在收到仲裁通知之日起三十天內向仲裁委員會提交答辯書及有關證明文件。仲裁庭可以按照其認為適當的方式，審理案件；可以決定只依據當事人提交的書面材料及證據進行書面審理，也可以決定開庭審理。仲裁庭應當在組庭後九個月內，根據事實，依照法律和合同規

(35)
仲裁協定
程序
國際

定，參考國際慣例，並遵循公平合理原則，獨立公平地作出裁決。在仲裁庭的要求下，仲裁委員會秘書長認為確有必要和確有正當理由的，可予以延長該期限。仲裁庭對其作出的仲裁裁決，應當說明其裁決所依據的理由，但按照雙方當事人和解協議的內容作出的裁決除外。仲裁裁決書應由仲裁員全體或者多數仲裁員署名，加蓋仲裁委員會印章並寫明作出仲裁裁決的日期與地點。作出仲裁裁決書的日期，即為仲裁裁決生效的日期。

仲裁委員會通常會就案件先行調解，經調解達成協議的，仲裁庭根據和解協議的內容做出裁決書；調解不成即進行仲裁。合同當事人亦可能在案件受理後，自行協商達成和解，則案件應當予以撤銷，在仲裁庭組成之前，由仲裁委員會秘書長做出決定；若仲裁庭已經組成，則由仲裁庭作成准予撤銷的決定。

仲裁的進行，可以採合議制或獨任制的仲裁。仲裁庭審理案件，可以採取開庭審理或書面文件審理兩種方式。原則上以開庭的口頭審理方式為之。應雙方當事人的申請，或雙方當事人的同意，也可以採取書面方式。如果採取開庭審理方式，原則上並不公開進行，除非雙方當事人要求公開審理，則可由仲裁庭決定。

(3) 涉外經濟合同仲裁的效力

大陸涉外經濟合同仲裁的裁決是終局的，對雙方當事人均有約束力。任何一方當事人均不得向法院起訴，也不得向其他任何機構提出變更仲裁的請求。

已經發生法律效力的仲裁裁決的執行，一靠當事人的自動履行，二是法院的強制執行。由於涉外仲裁裁決既可能在仲裁地國家內執行，也可能在非仲裁地國家執行，這使得涉外仲裁裁決的執行有其特殊性。

大陸涉外仲裁裁決的執行有三個狀況，以下就針對這三個狀況加以探討：

(a) 大陸涉外經濟合同仲裁在大陸境內執行

大陸涉外經濟合同仲裁在大陸境內，雖然涉外經濟合同的當事人一方在大陸境外，具有涉外因素，該仲裁的性質仍然是大陸的仲裁裁決，不屬於 1958 紐約公約所指的「外國仲裁裁決」的範圍。因此，在大陸境內執行的涉外仲裁裁

決，應按照大陸的國內法進行。

(b) 大陸涉外經濟合同仲裁在大陸境外執行

大陸涉外仲裁裁決要得到外國法院的協助執行，一般應具備如下條件：第一，他國承認大陸涉外仲裁裁決的法律效力；第二，必須被執行人或者其財產在他國境內；第三、當事人一方直接向有管轄權的外國法院申請承認和執行。由於大陸已於 1987 年加入 1958 年的紐約公約，大陸涉外仲裁機構作的涉外仲裁裁決可以在世界上已加入該公約的 100 多個國家和地區得到承認和執行，而不需要考慮這些國家和地區與大陸有無司法協助。

(c) 外國仲裁裁決在大陸境內執行

外國仲裁裁決需要大陸法院承認和執行的，必須符合如下條件：(1) 國外仲裁裁決應當是終局性的裁決。(2) 應當由當事人直接向被執行人住所地或者其財產所在地的中級人民法院申請。(3) 人民法院應當依照中華人民共和國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則辦理。(4) 該裁決經大陸法院依法審查，不違反大陸法律基本原則或者國家主權、安全 and 社會公共利益。

根據大陸已加入的「紐約公約」的有關規定，對於國外仲裁機構做出的仲裁裁決，只要裁決作出地國屬「紐約公約」成員國，大多可以在大陸申請承認與執行。

肆、結語

隨著國際間的經貿往來日益頻繁，在這些跨越國境的往來中，發生涉外經貿爭議的情況也屢見不鮮，由於當今國際間對於此類糾紛的解決並無統一的司法制度，任憑每個國家基於主權自行立法規範，因此，目前國際經貿爭議的司法解決機制仍有相當大的侷限性。況且，訴訟程序往往曠日廢時，在瞬息萬變的國際市場上，每分每秒都是要極力爭取的，經貿爭議必須迅速、經濟的加以

解決。基於以上理由，本人認為，國際商務仲裁制度不失為解決當今全球化市場中所產生的私人間之糾紛最妥適的制度之一。

東亞地區的國際商務仲裁制度至今可說尚在起步階段，許多國家立法仍不完備。由於本地區部份國家過去曾受西方殖民統治，其法律體系大多繼受自殖民母國，在仲裁法方面也是如此，例如香港和馬來西亞就曾被英國殖民統治，其仲裁制度的發展，與英國仲裁制度有著密不可分的關係。

在仲裁的國際立法方面，主要有「聯合國國際商務仲裁模範法」和「紐約公約」。東亞地區各國近年來的仲裁法修正方向，漸漸採納上述兩個公約的內容，甚至使其具有該國或地區的法律效力，例如新加坡和香港等。這個現象充分顯示，國際仲裁法制統一的立法趨勢，在東亞地區已有初步的成果。

在東亞地區各國相繼認識到國際經貿商務仲裁的重要性後，此地區的國際仲裁機構紛紛於近年來相繼成立，例如 1978 年的「吉隆坡地區仲裁中心」，1985 年的「香港國際仲裁中心」(HKIAC)，1990 年的「新加坡國際仲裁中心」(SIAC)，和 1993 年的「越南國際仲裁中心」(VIAC) 等，上述各國之仲裁機構均提供欲使用仲裁制度的當事人多樣性的服務，例如資訊、設備、人才等，且在推廣國際商務仲裁的工作上不遺餘力，積極爭取當事人選定於該機構進行仲裁，並寄望能成為東亞地區甚至全球解決國際經貿爭議的仲裁重鎮。