

全球化下的超國界法律治理

巨克毅* 許震宇**

摘 要

全球化時代的來臨，意謂著人際之間的距離將逐漸縮小甚或消弭。在此氛圍之下，經濟、政治與社會文化皆有突破性的發展及改變；至於維繫全球社會與規範的法律角色，是否可能亦跟隨著全球化的腳步，建立全球法律規範與共識，則屬值得關注之課題。若是，則其將扮演之角色和呈現的面向又將會是如何。此外，各式衝擊與相關問題更將屬前所未見且多元複雜。鑑於國內相關之研究仍稍嫌稀少，本文乃嘗試著以全球化理論為主要研究途徑，企圖勾勒出一副架構，闡釋其中主要關鍵議題。

本文探討「全球化下的法律治理」，主要分為四項。

首先，介紹全球化的快速發展與浪潮洶湧，進而討論法律全球化之可能性。其次，將分別闡述國際法與國內法在法律全球化進程中的角色，並進一步臚列法律全球化之正反論述；在綜合敘述其觀點後，將法律範疇劃分為公法與私法加以分析，並對法律之全球化表示肯認立場。第三，反省國家在法律全球化浪潮之中的作用，包括主權弱化與法律大量移植之問題。第四，由於法律全球化之趨向，吾人建議藉由建構一個超國界法律之善的治理，作為法律全球化之願景所在。最後，本文希望建立法律全球化之基本理論內涵。畢竟，在當前全球化與全球危機的影響下，法律全球化的發展，是值得深入探討之議題。

關鍵字：全球化、法律全球化、超國界法律、善治、法律移植。

* 國立中興大學國際政治研究所專任教授

** 國立中興大學國際政治研究所碩士班研究生

壹、前言

「全球化」(Globalization) 活動之出現甚早，一般認為發端自十五世紀歐洲的航海大發現時期，然其正式運用於學術範疇之中，至今約略不過二三十年。¹目前關於全球化的爭議討論多如牛毛，已是其他議題所顯不及。全球化之定義，依 Malcolm Waters 的說法，乃「一種社會過程，其中地理對社會和文化安排的束縛降低，而人們也逐漸意識到這種束縛正在降低。」²換言之，這代表著客觀地理環境（或人工障礙，如國界）已不再是阻隔國際、地域間相互交流的重要因素；經由種種的傳播方式，諸如廣播、電視、網際網路，每一個行為者都可獲得所需訊息。

因此，全球化時代的來臨，意謂著人際之間的距離將逐漸縮小甚或消弭。在此氛圍之下，經濟、政治與社會文化皆有突破性的發展及改變。然而，扮演著維繫社會與管制規範的角色——法律，是否可能亦跟隨著全球化的腳步，建立起全球的規範與共識，則屬值得關注之課題。若是，則其將扮演之角色和呈現的面向又將會是如何。此外，法律全球化後，所面臨的各式衝擊與相關問題將更屬前所未見且多元複雜。故本文關注之重點有四：1. 法律全球化之可能性；2. 國際法與國內法在此進程中所扮演的角色；3. 法律在全球化後面臨之問題；4. 建構超國界的法律治理。鑑於國內相關之研究仍稍嫌稀少，筆者乃嘗試著以全球化理論為主要研究途徑，企圖勾勒出一副架構，闡釋其中主要關鍵議題。畢竟，在當前全球化與全球危機的影響下，法律全球化的發展，是為值得深入探討之議題。³

¹ 楊雪冬，全球化，(台北：揚智文化事業股份有限公司，2003年)，頁24。

² Waters, Malcolm 著，徐偉傑譯，全球化 (Globalization)，(台北：弘智文化事業股份有限公司，2000年)，頁4。

³ 陳定家，全球化與身份危機，(開封：河南大學出版社，2003年)，頁1以下。

貳、 法律全球化的趨勢

在廿一世紀全球化的快速發展之下，有關法律全球化的議題日益重要；法律全球化是否受到經濟全球化的影響，值得進一步探討。且未來法律全球化是否成為真實或是夢囈，及其未來之偶然和必然，亦須深入研究，這三項問題試分析如下：

一、 經濟全球化開展後之影響

冷戰結束之後，國際經濟體系從封閉的狀態逐漸過渡到全球性的經濟體系。無論是社會主義或資本主義國家，皆產生異於以往的經濟變革。社會主義國家從計劃經濟邁向了市場經濟；資本主義國家則開始削減福利國家政策，提高市場競爭。⁴以往國際體系的主要行為者乃是國家，然隨著經濟活動與金融往來逐漸跨越國界，擴散式的全球秩序由此而生，而國家間的關係變得模糊，距離遙遠的各個經濟體透過相互間的競爭合作，建立了綿密交錯的網絡聯繫。職是之故，為避免國家間的獨特法律體系妨礙了爆炸性的全球經濟流動，修訂相關的國家政策與法令即為刻不容緩。舉例而言，世界貿易組織(World Trade Organization, WTO) 的與國際貨幣基金(International Monetary Fund) 的作用與成立，對世界經濟的影響日益增鉅，各國紛紛修訂其國內法規以為配套及接軌措施。⁵就更深入的角度來說，修訂內國法規即是增加了法的可預測性、可計算性與透明度，用以保證經濟的自由流通，避免窒礙難行的風險。

二、 法律全球化是夢囈抑或現實？

全球化的本源自於經濟的自由流通，而保護經濟的全球化則有賴法律體系。然而，學者或有僅同意經濟的全球化，而不提及政治、法律的全球化，其認為經濟全球化的產生在促進經濟流動，自然會對法律產生巨大影響，但這並不代表必

⁴ Cordeellier, Serge 編著，黃馨慧譯，全球新趨勢 (Le nouvel e'tat du monde)，(台北：一方出版有限公司，2004年)，頁336-337。

⁵ Chen, John-rem, The Roles of International Institutions in Globalization, (Cheltonham: Edward Elgar Publishing Limited, 2003), pp.44.

然的導致「法律全球化」。⁶反對法律全球化之意見認為，即便電子商務與網路國際網路的蓬勃發展將交易場境模糊，跨國企業無視於「國界」的自由進出，以及國際經貿組織制定的「遊戲規則」輻射全球，現今的世界仍然是處於民族國家時代，上開的各種手段並無法因此而毀滅民族國家。相反的，隨著經濟全球化的深入以及保護主義等阻礙競爭的因素取消，國家的作用將會更加突出，尤其是國家主權概念的經濟方面更加凸現出來。其次，不管來自經濟全球化的作用和影響有多大，它最終不能改變法律作為上升為國家意志的統治階級意志的階級本質。⁷

惟管見以為，全球化可說是一種進程，表現在吾人生活中的各個領域之中，包括：政治、經濟、文化與法律等範疇。倘若認為全球化僅存在於經濟範疇之中，而否認法律全球化的可能，自會產生極為顯明之盲點——經濟全球化難道沒有法律表現？經濟的全球化欠缺法律將之形式化，是否依然能夠獲得保障？再以WTO為例，若會員國不遵守該組織之章程，或欠缺爭端解決機制（Dispute Settlement Understanding, DSU），則WTO勢必無法運作。⁸換句話說，經濟的全球化欠缺法律的保障而仍可發展是難以想像的。

法律全球化的勾勒可自以下兩個方面來闡述，即法律的「整合」與「統合」。稱法律的整合者，係指將相同類型社會關係的法律制度與規範整合一致，亦即趨同化。法律整合的內容包括不同國家間之法體系的一致，也可包括國內法體系的趨同；最先行的例子首要出現在民商法領域。經濟的全球化意味著交易形態改變、資金流動自由、契約訂定頻繁，為避免交易風險，保障預期利益，除了國際間的努力之外，即須訂立交易規則，尤其是概括的世界性統一商事規範。⁹此外，各國亦通過國內立法使商事法規漸趨一致；以中華人民共和國由計劃經濟轉向市場經濟為例，本存在於社會主義與資本主義國家間的民商法典差異已漸趨縮小，

⁶ 沈宗靈，「評“法律全球化”理論」，人民日報，（1999年12月11日），版N。

⁷ 徐崇溫，「經濟全球化趨勢下國家主權問題」，求是，第298期，（2000年11月），頁57-58。

⁸ 羅昌發，國際貿易法，（台北：元照出版公司，1999年），頁821-822。

⁹ 「澳」克里斯多夫·阿爾普，「全球化與法——一個形成中的交接點」，南京大學法律評論，1997年春季號，1997年，頁1。

並走向整合階段。相對的，法律的統合係指全球範圍內法律規範的聯結。原本各國之間的法律體系乃互不隸屬，且國際法與國內一直以來被視為兩個不同的法律概念體系，但時至今日此二不同之法概念體系的界線正漸模糊。¹⁰國際法與國內法已非並行體系，而是處於同一法律體系。各國的國內法也經由國際法的聯結，統合在同一體系之中。在國際法體系趨向完整的今日，法律統合的走向日趨顯明，已不會有人對 WTO 規範高於成員國規範提出質疑，亦不會對不同成員國的規則之間的相互影響和作用產生懷疑。全球範圍內的法律體系正在統合當中。

又各國為順暢交易管道，便利資金往來而修訂內國法律的過程，可視為法律體系的整合。於整合過程之中，各國人民的權利義務亦隨之變動更改，原本各國既有的不同權利義務因之而漸趨統合甚或一致，最顯明之例乃歐洲法院在 Van Gend EN Loos 乙案關於「歐洲聯盟」(European Union) 之判決。¹¹此外，當代法學思潮咸認，法律係秩序與正義之綜合體；在一個健全的法律體系之中，秩序的穩定與正義的追求並不會發生衝突，而是相輔相成，融洽一致。倘若一個法律制度無法滿足人民對於正義的要求，那麼其即無力為「主權者」提供維持秩序與和平的服務。¹²又依據奧地利思想家 Eugen Ehrlich (學術界中譯名為「尤金·埃里希」, 1862-1922) 的社會學法律理論，法律發展的重心應在社會本身，亦即係由日常生活中已完成的無數契約與交易行為始是法律的本質所在，法院的審判不過是一種例外情況罷了。¹³易言之，政府在頒布法令時會注意到並遵循正義的基本內涵，這是人們的普遍信念所在。另一方面來說，這些法令和習慣亦與公共秩序的要求相符。此種看法，正是經濟全球化帶動法律全球化的最佳例證所在。由於契約與交易頻繁，故政治實體須在正義與秩序之間取得衡平後，進而頒布法

¹⁰ 吳嘉生，國際法學原理——本質與功能之研究，(台北：五南圖書出版有限公司，2000年)，頁144。

¹¹ 洪德欽，「歐洲聯盟法——超國家法律之發展與創新」，收錄於當代公法新論(下) 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，(台北：元照出版公司，2002年)，頁984。

¹² Bodenheimer, Edgar 著，鄧正來譯，法理學——法哲學與法學方法 (Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law)，(台北：漢興書局有限公司，2002年)，頁382-383。

¹³ Bodenheimer, Edgar 著，前引書，頁395-396。

令。是以，將法律視為統治意志而藉以用作否認法律全球化之事實的理由，誠然不值一哂。

三、 法律全球化的偶然與必然

反對法律全球化最力的意見係以法律全球化僅僅是經濟、金融全球化的直接思考下的慣性思維而已。學者認為，法律全球化是一種語意上的直接推導，一個讓人無法理解的概念。¹⁴惟吾人認為，法律全球化是法律在社會變遷當中必然出現的現象，經濟全球化不過是在偶然之間加速法律的全球化，使其更快顯現；因此，法律全球化並非是夢囈，而是一個存在且不斷演變的事實。

一般說來，支持法律全球化之論點可分為二：一是「法律的非國家化」，二是「法治化」。¹⁵「法律的非國家化」的意見認為，法律全球化是一個將法律逐漸脫離其本來從屬於國家主權的過程。申言之，全球公民社會中的行為者包括跨國公司、非政府組織團體與新聞媒體將會不斷的創設出介於國際法與國內法的「無國界的法律」，進而產生法律的「非國家化」(denationalization; Entstaatlichung)現象。簡而言之，法律的非國家化即學者間所稱的「國際法國內化」，也就是「地方化的全球主義」(localized globalism)。¹⁶而認為法律全球化屬「法治化」的意見則是將此看作為法律與社會相互調整的過程，不論是從法律的形式上來闡述不同法律體系間的整合，或是從效用的角度以法律解決日益增加的全球性議題，甚至是以法律受經濟全球化的影響而加快國際間的法治進程，往往肇因於某一(些)國家在世界經濟或政治處於霸權地位相關。¹⁷

比較上開二說，「法律的非國家化」是一種較具理想性的法律全球化，即相關行為者間具有統一的規範存在，斯種規範實際上為「無國界的世界法」，凌駕於主權國家之上，主權國家必須根據其標準而調整國內法律規範；而「法治化」

¹⁴ 同註 6。

¹⁵ 王貴國，「經濟全球化與中國法制興革的取向」，國際經濟法論叢，第三卷，2000年。

¹⁶ 同前註。

¹⁷ 同前註。

則是較弱意義上的法律全球化，行為者間並不一定存在統一的國際規範標準、全球性法律或無國界之共同法，其所顯示的不過是一種世界性的法律潮流。故吾人認為法律全球化在現階段世界當中的法律變遷之態樣更近似於「法治化」。惟「法律的非國家化」與「法治化」並非相斥的概念，而係屬先後順序的差別。由目前的世界法律變遷來看，國家主權仍是主導法律制定的重要因素。不過，在全球公民社會的概念影響之下，國家主權弱化（但不崩潰）甚至消弭而導致法律的「非國家化」卻是指日可待。

參、 國際法與國內法在法律全球化進程中的角色

傳統法學普遍將世界的法律架構分成國際法與國內法，而本文亦自此出發，分別探究國際法與國內法在法律全球化進程中所扮演的角色。

一、 國際法在法律全球化進程中的角色

早期認為，國際法的適用是以國家為主體，討論國家與國家間的關係。但時至今日，國際法本身亦有突破以「國家」為主體的框架，將非政府組織（NGO）及個人也納入了討論範圍。¹⁸參照美國法學家 Judge Jessup（傑塞普）的看法，「國際法」的語意顯已不敷需求，因此使用涵義更廣的術語始能包含上述的新增主體，而其提出的新詞彙即為「transnational」並藉以取代傳統的「international」。¹⁹職是，將法律本身視為主體的新詞彙（transnational law）「包含著規範超越國境的活動行為之所有法律，不僅包括國際公法與國際私法，還包括不屬於上開二法的其他法律在內。」²⁰

國際法的規範大致可分為兩類：一是以國家的同意為其有效前提；另則屬須經國家明示或默示的同意才對其產生約束力。²¹前者可謂國際法上得強行規範，

¹⁸ 丘宏達，現代國際法，（台北：三民書局，2001年），頁245以下。

¹⁹ 陳長文，「為建構法律人的超國界法思維而努力」，收錄於認識超國界法律專文集，（台北：中國國際法學會，2004年），頁6。

²⁰ 同前註。

²¹ 吳嘉生，前引書，頁144-146。

是真正意義的國際法 不論國際社會個別成員的意志如何而一體適用。後者雖欠缺法的普遍強制性，卻是國際法最常見的表現形式，主要是通過國際條約和國際習慣表現出來。國際公約可以說是國家之間明示的契約，而國際習慣則是國家之間的默示的契約。就國際法的強行規範言，國內法的效力自屬下位階，任何違反國際法強行規範的國內法皆為無效。另一方面來說，只要一國明示或默示承認一項國際規範，則必須接受其約束，從而承擔某程度上的國際義務，自不待言。以近來的國際公約為例，諸如 TRIMs (Agreement on Trade-Related Investment Measures , 與貿易相關之投資協議) TRIPs (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement , 與貿易相關之智慧財產權協定) 與 AGP (Agreement on Government Procurement; Government Procurement Agreement , 政府採購協定) 等皆是傳統國際法因應全球化時代的轉化，所作的具有拘束各國際組織成員 (不一定皆是主權國家) 之效力規範。

二、 國內法在法律全球化進程中的角色

一般說來，行政法令屬公法範疇，而對公法能否法律全球化的意見十分兩極。反對者認為公法乃一國國家主權意識之體現，屬強行規範，且由於其規定國家的根本制度，公民的基本權利和義務，特別是國家機關的組織和權力與義務等，因而就更不可能存在全球化的法律了。²²惟法律的全球化並不強調法律的完全一致，而係著重在內國法律體系的「整合」與各國間相異法律體系之「統合」。經由「整合」與「統合」的方式，各國間的法律體系有其大框架的相同之處，諸如憲法中基本人權之保障、行政法體系中各國政府組織的對應，至於各國具原本特色之法令並未因此強制消失。簡言之，當今法律全球化之重點在於使法律體系漸益趨同，有所「接軌」，而非一體同化，死板適用。以基本人權的保障為例，各國憲法與基本法皆有保障基本人權之具體條文，而其濫觴則為西元一七八九年

²² 同註 6。

之「法國人權宣言」，²³之後鑑於二次世戰的歷史經驗，聯合國大會便於西元一九八四年十二月二日決議通過「世界人權宣言」(Universal Declaration of Human Rights)，雖然此項宣言的法律拘束力並不強烈。²⁴而後於西元一九六六年第二十一屆聯合國大會又表決通過了「國際人權公約」(Covenant of Human Rights)；除綜合性的全球人權章典外，如「防止及懲罰集體虐殺條約」(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Geocide)之類的有關保障人權條約，也先後訂定²⁵，而各國隨著相關宣言、條約而調整內國相關法律者亦所在多有。

至於私法方面，民商法領域乃最易於整合與統合之法體系，然相同屬於私法領域之身分法則由於各個不同社會之間的文化差異而似較難跟上法律全球化的進程。惟以宏觀的角度來看，身分係個人在社會之表徵，除了因自然而產生之身分關係之外，通常由國家強制以法律擬制，當代之法學思潮將身分關係定型化與公法化乃漸趨顯明。²⁶由此可知，在國內可以法律擬制而賦予個人身分；若是將全球視為一超大型國家，亦可藉由制定全球性的法令將公民的身分加以擬制，故藉由法律「統合」的方式，則個人不僅是其本國人（公民），同時也為「世界人（公民）」。²⁷又各國均訂有其本國之「國際私法（涉外民事法律適用法）」與「國籍法」等相關法律來處理本國人與外國人間之身分與財產關係，有扞格之處除了以法律的「反致（制）」以外，亦有修訂新法與法院判決加以補充；例如：巴西政府與我方爭取吳憶樺小朋友之親權歸屬案則是一例。²⁷經由上述，身分法並未脫離法律全球化而係持續進行法律的「整合」與「統合」動作。

在法律全球化的進程之中，最常被提起者乃經貿法、科技法及智慧財產權。此類法體系的國內規定已隨著各國加入 WTO，或受國際協約、大國壓力而隨之

²³ 陳新民，憲法基本權利之基本理論上冊，(台北：元照出版公司，1999年)，頁1-2。

²⁴ Goldstein, Joshua S.著，歐信宏、胡祖慶譯，國際關係 (International Relations)，(台北：雙葉書廊有限公司，2003年)，頁310。

²⁵ 李鴻禧，憲法與人權，(台北：元照出版公司，1999年)，頁264。

²⁶ 戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，(台北：作者自刊，2000年)，頁1-45。

²⁷ 陳長文，「監護糾紛 法律難窮盡」，聯合報，(2004年2月11日)，A15版。

整合，諸如智慧財產權法體系隨著「與貿易有關之智慧財產權協定」而加以修正（TRIPS，Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱為 TRIPS 協定），國內經貿與科技法規隨著 WTO 之規範而修訂。²⁸

肆、 現代國家在法律全球化過程中的功能

在法律全球化的過程之中，現代的國家所扮演的角色與可發揮的功能究竟為何？可從以下兩項加以剖析：國家主權是否因而絕對弱化？國家為因應法律全球化將採取何種措施？

一、 國家主權是否因此弱化？

反對法律全球化的重要意見之一乃國家主權終將面臨削弱，甚至消弭。但從邏輯的角度，國家主權與法律的全球化並不存在著「若且唯若」的關係，雙方非彼此的充要條件。法律全球化的過程在世界範圍之內，是指法律規範的整合與統合，其並不改變法律本身具有的規範本質，各國在整合自身法律體系的同時，就展現了國家主權的意識，即便是多數國家以統合方式聯合制定一套組織規範，法律仍舊是須「國家」以主權意識參與制定。從而，法律全球化並不必然導致國家主權之弱化。惟值得注意的是，在國家參與法律全球化的進程當中，往往會產生來自霸權（不論是經濟抑或政治）方面的壓力以及遭受跨國企業的國際資本侵蝕。²⁹

然而，對於法律的全球化進程，每一個國家都有參加與否的自由意志選擇。

²⁸ 由於篇幅所限，詳細內容請參考羅昌發，《國際貿易法》（台北市：元照出版，1999年7月初版），頁637以下。黃立等著，《WTO國際貿易法》（台北市：元照出版，2001年2月二版一刷），頁231以下。

²⁹ 就一個國家而言，法律全球化或者意味著本國法律與外國法和國際法的「接軌」，或者意味著以本國的法律理念來影響甚至「型塑」外國法和國際法。誠然，在這一過程之中，不同的國家將有不同的經歷。強國將有更多的機會影響外國法和國際法，而弱國則將在更多的場合下接受強國的影響。與此同時，弱國還需要面對跨國公司的挑戰。如果弱國的法律「次於」其他國家的法律或國際規範，那麼跨國公司就會拒絕貿易往來、撤走投資，從而迫使弱國走向全球化的道路。或許正是在這個意義上，才出現了一些學者所說的法律全球化對一國主權的「弱化」或「侵蝕」的問題。參閱程琥，全球化與國家主權比較分析，（北京：清華大學，2003年），頁190以下。

易言之，法律全球化不是課在每一個國家肩上的重擔，挑起與否，端賴自擇。倘國家選擇參與法律全球化，則其理由泰半係避免邊緣化，為本國爭取更大利益；這種決定必會犧牲某些決策自由以為代價，就如同我們參與社團活動，往往須付出某些機會成本來換取更大利益一般，但沒有人會說我們的權利（如表意自由、健康權等）被剝奪了。因此，一國在參與法律全球化的過程中所感受到的壓力或限制，並不能簡單地等同於「主權弱化」，並且國家仍然是當今國際社會最重要的行為主體。³⁰

二、 現代法律移植之衝擊與挑戰

法律移植係指特定的國家（或地區）的某種法律規則或制度移植到其他國家（或地區）。廣義的法律移植涉及兩個方面，即移出和植入。移出者，為法律的輸出、傳播，主要依賴軍事擴張或法律文化本身的優越性，有時二者兼而有之。而植入即是以引進、繼受的方式將其他法律制度轉化為本國法。法的移出與植入共同構成一個「遷移」的過程，也是形成法系的必經過程。³¹本文所言法律移植主要為狹義的法律移植，亦即接受國對國外法的引進、繼受。所謂法的引進是指基於本國傳統法律文化中該領域立法經驗缺乏或落後，但為了推進法制的進步而將國外法引入國內。至於繼受是指將國外法去蕪存菁的納入國內法體系之中，並盡可能迅速磨合以便發揮其作用。

在法律全球化的進程之中，外國法或國際公約的大量植入是不可避免的。從法律文化的相容度而言，我國的法律傳統和大陸法系相近，在國家主義觀念、法典編纂觀念、思維方法、審判方式等各方面，相近制度之間移植的成功率較高。換言之，來自相同國情與文化傳統的法律制度或規則易於為本國人民認同，在本國紮根。惟相近的法律制度之間的移植不一定較為妥善，有時制度的巨大反差所

³⁰ 國家主權的變遷與弱化與否，可從三方面來探討，即：軍事安全、經濟、環境，依序國家主權相對弱化。限於篇幅，請參閱俞可平等著，全球化與國家主權，（北京：社會科學文獻出版社，2004年），頁45-54。Love, Maryann Cusimano, Beyond Sovereignty (Canada: Thomson Learning, 2003), pp354.

³¹ 申政武，「日本對外國法的移植及其對我國的啟示」，中國法學，1995年第5期，頁22。

蘊涵的特有方式往往才是需要透過法律移植解決問題的價值所在。³²因此當引進一項制度時，首先應該清楚引進其目的為何，是為解決通過原制度無法解決問題，抑為啟動舊制度中已近癱瘓的系統？假如從英美法系針對性地移植了十項法律制度，未僅成功一項，這項有價值的移植將會補償其他失敗移植的代價。反之，盲目移植將會抵消移植的成功率。再者，技術性的法律比文化性的法律易於移植。法律文化作為一個國家文化的重要組成部分，與價值觀念、風俗習慣、民族精神等有廣泛的聯繫。在移植人、婚姻、家庭等法律制度時，由於其與本國的文化制度關係密切，從而比較困難。³³但移植若發生在技術性較強的法律領域或新生領域，如證券、票據、專利和契約等法律領域，由於受本國的文化影響較小，移植就比較容易，也往往會得到人們所期望的效果。此外，適當的超前立法在價值上是必須的。法諺云：「當一部制定法所為之服務的理由不復存在的時候，這部法律也便會隨之消失。」³⁴法律移植的重要因素之一即是因社會發展和法律發展的不平衡。比較落後的或低度發展國家為了趕上先進國家，有必要移植先進國家的某些法律，以保障和促進本國的社會發展。倘若沒有適當的超前性，法律移植便會失去歷史意義。

伍、 超國界法律治理之建構

法律的全球化除了是現今各國之間的必然趨勢外，主要目的仍是為謀求人類的福祉。但法律的角色在國際關係中一向被視為一種工具或規範手段，為了使法律跳脫如此死板的框架，故吾人提出了「超國界的法律治理」概念以供參考。申而言之，即是將「超國界法律」與「全球治理」(Global Governance) 作一結合，異於以往 Rule of Law 與 Rule by Law 的論點。

³² 同前註。

³³ 同前註。

³⁴ 拉丁文為 *Cessante ratione legis cessat ipsa lex* ;
英文為 *When the reason of a statute ceases , so does the statute itself.*

一、 超國界法律治理概念之提出

「超國界法律」之係由我國學者陳長文教授所提出，其以第九版奧本海國際法所言，指出現今的國際社會已不再是由國家為主體，並舉傑塞普所言之術語「transnational」譯為「超國界的」，意謂包括個人、法人、國家、國際組織及其他團體的各種超國界活動，而涉及該活動之相關法律規範者即屬「超國界法律」。³⁵陳氏更進一步指出其範疇包括國際公法、國際私法、比較法、憲法、經濟法規、政治理論與法理學等眾多法學領域，且區別內外國法的連結因素已趨模糊，藉以說明法律在全球化的時代已然有所轉化。³⁶自陳氏的脈絡觀之，其所言之內涵即為法律之全球化。

在全球化的理論之中，有一「全球治理」之概念，源自於 James Rosenau (學術中譯名為羅森納或羅西瑙) 與 Ernst-Otto Czempiel (中譯名為尚皮爾) 在 1922 年所發表之《沒有政府的治理》一書之中。³⁷他們將治理 (governance) 定義為系列活動領域中的管理機制 (regulation mechanism)，以能有效的發揮作用為宗旨，別於統治 (rule) 係由強制行為迫使人們服從。Rosenau 認為，治理與統治的不同在於治理的範圍更加寬廣，但這隨即受到其他學者批評。³⁸在各式的定義之中，以屬聯合國下的「全球治理委員會」所為之定義較具權威。然依我國學者之見解，治理可分為四點意涵探討：即對象、主體、層次與治理形式。在對象上，所針對的是單一國家所無法獨立解決的全球性問題；主體上則是多元性的；層次上包括國家、區域等，相互連接，彼此影響；治理上不僅由上往下，由下往上亦是可能的。³⁹因此，本文嘗試著將「超國界法律」與「治理」作一連結，企圖描繪出法律全球化的治理藍圖。

³⁵ 同註 19。

³⁶ 陳長文，前引文，頁 7-8。

³⁷ 袁鶴齡，全球化世界的治理，(台中：若水堂股份有限公司，2004 年)，頁 81-82。

³⁸ 同前註。

³⁹ 袁鶴齡，「全球治理與國際合作：論其策略與困境」，全球政治評論，第 4 期(1993 年 10 月)，頁 34-36。

二、 超國界法律治理與全球重要議題設定

「治理」(Governance) 的概念已大量的運用在各種範疇與領域之中，其管轄的範圍不僅限於國內，跨越國界者亦可；參與的主體更是不限公部門，而包括了私部門、第三部門。在結構上，權力是分散且多元的，因此其基礎乃奠定在行為者間的多元協商與議價，而非集中在單一層次的支配與控制。此外，「治理」建立在行為者的認同或共識，而非權威式的規範統治。從宏觀的角度來看，「治理」所呈現出的關係架構乃平行而互補，並非垂直的上下從屬。⁴⁰將治理的概念帶入全球事務當中，不僅使多邊合作的可能性與需求增加，權力結構關係也會跟著產生變化。霸權不再是唯一產生影響的角色，跨國企業、非政府組織甚至個人都可能是全球事務管理的主體。故全球事務的管理出現了新的互動與架構，而為因應此種變化，則需要新的規範方式。換言之，傳統的國際事務僅被視為是國家與國家的「國際關係」已然不敷現時需求。國家內部事務與外部事務的界線亦由於全球性的相互依存而變得模糊難分，國家實行排他性的「統治」(Rule) 因而受到考驗。

然而，全球性事務的管理一方面代表著公共事務管理擴大至全球層面，另一方面也顯示出管理的範圍與困難度相對擴大與升高，面臨著此種情形則需要訂定規範。筆者以為，藉由法律作為規範手段乃是一種穩定方式。法律是我們生活的一部分，它與道德、宗教不同，係具有強制力的規範。倘若個人違犯了法律，將可能面臨著民、刑事責任，抑或行政責任。超國界的法律則是將法律效力的場域拓展，其所規範與輔助的力量不僅存在內國，而是跨越國界，甚至無視國界的放射擴散。全球事務的治理，亦可藉由超國界法律作為手段，將「行為者間的意見可以彙整出共識，這共識經由明文化的過程形成某種形式的「契約」，繼而成為超國界法律，以超國界法律作為約束的規範，藉以穩固全球秩序。超國界法律的治理最為顯明之例，乃「京都議定書」的訂立。聯合國氣候變化綱要公約第三次締

⁴⁰ 袁鶴齡，前引書，頁 54。

約國大會於西元一九九七年十二月一日至十日於日本京都舉行會議，期間共有一百五十九個締約國、二百五十個非政府組織及各媒體參加，總人數逾一萬人。該份文件係經由國際社會間的行為主體（不僅限於主權國家，其餘在全球治理過程的角色、主體亦參與其中），凝聚共識進而制定具法律效力之議定書，其欲約束的內容主要為管制溫室氣體的排放。京都議定書雖並未對每一個存在於地球的國家或其他行為者產生法律上的約束力，但它不僅僅是宣示性的口號或形同具文的條約而已。若以此論證其不足以作為超國界的法律，更談不上「治理」，則顯然有誤。在法律全球化的進程之中，由外部的影響致主權國家「整合」內國的法律體系來因應的例子日益增多；以我國為例，縱使非聯合國之會員，無簽署京都議定書之義務且排氣量亦無須減少，但依國際環保公約的經驗，相關的義務仍須履行，諸如蒙特婁議定書、華盛頓公約等，若我國不遵循則將有遭受貿易上的制裁之虞。又治理之所以異於統治，最大的特點在於並沒有一個「高權」來強制執行規範的拘束力，惟僅基於一個「善治」的目標。⁴¹

綜上所述，跨國界的管轄、參與的行為者多元、權力結構的分散、以協商為運作模式、無高權強制執行規範、彼此間的關係平行互補，再加上以超國界法律為拘束手段，進而「整合」與「統合」相異之法律體系，此即為「超國界法律治理」之特色所在；而高度公共性之議題，諸如全球氣候、海洋、犯罪及傳染疾病（如愛滋病）等，均可以此概念代入，設定議題加以討論與規範。

三、 超國界法律與全球善治

「善治」(Good governance) 是相對於「善政」(Good government) 的一個概念，以直譯來說即「良好的治理」或「好的治理」，但如何始可稱為好的治理？吾人可先由善政出發，加以說明。善政在傳統的政治思維之下，是指「愛民如子」之「父母官」的角色扮演；依學者俞可平的說法，無論古今中外，善政的要素包括下列幾個要素：嚴明的法度、清廉的官員、很高的行政效率、良好的行政服務。

⁴¹ 同前註。

⁴²換言之，即吾人可耳熟能詳的「大有為政府」，其背後的意涵是傳統高權下的支配與統治（Rule）。這顯然與當代的憲政思潮有悖，現今的憲政思想乃以「有限政府」（Limited Government）為主流，政府對於政治權力行使的程序與實質，嚴格限制，並藉由權力分立，相互制衡，避免執政者獨斷專權，以最少的干涉來行政，為人民服務。這與「治理」的概念不謀而合，相互輝映。相對於「善政」，「善治」亦可歸納出下列之基本要素：合法性（legitimacy）、透明性（accountability）、法治（rule of law）、回應（responsiveness）。⁴³

由上可知，不論是治理或是統治，法律都是一個不可或缺的助手。在統治的時代，官員以法而（統）治；在治理的時代，多元的行為者以法而治（理）。而自善治的基本要素來看法律應扮演的角色，可以發現最重要的一部分就是遵守法律。遵守法律的心態為何，諸如受到嚇阻、內心道德，均非所問。若是法律遵守得當（不論是執政者或人民），治理的過程即可順暢，甚而提升至「善治」階段。在民主化的時代，社會已從人治進入法治，但法治終究是「統治」而非是由多元行為者參與的「治理」，其中最大的問題即是將法律做為高權統治之工具。申言之，在本國之內，執政者認為政府乃合法權力的唯一來源，封閉的法律系統僅由單一的行為者參與制定，執行法律亦是由上而下的單一管道，如此一來，流弊自多。但「治理」不同，參與「治理」的行為者多元且管道並非單向，不論係由上而下、由下而上均屬可行，又各行為者間的關係乃平行與互補，法律之制定並非是用以統治，而是為促進或達成某些特定目的所形成之「抽象條文化」的共識。簡言之，「善的治理」可說是開放的，非事先定見的。因此，在全球化之善的治理時代之中，法律規範不能僅歸屬於封閉系統，必須各種多元行為體共同參與協調，並以「地球共同利益」為最高遵循考量，以超國界的形態協助「治理」。

⁴² 俞可平，「治理與善治」，
<http://www.tsinghua.edu.cn/docsn/shxx/site/chinac/liudb/aids/lanmu/qinghua/tzsd/heping.htm> 下載日 2004/10/8

⁴³ 同前註。

陸、 結語

依據法經濟學的觀點，法律是由當時社會的經濟基礎所決定。經濟型態的革新總是會引起包括法律制度與相關配套措施的遞嬗。因此，對人類的法律現象，都能從與之相呼應的時代的經濟環境加以理解。法律全球化的出現和發展主要是基於經濟全球化的發展。經濟全球化其實是各種經濟活動與契約交易突破國界限制的過程，且無論在規模抑或速度上皆具前所未有的進展。從國際貿易、國際金融市場、國際投資以及跨國公司資本的變化，皆可清楚的看到此點。⁴⁴既然國際範圍內的社會關係已發生了重大的變更，那麼法律制度就不可能對此無動於衷。以法律的「整合」與「統合」為基本內容，「超國界的法律治理」為手段的法律全球化就是在目前的國際體系所能作出的法律方面反應。

據上論結，法律全球化絕非不可思議的現象。縱然美國是全球化的最主要推動者，而歐陸的德國法律一向是大陸法系國家所繼受的對象，但法律全球化並非指法律的歐美化，尤其是英美化。法律全球化的訴求在於深入人心的普世法律價值——諸如公平、正義的司法上實踐，如何開拓、發展並探求能夠適應不同行為者且可真正實施的共同法，則是新時代法學所不可迴避之課題。

⁴⁴ 張乃根，法經濟學——經濟學視野裡的法律現象，（北京：中國政法大學出版社，2003年），頁1-3。