

東亞法治與人權叢書 8

全球化、正義與人權

顏厥安、羅昌發 主編

Globalization, Justice
and Human Rights

東亞法治與人權叢書系列(8)

全球化、正義與人權

顏厥安、羅昌發 主編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

全球化、正義與人權／顏厥安，羅昌發 主編．
- 初版． -- 臺北市：臺大人社高研院出版：
元照總經銷， 2009.07
面；公分． -- （東亞法治與人權叢書系
列；8）

ISBN 978-986-01-8406-8（精裝）

1. 法律 2. 全球化 3. 人權 4. 文集

580.7

98007716

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

東亞法治與人權叢書系列(8)

全球化、正義與人權

5D103GA

2009年7月 初版第1刷

主 編 顏厥安、羅昌發
出 版 者 國立臺灣大學人文社會高等研究院
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 550 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2370-3286
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-01-8406-8

序 言

東亞法哲學會研討會是東亞法律界近年來最重要的國際學術活動之一，而第六屆東亞法哲學研討會於2006年3月26、27二日由台灣大學主辦，由於會議成果豐碩，因此計畫將該會議上發表之論文整理之後分冊出版，本書《全球化、正義與人權》主要為該會議與全球化與國際正義主題相關之論文，惟由於聯絡與主題整理的問題，論文的收錄並沒有全然按照會議中的場次與發表順序。又，本次研討會中與會學者的論文摘要，大會提供中、英、日、韓文的翻譯，本論文集一併收錄，以便利讀者的參照，唯部分論文則因為大會行政上的困難，翻譯有所缺漏，也懇請讀者見諒。

全球化對於東亞各國來說，不管是正面或是負面，都是一個必須面對的處境，我們仍然不斷地面臨普遍人權與在地文化的老問題，而在全球資金、人口、資訊流動下（特別是資金和人口）產生的層出不窮的不義之下，隨之而來對正義的尋求。並且在資金、人口、資源的流動的過程中，權力因素也必須被思考，如何對抗強權國家、跨國企業，而為人權找到出路，是個重要的理論及實踐的問題。

在本論文集中討論的課題由理論到具體、由全球至東亞各國，由宏觀到微觀，分析了全球化、正義、與人權三個相關並各自具有豐富內涵的概念。

對理論的思考，如森村進則在自由主義理論脈絡下，討論分配正義的課題，而對全球公民社會及國際法律發展的思考，則如王效文討論國際刑法的建立；朱景文討論全球法律發展的中心及邊緣的差異；郭道暉討論公民權與全球公民社會的內涵。

而進一步，思考全球法律發展在東亞各國內如何進行，則像河村有教討論全球化潮流下，在中國的「法治」論述；馮玉軍的文章研究法律全球化下東亞法制如何建立；李仁森則以台灣的制憲問題探討人權在東亞的前途。

最後，在如何在東亞各國內部實現正義與人權，則需要對各國的法律與社會的深入理解，在本論文集中，江玉林探討傳統的法律文化如何透過司法圖騰，留存在繼受的現代法律運作中；李紅勃則說明了中國在社會中「人民信訪」制度在法律及社會上的作用；許育典以台灣的民主為例，討論民主對於法治的影響；秦前紅探討中國憲法中公民基本權利的內涵；陳根發則回顧禁止債務監禁的發展，並對相關的法律制度作出建議。

相應本論文集中能藉由不同的主題，顯示出全球化、正義與人權概念各自的豐富內涵，以及之間緊密的關係。

顏厥安 羅昌發

目錄

序 言	顏厥安、羅昌發
• 司法圖騰與法律意識的繼受 ——在正義女神與包青天相遇之後	江玉林… 1
• 全球化下中國式「法治」論的展開 ——觀察及其意義	河村有教… 37
• 法律全球化的可能之道與東亞法治的建構	馮玉軍… 71
• 自由主義理論與分配正義	森村進… 139
• 世界和平與國際社會法意識之形塑 ——論國際刑法之保護法益與刑罰目的	王效文… 203
• 中心與邊緣 ——法律發展的全球視角	朱景文… 249
• 論公民權、公民社會與全球公民社會	郭道暉… 287
• 人權與憲政主義在東亞的前途 ——由制憲權之觀點，思考制定台灣新憲法 的必要性及程序	李仁森… 323
• 法制現代化進程中的人民信訪	李紅勃… 353

- 台灣的民主對人權法治與多元文化的影響 許育典… 399
- 論公民基本權利之憲法規制
——以現行中國憲法文本為參照 秦前紅… 433
- 禁止債務監禁與人權保護 陳根發… 467

司法圖騰與法律意識的繼受 ——在正義女神與包青天相遇之後

Judicial Totem and Reception of Legal Consciousness: After Justitia met Judge Bao

江玉林^{**}

Yu-Lin CHIANG^{***}

中文摘要

台灣目前的法律秩序，乃是一個屬於繼受西方近代以自由民主立憲主義為基準的市民法權秩序。在這樣一種大規模或幾乎是全面性的法律繼受過程裡，我們不僅會在規範的層次上，面臨到究竟是要引進大陸法制或是英美法制的難題，在社會規訓的層面上，我們更必須經常面對因著不同法律制度與文化的

* 本文初稿曾發表於「第六屆東亞法哲學研討會：新世紀東亞的民主、人權與多元法律文化」，台灣大學法律學院主辦，2006年3月26-27日。研討會中承蒙與談人——日本京都大學法學研究科寺田浩明教授，以及台灣大學法律學院王泰升教授提出批評與建議，特致謝忱。

** 德國海德堡大學法學博士，政治大學法律學系副教授。

*** Associate Professor of Law, National Chengchi University, Taipei, Taiwan, Dr. iur., University of Heidelberg, Germany.

引進，而在人們內心法律意識上帶來何種衝擊，以及要如何調適與解決這些衝擊等問題。

2005年5月18日，執掌台灣司法最高權力的司法院，公開發表了一項專門用以象徵司法精神的「法院體系圖誌」（參見圖1）。在這個圖誌裡，我們不僅看到了以「天秤」、「法槌」，以及「人形」等視覺造型所構成的藍底複合式司法圖像，我們更直接感受到了司法院想要藉此傳達各種司法理念的企圖心。這些為司法院所特別強調的司法理念與價值，包括了「公正」、「莊嚴」、「專業」、「人本主義」、「親民」、「溫暖」、「圓融」、「仁慈」、「清明」，乃至於「信賴」等等。正是在這樣一個同時匯聚著各種「可以看得到的」（圖像化的視覺效果），以及「可以說得出來的」（各種司法理念論述）圖騰措置裡，我們遂擁有了一個絕佳的機會，可以用來具體檢視並反思在現今台灣的社會裡，人們究竟抱持著什麼樣的一種法律意識。

首先，當我們看到這一幅司法圖誌裡的「天秤」，並且接著理解到該「天秤」最主要的設計，乃在於想要特別用來表彰「公正」理念的時候，我們彷彿看到了西方正義女神（Justitia）手持天秤，藉以展現公平與正義理念的意象。在這樣一種對於「天秤」圖示的具體詮釋與聯想之中，我們自己毋寧已經將源自於西方社會對於公平正義的特定圖像，當成了自己內在固有的法律經驗。而司法圖誌裡所使用的同樣是源於西方，並且被賦予必須維繫「天秤」於不墜或使其不致稍有傾斜的「法槌」造型，它不僅象徵了司法權力的高權作用，更彷彿指出了在現代的法律秩序裡，特別是在強調人權保障與權力分

立的憲政秩序架構之下，司法高權的獨立性，乃是支撐著整個公平正義得以實現的關鍵。

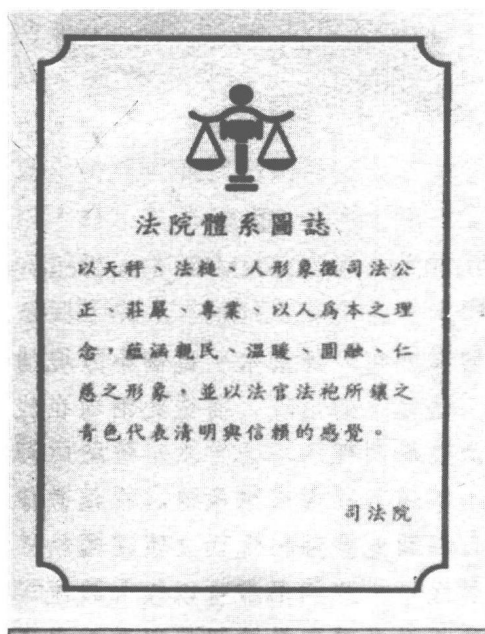


圖1

資料來源：司法院。

然而，就在我們將司法的高權作用投射在「法槌」之上，並且傾盡心思地來思考「法槌」的造型究竟擁有哪些深邃寓意的時候，我們是否也因此不自覺地失去了曾經在我們傳統衙門文化裡，那些專門用來展示父母官身分，並且同時具有威嚇庶民、維持秩序作用的「驚堂木」（參見圖2）經驗？

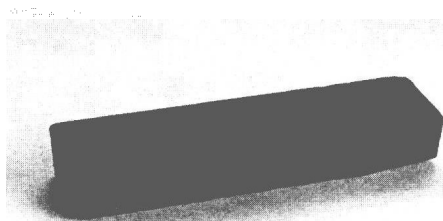


圖2

資料來源：http://140.128.148.125/MM/10_1.asp?action=0391

其實，一切環繞在「驚堂木」這個小方塊的法律經驗，它們並沒有隨著「法槌」的出現，而從此消逝在我們的日常生活裡。相反地，過往衙門裡的「驚堂木」經驗，卻反而成了一個絕佳的對照點，不僅可以用來想像過去在禮教律法秩序之下的生活型態，更可以藉此襯顯出現代立憲法權秩序的價值所在。正是在這個意義之下，我們不妨可以接著論說，如今一切我們所擁有對於司法，乃至於對於法律，以及公平正義等理念的認知，毋寧是處於一種不斷在歷經著自我建構的意識狀態之中。亦即，在對於各種不同群組法律經驗的不斷反芻之下（無論是以有意識或無意識的方式進行），我們不僅會形構出某些具有特定社會規訓化指向的框架條件（Rahmenbedingungen），同時也將在此等框架條件之下，逐漸地引導出某些為我們自己所共有且得以用來區分自我與他者的特定法律意識。¹

¹ 在這個意義下，我們可以看到「法官體系圖誌」或是接下來所提到的包青天與正義女神等圖像造型，它們其實都帶有圖騰的色彩。因為圖騰在人類學上

讓我們再回到一開始所提到的「法院體系圖誌」。當司法院試圖以「天秤」與「法槌」這兩個原產於西方的舶來品造型，來表彰台灣司法精神的時候，這並不表示，我們如今所擁有對於司法，乃至於對於法律與公平正義的一切認知，便都已經完全地轉化成了僅帶著西方色彩的法律意識而已。事實上，同樣是在這幅司法圖誌的構圖之中，以及特別是司法院為它所揭示出來的論述說明裡，我們仍然隱晦地看到了傳統，特別是源於中國文化中，對於執法者應該擁有何種特殊司法德行與情操的期待。換句話說，傳統上所留存下來若干對於執法者操守的期許，即便是到了現今以現代性為主要特徵的法權秩序裡，仍然可以看得到它們是如何一再地觸動著我們內心之中的法律意識。

誠如「法院體系圖誌」裡最終透過「人形」圖像所想要傳達的理念所示：司法審判的工作，畢竟是屬於人的工作。既然是一項人的工作，則它能否順利地完成，便非得有賴於若干特定的司法德行與操守不可。而這些司法德行與操守，無論是在東方或是在西方，也無論是在過去、現在或甚至是在未來，它們都始終是執法者在內心的自我規訓上，所必須奉行不渝的最高準則。既然如此，那麼我們便不禁要問，究竟過往的傳統是否曾經為我們留下了那些值得繼續尊崇的司法德行？而這些在過去曾經一再被讚揚的司法德行，它們是否又可能會因為無法徹底地切斷自己與傳統禮教律法秩序的緊密連帶關係，而必須

通常指的便是原始部落基於對於自然或是神明的敬畏，從而以特定的自然界事物，作為其身分（identity）的表徵。正是在這裡，我們看到了圖騰符號所具有的最重要意義，亦即區分我族與他族、自我與他者等等。

被刻意地摒棄在現代的立憲法權秩序之外？這些涉及到不同法律文化之間價值衝突、取捨，以及轉化的問題，正是法律意識的繼受，乃至於在整個法律繼受的過程中，所必須嚴肅加以面對的課題。在此，我們不妨接著從前述「法院體系圖誌」自身所配染純然的「青色」用色，作為探討前述問題的出發點。

從司法院自己所提出的說明來看，整個「法院體系圖誌」所使用的顏色基調，乃是特別選取自現行法官法袍上所鑲染的「青色」用色。而司法院當初之所以挑選了「青色」，最主要的原因，莫過於可以藉此向人民傳達出一些像是「清明」與「信賴」的感覺。有趣的是，此一將「青色」視為是司法「清明」與值得「信賴」的具體象徵，正好給予了我們一種想像空間，亦即可以用來將前述「青色」所可能傳達的意象，相應並連結到傳統上一直為人所推崇且始終可以用來表彰為官清廉與執法公正不阿的「青天」文化。

如果說，前述這樣的一種意識連結是可能的話，則我們將被迫進一步去思考下面這項嚴肅的議題：在今日以強調基本人權保障與權力分立的立憲法權秩序裡，我們究竟還能夠騰出多少法律上的空間，以用來安置傳統上具有公正廉明等象徵意義的「青天」文化？而現今我們可以拿來作為探討這項議題的最佳例子，便是俗民文化中所一再推崇的包青天。

關鍵字：措置、司法圖騰、法律意識、法院體系圖誌、正義女神、包青天

中文摘要

台灣目前的法律秩序，乃是一個屬於繼受西方近代以自由民主立憲主義為基準的市民法權秩序。在這樣一種大規模或幾乎是全面性的法律繼受過程里，我們不僅會在規範的層次上，面臨着究竟是要引進大陸法制或是英美法制的難題，在社會規訓的層面上，我們更必須經常面對因着不同法律制度與文化的引進，而在人們內心法律意識上帶來何種衝擊，以及要如何調適與解決這些衝擊等問題。

2005年5月18日，執掌台灣司法最高權力的司法院，公开发表了一项专门用以象征司法精神的「法院体系图志」（参见图1）。在这个图志里，我们不仅看到了以「天秤」、「法槌」，以及「人形」等视觉造型所构成的蓝底复合式司法图像，我们更直接感受到了司法院想要藉此传达各种司法理念的企图心。这些为司法院所特别强调的司法理念与价值，包括了「公正」、「庄严」、「专业」、「人本主义」、「亲民」、「温暖」、「圆融」、「仁慈」、「清明」，乃至「信赖」等等。正是在这样一个同时汇聚着各种「可以看得到的」（图像化的视觉效果），以及「可以说得出来的」（各种司法理念论述）图腾措置里，我们遂拥有了一个绝佳的机会，可以用来具体检视并反思在现今台湾的社会里，人们究竟抱持着怎么样的一种法律意识。

首先，当我们看到这一幅司法图志里的「天秤」，并且接着理解到该「天秤」最主要的设计，乃在于想要特别用来表彰「公正」理念的时候，我们仿佛看到了西方正义女神（Justitia）手持天秤，藉以展现公平与正义理念的意象。在这样一种对于「天秤」图示的具体诠释与联想之中，我们自己毋宁已经将源自于西

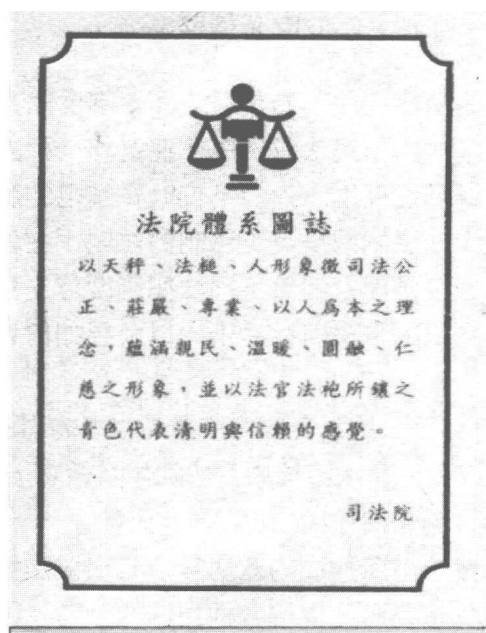


图1

资料来源：司法院。

方社会对于公平正义的特定图像，当成了自己内在固有的法律经验。而司法图志里所使用的同样是源于西方，并且被赋予必须维系「天秤」于不坠或使其不致稍有倾斜的「法槌」造型，它不仅象征了司法权力的高权作用，更仿佛指出了在现代的法律秩序里，特别是在强调人权保障与权力分立的宪政秩序架构之下，司法高权的独立性，乃是支撑着整个公平正义得以实现的关键。

然而，就在我们将司法的高权作用投射在「法槌」之上，并且倾尽心思地来思考「法槌」的造型究竟拥有哪些深邃寓意的时候，我们是否也因此不自觉地失去了曾经在我们传统衙门文化

里，那些专门用来展示父母官身分，并且同时具有威吓庶民、维持秩序作用的「惊堂木」（参见图2）经验？



图2

資料来源：http://140.128.148.125/MM/10_1.asp?action=0391

其实，一切环绕在「惊堂木」这个小方块的法律经验，它们并没有随着「法槌」的出现，而从此消逝在我们的日常生活里。相反地，过往衙门里的「惊堂木」经验，却反而成了一个绝佳的对照点，不仅可以用来想象过去在礼教律法秩序之下的生活型态，更可以藉此衬显出现代立宪法权秩序的价值所在。正是在这个意义之下，我们不妨可以接着论说，如今一切我们所拥有对于司法，乃至对于法律，以及公平正义等理念的认知，毋宁是处于一种不断在历经着自我建构的意识状态之中。亦即，在对于各种不同群组法律经验的不断反刍之下（无论是以有意识或无意识的方式进行），我们不仅会建构出某些具有特定社会规训化指向的框架条件（Rahmenbedingungen），同时也将在此等框架条件之下，逐渐地引导出某些为我们自己所共有且得以用来区分自我与

他者的特定法律意识。²

让我们再回到一开始所提到的「法院体系图志」。当司法院试图以「天秤」与「法槌」这两个原产于西方的舶来品造型，来表彰台湾司法精神的时候，這并不表示，我们如今所拥有对于司法，乃至对于法律与公平正义的一切认知，便都已经完全地转化成了仅只带着西方色彩的法律意识而已。事实上，同样是在这幅司法图志的构图之中，以及特别是司法院为它所揭示出来的论述说明里，我们仍然隐晦地看到了传统，特别是源于中国文化中，对于执法者应该拥有何种特殊司法德行与情操的期待。换句话说，传统上所留存下来若干对于执法者操守的期许，即便是到了现今以现代性为主要特征的法权秩序里，仍然可以看得到它们是如何一再地触动着我们内心之中的法律意识。

诚如「法院体系图志」里最终透过「人形」图像所想要传达的理念所示：司法审判的工作，毕竟是属于人的工作。既然是一项人的工作，则它能否顺利地完竣，便非得有赖于若干特定的司法德行与操守不可。而这些司法德行与操守，无论是在东方或是在西方，也无论是在过去、现在或甚至是在未来，它们都始终是执法者在内心的自我规训上，所必须奉行不渝的最高准则。既然如此，那么我们便不禁要问，究竟过往的传统是否曾经为我们留下了那些值得继续尊崇的司法德行？而这些在过去曾经一再地被讚扬的司法德行，它们是否又可能会因为无法彻底地切断自己与

² 在这个意义下，我们可以看到「法官体系图志」或是接下来所提到的包青天与正义女神等图像造型，它们其实都带有图腾的色彩。因为图腾在人类学上通常指的便是原始部落基于对于自然或是神明的敬畏，从而以特定的自然界事物，作为其身分 (identity) 的表征。正是在这里，我们看到了图腾符号所具有的最重要意义，亦即区分我族与他族、自我与他者等等。