

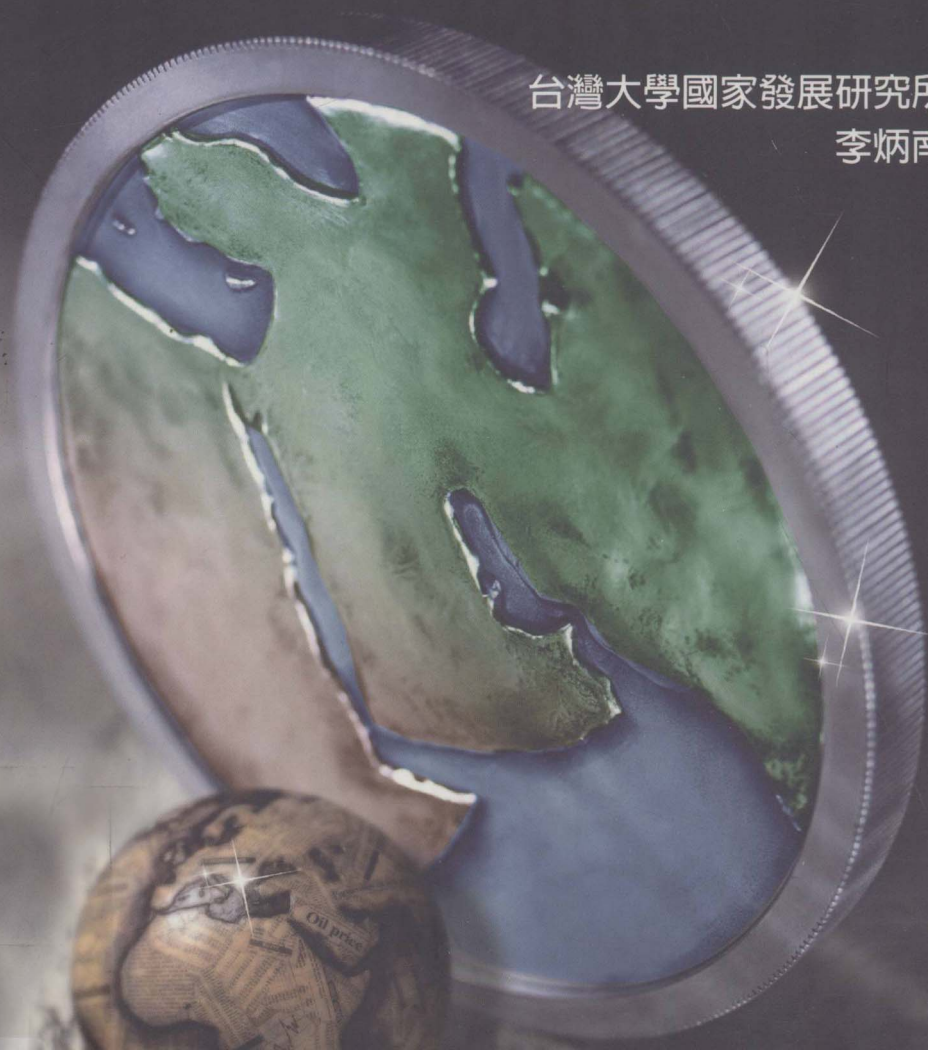
法的全球化與

全球化的法

Legal Globalization and
Globalizing Laws

台灣大學國家發展研究所◎策劃

李炳南◎主編



法的全球化與全球化的法

Legal Globalization and Globalizing Laws

台灣大學國家發展研究所◎策劃

李炳南◎主編

劉靜怡等◎著

法的全球化與全球化的法

策 劃／台灣大學國家發展研究所

主 編／李炳南

作 者／葛祥林等

責任編輯／周海蕙、吳柏寬、李瑞清

出 版 者／揚智文化事業股份有限公司

發 行 人／葉忠賢

總 編 輯／閻富萍

地 址／台北縣深坑鄉北深路三段 260 號 8 樓

電 話／(02)8662-6826

傳 真／(02)2664-7633

網 址／<http://www.ycrc.com.tw>

E-mail /service@ycrc.com.tw

印 刷／鼎易彩色印刷股份有限公司

I S B N /978-957-818-909-6

初版一刷／2009 年 11 月

定 價／新台幣 300 元

* 本書如有缺頁、破損、裝訂錯誤，請寄回更換 *

主編序

全球化是一個動態、辯證的過程，它穿透國際間的界線，強調超越國家個體、跨全球性的活動，並形成動態的連線，將世界各國串連起來而形成緊密的關係。因此全球化時代的來臨，意味著人與人之間的距離將逐漸縮小甚至消弭；全球化的範疇更是從經濟、政治等擴充到科技、勞動、文化、媒體、工業、國防領域。而維繫全球社會與規範的法律角色，是否跟隨全球化的腳步，建立起全球法律規範與共識，則是值得關注的課題。

商業倫理、租稅國家界限、移民人權保護、法哲學、憲政秩序、女性主義法學、財經刑法甚至是法經濟學，這些看似屬於法學底下的個別領域，面對激烈的全球化過程，在結構上卻是相互緊密關聯，需要用新的整合性思維來因應不斷變動且關係更為緊密的世界。

在這樣的脈絡下，本書蒐集十篇法律學者的演講稿，內容橫跨當今法學科際整合研究中極為重要的議題與方向，範圍遍及法學之公法及私法領域，及其與全球化中之哲學、財經、政治、社會及女性主義等學門，透過跨領域的結合與交叉研究，企圖提供與建構具有前瞻性的法學觀點。

葛祥林教授從四個案例來探討國內與國際的商業倫理模式與趨勢；葛克昌教授從 J. A. Schumpeter 的租稅國界限說來討論稅法的雙重功能及其複雜性；劉劍文教授介紹中國大陸的稅制體系並且提出相關改革方案；廖元豪教授從移民人權保護來討論全球化

下的公法發展，並且從全球化的角度來釐清移民人權是否受到保障；王鵬翔教授則從法哲學角度提出相關法的語意學概念；張文貞教授從全球化觀點來分析全球憲政秩序並提出精闢的結論與建議；陳起行教授從自然法學、歷史法學、實證法學和社會法學等角度來探討法義理學與法律思想史的關聯性；陳昭如教授從比較法的角度出發，剖析東西方女性主義在法學上的落實成果；陳志龍教授探討在全球化下的世界經濟共同體中，財經刑法的發展與相關問題；最後，劉靜怡教授則是將法與經濟做一整合，法律經濟學為全球化法學提供了另一個思考的架構與方向。

總體而言，本書各篇文章呼應現行國際社會所面對的各項重要問題，不僅從法學的觀點來看全球化，也從全球化的視野來看法學發展，為全球化下的法學領域提供了多元化的貢獻；並且希望在無法避免的全球化浪潮下，為建構一套為世界各方所接受的法律規範跨出微小的一步。

台灣大學國家發展研究所

李炳南

二〇〇八年一月十日

目 錄

主編序 i

第一章 商業倫理與法律 葛祥林 1

一、前言 2

二、商業倫理的概念 2

三、商業倫理於國內法的法制化模式 5

四、商業倫理於國際上的法制化趨勢 9

五、案例分析一：公平交易法之國際化 12

六、案例分析二：反賄賂公約 15

七、案例分析三：行銷倫理 21

八、案例分析四：勞工基本權 26

九、結論 29

參考文獻 31

第二章 租稅國家界限 葛克昌 35

一、前言 36

二、Schumpeter 及其租稅國界限說 36

三、稅法之雙重功能及複雜性 42

四、上限與下限 —— 半數理論 43

五、結論 54

參考文獻 55

第三章 中國大陸財稅法律改革重點與難點問題之分析 劉劍文

59

一、前言 60

二、中國大陸稅制發展 60

三、對於稅法的理解 62

四、中國大陸稅制體系 65

五、稅法改革之原因 66

六、立法聽證會上主要問題與看法 69

七、改革方向 71

八、結語 86

參考文獻 88

第四章 全球化下公法學發展之風貌——以移民之人權保護為例

廖元豪 91

一、前言 92

二、日久他鄉是故鄉 93

三、充斥歧視與排拒的移民法制 94

四、主權大於人權——國族主義的幽靈 103

五、對跨國移民／移住研究之陌生 105

六、全球化對於移民人權憲法論述之可能影響 108

七、從排拒到涵納——建構更具全球化眼光的移民法論述 114

參考文獻 114

第五章 法與分析哲學——法概念與語意學之刺 王鵬翔 119

一、前言 120

二、導論：法理論的兩種思考方式 121

三、法之語意學理論與 Dworkin 的批評 122

四、法理論的另類語意學架構——Kripke-Putnam 語意學在法概念
論上的應用 127

五、可誤性與法律的客觀性 136

六、結論 142

參考文獻 142

第六章 全球化的憲政秩序 張文貞 145

一、前言 146

二、全球化的現象與過程 147

三、全球化的特徵 148

四、全球憲政秩序 150

五、全球化的憲政秩序 152

六、全球化的憲法解釋 154

七、結論與批判 155

參考文獻 155

第七章 法義理學與法律思想史之關聯性 陳起行 159

一、前言 160

二、自然法學 161

三、歷史法學 165

四、實證法學 170

五、社會法學 172

參考文獻 177

第八章 在法律中看見性別，在比較中發現權力——從比較法的
性別政治談女性主義法學 陳昭如 179

一、美國女性主義法學的兩度相遇 180

- 二、比較法的兩種待遇 181
- 三、法律東方主義的思維陷阱 182
- 四、性別東方主義的法律上展現 183
- 五、女性主義 vs. 多元主義？ 185
- 六、關於她／他們的文化 186
- 七、女性主義與多元文化的性別政治 188
- 參考文獻 191

第九章 全球化下財經刑法之發展 陳志龍 193

- 一、前言 194
- 二、財經犯罪與財經刑法 195
- 三、財經辯證、公司治理缺失與法秩序無力規範 196
- 四、當前各種體系的共通問題 199
- 五、全球化下的財經犯罪與財經刑法 203
- 六、全球化經濟體 207
- 七、財經體制性犯罪 208
- 八、監督機構的監督有效性 211
- 九、當前檢察體系的問題 213
- 十、全球化下的思維 215
- 十一、結論：知識是對抗的力量 217
- 參考文獻 218

第十章 法與經濟學之整合研究 劉靜怡 221

- 一、前言 222
- 二、為何要法律經濟分析？ 223
- 三、對法律經濟分析的歷史檢視——一個芝加哥大學的簡例 224
- 四、更多關於芝加哥大學 225

五、法律經濟分析的擴散——教科書及背景	226
六、法律經濟分析世代的變遷——獨立學派及功能性分類	227
七、法律經濟分析的本質與範疇	228
八、對法律經濟分析的批評	229
九、與其他學派的對話及未來必須克服的事情	230
參考文獻	231

第一章

商業倫理與法律

葛祥林

學歷：台灣大學三民主義研究所法學博士

現職：玄奘大學法律學系副教授

研究專長：法理學

演講日期：2005 年 10 月 5 日



一、前言

本文思索商業倫理與法律的互動，並且依照實例來指出商業倫理如何推動法的國際化。由於大多數的法學者對於商業倫理的概念不清楚，所以當然也未曾思考過自己的學科領域是否受到來自商業倫理的刺激與影響。因此，本文首先簡略地介紹商業倫理的概念，然後論及商業倫理在國內法的法制化模式，以及其在國際上的法制化趨勢。在較偏向理論性的檢討以後，本文接續依照實際的案例來指出，商業倫理的法制化過程同時也具有法的國際化過程之特徵。關於後者，相關案例不僅表現出該過程之未完成性，也呈現商業倫理不予以法制化或未予以法制化所帶來的種種困難。阻礙商業倫理國際性法制化過程的主要因素，是現行政治框架的不足。雖然如此，相關案例同時也顯現由此所形成的缺失，使得與商業倫理相關的法律現象日後不斷地、必然地繼續邁向國際化來發展。基於篇幅的關係，本文僅選出少數幾個相關案例，即由商業倫理的角度討論公平交易法之國際化、反賄賂公約、國際性行銷倫理以及跨國企業中之勞工基本權等。在結論的部分，本文總結相關案例所呈現的經驗，並且簡評法規範的國際化趨勢已發展到何處，也略述此種未完善的國際化法規範所引發的困難何在。

二、商業倫理的概念

論及商業倫理的概念時，第一個所面對的問題即是翻譯的問

題，英文習慣性的用詞係 Business Ethics，但在中文，該語詞卻有兩種不同譯稱：「商業倫理」以及「企業倫理」，問題在於 business 所指的意思究竟係一種個體的、還是一種集體的（例如某市場行業類別的）現象；若是前者，則翻譯上應偏向於「企業倫理」，若是後者，則應選「商業倫理」的譯稱。可是，當我們從國外的相關理論出發，卻指不出該學科之研究關於個體或集體的特定偏好，反而可以看到相關研究由微觀至宏觀的層次無所不包¹。具體言之，企業內在（即個人或組織）的倫理問題以及企業外在（即遠超過個體企業）之整體行業、整體社會或國際上的倫理問題，都有可能成為商業倫理的問題。當我們查一下相關教科書所提供的定義時，就查出例如「領導企業行為的標準與原則」一定義²。雖然乍看之下，商業倫理依此定義未必與法律發生什麼關聯，但引用該定義於具體情況時，商業倫理與法律間發生密切關聯性的潛力立即顯現出來；舉例言之，企業是否要發三節獎金？哪一位企業主管可以享有公司車的待遇？在任何一家具有一定規模的企業，這些問題都不是依據一個偶然的標準或依據不明原則予以決定的。這也就是很多企業之所以要經由公司規章或經由類似公司規章的文獻予以規範相關問題的道理³。然而，相關問題不僅關係

¹ 以個人、企業以及經濟、社會、政治等基本制度，此三個不同範疇為商業倫理的主要分析層次者，參看例如 IP Po-Keung, "Profit and Morality: Problems in Business Ethics", in Gerhold K. Becker (ed.), *Ethics in Business and Society. Chinese and Western Perspectives*, Berlin, New York: Springer, 1996, pp.25-41。

² 參看 Ferrell, O. C., Fraedrich, J., & Ferrell, L., *Business Ethics: Ethical Decision Making and Cases*, 4th ed., Boston, New York: Houghton Mifflin, 2000, p.6。

³ 當然，美國企業採取公司規章制度的原因不僅是公司內部管理方便，部分也是因為聯邦處刑委員會（Federal Sentencing Commission）依公司是否採取公司規章制度，而考慮到公司在兩罰原則下的責任輕重，使公司為了預防未來可能遭遇到重責，而在完全看不出違法行為的情況下都已採取公司規章制；有關此點，參看 Ferrell, O. C., Fraedrich, J., & Ferrell, L., *Business*

到公司如何支出錢財，也關係到一些在法律上較敏感的話題：送小額金錢算禮，但金額超過一定數額，就有可能牽涉到賄賂、背信等罪名。因此，領導企業行為的標準與原則經常由企業本身的角度規範一些與法律相關的問題。企業在此所考慮的很可能不只是單一法領域，反而是多層的問題；例如，早在性騷擾防制法立法之前，很多企業於其公司章程等文獻中已規範相關事宜，且依事件的輕重預設不同反應模式，輕者則僅提出警告，重者則可能解雇，甚至有可能提起訴訟而要求損害賠償等等。可見，企業經常在一些原先不屬於法規範的問題領域中自行立下規範，且利用私法自治原則來賦予相關規範一切民法上的拘束力，即經由與員工締結契約的方式，使這種未法制化的規範可以成為法院的裁判依據。因此，企業也好，行業也好，經常運用相關制度來補充既有法體系的規範。由此就可以看到，商業倫理所創造的規範與法規範並沒有什麼原則性的衝突，反而經常出現一種互通互補的狀況。

基於此，我們就可以看到商業倫理的概念，雖然於定義上看起來似乎想要與法律保持一定距離，但在如何貫徹倫理規範的問題上，非常容易與法規範予以匯集。如此一看，就能夠瞭解，為何另一種定義同時強調商業倫理與法律相互對立的特徵，但幾乎同時認定，貫徹商業倫理的手段時常仍舊是法律：假如由經濟、法律、商業倫理及博愛等領域所負擔的責任來看，則商業倫理的責任首先指「社會由企業、商業所期待的、未法制化的行為和活動」(behaviors or activities that are expected of business by society but are not codified in law)⁴，但因為相關期待經常導出相關立法或

Ethics: Ethical Decision Making and Cases, 4th ed., Boston, New York: Houghton Mifflin, 2000, p.11f.

⁴ Ferrell, O. C., Fraedrich, J., & Ferrell, L., *Business Ethics: Ethical Decision*

引發相關契約之締結，所以到最後仍然可以變成訴訟中的請求權基礎。換言之，若我們能夠及早知道商業倫理的議題發生哪些變化、社會在缺乏成文法規範之條件下期待些什麼，我們就可以在在一定程度上瞭解今日之訴訟難題，並且預期明日之立法導向。這麼一看，普魯士名法學家 Savigny⁵於十九世紀初的名言「法就是民族精神的具體表現」不僅係表述德國早期邁向成文法的歷史過程（以及其對於任意立法的否定），也說明現代社會在法制化所顯現的特性。然而，若倫理責任的本質在於社會期待，則這樣的倫理責任究竟要如何經由法律制裁而被貫徹？其法制化是否構成一種必然的趨勢？貫徹相關社會期待的手段是否還有其他的、法律以外的方法？若有，這些方法與法律及法制化過程是否呈現一種競合的局面，還是兩者互補？由於相關問題的理論探討尚未成熟，所以必須大量依賴案例分析。

三、商業倫理於國內法的法制化模式

雖然商業倫理有可能如上所述，經由公司規章以及（集體）契約而獲得司法裁判上的肯定，使旁觀者似乎以為，此連接關係具有一種自動朝著法制化方向發展的內在機制，但表現出商業倫理意涵的現象，事實上並不是那麼單調的，也不是那麼單純的，反而是多采多姿的；因此，商業倫理本身也絕不可能都這麼簡單地和法制相結合，所以研究者到最後也不可能這麼容易地得到相

Making and Cases, 4th ed., Boston, New York: Houghton Mifflin, 2000, p.7.

⁵ Carl von Savigny (1779-1861)，德國法學者，曾擔任普魯士法務部長；有關 Savigny 之歷史法學派的主張，參看例如楊日然，《法理學》，台北：三民書局，2005.10，頁 175 等。

關結論；即研究者不可能只篩選哪些議題經過法院的認可，就可以推定這些議題已法制化⁶了。

雖然法院依相關規章為裁判依據，當然使得相關倫理議題予以法制化，但除此之外，還有好幾個其他的法制化途徑，且這些途徑同樣的讓倫理議題予以法制化。萬一社會期待從一開始就無法形成社會與企業經營間的共識，則沒有人能夠在企業內部推動公司規章（或行業規章）的擬定。此種無法經由社會與企業等雙方合意而解決糾紛的情形，在傳統上多數或形成社會對於企業的（影射性）質疑、或凝聚成一個清晰的社會訴求，並且創造消費杯葛（consumer boycott）的溫床。因為消費杯葛在法律上頂多是無形的（即未經過規範）⁷，所以不可能具有任何法律形式或法制化傾向，因為消費杯葛從未得到任何固定的法律形式，所以也難以直接導致相關議題的法制化；遇到杯葛時，商業倫理議題的法制化反而須依賴該議題的再度轉化，方有可能被法規範予以納入。除了契約與杯葛等兩種傳統的、表現出商業倫理議題的協調及衝突模式以外，現代社會中還可以看到幾個新型的解決商業倫理爭議的模式，尤其值得注意非政府組織及國際企業在媒體及投資等市場上的相互爭奪與角力。

⁶ 「法制化」係指任何由法外（未規範）至法內的轉變過程；因此，特定現象是否法制化，就可以依司法裁判有無評價該現象之法源為判斷標準。基於此理解，本處之法制化概念係指，源自於當事人約定之裁判依據在司法審判上獲得肯定；易言之，原本處於成文法以外的倫理規範被司法裁判予以承認為補充法源，該倫理規範因而成為法規範的一部分。有關補充法源之概念，參看楊日然，《法理學》，台北：三民，2005.10，頁132等。

⁷ 因消費杯葛往往必須獲得市場參與者的支持，才可能發揮效力，所以推動杯葛的人經常運用大眾媒體的有關報導，方能達到其所期盼的結果，但運用媒體時，就容易變成他人的攻擊目標。例如林山田等人所推動的消費杯葛（退《聯合報》運動），後續引起刑法上糾紛，使推動該杯葛者於第一審遭到誹謗罪之有罪判決。因此，在相關社會期盼未予以法制化之前，消費杯葛難以獲得法律上的特別保護，也無法借用任何法律形式，使其能夠發揮一種阻卻違法事由的力量。

商業倫理領域既然有不同種類的衝突，當然也形成不同解決衝突的模式，而不同解決衝突的模式又帶來不同法制化的模式。雖然如此，首先還是暫時回到以公司規章實現商業倫理議題的情況。在此可以看到，公司規章如同任何契約一樣，都基於當事人間的共識而形成其法律上的拘束力。然而，恰好因為公司規章所規範的議題沒有直接被法律予以規範，也因為相關議題直接反應一個不十分具體的社會期待，所以在內容上與傳統的、例外時才可能發生變化的契約概念有所出入，因為任何企業的公司規章必須不斷被修正，才可能同時滿足企業在充滿變化與競爭市場上的現實需求，以及多變不定的社會期待。因此，商業倫理的理論與實務經常強調，企業內部必須在公司規章之擬定以及在其推行上，都長期與各個參與者（即公司職員）保持一種擬定、訓練、實行、檢討、修正（即重擬）等多種階段的循環⁸。

若在此條件下考慮，企業或行業如此相對不穩定的內部規範有無可能不僅在個別的契約基礎上透過司法判決被承認，即在一定程度被承認為補充法源，該規範是否可以變成一個具有普遍效率的法規範，則面對倫理規範與法規範的相互滲透問題。其中一般可以看到三種不同的基本局面：(1)倫理規範相對穩定，並且在整個行業已獲得普遍認同，使立法者能夠順勢肯定相關規範為一種具概括拘束力的成文法規範；(2)雖然倫理規範尚未達到相對穩定的階段，但由於其所規範的議題受到立法者的重視，所以仍使相關議題能夠經由權威式的規範創造而解決；(3)雖然倫理衝突的當事人間未出現共識（即在公司規章中未出現合乎社會期待之相

⁸ 該循環的環節究竟有幾個，因作者而異，但通常在四到八之間，主要導致差異的因素在於宣傳、控管及（企業內部）獎懲等要素是否被肯定為獨立的環節，參看例如 Kitson, A., & Campbell, R., "Corporate Codes and Ethics," in Alan Malachowski (ed.), *Business Ethics: Critical Perspectives on Business and Management*, London, New York: Routledge, 2001, pp.260-274。