

東亞法治之形成--對東亞法治理論、體制與 實踐之整合法學研究

(The Formation of the Rule of Law in East Asia--
An integrated Jurisprudential Study onto the Theory,
Institutionalization and Practice of Rule of Law in East Asia)

【計畫摘要】

壹、總計畫介紹

總計畫主持人：羅昌發（臺灣大學法律學院教授）

簡介

東亞地區的文化與歷史，包含了儒家、道教、伊斯蘭、佛教、基督教等極為多元豐富的內涵；在過去百餘年的歷史中，亦共同經歷了殖民主義、帝國主義、反帝鬥爭、共產主義、憲政主義、民主化等經驗。而在伴隨的法制現代化／西化過程中，東亞各國的傳統法制，又與源自西方的歐陸法系、普通法系與社會主義法系等，開展了極為複雜多元的繼受與對話過程。

「東亞法治之形成」整合型計畫即是在前述背景下構思的法學研究計畫，以東亞的法治為研究對象，運用整合的法學研究方法，並以「法治」理念為核心，來進行相關之理論、體制，與實踐經驗的研究。

本計畫將以臺灣對法治實踐與法律／法學的繼受經驗與思考為出發點，來進行對於諸多議題的分析探討。但由於可能涉及的議題範圍仍太廣泛，因此本計畫將以兩個現代社會的特點—多元文化與風險社會—做為軸線，透過子計畫進行對下列主要問題群的研究：

(一)法治之理論內涵與社會文化基礎

(二) (多元文化下) 臺灣與東亞人權與憲政主義之理論與實踐

(三) (風險社會下) 法治國法體系的重構

貳、子計畫介紹

- 亞洲法治文化研究：法與存在的解釋（法律文化的時間性、空間性與結構性）

計畫主持人：陳妙芬（臺灣大學法律學院副教授）

共同主持人：長谷川晃（日本北海道大學法學部教授）

協同主持人：顏厥安（台灣大學法律學院教授）

張騏（中國北京大學法學院教授）

舒國滢（中國政法大學法學院教授）

簡介

「亞洲法治文化研究」(cultural studies of rule of law in Asia) 是主要針對在「亞洲」概念中包含的人民和社會，所進行的法治文化之基礎研究。「亞洲」地區國家民主和現代化歷程雖然與「歐洲」完全不同，至今也為發展類似歐洲整合的政治運動。

然而，亞洲與歐洲一樣具有長久文化歷史傳統，「歐洲人」常以歐洲文化自豪、形成特殊認同情感，「亞洲人」之間也有相近的信仰和思想淵源，「歐洲人」的人權思想和生活、政治深受宗教衝突影響，「亞洲人」之間也因為不同文明的交融和衝突，發展出不同的法治經驗。凡此種種，都讓人不得不思考：亞洲與歐洲法治經驗是否有類似的軌跡？此外，種種現象也讓人深刻體認到，亞洲還是一個隱諱或模糊的概念，現代人權和法治經驗在亞洲也還是極度分歧，而亞洲學界的法律哲學也沒有從任何「內在觀點」(internal aspect) 或「外在觀點」(external aspect)，分析和詮釋亞洲人的法治觀念和實踐態度。

「亞洲法治文化研究」將結合微觀與巨觀的研究方法，依「法治文化」具有的時間性、空間性、結構性三重分析架構，描述和詮釋現代及晚期現代的亞洲法治和亞洲人的人權觀與價值衝突——藉由個案研究和人物訪談，找出適當的參與者之內在觀點，同時由研究者的外在觀點，對上述觀點進行質性研究。這項質性研究要由不同世代人物

的社會和文化背景、階級意識、性別意識、法律經驗、人權思想與價值觀各方面，探討具有世代特殊意義的生存心態／習癖（habitus），並依此獲得到見林的巨觀效果。

＊徵求翻譯人才：

本子計畫徵求日文或韓文的譯者，協助計畫主持人將日文或韓文的文獻翻譯成中文，有興趣的人士請先將簡歷和連絡方式寄到總計畫辦公室，並註明陳妙芬教授收，以便進一步聯繫。

● 區域性國際人權保障機制之形成：歐洲經驗與亞洲發展

計畫主持人：林鈺雄（臺灣大學法律學院副教授）

簡介

人權法的國際化，可說是第二次世界大戰後的新發展，可略分為兩大類，一是以聯合國為首的全球性國際人權法的發展——例如於1976年3月23日生效的《公民及政治權利國際公約》；一是區域性國際人權法的發展，諸如《歐洲人權公約》、《美洲人權公約》及《非洲人權及民族權憲章》等。相較之下，亞洲，尤其是東亞，儘管在民主政治與經濟發展的成果令全球矚目，但至今仍然沒有任何區域性的國際人權保障機制。

《歐洲人權公約》乃世界上第一部允許個人以國家違反人權為由於國際性司法機構控訴國家之條約，並將人權保障導向國際司法救濟之途徑；該公約及歐洲人權法院的判例法，同時也是近年來國際間最為熱門的人權法課題之一。瞭解歐洲人權法有助於我們釐清「歐洲人權法院如何將背景不同的各個歐洲內國國法整合為一套共通適用的人權基準」，並且據此發展出超越法系與訴訟構造差異的「普世價值之基本人權」，或者以歐洲經驗為借鏡，發展出東亞的區域性國際人權法。

本計畫即在此一思考背景下，進行對歐洲區域性國際人權法的研究，從而思索其對東亞區域性國際人權法可能帶來的啟示與影響。本計畫主要分析點有三：

一、歐洲人權機制的形成與發展。

二、歐洲人權法院的判例法研究。

三、歐洲人權法對未來東亞區域性國際人權法的啓示與借鏡。

希望此計畫能夠累積關於歐洲人權機制形成與發展的基礎研究，並藉由歐洲人權法院的判例研究結果，彌補我國法與國際人權基準要求的落差，以及建立未來東亞區域性國際人權法形成與發展的研究基礎。

● 東亞憲政秩序之建立、破壞與變遷

計畫主持人：張文貞（臺灣大學法律學院助理教授）

協同主持人：Tom Ginsburg（美國伊利諾州立大學香檳分校法學院教授，亞洲法律、社會、政治研究中心主任）

簡介

東亞法治之形成，其中一個重要的面向即是東亞憲政秩序。在以西方為中心的法治觀中，憲法秩序的建立與形成，與革命的歷史有關，更與主權的理念無法分割。然而，此種西方憲政秩序建立的典範，是否也存在於東亞各國？東亞各國殖民與反殖民的經驗，以及由此一經驗所生之國族想像與主權觀，又如何對其憲政秩序之建立、甚至破壞有所影響？

今日，東亞各國均有憲法；大多數東亞國家的憲法在形式上亦為民主憲法；在經過第三波、甚至第四波民主化影響後，愈來愈多的東亞國家在實踐上亦堪稱與民主憲政相符。近年在落實憲政民主上備受讚譽的台灣、南韓、泰國、蒙古，更是在相關研究中屢被提及與比較的重要案例。然而，在諸如台灣、日本、南北韓、新加坡等東亞各國的特殊憲政歷史經驗下，這些國家對於憲法的制訂、修正、甚至是廢棄，是否表現出特殊性？其是否真正成功型塑或落實憲政秩序？若是，其型塑憲政秩序之社會與規範基礎，是否與現代西方典範相同？

在總計畫的整合下，本子計畫擬探討東亞憲政秩序之形成，從憲政主義、法治、殖民、反殖民（或後殖民）、以及當代民主轉型的關係，作深入之比較研究。同時，東亞憲政秩序形成經驗之討論，與文化之

普遍主義或相對主義之辯論相關。

本計畫希望對以西方經驗為主之主權與憲政理論提出批判性之反省，甚至嘗試進一步提出能整合東亞經驗之主權與憲政理論之全新觀點。

● 法權與制訂法之區分及其對法治國基本權限制之意義

計畫主持人：顏厥安（臺灣大學法律學院教授）

簡介

法權與制訂法的區分，不但是西方法律思想史上的關鍵問題，也是近代主權國家法律體制建構與運作的基本要素。在歐陸一般的傳統中，此一區分與自然法、立法、理性及意志的概念有著密切的關連。在德國的政治與法學思想論述中，又結合了法治國、民主及合法性概念與正當性概念的理論與實踐論爭相關。在英美法的傳統下，則與憲政主義、法治及高級法的等論述傳統相結合。

在憲政國家與議會主義的制度脈絡下，法權與制訂法的互動界定，又與基本權之法律限制或界線問題高度相關。基本權與法律，尤其是實證法律與制訂法的關係，大概是最複雜的基本權學理議題。基本權一分面在理論上源自於先於憲法秩序的自然權利或人權，另一方面，在憲法規整的政治社群當中，人民彼此之間的基本權行使關係，卻需要透過法律才能釐清規範其適當的界限，或透過法律限制來防範風險或危險的實現，或損害與傷害的發生。甚至有許多基本權也必須透過法律規定始取得其具體內容。因此基本權的抽象理念是先於法律、拘束法律的。基本權的具體實現，卻要倚靠法律、透過法律。也難怪基本權乃出自立法者之手的說法並非無據。

本計畫即在此一思考背景下進行對法權與制訂法的規範性以及其對基本權限制塑造關連的研究。其中又有兩個主要分析點：第一，基於本人所發展的，對於規範性之規範縫隙概念，來研究其對基本權規範的作用影響；第二，由風險概念入手，分析探討基本權之限制塑造在風險社會條件下意義的轉變。

● 跨越藩籬：東亞女性主義法學與國際女性人權政治

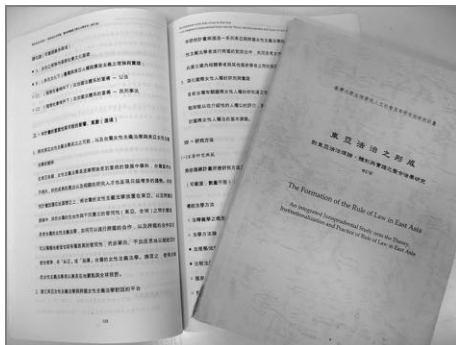
計畫主持人：陳昭如（臺灣大學法律學院助理教授）

簡介

女性主義法學作為一門法學理論與法學觀點，強調從底層經驗開始思考，以性別觀點來檢視法律的客觀中立性，思考經驗、生命與法律之間的關係，探究法律所展現/建構/改變的不平等性別關係。如果經驗是女性主義法學得以成立的基礎，那麼，不同的地域經驗——換言之，「差異」的女性主義法學理論——是否將生產出不同的理論知識？

本計畫將探究東亞女性主義法學成立之可能，並藉由國際女性人權政治，來思考跨國/全球女性主義法學。其重點之一將是在西方法的移植轉譯、法律的文化建構、法律東方主義的亞洲實踐等課題之下，思辯、探究法律與性別平等之關連。

其次，則是由國際女性人權政治著手，探究東亞女性主義法學與跨國女性主義法學的關連性。國際女性人權法中的普遍主義與相對/特殊主義，將會是此部分的重點。本研究計畫將具體地由人權公約的性別政治著手，探究在女性人權的國際人權公約形成、簽署、批准與監督實踐的過程中，展現何種跨國的性別政治？東亞各國彼此之間關係為何、東亞與其他國家（特別是西方國家）的關係又為何？而女性主義學者 Aihwa Ong 在探討女性人權的結盟政治時，所提倡之策略性女性情誼，是否可以讓我們逃脫普遍主義與相對/特殊主義對立的陷阱？本研究計畫將透過這些問題的探討，建立東亞女性主義法學與跨國女性主義法學之間的合作結盟關係。



參、本計畫聯絡方式

總計畫辦公室地址：台北市徐州路 21 號 國際會議廳 4 樓

電話：02-2351-9641 #423

計畫專用信箱：ntulawtop@ntu.edu.tw

專任助理：王品仁