

# 文化際的刑法 I

• 赫 費 (Otfried Höffe)

## 一 主 題

我們的社會關係的國際化，已然對刑法有了衝擊。從前，刑法幾乎全然限制在個別國家的責任範圍內，現在，則國際化多年來已對刑法的實踐起了影響。恐怖主義、槍枝的流通、毒品販賣或雛妓，都不再嚴守國家疆界了。我們從媒體上知道了發生在新加坡的經濟犯罪，而犯人在法蘭克福被逮捕、在英國被審判……；或者我們知道了一個土耳其公民在德國轉機到斯堪的納維亞時，違反了德國的旅遊法。

愈來愈甚的全球化擴張，已超出工業和金融的領域。在這個過程中，不只是國家的界線，同時社會的和文化的界線也都被超越了，這立刻就引起一個問題：法律體系如何對待那些跨越界線的人，也就是，對待那些外人，特別是不來自文化類似的國家、反而來自全然不同法律文化的「極端的外人」(extreme aliens)。法律體系是否可以一體適用其最有力的工具——刑

法？法律體系是否有一種(主觀的)權利來跨文化地實現(客觀的)刑法？是否存在一種文化際的力量可以施行懲罰？在這些問題上，我並不以積極的意義(in the positive sense)來理解「主觀權利」——因為這一點法律體系自己就能決定，而寧願以道德的意義(in a moral sense)來理解它，亦即把它理解為人類所必須彼此承認的道德義務之一。因此問題可以歸結如下：由一種文化際的力量來施行懲罰，是否合於人類所宣揚的義務？有沒有任何這種施行懲罰的力量是道德上正當的？

顯然，任何的答案，只有回應以上問題的要求、而不全然訴諸任何單一文化領域的信念或需求，才會是可信的。只有適當而有效的跨文化詞彙和論證可以用於一個包含許多文化的問題。如果我們認為文化是一種特殊的價值、信念和行動規則的體系，那麼我們就可以預期：任何證成(justifications)都是依文化而轉移的。但是，我的論點是，刑法之基礎、所有刑事犯罪或所有刑事程序基本

愈來愈甚的全球化擴張，已超出工業和金融的領域，同時社會的和文化的界線也都被超越了。這立刻引起一個問題：法律體系如何對待那些跨越界線的人？法律體系是否有一種(主觀的)權利來跨文化地實現(客觀的)刑法？我的論點是，刑法之基礎並非依文化而轉移。

原則，都並非依文化而轉移的。這個主題所關聯的是一個普遍議題：不同文化間可以合理地相互期待些甚麼。

這些問題已經愈顯急切，因為全球化正在危害一個對人類生存不可或缺的要素：在已確定的團體中的成員資格。不只是福祉被傷害，甚至個人認同也已被傷害了，即威脅到了基本的法律利益，諸如一個人的宗教權利、語言的權利、文化權利。即使利益並未直接被威脅，它們也是間接地被傷害了。一個出身不同文化的外人，會在一陣子之後就感覺到被「同化」、並且在新與舊的(法律)文化之間被文化地「撕裂」了。在探討罪刑政策時，這種情形是非常重要的。認同感被傷害的人，比那些擁有穩定的認同感的人，更易有犯罪行為；認同的問題「促進了犯罪」<sup>①</sup>。

另一方面，我們不應忽略：這些問題在實踐上往往不夠戲劇性。在法律政策的討論中，這些問題在很多情形下都是不相關的——即使不是只有國家在施行懲罰，而是幾乎所有的法律文化對大多刑事犯罪形態的認定都是一樣的。刑法與文化傳統以及「價值系統」的關聯特別密切，這也就是為甚麼人們對於建立一種歐洲單一刑法總是持保留態度(即使法律趨向標準化的趨勢的確存在)。然而，至少從漢摩拉比法典以來的成文法中我們得知，法律所關切的利益如生命、財產和名譽(「榮譽」)，幾世紀以來都是刑法中所保障的。如果違法的形式能夠被確知，而我們能夠期待外人都能知道地主國的刑法的特殊性——尤其是那些我們都認為會有特殊性的領域，那麼外人便不能夠將他們的違法輕易地歸諸文化的差異。

## 二 五種回應模式

任何有歷史感的人都知道：這個問題基本上並不新，至少不像當代許多人的說法，認為全球化和複多文化體之間的關係是我們最新的成就。一方面，我們不應忘記：相似的問題已經在多元社會(pluralistic societies)出現過了。在「舊歐洲」就已經發生了一個分化的過程，它從信仰上的宗派主義(schism)開始，在啟蒙運動時代再次被確定，然後又被布爾喬亞革命和工業革命所加強。它消除了相對和諧的關係，而製造出多面相的以及開放的社會。有愈來愈多擁有自己利益及信念的團體正生活在這些社會中，而各種不同的風俗習慣及價值也同樣迅速傳播着。只要是有必要的，那麼刑法就會迅速地在這方面汲取適當的「教訓」，而藉由鬆綁(liberalization)來為原本文化上的外人提供本國法律(lex patriae)的刑法中的可能性。無論我們考量的是不同宗教信仰者或(甚至是有戰鬥精神的)無神論者、是對社會或國家的批評、離婚、同性戀以及性解放，「偏差行為」非但已不再是一種罪行，而且已在刑法中顯得無足輕重了。

另一方面，我們也不應忽略一個事實：複多文化體和全球化本身的這兩種有力模式，已經存在了很長一段時間——在古代是亞歷山大軍事勢力的興起，後來是羅馬帝國的擴張，以及更後來是基督教以及伊斯蘭教的傳播。而從發現新大陸、殖民以及世界貿易以來的發展，也都是我們所熟悉的。在所有這些發展過程中，就產生了如何對待外人的問題，特別是在刑法如何對待「極端的外人」的問題。回應模式在古代就被提出了，而在今天

刑法與文化傳統以及「價值系統」的關聯特別密切，這也就是為甚麼人們對於建立一種歐洲單一刑法總是持保留態度。然而，至少從漢摩拉比法典以來的成文法中，我們得知，法律所關切的利益如生命、財產和名譽，幾世紀以來都是刑法中所保障的。

仍然有討論的價值。其中兩種模式對我們來說尤其熟悉，即使我們沒有受過任何特別的知識訓練。

第一種模式來自《舊約》：「和你們同居的外人，你們要看他如本地人一樣。」<sup>②</sup>根據這條規則，外人不應該被更好地或更壞地對待。他們不服從於任何特殊的法律，而是服從〔和本國人〕一樣的法律。這小節接下來更確定了對人本意向的強調：「……並要愛他〔按：即指陌生人〕如己。」這種根據一個人自己經驗而來的好客 (hospitality) 的概念，提供了平等互待的理由：「因為你們在埃及地也作過寄居的。」古代以色列的實際情況<sup>③</sup>，是強制外人服從行割禮的要求，並服從社會中所有 (男性) 成員所必須服從的其他戒律。一方面對外人採取基本的開放，而另一方面為了接納他們，又採用了一種固定的體系。單憑經驗顯然並不是充分的論據。為了避免合法性〔的討論中〕通常立即可見的錯誤，也就是從實然裏錯誤地推論出應然，就需要一種另外的、真正的道德元素。然而，這種元素可以是不證自明的，以至它根本不必被明說出來。

對於上述的《聖經》章節來說，這種元素可以是一種消極解釋的金律 (the Golden rule)：「己所不欲，勿施於人。」<sup>④</sup>這條規律，一個基本的互惠原則，可以跨文化地運用在經驗關係裏，也可以運用於合法性問題裏。經驗上來說，這規律是跨文化的，因為它可以在許多種為我們所熟知的文化中被找到，例如孔子和泰利斯、古希臘七賢之一、印度的民族史詩《大戰詩》<sup>⑤</sup>，以及《舊約》和《新約》<sup>⑥</sup>。就合法性方面來說，金律之所以是跨文化的，是因為它並不設定任何特定文化的要求。從這兩方面觀點來看，金律

形成了人性道德資產 (也就是正義的遺產) 的一部分。

然而，平等互待卻能被證明是違反人性的。服從當地法律的外人喪失了遵循他們自己風俗習慣的權利。如果這些風俗習慣已經成為第二天性，那麼外人甚至得冒着被刑事懲罰的風險。舉一個無害的例子來說：一群移民者要去釣鱒魚，因為這在他們祖國哈薩克已經是一種被承認的權利，所以他們不知道釣鱒魚的行為是錯的。然而也有會造成傷害的例子，例如和未成年者發生性關係，外人之所以會和她們發生性關係，部分是因為「水到渠成」 (simply started at some point)，部分是因為在他們的祖國，年輕女性並未受到充分保護、因而被認為是「無主獵物」 (free game)。

想要避開刑法訴訟，就必須和自己的風俗習慣相疏離，而服從於另一種風俗習慣。在這裏就產生了一個兩難，兩種文化相遇時的法律兩難：任何法律體系都有的一項基本正義原則——也就是平等互待，有變成不平等互待之虞、從而有時會對外人產生不正義。一個國家裏的人民可以追求自己的風俗習慣，然而外人卻必須服從這種原先陌生的、而且常是扞格不入的風俗習慣。這種文化際的法律兩難，是以平等對待和服從之間的衝突為基礎的——儘管在刑法關係中，風俗習慣通常並不會特別被考量。我不想談歷史中是否真的有人因犯了這種對他們來說是外國的罪而受罰。例子可以舉，但這情況發生的多寡則是另一個問題。

這種法律兩難——至少原則上——是羅馬帝國所熟悉的。羅馬帝國是一個多國家的聯合，下轄有無數享有或多或少自治、而僅以契約歸順於羅

一個國家裏的人民可以追求自己的風俗習慣，然而外人卻必須服從這種原先陌生的、而且常是扞格不入的風俗習慣。這種文化際的法律兩難，是以平等對待和服從之間的衝突為基礎的——儘管在刑法關係中，風俗習慣通常並不會特別被考量。

馬的國家，因此，羅馬帝國表現為一個由多民族所組成的國家，包含着一個高度複雜而——用今天的話來說——「多文化的」社會。羅馬帝國提供了更進一步的回應模式，例如一部特別的民族法 (a special law of nations)。羅馬的萬民法 (jus gentium) 並不是指各民族間的 (公) 法 (jus inter gentes)，而是指國際私法，主要是商法。不過，確實也有種國際公法已經在邊際處出現了，像派遣使節的法律和國家的締約。和羅馬本國內的私法 (民法，jus civile) 相反，萬民法是各民族所眾知的文化際的法律，依經院哲學的說法，這是因為所有人類都共有一種自然理性 (naturalis ratio)。例如，關於義務 (包括買賣、租賃、經營等等)，一個人訴諸忠誠 (fides) ——信守諾言的義務，這是可以應用於全人類的，而無關於族群或宗教背景，而且這最初是由諸神所保障的。忠誠作為文化間的義務，是很可以用來對待外人的。羅馬並不以羅馬法或——至少就各種不同的民族之間的關係來看——外人

自己的法律來對待外人 (hostes，後來稱peregrini或外地人foreigners)；相反地，羅馬訴諸眾所周知的法律，這樣，古代以色列的疏離／屈從的明顯危機，便不再出現了。

由於考慮到外國法的經驗，所以歷代的萬民法就有了補充及修正，以致西元二世紀時的羅馬法官蓋伍斯 (Gaius) 能將之描述為一種所有 (文明的) 民族皆承認的國際法、甚至近乎世界法 (omnes populi qui legibus et moribus reguntur) ⑦。萬民法所不適用的地方，沙流士 (Sallust) 認為就是不道德的、無法律的以及沒有規則在運作的 (neque moribus, neque lege, neque imperio cuiusquam regebatur) ⑧。然而，如果有一個中立而同時對文化際現象具敏銳度的觀察者，那麼他會看出：這樣的詮釋是一種法律文化帝國主義的遺迹。之所以沒有「絕對的法律文化帝國主義」，是因為這種「羅馬法」和羅馬城邦國家裏少數人適用的法律 (即民法) 並不一致。萬民法在一定的時期內發展，並適用於很多 (但非所

羅馬的萬民法並不是指各民族間的 (公) 法，而是指國際私法，主要是商法。和羅馬本國內的私法 (民法) 相反，萬民法是各民族所眾知的文化際的法律，依經院哲學的說法，這是因為所有人類都共有一種自然理性。



有)的民族,除了具有文化際的特性之外,它並不那麼放諸四海而皆準(日耳曼族群、非洲黑人、更不用說北美原住民,都是被忽略的)、足以把任何別種的法律條款都排除於整個的「法律」概念之外。

羅馬的刑法並不屬於萬民法之中。根據莫姆森(Theodor Mommsen)的經典著作《羅馬刑法》(*Römisches Strafrecht*),則我們傳統所認為的萬民法不適用於刑事判決,其實只和這樣的一個事實有關:正式的民法之狹隘的條款,並不適用於刑事判決<sup>⑨</sup>。這樣,我們就遇到了第三種回應模式。在這個模式裏,公民與外人之間的差別已不再適用了,因為「『犯罪』(crime)這個字眼,無論是公共的或私人的,已不再是針對公民,而是針對人」。因此,在羅馬時代,已然很清楚地有一個人權體系或普遍的人類刑法了——儘管只有客觀的法概念才是被承認的,而無主觀的法概念。無論是關於「道德、縱火、偷竊財產」的問題,羅馬人都只找尋「倫理的責任,而非犯罪者的個人地位(personal status)」<sup>⑩</sup>。必須對莫姆森做一點補充的是:由於上述這些犯罪行為被看成普遍的違法行為,因此在這裏已經暗藏了一個刑事萬民法了。即使關於「通姦的刑事處分這個廣義的概念——它包括了所有外國的婚姻關係」,也要以婚姻關係的本身來考量,而不是以羅馬民法中的婚姻關係來考量<sup>⑪</sup>。最後這個評述,展露了人權(或普遍刑法)的客觀體系的一個條件、一個相應於萬民法概念的條件:要避免霸權(hegemony)的風險,就不能使用地方的或地域的法律手段,而必須使用廣義的、超地域的法律手段。如果這個條件被破壞了,例如異教之罪:以教皇之名來反抗國

家之罪,那麼就明明白白是一個道德的錯誤和政治的災難。

第四個——不必然是另一種的——模式出現在羅馬的刑事裁判權裏。一個近似於刑法聯邦主義的現象——它符合於至今仍有效的「外人不判」(no alien judges)的要求,可以對人權的刑法體系有所補充:尤其是那些帝國東半部(即希臘或受希臘影響的地方)的人,他們對於文化和法律文化有相當敏銳的感覺,(所以)為歸順的城邦或國家保留了擁有自己刑事法庭的權利。

刑法的聯邦主義甚至也擴張到一些刑事犯罪上,因為並非所有犯罪在羅馬帝國的所有地區都被認為是刑事犯罪。這種令人驚異的刑事犯罪上的聯邦主義,可以從兩方面來詮釋:或者是(1)並非所有刑事犯罪都可以納入一個普遍的階序,因此有兩種犯罪:文化際有效的犯罪和特殊文化下的犯罪;或是(2)「最終地」,也就是:經過全面的考量後,只有普遍的犯罪。後者這種犯罪形態——當然並非全部,不過可能是大多數,諸如「道德、縱火、偷竊財產」,甚至可能也包括假冒——清楚地代表了刑事罪,以致它們在任何時間任何地方都應該受到懲罰。其他的就不那麼清楚代表刑事罪了。這裏,例如,如果在一個單一的社會中發生了一個行為,而這個行為在這個社會中不被認為是錯的,那麼它廣義而言也就不是犯罪,因而有時候就可以被大度地寬容了。法國天主教的生人祭獻被奧古斯都(Augustus)禁止了,但是這種禁制一直到很久以後才對羅馬公民有效<sup>⑫</sup>。

有一種問題是現代的、世俗的與疆域性的國家所感到陌生,但對於古代城邦卻是無可避免的。由於這樣的

在羅馬的刑事裁判權裏,有一個近似於刑法聯邦主義的現象,它符合於至今仍有效的「外人不判」的要求。這種聯邦主義可以從兩方面來詮釋:(1)並非所有刑事犯罪都可以納入一個普遍的階序;(2)「最終地」只有普遍的犯罪。這裏,「聯邦主義」模式允許地域特殊性。

問題，所以萬民法的私法變成必要的。由於人們之成為公民，既不是因為他們服從於一個疆域性的公共權威，也不是因為他們是一個族群的一份子，而是因為他們參與到一個法律與政治的聯合體之中，而且是因為人人所適用的法律是與宗教的和傳統的準則 (standards) 密不可分，因此，適用的並不是疆域的原則，而是個人人格 (personality) 的原則。每一個人，無論他住在哪裏——第五種回應模式，都依據原始的人格法律<sup>③</sup>。在這個意義下，民法就其字面意義和原始意義來說，指的都是那種適用於公民 (cives，即一個城邦 [civitas] 的成員)、而且僅只適用於公民的民法。jus civile這個字，並不是指作為私法而與公法對立的民法。

讓我們在這裏做一個暫時的結論。前三種回應模式共同分享了一件事：外人不得訴諸他們的差異性 (otherness)。外人之所以不得訴諸他們的差異性，根據古代以色列的模式，是因為他們必須被看成和當地人一樣；根據古羅馬的私法模式，卻是因為他們要被一個文化際所通用的法律來衡估；而根據古羅馬的刑法模式，則是因為這種模式開宗明義強調：人之所以為人，是因為人是人。第四種「聯邦主義」的模式允許地域的特殊性，而第五種模式，依當事人本國的法律來判決，則在當前仍有其重要意義。

### 三 個案研究

在羅馬刑法的模式下，外人是不得訴諸他們的差異性的。那麼，如果兩種文化對同一件事的看重程度不

同，或是同一件事在兩種文化中以極其不同的方式表現出來 (例如在性犯罪和婚姻的領域裏)，則會怎麼樣呢？我想透過一個例子的解析來說明。這個例子非常近似一個實際發生的個案：一位塞內加爾男性答應一對塞內加爾的父母，要把他們一位未成年的女孩帶到德國和他同住。不久後，這位男性和這位十六歲的女孩發生了性關係。

根據德國刑法，這位塞內加爾男性犯了強姦罪。德國刑法第174條規定，任何人「被託付以照顧十八歲以下之他人之責，而濫用監護之依賴關係，對後者進行性行為」，則應受刑事處分。如果犯罪者和受害者都是德國原住民，那麼判決當然是「有罪」。但是據這位女孩說——法官認為她是可信的，在塞內加爾的習俗中，一位男子把一位女子帶回家並且供養她，她就當然要在性事上「服從」他 (即她的供養者)。這位女孩強調，她的行為是自願而無強迫的。這個案子要怎麼判呢？

另一個個案是一位阿拉伯人，他在德國娶了第二位妻子，這在他的祖國是允許的，但在德國卻是重婚罪 (德國婚姻法第5條、德國刑法第171條)。這個案子的複雜度不止於此：這位阿拉伯人在德國結了 (第一次) 婚，然後只為了娶第二位妻子而回到他的祖國，娶了親之後又再回到德國和兩位妻子同住。

### 四 歐洲的或現代的法律道德：人權

「人權」概念的提出，是為了對上述那些案例做一文化際的討論，亦

西方對人權概念特別感到驕傲，這並非全無理由。不過，西方也不能忘記，這個概念要到很晚才被接受。而在其他地方，西方也首先創造了各種病症，諸如宗教上不容異說、專制國家以及殖民主義等，而人權正好是在對這些病症對症下藥。

如果我們在規範性方面仍然繼續文化特殊性的老路，那麼規約的概念仍然會保留下來。這個概念是反對任意和暴力的，它從一個普遍的層次來理解這種反對，因而可以使所有各部分都獲益。我們可以把這種規約稱為「法律的實踐理性」。

即，這個概念不需特別的文化前提就可以被證成。經常被訴諸的人性，例如希臘人、猶太人、基督教徒、穆斯林、佛教徒……等等，都顯然在人權上有其特別文化的利益。任何普遍性的論證，都必須從這些特殊中脫離出來，才能擺脫民族利益來談那些關鍵性的面向、那些描述的與規範的元素。這裏並不適合去詳細探究這兩個面向，提出一些例子應已足矣。

不過首先要對法律史加一註腳。西方會對人權概念特別感到驕傲，這並非是全無理由的。不過，西方也不能忘記，這個概念要到很晚才被接受：古希臘、猶太教和基督教、甚至早期美國，都是贊成奴隸制和婦女不平等的。而在其他地方，西方也首先創造了各種病症，諸如宗教上不容異說、專制國家以及殖民主義等，而人權正好是在對這些病症對症下藥。近來，西方也有些舊疾復發和倒退之勢。

如果我們在描述性方面，仍然繼續文化特殊性的老路，來尋找一種文化際的證成，那麼人類處境 (*conditio humana*) 及其研究 (人類學) 就依然照舊。就人類處境這方面而言，則我們仍然面對着一個風險，即：宣布某種普遍性的時候，它其實只是在一個特殊文化的層面才是有效的。對人類處境的普遍陳述是否可能，這是許多民族學與語言學理論家都相當懷疑的。例如，許多語言學家就不承認有任何獨立於具體語言之外的世界和人類結構。一些民族學家也支持啟蒙的批判者梅斯特 (Joseph Marie de Maistre) 所提出的激進文化相對主義，並——例如賀斯寇維茨 (M. Herskovits) ④等民族學家——反對普遍人權的概念。

這種懷疑主義所針對的是這樣一種想法：有一組利益代表了一般利益——即邏輯地優先的超驗利益——之可能性條件。即使如此做出的這種論辯模式是新的，但是哲學從一開始就對這種結論耳熟能詳了。其他文化亦然，事實上，它們都承認有「優先利益」。

邏輯的優先性——雖然是在無論哪一個文化中有效，可以由三個向度來證明。要發現這些向度，並不需要長久的研究或機巧的考量。反而，我們的日常經驗亦已足矣。更且，這些向度長久以來就清楚地是基本的人類學原則了。無論在任何文化中以哪種利益為主，下面的這些利益都顯然是到處都提出和追求的，也就是行動的條件、因而是人類不可或缺的條件：(1) 生命和身體，包括生命發展所需的 (物質) 條件；人類學把人在大自然中歸類為接近動物 (*zoa or animalia*)，這是正確的。(2) 語言與理性：人被看成是語聲的動物 (*zôon logon echon*) 或理性的動物 (*animal rationale*)。(3.1) 一種普遍的社會能力：人是社會動物 (*animal sociale*)；以及 (3.2) 一種特別的政治能力：人是政治動物 (*zôon politikon*)，包括法律 (*animal juridicum*) 和社群 (*animal politicum*)。

雖然對每一個向度都可以提出反對，但是這些反對也可以被反駁。要反對生命與身體具邏輯上優先意義的這個論題，可以提出殉道者和自殺者：他們以不同的方式把生命的利益予以相對化了。不過，由於即使殉道者和自殺者也都希望能決定他們為何、如何與何時要死——不然他們就是被殺了，所以生命和身體仍然是他們行為能力的條件，儘管不是「最高利

益」。在這三個描述性的面向上，法律以及——從道德觀點看來——法律道德，都是需要的。

如果我們在規範性方面仍然繼續文化特殊性的老路，那麼規約 (regulation) 的概念仍然會保留下來。這個概念是反對任意和暴力的，它從一個普遍的層次來理解這種反對，因而可以使所有各部分都獲益。我們可以把這種規約稱為「法律的實踐理性」(legal practical reason)。這種理性是在認知的三個成長階段中顯現出來的。第一個階段是法律的實現 (legal realization)，某些規則被引入；第二階段是法律的合法性 (legal legitimation)，人們的行動嚴格地遵照體系的判準；第三階段是法律的標準化 (legal standardization)，規則本身服從於 (第二階段的) 道德規則。

正義和規則儘管已知是在第一階段才引進的，但是權力的任意使用，卻早在之前已被拒絕了。幾乎在所有地方，人們都服從於某些具有道德性質的規則，例如保護生命和身體、財產和婚姻。法外的 (outlawed) ——即沒有任何法律保護的，只是那些被丟出法律社群之外的人。而這種丟出的過程 (它本身就是一個法律行為)，只是用來對付最嚴重的違法行為的。

既然上述的規則 (或者更準確地說，受規約的領域) 是與人權相符的，那麼我們就必須調整現代歐洲人的自我認知。現代並沒有發現 (所有) 人權，而只是一部分人權。即使現代或許引以為傲的宗教自由，也並不完全是新的。宗教的寬容在亞歷山大帝國就已實現了，早於奇羅斯 (Kyros) 治下的波斯帝國和羅馬帝國。在日本，神道教、佛教和基督教的和平共存——

不僅是社會上和平共存，更且是在同一人身上——也早已行之有年。有些元素是比較新的：奴隸的廢除、死刑的廢除以及男女的平等權。簡言之，現代性的特色不在人權本身，而在於對人權的全面承認。

那麼合法性呢？專就三個向度的第一個向度——人做為生物——而言，可以應用下面的論辯模式<sup>16</sup>：依照人的生物能力，由於他們可以舉起手來對抗其他人，也可以被其他人的手所傷害，所以人類既可能是潛在的受害者，也可能是潛在的暴力犯。法律的道德，對這種人類的基本社會處境 (conditio humana socialis) 提供了一個道德上適當的回應。根據人權的概念，就可以有一個主觀的主張：不要成為任何別人的暴力下的受害者，或者正面地說，這代表了一個生命與身體的權利。

要證成這個權利，單憑假設一種利益——即使是生命和身體的這種無可讓渡的 (超驗的) 利益——仍有未足。從利益本身，得不出別人也應該承認這個利益的主張。這種承認需要更進一步的論證，這種論證根據的是一項事實：只有當別人也承認相關的假定時，主觀的權利才能存在；人權與相應的義務息息相關。例如，我之所以有生命和身體的權利，是因為所有的別人都有義務去克制他們以暴力侵犯我的能力。

一般而言，一種作為，只有當它做出後會伴隨一種相對的作為時，它才可以被宣稱為合理的。宣稱為合理 (claims) 是由相互性 (reciprocity)、由部分與全體 (pars per toto) 之交換來予以合法化的。為了要把人權依其性質而證成為主觀權利，我們就必須揭露某種相互性，這種相互性之所以可以

現代性的特色不在人權本身，而在於對人權的全面承認。一個人權體系之所以存在，因為：(1) 利益只有在相互性中才能實現；(2) 在「相互性的體系」中，每一個人所宣稱合理的作為 (別人應該放棄使用暴力)，只有以相對的作為 (自己放棄使用暴力) 為條件，才能成立。

把人區分開來，只因為人是人。這個情況要能出現，我們就必須實現一種所有在相互性中和經由相互性所連結的人都無可讓渡的利益。在利益無可讓渡而又與相互性緊密結合的情況下，必然性 (indispensability) 就轉成相互性；相互的交換本身就是不可避免的。一個人權體系之所以存在，並不是因為每一個人的存在都以生命和身體為一個 (優先的) 利益，而主要是因為：(1) 利益只有在相互性中才能實現；(2) 在「相互性的體系」中，每一個人所宣稱合理的作為 (別人應該放棄使用暴力)，只有以相對的作為 (自己放棄使用暴力) 為條件，才能成立。

這個對相關論證的簡單描述，說明了人權 (無論在哪一種文化之中) 可以如何用它們的描述的和規範的構成內容而被證成。在此我有意地談 (複數的) 人權，而不使用定冠詞。如果用定冠詞「the」人權，我們就標明了各種權利之中的一個特殊範疇——而它通常會有特殊文化因素滲入。由於我們知道：並非所有以「人權」為名的權利都是真正的人權，所以上面所簡述的證成，其實包含了人權的一個判準，而把創造一個人權範疇的工作，留予了第二序的考量。

蔡慶樺、孫善豪 譯

### 註釋

① 關於這問題的討論，參見Thorsten Sellin, *Culture, Conflict and Crime. A Report of the Subcommittee on Delinquency of the Committee on Personality and Crime* (New York: Social Science Research Council, 1938).

② 《聖經·利未記》，第十九章三十四節。

③ Christiana van Houten, *The Alien in Israelite Law* (Sheffield: Sheffield Academic Press, 1991), 160ff.

④ *Tobias* 4:15

⑤ *Mahabharata* XIII, v. 5571ff.

⑥ 《聖經·馬太福音》，第十七章十二節；《聖經·路加福音》，第六章三十一節。

⑦ Gaius: *Die Institutionen*, trans. J. Lammeyer (Paderborn 1929); Latin: *Gai Institutiones*, published by M. David (Leiden, 1964).

⑧ Sallust, *The Jugurthine War*, trans. S. A. Handford (Baltimore: Penguin Books, 1963).

⑨⑩⑪⑫ Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht* (Leipzig, 1899), 119; 118; 119; 122.

⑬ Tomasz Giaro, "Fremde in der Rechtsgeschichte Roms", in *Fremde der Gesellschaft. Historische und sozialwissenschaftliche Untersuchungen. Zur Differenzierung von Normalität und Fremdheit*, ed. M. T. Foegen (Frankfurt am Main, 1911), 39-57.

⑭ M. Herskovits, "Statement on Human Rights", *American Anthropologist* 49 (1947): 539-43.

⑮ Otfried Höffe, *Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996), chaps. 2-3; see also Otfried Höffe, *Political Justice*, trans. J. C. Cohen (Cambridge: Polity Press, 1995); 中譯本請參赫費著，龐學銓、李張林譯：《政治的正義性——法和國家的批判哲學之基礎》(上海：上海譯文出版社，1998)。

赫 費 (Otfried Höffe) 德國杜賓根大學 (Universität Tübingen) 哲學教授