

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫 **期中進度報告**

台灣審判實務中的「法律多元關係」  
---以民事與家事案件為例（第 2 年）

計畫類別：個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：NSC 97-2410-H-004-174-MY3

執行期間：2009 年 8 月 1 日至 2010 年 7 月 31 日

執行機構及系所：政治大學法律科際整合研究所

計畫主持人：王曉丹

計畫參與人員：吳培菁、勤定芳、江可捷、黃國媛、劉邦揚

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)：精簡報告

中 華 民 國 99 年 5 月 31 日

# 報告目錄

報告內容

一、前言

二、研究目的

三、文獻探討：法意識與法文化

四、研究方法：法學研究與實證方法

五、結果與討論（即將發表文章）

成果報告自評表

# 報告內容

## 一、 前言

本報告乃三年期計畫的第二年計畫報告。第二年的規劃延續第一年的成果。第一年的研究方法為選定某一地方法院民事調解庭的觀察，觀察土地案件、家事案件以及損害賠償案件的調解過程，藉以說明審判實務中法律概念以及法律論理如何與民間糾紛以及民間生活世界交錯。

第二年除了擴大田野的範圍，從除了第一年鎖定在「調解」而第二年鎖定在「訴訟」之外，第二年也發展了一些新的法學實證研究方法，包括「法庭觀察」、「判決檢索量化與質化分析」、「個案研究」、「卷宗分析」等。

同時，綜合第一年以及第二年的田野調查，報告人不禁反思，要適當分析這些實證資料，方法論的發展是重要的。因此第二年著重在從實證資料中發展法學研究與實證方法論。必須有方法論的基礎，第三年才得以撰寫個案類型的研究報告。最後才有可能發展本三年期計畫的核心內涵，也就是台灣審判實務的法律多元關係。

## 二、 研究目的

法庭現場是一個法律世界與生活世界交會的現場，第二年的計畫目的為在方法論的層次找到一些可以操作的概念，以便於理解二者的交會甚至落差。

在方法論的層次第二年計畫發展了關於「法意識與法文化」的研究。除了爬梳西方文獻、理論及其運用可能性之外，也回顧與展望了台灣本土研究的發展路徑。最終的目的在於思考台灣法律繼受的歷史背景之下，法律如何與社會融合，其過程必然是一個法意識轉變或者法文化變遷的過程。第二年的計畫目標就是要在轉變過程發展適合於台灣的法治模型，在此模型的定位之下，得以理解現實社會與法庭上人民的掙扎與抗爭之意義，也得以在文化的脈絡之下提供有用的學術想法。

## 三、 文獻探討：法意識與法文化

### 1. 西方文獻、理論及其運用可能性

法意識研究在英語世界已經有將近五十年的歷史。首先是1960年代以及1970年代關於法律態度的研究(law as attitude)，主要乃從法治的需方切入(access to law)，研究人們對法律的看法(the perception of law)，也就是KOL (knowledge and opinion of law)的研究(Auber; Dahrendorf; Mayhew)。例如，Carlin、Howard & Messinger (1967)主張民眾欠缺法律能力(legal competence)，因而欠缺權利認知並且無法產生意願去運用這些權利。

糾紛過程(disputing process)的研究使得法意識研究產生轉向，讓研究者

注意到法律態度會有過程階段性的不同。這主要受到經典法人類學關於第三世界社會的研究，包括 Llewellyn & Hoebel (1940s)、Gluckman (1950s & 1960s)、Abel (1973)、Galanter (1974)、Jacob (1969)、Nader (1960s & 1970s)。此種研究影響了美國學術社群的興趣，1970 年代以及 1980 年代產生使用此種方法研究美國社會的轉向，將研究興趣從行為轉向意義(from behaviour to meaning)，其中最經典的便是 Miller 以及 Sarat (1981)所創建的糾紛金字塔(disputing pyramid)理論模型。

與此同時，當研究者開始從整體的角度把握糾紛過程，便開始注意法文化的議題(Friedman 1989; Macaulay 1987)，再加上新馬克思主義社會學家(Alan Hunt 1985; Douglas Hay 1975; Stuart Hall 1978)，形成著名的批判法學派(critical legal study)的研究，著重於法律意識形態的分析(ideological analysis of law)，論述法律與霸權(law and hegemony)的關聯性。此種研究受到 Foucault 解構知識/權力之理論的影響，將法文化當成是由許多歷史文化遺跡所刻劃出、藉由知識形式所建構的多元傳統(Merry, 1988)。此種理論脈絡運用在後殖民社會，研究焦點在於社會關係、社會實踐以及論述，從中理出法文化與霸權的關係(Comaraff 1992)，同時被運用在美國的批判法學種族理論(Matsuda 1987; Crenshaw 1988; Williams 1991)以及批判法學性別理論(Bartlett & Kennedy 1991)上面。

研究法文化的議題，有一些研究者帶有強烈的實踐性關懷，也就是另外一個理論脈絡法律動員(legal mobilization)理論的發展。例如，Scheingold (1974)關注美國法律意識形態的社會實踐，並且評估以權利論述促進社會變遷的正面與負面意義。McCann (1994)研究女性薪資平等的議題，從人們的論述以及對事務的理解出發，發現人們法意識受到社會動員集體行為的影響，並同時也受限於法律社會動員的意義架構。

結合上述對法律態度的研究、著重糾紛過程法意識的轉變、法意識形態與霸權的關係、法律社會動員的討論，本文所採取的是近來受到歐陸理論影響而在美國學界具有影響力的研究取徑，也就是將法律當成一種文化實踐(law as a cultural practice)。法意識不是指個人的意識傾向，或者是理念想法，法意識乃一種社會實踐的類型，反映並且形成社會結構。法意識指的是在社會關係之中人們對法律的理解以及法律的社會意義，而這些通常已經具有模式化(patterned)、穩定性(stabilized)以及客觀化(objectified)的特徵。

在方法論的層次上會以 the common place of law: stories from everyday life (Ewick and Silbey, Chicago 1998)的理論為基礎。惟使用這個理論的同時，必須要注意到其所談的是美國公民日常生活中合法性的社會實踐，其所創建的三個法意識文化基模(cultural schema)-法律之前(before the law)、運用法律(with the law)、反抗法律(against the law)不一定適用於華人文化圈(應該說一定不適用)。運用這個理論應該僅就其所發展的方法論的部分，也就是這個理論將法律當成是一種文化實踐(cultural practice)，是一個意義建構的過

程。社會建構乃由文化基模(cultural schema)以及資源(resource)組成，研究法意識的文化基模與資源，其目的乃是要探問社會結構的來源以及得以傳遞的基礎，並且從中找到改變的可能路徑與關鍵。

這本書的論述主軸乃在批判西方社會二元對立結構(duality)，而霸權(hegemony)主要乃藉由此二元對立結構而得以維持以及延續。以西方社會的發展來說，國家的產生乃是為了對抗宗教的力量而來，而當國家取得主導地位，只得發展出社會(the social)，作為制衡國家的力量。在不斷的二元對立當中，西方社會不斷地進展，但是最終發現其中「二元對立」的結構始終沒有任何突破，甚至成為維繫霸權的重要基礎，而此種二元對立的基礎結構也就成為主宰整個社會的意識型態。

反觀兩岸四地文化的發展，如果沒有西方社會的二元對立結構，也沒有二元對立結構爭議下對於真理(truth)的堅持，到底是甚麼因素使得霸權結構得以維持？甚麼因素使得人們看不見規範(社會實踐)的不公平？甚麼因素使得人在制度中的處境無法被談論和改變？

## 2. 台灣研究的回顧

台灣關於法意識的研究，主要以政大法律系成員為主，從 1980 年代開始已經有二十多年的發展歷史。

蘇永欽於 1985 以及 1997 年分別進行了大規模的問卷調查法治認知與法律態度的研究，抽樣方法以多段分層系統抽樣法，將台灣地區人口區分為八層，1997 年的研究問卷中加入有關政治認知、政治參與及民主價值觀等問題，嘗試將法治意識與民主發展放在一起，思考其中可能的關聯性。KOL 的調查發現台灣人民對法律、法律職業與司法程序的認知程度都相當低，對司法制度與法律職業的信任也不高，十年間雖經司法當局的努力改革，並無顯著改善。

陳惠馨於 2000-2004 年進行了四年的法律人法意識之建構的研究，透過問卷調查、深度訪談以及焦點訪談的方式，實際了解法學教育的教學內容以及方法(包括十一個法律科目)，以及對於學生的意義與影響(除了十二所大學法律系在學生之外，包括畢業十年的律師、法官、行政機關人員、企業法務、以及其他工作)。從這些研究資料，研究者發現存在於台灣法學界法律人意識中的許多矛盾、質疑、不滿與掙扎，也因此能夠進一步分析此種法意識結構上存在以及得以維繫下去的原因。

王曉丹於 2006-2007 年以非參與觀察的方式旁聽保護令法庭審理過程，針對 30 個個案法庭現場的對話，從法庭上法官、聲請人、相對人、以及證人的話語，分析保護令申請人透過糾紛的法律運作過程，因為法律語言介入的重新詮釋，從中理解聲請人於法律實踐中之法意識以及此種法意識是否有所轉變。進一步而言，此研究從受暴婦女理解自身處境法意識的轉變中，評估家庭暴力防治法改變社會現實的能量，開展法律與社會變遷的議題。

#### 四、 研究方法：法學研究與實證方法

本計畫將研究助理納入研究團隊，一方面充實田野調查，同時也訓練研究助理的研究能力。團隊共計五人，每位研究助理皆從事法庭田野觀察、卷宗閱讀以及判決檢索，並操作上述資料的初步分析，至於進一步的當事人訪談及律師訪談則由研究主持人帶領一位助理進行，由助理全程錄音並且逐字謄寫。

案件類型區分為五大類，每類由一位助理負責，主題分別為：國家賠償案件、勞資糾紛案件、家事離婚案件、性騷擾案件及醫療案件等。每一個案例類型在這一年的研究過程皆鎖定一個典範案件（leading case），在此一個案當中發展相關的研究主題以及法律多元的各種面向。

進行的方式乃每月定期召開國科會計畫月報會議，於該會議每位助理負責報告國科會該月所為的資料蒐集和田野分析報告(以簡報方式(PowerPoint)呈現並口頭報告，於會後繳交書面法庭觀察報告及分析報告為歸檔)，會後進一步確認下個月研究進度，藉由研究團隊的方式進行此計畫，從中搜集多元的案件類型，以求建立更全面性及客觀的本土法律社會實證觀察。

每月月會的討論，主要目標在於發展台灣法學實證研究的研究方法，以及從所蒐集的資料中，發展理解法庭實務運作的觀點，以及從文化的社會生活面向，探討實務運作和學術理論間的落差，以及社會生活與法律論證之間的落差。更進一步，在不同案件類型的分別報告與交叉討論當中，分析當事人及法官所面臨困境，不但描繪當事人法意識，並探討與社會傳統文化脈絡間的關聯性。

就五大案件類型為主，希以觀察如下法律實務運作現狀：

1. 國家賠償案件：法官以及主張權利者的規範困境
2. 勞資糾紛案件：法律與社會關係民主化
3. 家事離婚案件：法律自我與文化糾葛
4. 性騷擾案件：社會個人關係轉化變遷的過程
5. 醫療案件：專業法庭案件實務運作的困境

檢附國科會每月月報會議紀錄：

時間	開會議程	目標
2009年 8月	1. 確定每人大約要觀察的案例類型 2. 該案例類型初步的判決檢索 3. 口頭報告初次法庭觀察的結果	藉由觀察法庭現場多元法律關係，從中嘗試論述社會脈絡下的社會關係，及多元西方法律理論和多元社會文化既有規範間彼此互動的過程和衝突。
2009年 9月	1. 說明今年國科會計劃的進度及預計完成成果。 2. 每個人各自報告自己的田野調查成果和分析角度。	嘗試於各自負責案件類型(家事案件、勞工案件、國家賠償案件、醫療案件及侵權案件)及社會文化關係下找尋「典範

	3. 綜合討論。	案例(leading case)」，並對案件當事人進行訪談和嘗試取得當事人同意授權卷宗相關資料為研究。
2009年 10月	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 從本次個人需為繳交的數個田野報告中，選出一則完整的法庭對話逐字稿(若有訪談相關紀錄，需一併為準備)，以此則法庭對話逐字稿跟團隊分享。</li> <li>2. 討論進行法庭觀察所面臨問題。</li> <li>3. 重新評估蒐集案件類型及預計蒐集案件樣本數。</li> <li>4. 法庭觀察其他地點的可能性(目前集中法庭觀察地點於台北地方法院及士林地方法院等地)，若需要一些較富鄉土色彩或文化的案件類型，或許可至其他地區做觀察。例如：板橋地院或是桃園地院。</li> </ol>	綜合八月和九月各助理進行的法庭觀察成果，以簡報方式(PowerPoint)開始進行初步分析，就法庭觀察現場的逐字稿(當事人間對話或是法官和當事人間的對話)，嘗試為當事人兩造及法官的法意識分析。
2009年 11月	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 報告各自案件類型的田野調查狀況，並於會議中報告一個田野調查案件。</li> <li>2. 就自己的案件類型，提出認為可以做的判決搜尋方法及分析方法。</li> <li>3. 討論及調整田野調查的每月繳交件數和取決方式。</li> </ol>	綜合說明案件類型於該領域相關案件為法庭上法意識分析的方式及可能性。
2009年 12月	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 用大綱模式進行判決整理(以Word檔)。</li> <li>2. 判決檢索 data 的分析，可以為呈現方式。</li> </ol>	進行案件類型判決檢索，開始進行質化搭配量化分析評估，嘗試就所提出的問題意識找尋可能的解釋及研究發展方向。
2010年 1-2月	繼續做判決檢索，以簡報方式為呈現量化和質化資料，提出相關問題意識和觀察分析。	就案件類型為定位及發展相關社會文化觀察分析之概念，嘗試就判決檢索分析和典型案件作結合。
2010年 3月	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 報告研究過程和研究發現(Coding)。</li> <li>2. 說明研究判決資料量化和質化分析的可能性。</li> <li>3. 討論四月份國科會計畫嘗試將量</li> </ol>	製作 Code Book 並以 SPSS 軟體進行量化分析，挑選變項進行交叉分析，為相關性的數據分析。

	化和質化分析結果文字化的呈現方式	
2010年 4月	1. 口頭報告初步就質化及量化資料為結合分析的成果。 2. 提出目前初步已完成的文字撰寫。 3. 法律文化分析的可能性。	就各自案件類型的問題意識，結合前兩個月質化和量化成果進行文字描述，交代搜索步驟和初步分析多元法律關係的可能性。
2010年 5月	卷宗與資料整理分析報告。	從典範案件的相關卷宗資料為閱讀，從中體察當事人的法意識及其事件背後的文化脈絡，進一步嘗試結合學術理論和法庭實務運作。
2010年 6-7月	綜合報告法庭觀察、判決檢索量化質化分析、典範案例研究、卷宗閱讀的資料蒐集以及初步分析	從各案例類型的報告中，發展進一步撰寫學術論文的步驟。

## 五、 結果與討論

請見以下即將發表在月旦法學的文章。題目為〈法學研究與實證方法論：法意識與法治模型研究〉，這是即將連載的三講文章其中第一講，另外第二講與第三講的題目分別為〈法學研究與實證方法論：法律、個案與權力〉以及〈法學研究與實證方法論：作為一種政策的法律〉。這三講乃是報告人在田野調查的過程中，所發展出來的研究方法論，作為三年期計畫中第二年計畫的主要成果，預計於2010年底在月旦法學完整連載。

### 法學研究與實證方法論（第一講）

#### ：法意識與法治模型研究

王曉丹\*

壹、發展回應社會的法學知識

貳、法意識與法治模型研究（第一講）

一、法律的繼受與融合

---

\* 「法學研究與實證方法」將發表一系列三講的文章，此為國科會三年期研究「台灣審判實務中的法律多元關係——以民事與家事案件為例」(NSC 97-2401-H-004-174-MY3) 第二年的研究成果。感謝研究助理吳培菁、勤定芳、江可捷、黃國媛的協助。

- 二、法律文化的變形與轉化
- 三、理論建構：法意識與法治社會
- 四、例示研究：傳統與文化下的女性繼承權
- 參、法律、個案與權力（第二講）
  - 一、超越法律與社會二分的理解
  - 二、個案研究與糾紛分析
  - 三、理論建構：法院個案與法律之權力研究
  - 四、例示研究：法律建構下的離婚男女
- 肆、作為一種政策的法律（第三講）
  - 一、法律立法學與預防學
  - 二、從法律邊緣化到法之社會融合與溝通
  - 三、理論建構：法律、國家與社會
  - 四、例示研究：法案之性別影響評估

## 壹、發展回應社會的法學知識

從學科的本質來說，法學學術與法律實務之間具有高度的關連性。台灣的發展經驗法學學術與法律實務之間的關連性，可以說是一個不斷「納入社會」的過程，而在每一個新的社會面向成為法學處理的課題時，勢必造成研究取向或研究方法的轉變。

學者將台灣法學研究者 2000 年之前初分為三個世代<sup>1</sup>。第一代的法學社群指戰後原受日本法學教育或從事司法實務的臺籍人士加上大陸來臺法學人士，當時的法學者肩負法律制度的建立與鞏固任務，許多教科書的出版使得法學研究本身獲得肯認，當時研究主要在於法律概念引介以及法律條文的「翻譯」以及「註釋」，而得以回應司法界對於特定法律領域「系統性」理解的需求。第二代的法學社群大都留學德國，並於 1960 年代末或 1970 年代回國任教，當時的法學研究大量引進外國（由其是德國）的法學學理，已經有能力評釋最高法院判決，或者以法律議題為核心，不但回應司法實務界在現實中的難題，也給予其法律理論的建構可能。第三代的法學社群，乃是於 1980 年代以後自國外留學返國投入各大學與學術機構的法學研究者，此時正值台灣政治解嚴經濟發展的年代，學者開始以法學理論為基礎投入社會改革與法律體制的建構工作，除了公法學者在政治環境變遷之下可以在憲政體制以及基本人權上面進行論述，不同領域的法學者也可以以學

---

<sup>1</sup> 葉俊榮，法律學學門成就評估與展望，科學發展月刊，27 卷 6 期，607-613 頁，1999 年，參考網址：[www.nsc.gov.tw/hum/public/Data/68916253771.doc](http://www.nsc.gov.tw/hum/public/Data/68916253771.doc)。

者的身分參與政府機構或者民間團體，對於社會變遷之下制度的發展提供建言並且發展專業知識。<sup>2</sup>

如果說第一代著重在法律實務裡運用「法律概念」的合理性，第二代著重在法律實務與「法律理論」的對話，第三代則是以實際的社會經驗發展法學理論的深度與廣度。法學研究的發展實際上是一種回應社會變遷之下的產物，然而，在台灣社會快速變遷之下，法學界也逐漸明白，要回應司法實務界並且展開更深入的對話，除了判決評釋之外，可能還要發展其他的研究方式；要建構本土的法律理論恐怕要深入外來法律的發展即歐陸法律史<sup>3</sup>，也要對於本國法律的發展即中國法制史或台灣法律史<sup>4</sup>有所認識。

法學學術要因應上述轉換，的確需要一個研究方法或者方法論上的轉向，簡言之，法學研究並非只是靜態地理解外國法制或者純粹規範概念的衍義活動，法學研究必須發展法律與社會研究的概念與框架。近年來法學界也已經開始使用社會學研究方法（方法論）來回應這個議題，大致上可以分為以下幾個區塊：

- (1) 台灣法實證研究資料庫 (Taiwan Database for Empirical Legal Studies, TaDELS): 國科會委託臺灣大學法律學院，由顏厥安主持，於2006年起逐步展開以服務學術研究為主旨的臺灣法實證研究資料庫的規劃與建置工作，來提倡法實證研究。在TaDELS計畫團隊的努力下，陸續建置了台灣日治時期統計資料庫、法律與社會變遷調查資料庫、法律文件及影像資料庫等子資料庫。其中，台灣日治時期統計資料庫的建置是為了強化法實證研究的在地歷史縱深所進行的研究資源整合與推廣。目前已有專屬網頁：

---

<sup>2</sup> 已經有學者指出我們過去所面臨的問題包括研究者從太過於單一而靜態的面向理解法學，將精力著重在「翻譯」外國法制（法典），或者本國法條的「註釋」；另一方面，研究者不太關注現實法規範的運作，最多將現實法規範的運作定位在法院實務判決，而法學研究主要在評釋某些特定具有法律議題意義的判決（以最高法院的判決為主）。法學研究高度依賴外國文獻的結果，便是無法與社會或其他學門有所交流與溝通，蘇永欽將之歸咎於「外來的法律」、「無根的專業」、「尊儒的傳統」以及「威權的統治」。參見蘇永欽，法學發展與社會變遷，司法改革的再改革——從人民的角度看問題，用社會科學的方法解決問題，月旦出版社，1998年，397-403頁。

<sup>3</sup> 例如陳惠馨開始研究德國法制史，發現我們所繼承的德國法律制度並非靜止不變，而是不斷變遷，而它本身也經歷了繼承羅馬法的過程。陳惠馨，德國法制史——從日耳曼到近代，元照出版，2007年。

<sup>4</sup> 王泰升開始積極而大量地發展台灣法律史的描述與分析，除了史料的蒐集與處理之外，也建構了清朝治台之前的階段（複數法律文明併存期）、清治時期、日治時期、國治時期等歷史分期的法律史論述。將清朝治台之前的階段，分為原住民族自治時期、荷治時期、以及鄭治時期；日治時期(1895-1945)分為以殖民地特別法為主(1895-1922)以及以日本內地法為主(1923-1945)兩個時期；國治時期又可分為法律體系的承接(1945-1949)、威權國家的法律(1949-1987)、以及法律的自由化與民主化(1987-2000)等三個時期。參閱王泰升，二十世紀台灣法律的發展：邁向一個自由民主的國家，台灣法的世紀變革，元照出版，2004年，1-38頁。

<http://tadels.law.ntu.edu.tw/news.php#>。

- (2) 犯罪學與刑事政策研究：國內警察大學或者各大學犯罪學研究所，針對台灣地區的犯罪與刑事司法進行討論，除探究台灣地區犯罪現象的相關因素，呈現生活型態理論的實證資料之外，並對台灣地區犯罪之縱貫性研究的獨特發現加以闡述。此外法學界亦有學者開始關注刑事政策的面向，包括刑事程序、刑事處遇如監獄、以及修復式司法等議題。
- (3) 家庭與性別研究：陳惠馨在其 1996 年出版的《親屬法諸問題研究》以及 2006 年出版的《傳統個人、家庭、婚姻與國家》2008 年出版的、《法律敘事、性別與婚姻》，就結合中國法制史、司法判決實證分析、以及社會運動的面向，擴大法學研究的射程範圍；此外中正大學從 2004 年開始，由施慧玲至今連續七年每年舉辦「家庭法律社會學」的大型研討會，後面幾年亦邀請國外學者參與；近年來從事女性主義法學或者家事法研究的年輕學者，亦有不少採取法與社會科學整合的研究取徑，嘗試與不同領域的學者合作，為法學界開展新的研究內涵與方法。
- (4) 法意識與法文化研究：1985 年以及 1995 年，蘇永欽便兩次針對人民對司法的態度展開過法意識的調查研究，開起風氣之先，啟發往後的學者；陳惠馨於 2001 年至 2005 年總策劃主持之「法律人法意識之建構—台灣法學基礎教育現狀之檢討與前瞻」計畫，根據不同的法領域，由 11 名法學教授分工進行，針對法學的教學與研究其中法律人的法意識，並以此作為檢討與改革的基礎；政大基法中心於 2009 年的頂尖大學計畫亦以法律繼受與法律文化為主題，進行跨國的交流、合作與研討。
- (5) 政府單位的調查研究：政府近年來也進行不少的調查研究，以資作為瞭解法律運作實況的參考，例如司法院所陸續進行的「民眾對法院服務滿意度調查」、「律師對司法改革滿意度調查」、「臺灣民刑事審判意見調查」、「少年暨兒童非行事件調查」，又例如勞委會也曾數次進行「兩性工作平等狀況調查」，以檢視兩性工作平等法的實施成果。
- (6) 法律科際整合：目前國內僅台大以及政大分別成立「科際整合法律研究所」以及「法律科際整合研究所」。以政大為例，法科所的目標是先在一些特定的法領域裡面進行科際整合的創新。例如法律與工程的整合可以說是在法學中加上「預防學」的觀念（契約書的草擬）以及「問題解決」的面向（訴訟外糾紛解決）；法律與醫療的整合可以說在法學中加上「專業倫理」以及「司法實務運作」的整

合性面向；法律與企業的整合可以說在法學中加上「跨領域專業對話」以及「企業現實制度設計」的面向；而法律與性別或者法律與文化的整合可以說是在法學中加上「法律、權力與社會結構」以及「法律與社會變遷」的面向。

- (7) 法學實證研究研討會：交大科技法律研究所在劉尚志的領導下，從2006年起至今已經舉辦了五屆的「法學實證研究」研討會，不但結合司法實務界的資源，也將觸角伸入產業界、科技發展、行政組織等各種法律實踐的場域，近年來以六大科技法律議題為主。此外，中央研究院於2008年舉辦「司法制度實證研究」國際學術研討會，邀請10位國際知名的法學實證研究 (empirical legal studies) 專家，就研究成果進行對話。

在法學界深化法學研究與實證方法這一波的潮流中，有一個方法論上的危險必須引起各界的注意。法社會研究乃為了突破法釋義學可能的殖民困境<sup>5</sup>，因而提倡放棄純粹條文、判決見解的比較性研究，而著重在本國法律與社會的實證性或經驗性研究。然而，法社會研究亦需要理論與概念，大多數的學者一開始不可避免地使用大量在西方學術所發展出來的概念或理論，甚至研究論文花極大的篇幅說明某些特定研究者的研究論文。此種做法不但忽略了西方學術發展也是不斷在回應其社會現實議題的互動成果，同時忽略了在每個突破性研究中呈現學術發展過程裡傳承與創新的重要關鍵。此時，台灣的研究者如果豪無批判性地或反省性地直接引用西方學術所發展出來的概念或理論，很有可能導致研究成果無法成為重新結合法律與社會的知識，而且可能因為欠缺這些概念或理論所談論社會脈絡的理解，導致重蹈學術上被西方殖民的歷史困境。

## 貳、法意識與法治模型研究（第一講）

運用實證方法從事法學研究，其必要性可以從現實層面的幾個現象談起。因為西法東漸的困境，移植過來的往往只是制度，但是其背後的思想與精神無法跨越文化而被理解與接收，民眾法意識以及社會法治現狀因而呈現一個渾沌的狀態。此種混沌的狀態，並非靜止不動，會有一種改變的動能。一個好的法學研究，必須對此種混沌狀態有所理解，才有可能以實證方法論的思維，尋找改變的可能

---

<sup>5</sup> 葉俊榮將上述這些問題總結為「殖民法學」以及「法律學門封閉性」的現象。參見葉俊榮，法律學學門成就評估與展望，科學發展月刊，27卷6期，607-613頁，1999年，參考網址：[www.nsc.gov.tw/hum/public/Data/68916253771.doc](http://www.nsc.gov.tw/hum/public/Data/68916253771.doc)。

契機與突破點。此種對於混沌的理解，包括其形成的歷史背景也就是法律的繼受與融合，還有社會生活中法律文化的變型與轉化，還有對於法意識與法治模型的理論建構。以下三段將分別簡述對於此混沌狀態理解的過去、現在與未來面向，並且嘗試在第四段中舉例說明其具體的運用可能。

## 一、法律的繼受與融合

台灣於 1683 到 1895 年受到大清帝國的統治，當時漢人移民勢力同化了原住民的平埔族，法律制度與法律文化以漢民族的「中華帝國法」為主。從 1895 年開始 50 年的日治時期，日本政府將西方法律制度施行於台灣。1945 年之後，中華民國政府將以德國法為範本的中華民國法典施行於台灣。台灣繼受歐陸法歷經 100 年的今天，受到許多不同法制的影響（歐陸法制、日本法制、中華民國法制、美國法制、全球化貿易法制），一直到 2009 年，台灣法律的現狀一直處於「外來法」與「固有法」的繼受與融合當中。<sup>6</sup>從實定法律的角度來說，或可說已經全面「西化」，但是從法律文化的角度而言，法律是人與人間互動溝通之後的結晶，人們的法律意識、法律行動以及法律解釋是否已經全然「西化」，成為一個疑問。百餘年來西方法律對於台灣法律具有強勢引導的地位，在這個特定的歷史背景與社會條件之下，台灣法律到底具有何種特色？「外來法」與「固有法」繼受與融合的現狀中，於法治理念可以做出何種關照與反省？該如何描繪台灣法律的現代性？並指出其發展方向？

上述問題意識無疑是一個範圍極為廣泛的理論性議題，觀諸英語文獻的累積，從 1970 年代開始就已經發展出成熟的分析架構。「西方法 vs 本土法」、「國家法 vs 地方法」、「官方法 vs 非官方法」、以及「外來法（移植法）vs 固有法」<sup>7</sup>等幾組分析概念提出第三世界國家法律與社會間落差的問題，並且協助這些地方脫離「法律帝國主義」<sup>8</sup>式地理解法社會現象，也就是不再以西方法律作為正

---

<sup>6</sup> 關於台灣法律史的建立與相關內涵，請參閱王泰升教授以下的兩本書。王泰升，《台灣法的斷裂與連續》，台北市：元照出版，2002 年；王泰升，《台灣法律史的建立》，台北市：王泰升發行，1997 年。

<sup>7</sup> 關於這一組對立的概念，解釋地最清楚的仍然是 John Griffiths 在 1986 年的作品。John Griffiths 認為這方面的論述有許多概念稱謂需要釐清，當關注於權威淵源或管轄範圍時，常稱作非國家法、非官方法、人民的法、地方法、部落法等；當關注於文化起源時，就稱作習慣法、傳統法、固有法、民間法、初民法、本地法等。Griffiths, John. "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, 24(1986): 1-55.

<sup>8</sup> 關於「法律與發展的學術社群（law and development scholarship）」，經常是以有殖民歷史的地方或國家為研究對象所發展的理論論述，其中主要為以法律作為政治工具（the use of

確、唯一、且必須迎頭趕上的楷模。然而，脫離了「法律帝國主義」視角後，還是必須面對分析某一特定社會的「法治」現況，除了指出困境之外，也幫助跳脫困境。此時，許多學者於1980年代就已經意識到上述二分法分析架構的不足，並且嘗試提出跳脫傳統與現代的二分分析架構。

陳惠馨教授於2009年4月17日關於清代法制史研究的演講中指出，法律繼承的結果往往讓我們習慣於用「西方」的眼光觀看自己，所以往往誤以為中國法律欠缺西方法律的精神與發展，這樣的基礎預設使得我們欠缺進入本土社會脈絡研究法律的學術主體性，因此，論者迷失於抽象的論述中，看不見自我。在法制史的研究上面，陳惠馨教授提倡閱讀原典的重要性；而在法社會學的研究上面，作者以為若要建立台灣法學研究學術的主體性，田野調查與經驗性資料的分析乃是必要的。這也促使作者也從2006年開始從事家事調解、民事調解、以及法庭觀察個案分析的田野工作，除此之外，作者也嘗試將社會發生的各種糾紛事件當成田野調查的對象加以理解，從中對照不同案件類型，思索共同的法律現代性因素，因而得以發展概念分析架構。

為了要避免用「西方」眼光理解自身法律與社會的關係，本土的經驗性研究是重要的。作者曾經從事一系列的田野調查工作，並嘗試撰寫論文形成論述。在〈法律移植與法律實踐〉<sup>9</sup>這篇文章中，作者與林三元法官合作，引導讀者觀看司法實務的現狀，並以美國法移植到台灣的家庭暴力防治法為例，說明為了要實踐法律必須細究我國特有之社會文化因素，在法律實踐的面向方能創造出成功的法律移植。作者在〈法社會學的在地視野——解碼台灣當代法律、社會與文化的糾結〉<sup>10</sup>一文中，綜合過去幾年來觀察「法條主義法律觀」的法律與社會結合方式，提出「法律運作的過程分析」的主張，呼籲研究者能夠深入法律運作的社會文化脈絡，強化「經驗的感受性與理論的想像力」。此外，作者在〈當代台灣法律文化的轉化——保護令審理庭上紛爭的虛實與自我的轉化〉<sup>11</sup>一文中，利用30個保護令審理庭個案的田野觀察資料，描述法律實踐與法律文化之間的關連性，

---

law as a political instrument) 的民族誌研究 (ethnographic study)，其中「法律帝國主義」的觀點近年來也已經從「殖民權力」擴張至「全球權力」的角度，論述法律與社會內在的秩序邏輯。

<sup>9</sup> 王曉丹、林三元，〈法律移植與法律實踐〉，《思與言》，已通過審查，即將出版。

<sup>10</sup> 王曉丹，〈法社會學的在地視野——解碼台灣當代法律、社會與文化的糾結〉，已投稿，審查中。

<sup>11</sup> 王曉丹，〈當代台灣法律文化的轉化——保護令審理庭上紛爭的虛實與自我的轉化〉，已通過審查，即將出版。

並提出當代台灣法律文化轉化之內在理性，也就是個人自我在紛爭中的掙扎與努力，這些內在理性糾結於個人主義與群體主義之間、徘徊於個人權益與社會關係之間。

本文以為，除了經驗性研究之外，本土經驗的理論化亦是重要的，這也是本文的主要目標之一。作者在 2008 年年底於某個地方法院簡易庭之調解從事田野調查的工作。<sup>12</sup>本文以這些地方法院民事調解的田野調查為基礎，從「經驗性」的資料進行本土經驗的理論化工作。<sup>13</sup>法院民事調解的場合，不論是調解成立或者不成立，往往透露出人民如何主張權利、如何理解糾紛、以及如何看待以及處理糾紛的方式。作者於從事田野工作受到許多新的刺激，因而激發出許多反思的觀點，進而發展出本文的研究論述架構。作者一開始將所觀察到的調解現場現象理解為情、理、法三者的交錯與衝撞，但是如果想要分析孰輕孰重以及彼此的關係就變成非常不清楚。作者後來將觀察提升至「規範交錯」的議題，也就是國家法與民間社會規範間的衝突與融合，但是這樣的區分還是因為對立的二元思維反而無法深入探討許多有趣的現象。最後，作者跳脫二元的對立，將這些現象放在台灣當代現代法治以及現代性的議題之下，論述當代台灣法律文化的變形與轉化。從而，法律與情理的問題往往被轉化為西方法律與本土規範的交錯、現代與傳統的整體、法律移植與法律實踐的問題，作者以為，這樣的議題可以歸結在法律文化的議題之下，因而得以討論其與台灣社會轉型以及法律繼受歷史之間的關連性。

## 二、法律文化的變形與轉化

關於法治社會與中國法律文化的議題，費孝通教授於《鄉土中國》中有精闢的論述。他認為中國鄉土社會的基層結構是一種「差序格局」，是一個「根據私

---

<sup>12</sup> 我國司法制度作為糾紛解決的制度，其社會功能一直缺乏完整的社會科學研究。近年來司法界開始重視調解的功能，逐步發展更完善的國內民事以及家事的調解制度。司法院擴大主管會報第 70 次會議有如下的重點指示：「以各法院民事事件總數觀之，提高民事及家事調解率仍有相當大的空間，請民事廳及少家廳繼續積極推動調解，以減少當事人勞費，並疏減訟源，提升有限司法資源之使用效益」。司法院公報，第 1298 期，2006 年 8 月 3 日。

<sup>13</sup> 關於我國本土經驗理論化的學術反思，可以參閱葉啟政教授之「全球化趨勢下學術研究本土化的戲目」、楊國樞教授之「研究的本土契合性」、黃光國教授之「建構實在論」立場所構想的本土化意涵、楊中芳教授所進行的「本土化實徵研究」，以及余德慧等人所提出的「文化間際交互參引說」。上述本土性的努力都是在「傳統／現代」以及「本土／外來」的攻錯下，作為邊陲社會的台灣必須面臨的課題。參閱楊國書主編，《華人本土心理學與華人本土契合性》，台北：五南圖書，2008 年。

人聯繫所構成的網絡」。在這樣的格局之下，法治秩序的建立不能單靠制訂新的法律條文以及建置現代法院，重要的還是要看人民怎樣去運用這些條文以及制度。而為了要讓法治社會得以進展，在社會結構以及思想觀念上得先有一番改變才有可能，否則，恐怕法治社會的優點未顯現之前，破壞社會原有禮治的弊端就已經先發生了。<sup>14</sup>

瞿同祖教授對「差序格局」有進一步的論述，他在《中國法律與中國社會》中曾歸納「法律儒家化」這一術語以解釋中國傳統國家法律和社會禮俗之間的衝突融合。他強調古代中國長期存在著法律，這套法律異常厲害，具有不同於西方的法律特點，也就是「以禮入法」或者「法禮合一」。<sup>15</sup>從法律社會學的取徑來說，瞿同祖教授致力於論述這一套儒家化的法律表面上為明刑弼教，骨子裡則為以禮入法，從中取得法律的同一性，成為有差序格局的法。

這一套「以禮入法」且有「差序格局」的法律碰到西方法律時，必然會在既有的基礎之上進行轉化。黃源盛教授提出法律繼受之下法律文化轉化的分析架構，他認為法律文化的轉化包括法律制度、法律規範、法律思想以及法律意識，在具體的層面上他提出以下四個面向：「由天人感通到人本實證」、「以刑為主到六法體例」、「由家族、倫理本位到個人、權利本位」以及「由父母官型訴訟到競技型訴訟」的法律文化之傳統到現代的蛻變。<sup>16</sup>

對於法律文化的轉化黃宗智教授指出，當前的大問題是引進的理論和原則都不容易付諸實踐，從西方引進以維護權利為主導思想的法律原則，很容易被吸納到中國現存的官僚制度中去，權利的維護很容易變質成為權力關係的運作，以及不同利益集團之間的「擺平」。<sup>17</sup>而對朱曉陽教授而言，所謂的「本土資源論」與「現代司法理論」之間的對立是虛假和想像的，因為觀照司法實踐中的「情理」原則、在地經驗以及在地信念，其實並不存在現代法制與本土經驗之間的緊張關係，有的僅是現存現狀的融合或實踐。<sup>18</sup>

因此，關鍵點不在於理念上西方移植與本土繼承的擺盪，關鍵點在於實際的

---

<sup>14</sup> 費孝通，《鄉土中國》，1985年，網路書籍：  
<http://www.hkphilosophy.com/opforum/upload/269/china.pdf>，點閱日期：2009/6/3。

<sup>15</sup> 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，台北市：里仁，1984年，頁401。

<sup>16</sup> 黃源盛，〈中國法律文化的傳統與蛻變〉，收錄於《法律繼受與近代中國法》，台北市：黃若喬出版，2007年，頁3-41。

<sup>17</sup> 黃宗智，〈中國法律的現代性〉，收錄於《法律與人類學：中國讀本》，北京：北京大學出版社，2008年，頁43-44。

<sup>18</sup> 朱曉陽，〈糾紛個案背後的社會科學觀念〉，《法律與社會科學》，第1卷，2006年4月，頁159-198。

運作，也就是在追求現代理念的實踐中，傳統與現代如何能夠長時間並存、拉距以及相互滲透。法律文化的變形與轉化不在於非此即彼的二元對立，而在於兩者在長時間的時間中的分工並存以及相互影響。正如美國人類學家 Sally Falk Moore 所提出「半自主的社會領域 (semi-autonomous social field)」<sup>19</sup> 強調法律與社會規範之間的相互可轉變性，在這個意義上，法律自身成為社會生活領域的一部份。如此，法律（實定法）就不會與社會規範處於對立的關係，反而是觀察二者如何相互影響以及相互變動，並在這個基礎上進行法社會學的分析。

從中國法律的古代和現代歷史實踐中挖掘其現代性正是探討兩者融合與分工的原則和方案的一個初步嘗試。<sup>20</sup> 因此，實際的操作不可能邏輯一貫或者僅受到單一理論或意識型態的指導，而是相對複雜甚至矛盾的。<sup>21</sup> 而單一的理論或意識型態無法拯救此種拉距，實用主義對於形式主義的批判也非萬靈藥，重點在於制度以及文化上允許各種群體利益的公開競爭、相互作用和妥協，以確保法律有能力反應日益複雜的社會現實和不同群體的利益變遷。

梁治平教授<sup>22</sup>呼籲發展更合理的法律觀，以便建立將衝突減到最低的多元法律格局。他研究鄉土社會中的法律和秩序，主張正式法與鄉民所擁有的規範性知識並不具備何者優越的問題，而由於正式法的實用主義特質修正了正式法的嚴格性，因此也緩和了它與民間秩序的緊張關係，而他亦提出此種政治考量的權宜之計並非長遠的良策。梁治平教授認為重要的是去了解農民的生活世界，努力理解和尊重他們的自主選擇，並且要著重於「揭示出在強烈的國家的、現代的和理性的取向下被長期遮蔽的一些東西，並在此基礎之上重新看待正式制度與非正式制度之間，以及國家與社會之間的矛盾」<sup>23</sup>。而他認為積極面向上，必須在法律與秩序的脫節、斷裂與不和諧現狀中，發展一種具建設意義的把衝突減至最低的多元法律格局，而要達到這樣的目標，「需要的將不只是高超的法律實踐技藝，而是一種新的更合理的法律觀和秩序觀」<sup>24</sup>。

---

<sup>19</sup> Moore, S.F., 'Law and Social Change: the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study', *Law and Society Review*, 7 (1972): 719-746.

<sup>20</sup> 黃宗智，〈中國法律的現代性〉，收錄於朱曉陽、侯猛編《法律與人類學：中國讀本》，北京：北京大學出版社，2008年，頁38-63。

<sup>21</sup> 黃宗智，〈中國法律的現代性〉，收錄於朱曉陽、侯猛編《法律與人類學：中國讀本》，北京：北京大學出版社，2008年，頁63。

<sup>22</sup> 梁治平，〈鄉土社會中的法律與秩序〉，收錄於王銘銘、王斯福編《鄉土社會的秩序、公正與權威》，1997年，頁465。

<sup>23</sup> 同上註，頁466。

<sup>24</sup> 同上註，頁467。

然而問題是，梁治平教授所言「衝突最低」的「多元法律格局」就是我們要的法律與社會關係嗎？我們在這個新的法律觀之下還是要處理所謂公平以及正義的議題。台灣社會正處在社會轉型的過程之中，正是在這一個過程中，顯現出國家法律與民間共識（the commons）、國家權力與社會自主、傳統與現代的矛盾與轉化。本文以為，我們所要發展的法律觀還是要立基於現有法運作格局當中不公平與不正義之處，從中發展法律文化變形與轉化的理論模型，以便在過去、現在與外來之間拉起理論性的理解，而能夠深入台灣當代社會法律現代性的機理。

### 三、理論建構：法意識與法治社會

台灣開始將「法意識（權利意識、人權意識）」這個議題成為學術討論的議題大約是在1980年代。當時社會經濟起飛並且教育普及，社會利益與價值日趨複雜，面對法院案件的累積，學者回應社會開始問一個關鍵性的問題：人們為什麼不信任法院？蘇永欽認為當時「司法的根本問題，還是在人民不信任」，「司法的本質就是一種滿足人民正義感的儀式，專業的正確性反而不是最重要的。因此一旦失掉信賴，司法也就失掉了存在的基本價值」。蘇永欽於是結合1960年代以及1970年代英美關於法律態度（law as attitude）的研究，主要乃從法治的需求方切入（access to law），研究人們對法律的看法（the perception of law），也就是「法律的認知與意見（knowledge and opinion of law - KOL）」的研究<sup>25</sup>。

蘇永欽於1985以及1997年分別進行了大規模的問卷調查法治認知與法律態度的研究，抽樣方法以多段分層系統抽樣法，將台灣地區人口區分為八層，1997年的研究問卷中加入有關政治認知、政治參與及民主價值觀等問題，嘗試將法治意識與民主發展放在一起，思考其中可能的關聯性。KOL的調查發現台灣人民對法律、法律職業與司法程序的認知程度都相當低，對司法制度與法律職業的信任也不高，十年間雖經司法當局的努力改革，並無顯著改善。相對於美國學者Carlin、Howard & Messinger<sup>26</sup>的研究發現將問題的關鍵指向民眾欠缺法律能力（legal competence），因而欠缺權利認知並且無法產生意願去運用這些權利，蘇永欽發現了一個或許受到儒家法律觀影響的雙重而矛盾的現象：教育程度、所

---

<sup>25</sup> Curran, B. (1977) *The Legal Needs of the Public: The Final Report of a National Survey*. Chicago: American Bar Foundation.

<sup>26</sup> Carlin, J.E., Howard, J. and Messinger, S.L. (1967) *Civil Justice and the Poor: Issues for Sociological Research*. New York: Russell Sage Foundation.

得水準愈高者，對司法的評價愈趨於負面，但是他們雖然態度上負面，卻又是使用法院頻率愈高的人，甚至資料顯示，使用法院的結果反而會使得對法院的態度更加趨於負面<sup>27</sup>。

隨著「全國司法改革會議」在1999年舉辦，廣納社會各界有關司法改革的建言，以凝聚共識並確定改革方向。司法改革的主要內容在於司法制度與司法人的改革<sup>28</sup>，前者司法制度主要是由司法人來運作，再加上後者的強調，我們可以說全國司法改革會議的主軸之一在於「司法人」的改造上面。從學術上來說，當時很少有研究針對「司法人」提出學術的理解與分析，唯有陳惠馨於2000年到2004年進行了四年的「法律人法意識之建構」的研究，當中問了一個關鍵性的問題：法律人為什麼無法締造為人民所認同的法律制度與法律論述？這個「法律人法意識之建構」計畫嘗試從法學教育的理想與實踐當中找尋答案。陳惠馨透過問卷調查、深度訪談、焦點訪談以及參與觀察等方式，實際了解法學教育的教學內容以及方法（包括十一個法律科目），以及對於學生的意義與影響（除了十二所大學法律系在學生之外，包括畢業十年的律師司法官、行政機關人員、企業法務、以及其他工作）。從這些研究資料，研究者發現存在於台灣法學界法律人意識中的許多矛盾、質疑、不滿與掙扎，也因此能夠進一步分析此種法意識結構上存在以及得以維繫下去的原因。

陳惠馨所採用的研究方法，是一種綜合社會學以及法人類學的方法，對於「法律人」的研究也不再只是關注「行為」的面向，而是轉為研究「意義」的問題。此種將研究興趣從行為轉向意義的過程，同時也是英美文獻中透過「糾紛過程（disputing process）」的研究而產生的關於法意識（legal consciousness）研究的轉向，讓研究者注意到法律態度會有過程階段性的不同，這主要受到經典法人類學關於第三世界社會研究的影響<sup>29</sup>。此種研究影響了美國學術社群的興

---

<sup>27</sup> 蘇永欽，《我國人民認知及處理法律事務障礙因素之研究》，國科會委託計畫研究報告，1985。

<sup>28</sup> 此次全國司改會之議題分為三大類，第一大類為司法院之定位、人民訴訟權之保障、人民參與司法審判之制度、民事訴訟制度之改革、合議制度之落實，第二大類為刑事訴訟制度之改革、刑事法庭席位之改造、強化檢察體系、提昇犯罪偵防能力，第三大類為法官之人事改革、檢察官之人事改革、法官、檢察官之評鑑、監督與淘汰、律師制度之改革等。

<sup>29</sup> 包括 Gluckman, M. (1955) *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press; Abel, R.L. (1973) "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", *Law & Society Review* 8(2):217-347; Galanter, M. (1974) "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations of the Limits of Legal Change," *Law & Society Review* 9:95-160; Jacob, H. (1969) *Debtors in Court*. Chicago: Rand McNally; Nader, L. (1969) *Law in Culture and Society*. New York: Academic Press.

趣，1970 年代以及 1980 年代產生使用此種方法研究美國社會的轉向，其中最經典的便是 Miller 以及 Sarat 所創建的「糾紛金字塔 (disputing pyramid)」理論模型<sup>30</sup>。

當西方研究者開始從整體的角度把握糾紛過程，便開始注意法文化的議題<sup>31</sup>，再加上新馬克思主義社會學家，形成著名的批判法學派 (critical legal study) 的研究，著重於法律意識形態的分析 (ideological analysis of law)，論述法律與霸權 (law and hegemony) 的關聯性<sup>32</sup>。王曉丹在此種研究取向上有一些本土的嘗試，她從法律的詮釋霸權出發，提出女性主義法學實證的研究方法，發現法律敘事本身即為一個論述霸權的事實，在以規則為導向的敘事結構之下，法律將女性定位為一個連她自己都陌生的存在<sup>33</sup>。

西方批判法學學術的發展受到 Foucault 解構知識/權力之理論的影響，將法文化當成是由許多歷史文化遺跡所刻劃出、藉由知識形式所建構的多元傳統<sup>34</sup>。此種理論脈絡運用在後殖民社會，研究焦點在於社會關係、社會實踐以及論述，從中理出法文化與霸權的關係<sup>35</sup>，同時被運用在美國的批判法學種族理論<sup>36</sup>以及批判法學性別理論<sup>37</sup>上面。王曉丹運用西方女性主義法學理論，進行熟識者強暴被害人的實證經驗性的本土研究，經由六個個案的深度訪談以及案件卷證資料分析，發現法律論述本身刻印了性別權力的痕跡，不論是筆錄的製作或者是經驗法

---

<sup>30</sup> Miller, R. & Sarat, A. (1980-81) "Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Cultures", *Law and Society Review* 15(3-4):525-566.

<sup>31</sup> Friedman, L. (1989) "Law, Lawyers and Popular Culture", *Yale Law Journal* 98:1579.

<sup>32</sup> 例如 Hunt, A. (1985) "The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law," *Law & Society Review* 19(1):11-37; Hay, D. et al. (eds) (1975) *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth Century England*. New York: Pantheon; Hall, S. et al. (1978) *Policing the Crisis: Mugging, the State, and Law and Order*. London: Macmillan.

<sup>33</sup> 王曉丹，法律敘事的女性主義法學分析——最高法院 23 年上字第 4554 號判例之司法實務，政大法學評論，106 期，1- 70 頁，2008 年 12 月。

<sup>34</sup> Merry, S.E. (1988) Legal Pluralism. *Law and Society Review* 22:868.

<sup>35</sup> Comaroff, John, and Comaroff, Jean (1992) *Ethnography and the Historical Imagination*. Boulder, CO: Westview Press.

<sup>36</sup> Matsuda, M. (1987) "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 22:323; Crenshaw, K.W. (1988) "Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law," 101 *Harvard Law Review* 1331; Williams, P. (1991) *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge: Harvard University Press.

<sup>37</sup> Bartlett, K. & Kennedy, R. (eds) (1991) *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*. Boulder, CO: Westview Press.

則的使用，在在影響了故事競逐之下的法官自由心證<sup>38</sup>。

我們對於民眾法意識的理解一直缺乏理論性的探究。1999年「全國司法改革會議」被陳傳岳律師稱為一個「司法使用者參與不夠」的過程，他認為此次司法使用者（人民）之聲音似未融入整個司改會議，此次代表雖有社會賢達，但名額僅15名，且經推選為代表者是否能反映人民意見，實屬疑問<sup>39</sup>。當時會議在倉促籌備之下舉辦，固然是原因之一，但是學術界對於人民聲音之缺乏研究，也是背後的背景因素之一，學術無法提供實務改革有力的基礎。不過近年來在這方面也開始有學者願意進行花費功夫的累積工作。陳聰富於1998-2000從事了「東亞區域法律繼受與法律發展—東亞各國人民與政府的法律觀」的研究，應該是台灣首次進行東亞各國法意識的比較研究（包括日本、韓國、中國、台灣），在台灣部分研究了司法統計部分、合會糾紛部分以及公害糾紛部分的法意識<sup>40</sup>。顏厥安從2006年起主持的整合型「臺灣法實證研究資料庫建置計畫」，提出了「生活法律化」的概念，分析休閒生活領域法律化之意識與行動，探討繁瑣的法律領域，與其他社會生活領域產生如何的關係<sup>41</sup>。

相對地，西方關於法意識法文化議題的研究，有一些研究者帶有強烈的實踐性關懷，不過對西方國家來說（尤其美國），法律實踐性的困境比較不是在司法運作過程所產生的「霸權」，反而是如何藉由法律動員（legal mobilization）理論理解法律對於人民日常實踐的意義，發展結合法律生命與民眾意識的研究。例如，Scheingold關注美國法律意識形態的社會實踐，並且評估以權利論述促進社會變遷的正面與負面意義<sup>42</sup>。McCann研究女性薪資平等的議題，從人們的論述以及對事務的理解出發，發現人們法意識受到社會動員集體行為的影響，並同時也受限於法律社會動員的意義架構<sup>43</sup>。

Ewick 以及 Silbey 結合上述對法律態度的研究、著重糾紛過程法意識的轉

---

<sup>38</sup> 王曉丹，聆聽「失語」的被害人——熟識者強暴司法審判中的性、權力、暴力與法律，台灣社會研究季刊，已通過審查，出版中。

<sup>39</sup> 陳傳岳，檢驗「全國司法改革會議」之成果，新世紀智庫論壇，7期，52-65頁，1999年9月。

<sup>40</sup> 陳聰富，東亞區域法律繼受與法律發展—東亞各國人民與政府的法律觀，國科會專題研究計畫成果報告（NSC89-2420-H002-003-S6）。

<sup>41</sup> 李珣慧、陳忠五、陳昭如、顏厥安，於法何干？（上）（下）—休閒生活領域法律化之意識與行動，臺灣法實證研究資料庫·研究通訊，1期、2期，2009年6月、2009年7月。

<sup>42</sup> Schingold, S. A. (1974) *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Social Change*. New Haven: Yale University Press.

<sup>43</sup> McCann, M. W. (1994) *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.

變、法意識形態與霸權的關係、法律社會動員的討論，其所著的專論 *The Common Place of Law* 受到歐陸理論影響，將法律當成一種文化實踐 (law as a cultural practice)<sup>44</sup>。法意識不是指個人的意識傾向，或者是理念想法，法意識乃一種社會實踐的類型，反映並且形成社會結構。法意識指的是在社會關係之中人們對法律的理解以及法律的社會意義，而這些通常已經具有模式化 (patterned)、穩定性 (stabilized) 以及客觀化 (objectified) 的特徵。

我們在台灣使用這個理論的同時，必須要注意到其所談的是美國公民日常生活中合法性 (legality) 的社會實踐，其所創建的三個法意識文化基模 (cultural schema)：法律之前 (before the law)<sup>45</sup>、運用法律 (with the law)<sup>46</sup>、反抗法律 (against the law)<sup>47</sup> 不一定適用於華人文化圈 (應該說一定不適用)。運用這個理論應該僅就其所發展的方法論的部分，也就是這個理論將法律當成是一種文化實踐 (cultural practice)，是一個意義建構的過程。社會建構乃由文化基模 (cultural schema) 以及資源 (resource) 組成，研究法意識的文化基模與資源，其目的乃是要探問社會結構的來源以及得以傳遞的基礎，並且從中找到改變的可能路徑與關鍵。這本書的論述主軸乃在批判西方社會二元對立結構

(duality)，而霸權 (hegemony) 主要乃藉由此二元對立結構而得以維持以及延續。以西方社會的發展來說，國家的產生乃是為了對抗宗教的力量而來，而當國家取得主導地位，只得發展出社會 (the social)，作為制衡國家的力量。在不斷的二元對立當中，西方社會不斷地進展，但是最終發現其中「二元對立」的結構始終沒有任何突破，甚至成為維繫霸權的重要基礎，而此種二元對立的基礎結構也就成為主宰整個社會的意識型態。

反觀兩岸四地文化的發展，如果沒有西方社會的二元對立結構，也沒有二元對立結構爭議下對於真理 (truth) 的堅持，到底是甚麼因素使得霸權結構得以維持？甚麼因素使得人們看不見規範 (社會實踐) 的不公平？甚麼因素使得人在制度中的處境無法被談論和改變？以上的問題當然是一個需要理論建構的核心

---

<sup>44</sup> Ewick, P. & Silbey S. S. (1998) *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago and London: Univ. of Chicago Press.

<sup>45</sup> 具有「before the law」意識的人展現出來的態度是尊敬，甚而畏怯。此類美國人因為懼於法律的繁雜而不願使用它，除非他們遭遇到相當嚴重的問題。

<sup>46</sup> 具有「with the law」意識的人將法律視為追求自身利益的工具，甚至是一場可操弄的賽局。

<sup>47</sup> 具有「against the law」意識的人不信任法律，甚而不惜以遊走法律邊緣的手段來達到原來所希望達到的目標。

問題，其中的深層探問便是：法律的意義建構如何同時也促成社會關係的建構？在理論的思維與建構過程中，需要許多學術人的刺激與對話，更需要直接在法律現場觀察，並且有能力在重多複雜資訊的呈現下，排列出一組又一組的可能性。王曉丹嘗試從法律主體的概念找尋部份的解答，這個研究從 2006 年到 2007 年以非參與觀察的方式旁聽 30 個個案保護令法庭審理過程，從法庭上法官、聲請人、相對人、以及證人的話語，分析保護令申請人透過糾紛的法律運作過程，因為法律語言介入的重新詮釋，從中理解聲請人於法律實踐中之法意識的意義建構，發現法律中主體性的本土意義。王曉丹的研究說明了法律的權利語言賦予女性脫離家庭與婚姻關係的主體可能，但是同時在法律語言面前同時也是一個被定義的自我認同，游離於二者之間的掙扎卻少有女性主體論述的空間<sup>48</sup>。

在發展本土理論之前，更多的研究顯然是必要而且關鍵的。以 Ewick 以及 Silbey 所建構的理論來說，研究者蒐集了一大串法意識的符號，包括觀察人們的思考、作為、言談、敘事、抱怨、努力、交往、結婚、離婚、告鄰居、拒絕上警察局、加入社會運動等等。這些觀察與分析必須被放到合法性的建構或者法治社會的意義之下被理解，因而每一個法律意義的建構也正在重寫法治社會的意義。法律力量的維持與延續在日常生活中透過合法性或法治的辯論而進行，從原本只是慣習轉變到法律威權常規化的日常實踐，其背後的強制力甚至暴力透過常規化的日常實踐因而隱而不顯。這樣的理論企圖心是很明顯的，企圖透過理論化的工作突顯出民眾對於意義建構的穩定性與延展性，也突顯出法律本身的變化以及可能性，還有民主與法治社會中民眾可能同時是歷史的主體也正是受害的客體。

#### 四、例示研究：傳統與文化下的女性繼承權

前面談到在台灣討論法律繼受這個概念時，最後指向一個現實層面的議題，也就是「法律融合」或者「法律適應」，本段將以人權的議題展演此主題研究之可能方向。

許多研究<sup>49</sup>從哲學的觀點切入，以便論證人權的普遍性或文化相對性的問

---

<sup>48</sup> 王曉丹，當代台灣法律文化的轉化——以家暴保護令審理庭為例，黃國昌主編，2008 司法制度實證研究，中央研究院出版，389 - 444 頁，2009 年 8 月。

<sup>49</sup> 例如陳瑤華在《人權不是舶來品》這本書駁斥一個廣為流傳的誤解：〈世界人權宣言〉根源於「西方」文化，因而斷言人權理念只屬於「西方」，不適用於「非西方」國家。她認為人權的「普遍性」在於人的自由受到不當剝奪與限制時，運用〈世界人權宣言〉的可能性，以及〈世

題，具體議題上，特定的國家行為或社會實踐，經常被指責為違反人權。這種辯論經常出現在以下場合：國際組織（包括以國家為單位以及以 NGO 為單位）的國際會議、國際援助的計畫會議、社會菁英對於社會大眾的人權論述，甚至是全球化世界之下許多個人與個人之間的交往，Merry 稱這些為「跨國流動的特定領域（transnational flows）」，也就是全球與本土行動者之間的接合界面。再加上全球化媒介數量以及影響力的增加，這場辯論的強度不斷強化。

「文化」在這場辯論中經常成為焦點。「文化」有時候被視為一種「傳統」，並且將傳統界定為問題的來源，但是正如 Hobsbawn & Ranger 研究指出，「傳統」往往是經由「現代」所創造出來的，並且經由「現代」而確定其內涵<sup>50</sup>。有別於上述「本質性」的文化定義，有一些學者開始從實踐的角度定義文化，因此文化「並非僅僅為信仰或價值觀，而是包括行動、習慣與常識；文化同時包含了組織管理、政治結構以及法律規範」<sup>51</sup>。換句話說，文化本身具有高度複雜性並且具有生命力，會隨著社會變遷的過程而有所轉變，我們應該研究的反而是本土人權文化的變遷過程，也就是人權概念如何被運用，此種運用彰顯了什麼又隱藏了什麼議題，更有甚者，我們應該研究人權的本土實踐究竟是在何種脈絡下競逐與掙扎，從而界定人權的本土實踐方略。

舉例而言，「言論自由」一直是為全球所關注的人權問題，司法院大法官對言論自由所作出的解釋當中，認為國家應保障言論自由的理由不外為「反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展」（釋字第 364 號）、「保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會」（釋字第 414 號）及「實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮」（釋字第 509 號）。事實上，近二年來除了學者提出的陳雲林來台事件所引發的衝突與野草莓運動、立法院通過「公務人員行政中立法」戕害公務人員人權並危害學術自由、還有公共電視的爭議<sup>52</sup>等之外，在日常社會生活中民眾或許不會有太多言論自由被侵害的感受或主張，也就是沒有言論自由被侵害的法意識。

---

界人權宣言〉提供的可能性。陳瑤華，人權不是舶來品：跨文化哲學的人權探究，台北：五南，2010 年 6 月。

<sup>50</sup> Hobsbawn, E. & Ranger, T. eds. (1983) *The Invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>51</sup> Merry, Engel Sally (2006) *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: The University of Chicago Press, Ch. 1.

<sup>52</sup> 參見顏厥安主持的《執政兩週年·民主大會診—2008-2010 十大民主事件暨〈台灣民主診斷書〉發表記者會》，2010 年 5 月 15 日。參考網址：<http://www.twdem.org/>，搜尋日期：2010 年 6 月 20 日。

然而，沒有言論自由被侵害的感受，並不代表言論自由沒有受到侵害，換句話說，民眾的言論或者舉止的不自由，不一定會轉化為被侵害的感受，在人們的認知體系裡，有可能是一種只是人情世故、自我保護、利害權衡的一種行為罷了。

從歷史與文化的角度來說，人情世故、自我保護、利害權衡代表的是一種「成熟」的法意識，此種「成熟」鑲嵌於文化深層，鞏固了既有的某種結構（或可稱為意識型態）。王汎森研究清代文獻中「自我壓抑」的現象，他闡述清代「文字獄」所導致的政治壓力「對各方面產生一種無所不到的毛細管作用，尤其是自我禁抑的部分，其影響恐怕還超過公開禁制的部分」<sup>53</sup>。更有甚者，在這種上有政策下有對策的文化裡，他提醒我們「下層主動性及對策，也常無限地擴大了上層政策的效力，亦即靠著揣度、靠著某種程度的自主靈活性，無形中擴大了上層政策的效力」<sup>54</sup>。

因此，談言論自由的人權議題，必然要考量到王汎森所說的自我約束、自我刪竄的力量，如同植物的毛細管作用一般，沿著人們心中無形的孔壁，將權力傳送到不可思議的深度。於此同時，我們也要懷有一個對傳統或文化的開放性認知，此種毛細孔現象也不是不可改變的。社會變遷的過程會有許多個體經歷許多選擇，某些突破性的言論或行動有時候會產生意外的效果，因而開放出更多選擇的可能，毛細孔現象有可能被無限放大並且引起阻塞。我們應該要致力的事情，應該是「發現」這些突破性的言論，「尋找」這些突破性的文化根源，然後以及集體的力量互相支持，以便於開創人權的本土性實踐。

如何「發現」這些突破性的行動或論述以及「尋找」其文化的關連性呢？研究的課題必然落在人權的文化轉譯過程，尤其是其中的論述以及行動。Merry 主張文化轉譯有三個維度，第一個維度是圖像、符號和故事，也就是要在一個共同的框架（framing）之下創造共同的信仰與行動；第二個維度是轉譯的過程必然要適應現有的結構環境；第三個維度乃是目標人群的重新設定<sup>55</sup>。她所提的這三個維度幫助我們理解人權法意識的本土性推展過程，必然要有的內在發展面向。舉例而言，以身心障礙者保護的推動來說，無障礙空間相關法令難以落實，在台灣幾乎不可能坐著輪椅一個人進出醫院、進入便利商店、甚至出門，不只是政府

---

<sup>53</sup> 王汎森，權力的毛細管作用——清代文獻中「自我壓抑」的現象，中央研究院歷史語言研究所講論會，1頁，2010年1月25日。

<sup>54</sup> 同前註，31-32頁。

<sup>55</sup> Merry, Engel Sally (2006) *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: The University of Chicago Press, Ch. 5, 6.

與相關單位不落實法規，甚至「殘障車位」通常會被一般民眾占用，此時急需要民眾法意識的倡導。台灣有成立一個「無障礙天使特攻隊」的團體，集結一些社會知名人士上媒體推動無障礙空間法令的落實。如果研究在媒體上使用的語言，可以發現其所框架的圖像主軸在於「外國行我們卻不行」，因此呼籲「生命教育」之觀念改造與心靈改革，企圖喚醒人民的愛心，並且改變羞恥心不足的問題，在談論間身心障礙者被設定為一個擁有「缺憾」的人，需要社會大眾去關心他們的需求。<sup>56</sup>這樣的宣導論述，固然有其獲得社會大眾認同的功能，但是同時也忽略了發展性的問題，由於無法讓人理解外國如何做到，也無法讓人引發國內如何可能的實踐步驟，使得無障礙設施人權的宣導欠缺犀利的批判性。

Merry 所提供分析框架充其量只是提供一個可以觀察的面向，仍然無法帶領我們「發現」突破性的行動或論述以及「尋找」其文化的關連性，我們需要更多文化性的實踐，並且發展從實踐中淬煉出策略與論述的能力。換句話說，生活裡面會有許多人權的實踐困境，這些困境同時是法律機構處理法律的困境，我們必須從人權法意識的研究中發展法治社會的意義，尋找本土的意義框架，以便發展論述說明法律的意義建構對於社會關係意義建構的影響。

以女性平等繼承為例，民法繼承編的性別平等繼承權，從國民政府搬遷來台，就已經是非常明確的規定。然而，民間習俗常久以來仍然是以兒子繼承為主，女兒則可能在有條件（例如一定現金或以出價時的聘金代替）或無條件下（被迫或自願）拋棄繼承，近年來雖然拋棄繼承的狀況部分已有不同，卻仍然存在著女兒實際上所得數目比兒子少的狀況，其中的法意識變遷與人權的議題可以從2002年有名的六個女兒案獲得說明。這個案件經由媒體大幅報導而廣為人知，綜觀媒體的報導，可以發現整件事情被敘述成六個女兒「返家」「爭產」「告」73歲老媽<sup>57</sup>，「要把媽媽告到坐牢」，後來近600人連署聲援73歲老阿嬤，逼得六姊妹道歉，老媽不領情，指沒誠意不願原諒<sup>58</sup>。然而，我們可以從法律這一面重說

---

<sup>56</sup> 參考余美人主持的美人晚點名，其中一系列的節目，余美人下了一個註解：「無缺不成圓，天缺要人補」。參考網頁：無障礙天使特攻隊：無障礙空間相關法令難以落實 <http://www.youtube.com/watch?v=UdTrZceEp4s&feature=related>；無障礙天使特攻隊：無障礙觀念與文化的重建 <http://www.youtube.com/watch?v=PtQA5YG3teo&feature=related>。感謝政大法研所江可捷同學提供相關訊息與討論。

<sup>57</sup> 實際為六個女兒以二個兒子以及媽媽為被告，提起民事確認繼承權存在之訴勝訴，有台灣桃園地方法院民事判決90年家訴字第80號判決可供參照，以及刑事上的偽造公文書告訴（偽造僅二個兒子的繼承系統表），為非告訴乃論的罪，媽媽獲緩起訴，其中一個兒子被判有罪有期徒刑四個月，得易科罰金，有台灣桃園地方法院刑事判決92年度易字502號可供參照。

<sup>58</sup> 聯合報此案的報導標題如下：「6女兒告73歲老媽分產不均」（2002年5月2日）、「6女兒爭產告老母/近600人連署聲援73歲老阿嬤」（2002年5月4日）、「分產糾紛，她們原打算

這一個故事，也就是當被繼承人父親死亡時，其名下的財產依法就已經移轉由其八名子女與太太共同繼承，後來兒子聯合媽媽偽造繼承系統表將九人共有的土地登記為三人所有，侵害六個女兒的權利，六個女兒上法院主張回復權利。

六個女兒案讓我們認識到同樣一件事情，可以因為「敘事」觀點的不同，因為背後包含不同道德評價，導致有完全不同的故事呈現。除了實定法為核心的故事呈現之外，媒體報導呈現了實存於社會並且產生效力的規範，也就是男女不平等繼承的習俗，此種習俗初步分析可以說與姓氏香火、出嫁與否、扶養義務與期待、以及重男輕女的傳統相關連。此種「文化」與「傳統」並非一成不變，並且隨著社會的變遷也會有種種變型與轉化。尤其在實際的社會實踐上此種法意識與家族、情感、生命等緊密連結，法意識的具體呈現可能透過種種抗拒與矛盾，同時亦傷害著女兒與媽媽之間的情感關係。作為研究者我們應該要進入社會變遷的多元變型與轉化當中，如果說女兒主張權利有其困境<sup>59</sup>，那麼研究者應該要進入女兒孝道與平等的兩難關係之中，「發現」六個女兒要爭取的或許不是「家產」或「金錢」，而是一種被「排拒」、被「剔除」的難受（試想其母親向公務機關宣稱其只有兩個兒子而沒有女兒），這種難受不只是財產被登記的當時，而是一連串在日常生活言語以及行動的文化實踐，六個女兒要爭的恐怕包括一種「認同」。我們「發現」六個女兒此種突破性的行動或論述之後，下一步就要透過實證經驗性的研究，「尋找」在我們文化裡讓此種為「認同」而奮鬥的訊息得以被承認以及溝通的可能性，從此種法意識的研究方能理解法律關係對於社會關係的建構性意義。

綜合上述，從法學研究與實證方法的角度來說，民眾的法意識與法文化作為一個研究主題，必須要超越法律與社會二分的方法論預設，以本土的發展脈絡為核心接續發展本土理論的可能。在研究「日常生活中的法律」概念時，可以包括以下幾個部分：第一，該特定法規或議題除了實定法之外，是否還有其他可能具有法效力的社會規範，例如習俗、傳統、慣例、禮節、儀式等等。第二，分析相

---

在媒體記者前澄清，六姊妹道歉，老媽不領情」（2002年5月4日）、「老媽媽挨告，鄰居親友連署聲明，大女兒一度下跪，0000指沒誠意不願原諒」（2002年5月5日）、「六女兒爭產，獲繼承權，000等人昨辦補登錄手續，強調是替母親保護財產」（2002年5月31日）、「女兒告媽媽，對簿公堂如陌路，老太太未獲撤銷告訴且涉偽造文書，既心痛又難過」（2002年7月16日）、「六女兒告母案，母女當庭吵架，媽媽要求女兒給扶養費未獲回應，氣女兒只要遺產不要親情」（2002年7月23日）、「六女兒爭產告母案，老媽媽獲緩起訴，0000釋然：不坐牢就好，長子被依偽造文書罪起訴」（2003年1月8日）。

<sup>59</sup> 陳惠馨談到這個個案時稱之為「為權利而奮鬥的困境」。參見陳惠馨，為權利而奮鬥的困境，法律敘事、性別與婚姻，台北：元照，37-49頁，2008年。

關議題（法學）論述中的「文化」概念，「文化」究竟是與實定法相對立、作為實定法不貼近民意或者人們欠缺知能的概念，還是必須在「文化」中界定法的意義，並且聚焦於法的變遷。第三，假定要以法律促成社會正義，人們的權利意識成為重要，評估相關議題人們權利意識的多元性，並說明此種多元性背後的政治經濟社會架構。第四，分析此種多元性選擇與台灣民主社會的關連性，相關發展是否具備民主的基本要素，包括資訊透明性、程序公開性、互相尊重、論證可檢驗性等等。第五，說明相關議題法意識有哪些不同的類型，並分析在這些類型之間所面臨的主要困境，也就是說明改變的可能路徑以及關鍵。

（第一講結束）

## 國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

■ 達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：第二年的重點在於深化田野調查以及發展研究方法論，前者完整五個案例類型的法庭觀察紀錄、典範案件的卷宗分析與深度訪談、判決檢索量化與質化分析；後者完成三篇一系列有關於法學研究與實證方法論的文章，即將發表在月旦法學評論。

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文：即將發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利：已獲得 申請中 無

技轉：已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

台灣本土的法學實證研究，近幾年來逐漸受到重視，但是關於其研究方法與方法論的研究與發展仍然有限，本計畫第二年的研究成果正足以補足此方面的缺憾。一般社會科學研究方法與方法論固然有其已然形成的學術傳統，但是在法學研究上面仍然因為法律與法學的特殊性，必須要在本土的脈絡下發展可行的方案。第二年的研究成果釐清了法庭觀察的方法以及可能解釋方向，以及其巨大的侷限性，因此輔佐以同類型案件的其他研究方法，方得以有比較好的詮釋。此外目前法院判決全文檢索系統固然可以檢索民國 88 年之後的所有判決，但是其量化以及質化的意義，仍然有待發展。最終，這些研究背後都必須要有

一個分析的概念以及觀點，本計畫第二年的研究成果已然發展了法意識與法文化的研究方法論，以提供法學實證資料的觀察與分析角度，下一步的研究方案就是要在具體資料與抽象理論之間來回思索，以便於在具體的文化脈絡之下（例如體罰、離婚、性騷擾、勞動關係等），台灣繼受法之下的法律文化變遷過程。