

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

計畫名稱：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

計畫編號：NSC89-2420-H002-003-S6

執行期限：民國 87 年 08 月 01 日至 89 年 07 月 31 日

主持人：陳聰富 台灣大學法律學院

計畫參與人員：黃士洲、蔡季廷、蘇慧婕

## 一、中文摘要

在本計畫研究的東亞四國，包括日本、韓國、中國與台灣，均為繼受西方法律制度的國家，在文化上均受儒家文化影響，但在政治、經濟發展、社會變遷與意識型態上，則有若干差異，同時具有若干相同之處。四國之中，以日本在政治與經濟發展上最早建立西方式民主政治與資本主義社會，亦為四國之中最早繼受西方法律制度，並因而影響其他東亞國家法律發展的國家。韓國與台灣在政治與經濟發展方面，無論發展的階段、時期與方向，均有相當程度的相似性。就法律繼受上，亦深受德國法與日本法之影響。中國的政經發展，與本研究的其他三國均有所不同。在經濟發展上，中國顯然落後於日本、韓國與台灣。在政治發展上，中國仍屬一黨專制的集權國家，民主政治仍未在中國出現。在法律繼受上，中國係在一九七九年經濟開放之後，始再度制訂法律，繼受西方法律制度。

因而本研究計畫研究的四個國家，在政經發展與法律繼受上，有時間先後與制度上的不同。值得研究者係，在同受傳統儒家文化影響之下，是否因政經發展的不同與法律繼受的先後，而在國家與人民的法律意識上，展現不同的結果？

## 二、英文摘要

This project focuses on the legal consciousness of the people and the states in four East-Asian countries: Japan, South Korea, China, and Taiwan. These four

countries are all deeply influenced by Confuciousnism with different developing stages of political, economic, and legal changes. This project explores their social-polical backgrounds for legal reform and then deals with specific cases such as environmental pollution, feminism, and labor-management disputes to indentify the people's and the states' legal conciousness in these countries.

## 一、計畫緣由與目的

東亞各國之現代法律制度均來自西方法之繼受，西方價值體系下的「法治國」觀念，支配東亞各國政治民主化與經濟自由化的進程。在研究東亞各國之政經發展時，無法忽視該國法律制度之運作，尤其是該國政府與人民如何看待法治（Rule of Law）之觀念。蓋法律乃人民總意之表現，而由政府機關執行之。欠缺人民支持之法律以及政府「不願」貫徹執行之法律，均將成為「書本上的法律」（Law of the Book），而無實踐上的意義。就東亞各國而言，法律既由繼受而來，而非固有法之承繼發展，其人民及政府對法律之觀點，法意識如何形成，西方法律觀念如何移植於東亞社會，值得深入研究。

本研究計畫擬自傳統上接受中國儒家文化影響之台灣、中國大陸、日本、以及韓國，進行法治觀念之研究。其中日本為東亞繼受西方法最早且成果最為顯著之國家，台灣及韓國雖繼受西方法制較晚，但由於政治與經濟制度之演變，西方法律在社會變遷中扮演重要角色，甚值研究。中國大陸為社會主義國家，在社會主義反對法律制度之教條下，實施法律制度，該國政府及人民如何「接受」法律，進行法律制度之改革，於學術研究上，甚具研究價值。

## 四、結果與討論

本研究計畫大致上的研究結果顯現，雖然東亞四國的政經發展與法律繼受有先後與發展程度的不同，但傳統法律文化仍然佔有重要地位。在日本，人民仍然不喜愛使用「正式的」法院制度解決紛爭，而偏愛「非正式」的紛爭解決方式，例如調解、和解等。在日本政府的管制法令與方式上，大多著重裁量權的應用，而非堅守法律的規定形式。

在韓國，傳統道德與法律，具有嚴重落差，人民不喜愛西方式對立方式的法院訴訟模式，而期待以不具對立性的紛爭解決方式，弭平紛爭。對於財產權的概念，更有別於西方社會的「所有權」概念，而著重於「使用權」的概念。

在中國，由於政經發展的不同於前述二國，政治意識型態仍然影響法律發展，法律與政治具有明顯的結合關係，司法仍無法全然獨立，影響人民對司法的信賴，如何進一步強化中國人民對法律制度的信任感，為當務之急。

在台灣，雖然西方式法律制度自日本統治以來，已實施一百年，且隨著政治經濟發展，民事訴訟案件顯著增加，但法院訴訟案件率並未明顯增加，反而鄉鎮市調解或其他調解制度，仍然受到人民歡迎。在合會糾紛解決過程中，使用法院仍為最後的選擇。在公害糾紛處理上，受害人更鮮少使用法院，足見傳統上，人民不喜訴訟的法律文化，仍然深刻影響當代人民的法律意識。

## 五、計畫成果自評

本計畫研究結果，已經達成當初研究計畫社定之目標，對於東亞法律文化有進一步的認識。本計畫之研究所得，將可另外以較簡潔的方式，寫成論文，在法學雜誌上發表。

## 目次

第一篇 序論 - 研究主旨與方法 .....	7
第一節 研究主旨 .....	7
第二節 研究方法 .....	7
第三節 研究結果 .....	8
第二篇 日本部分 .....	9
第一章 日本的社會與法律變遷 .....	9
第一節 政治與社會變遷 .....	9
第二節 法律變遷-自中世紀幕府時代開始到戰後的變遷 .....	13
第二章 日本傳統的法律特色 .....	19
第一節 日本法律中隱含的意識型態： .....	19
第二節 日本官僚的法律意識-由行政指導作為觀察點 .....	20
第三節 日本立法者對於法律的態度-以 1973 年的公害相關健康 損害賠償辦法（Law for the Compensation of Pollution-related Health Damage）為觀察點 .....	22
第四節 總結 .....	22
第三章 人民的法律意識 .....	24
第一節 傳統日本人民的法律意識 .....	24
第二節 司法統計數據顯示 .....	26
第三節 法律意識的調查結果 .....	30
第四節 被操縱的法律意識 .....	32
第五節 本章總結 .....	37
第四章 家事問題中所顯示出來的法律意識 .....	38
第一節 日本家事法律的結構與其變遷 .....	38
第二節 從婦女離婚問題中顯現出來的法律意識 .....	42
第三節 從離婚事件所展現出來的法律態度 .....	44
第五章 勞工問題所顯示出來的法律意識 .....	45
第一節 日本勞工法律的變遷： .....	45
第二節 「過勞死」社會問題中所顯示出的法律意識 .....	47
第三節 日本平等僱用機會法的規定與實踐 .....	52
第六章 日本法院的法律意識 .....	61
第一節 日本法院制度的變遷 .....	61
第二節 日本法院在民事訴訟中的法律意識 .....	64
第三節 日本刑事訴訟所顯示的法律意識 .....	70
第七章 環保糾紛中所顯現出來的法律意識 .....	77
第一節 環境污染事件發生始末 .....	77

第二節	受害者的法律意識.....	78
第三節	法院在公害訴訟中的法律意識.....	82
第四節	被告污染工廠的法律意識.....	83
第五節	本章小結.....	84
第八章	本部分結論.....	86
第一節	日本人民獨特的法律現象.....	86
第二節	日本人民的法律意識.....	88
第三節	形成法律意識的原因.....	89
第四節	展望我國.....	90
第三篇	韓國部分.....	92
第一章	前言.....	92
第二章	韓國的文化背景與意識型態.....	93
第一節	政治、社會與法律體制的變遷.....	93
第二節	經由意識型態所投射的法律文化.....	95
第三節	小結－意識型態交錯而現的法律文化.....	99
第三章	與社會位置相對應的法律意識.....	100
第一節	期待以立法捍衛社會正義的立法者.....	100
第二節	對依法行政採取雙重標準的行政機關.....	101
第三節	具有積極主動性格的法院 由民事調解制度的施行而為 觀察.....	103
第四節	處於法律與道德落差之間的韓國人民 一份問卷調查 的實證研究.....	107
第四章	不同規範領域中所顯現的法律文化.....	112
第一節	對財產權概念的法律文化.....	112
第二節	對身分關係領域的法律文化.....	116
第三節	由勞工問題中所顯現的法律文化.....	122
第四節	由案例研究中所顯現的勞工法律文化.....	127
第五章	結論.....	132
第一節	靠立法解決問題的社會期待.....	132
第二節	期待不具對立性的法律程序.....	133
第三節	使用重於所有的財產權觀念.....	133
第四篇	中國部分.....	134
第一章	序論.....	134
第二章	中國大陸的文化背景與法律變遷.....	134
第一節	由政治強勢所主導的法律文化.....	135
第二節	現代中國的政治局勢與法律文化取向.....	137
第三節	政治與法律體制的變遷.....	140
第四節	意識型態投射了法律文化.....	144

第三章 與政治結構相結合的法律文化.....	147
第一節 總論 反分權的政法文化.....	147
第二節 泡沫中的人民意志 論人大立法功能的轉變.....	149
第三節 正義的包袱 論共產中國法律的政治化傾向.....	153
第四節 隨勢蜿蜒的藤蔓 論司法不獨立與人民法院的服從性格 .....	159
第四章 與社會結構相結合的法律文化.....	164
第一節 透過法院實務所展現的法律文化.....	164
第二節 透過律師制度所展現的法律文化.....	171
第三節 普法運動的推行與一般人民的法律意識.....	175
第五章 本部分結論.....	182
第五篇 台灣部分.....	183
第一章 緒論.....	183
第一節 序言.....	183
第二節 基本理論.....	184
第三節 研究方法及範圍.....	186
第二章 司法統計數據的分析.....	187
第一節 前言.....	187
第二節 民事訴訟案件數統計.....	187
第二節 民事訴訟案件類型統計.....	189
第三節 民事訴訟案件終結統計.....	192
第四節 小結.....	195
第三章 合會糾紛解決過程中所顯現出來的法律意識.....	197
第一節 前言.....	197
第二節 倒會糾紛處理方式分析.....	197
第三節 倒會糾紛個別處理方式分析.....	199
第四節 對法院、律師之職業印象.....	202
第五節 小結.....	205
第四章 公害糾紛所顯現出來的法律意識.....	206
第一節 前言.....	206
第二節 我國公害糾紛處理法制分析.....	207
第三節 公害糾紛處理法制定前公害糾紛之解決.....	214
第四節 公害糾紛處理法制訂後公害糾紛之處理.....	222
第五節 公害糾紛法律意識的綜合分析.....	233
第五章 結論.....	237

# 第一篇 序論 - 研究主旨與方法

## 第一節 研究主旨

本研究計畫主要以東亞接受儒家文化影響的四個國家，在法律意識的異同，作為研究對象。本計畫原本以越南為第五個研究國家，但因資料不足，無法做成有效研究內容，故暫時放棄。

國家與人民的法律意識，不僅深受傳統文化的影響，且在國家現代化與繼受西方法律之後，東方國家法律制度的發展，展現與西方法律發展不同的風貌。要瞭解東方國家繼受西方法律制度，實施數十年後，與西方法律發展有何不同，法律意識的研究，十分重要。因為只有就國家與人民對法律的理解與態度作深刻考察，始可對法律的繼受移植，產生何種實質的意涵，有所把握。

在本計畫研究的東亞四國，包括日本、韓國、中國與台灣，均為繼受西方法律制度的國家，在文化上均受儒家文化影響，但在政治、經濟發展、社會變遷與意識型態上，則有若干差異，同時具有若干相同之處。四國之中，以日本在政治與經濟發展上最早建立西方式民主政治與資本主義社會，亦為四國之中最早繼受西方法律制度，並因而影響其他東亞國家法律發展的國家。韓國與台灣在政治與經濟發展方面，無論發展的階段、時期與方向，均有相當程度的相似性。就法律繼受上，亦深受德國法與日本法之影響。中國的政經發展，與本研究的其他三國均有所不同。在經濟發展上，中國顯然落後於日本、韓國與台灣。在政治發展上，中國仍屬一黨專制的集權國家，民主政治仍未在中國出現。在法律繼受上，中國係在一九七九年經濟開放之後，始再度制訂法律，繼受西方法律制度。

因而本研究計畫研究的四個國家，在政經發展與法律繼受上，有時間先後與制度上的不同。值得研究者係，在同受傳統儒家文化影響之下，是否因政經發展的不同與法律繼受的先後，而在國家與人民的法律意識上，展現不同的結果？

## 第二節 研究方法

本研究計畫對於日本、韓國、中國與台灣的政府與人民的法律意識，進行研究。一般傳統法律研究方式著重法律理論與法律解釋適用的研究。本

研究計畫則就東亞四國的政治、經濟發展，以及傳統文化與政治意識，作為研究的出發點。本計畫首先介紹各國政治經濟發展背景，其後探討傳統文化意識型態。而後就不同法律領域，就個案探討各國法律意識的轉變。關於法律意識的說明，一方面以各國的問卷或統計資料，瞭解一般性人民的法律意識。另一方面，就個別法律領域，例如環保案件、家事案件、勞工問題等，作個案分析，以獲知不同案例，可能表現的不同法律意識，在進一步就各個案例分析中，比較不同國家的政府與人民的法律意識。

### 第三節 研究結果

本研究計畫大致上的研究結果顯現，雖然東亞四國的政經發展與法律繼受有先後與發展程度的不同，但傳統法律文化仍然佔有重要地位。在日本，人民仍然不喜愛使用「正式的」法院制度解決紛爭，而偏愛「非正式」的紛爭解決方式，例如調解、和解等。在日本政府的管制法令與方式上，大多著重裁量權的應用，而非堅守法律的規定形式。

在韓國，傳統道德與法律，具有嚴重落差，人民不喜愛西方式對立方式的法院訴訟模式，而期待以不具對立性的紛爭解決方式，弭平紛爭。對於財產權的概念，更有別於西方社會的「所有權」概念，而著重於「使用權」的概念。

在中國，由於政經發展的不同於前述二國，政治意識型態仍然影響法律發展，法律與政治具有明顯的結合關係，司法仍無法全然獨立，影響人民對司法的信賴，如何進一步強化中國人民對法律制度的信任感，為當務之急。

在台灣，雖然西方式法律制度自日本統治以來，已實施一百年，且隨著政治經濟發展，民事訴訟案件顯著增加，但法院訴訟案件率並未明顯增加，反而鄉鎮市調解或其他調解制度，仍然受到人民歡迎。在合會糾紛解決過程中，使用法院仍為最後的選擇。在公害糾紛處理上，受害人更鮮少使用法院，足見傳統上，人民不喜訴訟的法律文化，仍然深刻影響當代人民的法律意識。



## 第二篇 日本部分

### 第一章 日本的社會與法律變遷

#### 第一節 政治與社會變遷

日本的政治與社會變遷，大致可以分為三個階段，明治維新前的封建階段，明治維新到二次大戰結束前的現代化階段，與二次大戰戰後至今的階段。

##### 一、明治維新前的封建時代（~1867）

此時代的政治、社會、經濟發展變遷都是環繞在封建制度之上。

##### （一）政治變遷

日本於七世紀時，即形成一個統一的民族國家，政治上行使封建制度，而封建制度的統治權行使屢經變遷，首先是由天皇來行使，天皇藉由君權神授的理論與自唐朝引進的律令制度，建立起中央集權的制度。後來大權旁落，武士階級勃興，於十一世紀後，相繼建立三個幕府-鎌倉幕府、室町幕府與德川幕府，形成所謂的幕府政治，其統治權是由幕府的將軍實際掌握，各地諸侯皆服從於幕府將軍，天皇的地位只是一個沒有實權的象徵。雖然幕府政治下，幕府將軍擁有最高的統治地位，但在個別時代幕府政治的實權有時也操在權臣的手中，中央的權力也不能號令地方諸侯，因此地方諸侯的彼此征戰仍常發生。

##### （二）社會變遷

由於厲行封建制度的結果，社會劃分為兩種階級-統治的武士階級與統治的平民階級，兩階級間彼此不能流通，禁止通婚。彼此階級所適用的規範也是不同，規制統治階層的主要規範是武家法度與皇室法度，賦予武士與皇族一定的統治特權，與對幕府將軍的權利義務關係。

##### （三）經濟變遷

日本封建時代的經濟是以農業為主的糧食經濟，除少數地方如九州南部外，

一年只能一獲，農田-尤其是能夠種植稻米的水田，就是經濟也是封建制度的根本基礎，在德川幕府體制建立後，經濟的循環模式為：每年秋天各封建領主收穫貢米後，先在領內以貢米支付領內的人事費用，再將多餘的貢米運送到貿易集散地-如大阪、江戶等地，與當地的商人交易金錢，以交易所得支付各領主於江戶住所與領內藩政的各項開銷。商品經濟的發展雖然並不具有如糧食經濟的重要性，但由於日本國內悠久的金銀開發歷史及國內陸路海路交通發達，因此重要貿易都市的商業是十分繁榮的-例如大阪、界港與北九州的平戶。到了德川幕府後期，某些大商人所累積的財富甚至超過一些地方領主，領主與幕府為求財政週轉，也向這些商人借貸大筆金錢，在確定無法償還時，還曾數次下令延期償還或是免除償還責任（稱為德政令）。對外的貿易，十七世紀中，由於德川幕府的禁教與海禁，將貿易地只限於長崎一地，對象限於中國與荷蘭，形成閉索式的經濟體系。

## 二、明治維新到二次大戰結束前的現代化階段（1867~1945）

### （一）政治變遷

面臨歐美帝國主義強迫德川幕府開國的困境，德川幕府也無力解決歐美帝國主義日漸侵逼的困局，因此國內許多強藩-長州、薩摩、土佐、肥前等藩的下級武士認為唯有斷然實施攘夷，始能挽救此困境，而無能的幕府就是最大的阻礙，因此必須與天皇直接合作，實行中央集權。在鳥羽伏見戰役後，德川幕府才正式將政治的實權移交天皇。後來又繼續推行版籍奉還與廢藩置縣的中央集權體制，日本正式脫離封建的時代。

日本的政治制度雖然形式上已經具備了立憲政治的外型，但是實際上的政治實權仍然操縱在少數的政客與藩閥之間，連選舉權都侷限於相當少數人的手上。在歷經近二十年的勵精圖治後，終於促成了政治、經濟的初步現代化，對外修改不平等條約，於二十世紀初獲得國際上平等的地位。

在決定逐步推行「大陸政策」後，即與中俄兩國相互角逐，向亞洲大陸擴展，首先在 1894 年的甲午戰爭中戰勝清朝，取得台灣，將朝鮮納為屬國，十年後又在日俄戰爭中，擊敗俄國，劃東三省為勢力範圍。之後又藉口英日同盟，於一次大戰中進佔山東，取代德國在中國的地位。而一次大戰後在國內則以大量知識分子為基礎，文化上帶有自由主義的傾向，民主主義抬頭，產生政黨政治的雛形，且制定普選法，大幅放寬選舉人的資格。但是接踵而來的國際經濟恐慌，卻逼使日本政府不得不藉由對外侵略，來維持繁榮，此時日本軍部的地位就在這樣的環境下，經過一次次少壯派軍人政變後，漸漸地抬頭。

為應付中日戰爭、南洋戰爭與太平洋戰爭等對外戰爭的需要，日本的二次大

戰戰時體制即是藉由把天皇神格化，而把政治權力更加集中於軍部手中，議會制度此時早已名存實亡，軍部在政治上大力彈壓異己，限制言論自由。最後隨著太平洋戰爭節節敗退，美軍於日本本土投下兩枚原子彈後，終於在西元 1945 年 8 月 14 號，日本宣告無條件投降。之後政治制度的變遷又要進入一個重新改造的紀元。

## （二）社會變遷

由封建的國家體制轉為現代國家的過程裡，傳統的統治階級-武士喪失原本賴以生存的依據-幕府與領地，一部份轉向新明治政府服務，或是投身於新興的工商業發展中，另一部份則是流離失所，轉入民間。原本封建的二分階級制度，在開放農地自由買賣與容許人民自由遷徙後，已經消滅無遺，但在資本經濟的發展下，卻也創造另一新興的社會階級，也就是財閥，財閥與控制政治權力的政閥結合後，不斷鞏固自己的獨占社經利益，造成對一般平民的壓迫。

明治政府為求產業發展與便利稅賦課征，實行徹底的土地改革，但改革的結果反而是導致農民的負擔加重，確立地主與佃農的關係，造成富農壓抑佃農的社會現象。一次戰後物價膨脹，米價大幅上漲，全國發生搶米等社會動亂事件，再加上當時的普選資格放寬，人民基本教育普及，與不滿情緒結合後，造成一連串的人民抗議浪潮。這股浪潮，在政府的強力彈壓與藉由對外侵略適時地轉化掉。在 1920 年代之後，則盡力加強軍國民教育，灌輸忠於天皇、日本至上的意識型態，這樣的病態社會發展，終於導致日本人民於戰敗後，曾有一段時間徹底喪失國民的自信心。

## （三）經濟變遷

在此階段的經濟發展中是將原封建制度的農業經濟轉形為工業的產業經濟。農村經濟也由過去生產糧食為主的種植，轉為生產特定輸出作物(如生絲與稻米)的商品經濟，而此時的工業發展有以下的特色 1.機械化與大工業化之積極推行 2.電力的大幅成長 3.重工業的突飛猛進，但以國營工業為主。在一次大戰前，由於甲午戰爭賠款與庚子賠款的邑注使發展工業的資金充足，再加上日俄戰爭與第一次世界大戰的需求刺激，使得重工業能得到大幅的發展，又在 1920 年後，面臨世界的經濟的恐慌，用發展軍事工業,發動對外侵略，來繼續景氣的榮景。在這段工業發展的過程裡，為了能夠保護國內市場，另一方面也為求經濟快速成長，日本政府將國內產業結構、資源集中於少數集團即-財閥的手上，例如;三菱、安田、三井財閥等。並且財閥藉由政商聯合的機制，保障財閥的經濟獨占地位能夠繼續維持。在中日戰爭爆發後，日本在戰爭資源的取得上即受到美國的封鎖，經濟發展受到相當的阻礙，只能靠戰時總動員的體制，將所有民間資源集中到政府

手上，供戰爭經濟之用。在太平洋戰爭爆發後，不只海上運輸路線完全被切斷，到了戰爭後期，日本的重要都市、工業中心亦在美軍轟炸機的日夜空襲下，被摧毀殆盡，因此在戰爭結束時，全國可以說是陷入經濟的零點。

### 三、 二次大戰戰後至今的政治、社會經濟變遷

#### （一）政治變遷

日本於 1945 年戰敗之後，即進入盟軍佔領時期，此間的改革主要是由麥克阿瑟元帥主導的聯合國盟軍總司令部(G.H.Q)，盟軍佔領初期的對日政策，主要達成兩項目標，一為確保日本今後不再構成世界和平的威脅，二為依據聯合國憲章的理想與原則，建立愛好和平的民主政府。日本的新憲法於 1946 年 11 月 3 日修正公佈，於翌年五月三日正式生效實施。新憲法確立天皇的地位僅為國家的象徵，而非戰前明治憲法的國家的主權擁有者，國家的主權明定屬於全體國民，並採普選制度的精神，凡二十歲以上的國民皆有選舉權，二十五歲以上的國民有被選舉權，國會採兩院制，分為參議院與眾議院，任期為四年與六年，內閣對眾議院負責，內閣總理亦由眾議院產生，故為完全的議會內閣制。在韓戰爆發後，美國為求日本有自保的能力，允許其建立自衛隊，並解除因戰爭罪行而被放逐的領導階層，以充實其反共力量，並加強對日共的彈壓，之後又在 1951 年簽訂舊金山和約與美日安保條約，讓美軍得以長期駐紮日本。

八十年代後，日本政黨政治可稱之為派閥的天下，同一黨中有派別，同一派中有閥別。在一連串政治貪污、醜聞案的揭發後，日本人民已漸漸對政治失去信心，而在泡沫經濟破滅後長期的經濟不景氣中，日本政府亦未有積極的作為，來挽救經濟的進一步蕭條，更使得政權的輪替進行的更快。

#### （二）社會變遷

在戰後，為推行土地改革，改善國內大多數佃農的生活，佔領軍總司令部與日本政府進行類似我國於光復初期所施行的耕者有其田政策，在不到十年的時間內，自耕農的比例即超過 95%，另一方面也提昇農作物產量到戰前的兩倍。另外為求進一步進行經濟民主化，將所有戰前限制勞工運動的法律一律廢除，並即制定許多勞工法規，來保障勞工個人與工會的地位，在這樣的環境下，日本勞工紛紛組織工會。在 1949 年 6 月，登記有案的工會數目為三萬四千個，會員高達六百五十萬人。這股風起雲湧的勞工浪潮起初被日共利用，有部分工會勞工從事暴力運動，後由於佔領軍總司令部一改過去不干涉勞工運動的方針，使用干涉與彈壓的政策。在 1952 年中，一連串反對日本軍事基地化，反殖民地化的浪潮下，掀起大規模反對運動與罷工工潮，日本政府則通過破壞活動防止法，強力彈壓

之。

在婦女地位的提昇方面，新憲法規定男女地位一律平等，並且在民法裡規定夫妻雙方於婚姻中平等的權利地位，達成法律上形式的平等，之後無論在政治、教育、就業與家庭生活方面，婦女的地位都有顯著的進步。不過於六十與七十年代之中亦曾發生婦女爭取同工同酬、平等對待的運動，之後並因此而制定平等機會保障法（Equal Employment Opportunity Act）。

## （二）經濟變遷

佔領軍總司令部(G.H.Q)有鑒於戰前日本財閥與官僚的勾結，以致引發對外戰爭，為此於戰後即積極進行解散財閥的工作，由於日本政府極力延緩執行盟軍司令部的命令，而各財閥也藉由化整為零的方式，逃避總司令部的監察，再加上韓戰的爆發，改變國內外的情勢，因此財閥的解散措施只是獨占資本的重組變化而已，並未發揮預期的功能。

鑒於戰後一片經濟蕭條、通貨膨脹的環境，起初佔領軍總司令部與日本政府採取通貨緊縮與重稅政策，但在實行無效，後改採鼓勵通貨膨脹、活絡經濟的政策，並安定一美元對 360 日圓的匯率，同時進行自主性的國際貿易，將日本的產業界，由戰時的軍需工業中心轉形為纖維工業與其他民生必需品工業為中心的產業結構，在這段經濟復甦的過程裡，由於對資本集中禁止的放寬，獨占的資本竟得以復甦，反使得中小企業走向衰落。

由於 1950 年韓戰的爆發，使得日本變成聯合國軍隊的軍事基地，一時之間接到大批戰爭需求的訂單，輸出驟增三倍，對日本經濟復興發揮極大的作用。由於美軍的長期駐紮，與憲法中禁止設立軍事力量的規定，為戰後日本節省大幅的軍事支出，得以轉於挹注經濟發展，終於在八十年代躍昇為與美國、歐洲並稱的第三大經濟體，但由於日本政府於八十年代中錯誤的利率政策影響，引發泡沫經濟，企業自銀行大幅借貸低利率的貸款，用以從事房地產股票投資，在九十年代初期，泡沫經濟破滅，股市大跌，房地產的總市價跌幅超過百分之三十以上，直接的影響是許多企業倒閉，經濟蕭條至今尚未有恢復的趨向，間接的影響是大多數銀行累積數以百兆日圓計的呆帳，形成一顆不知何時將引爆的不定時金融炸彈。

## 第二節 法律變遷-自中世紀幕府時代開始到戰後的變遷

日本法律變遷，如果以歷史時代來作區隔，可以劃分下列幾個時代來分別探討，日本的歷史一般分為以下幾個時代：君政時代（史前~1192）早期幕府時代（1192~1600）德川幕府時代（1600~1867）明治時代（1867~1945）與二次

戰後（1945 至今）。由於法律的變遷，大多反映一定的政治、歷史背景，所以在探討各個時代的法律內容與變遷時，也必須論及該時代的重要歷史事實。

## 一、 君政時代（~AD1192）

西元七世紀前，日本已經形成一個統一的國家，當時的日本天皇一方面是政治上的領袖，另一方面也是宗教上的領袖，統治的依據一方面是地方豪族的效忠，另一方面也是藉由神權的運作<sup>1</sup>，因此當時的法律與宗教並不能分離，而審判的方式也是運用所謂的神裁法（Ordeal）<sup>2</sup>。

西元七世紀後，日本天皇從當時的唐朝引進大量的文物制度，為了貫徹中央集權的制度，政治上實施一種稱為「律令」（ritsuriyo）的制度，「律」是刑法典，「令」是行政法與民法的法典。制定此套律令的目的是在削弱地方的豪族勢力，建立強而有力的專制君主與官僚組織，以統治人民的中央集權政治，在此律令體制中，天皇的地位如同神的權威，是超過法律的，絕對的存在，律令的條文對天皇的權限無一語道及<sup>3</sup>。

然而自八世紀之後，中央的政治權力即旁落於權臣藤原氏之手，最高決策機關轉為由藤原氏組成的公卿會議，大幅減低中央對於地方豪族的控制力。另外律令本身雖然名義上的效力一直持續到十九世紀中，然而早與時代脫節，致使各地的豪族必須再自行尋找可以適用的規範，來彌補律令規定的不足，當時地方豪族以如下幾種方式：1.制定新法律 2.認同已存在的習慣 3.以彈性的方式詮釋中央的律令<sup>4</sup>。

## 二、 早期幕府時代（AD1192~1615）

1192 年源賴朝擊滅反對勢力，結束源平之爭後，受日本天皇加封為征夷大將軍，建立鎌倉幕府，之後並確立征夷大將軍的名銜世襲的制度，開始以征夷大將軍為政治核心的歷史時代，一直到十九世紀中葉（1867）為止。西元 1232 年，幕府制定「御成敗式目」（通稱貞永式目），作為武家法制的根本，此一法典係以武家的習慣法與過去的慣例為基礎的成文法<sup>5</sup>。日本封建制度（武家法制）的根本精神為：下層武士向領主效忠，領主再向更上一層的領主效忠，層疊上去，而最後效忠的對象則是征夷大將軍，然而日本封建制度與歐洲封建制度不同之處在於領主與附庸的權利義務關係並不如歐洲封建制度來的強烈，也就是日本封建領

---

<sup>1</sup> 此時的神權基礎為日本本土的神道教，而非當時已流傳於中國的佛教。

<sup>2</sup> Hiroshi Oda, Japanese Law, P14, 1992

<sup>3</sup> 林明德著，日本史，P41，1986，三民書局。

<sup>4</sup> Hiroshi Oda, Japanese Law, P16, 1992

<sup>5</sup> 林明德著，日本史，P41，1986，三民書局。

主雖應照顧附庸武士的生活、賜予領土，但這是領主的恩惠，而非義務，相反的歐洲的武士則擁有對領主一定的請求權。

為了維持封建制度的政治秩序，當時社會上影響力最大的規範也就是規範武士權利義務的武家法制，而大多數的武家法度並未形成明文的法律，雖然如此，其效力卻常超越明文的法律，產生類似習慣法優先適用的原則。而當時法律糾紛的核心亦是在解決封建秩序中的權利義務糾紛，民事案件中最多而且也是最重要的是土地糾紛，因為如此一來，幕府政府才能確保下層附庸的領主能繼續維持效忠。在刑事案件中，擾亂封建秩序的處罰，都處以重罪，比如說煽動農民造反、對領主不忠都是可以處以砍頭之刑，另外沒收領地也是常用來作為處罰的手段。

足利幕府的勢力在十五世紀中葉後逐漸衰微，無力控制各個地方封建勢力，各封建領主間征戰不息，整個日本因此進入戰國時代，各封建勢力為使對外戰爭能無後顧之憂，皆制定各自的「家」法，嚴御部下、充實內政，作為與地方勢力的自治法規。戰國時代的局面一直持續到西元 1587 年，由豐臣秀吉統一全日本後，結束紛擾一百多年的戰國時代。統一後，豐臣秀吉確立武士與平民二分法的社會階級制度，兩個階級之間不能相互通婚，不能相互流動。豐臣秀吉死後，德川家康在西元 1615 年，消滅豐臣秀吉的殘餘勢力，建立日本第三個幕府時代-江戶的德川幕府。

### 三、德川幕府時代（AD 1615~1867）

德川幕府有鑒於鎌倉幕府與足利幕府對於地方勢力過於放任，致使尾大不掉，因此政治制度上，對地方封建諸侯採取相當大程度的干預，例如未經幕府同意，諸侯不得私自互相通婚，不得帶兵越過領界，每兩年諸侯主需滯留於江戶一年，幕府並且直接掌控重要的社經資源，如對外通商口岸，重要礦藏資源地等皆直屬於幕府。地方諸侯所獲得的自治權雖然有限，但在不違反幕府法律的前提下，仍可以制定地方規章，裁判糾紛與課徵稅賦。

德川幕府為能確保封建制度的能持續運作，制度上對平民加以種種統制，例如禁止田地的自由處分，限制分割繼承，禁止農民任意遷徙。身分上，進一步嚴格區分統治者-武士階層與被統治者-農民與工商階層，「士」農分離，集合武士於城下町，使其與土地分離。

在鎌倉幕府與足利幕府時代中，習慣法的地位優先於成文法，但到了德川幕法時代，制定了大量的成文法，成為規範社會秩序的主要依據。最重要的法律有下列兩種：規範統治階級的「武家諸法度」與規範皇室家族的「公家諸法度」，

前者重在限制各地諸侯的封建權利，鞏固幕府的中樞地位，後者則是將天皇的權利限於更改年號與授與榮典，確認德川幕府的政治領導地位。

西元 1742 年前，法律糾紛的解決通常是依循慣例，直到 1742 年德川幕府整理出一套有系統的法典 *kujikataosadamegaki*，該法典分成兩部分，第一部份是當時有效的成文法的彙編，第二部分則是民事與刑事法律，值得注意的是，只有少數的幕府官員能接觸法典的第二部分，一般平民根本不曉得法典的內容。刑事案件的处理方面，如同早期的幕府時代，侵擾封建秩序的行為仍然處以重刑，不同於前者在於此時代的刑事程序中重視被告的自白認罪，因此刑求逼供是容許作為刑事偵查的手段。關於民事糾紛的解決，由官員或是地方長者所介入的非正式的調解、和解程序是較受到鼓勵的途徑，當時的官員為了避免訴訟的紛擾，常常透過懲罰兩造當事人，來壓迫當事人和解。

隨著 19 世紀歐美帝國主義勢力的叩關，封建制度下的德川幕府已經無法因應這樣的變局，迫於國內諸侯的壓力，第十五代幕府將軍-德川慶喜於 1867 年將國家的統治權交還予明治天皇，日本也進入現代化的歷史階段。

#### 四、明治時代到今日的法律變遷

##### (一)1889 年制定的憲法

明治憲法是一部具有相當保守色彩的君主立憲憲法，其制定的目的的一方面是為求終結封建制度崩潰所帶來的混亂，對外建立一個主權國家，另一目的是吸收自法國大革命以來的現代政治發展，實現其全盤西化的政策<sup>6</sup>。在起草委員周遊歐美各國，諮詢各國憲法碩彥<sup>7</sup>，參考各國憲法體制，在斟酌當時日本的國情後，決定以保守的態度來制定這一部明治憲法。一方面仿效英國的議會制度，限制國會的權利過度擴張，另一方面整體的國家架構則是依循普魯士憲法的精神，提昇君主的地位與保障行政權不受立法、司法等其他國家權力的干涉，所以明治憲法的國家體制是採天皇主權，議會採參眾兩院制，參議院議員由天皇指派，眾議院議員雖由人民選出，但是選舉人的資格限制極為嚴格，且其能夠議決的事項亦受有相當的限制。<sup>8</sup>雖說如此司法的獨立審判權仍受到相當的保障與重視<sup>9</sup>，而關於行政權的制度，則是採取內閣制，第一任內閣總理由伊藤博文擔任，行政權

<sup>6</sup> The Development of Japanese Law, 1868-1961, Kenzo Takayanagi, Law in Japan 1964, p6

<sup>7</sup> 如普魯士的 Savigny，美國的 Holmes 等。

<sup>8</sup> 基於議會的所有權限皆來自於天皇的授與，天皇自然能夠隨意的以命令限制，剝奪議會的立法與預算決議權限)

<sup>9</sup> 在 1891 年，俄國皇太子訪問日本時，遭到浪人刺傷，審理本件殺人未遂案的最高法院的庭長 Iken Kojima，即堅守司法獨立與罪刑法定原則，堅拒來自行政權的干涉，將本案的犯罪人依普通殺人未遂罪處斷，而非類推謀刺皇族罪



被定位為為天皇的執行行政事務的代理人。另外有關人民的一些基本權利，如參政權、人身自由權、訴訟權、財產權等接受到憲法形式上明文的保障。總結來說，明治憲法所呈現出來的觀念是：表面上對西方政府制度與實務，做一個最低限度的承認，但骨子裡仍然保存者傳統日本的制度精神<sup>10</sup>。

關於憲法中對於天皇屬於國家主權擁有者的定位，在 1920 年代出現的挑戰的說法，東京帝國大學憲法教授美濃部達吉即提出所謂的天皇機關說，認為天皇只不過是國家的表徵，而真正的主權是屬於國家，相對的也有另一派說法持前述保守的態度。這樣的論爭，外表上雖看似憲法理論的爭執，實質上則是要針對行政權優先地位或是立法權優先地位，與國民主權論，在做角力之爭。不過在 1930 年代中，因為軍人執政的影響，為能確保國民意志的一致性，所灌輸的狂熱國家主義浪潮，與對社會秩序、社會言論的嚴加控制與箝制。所謂憲法理論之爭，因此消失無蹤。在 1945 日本戰敗之後，明治憲法的效力在戰後新憲法修正之後，於 1947 年五月三號，正式壽終正寢。

## (二)1947 年的新憲法

在聯合國佔領軍總司令的同意下，戰後新憲法仍繼續保有天皇制度，但其地位只是作為國家與人民統一的表徵，主權屬於人民全體。關於國家權利的優先地位，一反於明治憲法的精神，新憲法確立行政權需向立法權負責與依法行政的原則，換言之，立法權的地位優先於行政權。此外國家還被賦予積極保障與促進人權的任務，另外憲法第九條和平主義更禁止日本設立任何戰爭的武力，交戰權利不予承認，放棄以戰爭作為解決外交糾紛的手段<sup>11</sup>。

## (三)刑事法的發展

刑事實體法的發展可以分為兩個階段，以 1907 年做區分，之前是採取法國式的刑事立法，刑法典強調罪刑法定主義，不撘及既往原則，刑法典的規定巨細靡遺，大幅限定法官的裁量空間，但在進入二十世紀後，由於大量的留德學生，傳入德國日爾曼法學派的刑法觀念，使得在 1907 年的刑事法典大幅翻修，首先放寬法官的裁量認定空間，給予法官較多的法律解釋空間與自由心證認定範圍，將原本 430 條的舊刑法典大幅刪減為 264 條。較具爭議性的一點是刪除了原先罪刑法定的條文，以致後來在解釋適用時產生困難，甚至作為任意擴張刑罰的事由。

<sup>10</sup> The Development of Japanese Law 1868-1961, Kenzo Katayanagi, Law in Japan 1962, P10.

<sup>11</sup> 值得一提的是日本於韓戰爆發後至今皆設有自衛隊，作為保衛國家安全之用，關於自衛隊是否有違背憲法第九條宣示和平主義的意旨，曾引發數次激烈的憲法訴訟，至今自衛隊的憲法地位仍然不明，但在實際上，自衛隊的武力亦名列世界排名前茅，亦屢次協助聯合國進行人道救援任務。

在戰後刑事實體法的發展是順應憲法的修改，將原先列為重罪的侵犯皇族罪刪除，並基於男女平等的原則，將通姦罪的行為人規定夫妻兩方皆可以構成，最後甚至將之除罪化，僅作為一個離婚事由。

#### (四)民事法的發展

在德川幕府時代，解決民事糾紛的準繩是依據習慣與慣例，但在明治維新之後，則是以引入歐陸成文法典，首先引入的是法國民法，幾乎是一字未改的抄襲，不過至少反於傳統的原則，與我國民法第一條相同，以成文法為適用優先，法律無規定時才適用習慣，最後才適用法理，1890年首先提出的民法草案是全盤抄襲法國民法，但鑒於民法典對社會的影響深遠，與日本當時脫離封建制度為時未久，因此該草案在國會中停留到1893年才勉強定稿，但通過後需公佈八年始正式生效。在1893年時，民法修正草案委員會被日爾曼法學派的學者把持，因此新修正的民法典即轉為大幅採取德國的立法例，不過在親屬與繼承篇的修訂，仍主要斟酌日本的國情而修訂，在修訂生效後，關於民法的解釋與適用，皆是參照德國學說與判例，此段發展過程可說與我國二次大戰後至今的民法發展極為雷同。在二次戰後，民法典所做的修正重點亦在貫徹憲法中關於男女平等的要求，將親屬與繼承篇的規定做一番修正，賦予婦女在法律上、家庭與繼承資格的平等地位。

## 第二章 日本傳統的法律特色

### 第一節 日本法律中隱含的意識型態：

日本現代的法律雖然是來自明治維新後，一連串制度上西化的的結果，但是日本人傳統的文化因素，或稱之為意識型態 (Ideology)，或多或少也支配著法律的制定，其內在精神與執行法律時的態度。本部分即想探討日本的法律中到底蘊含者哪些看不見的文化因素或是傳統的意識型態。

日本傳統的社會結構是重視群體 (Groups) 的社會結構，由家族與村落所組成的社會結構。如果以分子學作比例，家族是單一的聚合體 (Monomers)，而村落是集合眾多家庭的複合聚合體 (Polymers)，而個人在群體中的地位就有如是單一的有機成分 (organic elements)，並非是獨立的自由個體 (individual)。而在群體內，維持群體的基本道德規範即是「和諧」(harmony) 與「一致」

(consensus)，而來自西方的一些價值觀念，如個人自由、人人平等、機會均等與開放政策 (open-door policy) 等，對日本的傳統社會結構而言皆是陌生的產物。<sup>12</sup>因此，相對於所建立的現代化的法律制度，由傳統社會結構所產生的「和諧」與「一致」，在一剛開始的時候，被視為是法治發展的基本的缺陷，可以在法律與社會發展的過程中消失，而人民對法律的態度也會跟的上經濟與社會的發展。而這些法制發展的基本缺陷經過了二次戰後二、三十年的社會與經濟的成功發展後，反而搖身一變成為法律評論者眼中值得稱揚的日本法律特色，並且想像一個理想的法律制度，可以保留這樣的社會內在聯繫與獨特的文化特色，來對抗日益腐化的個人權利意識的影響。

基於傳統社會結構中所產生的「和諧」與「一致」的要求，導致在法律制度於設計與實踐時，有意與無意地向「非形式化」(informality) 的方向發展，也就是在解決法律紛爭時，較注重用私下談妥條件，以調解、和解或仲裁的方式解決糾紛，而非以訴諸法律所規定的正常程序，如訴訟程序。以非形式化的方式解決糾紛，除了合於傳統社會結構中個人屬於團體一分子的假設外，另外也是能夠在解決糾紛的同時，顧及糾紛中兩造的情緒與社會關係 (emotional and social relationship)，避免因糾紛的解決而激化兩造間的對立，得以維護群體結構中的和諧與一致。這樣的優點是形式化的法律程序所難以達到的，因為在形式化化的法律程序中，是著重以普遍的原則 (universal rules)，來作為裁判的準繩，再者

---

<sup>12</sup> A New Perspective on Japanese Law, Law and Social Change in Postwar Japan, Frank Upham, 1987, P 206.

兩造當事人目的就是藉由程序爭取自身的權利，再加上最後判決的結果是以勝或敗的方式呈現，因此相當不利於傳統關於「和諧」與「一致」的社會要求。就一般日本人民而言，非形式化的糾紛解決途徑，也暗示著不需要法律的制裁，而由當事人自願的去諍循妥協的結果，此外避免判決的過程或判決的存在，也符合一般人民認為日本的社會是和諧與沒有糾紛的看法。

在前揭的主觀內在意識下，自然多數人（包括一些法律評論者）就會認為，法律的功能應該只限於確認既存的習慣與慣例，或者是宣告、確認社會的變遷，而不應該是作為引導社會、招致社會變遷的主角。雖然在法律與社會變遷的過程中，不可諱言的，出現一些由法律帶動的社會變遷，比如說二次大戰後的新憲法中明文保障男女平等，但一些法律評論者則是傾向於認為造成這樣結果是由於外力的壓迫，例如基於急速西化的要求，在明治維新時代大幅引進歐陸法，在二次大戰戰敗後，迫於佔領軍的壓力，而制定自由主義與個人主義的新憲法。另外從一些法律的條文用語中，也可以發現類似的內在邏輯，例如在保障婦女平等工作權法、保障少數被歧視的族群法與管制石油事業法中，法條內容試圖去引導被規範的對象去為一定的行為，用類似道德性的呼籲，比如：事業雇主應盡量僱用已結婚的女性，致力於兩性工作機會的均等，或事業不應為不正石油價格的調整，而非賦予管制機關明確的管制權限，或是積極的管制罰責。<sup>13</sup>

## 第二節 日本官僚的法律意識-由行政指導作為觀察點

行政官僚處理行政事務時，基於其行政裁量的權利與空間，在執行法律、適用法律時，彈性較大，所以也較容易表達出政府對於法律的態度。又有鑒於行政指導（administrative guidance）為日本行政法學界所獨有的產物，所以也較能夠代表日本行政的特色，因此以下係由行政法的角度與對行政指導的分析，找出日本官僚的法律意識或主觀的意識型態。

二次戰前，日本的明治憲法雖然有設置行政法院，作為處理行政救濟的機制，然而行政法院的權限十分小，限於法律所列舉的少數事項，而且在厲行司法二元體制之下，大部分的行政行為可以說是無法受到司法的監督。在二次大戰結束後的新憲法，廢除司法二元制，一般法院亦有行政案件的管轄權，只不過行政案件所適用的程序與救濟要件與一般的民、刑事案件不同，在1962年的行政訴訟法修正案中，也如同一般的民事訴訟案件，有給付訴訟、形成訴訟與確認訴訟類型。然而由於行政救濟的程序需基於行政機關一個違法或是不當的行政行為，導致人民的權利因此受損，才能提起，所以若一個行政機關的行為，沒有被歸類

---

<sup>13</sup> <sup>13</sup> A New Perspective on Japanese Law, Law and Social Change in Postwar Japan, Frank Upham, 1987, P 208.

為對人民發生法律效果的行政行為，那人民因此所受到的損害即不得救濟。<sup>14</sup>而許多被歸類為不得救濟的行政行為，最常為人所提及的就是行政指導（administrative guidance）。

行政指導學理上的定義是：「行政機關以書面或是口頭的方式，建議、規勸授其管制的個人或團體，為一定行為或不為一定行為達成行政法律的目的」<sup>15</sup>，其特徵點有三：一、相對人行為的規制（modification of behaviors）二、缺乏法律效果（Lack of legal effect）三、相對人自願的配合（Voluntary compliance）。舉例來說，都市計劃主管機關雖有核發開發許可的權利，但卻無命令申請公司建築社區下水道的權利，所以建議、暗示申請開發公司應先完成下水道的建築，否則將不核發開發許可，而申請開發的公司就自行去將下水道建好，但主管機關並不因此有法律上的義務去核准原來開發的申請，也不因為不核准申請而對於申請開發的公司負有賠償的責任。

行政指導所引發出來問題是行政指導雖然欠缺法律上的具體效力，但是受指導的相對人迫於行政機關法律上的權限，多服從行政機關的指導，又行政指導多以口頭方式為之，沒有直接的證據，縱使以書面的方式為之，因為行政指導並非直接發生法律的效果，而且是受指導人自願去配合指導的，所以不能直接對行政指導提起行政救濟。而從行政機關的角度來說，行政指導基本上並沒有法律的直接依據，容許行政機關為指導行為，而且指導的方式不居任何形式，口頭、書面，隱密或公開為之都可算是，再者，行政指導沒有強制力，需要受指導人自願的配合。由這幾個特徵檢討起來，都十分符合前面曾經提過的「非形式化」的法律態度，如果在考慮到行政指導是日本行政法上所獨有的產物，其他現代化法制國家皆未存有的話，的確足以說明日本的行政官僚於執行職務時，的確也是具有傳統的「非形式化」的法律態度。

---

<sup>14</sup> 此點極為類似我國修正前行政訴訟法第一條的規定：「人民因中央或地方機關的行政處分...」，如果一個行政行為未被歸類為行政處分時，比如說一道關於個別法律內容的行政函釋，人民信賴其內容，而因此受到損害時，即不得以訴願、行政訴訟的方式，救濟因此所受到的損害。

<sup>15</sup> Administrative Guidance in the Courts, Michael K. Young, Law and Society in Contemporary Japan, 1988, p85.

### 第三節 日本立法者對於法律的態度-以 1973 年的公害健康損害

賠償法 ( Law for the Compensation of Pollution-related Health Damage )

#### 為觀察點

在一九六零年代日本正處與重工業帶動經濟突飛猛進的時代，但重工業的工廠多位注重污染防治的工作，任意排放有毒的污水與廢氣，造成許多嚴重的公害事件，其中最重大的有四起公害事件，受害者以民、刑訴訟、示威遊行或靜坐等方式，喚起社會大眾包括國會議員與行政官僚廣泛的注意，其結果在立法上的即是導致 1973 年的公害相關健康損害賠償辦法 ( Law for the Compensation of Pollution-related Health Damage ) 的制定。

尚未制定該法前，日本政府為求解決關於環保糾紛，也制定環境污染控制基本法 ( The Basic Law for Environmental Pollution Control ) 與公害受害者協助法 ( Pollution Victim Assistance Law )，其中環境污染控制基本法二十一條即規定：主管機關應採取任何必要的措施來救助公害受害者與和諧的解決糾紛 ( harmonious settlement of disputes )。該法制定後，運作方式是由人民受到公害後，向主管機關提出申請，由主管機關調查污染源的性質與污染的範圍，關於污染的因果關係則是從寬認定，於調查屬實之後，則是再由主管機關透過指定的過程 ( Designation Process ) 來指定污染源、污染區域、與得請求賠償的受害者資格。<sup>16</sup>由以上的規定內容似乎可以了解基本上立法者是賦予行政主管機關積極的角色，將公害賠償的責任一部份由政府擔當起來，並且關於賠償事務的執行，也賦予行政主管機關相當大的形成空間，得自行決定賠償的範圍與對象。準此藉由立法者大量的授權行政主管機關裁量，即是表現出行政官僚被賦予積極保護人民的任務，這可以說是日本立法者的法律態度。

### 第四節 總結

日本法律與政府結構雖然在明治維新與二次大戰後，經歷一次又一次西式歐陸法律制度的移植，但形式上的制度並未代表日本行政官僚與立法官僚的內在法

---

<sup>16</sup> Julian Gresser, The 1973 Law for the Compensation of Pollution-related Health Damage, Law and Society in Contemporary Japan 1988, p148.

律意識也與被繼受的國家相同，或受到移植所法律的影響，而其政府內在的法律態度則是十分注重社會秩序的和諧與一致，為達到此一目的，雖然法律定有形式化的糾紛解決途徑，但卻傾向於以非形式化的方式來解決糾紛。而關於政府的任務，則是認為有主動積極實現、保障人民生活的義務，並且因此被賦予相當大的行政裁量空間，十足表現出「家長主義」的法律態度。

## 第三章 人民的法律意識

### 第一節 傳統日本人民的法律意識

#### 一、傳統日本人民的法律性格

##### (一) 同質性的思考模式 (Homogeneity of Thinking)

在日本人的潛意識觀念中根深蒂固著同質性的思考模式，典型的日本人主觀上會不知不覺地 (unconsciously) 認為別人的想法會與其相同，覺得週遭的人應該會有跟他一樣的想法和觀點，更進一步來說，就是會認為自己的想法也會是別人的想法，別人的想法會和自己一樣，不過當日本人真正認真地 (consciously) 考慮、討論一件事情時，這樣的傾向就會減少。據學者分析認為<sup>17</sup>，這樣的思考模式起因於日本的地理環境，自古以來皆孤立於亞洲大陸之外，在孤立的環境之下，自然而然也創造適合形成同質性思考的客觀環境。

##### (二) 集體的行為模式 (The Village-Bent of the Japanese Behavior)

另外一個獨特的法律性格是日本人民較傾向於集體的行動，換言之在群體中，個人會不知不覺的與大家的行動一致，而集體的行動多由群體中的領導者所主導，所以值得探討的是絕大多數的個人，在這種行為模式下，會無意識的去朝向某個事先被設定好的目標。

##### (三) 欠缺責任意識 (Lack of a Sense of Responsibility)

由於日本人民的行為模式傾向於一致與集體，所以群體的領導者地位就並不是很明確，領導者的任務就只是發起一個行動，讓群體行動能夠運作而已，並非是自始自終都要處於主導指揮的地位，如此的現象所產生的另一個法律性格就是日本人民普遍欠缺責任意識。舉例來說，相較於同樣遭受戰犯審判的德國納粹黨員而言，在日本二次世界大戰戰敗之後的戰犯審判裡，竟然沒有一個前政府的領導者、軍閥承認自己的錯誤，負起引發戰爭的責任，認為二次世界大戰的爆發並非預謀安排的結果，而是自然而然、上天注定的 (in some way or another)。<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Nihon-jin no seikaku to sono ho-kannen (The Character of the Japanese People and their Conception of Law), Yosiyuki Noda, The Japanese Legal System, 1976, p296

<sup>18</sup> Nihon-jin no seikaku to sono ho-kannen (The Character of the Japanese People and their Conception of Law), Yosiyuki Noda, The Japanese Legal System, 1976, p300



#### (四) 欠缺規範意識 (Lack of Norm Consciousness)

日本人民認為一件事最好就是讓它自己去發展，它自己自然而然就會正確的朝向正確的方向 (to let things take their own course is the best approach as everything will work itself all right in the end)，所以最好避免刻意的去塑造。在這樣的觀念下任何試圖去用外在的規則來規制的行為，會被認為是一種不必要的干預，因為當事情獨自發展，才會發揮它應有的功能 (things function best when they are left alone)。<sup>19</sup>

## 二、傳統日本人民的法律意識

以下介紹日本學者對傳統日本人民的法律意識的說明與看法，雖然從字面上與現象上來看，的確日本人民具有較弱的法律意識，較傾向予以和解的方式解決糾紛，但並不足以立即說明日本人民生性如此，或是傳統的觀念就是如此，亦有可能來自於外力的操縱，比如對訴訟解決紛爭途徑的嚴格限制。

#### (一) 日本人民對法律的態度 (Attitude toward the Law)<sup>20</sup>

日本的現代法律於形式上雖是繼受於歐陸的羅馬法體系，但基本上日本人民對法律的態度並不十分符合羅馬法律的精神-嚴格地執行與遵守法律。相對的，日本人民反而認為如果法律由違反人性之處，或是造成法律造成生活上的不便利，因此而違反法律，是一件事情有可原的事情。再者，從執行法律的觀點，日本人民普遍認為執行嚴格的懲罰是違反人類情感的 (human feelings)，而認為寬大、仁慈的適用法律則是通情達理 (understanding) 的表現。有學者則是以為這樣的法律態度是因為日本長久以來處於一致性與和諧性的社會氣氛中，將他人的善意與誠懇認為是理所當然的，法律也應該是不外乎人情、同情達理的產物。<sup>21</sup>

#### (二) 日本人民的權利意識 (Conception of Right)

在明治維新之前，日本語中並未存有「權利」這個字眼，直到一位日本法學者在翻譯法國民法中的法文「droit」時絞盡腦汁，才發明「kenri」(權利) 這個字眼，因此權利的概念是直到近代才有的產物。

---

<sup>19</sup> Nihon-jin no seikaku to sono ho-kannen (The Character of the Japanese People and their Conception of Law), Yosiyuki Noda, The Japanese Legal System, 1976, p301.

<sup>20</sup> Nihon-jin no seikaku to sono ho-kannen (The Character of the Japanese People and their Conception of Law), Yosiyuki Noda, The Japanese Legal System, 1976, p302 以下。

<sup>21</sup> Nihon-jin to Yodaya-jin (The Japanese and the Jews), Ben-Dasan, The Japanese Legal System, 1976, p286 以下。

### （三）日本人民對司法裁判的看法（The Conception of Adjudication）

雖然日本的訴訟制度是如同一般現代法制國家，是在繁複的訴訟程序中由兩造當事人互相攻防，來證明哪一方的主張在法律上站的住腳。但是實際上日本人民是較希望有和諧的紛爭解決過程與結果，不要區分是非黑白，沒有一方是輸家或是贏家的情形。<sup>22</sup>而且認為訴諸法律會造成雙方在情感上與其他方面不必要的損失，所以有人認為這是大多數應該訴諸法庭的案件卻由人民私下妥協或和解加以解決了。

### （四）日本人民對契約的看法（The Conception of Contract）

日本人民於傳統上，認為所謂的契約，就是兩造之間說了算數，不必計較形諸文字的形式，而且催促對方履行契約是十分不道德、傷害情感的行為。對於契約的遵守毋寧說是對承諾的遵守，而遵守承諾並非是基於契約的要求，而是基於主觀的榮譽感，認為食言而肥是一件恥辱的事。在這樣的看法下，日本人民在簽定契約的同時，也會加上一些善意條款（Good-faith Clause），同意以最大的誠意去履行契約的內容。

## 第二節 司法統計數據顯示

以 1982 年為例，日本民事一審的普通案件數目是 264690 件，家事案件是 278135 件，這部分的總合是 542825 件，再來關於民事調解的聲請也有 76975 件，家事調解的聲請共有 87955 件，加起來總共是 707755 件。再來比較同時期的美國，以 1981 年的加州為例，當年度加州 82 個一審法庭就審理了 1238405 件民事案件，如果再考慮到日本的人口是美國加州的五倍，可以得出一個驚人的比例，也就是美國的平均人民訴訟案件率，竟然高達十一倍之多！這並不是因為美國人民特別喜好訴訟的緣故，因為倘若我們再去比較同時期的其他工業化國家，也會得出同樣的結果，例如英國與西德的平均人民訴訟案件比率，分別都是日本的十倍與十二倍<sup>23</sup>。由這樣的數據比較，我們可以在表面上初步推定：日本人民似乎不太喜歡以訴諸法律的方式來解決民事糾紛，或是對訴訟的方式感到厭惡。針對這樣的表面現象，有許多學者分別提出各種不同的解釋，這些解釋大略是由下列幾個不同的面向來探討其背後的原因。

---

<sup>22</sup> 一個在德川幕府時代的裁判可以說明這樣的看法：一個木匠丟了一個皮夾，皮家中有三個金幣，一個泥水匠撿到皮夾要物歸原主時，卻受到木匠的拒絕，雙方鬧到法庭，當時的法庭裁判官也是江戶奉行，則是自掏腰包，再拿出一個金幣，加上原本的三個金幣，分給雙方一人兩個。這樣子，沒有一個人是絕對的輸家或是贏家，但也造成三方面個子損失一個金幣。

<sup>23</sup> Hideo Tanaka, *The Role of Law in Japanese Society*, 19 U.B.C. Law Review 375-88 (1985),

## 一、由歷史與文化的因素來解釋：

首先，日本法治的現代化，起因於日本明治維新時代時大量引入歐陸成文法，當初之所以大量引入歐陸成文法，其實是要達到一定的政治目的，亦即能夠向外國列強宣示日本已經建立值得信賴的法律制度，以便提早收回領事裁判權，所以當日本政府在制定完所謂的「現代化」的法律之後，明治政府就覺得已經完成它該做的工作了，之後後所剩下的事就是交由法官、律師與法學教授來解釋法條的意思與適用法律。所以一般人民是否真的能夠認識法律或是依據法律行使權利，其實並非為當時法律制度所關懷的重點。

再者，從日本傳統的文化特色來看，前東京大學 Kawashima 教授在其著名的 "Disputes Resolution in Contemporary Japan" 一文中，曾經闡述下列的看法：「雖然用訴訟的方法來解決人民間的糾紛是比較費時又不經濟的，但是這樣的事實是在每個具有現代化司法制度的國家中必定會存在的現象，不獨獨日本才會產生，所以訴訟程序的因素應該不是造成日本人民普遍逃避訴訟制度的原因。」

之後 Kawashima 教授又進一步地認為，造成這種傾向的原因應該在於日本獨特的社會文化的背景，因為訴諸法律或是對簿公堂即意味著紛爭的持續存在 (existence of a dispute)，而且在法院判決後立即確定誰是誰非，加深當事人間的對立，而判決的內容幾乎是獨立於雙方當事人的意願，當事人無法掌控。更進一步的，司法的判決會再次強調當事人間的衝突，剝奪當事人參予私下和解的機會，並且對其中的一方冠上道德的非難，而這樣的情形卻是在一般的私下妥協、和解中可以避免掉的問題。<sup>24</sup>

Kawashima 教授認為同樣的態度在契約行為中也可以看到，訂立契約的兩造通常是假設對造是十分友善的，而並不會預先設想將來雙方會發生嚴重的歧見或是衝突，更遑論將來可能發生的契約糾紛，而鬧上法庭。基於此，雙方的契約都定的十分概括'模糊，甚至只要嘴巴說說就算數了，如果要求簽訂一個詳細的契約書面或是講究證據方法的保存，就會被認為是對他方的不尊重，破壞雙方信任基礎的行為。甚至有時候律師為雙方制定的詳細的契約，本身也不一定能夠做為解決契約糾紛的準繩，因為契約中的用語可能過於柔性，例如：「在有發生爭議之虞時，一方得與他方商討解決」，或是再發生履約困難或是不能履約時，締約雙方會將原契約默示的方式修改，或是在重新議定契約內容。<sup>25</sup>

另外一位東京大學的 Noda 教授也是持同樣的看法，認為基於受到儒家文化的影響，日本人的性格(Character)是較趨向於內省，而這樣內省的性格，最重要

<sup>24</sup> Kawashima, *Disputes Resolution in Contemporary Japan*, in Von Mehren, *Law in Japan*, 44 (1963)

<sup>25</sup> *Disputes Resolution in Contemporary Japan*, Kawashima, *Law in Japan*, Von Mehren, 1963, p46

的表徵即是傾向於厭惡繁雜的邏輯與概念的結構與運作，偏偏邏輯與概念的運作就是歐陸法系的特徵，所以自然而然，人民即較難接受深奧難懂的法律條文與充滿技術性的冗長訴訟程序。<sup>26</sup>

## 二、從制度面的障礙來做解釋

針對前述 Kawashima 與 Noda 教授的說法，有另外一派看法認為文化因素並非影響人民是否願意訴諸法律的關鍵所在，真正影響人民訴諸法律的因素，反而是法律制度上的設計是否真的便利人民去利用法律或者是法律制度根本上就有意的設計一些障礙，讓人民寧願捨棄訴諸法律的方式去解決糾紛。持此派看法的學者之一：美國華盛頓大學的 John Haley 教授，即認為日本人民並非不願意去訴諸法律，這個事實可以由日本二次戰後所發生的幾件重大的環境污染事故中得知，在這些環境污染事件中的受害居民，面對造成污染的工廠，大多數都以訴訟的方式來解決，不論用民事訴訟來請求賠償或是以刑事訴訟的方式追訴廠方的責任，其中某些訴訟纏訟達十餘年之久，訴訟的結果還改變了日本民法中關於侵權行為的認定與解釋，而且絕大多數的訴訟結果都以人民勝訴來收場。由這個事實即可以說明，大部分的日本人民在某種情形下還是願意以訴諸法律來解決糾紛的。只不過由於傳統上儒家教義的影響，視訴諸法律為破壞社會和諧的行為，而統治者<sup>27</sup>即將這樣的傳統意識型態，轉為法律制度與實際法律運作的背後精神，而對人民權利的行使設下層層看得見與看不見的限制。<sup>28</sup>

## 三、其他解釋

針對以上的兩種說法。也有學者認為影響人民法律意識或是否訴諸法律的因素很多，不能一概而論，日本東京 Masao Ohki 教授，在其 Niho-ji no Hokannen(日本人的法律概念)一書中，即認為如此。Ohki 教授舉日本的歷史為證，在十三世紀室町幕府時代，武士間糾紛的解決，以現代的眼光來看，都是相當符合法治的(rule-of-Law)要求，例如在程序上有兩造出庭，訊問與回答有一定的順序，而解決糾紛的準繩則是依據成文法與判例，裁判者的地位也是相當公正。本來照理說，武士是習武之人，解決糾紛應該較傾向於訴諸武力而非法律的手段，但這樣的事實顯示，當時的社會觀念裡，卻沒有如同現在日本人厭惡訴諸法律的表象。但是在後來的時代，德川幕府時，幕府大將軍曾經數次以行政指令的方式（即所謂的德政令），下令免除商人對幕府與封建藩主的借貸債權，這是因為當時幕府與封建藩主的財政惡化，已經無力償還巨額借款。若以民事訴訟程序的進

<sup>26</sup> Noda, Introduction to Japanese Law, 1976, p63

<sup>27</sup> 例如：立法者於立法時對人民的訴權的行使，設下重重的限制，行政者樂於從事檯面下的行政指導，主動的在沒有法律授權下介入人民的紛爭解決之中，而司法者更是以威脅利誘的手段，來迫使訴訟兩造和解。

<sup>28</sup> John Haley, Journal of Japanese Studies, 1984, 4, p350

行而言(此時訴訟的裁判者仍是治理地方的行政官員)，當訴訟一開始時，審理的裁判官即二話不說，先將當事人兩造斥責一番，指責雙方都有過錯，諭示應先行和解。由這樣的事實來說，似乎同樣的日本武士階級到了後來，卻變的不樂於以訴諸法律的方式來解決糾紛。針對這樣前後不一的事實，Ohki 教授提出解釋，認為在各種不同的社會情況下，所採取的紛爭解決規則就會不一樣，比如說當統治者的地位已經陷入危機時<sup>29</sup>，或是以法律解決糾紛的機制尚未建立前，想要訴諸法律來解決糾紛是難以期待的。所以雖然人民的法律意識會去影響法律制度的制定與發展，但是我們也必須體認到政治、經濟與社會的因素也有可能影響當時的法律制度與運作。<sup>30</sup>

除了 Ohki 教授外，另外 Hideo Tanaka 教授則是舉出現代的事例來說明同樣的看法，Tanaka 教授認為在明治維新引入歐陸的現代法律制度後，明治政府即重視培養法官與檢察官的人才，因為法官與檢察官是司法制度中的官僚，而以官僚從上而下地帶動社會進步則是明治維新的中心方法，但是針對人民實現權利、訴諸法律的最主要工具-律師(辯護士)，則是採取放任與鄙夷的態度，不僅制度上限制其程序上的權利，而且律師養成過程，政府也未積極地參予、形成與鼓勵，因此變成優秀的法學人才立志成為司法官僚，而較差的人才去從事律師工作，又加上一般人民普遍的經濟狀況無法負擔律師費用，覺得沒有必要利用律師，又加上律師良莠不齊，所以對律師的地位抱持懷疑的態度，而且一直到最近的律師考試的錄取名額，始終限制在極低的程度，例如在 1980 年代初期，全日本一億兩千萬人竟然只有兩萬名合格律師，平均六千人才有一名律師，相較於同時期的美國，四百人就有一人是律師，數字比率上的差距極大，另外律師考試取消行政法科的考試，其內在的可能目的就是要讓行政糾紛的解決中，行政機關能較不受到來自律師的干預，讓人民處於程序弱勢的一方，任憑行政機關擺佈。再者，二次戰後人民提起訴訟的比率，相較於戰前的確較為降低，其中重要的原因之一可能就是戰前法律規定民事調解程序所能處理的糾紛種類，相較於戰後的規定，狹隘許多，戰前得聲請調解的事項限於家事、農地租佃等等類似的案件，而戰後的規定則幾乎擴及各種生活領域，因此相較於前，人民以訴訟的方式來解決糾紛的動機就更加的少了一層。<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> 以前述德川幕府的例子為例，若容許商人能依照借款的內容求償的話，幕府與封建藩主的財政即刻崩潰，幕府所制發的貨幣也會因此貶值，帶動通貨膨脹，造成社會秩序大亂，而人民以訴訟的方式解決糾紛，即是將檯面下的衝突，擴大為檯面上衝突的效果，同樣的也是會造成社會秩序的不安定的潛在因素。

<sup>30</sup> Hideo Tanaka, *The Role of Law in Japanese Society, Japanese Law and Legal Theory*, p291-293

<sup>31</sup> Hideo Tanaka, *The Role of Law in Japanese Society, Japanese Law and Legal Theory* 295

### 第三節 法律意識的調查結果

#### 一、1971 年與 1976 年日本社會論壇會所舉辦的問卷調查 ( Nippon Bunka Kaigi Surveys )<sup>32</sup>

問卷調查的結果，顯示日本人民對於法律所持的態度有所矛盾。首先是關於契約的看法，日本人民一方面認為契約應該定的十分詳細 ( include as many details and concrete descriptions in a contract 的意見在 1971 與 1976 分別是 89.5 與 89.1 的百分比 )，另一方面卻在情事變更時，認為此時應該與對造當事人商討是否要忽視契約的規定，而非依照契約的內容來處理情事的變登。再者認為法律的目的是在促進人際間相處的平和、舒適，但卻另一方面卻不同意惡法亦法，也應遵守的觀點。這樣的現象可以解釋為日本人民一方面希望擁有形式上的法律制度 ( formal Legal System )，但是卻期待於執行法律的規定時，應該要具有彈性。

再來針對以訴諸訴訟的方式，問卷調查的結果也反映出日本人民不喜歡訴訟的個性 ( aversion to litigation )，在 1971 時只有五分之一的日本人會直接提起訴訟，但是到了 1976 時，竟只剩下十分之一，而且表達唯有當事件十分嚴重時，始會以訴訟的方式主張權利的人，也從五成左右躍昇為六成，另外也有八成的人會認為訴訟應該是在其他解決的方法都失效時，才會採取的最後手段，或是縱使其他方法失效後，也會盡量去避免訴訟，更進一步地顯示日本人民到了近來反而更加的訴諸法院。其中的原因有六成的人認為法院的訴訟程序是十分耗費金錢與時間的，縱使訴訟上勝利了，實際上仍然有損失。

#### 二、1977 年日本京都大學法學部所舉辦的問卷調查 ( Kyoto Daigaku Hogakubu Survey ) 問卷在 p388

此份問卷顯示日本人民解決糾紛的行為模式，大多期望以私下談判、調解 ( Mediations ) 的方式為之，而只有在案件的性質較為嚴重，而無法以私下談判、調解的方式解決時，才會去利用法律專業或是訴訟途徑解決。比如說問卷中的第二十三號與二十六號的問題向較於其他三個問題，其案件的程度較為嚴重 ( 多付一百萬日幣與電視機爆炸引發火災相較於拒絕冰箱舊換新、小孩子摔傷與零居彈鋼琴而言，的確是較為嚴重的 )，所以導致再解決這樣糾紛時，較希望有法律專業的人才或是律師能介入，在私下調解無效時，才會再進一步考慮以訴訟的方式來解決糾紛。<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Setsuo Miyazawa, Taking Kawashima Seriously, Law & Society Review, vol21, Number 2(1987).

<sup>33</sup> Setsuo Miyazawa, Taking Kawashima Seriously, Law & Society Review, vol21, Number 2(1987).

### 三、1959 年與 1961 年日本鈴木教授所做的問卷調查（問卷內容在 p392）

這份問卷目的在於探討日本人民對於紛爭解決的態度，其調查的範圍除了大阪都市的人民外，還包括鄉村的居民，其結果顯示日本人民不喜歡以訴訟方式解決紛爭的理由，並非是基於文化上的因素，而是主要是基於訴訟的成本，而和解或是調解，則是因此而被視為訴訟制度的替代品。所以關於調解制度的抱怨，因此大部分集中在對原先預期會有法律專業的人介入調解，而且調解結果會有一定的強制力（biding effect），但是事實上調解卻是由法律門外漢為之，不一定有強制力的效果。如果由問卷的數字中分析，鄉村的居民相較於都市的居民，訴訟比率的確較低，而教育程度與家庭收入的高低也都是影響訴訟比率的原因之一。在原因上而言，鄉村居民之所以較不喜歡訴諸法律的原因較重於人際關係的維持，認為訴訟的結果會令人際關係變的尷尬，他人也會用懷疑的眼光看待提起訴訟的人，所以鄉村的居民會較受到文化因素的影響。再來，如果是受過高等教育或是家庭收入較多的個人，就比較不會去認為訴訟程序是困難的。而關於訴訟的經濟、時間成本則是無論任何受訪者的條件為何，皆一致贊同其為不願意提起訴訟的原因，而且所佔的比率亦高出其他原因很多。值得一提的事，同樣的調解程序，似乎鄉村的居民的接受度較高，而都市的居民卻會提出一個以上的抱怨理由，認為調解程序的處置不當。

### 四、美國密西根大學法學院 Whitmore Gray 教授於 1983 年在日本所做的問卷調查<sup>34</sup>

三十二為受訪者中，有二十二位日本人，九位美國人，一位法國人，其中有十六位受訪者從事律師工作，服務的對象為公司機關，其餘受訪者分別工作於私人公司與銀行裡。而問卷中的問題分為律師部分與私人公司與銀行分別回答，問題的重點事關於法律專業者對於協助訂定契約與解決契約糾紛的態度。在制定契約時，大多數的受訪者認為應該提醒當事人在契約中加入處理契約不履行的處理條款，並且認為契約如果定的十分詳細是合理的要求。但是在發生契約上的糾紛時，卻並不認為契約糾紛的發生與契約是否定的詳細或者粗糙有關係。再者若是關於契約糾紛的解決，受訪者基本上也是作為協助當事人，以妥協的方式解決契約糾紛，而且契約糾紛終以妥協的方式解決的比例極高，八成到九成以上。

由以上的調查數據足以顯示，基本上日本人民仍是希望詳細的契約，作為當事人間的權利義務的形式，但是契約是否詳細，並不能擔保一定可以減少事後

---

<sup>34</sup> The Use and Non-use of Contract Law in Japan, Whitmore Gray, Law and Society in Contemporary Japan, American Perspective, P243

契約的糾紛，而關於糾紛的解決仍是期待用非形式的方式為之，避免訴諸訴訟。而法律專業者則被定位為協助契約當事人處理契約條款與協調的工具，但糾紛真正的解決仍是取決於兩造當事人的妥協。

#### 第四節 被操縱的法律意識

Frank Upham 教授在 *Weak Legal Consciousness as Invented Tradition*<sup>35</sup> 一文中認為日本人的法律意識之所以欠缺，之所以不願意以訴訟的方式主張權利，雖然一般看法都是認為基於日本人的文化傳統，但是這樣的傳統是被操縱出來的，是在二十世紀初期，經由一群政治精英有意選擇、創造出來的產物。<sup>36</sup>雖然多數學者將日本戰後的低訴訟比率歸咎於日本傳統上不願意重視和諧一致性的特質，但是不可諱言的，官方壓制人民藉由訴訟主張權利的努力，也相當程度減少了訴訟比率。而在該篇文章中，Frank Upham 教授以一件持續近一百六十年的糾紛-Hozu 森林地使用權爭議作為說明的依據，以下先就該爭議的發生與經過作簡略的敘述：

##### 一、Hozu 森林地使用權爭議的始末

Hozu 森林地使用權爭議可以分為四個階段說明，分別是江戶幕府末期、明治維新初期、明治維新末期以及二次大戰後初期。

##### (一) 江戶幕府末期

在十九世紀初，日本京都附近一個叫做 Hozu 的山丘村莊裡，住了三種階級不同的村民：富農、佃農以及賤民階級。土地大部分為富農所有，由佃農耕作，而富農又招募許多賤民耕作其餘農田。而當地所有村民都依賴當地山區的森林地作為燃料與肥料的收集來源，但是三種不同階級的村民所被分配到的森林地使用權極端的不對等，賤民階級幾乎是沒有任何使用森林地的權利。因此賤民階級即向當地的村長主張其應擁有森林地使用權，但佃農們反對，在村長調解失敗後，賤民們即向江戶幕府審理糾紛的衙門提出正式的「訴訟」。

賤民們在訴訟中主張其為富農所僱用的工人，擁有與佃農相同的地位，因此亦應有相同的森林地使用權。而佃農們則是認為賤民這樣的主張將會破壞 (trespass) 計有的社會階層結構 (social hierarchy)，所以賤民頂多只能到森林地收集肥料而已，不能做砍伐的行為。審理本案的幕府官員在訴訟進行中暫時允許

<sup>35</sup> Frank K. Upham, *Weak Legal Consciousness as Invented Tradition, Minor of Modernity: Invented Traditions in Modern Japan*, University of California Press 1998, p 48 以下

<sup>36</sup> Frank K. Upham, *Weak Legal Consciousness as Invented Tradition, Minor of Modernity: Invented Traditions in Modern Japan*, University of California Press 1998, p 49



賤民使用森林地（以今日的術語即所謂的假執行），訴訟上纏訟多年依然沒有結果，最後由當地的領主以敕令的方式，容許賤民們使用部分的森林地，暫時將糾紛告一段落。

## （二）明治維新初期

在明治維新後 Hozu 當地五個小村莊立即瓜分森林土地的所有權，然後在一八七六年時，與部分賤民的代表達成使用森林地的協議，賤民被分配到的使用權仍然不成比例。因此許多賤民即認為這樣的協議違反明治政府於一八七一年時所發布的平等解放令（Emancipation Proclamation），依據該平等解放令，凡作為日本人一律完全平等的原則，所以該協議違反平等原則，不當限制賤民們的森林地使用權，為無效的協議。因此在一八八三年時，部分賤民即向當地官署提出請願，而佃農們則是向法院提出訴訟，主張賤民們應遵守一八七六年的使用協議。

雙方的主張如下：佃農主張一八七六年的協議是基於賤民代表的使用協議所訂立的，因此具有法律上的拘束力，但賤民們則以為一八七六年的使用協議內容不符合平等原則無效，另外當時賤民代表並未被授權簽訂使用協議。一審地方法院認為平等解放令並不具有推翻習慣的效力，除非平等解放令有特別的規定，而且賤民代表所訂立的使用協議是經過合法授權，自然具有法律效力。賤民們不服一審判決，上訴大阪高等法院，高等法院亦駁回賤民的請求，因為賤民們並未負擔與佃農們相同的田賦，自然不得享有同等使用森林地的權利，使用協議的內容並不違反平等原則。

## （三）明治維新末期

一八八零年時明治政府頒布新法令將原本屬於村落的公有土地轉為新設立的地方政府的公有財產，地方政府並得訂定該公有土地的使用規則，而 Hozu 的村議會即依此制定公有森林地的使用規則，以維持使用現狀為原則，後該規則得到內政部的備查許可。一八九五年時 Hozu 村議會為增加財政收入，開放砍伐公有森林，販賣木材獲取利潤，在砍伐後即從事保育工作，禁止村民進入蒐集燃料與肥料，此舉大幅限制賤民們使用公有森林地的權利，而且賤民們也為從木材販賣中獲取任何利益，產生不滿。因此賤民們即在一九零六年向當地地方法院提起民事訴訟控告村議會，主張返還不當得利以及回覆使用權的原狀。

訴訟進行的重點在於使用公有森林地的權利是私權利還是公權利，地方法院的見解是採私權利說，公有森林地的使用權是屬於所有村民的私權利，而非是地方政府所得管制的公權利。因此准許賤民們的請求，判決村議會依比率返還出售木材的利潤給賤民們，並且恢復賤民使用森林地的權利。該爭執到此階段已轉

為私權利之爭，以非如前階段著重於平等原則的訴求，而在訴訟之後，賤民們使用公有森林地的權利已經擴展到其他村民使用權的二分之一。

#### (四) 二次大戰後初期

二次大戰後的新憲法第十四條保障日本人民的法律地位平等，禁止日本政府對原先的賤民階級為任何差別待遇，這個憲法所確立的新原則即構成戰後 Hozu 賤民們訴求的依據。戰後的 Hozu 森林地使用爭議轉為爭取森林砍伐孳息的合理分配，賤民們所被分配到的孳息相對於其他村民們而言，是不成比例的，因此賤民們即主張依據新憲法所保障的平等權，賤民們應獲得更多的孳息。

在一連串的協調、談判中，爭議仍舊無法順利解決，因此在一九五八年時賤民們即向當地的市議會提出請願書，要求停止現存的差別待遇措施（不合理的孳息分配）以及衝新合理分割公用森林地的疆界，如果有關當局繼續拖延、不解決的話，賤民們將採取拒繳地方稅、封鎖公用森林地的使用、由地方政府的管轄區獨立以及其他「必要」的措施。最後市政府介入紛爭的解決，將有爭議的森林土地收歸市政府所有（原先為各個村落議會所有），之後無償分配給賤民們，持續一百六十年的 Hozu 森林地使用爭議到此終於結束。

## 二、經由選擇「傳統文化」來創造人民的法律意識

前述的 Hozu 森林使用權爭執過程中，我們可以看到在第一到第三個時期，爭議的當事人都訴諸當時的法律途徑，以解決森林使用權的糾紛，反而是在二次大戰後，當新憲法賦予賤民們強而有力的權利時，爭議當事人才用非法律的途徑來解決糾紛。如果依一般說法認為日本人民在「傳統上」不喜歡用訴訟的方式解決糾紛，在 Hozu 森林使用權糾紛中，反而是到現代社會才產生這樣的現象。雖然 Hozu 一案可能是例外的情形，但是當我們細細檢視相關文獻後卻又會發現，基本上 Hozu 一案是當時的普遍情況，換言之在日本社會未進入現代化之前，日本人民並未欠缺今日所稱「權利意識」，而且慣用法律途徑解決糾紛。<sup>37</sup>

如果我們翻閱日本的法治史，會發現在十二世紀的室町幕府時代，日本已經方展出一套相當完備的土地糾紛的法律解決途徑。而在十七世紀的德川幕府時

---

<sup>37</sup> 相關文獻請參閱 William W. Kelly, *Deference and Defiance in Nineteenth-Century Japan* (Princeton: Princeton University Press, 1985), p 74-75, 該文作者認為德川時代的日本人較今日更具有提起訴訟的現象，而今日所謂的「厭惡訴訟」的心理，基本上再十九世紀的日本並非是一個既存的現象。另外 Herman Ooms, *Tokugawa Village Practice: Class, Status, Power, Law*, (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1996), 該文作者亦認為德川時代的農民為改變其在糾紛解決中的弱勢地位，傾向於使用訴訟的方式，而較少用暴動、抗議的方式為之，在觀察相關事實之後，不得不認為在缺乏律師的德川時代，人民竟然較今日日本社會更加的好訟（litigious）。

代，專門處理訴訟的衙門已經被為數眾多的金錢債務訴訟淹沒，以致延緩處理更重要的土地、水權訴訟案件，在一六二二年時，德川幕府更頒發九道敕令，將金錢訴訟轉為庭外和解或者根本免除債務，因為絕大部分的債務人皆是武士、領主。另外大部分的農民抗議、糾紛的開始，皆是向幕府或是地方領主提出書面的「請願書」，爭議的過程相當類似今天的行政救濟制度。<sup>38</sup>

如果我們再回頭看一下 Hozu 一案，只有在第四個階段，也就是在戰後裁使用非法律途徑解決糾紛，值得注意的是賤民們此時在法律上的地位已經受到憲法上的明文保障，若提起訴訟的話將是相當具有優勢，但賤民們卻放棄以訴訟的方式解決，而是決定接受市政府的調解，並加上「實力抗爭」的要脅。若從其他村民的角度來看，原先在第二階段裡，佃農主動以訴訟的方式企圖阻止賤民的請求，卻在後來選擇避開訴訟，而加入談判之中，選擇較祖先更為和諧、「傳統」的解決糾紛途徑。在如此的分析之下，我們就很懷疑所謂的「傳統文化」是否真的能解釋或是影響今日日本低訴訟比率與欠缺權利意識的現象。

日本社會進入現代化之後，在客觀的事實與數據上，一九九零年代的日本社會的訴訟比率的確低於一九二零年代的日本。但是如果我們在考量一下社會的變遷，諸如經濟活動以較前成長數倍，社會趨向多元化以容納各項科技、文化事業的發展，對舊日的日本社會而言，是相當突兀、無法預料的因素。而且整個戰後的社會發展也是朝向增加個人自由、分化權力結構以及社會價值的多元化，如果在考量到工業化、都市化，家庭結構的改變，婦女、勞工權利的增長，以上列舉的諸多因素在舊日的日本社會都不存在，而且依據常理判斷，任何一個都會增加人民訴諸法律解決糾紛的意願。但是實際上的事實卻是相反，顯然所謂的「傳統文化」因素計在舊日的日本社會無法發揮減少訴訟意願的功能，在今日的日本社會存在有較以前更多的「現代化」因素，顯然更無法作為解釋低訴訟比率與欠缺權利意識的理由了。

基於以上的討論，Frank K. Upham 教授認為所謂的「傳統文化」是經由一群少數的政治精英，從一堆歷史事實中有意挑選出來的一部份歷史慣例，然後當作今日所謂的「文化傳統」，並且依據該創造出來的文化傳統，作為設立、維持法律機制的內在邏輯，並且更進一步的將人民訴諸法律的途徑，盡量的設立障礙，阻擾人民使用法律，而轉以非形式的途徑解決糾紛。<sup>39</sup>如此的看法可從日本戰前到戰後的某些立法變遷中看出些許端倪，某些日本法律的制定是內含有「形塑文化」的政策在內。

---

<sup>38</sup> Frank K. Upham, *Weak Legal Consciousness as Invented Tradition, Minor of Modernity: Invented Traditions in Modern Japan*, University of California Press 1998, p 56

<sup>39</sup> Frank K. Upham, *Weak Legal Consciousness as Invented Tradition, Minor of Modernity: Invented Traditions in Modern Japan*, University of California Press 1998, p 58

日本明治維新後，就制定民法應採取法國立法例還是德國立法例，曾發生相當大的爭執，最號在一八九八年生效的民法，是採德國的立法例，因為強調自由主義的法國民法在當時的立法者眼中足以「摧毀」傳統的道德關係與規範，因此採取較為保守的德國民法。隨後到了一九一九年，民法修正委員會召開的目的之一即是為「糾正」當時過度的自由主義。在修正的過程裡，修正委員想要藉由加入「新儒教主義」(Neo-Confucian)的主張，以維持日本優秀的「傳統文化與美德」，另外也試圖藉此遏止當時社會上一連串的不安、暴動的現象，不過在決定草案內容的過程中，修正委員對於如何選擇所謂優秀的「傳統文化與美德」與如何具體化為法條文字，存有相當大的歧見，所以最後採取折衷的手段，針對民事訴訟體制加以改革。修正委員認為如果任由家事糾紛以法律訴訟的方式解決的話，將無法繼續維持日本往日的優良文化傳統，訴訟程序對於道德而言是具有毀滅性(destructive)。也因此，當時日本民法與民事訴訟法的修正重點即著重於貫徹社會的和諧，因為和諧是被認為日本社會到的的核心，所以承認誰是誰非、誰應該擁有權利是不具有時代意義的。

在家事案件調解法制定之後，直到戰後日本上制定三套調解條例，分別為：土地與房屋租賃調解條例、農地租佃調解條例以及戰時民事案件調解條例，以上三套調解條例其立法理由皆是為促進日本人民喜好和諧的傳統文化，減少訟爭的麻煩，將訴訟當作是非日本是有的糾紛解決方式。而在戰時民事案件調解條例之中，更為因應戰時的特別需要，將調解設為強制性，排除人民以訴訟的方式解決法律糾紛。而到了戰後，日本政府繼續延續戰前的立法態度，設置官方調解機構，諸如鄉鎮市調解委員會，家事法庭附設調解處等等，而在面對戰後新發生的法律糾紛型態，例如公害糾紛以及男女職場差別待遇問題等，也透過法律的規定，設置糾紛調解的機制，而平等僱用機會法甚至僅設置調解作為解決糾紛的唯一途徑，如此一來政府即可奪回對新發生的法律糾紛型態的掌控權，而非是放諸律師或是特定團體的領導人，在訴訟的程序中主導整個糾紛的進行。值得附帶一提的是日本新憲法禁止以調解作為糾紛解決的唯一途徑，但戰後的實際立法趨勢卻反其道而行，如此的事實也足堪認為是日本特殊的法律文化，值得我們注意。

以上的立法趨勢還伴隨者日本政府嚴格控制法律專業人員(legal professionals)數量的政策，司法數據顯示，日本律師數量相較於美國，竟然祇有十分之一而已，而每年司法考試(律師、法官、檢察官合一的考試)的錄取比率，亦被嚴格控制在百分之二左右，並且每年透過司法訓練所訓練出來的法律專業人員亦僅有五百人而已，換言之有絕大多數的法律畢業生無法立即取得正式的執業資格，或者是在準備、嘗試數年考試之後，始得以取得正式的執業資格。而日本法務部所提出來的理由有二：一是大幅訓練專業法律人員所費不貲，二是如果大量錄取司法考試的話，將會導致無能的律師、法官、檢察官過度浮濫，無法提供民眾應有的法律服務。然而法務部的理由實際上是自相矛盾的，因為如果經

費不足訓練專業法律人員的話，卻到處設置調解機構，由政府負擔費用，而且法律專業人員能力、素養問題基本上可以透過養成制度加以改善，而非是以嚴苛的考試標準，保障少數擅長考試、記誦的法律人。也因此許多法社會學者針對如此的政策提出如下的解釋：減少法律專業人員，可以提高人民使用訴訟的成本，減少人民訴諸法律的機會，二來嚴苛的考試錄取比率，亦可以提高錄取人員的平均年齡，防止律師、法官、檢察官年齡層「過度」年輕化，有助於維持保守的司法文化，以及貫徹所謂的優良「文化傳統」。<sup>40</sup>

### 三、本節小節

本文認為 Frank K. Upham 教授的以上見解，頗具有參考的價值。因為大多數研究日本法的法社會學者針對某些日本社會特有的法律現象，例如低訴訟比率、傾向以和解作為解決訴訟的優先途徑、或是以非形式的社會規範代替形式的法律等等，所提出的解釋就是簡單地將之歸咎到日本特有的社會文化傳統，彷彿日本的社會文化傳統就是一個可以容納各種疑問的百寶箱一樣，卻未進一步的思考所謂的「社會文化傳統」為何？其產生的過程為何？亦未對日本的法律變遷史作一番前後的比較工作，單單由戰後的現象作為理論背景，的確無法像 Upham 教授一樣，可以發見所謂的「文化傳統」是被少數政治精英所操縱、選擇出來的結果。因此 Upham 教授以上的觀點，值得本文作為重要的參考與分析個別案件事實的依據。

## 第五節 本章總結

綜合以上四個觀點，日本人民對於法律的態度一般來說，是採取較為消極的態度，認為法律不應該過度涉入生活領域，而在糾紛的解決方面，也不希望以訴諸訴訟的方式為之，其背後的理由在經過法律意識的問卷調查後，大致分為文化與制度面的因素，文化面的因素是來自於傳統社會結構中重和諧與一致性的要求，而制度面的因素則是取決於訴訟的經濟與時間成本，但另外調查的結果也顯示出不同的社會條件或是不同的社會階級，前述的文化因素或是制度因素所產生的影響力也是不同。不過值得注意的是，所謂的文化因素亦有可能是被少數社會精英所操縱的結果。

---

<sup>40</sup> Frank K. Upham, *Weak Legal Consciousness as Invented Tradition, Minor of Modernity: Invented Traditions in Modern Japan*, University of California Press 1998, p60-61

## 第四章 家事問題中所顯示出來的法律意識

### 第一節 日本家事法律的結構與其變遷

#### 一、日本家庭結構的法律變遷

日本規範家事關係（婚姻、父母子女、繼承）的法律與我國的體例類似，同樣放置在民法當中，惟在二次大戰戰前與戰後其規範的內容歷經相當程度的變遷。

日本的家事法律規定於民法的第五篇（親屬）第六篇（繼承）之中，體例上抄襲自德國民法。一八九八年所制定的民法後，其條文內容多仿造德國民法，親屬與繼承篇亦不例外，只是針對日本的國情做了小幅度的修改而已，但於實際施行後，即不斷有重新修正的聲音出現，尤其是當一九一八年日本社會發生廣泛的農民暴動後，民法修正委員會即被賦予檢討現行民法中被認為「過度自由主義」規定的任務，縱使當初部分民法親屬與繼承篇的條文制定本身即是為了要容納新儒教（neo-confucian）的美德與道德規範。一九二二年的新修正條文，即更進一步貫徹「日本優良的傳統價值與美德」，具體的例子即是擴大家長的權力，成立家事仲裁制度（family mediation system）以解決家事糾紛<sup>41</sup>。

二次大戰前，「家」為社會的基礎單位，由「家長」行使所有家庭事務的管領權，家長雖有義務與權力<sup>42</sup>來保護、管教所有的家庭成員，但是相對的其他家庭成員卻欠缺得對家長主張的權利。家庭中的權力關係是階層性（hierachial）不平等的，家長擁有對家庭財產與家庭成員優越排他的權利（exclusive rights），所以子女從屬於父親（當父死後，從屬於長子）之下，女性家庭成員的地位亦在男性成員之下，比如父親死後，母親的地位仍次於長子。妻子在民法上被視為限制行為能力人，刑法也設有通姦罪一章，惟實際適用上只針對妻子的「不貞」行為。

戰前的家庭結構依循儒家理論，一個由男性主控的家庭就恰好是整個國家、社會組織的縮影，只不過整個國家、社會的「家長」變成七世紀以來「萬事一系」的天皇而已。仁慈的天皇做為整個日本家庭的家長的概念，在明治維新後

<sup>41</sup> Frank K. Upham, *Weak Legal Conciousness as Invented Tradition*, University of California Press, p58-59

<sup>42</sup> 家長受法律所賦予的權力諸如住所指定權，決定子女的婚姻對象，必要狀況下驅逐家庭成員。Hrroshi Oda, *Family law and succession, Japanese Law*, 1992, p232

的國家現代化過程中，被有心的運用為建立國家統一（national unity）的工具。

二次大戰結束後，改革家庭的結構也因此被視為去除天皇中心政治制度的重要任務，在起草戰後新憲法的同時，也緊鑼密鼓的進行民法相關的修正案，不過修正的過程中，仍有部分保守分子參加其中，其目的即是欲護衛傳統的家庭制度與道德價值<sup>43</sup>。憲法修正後，新憲法二十四條第二項針對家庭關係作有如下的基本規定：「法律對於任何從屬於婚姻與家事事項需基於人性尊嚴與兩性實質平等的角度予以規範，諸如配偶的選擇 財產權 繼承權 住所選擇權與離婚等。」，以此做為出發點修正的新民法內容上即與戰前的舊民法大有不同，例如家庭所有成員的地位一律平等，原本家庭與家長一節的規定全數刪除，婚姻關係中婦女與男性享有同等的財產權與對子女的撫養義務，舊有的長子繼承制已不復存在，妻子在法律上也同丈夫一般具有完全行為能力。

## 二、婚姻

戰前舊民法的規定裡，家庭成員的婚姻必須得到家長的同意，但戰後新民法貫徹憲法與個人主義的理念，婚姻只需雙方當事人合意即可，而婚姻的生效要件也是採登記婚主義，換言之依據民法與戶籍法為婚姻之登記即可生效，惟司法的解釋上亦加入當事人於登記時，需具備結婚的實質意思，如果婚姻的登記只是單純要使子女取得合法婚生子女的地位，而當時人欠缺實質為婚姻生活的意思時，這樣的登記是無效的。<sup>44</sup>

關於未成年婚姻的限制，日本新民法的規定與我國民法親屬篇類似，男滿十八歲、女滿十六歲具有結婚能力，但未成年的婚姻階需要雙方父母或監護人的同意，而未成年人於婚後取得行為能力，且行為能力不因離婚而消滅。而重婚的禁止也是規定在民法七百三十二條，且違法重婚或是同時與二人以上結婚，除該婚姻無效外，另構成刑法上的重婚罪。而關於近親婚的限制，日本較我國為寬鬆，只要是三等親之外即可結婚，例如叔叔不可與姪女結婚，但表兄妹與堂姊弟間就可結婚，為直系血親或姻親間不管是親等多遠，或者是婚姻解消後，都禁止結婚。又日本新民法第七百四十四條相當於我國的九百九十四條，限制女性於離婚後六個月內，再行結婚，雖然有部分學者認為該禁婚條款欠缺邏輯的依據<sup>45</sup>。

關於婚姻的效力，以下分別就冠姓義務、同居義務加以論述、比較。首先是關於夫妻間冠姓的義務，日本現行民法是容許夫妻雙方有選擇「共同」姓氏的權利，換言之夫妻雙方需就夫或妻的姓氏選擇其一，不容許夫妻各自選保有自己的姓氏，相對之下我國民法第一千條但書即規定「但當事人另有訂定者，不在此

<sup>43</sup> T. Kawashima, 'Americanisation of Japanes Family Law', Law in Japan, vol. 16, 1983, p55

<sup>44</sup> 參見最高法院一九六九十月三十一日的判決。

<sup>45</sup> Hrroshi Oda, Family law and succession, Japanese Law, 1992, p234

限」，亦即明文容許夫妻雙方有選擇是否冠姓的權利，但前述日本民法的規定對於促進日本婦女地位的提昇而言，引發修法的爭議與要求，但修法所受到的最大阻力則是來自於日本流傳已久的「家庭登記制度」，因關於夫妻冠姓的變革，將導致「家庭登記制度」大範圍、極其複雜的技術性因素<sup>46</sup>。夫妻於結婚後負有同居的義務，雖該同居義務不具有強制力，但於相當期間中不履行同居義務，僅得因此形成離婚事由<sup>47</sup>。

## 二、離婚

關於離婚的規定，日本新民法的規定與我國類似，當夫妻一方死亡或是被宣告死亡時，婚姻自動解消，而離婚可經由合意或是裁判的方式行之，惟合意離婚亦同結婚一樣，需經過離婚登記始發生離婚的效力。日本的離婚裁判制度與我國民事訴訟法五百七十九條的規定一樣，關於離婚的裁判是強制調解事件，而依據最近的統計<sup>48</sup>，百分之九十的離婚是透過合意離婚的方式，百分之九是透過家事法院的仲裁人的仲裁，只有百分之一是透法院裁判離婚的方式為之。關於離婚的事由，日本民法七百七十七條相對於我國民法一千零五二條的規定，僅設有五款離婚事由，分別如下：與人通姦，惡意遺棄，生死不明已逾三年者，有重大不治之精神病者，其他重大事由制難以維持婚姻者。而作進的司法實務趨勢亦傾向於無責主義，亦即當當事人婚姻以具有難以恢復的事由時，不管是有責、或是無責的當事人皆得訴請離婚，雖然如此，日本民法第七百七十條第二項（相當於我國民法第一千零五二條第二項的規定），亦賦予審理的法官相當大的裁量空間，只要當法官綜合所有情形而認為婚姻之存續對於當事人是適當時，法院即可駁回當事人關於離婚的請求，例如當夫妻一方處於重病中，除他方外，乏人照顧者，法院即可判決當事人敗訴。不過近來司法實務對離婚所持的態度已漸趨向於破綻主義，也就是當夫妻雙方的婚姻信賴關係已不復存在時，而提請離婚的一造若能對他造的未來生活提供經濟援助，雙方又無幼小孩子有待撫養，縱使提請離婚的是有責的一造，亦得允許離婚。而在最近一九八七年最高法院的一項判決中又確立了三個要件作為適用民法七百七十條第二項的依據：夫妻雙方需分居達一段相當的時間、夫妻並無待扶養的年幼子女、有責一方訴請離婚的理由並非對他造不公平。<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Yokiko Matsushima, Japan: Reforming Family Law, *Journal of Family Law*, vl .32, 1993, p362

<sup>47</sup> 關於不履行同居義務而構成離婚事由，在私法實務的變遷上，已望是採所謂的有責主義，亦必須是被惡意遺棄的該造當事人，始得訴請離婚，惟近期的司法實務則是援引離婚的概括條款，認為當婚姻已不能持續下去時，縱使雙方無責或有責的一方亦得訴請離婚。惟前述的司法實務意識有許多例外，例如夫因工作的關係需長期滯留外地，則妻不得訴請離婚。參見 Hiroshi Oda, *Family law and succession, Japanese Law*, 1992, p235

<sup>48</sup> Yokiko Matsushima, Japan: Reforming Family Law, *Journal of Family Law*, vl .32, 1993, p363, footnote 8.

<sup>49</sup> 參見 Judgement of the Supreme Court, 2 September, 1987 (Minshu 41-6-1423)



合意離婚後或離婚的請求准許後，離婚的雙方即需安排子女的監護權歸屬，如果雙方不能決定時，由家事法院以裁判的方式決定之。另外離婚後，任何一方得請求分配財產，分配的內容除婚姻財產外，尚有贍養費，一般的觀點是認為如果離婚的是由是可歸責於一造當事人，則該造即應付出較高的贍養費。關於婚姻財產的分配，原則上依據法定財產制或是當事人所約定的特別財產制，由夫妻雙方自行分配，但若雙方不能合意時，則由家事法院依據當事人間對財產取得的貢獻程度而裁判之。另外最高法院亦容許以上關於離婚的請求、子女監護權的請求、贍養費與婚姻財產的分配，得合併於同一個訴訟程序為之。以上日本離婚的法律制度與司法實務與我國的現行規定與發展趨勢皆極為相似。

由於日本戰前所採的家事制度是以「家」為中心，限制男女自由結婚，因此習慣法上的婚姻（common-law marriage）<sup>50</sup>並不少見，而戰前法院亦依循習慣將家長保護家屬的義務延伸到習慣法的婚姻中，如果習慣法婚姻中的妻子無故被丈夫遺棄，則可請求丈夫補償，或第三人侵害丈夫致死的行為，也同時構成對習慣法婚姻中妻子的侵權行為。而二次大戰後，司法實務則是進一步傾向於將習慣法上的婚姻與法律上的婚姻同等對待，稱其為準婚姻（quasi-marriage），婚姻中的權利義務、子女扶養、婚姻財產皆準用法律婚的規定。另外值得一提的是當習慣法上的婚姻與法律婚相互衝突時，原則上法律婚的效力優先，除非法律婚以具有無法恢復的破綻。

#### 四、 父母子女法律關係的規定

日本民法關於父母子女法律關係的規定與我國民法絕大部分類似，首先規定婚姻關係存續中所生的子女為婚生子女，若子女之受胎期間在婚姻關係存續中時，則子女受有婚生之推定，而依據日本民法七百七十五條，該婚生的推定僅得由父訴請法院確認親子關係不存在，始得推翻之。而在司法的實務上，如果當事人先履行習慣法婚姻的儀式後，再為法律婚之登記，則在登記時即受胎的子女，亦受婚生的推定，又戶政登記的實務上，為求減少非婚生子女的糾紛，亦廣泛認許婚生子女的登記。

關於非婚生子女的認領，日本民法與我國的規定亦十分類似，得由父主動認領之，或由生母、非婚生子女以認領之訴請求之，為認領之訴或確認親子關係存在之訴必須於父死亡後三年內為之。但與我國大相逕庭的是，日本民法限制認領後的非婚生子女的繼承權僅及於婚生子女的一半。<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> 此處所指的習慣法上婚姻應是只依據地方習慣、習俗成立的婚姻，且卻未履行結婚登記，會未經雙方家長同意即私下結婚，欠缺當時民法婚姻的生效要件。

<sup>51</sup> Hiroshi Oda, *Family and the Children*, Japanese Law, 1992, p 239

除因婚姻關係成立父母之女關係外，日本亦同我國一樣設有收養制度，其收養之成立要件亦與我國相同，例如年齡要件、合意要件、身分要件、配偶共同為之與法院裁判宣告等。惟日本於一九八七年的民法修正案中引入「特別收養制」，當被收養的子女未滿六歲，其親生父母無力扶養該子女，則家事法院得經過六個月的「試驗期」觀察後，同意養父母收養該子女，而且戶政登記上直接將收養者登記為被收養者之「親生父母」。

## 五、繼承法的規定與變遷：

相較於親屬法，日本民法中的繼承篇在戰後歷經較鉅大的變革，戰前在傳統的「家」的體制之下，家族中的成員僅有長子有繼承權，是所謂的「長子繼承制」，而在戰後修訂的新民法中，「家」的制度被揚棄，長子與其他次子還有被繼承人之配偶，皆具有同一順序的繼承地位。

關於繼承的順序，日本民法繼承篇規定第一順位繼承人為直系血親卑親屬，第二順位為直系血親尊親屬（包括父母與祖父母），第三順位為兄弟姊妹，此點稍與我國不同，至於其他繼承相關的規定多與我國的規定大同小異，例如代位繼承、喪失繼承權、繼承拋棄、限定繼承與遺囑的方式等。

## 第二節 從婦女離婚問題中顯現出來的法律意識

日本民法關於人民離婚規定有三種方式，家事法院的離婚調解、家事法院的離婚判決（judicial decree by family court）與地方法院的離婚判決（judicial decree by district court）。而民法親屬篇中所規定的裁判離婚事由有五個分別是通姦、惡意遺棄、已失蹤三年以上、不可治癒的心理疾病與其他重大難以維持婚姻的事由。<sup>52</sup>本章想要探討的是：在法律的關於離婚制度的規定之下，其法律的適用與執行的實際情況為何？人民實際上要離婚時，是否真的事能如期所願？如果不是，那所展現出來的法律意識為何？

### 一、數字上的分析-以 1982 年東京地方法院為例

在 1982 年東京地方法院所處理的 5054 件離婚案件中，有 2451 件由法院判決，這其中有 1128（46.5%）件判決准許離婚，六十一件駁回（2.5%），466 件由當事人撤回（19%）。而在所有的 5054 件離婚案件中又有 910 件（18%）由當事人和解，642 件（12.7%）被地方法院轉送家事法院和解。而在 1128 件判決准許離婚中，有百分之六十是依一造辯論而為判決。換句話說，在兩造當事人出席時，判決准許離婚的案件僅佔全部 5054 件離婚案件中的 451 件而已（9%）。家

<sup>52</sup> 參見日本民法 770 條第一項的規定。

事法院判決准許離婚的案件更是少，1972 有 120 件，而十年後 1981 年更降至 42 件。由這樣的數字可以知道在離婚案件的司法實務上，當事人若想藉由法院判決的方式來離婚，成功的機率非常低。

## 二、訴訟程序上關於離婚的障礙<sup>53</sup>

首先離婚事由中關於通姦、惡意遺棄、已失蹤三年以上、不可治癒的心理疾病等，皆由主張離婚的當事人負舉證責任，而嚴格的舉證責任規定，讓當事人很難去實現離婚的目的，而法官也基於自由心證的運用，縱使離婚的事由以臻明確，仍將當事人的請求駁回。<sup>54</sup>再者用重大難以維持婚姻的事由請求判決離婚時，是否當事人所主張的事由為「重大」、是否為「難以維持婚姻」，純屬法官自由心證與裁量的範疇，而裁判實務上，對這樣重大難以維持婚姻的事由是採取相當狹隘的認定<sup>55</sup>，並且若該事由的發生，雙方都不能歸責時，則主張離婚的當事人必須得到他方當事人的同意才能離婚，若事由的發生是可歸責於一造當事人時，該當事人即不得主張離婚。在訴訟上大部分法官也叫喜歡用調解的方式，來終結離婚的案件，所以只有在調解無望時，或是當事人一造缺席時，才會去判決離婚，不然就是曉諭當事人和解，或是裁定停止訴訟程序、裁定移送家事法院。

## 三、離婚事件的調解實務<sup>56</sup>

家事法院的離婚調解程序，依法律的規定，是提起判決離婚之訴的前提要件，而組織上是由法官一人與調解委員兩人構成調解委員會。但實際上由於法官的案件壓力繁重，多由調解委員擔任實際調解的工作。調解委員並非法律專門人才，頂多只是具備基礎的法律知識而已，年齡大多超過五十歲以上，這樣的事實代表大多數的調解委員是在二次大戰前出生、接受當時舊式的教育，而男女平等與現代婚姻的觀念與落實是在二次大戰後慢慢建立的，因此這些調解委員對於婚姻自由的觀念相對的就較為淡薄。

實際在進行調解時，調解委員通常是傾向於維持婚姻的態度，灌輸當事人一些傳統的觀念，例如：婚姻不是永遠美滿、雙方多少都有忍受一點、離婚後對小孩的照養等等，除此之外，也會將造成離婚事由的責任加諸於當事人的身上，比方說：丈夫之所以外遇，因歸責於妻子不能生育，或對待丈夫的態度不佳。而

---

<sup>53</sup> Marital Dissolution in Japan, Tamie Bryant, Law and Society in Contemporary Japan, 1988, p 222-223.

<sup>54</sup> 參見日本民法 770 條第二項的規定。

<sup>55</sup> 日本實例曾經認為丈夫因為公司輪調職務的緣故，長期與妻子妯娌離，而妻子訴請離婚，而法官則是以為公司輪調職務並非可歸責於丈夫，而工作是身為日本男人的抱負（aspiration），縱使是長時期的分離，也只是對婚姻生活的小小干擾而已。

<sup>56</sup> Marital Dissolution in Japan, Tamie Bryant, Law and Society in Contemporary Japan, 1988, p 224-225

在調解的過程中，調解委員則是以主導的角色，曉諭當事人一些自己所知道的法律知識與離婚的後果，意圖將當事人引導到自己所預期的目的，比如說建議當事人應該提出多少贍養費，放棄子女的監護權或是得到他造的同意，否則不能離婚。

### 第三節 從離婚事件所展現出來的法律態度

由前述關於離婚的數據與實務的探討上，大致可以了解在離婚的事件中，由法院判決離婚的案件僅佔離婚事件的極少數比率的情況下，絕大多數離婚案件都是以非形式化的調解程序結束，此點也證明上一章關於糾紛解決的假設-日本人習慣以非形式的途徑解決糾紛。再者日本人民行使離婚的權利受到相當大的阻礙，一方面有來自訴訟上關於法官判決時自由心證與舉證責任的阻礙，一則來自調解離婚時調解委員的阻礙，而這兩方面的阻礙並非形諸於形式的法律，反而是離婚實務運作的結果，而實務運作時也是盡量以維持為前提，不管是訴訟上或調解時皆是如此，這樣的法律態度則是顯示出對傳統文化與社會、家庭和諧的相當尊重，縱使法律有明文保障人民離婚的權利。總結來說，關於影響離婚事件法律態度的因素，可以說是來自傳統社會、文化上的要求。

## 第五章 勞工問題所顯示出來的法律意識

### 第一節 日本勞工法律的變遷：

#### 一、戰前勞工立法與工會發展

日本於二次大戰前並無勞工法的制度，關於勞工與雇主之間的法律關係的規範，主要是依據民法債篇各論中的僱傭契約一節（民法六百二十三條到六百三十一條），但民法的基本上是假設當事人地位相互平等與私法自治，但這樣的假設並不能適用在日本戰前工業生產關係中的勞僱關係裡，在工廠裡資方永遠是經濟力、政治力上的優勢，勞工與資方的地位相差懸殊。日本政府在戰前惟一通過的保護勞工的法令為工廠法，該法之適用範圍亦十分有限，僅止於婦女與兒童，保障其每日最多僅能工作十二小時，該標準亦相差當時的國際勞工標準有一段距離。

當日本開始邁向工業化後，一八九七年日本第一個工會成立，之後各種行業亦相繼有工會成立，惟日本政府亦於一九零零年通過治安警察法，作為嚴格取締工會、勞工罷工的法源基礎。其後該法雖於一九二五年被廢止，但旋即制定公共安全維護法代之，新法之目的即是用以嚴格限制勞工的組織與活動。在日本於一九四五年被盟軍佔領後，佔領軍政府確立兩項工會政策：一為促進日本勞工成立工會，二為促進日本工會行使其工會權，減少來自官方的干預。在佔領軍的鼓勵之下，新工會就如雨後春筍般的不斷成立，短短一年間即鉅增制一萬三千個大小工會。

#### 二、戰後的勞工法發展

一九四七年日本制定新憲法，新憲法中的二十七條與第二十八條分別為勞工的工作權與工作權的行使作了基本的保障，隨之即制定勞動基準法，內容規定基本工資、工時、休假、工作環境的衛生與安全的基本事項。雖然依據憲法的規定，凡勞工皆享有勞動三權：組織工會、團體協約、罷工權，其規定本身並未明文排除公部門的勞工，但實際上公部門的勞工（或稱之為公務員）的勞動權自戰後以來就一直被特別法嚴格地限制著，首先干係國家安全與秩序的自衛隊與警察，其勞動三權完全被否認，而其他公部門的勞工例如郵差、國營企業的員工，雖有組織工會權與集體協約權，但集體罷工的權利並不被容許。前述對於公部門

勞工的勞動權的限制，日本最高法院亦認為合乎憲法限制基本人權的規定。<sup>57</sup>

日本新憲法第二十七與二十八條被視為日本勞工法體系的基本法源，該法二十七條即規定所有人皆享有工作權。該條規定於解釋上不只具有人民防禦國家侵害其工作權的作用，更課與日本政府有積極作為，以保障、促進人民實現工作權的義務，日本政府有義務積極以立法與行政行為，訂立勞工法律、設置勞工事務機關，在這樣的解釋下日本先後制定工作機會法、失業保險法以及最近的平等就業機會法（Equal Employment Opportunity Act）而憲法二十八條又繼續規定勞工享有工會組織權、集體協約權與集體行動權（罷工權）。在該條的解釋上日本政府不得制定法律或以行政措施干預勞工組織工會，政府與雇主不得因勞工參予工會而給予不當的差別待遇，關於工會欲行使與雇主的集體協約權時，雇主有義務與工會協調，不得拖延、怠慢，惟關於罷工權的行使，由於日本的早期警察法規與集會遊行法規限制嚴格，又加上日本重視社會和諧（Social harmony）的民族性，大規模的罷工在戰後反而不多見。

### 三、解決勞動糾紛的法律機制

日本大多數的勞動法令規定關於勞動糾紛的解決，由各級勞工行政機關中的勞工委員會為之，勞工委員會的組成成員來自於政府、勞方、資方三方面的推派，各自代被三方面不同的利益，以層級最高的中央勞工委員會為例，其組成員九位分別由全國工業總會、工會總會與政府勞工部會各自推派三人。<sup>58</sup>勞工委員會的任務內容包括審查工會的組織、行動是否符合勞動法律的規定，雇主有無對勞工為不公平的待遇（unfair labor practice）以及解決（日文原義為「調整」）勞資糾紛。

勞資糾紛的解決程序通常是在勞方與資方私下已無法和解時，始依據勞動關係調解法進入法律程序，首先由糾紛當事人向該管勞工委員會提出調解申請或是由勞工委員會依職權（ex officio）開始，再由勞工委員會指定一名「顧問」（councillor），協助當事人進行和解，在進行的途中，該名顧問得提出建議，供雙方接受，作為和解的條件。若雙方仍不能達成和解，則勞工委員會即指定成立一個「顧問小組」（councillor panel）再繼續試行和解，顧問小組得為當事人雙方書立和解書，建議雙方當事人接受該和解書的內容，不過到此階段，所謂「顧問」與「顧問小組」仍未擁有法律上的下命、強制權。除前述解決途徑之外，如果勞

<sup>57</sup> 早先，最高法院是依據限制人民權利的最小侵害原則（less restrictive alternative test）做為審查前述限制規定的標準，因此許多限制的規定皆有違憲的可能。後最高法院改變見解，基於公部門勞工所執行的業務關係公益與社會秩序，因此如果限制其勞動權的規定是合理的話，應不違憲，理髮機關也有比較大的裁量空間。參見 Judgement of the Supreme Court, 25 April, 1973(Keishu, 23-5-305)

<sup>58</sup> Hiroshi Oda, Procedures for the settlement of disputes, Japanese Law 1992, p341

資雙方合意運用仲裁制度或雙方於勞資契約中已有「交付仲裁」的條款時，勞資雙方亦得透過勞工委員會組織一個仲裁委員會，適用仲裁法理，該仲裁的結果對於糾紛的雙方均有拘束力。

日本勞動糾紛的法令中亦類似美國勞動法，法律授權日本首相有緊急調解權，也就是當民生必須的公用事業員工罷工時或大規模的罷工工潮或是重大影響國計民生的特殊事業的罷工時，日本首相得命令該罷工的勞工五十日內，不得依據勞動法令進行調解，而直接由中央勞工委員會進行調解。

關於勞工受到雇主不公平的勞動待遇時，比如說是雇主違法干涉工會活動或對參予工會活動之員工予以差別待遇，受侵害的勞工得向地方勞工委員會提出救濟的請求，並得向上一級的勞工委員會再為提出（類似我國舊制訴願法中的訴願與再訴願），最後並得依行政訴訟法向法院提出訴訟。若勞工勝訴之後，不只得請求雇主賠償因此所受到的損失之外，並得請求回覆到侵害前的原狀。

## 第二節 「過勞死」社會問題中所顯示出的法律意識

### 一、前言：

日本早在一九四八年即制定勞動基準法，規定基本工時、工資、工作條件與工作環境安全最低的標準，但施行之今已超過五十年，日本的新聞報導與衛生報告中亦時時可以聽聞勞工因工作過度，「猝死」、「過勞死」的消息。而且實際的數據也顯示日本勞工（包括藍領與白領勞工），大部分的全年工作時數皆超過法定的最高標準，許多勞工被迫犧牲自己的健康與家庭，為所服務的機關、公司鞠躬盡瘁。而本文感到有趣的是，在勞工法規裡詳詳細細、明明白白限制勞工的最高工時，但事實上勞工們卻被逼迫或是半自願的超時工作，法律形式與實際上間的落差原因為何？落差的原因反映出日本人如何的法律意識？又當日本勞工因超時工作而造成健康上、生命上的損失時，受害的勞工或是勞工的家屬是否會以及如何向雇主求償？雇主的反應為何？又主管勞工事務的行政機關其所持的態度為何？以上都可顯示出日本人民關於勞工事務法律意識的部分輪廓。以下先就「過勞死」作大略的介紹，在分別由法律面、賠償面與法律觀三個層面分別敘述。

### 二、過勞死的醫學定義

日本國家公共衛生學院的 Tetsunojo Uehata 醫生對過勞死的定義如下：勞工的正常生活節律（rhythms）被持續的、不健康的工作方式所破壞，導致累積的疲勞。由長期超時工作所導致的精疲力竭（exhaustion）加重勞工原先已存在的

健康問題，例如高血壓、冠狀動脈硬化，因此導致生命危險。換言之，過勞死並非是一種特殊的疾病，也不單是指勞工因超時工作而死亡，而是基於不正常的工作方式而導致的一連串的症候群。

### 三、過勞死相關的數據

一九八八年是日本勞工超時工作的尖峰，據估計有六百八十五萬的日本勞工一年工作超過三千一百個小時，假如以一年工作五十個週，一週工作六天作計算，每週即工作六十二小時，每天工作十小時又二十分鐘，相較於同期的美國勞工平均僅工作一千九百四十九小時，英國勞工一千九百四十七小時，西德勞工僅一千六百四十二小時。而以一九九四年的數字而言，仍有六分之一的日本勞工一年工作時間超過三千小時。<sup>59</sup>而勞工絕大多數的超時工作，不管是被威逼、或是自願的，都不會被計入工作卡中，因此若以經濟學的觀點來看，如果將超時工作的計入國家經濟計算後，則日本的國民生產毛額將增加二十三兆日幣，相當於一九九零年的國民生產毛額的百分之五。<sup>60</sup>

以過勞死的年齡分配比率來看，雖然大多數過勞死症候群皆是發生在四十歲以後（約佔百分之八十），但亦仍有百分之二時的過勞死症候群發生在二十多歲、三十多歲的年齡。而以職業別的分佈來看，白領勞工的罹患比率亦高於藍領勞工，約佔百分之六十二。由於近來女性投入職場日益增多，因此女性勞工亦不免於過勞死疾病的侵襲。最後值得一提的是朝日新聞（Asahi Shimbun）在一九九二年六月對數百位東京辦公室職員所作的問卷調查顯示，有五分之一的東京辦公室職員害怕自己將罹患過勞死，單以男性職員的話，四個男性職員就有一個害怕自己會得過勞死。

### 四、勞基法關於最高工時的規定名存實亡

日本勞動基準法第三十二條規定：「雇主不得命勞工每週工作超過四十小時，每天工作超過八小時。但該工作時間隻計算應排除休息時間」但在同法第三十六條中又設有例外的規定：「雇主得取得員工代表的同意，延長工時或者是假日工作。」，然而在實際的運作上，只要是雇主一旦取得員工代表的同意後，則只要當雇主覺得有加班的需要時，則會藉勞基法三十六的的規定，反過來強制勞工超時工作，將例外容許規定變作通常情形（normal practice）。<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Karoshi Nintei Kanwa-o( Death from overwork: The Need to Relax the Standard of Proof), Asahi Shinbun Jan 7, 1994

<sup>60</sup> Messhi Hoko (Self Sacrifice and Public Service), SHUNKAN SHINCHO, Dec. 2, 1993, at 111

<sup>61</sup> Kiyoko Kamio Knapp, Warriors Betrayed: How the “Unwritten Law” Prevails in Japan, Ind. Int'l &Comp. L. Rev. Vol 6, 1996, p554



日本的加班工作文化根深蒂固已久，在終生僱用（Lifetime Employment）的職場慣例下，對公司的忠誠與年資構成職位升遷的重要依據，然而超時工作、為公司作無怨無悔的付出就是對公司忠誠的最佳表現。如果一個勞工不願意加班，希望能為自己與家庭多留下一點空閒時間，則該名勞工將會被認為是自私、不尊重團體紀律，從而喪失升遷的機會或是紅利加給，排除於工作團隊之外。前述將加班視為當然的工作文化在一九九一年的一項判決中亦確認其合法性，法院認為員工並無拒絕加班的義務，當工會已經同意雇主關於加班的要求，當員工不服從加班的要求時，立即構成雇主當然開除該名員工的是由。

日本的工會的成立目的雖是在為工會的成員勞工爭取權利，但在加班問題上的幫助卻十分有限，一則許多日本工會採取勞資合作的政策，二則關於加班的爭執點卻是在於加班費的多寡，而非是加班的時數上，換言之只要是雇主付的起加班費，實際上公司又有加班的需要，日本工會即「體諒」雇主關於加班的要求，從而勞動基準法三十二條關於最高工時的規定即不適用。

## 五、日本的勞動職災補償保險法之規定與實際

日本為保障勞工免於職業災害與促進勞動環境的安全，因此制定勞動職災補償保險法，該法命雇主需支付一定保險金，為勞工一旦發生職業災害時，得獲得補償。而職業災害的定義十分廣泛包括勞工因職務之關係而受傷、疾病、機能障礙以及死亡，換言之因超時工作所產生的過勞死症候群，勞工或者是其家屬亦得請求保險給付。如果發生職業災害後，雇主或保險人拒不理賠者，受害之勞工或其家屬得向各縣市的勞工檢查局提出請求，由該局決定賠償與否，只不過此時需由勞工或其家屬證明職災的發生與職業有因果關係。

勞動職災補償保險法雖有如上的規定，但實際施行上請求給付勞工或其家屬在主張上卻困難重重，尤其是就過勞死的案例而言。首先中央的勞工部會致力減低職災補償的給付，減輕企業的負擔，所以對於過勞死症候群的存在視而未見。<sup>62</sup>另外在求償的程序中也課與請求的勞工或家屬高度的舉證責任，換言之請求人需舉出相當明確的證據，證明過勞死症候群的發生是直接導因於職業的緣故，然而判例上卻只容許當勞工被安排的工作是「十分異常」的（extraordinary），而且過勞死症候群緊接者工作的安排而發生，賠償的請求才被允許。因此因為過勞死而請求職災賠償絕大多數皆以駁回收場，以一九八八年為例，近五百件關於於過勞死的職災請求中，僅有二十一件允許，而之後的五年中，請求的件數徘徊在五百到七百件之間，但允許的請求每年亦不超過三十件，到了一九九二年，允許的件數更跌落至十九件。除了請求的重重困難之外，審理請求的勞工檢查局的態度亦十分冷淡，多數的請求人大多在主管的公務員草草了解案情之後，即被告

<sup>62</sup> Kawahito Hiroshi, Death and the Corporate Warrior, 37 Japan Q. 1991, p 156

知請求成立的希望很低，並未進一步的調查公司有無違反勞基法，違法強迫勞工加班的情形，在主管機關的放任之下，自然公司也怠於改善工作的條件或減少勞工的超時工作。<sup>63</sup>

另外在實際求償的程序中，實際上阻礙勞工或其家屬請求的方式還不只一端。首先證明超時工作的工時紀錄卡操在公司的掌握之中，拒絕項當事人與主管機關提出，或甚者有些公司根本未存有超時工作的紀錄，將超時工作視為勞工自願的服務。雖然職災補償保險法第二十三條規定公司有提出工作紀錄的義務，但因欠缺相對應的罰責，所以等於是無規範力的訓示規定。再者，在日本的工作文化中，十分注重雇主與勞工之間的照顧、忠誠的和諧關係，這種關係雖然在僱傭關係終止後，仍然會繼續存在，換言之如果勞工於離職後膽敢向雇主請求賠償時，即會被雇主或是原來的工作夥伴視為是背叛團體的自私分子，也因為這個文化上的因素，所以大部分因過勞死職災受害的勞工，遠低於實際上請求雇主賠償的數字。以下舉出實際求償的案例，進一步說明過勞死勞工法律請求所受到的重重障礙。

在一九八八年九月，一位四十二歲的卡車司機 Fujiwara Koichi 死於心臟功能失調，在死亡前，該名司機平均每月超過法定工作時數兩百小時（日本勞基法法定工作時數為每月一百六十小時），其亦曾在一個月中有超時三百四十小時的紀錄，總計該名司機每年的工作時數約為五千七百小時（法定工作時數若以一年二五零個工作天，每日八小時計算，約為兩千小時左右）。該名司機所服務的交通公司從一九七五年起至一九九一年持續被勞工檢查局發單警告其違反勞動基準法中關於提供安全工作環境與符合法定工時的要求，但該公司對於一連串的警告採取不理不採或是敷衍了事的態度，根本未實際去改善工作的環境，符合勞基法的要求。在該名司機的妻子與輔助的律師證明前述超時工作與公司持續故意違法的事實後，勞工檢查局仍然駁回請求，理由是請求人不能證明司機因過勞死的結果與公司的違法超時工作的要求之間有因果關係存在，因為在同樣工作環境、工作時數下工作者，除該名死亡的司機外，另有其他三名司機，該三名司機並未因此患有類似該名死亡司機「嚴重」（seriously）的疾病。關於勞工檢查局這樣的說辭，輔助的律師即認為如果依據這樣的標準，除非是所有的工作同仁都因過勞死而「殉職」了，賠償的請求始可成立，十分不合理。

## 六、過勞死問題所顯示出日本人的法律觀

### （一）實定法的地位宛如裝飾用的傳家寶

---

<sup>63</sup> Kiyoko Kamio Knapp, *Warriors Betrayed: How the "Unwritten Law" Prevails in Japan*, *Ind. Int'l &Comp. L. Rev.* Vol 6, 1996, p558

日本自一九四八年即規定有勞工基準法，確立雇主不得強迫勞工工作超過法定一天八小時、一週四十小時的法律要求。但在至今超過五十年的施行實際情況，卻告訴我們日本的勞工工作狀況卻正好與勞動基準法的規定剛好相反-在強迫或半強迫的狀態下持續的超時工作。而勞動基準法三十六條為雇主便宜而設的超時工作例外容許條件，卻也反客為主的變成職場的常態法則。而法條中的義務規範也欠缺強制力的制裁作為後盾，行政機關以雇主主動配合的期待來行使其管制的權力。如此的法律形式與實際情形相互「剝離」，法律文化也描繪出日本人習慣將法律當作「傳家的寶劍」的態度，勞工法律僅作裝飾之用，是在戰後迫於佔領軍政府的壓力而制定的，功用在於標榜日本法律制度十分尊重、注意勞工的保護，而實際上在追求經濟成長與貫徹員工忠誠的工作文化裡，勞工法律根本被棄置於一旁，才會使過勞死的問題成為日本社會所特有、由來已久的文化。<sup>64</sup>

## （二）社會控制以非實定法的方式展現

在過勞死的案件討論中，我們認識到實定法的最高工時的要求，反而是屈服在普遍的職場慣例下，這是非實定法實際取代實定法掌控社會秩序的一個表徵。再者，許多實定法的內容本身在制定時，有意無意就是在為非實定法的介入，留下空間，比如說在勞動基準法三十六條關於最高工時的例外規定，其規定的本身正好給超時工作的職場慣例留下合法的空間。另外關於勞動基準法與職災補償保險法的規定內容，雖有許多課與雇主的義務規定，但欠缺相對的制裁規定，反而有意無意的就是讓非實定法的職場慣例來介入解決當事人間關於過勞死的職災求償糾紛。最後來自行政與司法機關的觀點也說明前述的命題，因為行政機關在處理職災求償的案件時，其極低的勝訴比率（約為百分之四左右），擺明了就是杜絕勞工或是家屬透過法律所規定的救濟管道的請求，而是將該糾紛丟還給當事人自行去解決，換言之由當事人以職場慣例的方式自行處理補償事宜，不管最後的受害的勞工或家屬是否是有得到補償，另外我們從法院許可公司以員工不願加班為由而開除一事，也可以認識到法院對於非實定法（超時工作的職場慣例）的態度，是採取一個肯定的立場。

## （三）工作職場中的團體觀念阻礙權利意識（right conscious）的發展

日本的社會秩序是根源於責任（duties）而非根源於（rights）<sup>65</sup>，在日本語中「權利」是外來語，是當初明治維新時所翻譯出來的字眼，而「正義」，原意在日本語中與法律、法律的程序並無關聯，與西方所稱「正義」（Justice）是透過法律的良與善不盡相同。同樣的，在日本人的傳統的團體意識下，個人是對團體負有責任與義務的，但是觀念上卻欠缺對於團體相對的權利概念，所以大多數

<sup>64</sup> Frank Upham, *Law and Social Change in Postwar Japan*, 1987, p208-209.

<sup>65</sup> John O. Haley, *Authority without power: Law and the Japanese Paradox*, 1991, p11

在職場工作的日本人很容易將「個人主義」( Individualism ) 化約為個人的「自私自利」( Selfishness )，將個別勞工對於公司的求償視為是背叛公司的團隊。團體的利益優先於個人的觀念，若再加上實定法在團體中的規範力量顯低於非實定法-職場慣例時，更會弱化了團體中個人關於其個人權利、正義與公平原則的請求與實踐，換句話說團體觀念與非實定法的盛行摧殘職場中勞工的權利意識的形成與發展。

不過值得進一步再探討的是，阻礙職場中的權利意識的形成與發展，雖是來自於團體觀念與非實定法的盛行，但國家機關所扮演的角色也是不可磨滅。如前所述日本法院容許雇主以拒絕加班為理由開除勞工，等於是正面肯定職場慣例作為法規範的效力。而審理勞工職災請求的行政機關以嚴苛的舉證責任要求迫使過勞死的賠償請求幾乎無法實現，所持的態度不就是肯定在團體觀念下，團體糾紛中的解決應由團體內部自行以職場慣例為之，勞工不應再行訴求團體外、法律上的救濟途徑。在如此的分析之下，國家機關在過勞死的相關案例中，其所持的意識型態基本上是與雇主與社會多數人相同的立場，並藉由其法定的合法權利（法院於各案中的法律解釋權以及行政機關關於賠償案件的事實認定權），否定勞工請求的權利與地位，而進一步的貫徹、加強這樣的意識，更加的否認職場中的勞工應積極主張其權利。

## 七、過勞死案件中所顯現出來的日本獨特的法律文化

日本戰後所繼受的勞工法律來自西方，而西方（主要是美國）的這些法律其基本精神（出發點）都是在促進個人權利的主張與勞工權利的保障，因此許多法令條文皆規定勞工有主觀請求權、雇主有照顧勞工的義務，而這些請求與義務皆端賴積極的主張與訴訟方能實現，但是在繼受的法律制定過程中，雇主的義務被弱化了，變成是訓示規定，主管機關的監督管制權是空的、不具有強制力，者可以稱之為日本立法的特殊文化。而在法律的實踐觀察中，又發現勞工的請求權也被弱化了，但是卻是藉由非形式的手段（國家機關解釋法律的過程裡），這也形成日本法律實踐上特殊的文化。前後兩種立法上與實踐上的特殊文化，即扼殺了人民權利意識的發展空間，但這並不代表日本人民天生欠缺權利意識，此點可從過勞死的求償案件每年的聲請案仍維持在五百件到七百件的水準中，得到證明。

### 第三節 日本平等僱用機會法的規定與實踐

#### 一、前言

日本戰後新憲法第十四條明文保障男女平等的法律地位，但是在日本戰後

的經濟發展過程中，戰前的「男主外、女主內」的男女分工的圖像，一直主宰者勞動職場的工作型態，女性工作者所扮演的角色絕大多數是處於次要、補充的地位，領著較少的薪水，沒有晉升為主管的機會，如果結婚或是懷孕即被迫離職。這樣的職場慣例從很早開始就遭到挑戰<sup>66</sup>，而在一九八五年日本國會通過平等僱用機會法，立法的目的即是促進婦女在職場的工作機會與地位。然而該法施行至今已十餘年之久，職場中歧視女性的慣例是否因此而改善？如果沒有，之中的曲折如何？又反映出如何的法律意識？

日本職場特有的制度之一便是「終身僱用制」(Lifelong Employment)，勞工在進入公司服務後，即任職到退休為止，職位的晉升與薪資、紅利的計算，完全以年資為準，公司以終身僱用制的保障換取勞工服務的忠誠<sup>67</sup>。但終身僱用制的邏輯在女性勞工上並不適用，因為女性先天上即負有懷孕、生產的生物任務，必須在婚後付出一段時間生產子女，而且在「女主內」的傳統意識底下，女性也被要求付出較多的心力在家庭事務下，自然不能為服務的公司提供不間斷、專心一致的付出。甚且女性通常也被認為應該作為男性的「後盾」，當男性努力在外開創事業的同時，女性能妥善照顧家庭，讓男性無後顧之憂。所以職場慣例自然希望女性勞工於結婚或懷孕時，能自動離職，對於女性也不提供與男性相同的訓練與晉升機會。

而當女性完成生產與教養子女的任務後，若再回到職場尋找工作時，則又會面臨其他的困難。首先是女性作為人妻、人母的責任，讓雇主認為其不易專心工作，而且其已脫離工作崗位一段時間，可能已無法應付現在的工作，又其新稅會被視為是家庭的額外收入，補充丈夫的收入或是當作私房錢，無法獲得應有的職位與應有的待遇。<sup>68</sup>在如此的職場慣例下，關於日本女性勞工的就業情形如同一條 M 曲線，二十五歲以前有六、七成的女性在職場服務，到了三十歲左右，剩下四、五成，到了三十五歲減少成三、四成左右的，過了三十五歲的年齡，又開始緩慢回升到五成左右。<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> 一九六六年的 Sumitomo Cement 一案，即有女性勞工不滿資方在任用條件、薪資標準與退休條件上，給予女性員工的差別待遇。東京地院援引民法中的公序良俗條款，否定資方於勞動契約中的差別待遇條款與措施。關於案件經過與法院判決理由請參見 Frank Upham, *The Search for Equal Employment Opportunity, Law and Social Change in Postwar Japan*, 1987, p131 以下。

<sup>67</sup> 由於近來日本經濟持續衰退，各大企業已經開始思考是否改革終身僱用制的職場慣例，而引進以工作績效作為衡零升遷與薪資待遇的基礎。

<sup>68</sup> Masako Kamiya, *A Decade of the Equal Employment Opportunity Act in Japan: Has it Changed Society?*, *Law in Japan* vl, 25, 1995, p44

<sup>69</sup> 數據來自於 1993 White Paper on Women Workers:

## 二、平等僱用機會法的制定背景與內容

一九八零年日本簽署「消除所有歧視婦女措施聯合國條約」(United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)，依據該條約，日本政府應於一九八五年正式批准該條約前，致力於提昇婦女於職場上的法律地位，所以制定平等僱用機會法的目的之一就是象徵日本政府為符合國際條約所做的努力。但是在制定該法的過程中，代表雇主利益的產業工會認為如果貫徹職場上的男女平等，即是威脅到日本自戰後以來經濟成長的基礎，而工會也反對該法的制定會因此取消所有保障婦女勞動權的優惠措施。<sup>70</sup>不過在一九八五年五月平等僱用機會法依然通過，隔年四月正式生效。

平等僱用機會法的前言如下：「本法的目的在促進兩性在就業上相同的機會與待遇，實踐日本憲法保障兩性法律地位平等的原則。基於此目的，應以各種措施發展女性的工作能力，協助女性再度就業，促進家庭生活與工作生活，提高女性工作者的福利與地位。」，而內容則是就五個領域規定雇主應促進女性與男性的平等機會與待遇：(1) 新員工的招募與聘用 (2) 工作指派與晉升 (3) 在職訓練 (4) 工作福利 (5) 強制退休年齡、辭職與開除。關於涉及平等僱用機會法的糾紛解決，該法並未規定受到不平等待遇的女性勞工有私法上的訴權，而是規定三種調解途徑：(1) 由雇主與女性勞工合意解決 (2) 由各縣政府婦女與童工處協助雙方調解 (3) 由中央平等機會調解委員會進行調解。

若再仔細觀察平等僱用機會法各個規定的用語，又會發現用語皆是「訓示規定」的立法方式，例如第四條規定：「雇主、中央與地方政府需致力於促進女性勞工的福利，符合第二條與第三條的基本要求。」，第七條：「關於員工的招募與聘用，雇主需致力於平等對待女性如同男性。」，第八條：「關於職位的指派與晉升，雇主需致力於平等對待女性如同男性。」<sup>71</sup>。而該法並未規定主管機關擁

age	B. Women employed, by age cohort (%)								
	20-24	25-29	30-34	35-39	40-44	45-49	50-54	55-59	60-64
1965	54.2	23.8	20.3	20.3	19.9				
1970	59.8	27.1	21.3	26.0	26.5	+30.4	-3.5	-0.4	
1975	58.5	29.4	23.9	28.3	32.8	+32.7	-5.8	+0.5	
1980	63.3	36.2	28.9	33.1	38.5	+29.1	-5.5	+4.5	
1985	65.5	43.0	33.8	38.8	45.3	+27.1	-7.3	+4.4	
1990	69.4	52.9	38.8	45.4	50.0	+22.2	-9.2	+5.0	
1991	70.3	55.4	41.4	46.0	51.5	+16.5	-14.1	+6.6	
1992	70.2	56.6	42.1	47.6	52.9	+14.9	-14.0	+4.6	
		56.6	42.1	47.6	52.9	-13.6	-14.5	+5.5	+5.3

<sup>70</sup> 關於正反雙方論戰的詳細內容，請參閱 Frank Upham, *The Search for Equal Employment Opportunity, Law and Social Change in Postwar Japan*, 1987, p149-152

<sup>71</sup> 前述條文皆翻譯自 Masako Kamiya, *A Decade of the Equal Employment Opportunity Act in Japan: Has it Changed Society?*, *Law in Japan* vi, 25, 1995, p54 的附註 31,32,33。英文用語為「...shall endeavor to...」，故翻譯為「應致力於」，有別於一般的法條用語「...應...」。

有任何強制的權力，來糾正雇主違反平等待遇的行為，例如在第十四條的規定中，如果縣政府的婦女與童工處接受糾紛一造的請求，得依據勞工部的行政命令，給予雙方必要的建議或是指導。換言之主管機關管制的手段便主要是依賴不具有強制力的行政指導（administrative guidance），行政指令與政策的宣示，申言之，平等僱用機會法的實踐仰賴雇主自動的善意配合以及保持良好社會信譽的考量上了<sup>72</sup>。

如果我們單就平等僱用機會法的法條規定，即可初步觀察到日本政府關於男女工作平等的法律意識，大致有以下數點：首先該法律仍然承認女性的家庭責任，而且致力去緩和家庭生活與工作之間的衝突，立法便是採取男性與女性不平等的立場。而法條的用語欠缺強制性，顯然將實踐平等僱用的法律目的轉由雇主的善意配合，另一方面在糾紛的解決上，也是採取非正式（informal procedures）的和解途徑，而糾紛能否解結仍然是仰賴勞資雙方的「善意」，主管機關無權力以強制力介入、或是進行管制，頂多運用行政指令、行政指導的方式，向雇主提出建議、警告而已。以上所提出的數點特色，頗符合 John Haley 在 *Authority without Power* 一書中所認為的日本法律與管制機關的特色。<sup>73</sup>

### 三、平等僱用機會法實行的檢討-訴訟的觀點

如前所述平等僱用機會法的法條用語並不具有強制性，在實際進行訴訟時，受訴法院並不能依據平等僱用機會法，以裁判或假處分命雇主停止違法差別待遇的措施（issue injunctive relief），頂多做成確認雇主差別待遇措施違法的「確認判決」（declaratory judgment），而確認判決也因為平等僱用機會法的訓示性質，欠缺強制執行的效果。

雖然曾有女性勞工以雇主在薪資上的差別待遇為由，向東京地方法院提起訴訟，最後法院判決雇主應賠償薪資的差額，然而賠償的依據並非來自於平等僱用機會法，而是基於勞動基準法第四條關於男女同工同酬的規定。該判決並限於女性勞工需從事與男性同樣的工作，並且工作上的表現不輸給男性的同事，始得成立賠償的請求<sup>74</sup>。換言之至今未有任何判例容許女性勞工單純以基於性別歧視的緣故，而提起訴訟獲得賠償。另外在平等僱用機會法中所規定的糾紛解決途徑中，一反其他勞工法規的規定，並未設有法律訴訟（litigation）作為糾紛最終的解決途徑，頂多僅由中央主管機關進行雙方的調解而已。

---

<sup>72</sup> Masako Kamiya, *A Decade of the Equal Employment Opportunity Act in Japan: Has it Changed Society?*, *Law in Japan* vi, 25, 1995, p56

<sup>73</sup> 關於日本行政機關與管制法令的特色，可進一步參閱 John Haley, *Bureaucrats and Business: Administrative Power Constrained, Authority without Power*, 1987, p139 以下

<sup>74</sup> 判決詳細內容請參閱：Nisso Toshō (Russo-Japan Books) Case, Tokyo District Court, decision of Aug 27, 1992

由訴訟的觀點，也可以進一步了解當初日本的立法者在平等僱用機會法中，弱化雇主平等對待女性勞工的義務的效果與目的。將整個糾紛的解決轉向由調解的方式為之，換言之由雇主與女性勞工相互依據職場慣例，而非法律規定解決糾紛，法院縱使介入糾紛的解決之中，亦無法發揮其裁判執行的效力。<sup>75</sup>

#### 四、平等僱用機會法實行的檢討-實證資料

一九九三年十二月一個由女性勞工與律師所組成的日本婦女團體，向聯合國提出一封標題為「A Letter from Japanese Women」的信。內容強調平等僱用機會法施行以來，並未改善女性勞工地位與歧視女性的職場慣例，並且批評日本政府所提出的官方評估資料過於誇大不實。以下是說明平等僱用機會法並未實際改善歧視的一些實證資料：

報紙徵求人才的廣告仍然充滿平等僱用機會法制定前，以性別為聘用標準的偏好。許多職位如電腦維修工程師、繪圖員，甚至是數學家教老師都只徵求男性。而女性可以應徵的工作，佔絕大多數是店員、收納小姐、電腦文書員、美容師與護士等。而且幾乎是大部分的廣告都設有最高應徵年齡，少部分的廣告規定有最低的應徵年齡，然而對女性而言，年齡的限制是一個嚴苛的要求。<sup>76</sup>

在男女職務的指派上，日本勞工部在一九九二年做的調查如下：多數的雇主會將男性職員調派到特定的部門，有 42% 的雇主會排除女性勞工於銷售部門之外，34% 的雇主會排除女性從事研究發展 (R&D) 的部門職位，又有 25% 的雇主部會在生產部門僱用女性。而開放給兩性的職務大多是人事部門、一般庶務、會計部門與廣告部門。<sup>77</sup>

職場上強制女性勞工於結婚或是懷孕離職的慣例依然繼續存在。舉 Sumitomo 銀行為例，雖然在一九六六年該公司的勞動契約中的禁婚條款，因違反公序良俗而被判決無效。但是該公司的人事慣例卻依然故我，一九九零年一位新婚的女職員向其主管反應繼續工作的意願，但該主管卻回答：「依據法律的規定，你仍然可以繼續工作，但我們的人事政策不允許這樣的情形，你可以向男職員一樣常常加班到七、八點鐘？你最好先自行辭職，然後再回來作兼職的工作。」

<sup>75</sup> 類似的情形請參閱本文關於日本「過勞死」問題的探討。

<sup>76</sup> Kiyoko Kamio Knapp, Still Office Flowers: Japanese Women Betrayed by the Equal Employment Opportunity Law, Harvard Women's Law Journal vl 18, 1995, p111. 關於招募勞工的年齡限制，美國的勞工法規規定若該年齡的限制如果侵害到某些特別保障的年齡族群時，該年齡限制的招募條件即不被允許，參見 Allen D. Madison, The Context of Employment Discrimination in Japan, University of Detroit Mercy Law Review vl.74 issue2, 1997, p198

<sup>77</sup> Ministry of Labor, Summary Report on the 1992 Survey on Women's Employment, 1993, p6



另外針對剛自大學畢業的三百七十四位女性畢業生所做的調查，顯示在一九九三年女性大學畢業生求職仍然受到相當程度的歧視，這些歧視包括有（1）公司不僱用四年制大學女畢業生（2）公司將男性與女性應徵者分開面試（3）女性應徵者面對嚴苛的加班與職務調動的要求（4）公司限制女性員工的通勤時間，不提供交通服務。（5）公司禁止女性應徵某些職位。<sup>79</sup>

若由薪資的待遇來看，自法律生效的一九八六年到一九九二年之間，八年來女性勞工與男性勞工的薪資待遇水準幾乎是原地踏步，女性勞工的薪資由男性勞工的 56% 變成到 58%。顯示雇主並未積極調整兩性之間的薪資差距，而只是單純依據物價水準調整薪資而已。<sup>80</sup>

雇主如果要規避平等僱用機會法的規定，可以用手法其實很多，因為法條只有規範應致力於同時招募男女職員時，應給予平等的機會。比如說在招募女性職員時，設下婚姻與年齡的限制，或是要求應徵者須在大學主修特別的領域，比如說法律或是經濟，而該領域較少女性修習<sup>81</sup>，或是要求履歷表附上照片<sup>82</sup>。而勞工部對於職場上招募女性職員的歧視手段則是抱持者容許的態度，其曾做有如下的宣示：「我們不認為將男女應徵者分開面試，或者是兩性的招募人數不同時，這樣招募的措施是違反平等僱用機會法，除非女性應徵者已陷入十分不利的地位。」

以上的實證資料說明在平等僱用機會法制定以來，女性勞工的工作地位並未獲有真正的改善，所以有學者以為唯一改善的情形只有將一些原本專屬於男性的職位，比如高階的管理職位，讓女性勞工也擁有機會得到，但實際上通往該職位的道路依然崎嶇不平，因為許多職場行之已久的慣例依然是讓女性勞工望之卻

<sup>78</sup> Kiyoko Kamio Knapp, Still Office Flowers: Japanese Women Betrayed by the Equal Employment Opportunity Law, Harvard Women's Law Journal vl 18, 1995, p112

<sup>79</sup> Kiyoko Kamio Knapp, Still Office Flowers: Japanese Women Betrayed by the Equal Employment Opportunity Law, Harvard Women's Law Journal vl 18, 1995, p113

<sup>80</sup> 1993 White Paper on Women Workers,

<sup>67</sup> Average monthly wages actually paid to women workers

	in thousand yen	as percentage of men's wages
1985	153.6	56.1
1986	158.9	56.6
1987	164.8	57.6
1988	169.5	57.2
1989	176.7	57.0
1990	186.1	57.1
1991	195.7	57.5
1992	203.6	58.9

<sup>81</sup> Kiyoko Kamio Knapp, Still Office Flowers: Japanese Women Betrayed by the Equal Employment Opportunity Law, Harvard Women's Law Journal vl 18, 1995, p117

<sup>82</sup> 日本一家 Kinokuniya 的連鎖書店有一條招募女性員工的內規，不錄用「醜陋」、「身高一百四十公分以下」或是「帶眼鏡」的女性。參見 Allen D. Madison, The Context of Employment Discrimination in Japan, University of Detroit Mercy Law Review vl.74 issue2, 1997, p194

步，例如加班文化等。<sup>83</sup>關於管理職位向女性勞工開放的說明，將於下一段中繼續闡述。

基於以上所提到的實證資料，我們也可以觀察到法律的規定與實際的職場慣例，產生「剝離」(alienation)的法律現象。關於此點，其實在當初制定平等僱用機會法時就可以預測的到，甚至是立法者期待的結果，因為法律的義務規定本身就不具有強制性。另一方面也顯示出日本企業、公司習慣將法律的規定當作是「家傳的寶劍」，僅具有象徵意義，既不會去用，也用不著，反而是不成文的職場慣例優先於平等僱用法的精神，具有實際的規範效力。<sup>84</sup>

## 五、平等僱用機會法實行的檢討-虛幻的職場雙軌制 (Two-Track Hiring Policy)

雇主為了因應平等僱用機會法的平等僱用男女職員要求，所以創出所謂的「職場雙軌制」，將工作的型態與升遷分成兩軌，過去只保留給男性勞工的管理職位也開放給女性勞工，昇往管理職位的軌道稱為「Sogo-Shoku」，同時也保留女性勞工傳統上的工作型態「Ippan-Shoku」。原則上女性應徵者得自由選擇從事哪一軌的工作型態，並且可以自由變換。而這兩軌的工作型態在薪資上與升遷機會上有不同的待遇。<sup>85</sup>不過女性勞工若要選擇從事管理職位的工作，需符合嚴苛的要件與接受職務調派的意願，嚴苛的要求包括有堅決的志向、傑出的工作能力與犧牲家庭生活的決心，雇主通常會要求欲從事管理工作的女性員工需擁有名校學歷、流利的外語能力，在僱用前也會專門為這些女性應徵者舉辦特別的考試。

<sup>86</sup>

兩軌制的工作型態實施後，並未改變原本在職場中的男女分工型態，以一九九三年的數據為例，只有 3.7% 的女性勞工擁有從事管理階層的升遷機會，相對的卻有 99% 的男性勞工擁有升為管理階層的機會。若再進一步分析，只有 1.3% 的女性勞工擁有在管理階層中繼續升遷的機會，剩餘的 2.4% 女性勞工，只會在原職繼續停留。而現存的管理階層工作者中只有 0.5% 是女性勞工。而女性勞工中有 29.3% 是從事兼職 (part-time) 的工作，雖然其在該職位已經平均工作達 4.6 年之久。以上的數據與一九八五年相似，惟一不同的是兼職的女性工作者成長近 50% 之譜。<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> asako Kamiya, A Decade of the Equal Employment Opportunity Act in Japan: Has it Changed Society?, Law in Japan vl, 25, 1995, p64

<sup>84</sup> 關於類似情形的比較，請參閱本文中關於日本「過勞死」問題的分析。

<sup>85</sup> 依據一九九三年的統計資料，管理職位的女性勞工年收入約為八百五十萬日圓（相當於八萬五千美金），相對之下，一般職位的女性勞工年收入只有四百萬日圓（相當於四萬美金）。

<sup>86</sup> Kiyoko Kamio Knapp, Still Office Flowers: Japanese Women Betrayed by the Equal Employment Opportunity Law, Harvard Women's Law Journal vl 18, 1995, p123

<sup>87</sup> 1993 White Paper on Women Workers, p68

當女性勞工從事所謂的管理軌道的工作時，卻又會發現在管理軌道中的升遷機會簡直是難如登天。首先女性勞工發現其實雖然名為兩軌，但是工作內容的區分不大，一位在銀行從事管理軌道工作的女性，被要求提早到公司煮茶水、輕煙灰缸、抹桌子等雜務。雇主也傾向於打消女性勞工繼續升遷的願望，一位在電腦公司工作傑出的女性，在表達升職的意願後，被調到分公司，而在新職位上幾乎沒有工作可做。如果女性勞工決心在管理軌道中得到應有的升遷，卻必須付出極為大的代價-忍受如男性勞工的嚴苛工作條件，以及符合傳統對職業婦女需成功的平衡工作與家庭生活的觀念。以一位中年的職業婦女為例，她每天回到家時已經是晚上十一點多，子女已經睡覺的時候，婚姻生活也因為無法與丈夫有足夠的相處時間而破裂。<sup>88</sup>因此只有極為少數的女性勞工有能力應付管理軌道的工作，同時也意味著女性須在家庭與工作之間作一抉擇，如果要從事管理軌道的工作的話。

而據一份關於日本公司女性課長的統計顯示，有將近六成的女性主管是單身，八成超過四十歲，七成四沒有子女，她們傾向於超越男性的工作表現。而一份一九九一年的問卷也顯示女性勞工如下的看法：

*「由於全心全力地為工作付出變成是專業工作者的規範，只有男人或是沒有家累的女人可以免除家事的負擔。一個成功的人必須放棄家庭的羈絆的社會觀念一定是錯了。」*

由以上的討論可以看出日本的職場社會因應平等僱用機會法的「雙軌制」，基本上並未改變事實上的男女分工型態，其中的原因一大部分是來自於傳統上對於女性的家庭地位的要求，另一方面也是在貫徹職場上徹底為工作付出的觀念。雖說如此，但如果從雇主有意阻礙管理軌道的女性勞工的事實，也可以觀察到雇主基本上並沒有男女平權的觀念，而還是停留在男女分工的傳統概念，所謂的雙軌制基本上只是面對平等僱用機會法的要求，所做出來的表面功夫而已。這樣的事實另一方面也反映日本社會並無尊重保障男女平權法律的心態，實際上的職場慣例還是優先於一切。此段所顯現出來的法律意識，仍與前段的討論相符。

## 六、本節小結

綜合以上關於平等僱用機會法的相關討論，不論從法律制定的背景、法律的內容用語、訴訟的觀點、實證資料與職場雙軌制的觀點，都一一顯示出日本人獨特的法律觀念。平等僱用法基本上的功能僅作為日本政府表彰其積極促進男女平等所作立法的努力，但又在法律中針對行之已久的職場慣例設有許多的伏筆，立

---

<sup>88</sup> Kiyoko Kamio Knapp, Still Office Flowers: Japanese Women Betrayed by the Equal Employment Opportunity Law, Harvard Women's Law Journal v1 18, 1995, p125

法時遠本就希望男女工作平權的理想與相關糾紛的解決，能藉由雇主的善意配合與勞資雙方的善意理解而達成，或者更不客氣的說，根本不希望該法律能發揮其男女平權的立法效果，所以才會若害該法的請求效力與封殺訴訟的途徑。此點符合許多外國學者對於日本法律的見解-法律作為家傳的寶劍，僅具有裝飾性質，不具有規範效力，真正具有規範效力的是不成文、非正式（unwritten, informal）的職場慣例<sup>89</sup>。

如果由雇主的觀點來看也是相同的，職場的僱傭關係仍然是由不成文、非正式的職場慣例在主宰，平等僱用機會法並不具有其規範的效力，雇主表面上有主動配合的行動，但由實證的數據來看，女性勞工的地位基本上與法律制定前無多大的改變，所謂的主動配合的行動，很多都是表面功夫，實際上都是規避平等僱傭的要求。而且當女性勞工受到不平等待遇時，法院與行政主管機關原則上受限於法律的規定，無法貫徹平等僱用機會法的要求，間接強化雇主違法的心態，所謂的雇主的善意配合達成法律的目的，基本上只是立法者的自言自語。在此也可以反應出雇主視法律為無物的法律意識，以及規避法律，以成文、非正式的職場慣例作為行為規範的法律文化。

---

<sup>89</sup> 值得注意的趨勢是職場慣例近來漸漸的發生改變，例如重新思考終身僱用制的存在基礎、賦予婦女更多的工作機會。但是這樣的職場慣例的改變，並非來自於法律的壓力，而是來自於經濟的衰退與高齡化的社會，男性勞動力減少的社會、經濟因素。

## 第六章 日本法院的法律意識

### 第一節 日本法院制度的變遷

#### 一、明治維新到二次大戰前

明治維新初期，日本抄襲法國法，制定司法事務法，在一八八零年代即在全國各地成立各級司法裁判所，惟日本於一八八七年制定明治憲法時，是採取普魯士憲法為藍本，也因為原先所採取的法國司法制度過於繁瑣、複雜，所以也隨後依普魯士法制定法院組織法，將法院（裁判所）分為四種：區裁判所、地方裁判所、高等裁判所與最高裁判所，採三級三審制。

關於法官的身分保障，在法院組織法中有明文規定只有當法官觸犯刑法或違反司法紀律規則，而受處罰或是處分時，始得剝奪法官的身分。惟在當時的法治下，法院隸屬於屬於行政機關的司法部之下，司法部對於法官有任命、職務指派權，因此某種程度也牽制了法官的獨立審判權。

法院的管轄權是採取所謂的「司法二元化」的設計，亦即關於行政案件的管轄權，專屬於行政法院管轄，而行政法院隸屬行政權，為行政機關而非司法機關的一種，又加上法律限制訴訟的種類與管轄事務的內容，致使戰前行政法院的功能不彰。

#### 二、戰後的發展

二次大戰後，在佔領軍主導下的制定的新憲法導入了美國法上的司法概念。比如司法一元化，廢除行政法院，由一般法院行使行政事務的管轄權，明文於憲法中保障法官獨立審判的地位，不似戰前的司法官身分保障僅僅是法律位階，確立司法權屬於最高法院（最高裁判所），下轄各級法院，另外確立最高法院作為違憲審查的憲法機關。<sup>90</sup>

戰後的日本法院仍採三級三審制，分為五種簡易裁判所、地方裁判所、高等裁判所、最高裁判所與家事裁判所，其中家事裁判所是在二次大戰期間中為專門處理家庭事件的調解而設的法院。除法院之外，日本針對特別事件亦設有特別

---

<sup>90</sup> Hiroshi Oda, *An Outline of the Court System, The Japanese Law*, 1992, p 66

法庭，如專為軍事案件所設的軍事法庭與稅務糾紛所設的稅務法庭等等。除了司法機構外，日本亦承襲美國法治，設立許多具有準立法、司法的行政委員會，獨立行使其法定職權，例如勞工委員會、公平交易委員會等。

戰後新憲法雖確認最高法院擁有對法規的違憲審查權，但其行使的方式是如同美國的個案審查制，也就是針對各案中的法規加以審查，而法規的違憲效果亦僅止於個案效力，甚且一般的下級法院於行使審判權時，亦得行使違憲審查權，日本的制度與德國法院的抽象違憲審查權( *abstrakte Normenkontrolle* )不同。於實際的違憲審查實務上，日本最高法院似乎向來是採取極為保守的態度，從一九四七年新憲法制定後，直到一九八五年，僅有三件法規被宣告違憲，法規被宣告違憲的機率非常的低。<sup>91</sup>

### 三、戰後法院制度概說

#### (一) 地方法院(地方裁判所)

地方法院在全日本設有五十所，其審判權的內容有作為一般刑事、民事訴訟案件的一審法院，以及作為民事簡易事件的上訴法院。審理原則上是以獨任法官審理，只有在審理刑事案件與簡易法院的上訴案件時，才採取合議制的方式，由三位法官審理，惟關於是否使用合議制的方式審理，受訴的地方法院擁有裁量權。除了正式法官之外，地方法院基於人手不足，也由實習法官( *assistant judge* )從事案件的審理，惟需在資深法官的陪同下為之。

#### (二) 上訴法院(高等裁判所)

高等法院設在日本八個大都市，負責審理一審的上訴事件、刑事簡易事件的上訴以及民事簡易事件的終審法院。除此之外，高等法院亦依特別法的規定為叛亂罪與選舉訴訟的初審法院，並且設有特別法庭，專門審理具有準司法、立法性質的行政委員會的決定，例如東京高等法院即設有公平交易法庭，審理反拖拉斯法案件。

#### (三) 最高法院(最高裁判所)

最高法院設於東京，由十五位最高法院法官組成，審理案件時分為全體出席的完全庭( *full bench* )與只有五位法官出席的一般庭( *petit bench* )，當一般庭於審理高等法院的上訴時，若案件中的當事人主張所適用的法律違憲，或一般庭的法官認為係爭法律有違憲之虞，或者是一般庭對法律所持的見解有異於最高法

<sup>91</sup> Hiroshi Oda, *An Outline of the Court System, The Japanese Law*, 1992, p 67

院以前的判例時，得將該案件轉由完全庭審理。

最高法院的職權最主要是在於確保法律的解釋與適用的同一性，以及行使法規的違憲審查權，原則上一般的民、刑事訴訟需經過地方法院與高等法院兩個審級，才可以上訴至最高法院，但日本的民事訴訟法中亦肯認當事人有「程序選擇權」，可以跳躍二審，逕自上訴三審，節審時間勞費，而在刑事訴訟方面，如果訴訟進行中，檢察官針對係爭處罰的法令有違憲可能，即得向最高法院提出釋憲的聲請。但事實上，上訴最高法院的程序條件十分嚴格，以民事案件為例，需以二審判決不適用法律或違法，刑事需以判決或法律違憲為由方得提起。

最高法院的案件負擔亦不輕，以一九九零年為例，民事案件共有三一零九件，而刑事案件有一九一三件。而以裁判的趨勢而言，人民上訴最高法院幾乎全是以敗訴收場，以一九八七年為例當年審理的刑事案件有一四四六件，其中只有兩件下級法院的判決遭到最高法院推翻，其餘案件中有一一九三件駁回，二四五件由當事人撤回。民事案件也不例外，以一九九零年所審理的二零零四案件中，只有二十六件中下級法院的判決遭到推翻。這樣的數據顯示出日本最高法院是採取一個盡量維持下級法院裁判合法性的保守態度。<sup>92</sup>

#### （四） 家事法院（家事裁判所）

家事法院附設於各地方法院，其審理的案件為家庭糾紛案件與少年犯罪事件。在二次大戰前，日本原即設有家事法庭，目的在於依據家事調解法，進行家事糾紛得調解。惟在戰後新憲法貫徹男女平等的原則下，在一九四七年，佔領軍政府以指令設立家事法庭，專門處理家事糾紛與少年犯罪案件，並賦予裁判權限，不僅是進行家事調解而已。

家事法院的審理方式與一般法院的公開審理原則不同，原則上是採取非形式性（informal）不公開的審理，目的在於保護案件中的未成年人與考量到家事案件的特殊性。而家事法院的成員亦與一般法院不同，除了專業法官與實習法官之外，另僱有非法律專業的人員，例如處理少年事件中的觀護員（probation officer）其職務內容為進行正式審理前的調查（pre-hearing investigation）與審判後的觀護事宜，而其人員的背景有來自於心理、藥學、社會學與教育的專業，只需通過觀護員考試即可，不以法律專業為限。而家事案件中的調解員與審判時的陪席人員，其指派的重點而不在於法律的專業，而是在其廣泛的生活經驗與人生歷練。

---

<sup>92</sup> Supreme Court of Japan, Shiho-tokei-nenpo(Annual Report of Judicial Statistics) 1990, Civil Cases, p188; Criminal Case, pp2, 7.

家事法院處理家事案件時，均需進行調解，而當調解不成立後，才經由法院以裁判的方式解決。但離婚案件則是在調解不成立後，轉由地方法院以裁判的方式，決定當事人是否具有離婚事由。家事法院進行調解時，由一位法官加上兩位調解員為之，而調解員如前所述，不一定具有法律專業。

## （五） 簡易法庭（簡易裁判所）

簡易法庭設於日本全國各地，共有四百五十三所，法官七百九十人（一九八七年）。簡易法院設立的目的是在於解決較輕微的民、刑事案件，減輕普通法院的案件負荷量，另外也使一般平民較易接近使用法院，使數額較小的請求也能迅速獲得救濟，避免不當的時間勞費。民事案件數額在九十萬日圓以下（相當於新台幣二十三萬七千圓），刑事案件則是針對違警犯的科罰，或是專科拘役或罰金之刑，得由簡易法庭裁判之，若刑事案件涉及自由刑的科罰時，則需轉由一般法院為之。

簡易法院雖然設立目的在於解決小額糾紛，所以在訴訟程序的規定上並不像一般訴訟持續要求一樣的嚴格。但在實際的施行上，區分簡易事件與一般事件的九十萬日幣門檻高得一直為人詬病，而且雖然訴訟程序雖有簡化的規定，但實際上卻鮮少用到，程序的實際進行如同一般訴訟程序一樣繁瑣與技術性，實際的訴訟花費、成本並未如預期的低，又配套措施的法律扶助制度（legal aid）設計也不完全，最後關於訴訟的遲延也未改進，一個普通民事案件通常需要三個月的時間才能判決。<sup>93</sup>

## 第二節 日本法院在民事訴訟中的法律意識

### 一、戰前的民事訴訟制度與實務

在一八九零年以前，明治維新政府雖於全國廣設有法院，解決民事訴訟案件，但審判的程序法除明治政府所制定的法院組織法與訴訟法規外，另參雜有習慣法（customary laws），不過在當時的民事訴訟制度仍相當傾向職權進行主義，亦即法官的有極大的程序處分權，而且通常由中央或是地方的行政官吏擔任審判職務。

在一八九零年明治政府正式施行抄襲自德國民事訴訟法的日本民事訴訟法，作為法院處理民事訴訟的依據。該民事訴訟制度的特色在於擴張事實審法官的權限與職責，賦予其積極發現真實與實現正義的地位，同時也擁有相當大的程序指揮權與處分權，需主動限縮爭點、調查當事人未提出的證據、傳訊證人等。

<sup>93</sup> Hiroshi Oda, *The Court System, The Japanese Law*, 1992, p77



相對的當事人與律師的地位就僅止於開始程序 提出證據與法律上的請求而已，處於較被動的地位。

二審的上訴程序採覆審制，換言之當事人與律師得提出新的證據與攻擊與防禦方法，使得在訴訟實務上，二審成為事實審的核心。而律師的地位一再的被限縮，比如禁止與對造於訴訟前接觸，訴訟上的權限也僅止於提出證據與法律主張，如有不足處，靜待法官的「闡明權」的行使，使訴訟事實更臻明白。而且在律師非強制主義的立法下，律師僅作為訟爭的工具，並未積極發揮預防紛爭發生的功能，再加上當時的訴訟數量不多，訴訟金額不高（以一九三五年為例，全國共有約二十萬件訴訟，而百分之八十的民事訴訟案件標的金額在兩百五十日圓之下，相當於七十三美元），始得從事律師業務的意願普遍不高，還曾經在戰前有一陣子，律師紛紛轉業的趨勢。<sup>94</sup>

綜上所述，戰前的民事訴訟制度基本上是延續明治維新初期的訴訟架構，民事訴訟程序以法官作為程序主體，也是程序進行的中心，而當事人與律師的地位僅是輔助法官發見案件的真實，也基於此，戰前的律師地位普遍低落，無法吸引人才，人民並未產生對律師制度的信賴。另外也反映出戰前日本政府對於民事訴訟的制度是採取一個追求快速現代化的目的，因為只有接受歐陸的法院體制才能快速建立具有現代化外表的法院體制，不能如同英美法系一般，以時間來慢慢累積判例法則。而在抄襲歐陸法制的過程中，我們也看的出，明治政府加入許多日本特有的司法界的意識型態，比如說，民事訴訟的制度，特別重視真實的發見，所以縱使再強調當事人私法自治的民事關係裡，若涉及訴訟，仍適用職權進行主義與職權調查主義。

## 二、戰後的民事訴訟制度改革

在戰後由佔領軍主導制定的日本新憲法，其基本精神即在貫徹人民作為法律主體的觀念，人民的社會義務與責任需相對於其所得享受的權利、自由，積極限制政府的權力。在這樣的政治思潮底下，日本戰前抄襲自德國法的民事訴訟制度也朝向當事人進行主義（adversary system）的方向修正。另外參考美國法曹一元化的制度，試圖提高律師的地位，設立遴選資深的律師作為法官的制度，並且進一步的在民事訴訟程序上，將律師作為程序進行的主角，一改戰前律師被動的角色。不過以上的戰後民事訴訟制度的變革在試行近十年後，出現相當大的反彈，有回歸戰前法官職權進行、主動發見真實的趨勢。在此值得探討的是：在制度變革的過程中，為何新制度不被日本的司法界接受？又回歸戰前的司法審判實務的趨勢反映出日本司法界如何的法律意識？以下分別從闡明權的行使、準備程

---

<sup>94</sup> Kohji Tanabe, *The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System*, Law in Japan, 1964, p77

序與訊問證人的制度、實務的變遷，來做法律意識的探討。

日本戰後民事訴訟改革的重點有二：

刪除戰前民事訴訟法中法官得依職權 ( ex officio ) 調查證據、斟酌當事人未提出證據的規定。

訴訟中的當事人擁有提出、調查證據 ( examination )，詢問證人、交叉詢問的權利 ( cross-examination )。

而司法部所提出來的立法理由為：「由於民事訴訟本質上是關於當事人間的私權糾紛，因此關於提出證據的義務因是歸屬於訴訟之當事人，而非是法院的義務...當作為請求依據的證據無法提出時，需由無法提出的該造當事人承受該不利益，法院得因此做出不利於該造當事人的決定。該不利益的結果是來自於該造當事人自己本身，法院不應協助或是干預這樣的不利益結果。」

### 三、日本法院關於闡明權的行使的變遷

原先日本戰前民事訴訟法第一百一十二條第二項規定類似我國民事訴訟法第一百九十九條第二項：「審判長應以發問、曉諭的方式，闡明當事人不明確的聲明，令其補充不足的事實陳述，或提供其他必要的陳述。」關於此條中的「應」，戰前的司法實務是採取一個相當堅決的立場，認為法官有義務於訴訟程序中積極行使「闡明權」，闡明訴訟的關係，使「該勝訴的當事人勝訴，應敗訴之當事人敗訴」。<sup>95</sup>最高法院的歷來判解也認為下級法院如未積極行使闡明權，致使實質上有理由的當事人，因未即時提出證據或攻防方法而被判敗訴時，該判決違背法令，但相反的，最高法院卻從未有任何案例，認為下級法院過度行使闡明權。而且更進一步的，認為下級法院於審理時，若就當事人所提出的證據，可以依據其他請求權而勝訴時，審判長應曉諭當事人援引該請求權，或依訴訟關係的進行，曉諭當事人放棄無法勝訴的請求、保留無關的證據，是訴訟的進行能更節省時間勞力。<sup>96</sup>

戰後的日本民事訴訟法引入了當事人進行主義的立法，刪去法院職權進行與職權調查證據的條款，將提出證據與調查、詢問證人的責任交給當事人與律師，而辦理民事訴訟案件須知亦規定當事人與律師應不待法院行使闡明權，積極為訴訟的準備與訴訟的活動。在一九五四年前，日本最高法院亦於判解中認定下級法院以不再負有積極闡明的義務，而下級法院的判決也將不再因未積極行使闡明權，而被認為違法。<sup>97</sup>換言之，法院若只依據當事人所提出的證據、請求，而

<sup>95</sup> Kohji Tanabe, *The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System*, Law in Japan, 1964, p87

<sup>96</sup> Kohji Tanabe, *The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System*, Law in Japan, 1964, p87

<sup>97</sup> Hirosumi v. Yonda, Supreme Court, II Petty Bench, Oct. 19. 1951, 5 Saiko Saibansho Minji Hanrei

即可加以判決，不必負有義務仔細審究整個案件，然後以判決的方式實現正義，而當事人需自己負擔無法提出證據與用錯請求權的後果。

前段所述的立法規定與實務見解，在一九五四年之後引起相當的反動，首先行使闡明權的規定，仍然存在於民事訴訟法中，並未被刪除，只是法官依其裁量而行使闡明權，不代表法官即喪失行使闡明權的機會。而新制的當事人進行主義的訴訟制度，端賴律師制度與律師能力的配合，始能完善，但自實施新法以來，雖然律師公會取得相當的自治權限，但相對應的律師訓練制度仍未建立，律師並未取得足以應付當事人進行制度的能力，導致實務上許多訴訟常常因為律師的無能而敗訴。所以東京高等法院的數名法官曾經發表這樣的聯合聲明：「也許戰前的最高法院有過度干預下級法院審理的進行，但是戰後最高法院見解卻是讓正義變成當事人偶然、幸運的機會。戰前『該勝訴的當事人勝訴，應敗訴之當事人敗訴』的觀念應該繼續延續下去，不能任由當事人因為律師的無能，而犧牲其獲得正義的機會」。除了司法實務界所出現的反動外，學界亦不例外，戰後日本法學界許多教授在觀察過德國民事訴訟法後，認為歐陸戰後的民事訴訟法的發展，普遍朝向擴張法官闡明權行使的趨勢下，惟獨只有日本朝向當事人進行主義發展，是一種變態、不合世界潮流的立法。<sup>98</sup>

最後最高法院亦不再堅守數年以來關於當事人進行主義的見解，自一九五四年之後，最高法院漸漸採取法官需盡某種程度的闡明義務的立場，推翻許多下級審法院的判決<sup>99</sup>，不過所採取的依據並非是下級審法官未積極行使闡明權，而是用相當模糊的字眼，例如「詢問不足」<sup>100</sup>等。而東京地院的法官也發展出所謂的「中間方向理論」<sup>101</sup>，其認為就實現正義而言，闡明權適當行使是不可或缺的要素，因為當事人所擁有的法律知識與能力顯然不足以應付複雜的訴訟關係，所以法官需運用其知識與技巧，將訴訟程序的進行導向一個適當、公平的方向。<sup>102</sup>

綜上所述，由闡明權行使的法律與實務見解的變遷中，我們可以觀察到兩個現象，首先日本法院針對闡明權的行使，在戰前與戰後幾乎是採取同一的立

---

Shu.

<sup>98</sup> Mikazu, *Minji Sosho Ho* (The Law of Civil Procedure) p64-65, 1959, 值得一提的是，這樣的見解在當時而言，仍是少數說。

<sup>99</sup> Saito & Yasui, *Sengo no Shakumei-ken ni Kan-suru Hanrei* (Postwar Cases Concerning the Power to Clarify) 1960

<sup>100</sup> 「詢問不足」指的是法院怠於詢問當事人必要的事實、法律關係，而逕行判決。為判決違法是由的一種。

<sup>101</sup> 「中間方向理論」大致的內容是認為歐陸法系的法官採取一個積極闡明、主導訴訟程序的地位，而英美法系的法官只是作為維持訴訟程序進行的主持者，而日本法院的法觀音採取一個中間的方向，既不偏向歐陸法系也不偏向英美法系。Kohji Tanabe, *The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System*, Law in Japan, 1964, p104

<sup>102</sup> Kohji Tanabe, *The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System*, Law in Japan, 1964, p95

場，除了在實施新法後到一九五四年前，最高法院曾一度改變立場外，大多數的法官與部分的學者，仍認為法官應積極行使闡明權，以實現正義，從這個現象中我們可以推導出司法界將自己在民事訴訟中的定義為「積極實現正義」的角色，而非如英美法系中的「程序的主持者」，因此「該勝訴的當事人勝訴，應敗訴之當事人敗訴」應可說是司法界的法意識。<sup>103</sup>而另一方面，當事人進行主義的立法精神與規定，並非來源於日本固有的司法傳統，而是由佔領軍政府加諸於日本的制度，因此似乎又可推斷出，日本自西方移植的制度，如果與其司法傳統有所扞觸時，該移植的制度不是會受到反彈，或者形式的制度就是會與實務運作相互剝離。

#### 四、民事訴訟法中準備程序與證人訊問規定與實務的變遷

戰前的民事訴訟法中雖然有規定進行訴訟程序前，得先進行準備程序，但實際上準備程序對於後來的訴訟程序進行，幫助並不大，因為律師在被禁止在未正式開始訴訟前，即與證人有所接觸，而準備程序中的受命法官亦不得先行調查證據，僅得先行了解案情而已，又加上當時的社會交易普遍以口頭方式為之，不行諸文字，更對準備程序的整理案情的功能打了折扣。雖然準備程序的實際功能有限，但受命法官在準備程序中能享有相當大的裁量權，得主動增加、排除當事人所提出的證據，並且建議當事人應於訴訟程序中提出若干的證據或是其他法律上的請求。

關於證人的訊問，依據戰前民事訴訟法的規定，於訴訟程序正式開始之後始得為之，而訊問主要是由法官（審判長與陪席法官）主動訊問，在法官訊問完畢後，當事人始得告明法官，請求准許向證人訊問。但實際上由於法官的訊問通常十分詳細、深入，所以當事人幾乎不再向證人訊問，而且關於法官對證人的訊問屬於訴訟程序的指揮，當事人不得聲明不服。在這樣的實務操作下，律師的任務即是當法官訊問證人時，猜測法官的心態，以便將來提出其他證據或是請求而已，可以說是相當消極的角色。

在一九二六年，民事訴訟法修正，加入集中審理的條文，欲解決舊制下訴訟遲延的問題，但實際的施行效果仍舊與過去的情形相同，因為準備程序的規定並未落實，二審時當事人能得提出前審準備程序中未提出的事實證據方法等。而實務上對民事案件審判仍採取一個仔細、精確的立場，反對法官在一次開庭或是極為短暫的時間中立刻下判決，以防當事人受到不公平、突襲的裁判。

戰後民事訴訟法在準備程序與證人訊問的部分，亦有修正。首先規定當事

---

<sup>103</sup> 由於此部份的參考資料是來自於一九六零年代，至於現在的日本司法實務界是否亦抱持相同的態度，仍有待取得進一步的資料，再為補充。

人應不待法院闡明，即主動提出證據、法律主張；證人的訊問由提出該證人的一造當事人先行訊問，再由他造當事人訊問，如必要時，法官得在訊問之，刪除戰前律師不得接觸證人的規定。這樣的立法顯然是將當事人定位在程序主體的地位，法院僅為補充的角色，為當事人進行主義的立法方式。不過在戰後初期的實務進行時，這樣的立法受到律師公會的反對，因為新法加重律師的職責，但律師不能因此向當事人多收費用，而且以當時律師的素質而言，尚且無法應付對證人的訊問與主動事實的提出證據的責任，施行初期往往造成訴訟不必要的遲延。

新法施行後一段時間，司法實務基本上是採取與法律相同的態度，也就是針對訴訟程序不加以干預，縱使是當事人、律師訊問證人、調查證據的行為不適當。但如此的被動的司法態度在經過一段時間之後即有反動產生，一群法官、學者認為「如果我們法官只是一群單純的旁觀者，我們如何保持人民對我們的信賴？人民不只是期待律師而已，更重要的是法官要作為醫治社會病象的醫生！」。<sup>104</sup>而在一九五三年的一個司法會議上，最高法院的首席法官發表如下的聲明：「欠缺效率的訴訟行為所浪費的時間、資源，不只是當事人或是法院的時間、資源，更是浪費廣大納稅人的資源與時間」，亦有學者從實務的運作上認為在律師的訊問下，證人多不願說實話，因此更應該讓有威嚴的、有經驗的法官從事證人的訊問。之後，法院的民事審理時，法官漸漸採取所謂的「中間方向理論」<sup>105</sup>，認為法官應排除不必要、不適當的訊問，法院亦應以訊問的方式促進訴訟的進行，為應依據當事人所提出的正與與請求為之。更有趣的是，律師公會也是採取相同的立場，贊同法官在訊問證人、促進訴訟程序進行的重要地位。<sup>106</sup>

戰後新修正的民事訴訟法另外一個改革重點，也是要延續戰前未完成的集中審理制的改革。不過在新法施行後，仍然與戰前所遭遇的問題相同，換言之戰後的訴訟實務仍然忽略準備程序的重要性，而司法判例也指出，如果一審法院嚴格貫徹集中審理制的要求時，將會使得當事人無法於未來提出證據、請求，造成突襲性裁判。<sup>107</sup>關於集中審理制的挫敗，有前述幾個原因，但是另一方面也是反映出當時的學界、實務界普遍對當事人主義的原理未有足夠的認知，而且在偏好以和解的方式終結訴訟的訴訟習慣下，基本上傾向將訴訟程序延長，由當事人經由訴訟程序的經過，能慢慢理解相互的立場，最後成立和解。<sup>108</sup>

## 五、本節結論

---

<sup>104</sup> Niimura et al, *Minji Saiban no Sho-mondai (Various Problems in Civil Trial)*, p313

<sup>105</sup> 關於中間方向理論的內容，請參閱前揭註，

<sup>106</sup> Kohji Tanabe, *The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System*, Law in Japan, 1964, p104

<sup>107</sup> Niimura et al, *Minji Saiban no Sho-mondai (Various Problems in Civil Trial)*, p297

<sup>108</sup> Kohji Tanabe, *The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System*, Law in Japan, 1964, p108

綜上所述，從戰前戰後關於證人訊問與準備程序的規定與實務中，我們也可以觀察到日本司法界對自己賦予一個積極的定位，作為「醫治社會病象的醫生」，負有責任於訴訟中使事實適當體現出來，所以雖然民事訴訟法已經明文規定關於證人的訊問應由當事人行之，但法官與律師界卻又同意法官應扮演訊問的重要角色，而非如法律所規定的「補充」角色，而所謂的「中間方向理論」應該是為了遷就當事人主義的規定所做的一個折衷、修正。而關於集中審理主義的挫敗，更可以反映出日本司法界重視實體正義超過程序規定的法律意識，因為集中審理主義若要施行成功，便要貫徹事實提出主義，若準備程序中未提出的證據、請求，除有特別情形外，即不得於後來的一審程序、上訴審程序中提出，換言之，此種制度的特質即違反持續以來的訴訟實務-二審為事實審中心的現象，而且若律師無能，不能適時提出證據與攻防方法，當事人就算有理由也會敗訴。但是司法實務仍然採取與以前相同的態度，不認為應該嚴格貫徹集中審理主義的原理，雖然這是對當時律師能力不足的一個妥協，但卻也反映出「讓應勝訴的人勝訴、應敗訴的人敗訴」的思考邏輯。

### 第三節 日本刑事訴訟所顯示的法律意識

日本的刑事訴訟實務擁有許多國家所未看到的現象，例如相當低的犯罪率，警方移送率低，檢察官起訴率高，法院定罪率高，以及極為寬大的刑事處罰與重視被告的自白等現象。值得探討的是在這些日本刑事訴訟實務中的特殊現象，背後隱藏哪些制度上、文化上的因素，以及反映出日本法院何種的法律意識，以下先就個別刑事訴訟上的特殊現象，略作簡述。

#### 一、低犯罪率與刑事訴訟的沉重負荷

犯罪率的統計上，在戰後初期一九四八年時，全國的刑事案件共計有1,603,265件，到了一九八零年時，全國的刑事案件數僅成長為1,812,755件<sup>109</sup>，

---

<sup>109</sup> 歷年統計數字如下：

每十萬人的犯罪率由原先的近兩千人，下降為一千一百六十人。可以想見戰後日本是處於低刑事犯罪率的社會，不過低犯罪率的形成，不一定完全能解釋為人民的低犯罪現象，或是政府預防犯罪的措施奏效，亦有可能來自一些制度上或是實務上的複雜因素，比方說警方的高吃案率。另外戰後成長極為迅速的另一種違法型態即是交通刑事事件，以一九八七年為例，全國 3,441,024 的刑事案件中，共有 2,084,152 件屬於交通刑事案件<sup>110</sup>，雖然在一九六九年後，日本即設立刑事簡易程序，以處理這類輕微、但數量龐大的案件，但交通刑事案件仍然造成日本刑事法院擊中的負擔。

日本法院雖然持續的在增加司法人員的數量，但案件的負荷量卻無法減輕，甚至繼續加重。以檢察官為例，從一九三二年到一九八七間，雖然在數量上已成長達三倍，但每年所起訴的件數，由原先一九三二年的 272.2 件，成長四倍為一九八七年的 1,112.8 件，其中佔三分之二的案件即為交通刑事案件。<sup>111</sup>換言之日本的刑事訴訟制度如同其他民事、行政訴訟制度一樣，遭受制度不足以應付案件負荷的現象（institutional incapacity）。直接的反應即是依賴法律外的非形式機制（extralegal mechanism, informal procedures），來減輕案件量的負荷，如同民事法院的法官盡量促使當事人和解、避免訴訟，刑事訴訟中法官、檢察官與警察則是以其他方式試圖減輕訴訟的案件負擔。<sup>112</sup>

## 二、針對訴訟沉重負荷的回應

日本的正式刑事訴訟制度原先是抄襲自德國刑事訴訟體制，在戰後受美國法影響，加入許多美國法特別重視的當事人程序保障與當事人進行主義，在混合

Offenses	1948	1953	1955	1964	1968	1970	1973	1975	1977	1980
<b>Penal Code offenses</b>										
Murder	1,034	1,022	1,228	2,366	2,195	1,986	2,048	2,098	2,031	1,684
Bodily injury & manslaughter	21,208	52,525	65,978	61,282	57,822	50,836	43,385	34,136	32,479	26,264
Battery	5,796	25,105	30,808	46,965	36,268	32,028	27,079	21,944	19,931	15,301
Rape	1,936	3,517	4,046	6,857	6,136	5,161	4,179	3,704	2,945	2,610
Robbery	10,854	5,296	5,878	3,926	2,988	2,689	2,000	2,300	2,095	2,208
Extortion	25,691	18,777	28,419	40,892	19,030	18,775	14,652	14,255	10,964	8,830
Theft	1,246,445	931,791	1,056,974	1,057,531	975,347	1,039,111	973,876	1,037,942	1,073,393	1,165,609
Fraud	133,666	141,000	124,633	75,891	60,706	58,340	55,473	53,647	56,120	58,958
Embezzlement	31,241	27,789	22,197	16,734	9,657	9,362	10,172	10,575	13,891	21,391
Negligent homicide & bodily injury	3,297	27,341	42,550	224,383	510,593	654,942	540,790	441,374	438,337	456,781
Others	122,097	110,319	95,491	72,914	61,737	59,164	55,072	51,752	52,809	53,119
<b>Total</b>	<b>1,603,265</b>	<b>1,344,482</b>	<b>1,478,202</b>	<b>1,609,741</b>	<b>1,742,479</b>	<b>1,932,401</b>	<b>1,728,726</b>	<b>1,673,727</b>	<b>1,704,995</b>	<b>1,812,755</b>
<b>Special law violations</b>										
	1,269,961*	389,213	355,696	167,187	206,070	142,460	142,627	167,811	153,952	189,650
<b>Grand Total</b>	<b>2,873,226*</b>	<b>1,733,695</b>	<b>1,833,898</b>	<b>1,776,928</b>	<b>1,948,549</b>	<b>2,074,861</b>	<b>1,871,353</b>	<b>1,841,538</b>	<b>1,858,947</b>	<b>2,002,405</b>
<b>Nontraffic Penal Code Offenses</b>										
Number	1,599,968	1,317,141	1,435,652	1,385,358	1,231,886	1,277,459	1,187,936	1,232,353	1,266,658	1,355,974
Rate per 100,000 population	1,999	1,514	1,608	1,426	1,216	1,232	1,080	1,101	1,110	1,160

Source: Hōmushō (Ministry of Justice), *Hanzai hakusho* (White paper), cited by Yoshio Suzuki, "Crimes," *Kodansha Encyclopedia of Japan*, Vol. 1 (Tokyo: Kodansha International 1982), at p. 44.

\*Including all types of traffic violations; figures for other years exclude all traffic offenses under special statutes.

<sup>110</sup> 參見 Japanese Yearbook on Administration of Justice 1987, at pp. 320-321

<sup>111</sup> 參見前揭註

歐陸法與英美法的日本刑事訴訟制度裡，日本人又獨樹一格的發展出獨特的「廣泛裁量權」，不管是法官、檢察官、警方在刑事程序中皆享有相當廣泛的裁量權。

以警方為例，警方的裁量權即是將所受理報案的刑事案件，移送檢察官的裁量權，因警察基於警察法規與刑事訴訟法的規定，得不將「輕微案件」移送檢察官偵辦。以一九七八年數據為例，即可知道警方的移送裁量權廣泛的程度。該年度警方共受理 1,136,448 件刑事案件，而其中 599,302 件找到嫌疑犯，有嫌疑犯的案件中有 231,403 件警方認為應移送給檢察官偵辦（亦即有足夠證據），但基於日本刑事訴訟法第二六四條的移送猶豫規定，警方僅移送 168,646 件給檢察官偵辦，應移送偵辦的案件中有兩成，即 62,727 件被警方界定為「輕微案件」（minor cases），以不移送為宜<sup>113</sup>。由以上的數據除顯示日本警方在制度上與實務上所擁有的廣泛的移送裁量權，另外也觀察到日本刑事訴訟機關針對案件負荷量所做的回應-警察作為篩檢案件量的機制。

觀察檢察官關於刑事案件的處理，也可以看出一些獨特的法律文化。以一九八七年為例，日本檢察官針對 3,441,024 件案件，只起訴 50% 而已，其他的案件不是轉由其他檢察官偵辦，就是轉到家事法庭（日本家事法院兼辦少年刑事案件），只有 2% 不到的案件因證據不足結案，10% 因各種因素停止偵查，或是不起訴處分。<sup>114</sup>若在就案件類型作進一步檢視時，卻又會發現刑事案件的起訴率僅佔所有刑事案件（排除交通案件）中的三成五（377,407）而已，有兩成五的刑事案件（266,537）停止偵查，換言之刑事案件若排除交通案件時，其起訴率仍然十分的低。反觀檢察官所處理的交通案件中有六成起訴，剩餘的案件大多是移送其他檢察官或是家事法院而已，幾乎檢察官在交通案件中所做的工作只是單純接

<sup>112</sup> John, Haley, *Policemen and Prosecutors, Authority without Power*, 1991, p123

<sup>113</sup> Japanese Crime statistics 1979, (Tokyo 1979), p 116-117

<sup>114</sup> 參見 Japanese Yearbook on Administrative of Justice 1987, at p320-321

	Case-load	Prosecuted Cases	Formal Trial	Summary Proceedings	Suspended Prosecution	Closed for Insufficient Evidence	Closed for Other Reasons <sup>+</sup>	Transferred to Other Prosecutor's Office	Family Court*
Total offenses	3,441,024	1,742,508	125,421	1,617,087	356,283	37,631	13,991	782,834	496,140
Criminal code	1,169,185	377,407	79,732	297,675	266,537	33,521	8,618	233,409	247,198
Homicide (art.199)	2,989	1,060	1,060	—	57	129	1,538	37	84
Bodily injury	39,722	15,607	4,604	11,003	3,625	494	179	9,459	10,244
Larceny (art. 235)	220,434	37,513	37,513	—	30,067	1,678	1,175	15,216	134,674
Indecency through compulsion (art. 176) & rape (art. 177)	2,382	771	771	—	106	70	630	61	742
Rape or death in course of robbery (art. 241)	930	423	423	—	12	45	77	14	343
Robbery (art. 236)	874	449	449	—	41	51	67	17	245
Fraud (art. 246)	19,462	10,095	10,095	—	4,237	2,219	210	1,615	812
Motor vehicle violations	2,084,152	1,282,320	10,725	1,271,595	64,351	824	4,763	497,821	226,384
Other offenses under special statutes	187,687	82,781	34,964	47,817	25,395	3,286	610	51,604	23,258

Source: *Hōmushō (Ministry of Justice), Hōmu nenkan shōwa 62 nen (Yearbook on Administration of Justice 1987)*, at pp. 320-321 (1987).

\*All cases transferred to Family Court involve juvenile offenders (ages 14 through 19).

<sup>+</sup>Includes cases reported by the police that are deemed to be nonconvictable as well as conduct referred by police or private parties that do not constitute criminal violations, cases prosecuted because of withdrawal of the victim's complaint, e.g., rape, are also listed under this category.



受警方移送，然後起訴或者是再移送。若再由不到 2% 的案件，因證據不足而不起訴，又可以推測檢察官不是不做證據調查工作，就是警方已將所有移送的案件做了相當的「過濾」了。由以上的數據，我們依然可以認為在現行的日本刑事訴訟實務中，檢察官擁有廣泛的起訴猶豫裁量權，而且其功用亦在減輕法院訴訟的負擔，不過與警方不同的是，檢察官於此考量的是就案件是否具有應予起訴、處罰，行使裁量權而已。<sup>115</sup>

日本的刑事訴訟制度雖然沒有「認罪協商制度」的設計 ( guilty plea )，因此不管是一般訴訟程序或者是簡易訴訟程序，檢察官都負有舉證責任，應向法院提出足夠的證據，始能令被告定罪。但是事實上，絕大多數的刑事案件 ( 以一九八七年為例，即高達 93% ) 都是在簡易訴訟程序中，依一造辯論後，即逕下判決，而簡易程序所得科處罰金最高僅至二十萬日圓 ( 相當於一千五百美金 )。而實際進行正式審判程序的案件僅占起訴案件的百分之七而已。以上的統計數據進一步分析後又可以知道，案件若經由警方移送給檢察官之後，僅有百分之一不到會因證據不足而不起訴，而檢察官起訴後法官的定罪率亦高達 99.5%，<sup>116</sup>幾乎是百分之百。又如果剔除交通刑事案件後，其他案件的定罪率也是相當的高 ( 90% )。因此在日本刑事訴訟實務界流傳著一句諺語：「起訴即定罪」 ( Those who are prosecuted are almost always convicted. )，並非空穴來風。

以上的眾多數據顯示出日本刑事訴訟實務界面對案件負荷量所採取的努力與其應對手段，以制度面、實務操作的方式，將案件負荷量減到最低，更進一步說，警察與檢察官利用移送猶豫主義與起訴猶豫主義，盡量篩檢案件量，而法院幾乎便成橡皮圖章一樣，九成以上的起訴案件會被定罪。如此的現象也是反映出日本法院界為求解決案件負荷量所會採取的態度-將制度的溢流 ( incapacity ) 導向法外、非正式的法律措施 ( extralegal, informal mechanism ) 的方式。另外依值得注意的日本訴訟現象就是對刑事犯極為寬大的處遇以及自白 ( Confession ) 的重視，以下敘述之。

### 三、仁慈的刑罰與自白的重視

日本的刑事訴訟對待有意悔改的刑事罪犯十分的仁慈，只要是罪犯承認自己犯罪、真誠的自責以及給予被害人適度的補償，獲得被害者的原諒，基本上罪犯都會得到相當仁慈的待遇，不是科與罰金了事，就是宣告緩刑。以簡易程序的統計為例，法官於簡易刑事程序最多可以科處二十萬日幣的罰金，但七成的簡易事件科處不到五萬日幣，有四成的案件科處不到三萬日幣，只有千分之五的案件

---

<sup>115</sup> 雖然檢察官每年皆大量起訴交通事件，但若從刑事簡易訴訟的角度來看，似乎並不造成法院極大的負荷。參見下段關於法院刑事訴訟實務的說明。

<sup>116</sup> 1987 Japanese Statistics Annual Report: v12, Criminal cases(Saiko Saibansho, Tokyo 1988), p196

會被科處到二十萬日幣的最高額。再以一般刑事訴訟程序說明，每年平均有 60,000 到 65,000 人被科處一年以上的有期徒刑或拘役，但有五成的案件會被法院宣告換行，環言之再被宣告有期徒刑的罪犯中只有一半會真正入獄服刑，另外最所有被起訴的案件中有百分之五被判二年至三年有期徒刑，百分之二被判超過三年到五年有期徒刑，而被判超過五年的案件僅有百分之二。<sup>117</sup>若由檢察官行使羈押權的角度來看，一九八七年中檢察官所審理的案檢，僅羈押 22% 的嫌疑犯，如果我們再考量到檢察官因證據不足而不起訴的比率僅有百分之一不到時，可以想見檢察官基本上很少使用羈押權作為保全證據、防止犯人脫逃的工具。而由警方的角度，若犯罪嫌疑犯表達相當的悔意，而且違法行為並非十分嚴重時，在移送案件給檢察官時，警方會建議檢察官盡量「從輕發落」。

而檢察官決定是否不起訴時，所考量的重點也是：被告是否自白犯罪，對犯罪行為深表悔意以及得到被害者的原諒。實務上曾經有如下的案例，依位資深的檢察官反對依位年輕檢察官繼續偵查、起訴一件過失致死的刑案，原因是該案中一位職業婦女因工作緣故，將嬰孩留在家中，逕自離去，而嬰孩被導下來的報紙押住，窒息而死，該名婦女因心愛的嬰孩死亡已經受到相當大的打擊，起訴、處罰對他而言，不只無法達到刑罰目的，而且是件殘酷的事情。不過一些過於重大、無法忽視的案件，檢察官仍然會與予起訴，縱使被告已經表達相當的會議以及提出適當的補償，只不過在具體求刑上，會加以減輕。<sup>118</sup>法官在刑事裁判中量刑的重點也是如前所述，就被告有無自白、犯罪的悔意以及對被害人的補償，決定應科與的刑度或者是給予緩刑（suspend sentence），也曾經有資深法官要求被告自白犯罪以及表達對於被害人的歉意後，始准其離開法庭。<sup>119</sup>

被害者在日本刑事訴訟程序中並非佔有相當主動的地位，雖然受害者的證詞、受害的程度，可以決定被告所應服的刑度，或者相當發揮酌減被告刑度的功能，在刑事訴訟程序上的確有其參加的地位與功能存在。但是受害者必須聽從法院、檢察官的決定，無法控制、干預程序的進行，縱使是被告可以藉由補償受害者作為減刑的依據，但不代表受害者可以使用刑事訴訟的法律程序獲得犯罪的補償。總而言之，被害者所處的程序地位僅為表達意見的參予地位，絕非是程序的主體。<sup>120</sup>

另一個值得探討的課題就是「自白」（confession）在刑事訴訟程序中的重要地位。許多律師、法學教授、刑案記者與檢察官都一致認為日本罪犯於在看守所

<sup>117</sup> 1987 Japanese Statistics Annual Report: v12, Criminal cases(Saiko Saibansho, Tokyo 1988), p110

<sup>118</sup> Craig J. Parker, *The Japanese Police System Today: An American Perspective* (Tokyo: Kodansha International, 1984) at p.108

<sup>119</sup> John, Haley, *Policemen and Prosecutors, Authority without Power*, 1991, p130

<sup>120</sup> John, Haley, *Policemen and Prosecutors, Authority without Power*, 1991, p131，惟若受害者提起自訴時，其情形是否相同，或者藉由刑事程序附帶民事的請求，是否真的如參考資料所言，被害者不具有程序主體的地位，本維持保留的態度。

被虐待的情形很少見，因此認為警察、檢察官不至於強行取得嫌疑犯的自白。但是在幾篇西方的學者研究日本刑事制度的報告中，卻顯示日本警察、檢察官甚至是一般人民都會傾向於重視自白的重要，而且認為自白是作為仁慈處罰的交換條件，這樣的傾向是來自於從小教育子女的觀念（child-rearing practices）以及許多文化的現象，因此 David H Barley 認為警方與檢察官基於其作為道德、正義的守護者，會傾向於強迫刁鑽、無悔意的嫌疑犯，做出他們所希望的自白，也因此自白帶有心理上、道德上的強制，而坦承犯罪不只是基於道德的誠命，也是作為仁慈待遇的交換條件<sup>121</sup>。

另外如果從刑事訴訟的程序來看，自白本身也可發揮一定的程序功能，也就是警方、檢察官可以藉由嫌疑犯的自白，可以快速找到證明羈押合法與足以定罪的證據，因此自白不只是作為定罪的依據，另一方面也是為求發現犯罪的其他證據，<sup>122</sup>所以日本警察於偵辦刑案時相當著重對嫌疑犯的訊問，而且訊問的目的即在突破嫌疑犯的心防，獲取自白。

另外日本人認為刑事訴訟程序基本上是一個糾正、改造犯罪者的機制，而非僅僅決定國家對被告刑罰權存在與否，以及處罰犯罪行為而已。換言之整個刑事訴訟程序-從警察發現犯罪到法院判決確定、刑罰執行完畢-目的是被告認識自己觸犯刑法，對社會造成傷害，原先刑事訴訟程序重視犯罪證據的原則轉化成重視被告犯罪後態度的轉變，犯罪性格的改造，以期被告能再為社會所接納。而仁慈的刑法處遇，功能上即是作為被告改犯罪變態度的「獎賞」，而自白本身則是當作被告改變犯罪態度的證據。在如此的思考傾向之下，假設警察、檢察官與法院越確信被告的犯罪事實，則越會去使用強迫手段去獲取自白，作為證明被告犯罪的證據，另一方面也促使被告承認其犯罪的事實，改變犯罪態度。<sup>123</sup>

#### 四、刑事訴訟程序現象的分析-刑事訴訟程序中的法律意識

針對以上所提到的種種刑事訴訟程序的現象，可以由以下幾個方向提出解釋。首先從歷史的觀點，刑事程序中重視被告自白的態度在東亞各國並非是獨特的現象，因為中國自唐朝以迄清末，刑事程序皆有注重被告自白的現象，如果被告自承犯罪可以獲得減輕的待遇，而且自白也能防止辦案官員誤判（因為被告以自承犯罪）以及維持承辦官員的威信，所以強制的手段、酷刑則是作為擔保自白公信力的工具（源自於不打不說真話的觀念，但卻沒有屈打成招的觀念）。而日本明治維新前則是繼承了這樣的制度思考邏輯，雖然維新後以致二次大戰後日本

---

<sup>121</sup> David H Barley, *Forces of Order: Police Behavior in Japan & the United States* (Berkeley: University of California Press, 1976), at p.150

<sup>122</sup> Miyazawa Setsuo, *(The consciousness and practices of first-line detectives in criminal investigations)* (Tokyo: Seibundo, 1985)

<sup>123</sup> John, Haley, *Policemen and Prosecutors, Authority without Power*, 1991, p133

刑事訴訟程序的制度已經確立保障被告人權、強調證據重要性等基本觀念，但過去的思考邏輯仍然是揮不去的夢魘，繼續支配著實務的運作。

警察、檢察官與法官對於刑事被告的仁慈處遇，在日本明治維新後採用德國刑事訴訟制度後，在一九二零年前並沒有資料顯示日本法官或是檢察官傾向行使法律所規定的起訴、處罰裁量權，法官、檢察官積極的使用裁量權反而是在一九二五年通過治安維護法，日本政府進行思想控制之後的現象，也就是針對共產黨、左翼分子的箝制上，如果被起訴的「叛亂分子」自承犯罪，並表示深切悔誤的意思之後，都可以獲得減刑的待遇，在一九三零年代每年都有將近五百位政治犯因此獲得減刑的待遇，換言之在當時已經漸漸確立起自白作回仁慈刑罰的交換條件的不成文原則了。<sup>124</sup>這樣的觀念進一步的在戰後也和刑事訴訟程序的改造犯罪者的觀念作進一步的整合，以反映出人民期待國家扮演公平與仁慈的角色。

若由文化因素來解釋，日本自中國接受儒家文化，重視仁、恕的道德，也因此當刑事被告積極表達犯罪的悔意後，法官、檢察官應給予其仁慈的待遇，而刑事訴訟程序也是當作改造被告偏差行為的機制。但是如果我們拿西方的基督教教義相比較的話，卻又會發現，所謂的仁、恕道德，在聖經中也存在的，但差別是日本人將仁、恕的道德要求內化於刑事訴訟程序中，相對的歐美國家卻沒有。而且在一份關於日、美人民法意識的調查報告中，美國人民傾向於認為刑事訴訟程序目的在於懲罰被告，而日本人民卻重視刑事訴訟程序的「補償」效果（對社會、對被害者的道德與實質補償）<sup>125</sup>。之所以會有如此的法意識差異，除了文化因素之外，尚應包括其他社會因素，使得日本採取如此的刑事訴訟實務仍能繼續維持社會上的低犯罪率以及低再犯率<sup>126</sup>。

而使得日本能夠擁有低犯罪率的原因，據學者的分析，有兩個社會上原因：日本人強烈的同質性（ethnic homogeneity）以及強而有力的非形式社會控制機制（informal social control system）。由於日本文化崇尚一致性，因此個人害怕被其他社會成員認為是異類，而被排除於社會團體之外，自然就容易遵守既成的社會規範，不易有偏差的行為。非形式性的刑事控制機構，如學校、公司、社區或是村落，對於其成員的控制力依然是有效的存在，發揮相當程度的犯罪預防工作，傳統的道德規範也因此進一步鞏固其地位。另外也因為非形式性的刑事控制機制發揮其相當的控制犯罪的功用，所以日本政府、法院也放棄以法律所規定的刑罰手段，作為達成維持社會秩序的目的，因此才會存在仁慈的刑罰處遇的實務。<sup>127</sup>

<sup>124</sup> John, Haley, *Policemen and Prosecutors, Authority without Power*, 1991, p135

<sup>125</sup> V. Lee Hamilton and Joseph Sanders, "Punishment and the Individual in the United States and Japan," *Law and Society Review*, Vol. 22, No2(1988), at p.301-328

<sup>126</sup> 關於日本刑事犯的再犯比率，請參閱 John, Haley, *Policemen and Prosecutors, Authority without Power*, 1991, p136

<sup>127</sup> Yoshio Suzuki, "Crime", in *Kodansha Encyclopedia of Japan*, Vol.2 (Tokyo: Kodansha International, 1983), at p.46

由以上的分析，日本人民與法院在刑事訴訟程序中的法律意識，應是與歐美國家的人民與法院有相當大的差異，一則是對訴訟程序目的的期望，一則是傳統文化因素對刑事訴訟程序實務的影響。日本人民一方面並不將刑事訴訟程序當作是維持社會秩序的主要工具，而只是將其認為是改造刑事被告的機制，因此重視被告的自白、悔意以及補償，把刑事訴訟程序作為實踐道德誠命（moral imperative）的手段，相反的歐美國家則是將維護社會秩序的使命加諸於刑事訴訟程序中，因此著重刑罰的應報功能。再者，基於日本社會的文化因素，非形式的刑事控制機制仍然能夠發揮其犯罪預防的效果，所以傳統的道德觀念可以內化到形式化的刑事訴訟程序中，作為其實務運作的特徵，也因此再面對乘重刑事案件負荷量的問題時，也是試圖以非形式的手段加以應付<sup>128</sup>。但是在崇尚多元文化的歐美社會中，傳統的（基督教）道德規範理念，基本上並無法內化到實務運作上，因此刑事訴訟中，我們並不能發現歐美人民的法律意識會受到傳統文化因素的影響。

## 第七章 環保糾紛中所顯現出來的法律意識

### 第一節 環境污染事件發生始末

日本戰後即訴工業化的過程裡，起初是採取犧牲環境換取工業、經濟成長的策略，導致許多工業中心的週遭環境受到廢氣、廢水的嚴重污染。而日本環保使上有所謂的四大污染事件，即是在這樣的背景下，在一九六零年代陸續發生。首先是在一九五六年九州的 Minamata 市，居民食用受到汞廢水污染的海產，發生汞中毒事件，導致上百人因此死亡，數百人終身殘廢。然後再一九六零年與次年，又分別在 Yokkaich 與 Toyama 發生空氣污染事件，居民紛紛得到不明的肺病。之後又在一九六五年的 Niigata 又在發現類似 Minamata 的汞中毒事件。由於以上四個環境污染事件發展過程多有相似之處，所以僅就最早發生，過程最為曲折的 Minamata 汞中毒事件加以說明。

Minamata 在一九五六年爆發大規模的汞中毒案例，於當年年底，當地的國立大學醫學院即組成調查小組展開調查，確定病源來自於食用受到汞廢水污染的海產，而三年後該小組確定污染源來自於當地一家化學工廠 Chisso 所排放的工業廢水。而日本中央的衛生部（厚生省）也在一九六八年確定 Chisso 為汞中毒事件的元兇。

---

<sup>128</sup> 也就是藉由警察、檢察官的裁量權，過濾刑事案件，大幅減少法院的負荷。

Chisso 工廠(以下簡稱 Chisso)在當地的調查小組確定其為汞中毒事件的始作俑者後,在一九五九年即開始與部分受害者及其家屬展開賠償協議,Chisso 同意賠償少量金錢(死亡者最高可獲得美金八百多元),不過這個協議在一九六零年後相關的調查報告相繼出爐,確定 Chisso 就是導致汞中毒的真正兇手後,受害者與家屬及要求重新展開協議,提高賠償額度,但是 Chisso 仍然堅持受害者並不能真正確定 Chisso 就是真正的污染源,以及污染與中毒之間的因果關係,從此之後雙方關於賠償、道歉的糾紛才正式開始白熱化。

在糾紛解決的過程中,受害者團體依其所採取行動的不同,可以分為三個團體,第一個團體是採取透過行政機關的協調,與 Chisso 展開和解的協商,第二個團體就是採取訴訟的途徑,向法院提起損害賠償之訴,第三個團體直接要與 Chisso 展開談判,其行動的方式就較為激烈,包括圍廠、在東京 Chisso 總公司前靜坐、抗議,甚至為首的領導人也因此受到逮捕(不過法院以科與緩刑收場)。採取與 Chisso 協商的受害者團體首先獲得 Chisso 的賠償,總賠償數額約為六十萬美金,但在一九七三年初,採取訴訟手段的受害者團體終於在法院放寬損害賠償的因果關係認定標準下,獲得勝訴的判決,Chisso 判決賠償三百萬美金,此數額五倍於原先其他受害者協商所取得的賠償,關於賠償的和解因而重開,最後再一九七三年七月九日,Chisso 與所有受害者達成最後的協議,承諾依訴訟所確定的標準賠償所有的受害者,設立賠償基金,並且承認自己的錯誤,向所有因汞中毒受害的人與整個社會大眾道歉。後來當地的漁民就 Chisso 所排放的污水,使其產生的漁業損失,也對 Chisso 展開請求,起初 Chisso 不願賠償,但當地漁民以圍廠抗爭、封閉港口的方式,迫使 Chisso 就範,最後 Chisso 也是答應賠償。到此 Minamata 汞中毒事件告一段落。<sup>129</sup>

Minamata 汞中毒事件前前後後總共持續長達十八年的糾紛解決過程裡,我們感到有趣的是,為何自一九五六年出現許多汞中毒病例後,到一九六九年才有受害者向 Chisso 提起民事賠償的訴訟?受害者題起訴訟的目的是否真的單純請求損害的賠償?還是另有其他訴求目的?在探討的過程中,也可以形塑出日本人獨特的法律觀。

## 第二節 受害者的法律意識

如前所述,Minamata 汞中毒事件於爆發後十四年,受害者及其家屬才正式向 Chisso 提起民事損害賠償的訴訟<sup>130</sup>,在實際發生損害之後,經過這麼漫長的時

---

<sup>129</sup> 事件始末摘錄自 Frank Upham, *Environmental Tragedy and Response, Law and Social Change in Postwar Japan*, 1987, p30-37

<sup>130</sup> 本件汞中毒事件中,受害者與其家屬也對 Chisso 的負責人、經理以及承辦的政府官員、檢察

間才提起訴訟，實在是違反一般常理的現象。針對這個現象，如果依據日本著名法社會學家 Takeyoshi Kawashima 教授的看法，認為日本人普遍欠缺法律意識（weak legal consciousness），如果存在多種救濟的途徑時，比如說調解、和解、訴訟等，用訴訟的方式主張權利會被擺在最後的順位，所以在 Minamata 汞中毒事件中，才會遲至案發十四年後才提起民事訴訟的請求。

關於這樣的解釋，我們認為似乎有所不足，首先 Minamata 汞中毒事件的受害者分裂為三種不同的團體，各自以訴訟、和解、直接談判的方式向 Chisso 請求賠償，如果把訴訟當作最後手段的看法是正確的話，為何在有受害者提起訴訟的同時，卻有另外兩群人要以和解與激烈抗爭的手段向 Chisso 請求呢？再者案件的發展過程中，也不完全是一段請求賠償的過程，本件汞中毒事件相較於一般的賠償、債務不履行的案件，參雜有更多特別的因素，首先是污染源的界定因年與損害賠償因果關係的理論阻礙受害者的求償，再者受害者的範圍廣泛，許多受害者受到身體、心理上永遠的殘障，這個因素在注重團體意識、面子問題（或言之：「恥辱文化」Shame Culture）的日本社會中特別具有其重要性存在。以上的諸多因素，我們認為對於受害者遲延提出訴訟的現象具有相當的影響力，而且也主導了訴訟進行的重點，並且反映出在處理公害糾紛中日本人獨特的法律意識，以下分別敘述之。

在 Minamata 汞中毒事件爆發的初期，一般人誤認為該疾病具有傳染性，而且患有汞中毒的受害者外表上、行動上不是異於一般人，就是表現的像是精神病患一樣，雖然到一九七三年之後，證明該疾病來自於汞中毒、不具有傳染性，但還是有許多患有汞中毒癥狀的受害者，未向衛生機關申請檢驗，指定其具有受害者的求償身分<sup>131</sup>，這樣的反應應該是來自於日本人重視面子的文化（或言之「恥辱文化」Shame Culture），羞於異於常人，尤其是畸形的外表與行動，所以家庭如果發現成員出現汞中毒的癥狀後，首先的反應就是將病人隱藏起來，不要讓左鄰右舍知道。這個現象自然不易使受害者們知道實際上到底有多少人真正罹患有汞中毒的疾病，長時期誤以為這只是個人的疾病。另一個基於「恥辱文化」的反應是內化汞中毒疾病的痛苦，將之歸諸於宿命論（Fatalism），而非是可歸咎於他人的，因為若要歸咎於他人（採取和解或是訴訟的途徑）就必須將自己不願讓人知道的疾病事實公諸於社會，勢必導致被社會所「驅逐」。以下有一段病人的回憶錄恰好說明宿命論的心態：

*自我來到這個漁獲豐富的港口，我愛上了這裡的海鮮，我每餐都不能沒有螃蟹、鮭魚、章魚與海參。也許就是因為我吃太多這裡的海鮮，我才會得到汞中*

---

官提出過失致人於死、過失傷害罪與瀆職最的刑事告訴，相關內容請參照 Frank Upham, *Environmental Tragedy and Response, Law and Social Change in Postwar Japan*, 1987, p49-50

<sup>131</sup> 當時求償身份的確定，需經過醫院或者是衛生機關檢驗其是否患有汞中毒，檢驗通過後指定

毒的病，就是因為我太過貪婪的緣故。<sup>132</sup>

雖然在一九六零年（事件發生後的第四年）已經有受害者與 Chisso 展開協議，但是賠償的重點在於死亡的人命，而非包括因汞中毒所導致的機能障礙。而廣泛的受害者能真正克服「恥辱文化」與「宿命論」的障礙，正式主張法律的權利時，是當整個汞中毒事件的真正原因、幕後元兇與因果關係被專家學者與政府機關證實後，受害者才知道同樣有許多人罹患汞中毒疾病，而且原因來自於 Chisso，從而願意站出來主張權利。

另一個值得注意的現象是公害訴訟的集體性質，換言之在四個公害事件中，皆有針對污染的工廠進行損害的賠償訴訟，每件訴訟的都是由一群受害者共同提起，並沒有由單獨受害者提起的訴訟，而這樣的現象在鄉村與城市都存在。關於這個訴訟的集體現象，日本社會中的群體意識（group consciousness）應是扮演重要的地位。日本鄉村傳統上存在有一種集體責任的自治型態，也就是所謂的 Murahachiba<sup>133</sup>，也就是村落事務執行應經大家一致的行動，村民若單獨提起訴訟，會被其他村民視為擾亂村落和諧的滋事分子，而被孤立於村落生活之外。但訴訟的集體現象也是存在於城市之中的公害訴訟，可能也代表 Murahachibu 在城市的社區生活中仍然有其規範的效力存在，還有如果一權受害者共同體起訴訟的話，也適足以包裝該訴訟的性質並未完全追求個人的私利，而是為求達到追求社會正義或是保護祖先留下來的寶貴土地的神聖目的等。不過另一個解釋方向是從訴訟程序的技術性與訴訟的成本，尤其是公害訴訟中的訴訟對象是大公司，並非是單獨的受害者所足以應付的，一群受害者才能喚起社會上的關注與精神、物質上的支援。<sup>134</sup>

在公害訴訟的進行中，訴訟的重點除了一般的賠償事宜外，另一個值得注意的現象是訴訟中關於「道德意識」（Moral Consciousness）的訴求。這個現象可從一些訴訟進行時的一些公開言論中發現。

在一九七二年 Minamata 公害訴訟進行得如火如荼之際，一位記者 Ono Eiji 報導如下：

*這個公害訴訟對於那些受害者的重要性不是在於金錢或者是賠償額的多寡，而是在要求造成這一切痛苦與損害的工廠與它的董事長說一句「對不起」。但辯護制度正恰好完全的粉碎這樣的願望。當受害者與他們的律師在法庭上斥*

---

其具有受害者的求償身分。參見 Frank Upham, *Litigation in Japan, Law & Society*, 1976, p 589-590

<sup>132</sup> Tsuchimoto, *Minamata: the Victims and Their World*, Tokyo: Higashi Production, 1972, p49

<sup>133</sup> 關於 Murahachiba 進一步的說明，參見 John O. Haley, *Hamlets and Hoodlums, Authority without Power*, 1991, p169 以下

<sup>134</sup> Frank Upham, *Litigation in Japan, Law & Society*, 1976, p 595



責工廠污染的惡行時，工廠的董事長卻坐在他那豪華、舒適的辦公室沙發上，而非是在法庭上。

...如果法庭上的程序仍舊如現在一般，就算是工廠最後輸了這場官司，對他們而言，頂多是賠錢了事。但是造成公害的罪惡感，作為人類所應該具備的感受、自責，他們都可以一笑置之。

另外一位受害者家屬 Onoue Tokioshi 在一九七零年 Chisso 的股東大會上發表一篇激烈的批評：

*如果污染的工廠仍然那麼小氣，或者只是想找兩三隻代罪羔羊了事。我們就要準備一桶加了汞的水，端上台前...你們喝了之後，變成受害者的一分子，也許就會改變立場。<sup>135</sup>*

關於法庭的進行過程，當時有如下的評論：

記者 Ono Eiji 對法庭進行的報導：

*我們對法庭拘泥於形式主義的行為感到十分的焦慮，將活生生的公害現象簡化成法庭上的一份份文件，原告與被告的律師相互在法庭上討價還價，然後法官再取一個適當的平衡點 (strike a balance)，忽視在辯論的同時，不斷的有人受到痛苦、死亡。*

一位法學教授當被問及對公害訴訟進行的感想：

*訴訟從一開始就讓我們感到繁文縟節與無聊冗長，如果你親自到法庭上走一遭，你可以看到一群專家學者排成一列，吐出一連串無意義的行話。真是愚蠢。你會想要大喊：停止吧！停止吧！我再也不能忍受下去了！<sup>136</sup>*

由以上的數段對話可以發現當時受害者乃至於一般人民對於訴訟所持的態度，似乎不僅僅認為訴訟作為一個單純的請求程序，而且更應是作為一個追訴污染者的道德責任的場所 (forum)，另一方面也是在宣洩其長久壓抑以來的情緒。美國法社會學者 Frank Upham 認為這樣的現象來自於日本的傳統觀念，日本社會容許一個壓力的宣洩，如果這個壓力的宣洩是在長久的忍受與犧牲下，而主管的政府機關怠於反應時，不管宣洩壓力的方法是用何種管道，用訴訟的方式或者是用暴力抗爭（如圍廠、封港）。也因此公害訴訟便承載了宣洩壓力的任務，所以提起訴訟的受害者意圖要在訴訟中完成對工廠及管理階層的「道德非難」(Moral Indictment)，因此其對於法庭程序的進行抱持相當大的期望。相反的也因此對於法庭上的辯護制度、形式主義感到十分失望，這應該也是造成一部份的受害者改

<sup>135</sup> Tsuchimoto, Minamata: the Victims and Their World, Tokyo: Higashi Production. 1972, p28

<sup>136</sup> Juristo, 1972:p 133-134

採直接對工廠採取暴力抗爭的手段的原因之一。另外值得注意的是在公害糾紛解決的過程裡，發生許多的暴力抗爭事件，其中不乏有觸犯刑事法規的行為，但前前後後，警方與檢察官、法院皆是採取相當寬容的角度，不只是任由受害者進行圍廠抗爭，不加積極取締，也未在實際進行刑事訴訟時，給予嚴苛的判決。<sup>137</sup>

綜上所述，由一連串的事實觀察與討論，我們可以認識到在公害訴訟中，訴訟有扮演者形成、實踐道德意識的作用，這樣的道德訴求的作用在美式的訴訟中並未扮演著如同日本的重要性，因此應可稱為日本公害訴訟中所展現出來的特殊法律意識。

### 第三節 法院在公害訴訟中的法律意識

公害訴訟的本質上是屬於民事侵權行為損害賠償的訴訟，而日本民法七零九條關於侵權行為的規定大致上與我國民法第一八四條相同：「故意或過失侵害他人權利者，負損害賠償責任。」<sup>138</sup>，而在傳統的侵權行為法則中，原告也就是主張受到損害的一造負有舉證他造有故意或過失的侵權行為，並且侵權行為與結果之間相互有因果關係的責任。不過傳統嚴苛的舉證責任在公害訴訟中，幾乎封殺所有受害者求償的機會，不過法院最後是採取放寬的立場。在理論的轉換過程中，我們可以觀察到法院在公害糾紛中所顯現出來的法律意識。

日本四個公害事件中，以 Minamata 汞中毒事件最晚進行民事賠償訴訟，之前其他三個公害事件的訴訟幾乎是同步進行，而被告廠方所採取的抗辯是由仍是基於傳統的侵權行為理論，主張原告需負起因果關係的舉證責任，如此的抗辯法院最後加以駁回，駁回的原因有許多種猜測，不過至少在判決書上是如此寫到：

*...要求證明化學污染的自然科學的因果關係，對於原告而言，是不合於侵權行為法中的「衡平原則」(equity, the essence of tort system)*

法院最後是採取較寬的因果關係理論，也就是如果當原告滿足所謂的「統計的傳染病學」證據 (statistical epidemiological evidence) 的要求時，則舉證責任即轉換到被告工廠的一方。其理由為：

*...在決定污染事件中的因果關係時，由於來自工業的空氣與水污染不只具有空間的廣泛性，還具有時間的持續性，實在有無限的不確定的因素會參與其中。在本案 (Toyama 高等法院上訴審) 中依據傳染病學方法來認定法律上的因果關*

<sup>137</sup> Frank Upham, *Litigation in Japan*, Law & Society, 1976, p 596 與 Frank Upham, *Environmental Tragedy and Response, Law and Social Change in Postwar Japan*, 1987, p46-49

<sup>138</sup> 王澤鑑，*侵權行為法*第一冊，1998，頁 53

係，應是合理的，縱使因果關係並未由臨床與病理學的方法加以證明。

法院在做成變更因果關係理論的決定時，實際上面臨相當大的社會壓力，當時的日本輿論普遍瀰漫著對公害受害者的同情心態，以及許多公害受害者採取暴力抗爭的手段，訴求政府機關、污染工廠甚至法院，要還給他們一個社會的公道。如此的客觀環境，承審的法官即面臨兩難的餘地，一是依據法定侵權行為規定，解釋法律，堅持司法中立的地位，另一立場是符合社會對法院的「實現正義」期待，放寬因果關係的解釋。從事後的判決來看，顯然法院是採取後面的一個立場，一方面可以認為法院不免於受到社會壓力的影響，另一方面也顯示法院將自己定位為實現實質正義的最後機會（last chance for the vindication of substantive justice）<sup>139</sup>。

在 Minamata 公害訴訟的進行中，我們也可以觀察到法院自認為正義守護者的立場，應致力於「人性尊嚴」（human dignity）的保障。在該公害訴訟中，被告 Chisso 廠方除主張傳統因果關係理論之外，另外還主張「預見可能性」的抗辯，其理由為：在一九五三年以前，化學科技上不能發現汞廢水會導致本件的汞中毒，所以關於損害的發生，Chisso 欠缺預見可能性，不具有故意或者過失。而承審的地方法院駁回這樣的主張，其理由為：

如果我們接受這樣的看法，則只有當我們的環境已經被破壞殆盡，置當地居民的生命、健康於危險的環境下，才能成立污染者的侵權行為...如此的說法簡直就是將人類當作是實驗用的白老鼠（guinea pig），是不能接受的錯誤說法。

綜上所述，不管從法院是否受到社會壓力的影響或是基於自己實踐「社會正義」的認知，而改變傳統的侵權行為理論，我們都可以認識到日本法官將自己定位在一個積極、主動的角色，而非是一套單純依據法律、認定事實、適用法律的中立角色。

#### 第四節 被告污染工廠的法律意識

早在一九五九年時，Minamata 的 Chisso 工廠即與受害者及其家屬展開賠償協議，意圖以小額的賠償金，迫使受害者放棄所有法律上的主張。如此的做法，（姑且不論這樣的協議在法律上的效力如何）在各個工業國家十分常見，具有優勢的污染者以其在法律上、經濟上的優勢地位，儘早了結未來可能發生的法律糾紛。不過這個現象也代表日本企業在很早的時候即對法律的重要性有所認知，不

---

<sup>139</sup> 觀於這個問題，研究日本公害訴訟的 Frank Upham 教授有實際請問過承審的日本法官。參見 Frank Upham, *Litigation in Japan, Law & Society*, 1976, p 600:註十四

過對於訴訟仍抱持迴避的態度，可能原因是避免訟爭的繁複、維持公眾的信譽等等。

而各個公害訴訟中的被告工廠，在一審敗訴後，很少再上訴二審，更別說是上訴三審。是否上訴的考量，實際上牽涉被告工廠許多的考量因素，首先在財務上，幾乎在各個一審判決裡，每個被告工廠都被判賠償高額的賠償金，造成極大的負擔<sup>140</sup>，如果被告工廠上訴的話，即有機會得到有利的判決，減輕財務負擔。但另一方面，前面敘述過，公害訴訟的另一個訴訟重點在於道德、正義的訴求，如果被告工廠膽敢上訴的話，即會被社會大眾冠上逃避責任的帽子，有害各工廠的公眾信譽（publicity）。在這樣的兩難下，顯然被告工廠是選擇不再上訴，這樣的事實更加證明訴訟作為道德訴求的目的，會迫使被告工廠放棄進一步使用法律權利的機會，訴訟本身已非單單的法律程序而已。

另外如果我們觀察各污染工廠在與受害者從事賠償協議的實況，也可以進一步了解法律途徑、權利的主張是承載了宣洩道德情緒的目的。在 Yokkaichi 的和解過程裡，當工廠代表與律師到場時，會場已經塞滿受害者、家屬、協助的律師與同情受害者的學生，而廠方代表的律師一開始即被對方「告誡」不許參與協議，要靜靜坐在廠方代表身後。協議進行了約五至六個小時，大部分的時間，廠方代表不發一語，默默聆聽受害者與對方律師對其與工廠，所做的猛烈的、謾罵的人身攻擊。協議完畢時，所有的廠方代表起立，向在場的所有受害者敬九十度的鞠躬禮，代表對所有受害者致上萬分的歉意，幾乎是剝奪掉所有的個人自尊才能離開會場。這樣的和解過程雖然涉及日本人的心理特質，本文不擬詳細論述，但亦足以告訴我們，在公害糾紛中，當社會共識已經將責任歸咎於污染者時，污染者即必須屈從於社會輿論，自動放棄使用法律，放棄依法為自己爭取一個較好的法律地位的機會。

## 第五節 本章小結

在日本的四大公害事件中所顯現出來的法律意識有如下幾點：首先訴訟目的並非單單是作為主張賠償權利的方法，更有實現道德訴求的目的，而道德訴求的目的除了給予法院變更侵權行為法的壓力外，另外也迫使被告工廠放棄上訴等的法律權利。其次，受害者基於團體意識與恥辱文化，趨向於結合成團體，才提起訴訟，更進一步加強了訴訟道德訴求的內在目的。再者，從法院積極將自己定位為正義的守護者的角度，以及受害者與一般民眾對於判決作為實現社會正義的期望來看，似乎在公害糾紛之中，普遍認為法律需退讓於道德之後。另外也是基於

---

<sup>140</sup> Minamata 案中的 Chisso 工廠，在被判敗訴後，另與其他受害者、漁民做賠償和解，最後因賠償的金額過鉅，再加上轉投資失敗，Chisso 工廠隨後倒閉。

道德訴求的內在目的，受害者與一般民眾對於法庭的進程序過於拘泥於形式化，感到十分失望，訴訟不能完全宣洩積壓已久的痛苦、怨恨，所以就有部分受害者轉向法庭外的途徑（extra-judicial movement）尋求宣洩，而社會大眾對於這些法庭外的途徑的訴求手段，也是採取容許的態度。相較於美國類似的公害求償事件，雖然也帶有道德訴求的目的，不過宣洩壓力的主要途徑、場所，仍然還是在法庭之中。<sup>141</sup>

在以上的分析之中，雖然我們探討出在公害事件中，日本人的些許法律意識，但本文仍需強調，在公害糾紛中，具有許多與一般法律糾紛不同的特別要素，例如涉及的範圍廣泛、人命健康的因素，以及侵權行為的基本原則無法處理公害糾紛的缺點等等，我們不一定能夠就此段所探討出來的法律意識拿來作為檢驗、解釋所有日本法律現象的工具。

---

<sup>141</sup> Frank Upham, *Litigation in Japan, Law & Society*, 1976,p 616

## 第八章 結論

綜合以上的對日本人民法律意識的討論，我們可以觀察出以下，日本人民一些獨特的法律現象、意識與背後的原因。

### 第一節 日本人民獨特的法律現象

#### 一、低訟率：

本文第四章中所提出的訴訟數據，說明相較於先進的歐美國家而言，日本人民的訴訟比例顯然的較低，代表許多的法律紛爭藉由「非正式」的法律途徑加以解決，人民不喜歡運用法院的現象。

#### 二、運用非正式的法律途徑解決法律糾紛

低訴訟比率另一方面亦是在反映大部分的法律糾紛，皆藉由非正式的法律途徑加以解決，例如本文第五章中的離婚數據顯示大部分的離婚藉由家事法院的和解，而非是由法院判決。另外日本人民回應法律糾紛的第一個反應，事先試圖和解，在和解不成，又不得已後才進入訴訟程序，換言之訴訟程序具有「最後手段」的性質在內，因此日本人民對於訴訟的功能也賦予不僅於解決糾紛的期待，例如在本文第八章中，公害訴訟程序也含有對污染者的道德訴求的期待。也基於訴訟程序的「最後手段」性格與傳統日本人民對於法官的高度信賴，因此日本法官自許為「正義的守護者」，因此日本訴訟法的改革無法完全採納英美法系的「當事人進行主義」。

日本人民雖然在訴訟現象的觀察上的確是習慣已非正式的途徑解決法律的糾紛，但是在某些特定的法律領域而言，似乎是不得不如此。例如在本文第五章與第六章關於離婚與勞工問題的討論中，針對離婚雖設有訴訟的途徑，但應先精和解程序，和解不成後雖然可以提起訴訟，但是法官在審理時，亦傾向於威嚇當事人自行和解，不願親自下離婚判決。而勞工法中雖然設有訴訟的解決途徑，但仍設有需經過行政機關層層調處，始能提起訴訟的規定，換言之多數的勞動糾紛在經過行政機關的「過濾」後，只有極少數會以訴訟的方式收場。至於平等僱用機會法，法條的規定中根本未規定在行政機關調處不成後，得提起訴訟的規定，而受害的婦女在提起訴訟後，又基於法律未有強制的義務規定，無法獲得救濟。因此部分領域的糾紛，在設計上即有意無意的驅使人民運用非正式的法律途徑解決糾紛。

### 三、部分法律僅具有「象徵」的作用

在本文第六章關於「過勞死」與男女平等僱用機會法的探討上，勞工法令並未發回在職場上應有的規範作用，一則是勞工法律對於強制規定設有例外，弱化的勞工法律，例如最高工時的限制得經由工會同意而不適用。二則是法律條文的本身就不被賦予執行的效果，而是期待雇主的善意配合，例如平等僱用機會法中對於雇主應「致力」於改善女性的平等僱用機會。

部分法律並未因立法機關制定，而發揮實際上的規範效力，相對的原有的社會關係仍然受至於原有的「非形式」的規範。例如在制定勞工法律與平等僱用機會法後，職場慣例仍然繼續運作，勞工繼續被強迫超時工作，女性的勞動地位仍然無法與男性相同。因此可以部分的日本法律，相較於其他國家同領域的法律而言，可以說是僅具有「象徵」的作用，立法的目的在於彰顯日本政府已經對該社會問題，做了應有的「回應」，得以對國際社會與日本人民交代。<sup>142</sup>

### 四、法院沉重的案件負荷

本文第七章中曾說明日本法院沉重的案件負荷，不管是在民事或是刑事的案件中都有嚴重的案件負荷問題。解決刑事負荷的回應上，日本法院也是採取「非形式」的方式加以解決，法院、檢察官與警方通力合作，層層篩檢刑事案件，導致所謂的「移送即起訴、起訴即定罪」的特有法律現象。雖然法院沉重的案件負荷，在任何現代化的法治國家中是不可避免的現象，然而日本法院獨樹一格的回應方式，以非形式的管道減輕案源的手段，亦值得我們做進一步的注意。

另外本文其他部分的討論裡，日本人民在數據上顯示出以非形式的法律途徑解決法律糾紛的傾向，另外許多為解決新興問題所制定的法律，皆以調解、行政調處作為解決糾紛的主要管導，如此的事實代表日本法院將大部分的糾紛轉由其他機構加以解決，其目的之一即是在於減少法院訴訟案件的負荷。換言之，日本立法者、法院習慣於以非形式性的方式，減少訴訟案件的負荷。

### 五、仁慈的刑事處遇

本文第七章中論及日本刑事被告在自白犯罪，表達悔意後，得以因此獲得仁慈寬大的刑事處遇。基於傳統文化的思考邏輯，日本人民將刑事程序視為改刑事被告的過程，自白犯罪與表達悔意，才代表被告痛改前非，因此才得以獲得仁

---

<sup>142</sup> 本文第五章中曾經論及日本勞工法律的制定乃是受到美國佔領軍政府的影響，而平等僱用機會法，則是為了回應聯合國婦女大會的呼籲，所做的立法動作而已。

慈的刑事處遇。也因此相對於歐美國家，「自白」在日本刑事訴訟程序中扮演相當重要的地位，另外若再考量日本的低犯罪率，則得知仁慈的刑事處遇，並非作為維持社會秩序的主要因素，而是領有其他非形式性的社會控制機制，控制刑事案件的发生、再犯，維持日本平和的社會秩序。

基於以上所論及的法律現象，值得再進一步討論在這些法律現象的背後反映出，日本人如何獨特的法律意識。

## 第二節 日本人民的法律意識

### 一、低落的權利意識

低落的權利意識反應在本文第四章中的法律意識問卷調查，幾乎所有的問卷調查皆反映出，日本人民不傾向以訴訟作為解決糾紛的途徑，認為「訟終凶」，排斥好訟的性格。雖然藉由問卷調查顯示出，如此普遍低落的權利意識觀念，但在本文第六章關於過勞死與平等僱用機會法的討論中，相關的數據亦顯示受害的勞工、婦女勇於以訴訟的方式伸張其權利，縱使是針對自己的僱主亦然，而在第八章關於公害糾紛的案件裡，所有的四大公害案件，皆以訴訟收場，訴訟亦扮演關鍵性的角色。因此日本人民是否如同問卷的結果所言，真的擁有較低的權利意識，厭惡訴訟作為解決糾紛的途徑，亦未必然，也許是基於某些社會、制度因素有意的「催眠」吧！

### 二、行政官僚的家長主義心態

在本文第三章的討論中，曾舉「行政指導」與公害補償法為例，說明日本行政官僚的家長主義心態，習慣擁有對糾紛解決、社會變遷的主導權。類似的心態在第六章關於勞工問題的討論中亦可以看到，行政官僚以老大的心態，拒絕因過度勞動而受害的勞工的請求，定出極為苛刻的求償標準。而在平等僱用機會法的立法過程，即是針對女性藉由訴訟方式改革職場的不公平待遇，而作的反應，將原本藉由訴訟的社會變遷途徑，改為由行政官僚可以控制的調處程序，避免社會變遷的發展「逸脫」行政官僚的控制。

另外本文第四章中曾討論 Frank Upham 的「被操縱的法律意識」一文，說明行政官僚長久以來即被少數的精英分子所把持，而精英分子藉由立法的方式，形塑日本人民的法律意識，將糾紛解決的途徑淨量導向非形式化的和解、調解程序。如此的事實顯示出長久以來，日本的官僚（或言之為精英分子）積極的賦予自己領導人民的任務，不只在政治上的領導，更及於文化上的領導。本文認為這



樣的心態應該是來自於幕府日本時代，對於統治階層「武士」的傳統的定位與期待，藉由明治維新由上到下的社會、政治改革，繼續地延續至今日。

### 三、法院自視為正義的守護神

本文第七章的討論裡，認為在戰後的訴訟制度改革中，法院遲遲不能接受「當事人進行」主義的立法方式，以及法官定位改變的訴訟程序，甚至在訴訟程序明文揭示「當事人進行主義」以及「審理集中化」的理念之後，依然不願意放棄訴訟主導者的地位。法院重視實體正義的實現甚於程序正義（或言之程序利益的保障），讓「應勝訴的人勝訴，應敗訴的人敗訴」的諺語可以說是最佳的寫照。另外在本文第八章關於公害訴訟的討論中，法院基於時代、群眾的壓力，不得不變更侵權行為的法則，變更的理由主要是基於「公平」、「正義」的衡平法則，並非是來自於當事人間利益的衡量與時代環境的變革等等。而法院自視為維持正義的最後一道防線，可以推自日本傳統對於「武士」的期待上，另外從明治維新以來，法院給日本人民的印象，就一直是公平、正義的化身，所以在訴訟程序的改革上，法院才遲遲不能放棄訴訟主導者的角色。

另外在本文第八章關於公害訴訟程序的討論裡，公害訴訟的原告（受害者）期待訴訟的程序，能夠發揮一定道德訴求的作用，是否能得到賠償或賠償而多寡的問題，並不重要。換言之，公害訴訟程序承載了實現「道德正義」的要求，因此若從人民的角度觀察，的確日本法院被視為「正義的最後一道防線」，並且所謂的「正義」，尚且包括道德的正義。雖然設置法院的目的即是再作為社會正義的最後一道防線，但是在日本人民的法律意識裡，這樣的概念是更加的強烈，並且承載更重要的非法律的目的。

## 第三節 形成法律意識的原因

### 一、文化的迷思

一般法律社會學者在討論日本人民的法律意識時，傾向於將日本人民獨特的法律意識、法律現象，歸諸於日本獨特的文化因素與傳統因素。例如低訟率、低權利意識、非法律途徑解決糾紛的傾向，皆源自於日本人民崇尚和諧（harmonious）的，一致性（consensus）的社會文化。本文認為針對某些領域的討論而言，傳統文化的因素的確適當的解釋某些日本人民特殊的法律現象與意識，例如日本法官與人民對於法院、法官應扮演的角色的期待，刑事訴訟程序中關於自白的重視與寬大的刑事處遇，以及在公害訴訟中所特別強調的道德訴求功能等。

但本文在第四章中也論及 Frank Upham 教授的觀點，其認為所謂傳統文化的因素，僅僅作為包裝立法者、執政精英制定法律，以非正式的途徑解決糾紛的藉口而已。因為如果傳統文化對於人民的法律意識產生影響力時，則在法制史的演進上，會有連貫的現象，換言之從以前到現在社會，都應該會普遍存在低訴訟率、低權利意識的現象。但是事實上並非如此，所謂的傳統文化所影響的法律意識，大多是在二十世紀的日本社會才發生的，而且大都可以歸咎到某些有意的立法與執法態度。例如戰前與戰後所制定的諸多調解法律，以及在勞工問題中行政官僚與法院一致採取維護職場慣例的態度，還有關於法律專業人員的控制與考試上等等。在在都顯示日本政府、社會精英致力於控制、影響人民的法律意識，而且將其控制的原因，藉由「傳統文化」的因素，包裝給日本人民看，影響日本人民的法律意識。

## 二、被操縱的法律意識

前面第二節中，本文提到日本人民從數據上以及法律意識的問卷調查中，的確顯示出較低落的權利意識，但另外也提及日本人民並不憚於以訴訟作為最後救濟的手段，因此未必能顯示出日本人民真的是具有較低落的權利意識，所以利用文化、傳統的因素，解釋日本人民擁有低落的權利意識，並不適當。另外若由戰後的救濟制度觀察，戰後日本幾乎在任何可能產生糾紛的領域，皆成立有調解、行政調處的糾紛解決機制，更進一步弱化了人民直接訴諸法院的的權利意識，若再加上立法者、司法者在訂立政策、法律、適用法律時，有意的對訴訟的實施，制定有形與無形的障礙（例如：符合特定嚴苛的要件，始能提起訴訟，或是嚴格限制法律專業人員的錄取資格等），更會影響日本人民的權利意識。而以上所提及的諸多政策面與制度面的阻礙，並非是能由傳統文化因素加以解釋的，若真要說是基於傳統文化的因素，至多僅能說是基於少數政治精英所特別「選擇」出來的「傳統文化」罷了，所謂「傳統文化」因素，僅僅是「迷思」，作為「催眠」的人民的工具而已。

## 第四節 展望我國

本文雖僅僅論及日本政府與人民的法律意識，尚未論及我國人民的法律意識，但值得作為進一步研究我國相關議題，人民的法律意識的模型。我國與日本在文化上具有較歐美國家為高的同質性，而且我國許多的實定法皆是直接或間接的抄襲自日本，許多法律文化亦十分類似，因此試圖以日本的討論結果，作為模型，來深入探討、比較我國政府、人民的法律文化與法律意識。

### 一、文化、法律背景的同質性

我國與日本在文化上的同質性顯然較我國與歐美國家為高，同是受到儒家文化的影響，宗教信仰也以佛教與本土宗教為主，法律的系統也是以歐陸法的移植為主，經濟的發展也非常類似，自然在從事跨文化的法律意識研究上，具有相當程度的可比較性。因此本文冀望能在進一步針對我國的相關議題，例如法院文化、勞工、婦女問題，作類似的法律意識探討，相信比較研究的成果將會十分豐碩。

## 二、日本法律的移植

直到現在，我國的法律仍然繼續停留在外國法律的移植上，尚未真正建立屬於本土特有的法律規範與法律研究的風氣。因此，關於外國法律的移植與研究，仍是屬於國內法學研究的「顯學」，但許多批評則是省思一味的移植、研究外國法律，是否能符合我國的要求？在移植的過程裡是否應該考慮外國特有的法律文化、歷史文化的因素？本文認為，姑且不論歐美法律的移植，單就日本法律的移植而言，就必須考量到日本社會所特有的法律文化，是否在我國存在，或是否符合我國的國情？本文試圖舉兩例作為說明。

我國制定行政程序法時，引入日本特有的行政指導制度，但日本的行政指導制度是源自於日本關所特有的法律意識 - 家長主義心態，與特殊的法律文化 - 傾向以非形式的手段，發揮行政管制，日本如此的法律文化，在我國是否存在，仍未經細究，而且就我國朝向自由化、提昇人民法律主體的觀念的同時，這樣的法制並不適當。

另外，國內近來試圖引進日本近來刑事訴訟程序，如同本文第七章第三節所討論的內容。本文曾論及日本之所以能成功的將刑事訴訟程序改革，在減少訴訟案件的負荷的同時，仍然能夠遏制犯罪，維持社會平和的秩序，關鍵點不在於刑事訴訟程序，而是在於其他的社會控制機制與相關的文化因素，也因此該制度的改革 - 「移送即起訴、起訴即定罪」，被譽為世界所特有的現象。當我國若是要仿效該制度以減輕刑事訴訟的案件負荷時，前提必須去考慮我國是否也擁有相同的社會、文化背景，未做文化背景的研究，就貿然採用該制度，恐怕有東施效顰之譏。

## 第三篇 韓國部分

### 第一章 前言

存在與當為之間永存的鴻溝，分別賦予法律規範層次不同的「實效」(efficacy)與「效力」(validity)，二者概念上的截然二分，一直是法律哲學中一項重要的論理核心，也是法律社會學研究領域的起點。尤其在法律繼受的文化境況之下，法體制的移植也許重新整合了一套社會成員所應遵行的當為規範，可是這些作為上層建築的規範，在發生了當為的效力之後，下一步會如何？將對下層建築的社會文化產生如何的實效？而在種種文化因素的交互作用之中，實在法(law in action)的活性反應過程不斷持續，又會形成如何的法律文化？這些都是法律社會學的重要研究領域。從政治或社會變遷脈絡看來，韓國的文化背景似乎總是在不同的統治階層有意操控之下，多次繼受了外來的統治技術、思想潮流等各種上層建築，其中當然也包括了國家法律。在各種繼受文化的紮根過程中，屢由統治菁英所複製的意識型態也蓬勃發展著。基於上述的歷史情境，想要探尋韓國人民的法律文化，就不能不對大韓文化中普遍存在的各種意識型態進行瞭解，因為法律文化本身，本就難以避免成為意識型態交錯而現的產物，特別是如韓國此種經常性的法律繼受國家。

再者，社會成員所具有的法律意識也不是均質而同一的。法律繼受的過程中，身居立法者地位的知識份子、與身居行政機關的統治菁英，或者與實際執行法律的司法體系之間，是否也因其社會對應位置的不同，而形成了立場各異的法律意識？更甚的是，這些各司其職的國家機關，彼此之間尚且存有相異的法律意識，更何況對法律制度沒有任何操控或參與能力的一般韓國人民？這些也都是本文所要加以探討的。

法律文化的面貌是千變萬化的。透過不同社會主體的力場抗衡，已經使得同一領域中的法律意識姿態各異；從規範客體的角度來觀察，社會成員的法律意識在不同的規範領域之間，所顯現出來的韓國法律文化又有如何的差異性與獨特性？意識型態所形塑出來的法律文化，是社會人透過實然的、不可知力量的運作，對應然規範體系所做的回應；反溯這些回應的軌跡，我們發現了千變萬化的法律臉龐，攝下這些臉龐的姿態表情，也記錄了法律文化的成長階段。只是，在對焦的過程中，我們也不該遺忘，無論多麼令人流連忘返，這也都只是法律萬千臉龐中的一個而已。

## 第二章 韓國的文化背景與意識型態

### 第一節 政治、社會與法律體制的變遷

推究韓國歷史的進程，大致可分為古代、中世、近世和現代四個時期<sup>143</sup>。遠從古代韓國開始，不論是前三韓（馬、辰、弁）時期或者後三韓（新羅、百濟、高句麗）時期，與漢民族的政治關係始終非常密切，文化上的繼受也是源源不絕。中世史所指，即是歷史上的高麗時代，原本政治上三強爭霸的局面，轉變成為另一個大一統的王朝。此時期為了完成政治上王權的強化確立、奠立新官僚體系的基礎工作，於是開始實施仿自中國的科舉制度；百官服色的嚴格區別，也樹立了嚴密的新官僚體系秩序<sup>144</sup>，貴族社會的階級意識型態也從此時開始逐漸形成，在之後統治者的有意鼓動下不斷得到強化。但在朝鮮王朝之前，國家法律的頒行並非常態，各地區自有其解決日常糾紛的地方習慣，但因可讀文獻的缺乏之故，這時期的詳細法律變遷情形就不是筆者所敢妄言的了。而在朝鮮王朝建立以後的近世史，政治、社會與法律體制的變遷，則是更加緊密相連且影響深遠。

#### 一、李氏朝鮮王朝的深刻儒化（1392~1910）

在李氏朝鮮王朝（*Joseon Dynasty*）建立之初的改革派儒臣，並不只單純地掌握權力，也致力於儒教理念的中央集權制，建立官僚國家體系，因而他們一面促進政治維新，一面致力於完成國政基礎的憲法典章<sup>145</sup>。也因此韓國歷史中首次出現了官撰的國家法律。憲法典章的政治理念雖然純是改革派代表人物鄭道傳一己的私見、理想，但在缺乏官撰法典的當時，影響仍然很大。於是，具有國家憲法地位的《朝鮮經國大典》，及其後以此為母體、仿中國大明律體例而完成的《經濟六典》<sup>146</sup>，成為當時中央集權統治的根本大法。朝鮮王朝為了鞏固中央集權的統治基礎，始終以儒學作為治理國家的指導原則，在《朝鮮經國大典》所宣示的政治理念中，具有相當濃厚的儒教思想價值觀，而《經濟六典》則是承襲了中國「以刑法為主」的傳統法政觀念，以及地方行政官兼攬司法大權所形成的行政司法一元化性格，皆成為朝鮮王朝國家法律的特徵。

除此政治變遷所直接帶動的法律改革之外，朝鮮王朝的社會發展也對其後

<sup>143</sup> 李迺揚，韓國現勢，頁 30（1957）

<sup>144</sup> 簡江作，韓國歷史，頁 172（1998）

<sup>145</sup> 同上揭，頁 247

<sup>146</sup> 所謂六典，乃比照中央官制的「六曹」而撰，共分為吏、戶、禮、兵、刑、工六典，規範的架構與精神幾乎完全承自明律而來。

的法律文化發展具有重大影響。朝鮮王朝的科舉制度仍沿用高麗末年時的舊制，且此時期更加受到全國上下的重視；科舉分為大科（文科）、小科、武科、雜科四種<sup>147</sup>，儒教價值觀影響所及，其中以大科最受重視，而法律專業人員的考試則屬於雜科中的律學，也是各科考試最受輕視的一部份。再者，掌握朝鮮社會命脈的中堅階層就是文武兩班（*Yanban*）階級，也就是統治朝鮮社會的上級文武官僚；基於儒教政治上「尊王」的意識型態，兩班可說完全掌握了朝鮮社會的一切特權，朝鮮政治由他們管理，法律則也是以保障他們的權益而制訂；例如科舉考試最受重視的大科，就只限於兩班階層子弟才有資格應試，用以嚴密隔離統治者與被統治者。由兩班階層所充分強化的社會階級意識，直到現在仍然對韓國人民具有相當影響力，尤其在婚姻或繼承制度的法律文化裡，更是一直扮演著重要的角色，這些留待本文之後再做詳述。

## 二、甲午戰後的西方化（1895~）

一八九四年中日甲午戰爭之後，翌年雙方所簽訂的馬關條約，即確立了朝鮮為獨立自主國、而非臣屬於中國的原則。儘管不到二十年的時間，朝鮮即被併入日本的殖民統治之下；但在被日本合併之前，朝鮮畢竟曾以獨立國的身份，自主地繼受西方法達十餘年<sup>148</sup>。也因此，在歷史經驗的比較上，韓國雖然與台灣皆成為日本帝國主義之下的兩大殖民地，但二者對於西方法的繼受卻擁有意義不同的起點。

正當朝鮮致力於西化建國之際，各種西方的政治傳統、法律制度也在救國啟蒙運動的熱烈聲浪中陸續植入，直至一九一零年日本正式併吞朝鮮，帝國統治者為了順利進行合併與接收，首要工作就是憲兵制度的強化與警察制度的建立<sup>149</sup>。因此，在日治三十五年的經驗之中，類似同時期的台灣，韓國也在法律制度西化的過程裡，滲入了相當濃厚的殖民壓迫色彩；透過憲兵、警察以「行政指導」的壓力促進法令的普及、或者法律上權利義務的遵守<sup>150</sup>，則無可避免使韓國人民產生一定的排斥與反感。首先，由具有「強硬」與「威嚇」形象的憲兵、警察來推行法律政策，本身極易使人民將西方法律的全部想像成官方強制命令的壓迫，反而相當程度遠離了西方法律中私法自治、行政中立等精神，造成法律繼受過程中的阻礙。再者，這些本來就已令人生厭的官僚體系，對韓國人民而言更是「披著帝國殖民主義外衣的狼」，對外來政權的反感同時也容易抹煞西方法律帶給人民的「第一印象」，造成韓國法律文化中至今依然鮮明的厭法色彩<sup>151</sup>。

<sup>147</sup> 前揭簡江作，韓國歷史，頁 251

<sup>148</sup> 王泰升，《台灣主體性的法律史研究》，台灣法律史的建立，頁 51（1997）

<sup>149</sup> 前揭簡江作，韓國歷史，頁 400

<sup>150</sup> 同上揭，頁 406

<sup>151</sup> Hahm Pyong-choon, *The Rule of What Law, The Korean Political Tradition and Law*, p.212 (1967)

儘管在日治時期之後，韓國人民先後又歷經戰後的復國階段、南北韓的分裂以及韓戰等政治或軍事上的考驗，但至少就國家法律體制的進程上而言，西方化的方向大致是明確的。當然，在南北韓持續分立對峙的局勢之下，對韓國法律文化的探討本應充分納入南、北韓兩個相異國家體系的法律觀才能完整，但由於資料取得的障礙，本文論述對象上仍不得以南韓的法社會現狀為主，僅誌以自知侷限。

## 第二節 經由意識型態所投射的法律文化

法律文化的組成本來就難以避免各種意識型態的交錯滲透。而由韓國的歷史經驗中，我們可以得知，至少在高麗時代的統一局面以後，統治階層為了鞏固龐大帝國的政權基礎，始終有意鑑借於擁有悠久統一帝國經驗的中國文化，作為帝國統治的最高指導原則。在與韓國文化交相牽絆的中國文化當中，儒教思想的複製宣傳，可說是中韓文化交流史上不可忽視的大事；而在深刻儒化之後的所謂「韓國文化傳統」，其儒教意識型態的影響，幾乎侵入了各個韓國固有傳統的領域之中，也因此，要對韓國文化上的各種意識型態進行瞭解，首當其衝的就是儒教思想上的箝制。

### 一、儒教的意識型態

誠如紀登斯 (Anthony Giddens) 闡述馬克斯的社會理論時所說，「在所有的階級社會裡，支配階級皆以發展或執掌意識型態的形式來正當化他們的支配<sup>152</sup>。」在李氏朝鮮王朝建立之初，「為了與前朝（高麗王朝）的國教佛家思想相抗衡，也為了鞏固新興政權的基礎，儒家思想 (Confucianism) 即被統治階層塑造為韓國歷史上影響最為深遠的官方意識型態<sup>153</sup>」。有別於西方文化中「守法」(legalistic) 的政治傳統，儒家文化中「重倫理」(ethical) 的政治傳統則成了韓國人民普遍存在的政治意識型態<sup>154</sup>。因此，儒教文化產生了一套對統治階層獨特的道德要求，諸如法律、軍事、經濟等等細瑣的統治技術並不是統治階層所必備的能力，統治者所被重視的，是必須具有良好的「德行」以行全民之教化。如此則不難看出，為何在科舉考試當中，綜攬各種精密統治技術的「雜科」，總是為兩班子弟所不屑；影響所及，法律專業人員也不受社會所重視，因為對韓國人民而言，需要使用「法律」而非高貴的「德行」以解決世俗紛爭的人，本身就是次等的第二流人物。

<sup>152</sup> 紀登斯，資本主義與現代社會理論：馬克斯、涂爾幹、韋伯，簡惠美譯，頁 82

<sup>153</sup> Hahm Pyong-Choon, *The Korean Tradition and Law*, p.9

<sup>154</sup> 同前揭，p.6

再者，也因為以德行上的「正道」作為世俗規範的唯一訴求，使得韓國文化的法律觀念中，道德法 (the moral law)與自然法 (the law of nature)合而為一；也因此，由不具高貴德行的一般平民所凝聚的公共意見或地方習俗，只是國家底層無組織的輿論而已，並不受統治階層所重視。不同於西方傳統的法律觀，將法律規範視為社會正義的具體化表現，而認同探索社會正義的智慧可以從個案經驗的累積中尋得；韓國人民受儒家意識型態所影響的法律觀，則預設了「一切德行與智慧皆集中於統治階層」的前提；在此前提之下，一切外於統治階層而存在的「具體化正義」(例如法律)，都是無可想像的；於是，統治者不僅是事實上優於法律，在當為的基礎上，他們也「應該」優於法律 (ought to be above the law)<sup>155</sup>，因為對韓國人而言，法律的作用本就是用以處罰規制知識低下的平民匹夫，在政治傳統上所重的是「人治」而非「法治」。由於儒教意識型態主張以「禮」而不是「法」來作為日常生活的指標，致使為數不多的國家實證法，則幾乎與處罰犯罪的刑罰法不謀而合；在此意識型態影響之下，韓國傳統法律文化中所謂的「法律原則」 (the Rule of Law)，事實上就是一項「決定如何處罰」的標準。

## 二、階級上的意識型態

在韓國文化中，階級上的意識型態也無可避免受到儒教思想很大的影響。在儒教傳統嚴密的階級區分之下，使韓國文化中的人際關係網絡，具有極端的垂直階級標準 (vertical stratification)。例如，即使屬於相同的社會階級或家族地位，年齡的些微差異也會導致雙方地位處於上下隸屬的臣屬關係；由於「上下隸屬」的理所當然，幾乎就可說是韓國文化中階級意識的核心與前提，如此也使得西方法律傳統中的平等觀念，更難在韓國人民心中生根了。

除了身份關係之外，儒教嚴密的階級區分理念，也反映在對經濟型態的箝制上。在經濟發展的過程中，商業活動管理上的困難常導致政治衝突的產生，而政治衝突本身就是對儒家傳統價值的正面抵觸，也因此致使統治者更加孺慕過去、抗拒改變、強調穩定與對傳統的維護，難以避免將此困難投射為階級意識上的厭商情結。透過農商世襲分立、重農抑商政策的推廣，新儒家的意識型態 (Neo-Confucian ideology)<sup>156</sup>也得以更進一步鎖定社會各階層的對應位置，以達到鞏固統治階級利益的目的，也形成了商業活動與社會分工上優劣有別的階級意識。正因為階級隸屬的意識根深蒂固，導致法律傳統中始終缺乏形式平等 (equality before the law)的觀念，使得司法程序正義的保護更難維持。

由於階級分際的嚴格劃分，具有儒家傳統的中國刑法思想中恆存有一定的

---

<sup>155</sup> 同前揭，p.20

<sup>156</sup> 所謂的新儒家意識型態，乃指於中國南宋時期由朱熹所提倡的新儒學。韓國文化中廣泛承繼了發源於中國的儒學傳統，包括此派系分裂的瑕疵部分。詳情請參閱 Hahm Pyong-Choon, *The*



「特權」條款；而這項經由意識型態所操控的法律文化，也同樣深植於韓國。對統治者而言，法律以及刑罰是用以限制、警告無文的野蠻人的，而非用以威脅一般善良的老百姓，後者只需以德行或禮教來自我約束就可以了。因此，在法律之下由一定特殊階級擁有一定特權，似乎是一件理所當然的事；也可以說，韓國人民對「特權」的熟悉程度，可能還遠遠超過對「權利」的瞭解。直至今日，能夠取得護照出國旅行，對許多鄉村地區的韓國人而言，仍然被理解為一種特權而非正當的權利。

表現在仕官之途上，階級意識的分野則是將貴族血緣的重要性推向極致。前已述及，朝鮮王朝所舉行的科舉考試，非兩班子弟不得應試。在官僚體系的巨塔之前，固有的家世出身比起實質的能力學識更加重要。在儒教的階級意識型態之下，一切個人的政治、社會、經濟地位，皆是由其本來的出身而非一己的成就所決定的。影響所及，即使在現代韓國，若想成為政府官員，在就職之初先進行家庭背景的身家調查（主要是調查其家族成員中是否具有共產主義份子），仍然蔚為風氣。

### 三、道德上的意識型態

前已述及，在儒教傳統價值籠罩之下，韓國人民的道德觀中根本沒有法律的容身之處；法律被認為是與道德背道而馳的次位概念，遠不同於西方的法律傳統將法律視為「最低限度的道德標準」。因為對韓國人而言道德優而司法劣，且二者在內容上是相互排斥的；因此在西方法律傳統中發展出來的「法律至上主義」，在韓國則相對發展出「道德至上主義」。法律至上的精神反應於具體制度上，形成了西方化的司法審查制度；道德至上的精神則使得韓國的法律文化發展，在沒有繼受西方法之前，始終沒有產生形式理性化法律<sup>157</sup>的型態，而每每根據具體情形與道德情感的差異做出各種判決，使得法律具備相當的不可預測性。

也因為儒家道德價值之中，首重人我分際的和諧關係，對和諧訴求的極致，無可避免人民厭惡訴訟的心態。於是在判決過程中，確定的形式法律規定並不受歡迎，反而是能夠根據個案的實況充分考量一切變數、重新調整雙方利益、並且維持和諧關係的執法態度，才是社會道德觀所認可的。所以對韓國人民而言，一個好的執法者，最好有能耐以「調解」取代「訴訟」，也為了達到這個要求，他應該避免堅持當事人的一切是非對錯。顯而易見的，這與今日所適用的西方法律精神，具有相當的出入。

---

*Korean Tradition and Law*(1967)

<sup>157</sup> 參閱陳聰富，《韋伯論形式理性的法律》，發表於「法律史學與法律社會學的交錯」學術研討會（87.11.28）

#### 四、性別上的意識型態

性別之間的歧視可說是人類歧視行為的歷史中，最為基本、也最難被發現的一種形式；可以說直至二十世紀，女性主義運動的發展才真正風起雲湧，不同於向來單一父權觀點的性別論述，也才開始湧現對女性權利的關注。而性別歧視之所以如此隱晦難現，最主要的原因即是，這種歧視常常是透過意識型態的形塑，直接於文化的深層去加以操控。

李氏朝鮮王朝的大規模儒學移植，對韓國的性別文化影響深遠。首先，就家庭系統與婚姻習俗而言，韓國本土文化的傳統是採母系血統，不同於中國文化之採父系血統<sup>158</sup>。雖然依文化人類學上的相關研究，父系或母系血統的採擇對性別權力的分配並無關鍵性的影響<sup>159</sup>，但在外來文化傳入之際，兩個異文化間所存有的落差，無可避免導致一定的緊張對峙關係，而使得有能力操控改革的社會菁英驚覺改革的瓶頸，進而採取更加凌厲的攻勢，促使意識改造的效應持續發酵。在朝鮮王朝建立之初，由於儒家思想成為官方所獨尊的意識型態，為配合儒家觀念中垂直威權式的人際網絡，將社會權力集中於男性就成了首當其衝的大工程。意識到中韓文化中血緣系統的差異性，統治階層於是瞭解到，想要有效地集中父權，首需大幅提升男性的經濟實力；為此統治者強力改革了原有的招夫傳統與男女平均繼承制，繼而全面推行中國式的家長制度，不但削弱了女性的經濟能力，更使得男性充分掌握一切家庭事務的決策權。朝鮮王朝此番大規模的文化移植，不但成為韓國歷史中家庭與婚姻制度傳承的轉捩點，更大幅降低了女性的法律地位，使韓國女性全然成為男性的支配客體。將女性「孩童化」的歧視傳統是中外皆然，而在儒家思想影響下，女性不僅被孩童化、幼稚化，也被邪惡化。於是在朝鮮王朝以降的韓國法律傳統中，女性與孩童、殘疾者一樣，不具有參與正式法律程序、重要商業行為的能力，以今日的法律語彙而言，女性就是無行為能力者<sup>160</sup>。另外，也由於女性被賦予邪惡的本質，因此道德上對女性的箝制也特別嚴苛，三從四德的道德要求抹煞了女性獨立自主的法律上地位，也正當化男性的支配；時至今日，再婚的韓國女性仍然備受社會非難的眼光，因為再婚的行為本身就視女性敗德的一種罪惡。

法律文化中的兩性議題，往往備受性別意識型態所操控，也因此最易形成法制系統與法律文化間的龐大落差；而由根深蒂固的性別歧視現象中，形式平等與實質平等的遠距抗衡，總是赤裸裸呈現出來。其實，即使在西方法律文化之中，性別間的歧視也無遠弗屆地持續著；我們不該忘記，女性之擁有投票權、公民權、

<sup>158</sup> 參見 Hahm Pyong-Choon, *The Korean Political Tradition and Law*, p.7

<sup>159</sup> 人類歷史中絕大多數的母系社會，雖其家族血統以女系為枝幹來加以計算，但事實上家族權力的核心仍集中在女系的「男性親屬」身上，例如舅叔之輩，而非女性本身。亦即，無論父系或母系，社會權力的真正持有者仍為男性，不同的僅是何系的男性而已。

<sup>160</sup> 參見 Lee Tai-Yung, *The Legal Status of Korean Women*, Legal System of Korea (1975)

工作權等憲法上的基本權利，也不過是最近數十年的歷史；在儒家意識型態之下的性別歧視，本質上並不新鮮，也沒有「特別」的罪惡，不過是天下烏鴉一般黑的另一番明證而已。

### 第三節 小結 – 意識型態交錯而現的法律文化

馬克思說，「當你在國家的上頭彈琴時，底下的人除了跳舞之外，你又能希望他們做什麼呢<sup>161</sup>？」也許，法律制度就是執政者所彈的這把琴，而社會中絕大多數的人民，也只能在台下隨之起舞而已；但是，即使是同一首曲子，對節拍、旋律的感受不同，舞姿也會變化萬千。觀察韓國的歷史背景，我們循線探得許多文化移植的軌跡，就法律制度而言，至少有兩個轉捩點是十分重要的：朝鮮王朝初年所仿效的中國法制，以及甲午獨立後所萌芽的西方法制。法制的繼承也許早已成為傳說中的古琴，但是法律文化的線索仍然留在代代相傳的舞姿之中；對意識型態進行瞭解，於是得以掌握社會所感受到的節拍與旋律。以韓國而言，「對外來傳統的繼承」似乎才是韓國文化中真正的傳統，至少在法律文化的繼承上是如此；而在文化輸入的經驗中，意識型態的聯繫才特別顯出其關鍵地位，因為意識型態總在此時被作為重要的支配工具。

---

<sup>161</sup> 參見馬克思，《*路易·波拿巴的霧月十八*》，馬恩著作選集第一卷，p.288

### 第三章 與社會位置相對應的法律意識

法律意識既然是意識型態交錯而成的產物，本來就免不了受到社會成員本身所處社會背景的影響，更何況南韓在戰後復興的建國工作中，為了加緊西化的腳步，基本架構上也採取了陌生的西方立憲主義國家體制，對韓國人民而言，這又是另一波外來文化輸入的衝擊<sup>162</sup>。在韓國所謂的「現代化」階段之初，作為社會上層建築的國家制度與統治技術，與下層建築的文化價值逐漸調和之際，法律所扮演的角色如何？同樣一套法律制度，對背負不同社會任務的國家機關而言，所代表的意義又是什麼？統治階層本身對三權分立體制的不熟悉，將其於適應法律秩序時的水土不服，也一併反應於法律意識之中。總之，從社會主體的主觀層面來作觀察，韓國人民因應法律體制時所表現出來的法律意識，呈現出與其所屬社會位置相對應的一面；而就其對應的態勢看來，這樣的立場差異仍然顯現出許多法制承接的典型特徵。

#### 第一節 期待以立法捍衛社會正義的立法者

無論在如何的三權分立體制社會，立法者無可避免總是法律精神最基本的捍衛者。當然，在法律意識主體的區分與定義上，「立法者」這個概念恐怕是有問題的；因為對法律意識的討論，本來應該建立在「外於法律的主體」對法律體制的反應，而也只有外於法律的主體才可能對法律做出反應；立法者本身應該是內於法律的存在，立法者的言說也就是現行的法律。可是，我們也不該忘了，納入實際社會的環境因素，規範體系的現實廣度就不是只有「效力」而已。立法者的言說雖然就是現行的法律，但是在社會意義下的立法者也只是種「身分」，在不同的社會之中，立法者為何制定這樣的法律，其實也是基於一定的法律意識使然。正因為意識到法律對於特定的社會環境具有的功能，當然也意識到社會中其他成員對法律的角色期待，於是立法者制定了他們認為最為稱職的法律規範。

首先，韓國戰後初創的國家經濟，才正處於資本主義的萌芽時期。幾乎要同時承受資本主義與現代憲政國家的成長壓力，使得戰後的韓國先天上就擁有與西方法律傳統完全不同的發展時空，其實這也不獨是韓國的社會發展經驗，而應該是所有繼受資本主義法律的發展中國家(developing country)都有的現象。正因為完全反於西方社會自工業革命以後的法律發展經驗，韓國在戰後的建國工作

---

<sup>162</sup> 雖然早在甲午戰後，韓國政府即已開始繼受西方法以為改革的方針，諸如廢除文武尊卑的差別、使兩班與平民在法律上的地位平等、禁止人身買賣、改革養子制度，以及人身自由受法律保障的法律保留原則等等，但就國家體制的建構，卻仍然承襲朝鮮王朝一貫的帝國法統。直到二次戰後藉聯合國之力復國，才首次正式採用西方式三權分立的政治體制。參見前揭簡江作，韓國歷史，p.382

中，一方面要進行西方社會早在二十世紀初就已完成的資本主義發展，一方面又要同時運作西方社會在資本主義發展成熟後所採用的法律制度。限於這樣兩難的困境之中，法律的功能也相應擴張，對立法者而言，不同於以往的中國法政傳統，法律不再只是次於道德的犯罪規制體系，僅僅維持最低限度的「矯正正義」(corrective justice)，並無法箝制資本主義初期發展所壟斷的社會資源。於是，立法者意識到「分配正義」(distributive justice)必須也只能透過法律來加以體現，法律體系內對分配正義的重視程度也遠遠超過了矯正正義。反應於具體立法上，戰後出現了大量的社會福利政策立法<sup>163</sup>，諸如促進社會安全基本法(Framework Act on Social Security)、社會服務法(Social Services Act)、最低生活標準保護法(Protection of Minimum Living Standards Act)等等相關法案，目的皆是立法者為了透過法律的功能以實現最低標準的社會正義，以符合南韓作為福利國家的政策上要求。資本主義的發展是戰後南韓所迫切需要的，但是見識到西方國家資本主義後期社會已經出現的貧富不均等嚴重瑕疵，使得當時的發展中國家一一走上福利國家的路線，立法者也不得不尋求以法律彰顯更多的社會正義，以達到對法治精神的平衡。簡而言之，立法工作被立法者視為是維護社會正義的努力指標，制定的良法愈多，才愈能制衡資本主義發展的弊病。這也成了發展中國家的典型性格，期望依靠「立法」來解決問題，畢竟相較於行政機關的具體措施，由立法機關通過法律來彰顯政府的政績，是相當低成本的政策投入，法案的制定也因此轉變為某種政治上的儀式。

促使立法者在社會福利政策上超前立法的原因，除了繼受西方經驗之外，另一方面也許也根植於韓國傳統價值中，對貧富差距的厭惡。正由於缺乏西方私法自治原則下對財產權絕對保護的資本主義法律意識型態，使得立法者在繼受資本主義的同時，似乎也有意透過大量的社會福利立法政策來加以緩和，這同時也是傳統法律文化的另一種呈現。但是，具體立法工作的巨額成果，事實上並不見得能在社會生活中發生效用，因為立法者期望透過大量立法來達成社會正義的維護，其實也只是種一廂情願的法律意識型態，真實的社會正義與法律文化，並不只是立法的過程，還必須加進其他社會成員的意識型態活動，才能展現其多元的面貌。

## 第二節 對依法行政採取雙重標準的行政機關

雖然政府官方期望藉由立法來解決所有的問題，但是立法容易執法難，本來就是現代三權分立國家所要面對的制衡機制，更何況以韓國戰後必須兼顧資本主義與福利國家的多頭馬車發展。儘管立法機關制定了無數的法律，但就社會福

---

<sup>163</sup> 參見 Hahm Pyong-Choon, *The Function of Law in an Underdeveloped Asian Country*, Transaction of The Royal Asiatic Society

利政策而言，在資本主義發展初期就要兼顧社會福利的分配，本身就是一個兩難的矛盾。因為資本主義發展愈為完備，就愈有資源投注於社會福利事業，可是對社會福利分配的需求性卻也相對地減少；可是，在資本主義發展的初期，對行政機關而言，與其將社會資本投之於血本無歸的社福政策，不如致力於新的投資以發展更為雄厚的經濟企業來得有效益；在這個剝削的必然趨勢進行之中，對社會福利政策保護的需求才是最迫切的，矛盾的是，這個初期階段卻也是最沒有實力進行保護的；於是行政機關最後也只有把這個沉重的皮球踢給立法部門，形成了上述期待「萬事靠立法」的法律文化<sup>164</sup>。

但是，立法機關所制定的無數良法典範，行政機關並沒有政策配合的實力與決心，導致社會福利的法律政策只有立法部門的紙上談兵而已；以戰後南韓的經濟局勢而言，某種最低限度的社會福利事業其實是必須的，因為社會正義的維持可以保持一定的政治穩定性，而政治穩定性又正是經濟得以發展的必要條件。從南韓戰後數十年的政治動亂看來，行政機關對法律政策的執行不力，確實是顧全了經濟效益、卻犧牲了政治穩定性的一種結果。

相較於行政機關於社會福利事業的踢皮球心態，對於刑法上有關政治犯罪的嚴懲與宣傳，行政機關反倒是不遺餘力的推行<sup>165</sup>，因為在獨裁官僚的深層意識裡，法律總只是控制人民的機構而已，向來就不是立法機關所宣稱的社會正義實現者，至少在統治的歷史經驗中，統治階層也沒有學習過，法律要如何成為個人權力的保衛者；除了與傳統儒家官僚思想相關聯的法律意識型態之外，分裂後南北韓之間的緊張局勢，也是促使行政機關對政治犯罪維持高度嚴密監控的另一個原因，雙方陣營長久以來的嚴陣以待，以及韓國人民對統一的期望與心結，使得政治犯罪成為極度敏感的禁忌，法律遂成為統治階級樂於遵守與執行的政治工具。

由上述行政機關對兩種不同領域的法律所持的態度，我們大致可以看出，韓國行政機關對法律的遵守與歡迎程度，實際上是存有雙重標準的；如果法律規範的對象是一般個人，行政機關的執行態度通常具有相當效率；可是如果規範的對象是政府本身，諸如上述的社會福利立法，或是其他關於商業獎勵、政府組織、勞工權益、以及公共道德等領域，行政機關依法執行的效率就相對很低。這樣的現象可以反應出，南韓政府的行政機關面對法律的態度，其實仍未擺脫傳統儒家意識型態中的獨裁政治性格，由於法律被統治者認為是治理、控制人民的政治工具，透過法律來對一般個人進行管束及限制，恰好與統治階層的法律意識型態相符合，執行起來不但迅速確實也沒有利益上的衝突；可是，三權分立的法治精神，

---

<sup>164</sup>參見 Hahm Pyong-Choon, *Modernization and Demand for Social Justice*, The Korean Political Tradition and Law, p.135

<sup>165</sup> 同前揭，p.142

就在於要求統治者必須依法行政，一切行政活動上的終極原則，必須以法律為優位，而非如政府官僚現實上的選擇性守法態度。顯然，行政機關一方面由於發展中國家福利政策的兩難處境，一方面也受到傳統法律意識的影響，並不習慣受制於法律的約束。甚至可以說，行政機關常常處於「由政策領導立法」的指導地位，正如上述福利國家取向的政策經驗一樣，立法機關基於行政上福利國家政策制定了各種法律，但當遵照政策完成立法的種種法案出爐，行政機關卻又不願配合法案的要求來執行政策，以為立法的完成本身就已是議題的終結，汗牛充棟的國家法案成了行政機關面對社會輿論的擋箭牌。也許對統治階層而言，人民遵守法律是理所當然的事，但統治者在向來的歷史經驗中卻都是優於法律的，依法行政的要求相對地較難落實。具有福利性質、便民性質的立法成就，也被為政者視為自身的政績，用以彰顯統治階層對法治與人權的關注，但是通常僅具有裝飾的形式上意義；另一方面，具有刑罰色彩的各種管制、制裁性法規，則又被充分利用為壓制異議分子的利器，用以在國家分裂局勢中鞏固人民的政治忠誠度。

### 第三節 具有積極主動性格的法院 由民事調解制度的施行而

#### 為觀察

##### 一、調解制度在西方法律中的功能

除了典型的訴訟程序以外，現代西方化的程序法體系也存有許多不同的紛爭解決機制，以因應現代型紛爭事件中，當事人各種程序或實體利益的取捨與追求，調解(mediation)程序即是其中的一種。不同於手續繁複的訴訟過程，建立於當事人兩造相互讓步的協議基礎上，調解制度透過另一個立場中立的第三者的介入，以其能夠在迅速、和諧並儉省勞費的情形下，順利化解紛爭。除了這些調解制度本身即具有的優點以外，就西方現代法院資源短缺的現實而言，採用調解制度更有助於減少司法機關的案件負荷量，間接達成司法資源的充分利用；因此在許多西方國家的程序法體系中，調解的制度性功能也日益受到重視。以美國為例，形式法律中正式承認調解制度作為另類的紛爭解決機制，其實不過短短數十年；而在實務運作上，調解制度的廣為接受及普及，也不過是最近三十年間的歷史<sup>166</sup>而已。但是，制度的基本精神雖然相同，但分別經由相異法律文化的洗禮，韓國現制下所採用的調解制度也發展出不同於西方國家的獨特色彩。論者或謂韓國現行的民事調解制度具有諸多缺失，或謂其背離了調解制度本應具備的功能

---

<sup>166</sup>參見 Kwang-Taeck Woo, *A Comparison of Court-connected Mediation in Florida and Korea*, Brook. J. Int'l vol. :3

<sup>167</sup>；但暫且拋開優勝劣敗的法制進化一元觀點，韓國之所以發展出如是的調解制度，其實是可以從中探得許多法律文化的線索的。

## 二、韓國民事調解制度的發展背景

韓國將調解制度正式法典化之始，首見於一九六二年的《不動產租賃調解法案》(Land and House Lease Mediation)；但一直到一九九〇年之前，調解程序皆僅是散見於零星的個別法規，並沒有一般性的通則規定，且被當成是法院的附屬程序，舉凡程序的開始與終結、解決方案的決定、或是程序的進行等等，一概委由法院全權的介入與指導，當事人幾乎沒有協議的空間。直至一九九〇年《民事調解法案》(Civil Mediation Act)的立法，調解程序才被當作是可供當事人選擇的另類紛爭解決機制，並且建立了各種民事事件<sup>168</sup>皆能適用的標準調解系統，而不再散見於個別法規之中。而該法施行之後，於韓國司法實務上的使用率也逐年暴漲；根據相關數據指出，一九九〇年的漢城地方法院民事庭，僅受理了二十七件的民事調解事件，一九九二年時成長至六十六件，一九九三年又大幅暴增至一千五百六十七件<sup>169</sup>。由民事調解程序制定以降的高使用率看來，該法不僅具有國家實定法的效力而已，也相當程度具備一定的實效；我們也可以進一步探討，韓國現行的調解制度當中，是否反應了司法者一定程度的法律意識、或者契合於韓國人民所習慣的法律文化，才會致使調解程序在如此短期之內即獲得普遍的使用比例。

## 三、韓國現行民事調解程序的特色 與美國佛羅里達州調解程序法的比較研究

由佛羅里達大學學者 Kwang-Taeck Woo 於一九九六年所作的一篇研究中，即對於韓國現行的《民事調解法案》與美國佛羅里達州的調解程序法規做出一番比較<sup>170</sup>，指出韓國現行調解制度的確具有許多不同於西方國家調解制度的性質。

首先，就調解程序中法院的地位來看，佛州的法院通常並不直接介入當事人兩造的調解程序，除非法官在訴訟中依職權而為移付調解之裁定，而開始調解之程序；但相對而言，韓國的法院就經常以監督者的角色參與調解程序，因為法律本身即容許法官以調解人的身分主動掌握程序的進行，並且使調解人在關鍵時

---

<sup>167</sup> 同前揭參照

<sup>168</sup> 在韓國現行的民事法體系中，此處民事調解法案所適用的各類民事事件，並不包括家事糾紛(family/domestic disputes)與集體勞工糾紛(collective labor disputes)在內，但個別處理的勞資糾紛即屬之。

<sup>169</sup> 參見 Kong Hyun Lee, *Minsa Chojeong Chedo [Civil Mediation Prodedure]*, INKWON KWA JEONGEUI [HUM. RTS. & JUSTICE], Jan. 1994, at 45, 49.

<sup>170</sup> 同前揭 Kwang-Taeck Woo, *A Comparison of Court-connected Mediation in Florida and Korea*, Brook. J. Int'l vol. :3



刻擁有實質的決策權限<sup>171</sup>。在佛州的民事調解程序中，調解人從未擁有任何實質的決策權，主要的決策權限皆握於雙方當事人手中；但在韓國，即使兩造已就調解事件達成一定協議，調解人仍然必須審慎評估該協議是否具備合理性。簡而言之，韓國現行的民事調解制度其實並不是嚴格意義下的調解，而是一種結合了非限制性仲裁性質(non-binding arbitration)<sup>172</sup>、介於仲裁與調解的中間型特別程序。也就是說，即使雙方協議不成，行調解之法官也可以依職權而為解決事件的方案，以代協議之成立<sup>173</sup>，儘管該解決方案尚未具有確定私權的限制性效果。

此外，也因為調解事件本身要求法院高度的職權介入，使得調解案件的指揮安排，成為法院在訴訟案件之外額外的職責；也由於過度依賴法院的結果，因此韓國的民事調解制度，其實並無法如西方國家一般達到疏減訟源的現代型機能。

關於調解程序的開始，佛州的法規要求爭執雙方需先向法院起訴，才得以在訴訟中合意選用調解程序；但韓國的民事調解程序則容許兩造於起訴前即為調解之聲請，用以避免雙方和諧關係的破裂、以及程序資源的節省。

關於調解程序中當事人的主體性，佛州的調解法規也較韓國賦予當事人更多的程序主導權，因為在韓國進行民事訴訟，一旦依職權或聲請移付調解後，當事人本身即喪失了聲請中止調解程序、回復訴訟言詞辯論之權。

就進行調解的機構 調解人或調解委員 而言，佛州調解程序法規中所列的幾種調解機構中，皆不包含法官在內，而著重於調解委員的專業資格與訓練；但韓國相對之下，主要的調解機關即是法院，即使已組成調解委員會，主席卻仍然由法官擔任。

#### 四、法院作為積極主動的程序主導者

由上述的比較分析，我們試圖由韓國的民事調解程序觀察韓國法院獨特的法律意識；結果不難發現，其中與西方國家（研究中的美國佛州）制度的根本性差異，在於調解制度中韓國法院仍然居於程序主導者的優越地位，法院權限之廣幾乎不下於訴訟程序的裁判，甚至於能夠較訴訟程序更為主動積極地致力於紛爭的解決。如果純粹居於西方法律文化的一元觀點，我們當然可以輕易做出結論，認為韓國的程序法規立法尚欠完備而有待努力；可是，立足於韓國法律文化的異

<sup>171</sup> 例如被告於聲請調解程序的調解期日不到場時，行調解之法官即得依職權為解決事件之方案，並以該方案代替調解之成立。

<sup>172</sup> 參見前揭 Kwang-Taeck Woo, *A Comparison of Court-connected Mediation in Florida and Korea*, Brook. J. Int'l vol. :3, p.630

<sup>173</sup> 惟當事人得於解決方案作成後兩週內，向法院聲明異議，以阻擋調解成立的效力。

質觀點，這套廣為使用的民事調解制度，之所以在立法完成的短短數年間，使用率即攀升一定水準，或許正在於其相當符合韓國法院所特有的法律文化。

韓國傳統的法律觀，基於長久以來繼受中國法制司法行政一元化的影響，國家的紛爭解決機構向來皆由行政長官擔任；也因此，即使法院已經獨立於行政機關之外成為解決私權紛爭的機構，但人民仍然傾向於訴諸「長官」的公正裁決來判斷案情；對法院而言，自居於主導地位主動介入當事人之間，似乎才是最為可靠的紛爭處理系統。相較之下，獨立於行政機關之外、不告即不理的西方式訴訟程序，對韓國人民而言反而陌生，畢竟韓國的法律文化中，始終未曾出現類似今日「當事人進行主義」的程序法則。因此，一九九零年以後開始適用的民事調解程序，並沒有一味承襲西方式的調解制度，反而將之設計為具有仲裁性質的特別程序，使得法官仍然能夠以「長官」的優越地位領導當事人發見實質真實與正義之所在；反而是完全委由當事人兩造自行協議的西方式調解程序，未必能夠符合於韓國固有的法律文化，而得到法院與人民普遍的支持。

而之所以賦予法院幾乎與訴訟無異的程序主導權，除了對執法機關長官式的依賴以外，另一方面也由於法律文化中對實質真實與絕對正義的重視。所以才規定即使兩造當事人已自行達成協議，但調解法院仍需審酌理性、公平及一切個案情狀，以決定該協議應否成立<sup>174</sup>。對韓國法院由來已久的法律文化而言，執法者最重要的工作即是發現實質的正義、維護絕對的社會正義，這樣的理念基本上無法完全接受當事人協議的效力，導致即使是重視合意性質的調解程序，制度設計上也無法完全排除法官發見實質真實的執法義務。

如果對西方國家而言，調解制度最重要的功能就是疏減法院沉重的案件負荷量，那麼對韓國而言，「避免訟爭性與正面衝突的發生」可能才是最為重要的。由上述的比較研究可知，美國佛州的調解程序法規並沒有起訴前即得聲請先行調解的規定，因為在西方的法律文化中，「對立的訟爭性」本身並沒有什麼不好，也不是調解制度所要加以緩和的；可是受到中國法律文化「訟終凶」觀念的影響，訴訟程序中無可避免的對立性與訟爭性，就成了韓國法院不討喜的致命傷。因此，起訴前即容許將來的當事人聲請先行調解，即成為民事調解程序有別於訴訟的重要特徵，著重於雙方關係的表面和諧、避免發生直接正面的衝突，然後又可放心交由公正的法官來解決問題；透過這樣的調解程序，韓國法院才得以成為法律文化中所認同的執法人員。

總結來說，由韓國近年來逐漸普遍的民事調解制度，我們可以觀察到法院作為執法機關的法律文化。雖然同為調解制度，但西方國家與韓國卻存有許多設

---

<sup>174</sup> 參見前揭 Kwang-Taeck Woo, *A Comparison of Court-connected Mediation in Florida and Korea*, Brook. J. Int'l l vol. :3, p.611

計上的基本差異，造成歧異的主要原因並不單純是法制承接的落後與否，而是法律發展的實際過程中，本來就會逐漸顯現法律文化的深層要求，而呈現出千變萬化的法律臉龐。這或許能加以解釋，韓國的民事調解制度雖然無法達到西方所重視的疏減訟源的功能，卻仍然持續擁有實務上高使用率的原因；因為法院對於調解程序是否開始，實際上存有相當大的職權發動空間，所以該制度的高使用率，非可如西方國家一般，全然歸咎於當事人之聲請，毋寧說是法院本身的法律意識型態，較韓國人民更樂於使用這套民事調解制度。

#### 第四節 處於法律與道德落差之間的韓國人民 一份問卷調查

### 的實證研究

除了上述不同國家機關對法律的立場之外，韓國社會中的一般人民所擁有的法律意識又是如何？藉由韓國 Yonsei 大學的社會科學研究學會，於一九六四年所做的一份關於法社會學實證的抽樣問卷調查報告<sup>175</sup>，我們得以進行如下的觀察。首先，該份問卷是南韓首次對全國抽樣所做的法社會學實證調查，問卷係針對人們對法律制度的態度與偏見而設計，採面談方式進行。關於韓國人民對法律概括存在的種種意識型態，以下則擇要從四個面向來加以探討。

#### 一、韓國人民關於法、正義與應報的觀念

首先，由問卷調查的分析中，顯示出韓國人民對法律的存在與否，實際上是抱持著相當的矛盾情結。研究者在調查結果的預設中，鑒於先前所述韓國傳統的儒家意識型態，既然法律在傳統價值中只是劣於道德的次級品、只能用以鞭策智識低下的匹夫，那麼人民應當會樂於接受沒有法治的理想社會。雖然大部分的受訪者一致認為「一個不須靠法律也能生活的人」，一定是性格溫和、富有道德感的好人；但當被問及「假設世界上所有的法律都廢止了，你認為生活會變成怎樣」，八成以上皆認為「生活將變的更為艱難」。他們希望盡可能與法律畫清界線、保持一定距離，不期待從法律規定中得到積極利益，也不清楚法律能夠帶來如何的保障，但一旦法律從生活中消失，他們卻又對未來感到高度的不安與迷惘。這樣的結果顯示出韓國人民對法律制度又愛又恨的矛盾心態，對法律不甚有信心，但對「無法律」卻也同樣缺乏信心。

---

<sup>175</sup> 參見 Hahm Pyong-Choon, Yang Seung-Doo, *The Attitudes of the Korean People Toward Law*, Legal System of Korea(1975), p.145~201

於問卷調查中，研究者也發現，只有 21.6%的受訪者表示曾經上過法院，顯示當時法院的使用率並不高；有趣的是，當受訪者被問及「是否曾經上過法院」時，訪談態度顯示出一定的城鄉差異：許多韓國鄉間的居民認為這樣的問題是一種道德上的中傷，因為法院根本就是罪犯或壞人才會去的地方；但相對而言，都市的受訪者則沒有這種反應。這樣的結果顯示出，「上法院」對許多鄉村居民來說，並不是解決問題的「正常」管道；這也相當程度反應了法律文化中，將法律視為規制道德低劣者的刻板印象。

不只是實際上使用過法院的人不多，假設一件土地紛爭發生於親屬之間，而且已不可能於家族內自行協商解決時，只有 32.4%的受訪者願意訴諸法律，絕大多數的人反而寧可藉助於傳統的紛爭解決機制，諸如請求鄉間耆老或者族長來加以調解。這樣的結果顯示，人際關係的和諧，特別是親屬關係的和諧，對韓國人民而言仍然優於法律所保護的財產權利，具有更加小心維護的價值，而韓國人民也不大情願透過法律來解決家族內的糾紛，畢竟「家醜不宜外揚」的傳統觀念仍然深植人心。

其次，如果一個有錢的地方官員與一個貧窮的農夫發生了土地糾紛，因而進行訴訟，約三分之一的受訪者預測農夫會得到勝訴，而不考慮整個案子的爭點，只有 46.1%認為真正權利人會贏；這顯示了人民對司法審判的公平正義，其實沒有太大的信心。而問卷中的某些問題，也有助於更進一步探討韓國人民認知中的「公平正義」，判別的標準何在？如果在路上看見小偷行竊，有 50.8%的受訪者表示會立即向警察通報；但如果是一個快餓死的窮人進入富人家行竊，則只有 30.8%的人仍然願意通報警察，57.4%的受訪者則表示難以狠下心腸報警處理。在韓國曾有報紙頭條刊登，一位母親為了兒子的學費去偷幾個洋蔥，仁慈的檢察官拒絕起訴這位母親，並且送錢給她繳兒子的學費，在這種情況只有少數人認為行為人應受竊盜罪的處罰；但這樣的法律意識影響所及，是法律對財產權的保護將受破壞，而危及資本主義的經濟制度。相對於竊盜，當被問及「見到有人謀殺」的情形，願意報警予以制裁的人，則增至 73.4%，其他 15.4%的人基於「不想被介入」的傳統心態，對逕予告發感到猶疑。此外，當被問及有關「義賊」行為的心態，雖然有 59.1%的受訪者表示「當然應該受到法律制裁」，但是仍有 24.6%的人認為國家不該立法處罰這些「好人」。從這當中受訪者態度的變化，我們不難發現，當貧富差距的因素介入時，韓國人民對法律上所宣示的公平正義，支持的態度就產生了動搖，至少就財產權的保護似乎已不再堅持。此處所顯現的是一種支持「財富重分配」的意識型態；也顯示出韓國人民不同於西方的法律意識中，所隱含的公平正義理念。至少有相當比例的韓國人民，認同劫富濟貧此種財富重分配的「義行」，並願意為此放棄法律中對所有權的保護，因為這才是人民法律意識中真正的公平正義。

此外，在韓國人民的法律意識中，也隱含了相當程度市民不服從的觀念。有 45.4% 的受訪者相信有惡法的存在；在這些人當中，又有 49.8% 的人表示不會遵守惡法，只有 21.2% 的人認為惡法亦法，法律的形式秩序也必須獲得支持。這些多數受訪者的態度，多少反應了韓國人民「重實質而輕形式」的正義觀，法律的形式秩序對他們而言並沒有太大意義，也可以相當程度解讀為西方意義下「市民不服從」的觀念。

## 二、關於個人權利的主張

當被問及「面臨警察深夜無預警地逮捕」，受訪者的反應顯示出有趣的現象：只有 6.3% 的人回答警察要持有拘票才接受逮捕，45.7% 的人會無條件服從，另外 31.5% 的人則表示「因為自己沒有作錯事」所以不會服從。由此可見對韓國人而言，逮捕的過程中程序正義並非重點，重點在於自己有沒有做錯事、有沒有違反實質上的正義。若自己確實有錯，即使沒有拘票也會與警察同去。此外，如果因為其他駕駛汽車人的過失，導致自己在汽車事故中被撞傷，多數的韓國人偏好以協商談判的方式處理（約佔 40.9%），而非訴諸法律（約佔 33.5%）；即使自己是法律上正義的一方，韓國人民仍然認為發生車禍是無可避免的倒楣事，或是因為其他原因遭到天神的報應所致，並不是訴諸法律、爭取權利就可以化解的。這樣的心態也反應在問卷的其他部分：如果因橋樑失修而跌倒受傷，高達 73.1% 的韓國人民，不認為可以基於納稅人的地位要求政府賠償醫療上的支出，反而認為應該歸咎自己的疏忽。如果自己的家庭成員因具有竊盜嫌疑而被送交警局時，68.6% 的人只是去警局發現真相，卻沒有受訪者想到可以與律師協商。這些問卷上的答案數據，不但顯示出韓國人民對公共設施的要求很低、缺乏對抗行政機關的權利自覺，也不清楚法律如何作為對抗行政機關的武器；而且，當自己法律上的正當權利受到侵害時，多數的韓國人民都傾向於以非形式的途徑來解決，很少請求律師的協助來進行法律上的抗爭。

另外，如果遭到歹徒行竊或洗劫，只有 29.2% 的人表示無論損失多少、每次都報警；另外 7.6% 的人則將損失歸咎於自己的倒楣，無論如何都不會訴求法律予以制裁。這至少顯示了大部分的人對警察機關的偵查犯罪，不具有太大信心；甚至對他們內心而言，無論法律上加重多少對刑罰的制裁，法律根本就無法達到消弭犯罪的任務，因此訴諸法律途徑來保衛自己的權利，對韓國人民來說並不是個聰明的抉擇。

## 三、政治上的意識型態因素

南北韓之間的分裂，不但造成了統一的現實上障礙，也在韓國人民的文化

價值中，畫下了共產主義與資本主義間壁壘分明的政治意識型態。當被問及「兒子是否應該告發犯下殺人罪嫌的父親」，有 13.9% 的受訪者表示「身為兒子不能告發父親」；這樣的調查結果顯示了，許多由來已久的道德觀念，已被內化於法律意識的深層。在朝鮮王朝的國家法律中，配合儒家的道德觀，向政府告發直系血親的犯行，是對人倫的重大忤逆，行為本身就是違法的；但在現行法之下，法律卻要求人民服膺相反的法律價值（尤其在下述檢舉間諜的情形中），難免造成法律與道德觀念的脫節。問卷中又假設了如下的狀況：如果一個北韓的共產黨間諜打電話攏絡身在南韓的弟弟或兒子，後者應該採取如何的行動？此時，仍然主張「身為兒子不能告發父親」的比例，卻反而下降到 7.2%。其間的差異顯示了韓國人民面對此種高敏感度的政治意識型態時，都盡力表現出官方所樂見的「正確答案」，反倒是非政治性或非意識型態的犯罪類型，人民才比較敢於表現內心真正的想法。另一方面，對一般的韓國人民來說，被定義為「侵害國家法益」的犯罪，其嚴重性似乎要遠遠超過「侵害其他生命法益」的犯罪，至少對政府當局而言，前者總是不可碰觸的禁忌。

#### 四、傳統價值與現行法律的落差

假設一位窮困的母親育有五男四女並身懷胎兒，在經濟狀況無法負擔另一個嬰兒的情形下，夫妻決定請醫生進行墮胎；只有 28.9% 的受訪者認為這種情形該夫妻應該予以處罰，認為醫生要處罰的比例更下降到 21.8%。重要的是，這種行為係違犯了刑法上的墮胎罪<sup>176</sup>，行為人本應受刑事訴追；但是問卷調查結果顯示，大多數的人民並不認為這樣的行為構成犯罪而應予以處罰，此處法律規定已與人民的法律意識明顯背離，而失去了實效上的強制力。

此外，在問卷所預設的情狀中，有 41.9% 的受訪者認為一個「常常違法但非常孝順」的人，比起「嚴守法律但十分不孝」的人，前者更加符合好市民的形象（但只有 33.0% 的人持相反意見）；這顯示了韓國人民的法律意識並沒有深層內化於固有的道德意識，一個「守法」的人不見得就代表其富於道德，仍然必須藉其他指標予以檢視，如果兩項指標所呈現的結果相互矛盾，「守法」與否即被貶低為次要的道德特質。同樣的落差情形也反應在問卷的其他部分：有 51.8% 的受訪者認為一個「執法寬大、且只讓粗野鄙陋之人受罰」的警察，比起「對所有案由皆一體從嚴執法」的警察，前者才是真正的好警察。也許正如韓國的古老諺語，「極端的法律本身即代表極端的刑罰與邪惡」，韓國人民心目中稱職的執法人員，反而必須是「執法不徹底」的姑息主義者？！

儘管在韓國刑法中，擄人勒贖罪比通姦罪的刑責更重，但在問卷中所呈現的結果，多數受訪者反而認為通姦罪才是比較嚴重的犯罪型態。而且，談到對通

<sup>176</sup> 參見南韓刑法第二六九、二七〇條之規定

姦罪的處罰,有高達 51.2%的人主張觸犯此罪的女性比男性更應重罰,另外 25.0%的人認為男女不應有別〔這才是現行刑法的處罰標準〕,反面而言,只有 8.3%的人認為男性才該重罰。這種法律適用上的性別雙重標準,其實也是日治時期舊刑法的遺留,因為在舊刑法中,通姦罪是一種純正的身分犯,只有女性的通姦事實才成罪。從問卷中所呈現的結果看來,韓國人民對於性別的差異認同,仍然相當守舊,顯示了道德意識與法律意識間相當巨大的落差現象。

而從以上的調查結果,我們至少可以歸納出一個共同的特徵:移植而來的法律價值,並沒有如同法制的移轉般,輕易進駐韓國人民的道德意識型態,道德與法律價值間的落差,形成了韓國人民概括的法律文化。但是,這些從主觀層次加以觀察的法律文化,也會透過不同的法律領域,呈現出更為細緻而具體的文化面貌,這也是本文下一個部分所要探討的重心所在。

## 第四章 不同規範領域中所顯現的法律文化

### 第一節 對財產權概念的法律文化

承前所述，韓國的國家實定法與人民的法律文化間，存有相當的落差現象，造成如此差異的原因，除了繼受西方法的社會經驗外，也與儒家意識型態中「尊祖法」<sup>177</sup>的規範價值有關。繼受西方法的法律政策本來即易造就社會行為中存在與當為的背離，再加上韓國人民「尊祖法」的傳統思想，於規範的衝突發生時，傾向以尊古為先，這使得法律精神的繼受更加困難，有名無實的法律文化也逐漸成形。在面對現代的西方法律制度時，韓國人民依然懷抱著傳統思想中排斥法律的敵意，也因此，現行的西方法律秩序普遍欠缺社會群眾心態上的支持。

在韓國人民一般化的法律概念中，可說從未真正浮現過「法定權利」(legal right)的觀點，相對而言也沒有「法定義務」(legal obligation)的存在，取代權利概念的，是與之相近似的「特權」與「反射利益」。也正因為缺乏權利的概念，訴訟程序對韓國人民來說，也相對缺少「保衛自己權利」的正當性；訴諸法律來解決紛爭，於是成為道德上不正當的紛爭解決機制，惡訟的態度幾乎成為韓國社會顯著的共同性格。這種情形在財產權的法律領域則更加突顯；如果訴諸法律的目的，是為了保衛自己的身分、家庭或所謂的「面子」，社會的道德觀似乎還能夠加以容忍，但如果只是為了爭取、保衛一份財產，那就無可避免受到道德上的非難，因為對大多數人而言，為爭財而興訟的人，根本就是無情的拜金主義者。雖然這種「對貧困者的同情」並不能算是東方社會的傳統文化，但如果這種社會情緒與厭惡法律的敵意相結合，就會逐漸轉化為一種「對受迫害者的同情」，兩相強化的結果，在財產權利的領域中，法律居於「迫害者」的負面地位也就呼之欲出了。

#### 一、貧民違建的土地侵權問題

從二次戰後的復興工作中，韓國的城市發展呈現異常迅速的趨勢，人口從鄉村大量湧入都市的結果，使得各種社會、經濟、道德以及健康方面的都市問題激增。在各種都市問題中，貧民違建的侵入他人土地，幾乎已到了猖獗難抑的地步。對許多缺乏經濟基礎的都市工作人口而言，代價不菲的公寓住屋，根本就是無法負擔的開銷，在國民住宅等等社福政策仍不夠健全的情況下，另一套「自救」的對策逐漸應運而興。韓國的大城市普遍都存在嚴重的貧民違建問題，許多買不

<sup>177</sup> 參見 Pak Pyong-Ho, *Characteristics of Traditional Korean Law*, Legal System of Korea, p.16



起土地、也租不起房屋的貧民，總是趁黑摸進市府的公有土地、或是他人所有的私人土地，拿出紙板、茅草等緊急作業，等到天亮之後，臨時的住屋建築也就搭建完成了<sup>178</sup>。等到土地的真正所有人自己要使用土地時，不是起訴保衛自己的所有權，就是必須另花一筆錢，「補償」這些貧民居住利益的喪失，才能加以驅散。在韓國，往往只有後者才能確保侵權行為人的和平撤離，也不致落得「尖酸刻薄」的罵名。

藉由一些曾經針對嚴重的貧民違建問題所統計的調查資料<sup>179</sup>，我們也可以透過對這類都市問題的觀察，試圖呈現出韓國人民在財產權領域所擁有的法律文化。

## 二、取締違建的執法人員

根據一九六三年 Hahm Pyong-Choon 教授對漢城的基層警員所做的一份問卷調查，曾經具有取締違建經驗的警員都表示，這些違法侵入他人土地的貧民，在遭受取締之際往往不會和平撤離，而是用盡一切可能的方法抵抗到底，也因為擁有許多取締上的不愉快經驗，受訪的警員大都對這些身無分文的違法者感到憤恨不平。儘管如此，認為這些貧民違建的行為「侵害」了真正所有人的所有權的，卻仍然只佔了全部受訪警員的 69.5%，大約仍有超過 20% 的警員，認為法律不應苛責無家可歸的貧民，而也應該歸咎於土地所有人自己代於行使權利，才會導致後來衝突的產生。從這裡可以看出，即使是這些必須負起執法責任的基層官員，仍然對現行西方法律體系中的「所有權」概念模糊不清，更何況是一般人民？！

此外，也分別有 17.0% 的警員認為，除非土地所有人願意給予金錢上的補償，或者所有人立即需要使用該土地，否則侵權行為人即無須撤離；這些態度不禁使人懷疑「誰」才是土地真正的所有權人？！在現行法律保護財產權的觀點下，本來應該是土地所有人才應該是受賠償的一方，不論其富裕與否；基於所有權的絕對排他性，也只有所有人自己有權決定土地的利用與否。

如果土地所有人拒絕給付一切的金錢補償，訴諸法律強制驅離侵入其土地的貧民，也只有 53.3% 的警員認為這「只是在行使法律保障的財產權而已」，其他受訪者仍然習於對此加諸於道德上的非難，認為這實際上是一種欠缺人情味的冷酷行為。這樣的反應也相異於資本主義的西方法律精神，因為行使法律所賦予的權利，根本無須感到良心不安，因為法律即是道德的概括標準；以西方的法律觀點而言，土地所有人甚至應該以自己的慷慨感到自豪，因為他實際上免除了侵

---

<sup>178</sup> 參見 Hahm Pyong-Choon, *The Korean People and Their Property Rights*, The Korean Political Tradition and Law, p.192

<sup>179</sup> 同前揭 p.193~203

權行為人對自己所負的侵權行為責任。但這樣的西方法律精神顯然並不是韓國人民的法律文化，反而在行使法律所賦予的「權利」時，韓國人民的態度多是遲疑的，他們仍然必須以另一套「本土」的道德意識來檢視自己的行為是否適當；而即使身為政府的執法人員，對於執行法律以保障他人權利的行為，抱持猶豫態度的依然大有人在。

從問卷調查顯示的數據看來，曾經擁有取締違建經驗的警員，約有 60% 皆認同所有人行使的法定權利，相對之下，未曾取締過違建的警員，卻只有 24% 有如此的認同；除了實際經驗所強化的法律意識之外，取締困難的不快經驗大概也有助於此項認同比例的成長，使得這些警員逐漸脫去固有價值中對法律執行的敵意、也逐漸融入現代法律的精神之中。

### 三、一般市民的財產權概念

Hahm 在對一般市民的問卷調查中，將受訪的樣本區分為有產階級與無產階級兩個群組，以進一步掌握「財產狀況」的變項，是否對財產權的法律文化產生一定的影響。

在有產階級之中，也有將近半數的受訪者不願將貧民違建的入侵，解釋為一種應受譴責的違章行為，即使多數的答案(約占 37%)仍然表示這些貧民的行為構成對土地所有人「權利」的侵害；而在無產階級的多數答案中，則約有 35% 的人認為，這些貧民的行為雖然「不當」，但也應該基於他們的貧困處境予以寬待。此外，約有 43% 的有產階級認為，即使基於土地所有人的請求，如果沒有得到一定的補償、或是所有人立即需要使用該地，違建的貧民就不需撤離；也就是說，這其中的許多土地所有人，本身也願意給付侵權行為人相當的金錢上補償，以換取他們和平的撤離。此處的調查結果也充分顯示出，即使是擁有財產的一般市民，似乎也未充分意識到法律上所賦予的財產權保護，更遑論積極主張自己的權利了。

如果將對基層警員與一般市民所做的調查結果相比較，約有 63% 的警員認為侵權行為人應當在所有人提出請求後立即和平撤離，但相對而言卻只有 34% 的一般市民擁有相同的認知。而在有產階級當中，也只有 60% 的人認為，如果所有人不給付任何補償即行驅離，也只是行使法律上的正當權利而已，具有道德上的正當性。這樣的結果顯示出一個有趣的現象：身為旁觀者的執法人員，似乎比權利人本身更加重視財產權的保護；整體而言，權利人本身也不願堅持行使完整的權利。與常理相背離的是，擁有權利的人本應較其他旁觀者更積極於主張自己的權利，但韓國社會卻呈現相反的趨勢，旁觀的執法基層警員反倒比權利主體本身，更熱中於權利的保護。捍衛自己個人的財產權利，可說是西方法律秩序中最

具有服從誘因的規範型態了，如果社會中擁有財產的大部分成員，尚且不願意捍衛屬於自己的財產權利，那麼就更難落實對他人財產權利的尊重，遑論期待人民擔負法律上所賦予的義務。

雖然如此，擁有財富的多寡還是影響守法意願的一個重要變項。高達 74% 的有產階級認為，未經許可即侵入公有土地搭蓋違建，當然是一種違法行為；相對之下，卻只有 39% 的無產階級同意這個說法。這顯示缺乏對他人私有財產權的尊重，也會連帶影響其對公眾利益的漠視，私法自治的法律秩序也就更難建立了。

#### 四、小結 韓國財產權領域的法律文化

法律對財產權的保護，可說是資本主義立法的核心精神，也是貫徹權利保障的第一道關卡。但對韓國固有的法律文化而言，「權利」的概念向來真空，「土地私有」的制度也始終缺乏受法律絕對保護的正當性<sup>180</sup>；在封建與帝制的歷史經驗中，土地以及附著其上的一切，甚至人民本身都是屬於君主的所有物，也只有君主的所有狀態才具有絕對性與排他性。雖然民間仍存有產權轉讓的土地買賣行為、土地權利人仍需以書面的地契來證明自己的權利、偷竊或竊佔行為仍需受刑法制裁、侵入他人土地也同樣不為國家實定法所容許，但是，對韓國人民而言，這些由來已久的「權利」狀態，實際上是一種使用權的擴大，而非對所有權的絕對排他性保護。因為土地真正的所有人，只能是君臨天下的統治者，而基於農業國家的傳統，使得韓國的土地政策始終極為重視實際使用的情形；基於這種法律文化的遺留，時至今日，「土地只能屬於國家政府所有」的觀念依然深植人心，連帶阻礙了所有權絕對觀念的建立；也因此，從前述的問卷調查中，我們不時可以讀到這樣的訊息：如果真正權利人並不急需「使用」土地，即使是無權侵入的貧民，也無須即刻撤離。可見韓國人民對「所有權」絕對的概念，實質上只是一種「使用權」相對的保護。是否為所有人並不重要，但是真正的「使用人」才應該受到保護；是以，如果所有人並不積極於對土地資源的立時使用，即易被解讀為「怠於行使自己權利」的失權狀態。

除此之外，在韓國傳統文化中，「私有財產的積蓄」從未獲得道德上的允許及法律上的鼓勵<sup>181</sup>，民生狀態的理想向來都強調全民均富的生存，也使得以資本主義為架構的私有財產制，難以輕易落實於法律文化之中。影響所及，土地重分配的政策理念，屢次在韓國歷史上被賦予高度的評價，也被韓國人民視為社會正義的完美體現，因為這樣的政策保障了廣大貧弱群眾的生存利益；但以西方法律觀點視之，土地重分配政策不啻為一種未經正當法律程序的公然搶奪，根本不具

<sup>180</sup> 參見 Hahm Pyong-Choon, *The Korean Political Tradition and Law*, p.78

<sup>181</sup> 同前揭 p.79

法律上的正當性。

在先前對韓國人民法律意識的所進行的一項調查數據<sup>182</sup>也顯示，如果有無家可歸的貧民違建侵入自己所有的土地，80.0%的受訪者都會選擇忍受，而不願行使法律上的所有權；而當侵入者拒絕撤離時，也有高達 40.5%的受訪者願意給付金錢補償來換取和平。由以上種種實證調查結果可見，大多數的韓國人民在財產權的保護上，仍未脫去固有價值所影響的法律文化；而在法律文化的浸染過程中，「重視自己的財產權利」本應算是最具誘因、最不具價值色彩的規範機制，但在韓國的情形卻似乎不是如此，因為歷史上統治者為了鞏固統治的經濟利益，擇用了各種意識型態，對財產的私有進行道德上的貶損，也因此使得西方法中保護財產權的法律精神，竟也難免受到價值色彩的渲染，呈現出「披著所有權外衣的使用權」此種財產權上法律文化。

## 第二節 對身分關係領域的法律文化

在法制繼受的過程中，屬於身分法領域的親屬或繼承關係，往往因為涉及人倫秩序的重大改變，導致法律文化的隨步更新也最為困難。對韓國而言，在法律的西方化之前，居於官方意識型態獨尊地位的儒家思想，即以身分關係作為社會地位的重要表徵，甚至許多法律上的特權或任用資格的標準，也以身分關係作為限制的關鍵。以下即嘗試就許多韓國身分法律的立法上沿革，加以探尋韓國人民身分關係中所承襲的法律文化，究竟如何透過立法的工作遁形於表面的法律規範之下，而得以遺留至今。

### 一、婚姻制度

現今西方法律之下的婚姻制度，乃以一夫一妻為規範的唯一核心；但在韓國傳統的婚姻制度中，一夫多妻制的盛行由來已久，遠溯及三國時期<sup>183</sup>即已存在，只是當時許多出身貧賤的妻子，社會地位實與奴僕無異，且一夫多妻的關係也僅盛於富豪貴族之家。至高麗王朝(Koryo Era)末年，大量中國思想文化的流入，使得中國貴族的生活風氣也成為韓國社會競相模仿的對象，影響所及，官方甚至以政策鼓勵多妻，致使一夫多妻關係得到合法保障而浮現檯面<sup>184</sup>；另一方面，為了符合儒家意識型態中對「正統」的血緣要求，政府也逐步提高了科舉考試的門檻，貶低庶子（此指後娶之妻所生之子）的社會地位以為因應。之後的朝

<sup>182</sup>參見前揭 Hahm Pyong-Choon, Yang Seung-Doo, *The Attitudes of the Korean People Toward Law*, Legal System of Korea (1975), p.145~201

<sup>183</sup> 三國之中的高句麗王朝(Koguryo Dynasty)即已具有納妾的社會風氣，而造成夫妻關係盛行的歷史背景，參見 Kim Chu-Soo, *The Marriage System in Korea*, Legal System of Korea

<sup>184</sup> 同前揭 p.59

鮮王朝雖然以一夫一妻制作為婚姻制度的基本架構，但其下隱含的意識型態，所認同的其實是「一夫一妻多妾」的婚姻系統，以「一妻」之名行「多妻」之實；也因此，一夫多妻制雖然在表面上土崩瓦解，實質上仍以「多妾」的形式繼續保存；直至日治時期，妾的合法地位依然存續，並且得以入籍於夫家<sup>185</sup>。

而這種弔詭的一夫一妻制度，仍然在其後的西方式法律中存在。儘管官方在一九一五年即已禁止妾入籍夫家，作為法律政策對一夫一妻制度的貫徹決心，但親屬法領域中，卻也同時對一夫一妻制的維護採取雙重標準；例如韓國舊民法第八百十三條的規定，只有妻之通姦才構成夫之請求裁判離婚事由，但相對而言，夫之通姦卻不構成妻之請求裁判離婚事由；除此之外，舊刑法第一百八十三條所規定的通姦罪，其犯罪客體原則上也僅限於妻，除非夫所與通姦的對象亦為「有夫之婦」，才例外將之一併懲罰而已。由此可見，在當時的通行法律下看來，法律對一夫一妻的身分法益，所採取的是一種雙重標準的保護政策，似乎僅僅針對「妻子」的身分，嚴格貫徹「一夫」的原則而已；這樣的法律條文，其「宣示」一夫一妻的象徵意義，恐怕遠大於立法者實質上促進兩性婚姻地位平等的誠意；透過此番宣示的障眼法，立法者實際上卻以雙重標準的實行，繼續維持了一貫的「一夫多妻或妾」的法律文化。而這也可以看出，即使在法律體制的西方化之後，涉及婚姻等重大人倫秩序的身分法律，也不是立時隨之而變的，這是身分法與財產法在繼受性格上的根本差異；因此身分法領域中，種種法律文化的遺留，勢必涉及更加深層的意識型態與社會價值，致使法律變遷的過程更趨緩慢艱難。

另外，在韓國現行民法之下，結婚之成立推定該婚姻已具有雙方家長之同意<sup>186</sup>，但男未滿二十七歲、女未滿二十三歲而結婚者，若未附上雙方家長之同意及簽名，戶政機關即不應受理該婚姻登記<sup>187</sup>，如戶政機關誤為登記時，結婚當事人及其雙方家長，原則上亦得聲請法院撤銷之<sup>188</sup>。在韓國戰前的舊法，無論結婚當事人的年齡如何，雙方家長的同意皆為辦理結婚登記的必要條件；但在現行民法中，則退而求其次，限於「男未滿二十七歲、女未滿二十三歲而結婚者」，才需要先行取得雙方家長之同意<sup>189</sup>。這樣的法律規定其實反應了儒家意識型態對法律文化的影響，將「雙方家長」提升為結婚的法律行為背後，真正具有決定權的婚姻當事人。韓國民法雖然規定了結婚的最低法定年齡，男性需年滿十八歲、女性需年滿十六歲，也以二十歲為成年，明定年滿二十歲之人具有單獨為法律行為的能力，但又在此之上，另設有「需得家長同意的結婚年齡限制」，基於如此的特別規定，排除了成年人於結婚行為上，本應具有完全行為能力的一般規定。這

<sup>185</sup> 同前揭 p.60

<sup>186</sup> 參照韓國民法第八百零八條

<sup>187</sup> 在韓國，結婚登記乃為婚姻成立的形式要件之一，是故如無法進行結婚之登記，即無從締結婚姻，此乃與我國現制不同之處，特此申明。

<sup>188</sup> 參照韓國民法第八百十三條

<sup>189</sup> 參見前揭 Kim Chu-Soo, *The Marriage System in Korea*, Legal System of Korea, p.64

樣的規範邏輯充分顯示了，婚姻關係對韓國人而言，並非如西方法律精神一般重視結婚當事人的自由意志，而是透過立法技術的運用，設定了一套「取得家長同意」的門檻，相對削弱了自由意志的發動，保存了傳統儒家意識型態對婚姻制度的道德要求。從另一方面看來，既然年滿二十歲的成年人皆已具有完全的行為能力，親屬法對此同意所加的特別限制（二十七、二十三歲），並非基於保護智慮未臻成熟的結婚當事人而設，而是一種相反立場的「家長權」保護，保障家長得基於自身或家族利益的考量，以同意權的行使達成監督、管束子女的身分法上目的。這樣的結論可說在根本上已與西方親屬法「保護子女最佳利益」的立法精神相違背，反應了韓國法律文化中不同於西方的婚姻觀念與價值。

除此之外，同宗之間同姓婚的嚴格禁止，也是韓國親屬法所獨具的規範。在韓國民法的規定下，只要結婚當事人係出同宗而且同姓(both surnames and family origins are in common)，無論其間親等如何，一律受到禁婚的限制<sup>190</sup>。推究此種禁婚限制的法律文化，實起源於朝鮮王朝承襲中國大明律的宗族觀念<sup>191</sup>，當時的國家實定法亦對此嚴厲禁止，作為嚴格禁婚親的立法傳統。以今日宗族界線漸趨淡薄、派下子孫分散各處的社會背景來加以觀察，如此嚴格的禁婚親限制，除了固守儒家意識型態下的宗族概念之外，實以失去其規範上的必要性；且在父系血統為主的韓國社會之下，其限於「同姓」之間的嚴格禁婚親，其實也對相同親等的父系與母系血統做出雙重標準，僅對「父系」有此禁婚親的限制而已。因此，近年來廢除此項禁婚限制的呼聲益愈高漲，原本跟隨於舊日法律文化的腳步而為的立法，似乎也逐漸進入「失規範」的狀態，反與現時的法律文化相脫節；韓國憲法法庭亦於一九九七年，針對民法八百零九條第一款的同姓禁婚親限制，認為該項限制並非為「維持社會秩序、增進公共利益」之目的，不符合憲法三十七條第二款對限制人民基本權利所應具備的條件，違反了法律保留原則，也違反了憲法保障兩性平等的基本精神，剝奪了人民選擇配偶的自由，因此宣示其違憲<sup>192</sup>。

於裁判離婚的法院訴訟實務上，裁判離婚屬於家事法院應先行強制調解的案件，顯示了「維持婚姻和諧」的意識型態，仍然如同其他東方國家一般深植於韓國的親屬法律文化中。而歷年來的法院判例趨勢，也傾向於駁回由「可歸責的一方」所提起的裁判離婚訴訟<sup>193</sup>；法院就離婚判例所呈現的態度，不但顯示出將「維持婚姻和諧」作為一種「身分法上義務」的意識型態之外，也顯示出司法者另一種弔詭的正義觀：鑒於當時韓國的社會環境，法院往往駁回由夫所提起的裁

<sup>190</sup> 參照韓國民法第八百零九條

<sup>191</sup> 大明律中對於違反此種禁婚限制而結婚者，規定予以「笞六十」，並強令其離婚。

<sup>192</sup> 參見 The Constitutional Court of Korea, *A Brief Look at the Constitutional Justice in Korea (Second Edition)*, p.107

<sup>193</sup> 參見前揭 Kim Chu-Soo, *The Marriage System in Korea*, Legal System of Korea p.81 轉引 Supreme Court Ruling 65-37, September 21, 1965

判離婚訴訟，藉以制衡社會上難以根除的夫妻關係，「保護正室」的身分法益<sup>194</sup>。可是，以女性觀點來觀察這些案例，這樣的正義觀其實仍然充滿了男性宰制下的父權一元化觀念，因為法院透過這些判例的宣示，直接將「保護正室的身分法益」，等同於「保護女性婚姻地位的平等」；然而無論裁判離婚能否得到勝訴，女性婚姻地位的不平等，實根植於男性基於夫妻關係所為的性別剝削，而非妻妾之間的地位爭奪。因此，法院期望藉由判決的形成，就妻妾間「正室」地位的角度，以法律主持其所以為的正義，其實也只是利用法律正當化父權意識的性別支配而已，非但不符合兩性平等與正義的原則，反而使得法律成為另一種意識型態（例如：一夫一妻多妾）的工具。

## 二、繼承制度

不同於西方化的繼承法則僅以財產繼承為其規範核心，韓國現行的繼承制度，則是由「身分繼承」與「財產繼承」兩大部分共同構成。其中，身分繼承制度的存在，可說是配合朝鮮王朝以來親屬法律文化的遺留所為的立法；因為身分法的法律繼受過程往往特求其和緩漸進，使得立法者總是難以避免配合立法當時的法律文化，制定易於接受、衝擊最小的親屬法律；基於這個理由，現行的韓國民法繼承編，也採行此種身分與財產繼承的雙重結構，以期減少繼承制度在推行上所遭遇的困難；立足於文化觀察的角度，仔細探究韓國的身份繼承制度，許多內在的規範邏輯也能指引出法律文化的種種線索。

韓國的身分繼承制度，其核心在於「家長地位」的繼承(Succession of Family Headship)。就西方法制下的財產繼承制度，大多賦予繼承人於繼承開始之後，尚能基於自己的意思拋棄繼承，以兼顧繼承人的意思自由，得以選擇是否繼續行使、負擔因繼承而生的各種法律上權利、義務。在韓國現行繼承法之下，關於財產之繼承，繼承人的確得於繼承開始後，以意思表示為繼承之拋棄<sup>195</sup>；但相對而言，關於家長地位的繼承，法律則禁止繼承人為拋棄<sup>196</sup>，且除了法所列舉的當然喪失繼承權事由之外，也禁止被繼承人任意取消繼承人之繼承資格、或選擇其他稱職的家庭成員擔任家長<sup>197</sup>。由此可見，韓國繼承制度中的身分繼承與財產繼承，法律各賦予其不同的規範強度，主要原因即是，家長地位的繼承在傳統文化中是完全由血緣系統所決定的，其目的在於集中、延續家族的社會地位，其「象徵」正統的意義遠大於其他的經濟上意義，繼承人本身的德性或管理能力並不是最重要的，只要能夠表彰家族血緣的正統即可，因此不容當事人自由變動。但是，隨著韓國戰後數十年快速的經濟發展與社會變遷，家庭結構的分布也隨而大幅改

<sup>194</sup>參見前揭 Kim Chu-Soo, *The Marriage System in Korea*, Legal System of Korea, p.78

<sup>195</sup>參見韓國民法第一零一九條

<sup>196</sup>參見韓國民法第九九一條

<sup>197</sup>參見韓國民法第九九二、一零零四條

變，核心家庭(nuclear family)逐漸取代傳統的大家庭成為家庭結構的主流；影響所及，奠基於傳統大家庭基礎之上而建立的繼承制度，也因失其功能而引起學界廣泛批評<sup>198</sup>。因此社會環境與法律規範的脫節，使得家長地位的繼承，也在法律文化中逐漸變質，其象徵血緣正統的意義，隨著大家庭的沒落而式微，相反的，家長往往成為實際家庭生活上的道德領導者與精神象徵。於是，家長地位的繼承人，其與被繼承人的血緣關係如何親近，就不是一般人民所最重視的，反而是繼承人的德性或對家庭事務的管理能力，才是決定其應否為家長的實際指標。

除此之外，韓國民法中所獨有的「身後收養制度」<sup>199</sup>，也顯示出其獨特的繼承法律文化。以西方法之下「身分行為不得代理」的原則看來，法律竟然允許現尚生存的其他家庭成員（通常為被繼承人現尚生存之妻），為已死亡但無子嗣之被繼承人收養子女，以繼承其家長地位，實為不可想像之事。由此可見，韓國民法之所以容許此種收養制度，本質上並不是基於養子女的利益而存在的西方式收養制度，反是為養父母的利益而設計的另類繼承方法，以「收養」之名行「繼承」之實，為使沒有子嗣的家族得以收養的方法，延續其家族的象徵命脈。

此外，家長地位的繼承原則上也排除女性作為通常的繼承人；韓國戰前的舊法，對家長地位的繼承順序依次為：男性直系血親卑親屬、女性直系血親尊親屬、妻、男性直系血親卑親屬之妻與女性直系血親卑親屬。但是，第二順位以下的女性，其繼承而來的家長地位卻只具暫時性，至被繼承人遺腹子的出生或身後收養的成立為止，其家長的地位即需移轉於真正適格的繼承人，也就是說，在法律規範的內部邏輯之下，足以擔任家長的真正適格者，非男性親屬莫屬。而在修正以後的現行民法第九八四條，對家長地位的繼承順位做了一番調整，依序為：男性直系血親卑親屬、未婚的女性直系血親卑親屬、妻子、未改嫁的女性直系血親尊親屬、未改嫁的男性直系血親卑親屬之妻。由修正後的條文看來，儘管女性直系血親卑親屬的繼承順位已較舊法大幅提昇，但性別歧視的基調卻仍未抹平：同為直系血親卑親屬，男性的繼承順位永遠優於女性，而女性一但結婚，不但喪失本身家庭的家長地位，也少有機會擔任婚後家庭的家長，因為夫始終優於妻，而夫死亡後，妻的順位仍然落於男性的直系血親卑親屬之後。

### 三、小結 韓國女性的法律上地位

無論在親屬或繼承法的領域，韓國社會就身分關係所流露的法律意識，似乎總是圍繞著兩大核心：對女性的歧視剝削，與對家族形式象徵的重視。隨著家庭結構的逐漸轉變與萎縮，一般人民對家族的形式象徵、家長權或親權的崇拜已有漸趨鬆動的趨勢；另一方面，女性的法律上地位也逐漸在新進立法中受到重視

---

<sup>198</sup>參見 Kim Yong-Han, The Succession System of Korea, Legal System of Korea, p.38

<sup>199</sup>參見韓國民法第八六七條



<sup>200</sup>，惟實際上關於女性地位的法律文化，是否亦隨著晚進立法的進步而亦步亦趨，甚或也只是仿效繼受的超前立法而已？則有待進一步相關實證研究的資料，才能加以說明。但是，至少由上述的法律規範中可知，就戰後西方法逐漸於韓國社會成長之際，其女性法律地位的低落是不容置疑的；而由韓國法制承襲的歷史來加以觀察，女性法律地位的低落與法律對性別歧視的雙重標準，卻不是韓國傳統文化所固有的，而是政府基於一定的政策目的，選擇性地操控性別歧視的意識型態，有意加以形塑的法律文化。如果單純就民間固有的本土文化而論，韓國的親屬繼承制度有兩大特徵：具有招夫性質的婚俗、以及男女一律適用的平均繼承制。

類似招夫的婚俗，其存在可遠溯及三國時期高句麗的文獻記載，且歷經朝鮮王朝、甚至十八世紀中，仍然在韓國民間普遍流傳。依據這項習俗，婚禮通常在新娘家中舉行，且婚後夫原則上有義務與妻家同住，直至子女成年；這樣的民間婚俗特別強調與妻家親屬的密切關係，所以道德上要求夫也應盡心侍奉其岳父母，岳父母也應善待女婿一如親生子女等等，頗有「將夫招入妻家」的社會意涵。此外，夫妻的子女雖然從父之姓，卻由妻家加以扶養，而與異姓的表兄弟姊妹們同住，也與母系的叔舅姨親關係較密。夫妻婚後與夫家同住的情形反屬例外，原則上不合禮俗，除非妻子已育有子女、且夫妻已與岳父母同住數年以上<sup>201</sup>。

除了重視妻家親屬的婚俗之外，韓國文化中固有的繼承制度，原則上也將男女一視同仁；無論女子出嫁與否，均與男子享有平等的繼承權與應繼份，且如果繼承人先於被繼承人死亡，無論男女，皆承認繼承人之直系血親卑親屬得代位繼承之。但在平均繼承的原則之下，長子因為必須繼承家長地位、維持祭祖儀式的舉行，固需先行保留百分之二十的家產，分析與長子（長女則無），餘下的百分之八十再均分予所有的子女分別繼承<sup>202</sup>。

但是這些韓國固有的婚姻與繼承制度，在朝鮮王朝建立之初，即面臨重大考驗。為了鞏固新建帝國的統治基礎，執政者必須借助於儒家意識型態的推行，但韓國此種重視妻家的固有婚俗，卻無形中成為施政的阻力；由於與妻家同住，難免得到妻家在經濟上的各種支援，使男性的經濟實力分散於妻家之中，也進一

---

<sup>200</sup> 諸如 1987 年的「兩性平等僱用法」(Sexual Equality Employment Act)、1994 年的「性侵害犯罪之懲罰與被害人保護法案」(Act on the Punishment of Sexual Crimes and Protection of Victims Thereof)、1995 年的「性別歧視防治法」(Gender Discrimination Prevention and Relief Act)等相關法案，皆屬近年來提昇韓國女性法律地位的重要立法上成就。

<sup>201</sup> 參見 Pak Pyong-Ho, Characteristics of Traditional Korean Law, Legal System of Korea, p.19

<sup>202</sup> 同前揭 p.22

步阻礙了男性對家庭權利的全面掌控，造成儒家意識型態宣傳上的實際困難。而另一個更為嚴重的障礙，則是男女平均繼承制度的傳統；即使已經嫁為人婦，女性仍然擁有同等於家中兄弟的繼承比例，有礙於女性在婚後成為完全的經濟上弱者，以使男性取得家中獨斷的經濟大權，進而全面地支配女性的社會生存。基於上述對儒家意識型態的阻礙，於是形成了執政者全面改革親屬、繼承制度的契機，透過國家法律的強行手段，施行仿自中國大明律的《經國大典》，廢除重視妻家的固有婚俗，嚴格執行以父權為重的婚姻系統，以嚴刑峻法禁止女性的婚姻自由，剝奪女性的繼承比例，使其在身體與經濟上皆完全臣屬於男性，在意識型態上貶低女性的智識能力與人格，將之視為法律上的無行為能力人，無法單獨為法律行為或財產的管理行為，只能委由男性代為行使。

如果僅從東亞各國的文化史來加以比較，只有韓國與越南文化擁有男女平均繼承制的傳統<sup>203</sup>，就這方面看來，同時期的韓國似乎較中國、日本等鄰近的文明大國，更接近兩性平權的理想<sup>204</sup>。但是，十八世紀於朝鮮王朝的主導之下，對儒家意識型態的廣為宣傳，以及為此目的所施行的配套法律政策，使得韓國固有的家庭制度產生深遠的根本性影響。而由這樣的歷史經驗中，我們看到了法律文化變質的微妙過程：韓國現時歧視女性的法律文化其實是人為操控的結果，由官方所選擇的強勢文化加以主導，法律制度也被充分運用為意識型態的工具，用以形塑女性作為男性支配客體的性別意涵。

### 第三節 由勞工問題中所顯現的法律文化

二次大戰後的南韓，政局的動盪不安始終是社會及經濟發展的一大阻礙；但從一九九一年以後，近三十年來第一個民選政府的成立，肯定了大韓民國政府對國際人權保障的尊重，及追求自由開放的國家立場。儘管如此，許多受到憲法所保障的基本人權，卻也難以避免因為國家的經濟發展政策而遭到犧牲，例如勞工的工作權與集會結社自由等，就是其中顯著的適例。由近數十年的勞工運動歷史看來，南韓勞工法領域的法律文化，擁有相當不同於西方國家的威權色彩，有別於西方勞工法傳統之重視勞工個人權利的維護，南韓勞工法首要的保護目的，常常是國家整體的經濟秩序、以及政權的安定；法律的角色仍然未改六、七零年代軍政統治的遺風，成為政府用以壓迫人權的政策工具。

#### 一、勞工運動的發展背景

直至南韓政府在一九八七年六月間的政治改革以前，將近二十年間，官方皆對勞工運動進行嚴密的監視控制，作為促進經濟成長的政策指導方針。<sup>205</sup>在

<sup>203</sup>參見前揭 Pak Pyong-Ho, Characteristics of Traditional Korean Law, Legal System of Korea, p.22

<sup>204</sup>參見 Lee Tai-Yung, The Legal Status of Korean Women, Legal System of Korea, p.89

<sup>205</sup>參見 *Retreat From Reform: Labor Rights & Freedom of Expression in South Korea*, Asia Watch, 1990

Park Chung-hee 將軍所領導的軍政時期(1961~1979)中，基於南北韓間壁壘分明的緊張對峙關係，反共的政治意識型態甚囂塵上，代表勞工利益的工會也因此被扣上「左翼親共份子」的大帽子；於是，對勞工組織的諸多法律限制，也隱身於保護國家安全的煙幕之後，而得到正當化的規範基礎<sup>206</sup>。

南韓現任總理金泳三上台之後，有意以政治上的自由開放，強調其與軍政時期不同的執政風格，多少減緩了勞工運動備受壓迫的局勢。但是，金泳三所提出的「全球化」經濟政策(globalization)，卻他方面持續了對勞工運動的監控與不公平待遇。所謂的全球化經濟政策，即是要以最有效率的方式，使南韓在二十一世紀之初，即能擠身於世界最先進國家之一的近程目標<sup>207</sup>。為了達到這項政策目標，南韓政府一方面致力於國家資本的海外擴張，一方面又得兼顧其在國內市場的高度競爭性，這種沉重的經濟發展壓力，最後只有透過「加倍剝削勞工」來得到紓解。也因此，政府透過法律來制定種種對勞工權利的限制，例如對獨立工會組織的壓迫，對勞工生產限額的增加，延長勞基法所訂工時等等<sup>208</sup>；經由法律的制定，南韓政府強調持續經濟發展的必要性，並以此作為正當化勞運壓迫的理由。

## 二、反應於勞工法規範中的法律文化

由上述的勞運發展背景可知，戰後韓國政治變遷的兩大階段中，雖然社會結構與法律對人權的保障等各方面，都已漸有長足的進步，但關於勞工所應有的基本權利，卻仍然基於不同的理由被國家持續剝削著：早期為了國家安全的欲加之罪，近年則是為了經濟發展而遭到犧牲。透過對法律規範的一番觀察，我們不難發現，其中許多違反國際人權保障標準的規定，正反應出這種「政策性法律條文」的法律文化。

## 三、禁止多數工會的成立 (The Prohibition on Multiple Trade Unions)

南韓的工會法(Trade Union Law)中，針對工會組織的設立，條文的設計反應出來的法律文化，即是盡量避免出現「對抗政府」的工會。如果一個聲請設立許可的工會組織，其潛在的成員已歸屬於現實存在的工會，工會法則明文禁止新工會的成立<sup>209</sup>。雖然在工會組織的立法設計上，此種工會單一性的法律原則並非當然違反國際間的勞工人權標準<sup>210</sup>，但是該單一工會也必須具有如下兩大機制：第

---

<sup>206</sup>參見 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.201

<sup>207</sup>參見 Michael Newman, *South Korea Trade & Investment*, Far East. Econ. Rev., June 22, 1995, p.45

<sup>208</sup>參見 Korean Worker, (Yong Dong Po Indus. Mission, S. Korea), May 1995, p.7

<sup>209</sup>參見南韓工會法第三條第五款(1993)

<sup>210</sup>參見 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.205

一，工會的理、監事需由其會員選任之；第二，法律應認可該工會組織得代表勞工之利益，與資方進行改善勞動條件或會員福利的談判、協商(which association should be recognized by the government as the bargaining agent)。但在韓國，由於政府長期介入的結果，身為工會領導者的理、監事往往由官方內定產生；而基於全球化的經濟發展政策，勞資糾紛的調處又不得以妨礙整體經濟秩序作為手段，使得工會組織幾乎沒有機會代表勞工發揮其談判協商的利益調節功能。也因此，不但韓國現有的工會生態幾近癱瘓，法律又禁止新興工會的設立，造成勞工權利投訴無門、缺乏正當管道可與政府或資方協商，充滿了情緒色彩的激烈勞工運動，也就多次在南韓街頭上演了。

由於工會欠缺上述的內在機制，而政府又採取嚴格的單一工會制度，南韓勞工只得被迫加入由官方所認許的工會組織；工會法該項條文否定了勞工的集會結社自由，也促使長期以來領導南韓勞運的各組織，皆因缺乏合法地位而不獲正當性，連帶導致了南韓接連不斷的勞運流血抗爭。而在一九九一年加入國際勞工組織(ILO)之後，南韓政府也開始為其蔑視勞工人權的法律文化，備受國際間譴責的沉重壓力；例如南韓工會法的該項禁制，不但因抵觸南韓憲法保障集會結社自由的原則而違憲，同時也違反了國際勞工組織憲章第八十七條的規定<sup>211</sup>，而引來 ILO 敦促其改革的反對聲浪。

在實務上，由南韓勞工本身發起的自發性工會組織，往往因為資方操控的各種名義上工會的存在，而受到法律上的阻礙；而這些名義上的合法工會，大都只因法律所賦予的合法地位而能正當存續，且不論其實質上是否獲得成員的支持，皆足以其合法地位阻擋其他工會的成立。例如在重工業的領域中，雖然汽車與造船工業在一九八七年後，皆陸續有新興工會的組織，但卻因為已有隸屬於韓國工會聯盟(Federation of Korean Trade Unions, 簡稱 FKTU)的的相關工會組織存在，使得這些新興組織根本無法取得法律上的承認；而 FKTU 本身不但具有壟斷性的合法地位，其背後也因資方的暗中操控而獲得政府支持，至今仍是南韓主要的全國性工會聯盟<sup>212</sup>。

面對長久以來由 FKTU 獨大的壟斷局面，由各種地下工會所組成的反對陣營，也逐漸壯大其聲勢，在一九九三年整合成擁有廣大勞工支持的韓國工會協會(Korean Council of Trade Unions, 簡稱 KCTU)；而在一九九四年的集會中，KCTU 決定成立一個具有民主化內部機制、且足以與 FKTU 相抗衡的反對組織，並以此作為其發展上的方針。但儘管勞工組織的自覺漸行蓬勃，上述工會法對工會設立的禁制規定，卻將勞運的一切努力抹黑為不合法的動亂；由於 KCTU 的成立

<sup>211</sup> ILO 憲章第八十七條，乃規定有關於勞工集會自由與對其結社權的保障，於一九四八年七月九日制定，而於一九五零年七月四日生效。

<sup>212</sup> 參見 Richard Dicker, South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule, Pacific Basin

宗旨，即是作為 FKTU 的競爭者，因此其始終是工會法上的非法組織，難以取得主管機關的特許。以今日的南韓，雖然類此的獨立工會組織已具有開設事務所、選舉幹部及散發宣傳出版品等合法權限，但法律仍未賦予其相當於合法工會的權利能力；也就是說，這些勞工組織仍然不得代表其會員，與資方進行集體的勞資協調、談判或提起勞工訴訟。根據一位受訪於《亞洲人權展望協會》的南韓勞運參與者表示：

因為南韓憲法明文保障集會結社的基本人權，政府只好允許這些勞工組織存在，但透過工會法的特別規定，這些組織根本不具有「工會組織」的性質，因為只要他們開始從事於勞資談判等工會固有的職權，法律與政府就給予立即的壓迫<sup>213</sup>。

由這番訪談的紀錄中，似乎也充分顯示出南韓工會法透過該項禁制所呈現出來的法律文化：對於積極投入勞運的勞工而言，法律不但無法保衛其權利，反而成為政府的壓迫工具；而對經濟至上的政府而言，憲法對基本人權的最高保障原則，並不是制衡行政者依法行政的界線，而是政策推行的絆腳石；憲法並未受到執政者的重視，透過特別法的制定，政府仍得以充分掌控勞工運動的成長空間，以配合其他的國家政策。

#### 四、否定公職人員的結社自由(Denial of Freedom of Association for Public Servants)

此種對公職人員結社自由的否定，造成了南韓勞工法領域中另一項侵害基本人權的著例；此處公職人員的範圍，尚包括學校教師在內，且這種對教師的人權侵害，也曾引發了南韓國內大規模的勞運抗爭，詳情留待後述。在法律的定義上，公立學校的教師屬於擔任教育性工作的公職人員，根據國家公職人員服務法(National Civil Service Act)的規定，公立教師一如其他的公職人員，一律禁止集會遊行、團體進行談判或提起集團性勞工訴訟等行為<sup>214</sup>。除此之外，私立學校法(Private School Act)也將此限制準用於私立學校的教師<sup>215</sup>，造成了範圍更加廣大的權利侵害<sup>216</sup>。

南韓政府宣稱，由教師組成的工會之所以不具法律基礎，除了教師具有公

---

Law Journal,p.206

<sup>213</sup>參見 Richard Dicker, South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule, Pacific Basin Law Journal, p.208~209

<sup>214</sup>參見該法第六十六條

<sup>215</sup>參見南韓私立學校法第五十五條

<sup>216</sup> 南韓政府宣稱此項禁制的法理基礎，來自於憲法第七條「一切公職人員皆應為全民公僕」的規定。但是，上述規定只是宣示了公職人員不應「只為追求特定個人、階級或黨派的利益而服務」的原則，而非可作為剝奪其勞工權的規範基礎。參見 Richard Dicker, South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule, Pacific Basin Law Journal, p.209

職人員的身分之外，也因為傳統價值的影響，使得教師的崇高身分截然不同於一般勞工所致；但是，這項法律上的禁令卻已明顯抵觸了 ILO 所立下的國際勞工人權標準<sup>217</sup>，而使南韓政府近年來備受來自於 ILO 的改革壓力。

#### 五、禁止協力者干涉工會之設立或煽動勞資糾紛(The Prohibition on “Third Party Intervention”)

關於此項禁止規定，主要來自於南韓的工會法及勞資爭議處理法。此處所謂的「協力者」(third party)，係指雖非勞工、但乃與雇主或相關工會具有實際上的僱傭或委任關係之人<sup>218</sup>；在南韓勞工法上，此等非勞工的協力者，法律乃禁止其以任何的介入行為，意圖影響工會組織的設立<sup>219</sup>，或煽動勞資糾紛的發生<sup>220</sup>。

於歷年來的勞工爭議實務上，所謂「協力者的干涉」常被法院加以擴張解釋適用<sup>221</sup>，即使對任何和平示威或集會表達個人性的正面意見，都有可能遭到逮捕取締；且由於法律對此禁止規定的違反，皆設有刑罰制裁，屬於特別刑法的範疇，用以在勞工運動中，作為逮捕拘禁勞運領袖的正當化基礎。因此，南韓勞工法該項對「協力者之干涉」的禁止，事實上已達於侵害人民言論自由的違憲程度，也違反了 ILO 所定的國際勞工人權標準<sup>222</sup>；ILO 也已向南韓政府發出聲明，主張該項禁制乃為「對工會正當功能所為的嚴重限制」<sup>223</sup>，強力敦請南韓政府進行開放的修法程序。

#### 六、妨礙談判(Business Interference)

另一個常被南韓政府在勞工運動中用以突圍的技倆，即是透過此種刑法條文<sup>224</sup>，將投入勞運的勞工入罪逮捕，以突破情緒高昂的抗議群眾。而依據南韓刑法的條文，即使抗議的勞工僅以暴力作為口頭上的威脅，卻未有實際使用暴力的行為，仍足以該當於刑法上的妨礙談判罪；立法設計上關於該罪的成罪標準過於

---

<sup>217</sup> 國際勞工組織憲章第一百五十一條，即對公職人員的集會結社自由予以特別的保護，明白揭示「由公職人員所組成的工會組織，應享有完全獨立於政府機關的法律地位」。

<sup>218</sup> 參見 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.210

<sup>219</sup> 參見南韓工會法第十二條第二款(1993)

<sup>220</sup> 參見南韓勞資爭議處理法第十三條第二款

<sup>221</sup> 參見上述 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.197~242

<sup>222</sup> 參見國際勞工組織憲章第八十七條

<sup>223</sup> 參見 *Complaint Against the Government of Korea*, 294<sup>th</sup> report, case no.1629, at 144 para.400(d), ILO Comm.on the Freedom of Ass'n(1995)

<sup>224</sup> 南韓刑法第三百十四條規定，「以暴力作為威脅(by threat of force)，意圖妨礙他人所進行之談判者(who interferes with the business of another)，處五年以下有期徒刑，或科兩萬五千元(won)以下罰金(相當於 US\$36)。 」

浮濫，造成南韓違反了遵守國際勞工人權標準的國際義務，也代表了南韓官方濫用刑法與正當法律程序的施政瑕疵。

依據亞洲人權展望協會對某位知名的南韓勞工法學者所作的訪談，實務上關於妨礙談判罪的起訴，檢方往往未加區分犯罪嫌疑人所為者，究屬違法行為或合法行為；舉例而言，一九九零年的四、五月間，十名聚集於 Taegu 的 Taehwa 染料公司外實行罷工的勞工，僅因其於公司大樓旁敲鼓抗議，即遭警方以妨礙談判罪嫌加以逮捕<sup>225</sup>。此外，關於實際上勞工抗爭案件的發生，爭議雙方其實還有其他的法律途徑以茲解決，例如適用勞資爭議處理法的相關條文，聲請調解或提付仲裁；但實務上只要勞資衝突一發生，往往立即遭政府有關單位加以鎮壓驅散，並沒有被視為「單純勞資衝突」而進行解決的機會<sup>226</sup>；這樣的情形顯示出南韓官方處理勞工爭議時的心態，其實根本難以認同勞資糾紛的正當存在，連帶也貶損了法律用以解決紛爭的功能，反而習慣於使用刑法來「對付」抗爭者，再次反應了法律作為統治工具的法律文化。

#### 第四節 由案例研究中所顯現的勞工法律文化

##### 一、一九九四年六月的鐵路員工罷工事件

一九九四年六月，由勞工自行組成的韓國火車協會(Korean Locomotive Council, KLC)試圖代表其所屬勞工，要求韓國國家鐵路局(Korean National Railway)針對員工的超時工作、加班費，以及週休一日制進行調整。但由於 KLC 的會員，於名義上皆已由 FKTU 下所屬的同盟組織 鐵路工會聯盟(Federation of Railroad Workers Union) 所代表，因此 KLC 雖然才是實質上代表勞工權益的工會團體，卻不具有任何合法地位；而以政府為後盾的國鐵局則把握此點，拒絕與地下工會 KLC 進行任何談判<sup>227</sup>，造成衝突的日益激烈。剛開始由於官方不願進行談判而激怒抗議群眾，導致群情激憤的勞工聚集於國鐵局外，蛋洗局長以示抗議，但隨即遭警方以妨礙談判罪嫌逮捕<sup>228</sup>。之後，KLC 發起全國性的靜坐抗議，要求國鐵局出面談判，並揚言若政府仍然拒絕談判，KLC 決定於六月二十七日發動罷工；但尚未發生罷工抗爭之前，大批警力即於二十四日對靜坐群眾進行突襲，逮捕了六百多名抗議勞工，雖然絕大多數皆於法定訊問期間兩日以內即被釋

<sup>225</sup>參見 *Retreat From Reform*, supra note 13, Asia Watch, 1990, p.36

<sup>226</sup>參見 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.212

<sup>227</sup>參見 The Railway and Subway Workers' Strikes, KOREAN WORKER, (Yong Dong Po Indus.Missions, S.Korea), Dec. 1994, p.4

<sup>228</sup>同前揭

放，但也有人因為拒絕簽署警方所要求的悔過書，而繼續遭到非法羈押<sup>229</sup>。就在警方的掃蕩行動進行之際，國鐵局也對抗議勞工發表談話，揚言將解僱未於二十五日上午十點之前回歸工作崗位的員工，以立即解僱要脅勞工休止其抗爭。另一方面，全國性的罷工風潮也延燒到漢城的大眾捷運局(Seoul Metropolitan Subway Corporation, SMSC)，勞工持續靜坐，要求 SMSC 調漲 14.5% 的工資，以代替原本 3% 的漲幅；但 SMSC 並未做出正面回應，反針對抗議勞工因罷工所造成的資方損害，提起債務不履行的損害賠償訴訟<sup>230</sup>。此外，檢方也以「協力者煽動勞資糾紛」的罪嫌，起訴 KLC 的勞運領導分子，主張其對群眾所發表的演說，煽動勞工起而對抗國鐵局。事件最終於國鐵局對抗議勞工的懲戒中落幕，KLC 因主要幹部皆遭逮捕而瀕臨瓦解，而國鐵局亦始終未對其抗爭訴求做出正面回應。

由整個事件的發展過程看來，法律似乎從未成為弱勢的勞工用以爭取權利的武器；勞資糾紛一開始，勞工代表即因欠缺合法地位而飽受挫折，非但無法據理力爭，反而因此給予資方拒絕談判的藉口；對資方或政府而言，起初法律對工會團體所設的門檻，成為其閃避勞工爭議的擋箭牌，政府不但因此拒絕談判，更能進而以解僱要脅抗爭的停止，並利用法律逮捕勞運領導人、驅散抗議群眾。可見在勞工爭議問題中，法律並非保護弱勢者的最終防線，反而是強勢者的攻擊武器，因此當勞工只能以靜坐或罷工等體制外的手段尋求解決時，資方根本無須做出正面回應，反倒轉而尋求法律途徑，對弱勢的勞工提起債務不履行的損害賠償訴訟；這也充分顯示出南韓勞工法領域受到強勢政府所形塑的法律文化：法律乃為保障統治者而存在，也只有掌握法律資源的一方，才有運用法律爭取利益的可能，一般的廣大平民始終只是法律之前被壓迫的弱者而已。

## 二、大韓電信事件

大韓電信公司(Korea Telecom, KT)是由政府獨資經營的國營事業，壟斷了南韓全國的電信網絡業務。一九九五年五月，糾紛起因於勞資雙方關於政策主導的支薪上限與民間資本的進入與否，各採取意見相左的立場。但談判開始不過數日，官方隨即以強硬態度逮捕驅散響應的勞工，卻使得衝突愈演愈烈；當時的南韓總理金泳三，甚至公開發表恫嚇勞方的言論，表示政府「將採取一切必要的嚴厲措施」，以對抗任何反對 KT 的工會成員；且依照金泳三所表達的談話，任何反對 KT 的意圖與行為，皆被官方等同於「推翻政府」的內亂行為<sup>231</sup>。

---

<sup>229</sup>Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.214

<sup>230</sup>Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.215

<sup>231</sup> 參見 Agence France-Presse, May 15, 1995, available in LEXIS, News Library, Wires File, AGFRP Database.



一九九五年五月初，工會代表請求資方廢除由政策主導的支薪上限，並對開放外資與民資進入的爭議明確表態，起初勞方的態度趨向平和，但談判過程中，KT 主管階層卻下令懲戒勞工代表六十四人，並拒絕與受懲戒的員工繼續對話，因而造成談判破裂，進而爆發表面上的衝突。隨著衝突的擴大，檢方開出拘票逮捕抗議懲戒處分的工會領袖，並以妨礙談判及非法集會等罪嫌起訴，透過檢方的動作，刑罰的壓力逐漸滲透於糾紛之中，使得情勢愈形緊張。由於充分感受到來自法律的壓力，勞工代表致力於重開談判，並呼籲政府停止使用懲戒措施或訴諸任何法律途徑，也保證工會不再貿然採取集體的正面抗爭行為<sup>232</sup>。但由於六月二十七日的大選在即，使得官方不願繼續任何反政策性的談判，政府因此極力將勞運泛政治化，藉以彰顯其反政府性格，強調其違法性，以獲得保守選民對國家鎮暴的支持<sup>233</sup>。衝突發展後期，由於政府的強力壓迫與掃蕩，使得靜坐抗爭最後只能藉由教堂或寺廟等宗教場所來舉行<sup>234</sup>；此時檢方的立場依然傾向於持續的逮捕鎮壓，當時的最高法院檢察長即向媒體表示，「法律將對工會領袖追究到底」(pursue KT union leaders to the end)，且將使其為「挾持全國電信事業作為人質，以從事非法集會滿足其政治目的的行為」付出代價<sup>235</sup>，也表示「若抗爭持續於宗教庇護下進行，檢方將依正當法律程序使用警力」來予以驅除。衝突接近白熱化之際，南韓境內的宗教與學術等中立團體，也紛紛起而支持勞工，並呼籲政府放棄以武力壓迫「正當合法的工會主義」(legitimate unionism)；但直到最後，政府的態度始終強硬，警力也終於兩度進入教堂與寺廟，逮捕工會領導分子、毆打聲援的學生團體<sup>236</sup>，並且封鎖集會現場以便完全禁止集會的繼續，造成對集會自由權的嚴重迫害。事後官方雖迫於輿論壓力對武力的使用表示後悔，但仍一再重申政府「守法執法」的決心，強調宗教場所不應「為非法抗爭而庇護」、或因此成為國家主權所不及的「域外領土」。

雖然法律承認勞資衝突的存在，也定有解決紛爭的法定程序<sup>237</sup>，但資方對勞資間談判的迴避，卻可說是其處理勞工問題的一貫基調，原本所不情願進行的對談，也因資方下達了懲戒命令而被迫中斷，使得和平協商轉為暴力的衝突；此處所顯現的，是韓國官方在面臨勞工爭議之際，具有「老大心態」的法律文化，即使法律承認勞工與資方具有平等的法律地位，針對勞資衝突的發生應共同謀求解決，依據法律聲請調解或提付仲裁；但實際上，資方於勞資關係中始終秉持其強勢地位，罔顧形式上的法律規定，拒絕放下身段與勞工進行談判。除此之外，法

<sup>232</sup> 參見 *Korea Telecom Retreats From Moves Towards Strike*, KOREA TIMES, F.B.I.S., May 22, 1995.

<sup>233</sup> <sup>233</sup>Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.228

<sup>234</sup> 同前揭

<sup>235</sup> 參見 Agence France-Presse, May 30, 1995, available in LEXIS, News Library, Wires File, AGFRP Database.

<sup>236</sup> 參見 Agence France-Presse, June 8, 1995, available in LEXIS, News Library, Wires File, AGFRP Database.

<sup>237</sup> 參見南韓勞資爭議處理法

律在整個抗爭事件中無疑仍是政府向勞工施壓的利器；由於類似事件甚少被當成勞資糾紛而進入實質的衝突解決程序，使得法律用以解決紛爭的機能常遭忽視，而檢方挾帶刑罰的威脅介入，又使得南韓人民對法律用以壓迫異己的作用，感到印象深刻；勞工階級害怕「法律介入勞資糾紛」的法律文化，由工會代表呼籲政府「停止訴諸法律程序」以恢復和平談判的聲明中，即可充分顯現；對抗議勞工而言，一旦紛爭的處理滲入法律的運作，公平正義必將遙遙無期，因為強權的壓迫將封閉化解衝突的管道，只有雙方「棄法」輸誠，才能尋求理性的解決方案。

### 三、對教師集會結社自由的否定

前已述及，基於官方宣稱教師的身分不同於一般勞動階級的勞工，南韓的公、私立學校教師皆由法律禁止其集會結社的自由，以標榜教師崇高的道德色彩。但此項違憲的法律禁令，卻於一九八九年掀起風波，有將近一千五百名教師因聲援韓國教師暨教育工作者聯盟(Korean Teachers and Educational Workers' Union，韓國教聯)的創立，而遭到免職處分的懲戒。

正由於法律上對教師基本人權所設的不合理限制，使得韓國教聯的創立，根本無法取得法律上的正當性；而在韓國教聯成立之前，唯一可能代表教師利益的團體，則是由政府所主持的韓國教育聯合協會(Korean Federation of Education Association，KFEA)；KFEA的成員中，除了一般教師之外，也容納其他非教師的行政官員，因而使得該組織的運作性質，與其說是工會，毋寧更接近一般的職業團體而已<sup>238</sup>。一位受訪於亞洲人權展望協會的韓國教聯發言人即表示：

官方主張在兩韓國土分裂的現狀之下，要求承認教師工會的合法性是不可能的，更何況其一再強調，在儒家的意識型態當中，教師不應被視為單純的勞工而已。因此，原本的KFEA只能發揮一般職業團體的功能，定期召開專業上的專題研討，卻不能具備工會團體的基本立場<sup>239</sup>。

基於此種工會結構上的限制，一九八九年間，為促成韓國教聯的成立，上千名教師因此遭到解職的命運。事發之後，也有許多被解職的教師尋求法律途徑，向行政法院起訴請求復職，雖然大多數皆遭法院駁回，但也有少數法官認為，原告教師的行為並未因此對「社會秩序或整體教育環境」造成危害，而判決原告勝訴，責令身為被告的教育部(Ministry of Education)應即為復職處分<sup>240</sup>。但是，該等法院判決確定之後，教育部卻又拒絕履行該判決，直至輿論所發動的連署及

---

<sup>238</sup> 參見 *Retreat From Reform*, *supra* note 13, p.63

<sup>239</sup> 參見<sup>239</sup> Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, *Pacific Basin Law Journal*, p.234

<sup>240</sup> 參見 *Retreat From Reform*, *supra* note 13, p.65

請願行動，對金泳三政府提出強力譴責，官方才提出「以教師之退出教聯」作為復職處分的條件；由於官方的強硬態度，致使韓國教聯最後不得不接收政府所提的條件，使更多教師得以回歸教職，從事實質上的教育工作<sup>241</sup>。

但在此事件之後，南韓教師的工作條件並未因而改善；一九九五年五月，於漢城執教的近百名教師，因為向金泳三政府提出了一份直接的教改意見，使得其中居首的五位教師，遭到漢城市教育局(Seoul Educational Board)所為懲戒處分，嚴重侵害教師身為一般國民所應有的言論自由權<sup>242</sup>。由類似事件的一再重演，南韓政府對教師的集會結社自由，似乎仍進行著持續的壓迫，顯示「特別權利關係」的窠臼，仍對韓國法律文化存有相當影響力；也顯示出南韓受到儒家傳統的深刻影響，統治階層為了形塑意識型態的教育工作，不得不嚴密掌控其與教師之間的特別權利關係，將「教師」的身分崇高化、神聖化，使其與一般勞工區隔出來，透過道德上的高帽架空其法律上應有的基本權利，也使得法律在面臨教師的勞工權利爭議時，因為規範內部邏輯的矛盾——法律與憲法基本權保障的矛盾而模糊失焦，使得原本的「法律上」議題消音，轉而成為「道德上」的各說各話，憲法對基本人權的保障就只能持續空洞化了。此種法律議題不受重視的結果，也難免貶低司法所應有的公信力；由上述的案例當中可知，行政機關對法院所為的給付判決，竟公然表示拒絕履行，對行政機關而言，國家司法反倒不若民間輿論使其感受壓力，也顯示韓國傳統的法律文化中，行政獨大的政治生態依然猖獗；且如果法院判決對國家行政機關而言，尚且不具公信力，又遑論一般人民得以培養尊重司法的法律文化？！

#### 四、小結 製造問題而非解決爭議的南韓勞工法

戰後的南韓社會變遷劇烈，勞工問題所引發的動亂尤其層出不窮，但大抵歸結起來，其中大規模的衝突之所以發生，通常非因勞資糾紛如何複雜曲折，而只是礙於法律規定所限制的門檻，造成雙方爭議根本無法「被當作爭議」來進行實質上的解決。因此，常常是規模浩大、代價慘重的抗爭激情過後，雙方仍然受制於「無法與不具法律地位的團體進行協商」此等前置問題，絲毫無助於紛爭的解決。而且，法律在勞工議題中不但無法發揮解決爭議的功能，甚至總是挾帶著刑罰與暴力的威脅，成為政府鎮壓勞運、製造流血衝突的工具；從這樣的事實背景來加以觀察，南韓現行勞工法律的角色，似乎尚未成為重要的紛爭解決機制，反倒是多數勞工爭議的問題製造者。

由於國內的改革聲浪只能在非形式的場域中持續混戰，近年來致力於南韓

---

<sup>241</sup> 參見 *Korean Teachers and Educational Workers' Union*, 1995, at. 5

<sup>242</sup> 參見<sup>242</sup> Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p. 236

勞工法律修法的幕後推手，則主要來自國際間的輿論壓力<sup>243</sup>，上述 ILO 屢屢對南韓政府所為的敦促與建議，即為其中之一；而在一九九五年間，南韓申請進入 OECD(Organization of Economic Cooperation and Development)的議案，也為南韓的勞工法改革增生契機。由於南韓是東亞新興工業國家中，第一個申請進入 OECD 者，因此 OECD 也將趁此機會，審慎評估南韓勞工法的進步情形，以為其他東亞國家的比較參考，且透過入會資格當中對人權保護條款的審查，OECD 也得以對南韓官方形成龐大的改革壓力<sup>244</sup>。因為急於獲准進入 OECD 的緣故，迫使金泳三所領導的政府，終於必須正視勞工權利的存在；現今南韓雖已因著手改革會議的召開而獲准入會，OECD 仍對此持續觀察中，其未來的改革成果，尚值期待。

## 第五章 結論

綜合上述對韓國法律文化的探尋，筆者試圖歸納出韓國社會中較具特徵的法律現象、及其背後的成因。

### 第一節 靠立法解決問題的社會期待

由本文之前對於南韓戰後資本主義發展的探討，同時面對戰後資本主義與國家正義的雙重壓力，使得社會問題發生之際，行政機關的調適、解決總是成本高昂且緩不濟急，使得大量法案的制定成為戰後南韓常見的政治儀式，但是許多法律並不因此而發揮應有的實效，其象徵意義遠超過實質意義，用以彰顯政府對相關問題所經營的政績而已。例如先前所討論的勞工法改革，雖然迫於 OECD 的國際輿論壓力，使得金泳三政府不得不召開改革會議，著手於勞工法案的修改，但許多與會的工會代表卻頻頻表示，政府只是迫於無奈、承襲戰後的官僚作風予以修法，企圖藉由立法工作的成績，來爭取國際間的認同而已，政府本身並不具有執法的誠意，立法上的改革也只是「使勞工的工作條件更加惡化」<sup>245</sup>。未來的南韓勞工法實務，是否也會如同戰後的大量社福法案，僅具有形式上的象徵作用，則仍待學者進一步觀察。

---

<sup>243</sup> 參見 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.196~200

<sup>244</sup> 參見 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.236

<sup>245</sup> 參見 Richard Dicker, *South Korea Labor Rights Violations Under Democratic Rule*, Pacific Basin Law Journal, p.240~241

## 第二節 期待不具對立性的法律程序

由本文先前關於西方與南韓民事調解制度的比較，南韓社會基於中國法制的影響，傾向於訴諸賢明的「長官」來解決紛爭，反而對西方訴訟原則下的「當事人進行主義」不具信心，還是由法院主導真實與正義的發見，才是最為可靠的紛爭解決系統。且由法院以長官的身分主導程序的進行，方足以削弱當事人主導所造成的高度訟爭性或對立性，也較為符合韓國人民處理紛爭的法律文化。因此，韓國關於調解制度的立法設計，並不完全承襲與西方法律完全相同的架構，而是根據其本土社會的法律文化發展，開闢另一種符合人民習慣的法律途徑。

## 第三節 使用重於所有的財產權觀念

於本文中關於貧民違建的土地問題所進行的討論，韓國人民對於財產權的法律意識，基於農業國家文化的傳統，重視財產的使用情形，遠勝於對所有權排他性的尊重；也因此，都市發展過程中必然伴隨出現的違建問題，在南韓更為猖獗，雖然法律明文保障土地所有人的完整權利，但實務上不僅所有人常因法律文化的影響，「不好意思」行使權利，侵害他人權利的貧民，也常自以為土地的真正使用者，而以老大心態自居，不但拒絕遷離，反要求所有人補償其因遷離所喪失的「使用利益」。

## 第四篇 中國部分

### 第一章 序論

中國共產黨秉持馬克斯主義，認為法律制度在共產主義社會，最後終將走向滅亡。因而在中共統治中國初期，即廢除國民政府時代的六法全書，而以黨的領導作為政府與人民行為規範的最高准繩。但中國在文化大革命及數十年的經濟蕭條後，於鄧小平統治時期，自一九七九年開始在經濟上走向務實路線，國家政策以經濟發展為中心。

為使經濟發展，中國政府全力使用法律制度作為經濟發展的指導原則。任何經濟政策以及人民的經濟活動，均制定法律制度加以規範。從而使法律制度之發展，在八〇年代以後成為可能。然而由於中共仍然在政治上堅守一黨專制，法律制度的發展，深受政治力的影響，人民對於司法制度的信賴，因而降低。在一個處於政治與經濟變動仍然十分劇烈的社會，人民展現如何的法律意識，值得研究。

### 第二章 中國大陸的文化背景與法律變遷

法律文化的面貌是不同的文化背景互相滲透的結果，因此欲探討特殊地域的法律文化，便不能不對其文化脈絡展開初步的了解。而在中國，頑強的歷史情境與民族感情，更造就了其文化背景中獨樹一格的傾斜局面，也就是政治文化對其他文化的支配性格。無論是十九世紀西風東漸以前的傳統中國，抑或是現今共黨領導下的現代中國，中國人依然是個泛政治化的民族，政治上的局勢仍舊主導著中國文化的其他領域；也因此，要探討影響中國法律文化的其他文化背景，首當其衝地即是政治文化的更迭。為了法律文化區隔上的方便，我們將自傳說時代至清朝末期的歷史稱之為「傳統中國」，這段時期的中國法律文化，尚未受到大規模西方文化的浸染，其政治局勢與法律制度也得以維持高度的穩定性；而將清朝覆亡至今的中國大陸稱之為「現代中國」，這段時期的中國法律文化，由於二十世紀中臺海兩岸政治局勢的割裂而步向疏途，現代中國的法律文化發展，雖然仍深受共產黨領導的政治局勢所支配，但背景已不僅是社會內趨力的作用，更重

要的，是與西方文化所帶來的軒然大波相互滲透抗衡的結果。

## 第一節 由政治強勢所主導的法律文化

中國人是個泛政治化的民族。自古至今各種文化發展的消長態勢，幾乎無法擺脫政治強勢的主宰支配；我們可以說，高度政治性既是中國文化最為顯著的特徵之一，也是其邁向多元發展的最大障礙。中國歷史上政治局勢的演變，往往直接主導了與之相應而生的從屬文化，法律文化的發展自然也無法逃脫這樣的政治框架。

### 一、中國傳統法律文化基本精神的歷史發展

就法律文化的基本精神而言，具有數千年悠久歷史的中國法律文化經歷了漫長的發展階段，形成了獨特的「集體主義」精神<sup>246</sup>；法律規範的社會功能在於通過對個人行為的制約來維護某種社會團體的利益與秩序，或者說，是以維護社會整體安寧的角度出發，來設計個人的權利。在這種「集體主義」精神的支配下，傳統中國的法律實踐活動既維繫了整個民族的生存與發展，卻又對社會文化的演進施以巨大的阻力。而這種集體主義的法律文化基調，正是中國歷史上政治強勢主導之下的產物，它經歷了一個漫長的歷史過程。

### 二、「神本位」的法律文化基本精神

殷商是「迷信鬼神不重人事」的時代。神的權威扭曲了人們的思考，壓抑了人們的自主精神；神成為人間立法和司法的最高主宰。儘管此時神的權威尚未與實質的政治領袖相結合，但崇尚神靈的文化仍是透過政治核心的宣傳而逐漸成型<sup>247</sup>；於是，神成了人間和民族最高利益的代表，服從神，就等於服從了人間和民族的整體利益。在神本位的前提之下，法律是神意透過政治而施用於社會整體的規範，集體主義的文化性格即在與神對立的社會群體之中彰顯出來。

### 三、「家本位」的法律文化基本精神

「不崇鬼神，注重人事」是西周始立的時代風尚。周人對殷人的勝利，標誌著人對神的戰勝。但當時所重的「人」的概念，並非個體的自然人，而是宗法

---

<sup>246</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 65

<sup>247</sup> 《禮記 表記》中說，「殷人尊神，率民以事神，先鬼而后禮，先罰而後賞，尊而不親，其民之敝，蕩而不靜，勝而無恥。」

家族意義下「集體」的人；於是，「禮」作為宗法家族制度的化身登上政治法律舞台，獲得空前的社會價值。它不僅是區分統治階級與被統治階級的標準，也是在統治階級內部實行權利再分配的尺度。當時的政體是宗法貴族政體，其支柱是嫡長繼承制、土地分封制和世卿世祿制，其特徵是政治等級與宗法等級合而為一。宗法貴族政體在意識型態領域的反映是「禮治」，即按宗法等級精神來塑造和支配社會生活的各個方面；家族是社會的基本細胞，國家是家族的擴大，宗法家族規範與國家法律毫無二致。中國法律文化中的集體主義基調持續發展，且透過「家本位」來呈現的階級意識型態，則成為神聖的審判原則，在法律活動中處處表現著尊卑、親疏、長幼、男女之間不平等的精神。

#### 四、「國本位」的法律文化基本精神

戰國、秦朝是中國中央集權的君主專制政體確立的時代。隨著政治局勢的演變，中國文化的其他面向也相應而變：一家一戶的土地私有制取代了由貴族所壟斷的土地所有制，官僚制取代了世卿制，地域性行政組織取代了宗法血緣紐帶而主導這些文化變遷的癥結，即是中央集權的君主專制政體取代了宗法貴族政體。「國本位」是新興地主階級的法律精神，法律的施用須一切以國家利益為最高原則。因此，必須以強制手段來沖決家族的外殼，將個人從家族的小團體中分離出來，進一步把個人利益同更大的國家利益聯繫起來，用賞罰分明的兩極手段驅使人民去做有利於國家的事，以「全中國人民」的龐大群體，來彰顯傳統法律文化中的集體主義精神；皇帝是國家的代名詞，於是「國本位」的起點與終點，都將歸結於確立和維護中央集權的君主專制政體。

#### 五、「國、家本位」的法律文化基本精神

由漢朝直至清末的漫長歷史時期中，傳統中國的法律文化取向逐漸在強大的中央集權政體下趨於穩固；自漢代以降，統治者為了鞏固龐大帝國的政權基礎，透過政治力的運作，融合了前朝法律文化中有助於穩定新政權的種種特徵；於是，漢武帝將儒學的價值觀納入國家法律體系，因此開啟了傳統中國「國、家本位」的主流法律文化。中國封建社會的基礎特徵，是在自然經濟的土壤上，宗法家族制度與極權專制政體的密切結合。無數個孤立的宗法家族需要一個超社會的權威實體的庇護，而專制皇權也需要宗族的效忠和護衛；這種彼此契合的強烈需求，使維護宗法家族秩序的儒家「禮治」，同維護極權專制政體的法家「法治」結合起來，形成了「國家」與「家族」的統一，也就是「禮法合治」的新局面<sup>248</sup>。如此兩相融合而產生的封建法律，乃以維護極權專制政體和宗法家族制度為最高原則。為了捍衛統治的正當性，處於封建階級的統治者，一方面透過法律對侵害專制皇權的行為予以嚴厲的鎮壓，一方面又把國家所有的立法權及司法權，部分

<sup>248</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 68



下放予家族首長，使其成為政府統治上的左右手，以此換取家族對政權的效忠。

總結而言，中國傳統法律文化的基本精神，幾乎皆隨政治局勢的演變而與時推移，但其變化過程中仍然具有其共同的特點，也就是程度不同地忽視個人的價值，用制約個人權利的方法來維護特定的社會秩序，集體主義的文化脈絡始終清晰。

## 第二節 現代中國的政治局勢與法律文化取向

一九一一年十月十日辛亥革命爆發，反動的大清王朝被推翻，「國、家本位」的傳統中國步入終結，繼之而起的是資產階級共和的南京臨時政府，揭開了資產階級民主法制的新篇章，也開啟了現代中國的政治新局。但在一九四九年以前的現代中國，政治局勢的爭奪與更迭是異常活絡的，內有袁世凱帝制與北洋軍閥先後的強權統治，外有列強帝國主義勢力的蠶食鯨吞；在半殖民地半封建的中國，「由於帝國主義列強勢力的存在和地主買辦資產階級的強權，軟弱的民族資產階級是沒有力量建立獨立的資產階級共和國的。同時，由於階級局限性，民族資產階級又不願動員廣大農民去完成反帝制反封建的革命任務，因而難以從根本上打碎根深蒂固的封建軍事官僚機構，更不可能成功運行西方資本主義式的憲法和法律」<sup>249</sup>；這也使得民國初年的幾部重要法律，無論是《中華民國臨時約法》或是之後的洪憲帝制憲法，於頒行之後都不得不走向半途流產的命運；由於足以領導其他文化發展的政治強勢尚未出現，現代化西方法制的建立仍處於朝令夕改的渾沌之中，更遑論法律文化的發展了。

北伐成功之後，政治上的新局面統合了法律文化的取向。「與國民黨反動政權的階級本質相適應，體現地主、買辦、官僚資產階級意志的國民黨政府的法律體系，由成文法中的憲法、民法、刑法、商法、訴訟法和法院組織法，以及其他單行法規編纂在一起」，也就是現今台灣法制下『六法全書』的雛形。此外，以動員戡亂的政治上理由，使得「當時的政治上主權者蔣介石的『手令』，也成為當時的國民黨政府認可的一種法律形式，具有最高的『法律效力』。特別要注意的是，從 1927 至 1949 年國民黨適用於特定期間、特定地點、特定的人或事項的特別法規，實際上的數量超過普通法規數倍，其中尤以刑事特別法規最突出」<sup>250</sup>，其目的就是實行嚴刑峻法以穩定新興的政權基礎。由此可見，在這段約達二十年的國民黨統治期間，中國法律文化發展的宏觀規律仍舊沒有改變，政治上的強勢依舊對法律文化的價值保有決定性的影響，儘管取自西方的法制型態已初步建立起來，但握有政治實權的統治者的意志與命令，其所具有的法律效力仍不被

<sup>249</sup> 引自法制日報 1999 年 12 月 31 日第三版，《百年磨礪百年希望——20 世紀中國民主法制歷程述評》

<sup>250</sup> 同前揭

質疑，法律文化依然是從屬於政治權力底下的一環。

一九四九年十月，中國共產黨終於取得政權，自此中國法律文化的發展又受到另一波政治強勢的衝擊；從新中國成立到一九七六年十月文化大革命結束的二十七年間，是中國法律文化現代化的探索階段。此時在法律實踐活動的總體精神上，提出了「國、民本位」的新型指導原則<sup>251</sup>；而政治力影響法律文化的一貫規律，則表現在過渡型的「政策法」系統當中。

「國、民本位」作為指導法律實踐活動的基本原則，其政治上的淵源則是社會主義意識型態的有機組成部分。不同於傳統中國一貫的集體主義精神，「國、民本位」的法律觀點可說是相當程度認可了個人利益於法律上的存在；簡而言之，在「國、民本位」的指導原則之下，法律既承認和維護社會主義國家的權利與利益，同時也承認和維護公民個人的權利與利益；因為社會主義制度的遠大理想中，國家利益與個人利益是統一不悖的。然而，「國、民本位」作為社會主義一種政治上的理想藍圖，或者足以在理論學術的辯證之中，與西方資本主義的法律觀相互抗衡；但以之作為法律實踐活動的實際指導原則，其現實上的矛盾依然是難以消磨的；至少，要如何使得「國家利益」與「個人利益」得以並行不悖，就是數十年來共產中國法律實踐上的重重難關。也因此，我們可以說，現代中國雖於立國之初即有意塑造「國、民本位」的全方位法律文化，但其理想與現實間的落差，卻在這段長達二十七年的文化探索階段中，發展出另一種「階級本位」的法律文化取向。

文革結束之前的現代中國，由於階級鬥爭的嚴重擴大化，干擾了「國、民本位」對法律實踐的指導，使法律的職能僅僅被侷限在政治領域，造成了「階級鬥爭支配一切」的政治觀點<sup>252</sup>，連帶影響了當時的法律文化發展；而此種「階級本位」法律觀的產生和確立，主要還是來自於政治強勢的主導型塑。首先，政治局勢的緊張直接促使法律文化的發展從屬於政治上的特殊需求；當現代中國成立之際，人民解放戰爭尚未完全結束，共產黨新興的執政基礎也尚未穩固，面臨台灣國民黨勢力的反攻，面臨國際民主陣營國家的封鎖和干涉，也面臨國內反動勢力的波動；在這種形勢下，新生的人民政權必須用法律和其他有用的措施，以鎮壓反動分子的反抗，維護政治革命的成果。再者，行政上集中的管理體制也同樣影響著法律文化的取向；新中國建國之後，共產黨的完全領導強調了人民民主專政的執政風格，政治、經濟和文化領域等重大問題，都由中央統一部署，一聲令下，八方行動；因此，黨中央和人民政府發布的通知、決議、命令等文件，都兼而具有國家法律的性質。這種由上而下的完全管理體制，也更加深了「法律是統治階級意志」的根本命題。

---

<sup>251</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 759

<sup>252</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 767

「階級本位」的法律觀一味強調法律在國家政治生活中的作用，即重視法律在打擊社會敵對分子方面的職能，從而忽視了法律本身具有的積極管理、規範作用，這種法律文化的取向也使得當時的實證法系統趨於片面，「法律不調節或不關心社會經濟、文化領域的活動，從而把這一寬廣的領域讓給其他的調節手段，比如幹部、政策和群眾路線等。<sup>253</sup>」而在「階級鬥爭」和「無產階級專政」的旗幟下，一般個人的權利和自由反而被合法、合理地遺忘了；「既然無產階級代表了全體人民的根本利益，那麼人民似乎沒有必要經常參與政治生活，也沒有必要切實保障人民言論、結社、出版、遊行、罷工等政治民主權利，和完善相關的法律制度。個人是國家社會大機器中的一個小小螺絲釘，個人應當服從整體，應該以國家的需要為自己的最大志願<sup>254</sup>。」於是，在階級本位的基本精神下，我們看到了傳統中國法律文化的集體主義精神，仍然頑強地於新中國的夾縫中求生存。除此之外，「階級本位」的法律觀，也將國家法制的莊嚴盾牌搬到「階級鬥爭」的天秤上，使它按照階級鬥爭所需的指針而擺動；其直接的影響就是擾亂了國家法治的嚴肅性、穩定性和權威性，使社會蔓延著賤視法律、懷疑法律的觀念。

除了「階級本位」的法律觀之外，「政策法」的法制系統模式，也是這段時期中，由政治強勢所主導的另類法律文化。所謂的「政策法」，是指一種相對不穩定的法律實踐狀態，也就是在管理國家和社會生活的過程中，重視黨和國家的政策，相對輕視法律的職能；「視政策為法律的靈魂，以法律為政策的表現形式和輔助手段，以政策為最高的行為準則，以法律為次要的行為準則，而當法律與政策發生衝突時，則完全依政策辦事。<sup>255</sup>」由於政策是黨的領導機關所制定的，又須靠黨和國家的各級幹部來執行，因此，在法律實踐中也就形成了「人」的作用高於「法」的作用的普遍見解。而「政策法」的法律體系型成的原因，除了現實上立法活動對國家管理的緩不濟急之外，一方面也起因於共黨政治核心對法律的工具主義意識型態；人民政府就曾經自豪地宣佈，「現在我們已經系統化的法條誠然不夠，但我們有政策原則、有政府命令可資遵循，只要我們精細地分析案情、靈活地掌握政策原則，自然就會把案件處理的很好。<sup>256</sup>」由此可見，此種「政策法」的法律文化，實根源於政治強勢的操控，將冠有「人民民主專政」保護傘的政治權力，根本置於凌駕法律的地位之上，使得法律失去與政治力量相抗衡的獨立地位，降格為黨國政策的輔助手段而已。關於「政策法」的其他相關敘述及其所影響的法律文化，將留待後文深入討論。

---

<sup>253</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 768

<sup>254</sup> 同前揭，頁 770

<sup>255</sup> 同前揭，頁 772

<sup>256</sup> 《華北人民政府關於重大案件量刑標準的通報》，見《中國新民主主義革命時期根據地法制文獻選編》第三卷，中國社會科學出版社，1981年12月

從一九七六年十月「文化大革命」結束，特別是共產黨第十一屆三中全會（一九七八年十二月）以後，可說是中國法律文化現代化的復興階段。在法律實踐活動的總體精神方面，文革期間「階級本位」的非理性鬥爭終於遭到揚棄，重新確立了「國、民本位」的法律觀，並開始一連串積極的法制重建工作<sup>257</sup>；這些蓬勃的立法活動除了揭示公民的法律權利重新受到政治核心的重視之外，也宣告了現代中國「政策法」時代的結束及「成文法」時代的開啟。然而，由政治強勢主導法律文化發展的深層機制，畢竟是數千年傳統文化的累積，時至今日仍在現代中國的法律文化中容有相當遺留；即便中共官方竭力宣稱其法制重建工作的輝煌成果，但在社會實然面的法律文化之中，政治色彩的鮮明依舊是共產中國至今無法完全擺脫的歷史包袱，此部份於後文中亦將有所詳述。

### 第三節 政治與法律體制的變遷

國家政治上的更迭總是伴隨著法律體制的變遷，也因此，法制史的研究幾乎無可避免帶有濃厚的政治色彩；然而，儘管法律體制的形成往往始於政治力的單方運作，但政治核心之所以選擇一定的法律體制系統，本身也就是一種法律文化的反映；之後，法律體制也在社會群體不斷的實踐之下，逐漸內化為社會群體的各種法律意識，從而存在於法律文化的深層，並不時影響著歷史中下一波法律體制的建立。

#### 一、中國法律體制發展的宏觀規律

就法律文化的宏觀樣式而論，傳統中國經過數千年的法律實踐活動，總結出其獨樹一幟的法律體制系統——混合法<sup>258</sup>。而傳統中國所獨有的「混合法」系統，既非自始形成，亦非一出現就完而備之，而是歷史上的反覆實踐過程所共同醞釀的法律文化遺產。

#### （一）「任意法」體系所呈現的法律文化

殷商時期的「任意法」是「神本位」法律觀在立法、司法領域的產物。「任

---

<sup>257</sup> 各項法制重建自十一屆三中全會後積極展開；諸如 1979 年 7 月和 1980 年 9 月，五屆全國人大根據中共中央的建議，先後兩次對 1978 年憲法進行了修改，初步規範了各級國家機構的設置，取消了在「文化大革命」中顯示出極大破壞性的公民「有運用大鳴、大放、大辯論、大字報的權利」的規定。又 1979 年 7 月 1 日，五屆人大二次會議在一天之內通過了七部重要的法律，它們是：刑法、刑事訴訟法、地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法、全國人民代表大會和地方各級人民代表大會選舉法、人民法院組織法、人民檢察院組織法、中外合資經營企業法。這七部法律的頒佈，也等於宣示了中共官方對形式法律的日漸重視，及其保衛公民個人權利的決心。引自法制日報 1999 年 12 月 31 日第三版，《百年磨礪百年希望——20 世紀中國民主法制歷程述評》。

<sup>258</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 73

意法」的「意」是「神意」與「人意」的巧妙結合，由政治上的統治者「代理」一部份的神意，也「行使」一部份統治階層的人意，使得當時的法律實踐活動在很大程度上帶有偶然的主觀隨意性色彩。

## （二）「判例法」體系所呈現的法律文化

西周、春秋時期的「判例法」是當時宗法貴族政體的必然產物，法官同其他行政官吏一樣是世襲的。當時的審判方式被概括為「議事以制，不為刑辟」，「臨事制刑，不預設法」<sup>259</sup>。其中「事」就是判例故事，意即選擇並依據以往的判例成事來審判裁決，不預先制定「什麼是違法犯罪」或「又當如何處罰」的成文法典。判例既是司法的結果，同時又是立法的產物，也連帶促使法官在國家法律的實踐活動中，處於十分關鍵的重要地位。

## （三）「成文法」體系所呈現的法律文化

秦漢一統天下，奠定了往後中國歷史上中央集權帝國的基礎，而「成文法」即是當時極權政體的產物。為實現國家對法律實踐活動的統一控制，統治階層必須設法結束貴族政體及其副產品「判例法」；唯一的辦法是捨棄原本世襲法官的傳統，由國家選派法官以執法，並將法律制定得詳而備之，使法官執行起來有如加減法一樣方便和準確。於是，國家禁止法官拋棄法條而去參酌以往判例，更不允許法官發揮個人的主觀能動性以「造法」，凡此皆被冠以不尊王上、蔑視法典的負面評價。

## （四）「混合法」體系所呈現的法律文化

西漢以後，歷代王朝都重視制定以刑為主，民事、行政、實體與程序法諸法合體的綜合法典。但是，由於成文法典不可能包覽無遺，龐大帝國的統治基礎又難於朝令夕改，而社會生活的節奏日益加快，法典與現實生活脫節的現象也就無法避免。為此，封建王朝除隨時頒布大量法令之外，也創制並適用判例；西漢時的「春秋決獄」與其說是儒家思想支配司法的開端，毋寧說是對古老「判例法」的一次回顧<sup>260</sup>。爾後，歷朝的決事比、故事、法例、斷例、例等，都標誌著「判例法」一脈相傳、經久不衰的獨特地位。由於判例是在法無明文規定或法條明顯不宜適用的條件下，才予創制、適用的，又常常因此經過皇帝的御批；因此，在特殊歷史條件下，判例甚至具有較成文法更高的法律效力<sup>261</sup>。封建王朝在無法立新法或修訂法典的情況下，也自覺運用「判例法」來彌補「成文法」的不足；這也就實踐了荀子的儒家法律觀，「有法者以法行，無法者以類（判例及法律文化）」

<sup>259</sup> 參見《左傳》昭公六年及孔穎達疏

<sup>260</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 75

<sup>261</sup> 同前揭

舉。<sup>262</sup>」因此，混合法可說是成文法與判例法的統一。在傳統中國歷史上，當成文法典宜於社會實際時，法律文化往往推崇成文法而排斥判例的創制與適用；而成文法尚未出現、或現行法典明顯不宜於社會生活時，判例則應運而生，並以此指導全國的司法活動；判例累積到一定程度，則經由統治階級將之上升為法條。於是，以統治階級的法律意識為核心，成文法與判例法即在中國法制發展過程中，週而復始地相互影響。

如果說「國、家本位」的法律文化基本精神，是傳統中國法律觀的主流，那麼「混合法」體系所呈現的法律文化，對中國的影響也是同樣深遠的；二十世紀初辛亥革命以後，中國雖結束了漫長的封建時代，但「混合法」的法律體系文化，卻在政局紛亂的前半世紀中一直被延續下來。比如，北洋政府統治時期制定了大量的單行法規，同時也編纂大理院判例和解釋例，使之同樣具有法律效力。據不完全統計，「從一九一二年到一九二七年，大理院彙編的判例有 3900 多件」<sup>263</sup>，足見判例在當時紊亂的司法體系中，所具有的重要意義。

#### （五）「政策法」體系所呈現的法律文化

一九四九年新中國成立之初，法律工作的中心領域仍侷限於打擊反革命分子的政治任務，因此國家高層先後制定頒布了《懲治反革命條例》、《懲治貪污條例》等具有高度政治性的單行刑法法規，但除此之外的法律規範領域，則幾乎是一片空白。由於重要法律一直沒有制定出來，審判工作基本上就只能靠黨和國家的政策，如此一來，也使得執法者對司法的控制成為一件很困難的事。當時，「黨和國家的政策是法律的靈魂，具有比法律、法令、判例更高的權威。政策是經常被調整的。政策一變，原來與之違背的法律、法令、判例便立即失去效力。在沒有法律、法令、判例的情況下，政策便成了最高法律。」<sup>264</sup>也因此，這一時期的法律實踐活動的狀態，「成文法」的成分固然缺乏，「判例法」的採取也不普遍，基本上相當程度脫離了傳統中國「混合法」的法律體系，轉而成為向政治強權一面倒的「政策法」型態。

## 二、現代中國的法制變遷

共產中國的法制建設曾遭受兩度摧毀和兩度重建。第一次是一九四九年的新生政權徹底摧毀國民黨舊法統，並在批判舊法觀念和改造舊司法人員之後，按馬克思主義法學理論和蘇聯的榜樣創建了新法制；但之後的文化大革命，又再次將共產黨自己建立的法制給摧毀了。第二次是十一屆三中全會後，開始了法制的

---

<sup>262</sup> 引自《荀子 君道》

<sup>263</sup> 引自武樹臣，中國傳統法律文化，頁 75

<sup>264</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 76

恢復重建而直至今日。在這些法制變遷的過程中，「摧毀」與「重建」的激進動作，都不可避免地截斷了法律文化的常態發展，更進而干擾、型塑了代表統治者意志的法律文化。

建國之初，中華人民共和國的法制是在徹底摧毀國民黨政府舊法統後，根據馬克思主義中國家與法的理論，仿照蘇聯法制模式建立起來的。馬克思主義關於國家與法的理論，其核心內容即將法律認為是「統治階級意志的體現」，是階級統治的工具，它由國家制定與認可，由國家強制力保證實施，確認和維護有利於統治階級的社會關係和社會秩序；當時

現代中國的法制幾乎完全建立在這一理論基礎之上。除此之外，現代中國法制生的另一個特點，就是生長於急風暴雨的階級鬥爭和轟轟烈烈的群運動之中。法制在初創時期直接扮演著維護新生政權，鞏固無產階級專政，鎮壓階級敵人的工具性角色。

儘管中國是世界上歷史最悠久的文明古國之一，儘管中國古代有豐富的法制文化遺，然而，中華人民共和國的法制建設卻幾乎是從零開始。適應建國初期政治鬥爭及其法制建設所承擔任務的需要，《中國人民政治協商會議共同綱領》和《中華人民共和國中央人民政府組織法》兩部法律，成為新中國立法工作和法制建設的基礎<sup>265</sup>，確立了國家政權過渡時期多元性的立法體制，也就是：由中國人民政治協商會議制定根本法；中央人民政府常設權力機關；政務院有權頒佈決議和命令，並審查其執行。在這種立法體制下，「國家立法機關緊緊圍繞國家面臨的重大任務進行立法；立法工作從當時的實際需要出發，主要集中在繼續加強國家政權組織建設，推進社會主義改造和保障經濟建設方面。<sup>266</sup>」由此可見，在這波法制建設的浪潮之下，國家立法機關的職權已開始帶有濃厚的政治任務色彩，立法工作的指導原則著重於統治上的實際需要，充分反映出立法權服從於行政權的從屬性法律文化。

一九七八年的一屆三中全會新時期法制建設掃除障礙並創造了思想條件，緊接而來的一九八二年憲法則法制的發展和振興奠定了新的法律基礎。一九八二年憲法不僅繼承了五四憲法<sup>267</sup>的基本原則，也鑒於「文化大革命」肆意踐踏憲法的深刻歷史教訓，而在憲法序言和總綱第五條確立社會主義法制原則，規定了憲法的根本地位和憲法保障制度，以維護法制的統一和尊嚴，更進一步將憲法置於包括中 共產黨在內的各政黨和它領導的一切國家機關之上；於是，八二

<sup>265</sup> 參見《人民檢察》1999年第10期，蔡定劍所著《中國法制建設五十年回顧》

<sup>266</sup> 同前揭

<sup>267</sup> 共產中國半世紀以來的憲法法制建設經驗中，共先後制定了一部起臨時憲法作用的《中國人民政治協商會議共同綱領》，和四部《中華人民共和國憲法》；四部憲法之中，依其制定公佈的年份而為區分，最為重要的則是建國初期所制定的五四憲法，以及十一屆三中全會後制定的現行八二憲法。

憲法的制訂，可說是對以往「政策法」獨大的法律文化，一次根本性的反動力量。儘管法律文化的改變並非朝夕可成，但至少在八二憲法之後，現代中國首次具有形式上受到重視的憲政基礎。

#### 第四節 意識型態投射了法律文化

法律文化是意識型態相互投射而成的產物。無論傳統或現代，中國的法律文化都無可避免政治強勢的型塑和影響；當政治勢力擴張之際，由官方事先選取的制式價值觀也隨而與社會產生一定的交互作用，因而形成不同的意識型態，最終投射了具有中國特色的法律文化。

##### 一、傳統宗法意識型態的遺留 集體本位色彩

中國傳統的宗法意識，也就是體現「親親」、「尊尊」等級精神的「禮治」思想，以集體主義精神為其本質；與之相對的概念可以西方文化中的「國民意識」為代表，即與平等、自由、私有、商品等觀念相聯繫的「法治」思想，以個人主義精神為其本質。在傳統中國的法律文化發展中，前者的穿透力與重要性遠大於後者，但二者之間微妙的消長關係更足以顯現豐富多姿的法律文化脈絡。

在傳統中國的父系家長制部落社會裡，社會行為的規範有兩類：在氏族內部實行以家長或族長特權為後盾的宗法規範，這一規範後來演化為「禮」或「禮制」，重要特徵是不平等；另一類是在氏族之間，實行以公平和強制性為特徵的「法」。<sup>268</sup>在傳統社會之中，這兩種行為規範分別調整不同的規範領域，並行而不悖，但兩者的精神卻是對立的，各指向不同的發展方向。但由於歷史發展使中國走向統一的國家，宗法家族的結構也因政權的確立而逐漸政治化；於是，以宗法行為規範為內容的「禮」便膨脹起來，併入政治生活的領域，進而成為一種官方的意識型態。影響所及，不僅使得氏族內部人與人的不平等關係得以延續，甚至也連帶扭曲了氏族之間的平等關係，使之屈從於不平等的政治權力網絡之下；此長彼消的趨勢迫使「法」的社會性功能不斷萎縮，最終墮落為赤裸裸的暴力手段 刑罰。

宗法意識型態的勃興，最初是由國家封建的歷史背景所形成，其後又與儒家思想推行禮治的官方價值相結合，而構成傳統中國文化中的重要內涵。投射於法律文化層面，儘管共產中國標榜的無產階級革命本質，確實顛覆了許多封建社會下遺留的宗法意識型態，但隱含於傳統宗法意識中的集體主義色彩，卻仍可在現代中國的法律文化脈絡中尋得。前已述及，集體本位的法律觀於中國歷史上由

<sup>268</sup> 參見武樹臣，中國傳統法律文化，頁 690



來已久，即使是一九四九年後的共產中國，法律文化中的集體主義色彩依然相當濃厚，與西方文化存有根本上的差異；在西方法概念之中，契約法的存在價值是極端個人本位的，藉由雙方當事人間契約的締結來決定履行責任的歸屬，並調整當事人間的法律關係。但在改革開放前的共產中國，政府則已不同的契約類型搭配中央經濟政策，作為國家控制經濟生產量的手段；也因此，契約的簽訂成為生產單位或個人的特殊政治性任務，擔負起國家經濟政策的共同執行責任<sup>269</sup>；於是，在西方法律觀中強調個人本位色彩的契約法體系，在共產中國初期依然難改其集體本位的基調。但整體說來，雖然根源於傳統中國宗法意識型態而來的集體本位色彩，依然是現代中國法律文化相當重要的特徵之一，但帶有強烈封建習氣的儒家宗法意識型態，在經歷無產階級革命的歷史洗禮之後，許多人際關係間的非對等性，反已較其他東亞國家淡散不少；儘管集體主義的幌子使國家與黨的指導，相對於個人膨脹得有如巨獸，但在集體之中的廣大個人，則反而擺脫了封建紐帶的鉗制，比起其他東亞國家人民而言，擁有更為均等的法律地位。

## 二、義務取向的意識型態

受到儒家思想中「義」「利」觀念的影響，中國人的權利概念，其實是一種源出於所有社會關係、並環繞著某種行為的關係情勢之中的「義」。因而「義」就不單單是指抽象的、法律上的，基於權力、權威和利益的權利狀態，而是對人類社會關係的一種能動反映。因此中國人只承認在「充分履行一定的義務與責任的前提下，才存在所謂的個人權利」<sup>270</sup>。舉例來說，在行使自己的「權利」而對債務人逼債的時候，如果使債務人受到嚴重傷害因而致其自殺的，債權人行使權利的方式就是不正當的，也因此其取債的權利也不應存在；所以中國法律文化中，沒有西方那種天賦的、超自然的和絕對的「權利」觀念；在中國傳統中，只存在相對的、導源於具體的社會場合與社會條件的權利。這種情形反映在身分法領域的情形，則使得中國傳統身分法的本質迥異於西方法律：父 主 夫的地位跟子 奴 妻的地位相比，並不具有權利義務關係的對等性；也因此「在中國傳統法中，父母的地位通過強調子女的義務而備擴大了，而在羅馬法中子女的從屬地位則是強調父母權利的結果」<sup>271</sup>。

傳統中國這種義務取向的意識型態，於現代中國法律文化的遺留，可從共黨建國初期的法制建設實況上看出端倪；以法律工具主義作為早期的立法指導原則，使得八〇年代以前的中國立法活動，「有關經濟和行政管理性的法律多，公民權利保護方面的法律少」，因為「法律工具主義在立法中的表現，就是重視政

---

<sup>269</sup> 參見 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970),p.245-255

<sup>270</sup> 引自〔美〕金勇義，中國與西方的法律觀念，瀋陽市：遼寧人民(1989)，p.113

<sup>271</sup> 轉引自前揭〔美〕金勇義，中國與西方的法律觀念，瀋陽市：遼寧人民(1989)，p.117

府的權力，而忽視社會的權利；重視政府的管理，忽視公民權利的保護」<sup>272</sup>。雖說此種立法指導思想的形成，是導源於共黨國家的法律工具主義心態，但這整套「重義務輕權利」的法律體制，能於現代中國社會順利推行數十年而未產生根本性的適應不良，就不能不歸結於此種傳統義務取向的意識型態所發揮的滲透作用。

### 三、一切以黨為領導中心的意識型態 以「破除一切意識型態」作為一種意識型態

除了傳統中國遺留至今的種種文化上意識型態以外，自共黨建國以來的現代中國，也因其國家機制的界線而醞釀出另一番意識型態的迷思，那就是共黨領導一切群眾事務的施政原則。在實行民主集中制的理想之下，中國共產黨是領導社會主義事業的核心力量；為了使無產階級革命的成功可期，共黨領導的光環成為革命運動中重大的信仰，黨的能力也被膨脹美化了：黨除了工人階級和最廣大人民群眾的利益之外，沒有自己特殊的利益，因此理論上也就不可能走向腐敗；而黨的綱領和政策，則正是工人階級和最廣大人民群眾根本利益的科學表現。於是，黨的前瞻性指導，目的是為了破除腐敗的封建資產社會的各種意識型態，但結果卻形成了現代中國施政上最根本的意識型態包袱，滲透於各個不同的文化領域之中。投射於法律文化層面，最顯而易見的結果是共黨建國初期「以政策為主、法律為輔」的司法原則，使得國家法律動輒受到黨相關政策的左右，法律也僅具有施政工具的次等地位，一切以政策為依歸。此外，以共黨領導為準繩的法律文化，也體現在中國人大關於立法的制度性功能上；從一九七九到一九九二年間的早期階段，人大的立法原則是在法律工具主義的思想指導下進行的，立法的主要任務是適應經濟建設和現代化建設的需要，強化行政和對經濟的管理。立法的重點是經濟法。經濟法主要反映計劃經濟體制，表現政府對社會的控制和行政部門對經濟的管理；政府官員把法律看成是可以調動指揮和管理人民的指揮棒，「這種狀況決定了人大法律的起草和提案主要依賴於政府，政府在立法中起主導作用。」<sup>273</sup>於是，過分膨脹了黨中央領導的意識型態作用，使得傳統中國法律文化原本就濃厚的政治意味得以合理延續，並深切影響了現代中國的法律文化現狀。

### 四、小結 意識型態交錯而現的法律文化

<sup>272</sup> 引自法制日報 2000 年 3 月 26 日、4 月 2 日，蔡定劍，《人大立法 20 年的歷史性轉變》

<sup>273</sup> 引自法制日報 2000 年 3 月 26 日、4 月 2 日，蔡定劍，《人大立法 20 年的歷史性轉變》

### 第三章 與政治結構相結合的法律文化

#### 第一節 總論 反分權的政法文化

共產中國現今的政法機制，是以全國與地方人大代表最高的全民意志，監督「一府兩院」的行政體系，來推動國家一切行政事務；對行政機關的監督有很多形式，而人大監督是其中最具法律效力和法律權威的監督形式，對人大及其常委會來說，這是憲法和法律賦予它的一項神聖職能和權力，其監督的對象就是人民政府、人民法院和人民檢察院，也就是所謂的「一府兩院」<sup>274</sup>。從理論上看來，現代中國雖然沒有成立與西方資本主義國家完全相同的三權分立體系，但亦自有其形式上的分權組織，由人大執掌國家最高的立法權與行政、人事監督權，地位凌駕其他國家機關，具有立法機關、監督機關的性質；在人大監督下的其他司法與行政事務，則分由人民政府、人民法院和人民檢察院依事務性質個別分工。然而，儘管形式上具有分權機制的政法結構，中國於政法文化上的一貫基調，卻深切潛流著反分權的法律文化思維，以致分權結構的政法體制，無可避免地脫離了社會所負載的法律文化。

這種反分權的政法文化，在源遠流長的中國政治傳統中扎根已久。中國基層的政府結構最顯明的一個特點，就是沒有任何分權的安排，地方州縣官所承擔的是一種綜合性的職能，雖然州縣官要受到上級政府官員的監督，然而在同一級別的政府機構之內，他卻是大權獨攬，不受其他任何人或任何機構的制約，官衙之內的其他人員，都只是主官的私人顧問或輔助人員，無從對主官形成權力行使過程的制度性制約<sup>275</sup>。這種高度集權的模式同樣體現在司法的過程中，由州縣官聽裡其轄區內所有的案件，既有民事，也有刑事；他不只是一個審判者，用現代的眼光來看，他的職責包括法官、檢察官、警長甚至法醫的專業化領域；換句話說，自然也不存有現代意義下的「司法獨立」局面。

自傳統中國即已存在的反分權特徵，不僅被保留於法律文化的底層，更在共產中國諸多政治與文化意識型態上，持續發揮著相當影響力，其中最為癥結的推手，就是前已述及的「以黨領國」原則。為了無產階級革命的理想目標而提倡的此種意識型態，巧妙地與傳統中國的法律文化遺產相契合；也因此，一般人民不易察覺行政力獨大的國家機制有什麼不妥，反而能理所當然地接受黨中央的各

<sup>274</sup> 參見法制日報 1999 年 9 月 9 日第六版，之繁，《監督到位 望所歸——地方人大監督工作 20 年綜述》

<sup>275</sup> 參見北京大學賀衛方教授，《司法獨立在近代中國的展望》，收錄於韓忠謨教授法學基金會編錄之《「兩岸法學發展」學術研討會論文集》，公元 2000 年二月，p.2

種領導。且除了以黨領國的施政原則之外，其他諸如法律工具主義的執法態度、對群眾路線的堅持或者建國初期摧毀舊法制後實定法領域呈現的真空狀態等等，都多少助長了這種反分權性格的滋長，使得現代中國由人大監督一府兩院的分權機制，只徒具形式上的意義，卻缺乏實踐層面上的社會文化基礎。

舉例來說，雖然建立了一府兩院型的權力分立體制，然而在實踐上，體制內外的人們卻不適應它，「有關官員對這種體制往往只給予表面的承認，而在具體行為上卻我行我素；一個縣長不大能夠誠懇地相信，在涉及法律問題時，它必須服從縣法院的一位普通法官所作的決定。法官們也不大可能在審理涉及地方權力機關或個人的案件時，逕直作出自己的裁判而無視真正的權威<sup>276</sup>」；政府官員尚且對分權機制水土不服，一般民眾於面臨政府體制時，則只有更加感到無所適從。現代中國脫去了傳統中國的型跡，卻並未去除傳統政法文化的許多習氣；因此，一方面今日政府的權力已經深深地滲透到了社會的底層，但另一方面，由於西方專業化的官僚分工型態齊備，使得政府權威分散到了不同的「衙門」，在尋求政府幫助時，一般人民的法律知識又常常捉襟見肘，望著各個職稱不同的衙門口懷疑徘徊；於是，西方法律體制與中國法律文化的脫序，更加分化了制度及其精神之間的落差，以至於「在分權流於表面文章的地方，政府權威『形散而神不散』，為了體現分權，至少在程序上必須保持相互之間的往返與協商，是故在政府方面至少要犧牲相當的決策與行動效率，然而，名不符實的分權又無從保證相關權力的真實獨立性，於是民眾的利益便經常成為官方機構相互推諉的犧牲品。

<sup>277</sup>」

環繞著反分權的政法文化核心，反映於現代中國的各部政治結構呈現的法律文化，則衍生出各自的特徵與制度運行的障礙：在人大立法功能的發展過程中，政治權力藉著反分權的性格得以介入，干擾了人大立法活動的獨立性，使得國家法律的產生實質上受制於政黨的運籌帷幄；在人民法院的審判事務上，反分權的文化體質又迫使法院居於從屬地位，服從於來自政黨的諸多上級指示定奪其審判工作，造成司法權難以獨立的弱勢局面；而政治滲透的無遠弗屆，又藉由各級人民政府的重重關卡，全面推行由行政機關一手掌控的調解制度，企圖侵入司法領域的紛爭解決機制，使得行政與司法的權責更加混淆，充分顯現出傳統政法文化中「綜合性」的政府機能。

---

<sup>276</sup> 轉引自前揭，p.13，一個體現這種權力關係的生動事例，見賀衛方，「通過司法實現社會正義對中國法官現狀的一個透視」，《司法的理念與制度》，中國政法大學出版社 1998 年版，頁 53（引一篇題為「縣長出庭」的報導），並參看頁 55 及以下的分析。

<sup>277</sup> 引自前揭，p.13

## 第二節 泡沫中的人民意志 論人大立法功能的轉變

中共人大於國家架構上，代表了現代中國最高的全民意志，並行使行政上的人事監督權與國家的最高立法權；但實際上人大立法功能的發揮，卻與理論上的假設存有相當的出入，從近二十年間人大立法功能的轉變，我們不難看出早期的中國國家立法職能，雖然名為人大所執掌，實際上卻難脫黨與行政核心的權力操控，宣稱由人大所代表的廣大勞動人民意志，也因此而泡沫化，僅成為宣傳上的幻影，卻未擁有真實的立法權；直至九〇年代以後，因應中國經濟結構上的改革開放，人大不切實際的立法職能無法適應開放性市場經濟的需求，才逐漸掌握其實質的權限，由人大所組織的人民意志也初步得到相應的尊重。

近二十年來，全國人大立法權發展經歷了兩個階段。第一階段從一九七九年到一九九二年，立法是在計劃經濟基礎上，在法律工具主義思想指導下進行的<sup>278</sup>。立法的主要任務是適應社會主義計劃經濟建設和現代化建設的需要，強化行政和對經濟的管理。政府官員把法律看成是可以調動指揮別人、管老百姓的指揮棒，看成是加強行政權力、保障行政權力和擴大行政權力，而不是監督行政權、規範行政權和控制行政權的手段。這種狀況決定人大法律的起草和提案主要依賴於政府，政府在立法中起主導作用，人大的設置也流於虛級化，缺乏足以與行政機關相抗衡的實際力量。這個時期制定的法律主要是政府管理性的法律。

第二個階段是一九九三年以來，國家處於由計劃經濟向市場經濟的急劇轉型過程之中，法律的轉型是使其適應市場經濟和法治社會的需要。面對市場經濟出現的新的行方式需要大量地制定法律規範，同時大量修改計劃經濟體制下制定的不適應市場經濟需要的法律。此時，立法是以社會主義市場經濟的原則基礎，以「依法治國」精神指導進行的。其立法的主要任務是建立市場經濟法律體系，進而建立有「中國特色」的社會主義法律體系<sup>279</sup>，實現依法治國的理想。

經濟體制的轉型帶動了人大立法功能的轉變，也連帶使得相應的法律文化和國家組織的指導原則產生變化；歸結起來，我們可以從人大角色與職能的發展，觀察到中國立法活動中法律文化的三大轉變。

### 一 在立法觀念上，由經驗立法轉變 超前立法

八〇年代中國立法的一個重要指導觀念，就是立法要在「總結經驗」的基

<sup>278</sup> 參見法制日報 2000 年 3 月 26 日、4 月 2 日，蔡定劍，《人大立法 20 年的歷史性轉變》

<sup>279</sup> 同前揭

礎上完成，一次實際上的經驗成熟，才以之制定一項法律，也就是一種經驗主義的立法思維。人大常委會就曾經發表這樣一段談話，充分顯示經驗立法的原則所受重視的程度：

*立法不能照抄別人的，要從中國的國情出發，因此，要有一個社會實踐的過程。經過社會實踐，有了經驗，有多少經驗，我們就立多少法<sup>280</sup>。*

經驗立法的指導概念，固然具有統合法律文化上實然與應然命題的功能，得以促使立法活動不致與社會需要脫節，因而自有其實踐上的意義；但只重經驗忽視其他的立法原則，卻容易養成一種片面的法律觀：將法律簡單視為客觀現實的反映和親自經驗的總結，而沒有看到法律也具有人類社會前導規範的普遍規律性。這種認「只有「有了自己的經驗才能立法」的法律文化，導致當時中國的立法滯後，法律總是不足以適應經濟和社會發展的實際需要；也導致人大立法權旁落，使國務院實際上主導立法。除此之外，經驗立法觀也生了對法律的工具主義認識，認「法律是政府管理經濟和社會的工具，而管理和總結實踐經驗主要靠政府，由於政府的行政經驗使其較其他國家機關更瞭解情況，所以立法工作也應依靠政府才能達到「正確」的目標。如果政府覺得規範需求的發展經驗不夠成熟，可先由國務院制定暫行規定以代替正式的成文法律；根據經驗立法的邏輯層層推演出來，必能得出「執行者、實踐者是最具正當性的立法者」這一結論，這樣的指導原則把國務院及其各部委推到立法的第一線，立法的主動權和優先權於是讓位給掌握行政大權的國家政府。

一九八五年，中共十二屆三中全會作出經濟體制改革的決定時指出，經濟體制改革和經濟發展，使越來越多的經濟關係和經濟活動準則需要用法律的形式固定下來，國家立法機關需加快經濟立法工作<sup>281</sup>。於是，中央要求加快經濟立法，但按照經驗立法的思路邏輯，經驗不成熟又不適宜立法；缺乏成文法律的規範基礎，改革工作的開展倍加困難，而實際上的行政改革工作又不能等待，法律文化與實際社會發展的互動，逐漸出現裂隙。於是，經過人大委員長會議的反覆考慮，決定對國務院進行授權立法；由此可見，改革開放初期，全國人大對國務院的授權立法是建立在經驗主義立法理論之上的。

法律文化與社會文化之間的斷裂，將導致有權機關為現實需求作出因應措施，也將更進一步牽動法律文化以符合實際的社會價值，這就是法律文化進步發展的契機，人大立法功能的發展過程也正顯示了這一點。為了適應建立市場經濟法律體系的需要，全國人大常委會在立法指導思想上發生了根本性的轉變，終於棄了過去經驗主義的立法思維方式，認識到法律具有社會超前性的特點。市場

<sup>280</sup> 轉引自前揭

<sup>281</sup> 參見前揭法制日報 2000 年 3 月 26 日、4 月 2 日，蔡定劍，《人大立法 20 年的歷史性轉變》

經濟改革面對的以往計劃經濟體制所未見的新問題，如果仍須堅持「先有經驗才能立法」的舊原則，必將無法承受開放市場經濟所需的規範基礎；而共產中國數十年來的建國工作，總是「先改革、後立法」，常常是在經濟造成了混亂和巨大損失之後，才試圖以法律亡羊補牢。因此，經濟體制改革所牽動的超前立法觀念，對共產中國的立法技術而言，無疑是一大轉機，不但大大加快了立法的步伐，也能以法律防止改革造成的混亂和損失，並且刺激了人大在立法活動中逐漸發揮其應有的主導作用。

## 二 人大在立法中的作用，由被動轉變 主動

在八〇年代，全國人大及其常委會在立法中扮演的角色幾乎是完全被動的，當其行使職權時往往難以承擔立法起草的任務；因此，除了有關刑事、民事和國家機構方面的法律以外的法律議案，都是由國務院及其部門起草。國務院及其部門不僅掌握了立法起草的主動權，大部分法律議案的提案主動權也掌握在國務院。直至一九八六年，政治體制改革開始升溫，全國人大常委會會議趨於活躍，全國人大立法的主導性也因此開始增強。反映在對法律的審議中，人大常委會的不同意見逐漸增多，對有不同意見的法律草案，常委會往往需反復審議才交付表決<sup>282</sup>；因此，常委會在立法中已不完全滿足於提案單位提出的法律草案，不像八〇年代初的狀況，讓政府所提議案全部都如數無異議通過，人大常委會委員作為國家人民意志的代表，在立法審議過程中逐漸敢於表達意見，雖然法律草案最終還是會通過，但此時就需要有人大常委會與行政機關的內部協調和協商，人大開始擁有與行政機關相抗衡的政治力量，人大立法權的行使已不完全是虛設形式的「橡皮圖章」了。

市場經濟改革的需要加快了立法步伐，促使全國人大常委會的立法地位迅速提昇，在立法中發揮著主導作用，表現在如下幾方面：

### 立法規則的制定

為了主導和約束立法活動的過程，全國人大常委會制定了五年立法規劃和

---

<sup>282</sup> 例如 1986 年制定治安管理處罰條例時，對賣淫、嫖宿暗娼是否處以罰款問題意見不一致，爭論比較激烈，經過了三次常委會會議審議才通過。在破法的審議中，一些委員對當時制定破法有不同的認識，有的認條件還不成熟，配套的法律尚未出爐；有的對某些重要條文有不同意見，如法案涉及到國有企業的資處理和下崗職工的安置等問題，破在當時還是一個難以接受的事實；最後該法經過三次常委會會議審議後才通過。又如 1987 年制定村民委員會組織法時，由於該法涉及到在村一級實行自治，它實質上是要改變黨和政府時，由於該法涉及到在村一級實行自治，它實質上是要改變黨和政府長期以來領導農民的方式，由過去鄉鎮政府對村實行領導改指導關係；因此法律草案在常委會審議中引起強烈的不同意見，該法經過一次代表大會和三次常委會會議審議才通過。而在制定企業法過程中，委員們對實行廠長負責制有很大的爭論，先後經過五次修改才通過。參見前揭法制日報 2000 年 3 月 26 日、4 月 2 日，蔡定劍，《人大立法 20 年的歷史性轉變》

年度的立法計劃，顯示了立法已不再是單純由國務院提案、常委會舉手通過的政治儀式而已；要制定什麼法律、誰來起草法律和法案何時提交審議，已可藉由立法規則的約束，由全國人大常委會事先決定之。

#### 重要的綜合性法案由全國人大常委會自行起草

按第八屆全國人大常委會的立法規劃，由全國人大專門委員會、法工委負責起草的法律有 46 件，占起草總數的 30%，相較於第七屆全國人大期間的 20% 頗有成長；而到了第九屆全國人大期間，人大自行起草的法律又持續上升到 42%<sup>283</sup>，顯示了人大對重要專業性法案的參與制定愈形活絡，立法文化的專業化也漸趨成熟。

#### 法案審議過程的爭論加劇

現階段常委會審議法案時，不再因襲於過去的無聲作風，幾乎對每個議案的具體問題都有不同意見，有些問題甚至出現劇烈的爭論。在這種情況下，法律草案在常委會或專門委員會往往要作較大的修改，有的甚至要作重大修改才能通過；有的法案在一些關鍵問題上意見不一時，要經過不止三次常委會審議才能通過（如證券法歷時五年、經四次會議審議），而個別的法律甚至出現數度修改仍被否決的情況（如公路法雖經三次修改，後提會審議仍遭否決）。

儘管國務院及其部門起草的法律還在人大的立法中占多數，法律草案也仍帶有濃烈的政治色彩，但觀察近年來人大立法活動的發展，仍不難發現其試圖主導立法進程的努力。當然，就現階段來說，全國人大在立法中所起的主導作用仍是有限的；在反覆的拉鋸對抗中，全國人大與國務院在立法過程中的互動關係逐漸形成，政治利益的妥協也逐漸反應出來；國務院提交的法律草案如果不涉及到機構、編制、部門利益分配等問題，或專業性比較強的法律，全國人大常委會一般都比較容易通過；但如果涉及到上述問題，常委會在審議中就常常出現不同意見；於是，有時法案的擱置並不是為了關鍵的法律爭議，而是不同意見來自權威部門，利益的妥協無法取得平衡，而這也是權力分立的國家機制必然會出現的制衡常態，顯示現代中國於九〇年代以後，立法權漸行發展，朝向實質的權力分立制度目標前進。

### 三 在立法指導思想上，由法律工具主義正轉變 權利保護主義

法律工具主義的思維將法律視 強化社會管理和控制的工具，把立法看成是加強行政管理的手段；早期的中國立法受到法律工具主義的影響，有關經濟和行政管理性的法律多，而公民權利保護方面的法律少。直至一九九三年，第八屆

---

<sup>283</sup> 資料來源：前揭法制日報 2000 年 3 月 26 日、4 月 2 日，蔡定劍，《人大立法 20 年的歷史性轉變》



全國人大開始進行市場經濟體制的改革，促使中國立法加快了現代化和民主化的步伐，法律的功能論也有了根本性的轉變，由對老百姓的管理進而重視對公民權利的保障；立法重點則強調市場經濟主體的自主、獨立、平等，和政府行的法定性與守法性，重視公民的保護，強調公民與政府權利義務的平衡。一九九三年制定的消費者權益保護法是第一個直接保護最廣大民 權利的法律，為消費者提供了有效防衛自身權益的武器，該法的制定極大地刺激了公民權利意識的增強。隨之而來的，是一九九四年的國家賠償法、一九九五年修改後的選舉法和地方組織法、一九九六年的行政處罰法，和一九九九年的行政復議法<sup>284</sup>，在這一連串的立法風潮之下，依法行政的法治社會基本準則終於逐漸付諸於實際。

隨著經濟體制的開放改革，中共人大的立法功能也隨之轉變，帶動了法律文化的發展，並重整了法律文化與社會實況的相應關係，使得現代中國的人民意志逐漸走出泡沫的幻影，開始於實際國家活動中發揮其應有的作用。

### 第三節 正義的包袱 論共產中國法律的政治化傾向

前已述及，共產中國的法律觀含有相當濃厚的法律工具主義色彩，透過國家的政治性服務，法律被視為統治核心推動政務的工具，反分權的政治性格顯明。政治領導核心所持的法律工具主義心態，也造成了共產中國的法律政治化傾向，法律與政策間往往具有密切關係，此種關係除了可由早期「政策法」的靜態規範體系參為佐證之外，也呈現於各種司法與準司法(quasi-judicial institutions)的動態紛爭解決機制、和特定的法律制度之中。其中，調解制度即為各種準司法機制中，充分顯示法律政治化傾向的典型代表；而承襲自西方法律而來的公證制度(Notaries)，也在共產中國發展出不同於西方的制度性功能，並反應其獨特的法律文化。

#### 一 以司法調解制度為觀察點

在中國傳統的法律文化中，準司法機制的存在由來已久，也相當程度取得了人們的信賴；國家要使制定的法律得以貫徹實施，唯有依靠村社合作組織作為中介才有可能；甚至在法律明文禁止的情況下，例如發生了人身傷害的案件，此時如有調解人從中斡旋，往往也能產生具有社會實效的裁定。而在中國大陸共產主義革命的早期階段，司法的和準司法的裁決程序同時並存，且基於對群眾路線的擁護，案件的審判程序也不見得非得集中審判人員於法院進行，而是「下鄉」至民間去徵求群眾的廣大意見。至中華人民共和國建立以後，這種準司法的裁判機制得以合法化，並在人民法院和地方政府的指導下展開活動，且逐漸隨著公安局、檢察院和法院三機關的地位提昇而強化，其功能也隨著三者間相互的配合而

<sup>284</sup> 參見前揭法制日報 2000 年 3 月 26 日、4 月 2 日，蔡定劍，《人大立法 20 年的歷史性轉變》

得到強調；在當時共產主義首要的群眾路線意識型態之下，這套司法調解制度得到共黨核心的支持，將之視為人民「自己」的司法組織基本架構，甚至比以國家權力為基礎的正式司法制度更受重視<sup>285</sup>。我們可以說，這套司法調解制度的許多基本特徵，正好印證了共產中國人民革命陣線的本質和理想，通過司法調解的過程強調法律以人民為基礎，人民制定的法律可由人民自己加以實施；人民並非受法律支配的客體，而是主宰法律的主體；循此思路，就可以水到渠成地得出結論：以國家強力為後盾的強制性法院系統，在無產階級偉大革命的進程中，最終將被人民自我組織、以說服教育為手段的司法調解制度所取代。也因此，與其他資本主義國家不同的是，中國這套準司法的調解制度不能單純理解為國家司法系統的附屬機構，它歸根到底是和廣大領域的政治目標相聯繫。儘管共產黨宣稱，司法調解制度得使人民成為主宰法律的主體，社會紛爭也能因人民自覺自發的調解而獲得最佳處理；但由司法調解制度的實質面展開觀察，將「人民的主體性」作為政治意識型態的宣傳，實際上也同樣架空了人民的主體性，得以突顯的反而是法律背後的政治化傾向；另一方面，政治意識型態的過分介入，也減低了人民司法調解制度強調「自覺自發」的本質，使其解決紛爭的社會實效大打折扣。

現代中國的調解制度反應了共產主義意識型態在現代中國社會的適用。建國初期，黨中央利用個人在社會中縱橫的人際關係網絡為基礎，按照不同的居住地點和工作單位成立基層的自治組織，這些組織定期開會討論組織成員對時事和思潮的理解；為了糾正成員思想中的「錯誤」，每個人都必須開誠佈公，如有異常的問題提出，這些單位就負起批評、教育犯錯成員的監督責任，並施加社會壓力以使該成員的行為納入組織的標準之中；「這個組織網絡的力量在於強調其合作，也在於團體的壓力被運用到每一個案件的特殊環境中<sup>286</sup>。」透過這樣的組織型態，法律的政治化傾向於是更加顯明，紛爭的解決不再是調解制度最重要的功能，調解能夠清楚有效地表達和運用思想意識型態上的原則、價值和共產黨的綱領，同時也有助於促使人民更加擁護黨的政策和目標；調解不僅解決個人間的糾紛，而當某些糾紛被認為是妨礙社會主義建設的有害衝突時，調解制度也具有抑制糾紛發生的社會性功能。

從傳統到現代的歷史進程中，中國的調解制度在強調的重點上經歷了變化。傳統的調解制度是儒家教義和傳統宗法體制的產物，而現代中國的調解制度則是在個人周圍的人際關係網中對共產主義思想的運用。在建國初期的大躍進期間(The Great Leap Forward)，各級的調解、調停委員會或相關的輔導機關，即被領導核心作為意識型態與國家政策的教育工具，用以教導地方人民適應共產生活所需的基本道德觀(the virtues of collective living)，以及無產階級集體意志的重要

<sup>285</sup> 參見〔美〕金勇義，中國與西方的法律觀念，瀋陽市：遼寧人民(1989)，p.170 附錄《中國大陸有關的現行司法機制——司法調解》

<sup>286</sup> 參見〔美〕羅伯特 F 尤特〔周紅譯〕，《中國法律糾紛的解決》，中外法學 1990 年第二期，

性(the importance of the collective)<sup>287</sup>。因此，意識型態的教育改造代替了紛爭的實質解決，成為司法調解制度最重要的功能；受限於共產主義特殊的思想教條和政策價值，使得調解委員會自行發展一套解決紛爭的政治化標準，具有其獨特的正義原則：基於以階級利益分析為基礎的法律原則，與毛澤東對無產階級利益的堅持，在具體糾紛中被定位為「中產階級」(bourgeois)或「封建階級」(feudal)的一方，皆應敗訴於「工農階級」(workers and peasants)的他方<sup>288</sup>。具體案件中的實質正義，背負了共產主義意識型態的沉重包袱，經常被迫犧牲於無產階級革命的總體價值之下，「無產階級應該永遠獲勝」成為調解事件中缺乏理性基礎的重要裁判原則。

受到共產主義意識型態的影響，傳統的調解制度產生本質性的變化，也就是法律紛爭的政治化。不同於傳統中國的儒家法律思想，毛澤東時期的法律觀對「紛爭的解決」賦予特殊的政治意義：除了具體的息紛止爭之外，法律糾紛同時也是具有相當「實用性」的社會衝突(useful social conflicts)，足以教導社會大眾許多重要的政治課題<sup>289</sup>；也因此，案件當事人的程序主體權與對權利的處分權，皆受到相當程度的限縮，背負著社會教育的意識型態包袱，當事人往往不太能充分考量本身的程序利益與實體利益，選擇最有利於己的方式與對造妥協或和解，而需符合共產主義的一切正義價值，以便為廣大人民作出有益的示範，完成加速無產階級革命的神聖任務。

自一九七八年以來，調解在政治上所強調的重點又有所變化；領導核心所強調的科學、農業、工業和國防四個現代化，成為國家施政的重點，而社會生活的和諧，則是四個現代化藍圖得以實現的先決條件；前已述及，此番政策上的改變促使立法活動的蓬勃發展，由表一的數據統計可以看出，一九七八年以後立法工作的成就，遠遠超越了之前數十年的累積；八〇年代初，中國終於完成了一套基本的法律規範，以供工作量龐大的紛爭解決機制來運用。隨著成文法典的逐漸擴充，司法調解制度中只依政治思想原則以解決糾紛的非理性風格連帶受到抑制，逐漸朝向形式理性的軌跡發展。然而，儘管政治上強調的重點不斷變化，中國的調解制度仍具有某種連續性，制度背後的傳統力量繼續存在於現代中國。這些力量是：司法外解決民事糾紛的法律文化繼續存在、缺乏足夠的司法救濟途徑，以及在私法領域保護個人實體權利的法律仍時常缺乏<sup>290</sup>。在中國歷史上，調解所特有的面貌經歷了巨大的變化；但與傳統中國沒有兩樣的是，共產中國的調解制度，仍在這個具有「一體化」世界觀的國家中發揮作用——而這正顯示出中

---

p.64

<sup>287</sup> 參見 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970),p.233

<sup>288</sup> 同前揭，p.234

<sup>289</sup> 同前揭，p.234

<sup>290</sup> 參見(美)羅伯特 F 尤特(周紅譯)，《中國法律糾紛的解決》，中外法學 1990 年第二期，

國法律文化的連續性。任何一起糾紛的爭執雙方都有一大套共同的價值觀念，這些觀念能夠被恰當而有效地運用，將糾紛置於較「法律」更為廣闊的背景之中，使雙方更易於調整自己的位置，以增進捍衛彼此所共有的觀念；對中國人來說，個人的身分本質上是由社會關係網中的許多關係，在隱蔽之中所確定的；西方個別獨立式的法律觀念也因此很難於中國文化中生根，因為爭執絕不只影響到基本的爭執雙方，西方單向的「權利」主張就很難在糾紛中得到合理的運用。

表一：LAWS AND REGULATIONS PASSED IN THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

Year	No.
1949-1978	514
1979-1985	2,715
1986-1990	4,349
1991-1995	8,089
1996-4/1997	1,340
Total	17,010

資料來源：The Center of Legal Information at Beijing University and Beijing Zhongtian Software Company, ends.,《中國法律 法規 規則大觀》,Beijing: Beijing University Press,1997.轉引自 ZHENG Yongnian,《From Rule by Law to Rule of Law?A Realistic View of China's Legal Development》,1998

## 二 以公證制度為觀察點

無論在西方甚或前蘇聯的民事法律體制下，公證制度的最主要功能都是相類似的，也就是由一批受過法律或其他專業訓練的公務人員組成公證機構，其所受理的業務即是為私人間某些特殊的交易，認證其法律行為的合法性(verify the legality of certain transactions between individuals)<sup>291</sup>。共產中國的公證機構成立於五 0 年代早期，五 0 年代中期開始於法學論述中受到廣泛的討論，雖然公證制度的職稱與組織型態，大致與西方國家無異，但從實然層面的法律文化加以觀察，共產中國的公證制度似乎也受到政黨有意的操控，而隱含有不同於西方的特殊功能，並充分反應民事法律制度中的政治化傾向。

p.64

<sup>291</sup> 參見 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970),p.234

一九五三至一九五七年間，中共實行了第一期的五年計劃(the First Five Year Plan)，刺激國家的經建生產成為施政上的重點；但於一九五六年從事於工商業的「社會主義改造」(socialist transformation)之前，公證制度的重要功能之一，即是用以監督與國營企業(state-managed enterprises)發生契約關係的私營企業(private-managed enterprises)，藉此達到控制私營企業的政治上目的。一篇選自一九五五年三月二十五日人民日報(*People's Daily*)的短文<sup>292</sup>即指出：

*公證機構所執行的工作，得以於契約履行之前，增進私營的工廠單位或商業組織對於履約的責任感，並改善其對經濟工作的熱忱及態度(their style of doing economic work)，以使相關的國營企業或政府部門，能夠依據國家計劃充分掌握其所賦予的生產任務(could even better handle their tasks according to the state plan)。*

因此，當時公證機構的重要職權，除了確認當事人間契約的合法性之外，尚需查明其經營方針是否與國家政策相一致，然後與工會(labor unions)共同認定當事人方（通常指私營企業）是否確有履行所訂契約的相當資力或生產力。已為適當的認定之後，公證機構即可認證該契約，順便「教育」締約雙方個別的契約責任範圍，及其應依債之本旨而為給付的法律觀念<sup>293</sup>。由此可見，公證事務的推行並不僅在認證當事人間法律行為的合法性與有效性而已，更重要的是擔任起國家法律政策的教育及監督功能，以保證法律於社會中推行的最低「實效」。為了更進一步確保對資產階級的強力監督，公證機構尚需將所認證契約文件等影本呈送各工會存底<sup>294</sup>，也就等於由公證機構與工會組織共同負起監督資產階級企業活動的政治任務。於是，公證機構的職權不再是單純的公證事務，而被定性為針對敵對資產階級而設的大眾監督系統，藉以防止資產階級對國家的舞弊情事，成為「提昇資產階級守法意識」的政策工具。

一九五五年之後，公證機構更如雨後春筍般紛紛設立，其職權範圍也逐漸開展，公證事務所涉的領域不僅限於國家與私營企業間的契約關係，也開始涉足於私人間有關繼承、遺囑、買賣、或共有分管契約等法律行為的認證。儘管如此，公證機構的主要業務，仍然偏重於前述對資產階級的教育、監督與改造功能<sup>295</sup>。

一九五五至一九五六年間，共黨開始推行一連串的社會主義改造運動，其中「國有化」(nationalization)的推動也是改革工作中相當重要的一環，公證制度

<sup>292</sup> 轉引自前揭 p.235, Chang Chia-yung, "Notarial Work Can Effectively Supervise the Performance of Contracts," *JMJP*, March 25, 1955

<sup>293</sup> 參見前揭 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (1970), p.235

<sup>294</sup> 同前揭

<sup>295</sup> 相關敘述可參見 "Many Cities in the Nation Begin Notarial Work," *KMJP*, June 18, 1955, p.1.

的主要功能也隨著政治態勢而變化；在國有化的政策路線之下，國家對企業的控制力得以光明正大地擴展，相形之下，對資產階級暗地裡實行的額外監督，也就不如以往重要了；公證制度的其他功能也因此得到長足的發展。當時討論及公證事務的許多法學論述，開始強調公證機構便利海外匯款輸入國內的功能<sup>296</sup>；公證機構透過對海外中國移民身份、資力或財產處分權能的認證，協助確認其與中華人民共和國國民間關於財產權的變動狀況；於是，公證機構又有了新的政策功能，擔任起為國家吸引國外資金流入的政治性任務，使資力雄厚的國外僑民，也能提供資金，間接幫助中國國內的經濟發展；並且，透過對「國外僑民於中國國境內仍能享有一定程度財產權」<sup>297</sup>的法律上認證，公證機構得以進一步貫徹黨中央聚集資金的經濟政策。

一九五六至一九五七年間，中國正處於兩次劇烈政治動盪間的時間期，建國初期的長期政治鬥爭告一段落，六〇年代的文化大革命尚未風起雲湧，當時的領導劉少奇也宣示這是個「革命風暴與政治鬥爭消逝的時期」，在短暫的幾年當中，中國國內政策開始強調「合法性」的重要，也開始正視國民基本人權的存在。影響所及，公證事務清楚認證法律關係、防患糾紛於未然的根本性功能逐漸受到矚目，其他諸如為他人所為的財產信託、或者對遺囑的認證等廣義的公證事務，也開始為人所知、為人所利用。但自一九五七年七月以後，政治氣氛的轉變再次使公證制度乏人問津，原本對合法性與正當權利的重視，逐漸因政治局勢的緊張而消失，代之而起的，是對這些「反社會主義性格」(antisocialist behavior)的強力撻伐，公證制度促進私法體系發展的功能，漸失用武之地，僅於形式上存在而無實質意義的權限，主要擔任文憑或其他證書的認證機關而已<sup>298</sup>。

由上述可知，無論處於哪段時期，共產中國的公證制度都帶有濃烈的政治化傾向，政治氣氛的搖擺隨時都能主宰制度功能的演變，背負著政治包袱的法律體制，更是傳統中國與現代中國一脈相承的法律文化。從上述對調解制度與公證制度的觀察，我們至少可以得知，儘管這些擷取自西方法律文化的制度，在中國擁有與西方相同的名稱與形式架構，但法律制度的實質內容是與個別的法律文化息息相關的，法律體制的移植無法強行灌注法律文化的複製，也因此共產中國的公證制度，未若西方或前蘇聯乃以認證或維持民事法律關係為核心，反倒是以「型塑法律關係使之符合國家政策」為重點，展現了政治渲染的法律文化。

---

<sup>296</sup> 同前揭 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970),p.236

<sup>297</sup> 關於共產中國對海外僑民之匯款與投資的相關政策，參見 A. Doak Barnett, *Communist China and Asia* (New York:Harper,1960),pp.93-94.轉引自前揭 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970),p.236

<sup>298</sup> 參見前揭 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970),p.237

#### 第四節 隨勢蜿蜒的藤蔓 論司法不獨立與人民法院的服從性

格

反分權的法律文化他方面也影響了國家對司法獨立原則的堅持。前已述及，承襲自傳統中國的反分權特徵，與共產主義意識型態合流的結果，使得政府組織雖建立起一府兩院型的權力分立體制，但實質上這套體制卻得不到文化層面的普遍支持。人民法院雖然名義上為國家獨立分權的司法機關，但司法獨立對共產中國而言，充其量僅具有形式上的宣示意義，各種意識型態與組織結構上的侷限性，都為司法獨立的理想畫地自限；在這樣的結構與法律文化之下，人民法院只是隨勢蜿蜒的藤蔓，政治局勢的發展主宰了司法藤蔓的成長過程。

首先，在一府兩院的政府結構當中，存在著司法獨立所面臨的根本性難題。人民法院作為一個晚生機關，實際上需要社會資源的支持，以鞏固其於政府結構中所應有的地位；然而，共產主義政府機關「黨與政策至上」的內部運作邏輯，既不支持司法的獨立，人民法院要成為一個至少在正式典章上享有獨立和崇高權威的國家機關，便面臨著沉重的「生存」壓力。於是，我們可以從法律文化的軌跡中觀察到，人民法院一方面需要服從法律之外的某種權力的控制，將自己是為一種工具性的角色，另一方面，它又利用每一次服務的機會，擴大自己的權力範圍。不過，人們很少意識到，這種擴張權力的過程或許是獨立性進一步喪失的過程；因為在欠缺權力「內涵」獨立性的前提之下，權力「範圍」的擴張只是使法院受到更多行政權力的制肘而已。

##### 一、以法官的等級制度為觀察點

司法權與行政權的分別不僅僅是一種職權分工；這兩種權力的分野也體現在相關人員的選任標準、權力行使的方式、機構的內部管理模式，以及機構與外部社會之間的關係等方面。但中國法學界長期以來卻對這方面的差異性討論付之闕如<sup>299</sup>，影響所及，使得共產中國對於人民法院的管理，所採取的都是相當「行政化」的模式，或者，更嚴格地說，是一種「非司法」的模式。而這種管理模式的風格，也是造成司法不獨立的制度性因素之一。

從現代中國的法官等級制度，我們就可以觀察到這種「行政化」的管理作風。建國數十年來，現代中國在法官的管理上，一直沿用了與行政機關甚至軍隊

<sup>299</sup> 參見北京大學賀衛方教授，《司法獨立在近代中國的展望》，收錄於韓忠謨教授法學基金會編錄之《「兩岸法學發展」學術研討會論文集》，公元 2000 年二月，p.13

相類似的等級服從制度<sup>300</sup>。法官套用行政官員的一套職稱體系，例如有處級法官、科級法官等等。同時，法院內部的庭長或院長，對法官處理案件的過程，也享有制度化的干預權力，這樣的等級服從模式一直被中國法學界視為當然，而沒有引起大規模的反對言論。在法官之間建立等級制度，讓「下級」法官服從「上級」法官，固然便利了對於法院活動的控制和管理；然而，這種控制和管理卻完全是行政化的，違反了司法職業與司法決策的內在根本性要求。在西方法律觀下明確的原則是，法院與行政機關或者軍隊的情況不同，法官的司法活動帶有濃重的人為因素色彩；在審判過程中隨時需要做出判斷的情形之下，法官如果不能獨立地決定相關事項，勢必降低司法活動的效率，混亂審判責任的歸屬，二者都會間接影響到司法正義的品質。不僅如此，司法過程更是一種講求親歷性的活動，無論是對當事人言詞的判斷、證人所為證詞的判斷，或者其他一切審判活動的進行，都離不開判斷者對於被判斷者的近距離觀察；現代西方訴訟原理當中的直接審理主義與言詞辯論主義，即是來自於訴訟活動的此種內在要求所確定的。但是，法官等級制度卻不利於親自審理案件的法官，依自由心證做出獨立的判斷，因為它強化了行政位階高的法官，對其「下屬」法官的影響力；與之相對應的是，低位階法官對其「上司」法官的依賴和順從也是順理成章的。這樣的管理模式勢必加大司法判決的不確定性，並且為「不正當權力干預司法活動」提供了便利的基礎<sup>301</sup>。

## 二、以上下級法院的從屬關係為觀察點

西方法律觀下近代型法院之所以有不同審級的設計，是為了替糾紛的解決提供不服與糾正的管道，因此除了初審之外，又設置了上訴甚至再審的審級。共產中國現行的審級制度，採取的是「四級二審」<sup>302</sup>的「兩審終審制」；當事人對於初審法官的判決不服，可於法定期間內上訴，藉此對初審法院的判決提出質疑；而上訴法院對初審判決所進行的複審，重點在於初審法院是否違反了法定程序，以及判決中對法律的適用和解釋是否存有錯誤。而西方法審級制度的精神即在於：上訴法院有權改變初審法院判決結果的事實，並不意味前者與後者之間存在著行政意義上的上下級關係；也就是說，上下級法院之間不存在著領導與被領導、監督與被監督的關係。因為如果二者之間的關係變成了行政性的隸屬關係，那整個法院體系在意志與行為方面也必須保持一致，上級法院即應當對下級法院做出的決定負責，而這樣的邏輯必然抵觸了上訴制度的本質。因為此種從屬關係的邏輯推演將導出，下級法院的法官在做出決策之前，便應當向上級法院提出請示，並嚴格地遵循上級法院的指示處理案件，如此一來，上訴制度也就不再具有

<sup>300</sup> 同前揭 p.14

<sup>301</sup> 參見前揭北京大學賀衛方教授，《司法獨立在近代中國的展望》，收錄於韓忠謨教授法學基金會編錄之《「兩岸法學發展」學術研討會論文集》，公元 2000 年二月，p.14

<sup>302</sup> 參見《人民檢察》1999 年第 10 期，蔡定劍所著《中國法制建設五十年回顧》。關於中共審級制度的詳細敘述，於本文下一章節再予討論。



存在的實質意義了。我們可以說，對下級法院「自主權」的維護，幾乎是審級與上訴制度的靈魂，支撐著西方司法制度的根本架構。但這正是現今中國司法體系所缺乏的法律文化。

現代中國的司法制度設計，在框架上接受了「上下級法院」之間的關係，不同於「上下級行政機構或檢察機關」之間關係的觀念；至少從法律條文上的規範字義便可觀察出其間的不同：

*中華人民共和國憲法第一三二條*

*最高人民檢察院是最高人民檢察機關。*

*最高人民檢察院「領導」地方各級人民檢察院和專門人民檢察院的工作，上級人民檢察院「領導」下級人民檢察院的工作。*

*中華人民共和國憲法第一二七條*

*最高人民法院是最高審判機關。*

*最高人民法院「監督」地方各級人民法院和專門人民法院的審判工作，上級人民法院「監督」下級人民法院的工作。*

不過，框架結構是一回事，法律文化的實際面貌又是另一回事。雖然憲法的法律條文存在著字義上的差異，但實質上「領導」與「監督」的分野何在，以及上級人民法院的「監督」究竟涵義如何，仍然是個內涵模糊的不確定法律概念，此時法律文化的影響往往是最為顯明的，分別賦予「領導」與「監督」實質的規範義涵。中共近年來的法院實務上，一直存在著十分突出的風氣，即下級法院就某些具體案件的處理向上級法院「請示」<sup>303</sup>，正是說明法條上這種模糊概念的典型例子。法院對於應當由自己做出判決的案件，不是獨立地裁判，而是向上級法院請示，要求上級法院提供有關判決結果的指導意見；這種所謂的請示制度，在中共法學界的主流觀點中，被視為「非程序性審判工作監督」的一個重要內容。請示制度之外，上級法院甚至可以因下級法院正在審理的案件具有「重大影響」，而主動對下級法院加以「指導」。在一份最高人民法院對全國各級法院所為的指導意見中，也清楚揭示了上下級法院間的此種從屬關係：

*各級人民法院要顧全大局，堅決排除干擾，抓緊建立和完善由高級人民法院統一管理和協調的執行工作機制。最高人民法院對地方各級人民法院、專門人民法院，上級人民法院對下級人民法院，都要依照憲法和法律的規定，加大監督指導的力度。必須堅定不移、堅持不懈地貫徹加強基層工作的方針。中級以上人民法院要切實轉變作風，經常深入基層人民法院調查研究，千方百計地*

<sup>303</sup> 參見前揭北京大學賀衛方教授，《司法獨立在近代中國的展望》，收錄於韓忠謨教授法學基金會編錄之《「兩岸法學發展」學術研討會論文集》，公元 2000 年二月，p.15

打牢法院工作的基礎。我國幅員遼闊，人口多，發展不平衡，各地情況差別很大，在對法院工作的監督、指導上，必須充分發揮各高級人民法院的積極性和職能作用。高級人民法院要繼續採用多種行之有效的形式，大力加強對轄區法院的審判監督和綜合性業務指導。加強隊伍建設，關鍵是搞好各級人民法院的領導班子建設。要以「三講」教育及「回頭看」契機，切實解決法院領導幹部和領導班子在黨性、黨風方面存在的突出問題，落實整改措施，把各級人民法院的領導班子建設好。<sup>304</sup>

除此之外，現階段的中國國家司法體系，仍致力於上下級法院間從屬關係的維持，將之視為提高審判工作質量的好方法。為此，最高人民法院制定並實施了《審判質量檢查方案》，把提高審判質量具體量化到案件審理的各個環節。在最高人民法院的指導下，地方各人民法院、專門人民法院採取重點檢查、隨機抽查等方式，並通過上級人民法院評查或抽查等多種途徑，對審判活動進行監督。對發現確有錯誤的裁判，嚴格按照審判監督程式再審改判；根據統計，全國法院於一九九九年共審結審判監督案件 96793 件，改判 21862 件<sup>305</sup>。

法官的等級制度、以及上下級法院間這種「行政一體」的從屬關係，都使得法院內部的司法獨立難以落實，而造成這種狀況的原因則是多方面的。社會長期的動盪造成社會與學術兩方面的不穩定，傳統學術研究重視「大道理」、忽視「小制度」的文化傾向，誇大了所謂「社會性質」的作用、「性質好則制度無關緊要」的主流法律思維，以及在制度建設方面長期以來按意識型態劃界的「唯成分論」等等，都是不容忽視的影響。然而，另一個重要的原因是，中國傳統的文化思維忽略了「制度」其實也是「知識」，具體到司法制度而言，共產中國「引入了現代型的制度框架，但框架內外的人們卻是一味地依照舊有的知識去理解和運作它們」；引入司法新制本是為了抑制舊制的弊端，但新制無從良好地運作，舊有的秩序卻已遭破壞，結果是「新舊制的弊端一股腦地湧現出來，規則日多而秩序日少的情況乃是必然的」<sup>306</sup>。

### 三、以人民法院的政治性任務為觀察點

除了法院內部的司法不獨立之外，反分權的法律文化性格也在「一府兩院」的機制中，造成了法院外部的司法不獨立情形。中國共產黨十五屆四中全會和中

<sup>304</sup> 引自人民日報 2000 年三月三日，《最高人民法院關於充分發揮審判職能作用 經濟發展提供司法保障和法律服務的意見》

<sup>305</sup> 參見人民日報網路版人民大會堂三月十五日十五時三十七分訊，最高人民法院院長肖揚，《最高人民法院工作報告 2000 年 30 月 1 日在第九屆全國人民代表大會第三次會議上》，<http://www.peopledaily.com.cn/200003/15/C109.html>

<sup>306</sup> 參見前揭北京大學賀衛方教授，《司法獨立在近代中國的展望》，收錄於韓忠謨教授法學基金會編錄之《「兩岸法學發展」學術研討會論文集》，公元 2000 年二月，p.15

央經濟工作會議中，對人民法院的政治性任務即作了一番原則性的揭示：

*全國各級人民法院必須遵照江澤民總書記『嚴肅執法，熱情服務』的指示，認清形勢，明確任務；抓住機遇，開拓進取；堅定信心，團結奮鬥，改革開放和社會主義現代化建設，提供公正、高效、優質的司法保障和法律服務。<sup>307</sup>*

人民法院需遵從黨中央的政治性指示以執行司法事務，即使在現階段的中國，仍是政府機制運作的基本原則之一。造成此種局面的原因，除了前述反分權的政法文化與法律工具主義的影響之外，中共建國初期的法制發展經驗，或許也有一定的關聯。一九四九年共產黨獲得政權時，為了給新的法律制度配置人員，黨中央聘請了一批曾為國民黨工作的法學專家，主要的原因是以工農階級為領導的共產黨內部，缺乏具有法律專業技能的人才，不足以操縱一套複雜的法律制度；於是，這些受過西式教育的法學專家，因此承擔了國家司法的職責。但是，儘管具備專業要求的法律素養，他們在政治背景上仍不受黨中央的信任，在共產主義的意識型態中，他們具有一種「與群眾路線不很符合的高高在上的工作作風」。因此，隨著政治敏感度的提昇，「一批『新的幹部』逐漸被充實進法律工作領域；他們掌握這樣的職位不是因為具有法律技能，而是因為他們意識型態的純潔，即政治上可靠。<sup>308</sup>」解放後的中國司法工作，因此而掌握於兩派不同背景的司法人員手中；新的幹部缺乏法律技能和知識，在面臨生存的壓力之下，另一套執法的新觀念逐漸成為主流：由「法學專家」領導和操控的現代化司法制度，被冠上封建階級主義餘毒的標籤，在新幹部的鼓吹之下，法律應該是簡明的、不需專門的技術細節，且對任何人而言都應是易於了解的。這些新的幹部強調法律的簡明，主要目的是使其自身「缺乏法律知識」的背景，找到合理化的基礎；同時，這樣的觀點也具有相當的時代意義，與共產黨所重視的群眾路線相映成趣；至此，法律逐漸發展成群眾的政治性工具，而非僅為法學專家才能理解的規範體系，司法體系的運作就更難避免政治思潮的「指導」與「干預」了。

直至近年，人民法院所背負的政治性任務依舊具有相當的重要性，從許多人民法院對外發表的文書當中，其自居於「政策執行輔助工具」的色彩依然相當濃厚。例如，一份公元兩千年的最高人民法院報告中，即明言「人民法院緊緊圍繞黨和國家工作大局，忠實履行憲法和法律賦予的職責<sup>309</sup>」，黨和國家工作大局毫不避諱地成為執法工作的指導思想。而在引起社會廣為討論的法輪功案件之

<sup>307</sup> 引自前揭人民法院報 2000 年三月三日，《最高人民法院關於充分發揮審判職能作用 經濟發展提供司法保障和法律服務的意見》

<sup>308</sup> 參見（美）羅伯特 F 尤特（周紅譯），《中國法律糾紛的解決》，中外法學 1990 年第二期，p.63

<sup>309</sup> 參見人民日報網路版人民大會堂三月十五日十五時三十七分訊，最高人民法院院長肖揚，《最高人民法院工作報告 2000 年 3 月 1 日在第九屆全國人民代表大會第三次會議上》，<http://www.peopledaily.com.cn/200003/15/C109.html>

中，國家政策的指示也成為人民法院處理該案的重要原則，人民法院即曾對此表示「堅決依法懲處顛覆國家政權、分裂國家的犯罪分子；認真貫徹全國人大常委會《關於取締邪教組織、防範和懲治邪教活動的決定》，在與『法輪功』邪教組織的鬥爭中，嚴格適用刑法和最高人民法院、最高人民檢察院的司法解釋，嚴厲打擊組織和利用邪教組織破壞法律實施、致人死亡、非法獲取國家秘密的犯罪。<sup>310</sup>」除了居於被動地位以尋求個案正義之外，國家政策的目標也是人民法院所應致力的政治性任務，「人民法院堅決依法打擊各種危害改革開放和市場經濟秩序的犯罪，嚴厲懲辦危害國有企業改革和發展的犯罪，保護國有企業的合法權益。依法嚴懲走私、騙購外匯、金融詐騙、虛開增值稅專用發票等犯罪。全年共判處犯罪分子 22657 人， 國家挽回直接經濟損失 224 億餘元。<sup>311</sup>」

無論從法院內部的人員管理、上下級法院間的監督干預，或者法院外部與政治核心的領導服從關係，都不足以支撐一套獨立超然的司法機制；不僅反應了反分權的文化脈絡，也是現今中共司法實況中具有充分意識型態色彩的法律文化特徵。

## 第四章 與社會結構相結合的法律文化

### 第一節 透過法院實務所展現的法律文化

以人民法院作為政治結構的一環，所要討論的是司法機關與其他國家機關間權力與地位的抗衡；但以人民法院作為社會結構的一環，其所展現的法律文化又是另外一番風貌。人民法院身為中國社會中法律規範的裁決者，透過司法實務的運作予以觀察，法院的受案比率逐年提昇，顯示愈來愈多的社會糾紛尋求司法途徑以為解決；法院的受案範圍逐年開展，案件種類也愈行複雜，顯示法律足以規範的社會事實也漸行豐富，得以觀察法律變遷與社會變遷的步調是否一致；而在社會轉型過程中，法官於具體案件所發揮的作用，則顯示出法院基於司法者的地位所具有的法律意識；關於審判結構之下，人民陪審制發展的興革與其現階段在實務上所具有的意義，顯示了共產中國為司法制度與社會結構的連結所作的努力；最後，法院實際上所能承受的案件負荷量，則顯示了法院對其司法任務的完成度，得以觀察中國社會執法實況的法律文化。

#### 一、法院的受案比率與受案範圍

---

<sup>310</sup> 同前揭

<sup>311</sup> 同前揭

由表二中近年來整體的受案率統計可以看出，一九八五年至一九九四年的十年間，法院所受理的全部案件，整體而言是逐年上升的，十年間成長了大約三倍；表示在經改開放以後的中國，市場經濟必然伴隨的社會現象，是商業行為的激增與法律關係的透明化，反應在立法上的結果是相關經濟法規的大量出現；反應在司法實務上的影響，則是共黨向來所偏好的調解制度逐漸失其效率，以往足以消化大部分生產單位與個人間紛爭的調解機構，不再能如法炮製開放市場中各種精密的契約糾紛，愈來愈多的糾紛案件在需求更為精緻的審理過程之下，進入法院尋求救濟。這樣的時代意義，也可以從表一中，各類案件成長率的比較觀察出來；分別以觀，在刑事、民事、經濟和行政四大案件類型當中，行政案件的受案率由於深受九〇年行政訴訟法的施行所左右，在八九年立法通過之前不是案件奇少就是資料難求，但該法施行後的第一年，案件量卻以 97% 的比率暴增；除此之外，在其他三類案件的成長比率中，刑事案件的成長卻是相對穩定的，遠不及民事與經濟案件的大幅增加，突顯了經濟案件量在經改後，受到經濟結構的變革而成長的社會現象。

表二：CASES HANDLED BY THE PEOPLE'S COURTS IN THE FIRST INSTANCE(1985-1995) AND PERCENTAGE CHANGE

Year	Criminal	%change	Civil	%change	Economics	%change
1985	246,000	--	846,000	--	226,600	--
1986	299,720	22%	989,409	17%	322,153	42%
1987	289,614	-3%	1,213,219	23%	367,156	14%
1988	313,306	8%	1,455,130	20%	513,615	40%
1989	392,564	25%	1,815,385	25%	690,765	34%
1990	459,656	17%	1,851,897	2%	588,143	-15%
1991	427,840	-7%	1,880,635	2%	563,260	-4%
1992	422,991	-2%	1,948,786	4%	650,601	20%
1993	403,267	-5%	1,089,257	7%	894,410	37%
1994	482,927	20%	2,383,764	14%	1,053,701	18%

  

Year	Administration	%change	Total	%change
1985	--	--	1,318,600	--
1986	--	--	1,611,282	22%
1987	--	--	1,869,989	16%
1988	--	--	2,282,051	22%
1989	9,934	--	2,908,648	27%

1990	13,006	31%	2,912,702	--
1991	25,667	97%	2,897,402	--
1992	27,125	6%	3,049,500	--
1993	27,911	3%	3,414,845	12%
1994	35,083	26%	1,955,475	16%

資料來源: The Editorial Office of the Year Book of China, ed., 《中國法律年鑑》, Beijing: The Law Year Book of China Press, 1985-1995 issues., 轉引自 ZHENG Yongnian, 《From Rule by Law to Rule of Law? A Realistic View of China's Legal Development》, 1998

除了十年間的長期統計之外，由中共最高人民法院所公佈的一項統計報告中，可以得知法院的受案比率仍持續小幅度的攀升，一九九九年地方各級人民法院和專門人民法院共受理一審案件 569.2 萬餘件，比前年上升 5.2%<sup>312</sup>。其中比較值得注意的是，取得經濟快速發展的相當成果之後，必然伴隨的犯罪增加現象也反映在受案率的成長當中，全國法院一九九九年全年共審結一審刑事案件 53.9 萬餘件，比上年上升 12.27%，判處犯罪分子六十萬餘人，比前年上升了 14.02%，成長幅度皆高於前十年；相形之下，同年全國法院全年共審結一審民事案件 3517 萬餘件，審結一審行政案件 98759 件，分別比前年上升 4.68% 和 0.38%<sup>313</sup>，但卻皆反不及前十年的成長幅度；顯示經濟成長到達一定程度的飽和，但因經濟成長而生的犯罪問題卻正待顯露，因而扭轉了案件成長的比率。

除了受案比率上「量」的變化之外，人民法院所受理案件的範圍也逐漸隨著「質」的變化而擴展。一九九九年，北京市各級法院受理的案件，除傳統的刑事、民事案件外，經濟、行政、知識 權、國家賠償等類別案件皆呈明顯上升趨勢「據調查顯示，1979 年北京法院受理的案件僅 1.1 萬件，其中刑事案件占 20%，民事案件占 80%。而剛剛過去的 1999 年北京法院受理的案件數比 1979 年上升 10 倍，除民事案件以 8.5 萬件高居榜首外，經濟案件以 2.5 萬件超過刑事案件的 1.1 萬件。同時，知識 權案 336 件，行政案件 683 件，國家賠償案件 23 件<sup>314</sup>。」受案範圍的擴展，使得法院得以介入解決的案件種類也愈行複雜；由於超前立法的原則精神久不為中共官方所重視，法律發展原則上仍需追隨於社會發展的步伐，因此受案範圍的逐年擴展，顯示了法律發展並未完全與社會發展脫節。除此之外，人民法院的審判機構設置也逐步豐富了，在原來的刑事審判庭和民事審判庭基礎上相繼成立了經濟審判庭、行政審判庭、執行庭、知識 權庭和告訴庭等

<sup>312</sup> 參見人民日報網路版人民大會堂三月十五日十五時三十七分訊，最高人民法院院長肖揚，《最高人民法院工作報告 2000 年 3 月 1 日在第九屆全國人民代表大會第三次會議上》，<http://www.peopledaily.com.cn/200003/15/C109.html>

<sup>313</sup> 同前揭

<sup>314</sup> 引自北京青年報 2000 年 3 月 27 日，《如今法院管得寬》

專門審判機構<sup>315</sup>；人民在經濟生活中的諸多矛盾和知識 權等方面的有關爭議都可到法院通過訴訟解決，也有助於司法途徑的廣為運用。

## 二、法官於個案中所發揮的功能

二十世紀末期的現代中國，法規範體系的結構日漸完整，司法救濟途徑的使用也逐漸普遍，法律共同體的發展也具有初步規模。在這個共同體中，法官群體在社會生活中的地位和角色發生了相當的轉變：

*尤其是一些優秀的法官在這個沈默的、沒有面目的群體中逐漸顯示出自己的個性，從而顯示出他們對社會發揮作用的獨特方式。他們不再是簡單的社會糾紛的解決者，而是法律規則或者原則的創立者；他們不僅僅關心對個案的處理，更關心個案中體現的法律規則或原則及其對未來類似案件可能的影響力。也正是通過這些探索性的典範案例，使得這些法官成 我們這個時代中卡萊爾所說的英雄<sup>16</sup>。*

前曾述及法院長期處於行政機關的強勢領導壓力之下，一方面不得不屈從以求自保，但另一方面，法院也從每一次的個案審判中，試圖擴大自己的權力範圍，以發揮司法的影響力；正是這樣的法律文化體現於司法實務，造就了法官的時代英雄性格。舉例而言，審理「福州陳氏兄弟訴馬尾公安局」的上訴案中的遊振輝法官，以及審理「田勇訴北京科技大學案」的饒亞東法官，前者在一個行政訴訟案件中巧妙地通過事實的鑑定確立了反壟斷的規則，後者則在判決書中幾乎直接陳述了正當程式的原則<sup>317</sup>；在這些案件的審判過程中，法官不再只是單純的裁判者，而是充分發揮了普通法體系中「法官造法」的功能，以創造、確立法律原則的使命自居，顯示司法機制的發展已日趨成熟。儘管法院藉判決以確立重要法律原則的出發點，事實上出於擴張自身權力的意圖，而其判決的基礎也常被批評為「流於恣意專斷」或「缺乏法律依據」<sup>318</sup>，但這些現象本就是法律文化發展的過程中，必然遭受的衝突與融合，並不能因此全盤否定司法機關對自身角色期待的努力。

## 三、人民陪審制的發展

陪審制起源於西方法的審判傳統，首先在中世紀英國出現，並在英國前殖

---

<sup>315</sup> 參見前揭

<sup>316</sup> 引自法制日報 2000 年 7 月 30 日，強世功，《社會轉型中法官的作用》

<sup>317</sup> 參見前揭法制日報 2000 年 7 月 30 日，強世功，《社會轉型中法官的作用》

<sup>318</sup> 參見前揭法制日報 2000 年 7 月 30 日，強世功，《社會轉型中法官的作用》，其中關於《恒升電子電腦集團訴王洪等一審案》的相關敘述



民地(如美國)實行,十八至十九世紀間,也曾被法、德等大陸法系國家所接受,但至二十世紀,陪審制度卻與西方法律思潮漸行漸遠,對英國和其他大陸法系國家而言,陪審制已僅用於重罪案件或完全不用。在美國,由於憲法上規定了陪審制作為司法建制的根本,因此仍然存在。

共產中國建國之初,人民陪審制成為社會主義理想下重要的司法機制;陪審制的群眾特質與社會主義「人民民主專政」的理想頗為一致:讓普通百姓參加審判,反映了人民管理國家的「人民主權」思想在國家立法與司法實踐中的確立<sup>319</sup>。這樣的法律意識,促使共產中國選擇以人民陪審制作為基本的司法審判規則。

回顧中國人民陪審制度的歷程,大致經歷了兩起兩落的命運,制度的創建和推行困難重重。新中國成立之初至五〇年代末期,人民陪審制度作 中國社會主義民主法律制度的一個重要組成部分,開始了第一段輝煌時期。早在一九五一年年的《中華人民共和國人民法院暫行組織條例》中,即規定:「*便於人民參與審判,人民法院應視案件性質實行人民陪審制。陪審員對於陪審的案件,有協助調查、參與審理和提出意見之權。*」之後,於一九五四年正式頒佈施行的人民法院組織法又將該規定具體化,即「*人民法院審判第一審案件,實行人民陪審員制度,但是簡單的民事案件,輕微的刑事案件和法律另有規定的案件除外。*」同年制定的中國第一部憲法也在第七十五條規定:「*人民法院審判案件依照法律實行人民陪審員制度。*」據此將陪審制度作 一項法律制度加以確認,並寫入國家的根本大法之中<sup>320</sup>。但是,共產中國所實行的人民陪審制,也因其法律文化的不同而發展其獨特的性質;實行人民陪審制的案件,乃由職業審判人員與非職業審判人員組成合議庭來進行審判,「人民陪審員」即是這些非職業審判人員的法定名稱;於執行職務時,人民陪審員與審判員具有同等權限,需以多數決形成裁判。即因人民陪審員參與合議庭執行審判工作時,諸如訊問證人、調查證據、認定事實、適用法規甚至量定刑罰等等,皆完全參與其事,就學術立場而言其實為「參審」,而與英美法院的陪審員有所不同<sup>321</sup>。但無論如何,中國人民陪審制的建立,彰顯了領導階級為人民群 與司法機關的密切連結所作的努力,企圖以此擴大人民法院裁判案件對社會的影響力,表現了受到共產主義意識型態所影響的法律文化。

到了五〇年代末期,受否定法律、輕視法制的思想影響,一些已經被立法

---

<sup>319</sup> 參見法制日報 1999 年 6 月 5 日第四版,中國人民大學法學院副教授 甄貞,《人民陪審制縱覽》

<sup>320</sup> 參見前揭法制日報 1999 年 6 月 5 日第四版,中國人民大學法學院副教授 甄貞,《人民陪審制縱覽》

<sup>321</sup> 參見法務部法官訓練所所長 朱石炎先生所著,《大陸司法制度之研究》,收錄於財團法人海峽交流基金會所編之【兩岸法律論文集】第一輯,一九九四年十月出版,p.50



所確立的重要的法律原則和制度受到批判和廢棄；人民陪審制度也被指為發動群、進行階級鬥爭、奪權整人的工具。因此，一九七五年頒佈的憲法中不再規定人民陪審制度，代之以「檢察和審理案件，都必須實行群路綫。對於重大的反革命案件，要發動群討論的批判<sup>322</sup>。」文革結束後的一九七八年，中國在第三部憲法中終於重提「實行群代表的陪審制度」，但陪審制度作為國家重要司法結構的地位，卻逐漸產生動搖。一九七九年通過的《人民法院組織法》第九條中規定：「*人民法院審判第一審案件，實行人民陪審員陪審的制度。*」並在第十條第二款規定陪審制度「*由審判員和人民陪審員組成合議庭進行*」，但在一九八三年修訂《人民法院組織法》時，上述第九條已刪除，第十條第二款也已修訂「*由審判員組成合議庭進行或者由審判員和人民陪審員組成合議庭進行。*」這就是說，根據該條規定，中國可以實行也可以不實行陪審制。《人民法院組織法》的確賦予陪審制度的實行相當的彈性，但在一九九六年修改後的《刑事訴訟法》卻如修改前的《人民法院組織法》一樣，於第十三條仍規定「*人民法院審判案件，依照本法實行人民陪審員陪審制度。*」由此可知，改革後的中國也傾向於在重大刑事案件中才實行陪審制<sup>323</sup>。

陪審制度日漸萎縮的原因，起於法律文化的難以調和。隨著中國社會政治、經濟領域發生的巨大、深刻的變化，人民法院面對的案件糾紛日益複雜，人民陪審制度在司法實踐中所面臨的問題和窘境此時亦愈加突顯，主要問題是：第一，陪審員自身素質極待提高。第二，陪審制度使合議制審判變成獨任制審判。根據一九八三年修訂前的《人民法院組織法》，陪審制度的適用範圍是人民法院審判的第一審案件。除基層人民法院審理輕微刑事案件和簡單的、一般民事非訴案件可以適用簡易程式和非訴案件的特別程式，由審判員一人獨任對案件進行審理裁判外，其他非簡單、輕微案件的審理必須採用合議制的審判組織形式進行。而事實上以陪審員組成的合議制雖然在人數上優於獨任制，但由於陪審員的綜合素質無法適應新的庭審方式的變化，導致這樣的合議制在實質上與獨任制的審判並無差別。第三，陪審制度在實際操作中仍然困難重重。許多法院反映：「陪審員中有的各所在單位的骨幹，工作忙，負擔重，視陪審負擔，不願意來；普通工人、職員當陪審員的，任職期間又影響獎金、班組經濟效益，也不願意；而請有法律知識的陪審員則困難更大，嚴重影響審判工作的進行。<sup>324</sup>」法律文化難以與法律制度相互配合的結果，促成了其後的修法，以靈活的選擇性規定代替了舊法第一審皆應實行陪審的原則，是否採用陪審制度，完全取決於人民法院一方的意思表示或者審判的需要。

---

<sup>322</sup> 同前揭

<sup>323</sup> 參見《中國法學》1997年第5期，北京大學法律系教授沈宗靈，《當代中國借鑒外國法律的實例（上）》

<sup>324</sup> 引自前揭法制日報1999年6月5日第四版，中國人民大學法學院副教授甄貞，《人民陪審制縱覽》

#### 四、法院的負擔過重

隨著經濟社會的發展，現代中國的司法體系，審判案件的負荷量已逐漸達到飽和，一如西方國家所遭遇的問題。法官的工作量普遍而言皆相當沉重，「扣除雙休日和法定節假日，全年的工作日不足 250 天。假設一名法官一年辦 50 個案件，則平均每 5 天要辦結一件。<sup>325</sup>」沉重的工作壓力之下，審判工作的偷工減料就成為防不勝防的司法弊端：

*審理報告與判決書幾乎沒什 兩樣；開庭時常常只有主審法官一人，另兩名合議庭成員不出庭；合議不正規，通常是主審法官「插空檔」分別與另兩名合議庭成員「通報」一下情況，表示同意就行，由書記員製作出合議庭筆錄，簽字就完事了，合議制名存實亡；判決書製作粗劣，錯字、漏字不少，甚至漏寫判決日期都是常事。另一方面，因時間不夠用，加班成 常事。有個基層法院，長期每星期加班兩個晚上，星期六正常上班。法官們成天忙於事務性工作，調查研究、瞭解和掌握法學最新科研成果並在審判實踐中探索等等就更別提了，法官的法觀念已顯得陳舊。<sup>326</sup>*

龐大案件量致使法院不堪負荷的結果，司法工作的效率性要求就相對提高，但實務上因應的措施卻造成審判品質的惡性循環，反向助長了司法環境中「行政性格」的法律文化發展。例如，現階段的中國對法官皆設定了「最低年辦案數量」的定額<sup>327</sup>，希望以此維持審判工作應有的效率，但如此一來，法院內審判工作的進行，實質上只是在完成一定的「政治性任務」，而非獨立於行政機關之外、為產出司法正義而運行，有悖於司法活動的根本性原則。

為了改善法院的沉重負擔，一九九九年最高人民法院發起了「審判質量年」的運動；在這項政治宣傳性十足的活動當中，最高人民法院構築了「鐵案工程」<sup>328</sup>，期待以此使審判工作更具效率。根據最高人民法院的統計，中國全國經濟案件的改判率和發回更審率平均是 28%，「鐵案工程」的實施即以此 參照，要求人民法院的改判率和發回更審率不得高於此平均數值，以確保「鐵案」的一定比率。也就是變相加重了審判人員的責任，以硬性的數值指標確保鐵案的存在，限制被改判或發回更審的案件，不得占所主審案件的百分之幾，否則，「或主審法官資格被取消，或扣獎金，或作 錯案追究，或年終考核不合格等等，還影響到

<sup>325</sup> 引自檢察日報 1999 年 11 月 10 日，遊振輝法官，《司法公正與成本投入》，[http://www.jcrb.com.cn/html/1999/11/10/E19991110\\_03.htm](http://www.jcrb.com.cn/html/1999/11/10/E19991110_03.htm)

<sup>326</sup> 同前揭

<sup>327</sup> 參見前揭

<sup>328</sup> 參見前揭檢察日報 1999 年 11 月 10 日，遊振輝法官，《司法公正與成本投入》，[http://www.jcrb.com.cn/html/1999/11/10/E19991110\\_03.htm](http://www.jcrb.com.cn/html/1999/11/10/E19991110_03.htm)

晉升。<sup>329</sup>」顯而易見的是，這樣的改革方案捍衛了司法機制中，本已十分頑強的行政管理性格：「一審法院勤於請示、彙報，免得被改判；二審法院定人、定點加強了對一審的指導，形成了『緊密型配合』，甚至一審法官與二審法官搞關係，用私交甚篤來降低比率。<sup>330</sup>」上下級法院間原已曖昧的監管關係，無形中透過該方案得到強化，助長了行政性格顯明的法律文化發展。

該項改革方案所影響的法律文化，同時也破壞了審級制度的精神。審級制度原本的意義，就是要使當事人對審判過程的進行保有申辯的機會，使得案件的處理結果更具理性化；據不完全統計指出，中國現在上訴案件約占一審案件的10%，而被改判和發回更審的占上訴案件的30%左右，也就是說，一審受理一百個案件中，最後被改判和發回更審的只有三件左右<sup>331</sup>。改判率和發回更審率的盲目下降，也許提高了法院運作的行政效率，但卻也同時犧牲了社會大眾對司法正義的期待；上下一心的法院系統成了人民眼中吞噬公理的巨獸，制度內的管道無法疏導「冤屈」等社會情緒，大眾對司法也漸失信仰，凡此皆沉滯了法律文化的穩健發展，使之更難擺脫行政管理的框架。

## 第二節 透過律師制度所展現的法律文化

特定社會中法律職業的發展、以及該社會成員對法律職業所持的社會評價，也可以反應出法律文化的面貌；也就是以法律作為一種專業性的分工，其於社會生活中究竟發揮了如何的功能？帶給一般人民的印象又是如何？廣義而言，法律職業的範圍除了律師之外，尚包括法官、檢察官等其他參與法律工作的專業人員；但在各種法律職業當中，律師無疑是最貼近「非專業」的職業領域，在實際的審判活動中，往往處於與國家法律權威相抗衡的位置，為當事人爭取法律上應有的利益。也因此，從律師制度中所顯現的法律文化，多少也可反映出一般人民對法律權利的自覺，以及特定社會中對程序正義的實踐程度。

傳統中國的法律文化之下，此種為當事人辯護以爭取法律權利的職業，即是受到輕賤的。受到科舉制度的影響，時人所重者為明經、進士兩科，少人研讀律學；學習法律的人所能從事的職業有限，社會地位低下，於政治上缺乏出路，例如清代衙門當中為人代撰書狀的書吏，並不從衙門中領取薪俸，「主要收入只得靠陋規和舞弊，社會地位很低，談不上研究法律，只是粗知律例條文，可以擬稿，查案卷檔案，可以摘要而已。<sup>332</sup>」除此之外，習律之人「最好的出路是當形名幕友（師爺）；幕友必須熟讀律例，佐東翁辦案。」由於士人平日不讀律，一

<sup>329</sup> 同前揭

<sup>330</sup> 同前揭

<sup>331</sup> 同前揭

<sup>332</sup> 參見《中外法學》一九九八年第四期，瞿同祖，《法律在中國社會中的作用 歷史的考察》

且作官，對於法律也茫然不知，而司法又屬州縣官的職責，所以必須重金禮聘幕友。「出堂問案的是州縣官，而在暗中出主意、真正辦案、擬稿定罪的卻是幕友。<sup>333</sup>」因此儘管朝廷對官員私聘的幕友並不支薪，幕友的薪俸所得仍然很高，社會地位也因其資產背景隨而提昇。而在傳統中國的法律職業當中，業務性質最近於現今的律師的「訟師」，卻普遍受到一般人民的輕視；在一般人的印象中，訟師熟習條文，善於舞文弄墨，慫恿人打官司，以不正當的手段從中取利，往往虛構或增減罪情，為當事人開脫罪狀，或誣告對方，包打贏官司等等。姑且不論一般人對訟師的社會評價是否存有主觀性的偏差，至少在國家的司法建制上，訟師是一種不正當的職業，完全在暗中活動，既不在訟狀上署名，也不能在法庭上出面為原告被告辯護。就此而言，從前的訟師與現代的律師，儘管業務範圍相近似，但兩者的法律地位卻是全然不同的；訟師是傳統中國的非法律行業，為政府所嚴禁，一經查出，便要依律令中的「教唆詞訟」論罪。

從歷史情境的脈絡中進行觀察，傳統中國對訟師行業的禁絕，起源於維持國家權威的政治考量；法律是執政者意志的表現，透過代表執政者的行政官員所施用的法律，邏輯上必然是正確的，因為統治者與國家的權威不容置疑；當事人僅是審判程序上，等待裁判者以法律來發現真實的客體，而非得以主張任何「權利」的主體；在中國傳統的法律文化中，「權力的主張」往往代表了「與權威相對抗」，而這正是中國政治文化中的禁忌，絕不受統治者所歡迎。在法律體制逐漸西方化的過程之中，雖然律師制度得到形式上的承認，體制的改革早已發生，但傳統法律文化的精神仍持續影響著一般人民；囿於傳統中對訟師操守與能力的質疑，使得律師的專業能力難以取得社會大眾的信賴，也阻礙了律師制度的建立與發展。一份六〇年代間針對大陸海外移民所作的訪談報告中<sup>334</sup>，曾提及當時法院收發室的特殊功能，相當程度取代了法律生活中律師所能提供的服務，形成具有時代意義的法律文化。在一般的理解之下，法院的收發室僅為法院的附屬機關之一，職司的不過是一些法律文書的往返發送，或者一般事項的詢問而已，並不具任何審判事務上的實質權限。但在前述的訪談報告中，受訪者指出當時中國的法院收發室掌握了法院內部司法事務的行政管理權(plays a major role in the administration of judicial affairs)，處於行政權力凌駕一切的時代，許多法律爭端實際上在法院收發室中就能獲得解決。因此，一方面由於法院收發室所具有的行政背景豎立了權威的標誌，另一方面也因為傳統文化中對律師行業的不信任感，受訪者表示當時的社會風氣，傾向於向法院收發室諮詢法律問題，以此取代向律師尋求專業幫助；一位受訪者被問及為何不願請求律師的協助時，即表示律師所能發揮的作用無法與法院收發室相比，因為「法院收發室才能提供較具權威性的

---

<sup>333</sup> 同前揭

<sup>334</sup> 參見 Victor Hao Li, <The Use of Survey Interviewing in Research on Communist Chinese Law>, 節錄自 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970), p.132

答案(could give an authoritative answer)以解決法律糾紛<sup>335</sup>。」由此可知，至少當時的中國司法實務，不僅在客觀上深受行政權力所干涉，也間接影響了人民主觀上的法律意識，律師所能凝聚的社會信賴相當有限，律師制度的實質發展就難免遲滯了。

綜觀共產中國建國初期律師制度的建立，不難發現以律師作為「國家的法律工作者」，其政治信仰的純潔深受統治階層所重視；因此新中國建立後，中央人民政府不但先行廢除國民黨時期的六法全書與舊法統，於一九五〇年十二月，中央人民政府司法部更進一步發出《關於取締黑律師及訟棍事件的通報》，用以取締國民黨時代的舊律師<sup>336</sup>。由此可見，即使在新中國成立之初，律師工作的性質仍然延續了傳統文化的色彩，其所握有的專業知識成為得以威脅政治權威的法律武器，因此深受統治階級的顧忌。掃蕩了舊法制殘留的律師之後，一九五四年七月中央人民政府司法部發出通知，指定北京、上海等大城市率先試辦律師顧問處，開展律師業務。從一九五五年起，中國各地許多市、縣都開展了律師工作；一九五六年一月，司法部向國務院提出《關於建立我國的律師工作的請示報告》<sup>337</sup>，建議通過國家立法以正式確認律師制度，請示報告當年度批准之後，現代中國的律師制度也獲得形式上的開展。

然而，雖然於一九五五、一九五六兩年期間，現代中國的律師制度獲得初期的發展，但從一九五七年下半年之後的二十年，遭受左派思想的影響與其後文化大革命的衝擊，剛剛起步的律師制度遭到了極大的破壞。中國本已缺乏西方法權利本位的法制傳統，公民普遍缺乏權利自覺與法制觀念，再加上傳統法律文化中輕視訟師的成見，「律師出庭 刑事案件被告人辯護」更難得到群眾的支持與諒解，反而被等同於「喪失階級立場」或者「替壞人說話」。到了一九五七年，「出現了反右鬥爭的擴大化，大批律師被貼上『右派』的政治標籤，甚至被送去勞動教養或勞動改造，律師工作因此枯萎」。雖然「司法部在一九五九年被撤消後，律師工作由人民法院代管，但實際上律師工作已不能開展。在十年內亂期間，林彪、江青反革命集團推行封建專制主義，不僅在法律實踐中完全剝奪了被告人的辯護權，而且於一九七五年制定的憲法之中，公然取消了有關被告人享有辯護權的規定。在他們控制公檢法機關期間，被告人自己都無權辯護，更談不上請律師辯護了。<sup>338</sup>」

但除了政治鬥爭劇烈的二十年間，曾導致律師工作的停擺之外，一九七八

---

<sup>335</sup> 同前揭

<sup>336</sup> 參見檢查日報一九九九年七月三日，記者聶靜，《新中國律師制度的建立與發展 訪司法部律師公證工作指導司副司長賈午光》

<sup>337</sup> 同前揭

<sup>338</sup> 同前揭檢查日報一九九九年七月三日，記者聶靜，《新中國律師制度的建立與發展 訪司法部律師公證工作指導司副司長賈午光》

年中國共產黨十一屆三中全會所為的大幅改革以前，律師業務發揮的功能始終是非全面性的；當時律師的主要職能仍只局限於行使刑事辯護權，被告人減輕刑罰和免除刑罰，而非如西方國家的律師，得以介入各類案件中為當事人爭取權益。也由於長期以來律師業務的侷限，使得現代中國的律師制度，立於與西方相異的基礎，而發展出獨特的法律文化。於是，即使一九七八年通過的新憲法中，重新確立了辯護制度在國家法制中的地位，律師文化的本質依然沒有太大的改變。一九八〇年八月二十六日，五屆人大十五次會議通過了《中華人民共和國律師暫行條例》，這是新中國建立以來有關律師制度的第一部法律，使中國的律師制度開始得以法律的形式固定下來；該條例第一條即明白指出，律師行業的性質係「國家的法律工作者」，而非自由職業者，其工作必須在黨及國家的領導下，為黨國及人民服務<sup>339</sup>；由此可知，承繼了傳統法律文化中對律師職業的偏見，與共黨意識型態下對政治權威的哄抬，律師工作在法律規範下似乎難以擺脫「黨與國家的領導」，律師實質上不算是社會的法律工作者，反而與公務員較為接近。

但無論如何，一九七八年的改革開放以後，法律體制的確獲得了空前的發展機會；一九八六年起，司法部開始舉辦全國律師資格考試，以期提高律師的素質；一九九三年對律師暫行條例的修法，開始了律師制度的改革，「使律師機構實現了從『國家工作人員』到『社會法律工作者』的轉變。<sup>340</sup>」對律師職業所作的「質」的變革，也帶動了律師數量的急速增加；由表三可以看出，自一九八五年至一九九五年的十年之間，律師的數量成長了將近五倍，且不論是國立的、抑或私人的法律事務所，成長的速度也都十分驚人，顯示愈來愈多的律師為社會所需要；另外，由表四的歸納統計中，我們也可發現，現階段律師所能一展長才的領域已得到大規模的擴展，不再侷限於刑事辯護權的行使；因此表上所列的各項法律事務，幾乎都自一九八五年後急速增加，惟獨原本即屬律師業務範圍內的刑事辯護案件，數量上仍大致呈現穩定的發展；藉由這些資料所顯示的訊息，我們得知近年來中國律師制度的發展漸趨成熟，律師業務對大眾的法律生活也日漸重要。

表三：LAWYERS AND LAW FIRMS IN CHINA

Year	Lawyers	State law firms	Non-state law firms
1985	18,000	--	--
1986	21,546	--	--
1987	27,280	--	--
1988	31,410	--	--

<sup>339</sup> 參見吳磊主編，《中國司法制度》，中國人民大學出版社一九八八年版

<sup>340</sup> 引自《人民檢察》1999年第10期，全國人大常委會委員 蔡定劍，《中國法制建設五十年回顧》

1989	43,533	--	--
1990	38,769	3,653	--
1991	46,850	3,633	73
1992	45,666	4,518	198
1993	68,834	4,624	505
1994	83,619	5,426	1,193
1995	90,602	5,622	1,625

資料來源: The Editorial Office of the Year Book of China, ed., 《中國法律年鑑》, various issues, Beijing: The Law Year Book of China Press, 1986-1996., 轉引自 ZHENG Yongnian, 《From Rule by Law to Rule of Law? A Realistic View of China's Legal Development》, 1998

表四：DEVELOPMENT OF LEGAL BUSINESSES IN CHINA(1985-1993)

Unit:1,000

	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	
No. of full time legal consultant		39	43	60	88	109	111	129	152	186
Cases of preparing legal document	316	329	416	535	568	524	751	610	600	
Cases of legal consulting		1,636	1,590	1,904	2,411	2,626	2,741	2,442	2,775	2,415
Cases of criminal litigation	107	137	155	170	232	258	231	220	192	
Cases of civil and economic litigation	108	163	209	265	329	334	227	396	483	
Cases of administrative litigation	--	--	--	--	--	--	14	16	15	

資料來源: The Editorial Office of the Year Book of China, ed., 《中國法律年鑑》, Beijing: The Law Year Book of China Press, 1987-1994 various issues., 轉引自 ZHENG Yongnian, 《From Rule by Law to Rule of Law? A Realistic View of China's Legal Development》, 1998

### 第三節 普法運動的推行與一般人民的法律意識

置身於法律專業領域之外的一般人民，對「法律」存有的普遍觀感為何，

決定了其所具有的法律意識，在許多不同切面的社會結構之中，所謂「一般人民」的涵義雖然最為籠統，但也最能指出社會中普遍存在的法律意識。法律意識的形成往往成為法律文化發展的重要內趨力，如果大部分社會成員擁有相類的法律意識，將足以凝聚巨大的能量，型塑出影響深遠的法律文化，即使注入強大的法律政策力量，也難以迅速掌握法律文化的發展。以中國而言，一九七八年的改革開放以前，人民所具有的法律意識除了具有濃厚的傳統色彩之外，也深受當時政治環境的干擾，但政治力量雖足以完全有效地改變法律體系的建制，卻無法隨心所欲地控制人民的法律意識，以致出現了法律體制與法律意識的落差。之後，又由於統治核心期望中的法律意識，無法普遍地建立起來，因此而激發了一連串「普法運動」的法律政策，期望以政策力量修正法律文化的發展方向，使之符合統治者塑造中國為「法治國」的政治目標。

### 一、文革期間一般人民的法律意識

一九七八年的改革開放以前，許多官方發行的法學論述，往往與真實的法律文化相去甚遠；在另一份針對六〇年代大陸海外移民所做的訪談報告中<sup>341</sup>，即充分呈現出此種法律體制與法律文化間的落差。

舉例而言，於一九五八至一九六四年間的官方刊物上，幾乎純由黨內幹部所組成的「調處(t'iao-ch'u)委員會」(adjustment committees)受到大幅度的讚揚，調處委員會於五〇年代中期廣設中國各地，據稱其調處紛爭的效率性與執行的力度，皆遠勝於本已存在的民間調解委員會(neighborhood mediation committees)，因此發展迅速，並廣受人民支持。然而，在訪談報告中顯露出來的卻是，雖然所有的受訪者都知道民間調解委員會的存在，但大多數人卻未聽過「調處委員會」究屬何等組織，在少數知曉調處委員會的受訪者中，卻表示於大部分地區，該組織其實十分缺乏解決紛爭的實際效率；顯示當時基於政治目的而設立的法律制度，並未獲得一般人民法律意識上的支持。

此外，關於刑事程序上人民陪審員所發揮的功能，實際上也是十分虛幻的。基於對蘇聯法體制的承襲，中國當時於刑事訴訟程序實行人民陪審制；因此，除了青少年的犯罪案件(minor case)屬輕微案件的範疇而不實行陪審制，原則上刑事審判的進行皆由一位主審法官搭配三位人民陪審員，組成合議庭共同進行審判，且又基於對群眾路線的堅持，兩位陪審員與主審法官，就該案件皆擁有同等的決策權限，以多數決為勝。官方版本的文宣指出，中國獨樹一幟的人民陪審制度，乃是於司法行政結構上推動群眾路線的主要原動力；然而，於該訪談報告的結果

---

<sup>341</sup> 參見 Jerome Alan Cohen, <Interviewing Chinese Refugees: Indispensable Aid to Legal Research on China>, 節錄自 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970), p.85-117



中卻指出，即使是政治上大力推行蘇聯法制的五〇年代期間，法律形式上賦予陪審員的獨立審判權限，仍然難以得到落實；一方面由於法律專業知識的缺乏，一方面也由於政治力量普遍介入司法，即使是由群眾擔任人民陪審員的任務，審判事務的進行實際上仍是操於政黨幹部之手；具有形式法律效力的人民陪審制度，於實際上並沒有運作自如的社會實效與之配合。

當時的中國正處於無產階級革命的激情之中，政府當局也廣為宣傳地方黨委會「指導」各項檢警及司法事務的必要性與偉大成就；在訪談報告中，對於政治介入司法的實際面貌，及其對法律文化所帶來的影響，都揭露了更為具體的資訊。舉例而言，官方文獻提及當時中國三類主要的刑罰與制裁手段，除了對犯罪行為的刑事制裁(criminal sanctions)之外，第二類即屬運用範圍最廣的非正式制裁(informal sanctions)，包括集體批判(group criticism)與群眾鬥爭(struggle)，以及第三類的行政制裁(administration sanctions)，包括仍於社會群居生活中進行的勞動教養(supervised labor)與集於勞改營中進行的勞動改造(rehabilitation-through-labor)；但對於具體案件中擇用何種制裁手段的客觀標準，則幾乎未有公開的相關論述。幾位曾擔任中國公安的受訪者即於訪談中表示，當時各類案件的具體制裁方式，實質上幾乎全操於地方黨委會委員之手，不但定罪量刑缺乏客觀標準，黨委會委員斟酌量刑的權限原則上也是無限制的；刑法體系大半附屬於行政權力的淫威之下，連獨立司法審判的原則皆無法堅持，更遑論罪刑法定等刑法基本原則的建立了。這樣的法律環境，更難以培養出人民獨立的法律意識，助長了「法律為政治服務」的一般觀念。受訪者對政治意圖的高敏感度，或可為上述的命題作出註解；儘管訪談內容的重點在於法律實施的狀況，但受訪者顯然對「法律」與「政治」的區別模糊難辨，許多受訪者十分避諱與「外人」談及中國的「家務事」，深怕因此受到政治力量的刁難、惹上不必要的牢獄之災，更有不少人在一般觀念中，對致力於中國法律的學術研究者，皆冠以「情治單位」的成見<sup>342</sup>。

傳統中國息事寧人、妥協惡訟的典型法律意識，也在訪談過程中流露出來；雖然缺乏量化的統計數據，但研究者卻發現其與受訪者在訪談進行中，對「糾紛」所持的定義存有文化上的差距。一般而言，對於夫妻間的吵架或鄰里間的爭執，無論衝突的程度多麼劇烈，甚或已需藉由民間調解委員會的介入才能進行協調，對多數受訪者來說，這仍不構成所謂的「糾紛」<sup>343</sup>；最後研究者終於決定修正訪談的用語，以「糾紛、吵架或意見不同」來代替單純的「糾紛」，才順利減少了研究的誤差性。語言使用上的差距，看似吹毛求疵的枝微末節，但往往是文化意識的最直接體現；由上述受訪者對「糾紛」所採取的狹隘定義看來，「盡量追求和諧並避免訟爭」的傳統法律意識，仍然存在於一般人民的普遍觀念之中。此外，

---

<sup>342</sup> 參見前揭 Victor Hao Li, <The Use of Survey Interviewing in Research on Communist Chinese Law>, 節錄自 Jerome Alan Cohen, *Contemporary Chinese Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press(1970), p.119

從訪談中也顯露出，大多數受訪者極不願自己的私事成為眾所矚目的焦點，更不願在行政官員面前捲入任何法律糾紛，避免留下惹事生非、製造麻煩的壞印象；當訪談及問卷中出現各種假設性案例的問題時，這種普遍的退縮心態就更加突顯，吃虧的一方多半不願出面依法律程序解決糾紛、爭取權利，此時最常出現的答案就是「算了」<sup>344</sup>，中國人民寧願選擇息事寧人的處理方式，犧牲法律上的利益以換取政治純潔的評價。

## 二、普法運動的推行

相對於文革期間對法律環境的消音與打壓，一九七八年的改革開放之後，中國開始了一連串積極的法制建設工程。其中「普法教育的實施，就是共黨在十一屆三中全會以後，集中黨與國家的資源，致力於發展社會主義民主、健全社會主義法制方面的一項重要措施<sup>345</sup>。」從一九八六至一九九〇年間第一期的普法五年規劃開始，鑒於一般人民法律意識的普遍欠缺，普法運動的工作重點中，首當其衝的就是人民法律意識的型塑與灌輸。在此我們又一次見到，儘管以神聖的普法建設作為號召，傳統中國習慣於「以政治支配一切」的政法文化與治國原則，其實已明白呈現於眼前，試圖以政治力量硬性扭轉法律文化的長期發展模式。因此，有關單位開始廣邀全國的法學教授與研究人員，至各黨、政、軍、民、學、企業單位，甚至街道、農村，以宣講法律知識，逐條講解公民「應該熟悉」的最基本的法律和法規，編寫普法書籍和教材；並且由各級黨內幹部帶頭學法、「以身作則」，宛若海峽彼岸新生活運動的再現。一份關於普法運動的論述即有以下的記載：

*從那時起到一九九九年底，中央領導同志先後十次聽取法制講座，江澤民總書記在每次講座上都發表了重要講話，對於國家民主法制建設的許多重要問題進行了精闢的闡述。九屆全國人大常委會組成以來，在不到兩年時間裏也先後十二次邀請法學學者舉行法制講座。中央領導同志聽取法制講座是對全民普法教育最好的肯定與支援，也是全民普法教育深入人心的生動例證。<sup>346</sup>*

也許，在這些目不暇給的法制講座當中，最令人感興趣的不是中央領導同志聽取了如何的法律知識，而是中央領導同志發表了什麼「重要講話」，對法制建設又進行了怎樣精闢的「闡述」；健全法律意識的建立，本應處於「法律不受行政權利干涉」的前提之下，而普法運動邏輯上的弔詭之處就在於，中國官方試

---

<sup>343</sup> 同前揭 p.127

<sup>344</sup> 同前揭 p.134

<sup>345</sup> 關於普法運動的詳細進程，參見張友漁主編，《中國法學四十年》，上海人民出版社一九八九年出版，p.11

<sup>346</sup> 引自法制日報 1999 年 12 月 31 日第三版，《百年磨礪百年希望——二十世紀中國民主法制歷程述評》

圖以行政權力的介入來建立一套反向操作的法律觀念，脫去政治宣傳的鮮豔外衣，中國人民的法律意識到底會產生如何的質變，仍有待未來進一步的研究與觀察。由表五的統計數據可知，普法運動的確使人民的法律意識產生了「量」的變化，高達 80% 的人民對現行法規的了解，皆來自於普法教育的宣傳。但是，由表六的另一項調查統計，我們發現中國人民的權利意識並沒有什麼革命性的進展，「法律權利來自於國家或政府的賜予」仍是多數人的權利觀念，法律意識的「量變」並沒有伴隨與之相當的「質變」，這或許就是普法運動內在邏輯的侷限，政治強勢也無法在法律文化的發展上隨心所欲地呼風喚雨。

表五：ORIGINS OF THE PERCEPTION OF LEGAL RIGHTS

---

Question: Where did you learn the laws and regulations about your rights?

---

	Number(275)	%
Learn on one's own	15	5.4
Law-study groups	220	80
Through newspaper,TV,and broadcast	20	7.3
Through legal cases of relatives or friends	13	4.7
Others	7	2.5

---

資料來源:Chang Guangxing,《社會發展中的人身權利》(“Social Development and Personal Rights”),in Xia Yong, ed.,《走向權利的時代》(“An Age Toward Rights”),Beijing:Zhongguo zhengfa daxue chubanshe,1995,p.414.,轉引自 ZHENG Yongnian,《From Rule by Law to Rule of Law?A Realistic View of China's Legal Development》,1998

表六：SOURCES OF CHINESE RIGHTS-CONSCIOUSNESS

---

Question: According to the Constitution, you enjoy the following rights. Where do you think your rights come from? Please choose between (A) and (B)

---

Rights(N. of sample)	(A)	(B)
	Given by the State or government(%)	Given by birth(%)
Life safety (N.5,451)	32.4	8
Life security (N.5,450)	37	1
Elect or remove cadres (N.5,448)	35	1.1
Getting rich by hard work (N.5,449)	24	7.5
Rights to basic education (N.5,450)	40.1	6.7

資料來源:Gao Hongjun,《中國公民權利意識的演進》(“The Development of Rights-Consciousness among Chinese Citizens”),in Xia Yong, ed.《中國權利的時代》(“An Age Toward Rights”),Beijing:Zhongguo zhengfa daxue chubanshe,1995,p.46.,轉引自 ZHENG Yongnian,《From Rule by Law to Rule of Law?A Realistic View of China’s Legal Development》,1998

### 三、由行政訴訟的興起看人民法律意識的進展

雖然普法運動助長法律意識的成效有限，但九〇年代展開的行政訴訟制度，卻逐漸將中國人民的法律意識與權利意識引領向前，疏導了一定的社會壓力與政治敏感度。

事實上，形式法律中關於行政訴訟的法源基礎早已存在；早在一九四九年，具有臨時憲法作用的《共同綱領》第十九條就已規定：「*人民和人民團體有權向人民監察機關或人民司法機關控告任何國家機關和任何公務人員的違法失職行為。*」而一九五四年，共產中國頒佈的第一部憲法中，第九十七條又再次明申：「*中華人民共和國公民對於任何違法失職的國家機關工作人員，有向各級國家機關提出書面控告或者口頭控告的權利。*」但基於新建政權對政局穩定的諸多顧忌，行政訴訟的具體法制架構，數十年間自然難以落實，行政訴訟的理念僅具憲法上聊勝於無的象徵性意義而已。先天上本即具有行政強權性格的法律文化，後天又缺乏行政訴訟途徑予以調和，共產中國行政權力的坐大也就應運而生了，官民對立的分野使得「建國二十多年，幾乎沒人與『官』對簿公堂。哪怕私下討個『說法』的都 數不多<sup>347</sup>。」

文革結束後，行政法制的建設工作獲得初步的開展。一九八二年，《民事訴訟法（試行）》頒佈實施。其中第三條規定：「*法律規定由人民法院審理的行政案件，適用本法規定。*」中國終於在具體的訴訟法中，確立了行政訴訟制度<sup>348</sup>。但是，缺乏完整的行政訴訟理論與行政法架構與之配套，民事訴訟法上述的概括性規定，等於也架空了行政訴訟的實施可能性，因為並沒有其他具體的相關法律，規定何種案件屬於「由人民法院審理的行政案件」，也沒有任何進一步的訴訟上建制，規定人民法院要如何進行行政案件的審理。

虛幻的法制建設漏洞，很快地在實務上露出馬腳。一九八六年初，湖南省汨羅縣的一起「假藥糾紛」案，便成為當時行政訴訟實務上的難題；汨羅縣藥材公司經銷保健品時使用了藥品標價簽。當地藥檢所以「出售假藥」由，對藥材

<sup>347</sup> 參見中國青年報 1999 年 8 月 29 日報導，《「秋菊」們擁有了法律武器》

<sup>348</sup> 同前揭

公司課以罰款。藥材公司不服，遂向當地法院起訴，狀告藥檢所「行政違法」<sup>349</sup>。案情雖不複雜，卻難住了當時的汨羅縣法院：缺乏關於行政訴訟程序的具體規範，這類案件到底應由哪個法庭審理？經過法院內部的爭議，決定臨時組織一個特別合議庭以審理此案。由於該案於行政實務上的啟示，汨羅縣法院向上級法院提出「成立專門行政審判庭」的大膽設想，結果更引起實務界與學界的廣泛討論，各單位的正反聲浪皆來勢洶洶；部分持反對意見的學者，認為行政審判庭的設立乃為「超前立法」，有悖於向來立法部門對「經驗立法」原則的堅持，並宣稱「老百姓的法律意識還不成熟」，貿然的超前立法無濟於事；行政官員們則多半認「法院是維護政權的」，專門設立行政審判庭只會為政府招致不必要的麻煩，也出現了這樣的相關報導：「一位副縣長甚至直接打電話給法院：『民告官』的案件搞搞宣傳還可以，法庭就不要設了。」<sup>350</sup>儘管反對聲浪不弱，四個月後全國第一個行政審判庭還是在汨羅縣法院宣告成立；以此為出發點，行政審判專庭的建立逐漸普及於各地方法院，為行政訴訟的法律建制做好準備。「至一九九〇年《行政訴訟法》頒佈實施之時，全國已有 130 多個法律、法規可適用於『民告官』。

<sup>351</sup>」

行政訴訟體系的建立，開啟了中國自古以來「民告官」的正規體制先例，不但有助於紓解官民對立的沉重壓力，更帶動了國民法律與權利意識的提昇。普法運動所要宏揚的核心精神是全民（包括政府）對法律的尊重，但所用的方法卻是政府強力運作的政策成果，在宣傳口號背後，人民看到的是政府的激情與行政核心的英明神武，法律的主體性卻然淹沒在政治浪潮之中。與普法運動不同的是，行政訴訟體系的建立，非僅為行政機關一廂情願的強力介入，也是法律體制本身的成長壯大；於是，隨著法律的主體性逐漸浮現，人民的法律意識也開拓了新視野，「民得以告官」的法律文化也蓬勃地發展起來。一九九九年是行政訴訟法頒佈十年之期，根據同年十二月全國法院行政審判工作會議上的報告，「十年間全國各級法院共受理一審行政案件 52.7 萬餘件，原告勝訴率占結案數的 40 %。」<sup>352</sup>行政訴訟的高勝訴率雖然正反映了行政機關對「依法行政」原則的輕視，但其對人民法律意識的建立，也發揮了相當的鼓勵作用；最重要的是，民眾的高勝訴率顯示中國的行政訴訟制度確實具有一定的社會實效性 (efficacy)，並非只有形式上空談的法律效力 (validity) 而已。

---

<sup>349</sup> 同前揭

<sup>350</sup> 引自前揭中國青年報 1999 年 8 月 29 日報導，《「秋菊」們擁有了法律武器》

<sup>351</sup> 同前揭

<sup>352</sup> 引自人民法院報 2000 年二月十七日，《一九九九年：民告官已不是新聞》

## 第五章 本部分結論

中國法律發展，比較東亞其他國家，在時間上較為遲延。但因中國近年來經濟的蓬勃發展，經濟活動的規範，無法排除法律制度的強力介入。再者，在人民生活逐漸富裕之後，權利意識逐漸萌芽，中央政府為使人民知悉法律規定，甚至規定若有新法令的公佈，均應公告於全國性報紙，以使民眾知悉。

中國的一黨專制政治制度雖不利於法治主義的推行，但因法律的廣泛應用，以及人民與外界接觸之後，對於權利保護的追求，逐漸發生人民告官的案件，顯現出人民法律意識的加強。中國政府為加入現代全球化的趨勢，致力於法律制度的普及，利用網際網路公佈法令，宣揚法律制度，顯見中國政府逐漸正視法律的重要性，在中國政治發展中，應屬重要的發展，因為透過法治主義的推行，政府必然必須自己守法，而後使能推行政令，政治發展必然深厚法律發展的影響。

無可諱言，政治與法律的糾葛，仍然是中國政府施行法律制度的重大問題，如何廓清二者之間的界線，使法律得以獨立運作，建立司法獨立，進而增進中國人民對法律制度的信賴，將會是中國政府的重要課題。尤其在人民權利意識隨著經濟發展逐漸增長之後，如何保障人民的基本權利，不致於因政府與人民在權利保護上激起重大衝突，應屬迫切之問題。

## 第五篇 台灣部分

### 第一章 緒論

#### 第一節 序言

法治雖然是中華民國建國以來一項重大的政治目標，但自民國肇建以來的法治建設，法律內容主要在抄襲西方歐陸或英美的法律，不管是民事、刑事、訴訟法乃至憲法行政法等基本法典，均可說是外國法的縮影。然西方的主要法律精神及內容，例如：男女平等、契約自由、個人繼承、依法行政、罪刑法定以及依法課稅等法律原則觀念，均奠基於西方以來長久發展、成熟的個人主義、自由主義，與我國傳統法律所根源的民族、社會精神迥異。而全套繼受西方的我國法律制度，在理念上已經是脫離神權與傳統的獨立體系，具有可以任意處理、隨時變更，法律效力不假外求的特徵。

然而我國傳統上儒家學說主張「禮」建立正確的行為規範，藉此維繫社會秩序，然而對於統治階層而言，縱使是獨尊儒術的國君，也多以為「禮」僅是有為君子的自律，即缺乏一套程序化的具體作法，也沒有普遍的標準，故在實際治國時多以法家的「法」控制、管理百姓。法家的「法」與「刑」是不分的，在內涵上不同於法治，它是統治者的統治工具，是「術」。法不等於是「日常生活」，是日常生活外的額外因素。

然而社會的「人情運作」，也就是重人情、講關係，也妨礙民眾法治觀念的建立。國人傳統社會網路是以人倫為經，人際關係為緯構築而成。在實際的作法上，將周遭的人排為親疏遠近，區隔「自己人」與「外人」；人際關係之間靠互賴、互報來牽制與維繫，並藉此產生利他行為與避免衝突。相反的，西方社會重視個人的獨立性，對人際關係的處理，較為一視同仁，人際關係是較為普遍、平等、互利的。我國傳統社會的人際結構，國人在執法時要「情理兼顧」，順序是「情理法」，執法者很難執法如山。

至於我國於一九四七年制訂、施行的憲法，則是輸入晚期資本主義階段所發展出來的社會民主主義法治觀念，亦即威瑪憲法式的法制觀念，為國家干預社會、經濟的形成與發展，提供新的合法基礎。因此政府遷台以後，各項社會、經

濟法規即在此基礎上疊架起來，法律的多重性格至此已相當明顯；不管是以個人主義理念為中心的法律，社會民主觀念所表現出的社會經濟法規，加上新科技出現所帶來的新的社會問題，法令的膨脹遂有不可遏止的趨勢。如此的現象，可說是急於擺脫傳統人治陰影的台灣社會，幾乎把法律視為唯一可靠的政治引導工具，某種「泛法律主義」反映在一方面對執法效果極度不滿，另一方面又對立法者奢求無厭的輿論上。<sup>353</sup>

然而法律變革的歷程 - 從個人主義的法律觀到社會民主的法律觀 - 在西方歷經幾個世紀，是整個社會從經驗錘鍊中逐漸認識並接受的結果。而在我國，從推翻帝制的政治革命以來，所有觀念的變革都只停留在少數知識份子的小圈圈中，握有政治實權者則平其個人的素養，接受或排拒這些雜陳的新觀念，所以今天西方社會中無所不在的國家觀念（omnipotent state）是幾經辯證而蛻現的成果，而我國社會中無所不在的國家則除了內部組織逐漸民主化外，可以說直接承傳帝制時代的絕對國家的觀念，我國並未存在有一個與國家截然分離的「社會」，社會一般大眾對於社會主義的法律觀，或甚至個人主義法律觀的內容，仍處於一知半解的懵懂狀態。因此，便有學者認為台灣社會雖然表面上存在著與西方法治具有相同典範 - 社會民主化，實際上同時存在著不同的法治典範；某些握有政治權利者的「法可用則用，不可用則藏」的法治觀念；司法機關仍以概念法學與孟德斯鳩式的司法獨立為理想；許多民眾仍視法律為不祥之物，避之唯恐不及，而此種擠壓的典範並造成法律操作上的許多矛盾、脫節。<sup>354</sup>

本研究計畫的目的即是藉由觀察、歸納台灣人民如何解決各類糾紛，反映出台灣人民對法律以及作為執法者的行政機關與法院抱持何種態度。進行此項研究時，首先應釐清法律與人民、社會之間，具有如何的互動關係。

## 第二節 基本理論

法律與社會生活的互動關係（或法律如何介入人民的社會生活）可以從兩方面來觀察，首先是法律如何介入生活，亦即指法律如何地把一定社會生活關係用法律規範連結、涵涉起來，以及法律規範體系如何影響、形塑社會生活（或稱之為「客觀法律化」）。如果從人民、社會生活的角度反觀法律的話，則是人民在一般的社會生活中，如何看待、執行法律，以法律社會學者和法律哲學者的觀點而言，就是法感（Rechtsgefühl）或者是法律意識（Rechtsbewußtsein）（或稱之為「主觀法律化」）。以下進一步說明兩者的意涵：

<sup>353</sup> 陳義彥、蘇永欽，法治認知與台灣地區的政治民主化：從人民的執法行為探討，P2，1997國科會專題研究計畫成果報告。

<sup>354</sup> 蘇永欽，司法獨立的信念與迷思，中國時報，每週時論（1985/07/21）



## 一、客觀法律化

法律介入社會生活，可稱之為法律化。「法律化」一方面是指法律把一定社會生活關係用法律規範聯結起來(或稱「外部法律化」)，另一方面，這種法律的介入通常都不是單純「法條化」(Vergesetzlichung)，而是配合行政機關的命令、處分，司法機關的判決，實體法和程序法齊頭並進的大舉侵入(或稱「內部法律化」)。

社會生活並不是全部都籠罩在法律體系下，即使在法律化程度最高的國家，如美國、西德等，仍然留有相當大的「法外空間」，例如家庭日常生活這個次體系在各國都較少受法律干預(「法律不入家門」)。而且有些法律並非以人民為規範對象，如行政機關的內規，人民至多只受到反射的影響，在以人民為主要規範對象的法律，被法律化的生活關係分散到個人時也不是平均的，比如交通規則有的適用於汽車駕駛人，有的適用於行人，其間只有小部份重疊；由於駕車者也有步行的時候，他被法律化的程度就比純粹的步行者要高，這一點和憲法第七條規定的法律之前人人平等並無抵觸，因為任何人如果開車都要遵守相同的規則。憲法並未要求所有法律對所有人皆有其適用可能性，故土地法、票據法、證券交易法對無恒產者來說通常毫無意義，獎勵投資條例訴求的對象也僅限於有從事一定投資「潛力」者。

故人民的執法(或稱為人民實踐法律之行為)，首先涉及的就是社會和個人的生活關係被客觀法律化的情形，茲以圖 1-3 表現客觀法律化的情況，如個人或社會在其法律生活中，透過法律維護其應有權益，或遵守法律以達成一定的目的，均屬於人民的執法行為。

## 二、主觀法律化

被客觀法律化的生活空間，比如有關行車、土地、生產事業、父母子女等的種種「可能」情況，倘不等於實際發生的情況，因此具體到個人生活時，還要先了解實際上發生什麼事實，有什麼法律事務或問題，必達到所謂「構成要件合致」時，才有執行可言。

然而，在客觀法律化和法律事務發生之間，還有一個法律社會學和法律哲學的現象，稱之為法感(Rechtsgefühl)，或是被描述為法意識(Rechtsbewußtsein)。前者比較偏向情的一面，也就是某種公平或同意的感覺或感情，後者比較偏向知的一面，也就是對法律「存在」的認知，尚未達到了解法律「內容」的程度。事實上，不知道某類生活關係被客觀法律化或原則上不認為這類生活關係應該從法律的

角度去處理，對該特定人而言，法律事務或問題便無由產生。舉例言之，不知道刀槍在我國有法律明文管制的外國人，自始即無從「配合」管制條例的規定。可見在客觀法律化和具體法律問題發生的中間，還存在著一個「對某類被客觀法律化生活關係一般地、主觀地知道並原則上接受」的事實。忽略了這個事實。對所謂法律事務或法律問題的調查研究便可能有相當大的偏差。因此，本研究把這種並原則上接受的事實和態度，稱之為主觀法律化。主觀法律化的定義是扣牢在被規範的個體（人民）和實定法律體系的關係上。

應注意者，被主觀排除於法律生活之外的主觀法外空間，並非真正的法外空間，如果該特定行為涉及強制性法規，當事人很可能因為這種主觀情形而應受法律制裁，例如前述「不知道刀槍為管制物品的外國人，仍可能會受到槍砲彈藥刀械管制條例制裁」。但主觀法外空間在通常的情形下，當事人常會依其他社會規範去處理該被「法外化」的事務，而仍然成為被社會接受的行為，換言之，法外之民不一定就會做出所謂偏差行為。

### 第三節 研究方法及範圍

本研究計畫的目的既在於觀察、歸納台灣人民如何解決各類糾紛，反映出台灣人民對法律以及作為執法者的行政機關與法院抱持何種態度，因此在研究方法上先從客觀的司法數據上探討人民與法院之間的互動關係，其次探究台灣人民牽涉到的幾種民事法律糾紛。鑑於篇幅所限，本研究計畫在個案探討的課題上，著重於探討台灣人民最常涉及以及引起社會爭議性較大的法律糾紛，亦即是台灣人民最常涉及到的合會（標會）債務糾紛，政治、社會影響力最強的公害糾紛，以及關係女性權益至鉅的婦女運動等三項課題。

## 第二章 司法統計數據的分析

### 第一節 前言

人民雖然可以透過法院，以具有強制力的方式，有效地主張權利、執行權利，然而法院冗長、慎重的訴訟執行程序卻無法滿足人民迅速實現權利的要求，使人民將循法律途徑至法院訴求，當作是實現權利的「最後手段」，甚而自願放棄權利。上述現象就現行司法訴訟、執行制度為保障訴訟當事人平等權利之原則而言，毋寧是無可厚非的，但若從法律社會學的觀點，觀察人民就何種法律糾紛，願意進行法律途徑，糾紛的程度如何，會促使人民願意以訴訟的方式主張權利，而最後糾紛以何種方式終結等等，均可以適當地反映出人民面對法律時，背後是抱持著何種法律意識與態度。另外若從法院的觀點而言，法院就訴訟案件的處理方式，也反映著司法者的法律意識與態度。

因此，本章即以近兩年（民國八十七年、八十八年）司法院做成之司法統計數據<sup>355</sup>，分析各種民事訴訟案件的發生、解決過程。主要探討的課題為：（一）民事訴訟案件數統計；（二）民事案件類型統計；（三）民事案件終結統計以及（四）司法當局如何看待統計結果。鑑於民事地方法院第一審是民事三級三審制中與人民關係最為密切的，因此司法統計數據的分析上，亦以第一審地方法院為重。

### 第二節 民事訴訟案件數統計

#### 一、民國八十七年民事訴訟案件統計

依據「八十七年司法院暨所屬機關業務概況」顯示，民國八十七年一年中，最高法院新收民事案件 5,736 件，較八十六年度增加 5.3%，民事終結件數為 5,089 件，較上年度減少 11.2%。高等法院暨其分院新收民事事件計 18,170 件，較八十六年度減少 8.7%，民事終結件數計 17,857，較上年度減少 6.6%。

至於地方法院的情形，地方法院各項民事案件新收件數計 1,286,393 件，較上年增加 16.13%，新收案件中民事事件占 33.0% 最多，財務執行案件佔 26.2% 次之。民事終結件數計 1,255,376 件，較上年度增加 15.95%，至於民事未結件數 114,669 件，則較上年度增加 16.7%。

---

<sup>355</sup>民國八十七年與民國八十八年司法統計數據係取自司法院電子網站  
<http://www.judicial.gov.tw/>。

## 二、民國八十八年民事訴訟案件統計

依據「八十八年司法統計提要說明」，最高法院於八十八年度民事事件新收件數為 5,329 件，與上年比較減少 407 件或減少 7.10%。終結件數為 5,516 件，較上年之 5,089 件增加 427 件或增加 8.39%。而高等法院暨分院則於八十八年度民事事件新收件數計 20,372 件，較上年提升 12.12%，至於民事事件終結件數計 19,948 件，較上年 17,857 件，增加 2,091 件或增 11.71%。

至於地方法院的情形，八十八年地方法院民事事件新收件數為 1,522,373 件，較上上年度增加 235,980 件。就新收件數觀之，以非訟事件增加最多，其中督促程序八十八年 567,020 件，較七十九年之 139,153 件增加了 427,867 件最多，依司法當局之看法此係受到經濟不景氣所影響，致使消費借貸和票據法事件件數激增。

## 三、新增案件統計分析

司法當局綜合七十八年度至八十八年度民事收結情形<sup>356</sup>，認為近年來地方法院受理之民事事件，由於票據法於七十五年廢除刑罰，並在七十六年全面廢止刑責，且受當時國內經濟景氣活絡影響，民事票據法事件減少甚多：加以近年來加強鼓勵調解，和解俾抒解訟源彰顯，新收件數於七十八年度降至 396,964 件，為十年來最低，然自民國七十九年度起因受地下投資公司倒閉及股市崩盤影響，件數又隨之增加，至八十四年復應景氣回軟，支票退票率及給付遲延情形增加，八十七年之新收件數並增至 1,286,393 件，八十八年之新收件數則增至 1,522,373 件。<sup>357</sup>

<sup>356</sup> 七十八年-八十七年地方法院辦理民事事件收結情形統計圖表：

年別	新收件數	新收件數與上年比較	終結件數	終結件數與上年比較	未結件數	新收件數佔人口比例*
78	396,964	-1.23%	397,858	-1.50%	14,233	1.80%
79	491,362	23.78%	487,967	22.65%	17,628	2.23%
80	490,175	-0.24%	490,162	0.45%	17,641	2.23%
81	478,920	-2.30%	479,409	-2.19%	17,152	2.18%
82	542,126	13.20%	538,106	12.24%	21,172	2.46%
83	614,806	13.41%	609,230	13.22%	26,748	2.79%
84	774,158	25.92%	760,495	24.83%	40,411	3.52%
85	1,003,351	29.61%	985,154	29.54%	58,608	4.56%
86	1,107,722	10.40%	1,082,678	9.90%	83,652	5.04%
87	1,286,393	16.13%	1,255,376	15.95%	114,669	5.85%
88	1,522,373	18.34%	1,483,040	18.13%	154,002	6.91%

\*以民國八十八年底全國人口 22,000,000 計算，而民國八十年底全國人口為 20,610,000，資料來源行政院主計處，網址：[www.dgbas.gov.tw](http://www.dgbas.gov.tw)。

<sup>357</sup> 參見司法統計數字八十七提要分析第柒點以及八十八年提要分析第柒點。

綜合以上司法統計數據以及司法院分析結果，可以得知一審地方法院民事新收案件歷年來均以每年超過十個百分點的比率逐年成長，如以新收案件數除以全國人口（以八十八年底二千二百萬人計算）的比率計算，在民國八十二年，民事新收案件佔全國人口比例即開始攀升，超過 3% 的程度，八十四至八十五年間更鉅幅增加一個百分點，隨後又於八十七年增加 0.8 個百分點，八十八年度又在增加 1.06 的百分點，總計十一年之間共成長 383% 之譜。以上訴訟案件增加的原因，從司法當局的觀點認為係由於經濟不景氣所導致訴請履行民事金錢債務之案件大幅增加之故，其中又以票據與消費借貸涉訟者居多。然而，經濟不景氣固然可以導致因資金週轉不靈涉訟之案件增加，但自民國八十年起經濟景氣仍時有循環，並非持續維持在谷底的情形，且訴訟案件的增加原因亦有可能來自於人民權利意識的高漲、訴訟之成本減低或社會上一般「以和為貴」的道德觀解體等因素綜合所促成。

## 第二節 民事訴訟案件類型統計

本節部分擬僅就八十七、八十八年度地方法院民事案件作類型統計分析，不包括最高法院以及高等法院暨分院。

### 一、八十七、八十八年地方法院收結狀況

依「司法院八十八年業務概況」<sup>358359</sup>，地方法院八十七、八十八年新收之訴

<sup>358</sup> 參見八十八司法業務概況第七點。

<sup>359</sup> 八十八年、八十七年地方法院各項案件收結狀況

案件別	88年1-12月			87年1-12月			增減比較(%)		
	新收	終結	未結	新收	終結	未結	新收	終結	未結
	件數	件數	件數	件數	件數	件數	件數	件數	件數
民刑事總計	3,522,758	3,387,476	564,322	3,113,169	2,984,242	429,040	13.16	13.49	3
民事事件	1,184,780	1,178,801	44,584	1,025,913	1,017,563	38,605	15.49	15.85	1
民事訴訟	158,797	153,600	32,868	129,647	124,210	27,671	22.48	23.66	1
通常訴訟	76,122	74,217	17,098	68,822	66,584	15,193	10.61	11.46	1
簡易訴訟	60,955	60,341	13,092	60,825	57,626	12,478	35.92	37.76	2
小額訴訟	21,720	19,042	2,678	-	-	-			
非訟事件	1,025,983	1,025,201	11,716	896,266	893,353	10,934	14.47	14.76	
保護令聲請事件	5,058	4,087	971	-	-	-	-	-	
強制執行	337,593	304,239	109,418	260,480	237,813	76,064	29.6	27.93	4
財務案件	914,806	821,139	365,403	814,262	720,002	271,736	12.35	14.05	3

訟案件仍以通常訴訟為最多，簡易訴訟次之。簡易訴訟程序加上八十八年施行的小額訴訟程序，數量上已超越通常訴訟程序。雖然司法當局持續以提高通常訴訟門檻的方式，減少法院審理通常訴訟程序的負擔，然而簡易訴訟與小額訴訟成為訴訟案件的最大宗的現象，也適當反映一般人民所提出之民事訴訟案大都以一定金額（以通常訴訟程序與簡易訴訟的門檻：新台幣三十萬元）金錢糾紛為主，人民願意為金錢糾紛上法庭，非法律、私下和解（informal）的糾紛解決途徑已無法應付金錢糾紛的解決等等現象。

至於非訟案件中，以強制執行與財務案件為多，兩者案件內容絕大多數都是執行金錢債權事件。其中強制執行案件八十八年度較上一年度，竟成長 75,064 件，將近 30 個百分點之多。金錢執行事件大幅成長有兩種解釋的可能，經濟不景氣導致債務人無法以現金償還負債，必須藉由強制執程序始得以令債權人的債權獲得清償；其次，亦可能一般人民並無自動履行終局裁判之觀念。

## 二、地方法院訴訟案件類型分析

依「司法院八十七司法統計提要分析」<sup>360361</sup>，八十七年度地方法院新收之訴

公證事件	660,896	660,897	-	630,758	630,757	1	4.78	4.78
提存事件	95,044	95,043	17	83,080	83,074	16	14.4	14.41

<sup>360</sup> 參見司法統計數字八十七提要分析第柒點，然司法院八十八年統計分析中並未就八十八年案件類型作分析。

<sup>361</sup>

民國八十七年地方法院訴訟案件類型分析

訴訟種類	件數	合計	撤回 (%)	判決 (%)	和解 (%)	其他 (%)
屬民法之訴訟	72120	100	18.1	64.17	7.7	10.03
財產	61247	100	16.65	63.86	8.59	10.9
借貸	29732	100	11.88	70.78	4.99	12.35
損害賠償	10279	100	26.05	48.63	16.17	9.15
所有權	6918	100	16.96	65.03	11.35	6.66
其他	14318	100	19.64	59.85	9.31	11.2
親屬	10531	100	26.55	66.09	2.6	4.76
繼承	248	100	18.55	63.31	5.24	12.9
其他	94	100	19.15	56.38	5.32	19.15
民事特別法之訴訟	47812	100	12.14	77.32	4.03	6.51
票據法	39069	100	11.96	77.23	4.07	6.74
公司法	4056	100	4.61	93.69	0.07	1.63
保險事件	2028	100	17.7	68.1	10.06	4.14
執行事件訴訟	1065	100	27.51	56.34	2.07	14.08
勞資爭議	519	100	15.61	68.59	9.25	6.55
土地法	213	100	20.19	56.34	9.86	13.61

訟案件之中，屬於民法之訴訟以財產訴訟案件 61,247 件、借貸訴訟案件 29,732 件，為最多，民事特別法之訴訟則以票據涉訟案件 39,069 件為最多。相較於其他種類型之訴訟案件，財產訴訟、票據涉訟以及借貸訴訟三種案件類型之統計數均遠超過其他案件類型之數目，上述數據進一步驗證一般人民主要都是因金錢債權緣故涉訟，且針對金錢債務也有意願提起訴訟。

### 三、八十八年地方法院非屬訴訟案件類型

地方法院非屬訴訟案件類型主要可分為非訟案件、財務案件類型與強制執行案件，以下分述之。

#### (一) 非訟事件收結情形

八十七年非訟事件終結件數計 181,446 件。其中一般非訟事件 165,013 件占 90.94%；家事非訟事件 16,433 件占 9.06%，一般非訟事件中，以本票裁定強制執行事件 115,472 件占一般非訟事件之 69.98% 最多，拍賣事件 43,128 件占 26.14% 次之。至於八十八年非訟事件終結件數計 204,333 件。其中一般非訟事件 186,820 件占 91.43%；家事非訟事件 17,513 件占 8.57%，一般非訟事件中，以本票裁定強制執行事件 132,829 件占一般非訟事件之 71.10% 最多，拍賣事件 47,009 件占 25.16% 次之。

#### (二) 財務執行事件收結情形

八十七年地方法院受理財務執行事件 991,226 件，終結 719,505 件，較上年終結件數 637,147 件，增加 82,358 件，或增加 12.99%，而財務執行金額由八十六年之八十七億元減為八十七年之七十億元，減少約 19%。若由財務執行終結事件稅別觀察，以所得稅占 31.72% 最高。八十八年地方法院受理財務執行事件 1,186,085 件，終結 820,709 件，較上年終結件數 719,505 件，增加 101,204 件，或增加 14.07%，而財務執行金額由八十七年之七十億元減為八十八年之六十九億元，減少約 1.4%。若由財務執行終結事件稅別觀察，以所得稅占 32.82% 最高。

#### (二) 強制執行事件收結情形

八十八年民事強制執行終結件數計 304,239 件，其執行案由以清償債務 99,582 件占 32.73% 最多；給付費用 51,590 件占 16.96% 居第二；清償票款 44,960 件占 14.78% 列居第三；假扣押 35,217 件占 11.58% 列第四；四者合計超過七成；如按

其他	862	100	19.49	62.41	4.04	14.06
----	-----	-----	-------	-------	------	-------

終結情形分，以寫立書據或發給憑證 147,757 件最多，撤回 36,637 件次之，完全清償 31,812 件列第三。

從以上非訟事件、財務執行事件以及強制執行事件的收結情形可知，地方法院非屬訴訟案件的收結狀況亦以金錢債務的履行居多(包括對國家稅捐債務的履行)，特別是非訟事件中佔七成以上都是本票強制執行案件，強制執行案件七成以上亦是執行金錢債務相關事項。從此點可知債務人一般均有償債上的困難，債權人欲實現金錢債權者，大多數必須透過本票(本票裁定)、支票(支付命令)的特殊程序取得執行名義，始進行強制執程序。縱使進入強制執程序之後，亦僅僅有 12% 的債權人得完全清償，將近五成的案件以寫立書據或發給憑證終結。

### 第三節 民事訴訟案件終結統計

#### 一、民事訴訟案件終結方式

依司法院「司法統計八十七年提要分析」<sup>362</sup>統計資料顯示，地方法院第一審民事訴訟事件，除損害賠償案件外，超過三分之二之案件類型均以判決終結，不到一

<sup>362</sup> 參見司法統計八十七年提要分析，五、民事第一審終結事件訴訟種類別  
地方法院民事第一審事件終結情形按訴訟種類分

訴訟種類	件數	合計	撤回 (%)	判決 (%)	和解 (%)	其他 (%)
屬民法之訴訟	72120	100	18.1	64.17	7.7	10.03
財產	61247	100	16.65	63.86	8.59	10.9
借貸	29732	100	11.88	70.78	4.99	12.35
損害賠償	10279	100	26.05	48.63	16.17	9.15
所有權	6918	100	16.96	65.03	11.35	6.66
其他	14318	100	19.64	59.85	9.31	11.2
親屬	10531	100	26.55	66.09	2.6	4.76
繼承	248	100	18.55	63.31	5.24	12.9
其他	94	100	19.15	56.38	5.32	19.15
民事特別法之訴訟	47812	100	12.14	77.32	4.03	6.51
票據法	39069	100	11.96	77.23	4.07	6.74
公司法	4056	100	4.61	93.69	0.07	1.63
保險事件	2028	100	17.7	68.1	10.06	4.14
執行事件訴訟	1065	100	27.51	56.34	2.07	14.08
勞資爭議	519	100	15.61	68.59	9.25	6.55
土地法	213	100	20.19	56.34	9.86	13.61
其他	862	100	19.49	62.41	4.04	14.06



成的案件以訴訟和解終結，如另以「八十八年司法業務概況」<sup>363</sup>以及「八十七年提要分析」<sup>364</sup>觀察和解終結訴訟的比例，可以發現成立訴訟和解的比例，從七十八年的到八十二年間，訴訟和解率均佔訴訟案件比率一成左右，但自八十三年以後，訴訟和解比率即逐年漸漸降低至百分之六、七以下。由以上數字顯示人民在訴訟案件增加的同時，達成訴訟和解的比率並未依比例的增加。

<sup>363</sup> 參見八十八年司法業務概況，柒、各級法院法官負擔。

地方法院各項案件收結概況

案件別	88年 1-12月	87年 1-12月	增減比較
<b>民 事</b>			
終結事件平均一件所需日數	83.49	75.53	7.96
平均每法官每月新收件數	389.13	361.06	28.07
民事訴訟	52.24	46.68	5.56
非訟事件	317.35	306.57	10.78
強制執行	457.24	388.72	68.52
平均每法官每月辦結件數	379.08	352.36	26.72
民事訴訟	50.53	44.72	5.81
非訟事件	317.3	305.61	11.69
強制執行	418.26	359.51	58.75
年底平均每法官未結件數	453.25	361.95	91.3
民事訴訟	90.14	111.07	-20.93
非訟事件	28.84	41.63	-12.79
強制執行	1,415.48	1,083.99	331.49
上訴維持率	74.62	74.32	0.3
抗告維持率	90.5	90.52	-0.02
和解百分比	7.17	8.41	-1.24

<sup>364</sup>

年別	件數	各類終結情形占終結總件數之百分比						
		合計	撤回	判決	和解	裁定駁回	移送管轄	其他
七十八年	60 035	100	17.24	67.34	10.57	3.29	1.1	0.46
七十九年	69 797	100	16.34	67.34	10.37	4.04	1.29	0.62
八十年	75 959	100	17.72	66.21	10.75	3.48	1.29	0.55
八十一年	77 112	100	18.54	65.48	10.46	3.23	1.19	1.1
八十二年	83 262	100	18.22	65.41	10.21	3.55	1.31	1.3
八十三年	82 042	100	15.54	69.25	8.71	4.6	1.09	0.81
八十四年	91 901	100	15.57	68.89	7.58	5.86	1.21	0.89
八十五年	103 304	100	15.67	68.13	7.37	6.91	1.15	0.77
八十六年	109 634	100	15.94	67.87	7.46	6.45	1.15	1.13
八十七年	119 932	100	15.72	69.41	6.24	6.73	1.18	0.72

## 二、以判決終結訴訟案件

若進一步觀察以判決終結的訴訟案件統計數據，可以發現法院在以判決終結訴訟案件的比率漸漸增加的同時，終結事件平均一件所需日數，八十七年平均需二個半月（75.53日）終結一訴訟案件，八十八年則平均增加超過一週（83.49日）。雖然終結訴訟平均所需日數的增加最主要歸因於訴訟案件的大幅成長，法官人力擴充有限，但另外也反映出人民進行訴訟時，必須經過長時間的等待，才會得到法院的回應，此有可能減損人民進行訴訟實現權利的意願，以及法院作為實現正義機關的法律態度。

## 三、以和解、調解終結訴訟案件

如前所述，以訴訟和解終結訴訟案件的比率日漸降低，適度反映出僅有不到一成的當事人在進入訴訟程序之後，願意與他造當事人和解的現象，不管是財產訴訟或是人事訴訟皆然，而且人事訴訟：親屬與繼承事件的和解比率更是低。

針對此現象，司法當局提出以下解釋看法：「和解為當事人於訴訟進行中，在受訴法院之法官或受託法官前，約定相互讓步，俾終止爭執之發生。由和解件數占民事第一審事件終結件數扣除除權判決及離婚件數後之百分比言，八十八年為7.17%，較七十九年之17.29%減少10.12個百分點，由於辦理和解頗費唇舌，成立頗為不易，再加上久缺專業人員參與及八十七年以後法官辦案成績廢除，致和解顯著降低，對於如何提升和解成立比率，期達成疏減訟源目的，實有賴辦案人員繼續努力。」<sup>365</sup>

從司法當局上述的解釋看法，我們可以得知司法當局認為促進訴訟和解係作為「疏減訟源」的工具，然基於欠缺專業人員以及廢除法官辦案成績之後，和解的成立不易，導致十年來成立訴訟和解的比例顯著減少10.12個百分點。以司法當局的態度可進一步推知 - 人民進行訴訟時，大多並無主動和解的意願，需要藉由法官（法官辦案成績制度）或專業人員的主動介入，始能提高訴訟和解的比率。上述司法當局的解釋看法，顯然與一般認為我國人民具有「以和為貴、息訟寧人」的社會意識，有顯著的差別。

如觀察法院辦理調解的情形，亦可發現類似現象。司法當局於「近五年訟源消長之探討」中<sup>366</sup>，即以我國法院辦理調解情形與鄰近日本相較，有顯著偏低

<sup>365</sup> 參見「八十八年統計提要說明」，七、調解及和解事件辦理情形。

<sup>366</sup> 參見近五年訟源消長之探討，三、地方法院民事調解事件終結情形

的情形，雖然民事第一審訴訟事件，部分依法須強制交付調解，經八十五年及八十八年二度修正，擴大調解範圍後，調解事件占第一審新收件數之比率，由八十三年之 28% 至八十八年擴大為 31%。而調解不成立案件(將進行訴訟案件)占調解終結件數之比率，近五年來呈小幅上升趨勢，八十八年為 70.5%，較日本一九九八年之 10.5% 明顯偏高，尤以家事調解事件不成立比率高達 84.0%，較日本之 16.1% 大幅偏高，相對的經調解後撤回者所占比率，我國由八十三年之 24% 降為八十八年之 12%，日本為 33%，而調解成立者我國僅占 1.4%，較日本之 46.2% 明顯偏低。司法當局認為我國調解成立的比率偏低，顯然是缺乏一般民事或家事專業人員從事調解之緣故。

從以上的數據以及司法當局的看法，客觀上一般人民進行訴訟時，並未有主動成立調解的意願，必須法院就由強制調解的制度以及專業調解人員的協助，始可提高調解成立的比率，此事實顯然又與一般認為我國人民具有「以和為貴、息訟寧人」的社會意識，有顯著的差別。

#### 第四節 小結

綜合以上三節的敘述，我們可以觀察出地方法院辦理民事案件有下述幾點現象：(一) 民事案件，不論是訴訟或者非訟案件，自民國八十三年以來均大幅成長，成長幅度最大的案件類型均與金錢債務的履行有關；(二) 訴訟案件數量近年來均有一成左有的成長，其中又以財產、借貸、票據案件為最多；(三) 非屬訴訟案件中，又以金錢、票據債務的實現有關之本票裁定事件、強制執行事件以及財務案件數量成長最快，其數量均遠遠超過其他案件類型；(四) 地方法院辦理訴訟調解、和解成功率亦逐年降低，不到一成的訴訟案件以和解或調解終結，以及(五) 法院以訴訟終結案件所須的時程，歷年來均大幅增加，一件訴訟案件平均需要近三個月的時間，始能判決終結。

年別	新收件數	終結件數	調解成立件數		不成立比率
	民事第一審	調解事件	件數	成立比率	
83年	83,110	23,208	2,859	12.32	66.88
84年	94,968	27,573	3,915	14.2	60.16
85年	105,784	36,115	4,650	12.88	78.89
86年	114,422	45,495	5,597	12.3	83.42
87年	124,469	56,733	6,224	10.97	83.3
88年	152,405	46,826	5,000	10.68	84.04
日本1998年地裁 + 簡裁	458,747	243,090	112,578	46.31	16

有關於金錢、票據債務履行的民事訴訟、非訟案件的大幅增加，固然可以歸咎於經濟不景氣下債務人支付能力普遍降低，但若以法律社會學的觀點，卻也反映出債權人相較於過去，更願意就金錢債務在私下追討無效之後，循法院途徑追償，而非息事寧人，此外另外也反映出社會上原已存在的非法律糾紛解決途徑，例如私下和解、鄉鎮市調解等，已經無法應付現存社會上追償、執行金錢債務的需要，因此人民願意「撕破臉」，就金錢債務對簿公堂，甚至強制執行債務人的財產。

其次，從地方法院成立訴訟調解與和解比率偏低的現象，更反映出人民進行訴訟時，並無主動和解、調解終結訴訟的意願。此現象可能來自於兩方面的因素：首先，大部分的訴訟案件均因金錢、票據債務涉訟，在經濟不景氣、債務人支付能力普遍不如從前的情況之下，債權人自然無法接受債務人所提出的償款條件，債權人便傾向儘速取得一得以作為強制執行之名義（例如：確定判決）；其次，債權人循法院途徑追償金錢債務，勢必是因為原先私下和解等非法律途徑已無法達成目的的結果，而進行訴訟後，訴訟法如再要求兩造當事人進行調解或和解者，無異是重複先前已進行過但失敗的程序而已，此點可以從法院在辦理強制調解之事件時，所展現出來所謂調解先程序僅僅具有「形式」、「表面」的現象觀察得知。雖然現行地方法院辦理調解、和解程序有上述的現象，司法當局仍然抱持著擴大訴訟調解、和解適用的態度，並將之視為「抒解訟源」的解決方案，若依本文上述的分析，在客觀經濟環境以及債權人主觀態度未改變之前，司法當局在制度上的變革，應無法發揮原先預期的效果。

最後，綜合本章上述的數據以及分析的結果，本文認為一般印象中我國民情是較為傾向「以和為貴」、「訟終兇」的法律態度，並無法從近年來的司法統計數據中獲得佐證。相反的，若單以金錢、票據債務的履行以及法院辦理調解、和解成功的比率，即可發現人民願意以訴訟、取得終局判決的方式，進行金錢債務的追償，即可作為推翻所謂「以和為貴」、「訟終兇」的法律態度。

本章僅以法院途徑探討人民以及法院的法律意識與態度，下一章則以一般人民最常涉及的民事糾紛類型 - 合會糾紛，以法律意識調查報告，探究一般人民就合會糾紛的解決中所展現的法律意識。

### 第三章 合會糾紛解決過程中所顯現出來的法律意識

#### 第一節 前言

合會（互助會）行為屬我國民事上特有的習慣，為我國民法繼受國（德、日等國）所無，因此在民國八十九年五月五日民法債編修正條文未正式施行前，民法上並無個別條文特別規範合會行為，因此法院於裁判時均將合會行為解釋為「民事習慣」。後來司法當局為有效解決合會糾紛的法律適用問題，特定於民法債編修正草案中加入合會一章，作為規範合會行為權利義務關係之用。合會行為除具有我國民事特有習慣之特徵外，就一般人民而言，亦具有普遍性的特徵，換言之，一般民眾對合會行為、內容均有相當的瞭解，且不乏相當比例的人口，有實際進行過或正在進行合會行為，或對於自己或他人的合會糾紛有實際經驗或聽聞過。因此，對於合會糾紛的法律意見調查，亦較容易反映出人民的法律意識與法律態度。

#### 第二節 倒會糾紛處理方式分析

針對人民的法律意識調查，國內學者曾於民國八十三年與民國八十八年以問卷方式進行調查，<sup>367</sup>以下僅就兩次法律意識調查中，節錄與合會糾紛相關的法律意識調查部分，說明人民解決合會糾紛時，所展現出來的法律意識。

民國八十三年與民國八十八年的問卷調查均假設民眾被「倒會」的假設，詢問人民會如何處理，其假設的題目為：「如果您被倒會，損失金額為五十萬，倒會的人捲款潛逃，請問您會如何處理？」<sup>368</sup>。兩次法律意識調查均以假設性的

<sup>367</sup> 民國八十三年問卷調查係採自蘇永欽，法治認知與台灣地區的政治民主化：從人民的執法行為探討，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，民國八十六年十月，p36-45。

民國八十八年問卷調查係採自李宗薇，國人法制觀念認知程度之調查研究，法務部委託專案，民國八十九年三月，p64-p71。

<sup>368</sup> 問卷調查：如果您被倒會，損失金額為五十萬，倒會的人捲款潛逃，請問您會如何處理？

項目	八十三年調查		八十八年調查	
	次數	百分比	次數	百分比
1.自認倒楣	235	19.2	519	41.9
2.私下自行和解	699	57	482	38.9
3.找鄰里長或親朋好友調解	186	15.2	212	17.1
4.請民意代表或有力人士調解	130	10.6	121	9.8
5.找民眾服務站解決	40	3.3	90	7.3

題目，且以可複選的方式進行圈選，調查結果並無法代表國人實際處理倒會糾紛的手段選擇，而應是反映出國人就處理倒會糾紛時，所採取的態度，以及各種手段的意願。此外，八十八年問卷調查假設題目中多了一個要件：「倒會的人捲款潛逃」，意味者債權人可能追償無門，可能因此提高八十八年問卷調查結果中，持「自認倒楣」態度的人數比例。

初步比較八十三年與八十八年的調查結果之後，顯示近半數國人被倒會致金錢損失時，八十八年的調查結果顯示國人較傾向消極的態度，有 41.9% 的國人選擇自認倒楣，而願意採循司法途徑的人民僅佔三成。

如果我們進一步將解決糾紛倒會糾紛的途徑分為三種：(一) 自認倒楣，不再追究；(二) 不經由法院的和解、調解；以及(三) 訴諸法院以訴訟(民、刑訴訟)方式解決。問卷調查中選項的 2,3,4,5,6,7 等選項均可被歸入第二項的不經法院和解、調解的分類當中，至於 8,9 等選項，則可將之歸類入第三類訴諸法院以訴訟方式追究。八十三年調查結果中三種解決途徑的比例分別為：19.2%：121.5%：57.6%；八十八年的調查結果則為 41.9%：108.9%：35.9%。雖然八十三年與八十八年的問卷均設計為填卷者可以複選，但從國人選擇三種途徑的比例可以初步得知，可知國人假設發生倒會糾紛時，必定先嘗試私下和解、調解的手段試圖解決，如仍無法追償者，在八十三年調查結果顯示有過半數的國人願意進行訴訟，但至八十八年的調查結果，願意進行訴訟的比例卻驟降為 35.9%。

針對八十三年調查與八十八年調查結果中，國人選擇自認倒楣的比例大幅增加以及訴諸法院的比例大幅減少，八十八年研究報告的認為可能的解釋有：(一) 國人進行法律訴訟解決倒會糾紛的意願，的確有顯著降低趨勢；(二) 八十三年與八十八年的調查均以新台幣五十萬元的倒會糾紛作為問卷題目，但五年來的通貨膨脹，使現今五十萬元的幣值較五年以前縮減；(三) 八十八年的問卷題目中增加「倒會的人捲款潛逃的假設」，或者因此意味求償無門，致使受訪者偏向選擇自認倒楣。

八十八年研究報告針對上述的調查結果推論：「當國人遭遇法律糾紛時，是

6.請鄉鎮區公所調解委員會解決	331	27.0	360	29.1
7.找警察解決	130	8.4	83	6.7
8.找律師處理必要時向法院提出告訴	540	44.0	353	28.5
9.不委任律師自己上法院提出告訴	167	13.6	92	7.4
10.其他	0 (無此選項)	0	73	5.9

註：可複選，至多選三項

否會採取司法途徑，應視訴訟標的的價值及訴訟成本而定」，換言之當訴訟標的並非十分重大，或者進行訴訟的程序繁瑣，訴訟成本過高等等，均會導致國人缺乏意願進行訴訟。然而本文認為，上述兩次調查結果雖然是反映國人選擇倒會糾紛處理方式的意願，但如將調查結果與前一章司法統計數字結果比較，兩者之間顯然有所出入，司法統計數字明白顯示國人提起金錢債務糾紛的比率有大幅增加的趨勢，顯示國人就金錢糾紛訴諸法律的意院大幅提高，然問卷調查結果卻顯示在八十八年時，國人卻傾向息事寧人與私下和解。

本文認為八十八年所進行的問卷調查，除問卷題目的設計上可能誘導填卷者採取息事寧人與私下和解的態度之外，問卷調查的結果謹代表國人「設想」當遭遇到倒會糾紛時，其所可能採取的態度，表現出其主觀上較為偏好私下和解、調解的態度，較不喜歡採取訴訟解決的態度。但當國人「實際」遭遇到倒會的糾紛的時候，可能未必如此，而且該次問卷調查並未詢問為何偏好採取私下和解、調解解決倒會糾紛的緣故。因此，本文以下假設四項因素：(一)對法律、法院沒有信心；(二)進行法律訴訟的程序過於繁複、程序成本過高；(三)對司法人員（法官、律師、檢察官）的印象不佳；抑或是(四)國人習慣息事寧人、以和為貴。

### 第三節 倒會糾紛個別處理方式分析

前述八十三年與八十八年調查結果均顯示，國人遭遇倒會法律糾紛時，不傾向訴諸法律的途徑解決，至於不傾向訴諸法律的原因，八十三年與八十八年的問卷調查中，亦分別分析不願延請律師以及不願上法院訴訟之原因：

#### 一、不願延請律師的原因

首先就國人遭遇五十萬元的倒會糾紛，為何不願延請律師解決的原因，八十三年調查結果<sup>369</sup>顯示主要由於「律師費用太高」(29.8%)以及「案件單純」

<sup>369</sup> 八十三年調查 互助會被倒，不延請律師的原因 (N=664)

	主要原因		次要原因	
	N	%	N	%
1.律師費用太高	198	29.8	116	17.5
2.事情單純，無必要	296	44.6	105	15.8
3.對律師不信任	32	4.8	40	6.0
4.不清楚律師的功用	26	3.9	35	5.3
5.不知哪位律師能力較強	14	2.1	44	6.6
6.打贏官司也沒有用	97	14.6	39	5.9
未回答	0		285	42.9
合計	664	100.0	664	100

八十八年調查國人碰到重大法律糾紛不找律師處理的原因表 (N=1228)

(44.6%)，國人認為沒有必要就五十萬元的倒會糾紛延請律師；八十八年的問卷調查則傾向「律師費用太高」(68.2%)、「找律師的過程太複雜」(37.9%)以及「找懂法律的親友就可以了」(25.5%)。根據上述的調查結果，八十三年與八十八年調查結果均以「因律師費用太高，而放棄採取司法途徑解決法律糾紛，對於低法律認知，或中低收入者，法律毋寧是『有錢人』才能玩的遊戲，而非維繫社會公平正義之機制。職是之故，如何讓法律回歸公平正義，而非少數人之特權與屏障，值得有關單位深思」作為結論。

雖然八十三年與八十八年的調查結果，歸納出國人就倒會糾紛不願延請律師主要是因為「律師費用太高」、「案件單純」的理由，但如果仔細分析倒會糾紛所涉及的法律問題後，應該不難想像為何國人會選擇該兩項理由作答。倒會糾紛來自於債務人（會首或死會會員）無力繳清應付的會款，債權人屢次向債務人進行催討、協商，債務人不是表明無力償付，就是避不見面。因此在通常的倒會糾紛中，債權人與債務人並未對債權債務的法律關係有所爭執，雙方爭執的重點大多是如何逼債務人出面協商，並且有效地追回一部份或全部的欠款。既然沒有須要進行訴訟程序，或債權人進行訴訟多無敗訴的可能，律師頂多只能扮演協助當事人協商或進行強制執行的角色而已。因此，國人才會認為「殺雞焉用牛刀」，單純的倒會糾紛中並無延請律師的須要，此外國人前述的看法也反應國人普遍認為律師的工作較為「專業」，並多以「訴訟」見長，有進行訴訟的需要時，延請律師就好了。

至於八十八年的調查結果顯示國人碰到重大法律糾紛不找律師處理的原因，首先就是認為「律師費用太高」，調查結果並認為此現象將促使人民放棄採取司法途徑解決法律糾紛。然而本文卻認為該調查應只是反應國人對律師處理訴訟的印象，<sup>370</sup>換言之，國人的印象中多認為律師要求的訴訟費用高昂，以專業的態度處理訴訟案件，但是否國人當「實際」上遭遇法律問題時，均因律師費用高昂而放棄進行訴訟或放棄權利的行使，以及「實際」上律師費用是否真如國人一

項目	次數	百分比
律師費用太高	844	68.2
找律師的過程太麻煩	469	37.9
找律師也沒有用	312	25.2
找懂法律的親友就可以了	316	25.5
其他（請註明）	138	11.1

註：可複選至多選三項。

本文按：就此部分的問卷調查而言，八十三年與八十三年問卷調查方式有根本上的不同。八十八年問卷調查的設計上，就該題即令所有填卷人「假設」若不願延請律師者，其可能的原因為何。然八十三年問卷調查則以不願延請律師解決倒會糾紛的填卷人，另行回答不願延請律師的原因，因此可能導致八十三年調查結果中，有大多數的填卷者選擇第二個選項：「事情單純，無延請律師的必要」。

<sup>370</sup> 如前註所言，八十八年的問卷調查方式是詢問人民若不願延請律師時，其不願延請的原因為何，並無問及是否願意延請律師解決重大法律糾紛。



般所想像的高昂(特別是在律師錄取人數大幅開放之後,在執業律師相互削價競爭案件之下),本文認為該八十八年調查結果中未必能顯示該事實。

## 二、不願上法院訴訟的原因

就國人遭遇五十萬元的倒會糾紛,為何不願上法院的原因,八十三年年的調查結果<sup>371</sup>顯示國人不願到法院處理法律糾紛的原因,以「判決仍無法解決問題」(20.8%)、「審判程序太費時」(19.8%)以及「打贏官司也沒有用」(17.4%)的比例較高。如再將國人不願至法院進行訴訟的原因再區分為兩種,分別為(一)程序障礙(「律師費用太高」、「審判程序太費時」、「程序太複雜,不知如何進行」、「法院太遠」、「不信任法官」、「法院太遠」);(二)實質障礙(「判決仍無法解決問題」、「打贏官司也沒有用」、「仍未必能解決問題」)。八十三年年的調查結果顯示超過半數(53.9%)的國人認為單就五十萬元的倒會糾紛而言,法院的判決並無法解決問題,程序障礙的因素反而是次要的因素,此現象進一步回應本文上述所提到倒會糾紛的重點在於債權人如何有效的追回一部份或全部的欠款,至於延請律師或上法院進行訴訟的方式,必須是能夠有效追回欠款之方式。

<sup>371</sup> 八十三年調查互助會被倒,不願上法院的原因

	主要原因		次要原因	
	N	%	N	%
1.律師費用太高	44	7.4	45	7.6
2.審判程序太費時	117	19.8	105	17.8
3.程序太複雜,不知道如何進行	89	15.0	67	11.3
4.不信任法官	22	3.7	27	4.5
5.判決仍無法解決問題	123	20.8	63	10.6
6.打贏官司也沒有用	103	17.4	49	8.2
7.法院太遠	0	0	2	0.3
8.仍未必解決問題	93	15.7	20	3.3
未回答	0	0	213	36.0
合計	591	100.0	591	100.0

八十八年調查國人欲重大法律糾紛不上法院之原因統計表(N=1238)

項目	次數	百分比
1.訴訟費用太高	450	36.3
2.審判過程時間太長	622	50.2
3.審判程序太複雜	438	35.4
4.案子常常會沒有下文	252	20.4
5.打官司也無法解決問題	246	19.9
6.上法院會傷和氣	121	9.8
7.法官會收紅包	187	15.1
8.判決不公正	243	19.6
其他(請註明)	118	9.5

註：本題可複選，至多選三項。

至於八十八年的調查則以「審判過程時間太長」(50.2%)、「訴訟費用太高」(36.3%)、「審判程序太複雜」(35.4%)等三項因素為最高，反而「打官司也無法解決問題」<sup>372</sup>的因素降為第五位(19.9%)。審判時間太長的因素反應國人希冀快速實現正義的渴望，以及對法院冗長的審理程序的不滿，此看法回應到本文上一章中討論我國一審法院辦案時程日漸冗長的現象<sup>373</sup>，而抱怨訴訟費用太高之因素，可能來自於國人對訴訟制度的不瞭解，認為律師費用亦屬於訴訟費用的一部份。<sup>374</sup>雖然如此，八十八年的調查依舊反映出國人依舊認為法院的訴訟程序的冗長、繁複、昂貴等印象。

#### 第四節 對法院、律師之職業印象

國人對於法院裁判的信賴與否，對於法官、律師的印象如何，此種心理上的因素，與民眾的法律態度、使用法院或律師的意院，有相當的關連，乃作為瞭解國人的法律生活不可或缺的一個項目，本文於上一節曾經提到國人反應重大法律糾紛或倒會糾紛不願延請律師或上法院進行訴訟的原因，就是認為律師的費用太高，以及律師服務或法院裁判並無法有效解決當事人的糾紛，間接反映出對法院以及律師的職業印象。本節則另以問卷調查，直接反應國人對於法院、律師的職業印象。

##### 一、對法院公正性的評價

八十三年問卷調查<sup>375</sup>發現國人僅有四成左右(40.5%)相信裁判的公正性，

<sup>372</sup> 本文按：八十八年的問卷調查題目與八十三年問卷調查題目不同，八十八年係以「您覺得一般人碰到重大法律糾紛，卻不上法院的主要原因有哪些？」，該提問方式與八十三年專就倒會糾紛詢問的方式不同。

<sup>373</sup> 參閱第二章第三節第二點，以問卷調查年度八十八年度為例，一審案件通常時程已延長至將近三個月之久。

<sup>374</sup> 依民事訴訟費用徵收辦法，一審民事訴訟費用的徵收為訴訟標的金額的百分之一點五，如以訴訟標的金額五十萬元計算，僅需負擔七千五百元之訴訟費用，如加計強制執行費用千分之七以及其他法院相關費用者，亦不致超過一萬五千元，即訴訟標的金額百分之三之內。

<sup>375</sup> 八十三年問卷調查：中每民眾對法院公正性的評價

		如果您涉及刑案，您會相信法院的裁判是公正的嗎？					合計
		相當相信	還算相信	不太相信	很不相信	無意見	
我國人民（八十四年）	N	88	408	418	130	181	1225
	%	7.2	33.3	34.1	10.6	14.7	100.0
我國人民（台北市七十四年）	N	223	375	264	39	250	1151
	%	19.4	32.6	22.9	3.4	21.7	100.0
我國人民（台北縣七十四年）	N	67	120	51	8	52	298
	%	22.5	40.3	17.1	2.7	17.4	100.0
美國人民	N	-	-	-	-	-	2064
	%	54	31	8	5	3	100.0

註美國人民的部分未載明人數，僅有百分比，見 Barbara A. Curran, *The Legal Needs of the Public*,

不僅低於美國民眾的 85%，亦低於七十四年的調查（台北市：52%，台北縣：62.8%），八十三年調查報告因此認為，此事實「反映出司法改革所做的努力，並未能提升民眾對司法公正性的評價。」

然而在八十八年的問卷調查之中，就問題：「您相信法官審判公正嗎？」<sup>376</sup>，統計結果顯示國人對法院裁判公正的比例有顯著的提升，從八十三年 40.5% 提升自 55%，惟不到六成的法官公信力，與美國人民統計資料相較之下（85.0%），仍有相當的提升空間。

## 二、對法官的主要印象

八十三年問卷調查結果顯示<sup>377</sup>，國人對於法官的主要印象，正面與負面印象相較之下，負面印象高達 50%，正、負面印象的差距較律師為明顯，其中負面印象又以「會拿紅包」最高（n=237，19.68%），正面印象則以公正無私最高（n=161，13.37%），因此八十三年調查結果即認為：「大多數人民並未曾親身與法官接觸過，而繁重的案件負擔亦使多數法官無暇『親切審理、服務百姓』，多數的印象常係傳聞所累積，而司法官涉及貪瀆事宜亦卻曾有一、二件具體案例，是故，負面法官印象的改善，似非單憑朝夕努力所能達成。」

## 三、對律師的主要印象

八十三年調查<sup>378</sup>，亦發現律師的社會形象仍是「負面印象略高於正面印

American Bar Foundation, Chicago, 1977, p.257.

<sup>376</sup> 八十八年調查，國人相信法官審判公正性之統計表

調查結果	次數	百分比
非常相信	39	3.2
還算相信	632	51.8
不太相信	349	28.6
很不相信	67	5.5
無意見	133	10.9
合計	1220	100

<sup>377</sup> 八十三年調查，請問您的印象中，大部分的法官是：

	八十三年調查結果		七十四年調查結果	
	人數	百分比	人數	百分比
1.正面形象	410	33.4	777	67.7
2.負面形象	615	50.2	691	60.2
3.無意見	201	16.4	367	32.2
合計	1226	100.0	1147	-

註：正面印象係指「很有威嚴」、「公正無私」、「清廉」、「通情達理」；負面印象則指「對一般老百姓較不客氣」、「易受上級影響」、「會拿紅包」、「不太懂社會實務」。七十四年的調查係複選，故合計超過 100%。

<sup>378</sup> 八十三年調查：請問您的印象中，大部分的律師是：

象」，負面印象仍以唯利是圖最高（353人，29.34%），正面印象亦以精明能幹最高（233人，19.37%），顯示律師的社會形象似乎相當穩定。因此，八十三年調查結論即認為：「此一結果對於考試院近年來致力於專門職業人員高等考試 - 律師部分的正常化，應是一個正面的訊息。」

八十三年調查結果雖然顯示一般國人多認為律師是「唯利是圖」，此看法回應本章第二節的調查結果，亦即當國人遭遇重大法律糾紛時，不願意延請律師解決或上法院訴訟之原因 - 律師費用高昂，兩項印象相加之後，可以想見一般國人的印象中，律師給人專業的印象，但卻也是索取高昂費用，唯利是圖的普遍印象，連帶地認為法律制度、訴訟是有錢人才玩得起的遊戲。

#### 四、對法律制度的評價

雖然 Justice for All 係西方民主法治社會司法治度的理想，現實社會中許多民眾限於認知法律或使用法律資源的障礙，往往除了不易追求正義之外，甚至連平等接近正義的機會也無法得到，此種事實或印象自然會反應而影響到人民對法律制度的信賴，因此八十三年問卷調查，<sup>379</sup>即以「對法律制度是否對富人、權貴較為有利」的問題，從調查結果可以顯示國人的意見有相當程度改變，亦即對於上述問題表示同意的比例，由七十四年的 41%（台北縣）與 49%（台北市）升高到 78%，顯然高於美國民眾的 56%，特別是相當同意的比例已經高達 44.5%，幾乎可以說有一半的國人「相當同意」- 法律制度對富人和權貴較有利，

	八十三年調查結果		七十四年調查結果	
	人數	百分比	人數	百分比
1.正面形象	429	35.9	657	57.3
2.負面形象	559	45.6	800	60.2
3.無意見	238	19.4	342	32.2
合計	1226	100.0	1146	-

註：律師的正面形象，包括追求正義、「精明能幹」、「民主法治鬥士」、「通情達理，和藹可親」。負面形象則指「唯利是圖」、「冷酷無情」、「送紅包、走後門」、「上流人士，高不可攀」。

<sup>379</sup> 八十三年調查 中美民眾對法律制度的評價

		有人說法律制度對富人和權貴較為有利？您對這種說法：					合計
		相當相信	還算相信	不太相信	很不相信	無意見	
我國人民（八十四年）	N	546	411	133	86	181	1225
	%	44.5	33.5	10.8	7.0	14.7	100
我國人民（台北市七十四年）	N	242	324	293	109	183	1151
	%	21.0	28.1	25.5	9.5	15.9	100.0
我國人民（台北縣七十四年）	N	39	84	90	40	47	300
	%	13.0	28.0	30.0	13.3	15.7	100.0
美國人民	N	-	-	-	-	-	2064
	%	33	24	19	20	3	100

註美國人民的部分未載明人數，僅有百分比，見 Barbara A. Curran, *The Legal Needs of the Public*, American Bar Foundation, Chicago, 1977, p.257。

八十三年此調查結果固然由於國內經濟景氣不斷榮景，股市、房市表現均優，使國人貧富差距逐漸拉大，然此種現象如不設法控制，恐怕對於法律制度形成階級正義的印象，將越來越難以抹去。特別是在今年（民國八十九年）政府在掃除黑金的努力上，幾位「重量級」的涉案人員，經檢察官聲請法院羈押遭駁回後，人民普遍認為法院不敢羈押富人或權貴。

## 第五節 小結

本章第一節就國人處理倒會糾紛的調查結果顯示，假設國人遭遇五十萬元的倒會糾紛，雖然主觀上較傾向於以私下和解或調解的方式，甚至自認倒楣，但實際上真正遭遇到此類金錢糾紛時，並不一定如此，此由上一章司法統計數字中大幅增加的金錢訴訟現象，窺知一二。人民主觀上較為偏好私下和解與調解解決糾紛的原因，應來自於國人對於律師、法官與法院訴訟程序的印象，認為律師索費偏高、法院程序繁複、法官辦案緩慢，且裁判結果無法真正解決倒會糾紛，因此主觀上才偏好私下和解或調解的方式解決倒會糾紛。因此，本文認為國人就倒會糾紛的處理上，法律意識、法律態度雖然偏向私下和解或調解等非法律途徑（informal），但應是受到制度性因素的影響，換言之社會上普遍對於律師、法官、法院的印象，影響國人就法律糾紛解決時，訴諸法律的意願。

又值得注意的是，八十三年與八十八年的兩次問卷調查結果中，就一般社會大眾認為我國民族性傾向「以和為貴、息事寧人」的態度一事，並未在調查結果中佔有任何重要的地位，換言之一般所謂「以和為貴、訟終兇」的迷思，對近十年來國人的法律意識並無任何影響，取而代之的則是訴訟程序繁複與訴訟成本。

另外，從對法院、律師、法官與法律制度所進行的調查又顯示，國人仍對於司法人員、法院與法律制度抱持不太信任的態度，雖然近年來有漸漸好轉的趨勢，然而相較於歐美等先進法治國家而言，仍有相當的差距。而且，國人對於司法人員、法院與法律抱持不信任的態度，進一步更影響人民利用司法制度與訴諸法律的意願，值得注意。

## 第四章 公害糾紛所顯現出來的法律意識

### 第一節 前言

公害糾紛多以毒性物質污染損害人身、財產而開始，而受害者所訴求者無非為金錢賠償或補償，並且約束污染者不再排放毒物，因此公害糾紛的本質上構成民法上的侵權行為，屬於法律糾紛的一種。故縱使受害者與污染者之間大多有嚴重的對立情況，法律在糾紛解決的過程中理應扮演一定的地位，但先進國家公害糾紛的解決多有法律人員與司法程序的介入<sup>380</sup>，大抵是邊抗爭、邊協議邊打訴訟，並相當重視法律規定或判決先例，引之為交涉底線。反觀我國公害糾紛的解決，受害人則以柔性陳情與動員抗爭，甚至是立即動員圍廠抗議、遊行暴力衝突等訴求方式。既然公害糾紛屬於法律糾紛的一種，為何從事實的觀察上我國公害糾紛的解決中法律所扮演的角色相形之下卻較為薄弱？此即屬法律社會學上值得探討的問題。

觀察我國公害糾紛發展史，大致可以一九九三年做一個分水嶺，一九九三年前後立法院通過數項規範公害與處理公害糾紛的法令，諸如公害糾紛處理法、環境影響評估法、空氣污染防治法等，特別是公害糾紛處理法，其立法目的即是將公害糾紛的解決納入國家規制的範圍，而非放諸糾紛當事人自行依循一般糾紛解決程序。因此在法律社會學上值得探討的課題有三：（一）一九九三年所制訂的公害糾紛處理法，其規範的邏輯為何？是否有意將公害糾紛導向以非形式化的方式（informal）加以解決？（二）一九九零年前公害糾紛解決過程，法律事實上所扮演的角色為何？以及糾紛當事人的法律意識為何？（三）一九九三年新法制訂後，對新發生的公害糾紛有無影響？針對以上三個課題，研究方法上先行檢視一九九三年所制訂的公害糾紛處理法的規範邏輯，其次以一九九三年為分水嶺，檢視之前與之後的公害糾紛中的法律意識。最後分析一九九三年前後的公害糾紛的解決模式與當事人間的法律意識是否因環保法律的修訂而受到影響。

綜觀我國一九八零年代到九零年代的公害糾紛史，重大公害糾紛所抗議的對象均屬重污染型的工業區，尤其以高雄縣市的石化工業為多，例如設立於林園的中油總廠，大社的石化工業區屢次發生的重大污染、圍廠事件等，此外針對石化工業所產生的公害糾紛係橫跨公害糾紛處理法制訂前後。因此本文揀選幾項中油林園廠區與大社石化工業區所發生的重大石化工業公害糾紛案，作為探討的對

---

<sup>380</sup> 參見公害糾紛處理之檢討與建議，環保署委託國立台灣大學法律研究所執行，一九九零年八月，p1，關於制度的比較，請參見公害糾紛處理白書，行政院環保署，一九九二年，p165

象。此外，在一九九三年前，台灣社會另發生桃園鎘米污染事件與高雄灣裡廢五金污染事件等兩件重大公害事件，亦值得與公害糾紛處理法施行後的案例相互比較。

## 第二節 我國公害糾紛處理法制分析

### 一、前言

公害糾紛為法律糾紛的一種，屬於民法侵權行為的求償問題，求償的法律管道在現行法制下可依據一般民事法，提起民事調解或民事訴訟，或依據特別法，亦即是一九九三年通過的公害糾紛處理法提請公害調處與公害裁決。而公害糾紛當事人採取何種法律管道請求，以及請求的策略如何，甚至不願尋求法律管道求償，而訴諸非法律管道，皆可反映出當事人的法律意識。另外，相關法制的立法過程、立法邏輯，同樣反映出立法者制訂法律時的法律意識。以上皆有法律社會學上探討的價值，故本文以下先分析公害糾紛處理法的制訂過程與內容，其次就公害糾紛法制管道的運用，分析公害當事人間的 legal 意識。

### 二、公害糾紛處理法內容分析

公害糾紛處理法的制訂，首先在一九八九年五月十八日，行政院提出行政院版草案給立法院，一九九二年一月十六日立法院審議通過公害糾紛處理法草案，全文共五十一條，同年二月一日總統公布施行。其後並於一九九八年、二零零零年修正兩次，主要修正重點在刪除再調處制度。以下分析公害糾紛處理法的制訂過程與內容，並探討其所展現的立法者、行政機關的法律意識。

#### （一）公害糾紛處理法草案制訂總說明<sup>381</sup>：

依據行政院所提出的草案說明：近年來國內公害問題引起之糾紛，時有所聞，尤其以工業公害所引發的糾紛事件，爭執更為劇烈，甚至造成脫序現象，亟待謀求抒解，爰參照歐、美、日等國立法例，針對國情需要，擬具「公害糾紛處理法」草案，凡四章，計五十一條，其重點如下：

第一章總則：明定立法宗旨為公正、迅速、有效處理公害糾紛、保障人民權益，增進社會和諧。

第二章糾紛處理機構：明定公害糾紛處理機關及組織，在地方由省、縣政府各設公害糾紛調處委員會，依法獨立行使職權；在中央由行政院環保署設

<sup>381</sup> 參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯（第一百四十六輯），民國八十二年，p2

公害糾紛裁決委員會，裁決經調處或再調處不成立的的公害糾紛損害賠償事件。

第三章處理程序：明定處理公害糾紛事件之方式為調處、再調處<sup>382</sup>及裁決。公害糾紛當事人，得以申請書向公害糾紛調處委員會申請調處，調處成立送經法院核定後，與民事確定判決有同一效力。調處不成立者，得聲請再調處，經調處或再調處不成立者，其屬於公害糾紛所發生之損害賠償事件，當事人得就同一事件，提出申請裁決，裁決書經法院核定後，與確定判決有同一效力。

第四章附則：明定行政院為處理緊急公害糾紛，得設緊急公害糾紛處理小組，由行政院長指定適當人員兼任之；行政院環保署為有效督導及協調糾紛之處理，得設公害糾紛督導處理小組，由各有關機關指派代表組成；各級環保主管機關為處理公害陳情等事宜，應置專責人員。<sup>383</sup>

(二) 個別法條的立法理由：<sup>384</sup>

以下列出公害糾紛處理法制訂時，足堪代表立法者與行政機關法律意識的條文。

第一條條文：「為公正、迅速、有效處理公害糾紛，保障人民權益，增進社會和諧，特制訂本法。」

條文說明：「規定本法立法目的。」

第三條條文：「公害糾紛得依本法規定，申請調處、再調處及裁決。」

條文說明：「鑑於公害發生原因即發生過程認定不易，為有效防止及抒解糾紛，擬於司法救濟制度外，另設行政上之救濟制度，藉行政權之介入調處或裁決，以有效解決公害糾紛。」

第二十七條第一項條文：「調處事件，達成協議有困難者，調處委員會得斟酌一切情形，求雙方當事人利益之平衡，經全體委員過半數之同意，做成調處方案，並定九十日以下其間勸導雙方當事人同意，必要時得再延九十日。」

第二項條文：「當事人位於前項所定期間內為不同意之表示者，視為雙方當事人依調處方案調處成立。」

條文說明：「一、為落實本法立法目的，參照日本立法法例，明定本條。第一項規定當事人達成協議有困難者，調處委員會應衡量兩造利益之衡平做成

<sup>382</sup> 再調處程序，已於二零零零年一月十三日，立法院修正刪除。

<sup>383</sup> 二零零零年一月十三日，立法院修正通過公害糾紛處理法第四十四條第二項，增加直轄市、縣(市)公害糾紛緊急抒處小組。

<sup>384</sup> 參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯(第一百四十六輯)，民國八十二年，p178  
以下



調處方案，並酌定是當其間勸諭雙方同意。二、第二項規定未經當事人於期限內以書面為不同意之表示者，該調處方案對於當事人即生效力，並視為調處成立。」

第三十條條文：「調處經法院核定後，與民事確定判決有同一效力；當事人就該事件，不得再行起訴；調處書得為強制執行名義。

公害源與其所在地居民簽訂公害管制協定，經法院公證後未予遵守時，受害人得不經調處程序，逕行取得強制執行名義」

條文說明：「本條明定調處之效力，為本法立法重點之一。」

第三十二條第一項條文：「調處事件經縣(市)調處委員會調處不成立者，當事人得就同一事件申請再調處。」

條文說明：「調處事件經縣(市)調處委員會調處不成立者，得向省調查委員會申請再調處，以盡斡旋之能事。並於第二項規定申請再調處手續。」

第三十九條第一項條文：「當事人於裁決書正本送達後二十日內，為就同一事件向法院提起民事訴訟，或經撤回其訴者，視為雙方當事人依裁決書達成合意。」

條文說明：「第一項明定裁決書正本送達後二十日內未就處理事件起訴，或送達後二十日內起訴，或於期限內撤回，或送達前已經起訴，而於送達後二十日內撤回者，視為當事人有與裁決內容同一之合意。」

第四十四條條文：「行政院為處理重大緊急公害糾紛，維護公共利益或社會安全，設緊急公害糾紛處理小組，置召集人一人，由行政院副院長兼任之。」

條文說明：「本條規定為適應緊急情勢需要，避免因公害糾紛而危及公共利益或社會安全，行政院得設緊急公害糾紛處理小組，以資因應。」

### (三) 立法過程相關會議記錄：

#### (1) 調處委員會、裁決委員會的法制地位：

法務部次長發言：依法定程序調處公害糾紛，裁決因公害糾紛所生之損害賠償事件，必能公正、迅速、有效地處理此種具有專門性、技術性的公害糾紛，並減輕法院的負擔。此種規定符合現代「行政司法」之法制潮流。且草案規定的調處或裁決程序，仍受法院監督，並不影響司法權且使行政與司法互相協力。

雖然公害糾紛屬於民事糾紛的處理，本屬司法權範圍，現在先由行政機關處理，似乎不太合乎五權分立的原則，不過近代行政的運作，三權分立中

已有行政、司法互為合作的傾向。本法規定可由當事人選擇以調處或到法院處理。因此該管法院仍具有最後核定權，因此司法權可延伸到調處為原會之中，使調處委員會具有準司法權的功能。<sup>385</sup>

公害的權利義務發生糾紛時，現在有兩個處理途徑：一、依民事訴訟法請求賠償；二、構成犯罪後依刑事訴訟法處理。此兩種糾紛解決途徑，對當事人追求迅速賠償的目的，並沒有相當的幫助。所以現在有許多事件就經由行政的途徑來補助司法本質上緩慢的情形，如行政調整，勞資調解，所以並不會對司法體系造成妨害。<sup>386</sup>

## (2) 草案立法精神：

環保署長發言：草案採取三段式的處理方法（亦即是調處、再調處與裁決）是模仿日本的精神，其公害糾紛處理得相當成功，即因落實地方自治的結果。今本法採取三段式，即希望將解決糾紛的時間縮短，以行政方式調處解決問題。<sup>387</sup>

## (3) 行政院緊急公害糾紛處理小組的設立：

立委認為：設置緊急公害糾紛處理小組，係在擴張行政院職權，將公害糾紛以政治力解決，反而是以金錢解決公害糾紛。其次，最近林園事件即由經濟部派人南下處理，環保署的自主權讓人憂慮，因此，為免行政院過份擴張職權，應朝設置公害法庭的方向為之。<sup>388</sup>

另外亦有委員認為緊急重大公害問題，為維護社會安全及公共利益而有所處理，因為有關問題不是非技術性單位之環保署，及曠日廢時的處理程序所能解決者，本席以為在此情況下，設立超部會小組，方能有效解決個案性問題。<sup>389</sup>

## (四) 公害糾紛處理法依次修正重點

公害糾紛處理法分別於一九九八年六月三日與二零零零年一月十九日兩度修

<sup>385</sup> 參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯（第一百四十六輯），民國八十二年，p22,36，法務部次長林錫湖說明

<sup>386</sup> 參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯（第一百四十六輯），民國八十二年，p47，法務部次長翟宗泉說明。

<sup>387</sup> 參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯（第一百四十六輯），民國八十二年，p56，環保署長簡又新說明。

<sup>388</sup> 參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯（第一百四十六輯），民國八十二年，p147-149，洪奇昌，戴振耀委員發言。

<sup>389</sup> 參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯（第一百四十六輯），民國八十二年，p147，李勝鋒委員發言

正，修正重點再將原本三級制的公害糾紛處理架構，亦即是公害調處、再調處與公害裁決，改為二級制的公害調處與公害裁決，並刪除再調處制度。修正目的在簡化公害糾紛處理程序，使公害糾紛當事人得以迅速解決公害糾紛。

#### (五) 公害糾紛處理法制定、修正過程所展現的法律意識

##### (1) 立法、行政機關以非形式化法律途徑解決紛爭的強烈意圖

公害糾紛處理法草案開宗明義就提到，制訂該法的目的就是要將公害糾紛、爭執的脫序現象謀求解決之道，且要求公正、迅速、有效地加以解決公害糾紛，以為持社會的和諧。而公害糾紛處理法所提出的解決途徑並非在現有的民事訴訟、刑事訴訟程序上、或是民事、刑事實體法上，作有立法上的改變，反而是增定一套特殊的行政程序，專門就公害糾紛進行政治性的介入，將所謂「脫序」的公害糾紛、抗爭行動，納入國家行政權得管轄的職權範圍。申言之，立法、行政機關制訂該法時，主觀上展現公害糾紛解決應以非形式化的方式，由行政機關介入調處、裁決，始能迅速、有效且維護社會和諧，司法途徑無法具有此種功能的法律意識。

##### (2) 行政機關應積極介入、扮演糾紛解決的重要角色

公害糾紛處理法針對公害糾紛的解決受有兩個機制，一是公害糾紛調處、再調處與裁決程序，另一是設立中央與地方的緊急公害糾紛處理（抒處）小組。前者為一特殊行政程序，由中央或地方環保行政機關介入公害糾紛當事人間，進行調處或裁決，並且調處一次不成者，尚應進行再調處，已盡「斡旋」之能事。姑且不論其所具有的「行政司法」特色，環保行政機關均以協調者或仲裁者的角色介入當事人間的糾紛，也就是應以政治性的方式，而非以司法的方式，始可以適度解決解決公害糾紛。

此外，該法第四十四條第一項與第二項，授權行政院與地方自治機關，設立緊急公害糾紛處理（抒處）小組，由高層行政官員擔任。此立法設計基本上是認為以「高度政治力」的運作，介入、協調當事人間的公害糾紛，始可以「迅速」的解決公害糾紛，而且有關問題不是技術性官僚的環保署，以「曠日廢時」的處理程序所得以解決的。以上的看法如果再連結一九八七年的高雄林園公害事件的糾紛解決過程中，中央政府的經濟部長、工業局長特地南下，協同高雄縣長與受害鄉民召開協調會的糾紛解決模式，可說是將該模式予以「法制化」，而地方性的緊急公害糾紛抒處小組應是用來處理公害範圍較小、涉及爭議性較低的地方性緊急公害糾紛。

綜合以上兩點，可知公害糾紛處理法設立的特殊公害糾紛處理程序與特殊機關，立法時所蘊含的法律意識即是：公害糾紛的解決適當以政治性的方式、政治力的運作，由行政機關介入、協調，使可以迅速解決糾紛。若從另外的角度而言，立法、行政機關在公害糾紛的解決途徑上，偏向以非形式化（informal）的方式。

### （3）認為司法途徑無法適度解決公害糾紛

公害糾紛為法律糾紛的一種，而針對公害衍生的法律糾紛設立專門性的立法時，可由實體法與程序法上為之。實體法的修正以修改民事損害賠償或刑事責任的責任要件，放寬公害受害者的舉證責任；程序法上的修正則可設立專門審理公害案件的特殊法庭或以特殊行政程序，由主管行政機關以政治力介入協調。德、法兩國設有公害法庭制度，美國則一方面以判決先例方式逐步放寬公害賠償責任要件、舉證責任，另一方面更設立特殊「糾紛解決替代途徑」。<sup>390</sup>而日本雖在公害訴訟中已放寬受害者的舉證責任，但立法上仍制訂公害糾紛處理法，於總理府、地方政府設立公害調整委員會，進行公害糾紛的協調與裁決。<sup>391</sup>

公害糾紛處理法係採取日本立法例，創設公害糾紛調處、裁決以及緊急公害糾紛處理小組。此外，該法並未針對公害糾紛設有其他實體法、訴訟程序法的特別規範，因此可以認為立法、行政機關認為司法途徑，不管是一般或是特殊的司法途徑，皆無法實現公害糾紛處理法所設定的立法目的：「迅速」、「增進社會和諧」，認為司法訴訟程序曠日廢時、司法機關欠缺處理公害事件的專業、或者增加當事人間的訟爭、對立氣氛；或者立法、行政機關從事立法時，於立法例的選擇上，認為我國民情與日本較為接近，所以採用日本公害糾紛處理法的規範模式。

### （4）部分立法委員對政治力解決公害糾紛的想法已有反動

公害糾紛處理法草案進行審理時，曾有部分立法委員反對設立中央或地方的緊急公害糾紛處理小組，理由是以政治力介入重大公害糾紛的協調，基本上是以鉅額的金錢賠償、補償解決公害糾紛，並未真正釐清責任的歸屬或是防制未來公害的再度發生。而且導致行政院職權的過度擴張，甚或是侵蝕司法權的職權，<sup>392</sup>因此部分立委認為較為適當的立法方向應是設立專責的「公害法庭」。

<sup>390</sup> 「糾紛解決替代途徑」（alternative dispute resolution），一般系統稱允許當事人進行面對面溝通，已獲至雙方都能接受的辦法，解決環境問題爭議的各種途徑。參見公害糾紛處理白書，行政院環保署，一九九二年，p166

<sup>391</sup> 關於日本公害糾紛處理制度的變革，請參見日本公害糾紛處理制度及公害環境判例之研究，曾隆興著，一九九三年。

<sup>392</sup> 針對公害調處、裁決制度以及緊急公害處理小組是否侵蝕司法權的問題，法務部次長認為「行

### 三、公害糾紛處理的法制管道

公害糾紛為法律糾紛的一種，各個公害案件可能涉及民事賠償與刑事責任的糾紛，在此姑且不論刑事責任的問題，法律糾紛的解決途徑，可以法制（亦即公權力機關介入）或非法制的管道加以區分如下：

法制管道：民事訴訟裁判、民事訴訟法所為訴訟上和解、依據公害糾紛處理法轉送法院核定的公害調處、裁決結果、依據公害糾紛處理法經公證的公害防止協定、依據鄉鎮市調解條例，經地方調解委員會協助調解。

非法制管道：當事人自行協調。

以上的所列的法制管道尚可以程序的訟爭性與形式性（form），再區分為形式性（formal）的法制管道與非形式性的法制管道（informal）。其中民事訴訟裁判具有兩造對立、相互訟爭、踐行嚴格訴訟手續的特性，而公害裁決程序雖由中央環保署進行事實調查、鑑定，程序上並有兩造對立的構造，故此兩者應歸入形式性的法制管道；其餘法制管道均不拘進行的手續，兩造以相互協調、協商，取得兩造皆可接受的談判結果為最終目標，不具有兩造訟爭的特性。而法院作為獨立審判機關以及中立的糾紛仲裁者地位，故從公害糾紛解決中所實際扮演的角色，可推知糾紛當事人的法律意識，以下以實證統計資料進行說明：

公害糾紛處理的各類方法中，法院介入的著力管道有二，一是法院依據鄉鎮市調解條例與公害糾紛處理法規定，核定業已成立的調解內容，屬於非訟途徑；<sup>393</sup>

---

政司法」係現行的潮流，而且公害調處、裁決結果須經法院核定，使發生與確定判決同一的效力，因此法院對結果仍有「最終的控制權」，因此並未侵奪司法的權限。參見公害糾紛處理法案，立法院公報法律案專輯（第一百四十六輯），民國八十二年，p47，法務部次長翟宗泉說明。

<sup>393</sup> 參見鄉鎮市調解條例與公害糾紛處理法相關規定：

鄉鎮市調解條例第二十三條：「鄉、鎮、市公所應於調解成立之日起七日內，將調解書送請管轄法院審核。」

鄉鎮市調解條例第二十四條：「調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力；經法院核定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書具有執行名義。」

公害糾紛處理法第二十八條：「調處成立者，應製作調處書，於調處成立之日起七日內，將調處書送請管轄法院審核。

前項調處書，法院認其與法令無抵觸者，應儘速核定，發還調處委員會送達當事人。

法院因調處程序或內容與法令抵觸，未予核定之事件，應將其理由通知調處委員會。但其情形可以補正者，應定期間先命補正。」

公害糾紛處理法第三十條：「調處經法院核定後，與民事確定判決有同一之效力；當事人就該事件，不得再行起訴；其調處書得為強制執行名義。

事業得與所在地居民或地方政府簽訂環境保護協定，防止公害之發生。

前項協定經法院公證後未予遵守時，就公證書載明得為強制執行之事項，得不經調處程序，逕行取得強制執行名義。」

其次就是以裁判訴訟的方式，解決公害糾紛。法院判決的優點在於具有最終的確定力，缺點則是較為繁瑣費時，當事人必須花費大量勞力、費用、時間於法庭活動上，而且當公害糾紛發生時，法院基於不告不理的限制下，無法積極地為發生當中或擴散中的糾紛提供解決之道。

經過檢視相關資料後，法院在公害糾紛案件中並未扮演重要的角色。就法院核定公害糾紛調解案件數而言，僅僅有環保署邀集有關單位、新竹李長榮化工廠、新竹公害防治協會及受害民眾代表會商達成協議，再到法院認證一案。<sup>394</sup>至於法院以裁判訴訟方式解決公害糾紛，自一九九三年到一九九八年為止，屬於受害者向加害者請求案件僅有四件<sup>395</sup>，案件內容僅限於「小型公害糾紛」的解決，<sup>396</sup>

#### 四、本節小結

本節檢討公害糾紛處理法制訂的過程以及其所內含的立法、行政機關的法律意識，以及現行各種公害糾紛解決途徑，以及法院所扮演的角色，相關實證資料均顯示公害糾紛的解決的發展均朝向非形式性的方式為之，不論在立法上或是實際的統計資料上均如此，值得進一步探究的是，導向非形式化的糾紛解決法制是否發揮其規範的效果，以及是否影響公害糾紛當事人主觀的法律意識，即有待具體案例的分析，因此本文以下以一九九三年制訂公害糾紛處理法做為分水嶺，分別分析之前與之後的台灣重大公害糾紛案件，個別的糾紛解決模式以及當事人主觀上的法律意識。

### 第三節 公害糾紛處理法制定前公害糾紛之解決

#### 一、前言：

本文以下就公害糾紛處理法制訂之前，曾發生過的三件較重大的公害糾紛（一）桃園鎘米污染事件始末；（二）高雄林園事件（一九八八年）；（三）高雄大發廢五金專業區污染糾紛（一九九零年），說明其糾紛發生與解決始末，以及分析糾紛解決過程中所展現出的法律意識。

<sup>394</sup> 參見公害糾紛處理白書編纂，行政院環境保護署民國委託研究計畫，民國八十八年七月，p5-31,5-34,5-35

<sup>395</sup> 參見公害糾紛處理白書編纂，行政院環境保護署民國委託研究計畫，民國八十八年七月，p7-3以下，分別為：八十六年台上字第三一二五號判決（海域污染）、八十三年台上字二一九七號判決（窯業污染果樹收成）、八十五年訴字八十號（磚場污染果樹收成）、八十六年上字第一七零八號（台電火力電廠污染農作物）。

<sup>396</sup> 此處所謂的「小型公害糾紛」係指糾紛所涉及的相關當事人、範圍不大，不具有高度爭議性，爭執重點僅在於財產損害的賠償。

## 一、桃園鎘米污染事件始末<sup>397398</sup>

桃園縣觀音鄉大潭村居民原居住於石門水庫上游集水區，後因石門水庫完工，原居住地成為淹沒區，乃由政府輔導遷居大潭村。後於民國六十三年，高銀化工廠至此地設廠，於民國六十八年經證實該廠生產過程中排放「鎘」之重金屬，當地農作物以受污染不能在耕作，當地居民不滿工廠之污染危害，乃發動多次陳情、抗議行動。

另外位於桃園縣蘆竹鄉的基力化工廠，專門製造硬脂酸鎘、鉛、鋅等塑膠安定劑。因廢水處理設施不完備，致含鎘廢水排入農民引水灌溉的共同圳道，造成農地及其作物遭受鎘污染。農業單位因農地遭污染而命令休耕，並依法補貼農民，而已收穫稻米則進行收購予以銷燬，農民遂要基力化工予以賠償及健康檢查。一九八七年十月基力化工完成生物處理設備，縣政府並抽樣檢驗二十五次均未有不合格情事；惟十二月發現劃定污染農田面積增加，縣政府乃依法勒令停工。圳道淤泥則由水利會清除，費用由基力化工負擔，基力化工亦同意之。一九八九年二月行政院以污染排放已符合標準，以及全部停工違反比例原則為由，判決撤銷縣政府對基力化工之停工處分。其後，污染源排放設施已符合標準，但因污染面積持續擴大而勒令污染源停工。

## 二、高雄林園事件始末<sup>399</sup>

中油林園廠位於高雄縣林園石化工業區內，佔地約一百公頃，煉製生產之基本型態，以石油腦、製氣油為原料，產製乙炔、乙烯、丙烯、丁二烯、苯、甲苯、二甲苯等石化原料。衍生的污染有廢水、廢棄、固體廢棄物及噪音等。廢水主要來源有製程含油廢水及廢鹼水等；廢棄主要來自電壓驟降或儀器設備故障，停電時造成黑煙及第三硫磺工廠尾氣所排放之二氧化硫。噪音主要來自於廢氣燃燒塔。固體廢棄物則包括有觸媒、焦炭、聚合物、白土、廢油泥等。

林園事件發生於一九八八年九月二十二日，由於南部地區連續豪雨，各工廠於水儲槽均已飽和。林園工業區內計有中油、中美和、群隆、李長榮等八加工廠廢水排入 P2 加壓站，佔該工業區總廢水量 87.8%，其中中油、中美和、群隆及和益四加工廠設有雨水節流系統將暴雨三十分鐘內受污染之雨水節留置儲槽再排入 P2 加壓站，為三十分鐘及應關閉閘門，因豪雨緣故，工廠污水夾雜大量雨水排入 P2 加壓站，經污水處理廠四次緊急通知中油、中美和及群隆等三家工廠應即關閉與水

<sup>397</sup> 參見公害糾紛處理及民事救濟法治之研究，行政院經濟建設委員會，一九八八年，p2

<sup>398</sup> 參見公害糾紛處理之檢討與建議，環保署委託國立台灣大學法律研究所執行，一九九零年八月，p33-34

<sup>399</sup> 參見中華民國台灣地區重大公害糾紛處理事件彙編，行政院環保署，一九九一年，p175-181

閘門，惟仍未予關閉閘門而溢流。

九月二十三日起，汕尾地區村民約四百人至林園工業區管理中心索賠每人三十萬元，由縣議會副議長出面協調，協議不成。十月四日再度由縣議會副議長與汙水廠及廠商聯誼會協調，當時有東汕等三村近千人聚集管理中心要求賠償每人十萬元，後高雄縣長余陳月瑛趕至，協調仍未成立。十月十一日上午再度協調，由縣長主持協調會，汕尾等三村民眾仍堅持要求每人十萬元，廠商聯誼會代表不願接受，協商未成。經高雄縣長宣布林園 P1 與 P2 加壓站自十一日下午五時起，停止運作。民眾並於當晚及次日白天進入工業區內各工廠，強迫廠方切結停工。

十月十三日，工業局長及副局長趕往高雄縣政府與縣長商議恢復汙水處理廠操作及工廠負更事宜，經縣長邀集村民代表於下午進行協調會。工業局提出由林園工業區汙水處理廠先行墊付新台幣一千萬元交由縣府綁管，以示解決誠意，其實金額經確定後由廠商以合理方式歸墊，惟民眾仍要求每人十萬元的賠償，修商未成。經縣長宣布十月十五日再舉行協調，並稱必須提出確切賠償價款。十月十四日經濟部長要求高雄籍立法委員三位，赴高雄偕同縣長與當地村民溝通協調。部長並派該部主任秘書、國營會副主委及工業局長等人趕往高雄，除協助三位立法委員協調外。並指示物需於十月十五日恢復汙水廠操作及林園工業區石化工廠運作。

十月十五日，高雄縣縣長及三位立法委員分別與東汕、中芸村民代表協調溝通，在晚間十時許全部達成協議，其要點如下：

- (一) 由工業局協調林園工業區各廠商補償各村村民約新台幣十一億五千萬，及其他個村建設經費共一億元。
- (二) 各村村民對林園工業區廠商復工應全力協助支持。圍堵汙水處理廠之居民應即時撤退，不得以任何理由阻止復工。
- (三) 補償款應於一個月內交由經濟部工業局林園工業區管理中心並帶發放與居民，由村長會同領取。
- (四) 發放對向是以一九九八年九月二十四日前遷入戶口人數為準。
- (五) 對抗議村民不予追究其法律責任。

十月十五日工業局長安排就緒後，於是日下午六時在林園工業區管理衷心邀請汙水處理廠及工廠代表宣布立刻恢復開工聲明，並囑汙水處理廠及各工廠恢復操作運轉。

### 三、高雄大發廢五金專業區污染糾紛事件始末<sup>400</sup>

台灣地區廢五金之處理，由業者自國外進口廢電線、廢電纜、費鋁、鋅渣、

<sup>400</sup> 參見中華民國台灣地區重大公害糾紛處理事件彙編，行政院環保署，一九九一年，p192-199



廢馬達、廢電話機、廢冷氣機、廢汽車切片等，從事再生事業，所採行之處理方法多屬原始性的露天燃燒土法酸洗方式，嚴重造成空氣污染與水污染。處理後，無經濟價值的殘留垃圾，亦隨意棄置形成廢棄物污染。高雄大發廢五金專業區內廢棄物堆積如山，業者雖建有小型的焚化爐處理，仍無法解決區內繼續增加的廢五金垃圾，造成環境的嚴重污染。

大發工業區廢五金專業區廢棄物堆置場突於一九八九年十二月二十七日晚上起火燃燒，由於廢棄物數量龐大，火勢較廣，使得消防人員無法馬上撲滅，並發生悶燒現象，造成大寮鄉境內潮寮、過溪、會結等三座村落瀰漫在廢五金濃煙內，潮寮村村長率領二百餘名村民抵達工業區現場抗議，圍堵專業區並將環保署大發管制隊辦公室及設備砸毀。火勢雖於二十九日中午撲滅後，村民仍搭棚圍堵，禁止車輛出入，並要求七天內提改善計畫。

村民與業者於一九九零年一月六日與一月十八日協調結果，達成如下結論：

- (一)全體業者與鄉民同意大發廢五金專業趨於一九九二年六月底前全面停止廢五金營運。
- (二)請經濟部與行政院環保署協調業者於一九九二年六月前提出包括輔導轉業等因應措施。
- (三)建議行政院環保署及經濟部工業局等單位研提鑑定對三村村民此次火災的損失補償，至於鑑定項目分就人體健康與財產損失方面為之。關於財產損失鑑定工作，村民與專業鑑定小組意見不合，專業鑑定小組拒絕繼續鑑定。就此大寮鄉長率領二百多民鄉民北上前往立法院遞交陳情書抗議，並於下午至環保署陳情，要求肯定與合理的交代，否則將採取更激烈的自救活動。經環保署主管與多位立法委員、鄉民協調後，做出下列五點結論：(一)環保署責成並協助高雄縣政府向業者追償損失及廢棄物處理，三個月內完成第一道手續。(二)請高雄縣政府常駐環保人員嚴格監督污染防制工作。(三)補助潮寮國中、國小及潮寮、會結、過溪等三村幼稚園裝設自來水。(四)由環保署撥給大寮鄉公所掃街車一部。(五)請高雄縣選出的立法委員直接向行政院爭取撥款給環保署，以便補助採購溝泥車一部及裝設潮寮、會結、過溪等三村住戶自來水。

至於協助村民向業者求償事宜，環保署研商建議如下：(一)請高雄縣政府儘速推薦律師。(二)現有廢棄物的清查，請高雄海關提供以往廠商進口廢五金數量，由環保署推估堆置廢五金之數量。(三)請環保署管考處提供當日火災鑑定資料供律師參考。關於環保稽查工作，由於高雄縣環保局人手不足，因此稽查水污染部分由高雄縣環保局負責，空氣污染及廢棄物部分之稽查由環保署協助。至於縣府推薦律師協助村民追償事宜，當兩位受任辦理追償案律師會同環保署人員與縣政府法制人員前往訪問大寮鄉長、潮寮、會結、過溪村長，詳談結果後，彼等均明確表示無一村民願意出名擔任原告，委任該律師進行訴訟程序，而且損害的範圍、金額亦不易確定，甚至證據更難以提供。該二位律師表示受害村民之意見與態度既然如此，顯然無從受任代理進行請求損害賠償訴訟，並以此分別函覆環保署說明辦案結果，

本案到此告一段落。

#### 四、紛爭解決的分析

綜合以上三件案例的事實，以下從行政機關、司法機關與公害糾紛當事人三方角色，分析公害糾紛解決的特色。

##### （一）行政機關的角色：

行政機關在上述三件案件中均有相當的涉入，且涉入的程度與受害當事人的抗爭程度成正比。行政機關涉入的形式，環保機關依環保法規科處罰鍰或勒令停工，地方縣政府與中央經濟部首長則介入公害糾紛當事人間的協調會議中，以高度政治力的運作，迫使公害糾紛當事人儘速取得賠償數額的協議，並停止圍堵的抗爭，恢復生產秩序，此外在桃園鎘污染案件中，地方政府另有依法補償、收購公害受害者的財產損失。

##### （二）司法機關的角色：

相較於行政機關所扮演的主動、積極角色，司法機關在上述三件公害案件中缺席，幾乎沒有著力點。基於司法權需遵守不告不理原則，如果公害糾紛當事人未提起民事賠償訴訟者，司法機關即無從介入當事人間的糾紛。除了桃園鎘污染公害案件中，行政法院曾受理並撤銷停工、罰鍰處分外，糾紛當事人並未提起任何民事、刑事訴訟，法院自無從審理。當事人間未提起民事、刑事訴訟的理由雖然有多種解釋的可能性，但事實上的觀察的確顯示在重大公害糾紛案件中，公害糾紛當事人皆未訴諸法律，請求法院為其解決糾紛。

##### （三）公害糾紛當事人的角色：

公害糾紛當事人為製造公害業者與受公害污染的當地居民，製造公害的業者在公害事件發生後，立即與受害的當地居民展開協調，雖然協調會的召開係基於居民的圍廠抗爭或迫於主管機關的壓力，公害業者協調時，並未爭執污染源與公害結果間的因果關係，或者要求在合法鑑定後，始願負賠償或補償的責任。

另外一造即是發動陳情、抗爭的當地居民。在桃園鎘污染事件中，當地居民採取較為柔性的抗爭手段，向地方、中央主管機關發動陳情，未有明顯訴諸激烈抗爭活動、圍廠的行為。但在兩、三年後所發生的高雄林園事件與大發廢五金污染事件，可能恰逢政府解除戒嚴，且公害污染範圍廣大、嚴重侵害當地居民的生命、身體與財產利益，故在事件發生當日，當地居民立即發動群眾，採取激烈圍廠的抗爭

活動，試圖以實際行動立即制止污染業者繼續運作，之後並與警方維持秩序人員發生肢體衝突。公害業者雖然立即與居民代表進行協商，但均以雙方就賠償數額認知差距過大，無法立即達成協議，因而持續抗爭活動。而抗爭活動的持續亦有效迫使中央、地方行政機關高層人員關注公害抗爭活動，特地南下以政治力協調雙方當事人，儘速達成賠償與撤圍的協議。

#### (四) 受害者的法律意識：

本文整理相關訪談記錄，發現受害者的法律意識有下列數點特徵：<sup>401</sup>

##### 1. 法律知識、觀念淡薄

鎘污染受害者針對公害發生後，首先反應就是「告官」，亦即是向地方、省、中央主管機關陳情，並沒有向法院提起訴訟的認知，經訪談者告知並詢問後，始知行政機關與司法機關職權的不同。其次，公害受害者並未明確區分法律上的責任與「道義上」的責任，直覺上只要有污染發生導致健康或財產上的損失，污染業者與主管行政機關即應該負起賠償或補償責任，而非以法律觀點評價業者污染行為或行政機關監督行為，係違反法律，並有受害者認為當業者有賺錢時，命其支付補償費始為合理。

##### 2. 不願意立即訴諸法律，以非正式法律途徑解決糾紛係出於無奈

鎘污染受害者經訪談者詢問是否考慮訴諸法律途徑尋求公害賠償時，受害者就提起訴訟採取消極的回應態度，一則表示無資力進行民事訴訟，二則縱使提起訴訟，法院亦將賠償額的擬定，先推給糾紛當事人自行協調，若法院依法判決賠償額時，民眾一定無法滿意法院依公式決定的價額。其次，在鎘污染事件中，據訪談紀錄表示，當地團管區與地方知名人士所組成的調解委員會，負責從事居民與業者間的協調，但僅扮演協調者的角色，並無法協助受害居民實際求償，或是監督、執行協議的工作。

##### 3. 主管機關懦弱無能

大發廢五金污染事件中，受害居民反映污染當天即通知主管機關到場，並且要求主管機關加強管理，但污染還是繼續發生，而且要求檢討賠償問題，但主管機關的鑑定人員也不敢肯定損害是否為污染源所致，而且政府單位分層負責成為虛名，懦弱無能，民眾對於政府沒有信心。而且政府也未確實執行環保法規，受人情

---

<sup>401</sup> 以下關於桃園鎘污染事件、高雄林園、大發廢五金事件的訪談記錄，係整理自公害糾紛處理及民事救濟法制之研究 - 公害糾紛區民意深度訪談資料，行政院經建會，一九八八年

關說的影響太大了。

#### 4.政府對公害應負相當責任

鎘污染事件中，訪談記錄顯示受害居民認為該污染事件最應負責者，並非從事公害污染的業者，而係主管機關當初不應許可業者設廠，且並未做好使用分區的劃分，所以「政府」應負起公害善後的責任。此外，受害居民在訪談中另認為政府有關單位權能不夠、魄力不足，不敢得罪業者業者，命其提出合理的補償。

#### (四) 污染者的法律意識

##### 1.息事寧人，不願擴大爭端

業者表示公害發生後，工廠一方總是希望息事寧人，若不如此工廠設備會遭到居民破壞，或是抗爭影響營運，所以不願意擴大事情，願意給些錢來平事。

##### 2.業者與政府均應對公害負責

業者認為政府與業者兩方面彼此都應該負責，但是覺得一般社會心理有不正確觀念，以為公害糾紛中工廠一定是錯的一方。如果業者違規經營，應該自行負責，但如果業者依照政府的規定去做，就應該由政府負責善後，而且主管機關收高額的規費（大發廢五金工業區污染事件），規費取之於業者，也要用之於業者，政府應該拿出一部份錢當作賠償金。而之所以會有那麼多公害問題，並非業者蓄意污染，而是政府將環保標準提高得太快的緣故。而且，業者也有改善環保設備的意願，但是限於經費不足，政府遲遲不補助。

##### 3.認為部分民眾想要趁火打劫

桃園鎘污染事件中，業者認為其所提出的補償方案極為優厚，但仍有部分民眾想要趁火打劫，趁政府宣布遷村之便，訛取遷村補償金。

#### (五) 主管機關的法律意識

訪談的主管機關包括職司當時環保工作的地方衛生機關以及當地地方行政首長。

##### 1.公害發生後，協助當事人處理

經訪談結果，主管機關認為核准工廠設立，因而導致桃園鎘污染事件，即有義務協助當事人處理、善後。協助的方向以輔導當事人協調以及依據休耕補助辦法，給予補助。發生公害糾紛後，政府最主要是要做好協調的工作，不要放任居民動不動走群眾路線。

實際上，在高雄林園案中結案的方式也是由經濟部部長及工業局長出面，會同三位立法委員，以高度政治性的手段作成高額的金錢賠償。

## 2.公權力的行使要適切、不宜凡事均訴諸法律

主管機關面對受害居民指控其未妥善執行公權力，表示公權力的運用不足以解決公害的糾紛，認為只有受害居民服從主管機關的處理，而污染業者拿出誠意改善情況，而動輒使用公權力，依法解決並不是最好的。此外，直接訴諸法律解決，也是沒有必要，最主要的工作是做好協調的工作。

## 3.環保法規有待落實

針對訪談者詢問環保法令是否不足的問題，主管機關多認為現行的問題並不出在環保法不夠嚴格，而是在人為的因素上，執行單位受人情的困擾太嚴重，來自很多民意代表的阻擾，不敢確切執行環保法令的規定。另外，如要徹底解決公害糾紛，也需要環保法令可以加強主管機關的公權力。

## 4.環保自力救濟運動不宜鼓勵

主管機關認為自力救濟的目的在表達受害者的意見，而最後可以解決為提的還是要由行政單位來處理，因此自力救濟行動並不值得鼓勵，因為這樣只會讓處理事情變的更緩慢而已，事實上可以用推派代表或簽名的方式，讓受害者反映意見就可以了。

### (六) 小結

綜合以上案例事實的探討，以及案例中各該當事人的法律意識，可以發現在一九八零年代的公害糾紛，具有以下三點特徵。首先，公害糾紛的解決均以協調的方式為之，各該當事人之所以採用協調方式，各自主觀上的理由均有不同，受害居民認為協調方式對其較為有利，既不必負擔訴訟費用，也可以爭取到比較好的賠償額；其次，污染業者則是認為協調方式可以快速的息事寧人；主管機關則認為沒有必要訴諸法律解決糾紛，以協調方式也可以避免無謂的抗爭。

其次，觀察三件公害糾紛的解決過程，均可見到行政機關介入糾紛解決的現象，或深或淺雖有不同，關於行政介入，各該當事人均認為有其必要，惟各自主觀上的理由以及所應介入的程度則各自不同，受害居民認為主管機關許可業者設廠製造污染，就應該對發生公害的結果，負擔善後的責任，管制業者污染行為時，也應該發揮應有的公權力；污染業者則認為主管機關既然收有管制規費，在公害事件發生後，應該介入處理、協調，甚至應該提出部分賠償；主管機關則認為公權力的行使，並無法解決紛爭，因此糾紛解決的關鍵還是在當事人間的和解，主管機關僅僅負擔協助處理、協調糾紛當事人的任務。

至於環保法規是否不足以及執法問題，受害居民認為法規規定業已足夠，主管機關礙於人情或人謀不臧，未能確實執法，各機關之間亦無擔當，沒有果斷執行公權力；污染業者卻認為當時環保標準規範過渡嚴格，讓業者幾乎無法生存，而環保政策的貫徹應該一步一步來；主管機關則認為法規規定於實際執行、落實時，會受到人情、民意代表關說的影響，無法百分之百的落實。

以上是我國一九八零年代三則公害糾紛解決過程中，各該當事人所展現的法律意識，本文以下探討九零年代，討論當事人的法律意識是否由於時代的演進以及公害糾紛處理法的制訂，有所改變。

#### 第四節 公害糾紛處理法制訂後公害糾紛之處理

##### 一、前言

一九九三年制訂公害糾紛處理法後，公害糾紛依然層出不窮，本文揀選抗爭最激烈的石化工業污染事件，作為探討的對象。而石化工業污染事件又以高雄中油大林廠與大社鄉石化工業區發生最多、涉及層面也是最廣。因此以下先就高雄中油大林廠與大社鄉石化工業區的背景稍做簡介。

高雄中油大林廠位於高雄市小港區，屬於中油高雄煉油總廠的一部，分別與中鋼、中船、台電大林火力發電廠為鄰，該廠原為一九六九年成立的大林蒲輸油站，經一九七六年改制為大林蒲分廠後，在於一九八七年擴大編制改組為大林廠。大林廠主要業務為（1）供應全國之低硫燃料及無鉛汽油。（2）負責高雄煉油總廠所需原油的進口、卸收及儲運。（3）負責各種成品油之收儲、轉運及裝船外銷。大林廠營運的污染物有廢棄、廢水、固體廢物、噪音。廢氣主要來自燃燒排放與製程排放及廢氣燃燒塔緊急排放所產生。廢水污染來自於廢水處理廠之廢水，廢棄物來自廢油泥及廢觸媒等。噪音來自廢氣燃燒塔、氣冷式冷卻器、鍋爐送風機、大型馬達、壓縮機及加熱爐。<sup>402</sup>關於高雄中油大林廠所發生的重大公害糾紛案件計有：一九九

<sup>402</sup> 參見中華民國台灣地區重大公害糾紛處理事件彙編，行政院環保署，一九九一年，p21

六年八月八日的油雨事件、一九九六年八月十日的海外漏油事件、一九九三年六月八日有毒氣體外洩事件。

至於高雄縣大社鄉大社、仁武石化工業園區，則是從事高污染性質的石化工業。長久以來，發生多起公害污染糾紛，引起抗爭活動最激烈的則是一九九五年農作物欠收與一九九三年不明氣體污染案件。

## 二、一九九六年八月八日中油大林廠油雨事件始末<sup>403</sup>

一九九六年八月九日煉油總廠五輕工廠因主體 M-114 過濾網故障，過濾器清洗安裝時漏油，導致蒸汽筏高溫燃料油噴出形成油污染，「油雨」傷及附近住家行人車輛。污染範圍包括後勁地區金田、玉屏、瑞屏、稔田、錦屏、翠屏等六個里。八月十二日中油高雄煉油總廠高級主管在後勁地區鳳屏宮舉行說明會，向里民說明賠償標準、額度和流程，由於受污染里民要求以按戶或按人頭方式賠償，由於賠償數額認知差距過大，無法立即達成協議，里民並組成談判小組於一週內再與中油協商。

中油總廠高層人員於十五日晚上又在亦被「油雨」噴灑範圍內波及的中油員工宿舍區，舉辦賠償說明會，宿舍區約居住有一千多民員工，員工及眷屬代表要求比照里民標準賠償，並主張溯及追究過去遭到「油雨」污染所受的損害。

八月十九日高雄總廠與後勁談判小組展開第一次協調會議，由立委兩位、市議員、區公所主任秘書、里民談判小組以及中油副廠長參加協調。談判雖有初步賠償協議，但里民協調小組要求第二次協調會議應有中油、國營會、經濟部等具有決策權人士參加，後經由雙方多次協商後，最後於八月二十六日達成最後協議，中油將提撥一億元做為後勁公益費用，並按照財產類型針對財產損失給予不同賠償。

九月十六日受油雨污染的高雄縣橋頭鄉民，不滿中油未比照後勁模式賠償橋頭鄉民所受的損害，並拖延賠償，由鄉長及鄉代會主席率領發動抗議行動，大批鄉民圍堵中油煉油廠，要求還給鄉民一個公道。多位鄉代不滿中油總廠廠長為出面解決，便揚言在高雄總廠西門搭起棚架長期抗爭，連續與現場五、六十名保二警員發生肢體衝突，最後中油副廠長出面承諾解決賠償的誠意，同意九月十八日到橋頭鄉公所進行協商，本件公害糾紛始告一段落。

## 三、一九九六年八月十日的中油大林廠海外漏油事件始末<sup>404</sup>

<sup>403</sup> 參見公害糾紛個案列管追蹤及處理情形年報八十五年版，行政院環保署，一九九六年，p22-42

<sup>404</sup> 參見公害糾紛個案列管追蹤及處理情形年報八十五年版，行政院環保署，一九九六年，p111-146

一九九六年八月十日，旗津中洲地區的漁民發現距高雄港北防波堤三哩海域出現油污，但到下午，整個海岸線及防波堤外側，均呈現一片烏黑，下午一時許，旗津附近居民發現二港口北堤外海有大量浮油，沿著旗津外海岸蔓延三、四公里長，油污又黏又臭，嚴重影響近海漁業的作業，居民一度質疑是中油大林廠海底輸油管線破裂造成，但中油卻矢口否認，並檢查過相關管線後，並未發現有破損漏油現象。雖然中油大林廠否認漏油事件，高雄市漁民服務協會前往輸油浮桶附近視察、蒐證，直到隔日上午中油大林廠才對外坦承漏油。

八月十一日下午旗津、中洲一帶漁民三十多人到中油大林廠，對大林廠早先昧於事實部承認污染海面的作法相當不滿。惟中油大林廠廠長親自接待並召開協調說明會，因此前來抗議民眾也很理性，與大林廠達成初步協議，中油以最快速度修復油管不再漏油，盡快清除海面油污，並於一週內研究出對漁民合理的賠償辦法。

八月十三日，受中油公司漏油污染影響，高雄市許多近、沿海漁民昨天暫停出海作業。紅毛港漁民則到中油大林廠抗議，要求善後，漁民認為副廠長等人無解決糾紛的誠意，憤而揚言以無線電聯絡在台中、台南作業的漁船，近日內發動包圍大林廠卸油浮桶及碼頭抗爭。

八月十九日，中油公司昨天就大林廠外海漏油污染事件再度和高雄市旗津漁民協商，並達成賠償初步協議，中油同意賠償當地漁民財產損害，粗估約計二億三千萬元。中油並強調此次污染以旗津最為嚴重，所以對其他地區漁民賠償額度將以昨天協調結果為上限。並於八月二十二日，中油公司與高雄市小港漁會及其他港區漁會達成賠償協議，賠償額度比照旗津漁民，此部分共計賠償三億五千萬元。

但是索賠效應持續擴大，鼓山、前鎮也有數百位漁民請議員協助索賠。中油鑑於求償人數持續增加，為免處理賠償事件過於浮濫，於九月五日決定依法將後續求償案件送交高雄市政府公害污染調屬委員會鑑定，再做理賠協商。又針對先前成立的理賠協議，旗津區漁民表達對中油處理賠償標準前後不一的強烈反彈聲浪，認為中油事後從嚴審查的作法相當不以為然，漁會等待中油做出善意的回應，否則即發動旗津區漁民包圍大林廠外海浮桶及專用碼頭。中油副總經理得知漁民將發動漁船封港舉動後，特別南下高雄說明漏油損害的賠償原則，表示賠償資格應以實際從事捕撈作業的漁民為限，而賠償金額則與原先協調的相同。

九月二十日，旗津、中洲區以外的漁民在議員的陪同下，向中油大林廠進行索賠，但中油副總經理表示，該廠以接獲上級的單位指示，今後所有公害處理事宜都必須經過高雄市公害糾紛調解委員會進行協調。惟高雄市環保局表示中油所申請公害糾紛調解的對象包括林園、東港兩地漁民，但依公害糾紛處理法規定，高雄市



政府無法受理調解。針對中油上述移送公害調解的政策，漁民紛紛表示不滿，揚言在二十五日再度封港抗議，因此中油副總經理在緊急會議研商後，指示同意比照旗津模式簽署協議，漁民使暫時打消封港念頭，本案到此告一段落。

#### 四、一九九三年六月八日中油大林廠氣體外洩污染案事件始末<sup>405</sup>

一九九三年六月八日晚間高雄市小港大林蒲地區發生工廠化學氣體外洩，空氣中瀰漫濃厚的瓦斯味，有時多人有中毒跡象，送醫急救，民眾懷疑中油大林廠是污染源，二百多人包圍中油大林廠並用石塊砸毀玻璃窗、小港區小港分局派出警力協助維持秩序，晚上十時，大林廠副廠長從出面向民眾解釋，激動民眾仍然與警方對峙直至六月九號清晨才撤離，並開會決定未來行動。

中油總經理九日下午南下與居民協調，協調會在中油大林廠會議室舉行，由中油總經理主持，立法委員與監察委員等多位地方民意代表及大林蒲居民代表均參加此次協調會，會中大林廠承認錯誤，總經理並公開向居民道歉，下午終於獲得初步共識，居民同意暫時放棄搭棚長期圍廠抗爭行動。但未來中油若未履行承諾，則將再發動抗爭。

- (一) 十月三十一日前中油需提出遷廠或遷村之可行性評估。
- (二) 去年所定的二十億回饋金方案持續進行，回饋基金限紅毛港，大林蒲及鳳鼻頭等海線十一里專款專用。
- (三) 中油在媒體刊登公開道歉啟事。
- (四) 以後若再發生污染案件，則出事工廠必須停工甚至關廠。

最後中油公司大林廠廠長表示臭氣確實是由中油大林廠第六硫磺工廠排放二氧化硫所引起，並向大林蒲居民致歉，始結束這場抗爭風波。

#### 五、大社鄉農作物受害污染糾紛事件始末<sup>406</sup>

一九九五年三月二十二日，比鄰大社石化工業區的高雄現大社鄉生產的絲瓜、蕃茄和蕃石榴等農作物，最近相繼大量死亡，高雄縣長實地勘查結果發現損害情形的確不清，立即指示環保局與農業局聯合追查，究竟是酸雨還是公害污染的緣故，以及損害農作物的面積，在責任鑑定清楚後賠償受害者農民損失。受害農民則直接將污染的源頭直接指向大社石化工業區煙害污染，在農民提出的陳情書中指出大社鄉農民栽種的絲瓜、蕃茄、蕃石榴等農作物，從來沒有發生過枯萎死亡的情況，如今造成慘重損失，必然是大社石化工業區長期排放廢氣污染物所致。陳情書並明

<sup>405</sup> 參見公害糾紛個案列管追蹤及處理情形年報八十二年版，行政院環保署，一九九三年，p9-13

<sup>406</sup> 參見公害糾紛個案列管追蹤及處理情形年報八十四年版，行政院環保署，一九九五年，p185-196

確指出要求中央環保署與工業局人員應立即派員南下從事污染源與損害鑑定工作，以維護農民權益與鄉民生命財產安全，否則不惜以抗爭手段解決。仁大工業區管理中心和各石化工業區在發生以上鄉民抗議事件後，除反映給工業局要求審慎處理外，也希望有關單位早日鑑定原因，以免使得所有石化廠的營運受到居民抗爭的影響。

有關機關進行鑑定時，大社鄉農作物枯萎死亡的現象有繼續擴大的趨勢，累計當地受害居民已有五百餘名向鄉公所登記要求賠償，範圍遍及大社鄉全鄉八個村。由於災情不輕，縣府農業局初步鑑定結果，仍然難以判斷究係屬自然現象或是人為污染的結果，甚且大社鄉鄰近的中油高雄煉油總廠與台塑仁武廠等石化業者，在空氣污染擴散的原理下，均有可能是此次農作物枯萎死亡的原因。

高雄縣長於當年六月二十七日邀集大社石化工業區各廠廠長代表及縣府環保局、大社鄉代表進行協調。石化業者認為居民指控其所排放的乙烯就是污染原兇，頗不以為然，認為該向爭議應先交由公害糾紛調處委員會進行協調，再請具有公信力的單位進行調查。

#### 六、大社鄉仁大工業區不明氣體外洩案事件始末<sup>407</sup>

一九九三年四月五日，高雄縣大社鄉連日來瀰漫類似阿摩尼亞白色霧狀意味氣體，縣環保局一時尚無法查出「原兇」，鄉民百餘人湧到中石化大設廠抗議，大社廠稍晚宣布暫時停工，民眾才散去。次日，上百名鄉民於上午在縣議員率領下前往仁大工業區管理中心抗議，憤怒的鄉民以石塊將中心玻璃砸毀，再轉往區內石化廠丟擲雞蛋洩憤。後高雄縣長與環保局長趕到，與廠方進行協調，協調會並決議中石化與優品兩家公司暫時停工三天，其餘則繼續生產。後獲准復工的中石化、優品公司，經地方人士查獲再排放不明毒氣，二度被迫停工。大社鄉民並於廠旁搭起帳棚準備長期抗爭。

四月十三日，經濟部長及環保署管考處長特地南下與高雄縣長共商解決之道，經與鄉民溝通後達成協議，應允鄉民所提七項要求，所有石化工廠將於十年內全部遷廠，鄉民暫時結束抗爭。大社鄉長返國後，發現工業局官員對於遷廠協議有所動搖，決定將地方神社遷回中石化大社廠，率領鄉民繼續另一波抗爭。為緩和氣氛，工業局副局長率兩名專員南下與大社鄉鄉長進行協商，鄉長與鄉民代表同意在四月三十號進行正式協商。

台灣區化工會於四月二十二日召開理監事會議時，與會石化業者一致認在未

<sup>407</sup> 參見公害糾紛個案列管追蹤及處理情形年報八十二年版，行政院環保署，一九九三年，p132-149

造成重大污染事件前，不應按照大社鄉民的要求，輕言遷廠。同時更呼籲政府依據公害糾紛處理法儘速成立公害調處委員會，以確保石化工廠正常運作。四月三十日鄉民代表、石化業者與政府機關三方在鄉公所禮堂進行正式協商，石化業者對於鄉民要求石化工業區應於十年內遷廠，並為鄉民做身體檢查的要求無法同意，導致協商破裂。近千名大社鄉民圍堵仁大工業區，並封鎖工業區東、南、西三條對外道路，工業區交通陷於癱瘓。

高雄縣長介入協調後，鄉民開放南門供員工自由出入，警方同時撤走大批警力，經濟部長並同意南下進行協調。五月三日召開協商會議，由經濟部長、立法院副院長、高雄縣長、立法委員、議員與大社鄉長、鄉民代表等人參加召開，會議中達成初步協議，石化工廠同意設立污染防治措施，並於一九九三年底完成污染設備更新工作，鄉民亦不再堅持應石化業者於十年內遷廠，石化工業區聯誼會並同意提撥一千萬元補償民眾，但針對鄉民要求將回饋基金由千分之零點五調升到千分之二一案，表示將於一週後給予答覆，居民並同意撤離、結束圍堵行動。但五月十二日大社石化工業區表示無法接受鄉民要求提高回饋金到千分之二一案，大社鄉長立即指示鄉民圍堵工業區西門。而緊鄰大社工業區的高雄楠梓區里長北上經濟部陳情，要求比照大社石化工業區模式，提供楠梓區地方回饋基金，經濟部長接見陳情民眾後，表示願意督促相關單位注意處理。

高雄縣警局仁武分局副局長出面斡旋下，大社鄉民於五月十七日同意撤除對大社石化工業區西門的阻絕抗爭，鄉長宣布撤除路障，結束十七天的擋路抗爭行動。但針對賠償善後、提高回饋金比例的問題，鄉民與石化業者間仍有歧見存在。

## 七、紛爭解決的分析

綜合以上五件案例的事實，以下從公害居民、污染業者與主管機關三方角色，分析公害糾紛解決的特色。

### （一）公害居民的角色

觀察以上五件公害案例事實，可以發現公害居民在均發動規模大小不一的抗爭手段，而分析後可以發現居民動員抗爭所要達成的如下目的：

#### （1）立即制止公害

一九九三年中油大林廠與大社石化工業區發生的不明氣體外洩污染事件，受害居民聞到有有毒氣體，感到身體不適後，當下立即動員前往工業區圍廠，在廠方與警方出面處理後，工廠亦立即暫停運作，有毒氣體也不再發散。

## (2) 要求中央、地方高層官員加入協商

一九九六年的中油大林廠油雨事件發生後，受害居民代表要求召開第二次協調會議時，應有中油、國營會以及經濟部等，具有決策能力的人士參與協調。其次一九九五年的大社鄉農作物污染事件裡，受害居民北上遞交陳情書，內容要求中央環保署與工業局人員應立即派員南下從事污染源與損害鑑定工作，否則不惜以抗爭手段解決。而各個案件最後協調，均由地方首長（高雄縣長）與當地議員介入協調而成立；此外，一九九三年的中油大林廠氣體外洩事件與大社鄉不明氣體外洩事件，中央政府經濟部長、局長以及國營事業總經理，均特地南下參與協調。

## (3) 迫使污染業者展開協商並接受協調條件

一九九六年中油大林廠油雨事件，同受油雨污染的高雄縣橋頭鄉民在廠方拒絕比照後勁鄉民的補償條件後，鄉長及鄉民代表即率領發動抗議行動，圍堵煉油廠，在副廠長出面表示解決誠意後，鄉民始散去。同樣在一九九六年的中油大林廠海外漏油事件，紅毛港漁民至大林廠抗議，因廠方無解決誠意，當下即揚言發動漁船封鎖中油卸油港口。而一九九三年大社鄉不明氣體外洩事件進行協調時，石化業者無法同意鄉民要求石化工業區應於十年內遷廠，並為鄉民做身體檢查的要求，近千名大社鄉民即發動圍堵仁大工業區，並封鎖、癱瘓工業區對外道路。

## (4) 拒絕接受公害調處的安排

一九九六年的中油大林廠海外漏油事件，中油與旗津漁民就賠償數額協議後，其他漁會的漁民即要求比照辦理，遭中油以交由高雄市政府公害污染調處委員會鑑定處理為由而拒絕，而漁民就中油移送公害調處的政策，揚言發動再度封港，動搖中油以移送公害調處來解決後續糾紛的決心。

## (二) 污染業者的角色

污染業者在公害發生後，可能是迫於居民圍廠抗爭的壓力，均立即召開說明會或與居民代表進行協調，甚或於協調會進行時，廠方主管亦不吝於就廠方過錯，向受害居民表達歉意。而協調過程中，廠方並未堅持釐清公害責任歸屬後，始願負賠償責任的態度。協調過程的爭執點反而是放在賠償額的多寡、受害者身份的認定以及工業區的遷廠問題上。顯示污染業者仍然採取息事寧人的態度，不希望廠區的運作受到居民抗爭的影響。

其次，分別在一九九六年的中油大林廠海外漏油事件、一九九五年大社鄉農作物污染事件以及一九九三年大社鄉不明氣體外洩事件中，廠方均有表示針對公害爭議，希望能藉由公害糾紛調處機制，進行公害的鑑定與協商賠償。廠方此項移送公害調處政策經宣布後，在中油大林廠海外漏油事件與大社鄉不明氣體外洩事件中，均遭受害居民認為廠方欠缺解決誠意，並揚言發動圍廠抗爭，在居民的「恫嚇」與實際行動下，廠方移送公害調處的決心因而軟化，故以上五件重大公害糾紛案之中，公害糾紛處理法所設計的公害調處、裁決制度並未發揮任何解決公害糾紛的作用。

### （三）主管機關的角色

五件公害糾紛案所牽涉到中央與地方主管機關，除地方環保機關首當其衝外，地方首長（高雄縣長）、中央經濟、環保機關部會、局處首長，均特地介入公害糾紛協調工作之中，此外，地方與中央民意代表亦協助受害居民進行協調。地方行政首長與環保機關由於公害污染情節重大，受害居民亦發動抗爭，勢必介入當事人間協調，避免紛爭一發不可收拾；其次，居民發動抗爭時，當地維持秩序的警察機關並未積極執行公權力，驅散違法集會、抗議的民眾，僅是消極的維持秩序，使衝突不要越演越烈就可以了。此外，一九九三年的中油大林廠氣體外洩事件與大社鄉不明氣體外洩事件，中央政府經濟部長、局長以及國營事業總經理，在受害居民要脅擴大抗爭下，均特地南下高雄參與協調。由以上的分析可以得知，我國重大公害糾紛事件的解決，中央、地方行政機關均有相當程度涉入當事人間的協調上，涉入程度則繫諸於糾紛抗爭的嚴重性。此點特徵，與公害糾紛性質上本為法律糾紛，應以法律管道解決的理想頗有出入。

## 八、污染受害者的法律意識

五個案例中受害居民均採行圍廠抗爭手段，迫使廠方、高層行政官員進行賠償協調，而非以法律觀點釐清責任歸屬，或循法律管道爭取賠償，此種現象應反應出受害居民的法律意識具有如下的特質：

### （一）賠償責任的釐清非屬公害糾紛的重點

按公害糾紛本質上為民事侵權糾紛的一種，賠償請求權的發生以公害製造者就公害發生具有可歸責事由為前提。然而，以上五件案例中，除大社鄉農作物污染糾紛事件屬於長年型的污染事件外，其餘污染業者並未積極爭執責任的歸屬。而受害居民進行協調時，直接跳過責任歸屬的爭點，即將協調的重點直接放在賠償額與賠償方式。此現象反映受害居民主觀上認為只要有公害事件的發生，有身

體、財產上的損害者，當地設廠的污染業者，就應該負責賠償等善後事宜，如果業者膽敢有其他說詞，就代表沒有協商的誠意，進一步的圍廠抗爭動作就會發生。此點與本文所探討一九八零年代桃園鎬污染事件中，當地居民認為業者依照法定標準排放廢水時，賠償責任應轉由發放許可的政府負責的觀點，有相當大的差異。

## （二）以協調方式解決公害糾紛

五件公害糾紛的解決過程中，均可見到受害居民與污染業者、高層行政官員、民意代表進行公害協調，並且糾紛的解決均以賠償協調收場。<sup>408</sup>而協調的主要重點為賠償金額的多寡，穿插污染工業區遷廠的要求。而協調的運作方式則明顯的是高度政治力的運作，受害居民以圍廠抗爭逼迫業者不得不從事協調，並接受其要求的協調條件，而中央、地方高層行政主管亦是以政治力要求雙方儘速解決紛爭。五件公害糾紛協調過程中，完全看不到法律扮演任何糾紛解決的角色，既無人依據民事實體法主張責任應如何歸屬，亦無人認為應依法賠償，獲拒絕賠償後訴諸法律，而是訴諸政治力解決。顯示受害居民主觀上認為法律無法為其爭取應有的權利，或是有效地為其爭取權利，反而是配合圍廠抗爭的協調方式，才是最有效的解決糾紛工具。

## （三）反對以法制途徑解決公害糾紛

一九九六年的中油大林廠海外漏油事件、一九九五年大社鄉農作物污染事件以及一九九三年大社鄉不明氣體外洩事件中，廠方有表示針對公害爭議，希望能藉由公害糾紛調處機制，進行公害的鑑定與協商賠償。其中大林廠海外漏油事件與大社鄉不明氣體外洩事件，當廠方提出依據公害糾紛處理法調處的要求後，立即引發受害居民激烈的反彈，迫使廠方不得不放棄依法調處的權利。由此點可知，受害居民要求廠方拿出誠意、迅速合理賠償，而轉介公害調處、甚至公害裁決，都是廠方拖延、不負責任的態度，另外也反映出在受害居民的主觀認知上，公害糾紛處理法所特別設置的公害調處、裁決程序，尚不能滿足其希望迅速、合理賠償的要求。

## （四）以圍廠抗爭的方式達成求償的目的

以上五件公害糾紛案都發生受害居民圍廠抗爭的行動，僅是抗爭次數與程度有所差異而已，換言之，激烈的圍廠抗爭活動在一九九零年代的重大公害糾紛案中屬於常態現象。若再分析圍廠抗爭所欲達成的目的，可以清楚的瞭解受害居民不願使用法律途徑來解決任何公害糾紛，反而是使用較法律途徑更為激烈、更增

---

<sup>408</sup> 限於資料不足，本文提及一九九五年三月所發生的高雄大社鄉農作物污染事件僅蒐集至石化業者要求進行公害調處，至於調處是否進行或以賠償協調結案，並不清楚。

加雙方對立性的圍廠抗爭手段，此點反映出在受害居民的法律意識上，不願訴諸法律乃由於法律無法「有效」的解決公害糾紛，或者是欠缺法律知識能力，玩不過有資力、政商背景的污染業者，而非是基於維持社會和諧，不願訴諸法律而傷了和氣。

#### （五）草根性、直覺性的正義觀

觀察五件公害糾紛案例的解決過程，受害居民反映的是一種「草根性」、「直覺性」的正義觀，例如只要有公害事件的發生，當地設廠的石化業者就不應該推諉責任，必須拿出誠意協調，業者遲遲不肯進行協調，或處處刁難賠償的要件，就是沒有誠意；另外，受害居民從事圍廠抗爭時，曾屢次將當地神社移駕到抗爭地點，顯示其行為乃迫於時勢，雖屬違法，但應受到上蒼的保佑。

### 九、污染者的法律意識

觀察五件公害糾紛案例發現污染業者面對受害居民圍廠抗爭時，並未堅持依法處理，顯現出息事寧人，儘速協調解決糾紛的態度，其法律意識具有如下三點特徵。

#### （一）進行協調係出於無奈

五件公害糾紛案例均發生於公害糾紛處理法制定後，糾紛當事人得依法尋求公害調處、裁決，但在一九九六年中油大林廠海外漏油事件與一九九三年大社鄉不明氣體外洩事件，污染業者提出依法從事公害調處的要求在受害居民激烈的反彈下，自動放棄，仍繼續以協調的方式解決糾紛。此外，公害發生後，中央與地方高層官員均介入協調，無疑增加污染業者儘速和解的壓力，並且協調不趕快有結果，廠區的營運繼續受到圍廠抗爭的嚴重影響。而訴諸法律的公害調處、裁決、甚至訴訟程序，雖可較為合理、公正的解決問題，但相對之下均較為冗長，污染業者迫於時間壓力，只好無奈的進行協調。

#### （二）賠償額度的計算，乃基於政治力的運作，而非依循法律

公害糾紛為民法侵權責任的一種，損害賠償額、方法在法律規定與學說判例上，均有相當完備的體系，因此賠償額的計算上應有可依循的標準。但觀察五件公害糾紛案例，卻發現賠償額(或回饋金)的決定均是污染業者與受害居民屢次協調，並伴隨反覆圍廠抗爭後的結果，並未有依法衡量數額，或是引用司法判決作為談判底線的情況。此種以政治力決定賠償額度的現象，應是污染業者出於無奈的結果，並不代表其願意以不傷和氣、維持和諧的非形式協調方式，而是在政治力的運作

下，迫於抗爭的壓力，不得不然的結果。

### （三）業者未曾追究抗爭者的民、刑事責任

五件公害案例中所曾發生的居民圍廠抗爭行動，均構成民事上的侵權責任或是刑事上的強制罪、妨害公務罪、毀損罪等。但從未見到污染業者曾追究居民的責任，表現默默承受的態度，避免引發更進一步的抗爭行動。此點雖可認為污染業者有意息事寧人，不願再擴大紛爭，另一方面則又代表污染業者在處理公害糾紛時，寧願犧牲訴諸法律的權利，博取使紛爭儘速落幕的主觀心態，也顯示污染業者否定法律的介入有助於公害紛爭的解決。

### 十、主管機關的法律意識

如前所述，中央、地方主管機關在此五件公害糾紛案例中扮演著「調人」的角色，也就是當糾紛發生後，地方首長、議員立即偕同警察機關介入，安撫受害居民，並對污染業者施加壓力，防止糾紛持續擴大。而中央主管機關的高層官員於受害居民「要脅」下或為防止紛爭進一步擴大，不得不南下參加協調。從中央、地方主管機關均以促進協調的角色介入糾紛的現象，而非以法定職權、依循法定程序介入，均顯示主管機關主觀上認為協調應是處理公害糾紛最適當的途徑，其應以非形式性的地位介入非形式性糾紛解決過程中，並且在介入的過程中，亦未引介當事人可遵循法律途徑解決糾紛。

### 十一、小結

綜合整理以上就五件公害糾紛案例的討論，可以得知糾紛當事人間的法律意識隨著時代的演進，有越趨薄弱的傾向，亦即不管是受害居民、污染業者或是主管機關，不管在實際行動或是主觀認知上，均否定法制管道能足以解決公害糾紛，縱使是非形式化的公害調處程序亦遭受害居民嚴厲反彈。公害糾紛的解決乃以非法制管道的圍廠抗爭與反覆協調，取得一個雙方均可「勉強」接受的賠償條件而落幕，污染業者雖曾有意以法制手段取得較為合理的解決方案，但迫於迅速解決紛爭的壓力不得不放棄。

一九九三年所制訂的公害糾紛處理法其主要的立法目的就是要以非形式性的糾紛解決管道，解決類似本文提到的重大公害糾紛事件，但實證顯示受害居民、污染業者甚至是主導立法的行政、立法機關人員，對於該法所創設的公害調處、裁決程序，均採否定的態度，而採取非法制管道的糾紛協調，因此該法的制訂實際上並未對公害糾紛的合理解決有任何幫助，也未影響公害糾紛當事人的法律意識，將其導入以法制管道處理糾紛的心態。



## 第五節 公害糾紛法律意識的綜合分析

本節試圖就公害糾紛法律意識的演變作縱的觀察，分析一九八零年代的公害糾紛顯現出的法律意識，到了九零年代是否有所改變，而將公害糾紛解決法制化的努力是否影響糾紛當事人的法律意識，本文並試圖針對法律意識的演變，提出一套說法。

### 一、法律意識的演變

公害受害居民的法律意識大體上並未有任何增進，因為到了九零年代後，受害居民的法律意識有越趨淡薄的趨勢。當重大公害的發生，受害居民直覺上即認為污染的廠方理應負責，中央、地方政府官員應介入協調。受害居民也不願採取八零年代較為柔性的抗爭手段，立即訴諸激烈的圍廠抗爭手段，以逼迫污染廠方接受和解條件，以求迅速獲得賠償，而此種訴諸圍廠抗爭的策略從一九八八年九月的高雄林園事件開始，可說是無往不利，但另一方面也顯示出在受害居民的主觀認知上，法律以及法律途徑更不具有任何規範上的效用，因為法律途徑既曠日廢時，又需高度的技術性，不如圍廠抗爭手段來的實用，相較之下，八零年代的公害糾紛，受害居民不喜好法律途徑與污染業者解決紛爭，係出於不得已的無奈，兩者之間有相當的不同。此外，九零年代受害居民的正義觀依舊如同八零年代一般，屬於直覺性、草根性的正義觀，認為其圍廠抗爭行為係出於不得已，激烈的抗爭行為應受容許，污染業者應拿出誠意協調、賠償，從未以國家實定法的觀點，明白自己的行為已觸犯民、刑事責任。

九零年代的污染業者的法律意識基本上也未有重大的改變，污染業者雖然在某些個案裡，試圖利用公害糾紛處理法的公害調處 裁決機制，合理解決公害糾紛，但迫於居民擴大圍廠抗爭的要脅，以及政府官員高度政治力介入的壓力，在儘速解決紛爭的前提下，不得不放棄依法解決、依法追究抗議者責任的權利。因此，八零年代與九零年代公害糾紛中，污染業者可說是均採取「息事寧人」的消極態度，儘速取得雙方均可「勉強」接受的賠償額度，讓一場接著一場的公害糾紛可以落幕。

至於屢次扮演「調人」的中央、地方主管機關官員，其法律意識亦無多大的改變，八零年代公害糾紛案件中主管機關所展現的積極介入協調的心態，不但見諸於一九九三年公害糾紛處理法的立法過程，並將之成文化變成公害調處、裁決以及特殊處理小組等制度，而且在九零年代的公害糾紛中，有進一步擴大的趨勢，以高度政治力的運作，協調雙方儘速以金錢解決一次又一次的公害糾紛。中央、地方主管機關官員積極地以非法制化、非形式化的方式介入協調的動作，另外一方面也代表其反對以法律手段、行使公權力的方式，介入、規制當事人間的行為，使之符合

國家的法律秩序，彷彿每件九零年代的重大公害糾紛發生到解決的一段期間，可以是一段「法律假期」，污染業者的違法污染行為、受害居民的違法抗爭行為，均可不受法律制裁。

立法院雖然於一九九三年制訂公害糾紛處理法，立法過程展現立法、行政機關積極解決公害抗爭中脫序現象的意圖，並且希冀以非形式性的法制管道，亦即是公害調處、裁決的機制，由行政權「適度」行使政治力，儘速解決糾紛。但該法實際施行後，中央、地方雖設有相對應的調處委員會，但在立法、行政機關官員主觀上仍繼續抱持以高度政治力運作解決重大公害事件的心態下，並憚於受害居民擴大圍廠抗爭，該法並未對重大公害糾紛的解決有任何的幫助，亦未對受害居民以扭曲的法律意識有所改變，僅令部分污染業者試圖藉由該法的機制，取得一較為合理的解決方案，雖然終告失敗。總之，公害糾紛處理法的制訂並未對重大公害糾紛事件中的各方當事人，影響其主觀上的法律意識。

## 二、法律意識演變的原因

綜合八零年代到九零年代的公害紛爭解決過程，展現出一個法律意識演變趨勢：當事人間的法律意識日漸淡薄，習慣以非法制的管道解決糾紛，激烈抗爭是最為有效的工具。針對此種法律意識的演變，一般傳統的解釋如下：<sup>409</sup>

*許多公害糾紛發生之初或有發生之虞時，居民多先採取陳情、請願等抗爭性較低的手段，以謀求紛爭解決。由於我國就公害糾紛事件，尚未建立健全的處理制度，造成受害居民常四處陳情，而受陳情機關也因權責不清而無法對居民的陳情做適當的因應與處理，進而導致紛爭的惡化，居民改採圍廠鬥毆等更激烈的抗爭手段，使紛爭解決更加不易，故如何在居民陳情時，做適當的因應與處理，乃成為處理公害糾紛不可欠缺的一環。*

*另一方面，我國傳統「以和為貴」的思想深植人心，訴訟並非人民解決紛爭常用的途徑，而在公害事件中，除了上述法律文化的因素外，尚因公害糾紛事件本身涉及複雜的科技，價值選擇及事實認定等難題，本質上即很難利用訴訟由法院來判斷是非勝負，再加上訴訟所需耗費的勞力，時間和費用，更造成當事人負擔，故尋求訴訟紛爭解決的代替途徑乃成為解決公害糾紛的重大課題，而和解或調解即為良好的代替途徑。*

但本文認為上述法律意識的變遷，應有另一套解釋方法，較足以說明公害糾紛當事人所採取的態度與行動。簡言之，各個重大公害糾紛案件的解決模式，均對

---

<sup>409</sup> 參見公害糾紛處理之檢討與建議，環保署委託國立台灣大學法律研究所執行，一九九零年八月，p97

於後來發生的公害糾紛案件具有指標性的作用，也不斷地引導各個公害糾紛當事人法律意識的發展，可能無法以含糊的「我國國情」、「民族性」或是「公害糾紛的性質」，輕易的加以說明。本文闡述如下：

本文第三節與第四節提及的台灣重大公害糾紛，其發生始末與解決過程，本文發現發生於一九八八年的高雄林園事件是一個非常重要的轉捩點，該次糾紛是台灣公害糾紛史上，頭一件受害居民以動員暴力抗爭的方式，有效迫使污染廠商讓步，且獲得巨額賠償金的成功案例。其後，在一九九零年代之後，所發生的數件重大公害糾紛事件，均仿效高雄林園事件的模式，受害居民每次都成功的獲得損害的賠償，縱使在一九九三年之後，公害糾紛調處的法律機制已經建立，而且公害糾紛處理法目的就是在解決類似林園事件的重大公害糾紛事件，然而公害糾紛處理法、公害糾紛調處制度在九零年代後所發生的重大公害糾紛事件中，並未能扮演任何角色，而且受害居民均強烈反彈污染廠商或行政機關訴諸法律的方式，縱使是採取「非訴訟途徑」的公害調處制度亦然。

如果以受害居民的角度而言，其所求的目的雖有三個：（一）污染廠商立即停止公害；（二）污染廠商快速賠償居民所受的損失；以及（三）污染廠商未來不再發生公害。在一九八八年高雄林園事件之後，受害居民發現動員抗爭、圍廠是達成第一個與第二個目的最有效的方法，而且針對之後每次再發生的公害糾紛均可成功達到其目的，每次新的公害產生與解決過程，均再次強化了受害居民採取動員圍廠抗爭的意願。因此，既然公害糾紛處理法所規定的公害糾紛調處制度既須經過一定的調查程序，調查公害污染的因果關係，一則拖延公害糾紛處理的時效，二則也不能保證一定的賠償金額。以受害居民的草根性格而言，訴諸法律或法律所規定的特別處理程序，對其並無任何實益可言。因此，本章第四節中即提到受害居民的法律意識、法律態度，均普遍認為公害發生之後，因果關係的確定沒有意義，訴諸法律也沒有必要，甚至是「沒有解決誠意」的表現。

此外，行政機關與污染廠商的態度也促使受害居民產生前述的法律意識、法律態度。雖然在公害糾紛處理法制訂之後，污染廠商可以訴諸公害調處制度，以「合法」的管道解決公害糾紛，但每每在受害居民的圍廠抗爭（或威脅）之下，污染廠商訴諸公害調處的提議，均不了了之，以求盡快息事寧人，讓工廠儘速回復運作。行政機關縱然曾公開表明公害糾紛處理的強硬基本原則，然而實際的處理上卻是逃離「依法行政」、「行政中立」的基本行政原則，中央、地方政府都有主動跳入當事人糾紛之中，辦起調人的角色，壓迫污染廠商盡快接受受害居民所提的和解條件，使工業區的運作儘速回復正常。因此，在儘速回復廠區運作的前提要求下，污染廠商與行政機關均放棄訴諸法律的權利與機會，因為訴諸法律並無法「有效」、「快速」地解決居民的圍廠抗爭，此舉一再加強受害居民發動圍廠抗爭的誘因，並減弱訴諸法律途徑的意願。

總結來說，台灣十多年來所發生的重大公害糾紛案件，其解決過程中法律均未扮演任何角色，取而代之的是暴力圍廠抗爭與私下談判協調。在行政機關與污染廠商儘速回復廠區運作的前提下，每次縱容受害居民的抗爭行動，導致受害居民的法律意識、法律態度日漸薄弱，終致污染廠商、行政機關回過頭來，訴諸法律途徑時，已無任何機會。本文以上分析，似可供未來相關立法或是從事公害糾紛解決時參考之用。

## 第五章 結論

台灣在日據時代之後，即接受西方法律制度，與日本本土幾乎施行相同的法律制度。但就實證分析，台灣人民對於法院訴訟並非十分偏好。反而調解制度仍然十分風行。在合會糾紛與公害糾紛的個案研究上，可以發現以法院訴訟方式處理糾紛，仍是民眾最後的選擇。顯見傳統「以和為貴」的法律文化仍然具有影響力。

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

## 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

計畫類別：整合型計畫

計畫編號：NSC89-2420-H002-003-S6

執行期間：民國 87 年 08 月 01 日至 89 年 07 月 31 日

計畫主持人：陳聰富（台灣大學法律學系副教授）

執行單位：台灣大學法律系

中華民國 89 年 12 月 16 日