

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
(1/2)

計畫類別：整合型計畫

計畫編號：NSC 87-2418-H-002-031-S6

執行期間：87 年 5 月 1 日至 88 年 4 月 30 日

總計畫主持人：黃宗樂（台灣大學法律學院教授）

子計畫主持人：陳聰富（台灣大學法律學院助理教授）

處理方式：可立即對外提供參考

執行單位：台灣大學法律學院

中華民國 88 年 12 月

東亞各國人民與政府的法律觀 ——八十七年度研究計劃報告——

陳聰富
台灣大學法律學院助理教授
Dec. 22, 1999

壹、前言

本研究計畫以東亞各國人民與政府的法律觀為研究主題，擬以台灣、日本、韓國、中國大陸與越南等歷史上受到中國儒家思想文化影響的國家為研究客體。本計畫為二年期計畫。首先就國內已有之資料，先對日本與韓國著手，期能因而發現資料收集與研究方法上之難題，並以此二國之研究心得，進一步對其他三國家進行研究。

本計畫之研究步驟係，擬定研究題材，再就各國從事個別研究，之後再比較五國研究所得之不同，希望藉此研究，探討儒家文化影響下的法律制度，在人民與政府間的法律觀。據此，本期中報告先就日本與韓國，人民與國家之法律觀進行觀察。

本計畫之寫作內容，首先探討各國之政治經濟變遷，其次介紹各國傳統法律文化之特色，與近代法律制度之變革。再者，研討各國法意識調查之結果，以說明各國法意識之普遍現象。最後，以案例研究方式，探討各國人民與國家對法律制度之運用與觀點。

貳、日本部分

第一章. 研究主旨與方法

- 1.研究主旨
- 2.研究方法
- 3.研究結果

第二章 日本社會與法律變遷

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。

1. 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。

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。

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。

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，還會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。

2. 明治維新到二次大戰結束前的現代化階段（1867~1945）

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。

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。

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巨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。

3. 二次大戰戰後至今的政治、社會經濟變遷

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。

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 Protection Act）。

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。

1. 君政時代

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¹，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）²。

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³。

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⁴。

¹ 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。

² Hiroshi Oda, Japanese Law, P14, 1992

³ 林明德著，日本史，P41，1986，三民書局。

⁴ Hiroshi Oda, Japanese Law, P16, 1992

2. 早期幕府時代

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⁵。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。

3. 德川幕府時代

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，但到了德川幕府時代，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

⁵林明德著，日本史，P41，1986，三民書局。

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，侵擾封建秩序的行爲仍然處以重刑，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。

4. 明治時代到今日的法律變遷

(1).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⁶。在起草委員周遊歐美各國，諮詢各國憲法碩彥⁷，參考各國憲法體制，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。⁸雖說如此司法的獨立審判權仍受到相當的保障與重視⁹，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¹⁰。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

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

⁷ 如普魯士的 Savigny，美國的 Holmes 等。

⁸ 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)

⁹ 在 1891，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

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

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。

(2).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¹¹。

(3).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。

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。

(4).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。

¹¹ 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。

第三章 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。¹²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，反而搖身一變成爲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諒解妥協的結果，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，

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

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。

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

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。

在為制定該法前，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。¹⁶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律意識也與被繼受的國家相同，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，但卻傾向於已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。

¹⁶ The 1973 Law for the Compensation of Pollution-related Health Damage, Julian Cresser, Law and Society in Contemporary Japan 1988, p148.

第四章 人民的法律意識

第一節、傳統日本人民的法律意識

1. 傳統日本人民的法律性格

(1).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、討論一件事時，這樣的傾向就會減少。據學者分析認為¹⁷，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。

(2).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。

(3).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)。¹⁸

(4).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)。¹⁹

2.傳統日本人民的法律意識

(1).日本人民對法律的態度 (Attitude toward the Law)²⁰

¹⁷ 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

¹⁸ 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

¹⁹ 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.

²⁰ 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。

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。²¹

(2).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。

(3).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。²²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。

(4).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

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

²² 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。

本的十倍與十二倍²³。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。

1. 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。²⁴

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。²⁵ 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。²⁶

²³ The Role of Law in Japanese Society, Hideo Tanaka, 1985, U.B.C. Law Review 19, pp. 375-88

²⁴ Disputes Resolution in Contemporary Japan, Kawashima, Law in Japan, Von Mehren, 1963, P44

²⁵ Disputes Resolution in Contemporary Japan, Kawashima, Law in Japan, Von Mehren, 1963, p46

²⁶ Noda, Introduction to Japanese Law, 1976, p63

2. 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²⁷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。²⁸

3. 認為厭惡訴諸法律的原因並不能一概而論

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²⁹，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

²⁷ 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。

²⁸ John Haley, *Journal of Japanese Studies*, 1984, 4, p350

²⁹ 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。

因素也有可能影響當時的法律制度與運作。³⁰

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。³¹

第三節、由法律意識的調查

1.1971 年與 1976 年日本社會論壇會所舉辦的問卷調查 (Nippon Bunka Kaigi Surveys)³²

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。

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

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

³² Setsuo Miyazawa, *Taking Kawashima Seriously*, *Law & Society Review*, vol21, Number 2(1987).

2.1977 年日本京都大學法學部所舉辦的問卷調查 (Kyoto Daigaku Hogakubu Survey)

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。³³

3.1959 年與 1961 年日本鈴木教授所做的問卷調查

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。

4.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³⁴

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

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

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

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、總結

由以上三個觀點，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。因此關於下一章-由婦女離婚問題的中探討日本人民的法律意識，討論的重點在分析是制度面的因素或是文化面的因素，對於婦女問題中所顯現出來的法律態度產生較大的影響。

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。³⁵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？

第一節、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。

第二節、訴訟程序上關於離婚的障礙³⁶

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。³⁷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³⁸，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。

第三節、離婚事件的調解實務³⁹

³⁵ 參見日本民法 770 條第一項的規定。

³⁶ Marital Dissolution in Japan, Tamie Bryant, Law and Society in Contemporary Japan, 1988, p 222-223.

³⁷ 參見日本民法 770 條第二項的規定。

³⁸ 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。

³⁹ Marital Dissolution in Japan, Tamie Bryant, Law and Society in Contemporary Japan, 1988, p 224-225

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。

第四節、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。

第六章 本文結論

基於前面所探討的日本人民與政府的法律觀，大概可以初步形塑出日本人民與政府法律觀的大致輪廓，亦即傾向於社會文化對於一致性、與和諧的要求，而已非形式化的方式解決糾紛，或是會因為法律制度有意的設計，而始法律態度受到某程度的影響。而在第五章中，就個別婦女離婚問題作一初步的探討，所得的結果亦符合。之後議會針對相關的問題再就日本人民的法律觀，作進一步的探討。

參、韓國部份

第一章：戰後韓國的政治、經濟、社會文化概況

爲了解韓國人民的法律意識，應對韓國的法律傳統作探討，以對現行的實定法做一比較對照，哪些法律仍受到傳統文化的影響，而無法貫徹；哪些法律經由社會的變遷已內化到人們的心中。韓國人民的法律傾向與態度可藉由法社會學的研究方法，真實的呈現出來。道德與法律就韓國人民而言區別爲何？當爲法與實存法的落差原因爲何？法律變遷係一連續的過程，人民的生活習慣不會因爲法律制度的改變，就立即轉變。人民不一定了解法律變更的內容爲何，但在他內心自有一套自祖先就奉行不逾的道德標準，例如西方強調的男女平等與儒家倫理三從四德係互相衝突的價值，父權式的家長制還是深植在人民的心中，勉強移植西方法律制度就難免造成水土不服的現象，在以下韓國的墮胎犯罪的討論中就會發現，法律若背離了人民的期待將永遠沒有強制的效果，並且會破壞法律的威權，因爲一個法律制度若沒有了強制力作爲後盾，就只是一堆結構嚴謹符合邏輯的文字罷了。

政治變遷

韓國與其他發展中的國家相似，由封建制度變遷到民主政治，發生了很嚴重的衝突。南北韓至今仍處於敵對的狀態，北韓實行共產主義，南韓則實行西方民主制度，總統與國會議員皆可藉由人民直接選舉而產生，戰後最急需的是安全與經濟條件的改善，直到最近政治活動與基本人權(市民權)的呼聲或批評方漸漸升高。在南韓言論自由或民主運動，並沒有受到嚴厲的限制；且經常有不不斷的學運與知識階級對政府的抗爭，相較於北韓南韓人民對政治決策有更多的發言空間。⁴⁰

經濟變遷

西元 1945 年，韓國才脫離日本的殖民統治，日本在韓國 40 年的殖民統治所建立的工業係以日本本國的內需爲目的，對韓國人民而言並沒有多大的助益。直到二次世界大戰結束以前，韓國仍以水稻或其他穀物以土地爲主的農業經濟，南韓由於受到美國的引導而開始實行資本主義，並建立私人企業，到了 50 年代已可見到經濟的成長，但是韓戰的爆發摧毀了大部分的成果，之後在美國的支援下南韓於 51 年中期開始對於經濟的重建，到了西元 1975 以後至 1983 年間南韓維持 5% 以上的高經濟成長。⁴¹

文化傳統

韓國的文化傳統 2000 年來深受中國儒家哲學的影響；強調個人是社會的一部份，家族主義係其固有的倫理價值，直到近幾十年來才漸漸受到工業化與都市化，西方文明的影響。⁴²

第二章：韓國傳統法律的特色

在韓國的歷史中法律的繼受，主要來自中國，在三韓時代〈Three Kingdoms period〉的中葉開⁴³始繼受魏、晉與唐代的法典，在高麗〈Koryo period〉時期主

⁴⁰ DONALD STONE MACDONALD, THE KOREANS CONTEMPORARY POLITICS AND SOCIETY 15-18 (1988)

⁴¹ Id. at 18-21.

⁴² Id. at 12-13.

⁴³ SHING-YONG CHUN, LEGAL SYSTEM OF KOREA 203 (1975)

要繼受唐、宋、元朝的法典，在李朝〈Yi dynasty period〉主要繼受了明律，到了大韓帝國〈Taehan Empire〉時期才接觸到西方法，所以近代之前的韓國法律的繼受與社會發展，深受儒家的思想影響，中國的法律文化與韓國的傳統法律制度息息相關。⁴⁴李王朝繼受了大明律，可以解釋為儒家的意識型態統治了整個李王朝的政治、經濟與社會生活；儒家的倫理是帝國統治的最高指導原則，例如，祖宗立的法就是好的、正義的，盡量不要改變祖宗的法否則會帶來不幸，這種崇古的精神正是儒家文化的特徵之一⁴⁵，韓國的法律傳統深受儒教的支配，可在親屬繼承關係及土地所有權方面表現出來。

在經歷了李王朝 500 多年封建的帝國統治 (Yi Dynasty 1392~1910) ⁴⁶，韓國人民可以說是生活在儒家文化之下，由於採儒家哲學與科舉制所以教育成為主要之社會活動。近代的韓國自從日本以軍事入侵並施以殖民統治，到第二次世界大戰後韓國從日本解放，韓國才開始繼受西方法，故從日本殖民統治到現在為止可以認為是韓國的繼受現代西方法時期；這個時期的法律與繼受中國法時期的法律幾乎沒有關聯。⁴⁷西元 1945 年日本戰敗南韓由美國佔領接管；以北緯 38 度線為分界北韓由蘇聯佔領接管，北韓受蘇聯的共產主義影響；南韓則受到美國資本主義的影響，在政治、經濟、與法律的發展有很大的不同，南韓也是我們研究的主軸，其法律可區分為戰前的繼受中國法時期，與日本殖民至戰後的現代西方法時期。

親屬之間的關係

家長制在中國自周朝以來就是倫理道德的一部份，家族中的家長擁有絕對的權利與特權，長子可繼承大部分的家產與父權，傳統韓國法亦嚴守此一原則，女人則是男人財產的一部份。⁴⁸李王朝時期並沒有類似現代法上『權利』的概念。特權階級例如皇族或官員及其親屬才有所謂的『權利』⁴⁹。家族中所有的成員皆受到家長的嚴格控制，無論男或女的家族成員一切以家族為中心而沒有個人可言。在李王朝時期女人的地位可以用『三從』(在家從父、出嫁從夫、夫死從子)來說明，換句話說女人就是男人的附屬品；父親在家庭中具有絕對的威權，近親通婚為法所明文禁止，出嫁的女兒若犯了七出的過錯將被丈夫逐出夫家。簡言之傳統韓國法係歧視女性而其地位亦甚卑微。⁵⁰

第三章：南韓人民法意識的實證研究

日期 1964 年 1 月 1 日 1310 個樣本，這是南韓首次對全國所做的法社會學實證問卷調查⁵¹。

本問卷由韓國 Yonsei 大學的社會科學的研究學會，針對了解韓國人民的法律傾向與法律制度的態度做調查。這份問卷係針對人們對法律制度的態度與偏見而設計，大部分採面談方式進行問卷內容如下：

⁴⁴ Id. at 13-14.

⁴⁵ Id. at 16.

⁴⁶ Macdonald, *supra* note 1, at 85.

⁴⁷ CHUN, *supra* note 4, at 203.

⁴⁸ Id. at 18.

⁴⁹ Id. at 27.

⁵⁰ Id. at 86.

⁵¹ Id. at 193-201.

1. 你的性別是？
 - (a) 男人
 - (b) 女人
 - (c) 其他
2. 有一個人表示沒有法律也可以生活，你認為他是一個怎樣的人？
 - (a) 一個溫和的好人 大部分的受訪者選 a
 - (b) 傻子
 - (c) 一個不能生活在今日世界的人
 - (d) 其他
3. 你曾經上過法院嗎？
 - (a) 不曾
 - (b) 曾
4. 如果你曾經去過法院；你是為什麼而去的？ 21.6%曾去
5. 假設世界上所有的法律都廢止了，你認為生活會變成怎樣？
 - (a) 生活變的艱難
 - (b) 與現在不一樣
 - (c) 變更好更容易生活
 - (d) 其他
6. 你認為有沒有惡法？
 - (a) 有 45.5%
 - (b) 沒有 28.9%
 - (c) 其他 24.9% 拒答
7. 如果有惡法，你會遵守嗎？
 - (a) 會 21.2% 惡法亦法
 - (b) 不會 49.8%
 - (c) 其他
8. 「一個人嚴守法律卻因此很窮困；但另一個人不嚴守法律卻很富裕」，你認為這表示了什麼？
 - (a) 這表示了現實的狀態
 - (b) 沒有任何意義
 - (c) 其他
9. 你認為法律為誰而立？
 - (a) 人民 67.1%
 - (b) 國家 10.9%
 - (c) 壞人 0.1%
 - (d) 有權勢的人 10/1310 個樣本
 - (e) 其他
10. 有一件土地紛爭發生於親屬之間，而且在家族間已不可能解決時，你認為當事人向外求助時他會尋什麼方式？
 - (a) 法律 32.4%
 - (b) 一但不循法律方式解決，就沒有方法了
 - (c) 黨派
 - (d) 其他
11. 一個從北韓來的共產黨間諜打電話給他的弟弟。他的弟弟應該怎麼辦？

- (a) 通知警察 23.3%
 - (b) 身為弟弟的他不能告發他的哥哥 3.7%
 - (c) 使哥哥向警察投案 32.8%
 - (d) 他應該通知警察，但是他很為難 7.4%
 - (e) 其他
12. 一個從北韓來的共產黨間諜打電話給他的兒子。他的兒子應該怎麼辦？
- (a) 通知警察 18.2%
 - (b) 身為兒子的他不能告發他的父親 7.2%
 - (c) 使父親向警察投案 53.7%
 - (d) 他應該通知警察，但是他很為難 8.3%
 - (e) 其他
13. 如果一個人謀殺了另一個人，而殺人者的兒子知道此事。這個兒子應該怎麼辦？
- (a) 通知警察
 - (b) 身為兒子的他不能告發他的父親 13.9%
 - (c) 使父親向警察投案
 - (d) 他應該通知警察，但是他很為難
 - (e) 其他
14. 如果一個有錢的地方官員與一個貧窮的農夫有土地紛爭，因而訴訟。你認為誰會贏？
- (a) 有錢的官員
 - (b) 真正權利人 46.1%
 - (c) 貧窮的農夫 約 1/3
 - (d) 其他
15. 你認為更多的法律會使我們活得更好嗎？
- (a) 會
 - (b) 法律越少越好
 - (c) 太多的法律也許不好
 - (d) 無關
 - (e) 其他
16. 你的家人被懷疑偷竊而帶到警局。你該怎麼辦？
- (a) 到警局發現真相 68.6%
 - (b) 等待並看著辦 11.9%
 - (c) 想盡辦法使家人自由 8.3%
 - (d) 其他 沒有受訪者談到要與律師協商
17. 警察在深夜你睡著時逮補你。你該怎麼辦？
- (a) 與警察同去 45.7%
 - (b) 不與警察同去(為什麼?) 6.3% 若無拘票 31.5% 因為沒有做錯事
 - (c) 其他 這意味有做錯事雖沒拘票也會同去
18. 一個有過失的人駕駛警車將你嚴重撞傷時。你該則麼辦？
- (a) 不採取行動 4.3%
 - (b) 無論如何爭到底
 - (c) 與他談判協商 38.5%

- (d) 訴諸法律 36.5%
 - (e) 其他
19. 一個有過失的人駕駛巴士或卡車將你嚴重撞傷時。你該怎麼辦?
- (a) 不採取行動 3.5%
 - (b) 無論如何爭到底
 - (c) 與他談判協商 40.9%
 - (d) 訴諸法律 35.5%
 - (e) 其他
20. 當你經過一座在公路上失修的橋，因此掉進一個洞而受重傷時。你怎麼辦?
- (a) 起訴請求醫療支出 10.4%
 - (b) 不採取行動，因為是我自己造成的 73.1%
 - (c) 其他
21. 如果你看見有一個人偷東西?
- (a) 通知警察 50.8%
 - (b) 很難去告發他 約 1/3
 - (c) 其他
22. 你看見一個快餓死的窮人進入富人家偷東西。你怎麼辦?
- (a) 通知警察 30.8%
 - (b) 很難去告發他 57.4%
 - (c) 其他
23. 你被歹徒搶走多少錢才會報警?
- (a) _____ 元 7.6%看情形
 - (b) 從不
 - (c) 每次、無關錢的多寡 29.2%
 - (d) 其他
24. 如果你看見有人謀殺他人時，你會不會報警?
- (a) 會 73.4%
 - (b) 相當困難 15.4%
 - (c) 其他
25. 有一位窮困的女人育有五男四女並身懷胎兒，她已經負擔不起另一嬰兒，就與丈夫商量到醫生那裡墮胎。
- (A) 這個女人
 - (a) 應被處罰 28.9%
 - (b) 不需處罰(為什麼?) 59.7%
 - (B) 這個醫生
 - (a) 應被處罰 21.8%
 - (b) 不需處罰(為什麼?) 62.0%
26. 女人賣淫應受國家處罰嗎?
- (a) 應該 43.5%
 - (b) 不應該(為什麼?) 36.3%
 - (c) 其他
27. 你曾經聽說雙胞胎為一男一女不吉祥嗎?
- (A) (a) 曾經
 - (b) 不會

- (c) 其他
- (B) 在這種情形下只讓其中一個出生，另一個讓其在胎中窒息而死。你認為
- (a) 父母應受處罰 81.2%
- (b) 父母不應受處罰 6.6%
- (c) 其他
28. 某 A 嚴守法律但不孝順母親；某 B 常常違法但非常孝順母親。你認為何者事好市民？
- (a) B 41.9%
- (b) A 33.0%
- (c) 其他
29. 你認為總統會違法嗎？
- (a) 會
- (b) 不會
- (c) 其他
30. 一個嚴格執法的警察對所有的案子執法；另一個警察執法較寬大只讓那些粗野的違法者受罰。你認為哪一個才是好警察？
- (a) 嚴格執法者 33.5%
- (b) 執法寬大者 51.8%
- (c) 其他
31. 在嚴寒的冬天有一窮人家無處避寒，就在你的土地上搭一間小屋。當你發現時你如何處理？
- (A) (a) 讓他們留下來 80.0%
- (b) 要求他們離開 7.2%
- (c) 其他
- (B) 你急著要用這塊地，所以你要求他們離開，但他們拒絕時你怎麼辦？
- (a) 不採取行動 25.5%
- (b) 採取法律行動 14.7%
- (c) 給他們一點錢要他們離開 40.5%
- (d) 其他
32. 在嚴寒的冬天你一無所有無處避寒，你發現一塊空地，你會偷偷的搭一間小屋並住進去而不告知地主嗎？
- (A) (a) 會 56.2%
- (b) 不會 19.9%
- (c) 其他
- (B) 如果地主告訴你急著要用這塊地，所以要求你離開呢？
- (a) 離開 33.7%
- (b) 如果地主安排另一塊地給我才離開，否則不離開 7.2%
- (c) 要求他給我一點時間 32.8%
- (d) 其他
33. 一個人偷東西救濟窮人應受處罰嗎？
- (a) 應該 59.1%
- (b) 不應該，因為他是好人 24.6%
- (c) 其他

34. 一個稅務官告訴你若給他一些錢，就將稅減半。你會怎麼辦？
- (a) 拒絕他，並繳應交的稅額
 - (b) 給他錢
 - (c) 其他
35. 你曾誠實報稅嗎？
- (a) 曾 53.8%
 - (b) 不曾 12.2%
 - (c) 不知道
36. 你這一區的國會議員叫什麼名字？ 62.2%知道
37. 你認為下列的行為應處罰嗎？又誰應被重罰，誰應被輕罰？
- (a) 偷抱走別人的孩子來據為自己小孩的人
 - (b) 傷害自己父親的人
 - (c) 已婚男人而與他人的妻子發生性關係
- 行為人為男人或女人應受較重的處罰 (男人 8.3%) (女人 51.2%)
(不分男女 25.0%)
38. 你的婚姻狀態
- (a) 已婚
 - (b) 未婚
 - (c) 寡婦或鰥夫
 - (d) 離婚
 - (e) 其他
39. 你有去為結婚登記嗎？
- (a) 有
 - (b) 沒有
 - (c) 不知道
 - (d) 其他
40. 你與家長的關係
- (a) 我就是家長
 - (b) 妻子
 - (c) 小孩
 - (d) 女婿
 - (e) 雙親
 - (f) 孫子
 - (g) 兄弟姊妹
 - (h) 其他
41. 你的家庭有幾個成員？
42. 你的職業？
43. 你的信仰？
- (a) 基督徒 7.0%
 - (b) 天主教 3.6%
 - (c) 佛教 12.3%
 - (d) Chondokyo 0.08%
 - (e) 其他 3.5%
- 72.7% 沒有宗教信仰但包含儒教

- 44. 你的出生地?
- 45. 你成長的地方?
- 46. 生活標準
 - (a) 最高層 0.3%(b)中上層 2.6%(c)中層 19.9%(d)中下層 44.7%(e)最下層 32.3%
- 47. 正式教育?
- 48. 你有(a)訂報紙(b)收音機(c)電視機
- 49. 你的住所?
- 50. 你的生日?

法律觀的分析

在問題 10. 有一件土地紛爭發生於親屬之間，而且在家族間已不可能解決時，你認為當事人向外求助時他會尋什麼方式？只有 32.4%的受訪者會循法律程序解決，大部分人仍偏好以傳統的機制找鄉裡面的年長者或族長用協商的方式處理。在問題 3. 你曾經上過法院嗎？在鄉村的受訪者會認為問這個問題係對他的道德的一種中傷，因為他們認為法院是那種因為犯罪或壞人才會去的地方。在都市的受訪者則沒有這種反應。在問題 14. 如果一個有錢的地方官員與一個貧窮的農夫有土地紛爭，因而訴訟。約 1/3 的受訪者預測農夫會贏而不考慮這個案子的爭點，只有 46.1%認為真正權利人會贏，顯視人民對司法審判的公平正義沒有太大的信心。從問題 21 到 22 可以發現韓國人民對劫富濟貧的財富重分配方式相當歡迎，甚至認為係社會正義的實現；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，問題是現代的財產權將受破壞，而危及資本主義的經濟制度。在問題 33. 一個人偷東西救濟窮人應受處罰嗎？只有 59.1%認為應受處罰，24.6%的人認為他是好人，在這個問題中再次表現了東方的社會正義與西方的差異。問題 31、32 也表現這種特色，所有權絕對，似有違韓國傳統的社會倫理。

在問題 24. 如果你看見有人謀殺他人時，你會不會報警？有 73.4%的人願意報警，這個比例大於竊盜犯罪通報的意願，但仍有 15.4%的人保持沉默，這表現出典型「東方人的冷漠」因為他們害怕被捲入。

當人們被歹徒搶走財物時，只有 29.2%一定會報警處理，因為其他人對警方不存有太大的信心，即使警方抓到歹徒他們也不認為可以取回財物，他們被搶已經夠不幸了還要卷入繁瑣的刑事司法程序中，所以報警的意願低。

問題 16 警察在深夜你睡著時逮補你。你該怎麼辦？顯示出一個有趣的現象，只有 6.3%的人回答警察要持有拘票才與他前往，可見程序正義並非重點，重點在於他們有沒有做錯事，他們有沒有違反道德。若他們有錯即使沒有拘票也會同去。

問題 18、19 表示出當被有過失的人駕駛汽車將韓國人嚴重撞傷時，他們比較偏好以協商談判的方式處理，而非訴諸法律，即使他自己是對的一方，因為他認為發生車禍很倒楣，或是遭天神的報應。身為一個納稅人因橋樑失修而受傷，第一個想到的竟然不是要求政府賠償，而是認為自己不小心。家庭成員因被懷疑竊盜而帶到警局時，大部分人只是去警局發現真相，很少人想到與律師協商。

在問題 25. 有一位窮困的女人育有五男四女並身懷胎兒，她已經負擔不起另一嬰兒，就與丈夫商量到醫生那裡墮胎。只有 28.9%認為這種情形應該處罰，

認為醫生要處罰的比例更降為 21.8%，有趣的是這種行為係違犯了刑法上的墮胎罪，行為人應受刑事訴追，但是大多數的人民並不認為需要處罰，在這裡法律與人民的意識背離，而失去了強制力。有 43.5%的人認為賣淫要處罰是不是說明了在韓國人認為賣淫比殺嬰更為嚴重？

在問題 37・中偷抱走別人的孩子來據為自己小孩的人或傷害自己父親的人你認為該行為應處罰嗎？又誰應被重罰，誰應被輕罰？有 51.2%受訪者認為女人應受到比男人更重的處罰；只有 25.0%認為應平等為之，從問卷的樣本中發現韓國的女人比男人更受傳統思想的束縛，因為她們也歧視自己的性別。

韓國的墮胎犯罪

墮胎犯罪曾經被描述為婦女犯罪，多由內科醫生協助懷孕婦女完成犯罪的行為，也可以說是一種白領犯罪(White-collar crime)⁵²

在一次針對漢城與浦山兩大城市的法官、檢察官、律師與內科醫師的問卷調查，在「對於生育控制與墮胎的態度傾向」，86.5%的受訪者認為生育控制非常必要，只有 5.3%認為不道德，3.3%認為不必要，沒有檢察官認為生育控制是不道德的，也沒有一個受訪的外科醫師認為不必要；12.9%的開業律師，4.8%的法官與 3.3%的外科醫師認為不道德，住在漢城的已婚婦女 32.4%曾經實施過墮胎。⁵³ 在對於墮胎犯罪的態度傾向，9.8%認為應受處罰，7.8%認為處罰是不對的，81.4%認為他們有不受罰的理由。關於問到為什麼墮胎不對？33.3%認為傷害婦女的身體健康，24.2%認為剝奪胎兒的生存權。⁵⁴

第四章：小結

在對專業人士的調查與問題 25 針對平民的調查中發現，韓國人民多不認為墮胎是不道德，而應該受到法律制裁，但是當時的法律卻將墮胎評價為違法，這對法律制度的權威會造成傷害；問卷調查的結果顯示韓國人民仍受儒家道德的影響，尤其是對貧窮人民違法表現同情與寬容的態度，人們遇到法律事件第一個想到的不是法院或找律師協商，而是偏好妥協談判的方式，女人仍受到一定程度的歧視，鄉村農民對法院的態度還擺脫不出中國傳統思想「訟終凶」，近代西方法權利的意識還在形成之中，畢竟人權的觀念係移植於西方，對經濟越發達資本主義盛行的西方國家而言越渴望權利的保護與實現，但對東方發展中國家剛由農業社會轉變為工商社會其社會變遷尚未發展至此，人民的生活還是有賴於過去的生活習慣，雖然法律已經變遷但至多為社會變遷或促進的基礎。

⁵² PYONG-CHOON HAHM, ESSAYS IN KOREAN LAW AND LEGAL HISTORY :THE KOREAN POLITICAL TRADITION AND LAW 218 (1967)

⁵³ Id. at 223-224.

⁵⁴ Id. at 232.