

國立政治大學法學叢書 67

法文化研究

繼受與後繼受時代的基礎法學

Legal Culture in Taiwan: Traditions and Transitions

政治大學法學院
基礎法學中心 編

國立政治大學法學叢書 67

法文化研究

繼受與後繼受時代的基礎法學



政治大學法學院
基礎法學中心 編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法文化研究：繼受與後繼受時代的基礎法學／陳惠馨
等作；國立政治大學法學院基礎法學中心編輯．--
初版．-- 臺北市：元照， 2011.05
面；公分．--（國立政治大學法學叢書；67）
部分內容為英文
ISBN 978-986-255-114-1（平裝）

1. 法學 2. 文集

580.7

100006830

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

國立政治大學法學叢書 67

法文化研究

繼受與後繼受時代的基礎法學

1D187PA

2011 年 5 月 初版第 1 刷

編者 國立政治大學法學院基礎法學中心
作者 陳惠馨、陳起行、王曉丹、劉宏恩、江玉林
田口正樹、黃源盛（依文章先後順序）
出版者 元照出版有限公司
!00 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 550 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-114-1

院慶叢書 總序

政治大學法學院走過了半個世紀的歲月，在時代更迭之際即將度過五十歲生日。本叢書之出版，即係為祝賀政大法學院五十週年院慶。專書的出版恰可見證過去本院老師對社會議題的關切與努力。

質言之，法律本身是一門強調應用的學科，法律存在的意義就是為了解決社會發生的問題。然而要能妥適處理現實世界各種錯綜複雜的難題，勢必須有深入的分析研究，作為政策選擇背後的堅實依據。

本著這樣的初衷，政大法學院七大研究中心邀集76位教授，提筆撰寫103篇學術論文，將超過163萬字的研究成果集結成七冊專書，希望以專業所學回饋社會，共同實現法學院對國家的使命與承諾。

這套叢書從七個不同的法領域出發，切合社會時事並針對當代重要的新興議題，開展法學研究新頁。書中觀點勇於挑戰傳統概念，突破現行制度盲點與思想窠臼，彌平法律規範與社會生活事實間的落差，以符應快速變動中的社會需求，深刻關懷社會轉型期的弱勢保障。

此外，我們也期待藉由本叢書之出版，將我國之法學研究由傳統的單純比較法學，昇華至對全球化與本土化議題之高度關懷，展現作為法制繼受國家深刻的反思與自省，為未來社會之發展以及華人文化法系的創設，建構適切之法規秩序。

當然，法學院能有今日這般豐碩甜美的研究成果，必須感謝教育部頂尖大學計畫，讓我們能無後顧之憂追求知識份子治學淑世的理想，有計畫有系統的完成影響深遠的研究，為政治大學厚植學術能量真正邁向頂尖大學，更為國家奠基人文社會科學的軟實力。

政治大學法學院 院長

方嘉麟

2011年4月

序 文

本書共收有十二篇論文。這些論文主要是政大法學院基礎法學中心六位教授及日本一位學者，過去幾年來，關於法文化研究學術成果的論文集。這七位老師分別是黃源盛教授（中國法制史）、陳起行教授（法哲學）、江玉林教授（法史學與法哲學）、劉宏恩教授（法實證研究）、王曉丹教授（法社會學）、日本北海道大學田口正樹教授及本文作者陳惠馨教授（比較法制史）。

政大法學院從2006年開始，透過學校頂尖大學經費支持，組成團隊進行全球化與本土化趨勢法律與法學的發展之研究。2007年法學院基礎法學中心的六位老師決定，將研究重點放在分析東亞各國有關繼受歐陸法律體系的歷史經驗，並嘗試找尋後繼受時代臺灣或華人地區法律文化發展的脈絡及未來可能的發展。在這樣的思維下，我們在過去幾年來陸續邀請日本、德國、奧地利、荷蘭、中國大陸及臺灣等地基礎法學研究學者，例如日本京都大學的寺田浩明教授、北海道大學的田口正樹教授、德國慕尼黑大學的Peter Landau教授、奧地利維也納大學的Thomas Simon教授、荷蘭阿姆斯特丹大學Leibniz法律中心的Tom van Engers教授、臺灣中央研究院張偉仁教授、中國大陸地區的梁治平教授、北京大學的李啟成教授等等共同針對近代、當代與未來東方與西方法律及法學發展等議題進行討論並

分享學術研究成果。本書就是政大法學院發展上述有關法文化研究方法與研究取徑的初步成果。

本書共分為三個部分。第一部分探討基礎法學研究之方法與取徑。包括四篇文章分別是：1.陳惠馨，〈清代法制史的研究取徑——比較法學觀點〉；2.陳起行，〈論網路時代以論述為基礎的公共理性（英文）〉；3.王曉丹，〈法意識與法文化研究方法論——從概念到實踐，從專家到常民〉；4.劉宏恩，〈跨領域法律研究方法淺論——以個人從心理學到法律學的學習路為楔子〉。這四篇文章主要探討在經過一百年，臺灣經過清朝政府、日本殖民及國民政府統治過程中，因為繼受歐陸法制，如何針對後繼受時代的法律及法學進行研究，從法制史、法哲學、法意識與法文化及跨領域法律研究的方法加以分析。

第二部分主要是法制史研究成果的呈現，內容包括西洋法制史、中國法制史與臺灣法制史的面向。共包括五篇文章，分別是：1.陳惠馨，〈從1520年《卡洛林那法典》看德國近代刑法史——比較法制史觀點〉；2.江玉林，〈歐洲近代初期的「博理警察」與「警察學」〉；3.田口正樹著／李玉璽翻譯，〈近代初期德意志警察條令與刑事司法〉；4.黃源盛，〈西法東漸中無夫姦存廢之爭〉；5.江玉林，〈「南無警察大菩薩」——日治時期臺北州警察衛生展覽會中的警察形象〉。此一部分主要以德國法制史、中國法制史及臺灣法制史的面向出發，希望透過分析傳統法制，進一步瞭解傳統對於當代法文化影響的可能。前三篇文章主要是探討影響臺灣及日本深遠的歐陸法制傳統，尤其是以歐洲在近代十六到十八世紀以來，發展出來

的刑法與警察法規的內容及其對於社會發展的影響作為研究對象，進行分析。另外，黃源盛教授並從中國清末民初變法時，在當時社會正反意見非常兩極的無夫姦存廢的論爭，說明繼受外國法律可能引發內國文化變遷的過程。而江玉林教授主要探討日本在統治臺灣時，如何透過宣傳與展覽，將警察的職能跟臺灣人的民間信仰菩薩進行一種巧妙的連結，達到將警察法制概念深入社會的功能。

第三部分主要是「法理論與法社會學研究」成果，內容包括：1. 陳起行，〈由裁判理論的觀點析論United States v. American Library Association〉；2. 劉宏恩，〈「子女最佳利益原則」在臺灣法院離婚後子女監護案件中之實踐——法律與社會研究（Law and Society Research）之觀點〉；3. 王曉丹，〈規則細緻化的法律行動——試論法院民事調解的社會功能〉。這三篇文章的作者，嘗試選擇一個法律相關議題，從法實證、法理論及法社會學的角度加以分析。陳起行教授在論文中，以哈伯瑪斯、哈特、德渥金等的社會理論及裁判理論，分析2003年美國聯邦最高法院在US v. ALA一案之判決內容並批判多數意見之不當；探討法院如何透過思考爭議事件社會對話可能，做出融貫的裁判。劉宏恩教授則從法律政策評估和法實證調查研究，分析臺灣民法親屬編有關「子女最佳利益原則」的訂定，對於修法後法院判決的影響，主要透過訪談法官及相關判決內容分析，希望呈現「子女最佳利益」此一新的法律標準在實務的現況。王曉丹教授則嘗試分析她所觀察的臺灣某縣市地方法院調解現場，並以親鄰土地案件糾紛為例，說明調解現場所呈現的法社會現象，分析時著重於探討如何從法之社會

功能的角度重新理解法官角色、當事人法律行動、調解定位等，並給予適當的歷史與社會評價，從而對法律繼受有更為深刻的社會過程之理解。

本書的出版代表政大法學院基礎法學中心研究學者在法文化研究的初步成果。本書的作者們希望透過本書跟不同文化的法史學、法哲學與法社會學的研究學者，尤其是華人地區的研究學者，共同進行關於當代法文化研究的研究方法、研究主題及研究方向的對話。

政治大學 特聘教授

陳惠馨

2011年3月24日

作者簡介

陳惠馨

現 職

政治大學特聘教授

學 歷

德國雷根斯堡大學法學博士

研究領域

法學緒論、親屬與繼承、中國法制史、德國法制史、性別關係與法律

黃源盛

現 職

政治大學特聘教授

學 歷

臺灣大學法學博士、日本京都大學法學部研究

研究領域

中國法律思想史、法制史、刑法

陳起行

現 職

政治大學特聘教授

學 歷

美國加州柏克萊大學法學博士

研究領域

法理學、法與資訊

江玉林

現 職

政治大學法學院教授

學 歷

德國海德堡大學法學博士

研究領域

法理學、法圖像學、德國近代憲法史、公共衛生與法律

劉宏恩

現 職

政治大學法律科際整合研究所副教授

學 歷

美國史丹福大學法律科學博士

研究領域

醫療／生物科技倫理與法律、身分法、法律倫理

王曉丹

現 職

政治大學法律系暨法律科際整合研究所副教授

學 歷

英國華威克大學（University of Warwick）法學博士

研究領域

法社會學、性別與法律、法與社會運動、法文化

田口正樹

現 職

日本北海道大學法學研究科教授

學 歷

東京大學法學士

研究領域

西洋法制史、德國史

目 錄

院慶叢書 總序
序 文

方嘉麟
陳惠馨

上編 基礎法學研究之方法取徑

• 清代法制史的研究取徑

——比較法學觀點

陳惠馨

壹、前 言	4
貳、為何要研究中國法制史（清代法制史）？	6
參、透過比較法的研究瞭解傳統中國法制： 以清代法制史的研究為例	13
肆、關於清朝法律的幾種分析可能途徑	20
伍、結 論	30

• Toward a Discursive Basis of Public Reason in the Internet World

（論網路時代以論述為基礎的公共理性）

陳起行

I. Introduction	34
II. Habermas' Co-original Critique of Rawlsian Public Reason	40
III. A Co-original Critique of Dworkin's Theory of Adjudication	50

IV. Rationality and Legitimacy of Adjudication	55
V. Hard Cases and the Public Sphere	62
VI. Conclusion	66

• 法意識與法文化研究方法論

——從概念到實踐，從專家到常民 王曉丹

壹、重視方法論：發展回應社會的法學知識	70
貳、法文化的變形與轉化：法制史的借鏡	75
參、法意識與法治社會轉型： 本土研究與西方研究之對照	78
肆、人權的轉譯：法律的「時」「空」	87
伍、例示研究：傳統文化下／日常生活中的 「女兒平等繼承權」	91
陸、結語：宣稱與實質的分裂與整合	96

• 跨領域法律研究方法淺論

——以個人從心理學到法律學的學習路

為楔子 劉宏恩

壹、楔子	100
貳、跨入法律系的開始：修讀雙學位的緣由	103
參、研讀法律之後的觀察與想法之一： 對「事實」的研究在哪裡？	106
肆、研讀法律之後的若干觀察與想法之二： 「研究方法」在哪裡？	112
伍、研讀法律之後的觀察與想法之三： 是誰的「經驗法則」或「一般觀念」？	116

陸、書本中的法律vs.事實運作中的法律：	
一則冷氣機的故事·····	118
柒、結語·····	121

中編 法制史研究——西洋、中國與臺灣

• 從1520年《卡洛林那法典》看德國近代

刑法史——比較法制史觀點

陳惠馨

壹、德國刑法在近代的發展·····	127
貳、《卡洛林那法典》在帝國議會訂定過程及其 在當時帝國區域的效力·····	133
參、《卡洛林那法典》的結構與關於刑事訴訟程 序的規定·····	137
肆、《卡洛林那法典》在德國刑法史上的意義·····	159
伍、結 論·····	163

• 歐洲近代初期的「博理警察」

與「警察學」

江玉林

壹、知識，學科，規訓——以1756年尤斯第的 《警察學原理》為例·····	166
貳、Policey：博理警察·····	171
參、近代初期博理警察的成因·····	176
肆、近代初期警察學中的人的形象·····	178

• 近代初期德意志警察條令

與刑事司法……………田口正樹／李玉璽譯

壹、警察條令……………182

貳、警察條令與刑事司法……………189

• 西法東漸中無夫姦存廢之爭

黃源盛

壹、序 說……………202

貳、傳統中國刑律中「姦非罪」的規範與法理……………204

參、晚清變法修律中「姦非罪」的立法轉向

與爭議……………219

肆、西潮衝擊下禮制與法律的纏結與走向……………236

伍、從無夫姦到通姦罪除罪化的百年滄桑……………251

陸、結 語……………258

• 「南無警察大菩薩」

——日治時期臺北州警察衛生展覽會中
的警察形象

江玉林

壹、解 題……………262

貳、「南無警察大菩薩」的發願……………265

參、救苦救難的警察形象及其批判……………273

肆、警察國家與立憲法治國——兼論荷蘭時期的

臺灣警察告令……………282

伍、弔 詭……………292

下編 法理論與法社會學研究

• 由裁判理論的觀點析論United States v.

American Library Association

陳起行

壹、前言	302
貳、US v. ALA案判決分析	303
參、裁判理論	313
肆、由裁判理論的發展論US v. ALA	338
伍、結 論	345

• 「子女最佳利益原則」在臺灣法院 離婚後子女監護案件中之實踐

——法律與社會研究（Law and Society
Research）之觀點

劉宏恩

壹、緒論：研究動機與目的	355
貳、研究問題	357
參、研究假設	361
肆、研究方法	366
伍、量化研究：判決之實證分析	370
陸、質化研究：承審法官之訪談	384
柒、結論與建議	395