

從心理學到法律學的學習路：我思我感

劉宏恩¹

楔子

當施慧玲教授向我邀稿，希望我寫一篇「並非硬梆梆的傳統法學論述，而是有些感性、有些生命性的文章」時，我腦海中頓時浮現起許許多多，當初自己剛從心理系到法律系修雙學位時，所感受的「文化差異」，甚至可以說是「文化震撼」(cultural shock)。例如說：從前在心理系的時候，同學們閒聊起畢業後想做什麼，大家頗有些「闔各言爾志」的感覺，有的人說想出國唸書，有的人說想做心理治療專業人員，有的人說想念商研所或企管所選考心理學那一組，有的人說想進企業的人事部門，有的人則說其實做什麼都可以；雖然沒有人敢百分之百確定自己的未來能如自己所期待，但在小小的不安當中，每個人幾乎也都有些「反正還有別的選擇」的想法。可是到了法律系，問起畢業後大家想做什麼，這個問題有時候卻變成了一個「蠢問題」，因為同學們會說：「當然是考國家考試啊，想那麼多幹什麼？」「法律人的宿命就是考律師和司法官國家考試」；不過如此單一明確的目標，似乎卻讓許多同學感到更大的不安和焦慮，很少人會「理直氣壯」地講出「反正還有別的選擇」的想法——所謂的「別的選擇」似乎只是考不上的情況之下一種不得已的屈就的選項。

雖然我從大學的時候就從法律系雙學位念起²，後來再就讀台大法律研究所碩

¹ 國立臺北大學法律學院法學系專任助理教授，交通大學科技法律研究所兼任助理教授；美國史丹福大學法律科學博士，國立台灣大學法律研究所碩士暨心理系・法律系雙學位。

² 「雙學位」制度是民國八十年代前後的用語，現在已改稱為「雙主修」制度，以台大為例，欲取得雙學位或以雙主修畢業，必須修滿加修學系的全部必修或必選學分，畢業後同時取得兩個學系的學士學位；換句話說，除了國文、英文等共同科目和通識學分不用重複修之外，所有加修學系的學生必修必選的課程，雙學位或雙主修學生都一樣必須修完，這跟加修輔系的學生只需要加修一部份課程的情形不同。可參見「國立台灣大學學士班學生修讀雙主修辦法」。

值得一提的是：民國七十九年左右，當筆者申請加修法律系雙學位的時候，國內各校才剛剛開始有人申請雙學位，不但人數很少，甚至校方也不鼓勵。筆者記憶猶新的是：當時台大教務處註冊組的承辦職員不但不熟悉相關作業，甚至還想以技術性的理由就直接擋回筆者的修讀雙學位申請、不想承辦，回憶起來令人感慨。

士班、博士班，之後出國攻讀法律博士學位，如今又在大學法律系任教，就客觀上的學經歷而言，應該已經是不折不扣的「法律人」，但是許許多多的文化差異或文化震撼，其實始終縈繞在我的心中。有時倒也不見得是我自己特別去想起，而是因為別人會跟我問起或提起。譬如說，前一陣子有位同樣是法律人的朋友，他問我：「竟然你後來都轉來念法律、現在的工作也是在法律，你會不會覺得你以前念心理系是浪費時間啊？」一時之間讓我不知如何回答，因為我不知道該如何跟他解釋我當初修雙學位的目的是「跨」領域，不是「轉」領域，也不知道他能不能相信「學習到更多的東西，有過更多的體驗，無論就生命的豐富或學術訓練而言，都不會是浪費」這句文謔謔、太過感性的話。以我目前在大學法律系擔任班級導師的經驗，法律系的學生在大二以後轉系到別的系、或是修別的系做雙主修或輔系的，幾乎永遠是全校所有科系當中最少的；有好幾次我分別利用導生會時間，問了好幾位不同的學生，問他們念法律真的有興趣嗎，有沒有考慮過轉系或雙主修，卻幾乎都得到相當一致的答案：「念法律也沒有什麼特別有興趣或沒興趣啦，反正還不錯，又考到了，就繼續念」、「法律系就已經是第一志願了，還轉系或雙主修別的系做什麼」，這最後一句話尤其令我吃驚！原來在部份法律人的眼裡，越來越多別的科系的學生來修法律系的課、甚至修學士後的法律學位，都是他們來跟我們法律系「萬佛朝宗」的，我們法律系比較高、比較優越，所以你們會想來「上修」我們的東西是正常的，但是我們不需要去「下修」你們的東西。³

這篇文章的目的，當然不是只要抒發我的一些主觀感受，而是希望透過自己從心理系到法律系的學思經歷，跟讀者分享一些我從法律系的「局外人」變成「局

³ 類似的意思或對話，其實不僅出現在學生跟我之間，也曾發生在已就業的法律人朋友跟我之間。例如，最近有一次我跟一位法律人朋友提到：當我跟法律系大學部的學生聊天，說他們不需要把人生的雞蛋放在同一個籃子裡，不一定需要覺得國家考試是人生唯一的路的時候，會有學生說「老師你當然可以這樣講，因為你原本是念心理系的，並不是直接就念法律系的...」，講到這裡，這位朋友忽然打斷我說「你學生敢這樣跟你講喔」，我一頭霧水，問說「為什麼會不敢啊」，他進一步解釋說「你學生竟然敢質疑你不是一開始就考進法律系，是從別的系轉進來的喔」，我這才瞭解他的意思。於是我跟他說「我學生並沒有『質疑』我不是一開始就考進法律系這件事，他們的意思是說，我曾經念過心理系、有法律以外的專長，所以才有辦法很輕鬆地講『國家考試不一定是人生唯一的路』，但是他們就比較沒辦法」，結果當場一陣尷尬，這位朋友就跟我轉移到別的話題。很顯然，這位法律人朋友認為：「一開始就考進法律系」是比較優越的，「後來才『轉』來念我們法律」是有可能被質疑比較遜色、屬於來向我們法律系「萬佛朝宗」的。

有時候我會有個小小疑問：同樣都是「第一志願」，電機系、醫學系等科系的學生修法律課程，甚至是在已經畢業、就業後才攻讀學士後法律學位的，這幾年來越來越多，為何他們就不會覺得「自己念的已經是第一志願了，不需要再跑去修別的領域的課程」呢？為什麼他們不會覺得「我念了醫學系[電機系]，將來當醫師[進科技公司當工程師]就是我的宿命，所以不要想太多」，反而有越來越多的工程師和醫師正在攻讀學士後法律學位呢？為何法律人不管是在求學期間、還是在就業後，願意修其他科系的課、或跨到其他領域的，比例上都相對較少呢？

內人」的過程和觀察，或許，其中有些地方可以跟一開始就是「局內人」的法律人的學思經歷產生比較上的趣味。另一方面，也希望透過個人學思過程的觀察和感想，提出一些有關法學教育及法學研究的淺見。由於這不是一篇學術性論文，而且很多學思過程或意見都是人人可能不同的獨特經歷或觀察，既無從引註、也不一定有辦法做學術性的論證，但基於施教授邀稿時所強調的方向，那我也就不揣淺陋、大膽地跟各位做分享了。首先，就從當初我為什麼會想要加修法律系雙學位，以及剛開始研讀法律的時候的一些「發現」⁴、還有繼而衍生的一些粗淺想法開始。

跨入法律系的開始：修讀雙學位的緣由

要談我為什麼會在大四時開始加修法律系雙學位，可能要從我念心理系的緣由開始談起。高中時我就非常懷疑：憑什麼在高二時就要把我們硬分為自然組和社會組，但是無論如何，最後純粹就基於討厭死背歷史地理、覺得物理化學生物可以做實驗比較有趣的理由，我選擇了自然組。大學聯考前，幾乎就鎖定心理系做為志願，因為心理系是自然組當中最具人文科學色彩的科系，而我始終對於「人」的問題還是最感興趣。聯考後，志願卡上從台大心理系開始填了五個大學的心理系，其他部份保持空白就交了上去，最後也如願進入台大心理系。

心理系的環境讓我如魚得水。其實我在心理系大一、大二的成績並不是很好，少部份科目還曾是所謂的「低空飛過」，但是心理系所提供的學習空間和自由選課風氣，確實讓人十分著迷。舉例來說：心理系開放學生自由選修外系課程，大四完全不設任何必修課，同學們選修外系的課程幾乎全部都可承認。相對於這點，我在後來進到法律系之後才知道：國內大多數法律系限定學生只能選修十學分左右、甚至個位數學分的外系課程，如果超過之後就一律不承認做為畢業學分。初知悉這點時，曾經讓我非常驚訝⁵。此外，心理系的教學過程從沒有任何特定職業取向或什麼國家考試的壓力，老師們鼓勵學生去探索自我、發掘潛能、知道自己要什麼，課內外都經常強調個體的獨特性、而非大家念了什麼科系就通通一定要做什麼職業。正因為如此，我在就讀心理系的期間，有比較大的空間可以參與社團、並且嘗試選

⁴ 這些「發現」很多都是基於原本心理系及第三類組理學院所受的訓練，與法學之間的不同而來的。如果我不曾經受過另外一個領域的訓練(我是在心理系的課已經全部修完之後才開始加修法律系雙學位)，而是高中畢業後就馬上進入法律系，我不太確定自己是否會有這些「發現」，故此處將「發現」以引號框之。

⁵ 我之所以非常驚訝，一方面固然是因為習慣了心理系的作法、誤以為別的系也是一樣，另一方面，則是因為我原本以為：在國內的高中教育(由於升學壓力及考試領導教學)並沒有辦法提供學生多元豐富的各種知識的情況下，大學之所以為「大」，尤其就在於其可以提供學生更豐富多元的知識探索機會和環境。

修許多外系的課。由於我主要參加的是健言社和學生議會組織，它們許多的活動都跟法律議題有關，而且當時我所結識的社團好友近半都是法律系同學，基於興趣，我去旁聽或選修了許多法律系的課程。

到了大四，我逐漸發現：對於我所關心的「人」的問題，心理學比較傾向於研究「個體」(individual)的心智和行為，心理治療和輔導也是傾向於從個體的角度去處理「人」的問題⁶。但是另一方面，我發現：對於處理「人」的問題而言，「制度」和「社會集體層次」面的思考應該同等重要，而法律在其中扮演著很重要的角色。再加上當時我已經修了法律系的「憲法」、「民法總則」、「刑法總則」⁷，學習上感到很有些心得和興趣，所以決定再加修法律系雙學位。但是下這個決定並不是沒有掙扎的，因為當時很少人修雙學位、幾乎沒有任何前例或同儕可以交換資訊，而且若是不加修雙學位，我原本可以跟心理系的同班同學一樣在當年畢業，一旦加修雙學位的話，因為法律系的必修課我還有 90 個以上的學分要修，無論如何我大概都要延畢兩年才能畢業。兩年的時間，我心理系的同班同學可能研究所都畢業了，當兵的也都退伍了，而我屆時才能夠真正「大學畢業」，總是會有些猶豫。

不過最後，我想了想，我是真的很希望多學習如何從「制度」和「社會集體層次」來思考及解決「人」的問題。而且，人生應該以「一輩子」為單位做規劃，以一輩子而言，兩年又算什麼？只要這兩年沒有虛度，對我知識的追尋和生涯的探索有意義就夠了。於是咬咬牙，即使資訊不充分、也欠缺同儕互相支援，我還是去申請了，經過小小的曲折⁸，後來也順利獲准開始修讀雙學位。

研讀法律之後的觀察與想法之一：對「事實」的研究在哪裡？

剛開始修習法律系的課程時，對於精細複雜的法律體系、概念架構和其嚴謹的邏輯性，感到非常神往，潛心研讀之餘，並無暇去思考或比較法學訓練跟我從前所受的心理系(理學院第三類組)訓練有何異同。但是在進一步考入台大法律研究所

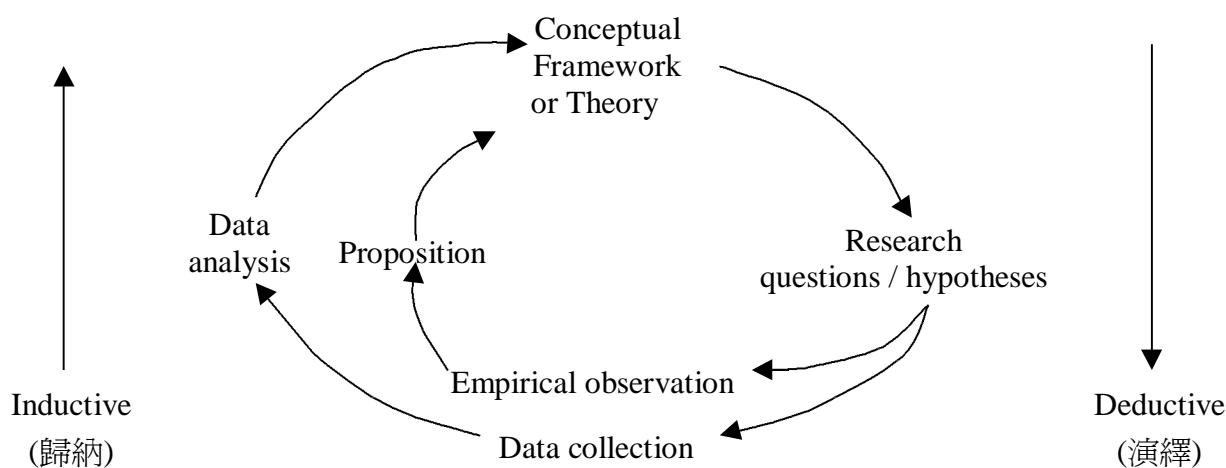
⁶ 可參見 Henry Gleitman 著，洪蘭譯，心理學，2001 年，遠流出版。

⁷ 其實我是在決定加修法律系雙學位之前，就已經開始修習法律系的「憲法」、「民法總則」、「刑法總則」等課程，原本只是基於興趣和追求更多知識的單純動機，並沒有特別想到要拿雙學位～事實上，在開始修這些課時，正如同當時絕大多數的大學生，我根本不知道有雙學位這個制度。人生有很多轉折顯得很有趣，很多事情都是有意栽花花不發、無心插柳柳成蔭，說不出特定的邏輯，也非真的可確定或安排。借用著名的美國大法官賀姆斯(Oliver W. Holmes)所說的話：「法律人的訓練，是邏輯的訓練。...誠然，邏輯的方法與形式，可滿足人們心中對於確定性及安定的渴望，但這種確定性可能是一種幻覺，而所謂安定也並非人類的命運」。See Oliver W. Holmes, The Path of the Law, 10 HARV. L. REV. 457 (1897)。

⁸ 請參見前註2。

之後，我逐漸開始整理思緒，發現心理學及法律學兩個領域，在其研究及教學訓練上面，似乎有一些明顯的不同。

首先第一點是關於「理論」或「概念」在教學及研究過程中所扮演的角色。在心理學及其他許多行為科學、或者社會科學當中，也是存在著許多理論(theory)或概念架構(framework)⁹，但是在研究裡，這些理論或概念架構通常是處於一個研究的循環(research wheel)之中，是一個研究動態進行、甚至不斷循環的一部份而已，其並不會被期待將保持固定不變，反而經常被認為可能是臨時的、開放給大家藉由研究發現來修正的。具體而言，一個理論可能只是「假設」(hypothesis)所藉由推導出的基礎，我們先依據理論推導出假設，但下一步是要實際進行研究(如做實驗)或蒐集事實資料來驗證假設；如果假設經過檢驗後發現可以成立，那麼我們對理論正確的信心便增加；但如果假設不成立，那麼理論就有可能要予以修正、甚至被推翻，然後以修正後的理論或新理論為基礎推導出新的假設，再繼續進行實際研究或蒐集事實資料來予以檢驗～這個過程可能是不斷地循環、再循環的¹⁰。以下這個圖形可供參照：



圖一 The Research Wheel¹¹

⁹ 在心理學、行為科學及社會科學研究當中，「理論」(theory)及「概念架構」(framework)的性質類似，只是「概念架構」所包含的假設及現象解釋的範圍及深度較為有限，尚未達到一個可獨立成爲一個「理論」的地步。See NEIL R. CARLSON, *PSYCHOLOGY: THE SCIENCE OF BEHAVIOR* 33 (2d ed. 1987).

¹⁰ ROBERT A. BARON, *PSYCHOLOGY: THE ESSENTIAL SCIENCE* 37 (1989).

¹¹ K. E. RUDESTAM & R. R. NEWTON, *SURVIVING YOUR DISSERTATION: A COMPREHENSIVE GUIDE TO*

換言之，在心理學的研究過程中，最重要的部份往往不是那個理論，而是那個藉由實驗等實際研究、蒐集事實資料來檢驗假設和理論的過程。「事實或現象」在心理學的教學或研究過程中，通常是關心的起點、也是關心的終點，有關理論或概念的部份，極少會被單獨抽離於事實的部份來談。理論是用來解釋或解決事實的現象或問題的，而不僅僅只是抽象性地成為概念論述的對象。

相對而言，社會經驗事實(即使是與法律的建立、適用及執行相關的社會事實)傳統上並非法律學、特別是法釋義學 (Rechtsdogmatik) 的研究範疇。法律學者通常是以「法律規範」的本身作為研究對象，所注重的是法律規範體系的「內在」，也就是法律規範應該如何解釋以及適用的問題。而且誠如顏厥安教授所言，我國的法學教育方式及法學研究往往有強烈的法實證主義(legal positivism)傾向而不自知¹²。因此，「法條」、「概念」及「理論學說」¹³幾乎總是教學研究的主要內容，至於法律實際所欲去規範的社會事實或經驗現象究竟如何，通常很少被論述。這一點跟我從前在心理系所受的訓練迥然不同，讓我感受到很大的差異，因為心理學等行為科學、以及許多其他社會科學，都不會僅以理論或概念做為主要研究對象，最重要的還是「經驗事實」。

對於這一點，相信一定會有許多法律人回應說：法律學做為一門「規範科學」，而且研究時必須將「應然」及「實然」加以區分，筆者所提的心理學等學科的研究取向並非法律學的任務。不過，我對於這樣的說法，多年來總是有些小小疑惑。首先，一個法律規範欲取得其正當性 (legitimacy)、發揮其有效性 (effectiveness)，必須建立在對於相關的社會經驗事實的瞭解上面。因為，一個法律規範的產生，往往是源起於社會生活中的「事實」需要、或屬於「事實」上的社會力折衝的結果；而在一個法律規範制定之後，它對於社會生活及規範對象的行為是否發生預期的效

CONTENT & PROCESS (1992).

¹² 顏厥安，「論證、客觀性與融貫性～由幾篇文獻檢討法律論證的基本問題」，月旦法學，64，1990年，頁33-47；顏厥安，「庸儒的法實證主義幽靈」，中國時報，2004年10月10日，A15版。

¹³ 在大學法學教育過程中所討論的「理論學說」，大部分是針對「法律條文」及「法律概念」的解釋、適用或操作的理論學說，而非如心理學或其他學科的理論學說是用來解釋或解決事實的現象或問題的。這一點可能跟大學法學教育的課程設計有關，因為大學法學教育的課程基本上就是配合實定法的「法律條文」來切割和安排的，例如：民法總則、民法物權編、刑法總則……。但是，法學當中的理論學說，當然不只有這種針對「法律條文」及「法律概念」的解釋、適用或操作的論述而已，例如「法理學」對於許多法學根本問題有極多深入而重要的理論；然而，至少以大學法學教育、國家考試甚至實務判解當中常出現的甲說、乙說、丙說...而言，大多似乎只是屬於前一類法律條文或概念的解釋、適用或操作的論述。請參見 石世豪，「甲說乙說隨便說？法學上『學說』的性質及其取捨問題」，全國律師，2000年9月，頁54；顏厥安，同前註12。

果，也是一個「經驗事實」的問題。其次，法律規範的適用，勢必需要將「事實」涵攝 (Subsumtion) 到要件之下，才能進而做出法律效果的判斷¹⁴。「經驗事實」在整個法律體系的運作上，跟「規範」本身是相輔相成、互相依賴的。如果吾人希望法律能夠真正發揮效果、而不僅僅是停留在書本上，那麼，藉由社會科學研究方法來探索與法律相關、以及與法律運作過程當中的人相關的社會生活與經驗事實，應屬相當必要的課題。

舉例來說，「兒童及少年性交易防制條例」當初之所以制定，是民間團體一連串「拯救雛妓」運動之後的產物，其立法目的在「防制消弭以兒童少年為性交易對象之事件」，而且從該法第二章、第三章來看，該法明顯寓有「救援」及「保護」從事性交易的兒童少年之意¹⁵。但這些都只是「書本中的法律」(law in books)，至於「事實運作中的法律」(law in action)又如何呢？該法立法至今，有「救援」或「保護」到多少雛妓嗎？還是反而成為許多少女被「關」進所謂的「矯治機構」、失去人身自由的法源依據¹⁶？更有甚者，該法的目的是防制雛妓問題、救援及保護雛妓，但為何今日竟然成為許許多多警員，上網路聊天室「釣魚」、抓「援交」充辦案業績的最佳利器呢？為何這些「被釣到的」，常常根本都沒有想要跟「兒童少年」、而只是想要跟「成年人」性交易，但是最後全部也都是依照這個「『兒童及少年』性交易防制條例」被移送法辦呢¹⁷？對於這些問題，法律人若不去探究事實上的現象，光去研究法條、概念或理論，有辦法提出應有的解決方案或修法建議嗎？¹⁸

除了特別法之外，民刑法等法典的修正一樣有許多類似的問題。例如：1994年時，在幾位女性立委的主導之下，為了「保護婦女人身安全」，刑法第 77 條第 3 項修正為「犯刑法第十六章妨害風化各條之罪者，非經強制診療，不得假釋」；到了 1999 年，這一條再次予以修改，並改成在刑法保安處分的章節以刑法第 91 條之

¹⁴ 參見 王澤鑑，民法實例研習第一冊：基礎理論，1989 年，頁 116。

¹⁵ 施慧玲，「論我國兒童少年性剝削防治立法」，中正大學法學集刊，2，1999 年 7 月，頁 45-75。

¹⁶ 請參見 陳惠馨，「給臺灣法學教授的一封信～就兒童及少年性交易防制條例的規定及執行提出幾個問題」，月旦法學，81，2002 年 2 月，頁 178-183；施慧玲，「家庭法律社會學第五講：子女本位之親子法」，月旦法學教室，16，2004 年 2 月，頁 108-09。

¹⁷ 類似的案件不勝枚舉，請參見 中國時報，2004 年 9 月 9 日，C4 版；中國時報，2004 年 9 月 27 日，C3 版；中國時報，2004 年 10 月 17 日，C2 版。

¹⁸ 此處我並不想涉入所謂法學方法「一元論」或「二元論」的論戰，我也並沒有主張所謂的「當為」可以直接從「存在」推導出來。但至少，如果不先瞭解法律的制定或修正所欲規範或解決的問題，其在事實上的程度、範圍、性質和因果為何，如何有可能妥適的提出應有的解決方案或制度設計呢？醫生看病開藥，會不先診斷清楚病人事實上得了什麼病、其程度如何及病灶何在，就決定應該要開什麼藥或如何治療嗎？為何法律人特別有神通，可以在不確切掌握所欲規範解決的事實問題如何，就說出我們法律應該要這樣修正、制定或適用呢？

1 規定：犯妨害性自主及部份妨害風化之罪者，「於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要。有施以治療之必要者，得令入相當處所，施以治療。....其期間至治癒為止」。我因為心理系背景的緣故，認識許多精神科醫師、臨床心理師以及其他精神醫療專業人員，從他們的口中，對於這兩個法條的事實上執行及運作，我很驚訝地知悉：在 1994 年刑法第 77 條修正之後，全台灣根本沒有任何精神醫療專業人員知道要如何「診療」妨害風化罪犯，一直要到該法通過之後兩、三年，國內才陸續開始有這方面的人才培訓及講習。事實上，一直到今天，也沒有任何精神醫療專業人員知道，怎樣才符合刑法第 91 條之 1 所說的，算是將性犯罪罪犯給「治癒」。既然如此，這些「書本中的法律」是規定好玩的嗎？所謂的「強制治療」，只是大家做做樣子、一起做戲嗎？

在台灣其實很容易就發現類似的例子：一些文字、邏輯上幾近完美的法律（尤其是「移植」自外國立法例的法律），在實際運作上卻窒礙難行、無法真正達成預期的效果。許多時候，文字上的法律變更或修正，並沒有辦法改變法院的見解和態度¹⁹。可惜，這樣的問題在台灣並沒有獲得充分的探索或研究。法律規則解決社會問題的實際效果、執行法律的具體運作過程、以及相關的實證研究，在台灣似乎仍屬有待開發的研究領域。正由於這類政策取向、實證取向的法律或司法研究仍不充分，往往使得我國的政策設計者與立法者，並沒有辦法在立法、修法時，就法律的可行性、實際執行、及可能影響，擁有足夠的的資訊。而就法學教育的部份而言，學校的教學及國家考試集中於法條及學說理論的結果，往往會導致法律系畢業的學生對實務運作中很多屬於「事實」層面的問題毫無所悉。我印象最深刻的，是在幾年前做田野調查、訪談台灣法官時，一位法官苦笑著跟我說：

開始真正當法官之前，即使是在司訓所，也從來沒被教過要如何調查事實、要如何具體地問案，坐上了法官席，第一句話要問什麼、接下來要問什麼，我根本不知道，通通要自己摸索，剛開始當法官的頭一陣子，當事人就變成我的白老鼠，讓我練習。²⁰

我個人粗淺的想法是：一項立法或修法的通過，不但不應該是問題的結束，反而應該是一連串法律政策評估和實證調查研究的開始。立法、修法通過之「後」的

¹⁹ 請參見 AMY H. L. SHEE, *LEGAL PROTECTION AGAINST SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN IN TAIWAN: A SOCIO-LEGAL PERSPECTIVE* (1998)；劉紹樑，「法律移植與社會變遷～從消費者保護法談起」，律師通訊，175，1994 年 4 月，頁 7；施慧玲，同前註 16。

²⁰ 該篇田野調查研究後來以英文發表於美國哥倫比亞大學的一份法學期刊，請參見 Hung-En Liu, *Custody Decisions in Social and Cultural Contexts: In-Depth and Focus Group Interviews with Nineteen Judges in Taiwan*, 17 COLUMBIA JOURNAL OF ASIAN LAW 225 (2004).

法律施行，使我們能夠、並且應該進行以下的研究：一、重新檢驗當初立法、修法時的預設是否正確；二、研究這個法律在司法過程及執法過程中的實際運作情形；三、實證檢討這樣一個法律究竟產生了什麼樣的效果、是解決了問題還是帶來了新的問題。法律與社會(law and society)研究²¹及法律政策評估(legal policy analysis)²²的研究取向，可以使法學的內涵更為豐富，在法學教育的階段也可以鼓勵學生思考除了法條概念的解釋適用以外的社會及事實脈絡，幫助學生銜接理論與實務之間的差距。

研讀法律之後的若干觀察與想法之二：「研究方法」在哪裡？

記得剛開始修法律系雙學位時，有時會到圖書館翻閱法研所學長姐的碩士論文，沒多久之後，就注意到一個對我而言感覺很特別的現象：大部分的法研所論文，其關於「研究方法」的章節都非常簡短，而且通常只是在敘述論文的章節順序及架構。我之所以感覺很特別，是因為這跟心理學或其他許多自然科學、甚至社會科學的作法都明顯不同。對其他學科的論文而言，方法論及具體研究方法的說明，是用以表示對其個人研究內容及資料來源可信度的負責，也可藉此具體確定研究範圍，更具有幫助其他研究者瞭解作品內容、使其他研究者未來毋需重複摸索相同階段的功用。就我原本的認知，「研究方法」至少牽涉到一篇研究論文的「資料從何而來」、「論述如何形成」這些最基本的說明；沒有這些說明，讀者可能很難去評價這篇論文的優劣或可信度。

另一個引起我注意的是：有過半的論文的論述邏輯和全文意旨，若以簡短的幾句話來摘要，就是「某某問題很重要，但對於這個重要的問題我國的法制(或理論)不夠健全，我們來看法治先進的××國、○○國是怎麼規定(或有什麼理論)，他山之石可以攻錯，我國應參照先進國家經驗進行修法或立法(或引進採納這些理論)」。而且不管是公法的、民商法的、刑法的題目，用這樣形同「公式」的論述邏輯完成的論文，不勝枚舉。這樣的寫作和研究方式，對我而言也是非常特別，因為在心理學及部份我曾經接觸過的其他學科的論文當中，這樣的寫法相當罕見。心理學等學科的研究論文當中，當然也會提及其他學者或其他國家的作法或既有研究成果，但這通常只是論文緒論中的一小部份，是所謂的「文獻回顧」(literature review)，而且這些學科的論文進行「文獻回顧」的目的經常跟法學論文「介紹外國立法例或理論」的目的恰好相反：法學論文「介紹外國立法例或理論」的目的往往是用以做

²¹ Lawrence M. Friedman, *The Law and Society Movement*, 38 STAN. L. REV. 763 (1986); Lawrence M. Friedman, *Taking Law and Society Seriously*, 74 CHI.-KENT L. REV. 529 (1999).

²² Michael J. Saks, *Legal Policy Analysis and Evaluation*, 44 AMERICAN PSYCHOLOGIST 1110 (1989)

為我國「仿效」、「移植」的對象，但其他學科的論文進行「文獻回顧」的目的卻常常是要說明「雖然其他學者或國家已經有這些研究，但這些研究沒有探索到A、或無法解釋B，所以本研究要進一步針對A或B的部份進行探索」²³。

我國身為法制繼授國，而且所移植的法律往往是我國的文化或社會中原本極感陌生的制度或概念，類似上述論述方式的研究，其實在繼授的過程和其後的過渡期中，有其不得不然的重要性²⁴。不過我比較感到小小疑惑的是：同樣屬於這種類型的研究，在我國法學論文當中似乎顯得有些比例過高。究竟因應外國的社會文化情勢、各項條件與需要所產生的法律規範或理論，在我國的社會文化脈絡、各項條件及需要下，有沒有辦法產生同樣的效果、解決同樣的問題，其實是一個亟需加以研究的社會生活與經驗事實的問題。他山之石在該國可以攻錯，但拿到我國來就真的同樣可以攻錯嗎？尤其，台灣所面臨的問題與條件，不一定跟外國相同，甚至台灣常有外國所不會出現的特殊現象或問題，我們怎麼可能有辦法總是找到可以拿來攻錯的「他山之石」呢？

我常感到疑惑的另外一點在於：如果這就是法學研究的一種主要模式，那麼德國、美國這些所謂的法治先進國家，他們的學者又是怎麼做研究的呢？當台灣這些所謂的法學後進國家，遇到一些社會現象或法制難題，就直覺式的去先進國家找法律條文或理論、然後移植進來，那麼當德國、美國這些法治先進國家，他們當初第一次面臨這些現象或難題時，他們又要去找誰移植法律條文或理論呢？他們要到哪裡去找「更先進的國家」來提供他們「他山之石」呢？他們難道不也是從頭、直接針對現象和問題的本身進行分析和討論嗎？由此可見，法學的研究和論述，未必都是需要透過「他山之石」，然後說我們應該如何仿效、移植的。遇到法學上需要進行分析和處理的問題，如果不假思索的就直接去找外國立法例或理論、然後移植進來，其實根本就是跳過了針對問題本身進行分析和思考的階段，變成只是去外國搬「現成的答案」～但是很不幸，正如我在前段所說的：在外國的社經文化脈絡及條件下可以行得通的「答案」，或許在脈絡及條件不同的我國根本沒辦法解決問題；又或許，一開始我國的問題就跟外國不同，外國的答案當然無法移植適用。

雖然筆者個人比較偏好法律與社會(law and society)及法律政策評估(legal policy analysis)的研究取向，但是仍然深深相信：法釋義學對於法制運作及法律解釋適用的一致性與科學性，極為重要。很可惜，依照我個人的觀察，國內目前的法學教育

²³ RANJIT KUMAR, RESEARCH METHODOLOGY 23 (1999).

²⁴ 請參見 蘇永欽，「台灣的社會變遷與法律學的發展」，收於 當代法學名家論文集，1996 年，頁 551-82，法學叢刊出版。

訓練過程中，不只是對於前述的研究取向並不重視，即使是對於法釋義學的法學方法亦不太強調。對於法釋義學最基本的一些問題，例如當文義解釋、目的解釋、體系解釋、歷史解釋等解釋方法的結論可能互相不一致時，究竟應該如何解決、採取何種解釋，國內許多法律系學生直到畢業都不曾深入思考、甚至毫無所悉。這也難怪在我國經常可以發現：同樣的法條在不同法院及學者的解釋適用之下，經常爭議不斷、莫衷一是，甚至被任意選取、望文生義²⁵。這或許是法學教育改革未來一個值得關注的議題。

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」？

研讀法律至今，最容易讓我聯想到跟心理學或社會學有關係的法律用語之一，就是許許多多的判決及法學論述當中經常出現的「一般經驗法則」、「社會一般觀念」及「社會通念」這些名詞。這是因為：社會大眾對於某個問題或事物的認知(cognition)、觀念或態度(attitude)，其實是社會心理學或社會學中長期以來的重要研究課題。心理學者及社會學者經常耗費大量的人力、物力，採取各種實證、調查的研究方法來針對類似的問題進行研究²⁶。不過剛開始念法律的時候，我感到相當驚訝：大部分法官對於社會一般人的行為模式與認知的判斷，似乎只是建基於個人的直覺常識上；「社會一般觀念」、「社會通念」、「一般經驗法則」這些概念雖然經常被引為某個結論或某個判斷的依據，但事實上卻未經任何事實上的調查，也沒有找任何資料做為佐證基礎，幾乎等於只是法官自己思考出來的產物。

假如我們參考學者林端引用德國學者 Ralf Dahrendorf 所做的研究顯示：多數法官是來自社會的中上階層，與多數當事人(尤其是刑事被告)可能是來自社會中下階層有明顯的不同²⁷；台灣的調查也同樣顯示：有許多司法官相當年輕，其人生的第一份專職工作，可能就是擔任司法官，並不一定曾有充分的社會經驗和生活閱歷²⁸。如此一來，法官個人的直覺常識或生活經驗，真的能夠反應「社會一般觀念」嗎？法官真的有辦法僅憑「個人」觀察和經驗就得知「社會一般人」的行為模式和認知嗎？

筆者從前在讀到相關的判決時，總是會有小小的懷疑：法官在有些時候所引

²⁵ 參見 吳從周，「再論兒童及少年性交易防治條例第二十九條之解釋適用(三)(四)」，司法周刊，960/961，1999年12月12 & 29日。

²⁶ 例如：中央研究院「台灣地區社會意向調查」(<http://srda.sinica.edu.tw/webpages/topimage.htm>)。

²⁷ 林端，「司法社會學對臺灣司法改革的意義」，全國律師，1999年8月，頁21。

²⁸ 可參見 劉恆姣，「戰後臺灣司法人之研究～以司法官訓練文化為主的觀察」，思與言，40:1，2002年3月，頁125。

用的，究竟是社會大眾對某事物的觀念，還是法官所直覺想像的社會觀念，或者，在很多時候根本是隱藏著法官自己的觀念？法官對於「社會一般觀念」、「社會通念」的引用，難道是無須任何舉證或推論的嗎？又：不同法官或不同審級對於「社會一般觀念」或「社會通念」的認定不同，這到底是「法官」之間的觀點不同，還是「社會一般觀念」竟會隨著承辦法官不同而更易？還有，「社會一般觀念」難道不應該是去做社會事實的調查，反而竟然是可以藉由法官座談或決議來加以「統一確定」的嗎？

舉例而言，當筆者剛學習民法第 1052 條的裁判離婚事由時，嘗試去查詢什麼是第 1 項第 10 款所說的「因犯不名譽之罪被處徒刑」的「不名譽之罪」。首先查到的是最高法院 46 年台上字第 1701 號判例：「民法第一千零五十二條第一款所謂不名譽之罪，係指社會上一般觀念皆認為不名譽之犯罪而言，例如竊盜、詐欺、侵占及姦淫等罪是」，雖然我不知道最高法院是以什麼做依據，可以下結論說「社會一般觀念皆認為竊盜、詐欺等罪是不名譽之罪」，但也暫時放下疑惑。可是後來，我又查到了最高法院 69 年台上字第 2685 號判決：「傷害，在社會上一般觀念，並不認係不名譽之犯罪，上訴人以被上訴人犯傷害罪，被處徒刑確定為原因，請求離婚，尚非有據」，頓時大吃一驚，因為竟然只要隨法院的主觀認定，「社會上」是怎麼認為或不認為的就可以如此輕易地知曉了，並且直接可以引為法律上判斷的基礎，不需要再做推論。當時想像力豐富的我，綜合這兩個最高法院的判解，腦海中浮現了一個有點戲劇化的畫面：

甲女以其夫乙竊取他人五千元、被判徒刑為由，向法院訴請裁判離婚，法院以乙犯竊盜罪屬不名譽之罪為由，判准離婚；但是倘若甲女是以其夫乙持刀將人砍傷、被判徒刑為由，訴請裁判離婚，法院卻會告訴甲女：拿刀砍人不會不名譽，偷東西才是不名譽，所以不准離婚....

不知有沒有讀者可以解答我多年的疑惑：最高法院究竟是憑什麼說「社會上一般」不認為傷害屬於不名譽，但竊盜就是「社會上一般」皆認為不名譽之犯罪？「拿刀砍人」竟然會比「竊盜」更「名譽」嗎？這真的是「社會上一般人的觀念」？還是承審法官自己的直覺和觀念？裁判者可以將自己的心證托辭於「社會一般觀念」這樣的名詞後、完全不做任何資料引述或推論嗎？

結語

寫這樣的一篇文章，其實心中是有些小小的不安的。不安之一，在於寫慣了

所謂的具有學術嚴謹性的文章，如今這篇文章一直「我」呀「我」的，既沒有用貌似客觀的主詞（如「本文」認為）來做論述，又抒發了很多純粹個人的觀察和經歷，常常無法引註任何文獻來佐證。另一方面，有些擔心自己所提出的觀察和淺見，會被讀者誤會我為對法律人的「批評」和「質疑」，甚至引起一些讀者的不悅。

不過，在法律所經常追求的「客觀」與「一致」之下，我們每個法律人其實都有著不同的自我、不同的經驗、造就出不同的想法和生命，相信各位讀者或許可以接受、或至少忍受我有些不那麼符合一般法律人的想法和疑惑。雖然我希望自己能多做一些將法律放在具體脈絡(context)及事實情境中，採取問題解決(problem-solving)導向的法社會學研究，但是我從不認為這樣的研究需要去取代法釋義學等傳統法學研究，相反的，這樣的研究跟法學原有的傳統研究，應該是可以相輔相成的²⁹。我依然相信：對於處理「人」的問題而言，「制度」和「社會集體層次」面的思考十分重要，而法律在其中扮演著非常重要的角色。但是我很希望：在我們的法學研究和法學教育當中，除了看到法律條文和抽象概念，或許我們也能看到更多其中所牽涉的活生生的「人」，和具體發生的「事實現象」。

²⁹ 劉宏恩，「書本中的法律」(Law in Books) 與「事實運作中的法律」(Law in Action)，月旦法學，第 94 期，2003 年，頁 336。