

法律學門熱門及前瞻學術研究議題 之研究報告

黃昭元*

一、前言

科技部人文社會科學研究中心為推動國內的人文社會研究，協助研究社群發現重要研究議題，多年來均定期推動各學門的熱門及前瞻學術研究議題調查計畫，並定期檢討議題清單。法學學門上次執行本系列計畫是 2007 年，距今已近 10 年。不管是國內法學學術社群的組成、法學研究議題的重點及方向，乃至於外在環境等，都已經有相當程度變化，而有重新檢討並更新議題清單的需要。

二、計畫執行經過

(一) 執行團隊及執行設計

本計畫自 2015 年 12 月 1 日開始執行，除了作者外，另有陳忠五、何賴傑、陳昭如及沈宗倫等四位教授共同主持，並有國立臺灣大學法律學系碩士班陳柏榮及彭瑞驊兩位研究生擔任助理。

本計畫依照參與的五名教授之個別專長，分為公法、民事法、刑事法、基礎法學及財經法等五大次領域，各由一位教授負責。於參考上期計畫及其他學門計畫的作法後，決定以具有研究挑戰性和開拓性的「前瞻」議題為主，再適度納入具有時間性的「熱門」議題。並以 2011 至 2015 年間，科技部法律學門專題研究計畫題目及國內外重要法學期刊的論文題目為基本參考資料，從中篩選初步的議題清單。同時邀請不同領域的學者專家，舉行兩次專家諮詢會議，徵詢其意見。最後彙整、修正為本計畫的建議清單。

(二) 基本參考資料：國內外重要期刊論文及科技部專題研究計畫題目

本計畫的主要參考資料，包括 (1) 2011 至 2015 年間，科技部專題研究

* 國立臺灣大學法律學院兼任教授



計畫的題目，和(2)同一時段內，國內外重要法學期刊的論文題目。

在國內重要法學期刊部分，本計畫共整理分析了22本期刊。首先納入的是科技部人文社會科學研究中心所公布的TSSCI法律學門期刊名單，共10本：National Taiwan University Law Review、公平交易季刊、中研院法學期刊、中原財經法學、東吳法律學報、東海大學法學研究、政大法學評論、國立臺灣大學法學論叢、臺北大學法學論叢、輔仁法學。此外，本計畫另再納入不在上述名單內的國內各大學所發行的法律學報共12本，包括：中央警察大學法學論集、中正財經法學、世新法學、玄奘法律學報、成大法學、真理財經法學、開南法學、銘傳大學法學論叢、興大法學、嶺東財經法學、靜宜法學、高大法學論叢。

至於外文重要法學期刊，考量國內法學研究的主要參考語系，本計畫決定以英文、德文、法文及日文為範圍，並參考科技部2008年「法律學門學術標準之比較研究與擬議研究計畫」結案報告所列各該語系期刊名單。在英文期刊部分，由於數量龐大，於是以東亞3國及美國發行的刊物共13本為主：*Hong Kong Law Journal*, *Singapore Journal of Legal Studies*, *Journal of Korean Law*, *Harvard Law Review*, *Yale Law Journal*, *Columbia Law Review*, *Stanford Law Review*, *Michigan Law Review*, *University of Chicago Law Review*, *University of Pennsylvania Law Review*, *Virginia Law Review*, *New York University Law Review*, *California Law Review*。在德文期刊部分，共124本，由於數量龐大，在此不一一列出期刊名稱。在法文期刊部分，則選擇引用次數最高的兩本：*La Semaine Juridique* 與 *Dalloz: recueil*。日文期刊部分，則選擇49本學會誌專業法學期刊為分析範圍。上述四種語言的期刊，也都是以2011至2015年的五年為分析範圍。

(三) 專家諮詢會議

本計畫共舉行兩次專家諮詢會議，計有以下九名教授參加：邵慶平、薛智仁、黃舒芃、張永健、林鈺雄、謝銘洋、施慧玲、顏厥安、林佳和。各專家在兩次會中提出以下重要研究議題及方向：(1) 金融科技與法制，包括(a) 區塊鏈技術、(b) 共享經濟、(c) 經濟刑法；(2) 科技與法律，包括(a) 科技的運用、(b) 大數據；(3) 法律上的人／主體，包括(a) 法人犯罪、(b) 人工智慧、(c) 新型態事業與生產組織；(4) 法比較與法繼受的發展與限制；(5) 多元文化(社會)系統與法律。

三、研究成果

綜合整理相關期刊論文題目、科技部計畫題目等資料，兩次專家諮詢會議的意見後，本計畫認為以下研究議題具有前瞻或熱門性，值得國內法學界重視：

(一) 法律主體之反思與重構

1. 自然人

(1) 關於「生命」

如何保護「潛在的生命」？除了墮胎或人工流產問題之外，由於生殖科技的進展，孕育生命的方式更加多元，但也產生了許多法律規範科技運用的難題（例如人工協助生殖、代理孕母、基因篩檢），而精、卵、胚胎的法律定位等（例如德國關於胚胎保護法之保護法益之爭論），也有待研究。

如何看待「生命的終止」？醫療的進展使得機器維持生命跡象的狀態更多元也更持久，如何認定生命的終止（例如腦死的判定、腦死是否構成死亡）因而成為更複雜的問題。除了死刑、安樂死問題外，自殺的法律責任問題（如凶宅的損害賠償或自殺未遂是否應受處罰）？或如「死後殘留」的各種法律問題，包括死者生前意志或其姓名、榮譽等人格利益的保護、或其身體的死後保護（如屍體或骨灰、其解剖或器官摘取、墓地）、或生者對死者情感利益的保護等（如刑法對於已死之人的妨害名譽行為予以入罪化，卻未規定已死之人究涵蓋多久遠之先人），均值得研究。

(2) 關於「人體」

有關人體試驗、器官移植、人體成分或組織的採集等，其法律管制與倫理規範問題，有待深化研究。在全球化的時代，跨國行為的管制難題（例如在海外進行器官買賣的移植後回臺就醫、跨國的人體試驗研究）也相當值得探究。此外，與人體分離後的「人體成分或衍生物」，相當多樣，牽涉複雜，如血液、毛髮、母乳、器官、精卵、基因、細胞或組織等，其法律地位如何，值得再檢討。

(3) 關於「尊嚴」

基於自然人的生理或心理特性、身分關係或社經地位所生的平等、人權或正義問題，是值得持續關注的議題。例如：「老年人、未成年人或心智欠缺者」的身心照護、財產與身分保護、犯罪行為人之科刑與受刑人的矯正措施；「性別」議題上的男女平權、變性人、中性人、同性婚姻、多元家庭制度；「族



群」議題上的原住民、新住民或少數族群研究；「移民」或「難民」議題上的國境管制、跨境婚姻或收容法制；工業 4.0 時代中，勞動型態改變（如非典型勞動、彈性工時、無薪假、學生工讀等）與人工智慧應用（以機器人取代人類的勞力、思維或判斷）對勞動行為、勞務市場體系與勞資關係造成強烈衝擊，其引發的「勞動者」保護與「社會安全」制度回應問題；數位化時代中，商品或服務產銷型態以及消費習慣改變衍生的「消費者」保護與「新創事業」經營模式問題；危險充斥時代中，各種巨型災變、大眾損害、人身侵害等意外事故的「被害人」保護與「風險管理」機制問題等。

此外，自然人人格法益範圍不斷擴張的結果，在傳統的人格權外，新興的人格法益，如自主決定（醫療自主、生育自主）、資訊或基因隱私、善意推定（無罪推定、信賴推定或不知推定）、情感利益（自然人對物、對他人、對死者的情感）等，如何界定其具體內涵與保護程度，均有待深化研究。

（4）關於「動物」

向來認為，動物並非法律主體。但其是否可能擺脫單純客體或物的地位，進而享有自然人可以享有的（部分）權利？換言之，禁止虐待動物、保護動物生存環境、禁止動物商業化或工具化、限制動物運送或宰殺方式、管制動物的科學實驗方法、離婚訴訟中衍生的「動物監護權」保衛戰等，都引發動物是否享有如同人權一般、具有普世價值的「動物權」？動物是否為一種「形成或演化中的法律主體」問題？

2. 法人

法學上關於「人」的論述，向來聚焦於「自然人」，相對欠缺「法人」的整體論述。有關法人的研究，依其類型、目的或功能不同，多集中於「法人各論」，欠缺具有一般原理原則性的「法人總論」。鑑於法人的規模、數量與日俱增，活動範圍往往跨越國境，其社經影響力遠甚於自然人，然其「人格」的濫用，已然衍生許多新興議題，有待研究。此外，不具有法人資格的「非法人團體」，其法律地位如何，不容忽視，亦值得研究。

（1）法人人格的濫用

關於法人的本質問題，「虛擬說」與「實體說」爭議，看似成為過去。然而，伴隨而來的是自然人隱身法人背後，利用法人「獨立主體」地位，規避法律義務或責任，從事各種與法人設立目的或社經功能不相符合的活動，如逃漏稅、洗錢、支持恐怖活動、破壞競爭秩序、掠奪他人財產法益等，扭曲法

律所以承認法人具有人格主體性的公共目的或社會任務。在當今公司企業取代個人商業之時代，法人犯罪已經成為不能忽視的重大危害社會的因素。因而當今刑事政策必須相對予以調整，否則將無法管制日益嚴重之法人犯罪現象。即使是法律效果上對人權侵害相對輕微的民事責任法領域，如何擺脫一味追求「個人行為責任」嚴格化的趨勢，積極發展「法人組織的侵權責任」或創設「獨立的企業（事業）責任」，也是有待研究的議題。

（2）非法人團體的地位

當代社會中，積極參與政治、經濟、社會活動者，不以法人為限。各種「非法人團體」之規模、數量、活動範圍、社經影響力等，不下於法人。既有的法人規範體系，是否或如何適用於此等非法人團體，是值得研究的議題。與此有關者，「設立中法人」的主體性問題，或「法人消滅後」的人格殘留問題，是否或如何適用既有的法人規範體系，也是值得研究的議題。

（二）環境、土地、能源相關議題

全球氣候變遷日益激烈，對人類生存發展已經產生非常嚴重之威脅，如何因應這種變局，成為全球人類必須共同面對之挑戰。引發氣候激烈變遷現象之原因，大多來自人類對土地超限過度的開發、工業發展對環境產生嚴重汙染、生態環境受到人為因素破壞及傳統能源使用造成環境汙染等因素。由於環境、土地及能源這三項關鍵因素相互結合及影響，加深環境問題之複雜性與嚴重性，因而要因應環境對人類生存發展之挑戰，必須綜合且全盤考慮環境、土地及能源這三項人類依憑之生存條件，據以提出整體因應對策。

1. 有關「環境」之議題

國際上對環境保護所簽署的公約，尤其是聯合國氣候變化綱要公約，包括其後的 1997 年《京都議定書》，2009 年《哥本哈根議定書》及 2015 年《巴黎氣候協議》（COP 21）等，以及基此而生的國際上之碳交易制度，都是我國在環境議題上必須考量的法制基礎。

生態也是環境之一環，整個生態系統之平衡與維護，也是影響人類生存之基本條件。現行環境影響評估法雖已奠下法制基礎，但仍有諸多不足之處。另因環境汙染而造成生態浩劫，例如已發生數起因輪船洩漏原油或石油，造成臺灣海岸生態系統之嚴重破壞事件，在立法上及行政措施上應如何面對此類事件之發生，仍有待努力。此外，現有之野生動物保育法亦屬保護生態之立法，但在立法上及執行上仍有努力空間，例如生態保育區之規劃及



重要物種棲息地之環評機關等，仍有爭議有待釐清。近年來，海洋資源日益枯竭，對於海洋生物之保育、海洋環境之保護，也已面臨必須嚴肅面對的地步，現行立法與行政仍有諸多不足之處。

2. 有關「土地」之議題

國土永續利用，有賴於完善的國土管理。關於農地農用問題、中央主管機關分屬數個行政機關導致權責分散、原住民傳統領域之劃定及為開發目的而為土地徵收等問題，依然有很大爭議。另外，如何加強地方機關之治理能力也是必須嚴肅面對的問題。又針對敏感或劣化的土地之國土復育工作，目前是由《國土計畫法》予以一併規定，但規範內容不明確，且弱化國土復育工作，有進一步研究必要。

除了國土永續利用與復育之外，近年來有關土地徵收及都更的爭議頻傳，也使得土地正義的問題備受關注。如何平衡私有財產權的保護與徵收的公益目的，不以人民的居住權和農業作為經濟發展或都市更新的代價，並藉由民主參與的程序確保當事人的意見表達參與權，從而避免社會衝突與人權侵害，是值得進一步研究的議題。

3. 有關「能源」之議題

非核家園雖已逐漸成為國家政策，但如何以能永續發展之其他替代能源逐漸取代核能，應該是國家未來能源政策之核心。對於再生能源、綠能等之研發及使用，對於如何節能及提升能源效率，關於能源自由化、電業自由化問題，甚而是否徵收特別公課（例如碳費），或制定能源稅法等議題，在法制層面仍有諸多不足之處。

（三）數位時代與法律

數位時代因數位與網路科技的運用，至少有以下幾個前瞻議題：「大數據與資訊權利」、「金融監理」、「第三方支付」、「物聯網」、「共享經濟」，值得研究。

1. 大數據與資訊權利

大數據（big data）與雲端計算（cloud computing）隨著網路科技的發達而逐漸普及運用，「資訊」已漸成為具有「財產權」的價值。個人資訊的應用商機也從外顯的個人資訊逐漸拓展到心理、生理資訊，而外顯的個人資訊則更細緻如行動資訊（例如 GPS 定位、臉部辨識系統）、消費資訊（例如消費習慣、商品、店家、路徑、順序、喜好等）的應用。就個人相關資訊而言，除

隱私權保護可能面臨大數據與雲端計算的挑戰外，是否在一定程度內，承認個人資訊的財產價值，令個人有積極的運用與管理權利或利益。其中涉及個人資訊是否享有財產權的保護？何種資訊內容得列入其中？資訊財產權的本質為何？此等權利行使的方式為何？其是否如同傳統財產權的定性等？均有待研究。

另一方面，生物資訊的財產權性質是否當然存在，以及應如何透過法制化給予保護，亦具有一定研究前瞻性，包含已分離人體之細胞、基因、甚至人體試驗成果資訊等生物資訊的運用及利益分配。在動、植物方面，研究「發現」到成果「應用」間的利益（例如生物資料庫之建置與使用），其性質究為公益或私益？如何界定其歸屬主體、支配範疇、行使方式？亦有相當研究的期待性。

2. 金融監理

自 2008 年金融危機至今，金融監理之相關議題成為熱門議題，除金融市場之管制，對於消費者金融保護亦成為焦點。對於金融市場管制，包含金融業、保險業之改革，以及如何令信評機構能發揮設立之功效，維持金融市場平衡，並保護金融消費者權益。特別是當數位時代導引電子商務與線上金融等商業模式的發展，金融監理的法規與政策，須同時考量數位時代線上商業模式發展的自由與誘因，與金融監理穩定市場與保護消費者（或投資人）的固有立場與目標。另外，數位時代跨境交易的作成，亦與金融監理息息相關，如何將金融監理的觸角展延至此類型的交易，亦為未來關注的重點。

3. 第三方支付

2015 年 6 月我國大幅修正《電子票證發行管理條例》，同時，金管會並於 2015 年 5 月實施《電子支付機構管理條例》，明確定義電子支付機構。然而網路安全和隱私保護問題，以及收、付款相關法律關係、金融監理強度與規範密度仍然是值得注意的問題，尤其是跨國金流移動與風險分配、消費者保護與爭端解決等法制因應，可預期為研究焦點之一。在數位時代更需要關注者，乃第三方支付服務以行動支付模式實踐，甚至是將此二模式的合作延伸至境外交易。其中為確保交易安全、消費者保護與市場公平競爭的監理與民事救濟問題，有其前瞻討論的必要。

4. 物聯網

物聯網可能涉及隱私權之議題，個人的生活偏好與模式可能透過大數據



的蒐集與分析，產生隱私權侵害之結果，如何透過公法管制與民事救濟（甚至刑事處罰），以預防隱私權之侵害，並兼顧資訊運用與計算的效率，均有相當的探討空間。物聯網之運用，可能創造跨國產生資訊匯流，此跨境資訊流涉及各國的立法態度與管制法規，乃屬新興的國際資訊法問題，與傳統國際貿易法，規範的內容與目標，實有殊異，有其前瞻性。各國隱私法律規範之整合或協調，亦屬值得研究的問題。另外，物聯網屬於新興的技術產業，在發展的過程中可涉及專利保護的問題，可能衍生出技術標準規格，與相關標準必要專利的授權與救濟的問題，如何限制專利權人濫用專利權，實屬物聯網得否順利發展之關鍵。又物聯網所建構之商業模式是否能夠取得專利權，則牽涉到商業方法是否得作為專利權適格標的之固有難題，也是國際專利法於各國實踐上的困境。物聯網的技術設計偏重複數主體的分工運作，在某種程度上，顛覆專利法傳統屬地主義與全要件原則，未來如何在專利權保護與技術累積創新二重要價值間，確立物聯網下專利權侵害的救濟，乃為前瞻性的重要研究方向，其中若涉及虛擬實境與3D列印技術時，尤有研究的重要性。此所謂專利法的相關議題，僅為例示，物聯網的數位著作權法的研究，亦應同時關注。

5. 共享經濟

共享經濟係指擁有閒置資產的個人或法人（公司）將不經常使用之資源的暫時使用權提供給消費者，並收取相關費用，即分享者利用將閒置資產分享給消費者的方式創造額外價值，同時減少資源閒置的浪費與耗損，活化資產之再使用率。這個「分享」的概念，須透過第三方創立的網路媒合市場平臺連結資源擁有者（分享者）與消費者才能具體實現，而此第三方可以是私人商業機構、非營利組織或政府。共享經濟模式的出現宣告了傳統租賃、中介、代理與通路商都會逐漸被取代。但許多議題仍須進一步研究：（1）共享經濟下的交易安全確保、消費者保護、消費糾紛處理機制；（2）服務提供者於交易與服務下的法律責任成立與範圍（是否應訂定相關之特別法規，或是僅遂行契約自由）；（3）共享經濟下資訊安全與個人隱私權保護；（4）共享經濟下交易活動的租稅課徵問題；（5）共享平臺的運作如何防止不公平競爭以維繫自由市場運作的秩序；（6）共享經濟與傳統商業模式的衝突與競爭所衍生的公權力管制與監理的議題；（7）共享平臺與個別服務提供者的法律關係，以及當個別服務提供者進行交易時，與該服務提供者因其服務負擔法律責任

時，該分享平臺的法律地位。

(四) 轉型正義與民主 2.0

1. 轉型正義

臺灣自 1987 年解嚴後，民主化過程已將邁入第三十年。然而，臺灣對於過去威權體制所遺留下來的種種問題，例如加害者責任、政治檔案、司法正義等，尚未進行夠廣泛、夠深刻的轉型正義措施，其所涉及的研究議題包括：(1) 轉型正義的法哲學研究，特別是責任與罪過；(2) 轉型正義的比較法與立法模式研究；(3) 加害者責任之追究機制，例如刑事追訴的可能性與困境、除垢法 (lustration law，亦即追究、清理威權體制侵害人權參與者的法律)。對於加害人刑事責任之追究，可能涉及追訴權時效是否應有特別規定？是否應在檢察官外，另設特別追訴機關？是否應有特殊之刑事程序？甚至是否應另定特別刑罰規定以處罰加害人等問題；(4) 被害人權利之保障機制，包括被大法官認定合憲的國安法不得上訴之規定；(5) 檔案開放機制，特別是被害者的真相知悉權與保障告密者之間的衝突與平衡，均有待研究。

2. 民主鞏固的憲政機制

在民主化之後，民主鞏固是邁向健全民主國家的必要階段。近年來興起的民主 2.0 (亦有稱為數位民主，digital democracy) 運動，主旨在於以資訊科技促成民主升級，特別是擴大公民參與的管道、資訊透明與公開近用、多元化民主的決策模式 (包括網路選舉投票、大家一起寫法律、公民參與預算編列審議等等)。民主 2.0 被認為是擴大並確保公民參與政治、鞏固民主的一套思想，著重 (特別是透過資訊科技) 建立透明、開放與參與的程序。但也有人質疑數位民主是否會反挫地創造了不負責任、民粹、被操弄的民主？甚至是網路暴民壟斷的民主？目前有關民主 2.0 的相關研究主要集中於政治與社會學，法學研究的投入程度甚低，是亟需開展推動的法學議題。再者，民主 2.0 的概念雖然著重於數位科技所提供的民主新可能，但其所強調的「民主升級」卻可以在不同國家脈絡之下產生不同的意義。以臺灣而言，威權體制的民主轉型遺留了轉型正義的問題、民主化之後如何進行民主鞏固、並且在全球經濟不平等擴大的情況下促成社會正義的實現，這些都是臺灣的「民主升級」相關議題。

民主鞏固的其他重要議題還有金權政治對民主的侵蝕，包括政治人物的貪腐、內國與跨國的財團企業收買政治，是包括臺灣在內的許多民主國家面



臨的重大問題。又如政治獻金、財產公開、利益衝突與迴避等制度的改革，也是防止金權侵蝕民主的重要課題。

其次，臺灣民主鞏固問題的「內部因素」，是中華民國體制下，經由分期付款的民主化與修憲所形成的政府體制，包括難以產生多元代表性的選舉制度。因此，有關憲政制度的研究，包括政府體制的選擇、基本人權的保障機制、國會制度、違憲審查制度、修憲門檻等議題，都有繼續研究的必要。

最後，臺灣民主鞏固問題也有「外部因素」，特別是中國與美國因素。就中國因素而言，《憲法》本文與增修條文、《兩岸人民關係條例的廢除》或修正、「兩岸協議監督條例」的制定等課題，都涉及中國因素對於臺灣民主的干擾甚或控制。就美國因素而言，經貿往來與談判（如臺灣加入 TPP）如何可能成為影響民主的因素，則是晚近的新興議題。

3. 社會民主（以勞動為主）

自由民主是最常見的民主體制，但此種民主體制常見的問題就是難以處理社會不平等，這在貧富差距惡化的當代社會更是嚴重。北歐實施的社會民主，則是另一種民主體制。一般認為社會民主強調三種基本價值：自由、平等與團結，而經濟不平等是其核心關切之一。法律如何創造經濟不平等、又如何可能用法律來改變經濟不平等，就成為重要課題。其所涉及的法學次領域包括稅制、社會安全、勞動、消費者、意外事故被害人等。以勞動為例，近年來除了工會法、不當勞動行為等傳統勞動議題外，移工、非典勞動、勞動彈性化等新興議題也相當受到研究者的注意；又有關勞動市場體系、工業 4.0 所帶來的生產組織變化等課題，則是有待進一步發展的議題。再者，經濟不平等也造成照顧負擔與服務提供的不平等分配，越弱勢者享有越少的照顧資源與選擇；為了滿足照顧的需求，又經常以犧牲照顧工作者的權利為代價。因此，如何連結勞動法與社會安全制度，創造兼顧照顧需求與勞動權利的制度，是臺灣社會的迫切議題，也是值得研究的議題。

（五）多元法律體系的挑戰

在現代民主立憲國家，絕大多數國家的法律體系多半都以一部成文憲法作為一國最高位階的實證法規範，用以統攝並指導一國之所有法規範及作用，從而預設一個金字塔般的單極法律體系。我國情形亦然。上述以主權國家為空間單元的單極法律體系，近來已逐漸遭到多元法律體系的挑戰。所謂多元法律體系的挑戰，不僅僅是指法規範來源的多元化，如後述國際法規範

之進入內國法；也包括法規範之權威性（合法性）及正當性的多元化，如原住民法、宗教法的出現。至於多元法律體系的位階，有可能是和國家法平行的法體系（如國際法），也可能是原本國家法體系內部的多元、次級體系，如原住民族法、宗教法等。

1. 國際法對國家法體系的挑戰

在實證意義上，國際法與各國內國法雖然分屬不同法體系，因此各國原本有權自主決定在其本國法的範圍內，是否及如何接受國際法規範的效力。然隨著立法型國際公約的興起，絕對法規範理論的出現，加上在全球化互動的事實趨勢下，原本屬於各國國內法規範的許多事項，早已逐漸受到國際法規範的規制及影響，例如各國的航空、海商、跨國交易等規範。即使是與傳統國家主權密切關聯的法規範事項，例如刑事處罰，也開始出現普遍性的國際規範（如國際刑事法），並進而強制各國適用。又如國際人權法的發展，不僅開始形成跨國人權規範，甚至進而介入並影響各國國內人權規範的立法及執行。

不過，在接受或吸納國際法規範成為國內法規範時，也應注意另一個可能的負面影響，亦即（無條件）接受國際法規範所導致的國內民主赤字問題。在現代國際社會，國際條約往往是由各國透過其外交代表人員（行政權）參與談判而後制定，欠缺立法機關及人民的事前參與。即使條約生效前的各國批准程序通常會由各國國會議決，但國會往往只能透過保留等制度，拒絕接受某些條文，而難以全盤自主決定條約個別條文的內容。此即國際條約成為國內法一部分時常見的各國國內民主赤字問題。而我國由於國際政治因素，正式參與國際公約的談判及締結的機會更少，因此在接受國際條約義務時，所可能產生的民主赤字，會比其他國家更嚴重。

2. 國家法內部的多元體系：以原住民族法和宗教法為例

多元法律體系的出現，不僅僅限於國際法與國內法兩個不同法體系間的整合，也同時出現於原本各國的國內法體系內。例如在有原住民族的國家，由於原住民族的地位特殊，不管是國際法或國內法都逐漸承認原住民族之自主，甚至進而承認原住民族本身得或應適用其固有的法規範體系，從而形成一國之內多元法律體系。但承認原住民族的自主及自治，是否即意謂國家法及規範原則（特別是憲法位階的規範）的必然退讓？則仍有許多問題需要進一步研究並釐清。例如原住民族自治組織及權力之行使，如採男性頭目世襲



的傳統習慣法，此時是否要受到國家法性別平等規範的限制？還是應該尊重原住民族之自治，而承認其得為一國憲法秩序的例外？換言之，原住民族法體系的位階，究竟是相當於法律層次的另一個規範體系，但仍受一國憲法的控制？還是有可能是與憲法平行的法體系？除了原住民族法外，宗教法等也可能是多元法律體系的來源，例如伊斯蘭教義對於身分法事項的不同規範。

是否承認多元法律體系之存在，考量因素之一在於是否承認生活共同體之多元文化組成。無論是原住民族、新移民或宗教等，背後皆有其特殊的文化為其支撐或組成要素。由於上述國際法規範和原住民族法等之衝擊，以及臺灣社會中文化與種族背景不同的移民日益增加（例如信仰伊斯蘭教的東南亞移工），多元法律體系的出現可說已經是現實上的問題及挑戰，而有正視並深入研究的必要。