

法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例^{*}

——法律繼受下的法社會學研究取徑

王曉丹

政治大學法律系暨法律科際整合研究所副教授

摘要

本文一開始回顧戰後臺灣法學研究的發展，說明各世代如何發展回應社會的法學知識。近來為了進一步面對法律繼受之下的法律與社會落差，學者開始研究日常生活中的法律，爬梳法文化的變形與轉化。唯有在法文化的變與不變當中，才得以掌握臺灣法治社會轉型的現狀與未來，而這可以放在人權的轉譯上面進行觀察。最後本文以日常生活中女性平等繼承權為例，說明研究者應該以日常生活中的法律實踐（文化實踐）為研究對象，理解人們現實中的困境，並且著重於發掘關係（所謂的加害人與被害人）中的人們彼此的「抵抗」行動，所抵抗者並非對方，而是背後更大的結構性因素。

目次

- 壹、重視方法論：發展回應社會的法學知識
- 貳、法律的繼受與融合
- 參、法文化的變形與轉化
- 肆、法意識與法治社會轉型
- 伍、人權的轉譯
- 陸、例示研究：傳統與文化下 / 日常生活中的「女性平等繼承權」
- 柒、結語：宣稱與實質的分裂和整合

壹、重視方法論：發展回應社會的法學知識

從學科的本質來說，法學學術與法律實務具有高度的關聯性。回顧臺灣的發展經驗，此種關聯性可以說是一個「社會」

關鍵詞：法意識、法文化、法律文化、法社會學、法律社會學、法律繼受、法律融合、法治、繼承

^{*} 本文為國科會三年期研究「臺灣審判實務中的法律多元關係——以民事與家事案件為例」(NSC

不斷被納入法學的過程，而在每一個新的社會面向成為法學處理的課題時，勢必造成研究取向或研究方法的轉變。

學者將臺灣法學研究者二〇〇〇年之前初分為三個世代¹。第一代的法學社群指戰後原受日本法學教育或從事司法實務的台籍人士加上大陸來台法學人士，當時的法學者肩負法律制度的建立與鞏固任務，許多教科書的出版使得法學研究本身獲得肯認。當時研究主要在於法律概念引介以及法律條文的「翻譯」以及「註釋」，而得以回應司法界對於特定法律領域「系統性」理解的需求。第二代的法學社群大都留學德國，並於一九六〇年代末或一九七〇年代回國任教，當時的法學研究大量引進外國（由其是德國）的法學學理，已經有能力評釋最高法院判決，或者以法律議題為核心，不但回應司法實務界在現實中的難題，也給予其法律理論的建構可能。第三代的法學社群，乃是於一九八〇年代以後自國外留學返國投入各大學與學術機構的

法學研究者，此時正值臺灣政治解嚴經濟發展的年代，學者開始以法學理論為基礎投入社會改革與法律體制的建構工作，除了公法學者在政治環境變遷之下可以在憲政體制以及基本人權上面進行論述，不同領域的法學者也可以以學者的身分參與政府機構或者民間團體，對於社會變遷之下制度的發展提供建言並且發展專業知識。²

如果說第一代著重在法律實務裡運用「法律概念」的合理性，第二代著重在法律實務與「法律理論」的對話，第三代則是以實際的社會經驗發展法學理論的深度與廣度。法學研究的發展實際上是一種回應社會變遷之下的產物，然而，在臺灣社會快速變遷之下，法學界也逐漸明白，要回應司法實務界並且展開更深入的對話，除了判決評釋之外，可能還要發展其他的研究方式；要建構本土的法律理論恐怕要深入外來法律的發展即歐陸法律史³，也要對於本土法律的發展即中國法制史或臺灣法律史⁴有所認識。

97-2401-H-004-174-MY3) 的研究成果。感謝研究助理吳培菁、勤定芳、江可捷、黃國媛的協助。本文發表於中國人民大學「法制史與法社會學研究方法」研討發表會，由中國人民大學主辦，2010年9月10日，感謝評論人朱景文、馮玉軍以及在場師生的精彩評論與發問，使得筆者受益良多。

¹ 葉俊榮，法律學學門成就評估與展望，科學發展月刊，27卷6期，1999年，607-613頁，網址：www.nsc.gov.tw/hum/public/Data/68916253771.doc，瀏覽日期：2010年9月10日。

² 已經有學者指出我們過去所面臨的問題包括研究者從太過於單一而靜態的面向理解法學，將精力著重在「翻譯」外國法制（法典），或者本國法條的「註釋」；另一方面，研究者不太關注現實法規範的運作，最多將現實法規範的運作定位在法院實務判決，而法學研究主要在評釋某些特定具有法律議題意義的判決（以最高法院的判決為主）。法學研究高度依賴外國文獻的結果，便是無法與社會或其他學門有所交流與溝通，蘇永欽將之歸咎於「外來的法律」、「無根的專業」、「尊儒的傳統」以及「威權的統治」。參見蘇永欽，法學發展與社會變遷，司法改革的再改革——從人民的角度看問題，用社會科學的方法解決問題，月旦，1998年，397-403頁。

³ 例如陳惠馨開始研究德國法制史，發現我們所繼承的德國法律制度並非靜止不變，而是不斷變遷，而它本身也經歷了繼承羅馬法的過程。陳惠馨，德國法制史——從日耳曼到近代，元照，2007年。

法學學術要因應上述轉換，的確需要一個研究方法以及研究取徑上的轉向，簡言之，法學研究並非只是靜態地理解外國

法制或者純粹規範概念的演繹活動，法學研究必須發展法律與社會研究的概念與框架。⁵

⁴ 王泰升開始積極而大量地發展臺灣法律史的描述與分析，除了史料的蒐集與處理之外，也建構了清朝治台之前的階段（複數法律文明併存期）、清治時期、日治時期、國治時期等歷史分期的法律史論述。將清朝治台之前的階段，分為原住民族自治時期、荷治時期、以及鄭治時期；日治時期（1895-1945）分為以殖民地特別法為主（1895-1922）以及以日本內地法為主（1923-1945）兩個時期；國治時期又可分為法律體系的承接（1945-1949）、威權國家的法律（1949-1987）、以及法律的自由化與民主化（1987-2000）等三個時期。參閱王泰升，二十世紀臺灣法律的發展：邁向一個自由民主的國家，臺灣法的世紀變革，元照，2004年，1-38頁。

⁵ 近年來法學界也已經開始使用社會學研究方法（方法論）來回應這個議題，大致上可以分為以下幾個區塊：這七個區塊由作者撰寫，在申請國科會圖書計畫的內部會議中首次討論，感謝林佳和、劉宏恩、許耀明等的集思廣益，只可惜該次申請的國科會圖書計畫「法與社會科學的整合」並未通過，然而，其中所規劃的三個子議題法律與行為科學、法律與社會文化以及法律與政策，卻成為法學界可以發展的議題。(1)臺灣法實證研究資料庫 (Taiwan Database for Empirical Legal Studies, TaDELS)：國科會委託臺灣大學法律學院，由顏厥安主持，於2006年起逐步展開以服務學術研究為主旨的臺灣法實證研究資料庫的規劃與建置工作，來提倡法實證研究。在 TaDELS 計畫團隊的努力下，陸續建置了臺灣日治時期統計資料庫、法律與社會變遷調查資料庫、法律文件及影像資料庫等子資料庫。其中，臺灣日治時期統計資料庫的建置是為了強化法實證研究的在地歷史縱深所進行的研究資源整合與推廣。目前已有專屬網頁：<http://tadels.law.ntu.edu.tw/news.php#>，瀏覽日期：2010年9月10日。(2)犯罪學與刑事政策研究：國內警察大學或者各大學犯罪學研究所，針對臺灣地區的犯罪與刑事司法進行討論，除探究臺灣地區犯罪現象的相關因素，呈現生活型態理論的實證資料之外，並對臺灣地區犯罪之縱貫性研究的獨特發現加以闡述。此外法學界亦有學者開始關注刑事政策的面向，包括刑事程序、刑事處遇如監獄、以及修復式司法等議題。(3)家庭與性別研究：陳惠馨在其1996年出版的「親屬法諸問題研究」以及2006年出版的「傳統個人、家庭、婚姻與國家」2008年出版的「法律敘事、性別與婚姻」，就結合中國法制史、司法判決實證分析、以及社會運動的面向，擴大法學研究的射程範圍；此外中正大學從2004年開始，由施慧玲至今連續七年每年舉辦「家庭法律社會學」的大型研討會，後面幾年亦邀請國外學者參與；近年來從事女性主義法學或者家事法研究的年輕學者，亦有不少採取法與社會科學整合的研究取徑，嘗試與不同領域的學者合作，為法學界開展新的研究內涵與方法。(4)法意識與法文化研究：1985以及1995年，蘇永欽便兩次針對人民對司法的態度展開過法意識的調查研究，開起風氣之先，啟發往後的學者；陳惠馨於2001至2005年總策劃主持之「法律人法意識之建構——臺灣法學基礎教育現狀之檢討與前瞻」計畫，根據不同的法領域，由11名法學教授分工進行，針對法學的教學與研究其中法律人的法意識，並以此作為檢討與改革的基礎；政大基法中心於2009年的頂尖大學計畫亦以法律繼受與法律文化為主題，進行跨國的交流、合作與研討。(5)政府單位的調查研究：政府近年來也進行不少的調查研究，以資作為瞭解法律運作實況的參考，例如司法院所陸續進行的「民眾對法院服務滿意度調查」、「律師對司法改革滿意度調查」、「臺灣刑事審判意見調查」、「少年暨兒童非行事件調查」，又例如勞委會也曾數次進行「兩性工作平等狀況調查」，以檢視兩性工作平等法的實施成果。(6)法律科際整合：目前臺灣僅台大以及政大分別成立「科際整合法律研究所」以及「法律科際整合研究所」。以政大為例，法科所的目標是先在一些特定的法領域裡面進行科際整合的創新。例如法律與工程的整合可以說是在法學中加上「預防學」的觀念（契約書的草擬）以及「問題解決」的面向（訴訟外糾紛解決）；法律與醫療的整合可以說是在法學中加上「專業倫理」以及「司法實務運作」的整

在法學界深化法學研究與實證方法這一波的潮流中，有一個方法論上的危險必須引起各界的注意。法社會學研究乃為了突破法釋義學可能的殖民困境⁶，因而提倡放棄純粹條文、判決見解的比較性研究，而著重在本土法律與社會的實證性或經驗性研究。然而法社會研究亦需要理論與概念，大多數的學者一開始不可避免地使用大量在西方學術所發展出來的概念或理論，甚至研究論文花極大的篇幅說明某些特定研究者的研究論文。此種做法不但忽略了西方學術發展也是不斷在回應其社會現實議題的互動成果，同時忽略了在每個突破性研究中呈現學術發展過程裡傳承與創新的重要關鍵。此時，臺灣的研究者如果豪無批判性地或反省性地直接引用西方學術所發展出來的概念或理論，很有可能導致研究成果無法成為重新結合法律與社會的知識，而且可能因為欠缺這些概念或理論所談論社會脈絡的理解，導致重蹈學術上被西方殖民的歷史困境。

貳、法律的繼受與融合

臺灣於一六八三到一八九五年受到大清帝國的統治，當時漢人移民勢力同化了原住民的平埔族，法律制度與法文化以漢民族的「中華帝國法」為主。從一八九五年開始五十年的日治時期，日本政府將西方法律制度施行於臺灣。一九四五年之後，臺灣政府將以德國法為範本的中華民國法典施行於臺灣。臺灣繼受歐陸法歷經一百年的今天，受到許多不同法制的影響（歐陸法制、日本法制、臺灣法制、美國法制、全球化貿易法制），臺灣法律的現狀一直處於「外來法」與「固有法」的繼受與融合當中。⁷從實定法律的角度來說，或可說已經全面「西化」，但是從法文化的角度而言，法律是人與人間互動溝通之後的結晶，人們的法律意識、法律行動以及法律解釋是否已經全然「西化」，成為一個疑問。百餘年來西方法律對於臺灣法律具有強勢引導的地位，在這個特定的歷史背景與社會條件之下，臺灣法律到底具有何種

合性面向；法律與企業的整合可以說在法學中加上「跨領域專業對話」以及「現實制度設計」的面向；而法律與性別或者法律與文化的整合可以說是在法學中加上「法律、權力與社會結構」以及「法律與社會變遷」的面向。(7)法學實證研究研討會：交大科技法律研究所在劉尚志的領導下，從2006年起至今已舉辦了五屆的「法學實證研究」研討會，不但結合司法實務界的資源，也將觸角伸入產業界、科技發展、行政組織等各種法律實踐的場域，近年來以六大科技法律議題為主。此外，中央研究院於2008年舉辦「司法制度實證研究」國際學術研討會，邀請10位國際知名的法學實證研究（empirical legal studies）專家，就研究成果進行對話。

⁶ 葉俊榮將上述這些問題總結為「殖民法學」以及「法律學門封閉性」的現象。參見葉俊榮，同註1，607-613頁，參考網址：www.nsc.gov.tw/hum/public/Data/68916253771.doc，瀏覽日期：2010年9月10日。

⁷ 關於臺灣法律史的建立與相關內涵，請參閱王泰升以下的兩本書。王泰升，臺灣法的斷裂與連續，元照，2002年；王泰升，臺灣法律史的建立，1997年。

特色？「外來法」與「固有法」繼受與融合的現狀中，於法治理念可以做出何種關照與反省？該如何描繪臺灣法律的現代性？並指出其發展方向？

上述問題意識無疑是一個範圍極為廣泛的理論性議題，觀諸英語文獻的累積，從一九七〇年代開始就已經發展出一些分析架構。「西方法 vs. 本土法」、「國家法 vs. 地方法」、「官方法 vs. 非官方法」，以及「外來法（移植法）vs. 固有法」⁸等幾組分析概念提出第三世界國家法律與社會間落差的問題，並且協助這些地方脫離「法律帝國主義」⁹式地理解法社會現象，也就是不再以西方法律作為正確、唯一、且必須迎頭趕上的楷模。然而脫離了「法律帝國主義」視角後，還是必須面對分析某一特定社會的「法治」現況，除了指出困境之外，目標也在於幫助跳脫困境。此時，許多學者於一九八〇年代就已經意識到上述二分法分析架構的不足，並且嘗試提出跳脫傳統與現代的二分分析架構。

陳惠馨於二〇〇九年四月十七日關於清代法制史研究的演講中指出，法律繼受的結果往往讓我們習慣於用「西方」的眼光觀看自己，所以往往誤以為本土法律欠缺西方法律的精神與發展，這樣的基礎預設使得我們欠缺進入本土社會脈絡研究法律的學術主體性，因此，論者迷失於抽象的論述中，看不見自我。在法制史的研究上面，陳惠馨提倡閱讀原典的重要性；而在法社會學的研究上面，作者以為若要建立臺灣法學研究學術的主體性，田野調查與經驗性資料的分析乃是必要的。這也促使我從二〇〇六年開始從事家事調解、民事調解，以及法庭觀察個案分析的田野工作，除此之外，我也嘗試將社會發生的各種糾紛事件當成田野調查的對象加以理解，從中對照不同案件類型，思索共同的法律現代性因素，因而得以發展概念分析架構。

我在二〇〇八年年底於某個地方法院簡易庭之調解從事田野調查的工作，以

⁸ 關於這一組對立的概念，解釋地最清楚的仍然是 John Griffiths 在 1986 年的作品。John Griffiths 認為這方面的論述有許多概念稱謂需要釐清，當關注於權威淵源或管轄範圍時，常稱作非國家法、非官方法、人民的法、地方法、部落法等；當關注於文化起源時，就稱作習慣法、傳統法、固有法、民間法、初民法、本地法等。Griffiths, John. "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, 24(1986): 1-55.

⁹ 關於「法律與發展的學術社群（law and development scholarship）」，經常是以有殖民歷史的地方或國家為研究對象所發展的理论論述，其中主要為以法律作為政治工具（the use of law as a political instrument）的民族誌研究（ethnographic study），其中「法律帝國主義」的觀點近年來也已經從「殖民權力」擴張至「全球權力」的角度，論述法律與社會內在的秩序邏輯。

¹⁰ 臺灣司法制度作為糾紛解決的制度，其社會功能一直缺乏完整的社會科學研究。近年來司法界開始重視調解的功能，逐步發展更完善的國內民事以及家事的調解制度。司法院擴大主管會報第 70 次會議有如下的重點指示：「以各法院民事事件總數觀之，提高民事及家事調解率仍有相當大的空間，請民事廳及少家廳繼續積極推動調解，以減少當事人勞費，並疏減訟源，提升有限司法資源之使用效益」。司法院公報，1298 期，2006 年 8 月 3 日，1 頁。

¹¹ 關於臺灣本土經驗理論化的學術反思，可以參閱葉啟政之「全球化趨勢下學術研究本土化的戲目」、楊國

這些地方法院民事調解的田野調查為基礎，¹⁰ 從「經驗性」的資料進行本土經驗的理論化工作。¹¹ 法院民事調解的場合，不論是調解成立或者不成立，往往透露出人民如何主張權利、如何理解糾紛，以及如何看待以及處理糾紛的方式。我於從事田野工作之初將所觀察到的調解現場現象理解為情、理、法三者的交錯與衝撞，但是如果想要分析孰輕孰重以及彼此的關係就變成非常不清楚；我後來將觀察提升至「規範交錯」的議題，也就是國家法與民間社會規範間的衝突與融合，但是這樣的區分還是因為對立的二元思維反而無法深入探討許多有趣的現象；最後，我嘗試跳脫二元的對立，將這些現象放在臺灣當代現代法治以及現代性的議題之下，論述當代臺灣法文化的變形與轉化。從而，法律與情理的問題往往被轉化為西方法律與本土規範的交錯、現代與傳統的整體、法律移植與法律實踐的問題，本文以為，這樣的議題可以歸結在法文化的議題之下，因而得以討論其與臺灣社會轉型以及法律繼承歷史之間的關聯性。¹²

參、法文化的變形與轉化

關於法治社會與中國法文化的議題，費孝通於《鄉土中國》中有精闢的論述。他認為中國鄉土社會的基層結構是一種「差序格局」，是一個「根據私人聯繫所構成的網絡」。在這樣的格局之下，法治秩序的建立不能單靠制訂新的法律條文以及建置現代法院，重要的還是要看人民怎樣去運用這些條文以及制度。而為了要讓法治社會得以進展，在社會結構以及思想觀念上得先有一番改變才有可能，否則，恐怕法治社會的優點未顯現之前，破壞社會原有禮治的弊端就已經先發生了。¹³

瞿同祖對「差序格局」有進一步的論述，他在《中國法律與中國社會》中曾歸納「法律儒家化」這一術語以解釋中國傳統國家法律和社會禮俗之間的衝突融合。他強調古代中國長期存在著法律，這套法律異常厲害，具有不同於西方的法律特點，也就是「以禮入法」或者「法禮合一」。¹⁴ 從法社會學的取徑來說，瞿同祖致力於論述這一套儒家化的法律表面上為明

樞之「研究的本土契合性」、黃光國之「建構實在論」立場所構想的本土化意涵、楊中芳所進行的「本土化實徵研究」，以及余德慧等人所提出的「文化間際交互參引說」。上述本土性的努力都是在「傳統／現代」以及「本土／外來」的攻錯下，作為邊陲社會的臺灣必須面臨的課題。參閱楊國書主編，華人本土心理學與華人本土契合性，五南，2008年。

¹² 王曉丹，當代臺灣法律文化的轉化——以家暴保護令審理庭為例，收錄於：黃國昌主編，2008 司法制度實證研究，中央研究院，2009年8月，389-444頁。研究觀點部分亦請參考王曉丹，初探臺灣法律與社會研究——議題與觀點，政大法學評論，117期，2010年10月，63-108頁。

¹³ 費孝通，鄉土中國，1985年，網路書籍：<http://www.hkphilosophy.com/opforum/upload/269/china.pdf>（瀏覽日期：2009年6月3日）。

¹⁴ 瞿同祖，中國法律與中國社會，里仁，1984年，401頁。

¹⁵ 黃源盛，中國法律文化的傳統與蛻變，收錄於：法律繼承與近代中國法，黃若喬，2008年，3-41頁。

刑弼教，骨子裡則為以禮入法，從中取得法律的同一性，成為有差序格局的法。

這一套「以禮入法」且有「差序格局」的法律碰到西方法律時，必然會在既有的基礎之上進行轉化。黃源盛提出法律繼受之下法文化轉化的分析架構，他認為法文化的轉化包括法律制度、法律規範、法律思想以及法律意識，在具體的層面上他提出以下四個面向：「由天人感通到人本實證」、「以刑為主到六法體例」、「由家族、倫理本位到個人、權利本位」以及「由父母官型訴訟到競技型訴訟」的法文化之傳統到現代的蛻變。¹⁵

除了分析架構之外，學界對於法文化轉化之法社會面向亦有所發展。黃宗智指出當前的大問題，主要在於引進的理論和原則都不容易付諸實踐，從西方引進以維護權利為主導思想的法律原則，很容易被吸納到中國現存的官僚制度中去，權利的維護很容易變質成為權力關係的運作，以及不同利益集團之間的「擺平」。¹⁶而對朱曉陽而言，所謂的「本土資源論」與「現代司法理論」之間的對立是虛假和想像的，因為觀照司法實踐中的「情理」原則、在地經驗以及在地信念，其實並不存在現

代法制與本土經驗之間的緊張關係，有的僅是現存現狀的融合或實踐。¹⁷

因此，關鍵點不在於理念上西方移植與本土繼承的擺盪，關鍵點在於實際的運作，也就是在追求現代理念的實踐中，傳統與現代如何能夠長時間並存、拉距以及相互滲透。法文化的變形與轉化不在於非此即彼的二元對立，而在於兩者在長時間的時間中的分工並存以及相互影響。正如美國人類學家 Sally Falk Moore 所提出「半自主的社會領域」(semi-autonomous social field)¹⁸ 強調法律與社會規範之間的相互可轉變性，在這個意義上，法律自身成為社會生活領域的一部分。如此，法律（實定法）就不會與社會規範處於對立的關係，反而是觀察二者如何相互影響以及相互變動，並在這個基礎上進行法社會學的分析。

從中國法律的古代和現代歷史實踐中挖掘其現代性正是探討兩者融合與分工的原則和方案的一個初步嘗試。¹⁹ 因此，實際的操作不可能邏輯一貫或者僅受到單一理論或意識型態的指導，而是相對複雜甚至矛盾的。²⁰ 而單一的理論或意識型態無法拯救此種拉距，實用主義對於形式主義

¹⁶ 黃宗智，中國法律的現代性，收錄於：《法律與人類學：中國讀本》，北京大學出版社，2008年，43-44頁。

¹⁷ 朱曉陽，糾紛個案背後的社會科學觀念，收錄於：朱曉陽、侯猛編，《法律與社會科學》，1卷，2006年4月，159-198頁。

¹⁸ Moore, S.F., 'Law and Social Change: the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study', *Law and Society Review*, 7 (1972): 719-746.

¹⁹ 黃宗智，同註16，38-63頁。

²⁰ 黃宗智，同註16，63頁。

²¹ 梁治平，鄉土社會中的法律與秩序，收錄於：王銘銘、王斯福編，《鄉土社會的秩序、公正與權威》，1997年，465頁。

的批判也非萬靈藥，重點在於制度以及文化上允許各種群體利益的公開競爭、相互作用和妥協，以確保法律有能力反應日益複雜的社會現實和不同群體的利益變遷。

從法理的角度，梁治平²¹呼籲發展更合理的法律觀，以便建立將衝突減到最低的多元法律格局。他研究鄉土社會中的法律和秩序，主張正式法與鄉民所擁有的規範性知識並不具備何者優越的問題，而由於正式法的實用主義特質修正了正式法的嚴格性，因此也緩和了它與民間秩序的緊張關係，而他亦提出此種政治考量的權宜之計並非長遠的良策。梁治平認為重要的是去瞭解農民的生活世界，努力理解和尊重他們的自主選擇，並且要著重於「揭示出在強烈的國家的、現代的和理性的取向下被長期遮蔽的一些東西，並在此基礎之上重新看待正式制度與非正式制度之間，以及國家與社會之間的矛盾」²²。而他認為積極面向上，必須在法律與秩序的脫節、斷裂與不和諧現狀中，發展一種具建設意義的把衝突減至最低的多元法律格局，而要達到這樣的目標，「需要的將不只是高超的法律實踐技藝，而是一種新的更合理的法律觀和秩序觀」²³。

然而問題是，梁治平所言「衝突最低」的「多元法律格局」就是我們想要的法律與社會關係嗎？我們在這個新的法律觀之下

還是要處理所謂公平以及正義的議題。臺灣社會正處在社會轉型的過程之中，正是在這一個過程中，顯現出法律與民間共識（the commons）、國家權力與社會自主、傳統與現代的矛盾與轉化。本文以為，我們所要發展的法律觀還是要立基於現有法運作格局當中不公平與不正義之處，以法意識與法治社會的轉型研究為基礎，發展法文化變形與轉化的理論模型，以便在過去、現在與外來之間拉起理論性的理解。

肆、法意識與法治社會轉型

臺灣開始將「法意識（權利意識、人權意識）」這個議題成為學術討論的議題大約是在一九八〇年代。當時社會經濟起飛並且教育普及，社會利益與價值日趨複雜，面對法院案件的累積，學者回應社會開始問一個關鍵性的問題：人們為什麼不信任法院？蘇永欽認為當時「司法的根本問題，還是在人民不信任」，「司法的本質就是一種滿足人民正義感的儀式，專業的正確性反而不是最重要的。因此一旦失掉信賴，司法也就失掉了存在的基本價值」。蘇永欽於是結合一九六〇年代以及一九七〇年代英美關於法律態度（law as attitude）的研究，主要乃從法治的需方切入（access to law），研究人們對法律的看法（the

²² 梁治平，同前註，466頁。

²³ 梁治平，同註21，467頁。

²⁴ Curran, B. (1977) *The Legal Needs of the Public: The Final Report of a National Survey*. Chicago: American Bar Foundation.

perception of law)，也就是「法律的認知與意見(knowledge and opinion of law, KOL)」的研究²⁴。

蘇永欽於一九八五以及一九九七年分別進行了大規模的問卷調查法治認知與法律態度的研究，抽樣方法以多段分層系統抽樣法，將臺灣地區人口區分為八層，一九九七年的研究問卷中加入有關政治認知、政治參與及民主價值觀等問題，嘗試將法治意識與民主發展放在一起，思考其中可能的關聯性。KOL 的調查發現臺灣人民對法律、法律職業與司法程序的認知程度都相當低，對司法制度與法律職業的信任也不高，十年間雖經司法當局的努力改革，並無顯著改善。相對於美國學者 Carlin、Howard & Messinger²⁵ 的研究發現將問題的關鍵指向民眾欠缺法律能力 (legal competence)，因而欠缺權利認知並且無法產生意願去運用這些權利，蘇永欽發現了一個或許受到儒家法律觀影響的雙重而矛盾的現象：教育程度、所得水準愈高者，對司法的評價愈趨於負面，但是他們雖然態度上負面，卻又是使用法院頻率愈高的人，甚至資料顯示，使用法院的結果反而會使得對法院的態度更加趨於負

面²⁶。

隨著「全國司法改革會議」在一九九九年舉辦，廣納社會各界有關司法改革的建言，以凝聚共識並確定改革方向。司法改革的主要內容在於司法制度與司法人的改革²⁷，前者司法制度主要是由司法人來運作，再加上後者的強調，我們可以說全國司法改革會議的主軸之一在於「司法人」的改造上面。從學術上來說，當時很少有研究針對「司法人」提出學術的理解與分析，唯有陳惠馨於二〇〇〇年到二〇〇四年進行了四年的「法律人法意識之建構」的研究，當中問了一個關鍵性的問題：法律人為什麼無法締造為人民所認同的法律制度與法律論述？這個「法律人法意識之建構」計畫嘗試從法學教育的理想與實踐當中找尋答案。陳惠馨透過問卷調查、深度訪談、焦點訪談以及參與觀察等方式，實際瞭解法學教育的教學內容以及方法（包括十一個法律科目），以及對於學生的意義與影響（除了十二所大學法律系在學生之外，包括畢業十年的律師司法官、行政機關人員、企業法務、以及其他工作）。從這些研究資料，研究者發現存在於臺灣法學界法律人意識中的許多矛盾、質疑、

²⁵ Carlin, J.E., Howard, J. and Messinger, S.L. (1967) *Civil Justice and the Poor: Issues for Sociological Research*. New York: Russell Sage Foundation.

²⁶ 蘇永欽，我國人民認知及處理法律事務障礙因素之研究，國科會委託計畫研究報告，1985年。

²⁷ 此次全國司改會之議題分為三大類，第一大類為司法院之定位、人民訴訟權之保障、人民參與司法審判之制度、民事訴訟制度之改革、合議制度之落實，第二大類為刑事訴訟制度之改革、刑事法庭席位之改造、強化檢察體系、提升犯罪偵防能力，第三大類為法官之人事改革、檢察官之人事改革、法官、檢察官之評鑑、監督與淘汰、律師制度之改革等。參閱司法院，全國司法改革會議新聞稿，參考網址：<http://www.judicial.gov.tw/aboutus/aboutus05/aboutus05-12.asp>（瀏覽日期：2010年11月23日）。

不滿與掙扎，也因此能夠進一步分析此種法意識結構上存在以及得以維繫下去的原因。

陳惠馨所採用的研究方法，是一種綜合合法社會學以及法人類學的方法，對於「法律人」的研究也不再只是關注「行為」的面向，而是轉為研究「意義」的問題。此種將研究興趣從行為轉向意義的過程，同時也是英美文獻中透過「糾紛過程」（disputing process）的研究而產生的關於法意識（legal consciousness）研究的轉向，讓研究者注意到法律態度會有過程階段性的不同，這主要受到經典法人類學關於第三世界社會研究的影響²⁸。此種研究影響了美國學術社群的興趣，一九七〇年代以及一九八〇年代產生使用此種方法研究美

國社會的轉向，其中最經典的便是 Miller 以及 Sarat 所創建的「糾紛金字塔」（disputing pyramid）理論模型²⁹。

當西方研究者開始從整體的角度把握糾紛過程，便開始注意法文化的議題³⁰，再加上新馬克思主義社會學家，形成著名的批判法學派（critical legal study）的研究，著重於法律意識型態的分析（ideological analysis of law），論述法律與霸權（law and hegemony）的關聯性³¹。我在此種研究取向上有一些本土的嘗試，研究概念上從法律的「詮釋霸權」出發，發現法律敘事在以規則為導向的敘事結構之下，將女性定位為一個連她自己都陌生的存在³²，而這使得法律成為一個論述的霸權。

西方批判法學學術的發展受到 Foucault

²⁸ 包括 Gluckman, M. (1955) *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press; Abel, R.L. (1973) "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", *Law & Society Review* 8(2):217-347; Galanter, M. (1974) "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations of the Limits of Legal Change," *Law & Society Review* 9:95-160; Jacob, H. (1969) *Debtors in Court*. Chicago: Rand McNally; Nader, L. (1969) *Law in Culture and Society*. New York: Academic Press.

²⁹ Miller, R. & Sarat, A. (1980-81) "Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Cultures", *Law and Society Review* 15(3-4):525-566.

³⁰ Friedman, L. (1989) "Law, Lawyers and Popular Culture", *Yale Law Journal* 98:1579.

³¹ Hunt, A. (1985) "The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law," *Law & Society Review* 19(1):11-37; Hay, D. et al. (eds) (1975) *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth Century England*. New York: Pantheon; Hall, S. et al. (1978) *Policing the Crisis: Mugging, the State, and Law and Order*. London: Macmillan.

³² 王曉丹，法律敘事的女性主義法學分析——最高法院 23 年上字第 4554 號判例之司法實務，政大法學評論，106 期，2008 年 12 月，1-70 頁。

³³ Merry, S.E. (1988) Legal Pluralism. *Law and Society Review* 22:868.

³⁴ Comaroff, John, and Comaroff, Jean (1992) *Ethnography and the Historical Imagination*. Boulder, CO: Westview Press.

³⁵ Matsuda, M. (1987) "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 22:323; Crenshaw, K.W. (1988) "Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law," 101 *Harvard Law Review* 1331; Williams, P. (1991) *The*

解構知識／權力之理論的影響，將法文化當成是由許多歷史文化遺跡所刻劃出、藉由知識形式所建構的多元傳統³³。此種理論脈絡運用在後殖民社會，研究焦點在於社會關係、社會實踐以及論述，從中理出法文化與霸權的關係³⁴，同時被運用在美國的批判法學種族理論³⁵以及批判法學性別理論³⁶上面。我運用了西方女性主義法學理論，進行熟識者強暴被害人的實證經驗性的本土研究，經由四個個案的深度訪談以及案件卷證資料分析，發現法律論述本身刻印了性別權力的痕跡，不論是筆錄的製作或者是經驗法則的使用，在在影響了故事競逐之下的法官自由心證。³⁷

我們對於民眾法意識的理解一直缺乏理論性的探究。一九九九年「全國司法改革會議」被陳傳岳律師稱為一個「司法使用者參與不夠」的過程，他認為此次司法使用者（人民）之聲音似未融入整個司法改革會議，此次代表雖有社會賢達，但名額僅十五名，且經推選為代表者是否能反映人民意見，實屬疑問³⁸。當時會議在倉促籌

備之下舉辦，固然是原因之一，但是學術界對於人民聲音之缺乏研究，也是背後的背景因素之一，學術無法提供實務改革有力的基礎。不過近年來在這方面也開始有學者願意進行花費功夫的累積工作。陳聰富於一九九八至二〇〇〇從事了「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」的研究，應該是臺灣首次進行東亞各國法意識的比較研究（包括日本、韓國、中國、臺灣），在臺灣部分研究了司法統計部分、合會糾紛部分以及公害糾紛部分的法意識³⁹。顏厥安從二〇〇六年起主持的整合型「臺灣法實證研究資料庫建置計畫」，提出了「生活法律化」的概念，分析休閒生活領域法律化之意識與行動，探討繁瑣的法律領域，與其他社會生活領域產生如何的關係⁴⁰。

相對地，西方關於法意識法文化議題的研究，有一些研究者帶有強烈的實踐性關懷，不過對西方國家來說（尤其美國），法律實踐性的困境比較不是在司法運作過程所產生的「霸權」，反而是如何藉由法律

Alchemy of Race and Rights. Cambridge: Harvard University Press.

³⁶ Bartlett, K. & Kennedy, R. (eds) (1991) *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*. Boulder, CO: Westview Press.

³⁷ 王曉丹，聆聽「失語」的被害人——從女性主義法學的角度看熟識者強暴司法審判中的性道德，臺灣社會研究季刊，80期，2010年12月，153-205頁。

³⁸ 陳傳岳，檢驗「全國司法改革會議」之成果，新世紀智庫論壇，7期，1999年9月，52-65頁。

³⁹ 陳聰富，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，國科會專題研究計畫成果報告（NSC89-2420-H002-003-S6），瀏覽日期：2010年9月10日。

⁴⁰ 李珣慧、陳忠五、陳昭如、顏厥安，於法何干？（上）（下）——休閒生活領域法律化之意識與行動，臺灣法實證研究資料庫·研究通訊，1、2期，2009年6月、7月，參考網頁：<http://tadels.law.ntu.edu.tw/edm.php?year=2009>，瀏覽日期：2010年9月10日。

⁴¹ Schingold, S.A. (1974) *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Social Change*. New Haven: Yale

動員 (legal mobilization) 理論理解法律對於人民日常實踐的意義，發展結合法律生命與民眾意識的研究。例如，Scheingold 關注美國法律意識形態的社會實踐，並且評估以權利論述促進社會變遷的正面與負面意義⁴¹。McCann 研究女性薪資平等的議題，從人們的論述以及對事務的理解出發，發現人們法意識受到社會動員集體行為的影響，並同時也受限於法律社會動員的意義架構⁴²。

Ewick 以及 Silbey 結合上述對法律態度的研究、著重糾紛過程法意識的轉變、法意識型態與霸權的關係、法律社會動員的討論，其所著的專論 *The Common Place of Law* 受到歐陸理論影響，將法律當成一種文化實踐 (law as a cultural practice)⁴³。法意識不是指個人的意識傾向，或者是理念想法，法意識乃一種社會實踐的類型，反映並且形成社會結構。法意識指的是在社會關係之中人們對法律的理解以及法律的社會意義，而這些通常已經具有模式化 (patterned)、穩定性 (stabilized) 以及客觀化 (objectified) 的特徵。

我們在臺灣使用這個理論的同時，必

須要注意到其所談的是美國公民日常生活中合法性 (legality) 的社會實踐，其所創建的三個法意識文化基模 (cultural schema)：法律之前 (before the law)⁴⁴、運用法律 (with the law)⁴⁵、反抗法律 (against the law)⁴⁶ 不一定適用於華人文化圈 (應該說一定不適用)。運用這個理論應該僅就其所發展的方法論的部分，也就是這個理論將法律當成是一種文化實踐 (cultural practice)，是一個意義建構的過程。社會建構乃由文化基模 (cultural schema) 以及資源 (resource) 組成，研究法意識的文化基模與資源，其目的乃是要探問社會結構的來源以及得以傳遞的基礎，並且從中找到改變的可能路徑與關鍵。這本書的論述主軸乃在批判西方社會二元對立結構 (duality)，而霸權 (hegemony) 主要乃藉由此二元對立結構而得以維持以及延續。以西方社會的發展來說，國家的產生乃是為了對抗宗教的力量而來，而當國家取得主導地位，只得發展出社會 (the social)，作為制衡國家的力量。在不斷的二元對立當中，西方社會不斷地進展，但是最終發現其中「二元對立」

University Press.

⁴² MaCann, M.W. (1994) *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.

⁴³ Ewick, P. & Silbey S. S. (1998) *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago and London: Univ. of Chicago Press.

⁴⁴ 具有「before the law」意識的人展現出來的態度是尊敬，甚而畏怯。此類美國人因為懼於法律的繁雜而不願使用它，除非他們遭遇到相當嚴重的問題。

⁴⁵ 具有「with the law」意識的人將法律視為追求自身利益的工具，甚至是一場可操弄的賽局。

⁴⁶ 具有「against the law」意識的人不信任法律，甚而不惜以遊走法律邊緣的手段來達到原來所希望達到的目標。

的結構始終沒有任何突破，甚至成為維繫霸權的重要基礎，而此種二元對立的基礎結構也就成為主宰整個社會的意識型態。

反觀兩岸四地文化的發展，如果沒有西方社會的二元對立結構，也沒有二元對立結構爭議下對於真理（truth）的堅持，到底是甚麼因素使得霸權結構得以維持？甚麼因素使得人們看不見規範（社會實踐）的不公平？甚麼因素使得人在制度中的處境無法被談論和改變？以上的問題當然是一個需要理論建構的核心問題，其中的深層探問便是：法律的意義建構如何同時也促成社會關係的建構？在理論的思維與建構過程中，需要許多學術人的刺激與對話，更需要直接在法律現場觀察，並且有能力在眾多複雜資訊的呈現下，排列出一組又一組的可能性。我嘗試從法律主體的概念找尋部分的解答，從二〇〇六到二〇〇七年展開一個新的研究嘗試，以非參與觀察的方式旁聽三十個保護令個案法庭審理過程，從法庭上法官、聲請人、相對人，以及證人的話語，分析保護令聲請人在法律運作過程中的話語。觀察的焦點放在法律語言介入的重新詮釋，從中理解聲請人於法律實踐中之法意識的意義建構，發現法律中主體性的本土意義。我的研究說明了法律的權利語言賦予女性脫離家庭與婚姻關係的主體可能，但是同時在法律語言面前同時也是一個被定義的自我認同，游離於二者之間的掙扎卻少有女性主體論述的空間⁴⁷。然而，在法文化與社會關係轉

化的過程中，此種女性主體的論述空間卻往往具有關鍵性。

相對於西方理論化建構的努力，本土的研究除了前述零星的實證研究之外，則著力於法社會的實踐面向。陳惠馨自二〇〇六年起擔任教育部「法學教育教學研究創新計畫」之計畫主持人迄今，每年補助臺灣各校教授法律課程的老師撰寫具有本土法學實踐經驗、理論與案例並重之教材，四年來總計補助案件約二百多件，補助人數計約六百多人次。由於計畫的執行著重在本土案例、對話式教學、與實務界（包括司法實務、行政實務、立法實務、公司產業實務等）對話、以及法律與專業倫理的關聯性，這使得法律界逐漸意識到法律與社會關係之密切，並且有可能在實踐中逐漸發展理解法律的社會建構性以及其與社會關係中法治模型之轉化的關聯性。不過，這當然是有待日後後設性的詮釋，或者是另一個法社會學研究的探索。

在發展本土理論之前，更多的研究顯然是必要而且關鍵的。以 Ewick 以及 Silbey 所建構的理論來說，研究者蒐集了一大串法意識的符號，包括觀察人們的思考、作為、言談、敘事、抱怨、交往、結婚、離婚、告鄰居、拒絕上警察局、加入社會運動等等。這些觀察與分析必須被放到合法性的建構或者法治社會的意義之下被理解，法律力量的維持與延續在日常生活中透過合法性或法治的辯論而進行，從原本只是慣習轉變到法律威權常規化的日常實

⁴⁷ 王曉丹，同註 12，389-444 頁。

踐，其背後的強制力甚至暴力透過常規化的日常實踐因而隱而不顯，而每一個法律意義的建構也正在重寫法治社會的意義。

伍、人權的轉譯

許多研究⁴⁸從哲學的觀點切入，以便論證人權的普遍性或文化相對性的問題，具體議題上，特定的國家行為或社會實踐，經常被指責為違反人權。這種辯論經常出現在以下場合：國際組織（包括以國家為單位以及以 NGO 為單位）的國際會議、國際援助的計畫會議、社會菁英對於社會大眾的人權論述，甚至是全球化世界之下許多個人與個人之間的交往，Merry 稱這些為「跨國流動的特定領域」（transnational flows），也就是全球與本土行動者之間的接合界面。再加上全球化媒介數量以及影響力的增加，這場辯論的強度不斷強化。

「文化」在這場辯論中經常成為焦點。「文化」有時候被視為一種「傳統」，並且將傳統界定為問題的來源，但是正如 Hobsbawn & Ranger 研究指出，「傳統」往往是經由「現代」所創造出來的，並且經

由「現代」而確定其內涵⁴⁹。有別於上述「本質性」的文化定義，有一些學者開始從實踐的角度定義文化，因此文化「並非僅僅為信仰或價值觀，而是包括行動、習慣與常識；文化同時包含了組織管理、政治結構以及法律規範」⁵⁰。換句話說，文化本身具有高度複雜性並且具有生命力，會隨著社會變遷的過程而有所轉變，我們應該研究的反而是本土人權文化的變遷過程，也就是人權概念如何被運用，此種運用彰顯了什麼又隱藏了什麼議題；更有甚者，我們應該研究人權的本土實踐究竟是在何種脈絡下競逐與掙扎（也就是法文化有何變形與轉化），從而界定人權的本土實踐方略。

舉例而言，「言論自由」一直是為全球所關注的人權問題，司法院大法官對言論自由所做出的解釋當中，認為國家應保障言論自由的理由不外為「反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展」（釋三六四）、「保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會」（釋四一四）及「實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社

⁴⁸ 例如陳瑤華在「人權不是舶來品」這本書駁斥一個廣為流傳的誤解：〈世界人權宣言〉根源於「西方」文化，因而斷言人權理念只屬於「西方」，不適用於「非西方」國家。她認為人權的「普遍性」在於人的自由受到不當剝奪與限制時，運用〈世界人權宣言〉的可能性，以及〈世界人權宣言〉提供的可能性。陳瑤華，*人權不是舶來品：跨文化哲學的人權探究*，五南，2010年6月。

⁴⁹ Hobsbawn, E. & Ranger, T. eds. (1983) *The Invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁵⁰ Merry, Engel Sally (2006) *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: The University of Chicago Press, Ch.1.

⁵¹ 參見顏厥安主持的「執政兩週年·民主大會診——2008-2010 十大民主事件暨〈臺灣民主診斷書〉發表記者會，2010年5月15日。參考網址：<http://www.twdem.org/>（瀏覽日期：2010年6月20日）。

會活動之功能得以發揮」(釋五〇九)。事實上，近二年來除了立法院通過「公務人員行政中立法」戕害公務人員人權並危害學術自由、還有公共電視的爭議⁵¹等之外，在日常社會生活中民眾或許不會有太多言論自由被侵害的感受或主張，也就是沒有言論自由被侵害的法意識。然而沒有言論自由被侵害的感受，並不代表言論自由沒有受到侵害，換句話說，民眾的言論或者舉止的不自由，不一定會轉化為被侵害的感受，在人們的認知體系裡，有可能是一種只是人情世故、自我保護、利害權衡的一種行為罷了。

從歷史與文化的角度來說，人情世故、自我保護、利害權衡代表的是一種「成熟」，此種「成熟」鑲嵌於文化深層，鞏固了既有的某種結構(或可稱為意識型態)。王汎森研究清代文獻中「自我壓抑」的現象，他闡述清代「文字獄」所導致的政治壓力「對各方面產生一種無所不到的毛細管作用，尤其是自我禁抑的部分，其影響恐怕還超過公開禁制的部分」⁵²。更有甚者，在這種上有政策下有對策的文化裡，他提醒我們「下層主動性及對策，也常無限地擴大了上層政策的效力，亦即靠著揣度、靠著某種程度的自主靈活性，無形中擴大了上層政策的效力」⁵³。

因此，談言論自由的人權議題，必然

要考量到王汎森所說的自我約束、自我刪纂的力量，如同植物的毛細管作用一般，沿著人們心中無形的孔壁，將權力傳送到不可思議的深度。於此同時，我們也要懷有一個對傳統或文化的開放性認知，此種毛細孔現象也不是不可改變的。社會變遷的過程會有許多個體經歷許多選擇，某些突破性的言論或行動有時候會產生意外的效果，因而開放出更多選擇的可能，毛細孔現象有可能被無限放大並且引起阻塞。我們應該要致力的事情，應該是「發現」這些突破性的言論，「尋找」這些突破性的文化根源，然後以及集體的力量互相支持，以便於開創人權的本土性實踐。

如何「發現」這些突破性的行動或論述以及「尋找」其文化的關聯性呢？研究的課題必然落在人權的文化轉譯過程，尤其是其中的論述以及行動。Merry 主張文化轉譯有三個維度，第一個維度是圖像、符號和故事，也就是要在一個共同的框架(framing)之下創造共同的信仰與行動；第二個維度是轉譯的過程必然要適應現有的結構環境；第三個維度乃是目標人群的重新設定⁵⁴。她所提的這三個維度幫助我們理解人權法意識的本土性推展過程，必然要有的內在發展面向。舉例而言，以身心障礙者保護的推動來說，無障礙空間相關法令難以落實，在臺灣幾乎不可能坐著

⁵² 王汎森，權力的毛細管作用——清代文獻中「自我壓抑」的現象，中央研究院歷史語言研究所講論會，2010年1月25日，1頁。

⁵³ 王汎森，同前註，31-32頁。

⁵⁴ Merry, Engel Sally (2006) *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: The University of Chicago Press, Ch.5, 6.

輪椅一個人進出醫院、進入便利商店、甚至出門，不只是政府與相關單位不落實法規，甚至「殘障車位」通常會被一般民眾占用，此時急需要民眾法意識的倡導。臺灣有成立一個「無障礙天使特攻隊」的團體，集結一些社會知名人士上媒體推動無障礙空間法令的落實。如果研究在媒體上使用的語言，可以發現其所框架的圖像主軸在於「外國行我們卻不行」，因此呼籲「生命教育」之觀念改造與心靈改革，企圖喚醒人民的愛心，並且改變羞恥心不足的問題，在談論間身心障礙者被設定為一個擁有「缺憾」的人，需要社會大眾去關心他們的需求。⁵⁵ 這樣的宣導論述，固然有其獲得社會大眾認同的功能，但是同時也忽略了發展性的問題，由於無法讓人理解外國如何做到，也無法讓人引發國內如何可能的實踐步驟，使得無障礙設施人權的宣導欠缺犀利的批判性。

Merry 所提供分析框架充其量只是提供一個可以觀察的面向，仍然無法帶領我們「發現」突破性的行動或論述以及「尋找」其文化的關聯性，我們需要更多文化

性的實踐，並且發展從實踐中淬煉出策略與論述的能力。換句話說，生活裡面會有許多人權的實踐困境，這些困境同時是法律機構處理法律的困境，我們必須從人權法意識的研究中發展法治社會的意義，尋找本土的意義框架，以便發展論述說明法律的意義建構對於社會關係意義建構的影響。以下就以女性平等繼承事件作為例示研究的說明。

陸、例示研究：傳統與文化下 / 日常生活中的「女性平等繼承權」

民法繼承編的性別平等繼承權，從國民政府搬遷來台，就已經是非常明確的規定。然而民間習俗常久以來仍然是以兒子繼承為主，女兒則可能在有條件（例如一定現金或以出價時的聘金代替）或無條件下（被迫或自願）拋棄繼承。近年來雖然拋棄繼承的狀況部分已有不同，卻仍然存在著女兒實際上所得數目比兒子少的狀況。其中的法意識變遷與人權的議題可以

⁵⁵ 參考于美人主持的美人晚點名，其中一系列的節目，于美人下了一個註解：「無缺不成圓，天缺要人補」。參考網址：無障礙天使特攻隊：無障礙空間相關法令難以落實 <http://www.youtube.com/watch?v=UdTrZceEp4s&feature=related>，瀏覽日期：2010年9月10日；無障礙天使特攻隊：無障礙觀念與文化的重建 <http://www.youtube.com/watch?v=PtQA5YG3teo&feature=related>，瀏覽日期：2010年9月10日。感謝政大法研所江可捷同學提供相關訊息與討論。

⁵⁶ 實際為六個女兒以二個兒子以及媽媽為被告，提起民事確認繼承權存在之訴勝訴，有臺灣桃園地方法院民事判決90年度家訴字第80號判決可供參照，以及刑事上的偽造公文書告訴（偽造僅二個兒子的繼承系統表），為非告訴乃論的罪，媽媽獲緩起訴，其中一個兒子被判有罪有期徒刑四個月，得易科罰金，有臺灣桃園地方法院刑事判決92年度易字第502號可供參照。

⁵⁷ 聯合報此案的報導標題如下：「6女兒告73歲老媽分產不均」（2002年5月2日）、「六女兒爭產告老母／近600人連署聲援73歲老阿嬤」（2002年5月4日）、「分產糾紛，她們原打算在媒體記者前澄清，六姊妹道歉，老媽不領情」（2002年5月4日）、「老媽媽挨告，鄰居親友連署聲明，大女兒一度下跪，○○○

從二〇〇二年有名的六個女兒案獲得說明。這個案件經由媒體大幅報導而廣為人知，綜觀媒體的報導，可以發現整件事情被敘述成六個女兒「返家」「爭產」「告」七十三歲老媽⁵⁶，「要把媽媽告到坐牢」，後來近六百人連署聲援七十三歲老阿嬤，逼得六姊妹道歉，老媽不領情，指沒誠意不願原諒⁵⁷。然而我們可以從法律這一面重說這一個故事，也就是當被繼承人父親死亡時，其名下的財產依法就已經移轉由其八名子女與太太共同繼承，後來兒子聯合媽媽偽造繼承系統表將九人共有的土地登記為三人所有，侵害六個女兒的權利，六個女兒上法院主張回復權利。綜合言之，六個女兒案讓我們認識到同樣一件事情，可以因為「敘事」觀點的不同，因為背後包含不同道德評價，導致有完全不同的故事呈現。這可以是「出嫁女兒回家爭產」的故事，或是「女兒主張回復權利」的故事。

陳惠馨談到這個個案時稱之為「為權利而奮鬥的困境」，陳昭如稱之為在「棄權與爭產之間」的困境，二者皆提到臺灣常見剝奪繼承權的方式，包括要求繼承人拿出印章蓋印表示願意拋棄繼承權，以及透

過偽造繼承系統表假裝根本沒有女兒存在，矇騙地政機關。陳惠馨提到女兒繼承所面臨的困境，是一種透過法律敘事使當事人進退維谷的設計⁵⁸，陳昭如提到在這中間女兒也不是純然的受害者，或者自由的行動者，女兒繼承權的實踐中，「爭產」可以說是一種抵抗與協商，爭的不只是財產，還有「身分、承認與信任」⁵⁹。陳昭如在〈在棄權與爭產之間——超越受害者與行動者二元對立的女兒繼承權實踐〉這篇文章中指出，「棄權與爭產都是在排除女兒繼承機制下，展現女性局部主體能動性的策略性行動」⁶⁰。但是我們如何說明「棄權」具有主體能動性呢？如果連「棄權」都是一個主體能動性的表現，那麼怎樣的行為才是會被理解為「被動」的呢？此處的「主體能動性」的意義究竟為何，有必要在方法論的層次釐清，以便給予社會實踐該有的社會文化性意義，並且讓相關研究得以找到社會實踐中從被動到主動的能量來源與關鍵因素。

本文所主張的法意識與法文化的研究強調繼承不是一次式的特定事件，而是存在於家庭關係的日常生活中，跨時間的產生影響（或許以現在式、未來式或者過去

○指沒誠意不願原諒」（2002年5月5日）、「六女兒爭產，獲繼承權，○○○等人昨辦補登錄手續，強調是替母親保護財產」（2002年5月31日）、「女兒告媽媽，對簿公堂如陌路，老太太未獲撤銷告訴且涉偽造文書，既心痛又難過」（2002年7月16日）、「六女兒告母案，母女當庭吵架，媽媽要求女兒給扶養費未獲回應，氣女兒只要遺產不要親情」（2002年7月23日）、「六女兒爭產告母案，老媽媽獲緩起訴，○○○釋然：不坐牢就好，長子被依偽造文書罪起訴」（2003年1月8日）。

⁵⁸ 陳惠馨，為權利而奮鬥的困境，收錄於：法律敘事、性別與婚姻，元照，2008年，37-49頁。

⁵⁹ 陳昭如，在棄權與爭產之間——超越受害者與行動者二元對立的女兒繼承權實踐，臺灣大學法學論叢，38卷4期，2009年12月，133-228頁。

⁶⁰ 陳昭如，同前註，134頁。

式的方式具體呈現)。因此本文更著重於探問日常生活中繼承事件的具體影響，也就是日常生活中家庭成員彼此的言說。例如除了上述兩位學者所談到的方式之外，也可能在跨時間的日常言談中，以種種理由說明或說服女兒少分財產，包括「嫁出去的女兒還有人養，兒子以後可能要負擔一個家庭」、「女兒比較有能力，兒子需要幫助」甚至「兒子以後可能比較孝順」等，這樣論述的背後，女兒是否比較「有人養」、「能力強」或者「比較不孝順」，往往是一件不明確的事情，此種不明確性的事情成為日常生活實踐時，勢必影響到家庭成員之間彼此的自我認同、事務安排與情感關係。例如女兒在這些日常生活的言談與行動之間，可能不斷處於「被排拒」、「被誤解」或者「被防範」的社會位置，這也就是本文所提及的法意識與法文化的初步分析。

雖然說這些日常生活的實踐可以在「傳統」與「文化」中找到許多呼應，也就是男女不平等繼承的習俗，包括姓氏香火、出嫁與否、扶養義務與期待、以及重男輕女的傳統相關聯，但是，此種「文化」與「傳統」並非一成不變，並且隨著社會的變遷也會有種種變形與轉化。尤其在實際的社會實踐上此種法意識與家族、情感、生命等緊密連結，法意識的具體呈現可能透過種種抗拒與矛盾，同時亦傷害著

女兒與媽媽之間的情感關係。更有甚者，我們應該要超越「加害者」與「受害者」的二元結構，進一步探問上述日常實踐言說的人（媽媽），其可能的心理狀態。或許這些言說背後起源於一種依循傳統分配原則的罪惡感，凸顯出持有傳統觀念的人同時也意識到現代法律之間的矛盾衝突，並且對於此種「好像對女兒不公平」的意識轉化成為此種言說，「嫁出去的女兒還有人養，兒子以後可能要負擔一個家庭」、「女兒比較有能力，兒子需要幫助」甚至「兒子以後可能比較孝順」等言說，同時也正是在合法化自己的行為，以便於說服自己。

我們姑且可以將這些言說當成為文化與傳統的變形與轉化。作為研究者我們應該要進入社會變遷的多元變形與轉化當中，如果說女兒主張權利有其困境，那麼研究者應該要進入女兒孝道與平等的兩難關係之中，「發現」女兒要爭取的或許不是「家產」或「金錢」，而是一種被「排拒」、被「剔除」的難受（試想其母親向公務機關宣稱其只有兩個兒子而沒有女兒）。這種難受不只是財產被登記的當時，而是一連串在日常生活言語以及行動的文化實踐，六個女兒要爭的恐怕包括一種脫離繼承關係、回復家庭成員互動的人際關係。⁶¹ 同時，我們也應該進入言說者所面臨的困境，或許這些言說的背後也不是出於一種「排拒」女兒的意思，反而是對「排拒」

⁶¹ 同時我們也應該要注意到，在爭取認同時的種種心理狀態。有時候我們會見到有些家庭，在父母需要照顧時，女兒宣稱自己已經出嫁，在繼承事件發生時，又主張平等繼承；另外也有些家庭，父母需要照顧時，主要是女兒在照顧，於繼承事件發生時，女兒又被排除在外或者分得較少的份數。

的傳統（文化）本身的抵抗與協商。

總之，作為研究者，我們應該要爬梳女兒「爭產」行動背後所處的社會脈絡，除了認識到當事者之間（女兒與其他兄弟、女兒與父母）的身分／情感／認同的多重糾葛之外，也要面對日常生活中的言說。我們應當要致力於研究這些言說（敘事）背後的法意識，將這些言說（敘事）當成為一種「文化的實踐」，在此文化的實踐當中同時也建構了當代的法治模型。換句話說，我們還是要進一步探究此種抵抗與協商的法意識究竟在什麼意義下還保有傳統的身分／情感／認同關係，什麼意義下已經在創造新型態的法治內涵。如果傳統的世界裡個人被鑲嵌在關係之中定位自我，女兒或者其他家人是否有脫離這樣的脈絡而創造另外一種自主性的意義？還是雙方的抵抗與協商仍舊是在傳統文化下「加害／被害」、「拋棄／爭取」、「納入／排除」的二元對立之中？最後，透過針對社會實踐的研究，我們還是必須找尋超越上述二元對立之溝通與對話的可能，我們必須在實踐中找尋養分以便從理論上思維，我們應該可以開始論述如何使得繼承的女兒取得一種主動或自主性（自我），使其避免只是被動地拋棄繼承，而能主動地創造繼承的模式以及與其他家人之間的身分／情感／認同關係。

柒、結語：宣稱與實質的分裂與整合

現代法律背後的核心在於自由與平等，此種核心理念透過法律制度與法律規

範的操作，使得人們在其中的生活得以取得某種自主性或者主體性的地位。我們繼受西方法律之後，許多法學概念（例如無罪推定、程序正義、多元尊重、自主性等）在生活中還是陌生的，甚至使用這些用語的存在，還是宣稱性大於實質性的意義。換句話說，我們使用權利的語言，卻往往忽略這些概念背後的價值內涵，以及此價值內涵與社會生活之連結性。更重要的是，知識發展與社會發展之間的強烈關聯性，也有可能宣稱與實質的分裂之下逐漸喪失，法學知識必須避免此種宣稱與實質的分裂，努力發展回應社會的學術。

討論上述法律繼受的議題我們最常問的問題便是：我們是否有繼受西方法律背後的核心精神，並且落實在日常生活中？要回答這個問題必然要進入人們的法意識結構中，探究人們是如何認識與評價自我與他人，在規範面前（包括合法化論述的建構），思維與行動是否能夠維持人格的獨立與完整，因而取得某種主體性的地位？

法意識乃我們對待社會關係，關於應然面的各種態度、思維與行動。法社會學的研究在這方面必須先建立觀察日常生活中的法律的視角，觀察該特定法規或議題除了實定法之外，是否還有其他可能具有法效力的社會規範，例如習俗、傳統、慣例、禮節、儀式等等。接下來的分析可以著重在具體事件中，後設性地判斷當事者所面臨的文化中的困境，此時，「文化」並非是與實定法相對立、作為實定法不貼近民意或者人們欠缺知能的概念，而是必須在「文化」中界定法的意義，並且聚焦於

法的變遷。

具體而言，在許多社會關係與社會行動的場域，我們經常面對許多突襲以及不知應該如何應對的困境。此時，這兩難的困境使我們擺盪於傳統與現代之間，到底是符合他人眼光不忤不求重要，還是要在社會位置（或職位）上彰顯權利的「公」之面向重要？每一個選擇都象徵著法意識，也代表了一個主體建構的過程。更重要的是，作了選擇之後，必然會經歷一個合理化自己行為的過程，說服自我這是一個不得不然的結果，說服自我這一切根本無力改變。於是，人有可能變得非常被動消極，為了避免爭端只是不斷說故事，在故事中讓自己減輕責任，但同時也成為一個被動無力的人。在這個意義上，法意識的行動同時也是一個法文化的建構，法意識與法文化乃一體兩面，有時候指向同一個意義。

西方的規範有其發展的歷史，逐步與社會對話，因而確立許多原則的重要性。但是這些原則繼受到我們的社會，於日常生活中會產生許多法意識上的重新詮釋，既有的法文化會有所轉型或變形。假定要以法律促成社會正義，人們的權利意識成為重要，研究者應該要評估相關議題人們權利意識的多元性，並說明此種多元性背後的政治經濟社會架構。更重要的是，我們要展開分析此種多元性選擇與臺灣社會發展的關聯性，例如相關發展是否與民主社會的發展相關聯，包括資訊透明性、程序公開性、互相尊重、論證可檢驗性等等。我們也要致力於說明相關議題法意識有哪

些不同的多元類型，並分析在多元類型之間所面臨的主要困境，因而得以論述改變的可能路徑以及關鍵。

最後，我想說的是，臺灣的法意識與法文化發展，甚至是法治模式的找尋，過去一直是一個實踐先於理論的狀況。換句話說，社會中各個行動者的法律相關聲明、言語、思維與行動早已具有能量，研究者只需將研究對象從「書本」轉移到「行動」，從「專家」轉移到「常民」，於常民的行動中自可發覺本土概念與理論的土壤。

（本篇已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌 www.lawdata.com.tw）