

# 初探台灣的法律與社會研究

## ——議題與觀點

王 曉 丹\*

### 要 目

- |              |             |
|--------------|-------------|
| 壹、「法條主義」的法律觀 | 肆、法律的文化解釋   |
| 貳、研究現狀及未來展望  | 伍、法律與國家組織行為 |
| 參、法律的社會動員    | 陸、結 語       |

---

\* 政治大學法律科際整合研究所副教授、英國 Warwick 大學法學博士；本文為國科會補助之三年期（2008-2011）計畫「台灣審判實務中的『法律多元關係』」——以民事與家事案件為例」（NSC 97-2401-H-004-174-MY3）第一年關於理論建構部分的研究成果（另外亦有田野調查成果發表），第二年開始作者改以實際法院「典範案例」進行法庭現場之田野調查（例如勞動、離婚監護、土地、歧視、校園體罰等法律案例），並嘗試進一步發展以本文論述為主軸的台灣法律與社會研究。

投稿日期：九十八年三月十九日；接受刊登日期：九十八年九月二十九日

責任校對：許俊鴻

## 摘 要

法社會學的研究在近年來日益受到重視，本文主張法社會學的研究必須面對台灣法律與社會之現實困境，深切反省「法條主義」法律觀的社會意涵，並以此為基礎發展研究的框架。本文提倡發展有助於台灣法律與社會結合的法社會學研究，因而具體指出三個主要議題，展演將法律與社會重新結合的觀察與研究取向。這三個議題分別為「法律的社會動員」、「法律的文化解釋」以及「法律與國家組織行為」。本文希望透過這些法社會性的觀察與分析，解碼台灣法律、社會與文化之間的糾結，而這些解碼的研究能夠幫助我們看見法律運作過程中「人」的處境，並進而有能力挑戰法律、創造法律。

**關鍵詞：**法社會學、法條主義、法律與社會、法律的社會動員、法律與社會運動、糾紛、法律文化、法律與政策

## 壹、「法條主義」的法律觀

在台灣，我們對法律運作的理解，多半停留在我稱為「法條主義（legalism）」的法律觀（legal vision）。「法條主義」的法律觀認為法律制度是由一整套形式化、意義明確的法規條文組成，而所謂的法律運作即是依據法律條文，對確定無疑的法律事實做出解釋與適用，而不考慮其他倫理的、政治的、經濟的實質正義原則，同時排除一切宗教禮儀、文化和情感的因素。

「法條主義」的法律觀其實是一套非常具有「實用性」的法律觀。「法條主義」的法律觀假設法律的價值理性隱藏在法律條文與體系背後，此種價值理性必須透過形式理性來加以體現和保障。透過形式理性對於抽象化思維的高度要求，使得法律從主觀性、任意性走向客觀性、邏輯性，因此提高法律的確定性以及可預測性。此外，所形成的高度專業性與技術性的秩序機制，只有受過嚴格的專業訓練才能掌握它，有助於法律的自足性與自治性<sup>1</sup>。「客觀性」、「確定性」、「自足性」的法律，確保了法律運作的合法性，於是對與錯、是與非、好與壞、黑與白，都會有個確定的答案，而答案就在「法條主義」的法律觀的掌控之下。在此種法律觀之下，法律被認為有一個唯一、正確的答案，而法律人的任務就是提供此唯一、正確的答案。於是，我們會看到許多法律人被要求給一個正確的答案，彷彿所有的法律答案就在百寶箱裡的角落，只要有能力翻箱倒櫃，知道寶箱的配置，就有能力回答法律問題。

「法條主義」的法律觀所造就的是法律與社會之間無法溝通的鴻溝。例如，在台灣許多人遇到挫折或委屈，常常會想要訴諸法律

---

<sup>1</sup> 關於「法條主義」之法律自足性與自治性的分析與批判，參閱胡平仁，法社會學視野中的法與法律，載：法律社會學，頁55-68，2006年12月。

來伸張正義，在某些公民集會的場合（例如一些研討會以及座談會），人們可以從一般的法理價值面向拋出問題，從情感與生命經驗出發的討論往往能激發出許多精采的辯論。但是一旦有法律人在場，大家的語氣都會從肯定變成疑問，「請問法律專家我可不可以申訴」？然後法律人基於一種莫名的壓力，就會說「法無明文」或者「法無前例」或者「依據某某判例某某學說見解」，為被拋出的問題「定性」成「抽象法律議題」之後，給予在場者一個「正確」而「明確」的答案。然後，突然之間整個論述場域似乎被凍結在那裡，成為法律人獨尊的局面，蠢蠢欲動而有能量的公民，頓時成為待宰的謙虛仰慕者。於是，人們對某些法律事件的反應往往呈現兩極，當法律問題的結論對自己有利時，就會說「法眼無邊，疏而不漏」；對自己不利時，就會說「法律是給懂法律的人用的」。最後，身為社會主體的公民，對自己的生命與社會生活，很容易成為事不關己或者無能為力的旁觀者。

台灣社會以及法學界「法條主義」法律觀的盛行，可能與台灣「法律繼受」的歷史背景有關<sup>2</sup>。法律繼受的過程，為了適應輸入國的需要，首先必須要先將法律脫離輸出國特有文化而獲得普遍化的特徵。因此，輸入國對輸出國法律的理解往往是「靜態」的理解，也就是此種普遍化的法律將成為很難挑戰的「真理」。此種「真理」形象的構建，反映出來的現象為法律在輸出國的「形成過程」，以及法律與社會的「互動過程」，將被刻意忽略。於是，法律人往往僅執著於法學三段論的法學適用技術，而法學知識的形成背景、核心內涵、社會效用等面向，長居於法學非主流的位置，呈

---

<sup>2</sup> 關於法律移植與法律文化的相關論述，參閱奈爾肯、菲斯特編（D. Nelken & J. Feest eds.），高鴻鈞等譯，法律移植與法律文化（Adapting Legal Culture），2006年12月。

現出法制史、法理學、法社會學長期被忽略的學術現狀<sup>3</sup>。

從另一方面來說，當法律理想與社會現實出現斷裂的時候，或者當我們讀到有關侵害人權、貪腐官僚、不負責任的商業行為的消息時，我們就會感到義憤填膺，如同我們的社會就是不如西方社會的「進步」與「文明」，也就是我們的社會「不夠法治」<sup>4</sup>。很可惜的是，此種「不夠法治」的宣稱，卻未能帶領我們「邁向法治」，我們法學界忙著仰望西方社會，可能無瑕面對社會中法律運作過程（the legal process）<sup>5</sup>的真實狀況，也無法分析在這些「不夠法治」的事件中，法律是如何被執行、如何被適用、與當事者之間問題或糾紛的內在關係為何。

那麼我們是如何界定這些侵害人權、貪腐官僚、不負責任的商業行為呢？面對這些社會問題、糾紛與爭論，我們常常將「不得違法」作為一個底線，彷彿不違法就是沒有問題的。但是法律議題所劃定的界線，往往與社會規範不一定相應合，有時法律上也許是沒有問題的，但是從社會規範的標準卻可能有重大瑕疵；反過來說，有時法律上也許是有問題的，但是從社會規範上看卻是極為輕微的

---

<sup>3</sup> 參閱陳惠馨，東亞法律文化與法律教育——傳統中國與現代台灣比較，載：傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，頁50-74，2006年3月。

<sup>4</sup> 這種「不夠法治」的話語儼然成爲一種擁護法律專業的基礎，舉凡司法機關、法律職業者甚至官僚都拿法律當做理由、原因與堡壘，彷彿這是一切合法化的根源。相關論述參閱棚瀨孝雄著，高鴻鈞、李敬譯，日本話語中的現代性缺位，載：法律移植與法律文化，頁243-257，2006年12月。

<sup>5</sup> 此處法律實際運作過程的定義本文採用伯爾曼在其名著「法律與革命」中的說法：「實際運作的法律包括法律制度和訴訟程序、法律的價值、法律概念與思想方式和法律規範。它包括有時稱作『法律過程』（“the legal process”）或德語中所謂法律『實現』（Rechtsverwirklichung）的東西。」參閱伯哈羅德·J·伯爾曼（Harold J. Berman）著，賀衛方等譯，法律與革命（Law and Revolution），頁5，1993年9月。

行為。這種意識的結果是催生更多的法律，以便解決原本法律無法解決的問題。於是，「法條主義」遂演變成「法律中心主義（legal centralism）」，我們社會中面臨的所有問題，都被描述成法律問題，當某個法律受到質疑時，整體法律的體系架構仍被視為道德真理，並且益加興旺。

「法條主義」與「法律中心主義」在台灣過去因為有威權的政府、優質的教育體系以及受到良好規訓的公眾，因而得到肥沃的土壤，得以成長茁壯。其背後的因素可能為，社會中期待權威的意識、教育體系中追求刻板價值的力量，以及被規訓的公眾無法對話的現實，使得台灣人們雖然開始接受西方法治中個人主義式的保護人權概念，但是在實踐層面的個人主義卻不同於西方的個人主義。西方的個人主義個人之間彼此是分離的，於是個人必須提防他人侵害自己的領地，原則上也尊重他人主張自己的權利。然而，台灣人的個人主義是鑲嵌在某種團體性裡面，也受到殖民以及戒嚴時代經驗的影響，許多人會極力避免與他人直接對抗，不少人會將他人針對事物的不同意見視為對人的敵意，幾乎所有人在公眾場合的意見表達，會與其在私人場合時相去甚遠。於是，理想上由法律專業者或者社會力量引發的挑戰法律、創造法律的能力<sup>6</sup>，始終付之闕如。

綜合言之，「法條主義」的法律觀，由於欠缺法律「形成過程」以及法律與社會「互動過程」的研究與討論，人們對法律的看法無疑是「工具主義式（instrumental）」的，而非將法律當成是

---

<sup>6</sup> 挑戰法律、創造法律的能力乃陳惠馨教授一再推廣的法學教育理念，從其所主持的「法律人法意識之建構——台灣基礎教育現狀之檢討與前瞻」（2001-2005）、「法學專業教育改革計畫」（2007-2010），以及其所開課程「立法學」、「法律論證與法律語言」、「法律敘事、性別與文化」等可以看出端倪。

一個「各種行動者、各種行動取向、各種合法論述」<sup>7</sup>的制度（institution）。於是，法律人所製作的法律文書，往往偏向於機械性（machanic）的論述<sup>8</sup>，內容僅限於「原告法律主張」、「被告法律抗辯」以及「審判者條文涵攝」的結論，欠缺價值面向的辯論；而社會中法律糾紛的發生也常被以「個人化」的方式處理，不是原告太愛計較就是被告太可惡；最終，人們在社會生活事實當中也喪失了反省規範概念、挑戰規範概念，甚至創造規範概念的可能。

## 貳、研究現狀及未來展望

每一個世代的法學者都應該面對那個時代最急迫的問題，發展適合並且足以解決問題的法學思想。究竟什麼樣的法學研究與知識，可以幫助我們搭建起法律與社會的密切交往，引發我們挑戰法律、創造法律的能源呢？

如果說，法律的目的在於替社會的糾紛找到解決之道、替社會的不正義提供正義的可能、替社會的發展與秩序提供正當程序的保障，那麼原來因應其他社會文化所發展而成的「某個」法律制度，就不應該是「另一個」社會不變的真理。我們急著知道，法律施行的時候，如何能夠確保法律目的成為個別行為的價值內涵？法律適用的時候，如何能夠廣納社會結構因素的複雜度？法律程序的進行，如何能夠不成為過度使用權力的暴力集團？而這些，都是法社

---

<sup>7</sup> PATRICIA EWICK & SUSAN SILBEY, THE COMMON PLACE OF LAW 19 (1998).

<sup>8</sup> 此處「論述」指的包括話語（discourse）、修辭（rhetoric）與形象（image），其意義請參閱岸本美緒著，邱澎生、陳熙遠編，導言，載：明清法律運作中的權力與文化，頁4-5，2009年4月。

會學的研究課題<sup>9</sup>。

很顯然，著重法律內在邏輯理論演繹推理的法釋義學，無法回答法社會學關注的議題<sup>10</sup>。傳統法釋義學帶著預設理性的視框，習慣於分類、分階段地論述人的行為；法社會學跨學科的研究<sup>11</sup>往往能夠提醒我們注意到法律對各種社會領域造成的意外的後果，注意到法律現象往往跟各種政治、文化與社會關係交織在一起，有些法社會學理論甚至把法律看作是根植於一個複雜的社會文化系統環境的子系統<sup>12</sup>。因此，在強調法律的社會性、政治性和文化性的同時我們仍然需要一個基本的分析框架，來幫助我們理解法律在台灣社

---

<sup>9</sup> 法社會學的研究，在台灣已有相當的發展。然而，法社會學理論的引介仍然著重在概念的層次，並未擴及理論所指涉的特定社會文化現象，也無法深入理論之所以證成的最重要社會文化背景，以及其所要洞悉的現實議題，因此容易失去理論最重要的意義。此時，引介西方法社會學理論、借鏡於西方國家的法律制度的時候，有什麼可以保證我們不是在「邯鄲學步」？若是一味照搬外國理論，不會是一種「緣木求魚」的作法？另一方面，經驗性的研究通常研究方法不足，甚至可說是欠缺研究方法論，因此其於知識的溝通交流上，往往只能尋求其他領域認同，欠缺在法學界內共同討論的可能平台。

<sup>10</sup> H. Kantorowicz在1911年法蘭克福舉行的社會學大會上做了一個題為「法理學與社會學」的講演，指出法理學是價值的科學，社會學是事實的科學。沒有社會學的法理學是空洞的，沒有法理學的社會學是盲目的，因此要把法理學與社會學結合起來。他批評實證主義的法學無視正義和社會現實的方法論是「歸類機器人」。參閱張文顯，二十世紀西方法哲學思潮研究，頁116，1996年12月。

<sup>11</sup> 日本法學家川島武宜曾說：「在法社會學產生以前，法律學是處於一種光榮孤立的狀態下。正像經濟學、政治學、歷史學、民族學等各門社會科學沒有為法律學的研究提供任何幫助一樣，法律學也沒能為這些社會科學的研究提供任何信息。」參閱川島武宜著，王志安、渠濤、申政武、李旺譯，現代化與法，頁235，1994年10月。

<sup>12</sup> 其中最著名的為盧曼的法社會學理論。參閱盧曼（Niklas Luhmann）著，鄭伊倩譯，社會的法律（Das Recht der Gesellschaft），2009年6月。



會運作的真實面貌。

法社會學是一門通過法律研究社會，在社會中研究法律的學問<sup>13</sup>。對作者而言，台灣的處境並非如許多第三世界，法律系統尚待分化，也非如西方社會，法律系統已然分化。對台灣法律與社會的理解，無法完全借鏡已然發展多時的第三世界法律社會理論<sup>14</sup>或者西方法律社會理論<sup>15</sup>，最多只能借鏡這些研究所探問的議題以及所牽涉到的範圍，發展適合於台灣當代法律、社會與文化的研究框架。

當我們談法律運作過程時，必然不是「法律」作為一個行為主體所為的行為（法律沒有手沒有腳），法律運作過程乃是各種

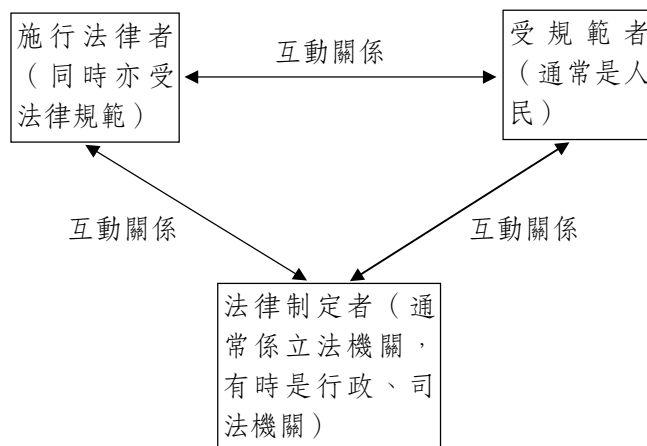
---

<sup>13</sup> 關於法社會學的一般論述，參閱趙震江主編，法律社會學，1998年9月；李木盾編，法律社會學，1999年；陳信勇，法律社會學教程，2000年3月；王威，法律社會學——學科辨析與理論源流，2004年8月；朱景文主編，法社會學，2006年9月；李瑜青等，法律社會學理論與應用，2007年1月；ROGER COTTERREL, INTRODUCTION TO SOCIOLOGY OF LAW (2d ed. 1992); ROGER COTTERREL, LIVING LAW: STUDIES IN LEGAL AND SOCIAL THEORY (2008).

<sup>14</sup> 關於第三世界法律與社會研究，參閱邦茨·辛普森（Bondzi-Simpson, P. Ebow ed.）主編，洪範翻譯小組譯，第三世界的法律與發展，2006年9月；安·塞德曼、羅伯特·塞德曼（Ann Seidman & Robert B. Seidman eds.）、馮玉軍、俞飛譯，發展進程中的國家與法律——第三世界問題的解決和制度變革，2006年9月；SAMMY ADELMAN & ABDUL PALIWALA EDS., LAW AND CRISIS IN THE THIRD WORLD (1993).

<sup>15</sup> 關於西方法律與社會研究的書非常多，在此僅列出比較重要的研究選集：S. MACAULAY, L.M. FRIEDMAN & J. STOOKEY, LAW & SOCIETY: READINGS ON THE SOCIAL STUDY OF LAW (1995); R.L. ABEL ED., THE LAW AND SOCIETY READER (1995); D. NELKEN & J. FEEST EDS., ADAPTING LEGAL CULTURES (2001); R. BANAKAR & M. TRAVERS EDS., AN INTRODUCTION TO LAW AND SOCIETY (2002); A.K. STOUT, R.A.D. BUONO & W.J. CHAMBLISS EDS., SOCIAL PROBLEMS, LAW AND SOCIETY (2004); A. SARAT ED., THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY (2004); J.N. DROBAK ED., NORMS AND THE LAW (2006).

「人」之行為互動關係之下的過程。如果我們以行為者「角色」作為分析的基本單位也就是以制度主體角色之互動作為分析對象，基本上可以將法律運作過程簡述為法律制訂者、施行法律者與受規範者彼此之間的關聯性。基本的分析架構如下圖所示：



圖：法律運作過程角色互動圖<sup>16</sup>

以行為者「角色」作為分析的基本單位，大致包括施行法律者與受規範者之間的關係、施行法律者與法律制定者之間的關係以及法律制定者與受規範者之間的關係。分析的重點在於三者彼此之間的互動關係如何受到社會與文化因素的影響、如何反映與協調社會與文化因素以及如何從社會與文化因素提出關於法律以及法理的問題。此種行為者角色互動研究的分析可以統稱為「法律的過程分析」<sup>17</sup>。這其中的發展，必須貼和著社會現實，針對具體案例或者

<sup>16</sup> 感謝劉宏恩教授、孫乃翊教授以及曹宗鼎法官在評論此篇文章時，建議以法律運作過程的角色為單位建立分析架構，此圖乃曹宗鼎法官於課堂閱讀筆記報告中所繪製。

<sup>17</sup> 本文借用日本法社會學家棚瀨孝雄的宣稱「從制度分析到過程分析」，但是他

案例類型進行探問與分析，分析時最重要的是關於「理論的想像力」以及「經驗的感受性」的建立。以下簡介台灣目前既有的當代法律與社會研究及其未來的展望。

戴炎輝教授<sup>18</sup>於一九七九年所出版的《清代台灣的鄉治》一書，可以說是首部以台灣法律與台灣社會為主軸的法學研究，他運用社會科學中的田野調查、實證經驗研究、文獻檔案研究<sup>19</sup>等方法，進行與法律相關的歷史經驗事實研究。戴炎輝教授經過上述方法的交叉研究，發掘法律文件所透露出的社會生活當中具有法律意義的社會單位、制度或規範。仔細探究其法律與社會的研究視角，多半著重在此些社會單位以及社會活動的法律意義，較少觸及法律運作過程所受到的多元社會影響之分析，當然也很少對當時法律運作的社會效果作出評價。然而，戴炎輝教授的研究乃是對於「過去」法社會現象的描述與解釋，其研究成果涉及社會「階級」、「族群」、「區域」、「國家」等分析，全書的內容包括清治時期

---

的法社會學主要在審判制度的研究以及民事訴訟程序的建構，與本文的重點略有不同。參閱棚瀨孝雄，王亞新譯，*糾紛的解決與審判制度*，1994年4月。棚瀨孝雄著，易平譯，*現代日本的法和秩序*，2002年6月。

<sup>18</sup> 戴炎輝，*清代台灣之鄉治*，1979年7月。

<sup>19</sup> 除了大量運用《淡新檔案》司法審判檔案資料以及《案裏社文書》原件、《伊能文庫》手抄本之外，還引用了清代的縣治、府治、台灣文獻資料以及日本人在台灣的舊慣調查（例如地方行政舊慣調書、大租取調書、台灣私法、台灣慣習記事等）。陳惠馨，*法史學的研究方法——從戴炎輝先生的相關研究談起*，載：*法史學的傳承、方法與趨向*，頁25-58，2004年7月。林端，*固有法與繼受法——研究方法的社會學考察*，載：*法史學的傳承、方法與趨向*，頁59-92，2004年7月。王泰升、堯嘉寧、陳韻如，戴炎輝的「鄉村台灣」研究與淡新檔案——在地「法律與社會」研究取徑的斷裂、傳承和對話，載：*法史學的傳承、方法與趨向*，頁259-322，2004年7月。陳惠馨，戴炎輝教授法制史研究對於法學界的意義——再談法制史研究方法，*法制史研究*，14期，頁139-161，2008年12月。

台灣習慣、官府角色與民間秩序之間的關係，堪稱為法律與社會研究最早、也很難超越的巨著。

王泰升教授及其學生的研究<sup>20</sup>已然注意到台灣法律與社會「多元」且「多源」的特性，並且注意到台灣社會中人們斷裂或連續的法律經驗，並由此追尋法律文明的動態過往。王泰升教授提出「法事實」的研究概念，其從規範變遷的法律史角度，論述台灣法的形式上斷裂，卻實質上得以自主、連續其法規範的社會文化現象。這些研究從一九九〇年代開始不但開啟以台灣為主體的法律史研究，也創造了以歷史分期為核心的法律與社會研究視角。研究的視角也因為研究成果的累積，逐漸從「描述」走向「詮釋」的方向。

陳惠馨教授<sup>21</sup>在這一波法律與社會研究選擇的是不同的視角。她認為法學的研究必須從「歷史」當中挖掘「現在」的意義，她嘗試從法律的文化解釋切入，比較中國法制史甚或德國法制史的發展歷程，進而理解台灣當代法律繼受以及法治社會的深層內涵。換句話說，她認為台灣當代的法律多元，必然會牽涉到中國傳統法制的內涵以及其仍存在於台灣法制實踐的痕跡。此外，陳惠馨教授的研究也觸及當代台灣法律與社會的互動關係，其選擇以「法律敘事」作為分析的單位，從而挖掘中國傳統法制以何種方式「存在」或「變形」於台灣當代法制之中，而這方面的研究還有待許多理論以

---

<sup>20</sup> 王泰升，台灣法律史的建立，1997年9月；王泰升，台灣日治時期的法律改革，1999年4月；王泰升，台灣法律史概論，2004年9月2版；王泰升，台灣法的斷裂與連續，2002年7月。陳昭如，性別與國民身分——台灣女性主義法律史的考察，台灣大學法學論叢，35卷4期，2006年7月；陳昭如，法律東方主義陰影下的近代化——試論台灣繼承法史的性別政治，台灣社會研究季刊，72期，頁93-135，2008年12月。

<sup>21</sup> 陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，2007年12月；陳惠馨，法律敘事、性別與婚姻，2008年3月。

及實證性的研究填補建構。

施慧玲教授以及高玉泉教授<sup>22</sup>脫離上述法律史或法制史的分析角度，開啟另外一種法律與社會研究的可能。他們的研究提出「法律的政治經濟分析」以及「法律的社會效果」等法律與社會議題，並且以兒童人權、國際人權、法律與發展或者法律全球化的視角，開拓法律與社會研究的可能性。這些研究隱約可以看出其來回於法律與社會概念以及社會理想實踐的努力成果。

其他法學界中法律與社會研究包括訴訟實務統計資料的分析研究（例如陳聰富教授<sup>23</sup>的論文）、國家制定法與民間習慣的歷史社會學分析（例如林端教授<sup>24</sup>的論文）、特定法領域法律與社會的脈絡分析（例如郭明政教授<sup>25</sup>、張志銘教授<sup>26</sup>的論文）、立法政策的

---

22 施慧玲，「超國界」家庭法律社會學之教育理念，載：認識超國界法律專文集，頁79-96，2004年12月；施慧玲，論我國兒童人權法制之發展——兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動，中正大學法學集刊，14期，頁169-204，2004年1月；施慧玲，家庭法律社會學論文集，2004年9月。高玉泉，國家發展與法制改革——西方「法律與發展」理論的回顧與省思，月旦法學雜誌，37期，頁103-115，1998年5月；高玉泉，法律的政治經濟學——一個跳脫傳統理論的法學新領域，台灣法學會學報，21期，頁19-35，2000年；高玉泉，論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由——從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期，頁51-62，2002年；高玉泉，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，中正大學法學集刊，11期，頁3-61，2003年4月。

23 陳聰富，法院訴訟與社會發展，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學，10卷4期，頁435-492，2000年10月。

24 林端，「國家制定法」與「民間習慣法」——台灣「祭祀公業」的歷史社會學分析（I），法制史研究，1期，頁117-151，2000年12月；林端，「國家制定法」與「民間習慣法」——台灣「祭祀公業」的歷史社會學分析（II），法制史研究，2期，頁193-216，2001年12月。

25 郭明政，一個充滿危險的策略——對「勞工退休金條例草案」採行個人帳戶制之疑慮與批評，政策月刊，48期，頁28-33，1999年7月；郭明政，勞退新制之

敘事分析（例如李佳玟教授<sup>27</sup>的論文、王曉丹教授<sup>28</sup>的論文、官曉薇教授的論文）、法官審判實務的量化以及質化研究（例如劉宏恩教授<sup>29</sup>、王曉丹教授<sup>30</sup>的論文）、司法統計以及實證資料的量化分析（例如黃國昌教授<sup>31</sup>的論文）、法院審判田野調查的法律文化分

---

政策形成與立法過程之分析，台灣勞動法學會學報，5期，頁270-316，2006年6月。

- 26 張志銘，轉型期中勞動立法的調適之道，理論與政策，3卷3期，頁41-54，1989年4月；張志銘，從基礎保障看工業國家的年金改革，載：年金制度及其法律規範，頁71-102，1999年6月。
- 27 李佳玟，死刑在台灣社會的象徵意涵與社會功能，月旦法學雜誌，113期，頁110-159，2004年10月；李佳玟，近年來性侵害犯罪之刑事政策分析——從婦運的角度觀察，中原財經法學，14期，頁43-112，2005年6月；李佳玟，女性犯罪責任的敘事建構——以鄧如雯殺夫案為例，台灣大學法學論叢，34卷6期，頁1-56，2005年11月。
- 28 王曉丹，台灣親屬法的女性主義法學發展——以夫妻財產制為例，中正法學集刊，21期，頁1-36，2006年9月；王曉丹，從法社會學的觀點論女性主義立法行動——女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌，東吳法律學報，19卷1期，頁51-78，2007年7月。
- 29 劉宏恩，我國法院對婚姻暴力問題之態度——台灣受虐婦女以「不堪同居之虐待」訴請離婚之司法實務，萬國法律，88期，頁41-58，1996年8月。Hong-en Liu, *Custody Decisions in Social and Cultural Contexts: In-Depth and Focus Group Interviews with Nineteen Judges in Taiwan*, 17(2) COLUMBIA JOURNAL OF ASIAN LAW 225-305 (2004).
- 30 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，頁1-70，2008年12月；王曉丹，法律論證事實的脈絡分析——以越南婚姻移民婦女之「家庭暴力」為例，法學新論，14期，頁59-85，2009年9月；王曉丹、林三元，法律移植與法律適應——婚姻受暴婦女民事聲請通常保護令裁定之分析，思與言，47卷4期，頁83-131，2010年3月。
- 31 黃國昌，律師代理對民事訴訟結果之影響——理論分析與實證研究間之激盪，中研院法學期刊，1期，頁45-104，2007年9月；以及黃國昌，逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁——是「效率」還是「公平」？，台灣大學法學論叢，37卷

析（例如王曉丹教授<sup>32</sup>的論文）、法人類學的研究（例如容邵武教授<sup>33</sup>、郭書琴教授<sup>34</sup>、Jeffrey Martin教授<sup>35</sup>的論文）、文學創作的言說分析（例如黃丞儀律師<sup>36</sup>的論文）等等。一些相關概念的本土意涵也逐漸成形，包括法意識、法與權力、法文化等，不過在理論概念以及方法論的層次上還有待整合。

基於上述台灣學界法律與社會研究的累積，本文嘗試提出一個傳承於以往而有其特有性的研究視角。首先，不同於法制史或法律史的研究，法律與社會研究可以純粹是針對當代法律與社會的研究，但是同時也可以從法律史以及法制史的研究當中汲取法律與社會關聯性的養分（包括法律繼受的歷史、法律發展的多源與多元性、法律發展變形的方式等等）。其次，法律與社會研究必然要涉及當代國家社會裡「法治」的議題，因此社會團體的法律主張以及

---

2期，頁189-232，2008年6月。

32 王曉丹，當代台灣法律文化的轉化——以家暴保護令審理庭為例，載：2008司法制度實證研究，頁389-444，2009年8月；王曉丹，聆聽「失語」的被害人——孰識者強暴司法審判中的性、權力、暴力與法律，台灣社會研究季刊，出版中。

33 容邵武，九二一地震台中東勢重建的土地問題——一個法律人類學的觀點，載：災難與重建——九二一震災與社會文化重建論文集，頁317-346，2004年。以及容邵武，文化、法律與策略——鄉鎮調解過程的研究，台灣社會學刊，38期，頁57-104，2007年6月。

34 郭書琴，法律人類學之理論與方法初探——以外籍配偶為例，法律思想與社會變遷雙年刊，1期，頁215-254，2008年12月。

35 Jeffrey Martin, What Kind of Legal Theory Best Fits an Anthropology of Taiwan's Police?, 法律的跨界研究研討會，暨南大學人類學研究所主辦，2008年4月26日。Jeffrey Martin, *A Reasonable Balance of Law and Sentiment: Social Order in Democratic Taiwan from the Policeman's Point of View*, 41(3) LAW & SOCIETY REV. 665-98 (2007).

36 黃丞儀，「金水孀」的處分權主義——法律的文化研究初探，思與言，40卷3期，頁149-222，2002年9月。

法律與社會連結的努力，經常可以是觀察以及研究法律的重要田野場域，事實上，許多法律與社會研究的學者都會與社會團體或政府機關有所聯繫，以豐富法律與社會研究的經驗與研究想像力。此外，法律與社會的研究必然要在西方法律與社會的文獻當中尋找養分，借用某些概念分析台灣的實證性資料並且加上本土的豐富資料。例如，「糾紛」的法社會學解釋、法律的「性別」「權力」「種族」議題，或者法律與「社會運動」間的關聯性等等。最後，法律與社會研究必須積極與法釋義學對話，從中建立對話的語言與平台，在彼此對話當中找到法律實踐的社會意涵，並且能夠有能力共同轉變法律繼受的法律規定以及法學研究的現實困境。

以下將進一步論述此種企圖改變台灣法社會現實困境的法律與社會研究之議題與可能內容<sup>37</sup>。

### 參、法律的社會動員

刑事被告的人權爭議、特殊疾病者的人權議題、職業災受害者的人權事件、學生不該受體罰的人權主張、原住民土地使用權的爭端、女性工作是否受到性別歧視的抗爭等等，這些都是我們社會熱切關注的議題，而這些議題也都進入了法律程序。

法律，一直是一個場域，提供我們主張與辯論，上演著社會理想與利益集團的故事，也交織著精神抗爭與社會結構的現實。在台灣，蘇建和案集結了民間司法改革的力量，控訴刑事訴訟程序對人

---

<sup>37</sup> 本文所提出的三個主要議題，恰與Engaging the Law in China這本書第一章所提出的相類似，作者在寫完本文之後閱讀此書，得到許多啟發，並從此啟發中進行本文的修訂。參閱Neil J. Diamant, Stanley B. Lubman & Kevin J. O'Brien, *Law and Society in the People's Republic of China*, in ENGAGING THE LAW IN CHINA: STATE, SOCIETY, AND POSSIBILITIES FOR JUSTICE 3-27 (2005).



權的漠視現況，法律程序一走走了二十多年；樂生療養院的爭議讓我們看到當年強制隔離治療痲瘋病人的處境，律師代理向日本政府求償，並且向地方法院以及行政法院主張拒絕搬遷；美商RCA來台設廠二十年，因為違法傾倒有毒廢料及有機溶劑，而受到職業災害的人數超過一千人，律師協助蒐證將提出跨國告訴；教育部公布禁止體罰的法令，引起基層教師的反彈，甚至連家長都有反對聲浪，法院也少有對老師提起公訴的案例；亞洲水泥三十多年前為了開採太魯閣礦區並製造水泥，以協調會的方式告知政令，並簽訂租約續約至今，但是於土地耕作簿上仍有多位地主有耕作權，一九九八年台灣省原住民委員會以原住民保留地管理人的身分，向四十七位相關地主提起塗銷耕作權之訴；某位大學教授於爭取宜蘭校長時，教育部的遴選委員會在面談時讓其覺得遭到羞辱，主張受到性別歧視的不當對待，要求精神上的損害賠償。

於是，我們很想問，運用法律促成社會正義的可能性在哪裡？如何在法律裡實現政治自由？以審判為例，問題意識在於，社會案件進入司法程序之後，是否能夠確保理想中法律該有的積極性與進步性？法官審判是否能夠深入事實脈絡，與法之目的對話並且挑戰現有的社會結構？從外部分析來看，我們如何能夠相信現有的法律制度不是在為現有的秩序找尋正當化理由？

法律的社會動員（mobilizing the law）關聯模式簡單說可以有兩種極端的理想類型（ideal type）。第一種理想類型法律純粹作為統治的工具，法律既不是以基本人權作為設計與操作的基礎，也不是中產階級興起爭取政治權力的產物；相反地，法律可能掌控在某些特定集團手上，以國家權力集中的方式呈現（例如德國俾斯麥時代以及日本明治時代）；第二種理想類型法律作為一種機制，不斷進行社會中資源分配的公平化調整，以及法律授權之後權力的節制，因此法律與社會動員的關係不斷具有動態連結與調整的性質，

法律具有某種「賦權（empower）」的特徵，這裡的賦權同時指對公民而言以及對國家而言的法律功能。

以上述兩種理想類型為討論的框架，我們可以將當今台灣法律與社會的進程描述為從第一種類型往第二種類型的過渡階段，也就是一種「後威權（post-authoritarian）的法律與社會動員關聯模式」。在此種後威權的法律與社會動員關係模式之下，藉由法律所提起的爭論往往可以解釋為對既有威權的挑戰，嘗試透過「法律權利」的概念訴說現實的不公平。然而，此種訴說受限於法律架構以及法律語言，有時反而產生問題狹窄化的結果；再加上現實的威權關係，是否訴諸法律操作也受到許多威權關係的制約。我們必須正視造成法律現實與法律理想之間差距的結構性與制度性因素，法律有時只能在既有制度下如何對受害人的權利進行補救，但是有些損害其實就是由制度本身的缺陷造成的。一個真正積極的法律分析應該關注制度改進的問題，法律才有可能發揮民主化潛能，進而改變制度結構上的因素<sup>38</sup>。

以下我以二〇〇二年公布施行的兩性工作平等法（二〇〇八年一月修正為性別工作平等法）為例，論述性別歧視評議與訴訟案件的法律與社會動員關聯模式，簡述我們可以觀察與分析的角度。

如果我們檢索司法院網站所提供的司法判決資料，絕大多數

---

<sup>38</sup> 昂格爾（Roberto Mangabeira Unger）相信，法律分析應該成為法律技術人員和廣大公民階層之間的對話。這種對話不應僅僅向公民通知法律的現在，而且應該誘發不斷進行制度修改的程式，即指出不同的途徑和選擇，並將其寫入未來的立法承諾之中。他主張法律與民主社會的公共對話之間的關係，也就是技術專家同普通民眾相互合作的新型關係，其中描繪是對社會的探索，批評是對「公開提倡的社會理想與對社會的綱領性的承諾之間的不和諧」的探索。參閱昂格爾（Roberto Mangabeira Unger）著，李誠予譯，法律分析應當為何（What Should Legal Analysis Become?），頁118-155，2007年4月。

「性別歧視」案件，爭訟的範圍都是該法第十一條因為懷孕被解僱的類型，幾乎找不到第七條到第十條關於招募、甄試、進用、分發、配置、考績、升遷、教育訓練、福利措施、薪資給付等性別歧視的案件。缺乏這些訴訟案件樣態的原因，當然不是因為現實社會欠缺這樣的事實類型，而是因為只有懷孕歧視的事實比較明顯而容易被證明。除了證明的因素之外，也存在著「認知」面向的議題，也就是在我們這個社會中，或許什麼樣的行為構成「因為性別而有差別待遇」，對於不同的人而言，會有極大的爭議，這方面的討論不僅缺乏適當的公共場域討論，更加沒有展開有意義的公民辯論。

然而，還是有許多自認為遭到不公平對待的女性員工依照性別工作平等法提起申訴，觀察這些提起申訴的個案，申訴者其實面臨嚴酷的現實考驗。有些申訴者的意見之前在勞資會議中就會提起（例如為何員工休假、特休、例假等都發給績效獎金，但是產假就不發給績效獎金呢？），但是資方可能動用表決的方式撤案，如果將此主張申訴到縣市政府的勞工局，可能會被駁回，同時雇主會以其他理由將申訴者記過。那麼，申訴者究竟要拼著被解僱失業的風險，還是選擇為五斗米折腰而禁聲禁語呢？從申訴者的抗爭風險可以歸納出一個現實的可能性，也就是真正會提起訴訟的人，往往是社會資源比較豐沛，比較可以經得起風險的人。

性別工作平等法的確透過法律的適用過程，確認了性別歧視的具體意涵。然而，這個具體意涵或許限縮了性別不平等的射程範圍。正如上述，當我們把性別歧視現實意義的定義權交給法院，而真正進入訴訟的案件類型又偏向於較有資源者的經驗時，法律不可避免地將產生合理化社會性別不平等的功能，它將會限制我們發掘工作場域性別不平等的想像力，同時也減低我們論述性別不平等的的能力。於是，運用法律扭轉工作性別不平等的行動，變成一種悲觀的保守主義論調，它既帶領我們緩慢改變，也要求我們相信經濟競

爭與自由選擇能夠帶來平等繁榮的承諾，而最後失卻的，是我們創造規範與挑戰體制的能量。

回過頭來從概念上來說，法律適用過程的研究企圖把法社會現象至於社會與歷史的總體過程中考察它們的產生、變化和發展。我認為從事此種法律與社會動員關聯模式的研究，可以從觀察以下幾點法社會性現象開始：

一、特定法律制度落實於社會生活中，權利語言的產生與進行，如何與歷史傳統上的道德以及倫理規範產生關聯（法律適用與否、法律適用過程產生的言論、行為、爭議與氛圍、對當事人雙方處境的影響等等）？也就是為什麼某些法律抗爭可以形成社會動員的力量，而某些議題卻無法有這方面的連結？

二、這些值得注意的法社會現象，產生於何種社會文化結構之下（例如性別、階級或者種族的不平等，或者社會福利資源分配不均等等）<sup>39</sup>？該等法律或許意在挑戰某種既定的社會安排方式，而這些值得注意的法社會現象則是一種抵抗改變或者籲求改變意識之下的產物。

三、這些社會文化結構是否同時影響了法律運作的過程？以司法程序而言，「法律事實」的產生，以及「法律規範」的找尋，是否受到該等社會文化結構的影響？甚至「法律論證」本身與該等社會文化結構具有密切的關聯性，甚至是處於一種「共構」的關係？

四、一方面研究具體案件如何得到合理而公正地解決，一方面研究以法律的方式解決關於社會結構的問題，其中的侷限性在哪裡，並從中思考法律發揮其更大功能的可能性。進而開啟法律與政治、法律與民主、法律與社會變遷之間關聯性的知識討論。

---

<sup>39</sup> NAURO F. CAMPOS & JAN FIDRMUC, *POLITICAL ECONOMY OF TRANSITION AND DEVELOPMENT: INSTITUTIONS, POLITICS, AND POLICIES* (2003).

五、這些與社會結構（不平等或不自由等）密切相關的法律爭議，是否促成或者反映了某種意識上的轉變，彰顯出整體社會某種特定的權利文化，同時也促進台灣後威權的法律與社會動員關聯模式的動態發展與學習歷程，由法律作為統治工具，轉變為法律具有創造與改變的動能。

總之，法律與社會動員關聯模式的研究是一種關於法律功能之階級、性別、種族等的分析。分析的對象不只是審判行為，還包括法律制度（契約制度、仲裁制度、破產制度、社會福利制度）的功能，以及法律機構（法院、仲裁機關、公證處、律師事務所）的功能<sup>40</sup>。所謂的法律功能包括該等法律是否能夠達成特定立法意旨的

---

<sup>40</sup> 舉例而言，以下的新聞報導可以分析刑法第227條的法律適用過程，本條立意雖然在於保護未滿十四歲之少女，卻無奈在此條的規範之下，成為父權控制下的搖錢樹，從中可以看見刑法保護、性別結構與父權控制之間的互動關係。該新聞摘要如下：彰化縣一名林姓國中女生，自稱與三人發生親密關係，她父親報警並與其中兩人和解，拿到一百多萬元遮羞費；最近又要女兒交出「第四人」，她認為父親把她當搖錢樹，虛構網友身分並謊編車號，父女被車主吳姓男子反控誣告。少女日前和父親到警局時，私下告訴承辦員警：「我吃上官司無所謂！希望父親不要食髓知味，把我當搖錢樹，強要錢。」林父說，他很坦然，並未將女兒當搖錢樹，並認為彰化警方辦案不力，才會讓他們父女被控誣告。彰化警方說，九月間，林姓少女由父母陪同到警局報案，指控李姓上尉於七、八月間與她發生性關係。因少女未滿十四歲，李被警方依妨害性自主罪嫌移送彰化地檢署，再移台中軍檢署偵辦，民事部分以八十二萬八千元和解。警方說，林父當時為讓李姓上尉難堪，在出庭前還向媒體爆料，以致李姓上尉出庭的相片被刊在報紙上。十月中旬，林姓父女又報案，林父指女兒上學期與學校陳姓男老師有親密行為；陳姓老師到案時雖否認，但少女卻指老師的左大腿有痣，男老師也被函送法辦，林父要求以二十萬六千元和解，男老師還未同意。十一月中旬林姓男子又帶著女兒三度報案，指八月間她曾與陳姓高中男生發生性關係，陳姓高中男生到案坦承暑假期間在林女家中「嘿咻」，但是兩情相悅；陳姓高中生也函辦，林父拿出六十萬元和解。警方說，本月初林姓父女四度上門，林父說：「還有第四人欺負我女兒，快把他找出來。」林女告訴警方，對方是王姓男網友，開車載她到汽車旅館發生性關係，還清楚說出車號及

正義實現、糾紛解決、利害調整、資源分配、權利保障，或者社會控制的目的。

### 肆、法律的文化解釋<sup>41</sup>

社會變遷、國家轉型、全球化競爭的時代背景之下，社會各類糾紛數量激增，種類也日趨複雜。舉凡勞資糾紛、管理糾紛、民事糾紛、經濟糾紛、專利商標糾紛、行政糾紛、消費糾紛、醫療糾紛、刑事糾紛、交通事故糾紛、鄰居糾紛、朋友糾紛、家庭糾紛等等，這些都困擾著我們的生活，也考驗著我們解決糾紛的智慧。

法律，廣義說來，它不是教科書的法律爭議或大法官會議解釋，不一定要充滿了繁複的程序和儀式，也不應該充斥著深奧的語言和論證。法律應該存在於日常生活中，透過語言的溝通與說理，幫助我們決定如何安排人與人之間的關係<sup>42</sup>。進一步的問題就是，法律是否能夠扮演好這種定爭止紛的社會角色？法律是否有提供我們完善的語言或者機制，以協助建立避免或消止人與人間爭執

---

地點。警方依車號查出車主是高雄市吳姓男子，他到案後否認認識少女，並提出不在場證明，警方也查無他在汽車旅館的出入登記；吳反控誣告。少女獲悉被告，和員警閒聊時，承認「根本沒有第四人」，並說是父親一再強逼，她才亂掰。「李上尉、陳老師比父母更關心我，陳姓高中生是我的男友，他們不像父親，把我當『搖錢樹』。」林女說，她與網友發生關係是兩情相悅，是父親要她指控遭強暴。警方說，林女外型清秀，功課中等，常上網聊天，利用父母晚間加班溜出去會網友，甚至帶網友回家發生關係。參閱聯合報，父要遮羞費國中妹劈3男 虛擬4號情人，A13版，2007年12月25日。

<sup>41</sup> 此處「法律的文化解釋」之用語乃是借用梁治平教授的書名。參閱梁治平編，法律的文化解釋，1994年10月。

<sup>42</sup> MATHEW JOHN & SITHARAMAM KAKARALA, ENCULTURING LAW: NEW AGENDAS FOR LEGAL PEDAGOGY (2007).

的模式<sup>43</sup>？

上述各類型的社會糾紛如果要透過法律來解決，必然要考慮到糾紛所處的社會文化脈絡。每一種糾紛都可能可以理解為法律進入某一種社會文化脈絡。例如，法入校園解決校園體罰事件的爭議、法入家庭介入家庭暴力事件、法入勞資關係以界定相關爭議、法律介入土地使用的爭議，以及法律介入人們日常交往的語言互動關係等等。這些都必須將社會關係中既有的校園歷史文化、家庭歷史文化、勞資歷史文化、土地使用歷史文化，以及人際交往歷史文化等等列入考量；法社會學關於糾紛解決過程的研究是必要將日常生活中的法律放在「一個意義之網」<sup>44</sup>之中解釋，從人內部視野的不同，理解不同的法律文化。這部分除了著重法意識／行為的研究之外，還要強調法律運作內部不同角色之間的互動關係，分析法律議題是如何被定位與討論。

既然研究的焦點落在各個主體的行為、決策與互動關係，首先要注意到的便是人們理解和利用法律的方式，也就是「法意識」。有些對法意識的研究是透過對法律態度的調查而進行，但是這樣的研究假設每一個人對法律有一個系列且穩定的解釋，甚至假設人們對法律的立場存在於可以意識到的明確領域，所以人們對法律的態度可以通過設計的問題被導引出來。然而，事實上法意識乃文化的一部分，包含每種個案類型的情境，以及這種情境被理解的方式

---

<sup>43</sup> 關於糾紛解決的法社會學研究，中國已有專書論著。參閱徐昕主編，*糾紛解決與社會和諧*，2006年12月；范愉，*糾紛解決的理論與實踐*，2007年11月；左衛民等，*變革時代的糾紛解決——法學與社會學的初步考察*，2007年10月。

<sup>44</sup> Geertz指出，「正如韋伯所說，我相信人是一種被他自己所編織的意義之網所羅織的一種動物，我將文化視為這些網，而對文化的分析，因此，則非一種追尋法則的實驗科學，而是一種探索意義的詮釋科學。」CLIFFORD GEERTZ, *THE INTERPRETATION OF CULTURES: SELECTED ESSAYS* 5 (1973).

等，僅就問卷式的態度調查，無法呈現出法意識永遠處於動態且行動中的真實面貌。因此，法意識的研究必須避免人們對法律的態度是明確和穩定的假設，此種研究必須將研究對象轉為在行動中所呈現的法意識及其改變過程。

換句話說，糾紛解決過程的研究不應該研究人們「靜態」法律態度的傾向，而應該研究在紛爭中主體針對個案「動態」的行為與主張。當人們到了法院之後的主張和行為，透露了某種法意識，而到了法院之後可能發現，發生在他們身上的故事，在法院的眼中可能與他們的預期相矛盾時，人們可能會有創造和反抗的可能，而這些過程都會影響到人們定義自己遭遇的方式，從而改變其法意識<sup>45</sup>。

除了法意識之外，法社會學研究也深入法律在糾紛解決過程中「個人經驗」層次的象徵性意義。簡言之，糾紛的過程是一個爭論的過程，爭論的內容是關於對社會關係和社會事實的解釋，當事人雙方都努力地對事實進行描述和評價，第三方（往往是法院）則會透過強制性的力量控制事實的意義與評價結果，在這個意義上，法律代表了一系列非常重要的象徵性意義，我們可以將糾紛看成是一種信息交換的過程，或者一種創造意義的互動過程。

以下我將以家庭暴力防治法保護令的審理過程為例<sup>46</sup>，簡述我對於此種法律的文化解釋研究的初步法社會性觀察。

我曾經與助理旁聽過地方法院三十個保護令審理的開庭狀況<sup>47</sup>，我們發現聲請人提起聲請的原因往往不只是現代法之下「身

---

<sup>45</sup> 薩利·安格爾·梅麗 (Sally Engle Merry) 著，郭星華、王曉蓓、王平譯，訴訟的話語——生活在美國社會底層人的法律意識，頁1-29，2007年4月。

<sup>46</sup> 美國脈絡的相關研究，參閱 ROSEMARY C. HUNTER, DOMESTIC VIOLENCE LAW REFORM AND WOMEN'S EXPERIENCE IN COURT: THE IMPLEMENTATION OF FEMINIST REFORMS IN CIVIL PROCEEDINGS (2008).

<sup>47</sup> 此部分的初步研究成果，參閱王曉丹，同註32，頁389-444。



體權受侵害」這麼單純，其原因會包括許多社會文化面向的因素，例如因為「過不下去想離婚」（對婚姻不抱存希望）、「希望女兒去看精神科醫生」（媽媽自責沒照顧好女兒使她性情大變）、「小孩已經長大」（已經隱忍了十六年）、「將外遇者踢出家庭」、「搶奪監護權」等等因素。這些因素都糾結於台灣複雜的社會文化家庭倫理關係之內，但也因為這些人進到了法院主張權利，這同時展現了現代法協助人們突破傳統卻又呈現傳統意識的複雜現象。

我同時也觀察到這個過程對男性和女性呈現出不同的意義。男性作為法庭上的相對人，往往抗拒法入家門，主張以家庭倫理來評價系爭事實（例如雙方婚姻圓滿，只是對方常常不守婦德，作為抗辯聲請不合理的正當理由），男性通常處在於驚訝、抗拒、堅持或衝撞的一種心理狀態；而女性作為聲請人，法律其實扮演了一個幫助其發聲，並且引導其主動要求改變的角色，而透過外在決定上法院聲請的改變，逐漸構成其建立新主體性的可能環境。

有趣的是，觀察法庭上的對話過程，當事人的論述往往會被法官打斷，而法官所問的問題可以歸納分析成一個具有邏輯結構的語句，這個語句特性是一種線性結構的鋪陳，法官首先會問被打的時間地點，再問有無驗傷單或證人，最後問希望請求哪一種類款項的保護令。不同類型的法官當然具有不同的風格，有些法官會堅持這種問話邏輯，鉅細靡遺不斷將當事人拉回這條線性軌道上；有些法官只是形式上問問這些問題，但也不讓當事人做其他的發揮；有些法官該問的問完了之後，仍會在語言的使用以及態度上不小心洩漏審判者自身對家庭倫理的預設；有些法官會先入為主判定核發與否，然後決定這條線性軌道要如何鋪陳。

法庭審理過程同時也是一個「語境」轉換的過程。例如，當聲請人被問到希望如何時，可能會說「希望他自我控制」，這是一種一對一、二人式的表達溝通，但是當這句話在法庭上表達時，很可

能被轉譯為「希望對方不可侵害我的身體權」，當權利的概念進入敘事的語境時，二人關係也逐漸演變成三人關係，也就是法律作為客觀的存在，透過法官訓示相對人不得侵犯他人身體，並且宣示這是不可扭轉的基本原則。另外舉一個法庭上的觀察，聲請人常常會想進一步追問「如何讓前夫的戶籍遷出」、「如何保證相對人給付生活費」、「如何避免被跟蹤」，甚至「如何主張離婚」等議題。此外，聲請人常常藉由說明自己已盡賢妻良母的責任，期待一個包山包海解決實際問題的「包青天」，而法官面對這種狀況，常常無奈於法律規定家暴案件原則上不得進行調解（家暴法第四十七條）、家暴法可能導致離婚、卷宗資料過於簡化等因素，法官擔負著不可承受之期待，某種程度上必須把此種「包山包海」的審判觀，轉換為「權利有無」的判斷。

看似現代的劇碼，其實潛藏著傳統倫理觀念的色彩。怎麼說呢，法官除了「依法審判」之外，同時也會擔負著、從事著各種不同的工作。例如，法官有時會成為解釋法律、教導法律的人，當法官問當事人是否要「禁止騷擾」時，有的當事人會問「什麼是騷擾？」，法官會以教導的語氣說「就是叫他不做妳不喜歡的事情」，然後當事人欣然同意；有時法官見到聲請人情緒激動幾乎熱淚盈眶時，又會扮演安撫情緒的人，要聲請人放寬心，不要想太多，好好過自己的日子；有時法官也會轉身一變，成為道德傳播者，要夫妻之間多忍讓，不要隨便頂撞對方，一切以和諧為主。

上述這些傳統倫理與現代審判的遭逢、跟台灣家庭結構變遷以及倫理規範發展之間的糾葛，以及與台灣法律繼受的法學教育與審判現狀之間的關聯性，都有待進一步觀察、論述與研究。

回到理論概念的層次，糾紛這一語詞，將關注點從法律條文、法律制度，轉移到了行為、糾紛的社會背景，以及糾紛解決的過程，不但要對過程進行描述，還要對意義系統進行研究。我認為從

事這方面的研究，可以從觀察以下幾點法社會性現象開始：

一、考察形成法律問題的過程，尤其著重歷史文化脈絡：為什麼會有這類的糾紛產生，與何種歷史發展因素相關？當事人在什麼情況下會忍忍就算了，什麼狀況下又會走上法院（或其他機構），原因以及考量的因素為何？這牽涉到原告何種歷史文化脈絡？相關事件對其的影響可以被賦予什麼意義？

二、問題的法律化過程：人們把問題送到法院（或其他機構）之前，必須使之概念化，成為一個法律問題，也就是將自己的理解與法律範疇聯繫起來。在這過程中是否以及如何得到警察、朋友或政府工作人員的幫助，給予某種程度的建議，並形成藉由法律解決的某種意識。

三、糾紛如何表達？人們在法院體系（或其他機構）紛爭的呈現，是一種從社會關係語言到法律關係語言的過程。當事人談的不是法律關係，而是某種社會關係，例如朋友關係、親戚關係、雇主／雇員關係、老師／學生關係、陌生人關係等等；法律的語言會有類型化的傾向，例如不當得利、侵權行為，或者契約不履行等等<sup>48</sup>。進一步而言，原告的主張，常常關聯於其怎樣看待自己、如何評價周圍的社會環境、處理事務與保護自己的能力，以及塑造自己良好形象的能力；而這些，在通過法庭（或其他機構）語言的呈現之後，或多或少會有一些轉變，被法律語言所影響。

---

<sup>48</sup> 舉例而言，家暴保護令的聲請，暴力雖然是法律語言論述的主軸，但婚姻問題往往才是原告上法院的目的，有時是對惡言相向性情爆烈的配偶的抗議甚至要求離開，有時可以退而求其次要求戒酒與改過。而被告的男性對暴力的反應，往往強調原告的無理或「不守婦道」，或者不承認暴力行為，就算承認也多半將之歸罪於太太不是一個稱職的太太。而這些法律意識到了法庭之後，勢必在與法官的問答中，轉變成暴力有無的抗辯。於是，夫妻關係的社會關係語言，轉換為暴力有無的法律關係語言。

四、當事人主張如何被理解？例如，在社會關係中，人們談論的是問題、麻煩、困難與鬥爭，但是法院（或其他機構）談的是案件，案件與前者不同，案件會有開始、發展與結束，而問題往往沒有，問題往往持續存在於社會關係之中，最終不是問題得到解決，而是當事人之間的關係得到重新的建構。當問題被當成案件之後，糾紛就被簡化為以行為為中心，而忽視了人們理解衝突的方式，尤其當中的文化脈絡意義。

五、考察當事人權力關係的轉換：從當事人間的關係考察法院的介入產生的影響，例如原告為弱勢的一方，希望主導較強的一方，或者處於支配地位的人，對於反抗者挑戰其權威的反應，法律的運用是要求變化與抵制變化的重要場域。而告上法院為原告提供了一個象徵性的權力，挑戰脆弱的權力關係或者鞏固自己的地位。

六、如何賦予法律與社會關係新的（符號）意義？法律事件的文化解釋往往與歷史發展密切相關，例如台灣的殖民歷史導致不同時期不同政體法制的轉變，造成特定制度（例如土地制度）的斷裂與延續，而人民在不同時期有不同的行為因應，最後成為當代法律糾紛往往與國家暴力或者不公平利益分配有關<sup>49</sup>。

法律文化的研究不只研究法律在個人經驗層次的意義，必然會碰觸到各種不同規範（尤其是傳統規範）對個人無所不在的控制。但是現代法律透過法律語言以及法律論證，所呈現的法律敘事往往超出當事人可控制的範圍，與傳統規範比較起來，在法庭的語言中現代法律似乎永遠處於優勢的狀態<sup>50</sup>。於是，法律的文化解釋所涉

---

<sup>49</sup> 具體的案例研究參閱王曉丹，*糾紛與台灣法律的現代性——以民事調解法律文化為例*，第一屆法律繼受下的訴訟外糾紛解決（ADR）：從威權到民主，政治大學法學院，2009年6月19日。

<sup>50</sup> 關於這方面的理論論述，參閱薩利·安格爾·梅麗（Sally Engle Merry）著，同註45；約翰·M·康利、威廉·M·歐巴爾（John M. Conley & William M.

及的象徵性意義往往是國家權力、社會權力、個人在化解糾紛中技術運用與策略安排的故事<sup>51</sup>。

## 伍、法律與國家組織行為

台灣自從一九八七年解嚴以來，國家社會面臨巨大的轉變，從一黨獨大權力集中於少數人的模式，逐漸擴大民間力量參與政府組織。因此，國家行為不再是一人意志或一黨意志之下的產物；相反地，國家行為必須被區分為各種層級的組織行為，而民間力量往往可以藉由不同的方式參與各種層級的運作。換句話說，從決策過程以及行為過程的角度來看，國家與社會二元論的區分在研究台灣的法律與社會之議題時，恐怕並不一定能夠作為分析的架構，因為民間力量在某種程度上滲透入國家組織行為，而國家組織某種程度仍然掌控著民間團體的思維與行動。

正因為此種法律與社會的難以區分，關於法律與國家組織行為的研究必須脫離僅僅是針對政治高層政策決定的研究，而必須進入低階層的公務體系運作過程，理解權力的運作以及被挑戰的方式，從中找到改變的機制與途徑。此種研究必須仰賴國家組織的人類學式的研究，研究者進入田野觀察紀錄各級國家組織運作的過程，將法律與政治權力分別開來，在具體的議題以及脈絡之下尋找「機會結構（opportunity structure）」，以便提出適當的法規制定或修

---

O'barr) 著，程朝陽譯，法律、語言與權力，2007年10月。

51 關於法律的文化解釋之法律案例的書寫，參閱梁治平，申冤與維權——在傳統與現代之間建構法治秩序，載：法治十年觀察，頁177-188，2009年9月；梁治平，被收容者之死——當代中國身份政治的困境與出路，載：法治十年觀察，頁189-205，2009年9月；梁治平，名譽權與言論自由——宣科案中的是非與輕重，載：法治十年觀察，頁206-231，2009年9月。

改，甚至創造新的程序與社會各界進行溝通，從中定義各種可能性以及發展適當的策略。

另一方面，台灣的法律在各個領域已經歷經至少二、三十年建制化的過程，法律規範所及的範圍深入社會生活的各個面向。我們翻開中華民國的六法全書，為了古蹟保存的法律有八個、規範建築業的法律至少有六十九個，涉及安全議題的法律更是高達一〇一個。這些林林總總的法規不但提供人們許多行為的準則，也促成了法律機構（例如各級行政組織、法院、仲裁、各種委員會等）運作方式的制度化，更增加了經濟、政治、社會生活的可預測性（predictability）。法國學者達維（R. David）指出，二十世紀的標幟「是一種依法為手段來組織和改革社會的新趨勢，法已不再被看作單純的解決糾紛的手段，而逐漸被公民甚至法學家們視為可用於創造新型社會的工具。」<sup>52</sup>

法律的工具性面向<sup>53</sup>，在許多與行政行為有關的法律中，其特

---

<sup>52</sup> 達維（R. David）著，漆竹生譯，當代主要法律體系，頁378，1984年11月。

<sup>53</sup> 法律的工具性面向與當代社會發展「社會法律化」以及「法律社會化」的趨勢密切相關。「社會法律化」指的是當代社會法律功能的擴張，隨著社會科技不斷發展，以及生產力不斷提高，當代社會正日益分化、流動化、複雜化，傳統的秩序機制逐漸失靈，社會生活更需要依賴具有明示性和普遍性的法律來進行組織和調節。例如，生殖科技的發展，促使許多不孕的夫婦能夠藉由新興科技達到生育的目的，而傳統父母子女的血源聯繫也必須依靠法律給予一套明確的規範，以避免社會問題並且能適當解決社會紛爭。「法律的社會化」指的是法律越來越以社會為著眼點，而針對社會新興現象與問題，發揮著日益擴張的功能，也就是法律制度需要對各種社會矛盾和變化，做出適當的應變。例如，「敏感科技保護法」決定何種技術可移往大陸，要有適切的立法規範，勢必對於產業科技有相當的瞭解，才能知道禁止科技知識移往大陸的經濟因素，而且要知道這些經濟因素之發展的社會脈絡，會產生何種影響；另一方面，還要理解相關法律技術（行政罰鍰、刑事犯罪或民事關係）對於此法律欲達到目的之實現可能。

性更為明顯。工具性的法律必須時時觀照著目的是否達成，法律既然是一個工具，就允許按照不斷變化的情況進行解釋和修改<sup>54</sup>。然而，如何解釋？如何修改呢？讓我們先看看現狀吧。曾經聽一位建築商說，在某市要合法蓋房子，一定要拿到清理廢土的證明，而清理廢土一定要找合法的廠商，在某市就只有兩家，這位建築商說，這不是官商勾結或圖利廠商是什麼？還沒開始蓋房子之前就白白送十幾萬元出去？然後這位建築商繼續說，法規這麼多這麼複雜，也不能怪許多人都在驗收完之後，會再重新把陽台打出去，以增加室內面積，更有不少人跟消防公司租借設備以供驗收，驗收完之後就歸還消防公司，以節省費用。

受規範者可能往往以「要件——效果」的公式來認識法律，採取只要表面上不違法就好的態度，對法律的理解還原到會不會被制裁的推測，然後根據這個推測作出策略和行動。我們面對這種以「要件——效果」的公式來認識法律的情形，往往得出制訂更加詳細規定和加強管理監督的結論。於是，法律越規定越複雜，越規定與法之目的間的關聯性越難以直觀想像，法律可能走向被過份固定化以及細則化的狀況。另一方面，受規範的人會根據被制裁與否的推測作出策略與行動，法規的執行者面對「執法不公」、「圖利廠商」的可能質疑，常以「機械的、嚴格的」執行為理想的法執行模式；一切依照法規行事，一切以法規的文字為準則，不容半點折扣。而這些，或許都是使法律與社會產生更大的摩擦，導致法治的實質上喪失之主因。重要的是，法律的施行過程包括法本身不能控制的一系列要素，而法社會學的研究就是要找出這些要素，並且設

---

<sup>54</sup> 莫瑞爾（Peter Murrell）討論了法律在俄羅斯社會轉型中的作用，從社會發展的角度看待法律作為一個工具的社會功能。PETER MURRELL, *ASSESSING THE VALUE OF LAW IN TRANSITION ECONOMIES* (2001).

法把法律本來的意圖融匯到執行過程中<sup>55</sup>。

以下我將以性別平等教育法的制定與落實為例，說明如何從事「法律與國家組織行為」的觀察。

性別平等教育法於二〇〇四年公布施行，當時制度上設計各級主管機關以及各級學校皆應設置性別平等教育委員會（第四條至第六條），第七條更規定「性別平等教育相關領域之專家學者、民間團體代表及實務工作者之委員合計，應占委員總數三分之二以上」。此種設計就是希望藉由新的基層組織的建立，廣納民間社會各界人士進入性別平等教育的政府決策組織。再加上性別平等教育法關於學習環境與資源、課程教材與教學、校園性侵害與性騷擾之防治等的權責規定，此法可以說是透過法律創造一個「機會結構」，讓更多人在法律的架構之下彼此產生關聯，以便共同思考以及實踐性別平等教育法背後的理念，以推動性別平等教育的政策目的<sup>56</sup>。

此時可以觀察的是，這些基層的行政單位（各級性別平等教育委員會）的組成以及運作狀況是否受到既有權力結構的影響，是否有反挫的力量出現，以及是否具有不公平的現象。舉例而言，性別平等教育法提供校園性騷擾性侵害事件一個正當法律程序，脫離以往由校內高層搓湯圓解決的模式，改由性平會以及其所授權的調查小組進行事實認定的工作。然而，在某些學校的法律運作過程，關於「約會強暴」的認定標準，類似的事實發生在學生之間竟然與發生在師生之間，沒有任何差異，這也就是在法律施行的過程中喪失

---

<sup>55</sup> GERALD M. KESSLER, *LAW AND LAW ENFORCEMENT ISSUES* (2007). JIM CHU, *LAW ENFORCEMENT INFORMATION TECHNOLOGY: A MANAGERIAL, OPERATIONAL, AND PRACTICAL GUIDE* (2001).

<sup>56</sup> 陳惠馨，性別平等教育法通過的時代意義——以法律的有限創造教育的無限，*全國律師*，9卷2期，頁74-87，2005年2月。



了此法關於校園內性別平等此事的核心關注焦點——禁絕老師利用權力不對等關係對處於弱勢的學生為不適當的交往或與性相關的行為。另外，我也觀察到為了落實這部法律，教育部從二〇〇四年開始舉辦了多場的初階、中階、進階的研習活動，每次都歷時二天或三天，這一、二年也開始展開個案研討會，藉由這些場合，讓法律的施行者得以互相分享在施行法律過程中所面臨的困境。此時，就有人提出校內長官不重視這方面工作而導致該法落實的欠缺資源，或者校長通常將此工作交由「諮商輔導中心」承辦，造成輔導兼調查的倫理上矛盾困境，因此進一步提議強化教育部「訪視」的效力，將之加入學校評鑑的項目，甚至以修法的方式解決。

此外，在性別平等教育法下所處理的「性平案件」，主要希望透過「行政調查」（而非刑事審判），釐清事實之後矯正不當行為，並且藉此促進校園性別平等的氛圍與文化。然而，某些性評委員對於「行政調查」的性質並沒有正確的認知，也因為缺乏對「性別專業」、「教育專業」的主體確信，始終處於一種怕被告的憂慮與恐懼當中，因而產生一種很弔詭的現象，如果行為人是背景顯赫或者精通法律的難纏菁英，那就輕輕放下，反之如果對方是冒汗膽怯或者手無寸鐵的學生，那就以道德的姿態重重處置。

我們當然不否認這部法律在校園裏面產生的正面效應，但是附隨而來的也有一些值得我們觀察的現象。例如，許多被申訴者在被調查的過程，打定主意矢口否認，因為他得到的訊息是一旦承認就完了，可能受到刑事法的制裁，於是，有時候申訴人要的只是一句道歉，或者甚至只是基本的尊重，卻在被申訴者不斷重申自己無辜當中，面對被申訴者不斷抹黑般地傷害；申訴者有時會被塑造成一個花痴或者恐怖的愛情報復者，那種被污名化的痛苦，恐怕更甚於提出申訴前。我們不禁想問，性平法的施行要以什麼方法扭轉這樣的現實，以真正落實性別平等教育法，這在法律施行規劃甚至修法

方面，可以如何改善呢？進一步新的「機會結構」要如何被找出或創造？我想這是台灣法律的社會與文化研究可以進一步發展的研究方向。

從概念的層次而言，我認為從事法律與國家組織行為的研究，可以從觀察以下幾點法律社會性的現象開始：

一、法律的設計如何規劃國家組織行為？實際的實踐與規劃的理想是否具有落差？國家與社會結合的方式具有何種特色？受到何種因素的影響？

二、法律落實過程施行者是否忠實地將立法精神予以適當地闡釋？也就是在將抽象條文具體化的時候，施行者是否能夠將其中的價值要素扣合著現實的因素，適當地具體化？

三、法律落實的過程是否有能力向被規範的對象進行學習？這包括施行者或規範制訂者是否有管道獲得關於具體狀況的信息或知識，以及是否有相關的技術能力處理以及利用這些信息？也就是施行機關是否能夠將所有的批評、不滿與提案，納入施行方案的考量當中，不斷改進現實的施行狀況<sup>57</sup>？

四、是否能夠創造一個激勵機制（市場、價值理念、社會輿論、團體壓力），使被適用者產生遵守法律的動機，使法律的實現增加一些倫理的色彩，並且給被適用者履行自己的社會責任以支持

---

<sup>57</sup> 例如賀欣在其文章中，基於一系列的經驗調查，考察為什麼外地來京工商戶沒有遵守有關執照方面的限制性規定，特別是為什麼他們傾向於向當地人租用執照。該文認為法律缺乏合法性確實使外地工商戶在決定是否守法時更多地考慮功利因素。但更為重要的是，本地的商業機構、執法人員、相關管理部門因為他們自身的利益不可分割地糾纏於其中。整個法律運作過程成爲一個平衡各方利益的均衡。這個個案因而刻劃了一幅法律是如何影響人們行爲的更爲複雜的圖景。賀欣，在法律的邊緣——部分外地來京工商戶經營執照中的「法律合謀」，中國社會科學，3期，頁91-103，2005年。

和鼓勵<sup>58</sup>？法律之施行是否能夠考量執法者以及被規範者，為了法律的施行而投入的人力物力時間等因素，並且反映在法律的施行規劃當中？

五、對於違法行為的發現、非正式勸告等緩和措施與制裁的課處，是否能夠適當地根據違法是否嚴重、給社會帶來的影響是否深刻、違法者是否有再犯可能等因素，而做出裁量？施行法律者是否可能對於受規範者採取一些事前商量，力圖獲取一些信息的行動，受規範者與施行法律者之間有何互動關係？

六、法律受益者或者欲保護者，是否能夠透過交涉與協商，取得自己決定法律應該是什麼樣的主體性位置？

換句話說，人民監督的重點，不再是法律有無被嚴格適用，而是施行過程中，法規範的價值是否被適當展開、是否有適當處理具體狀況的信息、是否創造被適用對象適當的激勵機制、制裁的方案是否經過適當選擇，以及法的施行過程是否能夠包容多元主義以及具體的生活世界<sup>59</sup>。

---

58 例如季衛東在其文章中指出，中國的秩序原理是強調信任的，根據法社會學的研究成果，信任的制度條件包括共同行為標準的客觀化、必要資訊的回饋和學習以及控制、自我呈現的行為、分工與合作、信用關係。該文指出，對這些規範、事實以及信任感之間的對應關係及其處理過程、方式進行經驗性的實證研究和法社會學的理論探討，比只是不斷地空談德治和誠信的價值指向更具有學術上的生產性。季衛東，法治與普遍信任——關於中國秩序原理重構的法社會學視角，法哲學與法社會學論叢，1期（總第9期），2006年2月。

59 舉例而言，法律規定身心障礙者定額進用制度，依身心障礙者保護法第31條第1項、第2項規定「各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在50人以上者，進用具有工作能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數2%。私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在100人以上者，進用具有工作能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數1%。」但是該法規的執行過程研究發現，許多企業寧願罰款，也不願意進用身心障礙者，從民國80年法律明訂「定額進用」制度，規定公部門每50人需進用一名身心障礙者；私部門每100

## 陸、結 語

現代性之下知識的形式與組織使得人被對象化，無法在知識運用的脈絡之下被尊重，法律也可能是一種將「人」客體化的過程<sup>60</sup>。我們急需累積本土的經驗性資料與分析，豐富台灣現代性之下的法律理解，並且從中找出改變的契機<sup>61</sup>。此時，法律之前的「人」並非「乾淨、漂亮、精緻而美麗」的「理想人」，而是鑲嵌於社會之網中的人，受到社會組織結構、特定性別階級種族經驗，以及充滿文化道德倫理意識的人<sup>62</sup>。唯有研究在這個意義之下

---

人需進用一名。未達進用標準，罰以缺額乘上基本工資（一萬五千八百四十元），作為身心障礙者的就業基金，至今這筆罰金，已累積超過新台幣一百億元。仔細歸咎原因，企業認為產能低落、反應慢、學習力差，是多數廠商拒絕進用身心障礙者，特別是智能障礙者的理由。此外，無形的管理成本很高。後續工作的調整，人員的協調，教導、管理，隱含的成本可能高於罰金。然而，根據某些企業的經驗，要符合法規又符合成本的方法就是「工作分節」。先讓身心障礙者做線外（off-line）的工作，他切割出一些簡單的工作項目，像是擦拭、簡易保養、量測等，過去這些瑣碎、又不得不做的工作是技術員和工讀生在做，直接影響產量的達成，但這些工作附加價值不高，讓一般技術員來做是人力上的浪費，現在則全面由身心障礙者接手。此時，身心障礙者的忠誠度以及穩定度也會位企業經營帶來正面的發展。參閱王茜穎，頤邦、摩斯靠「小天使」為企業增值，商周雜誌，1010期，頁88-90，2007年4月2日。

<sup>60</sup> 關於此種客體化過程的台灣本土法律實踐觀察，參閱陳惠馨，法律與生命——一個女性主義法學者的觀點，法官協會雜誌，6卷2期，頁74-87，2004年12月。

<sup>61</sup> 作者認為此種契機主要在於對主張權利者的支持，並且能夠從法學的角度探討其主張所具有的社會文化脈絡意義，從中理解台灣社會規範想像多重的困境，並據此能夠探討規則細緻化的可能性。參閱王曉丹，同註49。

<sup>62</sup> 吞理（William Twining）於1997年出版*Law in Context: Enlarging a Discipline*一書，提出擴大法律研究與教育的範圍，提出脈絡中的法律研究觀點，以及多元法學教育的理念。W. TWINING, *LAW IN CONTEXT: ENLARGING A DISCIPLINE* (1997).

「人」（法律制訂者、執行者以及受規範者）的處境與行為，才有可能解碼台灣當代法律、社會與文化的糾結，開創有利於台灣當代法治社會進展的研究。

該如何從事台灣當代法律與社會的研究呢？此種法社會學的研究不是僅僅去翻書，或者坐在研究室中與千里之外的外國作古之人交往。每一個法律的執行、適用以及糾紛解決過程，都不是一個單獨的個體，都牽扯到許多法律、社會與文化的密碼，都值得我們一步一步探索下去。因為之前比較少人進行以經驗觀察為基礎的法學研究，在這個世紀交替的時代裡，我們必須要走進這個充滿法律社會豐富資料的世界，跟著老師，帶著學生，前仆後繼地為台灣法學界做許多觀察和筆記，為法學界打開一個窗口。

台灣社會正經歷某種法律變遷與社會變遷的階段，所在的十字路口正是從傳統法制精神結構過渡到更具人性尊嚴的現代精神結構。法律的發展必然為時代的某種精神產物，要瞭解法律與社會的關係必然要透過耙梳過去社會在法制生活上的精神遺產<sup>63</sup>，也就是要將中國法制史以及台灣法律史對於過去社會的分析當成隱然的分析或者參照系統，必須在此系統上對當今的法律與社會現象做出解釋<sup>64</sup>。

具體而言，在此過渡階段上，必然要研究法律與社會動員關聯模式的現狀與進展機制，也就是研究法律對於人的限制以及創造性功能，而傳統規範系統中與此相關的部分必然成為重要的背景以及可能框架。此外，若要在法理上提出此種跳躍的關鍵，必然要對當

---

<sup>63</sup> 關於此種精神遺產，參閱張偉仁最新的英文著作，尤其是結論的部分（因為未得該書作者同意，因此暫不引註）。

<sup>64</sup> 陳惠馨教授認為除了參照中國法制史的研究成果之外，也必須以主體性的觀點閱讀及詮釋西洋法制史的發展歷程，從中思考台灣法律與社會的研究方法論。

今法律提出文化性的解釋，並且在各個團體之中找尋此種文化性解釋的素材，而這也可以從法制史的角度切入；也就是中國傳統法制大多數的法律皆由各種團體制定，我們的研究可以從此多重的規範體系<sup>65</sup>著手，為求探討當今的法律與社會現象，因而著重在法律文化的變形與轉折之關鍵。最後，我們還是要面對當今法律已經深入社會各階層訂出法律規定的現實，要改變法律與社會的模式必然要進行國家組織行為的研究，探討國家與社會的結合模式，而在傳統法制之下的模式已經屹立不搖數百年，台灣社會或許已然從實踐的現場進行改造的實驗，法律與社會的研究或許能夠藉由經驗與理論的探討提出以法律建立機制、促進社會正義、創造圓滿生活的可能性。

---

<sup>65</sup> 觀於此多重的規範體系，參閱梁治平，中國法律史上的民間法——兼論中國古代法律的多元格局，中國文化，15-16期，頁87-97，1997年。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 川島武宜著，王志安、渠濤、申政武、李旺譯，現代化與法，1994。
2. 王威，法律社會學——學科辨析與理論源流，2004。
3. 王泰升，台灣法律史的建立，1997。
4. 王泰升，台灣日治時期的法律改革，1999。
5. 王泰升，台灣法的斷裂與連續，2002。
6. 王泰升，台灣法律史概論，2版，2004。
7. 王泰升、堯嘉寧、陳韻如，戴炎輝的「鄉村台灣」研究與淡新檔案——在「法律與社會」研究取徑的斷裂、傳承和對話，載：法史學的傳承、方法與趨向，頁259-322，2004。
8. 王茜穎，顧邦、摩斯靠「小天使」為企業增值，商周雜誌，1010期，頁88-90，2007。
9. 王曉丹，台灣親屬法的女性主義法學發展——以夫妻財產制為例，中正法學集刊，21期，頁1-36，2006。
10. 王曉丹，從法社會學的觀點論女性主義立法行動——女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌，東吳法律學報，19卷1期，頁51-78，2007。
11. 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，頁1-70，2008。
12. 王曉丹，法律論證事實的脈絡分析——以越南婚姻移民婦女之「家庭暴力」為例，法學新論，14期，頁59-85，2009。
13. 王曉丹，糾紛與台灣法律的現代性——以民事調解法律文化為例，第一屆法律繼受下的訴訟外糾紛解決（ADR）：從威權到民主，2009。
14. 王曉丹，當代台灣法律文化的轉化——以家暴保護令審理庭為例，載：2008司法制度實證研究，頁389-444，2009。
15. 王曉丹、林三元，法律移植與法律適應——婚姻受暴婦女民事聲請通常保護令裁定之分析，思與言，47卷4期，頁83-131，2010。

16. 王曉丹，聆聽「失語」的被害人——熟識者強暴司法審判中的性、權力、暴力與法律，台灣社會研究季刊，出版中。
17. 左衛民等，變革時代的糾紛解決——法學與社會學的初步考察，2007。
18. 安·塞德曼、羅伯特·塞德曼（Ann Seidman & Robert B. Seidman eds.），馮玉軍、俞飛譯，發展進程中的國家與法律——第三世界問題的解決和制度變革，2006。
19. 朱景文主編，法社會學，2006。
20. 伯哈羅德·J·伯爾曼（Harold J. Berman）著，賀衛方等譯，法律與革命（Law and Revolution），1993。
21. 李木盾編，法律社會學，1999。
22. 李佳玟，死刑在台灣社會的象徵意涵與社會功能，月旦法學雜誌，113期，頁110-159，2004。
23. 李佳玟，女性犯罪責任的敘事建構——以鄧如雯殺夫案為例，台灣大學法學論叢，34卷6期，頁1-56，2005。
24. 李佳玟，近年來性侵害犯罪之刑事政策分析——從婦運的角度觀察，中原財經法學，14期，頁43-112，2005。
25. 李瑜青等，法律社會學理論與應用，2007。
26. 邦茨·辛普森（Bondzi-Simpson, P. Ebow ed.）主編，洪範翻譯小組譯，第三世界法律與發展，2006。
27. 奈爾肯、菲斯特編（D. Nelken & J. Feest eds.），高鴻鈞等譯，法律移植與法律文化（Adapting Legal Culture），2006。
28. 季衛東，法治與普遍信任——關於中國秩序原理重構的法社會學視角，法哲學與法社會學論叢，1期（總第9期），2006。
29. 岸本美緒，邱澎生、陳熙遠編，導言，載：明清法律運作中的權力與文化，頁4-5，2009。
30. 昂格爾（Roberto Mangabera Unger）著，李誠予譯，法律分析應當為何（What Should Legal Analysis Become?），2007。
31. 林端，「國家制定法」與「民間習慣法」——台灣「祭祀公業」的歷史社會學分析（I），法制史研究，1期，頁117-151，2000。



- 32.林端，「國家制定法」與「民間習慣法」——台灣「祭祀公業」的歷史社會學分析（II），*法制史研究*，2期，頁193-216，2001。
- 33.林端，固有法與繼受法——研究方法的社會學考察，載：*法史學的傳承、方法與趨向*，頁59-92，2004。
- 34.施慧玲，「超國界」家庭法律社會學之教育理念，載：*認識超國界法律專文集*，頁79-96，2004。
- 35.施慧玲，*家庭法律社會學論文集*，2004。
- 36.施慧玲，論我國兒童人權法制之發展——兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動，*中正大學法學集刊*，14期，頁169-204，2004。
- 37.約翰·M·康利、威廉·M·歐巴爾（John M. Conley & William M. O'barr）著，程朝陽譯，*法律、語言與權力*，2007。
- 38.胡平仁，法社會學視野中的法與法律，載：*法律社會學*，頁55-68，2006。
- 39.范愉，*糾紛解決的理論與實踐*，2007。
- 40.容邵武，九二一地震台中東勢重建的土地問題——一個法律人類學的觀點，載：*災難與重建——九二一震災與社會文化重建論文集*，頁317-346，2004。
- 41.容邵武，文化、法律與策略——鄉鎮調解過程的研究，*台灣社會學刊*，38期，頁57-104，2007。
- 42.徐昕主編，*糾紛解決與社會和諧*，2006。
- 43.高玉泉，國家發展與法制改革——西方「法律與發展」理論的回顧與省思，*月旦法學雜誌*，37期，頁103-115，1998。
- 44.高玉泉，法律的政治經濟學——一個跳脫傳統理論的法學新領域，*台灣法學會學報*，21期，頁19-35，2000。
- 45.高玉泉，論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由——從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，*律師雜誌*，278期，頁51-62，2002。
- 46.高玉泉，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，*中正大學法學集刊*，11期，頁3-61，2003。
- 47.張文顯，*二十世紀西方法哲學思潮研究*，1996。

- 48.張志銘，轉型期中勞動立法的調適之道，理論與政策，3卷3期，頁41-54，1989。
- 49.張志銘，從基礎保障看工業國家的年金改革，載：年金制度及其法律規範，頁71-102，1999。
- 50.梁治平編，法律的文化解釋，1994。
- 51.梁治平，中國法律史上的民間法——兼論中國古代法律的多元格局，中國文化，15-16期，頁87-97，1997。
- 52.梁治平，申冤與維權——在傳統與現代之間建構法治秩序，載：法治十年觀察，頁177-188，2009。
- 53.梁治平，名譽權與言論自由——宣科案中的是非與輕重，載：法治十年觀察，頁206-231，2009。
- 54.梁治平，被收容者之死——當代中國身份政治的困境與出路，載：法治十年觀察，頁189-205，2009。
- 55.郭明政，一個充滿危險的策略——對「勞工退休金條例草案」採行個人帳戶制之疑慮與批評，政策月刊，48期，頁28-33，1999。
- 56.郭明政，勞退新制之政策形成與立法過程之分析，台灣勞動法學會學報，5期，頁270-316，2006。
- 57.郭書琴，法律人類學之理論與方法初探——以外籍配偶為例，法律思想與社會變遷雙年刊，1期，頁215-254，2008。
- 58.陳信勇，法律社會學教程，2000。
- 59.陳昭如，性別與國民身分——台灣女性主義法律史的考察，台灣大學法學論叢，35卷4期，頁1-103，2006。
- 60.陳昭如，法律東方主義陰影下的近代化——試論台灣繼承法史的性別政治，台灣社會研究季刊，72期，頁93-135，2008。
- 61.陳惠馨，法律與生命——一個女性主義法學者的觀點，法官協會雜誌，6卷2期，頁74-87，2004。
- 62.陳惠馨，法史學的研究方法——從戴炎輝先生的相關研究談起，載：法史學的傳承、方法與趨向，頁25-58，2004。
- 63.陳惠馨，性別平等教育法通過的時代意義——以法律的有限創造教育的無限，全國律師，9卷2期，頁74-87，2005。

64. 陳惠馨，東亞法律文化與法律教育——傳統中國與現代台灣比較，載：傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，頁50-74，2006。
65. 陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，2007。
66. 陳惠馨，法律敘事、性別與婚姻，2008。
67. 陳惠馨，戴炎輝教授法制史研究對於法學界的意義——再談法制史研究方法，法制史研究，14期，頁139-161，2008。
68. 陳聰富，法院訴訟與社會發展，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學，10卷4期，頁435-492，2000。
69. 棚瀨孝雄著，王亞新譯，糾紛的解決與審判制度，1994。
70. 棚瀨孝雄著，易平譯，現代日本的法和秩序，2002。
71. 棚瀨孝雄著，高鴻鈞、李敬譯，日本話語中的現代性缺位，載：法律移植與法律文化，頁243-257，2006。
72. 賀欣，在法律的邊緣——部分外地來京工商戶經營執照中的「法律合謀」，中國社會科學，3期，頁91-103，2005。
73. 黃丞儀，「金水孀」的處分權主義——法律的文化研究初探，思與言，40卷3期，頁149-222，2002。
74. 黃國昌，律師代理對民事訴訟結果之影響——理論分析與實證研究間之激盪，中研院法學期刊，1期，頁45-104，2007。
75. 黃國昌，逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁——是「效率」還是「公平」？，台灣大學法學論叢，37卷2期，頁189-232，2008。
76. 達維（R. David）著，漆竹生譯，當代主要法律體系，1984。
77. 趙震江主編，法律社會學，1998。
78. 劉宏恩，我國法院對婚姻暴力問題之態度——台灣受虐婦女以「不堪同居之虐待」訴請離婚之司法實務，萬國法律，88期，頁41-58，1996。
79. 盧曼（Niklas Luhmann）著，鄭伊倩譯，社會的法律（Das Recht der Gesellschaft），2009。
80. 戴炎輝，清代台灣之鄉治，1979。
81. 薩利·安格爾·梅麗（Sally Engle Merry）著，郭星華、王曉蓓、王平譯，訴訟話語——生活在美國社會底層人的法律意識，2007。

## 二、外 文

1. ABEL, R.L. ED., THE LAW AND SOCIETY READER (1995).
2. ADELMAN, SAMMY & PALIWALA, ABDUL EDS., LAW AND CRISIS IN THE THIRD WORLD (1993).
3. BANAKAR, R. & TRAVERS, M. EDS., AN INTRODUCTION TO LAW AND SOCIETY (2002).
4. CAMPOS, NAURO F. & FIDRMUC, JAN, POLITICAL ECONOMY OF TRANSITION AND DEVELOPMENT: INSTITUTIONS, POLITICS, AND POLICIES (2003).
5. CHU, JIM, LAW ENFORCEMENT INFORMATION TECHNOLOGY: A MANAGERIAL, OPERATIONAL, AND PRACTICAL GUIDE (2001).
6. COTTERREL, ROGER, INTRODUCTION TO SOCIOLOGY OF LAW (2d ed. 1992).
7. COTTERREL, ROGER, LIVING LAW: STUDIES IN LEGAL AND SOCIAL THEORY (2008).
8. Diamant, Neil J., Lubman, Stanley B. & O'Brien, Kevin J., *Law and Society in the People's Republic of China*, in ENGAGING THE LAW IN CHINA: STATE, SOCIETY, AND POSSIBILITIES FOR JUSTICE (2005).
9. DROBAK, J.N. ED., NORMS AND THE LAW (2006).
10. EWICK, PATRICIA & SILBEY, SUSAN, THE COMMON PLACE OF LAW (1998).
11. GEERTZ, CLIFFORD, THE INTERPRETATION OF CULTURES: SELECTED ESSAYS (1973).
12. HUNTER, ROSEMARY C., DOMESTIC VIOLENCE LAW REFORM AND WOMEN'S EXPERIENCE IN COURT: THE IMPLEMENTATION OF FEMINIST REFORMS IN CIVIL PROCEEDINGS (2008).
13. JOHN, MATHEW & KAKARALA, SITHARAMAM, ENCULTURING LAW: NEW AGENDAS FOR LEGAL PEDAGOGY (2007).
14. KESSLER, GERALD M., LAW AND LAW ENFORCEMENT ISSUES (2007).
15. Liu, Hong-en, *Custody Decisions in Social and Cultural Contexts: In-Depth and Focus Group Interviews with Nineteen Judges in Taiwan*, 17(2) COLUMBIA JOURNAL OF ASIAN LAW (2004).

16. MACAULAY, S., FRIEDMAN, L.M. & STOOKEY, J., LAW & SOCIETY: READINGS ON THE SOCIAL STUDY OF LAW (1995).
17. Martin, Jeffrey, *A Reasonable Balance of Law and Sentiment: Social Order in Democratic Taiwan from the Policeman's Point of View*, 41(3) LAW & SOCIETY REV. (2007).
18. MURRELL, PETER, ASSESSING THE VALUE OF LAW IN TRANSITION ECONOMIES (2001).
19. NELKEN, D. & FEEST, J. EDS., ADAPTING LEGAL CULTURES (2001).
20. SARAT, A. ED., THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY (2004).
21. STOUT, A.K., BUONO, R.A.D. & CHAMBLISS, W.J. EDS., SOCIAL PROBLEMS, LAW AND SOCIETY (2004).
22. TWINING, W., LAW IN CONTEXT: ENLARGING A DISCIPLINE (1997).

# Realigning Law and Society in Taiwan

Hsiao-Tan Wang<sup>\*</sup>

## Abstract

Abstract: The emergence of socio-legal studies in the domain of Taiwanese law has been regarded as a newly development to catch up with western legal academic achievements. Yet Taiwanese scholars have not developed a framework to provide theoretical and empirical perspectives for analyzing socio-legal phenomena. This paper proposes better models to explore the predicament of “the rule of law” in Taiwan. It therefore firstly reflects the underlying logic behind “legal centralism” which dominates Taiwanese socio-legal thinking. It then provides three different socio-legal research models each of which contains a particular perspective and methodology for dismantling the socio-legal continuity developed through history, power and culture. This paper intends to present the public situation before the law and encourage us to challenge and create the law.

**Keywords:** Legalism, Socio-legal Study, Sociology of Law, Legal Centralism, Law and Society, Mobilizing the Law, Social Conflict, Dispute, Legal Culture, Disaggregating the State

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, Institute of Law and Inter-discipline, National Chengchi University PhD in Law, University of Warwick.

Received: March 19, 2009; accepted: September 29, 2009









