

法律移植與法律適應

—婚姻受暴婦女聲請民事通常保護令 裁定之分析

王曉丹、林三元*

本文收集九十五年度三個地方法院有關婚姻受暴婦女聲請民事通常保護令裁定，從核發的裁定以及駁回的裁定，分析法院實務如何透過程序，發展實體的「家庭暴力」之定義。本文發現，在程序上，法院要求受暴婦女負擔舉證之證明責任，而其證據法則並未反映家庭暴力事件的基本內涵。在實體上，各地方法院有不同的核發文化，也並未如美國法藉由個案發展家庭暴力行為之界定標準。對於上述的研究發現，本文以為，家庭暴力防治法作為移植自美國的法律制度，法律實踐的現實面貌乃是一個「法律適應」的過程，必然牽涉到社會脈絡中的眾多因素，受到受移植國法院運作之結構與文化因素影響。此時，有必要創建一個對話的平台，讓參與的相關人員得以展開法律、社會與文化的溝通，以建構完善的法律實踐。

關鍵詞：家庭暴力防治法、民事保護令、比較法學、法律文化、法社會學、婚姻暴力、法律移植、法律適應

* 王曉丹為政治大學法律科際整合研究所副教授，林三元為台中地方法院法官、國立交通大學科技法律研究所博士候選人。本文之題目決定、資料蒐集、概念形成及章節安排，乃兩人共同討論而成（最少十次），希望藉由研究的過程建立「審判實務」與「學術研究」的對話可能。

airiti

一、前言

(一) 法律移植

從二十世紀初期的民法、刑法等基本法典，一直到二十一世紀的家庭暴力防治法，我國一直是一個法律繼受國。在移植他國立法的實踐過程中，我國法院究竟如何適用一部「外國移植」、頂多經過加工的法律，而法律與社會的互動現況到底如何，應是值得實務工作者與學術研究者，共同關心的議題。¹如此才能評估移植而來的法律是否已在我國紮根，或者只是虛有其表的政策彰顯而已。

本文以家庭暴力防治法的實務操作為主題，觀察法律移植與法律實踐。家庭暴力防治法草案的開始²，起源於現代婦女基金會委託高鳳仙法官等專家學者草擬，高鳳仙法官獲司法院遴選至美國關島參加第十一屆南太平洋法官「全國少年暨家事法官會議」（National Council of Juvenile and Family Court Judges），經關島法官協助，攜回美國模範家庭暴力法（Model Code on Domestic and Family Violence），及關島、紐西蘭等國之家庭暴力有關法規、文獻，並於同年九月以美國模範家庭暴力法為藍本，完成「家庭暴力法第一版草案」。而後於八十五年二月十一日，由現代婦女基金會董事長潘維剛率領考察團，至美國加州舊金山、洛杉磯及華盛頓州西雅圖等地，考察美國法院、警察機關、市政府機關及民間團體對

¹ 尤其是實務工作者，如果可以從不同的角度，「自我評量」工作內容，相信不失為一種有效「治療方式」。Todd Sandler，葉家興譯，《經濟學與社會的對話》，2003年6月。

² 我國對於家庭暴力之防治，原本並無特別制定單一法規予以規範，如果發生家庭暴力，僅能依照相關法律規定處理（例如傷害家庭成員之身體得依刑法之傷害罪論處）。

家庭暴力事件的處理情形。回國後，即著手家庭暴力法規的制定工作。

在草擬的過程中，專家學者適時反映了當時草案中因為與外國法背景相異而與本國法所產生的衝突，以致於修法的方向為一方面想要保護受暴者，在另一方面又不斷限縮警察的權力以及強調家庭和諧。除了民間團體所召集的會議之外，其間亦有公開的記者會、國內研討會、國際聯絡會議、公聽會，還有許多法界人士的參與，包括女法官協會的召開研討會並提出建議。最後於八十六年一月提出修正後的第二次草案，於八月提出修正後第三次草案，並在九月正式送交立法院審議。家庭暴力防治法並於八十七年六月二十四日總統公布施行，但其中第二章之民事保護令等部分規定，依同法第五十四條第二項之規定，則自公布後一年施行，亦即於八十八年六月二十四日生效施行，九十六年三月二十八日及九十七年一月九日修正公布。³

我國家庭暴力防治法，尤其是其中關於民事保護令之規定，乃移植自外國的法律規範，法案內容雖經過社會各界討論，其落實狀況仍有待探討。正因為家庭暴力防治法是移植自外國的法律，所以需要大量實證研究資料，才能據此調整移植過後的法律制度，使之適應本土的社會現況。本文認為法院審理家庭暴力（尤其是婚姻暴力）事件的方式，以及審理結果的准駁，乃是觀察家庭暴力防治法做為移植法，其法律實踐樣貌之重要指標。

³ 有關我國家庭暴力防治法立法過程，請參閱：高鳳仙，《家庭暴力防治法規專論》，第2版，台北：五南，頁85-120，2007年9月；潘維剛，〈社會福利團體角色與我國家庭暴力防治政策—以現代婦女基金會為例〉，《社區發展季刊》，第94期，頁48-59，2001年6月。

(二) 法律實踐的對話

民國八十八年家庭暴力防治法保護令的條文施行以來，一直得到許多的社會關注。該法提供了客觀的法治依據，在此架構之下發展審理的實務，以便透過法律實現正義，但是在許多層次，現實的面向上卻有一種令人不安的兩極化趨勢。正面者肯定家庭內的受暴者終於獲得「法入家門」的權利援助，並提出實務操作需要改善的建議；⁴負面者擔憂「法入家門」引起許多後遺症⁵，傾向於限制該法的使用，考量施行的過程應該建立維護家庭的基本精神。⁶

⁴ 成蒂、余漢儀主編，〈婚姻暴力防治：跨專業之行動與反思〉，《應用心理研究》，第32期，頁39-40，2006年12月。

⁵ 例如彭南元法官曾經為文表示：「因為時常觀察到此類事件之當事人，在傳統訴訟程序中，即使耗費許多時間、勞力及費用，可是到頭來兩造及其未成年子女，在法律上關係或許得到確定，然因在官司歷程中即對勝敗結果所承受之痛苦及創傷卻常難以修復，不僅原有紛爭無法徹底解決，抑且引起許多後遺症，增加社會成本至鉅」。彭南元，〈審理「離婚暴力事件」之新方向：兼對防治家庭暴力相關文章之回應〉，《應用心理研究》，第32期，頁55，2006年12月。

⁶ 關於保護令的各種討論，主要的參考書目包括社工界以及法律界的文章，簡述如下：內政部，《九十二年家庭暴力案件統計》，台北：內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2004年。內政部警政署，《警察機關防治家庭暴力工作手冊》，台北：內政部警政署，1999年。司法院，《地方法院民事保護令核發情形統計》，台北：司法院，2004年。中國時報，2003年6月23日，A10版，「保護令氾濫、家務事難斷」。王秋嵐，《警察與社工員對緊急性暫時保護令聲請作業實況之初探—以台北市為例》，東吳大學社會工作學系碩士論文，2000年。柯麗評、王珮玲、張錦麗，《家庭暴力—理論政策與實務》，初版，2005年1月。王麗容，《民事保護令成效之研究》，內政部委託研究報告，2002年。沈慶紅、彭昭芬，《保護令制度之實施對台北市受虐婦女處境影響之探討》，台北市政府專題委託研計劃成果報告，2001年。法務部，《九十二年違反保護令罪統計》，2004年。高

此種兩極化的趨勢，出現在個案的社工人員以及承審法官之間。民間團體或者社工人員在許多個案中抗議法官審理時枉顧現實，柯麗評社工督導指出，執法者缺乏對於受暴婦女的尊重與體貼，除了反映在嚴格的法律證據要求外，也反映在拒絕受暴者依法要求隔離訊問上，她試著解釋原因：

法官在審理家暴案件時，大都仍將家庭暴力視為家務事，而站出來聲請保護令者則常被視為是破壞家庭和諧的人。殊不知，在充滿暴力的家庭，每一位家庭成員都並不快樂；而對於遭受到虐待的人來說，因為施虐者的不當行為所帶來的傷害，常使得他們生不如死，猶如生活於人間煉獄。但是對於許多辦案的法官而言，維繫一個虛有其表的外殼，其重要性遠大於去探究實質的內容。⁷

社工界批評法官不去「探究實質的內容」，面對如此嚴厲批評法官不在意「實質正義」，法官則主要以「程序正義」的角度回應，認為「舉證責任」之審理乃法官必須抓住的大旗。洪遠亮法官反駁，法官依法審判的目的乃保障「法官審理具體個案時不會因個人成長過程、學習的經驗等不同，而造成認定可否核發保護令之不同看法，令民眾無法適從」，他說：

審理保護令之法官，原則是亦始終扮演聽訟（即兼聽兩造陳述），並審酌兩造提出之證據，判斷事實，適用法律，同時法官是依據法律獨立裁判。法官在應否核發保護令之判斷範圍內，自無且不能亦不應先入為主，認聲請人即是

鳳仙，《家庭暴力防治法規專論》，初版，1998年10月。

⁷ 柯麗評，〈保護令真的保護了遭受到虐待的婦女嗎？〉，《律師雜誌》，第248期，頁58-71，2000年5月。

「應受保護」之「被害人」或「被害婦女」，並認聲請人所陳述之事實全屬真實，而完全不聽相對人之說法或完全不信相對人提出之證據，否則即與「公平」或「公正」之審判有違。⁸

對於這正反兩極的看法，看似對立，但又令人困惑。所謂的對立，所指的應該是對於某件事情價值觀的不同，或者對於某個事物該有作法之看法不同。但是綜合上述，一方批評對方對受暴婦女缺乏尊重與體貼，也就是欠缺法之「實質正義」，另一方則反駁希望社會團體不要干擾法官獨立以及「依法審判」之「程序正義」的可能性，然而，「實質正義」與「程序正義」是一種二擇一的對立觀點嗎？法律的內涵不是藉由「程序正義」以達到「實質正義」之目的？為何二者在此事件上卻被對立起來呢？這樣兩極化的對立趨勢，具有何種法律之社會文化的意義呢？為了探究家庭暴力防治法落實過程的社會文化意義，本文希望透過社會科學抽樣方法，研究家庭暴力防治法此一西方法制移植過來的法律制度，保護令的審理如何承載台灣社會的民情文化以及兩性婚姻關係？在法律移植與本土的民情文化制度互動過程中，如何發展合理的法律論理與審理程序，現階段主要的問題為何？

⁸ 洪遠亮，〈回應民事保護令部分問題〉，《律師雜誌》，第248期，頁72-106，2000年5月。

（三）研究方法與章節安排

在研究方法上面，本文蒐集台北地方法院、台中地方法院以及雲林地方法院，九十五年一月至十二月間，所受理的民事通常保護令裁定。由於保護令裁定之事實關係，除了婚姻暴力（包括現有或曾有婚姻關係、同居關係）之外，還包括其他家庭成員之間的關係，為了更清楚法律文化的現況，本文僅針對婚姻暴力的案件，並且去除男性為保護令聲請人的案件，只選取社會文化中家庭暴力之一種樣態⁹，以避免參雜過多複雜的文化因素，而影響到資料的分析以及詮釋。

第「二」部分分析經法院駁回聲請的裁定，其理由往往歸咎於聲請人無法盡舉證責任，關於聲請人為何應有此種程度的舉證責任，則未有實質的理由，而某些裁定的證據法則也令人疑惑。第「三」部分分析所蒐集的核發裁定，論述法院審理實務上對於「家庭暴力」行為的定義，認定的標準除了以驗傷單證明身體傷害之

⁹ 家庭暴力之現象，雖早已存在於人類社會，但是礙於「家醜不可外揚」等「家庭隱私」之因素，早期並未受到重視。直到一九七〇年代，才在美國開始轉變成一種公共議題，賓州於一九七六年通過了免於虐待之保護法案，美國各州亦陸續制訂保護令制度的相關法案。但是在亞洲各國，一直到一九九〇年代中期，家庭暴力問題才開始受到重視。其原因可能是因為，亞洲地區受到儒家文化的影響，以父系社會為主的家庭結構，婚後大多以夫家為依歸的居住方式，以及男尊女卑的文化規範。台灣俚語「床頭吵，床尾和」，正足以表示台灣社會對於家庭暴力的忍讓態度。因此在婚後夫妻的相處方式中，可能存在著長期施暴的事實，但是受暴者往往為了家庭、子女，忍辱負重，夫妻雙方可能因而都忽略家庭暴力的問題。而家庭暴力防治法對於我國社會而言，不僅是「法不入家門」的觀念衝擊，更是對於父權思想的挑戰。陳世杰，〈中美家庭暴力事件有關保護令制度之比較研究〉，《中原財經法學》，第8期，頁282-3，2002年6月，。

外，幾乎無法從裁定中探知，最後並提出美國法近年來的發展，作為我國法比較的參照。第「四」部分提出我國保護令審理的脈絡化分析，從組織與文化的角度，分析現行家庭暴力防治法「法律適應」的可能議題。

二、經法院駁回聲請事件的分析

本節以九十五年一月至十二月受理之台北地方法院以及雲林地方法院民事通常保護令為範圍，揀選其中被駁回案件，扣除兒虐以及幾件狀況不明的部份，台北地方法院與雲林地方法院的收結情形如下表：¹⁰

被駁回案件	因為程序理由（以理由區分） ¹¹			非因程序理由（以聲請人與相對人之關係區分）		
	未繳裁判費 ¹²	命繳裁判費	其他（相對人死亡、未以書面、未載明住所）	聲請人為女性	聲請人為男性	非現為或曾為夫妻或類似關係
台北地方法院	6	3	7	33	11	19
雲林地方法院	44	6	0	24	6	13

¹⁰ 若不區分是否為婚姻暴力，則總收結數台北地方法院 743 件、台中地方法院 1352 件、雲林地方法院 525 件，而駁回通常保護令之聲請案件，其件數分別為：台北地方法院 94 件，台中地方法院 145 件，雲林地方法院 85 件。資料來源：台北地方法院、臺中地方法院、雲林地方法院統計資料。

(一) 法規適用之錯誤^{11 12}

通常保護令之有效(核發)要件,依家庭暴力防治法第一四條第一項(修正前第一三條第二項)規定:「法院於審理終結後,認有家庭暴力之事實且有必要者,應依聲請或依職權核發包括下列一款或數款之通常保護令。」論者因此認為通常保護令之核發,應具備之要件為:(一)有家庭暴力之事實。(二)有核發通常保護令之必要。¹³反面言之,如聲請人主張之事實,法院認為並非家庭暴力事實,或者屬於家庭暴力之事實,但無核發通常保護令之必要,

¹¹ 關於民事保護令之核發程序,法院應先為程序審核,以查明聲請是否合法。應為程序審查事項包括:法院管轄權之有無、聲請人是否有聲請權、代理人之代理權有無欠缺、聲請是否合於聲請程式等。應注意的是,家庭暴力防治法並無關於應否徵收聲請費用之規定,審判實務向來將保護令視為「非因財產權關係為聲請」,原本依「非訟事件處理法」第一〇三條第一項規定,徵收銀元 30 元,再依「臺灣高等法院民事訴訟、非訟事件、公證費用提高徵收額數標準」之規定提高徵收,費用為新台幣 150 元。然因非訟事件法於九十四年二月五日修正,依修正後之非訟事件法第十四條第一項,徵收保護令聲請費用新台幣一千元。但也因此造成無力負擔費用之受暴婦女被拒絕於法院門外,而受到輿論之批評。為避免上述問題,九十六年三月五日修正通過之家庭暴力防治法第十條第三項明定「保護令聲請免徵裁判費」。因此,關於保護令核發之合法要件審查,已不包括「是否繳納聲請費用」,自不待言。上述要件如有不備之情形而可補正者,法院應定期命聲請人補正,逾期不補正者,即可裁定駁回聲請。請參見:高鳳仙,前揭註 6,頁 85-120;陳世杰,前揭註 9,頁 282-3。

¹² 部份縣市警察局受理家暴案件的警員發現,曾有受暴人來電詢問聲請保護令的過程,但得知必須繳納一千元後,紛紛打退堂鼓,未再跟警方連絡。參見:自由時報,2005年10月16日,「父子動輒打老婆 婆媳聲請保護令」,參考網址:<http://www.epochtimes.com/b5/5/10/16/n1087092.htm> (最後點閱時間:2007年3月19日)。

¹³ 請參見:高鳳仙,前揭註 6,頁 93。

則以裁定駁回聲請人之聲請。再者，依據司法院於民國八十八年六月十七日以院台廳民三字第一五四三九號發布之「法院辦理家庭暴力案件應行注意事項」壹、民事類，丙、辦理民事保護令事件部分，第十六項第一款之規定：「審理終結後，如認為有家庭暴力之事實且有必要者，應核發通常保護令。」

本文發現台北地方法院受理之聲請事件，有將暫時保護令的規定，「誤用」為通常保護令案件駁回之法律依據。但在台中地方法院及雲林地方法院則未發現此種情形。例如，台北地院駁回通常保護令之裁定記載如下：

聲請人必須證明有正當、合理或可能之理由足認本人或其家人有受相對人虐待或威嚇之現時急迫危險，如不核發暫時保護令將無法立即防止相對人之「侵害性」行為，而導致無法回復之傷害，始足當之（法院辦理家庭暴力案件應行注意事項第十條規定參照）。¹⁴

上述台北地方法院駁回通常保護令聲請之法律依據，係引用「法院辦理家庭暴力事件應行注意事項」壹、民事類，丙、辦理民事保護令事件部分，第十項之規定：「法院受理暫時保護令之聲請，如聲請人能釋明有正當、合理之理由足認已發生家庭暴力事件，而被害人有繼續受相對人虐待、威嚇、傷害或其他身體上、精神上不法侵害之危險，或如不暫時核發保護令將導致無法回復之損害者，得不通知相對人或不經審理程序，逕以書面核發暫時保護令。」依此規定，法院審酌應否合法「暫時保護令」之要件，係以

¹⁴ 例如：台北地方法院九十五年度家護字第一八號、第二三號、第二九號、第三六號、第六〇號等經駁回之事件。作者很難透過裁定書的閱讀全面解釋上述明顯的錯誤究竟為何發生？以及這樣的錯誤為何都沒有被糾正？

「如不暫時核發保護令將導致無法回復之損害」為判斷之依據。此項要件與通常保護令之核發，必須有「不法侵害行為有繼續發生之可能性」之要件，在本質上應屬不同。最高法院九十三年台抗字第第四二號裁定認為「暫時保護令為緊急、暫時之命令，其所要求證明家庭暴力事實之證據，不以經嚴格證明為必要，僅須聲請人釋明有正當理由足認被害人受相對人（加害人）家庭暴力之急迫危險，法院即得核發一定內容之暫時保護令，以收迅速保護被害人之效。而法院於核發暫時保護令後，應即進行通常保護令事件之審理，就是否確有家庭暴力之事實及有無核發通常保護令之必要，再為調查審酌，俾兼顧相對人（加害人）權益之保障。」亦明確區分暫時保護令與通常保護令，判斷標準之不同。

台北地方法院在駁回通常保護令聲請之裁定中，多次誤引關於暫時保護令之核發要件。由此法律適用之錯誤可以看出，我國在家庭暴力防治法中，引進外國民事保護令制度，此項移植的法律自八十八年六月二十四日生效施行，迄今已有八年之久，但是區辨「暫時保護令」、「通常保護令」之審核標準以及法律依據，似乎還有法規適用上的錯誤。

（二）證據法則的迷思

由於我國現行家庭暴力防治法——尤其是保護令制度——係移植自外國之法律，一個全新的制度引進之後，如何與現有民事訴訟與非訟事件程序相調和，並建立保護令事件之證據法則，對於負責審理之法院而言，應屬重要課題。

如前所述，民事通常保護令之聲請，具備合法要件者，法院即應進行審理，並審酌其內容是否符合前述有效（核發）要件（有家庭暴力之事實、有核發通常保護令之必要、不法侵害行為有繼續

發生之可能性)。問題在於通常保護令是否具備有效要件之舉證責任，是否應由聲請人負擔？或者是由法院應依職權調查相關事證，以查明核發要件是否具備？再者，法院對於家暴事實真偽之判斷，應達「證明」之程度或以「釋明」為已足？這些問題都關係著通常保護令是否核發之判斷，也是法院審理通常保護令案件最核心內容，自有深入分析之必要。

本文發現各法院乃至於各承辦法官，對於通常保護令之核發要件之證據法則，也就是「舉證責任」的分配，以及家暴事實應達「證明」或「釋明」之程度，看法不盡相同，也形成了法官「自由心證」極大的空間。

由各地方法院駁回通常保護令聲請之裁定理由觀之，各地方法院對於核發保護令之有效要件，多認為應由聲請人負舉證責任，但是所持之理由論述則不盡相同。換言之，我國移植民事保護令制度後，經由司法實踐之結果，雖認為應由聲請人就家暴事實負舉證責任，然並未建立屬於「通常保護令」之舉證責任標準。比較三個法院的裁定內容，台中地方法院雖指出通常保護令舉證責任之法律依據，但台北地方法院及雲林地方法院於駁回裁定中，則未詳細論述上開舉證責任之法律依據。台中地方法院的論證如下：

按法院於審理終結後，認有家庭暴力之事實且有必要者，應依聲請或依職權核發通常保護令。又保護令之程序，除本章別有規定外，準用非訟事件法有關規定，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法有關規定，家庭暴力防治法第十三條第二項、第十九條第二項分別定有明文……再當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第二百七十七條亦定有明文。是通常保護令之核

發，以有家庭暴力之事實且有必要者，始得核發之。且當事人就其有無必要亦負舉證責任。¹⁵

此外，關於證明應達何種程度，有認為保護令事件採自由證明程序，非採嚴格證明程序，法院應依職權調查證據。¹⁶此乃因為保護令事件之性質特殊，被害人蒐證不易或蒐證能力不足，為保護被害人，因此不採嚴格證明之證據法則。¹⁷論者引述國外之文獻認為，民事保護令本質上屬於民事事件，聲請人只須主張並提出「優勢證據」（preponderance of evidence）證明有家暴之事實及其繼續性即可。所謂「優勢證據」是指有超過百分之五十之可能發生家暴事實就已足夠，法院無須要求證據證明力達到「清楚且確認」（clear and convincing）的標準，更不要求達到刑事案件「超越合理懷疑」（beyond a reasonable doubt）的標準。¹⁸

何種證據可以使法官確信家暴事實已經「證明」，仍是法官「自由心證」的範圍，對於被害人而言，存在著極高的不確定性。這也導致同樣之家庭紛爭事實，可能因為不同的法院或不同的法官，而有不同之結果。因此，婚姻受暴婦女要求審判機關建立一致的證據法則，降低通常保護令是否可以核發的不確定性，應該是一個合理的期待，更是法律是否完成移植之重要指標。

上述關於保護令「優勢證據」證據法則的看法，雖然提供了審

¹⁵ 台中地方法院九十五年度家護字第二〇五號。

¹⁶ 洪遠亮，〈淺析保護令相關問題〉，《法官協會雜誌》，第3卷第2期，頁51，2001年12月。沈方維，〈民事保護令事件之性質及其程序法理初探〉，《全國律師》，第3卷第7期，頁13，1999年7月。

¹⁷ 沈方維，同前註，頁14。

¹⁸ 高鳳仙，前揭註6，頁114。洪遠亮，〈論保護令之延長〉，《月旦法學雜誌》，第103期，頁238，2003年12月。洪遠亮，前揭註8，頁77-79。

判實務建立一致標準的參考，但是對照上開台北地方法院及雲林地方法院的裁定，並未於裁定中表明通常保護令之證據法則及舉證責任之標準。更值得省思的是，我國民事訴訟法近年來已逐漸修法，走出屬於本土的程序法規範，但民事訴訟法究竟是繼受自大陸法系，尤其是德國及日本的立法及學說，仍然對我國民事程序法有著一定程度的影響。而當學者們討論家庭暴力防治法的證據法則時，則又從美國法借用相關的證據法則。這種「歸撫中西學說」的證據法則，如何期待婚姻受暴婦女理解箇中的奧秘？一個溫暖而富有人性的法院，如何在法理爭辯之中落實於審理實務，實乃刻不容緩的議題。

從本文所蒐集的裁定觀察，審理實務上大都以診斷證明書之有無，做為聲請人是否盡到舉證責任的最主要依據，但是有時即便有診斷證明書，還是有可能被駁回。以下茲舉台北地方法院九十五年度幾例比較令人疑惑的裁定，其中證據法則以及經驗法則的運用，似乎值得進一步探討。

1. 一張診斷證明書，加上證人證明結婚後常見手瘀傷仍屬舉證不足：

至於證人張清溪所稱有看到聲請人手有瘀青云云，核與聲請人所主張相對人是壓著聲請人之肩膀在床上搥打，將其頭去撞床，造成其頭部外傷，頭部昏等情不符，是此部分證人所言尚難認已證實聲請人之主張……從而，聲請人無法提出積極證據證明相對人於九十五年三月中旬及四月初有毆打聲請人之事實，則本件僅有九十五年五月十五日發生相對人對聲請人傷害之情事，尚難認相對人有對聲請人繼續加害之危險存在。¹⁹

¹⁹ 台北地方法院九十五年度家護字第二六六號。

2. 診斷證明書間隔六日，不足以證明傷害係出自相對人所為：

聲請人固提出驗傷診斷書以證明其於九十五年九月一日遭相對人林富城毆打成傷，惟相對人林富城堅決否認有何傷害聲請人之行為，而聲請人係於同年月七日始至醫院檢驗傷勢，距聲請人所指傷害日期同年月一日已間隔六日之久，則該驗傷診斷書所載傷害果否為相對人林富城所致，即有疑義。此外，聲請人復未提出其他積極證據以實其說，此部分主張要無足取……聲請人所指九十四年十一月六日家庭暴力行為部分：聲請人所提出之驗傷診斷書僅能證明聲請人於檢驗日期九十四年十一月六日受有左額輕微腫傷之傷害，尚不足以證明上開傷害係出自相對人所為。²⁰

3. 兩張驗傷單仍被駁回，不足以證明傷害確係出自相對人毆打所致：

聲請人所主張之上開事實，此為相對人所否認，聲請人固提出驗傷診斷書、聲請人之簽證資料為證，並經本院依職權調閱相對人之戶籍資料附卷可稽，然聲請人之簽證資料、相對人之戶籍資料係證明兩造間之夫妻關係。而驗傷診斷書僅能證明聲請人於檢驗日期（即九十五年六月五日、同年九月十四日）時受有上開傷害，不足以證明上開傷害確係出自相對人毆打所致。聲請人雖聲請傳喚臺北市政府信義區六藝里里長劉進王作證，惟劉進王業於同年九月三日死亡，此有本院依職權調閱劉進王之戶籍資料附卷可按，聲請人亦未提出其他積極證據以實其說。是聲請人

²⁰ 台北地方法院九十五年度家護字第五〇六號。

並未證明相對人對其有何家庭暴力行為或有何繼續加害之危險存在。揆諸上開說明，聲請人聲請保護令，為無理由，應予駁回。²¹

4. 認定感染人類乳突病毒、脫褲檢查、強制性行為，仍被駁回：

（二）另聲請人主張相對人嫖妓、性需求無度、患有性病等情，要屬相對人對性觀念與性行為之癖好，及兩造間夫妻性關係協調之問題，而相對人患有性病，聲請人與之發生性行為致感染人類乳突病毒之部分，聲請人既僅因與相對人是夫妻關係中之性行為而感染病毒，而未進一步證明相對人對之有故為身心上不法侵害虐待之情形，核其情形即尚難認屬家庭暴力之行為；至於聲請人稱相對人於九十五年四月十四日強脫聲請人褲子，要聞聲請人有無其他男性精液味道乙節，相對人抗辯是日相對人遍尋聲請人不著，待聲請人回家，才要求檢查，聲請人自己也答應讓伊檢查等語，按此屬兩造間彼此信任問題，尚難以此即認有性虐待或家庭暴力之情形，聲請人此部分之主張，亦非可採。（三）至於聲請人主張九十五年四月二十一日下午三時許遭受相對人之性侵害部分，經查證人即兩造家中之菲律賓籍女佣Susan到庭證稱：當日下午沒有聽到兩造爭執聲音，兩造也沒有不愉快的表情，下午四時許相對人去學校接小孩，還帶著微笑，聲請人則在睡覺，等相對人帶小孩回來，聲請人問相對人為何只有一個背包，相對人解釋，那時兩人才吵架，只有言語上爭執，沒有肢體衝突等語（見九十五年八月二十三日筆錄），是以當日兩造在臥

²¹ 台北地方法院九十五年度家護字第三五九號。

房內發生之事，僅兩造知道，而在兩造發生性行為之前、後，依證人所見聞並無相對人有何家暴之行為，而兩造在臥房內，縱依聲請人主張是相對人用手捶打聲請人左肩部分，以暴力強制聲請人發生性行為，亦僅係單一事件，至於是否有繼續發生家暴之危險，依前述各情，聲請人並無法提出積極證據證明相對人故意不法侵害聲請人，而僅係兩造間就婚姻、子女照顧、兩造交友等問題有所齟齬，難認聲請人有繼續受不法侵害之危險，依首揭說明，聲請人聲請保護令，並無理由，應予駁回。²²

5. 單一偶發事件不具備「連續性」要件：

聲請人所提九十五年一月十八日財團法人慈濟綜合醫院台北分院診斷證明書，其上記載：「病名：臉、頭皮及頸之挫傷，眼除外。病患因頭頸部多處挫傷及血腫九十五年一月二十八日14：18入急診室就醫，於九十五年一月二十八日16：20辦理出院，建議門診繼續追蹤（以下空白）。」等語，足證聲請人確實受傷；依兩造上開陳述，兩造發生衝突後，聲請人堅持由警陪同，以救護車直接送到醫院驗傷，觀此過程及聲請人頭、頸部多處受傷，聲請人實不可能在就醫過程中受傷，易言之，聲請人之傷害應是在兩造衝突中造成。惟聲請人受傷縱然是相對人所致，因僅只一次，究其發生原因是聲請人在明知兩造相處不睦情形下，藉故前往相對人住處所致，並非相對人故意造成，本件事件應屬單一偶發事件，顯不具備家庭暴力之連續性特徵，亦難認為依兩造過往相處情節，相對人確有繼續對於聲請

²² 台北地方法院九十五年度家護字第三六一號。

人實施「家庭暴力」之可能。……相對人是否該當於「家庭暴力」之範疇非但無法確切舉證證明，且其亦未就聲請人有「繼續」遭受相對人實施不法侵害或騷擾等行為之危險指證清楚。²³

6. 倘家庭成員間，因可歸責於被害人之事由，致加害人出於過當之反應而為一時性之身體上或精神上不法侵害行為，自難認係家庭暴力防治法所欲規範之家庭暴力行為（最高法院九十三年度臺抗字第九五一號裁定意旨參照）。

查兩造於九十五年五月十一日下午四時許，在本院新店辦公大樓法庭走廊等候開庭時，因聲請人搶走相對人所持有之證據，相對人即勒住聲請人的頸部，此為兩造所不爭（見同年月十八日非訟事件筆錄第三至四頁）。是以相對人之所以對聲請人有暴力舉動，起因於聲請人擅自奪取相對人之證據資料，顯可歸責於聲請人之事由。縱令聲請人認為相對人之請求不實，惟兩造之糾紛業已進入訴訟程序，即應靜待法院之裁判，聲請人不宜以此方式表達其不滿情緒。揆諸前揭說明，此次暴力事件之發生既因可歸責於被害人之事由，致相對人出於過當之反應而勒住聲請人之頸部，此一時性之身體上不法侵害行為，自難認係家庭暴力防治法所欲規範之家庭暴力行為。²⁴

由上述討論可知，我國審判實務及學說理論，關於民事保護令事件之證據法則，雖均認為應採「自由證明」之方式，不以嚴格證明為必要，又因為保護令事件具有非訟性質，法院應依職權調查證

²³ 台北地方法院九十五年度家護字第八〇號。

²⁴ 台北地方法院九十五年度家護字第一九五號

據。然而，法學者只重視法律適用的邏輯性，對於家暴事實在我國社會所隱含的特殊性，對於家暴事實的證據法則有何影響，則不見深入之探討與論述。更複雜的是，在移植美國保護令制度之後，對於審理程序的進行以及證據法則的建立，卻又準用繼受自大陸法系的程序規定，這乃是一種「拼裝式的移植」。因此，本文認為，為了達到保護婚姻受暴婦女的立法目的，建立民事通常保護令的證據法則，自有其必要性。

首先，在立法論方面，應該著重在家暴事實的特殊性，例如：立法者應該評估與參考臺灣地區婚姻暴力事件之成因²⁵，才能在家庭暴力防治法中，明文規定關於民事保護令事件的證據法則。換言之，忽略家庭暴力事件的特殊性，而以「準用」之立法方式，將處理對立當事人紛爭的民事訴訟證據法則，借用在民事保護令的審理程序，再援引美國證據法則，恐怕無法達到保護婚姻受暴婦女的立法目的。因此，在家庭暴力防治法中，除了現行第二十條第二項的規定之外，思考如何加重社政及警政人員幫助被害人提出主張及聲明證據，建立屬於家暴事件的證據法則，應是立法者的首要任務。²⁶可惜的是，九十六年三月二十八日最新公布施行的家庭暴力防治法第二章第一節，關於民事保護令聲請及審理之相關條文，並未特別規定保護令事件的證據法則，只是將原本第十九條第二項的規定，變更條次為第二十條第二項。因此，關於家暴事實的證據法

²⁵ 例如：家庭衝突策略雖包含了言語、攻擊、靜默抗議等不同層面的衝突方式，如以人身攻擊作為研究項目，探討婚姻關係中配偶發生肢體衝突之成因，進而家庭暴力事件證據法則之特殊性，對於婚姻受暴婦女之保護，必能更切合實際。

²⁶ 高鳳仙，〈家庭暴力防治法之修法建議（上）〉，《司法週刊》，第199期，第3版，2000年8月。

則，並未因為新法修正而有所不同，實屬遺憾。

其次，在家庭暴力防治法並未明文規定有關保護令事件證據法則的情形下，只能經由司法實踐確立標準。但如前所述，各法院對於保護令事件的證據法則，並無明確以及一致的標準。而學說理論一方面認為通常保護令事件的證據法則，應該準用民事訴訟法之規定；一方面又引進美國證據法則的理論。但是「優勢證據」的概念在我國繼受大陸法系程序法的傳統下，一般民事訴訟教科書並無這方面的介紹，如何期待職司審判者，能有深入的體會與理解。但是，家暴案件被害人處於無助的情形下，對於法官的期待遠高於一般當事人。²⁷如果審判機關無法建立屬於家暴事件的證據法則，那麼聲請保護令的審理過程，可能又會造成被害人的再一次傷害。在家庭暴力防治法並未針對保護令事件證據法則設有規定的情形下，審判機關實有必要儘速建立標準一致的證據法則，才能真正實現家庭暴力防治法「防治家庭暴力行為」及「保護被害人權益」的立法目的。

三、經法院核發聲請事件分析

法治社會司法行為的核心，在於個案正義的實現，也就是法律的核心價值得以透過實體的法律以及審判而實現。這可以從三個方面加以觀察，第一，每一個個案在法院的審理是否會受到同等的對

²⁷ 曾有受暴婦女接受訪談，說明與法院互動之經驗，其中有受訪者認為法官主觀認定的需要與被害人的需要不符；法官無法將心比心。可見法官對聲請保護令之受暴婦女而言，是相當重要的關鍵人物，受暴婦女對法官的期待相當高，法官的態度與判決結果，牽動著受暴婦女的情緒。請參見：沈慶鴻，〈婚姻暴力受虐婦女保護令聲請經驗之探討——以台北市為例〉，《彰化師大輔導學報》，第24期，頁180-181，2003年6月。

待，也就是有無落實法律之前人人平等的原則，於法學實證研究的方法而言，這可以從不同地方法院所做出來的裁定，整體狀況之核發款項是否有類似的分布加以判斷。第二，審理的論證過程，是否得以形成何謂家庭暴力的合理認定標準，以保障法律判斷的實質正當性，這方面的判斷，可以藉由分析裁定理由的論證，找出背後可能的原理原則。第三，分析此種背後的原理原則與所移植國家美國法的發展有何異同，此種異同是否可從文化的角度合理解釋，亦或受到其他因素的影響？

本節以隨機的方式，選取九十五年一月至十二月受理之台北地方法院、雲林地方法院、台中地方法院各五十個婚姻受暴婦女申請家庭暴力民事通常保護令的裁定（以該年度上網順序排列，排列在前者優先被選取，並且排除因為程序不合的理由被駁回者）。所謂的婚姻暴力包括婚姻／離婚／同居關係／男女朋友關係，在選取樣本時，去除非上述關係以及聲請人為男性的案件，各個地方法院分別選取五十個樣本，做為分析的對象。本節試圖分析各地方法院核發家庭暴力防治法第十四條第一項（修正前第十三條第二項）第一到十二款之保護令，是否有所不同、如何定義家庭暴力防治法中的家庭暴力行為、有沒有一致的認定標準？

（一）各地方法院有不同的核發文化

為了了解家庭暴力防治法第十四條第一項（修正前第十三條第二項）第一至十二款各款核發以及駁回的情形，以下的表格並不以各個地方法院之五十個個案之核發或駁回為單位，而是以所選取樣本的案件中各款依聲請或依職權而核發或被駁回為單位，分別呈現一到十二款的情形。

家庭暴力防治法第十三條第二項	台北地方法院 (共50件)	雲林地方法院 (共50件)	台中地方法院 (共50件)
第一款 禁止相對人對於被害人實施侵害行為	核41件、駁8件 聲請核發率83.67%	核45件、駁5件 聲請核發率90%	核43件、駁7件 聲請核發率86%
第二款 禁止相對人對於被害人為騷擾行為	核38件、駁8件 聲請核發率82.61%	核38件、駁7件 聲請核發率84.44%	核41件、駁6件 聲請核發率87.23%
第二款 禁止通話	核7件 占所有案件14%	核7件 占所有案件14%	核2件 占所有案件4%

從上列表格看來，家庭暴力防治法第十四條第一項（修正前第十三條第二項）第一款以及第二款核發的比率，這三個地方法院並無明顯的差異。值得注意者，第二款包括禁止通話、通信或騷擾行為，上列表格僅統計禁止騷擾行為，比率上三個地方法院並無明顯差異。但是若統計禁止通信、通話的騷擾行為，則三個地方法院有明顯的不同，台北地方法院有七個裁定核發禁止通話的保護令²⁸，雲林地方法院也有七個裁定核發禁止通話的保護令²⁹，而台中地方法院卻僅有二個核發禁止通話的保護令³⁰。觀諸台中地方法院駁回禁止通話之請求的理由，大多提及因雙方仍係夫妻關係，如禁止通話，恐影響其等間之正常溝通管道，且法院認為禁止相對人實施不法侵害及騷擾行為已足以保護聲請人，此部分尚無核發之必要。³¹

²⁸ 台北地方法院九十五年度家護字第七八號、第八三號、第一〇三號、第一四〇號、第一六一號、第二〇一號、第二二一號裁定。

²⁹ 雲林地方法院九十五年度家護字第一〇號、第四八號、第四九號、第五八號、第六四號、第七三號、第一二二號裁定。

³⁰ 台中地方法院九十五年度家護字第三三號、第一二五號裁定。

³¹ 台中地方法院九十五年度家護字第二二號、第七三號、第九九號、第一二〇號裁定。

足見對於禁止通話所影響的夫妻溝通之重要性，以及對於禁止侵害及騷擾的保護令是否足以保護聲請人，不同地方法院可能有不同的認定標準，至於有何不同，裁定書並未清楚表明真正的原因。

關於第三款以及第四款的認定，以下列表格表示之：

家庭暴力防治法第十三條第二項	台北地方法院 (共50件)	雲林地方法院 (共50件)	台中地方法院 (共50件)
第三款 命相對人遷出住居所	核11件、駁5件、核（依職權）1件 牽涉到的案件 比率34% 聲請核發率68.75%	核1件、駁1件 牽涉到的案件 比率4% 聲請核發率50%	核0件、駁4件 牽涉到的案件 比率8% 聲請核發率0
第四款 命相對人遠離下列場所特定距離：被害人住居所、學校或工作場所	核21件、駁10件、核（依職權）2件 牽涉到的案件 比率66% 聲請核發率67.74%	核13件、駁6件 牽涉到的案件 比率38% 聲請核發率68.42%	核3件、駁10件 牽涉到的案件 比率26% 聲請核發率23.08%

上列表格清楚地表示，台北地方法院聲請之核發遷出令的比率高達68.75%，而台中地方法院的核發率卻為0，有著極大的差異，台中地院裁定書所呈現之理由，也只是表示聲請人並未敘明理由，且未釋明或提出相當之證據，為何有必要核發遷出令，因而認為禁止相對人為騷擾及不法侵害之行為，已足以保護聲請人，遷出令聲請部份無核發之必要。本文不禁質疑，如果不是台北地院以及雲林地院的聲請人比較有能力，達成證明或釋明的舉證責任，那麼就是法院認定何時達到證明或釋明的程度之判斷，有著不同的標準。是否台中地院的法官認為，核發遷出令造成相對人之不利益，其本質上多半大於居住在一起之聲請人可能遭受的身體上之侵害與心理上之恐懼？不同地方法院有不同的標準，但是這些不同的標準卻沒有呈現在裁定書中。

類似的狀況亦發生在第四款命相對人遠離下列場所特定距離：被害人住居所、學校或工作場所之保護令審理實務中，呈現出同樣的問題。以下關於第六款、第七款以及第八款牽涉到未成年子女的保護令，以下列表格表示之：

家庭暴力防治法第十三條第二項	台北地方法院 (共50件)	雲林地方法院 (共50件)	台中地方法院 (共50件)
第六款 定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔由聲請人任之	核13件、駁6件 牽涉到的案件 比率38% 聲請核發率68.42%	核2件、駁2件 牽涉到的案件 比率8% 聲請核發率50%	核4件、駁6件 牽涉到的案件 比率20% 聲請核發率40%
第六款 定相對人對於未成年子女會面交往之方式	核11件、駁3件、依職權核發1件 牽涉到的案件 比率30% 聲請核發率85.71%	核0件、駁2件 牽涉到的案件 比率4% 聲請核發率0	核2件、駁3件 牽涉到的案件 比率10% 聲請核發率40%
第八款 命相對人給付其未成年子女之扶養費	核4件、駁4件、依職權核發1件 牽涉到的案件 比率18% 聲請核發率62.5%	核1件、駁2件 牽涉到的案件 比率6% 聲請核發率33.33%	核1件、駁2件 牽涉到的案件 比率6% 聲請核發率33.33%

當通常保護令案件牽涉到未成年子女時，法院核發相關保護令的態度與傾向，在定暫時對未成年子女權利義務之行使或負擔由聲請人任之時，核發機率台北地院就比雲林地院大四至五倍，關於相對人的對等權益，定相對人對於未成年子女會面交往之方式上面，台北地院的核發機率為85.71%，雲林地院卻機率卻是0，差異不可謂不大。此外，在命相對人給付其未成年子女之扶養費之保護令上面，台北地院核發的機率為其他兩個地方法院的兩倍，從數字上看，也有相當的差異。有這些差異的原因何在呢？法律的實質認定標準，並沒有呈現在法院的裁定當中。

最後，從保護令的效果來看，第一款禁止侵害行為以及第二款禁止騷擾行為，本來就是相對人應盡之法律義務，核發保護令嚴格來說並沒有對相對人有更進一步的不利益或權利上的限制，原則上核發的標準應該較為寬鬆；相對地，第三款遷出令、第四款遠離令以及第二款之禁止通話，乃是進一步對相對人的自由權利加以限制，原則上核發的標準應該較為嚴謹。不管寬鬆還是嚴謹，法院之審理應該要有一個一致的標準，然而，從下表的數字顯示，牽涉到這些對相對人權益限制較大的保護令，其牽涉到的案件比率，有極大的差異，台北地院比台中地院大了六倍多。

家庭暴力防治法第十三條 第二項	台北地方法院 (共50件)	雲林地方法院 (共50件)	台中地方法院 (共50件)
核發第三、四款或者第二款之禁止通話	26件 牽涉到的案件 比率52%	16件 牽涉到的案件 比率 32%	4件 牽涉到的案件 比率 8%

(二) 實質認定的標準？

法院的審理過程乃是一個認定事實並且解釋適用法律的過程，而對於法律的解釋必然要有一個一致的標準，以保障法的實質正當性。關於保護令的核發，必然要符合家庭暴力防治法第十四條第一項（修正前第十三條第二項）「有家庭暴力的事實且有必要者」，何種事實符合此條項的要件，必然要透過審理實務的累積而形成。

仔細觀察本文所蒐集的台北地院、雲林地院、台中地院各五十個，總共150個裁定，核發保護令的裁定中，絕大多數是身體暴力的情形。而所謂的身體暴力，包括身體上的捏、擠壓、推、搖、抓傷、咬、打巴掌、逼迫、拘禁、丟東西、使骨折、使內傷、拒絕受害人醫療照顧、使用武器、使受害人無能力、使損傷其外形、使傷殘、使被殺等均屬之。以台北地院五十個通常保護令的裁定中有

四十一個核發保護令，當中大多數為身體暴力，僅有三個僅涉及精神暴力；雲林地院五十個通常保護令的裁定中有四十五個核發保護令，當中大多數為身體暴力，僅有一個僅涉及精神暴力；台中地院五十個通常保護令的裁定中有四十三個核發通常保護令，當中大多數為身體暴力，僅有兩個僅涉及精神暴力。

分析上述樣本中六個精神暴力的案例事實³²，其實已經樹立了一些標準，試列舉如下：

1. 「相對人經常於聲請人洗澡之際，關閉瓦斯及浴室電燈；夏天時，亦禁止聲請人使用冷氣機，致聲請人過敏；更不許聲請人以熱水洗碗，或將衣物分類洗滌，致聲請人壓力很大。」（台北地方法院九十五年度家護字第三五號）
2. 「兩造為夫妻，現分居……連續發簡訊給聲請人，威脅欲毆打聲請人，讓聲請人永遠無法見到子女等語，並將聲請人住所即台北縣OO市OO路OO號OO樓之門鎖鎖心取走，並於探視兩造之未成年子女張OO，未依時將張OO送回聲請人住處。」（台北地方法院九十五年度家護字第一二七號）
3. 「即於外事課蘇OO課長面前，恐嚇聲請人要殺死聲請人及黃OO、OO、不讓聲請人好過日子等語，令聲請人萬分害怕」（台北地方法院九十五年度家護字第一六三號）
4. 「聲請人即被害人常因雙方個性不合、發生口角或相對人酗酒等情，遭相對人用三字經辱罵、且說要拿刀殺聲請人。」（雲林地方法院九十五年度家護字第五十號）

³² 精神上之不法侵害行為之定義，乃指顯現於情緒上或心理上為不聞不問、貶低身分、不流露任何情感、嘲笑、大叫、羞辱、破壞有價物品等；又所稱騷擾者，謂任何打擾、警告、嘲弄或辱罵他人之言語、動作或製造使人心生畏怖情境之行為。

5. 「本件相對人動輒以言語暴力處理雙方之婚姻或家庭問題，令家庭生活不得安寧，亦令聲請人精神上不堪忍受等情，顯已符上述所謂之精神上不法侵害行為。」（台中地方法院九十五家護字七十號）
6. 「相對人竟迫出欲出手毆打聲請人，令聲請人心生恐懼，對於聲請人實施精神上之不法侵害行為，已發生家庭暴力事件；再者，如前於九十五年農曆年前，亦因兩造發生爭執，相對人無視夫妻情誼，非但不知尊重、疼惜聲請人，亦毫不留情對聲請人言詞羞辱，並欲出手毆打聲請人，聲請人心生恐懼，深怕相對人會施以拳打腳踢之肢體暴力，而暫避居娘家，且相對人先前已先後多次對聲請人施以家庭暴力，長久如此聲請人實已心力交瘁，聲請人長期生活於不安恐懼之中，可認聲請人有繼續遭受相對人實施不法侵害行為之虞」（台中地方法院九十五年度家護字第一〇九號）

此外，觀察台北地方法院九個、雲林地方法院五個、台中地方法院七個被駁回的案件，也可以從駁回理由不成立「家庭暴力」中，看出「家庭暴力」的具體意義。例如，台北地方法院九個被駁回的案件，九個均已有身體暴力的驗傷診斷書，惟因為無其他證據³³、相對人否認聲請人經合法通知未到場³⁴、兩造於本院調查期日均未到場³⁵、聲請人當庭撤回³⁶、因可歸責於被害人之事由致相對人

³³ 台北地方法院九十五年度家護字第三六號。

³⁴ 台北地方法院九十五年度家護字第六〇號、第二五四號。

³⁵ 台北地方法院九十五年度家護字第六四號、第六六號、第八七號、第一〇八號。

³⁶ 台北地方法院九十五年度家護字第二〇七號。

出於過當反應之行為³⁷等，而被認為聲請人並未盡到該盡的舉證責任，證明或釋明有核發保護令的必要。

雲林地方法院五個被駁回的案件，其中一個為不成立精神暴力，因為乃是出於偶然³⁸，其餘四個雖附具驗傷診斷書，但仍不成立身體暴力，包括相對人抗辯傷害乃聲請人遭債權人毆打所致³⁹、未再

³⁷ 台北地方法院九十五年度家護字第九五號：「查兩造於九十五年五月十一日下午四時許，在本院新店辦公大樓法庭走廊等候開庭時，因聲請人搶走相對人所持有之證據，相對人即勒住聲請人之頸部，此為兩造所不爭（見同年月十八日非訟事件筆錄第三至四頁）。是以相對人之所以對聲請人有暴力舉動，起因於聲請人擅自奪取相對人之證據資料，顯可歸責於聲請人之事由。縱令聲請人認為相對人之請求不實，惟兩造之糾紛業已進入訴訟程序，即應靜待法院之裁判，聲請人不宜以此方式表達其不滿情緒。揆諸前揭說明，此次暴力事件之發生既因可歸責於被害人之事由，致相對人出於過當之反應而勒住聲請人之頸部，此一時性之身體上不法侵害行為，自難認係家庭暴力防治法所欲規範之家庭暴力行為。」此外，最高法院九十三年度台抗字第九十五號裁定認為：「法院通常保護令事件之審理終結後，如認有家庭暴力之事實，且不法侵害行為有繼續發生之可能性，有以民事保護令保護被害人之必要者，固得核發內容適當之通常保護令。倘家庭成員間，因可歸責於被害人之事由，致加害人出於過當之反應而為一時性之身體上或精神上不法侵害行為，自難認係家庭暴力防治法所欲規範之家庭暴力行為。」

³⁸ 台中地方法院九十五年度家護字第一六號：「相對人辯稱：兩造不合已很多年，因為不合所以也沒有說話，相對人不會毆打或辱罵聲請人，相對人只是不理會聲請人，當天是因為聲請人先辱罵相對人，相對人才回罵等語。可見本件爭執是事出偶然。而聲請人經本院通知未到庭說明有何必要核發之理由，尚難認為有核發保護令之必要。」

³⁹ 台中地方法院九十五年度家護字第五六號：「查相對人所辯上開事實，業據其提出聲請人所書立之契約書一紙為證，且該契約書內容確有聲請人先前賭博負債甚鉅，如其再賭博願遭離之下場，及同意其他女子與雙方同居等語，核與相對人所辯情節相符，足信屬實。」

提出任何證據⁴⁰、聲請人先動手毆打乃互為不法侵害行為⁴¹、衝突係由於聲請人不理會公婆所發生有類似挑釁之行為。⁴²

台中七個被駁回案件，除了一個為無正當理由聲請人未到庭之外，其餘六個駁回保護令的理由提到「參諸家庭暴力防治法之立法精神，以維持家庭和諧，保障每個家庭成員能擁有健全發展之家庭環境為宗旨⁴³」，其中五個駁回保護令的理由都提到，因為相對人沒有「不良惡習、生活困頓、人格特質偏差、歧視異性等個人暴力傾向成因」，因之無核發通常保護令之必要。然而，以家庭和諧做為主要的駁回理由，有時難以令人完全信服，例如台中地方法院九十五年度家護字第二十號裁定，聲請人與相對人已經離婚，於駁回的裁定理由中仍堅持家庭和諧，「而兩造本係來自不同家庭背景之人，生活難免發生齟齬，若為偶發嫌隙即聲請保護令，阻斷家庭和睦之道，實與制定家庭暴力防治法係為促進家庭和諧之目的相違」。

從上述的整理我們可以發現，於核發的案件中，無法找到身體暴力符合必要性中有「繼續受侵害之可能」的判斷標準，成立精神

⁴⁰ 台中地方法院九十五年度家護字第一〇〇號。

⁴¹ 台中地方法院九十五年度家護字第一一四號：「相對人的母親即聲請人的婆婆來勸架時，聲請人竟不領情，並出手推相對人的母親，致相對人的母親倒坐在椅子上，相對人才忍不住毆打聲請人……本件雙方發生爭執，是互為不法之侵害，聲請人尚非單純家庭暴力之受害人，且其亦有事前之挑釁行為。」

⁴² 台中地方法院九十五年度家護字第一三三號：「則聲請人主張相對人對其為上開不法侵害之行為，雖足信屬實。然上開衝突既係由於聲請人不理會公婆所發生，則其有類似挑釁之行為，足以認定，且其於事故發生後即回娘家迄今。相對人既無主動不法侵害聲請人之情事，尚難認為有核發保護令之必要。」

⁴³ 台中地方法院九十五家護字第一三號、第二〇號、第二五號、第二七號、第七四號、第七九號裁定。

暴力之侵害行為，裁定中也未提供有效的檢驗標準。至於被駁回的案件，多半只是表明無法證明或釋明已達「繼續受侵害」的可能，並無進一步說明什麼狀況或事實能夠符合此要件。而在駁回的案件中表示家庭和諧的重要性，並且提及保護令本身若是針對偶發事件為之，反而阻斷家庭和睦之道，此種標準亦未進一步說明，家庭和諧的重要性在何種暴力行為之下，有可能被減弱，因而有核發保護令的必要。換言之，裁定理由中的說明，充其量只是一些抽象的描述⁴⁴，未能在具體案例中形成區分家庭暴力行為與非家庭暴力行為的準則，因之無法提供實質認定的標準。

（三）美國法近年的發展

上一段說明了我國家庭暴力防治法保護令的適用，欠缺實質認定的標準，所謂的實質認定標準，可能必須要有更明確的定義，本段試圖描繪美國法近年來家庭暴力防治法保護令之判例法的發展，

⁴⁴ 其中不乏比較詳細的解釋家庭暴力的定義，不過此仍然是一種抽象的定義，此種抽象的定義乃以「權力—控制」說明家庭暴力的本質。參見台中地方法院九十五年度家護字第一〇九號：「同時家庭成員間因具有異常之親密關係，通常施暴者藉由虐待配偶或家人，來建立其控制力及權力，是實際明顯之肢體暴力行為不是經常出現，反是併合肢體暴力及採用其他各種具操弄性的、強制性的及其他心理虐待的行為成為控制之工具，並以建立及維持前述之優勢及控制力及權力。……又如何方是屬精神上之不法侵害，或與家庭成員間之身分、地位、教育程度、親密關係等均有關，如單採完全客觀之標準，或有忽視被害人主觀之感受，是有關精神上之不法侵害，確須逐一依具體個案，由法官在審理中考量各須主、客觀之因素後為判斷，尚不能逕以民法上不堪同居虐待以『客觀』標準為唯一衡量基礎。……而類似前述之家庭暴力行為並不在於顯示出其精確性，而是在顯現一些各種類型之虐待行為，是主要有前開部分行為綜合觀察，能夠充分顯現出前述之『權力—控制』關係，則自足認屬精神上之不法侵害行為。」

以便呈現所謂「實質認定標準」形成的發展過程之可能。

一九九九年Brandon v. Brandon⁴⁵案中，北卡羅蘭納州的上訴法院認為，是否構成家庭暴力的行為，取決於該等行為是否造成受暴者心理真實的恐懼（in actual fear），也就是必須就具體情況針對主觀狀況做認定，並非就相關事實客觀認定一般人於同樣的狀況是否會有同樣的恐懼。

關於家庭暴力行為者主觀犯意（mens rea）的法定要件，二〇〇六年科羅拉多州的最高法院⁴⁶在暴力行為的認定上面，認定不能因為跟蹤者主觀上不知，就不成立家庭暴力的行為，還是要就實際上是否造成被跟蹤者情緒上的恐慌而定。此判例在判斷某個跟蹤行為是否構成家庭暴力行為時，最後推翻高等法院的判決，高等法院認定跟蹤者必須知道，其跟蹤行為對一般人來說，會造成被跟蹤者心裡的恐慌，此乃成立該等行為的重要條件之一，但是地方法院並未將此事告知陪審團，因此高等法院推翻地院核發保護令的判決。然而，最高法院推翻高等法院的判決，認為跟蹤者可能根本對客觀的社會事實完全漠視，或者不知道自己的不斷跟蹤行為可能造成對方心理上的恐懼。

麻塞諸塞州二〇〇五年高等法院在Vittone v. Clairmont⁴⁷案中，發給一位婦女及其子女保護令，避免其入獄八年剛出獄的前夫之侵害。高等法院將此保護令的核發，視為八年前保護令的延續，將八年前其前夫入獄視為保護令核發時間的停止，而從出獄之時

⁴⁵ Brandon v. Brandon, 132 N.C. App. 646, 654-55, 513 S.E.2d 589, 595 (1999).

⁴⁶ Colorado Supreme Court Addresses Mens Rea Requirement in Stalking Cases People v. Cross, 2006 Colo. LEXIS 30 (January 17, 2006).

⁴⁷ Vittone v. Clairmont, 64 Mass App. Ct. 479, 2005 Mass. App. LEXIS 852 (September 10, 2005). Available on the web at <http://www.sociallaw.com/slip.htm?cid=15483&sid=119>. last visited September 27, 2005.

開始繼續計算。事實經過為其入獄八年的前夫將要出獄，當初入獄的原因為強暴她的兩個小孩，基於入獄之前對該名婦女的侵害，而在獄中又透過媒體以及網路對這位婦女有不實指控，其行為可說是一種預警式的控制以及包含怒氣的行為，再加上出獄之後又預計在她住家附近定居，在知道其前夫要出獄之時，該名婦女提出保護令的請求。

華盛頓州高等法院於二〇〇六年在 *Phasavath v. Haggerty*⁴⁸ 案中界定何謂非法騷擾（unlawful harassment），該案中認定丈夫在非約定探視時間頻繁打電話給小孩，並且不斷給予壓力要求與小孩額外的會面時間，一般人在此情況之下，皆會產生被傷害的憂慮，經被害人以及其工作夥伴的出庭說明，證明其確實有此種遭受侵害的恐懼，而且此種恐懼雖不是全面性的，卻是一般人在此情形之下都會有的恐懼，因此核發其保護令。

北卡羅蘭納州高等法院二〇〇六年 *Wornstaff v. Wornstaff*⁴⁹ 案豎立某種實質認定標準。該案成立家庭暴力的行為，並且核發保護令，其事實為先生晚上到兩人一起經營的店裡面，兩人爭吵的過程中，先生大聲叫囂說：「妳想傷害我嗎？想殺我打我嗎？」並且將訂書機用力摔打在櫃檯桌面上，把水瓶往太太的方向丟，一直到深夜不願意離開，第二天早上太太到店裡，發現先生還在那裡，因此聲請保護令，說明自己心裡很害怕，認為此人已經無法控制自己，法院認為太太害怕持續被騷擾，並且已經引起其心理上實質的情緒性沮喪不安。

⁴⁸ *Phasavath v. Haggerty*, 2006 Wash. App. LEXIS 701 (April 17, 2006).

⁴⁹ *Wornstaff v. Wornstaff*, 2006 N.C. App. LEXIS 1975 (September 19, 2006).

「實質認定的標準」也可能從駁回保護令的案件中呈現其形貌，以下舉二個例子。第一個案子乃先生揚言太太如果不繼續離婚的程序，將會放火燒毀房子，法院認為先生過去沒有任何身體上的暴力紀錄，此次的言行也不足以構成立即的威脅，而且太太在先生講完這句話的時候，並未立即離開，因此欠缺此話造成心理上立即受侵害的害怕。⁵⁰第二個案子明尼蘇達最高法院認為，驗傷單是否能夠作為證據，非可一概而論，必須依照侵害嚴重的程度、侵害的頻率、加害者與受害者之間的關係、情緒或心理上傷害的有無等來詳加討論，並且這些的界限，必須取決於醫療專業人員，而非法院的決定，此案並無醫療專業的意見認為受害者所受的治療與家暴或者家暴者有關，因此對於傳聞證據的例外，地方法院的決定過於廣泛。⁵¹

此外，對於聲請人撤回是否法院就應該必然為駁回的裁定，堪薩斯州高等法院亦豎立一個實質認定標準，其認為地方法院駁回保護令的聲請是一件錯誤的決定，本案中被害人被警察發現遭受家庭暴力，臉頰紅腫，雙眼腫大，幾乎無法言語以及走動，聲請人告訴警察她男朋友打她的臉、踢她並且將之踹倒而撞到燈，警察立即逮捕熟睡中的男友，他自己亦承認暴行，女方隨即提出保護令的聲請，但是之後表示要撤回，高等法院認為地方法院法官不應隨即撤銷本案，而應該由陪審團做實質的認定。⁵²

⁵⁰ Threats of Remote Harm Insufficient to Support Domestic Violence Restraining Order *Ficklin v. Ficklin*, 2006 ND 40 (February 23, 2006).

⁵¹ Patient's Identification of Assailant Not Admissible Hearsay under Medical Diagnosis Exception *State v. Robinson*, 2006 Minn. LEXIS 439 (July 20, 2006).

⁵² The opinion of the court in *State v. Coppage*, 92648 (Kansas Court of Appeals, December 23, 2005) can be found on the web at <http://www.kscourts.org/kscases/ctapp/2005/20051223/92648.htm>, last visited December 26, 2005 bgf.

綜上所述，就美國法的發展經驗而論，所謂的「實質認定標準」，包括受暴者主觀上內心真實的恐懼，是否得以成為保護令核發的主要依據？跟蹤者如果主觀上不知其行為會造成被跟蹤者的恐慌，是否仍成立家庭暴力行為？暴力行為因為施暴者入獄而中斷八年，施暴者出獄後是否可因婦女的聲請而核發保護令？父親不斷要求探視小孩而形成的被侵害的壓力，且在一般人處於相同狀況都可能有相同的恐慌，是否應該核發保護令？至工作場所大吵大鬧拒絕離去，並且以言語挑釁，雖然只有一次的行為，是否構成家庭暴力？如果美國法的發展，上述的問題為肯定的答覆，那麼在台灣的文化脈絡之下，該會有相同或者不同的判斷？其判斷的主要理由為何？與家庭暴力防治法的目的與本質有何關聯性？比較美國法的發展，我國通常保護令的審理實務，無疑留下了許多疑問。

四、法律適應的過程分析

本節採用「法律適應」的過程分析研究取徑。⁵³奈爾坎（David Nelken）指出：「法律移植的隱喻意味著需要把移植之法在某種程度上本土化以使之適應新的環境」⁵⁴，從此可以論斷法律移植與法律適應實為一體二面，「法律移植」（或「法律繼受」）的概念，蘊含著某種國家性或地方性的指涉，比較是法律的非人性的轉移面向，著重於法律的形成淵源；而「法律適應」的概念主要在於進行「描述和解釋法律如何、何時和為何變化」⁵⁵，更看重社會中的人

⁵³ 此種取徑更詳細的理論觀點，詳見王曉丹，〈法社會性的失落與追尋－初探台灣的法律與社會研究〉，《政大法學評論》已接受刊登。

⁵⁴ 奈爾肯等編，高鴻鈞等譯，〈法律適應的社會學探討〉，《法律移植與法律文化》（清華大學出版社，2006年），頁18。

⁵⁵ 同前註，頁29。

如何面對、理解以及應對他國或他地法律，並且進入法律的社會脈絡、組織結構、專業行為以及相關法律文化的分析。

「法律適應」的過程分析研究取徑轉移了過去「法律移植」（或「法律繼受」）的理論思維，因而社會不只是外來（往往是西方）法律的（強制或非強制）（主動或被動）接受者，而是將受移植國（與法律相關）的社會文化置於主體位置，進一步思考法律在其中的適應狀況。此種研究取徑主要受到後殖民理論與文化研究等新興學門的影響，關注後殖民國家面臨所謂法律移植或稱法律繼受的社會現實，因此著重討論在法律實踐的面向上，法律移植的過程為何？有何法律適應的特殊性？主要議題為何？

（一）法律移植的社會脈絡

對於家庭暴力防治法的評價，我們可以發現有正反兩極的看法。有人從負面的觀點，以為「家庭暴力防治法是美國人的法律，台灣應建立本土性的家庭暴力防治法」，但是對關心家庭暴力被害人的團體或個人，尤其是推動家庭暴力防治法的法界人士來說，此種說法無異於漠視道德價值面向的議題，賴芳玉律師反對坊間批評家庭暴力防治法太具洋味的說法，認為家庭暴力防治法具有許多正面的意義。她說「曾有人質疑現在實施的家暴法不是本土化的法律，但是什麼才是『本土性的家暴法』？……在未有家暴法以前，只是被『法不入家門』的制度容許、只是被『所謂三從四德的好女人』包容……難道再回到原有的傳統價值觀才是符合『國情』、才是『本土化的法律』？」⁵⁶

⁵⁶ 賴芳玉，〈讓清官來斷家務事 --- 協助受暴婦女走出來，重構台灣社會價值觀〉，《司改雜誌》，第45期，2003年6月。參考網址：http://www.jrf.org.tw/mag/mag_02s.asp?SN=1006（最後點閱時間：2007年4月5日）。

到底家庭暴力防治法是一個「外來的法律」，還是「本土性的家庭暴力防治法」，似乎不能僅從「傳統價值觀」與「法入家門」間的對立加以解釋，這還必須關照到此部法律乃是從美國法移植而來的事實面向。本文借用英文「transplants」的概念，翻譯為「移植」較為適當。而英文中「transplants」此一概念的使用，不可否認乃法學者借用植物學以及醫學的現成詞彙，取其意義而來。換言之，移植者面臨的最大挑戰是嫁接的親和力問題，即被嫁接的植株與新植株之間的癒合和生長能力。移植者不僅要考慮兩種植株在品種上的親緣關係遠近，還要考慮兩種植株代謝作用的大小，從而努力使被嫁接的植株與新植株有機地融為一體，並產生更加優良的新品種。而在法律實踐中，多數移植都只是法律制度的部分移植，移植者的做法及其面臨的問題都與植物學上的嫁接有異曲同工之處。⁵⁷

關於法律移植⁵⁸是否能夠將法的精神從一國，落實到另一國的法實踐，一直是一個見仁見智的問題。弗羅因德（O. Kahn Freund）將法律移植過程中所涉及的各種因素分為兩類，一類是環境因素，其中包括（一）地理因素如氣候、土壤、地理位置等；（二）社會和經濟因素如生產方式、人口、財富、貿易等；（三）文化因素如宗教、傳統、習慣和習俗等；另一類是純粹的政治因素如團體、政體、政治信念等。弗羅因德認為，隨著工業化文明的普

⁵⁷ 關於「legal transplants」的意涵，可參閱王雲霞，〈法律移植二論〉，《公安大學學報》，第1期，2002年。參考網址：<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=23444>（最後點閱時間：2009年3月12日）。

⁵⁸ 沈宗靈先生說，法律移植是指「特定國家（或地區）的某種法律規則或制度移植到其他國家（或地區）」。參見沈宗靈，〈法律移植與比較法學〉，《外國法譯評》，第1期，1995年。參考網址：<http://www.xschina.org/show.php?id=9526>（最後點閱時間：2009年3月12日）。

及，第一類因素即環境因素對法律移植的影響或阻礙大大地降低了，而第二類即政治因素對法律移植的影響或阻礙則相對突出。⁵⁹沃森（Alan Watson）對弗羅因德的觀點表示懷疑，他以羅馬法被廣泛而成功的移植為例，證明不同的法律制度，甚至在不同發展水平上的法律體系之間及不同政治條件的法律體系之間，經常實現成功的法律移植。⁶⁰

不論是法律不可移植論或可移植論，都肯認法律文化在法律移植中的重要性。即便如沃森也認為必須仔細觀察法之運作，以便了解法律移植的真相，他提醒我們一個移植的法律，有時候其運作會和被移植的國家，有著完全不同的法律運作。⁶¹而其原因，不外乎要從法律文化中找尋答案。正如雷格蘭（Legrand）所說的，法律規則的意義其實只能在解釋者的語境之中呈現，受制於解釋者的歷史與文化因素，而此種解釋乃解釋者社群社會文化力量的展現，也就是法官、法學家排除邊緣者的一個過程⁶²，而法的意義必須在生活世界的脈絡之下，才有可能⁶³，正因為如此，法律移植充滿了各種不同的變數。

從以上的論述可知，我國自美國移植家庭暴力防治法之後，該法的立法目的能否達成，必然要從法律的實踐面向觀察。而觀察法

⁵⁹ O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparativ Law*, in *Selected writings*, 295-319 (1978).

⁶⁰ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (revised ed., 1993).

⁶¹ Alan Watson, *From Legal Transplants to Legal Formants*, 43 *American Journal Comparative Law*, pp.469-476 (1995).

⁶² Pierre Legrand, *What is “Legal Transplants” ?*, in *Adapting Legal Cultures*, 58 (D. Nelken & J. Feest eds., 2001).

⁶³ *Ibid.* 64.

律的實踐，並非單純的法律邏輯論述，台灣社會對於「家庭暴力」的理解與認識，才是關鍵所在。如果我國法院在此移植的過程中，忽略了社會脈絡的觀察，就難以期待「被嫁接的植株與新植株有機地融為一體，並產生更加優良的新品種。」

（二）法律形式主義

法律社會學家韋伯（Max Weber）以為，現代法之法理性與正當性之間本就具有矛盾性，而此種矛盾性在移植或繼受法律的過程中，更加突顯其荒謬性。韋伯將脫離君主以及教權制的現代法治，描述為一個理性化的過程，「其權力運作愈是通過官吏來進行，那麼在其影響下的司法裁判，無論是內容或形式上，便愈具有合理的性格」。⁶⁴關於理性化法律的內在矛盾性，他說「法律邏輯的抽象的形式主義與他們欲以法律來充實實質主張的需求之間，無可避免的矛盾。因為，法律形式主義可以讓法律機制像一種技術合理性的機器那樣來運作，並且以此保證各個法制利害關係者在行動自由上，尤其是對本身目的行動的法律效果與機會加以理性計算這方面，擁有相對最大限度的活動空間。訴訟成為以和平手段來進行利害鬥爭的一種特殊形式，使利害鬥爭受制於確定且不可侵犯的『遊戲規則』」。⁶⁵

此種法院審理的形式主義與實質之內在衝突，可以從審理程序的理性進一步得到理解。如果採嚴格的「辯論主義」，法官只能靜待當事人提出主張與進行答辯，凡是當事人所未提出之攻擊防禦方法，對法官而言，皆不存在；就算受到非訟法理的影響，不採取

⁶⁴ Max Weber, 康樂、簡惠美譯，《韋伯作品集（九）：法律社會學》（桂林市：廣西師範大學，2005），頁 217。

⁶⁵ 同前註，頁 220-221。

辯論主義，但凡是不能以一般規律下的證明手段加以釐清的事實，同樣亦不存在。因此，法官所追求的不過是相對的事實—透過當事人的訴訟行動所設定的界限裡，能夠得出的相對事實。此種相對事實，自然無法全然保障法之實質正當性。以韋伯的語言來說，正是「在所有這些事實上，形式的裁判，以其不可避免的抽象性格，處處傷害了實質公道的理想」。⁶⁶

家庭暴力防治法通過施行之前，法律制度對於身體暴力或者精神暴力的行為，原則上有刑法加以規範，但是基於傳統上清官難斷家務事的觀念，婚姻暴力被定義為家務事，不論是議題的公共性或者暴力的界定，皆存無法不入家門的運作痕跡，以人性尊嚴為基礎的法律規範，很難深入人們的婚姻生活當中，逐漸形成了一幅立法游離於社會生活之外的景象。

家庭暴力防治法施行之後，被移植的法律制度早已脫離原有的社會文化脈絡，在本土語境下的法之正當性，僅依靠當代跨國的法治理念，無法成就其功。⁶⁷而法庭審判的合法性來自於法院組織的獨立性，法官審判的依據法律、正當法律程序的落實等等，這些最終的目的在於保障判決或裁定的實質正當性。

但是這往往與實際的運作相背離。正如本文第二部份以及第三部份的分析，法官所謂依法審判，有時只是以法之名，有時存有誤用法規（例如將暫時保護令的審理法則誤用在通常保護令的案件上）甚至適用一個想像出的法律原則（例如準用民事訴訟法的舉證責任）駁回當事人的聲請；而在實質的認定上，又有如將暴力行為放在真空箱中，無視於社會文化因素，導致不同法院有不同的核發

⁶⁶ Max Weber, 康樂、簡惠美譯，前揭註 64，頁 222-223。

⁶⁷ 劉思遠，《法律移植與合法性衝突—現代語境下的中國基層司法》，2005年，China Academic Journal Electronic Publishing House，頁 20-51。

文化，並且無法從審理實務上，形成核發保護令的實質認定標準。

造成保護令核發緩慢或者駁回的理由，往往是一些與法之形式合理性相關的因素，包括法官本身之業務量過重⁶⁸、行政程序繁雜⁶⁹、依證據無法證明或釋明繼續發生暴力的可能性⁷⁰等等。⁷¹這非常類似於韋伯在新教倫理與資本主義精神中對資本主義「牢籠」的論述⁷²；或者如組織社會學的新制度理論所述，符號化的組織結構在運作過程中會發生所謂斷耦（decoupling）的現象，即與組織的實際運作相分離。⁷³此種斷耦的法律文化現象，其內在的邏輯便是一切按照正當法律程序（due process of law），透過符合各種形式中立性法律規定的方式，便可以理所當然地導引出實質正義的結果。

如此，審理過程往往成為某種形式上理性的努力，聲請保護令的過程與結果，對於所謂法之正當性的辯證，似乎也無法在法的落實過程中得到充分的討論。換句話說，「程序正義」在邏輯上似乎成為「實質正義」重要、甚至唯一的依據。所有可能的討論都落入

⁶⁸ 洪遠亮，前揭註 8，頁 72-106。

⁶⁹ 李仰欽，〈家庭暴力防治法民事保護令之現況討論〉，《全國律師》，第 4 卷第 11 期，頁 4-14，2000 年。

⁷⁰ 財團法人民間司法改革基金會，〈家庭暴力防治法實施週年—司法程序調查報告〉，《司法改革雜誌》，第 28 期，頁 30-34，2000 年 8 月；顏朝彬，〈家庭暴力防治法在實務上運作的幾項缺失之檢討與建議〉，《全國律師》，第 4 卷第 11 期，頁 38-43，2000 年 11 月。

⁷¹ 當然還包括有可能是法官未顯現在裁定上的考慮，例如，基於法官對當事人雙方的觀察？或是基於家暴令可能在該個案造成的種種負面影響而盡量迴避？

⁷² Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, (T. Parsons trans.1992/1930).

⁷³ John W. Meyer & Brian Rowan, *Institutionalized organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 83 *American Journal of Sociology* 2, 340-363 (1977).

所謂專家的手裡，專家再藉由形式理性的程序，脫逸出實質正當性的管控。如果移植的保護令制度，也是循著上述軌跡在我國體現，法律人就更應該走出法條的形式論述，探究在法律文化背景下的實質正當性，以免部分家庭暴力被害人，仍舊在法律形式主義操作下吶喊與無助。

（三）法院組織結構及相關專業行為

法官審理本應藉由法的論證過程，推導出法律效果的結論，卻因為種種原因（訓練不足？負擔過重？官僚文化？），無法藉由法院審理之裁定，發展實務上保護令核發的具體標準，更無法透過實務的審理程序，於涵攝過程中釐清家庭暴力防治法真正的界線以及精神之所在。法官未能探究法律規範的實質正當性（此並非怪罪法官，事實上，三個月的審理期間，以及案件的負擔量，還有審判的種種結構性因素都是問題的核心），使得法律制度的既有問題繼續惡化，亦使得程序正義的支配性地位進一步鞏固。

除了法官審理的內在問題之外，其他專業團體的相關行為，也進一步支撐著「程序正義」的獨霸地位。例如，在受理受暴者報案後，許多一線的員警只依循往例，照著刑事傷害案件的處理方式，僅勾填當次處理的「處理家庭暴力案件調查紀錄表、現場報告表」，至多僅在當事人要求下，於非輕微案件製作筆錄，若附具驗傷診斷書者，即移送法院處理，並沒有於現場積極採證，或者協助保存證據等。⁷⁴再例如，雖然家庭暴力防治法中規定了醫療單位的職責，而且醫療實務上也設立了相當多的準則，但是黃志中指出現

⁷⁴ 洪遠亮，前揭註8，頁72-106。

階段醫療體系處理婚姻暴力個案仍存有不少的問題有待突破⁷⁵，比如關於驗傷方面，對於無明顯外傷者，仍有婦女遭受醫療工作人員拒絕驗傷診療；而醫療診斷書在法院審理中是一個極重要的文件，在司法程序上提供審理法官形成心證的重要文件，也可協助婚姻暴力防治工作釐清複雜而模糊的婚姻暴力發生歷程、本質與需求，但是醫療體系關心的重點常常在於「醫療事實」，而非「生活世界中的事實」，產生反而不利於司法程序的狀況，例如有時診斷驗傷單僅出現「病人」的字眼，而對於傷害的描述也僅限於「鈍傷」此種難以辨識的語言，此種語言對於非醫療專業的法官而言，實無法從中判斷傷害的嚴重性及危險性。⁷⁶

至此，實質正義的討論，可以說完全漏失掉。反思真正的界限，除了解釋適用家庭暴力防治法之外，還應該包括在實際的問題上思考，什麼是暴力？為什麼這樣的家庭暴力行為足以使得國家介入，核發保護令？保護令是一個禁制令的性質，並非一個立即的處罰規範，這又會有何不同？在家暴案中的討論，應該要涉及夫妻權力關係、社會資源取得的可能、人性尊嚴的界限、經驗法則的反思等「道德問題」。只專注於程序正義的問題，令整個審理或裁定的過程，只專注於原告是否能夠證明曾經受到暴力行為侵害，而法官必須依此法律而為審理，未能就其他實質問題展開討論。這使得家庭暴力防治法在移植到我國之後，如同失了根的蘭花，雖然炫麗耀眼，卻沒有養分繼續支撐它的成長。

⁷⁵ 黃志中，〈家庭暴力防治法之醫療服務經驗回顧與前瞻—以婚姻暴力防治為關注重點的討論〉，《全國律師》，第4卷第11期，頁22-28，2000年11月。

⁷⁶ 此等問題必須依賴將以醫學語言所寫成之醫療診斷書利用法庭程序轉譯成法律語言，而不是強求每一個醫生都能夠以法律語言來記載醫療診斷書。

五、結語：法律的溝通之維⁷⁷

到底何謂正義，在台灣法律繼受文化脈絡之下還是一個太遙遠的問題。西方法制在非西方社會的運用會帶來很多問題，而殘酷的事實正是，所謂「法律」、「法治」、「程序正義」或「實質正義」，已變成一種限制我們反思什麼才是公義的工具。⁷⁸我們很難回答正義到底實現了沒有，因為我們這個社會對於正義的想像，還處於一個欠缺對話的狀況。

在法律合法化的論述中，比利時法學家胡克（Mark Van Hoecke）討論了常見的形式合法化以及實質合法化後，提出了合法化的第三種類型，即溝通的合法化（communicative legitimation）。他試圖從溝通的視角理解法律，因此法律並非為人的行為提供描述或解釋，而是為人的行為以及人的溝通提供一種框架，他說：「法律本身在根本上也是基於溝通：立法者與公民之間的溝通，法院與訴訟當事人之間的溝通，立法者與司法者之間的溝通，契約當事人之間的溝通，某一審判中的溝通。更顯著的是，這一溝通方面現在被認為是處於法律合法化的框架（frame）之中：法律人之間的一種合乎理性的對話是正確地解釋和適用法律的最終保證」。⁷⁹

關於家庭暴力防治法保護令的落實，參與者眾，而每一類的

⁷⁷ 「法律的溝通之維」係引用自「Law As Communication」一書的中文譯本，請參閱註 80。

⁷⁸ 洗偉文、朱耀偉，〈以法之名：後殖民香港的法理、道德與公共論述〉，載《以法之名：後殖民香港法律文化研究》（台北：台灣學生書局，2000），頁 37-62。

⁷⁹ Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, 7 (2002). 中文譯本請參閱：Mark Van Hoecke 著，孫國東譯，《法律的溝通之維》（法律出版社，2002）。

人（聲請人、相對人、法官、社工人員、警察人員、一般人）也有一套關於正義的想像，但是這種想像的抒發，往往像是站在高空中吶喊，聽到的回應充其量只是自己的迴音，以及隨之而來不被理解的孤獨感⁸⁰，因為「各有各的立場」，也就是對正義的解讀並不一致。我們有必要創建一個對話的平台，讓參與的相關人員得以展開法律、社會與文化的溝通，以建構完善的法律實踐。唯有在法律實踐的場域看見彼此，以及聆聽彼此，才有可能建立法之目的與內涵的真正連結，我們的法治社會才有跨前一步的機會，移植的法律制度也才可能在我國紮根與茁壯。

最後應強調的是，本文以三個地方法院有關婚姻受暴婦女聲請民事通常保護令為基礎，嘗試從核發的裁定以及駁回的裁定，探討法院實務如何透過程序，發展實體的「家庭暴力」定義。主要目的在於藉由社會脈絡的架構分析，發現法律的真實面貌，以及法律與社會的溝通方式⁸¹，希望能引起更多法與社會的對話。至於提出一套可供法院作為裁判依據的實質判斷標準，則是未來仍應深究的議題，而這也是法律制度移植過程中，法律實務工作者與法學者無可規避的問題。

⁸⁰ 針對家暴保護令的落實，我們能夠「如何看自己」、「如何聽對方」以及「如何建立法之目的與內涵的真正連結」，請參考本文的姐妹作，其中有一些初步的看法。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》，第14期，頁59-85，2009年9月。

⁸¹ 關於此法律與社會的溝通方式，其中可能的研究方式乃為保護令審理庭的觀察研究，關於此一面向，作者王曉丹已發表另一篇文章：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〉，收入黃國昌主編，《2008 司法制度實證研究》（台北：中央研究院法律研究所籌備處，2009），頁389-444。

參考文獻

- 內政部（2004）。《九十二年家庭暴力案件統計》。台北：內政部家庭暴力及性侵害防治委員會。
- 內政部警政署（1999）。《警察機關防治家庭暴力工作手冊》。台北：內政部警政署。
- 中國時報，2003年6月23日，A10版，「保護令氾濫、家務事難斷」。
- 王秋嵐（2000）。《警察與社工員對緊急性暫時保護令聲請作業實況之初探-以台北市為例》。台北：東吳大學社會工作學系碩士論文。
- 王雲霞（2002）。〈法律移植二論〉，《公安大學學報》，1。參考網址：<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=23444>（最後點閱時間：2009年3月12日）。
- 王曉丹（2009）。〈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》，14：59-85。
- 王曉丹（2009）。〈當代台灣法律文化的轉化—以家暴保護令審理庭為例〉，黃國昌主編，《2008司法制度實證研究》，頁389-444。台北：中央研究院法律所籌備處。
- 王曉丹，〈法社會性的失落與追尋—初探台灣的法律與社會研究〉，《政大法學評論》，已接受刊登。
- 王麗容（2002）。《民事保護令成效之研究》。內政部委託研究報告。
- 司法院（2004）。《地方法院民事保護令核發情形統計》。台北：司法院。
- 自由時報，2005年10月16日，「父子動輒打老婆 婆媳聲請保護

- 令」，參考網址：<http://www.epochtimes.com/b5/5/10/16/n1087092.htm>（最後點閱時間：2007年3月19日）。
- 成蒂、余漢儀主編（2006）。〈婚姻暴力防治：跨專業之行動與反思〉，《應用心理研究》，32: 39-40。
- 李仰欽（2000）。〈家庭暴力防治法民事保護令之現況討論〉，《全國律師》，4, 11: 4-14。
- 沈方維（1999）。〈民事保護令事件之性質及其程序法理初探〉，《全國律師》，3, 7: 13。
- 沈宗靈（1995）。〈法律移植與比較法學〉，《外國法譯評》，1。參考網址：<http://www.xschina.org/show.php?id=9526>（最後點閱時間：2009年3月12日）。
- 沈慶鴻（2003）。〈婚姻暴力受虐婦女保護令聲請經驗之探討——以台北市為例〉，《彰化師大輔導學報》，24: 180-181。
- 沈慶紅、彭昭芬（2001）。《保護令制度之實施對台北市受虐婦女處境影響之探討》。台北市政府專題委託研計劃成果報告。
- 洗偉文、朱耀偉（2000）。〈以法之名：後殖民香港的法理、道德與公共論述〉，載《以法之名：後殖民香港法律文化研究》。台北：台灣學生書局。
- 洪遠亮（2000）。〈回應民事保護令部分問題〉，《律師雜誌》，248: 72-106。
- 法務部（2004）。《九十二年違反保護令罪統計》。台北：法務部。
- 洪遠亮（2001）。〈淺析保護令相關問題〉，《法官協會雜誌》，3, 2: 51。
- 洪遠亮（2003）。〈論保護令之延長〉，《月旦法學雜誌》，103: 238。

- 柯麗評（2000）。〈保護令真的保護了遭受到虐待的婦女嗎？〉，
《律師雜誌》，248: 58-71。
- 柯麗評、王珮玲、張錦麗（2005）。《家庭暴力-理論政策與實務》。台北：巨流。
- 陳世杰（2002）。〈中美家庭暴力事件有關保護令制度之比較研究〉，《中原財經法學》，8: 282-3。
- 高鳳仙（2000）。〈家庭暴力防治法之修法建議（上）〉，《司法週刊》，199: 3版。
- 高鳳仙（1998）。《家庭暴力防治法規專論》。台北：五南。
- 財團法人民間司法改革基金會（2000）。〈家庭暴力防治法實施週年-司法程序調查報告〉，《司法改革雜誌》，28: 30-34。
- 黃志中（2000）。〈家庭暴力防治法之醫療服務經驗回顧與前瞻-以婚姻暴力防治為關注重點的討論〉，《全國律師》，4, 11: 22-28。
- 彭南元（2006）。〈審理「離婚暴力事件」之新方向：兼對防治家庭暴力相關文章之回應〉，《應用心理研究》，32: 55-68。
- 潘維剛（2001）。〈社會福利團體角色與我國家庭暴力防治政策-以現代婦女基金會為例〉，《社區發展季刊》，94: 48-59。
- 劉思遠（2005）。〈法律移植與合法性衝突-現代語境下的中國基層司法〉，《社會學研究》，3。參考網址：<http://www.sachina.edu.cn/Htmldata/article/2005/11/504.html>（最後點閱時間：2009年5月28日）。
- 賴芳玉（2003）。〈讓清官來斷家務事-協助受暴婦女走出來，重構台灣社會價值觀〉，《司改雜誌》，45。參考網址：http://www.jrf.org.tw/mag/mag_02s.asp?SN=1006（最後點閱時間：2007年4月5日）。

- 顏朝彬 (2000)。〈家庭暴力防治法在實務上運作的幾項缺失之檢討與建議〉，《全國律師》，4, 11: 38-43。
- Nelken, David & Feest, Johannes (2006) 編。〈法律適應的社會學探討〉，載《法律移植與法律文化》，高鴻鈞等譯，頁8-74。北京：清華大學出版社。
- Sandler, Todd (2003)。《經濟學與社會的對話》，葉家興譯。台北：先覺。
- Weber, Max (2005)。《韋伯作品集（九）：法律社會學》，康樂、簡惠美譯。桂林：廣西師範大學出版社。
- Legrand, Pierre (2001). What is “Legal Transplants”?. In D. Nelken & J. Feest (Eds.), *Adapting Legal Cultures* (pp. 55-69). Oxford: Hart Publishing.
- Kahn-Freund, Otto, Sir. (1978). On Uses and Misuses of Comparative Law. In *Selected writings* (pp. 295-319). London: Stevens.
- Meyer, John W. & Rowan, Brian (1997). *Institutionalized organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, *American Journal of Sociology*, 83, 2: 340-363.
- Van Hoecke, Mark (2002). *Law as Communication*. Oxford: Hart Publishing.
- Watson, Alan (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Georgia: University of Georgia Press.
- Watson, Alan (1995). From Legal Transplants to Legal Formants, *American Journal Comparative Law*, 43: 469-476.
- Weber, Max (1930). *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. T. Parsons trans. (1992). London: Taylor & Francis.

Legal Transplants and Legal Adaptation: Reflections from the Analysis of Protection Orders

Hsiao-Tan Wang、San-Yuan Lin*

Abstract

This paper aims to uncover the hidden aspect of the Protection Order in the Domestic Violence Prevention Act focusing on its contexts of legal transplants and legal practices. We analyze the orders issued by the court and the other applications denied by the court. We find that “legal formality” has been the main theme in legal practices and there is no such thing as in American legal practices in which there are more contests and developments on the concept “domestic violence”. We suggest reflect and invite different professions to communicate to work for a better legal adaptation.

Keywords: Domestic Violence Prevention Act, protection order, comparative legal study, legal culture, socio-legal study, domestic violence, legal transplants, legal adaptation

* Hsiao-Tan Wang is an associate professor of Institute of Law and Inter-discipline, National Chengchi University. San-Yuan Lin is a Judge in Taiwan Taichung District Court.