

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

王曉丹*

- 壹、前言：從一個困惑開始
- 貳、一個新研究方法的可能
 - 一、源起：解讀大法官釋字 372 號
 - 二、研究方法：女性主義法學實證研究
 - (一) 司法實務的研究
 - (二) 性別中立法律的實像
- 參、判決資料的分析：誰的客觀？誰的標準？
 - 一、司法院統計資料
 - 二、本文蒐集資料
- 肆、論證模式的分析：誰的論證？誰的理性？
 - 一、以規則為導向的論述
 - (一) 案例一
 - (二) 案例二
 - 二、以關係為導向的論述
 - (一) 解釋期
 - (二) 怪罪期
 - (三) 主張期
- 伍、女性主義法學的觀點
 - 一、法律的目的在於實現「自由」？
 - 二、法律的目的在於獲致「平等」？
- 陸、結語：性別，觀察法律運作的全新窗口

壹、前言：從一個困惑開始

第一次書寫這篇文章，距離即將發表的現在，已經將近兩年的時間。這

*政治大學科際整合法律研究所副教授，英國華瑞克大學（Warwick）法學博士，聯絡信箱：xiaotan.wang@msa.hinet.net。本文首先發表於「第一屆全國法學實證研討會」，國立交通大學主辦，2006年5月。作者感謝該次研討會的與談人劉宏恩教授對本文的建議，並感謝兩位匿名審稿人對本文所提出的意見，使本文能夠改進未盡完善之處。文中疏漏之處，文責概由作者自負。

兩年作者一直惦記著有一篇還待完成的作品，但是因為作者一直無法確定這篇作品對法學學術以及對自己學術發展可以有的意義，始終無法讓這部作品達到交稿的狀態。一直到上個禮拜這種不確定的感覺，才因為與個案的接觸而有了改變。作者因為擔任家事調解委員的機緣，遇到了一位曾受到家暴並且以此向法院請求裁判離婚的婦女，談到那一段過去，她說：「到了法院，法官也不聽我怎麼說，只要我拿出驗傷單，然後問我對方為什麼理由打我，嗨，法院有法院的說法啦，我的故事法官怎麼會懂，我被打了好幾次，無時無刻的擔心害怕...整天想自己該怎麼辦...走投無路之下才會來到法院」。身為一個法律人，作者不禁產生一個困惑，法院的故事是什麼呢，為什麼這位受到家暴並且向法院請求離婚的婦女，會認為法院對事件的理解與她截然不同呢？

且讓我們先以最高法院 69 年台上字第 3168 號判決為例：

「本件被上訴人(夫)於六十八年十一月八日在其自宅將上訴人(妻)網縛，並以剪刀強將其頭髮剪短，復出手將上訴人(妻)毆傷，固屬事實，並有台灣雲林地方法院六十八年(易)字第二八二五號刑事判決判處被上訴人(夫)罪行可稽，惟……上訴人(妻)有經常離家出走之事實……足證被上訴人(夫)係因上訴人(妻)之行為不檢，而一時忿激，致有上開過當行為，尚不得謂為不堪同居之虐待。至上訴人(妻)主張，因被上訴人(夫)經常在外賭博，故離家出走云云，因為被上訴人(夫)所否認，且賭博亦非必使上訴人(妻)非離家出走之原因，因而將第一審准兩造離婚之判決，予以廢棄，改為駁回上訴人在第一審之訴之判決，經合於法尚屬無違。」

在本案妻子離家出走被認定為「行為不檢」，妻子雖然能夠證明之後被毆打，法官仍然認定丈夫只是「一時忿激，致有過當之行為」。然而，妻子之所以離家出走的原因，除了因為夫好賭之外，另一個原因乃妻遭夫毆打而致兩次流產（妻在起訴書中有提到，但法官未予審酌）¹。法官不問妻子離家出走的原因，反而只問丈夫毆打妻子的原因，並且探究此原因是不是妻子的錯誤。最高法院 23 年上字第 4554 號判例所宣示的原理原則全文如下：「夫妻之一方受他方不堪同居之虐待，固得請求離婚，惟因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當之行為，不得即謂不堪同居之虐待」。²此號判例突顯出作者多

¹ 關於此判決的評論，參閱蘇曉純，雨送黃昏花易落：從裁判書看法院對婚姻暴力之態度，應用心理研究，32 期，頁 135-164，2006 年冬。

² 最高法院 23 年上字第 4554 號判例中「不得即謂」不堪同居之虐待，意思並不是「不構成」不堪同居之虐待，而是「不能逕認為」為不堪同居之虐待。也就是到底構不構成不堪同居之虐待，「仍應就婚姻關係存續之可能性予以調查、審酌，未可一概而論」。本文認為其中有一個語義上面的重大問題，大法官釋字 372 號解釋文以及最高法院 23 年上字第 4554 號判例

年來的困惑。爲什麼許多家暴的婦女，已經有兩張甚至三張驗傷單，足以證明身體受到某程度以上的虐待，她們自以爲一定可以取得離婚的判決，沒想到卻僅僅因爲毆打行爲起因於自己的某些行爲，被法院認定不構成離婚的事由？而所謂「起因於」自己的行爲，又是如何被認定的呢？作者進一步探問，上述判決所呈現出來的故事版本，與受暴婦女的理解，僅僅只是「描述角度」或者「說法」的不同嗎？會不會根本就是「認知方式」或者「論證方式」的不同？此種差異，是否已然使得引用此判例的判決違背法律對正義的堅持？

法律的基本宗旨在追求公平正義，所以其核心價值並不只是法條的規範內容，而是在法條被運用的過程能夠實現公平正義。作者希望能夠跳脫法釋義學或者比較法學的研究模式，不再僅將研究主體界定在法律命題的確切意義上面，反而是顧及法律適用的過程以及結果的分析。經過初步資料的搜集與分析，作者決定從「性別」的角度分析最高法院 23 年上字第 4554 號判例的法律論證。作者大膽探問：以這樣的論證爲基礎所做的判決，會不會產生「性別差異」的現象？這樣的論證本身會不會是一種偏差的論證？法院於決定要不要介入當事人婚姻而裁判離婚時，是否有得以合理化的論據？這些論據本身是否符合性別平等的意涵？

本文遵循社會科學研究方法的論述方式，於第「貳」部份說明女性主義法學實證研究方法，介紹此種研究方法的資料蒐集方式、分析資料的角度，以及其背後的女性主義法學觀點。第「叁」、「肆」部份以「性別」的觀點分析所蒐集的資料，呈現相關判決的判斷標準與法律論證，並論述其與婦女實際處境之間的關連性。第「伍」部分將之前分析的結果，與西方女性主義法學理論與實踐相互對照，說明我國法學論證所可能存在的性別議題。

貳、一個新研究方式的可能

一、源起：大法官釋字 372 號

本段分別論述大法官釋字 372 號的解釋文與理由、協同意見書、不同意見書的內容。

中，所謂「不得即謂」，在語意上並不等於「不得謂」，也就是並不能說就達到不堪同居之虐待的標準，也就是有可能達到，有可能沒有達到，還要審酌不同的因素。但是觀諸實務上的作法，此處「不得即謂」，常常就等於「不得謂」。這是司法實務對於大法官釋字 372 號的誤認。換句話說，關於司法實務上引用大法官釋字 372 號以及最高法院 23 年上字第 4554 號判例之判決，本文認爲如果引用上述釋字以及判例作爲論據的基礎，則還要審酌其他的因素，才可做判決，或者說判例本身實在無法成爲判決的依據，因爲還要審酌其他的因素，才能做出判斷。綜上，司法實務的審判上對於大法官釋字 372 號解釋以及最高法院 23 年上字第 4554 號判例有明顯的誤認。相同的看法請參閱劉宏恩，我國法院對婚姻暴力問題之態度 --- 臺灣受虐婦女以「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。

大法官釋字 372 號的申請人---李女士，她以民法第一〇五二條第一項第三款「不堪同居之虐待」³請求法院裁判離婚。在地方法院獲得勝訴判決，法官認定兩次驗傷單，足以證明有不堪同居之虐待的情形⁴，但是在高等法院卻得到敗訴的結果⁵，上訴至最高法院亦被裁定駁回確定⁶。在高等法院的判決書中，法官援引最高法院 23 年上字第 4554 號判例，將毆打的事實，歸因於李女士行為不檢（起源於她「發生婚外情」以及「離家出走」），因而使其夫一時忿激，致有過當行為，而難謂有不堪同居之虐待。李女士在律師的協助下，進一步提起大法官會議解釋，主張上開判例違背憲法所保障的男女平等以及人民自由權利⁷。然而，大法官釋字 372 號大法官多數意見並不認為該等判例違背憲法維護婦女人格尊嚴與確保人身安全之基本權利的保障⁸。⁹

大法官釋字 372 號談及裁判離婚的原因與判斷標準時，強調維繫婚姻的重要性：「婚姻係以夫妻共同生活為目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿、安全及幸福，因而夫妻應互相尊重以增進情感之和諧，防止家庭暴力之發生，不僅為維繫婚姻所必要，亦為社會大眾所期待。」¹⁰

³ 關於民法第一〇五二條第三款「不堪同居之虐待」之解釋，實務及學說均採廣義的解釋，包括身體上或精神上的虐待，代表判例為最高法院 23 年上字第 687 號判例，「所謂不堪同居之虐待，係指與以身體上或精神上不可忍受之痛苦，致不堪繼續同居者而言」。參閱林秀雄，不堪同居之虐待，家族法論集（二），頁 57，1995 年。

⁴ 台灣板橋地方法院 79 年婚字 116 號判決。

⁵ 台灣高等法院 79 年度家上字第 174 號判決。

⁶ 最高法院 80 年度台上字第 1447 號民事裁定。

⁷ 依照司法院大法官審理案件法規定，人民於其憲法上所保障的權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生牴觸憲法之疑義者，得請求大法官會議解釋。除此之外，立法委員以及最高法院或行政法院的法官，亦得依法提起大法官會議解釋。值得一再提出的是，大法官並不能審查事實，也不能改變判決的結果，只能就法律或命令有沒有違憲做出審判。換句話說，大法官對於兩性平等的詮釋，必然地要以法律或命令本身是否符合或違背男女平等原則做出判斷。更具體而言，「權利」的平等擁有或者女性之「人性尊嚴」都成為具體的判斷內容。

⁸ 憲法增修條文第九條第五項兩性實質平等原則，全文如下：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」。

⁹ 此號解釋公佈之後，有法學者、律師甚至司法官批評此號解釋，例如尤美女律師主張，在實務上認定民法第一〇五二條第一項第三款「不堪同居」之虐待相當嚴苛，且淪為雙重標準，使受暴婦女無法解消婚姻脫離苦海。參閱尤美女，我國離婚法制之研究與改革鄒議，台灣法學會年報，17 輯，頁 266 以下，1995 年；另一方面，亦有人贊同此號解釋，主張於論理上此號解釋並無問題，而實際審判行為中法官傾向以民法第一〇五二條第二項「難以維持婚姻之重大事由」判決離婚，並且也逐步放寬第二項的認定標準。例如最高法院 86 年度第 2 次民事庭會議決議對於以第二項裁判離婚案件之增加具有影響力，決議內容如下：「民法親屬編於民國七十四年修正後，於第一千零五十二條增列第二項離婚事由之概括規定，其目的在使夫妻請求裁判離婚之事由較富彈性。是夫妻間發生足使婚姻難以維持之重大事由者，雖不符合該條第一項所列各款情形，亦無不准依該法條第二項訴請離婚之理」。此點觀諸司法院統計資料八十六年以前都在 72 件以內，八十七年開始每年皆有大幅成長，各年為 236, 388, 556, 879, 1885, 2980 件，此後，直至九十三年達到 3262 件。司法院統計處，九十三年地方法院終結離婚事件—按年別分，2004 年，網址：<http://w2.judicial.gov.tw/juds/>，拜訪日期：2005/08/31。

¹⁰ 實務上所形成的判例亦強調夫妻共同生活之圓滿、安全及幸福之重要性，且應斟酌當事

在這樣的基本原則之下，「不堪同居之虐待」作為民法第一〇五二條第一項第三款之離婚要件，必須已逾越「夫妻通常所能忍受之程度」：「若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得為非受不堪同居之虐待。」

到底什麼是「夫妻通常所能忍受之程度」，似乎欠缺一個清楚的客觀標準¹¹，關於此點，大法官會議進一步指出：「所謂不堪同居之虐待，應就具體事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之嚴重性，斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，是否已危及婚姻關係之維繫以為斷」。

綜合上述，夫妻間的虐待是否可以成為裁判離婚的標準，取決於虐待是否「已危及婚姻之維繫」，並且「逾越通常所能忍受的程度」，也就是「具體事件」、「侵害之嚴重性」、「當事人之教育程度以及社會地位」，似乎成為判斷的準據。要判斷是否達到這樣的狀況，實務上更發展出進一步客觀的判斷標準，也就是如果暴力行為是起源於他方「行為不檢」，而「一時激忿」的「過當行為」，並未逾越通常所能忍受的程度，因而「不得即謂」不堪同居之虐待。

大法官釋字 372 號的協同意見書中，林永謀大法官對於上述原理原則的論證基礎有較為清楚的說明。首先，協同意見書強調在此案中大法官會議解釋的對象乃「判例」，而判例的功能在於統一各級法院關於法律的適用，因而大法官會議在解釋該等判例是否違憲時，「不應當受該繫屬案件具體事實之拘束」。因此不論最高法院 23 年上字第 4554 號判例之案件事實為何，大法官僅就判例所形成的原理原則，做出判斷，否則「倘僅執其中之一以論其他，並

人之地位、教育程度及其他情事認定之。代表判決為最高法院 82 年臺上字第 17 號判決：「按婚姻以夫妻之共同生活為其目的，倘其一方予他方以身體上或精神上不可忍受之痛苦，致無從繼續保持共同生活之圓滿、安全及幸福，而生婚姻之破綻，即屬不堪同居之虐待，得為離婚之原因。」還有最高法院 84 年度台上字第 1307 號判例：「婚姻以夫妻之共同生活為目的，夫妻應以誠摯相愛為基礎，相互尊重、忍讓與諒解，共同建立和諧美滿幸福之家庭。倘其一方予他方以身體上或精神上不可忍受之痛苦，致無從繼續保持共同生活之圓滿、安全及幸福，而生婚姻之破綻，即屬不堪同居之虐待」。還有最高法院 32 年上字第 1906 號判例：「而此種行為是否可認其妻已受不堪同居之虐待，應斟酌當事人之地位、教育程度及其他情事定之，如上訴人與被上訴人為未受教育之農人，上不能認此種行為為不堪同居之虐待」。

¹¹ 實務上僅強調客觀判斷的重要性，代表判例為最高法院 34 年台上字第 3968 號判例：「又所謂不堪同居之虐待，係指予以身體上或精神上不可忍受之痛苦，致不堪繼續同居者而言，如非客觀的已達於此程度，不容夫妻之一方，以主觀之見解，任意請求與他方離婚。」除了上述之外，實務上還建立若干具體的客觀判斷標準，例如「慣行毆打」可為離婚原因：20 年上字第 371 號判例：「慣行毆打，即為不堪同居之虐待，足以構成離婚之原因」；最高法院 19 年上字第 1128 號判例：「夫妻因尋常細故迭次毆打，即有不堪同居之痛苦」；最高法院 27 年上字第 2111 號判例：「夫於三個月間三次毆打其妻成傷，其虐待自己達於不堪同居之程度」；最高法院 32 年上字第 5238 號判例：「上訴人為被上訴人之贅夫，曾於民國三十一年五月及六月間，兩次毆打被上訴人，傷及背脊，應認為被上訴人所受虐待已達不堪同居之程度」。慣行毆打成立離婚原因的另外一面，就是「偶有勃谿」、「偶爾失和致令微傷」不成立離婚原因：18 年上字第 960 號判例：「夫婦間偶有勃谿，不得據為離婚原因」；20 年上字第 2341 號判例：「夫妻間偶爾失和毆打他方，致令受有微傷，如按其情形尚難認為不堪同居之虐待者，不得認他方之請求離婚有正當理由」。

即批評其未盡所有問題者，其去判例制度之本旨遠矣」。¹²

其次，暴力行為無法立即構成裁判離婚的事由，乃因為其主要的審酌的因素，重在「結果」，而非「行為」。在林永謀大法官協同意見書中有如下的文字：「與其注重行為之違法性或嚴重性，毋寧應置重點於行為結果之影響，方屬正當」。關於如何判斷「行為結果的影響」，協同意見書強調「離婚係社會性的法秩序，即婚姻關係之廢絕，自有其社會性、倫理性之責任存焉，是以離婚之請求仍不得違反公平與正義，民法全體（包括身分法）最高指導理念之誠實信用原則，於此要仍有其適用」。協同理由書進一步認為，「離婚之原因若係出於自己者，倘仍予以寬容，其在法的感情上是否妥適，非無疑問。」這個疑問在協同意見書最後做了某種程度的判斷，其提到「總之，夫妻因情感之結合而營共同生活，鶼鶼比翼，相親相倚，此乃人世之常態，萬一偶有勃谿，甚或雙方反目，其所遭之事、所遇之變不一，確否恩款難洽，分義當盡？倘不加探究，即欲將之均一視之，而不問其他，定將不免與社會之現實相乖隔。」換句話說，在解釋最高法院 23 年上字第 4554 號判例之時，大法官會議解釋協同意見書似乎傾向認為假如「原因出於自己」，那麼依據民法「誠實信用原則」、身分法「婚姻制度的目的」、以及「社會現實的婚姻關係」等原則，傾向於認為此過當行為不會構成不堪同居之虐待。

總結大法官釋字 372 號的理由以及林永謀大法官之協同意見書，不異乎強調「過當行為」並非唯一判斷是否構成不堪同居之虐待的標準；但是卻強調他方過當行為的「原因」若是「出於自己」，則不能不傾向認為不構成不堪同居之虐待。觀此，似乎並未將焦點放在「行為不檢」上面，也未對行為不檢的涵攝適用，有任何解釋。這或許就是造成實務上對於最高法院 23 年上字第 4554 號判例的涵攝，多半是只要「一方行為不檢」，甚或是「事出於一方」，就一律引用該判例，而得出不成立不堪同居之虐待的結果。

在大法官會議解釋協同（含部份不同）意見書以及部份不同意見書中，蘇俊雄大法官有一些與前述不同的見解。其中最重要的，乃是關於人格權或人身安全之絕對保護原則在夫妻間之侵害是否適用的問題。解釋文主張應該依據具體情節衡量社會相當性而斷，並考慮到家庭及社會關係之一般利益，因而沒有絕對保護原則的適用。協同（含部份不同）意見書中，蘇俊雄大法官直接對解釋文之見解提出不同意見，主張絕對保護原則，其認為「一時忿

¹² 判例作為大法官會議的審查對象時，其具體審查的範圍，本文以為可以區分為具體說與抽象說。吳信華教授採具體說的見解，認為具體審查的範圍應包括判決內容之審查，而其審查的標準應該要具體化，包括法院解釋及適用法律發生是否有基本權利重要意義之疏失、以及判決結果是否違反基本權利。最高法院吳啟賓院長採抽象說的見解，其站在解釋權與審判權之司法分工的立場，主張終局裁判所適用法律、命令所表示的見解是否有牴觸法律的疑義，不在人民得申請解釋憲法的範圍。參閱吳信華，「法院裁判」作為大法官會議違憲審查的客體，政大法學評論，61 期，頁 109-141，1999 年；吳啟賓，解釋權與審判權之司法分工（上）（下），台灣本土法學，65, 66 期，頁 3-15, 5-15，2004 年 12 月、2005 年 1 月。

激之過當行為，若已達侵害人性尊嚴之程度，而有否定自由之人格或威脅健康與生命之情形，即為憲法秩序所不容許，法院應適用人性尊嚴絕對性保障原則。」

在部份不同意見書中，戴東雄大法官以及施文森大法官跳脫前揭見解，直接指出解釋文在現實面的缺點。認為這積極上不足以闡揚維護人性尊嚴與確保人身安全之憲法基本理念；消極上容易導致夫妻之一方有過咎，他方即有懲戒權的誤解。不僅不足以防止婚姻暴力，及促進婚姻生活之和諧，並因此可能間接助長婚姻暴力，因此與「世界各國目前正積極防止婚姻暴力之世界潮流背道而馳」，也與民法第一〇五二條第一項第三款之「立法意旨抵觸」，且與「現代離婚法新趨勢不符」，更與「憲法保障基本人權之精神相違背」。

分析部份不同意見書與解釋文立場最大的不同，乃在於對於「過當行為」的解釋範圍之理解上的不同。解釋文（加上協同意見書）認為不管「過當行為」是否侵害人性尊嚴或身心安全，只要乃起源於「一方行為不檢」而「一時忿激」，不得即謂成立不堪同居之虐待；部份不同意見書認為只要「過當行為」已經侵害人性尊嚴或身心安全，就一律成立不堪同居之虐待。

茲將大法官釋字 372 號之解釋文與理由、林永謀大法官（協同意見書）、蘇俊雄大法官之協同含部份不同意見書、戴東雄、施文森大法官之部份不同意見書列表如下。

	解釋文與理由、林永謀大法官（協同意見書）	蘇俊雄大法官（協同含部份不同意見書）	戴東雄、施文森大法官（部份不同意見書）
解釋的範圍：是否需要參酌實際判例所由的具體事實	不需（大法官會議的解釋對象若為判例，則是指該判例所形成的「原則性釋示」，因此不必參酌實際該判例所由的具體事實。因此「僅謂夫妻之一方如何如何，概未言及行為不檢者係夫或妻，而該過當行為亦未明載係屬暴行，要無所謂忽視人格尊嚴與人身安全之問題」。）	不需，但是需要另外提及（除了「一方行為不檢」、「一時忿激」而為「過當行為」之外，還要判斷該過當行為是否已達侵害「人性尊嚴」的程度）	直接針對最高法院 23 年上字第 4554 號判例之案例事實中法律的解釋適用是否違憲做討論。

法律爭議：有過當行為之後，是否還要審酌其他？	還要	還要	不需
法律爭議：夫妻間侵害是否適用絕對保護原則？	否（似乎傾向認為假如「原因出於自己」，那麼依據民法「誠實信用原則」、身分法「婚姻制度的目的」、以及「社會現實的婚姻關係」等原則，傾向於認為此過當行為不會造成不堪同居之虐待的結果。）	是（「上開判例之意旨，未立即反應國家絕對保護之原則，與憲法保障人性尊嚴之意旨未合，就此部分，應不予援用。」）	是
所提到的主要理由	該判例之意，並未違反憲法保障之意旨。	在解釋憲法時，應該提及人性尊嚴權利概念之不可侵犯性	與民法第一〇五二條第一項第三款之「立法意旨牴觸」，且與「現代離婚法新趨勢不符」，更與「憲法保障基本人權之精神相違背」
是否應該參酌法官適用判例的實際狀況	並未提及	並未提及	是（「易導致夫妻一方有過咎，他方即有懲戒權之誤解」、「間接助長婚姻暴力」）

上述的爭議，基本上在法釋義學的架構之下進行，所著重的是抽象的原理原則，對於學者所提出的抽象原理原則（例如此判例所提出的「因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當之行為，不得即謂為不堪同居之虐待」），甚少透過實際狀況加以驗證。法學知識的累積，只以抽象概念（例如「人性尊嚴」「婚姻和諧」「誠實信用」等）演繹的關係加以辯證，欠缺充分與客觀的數據與經驗論據加以支持，常常形成各說各話的討論¹³。

¹³ 此種各說各話的現象，學者有稱之為「甲說乙說隨便說」。石世豪，甲說乙說隨便說？--

再加上此種抽象原理原則的建立，有時乃繼受其他國家的法律（例如以人性尊嚴為基礎的憲法架構乃繼受德國法），有時乃沿用在大陸時期的判決而來（例如本文之 23 年的判例），此種原理原則是否與國人之生命經驗與正義價值相契合，無法建立有效的關連，在此種情形之下，本土法學論述的累積，實為欠缺深耕的基礎與可能。法律作為一種社會規範，原理原則是否適用於當今社會，應是法之目的得否實現的重要論證基礎，欠缺此方面的關照，僅就抽象概念的層次論辯，關於法律規定的妥適與否，甚至學說理論的正確與否，此種論辯無法論及「法律文化」的現象，更無法觸及「法之合法性」的議題，在此情況之下，期望確立知識價值以及法之社會接受性，無異緣木求魚。

「法律文化」以及「法之合法性」，在法學研究尚未累積適當的法學實證研究之前，畢竟是一個過度複雜的議題，本文不擬正面討論其深入的意涵。本文希望將問題盡量縮小，以便做出清楚的呈現，所處理的議題乃分析此種抽象原理原則的論辯方式，欠缺社會科學實證資料的佐證，其所形成的「客觀性」以及「理性」，都可能有所偏差。本文亦藉由社會科學實證研究¹⁴的資料，佐證本文的論點，以下簡介本文的研究方法。

二、研究方法：女性主義法學實證研究

（一）司法實務的研究

關於離婚司法實務判決的研究，我國學者已有某些成果，本文受到以下三篇論文的啟發，也希望在這三篇論文的基礎之上，發展出更細緻的論述。陳惠馨教授¹⁵於民國八十二年的研究搜集民國七十九年七月至九月已公佈之 185 個台灣地方法院之離婚事件之判決，勾勒出「我國親屬法規定真實圖像」，在當時而言可謂為創新而具影響力的研究。然而其研究範圍涉及所有親屬法的案件，有關民法第一〇五二條第一項第三款之「夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者」，有 32 個判決，其研究僅限定在大法官釋字 372 號之前五年的其中三個月當中，並未將最高法院 23 年台上字第 4554 號判例當成研究主軸，在三頁的論述中，亦僅以「例示」的方式呈現，所勾勒的司法實務圖像未能及於全貌。

法學上「學說」的性質及其取舍問題，全國律師，4 卷 9 期，頁 54-75，1990 年。

¹⁴ 關於法學實證研究的基本主張與概念，請參考劉尚志、林三元、宋皇志，法學實證研究之發展：注釋法學的侷限與突破，發表於第一屆全國法學實證研究研討會，國立交通大學科技法律研究所主辦，2006 年 5 月 24 日 25 日。

¹⁵ 陳惠馨，論我國民法親屬編在訴訟實務上之適用，載於：親屬法諸問題研究，頁 31-78，1993 年初版。

劉宏恩教授¹⁶於民國八十五年發表的著作中，談及「不堪同居之虐待」之「客觀」認定的各種實務見解，並且針對最高法院 23 年台上字第 4554 號判例的情況，指出「此等見解，僅以夫之虐待行為『事出有因』、根本不問該原因妻是否有責，即肯認夫之毆打行為，不能構成『不堪同居之虐待』，甚至認為夫僅因妻之拒絕或意見不同，便當然得為『適當之毆打』，其偏頗不公的程度，簡直視妻如夫之奴役，置妻之人格尊嚴、自由與人身安全於不顧，令人驚駭！¹⁷」。然而，其指出在實務上為學者所忽略的現象，研究資料雖逐頁翻閱民國七十九年到八十四年的判決彙編，受限於當時並無網站搜尋系統僅有選輯的資料，因此僅能以例示的方式，勾勒司法實務的圖像，無法判斷此些判決是否具有普遍性的意涵。

陳昭如教授¹⁸於民國八十八年發表的論文，主要是以歷史分期的方式，論述台灣離婚權的發展，在戰後部份提及司法實務的運作，首次利用司法院統計數據分析離婚判決，也首次以性別研究的觀點論述判決的不合理之處，此種新的研究觀點，實值贊同。在四頁論及最高法院 23 年台上字第 4554 號判例的論述中，她進一步主張「大法官會議釋字第三七二號解釋實應採取更積極的態度，來批判最高法院 23 年台上字第 4554 號判例在實務運作上對於女性所造成的壓迫，這些因為『非無故毆打』而遭敗訴的判決，無疑地保障了丈夫對於妻子的懲戒權。¹⁹」然而，在文章中她並未深入論述為何該等判例是對於女性的「壓迫」，也未提出此種法律對待女性不公的真正原因，並且分析此與法律的運作理性之間的關連性。

以上述研究為基礎，作者希望有以下三點的突破，第一，透過更小範圍的聚焦（最高法院 23 年台上字第 4554 號判例）、但卻更全面性的搜尋（所有地方法院所有判決），以避免選樣上面的方法錯誤，造成與母體的真實情況產生過大誤差；第二，運用社會科學的研究方法，分析司法院所公佈的統計資料以及本文所蒐集的判決。第三，嘗試從女性主義法學的觀點，透過對法院相關判決的研究，探討最高法院 23 年台上字第 4554 號判例，以及法院的解讀，對男性與女性而言，是否會產生不同的結果，而這種不同的結果是否來自於男性與女性在法律中的不對等關係。

最後，關於資料之蒐集，本研究除了參考司法院所公佈的統計資料之外，並於九十四年八月十九日搜尋司法院網站所公佈的判決，也就是民國八十八年八月一日以後相關的所有判決。最後的結果，地方法院判決中決定成立民法第一〇五二條第一項第三款與否，並且述及最高法院 23 年上字第 4554 號

¹⁶ 劉宏恩，同註 2。

¹⁷ 同前註，頁 52。

¹⁸ 陳昭如，權利、法律改革與本土婦運－以台灣離婚權的發展為例，政大法學評論，62 期，頁 25-74，1999 年。

¹⁹ 同前註，頁 64。

判例者，總共有 65 個判決，成為本研究的研究對象²⁰。搜尋的方法與步驟如下：於檢索系統中，輸入「23 年上字第 4554 號」的字眼，在 21 個地方法院共 13 個地院有判決，共 32 個判決。後來因為發現有些相關的判決乃以「23 年度上字第 4554 號」表示，非以檢索的字串「23 年上字第 4554 號」表示，因此又補上「一時忿激」字串的檢索。發現第一階段的檢索與第二階段的檢索，二者有時重疊。最後結果為 21 個地方法院中有 17 個法院，總共 67 個判決²¹。本文在仔細閱讀這 67 個判決時發現，其中有 2 個判決雖然有提到最高法院 23 年上字第 4554 號判例，其內容卻不是根據民法第一〇五二條第一項第三款的判決，而是根據第二項的判決，因此將這 2 個判決排除在本文研究範圍之外。此外，65 個判決中另外還有 4 個判決雖然是基於民法第一〇五二條第二項的勝訴判決，但是由於當事人亦提出基於民法第一〇五二條第一項第三款的請求，判決中也提到不符合第三款的原因，並且提及被告因為「一時忿激」，致有「過當行為」，因而不符合民法第一〇五二條第一項第三款，此類案件也成為本文之研究對象。

（二）性別中立法律的實像

法律以國家的強制力為後盾，這種強制力在民主法治國家必須具有某種合理化基礎，而其合理化的機制中，最根本的就是「中立性 (neutrality)」以及「客觀性 (objectivity)」。「中立性」講究的是不特別賦予某些特定人特定的權利義務，以性別中立而言，也就是在實定法上，不特別賦予男性特別的權利，也不賦予女性特別的保護。「客觀性」所指稱的不只是實定法的層次，更是牽涉到法律的涵攝適用，以及審判的法律論證過程；「客觀性」意味著一個「規範秩序」，不會因為裁判者主觀上的態度而影響審判的結果。換句話說，審判實務要求法官依法裁判，就是希望法官「客觀地」適用「中立性」法律，換句話說，中立性法律經由客觀論證的適用過成，乃是導致正義判決的重要基礎²²。

女性主義者對於法律的批判，可以粗略分為自由主義的女性主義 (liberal feminism) 以及差異的女性主義 (difference feminism)²³。自由主義的女性

²⁰ 拜訪網址為司法院裁判檢所系統 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/>，搜尋日期 2005/8/19。裁判資料於書記官製作裁判正本（收領原本後十日內）後，二日內上網提供查詢，因此所蒐集到的判決，為裁判日期在 88/08/01 以後的判決，共六年左右的時間。

²¹ 由於在實務上許多離婚判決會附帶子女監護，而此類案件因為牽涉到小孩的利益，不會對外公開。但是在本文進行判決搜索時，並沒有遇到上述的情況，而司法院遇到不公開的案件，基本上會列出但是無法找到內文，因此這 67 個判決中，並不會產生此類誤差。

²² International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Objectivity of Law, *The IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, retrieved from <http://www.ivr-enc.info/en/article.php?id=53>.

²³ 關於此區分參閱 N. Lacey, Introduction to the Essays, in *Unspeakable Subjects*, 1-15 (Oxford: Hart Publishing, 1998)。女性主義法學的論述，入門書中寫的最清楚者，請參閱 Hilaire Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London: Cavendish Pub. (1998)。

主義強調法律之前的平等與法律規範的性別中立，從歷史的發展來看，西方女性爭取選舉權以及財產權的過程，以及台灣在親屬法的改革過程中，將性別不中立的法條指稱為「父權條款」²⁴，並主張修法，這可以說是站在自由主義女性主義的立場，要求法律形式上的平等以及規範的中立性。女性主義者在這些發展過程中，將法律當成一個達到性別平等的策略，希冀透過性別中立的法律，進一步促成現實社會的平等。

差異的女性主義在體認到自由主義的女性主義之不足之後，其工作不只是對特定的法律規定或概念提出批判，更是希望透過女性主義的論述，建構一組關於法律的一般性理論，指出法律在其根本的結構方法上，具有性別意涵（gendered）。

為了達到建構法律一般性理論的目的，差異的女性主義必然要在方法論的層次，做出不同的發展。首先，差異的女性主義在概念上區分性（sex）與性別（gender）的區別，並且將分析的焦點從「性」轉移到「性別」。差異的女性主義並且採用社會學的觀點，將「性」指涉為男女生理上的差異，「性別」則指涉為男性特質（masculinities）與女性特質（femininities）的典範表現，因此，法律的性別分析不再只是分析法律對待男性與女性的方式不同，而是指出法律具有「意識形態的」以及「論述的」力量，此種力量會具有且造成「性別差異」。

其次，差異的女性主義從分析的角度進一步出發，提出政治與倫理上的主張，指出法律內在的「性別差異」，不只是一種差異，更可能是一種歧視（discrimination）²⁵、宰制（dominance）²⁶或者壓迫（oppression）²⁷。差異女性主義法律理論要致力於提出消弭此「性別差異」，在方法論上通常會採取一種社會建構（social construction）的觀點，也就是說此種「性別差異」並不是「生理上的表現，也不是人類生活或個性中固定的二分法，而是我們在社會配置、日常生活與實踐中的一種模式，而這種社會配置可以支配我們的行動與生活」²⁸。正因為此種「性別差異」是一種社會建構的產物，因此差

²⁴ 例如八十七年修正前舊民法第一〇〇二條規定：「妻以夫之住所為住所。...」、八十五年修正前舊民法第一〇八九條規定：「...父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。...」。

²⁵ O'Donovan, K., *Equality and sex discrimination law*, Oxford, UK New York, NY, USA: B. Blackwell (1988); Lacey, N., *Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective*, 14 (4) *Journal of Law and Society*, 411-421 (1987).

²⁶ MacKinnon, C., *Difference and dominance: on sex discrimination*, in *Feminist legal theory: readings in law and gender* (K. Bartlett and R. Kennedy eds., Oxford: Westview Press, 1991); Scales, A., *Militarism, male dominance and law: feminist jurisprudence as oxymoron?*, 12 *Harvard Women's Law Journal* (1989).

²⁷ Bergeron, M. L., *Hegemony, law and psychiatry: a perspective on the systematic oppression of 'rogue mothers' in In re Aaron S.*, 4 (1) *Feminist Legal Studies*, 49-72 (1996); Boyd, S. B., *(Re)placing the state: family, law and oppression*, 9 *Canadian Journal of Law and Society*, 39- (1994), .

²⁸ Connell, R.W. 劉泗翰譯，*性別：多元時代的性別角力*，台北市：書林，頁 23，2004 年。

異女性主義理論能夠主張更進一步透過改革消弭法律中以及社會中的「性別差異」。

綜合上述方法論的觀察，我們可以得出差異女性主義對於中立性法律抱持著懷疑的態度，強調對於平等意涵的進一步追尋，女性主義的法律實踐不在於法律規定是否中立，而在於性別中立的法律乃是在性別不平等的社會中運作，此時，能否維持法律的「客觀性」，便成為論述的焦點。換句話說，差異女性主義不再將法律純粹當成一個工具或者女性主義策略，而是希望進入法學理論的領域，挑戰傳統法學方法的「客觀性」。也是在這個意義之上，女性主義法學在法律理論中能夠具有重要的位置²⁹。

關於法學方法的批判，差異女性主義者MacKinnon³⁰就認為，「客觀性」本身就像是一個面具，隱藏住法律偏好男性利益的本質，當法律尋求客觀性的同時，事實上法律論證的過程就是在複製有利於男性的偏見，其運作本身就具有「性別差異」，而這種性別差異可以說是一種宰制，成為社會中性別不平等的結構因素。另外像Lacey³¹就主張「客觀性」本身就是一個不可能達成的理想，法律論證的過程往往以「男性」作為思考的原型，因而產生對女性不公平的現象，女性主義法學應該要致力於找出在法律論證過程中的「性別差異」，並思謀解決之道。而Fineman³²直接就法社會學的研究，否定法之「客觀性」的可能，其主張法律本身呈現了對女性的偏見，表面上客觀而性別中立的家事法，在運作的過程中就充滿了性別歧視。

關於上述法律系統內在的性別化（gendered）論述的開展，陳妙芬教授³³從理論的角度，提出女性法學從內部觀點呈現法律內在的性/別意識（gender consciousness），這些性/別意識被所有人所接受，成為法律文化的一部，並與所謂的外在價值體系相結合。如果我們將內部觀點與外在價值體系結合起來

²⁹ 差異女性主義者對法學方法的批判，之所以在英美法學院佔據重要的位置，主要的原因乃受到從 1985 年以來英美法學院法學研究方法重要轉變的影響，從傳統法實證主義，轉變為所謂「脈絡中的法律（law in context）」、「法社會的研究（socio-legal study）」、「批判法學研究（critical legal studies）」等法學研究的突破。這些新興的法學潮流，不再將法學研究當成只是一門純粹法律解釋的學問，更是企圖將法律當成一種社會現象，會與其他的社會現象產生互動。

³⁰ C. MacKinnon, *Toward Feminist Jurisprudence*, in *Feminist Legal Theory: Foundations*, 427-436 (D. Kelly Weisberg ed., Philadelphia Temple University Press, 1993), at 432. See also C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 (2) *Signs*, 635-658 (1983). Carol Smart 將這樣的想法歸類為 'law as male' 的想法，參閱 C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*, in *Law, Crime and Sexuality* 186-202 (Carol Smart ed., London Sage, 1995).

³¹ See further N. Lacey, *Feminist Legal Theory Beyond Neutrality*, 48(2) *Current Legal Problems*, 1-38 (1995).

³² See M. Albertson Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, New York: Routledge (1995).

³³ 陳妙芬，當代法學的女性主義運動：一個法哲學史的分析，台大法學論叢，33 卷 1 期，頁 20-22，2004 年 1 月。

觀察，可以發現女性主義法學其實也正在改寫關於「自由」以及「平等」的意涵。例如，Pateman³⁴以及Smart³⁵為文論證家事法中異性戀的母職論述，充滿了性別意識的內涵，與外在的性別不平等結構相得益彰，同樣構成女性追尋所謂「自由」的限制，無法與正義畫上等號。再舉一例，O'Donovan³⁶為文論證法律體系之中男性價值往往優先於女性價值，在此區分之下的法學結構，不可能達成「平等」。

本文希冀就上述差異女性主義的觀點出發，以法學實證研究方法檢視大法官釋字 372 號的司法實踐，也就是針對以最高法院 23 年上字第 4554 號判例為基礎的判決，分析司法實踐是否有「性別差異」的現象，而這個「性別差異」的現象是否會影響到法律實現「自由」以及「平等」的功能與作用。本文將試圖證明，民法第一〇五二條第一項第三款不堪同居之虐待，雖為一個「性別中立」的法律規定，但是最高法院 23 年上字第 4554 號判例所形成的規範，無法達成法律對於「客觀性」的要求，因而無法達成法律追求「自由」以及「平等」的目標。

叁、判決資料的分析：誰的客觀？誰的標準？

一、司法院統計資料³⁷

最近這十年間可以說是台灣離婚數不斷高升的期間，從民國八十七年的 43729 對，升高到民國九十三年年的 62635 對，六年間升高了將近 43.2%³⁸。至於判准離婚數，有逐年升高的趨勢，從民國八十七年的 3354 件，升高到民國九十三年年的 7873 件³⁹，判准離婚數佔總離婚數的比例，從民國八十七年的 7.7%，到民國九十三年年的 12.57%，升高了將近 62.3%。判准離婚數與整體離婚率的發展趨勢相同，均是逐年升高的狀況。

不但判准離婚數隨著整體離婚數升高，請求判准離婚的成功率，不斷攀

³⁴ See further C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press (1988).

³⁵ C. Smart, *The Ties that Bind: Law, Marriage and the Reproduction of Patriarchal Relations*, London: Routledge & Kegan Paul (1984).

³⁶ K. O'Donovan, *Sexual Divisions in Law*, London: Weidenfeld and Nicolson (1985).

³⁷ 關於司法統計，司法院每年出版統計分析資料，近年來的統計項目又比往年更細，包括地方法院終結離婚事件（其統計的方式按年別分、按機關分、按離婚原因分等等），還有民事訴訟三審終結件數（按訴訟種類分等的統計資料），從這些統計資料中，可以大略看出我國司法實務運作的狀況。網路可下載近年的部份，九十三年完整的資料可以在以下司法院的網站下載，參見司法院統計處，九十三年司法統計專輯，2004 年，網址：

<http://w2.judicial.gov.tw/juds/>，拜訪日期：2005//08/31；九十二年完整的司法統計專輯，則可在高等法院以下的網站下載，參見司法院統計處，九十二年司法統計專輯，2003 年，網址：<http://tph.judicial.gov.tw/stati03.asp>，拜訪日期：2005/08/31。

³⁸ 參見內政統計資訊服務網，網址：<http://www.moi.gov.tw/stat/>，拜訪日期：2005/08/31。

³⁹ 司法院統計處，同註 9。

升，達到九成左右，而撤回率卻不斷下降，大約一成。以民國九十三年統計資料為例，依據司法院統計處的資料，九十三年地方法院離婚終結的案件中，共有 8400 件判決結案，其中有 7574 件為原告勝訴的判決⁴⁰，勝訴率大約為九成⁴¹。九十三年地方法院離婚終結的案件，共有 12049 件，其中共有 3073 件超過一成的比率會以撤回結案⁴²，這樣的比率已經遠低於戰後到八十四年大約三成的撤回率。

此種判准離婚成功率高的現象，並非是不論性別且在所有事件都有極高的成功率。若仔細分析其判准原因以及訴訟原告的性別之不同，可以明顯看出其間的「性別差異」。

提出離婚訴訟的男女比例，民國八十四年女方大約為男方的兩倍，分別為 1725 件與 975 件，而後男女比例逐年漸趨接近，民國九十三年時，二者已經接近相同，分別為 3836 件與 4008 件⁴³。離婚原因以不堪他方同居之虐待、遺棄、以及難以維持婚姻之重大事由為主，在民國九十二年時法院終結離婚事件之統計，這三項所佔的比率高達 93.6%。且讓我們一一解析這三個離婚事由的判決原告被告的性別比例。根據民國九十二年時法院終結離婚事件之統計⁴⁴，「受不堪同居之虐待」，原告的性別分別為，男性 54 件，女性 1032 件，高達 95% 的案件原告為女性；相對的，遺棄的比例，原告男性為 2161 件，女性為 1006 件，男性為女性的大約兩倍，此現象頗值深思與注意⁴⁵；至於以民法第一〇五二條第二項為基礎的判決，總共 2980 件，原告為男方者共 1212 件，原告為女方者共 1760 件，其比率與整體總數的男女比例相差不遠，也就是男方為原告者共有 3532 件，女方為原告者共有 4208 件。

⁴⁰ 同前註。

⁴¹ 根據陳昭如的研究，戰後離婚判決的勝訴率始終高於 50%，而至 1990 年之後，都高於 80%，至 1994 年甚至高達九成。參閱陳昭如，同註 18。

⁴² 參見司法院統計處，九十三年地方法院民事第一審事件終結情形及訴訟標的金額—按訴訟種類分，九十三年司法統計專輯，2004 年，網址：<http://w2.judicial.gov.tw/juds/>，拜訪日期：2005/08/31。

⁴³ 司法院統計處，同註 37。

⁴⁴ 司法院統計處，九十二年地方法院終結離婚事件—按離婚原因分，2003 年，網址：<http://w2.judicial.gov.tw/juds/>，拜訪日期：2004/08/31。

⁴⁵ 根據司法院民國八十五年出版的臺灣地區地方法院辦理離婚事件之統計分析，自民國七十四年至八十三年間，各地方法院辦理離婚事件有逐年增加之趨勢，且判准離婚人數亦逐年提高，而判准離婚事件中，以被遺棄、他方被處徒刑、受他方虐待及他方與人通姦等四項的離婚原因最多，約佔判決離婚案件的 70%，又原告為女方者高於男方甚多，但是在離婚原因最多的「遺棄」一項中，以男方為原告者卻占了六成。再從離婚的時間上看，判准離婚事件中，以結婚年數在三至五年者為最多，而通常此時的離婚家庭都擁有剛出生不久的孩子。此外男女間的年齡差距，則以男大於女一至四歲離婚之比率最高，且有逐漸拉大之趨勢。不過法院辦理離婚事件的統計資料僅能顯示出夫妻請求法院判決離婚的部份，至於夫妻兩願離婚的部份則需仰賴研究之調查。都市化程度及生活水準較高的地區，其離婚案件較多，台中、高雄、板橋三院十年合計超過四千件；反之，都市化程度及生活水準較低的地區，其離婚案件較少，以澎湖地院十年合計 140 件最少，不過這方面的數據之高低應該與人口比率進一步綜合考量。參閱陳惠馨，同註 15；司法院統計處，臺灣地區地方法院辦理離婚事件之統計分析，1996 年，網址：http://w2.judicial.gov.tw/Juds/rsh85_d.htm，拜訪日期：2004/08/31。

女方提起不堪同居之虐待的比率極高，大約為 95%。然而，在統計不堪同居之虐待勝訴的比率，遠低於整體裁判離婚勝訴的比率。很可惜的，司法法院並沒有統計不堪同居之虐待的訴訟，其勝訴的比率為何。在本文所蒐集的 65 個判決中，有 21 個勝訴，勝訴率僅為 32.3%，遠低於整體離婚勝訴率的九成，論者可能會以為那是因為本文判決搜尋的關鍵字為「一時忿激」，才會產生敗訴較多的結果，但是觀察敗訴的判決中，因為以他方行為不檢，一時激忿為抗辯，贏得訴訟，使得原告敗訴者僅為 11 個，占所有敗訴判決的 25%，並非大多數。足見不堪同居之虐待之勝訴率遠低於整體離婚的勝訴率。關於勝訴率低的現象，劉宏恩教授亦提出解釋，他指出結至民國八十五年為止，實務上對於慣行毆打之不堪同居之虐待，採取極為嚴格的標準。他總結，這些標準包括每次毆打之時間十分密集，有判決顯示，一年內五張驗傷單仍不夠；每次毆打非屬微傷，有判決顯示必須傷及筋骨；每次毆打非兩造互毆；非夫因妻之行為所致之毆打行為；非夫因妻行為不檢，而一時忿激致有過當行為；非兩造嗣後已和解⁴⁶。

95%的「不堪同居之虐待」的離婚訴訟原告為女性，其勝訴率卻又不高，可以從近年來提起此類離婚請求的案件，並沒有因為家庭暴力防治法的施行以及家暴事件的公開化，而有所增加，看出端倪。根據內政部的調查顯示，我國有偶婦女在一年內受先生施暴的比率為 3.3%，其中北部、中部及南部區域分別為 2.9%、3.5%及 3.3%，施暴原因除個性及溝通問題分占 6 成及 5 成外，經濟問題亦占 4 成。若以民國九十年底已婚女性有大約四百九十一萬四千人計算，大約會有十六萬的已婚婦女過去一年內受先生施暴⁴⁷。然而，九十三年家庭暴力通報案件數共為 46613 件中有 38888 件受害人為女性⁴⁸，若不計較兩個統計一個是民國九十年，一個是九十三年，我們可以粗算，受到家暴的女性，只有將近四分之一左右的人會去通報。有趣的是，家暴案件通報數逐年增加⁴⁹，雖然通報數的增加包括兒虐或者老人虐待，但是極可能也意味著受到婚姻暴力的婦女通報數可能增加，但是不堪同居之虐待為離婚理由的訴訟案件，比率卻沒有增加⁵⁰。依據民法第一〇五二條的規定，受虐婦女可以用第三款「不堪同居之虐待」為理由請求判決離婚，此類的案件，在民

⁴⁶ 劉宏恩，同註 2。

⁴⁷ 內政部，台灣地區婦女生活狀況調查報告，1998 年。

⁴⁸ 司法院統計處，同註 9。

⁴⁹ 根據內政部的統計，九十二年臺灣地區各縣市家庭暴力防治中心所受理的件數超過三萬件，而依司法院的統計去年申請民事保護令的件數也達到一萬五千件，另外，根據兒童福利聯盟資料顯示，兒童受虐案件也從十年前的每年四百件高度成長到去年超過八千件，由這些資料觀察，可見每天都有很多的受害人是生活在家庭暴力的陰影之下。資料來源：同前註。

⁵⁰ 從民國八十四年到九十三年間的變化，值得注意的是，地方法院以第二項「重大事由難以維持婚姻」的離婚終結數目，從 50 件成長到 3262 件，佔所有離婚終結數的比例，亦從 1.8%成長到 41.4%，其中有某些案件亦牽涉到家暴的事件。資料來源：九十三年地方法院終結離婚事件—按離婚原因分，2004 年，網址：<http://w2.judicial.gov.tw/juds/>，拜訪日期：2005/08/31。

國八十四年共有 321 件，僅佔地方法院終結離婚事件 2726 件的 11.8%，九年後的民國九十三年，此類案件共有 860 件，佔地方法院終結離婚事件 7873 的 10.9%，期間的比例並沒有太大的成長⁵¹。

綜合上述，提起不堪同居之虐待的離婚訴訟，絕大多數為女性，其勝訴率又遠低於整體九成的比率，可以看出我國民法裁判離婚規定適用上之「性別差異」。

我國關於兩願離婚以及裁判離婚的法制設計，採取所謂的雙軌制。⁵²以兩願離婚來說，法規範的價值判斷認為離婚事件主要為當事人私人間的事情，法律原則上不介入，任由當事人協議，而裁判離婚經由一方之請求，由法院判斷是否符合法定事由決定介入與否。這樣的法價值判斷可說是賦予當事人自主權，協議離婚任由當事人自主，裁判離婚也需要當事人之一方提起訴訟。

法價值判斷賦予當事人自主權，卻可能加深法現實面的「性別差異」。在現實生活上，離婚事件需要協議的事項除了是否離婚之外，還包括財產分配以及未成年子女親權之行使負擔。而一般社會現象顯示，女性離婚較不易再婚⁵³，女性的平均經濟能力比男性為低⁵⁴，一般小孩會較為接近男性的家庭⁵⁵，因此所謂的協議，可能是女方向男方「爭取」的過程，爭取資力較好的男方分配財產，以及爭取屬於男方家庭香火之延續的未成年子女的撫養權利。一旦進入裁判離婚的訴訟，如果原告為男性，代表女方不願意離婚，原因有可能為財產分配或者子女撫養上面雙方無法達到共識；如果原告為女性，代表著女方可能希冀離婚，而關於財產分配或小孩監護權之歸屬，或許只好暫時被犧牲，或者也以訴訟的方式為之（這邊談的是一個傾向，而不是

⁵¹ 同前註。

⁵² 早期許多學者討論離婚制度，批判兩願離婚太容易，裁判離婚太難；還有民法第一〇五二條第一項與第二項有欠調和。參閱郭振恭，我國離婚法制之檢討及改進，東海大學法學研究，9 期，頁 325-33，1995 年 9 月；林秀雄，我國現行離婚制度之檢討，臺灣法學會學報，17 期，頁 286-98，1996 年 9 月；黃宗樂，裁判離婚原因修正論，法令月刊，51 卷 10 期，頁 347-65，2000 年 10 月；鄧學仁，我國離婚法之問題與修正，政大法學評論，65 期，頁 132-51，2001 年 3 月。

⁵³ 九十二年再婚率女性僅千分之 17.9，遠低於男性的千分之 54.0。參見內政部統計處，內政統計通報，九十三年第二十四週，網址<http://www.moi.gov.tw/stat/week/week9324.doc>，拜訪日期：2005/08/31。

⁵⁴ 我國婦女就業率自從 1986 年首度超過百分之四十五以來，十五年間一直徘徊於百分之四十五上下，迄今未有明顯的成長。女性就業多半為職位及技術性較低之性質，而且，很可能就業型態也有相當比例為較不穩定之部份工時、按件或按時計酬、派遣員工。影響所及，低薪成為女性就業的特徵之一。參閱劉毓秀，台灣女性人權現況分析：全球化與女性角色交集下的困境及其出路思考，國家政策季刊，行政院研考會，1 卷 2 期，頁 85-116，2002 年 12 月。

⁵⁵ 已婚男性與父母同住比率為 32.9%，遠高於已婚女性之 2.1%，顯見我國婚後仍以父系家庭為主。參閱行政院婦女權益促進會，數字告訴你：台灣女性圖像，網址：http://www.apecgender.org/Page_Show.asp?Page_ID=125，拜訪日期：2006/7/7，2004 年。

所有的案件都如此)。因此，所謂裁判離婚勝訴率超過九成，現實狀況往往就是此種原告為男方，而女方不願意離婚，在財產還未為合理分配時，法院就判准離婚，或者女方不管其他後果，堅決取得離婚判決⁵⁶。

根據上述，當初兩願離婚以及裁判離婚的雙軌設計，其實是充滿性別意涵的。我們不禁想問，裁判離婚列舉十一項法定事由，代表法律價值認為只有在當事人協議不成時，才由法院介入，法院的介入在現在有責主義之下，常常必須深入婚姻的各種隱私，才得以判斷有責之人。前者肯認當事人的自主權利，國家不介入，後者法官得依請求或職權調查，必然會深入許多當事人間的隱私，其中法律背後的價值判斷，是不是一致沒有矛盾的，值得深思。為什麼剛好前者，當女方處於弱勢，國家法律就不介入，當進入訴訟，女性要求正義時，國家就巨細靡遺？

二、本文蒐集資料

分析本文蒐集的 65 個與最高法院 23 年上字第 4554 號判例相關的判決當中，有 59 個引用民法第一〇五二條第一項第三款之「夫妻之一方受他方不堪同居之虐待」，茲將其依原告勝訴或敗訴，以及原告為女性或男性為縱軸及橫軸，以下列的圖表表示並且分析之：

	原告為女性	原告為男性
原告勝訴（成立不堪同居之虐待）[21 個]	[17 個] 以身體上的虐待為主（ex 能夠證明毆打三次以上且有些傷勢不輕、只能證明二次但是傷勢嚴重傷及頭部、有小孩或其他證人的證詞、有和解書其中談及傷害四次、只證明一次但是有錄音證明罵髒話）	[4 個] 以精神虐待為主（ex 1 個一造辯論判決、2 個判決為被告持刀欲殺害丈夫或誣指通姦、電話騷擾誤認之外遇對象）
原告敗訴（不成立不堪同居之虐待）[38 個]	[26 個] 主因：（1）無法證明有虐待行為；（2）無法證明傷害係被告所	[12 個] 主因：無法舉證（其中 11 個主張精神虐

⁵⁶ 類似的觀點請參閱劉宏恩，"Postdivorce Single-Mother Families in Difficulties and the Need to Reform the Current Policy: Reflections on Two Empirical Socio-Legal Studies of Taiwanese Child Custody Law"，月旦民商法雜誌，5 期，2004 年 9 月。

	致；(3) 程度未達慣行毆打，這包括情有可原為偶發事件、互毆、無法證明為慣行毆打、傷勢輕微、兩次驗傷單相隔三年、兩次驗傷單相隔四個月、六年前發生的毆打；(4) 女方行為不檢	待)
--	--	----

針對法官引用「因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當行為」，因而不成立不堪同居之虐待，共有 16 個判決，以下以圖表的方式表示：

	原告為女性	原告為男性
法官引用最高法院 23 年上字第 4554 號判例，因而不成立不堪同居之虐待 [16 個]	[15 個] 起源於女方行為不檢（原告自認無故擰兩造之子、溝通不良、不理家務且晚歸、深夜與陌生男子在四下無人之地獨處於一狹小之密閉空間內、夫遭另一男子毆打，丈夫指稱為外遇對象、穿著暴露坐檯陪酒又拒不返家、女方未能證明先遭毆打才有外遇，因有頻繁之電話連絡成為行為不檢、女方口氣咄咄逼人、自承小孩非所生，毆打時間推算為懷胎後、有人打電話來懷疑外遇、被告自稱看見原告與訴外人接吻、外遇、根本沒有行為不檢，只是被告愛女心切、原告向被告收房租。）	[僅有 1 個] 起源於男方行為不檢（兩人前一夜爭吵，男方用熱水潑女方，女方離家出走，男方將房門反鎖，第二天女方回來憤而用熱水潑男方，導致燙傷）

首先，成立不堪同居之虐待的原因，男性與女性有明顯的不同，男性多半為遭受精神虐待，女性多半為遭受身體虐待。65 個判決中，成立不堪同居之虐待者共有 21 個判決，其中 17 個判決原告為女方，4 個判決原告為男方。4 個男方原告勝訴的判決中，其中 1 個一造辯論判決⁵⁷，2 個判決為被告持刀欲殺害丈夫或誣指通姦⁵⁸，另外 1 個判決乃是因為被告女方打電話騷擾外遇對象，雖確實有外遇，但對象錯了，變成騷擾原告同事⁵⁹，而這四個判決都是以精神虐待為主要的原因。17 個原告為女方，成立不堪同居之虐待而判准離婚的判決，全部是指身體上的毆打虐待。暫且不論其中 3 個一造辯論判決⁶⁰，其餘 14 個判決中，勝訴主要的原因包括能夠證明毆打三次以上且有些傷勢不輕⁶¹，或者只能證明二次但是傷勢嚴重傷及頭部⁶²，有些是有小孩或其他證人的證詞⁶³，有些是有和解書其中談及傷害四次⁶⁴，有些兼具上述多項⁶⁵，有些只證明一次但是有錄音證明罵髒話⁶⁶。

其次，不成立不堪同居之虐待的原因，男性與女性也有明顯的不同，女方不成立不堪同居之虐待的原因，可歸類為無法舉證、非慣行毆打、以及自己行為不檢；而男性則主要為無法舉證，比較不是因為慣行毆打、以及自己行為不檢後面兩部分的原因。

59 個判決中，不成立不堪同居之虐待者共有 38 個判決，其中 26 個判決原告為女方，12 個判決原告為男方。12 個原告為男方的敗訴判決中，僅有一個是因為男方行為導致女方行為過當，而使得男方敗訴⁶⁷，其餘都是男方無法證明自己不堪同居之虐待。有趣的是，這 12 個判決中，僅有一個為關於身體虐待之判決，其餘十一個判決原告皆主張精神虐待，並且都無法證明有精神虐待的情形。26 個原告為女方而不成立不堪同居之虐待的判決中，不成立的原因包括（1）無法證明有虐待行為，這包括無法證明有毆打行為⁶⁸、無法

⁵⁷ 屏東地方法院 92 年婚字第 400 號判決。

⁵⁸ 臺北 90 年度婚字第 112 號；高雄地方法院 88 年度婚字第 721 號判決。

⁵⁹ 基隆地方法院 90 年度婚字第 186 號判決。

⁶⁰ 桃園地方法院 92 年度婚字第 821 號判決；高雄地方法院 93 年度婚字第 1632 號判決；屏東地方法院 90 年度婚字第 554 號判決。

⁶¹ 板橋地方法院 90 年度婚字第 566 號判決；台南地方法院 91 年度婚字第 156 號判決；台南地方法院 89 年度婚字第 229 號判決；台南地方法院 88 年度婚字第 647 號判決。

⁶² 桃園地方法院 89 年度婚字第 376 號判決；彰化地方法院 92 年度婚字第 445 號判決；台東地方法院 89 年度婚字第 50 號判決。

⁶³ 士林地方法院 89 年度婚字第 505 號判決；高雄地方法院 93 年度婚字第 1324 號判決；高雄地方法院 92 年度婚字第 795 號判決；屏東地方法院 92 年婚字第 569 號判決。

⁶⁴ 台南地方法院 91 年度婚字第 461 號判決。

⁶⁵ 板橋地方法院 92 年度婚字第 746 號判決。

⁶⁶ 花蓮地方法院 92 年度婚字第 312 號判決

⁶⁷ 板橋地方法院 90 年度婚字第 1193 號判決。

⁶⁸ 板橋地方法院 91 年度婚字第 548 號判決；板橋地方法院 90 年度婚字第 989 號判決；桃園地方法院 89 年度婚字第 199 號判決。

證明精神虐待⁶⁹；(2) 無法證明傷害係被告所致⁷⁰；(3) 雖有毆打行為，但程度未達慣行毆打，這包括情有可原⁷¹為偶發事件⁷²、互毆⁷³、無法證明為慣行毆打⁷⁴、傷勢輕微⁷⁵、兩次驗傷單相隔三年⁷⁶、兩次驗傷單相隔四個月⁷⁷、六年前發生的毆打⁷⁸。除了上述三種樣態之外，還有第四種主要的樣態，也就是原告女方敗訴的主因，在判決書中提及原因為毆打行為起源於女方行為不檢，致男方一時忿激，而為過當行為。兩者之間顯見，女方以「他方行為不檢」自己「一時忿激」作為聲明的內容，得到勝訴的機率比男性小得多，或者可以解釋在司法實務認定上女性比較不可能因為「他方行為不檢」而「一時忿激」。

再者，仔細分析有關判決中「一時忿激」之論證，雖然被告以此抗辯，勝訴的機率較大，其中何謂「行為不檢」的標準，卻男女有別。原告敗訴的38個判決中，真正因為自己行為不檢，而對方一時忿激之過當行為而敗訴者，總共11個判決，1個為男方行為不檢，其中10個為女方行為不檢。而所謂男方「行為不檢」，指的是兩人前一夜爭吵，男方用熱水潑女方，女方離家出走，男方將房門反鎖，第二天女方回來憤而用熱水潑男方，導致燙傷⁷⁹。其中所謂女方「行為不檢」，包括原告自認無故擰兩造之子⁸⁰、溝通不良⁸¹、

⁶⁹ 屏東地方法院 90 年度婚字第 565 號判決。

⁷⁰ 苗栗地方法院 91 年度婚字第 36 號判決。

⁷¹ 這裡所謂的「情有可原」，包括原告欲查看被告手機通話記錄、原告擅自將房子辦好貸款未事先告知、兩造間就生活上之相處及與公婆相處互動生活之齟齬，出言爭執相罵（板橋地方法院 90 年度婚字第 1244 號判決；板橋地方法院 88 年度婚字第 555 號判決；板橋地方法院 92 年度婚字第 1404 號判決。）

⁷² 板橋地方法院 90 年度婚字第 1244 號判決；板橋地方法院 88 年度婚字第 555 號判決；板橋地方法院 92 年度婚字第 1404 號判決（原告之訴雖然不成立不堪同居之虐待，仍然基於民法第一〇五二條第二項，獲得勝訴判決。）

⁷³ 板橋地方法院 88 年婚字第 23 號判決。

⁷⁴ 臺北地方法院 88 年度婚字第 19 號判決。

⁷⁵ 板橋地方法院 88 年度婚字第 359 號判決；宜蘭地方法院 89 年度婚字第 132 號判決；高雄地方法院 91 年度婚字第 1064 號判決；彰化地方法院 88 年度婚字第 283 號判決（在此判決中，已經證明如下，原告仍然不承認不堪同居之虐待：「原告受有左顏面瘀傷（4x3 公分）、右眼框瘀傷（3x3 公分）、右手臂瘀傷（8x6 公分）、左手臂瘀傷（7x6 公分）、後背部瘀傷（4x3 公分）等傷害。」）

⁷⁶ 彰化地方法院 88 年度婚字第 260 號判決。「查本件就前揭證據而言，被告僅於八十七年三月十六日毆打原告一次，該次原告所受之傷害為右前額部腫脹 1x1 公分及左後耳部鬱血 1.5x1 公分（診斷證明書上僅載有頭痛頭昏，未載有腦震盪之併發症等字樣），縱原告所述八十四年六月十七日被告亦曾毆打伊，依診斷證明書所示，原告所受之傷害為右肩部挫傷瘀血 12x10 公分一節，係屬為真，然此二次被告毆打原告之行為，相隔近三年，客觀上尚難認有繼續性及習慣性，且二次原告所受者僅係瘀傷腫脹等，其傷害尚輕。」

⁷⁷ 彰化地方法院 88 年度婚字第 315 號判決。

⁷⁸ 台南地方法院 93 年度婚字第 611 號判決。原告之訴雖然不成立不堪同居之虐待，仍然基於民法第一〇五二條第二項，獲得勝訴判決。

⁷⁹ 同前註。

⁸⁰ 臺北地方法院 89 年度婚字第 283 號。

⁸¹ 板橋地方法院 89 年婚字第 451 號。

不理家務且晚歸⁸²、深夜與陌生男子在四下無人之地獨處於一狹小之密閉空間內⁸³、夫遭另一男子毆打，丈夫指稱為外遇對象⁸⁴、穿著暴露坐檯陪酒又拒不返家⁸⁵、女方未能證明先遭毆打才有外遇，因有頻繁之電話連絡成為行為不檢⁸⁶、女方口氣咄咄逼人⁸⁷、自承小孩非所生，毆打時間推算為懷胎後⁸⁸、有人打電話來懷疑外遇⁸⁹、被告自稱看見原告與訴外人接吻⁹⁰、外遇⁹¹、根本沒有行為不檢，只是被告愛女心切⁹²、原告向被告收房租⁹³。有此可知，女方為原告，以不堪同居之虐待為理由，請求裁判離婚，似乎只要「事出有因」，使得對方一時忿激而有的毆打行為，就不成立民法第一〇五二條第三款不堪同居之虐待的規定。

綜上所述，法律規定、判例、大法官會議解釋的層級，樹立客觀的標準，以便判斷在何種情形下暴力可以成為離婚的法定理由。這些客觀標準運作的結果，所造成的是受暴婦女無法獲取離婚，原因可以從整體統計的角度來看，亦即裁判離婚成功率高，以不堪同居之虐待提起離婚之成功率卻低，而以此款提起離婚者 95% 為女性；原因也可以從本文所蒐集的判決中解釋，女性成立不堪同居之虐待之原因較難達成，男方可以用判決中「一時忿激」之論證，使得女方敗訴。至此，我們幾乎可以肯定的說，最高法院 23 年上字第 4554 號判例之司法實踐結果，有明顯的性別差異。我們不禁要問，這是誰的客觀？誰的標準？

肆、論證模式的分析：誰的論證？誰的理性？

一、以規則為導向的論述

在 *Just Words: Law, Language and Power* 這本書中，Conley 以及 O'Barr⁹⁴ 提出兩種論述的模型，一種是所謂以規則為導向的論述 (rule oriented account)，

⁸² 板橋地方法院 89 年婚字第 30 號。

⁸³ 板橋地方法院 88 年婚字第 23 號。

⁸⁴ 板橋地方法院 88 年度婚字第 792 號。

⁸⁵ 板橋地方法院 88 年婚字第 419 號。

⁸⁶ 桃園地方法院 92 年度婚字第 531 號。

⁸⁷ 桃園地方法院 90 年度婚字第 35 號。

⁸⁸ 台中地方法院 88 年度婚字第 400 號。

⁸⁹ 彰化地方法院 91 年度婚字第 232 號判決。

⁹⁰ 南投地方法院 92 年度婚字第 317 號判決。

⁹¹ 屏東地方法院 88 年度婚字第 540 號判決；彰化地方法院 91 年度婚字第 274 號判決（原告之訴雖然不成立不堪同居之虐待，仍然基於民法第一〇五二條第二項，獲得勝訴判決。）

⁹² 雲林地方法院 91 年度婚字第 555 號判。

⁹³ 臺北地方法院 90 年度婚字第 384 號判決（原告之訴雖然不成立不堪同居之虐待，仍然基於民法第一〇五二條第二項，獲得勝訴判決。）

⁹⁴ J. M. Conley & W. M. O'Barr, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 67-73 (1998).

這種論述的邏輯主張對方違反規則、責任或者義務，因此要求法律的救濟。這樣的主張往往必須以法律規則為中心，將相關事件依據規則的邏輯，線性地、一點一點地呈現出主張的合理性。此外，這種論述方式強調因果關係，並且永遠指向某一個人必須負責或者有某種義務，因此所有被檢選的證據，目的都是要指向符合或者不符合某個法條，往往會排除許多個人的或社會的關係因素，不將這些因素當成是相關的。

另外一種論述的模型，稱為以「關係為導向的論述 (relational accounts)」，這種論述的邏輯主張依據一般社會觀念的倫理原則，已經盡到應盡的義務，因此要求公平的對待。此種論述強調個人地位以及社會位置，論說者傾向將所有生活的細節都交待清楚，這中間包括許多法律認為不重要的細節，反而是法律所重視的要點，可能被忽略。因此時間以及因果因素有時候會呈現一種個人獨有的詮釋方式，往往預設聽者對於他所論說的事情之背景以及地方有一定的了解。

針對上述的兩種模型，我們發現本文所蒐集的判決書中，明顯呈現出上述兩種論述模型，法官關於判決理由的論述中對於事實的理解，往往是基於「以規則為導向的論述」，而當事人的聲明，尤其是沒有訴訟代理人的情況，往往是「以關係為導向的論述」。本段企圖從社會語言學以及法律與社會的角度出發，從社會語言學的角度來說，我們要問，法律語言本身的論說形式與結構，是不是足以構成某種特有的觀點，並且藉之去認知、結構以及呈現這個世界；從法社會學的角度來說，問題便是在上述特殊形構法律語言中，我們可否發現不平等運作的機制。

(一) 案例一

在以「不堪同居之虐待」為離婚理由的請求離婚判決中，如果被告提起「一時忿激」的抗辯，「以規則為導向的論述」常常將當事人的論述導向某一特定的方向，著重於是否能夠證明某年某月某日受到毆打，因而受傷，此傷害為被告所為，而被告之所以為此行為，乃是導因於原告某個不檢行為，因此適用最高法院 23 年上字第 4554 號判例，駁回離婚請求。

舉例而言，本文所蒐集的宜蘭地方法院 89 年度婚字第 132 號判決，由於雙方都沒有請律師⁹⁵，原告主張就是相當「以關係為導向的」：

⁹⁵ 在當事人雙方都沒有請律師的狀況，我們可以發現原告的論述常常與法律邏輯不同，因此受到不利的判決，以下另舉宜蘭地方法院 89 年度婚字第 123 號判決之判決書中的文字為例說明之。判決中原告自認被打是因為自己「無故擰子」，正好成立「一方行為不檢」。判決中寫到「原告主張之曾動手打原告之情，雖為被告自認，惟被告辯稱係起因於原告無故擰之子等語，復為原告自認在卷。而原告亦自承被告並未虐待原告，則被告前揭辯解即屬有據，堪信真實。」

「兩造結婚二十餘年，原告平時除相夫教子外，並當女工賺錢以貼補家用，近幾年來，被告常以原告與他人賭博為由，動手毆打原告，原告因受不了被告長期在精神上和身體上之虐待，曾向臺灣板橋地方法院聲請保護令，並蒙核發通常保護令一紙在案，惟被告並未把保護令當一回事，依然多次毆打原告，原告不堪被告如此長期之虐待，爰依民法第一千〇五十二條第一項第三款之規定，請求判准兩造離婚。」

但是法院審理卻是以「以規則為導向的論述」，其著重在原告是否有被打：

「又原告主張被告毆打原告，經判處有期徒刑三月等情，固有原告提出之診斷證明書、臺灣高等法院臺中院刑事判決正本等為證，並為被告所不爭執，並據本院調閱被告之前科資料查核屬實，亦有本院被告全國前案紀錄表在卷可憑，固應認為真實。」

此時，原告可能近幾年來被毆打，但是無法提出具體的證明，只有最近幾次去驗傷，而判決的重點可能在乎的是可以提出證明的幾次，傷勢是否嚴重：

「惟依上開書證記載，原告之傷勢，或為「擦傷」，或為「紅腫」，均屬微傷，法院固得據此核發保護令，藉以防止家庭暴力事件之發生，然是否即屬不堪同居之虐待，仍應佐以其他事證，始能具體認定」

接下來，判決在意的是原告被打的原因，被告抗辯係兩造拉扯之間造成的，有問題的是，被告不必證明自己也受傷，就被法官採信：

「被告抗辯原告的傷都是兩造在拉扯之間造成的，被告也有受傷，只不過沒有驗傷等語，核與原告之受傷情節大致相符，所辯尚非無稽。」

其次，被告主張原告好賭，被告不願縱容，一時忿激，才出手打人。原告聽被告提到賭博，因為心裡想離婚，就賭氣承認，並說既然如此就離婚好了：

「次查：被告主張原告好賭，不理家事，此為原告所不爭執，且原告自承：『既然被告和兒子都說我愛賭博，那就離婚，不要互相干涉好了』，足徵原告確有賭博習性；姑不論其賭博行為是否構成犯罪，沉迷賭博易使人玩物喪志，荒廢家務，殆無可疑 … 則原告自謂『平時

除相夫教子外，並當女工賺錢以貼補家用』等語，顯與事實不符。」

就因為原告承認自己好賭，因此就理所當然的成立「一時忿激之抗辯」，因而不成立不堪同居之虐待：

「未查：原告好賭，被告不願縱容，一時忿激，致有過當之行為，並非不可想見，且此情形業經證人即兩造之子郭 00、郭 00 到庭證述明確（見本院八十九年九月二十日準備程序筆錄），原告執此事由即謂受有不堪同居之虐待，其主張尚難採信」

就上述「以規則為導向的論述」而言，似乎受暴婦女只要有賭博的習性，就足證其行為不檢，丈夫就可在離婚訴訟中主張「一時忿激」，受暴婦女之離婚請求因之被駁回，這對當事人原告女方而言，難免會有道理何在的疑問。

（二）案例二

「以規則為導向」的論述模式除了將生活事實定位為線性的發展過程之外，判決往往將一個婚姻生活的連續體，切割成各個不同的事件，最後再一個一個依據法律的規範論證，加以駁回，因而不成立「不堪同居之虐待」。以下舉本文所蒐集的板橋地方法院 88 年婚字第 23 號判決為例，原告列舉三次遭受毆打的具體情狀，法官則一個一個加以駁回，第一個駁回的理由是無法證明，第二個駁回的理由乃非蓄意，第三個駁回的理由是互毆：

[無法證明]「原告又主張：八十五年一月間被告稱其欲至大陸投資，乃帶著錢隻身至大陸，約每三個月返家乙事，被告回台時，從未事先通知原告及二名孩子，其返台心情若好，原告就能安渡生活，若心情不好，就會將家中屬於原告的衣物及鞋子丟棄在外面，並將原告的照片撕碎丟在垃圾桶，有護貝不能撕的照片則將其搓揉變形，把家還弄得混亂不堪，等原告返家後，則將原告毒打一頓云云，惟為被告所否認... 惟因被告至大陸經商後，原告改變生活習慣，復因被告經商失敗要求離婚，致兩造發生爭吵，已如前述，被告縱因此而將原告衣物丟在陽台，衡情亦是一時氣憤所致，上揭情事尚難謂客觀上已達於不堪同居虐待之程度。

[非蓄意][導因於原告夜間外出]「又原告雖於八十六年九月十九日晚上因被告之拉扯、垂打而受有左上臂瘀傷 4×4 公分之傷勢，有驗傷診斷書一紙可佐，被告亦不

否認上情，惟以：因自八十六年農曆八月十三日起原告連續三日於夜間外出，分別於凌晨一點三十分許、一點許及三時三十分許始返家，伊向原告查問，要拉原告返家，原告不理，伊與原告發生拉扯才致原告受傷等語，經查：八十六年九月十九日係農曆八月十八日，有原告提出證四照片上之日曆可參，並非中秋節當日，是原告之指訴已與事實有所出入，且原告亦未能舉證被告確以：「臭雞巴」、「幹你娘雞巴」及「妳穿漂漂亮亮去給人幹」等穢語辱罵，且若被告確曾出手毆打原告頭部及拉扯原告頭髮，何以驗傷診斷書上無此部位受傷之記載，且原告僅受有左上臂瘀傷4×4公分之傷勢，衡情被告應非蓄意毆打所致，是原告以此主張受有被告不堪同居之虐待，難謂有據。」

[互毆]「原告又主張：八十六年十二月二十一日早上九時許，被告在中和市新生街一七三號檳榔店竟持菜刀作勢追殺原告云云，惟並未能舉證以實其說，且在場之證人黃00於本院訊問時亦證稱：「八十六年十二月二十一日我公公、婆婆吵架是因為我公公要拿檳榔攤的煙，我婆婆把他搶回來，後來兩人就打起來，沒有拿工具，都是空手，我不知道是誰先動手，看到時已打在一起，二人都有受傷，婆婆衣服被扯破」等語（參見八十八年四月十五日言詞辯論筆錄），是原告指稱：遭被告持菜刀追殺云云，已不可採，且當天原告雖受有右眼眶瘀傷3×2公分、前胸壓痛、右手腋瘀傷5×3公分、左上臂兩道瘀傷3×0.2公分、左手肘瘀腫3×3公分及下背部疼痛等傷勢，然被告亦受有左頰擦傷五處，各0.2公分×0.2公分、下顎擦傷二處各為0.5公分×0.5公分、左、右胸各擦傷三處，分別為1×0.2公分、右手擦傷二處各為0.2公分×0.2公分，有驗傷診斷書二紙可參，是兩造既因細故互毆而分別受有傷害，難謂被告所為構成不堪同居之虐待甚明。」

婚姻生活乃是一個時時刻刻的連續體，夫妻之間彼此互動頻繁，家庭暴力的產生，絕非只是某個單一事件，法院卻將這一個單一事件抽離出原本的脈絡，將之簡化成傷害，並且尋求事件發生的原因。試問，暴力行為當然會有情境因素，但是這樣的情境因素與原因，怎可做為合理化的藉口！此外，受暴者除了默默忍受之外，也可能有所反抗，這些反抗的舉動，除了奮力以暴力回報之外，也可能不再那麼賢妻良母，不再準時回家，不再交友單純等等，這些可能的反抗行為，又怎可一併都成為合理化暴力的原因？

二、以關係為導向的論述

在本文所蒐集的判決當中，花蓮地方法院 92 年度婚字第 312 號判決乃是一個相當特別的、值得推薦的判決。在此判決書中，法官將原告的聲明，全數抄在判決書中。從原告的陳述，我們可以感受到家暴事件此種爭議事件的發展歷程，絕非如上述「以規則為導向的論述」，此類爭議其實有另外一番邏輯，本文將之略加整理，發現有所謂爭議的三部曲，第一部曲稱為「解釋期」，受暴者不斷溝通，歷經情緒的黑暗面，第二部曲稱為「怪罪期」，受暴者開始將痛苦怪罪給施暴者，第三部曲為「主張期」，受暴者開始極力主張自我的權利，例如訴請離婚等等。且讓我們看看在此案中原告的陳述：

(一) 解釋期

1. 解釋期一：爭執、溝通與退讓

「婚後被告常因原告中午不歸而與原告發生爭執，溝通後，原告減少中午回娘家次數，並將中午休息時間去向交待清楚，無隱瞞之意，但被告仍不認同、不滿意，常以此事責罵原告及原告家人，爭執數次後，原告已不堪被告慣性的言語傷害，開始嘗試錄音，此期間，原告有將此困擾告知婆婆，而從未告訴娘家家人，雖然被告與原告母親婚前彼此有部分成見，但婚後娘家家人始終以誠相待，原告也無預謀計劃陷害被告之意。被告無法認同原告上列作為，常因小事對原告發脾氣，斥責原告，或以某事件影射娘家家人的不是，甚至將其情緒化反應的資訊，傳遞給婆家家人，原告在被告情緒化反應下，備感無助，幾經溝通皆無解，起初原告念及被告失業空窗期的壓力與自尊心強的個性，稍作調整，但被告仍視原告之作為是無比的壓力，數次對原告語言暴力，甚至出手責打原告，被告對原告娘家之成見始終無法釋懷，數次辱罵娘家親屬，娘家親屬的好意已遭被告曲解、糟蹋，且被告拒絕讓娘家親屬及原告好友來家裡坐，原告精神上已無法承受被告所謂合理的要求。分居期間，被告告訴原告，其至國軍花蓮總醫院門診，醫師診斷其有強迫性的行為，易急躁，醫師建議可以做心理或家族治療，原告向被告表示，並非惡意棄之於不顧，實則原告的身心亦受到嚴重打擊，雙方家屬對此事也有意見，已無法溝通。」

2. 解釋期二：恐懼、無助、沮喪與逃離

「原告在被告長期精神虐待下，生活已深陷恐懼、無助、沮喪，無法與被告再繼續共同生活，在被告對原告最後一次的施暴辱罵後，原告確定婚姻至此已無須再道歉，原告對被告已無愛，也無恨，原告只想平靜的撫平過去的傷痛，如果要原告再回到被告身邊，原告不知會再發生什麼樣的悲劇。婚後原告所為只要被告不滿意，就常叨唸、責罵，原告一再容忍、退讓，就如剛搬家時，娘家爸爸來幫忙裝排油煙機，姊姊送家電，卻遭被告罵：娘家人像「行灶腳」、「好像巴不得婚後我就搬離婆家」。被告對原告想邀請親友來家裡坐，也無歡迎之意，還因此責罵原告。娘家的誠意，竟被如此的不屑與踐踏，後來被告甚至為原告回娘家一事，辱罵原告家屬，原告利用中午短暫休息時間回家看父母，有錯嗎？被告說不平衡，沒有把原告教好，原來原告一再包容、退讓，只是在滿足被告不平衡的慾望，原告精神深受打擊。錄音帶中被告說原告是垃圾、不知羞恥，罵原告家人三字經，粗言惡語，還警告原告：「他在人前一個樣子，人後如果我不聽他的話，他就是那樣子對我。」，被告常在其母面前，說原告不聽他的話。六個月來，原告怕家人傷心，從未告訴娘家家人所遭受的侮辱。原告曾向婆婆表示，被告對待原告的狀況，但結果令人沮喪，原告感到非常無助，才開始有錄音的念頭，從無第三者介入，密謀陷害被告實為無稽之談。婚前，原告知道被告的個性稍微強勢，敏感易怒，眾多人反對原告嫁給被告，但當時原告深愛著被告，以為會有所改善，還是毅然決然的嫁給被告，沒想到，被告在婚後控制慾變本加厲，如不順其意即遭暴力相向，家—已變得不再安全，生活—是戰戰兢兢，戒慎恐懼地度日，如果要原告再回到被告身邊，原告真的不知道會再發生什麼樣子的悲劇。」

（二）怪罪期

原告經歷了爭執、溝通與退讓以及恐懼、無助、沮喪與逃離的解釋期之後，漸漸明瞭一切的問題其實出在原告，而有了「怪罪期」的發展，原告發現其實雙方無法共處的原因，主要在於被告對原告母親成見太深，以及以被告的性格而言，面對任何人都會感到被侵犯，還有被告早已背棄婚姻中該有

的忠誠與寬恕：

「結婚初期，被告問起原告中午去向時，原告很清楚交待，態度明確和善，但被告不信任原告，常對原告的回答嗤之以鼻，警告原告不要回去，要原告聽從他的規定，以他認可的時間回娘家，其誣賴原告與母親共同欺瞞行蹤。今年三、四月份剛搬家時，被告一度拒絕接受娘家所送的家電用品，他覺得不尊重，而且氣原告告訴娘家搬家的事情（詳九月 23 日開庭原告所提出證物—錄音帶），女兒搬家不該告訴自己的父母嗎？娘家的好意被他曲解糟蹋，其實，娘家與婆家所表示的好意皆是相同的，是長輩疼惜晚輩的心意，原告懂得善解，懂得接受，所以，婆婆有機會告訴原告母親，他們為原告所做的，反觀被告，他對原告母親成見太深，他自尊心強，他以為人家會跟他討人情，他拒絕娘家家人的好意。」

「原告尊重被告，向被告提及，是否可邀請原告親友來家裡坐，被告態度不佳的回答：『之前請 她到婆家坐，她不來，現在我們搬家了，她卻急著想要來，還要我邀請她，她那麼喜歡來，我偏偏不讓她來』。如此情緒化的反應，讓人心寒，他還將情緒化反應的內容告訴婆家。娘家家人從未要被告專程親自邀請，只是能從女兒口中聽到女婿的歡迎之意，僅僅如此已備感欣慰。被告曾說過，婚姻中，因為感受岳母那股急欲侵入婚姻生活的強勢力量，而惶恐不已，但以他診斷證明書上的環境適應障礙問題來說，他在親友以外的任何人身上，如果關係密切的人，是個個性稍微強勢的人，那麼，他是否皆會感受到侵犯，並不只限定於對原告母親，婚前、婚後，他對原告母親的成見從未消滅，娘家家人的好意，對他而言，如未順其意思來做，只會被 當成不被尊重。」

「月份某日，娘家家人曾與婆婆等鄰居出遊，之後在六月份的某個夜晚，被告卻提及此事，辱罵 原告母親當時擺臉色給他母親看，讓他母親委屈求全，原告平和委婉的回答：『我們都沒有去喔，你什麼也沒看到，什麼也沒聽到，是誰告訴你的，你怎麼可以這樣說。』被告回答：『我管妳誰說的，我從來沒有欣賞過妳媽。』（詳九月 23 日開庭，原告所提出證物—錄音帶）。此時，原告內心深感絕望，被告對娘家家人很難有善解之心，他寧願相信謠言，而來辱罵原告的家屬，是他背棄了婚姻

中該有的忠誠與寬恕。」

（三）主張期

最後，原告終於鼓起勇氣，在「主張期」中，主張自己迫不得已錄音，因為被告的各種強迫性行爲，被告用暴力打碎了百年才修得的姻緣，原告身體及精神上已深受創傷，因而請求離婚。

「原告為何錄音？原告也曾告知婆婆我和先生的相處狀況，但卻苦無結果，原告非常沮喪，當時，剛好原告又看到張老師月刊針對家暴所做的專題報導，原告才開始有錄音的念頭，以表客觀，並非原告主觀意識表達，原告絕無與第三者密謀陷害。錄音談話過程，絕對不是原告挑釁被告所致，在錄音之前，原告已經好幾次遭受被告的語言暴力，原告還曾經擔心被告是否在失業與新工作的適應期間，產生了精神方面的問題，建議陪他到醫院找心理師談，他拒絕，如今他卻以診斷證明書，來將他的辱罵暴行合理化，並歸咎於原告長期行爲壓迫所致，那麼原告不免質疑，被告的環境適應障礙問題，是否在婚前，甚至在青春期就潛在著，親友以外，只要關係密切的人刺激到他，他即充滿敵意，很難釋懷。」

「分居期間，是被告親口告訴原告醫生診斷其有強迫性的行爲，原告心軟，看在過往的情份，還陪他至國軍花蓮總醫院看精神科醫師，但原告受被告過去精神上的迫害，無法再與其共同生活，所以無法與其共同接受家族治療，並非原告惡意遺棄，幸於原告有位心理師同仁，時而協助原告做心理諮商溝通才免於原告在婚姻中崩潰。數次嚴重打擊後，原告已無法再包容，在七月四日原告遭受最後一次暴力相向後，原告因不堪其虐待，對此婚姻也已盡力了，故於派出所備案後才離開住所。被告對證物照片兩張心存質疑，認為與他無關，原告只知七月四日深夜，在被告暴力相向的隔天，他看到瘀青後說：『其實我都有在控制力道。』，原告心寒的表示，他還甩了原告約十個耳光，他卻回答：『幹麻計較那麼多。』，如今他卻說與他無關，原告深信『事實勝於雄辯，舉頭三尺有神明』。」

「原告當初是深愛著才嫁給他的，證嚴上人說過：『愛—需要善解包容』，原告將此箴言力行於婚姻當中，但

是，原告卻常常為了被告莫名的責罵而道歉，只為求和平，後來原告才發現，這樣只是在滿足他要把我教成他要的樣子，我感到非常悲傷、沮喪，哪個女人不希望自己的婚姻是圓圓滿滿、白頭偕老，我不求物質享受，但求精神上的知足、感恩、善解、包容，但是被告對我及娘家家人，很難善解包容，他的成見太深了，他用暴力打碎了百年才修得的姻緣，原告身體及精神上已深受創傷。」

比較法庭上「以規則為導向的論述」，以及當事人「以關係為導向的論述」，無怪乎，筆者私下與歷經家暴而提起離婚訴訟的婦女交換意見時，她們往往會提到對方的抗辯經常會轉移訴訟的焦點。最後她們會對訴訟的爭點極為驚訝，因為在上法院之前，她們對自己所經歷事情的理解，往往與法庭上的爭點截然不同，甚至詮釋成自己不能接受的故事版本，或者不論勝敗，在這論辯過程中，因為要爭辯許多原本不願爭辯的事情，情緒時常幾近崩潰，而得到一個印象：「法官似乎不在意聽我說的事情」。對於這樣的經驗我們只能說，那是因為法官要「依法審判」（也就是以規則為導向的論述）啊！

伍、女性主義法學的觀點

第「叁」部分與第「肆」部份分析了統計資料與本文所蒐集之 65 個判決，第「參」部份關於客觀標準的建立，以及第「肆」部份關於法律論證的建立，嚴格的說，僅僅證明了「不堪同居之虐待」以及判決中「因他方行為不檢而一時忿激，致有過當行為，不得即謂不堪同居之虐待」之論證所建立的「客觀標準」，適用的結果有明顯的男女差異，也證明了法庭上的抗辯與審理，其「性別中立」的法律論證不同於受暴者的認知方式。但是前者所證明的「男女差異」又代表什麼意義呢？男女之間本來就有差異，會不會這些差異就是基於男女天生體能上的差異而來？還是這正足以證明法律的運作本身是「性別(gendered)」的？另外，後者所證明的論述方式「以規則為導向」以及「以關係為導向」的不同，就一定會影響到判決的公正性嗎？以什麼方式、在什麼地方會受到影響？這跟性別又有什麼關聯性？上述的問題所牽涉的，正是女性主義法學的詮釋觀點。

以下將藉由第「參」部份以及第「肆」部分關於判決之「機構的」、「意識形態的」以及「論述的」分析，說明「不堪同居之虐待」的判決中「一時忿激」之論證，表面上雖然似乎符合法之「客觀性」以及「中立性」，但是卻無法達成法之最終獲致「自由」與「平等」的目的。

一、法律的目的在於實現「自由」？

關於「自由」的概念，本文不擬從哲學以及政治學的角度做出分析⁹⁶，而是將之簡化成女性主義法學中「公/私」概念之劃分的討論。「公/私」概念之劃分的討論，依據最普遍的觀點，「公」就是法律介入的領域，「私」就是法律不介入的領域⁹⁷。當一個領域被劃分為公領域時，意味著法律介入相關事項，乃是一種對於自由的限制；當一個領域被劃分為私領域時，意味著法律對個人自主的尊重，放任當事人自由決定。所謂的「自由」，並不是指法律不介入的狀況，因為法律不介入可能會導致更大的不自由。唯有法律「介入」與「不介入」的區分達到最適當時，才能夠真正實現「自由」的理念。因此，問題就出在「介入」與「不介入」的標準何在，此標準是否適當。

以本文所討論的案例而言，准許裁判離婚之請求代表著「法律介入」的態度；相反的，駁回裁判離婚之請求，代表著法律「不介入」的態度。近來關於無過失離婚或瑕疵離婚的概念，就是認為法律要主動介入有瑕疵的婚姻，使得想離婚的一方能夠達成離婚的目的。背後的理念就是讓每一個人能夠自由地進出婚姻，當婚姻已經破裂（例如分居達一定的時間），法律不應該讓當事人仍然要受到婚姻的拘束，唯有如此，才可實現自由。相對的，過失離婚的理念認為法律唯有在無過失的一方請求而另一方有過失時才得以介入，若不是這種狀況，應該要放任當事人雙方協調，法律不宜介入以保障當事人「自由」。

當法官基於被告「因一方行為不檢而他方一時忿激，致有過當行為」，因而駁回原告請求時，無疑的就是認為此類事件是屬於「私」領域，法律不應該介入。問題就在於，這樣的法價值的判斷，是不是合理？是否能夠實現自由？從某個角度來看，我們可以假定法律本著「客觀性」以及「中立性」，將離婚的原因限定在某個範圍之內，以便維繫婚姻的安定性以及避免當事人因為一時的衝動而輕易離婚。在這樣的思惟之下，法律勢必要界定在家庭中的暴力，是否無條件就可以成為離婚的理由，亦或在某個範圍之內就可說是未達到離婚的要件？那這個範圍如何界定？標準何在？法律選擇將「暴力」當成一個「問題」，造成人們的痛苦，以致於無法繼續維繫婚姻，因此就一定要界定「什麼樣的暴力」會威脅到婚姻關係的維繫。此時，我們就一定要將相關事件從原本發生的生活脈絡中抽出，抓取一些我們認為相關的事項，以便建構一個標準。問題就出在於我們所抓取的事項，被界定在「非因他方行為

⁹⁶ 女性主義法與社會的分析，勢必要藉助其它社會科學的概念與方法，才能夠做出完整的分析。然而此處並不打算論證「自由」的哲學以及政治學意涵，以及其在法律中的呈現與實踐，這需要另外一篇論文處理。

⁹⁷ 最直接而清楚的概念引用，參閱N. Lacey, *Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy*, in *Feminist Theory and Legal Strategy* 93-113 (A. Bottomley and J. Conaghan eds., Oxford Blackwell, 1993).

不檢而一時激忿之過當行爲」，試問這樣的標準跟暴力的本質以及暴力對婚姻之危害有什麼樣的關聯性？

再來看這樣的標準實務運作之下的結果，非常明顯的，無法實現女性的自由。本文第「叁」部份的分析指出，我國兩願離婚的比例在民國九十三年佔離婚總數的 87.43%，法律選擇不介入，而其餘裁判離婚的勝訴率達九成，似乎法律選擇介入，但在第三款「不堪同居」之適用上，標準卻極為嚴格，可以成立判決中「一時忿激」之論證，法律又選擇不介入，介入與不介入之間，標準何在？對受暴女性而言，兩願離婚容易陷落在社會上現實不平等的處境中，無法獲致自由與正義⁹⁸。裁判離婚「不堪同居」之虐待有 95% 原告為女性，成立卻又極其困難，徒增困擾，這又有何自由與正義可言？我們可以下一個結論：介入與不介入、公私領域的劃分，欠缺理性與合理的基礎。

此外，本文第「叁」部份的分析指出，成立不堪同居之虐待的原因，也就是法律選擇介入的原因，男女有極大的差異。女方主要為身體虐待，而男方主要為精神虐待，法律給予同樣的評價，似乎很客觀中立，但是前者除了驗傷單之外還要佐以其他人證，雖然有一些客觀的標準，要證明卻相當困難；後者成立的原因有誣指外遇或騷擾原告同事，證明相對容易。相對地，不成立不堪同居之虐待的原因在男女之間也有巨大差異。女性請求不堪同居之對待的離婚判決，尤其又會受到「一方行爲不檢而他方一時忿激」的抗辯。而其「行爲不檢」的具體狀況，可以說範圍非常廣，簡直可以說包山包海，而男方為原告的情況卻沒有這樣的現象。這不禁讓人懷疑，實務運作是不是受到傳統意識型態的影響 --- 也就是婚姻雙方本來就要忍受雙方不同程度的虐待，唯有互相容忍才能達到婚姻之圓滿，尤其妻子應該恪守本分，不該隨便激怒丈夫？如果妻子隨便激怒丈夫，那麼這就是純粹屬於「私」領域的問題，法律就選擇不介入。試問，法律選擇不介入暴力的婚姻，到底是在實現當事人「自由」，還是加上一道無形的「枷鎖」（反正你也離不了婚，而且夫妻互負同居義務）？

二、法律的目的在於獲致「平等」？

「平等」在女性主義法學的分析中，一直佔有核心的位置。正因為如此，對於「平等」的詮釋，也呈現多樣化的現象，在此只是扼要性的做些簡介。首先，平等絕對不只是「相同的相同處理，不同的不同處理」，女性主義對此提出許多批判⁹⁹，「相同處理」絕對不是目的也不可能是目標。此外，既然女

⁹⁸ 相關的批判參閱陳惠馨，讓離婚不再是一場不公平的戰爭，第三屆全國婦女國是會議論文集，1998年。網址：<http://taiwan.yam.org.tw/nwc/nwc3/papers/forum451.htm>，拜訪日期 2005/08/31。

⁹⁹ 關於此抽象平等原則適用之批判，參閱王曉丹，法體系內性別偏差現象之研究 --- 以平等考量為中心，碩士論文，台灣大學法律研究所，1997年。

性主義不是要讓女性與男性相同，歧視也不只是要去除對女性的差別待遇，這樣的批判最後導向必須正視何謂「差異」的問題。對此問題，MacKinnon¹⁰⁰認為只是談「差異」，對性別平等而言就不可能有什麼進展，而她主張以「宰制」的概念取代「差異」的辯論。

從上述「平等」與「差異」的論辯中，我們可以就此觀察，本文第「肆」部份所呈現的客觀中立的法律論述模式，是否可以幫助我們獲致「平等」，也就是翻轉「宰制」？在第「肆」部份中我們建構了「以規則為導向的論述」，作為法律論述的模型，我們說明了法律論證勢必依循法律規則線性發展，習慣將一個連續體的生活脈絡，根據某種客觀的標準加以切割，以作出判斷。這樣的發展與言說邏輯，可以看出法律如何去看待女性生活以及家暴的問題。

如果說民法第一〇五二條第一項第三款所明定的「不堪同居之虐待」，主要的目的在於減輕兩性間已經危及婚姻關係之維繫的痛苦、焦慮與仇恨，因而准許其離婚，而「不堪同居之虐待」等客觀條件的限制，似乎適得其反，在有暴力紀錄的狀況下，增加兩性之間的緊張關係。對女性來說，面對婚姻暴力而企求離婚者，已經對婚姻失去信心，最終的目的是要逃離暴力的威脅與心中的恐懼。然而將這樣的希冀換成法律的語言，竟然變成要去抗辯丈夫的暴力絕非是其行為不檢的一時激忿過當行為。在此，所有面對暴力的情緒、害怕、焦躁與恐懼，似乎都被劃在法律的審理範圍之外而似乎這一切皆與正義無關。對於面對暴力而產生的心理素質，我們依賴所建構的客觀知識，企圖用客觀的標準而能涵蓋一切，這樣的建構與實際上的情況越離越遠，最終脫離我們生活的脈絡，而成為一個「異物」。

女性主義者在很多研究中揭露，女性在日常生活中要面臨許多男性不必面對的狀況，而這些女性特有的痛苦、矛盾、焦慮與衝突，通常被認為是與相關事項不相關的，不會顯現在法律的論證內¹⁰¹。就像是女性的家務勞動不會得到勞動市場的肯認與金錢上的回饋或補償，女性特有的痛苦與恐懼也不會被法律認定為一種傷害，足以威脅婚姻之維繫。「因一方行為不檢而他方一時忿激，致有過當行為，不得即謂不堪同居之虐待」作為一個客觀的規則，藉以判斷是否符合離婚的法定要件，事實上是對於日常生活的一種界定，將女性特有的痛苦與傷害，排除在法律的論證與文化之外。而女性特有的實質受苦與心理層面，所包含的範圍非常廣泛，但是結果通常只有一個，那就是被排除在法律論證與思考的範圍之外。不管是過去或現在，這些特有的部分，往往被認定是瑣碎的、女性自我想像的、潛意識渴望的、女性生物上特有的、

¹⁰⁰ C. MacKinnon, *Difference and Dominance*, in *Feminism Unmodified* 32-45 (Cambridge Mass. Harvard University Press, 1987).

¹⁰¹ 關於女性主義法學這方面的討論，參閱Conaghan, *Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law*, 27 (3) *Journal of Law and Society*, 351-385 (2000); M. Drakopoulou, *The Ethic of Care, Female Subjectivity and Feminist Legal Scholarship*, 8 *Feminist Legal Studies*, 199-226 (2000); N. Naffine, *In Praise of Legal Feminism*, 22 (1) *Legal Studies*, 71-101 (2002).

應得的、不存在的、無法理解的、甚至純粹是私人的。

女性主義法學常常引用Gilligan¹⁰²的研究，說明法學論證本身就比較是偏向男性的思考模式，而這樣的主張也可以用來支持本文的說法，也就是「以規則為導向的法律論述」，基本上與受暴婦女之「以關係為導向的法學論述」不同，雖然前者乃是遵循所謂的客觀性以及中立性的原則，但是這種論述方式上的不同，往往導致男性與女性在法庭上「權力」的不平等。試問，如果法庭上的論述方式對女性而言是比較陌生的，無法清楚爬梳出女性在婚姻暴力之下的痛苦與哀愁，又怎麼能期待這樣的論述語言，能夠使得受暴女性獲得「平等」？這樣的審理過程，不但無法獲致平等，還可能是所有宰制機制中非常重要的一環！

然而，上述的論證也還不是完全沒有問題的。女人之間的經驗並不是如上述所稱的那麼一致，女人之間的經驗會隨著階級、種族、性向、地位、位置等等而不同。就本文的研究範圍為例，最高法院 32 年上字第 1906 號判例以及大法官釋字 372 號都提及「此種行為是否可認其妻已受不堪同居之虐待，應斟酌當事人之地位、教育程度及其他情勢定之」。

學者間對此點多有批判：黃健輝¹⁰³主張此判准已經違反平等原則，劉宏恩¹⁰⁴主張此一隱含「教育程度及社會地位較低之婦女，應可忍受較嚴重之暴力行為」的價值觀念的判準，乃一種「偏見或者歧視」。茲舉本文所蒐集的 65 個判決中的 2 個對照，從字裡行間，或可感受到不合理之處：

「縱原告所述八十四年六月十七日被告亦曾毆打伊，依診斷證明書所示，原告所受之傷害為右肩部挫傷瘀血 12x10 公分一節，係屬為真，然此二次被告毆打原告之行為，相隔近三年，客觀上尚難認有繼續性及習慣性，且二次原告所受者僅係瘀傷腫脹等，其傷害尚輕，原告又係咖啡館廚師，學歷為國中畢業，此有台北市政府社會局監護權調查報告書在卷足憑，衡諸原告之教育程度及社會地位等情事，亦難認該等傷害已達不能忍受之程度，而已危及婚姻關係之維繫，是被告之行為客觀上應與不堪同居虐待之要件尚屬有間。」(彰化地方法院 88 年度婚字第 260 號判決)

「本件被告僅因原告中午返家之事即與原告大肆爭執，毆打原告成傷，並數度以穢語辱罵原告，無異貶抑

¹⁰² C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge: Harvard University Press (1982).

¹⁰³ 黃建輝，法律闡釋與類型思維，評大法官釋字 372 號，1995 年。

¹⁰⁴ 劉宏恩，同註 2。

原告人格而為重大侮辱，尤其辱及原告家人，對原告而言更屬情何以堪，再被告以原告中午未返家，即心疑原告有外遇（本院九十二年九月四日言詞辯論筆錄參照），復認原告「私自錄製對本人不利的言詞及製造假傷害的驗傷單後，就私會第三者將家當全部搬走，在外遊蕩幾天之後才回娘家，自始不歸，向法院聲請保護令來合理化原告不檢的行為。」（被告九十二年九月三日答辯狀參照），其懷疑原告不貞，更已嚴重破壞彼此婚姻信任基礎，準此，原告身體及精神所受痛苦之大，殆可想見，則原告欲自被告獲得婚姻生活之安全、幸福及圓滿，無異緣木求魚，殊不可得。審酌原告所受傷害及其身分、地位、教育程度（原告於慈濟醫院任職，教育程度為大學畢業，業據原告自承，且為被告不爭執。）等情狀，本院認被告之前揭行為對原告造成之身體及精神上痛苦已逾越夫妻通常所能忍受之程度，嚴重侵害原告之人身安全及人格尊嚴，已危及兩造婚姻關係之維繫，並動搖夫妻間誠摯之基礎，而達不堪同居虐待之程度，原告以此為由訴請離婚，合於法律規定，應予准許。」（花蓮地方法院 92 年度婚字第 312 號判決）

此外，關於不同國籍方面，就本文所蒐集到的 65 個判決中，只有一個原告為男性的勝訴判決，被告為大陸女子¹⁰⁵，其餘國籍者並未出現在判決中。足見這些更弱勢的人可能根本無力提出離婚訴訟，或者就算提出也無力證明不堪同居之虐待，因而根本不會牽涉到適用最高法院 23 年第 4554 號判例的狀況。

陸、結語：性別，觀察法律運作的全新窗口

本文乃是一篇從「性別研究」之觀點出發的法學研究文章，由於它具有極強的意見性，而且在許多章節還顯露出它其實是在做一場知識的論戰，這時候，系譜式的理解變得更有必要。

對於戰後台灣法學教育以及法學研究有理解的人，都必然知道「法釋義學」一直佔有核心甚至獨占的地位。基礎法學中「法理學」與「法史學」的課程始終處於邊緣的地位，大多數的學校並未有「法社會學」的課程，學生習法的目標也以學習「法律概念」以及其與「法律體系」之間的關連性為主。法學研究則著重於在法學方法論¹⁰⁶的架構之下解釋法律，從論理的角度或者

¹⁰⁵ 屏東地方法院 92 年婚字第 400 號判決。

¹⁰⁶ 所謂「法學方法論」的書籍，其內容主要幾乎在論述「如何解釋法律」，例如，黃茂榮

他國法律規定的角度解釋法律概念的意涵，並且以此批判實務判決不合體系之處。至於這些「法律概念」產生的歷史社會基礎背景、必須經歷的法理辯證、以及落實於社會生活時的效果分析，不只是學生不明白，恐怕連法學教授都一知半解¹⁰⁷。儘管如此，在這長達數十年的過程中，台灣的法學界對於繼受法律在本土實踐時確切而一致的意涵方面，已然建構了一套內在的邏輯以及穩定度。

近年來則因為新興的社會發展趨勢，法律與資訊科技、法律與智慧財產權、法律與醫療、法律與企業、法律與貿易、法律與生物科技、法律與工程、法律與社會福利等等的問題不斷產生，法學界逐漸發現「法釋義學」純粹解釋法律以符合體系要求的研究，已經無法全面性地回應以及解決新興問題，傳統方法的侷限性，可說已經到了必然要面臨挑戰與創新的地步。對於如何解決這些新興發展所造成的法學困境，有人主張引進美國法學院的判例教學法，以對話式的教學促進師生互動¹⁰⁸，但是何謂判例以及如何互動在法學界始終沒有被定位清楚。此種觀點雖說在實踐面產生疑問，卻無形中強化了法學研究的社會面向，至少開啓了法學界反省的風氣，法學教育乃至於法學需要被改革，已然成爲共識。

然而，值得注意的，乃是從教育部顧問室在 96-99 年中綱計畫中規劃補助大學法律的專業科目課程以及大學非法律系有關「憲法」「法律與生活」等課程教學改進研究計畫的補助要點開始，「判例教學」跟著開始銳變爲「案例教學」。緊接著，「案例」的定義不限於法院判決的「司法案例」，還應包括「立法案例」、「行政案例」、「學校案例」以及「社會案例」¹⁰⁹。法學界逐漸發現

教授所著《法學方法與現代民法》一書共分七章，其中第一章法律概念，第二章法律概念之邏輯結構，第三章法律事實的認定，第四章法律解釋，第五章法律漏洞及其補充方法，第六章法律體系之存在基礎及其定義，第七章從民間合會之法律關係論習慣對法律漏洞的補充，綜觀全書係以如何解釋法律爲其宗旨。此外，德國法學家Karl Larenz 著，陳愛娥教授譯之《法學方法論》一書共分 7 章，也以法律解釋爲主。

¹⁰⁷ 例如，台灣的法學教授提到刑法的「罪刑法定主義」時，常常將之視爲當然之理，而透過陳惠馨教授的研究，才揭露罪刑法定主義是在 19 世紀初才出現的概念，陳惠馨教授指出「了解法律制度的發展，才能認識該法律制度」...「被法律所規範的概念或原則並不當然可以被落實」...並且要「反思外來制度在本國落實的困境」。參閱陳惠馨，德國法制史 --- 從日爾曼到近代，元照出版，頁 26-30，2007 年。

¹⁰⁸ 在台灣談美國法學院（law school）的教學法，雖然一般皆以「案例教學法」稱呼，但是觀察台灣脈絡下的語意，其實主要指將實務家引入法學教育，並且以判決作爲教材，其語意比較接近於「判例教學法」。

¹⁰⁹ 郭明政教授在 2007 年 6 月 4 日政大法科所舉辦的「女性主義法學教學工作坊-案例教學法」的研討會中，討論「案例的概念與定位」時，談到案例可以是司法案例、行政案例、立法案例、學校案例、社會案例。陳惠馨教授在文章中解釋其意義，「案例教學法不僅僅是司法實務的審判案件，他可以是民間企業或公司關於某個採購案、併購案的案例。也可以是非營利組織處理跟法律有關的案例。案例不當然一定是要到司法系統中看法院的判決或者大法官解釋的案例。他可以在行政處理流程、民間企業或私人間發生法律關係的案例」，陳惠馨教授進一步說明案例教學的可能內容，包括「（一）透過案例讓學生瞭解法院的組織與審判程序、（二）透過案例瞭解一定的法律制度與法律理論、（三）透過案例讓學生瞭解在法院的訴訟過程中，當事人如何陳述意見以及法院如何進行事實的認定與適用法律的審判工作、

要解決這些新興問題，必須具備許多法史學、法理學以及法社會學的基礎知識，才有可能在「法學研究」的層次回應社會問題，展開各種層次的法律論辯。

由這樣的脈絡開始，依循著這樣的趨勢發展，本文試圖在「司法案例」中進行法社會學議題的研究，所面臨的第一個問題便是，如何搭建起「司法案例」以及「社會研究」間的橋樑。若要全面性地納入「司法案例」與日常生活的各種不同層面，應該包括律師商談、夫妻離婚談判、強制調解的過程、以及法庭內外的各種制度等等。本文基於現實上資料取得之困難，無法跨出法律的社會研究的一大步，僅僅將「司法案例」從單數擴大到複數，並且是特定範圍之下全部的案例，從「量」以及「全面」性的角度，說明司法判決的整體面貌。

因之，法律之社會研究與傳統判例研究之區別，在於此「司法案例」之研究已經具有某種程度的「社會性」。此種針對近六年來所有引用最高法院 23 年上字第 4554 號判例的地方法院判決的分析，因之能與司法院統計資料互相參照，使我們更加理解該類判決與法律制度以及社會生活之間的關連性，創造出法律的社會面向之理解。理解法律的社會面向之後，本文就可進一步探問最高法院 23 年上字第 4554 號判例在審判實務上被運用的情況，從法院裁判書看受暴婦女請求裁判離婚時，法律的適用是否能夠實現公平正義。

關於公平正義，的確是一個大哉問。本文無可迴避地，一定要展開思索，法理學以及法社會學的基礎知識如何能夠幫助我們理解「司法案例」。對於這個問題，英美法學界早已經有許多論述，發展出各種不同的理論脈絡，其中最吸引作者的莫過於女性主義法學的研究與分析¹¹⁰。

女性主義法學從性別的觀點，研究法律運作對男性以及女性產生的不同效果，除了著重法律的「社會性」之外，也是一個帶有極強烈特定觀點的學說。可喜的是，在台灣的學術脈絡中，性別研究早已不是個體式地翻譯或抄襲外國觀點，而是許多學者集體式引介以及發展的本土議題¹¹¹。

(四) 透過案例讓學生瞭解事實的真相可能眾說紛紜以及瞭解法院在進行審判時，如何認定事實、適用法律時可能有的非法律考量、(五) 在學習一定數量的類型化案例後，學生可以有能力自行分析案件並將法規範、學說理論與生活中的實際案例加以結合、(六) 透過案例教學法讓學生培養製作法律文件的能力」。參閱，陳惠馨，談「案例教學法」--以玻璃娃娃案為例，月旦法學，出版中，2007 年。

¹¹⁰ 關於英美女性主義法學的整理與分析，內容包含三個主要的議題：女性經驗、性別政治、性別社會的變遷。參閱 Hsiao-Tan Wang (王曉丹)，'What Can Legal Feminism Do? --- The Theoretical Explorations on Gender, Law and Social Transformation', 34 (4) EurAmerica, 627-673 (December 2004)。

¹¹¹ 例如 2007 年出版的《性別向度與台灣社會》，就是一本集結 15 位作者的合輯，內容涉及心理學、語言學、社會學、教育學、文化研究、法學、政治學等學科的研究，本篇皆從性別研究的角度注視本土的社會現象，其中也蒐集了些許本土的案例與照片，作者群中多人已在各學系擔任教授的職位。參閱黃淑玲、游美惠主編，性別向度與台灣社會，巨流圖書公司，

本文因此將「性別」做為分析時的一個主要概念，最簡單而基本的就是以男性以及女性做為變項，分析法律的適用是否會產生「性別差異」的現象。我們從司法院統計資料的分析中得知，男女在法律實踐中面臨不同的處境。首先，提起不堪同居之虐待的離婚訴訟，女性佔絕大多數，但是不堪同居之虐待之勝訴率卻遠低於整體離婚的九成勝訴率；此外，如果我們推論社經地位與男性相較平均較低的女性，經常必須在離婚時爭取資源分配（金錢、未成年子女監護權），那麼，我國民法親屬離婚制度中兩願離婚以及裁判離婚的雙軌設計，適用的結果也是不利於女性的。兩願離婚時國家選擇不介入，任由當事人談判的結果多半不利於受暴的弱勢者；而裁判離婚的請求意味著無法以協議的方式決定離婚後金錢以及子女的事項，受暴女性往往為求爭取更多資源，而此時國家法律卻有著比一般更低的勝訴率。

上述「性別差異」的現象，引導我們進一步思索這有可能來自於法律適用於社會生活的過程，所顯現出的性別偏見。我們從本文蒐集的 65 個相關判決中得知，主張成立不堪同居之虐待的原因，於男性與女性之間有明顯的不同：在實務的運作上，只要能夠指出施暴者的毆打行為乃源之於對方的「行為不檢」，就不構成離婚的法定要件。問題是何謂最高法院 23 年上字第 4554 號判例中的「行為不檢」，本文列舉實務判決十五個女性行為不檢的事實狀況，範圍可說極為廣泛，似乎只要妻子的行為不符合賢妻良母的舉止規範，就被認定為判例中的「行為不檢」。至於妻子為何不「賢妻良母」似乎不是重要的論證事實，毆打的程度是否違反「人性尊嚴」的要求，也欠缺論證的基礎。

於是，我們看到了離婚制度之下，女性相對於男性的弱勢處境，法律制度本身成為禁錮女人的另一把令箭，「自由」不是自主意志有沒有被強迫的問題，而是攤在女性面前的選擇自由，早就消弭於「性別化」的社會生活中。另一個值得注意的面向，法律的運作不只沒有考量「性別化」社會生活所造成的影響，而且在適用法律的時候，不小心或者無意識地納入對「好女人」寬容，對「壞女人」貶抑的價值系統。於是，女人在法律的眼中變得更加動彈不得，女人的角色宿命、挫折掙扎甚至反抗吶喊，更加是法律視而不見的。

是的，法律對社會生活的詮釋是一種霸權的詮釋，女人在此種「詮釋的霸權」之下，恐怕只能避之唯恐不及，然後逐漸變成一個看不見的主體。接下來會有一個極為合理的懷疑：在當今男女性別角色分工的嚴格系統逐漸被挑戰之際，法律怎能容許這一個傳統型社會中男女性別分工角色與價值區隔系統，在法律裡面借屍還魂呢？台灣社會有太多人與事都不被我們熟悉，這些人本該是法律念茲在茲、隨之起舞的主角，為何這些人總在法律體制的詮釋之下，成為傳統體系借屍還魂的附著體？

一定有什麼是法律人忘卻的事情，根深蒂固地依附在法學論述裡面，成為法學最基本的要素，就像人類的生活脫離不了空氣和水。本文分析實務判決的論述模式，指出法律適用過程產生「性別差異」結果的本質性因素，主要在於「以規則為導向」的法律論證不同於受暴婦女「以關係為導向」的論述，而此種論述邏輯的不同，往往導致受暴婦女的需求與期待完全不為法律論述所重視。最高法院 23 年上字第 4554 號判例所建立的規則，使得審判著重於找尋「是否有毆打」以及「毆打是否有原因」的答案，忽略了受家暴婦女對施暴者的期待、失望以及絕望的「以關係為導向」的論證邏輯。

總結上述，最高法院 23 年上字第 4554 號判例「因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當之行為，不得即謂不堪同居之虐待」，雖為「性別中立」的法律語言，乍看之下並未特別偏袒男性，但是適用的結果卻有利於男性不利於女性。此種法律適用結果的「性別差異」現象，還表現在傳統性別角色嚴格區分的分工體系，已經成為何謂「行為不檢」的判斷標準。因此，本文進一步將法律論證稱為「以規則為基礎」的論證，也就是法官在解釋適用「不堪同居之虐待」此一法律概念時，必須將複雜而多面向的生活事實依據最高法院 23 年上字第 4554 號判例加以整理，此種經由特別挑選編排的故事，已經脫離受暴婦女「以關係為導向」的論證，成為一個對受暴婦女來說陌生的故事。

我們可以想像一個受暴欲離婚的女性，在經歷最高法院 23 年上字第 4554 號判例相關的審判之後，或許會大聲疾呼「你們都只是從法律詮釋的霸權中看見我，而我對身體、個人自主尊嚴、婚姻圓滿、以及不堪同居之虐待，自有另一番解釋」。因此，在法律的詮釋霸權之下看見受暴婦女，不但無法達成法律對於「客觀性」的要求，也無法達成法律追求「自由」以及「平等」的目標。

作者期盼這樣的研究結論能夠幫助我們打開法學研究的全新窗口，不僅督促我們重新思考法律運作的「性別」議題，也迫使我們正視法律實質正義的深層意涵。

參考書目

一、中文

尤美女，我國離婚法制之研究與改革鄒議，台灣法學會年報，17 輯，頁 266 以下，1995 年。

王曉丹，法體系內性別偏差現象之研究 --- 以平等考量為中心，碩士論文，台灣大學法律研究所，1997 年。

Hsiao-Tan Wang (王曉丹)，'What Can Legal Feminism Do? --- The Theoretical Explorations on Gender, Law and Social Transformation', 34(4)EurAmerica,

627-673 (December 2004) .

內政部，台灣地區婦女生活狀況調查報告，1998年。

內政部統計處，內政統計通報，九十三年第二十四週，網址

<http://www.moi.gov.tw/stat/week/week9324.doc>，拜訪日期：2005/08/31，2004年。

內政統計資訊服務網，網址：<http://www.moi.gov.tw/stat/>，拜訪日期：2005/08/31。

司法院統計處，臺灣地區地方法院辦理離婚事件之統計分析，1996年。摘要可在網路上取得，網址：http://w2.judicial.gov.tw/Juds/rsh85_d.htm，拜訪日期：31/08/04。

司法院統計處，九十二年司法統計專輯，司法院出版，網址：

<http://tph.judicial.gov.tw/stati03.asp>，拜訪日期：2005/08/31，2003年。

司法院統計處，九十三年司法統計專輯，司法院出版，網址：

<http://w2.judicial.gov.tw/juds/>，拜訪日期：2005/08/31，2004年。

行政院婦女權益促進會，數字告訴你：台灣女性圖像，網址：

http://www.apecgender.org/Page_Show.asp?Page_ID=125，拜訪日期：2006/7/7，2004年。

吳信華，「法院裁判」作為大法官會議違憲審查的客體，政大法學評論，61期，頁109-141，1999年。

吳啓賓，解釋權與審判權之司法分工（上）（下），台灣本土法學，65, 66期，頁3-15, 5-15，2004年12月、2005年1月。

林秀雄，不堪同居之虐待，家族法論集（二），頁57，1995年。

林秀雄，我國現行離婚制度之檢討，臺灣法學會學報，17期，頁286-98，1996年9月。

陳妙芬，當代法學的女性主義運動：一個法哲學史的分析，台大法學論叢，33卷1期，頁20-22，2004年1月。

陳昭如，權利、法律改革與本土婦運－以台灣離婚權的發展為例，政大法學評論，62期，頁25-74，1999年。

陳惠馨，論我國民法親屬編在訴訟實務上之適用，載：親屬法諸問題研究，頁31-78，1993年初版。

陳惠馨，讓離婚不再是一場不公平的戰爭，第三屆全國婦女國是會議論文集，1998年。網址：<http://taiwan.yam.org.tw/nwc/nwc3/papers/forum451.htm>，拜訪日期2005/08/31。

陳惠馨，德國法制史 --- 從日爾曼到近代，元照出版，2007年。

陳惠馨，談「案例教學法」--以玻璃娃娃案為例，月旦法學，出版中，2007年。

Karl Larrenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，台北市：五南，1996年。

郭振恭，我國離婚法制之檢討及改進，東海大學法學研究，9期，頁325-33，

- 1995年9月。
- 黃宗樂，裁判離婚原因修正論，法令月刊，51卷10期，頁347-65，2000年10月。
- 黃茂榮，法學方法與現代民法（增訂三版），自刊，1993年。
- 黃建輝，法律闡釋與類型思維，評大法官釋字372號，1995年。
- 黃淑玲、游美惠主編，性別向度與台灣社會，巨流圖書公司，2007年。
- 鄧學仁，我國離婚法之問題與修正，政大法學評論，65期，頁132-51，2001年3月。
- 劉宏恩，我國法院對婚姻暴力問題之態度---臺灣受虐婦女以「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。
- 劉宏恩，"Postdivorce Single-Mother Families in Difficulties and the Need to Reform the Current Policy: Reflections on Two Empirical Socio-Legal Studies of Taiwanese Child Custody Law"，月旦民商法雜誌，5期，2004年9月。
- 劉尚志、林三元、宋皇志，法學實證研究之發展：注釋法學的侷限與突破，發表於第一屆全國法學實證研究研討會，國立交通大學科技法律研究所主辦，2006年5月24日25日。
- 劉毓秀，台灣女性人權現況分析：全球化與女性角色交集下的困境及其出路思考，國家政策季刊，行政院研考會，1卷2期，頁85-116，2002年12月。
- 劉泗翰譯，Connell, R.W，性/別：多元時代的性別角力，台北市：書林，頁23，2004年。
- 蘇曉純，雨送黃昏花易落：從裁判書看法院對婚姻暴力之態度，應用心理研究，32期，頁135-164，2006年冬。

二、英文

- M. L. Bergeron, *Hegemony, law and psychiatry: a perspective on the systematic oppression of 'rogue mothers' in In re Aaron S.*, 4(1) *Feminist Legal Studies*, 49-72 (1996) .
- S. B. Boyd, (*Re*) *placing the state: family, law and oppression*, 9 *Canadian Journal of Law and Society*, 39- (1994) .
- J. Conaghan, *Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law*, 27(3) *Journal of Law and Society*, 351-385 (2000)
- J. M. Conley & W. M. O'Barr, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 67-73 (1998) .
- M. Drakopoulou, *The Ethic of Care, Female Subjectivity and Feminist Legal Scholarship*. 8 *Feminist Legal Studies*, 199-226 (2000) .
- M. Albertson Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other*

- Twentieth Century Tragedies*, New York: Routledge (1995) .
- C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge: Harvard University Press (1982) .
- Hilaire Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London: Cavendish Pub. (1998) .
- International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) ,
Objectivity of Law, *The IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, retrieved from
<http://www.ivr-enc.info/en/article.php?id=53>.
- N. Lacey, *Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective*, 14 (4) *Journal of Law and Society*, 411-421 (1987) .
- N. Lacey, Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy, in *Feminist Theory and Legal Strategy* 93-113 (A. Bottomley and J. Conaghan eds., Oxford Blackwell, 1993) .
- N. Lacey, *Feminist Legal Theory Beyond Neutrality*, 48 (2) *Current Legal Problems*, 1-38 (1995) .
- N. Lacey, Introduction to the Essays, in *Unspeakable Subjects*, 1-15 (Oxford: Hart Publishing, 1998) .
- C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 (2) *Signs*, 635-658 (1983) .
- C. MacKinnon, Difference and Dominance, in *Feminism Unmodified* 32-45 (Cambridge Mass. Harvard University Press, 1987) .
- C. MacKinnon, Difference and dominance: on sex discrimination, in *Feminist legal theory: readings in law and gender* (K. Bartlett and R. Kennedy eds., Oxford: Westview Press, 1991) .
- C. MacKinnon, Toward Feminist Jurisprudence, in *Feminist Legal Theory: Foundations*, 427-436 (D. Kelly Weisberg ed., Philadelphia Temple University Press, 1993) , at 432.
- N. Naffine, *In Praise of Legal Feminism*, 22 (1) *Legal Studies*, 71-101 (2002) .
- K. O'Donovan, *Sexual Divisions in Law*, London: Weidenfeld and Nicolson (1985) .
- K. O'Donovan, *Equality and sex discrimination law*, Oxford, UK New York, NY, USA: B. Blackwell (1988) .
- C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press (1988) .
- A. Scales, *Militarism, male dominance and law: feminist jurisprudence as oxymoron?*, 12 *Harvard Women's Law Journal* (1989) .
- C. Smart, *The Ties that Bind: Law, Marriage and the Reproduction of Patriarchal Relations*, London: Routledge & Kegan Paul (1984) .

C. Smart, The Woman of Legal Discourse, in *Law, Crime and Sexuality* 186-202
(Carol Smart ed., London Sage, 1995) .

法律敘事的女性主義法學分析

——最高法院二十三年上字第四五五四號 判例之司法實務*

王 曉 丹**

摘 要

本文針對受暴婦女請求裁判離婚的案件，蒐集近六年來所有引用最高法院二十三年上字第四五五四號判例的地方法院判決。根據這六十五個法院裁判書以及司法院統計處的資料，本文分析法院判決中呈現的法律敘事，並以女性主義法學的觀點說明法律適用結果所產生的「性別差異」以及法律論證所呈現出的「性別差異」。作者希望在提出相關實務判決的缺憾之後，能夠喚起重新檢討此判例存在的必要性。

最高法院二十三年上字第四五五四號判例「因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當之行為，不得即謂不堪同居之虐待」，雖為「性別中立」的法律語言，此判例乍看之下並未特別偏袒男性，但是適用的結果卻有利於男性不利於女性。此種法律適用結果的「性別差異」現象，還表現在傳統性別角色嚴格區分的分工體系，已經成為何謂「行為不檢」的判斷標準。因此，本文進一步將法律論證稱為「以規則為基礎」的論證，也就是法官在解釋適用「不堪同居之虐待」此一法律概念時，必須將複雜而多面向的生活事實依據最高法院二十三年上字第四五五四號判例加以整理，此種經由特別挑選編排的故事，已經脫離受暴婦女「以關係為導向」的論證，成為一個

* 本文首先發表於「第一屆全國法學實證研討會」，交通大學科技法律研究所主辦，2006年5月。作者感謝該次研討會的與談人劉宏恩教授對本文的建議，並感謝兩位匿名審稿人對本文所提出的意見，使本文能夠改進未盡完善之處。文中疏漏之處，文責概由作者自負。

** 政治大學法律科際整合研究所副教授，英國華瑞克大學（University of Warwick）法學博士，聯絡信箱：hsiaotan@nccu.edu.tw。

投稿日期： ；接受刊登日期：
責任校對：

對受暴婦女來說陌生的故事。因此，看似「客觀」、「中立」的法律論證，其實是一個霸權的論述，在法律「詮釋的霸權」之下，不但無法達成法律對於「客觀性」的要求，也無法達成法律追求「自由」以及「平等」的目標。

關鍵詞：法學實證研究、判決研究、法社會學、離婚、女性主義法學、家庭暴力、性別差異、法律與社會、性別與法律、法律敘事、女性主義

Women before the Law: Battered Women and Their Rights to Divorce

Hsiao-Tan Wang*

Abstract

This paper is a socio-legal study from a feminist point of view. It examines 65 legal cases presented at trial courts from the past five years, including all cases related to the precedent Tai-Shan-Zi 4554 of the Supreme Court. By analyzing these cases and the official statistics provided by the Judicial Yuan, this paper demonstrates the ‘gendered’ implication on the practice of the divorce law. Based on a feminist legal perspective, this paper deepens our understanding of law’s claim on objectivity and reasoning and therefore identifies law as male. This paper then connects the arguments with two main ideologies in law, ‘freedom’ and ‘equality’. It argues that the public/private distinction made by the divorce law cannot provide ‘freedom’ for the battered women because there is no consistency in state intrusion and the public/private distinction. It also argues that legal reasoning is a male thing and therefore disqualifies women’s narratives and demands on the court.

Keywords: Divorce, Domestic Violence, Women’s Rights, Feminist Legal Study, Socio-Legal Study, Battered Women, Gender Difference, Law and Society, Gender and Law, Legal Narrative, Feminism

* Associate Professor, Institute of Law and Inter-discipline, National Chengchi University.
Received: ; accepted: