

## 法律社會學

# 台灣的性別與法律研究

王曉丹\*

### 壹、序 論

法律會不會偏袒某一個性別？對男與女有所差別待遇？絕大多數的法律界人士會主張法律是性別中立的。而對於婦運界所提出的個案（例如鄧如雯的長期受虐而殺夫），他們主張法律自有一套「理性」解釋事實與適用法規。換句話說，被害者的性別並不會影響法律的解釋適用，不能僅以「同情」作為基礎，不斷誇大被害者的不幸處境。說法律是「性別的」，彷彿在說法律本身是不公平的，這對於法律人來說是何等重大的控訴？

然而，法律人常常被比做一群在真空箱中生活的人，上述「性別中立」的宣稱簡直匪夷所思。婦運界人士習於面對個案，協助受害者經歷法律的操作過程，這過程往往會使人累積許多憤怒，除了對加害者的行為感到氣憤之外，也會感嘆維持社會正義的國家法律怎會如此幫不上忙，甚至構成另一次的傷害？

讓我們簡單問以下的問題：

■ 憲法保障女人的基本權利，但是為什麼在現實生活中有些受家暴的女人卻無法遏止暴力，她們只能為了

孩子與施暴者同居一室，甚至於家中負擔主要家務育兒的照顧工作，受到這無薪工作的影響無法兼顧在外有薪的工作，因而欠缺經濟的保障，我們不禁要問：所謂憲法保障的身體自由、居住遷徙自由、生存權、工作權、財產權，難道只是空談？

■ 法律明文規定性侵害為犯罪，國家將透過刑事的訴追程序定罪科刑，但是為什麼許多性侵倖存者卻被捲入無止盡的懷疑羞愧甚至指責，加害人卻可能編織美麗的愛情故事而順利脫身，之後再聯合太太反控對方妨害婚姻，成為「兩個女人的戰爭」，我們不禁要問，夾在中間的男性就真的無辜嗎？

■ 法律明文規定女性有同等的繼承權，但是為什麼新聞報導六女兒「爭產」不孝當庭下跪認錯、越娘在婆婆傳宗接代壓力下借種生子，不料所生為女兒被夫家告訴確認親子關係不存在，媒體報導時的標題是「爭產算盤落空」，我們不禁要問，難道這些女人真的如此貪得無厭，不滿足於法律已然賦予的「平等」權利嗎？

\* 中興大學財經法律系助理教授。

## 貳、理論與概念：如何研究性別與法律？

英文文獻有關女性主義法學的論述，已有相關論文簡介（陳妙芬，2004；王曉丹2004）。台灣學界在本土經驗以及國外經驗交相影響之下，發展出三個從女性主義觀點的批判。這三個面向在理論概念上並非互斥的，針對同一個具體的事件或議題，有可能同時包括二個或數個面向；這三個面向大部分就學術發展的觀點而言也才剛起步，需要更多實證經驗的累積以及理論概念的分析，方得以更加深刻而完整。以下簡介此三個面向：

### 一、批判法學中的「抽象社會關係模式」

#### Box 1 延伸討論之一

■ 請找出法律的經典教科書，分組（民事法、刑事法、公法）討論下列問題，並做出報告：教科書如何呈現規範與事實？當中所提到的案例，是否與生活相關？對於閱讀者來說有何實用性嗎？能幫助我們更加了解社會正義嗎？能提示我們如何從事法學研究嗎？能促使我們增加知識的樂趣嗎？法學書籍中的案例，是否具有性別的刻板印象（stereotype）的特徵？這些刻板印象可能透過何種方式影響法律的運作？

法律透過規範解釋社會生活，而此

種解釋往往將人與人之間複雜的面向，依循法律規定的概念，往「單一」的方向解釋。以婚姻暴力為例，阿雄酒後會對他老婆小真動粗，小真深怕三歲的兒子目睹暴力受影響，而向法院聲請保護令，法院根據家庭暴力防治法，從「驗傷單」以及其他相關證據，判斷是否有「繼續」侵害的可能性。而法律理論往往抽離具體的社會脈絡，單向解釋保護令核發的標準，著眼於何謂「繼續」，最高法院93年度台抗字第951號做出解釋「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。」

法律對非法律人而言乃複雜而陌生的，一旦遇到要適用法律的狀況，面對抽象的規定往往感到無力。對於第一年學習法律的學子來說，必須以抽象概念的方式，學習本應實用而具體的法律，使之常常感到摸不著邊。此種在法學中的抽象關係模式，以概念與法條作為論證基本元素，講求邏輯上的精確，以及適用上的一致，此種精確性與一致性正是傳統法學所堅持的法律正義。

女性主義關懷女性的具體社會生活，以女性經驗批判此種「抽象社會關係模式」，主張此種模式將人與人之間的關係抽象化成法律概念關係，抽象化的過程中忽視了許多重要的情節，抖落了許多呈現女性經驗的可能，概念的思維（或者說語言轉換的過程）也造就了一批斬斷根脈、無法思索性別議題的法律人。誠如陳惠馨教授對法學的批判：

「由於法律人是透過概念來認識或理解上述這些制度，因此在學習的過程中，從目前的課程設計上，學生幾乎看不到這個社會中各別個人跟法律的關係，人在法律中是被抽象化的對待，而事務也被抽象化的敘述，也因此法律人在受教育過程中，不太容易看到各個不同性別、階層的人，在這個社會中各別的處境與角色。」（陳惠馨 2001）

這股分析「抽象社會關係模式」，發展成對法律語言以及法律論證的研究，從中分析法律並非「性別中立」的。例如，有研究指出關於是否符合民法離婚的要件「不堪同居之虐待」，法律所採取的論證乃一種「線性」的論證，無法涵蓋受家暴婦女急欲離婚的「事實」，而此種「事實認定」的論證方法是男性的（masculinity）論證方法（王曉丹 2007）；又例如，性別平等教育法中關於校園性騷擾與性侵害之案件處理，事件爆發之後是否行政調查以及如何調查，其過程與結果會受許多其他因素的影響，有時反而人際糾葛重於被害女性的權益（黃曬莉、畢恆達 2002）；還有研究指出，於性工作權的討論上，女性利益無法有效轉換成權利或者法律上的利益/法益，此種忽視女性經驗的現象，亦與法律的權利語言有關（陳美華 2002）。

法律的「抽象社會關係模式」，常常使得法律無法隨著社會變遷而有迅速正確的修正。例如，公娼是否應該要被廢除，在九〇年代中期之後就引起各界的爭論，娼妓與嫖客是否該受

法律規範，乃一個重要的法律政策問題。但是法律人往往陷入抽象概念的對立爭論，一方是憲法的「工作權」，另一方是娼妓違反法律上「公序良俗」道德原則，問題被抽象化成此兩種法益孰輕孰重的選擇。但是法律人往往忽略重要的事實因素，無視於現有公娼的人數、年齡、生活狀況、類型、從娼原因、轉業可能等等，只是單純從概念演繹做出抉擇。習慣於抽象概念思維的法律人，恐怕很難不在概念思考的旗幟之下，包藏未受檢驗的個人主觀評價吧？

## 二、反省法律規定中「公私領域的劃分」

對女性不幸的遭遇，社會往往會報以同情，或是以個人行為化的觀點來看事件。例如，受性騷擾的女學生會被說成是自己不檢點、同志伴侶會被影射為離經叛道、受家暴者普遍被認為沟通能力不佳、家庭內分工不均乃出自自願、男女同工不同酬則源自於天生的生理差異等等，這些過度簡化、模糊問題的方式，無法以性別的角度分析問題。

近十年來婦運所推動的七個相關法案，有別於上述將女性不幸遭遇「個人化」的解釋，這些法案彷彿看見「結構性」性別不平等問題，並企圖以具體的條文改變現實上的不平等關係（陳惠馨 2006；王曉丹 2007a）。這七個法案包括民法親屬編以及刑法妨害性自主罪章的修訂、性侵害犯罪防治法、家庭暴力防治法、兩性工作平等法、性別平等教育法、以及性騷擾防治法等制定通過。

上述「個人化」以及「結構性」的問題解釋方法，所展開的辯論與改變，無異為法學基本理論的震撼彈。法學理論傳統上有所謂「公私領域的劃分」，公領域乃藉由法規保障個人權益，私領域則劃歸家庭倫理確保人際關係的正當，如此的劃分因而有「法不入家門」的觀念。女性主義者質疑，傳統法學對法律關係的關注主要集中在公共領域之中，因而也忽略了公共領域的政治關係與私人領域的性別關係之間的聯繫，因此對法律中「公私領域的劃分」，提起強烈的質疑，主張家庭倫理無法充分保障個人權益（陳妙芬2001）。

女性主義者為了對抗傳統私領域的男性權力，喊出「個人的即政治的（the personal is political）」的宣言，以平等的觀點，重新檢視傳統上屬於私領域的兩性關係，將「結構性」性別不平等的問題，委由法律加以規範。本文以為，這些法案正是在重新定義法律中「公私領域的劃分」，過去歸屬於私領域法律不規範的部份，往往觸及到法律正義的核心，必須重新加以考量，以下以五個法案，說明女性主義者如何反省法律規定中「公私領域的劃分」。

家庭暴力防治法會導向離婚？沒有存在的必要？

1999年6月26日家庭暴力防治法開始施行，賦予受暴之一方得向法院聲請「民事保護令」（該法第9-21條），有研究指出許多受暴婦女雖可藉此禁制配偶繼續施暴，但是反而會造成當事人離婚

（林雅容2003）。然而，換一個角度思考，聲請保護令者離婚比率高，原因或許不是因為保護令惡化婚姻關係，而是導因於聲請者本就有離婚的意思，或者只是透過此一程序，體認到離婚的好處。事實上，許多婚姻暴力已經嚴重傷害到女性的身體全以及人性尊嚴，「法不入家門」很可能合理化家庭內的男性權力（male power）。因此，家庭暴力防治法的存在不應被質疑，該檢討的或許是相關法制與配套措施是否完善。

自由處分金會破壞夫妻和諧？不應有此規定？

民法親屬編2002年新修正通過「自由處分金」的規定，許多人質疑其必要性，主要的原因乃是將家務勞動界定在「私領域」，法律不應介入；論者主張家務勞動涉及夫妻分工的方式，也是基於情愛關係的一種勞動，性質上不適合成為法律上的權利；更有甚者，論者主張自由處分金的規定反而會影響夫妻間分工的協議，甚至家庭的和諧。然而，首先要釐清的是，現行民法第1018條之一自由處分金的規定，要件必須是「夫妻之間協議」方有此請求權，此種權利是基於契約關係，不是基於法律規定，何來破壞和諧之說？其次，家務勞動之一方往往因為時間精力有限，無法在就業市場上有更多的投入，相對而言薪水也較低，此種結構性的經濟不公平，難道不應該賦予家務勞動相對應的財產上權利嗎？現行法中此財產上的權利必須要另一方同意才取得，是否有保障不足之嫌？

兩性工作平等法造成雇主負擔？有害經濟發展？

2002年3月8日開始施行兩性工作平等法，僱主若在僱用、薪資或升遷上的行為，因為性別因素而有差別待遇，受歧視者可以向僱主請求損害賠償（該法第7條、第26條）。論者觀諸國內大多數的工作，需求員工超時，因此主張女性多半需要負擔家務勞動，比起男性而言較欠缺生產力，而職場本應大家各憑本事，此等防止歧視條款可能會破壞市場運作機制，增加僱主經營成本，甚至有害經濟發展，男性薪資較高恐怕與性別不平等無關。然而，此種現實結構上的不平等，本應屬於「公領域」的議題，交由法律規範，避免個人權益受損，至於僱主成本負擔的問題，或許應該藉由制度的建立，轉由國家承擔（劉梅君2000）。

性別平等教育法徒增困擾？毫無實益？

2004年6月4日施行性別平等教育法，為促進性別平等教育，規範校園內資源分配、意識形態、課程安排、校園配置、以及性騷擾與性侵害的問題。論者以為，性別平等教育好像沒有必要立法，甚至主張只要在教育當中尊重每一個人的自主性與人性尊嚴，性別自然就平等了。然而，此種說法完全無視於社會當中性別不平等的問題，從許多個案中我們理解，校園中性別平等的問題無所不在，性別平等教育的建立，所涉及的問題乃是

結構性的「公領域」的問題，這些問題都需要法律予以授權以及提供基本架構，以方便事務的進行（陳惠馨2005b）。

性騷擾防治法引起兩性戰爭？成為女性反制男性的工具？

2006年2月6日開始施行性騷擾防治法，將性騷擾界定為一種犯罪行為。論者主張此法無異於在「私領域」的兩性中間立起一道牆，叫男性不要接近女性，或者說此法無異為引燃兩性戰爭的火藥庫。此種論點主張，許多貓狗小事常常被認定為性騷擾，例如有時候對異性的表示友善詢問家庭或男女朋友狀況，就可能成為言語性騷擾，有時候只是一種安慰性的搭肩動作，就可能成為身體性騷擾。然而，此種說法似乎忽略了性騷擾受害者可能造成的心理陰影與傷害，此種傷害更甚於被竊盜或毀損的嚴重度，自然應該被認定為「犯罪」。如果該種行為已經嚴重影響到他方的人性尊嚴或者自由權，難道法律不應該予以規範嗎？事實認定以及界線劃定的困難固然存在，但不應該就此否定性騷擾行為作為一種犯罪的樣態（高鳳仙2006）。

三、性別、法律與文化

Box 2 延伸討論之二

- 阿雯要結婚了，她的朋友聽到之後，大多會問「你要嫁到哪裡？」大家的觀念還是認為「妻從夫

居」。其實，經過婦女新知與晚晴協會的努力，1996年，民法親屬篇第1002條裡有關夫妻居住的條文已經修正為：「夫妻之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之」。請問你週遭認識的人，有多少人是「妻從夫居」？多少人是「夫從妻居」？他們是相互協議出來的嗎？

在一次性別與法律的演講中，一位中產階級的男士說：「台灣的女人與亞洲其他國家相較，法律上的權利已經算是最好的（看看上一段關於法案的描述，還真不假），應該要滿足了，真不懂妳們，為何還在那裡忿忿不平！」那種認真的表情，促使我不斷反思，到底是什麼因素，促使我跟他的想法有如南轅北轍呢？就這麼一想，我才恍然大悟為什麼許多西方的女性主義法學家，為文時總是不忘討論認識論的問題，於此與傳統法學有一個全面的決裂與區別。

第一個重大的區別，在於女性主義法學要分析的對象不是「書本中的法律（law in books）」，而是「行動中的法律（law in action）」或者「活生生的法律（living law）」（劉宏恩2004）。「書本中的法律」僅解釋法律規範的意義，而「行動中的法律」關心人們行動中所呈現的「法事實」，包括立法、審判、行政、糾紛解決等實際法律活動，以及其他在現實中起著法的作用的東西。「行動中的法律」所指的「法律」，其意義可能至少有三種，第一，「法

律」可能指由立法機關通過的法案（statute）或者司法機關的判例（case law）；第二，「法律」亦可能指「法的實踐（practice of law）」而言，也就是律師、警察或其他法律工作者在其日常工作中運用法律的過程；第三，「法律」亦可能指人們的某種心理上以及事實上的狀態，使其對法律有某種認知或信念，並且可能會影響其行動面向。

第二個重大的區別，女性主義法學界由社會經驗事實，不斷思辯法律的「正當性（legitimacy）」以及「有效性（effectiveness）」的問題。法律的「正當性」一方面檢討社會脈絡如何影響法律運作，另一方面研究「行動中的法律」如何影響社會生活；而一個法律要具有「有效性」，必須考察人們主觀上的法意識，是否足以影響其對法律的信賴以及行動。換句話說，「行動中的法律」的研究路徑，經由分析法律中隱含的性別因素，從而揭示法律與性別平等關聯性的真實圖景。

女性主義法學的分析有助於解剖法律所訴求的「平等」、「性別中立」等價值，甚至揭露法律制度與其他制度相同，皆是社會中廣泛存在的性別歧視的重要因素，並且，此一「揭露」也就為性別平等的法律進路奠定了基礎。舉例而言，考察男女是否有平等的繼承權，就不能停留在法律文本對男女平等的靜態規定上，而必須聯繫實際生活對繼承權的真實運作情景，進行動態研究（陳昭如2006a）；考察男女是不是有平等的就業權，不能只根據勞動法以及兩性工作平等法的相關規定，而必須連繫兩

性在家庭生活中的具體分工，並且研究其法規落實狀況以及對女性影響來決定（郭玲惠2005）；考察政治領域中的性別平等，也不能只是限於婦女的參政人數是否與男性接近，而應該加強關注普遍存在的性別歧視現象，重要的是這如何影響公共政策的制定與執行（黃長玲2001）。

綜上，女性主義法學將焦點從「規範」轉移到「法事實」，並在具體事件中思索法的「正當性」以及「有效性」，批判現行法律運作的性別偏差。畢竟，所謂正義，終究無法永遠停留在抽象概念的層次，還是要就具體行為產生的影響，深入其背後複雜的牽連關係；更重要的，在劃定合法／非法的界線、以及選擇其該有的法律效果時，必須藉由生活領域中人的觀念與意識，才得以判斷。此時，「法律文化」所涉及的議題，自然成為關鍵的因素，有必要將「法律文化」作為切入的分析點。

「法律文化」與性別的研究，除了司法人員的養成以及分工是否有「性別化」的傾向之外（郭書琴2003），還包括一般人面對司法時，其態度、意識以及行為選擇，所牽涉的「性別」因素，因此可能影響到立法目的之落實。例如，出面指控雇主性騷擾，可能導致工作上的困境；要求家事勞動上的費用，可能導致婚姻不睦；指控性侵害，可能要面對執法人員的質問，甚至加害人的對質；聲請家暴法中的保護令，可能會影響經濟以及孩子的生活，這些都衍生出無可奈何的結果——女性不願意出面主張法律的保護。有時即便法律規定已經合於性別平等的概念，甚至賦予法

律上的權利，得以藉由法律，扭轉現實上不公平，但是女性還是可能會選擇不採用訴訟的方式為之。這時候法律可能成為談判桌上的主要籌碼，越懂法律的人，籌碼越大，越具有談判的優勢。

「法律文化」不但指司法體系內的文化，亦包括一般人於日常生活如何解決紛爭的文化。王時思律師談到台灣的法律文化時，說到法律在台灣生根與運作困難的一面，他提出「法律人與一般人的觀念落差很大」（台灣法律文化變遷座談會2002）。仔細觀察台灣的法律文化，可以發現法律移植的內容與原先社會所存在的既有規範，往往有著落差（例如法律概念的難以理解）。不只是法律概念上的差異，包括解決紛爭的方式也不盡相同，人民較慣於採用他種解決糾紛的方式，例如鄉鎮市調解委員會（陳聰富2000）。民間的法意識以及他種紛爭解決方式，往往受到社會中性別意識型態的影響，因而傳統上「教訓妻子」本是家務事，而「相夫教子」也是重於一切的職責，這些都可能成為息事寧人的最重要原則。

受到「法律文化」的影響，有時不只無法落實立法意旨，甚至會產生超出預期且「不公平」的社會效果。例如，現行墮胎的法律規制，要求未成年少女墮胎要得到法定代理人的同意，妻子墮胎要得到配偶的同意，那對於「非典型」家庭之下的女兒以及妻子而言，往往會產生不公平的現象。再例如，社會秩序維護法第八十條罰娼不罰嫖的規定，在實務上被抓者往往是大陸人士以及個體娼妓，對娼妓中的弱勢更為不利。還有，兩性工作平等法包括

了許多平等與保護的規定，但是防止歧視條款的平等規定幾乎少被落實，保護的規定又使得雇主拒絕任用女性，有時反而不利於女性。

從理論上而言，法律上的權利雖然使得女性得以在訴訟上為各種主張，但是法律文化的種種因素常常導致無法產生性別平等的效果（陳昭如2002）；更有甚者，法律文化或者是社會結構或者說是性別結構的一環，因此任何在法律體系內的行動，經常無法觸及改變性別結構的核心議題（陳妙芬2004）；也有學者主張法律實踐本身即是在反映特定的性別秩序，造就性別的法律文化（郭書琴2007），甚至強化原本性別結構下女性不利的處境（陳宜倩2005）。從這些意義來說，誠如陳惠馨教授所言：「有些時候，我們也必須承認，現實生活中的許多利益衝突與糾葛，常會讓法律所欲實現追求的公平正義、人權保障的努力似乎徒勞無功。不過，或許這時刻，是法律人重新檢討我們的法律制度的時刻（陳惠馨2004）」。女性主義法學者的理論與實踐，可以說是在此揭露「性別的」法律文化，希望衝撞權力結構，重新建構法律思維，並進而培養法價值判斷的基本素養，而這也是一種法律文化的變革與創新（王曉丹2006a）。

### 參、核心議題與範例分析

#### 一、性與身體

##### Box 3 案例思考之一

■ 阿麗在校園巧遇上課認識的阿政，

兩人相約第二天一起到圖書館準備期末考，當天中午一起外出吃飯，不料阿政竟於餐後散步時拉阿麗到隱蔽處聊天，並且進而強制撫摸阿麗的私處。之後阿麗情緒崩潰掩面哭泣，阿政在旁安慰並且訴說情意，長達二個小時，使得阿麗以為阿政真心愛慕。未料之後卻冷漠相待。阿麗覺得百般受辱，知道有性別平等教育法，得向學校提起申訴，並且提出要阿政道歉的建議。但是，阿麗卻提不起勇氣，請問，阿麗在害怕什麼？

■ 阿如高中畢業之後就到某公司當秘書，輔佐已婚老闆阿奇打拼事業，常常加班趕工。不知從何時開始，阿奇會有意無意碰觸阿如的身體，以親暱表示感謝，阿如雖不喜歡，但也不願離開能夠給自己舞台的公司。一日阿如撞見阿奇與另一員工在辦公室為性行為，阿如思考再三之後，將此事告知阿奇的老婆。未料第二天阿奇於晚上加班時，將阿如單獨叫到辦公室，怒斥阿如害他們夫妻失和，阿如驚嚇而不知所措，此時阿奇趁著怒意將阿如推倒在沙發上，隨即壓住阿如的雙手，強制進入阿如的身體。阿如第二天到醫院驗傷，因為月經來潮，無法驗出傷痕。該案經通報，檢察官於偵查訊問之後，以不起訴處分終結。未料於事發五個月又二十九天之後，阿奇的老婆自訴阿如妨害家庭，二審確定判決阿如五個月有期徒刑，得易科罰金。試問，法院為



何無法給阿如正義的判決？其中牽涉到何種因素？

如果法律禁止暴力，為什麼對妻子施暴的丈夫，被定罪科刑的比率竟是那麼低？如果職場或校園壓力下的性騷擾或性關係是錯的，為什麼那麼少事端被如是糾舉出來？如果強暴是違法的，為什麼強暴者通常會被認定無罪，只因為他和被強暴者具有某種熟識關係？有些男性的確因為上述的事情受到法律的制裁，但是這畢竟是少數，為什麼這麼少？要回答這個複雜的問題必然要進入法之實踐的各個面向，分析法律運作時的性別因素。

以法律的方式禁絕上述的毆打、性騷擾與性侵害事件，牽涉到到底什麼樣的行為應該被認定為上述的暴力、性剝削、性騷擾以及性侵害？有些人可能會以為這是一個過於簡單的問題，但是從歷史的角度觀之，過去曾經有一段時間適當的毆打教訓妻子，是一種必要的管教行為，而非「傷害」；過去有一段時間奴隸制度被認為是合法的，而非「傷害」；到底什麼是傷害，常常隨著時間以及空間的變遷而有所不同。如果法律不認為是一種「傷害」，那麼法律就不會介入，相關事實就被認為是自然、正常、不可避免而通常的狀況，宣稱為「受害者」的人就不是真正的受害者，而是敏感、偏激或者至少與一般「正常」人不同。

此時，如何認定相關事實便成為關鍵的問題。性別與法律的研究關心「事實」在審判中是否能夠如實呈現被害

者處境？法律論證中的「經驗法則」有可能受限於性／性別文化的影響，使得許多社會上已然存在的各種性別的迷思，成為影響審判結果的重要因素之一（林志潔 2004），這可能益發強化女性受害者於性別結構中的弱勢地位。以性侵害為例，如果強暴受害者與強暴者熟識，常常面臨不但強暴控訴無法成立的處境，甚至還可能遭到被控訴妨害婚姻家庭的刑事犯罪，在性侵害與婚外情的對立中，成為性別文化之下男性外遇典型的「兩個女人」的戰爭。

有關於性與身體的性別與法律研究，除了上述的事例之外，還涉及社會秩序維護法罰娼不罰嫖條款、人口販運的犯罪問題、兒童與少年性交易防制條例第二十九條、墮胎罪與優生保健法的阻卻違法事由、以及色情刊物的管制與刑法 235 條等等議題。這些議題也如上述牽涉到何種行為該當法律的規範以及如何認定事實的問題。

以墮胎的性別與法律研究為例，現行優生保健法中的墮胎罪阻卻違法事由，已婚婦女墮胎必須得到丈夫、未成年少女必須得到法定代理人的同意。換句話說未得丈夫同意，以及未得法定代理人同意的墮胎就是一種犯罪，此種對何謂「傷害」的定義是否合理？事實上此類的犯罪黑數甚多，有時丈夫提起告訴又因為欠缺告訴權而被駁回，在目前司法院的判決檢索資料庫中，並未發現相關的判決，這又代表什麼意義？現行墮胎罪的規範，常常使得未成年少女不小心懷孕之後，因為不敢告知父母，只得尋求較為隱密的方式墮胎，所遭遇的

醫療糾紛與處境可能都不盡公平；而婦產科醫生因為害怕觸法，在現行性別文化之下，又會有怎樣的因應？

## 二、婚姻與家庭

### Box 4 案例思考之二

- 阿庭結婚之後，其丈夫吃喝嫖賭樣樣來，灰心的阿庭想要離婚，在夫家的要脅下，生了兩個小孩，並且幫丈夫還債之後，才得以完成協議離婚的程序。因為兩個孩子都是女生，夫家不要孩子的狀況下，阿庭帶著兩個孩子獨自生活。在認識了阿義之後，合夥做生意，情況才逐漸好轉，兩人過著夫妻般的生活，一直未舉辦結婚典禮，一開始是因為顧及兩個女兒的感受，後來也就這樣拖著。未料十五年後阿義因為車禍身亡，兩人共同打拼留下的遺產，卻被阿義的父母依法取回。請問，阿庭的權益，法律是否已經予以保障？
- 阿佳有六個哥哥，從雲林嫁到台中之後，就少有機會回老家，爸爸陸續將雲林的祖產過戶給哥哥們。一日父親不幸摔跤，之後無法自由行動，哥哥於是將父親載到台中，要阿佳負起多年來未負的責任，阿佳於是辛苦照料病榻上已經意識不清的爸爸，長達三年，分文未取。爸爸過世之後，哥哥們拿著拋棄繼承書要阿佳簽名，阿佳簽名之後，無法繼承爸

爸留下的巨額財富，當哥哥們都變成富翁時，也越來越瞧不起不認得字又窮苦的阿佳。請問，阿佳的權益，法律是否予以保障？如何分析法律與現實的落差？

民法親屬編於1996年之後的幾次的修正，無疑是台灣婦女運動的重大成就之一，也重組了家庭規範，實際幫助且保障了許多婦女的權益（尤美女2005；陳昭如2005）。有學者以大法官會議解釋為核心，分析近十年來家庭法的變遷，並論述女性主義法學的實踐以及可能發展（雷文攻2000），包括1994年公佈的大法官釋字365號解釋（舊民法親屬編規定關於未成年子女親權之行使，當父母無法達成協議時，以父之意見為意見，此法律規定違反憲法兩性平等原則）、1996年公佈的410號解釋（民法親屬編施行法有關夫妻財產制之規定違憲，宣示舊民法並未使婦女與其丈夫有平等的財產權）、1998年公佈的452號解釋（舊民法指定妻以夫之住所為住所違憲）以及457號解釋（榮民死亡後，其兒子不論結婚與否，都可以繼續享有使用土地及眷舍的權利，但其已出嫁之女兒則不得享有，此行政命令違反憲法上兩性平等原則）。

台灣社會生活有其傳統的一面，但是傳統社會所堅持的家庭婚姻倫理，也正在逐步瓦解之中，產生許多新興的家庭型態。除了修法之外，已經有學者從法理的角度，開始對此提出檢討，反思家庭法律規範應該隨之有所變遷。例如有學者在民法親屬的法理上提出重新思

考夫妻財產關係的「公益性」，主張其本質為「性別生活」之下的合夥關係，因此必須以法律防止夫妻財產關係的「權力」「不平等」(王曉丹2006)。此外，亦有學者提出檢討隱藏在身分法規範內以「核心家庭」為主流依歸的價值觀，「一夫一妻與其婚生子女之幸福家庭」之藍本，反映了既有的意識型態與文化觀念，可能影響法學知識之內涵與發展方向，而忽略了「多元家庭」的社會實像(陳宜倩2003；郭書琴2006)。

此外，現實社會中的婚姻、家庭觀念往往還有性別化的傾向，所形成的權力關係，往往不利於女性主張權利。以失能家庭照顧者為例，女性作為主要的失能家庭照顧者，其在法律中的權益，牽涉到法律制度將失能者的照顧主要推給家庭，而家庭又將之轉嫁成為女性的義務或責任。在生活領域中的法意識以及法文化，制約著法律規定落實的可能性。更有甚者，家庭照顧工作又受到傳統法律思維的影響，將公領域與私領域區分開來，將私領域內的勞動，解釋成「愛」的勞動，禁錮著照顧者可能的權利意識。

### 三、國族與工作

#### Box 5 案例思考之三

■ 阿玉任職於某音樂公司，91年因懷孕而遭解雇，2002年兩性工作平等法剛實施，她是全台依兩平法，與雇主提起訴訟的首例。4年來她與先生經歷多場勞資調解、兩平會審議、行政訴訟、法院一審與

目前的二審。夫妻倆說「小蝦米對大鯨魚」，一定會對抗到底。這4年與雇主「纏鬥」的歲月，阿玉說期間雇主不斷地以各種方式汗蟻她，說她在公司被記三大過，一審時還請公司同事、經理出來「作證」，4年的痛苦不足為外人道。

■ 阿惠從大陸嫁來台灣之後，已經是第四個年頭了，每半年就要申請台灣簽證，以團聚或者依親的名義來台灣，來了之後又不能依法工作，空有大陸護士執照，卻只能在家乾等待。老公覺得阿惠不事生產，多有抱怨，甚至污辱阿惠是買來的「大陸新娘」，一次在爭吵中打了阿惠一下，從此進入暴力的循環。阿惠急著申請長期居留，以便有工作證，卻因為配額制度，遲遲排不出來，而政府政策又一改再改。看著才兩歲的小兒子，阿惠感到前途茫茫。

關於兩性工作平等法的分析，有學者以司法實務為核心，檢討兩性工作平等法實施成效(郭玲惠2005)。嚴格來說，這方面的研究還有待開發，尤其應該研究「性別」因素，對於雇主行為、提出訴訟與否以及訴訟的勝敗的影響，以便研擬政策，加深法案的影響力。除了「性別」因素之外，有時會牽涉到「種族」或者「階級」的因素，整體問題的理解，有賴更多更廣的研究，而這或許是一個複雜的學術知識建構過程。

關於國族方面的性別與法律研究，有學者試圖從女性主義的觀點出發，探

究台灣法的歷史形構中，在法律具有強制力的規範下，「誰」是國民？「誰」可以成為國民？在此區隔本國人與外國人的界限劃定中，性別扮演了何種角色？而跨國或跨種族／族群的親密關係，又如何影響了國民身分的認定（陳昭如2006b）？除了上述歷史的分析之外，亦有學者就司法判決以及法規範架構分析外籍配偶的法律位置，前者搜集外籍配偶裁判離婚之判決，並分析其中的性別文化因素（郭書琴2007）；後者從台灣新國族主義與人權論述的觀點，解剖外籍婚姻移民的人權保障，分析其工作權、居住權、財產權等基本權利之社會實現受到何種侷限（廖元豪2006）。然而，這方面的研究急待進一步實證資料，方能從法學的角度探討法理、法政策以及法社會的議題，使得理論的討論能夠在實踐的層次上找到落實之方向。

#### Box 6 延伸討論之三 段氏日玲案

根據報載（記者楊政郡，自由時報93/08/10），「台中市民劉正祺九十年間娶了十八歲的越南新娘段氏日玲，與前妻林麗如三人住在一起，兩人涉嫌長期凌虐、非法拘禁段氏，致段氏體重由四十公斤瘦成二十九公斤。九十二年二月，段氏日玲在台中縣龍井鄉火力發電廠附近，被發現骨瘦如柴，奄奄一息，經送醫後救回一命，她泣訴台籍丈夫劉正祺對她百般凌虐。」

「全案經台中地檢署偵查，發現段氏

在台期間被凌虐，猶如對待一條流浪狗，三餐都沒有正常供應，甚至還由林麗如抱住段女，由劉某在段女手指指尖插針、泡鹽水，經常不讓段女正常大小便，也從未提供婦女必備的衛生棉，讓段氏尿在褲子上或房間內，多次刺傷、毆打段女背部成傷、以橡皮筋打眼皮等等，醫師形容當時送醫時是「皮包骨」，如果再晚一天發現，很難救活。」

- 「阿玲出庭前說，律師提出附帶民事賠償，希望劉正祺在她母親回越南前，在各大媒體登報道歉，證實她從未罹患性病、從未在特種行業上班，要向台灣及越南同胞致歉。」
- 阿玲的遭遇只是個案嗎？有無統計資料說明這並非個案？阿玲受到何種「傷害」？所有的「傷害」都得以轉換成法律上的「權利」嗎？
- 阿玲若聲請保護令，將面臨何種困境？阿玲若請求法院判決離婚，將面臨何種困境？阿玲若向警察申訴傷害，將面臨何種困境？阿玲請求民事民事上的登報道歉，實際上會有何困難？
- 阿玲被發現奄奄一息之前，並未得到外界的援助，其原因與移民身分可能有關嗎？相關法規架構為何？是否達到管制與保護的雙重目的？

#### 肆、結語：女性主義策略與法律

台灣法學界受到英語世界的影響，引介西方女性主義法學，並論述在本地發展的可能性（雷文攻2004），這也從少數人的努力，發展到更多年輕學者的投入（陳惠馨2005a）。本文已然簡介台灣的性別與法律研究現況，從女性主義的觀點，提出一個不同於以往的問題意識：法律並非是性別中立的。從理論而言，可以從三個面向切入分析，分別為：教科書與法學的論證方式、法律規定背後的價值理念、法律落實過程的影響因素與結果。從具體議題的層次，本文亦整理性與身體、婚姻與家庭、國族與工作等三個領域，也是性別結構的三個重要機制，藉由真實發生的案例，討論法律可以如何幫助這些女性，其中的性別文化因素，如何影響法律的落實。

性別與法律研究的持續推動，必須不斷發掘一個又一個具體的生命故事，方可進入性別文化的深層內裡，進而找到女性主義實踐理論與實踐的源頭活水（陳惠馨2004）。此時，性別平等法律的追尋必然要具有「知識」的性質，以便幫助我們理解與詮釋現實的紋理，也幫助我們找到實踐的脈絡，這包括知識的生產、知識的交流以及知識的批判。台灣學界在這方面已然做出努力，並能從中理出脈絡足供各界參考，更多的成果是值得期待的。

然而，我們不可能忘記，個案當中的個人，如果要使用法律保障權益，仍然要獨自面對龐大的國家體系以及文化體系。我們該怎麼看待此種既正面又負

面的法律呢？尤其該怎麼看待法現實面的性別不公呢？本文以為法律對於性別運動來說，不能只是一個工具（tool），它應該是一個抗爭的場域（struggling site）（Kapur, 1996），在這個場域中我們每一次針對具體個案的法律討論，都是一種對於法現實理解的「性別實踐（gendering practice）」。法律不是一個告訴我們什麼該做什麼不該做的統治機器，法律也不是一個提供我們可以主張什麼必須放棄什麼的工具，法律本身就是一個抗爭的場域，在這個場域中以正義為主軸，我們得以不斷注入性別的現實與關懷，不斷溝通與集結，不斷成長與進步（Esteva, 1987）。希望以法律促成社會變遷，總是一種不可企及的想望。但是在這個不可企及的想望當中，必須不斷進入各種法與社會的脈絡，創造「法現實」（Ali, 2000）的同時，找尋改變性別結構的可能行動。

#### 參考書目

- 尤美女（2005），談女性主義法學的本土實踐，女性主義法學的理论與實踐學術研討會，台大科際整合法律研究所主辦，台北。
- 王曉丹（2004），What Can Legal Feminism Do? —— The Theoretical Explorations on Gender, Law and Social Transformation, 34(4) *EurAmerica*, pp. 627-673.
- 王曉丹（2006），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。
- 王曉丹（2007a），從法社會的觀點論女

- 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，已投稿東吳法學雜誌。
- 王曉丹（2007b），從法律的「詮釋霸權」中看見我——最高法院23年上字第4554號判例司法實務之女性主義法學實證研究，已投稿政大法學評論。
- 台灣法律文化變遷座談會（2002），思與言，40卷3期，頁1-34。
- 林志潔（2004），重構台灣性侵害法制——由肢體暴力到權力暴力，發表於性別、媒體與文化研究學術研討會，世新大學性別研究所主辦。
- 林雅容（2003），家庭暴力防治工作與婦女離婚問題：家庭暴力防治法理念與現況之兩難，台灣社會福利學刊，4期，頁19-52。
- 洪惠芬（2003），「照顧者正義」：性別正義不只是法律平等，台灣社會研究季刊，51期，頁95-142。
- 高鳳仙（2006），性騷擾防治法之規範精神與施行願景——上、下，台灣本土法學雜誌，79、80期，頁32-44、41-50。
- 郭玲惠（2005），兩性工作平等法實施成效之檢討——以司法實務為核心，國家政策季刊，4卷5期，頁5-20。
- 郭書琴（2003），「司法女藍波」？談法律實務界中的「性別意識」——以台灣法律專業養成過程中女性法律人為例，文化研究月報，33期。
- 郭書琴（2006），從身分法之教學實踐看法律知識之建構與反省：以「多元價值」與「文化」為核心，台灣本土法學雜誌，89期，頁105-117。
- 郭書琴（2007），逃家的妻子，缺席的被告？——外籍配偶與身分法之法律文化研究初探，中正法學集刊。
- 陳妙芬（2001），探尋女性主義法哲學研究的意義——以「公、私領域」的分化為例〔座談會〕，婦女與兩性研究通訊，60期，頁30-35。
- 陳妙芬（2004），當代法學的女性主義運動：一個法哲學史的分析，國立台灣大學法學論叢，33卷1期，頁1-47。
- 陳宜倩（2003），複數的「家」，多元的「愛」——與法律何干？，文化研究月報，34期。
- 陳宜倩（2005），以家庭之名強化父權的社會控制——評釋字第五六九號解釋，月旦法學，120期，頁199-209。
- 陳昭如（2002），創造性別平等，抑或與父權共謀——關於台灣法律近代西方法化的女性主義考察，思與言，40卷1期，頁183-248。
- 陳昭如（2005），重組家庭——從父系家庭到新伙伴關係？收錄於蘇永欽編，部門憲法，元照出版，頁807-827。
- 陳昭如（2006a），「女兒爭產」的性別政治，「法律與家庭」學術研討會，中央研究院人文社會科學研究中心主辦。
- 陳昭如（2006b），性別與國民身分——台灣女性主義法律史的考察，臺大法學論叢，35卷4期。
- 陳美華（2003），性工作權，收錄於李茂生編，2002年台灣人權報告，台灣人權促進會策劃，前衛出版，頁103-124。

- 陳惠馨(2001)，性別意識在法律學門的呈現：法學教育課程的結構與法律學門教科書中的性別意識，發表於「檢視大專教科書性別意識研討會」，台灣女性學學會與高雄醫學大學性別研究所合辦。
- 陳惠馨(2004)，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。
- 陳惠馨(2005a)，女性主義法學與性別主流化，律師雜誌，313期，頁15-37。
- 陳惠馨(2005b)，認真對待性別平等教育法——性別平等教育法之立法與展望，國家政策季刊，4卷1期，頁21-32。
- 陳惠馨，2006年1月6日，〈台灣法律的認同與變遷——以憲法及性別相關法律的觀點出發〉，發表於南韓大邱慶北大學法學院所主辦之「東亞法律的認同與變遷」國際學術研討會。
- 陳聰富(2000)，法院訴訟與社會發展，Proceedings of the National Science Council，10卷4期，頁435-469。
- 黃長玲(2001)，從婦女保障名額到性別比例原則——兩性共治的理論與實踐，問題與研究，40卷3期，頁69-82。
- 黃曬莉、畢恆達(2002)，當西方精英碰上本土原生——校園中性騷擾的定義與申訴案件處理之社會文化脈絡，女學學誌：婦女與性別研究，13期，頁91-140。
- 雷文玫(2000)，建立女性在法律體制裡的主體地位——美國女性主義法學、貝爾及我國婦運，收錄於Judith Baer著，官曉薇、高培桓譯，法律之前的女性：建構女性主義法理學，台北市：商周出版。
- 雷文玫(2000)，性別平等的違憲審查——從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋，憲法解釋之理論與實務(第二輯)，李建良、簡資修主編，中央研究院中山人文社會科學研究所專書(48)，頁123-160。
- 廖元豪(2006)，全球化趨勢中婚姻移民之人權保障：全球化、臺灣新國族主義、人權論述的關係，思與言，???
- 劉宏恩(2004)，「書本中的法律」(Law in Books)與「事實運作中的法律」(Law in Action)，月旦法學，94期。
- 劉梅君(2000)，就業歧視與母性保護，勞工行政，148期，頁15-25。
- Ali, S. S.(2000). Using Law for Women in Pakistan. In A. Stewart (Ed.), Gender, Law and Social Justice. London: Blackstone Press Limited.
- Esteva, G.(1987). Regenerating People's Space. Alternatives(7), 125-152.
- Kapur, R.(1996). Subversive Sites: Feminist Engagements with Law in India. New Delhi: Sage.
- Smart, C.(1992). The Woman of legal discourse. Social & Legal Studies, 1, 29-44.