

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

## 法律繼受下的法律發展與文化變遷：

以性侵害、人口販運與離婚監護的法意識為例

### 目錄

一、前言.....	2
二、研究目的.....	2
三、文獻探討.....	3
(一) Patrica Ewick & Susen Silbey 的「法意識」(legal consciousness) 理論.....	3
(二) Boaventura de Sousa Santos 所提出的法律製圖學 (legal cartography) 以及「法律時空」(time-spaces of law) 的概念.....	4
(三) Pierre Bourdieu 所提出的「法律的力量」(The Force of Law) 以及「遊戲結構」(the structure of the game) 的概念.....	5
(四) Peter Fitzpatrick 著作〈現代法律的神話〉( <i>The Mythology of Modern Law</i> ) .....	6
(五) 後殖民法律史的研究.....	7
四、研究方法.....	7
五、結果與討論 (含結論與建議) .....	9
(一) 法律行動、法意識與法律批判.....	9
(二) 法律繼受與法律轉譯.....	13
(三) 法律移位與場域中的符號鬥爭.....	16
(四) 法律多重製圖的現實建構.....	20
(五) 建議：強化法律製圖的意識與策略.....	22
六、參考文獻 (即已發表文章) .....	25

## 一、前言

台灣繼受西方法制一百年來，法律理論不論是釋義學或者基礎法學，都被迫不斷跟隨著西方的論述，轉而套用在自己的社會，拘束著對案例的解釋與思維的框架，因為只是套用且欠缺與社會充分對話，形成法律理論無法有效引導實務與社會發展的現況，遂有法學是否仍被西方所「殖民」的質疑甚至批判。然而，台灣社會在解嚴前後一直到今天，社會實踐的發展儼然已經具有一定的能量，足以在各個領域裡發展法律與社會對話的機制，因而此種在社會實踐中豐厚的土壤，理應成為學術研究的對象，唯有重現這些隱藏的歷史，並且賦予深刻的社會意義，才得以找到本土理論與實踐的學術思維。

本計畫的構想源自於計畫申請人過去所執行國科會所委託的計畫「台灣審判實務中的法律多元關係」，計畫申請人在該計畫所負責的工作是透過許多個案看見法院處理個案時，在民眾法意識的層面具有多元的關係，而此多元的關係必須透過歷史與社會脈絡的爬梳，方得以找到其源頭，此點計畫主持人已經在親鄰土地糾紛的個案實證調查文章有深度的分析。從另外一面來說，法律論證的涵攝過程，往往無法呈現此法律多元關係的真實面貌，而成為機械性的判斷，此點計畫主持人已經針對家暴保護令事件、妨害性自主事件、性別歧視侵權行為案件等做出法學實證的分析。然而，限於該計畫的設定，該計畫內容僅多只能就審判認定事實與適用法律的過程做一個案件橫切面的個案觀察，此種分析雖已有重大的發現，但也讓筆者意識到進一步在個案類型中爬梳歷史變遷以及建構法律理論的重要性，也就是必須以法社會學實證研究為基礎，發展結合法理、法史以及法社會的研究方法與方法論。故擬以本計畫來加以探討，以補足研究面向的不足，以及進一步發展法律繼受下的本土法社會學理論性觀點。

## 二、研究目的

本計畫深入法律運作的社會現場，進行深入田野調查性的觀察與分析，並從中提出法律發展與文化變遷的理論性觀點。

首先，本計畫以經驗的而非概念分析的方式把握法。在法的概念進行的多維度定義中，明確納入了社會的、政治的和制度的元素，而這些元素並非固定的量質，而是依賴社會情境的歷史上可變的量值來探討。

其次，本計畫在經驗資料與理論論述中，從「點」的面向，總結臺灣在法

律繼受背景下的重要法社會學概念，包括：法律繼受、法律轉譯、法律行動、法意識、法文化、法律批判等。

第三，本計畫並且以此「點」的分析，擴大到「線」及「面」的論述，也就是針對法律發展與文化變遷進行理論性的探索。本計畫所發展的理论性觀點，都是以經驗性田野調查為基礎。換句話說，本計畫以實際的案例研究，目的在於分析法律的社會脈絡、歷史背景、社會運動與社會行動因素，並提出法律發展與文化變遷的理論性思維。

第四，有鑑於既從事經驗研究又發展理論，造成時間能力的有限性，使得本計畫的三個議題：人口販運、性侵害、離婚監護有不同的處理。在人口販運議題上比較是採取相關法制實際操作社會實況的調查分析與理論化，在性侵害議題主要分析相關法制從清朝到最新法制的修訂的操作過程之文化斷裂與延續，在離婚監護議題上主要從法律行動的角度，探討法律變遷的社會過程。

第五，本計畫最終的目的在於法律與社會變遷的理論性論述，探討「法律轉譯」、「法律發展」以及「行動與結構的法律建構與轉型」等概念。基本立場為，必須討論行動與結構間的連動關係，方得以提出適當的理論性觀點。

### 三、文獻探討

#### (一) Patrica Ewick & Susen Silbey 的「法意識」(legal consciousness) 理論<sup>1</sup>

1990 年代末以後西方所發展的「法意識」(legal consciousness) 理論，具有參考性。法意識的意義對不同學者來說有不同的使用，可能包括人們在處理糾紛或進行具法律意義之行為時，所呈現出來對法律的認知、態度、看法及其所產生的意義。這方面的研究著重於分析法律專家與常民的差異，也分析法律的意識型態對於性別、種族、階級等的社會建構性作用<sup>2</sup>。其中最重要的學術貢獻為，Ewick & Silbey 在 1998 年所提出的「法意識」以及「日常法律建構」(the common place of law)。她們從法律秩序整體的觀點出發<sup>3</sup>，主張法意識研究的對象不是人們對法律的想法或者法律如何被解釋，而是人們在日常

---

<sup>1</sup> PATRICIA EWICK & SUSAN S. SILBEY, *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life* (1998)

<sup>2</sup> MICHAEL W. MCCANN, *RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION* 1-22 (1994); DAVID M. ENGEL & FRANK W. MUNGER, *RIGHTS OF INCLUSION: LAW AND IDENTITY IN THE LIFE STORIES OF AMERICANS WITH DISABILITIES* 1-20 (2003).

<sup>3</sup> 法律秩序由多個複合體所組成，包括社會關係、思想觀念、意識型態、規範概念、制度人物、技術和傳統等。

生活中所建構的，關於何謂合法/不合法或正當不正當的判斷與行動。這在個人層次展現於人們如何賦予事物意義、如何界定權威以及如何在結構的影響之下進行文化實踐；在社會結構的層次，以「合法律性」(legality) 這個概念表達，唯有在結合社會關係、思想觀念、意識型態、規範概念、制度人物、技術和傳統等面向的社會實踐中，才可能理解複雜的法律秩序<sup>4</sup>。

(二) Boaventura de Sousa Santos 所提出的法律製圖學 (legal cartography) 以及「法律時空」(time-spaces of law) 的概念<sup>5</sup>

法律製圖學 (legal cartography) 探討多層次 (multi-layered) 法律的建構，也就是「交織合法律性」(interlegality)。這包括全球法的去脈絡化普世人權、去核心概念的內國規範、去歷程化的司法實踐。法律製圖學進一步指出法律就像是一個被歪曲的地圖，在比例尺、投影法以及符號象徵上，都是一種誤讀與建構。此篇文章繼而分析此種多層次法律背後的權力布署。從理論文獻的回顧，我們認識到，殖民歷史中，法律具有讓統治者取得合法性敘事的功能，此種法律的社會作用，已然透過人權的實踐，繼續建構著社會中的權力關係。這使得人權的努力雖然有所進展，卻也可能同時扭曲以及建構社會現實。人權造就了現實——不論是多層次法律的誤讀、國家力量的轉換以及新政治動員的可能，這種新的權力布署，仍然無法改變底層人民受壓制的社會地位。

Boaventura de Sousa Santos 提出「法律時空」(time-spaces of law) 的概念，包括國際法、國家法、地方法三個層次，乃是一種後現代的法律多元性 (legal plurality)。Santos 認為，「法律多元性」此一概念，擴大了過去「法律多元主義」(legal pluralism) 的意義，當代法社會並非如過去的國家法/ 地方法、官僚法/ 非官僚法、正式法/ 習慣法、殖民法/ 土著法等二元的存在，而是國際法、國家法以及地方法等三種法律系統同時存在<sup>6</sup>。這類似於 Sally Falk Moore 提出「半自主社會場域」(semi-autonomous social field) 的概念，「半自主社會場域」乃介於國家以及個人之間的「法律秩序」(legal order)，內部具有創造規則與符號的能力，以達成其效力，但也會受到外在規則與符號的影響。她以美國紐約成衣業為例，從布匹買賣、染色產業到設計製衣的上、中、下游，分析廠商與廠商之間的交換關係，從中說明「半自主社會場域」的內部規則與運作邏輯。Moore 提出「半自主社會場域」的界定，重點不在群體或組織的疆界 (例如公司行號)，重點在於其互動過程的特性。類似觀點還有 Macaulay 在 1963 年的研究。他發現商人們在交易上不輕易

---

<sup>4</sup> EWICK & SILBEY, *supra* note 49, at 33-56.

<sup>5</sup> SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, And Emancipation*. London: Butterworths (2002)

<sup>6</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *TOWARD A NEW LEGAL COMMON SENSE: LAW, GLOBALIZATION, AND EMANCIPATION* 85-98 (2d ed. 2004).

動用到紙本契約，因為這不但流於形式而且無彈性，更讓人覺得彼此缺乏信賴，甚至可能對相互間的商業關係構成威脅。

(三) Pierre Bourdieu 所提出的「法律的力量」(The Force of Law) 以及「遊戲結構」(the structure of the game) 的概念<sup>7</sup>

Bourdieu 在〈法律的力量——邁向司法場域的社會學〉(The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field) 這篇文章中，對於法律的力量以「形式的力量」(power of form) 來說明。他從「符號鬥爭」的概念加以觀察，並將司法場域形容為勞動分工之競逐的動態過程。而法律的力量歸功於司法場域的占用效果 (appropriation effect)，透過中立性與普世性的理性化的壟斷事業，以其特有的語言進行「命名」(naming)，並成就其形式的力量<sup>8</sup>。

Bourdieu 認為，法律場域變遷的動力，與其說是由內而外，倒不如說是由外而內的，換句話說，法律真正的書寫者並不是立法者，而是社會行動者<sup>9</sup>。臺灣在人口販運此議題的法律建構，其主要的發動者，與其說是國際壓力與政府善意，倒不如說是民間團體整合起來，將底層人民的處境在法律場域表達出來。然而，在法律場域的行動者彼此之間，其「資本」擁有本就有差異，內部其實也存在著宰制與被宰制的關係。例如，在國際法的場域，各國專家彼此之間，其符號鬥爭往往受到其在國際場域位置的影響；而在國內立法的場域，立法院委員會的討論，往往可以顯露出法律人的「資本」優於民間團體；在司法實踐的場域，司法人員的「資本」也必然優於協助被害人的陪偵社工。在「符號鬥爭」的過程中，「資本」較差的一方，往往受制於另外一方，這就是結構所給予的限制。「遊戲結構」(the structure of the game)

Bourdieu 認為，要了解法律的形式力量，必須考慮更大的社會場域的權力關係，也就是理解全部的客觀關係 (totality of objective relations) 中所體現的深層邏輯，才得以完整掌握法律場域的權力鬥爭<sup>10</sup>。正如 Bourdieu 在文章中主張，形式理性法的形式化，產生的是一種「同形化效果」(homologation effect)，確認一種「遊戲結構」(the structure of the game)，確認法律系統得以適應外在社會的變化與需求，因而再生產司法場域的內的分工與等級制度<sup>11</sup>。如果用行動者運用「資本」的「符號鬥爭」來理解，那麼法律的生產本身由於得到社會承認，同時也確認了「場域」之內的遊戲結構，確認了國際法場

---

<sup>7</sup> PIERRE BOURDIEU, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field* (1987)

<sup>8</sup> BOURDIEU, *supra* note 45, at 819-21.

<sup>9</sup> BOURDIEU, *supra* note 45, at 845-48.

<sup>10</sup> BOURDIEU, *supra* note 45, at 841.

<sup>11</sup> *Id.* at 848-50.

域、國內立法場域、以及司法實踐場域，得以專業地處理與解決相關社會議題。其中這些場域的「遊戲結構」，分別將相關社會議題轉換為該場域結構下的共通語言，而其內部的結構關係因而得以被確認，再生產了各場域內的分工與階級關係。

上述「遊戲結構」的深層邏輯，可以放在更廣大的歷史發展脈絡下觀察。我們要開始挑戰，人權與法律的行動於法律繼受下的「法律移位」，對於法制的發展是否具有正面的促進性。這關鍵在於，在考察問題、提出法律建議時，不再直接根據現成的理論或他國的經驗，而是每次都嘗試直接尋找法律現象背後的行為人，分析他們要達到的目標、面臨的限制以及可能的選擇，每次都從頭開始構造一個能夠說明問題來龍去脈的模型。我們可以實地考察相關法制的法安定性（法的形式理性）、正當性（合理程序下討論價值或倫理的議題）與合目的性（法律手段的有效性、效率與成本效益）的現實，從中評估法制進展的適當性<sup>12</sup>。

（四）Peter Fitzpatrick 著作〈現代法律的神話〉（*The Mythology of Modern Law*）<sup>13</sup>

西方所發展出來的制度與理論，通常是根據自己社會的現狀，為了因應某種社會問題而發展，或者甚至是以西方制度與理論的經驗為參照來看繼受國的問題。Peter Fitzpatrick 在其著作〈現代法律的神話〉（*The Mythology of Modern Law*）中指出，現代法律起源於殖民法時代差異化他者（被殖民地），藉由凸顯「法治」（rule of law）的進步性，來彰顯殖民統治的正當性。他問了一個根本的問題：在這些殖民與後殖民社會，有那麼多證據與經驗說明法律之社會運作的無效甚至偏狹，為什麼大家卻仍然相信法律是超越、自主、一致與客觀的？Fitzpatrick 認為這是一個神話（myth），而這個神話來自於啟蒙時代以及 19 世紀帝國主義以法治取代神治的神話（mythology）。更重要的是，這個神話的興起來自於歐洲人與非歐洲人相遇時，將非歐洲人差異化為野蠻與無法律狀態，以突顯出自己的文明與法治。這個神話的核心在於法律與發展的假設，也就是非歐洲人在法治上的落後，必然要朝向先進的歐洲法治社會發展。從 Fitzpatrick 的角度來說，當代法律起源於種族主義（racism），而此種種族主義並非僅僅是歐洲白人對非歐洲人的外在偏見，而是充斥於整個歐洲與非歐洲社會的日常建構。此種日常建構透過當代法律的正當性操作，使得每一個人內化此種價值，因而使得人們有一種特殊的心理，極力自我控制以脫離野蠻與

---

<sup>12</sup> 關於法安定性、正當性與合目的性這三個概念，對於 Winfried Brugger 想法的引介與討論，參閱江玉林，法律、權力與共通福祉——從 SARS 防治及紓困暫行條例談起，收於：邱文聰編，2007 科技發展與法律規範雙年刊——公衛風險與法律建構，頁 59-97（2008 年）。

<sup>13</sup> PETER FITZPATRICK, *THE MYTHOLOGY OF MODERN LAW* 13-43 (1992)

無法律狀態<sup>14</sup>。

### （五）後殖民法律史的研究

事實上，西方的知識論述已經開始反省殖民時代的法律繼受，並非如一般想像為「西方殖民」與「東方被殖民」或者「西方法」與「東方習慣法」截然二分對立的想像，相對的，從法律繼受一開始，就已經在進行法律融合。Laura Nader 指出，殖民母國與本土政治菁英在採用法治時，它們實際上經歷了適應和調適的過程，某些統治者透過倡導一種「調和」(harmony)的意識型態，使得殖民地的統治免受宗主國的干預<sup>15</sup>。

最近法律史的研究有新的重大突破，研究者發現，殖民時代法律繼受的社會過程，殖民權力的行使並非總是透過槍砲等外在強制力，而是透過不對等結構的方式影響人們的法意識。這包括社會菁英的法意識轉變、地方習慣的重新定義、以及法律規制影響舊有日常慣習。Nathan Brown 指出，殖民者與被殖民者之間，並不一定具有對立性。事實上，許多被殖民者會接受殖民者法律乃進步、文明的象徵，因而致力於這方面的工作，成為地方菁英。殖民法不只是殖民統治者以由外強加給被殖民者的帝國主義這麼單純，相反的，只要自由主義法制 (liberal legality) 可用於支持當地的政治權威，本土政治菁英就樂於採用這種法制<sup>16</sup>。John L. Comaroff & Jean Comaroff 從另外一方面來說，殖民過程也是一個殖民法與當地習慣法的搏鬥過程，地方習慣法在這過程中往往被重新界定以便適應新的環境<sup>17</sup>。Sally Engle Merry 從社會中的法之角度的研究顯示，法律的控制範圍不只是土地與勞動等事項，法律也規制與建構了其他生活領域，進入婚姻家庭與共同體生活中，影響人們的認知與行動<sup>18</sup>。

## 四、研究方法

研究方法主要為法社會學與法人類學理論的引用、整合與應用，以人口販運法制為例，說明法社會學理論。此外，亦運用其他的研究方法予以輔佐，包括法律文件分析、政策、立法與審判文書資料，以及不同領域的學者論述之

---

<sup>14</sup>

<sup>15</sup> See LAURA NADER, *HARMONY IDEOLOGY: JUSTICE AND CONTROL IN A ZAPOTEC MOUNTAIN VILLAGE* (1991).

<sup>16</sup> NATHAN J. BROWN, *Law and Imperialism: Egypt in Comparative Perspective*, 29(1) *LAW & SOC'Y REV.* 103, 103-27 (1995).

<sup>17</sup> JOHN L. COMAROFF & JEAN COMAROFF, *OF REVELATION AND REVOLUTION: THE DIALECTICS OF MODERNITY ON A SOUTH AFRICAN FRONTIER VOL2* 1-53 (1997).

<sup>18</sup> SALLY ENGLE MERRY, *Colonial and Postcolonial Law*, in *THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY* 569, 569-88 (Austin Sarat ed., 2004).

外，也進行專家焦點團體座談、被害人個別深度訪談、以及安置處所的參訪調查。這些實證性的資料都成為本文分析法律文件、進行田野批判性反思、以及閱讀與整合理論論述的重要基礎。

專家團體焦點座談總共進行 7 場、共 21 人次，專業者包括警政、移民署專勤隊、勞政、社工、檢察官、庇護所、律師等。每場訪談之進行，由主持人先說明研究目的、訪談重點以及身分保密性之後，於在場者同意後全程錄音。在約 2 小時的座談中，主持人先請受訪者分別自我簡介，說明其在人口販運防制上的參與經歷，以提供研究者能夠適切詮釋其座談的論述。接下來受訪者分別說明其工作現況，從而討論各專業者在防制網絡所扮演的角色。工作現況的討論也會引導出各專業者的工作困境，透過焦點座談的分享，使得受訪者得以從別人的發言中進一步思維，而能清楚提出改善防制制度的建議。每場錄音檔嗣後皆做成逐字稿及田野筆記。

被害人個別深度訪談資料還包括 30 場被害人的個別深度訪談，以及各庇護所與安置中心的參訪。被害人訪談主要包含三大部份：被害人來臺前歷程及在臺創傷經歷、被害人在臺歷經相關司法訴訟歷程、以及被害人在臺實際受到庇護安置待遇。每次訪談皆全程錄音，進行 1 至 2 小時，每次錄音檔嗣後皆做成逐字稿及田野筆記。

安置處所的參訪調查為本研究利用被害人訪談之餘，進行庇護所或安置中心的實地參訪。除了瞭解該單位之格局、設置、服務內容外，也多與安置中心之工作人員進行簡短的訪談，以瞭解其工作狀況與困境。

所蒐集到的資料，除了文獻資料之外，第一手的資料為被害人訪談與專家焦點座談。其中 30 場的被害人訪談，雖然取得不易，相當珍貴，所得的資料對於本文的主要論點具有關鍵性的位置，但是所轉錄的逐字稿資料，實際上有分析的困難，幾乎無法使用。主要的原因在於，我是透過庇護所或安置中心接觸到被害人，在訪談之前我並無足夠的可能性建立與受訪者之間的信任關係，而對於管理者介紹而來的研究者，被害人恐怕也難以區辨其與管理者、甚至防制網絡、法律體制之間的關聯性。因此，本章的分析將著重於焦點訪談所得資料的分析。除了 7 場專家的焦點座談之外，於田野調查過程中，我進行了參與以及非參與式的觀察，關注專業者彼此之間的互動，尤其是專業者所建構的意義賦予、權威界定與文化實踐。這包括觀察專業者如何看待人口販運法制的規範、規範解釋、程序、慣例、缺失、問題與改進之道，從中觀察每一個專業者的自我意識、人我關係、社會期待與自我定位，尤其是背後所蘊含的規範性意義。

## 五、結果與討論（含結論與建議）

### （一）法律行動、法意識與法律批判

本計畫有二個主要的研究成果，以下分述之：

#### 1. 以離婚監護案為例，指出法律行動的力量與困境。

在 1996 年民法修正之前，婦女離婚爭取未成年子女的監護權，幾乎很少在法院能夠勝訴。其主要的原由乃是基於法律的明文規定，依據舊民法第 1051 條，「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之，但法院亦得為其子女之利益，酌定監護人」。根據陳惠馨（1993）的實證研究，離婚監護案件中許多判決皆盡量維持父權優先的態度，唯一的例外為符合 17 年上字第 1105 號的情況，也就是因為孩子「尚在襁褓離母不能撫育」的情況。此外，如果是請求交付子女的案件，依據舊民法 1089 條「以父之意見為意見」之規定，幾乎少有例外，父親可以勝訴。

1996 年民法修正之後，法院對於離婚後子女監護權的案件，態度有了重大的轉變。民法第 1055 條之 1 乃是以「子女最佳利益」為基本原則，綜合考量包括子女的年齡、性別、健康、意願及人格發展需要，父母雙方的職業、品行、健康、經濟能力、保護教養子女的意願及態度，以及父母子女間共同生活的感情狀況等各種事項，並會參考社工人員之訪視報告，以子女之最佳利益判定子女照護義務之歸屬。

上述立法的改變，源之於 1994 年大法官會議第 365 號解釋，解釋文中要求父權條款「應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力」，許多法學者將此等改變的功勞歸功於大法官的性別平等意識。然而，此等「大法官宣示性別平等」的故事，將光環給予具有解釋憲法權力的大法官，似乎忽略了社會變遷真正的驅動力——也就是該釋憲案中主張權利的女性，以及協助她申請釋憲並且早在四年前就組成修法小組定期開會的婦女運動者，還有感受到民意壓力以謝啟大為首的 147 位連署委員<sup>19</sup>。事實上，釋憲案的聲請人在司法過程面臨巨大的壓力，用生命搏鬥也未得到圓滿的結果。

1996 年民法修正後，根據雷文玫<sup>20</sup>以及劉宏恩<sup>21</sup>的研究，法院的裁定以

---

<sup>19</sup> 陳惠馨，〈從審判實務看台灣婚姻與家庭在過去二十年的變遷〉，收錄於《法月旦法學》，No.194，第 90-103，2011 年。

<sup>20</sup> 雷文玫，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，國立臺灣大學法學論叢／第 28 卷第 3 期／245-309 頁，1999 年。

<sup>21</sup> 劉宏恩，「子女最佳利益原則」在台灣法院離婚後子女監護案件中之實踐

「單獨監護」為原則。另外劉宏恩<sup>22</sup>的研究顯示，女性壓倒性地取得子女監護（所有法院 74.7%，台北地院 86.9%）。事實上，司法院 95 年至 100 年 5 月統計資料顯示，各地方法院裁判離婚事件中，有關子女監護權之歸屬，逾六成都判給母親，以近兩年資料為例，98 及 99 年度各地方法院終結的離婚事件中，共有 1953 件、1,722 件附帶定子女監護權歸屬，其中各有 1,192 件、1,003 件判給母親，640 件、616 件判給父親，給媽媽的比例將近或超過六成，給爸爸的比例僅稍逾三成<sup>23</sup>。

然而，六成以上的案件會判給媽媽，並不代表媽媽在離婚時向法院爭取小孩的監護權比爸爸更為有利。首先，此種判斷應該要剔除家庭暴力請求離婚的狀況，依據家庭暴力防治法第 43 條，「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女」，因此法官通常不會將監護權判給有家暴史的父親。此外，吳宜臻律師指出，目前實務運作未成年子女監護判決呈現「雙重標準」的狀況，依循著母職與父職的刻板印象，「母親經濟實力不用較男方好，但一定要有時間照顧小孩，即使有娘家的支援系統也不納入考量；但對父親又採取另一套標準：父親經濟實力必須強過母親，但只要有家庭系統支撐就可爭取到監護權」<sup>24</sup>。根據筆者的訪談研究，即便在父母經濟能力、照顧時間以及社會資源相當的個案類型，法官對於單親媽媽以及單親爸爸的要求也不盡相同。其原因牽涉到訴訟的本質，訴訟意味著雙方堅決不退讓，雙方極盡所能的，在法律程序中各自運用其心理諮商、教育專業、醫療系統等社會資源，以便證明自己取得監護權比較符合子女最佳利益。這些「證明」過程往往會強化媽媽責任就等於母職，而未成年子女在這過程中所遭遇的心理創傷更已不言自明。

Julie Wallbank<sup>25</sup> 的研究指出，英國法律透過父親權利以及小孩需求的建構，強化既有的家庭價值以及使得單親媽媽陷入遭懲罰以及污名化的處境。由此推論，媽媽取得監護權的比例比較高未必是女權的勝利，可能意味著法官認為母職（mothering）等同於母親責任。而許多女性透過上法院爭取的過程，補償其既不能為「賢妻」只好為「良母」的心理，因而強化其「個人自主」與「傳統角色」之間的衝突關係，反而是傳統性別角色及觀念的進一步深化。由此可知，「性別化」的操作不會因為一時的抵抗行動成功（父權條款的修正）而推翻既有的體制，反而會變換方式延續。對女性主義而言，更重要的反而是自

---

——法律與社會研究 (Law and Society Research) 之觀點，軍法專刊，57 卷 1 期，2011 年 2 月，頁 84-106。

<sup>22</sup> 同註 21。

<sup>23</sup> 見司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/juds/gen/gen.htm>

<sup>24</sup> 史倩玲，〈爭取監護權 男女標準差很大〉，2011 年 1 月 26 日。見台灣立報網站，<http://www.lihpao.com/?action-viewnews-itemid-103977>

<sup>25</sup> Julie Wallbank, *Rights, Gender and Family Law*, (2000)

我的突破與超越，甚至是我與關係（父母子女關係）的重新界定。

## 2. 以性侵害案件為例，提出法律批判的觀點，從中分析法意識的社會建構

從清朝到戰後各個年代性侵害與法律的發展，可以歸結出傳統所留下的烙印的幾個特色：第一，在傳統的制度中，不鼓勵女性「主動」，所以從清代以來，就存在著以自殺來證明被性侵的「以退為進」、「以死明志」的案例。第二，在傳統的制度中，一旦被界定為「被害人」或「加害人」，這個人的人格甚至生命幾乎就沒有餘地，似乎犯一次錯，就萬劫不復。第三，在傳統制度中，男性對於其他男性或女性的期待或想像，或者女性對於其他女性或男性的期待或想像，會有許多習焉不察的慣性，影響我們對「事實」的判斷。這種烙印並不只是一般的影響或者遺產，而是正如埃利亞斯在《宮廷社會》<sup>26</sup>一書中所說的，指向一種情態（modality），也就是在某些外部條件之下所留的持久烙印，其並非只是機械地反射在人們的行為上，而是融透在人格形成的核心之中。

我將從「家長主義」（paternalism）、「性與道德規範工程」（sex and moral panic）、以及「同性社交」（homo-sociality）這三個方面，來訴說當代性侵害被害人與加害人的處境。首先，「家長主義」。當各說各話的個案出現在熟識者強暴或者親密關係之間時，被申訴者往往陷入深沉的困擾、難解的疑惑以及因之而起的憤怒之中。被申訴者會表示對方將這一個追求之後的親密關係解釋為強暴，帶給他極度的難堪，而面對案件之下的訪談，就更是百般無奈。事實上，不管是雙方身體接觸的經歷，或者各自接受訪談的過程，既有性別結構的沉積皆展現無疑。申訴人在身體接觸時的狀態，編織著雙方某種既定模式的情節，或者回饋對已有恩之人、或者帶給孤苦無助朋友些許溫暖、或者大方給予需要幫助之人、或者純粹給人一些安慰或快樂。這些情節的另外一面即是，想像自己成為有恩必報、給人溫暖、樂於助人、散播快樂的人。因此，「家長主義」不只是男人將女人視為弱小無助的可憐蟲，期待一個強力者的思維，還包括女人將自己視為「好人」、「好女人」的位置，存有家長主義的心態，單方面以為可以成就自己，卻錯估形勢而受傷慘重，進入被性侵害的危險。

其次，「性與道德規範工程」。在性別結構中，我們被放置到一個既定的位置。人與人之間的親疏遠近、應對進退，皆有既定的劇本可供觀摩，即便不觀摩劇本，人們的認知、情感以致於情緒，都被刻印在既定的模式之中。這種模式就是，女人是毫無性慾的純潔，也不會對情慾有任何衝動或想望，在性與性慾上女人是被動且無辜的。相對的，如果有慾望，不管是情慾或者權力慾，強暴的可能性就很低。同樣的，一旦進入案件的型態，就進入被害人或加害人的劇本之中，好像沒有其他的可能。即便是一些學生對學生的輕微案件，就算是

---

<sup>26</sup> 埃利亞斯，《宮廷社會》，凌鵬等譯〔Arpad Szokolczai, 2000〕，2008：182—209。

年輕同學之間的慾望流動下的衝動與困惑，變成案件之後，申訴人有可能被詢問窮追不捨的動機，而被申訴人有可能被迫要當場鉅細靡遺地說明經過。這中間究竟教育意義是否得以成就往往無法把握，反而是滿足了我們偷窺的慾望，實現既公開又隱蔽的凝視與監控。此外，「性與道德規範工程」不允許人們犯錯，一旦有某種行為，就被歸類為某種人，而被放在一個新的社會位置之中。人們的認知與互動，甚至是當事者的自我評價與未來期待，經常隨之而調整。於是，一旦犯錯就萬劫不復，一旦做了某個行為，就成為某一類人，而人生的劇本因之改變，走不了回頭路。

最後，「同性社交」。性別的操作乃透過厭惡女人（misogyny）的方式，做為一種社會排除。於是，申訴的女人，如果不是弱勢的「理想被害人」，往往被汙名為意有所圖，或者為忌妒、或者為報復、或者為了展開另一段戀情。而被申訴的男人，為了擺脫性侵者的汙名，往往極力發出無辜、軟弱、被引誘的訊息，以便擺脫「理想加害人」的刻板印象。換言之，在性暴力的戲碼中，人們對男性加害人會有特定的期待或想像，對女性被害人也有特定的期待或想像。事實上，行為人的行為或許來自過去的創傷或者來自一個急切想找到出口的靈魂，因此連行為人自己也不知道自己為什麼會有這樣的舉動，自己也感到懊惱。然而，進入法律程序之後，文化會讓我們丟掉自己，不斷自我剝奪，也不斷自我排除。重要的是，此種既定慣習下的想像與行動，往往影響著我們關於事實的判斷。

強暴行為的本質在於不尊重他人與自我。換句話說，強暴行為乃個體與個體形式上的距離消除，行為人透過強制性的「性」造成個人與他者一種最無距離的關係，這對於受害者而言是極度恐怖的經驗，往往驚惶猶存，成為迷霧夢魘。另一方面，性暴力的發生以及我們對其的認知與解釋，都在性別結構下發生、受影響、甚至被規訓。而我們必須體認到，性別是觀念性與規範性的，可以規約個人對未來的期望與看世界的方式。因此，對於性暴力的認識、介入與改變行動，必須不斷反思自我與他人的關係，尤其應該反思性別結構的運作方式與深層意義。

性別乃是權力的一根軸線，其運作並不是自上而下，而是多平面的，因此性別交織於其他的權力軸線之中。本文在回顧完性暴力議題的性別結構之法律與歷史發展、法律操作困境與當代轉型的歷史沉積之後，我們或許要體認到，性暴力法制的進展，實際上糾結於歷史與現代化過程中的主體與性別身分認同型構（例如受害者與加害者形象）、國家型構（例如保護論與自由論的思維）以及親密關係型構（例如去性慾化與道德化的事實判斷）之中。我們必須在這些軸線的交互關係上，方能理解社會變遷的圖像。

正因為性別的多重交織現象，性別變遷的路徑也必然是迂迴於歷史沉積之

中，而逐步轉型。在轉型過程中，舊的標準被質疑，而新的標準卻還沒有堅實地建立起來。舊社會於性暴力上的性別結構並沒有被現代理性與國家法律所戰勝，而是在它表面上壽終正寢之後仍如幽靈一般施加著影響，並對當前的法律實踐與社會論述打上了決定性的烙印。因此，如果要重構女性與男性的性行為理解模式，以及性暴力規範模式，就需要新的概念、新的動能、以及新的意識型態框架。我希望這篇文章是找尋新方向的初步反思。

## （二）法律繼受與法律轉譯

臺灣目前的法律秩序，乃是一個繼受自西方近代，但又融合了不同法律傳統與要素的綜合體。西方近代的法律繼受一開始是大規模而全面的制度轉換，這過程在大陸民國時期，於戰亂與政治制度的危機之中，進行了法典的公布以及判決的累積。這一套新的制度卻由國民政府帶來臺灣，於政權交替之下，成為正統與強勢的法律秩序，逐步與臺灣既有的法律秩序進行融合。

臺灣對於西方近代法的繼受，可以回溯到日本統治時期、國民黨統治因素、以及戰後歐陸法學與英美法學的輸入等三個階段。首先，日本於 1895-1945 年統治臺灣的 50 年間，將原本繼受自西歐法律所制定的明治法律體制為框架，設計出符合統治需要的在台法律制度<sup>27</sup>，王泰升將此種統治者外來與統治制度外來的歷史，稱為「雙重外來性」<sup>28</sup>，也就是一種間接繼受。其次，1945 年起國民黨政府軍事接收臺灣，將民國時代繼受自西歐法律制度而頒行的法典<sup>29</sup>，以統治的力量施行於臺灣，此種臺灣的繼受當時「新」中國法，成為中華民國法制，也是一種間接繼受。最後，臺灣法的戰後法學發展，透過專業法律學者，帶回德日各留學國最新的法律理論、立法例或判例，使得臺灣法學的論述更為精緻與縝密。而美國法則於美國經濟援助期間（1951-1965 年），影響了動產擔保交易法、證券交易法等制度。英美法的影響還包括法學論述更強調法律政策面向，以及新法如智慧財產權法、家庭暴力防治法等<sup>30</sup>。這些過程已經不再是法律的間接繼受，而是直接繼受<sup>31</sup>。

---

<sup>27</sup> 黃丞儀的研究指出臺灣人如何理解殖民制度以及日本統治者如何理解舊習慣制度的重要性。參閱黃丞儀，國家權力、殖民統治與「混種近代性」－試析臺灣近代法秩序之轉變機軸，收於：王泰升、劉恆奴主編，以臺灣為主體的法律史研究，頁 277-304（2007 年）。

<sup>28</sup> 王泰升，具有歷史思維的法學：結合臺灣法律社會史與法律論證，頁 53（2010 年）（以下簡稱王泰升，具有歷史思維的法學）。關於此時期的法律史分析，參見王泰升，臺灣日治時期的法律改革（1999 年）。

<sup>29</sup> 關於清末民初時法律的繼受，參見黃源盛，法律繼受與近代中國法，頁 45-198（2007 年）。

<sup>30</sup> 王泰升，具有歷史思維的法學（同註 28），頁 60-62。

<sup>31</sup> 法律繼受的社會處境，可以是被動（迫）繼受，也可以是主動繼受；可以是直接繼受，也可以是間接繼受；可以是大规模繼受，也可以是小規模繼受。這些都有助於我們理解臺灣法社會的情境。然而，這些都是同一個側面展現，有時只是觀察角度的不同而已。例如，被迫繼受本身經常帶有社會層面的主動性。參閱本文第三部分關於 Peter Fitzpatrick, Laura Nader, Sally

關於外來法的繼受，最近幾年國際人權也逐漸成為臺灣法重要的來源。2009年立法院通過了《公民與政治權利國際公約及經濟社會與文化權利國際公約施行法》(簡稱兩公約施行法)，於2009年12月10日開始生效。兩公約施行法第2條規定，兩公約具有「國內法律之效力」，兩公約的內容成為臺灣國內法的一部分。為了落實兩公約，依據兩公約施行法第8條，行政院敦促各級機關以及函請各級政府機關，檢討修正與兩公約不合之法規及行政措施，在這過程並邀請學者、專家及相關人權團體召開會議審議，綜合整理各界意見<sup>32</sup>。國際人權法不只是政府機關的重要施政依據與項目，也是民間團體論述的重要原則與基礎，甚至人權已經是一般民眾口語表達中的重要語彙。

許多關於法律繼受的研究，並未重視法律繼受過程西方法逐步影響以及中國傳統法不斷變動的過程，而僅著重於研究清末民初這個重要時期，由傳統中華法系過渡到歐陸法系的法律發展。這些論文除了介紹與分析法律繼受的原因、背景與過程之外，還會進行中國法制現代化的評論。這其中有不少學者不只注意到法律制度的轉換，或者禮法之爭的法律思想變遷，還對整體的法律文化變革展開論述<sup>33</sup>。然而，當我們將整體西方法文化與中國法文化對立起來，進行比較分析，從而說明其衝突與轉變可能，仍然必須注意到林端所說的，法律繼受是長期性的社會變遷過程<sup>34</sup>。此種社會過程包括中國傳統法在社會的變遷，以及西方法文化在生活中的滲透，也就是中國傳統法與西方近代法於社會變遷中，不斷交織、影響與轉變的過程。

討論外來法的繼受，必須注意固有法本身的變動性。我們必須認識到，中國傳統法在臺灣的作用，是歷史發展的結果，其重要性與扮演的角色也不斷在變動中。中國傳統法成為臺灣社會的一部分，肇因於1630年開始，於荷治時期中國福建一帶的漢人移入臺灣本島，而後1661年鄭氏王朝移入臺灣施行傳統中國的法政體制，再加上於1683-1895年開始統治臺灣212年的清朝施行帝制中國法。換句話說，中國法成為當代臺灣法的法源中強勢的法律傳統，主要在於漢人成為多數族群而帶來既有的民間習慣，還有就是清朝統治所遺留下來的法律文化，當時清朝統治臺灣官府成文規定以及官衙運作模式，幾乎與中國內地

---

Engel Merry 等人研究的引述。

<sup>32</sup> 我國2009年簽署和批准兩公約，促使立法院通過兩公約施行法，而總統府於2012年4月20日首次根據公約及施行法的規定，提出初次的國家人權報告。這次人權報告歷經4輪共82場的報告草稿審查會議，每次均廣邀總統府諮詢委員以及其他民間團體代表與學者專家，與政府各部會代表進行會議討論，針對各部會提出的各條說明，由與會者提供資料、範圍、撰寫方式等的意見。然而，總統府公告之後，兩公約施行監督聯盟召開記者會，新聞稿中稱此報告為「官樣文章，紙上人權」，批評報告撰寫過程的官僚心態。新聞稿指出，國家人權報告不但扭曲事實，甚至避而不談許多人權侵害的議題。

<sup>33</sup> 關於這些論文的引介，參閱盧靜儀，近四十年來(1960-2000)有關「法律繼受」研究論著概述，法制史研究：中國法制史學會會刊，創刊號，頁239-264(2000年)。

<sup>34</sup> 林端，儒家倫理與法律文化，頁299-349(2002年)。

相同<sup>35</sup>。此種漢人移民以及清朝統治的二百多年歷史，使得中國法的文化傳統，至今仍有許多部分影響著臺灣當代的法社會<sup>36</sup>。其中最重要的是，華人文化傳統中的個人與群體交往習慣（包括團體組織與公共參與），仍然以某種方式延續於臺灣社會。

法律繼受是將其他社會發展出的規範，賦予其本國規範效力，期望實現規範背後價值的社會過程。法律繼受並非只是法典的繼受而已，而是繼受法制的實質精神，透過繼受社會的辨識作用，進而在社會成員的法律生活中，找到法意識根植基礎的社會變遷過程<sup>37</sup>。對臺灣社會來說，這些為現代立憲法權秩序所肯定的基本價值，包括基本權利保障、權力分立、刑事正當程序下所要求的無罪推定與罪刑法定等。這些價值是否能夠在法律落實的過程中，一併在社會中實現，經常成為學術研究的起點。這往往引導至法律與社會研究中的「落差」問題，也就是書本中的法律與事實運作中的法律之「落差」。此種「落差」在法律繼受的背景下應該如何研究，需要方法論上的嘗試與對話。換句話說，在法律繼受下討論「落差」的問題，經常會進入「繼受自西方的法規範」比「臺灣社會的法實踐」還要優越的評價，預設了社會的落後與需要被改良的想法。

事實上，繼受社會必然不可能複製與落實繼受法背後的價值。外來法的在地化，與其說是外來法的價值實現，不如說是承繼者法意識在繼受過程的交錯與轉變，是否能夠發展出繼受社會特有的法治模型。江玉林研究法院體系的圖誌，說明法意識的交錯與轉變不能從非「此」（承襲傳統）即「彼」（繼受西方）的關係中加以理解，而應該要解讀人們的法意識，探討人們如何根據對於自我的自發性批判，而來調整自己、修正自己<sup>38</sup>。筆者研究調查家暴保護令審理庭上的對話，發現法官的話輪主導、法律語言及法律權威，對受暴婦女來說創造了一個新的法律空間，使其傳統的自我得以進行調整，從中發展新型態的自我主體以及家庭關係法治模型<sup>39</sup>。筆者在另一個研究中從女兒平等繼承法的社會實踐著手，發現女兒處於平等（繼受西方而爭取繼承）與孝順（承襲傳統而放棄繼承）的兩難，交錯的法意識使其陷入一個困境，而唯有在行動的層次進行法的溝通與對話（例如，表達傳統中排除、不被認同或貶低之傷害），方有可能

---

<sup>35</sup> 詳細的歷史分析請見王泰升，臺灣法律史概論，2版，頁31-52（2004年）。

<sup>36</sup> 關於清朝法律制度的法律結構、法律體系與內在價值分析，以及其對當代法社會可能的影響，參見陳惠馨，清代法制新探，頁3-12（2012年）。

<sup>37</sup> 張永銘，法律繼受與轉型期司法機制——以大理院民事判決對身分差等的變革為重心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁145-192（2003年）。

<sup>38</sup> 江玉林，司法圖騰與法律意識的繼受——在正義女神與包青天相遇之後，法制史研究：中國法制史學會會刊，9期，頁275-291（2006年）。

<sup>39</sup> 王曉丹，當代臺灣法律文化的轉化——以家暴保護令審理庭為例，收於：黃國昌編，2008司法制度實證研究，頁389-444（2009年）。

找到於（父母子女及兄弟姊妹）關係中最適當的法治模型<sup>40</sup>。

法律繼受此一社會過程，乃是透過法律專家與常民在其社會位置與社會生活中，不斷翻譯、詮釋、解釋、理解以及創造規範的過程，從中產生法意識的變遷以及整體法文化的變遷。此一過程可以統稱為「法律轉譯」。繼受社會透過不斷的法律轉譯而促成新型態法治社會的產生。這包括法律專家對外來法的翻譯、法律專家選擇全盤繼受或部分繼受、法律專家對於繼受規範的解釋適用、還有常民對於外來法的理解、常民對於法律體制的態度與行動、常民對於自由平等理念的詮釋與實踐等。同時，法律專家與常民也不是截然二分的，許多常民透過事件的參與或法律技術的累積，也得以提供專業的法律意見；而大部分法律專家在制定、解釋與適用法律時，也與常民相同，有意無意地受到既有文化的慣習與意識所影響。

### （三）法律移位與場域中的符號鬥爭

當代臺灣社會已經進入多層次法律的處境，每一個法律層次各有其各自的「法律轉譯」，本文將之稱為「法律移位」。「法律移位」此一概念，中性地指涉法律繼受與法律轉譯過程中，繼受國產生的意義與價值之移位的現象。王泰升教授在解釋臺灣的法律繼受經驗及其啟示中，提到臺灣法律史中從「法律繼受」、「法律移植」到「法整備支援」之歷史發展過程<sup>41</sup>。本文乃針對「法整備支援」階段的法律生產過程，提出社會學角度的「法律轉譯」此一概念。並以「法律移位」說明受支援國在特定法律議題上，往往會有到底是支援國法律較優或者是本土發展較佳的爭議，這實際上除了代表王泰升教授所說的「自主選擇」之外，也代表法律概念、機制與價值選擇的移位。然而，此種「法律移位」在多重法律同時存在的現況下，國際法、內國立法與司法審判實際上各有各的「法律移位」，而呈現彼此交錯的現象。

對照聯合國的人口販運議定書跟臺灣的人口販運防制法，對於被害人「意願」的規範評價有一個很大的差別。在議定書裡面的「不法手段」有很多樣態，其中之一是「取得對另一人有控制權之人的同意」，也就是說如果取得了有控制權之人的同意時，這也是人口販運。而在議定書第3條的（b）講到，是不是人口販運的被害人，跟其所表示出來的同意並不相干。換句話說，在聯合國的層次，他們討論出來的結果，重點在於「被害人是不是在一個脆弱處境裡面」。對照我們的人口販運防制法，當我們在解釋「不能、不知、難以求助」的構成要件的時候，立法理由與討論都說必須要具備「違反本人意願的方法」，好

---

<sup>40</sup> 王曉丹，法意識與法文化研究方法論——從概念到實踐，從專家到常民，收於：國立政治大學法學院基礎法學中心編，法文化研究——繼受與後繼受時代的基礎法學，頁 69-98（2011年）。

<sup>41</sup> 王泰升，具有歷史思維的法學（同註 28），頁 65-93。

像每一個不法手段都要違反本人意願。因此，我們的法律架構跟聯合國議定書存有根本的不同。

是不是聯合國的定義就一定比較好？臺灣立法行為的成果與聯合國不同，就一定不好？如果轉譯過程有一些改變，是不是就代表有「落差」，應該被改善？正如前面的分析指出，聯合國議定書的制訂，本身就是特定的社會爭議與國際政治脈絡的產物，而國內立法的制訂，也是在國內特定的社會爭議與政治權力之中發生，如何可能要求二者的結果要一樣呢？又如何可以因為轉譯之後有不同的結果，而給予後者貶低性的評價呢？我們只能說，從國際法到國內立法，這只是「法律移位」，而不是規範誤讀或者規範措置。相對的，我們也無法站在另外一個極端，主張本土轉譯原本就是要根據本土的狀況而進行調整，因此「法律移位」不僅必要，而且正當。「法律移位」是好是壞，必須深入法律的現實，根據社會實際的條件限制，進行分析，並且試圖建立理論模型，如此才能認清現實的樣貌，進而發現問題，提出對症下藥的方案。

國內立法也有一些選擇與聯合國議定書相同的立場，這並不代表此種選擇就一定是好的。例如，二者都以刑罰的方式來防制人口販運的現象，然而，刑罰是不是真的可以達到防制的目的？刑罰可能並不必然是最好的選擇。不論在國際或內國立法討論的場合，最後都因為某些人的力量比較大，而導致以刑罰為定調的結果。再例如，以女性主義的立場來看，對於「性剝削」的定義，也有很大的論戰。聯合國議定書認為當事人願不願意是不重要的，這就會反應在：如果有從事性交易，就等於是性剝削，就等於是人口販運的被害人，這其實是特定的女性主義的思維。這跟我們臺灣的立法原則上是一樣的，在立法上將性交易定調為性剝削。然而，全面性地將性交易歸類為性剝削，對於人口販運問題的解決，是不是就是最好的方式？答案也不具有必然性。我們會有這樣的選擇，純粹是當時討論的結果。

臺灣立法上將所有「性交易」定調為「性剝削」，但是卻又強調犯罪之構成必須「違反被害人意願」，這中間已經具有某種矛盾性。既然所有的性交易都是一種性剝削，那麼為什麼還要判斷被害人的意願是否被違反呢？此種矛盾使得我們在司法實踐上，產生司法與立法想像的落差。問題在於，在司法操作上，如何去認定什麼是「不能、不知、難以求助」？「不能、不知、難以求助」是立法時參照刑法第 225 條規定而來的用語，這又牽涉，刑法妨礙性自主罪有關違反意願的構成要件如何涵攝的問題。刑事司法基於無罪推定以及嚴謹證據法則，對於「違反意願」這樣的構成要件，必然會謹慎以對。最後的結果是，立法推定所有的性交易都是性剝削，但是司法又大幅限縮「違反意願」的範圍，使得相關行為雖有性交易，卻都無法成為法律上的人口販運行為。

看起來我們的司法實踐跟聯合國對於「脆弱處境」的解讀有很大的落差。

在實務上產生了非常弔詭的狀況，也就是立法上假設這些被害人全都是無助的、脆弱的，沒有任何的求助可能性，所以一旦他們從事性交易，就會變成是性剝削的被害人；但是我們在司法實務的操作，往往看到這些被害人的參與，他可能是有意願且主動、甚至是有好處的。因此不起訴處分書、判決書對這部分的判斷，只要是被害人有意願來臺灣，那麼他好像就不太會成為人口販運防制法第 31 條到 33 條之下的被害人。這弔詭的是立法上是假設他們都是被害人，但是在實務操作上面，他們的相關案件通常會構成要件不該當，而不是被害人。但是，不見得聯合國的見解就一定是對的。遺憾的是，在臺灣針對此並未有太多的討論。

從上述的分析我們發現，國際法、內國立法以及司法實踐多層次法律在人口販運的規範性內涵上，呈現彼此不一致的混亂狀況。為了分析此種不一致的混亂狀況，Boaventura de Sousa Santos 提出「法律時空」(time-spaces of law) 的概念，包括國際法、國家法、地方法三個層次，乃是一種後現代的法律多元性 (legal plurality)。Santos 認為，「法律多元性」此一概念，擴大了過去「法律多元主義」(legal pluralism) 的意義，當代法社會並非如過去的國家法/ 地方法、官僚法/ 非官僚法、正式法/ 習慣法、殖民法/ 土著法等二元的存在，而是國際法、國家法以及地方法等三種法律系統同時存在<sup>42</sup>。

本文將此種多層次法律時空的概念，從國際法、國家法、地方法，擴大到任何政治權力運作產生法律的特定領域，存在於各種社會網絡與社會機構的運作中<sup>43</sup>。因此，本文採用 Pierre Bourdieu 「場域」(field) 的概念，取代 Santos 「法律時空」的三層區分。所謂的「場域」，是指不同權力（或資本）分配結構所決定的位置 (positions) 之間，彼此的客觀關係所形成的網絡和建構<sup>44</sup>。對 Bourdieu 而言，不論場域大小或性質，行動者之間總有尊卑、高下、優劣的區別，場域的不同位置存在著宰制與被宰制的關係。其間的決定因素在於行動者所具有的「資本」(capital) (包括物質、服務、知識、身份、地位等

---

<sup>42</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *TOWARD A NEW LEGAL COMMON SENSE: LAW, GLOBALIZATION, AND EMANCIPATION* 85-98 (2d ed. 2004).

<sup>43</sup> 這類似於 Sally Falk Moore 提出「半自主社會場域」(semi-autonomous social field) 的概念，「半自主社會場域」乃介於國家以及個人之間的「法律秩序」(legal order)，內部具有創造規則與符號的能力，以達成其效力，但也會受到外在規則與符號的影響。她以美國紐約成衣業為例，從布匹買賣、染色產業到設計製衣的上、中、下游，分析廠商與廠商之間的交換關係，從中說明「半自主社會場域」的內部規則與運作邏輯。Moore 提出「半自主社會場域」的界定，重點不在群體或組織的疆界（例如公司行號），重點在於其互動過程的特性。類似觀點還有 Macaulay 在 1963 年的研究。他發現商人們在交易上不輕易動用到紙本契約，因為這不但流於形式而且無彈性，更讓人覺得彼此缺乏信賴，甚至可能對相互間的商業關係構成威脅。Stewart Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: a Preliminary Study*, 28(1) AM. SOC. REV. 55, 55-67 (1963). Sally Falk Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, 7(4) LAW & SOC'Y REV. 719, 719-46 (1973).

<sup>44</sup> PIERRE BOURDIEU, *OUTLINE OF A THEORY OF PRACTICE* (1977).

等)，行動者資本的區別，也就是權力關係的形成。由於場域並非靜止不動的結構，在不同的位置上，行動者會相互爭奪，以獲取更多的資本，造成權力流動和秩序變遷，Bourdieu 稱此為「符號鬥爭」(symbolic struggle)<sup>45</sup>。

「場域」的概念得以反映法律生產的實際脈絡，不只是傳統上正式的法律制定機構，還包括各種社會場域。以人口販運案例來說，不論是國際法討論場域、立法討論場域、司法實踐場域、或者其他專家學者參與的場域，甚至是民間地方實踐場域，都是一個法律生產的「場域」，本文稱為「法律場域」<sup>46</sup>。我們研究這些各自場域的社會權力關係，可以發現法律形成的脈絡，包括人們賦予事務意義以及日常文化實踐的權威來源。換句話說，這些場域已經成為一個法律生產場域，在這些場域中每一個參與者都是一個權力關係網絡中的行動者。

Bourdieu 在〈法律的力量——邁向司法場域的社會學〉(The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field) 這篇文章中，對於法律的力量以「形式的力量」(power of form) 來說明。他從「符號鬥爭」的概念加以觀察，並將司法場域形容為勞動分工之競逐的動態過程。而法律的力量歸功於司法場域的占用效果 (appropriation effect)，透過中立性與普世性的理性化的壟斷事業，以其特有的語言進行「命名」(naming)，並成就其形式的力量<sup>47</sup>。

Bourdieu 認為，法律場域變遷的動力，與其說是由內而外，倒不如說是由外而內的，換句話說，法律真正的書寫者並不是立法者，而是社會行動者<sup>48</sup>。臺灣在人口販運此議題的法律建構，其主要的發動者，與其說是國際壓力與政府善意，倒不如說是民間團體整合起來，將底層人民的處境在法律場域表達出來。然而，在法律場域的行動者彼此之間，其「資本」擁有本就有差異，內部其實也存在著宰制與被宰制的關係。例如，在國際法的場域，各國專家彼此之間，其符號鬥爭往往受到其在國際場域位置的影響；而在國內立法的場域，立法院委員會的討論，往往可以顯露出法律人的「資本」優於民間團體；在司法實踐的場域，司法人員的「資本」也必然優於協助被害人的陪偵社工。在「符

---

<sup>45</sup> Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 805, 814-53 (1987). 「symbolic struggle」社會學一般翻譯為「符號鬥爭」。有人翻成「符號爭奪」，或者翻成「符號競逐」雖比較具體，但似乎隱含了馬基維利式的權力觀，把符號當作既定的存在，而不是持續建構的社會關係。關於「symbolic struggle」的翻譯，謝謝藍佩嘉教授的建議。

<sup>46</sup> 筆者曾經以「半自主社會場域」這樣的概念分析民事簡易庭的調解現場。參閱王曉丹，規則細緻化的法律行動—試論法院民事調解的社會功能，收於：國立政治大學法學院基礎法學中心編，法文化研究—繼受與後繼受時代的基礎法學，頁 399-439 (2011 年)。

<sup>47</sup> Bourdieu, *supra* note 45, at 819-21.

<sup>48</sup> Bourdieu, *supra* note 45, at 845-48.

號鬥爭」的過程中，「資本」較差的一方，往往受制於另外一方，這就是結構所給予的限制。

綜合上述，法律並非一個外在於社會由外影響社會的獨立機制，法律的意義與使用也非國家官僚所能全然掌控。相對地，法律乃內在於社會、受到社會各種力量交錯影響，法律是在社會權力網絡中，透過人際互動而生產出來的「合法律性」(legality)的網<sup>49</sup>。當代臺灣社會外來法的繼受，必然在法律生產的場域中進行，行動者根據其資本的優劣，競逐符號的權力，進而產生「法律移位」。因此，「法律移位」的現象，可以從場域中的符號鬥爭加以理解，無法直接從特定立場，遽以判斷孰優孰劣。

#### (四) 法律多重製圖的現實建構

本文整理出法律多重製圖的理論。法律多重製圖至少包括以下幾個內涵：第一，當代臺灣社會中存在著多層次的法律生產，這也就是多層次法律形成與發展的場域。每一個場域的法律生產，即為社會網絡或社會組織權力運作的過程與結果，透過人際互動，形成日常的權威結構與文化實踐。在人口販運法制的案例，國際法的生產為各國專家在會議中代表與發言的互動結果，而內國規範乃國際法影響之下國內官民代表互動而生產出來的，最後即便是司法運作也是司法專家訓練與內部結構影響之下的結果。

第二，法律多重製圖指出，在每一個層次的法律生產，專家們不斷進行著「製圖」活動，透過場域內的「製圖規則」或「內在邏輯」，分別建構其各自的「合法律性」(legality)，並從中確立社會權威，以形成社會承認的效果。在人口販運法制的案例，國際法的各級會議有其既有的程序與機制，這些程序與機制基本上符合法律的共同參與及普世的基本原則；而人口販運防制法的形成，綜合官方、民間與專業團體的意見，其中也遵循民主社會代表性與共同參與的基本原則；此外，司法案例的形成，更是在三權分立審判獨立的人權原則之下，交由司法解釋法條與法官依法裁判的結果。

第三，法律多重製圖意味著不同層次的法律生產，其「製圖」活動乃是透過再現(representation)與指向(orientation)，不斷建構社會現實。此種再現與指向不可能具備實證法律所宣稱的客觀性與中立性，相對的，法律的再現形成於特定權力關係的運作，也指向於特定價值觀點與生活模式。在人口販運法制的案例，國際法的形成雖然符合各種程序規則，最後的結果形成以刑罰化為主而擱置爭論各方的差異，因而並未聚焦處理人口販運議題中全球人口移動與經濟不平等的根源。其次，人口販運防制法的制定與司法實踐，其實預設

---

<sup>49</sup> PATRICIA EWICK & SUSAN S. SILBEY, THE COMMON PLACE OF LAW: STORIES FROM EVERYDAY LIFE 33-56 (1998).

了某種特定的法律想像。此種特定的法律想像也就是一種指向性，在法實踐上避免從社會階級角度理解人，而將人放置於抽象、單獨、自由的主體位置，構成了自由主義法制（liberal legality）<sup>50</sup>的體制。

第四，法律多重製圖有別於過去二百多年來西方法學理論中一元論的法律觀（一個具有內在一致性的法律體系），而是一種多重法律的觀點。此種多重法律的觀點與過去法律多元主義（legal pluralism）理論並不相同，法律多元主義是指多重法律秩序在同一時空背景下共存，或者指具有主導性的單一法律系統對不同法律傳統的認可；而多重法律的觀點認為不同法律秩序彼此已無清楚的界線，甚至在互相滲透下，法律的發展就是彼此相互影響的過程與脈絡（具體的證據，可以參考本文第二部分的論述）。多重法律的觀點認為我們的法律生活由不同法律秩序的交叉所構成，多重的法律秩序相互穿透，並在我們的思想中相互混合，形成當代的「法律多元性」（legal plurality）<sup>51</sup>。

第五，法律多重製圖同時也具有社會理論的意涵，說明當代法治社會的社會現實之存在與建構。由於法律扮演重要角色，因此在法律多重製圖的過程中，型塑了我們對於他人的想像與期待，中間也包含了價值預設，從而規範形成的結果也建構了社會現實。最重要的是，人們轉譯與詮釋的行動受到「文化基模」（cultural schema）與「資源」（resource）的影響，受到法文化的結構所設定；相對地，改變這些轉譯與詮釋的行動，也可能進而影響法文化的結構性設定<sup>52</sup>。

第六，法律多重製圖的整體圖像，在西方與東方、殖民與後殖民、核心與邊陲國家之間，必然會有不同的製圖方式與整體方略。法律繼受使得整體的法律圖像不可能一開始就規劃完成，有一個整體的設計，其必然是一個拼貼式的整體。法律製圖的現實建構因為是在法律繼受之後，在某一個缺塊有問題就想辦法解決，解決時有時候會不夠了解本土狀況，誤用或選擇不適用的西方理論概念，使得新的現實建構還有待補強。就算是找到一個最適合當時時空的法律規範，也因為要與既有法律規範相整合，因而繼受國家所呈現的，必然與西方不同，混亂與不一致只是法律繼受後透過製圖逐步修正的過程，是一個難有整體規劃的拼貼式法律秩序。

---

<sup>50</sup> 自由主義法制（liberal legality）將法律當成為具有中立性、普遍性的系統，此種想法認為，法律的發展與內涵與資本主義的擴張、帝國主義的侵略、現代性的進步假設等皆無關。

<sup>51</sup> SANTOS, *supra* note 77, at 437.

<sup>52</sup> EWICK & SILBEY, *supra* note 49, at 33-56.

## （五）建議：強化法律製圖的意識與策略

### 1. 面對法律多重製圖的時代

臺灣社會自從民主化之後，社會權力已非威權時代，集中在特定少數人手中。統治權力一方面具有開放性，納入國內外社會各界的影響，一方面也因為法治主義的普及，一切都要依法而行。於是，我們可以說，社會各界存在著越來越多關於法律的討論，也不斷造就了各種的法律實踐。在這樣的時代中，我們都是法律的生產者，我們也都是法律的實際執行者與被執行者。

臺灣的法社會情境，已經進入一個脫離殖民與威權的民主化時代。這意味著「權力」的型態不再是集中的政府威權，而是流動在不同群體、階層的互動關係中。因此，法律的形成之「社會過程」，早已經存在於各種各樣的會議，包括座談會、討論會、委員會、組織會議、公聽會、記者會等。甚至，社會早已展開許多非正式的集結與行動，大家相約在咖啡廳、在爬山步道、在遊行街頭、在送往迎來的路途上，這些都具有規範形成的意義。而這樣的狀況，不只存在於一個社會之內，在國際人權體系與其他國際法體系之下，這種流動型態的權力同樣也存在於國際社會中，而國際法與國內法不同層次的法律彼此影響滲透。

因此，臺灣解嚴之後的這二十幾年來，是知識份子重新反省也重新取得舞台的歲月。許多既有的規範都面臨挑戰，所有的人民都開始抗爭。在無數的聚會中，我們會交換生命的經驗，會說出對生命的期待、錯愕與感傷，會於困境中彼此互相鼓勵。更重要的是，我們開始有能力與人分享、進行情緒的紓解與理性的辯證；我們開始發展新的模式，從別人的困境中，看見自己生命裡類似的處境，然後得以展開反思，於對話與行動中找到力量。

另一方面，臺灣解嚴後的這二十幾年，也是各種社會力量展現而不斷產生新社會建構的時代。在資訊高度爆炸、生活無比忙碌、競爭更加激烈的時代中，社會各界持續分化，階級、種族與性別的區分，越趨明顯。我們可以看出社會底層的不同處境：遊民居無定所、移工脆弱而易於被剝削、兒童無助而時常受到壓迫、原住民長期被邊緣化、弱者經常受到暴力對待、外來移動者面臨文化歧視、身心障礙者難以取得肯認、過去政治受難者長期受到漠視、精神障礙者遭到社會排除□□等。對於這些社會底層的人，我們不但看見他/她們的處境，也開始集結與行動，試圖改變不平等的社會結構。於是，我們開始有許多機構性的協助，成立各種各樣的團體（立案與未立案的非政府組織），在政府的組織內發展各種機制，目標都是在促進社會的發展以及促進社會的平等。在這些團體與組織中，我們展開各種跨界的整合，每個人根據自己關心的社會層面，反映在討論與對話之中，讓規範的形成能夠考量相關事實與評價依據。問題在於，在這些團體與組織的機構性協助的「社會過程」，什麼樣的事實會被

感知，什麼樣的價值會被強調，什麼樣的行動會成為共識，往往受制於特定的結構性以及文化性因素。

「法律多重製圖」指出，多重社會場域中，進行著法律生產的活動，成就當代的多元法律性。法律製圖活動，並非僅僅掌握在少數人或極權者手中，而是透過民主社會擴大參與的機制進行。這造就了新社會菁英的崛起，包括傳統國家官僚、新轉型的法律專家、以及參與運作的社會團體。這同時也增加了新政治動員的可能，透過多層次法律的制定與運作，人口販運專業者得以在人權的理想下工作，產生改變受販運者政治權力地位的契機。

新社會菁英取得某種有力的社會位置，卻極有可能無法改變既有的社會權力關係。從理論文獻的回顧，我們認識到，殖民歷史中，法律具有讓統治者取得合法性敘事的功能，此種法律的社會作用，已然透過人權的推動，繼續建構社會中的權力關係。人權造就了現實——不論是多層次法律的建構、國家力量的轉換以及新政治動員的可能，這種新的權力運作，仍然不改底層人民的弱勢地位。更進一步，當代社會權力的型態已非一方壓制另外一方，或者強者壓制弱者的關係。權力的型態透過上述分析的「再現」與「指向」，已經內化於人們的意識與行動，展現在彼此的互動之中。

因此，我們必須超越「落後官僚」與社會菁英所代表的「民」之對立。「官」可能已經不是過去全知全能的威權者，而可能是一羣熟悉某種人權知識與實務經驗的工作者，而「民」除了看見個案中的人權侵害之外，也不一定能夠在短時間內找到改變社會、促進人權的方式。我們應該體認到，人權的進展意味著新型態的統治，也是全球法菁英（人權專家）、國家法菁英（民間代表與中央政府官員）與地方法菁英（地方政府官員與司法人員）參與權力運作的時刻。此種權力建構的參與雖然有著法律理性的外衣，卻經常是不一致、混亂與彼此交織的。即便是往官僚化的方向發展，建構起標準化的流程、機制與指標，法律的形成與運作同時也可能對於底層人民來說，其處境雖被看到，卻可能無法改變根本的權力關係。

## 2. 人權實踐與法律生產結構的變革

臺灣法律的社會現實已經走入了另外一個階段。複數多重的法律繼受歷史，對不同層次的法律建構，產生不同的交錯或融合模式。此種交錯或融合模式，在不同層次的社會/法律場域之結構下，法律改革（立法或修法）經常在法律生產結構之下，受到特定權力關係的影響，其結果容易傾向於確認或再生產既有的權力結構（核心/邊陲、菁英/底層）。因此，權力鬥爭的法律生產，必然要關注社會權力的過去、現在與未來。我們尤其應該注意，如果要以人權實踐為基礎，促成法律生產結構的變革，使得受壓迫底層人民權力位置的改變，其關鍵性的議題為何。

第一，反思「代表性」的議題：法律生產是在特定社會場域的權力鬥爭過程，這必然不是每一個人都得以進入，製圖菁英代表底層人民，而其製圖因而取得社會承認的法律地位。然而，底層人民在被論述、被想像時，往往成為一個均質而單一的整體，甚至往往成為一個單純需要被救援的個體。在設計法律制度的時候，我們經常會忽略了底層人民往往會發展其策略與行動，往往有一定的主體能動性。

第二，有能力觀察到「結構限制」：法律改革本身往往受制於法律製圖社會場域的結構，行動者在其中必然受到侷限，為了讓行動者具有更強的改變效力，行動者應該要致力於揭露不對等的法律生產結構。行動的目標在於，鬆動既有的社會場域結構，使得底層人民的多元處境成為被論述的主角。例如，透過質疑國際法場域、國內立法場域、司法場域中人口販運被害人的無聲，重新看待法律改革所提供的權利架構，思考這樣的權利架構，是否讓底層人民的主體能動性更被看到。

第三，促使更多人可以「成為行動者」：就算是底層人民的主體能動性更被看到，我們還是要盡量讓底層人民成為法律製圖的行動者。這中間重要的議題為，如何讓底層人民具備更多資本累積的可能，例如，揭露代表性的問題、建立平等的對話平台、促進底層人民的社區連結等等。

第四，辨識多元「製圖場域」的存在：我們必須要認識到，法律多重製圖不是只存在於國際法場域、國內立法場域、司法實踐場域而已。事實上，只要具有內在製圖規則，且有一定程序確保社會承認的規範建構，就是法律生產的製圖場域。我們不但要肯認早已存在於社會場域的法律製圖（尤其存在於底層人民生活社群的部分），還要窮盡各種可能性，開拓更多法律場域，創造更多的法律現實。

第五，讓規範促成「文化變遷」：對於法律改革的理解，我們應該要放在法律發展與文化變遷的脈絡。行動者不只是致力於法律權利的賦予或改造，而是要致力於整體文化的變遷。因此，我們要致力於透過法律文化的觀察與反思，揭露法律生產意識與結構之複雜度，因而得以透過行動不斷創造新型態結構之可能。這其中重要的是，讓底層人民的多元性與能動性，更有可能可以增強；同時，發展有利於底層人民的法律生產結構，讓其成為行動者，在權力鬥爭的過程中反映其社會現實與社會期待<sup>53</sup>。

---

<sup>53</sup> 筆者在另外一篇文章中指出，人口販運人權的防制工作，雖然可以提供個別被害人一些機構性的幫助，但同時也是將被害人均質化的再現過程。該篇文章從法律的壓制性與創造性，討論法律的社會效果與社會建構之結構性與文化性因素。參閱王曉丹，法律的壓制性與創造性—人權與人口販運法制的被害者主體，政大法學評論，137期，頁33-98（2014）。

總之，我們都有可能在法律多重製圖過程參與社會權力網絡，因此過去控訴專制威權的單一方式，在民主化時代其效果必然不斷遞減。轉換之道在於，面對新權力形式與法律的結構，必須展開日常生活的反思與批判，專家菁英的法律製圖必須不斷回到底層人民複雜的社會處境之中。扮演溝通橋樑的社會菁英，永遠必須真誠面對代表性的問題。在一個成熟的民主社會，代表溝通者往往取得詮釋以及影響政策法律的權力，相較於其所代言的主體，代表溝通者具有較佳的社會位置。除此之外，代表溝通者在不同專業系統的內部邏輯以及相互競逐中，也必須面對溝通不可能與溝通無效的難題。最重要的是，底層人民的發聲如何可能，發聲之後是否可以被解讀，這些都是迫在眉睫的問題。民間團體做為從旁協助底層人民者，必須牢記以上的核心議題。

因此，法律製圖的行動者應致力於法律生產結構的改變。我們應該開始練習不斷反思「代表性」的議題、有能力觀察到「結構限制」、促使更多人可以「成為行動者」、辨識多元「製圖場域」的存在、以及致力於讓規範促成「文化變遷」。在這過程中，我們要致力於強化所有人法律製圖時的意識與策略，隨時洞察權力運作、論述時給予他人位置、堅持不斷對話、並且勇於挑戰既有的規範秩序。

## 六、參考文獻（即已發表文章）

本計畫總發表了 4 篇期刊論文或專書論文文章，分別為：

[1] 〈法律繼受與法律多重製圖：人口販運法制的案例〉，《中研院法學期刊》（本期刊屬 TSSCI 期刊），15 期，77-137 頁，2014 年 9 月。（41849 字）

[2] 〈性暴力法制的歷史交織：一個性別批判的觀點〉，《軍法專刊》，60 卷 2 期，21-40 頁，2014 年 4 月。（22816 字）

[3] 〈女性主義的反性暴力運動〉，《性別關係》，黃淑玲主編，空中大學出版社，219-244 頁，2012 年 6 月。（18831 字）

[4] 〈性別與家庭圖像的變與不變〉，《性別關係》，黃淑玲主編，空中大學出版社，33-60 頁，2012 年 6 月。（18795 字）

另外，本計畫亦發表了兩篇英文的研討會論文，分別為：

1. 〈Backlash Against Gender Equality? Taiwanese Attitude Toward Sexual Assault〉（第一作者，與張晉芬合著），已於 2013 年 9 月發表在國際研討

會。

2. Multi-layered Mapping of Law in a Post-Reception Society: As Manifest in Human Trafficking Cases in Taiwan, the Third East Asian Law and Society Conference, Shanghai, China: KoGuan Law School, Shanghai Jiao Tong University, March 22-23, 2013.