研究論文
《中研院法學期刊》第 20 期
頁 1-75（2017 年 3 月）

從法律人類學看民事紛爭解決之訴訟觀的演進*

—— 以家事紛爭解決為例

郭書琴**

摘　要

當事人（包含與紛爭相關的行動者）的故事，如何在法律知識系統中被呈現與詮釋？法律人類學如何觀察與分析「法律」的「能」與「不能」？本文在第壹部分首先說明法律人類學在法律實證研究中的用處，並說明本文所使用的「訴訟觀」一詞所具有的多義性。第貳部分說明作者進行家事調解之法律民族誌研究（ethnography of law）的動機、過程、與所面臨的多重角色和研究倫理議題。作者提出一個「進出界線不明的田野」情狀，進而在第參部分呈現多聲道的「法律的故事」。在第肆部分，作者對民事紛爭解決的「訴訟觀」演進，同時進行「法律人類學式」的觀察分析與「法學專家式」的說理。最後第伍部分結論指出，本文以多元、且具動態變化之當事人面貌的敘事方式，將略盡貢獻於未來持續拓深民事紛爭解決的方法論和認識論，並以具體的議題和法律技術研究成果，實質地反饋到法釋義學，試圖發展出更加豐沛複雜的質地。希望達成：即使法律無可避免其典律性與權威性，也能保持反省與彈性，減輕其典律化危機所可能帶來的風險。

＊　投稿日：2015年10月8日，接受刊登日：2016年9月13日。〔責任校對：鄧婉伶〕。

＊＊ 國立成功大學社會科學院法律學系教授。

穩定網址：http://publication.iias.sinica.edu.tw/31200171.pdf。

關鍵詞：法律人類學、法律民族誌、法律的故事、法律與社會分析、民事紛爭解決、家事紛爭解決、民事訴訟法、家事調解、家事事件法。

目　次

壹、序論
　一、法律人類學的用處
　二、「訴訟觀」的多義性
貳、研究自身文化的法律民族誌
　一、家事紛爭作為本文研究起點
　二、研究者與被研究者之界線：三種不同形式的民族誌研究
　三、「法學知識生產鏈」作為一個田野
參、多聲道之法律的故事三則
　一、故事與命名
　二、從「法律技術」觀點出發的法律與社會分析
肆、民事紛爭解決之訴訟觀演進的法律與社會研究
　一、法律與社會研究之「法律」：三階段的民事紛爭解決之訴訟觀的演進
　二、從「法律技術」看家事紛爭解決對民事程序法學的影響
伍、結論

壹、序論

當事人（包含與紛爭相關的行動者）的故事，如何在法律知識系統中被呈現、被詮釋、進而解決紛爭？法律人類學如何觀察與分析「法律」的「能」與「不能」？本文以此問題意識，在第壹部分首先說明法律人類學在法律實證研究的用處，並據此方法論說明本文所使用的「訴訟觀」一詞所具有的多義性。在第貳部分，作者說明其如何以家事調解為起點，進行法律民族誌研究；同時，提出一個「進出界線不明的田野（field）」的狀況，並說明「『法學知識生

產鏈』作為一個田野」的概念，以此說明對於研究對象為與自身文化、和自身社群高度相關的難題，並據此解釋本文之法律民族誌選材考量與寫作策略。在第參部分，作者提出三個多聲道的「法律的故事」，以微觀地呈現紛爭型態、行動者、與其策略等，並同時對這三個故事進行法律專家式的分析。在第肆部分，作者以對民事紛爭解決的「訴訟觀」演進，同時進行「法律人類學式」的觀察分析、以及「法學專家式」的說理。亦即，本文第肆部分，作者將以民族誌觀點（ethnographic perspective）將這些民事程序法文獻（包含學術論文、研討會報告與會議紀錄、實務座談會議紀錄等），視為「文件」[1]，分析這些文件如何被鑲嵌在相關的法律技術、社會與文化背景、當事人關係與脈絡中。第伍部分為結論：作者將指出，本文不僅呈現了「對『紛爭』的『類型化思考與實作（practice）』」[2]，是法學知識與法律技術的特性、是法律人之專業技藝、與法釋義學的核心，並扣連本文最初的研究主旨，即是：呈現出紛爭的動態性與當事人的多重面貌，且將這些現象連結到法律之「能」與「不能」層次的反省。

一、法律人類學的用處

從法律人類學的角度，看待法學和人類學之間的關係、尤其是從彼此的差異為出發點來理解這兩個學科之研究[3]，對法學的貢獻

---

1 Annelise Riles, *Introduction: In Response*, *in* DOCUMENTS: ARTIFACTS OF MODERN KNOWLEDGE 1, 5-7 (Annelise Riles ed., 2006).

2 美國法律人類學家 Annelise Riles 指出，向來被「法律人」（或稱法律專家）（lawyer），當作「工具型知識」（institutional knowledge）、以解決問題為取向的法律機制（legal devices），其實是一種「實作與理論」（practices and theories）的集合體。作者援用這個觀點，進行「民事紛爭」之法律人類學觀察，亦即，觀察「民事紛爭」如何被法律知識系統「類型化」與被「實作（操作）」。*See* ANNELISE RILES, COLLATERAL KNOWLEDGE: LEGAL REASONING IN THE GLOBAL FINANCIAL MARKETS 13 (2011).

3 學者容邵武指出：「人類學從具體的人和物開始，探討其中的文化脈絡和意義，這樣的方式，對法律學而言反而是抽象的；法律學探討案件具體內容的法律關係，以及它和其他案例或法律條文的關聯，相對的，就人類學而言，它

為何？作者認為，法律人類學的「用處」或「實用性」並不只在於替法釋義學研究提供地方風俗習慣之調查報告[4]、或替西方現代法律制度下的法庭爭訟提供「文化辯護」（cultural defense）[5]而已。法律人類學的用處，在於致力考察、並分析人們認為至為重要、卻習以為常，或被社會生活公認為基礎規範、理應如此的事物[6]。同時，誠如容邵武所言，法律人類學的用處在於，法律人類學研究要承擔一個說明任務，即是：向一直處於「高度領域文化」（a highly bounded culture）中的「法律人」（lawyer），試圖說明「文化知識」如何轉化為法律人可以理解與接受的話語[7]。在此，本文延伸「法律人類學的用處為何」之思考方向，以美國法律人類學者Annelise Riles的「法律技術」[8]概念，試圖達成這個法律人類學研究的橋樑與說明任務。

而本文以法律人類學之民族誌（ethnography）為研究方法，選擇的議題是：以家事紛爭解決為例，觀察與描繪在法律知識系統的「意義之網」[9]中，不同面向之當事人的故事，以及該知識系統為了

（法律學）其實是後設的文本詮釋。」見容邵武，觀看法律，尋找文化——解構與重構法律人類學，思與言：人文與社會科學雜誌季刊，47卷4期，頁252（2009年）。

4 容邵武，死刑戰爭：法律人類學的中介，文化研究，14期，頁101-138（2012年）；Gary Bellow & Martha Minow, *Introduction: Rita's Case and Other Stories*, *in* LAW STORIES: LAW, MEANING, AND VIOLENCE 1, 1-3 (Gary Bellow & Martha Minow eds., 1998).

5 「文化辯護」（cultural defense）經常在法院爭訟時，被用來當作個人得以因特殊文化風俗習慣，並自法規範中逃逸之理由，但這也容易導致某社群文化被整體貼上「他者」的標籤，*see* Farah Sultana Brelvi, *"News of the Weird": Specious Normativity and the Problem of the Cultural Defense*, 28 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 657, 663 (1997).

6 RILES, *supra* note 2, at 11-13.

7 容邵武（註3），頁253。

8 關於法律技術之定義，見RILES, *supra* note 2, at 64-66；郭書琴，從「法律知識的技術性」談法律科際整合研究方法與實例，成大法學，25期，頁199-231（2013年）。

9 關於法律與「意義之網」，見王曉丹，初探台灣的法律與社會研究——議題與觀點，政大法學評論，117期，頁85（2010年）。

回應不同當事人、不同事件類型、以及當代社會之法意識變遷等，所對應而生的民事程序法之訴訟觀演進。

此外，關於本文的法律實證研究屬性[10]，本文並不屬於「檢驗差異製造事實」或「檢驗法律的實效性」、或「以實證方法描述法律論證」等法律實證研究類型[11]；本文主旨在於，同時使用「圈內人」（即作者身為法律專家）、和「圈外人」（即作者同時具有法律人類學家的觀察位置）的雙重觀點[12]，描繪與分析法律知識系統中的法律概念與「法律技術」，如何造成「法律世界與生活世界的鴻溝」[13]；然後，在這份法律人類學的研究中，讓這樣被切割的兩個世界，得以再次結合起來。這個結合，除了可以讓研究者注意到影響個人法律行動的諸多因素及其後果[14]，並得以反身檢視法學研究者在整體法律知識體系的位置，進而更清楚地辨認「法學知識生產鏈」[15]的上下游關係，與其對司法實務、立法修法政策、法學教育之輻射關係。

然而，法律人類學是否僅得暫時停留在協助「法律」與「非法

10 關於法律實證研究的意義與內涵，學者王鵬翔、張永健提供了詳盡的分析：「**法學研究所要解決的是『應然』……實證研究處理的則是『實然』……**」，並將法律實證研究區分為三類：一是檢驗「差異製造事實」之「直接用於規範論證——應該採取可以達到目的之措施，或應該採取導致（或避免）結果發生之措施」，而成為「修法、變更既有判例的前導理論，或作為捍衛現行法的左右護法」；二是為「檢驗法律的實效性與刻劃制度性行為」；三是「以實證方法描述法律論證」，見王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁205、234-266（2015年）。

11 王鵬翔、張永健（註10），頁234-264。

12 關於「圈內」與「圈外」的觀點，見郭書琴，法律知識的初步考察——從一則「常民」打官司的故事談起，思與言：人文與社會科學雜誌季刊，47卷4期，頁209-212（2009年）。

13 容邵武，責任、金錢、相對性：鄉鎮調解委員會裡法律意識的探討，成大法學，25期，頁130-131（2013年）。

14 同前註。

15 關於「法學知識生產鏈」的概念，見郭書琴，從法律知識典範轉移觀點看台灣法學教育改革，收於：湯德宗、鍾騏編，2010兩岸四地法律發展（上冊），頁42-50、53-55（2011年）。

律」之社群對話的層次？事實上，英、美、加拿大等從事法律與社會研究的學者們，如David Cowan and Daniel Wincott、Mariana Valverde、Annelise Riles他／她們注意到，法律技術、法律分類等法律專家所使用的術語和類型化概念，也應該要成為法律與社會分析的對象[16]。承繼這種對於法律與社會研究的反思，本文希望呈現一種雙重觀點的法律與社會研究：即是，對於一個特定部門法律的單元（即本文選取的家事紛爭），一方面提供「法律與社會」式（socio-legal）的脈絡化分析；另一方面，以法律專家的圈內人身分，同時使用法律專家所熟悉的法律技術，對於以家事紛爭解決所挑起的訴訟法理和非訟法理在民事程序法中的內涵與實作爭議，進行法律人類學式的考察。

上述研究主旨之設定，希望得以回應：當法學知識之「典律化」與「獨白論述」[17]，是「法律」不可避免的學科特性時[18]；那還能如何使用與釋義法學共享的法律術語和概念類型，對法釋義學提問、支援、或提供不同的詮釋？例如，學者黃丞儀在2002年的〈「金水嬸」的處分權主義——法律的文化研究初探〉一文中，討論到民事訴訟法之「當事人」面貌有模糊、且「均質化」[19]的現象，

16 法律與社會研究得如何援用（engage）法條式邏輯推演之其他學科的方法論，對法律現象（legal phenomena）進行脈絡式的理論閱讀與批判，*see* David Cowan & Daniel Wincott, *Exploring the 'Legal'*, *in* EXPLORING THE 'LEGAL' IN SOCIO-LEGAL STUDIES 1, 4-11 (David Cowan & Daniel Wincott eds., 2016); Mariana Valverde, *Theoretical and Methodological Issues in the Study of Legal Knowledge Practices*, *in* HOW LAW KNOWS 72, 72-92 (Austin Sarat et al. eds., 2007); Annelise Riles, *Afterword: A Method More Than a Subject*, *in* EXPLORING THE 'LEGAL' IN SOCIO-LEGAL STUDIES 257, 258-61 (David Cowan & Daniel Wincott eds., 2016).

17 黃丞儀，「金水嬸」的處分權主義——法律的文化研究初探，思與言：人文與社會科學雜誌季刊，40卷3期，頁196-200、205-212（2002年）。

18 學者張嘉尹說明了法律的學科特性為：「法釋義學是法學的核心或主軸，……是對於法律文本（法律條文）的體系學，除了解釋個別條文之外，還對相關的條文作關連性的掌握。」見張嘉尹，憲法之「科際整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思，世新法學，3卷2期，頁13（2010年）。

19 黃丞儀（註17），頁184-185。

該文描繪了不諳法律術語的「金水嬸」在法庭中，即便法官依法行使闡明權、並向當事人發問曉諭以釐清當事人訴之聲明和審理範圍[20]，但這些專業門檻甚高、涵義抽象的法律術語，忽視了當事人的多元背景[21]。本文進一步提問：具有均質性的法律釋義內部封閉系統之獨白論述，遭遇外在社會環境變遷挑戰時，是否可能產生學科典範轉變、或立法政策價值轉向？而這些轉變是否促成法學獨白論述逐漸鬆動、法學知識或言說多元化的可能？為求解答這些問題，本文以下先以美國「後唯實主義」（postrealism）觀點[22]，說明本文所謂之「訴訟觀的多義性」。

二、「訴訟觀」的多義性

「訴訟觀」一詞，從法律人類學、法律與社會的角度探討，具有多重意義，而不僅指「規範性的概念」。因此，作者從「紛爭」的多義性、與不同「行動者」為始，進而說明本文所指稱之「訴訟觀」一詞的內涵。關於「紛爭」與「行動者」（包含當事人、法官、律師等），英國學者Simon Roberts與Michael Palmer指出，「紛爭解決」這個研究主題，擴大了法學家的傳統研究方法，也增加了與其他社會科學共同合作探討紛爭的研究景深。根據他們所做的民事程序法的法律與社會研究（sociology of civil procedure law, socio-

20 黃丞儀（註17），頁178-185。

21 黃丞儀（註17），頁197-199。

22 Austin Sarat將當代的「法律與社會」稱為「後法律唯實主義」的「法律與社會」（postrealist law and soceity），並舉Felice Levine對「法律與社會」的定義為：「研究法律（law）、法律歷程（law processes）、法律系統（legal system）、規則命令（normative ordering）、法律相關行為（law-related behavoir）、以及社會中特定的法律現象。……把法律當作社會現象來研究（the study of law as a social phenomena），而非僅指將社會科學方法（例如質化或量化研究方法）挪用到法學研究領域。」*See* Felice J. Levine, *Goose Bumps and "The Search for Signs of Intelligent Life" in Sociolegal Studies: After Twenty-Five Years*, 24 LAW & SOC'Y REV. 7, 23 (1990); Austin Sarat, *Vitality Amidst Fragmentation: On the Emergence of Postrealist Law and Society Scholarship*, *in* THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY 1, 3-6 (Austin Sarat ed., 2007).

legal study of civil procedure）指出，「紛爭」，在不同領域的學者或專家眼中，自有不同的詮釋與理論脈絡。例如，在律師眼中，「紛爭」就是「案件」，是一件破壞某個法秩序的病理現象，因此需經由「訴訟」來清理此等病理現象、並由中立的第三人來達成一個具有強制力的最終解決方案。但從社會科學家們眼光來看，他們注重的是紛爭中當事人的不對等權力關係，以及，當紛爭進入法體系、展開紛爭解決程序所蘊含的權力階序問題[23]。Simon Roberts與Michael Palmer指出「紛爭」的特性是：「不管是在那一種社會脈絡下，紛爭總是被鑲嵌於我們的日常生活中。它始自『過去』，並連結到『未來』。[24]」

援用以上觀點，在作者所整理的本文相關文獻評述規模內，關於民事紛爭解決之文本，大致呈現以下三種類型的訴訟觀：一是「規範性的主張」型的訴訟觀[25]，例如我國民事程序法學界使用「訴訟觀」有其固定內涵與脈絡意義，而成為民事程序法學之立法與解釋原則，使其成為一個「規範性的概念」，並存在著從「自由主義之訴訟觀」到「社會的訴訟觀」之轉變[26]。二是「法律與文化研究」型的訴訟觀[27]。三是法律與社會式的訴訟觀，例如Sally Merry[28]。本文中，作者使用「訴訟觀」一詞之意涵，較接近Sally Merry所提出的法律與社會式的常民（lay person）面對紛爭的意

23 SIMON ROBERTS & MICHAEL PALMER, DISPUTE PROCESSES: ADR AND THE PRIMARY FORMS OF DECISION-MAKING 79-81 (2d ed. 2005).

24 "In any social context, disputes are embedded in everyday life, arising from a 'past' and merging into a 'future'." *See id*. at 80.

25 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一）：2015年筆記版，頁119-120（2015年）。

26 同前註。

27 黃丞儀（註17），頁153-160；郭書琴（註12），頁191-235。

28 SALLY ENGLE MERRY, GETTING JUSTICE AND GETTING EVEN: LEGAL CONSCIOUSNESS AMONG WORKING-CLASS AMERICANS 88-109 (1990). 並見郭書琴等，重訪民事紛爭解決的法理與實踐——以家事事件看民事程序之訴訟觀的演進——民事訴訟法研究會第一百一十六次研討紀錄，法學叢刊，57卷4期，頁174-175（2012年）。

識、態度、行為與策略[29]；另方面，作者使用「訴訟」一詞，係指「訴訟程序」或「訴訟法理」，甚至是連同「非訟程序」與「非訟法理」一同連帶討論的民事程序法學。易言之，本文所指稱的「訴訟觀」之內涵有以下兩點：

第一、「訴訟觀」不僅指民訴的「目的論」，也涵蓋了民訴學者所關切的「審判觀」與「解釋論」[30]。

第二、本文使用「訴訟觀」一詞，旨在彰顯作者從經驗研究中所累積的、對訴訟觀的理解與詮釋。亦即，作者自2008年以來擔任家事調解委員的實務經驗中，所接觸到的「一般人」（常民，lay person，不具正規法律證照的一般人）與各種在紛爭解決中不同的行動者，所具備的「到法院如何訴說自己的案情」的「法意識」（legal consciousness）[31]與「法律知識」[32]間的連動關係。因大部分的「一般人」對法院的理解即為「訴訟」；例如在民事調解程序中，仍有當事人口語上習慣說自己是「來訴訟的」。相對的，「裁判

29 MERRY, *supra* note 28, at 96-105.

30 邱聯恭，司法之現代化與律師之任務，收於：司法之現代化與程序法，頁13（1992年）；許士宦，民事訴訟法學之制高點，收於：訴訟理論與審判實務，頁3（2011年）（以下簡稱：許士宦，民事訴訟法學之制高點）；許士宦，專欄／台灣法律發展回顧：民事程序法，臺大法學論叢，39卷2期，頁84-85（2010年）（以下簡稱：許士宦，專欄／台灣法律發展回顧）。

31 關於法意識的內涵，學者邱聯恭教授謂：「係指稱人就法所抱持之觀念、信念、態度、知識、感情、感覺或意見等……。通常，各該社會往往有其特有之法意識，並隨著其社會內部之階層、地域、世代等等之不同，形成或存有種種的法意識，當制定法規範或設立制度之際，每規定了其法規範或制度之應有內容，並影響、顯現於該規範或制度之運用上；另一方面，該既存之規範或制度也可能對於國民之法意識發生造形之作用。」見邱聯恭（註30），頁21；並見美國法律人類學者Sally Merry以一般人民到基層法院解決紛爭時，所呈現出來的態度、其如何述說與爭取自己認為應得之權利等現象，均為「法意識」的一部分。MERRY, *supra* note 28, at 5-6.

32 關於「法律知識」的內涵與紛爭解決之關連，見郭書琴（註12），頁191-235。關於「法律知識」之定義，*see* Annelise Riles, *"Knowledge About Law", Entry in the International*, *in* 2 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND SOCIETY 885, 885-86 (David S. Clark ed., 2007).

觀」與「審理觀」等用語，由文義脈絡看來，較為偏向檢討司法實務審理方針為考量重點[33]，是為由上而下（top-down）的法律佈署。故作者選擇使用「訴訟觀」一詞，亦有從常民（一般人）觀點、由下而上（from the bottom up）[34]地與法律「相遇」[35]之意。

貳、研究自身文化的法律民族誌

一、家事紛爭作為本文研究起點

本文研究起始自對家事紛爭的現場觀察，以及身分法（包含實體法之民法親屬繼承編與程序法之家事事件法）之教研經驗。作者在紛爭解決現場的參與工作、兼之處於「法學知識生產鏈」[36]一環的位置，使作者有機會以民族誌角度（ethnographic perspective），觀察與分析不同場合的「行動者」，如何依據法條規定、專業身分、知識與信念、個人生活經驗、物質條件（例如為解決紛爭所需付出的勞力時間費用等）、外在社會輿論影響等，進行家事紛爭解決的個案協調。另方面，作者也有機會見聞到學術社群內，如何將這些經驗事實，概括化（generalization）為立法政策與學術討論。

以上在家事紛爭解決這個主題所累積的經驗和觀察，對本文主旨的啟發有以下四點：

第一、在「訴訟外解決紛爭」（alternative dispute resolution）的

33 邱聯恭（註30），頁13；許士宦，民事訴訟法學之制高點（註30），頁3；許士宦，專欄／台灣法律發展回顧（註30），頁84-85。

34 *See* Laura Nader, *Up the Anthropologist: Perspectives Gained from 'Studying Up'*, *in* REINVENTING ANTHROPOLOGY 284, 284-311 (Dell H. Hymes ed., 1974).

35 本文指稱之「訴訟觀」所涵蓋之「與法律『相遇』」的寓意，出自黃丞儀，相遇，收於：黃丞儀、劉裕實等著，相遇：2004年法律文學創作大賞，頁1-134（2005年）。

36 郭書琴（註15），頁40-45。

思潮下，對於訴訟制度的批判，使調解成為一個重要的民事程序研究重心。而調解程序的特性之一是，得以讓不同領域之「非法律專家」進入調解場域，協助當事人用法律以外的知識和語言，處理家事紛爭解決[37]。但本文並非肯認「調解」為家事紛爭解決之最適當的方式，本文之研究主旨在從「家事紛爭解決採取注重調解之立法價值」[38]，這個法律選擇下的實作現場，觀察這個選擇所反應出來的「訴訟觀」，對於整體民事紛爭解決的影響。易言之，本文探討重點在於，從家事紛爭解決對調解機制的重視，進而檢視向來以「訴訟」為核心的「訴訟觀」，因強調「調解」而生的轉變。

第二、不同於中英文相關調解研究中，較為注重紛爭中的文化意義與權力關係，較少具體分析法條與法律技術[39]，本文將對於一個已經「典律化」甚深的「部門法」[40]，亦即本文所選取的家事事件法修正通過前後[41]、並引發民事程序法學者探討民事程序法學之

37 蔡穎芳，本土家事調解參與觀察——半自主社會場域觀點，成大法學，25期，頁12-18（2013年）。

38 見家事事件法第23條之立法理由。

39 調解的文化研究，見LAURA NADER, THE LIFE OF THE LAW: ANTHROPOLOGICAL PROJECTS 39-67 (Revised ed. 2005)；容邵武（註13），頁126-153；容邵武，文化、法律與策略：鄉鎮調解過程的研究，臺灣社會學刊，38期，頁61（2007年）（以下簡稱：容邵武，文化）；JOHN M. CONLEY & WILLIAM M. O'BARR, JUST WORDS: LAW, LANGUAGE AND POWER 39-59 (2d ed. 2005).

40 關於「部門法」之用語與其方法論，學者蘇永欽謂：「從部門的角度切入，來整合過去被割裂處理的規範，並藉部門的事實分析注入規範的『社會性』」，見蘇永欽，部門憲法——憲法釋義學新途徑，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁10、21-25（2006年）。也有學者以「實證法」指稱基礎法學領域之外的民刑事法等領域，見顏厥安，轉型、風險與緊急狀態——法學研究幾個趨勢發展，人文與社會科學簡訊，9卷2期，頁2（2008年）；黃丞儀（註17），頁209。本文將以「部門法」指稱民事程序法、民事訴訟法、家事事件法。

41 家事事件法自2012年1月11日公布、該年6月1日施行。該法施行後，討論其特性與理論實務疑義等文獻迭出，主題從家事事件類型爭議、延伸到管轄與合併審理之程序法理等問題，見沈冠伶等，家事程序法制之新變革及程序原則——家事事件法之評析及展望——民事訴訟法研究會第一百一十四次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（十九），頁77-200（2013年）；呂太郎等，離婚事件附帶請求撫養費之若干實務問題——民事訴訟法研究會第一百零六次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之

「典範轉換」與否之基礎法理學式的討論時[42]，啟發了作者運用對家事紛爭解決所進行的法律民族誌研究之動機。亦即，民事程序法已然累積成熟的「事件類型審理必要論、程序法理交錯適用肯定論」[43]、民事訴訟法之人事訴訟編於1999年（如：第572條、第572條之1等）、民事訴訟法2009年之修正[44]、2012年家事事件法之制定等法制進展，這些呼應於外在社會結構、民眾運用訴訟程序解決紛爭的法意識之民事程序法的進化，目前仍持續穩定地進行著。是故，當民事程序法學之「當事者權」、「程序主體權」、「程序保障」已成為這個部門法領域中之最上位原則時，是否有可能以法律與社會觀點，討論當事人之多元面貌為何？在方法論上，如何既能合於研究倫理規範、又能提出具有理論背景的經驗研究觀點來檢視、收集、分析並詮釋這些當事人的行動，最後，將之反饋到民事程序法學之法釋義學？

第三、家事法公布施行後，因家事紛爭屬性複雜，產生了：被歸類在家事訴訟事件中也得合併適用家事非訟法理、或是被歸類為家事非訟事件者，也有訟爭性顯現之狀況。故，本文希望指出：家事事件的這種既依靠「訴訟」、「非訟」二元結構、卻在此二元結構下，當事人的不同需求、策略、和行動，動態性地挑戰著這個二元結構，導致我國民事程序法學領域近年來，相繼產生相當豐富而多元的討論[45]。作者認為，此「訴訟法理」與「非訟法理」之二元結

研討（十七），頁281-344（2009年）；邱聯恭，民事普通法院與家事法院之審判權劃分、牽連及衝突——闡釋其相關規定之法理依據及適用方針，月旦法學雜誌，212期，頁139-154（2013年）。

42 許政賢，人事訴訟的典範轉換？！——以家事事件合併審理制度為例，月旦法學雜誌，209期，頁39-57（2012年）。

43 邱聯恭，程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定之觀點，收於：程序制度機能論，頁63-65（1996年）。

44 許士宦，民事訴訟法之2009年7月修正，收於：家事審判與債務執行，頁153-182（2013年）。

45 許士宦，家事事件法講座：家事非訟之程序保障（一），月旦法學教室，120期，頁53-65（2012年）（以下簡稱：許士宦，家事非訟（一））；許士宦，家事

構，是一種建構民事程序法學認識論與方法論的必要「標誌」／「標籤」（mark）；然而，如何能在這個二元結構下，運用這個具有共同理解的標籤先勾勒出問題、而又能不被標籤所侷限，進而提出不同的詮釋？作者認為，家事事件之統合處理原則與合併審理，即試圖要在這二元對立結構下，為當事人尋求在法院資源範圍內、最能適當回應其需求的處理方式[46]。而這樣的理論思考與實作，當不只是解決家事紛爭時所遭遇之「訴訟」與「非訟」二元分立論的難題，而可能是民事紛爭解決之普遍性課題[47]。

第四、民事紛爭解決的各種類型區分，為法律技術所構築、並為法律專家所使用的專業技藝，同時，於學術研究上，發展出各種不同法學理論。然而，對「非法律人」而言，「紛爭」為整體性、連續性的事件，難以即刻理解為，該紛爭必須「類型化」為財產與身分、實體與程序、民事普通法與特別法等，方能從「生活世界」進入「法律世界」，而此時法律專家的介入（例如律師與法官），造成了「法律人」之專業身分認同與「非法律人」的區別[48]。

做為一份法律人類學之研究，本文所關注的，並非家事紛爭之訴訟觀是否得以代表全數民事紛爭類型的訴訟觀；作者希望討論的主題，是以法律民族誌發展出來的微觀分析，得「以『小』（家事紛爭）喻『大』（民事紛爭）」，協助研究者對於習以為常、認為理應如此的基礎規範，提出疑問與不同詮釋。故，使用法律專家所熟

事件法講座：家事非訟之程序保障（二），月旦法學教室，121期，頁42-56（2012年）（以下簡稱：許士宦，家事非訟（二））；許士宦，家事非訟之程序保障，收於：家事審判與債務執行，頁1-44（2013年）（以下簡稱：許士宦，家事非訟）；沈冠伶，家事非訟事件之程序保障——基於紛爭類型審理論及程序法理交錯適用論之觀點，臺大法學論叢，35卷4期，頁105-160（2006年）；姜世明，只緣深陷法理迷霧中——談家事訴訟事件與家事非訟事件合併之難題，月旦法學教室，150期，頁18-20（2015年）。

46 沈冠伶（註45），頁105-160；姜世明（註45），頁18-20。

47 例如，邱聯恭（註43），頁61-146；邱聯恭（註41），頁139-154。

48 郭書琴（註12），頁191-235；郭書琴（註8），頁199-231。

悉的法律技術，對於以家事紛爭解決所挑起的訴訟法理和非訟法理在民事程序法中的內涵與實作爭議，進行法律人類學式的考察，並從中提取民事紛爭解決之共通的、基礎法學式的議題，即為本文重要論旨。

二、研究者與被研究者之界線：三種不同形式的民族誌研究

法律人類學有其注重「深描」（thick description）的研究傳統，簡言之，是將「文化」視為文本，具體地以個別事件在特定區域範圍之特定時空背景下，予以「微觀」地描寫和詮釋[49]。「深描」不僅是指書寫的具體方式，也指「民族誌」書寫的研究方法論，這是一種注重所描述對象的脈絡、同時又反思研究者書寫位置，並從「當地人」（the native）的觀點出發，了解當地人的符號系統後，經過書寫與反思，產生出屬於研究者自己所詮釋的民族誌[50]。然而，當「研究者」自己也是「當地人」的一員時，將對民族誌研究方法產生如何的影響？這樣是否還能夠被認為是合格的民族誌研究？作者認為，從「『研究者』和『被研究者』間的界線」來看，有至少三種的民族誌研究類型：

第一、研究者與被研究者間涇渭分明、界線明確。在此類型的研究中，被研究者成為「他者」。例如1920年代Bronislaw Malinowski首先以文化人類學作為研究方法，以非西方社會法律體系，進行民族誌研究，進而反思西方社會概念下的「法」的定義（anthropological definition of law）[51]。在這波思潮下，文化人類學家運用民族誌研究方法，對於「他者」所處之非西方的部落社會、與「研究者」自身所處之西方現代社會，進行比較與分析；從一般人生活中的宗教儀式、親屬制度、互惠經濟、爭端解決方式等，探

49 CLIFFORD GEERTZ, THE INTERPRETATION OF CULTURES 5-6, 9-10 (1973).
50 *Id*.
51 BRONISLAW MALINOWSKI, CRIME AND CUSTOM IN SAVAGE SOCIETY 55-59 (1985).

討非西方社會中，每一種習俗與規範（例如母權制與婚姻法的關連）相互間的影響、與其所形成的拘束力（binding force）[52]。在這種類型下，「被研究者」之於「研究者」，是一個明確的「他者」，而這種對於「他者」文化的比較研究，其認識論的基礎，實為研究者自身的文化知識體系、並伴隨對自身文化的反省。作者認為，這種同時進行描繪、分析、比較、與反思，即是民族誌書寫的特色。同時，在這第一種類型的民族誌研究中，研究者終究會結束（或暫時結束）他／她的田野，回到他／她自己的社會進行研究發表。因此，這是一種進出田野的界線明確、研究者與「當地人」之身分界線明確（如種族、語言、文化等）、研究者需要努力融入「當地人」的社群，進而書寫出具有在地觀點的人類學研究。

第二、研究者對自身文化進行研究、且研究者與被研究者共享一個外在的社會文化系統。例如美國的法律人類學者研究自身所處的西方法律制度中，因性別、種族、階級、權力、專業社群文化之差異等，對法律制度的影響[53]。在這樣的民族誌研究中，研究者的研究對象雖為自身文化，但仍保有研究者和被研究對象之間的距離，特別是如何切割何時在田野研究場域內從事民族誌觀察、何時結束田野觀察，都有比較明確的界線。例如Sally Merry很明確地指出她的法院田野觀察地點，是在美國新英格蘭地區的中型城市之地方法院（初級法院，lower court），而研究對象，為使用地方法院的美國勞動階級民眾（working classes）[54]。

---

52 *Id.*; MAX GLUCKMAN, POLITICS, LAW AND RITUAL IN TRIBAL SOCIETY 1-35, 169-215 (2d ed. 1965).

53 NADER, *supra* note 39, at 1-116; PATRICIA EWICK & SUSAN S. SILBEY, THE COMMON PLACE OF LAW: STORIES FROM EVERYDAY LIFE 1-53 (1998); Tim Murphy, *Legal Fabrications and the Case of 'Cultural Property'*, *in* LAW, ANTHROPOLOGY, AND THE CONSTITUTION OF THE SOCIAL: MAKING PERSONS AND THINGS 115, 115-41 (Alain Pottage & Martha Mundy eds., 2004); CONLEY ET AL., *supra* note 39, at 1-14, 98-128; MERRY, *supra* note 28, at 1-57.

54 MERRY, *supra* note 28, at 1-57.

第三、研究者對於自身所處的社群進行研究，故研究者和被研究者可能共享一個社群文化、或使用相同的專家語言。如美國法律人類學家Elizabeth Mertz自己身為法學教授，所進行的民族誌研究場域和對象為法學院和學生，她分析出，法學教育如何將「一般人」（lay person）「教育」為「以律師角度思考」（think like a lawyer）[55]。又如Annelies Riles將自己在美國法學院開設財產法（property law）課程時，以她所受的人類學訓練，從財產的文化意義為開端，向法學院學生說明財產被法律規範的文化與社會脈絡，導致學生認為她的教學不夠「法律」的教學歷程，成為她的法律民族誌書寫之一，並對其賦予「法律知識」（legal knowledge）的法律人類學意義[56]。此外，在田野中，也曾發生研究者與被研究者「偶然地」共享了一個身分，如容邵武1999年原本預計在台中東勢地區進行民族誌研究，但意外地遇到九二一大地震，摧毀了這個社區，使得他原本的民族誌研究者身分變得模糊。因為他與被研究者在這次地震後，共享了「災民」的身分（最實際的例如賑災食物和飲用水）；另一方面，他擔任志工，協助災民，但他也成為報導人（informant），對前來進行研究的學者專家、社工們、在地社團組織等，提供他的災後見聞[57]。又，容邵武在〈死刑戰爭：法律人類學的中介〉，也描繪了兩個田野經驗，一個是人類學家受邀參加法學專家群聚的晚宴，一個是人類學家本人應邀擔任社區大學的與談人，從這兩個田野參與經驗裡，容邵武指出，法律人類學家，在死刑存廢的辯論中，既是中介者，又是提問者[58]。

---

55 ELIZABETH MERTZ, THE LANGUAGE OF LAW SCHOOL: LEARNING TO "THINK LIKE A LAWYER" 3-29, 207-23 (2007).

56 Annelise Riles, *Property as Legal Knowledge: Means and Ends*, 10 J. ROYAL ANTHROPOLIGICAL INST. 775, 779-82 (2004).

57 Shaw-Wu Jung, *Locating Law and Governance on Unstable Ground: An Ethnography of Events after a Disaster in Taiwan*, 14 ETHNOGRAPHY 25, 26 (2012).

58 容邵武（註4），頁128-134。

從上述例子中，作者將第三種民族誌研究，稱之為一種「進出界線不明、難以結束的田野」。因為研究者與被研究者的界線，例如以種族、社群、社會文化等劃分出來的界線，在這第三種民族誌研究中，變得較為模糊。同時，這第三種取向的法律民族誌研究之研究對象，已經不是一個單一被研究者的個人生命史[59]，也不是對一個與研究者不同之特定族群、在特定時間內完成參與觀察的法律人類學研究[60]。在這第三種取向的法律民族誌研究中，研究者與被研究者共享的語言、身分、社群文化等，以及研究者的多重身分，共同編織成法律民族誌的內容。而這樣的民族誌研究，並非一個得以制式說明謂由某一引介者何時引介進入田野，也不見得是一個在進入田野之後，有明確時間進行約談、並在約談前進行簽署研究同意書那樣制式化的研究方法與田野狀況。故，作者認為，關於研究倫理之「知情同意原則」，「臺灣人類學與民族學學會倫理規範」之「2.1.2.知情同意原則」正彰顯了這種人類學的民族誌研究中，研究者與被研究者之倫理關係與身分「界線」的特殊性：「人類學對於當事人的知情同意，不限於簽署制式『知情同意書』，而是更為強調動態且持續不斷的溝通過程。此過程隨著研究進行展開，隨時可能需要調整，並藉由不斷與研究對象的對話及協商來達成。……原則上，人類學的田野調查方法顯示，能夠進入社區並為當地人所接受，亦可能為一種同意形式。[61]」

三、「法學知識生產鏈」作為一個田野

本文既始自對家事紛爭的現場觀察，以及身分法（包含實體法之民法親屬繼承編與程序法之家事事件法）之教學與研究經驗，作

59 例如Marjorie Shostak從單一「!Kung族」女性Nisa之個人生命史的民族誌，以微觀的敘事型態，闡述「!Kung族」的文化特性之文化人類學研究。*See* MARJORIE SHOSTAK, NISA: THE LIFE AND WORDS OF A !KUNG WOMAN (1981).

60 MALINOWSKI, *supra* note 51, at 55-59; GLUCKMAN, *supra* note 52, at 169-215.

61 見臺灣人類學與民族學學會倫理規範，http://www.taiwananthro.org.tw/academic-ethics（最後瀏覽日：2016年9月15日）。

者將這份法律民族誌工作的田野，總稱為一個「法學知識生產鏈」[62]的田野。在這個田野中，粗分為兩個領域：一是以法院的家事調解機制為中心，包含家事調解室內的調解委員的角色、以及身為法院家事調解機制之一員的結構性位置。二是身為法律學術社群之一員，對參與專業社群的學術生活所得的經驗事實，理論分析為本件法律人類學的研究論文。因此，這是一個難以明確區分何時進入與何時結束的田野。對於以法院的家事調解機制為中心所進行的民族誌研究，作者說明為以下兩點：

一、作者認為，身為家事調解委員的保密義務應高於研究需求[63]。同時，在家事調解場合中，這是「活生生的當事人紛爭」。調解委員的角色和任務，是在一到兩個小時內，全心專注在當下的當事人與關係人的各種情狀，調解委員的注意力需集中在：如何傾聽當事人、如何協助當事人認清現狀、提供當事人專業法律建議、以便兩造進行協商、達成調解方案。因此，作者認為，「家事調解委員」與「研究者」之「深度訪談以便收集資料」之雙重角色，完全不宜合併進行。因為，家事調解委員與當事人間會談之目的，不在於讓調解委員進行研究，而在於為當事人謀求達成雙方均可接受的調解方案。而法律人類學的研究者之民族誌工作，旨在於使研究者更加了解「在地文化」、了解「他者」。故兩者目的顯然不同，很難在一個場合中，合併進行兩種工作。

二、但是，作者身為第一線的地方法院家事調解委員的經驗，對於作者身為一位研究者與教學者，確實產生重大影響。如何將這樣的影響，呈現在研究論文中？作者認為，如以「非家事調解委

62 郭書琴（註15），頁40-45。

63 見臺灣人類學與民族學學會倫理規範之2.3.對同行的要求：「人類學者參與跨學科的合作研究時，應理解人類學與其他學科的專業倫理要求；若不同的專業倫理要求之間有所衝突時，應以其中較高的倫理標準為依據。」http://www.taiwanan thro.org.tw/academic-ethics（最後瀏覽日：2016年9月15日）；又見民事訴訟法第426條、家事事件審理細則第60條之調解委員之保密義務。

員」的身分參與觀察，並非長久之計，也無法對法律技術、法律文件、與法律機制的各種細微之處，有深刻的體會。例如：作者身為機制內正式被授予聘書的家事調解委員，每年需要滿足受訓時數的要求，而且會被寄發各種通知，通知上一再提醒、載明要求要滿足這些受訓時數。但作者常身為該類課程的演講者，此時，對作者與對機構來說，如何要求作者也一體適用滿足這些受訓時數？當作者親身體驗這些細小的技術問題時，正切切實實地經歷了似乎只有「正式進入體制擔任家事調解委員」，才得以獲取對於整個體制的細部技術的了解和經驗；同時，這使作者得到不同於以「法學專家學者」身分參與司法實務的經驗。

作者認為，這些經驗有被描繪、並理論化分析的必要。因此，要如何平衡（一）家事調解委員的保密義務、（二）確保研究倫理、（三）促進學術研究發展，這三個目標下撰寫研究論文，接受審查並公開發表，就成了本文在研究方法上一個深刻的難題。為了解決這些難題，作者選擇了以三則虛擬的多聲道法律的故事，呈現作者本人作為調解委員兼法學教授的多重角色與反思[64]。這些敘事和反思所對應的，並非是單一當事人的生命故事，而是以作者身為整體法學知識生產鏈之一員，收集作者在不同場域的多重位置經驗，用「將法律（特別是關於民事程序法之家事紛爭）作為一個文化現象」之法律人類學認識論與方法論，對這個「文化現象」進行描繪與討論，但並未選取一個具體特定人物或事件進行「深描」，而是以較為廣泛地描繪當事人在紛爭中的多重面貌、並如實呈現作者的多重角色。

64 在這三則故事中，作者代號為「調解委員K」。

參、多聲道之法律的故事三則

一、故事與命名

「法律適用過程，在於發現於具體案件可資適用的法律規範。此項規範，或為法律，或為習慣法，或為某項法律規定的類推適用。在此種法之發現的過程中，必須不斷的來回穿梭於法律規範與案例事實之間，由案例事實，探尋法律規範，由法律規範認定事實，進行涵攝的工作。[65]」這個「從抽象到具體，從具體到抽象」是每一位從法律人在學習法律的過程中，所必備的法律技術之法律適用與案例事實之間的來回穿梭比對。如果說，「具體案件可資適用的法律規範」即為「釋義法學」之主要成分，則「具體案件」需要描摹到何種程度堪稱「具體」？法學文本中常見的「實例」，屬於「具體事件」嗎？例如，學者王澤鑑所著《法律思維與民法實例》一書中，編排了大量為協助學習者嫻熟特定單元的法條所設計的「實例」。例如「遺留於病患體內的手術紗布」:「某甲患直腸病變，住進乙財團法人醫院（簡稱乙醫院），由丙主治醫生開刀，因重大過失遺留一塊手術用紗布於甲的體內。甲出院後，深感不適，經丁醫院數度檢查，始開刀取出體內紗布，甲痛苦不堪，並支出醫療費用五萬元。甲向乙醫院及丙醫師請求損害賠償時，乙醫院提出甲所書立:『對於任何事故，醫院概不負責』的手術志願書，而拒絕之」之實例，該實例脈絡輕簡、旨在協助學習者嫻熟關於民法契約責任與雇用人侵權責任之構成要件如何運用在解答「實例題」[66]。作者認為，這一類的實例題，不涉及當事人之背後脈絡的題目設計方式，對亟需嫻熟法律技術的法律系學生而言，實屬必要，而這樣的訓練，也是釋義法學的基礎入門。然而，當法律專家已然嫻熟此等解題範式之後，自然會接觸到，社會上真實的紛爭現

65 王澤鑑，法律思維與民法實例，頁241-242（2010年）。
66 王澤鑑（註65），頁373-381。

場，與當事人的選擇、行動、和最後解決方案，絕非如此單純[67]。本文以下所描摹的「法律的故事」，主要以作者所從事的法律民族誌為研究方法所收集的資料，為故事的基礎，該三則故事均以離婚（或瀕臨婚姻關係解消）為紛爭之始點。作者如此設計的用意為：雖家事事件種類甚多，而離婚的確為其大宗，且婚姻關係因離婚解消，其所涉及的不僅為雙方當事人，亦常有「關係人」[68]以其法律上權利義務關係、或經濟、或情感等關係，牽連其中，實質地影響了家事紛爭解決方案與結果，例如兩造所生之子女之權利義務，或兩造夫妻之原生家庭成員等。

在這些故事中，作者選擇不對當事人命名，而以甲乙丙丁等代號稱之，有以下四點原因：

一、本文主旨並非對於某個特定的研究參與者，進行其個人生命史式的法律民族誌研究。故，作者認為，為避免當事人與關係人的名字，干擾本文整體寫作主旨，故選擇不對之命名。同時，作者認為，故事中的當事人是否被命名，並非作為一份法律民族誌研究與否的判斷標準[69]。

二、從社會學觀點來看，姓名，實具有特定文化與社會意涵。社會學學者李廣均指出，男女兩性名字各有不同的意象，男性名字

67 臺灣法學界進來也注意到「案例」或「敘事」的重要性，故在法學論文中所呈現出的敘事，與以上述「實例」解題範式相較，增加了對當事人的社會、文化、性別等面向的觀察，見陳惠馨，法律敘事、性別與婚姻，頁1-5、94-99（2008年）；王曉丹，案例教學與批判性法學訓練——以大學校長遴選案為例，月旦法學雜誌，168期，頁122-137（2009年）。

68 「關係人」不僅在家事紛爭解決佔有重要地位，在家事事件法規定中，也被賦予與向來民事訴訟法之「參加人」不同的程序保障地位。見許士宦，家事非訟（一）（註45），頁53-65。

69 不對敘事中的當事人命名者之法律人類學研究，如容邵武，文化（註39），頁57-104；容邵武（註13），頁123-158。而選擇對敘事中的當事人命名，其文章主旨某程度具有為該族群發聲、並以「名字」予以讀者關於當事人之經濟、階級、社會處境之一定印象之論文，如郭書琴（註12），頁191-235。

多數彰顯對個人品德學識和對國家事務之重視，而女性名字則以形容感覺或花草玉佩裝飾物為主[70]。故，姓名並非是一種客觀中立的辨識標誌，而是一種具有特定意識形態的建構[71]。因此，命名，隱含著書寫者對研究對象之予以定位的權力，且命名與否並不影響本文主旨，故以甲乙丙丁等代號為之。

三、作者認為，這些家事調解室內所發生的故事，雖當事人與關係人的職業、年齡、學經歷、經濟條件、社會階級等，均各自不同，但這些情節與當事人的策略與行動，卻常見且一再重複於不同當事人。因此，本文使用甲乙丙丁等代號，更能凸顯出，這些故事情節，可能橫跨不同社會階級，普遍性地存在。

四、前述已然提及法學教科書中之實例，正是使用甲乙丙丁或XYZ等代號，其目的不在於讓讀者思考個案的社會條件差異，而在於讓讀者嫻熟該實例相關的法律技術[72]。但作者選擇了僅承繼法學教科書之使用甲乙丙丁為當事人之代號，而另以法律民族誌的書寫方式，來豐富這些代號背後的當事人間之法律脈絡，也顯現了本文具有法律學者與法律人類學者之雙重觀點的學術認同。

---

70 李廣均，男人的名字和女人的名字：以「國家考試金榜題名錄」中民國六十五年至七十四年考試及格人員為例，女學學誌，13期，頁219-230（2002年）（以下簡稱：李廣均，男人的名字）；李廣均，志明與春嬌：為何兩「性」名字總是有「別」？，臺灣社會學，12期，頁1-67（2006年）（以下簡稱：李廣均，志明與春嬌）。

71 李廣均，男人的名字（註70），頁219-230；李廣均，志明與春嬌（註70）頁1-67。

72 王澤鑑（註65），頁373-381。

【故事一】協議離婚後的難題

（一）夫家的不滿

甲男與乙女自幼相識，住家僅隔兩條巷道。雖兩人一直上同一所國中、小學，但兩人近三十歲始結為連理。婚後乙女與甲男全家同住，三代同堂。甲男為遊覽車巴士司機，乙女在食品加工廠上班，婚後育有一子A子，現年三歲。夫妻婚姻期間，頗多齟齬，且休假時間很難安排在一起。而除彼此間因細故爭吵之外，也常因雙方原生家庭成員的一些摩擦，擴大為夫妻間的嫌隙。例如甲男向乙女的弟弟丙男借錢3萬元，未如期攤還，但甲男認為自己曾把摩托車無償借給丙男使用，丙男酒後摔車，致該摩托車毀損不堪用。甲男認為這樣就已經算是清償借款了，而且他都不跟丙男計較了，丙男還反咬甲男欠錢不還。又如乙女生產後，抱著A子回娘家坐月子，引發甲母不滿，說乙女已經是出嫁的女兒，但天天往娘家跑，很後悔兒子娶這種厝邊鄰居，因為娘家太近，所以才會跟婆家不親。乙女聽到甲母講這些話，情緒激動，與甲母發生拉扯，使甲母跌倒在地，於是甲母因此對乙女向法院聲請家事保護令。

在這次事件之後，兩家人更加勢同水火，加上親戚鄰居等，也住在附近，把這兩家人的爭吵，當作話題。這些周邊狀況和壓力，讓甲乙決定協議離婚，並約定A子由兩人共同監護、但主要由甲男扶養、並由甲母負責照顧。乙女則搬回娘家居住、且乙女需每個月支付5,000元扶養費予A子、甲男同意乙女每月可回來探視A子兩次、也可以帶A子回乙女家過夜。

豈料，兩人協議離婚後，常因為了安排與A子會面交

往的時間和方式，有所爭執。因甲男與乙女互不通話，僅以簡訊聯絡何時乙女會來接A子。但甲男往往表示，自己也不確定何時接A子比較適合，因為A子都是甲母在帶。而甲母與乙女發生肢體拉扯糾紛後，彼此就不再講話。同時，甲男在聲請狀內陳稱，乙女娘家環境髒亂，導致幾次A子跟乙女會面交往之後，不僅容易哭鬧，讓甲母很難帶，也發生過接回來甲家之後，A子腸病毒或感冒等症狀。甲男還在聲請狀內一一條列說明，乙女娘家家人皆教養甚差，例如乙女的弟弟丙男個性衝動，常酒後鬧事。而且，乙女常在甲家附近騎腳踏車繞圈圈，看起來很像在窺探甲男家裡動靜。故甲男和甲母覺得乙女可能想藉機偷抱走A子、或是窺伺甲男是否另交女友。

故甲男希望法院裁定減少乙女與A子之會面交往次數，甚至在A子健康恢復穩定前，乙女暫時不要來看A子。除此之外，甲男並向地檢署提出告訴，主張乙女的弟弟丙男毆打甲男，目前該起傷害案，已由檢察官受理偵辦中。甲男主張，丙男不請自來、闖入甲男家中，說要為姊姊出一口氣、教訓甲男，並仗酒意，將甲男毆打成傷。

（二）妻與娘家的怨懟

乙女收到聲請狀後，對上面指控自己和自己娘家家人的字句感到非常憤怒和冤枉。乙女表示，甲家家人也不見得學歷多高尚，還這樣瞧不起人。自己的弟弟丙男是因為看不過去姊姊、以及自家家人被人看輕，才會給甲男一個教訓。因為甲男一再出言辱罵挑釁，丙男才會出手打甲男，但甲男也有還手，丙男也受傷不輕。

此外，乙女認為，聲請狀上面所寫的，不僅不實在，還把她描寫為一個精神異常的女人、在甲家附近亂繞，這

些都是甲男的惡意毀謗。乙女下班路線，原本就會經過甲家，所以並非故意在甲家繞圈圈。何況，乙女認為，每次要跟A子見面，都遭到甲男和甲母刁難，例如簡訊上呈現「已讀不回」狀況，或是很難「橋」時間，所以乙女身為母親，騎腳踏車趁甲母帶A子散步時，遠遠看一下小孩，也是為人母的人之常情。

另外，乙女發現甲男可能已另交往女友，A子曾告訴她，爸爸和阿嬤問他叫一位阿姨「媽媽」好不好啊。乙女認為自己始終是A子的親生母親，怎麼可以讓A子叫別的女人「媽媽」。乙女認為，自己和甲男婚姻難成，都是因為甲家人沒來由地看不起乙家人。乙女說，自己當初實在不應該因為彼此從小認識、兩家人也都彼此認識、住得近，就在三十歲前之適齡婚期倉促決定結婚。

最後，乙女表示，既然甲男要提出酌定會面交往之聲請，那她要提出聲請改定監護權，因為甲男本人並未親自照顧小孩，親子關係淡薄，甲男都把孩子丟給甲母。而甲母有高血壓且年紀大了，還要同時照顧甲男的哥哥離婚後留下來的兩個小孩，因此乙女主張自己要單獨行使對A子的親權。

（三）調解委員的處理

調解委員K（下稱調委K）這次被分配到的調解室較為寬敞，有兩座三人沙發給雙方當事人坐，一個寬大的茶几，和一座單人沙發是調委K的座位。調委K閱卷後的印象是，甲男和乙女既然為從小認識的鄰居，彼此原生家庭住得很近，從兩人在卷宗內所陳述的狀況看來，原生家庭對甲男和乙女的婚姻，有很大的影響。因此，既然雙方原生家庭有家人陪同前來，先當面了解一下當事人和這些關係

人間的互動，對整件紛爭會有更加清楚的印象。所以當法院志工進來問調委K，可否讓雙方當事人的家人都一起進入調解室，調委K表示可以。

於是，調解室內進來了6個人。甲男這方除了甲男之外，甲母牽著三歲的A子、還有甲男的舅舅（甲舅）也都來了。乙女這方則是乙女和乙女的哥哥（乙兄）一起出席。連同調委K，一共6人，把調解室坐滿了。雙方靜默無語，只有三歲小朋友A子的嗚咿之聲，甲母先發言說，我們沒什麼好講的，就是叫她（乙女）不要來騷擾我們就是了，然後抱起A子自行迅速地離開調解室。甲舅接著解釋說，甲母有很多辛酸，她先出去也好，她不想再看到這個媳婦了，算我們這邊看錯人了，因為甲男比較老實，不會講話，所以我今天陪同甲男來幫他講話。

卷宗內只有甲男的聲請狀，乙女並沒有答辯狀，因此調委K先向兩位當事人確認他們的請求，特別是向乙女確認她以口頭提出的請求。此時，甲男很乾脆地說，我沒有什麼好講的，我都寫在上面（聲請狀）了。輪到乙女發言時，甲男則時而冷笑，甲舅也在一旁頻頻嘖嘖做聲，表示反感。調委K一方面有時間壓力，一方面覺得兩造和原生家庭成員，實在不適合共處於同一空間內，這樣將無法有任何可行方案產生。於是提議使用「隔離調解」，亦即由調委K單獨與甲男會談十分鐘，之後與乙女單獨會談十分鐘，調委K希望甲男與乙女在沒有原生家庭成員在場、也不用面對彼此的狀況下，試圖多了解一些甲男與乙女的真意，而從中找到達成調解的平衡方案。

當只有甲男與調委K會談時，甲男明白表示，這個婚姻是錯誤的，他希望乙女儘量不要出現在他和他家人的生

活中。乙女常常在他們家周邊繞，這不但讓他和甲母都覺得很煩，而且他們懷疑乙女的身心症又發作，才會這樣。

調委K告訴甲男，無論如何，乙女是孩子的媽媽，這個關係是割不斷的，法律規定，乙女就算沒有和孩子一起住、或不是孩子的親權人，媽媽還是可以看小孩的，這是法律保障的。甲男忽略調委K的說法，一直強調，他媽媽（甲母）很疼孫子，舅舅也住在隔壁，雖然自己工作忙碌，沒時間多和小孩相處，但他相信，他們家提供的環境，一定比乙女那邊好。因為乙女的弟弟是「兄弟」，加入黑道。他不希望自己的孩子在那種家庭長大。既然現在乙女提出聲請單獨行使A子親權，那他也要加上這個請求，請法院把孩子親權單獨判給他。

調委K判斷甲男態度強硬，且時間有限，只有一個半小時可以協助這對「前」夫妻。為了表示公平，在與甲男的十分鐘單獨會談結束後，請甲男先在外面等候，由調委K單獨與乙女會談。乙女表示，自己的弟弟雖然脾氣不好，很衝，但人很好。現在甲男為了這種小事，就來告刑事，這很過分。而且乙女認為，甲男家人一向都「來這套」，連之前婆媳吵架，其實也沒有什麼大不了，就偏偏要鬧上法院聲請保護令，乙女覺得，甲男和他的家人，都不好好溝通，一點點小事就要上法院，然後在訴狀裡面把很多以前的家庭小事，放大來寫，白的說成黑的。

乙女情緒比較激動，講了將近二十分鐘。調委K判斷，本件今日絕對無法協商出任何可行方案，因此就讓乙女多傾訴一點時間，特別是乙女說到，這幾次和A子會面交往，都只能在甲男家的騎樓，夏天好熱，沒有冷氣也沒有電扇，小孩根本和媽媽講不到三分鐘，就開始哭鬧煩躁

了。然後甲男又不讓乙女把小孩帶出去玩，例如去逛逛大賣場吹冷氣，也不讓小孩跟乙女回家過夜。

在乙女講的差不多之後，調委K把甲乙兩造請進調解室，宣布兩造意見差距過大，本日調解不成立，但建議雙方在下次法院通知的續行調解（下稱續調）期日之前，嘗試多信任對方，友善地試行幾次乙女和A子的會面交往，如果這幾次都可以順利，那麼未來的續調，可能比較容易產生雙方可以開始討論的協商方案。甲乙離開後，調委K還來不及思考剛剛的處理是否適當、也來不及想清楚該如何化解「甲男不願意再讓乙女出現在他的生活中」、「甲乙兩人目前都沒有能力看清（或處理）原生家庭對自己婚姻的巨大影響、反而非常依賴原生家庭」這兩個狀況，調委K又得趕緊閱卷，因為下一個調解事件的當事人將要在十分鐘後進來了[73]。

73 每次一個調解期日大約進行一個到一個半小時。一個上午，調委K得處理兩個調解事件。如調解成立，雙方製作調解筆錄，時間會拖更久，因為雙方當事人在製作調解成立筆錄時，往往必須把剛剛調解成立之事項，轉化為更加具體、細緻的法律語言，並經過司法事務官與法官確認，才得以正式成立（民事訴訟法第415條之1第4項、第5項、第6項；家事事件審理細則第54條第1項參照）。在這個轉換過程中，當事人常在此時，會對之前已經同意的調解方案，產生疑惑或其他假設性問題或甚至又開始爭吵，例如是否放棄剩餘財產分配之請求、是否依照法院文書例稿設定之與子女的會面交往方式等等。因此遇到這種製作調解筆錄時的當事人情緒變化加劇、幾乎要推翻原協議並又快要就重複爭點爭吵時，調委K必須一再地交替使用生活語言和法律語言，跟當事人反覆說明。故調委K所經驗到的，大多數調解筆錄成立所花費的時間，經常比簡單宣布調解不成立所花費的時間更長。

【故事二】訴之聲明的另一種意義

（一）等待丈夫回家的丁女

丁女與戊男結婚七年，育有一女B女，現年五歲。丁女婚後即與戊家公婆同住，三代同堂。然戊男在兩年前離家出走，少有音訊，手機簡訊都不通。一年前曾回家拿衣服雜物等，在家裡卻沒待上半天，拿了東西就馬上走了。

丁女請求法院命戊男給付B女扶養費每個月3,000元至B女成年、並返還予丁女兩年來對B女墊支之扶養費至今合計7萬餘元、並請求自戊男離家後，丁女每月代替戊男奉養公婆、所付出之每月1萬元扶養費用，至今合計共24萬元，此外尚有戊男對丁女應負之家庭生活費用與履行夫對妻之扶養義務，每月1萬元至今合計24萬元。在調解過程中，丁女數次表示，自己會發動這些訴求，完全是希望藉此提醒戊男為人子、夫、父的責任，希望戊男收到起訴狀之後，能出來溝通，並早日返家。丁女並強調自己並不想真的拿到這些錢，其實自己辛苦一點也可以撐過去，這個對戊男的「提告」，只是一個「提醒」而已。丁女表示，她很清楚，戊男一下子也拿不出這些錢，而且就算戊男有錢應該也不會拿出來。但是，丁女哭泣且激動地表示，自己觀念保守，注重家庭圓滿，絕對無法接受離婚，對戊男也還有感情。然後，丁女說她不曉得自己除了目前這個家，還有哪裡可以去，所以不管戊男是否辜負她，她都甘願忍受，願意守在家中，為戊男盡到照顧家中老小的責任，侍奉公婆、照顧小孩，等戊男回頭。

當丁女面對著戊男，正在哭泣訴說、並且情緒激動地向戊男表示：「為什麼夫妻見面，還要寫訴狀你才來？我做

錯了什麼？」戊男面無表情，眼神放空。當調委K針對丁女的請求，一一確認，特別是在確認請求金額時，戊男聽到這些金額共計55萬元，哼哼冷笑了幾聲，但仍舊保持不語。

（二）調解委員的難題

在這次調解尚未開始前，調委K讀過卷宗發現這已經是第二次調解期日。而第一次調解期日僅有丁女帶著五歲的B女前來法院，戊男缺席，由其他調解委員進行調解，因為一造未到，因此調解不成立，法院再次通知續調，由調委K擔任本次調解，所以這是調委K第一次見到丁女和戊男，而這次B女未陪同母親丁女前來。調解室內就3個人：神情哀傷無奈的丁女、沒有表情的戊男，和調委K。顯然這次又要使用「隔離調解」，因為調委K判斷，戊男暫時不想在丁女面前講話，更不用說要進行協商了。

當調委K與戊男單獨會談時，戊男仍舊面無表情，說他無所謂，反正自己對丁女沒有感情了，戊男並表示，丁女請求這麼多錢，就算法院判決自己敗訴，自己目前無業，借住朋友家，根本無法負擔。說到這裡，戊男的表達趨於強烈和堅定，他說，丁女這樣搞，只是讓他們原有的婚姻惡劣狀況搬上檯面而已，反正他想離婚想很久了，這樣告他，他剛好順便提離婚，把這一切在法院結束掉。B女他養不起，也沒時間養，但反正爸媽六十歲初頭，身體還算健康，家裡住的房子也是爸媽名下的，爸媽應該可以幫他養小孩。至於丁女，戊男說，她愛怎樣就怎樣，反正我是不會回到那個家的。

戊男說，他早就打聽過了，可以用兩人個性重大不合，而且分居很久，向法院請求裁判離婚。戊男一反先前

漠不關心的表情，有點氣憤地表示，丁女對他提告，「演這一齣」，正好可以證明丁女跟他難以溝通，他覺得要是他提出離婚，不見得會輸。調委K問他，是否知道如果要用個性重大不合請求離婚，需要是對婚姻失敗責任比較小的那一方，才能提出？那現在戊男離家兩年，這要說服法官可能有點困難。調委K把桌上的法條翻給戊男看，戊男認真抄下法條條號，然後說，他會再去問朋友。調委K又問他，為什麼不要回到那個家？戊男說，他覺得父母都只聽丁女一面之詞，跟她（丁女）相處，壓力很大。然後話鋒一轉說，反正她這次跟我要的錢，我沒有能力付，看法官要怎麼判，我都隨便，反正我也沒有錢。

結束與戊男的會談後，調委K單獨會談丁女。丁女一開口就很關心地問，他（戊男）怎麼說？調委K回答，他對於請求的金額，覺得自己能力不足，付不出來。丁女嘆氣說，我也是沒辦法才會走這條路，手機也打不通，聽朋友說，他好像在Z鎮工作，我去找，也沒找到。只好想說告告看，說不定他看到法院通知，就會出現。丁女接著說，我也知道，「相告沒好話」（訴狀寫的話，一定都是指責對方的話），他（戊男）看了應該會更怨我吧。調委K告訴丁女，既然我們進行的是調解程序，任何協商方案都可以談談看，例如，妳真的要請求55萬那麼多嗎？如果對方願意給一些錢，但對方也要求要和妳離婚，妳願意考慮看看嗎？或是，妳還是希望待在婚姻裡？你們夫妻都還很年輕，目前這種互不聯絡的分居狀態，妳也很不好受吧？這次他（戊男）好不容易出現了，要不要趁這個機會談看看，是分還是合？丁女聽到這樣，情緒開始出現，有點激動地問調委K，如果他要離婚，法院會判他贏嗎？丁女說，對這個家，我真的很努力，我不想離婚。調委K只得

回答，如果戊男要提出裁判離婚，勝敗很難講。丁女頹然。

調解時間已到，本件今日無法達成調解。在「調解過程紀錄表」上，調委K遲疑著，該勾選「建議續調」嗎？本件今日已經是第二次續調了，看來期待戊男參與調解程序、好好地跟丁女討論的可能性很低。那麼，是否為「無續調之必要」、不用再排第三次續調期日，以免浪費當事人時間勞力，也浪費調解資源呢？依丁女的表現看來，在法院所進行的調解期日，成為她唯一可以看到戊男的機會；而且在法院配備家調委員的人力資源協助下，應該有助於雙方在一個相對於訴訟較為氣氛緩和的空間，讓兩造討論婚姻難題與現在的分居狀況如何解決。但調解資源有限，丁戊之婚姻沈痾難治，當事人對於共同生活的意欲差別甚大，當事人是否應該更加自主地解決婚姻問題，而不是以起訴來達成「尋人」的目的，或是透過法院的有限資源來進行婚姻諮商呢？法院對丁女來說，究竟是怎樣的存在呢？調委K寫完本件的調解過程紀錄表後，最後決定勾選「本件無續調之必要」。

【故事三】躲在律師背後的缺席當事人

（一）不明就裡的庚女

被告庚女，國中畢業，在鄉鎮基層公務機關當工友，工作堪稱穩定。十年前與前夫己男協議離婚，而C子D女則由己男監護與其同住，目前均各為十七歲與十八歲，已自行半工半讀於高職夜校。某日，離婚後從未聯絡的己男，起訴請求庚女應給付兩名未成年子女之扶養費，每月每人

各5,000元，直至兩名子女成年，並合併請求過去己男代為墊支之相當於子女扶養費之不當得利，每月以1萬元計，請求庚女共計給付90萬予己男。庚女收到這樣的起訴狀，感到委屈與不解，於鄉鎮市調解委員會所進行的兩次調解期日，庚女均和兩名子女共同出席，但己男均未出現。法院調解期日，己男也沒有出現，而委由辛律師出席。

庚女在這三次的調解期日，重複訴說自己對被起訴感到委屈與不解，並陳稱前夫己男比自己聰明很多，自己一直很聽他的話。當初協議離婚，是因為己男說，己男公司對於單親離婚的家庭，有較為優惠的補助金制度，所以為了得到這筆補助金讓己男可以發展副業，作點小生意，除了多賺點錢，也可以還債。於是庚女同意辦理「假離婚」，於是兩人在己男的代書朋友處，簽下離婚協議書。而且當時己男還很得意地告訴庚女，因為自己和這位朋友的好交情，所以才能在這種一般人已經下班的晚上十點多，也可以找到人來辦離婚。這份協議書的記載很簡略，僅載明兩造同意離婚、兩名子女與己男同住，庚女依其能力分攤扶養費用。兩人簽字離婚後不久，己男則以工作為理由，帶著兩名子女離家另覓住所，從此未與庚女聯絡。庚女始終不明就理，還自己合理化地想，可能己男在外面欠了錢，不得不離家躲避追討。

離婚之後過了兩年，庚女與C子D女取得聯繫，兩名子女告訴庚女說，己男常不在家，說他出門和朋友一起做生意，然後就十天半個月沒有回來，自己的學費生活費都是靠打工來的。庚女經濟能力有限，偶而給兩名子女1,000到3,000元左右的小紅包。最近庚女收到起訴狀之後，與子女們商量後，子女們都表示希望能跟母親同住，並要母親提出反請求，改定兩名子女親權由母親單獨行使。

(二)無法發揮功能的調解期日

法院志工帶著庚女和辛律師進入調解室。辛律師可以提供的資料非常單薄,他說,己男向法律扶助基金會請求法律扶助,而自己是在調解期日的前一天下午才接受委任,沒有時間充分準備。辛律師一再反覆地說己男提供的資料為:庚女都沒有盡到扶養義務,都是自己單獨扶養兩名子女,所以要請求庚女返還相當於扶養費的不當得利。而且,己男還電話告訴辛律師說,自己在外地工作,不能請假,不然會被扣工資,所以沒辦法來。

除了一張當年的離婚協議書的影本之外,庚女並沒有準備任何答辯狀,調委K僅能就庚女口頭所述和一張非常簡陋的離婚協議書,請庚女把當時離婚的梗概說明清楚。調委K看著這張手寫字體歪歪扭扭的離婚協議書,在庚女和己男的當事人欄,用的還是按捺指印,可以想見當時的狀況或許倉促。此外,庚女向調委K表示,因為C子D女今天都去打工,沒有辦法陪她來。而且子女們說,之前在鄉鎮市調解時,已經陪她兩次了,這次到法院,她應該可以自己表達了,所以子女們就以打工賺錢為優先。

調委K想到,這個簡陋的離婚協議書,實在是製造未來紛爭的根源,所以任何契約都得設想各種狀況,法律技術的存在,並非只是製造「法律人」與「非法律人」溝通的障壁,而確實是一種「預防紛爭」的關鍵技術。這種一般社會人民對於各種協議書之「因陋就簡」,導致後來紛爭不絕的狀況,應該很適合帶到調委K的課堂上跟同學分享。而這個心得,對調委K來說,或許是這次調解期日,最大的意義。如果沒有這個對調委K,其同時身為法學教育者之收穫重大的心得,或許這將是一次對今天到場的三

個人（庚女、辛律師、調委K），欠缺實益、無法發揮調解功能的調解。

理由是：就關係到未成年子女之調解事件，原本應以未成年子女的利益為最優先，但本件的兩名子女，已經是十七八歲的、具有社會工作經驗青少年，還懂得與母親商量、幫母親想對策。他們並非合致於想像中的「需要保護的未成年子女」之形象。就所謂「弱勢」的當事人而言，從庚女學經歷、經濟能力、表達能力來看，雖其不擅言詞，但經過前兩次鄉鎮市調解程序的「練習」，這次她自己已經可以將自己的意願和請求表達得很清楚。而己男之「經濟弱勢」雖經法律扶助基金會「認證」，法扶基金會還替己男找了位臨時上場的委任律師，但從庚女所敘述的故事來看，己男真的是「弱勢」嗎？己男在鄉鎮市調解程序，躲在書狀背後；在法院調解程序，躲在辛律師背後，並且辛律師轉述，己男說，自己在法律上絕對站得住腳，無需調解，也不用再排續調，一切到法庭上再讓律師去說。

調委K結束這次期日的感想是，似乎家事調解的立場與態度，如家事事件審理細則第52條：「調解時應本和平懇切之態度，對當事人兩造為適當之勸導，就調解事件酌擬平允方案，力謀雙方之和諧（第1項）。參與調解程序之人員，應以具性別平權意識，尊重多元文化之語氣進行調解（第2項）。」這些立法政策和調解機制幫當事人所準備的資源，在本次期日中，全然無法發揮功用。然，己男所發動的程序、所請求的法律扶助，卻又完全適法，整個程序沒有不啟動的理由。

二、從「法律技術」觀點出發的法律與社會分析

（一）田野中之雙重角色對本文的意義

承上，在多聲道之三則法律的故事中，本文已經呈現了具有法律專家背景擔任調解委員、同時又具備法學研究者身分之多重角色的問題。在此「從『法律技術』觀點出發的法律與社會分析」之目的有二點：

第一、作者希望同時呈現自己具備部門法律訓練、與法律人類學研究背景，用法律技術語言，將調解委員的身分抽離，對學術研究論文的知識社群進行學術論理。作者認為，這樣的論述方式呼應了以「法律技術」在「法律與社會分析中探求『法律』」[74]。亦即，作者在此，一方面探討「法律技術」對於家事紛爭解決的影響；一方面藉由這樣的法學專家式的說理，將上述累積的方法論和認識論，引入部門法律，試圖提出不同於釋義法學的詮釋並展開對話。

第二、作者抽離家事調解委員角色，而單純以法律專家身分進行論理，是一種爭取身為部門法律專家的專業學術社群之身分認同的必要，否則，除了可能將落入「輕法律」、「重社會」之研究窘境外，還可能使得法學專家念茲在茲的「解決問題」（problem-solving）取向之法學研究目的落空，並涉及研究者的自身法律專業學術身分認同之失落，且使法律與社會研究失去被認可為法學研究之正當性；而導致前述的民族誌工作和法律的故事，僅淪為純粹的故事，而被認為無益於對具體問題提出解方。

---

74 Cowan & Wincott, *supra* note 16, at 1-21; Riles, *supra* note 16, at 257-64.

（二）法學專家式的探討與分析

關於【故事一】：從法條適用觀點來看，【故事一】屬於家事事件法第3條第5項之戊類事件，亦即家事非訟事件，應適用非訟法理。然而，本件如何貫徹「統合處理」、「紛爭一次解決」？作者認為，縱使協助人民獲得圓滿安定的家庭生活之家事事件，屬於國家對於人民之積極義務[75]，然當事人間因兩造原生家庭對婚姻、離婚均涉入甚多，離婚後也常因各自原生家庭情況，帶入離婚後的當事人情緒間，時時產生爭執，且兩造當事人原為鄰居，住所甚近，經常可以聽聞到對方動靜，彼此相處難以跳脫原來的負面模式。此時，本件關係人未成年人A子暫無流離失所之虞、亦無人身急迫危險，而當事人甲男與乙女長年溝通失調，只能以現代之「權利語言」代入自己家庭生活失序、且缺乏溝通之困境，請求法院為其解決這些難題。本文藉由這個故事，希望指出：兩造當事人間的難題，並非發生在協議離婚之條款是否適當、亦非發生在法院對彼等所為之裁定是否正確；作者認為，本件的難題在於，當事人一直利用法律（法院）來處理雙方沒有能力解決的「離婚後家庭」（post-divorce）的問題[76]。亦即，作者認為，當事人已經協議離婚之後，法院所要協助當事人處理的並非法律爭點，例如：實體法之民法第1055條、1055條之1「未成年子女最佳利益」之身分法基本原則，或是程序法之程序保障、或訴訟經濟等民事程序基礎法理，當事人期待法院協助的，是一個配備「準諮商」功能的家事法院，得以為

---

75 見雷萬來發言，吳明軒報告，關於夫妻離婚後未成年子女監護之訴訟——民事訴訟法研究會第六十五次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（八），頁134-135（2006年）。

76 「離婚後家庭」之概念，係指離婚後夫妻雙方因未成年子女之親權與會面交往權之行使、扶養費與贍養費之給付等，仍會彼此聯絡並必須持續協商，故成為一種非典型的家庭型態。*See* Jana B. Singer, *Dispute Resolution and the Post-Divorce Family: Implications of a Paradigm Shift*, 47 FAM. CT. REV. 363, 363-70 (2009).

兩造當事人解套[77]。

【故事二】請求扶養費事件屬家事事件法第3條戊類，合併財產請求（即丁女請求戊男返還不當得利），由家事事件法第6條第1項觀之，本件應有統合處理之必要，故家事法院取得管轄權，得合併審理，並得依當事人聲明之事項，以訴訟法理與非訟法理交錯適用，由同一家事法官審理之。然而，對原告丁女來說，訴之聲明的真正意義為何？依丁女在調解期日所示，她的真實需求並非裁判勝訴、亦非程序利益，丁女發動程序之目的與【故事一】十分類似，均為當事人無法自行處理婚姻／離婚之溝通問題，僅得以起訴手段，將法院當做開啟溝通的場合。是故，原告訴之聲明的真義，並非如形式上所見之請求給付金錢，而是希望能以「起訴狀」對戊男造成壓力、迫使其親自面對丁女，且丁女希望藉由「法律（法院）的力量」，協助其喚醒戊男的家庭責任感，丁女表示，只要戊男願意回家，她並不要求戊男可以在經濟上承擔多少責任。如此當事人對法律（法院）的期待與需求，「程序主體權」理論如何予以回應、且能不違背訴訟經濟、亦即不致濫用珍貴訴訟資源？

易言之，作者在此描繪【故事二】的目的在於：了解丁女之訴求之後，會發現丁女並非要求「平衡追求實體利益與程序利益」；丁女起訴背後的動機，可能是希望戊男得以確切地面對婚姻與家庭的難題，不要一走了之、或拒絕一切如何承擔責任之溝通與協商。是故，從法律專業知識判斷，作者認為，本件可能走向有二：一、依照丁女之聲明，以非訟法理對戊男該負擔的扶養費進行審理。然依照兩造情感與家庭生活實況來看，如此之裁判，未來紛爭再燃的機會甚高。二、以家事法院之人力資源，為當事人進行「準諮商模

77 然而，行「準諮商功能」審理模式，勢必加重對法院的負擔，故為「準諮商」審理模式之「必要性」與「侷限性」。見郭書琴，從家事紛爭當事人之「準諮商」需求談家事法院功能，世新法學，9卷2期，頁349-397（2016年）。

式」[78]之審理，使丁女釐清現況（或許是使丁女認清戊男已無意共營家庭生活）、並找出未來生活秩序重整方案，循此，為兩造謀求調解方案或適當裁判。然而，第二種作法，勢必又將涉及家事法院資源問題，以及是否「準諮商」式的家事法院審理模式可得成為未來選項之一的家事法院功能理論與實務之討論[79]。

【故事三】屬家事事件法第3條戊類，合併財產請求（即己男請求庚女返還不當得利）、並由相對人庚女提出改定監護之反請求，該反請求亦屬家事事件法第3條戊類。所不同者為，【故事二】之當事人仍於婚姻關係存續中，而【故事三】之當事人已離婚且未聯絡長達十年後，前夫己男忽然起訴向前妻請求給付未成年子女扶養費與返還不當得利。本件雖規定為家事非訟事件，但仍宜先進行調解。然，對於躲在律師背後的原告己男、以及甫接受委任、準備不及的訴訟代理人辛律師而言，繼續進行調解程序是否可能浪費期日、不得效果？且己男與庚女經過十年，互不聯絡，看似情感淡漠；庚女除表示自己收到起訴狀後感到不解與憤怒之外，對原告沒有如前【故事一】與【故事二】強烈的情緒糾葛。反觀己男提出請求之動機、與其善於利用法律扶助資源之情狀看來，可能有欠正當性之嫌疑，因己男所爭取者，極可能為金錢而非親子關係，且一對子女C子D女即將成年，目前已有自行半工半讀之能力。

是故，【故事三】是否可能為己男為求私利，逕自利用其所認知的「法律漏洞」，並利用法律扶助資源，試探是否能藉由訴訟程序，向庚女要錢？己男是否有濫用訴訟資源之嫌？因本件屬於家事非訟事件，法院應以非訟法理審理，並應職權調查證據。對該擅於利用法律、並躲在律師之後、避不出面的當事人，法院得依家事事件法第13條第1項、第2項、第3項：「法院處理家事事件，得命當事

78 同前註。
79 同前註。

人或法定代理人本人到場，或依事件之性質，以適當方法命其陳述或訊問之。但法律別有規定者，依其規定（第1項）。當事人或法定代理人本人無正當理由，而不從法院之命到場者，準用民事訴訟法第三百零三條之規定。但不得拘提之（第2項）。受前項裁定之人經法院合法通知，無正當理由仍不到場者，法院得連續處罰（第3項）。」民事訴訟法第303條第1項規定：「證人受合法之通知，無正當理由而不到場者，法院得以裁定處新台幣三萬元以下罰鍰。」又，家事事件審理細則第50條：「法官於必要時，得命當事人、關係人或法定代理人本人於調解期日到場；調解委員認有必要時，亦得報請法官行之。」易言之，【故事三】旨在凸顯當事人對法律術語的學習、以及利用法院（與法律規定）為自己試探性地開一財源。因此，這種實為貪圖利益、但表面上卻利用家事事件的實體請求權與程序法之諸多利益（例如法律扶助、家事事件合併審理、柔性法院服務等），應可建議實務家們更加積極使用上述命當事人出庭之規定，俾使防杜此類型的當事人浮濫使用訴訟資源、並造成對造應訴之負擔。

本文以這三則故事，希望得以指出：雖法學專家可利用法律技術來解決當事人所提出的形式上的請求，然當事人或是利用法律來解決應自行於家庭內解決卻無法解決的問題（例如【故事一】與【故事二】）、或是利用法律來試探是否得以獲取利益（例如【故事三】）。據此，作者認為，家事紛爭的特性，可能在於：當時依法裁判的結果為慎重而正確、且已考量到防止未來紛爭再燃的正確裁判，但是，家事紛爭當事人的生命歷程，在他們得到正確裁判之後，卻可能因為發生種種情事變更（如經濟與情感關係變動），致使雙方爭點難以用一個正確裁判，就得以畫下句點。這並非家事法立法不夠周延、抑或裁判不正確的問題，作者認為，這毋寧是家事紛爭的特性使然。

綜上，作者認為，「當事人」在紛爭解決程序中的動態、多樣性面貌，並非僅得以單一理性當事人為主要模式、而思考程序主體權之建構。本文認為，當事人不盡然完全是法律獨白話語下的失語者[80]，當事人可能隨著程序進行，自我學習法律術語；或可能利用立法政策所設定的最高價值「當事者權」，於是在程序中，或協商方案、或拖延程序、或巧取利益，這些民事程序的當事人行動上的特性，特別是本文焦點家事紛爭的當事人與其關係人，更為明顯。

本文相當肯定家事事件法之立法價值為統合處理、注重多元文化與性別平權，這些立意良善的家事法目標。這些立法選擇，為以上三則法律故事的當事人，建立了基礎解決平台。然而，二元標誌下的訴訟與非訟法理交錯適用、或構築中間程序、抑或朝向非訟審理化，所能達到的效果是追求當下紛爭時點的正確與合法裁判。但，這是否能真正防止未來當事人紛爭再燃、再度使用法院？本文認為，這可能已經進入到法律之「能」與「不能」的層次。亦即，法律「能」對紛爭解決提供基本平台，保障其程序，並在某個紛爭解決的時點，技術性地把原先錯落在普通法院之訴訟程序、非訟程序之分散爭訟單元，依照家事法統合處理原則，依法合併審理（見家事事件法第6條）。然而，當事人的未來家庭生活之不可預測性，則是法律之「不能」，例如離婚後夫妻之經濟、情感關係、住居所等的各自變動，並非正確的立法政策、或適法合理的個案裁判，所能解決或預測的問題。

80 黃丞儀（註17），頁178-185；王曉丹，聆聽「失語」的被害人：從女性主義法學的角度看熟識者強暴司法審判中的性道德，台灣社會研究季刊，80期，頁173-181（2010年）。

肆、民事紛爭解決之訴訟觀演進[81]的法律與社會研究

如何將法律民族誌所收集到的資料，運用在重新閱讀與理解民事程序法，是作者深埋已久的問題意識。而在研究方法上要如何設計、研究問題該如何提問、遵循何種研究傳統來描述問題、並提出具有學術價值的詮釋，是作者認為本文最難處理的問題之一。在此部分，作者承繼以法律人類學的研究方法所發展出來的「法律技術」概念，對「訴訟觀」之演進，進行「法律與社會之探討『法律』」式的說明[82]。

一、法律與社會研究之「法律」：三階段的民事紛爭解決之訴訟觀的演進

民事程序法學者不單只注意法律釋義問題，對於裁判觀機能，隨社會時代變遷，而產生變化，已有學者為文探討，或以「近代」、「現代」區分之，或以「新法」、「舊法」區分之。例如學者邱聯恭在1992年於《司法之現代化與程序法》一書中，即提到「司法裁判之機能轉變」對於民事程序法理的關聯，該文以「近代」、「現代」區隔出不同裁判機能[83]並指出：**近代**裁判機能重視「由裁判解決紛爭，以實現**形式**的正義……；裁判原則上是為了對於個別的權利侵害，給予事後的救濟或制裁」。當進展到**現代**裁判機能觀之

81 關於民事程序法之訴訟觀演進的時期分類，作者感謝審稿委員的指正與建議。作者認為，既然本文問題意識起源之一為「民事訴訟法研究會」之「法律的文化研究」考察，則以1980年代的民事訴訟法研究會之成立，隨後「程序保障」概念之導入，作為第一階段與第二階段之分界，這將使本文在這個訴訟觀演進之觀察的分界選擇，較能呼應〈「金水嬸」的處分權主義〉一文之法律文化研究的脈絡。見許士宦，戰後台灣民事訴訟法學發展史，收於：爭點整理與舉證責任，頁3-43（2012年）；黃丞儀（註17），頁149-222。

82 Cowan & Wincott, *supra* note 16, at 1-2, 17; Riles, *supra* note 16, at 257-64.

83 邱聯恭（註30），頁8-13、206-207。

下[84]，法官的裁判被賦予了形成政策的期待；並因**現代**型紛爭在證據上的特殊狀況，需要擴大法官裁量權，使之及於間接事實而綜合判斷，並產生個案既判力之外的「波及效果」[85]。學者許士宦在〈2010年民事程序法發展回顧〉一文中，也以近代／現代、傳統／新法等分類加以說明裁判機能觀之變化，該文謂：「新法之修正走向已擺脫二十世紀前葉所採抄襲性繼受之模式，而改向於更加本土化，以因應我國社會獨特之時代需求。……由於新法對於民事訴訟制度進行通盤性、徹底性改革，不僅就民事訴訟上當事人彼此間及其與法官間之任務分擔為重新分配，而且就訴訟審理方式亦改採集中審理制度，可說已更動向來是認之程序基本結構並改變傳統相沿或習之訴訟審理模式。此等改革之意義及內容，從當事人在民事訴訟上所居地位或所受處遇為何最容易察知。[86]」本文認為，從法律與社會研究角度看來，一方面，所謂「**現代**裁判機能觀」已經注意到個案既判力以外的「波及效果」；亦即，民事程序法學者已經看到了司法個案救濟之外的社會外溢效應。事實上，此「外溢效應」，一直是法律與社會研究長久以來所關注的主題，例如對整體司法實務家社群的養成過程之探討與該社群的專業文化，對應到民事程序法的單元即為律師強制主義之採行與否的討論。易言之，法律與社會所關注的研究主題，就民事程序法之法釋義學而言，兩者確實有共同關心之處。是故，承繼此等「從近代到現代」的裁判機能轉變的研究文獻累積，作者循此提問兩點：

第一點、如何再探「近代」到「現代」的裁判機能演變之其他詮釋可能？亦即，如何從法律與社會觀點的「紛爭解決」與「訴訟觀」，試圖說明臺灣民事程序法學的訴訟觀演進現象？亦即，當民事紛爭解決，不再只是侷限於兩造間的「私益」，而擴大到具有外

84 以上粗體字由本文作者所加。
85 邱聯恭（註30），頁11-13。
86 許士宦，專欄／台灣法律發展回顧（註30），頁84-85。

溢效應的「公益」時，得否有其他閱讀與詮釋方式來處理這些外在社會生活事實，對釋義法學的挑戰？而這種另類於釋義法學的詮釋，對部門法學的具體貢獻何在？

第二點、當事人在民事程序，特別是家事事件，所居地位為何？享有民事程序法之「當事者權」[87]之家事紛爭中的「行動者」們的面貌為何？當事人既為程序主體，他們如何理解、與詮釋自己的紛爭？從「事件類型審理必要論」為出發點來思考[88]，究竟家事事件之特性與需求為何？

事實上，訴訟法學者已然指出，民事紛爭，很難單純以訴訟與非訟二分法來處理，例如曾華松大法官指出：「民事事件，究劃歸訴訟事件……亦或歸類為非訟事件，……並無絕對的區分標準可循。……對於這種實體法或訴訟法權利義務秩序規定發生變化的事件，在其糾紛解決程序上，原有的『訴訟』這種嚴格的方式，已經逐步顯示出不適應性。[89]」又如學者沈冠伶指出：「關於未成年扶養請求事件，目前之所以在實務上會產生那麼多爭議，可能跟向來習慣把訴訟事件跟非訟事件做截然二元分離的思考模式是有密切關連的。……向來二元思考模式下就會硬生生地去做割裂式的處理……；因為事件的本質是相同的，所以應該要回到這個事件的特性和需求，來決定如何處理會是一個比較適當的方式，而不是先把它定性是非訟事件還是訴訟事件，……換句話說，要回歸事件的本

87 學者邱聯恭教授認為「當事者權」之定義與內涵，不限於訴訟法之當事人，尚涵蓋其他應被賦予相當之程序主體地位者。見邱聯恭（註30），頁118-120。

88 邱聯恭，簡易訴訟之基礎理論，收於：司法之現代化與程序法，頁328（1992年）；邱聯恭，程序選擇權之法理——著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學，收於：程序選擇權論，頁32-33、45-46、58-59（2000年）。

89 曾華松發言，呂太郎報告，離婚事件附帶請求撫養費之若干實務問題——民事訴訟法研究會第一百零六次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（十七），頁330-332（2009年）。

質來思考。[90]」從這樣的釋義法學文獻討論，或許可以視為法學「獨白論述」[91]的反思與試圖突破。然而，「訴訟法理」與「非訟法理」不僅是二元類型化的存在，也是向來討論紛爭解決的程序「標誌」（mark），若欠缺「標誌」作為討論時的共同語言，則討論無法進行；但囿於二元類型，又無法涵蓋紛爭解決的需求，因此出現了家事事件之交錯適用訴訟法理與非訟法理之程序保障[92]，也出現了「中間程序」[93]。然而，得否以法律人類學的理論與方法，嘗試描繪出「當事人身為訴訟制度使用者之立場」[94]、來發展家事紛爭解決之另一種詮釋可能？而這樣的詮釋，是否可能得以理解，家事事件法及其涉及的程序法理，如何反過來地影響了民事程序法之訴訟觀？

本文援用學者許士宦之〈戰後台灣民事訴訟法學發展史〉一文的分界方式，以民事訴訟法研究會在1980年成立做為分水嶺，區分為第一階段和第二階段[95]，第三階段則為2000年前後民事訴訟法之修正[96]。

本文認為，從第一階段到第三階段的演進過程，是一種從「私益」到「公益」的民事紛爭解決之訴訟觀演進；進而，作者將在第

90 沈冠伶發言，呂太郎報告，離婚事件附帶請求撫養費之若干實務問題——民事訴訟法研究會第一百零六次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（十七），頁300（2009年）。

91 黃丞儀（註17），頁198。

92 邱聯恭（註41），頁139-154；沈冠伶（註45），頁105-160。

93 許士宦，家事非訟（二）（註45），頁44、55-56；許士宦，家事非訟（註45），頁26-44。

94 邱聯恭，程序保障論新開展——評析其在我國之獨特性，收於：程序選擇權論，頁14-15（2000年）。

95 許士宦（註81），頁3-43。

96 本文援用學者許士宦以「三個階段、二大時期」區分戰後臺灣民事程序法學之發展，見許士宦（註81），頁3-43。本文認為以民事訴訟法研究會之成立做為第一階段與第二階段之分界，某程度呼應了法律的文化研究之「金水嬸的處分權主義」，正是以民事訴訟法之典律化為研究對象，見黃丞儀（註17），頁149-222。

參部分說明「法律與社會」觀點的家事紛爭解決，與其對民事程序法的影響。

（一）第一階段之1980年代民事訴訟法研究會成立以前的訴訟觀：注重真實發現、並注重當事人之「私益」

在第一階段，關於民事訴訟法的性質，學者認為，係為解決私權紛爭，與國家公益無直接關係[97]；且係為維持實體法之私法實行為目的，故為私法之助法[98]、且係為確定私權存否之程序[99]。學者邱聯恭明確指稱出「固有」與「現代」者，例如在1992年為文指出：「在固有的（傳統的）民事訴訟事件，通常以當事人間特定的權利義務之存否及其範圍為審判對象。可是在現代型訴訟事件（有關現代型紛爭的訴訟事件），受侵害之權利能否即時獲得救濟，每攸關整個社會之生活環境品質或影響被害人之生存權利，而且有關如何制止侵害續發之判斷……其爭點往往具公共性而社會化、政治化，此間時交錯著公的因素與私的因素之緊張關係。[100]」本文認為，此「當事人間特定的權利義務之存否」即第一階段之訴訟觀內涵之一為引進外國立法例之強調當事人的「真實義務」[101]。同時，在學術社群與學門發展演進之動態變化關係上，學者許士宦指出，1980年代民事訴訟法研究會成立以前的民事訴訟法學發展狀況為：「此階段有關民事訴訟法的著述，內容多偏重實務記述性資料之整理，或傾向觀念論。[102]」

---

97 姚瑞光，民事訴訟法論，頁1（2004年）。
98 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，修訂版，頁6（2005年）。
99 王甲乙、楊建華、鄭健才（註98），頁2。
100 邱聯恭（註30），頁13。
101 許士宦（註81），頁3-6。
102 許士宦（註81），頁3-4。

（二）第二階段之1980年民事訴訟法研究會成立以後的訴訟觀：帶入「現代型紛爭」需平衡追求「實體真實發現」與「促進訴訟」之概念

1980年代民事訴訟法研究會成立之後、並隨之接續1990年簡易訴訟程序大幅修正，作者認為，此時民事程序法自注重民事訴訟之實體真實發現、當事人私益、與真實義務的訴訟觀，逐漸朝向「公益」。此第二階段的訴訟觀，主要顯現於「訴訟經濟」、「費用相當性原理」等概念出現，以程序利益與實體利益並重為目標。這些概念的背後，作者認為應為以下兩個基礎概念的提出，所導致的發展；亦即，如許士宦所指出，此階段在程序法基本理論有重要開展，其一為建構程序保障論，這個概念的提出，準此得以「正視法院（國家）與當事人（利害關係人）間向來已然的關係，重建其所應然者……終於推演成為民事程序法學之核心問題。」其二為在新舊訴訟標的理論之外，另倡「訴訟標的相對論」，由此倡議訴訟標的應依原告起訴之意思而定，目的在於使原告得以基於程序處分權，衡量程序利益與實體利益之需求，經由劃定訴訟標的，得以平衡追求兩者[103]。

是故，在此第二階段，於民事訴訟法研究會成立、學者們持續推進以上概念，並以這些核心概念、隨之有1990年代民事訴訟法簡易程序修法，如許士宦指出：「[新法]亦立足於程序上觀點（公法上面向），致力謀求公益維護訴訟經濟及保護程序利益。所以新法施行後之解釋論上課題，即係探討如何具體落實該項立法意旨，而不應如舊法時代般忽略上述程序法上觀點、要求。[104]」是故，作者認為，此時的訴訟觀，已逐漸從第一階段的「私益」往「公益」推進。同時，學者強調「現代型紛爭」出現，使紛爭解決之需求可能

103 同前註。
104 許士宦，民事訴訟法學之制高點（註30），頁3-4。

會有「權利義務確定追求型」、「合目的性・妥當性判斷追求型」、「集團處理追求型」、「簡速裁判強烈追求型」、「法律外專業知識判斷追求型」、「和諧關係維持追求型」等[105]，而對於民事紛爭因外在社會分工細緻、當事人需求不同所產生的事件類型，也促使紛爭解決不僅獨尊「訴訟」程序，對調解、仲裁等「訴訟外紛爭解決」機制，也予以同等重視[106]。

（三）第三階段之2000年之後的數次民訴法修正

在此第三階段，除了承繼第二階段的「公益」之於民訴法院裁判機能之外，以「公益」為目標，進行「處分權主義的精緻化」[107]與「審理集中化」[108]。具體來說，亦即以「公益」為民事紛爭解決的重要目的，「促使當事人慎重行使程序處分權」，並以「審理集中化」發展出「爭點整理程序」，促使法院與當事人得以更有效率地運用訴訟資源。易言之，在此第三階段的訴訟觀，將「公益」與「有效使用訴訟資源」兩者之結合強化，表現在：一方面擴大訴訟外紛爭解決程序的要件與效力，一方面解析出訴訟事件需要「非訟化審理」之元素、並據此擴大法院職權範圍，以基於公益而限制或排除當事人主義。前者如修法擴大容許當事人利用調解程序之可能範圍（見民事訴訟法第415條之1第1項、420條之1第1項）。後者如不容許小額程序為一部請求（見民事訴訟法第436條之16）、又如對

105 邱聯恭，新世紀民事程序法建制之基本課題——評論民事訴訟法修正走向之基本論點，收於：程序制度機能論，頁200-221、229-235、235註28（1996年）。

106 邱聯恭，調解程序之新變革——評析其相關民事訴訟法修正之走向及前導法理，收於：程序選擇權論，頁179-214（2000年）；沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究——作為紛爭解決之程序制度，收於：訴訟權保障與裁判外紛爭處理，頁287-318（2006年）。

107 邱聯恭，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變——著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，收於：程序選擇權論，頁80-118（2000年）。

108 邱聯恭，爭點整理方法論序，收於：爭點整理方法論，頁6-63（2001年)。

辯論主義之重新定位而討論「協同主義」(見民事訴訟法第288條),使「在不至於造成突襲之前提下,仍於一定限度內容許職權調查證據,俾能因應案情或事件類型之特殊需求。[109]」

將三個階段相較,作者認為,第一階段為法治社會初步的民事程序法的訴訟觀。以民事法院作為私權紛爭的公正處所,故強調以法院為中心,其訴訟觀強調所謂「實體正義」。第二階段的民訴修法所呈現出來的訴訟觀,對應於臺灣社會之民主進程,從以法院為中心推進到以當事人為中心,導入「當事者權」[110]、「程序主體權」之概念,確立「當事人」為民事程序主體之最優位價值,強化當事人參與,並將程序利益置於與實體利益同等重要的地位。作者認為該第二階段訴訟觀,縱使其論述之建立,反映出法學研究的線性模式[111]、與法律技術與專業門檻造就之內在封閉論述性格。然,推演到第三階段時,出現外在社會生活挑戰,使該封閉性格與線性模式,自我演進到以「公益」為考量的訴訟觀,外觀上似乎是一種「復古式」地回歸第一階段之法院職權為中心的訴訟觀,但事實上卻是民事法院為了承載從「私益」到「公益」的需求,而自我演化而來的訴訟觀。此點在家事事件之審理,頗為明顯[112]。然而,並非為了公益,而強調法官職權,就得以任意犧牲當事人之程序主體性。

易言之,作者認為訴訟觀逐漸轉向為「公益」之內涵有兩個:其一、承繼第二階段的民事訴訟研究會成立之後,持續倡導深化的「程序利益保護」、「訴訟經濟原則」、「程序保障」等,這些原則,相當程度地將民事程序法從「保護私權」,推進到對「公益」之注

109 邱聯恭(註107),頁84-90、99-118。
110 學者邱聯恭認為「當事者權」之定義與內涵,不限於訴訟法之當事人,尚涵蓋其他應被賦予相當之程序主體地位者。見邱聯恭(註30),頁118-120。
111 黃丞儀(註17),頁198。
112 作者認為,調解制度原始自於對訴訟程序之反思,但調解制度發展至今,可能反過來影響了訴訟程序的法官裁判機能。見郭書琴(註77),頁345-403。

重與追求的知識系統範式。其二、在這個階段上，再往前推進到，例如選定當事人之擴大適用（民事訴訟法第44條之1至第44條之3以下的問題）、現代型紛爭如醫療、消費、環保等事件，用「損害賠償」來使用民事法院以解決紛爭。易言之，作者認為，民事法院在第三個階段，已然大幅承載「公益」之功能。而正因如此，故向來以當事人程序保障來支撐的訴訟法理，為求伸張公益，產生強化法官職權（如限制辯論主義）之現象，亦即，朝向非訟法理之光譜進行。

是故，進入到此第三階段之訴訟觀階段，紛爭解決的論述，已然因不同領域相繼參與，加上社會輿論發達，使法學研究的獨白論述形式，有多元發展的可能。舉例言之，如2015年6月之支付命令修法爭議[113]，可以發現，支付命令不單純是當事人兩造間的私權紛爭，特別是虛偽債權之當事人未及聲明異議、使支付命令具有既判力的爭議事件迭起，這是一種由外在社會生活直接挑戰民事程序法理，使原先被法學論述擱置於私領域，卻具備了公領域的強大社會輿論效果，也就是私權紛爭的外溢效應[114]，使得支付命令成為社會重要議題之一，且其解決方案具有公益性格。又如醫療紛爭議題，醫護人員已經不單只是紛爭解決的當事人一造，他們基於對於紛爭解決方式的不滿，跨界研究法律，例如舉出以調解模式作為較佳的醫糾紛爭解決手段[115]，並直指法律紛爭解決手段無視於醫療人員整

113 例如2015年6月間的支付命令爭議，即是「私」權紛爭延伸出的虛假債權、社會公義、訴訟資源分配之「公」領域問題。學者從經驗研究、比較研究、立法史、立法政策等討論該議題。見楊淑文等，論督促程序中相對人之程序保障——以有理由性審查之充實為核心——民事訴訟法研究會第一百二十二次研討紀錄，法學叢刊，59卷4期，頁191-256（2014年）；吳從周，徘徊在十字路口的支付命令制度？——探究德國法並思考我國應否廢止其既判力，台灣法學雜誌，267期，頁63-96（2015年）。

114 邱聯恭（註30），頁11-13。

115 邱琦，醫療訴訟類型化研究——以孕婦闌尾炎為例，月旦裁判時報，22期，頁43（2013年）；沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟之適用，收於：民事證據法與武器平等原則，頁91-125（2007年）；李詩應、陳永綺，當醫療遇上衝突

體勞動條件、與當代醫病關係的複雜度[116]。

二、從「法律技術」看家事紛爭解決對民事程序法學的影響

承繼以上分析，作者認為，民事程序法學第三階段以後的訴訟觀，因論述逐漸多元發展，加上從各種行動者、例如從非法律專家等「行動者」之參與紛爭解決，使民事程序法學不只擔當私權紛爭解決之重任，也承擔了公益需求，致使訴訟觀有不同階段的演進。於是，座落於第三階段的家事事件法，反映了怎樣的訴訟觀？作者以法律技術所代表的「法律與社會之『法律』」觀點，以及對於本文第參部份之法律故事進行的分析，所代表的「法律與社會之『社會』」觀點，各自進行討論，藉以呼應從法律人類學之研究方法所發展出來的「法律技術」概念，如何鑲嵌在前述法律民族誌所呈現的「故事」中，並以紛爭解決的訴訟觀為議題，在本文呈現出「後唯實主義」法律與社會之法律人類學式的解讀與對話。

易言之，家事事件法修正通過前後，在社會輿論與立法政策、基本適用法理擇定優位順序、法制目的價值選擇、不同事件之分類爭議與其該適用的程序法理、並涉及轉換與合併等問題，引起甚為豐富的討論：有以民事程序法比較法學之釋義法學方式討論、亦有從典範轉移之立法政策價值優位順序討論[117]。

在以上這些累積眾多的釋義法學式的民事程序法研究成果之外，本文企圖從「家事事件法的本質與特性為何」這個提問出發，

糾紛，訴訟是最好的解決方法？——一對醫師夫婦赴日學習促進醫療和諧之路，頁128-146（2013年）。

116 李詩應、陳永綺（註115），頁128-146；李紹榕，最光明、也最黑暗的醫療現場：一位心臟外科醫師，揭露醫療崩壞下最震撼的真相，頁92、135-136、146（2014年）。

117 許士宦，家事審判之請求（上），月旦法學教室，130期，頁55-68（2013年）；許士宦，家事審判之請求（下），月旦法學教室，131期，頁42-58（2013年）；姜世明，家事訴訟事件之法理適用及部分疑義，軍法專刊，61卷1期，頁27-38（2015年）；沈冠伶等（註41），頁105-160；許政賢（註42），頁39-57。

民事程序法學得以用怎樣的方法論與認識論，針對家事紛爭解決的特性，自我增生出不同的學術研究典範、並同時謀求與其他專業領域共同尋求紛爭解決的方法？例如，在家事法院內，與不同機制（如調解、轉介諮商、高風險家庭之通報與協助等）、社工、心理、兒少、性別、家暴防治等相關專業合作，在民事／家事程序法的法律框架內，尋求與家事裁判相互為用、並行不悖的紛爭解決方式？

首先，關於家事紛爭的特性，學者似乎咸認以「統合處理」為原則之適當性，並以其延伸出家事訴訟事件與家事非訟事件合併審理的程序適用。如學者姜世明指出：「家事事件多具有糾結性，基於法律關係之個別性，同一家庭常同時涉有多項身分上或財產上權利關係之爭執，而有通盤統合處理之必要，不宜採取割裂或鉅箭式之處理，期能徹底且終局性解決家庭親屬成員間紛爭，重建和諧關係。為此，相較於民事訴訟法，家事事件法中更擴大請求之合併、追加或反請求之可能性，而設有諸多統合處理之規定，或有其可取處。[118]」又如學者沈冠伶於未成年子女扶養請求事件中，指出於訴訟、非訟二元分離結構下，未成年子女請求扶養費並非一般財產給付訴訟，應從該事件的訴訟或非訟之定性、到統合解決紛爭，從請求之類型到審理主義（是否採處分權主義與辯論主義緩和或限制）、救濟程序與權利暫時保護等討論程序交錯適用的可能模式，並由同一家事法官審理，為求統合，救濟程序也不應另行割離[119]。學者許政賢曾以「典範轉換」的角度，討論家事事件法通過施行後（文章中稱「新法」）與原民事訴訟法第568條下人事事件程序（文章中稱「舊法」），其價值觀和運作規則不同；新法之最高價值為統合處理，而民訴人事事件（舊法）的最高價值為「避免裁判矛盾」，因此，兩者為不同的典範理論模式，在新法施行後，造成信

118 姜世明，家事事件法論，2版，頁417（2013年）。
119 沈冠伶（註45），頁105-160。

奉不同典範者的對立[120]。許文指出，新法納入不少非訟程序原則[121]，然而，一是「訴訟」與「非訟」這向來在程序法學上習慣使用的兩個二元區分的概念，在學理尚無普遍承認、廣受認同的標準[122]；二是人事訴訟程序正居於訴訟與非訟光譜態樣的中間地帶，而新法放寬了家事訴訟事件與家事非訟事件之合併審理要件，因此，如何在合併審理狀況下，交錯適用於分類界線原已逐漸模糊的訴訟與非訟法理，更加困難[123]。

從以上學者研討結果可以得出，家事事件雖有訟爭性，但當涉及婚姻要件之瑕疵、未成年子女利益等，仍以訴訟、非訟二元法理處理，但偏向限制處分權主義與辯論主義，而以非訟法理來擴大法官在個案的裁量空間。以目前家事事件法觀察，亦以「訴訟」、「非訟」為兩大支柱，區分家事訴訟事件（第三編第37條以下）、家事非訟事件（第四編第74條以下）。然而，除以訴訟與非訟法理區分的法條結構，輔以交錯適用、統合處理之前導理念，是否還有其他對家事事件法之訴訟觀的詮釋可能？在吳庭長明軒提出〈關於夫妻離婚後未成年子女監護之訴訟〉於民事訴訟法研究會第六十五次研討會紀錄中，學者雷萬來指出：「就婚姻事件而言，我們應該從福利國家觀角度來看，國家對人民的生活安定及幸福，本來即具有積極的義務，……更何況，因婚姻關係解消或離婚所生的問題都解決了以後，並不是這樣就了結了，……子女並不會因為夫妻離婚而喪失父母與子女間的關係。……如果裁判允許離婚，則日後該家庭應何去何從，成員應如何安置，此中當然包括經濟問題的考量，應將所有考慮的因素全部涵括在一個程序中一次去解決。[124]」此民事訴訟法研究會第六十五次研討會關於未成年子女監護之訴，與會學者

120 許政賢（註42），頁41、54-57。
121 許政賢（註42），頁42-44。
122 許政賢（註42），頁42。
123 許政賢（註42），頁46。
124 見雷萬來發言，吳明軒報告（註75），頁134-135。

先進們均同意以非訟法理行之，因著眼於未成年子女之利益，讓法官可以在個案有較多的審酌空間，特別是當父母均未提出子女親權時，法院是否應依職權裁判，採肯定說[125]。亦即，以訴訟法理與非訟法理二元論觀之，似乎家事事件朝向非訟化審理方向前進[126]；此外，從家事事件法的法條分布來看，法院依職權發動之事項達三十三項，種類繁多，可以發現非訟化審理原則在家事事件的份量。

其次，作者從法律與社會觀點、以實證研究之資料，對目前家事紛爭解決的司法政策定位與事件特性，從（一）強調調解機制、（二）統合處理原則與非訟法理之關聯、（三）家事紛爭的「時間連續性」等三個因素進行分析：

（一）強調調解機制

中英文獻均肯認調解機制在家事紛爭解決程序的關鍵地位[127]。亦即，家事紛爭中的情感衝突，以訴訟前之調解機制試圖先行消化、緩和當事人之情緒強度，並期待能在雙方當事人皆信賴的法院內，透過調解委員之努力，達成雙方願意遵守實施之調解方案。亦即，借用Sally Merry的紛爭解決三種話語型態（法律話語、道德話語、治療話語）[128]，在家事紛爭中，以社工、心理諮商等背景之家調委員們，在進入訴訟程序之前，先行處理當事人的情緒。同時，在這樣區隔「情緒」（用治療話語和道德話語）、與法律爭點（用法

125 見陳計男發言，吳明軒報告，關於夫妻離婚後未成年子女監護之訴訟——民事訴訟法研究會第六十五次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（八），頁112-113（1999年）。

126 許士宦，家事非訟（一）（註45），頁53-65。

127 Louise Everett Graham, *Implementing Custody Mediation in Family Court: Some Comments on the Jefferson County Family Court Experience*, 81 KY. L.J. 1107, 1107-31 (1993); 涂秀玲，離婚親權行使事件中家事調解之研究——以子女最佳利益為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁63-144（2006年）；謝靜慧，探尋家事調解新方向——以臺灣士林地方法院家事法庭處理家事調解經驗出發，全國律師，9卷8期，頁13-23（2005年）。

128 MERRY, *supra* note 28, at 111-30.

律話語）的司法實作下，因調解成立等同於確定判決之效力，調解內容關乎未來是否合於強制執行之法律要件，故即使不具法律背景知識的調解委員仍需透過講習取得時數，藉此調解委員在協助當事人達成調解方案時，不致於做出不合法律規格之調解方案。是故，在此情況下，目前關於家事調解的文獻以社工領域內，社工師實際擔任調解委員時，以其專業社工訓練之背景，給予當事人不同於法院審判的處理與經驗分享之文獻佔多數[129]。另一方面，家事調解之司法實務家亦撰著了相當數量呈現各地方法院的調解實務現狀報告與出國參訪外國調解實務之成果報告[130]。整體而言，作者認為，以調解來降低訴訟的嚴格性、並由「非法官人員」之參與，賦予當事人更多抒發、緩和情緒之空間，而目前之家事事件法承襲如此方式，將調解程序置於第二編第23條以下（在家事訴訟程序與家事非訟程序之前），體現出調解機制在家事紛爭的重要性。

（二）家事事件之統合處理原則與非訟法理的關聯

正如前述學者所言家事事件的糾結，不宜鋸箭、割裂處理[131]，而希望統合處理、一次解決紛爭。然而，作者在此希望能描述性地說明，家事事件的審理往非訟法理的光譜前進，從立法政策、與學說文獻研究、加之實證經驗研究來看，似乎為一種必然現象，在此，作者立於「並非評論或決斷家事事件統合處理原則為朝向非訟法理審理模式之優缺點」的論理前提下，將「統合處理」原則下之家事事件朝向非訟法理前進的脈絡，提出以下四點分析：

1. 作者認為，「統合處理」之考量所設計出來的紛爭解決程

129 陳伶珠，發展友善子女的父母關係——從訴請裁判離婚的夫妻關係開始，兒童及少年福利期刊，12期，頁189-201（2007年）；陳伶珠、盧桂香，以法院為基礎的社會工作家事調解歷程之初探，臺灣社會工作學刊，5期，頁75-125（2006年）。

130 陳伶珠（註129），頁189-201；陳伶珠、盧桂香（註129），頁75-125。

131 姜世明（註118），頁417。

序，仍在訴訟與非訟二元論框架試圖取得平衡；且為求統合處理，而傾向法官運用職權主義靈活處理調整個案狀況，是故，往非訟法理之審方向前進為一自然發展、或謂不得不然的趨勢。同時，若涉及未成年子女，則「公益」與法官職權主義將佔極重份量；據此，當會更加壓縮了當事人的處分權主義與辯論主義。

2. 當事人在紛爭解決過程中，逐漸學習到現代（modern）法律用語，並把自己的故事予以「現代化」（modernlize）：作者從實證研究中注意到，當事人在家事紛爭中之私人情感生活的重建過程，當事人在紛爭解決過程中，會逐漸學習到各類法律術語，進而使用這些術語來重新詮釋（或定位）自己自認失敗的親密關係。亦即，作者認為，當事人的情感糾葛，不管是夫妻失和、婆媳之爭、婚姻外遇，這些均為古今中外常有的家庭劇，以往可能利用家族宗親等機制、或用傳統道德語言來描述這些紛爭緣由[132]。但現代的當事人進入法院機制後，漸漸也學會使用著自己不見得真正理解其含意的法律術語，來表述自己的訴求。例如【故事二】的原告丁女，自我表述為傳統女性，但又學到在法律上，可用「請求扶養費」為名義，迫使被告（丈夫戊男）出面溝通，以達到自己所希望的傳統圓滿家庭的目的。又如【故事三】的原告己男，雖避不出面，卻稱「自己在法律上絕對站得住腳」，但事實上，原告己男是否得以勝訴尚未可知，然其學到自己認為自己得以掌握的法律概念和法律術語，並且認為自己得以在「現代化」的法律機制下，享受自己的「權利」。

3. 當事人並不總是理性地真實理解自己處境、並提出可協商的解決方案，而寧願等待法院職權介入。例如本文【故事二】，即為夫妻親子溝通失敗抑或放棄溝通，而期待法院職權介入，將法院當

132 陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，頁121-130（2006年）。

做家庭破冰平台，等待法院以職權為其家庭找到得以繼續維持運轉的方式。

4. 從法律層面來看，接續上述三點，作者認為家事事件統合處理原則將導向家事事件合併審理，而進一步使得家事事件之審理模式朝向雖以非訟法理為主、但應注重當事人程序保障、給予當事人程序選擇、兩造公平參與的立法政策現象。這樣的現象，某程度確實符合了當事人的需求、落實了「法院為人民而存在」的目的論。因為，從作者實證研究經驗看來，當事人在溝通能力不良、或經濟條件欠佳而導致自我放棄、不知如何理性溝通的狀況下，往往將自己的家庭生活重建計畫寄託於法官，希望法官（或調解委員）替他／她們提出協商方案[133]。因此，本文指出，當立法政策賦予當事人程序保障、並分類為家事事件法第3條之甲乙丙三類訴訟事件，希冀在此三類事件，能盡量賦予當事人處分權主義，並自我培力（empower），自己的主張要自己舉證（辯論主義）。然而，從實證資料可以看出，當事人不盡然如此理性或自律自立。同時，家事事件法第3條甲乙丙類之類當事人，又常伴隨未成年子女親權之戊類事件；或雖為丁戊類事件但卻伴隨某程度之訟爭性，成為「雖被歸類非訟事件、卻具有訟爭性」之現象，這兩種狀況，都將使家事事件整體傾向非訟法理進行，這是立法政策選擇、法條邏輯、紛爭現場實作、當事人需求等多種因素交織而成的一種演進的必然。

（三）家事紛爭的「時間連續性」

如從「時間連續性」的家事紛爭之動態特性考量，作者認為「協助當事人重整家庭生活秩序」可能為家事紛爭解決的最終目標之一。因為，家事糾紛的發生，並非一個單一時點，而是一連串生活秩序破裂又試圖重組的過程。正如學者雷萬來所言：「因婚姻關

133 關於當事人在調解程序甚至訴訟程序均難以決定其訴之聲明者，見郭書琴（註8），頁215-219、222-223（探討「反訴的故事」）。

係解消或離婚所生的問題都解決了以後，並不是這樣就了結了，……如果裁判允許離婚，則日後該家庭應何去何從，成員應如何安置，此中當然包括經濟問題的考量，將有所應考慮的因素全部涵括在一個程序中一次去解決。[134]」也就是說，當家事紛爭解決的訴訟觀，不僅是以訴訟法理與非訟法理所支撐之追求慎重、正確、統合處理之裁判觀，而可再多加考量到：家事紛爭所具有的「時間連續性」之特點，也就是關注到紛爭發生之後、即便法院已經做出慎重、正確、統合處理之裁判之後，也可能因為裁判後之當事人的經濟、情感關係產生變動，以致於無能力或無意願履行協議之狀況。

固然，立法政策上考量到「情事變更」，是為求訴訟經濟、避免紛爭再燃，法院得撤銷或變更原裁定之規定。如家事事件法第83條第3項、第4項：「裁定確定後而情事變更者，法院得撤銷或變更之（第3項）。法院為撤銷或變更裁定前，應使關係人有陳述意見之機會（第4項）。」；第84條第2項、第3項：「就關係人得處分之事項成立調解而應為一定之給付，如其內容尚未實現，因情事變更，依原調解內容顯失公平者，法院得依聲請以裁定變更之（第2項）。法院為前項裁定前，應使關係人有陳述意見之機會（第3項）。」；第102條第1項：「就第九十九條所定各項費用命為給付之確定裁判或成立之和解，如其內容尚未實現，因情事變更，依原裁判或和解內容顯失公平者，法院得依聲請人或相對人聲請變更原確定裁判或和解之內容。」；第192條第1項：「前條第一項、第四項強制金裁定確定後，情事變更者，執行法院得依債務人之聲請變更之。[135]」然以上情事變更之適用，於家事事件法第83條中，固然法院得以職權變更或撤銷，但仍要賦予關係人陳述意見之機會。家事事件法第84條、102條、192條均仍需當事人提出聲請，法院始可進行情事變更

134 見雷萬來發言，吳明軒報告（註75），頁134-135。
135 關於情事變更原則在家事事件之適用，本文感謝審稿委員的指正。

之審酌。因此情事變更原則並非法院得任意以職權為之，且為保障關係人之程序權，其亦有陳述意見之權利；同時，得以適用情事變更原則之期間，尚無明確規範。

故，上述立法考量已相當周到，但是否得以阻止紛爭再燃，本文認為，這是法律的之「能」與「不能」的問題。法律「能」考量裁定或調解和解方案成立後之情事變更，但法律「不能」預測當事人是否提出情事變更聲請之後，是否能如實解決問題，抑或要多次提起情事變更、甚至「養成凡事依賴法院解決家庭紛爭」的習慣，導致訴訟資源被過度使用。

因此，作者認為，應可考量將家事紛爭解決之訴訟觀置於：「如何從規範與實務雙方面來協助當事人重整生活秩序」。以婚姻事件為例，協助當事人重整生活秩序包含了親權行使方式、生活地點的選擇、會面交往的順利行使之意願與處所之安排、信實地履行扶養費給付等。申言之，家事法院的功能和裁判觀，除了訴訟與非訟二元詮釋方向之外，或許可以反思：當立法政策把家事法院之目標設定為統合處理紛爭、甚至期待一次性的正確裁判而予以解決，可能是一種過於理想的家事法官（法院）功能觀。同時，如從「協助當事人重整家庭生活秩序」之家事法院目標功能看來，在現行家事事件法體制下，家事法院配備了其他助人專家資源，其資源自與個案當事人不同，故非與當事人地位平行者、亦非「法官不語」的聽訟者，而可能得積極介入當事人間；而法院職權介入的目的，是要協助當事人規劃與安排具體可行的未來生活方案，檢視與協助盤整當事人目前的情感與經濟資源，例如雙方親友支持網絡、雙方經濟狀況等，協助當事人擬出儘快恢復生活秩序的有效途徑。如得以此關注重點，來做為現行家事事件法之朝向非訟化審理原則傾斜的解釋方向之一，作者認為將可能比單就描述家事事件的當事人情緒張

力特性、或抽象使用「統合處理」原則，將可能更加充實家事紛爭解決之類型需求[136]。

伍、結論

本文選擇一個部門法律主題，亦即家事紛爭與民事程序法學之關聯，進而從事一份法律人類學的研究，並對這個部門法律主題，提出法律與社會分析，本文藉此觀察該相關部門法律（即民事程序法，含家事事件法），在外部社會變動挑戰下，該部門法律如何進行內部興革，以致產生不同時代與不同立法政策價值的更替與辯論。本文採取這樣的觀察角度，所牽涉的研究方法、與不同於釋義法學的向來詮釋方式，即為本文所做的，將法學既有研究典範，進行「基礎法學化」的嘗試[137]。總結本文寫作目的、與期待達成的研究貢獻有四：

一、本文說明了在臺灣法學研究的脈絡下之法律人類學的「用處」：亦即，本文描繪了法律技術如何將一般社會生活世界「分割」為法律世界與生活世界，進而以法律人類學的研究方法與詮釋方式，將這兩個世界再度結合起來[138]。同時，本文除了盡力向「法律人」傳達了法律技術如何造成這個「分割」的現象之外，本文也呈現了作者在田野中，如何對「非法律人」（即紛爭之當事人），以共享的生活經驗交織著法律術語，協助其擬定調解方案。然後，本文再以這份法律人類學的研究論文作為一個說明平台，在這個平台

136 作者對家事法院審理功能提出以「準諮商」概念，其內涵在於：如果要以「協助當事人重整家庭生活秩序」為家事紛爭解決的重要機能的話，則家事法院所配備的人力資源，從調解到審理，將成為一種「準諮商」型的家事法院。見郭書琴（註77），頁345-403。

137 見顏厥安（註40），頁2。

138 容邵武（註13），頁130-131。

上達成法律人類學研究的說明與橋樑任務[139]。

二、關於法律與社會研究：作者處理了如何在法律與社會研究中探求「法律」的議題。易言之，作者在第參部分之二與第肆部分，以法律專家身分進行說理，這除了呼應美國法律與社會研究的反思，也是一種身為部門法律專家之身分認同的自我標識。這些「法律人」式的說理，其功能在於避免落入法律與社會研究為「輕法律」、「重社會」之窘境外，並回應了「解決問題取向」之法學實證研究功能[140]。

三、在認識論與方法論層次：作者以法律人類學之認識論，檢視釋義法學的術語和類型，並觀察部門法律的價值觀典範轉移現象、如何與不同單元的技術性法條，形成一種適用法律的範式，並以這種範式編織成一張「意義之網」[141]。作者嘗試從這張「意義之網」，探求一個部門法學的知識系統之演進輪廓。在方法論層次，本文使用法律民族誌的觀點與資料，回到民事程序法的知識系統中，同時使用「圈內人」（即法律專家）、和「圈外人」（即法律人類學家）的觀點[142]，反思部門法律之法律知識產生過程，進而提出民事紛爭解決之訴訟觀演進的法律與社會分析。

四、本文說明了「當事人」在進入法院這個機制後之多重的、隨時間推進而變化的需求、行動與策略：本文舉出的文本閱讀與故事分析，應證了中英文之法律與社會研究所指出的，當事人在法庭活動中，的確因為法律術語與程序結構等法律威權現象而產生「失語」狀態[143]。亦即，當事人以原本習慣的語言和概念，表達他們的

139 容邵武（註3），頁253。
140 王鵬翔、張永健（註10），頁265-266。
141 王曉丹（註9），頁85。
142 關於「圈內」與「圈外」的觀點，見郭書琴（註12），頁209-212。
143 黃丞儀（註17），頁178-185；王曉丹（註80），頁173-181；CONLEY & O'BARR, *supra* note 39, at 129-35.

訴求，但在進入了紛爭解決機制後，因為訴訟的進程與法律術語等多方面之當事人事前無法預知的結構，使得他們失去他們原本的習慣語言方式，是謂「失語」狀態，因此必須學習另一套語言系統，即便有法官闡明權對當事人發問曉諭、可能得以委任訴訟代理人協助，但當事人仍需面臨要如何將他／她的訴求，轉換為另一套語言系統的過程。從本文的三個多聲道的法律的故事中，可以看出「當事人」在紛爭解決程序中的動態狀況與多樣性面貌。因此，當事人縱使是法律獨白話語下的「失語者」，當事人仍可能隨著程序進行，自我學習法律術語；或可能利用立法政策所設定之最高價值「當事者權」，在程序中，或協商方案、或拖延程序、或巧取利益。這些當事人於紛爭解決程序中的行動特性，特別是在本文聚焦之家事紛爭中，更為明顯。

作者認為，考察出這樣的動態且多元的當事人面貌，對民事紛爭解決之可能貢獻，得有以下五點：

（一）辨認與廓清民事訴訟觀自「私益」到「公益」的演變：這些面貌與動機多元的當事人，雖發源自私權紛爭的「私領域」，卻有可能造成社會輿論高度重視、影響到社會整體價值與正義的辯論[144]。

（二）對弱勢當事人標籤的反省：在以法律霸權為詮釋角度分析下，特別是因社會經濟性別族群等被貼上弱勢標籤的當事人，本文卻認為因當事人可能隨著紛爭解決動態進程改變其行為與選擇，因此其選擇紛爭解決的策略和方案，也會更加多元。是故，「當事人在法律霸權面前是弱勢的」這類的標籤，將可能簡化了對整個紛

144 例如2015年6月間的支付命令爭議，即是「私」權紛爭延伸出的虛假債權、社會公義、訴訟資源分配之「公」領域問題。學者從經驗研究、比較研究、立法史、立法政策等討論該議題。見楊淑文等（註113），頁191-256；吳從周（註113），頁63-96。

爭解決程序的觀察和詮釋。例如，為弭平當事人間武器不平等而過度向非訟法理傾斜、以致強化法官職權調查證據之民事訴訟法第288條的問題[145]。或如，為彌補醫療訴訟中，醫療方和患者方於社會一般通念上，於經濟上、醫療資訊上的落差，也用「弱勢」的患者方這樣的標籤，來進行「舉證責任倒置」，這樣的民事程序立法論與解釋論，在實務運作上，招致醫療界相當大的批評，認為如此並未兼顧到日益艱困複雜的醫療界結構性問題[146]。

（三）家事紛爭屬性複雜，在此可以看到「訴訟法理」與「非訟法理」之二元結構，的確是一種建構民事程序法學認識論與方法論的必要「標誌」／「標籤」；但家事事件之統合處理原則與合併審理，即試圖要在這二元對立結構下，尋求法院資源限度內、最能適當回應當事人需求的處理方式。此種需要在二元結構下解決問題、又需要在結構之外妥當安排介於其灰色地帶的當事人需求，當不只是家事紛爭在「訴訟」與「非訟」之二元分立論的難題，而可能是民事紛爭解決之普遍性課題。

（四）本文將民事紛爭解決，連結到法律的之「能」與「不能」的層次。亦即，法律「能」對紛爭解決提供基本平台。以家事紛爭解決為例，家事事件法之統合處理原則，表現在整體程序的現象為：在某個紛爭解決的時點，技術性地把原先錯落在普通法院之訴訟程序、非訟程序之分散單元，依統合處理原則，依法合併審理。這是法律之「能」的層次。然，當事人的未來家庭生活之不可

145 姜世明，再論程序法律安定性之終結者？以民事訴訟法第二八八條之疑難為中心——評最高法院九十二年度台上字第一七六四號民事判決，月旦法學雜誌，122期，頁250-263（2005年）；姜世明，評三則關於家事事件法之高院101年座談會研究意見，台灣法學雜誌，227期，頁51-64（2013年）；許士宦，離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實證據蒐集（下），月旦法學教室，138期，頁36-48（2014年）。

146 邱琦（註115），頁43；沈冠伶（註115），頁92-125；李詩應、陳永綺（註115），頁92-125、128-146。

預測性，例如離婚後夫妻之經濟、情感關係、住居所等的各自變動，並非正確的立法政策、或適法合理的個案裁判，所能解決或預測的問題，這是法律之「不能」。作者認為，辨清法律的「能」與「不能」，將有助於未來修法或立法政策之訴訟資源有效分配。

（五）本文認同釋義法學為法學的核心，其所涉及的法律術語、分類、概念等，都是「法律人」之專業技術，但需要法律與社會研究的反饋[147]；例如檢視分析出這樣多元、且具動態變化的當事人面貌，對於未來持續檢討民事程序法理之立法政策、法律解釋、並拓深此一領域的方法論和認識論，需要以釋義法學為基底，而有其他研究取向的法律實證研究相傍前行。

最後，本文認為，目前已然發生的各種外在社會結構因素[148]，正一再催促著民事程序法釋義學、民事程序法律實證研究、法律與社會研究等，得跳脫各自的傳統學術研究範疇與研究範式，積極尋求合作和對話。例如，進行對繼受母國學說「解殖民」化、或進行在地經驗式的研究，並以具體的部門法學單元，實質地反饋到法釋義學，使其發展出更加豐沛複雜的質地，方能達成：即使法律無從逃脫其典律性、終極性、與權威性的命定角色，也能保持反省與彈性，減輕其難以避免的典律化危機所可能帶來的風險。

147 見張嘉尹（註18），頁14；郭書琴（註8），頁199-231。
148 如前述之醫療紛爭、支付命令爭議等。

參考文獻

1. 中文部分

王甲乙、楊建華、鄭健才（2005），民事訴訟法新論，修訂版，臺北：自版。

王曉丹（2009），案例教學與批判性法學訓練——以大學校長遴選案為例，月旦法學雜誌，168期，頁122-137。

———（2010），初探台灣的法律與社會研究——議題與觀點，政大法學評論，117期，頁63-108。

———（2010），聆聽「失語」的被害人：從女性主義法學的角度看熟識者強暴司法審判中的性道德，台灣社會研究季刊，80期，頁155-206。

王鵬翔、張永健（2015），經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁205-294。

王澤鑑（2010），法律思維與民法實例，臺北：自版。

呂太郎等（2009），離婚事件附帶請求撫養費之若干實務問題——民事訴訟法研究會第一百零六次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（十七），頁281-344，臺北：民事訴訟法研究基金會。

沈冠伶（2006），家事非訟事件之程序保障——基於紛爭類型審理論及程序法理交錯適用論之觀點，臺大法學論叢，35卷4期，頁105-160。

吳從周（2015），徘徊在十字路口的支付命令制度？——探究德國法並思考我國應否廢止其既判力，台灣法學雜誌，267期，頁63-96。

李紹榕（2014），最光明、也最黑暗的醫療現場：一位心臟外科醫師，揭露醫療崩壞下最震撼的真相，臺北：三采。

李詩應、陳永綺（2013），當醫療遇上衝突糾紛，訴訟是最好的解決方法？——一對醫師夫婦赴日學習促進醫療和諧之路，臺北：原水。

李廣均（2002），男人的名字和女人的名字：以「國家考試金榜題名錄」中民國六十五年至七十四年考試及格人員為例，女學學誌，13期，頁219-260。

———（2006），志明與春嬌：為何兩「性」名字總是有「別」？，臺灣社會學，12期，頁1-67。

沈冠伶（2006），仲裁鑑定制度之研究——作為紛爭解決之程序制度，收於：訴訟權保障與裁判外紛爭處理，頁287-318，臺北：元照。

———（2007），武器平等原則於醫療訴訟之適用，收於：民事證據法與武器平等原則，頁91-125，臺北：元照。

沈冠伶發言，呂太郎報告（2009），離婚事件附帶請求撫養費之若干實務問題——民事訴訟法研究會第一百零六次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（十七），頁300，臺北：民事訴訟法研究基金會。

沈冠伶等（2013），家事程序法制之新變革及程序原則——家事事件法之評析及展望——民事訴訟法研究會第一百一十四次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（十九），頁77-200，臺北：民事訴訟法研究基金會。

邱琦（2013），醫療訴訟類型化研究——以孕婦闌尾炎為例，月旦裁判時報，22期，頁36-47。

邱聯恭（1992），司法之現代化與律師之任務，收於：司法之現代化與程序法，頁1-258，臺北：自版。

———（1992），簡易訴訟之基礎理論，收於：司法之現代化與程序法，頁311-347，臺北：自版。

———（1996），程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定之觀點，收於：程序制度機能論，

頁61-146，臺北：自版。

———（1996），新世紀民事程序法建制之基本課題——評論民事訴訟法修正走向之基本論點，收於：程序制度機能論，頁197-246，臺北：自版。

———（2000），處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變——著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，收於：程序選擇權論，頁79-135，臺北：自版。

———（2000），程序保障論新開展——評析其在我國之獨特性，收於：程序選擇權論，頁1-21，臺北：自版。

———（2000），程序選擇權之法理——著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學，收於：程序選擇權論，頁23-77，臺北：自版。

———（2000），調解程序之新變革——評析其相關民事訴訟法修正之走向及前導法理，收於：程序選擇權論，頁179-214，臺北：自版。

———（2001），爭點整理方法論序，收於：爭點整理方法論，頁3-70，臺北：自版。

———（2013），民事普通法院與家事法院之審判權劃分、牽連及衝突——闡釋其相關規定之法理依據及適用方針，月旦法學雜誌，212期，頁139-154。

———（2015），口述民事訴訟法講義（一）：2015年筆記版，臺北：自版。

姜世明（2005），再論程序法律安定性之終結者？以民事訴訟法第二八八條之疑難為中心——評最高法院九十二年度台上字第一七六四號民事判決，月旦法學雜誌，122期，頁250-263。

———（2013），家事事件法論，2版，臺北：元照。

———（2013），評三則關於家事事件法之高院101年座談會研究意見，台灣法學雜誌，227期，頁51-64。

———（2015），只緣深陷法理迷霧中——談家事訴訟事件與家事

非訟事件合併之難題，月旦法學教室，150期，頁18-20。
———（2015），家事訴訟事件之法理適用及部分疑義，軍法專刊，61卷1期，頁27-38。
姚瑞光（2004），民事訴訟法論，臺北：自版。
容邵武（2007），文化、法律與策略：鄉鎮調解過程的研究，臺灣社會學刊，38期，頁57-104。
———（2009），觀看法律，尋找文化——解構與重構法律人類學，思與言：人文與社會科學雜誌季刊，47卷4期，頁237-259。
———（2012），死刑戰爭：法律人類學的中介，文化研究，14期，頁101-138。
———（2013），責任、金錢、相對性：鄉鎮調解委員會裡法律意識的探討，成大法學，25期，頁123-158。
涂秀玲（2006），離婚親權行使事件中家事調解之研究——以子女最佳利益為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文。
張嘉尹（2010），憲法之「科際整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思，世新法學，3卷2期，頁1-49。
許士宦（2010），專欄／台灣法律發展回顧：民事程序法，臺大法學論叢，39卷2期，頁83-100。
———（2011），民事訴訟法學之制高點，收於：訴訟理論與審判實務，頁3-42，臺北：元照。
———（2012），家事事件法講座：家事非訟之程序保障（一），月旦法學教室，120期，頁53-65。
———（2012），家事事件法講座：家事非訟之程序保障（二），月旦法學教室，121期，頁42-56。
———（2012），戰後台灣民事訴訟法學發展史，收於：爭點整理與舉證責任，頁3-43，臺北：新學林。
———（2013），民事訴訟法之2009年7月修正，收於：家事審判與債務執行，頁147-182，臺北：新學林。

———（2013），家事非訟之程序保障，收於：家事審判與債務執行，頁1-44，臺北：新學林。
———（2013），家事審判之請求（下），月旦法學教室，131期，頁42-58。
———（2013），家事審判之請求（上），月旦法學教室，130期，頁55-68。
———（2014），離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實證據蒐集（下），月旦法學教室，138期，頁36-48。
許政賢（2012），人事訴訟的典範轉換？！——以家事事件合併審理制度為例，月旦法學雜誌，209期，頁39-57。
郭書琴（2009），法律知識的初步考察——從一則「常民」打官司的故事談起，思與言：人文與社會科學雜誌季刊，47卷4期，頁191-235。
———（2011），從法律知識典範轉移觀點看台灣法學教育改革，收於：湯德宗、鍾騏編，2010兩岸四地法律發展（上冊），頁31-60，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
———（2013），從「法律知識的技術性」談法律科際整合研究方法與實例，成大法學，25期，頁199-231。
———（2016），從家事紛爭當事人之「準諮商」需求談家事法院功能，世新法學，9卷2期，頁345-403。
郭書琴等（2012），重訪民事紛爭解決的法理與實踐——以家事事件看民事程序之訴訟觀的演進——民事訴訟法研究會第一百一十六次研討紀錄，法學叢刊，57卷4期，頁157-208。
陳伶珠（2007），發展友善子女的父母關係——從訴請裁判離婚的夫妻關係開始，兒童及少年福利期刊，12期，頁189-201。
陳伶珠、盧桂香（2006），以法院為基礎的社會工作家事調解歷程之初探，臺灣社會工作學刊，5期，頁75-125。
陳計男發言，吳明軒報告（1999），關於夫妻離婚後未成年子女監護之訴訟——民事訴訟法研究會第六十五次研討紀錄，收於：

民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（八），頁112-113，臺北：民事訴訟法研究基金會。

陳惠馨（2006），傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，臺北：五南。

———（2008），法律敘事、性別與婚姻，臺北：元照。

曾華松發言，呂太郎報告（2009），離婚事件附帶請求撫養費之若干實務問題——民事訴訟法研究會第一百零六次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（十七），頁330-332，臺北：民事訴訟法研究基金會。

黃丞儀（2002），「金水嬸」的處分權主義——法律的文化研究初探，思與言：人文與社會科學雜誌季刊，40卷3期，頁149-222。

———（2005），相遇，收於：黃丞儀、劉裕實等著，相遇：2004年法律文學創作大賞，頁1-134，臺北：商周。

楊淑文等（2014），論督促程序中相對人之程序保障——以有理由性審查之充實為核心——民事訴訟法研究會第一百二十二次研討紀錄，法學叢刊，59卷4期，頁191-256。

雷萬來發言，吳明軒報告（2006），關於夫妻離婚後未成年子女監護之訴訟——民事訴訟法研究會第六十五次研討紀錄，收於：民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（八），頁134-135，臺北：民事訴訟法研究基金會。

蔡穎芳（2013），本土家事調解參與觀察——半自主社會場域觀點，成大法學，25期，頁7-78。

謝靜慧（2005），探尋家事調解新方向——以臺灣士林地方法院家事法庭處理家事調解經驗出發，全國律師，9卷8期，頁13-23。

顏厥安（2008），轉型、風險與緊急狀態——法學研究幾個趨勢發展，人文與社會科學簡訊，9卷2期，頁2。

蘇永欽（2006），部門憲法——憲法釋義學新途徑，收於：蘇永欽

編，部門憲法，頁3-32，臺北：元照。

2. 外文部分

Bellow, Gary, and Martha Minow. 1998. Introduction: Rita's Case and Other Stories. Pp. 1-3 in *Law Stories: Law, Meaning, and Violence*, edited by Gary Bellow and Martha Minow. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

Brelvi, Farah Sultana. 1997. "News of the Weird": Specious Normativity and the Problem of the Cultural Defense. *Columbia Human Rights Law Review* 28:657-683.

Conley, John M., and William M. O'Barr. 2005. *Just Words: Law, Language and Power*. 2d ed. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Cowan, David, and Daniel Wincott. 2016. Exploring the 'Legal'. Pp. 1-31 in *Exploring the 'Legal' in Socio-Legal Studies*, edited by David Cowan and Daniel Wincott. London: Palgrave Macmillan.

Ewick, Patricia, and Susan S. Silbey. 1998. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life.* Chicago, IL: The University of Chicago Press.

Geertz, Clifford. 1973. *The Interpretation of Cultures*. New York, NY: Basic Books.

Gluckman, Max. 1965. *Politics, Law and Ritual in Tribal Society.* 2d ed. Oxford: Basil Blackwell.

Graham, Louise Everett. 1993. Implementing Custody Mediation in Family Court: Some Comments on the Jefferson County Family Court Experience. *Kentucky Law Journal* 81:1107-1131.

Jung, Shaw-Wu. 2012. Locating Law and Governance on Unstable Ground: An Ethnography of Events after a Disaster in Taiwan. *Ethnography* 14:25-45.

Levine, Felice J. 1990. Goose Bumps and "The Search for Signs of Intelligent Life" in Sociolegal Studies: After Twenty-Five Years. *Law and Society Review* 24:7-34.

Malinowski, Bronislaw. 1985. *Crime and Custom in Savage Society.* Totowa, NJ: Helix Book.

Merry, Sally Engle. 1990. *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Mertz, Elizabeth. 2007. *The Language of Law School: Learning to "Think Like a Lawyer*". Oxford: Oxford University Press.

Murphy, Tim. 2004. Legal Fabrications and the Case of 'Cultural Property'. Pp. 115-141 in *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*, edited by Alain Pottage and Martha Mundy. Cambridege: Cambridge University Press.

Nader, Laura. 1974. Up the Anthropologist: Perspectives Gained from 'Studying Up'. Pp. 284-311 in *Reinventing Anthropology*, edited by Dell H. Hymes. New York, NY: Random House.

———. 2005. *The Life of the Law: Anthropological Projects*. Revised ed. Jackson, TN: University of California Press.

Riles, Annelise. 2004. Property as Legal Knowledge: Means and Ends. *Journal of the Royal Anthropological Institute* 10:775-795.

———. 2006. Introduction: In Response. Pp. 1-38 in *Documents: Artifacts of Modern Knowledge*, edited by Annelise Riles. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

———. 2007. "Knowledge About Law", Entry in the International. Pp. 885-888 in vol. 2 of *Encyclopedia of Law and Society*, edited by David S. Clark. London: SAGE Publications, Inc.

———. 2011. *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*. Chicago, IL: The Chicago University Press.

———. 2016. Afterword: A Method More Than a Subject. Pp. 257-264 in *Exploring the 'Legal' in Socio-Legal Studies*, edited by David Cowan and Daniel Wincott. London: Palgrave Macmillan.

Roberts, Simon, and Michael Palmer. 2005. *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making*. 2d ed. Cambridge, MA: Cambridge University Press.

Sarat, Austin. 2007. Vitality Amidst Fragmentation: On the Emergence of Postrealist Law and Society Scholarship. Pp. 1-11 in *The Blackwell Companion to Law and Society*, edited by Austin Sarat. Hoboken, NJ: Blackwell Publishing.

Shostak, Marjorie. 1981. *Nisa: The Life and Words of a !Kung Woman*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Singer, Jana B. 2009. Dispute Resolution and the Post-Divorce Family: Implications of a Paradigm Shift. *Family Court Review* 47:363-370.

Valverde, Mariana. 2007. Theoretical and Methodological Issues in the Study of Legal Knowledge Practices. Pp. 72-92 in *How Law Knows*, edited by Austin Sarat, Lawrence Douglas, and Martha Merrill Umphrey. Redwood City, CA: Stanford University Press.

The Paradigm Shift of Civil Dispute Settlements in an Ethnographic Context:

The Case of Family Disputes

*Grace Shu-Chin Kuo**

Abstract

How does a legal anthropologist respond to the questions: "What can the law do—and what can it not do? And how are disputants' stories represented and managed in court?" Inspired by these two questions, in Part One, the author explains the character and the contribution of legal anthropology among empirical legal studies. The author also describes the multiple contexts of dispute settlements from the perspectives of law and society. In Part Two, the author articulates how she conducts her ethnographic study of law and how she solves ethical issues related to the multifaceted role of researcher. Based on this analysis, the author then suggests how to deal with these conditions when the boundaries of the legal field are ambiguous for ethnographers. In Part Three, the author goes over various accounts and stories to explore the law from diverse points of view. The author turns to legal doctrinal issues in Part Four, presenting her anthropological interpretations of the paradigm shift of civil dispute settlements. In Part Five, the author hopes that the narratives and the anthropological interpretations of doctrinal legal issues in the previous two Parts will contribute to the scholarly understanding of civil dispute settlements. Indeed, if the law is defined as a hierarchical system with legitimate enforcing strength, it will lessen the tension within the legal system and enrich society's understanding of the techniques that legal anthropologists and doctrinal experts employ by

* Professor of Law, Department of Law, College of Social Sciences, National Cheng Kung University.

providing such ample interpretations from alternative epistemological and methodological views.

KEYWORDS: Anthropology of Law, ethnography of law, stories of law, Socio-Legal Studies, civil dispute settlement, family dispute resolution, Civil Procedure Law, family dispute mediation, Taiwan Family Act.