法院民事調解的歷史社會意義

——以 K 縣法院民事調解親鄰土地案件為例*

王曉丹

政治大學法律學系暨法律科際整合研究所副教授

本文以 K 縣法院民事調解親鄰土地案件為田野調查的對象，耙梳親鄰土地案件之歷史文化脈絡，從中探討民事調解的社會功能。本文發現，於調解過程中，當事者的陳述往往揭露出土地使用的歷史社會過程，包括國家交替與土地管制之延續與變遷、人情義理脈絡之轉化與常民生活舊習之演變等。相關土地爭議進到法院調解庭之後，反而凸顯出過去生活中的規範之有無與內容本身模糊不清、一片混沌的現象。本文以為，與其將當事者的情緒反應定位為純粹負面的標籤化證據，倒不如正視調解可能的社會功能。也就是調解作為法律與社會的中介機構，反而成為一個雙方當事人得以釐清彼此關係、細緻化生活中規範的契機。本文主張，我們應該將調解定位在此「規則細緻化」的功能上，而這正是法律繼受與後繼受時代下的法文化現象，值得進一步在不同案例類型上進行民族誌的考察。

目次

壹、以法之社會功能為導向的「法律繼受」概念
貳、研究方法與初步分析：地方簡易庭調解現場之田野調查
參、調解之文化解釋與理論探討
肆、K 縣法院民事調解親鄰土地案件
伍、結語

壹、以法之社會功能為導向的「法律繼受」概念

一、法律繼受下經驗性研究的重要性

通常，一個法域承繼另外一個法域

投稿日：8 月 19 日；接受刊登日：11 月 22 日
關鍵詞：民事調解、法律繼受、法律多元（複數法律）、民族誌、糾紛、法律的社會功能、親鄰土地、法與社會變遷、法意識

* 本文之初稿曾發表於第一屆法律繼受下的訴訟外糾紛解決（ADR）：從威權到民主（2009 年 6 月 19 日），

特定法律規範的一部或全部，我們稱之為「法律繼受」。以這個定義而言，大多數的地區或國家都具有法律繼受的經歷。我們常說臺灣法制大抵繼受自十九世紀德國法制，但是德國法制本身也來自於羅馬法的繼受過程。十二世紀開始，西歐各國對羅馬法的熱潮，透過不斷研究與傳播，以羅馬法文化的精華改進當時的法制。而此種源自羅馬法的成果，也一直在變動當中。陳惠馨於其出版的「德國法制史」[1] 中，提出德國法制史的意義，對於繼受德國法的臺灣學者而言，必須要有一個主體的位置，也就是研究羅馬法如何被繼受，以及繼受後如何與當地原有的法律融合。此種對於法律繼受法制史的研究，已然拉出一個「社會學式」的觀察角度。

「法律繼受」這個詞彙的運用，近年來也出現在許多學者的研究論文中。這些研究者——包括法制史（法律史）的研究者，以及法理學／法社會學的研究者——分別拉出法律繼受的幾個重要面向。王泰升在其專書「具有歷史思維的法學——結合臺灣法律社會史與法律論證」[2] 中，將臺灣的法律繼受界定為「多源而多元」的狀況，並且提出「外來法的在地化」之概念，而在地化乃是一個從「借鏡」到「瞭解」的歷程。這本書所提出的議題，凸顯出作者企圖建立臺灣法學主體性的努力，包括臺灣社會爭論不休的國籍與認同議題、經常被遺忘的殖民統治法律暴力議題、對人權影響至深的檢察制度，也包括人民日常法律生活中民事舊慣的變遷、法意識的發展以及法律融合的過程等，還有對於上述法律史具有重要關聯的法學教育發展之省思。從上述的議題上，王泰升拉出了一個研究法律繼受的歷史深度，也就是圍繞著「我們從何而來？」、「我們如何成為這樣？」、「又為什麼不會是別的樣子？」。這些論文似乎預設了法律繼受發展的演進，使得法律繼受成為一個樂觀的法律進展過程之範疇性概念，作者希冀從此得以建立具有主體性的臺灣法學。

要建立具有主體性的臺灣法學，如果只是批判現行法學的脫離脈絡、欠缺歷史思維，顯然是不夠的。還需要更多本土經驗性以及理論性的努力，也就是要問「我們是什麼？」的問題。此種經驗性與理論性的努力到目前為止，仍然在逐步發展的階段。這方面，黃宗智以

並獲得國科會專題研究計畫（NSC 97-2401-H-004-174-MY3）補助。作者感謝接受本研究訪談與非參與觀察的法律從業人員、陳惠馨教授在研究歷程中關於中國法制史的啟發和當代糾紛事件的討論、研究助理唐曉倩、江可捷協助整理田野資料和文獻搜尋。同時，亦感謝雲南大學博士生王鑫代為蒐集資料，以及政治大學 97 學年度第二學期修習「法社會學專題研究」同學於課堂上的討論。這些都對本文的成形有重大的貢獻。

1 陳惠馨，德國法制史——從日耳曼到近代，元照，2007 年 7 月。

2 王泰升，具有歷史思維的法學——結合台灣法律社會史與法律論證，元照，2010 年 9 月。

清代檔案、民國時代以及當代的訴訟檔案為材料，做了許多努力。黃宗智強調：法律繼受的討論，於概念層次中，經常處於西方或中國表達上非此即彼的對立。但這是不夠的。必須「盡可能從實際的認識出發，從那裡創建新的概念」，也就是從經驗研究出發。於此，黃宗智提出「實用道德主義」的想法來定位中國法律的現實，而外來法與固有法即是在這樣的思維之下，得以並存並且互相補充[3]。

然而外來法與固有法如何並存與互相補充？當代的法社會學研究，必須從現實的爭論、衝突與矛盾出發，方得以從中耙梳現實的脈絡與結構，從而加深理解法律繼受後的法社會發展面貌。對此，陳惠馨在「清代法制史研究的幾點省思——從規範的角度出發」[4]這篇文章的方法論層次提出洞見。她以死刑執行與否、通姦是否除罪化，以及娼妓與嫖客是否應受刑事處罰為例，指出：「當社會針對某些特定制度或特定案件討論時，往往可以發現，社會中仍有多數人無法接受西方法律內容的價值體系，他們在思維上仍舊受到傳統中國法律的內在價值影響，也因此在很多明顯牽涉價值的制度設計或案件時，人民呈現著二元對立的態度。」除了現實的爭論、衝突與矛盾之外，在這篇文章中，陳惠馨從規範體系與規範設計的角度，討論「清代的法律是什麼？」。並嘗試說明，法律繼受或法律移植之前，社會已經有了法規範秩序。而此種既有的法規範秩序的密度以及強度，或許並不如研究者之前所預設的狀況般可以輕忽。換句話說，法律繼受主要是法律形式的被取代（例如從清末民初的大清律例、則例、省例等到西方法律制度），但是內涵價值體系的繼受（例如從三綱五倫到自由、平等、人權等啟蒙思想）則必然需要經歷法律與社會長期的溝通過程。如果要理解當前的整體法秩序，必然要正視既有法規範秩序與繼受法律制度之間的交錯與融合。

綜合上述，「法律繼受」概念的提出與探究，開啓了法學學術研究一個研究方法論轉向的討論。「法律繼受」概念意味著法學研究關注的焦點從「抽離時空脈絡的法律制度」，轉移到「整體社會的法秩序」，其中包括人們如何認知法律、如何使用法律等議題。從個人行動層面來說，這是法意識與法文化的議題，就制度層面來說，這是外來法與固有法融合的議題，除了突顯出研究

---

3 黃宗智，經驗與理論：中國社會、經濟與法律的實踐歷史研究，中國人民大學出版社，2007 年，1-10 頁。

4 陳惠馨，清代法制史研究的幾點省思——從規範的角度出發，法制史研究，17 期，2010 年 6 月，173-217 頁。

5 當討論法律的形成與發展受到政治、社會、經濟以及文化等因素的影響時，將之稱為「法律的政治經濟學」。參閱高玉泉，法律的政治經濟學，新學林，2010 年 5 月。

6 近年來臺灣學術界已經開使此種「經驗性研究」的探索，關於此點王曉丹有一個整體性的描述，文中並

「法律制度背後的價值理念」與「民眾的法意識」之間可能的落差之重要性之外，也必然會涉及法律的形成與發展會受到政治、社會、經濟、文化等因素的影響之議題[5]。換句話說，「法律繼受」的討論包括承繼者主動性與否的辯論，從而發現人在其中的認知、權衡以及行動所彰顯出的意義，也從中看見法律融合或者法律變遷的軌跡。這方面的研究，如果只是理論的探索，很容易流失具體法律融合或者法律變遷軌跡的本土意義，「經驗性研究」成為重要的事情[6]。

二、經驗研究對象的界定：「調解」作為「半自主社會場域」

在進行經驗性的研究時，研究者必須處理「法律」與「社會」之間的關係。於高度集中的政治系統中，法律常常被理解為一組複雜的原則、規則、理念、與實踐。法律因而被當成是可以促成社會變遷的工具，正如 Roscoe Pound 將法律當成是達成社會工程的工具（law as a tool for social engineering）[7]一般。而這也正是臺灣大多數立法背後的理性，假設社會行為或結構很容易受到有意識行為的控制，而法律可以達成這樣的目標。在這樣的理念之下，複雜而多面向的「法律」被濃縮為一個抽象於社會脈絡之外的、可以控制社會脈絡的存在。也就是「法律」與「社會」存在上的二分。上述「法律」與「社會」二分的理解，明顯忽略了法律也存在於日常生活當中[8]。同時，即便是上述各種組織之內

提出「法律的社會動員」、「法律的文化解釋」以及「法律的國家組織行為」等三個經驗分析的對象。王曉丹，初探台灣法律與社會研究---議題與觀點，政大法學評論，117 期，2010 年， 63-108 頁。

7 Pound, Roscoe (1965) “Contemporary juristic theory”, in Dennis Lloyd (ed.) *Introduction to Jurisprudence*. London: Stevens and Sons. Second edition, pp. 247-252.

8 Bohannan, Paul (1965) “The Differing Realms of the Law” in The Ethnography of Law, Laura Nader (ed.). *Special publication of the American Anthropologist*, Part 2, Vol. 67, No. 6, pp. 33-42.

9 Moore, Falk Sally (1973) “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, *Law & Society Review*, Vol. 7, No. 4, pp. 719-746.

10 類似觀點之下最有名的是 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。Macaulay, Stewart (1963) “Non-contractual relations in business: a preliminary study,” 28 *American Sociological Review* 55.

的法律行為，也必須以「社會中的法」的概念來加以認識。換句話說，研究的對象為現實中會對人們行為產生強制力的規範（尤其是國家法律之外的規範），以及規範如何讓人們接受。研究分析要以法律的社會機制或者社會過程為主，並探討其形成與變遷。

對於上述社會機制或者社會過程的研究，Sally Moore 提出「半自主社會領域（semi-autonomous social field）」的概念。這個領域可以說是介於國家以及個人之間的「法律秩序 （legal order）」[9]。個人歸屬於此，但也因此其行為受到誘導或強制。「半自主社會領域」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。因而，針對「半自主社會領域」的研究，可以發現人們遵守國家法律與否的過程與關鍵因素。Moore 提出「半自主社會領域」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[10]。從互動過程得以產生規範的實效性。因此，一個公司內部可以是一個「半自主社會領域」，一個行業也可以是一個「半自主社會領域」。很多其他「半自主社會領域」互相關聯，而成為一個鏈結關係[11]。

以「社會中的法」來理解整體規範秩序，方法論上必須有所轉換乃屬必然。這樣的轉換，在西方文獻中，除了 Moore 提出「半自主社會領域」作為分析對象之外，還有 Pierre Bourdieu 以「看不見魔力的魔石」來形容「司法場域」（judicial field）對行為的影響力。此種看不見的社會拉力，形成「一組結構地、社會模式地活動或實踐」（an area of structured, socially patterned activity or “practice”），也就是受社會內化的一些「慣習（habitus）」。具體的面向，就是傳統、教育、專業邏輯以及專業用語等。這些「慣習」不只是社會關係的反射，而是一個由內部邏輯（例如法律文件的形式、法律程序的法規化等，形成對真理的技術面）和外部力量折衝之後的結果[12]。在 Bourdieu 的分析之下，法律內部邏輯與外部力量形成一種合理化司法場域的社會效果。對我們來說，具有意義的是，Bourdieu 的分析，讓我們認識到每一個人都以不同程度生活在「司法場域」之中。法律的力量（the force of law）某種意義上形塑並且決定我們的生活。

不論是 Moore 所提出的「半自主社會領域」，或者是 Bourdieu 指出「慣習」，都可以拿來作為本文以社會功能為導向的「法律繼受」理論意涵的參照系統，並且由此為基礎發展本土經驗研究的對象。本文以下將以法院調解為考

---

11 *See supra* note 9.

12 Pierre Bourdieu (1987) “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, Translated by Richard Terdiman, *The Hastings Law Journal* 38, 5: 816.

察對象，說明此種理論概念在臺灣法社會文化下的可能意義。

貳、研究方法與初步分析：地方簡易庭調解現場之田野調查

我從事田野調查的地方是 K 縣簡易法庭，其管轄的區域包括六個鎮以及四個鄉，幅員相當廣大，多數的地區為非都會區。這些地區的經濟活動多半以農業與工業為主，商業為輔。就這些地區繁榮度而言，很難有一個客觀的描述。只能說該縣有一個鄉有高鐵經過，十個鄉鎮中，有二個鄉一個鎮沒有臺鐵經過。因此，管轄區域也包括相對偏遠的地方。根據該股書記官的陳述，民事糾紛只要不是銀行票款或清償借款（即便是非簡易案件亦同，因為調解沒有管轄的問題），書記官會先作電話聯繫，看能不能請當事人出席調解庭。如果當事人願意來，就由庭長擇定期日，繼而發開庭通知。調解期日前三天，會有一個二線、外聘的小姐再作一次電話確認。而該簡易庭一個禮拜大約二十件左右的案件[13]。

法院的調解，依民事訴訟法第四〇六條之一的規定，由簡易庭法官行之。程序上先由法官選任調解委員一至三人先行調解，俟進行至相當程度有成立之望，或有其他必要情形，再報請法官到場。實務上，當事人開庭前會收到調解通知書[14]。調解通常由一位調解委員主持，希望促成雙方達成協議、解決紛爭。地點通常會在調解室內進行，過程及內容則依照民事訴訟法第四〇三[15]至四二六條所規定的程序。實務上通常由調解委員來帶領，請雙方表達意見，找出共同的點。再請雙方討論看法歧異的地方，考慮是否各自讓步，達成解決紛爭的方案。如果一次調解不成，而有希望調解成功者，可以再約下一次的調解。如果調解成功，會寫調解筆錄[16]。至於調解的案件類型，以鄉鎮市調解現

---

13 有趣的部分是，書記官在打電話連繫的時候，有時候會對案件作一些篩選（例如在打的過程中發現，這個當事人的法律問題已經出錯，根本就不用請另外一造來，書記官可以直接告訴一造已經告錯了。例如受訪的書記官表示，之前有一個分割遺產的案件，在五筆遺產中原告僅僅拿出一筆土地出來提出告訴，當時庭長就會用職權查一下遺產範圍，書記官會請原告到法庭告訴他應該怎麼去做）。

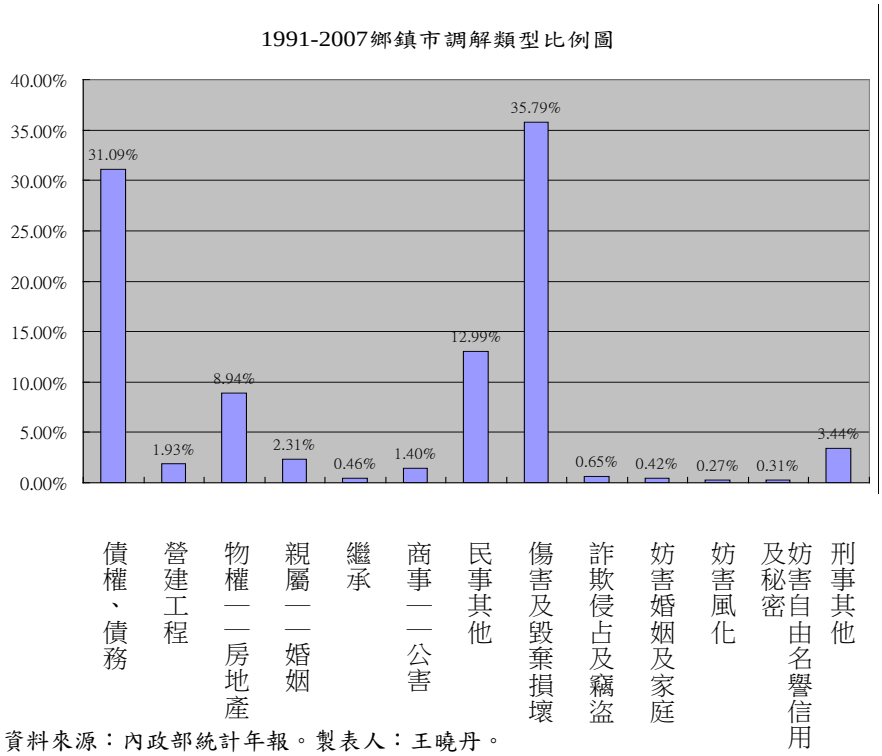
14 根據本研究所蒐集的田野資料民事庭／簡易庭調解通知書，其內容如下：1.受通知人姓名地址：記載本件通知書應通知之人，本例之通知人為「原告」。2.案號：○○年度家調字第○○○○號。案號（或稱文號）是公家機關在受理人民聲請之案件時所定的編號，除方便法院依類別保存及調閱外，也助於管理上之效率，所以只要想詢問法院案件辦理情形、提出書狀或是聲請調閱卷宗時，只要在書狀、聲請書註明案號，或是告知承辦股法院書記官案件的案號（文號）即可迅速辦理。案由：記載當事人間之訴訟種類。3.應到時間：當事人應到法院出庭日期、時間。4.種類期日：記載開庭程序類別，如本例：「調解」。5.記載「相對人」姓名。6.注意事項：出庭當天應攜帶身分證件、印章、出庭通知書、證據資料等訴訟相關物件、文件（參閱文件說明第 7 點注意事項欄之記載），務必準時到庭，到庭後應先行向法警辦理報到，靜候唱名開庭。請仔細參閱注意事項內容，若有疑問可致電法院聯合服務中心詢問。7.應到處所：應到法院法庭位置、名稱。若不知道法庭位置，可詢問法院義工或服務人員、法警。8.備註：記載本例受通知之原告，應於出庭當日「親自到庭」。若不到庭調解，依民事訴訟法第 409 條規定，將會受到新臺幣 3,000 元以下罰緩。9.股別：案件承辦單位，也是承辦法官的代號。除上述第 2 點之案號外，想詢問法院案件辦理情形、提出書狀或是聲請調閱卷宗時，只要在書狀、聲請書上註明案號及承辦股別，或是找到該承辦股書記官，告知法院書記官案件的案號（文號）即可迅速辦理。

15 2007 年 3 月 2 日公布修正民事訴訟法第 403 條，擴大強制調解事件範圍，並將強制調解之金額提高至新臺幣 50 萬元以下。修正第 463 條擴大合意移付調解之範圍，增加第二審程序準用調解程序，當事人得於第二審程序合意移付調解。修正第 83、84、420-1、425 條，提高撤回起訴及成立和解、調解得聲請退還所繳裁判費或聲請費之比例至三分之二。

16 有些案件依照民事訴訟第 403 條規定，會把調解當作前置程序，必須經過調解程序仍無法解決時，才進行訴訟。也有些案件依照同法第 406 條的規定，法院會駁回調解的聲請。法院認為有調解的必要時，也可以依同法第 420 條之 1，經兩造合意將事件移請調解；如不願意調解，就表達無調解的意願，且無成立調解的可能即可。就利害關係而言，調解不成立的效果規定在同法第 419 條，例如該條第 1 項規定：當事人兩造於期日到場而調解不成立者，法院得依照當事人之聲請，依該事件應適用之訴訟程序，命即為訴訟之辯論。但他造聲請延展期日者，應許可之。附帶一提的是，調解也是解決紛爭的方法，而且在法院調解成功作成調解筆錄，其效力依同法第 416 條第 1 項之規定，和訴訟上和解一樣，也是可以解決紛爭，並沒有必要排斥。

場為例，包括刑事與民事的案例類型，其中以傷害及毀棄損壞所占的百分之三十五・七九，及債權債務所占的百分之三十一・〇九最多。其次為民事其他類（包括損害賠償）占百分之十二・九九，以及土地房產類占百分之八・九四。詳細情形如圖一。

K 縣法院的調解委員分為兩組，每組大約為十人左右。成員主要來自於鄉鎮市調解委員會的委員，也就是傳統上的地方仕紳，再加上少數附近大學法律系的老師。這些傳統仕紳的調解委員，多半有各種不同的地方職務經驗，包括公會會長或理監事、縣議員、扶輪社社長、里長、退休校長、鄉民代表、地方協會理監事、退休國中教師等。學歷除了法律系大學教師之外，從小學到大專都有。一般來說，學歷並不重要。根據訪查過程的認識，委員調解的方式大致有兩種，一種是以法律條文為主，此種調解委員比較會提供事件的法律分析給當事人；另一種則不談法條，主要是跟當事人「搏感情」，以人情義理為主。不論是哪一種調解委員，都是以調解成功為目標。前者以法律說理，後者以傳統倫理關係說理。有趣的是，後者的調解成功率往往高於前者。換句話說，以人情義理為主的論述，比較可能說服當事人做



資料來源：內政部統計年報。製表人：王曉丹。

圖一

出退讓。

地方法院簡易庭的承審法官於接受訪談時，強調「進入當事人社會關係」在調解中的重要性。他說：「尤其在我們那種鄉下地方啊……就是比較……非都市地區的人民更強調關係啦！所以……這也沒辦法（台語），所以對我來講的話，我第一個一定要先、先走進他們的關係裡面去理解他們的感受，我才有辦法往下去調。」還有以下這段話：「法律要幫當事人解決問題，一定要去結合當事人的生活關係。一定要！如果法律沒有辦法去結合，或者是體會當事人的生活關係，也就是說我們的那個社會脈絡的時候，那個法律永遠會是懸在半空中，沒有根的，真的是失了根的蘭花，它開的很漂亮沒有錯……呃……訴訟標的相對論啦、然後那個什麼……對啊！就是……溫暖跟人性就來自於我們對當事人社會生活脈絡跟社會生活關係的理解」。

我在進行田野調查時，會嘗試與K縣承辦調解業務的書記官和調解委員建立關係，進行私下的聊天。另外也安排了時間進行正式的訪談，並且將過程錄音作成紀錄。有趣的是，書記官和調解委員乃是第一線面對當事人的工作人員，他們對於在調解庭上的當事人多半抱持著負面的評價。例如書記官會強調當事人不瞭解調解的意義，有時候甚至只是在「發洩情緒」。以下是書記官的說法：

那有些比較皮的話，他們明明知道自己法律上完全沒有道理，他們會一定要爭啊！他就覺得我為什麼要付？有些人就是搞不清楚我們今天試調，就是要幫助你們不要走那麼冗長的訴訟程序，儘量幫你們取得一個協調的方式去解決紛爭，但他不懂，他以為坐在這裡就可以為所欲為的去暢談，這是我看到的××文化，對。

書記官強調當事人不瞭解調解意義的同時，自己倒是為調解的意義下了一個註解，那就是「互相讓步」。以下是她的說法：

因為調解當事人他會發洩情緒，可是你發洩情緒我們最終還是要回到那個問題的……本質上面來，好，這時候你發洩情緒完，我們還是要去看你在這上面的責任問題嘛！對啊！那這時候就不能再由你去這樣發洩情緒啊！啊自然而然就會有人需要讓步的啊！不然怎麼可能……

而調解委員甚至覺得，在調解庭上，當事人是「目空一切」在進行「說謊比賽」。以下是調解委員的說法：

而且你不能聽……就算你能夠看到全貌讓他們去陳述，都在說謊比賽！根本都在說謊比賽！

看那個態度我們其實看得出來啦！那個態度跟我們……好像目空一切的那種感覺。

調委：很多，很多啦，到法院都是瘋話連篇！

研究者：為什麼？……

調委：尤其基層社會嘛到法院都會講的話齁……你如果不跟他阻止的話喔……你會聽的喔……捧腹大笑！一些舉止很乖張！

研究者：比如說是，他們會怎麼講？

調委：就是講一些跟本案無關的啦，然後……但是重點就在於攻擊對方，膨脹

自我，攻擊對方，大概都是這樣。

調解委員在談到調解程序進行的時候，甚至會持著「以主張調解效率為主導」的思維：

調委：其實我們現在的審判長喔……是比較仁慈啦！所以當事人都在那裡忸怩作態！更嚴重！

研究者：噢……這樣。

調委：如果是前一任的庭長喔……像這種問題他馬上兇……還看不出那個成果……如果以前那個喔……我就告訴他說，那我算算的結果是一百五十萬，那對方願意給她是一百二十萬，他都假裝一百五十萬與一百二十萬，差三十萬，差不了多少，你怎麼樣後果，你怎麼樣怎麼樣後果，兩造的後果都講一下，我看這樣好不好？折衷好不好？好，折衷有沒有困難？我給你分期。如果有一方，很故意很狡黠的樣子喔，他馬上就兇……他會說：你不一定會贏喔！我判了喔……你們兩邊都會哭！他都講的很白。

研究者：但是這個……有點走在邊緣喔？就是說你等於是……

調委：不過這效率很高。

研究者：效率很高？嗯……

調委：像最近我就有一點感覺施不上力的那種感覺，好像功虧一簣、缺臨門一腳。

我們發現，人們到法院之後，為了說明自己有理，的確會「策略性地說謊」，或者儘量說些對自己有利的話。這正如 Merry 的研究一般，傾向於把對方說成是品性不端的人[17]、情緒化的人[18]，而極力保護自己和自我形象[19]。有些案件開始時可能被認為是由財產爭議所引起的民事案件，但隨著事態的發展以及情緒升溫導致污辱或毆打，從而使受害方將該案件告到了法院。

黃宗智教授指出，傳統中國和現代西方在司法制度上的最顯著差別，在於前者對民間調解制度的極大依賴[20]。即便在今天，要理解當代臺灣法制就不可能只侷限

---

17 關於品行不端的人，Merry 的形容如下：「當人們談到他們所在社區的問題時，人們常常認為這些問題涉及的人或家庭是欺凌弱小或愛惹麻煩的。人們認為，如果社會區比較友善的人或家庭感到某些人或家庭難以相處，一定是因為這些人或家庭令人討厭，比如他把音樂聲音弄得太大，他的孩子很無理並缺少管教，她的狗整夜吠叫不止，或者因為他在鄰居面前表現過於自負。」

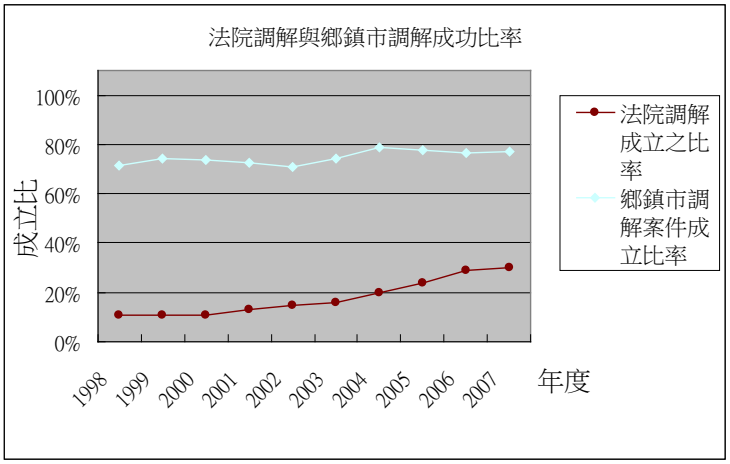
18 關於情緒化的人，Merry 的形容如下：「問題幾乎都涉及情緒上的強烈對立而不是利益上的理性分歧。調解過程中當事人之間常常憤怒地相互喊叫或聲淚俱下地互相指責對方的疏忽和敵意。大部分的人對於他們的問題送到法院，並且要再次談這些問題，對他們來說是痛苦的。然而法庭只是理性地將案件看作是利益分歧。法庭始終堅持對所發生情況做出這種冷冰冰的解釋並將這些問題以法律條文加以解釋。」

19 關於極力保護自我以及自我形象的人，Merry 的形容如下：「當事人常常將自己看作是值得尊重、通情達理和公正的人，在問題中夾帶強烈情緒色彩的原因之一是當事人產生了一種自我受到威脅的感覺。這些衝突實際上包含著這樣的因素：一個人怎樣看待自己，他如何評價周圍的環境，他處理事情和保護自己的能力，以及他塑造自己良好社會形象的能力。」

20 黃宗智，清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐，上海書店，2001 年，10 頁。

在官方法當中，許多民間糾紛仍然並非以國家法律的訴訟制度來解決[21]。我們假設：即便到了今天，利用法律來解決問題的人通常是迫不得已才為之，因為起訴意味著關係的惡劣化、尖銳化、會使矛盾升級。人們遲遲不採取這種激烈的行為，是希望困境能消失，或者認為還可以繼續忍耐。此點可以從鄉鎮市調解委員會調解成功的比率在七成左右，而法院調解的成功比率卻僅在二成左右看出來。也說明了一旦進入法院，當事人的關係已經有一個爭論的過程，而當事人退讓的意願隨而降低。二者的比較，可以用下圖表示。

事實上，與大多數的西方社會不同，臺灣社會中當人與人之間有糾紛時，社會中有許多「中介者」。除了鄉鎮市調解委員會調解委員、法院調解委員之外，有時甚至警察、議員、立法委員、官員、機構中的權威者或者長輩，都可能扮演調解者的角色。所以當人民進法院之後，往往希望得到法律的解決。如果法院調委或者法官還是以調解的心態在處理，難免引起人民的不滿；另一方面，事件能夠進到法院，必然已經過許多人的調解，一直調解不成，必然是已經有許多糾結，或者是關係已經破壞。要進法院之前，可能已經問過許多法律專家，事件早就已經法律化。這與美國進法院之後才被認定為非法律問題



資料來源：內政部統計年報與司法院統計年報。製表人：王曉丹。

圖二

[21] 依據陳聰富教授的研究，法院調解案件之比例呈現逐年下降趨勢，到 1992 年甚至僅為全部案件（包括法院訴訟案件與法院調解案件）總數的 3.66%。而法院調解案件中調解成立的比例，依據陳聰富教授的研究，在 1970 至 1989 年之間，調解成立的比率由 1976 年之前的 43%以上，到 1981 年的 21%以上。此後即陸續下降，降到 1998 年僅為 11%左右的調解成立比率，陳聰富教授認為「調解制度之功能有逐漸走向式微的趨勢」。相對於此，人民自願在鄉鎮市調解委員會進行調解時，調解成立之比率一直超過半數以上。參閱陳聰富，法院訴訟與社會發展，人文及社會科學，10 卷 4 期，2000 年，450-453 頁。

的狀況不同[22]。因此，誠如上一段中，受訪的書記官以及調查委員對於當事人「發洩情緒」以及「說謊比賽」的描述，進法院的人往往是很有情緒的人。面對這些有情緒的人，法院的工作人員難免也會帶一點情緒，甚至會有一些主觀性的評價。

重要的是，從學術研究的角度，我們可以如何看待此種主觀性的評價？我們可以將當事人的情緒賦予如何的脈絡性理解，以便給予其符合歷史、社會發展的評價？我們要努力的是，從這些適當的評價中，重塑法院調解的社會功能。

叁、民事調解之文化解釋與理論探索

一、重塑民事調解的社會功能

在西方，調解作為一種解決糾紛的制度，其興起的主要背景是為了降低訴訟成本，並回應司法民主化的呼聲，以重視當事人的「合意」，彌補審判中「一刀切」的缺陷[23]。然而在許多非西方國家，法官採用調解制度更主要的目的，是在迴避正當程序的審判中，對於程序乃至實體法更為嚴格的要求，以便調和法律與鄉土社會的邏輯衝突。法院著力於履行作為基層政權建設分支機構的職能：解決糾紛保平安，微妙地以政治、道德的規則統治代替了法律規則的統治。這些都是在調解——這一較之審判更為靈活的制度——空間內，以及當事人合意的前提下進行的[24]。

美國於一九七六年展開「訴訟外糾紛解決或替代性糾紛解決（Alternative Dispute Resolution, ADR）運動」[25]。關於 ADR 之社會功能，有兩種不同的看法。一個是從跨文化的觀點出發，指出法律本身與效率或和諧的理念並不相容，因此有必要發展另外一套制度以解決糾紛。這方面的論述，在美國甚至有所謂「反法律運動（anti-law campaign）」，由許多實務工作者以及專家組成；另外一種觀點，指出 ADR 是正式法律系統的擴張（expansion），提供人們不滿與糾紛主張與辯論的場域。

另一方面，Laura Nader 將 ADR 視為

---

22 Merry 談到人們遇到問題是隱忍不發，然後才上法院，之後問題被以案件的方式處理，使得對問題喪失控制，而沒有自主性。這部分她以法意識的概念加以描述，稱這個為人們對於法律的態度與觀念，在這個過程之後還是保有一種相信法律的信念，不會因此質疑法律本身，而這種不質疑掩蓋了美國社會欠缺中介機構的事實，也掩蓋了法律作為一種鞏固既有體制的機構之社會作用，此種鞏固即為一種霸權，一種意識型態。

23 棚瀨孝雄著，王亞新譯，糾紛的解決與審判制度，中國政法大學出版社，1994 年。

24 楊柳教授甚至提出「模糊的法律產品」此種說法，他認為嚴格的法律產品需要以自治的、強有力的法律作為支持，但是基層法院為了鄉土社會中人們的需求許多時候是婉轉地提供的一種模糊法律產品，有時候這甚至是一種好的選擇，使得鄉土社會在法律的蜿蜒前行中理解，並期盼能夠從中逐漸發展出更強大的法律規範力量。楊柳，模糊的法律產品，收錄於：強世功編，調解法制與現代性：中國調解制度研究，中國法制出版社，2001 年，484-501 頁。

25 1976 年在 St. Paul 舉辦的 Pound Conference 當中，Warren Burger 法官就宣告 ADR 革命的到來。

是正式法律系統的擴張，有助於我們研究以法律促成社會正義的可能性。在這方面的研究上，她主要處理三個議題：法律與人類學研究的關聯性、將「法律」當成一種「霸權式的控制過程」（hegemonic controlling processes），以及原告在法律實踐上的策略及其「建構性的效果」（constitutive effect）[26]。換句話說，Nader 並非提倡一種「沒有法律的正義」（justice without law）[27]，也不是藉由對調解的研究進行法理學或者法律史的研究，而是在進行法社會學式的法律實踐分析。她從歷史發展與社會條件的脈絡中，找到人民作為勞動者、少數種族、消費者等弱勢地位的法律處境，並且嘗試從人們的策略選擇以及法律所提供的霸權式控制效果，說明法律實踐的文化性意義[28]。

以 Nader 的研究為基礎，作者以為：調解本身具有「社會轉化」的動能性位置。研究調解個案，不但可以從中看見社會結構上的不平等，也可以看見人們對此不平等所做出的努力。因而，研究調解的法律實踐，本身就是在面對社會正義與平等，也可能藉由人們的司法參與，由下而上地對社會正義與平等運動做出貢獻。正如 Boaventura de Sousa Santos 所主張的，我們可以將 ADR 作為法律實踐的文化研究單位，並且預設「法律多元」在社會中以不同形式存在。而研究 ADR 的社會過程，更能表達底層人民的需求，這些包括商談、調解、修復式正義、「社區正義」（community justice）、「巡迴正義」（itinerant justice）以及小額法院。Santos 並將這個過程稱為「興起的社會學（sociology of emergence）」[29]。

至於要如何分析調解的法社會學意涵？Nader 在她的書「Harmony Ideology: Justice and Control in a Mountain Zapotec Village」中提出「和諧法律模型」（harmony law model or harmony ideology）[30]。她主張人們在五百年的殖民經驗背景之下，發展出一種策略，此種策略是在某個特定的社會條件之下，為了對抗權力統治以及社會不正義的無奈選擇。因此，人們同意進行調解，或者同意調解方案，往往是出於不願意面對訴訟程序宰制下的選擇。而在調

---

26 Nader, Laura. *The Life of the Law: Anthropological Projects: Anthropological Projects*, University of California Press, 2002.

27 Auerbach, Jerold S. *Justice Without Law*, New York: Oxford University Press, 1983.

28 Nader, Laura. *The Life of the Law: Anthropological Projects: Anthropological Projects*, University of California Press, 2002: 138.

29 Fabio de Sa´ e Silva. “Book Review: Towards a Democratic Revolution of Justice By Boaventura de Sousa Santos”, *Law and Society Review*, 42:3(2008): 696-700.

30 Nader, Laura. *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford: Stanford Univ. Press, 1990.

31 Nader, Laura. *The Life of the Law: Anthropological Projects: Anthropological Projects*, University of California Press, 2002: 28-9.

解過程的主張，可以凸顯出社會結構的不公平，以及利益分配的不正義[31]。Nader主張：在墨西哥的城鎮中，「和諧」成為人們保有自主性的法律策略，有助於達到保有地方文化的效果，而這就如同 Daniel H. Levine 所稱的「生存的政治」（Politics of survival）[32]。因此，正如 Simon Roberts 所言，我們需要在研究調解過程的時候，耙梳「規則如何被運用，特別是如何在調解的過程中展演利益的追逐以及權力的展現」。我們必須去觀察「人們如何敘說，因為敘說本身是人們嘗試超越控制並且影響他人的重要方式」[33]。

至於本文前述所謂要「在廣闊的社會背景之下解釋意義」，是指要在調解與臺灣國家社會關係轉變之間的關聯性上，進行論述。最近二十年來，臺灣的國家體制從威權逐漸走向民主。在這個過程中，國家與社會關係發生了根本性的轉變。這當中，國家法律的實踐也隨之轉變。如此轉變，若採用費孝通教授的話來說，就是從「沒有陌生人的社會」到「都是陌生人的社會」[34]。也就是說，中國社會是鄉土性的，而「鄉土社會是富於地方性的」。在這樣的社會裡，法律是用不上的。社會秩序主要是靠老人的權威、教化、鄉民對於社區中規矩的熟悉，以及服膺傳統習慣來保證。而在當代的臺灣，糾紛的當事人彼此之間，已經少有緊密的「地方性」關係。老人權威和傳統習慣也不再如以前一般「有效」。取而代之的，是個人的興起。即便在親鄰糾紛中，個人與個人之間「地方性」的關係特徵逐漸減弱。

綜上所述，本文主張：欲建構民事調解的法社會學意涵，必須採取「深度描繪」（thick description）[35]的方式。我們不能將法律當成是靜止不動的規範，相對地，必須將法律當成社會轉化——甚至是政治鬥爭——的過程、力量以及歷史[36]。這種過程、力量以及歷史，必然要將法律放在歷

---

32 Levine, Daniel H. ‘‘Politics, Law, and Society: Harmony, Law, and Anthropology’’, *Michigan Law Rev*. 89 (1991): 1766-77.

33 Roberts, Simon. ‘‘Do We Need an Anthropology of Law?’’, *Royal Anthropological Institute Newsletter* 25(1978): 4, 6-7.

34 費孝通，鄉土中國，1985 年，網路書籍：http://www.hkphilosophy.com/opforum/upload/269/china.pdf（瀏覽日期：2009 年 6 月 3 日）。

35 Clifford Geertz 提出「深度描繪」（thick description）這樣的概念，指出地方性知識的研究必須要深究地方的法律實踐，並且從意義的觀點描繪其文化性的解釋，而非只是專注於行為的成因以及現象本身。Geertz, Clifford. ‘‘Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Cultures’’, in *The Interpretation of Culture*. New York: Basic Books, 1973.

36 Moore, Sally F. *Law as Process: An Anthropological Approach*. London: Routledge & Kegan Paul, 1978; Starr, June, and Jane F. Collier. “Introduction: Dialogues in Legal Anthropology”. In Starr & Collier, eds., 1989, 1-30.

37 在上述的研究取向上，許多研究者已經開始將人權當成一個文化現象來研究，例如 Cowan, Jane K., Marie-Bénédicte Dembour, and Richard A. Wilson, eds. *Culture and Rights: Anthropological Perspectives.* New York: Cambridge University Press, 2001; Wilson, Richard A. and Jon P. Mitchell, eds. 2003. *Human Rights in*

史發展、社會結構以及政治鬥爭的系統中加以研究，並且要將調解的法律實踐當成為對法律霸權的挑戰，從中發現法律不平等的結構以及轉化的機制[37]。因此，我們不但要研究大的歷史背景（例如法律繼受）所造成的社會實踐，還要透過研究，呈現社會中權力或特權存在的方式；更要在微觀的層次（例如調解的法律實踐），深度描繪其文化上的意義與信念，並分析地方性的法律實踐，所透露出的社會轉化——甚至政治變遷——的文化性意涵。簡言之，本研究注重的是調解的文化意義，也就是追問調解背後的文化根據，或者說如何透過調解去理解錯綜複雜的文化，並在廣闊的文化背景下解釋調解現場。

二、探索理解模式：規範想像多元及其細緻化

為了「深度描繪」臺灣民事調解的法社會意涵，必須先深掘糾紛的社會文化脈絡，也就是要回到社會生活關係中，進入糾紛之所以產生以及糾紛解決過程的社會情境[38]。本文主張：糾紛的發展歷程，在臺灣往往處於一個「規範想像多元」的世界裡，因為規則有無以及內容不清楚，或者不清楚對方在何種規範情境中，使得互動過程產生糾紛。而欲解決糾紛，也往往必須從上述的模糊、多元情境當中去尋求。要完成這方面的論述建構，有以下幾點概念性的前提需要先釐清。

首先，法社會學和法人類學研究中所界定的「法」，往往是較為廣義的「社會中的法」。它並不侷限於法典中的法，而是泛指一切規範而言。我們要觀察的，是上述一切規範彼此之間的互動關係。亦即，社會中的法如何與國家實定法一起作用？二者關係是和諧、衝突，或者有其他的關聯方式？舉例而言，王泰升教授認為：在近百年來的臺灣法律史發展進程中，國家法律與民間習慣之間的關係，已經由「國家法律被邊緣化」的現象，逐漸轉化為「民間的習慣和情理的觀念，僅能在國家法律

Global Perspective: Anthropological Studies of Rights, Claims and Entitlements. New York: Routledge. 以及從權利的觀點談地方性知識與社會正義之間的關聯性，例如 Merry, Sally E. “Changing Rights, Changing Culture”. In Cowan et al., eds., 2001: 31-55; Merry, Sally E. “Human Rights Law and the Demonization of Culture”. *Polar: Political and Legal Anthropology Review*, 26:1(2003): 55-77.

38 容邵武在「文化、法律與策略：鄉鎮調解過程的研究」這篇文章中指出：「規則不是一組外在、客觀的法律條文，它們的意義也不完全是清楚明白的；相反的，規則是在一連串的衝突和調解之中被『引發』出來的，甚至是在雙方當事人引用規範來強化自己的立場挑戰對方立場時，規則才不斷被敘述，被重新確認起來」。這樣的結論，乃是一個經過鄉鎮調解過程現場觀察的人類學研究成果，研究者的興趣在於規則如何對人們產生意義，其必然是透過一連串的語言論述以及意義的賦予才被確認，並且成為社會關係中活生生的法。本文將嘗試進一步透過民事調解庭的現場觀察，研究此種「活生生的法」，尤其著重在於此種「活生生的法」所由之衝突爭議，並且將之與臺灣當代法律繼受與社會變遷的背景關聯起來，討論爭議的由來、發展、轉換以及解決，從中看見臺灣法律發展的現代性意義。參閱容邵武，文化、法律與策略：鄉鎮調解過程的研究，台灣社會學刊，38 期，2007 年 6 月，58 頁。

39 王泰升，台灣法的世紀變革，元照，2005 年 2 月，362 頁。

所容許的範圍內，發揮其規範效力」[39]。這似乎將二者關聯的方式做出排他的分析，並未著重於彼此互相滲透影響的過程分析。若要分析二者互相滲透的影響模式，「法律多元主義」[40] 理論脈絡提供了許多想像的空間，並可以幫助我們理解[41]。

第二，當原有威權體制解體之後，秩序該如何重建？「規範」往往扮演著重要的角色。然而此時正值新舊交替之際，許多社會關係和社會事務的進行，所依靠的不只是成文法。舊有的規範必然會變形成為一種規範的核心，繼續影響社會生活。關於人們如何理解法、法應該如何被運用，以及法應該達成何種效果等議題，臺灣社會往往不具有一致性，甚至沒有引起深刻的討論。而這也就常常構成糾紛以及糾紛解決背後的社會脈絡。例如生病的人需求金錢、醫療、照顧、情感支持等，這在西方國家會有一定的規則（可能不成文），來界定該由誰承擔。這些規則指導人們的行為，因而足以產生某種穩定的秩序。但是臺灣社會可能一方面假定家人要支持，但是「要支持到什麼程度」卻不清楚，而且充滿道德性；另一方面，又受到個人主義影響，自主與個人空間的需求產生矛盾性。這中間很容易產生誤解和衝突。

第三，處於社會關係中的人們，彼此之間的關係往往不是「一元」的，而是「多元」的。例如兩個人之間，可能之前是高中同學的關係（在我們的教育體制之下當時可能具有競爭關係）。之後，可能同樣成為業務員（如果分屬不同公司可能分別對其公司有忠誠義務）。兩個人也許在十多年的交往過程中，經歷許多事件（互相幫助、怨懟或忌妒），而在結婚之後也有不同脈絡下的比較關係等。在這些關係中，人與人、人與社會、甚至社會與國家之間的關係，往往是多重的。

第四，上述多元規範會產生兩個基本的困境。一方面，在社會交往當中，人們往往不清楚對方在何種規範想像的情境。但是在具體的情境中，又必須要做出一些選擇。人們必須選擇（有意識或無意識）依據某種規範想像裡的規則，做出規範想像裡應有的行為。我們永遠不知道自己的選擇是不是最好的選擇，我們也不知道對方是不是在跟自己同樣的規範想像情境當中。所以，做完選擇之後往往會有一種焦慮，我們每個人都被困在這種焦慮當中；另一方面，就算二人處於同一個規範想像

---

40 關於「法律多元主義」介紹性的文章，參閱 Merry, Sally E. “Legal Pluralism”, *Law and Society Review* 22, no5(1988): 869-96; Tamanaha, Brian Z. “The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism”. *Journal of Law and Society* 20 (1993):192-217; 千葉正士，法律多元——從日本法律文化邁向一般理論，中國政法大學出版社，1997 年。

41 從「法律多元主義」分析臺灣法律與社會的關聯性，筆者曾經提出在社會實踐場域探索法理、深化法治以及增進法意識的主張，也就是必須探查國家法律本身作為一個「戰場」可以如何與更廣大的政治運動連結，而促成法律的在地化因而增進法律的實效性以及社會效果。參閱王曉丹，從法社會的觀點論女性主義立法行動——女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌，東吳法律學報，19 卷 1 期，2007 年 7 月，51-78 頁。

當中，也往往因為規範內容的不清楚，導致吃虧與占便宜之間欠缺公平性，有人得利有人吃虧。而大家往往也不會把這些講清楚，反而隱藏住因此而產生的情緒。

綜上所述，在一個後繼受與後威權的情境裡，存在於我們社會的規範系統是多元的。我們對某一規範系統的想像可能不相同，對於自己可供選擇的規範系統也有不同的認知。在規範想像多元的世界中，我們每一個人都陷在某種困境裡，欠缺清楚而確定的規範以茲遵循，也沒有成熟的公共領域說出自己的不利益和不滿。那麼，一個成熟的法治社會，如果真的要以「法」治國，讓「法」能夠具備實效性，最終，我們還是要回到規則細緻化的問題。也就是要回到法的社會效果，以及法操作的社會影響的層次上，在每一個具體的個案中確定評價，並思考相應的解決方案。

我們必須理解權利主張的社會情境脈絡。很多爭執的發生，是處於弱勢的當事人，向控制他們的權威體系提出挑戰。而另一些則是具有優勢地位的一方，要努力保持已有的優勢[42]。「上法院」為原告們提供了一種象徵性的權力，這樣既可以挑戰那些脆弱的等級制度，又可以保護自己不穩定的地位。同時，求助於法律，實際上也利用了法律的權威。它可以與家庭和鄰里中的權威相抗衡，並在抗衡中釐清這些問題。

簡言之，所謂「規範想像多元及其細緻化」理論，指的就是臺灣社會「規範內容不清楚」以及「規範有無不清楚」的困境。而這個困境，常常成為糾紛產生的原因。在調解過程中，往往就是要去處理這些不確定的因素，藉由對談使之確定。在這個脈絡之下，當人民在法院調解的場合主張權利，同時也是一種對西方抽象權利的本土詮釋，也就是法律取得生命的過程。因此，我們可以將人民在法律上的主張稱為「法律實踐」，並以此「法律實踐」作為分析的基本單位。本文以為：「法律實踐」是一個嘗試突破「規範內容不清楚」以及「規範有無不清楚」困境的努力，也是一個嘗試讓「規則」[43] 細緻化，以及建立更公平規範秩序的努力。

透過調解委員、法官，以及雙方的話語，我們可以看見地方性的社會規範。在社區建設和買賣上面，有鑑於現實買賣行為有不少混淆的、不清、不公平的規範在其中，「規劃社區」成為一個重要的概念。在這個「脈絡化」的規範想像當中，所有人著重的，無疑不是規範該如何解釋的問題，而是規範的實效性如何達成，甚至是

---

42 陳惠馨，法律敘事、性別與婚姻，元照，2008 年 3 月，37-56 頁。

43 容邵武教授研究鄉鎮調解過程，探討法律觀念例如規則和公平是如何被實踐的。參閱容邵武，同註 38，57-104 頁。

44 關於調解異於訴訟之處，法官在接受訪談時曾說明其跟當事人溝通時的說法：「進到法庭去我可能就不是坐在這邊跟你們談，而是穿著法袍坐在上面，我就沒有這麼多時間這麼仔細的去分析，然後這麼跟你講吼，因為開庭……大家之後在法庭上就是爭鋒相對嘛吼，就會開始很多這樣的語言會出現，然後帶進來

規範的社會效果的問題。尤其是實效性、社會效果，與地方性的生活、社會關係、人際往來之間關聯性的問題[44]。人們在調解庭上所呈現的，無疑是對生活的強調、對生命的尊重，以及對信念的堅持。這些強調、尊重以及堅持，無疑的，是在臺灣法律繼受之後，法律得以取得其生命的重要環節，也是臺灣法律文化逐漸將抽象文字轉化為具象生活主張的重要行動。

肆、K 縣法院民事調解親鄰土地案件

一、化糞池案

在這一個案件中，原告委託律師代為出席。大約一個小時的調解過程中，原告律師並沒有多說話，僅僅表示要依照訴之聲明請求拆屋還地。原因是被告社區的圍牆以及化糞池均座落在原告的土地上。原告律師還說：原告一直到最近將此塊土地賣給第三人之後，才發現這件事情。結果對方也還錢不買地了。因此，原告才來提告。很明顯的，原告以實定法（民法）要件的方式，將三者（住戶、建商以及建商妹妹即原告）之間的糾紛，巧妙地轉化為原告和被告住戶之間無權占有他人土地的「案件」。

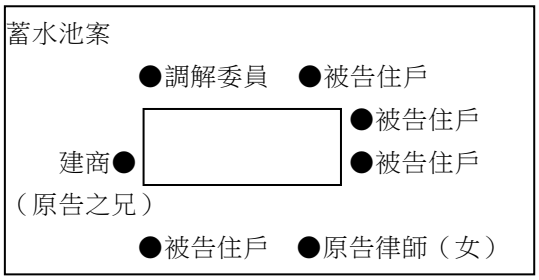
相對而言，被告社區代表（有四位出席，由其中一人發言為主）就表現出相當無辜的樣子。被告表示：自己十多年前買房子的時候，怎麼可能去仔細校對地籍圖？更不可能發現建築執照、使用執照的範圍是在他人土地上。被告並憤懣不平地表示：如果拆掉化糞池，怎麼可能一個社區的住戶都沒有化糞池？在原告所設定的「案件」論述裡，被告極力表示自己的無辜以及善意，其所指涉的無疑是另外一種解釋事件的方式。在此種解釋中，被告成為原告和原告之兄（即建商）聯手行為下的受害者。

大多數的時間，原告律師都沉默不語，讓住戶代表、建商以及調委各自展開論述。從這三者的話語中，依稀呈現出糾紛所處的社會文化脈絡。依據在場所取得的訊息，糾紛的社會脈絡，是建商十多年前在自己的土地上建造一座社區。但是，當時建築社區圍牆和化糞池時，逾越了原有土地界線，將房屋圍牆及化糞池建築在其妹（即原告）的土地上。調解過程中，建商從未表示自己的「無辜」。合理的推測為：他為了提高社區的賣相，以賺取較多賣金，因而越界建築。也可能是他和他的妹妹之間有其他社會關係，使得妹妹願意讓哥哥將化糞池和圍牆建築在自己的土地上。不過，這部分我們無從查證，僅止於合理的懷疑。

就是說，你講這麼多，但是我們的法律沒有辦法給你這麼多。那當然有的時候就會帶進來說，『當然你會覺得說(台語)』你會覺得說這個法律這樣規定是不合理的，但是在法官依法裁判的情況下，法官沒有辦法超越法律，在法律沒有規定的情況底下，法官去判、去判那個法律沒有規定的東西，我說沒有辦法要求或去強迫法官去作違法的判決。」

以下將當天座位以圖三表示之。

如果以前述「規範想像多元及其細緻化」的理論來解釋這個事件，我們可以從以下的對話片段中看見糾紛所處的社會規



圖三

範脈絡，以及其法律文化的意義。

住戶：現在看能不能就地重劃。

建商：當初是你跟我買的，你看看第八條，本社區……任何住戶不得有異議，又沒有變更，當時有問題提出來，可以立刻改。

住戶：我們怎麼會知道……（指現狀上有他人土地）

調委（對建商）：是你圍起來的？

建商：我才沒有，只是把樹圍起來。

調委：怎可圍？

建商：沒有啦……

調委：這樣啦，看要拆或買……

從上述對話中我們可以看見，建商強調當初買賣契約寫得明明白白，以當時的現況為主，建商強調自己之後沒有變更，當時住戶沒有立刻提出異議，照道理就不能爭執這件事情。我們可以說，建商與住戶之間話語的爭議，其實就是「制式的買賣契約（建商）」與「地方互相信賴（住戶）」——這兩種不同規範想像——之間的爭議。此外，本次調解的調解委員具有法律專業的背景，因此又針對消滅時效的「時間」議題，有了如下的對話：

調委：這樣幾年了？

住戶：十幾年了。

調委：這有時效的問題……

建商：這十幾年了，告訴我問題我就解決。

住戶：十幾年前你就不說。

這裡凸顯了民法繼受西方法之後，有了消滅時效的相關規定。而調解委員的意思是說，即便住戶基於買賣契約有一個債權請求權，也可能因為過了時效而喪失請求的效力。而建商以及住戶之間的爭論，凸顯出消滅時效背後的法理往往不清楚，或者是難以爭辯的。若要爭辯，也僅止於「規定就是這樣」。此時，消滅時效的規定，在德國法制史上或許有其歷史發展的脈絡和必要性；但是臺灣繼受了法律之後，在具體的法律實踐上，往往成為「無可懷疑的法律規定」（調委）、「利用這規定壓制對方主張」（建商）、「對方違反常情的道德指責」（被告）之間的糾葛。如果我們有能力論述消滅時效規定背後的法理，我們或許才有能力透過比較十九世紀德國與二十一世紀臺灣社會文化之異同，因而思及相關規定的合理性。

此外，關於「規則的細緻化」方面，我們可以從以下的對話，看到國家法律將建商、住戶和地主之間的糾紛，劃分為地主向住戶請求拆屋還地、住戶向建商請求賠償的兩個案件。但是，這樣的劃分顯然對

於住戶來說相當「不公平」。我們可以說：住戶的話語，代表著法（包括國家法以及社會規範）的社會效果所造成的現實不公平；而住戶的堅持與爭論，可以被看作是使得法得以明確化以及公正化的契機。在以下的對話中，我們可以看到，住戶在意的是自己要有化糞池，因為對於居住房屋而言，化糞池可以說是不可缺少的一部分。

調委（對住戶）：鑑定圖出來，判下去一定會敗訴。

住戶：我知道，但我要解釋……如果你要我拆，那就把化糞池做好。

調委：你這要請求的問題，法院只會辦他有告的部分，沒告的部分不會，你跟別人的事情自己……

住戶：我就是不懂……

調委：你這問題是一回事！這是你對別人另外要做的告訴。

住戶：你的意思是要我告？……我不知道門路！（轉頭對原告律師）妳可以幫我？

原告律師：我不行，立場衝突。

此處還有一點值得注意的：建商願意出席，即代表了他出來解決糾紛的某種誠意（雖然調解委員在調解之後表示：此種案件往往牽涉到當初建築執照和使用執照核發時的「賄賂」問題，而建商願意出席調解，是怕之前的賄賂被揭發）。當時，建商確實說願意拿出一百萬元將圍牆拆除，並且重新在界線內蓋一個新的圍牆。但是，因為住戶堅持化糞池的事情，而且影射建商欺騙，使得「訊息交換」的過程產生意義的轉變，建商突然忿忿然離去。

調解委員：法院不可能管化糞池的事情。

原告律師：X 先生（建商）原本願意負擔拆除費用，但是他們（住戶）意見太多，堅持重建化糞池！……

建商（惱羞成怒）：我本來道義上要做，現在我不要，我要讓人告，叫法院跟你說！（建商忿忿然離去）……

調委（對住戶）：怎麼蓋到妹妹的土地上還不知情？

住戶：我們對法律的瞭解不多，最圓滿的就是照原狀。

調委：人家現在就是不想要賣。

建商離去之後法官進入調解室，此時法官的角色僅止於針對現存的糾紛解決問題，而無法如本文前述，在三方糾紛的社會脈絡中，找尋社會關係實際運作中規範的不清楚、不明確，及其所造成的不公平，並且在此不公平之處思考規範細緻化的問題。法官在瞭解情況之後，判斷調解仍有成立的可能性，因此開始針對住戶在意的化糞池問題，提出一個法律上可能的解決方法。法官提出分管契約的方案，並且進一步要住戶放心，就算是地主將土地賣給他人，他也會想辦法讓分管契約的內容對土地後手有效力，讓住戶仍然有使用權。正如該位法官在接受作者訪談時所主張的，有關司法與立法分立的議題，以及法官角色的侷限性：

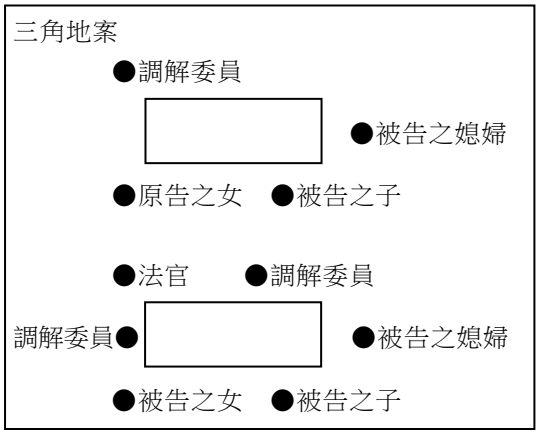
我會講到說，法律的規定是這樣，那你的主張跟法律不同，我會講到這樣子而已。但是不會講進去說，你這樣子的主張是對的，或是說我很同情你、我很贊同你，你那樣講的話我會覺得，會超越一個法官

的角色。等於法官告訴人民說，這個法律是錯的，你才是對的……我會跟當事人溝通的一點就是說，法律跟法院本身就是這個社會解決紛爭的一個機制跟規則嘛！這個機制跟規則是我們這個國家，經過一個民主程序訂出來的，它可能有一些不完美的地方，那可能有一些可以改的地方，我開庭會這樣跟當事人講，那如果你認為哪一個部分不完美，或是不好要改，我們都必須要經過一個民主的程序去改，那法官沒有辦法在法律沒有變更之前去違反法律作一個判決，我會講到這裡。

綜上所述，儘管法官的角色有其侷限性，但是人們在調解庭上的各種主張與堅持（例如化糞池的堅持），代表的往往是社會關係裡（不對等買賣契約、原告與建商的兄妹關係、縣政府的走後門文化）不公平的控訴。這些堅持，往往能夠協助我們揭露過去歷史所殘存下來的權力關係（包括國家社會關係、傳統地方勢力等），也讓我們得以在過去歷史的斷簡殘骸中，汲取地方性正義的圖像，而得以拼湊成屬於臺灣的、具有正當性以及合法性的法律實踐。

二、三角地案

本案是第一審訴訟結束後（原告勝訴），第二審時法官移調的案件。被告與原告為親戚關係，這次出席調解的是原告的女兒與被告的兒子。本案的主要問題，在於被告無權占用原告的土地（共計四到六坪），原告要求被告拆屋還地，且必須給付其無權占用多年不當得利之租金。被告認為可以相當市價的價金向原告購買土地，但原告認為被告所提的金額太低，且認為金額應由原告決定。我將調解過程分成以下五個階段（第一階段：調委定調是坪數爭議，現場看地籍圖；第二階段：調委與原告女兒單獨面談；第三階段：調委與被告兒子單獨面談；第四階段：一起會談，雙方爭執坪數以及不當得利數額；第五階段：法官進入現場）。調解當天的座位圖示如下圖四。



圖四

在調解進行的過程中，可以看得出來調解委員不斷想促成調解成立。為了達成這個目的，調解委員將「問題」定義為：讓雙方合意不必拆屋，而由被告向原告購買越界土地的「案件」。在這個「案件」中，「坪數」以及「每坪單價」就成為爭議的主要議題。

調委：你要買嗎？

原告女兒：要合理價格啊。

被告兒子：我的地是重測後面積才這樣，占有部分為四坪多。

原告女兒：我認定是六坪多，最重要的是測量，最重要的是我要拆屋還地。

儘管雙方在回答調解委員的問題時，都嘗試將問題的重心帶入「土地重測」的議題，但是顯然調解委員一再以詢問賣價的方式進行調解。又因為調解委員有法律背景，因此，或許是考慮到民法第七九六條越界建屋之異議的規定，調解委員依循著國家法的規定，詢問原告是否知道當時越界建屋的事情，探詢是否符合「土地所有人建築房屋逾越疆界者，鄰地所有人如知其越界而不即提出異議，不得請求移去或變更其建築物。但得請求土地所有人，以相當之價額，購買越界部分之土地；如有損害，並得請求賠償。」（一九二九年公布之舊民法）[45] 以下的對話就是在這個脈絡之下：

調委：他們蓋的時候你們不知道？

原告女兒：不知道。

調委：你們不是住厝邊？

原告女兒：不知道。我七十幾年就出嫁了，八十幾年才蓋的。這是土地測量的時候才出現問題。

調委：妳要賣多少？

原告女兒：就二百三十萬。

調委：有沒有講價空間？

原告女兒：有，但是他態度不好，我比他年長他還這樣，更何況是對我爸。（兩人有親戚關係）

因為雙方價錢談不攏，調解委員開始以預測判決的方式要被告兒子讓步。此時，該件糾紛所處的社會文化脈絡終於被凸顯成為爭論的焦點。簡言之，之所以會有越界建築的問題，實際上是在這幾年土地重測才產生。關於土地重測的問題，調解委員在調解後的訪談中表示：這類的問題在地方上很常見，有時候一條街經過土地重測之後，幾十棟房子都有二、三坪蓋在他人的土地上，如果從國家法律的角度來說，就是幾十個拆屋還地的案件。該位調解委員在接受我訪談時說：「為什麼重測呢？因為地籍圖是根據……我們的地政和戶政都是根據日據時代的那個……那個模式來的嘛！然後我們的地圖就是根據日據時代的地圖來的嘛！那地圖是一個紙張嘛！因為紙張經過年代的久遠，會破損，會變形，這是一個問題嘛！第二個問題就是地貌，地貌也會影響，因為時間的久遠，比如說颱風啦、大雨、大水啦，或者是過度的開發，地貌也會影響。那地貌的影響，地圖也有破損，這就是問題。第三個問題，

[45] 當時的判決書大多會以被告未盡舉證責任而判被告敗訴。其中的邏輯如下：「土地所有人建築房屋逾越疆界者，鄰地所有人如知其越界而不即提出異議，不得請求移去或變更其建築物，固為民法第 796 條前段之所明定。惟主張鄰地所有人知其越界而不即提出異議者，應就此項事實負舉證之責任」（最高法院 45 台上 931 判例參照）。本件被告未就系爭建物建築時，當時土地所有權人知其越界而不即提出異議之事實舉證以實其說，其主張原告不得請求移去或變更其建築物云云，自屬無據。之後 2009 年 1 月 23 日修正公布民法第 796 條有重大的修正，似乎不全然會有原告勝訴的結果。新規定如下：「土地所有人建築房屋非因故意或重大過失逾越地界者，鄰地所有人如知其越界而不即提出異議，不得請求移去或變更其房屋。但土地所有人對於鄰地因此所受之損害，應支付償金。前項情形，鄰地所有人得請求土地所有人，以相當之價額購買越界部分之土地及因此形成之畸零地，其價額由當事人協議定之；不能協議者，得請求法院以判決定之。」

以前是手工車繪嘛！現在是用電子車繪嘛！電子車繪應該比較精準嘛！所以，變成有這些因素，就……就等於舊的圖和現在新的重測不一樣啦！」

因為土地重測的不確定性因素，無端介入土地使用的慣習，造成地方土地使用之規範混亂，在混亂中情感很容易受到傷害。這從調解過程原告女兒有時脫離脈絡突然說：「我爸爸八十幾歲，我不想你去污衊我長輩。」可以看出此種情感傷害的一些端倪。這雖然有些脫離對話情境，但是其指涉無疑凸顯出「規範想像多元」的情境，雙方站在不同規範想像裡指責對方。換句話說，雙方的規範情境時而在傳統尊重長輩的倫理中，時而在敦親睦鄰的互動規範中，時而在土地重測行政管理因素的介入中，時而在國家法律的要件下。雙方的溝通很有可能因為規範想像的不同，落入頻道不對而期待落空，進而產生彼此指責的不滿。

此種因為土地重測之後地界位移，也就是因為行政管理的因素所產生的權利義務變動，某種程度上造成了社會的不公或利益分配的不正義。當我們深掘這個社會脈絡之後，被告兒子以下的主張，就可以被理解為一種對社會關係規範不公平的控訴，足以凸顯出現有規範不夠周全的面貌。

調委：行情沒錯，但是卡到行情的問題，說不好只好拆屋。

被告兒子：但是與比例原則不符。

調委：但是你占到別人的土地。

被告兒子：我的土地很多，是因為重測才這樣。

調委：我看她很強勢……我跟你說這會被拆。

被告兒子：我問 XX 大學法律系教授他說不符合比例原則。

調委：……他是刑事的角度……。

調委：多賠三、四十萬，官司就了了，要不然再請律師，錢愈花愈多。

被告兒子：好，一件事情我不舒服，我按法規……我是守法民眾，我也冤枉。

此時，被告兒子提出一個有趣的主張，也就是法律上重要的「比例原則」。被告兒子的意思是說，為了四坪土地去拆八十坪的房子，一方面占人土地是行政測量之後移位的效果，並非占用人故意之行為；另一方面被占土地的所有權人要求拆屋還地基本上又損人不利己，為什麼要准許這樣法律的存在呢？法官難道沒有裁量權嗎？上述被告兒子的呼喊，正是西方法成為國家法之後，透過個案進行正義裁判的契機；正是法律繼受與融合的法律實踐之時點，也是辯論規範正義使得規則細緻化可能的時刻。

法官：這案子如果交給法官很容易。

被告兒子：但是這不符合比例原則。

法官：我們也很痛苦，但是所有權人怎麼辦？

被告兒子：但是我又不是故意侵占別人的地。

法官：如果你是法官……如果你是地主……。

被告兒子：如果拆屋還地是損人不利己。

原告女兒：但是抱歉，我們告贏很對

不起。

這個案件牽涉到行政測量管理、司法裁量權以及立法權之間界線的問題，雖說這是辯論法律該當如何最好的時機，但是雙方走到調解庭往往已經經歷許多規範想像多元之下的彼此傷害，而在調解庭的時間又相當有限[46]的因素下，問題雖然被凸顯出來，卻難以在調解的場合充分討論。

法官：今天調解成，去測量就可以測量，這是方法一……但之前測量是土地面積，並非房屋占用地，測量費用是兩萬多，這就像玩梭哈，還沒開始就已經把錢丟進去了，跑法院、強制執行的錢算進去……張先生你可以找大法官解釋說一個理由說服所有權人接受土地被占用，學者說的是……他不用解決問題。我知道這不是你的原意，地籍圖位移……我不是地政機關主管，無法……民法第七五八條以登記為主，我只能以地政機關登記謄本為依據。你說四坪、五坪、六坪不用拆，那幾坪才要拆？

被告兒子：我的意思就是現在要有配套辦法……。

法官：配套辦法就是立委只要在地基重測加入這條就可以了……這樣可以紓解訟源。……要你們瞭解，司法機關有很多前提是行政。

被告兒子：那繳稅繳假的。

法官：那不是……應該跟立法委員要求修法。

綜合上述，行政、立法、司法三權分立的民主原則，在這個案件中得到一種脈絡化的呈現，也提供我們思考與辯論的素材。人們在調解庭上的各種主張與堅持（例如比例原則的堅持以及長輩受污辱的控訴），代表的往往是社會關係裡（土地重測的任意性、損人不利己的惡意、家族長幼的秩序）不公平的控訴。這些堅持，往往能夠協助我們、逼使我們在具體個案中，反覆檢視民主原則的實踐對具體糾紛的時效性，以及對具體個人的影響；並且要求我們在繼受法律、地方規範以及歷史遺跡當中，做出適當的評價。

伍、結語

本文所關心的議題，主要是臺灣社會從傳統到現代，在「法律繼受」發展過程中，法律「現代性」的社會文化分析。本文將「法律繼受」的理論意涵，沿伸到特定社會文化的脈絡下。人們的行動透露出對於規範的認知，及此認知的變遷過程。也因此，此種對「法律繼受」的觀察角度，毋寧是著重在「法之社會功能」的切面上。本文以為，「法律繼受」同時也是「法之社會功能」的變遷過程。

本文試圖從「個案研究」的關係／事件分析路徑入手，從事法律文化的分析、

[46] 承審法官於接受訪談時有如下的表示：「好，那問題就來了。就是說做一個法官吼，或一個裁判者的話，這方面……是不是法官的工作？法官有沒有必要去解釋每一個法律？如果法官要做到這樣子的話吼，案件辦不完，開庭開不完……你苛求法官去做這些事情的話，那司法體系一定崩解。」

拉開調解個案糾紛的時間序列、探討調解個案糾紛所存在的社會文化背景（例如行政機關的腐敗、土地測量後的權利移動、商業行為的欺瞞與告知等），從中發掘社會實踐所由規範的不公平性或者任意性。在調解法庭上所談論的，無疑是對規範的想像、評價、意義競逐，以及重新建構的可能。本文將個案看作是法律繼受以及社會轉型背景上發生的一個事件，探討在基層法院一起民事調解案中，國家法律所處的複雜權力關係。它是如何思考、如何判斷、如何謀劃、如何採取策略和技術，以實現自己的目的？並且從中研究宏大的法律制度安排，是如何在微觀的權力網絡中作為一種技術、進行實踐的。

土地相鄰關係的糾紛，很少會走上訴訟之路。我們可以如何解釋這樣的現象？關鍵在於：文化中如何定義「土地侵權」，以及這類侵權應該被如何解決。答案的探究，必須在特定時空的變遷中，找尋傳統秩序（traditional order）的挑戰，並理解這些挑戰的外在刺激（outsiders）。地方法院乃一個重要的場域，各種不同的文化互相碰撞，而傳統規範往往被貼上標籤，成為現代規範的對立面。我們反而可以將此種「策略性說謊」，看成是司法人員與人民的溝通過程、看成是「外來法」與「固有法」之間的衝突與調適。這些衝突與調適的理論性分析，包括：「法官角色」的討論（行政立法司法分立／恐嚇或關係性勸誘／法律界線的提供），以及「當事人法律行動」的認知（說謊大賽、目空一切／搞不清楚狀況），還有「調解定位」的交錯（點醒當事人法律地位／讓當事人發洩情緒／賦予當事人關係中的肯定）。

臺灣社會「規範內容不清楚」以及「規範有無不清楚」的困境，常常成為糾紛產生的原因情境。人民的法意識，有時會將糾紛本身歸咎於國家機關的無能、腐敗或者手續繁複等因素，造成自己無辜受累。此時，人民的訴求本身也包括要國家機關反省。只是這部分的訴求，常被法官認為是行政與司法分立的議題，並非法官的職權範圍。而調解過程，往往是要去處理這些不確定因素，藉由對談使之確定。底層人民主張權利的同時，不但是一種對西方抽象權利的本土詮釋，也是法律實質化——或者說取得生命——的過程。

法律取得生命的過程所倚靠的，主要不是受到嚴格國家法律訓練的法律從業人員。法律從業人員的專業性需求，在這過程中，也不僅僅是對法律解釋以及法律體系的掌握。這些在調解庭上面主張權利、堅持想法的人，反而讓糾紛所由的社會脈絡清晰化，讓人得以從中耙梳社會規範情境當中人的困境。但是，也唯有反覆在國家法律以及社會規範糾葛來回的辯證當中，才有可能形成具體情境中「公平」以及「正義」的想像。也因此，法律從業人員需要的，反而是一種素樸的尊重與聆聽，並且培養自我，將這些在調解庭上人民的「說法」轉換為規範語言，藉以貢獻於實質化國家法律或者挑戰國家法律。我們需要「看見」規範困境、現實生活裡的「人」，也需要「看見」在法律運作之前的「人」，然後看見這些「人」的堅持與憤怒、

看見自己的無力幫忙。更重要的是，我們要能夠理解，所有的人都有可能進入到類似的處境裡面，我們因而能夠從中敬佩這些突破困境的努力。□

（本篇已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌 ☛www.lawdata.com.tw）