

人與法律系列之二

法律人類學、 法律知識與法律技術

郭書琴 著

民事聲請訴訟救助

為聲請裁定准予訴訟救助事：

聲請人訴請被告○○○償還欠款乙案

本應於起訴繳交訴訟費用，但是聲請人生活困難，積蓄未還，目前實無資力再支出該訴訟費用。又

非被告所能否認，聲請人必有勝訴之望。

聲請貴院裁定准予訴訟救助。

法院訴訟輔導科書狀參考範例
請求離婚及賠償傷害

承辦股別

家事聲請調解狀

案號	年度	字第	元
訴訟標的 金額或價額	新台幣	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證 號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業 場所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、電 件地址、指定送達代收人及其送達處
請人	○○○	國民身分證 號碼	國民身分證 號碼、性別、男/女



元照

人與法律系列之二

法律人類學、法律知識 與法律技術

郭書琴 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法律人類學、法律知識與法律技術／郭書琴著.

-- 初版.-- 臺北市：元照, 2016.05

面：公分 -- (人與法律系列; 2)

ISBN 978-986-255-747-1 (精裝)

1.法律 2.論述分析 3.文集

580.7

105005293

人與法律系列之二

法律人類學、法律知識 與法律技術

5D403GA

2016年5月 初版第1刷

作者 郭書琴
編印 元照出版有限公司
總經銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 400 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-747-1

序 言

以「法律人」(lawyer)的專家身分與職業認同來進行法律研究，相較於以法律人類學觀點、引入不同於傳統法學的研究方法與思考方式為之，這兩種研究與思考方式，有何相異之處？這是我自1997年在美國西北大學法學院，進入了萬安黎教授(Professor Annelise Riles)的課堂：「法律人類學與法律民族誌研究」(Anthropology of Law and Ethnography of Law)時起，直至今日，在法律系所從事教學與研究工作時，一直思考著的問題。本書所收錄的論文，代表我近20年來，對這個問題的初步思考成果。我謹以此書，向當年引發我的學術研究興趣，並引領我走上教研生涯的萬安黎教授致上萬分謝意。同時，我也向在這趟正在進行中的學術研究旅程，與我相逢相識、且慷慨分享對於法學跨界研究想法的諸多研究前輩和優秀同儕們，深深致謝。我認為，紛爭的發生，絕不可能如同法學教科書的實例演練題一般，得以自行割裂為不同單元的部門法律，例如民法、刑法、公法，甚至是更加細緻的法律單元。但是，當實際以法律來解決紛爭時，勢必須把紛爭給「法律」化。亦即，使用法律知識系統與法律技術，將紛爭中的「人」與「事」進行分類，然後再依法予以適當處理與安置。在這個過程中，經常產生因為過於專注處理被法律知識系統「單元化」、「片段化」的紛爭，而無法顧及紛爭的整體脈絡(包含社會、文化、經濟物質條件等等)對於具體紛爭的影響。法律

人類學，對我這個受過傳統法學教育的lawyer來說，正是一門在充分理解法律知識系統的特性、熟稔某項部門法律的法律技術後，能夠協助我在法律知識系統內與外，來回逡巡觀察某一具體紛爭中，哪些是法律「能」、與「不能」解決的問題；爾後，帶著這些對於法律之「能」與「不能」的研究分析，繼續往前探勘法律知識與法律技術之續行建構與重整的學問。

「法律」，從何時、何處開始？法律是否僅起始於我們所熟知的解決紛爭正式場合——「法庭」？從法律人類學的角度來看，法律絕不只僅發生在法庭之內。那麼，從一個法律人類學家的眼光所看到的法庭「內」與「外」，對於各種不同角色的「行動者」而言，法律知識與法律技術，對他／她們的行動，有著如何的影響？法律人類學是否可以為法庭內與外，關於法律知識與行動的分析，找到一個兼顧法律知識、法律技術、並得以涵容整體社會與文化脈絡的詮釋觀點？本書指稱的「法律知識」，不僅指傳統實證法學的法條知識（*doctrinal knowledge*），它包括了不同的行動者，含當事人、法律學者、司法實務家、與運用法規處理個案的各方行動者等所認知的法律知識。而本書指稱的「行動」，也不僅止於當事人到法庭解決紛爭時所採取的策略、或法律的若干強制性要求；本書所探討之「行動」的內涵，當不限於行政機關或立法機關進行政策面或立法面的督促、倡議，也包含了從法律人類學的眼光來看，建構出前述法律知識的現象（*phenomena of legal knowledge*）所進行的各種行動。

為了探討這些問題，本書規劃為三個部分：第一部分為「法律人類學、法律知識、與法律技術的理論、方法與實例」、第二部分為「法律知識與法學教育」、第三部分為「以法律技術觀點看民事程序」。本書希望透過對於法律人類學的初步理論與研究方法之探討、將之運用在部門法律、法學教育等具體事例，以提出一個從事法律科際整合的研究方法與認識論的基礎，促進法律跨界學術合作的理解與對話。

郭書琴

2016年3月12日

於臺灣臺南

作者簡介

郭書琴

現職

- 國立成功大學法律學系副教授

學歷

- 美國西北大學法學博士 (SJD)
- 美國西北大學法學碩士 (LLM)
- 國立臺灣大學法學士

學術經歷

- 國立中正大學法律學系副教授
- 國立中正大學法律學系助理教授
- 美國康乃爾大學法學院訪東亞法律與文化中心訪問學者
(Visiting Scholar, Clarke Program in East Asian Law and Culture, Cornell Law School, USA)

司法實務經歷

- 臺灣高等法院臺南分院家事調解委員
- 臺灣高雄少年及家事法院家事調解委員
- 臺灣臺南地方法院家事調解委員
- 臺灣臺中地方法院家事調解委員
- 臺灣律師高考及格暨律師受訓完畢

目 錄

序 言

第一部分 法律人類學、法律知識、與法律 技術的理論、方法與實例

法律人類學之理論與方法初探

——以外籍配偶為例

- | | |
|----------------------------|----|
| 壹、問題意識 | 7 |
| 貳、法律人類學作為一種方法與一種批判觀點 | 11 |
| 參、民族誌眼光下的法規範與外籍配偶 | 19 |
| 肆、結 論 | 37 |

法律知識的初步考察

——從一則「常民」打官司的故事談起

- | | |
|----------------------------|----|
| 壹、常民、紛爭與法律知識 | 50 |
| 貳、從一則故事「阿雄打官司」說起 | 53 |
| 參、「法律知識」的內涵 | 62 |
| 肆、從「法律知識」的考察看批判位置的異同 | 65 |
| 伍、法律人類學家看「紛爭解決」 | 68 |
| 陸、「阿雄打官司」裡的法律知識 | 72 |
| 柒、結 論 | 82 |

從「法律知識的技術性」談法律科際整合 研究方法與實例

壹、前 言	92
貳、法律學科整合研究與「法律與社會」的反思	94
參、法律民族誌、法律技術與法律故事	102
肆、結 論	116

醫療紛爭的故事

——從法律人類學談醫療紛爭

壹、前 言	123
貳、醫療紛爭的故事一則：春美的故事	128
參、初步描繪：起始於對法律解決紛爭的批評與 醫師們的反擊	132
肆、醫學知識典範轉移與患者方乞靈於現代法律機制	135
伍、結語：「哀悼」（mourning）與「帶病好好生活」	138

第二部分 法律知識與法學教育

從法律知識典範轉移觀點看臺灣法學教育改革

壹、臺灣法學教育改革論述的知識特性說明： 以三種既有視角（perspective）說明	149
貳、研究視角的轉變：以「臺灣法學教育改革」 為觀察重心	151
參、從「法律知識」的理論化觀點看法學教育改革 （Theorizing the Discourse of Legal Education Reform）	153

肆、法律是「學術」或是「技術」之再思考 ——以Mertz的法學教育研究為例	163
伍、法學典範轉移的批判終點：指向大學法學教育的 知識生產	167

是「學術」或是「技術」？

——從女性主義法理學之觀點談法學教育與 法律專業之改革論述

壹、前 言	179
貳、具備女性主義法理學（Feminist Jurisprudence） 觀點之問題意識	181
參、法學論述內之女性身影	183
肆、法學教育之目的的再釐清：是「學術」？ 抑或是「技術」？	188
伍、法學專業之「本質」：是「本質」？抑或 是「操演」？	195
陸、代結論：從女性主義法理學觀點之法律知識生產	198

第三部分 以法律技術觀點看民事程序

非訟程序之形式與實質

——以支付命令之事前保障與事後救濟為例

壹、問題意識	210
貳、三則關於支付命令的故事	214
參、案例分析：「形式」審查與「實質」影響	217
肆、結 論	231

進入法庭的金錢門檻

——訴訟救助、當事人權益保障與濫訴之防止

壹、問題意識	242
貳、案例事實	245
參、訴訟救助在民事程序法中的地位、要件與效力	248
肆、結 論	260
索 引	265

第一部分



法律人類學、法律知識、 與法律技術的理論、 方法與實例

- 法律人類學之理論與方法初探
——以外籍配偶為例
- 法律知識的初步考察
——從一則「常民」打官司的故事談起
- 從「法律知識的技術性」談法律科際整合
研究方法與實例
- 醫療紛爭的故事
——從法律人類學談醫療紛爭

法律人類學之理論 與方法初探 ——以外籍配偶為例

摘要

本文首先就法律人類學之內涵、重要理論、在美國法學界之發展脈絡、與其對傳統法學的反省與批判，做出介紹、評論與分析。其次，筆者將法律人類學對傳統法學的批判分為兩支研究取向，一支為法規範「圈外」(outside)探討法律與文化之間的關連，易言之，則是將法律視為社會秩序之一、或視為規訓機制，而探討隱含其中的文化概念之研究取向。另一支研究取向則企圖自「圈內」(inside)，以研究者本身亦為參與法律知識生產之一份子，或自法律知識的生產過程、或自司法審判所需要的語言與技術，檢討法律知識的生產過程中所涉及的法律學科整合研究的法理基礎。

在實證議題部分，筆者以外籍配偶與其親密性公民身分為實證研究對象，將2005年8月至2006年6月間陸續在台南市、雲林縣等地，所進行外籍配偶之田野調查，作為經驗研究資料。而在本文中，「民族誌」(ethnography)是為認識論藉以再思法律人類學對於法學的批判性，對於外籍配偶議題在日前累積的法學論述方式與知識累積軌跡(trajjectory)，產生「為何會有如此論述、論述方向為何會朝此進行」的問題意識，據此對於外籍配偶議題，進行「人類學式之法規範批判」。以呼應本

4 法律人類學、法律知識與法律技術

文作為「法律人類學之研究方法與理論初探」，希望可以在目前臺灣法學界注重實證法學研究，並強調多元典範的法理論之發展的學術背景下，以具有在地特色的東南亞籍配偶之法律經驗研究，先對法規範進行人類學式的檢討，並在日後逐漸累積出關於此議題的臺灣法律人類學研究，並希望可以進一步與發軔於英美之法律人類學的理论與研究方法，進行理論性的對話，甚至提出理論之修正。

關鍵詞：法律人類學、法律民族誌研究、法律文化研究、法律與社會、外籍配偶、婚姻移民、法律學科整合研究

The Anthropological Critics of Law: A Case Study on Foreign Spouse

Abstract

This article aims to integrate Anthropology of Law, as a method, and also as a strategy into Interdisciplinary Legal Studies. The article is structured by three main themes: at first, the theories and methods of Anthropology of Law will be addressed. Secondly, the anthropological critics of law will be theoretically discussed. Especially, the author scrutinizes the critics as outside and inside after she provides the critical review on the Law-and-Society scholarships in the recently US academia. Thirdly, this article will take the foreign spouse issue as an example to demonstrate the in-depth dimension when engaging ethnographic and anthropological perspectives on both methodological and theoretical levels for legal researches in the contemporary legal academia in Taiwan.

This paper will highlight the principle research questions: what is the theoretical base and the jurisprudential foundation for Interdisciplinary Legal Studies, especially when Cultural Anthropology integrates with Law? How can Anthropology of Law consolidate the legal doctrines particularly when legal knowledge being launched within varied law institutes? For tackling these puzzles, the author takes foreign spouses and their marriage citizenships as the empirical project, and aims to discuss how to reframe the legal reform discourse through the anthropological view of legal knowledge production, especially when the foreign spouse

issues lay on the intersection of varied theoretical and practical fields, such as Law, Anthropology, Sociology, Citizenship Studies, Gender Studies and Political Science.

The reason of the author concentrating the project of Anthropology of Law is to unfold the inside and outside sphere of legal knowledge. In other words, in this article, the author initiates to the questions on how the legal knowledge has been contextualized, and she further discusses how the different positions/disciplines form their critics on law. The author hopes to devote this paper as an initiation to explore the trajectory on how local knowledge, culture and social change, which all bring impact on law; and vice versa, how law reversibly determines these dimensions.

Keyword: Anthropology of Law, Ethnography of Law, Interdisciplinary Legal Research, Law-and-Society, Cultural Legal Study, Gender and Law, Foreign Spouses, Marriage Immigrants