

# “立法者”或“詮釋者”？ ——法律人類學家的研究倫理及其他\*

林端

台灣大學社會學系

**摘要** 本文引用Bauman對“立法者”或“詮釋者”所作的概念區分，探討法律人類學家與法律社會學家所面臨的角色定位問題。在重疊的反思的角度下，剖析其面臨外在與內在的永恆難題，這不只是理論與實踐的問題，也不只是研究倫理的問題，在後現代與後殖民的反省與挑戰之下，以三個台灣案例，具體說明法律人類學家與法律社會學家，由“立法者”向“詮釋者”作角色轉換時，原有發現法律事實真相的主要職志與固有法則性仍應堅持下去。

## 一 前言：由理論到實踐

2005年一整年，我有幸參與了一個台灣原住民委員會委託的鄒族跟魯凱族的“慣習”調查。<sup>1</sup> 我們的研究團隊相當整齊，裡面有鄒族的汪明輝老師（台灣師大地理系）、魯凱族在地專家的巴清良、巴清雄、森林經營專家的盧道杰老師（台灣大學森林系），還有野生動物學家裴家騏老師（屏東科技大學野生動物保育所），加上我算是法律社會學家兼法律人類學家（台灣大學社會學系）。我們在學術上橫跨自然科學與人文社會科學，在族群上兼顧鄒族、魯凱族與漢族，這是相當難得的合作經驗。那時候我們在台大社會系博士班專門開了門課，課名叫“法律社會學專題討論”，我們有一整個學期在一起，討論了很多次。在



課堂上我們主要是唸法律人類學（anthropology of law）的作品，也是從古典唸到當代，我們幾個老師幾乎都會來，鄒族汪老師自己就是鄒族專家，扮演類似“本土的人類學家”（indigenous anthropologist）的角色，裴老師是生物學家，他與森林學家盧老師長期關心研究原住民（尤其是魯凱族）的部落與社區發展，加上魯凱族在地專家的巴清良、巴清雄，我們討論得還不錯。我們或多或少被要求做一個實際政策取向的研究，如國家法要不要承認原住民慣習？還有就算要，要如何承認原住民慣習？這是有一定法律政策取向的研究計畫，使得我們要去反省說，究竟作為一個人類學家或社會學家，在研究相關的法律議題的時候，有哪些自己要特別注意的問題？因為委託單位原住民委員會不斷拋給我們一些非常實際的訊息，譬如說期中審查，還不只審查一次，他們要求我們去兩次，每次去的時候他們都會拋出一些很實際的議題，譬如說：哪一個法官已經跟他們要慣習的資料啦，我們就開始擔心，所研究出來的東西，馬上會固定化，變成一個很實際的一個法律或法典（鄒族法與魯凱族法），我們的工作，馬上變成“法典化”程序的一部份，天啊！

這是需要相當慎重思考的事：我們要去思考原住民各族慣習的過去、現在與未來，我們要去注意它的歷史變遷問題，究竟有多少慣習迄今仍然有效？還有它的整體性的發展，它與社經變遷的關聯性，如果現在都市原住民多於留在原鄉的原住民，那麼慣習有效的“法域”何在？這些實際的、比較有迫切性的議題，使得我們從一個比較古典的、理論的法律人類學的研究，慢慢進入一個比較實際的、或是比較後現代的一些議題和思考裡，加上我正好在社會學理論的課堂上，教學生唸鮑曼（Zygmunt Bauman）的“立法者”與“詮釋者”這樣的著作，<sup>2</sup> 所以我就會把議題轉到：身為知識份子的法律人類學家，究竟他在努力做研究時，應該如何定位自己的角色？這其實是個很尷尬的問題，很適合把鮑



曼那本書的題目借用過來，究竟他是個“立法者”？或是個“詮釋者”？這個問題跟他的研究倫理也有很密切的關聯，但未必是百分百重疊的，它事實上涉及的層面可能會更多更廣。

讓我們來進一步思考反省：當一個當代的法律社會學家或法律人類學家，面對一個變動不居的法律文化現象的時候，他可能會碰一些古典的法律人類學家比較沒想到的一些問題。早期我們閱讀一些古典的法律人類學著作的時候，我們不會像當代的後現代學者，馬上去懷疑說這是不是一個“大論述”的問題，當然我們會去注意“西方中心主義”的問題，也會去注意就是說所謂的emic/etic的問題，還會思考說哪個人類學家是不是哪個為西方政府代言，或是說倒過頭來為原住民代言之類的問題。但是這些想法都是基本上還是在整體西方的人類學或西方社會學的“大論述”的傳統之下，就是在韋伯的傳統啦、涂爾幹的傳統啦，或者是Malinowski和Radcliffe-Brown等英國功能學派傳統之下。我們也會注意到歷史變遷、慣習的變遷或法律文化的變遷，但是因為沒有直接去涉及到立法的問題（要不要把它整理出來，加以法典化？）我們不會作過多後設性的思考或研究倫理的思考。但是這幾年隨著我在社會學理論領域逐漸擴及後現代理論，並且在研究上涉及到原住民的慣習如何被國家法接納的問題，還有祭祀公業這種漢人習慣，它在政府要草擬“祭祀公業條例”的時候，原來那種男系中心的、宗祧繼承的傳統，在現代男女平權社會裡面，會碰到什麼樣的問題？還有政府面對層出不窮的宗教亂象，想要制定“宗教團體法”的時候，原有的民間宗教的習慣，還有新興宗教團體，它們有沒有辦法在這樣法典化的過程裡，適當地存活下去？所以我在後面會舉這三個或多或少都有所參與的立法案例來作說明：宗教團體法草案、祭祀公業條例，魯凱族和鄒族慣習納入現行法問題。這些都是非常實際的國家法和民間法之間互動關係的議題，來進一步反思法律人類學家自我定位的問題。



## 二 多重角度的思考與反省

首先，我們要注意到這是一個需要多重角度的思考與反省的問題。當法律社會學家或法律人類學家，他在做非官方的法律或民間習慣的研究時，他會碰到的一個角度是後設理論的思考：這探討的是法律人類學的理論與知識系統如何成爲可能？把理論與知識系統當作是一個研究對象，研究這個理論與知識系統如何成爲可能？它的理論與知識系統的確定性、系統性問題，或者它的邏輯結構完整性等問題。我們可以是比較後設理論的，或是比較知識論的思考，這是一個法律人類學如何成爲可能？法律社會學如何成爲可能？等問題。當然這裡你不能排除說社會學家、人類學家一開始有可能的知識背後的民族文化背景的影響。雖然早期人類學家也都是爲殖民政府服務的，但是後來人類學發展到最後，已經在反對西方中心主義，對西方的殖民主義的各方面進行反省、批評。所以事實上後設理論思考，會進一步涉及知識社會學的思考。

我們法律社會學家常常強調，站在民間的立場，對占主流優勢的官方立場加以反省，這幾乎像天職一般。我們會去反省國家跟民間，或是國家法和民間法之間的關係，無可避免的人類學家、社會學家會像烏鴉嘴一樣，他不希望只是去美化官方的立場或觀點，相反的，他一定程度是想要去批判，去反省：相關的法律體系，是不是會被建構出來？或是說法律是不是會被法典化？有沒有顧及到民間的法律文化啦？類似這類的問題。所以後設理論的思考，就會涉及到知識論的思考，進一步再把把法律人類學知識和法律社會學知識，看成是一定的社會文化背景生產出的，這又進入知識社會學的思考領域。我們要去反省社會學家與人類學家的社會位置，還有他的文化位置，然後他所生產出來的法律人類學知識或法律社會學知識，基本上有一定的社會影響意義的。所以，這是一個辯證性的過程，一定的社會文化條件，



會對法律人類學知識或法律社會學知識有所影響，倒過頭來，知識也會影響社會，法律人類學的知識或法律社會學的知識，有可能會變成像我們剛剛講的一個法典化的過程，或者國家法要不要納入民間法的過程。甚至我們這次就發現，我們的研究成果，會影響到鄒族和魯凱族對他們自己慣習的看法，就是說我們好像會去“發現”他們已經失去的慣習，然後讓一些年輕人重新去思考說，他們也有這樣的慣習與法律。如此一來，法律人類學知識也會參與整個法律文化變遷，在過程中的推動了法律知識上的建構。這種反省當然也會跟各種“後學”：後現代、後殖民、後結構等，有一定的關聯。所以不管是古典的知識社會學，或者跟後殖民、後現代、後結構的知識社會學，像 Foucault、Bourdieu 等的理論，都有一定的關聯，可以串聯在一起作思考。

還有比較傳統式的問題，像大家比較清楚的emic/etic、研究者/參與者的問題，事實判斷/價值判斷、實然/應然等類似的問題，這是大家比較耳熟能詳的。進一步來說，還有理論/實踐的問題。二十年前，我當時在德國唸書的時候，就很希望有所參與與應用，類似一種“應用的法律人類學”取向，法律人類學家和法律社會學家不能只是描述事實，應該要對民間法律文化、原住民文化有一些積極的貢獻，所以應用法律人類學取向基本上會有一種立場的抉擇，在法律政策、法律改革中去作努力。多年來，我有參與“民間司法改革基金會”，協助推動台灣司法改革運動。雖然跟原住民沒有那麼直接相關，但我們還是注意到有關法律訴訟過程原/漢通譯的問題，還有像法律扶助基金會花蓮分會一般，特別會注意到原住民的法律意識、法律文化與漢族的差異問題，類似這些的思考，一再地湧現出來。整體的台灣社會的法律改革運動，其實都是應用的法律人類學與法律社會學的議題。以上各種思考的角度，我沒有很嚴格的去區分它們，因為它們之間未必是百分之百互斥的問題。





就更深一層來說，我近幾年因為要教當代社會學理論，教到一些後現代、後殖民的、後結構的理論，大陸學者統稱為“後學”，因為“後學”對大陸有非常重要的意義，大陸的“後學熱”跟“國學熱”相當蓬勃，其中複雜脈絡值得進一步研究。我在觀察大陸“後學”的發展時，我就反省到台灣的“後學”問題，粗淺的發現是比較集中在“文化研究”的學者，集中在文學院或外文系裡，我跟清華哲研所張旺山老師也討論過，他們哲學界研究這個領域的也不多，我們社會學界其實也不多，交大朱元鴻老師算是首尾一貫作這方面研究的。

“後學”給我的感受是：它是要去挑戰那些現代性的學者，像韋伯、涂爾幹這些學者，它們和馬克思關係比較密切。它們會影響我們對法律人類學這門學科的定位：我們去思考它的時候，會傾向比較傳統的、古典的法律人類學呢？還是一種比較批判的法律人類學？或是說是一種比較後殖民、後現代的、後結構的法律人類學？這是很豐富的一種思考方向，跟剛剛講的知識社會學思考是連在一起的。所以我會覺得“後學”像是一種新的知識社會學，它用整體的論述，反省文本和社會政治文化的關係，重新去省思說一種學術知識，基本上可能是非純學術性的，它是有特定的政治或社會文化意義的，所以我會把它看成一種新的知識社會學，跟古典的知識社會學是有一定的關聯的。

### 三 外在的永恆難題：法律人類學家與法學家、當事人的關係

這麼一來，就會影響到我們對法律人類學（作為一門學問）的定位問題。以前那種實然跟應然的區分，事實判斷跟價值判斷的區分，或者是說emic、etic，研究者和參與者立場的區分，那些



分類範疇雖然還是有效，但是“後學”會帶給我一些更多的思考，可能也涉及到整體學術研究你要如何重新加以定位的問題。這篇文章的題目引用了Bauman的“立法者”或“詮釋者”的對比，他把現代的學者比如說韋伯、涂爾幹，用“立法者”這種理念型（idealtypen）來指涉他們，而用“詮釋者”來描繪後現代的學者，我們會在後邊作說明。我們也可以直接從一個學者的學術角色與社會角色來思考他可能有的外在的、內在的衝突的問題。最明顯的是在人類學家與社會學家的場合裡，為什麼法學家不見了？這是非常核心的議題，這個議題是永恆存在的議題，因為我們如果跟法學家沒有一個很適當的互通有無，很難免就會各說各話，像我在做各種不同的法律社會學的研究的時候，我會覺得第一個跟法學家的互動不夠，或者說非常困難，一直到現在還是非常困難。無論如何困難，卻永遠是一個最重要的議題。

我們在唸古典的法律社會學的時候，很清楚像韋伯和涂爾幹都會說，現代法律是形式理性的法律，是一種專家的法律，盧曼（Luhmann）甚至講說法學家建構的知識，是像一個黑盒子一樣的東西。所以我們的研究成果，一定程度要翻譯成法學家可以接受的法律概念的時候，那我們的研究成果才有可能比較具體的體現與應用的可能性。這些法學家有時候隱身在政治人物裡面，有時候隱身在行政官員裡，有時候隱身在立法者或學者的行列裡。所以法律政策學跟法律解釋學的關係是很密切的。社會學家跟人類學家是把法律當作一個很實然的研究對象，我們的任務主要是要發現法律的真實，發現法律實際上發生了什麼事？實際上相關的社會事實是什麼？但是法學家要顧及政治人物的政策，總要形成法律規範，對相關事實加以合法/非法的判定。所以我們是經驗科學，他們是規範科學，這種經驗科學和規範科學之間的互通有無，一直還是非常核心的問題，但是也常常會產生衝突。像每次審查研究計畫的時候，研究者的報告內容，往往受到審查委員的



背景的影響。當人類學家與社會學家比較多的時候，研究者可以比較大膽地討論經驗法學，多談法律的事實面（what 的問題）；一旦法學家比較多的時候，就必須多談法律的規範面與政策面，例如研究怎樣把慣習調查跟國家法連結在一起？然後怎麼把慣習法典化？怎樣把它變成是一個法官審判的依據？怎麼變成一個現行民法、刑法可以參考的知識體系？（how 的問題）。這是一個永恆的困難，人類學家跟法學家之間的溝通問題，what 與 how 之間的會通問題，這是一個永恆的、事實存在的難題。

最好要像容邵武老師這樣，唸過法律系再來做社會學家與人類學家，或者倒過來，類似學士後法律所（有些學校美其名為科際整合法律所），類似美國 law school 這樣，以後台灣的法律社會學家、法律人類學家有可能會比較多，因為法學教育還在改革中。以目前來說，雖然我們跟法學家的關係一直是很重要的一環，但彼此卻仍然是涇渭分明的。

除此之外，人類學家跟被研究的參與者（當事人）之間的關係，也很重要。這不只是 emic/etic 這樣的問題，我們這次還發現，當事人是一個很複雜的、不容易定位的概念，我們想要研究魯凱族和鄒族的慣習，我們就會發現“誰是鄒族？”、“誰是魯凱族？”變成是一個很核心的議題。我們的調查對象是誰？到底誰的意見，才是真正的代表魯凱族或鄒族？我們發現那是高度政治性的問題。像我們在研究鄒族和魯凱族時，必須由鄒族與魯凱族的研究團隊成員，他們負責前端的訪問，運用母語去跟當事人溝通訪談，而我們漢族的研究團隊成員，主要扮演後端分析比較的角色，但是從頭到尾，大家都是一起討論研究的，所以我們這個團隊就比較沒有太多的語言轉換或文化轉換的問題。

儘管如此，我們還是相當震撼的是：鄒族不是鐵板一塊，魯凱族也不是鐵板一塊，然後民族以下的各部落也可能不一樣，南鄒、北鄒啦，東魯凱、西魯凱啊，我們的調查不可能全面的時





候，那怎麼辦呢？你調查好茶村的時候，能不能代表魯凱族呢？調查南鄒能不能代表全部的鄒族呢？鄒族有一部分跟布農族混得很厲害，那到底調查出來的是鄒族的還是布農族的？我們發現“當事人”也是一個很複雜的結構，人類學家的調查結果，對他們可能會有具體的影響。除了他們之外，人類學家的調查結果，對一般社會大眾也可能會產生一定程度的影響：我們思考到當鄒族的民族法與慣習，未來被國家法視為習慣法的時候，跟現行法會有有一定的互動，雖然沒有辦法百分之百被納入現行法，但是它會有一定的承認與裁量，如果鄒族跟其他族（如漢族）之間發生糾紛的時候，類似的疑難雜症，類似的個案，如最近的鄒族蜂蜜事件，應該要怎麼處理，才是最恰當的？這些問題都需要細細的考量。法律人類學家跟法律社會學家無可避免地要面對法學家、當事人乃至一般社會大眾，他如何跟他們溝通，迄今仍是永恆般的難題。

#### 四 內在的永恆難題：法律人類學家的自我定位

接下來的部分，我稱之為一個“內在的永恆難題”，這一部分涉及到法律人類學這門學科不斷在變遷的問題，它從比較早的，比較描述性的，到詮釋性的法律人類學，然後到現在比較批判性的法律人類學，一種比較後現代的、反思的法律人類學。這門學問它自己也作了很多變化，早期是跟古典的人類學家和社會學家關係是比較密切的，然後雖然是研究非西方社會，但還擺在一個現代性的大脈絡的思潮之下，所以它是一個描述性的人類學，而且它是一個比較擺在西方知識脈絡下的人類學的一種論述（如西方有的法律，其他民族有沒有？如相對於西方法律，其他民族的法律如何？等等的問題）。然後慢慢到一種理解的、



詮釋的人類學，然後再到比較批判的，比較後殖民的，或是說後現代的法律人類學的研究，所以法律人類學家也必須隨之要自我蛻變。像我一直是研究古典社會理論的，但是現在接觸到一些後現代理論的時候，自己便面臨一個內在的永恆性的衝突難題。尤其我們又是一個非西方的社會科學家，我們更容易碰到這樣一個問題：怎樣才是一個研究者比較適當的學術角色？什麼是我的學術依歸？我需要放棄我以前學的的古典的法律人類學論述嗎？我需要放棄我整個法律人類學知識體系嗎？

我是花很長的時間才調整過來的，我的答案是不需要完全放棄古典的法律人類學，但是需要一些不一樣的作法，來和全球化下後殖民與後現代思潮並存。在這個新的變動的時代裡，我們更應走出書齋，在“靜態的描述者”跟“動態的參與者”兩個角色之間取得調協。例如參加民間司法改革運動，參加原住民法律文化保存的活動，呼籲國家法要承認民族法或部落法等等，在研究過程中，你不再只是一個知識判斷者或事實判斷者，走出書齋，對參與改革運動的時候，難免你就會涉及到價值判斷的問題。

舉例來說，到底法律人類學家應該是一個“傳統的維護者”？還是“革新的支持者”？我是一個漢族法律人類學家，我到底應該維護漢民族的法律傳統文化？還是加以革新？我也有研究漢民族的習慣法，我就覺得面臨很尷尬的情形。我研究台灣祭祖的族產及其組織，名叫“祭祀公業”，這是宋代祭田以下的傳統宗族組織，台灣還有一萬多個。我跟很多祭祀公業的管理人其實都非常熟，我每次去他們的公業開會參觀時，總是一個女生都沒有，開會的人幾乎都是六十歲以上，就是六七十歲的老先生，也有八十幾歲的。我也去參加他們的宗祠、宗廟的活動，像祭祖、拜拜、聚餐等等，你會覺得這些很“父系中心”、“家父長制”的東西，這種父系繼承傳統，要不要維護下去？他們總不斷批判那些想要把女性放到族產繼承與宗祧繼承裡面的那種想法，也就是



女兒也跟民法規定一樣，有祭祀公業派下權（繼承權），他們會賡續強調《大清律例》裡對“異姓亂宗”的禁令，就宗祧繼承方面，你不能讓異姓進入宗族，會亂了宗法。台灣漢人的妥協之道叫“抽豬母稅”，說得很粗俗，其實就是招贅，女兒招一個贅婿進門，生出兩個兒子，其中一個抽回來從母姓，姓她娘家的姓，以繼承外祖父宗祧與財產。

我雖然自己家裡沒這個問題，父族母族都沒有公業。但我作為一個研究者，這樣一個傳統的慣習，其實是跟漢人的祖先崇拜，就是跟漢人父系社會親屬組織非常密切的一個傳統，那我們把它研究出來，是不是就擺在那裡了呢？擺在那裡是不是就維護它？還是說我們應該要呼應女性主義者的立場，七十多年前改了民法之後，讓子女平均繼承，現在是否應該也把“祭祀公業條例”跟著改，像過去監察院一樣要求說，過去有關祭祀公業的相關法令是違憲的，因為違反憲法男女平權的原則，現在真的要制定“祭祀公業條例”的時候，要不要納入這樣的男女平權的考量？這種內在的永恆難題，也可以應用到“宗教團體法”的制訂問題，或是說“鄒族法、魯凱法跟國家法之相互關係”的議題上。這便是一個傳統看似不變的慣習，在不斷變遷的社會事實與不斷變遷的法律文化裡，究竟如何自處？強勢的西方法律文化的現代性，從日據時代以來進入台灣社會，強迫台灣社會法律文化的變遷，這對漢族、鄒族、魯凱族與其他原住民族，都是同樣的命運：各民族傳統法律文化面臨解體，要現代化與現代性的話，你就要接受那私有財產制、個人主義、男女平權的強勢西方法律文化。這時候你要選邊站，究竟要扮演傳統維護者？還是社會革新者的角色？。如果你要扮演一個民間舊有法律文化守護者的角色，那你是不是要去抗拒官方的一些現代性的考量，像是男女平權類似的東西，政府由上而下地“超前立法”的作法，想要以國家法律帶動社會變遷，把父系社會帶到雙系社會，你反對的話，



會不會成爲食古不化的“傳統主義者”？那些受訪者都是七十歲以上的老人，他們竭力希望不要讓女兒進來繼承公業，強調“異姓亂宗”，他們之所以如此堅持，並不完全都是利益取向的“肥水不落外人田”的原因，其中還有畏懼同姓宗族因爲異姓的加入，喪失其“道德共同體”的組織結構與血脈相連的集體意識的緣故。在這時候，法律人類學家，你要站在哪一邊呢？

## 五 “立法者”或“詮釋者”之間的抉擇

進一步的思考就是Bauman所謂的現代的“立法者”跟後現代的“詮釋者”的角色轉換問題，美國社會學家Ritzer把它整理得很好：<sup>3</sup>現代的學者通常都扮演一個立法者的角色，這樣的立法者不是像立法委員那樣的立法者，他只是說他的知識具有權威性。所以立法者有哪些特徵呢？他整理得很好：當意見存在分歧的時候，立法者的權威性是可以做出裁斷的，他的知識是具有權威性的，這種權威性會引導人們對知識的選擇，因爲這些意見受到立法者的支持，被認爲是正確且具有約束力的，而這個立法者或仲裁者的角色，他的權威性是來自於他具有更高層的知識基礎，他被看成是是一個知識的精英；而且知識份子比非知識份子有更好的接近這些知識的方法，知識份子這些優勢，要歸功於他一些程序性的規則，而這種程序性的規則，事實上我們在古典理論就知道是系統性的知識，它是一個很大的論述，這種程序性的知識確保了真理的獲得、道德的判斷，甚至藝術品味的選擇，所以換句話說：真、善、美的領域都受到這些知識份子的確保，而且這些知是基本上具有普遍有效性，透過這套規則所產生的產品，具備了普遍的有效性。所以呢，這些人就變成擁有程序規則的人，譬如說這些科學精英就變成他所創造的那些知識的集體擁有者，那些知識就被看成是對整個社會秩序的維持和完善是具決定性的關



聯的東西。這些知識份子闡明這套知識的程序規則，而且對它的正確使用保持控制，知識份子跟他所創造的知識一樣，就不受地區的限制，換句話說，他提出的是一種普遍主義的論述，因為他不受地區的限制，擁有判斷別人地區性觀念有效/無效的權力；因為他可以證偽，就證明人家是不對的，證偽那些地方性觀念。Bauman運用idealtpe的分析架構，認為現代的立法者及其知識，是具有權威性的、是具有普遍主義能力的，在真、善、美的相關知識領域裡，都有其權威性。

但是，到了後現代以後，不管是說知識體系，或是說這些研究者的位階，一定程度被降下來了，他不再像是一個“立法者”，反而像一個“詮釋者”，或是說跟別人互動的“溝通者”，其主要任務是對某一共同體相關的觀念進行翻譯，以便使他跟其他共同體可以相互理解；然後詮釋者並不是選取最佳觀念為取向的，他只是要促進其他各個知識共同體的溝通，詮釋者只是要避免詮釋過程中意義的曲解，然後為了達到這個目的，詮釋者必須要發展出一種對被詮釋者深層的理解，他還要維持兩個在對話的傳統之間微妙的平衡。因為你必須要去注意到說的訊息不被誤解，然後你要呈現在被詮釋者的角度來看是正確的理解。Bauman這樣的論述，基本上是idealtpe的二元對立式的對比。但是無可避免的就是：從詮釋人類學到批判人類學發展的時候，或者是到後現代的、後殖民的人類學的時候，的的確確要進一步去思考：當一個法律人類學家當他去研究鄒族、魯凱族，或者去研究台灣漢族的祭祀公業、或是台灣的宗教團體的時候，他自己那種學術知識或學術研究成果，究竟要如何來加以定位？他可能沒有像在古典的法律人類學家那麼權威，那麼有自信，即使他要為鄒族、魯凱族說話，即使他要為祭祀公業的成員說話，他的知識權威或自信，已經沒有辦法像在十九/二十世紀之際的古典法律人類學家那麼確信。





我曾經有一度覺得應該多努力幫民間法對抗國家法，我們要去發現、發揚魯凱族的法律文化或鄒族的法律文化，或者說漢族民間法的法律文化，因為它們是這塊土地固有的法律文化，相對來說，國家法帶著太多的、太強的羅馬法或日爾曼法的、西方的現代性，你要對這樣西方色彩太濃的國家法進行批判、對抗與反省。事實上，我有很長一段時間，對法律社會學或法律人類學有很強的信心，因為它相當有助於本土的法律文化的知識建構。但是久而久之，我現在會比較謹慎，我會知道這中間是很複雜的。尤其是受到後殖民的、後現代思考的影響，我們必須注意到像漢族民間法，鄒族法、魯凱法，它們事實上是變動不居的，在漫長時間之流裡，產生非常複雜的變化，這些複雜的變化過程，不都是進步或都是退步的，其中的變化結果，你如果一定要有一個價值判斷立場來說話的話：它其實就是有退有進的，要看你價值的最後設定判準是什麼。

以性別的問題、階級的問題、還有個人財產和宗族公產，個人私有和部落公有的問題，這些問題都是非常敏感的，它們涉及到我們對於什麼是漢人習慣法？什麼是鄒族習慣法？什麼是魯凱族習慣法？等等的定位問題。我們的研究成果，對它們的定位與價值，其實是會有具體影響的。因此，我們對它們的詮釋結果，是有可能變成一個各方爭霸的籌碼，在這點上，會使我們產生一個非常需要嚴肅看待的研究倫理問題：我們應不應該、或是有沒有能力把一個法律文化調查完之後，讓它被固著化？或者把它成文化、或把它條文化之後，然後又宣稱這是一個適當的、這是一個應該要走的道路？還是這是要讓那些當事人、實際參與的行動者自己去決定的？讓鄒族人、魯凱族人自己去決定？還是那些祭祀公業的成員他們自己去決定？或者宗教信仰者他們自己去決定？這變成是一個很複雜的，沒有辦法把它當一個純然發現研究法律文化之事實層面的問題，如果就古典的法律社會學家或法



律人類學家的立場來說，你只要發現法律文化之事實，然後把真相描繪出來，一定程度把它客觀呈現出來，好像你的任務就達到了。但我們現在比較困難的是：在發現事實的過程中，我們會碰到許多法律文化事實上的人、事、時、地、物的問題，一旦被寫成研究成果，一旦被成文化，就會被當成固著化的定義，成為各方爭霸的籌碼，問題比原來想像的還要複雜得多。你就算要為原住民說話或為漢人習慣法說話，怎麼說？要怎麼說得好？會不會負面缺點比正面優點多？各種當事人同意嗎？凡此種種，都強迫我們必須要作比較謹慎的思考。

## 六 以三個案例作說明

那往下我就舉三個例子來作說明：一個是宗教團體法草案，一個是祭祀公業條例，還有一個就是鄒族和魯凱族慣習調查。第一個就是有關宗教團體法草案，這個草案目前立法院一直還沒有進入很核心的討論，很多立委自己也提出版本，據說共有十幾個版本，他們背後也都有宗教團體在支持。其中第三條裡有講：依本法設立之宗教團體為宗教法人。我們看下面的說明，依現行法有規定之外，依法創設福利體系者。依民法規定，法人只有兩種，就是社團法人與財團法人，這是我們是從十九世紀德國法那邊抄過來的，嚴格規定法人只有兩種，一種是社團法人，一種是財團法人，但是宗教團體卻是很複雜的，不完全像這兩種法人。因為財團法人是一種捐助獨立財產，基於特定目的而設立的團體；那社團法人基本上以社員為中心的團體，如各種不同的學會，譬如人類學會、社會學會，都是社團法人。我們民法基本上是只承認社團跟財團，但是現在又創立一種新的叫“宗教法人”，因為宗教團體有時候是人的組合，有時候是跟財產基金有



關的組合，我們現在等於創造了一個宗教法人。就這意義上，我是贊成的，因為有很多非營利組織（NPO）事實上很難用財團法人或社團法人把它們涵涉進去，因為這是十九世紀末德國法融合日耳曼法與羅馬法的概念，你現在還是用這個來套NPO或宗教團體是不行的，所以我們需要“宗教法人”的概念。

這個創新我覺得是一個積極的貢獻，為什麼？因為將來很多宗教非營利組織要登記的時候就方便多了，我們往下討論的“祭祀公業法人”基本上是模仿這個宗教法人的。但是如此制度化後，也會產生一個新的後遺症。問題就在於所有條文非常體系化的規定，寺廟、宮廟、教會、宗教基金會等等，統統要納入一個宗教法人的體制，所以它要納入財務、內部章程等，對宗教組織結構，都會很清楚地加以界定。所以台灣那幾個有名的幾大宗教團體，這些“制度化宗教”大多贊成制定宗教團體法，因為對他們來說，是擴大他們的利益，使得他們很多以前走在法律邊緣地帶的東西，以後就可以受到宗教團體法的保障。他們的福利因此會增加，有些宗教的舊有的納骨塔，就地合法的年限越來越縮短，有學者就指出，宗教團體法慢慢變成像“宗教福利法”，大量的免稅、減稅與補貼。這麼一來，很可能一些民間新興宗教團體，它們不是那麼制度化的，如果將來沒有按照法律成為宗教法人的話，它們就沒有辦法受到那麼免稅、減稅與補貼。

所以換句話說制定這個法，會使得台灣的各宗教變得制度化。有人會問說，國外宗教法如何規定？日本也有宗教法人法，歐洲也比較多，如奧地利等國，或多或少制訂類似的法律。這裡的第三條一定程度是參照日本的宗教法人法制訂的（內政部有把日本的宗教法人法整個翻譯成中文）。我們要強調的是，在這麼嚴格規定之下，許多新興宗教跟原有的民間宗教，就沒有辦法納入宗教團體法的保障，在這個時候，一個法律社會學家或法律人類學家，就會被迫要有一個立場：你對台灣宗教團體的研究成



果，跟這個法律的相關性如何？你到底是贊成這個法律呢，還是反對？其實我從頭到尾是不贊成這個法律規定，但是現在顯然主流的宗教團體的意見，跟官方的意見一致，爲了避免宗教騙財騙色的亂象，規定應該從嚴。有人又問：爲什麼照這個法，它們就不能被納入宗教團體法呢？其原因在於新興宗教團體人少事少，要建立制度化的會計制度與法律章程相當困難。以前你成立宗教財團法人，是按照財團法人的管理辦法去管理的，現在只是把它納進來，但納進來就會使得它本身體制化，所以將來任何宗教團體就要法人化，才能有種種保障。

法人是一個很重要的現代西方法律的核心概念。現代性論述中，很重要的一個面向就是法人，例如鄒族團體要讓政府接受你，要先成立法人，像汪老師他就去成立鄒族文教基金會，用它來承接原民會的委託研究案。還有原住民社區發展的例子，原住民團體要先被法人化，你的聲音才能夠發出來。這裡也是一樣，宗教團體法把一個法人概念制定出來之後，未來宗教團體就會逐步整齊劃一，起碼它要做官樣文章來應付政府的要求，好處是可以管理，政府會覺得針對很多神壇或邪魔外道或騙財騙色的宗教，將來比較容易應付。但是壞處就像我前面說的，它會讓許多新興宗教團體，還有一些原本比較鬆散的民間宗教，尤其是漢人民間的宗教性團體，它未必像法人那樣的一個結構成形，我群/他群得那麼清楚，這樣的宗教團體會被邊緣化。

台灣其實很多宗教信仰彼此是高度重疊的，譬如民間宗教教義上儒佛道三教混同，還有各寺廟的信仰圈與祭祀圈，很多時候也是高度重疊的，它們不是像法人組織那樣嚴格區分我群/他群的，如果制訂這樣的宗教團體法之後，所有的宗教團體如果要享受這樣的宗教優惠的話，你基本上就要法人化（當然有些是就地合法的，像有些寺廟只是改登記而已，一些天主教、基督教的法人組織也是如此）但是對非制度性的民間宗教與新興宗教，它就



會造成一些宗教團體之間的不平等。

其次，我們就來看祭祀公業管理條例，雖然今年三月立法院三讀通過，但是遲遲未正式發佈施行。所謂祭祀公業就是一個宋代祭田以下的傳統，祖先有一塊田產，那這塊田產理論上是不可分割的，是用來祭拜祖先的。這塊田產的所有權，事實上是所謂的設立人跟他的男系子孫所有，過去爲了祖先崇拜而設，所以是一男系繼承、宗祧繼承的傳統，它的宗教繼承還包含這個祭祀用這塊田產的財產的繼承，所以女性就一定程度的被排除。所以我們看這裡第四條的規定，按照以前漢人的祖先崇拜的傳統：派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得爲派下員。意思就是說她沒出嫁，要維持她爸爸的姓。只要該女子招贅夫，或未招贅而生有男子，或收養男子冠母姓者，則該男子亦得爲派下員。這裡就沒有“異姓亂宗”的問題，因爲在室女她還是留在原本她爸爸的家裡，然後她招贅的話，她招贅生的男孩還是姓她爸爸的姓，所以這裡就沒有異姓的問題。這裡還是維持一種男系繼承的原則，然後下面就是派下之女子、養女、贅婿這些的規定，這是例外，必須三分之二以上書面同意，這裡就是稍微有一些調整。法案右邊的說明提到個螟蛉子，螟蛉子就是所謂的養子，養子也是派下員，也有繼承權。它說明：基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則，對於以存在之祭祀公業明定其派下員依規約定之，無規約或規約未規定者，派下員爲設立人及其男系子孫（含養子）。但是派下之女子、養女及贅婿，是原則外的例外，要通過一個會議的程序才行。

比較具衝擊性的是在第五條，我估計我那些公業朋友會非常反對這第五條，爲什麼呢？第五條它說：本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列爲派下員。右邊進一步說明：基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後即不宜依宗祧繼承之習俗排除女性繼承





派下之權利，爰規定本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。換句話說政府承認異姓可以入宗，異姓不會亂宗，如果說這個條例正式發佈施行後，假設有一個八十歲的老人，他突然去世，然後他下面有兒子跟女兒，然後他那一份派下權就可以分給他兒子跟女兒（只要都有共同承擔祭祀之事實），那以後他女兒再去世的話，又可以分給她自己的兒子跟女兒，所以這是個日出條款，它要設一個時間點之後，要去調和傳統宗族法男系繼承跟現在男女平權民法規定的，但是以後就變成這個祭祀團體裡面會有雜姓在裡面，就是說會有很多不同的姓。換句話說，國家法已經某種程度調和這個習慣了，這時候法律人類學家和法律社會學家怎麼辦？我該說服誰？其實按世界潮流與大家只生一兩個子女的趨勢，這是一個很合理的發展方向，但是它跟原來的宗祧繼承，感覺又不太一樣。

有人會問：那這條是在誰的堅持下出來的？剛開始十幾二十年前，是監察院堅持的，監察院說，內政部原來只是一個行政命令來管理公業，叫作祭祀公業土地清理要點，基本上還是維持男系繼承的一個原則，但是相當簡陋，我們一直認為祭祀公業如果沒有一個正式法律的話，它的問題很複雜，包括它新蓋的宗祠宗廟不能登記，就你去看非常多的宗廟，你去木柵捷運站旁邊有一個祭祀公業的宗廟，那整個宗廟是沒有登記的，它沒有主體，為什麼不能登記？因為有一個從日本人時代繼承下來的一個原則，就是說政府雖然不是要消滅祭祀公業，但它是要限制祭祀公業，所以祭祀公業不得有新有財產。然後它不是一個法人團體，它只是一個共同共有的關係，只是一個物權觀念而已，不是人的組合，而是一個物的組合。有一群人共同擁有一塊土地，但這群人卻沒有法人的制度，所以我們現在要制定祭祀公業管理條例，就是要給祭祀公業一個法人的資格，讓它可以把財產登記在這個祭



祀公業法人的名義之下。其進步是在於它會有一個權利主體，但是它的調整是在於男女平權的問題，那原有的祭祀團體會產生很大的變化，原本祖先崇拜那樣男系繼承的原則，會受到影響而改變，這是平權的進步，但卻是對傳統的拆解，是好或不好？要看我們要從什麼角度，來面對這個問題。

同樣的情形也會在鄒族跟魯凱的慣習調查裡碰到。我們當時在調查的時候，碰到最大的一個問題，就在於歷史變遷的問題。我們被要求在家系繼承、自然資源跟土地這三者，去做某種程度的訪談。後來我們討論了n次以後，我們就想到說乾脆列表，所以這個表是我們所有專家與兩族代表討論很久之後，我們把它設計出來的，列這個表之後就會注意到慣習變遷的問題。有些我們只是把現有資料填進去，就是說小島由道的調查或衛惠林這些人的研究成果，然後把本調查成果也列為一欄，最後找現行的國家法放在一欄。我要跟大家說明的是最右邊的這個註解的部分，我們剛開始這裡是空白的，因為我們很害怕我們的研究成果被成文化，我們很害怕我們的意見變成官方的意見。但是我們每次去開會，審查委員總會建議我們討論一下現行國家法和這些慣習之間的關係，所以我大概花了兩三個禮拜跟我有法學背景的學生討論，後來我決定用描述性的，我決定把這種看起來像政策性的東西，盡量用比較描述性的字眼把它寫出來。

舉例來說，鄒族部落的概念，我就盡量寫說鄒族部落在宗教儀式上普遍沿用，但在政治上或法律上未獲承認，部落沒有被看成一個法人或一個權利主體，所以就變成說地方制度法裡面的鄉長、村長跟部落的頭目雙頭馬車，我們只能這樣把它描繪出來說，地方制度法裡面是選村長的跟鄉長的，但是鄒族的部落其實還有頭目，頭目未必是村長，這是有雙頭馬車的情形。然後在魯凱族比較麻煩的情形是在於它的階級制度，因為魯凱族有所謂的貴族和平民，排灣族也有，那這些所謂的有貴族制的喔，它



就會跟我們的現行法有一定的差異，因為我們是調查土地繼承、家系繼承、跟自然資源，那貴族他們像對於佩帶百合花啦，像土地繼承啦什麼的，他都有些優勢的地位。我們只能這樣描述出來就是說：劃分貴族與平民社會之慣習與現行憲法兩相違背，我們能這樣寫他是兩相違背的。將來要怎樣調整？我們有討論到是不是他們部落會議再去調整？他們以後變成有魯凱族的自治政府或或自治議會，他們自己再去成立一個法律委員會，自己再去決定。因為我們是第一個調查，我們怕影響到後面的調查，後面的人做的時候，他們一下就可以建構這個圖表了，我們就花差不多一年才建構出這個圖表，後面的人他可以寫到泰雅族、排灣族這些，那當然也可以放棄這個圖表，但事實上這個方式會對他們會有影響。

再舉一兩個值得討論的例子，我們都是用描述性的方式來去處理。譬如說鄒族生雙胞胎是不吉祥的，他們要把那個孩子處死，或者未婚生子，未婚生子在小島由道他的調查是說，男女雙方將各自受其雙方家長責打等等，我們只能寫說現行法對非婚生子女無與傳統慣習對應之制裁，意思就是說這種制裁方式，在我們現行法當中我們沒有這種制裁，然而殺嬰為現行刑法中所明文禁止。我們只能這樣描述性的討論。然後還有他們的家庭，譬如說家之性質，討論到家的問題，那鄒族基本上以擴大家族、延展家族為其基礎，那我就只能描寫說現行民法以核心家庭為基礎，與鄒族以其延展家族為基礎有異，就說這中間是有差別的。然後婚約的訂定是說，譬如說他們有交換婚啦、指腹為婚啦、搶婚啦、父母命婚什麼的，那我也只能描述性的說交換婚、指腹為婚、搶婚與父母命婚等婚姻訂定方式與現行民法有異。我們很怕做出來研究成果，變成是一個被固定化的法律規範制度。

我們只是涉及到土地、家系繼承和自然資源三方面，以魯凱族的百合花的制度來說，他們有時候用什麼商標法或智慧財產



權法來去解釋那個百合花制度，我們也只能用比較描述性的的方法記錄下來。還有土地所有權的問題，這裡我們也是描述性寫，劃分貴族與平民之社會階層之土地所有權的慣習（貴族對土地之特權）與現行法有異，專屬頭目之特權與現行法並無相對應之規定，我只能這樣寫，但是最後他們要如何調整，還是要當事人的自治組織去做更清楚的規定。

## 七 結論

在此，我想簡單做一個結論。現在法律人類學家與法律社會學家的角色變得比較繁複，他要時刻反思，時刻注意自己研究倫理的問題，時刻去反省他有可能在一個法律文化變遷的過程中，他的研究成果也有可能變成一個政治性的知識，變成是各方角力的籌碼，既有可能變成法官審判的依據，也有可能變成立法者的依據，或也有可能變成當事人各派，在詮釋他們自己的現實利益的時候的一個依循。所以我們在階級議題上，既不能過度偏貴族也不能偏平民，在性別議題上，到底當事人他們最後要怎麼調整，魯凱族階級議題比較困難，性別議題還好，鄒族裡性別議題則比較困難，很多慣習跟現行法之間要怎麼調整，我們沒有辦法給它一個規範性的命題，因為那樣成文化之後，馬上會變成各方角力的依循。所以反思的法律人類學家或者批判的法律人類學家，要時刻注意到研究倫理的重要性，然後也知道自己的角色是多重的。自己也一定程度在建構知識，但這個知識已經沒有像古典法律人類學家那麼確定，但是它卻還是具有實質意義的。

我們在做實然的描繪的時候，背後都要去意識到這個實然的描繪，隨時都有可能變被轉換為一個應然的命題。我雖然沒有懷疑我早期受到的訓練，那樣現代性的古典的大論述，給我的一



個知識架構的基礎，但是我現在相對來說，會比以前謹慎，會知道這個問題比以前更複雜，我們要做一個純粹發掘事實真相的一個研究者，事實上有其相當的困難。即使有其相當的困難，我還是會認為，基本上人類學家與社會學家，還是要站穩在一個事實發現與事實判斷的一個角度上，我們知道它是很困難的，但是我們還是要持續不斷地以這個為目標，至於其他的角色的參與，我會覺得那是派生出來的，那是一個其次的問題。因為有這樣的堅持，我才會覺得說後現代對現代知識體系的挑戰，才不會變成消極性的解構，或者變成說破壞性大於它的建設性。

後殖民的論述或後現代解構性的論述，會提供我們更謹慎更反省性的思考，但是並不能夠徹底解構我們法律人類學知識的努力，因為我們還是要注意到我們這樣的知識隨時都會被條文化，而條文化之後，它的的確確就變成一個規範被實施，這不是說你能解構就解構的，它事實上就是在那裡運作，事實上到底是貴族的土地還是平民的土地，你一旦習慣法被納入國家法加以一定的承認或加以一定的整合之後，它就馬上發揮規範性了，不管你再怎麼解構，它的建構性還是在那裡。所以在這個議題之下，一個法律人類學家或法律社會學家的主要任務，我覺得還是在發現真實之上，就是一個實然層次的判斷之上。只是說我們現在要有更多的反思，更多知識社會學或後現代的思維的一種敏感度。我們更要注意到研究倫理的問題，更要注意到自己知識的有限性，更要維持跟法學家、跟政治人物、跟當事人的、跟社會大眾之間的溝通，我們不再以立法者自居，我們還是希望我們的學術知識有它一定的自主性，用韋伯的話來講，就是說有它自己的固守法則性。唯其如此，我們人類學家或社會學家的角色的積極性意義，才能夠被確認；唯其如此，後現代或後殖民的那些知識體系，才不會完全動搖我們在古典法律人類學或法律社會學所學到的那個知識體系。





## 注釋

- \* 本文原為2006年1月“法律、社會與文化”讀書會上的演講稿，在此謝謝讀書會容紹武老師與其他同仁的邀請與評論，也謝謝協助錄音整理的鄭如珺同學。
- 1 我們使用“慣習”一詞，指的是台灣原住民各族固有的法律文化系統，有的學者稱為“習慣”、“民族法”或“民族習慣法”，無論如何稱呼，這些法律文化系統都應該受到漢族法律文化系統主導的國家法同等的尊重。
  - 2 參見 Zygmunt Bauman, *Legislators and Interpreters: On Modernity, Post-modernity, and Intellectuals* (Cambridge: Polity, 1987).
  - 3 參見 George Ritzer, *Postmodern Social Theory* (New York: McGraw-Hill, 1997).

