

抗拒失憶^{*}

—女性主義法律史的理論與方法初探

陳昭如^{**}

目 次

- 壹、歷史與女性主義法學
- 貳、不缺席的時間：女性主義法學中的歷史
 - 一、在當下看到過去的痕跡：父權／男性宰制的轉化
 - 二、在歷史中發現新意：重寫歷史，也改寫當下
 - 三、反思差異政治
- 參、為何是「女性主義法律史」？
 - 一、「女性法律史」與「女性主義法律史」
 - 二、多樣的歷史概念
 - 三、女性主義法學作為分析工具
- 肆、抗拒失憶：邁向女性主義法律史

* 投稿日：2008年2月1日；接受刊登日：2008年4月16日。

本文為國科會專題研究計畫(NSC95-2414-H-002-006)之研究成果，初稿曾以〈什麼是女性主義法律史？歷史化女性主義法學的理論初繪〉為題，發表於中央研究院法律學研究所籌備處所主辦之《第一屆法律思想與社會變遷研討會：邁向多元典範的法理論》，2007年10月26-27日。感謝論文評論人王曉丹的深入評論，與會者的提問，柯志明、蕭阿勤以及林文凱的討論與意見，以及兩位匿名審查者仔細的審閱與指正建議，使我獲益良多，得以在更深思熟慮的基礎上進行論文的修正，並將本文的研究範圍更加明確化。也感謝台灣大學科際整合法律研究所戴冬梅在文字與格式編輯上的協助。

** 美國密西根大學法學博士；國立臺灣大學法律學院法律系助理教授。

摘 要

歷史對於女性主義法學有何用？女性主義法學對於歷史又有何用？本文藉由分析歷史在女性主義法學中的作用，以說明女性主義法律史的必要性，主張女性主義法學必須拒絕失憶，法律史研究法可以作為女性主義法學的有用方法，而女性主義法學理論可以作為法律史的有用分析工具。女性主義法律史研究運用多樣的歷史概念，使用女性主義法學的分析工具，藉由在當下看到過去的痕跡、從過去中發現新意並反思差異，而有效地連結過去、現在與未來，改寫女性主義法學中的時間圖像。這樣的女性主義法律史不僅有助於建立在地女性主義法學、對抗殖民與西方凝視，也有助於理解美國女性主義法學的在地性，並且在不同的在地性中尋找共通性的可能。

關鍵詞：女性主義法律史、女性法律史、女性主義法學、法律史、性別、差異政治、說故事。

壹、歷史與女性主義法學

……你有兩種選擇，一是成為具有歷史意識的人，這樣的人尋找記憶與連結性以對抗失憶與懷舊，試圖盡可能正確地描繪她／他的旅程；二是成為失憶與懷舊的技師，這樣的人讓想像因挨餓、或被餵以垃圾食物而變得遲鈍。歷史的失憶乃是想像的枯竭，而懷舊則是想像的亢奮。

Adrienne Rich¹

女性主義法學是一門法學理論、一種法學觀點，以生命經驗批判並挑戰法律的運動實踐。女性主義法學不僅致力於瞭解法律在性別壓迫上所扮演的角色（法律作為壓迫的根源），也戮力於探究法律如何可能創造平等的改變（法律作為解放的泉源），是立足當下、朝向未來的理論與運動。而面向過去的歷史，看似是與之不相容的：在前進的腳步中，回頭張望顯得多餘、留戀過去更是一種倒退。「過去」經常代表了陳舊、不平等與壓迫，而現在則表徵了（相對於過去的）進步，未來則更應該是實現平等的嶄新美麗前景。因此，關於過去的歷史，或者被遺忘，或是在看見之後被捨棄，而擁抱過去則更可能被認為是讚頌父權。女性主義法學中的時間圖像，經常是從壓迫到解放的進展，背對過去地向前行。在這樣的時間圖像之下，歷史便顯得與女性主義法學不相容、或者不相干，因為女性主義法學是關於現在與未來的，在掙脫父權枷鎖的抗

¹ Adrienne Rich, *Resisting Amnesia: History and Personal Life*, in *BLOOD, BREAD AND POETRY: SELECTED PROSE 1979-1985*, 146 (1986). 本文之題目原訂主標題為「在遺忘、捨棄與擁抱過去之間」，經審查委員之一建議，宜更凸顯女性主義法律史面對未來的積極意義，因此改以強調連結過去、現在與未來的「抗拒失憶」作為主標題，這即是借用 Adrienne Rich 該文之主標題。這篇倡議女性主義歷史意識的文章乃是她為了紀念女性主義史學家 Joan Kelly 的講稿。

爭中，看不見歷史，讓歷史歸諸於過去、或者成為簡短而隨即被置於一旁的「開場白」、背景簡述，似乎是女性主義法學對於歷史的慣見姿態。而擁抱歷史，則是保守主義者才作的事了。正如同原意主義 (originalism) 經常被認為是固著守舊的保守主義，而「生生不息的憲法」 (living constitution) 則被認為是與時俱進的進步主義，女性主義法學的嶄新與進步形象，和歷史的陳舊與落伍印象，似乎顯得頗不相襯。然而，新與舊，進步與落伍，是否能被如此簡單地區分？在遺忘過去、捨棄過去與擁抱過去之間，是否存在有女性主義法律史者立身的邊際地帶 (borderlands)？女性主義法學者與歷史學者的身分能否有意義地並存？經常是面向未來的女性主義法學，是否需要面對過去？如果是的話，又應該如何選擇面對過去的姿勢？

在本文中，我試圖揭露女性主義法學所較不為人關注的一面：女性主義法學中的歷史，論證「女性主義法律史」 (feminist legal history) 的必要性與可能性，主張女性主義法學必須「抗拒失憶」 (resisting amnesia)，並倡議在發展在地女性主義法學時，歷史與女性主義法學理論可以相互作為有用的分析方法與工具。我將特別著重分析美國女性主義法學中的歷史，以說明歷史不僅對於發展在地女性主義法學而言是重要的，同時也是理解美國女性主義法學所需要的。至於歷史研究為何需要研究性別與法律，則是應當另以專文處理的問題了。本文也不企圖涉入甚至解決法律史作為法學或歷史學的問題，或歷史學家與法學家之間的爭論²。而「女性主義法律

2 在 H-law discussion network (法律史討論群, <http://www.h-net.msu.edu/~law/>) 上一系列有關指標/里程碑判決 (landmark decisions) 的討論，便是一個很好的例子：哪些判決可以被納為指標/里程碑判決、又有哪些原本是指標/里程碑判決已經喪失了指標/里程碑的地位？Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857) 和 Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000) 成為討論中的兩個焦點。有些法學者傾向於該判決是否具有判決先例價值來思考（法學上的實用性），而歷史學者則似乎傾向於從判決的脈絡與影響、在歷史發展中的地位（歷史意義）來界定是否具備指標性、是否可算是某種里程碑或重大事件。誠如一些參與者所言，指標/里程碑判決 (landmark decisions) 的選擇既是被建構的、也形構了我們的法律和歷史想像。

史」是否得以成為被認同的學術領域名稱，也並非本文所能單獨達到的任務，由學術社群經由溝通論辯形成共識的名字認同，或許才是更適當的³。同時也必須說明的是，本文並非、也並不企圖對於女性主義的法律史研究進行全面性回顧與檢討，而是提出初步的理論思考以倡議女性主義法律史研究，並且試圖為位處在不同學術領域邊界的自己、以及其他為類似認同焦慮所困擾的研究者，尋找可以安身立命的研究身分。

貳、不缺席的時間⁴：女性主義法學中的歷史

歷史關乎時間，而時間關乎過去、現在與未來。過去與當下、當下與未來的一線之隔，也總是暫時性的劃定，而這一線之隔，甚且並不完全隔離了兩邊，因此歷史不見得是遙遠的過去，當下可能很快成為過去，而未來也將在下一刻成為現在。諸多歷史學家與歷

3 一個領域的稱謂，原本就難以、也不必要定於一尊。女性主義法學在台灣有數個名字：女性主義法學、女性主義法理學、女性主義法理論、性別法學等等，在美國也有多種稱謂：feminist legal theory, feminist jurisprudence, feminism and the law 等等。一個學術領域的標籤能夠成功地獲得認同，該學術社群的共識形成是重要的。以批判種族理論 (critical race theory) 為例，這個理論稱謂的出現，是該學術社群於理論形成的過程中共同腦力激盪對話的結果。參見 Kimberle Williams Crenshaw, *The first Decade: A Foot in the Closing Door*, in CROSSROADS, DIRECTIONS, AND A NEW CRITICAL RACE THEORY 19-20 (Francisco Valdes, Jerome McCristal Culp, & Angela P. Harris eds., 2002). 這樣的稱謂往較容易為研究界所認同並使用。相對地，Adrienne Wing 結合數個關鍵字所創造的 global critical race feminism (全球批判種族女性主義) 一詞，便不常為人所使用。見 ADRIEN KATHERINE WING, GLOBAL CRITICAL RACE FEMINISM (2000).

4 在柯志明，〈歷史的轉向：社會科學與歷史敘事的結合〉，《台灣社會學》，10期，頁149以下（2005年12月）一文中，柯志明借用 Anthony Giddens 的話，而以「時間拒絕缺席」作為子標題。〈歷史的轉向：社會科學與歷史敘事的結合〉一文的前身是柯志明，〈社會學家們，回來作歷史研究吧〉，《台灣社會學通訊》，頁39以下（2001年），而兩篇文章都給我很大的啟發。我原想借用之，也以「時間拒絕缺席」做為標題，以強調歷史研究對於女性主義法學的重要性，但本部分的討論著重於分析時間在場的女性主義法學研究，也就是女性主義法學中的歷史圖像，「不缺席的時間」似乎更為適當。

史社會學家，都已不斷地重述，歷史對於當代社會的形成、與瞭解當代社會的重要性。在這樣的歷史與時間理解之下，為了探究社會中法律與性別不平等的關連，女性主義法學研究便不能欠缺時間向度，也就不能沒有歷史。時間缺席的女性主義法學研究，由於疏離了當下與過去，從而可能以一種失根、去脈絡化的方式來理解當下、想像未來。而時間在場的女性主義法學研究，則試圖在歷史的縱深之下，解明法律與性別不平等的關連，以及思考平等的可能性。

我曾經在進行女性主義法學の後殖民批判時，主張對抗西方凝視 (the Western gaze)、發展「批判的女性主義比較法」，並「地域化」(provincialize) 西方女性主義法學，而方式則是藉由重心的轉移來改變東方主義關係下的位置性：從她／他們的法律和我們的文化，到她／他們的文化和我們的法律，並且以女性主義法律史研究作為思考「我們的法律」之必要方法⁵。為了實踐這樣的後殖民女性主義法學研究而進行台灣的女性主義法律史研究時，我發展了三個交互關連的主軸來分析在地性別歧視與法律關係的歷史縱深。首先是探究父權／男性宰制⁶的轉化：台灣法律從性別特定到性別中立的發展，如何不斷再製了男性宰制／父權，而女性主義如何在此轉化過程中匍匐前進：去性別化的家庭圖像並未根本地推翻了男性宰制與異性戀霸權，母職的選擇從未是真正自由的選擇，從身分位置到自由選擇的國民身分法律規制，也並未廢除國家界限劃定中的男性宰制⁷。其次是挖掘歷史中的新意與歷史選擇：日本殖民統治

5 陳昭如，〈創造性別平等，抑或與父權共謀？關於臺灣法律近代西方法化的女性主義考察〉，《思與言》，40 卷 1 期，頁 183 以下（2002 年 3 月）；陳昭如，〈在法律中看見性別，在比較中發現權力：從比較法的性別政治談女性主義法學〉，《律師雜誌》，313 期，頁 61-72（2005 年 10 月）。

6 「男性宰制」(male dominance) 或「父權」(patriarchy) 的使用，在女性主義與女性主義法學研究中皆有不同的看法，二者的交互混用也是常見的現象。在此不擬涉入此爭論，因此選擇並置或混用二者。

7 CHAO-JU CHEN, GENDERED LIVES UNDER NEUTRAL LAWS: WOMEN, THE FAMILY, AND FEMINIST LEGAL REFORM IN TAIWAN (S.J.D. dissertation, the University of Michigan

下未曾實現的舊慣立法與曾進行的民法施行論爭，以及中華民國法律在法律東方主義陰影下的政策選擇與傳統的創造，如何為當今思考「我們的法律」提供新的歷史想像與選擇可能⁸。最後，則是在殖民主義與後殖民情境下思考差異政治：西方法的「繼受」⁹如何在殖民近代性 (colonial modernity) 的發展過程中進行、並且形塑了近代西方法的進步性與本土的落伍性，而進步與落伍的二元對立如何影響了女性主義法律改革的藍圖、抵抗的可能性何在？在台灣的殖民與後殖民情境下，性別與種族的交錯呈現出何種法律圖像¹⁰？

本文乃是我的女性主義法學後殖民批判的重申與延伸。女性主

Law School, 2003); Chao-ju Chen, *Mothering under the Shadow of Patriarchy – The Legal Regulation of Motherhood and its Discontents in Taiwan*, 1 NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW REVIEW 45 (2006); 陳昭如，〈「重組」家庭：從父系家庭到中性的新夥伴關係？〉，蘇永欽編，〈部門憲法〉，頁 807-827 (2005 年)；陳昭如，〈性別與國民身分——台灣女性主義法律史的考察〉，《國立台灣大學法學論叢》，35 卷 4 期，頁 1 以下 (2006 年 7 月)。我也曾在批判法律上的異性戀父權與特權時，提出「歷史化異性戀特權」的必要性。見陳昭如，〈壓迫或特權？試論法律上的異性戀特權與父權〉，東海大學社會系主辦，親密關係：性、國家與權力研討會，2008 年 5 月 23 日。

- 8 陳昭如，〈日治時期臺灣女性離婚權的形成：權利、性別與殖民主義〉，若林正文、吳密察主編，《臺灣重層近代化論文集》，頁 211-254 (2000 年)；陳昭如，〈權利、法律改革與本土婦運——以臺灣離婚權的發展為例〉，《政大法學評論》，62 期，頁 25 以下 (1999 年 12 月)；陳昭如，〈有拜有保佑——從最高法院九十二年度台上字第一二八〇號判決論女性的祭祀公業派下資格〉，《月旦法學雜誌》，115 期，頁 249 以下 (2004 年 12 月)；陳昭如，〈法律東方主義下的近代化：試論台灣繼承法史的性別政治〉，《台灣社會研究季刊》(出版中)。
- 9 「法律繼受」(the reception of law) 或「法律移植」(legal implement) 是常被使用的詞彙與概念，但也有採用「法的強置」(the imposition of law) 以強調西方法擴散過程的「非自願性」，例如 SANDRA B. BURMAN & BARBARA E. HARRELL-BOND eds, *THE IMPOSITION OF LAW* (1979)。法律人類學家 Laura Nader 也使用「西方法的強置」(the imposition of Western law) 一詞。參見 LAURA NADER, *THE LIFE OF THE LAW: ANTHROPOLOGICAL PROJECTS* (2002)。確實，「法律繼受」或「法律移植」的概念中，未被明言的繼受法其實就是西方法、繼受國是非西方國家，其背後預設了西方法的進步性、內嵌了法律東方主義的位置優越性策略。惟因尚未找到較適當的中文詞彙取而代之，因此在此暫時仍使用「繼受」一詞。
- 10 陳昭如，前揭（註 5）文；陳昭如，台灣における法の近代化とフェミニズムの視点——平等追求とジェンダー喪失，高橋 哲哉、北川 東子、中島 隆博編，*法と暴力の記憶 東アジアの歴史経験*，頁 155-177 (2007)。

義法學必須抗拒失憶：歷史不僅有助於建立在地女性主義法學、對抗殖民與西方凝視，也有助於理解美國女性主義法學的在地性，並且在分散的在地性中尋找共通性的可能。在美國，由於證明女性作為「歷史上的弱勢群體」(historically disadvantaged group) 在法律實踐上的重要性，女性主義法學在進行規範論證時必須運用歷史，似乎已無庸置言。例如，Jill Elaine Hasday 便主張，歷史有助於具體化 *United States v. Virginia*¹¹ 所提出的標準，判斷特定的作為是否侵害了女性的平等公民身分、是否創造或造成女性在法律、社會經濟上的次等性¹²。不過，歷史的作用，並不只是在進行規範論證時用以證明女性作為群體的結構性弱勢地位、歷史性的歧視。女性主義法學研究本身即需要歷史。Deborah L. Cornell 在其女性主義法學的經典之作：性別與正義 (*Justice and Gender*) 一書中，便開宗明義地表示，要探究法律如何反映與回應性別歧視，必須要將法律議題置於更廣義的歷史、哲學與社經脈絡下來理解，而瞭解不同歷史與實質情境下的法律發展，才能夠充分理解傳統性別歧視法律的侷限性，及法律與社會變遷的關連¹³。Cornell 試圖建立由底層出發的理論架構，而非抽象的分析模式，因此在討論女性主義法學的歷史架構、回顧並檢討平權運動的歷史之後，才以連結歷史與當代的討論，論證「從著重性別差異到關注性別劣勢」(from gender difference to gender disadvantage) 的轉向之重要性。在 Cornell 的論述中，歷史經常以一再重複的面貌出現：女性主義者始終對於差異的意義與作用意見紛歧、並且不斷地反覆辯難；女性爭取投票權運動 (suffrage movement) 與憲法的平權條款修正案 (equal rights amendment, 簡稱 ERA) 都既關係著憲法權利、也與文化宰制有關，其

11 518 U.S. 515 (1996).

12 Jill Elaine Hasday, *Principle and Practice of Women's Full Citizenship: A Case Study of Sex-Segregated Public Education*, 101 MICH. L. REV. 755 (2002).

13 DEBORAH L. CORNELL, *JUSTICE AND GENDER: SEX DISCRIMINATION AND THE LAW* 2 (1989).

在婦運陣營的反對者也都正當化了男性立法者的反對；平權條款和勞動保護性立法 (protective-labor legislation)，與1960年代晚期之後的性別歧視法都同樣關注「善意歧視」(benign discrimination)，也都說明了善意歧視如何是好壞參半的恩典 (a mixed blessing)。歷史也幫助我們瞭解有些事情為何沒有發生，而 ERA 運動就是典型的個案。歷史更說明了變遷與進展。19世紀中期，女性主義者 Elizabeth Cady Stanton 即主張女性應該爭奪對於性的詮釋權，在歷經一個世紀的忽視之後，20世紀後半的女性主義開始重視性與暴力的問題、以法律對抗之，從而賦予 Stanton 的主張新的力量，並激發更多的討論。

Cornell 不僅如諸多女性主義法學研究者一樣將女性主義法學研究作為一種法律與社會研究 (law and society studies)，更以歷史展現了具有時間向度的女性主義法律與社會研究，或者說是女性主義的歷史法律社會學¹⁴。她的歷史論述扼要地說明了女性主義法學研究中歷史的作用，那就是，瞭解歷史是為了看到當下所曾走過的腳步、辨明昨日與今日之別，也就是一般常說的，從歷史中學取教訓、以避免類似的錯誤繼續或再度發生，並且決定如何面對當下、走向未來。這樣的理解讓我們可以更寬廣地理解女性主義法學與歷史研究的關連：時間經常並未缺席，只是以不同的面貌出現。例如，有關性別歧視違憲審查標準的美國女性主義法學研究，在此意義上幾乎都是具有時間向度的歷史研究，因為一個不可迴避的課題就是探究審查標準的發展與演變、並且藉此進行批判。而 Cornell 的研究更提醒我們，學習歷史教訓只是歷史研究的功能之一，探究歷史同時也為了不斷地挑戰我們習以為常的歷史觀，許多被認為新穎的議題或者理論不見得從未被提出，而瞭解過去也可能幫助我們

14 感謝審查人之一以 Cornell 的研究為例，提出了女性主義法律史與法律社會學的關連性。本文所倡議的女性主義法律史，乃是具有時間向度的女性主義法律社會學，或者說歷史性的女性主義法律與社會研究。此些領域的交錯關連是值得將來另以專文探討的問題。

發現新的可能性。這樣的歷史圖像，得以較有效地連結了過去、現在與未來，也正如 Elizabeth Schneider 所言，歷史意識對於女性主義法學的重要性，在於幫助我們建立過去和現在、未來之間的連結¹⁵。回首來時路，不止讓我們在新現象中看到舊影（例如差異與相同的論辯），也在舊事物中看到新意（例如 Stanton 的先覺之言）。因此，歷史的時間不是直線進展，而是蜿蜒迂迴；歷史不是單一線性的進化史（所謂 Whig history），而是豐富多樣、錯綜複雜的。瞭解歷史，就不只是為了捨棄與超越過去；回首過去，也就不見得是守舊迂腐；而遺忘過去，則將讓我們喪失這些可能性。

為了進一步分析美國女性主義法學中的歷史、並凸顯其時間性與地域性，同時也藉由歷史的共通主軸來連結不同的在地性，以下，我就以上述探究臺灣法律發展的三個交互關連主軸：父權／男性宰制的轉化、在歷史中發掘新意、以及差異政治的反思，來討論歷史在美國女性主義法學中的作用。

一、在當下看到過去的痕跡：父權／男性宰制的轉化

任何女性主義法學者都必須回答的核心課題之一，便是法律與父權／男性宰制體制的關連。Martha Chellamas 便曾指出，思考男性宰制的再製模式 (reproducing patterns of male dominance)，是女性主義法學的五大訣竅之一¹⁶。而 Nancy Levit 和 Robert R. M. Verchick 也主張「揭發父權」(unmasking patriarchy) 是重要的女性主義法學方法之一¹⁷。對於法律體制與男性宰制關連性的理解，必須是歷史化的，因為時間向度表彰了延續與轉變。在此，歷史所告知女

15 Elizabeth Schneider, *Feminist Lawmaking and Historical Consciousness: Bring the Past into the Future*, 2 VA. J. SOC. POL'Y & L. 1 (1994).

16 MARTHA CHALLAMAS, INTRODUCTION TO FEMINIST LEGAL THEORY 10 (2003).

17 NANCY LEVIT & ROBERT R. M. VERCHICK, FEMINIST LEGAL THEORY 45-48 (2006). 這也是 Katharine T. Bartlett 所提出的女性主義法學方法之一：問「女人問題」(the woman's question)，參見 Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 HARV. L. REV. 829, 837-849 (1990).

性主義法學的，是男性宰制／父權體制的頑強延續性、宰制型態的自我翻新，甚且，所謂的進展，其實可能是父權的投胎轉世，也就是 Reva Siegel 所謂「透過轉化而被保存」(preservation through transformation)。在 Siegel 提出此命題的重要文獻中，她探究毆妻¹⁸的法律史，說明在美國法的發展中，法律上所賦予丈夫對於妻子的懲戒權 (right of chastisement)，如何在女性主義運動的持續挑戰下，經歷了「透過轉化而被保存」的過程，轉型為婚姻隱私權而仍舊受到一定程度的法律保護。因此，美國法的近代化並未廢除了身分地位的規制 (status regulation)，而是將之更新。她也基於此研究結果而主張，民權運動必須跟不斷演變中的身分體制和論述，持續對話並進行對抗¹⁹。換言之，探究宰制體制的頑強性，並非要傳達「改變是不可能的任務」這樣的訊息，而是要立基於對歷史的深刻理解之上，進行對當下的反思、以及抵抗策略的構思。與此類似，Joan Williams 探討工作與家庭兩難困境的法律史，分析在私領域意識型態 (the ideology of domesticity) 的演變下，法律如何形塑與重製職場上的「理想男性工作者」(ideal male worker)、維繫工作與照顧之間的二元對立，因此，雖然已婚女人的法律地位 (coverture) 已經被廢除，法律上形式上不再基於女人的身分（妻子、母親）而規範其權利義務，不論家務／照顧／親職、或是工作，原則上都是由人們的自由選擇所決定，但這種從身分規制到自由選擇 (from status to

18 對於親密關係中的性別暴力，在台灣通常稱之為「家庭暴力」或「婚姻暴力」，也有為了避免侷限於家庭而另稱為私密或親密暴力者。在英文，domestic violence 或 marital violence 是常用的詞彙，但為了避免「私」與「公」的對立，而稱之為 intimate violence，或為了強調其本質為男性對女性、或丈夫對妻子的暴力，而稱之為 men battering women 或者 wife beating。對於暴力本質與範圍的定義，決定了何種稱謂是適當的。由於 Reva Siegel 該文的主要討論對象為丈夫對妻子的暴力，因此在此採用「毆妻」一詞。

19 Reva Siegel, *The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy*, 105 YALE L. J. 2117 (1996). 類似主題的討論也請參見 Reva Siegel, *Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-enforcing State Action*, 49 STAN. L. REV. 1111 (1997).

affection) 的轉化，並未根本地改變性別不平等，女人的自願選擇（而非地位的指定）仍舊陷於工作與家庭的兩難：她無法良好地兼顧職場與賢妻良母的職責。因此，法律上對於自由選擇的尊重，弔詭地維繫了私領域意識型態的持續性、做為理想勞動者的「養家的男人」、與做為照顧者的「持家的女人」的性別分工²⁰。此外，Kenji Yoshino 也以強迫「改邪歸正」(conversion)、「偽裝」(pass) 和「遮掩／低調」(cover) 的不同宰制模式之變遷與傷害，說明「同化」(assimilation) 對於同志、女性、少數族裔、身心障礙等群體的壓迫如何透過轉化而被保存²¹。

這些例子說明了，瞭解宰制型態的轉化，如何可以有效地幫助我們連結過去、現在與未來。歷史的縱深凸顯了，看似被廢棄的歧視性法律與社會結構並未真的成為過去，看到過去的現在式，可以讓我們面對當下社會的視野更加清明，看到所謂的進步（自由選擇、隱私保障...）中所隱藏的父權陷阱，因此也能夠更適當地構思對抗不平等的策略。

二、在歷史中發現新意：重寫歷史，也改寫當下

如果歷史僅是讓我們看到過去在當下的痕跡，那麼，過去仍然是陳舊，只不過是會以殘餘或更新的方式存在於當代，並提示我們當代的「新」也許並非想像中的嶄新。但女性主義法學中的歷史，並不僅止於此。歷史研究也讓我們從過去中發現新意，新與舊之間的界限也因此顯得更加模糊。重新檢視歷史、挑戰標準歷史故事，讓我們看到不一樣的過去，從而也得以對當代和未來進行不一樣的想像。Reva Siegel 的研究中不斷出現的主題，就是如何重新理解過去，並藉由重寫歷史來改寫當下。她重新檢視美國憲法第十九條修正案——一個通說認為只剩下賦予女性投票權的「歷史價值」的修

20 JOAN WILLIAMS, UNBENDING GENDER: WHY WORK AND FAMILY CONFLICTS AND WHAT TO DO ABOUT IT (2000).

21 KENJI YOSHINO, COVERING: THE HIDDEN ASSAULT ON OUR CIVIL RIGHTS (2006).

正案——的歷史，發現美國聯邦最高法院長年以來以第十四條修正案為基礎、類比種族平等審查原則的性別平等審查實踐，輕忽了第十九條修正案的憲法史意義，因為這條修正案不只代表了在婦運不同路線辯論下辛苦爭得的投票權如此而已，同時也是女性爭取獨立自主的公民身分的結果。第十九條修正案的通過，意味著美國人民拒絕了以男人為一家之主的那種傳統家庭概念，同時也否定了將家庭置於聯邦政府管轄之外的那種聯邦主義。因此，將第十九條修正案從塵封的歷史中解放，將美國人民過去的審議選擇與經驗和當下相連結，可以有助於反省性別平等的真諦；將第十四條與第十九條修正案共同做為憲法上性別平等原則的依據，也可以重新審視判決「對女性施暴法」(Violence Against Women Act, 即 VAWA) 部分違憲、認為家庭非聯邦管轄範圍的 *United States v. Morrison*²² 的判決是否妥當²³。這樣的歷史研究不僅重寫了第十九條修正案的歷史，也試圖改寫當下以及未來的性別平等憲政實踐；而憲法的歷史解釋，也得以產生新的女性主義意義。Siegel 也重新審視述說19世紀美國婦運的標準故事——當時婦運爭力於取投票權、改革婚姻法，而這些訴求都已經在法律上被完成：女人得到投票權、婚姻法的改革也賦予女性財產權——，嘗試從一段長期被法學家與史學家忽略的歷史：19世紀婦運從爭取聯合財產權 (joint property rights) 到雙薪家庭(dual-career family) 的權利論述與運動轉向，述說一個有異於

22 529 U.S. 598 (2000).

23 Reva Siegel, *She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism and the Family*, 115 HARV. L. REV. 948 (2002). 與此相呼應的，是 Reva Siegel 與 Balkin 對於美國憲法上平等原則發展史的重新檢視。通說認為美國憲法上種族平等審查標準的發展史乃是「反分類」(anticlassification) 原則逐漸被形成的歷史，美國聯邦最高法院在 1970 年代因為一系列的民權案件而發展出系統化的平等審查標準時，刻意拒絕反臣屬 (antisubordination) 的主張而採納反分類原則。但 Reva Siegel 與 Jack Balkin 的分析則指出，其實反壓迫原則並未完全被排除在美國憲政傳統之外，只是以其他方式的多重面貌出現。參見 Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination*, 58 U. MIAMI L. REV. 9 (2003).

標準版本的歷史故事：19世紀的婦運不只爭取投票權，也反省女性家務勞動的被貶抑，而爭取聯合財產權乃是在主張重分配家庭財產的同時、要求承認女性家務勞動作為工作的價值，而聯合財產權訴求的失敗，其實也是婦運的轉向：爭取新意義的經濟獨立（女人可以像男人一樣從事職場勞動）。今昔的比較也讓她發現，不論是19世紀的婦運或當今的婦運，都是在主流的社會價值與文化下進行論述與抗爭（從而不能免於受其影響），但也都致力於發出異議、挑戰權力²⁴。Siegel 從傳統的公（投票權）、私（財產權）兩個面向著手的歷史探究，成功地打破了其原本象徵的公私分野：投票權不止關係著女性的政治權，更涉及了女性整體的公民身分、家庭與國家的關係；財產權不止關係著夫妻財產的分配，更攸關了家庭與工作的分野、性別分工，而這些都並非當代的女性主義者才開始提出並思考的議題。並且，從塵封的歷史中挖掘女性主義者曾經有過的奮戰，更提示了當代的女性主義者，過往的戰役不應被遺忘，同志仍須努力！例如，Jill Elaine Hasday 探究婚姻強暴的法律史，19世紀的女性主義者便已公開對抗婚姻制度所賦予男人的強迫性交權，而重訪這段歷史可以幫助我們看到當代女性主義陷於婚姻合意性的盲點²⁵；Omi Morgenstern Leissner 探究女人的「無名」(namelessness) 問題²⁶，分析命名 (naming) 和貼標籤 (name-calling/labeling) 如何做為男性展現權力以及歧視女性的機制，而女人又曾經如何與「無名」的處境奮戰，試圖自我命名並爭取名字自主權，對抗從夫／父性 (patronymy) 以及其他的名字機制（包括正式名字、小名暱稱、抬頭（例如 Ms.）等等），這爭取自我界定與自我決定的權利仍是

24 Reva Siegel, *Home as Work: The First Woman's Rights Claims concerning Wives' Household Labor, 1850-1880*, 103 YALE L. J. 1073 (1994).

25 Jill Elaine Hasday, *Contest and Consent: A Legal History of Marital Rape*, 88 CAL. L. REV. 1373 (2000).

26 藉此賦予 Betty Friedman 的「無以名之的問題」(the problem that has no name) 另一層的意義。

當代的女性主義者所應繼續追求的²⁷。換言之，在歷史中看到新意，讓當代的我們和過去產生新的連結。

新的歷史書寫，也可能帶來新的現在與未來。同性性交除罪化的判決 *Lawrence v. Texas*²⁸ 就是一個經典的案例。在 *Bowers v. Hardwick*²⁹ 一案中，歷史被用來證明美國有悠久的反「性悖軌」(sodomy) 傳統、並以此歷史證立性悖軌法的合憲性，而在 *Lawrence* 案中，歷史則被用來說明反性悖軌並非悠久的美國傳統，以性悖軌法來管制同性性行為根本就是近代的歧視性產物。由十位極著名的性別史學者³⁰所提出的法庭之友 (amicus brief) 意見書指出了 *Bowers* 判決所犯的歷史謬誤，她／他們論證「同性戀」(the homosexual) 範疇的歷史建構性，在美國歷史上並沒有長久一致的歷史實踐將同性性行為視為性悖軌而加以管制，敵視同志的法律實踐更是20世紀的產物、並且已經在瓦解中³¹。聯邦最高法院接納了此份意見書的意見（以及其他兩份同樣歷史導向的法庭之友意見書，和同志史的相關研究成果），並且據此推翻了 *Bowers*。在 *Lawrence* 案宣判後，法庭之友意見書的作者之一、同時也是性史、同志史研究的重量級歷史學者 John D'Emilio 便欣喜地公開表示：「歷史果真是很重要的！」(History really does matter!)³²

27 Omi Morgenstern Leissner, *The Problem That Has No Name*, 4 CARDOZO WOMEN'S LAW JOURNAL 321 (1998); Omi Morgenstern Leissner, *The Name of the Maiden*, 12 WIS. WOMEN'S L. J. 253 (1997).

28 539 U.S. 558 (2003).

29 478 U.S. 186 (1986).

30 她／他們是：George Chauncey, Nancy F. Cott, John D'Emilio, Estelle B. Freedman, Thomas C. Holt, John Howard, Lynn Hunt, Mark D. Jordan, Elizabeth Lapovsky Kennedy, Linda K. Kerber.

31 性別史學者的法庭之友意見書以及其背景和影響的簡要說明，參見 George Chauncey, 'What Gay Studies Taught the Court' *The Historians' Amicus Brief in Lawrence v. Texas*, 10 GLQ: A JOURNAL OF LESBIAN AND GAY STUDIES 509 (2004).

32 John D'Emilio, *The Day the Supreme Court Quoted My Book*, HISTORY NEWS NETWORK, July 14, 2003, available at <http://hnn.us/articles/1563.html> (last visited on May 20, 2008). 值得一提的是，John D'Emilio 和 Estelle B. Freedman 的性史經典之作 JOHN D'EMILIO & ESTELLE B. FREEDMAN, *INTIMATE MATTERS* (1997) 也為

重新檢視歷史，還可以讓我們反省曾經有過的選擇機會，選擇如何、為何被做成，而沒有被做成的選擇，又能夠對當今的我們有何啟發。藉由探索曾經出現過的歷史機運，我們得以重新審視當下。ERA 的歷史論述便是很好的例子。Cornell 以 ERA 做為探究「事情如何沒有發生？」(How things do not happen?) 的例子，說明憲政衝突同時也是關於性別差異與性別角色的論爭；Serena Mayeri 則研究1960年代之後的美國婦運憲政改革，如何在經歷了 ERA 的諸多爭辯之後，為了統一戰線而放棄了更寬廣的改革策略，形成雙管齊下的改革策略：既推動 ERA、也透過第十四條修正案的司法解釋以尋求憲法實踐上的性別平等，但結果卻陷入新的困境。這樣的歷史恰正說明了憲法選擇是一種歷史機運、以及其建構性（倡議者的選擇形塑了法院與其他決策者的平等選項，憲法選擇也形塑了尋求改革的社會運動），當代憲政議題中的各種對抗 (prochoice v.s. pro-life; gay rights v.s. antigay rights) 正可從中得到啟發³³。而 Siegel 則探究社會運動衝突與憲政文化、憲政改革的關連，挑戰立法與法律解釋之間的二分，認為 ERA 雖然在形式上沒有成為憲法明文的一部分，但是性別歧視審查的司法實踐成為「事實上的平權條款」(the de facto ERA)，有關憲法應否、如何被修正的運動，更在公民與法律的互動實踐中改變了憲法的意義³⁴。

重寫歷史，也可以讓我們藉由反省歷史機運而活化想像。柯志

Lawrence 判決所引用。以 Lawrence 判決為例探究歷史研究與法律實踐的關係，參見 Renée Bergland, *Looking Back: Scholarship in Early American Sex*, 17 AMERICAN LITERARY HISTORY 148 (2005); Daniel Hurewitz, *Sexuality Scholarship as a Foundation for Change: Lawrence v. Texas and the Impact of the Historians' Brief*, 7 HEALTH AND HUMAN RIGHTS: AN INTERNATIONAL JOURNAL 205 (2004).

33 Serena Mayeri, *Constitutional Choices: Legal Feminism and the Dynamics of Change*, 92 CAL. L. REV. 757 (2004). 19 世紀後半、20 世紀初期的美國婦運，也曾經歷類似的路線之爭，辯論是否要透過推動新的憲法修正案（也就是後來的第十九條修正案）來爭取女性投票權，還是利用第十四條修正案來做為女性投票權的基礎？

34 Reva Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA*, 94 CAL. L. REV. 1323 (2006).

明曾經以一個極為生動的柏青哥比喻，來說明歷史制度論如何理解歷史機運：

……歷史演化過程則比較像是在小鋼珠（柏青哥，pachinko, pinball game）遊戲裡，沿著上窄下寬的樹枝狀路徑，拾級而下。每一個選擇不僅是放棄了一些可能的替代機會，而且前一個選擇所決定的路徑往往限定了下一個選擇的可能路徑。從事一個選擇的同時已經排除了其他的選擇，也構成了其後選擇的限制條件。遊戲的結構（環境）並沒有給予選擇無盡的可能性。但這並沒有反過來意味著選擇是命定的。在諸多的可能性之間難以抉擇時，決定每每是機遇所促成的（當然也不要忘了加上無知與誤解），通常不是毫不猶豫、不會事後追悔的。然而，由於前後事件的因徑依賴，這個不可逆轉的連鎖反應並不是個可以漸次修正、自我調整而日趨完善的適應過程。因此，把時鐘撥回去，讓歷史重新再來，結果可能相當不同（同一個遊戲但不見得有相同的結果）³⁵。

由 Jack M. Balkin 所策動的假設性歷史重審實驗，旨在建立閱讀以及重新閱讀憲政實踐文本的傳統，來豐富政治想像，並且賦予憲法生命，因為「唯有不斷被重新閱讀與重新書寫的憲法才能長存」³⁶。這個實驗也可以被理解為試圖尋找在一個特定的歷史時點

35 柯志明，前揭（註4）文，頁161。原文係摘錄自柯志明，《番頭家：清代台灣族群政治與熟番地權》，頁372（2003年）。

36 Jack M. Balkin, *Rewriting Brown*, in WHAT BROWN V. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S LANDMARK CIVIL RIGHTS DECISION 71-72 (2001). 當然，前提是 Balkin 所言的「如果我們美國人民鍾愛憲法」。在討論對於憲法解釋應否對憲法守貞/忠誠 (fidelity in constitutional interpretation) 時，Catharine A. MacKinnon 便表示，Balkin 對於憲法解釋應否忠實於憲法的問題，並不是她所想處理的問題，因為忠誠必須是雙向的：如果憲法原本並不承認某些人、更未取得她/他們的同意（也就是“we the

上，可能出現的歷史機運（小鋼珠有哪些路徑選擇？）；歷史如果可能重來，我們可能如何選擇（小鋼珠可能往哪裡跑？）；如果做了不一樣的選擇，可能帶來什麼樣的當下和未來（往不同處跑的小鋼珠可能走出什麼樣不同的路徑、落向何處？）。也就是「把時鐘撥回去，讓歷史重新再來」的結果想像實驗。他的第一個實驗針對 *Brown* 案³⁷之大膽打破種族隔離而備受肯定的經典判決³⁸，而第二個實驗則是 *Roe v. Wade*³⁹這個從做成之時起即在美國不斷延燒爭論和激烈對抗爭議的墮胎隱私權保障判決⁴⁰。*Balkin* 的假設性審判實驗要求參與的學者們，將自己置身於當時的歷史條件之下，以聯邦最高法院法官的身分，運用後見之明 (*hindsight*) 來進行重新審判。由 *Balkin* 所執筆的主要意見書，捨棄 *Roe v. Wade* 的隱私權保障路徑，改採平等權論證，因為他認為在當時的歷史條件下，法院有機會藉此論證性別平等的內涵：前一年 (1972) 聯邦最高法院剛做出 *Reed v. Reed*⁴¹這個將性別視為嫌疑分類 (*suspect classification*)、建立性別平等合理審查標準 (*rational basis*) 的重要判決，在 *Roe* 案的第二回辯論之同時期，法院剛聽取了同樣於1973年宣判的、採用

people” 排除了女人、黑奴……)，換言之，憲法的民主正當性是有問題的，那麼，問題或許應是：一部在形式上都未保障女性平等的憲法，值得女人的忠誠嗎？參見 Catharine A. MacKinnon, *'Freedom from Unreal Loyalties': On Fidelity in Constitutional Interpretation*, in *WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS* 65-71 (2005).

37 所謂 *Brown* 案其實包括三個案件的判決：*Brown v. Board of Education* (I), 347 U.S. 483 (1954), *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954) 和 *Brown v. Board of Education* (II), 349 U.S. 294 (1955)。

38 *Balkin*, *supra* note 36. 不過，2007 年 6 月 28 日聯邦最高法院的判決 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. (2007)，已朝向推翻 *Brown* 案的方向邁出了一大步，諸多評論者並且認為這個判決（以及美國教育中的種族現實）宣告了 *Brown* 案已壽終正寢。這也表示，環繞著 *affirmative action* 的諸多爭議，即可能在保守派於聯邦最高法院成為多數之後有新的發展。

39 410 U.S. 113 (1973).

40 JACK M. BALKIN eds, *WHAT ROE V. WADE SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S MOST CONTROVERSIAL DECISION* (2005).

41 404 U.S. 71 (1971).

嚴格審查標準 (strict scrutiny) 的 *Frontiero v. Richardson*⁴² 之辯論，國會也於同年3月通過了 ERA 修正案（後來並未得到足夠的州批准）⁴³。Reva Siegel 同樣選擇了平等權路徑，也同樣以當時的歷史條件做為此路徑選擇的基礎：1960、70年代的婦運強調以第十四和第十九條修正案做為推動性別平等的依據，墮胎權也被當時的婦運視為女性平等公民權不可或缺的一部分、並且以平等權論證之，只是在 *Roe* 案時，婦運中以自由、隱私與選擇論證來主張墮胎權的論述大量增加，其目的之一在於使得 *Roe* 案豁免於當時 ERA 所引發的爭議，但是在此後仍可見平等權的論證⁴⁴。當然，還有其他學者選擇了別的路徑。確實，歷史不可能重來，但是藉由回顧歷史並反省歷史機運，我們不僅得以更加瞭解歷史如何、何以如此發展，更可以開展另類可能性的想像，這樣的另類可能性想像、那曾出現但未被選擇的道路，也許可以讓當今的我們對於來時路有更深入的瞭解，對於將往何處去有更審慎的選擇⁴⁵。

三、反思差異政治

Emma Coleman Jordan 曾經在其以說故事做為研究方法之一的種族仇恨私刑 (lynching)⁴⁶ 史研究中表示，女性主義必須正視白女

42 411 U.S. 677 (1973).

43 Balkin, *Comments from the Contributors: Jack M. Balkin*, in *supra* note 40, at 233-234.

44 Siegel, *Comments from the Contributors: Reva B. Siegel*, in *supra* note 40, at 244-248. 此外，Siegel 也在另一篇文章中探討限制墮胎的法律管制史，說明其與性別角色規訓的關連。參見 Siegel, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, 44 STAN. L. REV. 261-381 (1992).

45 姚人多也曾經以三段警備制為例，做了假設性歷史問題的實驗，以「反事實」(counterfactual) 的研究來探討歷史社會學的課題，例如：偶然性、必然性、結構與行動、證據等等。見姚人多，〈假如沒有三段警備制：日據時代警察制度的另類歷史社會學考察〉，2004 年台灣社會學年會，2004 年 12 月 4-5 日。

46 “lynching” 的一般意義是私刑，但在美國的脈絡下專指白人對黑人／非裔美人的私刑殺害，特別是由公眾圍觀地以絞殺或焚燒的方式為之，並且盛行將私刑的照片做成明信片寄發，進一步擴散仇恨與恐懼。因此，在此將 lynching 譯為

人與黑女人的臣屬弔詭 (the paradox of subordination)、同時也是女性主義史的弔詭：臣屬群體可能一方面遭受暴力與歧視，但另一方面卻也是性別與種族暴力的施暴者。因為，面對此弔詭困境、瞭解歷史的複雜性，並且對於種族與性別的交錯進行公開討論，才有可能（痛苦地）跨越白女人與黑女人之間的血河，思辯法律上的性別與種族平等如何可能⁴⁷。Jordan 說明了歷史在女性主義差異政治上的重要性。在挑戰、拆解或複雜化女人範疇的差異政治中，多元交錯性 (intersectionality) 的歷史探究試圖描繪差異的面貌，以及看／不見差異的政治：亞裔女性的被排除史，說明了黃女人被雙重地女性化 (doubly feminized) 差異處境；黑女人被強迫結紮的歷史、黑女奴被迫與自己的小孩分離並負責照顧白人小孩的歷史，說明了母職史的差異面：當白女人被迫接受母職（強迫生育），黑女人被迫拒絕自己的母職（強迫不育）但協助白女人的母職。再以 Serena Mayeri 對於性別隔離教育的歷史為例，種族、階級與性別／性的交錯就在歷史中以不同的樣貌出現，而瞭解此多元交錯的歷史，可以幫助我們進一步反省反歧視法的論述與實踐：性別隔離教育曾經被用以支持種族隔離教育（因為隔離不見得是不平等，種族有別正如同男女有別般自然）；在 Brown 宣示打破種族隔離教育之後，性別隔離教育更被用以防堵跨種族親密關係的發生⁴⁸。Ariela R. Dubler 對於單

種族仇恨私刑。Lynching 代表了黑人/非裔美人在美國的被迫害史，這也是為什麼非裔美人大法官 Clarence Thomas 會在其任命聽證會上公開表示，Anita Hill 的性騷擾指控與公眾的質疑和逼問是一種當代的「高科技私刑」(high tech lynching) 以藉此凸顯其自認為種族歧視受害者的身分（從而製造了性別歧視與種族歧視的錯誤對立），而晚近美國種族對立的升高，會出現以做為種族仇恨與恐怖威脅象徵的繩圈掛在樹下、教授研究室門前的行為。Thomas 在其新近出版、充滿爭議性、並引發不適任質疑軒然大波的自傳中又憤怒地重申了高科技私刑的指控。參見 CLARENCE THOMAS, MY GRANDFATHER'S SON (2007)。

47 Emma Coleman Jordan, *Crossing the River of Blood Between Us: Lynching, Violence, Beauty, and the Paradox of Feminist History*, 3 J. GENDER, RACE & JUST. 545 (2000).

48 Serena Mayeri, *The Strange Career of Jane Crow: Sex Segregation and the Transformation of Anti-discrimination Discourse*, 18 YALE J. L. & HUMAN. 187 (2006). Serena Mayeri 將性別隔離在打破種族隔離教育改革計畫中的運用稱之為 “Jane

身女性法律史的研究，也說明了對於法律強迫異性戀婚姻機制的批評，不只可以如 Martha Fineman 從規範與理論觀點來論證⁴⁹，歷史更提供了另一扇窗來窺探法律如何形塑婚姻地位、階級和性別差異交錯的不平等⁵⁰。

Emma Coleman Jordan 藉由說故事與聽故事來探究種族仇恨私刑史的方法之一，則從另一面向說明了「說故事」(storytelling) 的方法在女性主義法學中的運用與作用。說故事是包括女性主義、批判種族理論等「被排除者／局外人法學」(outsider jurisprudence)⁵¹ 所常用的方法⁵²。故事可以是虛擬的 (fictional)⁵³，可以是經驗事實的（「講古」⁵⁴），暫且不論虛擬與經驗之間的可能模糊疆界⁵⁵，後

Crow”，這個歸功於 Pauli Murray 的詞彙巧妙地結合了性別隔離與 Jim Crow（種族隔離）。

49 MARTHA FINEMAN, *THE NEUTERED MOTHER, AND THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES* (1995); MARTHA FINEMAN, *THE AUTONOMY MYTH: A THEORY OF DEPENDENCY* (2003).

50 Ariela R. Dubler, *In the Shadow of Marriage: Single Women and the Legal Construction of Family and the State*, 112 YALE L. J. 1641 (2003); Ariela R. Dubler, *Immoral Purposes: Marriage and the Genus of Illicit Sex*, 115 YALE L. J. 756 (2006).

51 “Outsider jurisprudence” 泛指從被主流排除在外的群體之「外部」觀點，對於主流法學論述提出批判、質疑法律如何塑造了白種男性優勢利益、排除了特定的群體（如女性、少數族裔……）的法學。這個詞彙是由批判種族理論的重要學者 Mari J. Matsuda 所首度提出。Matsuda 解釋，她使用「局外人」(outsider) 而不使用「少數」(minority) 一詞，是因為「少數」一詞無法凸顯被法學論述排除的重要性。Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L. REV. 2320, 2323, footnote 15 (1989). 因此，為了凸顯「外」(outside)、亦即「被排除」(excluded)，我將 outsider jurisprudence 譯為「被排除者／局外人法學」。

52 在此暫不討論在歷史研究中，說故事做為口述史 (oral history) 方法之一部分。

53 例如 Richard Delgado 所書寫的故事 (RICHARD DELGADO, *THE RODRIGO CHRONICLES: CONVERSATIONS ABOUT AMERICA AND RACE* (1995); RICHARD DELGADO, *WHEN EQUALITY ENDS: STORIES OF RACE AND RESISTANCE* (1999) 等)、Derrick Bell 所書寫的故事 (DERRICK BELL, *AND WE ARE NOT SAVED: THE ELUSIVE QUEST FOR RACIAL JUSTICE* (1987))。

54 柯志明將陳述過去的事以台語的「講古」表示之（柯志明，前揭（註 4）文，頁 155），在此可以相當貼切地表達被排除者／外人法學中敘事方法的應用之一，也就是說歷史故事（一般人的和學者的）。

者，也就是「說歷史故事」，正是在差異政治中被發展出來，使得被排除者得以發聲與結盟、形構認同、顛覆主流的重要方法。Patricia Williams 連結歷史與當代的敘事堪稱代表，她從自己作為黑女奴 Sophie（Williams 的曾曾祖母）與白主人 Miller 的後裔⁵⁶的家族史討論被壓迫者的多重意識 (multiple consciousness)，從黑女人的小孩被帶離自己身邊、非裔、拉丁裔、美洲原住民女性被強迫不育的故事，說明非裔女性主義者何以較關注如何協助貧窮女性生育小孩、而非拒絕母職，並且將這段歷史連結到著名的代理懷孕 baby M 案，將 Sophie 與代孕者 Whitehead——兩個與小孩分離的母親——的處境相比，說明貧窮與法律的力量如何可以擊敗母職的權利：Sophie 的無能為力 (powerlessness) 是她成為奴隸（跟本不是契約當事人的契約）的結果，而 Whitehead 的無能為力則是由來於她自己在特定的情境下簽下了奴隸自己的契約⁵⁷。

參、為何是「女性主義法律史」？

以上，我討論了女性主義法學中的歷史，並且從三個交互關連的主軸說明其作用。接下來的問題是，女性主義法學所需要的歷史研究，究竟是什麼樣的歷史研究？或者，換個方式來說，什麼樣的歷史概念，可以幫助我們瞭解法律與性別的關連？女性主義法學如何有助於這樣的歷史研究，這樣的歷史研究又如何能夠脈絡化、差異化女性主義法學，呈現性別歧視的在地樣貌、並且滋長反抗與結

55 Delgado 和 Bell 所創造的 Crenshaw 姊弟（Delgado 的 Rodrigo Crenshaw、和 Derrick Bell 的 Geneva Crenshaw）是誰？其境遇、行動與言說是真？是假？真假難辯？真假又有何重要？

56 Sophie 十一歲時被賣入 Miller 家，主人立刻使她懷孕，而生下的小孩（Williams 的曾祖母）隨即被帶離她身邊，另行養育長大成為家僕。

57 PATRICIA WILLIAMS, *THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS: DIARY OF A LAW PROFESSOR* (1995).

盟的力量？我的初步主張是：女性主義法學需要的歷史研究是女性主義法律史（概念上的、而不限於名稱上的），其所使用的是多樣的歷史概念，所使用的分析工具是多元的女性主義法學理論。

一、「女性法律史」與「女性主義法律史」

為什麼是女性主義法律史，並且在此特別強調是概念上的、而不限於名稱上的女性主義法律史？在回答這個問題之前，我們首先應暫時區分「女性主義法學的歷史」和「女性主義法律史」之不同。正如同女性主義的歷史 (feminism's history) 有別於女性主義史 (feminist history)，前者所指的是女性主義本身的歷史、女性主義發展與變遷的歷史，而後者則是指著名的性別／女性主義史學者 Joan W. Scott 所稱探究性別知識與權力關係的歷史⁵⁸、或者是 Judith M. Bennet 所謂「從女性主義政治中汲取養分的歷史」 (history informed by feminist politics)⁵⁹。女性主義法學的歷史，乃是指女性主義法學本身的歷史。除了常見的「階段發展說」⁶⁰之外，女性主義法學本身的歷史也可以由不同的方式來加以理解，從而模糊化女性主義法學本身的歷史、和女性主義法學的歷史研究之間的區分，例如 Catharine A. MacKinnon 回顧性騷擾法發展史，說明這段女性主義法學的歷史如何展現了以法律書寫並挑戰生命經驗的力量、如何創造了新的「傳統」，保守性道德如何既被挑戰又被更新⁶¹；Siegel 以

58 JOAN W. SCOTT, GENDER AND THE POLITICS OF HISTORY (1988).

59 JUDITH M. BENNETT, HISTORY MATTERS: PATRIARCHY AND THE CHALLENGE OF FEMINISM 15 (2006). Scott 則以女性主義本身的歷史、女性主義者所寫的歷史，以及一種口語的奉承 (colloquial insinuation) 來使用 feminism's history 一詞。參見 Scott, *Feminism's History*, 16 JOURNAL OF WOMEN'S HISTORY 10, 18 (2004).

60 也就是第一波、第二波、第三波女性主義法學，或者是從平權理論、注重差異、強調多元等階段的論述。階段發展說的缺陷，在於製造了女性主義法學線性發展的假象，因此，我們必須（正如一些女性主義者所提醒的）留意，階段的區分只是為了概念化分析的需要，並不意味嚴格時間上的進程與替換關係（後一階段取代了前一階段）。

61 MacKinnon, *Afterword*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 672-704 (Catharine A. MacKinnon & Reva Siegel eds., 2003); MacKinnon, *The Logic of Expe-*

性騷擾法的歷史回顧來探究性騷擾作為社會慣行的本質、在何種條件之下被質疑挑戰、以及法律如何限制或此慣行⁶²；Patricia Cann 與 Elizabeth Schneider 則都回顧女性主義法學研討會的歷史，藉此說明歷史對於女性主義法學的重要性：將過去帶入未來之中⁶³。

那麼，什麼是女性主義法律史呢？女性主義法律史，又與女性法律史有何不同或相同之處？Scott 提出了她對於「女性史」或「婦女史」(women's history) 與「性別史」(gender history)、「女性主義史」(feminist history) 的分類：「女性史」試圖填補歷史的空白、將被男性的歷史所遺忘的女性放回歷史之中；「性別史」強調根本性地改寫歷史架構、而非「填空補缺」，著重探究性別關係的歷史形構；「女性主義歷史」則從女性主義的立場出發，試圖解析歷史如何生產「性別」知識，也就是探究歷史如何作為社會關係的重要面向、以及知識的權力運作場域，並且進一步從中發掘抵抗權力宰制的可能性⁶⁴。Scott 倡議將「性別」作為歷史分析的有用範疇(gender as a useful category of historical analysis)，主張女性主義史的重要性，她也強調多元交錯(intersectionality) 在女性主義史研究上的重要性。Scott 的歷史學論述是史學界在概念與實踐上對於婦女／女性史(women's history)、性別史(gender history) 和女性主義史(feminist history) 所進行的諸多反省之一⁶⁵，相較於此，在女性主

rience: *The Development of Sexual Harassment Law*, in WOMEN'S LIVES, MEN'S LAW 162-179 (2005).

62 Siegel, *Introduction: A Short History of Sexual Harassment*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 1-39 (Catharine A. MacKinnon & Reva Siegel eds., 2003).

63 Schneider, *supra* note 15; Patricia Cann, *The Future of Feminist Legal Theory*, 11 WIS. WOMEN'S L. J. 367 (1997).

64 Scott, *supra* note 59.

65 Scott 的分類並非毫無爭議的學界共識，例如有些人質疑「性別史」其實有「去政治化」的意涵，為了避免「女性」一詞所造成的偏激（不夠中立客觀、偏頗），因此從 1970 年代開始，史學家與女性主義者開始偏好使用 gender；但也有些人認為，這是對於性別史的誤解，女性史反而才是去政治化的、假裝中立客觀的；更有人主張，性別史與女性史的區分並無必要。對於婦女／女性史、性別史與女性主義史的發展與爭論，成令方，〈女性主義歷史的挑戰：概念和理

義法學的領域中，不僅婦女／女性史、性別史、女性主義史的激烈爭論對抗沒有在此上演⁶⁶，不論是研究或教學，最常被使用的也是「女性法律史」(women's legal history)一詞，「女性主義法律史」一詞很少出現⁶⁷。由此，我們至少知道，從名稱上並不足以做出女性主義法律史和女性法律史的區分，甚至，女性主義法律史一詞根本就不為被學界所一般廣泛使用，這與女性主義史的招搖過市可說相當不同。

然而，如果細究被稱為或自稱為女性法律史的研究，則可以發現其實包含了不同的歷史取徑：填補空白的歷史⁶⁸，單純描述女性法律地位變遷的歷史⁶⁹，以及關注知識與權力關係並進行解釋分析的歷史。我將前兩者在概念上定義為狹義的女性法律史，而將最後一種稱為女性主義法律史。狹義的女性法律史，是去政治化的，在填補空白與描述變遷的時候，著重歷史做為客觀的事實，強調描述甚於解釋，甚至認為政治應該被驅逐出境，以保持學術研究的中立

論——二十年來英美女性歷史學者關注的議題》，《近代中國婦女史研究》，1期，頁217-240（1993年），做了非常清楚的介紹與討論。SUE MORGAN eds, *THE FEMINIST HISTORY READER* (2006) 也是很有用的讀本，她的分類也大概說明了女性主義史研究的四種研究典範：帶入女性主體、解構女性主體、尋找主體、去殖民主體。

66 何以在女性（主義）的法律史研究中，沒有出現相似的論爭？這一方面可能與法律史研究的跨界性有關（相關討論已在歷史學研究中進行），另方面也可能與法律史研究在法學研究中的相對邊緣性有關。

67 以美國高等教育的課程為例，固然在法學院與歷史相關系所皆有開設性別、女性主義與法律的歷史課程，但卻沒有一門以女性主義法律史為名的課程（至少至目前為止並未搜尋到），最常使用的是 women's legal history，也有用 Gender and Law in American History 等其他名稱者。

68 菁英與名女人 (women worthies) 研究是政治史傳統下填補歷史空白的主要方式之一。女性法律菁英的歷史傳記研究大多也可歸為此類。

69 在此，特別指以線性進化的射程來描述女性法律變遷的歷史。女性法律史的研究，也早已開始反省單線發展觀，有些人已不再以單一、線性的地位提昇或者下降來理解女性的法律地位。參見 Cornelia Hughes Dayton, *Turning Points and the Relevance of Colonial History*, 50 *THE WILLIAM AND MARY QUARTERLY* 7 (1993). 但不論是否為單線進化的描述，單純描述的歷史書寫排斥女性主義政治，認為歷史的任務就是進行客觀的描述。

客觀性、避免遭受意識型態的污染⁷⁰。與此不同，女性主義法律史是探究性別、權力與法律之間交錯關係的歷史研究，其本質是政治的，其性質是特定觀點的解釋分析、不是假中立客觀的描述。

探究父權／男性宰制的轉化、在歷史中發現新意、反思差異政治，這三種歷史的作用說明了關注政治的歷史研究如何可能有助於女性主義法學。對於父權／男性宰制體制的探究、另類歷史知識的建構、對於差異的思辯，無法在驅逐政治（換言之，排除對於權力配置與資源分配的關注）的情況下進行。例如，當我們思考1920年代的臺灣女性主義者如何嘲諷地說，台灣人不分男女皆無參政權，這也算是一種形式的「男女平權」吧⁷¹；當我們看到殖民統治下的台灣議會設置請願運動將女性選舉權排除在外，在台灣議會設置請願歌中唱道：「百般設施，民意為基，議會設置宜，政無私，嘻、嘻、嘻、東方君子，嘻、嘻、嘻、熱血男子」⁷²，怎能不關注父權、種族與殖民主義的交疊：被殖民男性菁英以爭取參政權作為抵殖民抗爭，卻將被殖民女性排除在外，而作為殖民者的日本女性與被殖民者同樣都沒有參政權，更顯示了殖民者女性與被殖民女性所共享的性別壓迫。當我們試圖反省舊慣立法和民法典延長施行的競逐賽中敗下陣來的舊慣立法，曾經提供了什麼樣書寫本土法律的歷史機運，怎能不關注法律東方主義的性別權力關係，使得西方法學成為台灣女性主義法律改革的指導方針，而讓在地的歷史喪失了滋長反抗力量的可能？因此，正如同女性主義法學不可能去政治、女性主義史不可能去政治一般，女性主義法律史的研究是立場、觀點

70 這與歷史研究中歷史應否去政治化的爭辯是很相近的。Judith M. Bennett 便認為，女性/婦女史的研究日益成長，但是其與女性主義的關係卻越來越疏離，這與史學傳統對於政治的疏離是有關係的。她認為，將女性此範疇仍舊是具實用性的分類，我們要避免的是抹滅差異的普同化 (universalizing)、但不是在差異中尋求模式的一般化 (generalizing)，參見 BENNETT, *supra* note 59, at 9-10.

71 何云芳，〈臺灣婦女同胞們的政治經濟地位〉，《臺灣民報》，218 號 9 版（1928 年 7 月 22 日）。

72 「台灣議會設置請願歌」，見周婉窋，〈日據時代的台灣議會設置請願運動〉，頁 204，附錄四（1989 年）。

與理論概念的大膽現身。

二、多樣的歷史概念

這樣的女性主義法律史，需要的是什麼樣的歷史概念呢？易言之，歷史如何做為女性主義法學的有用方法？柯志明曾經區分人文的歷史（歷史做為敘事，旨在詮釋，著重溝通，方法上尋求合理的推測）和社會科學的歷史（歷史做為探究，旨在解釋，著重事實，方法上講究客觀與證據）並且主張兩者的結合⁷³；蕭阿勤則提出對於認同研究具有意義的三層歷史概念：過去的事實（歷史作為名詞）、社會過程（歷史作為動詞）、人類經驗的敘事性⁷⁴。對於女性主義法律史而言，這幾種歷史概念是有用的；也正因運用多樣的歷史概念，可以深化女性主義法律史的研究。

首先，就最常被使用的歷史定義：歷史做為過去的事實而言，這大約是所有講求證據的歷史研究，都無法完全拋開的歷史定義。這層意義的歷史，限制了歷史書寫的無限自由。不過，歷史做為過去事實的雙義性之另一義：關於過去所發生事實的敘述，或許才是最常見在歷史書寫實踐中所操作的歷史概念。女性主義法律史也不例外，必須在作為過去事實（之敘述）的層次上使用歷史概念，特別是在訴訟上所運用的女性主義法律史，更加強調法學對於歷史的「偵訊」。其次，歷史做為社會過程，也可以幫助我們瞭解法律與社會變遷的發展，這是一種做為探究的、社會科學的歷史，在此雖然講究證據，以及歷史和概念的交互對話，亦即如柯志明所言，避免將史料當成是理論煎煮炒炸的生料，但不講究偽裝的、「以無觀點為觀點」的客觀性，反而強調女性主義法學的概念與觀點。這並不意味著女性主義法律史全然地反對研究上的客觀性，而是反對那種為女性主義法學所極力挑戰的虛假客觀性：將男人等於人、將男性

73 柯志明，前揭（註4）文，頁149以下。

74 蕭阿勤，〈認同研究中的歷史：過去的事實、社會的過程、與人類經驗的歷史性/敘事性〉，張錦忠、黃錦樹編，《重寫台灣文學史》（2007年）。

標準等於客觀標準的假中立。最後，歷史做為人類經驗的敘事性，可說是一種人文的歷史，也是說故事方法的實踐。誠如法律的敘事研究所指出，大家都在說故事：當事人說故事、律師說故事、法官也在說故事，而法律的意義便在故事中形成⁷⁵。正如前所言，「說故事」本即是包括女性主義法學在內的「被排除者／局外人法學」所倡議的方法，而口述史方法更是著重弱勢發聲的社會史／底層史／草根史的有用方法。女性主義法律史可以透過故事，從時間向度瞭解法律所形塑的性別經驗，以及性別經驗如何形塑法律的內容。這種意義的歷史不僅是知識上的探究、也是實踐上的培力：對於說者與聽者的培力。

三、女性主義法學作為分析工具

在多樣的歷史概念的運用中，女性主義法學扮演什麼樣的角色呢？正如同社會科學可以作為歷史分析的工具，女性主義法學可以是法律史研究的有用分析工具。女性主義法律史，之所以是女性主義的、而非僅是有關女人的歷史，是因為其從女性主義法學中汲取養分，運用女性主義法學的理論、概念與方法來「偵訊」歷史，深化我們對於歷史的理解、同時也更有效地連結過去、現在與未來。例如，「受害性」(victimhood)、「主體能動性」(agency)、局部主體性 (partial agency) 的概念，可以有助於分析歷史中法律制度性的性別壓迫，以及制度下的主體受害經驗和抵抗⁷⁶。同時，女性主義法學不僅可以作為歷史分析的工具，歷史與理論的對話更可以脈絡化

75 ANTHONY G. AMSTERDAM & JEROME BRUNER, MINDING THE LAW (2000). 當然，這在判例法為主的國家有較強的解釋力。此外，女性主義律師將當事人的故事轉化為法律主張的倫理，當然又是個另一個值得討論的問題。

76 我曾經討論不同女性主義法學理論如何看待受害性與主體能動性的關係，並主張以局部主體性的概念超越二元對立的困境。見陳昭如，〈受害者或加害者？初探女性主義法學中的受害者政治〉，殷海光基金會主編，《自由主義與新世紀台灣》，頁 373-420（2007）。該文側重於理論概念的探討，但同時也分析其歷史性的發展，因此可說是一種「女性主義法學的歷史」。不過，這些概念也可被用以探究女性主義的法律史。

女性主義法學的思維。

並且，正如同女性主義法學的多元風貌，女性主義法律史可以是不同女性主義法學觀點的法律史，定於一尊反而削減了能量。因此，醉心於等者等之的自由女性主義法律史可能會頌揚西方法的進步性，將西方化的歷史視為取經的膜拜之旅；而後殖民女性主義法律史則可能批判法律東方主義陷阱所帶來的「落後的時間感」，將解構西方化的歷史當成是拆解西方正典的顛覆行動。不同的理論立場可以造就差異化的歷史書寫，豐富女性主義法律史的樣貌。當然，不同觀點的女性主義法律史研究，或者將造成如 *Equal Employment Opportunity Commission v. Sears, Roebuck & Co.*⁷⁷ 所曾經引爆的論戰爭議：歷史既證明職場性別區隔的結構與事實、同時又證明女性在有機會的時候也會選擇有別於傳統性別分工的工作⁷⁸。然而，理論立場的不同，固然可能造成姊妹鬭牆的研究與策略差異，

77 839 F.2d 302 (7th Cir. 1988).

78 本案是一個關於「女性高度集中於低報酬的銷售部門，是否為雇用上的性別歧視」的案件。主張性別歧視的就業機會平等委員會 (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) 的訴訟策略之一，是利用多重迴歸分析，控制了年齡、教育程度等可能影響的變項，在統計上證明 Sears 公司在高報酬的銷售工作雇用上有顯著的性別偏好。EEOC 與 Sears 也各自找來性別史學者支持其主張，Rosalind Rosenberg 為 Sears 公司作證，而 Alice Kessler-Harry 則為 EEOC 作證，使得這個訴訟成為討論女性主義、法律與歷史的經典案件。參見 Scott, *Deconstructing Equality-versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism*, 14 FEMINIST STUDIES 32 (1988); Ruth Milkman, *Women's History and the Sears Case*, 12 FEMINIST STUDIES 375 (1986); Jacquelyn Dowd Hall and Sandi E. Cooper, *Women's History Goes on Trial: EEOC vs. Sears Roebuck and Co.*, 11 SIGNS 751 (1986); 俞彥娟，〈婦女運動，女性主義，婦女史研究——從席爾斯公司的性別歧視案談起〉，《美國研究》，21 卷 1 期，頁 1-28 (1991 年)。也有學者認為 EEOC 之所以敗訴的原因之一，是因為完全沒有請性別歧視的受害者在法庭作證，而主要依賴統計證據以及專家證詞。參見 ROBERT L. NELSON AND WILLIAM P. BRIDGES, *LEGALIZING GENDER INEQUALITY: COURTS, MARKETS AND UNEQUAL PAY FOR WOMEN IN AMERICA* 206 (1999). Sears 公司的「沒興趣」、「自由選擇」主張，是雇主對抗民權法案第七條的常用抗辯，從 1967 年到 1989 年之間適用民權法案第七條的性別歧視案件中，有超過四成是由雇主以「沒興趣」的抗辯獲勝。參見 Vicki Schultz & Stephen Petterson, *Race, Gender, Work and Choice: An Empirical Study of the Lack of Interest Defense in Title VII Cases Challenging Job Segregation*, 59 U. CHI. L. REV. 1073, 1097 (1992).

但這正是差異政治所不可逃避的衝突，也正因為如此，挑戰西方中心、關注位置政治 (the politics of locations) 的「分散的女性主義法學研究」 (scattering feminist legal studies)⁷⁹才有其可能。

肆、抗拒失憶：邁向女性主義法律史

你無法逃避歷史，因為歷史無所不在。我們所穿的藍色牛仔褲正是歷史的一部分，以往由女人在美國南方的無工會工廠中縫製，現在也由女人在菲律賓、南韓、印尼、馬來西亞、台灣、泰國的無工會工廠中縫製。紡織工人的國際女性無產階級，從工業革命之後一直延續至今日……如果當下要求我們必須付諸行動實踐，那麼，我們的選擇與獻身必須得到歷史的滋養。

Adrienne Rich⁸⁰

歷史對於女性主義法學有何用？女性主義法學對於歷史又有何用？在過去、現在與未來之間，女性主義法學必須抗拒失憶，而抗拒失憶的方法是進行女性主義法律史研究。女性主義法律史將歷史研究法做為女性主義法學的有用分析方法，也將女性主義法學作為歷史的有用分析工具，藉由在當下看到過去的痕跡、從過去中發現新意並反思差異，而有效地連結過去、現在與未來，改寫女性主義法學中的時間圖像。

79 「分散的女性主義法學研究」乃是 Brenda Cossman 所提出的概念，這樣的女性主義法學研究拒絕「我們／他們」「這裡／那裡」的二分、以及此二分法所隱含的進步落伍關係的評價，而欲以分散的霸權 (scattered hegemonies) 來取代獨一的西方霸權，並將女性主義法學置於跨國的文化流動中。參見 Brenda Cossman, *Turning the Gaze back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project*, 2 UTAH L. REV. 525 (1997).

80 Rich, *supra* note 1, at 151-152.

女性主義法律史研究，既兼容並蓄不同的女性主義法學理論，也收納多樣的歷史概念。在當下，女性主義法律史一詞，不論在英文世界或是在台灣，都不是被廣泛使用的詞彙，但是女性主義法律史的概念與實踐，已經在女性主義法學的研究中現身。對於法律東方主義陰影下的台灣，女性主義法律史不僅提供了對抗將東方視為西方之欠缺的「缺無理論」(the theory of lack)⁸¹的武器，並且可以作為跨國女性主義的基礎，藉由比較的歷史研究，呈現性別歧視的在地性、並建立差異性與普同性互為關連的跨國女性主義結盟。如果名字表徵了認同與身分，如果女人爭取名字自主權的歷史，能夠與當代和未來建立連結，那麼，也許該是為女性主義的法律史研究重新命名、並且藉此成長茁壯的時候了。

⁸¹ Laura Nader 提出缺無理論以說明在歐美帝國／殖民霸權的形構中，「欠缺法治」如何被用以標示被殖民的他者，「法治」如何表彰了歐美的位置優越性 (positional superiority)、並且正當化其擴張。參見 Laura Nader, *Law and the theory of lack*, *The 2005 Rudolf B. Schlesinger Lecture*, 28 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 191 (2005).

參考文獻

1. 中文部分

- 成令方（1993），女性主義歷史的挑戰：概念和理論——二十年來
英美女性歷史學者關注的議題，近代中國婦女史研究，1期，
頁217-240。
- 何云芳（1928），臺灣婦女同胞們的政治經濟地位，臺灣民報，218
號9版。
- 周婉窋（1989），日據時代的台灣議會設置請願運動，台北：自立
報系。
- 柯志明（2001），社會學家們，回來作歷史研究吧，台灣社會學通
訊，頁39-48。
- （2003），番頭家：清代台灣族群政治與熟番地權，台北：中央研
究院社會學研究所出版。
- （2005），歷史的轉向：社會科學與歷史敘事的結合，台灣社會
學，10期，頁149-170。
- 姚人多（2004），假如沒有三段警備制：日據時代警察制度的另類
歷史社會學考察，2004年台灣社會學年會，新竹：清華大學。
- 俞彥娟（1991），婦女運動，女性主義，婦女史研究——從席爾斯
公司的性別歧視案談起，美國研究，21卷1期，頁1-28。
- 陳昭如（1999），權利、法律改革與本土婦運——以臺灣離婚權的
發展為例，政大法學評論，62期，頁25-74。
- （2000），日治時期臺灣女性離婚權的形成：權利、性別與殖民主
義，若林正丈、吳密察主編，臺灣重層近代化論文集，台北：
播種者文化出版。
- （2002），創造性別平等，抑或與父權共謀？關於臺灣法律近代西
方法化的女性主義考察，思與言，40卷1期，頁183-248。

- (2004)，有拜有保佑——從最高法院九十二年度台上字第一二八〇號判決論女性的祭祀公業派下資格，月旦法學雜誌，115期，頁249-262。
 - (2005)，在法律中看見性別，在比較中發現權力：從比較法的性別政治談女性主義法學，律師雜誌，313期，頁61-72。
 - (2005)，「重組」家庭：從父系家庭到中性的新夥伴關係？，蘇永欽編，部門憲法，台北：元照出版。
 - (2006)，性別與國民身分——台灣女性主義法律史的考察，國立台灣大學法學論叢，35卷4期，頁1-103。
 - (2007)，受害者或加害者？初探女性主義法學中的受害者政治，殷海光基金會主編，自由主義與新世紀台灣，台北：允晨出版。
 - (2008)，壓迫或特權？試論法律上的異性戀特權與父權，東海大學社會系主辦，親密關係：性、國家與權力研討會，2008年5月23日。
 - (出版中)，法律東方主義下的近代化：試論台灣繼承法史的性別政治，台灣社會研究季刊。
- 蕭阿勤 (2007)，認同研究中的歷史：過去的事實、社會的過程、與人類經驗的歷史性／敘事性，張錦忠、黃錦樹編，重寫台灣文學史，台北：麥田出版。

2. 日文部分

陳昭如 (2007)，台灣における法の近代化とフェミニズムの視点——平等追求とジェンダー喪失，高橋 哲哉、北川 東子、中島 隆博編，法と暴力の記憶 東アジアの歴史経験，東京：東京大學出版會出版。

3. 外文部分

Amsterdam, Anthony G. & Jerome Bruner (2000), *Minding the Law*,

Cambridge: Harvard University Press.

Balkin, Jack M. eds. (2001), *What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision*, New York: New York University Press.

- (2005), *What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision*, New York: New York University Press.

Balkin, Jack M. & Reva B. Siegel (2003), *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination*, 58 U. Miami L. Rev. 9.

Bartlett, Katharine T. (1990), *Feminist Legal Methods*, 103 Harv. L. Rev. 829, 837-849.

Bell, Derrick (1987), *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, New York: Basic Books.

Bennett, Judith M. (2006), *History Matters: Patriarchy and the Challenge of Feminism*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Bergland, Renée (2005), *Looking Back: Scholarship in Early American Sex*, 17 American Literary History, 148.

Burman, Sandra B. & Barbara E. Harrell-Bond eds. (1979), *The Imposition of Law*, New York: Academic Press.

Cann, Patricia (1997), *The Future of Feminist Legal Theory*, 11 Wis. Women's L.J. 367.

Challamas, Martha (2003), *Introduction to Feminist Legal Theory*, New York: Aspen Publishers.

Chauncey, George (2004), 'What Gay Studies Taught the Court' *The Historians' Amicus Brief in Lawrence v. Texas*, 10 GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies 509.

Chen, Chao-ju (2003), *Gendered Lives under Neutral Laws: Women, the*

- Family, and Feminist Legal Reform in Taiwan, S.J.D. dissertation, the University of Michigan Law School.
- (2006), Mothering under the Shadow of Patriarchy – The Legal Regulation of Motherhood and its Discontents in Taiwan, 1 National Taiwan University Law Review 45.
- Cornell, Deborah L. (1989), Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Cossman, Brenda (2000), Adrien Katherine Wing ed., Turning the Gaze back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project, 2 Utah L. Rev. 525.
- Crenshaw, Kimberle Williams (2002), Francisco Valdes, Jerome McCristal Culp, & Angela P. Harris eds., Crossroads, Directions, and a New Critical Race Theory, Philadelphia: Temple University Press.
- Dayton, Cornelia Hughes (1993), Turning Points and the Relevance of Colonial History, 50 The William and Mary Quarterly 7.
- Delgado, Richard (1995), The Rodrigo Chronicles: Conversations about America and Race, New York: New York University Press.
- (1999), When Equality Ends: Stories of Race and Resistance, Boulder: Westview Press.
- Dubler, Ariela R. (2003), In the Shadow of Marriage: Single Women and the Legal Construction of Family and the State, 112 Yale L.J. 1641.
- (2006), Immoral Purposes: Marriage and the Genus of Illicit Sex, 115 Yale L.J. 756.
- D'Emilio, John & Estelle B. Freedman (1997), Intimate Matters, Chicago: University of Chicago Press.
- Fineman, Martha (1995), The Neutered Mother, and The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies, New York: Routledge.
- (2003), The Autonomy Myth: A Theory of Dependency, New York: New Press.

- Hall, Jacquelyn Dowd & Sandi E. Cooper (1986), *Women's History Goes on Trial: EEOC vs. Sears Roebuck and Co.*, 11 Signs 751.
- Hasday, Jill Elaine (2000), *Contest and Consent: A Legal History of Marital Rape*, 88 Cal. L. Rev. 1373.
- (2002), *Principle and Practice of Women's Full Citizenship: A Case Study of Sex-Segregated Public Education*, 101 Mich. L. Rev. 755.
- Hurewitz, Daniel (2004), *Sexuality Scholarship as a Foundation for Change: Lawrence v. Texas and the Impact of the Historians' Brief*, 7 Health and Human Rights: An International Journal 205.
- Jordan, Emma Coleman (2000), *Crossing the River of Blood Between Us: Lynching, Violence, Beauty, and the Paradox of Feminist History*, 3 J. Gender, Race & Just. 545.
- Leissner, Omi Morgenstern (1997), *The Name of the Maiden*, 12 Wis. Women's L.J. 253.
- (1998), *The Problem That Has No Name*, 4 Cardozo Women's Law Journal 321.
- Levit, Nancy & Robert R. M. Verchick (2006), *Feminist Legal Theory*, New York: New York University Press.
- MacKinnon, Catharine A. & Reva Siegel eds. (2003), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven: Yale University Press.
- MacKinnon, Catharine A. (2005), *Women's Lives, Men's Laws*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Matsuda, Mari J. (1989), *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 Mich. L. Rev. 2320.
- Mayeri, Serena (2004), *Constitutional Choices: Legal Feminism and the Dynamics of Change*, 92 Cali. L. Rev. 757.
- (2006), *The Strange Career of Jane Crow: Sex Segregation and the Transformation of Anti-discrimination Discourse*, 18 Yale J.L. & Human. 187.

- Milkman, Ruth (1986), Women's History and the Sears Case, 12 Feminist Studies 375.
- Morgan, Sue eds. (2006), The Feminist History Reader, New York: Routledge.
- Nader, Laura (2002), The Life of the Law: Anthropological Projects, Berkeley: University of California Press.
- (2005), Law and the theory of lack, The 2005 Rudolf B. Schlesinger Lecture, 28 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 191.
- Nelson, Robert L. & William P. Bridges (1999), Legalizing Gender Inequality: Courts, Markets and Unequal Pay for Women in America, New York: Cambridge University Press.
- Rich, Adrienne (1986), Blood, Bread, and Poetry: Selected Prose 1979-1985, New York: Norton.
- Schneider, Elizabeth (1994), Feminist Lawmaking and Historical Consciousness: Bring the Past into the Future, 2 Va. J. Soc Pol'y & L. 1.
- Schultz, Vicki & Stephen Petterson (1992), Race, Gender, Work and Choice: An Empirical Study of the Lack of Interest Defense in Title VII Cases Challenging Job Segregation, 59 U. Chi. L. Rev. 1073.
- Scott, Joan W. (1988a), Deconstructing Equality-versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism, 14 Feminist Studies 32.
- (1988b), Gender and the Politics of History, New York: New York University Press.
- (2004), Feminism's History, 16 Journal of Women's History 10, 18.
- Siegel, Reva (1992), Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection, 44 Stan. L. Rev. 261.
- (1994), Home as Work: The First Woman's Rights Claims concerning Wives' Household Labor, 1850-1880, 103 The Yale Law Journal

1073.

- (1996), The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy, 105 Yale L.J. 2117.
- (1997), Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-enforcing State Action, 49 Stan. L. Rev. 1111.
- (2002), She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism and the Family, 115 Harv. L. Rev. 948.
- (2006), Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA, 94 Cal. L. Rev. 1323.

Thomas, Clarence (2007), *My Grandfather's Son*, New York: Harper.

Williams, Joan (2000), *Unbending Gender: Why Work and Family Conflicts and What to Do about It*, New York: Oxford University Press.

Williams, Patricia (1995), *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*, Boston: Harvard University Press.

Wing, Adrien Katherine (2000), *Global Critical Race Feminism*, New York: New York University Press.

Yoshino, Kenji (2006), *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*, New York: Random House.

Resisting Amnesia: A Plea for Feminist Legal History

*Chao-Ju Chen**

Abstract

Situated at the intersection of feminism, law and history, feminist legal history is an interdisciplinary field that contributes to our understanding of the transformation of patriarchy/male dominance, enlightens us with historical choices, and facilitates our deliberation on the politics of differences. Through an investigation into the role of history in feminist legal scholarship, I discuss how and why historical research can serve as a useful method of analysis for feminist jurisprudence/feminist legal theory, as well as how and why feminist legal methods, concepts and theories provide useful tools of analysis for historical scholarship. I therefore propose that legal feminists engage in the postcolonial project of scattering feminist legal studies through feminist legal history.

KEYWORDS: feminist legal history, women's legal history, feminist legal studies/feminist jurisprudence, legal history, gender, politics of difference, storytelling.

* Assistant Professor, National Taiwan University College of Law.