

# 法不入家門？家事法演變的法律社會學分析

李立如\*

## 目次

- 壹、前言
- 貳、傳統模式之下的家事法
- 參、家事法的新興模式
  - 一、新興模式發展的背景
  - 二、新興模式的體現—公法化與私化的並進
    - (一) 法律變遷主要內容
    - (二) 更多的國家介入—身分法的公法化？
    - (三) 家事法的私化？
  - 三、公法化與私化共同的方向—個人自主權的增進
- 肆、新興模式所面臨的挑戰

關鍵字：法律與社會變遷，法不入家門，家事法，身分法，親屬法，身分法的公法化，家事法的私化

投稿日：九十二年五月二十四日；接受刊登日：九十二年六月二十七日

\*美國史丹佛大學法學博士（J. S. D., Stanford University），中原大學財經法律系助理教授。兩位匿名審查委員惠賜許多指正與建議，受惠良多，謹此致謝，並感謝雷文玫副教授的意見與協助。惟文中若有疏漏錯誤，文責仍應由作者自負。

## 壹、前言

近年來我國的家事法有相當多的變革。民國十九年所制定的民法親屬編自民國七十四年第一次修正以來，又已經過八十五年，八十七年，九十一年等多次的大幅修正，目前尚有新的修正草案正在立法院審理之中。除了民法親屬編之外，也有其他的立法對家庭的運作以及其與國家的關係有所影響。例如民國八十二年修正通過的兒童福利法，八十七年所制定的家庭暴力防治法，以及九十二年制定的兒童及少年福利法等等。此發展不僅影響到每個人的生活，也衝擊了傳統上國家、家庭與個人的互動關係。傳統上認為家庭的事務不屬於公共事項的範圍，法律不應該也不適合介入家庭的運作，此態度可以「法不入家門」稱之。但此態度似乎已經因為近年來社會結構與觀念的演變，以及隨之而來的法律變遷而漸漸被打破<sup>1</sup>。究竟法不入家門的觀念背後的意涵以及對法律制度具體的影響為何？又我國家事法變遷有何意義？方向為何？

本文旨在探討國家、家庭、與個人之間的關係。為此本文主要觀察分析我國家事法的發展，並且參考美國法制與學術上的討論點出我國家事法未來的挑戰。本文主張我國家事法的演變顯示國家、家庭、與個人之間的互動關係已由傳統模式轉型到以個人自主權保障為主的新興模式。本文所指的傳統模式，係指國家因為尊重家庭而儘可能不介入家庭事務。不過，在我國法的發展上，傳統模式並非指國家對家庭事務皆不介入，實際上的

---

<sup>1</sup>施慧玲，論我國家庭法之發展與研究——一個家庭法律社會學的觀點，收錄於施慧玲，《家庭、法律、福利國家，現代親屬法論文集》，頁35-88，台北市，自版（2001）。

運作則是國家對家庭事務選擇性的介入。國家一方面以法律肯認父權家庭的結構與權力分配，一方面以尊重家庭為由而不再介入<sup>2</sup>。國家選擇性介入家庭的結果使得國家往往成為父權體制的維護者。

隨著社會的變遷以及傳統父權家庭體制不斷的被挑戰，法律與家庭的互動也有了新的發展。本文認為，傳統模式逐漸式微而以個人自主權的保障為主軸的新興模式正在興起。個人自主性保障的新模式表現於兩個面向，一是擴大社會上每一個人的自我決定權範圍，使其免於受到國家的任意干涉；另一方面則是特別針對過去家庭中弱勢者的地位加以改善以使其自主權得以發揮。我國的家事法同時出現私化<sup>3</sup>與公法化兩種趨勢，在私化方面，國家的態度由原來堅定支持父權價值轉為持價值中立態度，原來許多法律對個人決定的限制，例如結婚或離婚的限制，以及國家對家庭中權力所做的強行分配，例如子女親權行使的父權優先，都在逐步解消之中。另一方面，為了改善家庭之中的弱勢者地位使其實現自我成為可能，國家對過去不願介入的事項，例如家庭暴力的問題，也有所規範。此公法化的特色在於強化法院的功能以及在某些事項授權行政機關直接介入，其目的在

<sup>2</sup>在本文中「父權」的定義是：男性在家庭中對女性與兒童的宰制以及由之延伸到社會上男性對女性宰制的制度化與各種體現。(the manifestation and institutionalization of male dominance over women and children in the family and the extension of male dominance over women in the society in general) See MARTHA A. FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES, 23(1995).

<sup>3</sup>這裡所指的私化 (privatization) 所指乃是國家將原來加以規範的事務交由私人自身或彼此共同來做決定。Singer 認為，美國近二十五年來家事法的發展就是朝著私化這個方向前進。其以美國法律制度對婚姻限制的逐步鬆綁、離婚制度朝向無過失甚至單方決定發展、甚至在收養、代理孕母以及爭端解決的領域也漸漸以尊重私人的需要與抉擇來取代國家的管控與規範。Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV., 1443(1992).

提供一個個人之間得以公平協商的环境。也因此，本文認為雖然私化與公法化的兩股發展趨勢乍看之下似乎不一致，但其實都是新興模式的體現。不過，新興模式中所強調對個人隱私的保障以及給私人更多的自主權，如果沒有針對個人之間既存的權力關係有較細膩的處理，確保當事人之間平等協商地位的話，其結果可能還是消極的肯認社會上既存的宰制關係。如此一來，弱勢者的自主權即無法得到保障與伸張，也有違新興模式的中心價值。因此，如何能一方面給個人更多的自主決定空間，一方面又能儘可能使得進行協商的個人得以立足於平等的地位，可能是未來家事法所面臨的重大挑戰。

## 貳、傳統模式之下的家事法

本文將國家以尊重家庭特殊性為名而避免介入家庭事務，以及其所衍生的規範模式稱為傳統模式。我國固有法制以及其背後法不入家門的觀念即為一例。不過，傳統模式的範圍並不限於我國固有法制。即使是民國十九年所制定的民法親屬編，其雖已具有現代法制的特色，不過如下文所將敘述，其整體而言仍然以傳統模式在處理個人、家庭、與國家的關係。因之，本文所稱之傳統模式並不拘於特定時代或特定社會的法制，而著重在國家與家庭之間互動的基本原則。

雖然我國傳統上有法不入家門的觀念，不過並不代表國家鮮少對家庭的建立、運作與成員之間的關係加以規制。相反的，我國固有法律對家庭的管制就算稱不上多如牛毛也可說是非常完整與豐富，而這些法律都非常鮮明的支持維護傳統的父權家庭。中國傳統家庭的結構與權力分配並非扁平的，而是階層分明的以長幼，性別與輩分來決定家中權力的分配與不同

的地位。在家庭中，個人的權利義務也因為其輩分，出生順序，以及性別有著不同。家庭的存續利益大於個人的權益，而尊長，父親，丈夫的意志與利益也優先於子女與妻子。此種家庭結構以及權力的分配正是中國傳統的法律要以嚴刑峻法來確保的。

傳統法律對親子關係的規定乃是全面堅定的落實父權至上的精神。最明顯的例子之一是法律授權尊長為家庭成員做各項的決定，例如大清律例規定嫁娶的決定並非由婚姻當事人決定，乃是由家中祖父母父母決定<sup>4</sup>。例證之二是法律明確規定子女絕不能有身體上或精神上冒犯父母或祖父母的情事，甚至（祖）父母過世以後，（孫）子女應如何服喪以及服喪的時間與禁忌等等都有詳細的規定，違反者將被政府施以徒刑，流放或是杖刑<sup>5</sup>。在夫婦關係上的規定也是夫權至上，例如，在明清律例中規定若妻告夫，即使所告為事實，也要處以徒刑或是杖刑。妻若毆夫，立即處刑，而且夫得以此為離婚之理由。反之，如果夫毆妻的話，必須要到折傷的情形才會論處，所處刑罰甚至比一般人之間的傷害行為為輕，而且妻不得以此作為離婚的理由。另外，如果夫自離去，妻依法必須在家等候，若一段時間之後要改嫁還要向政府報備；反之，如果妻離夫而去的話，妻即受國家刑罰制裁<sup>6</sup>。另外對於妻對夫家長輩的侍奉，也有詳細嚴格的規定，如果媳婦有毆罵夫家祖父母或父母的情形，也必須面對嚴格的刑罰<sup>7</sup>。這些詳細的規範

<sup>4</sup>陳惠馨，我國近代有關「定婚」規定之比較及其發展，收錄於陳惠馨，《親屬法諸問題研究》，頁 4-14，台北，月旦（1993）。

<sup>5</sup>陳惠馨，中國固有法中的親子關係，收錄於陳惠馨，《親屬法諸問題研究》，頁 211 以下，台北，月旦（1993）。

<sup>6</sup>陳惠馨，變動中的人倫秩序與法律秩序——從親屬法中夫妻間的關係談起，收錄於陳惠馨，《親屬法諸問題研究》，頁 120 以下，台北，月旦（1993）。

<sup>7</sup>同前註。

，嚴格的刑罰，都是國家為了落實男尊女卑，長尊幼卑以及個人附屬於家庭的此種所謂天經地義的人倫關係與家庭制度。傳統的家事法以及此種人倫秩序以及習慣直到日治時代的台灣仍然被沿用<sup>8</sup>。

國民政府所帶來民國十九年制定的民法親屬編已經相當程度具有個人主義、甚至男女平等的色彩。例如，婚姻的決定不再由家中的尊長決定，而由當事人自己決定負責<sup>9</sup>。子女的繼承權不再因性別而有所不同，不管是兒子或是女兒，不論其是否出嫁，對父母的遺產有相同的繼承權利<sup>10</sup>。雖然如此，傳統模式仍然掌控著此部親屬法，國家維護傳統父權家庭的痕跡仍處處可見，尤其以夫妻之間的不平等最為明顯，法律上夫在家庭中仍然享有決策者的地位。例如，夫有權決定夫妻的住所，有權管理夫妻的財產，也享有對子女的教養以及離婚後對子女權利義務行使的優先權等等。傳統的父權價值仍然透過這部民法親屬編的具體落實在型塑著人們的生活<sup>11</sup>。

<sup>8</sup>王泰升，百年來台灣法律的西方化，收錄於王泰升，《台灣法律史的建立》，頁343以下，台北，自版（1997）。雖然絕大部分的傳統家事法律都被日本政府沿用，不過，家事法制在日治時代仍然有些改變。例如法院准許妻子提出離婚的請求。參見陳昭如，《離婚的權利史—台灣女性離婚權的建立與意義》，頁1，台灣大學法律學研究所碩士論文（1997）。

<sup>9</sup>民法第九七二條，民法第九八二條。

<sup>10</sup>戴炎輝、戴東雄，《親屬法》，頁13-16，台北，自版（2001）。陳惠馨，中華民國親屬法之立法沿革，收錄於陳惠馨，《親屬法諸問題研究》，頁13-28，台北，月旦（1993）。不過，法律上對子女繼承權沒有差別待遇的規定仍然需要一段與傳統規範衝突的磨合期。Tang, Mei-Chun, *Equal Right and Domestic Structure*, in *THE CHINESE FAMILY AND ITS RITUAL BEHAVIOR 67* (Hsieh Jih-Chang and Chuang Ying-Chang eds., 1985).

<sup>11</sup>劉毓秀，男人的法律，男人的[國][家]：民法親屬編的意識形態分析，收錄於女性學學會，《台灣婦女處境白皮書：1995年》，頁38以下，台北市，時報文化（1995）。

就以法律選擇性的規範家庭運作而言，雖然傳統上有著法不入家門的態度，但只要是為了落實當時社會的主流或優勢價值，也就是以父權價值為中心的道德及家庭秩序，國家對家庭進行管制就不會有太大的遲疑。在男尊女卑的社會價值之下，以法律去確保夫在家庭中的優勢地位，賦予其一家之長的地位，使其得以控制妻與子女，就維護社會秩序而言，是很自然而必要的事。在父權家庭被建立與維護的前提之下，法律就不再進入家門去規制其他國家覺得不必要或不想要處理的事項。所以，國家不再介入家庭去干涉夫與妻的關係，不積極處理家庭暴力的問題，也不過問父親對子女的管教是否有問題，因為這些都是國家授與父或夫的權限。在此情形下，所謂法不入家門的態度應該做以下的解釋：當法律要落實其所肯認的父權價值時，法律是堂而皇之的進入家庭來規範人們的家庭生活，因為那是法律在維繫社會人倫秩序。不過，當有呼聲要求國家介入來限制或修正父權體制背後所要維繫的價值時，例如如果妻子或子女在家庭中受到暴力傷害要求政府協助時，法不入家門的說法就往往成為一個看似中性的藉口，以阻擋或減緩父權價值所遭受的挑戰。

## 參、家事法的新興模式

### 一、新興模式發展的背景

傳統模式之下的法律明確的將權力授與家庭中的掌權者，由其來管理家中的事務，以達到所謂的家庭自治<sup>12</sup>。但是，這樣的家庭自治或對家庭的尊重其實是扭曲的，是以女性與兒童權益福祉的犧牲得來的。國家對於父

---

<sup>12</sup> See Fineman, *supra* note 2, at 14-28.

權體制支持的結果無異是支持家庭中失衡的權利關係，支持婦女與兒童的弱勢。此種權力關係在得到國家的背書之後，不只正當性增強，也使其因此擁有強制力而更得以落實。另外，由於法律為了「協助」或「尊重」既存的家庭制度，往往抑制其他可能的家庭組成方式、運作、成員間的互動，甚至於抑制其他類似的社會單位出現的可能<sup>13</sup>。換句話說，傳統類型下的法律不但規範家中事務的運作方式，更往往藉由更基本的方式——建構家庭的意義，組成與價值，來規範家庭。因此法律不僅是被動的反映了社會既有的價值與規範，消極的肯認女性的弱勢，更有深化父權家庭體制的積極功能。

由於國家經由法律將傳統的父權家庭定位為唯一的合法的家庭型態，也將父權體制定位為唯一合法的家庭運作模式，其他任何可能的替代模式均在國家的強力介入與禁絕之下無出現的可能。即便有某一家庭想要建立成員之間平等的關係，也無法如願，因為法律不許人們選擇父權體制以外的家庭。國家以法律建構的方式確立了父權家庭的壟斷，而其有選擇性的不作為（不干預）也是維繫此種體制所必要。追根究底，在父權體制壟斷之下的家庭自治是一個假象，因為家庭實在無法遂行自治，必須臣服於國家與國家所支持的父權體制。

隨著社會變遷，台灣的社會結構以及人們的生活方式與觀念也漸漸改變。自一九六〇年代起，台灣的快速的工業化以及都市化使得原本農業社

---

<sup>13</sup> Jane Collier, Michelle Z. Rosaldo, Sylvia Yanagisako, *Is There a Family? New Anthropological Views*, in *RETHINKING THE FAMILY, SOME FEMINIST QUESTIONS*, 31-48, (BARRIE THRONE AND MAILYN YALOMEDS., 1992). (駁斥學者 Malinowski 的主張認為西方文化中的家庭是人類社會自然形成的，而且所有的人類社會必然都會出現類似的社會單位。本文的三位作者則主張家庭並非生物或人類歷史演進的必然，乃是受到政治文化社會等等條件影響所形成的)。



會的生活型態產生重大的變化<sup>14</sup>。越來越多的人們離開原來賴以維生的土地前往都市居住<sup>15</sup>，到工廠工作<sup>16</sup>。個人開始擁有自己的工作與收入，傳統家庭的成員漸漸的分散各地，家庭規模也逐年縮小<sup>17</sup>。這些大環境結構的改變使得家庭對個人經濟上與社會上生活的掌控力漸漸衰退。家庭封建的階級化的社會慢慢演變為以個人與自願加入為前提的各種團體為主體，社會結構有愈來愈扁平的趨勢<sup>18</sup>。隨著這波趨勢，家庭內個人之間的不平等與家庭價值凌駕個人價值的傳統體制皆遭到不斷的質疑與挑戰。舉例來說，傳統上結婚並非由個人決定，而是由父母決定。這種傳統規範對於一九三〇年代早期出生的台灣女性來說，仍然有很大的拘束力。依照一項全台灣的調查發現，有大約三分之二一九三〇年代初期出生的女性其婚姻是由父母安排決定的。不過，在一九六〇年代初期出生的女性卻只有不到十分之一的女性是由父母安排婚姻<sup>19</sup>。Thornton 與 Lin 兩位學者的研究指出，此社會傳統規範逐漸改變背後最重要的原因即為工業化之後，個人受到家庭的控制減少，個人得以接觸更多的資訊，也能參予更多家庭以外的社會活動，有更多的空間與時間得以與家庭以外的個人接觸。加上個人也能在家庭之外找

---

<sup>14</sup> GUSTAV. RANIS, *Industrial Development in Economic Growth and Structural Change in Taiwan, in THE POSTWAR EXPERIENCE OF THE REPUBLIC OF CHINA* (Walter Galenson ed., 1979).

<sup>15</sup> ARLAND THORNTON & HUI-SHENG LIN, *SOCIAL CHANGE AND THE TAIWANESE FAMILY*, 23(1994).

<sup>16</sup> See Nora Chiang Huang, *The Migration of Rural Women to Taipei*, in *WOMEN IN THE CITIES OF ASIA: MIGRATION AND URBAN ADAPTATION* 247-269 (James T. Fawcett, Siew-Ean Khoo, and Peter C. Smith eds., 1984).

<sup>17</sup> Mei-Lin Lee and Te-Hsiung Sun, *The Family and Demography in Contemporary Taiwan*, 16:1 *Journal of Comparative Family Studies* 101-115, 103 (1995).

<sup>18</sup> LAWRENCE M. FRIEDMAN, *THE HORIZONTAL SOCIETY* (1999).

<sup>19</sup> See ARLAND THORNTON & HUI-SHENG LIN, *SOCIAL CHANGE AND THE TAIWANESE FAMILY* (1994).

到工作及經濟來源，因此個人開始要求擁有更大的自主決定權，包括為自己選擇結婚的對象以及做結婚的決定<sup>20</sup>。

新的社會型態使得個人得以控制更多的時間，空間，以及經濟來源，女性的地位也開始有所改變。工業化不只使許多男性由農業部門的勞動轉到工業部門，許多女性也離開家庭，到工廠去工作，而擁有自己的收入<sup>21</sup>。女性受教育的日漸普及也使得女性在工作職場的競爭力也提高。已婚女性繼續工作的情形漸漸增加，也有越來越多的女性與丈夫共同負擔家計<sup>22</sup>。隨著女性經濟與知識能力的提升，傳統上處於弱勢的女性也對法律支持傳統父權家庭體制的做法提出強烈的質疑。

社會變遷的結果使得個人，包括女性，對個人自由有更大的要求。此趨勢挑戰了過去以家庭為中心的社會規範，傳統上法不入家門的觀念自然也不能倖免。以下本文就我國近年來與家庭有關的修法、立法以及大法官會議解釋等發展加以觀察分析，主張以法不入家門為本以及父權體制為中心的傳統模式已經漸漸被以增進個人自主保障為主軸的新興模式所取代。

## 二、新興模式的體現——公法化與私化的並進

民國十九年制定的民法親屬編，自在台灣施行以來，經歷了多次的修正，其中的父權色彩已經隨著每一次的修正越來越淡<sup>23</sup>。為了勾畫出我國家

---

<sup>20</sup> 這樣的趨勢不只顯示在個人對於結婚決定的自主權增加，也顯示在個人婚前約會以及婚前性行為的增加。Id.

<sup>21</sup> See LYDIA KUNG, *FACTORY WOMEN IN TAIWAN*, 61-69(1983).

<sup>22</sup> T. Fricke, P. K. C. Liu, A. Thornton, D. Freedman, and L. S. Yang, *The Changing Organization of Individual Activities*, in ARLAND THORNTON & HUI-SHENG LIN, *SOCIAL CHANGE AND THE TAIWANESE FAMILY* (1994).

<sup>23</sup> 關於解嚴之後親屬法的修正，請見施慧玲，〈論我國民法親屬編之修正方向與立法原則〉，收錄於施慧玲，《家庭、法律、福利國家—現代親屬法論文集》，頁 89-

事法的走向，除了觀察民法親屬編的修正方向之外，也必須把其他與家庭事務有關的立法規範，例如兒童與少年福利法與家庭暴力防治法考慮進來。以下本文將先介紹法律的重要規範要點與修正事項，再據以分析國家與家庭的互動的發展方向。

### (一) 法律變遷主要內容

我國家事法變動的範圍相當的大。本文在此並不是要紀錄所有的演變，而是只將其中重要的事項作有系統的觀察，目的是要以之對國家、家庭、與個人的互動趨勢為探討。因之，以下分為夫妻之間關係，子女地位，婚姻的解消與成立，以及家庭暴力等項目分別加以整理做簡要的說明。

#### 1. 夫妻之間的關係

(1) 冠姓：妻冠夫姓的原則原來規定在民法第一條。於民國七十四年親屬法修正之後，夫妻也可以自己約定使妻不用冠夫姓<sup>24</sup>。不過，到民國八十七年親屬法修正之後，妻冠夫姓的原則已經被揚棄，取而代之的是夫妻各保有其本姓。如果約定的話，互相可冠姓，甚至冠姓之後，以每次婚姻一次為限也可以回復本姓<sup>25</sup>。

(2) 住所：民法親屬編原來對夫妻住所的規定是清楚的妻應從夫居。條文規定妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所<sup>26</sup>。由條文字面上就非常清楚的看出法律將夫置於優勢的地位。七十四年修正的做法是保持原來的條文，然後加上一則但書，使夫妻若另有約定者從其約定<sup>27</sup>。這樣的做

---

180，台北市，自版（2001）。

<sup>24</sup> 舊民法第一條但書。

<sup>25</sup> 民法第一條。

<sup>26</sup> 舊民法第一二條（民國十九年）。

<sup>27</sup> 舊民法第一二條（民國七十四年修正）。

法是否真的使夫與妻立於相當的地位呢？如同許多被邀請去立法院發表意見的學者與實務界的專家所批評，此但書根本只是聊備一格，對夫妻之間權力關係的改變毫無助益<sup>28</sup>。修正後夫所具有的優勢並沒有改變，因為一旦夫妻雙方有爭執的話，法律還是站在夫這邊，因此對妻子的權益沒有太大幫助。民國八十七年大法官會議釋字第四五二號解釋公佈，宣告民法第一二條夫有住所決定權違反憲法男女平等的保障之後，立法院順利在大法官所定期限之內修正本條規定<sup>29</sup>。修正後的第一二條，原則上把住所決定權交由夫妻雙方共同決定，如果無法決定的話，可聲請法院定之<sup>30</sup>。如此一來，國家不再強行分配夫妻之間關於住所決策權的歸屬，而交由夫妻自己協議決定。

(3) 親權行使：民國十九年的民法對婚姻關係存續中與離婚後對子女親權的行使均以父權優先為原則<sup>31</sup>。此亦反映了傳統父權制度之下父親為一家之長，並得以支配子女的精神。民國八十二年通過由兒童保護專業人士所組成的「兒童福利聯盟」所推動修正的兒童福利法對此原則首先有了修正。該法的主要目的是讓政府對兒童福利工作負起更大的責任，並在政府及兒童福利機構處理兒童相關事務時，以兒童最佳利益為優先考慮。為了促進兒童利益，該法也對民法中以父權優先體制為主而漠視兒童權益的情形做出修正。依照八十二年修正後兒童福利法第四十一條規定，父母離婚者對子女親權之行使得由法院依職權、兒童之父母、主管機關或其他利害關係人之聲請，為兒童之利益，酌定或改定適當之監護人、監護之方法、

<sup>28</sup> 立法院公報，民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案，法律案專輯，第七十九輯，上冊（1985）。

<sup>29</sup> 大法官會議解釋釋字第四五二號。

<sup>30</sup> 民法第一二條第一項。

<sup>31</sup> 舊民法第一八九條，第一五五條，第一五一條。

負擔扶養費用之人或其方式，而不再適用民法上父權優先之規定。換言之，於此法律以子女的最佳利益來取代原來的父權優先原則，並賦予法院相當權限為子女最佳利益把關。除此之外，法院也得為此命主管機關或兒童福利機構提供報告或意見<sup>32</sup>。

在對子女親權的行使方面，於民國八十三年大法官會議公佈釋字第三六五號，明確的宣告親屬法上對子女養育的父權優先條款違反憲法上男女平等的保護，並且訂定兩年的期限使其無效之後<sup>33</sup>，也於民國八十五年完成修正。修正後的第一 八九條取消了婚姻關係存續期間父親有子女親權行使優勢的規定，而使父母親立於平等之地位，若有爭議發生，也得請求法院依子女之最佳利益酌定之<sup>34</sup>。另外，在八十五年也對離婚後父母對子女親權的行使有所修正，以子女的最佳利益取代原來的父權優先原則。依修正後第一 五五條、新增之第一 五五條之一、第一 五五條之二規定，離婚之後對未成年子女的權利義務之行使或負擔，原則上由父母協議定之，如果協議不成或未為協議，則法院可依聲請或職權以子女最佳利益酌定之<sup>35</sup>。第一 五五之二之規定更授權法院在父母均不適合行使權利時，選定適當之人為子女之監護人<sup>36</sup>。以上的修正在在顯示了父權優先原則已經被子女利益所取代。而法院在此問題上更是被授與相當的權力介入，以確保未成年子女的福祉。

(4) 夫妻財產：修正前親屬編中的夫妻法定財產制為聯合財產制。聯合財產制之下夫妻之財產雖然各歸其所有，但是由於舊法第一 一七條第

<sup>32</sup> 兒童福利法第四十一條第二項。

<sup>33</sup> 大法官會議釋字第三六五號。

<sup>34</sup> 民法第一 八九條第二項。

<sup>35</sup> 民法第一 五五條。

<sup>36</sup> 民法第一 五五條之二。

二項規定，聯合財產中不屬於妻之財產為夫所有，實務上因此認為以妻名義登記之不動產須先推定為夫所有，除非妻能證明該不動產為其特有財產或原有財產。如此使妻處於非常不利的地位。此規定與解釋背後的意識形態即為傳統家庭制度中男主外女主內的刻板印象<sup>37</sup>。民國七十四年親屬編修正後，妻的不利情形稍有紓解。其規定夫妻的聯合財產中，不能證明為夫或妻所有之財產推定為共有財產<sup>38</sup>，而以妻名義登記之不動產也不再先推定為夫所有，而將所有權歸於妻。為了使民國七十四年修正前採行聯合財產制的妻之利益也能被兼顧，民國八十五年又增訂親屬編施行法第六條之一，使民國七十四年親屬法修正公佈施行之前採聯合財產制的夫妻，以妻名義登記之不動產，其所有權也歸於妻<sup>39</sup>。

另外，在舊法中規定夫妻之聯合財產制以夫為管理人<sup>40</sup>，因而夫對聯合財產有使用收益之權<sup>41</sup>。此規定同樣源自傳統家庭以夫為家庭中經濟來源且為管理經濟之掌權者的印象，而妻只得管理自己的特有財產<sup>42</sup>。此對妻相當不利的規定在民國七十四年親屬編修正時，只增訂了一項但書，使得夫妻在以夫為管理人的原則之下得約定由妻為聯合財產之管理人。不過，因為法律原則上還是規定以夫為管理人，所以如果夫妻對管理權有爭執的話，法律上仍以夫的權利為優先，因之本修正事實上仍無法真的為妻子謀平等之地位。一直到民國九十一年親屬編的修正才徹底的改變了法定財產制的

<sup>37</sup> 戴炎輝、戴東雄，《親屬法》，頁206，台北，自版（2002）。

<sup>38</sup> 舊民法第一一七條第二項。

<sup>39</sup> 親屬編施行法第六條之一。

<sup>40</sup> 舊民法第一一八條。

<sup>41</sup> 舊民法第一一九條。

<sup>42</sup> 依民舊法第一一三條規定，妻之法定特有財產有專供妻個人使用之物，其職業上必須之物，其所受贈與且聲明為期特有財產者，以及妻之勞力報酬。

面貌。新的法定財產制將夫妻財產分為婚前與婚後財產，由夫妻各自擁有所有權<sup>43</sup>，而且各自管理，收益，使用，處分其財產<sup>44</sup>。這樣一來，法律也不再強行規定管理權的歸屬，夫妻可各自完全自主管理其所有之財產。

在舊法中規定夫妻聯合財產制消滅後，妻取回其原有財產，而婚姻存續期間夫所取得的財產全數歸夫所有。換言之，妻子的財產與聯合財產制開始前財產相同。這樣對於在家中從事家務工作，以致無法取得市場上工作收入的配偶來說，無異是抹煞了其家務勞動的價值，並且使聯合財產制消滅之後家務勞動者之經濟上弱勢更為明顯。由於傳統父權價值影響之故，這些弱勢者大多為女性，又更證明了法律對父權家庭的支持與對女性弱勢地位的維繫。民國七十四年親屬編修正時，為了肯定從事家務勞動者的貢獻並協助經濟上弱勢的配偶，增訂剩餘財產分配請求權<sup>45</sup>。剩餘財產分配請求權的重點在於是使剩餘財產較少的配偶對剩餘財產較多的他方請求剩餘財產差額的二分之一<sup>46</sup>。法律也授權法院對該分配有失公平時得酌減其配額<sup>47</sup>。民國九十一年對夫妻財產制的修正仍然保留了剩餘財產分配請求權，並且為了使該請求權真正能夠落實，又增加了剩餘財產處分追加計算<sup>48</sup>以及不足之追償<sup>49</sup>等保全措施。

---

<sup>43</sup> 民法第一一七條。

<sup>44</sup> 民法第一一八條。

<sup>45</sup> 民法第一三條之一。

<sup>46</sup> 民法一三條之一第一項。

<sup>47</sup> 民法一三條之一第二項。

<sup>48</sup> 民法一三條之三第一項。

<sup>49</sup> 民法一三條之三第二項。

## 2. 子女地位

(1) 收養制度：民法對收養制度的規範態度原來是較為消極的，原則上尊重當事人之間的約定，法律只做幾項基本的限制，例如要求收養者與被收養者之間的最小年齡差距以及一人不得同時為兩人之養子女等等<sup>50</sup>。但是自民國七十四年親屬編修正之後，依照第一七九條的規定，收養需得到法院的認可始可生效，收養自此開始受到國家公權力較嚴格的監督<sup>51</sup>。另外，民國八十二年兒童福利法修正通過之後，規定法院在認可收養事件時應考慮兒童最佳利益，並得以在資訊的收集以及專業意見上得到社會福利機構以及社會專業人員的協助<sup>52</sup>。這樣一來，對於十二歲以下兒童的收養案件，法院即具備較佳的條件來對收養認可作實質的認定與評估。而法院的認可也更有實際的意義。民國九十二年五月制定的兒童及少年福利法，將少年的收養也做同樣的要求<sup>53</sup>，並且要求兒童及少年福利的中央主管機關應自行或委託兒童及少年福利機構設立收養資訊中心，保存出養人、收養人及被收養兒童及少年之身分、健康等相關資訊之檔案，如此也使得法院能夠得到在審查時能夠得到更多的支援<sup>54</sup>。

(2) 婚生推定之否認：依照民國十九年制定的親屬編規定只有父得否認婚生子女<sup>55</sup>。不過，為保護子女之利益，此限制也有所放寬。七十四年修

---

<sup>50</sup> 民法第一七三條：收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上，一七五條：除前條規定之外，一人不得同時為兩人以上之養子女。

<sup>51</sup> 民法第一七九條。

<sup>52</sup> 兒童福利法第二十七條規定收養認可程序的準則，其中第四項前段特別規定法院為第一及二項之認可前，應命主管機關進行訪視，提出報告及建議。

<sup>53</sup> 兒童及少年福利法，第十四條。

<sup>54</sup> 兒童及少年福利法，第十七條。

<sup>55</sup> 舊民法第一六三條。



正後改為夫妻任何一方都得提起否認之訴，目的在於使子女與生父能夠更容易建立法律上的親子關係<sup>56</sup>。

### 3. 婚姻的成立與解消

(1) 結婚：在民法上禁婚親的規定原來涵蓋甚廣。包括所有直系親，以及旁系血親除表兄弟姊妹之外的八親等以內者。民國七十四年修正時，改為父系之六親等與八親等堂兄弟姊妹不得結婚，母系之六親等與八親等表兄弟姊妹則可以結婚，四親等之旁系血親仍不得結婚<sup>57</sup>。八十七年修正之後，改為六親等以內之堂或表兄弟姊妹一律不得結婚，如此使得原來不得結婚之八親等堂兄弟姊妹可以結婚，不過原來可以結婚之六親等表兄弟姊妹則被禁止<sup>58</sup>。除了禁婚親之外，原來民法還規定因姦經判決離婚或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚<sup>59</sup>，不過，該限制已於民國八十七年修正時刪除。於民國八十七年修正時刪除的還有女子待婚期間的規定。原來民法規定女子自前婚姻關係消滅之後，非逾六個月不得再婚<sup>60</sup>。本項限制也已於民國八十七年修正時刪除。由此觀之，民法對結婚限制的規定是逐漸在放寬之中。

(2) 離婚：我國民法提供想要結束婚姻的人兩種選擇，一是兩願離婚<sup>61</sup>，二是具有法定事由方可提起的裁判離婚<sup>62</sup>。兩願離婚完全尊重夫妻雙方的意見，而裁判離婚則必須有法定事由方可向法院提起。民國七十四年以

---

<sup>56</sup> 民法第一 六三條第二項。

<sup>57</sup> 舊民法第九八三條。

<sup>58</sup> 民法第九八三條第一項。

<sup>59</sup> 舊民法第九八六條。

<sup>60</sup> 舊民法第九九二條。

<sup>61</sup> 民法第一 四九條。

<sup>62</sup> 民法第一 五二條。

前親屬法所允許的裁判離婚事由，只限於通姦、重婚、夫妻間的虐待、妻與夫之父母之間的虐待、惡意遺棄、意圖殺害他方配偶、不治之惡疾、生死不明已逾三年、以及被處三年以上有期徒刑或犯不名譽之罪被處徒刑<sup>63</sup>。七十四年修正時，把民法第一 五二條的列舉事由改列為第一項，又增列第二項：前項以外重大事由，難以維持婚姻者，夫妻一方得請求離婚，但其事由應由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚<sup>64</sup>。由於此概括事由的增訂，裁判離婚由採取嚴格的列舉主義演變為例示的概括主義。裁判離婚的事由雖然放寬，但是依照第一 五二條第二項但書的規定仍然只能由無過失者提起離婚之訴。因此，過失主義的色彩仍然濃厚。目前立法院司法委員會已經通過關於離婚的下一波修正條文草案，草案中放寬裁判離婚的要件，規定夫妻有難以維持共同生活之重大事由者，得向法院請求離婚，夫妻不繼續共同生活達三年以上者，亦同。不過，法院仍可駁回當事人離婚的請求<sup>65</sup>。如果該草案通過的話，親屬法的離婚制度將朝向破綻主義的方向發展。

#### 4. 家庭暴力

家庭暴力不僅是家庭中的弱勢者，尤其是婦女以及兒童，最大的夢魘<sup>66</sup>，也一直是傳統上國家不願意積極介入處理的問題。對兒童的暴力部分已

---

<sup>63</sup> 舊民法第一 五二條。

<sup>64</sup> 民法第一 五二條第二項。

<sup>65</sup> 聯合報，民國九十一年六月四日。

<sup>66</sup> 一直到今天，即使目前女性的地位弱勢的情形已經比傳統社會中的女性改善許多，女性受到家庭暴力侵害的比例仍然高出男性受害的比例高出甚多。例如，以民國八十九年八月十五日法務部所公佈的統計數字，我們可以發現，自民國八十八年七月到八十九年六月所處理的家庭暴力案件中，百分之九十四點九為男性。可見迄今家庭暴力的受害者仍以女性絕大多數。參見法務部統計分析，家庭暴力案件概況，

經在八十二年修正通過的兒童福利法以及九十二年制定的兒童及少年福利法中被規範。兒童及少年福利機關有責任對在家庭中受到虐待的兒童及少年進行保護，法律並授權行政機關採取緊急安置等積極必要的做法。必要時主管機關也可以要求警察機關予以協助<sup>67</sup>。此乃是突破法不入家門的一個直接例證。另外，在八十七年施行的家庭暴力防治法更對家庭暴力問題有全面的回應。其特別授權法院可以核發保護令給家庭暴力的受害者，該保護令得以命令相對人（加害人）停止家庭暴力，或命令相對人遷出被害人住居所等以保護家庭中成員不受到傷害。該法並明文要求警察機關執行保護令，以確保家庭中個人，尤其是弱勢者的權益<sup>68</sup>。該法律更要求政府設立家庭暴力防治委員會以及家庭暴力防治中心來管理並落實對家庭暴力受害者的保護<sup>69</sup>。家庭暴力防治法的訂定意味著法律制度不再對家庭之中的暴力問題以法不入家門為由袖手旁觀，而是以積極的行動維持個人，尤其是家庭中的弱勢者，最起碼的人身安全。

從以上簡要的列出幾個家事法改革的重要事項，我們可以發現我國的家事法對於婚姻，父母子女等等與家庭有關的重要事項都有新的規範。這些新的發展是否意味著我國法律對於國家、家庭、以及個人之間的互動有了新的模式？如果有的話，該新模式為何？

---

民國八十九年八月十五日，[http://www.moj.gov.tw/f7\\_frame.htm](http://www.moj.gov.tw/f7_frame.htm) (available on May 16, 2003)。

<sup>67</sup> 兒童福利法第十五條以下，兒童及少年福利法第三十六條以下。

<sup>68</sup> 家庭暴力防治法，第九條以下。

<sup>69</sup> 家庭暴力防治法，第五條至第八條。並請參見林芳菲，〈台北市婚姻暴力受虐婦女保護服務之實務介紹〉，月旦法學，第五十九期，頁 81-87（2000）。

## (二) 更多的國家介入—身分法的公法化？

有學者指出，由我國家事法的進程觀之，身分法有公法化的趨勢<sup>70</sup>。所謂公法化，指的是國家對身分行為加強國家之監督<sup>71</sup>。的確，如同論者所認為，家事法的發展有更多國家介入的色彩。但是國家的介入方式、機制以及其背後的意義與功能均不可一概而論，必須做更細膩的分析。本文認為，就我國上述家事法的新發展，國家介入家庭事務主要有以下幾種類型：其一是加強法院的功能，其二是由行政機關積極介入以達到管制目的。

### 1. 加強法院的規範角色

親屬法上的規範與民法上的財產法部分相較，有較多的強行規定<sup>72</sup>，而法院的主要任務在於釐清當事人之間的身分關係以及權利義務。由家事法的發展來看，法院的角色愈發多樣與重要，其規範功能又可細分為以下幾種不同的態樣。

#### (1) 法律行為的生效由法院把關

家事法上加強法院功能的方式之一是以法院的認可以作為法律行為的生效要件。換句話說，當事人所作成的法律行為除了必須合乎法律所規定的要件之外，還必須通過法院的實質審查。如此一來，法院可以直接對該法律行為的效力加以控制。收養制度的發展即為一例。自民國七十四年親屬法修正之後，收養必需得到法院的認可方得生效，而收養也自此開始受到國家公權力較嚴格的監督。雖然如學者所述，法院礙於有限的人力以及

<sup>70</sup> 「以我國為例，結婚，離婚，收養，親權行使，婚姻住所決定等等多少已採國家監督主義。」戴炎輝、戴東雄，《親屬法》，台北是，自版，頁3（2002）。

<sup>71</sup> 同前註。

<sup>72</sup> 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，《民法親屬新論》，台北，三民，頁22（2002）。

有限的資訊，以致無法對每一件收養的聲請作深入實質的審查<sup>73</sup>，但是至少可以對親屬法上的形式要求與限制，以及一些明顯對被收養者不利的案件做到把關的工作。前述執行審查的困難於民國八十二年兒童福利法修正通過之後得到相當的舒緩。兒童福利法規定法院在認可收養事件時得以在資訊的收集以及專業意見上得到社會福利機構以及社會專業人員的協助<sup>74</sup>。這樣一來，對於十二歲以下兒童的收養案件，法院即具備較佳的條件來對收養認可作實質的認定與評估。而法院的認可也更有實際的意義。九十二年兒童及少年福利法通過之後，不僅對少年的收養也做相同的規定，法院也能夠得到在審查時能夠得到更多的支援<sup>75</sup>。

(2) 擴大得以請求法院介入者的範圍，並使法院由被動化為主動

此類型以對子女親權的行使方面最為顯著。在民國八十五年親屬法修正以後，第一五五條的規定使得法院得依職權或依利害關係人甚至社會福利團體來請求法院介入父母離婚後對子女親權的行使<sup>76</sup>。這些規定沖淡了法院的被動特色，並且使得更多人得以提起請求法院介入。另外，在兒童及少年福利法中規定若父母或監護人對兒童及少年疏於保護、照顧情節嚴

---

<sup>73</sup> 關於法院審理收養聲請案件的實際情形，參見鄧學仁，論法院對收養所為認可之性質及裁定後之救濟，收錄於鄧學仁，《親屬法之變革與展望》，頁 243-263，台北市，月旦（1997）。

<sup>74</sup> 兒童福利法第二十七條規定收養認可程序的準則，其中第四項前段特別規定法院為第一及二項之認可前，應命主管機關進行訪視，提出報告及建議。

<sup>75</sup> 兒童及少年福利法，第十七條。

<sup>76</sup> 修正後的民法第一五五條第一項規定夫妻對於離婚後未成年子女權利義務的行使或負擔協議不成或未為協議者，「得依夫妻一方，主管機關，社會福利機構或其他利害關係人的請求或依職權酌定之。」。本條第二項亦使上述等人或機構得以請求法院改定夫妻所做對子女不利的協定。

重者，不僅是兒童及少年或其最近尊親屬，連主管機關、兒童及少年福利機構、與其他利害關係人，均得要求法院介入，聲請法院宣告停止其親權或監護權之全部或一部<sup>77</sup>。

另外一個例子是在民國七十四年親屬法修正後，母親也得以提起否認子女之訴<sup>78</sup>。這樣的修正方向引起了當時立法院中委員的激烈討論。有委員認為此種修正等於是助長社會風氣的敗壞，因為此種法律等於允許一個母親公開主張並且要求法院確認其通姦的事實<sup>79</sup>。最後該條文是在強調子女本身也應該有知道自己的生身父親的權益之下通過<sup>80</sup>。雖然該條文的修正的確使得母親得到機會向法院請求介入子女與其夫的關係，不過，這並不是一個「新」的介入，充其量只是對原來國家介入程度的修正而已。也就是說，由於法律原來就有婚生推定的規定<sup>81</sup>，才有當事人向法院請求否認子女的問題。而親屬法原來只允許父親得以提起否認子女之訴的做法本身就是國家對於親子關係的一種規範與以一種價值選擇。七十四年修法只是規範態度的改變而已。

---

<sup>77</sup> 兒童及少年福利法，第四十八條。

<sup>78</sup> 民法第一 六三條第二項：前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。

<sup>79</sup> 例如，王耀漳委員即認為，「... 依行政院修正案，妻可以明目張膽的在法庭上對法官提出否認子女之訴，他必公然的宣稱自己某年月日與某人通姦，而受胎而生子。這項法律使婦女喪近了羞恥心，完全破壞善良風俗...」。立法院公報，民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案，法律案專輯，第七十九輯，上冊，頁375（1985）。

<sup>80</sup> 同前註，頁371-379。

<sup>81</sup> 民法第一 六三條第一項。

(3) 增加法院得裁判的事項

由前述對家事法發展的勾勒，我們發現法律增加許多事項得以請求法院裁判。例如夫妻之間對住所無法決定時，夫妻對子女重大事項無法達成協議時，裁判離婚案件中，當事人引用第一五二條第二項重大事由訴請離婚時，以及當配偶之一方向他方請求剩餘產分配時，法院得就分配額與以酌減等等。以上所列都是過去法院裁量所未及的範圍。對此，法院事實上扮演著以下兩種角色：

(a) 法院作為家庭自治的平衡機制

在這裡談所謂「更多」法院的介入時，並不一定等於國家有「更多」的介入，於此我們必須將法律規範的整體脈絡作全面的觀察。過去沒有以法院介入的事項並不代表在過去這些事項就是由私人自由的決定而不受國家的管控。事實上，許多事項過去不在法院裁量範圍內乃是因為在法律中國家已經明確的將當事人之間的權利義務加以規範，連法院也不容置喙。例如，現行民法第一八九條規定父母共同行使對子女的親權，如果有對重大事項爭議時，法院得以應當事人之請求介入。這樣的修正，初看似乎是法院介入了一個過去不曾介入的領域，不過，就修正前的法律來看，舊法第一八九條乃直接規定父權優先，因此過去國家對子女親權行使事項的介入是以法律明文直接限制。在法律中明定父權優先，事實上已經將當事人的權利義務強行做了分配，法院也必須遵守。在國家揚棄父權價值，而將該事項交由當事人自行決定的新發展方向之下，勢必有當事人無法協議的情形。此時，立法者選擇讓法院得以介入親權的行使以保障子女的利益以及兩性平權價值<sup>82</sup>。因此我們不能說法院對子女親權行使的介入是國家

---

<sup>82</sup> 這樣的結果是經由一番激烈的辯論而來的。原來行政院草案提議在協議不成時，在由法院介入之前，必須經由最近尊親屬或親屬會議協調定之。這樣的態度，在

對家務事的一個「新」的介入，比較正確的說法是如今國家不再積極支持父權家庭體制，而將子女親權行使的事項交由父母自行協議。但是這時又可能發生父母協議不成，或因為傳統父權體制的影響使的母親的意見仍然居於弱勢的情形，所以法律又允許當事人得以自行決定是否要請求法院介入。這種以較為被動而又有獨立特質的法院來介入的型態，雖然也有國家監督的意味，不過與前述法院認可法律行為或法院得依職權直接介入在程度上仍然較間接輕微。

以上的分析也可以適用在法院對夫妻間住所的酌定。原來民法乃是直接規定以夫之住所為住所，此規定很明顯也是受到父權家庭制度的影響。民國七十四年修正時，雖然加上但書例外尊重夫妻之間的協議，但法律原則上仍支持夫權優先。新的規定是國家不再支持夫的優勢而尊重家庭自治，而夫妻的住所由夫妻自行決定。但是，同樣為解決糾紛與確保家庭自治不會因為家庭內的權利結構太不平衡致使協議的結果事實上並非弱勢一方所願，所以又由法院來扮演平衡機制的角色。

此種法院介入的型態，一方面可以使得家庭成員之間的糾紛有救濟管道，另一方面可能使家庭中的協商機制可以更為公平。消極的肯認家庭自治往往只是默許家庭之中失衡的權利分配，尤其是父權體制在我國有悠久的歷史，又曾有國家正式的背書，因此女性在婚姻關係之中的弱勢十分明顯。此時如果法律只是將原來的父權優先改為完全尊重家庭自治，則如何能夠期待弱勢的妻能夠與長久處於優勢的夫在平等的基礎上協商？如果沒有提供任何機制來保障弱勢者的話，夫妻共同協商與父權優先此兩種原則

---

公聽會與後來立法院審議時都引起強烈的質疑。關於該修正條文在立法院的討論，請參閱立法院公報，司法委員會在八十四年三月二十七日的討論，第八十四卷第二十期，頁82以下（1995）。



對弱勢者來說其實不會有太大的差別。我們當然希望社會與家庭都能夠達到平等的境界，不過，在那之前，提供一個能夠增加弱勢者協商籌碼的機制是必要的。父權價值被揚棄之後，法院的判決對夫妻來說其實有著不確定性，由於不知道判決結果將是如何，原來的強勢者可能會比較誠心的與弱勢者協商。在典型的夫為強勢妻處弱勢的關係之中，對妻而言，如果覺得與夫無法立於同等地位進行協商，還可以尋求法院救濟的管道，所以可能不會輕易的違反自主意志而被迫接受不公平的協議。當然，法院作為此平衡機制的前提是其必須真的保持中立的地位，否則不但無法作為平衡機制，還可能使夫妻協商的規定成為具文。因為如果任一方知道法院最後會站在自己的一方，自己有必勝的籌碼，也就不需要誠心與對方協商了。

#### (b) 法院作為法律採用新價值的調整機制

自民國七十四年民法修正後，夫妻法定財產制解消後經濟弱勢的一方可行使剩餘財產分配請求權，這是父權社會中所無的制度。法律明文規定經濟弱勢的一方可向他方請求剩餘財產差額的二分之一，因此我們可以說法律在此不但支持家務勞動者的貢獻，甚至也把夫妻視為夥伴關係。不過，如果一體適用這種新的價值也可能發生弊端，反而對某些配偶不公平。因之民法又利用法院作一個調整的機制，使法院對顯失公平的情形得酌減分配額，以減少弊端的發生。又如同目前還在立法院的親屬法修正草案中，規定夫妻於別居一定期間後得提起離婚，不過法院仍然可以不准許離婚。在此例中，法律雖然基本上採用破綻主義，不過，還有法院在此扮演調整機制，以防止有因為此規定的適用而產生明顯不公平或對配偶之一方不利益的情形發生。

#### 2. 由行政機關積極介入

除了加強法院的地位之外，家事法的另一個發展特色是授權行政機關積極介入以達成管制目的。行政機關的積極介入主要以保護家庭中弱勢者

的特別立法為主，例如八十二年修正通過的兒童福利法，民國九十二年制定的兒童及少年福利法，以及八十七年施行的家庭暴力防治法等等。這些立法採取與民法親屬編相當不同的規範態樣而授權行政機關來進行規範與執行。例如，於兒童及少年福利法中，以內政部為中央主管機關，在地方則授權各縣市政府成立兒童及少年局或是兒童及少年福利專責單位，以負責各項法律中所規定的兒童及少年福利事項<sup>83</sup>。另外，在主管機關緊急安置兒童遭遇困難時，依照兒童及少年福利法第三十六條的規定，主管機關得請求警方或檢察官協助，以期達到積極主動的保護兒童、少年或家庭暴力的受害者。不僅如此，這些立法還明文借重社會上的各種力量以及機構的協助。例如，在家庭暴力防治法以及兒童及少年福利法中均明定責任報告制<sup>84</sup>，也就是要求有可能會發現家庭暴力或是對兒童及少年虐待疏忽情事的專業人員必須負起通報的責任，以使得對家庭中弱勢者的保護成為可能。

這些立法之所以要求行政機關積極的介入，與管制目的有密切的關係。不管是兒童及少年福利法也好，家庭暴力防治法也好，其所要保護的對象是父權家庭中的弱勢者，而這些弱勢者的地位以及權益原來在傳統觀念中就是屬於父權所轄，屬於家務事，屬於所謂私領域並且為法所不入。長久以來，家庭暴力或兒童的虐待與疏忽等等事項一向就不受到公權力的管制或社會的關心。如今雖然因為社會上價值觀日漸改變而想要保護這些長期居於弱勢的家庭成員，但是要與長期以來建構的社會權力結構以及觀念相抗衡仍非易事。當然，這些立法得以通過本身就代表著傳統觀念已然鬆動，不過觀念的轉變與社會結構的具體調整往往還是有相當的距離。因此這類位於時代轉變浪頭上的立法往往需要國家運用更多元的手段來扮演積

---

<sup>83</sup> 兒童福利法第六條至第十條。

<sup>84</sup> 兒童及少年保護法第三十四條。

極的角色。雖然如前所述加強法院的功能也具有強化規範與國家監督的功效，但畢竟由更為積極主動，擁有更多資源以及專業的行政機關加以協助，比較可能達到立法的目的。

總之，傳統以來國家在家庭組織以及家庭事務上，從來就不是一個旁觀者，而一直以公權力為父權家庭結構背書並深化此種傳統。不過在新的家事法發展中，國家介入的重點與傳統模式有很大的不同，最重要的是父權制度不再得以披著公益或倫理道德的外衣作為國家介入的依據。如今國家的介入的重點反而是要保障家庭中的弱勢者，尤其是婦女及兒童，要保障他們基本的安全以及作為一個個人應有的自主決定權。因此，國家以兒童最佳利益<sup>85</sup>以及兩性平權為前提的介入，其所面對的並非維護原來的家庭制度，卻是在修正或矯治過去與既有的價值體系與家庭結構，因此國家的介入似乎更直接積極，也因此有學者稱身分法有公法化的趨勢。

### （三）家事法的私化？

就我國家事法的發展而言，雖然國家的介入有更廣泛更多元的趨勢，然而，單是所謂的公法化並不能完全涵蓋家事法的發展趨勢。相對的，另一個明顯的方向是反而是國家撤除規範，也就是所謂的私化（privatization）<sup>86</sup>。如前所述，修正後的親屬法上對結婚要件的限制已經放寬了許多，原來對相姦者結婚的限制，以及對女子待婚期間的限制都已經在八十七年修正時刪除。禁婚親的範圍也縮小了<sup>87</sup>。這樣的修正方向顯示國家公權力逐漸的退出或減緩對人們建立家庭的限制，當事人自由決定的空間也逐漸的擴大

---

<sup>85</sup> 兒童福利法第四十一條第一項。

<sup>86</sup> 請參見 Singer, 前揭註 3。

<sup>87</sup> 民法第九八三條。

。我國的裁判離婚制度已經從嚴格的列舉主義轉變成概括主義，而目前立法院司法委員會已經通過關於離婚的修正條文草案中又放寬裁判離婚的要件，規定夫妻有難以維持共同生活之重大事由者，得向法院請求離婚，夫妻不繼續共同生活達三年以上者，亦同<sup>88</sup>。這樣一來，雖然尚未達到所謂單方離婚的程度，而且法院也尚可駁回當事人離婚的請求，然而確實可以使得原來想要離婚卻在現行制度下無法如願的個人，經由別居的方式達到離婚的目的。如此的改變也將使得國家對離婚的控制更為放鬆。

在婚姻的效力方面也有同樣的趨勢，妻冠夫姓的義務基本上已經去除，修法之後，妻沒有義務要冠夫姓，夫妻兩人可各自保有本姓，即使要冠姓也是由兩人自行決定<sup>89</sup>。關於夫妻住所的問題，修正前的規定要求原則上妻隨夫居<sup>90</sup>。在民國八十七年被大法官會議解釋為違反憲法男女平等的要求之後<sup>91</sup>，立法院也已經通過修正條文改由當事人雙方自行協調<sup>92</sup>。在夫妻法定財產制方面，民國九十一年六月民法親屬編修正以後，原則上夫妻雙方

<sup>88</sup> 聯合報，民國九十一年六月四日。

<sup>89</sup> 民法第一條。

<sup>90</sup> 修正前民法第一二條

<sup>91</sup> 大法官會議解釋釋字第四五二號。

<sup>92</sup> 民法第一二條第一項：夫妻之住所由雙方共同協議之。未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。在這裡我們可以發現往往在這階段的私化的過程中，有一個重要的議題是如果我們使雙方共同為之或協議為之時，如果有爭議的話，是否可以要求法院介入。也就是說，國家是否要再提供當事人一個解決紛爭的正式管道。還是就乾脆完全私化，公權力全面退出。我們看到夫妻住所的協議以及父母共同行使對未成年子女的權利義務方面，法院均得以依當事人的聲請介入。不過，在自由處分金的決定上，法律選擇完全交由當事人來議定，法院也不予以介入。參照民法第一一八條之一。

的財產由夫妻各自管理使用收益<sup>93</sup>，法律不再規定原則上必須由夫來處理。換句話說，目前的法律發展的方向是將夫妻由傳統上的妻隨夫居，男主外、女主內的模式解放出來。另外在國家對於婚姻存續中以及離婚後的子女親權行使方面雖然法院又有比較大的介入權限，但是發展方向也是以當事人自治為原則。

總之，家事法私化所建構的新模式是由夫婦以及其他家庭成員共同自由去協商決定如何建構家庭生活。法律不再為夫婦關係與家庭運作架構一個「標準」的家庭生活模式。

### 三、公法化與私化共同的方向——個人自主權的增進

由上面的討論看來，單方面的指稱我國家事法展趨勢為公法化或私化，都不免失真。我國家事法的發展的重點即是此兩個主軸的同時存在並交互作用。這兩個主軸表面上看起來似乎是背道而馳的，不過，如果我們把這兩個趨勢合起來看的話，就會發現，這兩個趨勢實際上是同一個力量在背後推動，此力量即為個人要求更多的自由與個人自我決定權。美國法學者 Lawrence M. Friedman 特別將此種要求稱為完全的正義 (total justice)<sup>94</sup>。人們對所謂完全的正義的要求是其不僅是要更多的自由，要求政府減少對於個人自主的限制；人們更要求政府能夠進一步的保障社會上的每一個人都能夠確實的行使自主與自我決定權。以古典的自由主義為架構的法律典範往往將自由與政府的不作為或不介入畫上等號，但是，現代工業化社會乃是一個人與人互相依賴分工複雜的社會，每一個生活在此種社會中的人們都沒有辦法完全獨立於這個社會的政治經濟文化面向之外，因此這個社會既存的權力以及利益分配的情形一定會影響到每個人的自由權利的是否得

---

<sup>93</sup> 民法第一一八條。

<sup>94</sup> LAWRENCE M. FRIEDMAN, TOTAL JUSTICE (1985).

以實現。因此，自由權利的實現往往需要以基本權利保障為基礎，例如人的基本安全的維護以及基本生存的條件等等<sup>95</sup>，基本權利的保障與機制在現代民主社會中往往必須透過國家法制來提供，而社會上所有的成員都必須共同負擔此基本保障及機制的成本<sup>96</sup>。在這樣的理解之下，自由的確保並不是單方面的要求政府不要有任何的作為，政府的作為或管制有時候反而是必要的，因為必須有適當的管制才得以使社會上每個人的自主權得以發揮。換句話說，政府的介入有時是個人得以行使自由決定權的基礎。在這裡，我們所要強調的是「每個人」都得以實現自我，行使自我決定權。每個社會都不可避免的有強者與弱者，為了要使弱者也能享有相當的自我決定權，政府的管制與介入往往成為必要的選擇，此與在經濟管制上政府因為市場失靈而必須介入的情形有所類似。更何況，政府過去的規範態度也直接或間接的影響了社會上不平等的情況，因此政府的解除管制與積極介入不一定是互斥的，其可能是代表社會大眾對於個人自主權，或如 Friedman 所稱完全的正義，有著進一步的要求<sup>97</sup>。

再回到台灣家事法的發展，國家介入與所謂私化其實是分別針對不同的兩類事項。我國家事法私化的對象是那些原來國家以維繫傳統父權家庭價值或倫常秩序為前提而對於個人自由所做的限制。而在原來政府不願介入或是採取較消極態度的領域與問題上，例如對未成年子女的保護或是家庭中其他弱勢者的保護等等，則是愈來愈積極的介入。這樣的趨勢代表了法律所保障的主體已經不是家庭，而是家庭裡的個人。部分事項私化的結

<sup>95</sup> JURGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (WILLIAM REHG TRANS. 1998).

<sup>96</sup> STEVEN HOMES AND CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES (2000).

<sup>97</sup> 請參見 Friedman, 前揭註 94。

果是個人，尤其是過去在父權結構下處於不利地位的女性，對家庭有關事項得以享有更多的自由以及自主。而部分公法化的結果是國家對家庭中弱勢成員，尤其是婦女以及兒童提供基本的保障。這些家庭中的弱勢者，如果連最起碼的安全都沒有辦法得到保障甚至必須要生活在家庭暴力的陰影之下，則任何所謂的個人自由、自主或尊嚴都只是罔論。至於在許多事項私化之後國家的再介入，其實也是在確保夫婦或父母兩方可以立於較平等的地位之上來進行討論與協商，希望避免家事法私化之後兩項不平等的結構繼續延續的問題發生。

## 肆、新興模式所面臨的挑戰

本文主張以增進個人自主權保障為中心的新興模式已經逐漸的主導我國法律處理國家、家庭與個人的關係。新興模式所面臨的最重要挑戰，即是如何能夠使所謂的個人自主權保障不至於淪為紙上談兵。雖然以法不入家門以及父權體制為中心的傳統模式已經逐漸式微，不過家庭中以及社會上成員之間的權力失衡情形並沒有真的消失。新興模式要如何處理既存的權力不均衡與宰制關係將是一個重要的課題。另外一個重要的挑戰應是如何適度的調和公法化與私化等兩股勢力，使其一方面得以擴大個人自主決定的空間，另一方面不至於犧牲社會正義。對以上兩個挑戰，美國法制的經驗可能可以提供些許參考與警訊。

美國的家事法，雖然在意識形態、社會背景、法律發展的進程以及具體制度的選擇上與我國有所不同，但是就法律在處理國家、家庭、以及個人之間的互動關係的結果來說，也同樣是由傳統模式過渡到新興模式。美

國法傳統上將家庭歸為所謂的私領域<sup>98</sup>，認為國家基本上應盡量不要介入<sup>99</sup>。不過，事實上法律仍然採用選擇性的介入方式以支持傳統的父權家庭體制。一直到二十世紀前期，美國的家庭仍然受到以父權價值為主的道德體系所控制，當時的法律也相當忠實的反映這樣的價值觀。十九世紀時，法律支持丈夫在家庭中的主導權，授權丈夫決定夫妻的住所，父親也優先享有子女的監護權。另外，受到早期英國法律授與丈夫有對妻子懲戒權的影響，美國一直到十九世紀初期都還有法院明白承認丈夫有鞭打妻子的權利<sup>100</sup>。對此類支持落實父權體制的法律，國家並不覺得是介入了私領域；不過，如果國家的介入將與父權價值相衝突時，不介入原則就會被援引使用來支持國家的不作為。例如，當無法維持生活的妻子向法院訴請丈夫履行扶養義務時，法院就不願意過問家庭內夫妻間的事項了<sup>101</sup>。然而，美國式的傳

<sup>98</sup> 有論者以為這樣的分野乃是啟蒙時期所留下的產物。See Milton C. Regan, Jr., *Reason, Tradition, and Family Law: A Comment on Social Constructionism*, 79 Va. L. Rev. 1515 (1993). 關於對此公私領域區分理論的討論與批判，請參見 Frances Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 Harv. L. Rev. 1497 (1983) (細論英美法傳統上家庭與市場區隔的理論基礎以及歷史發展)；SUSAN M. OKIN, *JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY* (1989) (批判美國學界一直以來對於家庭內部所生不正義情形的漠視)；Margaret Jane Radin, *The Pragmatist and The Feminist*, 63 S. Cal. L. Rev. 1699 (1990) (傳統上對於公私領域、對感性與理性、以及對身體與心理等等觀念的二分法 (dichotomy)，受到女性主義者以及實用主義學者 (pragmatist) 的批評)。中文論述可參見林芳玫，自由主義女性主義—自由、理性、與平等的追求，收錄於顧燕翎主編，《女性主義理論與流派》，頁 1-34，台北，女書文化，(1996) (對自由主義女性主義，包括對公私領域的劃分加以介紹與評析)。

<sup>99</sup> Carl E. Schneider, *Moral Discourse and the Transformation of American Family Law*, 83 Mich. L. Rev. 1803 (1985).

<sup>100</sup> DEBORAH L. RHODE, *JUSTICE AND GENDER* 26-28 (1989).

<sup>101</sup> Id.



統模式也無法在社會變遷的洪流之中倖存。自二十世紀中期以來，傳統模式逐漸式微，以保障個人自主權為中心的新興模式也同樣成為美國家事法的趨勢。一方面許多原有的規範被解消而私人擁有更多的決定空間，最明顯的例證是離婚制度由法院嚴格管控的過失制度轉變為無過失制度<sup>102</sup>。但是另一方面，對於子女最佳利益的維護以及家庭暴力的處理，國家卻又積極的介入。

其結果是，美國家事法制度上亦出現公法化與私化並進的趨勢，背後的價值同樣是強調個人自主與平等<sup>103</sup>，也因此美國與我國同樣面臨必須處理國家介入家庭或個人事務界限的問題。與我國相當不同的是，美國法上特別以憲法的隱私權保障來確保個人的自主決定權<sup>104</sup>。這樣的作法使得個人得以利用隱私權的保障來對抗國家任意的干預，也使得國家不得再強行分配家庭中的權利義務關係<sup>105</sup>。換句話說，國家因之無法再以法律支持父權體制而被迫必須保持中立。如此一來，不僅父權制度不能再得到國家的支援，

<sup>102</sup> 關於美國離婚制度的變革過程，請參見 HERBERT JACOB, *SILENT REVOLUTION* (1988).

<sup>103</sup> Naomi R. Cahn, *The Moral Complexities of Family Law*, 50 STAN. L. REV. 225 (1997).

<sup>104</sup> 美國憲法並未明文保障隱私權，隱私權乃是由法院在 1965 年 *Griswold v. Connecticut* 案的判決所創設，由 Douglas 法官主筆的法院意見認為，本案所涉乃為婚姻關係之中夫妻是否要避孕的問題，此乃是夫妻生活之中非常重要而私密的決定。婚姻關係內的夫妻的關係與互動乃是包含於隱私權的範圍 (zone of privacy) 之內，而這樣的權利存在的歷史比美國憲法還要悠久，國家應尊重這種關係的隱私權，不應任意的介入此私密的領域。最高法院最後宣告康乃迪克州法違憲，see 381 U. S. 479 (1965)。自 *Griswold* 案以降，隱私權保障所牽涉的問題仍以家庭與法律的關係為大宗。不過，對傳統婚姻以家庭為保障的論述卻在隨後的判決漸漸變調。在 *Eisenstadt v. Baird* 案的判決中，主筆者 Brennan 法官明確的說明憲法中的隱私權保障實以個人為對象。See 405 U. S. 438 (1972).

<sup>105</sup> Anne C. Dailey, *Constitutional Privacy and the Just Family*, 67 TUL. L. REV. 955 (1993).

由於國家不得任意干預個人隱私事項的決定，個人也可以得到較大的自我決定空間。

不過這種做法卻也有其問題。雖然就受到隱私權保障的事項而言，個人得以消極的排除國家干預，但是隱私權的限制卻也可能同時阻斷了國家積極協助弱勢族群的機會。這個問題受到以 MacKinnon 為代表的基進女性主義者強烈抨擊。基進女性主義所強調的是女性集體受到宰制與壓迫的獨特困境，而對於平等的追求也著眼於女性整體利益的提升與權力關係的全面改變<sup>106</sup>。據此，MacKinnon 認為，隱私權的保障對原來就普遍處於弱勢的婦女而言，並非好消息。因為隱私權的保障並不能真的幫女性解決問題。當國家只是單純的不去打擾個人的決定，則個人是否得以實現自我，落實自主權，就端視個人原來所具有的社會條件。這對處於弱勢的女性來說，其本身存在不利的條件仍然會阻絕其行使自主權的可能<sup>107</sup>。所謂的個人自主對弱勢者來說仍是遙不可及。隱私權保障可能在把國家任意的干預排除之餘

<sup>106</sup> 關於基進女性主義者 (radical feminist) 的論點，請參見雷文玟，〈性別平等的違憲審查—從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女平等的解釋〉，收錄於李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務》，第二輯，頁 123-160，台北市（2000）。

<sup>107</sup> 雖然最高法院在 Roe v. Wade 案中肯認婦女的墮胎權受到憲法隱私權的保障，使國家不得任意的干涉，這樣看起來似乎對婦女的自我決定權有相當的提升與尊重。不過，如果對照另一個 Roe 案宣判數年之後的 Harris v. McRae 案，就可以發現隱私權保障的問題所在。Harris 案的爭點在於聯邦政府所補助的 Medicaid（低收入者健康保險）是否得拒絕給付墮胎的費用。法院認為，政府得決定其補助的對象，雖然墮胎已經被承認為憲法上隱私權保障範圍，不過，這只表示國家不能任意的干預婦女墮胎，並不表示國家有義務要協助婦女實現她們的決定。See 448 U.S. 297(1980) 所以，MAC KINNON 認為，對於決定墮胎卻無力負擔墮胎費用的女性來說，憲法並沒有保障她們的決定最後可以真的實現。CATHERINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE(1989).

，連可能迫切需要的國家奧援也一併排除了，如此無異維持家庭中與社會中女性的不利的地位。MacKinnon 就批評，憲法隱私權的保障無異是把壓迫女性的行為堂而皇之的粉飾為保護女性隱私權<sup>108</sup>。

我國大法官雖然沒有以憲法保障個人關於隱私事項的自我決定權拒絕國家介入家庭的事務，不過前述學者對隱私權保障的批判對於我國家事法的發展仍然有相當的啟示。首先，前述對於隱私權保障的批判之一即是沒有顧慮到社會上與家庭之中既存的權力關係。弱勢的一方無法與強勢的一方立於平等的地位來協商以共同做決定。即使沒有以憲法隱私權加以限制，立法政策上一味私化的結果也可能造成如 MacKinnon 所批判的問題，也就是消極的承認既存的權力關係或者消極的放任強勢者壓迫弱勢者。因此，私化推到極致的結果可能造成強者的自由與個人自主權被充分保障的同時，弱勢者的自主決定權將被犧牲。新興模式之下的私化，實在為一把雙面刃，其一方面可以使個人的決定不受到國家的干預，尤其是可以使人們跳脫過去父權體制的桎梏。不過，另一方面卻可能使不正義的現狀繼續存在。由於女性的弱勢地位仍然是普遍的存在於整個社會，而非個案，加上父權結構已與社會上各個制度層層相扣，實在很難期待憑著個人的力量足夠加以抵抗。因此要改變現狀往往反而需要藉由國家與社會力的全面介入才有可能。私化是消極的，不但無法協助弱勢者提升地位實現自我，反而可能讓弱勢者的不利益被隱藏在此種假性個人自我實現的外衣之下。

家事法的新興模式所要面臨的另一個課題也與前述問題息息相關，也就是如何調和國家介入界限以及尊重私人決定的範疇。為了消弭過度私化所可能產生的困境，國家就不能只是消極的，而必須扮演更積極的角色。但是所謂積極的介入並非如傳統模式之中的國家選擇性的維護某種族群、

---

<sup>108</sup> Id.

階層、或性別的利益；在新興模式中，國家的角色應該是協助弱勢者提升其地位，設法提供或協助創造一個環境，盡量使得社會中各個成員可以立於平等的基礎上彼此協商共同做出決定。當然，過度的國家的介入也可能反而扼殺個人自主的空間，侵犯人們的自由。因此，國家應該如何扮演此積極介入的角色以及其界限為何，將是家事法未來面臨的一大挑戰。我國目前法律的做法是大量利用法院作為調整當事人之間權力分配關係的機制，此當然可能改變當事人之間的協商過程，並且使弱勢之一方不至於一定要屈服於強勢者的意志之下。不過由於法院的介入仍屬個案，而且只針對特定的爭議在最後階段才介入，因此我們很難期待單由法院的介入即可扭轉社會實質上所存在的不平等現象。例如，由於法院的介入，離婚後未成年子女親權的行使就不再必然由父親取得優勢地位，因為在法院依照子女最佳利益的標準來判定之下，母親即使為弱勢的一方也可能成為子女親權的行使人。不過，如果國家對單親家庭沒有任何的協助，工作職場上女性的弱勢也仍然無法改善的話，則母親弱勢的地位是否得以改善而使其得以實現自我並且能夠兼顧對子女適當的照顧，也相當可疑<sup>109</sup>。

在家事法的發展上，雖然傳統模式已經式微而新興模式逐漸被社會接受，不過，新興模式仍然要面對極大的挑戰。傳統模式所本的父權價值已經在社會上生根很長的一段時間，其盤根錯節，不僅影響著我們的家庭制度，也與我們的經濟制度，社會福利制度，教育制度等等有根本的連結。要作全面的改革必須有仰賴社會高度的動員以形成高度的共識與堅定的改

---

<sup>109</sup> 例如有論者研究發現，美國離婚革命之後的所採取的無過失離婚制度，原是要使個人不再受到國家對離婚嚴格的限制，而有更大的自主權。不過，國家除去原來的限制但沒有積極協助弱勢者的做法，卻造成原來就居於弱勢的女性與兒童經濟上與社會上承受更大不利益的結果。LENORE WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA (1985).

革決心。新興模式的興起固然代表社會大眾對增進個人自主權保障的認同與需求，但並不表示社會上與家庭之中個人的已經達到平等的境地。受到父權制度長期掌控的影響，社會與家庭中的個人之間優勢弱勢之別仍然存在。國家的態度轉為中立之後，雖然父權制度的國家支持不再，不過，將許多事項的決定權釋放出來由個人協議決定的結果不一定可以保證協議結果是基於各個當事人的自主意志或合於各方的利益。協商的過程往往是當事人之間一連串的角度與妥協，於當事人地位不平等的情形之下，協商的結果也將反映當事人之間權力地位的優劣，而無法達到真正的平等互惠。因此，政府如果只採取消極的中立態度的話，可能只能肯認或甚至落實既存權力不平等的存在而無法真正的保障個人自主權的實現。弱勢之個人在無奧援之下，所謂的個人自主權保障將只是鏡花水月而已，此不僅是MacKinnon 對美國憲法隱私權保障的批判，也可以提供我國對於家事法去規範化的反省。新興模式的問題在於如何真正能夠確保社會上家庭中的每一個個人都得以不受到壓迫而實現自我。考慮到目前所仍然存在的權力失衡現象，國家應以何種機制，何種態度，在哪些事項上著力並如何調和各方利益與如何處理現存制度，以協助弱勢族權提升其地位，並使個人得以實現自我，可能才是真正挑戰的開始。

## 參考文獻

### 書籍

施慧玲, 家庭、法律、福利國家, 現代親屬法論文集, 台北市: 自版, 民國九一年。

陳惠馨, 親屬法諸問題研究, 台北市: 月旦, 民國八十二年。

王泰升, 台灣法律史的建立, 台北市: 自版, 民國八十六年。

戴炎輝、戴東雄, 親屬法, 台北市: 自版, 民國九十一年。

女性學學會著, 劉毓秀主編, 台灣婦女處境白皮書: 1995年, 台北市: 時報文化, 民國八十四年。

顧燕翎主編, 林芳玫等著, 女性主義理論與流派, 台北市: 女書文化, 民國八十五年。

劉毓秀主編, 女性, 國家, 照顧工作, 台北市: 女書文化, 民國八十六年。

陳棋炎、黃宗樂、郭振恭, 民法親屬新論, 台北市: 三民, 民國九十一年。

鄧學仁, 親屬法之變革與展望, 台北市: 月旦, 民國八十六年。

陳昭如, 離婚的權利史—台灣女性離婚權的建立與意義, 台灣大學法律學研究所碩士論文, 民國八十六年。

雷文玫, 性別平等的違憲審查—從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋, 收錄於李建良、簡資修主編, 憲法解釋之理論與實務, 第二輯, 中央研究院中山人文社會科學研究所專書(48), 台灣, 台北, 民國八十九年。

立法院公報, 民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案, 法律案專輯, 第七十九輯, 上冊, 民國八十四年。

Fawcett, James T., Khoo, Siew-Ean, and Smith, Peter C., eds., Women in the Cities of Asia: Migration and Urban Adaptation, 1984.

Fineman, Martha A., The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies, New York, London, Routledge Press, 1995.

第十期 法不入家門? 家事法演變的法律社會學分析

Friedman, Lawrence M., *The Horizontal Society*, New Haven and London: Yale University Press, 1999.

Friedman, Lawrence M., *Total Justice*, New York: Russell Sage Foundation, 1985.

Galenson, Walter ed., *the Postwar Experience of the Republic of China*, 1979.

Glendon, Mary Anne, *Abortion and Divorce in Western Law*, 1987.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, William Rehg trans., 1998.

Homes, Steven and Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, 2000.

Hsieh, Jih-Chang and Chuang, Ying-Chang eds., *The Chinese Family and its Ritual Behavior*, 1985.

Herbert Jacob, *Silent Revolution*, 1988.

Kung, Lydia, *Factory Women in Taiwan*, 1983.

MacKinnon, Catherine A., *Toward A Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989.

Okin, Susan M., *Justice, Gender and the Family*, Basic Books Inc., 1989.

Rhode, Deborah L., *Justice and Gender*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989.

Sandel, Michael, *Liberalism and the limits of Justice*, 1982.

Throne, Barrie and Yalom, Marilyn eds., *Rethinking the Family, Some Feminist Questions*, Mass: Boston, Northeastern University Press, 1992.

Thomton, Arland & Lin, Hui-Sheng, *Social Change and the Taiwanese Family*, 1994.

Weitzman, Lenore, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, 1985.

**期刊**

林芳菲, “台北市婚姻暴力受虐婦女保護服務之實務介紹,” *月旦法學*, 59, pp. 81-87, 2000。

立法院公報, 第八十四卷第二十期, 1995。

Cahn, Naomi R., “The Moral Complexities of Family Law,” *Stanford Law Review*, 50, 225, 1997.

- Dailey, Anne C., "Constitutional Privacy and the Just Family," *Tulane Law Review*, 67, 955, 1993.
- Lee, Mei-Lin and Sun, Te-Hsiung, "The Family and Demography in Contemporary Taiwan," *Journal of Comparative Family Studies*, 16:1, 1995.
- Milton C. Regan, Jr., Reason, "Tradition, and Family Law: A Comment on Social Constructionism," *Virginia Law Review*, 79, 1515, 1993.
- Olsen, Frances, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform," *Harvard Law Review*, 96, 1497, 1983.
- Radin, Margaret Jane, "The Pragmatist and the Feminist," *Southern California Law Review*, 63, 1699, 1990.
- Schneider, Carl E., "Moral Discourse and the Transformation of American Family Law," *Michigan Law Review*, 83, 1803, 1985.
- Singer, Jana B., "The Privatization of Family Law," *Wisconsin Law Review*, 1992, 1443, 1992.

中原財經法學



## 摘 要

近年來台灣家事法的變革已經衝擊了傳統上國家、家庭與個人的互動關係。傳統「法不入家門」的態度，隨著社會結構與觀念的演變漸漸被打破。本文觀察我國家事法的發展，主張國家、家庭、與個人之間的互動關係已由傳統模式轉型到新興模式。在傳統模式之下，由於家庭被視為私領域，國家盡可能的不介入家庭事務。不過，這並不表示國家對家庭事務全然不予干涉或持中立之立場。事實上，在傳統模式之下，國家常選擇性的介入家庭事務而成為父權體制的維護者。本文認為，此種傳統模式已逐漸式微，取而代之的是以提升個人自主權保障為核心價值的新興模式。我國家事法發展中，對婚姻、離婚以及父母子女關係等規範的私化，以及與對子女最佳利益與家庭暴力等問題的介入等兩股看似不相容的趨勢，其實均為新興模式的體現。本文也指出未來家事法所面臨的挑戰在於如何能夠在確保個人平等地位的前提下給予個人更多的決定空間，以真正實現個人之自主權。

## **Between the State and the Family – A Study of Recent Taiwanese Family Law Development**

**Li-Ju Lee**

### **Abstract**

This article discusses the relationship among the individual, the family and the state, through the examination of different legal regimes governing family affairs. It argues that recent development in family law suggests a clear departure from the traditional legal principle of keeping the state out of the family.

Traditional Taiwanese family law regarded the family as a private sphere, allowing little intrusion by the state. The self-restraint did not necessarily translate into neutrality, however. In the name of respecting tradition and private order, the state was in effect protecting patriarchy, for it sustained the existing power imbalance inside and outside the family. The limited circumstances when law did allow the state to intervene in family businesses, the same spirit of maintaining the patriarchal system also prevailed in most cases.

Gradually but surely, this traditional model has been losing its dominance and giving way to a new model which aims at advancing individual autonomy. Recently Taiwanese family law development is a good example. Riding the wave of deregulation, law governing marriage, divorce, and parent-child relationship has been increasingly flexible. On the other hand, the state is now willing to play the role of the guardian to disadvantaged members of the family—mainly women and children—in matters such as domestic violence. Unifying the seemingly opposite trends is the new emphasis on individual autonomy and equality in the family.

第十期 法不入家門? 家事法演變的法律社會學分析

Key Word: law and social change, law and society, family law, the privatization of family law, state intervention, Taiwanese family law development

# 中原財經法學

