

家庭、法律、福利國家

學術論文集

現代親屬法論文集

施慧玲 著



元照出版

家庭、法律、福利國家

——現代親屬身分法論文集



施慧玲 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

家庭、法律、福利國家：現代親屬身分法論文集

/ 施慧玲著. -- 初版. -- [嘉義縣民雄鄉] :
施慧玲出版 : 臺北市 : 元照總經銷, 2001

[民 90]

面 ; 公分

ISBN 957-744-409-1 (精裝)

1.親屬法 — 論文, 講詞等

584.407

89019508

家庭、法律、福利國家

——現代親屬身分法論文集 學術論文集 1032G0

2001 年 2 月 元照初版第 1 刷

作 者 施慧玲

出 版 者 施慧玲

100 台北市館前路 18 號 5 樓

定 價 精裝 新臺幣 420 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-744-409-1

序 言

現代核心家庭係由夫妻及其未成年子女組成，乃個人經濟及情感依附之重心。福利國家為維護家庭保障個人權益之功能，透過法律規範家庭中夫妻與親子關係之成立、變更與終止。尤其在父母對於子女的教養照護上，國家基於福利保護之理念，依法介入家庭自治的範疇，以保障並促進未成年人之身心正常發展。而國家介入家庭關係的時點、方法與程度，除應具備形式合法性外，亦必須符合實質正當性。本書諸文，皆以演繹家庭、法律與福利國家之連結關係為論理脈絡，藉以研究現代親屬身分法中之相關課題。首篇論文總說本書之論理基礎，乃筆者最得意之作。第二、三篇隨即概括評述當代親屬身分法之內涵與法學方法。第四至八篇則分別探究父母懲戒權之行使、兒童少年性剝削及非行問題防治之相關社會事實與法律規範。最後以英國福利國家法制之借鏡一文，為下一本論文集作自我督促的預約。

本書所彙集之論文，乃筆者自民國八十五年任教以來，在國立中正大學法律學系暨研究所講授「民法親屬繼承」、「法律社會學」、「兒童少年福利法」、「兩性關係法」及「身分法專題研究」等科目之心得紀錄。其中第五篇（論我國兒童少年性剝削防治立法）與第七篇（少年非行防治對策之新福利法制觀）分別為筆者獲得八十八年及八十七年國科會研究獎勵之代表作，第三篇（論我國民法親屬編之修正方向與立法原則）則為申請並期盼八十九年國科會研究獎勵之代表作。每篇論文之撰寫動機，皆由自教學或指導學生論文

上所必須，或作為上課補充教材，或作為學生寫作參考。而論文集之出版，除為提供更多學生應用外，更希望將筆者過去五年來之學術研究所得，與同好分享，並得以廣納批評與指正意見。

論文集的順利付梓，要感謝的人非常多，卻也不敢僅以「謝天」二字輕鬆帶過。博士論文的指導老師 **Abdul Paliwala** 教授，乃筆者從事家庭法之法律社會學研究的啓蒙老師，在筆者自英國學成返台之後，仍不斷在學術研究上鼓勵並指正學生，在生活上更是亦師亦友，為筆者樹立為人師表的典範。元照出版公司對於印行本書所抱持之積極嚴謹的態度，讓一個首次出版論文集的年輕學者，體驗身為作者的榮耀與尊嚴，筆者銘感於心。法務部陳美伶參事，台灣大學黃宗樂教授、馮燕教授、政治大學法治斌教授、陳惠馨教授、林秀雄教授、郭明政教授、何賴傑助理教授、高雄大學郭振恭教授、中正大學法學院江義雄院長、法律系郝鳳鳴主任、黃異教授、李震山教授、謝哲勝副教授、鄭津津副教授、吳信華助理教授以及林淑玫秘書等，皆不時激發筆者在研究與教學上的動力。中正大學法律研究所陳川傑、朱容辰、陳駿賦、張正雄、郭文俐、莊珮吟、黃白蓮、黃小舫、莊馨旻、周靜儀及郭慧淳等同學，以「捨我其誰」的精神協助本書校稿，特此一併致謝。尤其是川傑在過去三學期擔任筆者助理期間，於研究資料的蒐集整理與出版論文之修正上，時時提供不可或缺的協助與建議。而容辰總是不吝分享在兒童福利保護上的專業知識，筆者著實受益良多。

在寫作每一篇論文間，除抱持將所學行諸於文字以廣為流傳的熱忱外，家人的愛、支持與關懷，更是克服筆者慵懶性格的不二法門。婆婆對一個就職他鄉的媳婦，一直給予最大的寬容與諒解，教筆者毫無後顧之憂。父親與母親對於嫁出去的女兒，一直如在閨中時般疼惜，尤其父親在法律工作上的執著與專注，以及給子女兒的庭訓與敦促，令筆者追隨其後不敢怠慢。弟弟繼堯與繼顯自小即以大姊為榜樣的期許，一直督促筆者向前奮進，而繼堯弟媳美惠，已然成為筆者無話不談的閨中密友。外子高玉泉副教授，是筆者於生活上最信賴的摯友，於學術研究上最契合並感佩的同好，在人生旅途中可獲得如此伴侶，「婦」復何求?!而小兒仕涵的來臨，為我們成就了一個完整的家，讓我們更確立了共同奮鬥的目標。仕涵七個月大了，筆者的學術生命也隨著他的孕育與成長而更加茁壯。抱持一個為人妻母者無上的驕傲，與一個著作出版者最大的自信，在為本書序文畫下句點的此時，筆者還是忍不住要謝天。

施慧玲

民國八十九年歲末

寫于仕涵睡夢喃喃語聲中

目 錄

序 言

- 一、家庭、法律、福利國家
——現代親屬身分法的主要研究課題 1
- 二、論我國家庭法之發展與研究
——一個家庭法律社會學的觀點 35
- 三、論我國民法親屬編之修正方向與立法原則
——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖 89
- 四、父母懲戒權之行使與兒童之教養保護 181
- 五、論我國兒童少年性剝削防治立法
——以兒童少年福利保護爲中心理念之法律社會學
觀點 203
- 六、兒童及少年性交易防制條例之立法意義與執法極限
——一個應用法律社會學的觀點 249
- 七、少年非行防治對策之新福利法制觀
——以責任取向之少年發展權爲中心 275

八、從福利觀點論我國少年事件處理法之修正	325
九、英國福利國家法制之借鏡	345

家庭、法律、福利國家

——現代親屬身分法的主要研究課題¹

壹、研究動機

貳、研究目的與本文主要見解

參、家庭、法律、福利國家——現代法律秩序與價值 體系的建構

一、家庭之意義

二、現代核心家庭之建構理論

三、法律所規範之核心家庭與福利國家

肆、我國法律對核心家庭之建構規範

一、現代法律所建構之家庭

二、夫妻、法律、國家

三、親子、法律、國家

四、大法官解釋之再詮釋

伍、結 論

壹、研究動機

我國現代親屬身分法，以民法親屬編為基本法律規範，從民國十九年繼受西方現代化立法例開始，即以核心家庭之夫妻及父母子女關係為法律之規範重點，並以兩性（夫妻）平等與未成年子女權益之維護作為立法修法的主要原則。民國七十六年解嚴以來，隨著民間弱勢權益及保護團體的勃興，各種福利相關事業紛紛成立並積極運作，為我國福利社會的發展奠定了良好的基礎；而主政者亦相繼推崇福利國家之理念²，並以之形成治國的主要政策。基於政府與民間之共識，攸關民生與弱勢社群權益維護的各種法律³，伴隨人民對於福利國家萬能政府的期待，如雨後春筍般相繼頒布施行。其中關於家庭親屬身分關係者，除民法親屬編相關條文之大幅修正外⁴，尚包括多項專門規範或間接影響夫妻、親

¹ 筆者於本文撰寫過程中，曾與中正大學法研所吳信華助理教授、陳川傑同學、朱容辰同學以及世新大學法律系高玉泉副教授就論理基礎作討論，承蒙指正之處甚多。但就本文所提出之見解，筆者仍自負文責。

² 有關於「福利國家」之定義林林總總，請參閱郝鳳鳴、施慧玲，福利國家社會法制之研究，行政院國家科學委員會專題研究計劃成果報告（NSC 87-2414-H-194-007），民國八十八年，頁13～18，以及各附錄之學者訪談紀錄【問題一】部分。本文所稱之福利國家，乃為一意識型態上的概念，泛指為謀求人民福祉、維護人民之權益，而積極依法介入並調適人民生活關係與內涵的國家。

³ 本文所稱之「法律」，乃採最廣義之解釋，包括憲法、依據憲法所制定之法律命令、以及可以作為法源依據之解釋、決議、判例、習慣、法理等。

⁴ 關於民法親屬編之修正內涵，請參閱筆者著，論我國民法親屬編之修正方向與立法原則——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖，中正法學集刊，第三期，民國八十九年，頁163～221。

子關係與家庭秩序之特別法⁵。現代親屬身分法的主要研究課題，即在釐清家庭、法律與福利國家間之連結與拉鉅關係。

在現代法律的規範下，「家庭」之概念由合法締結之婚姻與婚生子女為要素而組成，此家庭在法律概念上有制式的情感維繫、經濟依附、保護養育與社會化等功能，在家庭因違反個別法律之立法目的，而無法善盡其依法規範之功能時，國家則為善盡其維護個人權益之職責而介入干預家庭關係。換言之，福利國家透過法律，踐行其維護家庭功能與保障個人權益的責任。但為達此目的，國家與法律之角色與手段，究應對家庭為協助、輔導，抑或監督、取代，其程度、方法與時點之合法正當性，在英國家庭法律社會學研究中，成為意識型態上之思辯論證的主要議題之一⁶。在我國，國家介入家庭自治權的合憲性問題，鮮少有公法學者論及，較具體相關者為基於大法官釋字第二四二號與第五〇二號解釋之詮釋與評論⁷。公法非筆者之所長，因此對於相關論述本應虛心求教，而不該越俎代庖、自以為是。但實因所學上之發現，促使筆者對此議題產生極大的興趣，本於對學術自由之崇信，筆者耐不住就主觀認知提出另類見解的衝動，嘗試以家庭法律社會學之「規範建構論」的立場，探求所謂家庭基本權或家庭權之權利

⁵ 包括單行法規或相關法律條文。

⁶ 有關於家庭法律社會學之介紹，請參閱筆者著，論我國家庭法之發展與研究——一個家庭法律社會學的觀點，政大法學評論，第六十三期，民國八十九年，頁239～269。

⁷ 請參閱張特生，司法院釋字第二四二號解釋的震撼——突破概念法學藩籬的典型案列，收錄於司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，司法院，民國八十七年，頁591～607；蔡維音，論家庭之制度保障——評釋字第五〇二號解釋，月旦法學，第六十三期，民國八十九年，頁138～143。

本質與內涵，並論證國家介入家庭之依據與界限。

貳、研究目的與本文主要見解

當福利國家透過法律干預家庭關係的程度日趨深廣之際，國家介入家庭的合法性（legality）與正當性（legitimacy）亦遭受質疑。在英國家庭法律社會學者的辯證下，可能因家庭自治權（family autonomy）之權利本質，乃自然先驗權（natural right）或建構取得權（acquired right），抑或因國家介入（state intervention）的法理依據，係基於自由放任主義（laissez faire and liberalism）或保護介入主義（protectionism and interventionism），使國家、法律、家庭間的連結與拉鉅關係，因意識型態上的偏向或取捨，而異其合法正當性的判斷標準。在我國之憲政體制下，對於國家是否過分限制或干預家庭權⁸，乃以法律保留、比例原則等法治國原則加以檢驗，但違憲審查者對於所取用之比例尺的尺規標準，或衡量之基準點與價值體系，似未曾明白交代，論者見解亦莫衷一是⁹。因此，筆者嘗試透過本文，藉用家庭法律社會學之理論學說與分析邏輯，補充並詮釋在違憲審查上關於家庭權的思考論證基礎¹⁰。

⁸ 截至目前為止，大法官未曾就家庭自治權作出解釋，僅在釋字第二四二號與第五〇二號解釋中，認定「家庭生活」、「家庭和諧」、「家庭幸福」等乃憲法第二十二條所保障之人民權益。

⁹ 請參閱廖元豪，司法院大法官「法律違憲解釋」之研究——以第五屆、第六屆大法官為中心，政大法學評論，第六十三期，民國八十九年，頁81～104；蔡維音，論家庭之制度保障——評釋字第五〇二號解釋，月旦法學，第六十三期，民國八十九年，頁138～143。

¹⁰ 本文之主張相較於一般論者之見解，應屬另類、甚或不被接受，但學術研究引人入勝之處，本在各家學說見解之提出與思辨，因此筆者將秉予對所

依本文藉用並演繹建構論之見解，夫妻與其未成年子女所組成之核心家庭與其間之身分關係，乃由法律建構而成。因此，包括締結婚姻權、組成家庭權、配偶權或親權等家庭權¹¹，係因法律規範而取得之權利，而非受法律保障之先驗的自然權利。依筆者對於我國當代親屬身分法之法制史的觀察，民國十九年所制定之民法親屬編，在意識型態上乃「法律現代化」之產物，對於婚姻與父母子女關係之規範即依循西方立法原則，甚至連法條之內涵皆係翻譯德國、瑞士、及日本等立法例所得，並非針對本土之家庭制度作規範，僅在特定事項上選擇性的對傳統倫理與家庭秩序作相當程度的尊重。相對於第二章「婚姻」與第三章「父母子女」的詳細規定，第六章關於「家」之寥寥數條文，倒似為規範既存之傳統家庭制度而設¹²。換言之，民法透過對於婚姻與父母子女關係之規範，建構了現代親屬身分法上之核心家庭的概念與內涵。

依民法親屬編之規定，夫妻間必須藉由合法之婚姻方成立法律關係¹³。所謂合法，乃以有悖於中國傳統倫理之「一夫一妻」¹⁴、

學之堅持，提出個人之論證說理依據。

¹¹ 家庭法學者關於「國家介入家庭自治 (state intervention into family autonomy)」之論著，多集中在配偶權與親權之探討上。

¹² 請參閱民法第一一二條至第一二八條。

¹³ 我國民法親屬編並不承認英美習慣法上之事實上夫妻關係 (common law marriage / wife)，因此關於婚姻之法律效力的條文，並無準用於事實上夫妻關係之規定。雖有學者主張日常家務代理之婚姻普通效力應可類推適用於同居之事實上夫妻，但筆者認其依法無據而不採之。此外，家庭暴力防治法為達其特殊之立法目的，亦將同居之事實上夫妻包括於「家庭」成員之中。

¹⁴ 中國傳統法之婚姻雖亦為一夫一妻，但容認多妾，與西方基督教義上與現代法中之一夫一妻制度不同。

「近親禁婚」等西方現代立法原則作為上位概念，僅在執行有效性之考量下尊重傳統，暫時對重婚之效力與表親間之婚姻作放寬規定¹⁵。父母子女間亦必須依法成立婚生關係，而所謂婚生，乃以合法婚姻所受胎者為限，其他自然血緣的親生關係雖可依法補正，仍以「婚生」為規範原則之上位概念。因此，傳統家制上以父之血緣為基礎而承認之庶子（妾之子），並非現代法上一夫一妻所婚生，必須依法使其「準」婚生（認領），方才成立法律所承認之親子關係。又，夫妻親子所成立之家庭，不論其事實生活與關係之多樣性，在法律上皆僅發生制式規範效果。以夫妻財產關係為例，現行夫妻財產制乃在不妨害交易安全（維護市場機能）之法制價值下作規範，雖然依學者之社會研究結論，有九成七的夫妻適用法定聯合財產制¹⁶，但所謂「適用」，並非指在事實上依循法律規定共營婚姻日常經濟生活，而是僅在夫妻對於其間之財產關係發生爭執時，方才依法尋求解決途徑。易言之，絕大多數夫妻對於財產之用益處分狀況，並未如法律所規範者，但夫妻若選擇以法律解決爭執，則必須依法擬制其間之財產關係。

再以結婚經撤銷與非婚生子女經認領後之親權行使準用規定觀之，父母間縱無合法婚姻關係，但若以組成家庭之合意而與其

¹⁵ 經民國七十四年之修正後，重婚之效力由得撤銷修正為無效。請對照參閱修正前後之民法第九八八條。又經民國八十七年之修正後，舊法對於六、八親等之表兄弟姊妹不禁婚的規定，已遭刪除。請對照參閱修正前後之民法第九八三條。

¹⁶ 根據學者之實證調查結果，「中華民國台灣地區至一九九〇年底為止，一千對夫妻中約僅三對到法院登記訂定夫妻財產制契約，因此可說大部分中華民國之夫妻目前均適用聯合財產制」，引自陳惠馨，民法親屬編之修正與社會變遷，律師通訊，第一九五期，民國八十五年，頁45。

親生子女或養子女同居，其生活狀態應較接近婚姻關係存續之性質與事實，但法律本於「無婚姻則不成家庭」之意識型態，而將父母間無合法婚姻之一切情形，不論其事實生活關係為何，一律準用關於離婚之規定¹⁷。凡此種種，皆顯示現代親屬身分法上作為法律規範上位概念之「家庭」，其組織與運作乃為法律所創設，而非將傳統或既存家庭制度法制化之結果，立法者僅在立法裁量之權限內，適當尊重傳統倫理規範。「家庭」既為法律所創設，「家庭權」之權利本質即屬因法律規範而取得之權利，因此家庭權之內涵應依主導國家法制之意識型態（ideology）或價值體系（value system）而定。換言之，國家對於家庭權之保障範圍與方式，或在取決家庭權與其他個人權利之法益衝突的權衡標準上，必然因法制意識型態與價值體系的變遷，而異其論理與衡量基礎。

在自由法治國（Liberal State）的意識型態下，家庭與市場同為私法自治的範疇。在「最小的政府乃最好的政府」之法制原則下，國家並無積極介入私法關係以保障人民權益之責任。因此，縱然在法律之前人人平等，但因家庭自治之法益受憲法保障，家庭成員中權力不平等的情形，必須於嚴重虐待剝削之情事發生後，方才在實質上獲得法律的補救¹⁸。相對之，福利國家（Welfare State）秉持「萬能政府」的理念，有積極保障並維護個人權益的職責，而為防制市場或家庭等私領域中的濫權情形，福利國家必須透過

¹⁷ 請參閱民法第一〇八九條、第一〇五五條、第一〇五五條之一、第一〇五五條之二，以及第九九九條之一、第一〇六九條之一的準用規定。

¹⁸ 請參閱L.F. Harding, FAMILY, STATE & SOCIAL POLICY, Macmillan, 1996；C.H. Kempe, 'Family Intervention: The Right of All Children', PEDIATRICS, no.56, 1975, pp.693~694。

法律輔導或協助弱勢之個人，除消極地在侵害發生時迅速除去侵害外，並積極地預防其權益受強勢者之侵害¹⁹。換言之，在福利國家的意識型態下，私法自治中的法益雖仍受保障，但不得侵害個人權益。因此，在家庭自治權之維護有礙個人之自由權利時，國家即應積極主動協助家庭權力結構中之弱勢者維護其權益。亦即，在價值體系的衡量基礎上，憲法在家庭自治與個人權利二種法益之衝突與衡平之間，自由法治國之放任主義偏向維護家庭自治，而福利社會國之介入主義則較重視保護個人權益²⁰。

基於上述之見解，筆者撰述本文之主要目的，乃對於我國未來在親屬身分法制的發展上，家庭、法律與國家間之連結與拉鉅關係，究應如何定其衡平點，提供另一個思考辯證之論理模式與邏輯架構。本文在說明研究動機與研究目的，並簡述筆者主要見解之後，首先借用家庭法律社會學的觀點，定義現代法所建構的家庭與家庭關係，並界說家庭、法律與福利國家間之關係。其次觀察我國法對於家庭概念之建構以及本土近年來基於福利國家理念所規範之夫妻及親子關係，並藉以探究在我國現代親屬身分法制中，國家介入家庭之法理基礎。再透過對於大法官釋字第二四二號與第五〇二號解釋之再詮釋，試圖找尋筆者之說理依據，以期對於將來關於家庭權之合憲性審查，提出論證基礎之建議。

¹⁹ 我國兒童福利法第五條：「兒童之權益受到不法侵害時，政府應予適當之協助與保護」的規定，即為適例。

²⁰ 請參閱S. Atkins & B. Hoggett, WOMEN AND THE LAW, Basil Blackwell, 1984; J. Brophy & C. Smart (eds), WOMEN IN LAW: EXPLOITATIONS IN LAW, FAMILY & SEXUALITY, Routledge & Kegan Paul, 1985; R. Dingwall; J. Eekelaar & T. Murray, THE PROTECTION OF CHILDREN: STATE INTERVENTION AND FAMILY LIFE, Basil Blackwell, 1983。