

家庭法律社會學論文集

學術論文集

施慧玲 著



元照出版

家庭法律社會學論文集



施慧玲 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

家庭法律社會學論文集 / 施慧玲著. -- 初版.
-- [嘉義縣民雄鄉] : 施慧玲出版 : 元照總
經銷, 2004[民 93]

面 : 公分

ISBN 957-41-1895-9 (精裝)

1.親屬法 - 論文, 講詞等

584.407

96010959

家庭法律社會學論文集

5D41GA

2004 年 9 月 初版第 1 刷

作 者	施慧玲
出 版 者	施慧玲
總 經 銷	元照出版有限公司
	100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 480 元
訂購專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂購傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

“登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-41-1895-9

家庭法學中的生命與理想

陳惠馨^{*}序

慧玲跟我聯絡，希望我為她的第二本將出版的法學專論「家庭法律社會學論文集」做序，我很欣然的答應。認識慧玲是在一九八九年前後，當時，我從德國拿到博士學位回國一年半，終於在政治大學法律學系取得專任教職工作，而慧玲則剛從英國取得碩士學位回國，一方面工作，一方面收集書寫博士論文的相關資料。慧玲來看我時，我正懷孕七、八個月。慧玲在我下課後，陪著我從政治大學走回家中，路上我傾聽著，她對於正在書寫的博士論文的想法與未來學術路途的期望。她跟我分享參與台灣社會各種跟婦女權益有關的立法、修法工作經驗以及她所觀察我們社會對於保護兒童人權的看法。她談著，將如何將這些經驗跟未來的研究結合的想法。我看著她充滿理想、憧憬與對於做學術研究充滿熱忱的臉，心中想著，不知何時這個小女孩，可以完成理想，取得學位，走入法學的教學與研究殿堂。

十五年過去了，慧玲目前已經是國內親屬法、家庭法、家庭法律社會學的重要研究學者，她所強調的「家庭法」、「家庭法律社會學」開啓了我國關於身分關係法律研究的新方向。親屬法在台灣是屬於民法五編中的一編，一般法律系的教授在課堂上總會對學生說明，我國的法律是繼受歐陸法制，尤其是

^{*} 政大法律系教授。

德國的Pandektensystem，這個體制就是民法五編的體系。但是，研究或教授法律者，包括親屬法的研究學者，卻很少注意到德國的民法五編分別是：總則、債編、物權編、家庭編以及繼承編。而我國民法五編卻是總則、債編、物權編、親屬編以及繼承編；也就是說，不管是在一九三〇年民法親屬編在中國訂定時，或者一九四五年民法親屬編在台灣開始適用時，民法對於人跟人的身分關係是從「親屬關係」的角度出發，而非從「家庭關係」的角度出發，「親屬法」的用語跟西方大部分國家「家庭法」（Familienrecht, Family law）在名稱上是不相同的。

如果仔細觀察現階段台灣人跟人間的身分關係，可以發現「親屬間的關係」已經變得非常微弱，台灣的人民生活重心主要是在家庭中，「家庭關係」對於每個人的生活有深刻的影響。有些新的法律，已經逐漸以「家庭關係」為重心，規範著人與人間身分關係，例如家庭暴力防治法，但是親屬法卻依舊從「親屬關係」出發規範著人民的身分關係。當然，要改變一個已經施行了七、八十年的民法典的體系是需要很長的時間，更需要更多研究者與立法者的覺醒與努力。

我們從慧玲在二〇〇一年的學術專著「家庭・法律・福利國家」中，到現在（二〇〇四年）出版「家庭法律社會學論文集」看出她意圖在台灣建構「家庭法」、「家庭法律社會學」的努力；同樣的，在這樣的使命感驅使下，慧玲在二〇〇四年五月二十九日，於中正大學舉辦國內第一屆家庭法律社會學研討會——主題在探討「社會脈動下的家庭權」。

閱讀慧玲的書是一個很愉快的經驗，透過她活動生動的文筆，我們很輕鬆的認識了「何謂家庭法律社會學？」，她從目前在台灣爭議未休的「人工生殖與代理孕母」的議題中，讓我

們反思人在法律上的位置。在她「論個人權益模式」的身分法教學體系中，我更看到她嘗試跳脫傳統以「親屬關係的規範體系」為重心的親屬法教學模式，轉以學習者或以個別個人「生命」的發展為重心的親屬法教學模式。這種教學體系是以「一個人」的出生出發，從「子女最佳利益」思考開展出來對於各種人跟人身分關係的思考。對於「婚姻關係」，慧玲則嘗試從個人成長後，如何在尋找生命伴侶過程中，進入婚姻的想法，討論親屬法中有關婚姻的各種規定。慧玲在書中逐一檢視一夫一妻制度、新修正的法定夫妻財產制、家庭暴力防治、甚至討論家庭菸害防治等議題。而從兒童保護的觀點出發，她在書中探討菸害防制法對於胎兒及應幼兒的保護、兒童少年吸菸防治的法律責任、子女本位的親屬法、子女最佳利益與離婚後親權的行使、國家介入親權行使的法理依據、討論我國兒童人權法制的發展，進一步討論被性剝削之兒童少年的處遇規範。

我是以著愉快的心情，閱讀了慧玲在本書中各篇家庭法律社會學的論文，除了在法律專業的教學、研究上，因此獲得許多新的靈感與知識外，讓我印象最深刻的是，她從一個法律專業人的個人生命經驗出發，寫「生命價值、法律權威與專業主義」一文，在這篇論文中，慧玲讓我們看到一個法律專業研究者，如何嘗試將對於生命的反省與體驗帶入法學專業的研究的世界中。這篇論文，讓人感受到法學知識並不僅僅是法律文字與法律條文的堆砌與分析，法學知識可以讓我們更有能力去感受生命中的情感、想像並反思生命的意義。

2004年8月7日寫於政治大學綜合院館15樓研究室

自序

在慵懶的仲夏夜裡，似乎連星星都作夢去了。我卻因不敵元照編輯小組的盛情，開啓電腦準備構思這一篇序文。剛滿四歲的兒子士涵，原本安靜地聆聽著升中班後的第一片童話錄音帶，像星星般眨呀眨的眼睛就快要眯成一線了，卻忽然為了我不經意複述的一句「大野狼痛得跑來跑去」而跳起身來、狂笑不已。士涵鬧著要我重複唸那個句子，自己則在小小的書房中來回跑來跑去，邊笑邊喊著：「哎呀，痛死我囉，救救我啊……」，直到不小心撞了牆，躲在我懷裡哭泣至睡著為止。這本論文集裡的每一篇文章，都多多少少夾帶著士涵的笑聲、鬧聲、哭聲與鼾聲。在你看見的這些家庭法律社會學論文的寫作過程中，陪伴士涵成長的經驗給予我不可或缺的研究素材與思想啓發。如果你耐著性子讀完這本論文集，必然可以體會我的意思。

本書收錄了十五篇在過去三年間完成的文章，首先為你「引薦家庭法律社會學的知識殿堂」，隨之介紹「個人權益模式之身分法教學體系」，藉著它們與大家分享個人在研究與教學上的基本理念；然後分別由現代核心家庭的婚姻關係與親子關係中檢選特定議題，作為法律社會學的應用研究素材，包括「一夫一妻制度」、「法定夫妻財產制」、「婚姻暴力」、「家庭菸害」、「福利國家親子法制」、「兒童少年性剝削」等等。其中包含為江義雄院長與陳長文老師所寫的祝壽論文，有趣的是，這兩篇論文間雖未曾有「犯意」之聯絡，卻不約而

同地以聯合國「兒童權利公約」作為副標題。本書諸文的論證脈絡，將會導引你針對「男女平等」與「兒童少年發展權」兩大立法原則，認識筆者想要提出的觀念與主張。至於殿後的「生命價值、法律權威與專業倫理」一文，雖然是不拘學術論著格式的口頭報告書，卻是最希望你可以用心去閱讀並體會的——但請記得要用「心」，而不是用法律人聰明的腦袋與縝密的思路。

日前，我告知博士論文指導教授，也是士涵的教父Professor Abdul Paliwala，說我要出第二本論文集了，但這一回的標題是沒啥市場的「家庭法律社會學」。老師一如以往很肯定地回覆說：「Amy，我深深地為你感到驕傲。」還記得某次在英國LEAMINGTON SPA 老師家中的花園前喝午茶聊天，老師頂著微昏的陽光回憶著：

在他面試我的那一天，並不確定眼前的小女生是否有能力可以寫好、甚或只是寫完博士論文，但卻因為被我的「一股傻勁兒」所感動而決定收我為徒。我成為博士候選人之後回台灣加入兒童人權運動的三年期間，老師更不知道我是否會繼續完成論文，但他並沒有因此而接受新的博士研究生。在老師終於可以恭喜我取得學位的當下，我以「一日為師、終生為父」的中國古諺回贈給他，老師卻說：「從今而後，我們就是好朋友以及平等的研究夥伴。」那前後六年餘的師徒關係，除了成就博士論文之外，更形塑了我的學術性格。老師治學的專注嚴謹以及處世的胸懷氣度，也在潛移默化中提攜我的成長。回台灣之後，我可以在家庭法律社會學的研究與教學上，雖不確定但非常堅持地一路走來，也許就是頂著老師所肯定的那一股傻勁兒吧！

從小到大一直肯認我的能力並且督促我向前奮進的，是我的父親。但若沒有母親終年無休的溫暖懷抱，也不能成就我的傻勁兒。父親苦心培養我獨立且無畏挫折的自信，母親則為我開拓了樂觀及淡泊名利的視野。有了他們，我不僅是全世界最幸福的女兒，亦是個可以予取予求卻從不需汗顏的女兒。我的另外一位母親——已去世的婆婆，也時時在精神上守護著我。猶記婆婆晚年常言：「真希望玉泉爸爸可以快來帶我去。」我總是回問：「哪裡這麼好玩，也帶我一起去吧？！」婆婆就會笑著拍拍我的頭說：「傻媳婦兒，那裡不是給你們年輕人去的。」同樣因為我的「傻」而堅信我會是個好老婆的外子玉泉，依法把我娶出原生家庭之後，便一直全心全意地與我共同經營婚姻，也讓我可以同時享有兩個溫暖的家庭。於操持系務與協助院務、校務之上，向來以精明幹練在同事中著稱的玉泉，回家後卻是無怨無悔的珍惜著我這一個傻老婆。婚姻的經驗讓我領悟：如果，一個成功的男人背後，必會有溫柔且能幹的女人；那麼，一個可以自由發展的女人背後，必然有寬容且睿智的男人。

在我生命中的另一個寬容且睿智的「男人」，是上帝恩賜給玉泉與我的天使——士涵。他總是懂得在我必須熬夜工作的時候快速睡著，在我想怠工偷懶的時候黏著我說故事，在我不想參加交際飯局的時候發燒生病，在我最脆弱的時候抱著我說：「高士涵最愛媽媽……。」從士涵四個月大就與我們共同保護教養他的裸母一家人，也是我要特別提及與至親並論的。素真與林先生在教育孩子上的堅持以及對待士涵如同己出的胸懷，讓我在「子女最佳利益」的專業認知與判斷上，獲得許多發人深省的寶貴資料。他們的孩子詩恩與軍維，更在士涵的日

常生活中扮演親生手足的角色。士涵的幸福，包含了素貞一家人不可或缺的愛。同樣也不可以忘記的，是士涵的乾爹俞大衛律師，只因外子玉泉的一句話，他就二話不說的與我們共同挑起對士涵的情感負擔，也為士涵的成長增添了溫文儒雅的學習榜樣。這些就是我的家庭——支撐我從事法律社會學研究與教學工作的家庭。

在學術工作上，師長的鼓勵與支持總是在我徬徨或無知的時候，像北極星般亮晶晶地指引著我。司法界的長者施啓揚院長、鄭健才大法官、孫森焱大法官、戴東雄大法官、施文森大法官、曾有田大法官、李慧兒院長、黃文圖院長、楊鼎章法官，教育與社福界的長官與前輩羅仁權校長、陳恭教務長、黃異院長、黃碧霞局長、廖靜芝局長、高李麗珍牧師娘、李麗芬秘書長、王美恩副執行長，以及兒童局、兒童福利聯盟、終止童妓協會、兒童人權協會的夥伴們，在引領慧玲成長發展的這一路上，您們辛苦了！學術界的陳惠馨老師，是我在家庭法律社會學研究上的慈母，不論我做什麼傻事，老師總是給予堅定並肯認的眼神；馮燕老師的身教讓我體會忙碌但輕鬆愉悅、專業卻不咄咄逼人的哲學；李震山老師在傳道、授業、解惑間言行如一的學者風範，總讓受教者如沐春風，而春美師母則應驗了成功男人背後的那個動人的故事。林秀雄老師對待後輩謙和有禮的典範，令人印象深刻。郭明政老師堅持真理的獨特表達方式，雖曾教我望之卻步，但他對我研究兒童人權的支持與鼓勵，卻也是獨特得深具說服力。

江義雄院長之於我，正如祝壽論文中所述，是我在擔任教職上的嚴父兼慈母。在中正大學法律系服務近十年來，因為有院長無私卻誠摯的保護教導，我才得以在風風雨雨之中潛心修

習，而質樸寡言的師母，為我的失聲而細心熬煮桑葉汁、準備桑葉與枇杷葉的情懷，慧玲銘感在心。在過去二十餘年來，陳長文老師對於外子玉泉的種種，我無法代他以文字一一闡述，但我可以親身體會的是，老師雖然不常在身邊，卻有一股讓學生享受安逸、又催促奮進的無形力量。日前我們帶士涵去找老師喝茶，老師仍然殷切地關心詢問學生的工作、家庭與生活。在外人想像中應該已是心力交瘁的陳長文律師，因為總是心繫著他人的幸福與快樂，在我們眼前永遠都是那麼地神采奕奕。近兩年來，我有幸參與陳惠馨老師領導的研究團隊，與學術界的同好黃源盛、郭明政、陳起行、陳子平、陳英鈺、沈冠伶、何賴傑、楊芳賢、陳淑芳、莊世同、江玉林、姜炳俊、蔡晶瑩、劉宏恩、江嘉琪等老師，共同為改革基礎法學教育而盡一份讀書人的心力。這樣一個可以在學術上談心的研究團隊，讓我親身體會「過程比結果重要」的真理！在法律領域之外，研究並評估治療兒童自閉症的姜忠信老師，總是很耐心地聽完我一長串又一長串的提問，卻能正中紅心地解答我的困惑並安撫我的不安。忠信不僅在生活上協助我善盡母職，在知識上也提供我研究特殊兒童人權的心理學專業資訊。

完成這本論文集的動力，還來自系上的研究與教學夥伴們：首先要感謝在我致力於「家庭法律社會學」的推展工作中，一直在行政上給予支持與鼓勵的蕭文生主任、金哲兄及淑玟。進入中正法律的團隊以來，鳳鳴對我的包容與提醒，何只是學術工作上的明鏡可以形容！信華是我在學習憲法訴訟的啓蒙者，也是研究家庭權的良師益友。明昕給我在月旦法學教室上寫作特別連載的功課，著實督促我完成家庭法律社會學的基礎教材。津津、慧君、映潔與千維、仁森、華凱等好妹妹與弟

弟們，在我的工作上倍添家庭的溫情。研究室的每位助理小朋友，也是必須牢牢記住的：玉琳總是在我還沒有來得及交代工作之前，就把我該做的事當作她自己的事做好了；亘瑩像個很貼心的兒子，總是很專心的聽我把整個宇宙抱怨一輪，然後再拎著我去吃香喝辣的，而與我共同寫作的亘瑩，卻又是講求效率且認真嚴肅的；桂香的傻勁兒儼然得自我的真傳，也希望你在貧窮老人照護與人性尊嚴的研究上，可以繼續堅持下去；美瑩則是我的研究計畫救火隊隊長，每次都能領導眾將助我全身而退；聖展被封為貼身保鑣，可謂文武全才，沒有他每天在我研究室中碎碎念，我連出考卷都會忘了範圍；尚宏雖然辭職準備考試去了，卻仍然惦記著研究室裡的老師吃飯了沒；建霖總是靜靜地完成工作，然後為了避免在身高上造成我的壓力，還細心地蹲在座椅旁與我討論進度；采甄每天將研究室打理得一塵不染卻充滿美食，讓我們可以享受清新且飽足的工作環境；敦厚寡言的志傑，一直適時提醒我要養成健康的飲食與生活習慣。我與法律系博士班學生勝珍、燦都、武全及德厚之間，好友遠勝於師生的情誼，不斷地給我沒有壓力的砥礪與督促。

，義成是我的第一個博士論文指導學生，他的許多原創思想與努力成果，將我原本忐忑不安與排斥的心情轉化為美麗的憧憬與期待。旭政在兒童人權的研究與體現上，早已超越我的指導所及。小舫與頌善這兩個總是帶著璀璨笑容的孩子，讓我頓悟修改學生論文其實可以不要緊繃著臉。重陽與娟季就要負笈英國，他們雖然給我身為人師的驕傲，卻牽引更多情同手足的不捨。有志對於知識的渴望，常常提醒我重新翻閱本來以為已經很熟悉的書本。由於我一直覺得指導論文是學術生命中最難以承受的重，所以就常常笑著警告學生說：「破壞師生情誼最

直接的方法就是找我寫論文！」但是當嘉益說找我的原因⁹，是希望可以如我一般在法律社會學研究中獲得生命的自由，這讓我找不到任何拒絕他的判斷餘地。兆環、進生、奕文、美玲及恭利，雖名為在職班研究生，事實上是我在教學與研究上的親密戰友，兆環與美玲更是我的育兒知音。偉展硬是將碩士論文與慧玲老師的晚娘面孔擱置一旁，毅然挑起這本論文集「校稿媽媽桑」的重責大任，帶領旗下的明立、鴻驊、重陽、娟季及孟玲挑燈夜戰，教我深深感動。在我這個簡陋的知識殿堂中，竟能擁有這麼多愛的寶藏，我已無復他求。

在遠方的忘年摯友英俊、緯瑱以及念恩老師，曾在我客居他鄉卻身陷苦痛之際，無私地慰藉我受傷的心靈而不求回報。寄住在英俊夫婦LEAMINGTON SPA家中的那一段療傷的日子裡，每每在享用緯瑱為饕客們準備的盛餐之後，品嚐著英俊滴滴匯集成杯的香濃咖啡，與大家促膝聆聽念恩從容講述中國的魯迅與阿Q。那一刻著實帶領我進入平靜無爭卻饒富深意的文人境界。還記得念恩的博士論文是討論「興」在中國文學作品中的意涵。年輕的我，只知道望著這樣小題大作的研究者而讚嘆不已。如今憶及，才恍然領悟：每一個文字本身，都扮演著在表述整體意涵間舉足輕重的角色；每個文字，也都可能因為與其他文字的結合或對比，而導引出多彩多變的意義與情境。茫茫人海之中，個體生命的存在價值，又未嘗不是如此的獨特卻又深具影響力！

收筆之前，我要衷心感懷法治斌教授——一位對我而言非常獨特而又深具影響力的啓蒙老師。二十三年前，老師的第一堂「憲法」帶領我進入以法律思考生命的知識殿堂。如今，老師的法律生命就由他滿天下的桃李們合力延續下去。選擇在老

師逝世週年後整理這本論文集，是希望讓老師知道，慧玲一直沒有忘記老師的諄諄教誨：「讀書人就是要多寫東西。」我不確定自己是否適格作為老師口中的讀書人，但我會努力以此自許，也期盼老師可以遠遠地看見，並且繼續不斷地督促指導我。也希望以這一本論文集，作為慧玲送給老師在那一個無憂世界的生辰禮物。

2004年仲夏深夜
收筆于士涵甜睡鼾聲中

目 錄

家庭法學中的生命與理想（陳惠馨序）

自 序

引荐家庭法律社會學的知識殿堂

壹、行 前	3
貳、窺 探	4
參、進 入	7
肆、逗 留	10
伍、期 約	12

論「個人權益模式」之身分法教學體系——大學民法親屬課程的另一種嘗試

壹、撰文動機	17
貳、重新建構親屬法教學體系之藍圖	18
參、我國親屬身分法之規範體例	20
肆、「個人權益模式」之親屬法教學架構及內涵	24
伍、「個人權益模式」之親屬法教學理念及方法	30
陸、結 語	32

一夫一妻制度

壹、開門迎客	37
--------	----

貳、牛刀小試	38
參、基本工具	40
肆、附加配備	42
伍、驅動程式	49
陸、敲鑼打鼓	53

從男女平等原則談新修正之法定夫妻財產制

壹、撰文動機與目的	57
貳、「男女平等原則」在法制史上之不同面貌與內涵	58
參、法定夫妻財產新制所建構之「男女平等原則」	63
肆、「男女平等原則」之詮釋與價值取向之再探尋	73
伍、結 語	79

婚姻暴力防治

壹、實現承諾	83
貳、尋寶圖現身江湖	85
參、按圖索驥	85
肆、路旁的野花隨意採	93
伍、好東西與好朋友分享	95
陸、臨別箴言	97

家庭菸害防治

壹、續前緣	103
貳、來講古	104
參、去把玩	110
肆、放風了	119

**我國菸害防制法規範對於胎兒及嬰幼兒應有之特別保護
——專家意見分析**

壹、研究動機及目的..... 123

貳、研究方法與研究步驟..... 127

參、本研究價值體系及主要概念 127

肆、專家意見..... 130

伍、法律修正整體建議..... 134

**論兒童少年吸菸防制責任之法律規範——以兒童權利
公約與菸草管制架構公約為藍圖**

壹、前 言..... 164

貳、研究方法與步驟..... 167

參、研究過程與發現..... 169

肆、規範原則——他山之石 173

伍、特別立法建議——兒童少年吸菸防制法..... 190

子女本位之親子法

壹、讓我們促膝來聊聊..... 205

貳、一頭栽進「他山之石可以攻錯」的信仰 206

參、破除對於移植法律的迷信 209

肆、法律寫起來容易、用起來卻好困難！ 211

伍、「兒童是人」作為終生信仰 216

陸、終 點..... 219

子女最佳利益與離婚後親權行使

壹、實務問題..... 223