

重新探索法律中「非正式的」淵源—— 以「個人／家庭／國」的脈絡說明 「非官方的次級規範體系」

李清潭*

目 次

第一節 前 言	二、親屬法正式法典的修改
第二節 法律中「非正式淵源」的角色	三、國家對於倫理領域法律干預的缺失
一、法律淵源「雙重體系」的存在	第五節 現行正式的親屬法實施的困境
二、「非正式的」法律有針對國家制定法的功能	一、繼受法的先天困境
三、「非正式的淵源」讓法律與社會不能分離	二、倫理在「正式」與「非正式」之間的差異
第三節 「非正式的」親屬法不容忽視	三、當代台灣親屬倫理的脫序
一、親屬關係規範之「雙重體系」	第六節 親屬法修正方向的商榷
二、傳統上「非正式的」親屬法相當活躍	一、突破繼受法的先天困境
三、「非正式的」親屬法的歷史發展	二、在倫理的本質上調合「正式的」與「非正式的」法律
第四節 正式的法典西化的優劣	三、釐清當代親屬倫理的脫序
一、正式的親屬法「西化」的矛盾性	四、親屬法的目的在撕裂親屬關係嗎？
	第七節 結 論

* 東海大學法律學系副教授

* 本文之完成，特別感謝本系同仁李成老師和陳美蘭助教、友好陳泰璵、羅美秀、謝名冠和曾惠蓮的鼓勵。當然，行文如有謬誤，責任乃屬筆者本人。

「法律實證主義（Legal Positivism）的基本錯誤之一，乃是在於它將其有關法律淵源的理論，完全，或幾乎是完全，侷限於那些為我們所稱之為的法律正式淵源的內容之中。」——博登海默（E. Bodenheim）「法理學」（註一）

「煮豆持作羹，漉豉以為汁，
其在釜中然（燃），豆在釜中泣，
本是同根生，相煎何太急。」
——曹植「七步詩」（註二）

第一節 前言

本文主旨，乃以「非正式部門（the informal sector）」的社會立場，或倫理道德的自然演變角度，檢視法律與國家（law and state）在當前台灣的家庭倫理結構中的角色。對此，關於國家制定法的侷限（the limitation of state law），其中三項命題成為不可避免的檢驗課題。

第一，國家制定法不能涵蓋所有法律的範疇。奧地利的著名社會法學家艾利希（Eugen Ehrlich; 1862 — 1922），曾有一項令當代法律人（lawyer）驚訝，而令社會學研究者（sociologist）認同的主張：就範圍而言，法律本身的廣度，遠較國家體制（state institutions）所建立的與適用的規範廣泛！（註三）中古時代封建家族於近代式微後，「現代國家」（the Modern State）壟斷了許多社會自然團體的自我規範（self-regulation）。例如，就家庭的社會與政治功能而言，親屬共同

（註一） Bodenheim E. (1974), "Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law", (Harvard University Press, 1974, Revised ed.) 中文譯本，結構群（1990），「法理學——法哲學及其方法」（博登海默原著），原文 P.346；中譯本，第 485 頁。

（註二） 參見「古詩源箋注」（台北：華正書局；1992 年版），第 151 頁。

（註三） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), The Sociology of Law: An Introduction (Butterworths, London); p.29.

團體秩序的規範，已由法律取代了家規。

第二，西方法的移植（the transplantation of the western law），或法律的西方化（the westernization of law），並不表示法律作為整合的機制（law as an integrative mechanism）的成功。基本上，「法律」，在理論上是其本身社會整體意志的表徵，通常具有社會倫常、習俗的基礎，並從中分離而成一種合乎理性及邏輯的價值體系。然而，此一自然現象在「繼受法」（註四），則不盡然如此，例如林紀東教授之質疑。（註五）因而，我國現行親屬法立法之初，雖保留若干傳統倫常觀念，仍係參酌德國、瑞士等國之法制，因而導入個人主義及權利本位的思想，使親屬關係面臨成員間理性的物質計算，從而呈現日趨功利化的現象。（註六）當然，此般現象有其社會結構、家庭組織與功能變遷的本質因素，但是，依照王伯琦教授觀察，（註七）「個人主義」（Individualism）權利觀念的法律規範，也具

（註 四） 「繼受法」，是模仿外國法制而制定的法律，及係由外國的法律，採取其較適合於世界潮流和本國國情者，制定為本國的法律，如從前美國法之模仿英國法；我國清末民初的法律，模仿日本的法律是。參見林紀東（1978），「法學緒論」，（台北：五南圖書，初版 15 刷），第 33 頁；韓忠謨（1984），「法學緒論」，（台北：韓忠謨教授法學基金會，1984 年再版），第 47 頁。

（註 五） 關於繼受法的缺點，在於「張冠李戴，不適合本國的情事」。「只顧法律的時間性（時代潮流的一面），不顧法律的空間性（本國社會結構、傳統觀念、風俗習慣的一面），盲目抄襲」。參見林紀東（1978），「法學緒論」，第 34 頁。

（註 六） 個人主義對於現行親屬法繼受的影響：一方面，提昇了女性、卑親的人格地位，保障個人的基本權，相當程度地實踐了實質的社會正義，也促進了社會進化。另一方面，卻導入個人主義及權利本位的思想，使原以情感倫常維繫的親屬關係，面臨成員間理性的物質計算，忽略精神層面的意義，從而呈現日趨功利化的現象。參見王伯琦（1956），「近代法律思潮與中國固有文化」（台北：法務通訊雜誌社；1993 年五版）；第 45—51 頁部份。

（註 七） 王伯琦教授認為：「就法律的內質方面而言，我們的諸大法典，因為所採的是各國最新立法例，所以充滿了許多西洋的道德觀念，他們過去的道德觀念，是以個人為出發點，仍以個人為歸宿點，只有個人問題，再無其他，與我們的倫常關係觀念，當然格格不入。他們的新道德觀念雖是以個人為出發點，而是以社會為歸宿點。」（第 45—56 頁）王氏又認為：「……脫離了個人觀念，絕不能有社會觀念，要講社會主義絕不能脫離個人主義。脫離了個人觀念的社會觀念是單純的義務觀念，單純的義務觀念近乎奴隸觀念。」（第 53 頁）參見王伯琦（1956）。

有相當的催化作用。

第三，國家制定法本身未必能安頓倫理的關係（the ethical relation），兩者之間可能是一種緊張狀態，甚至學者主張，「法律與道德的分離是現代社會的特色」（註八）。值得注意者，身分關係，是一種「以具有共同倫理目的為本質」的社會結合關係，（註九）並不同於財產關係著眼於追求自身交易的利益。誠如史尚寬教授標明「親屬法的團體性」，乃謂：

「此點與民法中物權、債編之財產法部份有鮮明的個人主義色彩者，大有不同。」（註一〇）

因而，值此民法親屬編修正之際，本文擬就國家制定法和倫理（the state law and ethics）兩者的互動、傳統倫理的規範依據、社會基礎及其法制背景、實踐反省與修正原則等重大議題，略作探討與建議，藉以尋出適切的修法方向。

第二節 法律中「非正式淵源」的角色

非制定法（Ungesetztes Recht），非正式法律（the informal law），或非正式部門（the informal sector），成為當代法律發展中常被忽略或掩蓋的部份，是學術研究可開拓的實存領域，更是國家行政、立法、司法運作常被挑戰的交戰地區。

一、法律淵源「雙重體系」的存在

誠然，法律淵源存在著雙重體系的事實，在今日並未受到應有的重視，以日本學者美濃部達吉，他早在 1908 年的分析，即可明白，非制定法仍有其價值與角色：

（註八） 參見王海南、李太正、法治斌、陳連順、顏厥安（1995），「法學入門」，（台北：月旦出版；三版二刷，1995年9月），第101頁。

（註九） 參見戴炎輝、戴東雄（1986），「中國親屬法」（七十五年八月修正版），第2頁；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（1987），「民法親屬新論」（七十六年九月版），第1-3頁。

（註一〇） 參見史尚寬（1964），「親屬法論」（台北：1980，台北四版），第5頁。

「今日的法律狀態，和舊時代所不同的地方，僅是在舊時代的法，原則上由不成文法而成，國的立法，只不過立於補充或改正的地位。反之，在今日的狀態，一般採取成文法主義，不成文法卻只在於補充成文法不足的地位。不成文法價值的大小，在過去和現在之間，雖大有不同，但不成文法和成文法，相併而為法的淵源之一，即在今日，亦屬無疑。」
（註一一）

基於以上的認識，美濃部達吉本人在「非制定法小論」中，主張：將法的淵源分為制定法和非制定法兩種；又認為非制定法不以慣習法一項為足；「制定法 / 非制定法」的名稱，較諸「成文法 / 不成文法」為適當。（註一二）

美濃部達吉把「不基於國家（其他的公共團體，亦包含在內）的制定法，而有法的效力者」，總稱為非制定法（*Ungesetztes Recht*），以與制定法相對立。又將非制定法分為慣習法（*Gewohnheitsrecht*）和理法（*Vernunftsrecht*）。（註一三）此一定義，是本文所採納的。

再以「非制定法」的角色分析，前引社會法學家艾利希（*Eugen Ehrlich*）的理論，認為社會生活中，實際被人們遵循的規則，是真正的「活的法律」（*Lebendes Recht; Living Law*）；並藉以防範和解決糾紛，而無需求助於國家的法律機構。（註一四）這一理論的基礎，乃於社會生活的特徵，構成「非正式的」部門，「國家法律（*state law*），通常與社會控制的真正結構（*the real structure of social control*）絲毫無關」，這種結構才是「秩序和和諧」（*order and harmony*）的保證。（註一五）因此，在艾利希的觀念中，「法律並非從外部施加的，而是基

（註一一） 參見美濃部達吉（1935）著，林紀東譯，「法之本質」，（台灣商務印書館，1993，台二版第二次印刷），收錄1908年「非制定法小論」一文，第132頁。

（註一二） 參見美濃部達吉（1935），第133頁。

（註一三） 此處所謂「慣習法」包括「事實慣習法」、「判例法」、「政治的慣習法」、「行政的慣習法」等，參見美濃部達吉（1935），第137-151頁。另外，「理法」的定義是：「別無此等（國權或事實上慣習）外型上標識的存在，單依社會生活之實際的必要，或依一般的法律思想與事物自然的條理，而具有法的效力。」參見前書，第151頁。

（註一四） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.29.

（註一五） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.31.

於蘊含在「社團」(*gesellschaftlichen Verbände*) (註一六) 之中的思想方式：

「法律的真正 (*real*) 制裁，根源於此一事實：一般而言，沒人願意被排除在社團之外，及被排除在公民關係、家庭、朋友、職業、教堂、商業團體之外。拒絕遵守規範，就導致維繫個人與社會團體之間的連結作用的減弱。」(註一七)

由上推論，可知法律的非正式淵源，本為社會生活和結構本身的產物，其與國家法的互動關係，尤其值得吾人仔細研究。

二、「非正式的」法律有針砭國家制定法的功能

現代法歷經近代「法典化運動」後，成文法固然有喧賓奪主之勢，卻不能抹滅不成文法的針砭社會規範的角色。法理學上，至今仍不能在「法之淵源」中，去除不成文法 (及其所附的習慣法、判例和法理三者) 的地位。

依據博登海默 (*E. Bodenheim*) 的分析，在 1923 年，龐德 (*Roscoe Pound*) 寫的「司法判決的理論」(“ *The Theory of Judicial Decision* ”)，實乃關於非正式淵源學說的開創性文獻：「法院和法學家的出發，總是以比當時的正式法令制度更多的某種東西為基礎的。」(註一八) 此外，博登海默本人則於法理學上，更討論了非正式淵源的分類與性質，包括「正義之標準」(*standards of justice*)、「理性與事物的本質」(*reason and the nature of things*)、「個別的公平」(*individual equity*)、「公共政策、道德信念與社會傾向」(*public policies, moral convictions, and social trends*)、與「習慣法」(*customary law*) 等。(註一九) 尤有甚者，對照於非正式的法律的角色，博登海默有以下對國家制定法的警告：

「那種表現為較為激進的法律實證主義觀點，很容易導向法律解釋上的

(註一六) 參見 *R. B. M. Cotterrell* (1984), p.32.

(註一七) 參見 *R. B. M. Cotterrell* (1984), p.33.

(註一八) 參見博登海默 (*E. Bodenheim*) (1974)，原文 p.350 and footnote 11；中譯本，第 490 頁。

(註一九) 參見博登海默 (*E. Bodenheim*) (1974)，原文 *Chapter XVII*, pp. 346-378.

虛無主義（ the interpretative nihilism ），而這種情形則使有關法律非正式淵源的理論，變得不僅合乎需要，而且是絕對必要的。現在，我們知道，由國家確立的實在法制度，必然是不完整的、支離破碎的，且充斥著模糊不清的含意。」（註二〇）

誠然，民事固然講求私法自治，其中又以親屬之規範最富非正式性（ informality ）。藉由史尙寬教授對於「親屬法之特質」的分析，「親屬法之習俗性」即是：

「親屬法多為各國所固有，夫妻親子之自然關係，莫不受其國家環境、風俗、人情之影響，各有其傳統，故親屬間之法律關係，多隨習俗而移轉，其與國情不合之規定，鮮能發揮其效用。」（註二一）

上文分析中的「固有」、「各有其傳統」等非正式的法律所常依附的因素，假若遇上「其與國情不合之規定」的繼受法時，前引林紀東教授關於繼受法的缺點（第一節），將特別明顯：

「……盲目抄襲，以致橘逾淮北則為枳，和本國社會情況，扞格不入，所以求社會之進步者，或反足以害之。」（註二二）

除了前述的繼受法的缺點外，成文法也可能發生流弊。以韓忠謨教授的警語，就是「現代的功利主義，很容易產生法律萬能的錯覺」：

「在急進主義者，因為好高騖遠，也可能一味模仿他國立法，不管是否適合國情，硬生生地將外國法抄入本國法典，致使法律與人民生活脫節，這都是成文法常見的毛病。反之，不成文法，是由潛移默化而來，當然不致有此缺憾。」（註二三）

由上推論可知，我國現行親屬法，既以國家制定法的法典形式施行，自難超脫前述繼受法與成文法的雙重流弊。

然而，儘管如此，時代變遷，「法律已由成長階段發展至高度技術立法階段，

（註二〇） 參見博登海默（ E. Bodenheimer ）（ 1974 ），原文 p.349.

（註二一） 參見史尙寬（ 1964 ），第 5 頁。

（註二二） 參見林紀東（ 1978 ），第 34 頁。

（註二三） 參見韓忠謨（ 1984 ），第 29 頁。

成文法佔絕對優勢，一切制度之興革，莫不借重精密的立法」。(註二四) 這樣的事實說明，成文法與不成文法各有短長，實無法完全取代對方。因而，演化的問題即在：其中兩者的關係，應是互相排斥？或是相輔相成？

三、「非正式的淵源」讓法律與社會不能分離

對於法的規範中，「正式的」和「非正式的」兩個淵源，孰優孰劣？以正式的法為優者有之，例如萊維-布律爾 (Henri L'evy-Bruhl)；(註二五) 以非正式的法為優者亦有之，例如美濃部達吉。(註二六) 辯論雙方並無法完全說服對方，即連提出「活的法律」概念的艾利希 (Eugen Ehrlich)，也無法解決此一分歧：

「無論如何，事實的真相是，艾利希的概念並不能提供一種方法，來決定國家法 (state law) 在任何的特定領域中，其適當程度為何？無論是國家法和活的法律 (living law) 兩者衝突時，何者應該 (should) 為優？或是在某些方面此種分歧本身是有利的嗎？這些議題均屬政治評論的問題。」(註二七)

儘管艾利希的「活的法律」，或非制定法 (Ungesetztes Recht)，非正式法律 (the informal law)，非正式部門 (the informal sector) 等概念，有本身的侷限性，但是對於法律實證主義 (Legal Positivism) 底下，持法律與社會分離之假設的法律人，絕對構成理論的挑戰。

法學思潮演化，自邊沁 (J. Bentham, 1748-1832)、奧斯丁 (J. Austin, 1790-1859) 以下將法律視同主權意志的具體化，把法學視為系統的知識實體，乃至克爾森 (Hans Kelsen) 「純粹法學」(The Pure Theory of Law)，(註二八) 清除了倫理的、政治的、社會科學的或歷史的觀點，法律分離而成知識和實踐

(註二四) 參見韓忠謨 (1984)，第 28 頁。

(註二五) 參考 Henri L'evy-Bruhl (1961) 所著，"Sociologie du Droit"；中文譯本，廖天美譯，「法律社會學」(台北：結構群；七十九年五月初版)，第 51 頁。

(註二六) 參見美濃部達吉 (1935)，第 142—143 頁。

(註二七) 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.34.

(註二八) 參見 Kelsen H. (1945), "General Theory of Law and State", translated by A. Wedberg (New York: Russell & Russell Edn., 1961); 以及，(1934)

活動的獨特領域。幸而，「非正式的法律」或是「活的法律」，將法律又拉回社會關係的一部份：

「在現代西方社會，如界定『法』是規範性體系（normative systems），而不是國家法（state law）而已。這就提出了以下假設：那些（法律實證主義）法律人所關注的問題——諸如，法律決定的正當性；規則的解釋、發展、普遍化和系統化；規則和裁量的關係；以及，公正和法之確定性的關係——可以由許多規範性體系，以某種形式（in some form）表現出來，而非只存於法律人限定的法律之中。」（註二九）

淺言之，非正式部門的活躍，讓法律的意義從「法匠」的指掌間脫逸而出：

「在這種意義下，『法律的』問題，可以說是社會組織的中心問題，而法律思想就不只是法律人的思想（not merely lawyers' thought），就某種角度而言，更是在社會中無數的組織、制度、和關係裡解決難題的方法（the means of solving problems）之一部份。」（註三〇）

因而，吾人若問：法理上，「非正式的淵源」的意義何在？答案正在於，讓法律與社會不能分離的影響。

如此推論，本文主張，在現行親屬法的修正中，經由兩者互動緊密的非正式部門，重新認識親屬規範的「習俗性、倫理性、團體性」（註三一）結合「慣習法和理法的補充性」（美濃部達吉的用語）。

'The Pure Theory of Law', translated by C.H. Wilson (1934), *Law Quarterly Review* (1934), vol. 50, pp.474 et seq., and vol. 51, pp. 517 et seq..

（註二九）參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.34.

（註三〇）參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.34.

（註三一）依史尚寬教授分析，除了「要式性」之外，親屬法的特質仍有三：「習俗性」、「倫理性」與「團體性」。參見史尚寬（1964），第4-5頁。

第三節 「非正式的」親屬法不容忽視

既然法律淵源中「雙重體系」的存在，古來皆然，親屬法作為法律的一支，自也難免。本節主旨即在回溯「非正式的」親屬法之演變，並期能摘取若干未來法典修法的啓示。

一、親屬關係規範之「雙重體系」

如前文揭示，切入社會中親屬關係的研究，需正視其規範「雙重體系」的存在，是首要的合理化步驟。

首先，親屬關係，在本質上具有人倫的情感因素，因而親屬關係的非正式的法律規範，往往依據其內發的倫理秩序。（註三二）因此，相較於財產法（the property law）法律關係，親屬法（the family law）的法律關係更需考慮倫理內涵，其內容效力如何，原則上係依社會習俗為基礎。（註三三）相對地，正式的法律的機制，僅由其對各種身分關係之政策，評價是否在法律上亦應承認此身分關係，以維持發展此身分關係，此性質可謂為「事實先在性」：

「申言之，先有身份關係，而後法律予以規律；非先有法律，而後成立身份關係。」（註三四）

而先在的事實，本有其歷史傳統、文化精神及社會結構的背景，但繼受的立法，或有助於社會變遷，卻不見得有社會意識的根基。

現代親屬法的特質，無庸置疑地，需保障人格平等與發展，以達成社會正義。然而，現代親屬法的發展路程上，對於親屬人格的保障，過於強調個人主義下的權利本位思想的正式法制，忽略了非正式的道德倫理規範。在「雙重體系」下，法律的規範意義，固不在倫理道德的激發，但是，法律對實現較高的理想，並非不能有所作為，（註三五）尤其親屬法的社會功能，不應只是權利義務釐清的工具，尚應

（註三二） 參見戴炎輝，戴東雄（1986），前引書，第4頁。

（註三三） 參見史尚寬（1964），第4-5頁。

（註三四） 參見戴炎輝，戴東雄（1986），前引書，第4頁。

（註三五） 參見王伯琦（1956），第67—73頁，關於「超前立法的出路」一章。

有提昇社會生活的意義。因此，檢視現行親屬法與社會規範的差異及其實證上之影響，有利於尋求適切修法方向。

二、傳統上「非正式的」親屬法相當活躍

中國，自秦漢統一以來，治亂相循，私人間社會生活的規範依據，有賴家法、行規、地方風俗等生活習慣，加以維繫，生活習慣久之成「禮」，深受儒家思想影響的傳統中國社會，禮法倫理便成爲親屬間規範的依據。（註三六）在法的觀點上，「禮」在古代是自然法的代表，有其社會自發的內在基礎，著重人倫秩序的約束力。此不同於「法律」，係由社會倫常、習俗中分離而成一種合乎理性及邏輯之價值體系，更與「繼受法」之間存在異質性。因而，繼受法行之於受傳統禮法約束的社會，除面臨了規範價值觀之不同，並需適應規範形式的不同。需說明者，本文所強調法律應具的社會倫理基礎，並非指傳統人格差等的秩序觀念，而是與時俱進，符合人類社會理性所普遍認同者，諸如男女平等、青少年與兒童福利等觀念。在倫理生活的共同目的下，如果親屬成員之間認同團體、包容奉獻並互信互助，則成員人格發展即有更大的空間，個人權利也能更實踐發揮。

以今日社會思潮觀之，男女平等可謂是人倫理想、社會控制和經濟現實結合的基礎，例如，離婚後子女的監護權，當代台灣豈容「家父長權（the Patriarchy）」一方完全宰制呢？社會輿論係立基於以子女利益爲判斷標準，父母機會的均等，俾能爲子女尋求妥適的歸屬，亦非完全由父母利用個人主義的權利任意主張。此一輿論趨勢，呈現當代台灣倫理觀念，已由「家本位」，轉爲「父本位」，再轉爲「父母平權、子女本位」；但是法律規範的內容呢？

三、「非正式的」親屬法的歷史發展

近代台灣政權更迭，施行了不同的法律制度；因而以國家制定法規親屬關係，乃是長期歷史的小小片段。（註三七）二次世界大戰之前，大部份的社會家庭

（註三六） 參見馬漢寶（1991），「儒家思想法律化與中國家庭關係的發展」，載於「國立臺灣大學法學論叢」，第二十一卷第一期（1991年12月），pp. 1-14；第12頁。

（註三七） 參見 Marjery Wolf (1972), "Women and the Family in Rural Taiwan" (Stanford University Press); Parish & Whyte (1978), "Village and

親屬關係，不是援引清代舊例，便是藉由風俗習慣等非正式的法律淵源。

首先，在漢人移殖開拓初期，移民的漢民族，不僅與原住民風俗隔閡，更與西方航海者習慣迥異。西元 1624 年，荷蘭王國占領部份台灣，允許原住民及來台漢人依各自習慣法解決紛爭。而後 1662 年，鄭成功逐退荷蘭人，也未建立具有政權規模的法律制度。其後，於 1683 年，大清帝國征服台灣，施行官府法典並制定若干特殊法。同時，在清朝統治的二百十二年間，漢人大量移民台灣，中國傳統禮法及大陸南方的民間習慣法，在此奠定了深厚基礎。（註三八）

其次，日據五十年時期，台灣社會被迫接受日本「殖民主義」下以個人主義為基幹的近代西方法。換言之，始自 1895 年日本統治，台灣社會必須大量面對西方法律制度。然而，依據日本法學者美濃部達吉，在 1908 年「非制定法小論」的手稿中，對於當時台灣社會的法制，提出了「只以制定法為法的不當」之論點：

「關於台灣及其他新附於日本的領土，學者往往主張其領土加入的瞬間，其舊法全然消滅，日本憲法當然的及其效力於新領土，這恐怕也是由於以國家意思為法的思想，所產生的錯誤之一。」（註三九）

除了學者對於「制定法」的質疑外，當時國家法實際也對殖民社會進行讓步：即台灣人民之間有關親屬、繼承之案件，大抵仍依據台灣民間社會的舊例規範。以 1922 年（日本國大正十一年）敕令第四百零七號第五條，對於同年敕令第四百零六號「設置特例」為例，國家制定法有其讓步規定：

「有關本島（台灣）人的親族及繼承事項，不適用（日本）民法第四編及第五編的規定，除有特別規定外，依習慣」。（註四〇）

因而，儘管施行日本民法，就台灣人民的親族與繼承事項，大體上「非正式的

Family in Contemporary China" (Chicago University Press); M. Wolf & Huang (1980), "Marriage and Adoption in China", 1845-1945" (Stanford University Press).

（註三八） 同前註。

（註三九） 參見美濃部達吉（1935），第 136 頁。

（註四〇） 參閱姉齒松平（1991）著，「祭祀公業與臺灣特殊法律之研究」（中譯版；台北：衆文圖書，1991 年），第 136 頁原文。另參見，黃靜嘉（1993），「台灣族群社會近百年來法制經驗序說」，載於台北「律師通訊」，第 164 期（1993 年 5 月），pp. 64-69; 第 67—68 頁。

法律」仍較日本法律體制具有影響力。

再者，國家法與非正式的法律的緊張，再度顯現於另一套親屬法於戰後的強加（imposing-upon）於台灣社會，欠缺由下而上的社會立法過程。第二次世界大戰結束於1945年（民國三十四年），日本殖民政權由中國主權替代，中國民法施行，傳統親屬間的規範，又面臨國家法律（state law）和社會習慣（the social customs）的衝突。

第四節 正式的法典西化的優劣

相對於前述「非正式的」體系，「正式的」的親屬法，也經由西化（westernization）的過程，自1909年至1930年（民國19年），逐步建立以國家為中心的法典化（the state-centred codification）。歷經清末民初二十餘年，親屬法的西化和法典化僅能說明，不斷更迭的國家政權對於西方親屬法接受的程度，（註四一）而非中國社會的認同程度。

一、正式的親屬法「西化」的矛盾性

然而，現行親屬法的有效性既是立足於「以國家為中心」，其矛盾性也是肇因於此，三項議題值得吾人思考。第一，正式的親屬法，包括國家其他制定法，其制定與實施的過程，乃是彰顯國家機關之高壓手段（the coercion of the state apparatus）的形成，並未考量社會之接納（the acceptance of society）。證諸清末民初，中國放棄固有傳統法制，採行西洋近代法律制度，掀起了一波「西方法」（the Western Law）立法繼受運動，或稱傳統法律的西化（the westernization of traditional law）。「變法圖強」的本質，是外塑的，原非社會內造的，是由上

（註四一） 不斷更迭的政權在立法的態度，有關於親屬法方面：1910年（宣統二年）頒布現行刑律，1911年（宣統三年）擬定第一次民律草案，1915年（民國四年）有民律親屬編草案，1925年（民國十四年）有親屬法草案，1928年（民國十七年）擬成親屬法與繼承法草案，1930年（民國十九年）制定民法親屬編，自1931年（民國二十年）五月五日起施行。此一過程乃國家政權，對於二十世紀之後西方親屬法立法的接受態度，是為未修正前之正式的親屬法。

而下的，並非由下而上的。法律的西化，或西方法的引進，無非以「法律作為社會變遷的工具」（law as an instrument of social change），不脫國家統治的「工具論」之侷限。

第二，「法律工具論」（the legal instrumentalism）下的親屬法立法精神，呈現了一定程度的錯亂。如前所述，社會之接納度，既非國家制定法考量的主要依據，現行親屬法僅能說明，不斷更迭的國家政權對於西方親屬法接受的程度，而非中國社會的認同程度。以「民主」一義為例說明，現行民法親屬編立法過程，深受西方民主思潮的影響，其基本精神乃繼受歐美以「個人主義」建構的近代法律思想，尤其獨立人格及男女平等的觀念。（註四二）然而，當時國家立法菁英，或是統治階層，仍於若干條文中，保留東方傳統下的家父長權（patriarchy）之男性支配，而引發 1980 年代以來台灣女權運動的修法抗爭。因此，民法親屬編，可謂是匯集東方傳統以及西方影響的法律制度，本身呈現某一程度的矛盾性。（註四三）親屬立法的精神錯亂、形實分歧主要見於：一方面，在法律形式（the form of law）上，立法模仿德國、瑞士法制，將婚姻、家庭關係規範於民法中，並對親屬之等別、婚姻之要件、效力、父母子女關係予以明確之規定；另一方面，在法律內容（the content of law）上，對婚姻家庭的價值觀，仍借重傳統中國倫理觀念，尤其「父權夫權優先」、「男尊女卑」、「尊輩威權」等觀念。

第三，正式的親屬法，挾其國家制定法的強制性，於戰後台灣的影響力，遠勝於在戰前中國大陸的實踐性。其中的最大差異，乃在於國家對於社會的穿透力（the state's penetration into society）。近五十年來，台灣內部一方面，「黨國一體」威權統治下，政治安定，經濟繁榮，增強了資本主義商品經濟的社會條件；另一方面，教育普及，隨著知識分子，中產階級增多，社會認知上呈現個人化及功利化的傾向。於此趨勢下，西方的個人主義及權利本位之思想，逐漸融入了社會生活，架構在個人主義下的親屬法，漸為一般人民所理解與接受。軍事本質的戒嚴政權，加上國家強制力為法制後盾，現行親屬法終究成為解決身分法律關係的「正式的」依據。

（註四二） 參見戴炎輝、戴東雄（1986），前引書，第 14 頁。

（註四三） 參見陳惠馨（1995），「民法親屬篇之修正與社會變遷」，載於台北「律師通訊」第 195 期（1995 年 12 月），pp. 39-48；第 39 頁。

二、正式法典的修改 (Modification of the Formal Code)

「法律工具論」下的民法親屬編，自 1930 年（民國十九年）制定後，經過數十年現實環境的變革、法學理論的演進，以及人民思想觀念的變遷，若干親屬法的規定已顯得偏離現實或不符時代要求。固然，法律呈現了國家強制力（state coercion）的表達，但是也如梅因（Sir H.S. Maine）所主張，法律是當時社會經濟關係的歷史產物（production of the history）。（註四四）

社會變遷（social change）在一定的程度上，牽動了法律變遷（legal change），首先表現於正式法典的修改。因此，在 1985 年（民國七十四年）六月三日修正民法親屬編及其施行細則，並且公佈實施。此次的修正要點強調：

1. 維護固有倫理觀念；
2. 貫徹男女平等原則；
3. 修正夫妻財產制，使其兼顧夫妻平等，婚姻共同生活本質及交易安全；
4. 加強對於未成年人、非婚生子女及養子女權益之保護。

儘管 1985 年的修正，旨在順應時代立法之趨勢，並兼顧傳統之情感，卻仍有未竟之處。尤其，諸多違反「兩性平等原則」條款，並顯有違憲之嫌，司法院大法官會議於 1994 年（八十三年）9 月 23 日作成第三百六十五號解釋，即認為：

「民法第一千零八十九條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分，與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿兩年時，失其效力。」

社會進化是無休止的，法律固然導引了社會變遷，但也未必是符合理性的變遷，新一波的修法運動仍可見諸近期。

三、國家對於倫理領域法律干預 (Legal Intervention on the Ethical Domain) 的缺失

（註四四） Henry Sumner Maine (1909), "Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas", (reprinted by Routledge & Kegan Paul, London, 1909).

古語云：「清官難斷家務事」，其中「官」的尷尬處境，正是「國家」對於家務的「倫理」本質干預的困境。雖然我國現行民法與日本民法，同樣繼受自歐陸民法，溯自日本治台殖民期間奠下的既有基礎，近代西方法制移植入台灣已有百年歷史（1895—1996），但是倫理的領域，豈能一夕革命乎？由實證的對照上，在當代台灣「現代身分法」和「現代財產法」兩者，前者被接受的程度不及後者。大體言之，戰後台灣資本主義商品市場的優勢下，民法財產法部分已成為現代社會生活之一部分，私人間通常據此以確定權利義務關係，事先預防紛爭之發生。身分法部分，則通常是在爭端發生後，才被引用據以為解決爭端的依據。

相較於財產法，前述身份法的「地位薄弱」，源於正式的法律（the formal law）與非正式的部門（the informal sector）的無法取得協調。一方面，社會變遷仍有傳統的延續（continuity of the tradition），尤其，社會上家團主義、倫常秩序、重男輕女等觀念，仍明顯存在著；另一方面，法律變遷有其停滯性，因而若干法律規定違反了人格尊重與平等的現代法律思潮，也令許多具有個人人格自覺者不滿而缺乏認同。兩廂排拒，使得現代身分法在台灣實踐上「進退維谷」，同時面對了傳統的與前衛的觀念的質疑。仔細檢驗，在立法與司法的討論上，往往忽略了本文一再強調的重要關鍵，亦即：親屬關係是一種倫理本質的結合，深蘊社會的、內在主觀而自發的情感義理的內涵，並非國家的、外在客觀而強制的權利義務規定所能取代。例如，戴東雄教授主張：

「我國如發展為高度工商業的資本社會時，家制或許併入『夫妻關係』及『父母子女』各章內，而不必再設專章。」（註四五）

於「法律的變遷」上，或有深遠創意，但於「社會的變遷」上，家庭能否毀棄目前形式，殊為疑問耶？

進一步言之，在經濟意義下，財產權傾向「法、理、情」之順序，而在社會意義下，身份法講究「情、理、法」的輕重；然而，試問：民法「親屬編」、「繼承編」兩者，能夠完全各自分割、楚河漢界一線劃開嗎？

（註四五） 參見戴東雄（1981），「論中國家制的現代化」，收錄於所著（1988），「親屬法論文集」（台北：東大圖書），第537—572頁；第572頁。

第五節 現行正式的親屬法實施的困境

一、繼受法的先天困境

繼受自歐陸近代法制的現行法，藉由人格意識、社會人文的日漸提昇（或許可以說是愈趨西方化），以及以國家強制性的法律穿透，固然有其推廣的程度。但是，「一般人已能接受西洋的觀念了嗎？」王伯琦教授評論：

「據我看來還是貌合而神離，這是形式的偶合，不是觀念的貫通。」
（註四六）

吾人須知，法律有所立足的社會關係的價值觀、文化現象的體現、以及人民情感的表達。具體言之，法律的價值體系，理應為被規範對象（人民）所認同與理解，換言之，建構在社會內發的意識基礎上。檢驗之下，「以國家為中心」的繼受法，似乎仍缺乏傳統所延續的社會價值觀。正是這種「傳統的失落」，繼受法的引進有其先天困境：

「……這是我們固有文化的揚棄，固有道德的反叛，與我們的倫常觀念，適相背道而馳，水火不能相容，我們的社會積極的在鼓吹固有道德，維護固有文化，而我們教法律的人嘔心吐血的在灌輸獨立人格觀念，二方簡直是白刃相接，矛盾一致於斯！」（註四七）

換言之，現行親屬法的繼受，先天上第一個困境在於「傳統的背叛」。然而，其第二個困境，卻又是「傳統的復辟」。亦即本文前節所指出，繼受法「立法的精神錯亂」：在法律內容（the content of law）上，對婚姻家庭的價值觀，仍借重傳統中國的威權觀念，尤其「父權夫權優先」、「男尊女卑」、「尊輩威權」等觀念。檢驗西方近代法，男女平等雖源於個人主義，與傳統「人格差等」觀念對立，但並不表示即與親屬團體的人倫思想背道而馳，陳顧遠教授即主張：

「其他三綱（父慈子孝、夫良婦順、兄友弟恭）都係本於人性而如此，

（註四六） 參見王伯琦（1956），第45頁。

（註四七） 參見王伯琦（1956），第49頁。

本於身分而為然，現代法仍採用之，何能有咎於古？」（註四八）

但是，實證之下，「父慈子孝、夫良婦順、兄友弟恭」等傳統，被「父權夫權優先、男尊女卑、尊輩威權」等條文所篡奪，寧非親屬法繼受上的弔詭？形式上，正式的親屬法對於親屬成員的人格權益保護，達成了部分正義；內容上，卻未能充分體現社會深層內在的家庭、親屬倫理價值。從法律結構上檢驗：繼受的親屬法法典，既然是「掛羊頭」（法律形式上高掛「個人主義」），卻又「賣狗肉」（法律內容上包藏「父權主義」），面對 1980 年代以來波濤洶湧的女權運動，便成了「待宰的羔羊」！1994 年 8 月，婦女團體對於大法官會議的著名「十問」，（註四九）即是磨刀霍霍：

- （一）現行民法第一〇八九條以父權為優先規定親子關係，是否抵觸憲法男女平等原則？
- （二）現行民法第一〇五一、一〇五五條採「父權優先原則」做為子女監護權的衡量標準，是否抵觸憲法男女平等原則？
- （三）現行民法規定子女應從父姓，造成父母重男輕女，甚至利用絨毛穿刺手術大量墮殺女嬰，以使得台灣新生兒性別比例嚴重失衡（110:100）。請問民法這種規定是否違反憲法男女平等原則？
- （四）現行民法聯合財產制中，當然由夫擔任聯合財產管理人之規定，是否抵觸憲法保障人民財產權及男女平等原則？
- （五）現行民法聯合財產制於 74 年 6 月 3 日修正，74 年 6 月 5 日生效。施行細則中則明訂不溯及既往的規定，使得妻子無法分得在民國 74 年之前取得的財產，這是否抵觸憲法保障人民財產權及男女平等原則？
- （六）丈夫強迫妻子行房是否構成強姦，侵害憲法保障之人身自由權？

（註四八） 參見陳顯遠（1969），「從中國法制史上看中國文化的四大精神」一文，收錄於氏著「中國文化與中國法系」，（台北：三民書局，1969 年 4 月初版），第 131 頁。

（註四九） 全國婦女團體於一九九四年八月，針對大法官被提名人提出的「十問」，在在挑戰數十年來刑法與民法論述其內部推理基礎。參見「婦女新知」（1994），第一四八期（1994，9，1），第 11 頁，「會務報導」。

- (七) 現行民法第一〇〇二條規定「妻以夫之住所為住所」，是否抵觸憲法男女平等原則？
- (八) 妻子遷出戶籍，需經夫（戶長）同意始可的行政命令，是否侵害憲法保障之人民居住、遷徙自由權？
- (九) 各種國家特考中「限男性」或限制女性名額的規定是否抵觸憲法男女平等原則？
- (十) 工作場所的性騷擾是否抵觸憲法對人民工作權之保障？

以抗議形式表達的「十問」和其內涵，充滿了前引博登海默（E. Bodenheim）所討論的法律「非正式的淵源」。除了習慣法未被提及，婦女團體運用了：正義的標準（standards of justice）、理性與事物的性質（reason and the nature of things）、個別公平（individual equity）、公共政策（public policies）、道德信念（moral convictions）與社會傾向（social trends）。

二、倫理規範在「正式」與「非正式」之間的差異

以血緣倫理為基礎的社會規範，和以權利義務為架構的法律規定，其間本不必然相稱。三個面向必須加以討論：（一）正式的法律與非正式的法律之矛盾；（二）正式的法律其內部的矛盾；（三）非正式的法律其內部的矛盾。

第一，就「正式的法律與非正式的法律之矛盾」而言。自1930年，正式的國家制定法，對於親屬關係之立法放棄了中國三千餘年的宗法制度：

「…宗法制度一毀，倫常道德及無所附麗。於是男系與女系全然無別，身分繼承整個廢除，外祖父母與祖父母相等，姨母、姑母與叔伯、舅父毫無分別，姨表兄弟、姑表兄弟、堂兄弟一視同仁，繼母、伯母、孀母成了姻親，最親的兒女親家已根本不成其為親。……侄兒原是最標準的嗣子，在法定順序上反而絕對不可能繼承叔伯。…」（註五〇）

家族倫理經過如此「法典化」的加工，以1990年代的台灣社會眼光，觀感如何呢？是否仍如1956年的王伯琦教授所描述的文字：

「講到這些情形，初聞者，大有身處異邦之感，不禁愕然。在這樣的

（註五〇） 參見王伯琦（1956），第49頁。

制度之下，試問倫常道德哪裡還有安身之處？」（註五一）

台灣社會雖歷經了近代的鉅變，然而，傳統上根植的儒家思想，仍持續發揮影響力；親疏遠近、長幼有序的倫理規範，仍是構成正式的國家制定法的挑戰。

第二，就「正式的法律其內部的矛盾」而言。其實，儒家的家族倫理對待關係，是立基於天理人情，責成「父子」、「夫妻」、「兄弟」等當事人間互愛互敬、各盡本分以達成理想境地，不以權威及壓抑為本。可惜歷代政權不解，順應法家以「刑」冀求，也採納陰陽家的「人格服從」觀念，導致立意大失。（註五二）正式的國家制定法，挾雜「陽儒陰法」兩面手法，史載不斷。即連 1930 年的親屬法西化，亦難脫「內部矛盾」的陰影，已如本文一再指證。一方面，親屬法法典明訂：

「配偶各有其財產，而其繼承地位特別優越，男女平等繼承，夫家的財產可能全部轉到母家，母家的財產可能全部轉到夫家，……」（註五三）

另一方面，這種正式法的內部的矛盾，卻是前述婦女團體的「十問」中，具體列舉出配套下的「父權優先原則」、「夫家為主」、「男系為準」、「夫尊妻卑」等壓迫的修法抗爭！

第三，就「非正式的法律其內部的矛盾」而言。非正式的親屬規範，就社會惰性和工商新潮風氣之間，也呈現步調不一、前後失據的困境。所謂父慈子孝、兄友弟恭、夫妻互助的「倫理道德」思想，仍為一般人所認同與遵行；影響所及，宗法制度的「封建遺緒」常藉此等人文關懷，而排除個人主義下法律的「權利義務」規定的達成。誠然，法律並非萬能；但是中國古諺：「法不入家門」，並非全然消失，利用家族倫理的藉口，進行尊輩、男系個人權益的計算，寧非「宗法」的復活？眼下台灣社會，倫理道德的自律仍未見合理健全之趨勢。

綜合前述三項分析，儘管正式的親屬法行之有年，並配合社會經濟的發展曾經修正，傳統道德倫理秩序的規範觀念，仍舊與國家法律規定間存在著認知上的差距。另一方面，若干違反人格平等的規定，也使法律偏離了時代脈動。法律解決了

（註五一） 向前註，參見王伯琦（1956），第 49 頁。

（註五二） 參見馬漢寶（1991），前引文章，第 7 頁。

（註五三） 參見王伯琦（1956），第 49 頁。

一時的紛爭，卻脫逸長期倫理思考軌跡，彰顯其統治工具性的意涵，而非社會意識所認知的公平正義的實現，造成法律上形式的合理性（formal rationality in law）的降低。（註五四）當然，國家法律的一致性有其實證上的必要；但是，欠缺社會變遷的意識基礎，將使法律失卻社會倫理的根源，以正式性（formality）掩蓋了合理性（rationality）。

三、當代台灣親屬倫理的脫序

當代台灣社會，親屬關係的脫序與瓦解，涉及四個因素：家庭功能的扭曲、市場機能的功利取向、國家權威的擴張、個人主義的誤解。影響所及，正式的和非正式的親屬關係規範，都被這些因素干擾。

（一）家庭功能的扭曲：

關於家庭地位被扭曲，其根源可分為二：家庭被以「義務本位」取代「權利本位」；以及，家庭角色的「社會本位」被市場機能取代。首先，在我國過去「君臣父子」的身分制度下，家庭中個人不會有獨立的地位，個人權利觀念當然無從產生，已如前文所分析。這樣的親屬規範，乃是「義務本位」的法律，既違反現代法「由義務本位進至權利本位」的文明潮流，更是扭曲家庭的功能。影響所及，家庭的負面功能，常受其對內部成員的權威宰制（domination）而被誇大。其次，傳統的家族是社會的經濟單位、政治單位、亦是責任單位；（註五五）直到工業化、城市化後的核心家庭（nuclear family）興起，家庭淪為企業、工場的「宿舍單位」。其中大部份的教育、醫療、文化、責任等傳統功能，不是被國家所壟斷，便是為市場所壓抑。即連「男女工作平等」的概念，也無法判別「為家庭倫理服務？或為資本市場服務？」哪一項價值為高？試問：在「基本薪資收入」被國家與市場壓低後，欠缺勞資平等權，徒有兩性平等權，那有空間與時間安頓夫妻情感、親子關係

（註五四） 韋伯（Max Weber）對 Formally rational law 的討論，參見 Weber, M. (1978), "Economy and Society", edited by G. Roth and C. Wittich (Berkeley: University of California Press); p.657 et seq; (1954) "On Law in Economy and Society", translated by E. Shils and H. Finch (New York: Free Press); p.63 et seq..

（註五五） 參見王伯琦（1956），第 46 頁。

呢？吾人須知，「貧賤夫妻百事哀」，第一哀在於「勞動增加，倫理減少」，「雙薪家庭」成爲養家活口的「經濟本位」，少了傳統角色的「社會連帶」，「男女雖平等、家庭卻空洞」的困境中，倫理的重建如何於生產關係中安置？

（二）市場機能的功利取向：

第二個思考面向是銜接前述分析，資本主義下，市場機能替代家庭地位的現實。西方國家比較的工業化進步，逐漸瓦解中國人對傳統文化的自信，轉而積極模仿西方的社會制度，非但在法制上向歐陸法系靠攏，在社會思維上也連帶受影響。例如，民法第一千條規定：

「妻以其本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓。但當事人另有訂定者，不在此限。」

對此，有主張「夫妻應有共同婚姓」者，例如，陳棋炎、黃宗樂、郭振恭三位教授，因爲「第三人交易安全，才能受到保障」。（註五六）亦有主張「夫妻別姓似爲夫妻稱姓之理想類型」，例如林秀雄教授，理由也是「爲了維護交易之安全」（註五七）。由上可知：（一）主張雖異，社會交易安全的考量，遠比夫妻情感的交融，更爲法律「西化」下社會觀念之注重。（二）關於婚後冠姓的立法基礎，雙方學者都隱然、間接地承認，馬克斯（K. Marx）和恩格斯（F. Engels）之論述：關於法律發展的決定要素（determinants of legal development）乃繫於物質生活的生產方式（the mode of production of material life），（註五八）或者，現實生活的生產和再生產（the production and reproduction of real life）。（註五九）

（註五六） 陳棋炎等著（1987），第130頁。

（註五七） 參見林秀雄（1994），「家族法論集（三）」（台北：漢興出版），第93—94頁。

（註五八） Karl Marx, 'Preface to A Contribution to the Critique of Political Economy', 收錄於 Karl Marx and Frederick Engels (1968), "Selected Works in One Volume" (Lawrence & Wishart, London, 1968) 書中。

（註五九） Frederick Engels, 'Letter to J. Bloch, (September 21-22, 1890)', 收錄於 Karl Marx and Frederick Engels (1968), "Selected Works in One Volume" (Lawrence & Wishart, London, 1968) 書中。

因此，在益處上著眼，建構在倫理禮法與家族團體義務本位的傳統規範思想，漸次為個人主義與權利本位之現代法律思維所衝擊，法律對於權利義務的規定，保障了個人權利，達成了相當程度的社會正義。（註六〇）然而，從損處上觀察，架構在個人主義下的權利觀念，當然導引各人基於本身利益考量的思維計算；例如，家庭社會學者呂玉瑕曾提出警告：

「由家庭價值來看，家庭政策愈強調家庭內個人權利的平等，愈可能加強個人做理性得失的計算，往往忽略了家庭生活中精神層面的價值。」
（註六一）

影響所及，使得家庭成員（乃至社會份子）愈呈功利化傾向，造成成員的疏離。誠如王伯琦教授比較：

「父子人格獨立，財產獨立，父債子可不還，子債父可不管，繼承可以拋棄或限制。……家不過是共同生活的處所而已，既無家財，則除個人應負的扶養義務外，各人過各人的日子，可以漠不相關。」（註六二）

試問：這樣以市場經濟功利主義的傾向，現代「繼承法」配合親屬法，是方便於切割父母財產？或有利於團結家庭情感？

（三）國家權威的擴張：

不可否認地，國家權威的擴張，更讓當代家庭陷於自利的個人主義與權威的國家意志的交攻困局。國家利用正式法典的機制，侵蝕了傳統家族自我規範（self-regulation）的領域，例如：

「父母對子女的保護教養，既是權利亦是義務，雖得予以懲戒，但倘不得過當，親屬會議可以請求法院宣告停止其權利，可以不使他的父母來保護教養。」（註六三）

尤有甚者，現代國家主義（the modern statism）以國家為唯一的立法者，則

（註六〇） 參見王伯琦（1956），第43—53頁。

（註六一） 參照呂玉瑕（1995），「家產變遷與民法親屬編之修訂」，（台北）「律師通訊」，第195期（1995年12月），pp. 49-52，第52頁。

（註六二） 參見王伯琦（1956），第49頁。

（註六三） 同前註。參見王伯琦（1956），第49頁。

又壓制了家庭「自治體系」(autonomic system)的空間與活動：國家法典中客觀而一致的規定，固有其秩序維護的必要性，然而，適用於血緣的個案，卻常偏離個案的妥當性(adequacy of the individual cases)，在親屬關係的案件中尤屬明顯。就自然的親屬生活而言，親屬案件尤具多樣而切合個案的「民事自治發展傾向」，也愈因法定權利義務的形式化(the formality；或正式性)而受到牽制。

(四) 個人主義的誤解：

最後，個人主義的誤解，是當代台灣親屬關係脫序的第四個因素。首先，近代法律文明的演進中，個人、家庭和國家三者的關係，隨著時代客觀條件而調整。而在自由主義(the Liberalism)與個人主義(the Individualism)下，以個人為基礎的宇宙觀，「我即宇宙」無非打破了中古的神權理念，而又陷入個人本位的「核子化分裂(nuclear fission)」社會結構。十九世紀之個人主義的極度伸張，造成了社會疏離、唯利是圖的高度緊張。因此，本於團體主義所衍生的「社會連帶思想」(Théorie de la solidarité sociale)，適時地擔任了價值調合的功能，個人所負有的社會責任，雖係對個人主義「權利絕對的限制」或是「權利濫用之禁止」，(註六四)卻未被認為是壓抑人格的發展。相反地，前述「對於十九世紀個人主義法制的重要修正」(註六五)保障了更多他人的權利，這種介入個案調整意思自治的功能(例如，誠信原則、(註六六)情事變更原則(註六七))，相當程度達成了個案正義的實現。如此推論，從社會組織的功能而言，類似於工會的經濟共利目的，團結(coherence)的理念在家庭的結構中，仍有其積極、正面的意義。換言之，相較於社會公共事務，與個人更加密切的親屬關係，如能以「權利的社會本位」調節當代家庭結構，適度地制約個人權利的擴張，是否該被視為壓抑成員人格

(註六四) 例如，我國民法第一四八條規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」

(註六五) 參見王伯琦(1956)，第52頁。

(註六六) 例如，我國民法第二一九條規定：「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。」

(註六七) 例如，我國民事訴訟法第三九七條規定：「法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情勢變更非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，法院應依職權公平裁量，為增減給付或變更其他原有效果之判決。」「前項規定，於非因法律行為發生之法律關係準用之。」

的發展呢？在親屬同居（cohabitation）的倫理關係下，家庭既不能如碉堡般「義務本位」的威權統治，也不應像旅館般「權利本位」的商業對待；其間的調整，寧非親屬法修正應有的思維耶？

第六節 親屬法修法方向的商榷

本節銜接前文，試圖提出當前親屬法法典修正，幾個方向上的思考；包括：（一）突破繼受法的先天困境；（二）在倫理的本質上調和「正式的」與「非正式的」的法律；以及，（三）釐清當代親屬倫理的脫序等三個方向。

一、突破繼受法的先天困境

相對於（第五節第一項）所敘，繼受法既有本身的先天困境，未來國家制定法的修改方向，首要重點即在突破正式繼受法的困境、與正視「非正式部門」的法律地位兩者。

首先，我國民法之繼受與修正對於外國法例多所參酌。然而，人類雖然具有共通的理性意識，但法律規範的群體與區域，或者生活共同體（the communities），原本有別，並有其各個時代、區域及倫理的主、客觀因素。因此，對受規範的社會客體之研究，應係法律的制定與修正所不可或缺的工作。換言之，應從法實證的研究，檢討法律本身與台灣社會客體的「排斥性」（contradiction）與「相容性」（compatibility），以為法條解釋與法制上的論證依據。然而，數十年來台灣親屬法發展偏離此一軌道，而以「西化法典」之「再詮釋」為主軸，而非台灣社會本身倫理的法律內涵化（Intern）。

其次，就社會「內外」關係而言，繼受法若求不被時代所淘汰，唯一的出路，在於嘗試回歸與當代台灣社會意識契合，使移植的西方法律形式注入屬於自己人民的靈魂，維繫血緣人倫的親屬法尤然。此外，就社會「上下」關係而言，法律規範的是所有人民，並非僅限知識分子，更非法律人自己的法律，法律身兼社會整合機制（an integrative mechanism）的功能，已如前述，勢必要了解人民的情感如何。因此，相對於法律的西化與西方法的移植，向來被忽略的「繼受法當地化」

(localization of the inherited law)、本土法律研究 (studies of indigenous law) 等課題，應予加強。

同時，相對於「繼受 / 本土」的議題之外，「正式的 / 非正式的」的分析模式，也應被賦予實踐的重要性。從價值體系而論，法律價值本屬社會價值的一環，原有互動性而非各行其事，因而擬訂修法的方向，應該注意家庭的角色在人類學、社會學的觀點，藉以釐清法律的價值觀。從社會規範而論，對於國家制定法的合理化過程（亦即，修法），不僅要重視本身法理體系內部的合理性，並應評估其外部的規範銜接——亦即，非制定法的角色，以及對社會的影響。是故，在修法之際，實需參酌各方意見，以免法匠閉門造車之謬。

二次世界戰後，大量的法律文獻與思潮，呈現一種強烈而明顯的期望，具體而言，就是「法律的民主化」的可能：

「這一期望就是使法律民主化 (to democratise law)。這一議題具體地提出了一個問題：儘管存在著法律孤立 (isolation of law)、國家權力 (state power) 和國家規範和控制 (state regulation and control) 的範圍擴大的趨勢，法律和法律制度，是否能夠對普通公民的期望做出更多的回應？」（註六八）

在這樣的公民對法律的民主化期望下，親屬法繼受的重大方向，豈能捨法律的民主化？因而，針對親屬法的未來變動，普通公民的期望何在呢？無非使家庭成爲一個平權、民主的人性空間而已。人類歷史上，家庭民主的時間可能相當短暫：

「然而，在此脈絡下，我們可以提出一個簡單，而又非常適用的，有關民主的定義，亦即，每一個人像所有其他的人一樣，在確定影響他或她的生活的條件時 (in determining the conditions which shape his or her life)，在相同程度上自主行動 (to act autonomously) 的能力。如此，法律民主化的可能性，是指公民能夠以這種行動方式來影響法律原則內容、以及該原則藉以建立、解釋、應用和實施的各種制度內容的可能性。」（註六九）

（註六八） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.323.

（註六九） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.324.

其中述及的制度，自然包括家庭制度。筆者相信，唯有立足於平權、民主的親屬法，才能避免家庭流於生命的桎梏、人格的禁房！

二、在倫理的本質上調和「正式的」與「非正式的」的法律

正如前文（第五節第二項）所述，當前親屬關係規範存在著三個矛盾面向：（一）正式的法律與非正式的法律之矛盾；（二）正式的法律其內部的矛盾；（三）非正式的法律其內部的矛盾。並且這些矛盾，源於自利的個人主義和干涉的國家主義的極度伸張，導致親屬關係呈現高度緊張。如此剖析，兩個層次議題需解決：第一，關於親屬倫理的內容，當前家庭的角色處於個人意識與團體意志的矛盾中，必然是對成員的宰制？必然是階級的嗎？或可能是平等的？第二，關於規範的本質，尋求一種超越「義務本位」和「權利本位」兩者，「以權利為基礎的社會本位」（註七〇）之規範形成，是否可能呢？

第一，「家庭」組織的重建，必須立足於平權與自治。一方面，家庭既要防止成員的個人恣意，又要避免成為父權壓迫的工具，另一方面，家庭既要對國家干涉進行「親屬自治」的抗爭，卻又不能流於善良風俗所忌諱的「反社會的」（anti-social）情況。本文當然注意到，強調親屬關係的倫理本質結合的法規範，與「社會本位」的法律主張，兩者同源於人類具有相互依存和相互連繫的思想，（註七一）甚且前者有過之而無不及：因為，親屬間具有更深的互敬互重（平等）、互助互信（團結）關係。因此，家庭概念的重建，應是成員具有情感、平等、自治、尊嚴的倫理空間，不應再以「義務本位」的窄隘觀念侷限之，反而應以「權利本位」做為內部民主的基礎。

誠然，於法理學上，此一問題涉及「法律個人主義」（Legal Individualism）的未來，值得仔細分析：

「早先論述過的這些議題——諸如，已經建議過的在西方歷史地平線上的法律自主（legal autonomy）的滅亡、國家的擴大、國家與市民社會

（註七〇） 此處「以權利為基礎的社會本位」之觀念，乃借用王伯琦教授對於法律進化論的敘述。亦即認為，「西洋法律，由義務本位進至權利本位，再由權利本位進至社會本位」，「所謂社會本位的法律，不過是權利本位法律的調整。他的基礎還是權利，僅是目的予以限制而已」。參見王伯琦（1956），第57—60頁。

（註七一） 參見 L'evy-Bruhl（1961），前引廖譯，第68頁。

(state and civil society) 之間的區別特徵的模糊、以及國家法及其技術 (state law and its techniques) 和許多公民的生活狀況和期望之間可察覺到的隔離----被法律不但要順應集體的期望 (collective aspirations) 更要順應個人的要求 (individual claims) 的需要，加以補充。所有被覺察到的這些發展，彼此之間存在著一種緊密的關連。個人主義 (Individualism) 傾向於，和界定明確的市民社會的領域 (，一種自治的個人 (autonomous individuals) 自由追求其個別目標的領域，) 的觀念相關聯。」 (註七二)

但是，「個人自由追求其個別目標」的個人主義，如何安置於「集體共同追求其整體目標」的家庭中呢？或者，在當代以個人主義為基礎的法律中，如何承認家庭「集體共同追求其整體目標」呢？英國的法社會學家寇特瑞爾 (R.B.M. Cotterrell) 提出了並不樂觀的分析：

「當國家與市民社會 (屬於公眾的與私人的，或政治範疇與人際範疇) 之間清楚分離的概念，變得更加令人疑議時，法律個人主義 (legal individualism) 的許多假設也往往容易受到挑戰。法律個人主義似乎是法律意識型態的一部份，其中，法律原則與其所適用的、變化中的社會環境之間的矛盾，正在突破法律理念的平靜表面而顯露出來。然而，如果終究可以的話，有關西方法律原則，如何承認集體的要求和權利 (collective claims and rights) 的辯論，越演越烈，而並無迅速解決這個難題的任何跡象。……」 (註七三)

而這種「集體的 / 個人的」辯論，是當前親屬法修訂中，所不可避免的法理衝突。這種法律個人主義的挑戰，包括存在於「家庭的 / 個人的」、「全體女性 (男性) / 特定女性 (男性)」、「一般親子關係 / 特定親子關係」、「一般家庭 / 特定家庭」等之間的辯論。

第二，親屬關係的「正式的 / 非正式的」規範兩者間，固然有法律形式的不，卻仍存在著倫理本質的核心，因而規範的「雙重體系」仍有其相輔相成的可

(註七二) 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.323.

(註七三) 同前註。參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.323.

能，未必然是相剋相斥。亦即，無論是國家制定法，或是以親屬本質結合非正式的法律規範，首先應放棄「義務本位」的國家干涉主義的（the state interventionist）、或父權主義的（patriarchal）色彩，還給家庭一個平權的情感空間。再藉由「以權利為基礎的社會本位」的親屬規範，正式的與非正式的，配合其他社會的、經濟的機制，尋求家庭生活的精神價值。這種「以權利為基礎」的規範，即希冀在社會的與法治的雙重層次上（on the both societal and jural levels），確認個人價值與家庭價值兩者，例如，「勞動基準法」關於夫陪產假的規定；立法上對於三代同堂者，予以購屋的優惠；對負扶養義務者，予以稅捐上更多的減免……等可加探討的方向。

然而，就法學思潮而言，「非形式主義」（Informalism）是不是民主化呢？至今仍屬學理上的一大挑戰：

「作為國家法律體系一種擴大形式時，非正式的制度（informal institutions）發展，為改善公民接觸法律體系的途徑，開闢了多種可能性，也無疑地提供大量的其他益處。但是，在本章先前的討論中已經指出過，對於公民能否更影響法律（greater influence on law）的可能性，近期的文獻，表示了深刻的懷疑。誠如所見，有人認為，在決定糾紛結果時，非形式主義（informalism）更加使得權力直接赤裸展現（for power to express itself directly）。」（註七四）

在以上對於非形式主義的懷疑下，國家法所依附的形式主義仍有其最後的正當性；亦即：

「當法規以特定的方式指導權力和促進其運用時，法規同時也限制權力，非形式主義將使強權者免受法律的限制（以規則的形式）。根據這一觀點，依靠法律規則和正式程序（legal rules and formal procedures）作為權利訴求，最沒權力者就能從法律制度中獲得最多的利益。」（註七五）

而這是本文確定非正式的法律淵源之角色時，肯定親屬法法典，仍有其確保個人權

（註七四） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), pp.324-325.

（註七五） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.325.

利的最基本功用。申言之，固然「正式 / 非正式」的檢驗未必保證「法律民主化」的可能，其檢驗標準卻必須在於「民主」的目標。換言之，問題的核心，在於法律保不保障最沒權力者、弱勢者、或被壓迫者？

基於前述分析，國家制定的親屬法，應允許家庭於一定程度上享有自治（autonomy）的範疇，本身對於個人人格尊嚴與平等諸事項，以及對於親屬關係已變質為「普遍性質的社會關係」時，才介入調整其間的權利義務關係。在自然的親屬關係，或可委諸內發的倫理情感，採取較自治的方式，減少權利義務規定的強制力下激化了理性的物質計算，而貶抑了家庭的精神價值。

三、釐清當代親屬倫理的脫序

本文曾剖析（第五節第三項），當代台灣社會，親屬關係的脫序與瓦解，涉及四個因素：家庭功能的扭曲、市場機能的功利取向、國家權威的擴張、個人主義的誤解。這些脫序的因素，有賴新的與親屬相關的價值觀念加以澄清。

（一）必須先釐清國家制定法對於家庭功能的扭曲：

在國家制定法的架構下，家庭生活的價值，被權利義務的消長計算所取代，原有的共同生活和諧的價值遂泯滅不彰。借用家庭社會學者呂玉瑕的語言，即是：

「家庭內個人權利的平等本來就與傳統家庭價值相抵觸，在家庭政策實施過程中，若沒有家庭整體性的考量便會影響家庭的穩定。」（註七六）

吾人應深切體認者，正是「家庭整體性的考量」此一警語：親屬之間的法律關係，原迥異於在權義觀念下日趨功利化的社會交易關係，豈容市場經濟下的個人主義的權義觀念，瓦解了親情內發的倫理觀念乎？

因此，在親屬法的修正方向上，有消極的方向與積極的方向兩者。首先，在消極的方向上，例如，減低市場機能、國家宰制、個人自利（self-interest）的干擾，並且避免家庭淪為壓迫成員的工具。尤其，不應只著重個人權益的伸張，忽略其所造成家人之間情感的疏離，而應重在人格尊重與發展，同時提昇家庭團體精神價值。合理言之，家庭團體精神價值，並非藉由對成員人格的壓抑達成，而係藉由

（註七六） 參見呂玉瑕（1995），前引文章，第52頁。

親屬本質結合的情義連繫，立基於家庭團體的認同下，本於親情天性的互助關懷。

其次，在積極的方向上，本文主張：減低國家空洞而不當（過於廣泛、過於抽象）的干涉，宜在國家和家庭之間，建立「非官方的次級規範體系」（the unofficial sub-regulating systems），做為家庭及其成員間關係、糾紛的仲裁者。「非官方的次級規範體系」的目的著眼於：（一），避免國家僵硬而過高的法律干預，親屬自治空間適宜擴大。（二），防範家庭淪為壓迫成員的工具，屬於民間性質的公力監督可加以規範，這類調整空間適宜借用非官方的親屬會議、生活社區、文教基金會、宗教、文化、社會社團、或原住民之部落和血緣組織、宗親組織的強化。

或有質疑，法律可否被「非官方的次級規範體系」，或者社會多種層次上的規範體系，所取代？換言之，在非正式部門的活動下，會否引發法律自主（legal autonomy）的崩潰？

「當然，在古維奇（Georges Gurvitch）的說明方法中，具有濃厚的涂爾幹（Emile Durkheim）思想之投射。特別是有這樣一種相同的主張，即解決當代社會的混亂和摩擦問題的方法，取決於消除存在於個人與國家之間的鴻溝，也於促進存在於社會多種層次上的規範體系（systems of regulations which exist at many levels in society），並且將他們連結和協調，而不是破壞或曲解他們。涂爾幹根據把立法權大量的授與存在於國家與個人之間的中間組織（intermediate organisations existing between state and individual），表明了這一點思想。這樣一種建議，可能很難像他所表明的那樣可付諸實踐。」（註七七）

誠然，實踐上，法律自主的崩潰的可能性，目前而言是微乎其微。但是，從另一種角度來看，活的法律體系，或者社會多種層次上的規範體系，仍有其調整社會關係的作用：

「…，更一般的來說，對於國家法脫離個體公民生活（the isolation of state law from the lives of individual citizens）的一種可能的補救方法，可見之於協調（co-ordinating），而非取代，活的法律體系（living law systems），經由借助國家法、和通過由國家授權立法的形式。這可

（註七七） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), pp.320-321.

能不必然牽涉接受任何活的法律的整體，因為整個社會的集體需求，可能需要改變特定社會部門的規範體系（the regulatory systems of particular sections of society）。但它可能涉及系統地考慮，特定社會團體或公民種類的相關規則體系的完整性（the integrity of rule systems）（以及與此相連的價值觀、態度和信仰的體系），以及反映在這些價值觀和外觀的並且受影響的利益（之相關規則體系的完整性）。」（註七八）

對於法律的非正式淵源的角色提昇，有賴全面提昇全體社會的自我規範能力。寇特瑞爾（R. Cotterrell）即認為：

「像古維奇一樣，我也認為，這樣一種方法必定是社會主義的（socialist），因為一旦憑藉國家權力有意消除私人經濟權力的巨大差距，承認和協調建立在活的法律（living law）、或特定團體的社會規範（social norms of particular groupings）之上的許多規範層次，就必須被認為是代表全體的利益（to be in the interest of all）。」（註七九）

誠如前述，「承認和協調建立在活的法律、或特定團體的社會規範之上的許多規範層次」，是親屬法修訂時，應加思考的方向。

（二）法律對於親屬團體的自治空間宜再擴大：

親屬之間相互扶持及其生活的規範，實際上係根源於自然的情義與自發的倫理，因此在一個組織、倫理功能正常的親屬團體，其內部的權利義務原具有和諧及共識的基礎，本無待法律的強制達成。因此，正式的與非正式的法律，似可賦予更大的自治空間，以應家庭內部更切合所需的價值調整。在「自治空間」的範疇內，或許有助於理解傳統社會規範的價值與定位。例如，家族的或社區的「和解」，係由當事人本於情理，合意地解決紛爭，其蘊含的社會價值，往往勝於逕依法律的權義規定，強制地解決紛爭。如此反省，在親屬法的修正方向上，對於親屬間的利益分配與紛爭解決，賦予訴訟前及訴訟上更大的自治空間，應係可行的修法方向。

（三）恢復法律作為「社會生活的最後防線」，而非「最先的干預工具」：

（註七八） 參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.321.

（註七九） 同前註。參見 R. B. M. Cotterrell (1984), p.321.

合理言之，法律唯有在親屬關係蘊涵、蛻變或衍生非親屬的社會關係（例如離婚、終止收養，監護），或涉及與第三人交易的安全（例如夫妻、親子財產的對外關係），或涉及成員基本人權之維護時，始發揮規範、調整或保障的功能。而當親屬間的情感成分已泯、或彼此已成權利義務對立關係時，倘若自治解決無法達成，也不宜直接由司法程序逕自干預：應賦予家庭之上的非官方的親屬會議、生活社區、宗親組織的「公力監督」更大彈性調整空間，以因應親屬關係之特殊性。

四、親屬法的目的是撕裂親屬關係嗎？

在國家及其制定法不斷膨脹的當前，本文旨在提醒台灣法律人：社會主體的自治規範之重要性。如果不斷強調實證的國家制定是唯一的法律淵源，則社會的自我調整能力將萎縮於國家強制力之下。法律不斷接收市民社會的領域，但是程序法和法院卻消化不了湧入的案件。壓力之下，法院傾向在行政上提高上訴門檻或金額，甚而難免浮濫駁回案件。反省之下，前述「非官方的次級規範體系」正是疏解訟源的可行途徑，因為此一疏解目的，至少兩項理由促使法官強迫當事人和解，一是和解可使考績加分，一是和解可免寫判決書。

台灣的國家角色擴張的近例，可見於幾種提議與嘗試。例如破產法修訂中，考慮廢除商業和解，以官方體制取代商業團體的自治；又如以基層的行政單位——鄉、鎮、里、鄰——替代自然形成的社區組織及其自治功能。甚至，在親屬法的領域中，有主張「親屬會議廢止論」者（例如陳棋炎教授（註八〇）），有主張「家制廢止論」者（例如戴東雄教授），均著重國家對國民家庭生活之監護（另一種家父長權的型態），或是個人主義的「原子化」傾向。然而，果真前述學者借用「德國與日本」的新立法例，即可證明台灣的社會變遷和外國的法律變遷（或是，法的變動），兩者的步調是一致的嗎？否則，何以外國的立法例要被學者引為台灣社會發展的「進步」指標呢？而此一「進步」的價值內涵如何呢？

如此推論，對於歐美以外的社會，繼受法固然有部份啓迪的作用，但法律本身也形成了一種「媒介」（medium），使繼受法的亞、非、拉丁美洲社會發展「依

（註八〇） 參見陳棋炎（1985），「從民法親屬會議論及家事糾紛之解決途徑」，載於台大法學論叢，第14卷，第1、2期；第161-176頁；其中第175-176頁，所引德國、日本之立法例和建議。

賴」(depend upon) 於歐美的社會模式。相當明顯的事實乃是，國內法律變遷的考量中，外國法的變動超越國內社會變遷的份量。如此，談文明(civilisation) 是假的，搞西化(westernisation) 才是真的。當西方的親屬法陷於「個人原子化」和「國家擴張化」的兩廂夾擊中，台灣的親屬法是用來撕裂親屬關係的嗎？如果國家制定法的立法宗旨和實踐作用，陷入了「睜眼說瞎話」的矛盾困境，那正凸顯了法律的「非正式淵源」之不可抹滅性！國家法作為一種新殖民主義依賴的形式(state law as the form of dependence under the neo-colonialism)，台灣的親屬法之走向值得審慎觀察，本文的用意即在此。

第七節 結 論

婚姻的本質不僅是契約的完成，更是身分的變動，因而反對婚姻成為商品化形式(the commodity form)，有其必要！

社會生活係家庭生活之延伸，基於情感關懷的家庭生活，是可以溫潤現實的社會生活，「禮記禮運大同篇」云：「老吾老，以及人之老，幼吾幼，以及人之幼。」雖係道德範疇，而不是現代資本主義商品生產關係(capitalist commodity production) (註八一) 下法律被賦予的社會功能。但是，總結本文分析，重新探索法律的「非正式的淵源」，可為未來親屬法法典的修訂借鏡之處。

第一，如果親屬法律關係，繼續往強調個人主義之方向發展，忽略成員平等而互重、家庭和個人利益的均衡，勢必藉由法律的強制力，導引整個親屬關係乃至社會關係，愈往功利之途邁進，遑論超越家庭與自我的社會奉獻。今日，當我們唸著三國時代曹植所寫的「七哀詩」，(註八二) 其中：

「君若清路塵，妾若濁水泥，
浮沈各異勢，會合何時諧？」

(註八一) 參照 E.B. Pashukanis, "Law and Marxism: A General Theory", translated by B. Einhorn, edited by C. Arthur (Ink Links, London, 1978) 書中，對於法律形式(legal form) 的探討。

(註八二) 參見「古詩源箋注」(台北：華正書局；1992 年版)，第 151 頁。

反省同時，是否將像亞理士多德（Aristotle; B.C. 384-322）一樣？謙虛地承認：世間存在著「非正義的」法律；（註八三）而親屬法也有同樣的困境。

第二，家庭作為社會組織，有其社會連帶思想的蘊含。在現代財產法領域，以法律外在的賦予「社會連帶責任」（參見本文：第五節第三項（四）部份），使能調整個人主義法制之際；同樣地，則現行親屬法的修正方向，是否應認真思考傳統上「父慈子孝，夫良婦順，兄友弟恭」等人倫秩序的價值，展現身分本質結合與親屬和諧之「平權的」（非貧權的）、「情義的」（非權義的）法律觀？

第三，本文再三強調，法律不可遷就傳統的人倫秩序中權威的遺緒，而棄守近代文明男女平等、夫妻平等、子女人格獨立之思想。相反地，本文傾向鼓勵親屬成員發揮身分本質情感，關懷並尊重家庭親屬成員，以維繫個人利益；同時，家庭成員則認同家庭親屬團體，共同營造家團的互助和諧。民主、平權的空間，是現代家庭所不可或缺的。

最後，親屬法之修訂，雖然負有保障及提昇家庭內個人權益的使命，但不得不考量對人倫秩序及家庭價值的衝擊，以及其間接對社會人際功利化的強化。事實上，正如本文認為，「正式的」與「非正式的」淵源的法律規範可以相輔相成，家庭團體價值與人格價值，並非處於對立地位，而是可以相互為用。因而，尋求親情本質結合與成員人格發展，如何讓家庭成為一個民主、平權的倫理空間，正是親屬法的修正方向上，關心立法的各界所應思維的。

（註八三）參照 Aristotle, "The Politics", translated by E. Barker (Oxford University Press, 1946); Part III, 281a.