

寧靜的家庭革命，或隱身的父權 轉型？論法律上婚家體制的變遷

陳 昭 如 *

一、家庭革命或父權轉型？

「寧靜的家庭革命」是呂芳上教授觀察「五四」百年來家庭變遷所提出的命題。他指出五四時以個人主義對抗集體主義的特色，也留意到當時主張個人自由的多元性，例如在討論婚姻自由時，除了拒絕「奉父母之命」成婚的個人自由（依據個人意願選擇婚姻對象）之外，也包括「獨身」的自由（選擇不進入婚姻的自由）。最後，呂教授指出寧靜家庭革命所造就的家庭民主，具有六大內涵：廢除家父長威權、男女成員平等、家務分工不分彼此、婚姻自主又多元、國家

* 國立臺灣大學法律學系教授

社會承擔育兒責任、公共的人口政策無關夫妻或家庭。

這樣一幅家庭變遷的歷史圖像，讓人想起 19 世紀英國歷史法學派的 Henry S. Maine(1822-1888)在《古代法》一書中所提出的著名命題「進步社會迄今的發展，是從身分到契約的發展」(*the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract*)：社會中人與人的關係由家庭/家族關係轉變為由個人與個人合意結成的關係，而在這樣的發展下，女性不再受到監護，可以自由形成與他人的關係。¹ 這個邁向男女平等的歷史圖像，也與大法官在 1994 年司法院釋字第三六五號解釋（第一個宣告法律因為違反憲法男女平等的保障而違憲的解釋）中所呈現的歷史演變敘事相呼應。在這號解釋中，大法官認為過去的法律（親權之行使由父親優先）是因為當時的傳統文化習俗與社會環境，而現今男女的教育就業已不分軒輊，父親優先的規定已經無法對應於當前女性在家庭生活中所實際享有的地位。²

¹ Henry James S. Maine, *Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (New York: Scribner, 1864), p.136.但 Maine 在說明女性地位的轉變時，將「丈夫對於妻子的監護」排除在外。換言之，已婚婦女從屬於丈夫之法律地位(*coverture*)的繼續存在，並不妨礙進步社會的發展。不過，Maine 所指稱的進步社會，並不包括非西方社會。他將社會分為兩類：進步社會與靜止社會(*stationary societies*)，而非西方的東方社會屬於後者。

² 該號解釋的原文部分摘錄如下：「民法第一千零八十九條…之規定，制定於憲法頒行前中華民國十九年，有其傳統文化習俗及當時社會環境之原因。惟因教育普及，男女接受教育之機會已趨均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾無軒輊，前述民法關於父母意思不一致時，由父行使之規定，其適用之結果，若父母雙方能互

從身分到契約的發展，是否確實發生、而且造就「寧靜的家庭革命」？這個提問有兩個面向：一側重事實面的認識，二側重規範面的評價。³ 以下，我將耙梳法律上婚家家庭體制的變遷，提出一個不同的歷史圖像：從身分到契約的發展並不全面，所促成的是父權轉型，而不是廢除父權。這個看法呼應女性主義哲學家 Carole Pateman 的評論：「契約凌駕身分的終極勝利並非父權的終結，而是其現代形式的鞏固」。⁴ 我將指出，性別仍然不平等，法律上的夫妻與家庭關係也仍然與人口政策密切相關。以下，我首先簡要說明五四運動對臺灣與中華民國民法的影響，其次討論 1980 年代中期的初步轉型，接著評論 20 世紀的變革以及 21 世紀的挑戰。

二、從五四到臺灣：中華民國法體制中的個人主義與男女差別待遇

五四運動對於家父長的挑戰與個人自由的追求，亦可見

相忍讓，固無礙於父母之平等行使親權，否則，形成爭執時，未能兼顧母之立場，而授予父最後決定權，自與男女平等原則相違，亦與當前婦女於家庭生活中實際享有之地位並不相稱。」司法院釋字第 365 號解釋(1994 年 9 月 23 日)，<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jcp03/show?expno=365> (2019 年 10 月 20 日檢索)。

³ 此僅指兩個側重的面向，而不是主張規範與事實的二分，因為事實與規範二者乃是相互關連、互相影響；對事實的認識總是帶有規範的觀點，而規範的評價也無法與事實的認識割離。

⁴ Carole Pateman, *The Sexual Contract* (Stanford: Stanford University Press, 1988), p. 118.

於當時臺灣的婦女解放運動。中國的婦女運動（特別是參政運動與階級解放）被女性主義者玉鶻用來對比臺灣的「小姐式婦女運動」，⁵ 而有關國民政府法律改革進展（例如決議女性應享有繼承權）的報導也可見於《臺灣民報》。⁶ 然而，在日本殖民統治否定被殖民地人民參政權的情況下，當時的臺灣婦女解放運動無法轉化為立法的追求。臺灣婦女解放運動，似乎也未進入當時中國婦運的眼簾。因此，這可能是一個不對稱的婦運關係：臺灣看見中國，中國未看見臺灣。不過，這不表示當時殖民地臺灣的人們沒有爭取權利的主張與行動。殖民地法院就提供了殖民地人民藉由訴訟的法律動員爭取權利的場域，訴訟上的離婚權就是透過這樣的過程而被創造出來，這也包括妾可以自由離婚的權利。

五四對於個人主體的訴求，成為民國時期所制訂的中華民國《民法》中的部分內涵，例如婚姻是由成年當事人個人締結，不需要父母或家父長的同意，因此保障了法律上以個人為主體的婚姻自由。五四的男女平等訴求，也部分地以無性別差異的中性規範方式存在於中華民國法律中，例如《民法》中的法定繼承人不分男女，《刑法》中通姦罪的處罰對象也不限於外遇的妻子。但是，法律中仍然存在許多以男女差別待遇方式存在的性別歧視（例如妻從夫居、子女從父姓），而家庭財產從「家產」到「個人財產」的轉變，也因

⁵ 玉鶻，〈中國婦女運動的狀況——望臺灣同胞快跳出「小姐式婦女運動」的界線〉，《臺灣民報》，號 121，1926 年 9 月 5 日，第 12、13 版。

⁶ 〈國民政府確定女子享有繼承權〉，《臺灣民報》，號 150，1927 年 3 月 27 日，第 4 版。

為夫妻財產制中獨尊丈夫的規定而維持了法律上的性別歧視。

三、1980 年代中期的初步變革：中性化與契約化的起步

1945 年開始在臺灣運作的中華民國法體系維持了許多以身分為基礎的規範（例如「妻」的從屬性），雖然已經有了「契約化」的初步展現（例如個人自由締結婚姻）。直到 1980 年代中期，才有了對婚姻與家庭中女性地位的關鍵變革，特別是 1984 年制訂《優生保健法》與《勞動基準法》，以及 1985 年修正《民法》親屬編。這個變革發生在國會尚未改選的戒嚴體制末期，官方由上而下主導的色彩濃厚，而民間倡議的影響，至晚可以回溯到 1970 年代的新女性主義運動。這個以呂秀蓮為主要領導人的運動，是「臺灣版的自由女性主義」，標榜的是「先做人，再做男人或女人」，基於「把女生趕出校門，或讓太太走出廚房？」的性別角色反思而主張女性的受教權與就業權，但是強調女性可以兩種角色兼顧，也就是「左手拿鍋鏟，右手拿筆桿」。當時的新女性主義將重點置於批評法律中諸多男女差別待遇的規定，例如子女應從父姓、妻從夫居等等；以「隱私權」主張女性的墮胎權（特別是未婚女性），以對抗女人身為「性行為的囚犯」⁷之處境；也要求國家應該承擔幼兒的照顧、讓女性可以

⁷ 「性行為的囚犯」是呂秀蓮在 1975 年原發表於《法律世界》創刊號

兼顧家庭與工作。在尚未民主化的當時，這些倡議與訴求沒有透過直接的立法遊說來推動，而是以「間接的立法遊說」形式，用輿論來試圖影響以未經改選的老代表為多數的國會。⁸

臺灣婦運的第一次立法遊說集體行動，要等到 1984 年《優生保健法》制訂的前夕，黨外婦運為了推動「墮胎合法化」而到立法院進行旁聽遊說、並發表公開的連署聲明。因此所促成的有條件墮胎合法化，讓女性可以合法透過「終止懷孕」的權利來免於「強迫生育」。然而，已婚的女人仍須丈夫同意，才能合法進行人工流產，而未成年的女性則必須得到父母或其他法定代理人的同意。同年通過的《勞動基準法》規定男女同工同酬，並且在形式上以保護母性之名來限縮女性夜間工作，實際上則透過「個案放寬許可」以及「勞工或工會的同意」賦予女性夜間工作合法性。隔年（1985 年）通過《民法》親屬編修正，刪除或修正部分男女性別差異規定（例如未成年子女改以父母之住所為住所，而非以父

中的〈誰殺了她？〉一文所提出的說法，後收錄於她的文集中。呂秀蓮，《新女性何去何從》（臺北：拓荒者出版社，1977），頁 102-116。1984 年《優生保健法》通過前，婦女新知推動「墮胎合法化」的倡議中再度提出「性行為的囚犯」此語。見婦女新知雜誌社，〈未婚媽媽的問題呼籲立法院注意：墮胎合法化應當首列「時間合法化的條件」〉，《婦女新知》（臺北），期 1(1982)，頁 9-11。

⁸ 當時呂秀蓮的說法是：「擺在眼前的事實是，當前操持立法大權的，老者多過青壯年，男士冠蓋於裙釵，因而令人不得不興疑：如果我們沒有適切的喉舌代表，經過修改的民刑法是否真能符合男女實需平等的時代潮流？縱令符合，其程度果否令人滿意，答案只有一個，要看輿論力量了」。見呂秀蓮，《新女性何去何從》，頁 130。

之住所為住所；在母無兄弟的情況得例外約定從母姓），擴大婚姻自由（增加在有重大事由難以維持婚姻時得訴請離婚的裁判離婚概括事由），但同時也強化了國家的管制（例如收養必須經過法院裁定）。

這些 1980 年代中期的發展，是 1990 年代後大規模形式平等化與契約化的前奏曲。⁹ 女性在婚姻家庭中的法律地位獲得些許改善，母親可以在「無兄弟」的情況下和父親約定小孩從母姓，但是婚姻仍然構成性與生育自由的限制：婚姻中的強暴不是強暴、妻子必須得到丈夫同意才能終止懷孕。禁止女性夜間工作對於改善女性處境是助力（避免女性受到勞動剝削）或阻力（減少女性就業機會）？是幫助女性兼顧工作與家庭，或者強化女性需要被保護的弱者形象，以及性別化的家庭與生育責任？這樣的討論正開始起步。不過，以契約（勞工或工會的同意）來正當化女性勞工的夜間工作，也正式成為法律的內容。這樣的規定在當時就受到質疑：許多女工並不願意在夜間工作，而在勞資不平等、工會薄弱的條件下，勞工的同意不過是立法者與執法者的藉口而已。

⁹ 也值得注意的是，《民法》中子女姓氏規範的修正與《優生保健法》的制訂，都與當時的節育人口政策有關。《民法》第 1059 條的官方立法理由表明，放寬從母姓規定有助節育：「國人囿於子嗣觀念，每於接連生育女孩後，為期得男，輒無節制，不但有違家庭計劃生育之原則，且影響母體健康，增加家庭負擔。故各方反應，咸望子女亦可從母姓，以期消弭無節制生育之弊害」。《優生保健法》做為當時節育人口政策的產物，也已是學界的共識。不過，正如前面所提到，《優生保健法》也與婦運倡議「生育自主」有關。

四、邁向 20 世紀的性別中立化與契約化：形式平等的實質不平等

1987 年的解嚴開啟了政治體制的民主化，但是婚姻家庭的民主化與平等化並沒有立刻發生。在 1990 年代初期的「婦女憲章」憲改運動之後，婦運使用釋憲與立法遊說雙軌齊下的策略，促成 1994 年司法院釋字第 365 號解釋宣告子女親權行使由父親優先的規定違憲，加速了立法院修改《民法》親屬編的時程，從 1996 年開始陸續修訂《民法》親屬編中男女差別待遇的規定，在 2002 年通過夫妻財產制的全盤修訂，廢除丈夫對於夫妻財產的優先權、增加夫妻得約定「自由處分金」的規定，2007 年更進一步廢除子女應從父姓的規定。1999 年的《刑法》修正承認婚姻中的強暴也是強暴（但為告訴乃論），2000 年的新《國籍法》廢除外國女性因與本國人結婚而當然取得國籍的規定，讓「婚姻歸化」成為不分男女的外籍配偶的選擇。2002 年制訂的《兩性工作平等法》（後更名為《性別工作平等法》）禁止婚姻地位歧視、明訂禁婚禁孕條款無效，也規定國家與職場必須與家庭分擔照顧責任。不過，《勞基法》有關禁止女性夜間工作的規定，也在《兩性工作平等法》生效前被修訂放寬——女性夜間工作，無須取得勞工或工會同意，只需要經過勞資會議同意。官方聲稱這是尊重女性工作選擇權，工運與婦運團體則強力批評，認為這是壓迫弱勢勞工的假平等之舉。

20 世紀開啟並延續至 21 世紀的大變革，發生於民主化的法律機會結構下，因此促成的婚姻家庭法律改革有兩大特

色：法律的「中性化」（廢除性別差異）與「契約化」（允許私人協商決定）。前者被認為是平等化，後者則是自由化。不分性別的中性規定取代了原本優惠男性的規定，¹⁰ 並且偏好由夫妻雙方私人協商優先於公權力決定。因此，夫妻的住所與是否冠配偶姓由雙方約定，夫妻可以約定負責家務勞動者得到「自由處分金」，子女的姓氏也由父母自行約定，¹¹ 不分性別都可以申請職場的育兒與家庭照顧假。換言之，妻子不再被設定為丈夫的附屬，而照顧勞動也不再只是女人的責任，家庭成為夫妻與父母享有某程度自治的場域。

這個看似「寧靜家庭革命」的圖像，經不起事實的檢驗。性別中立的婚姻與家庭，其實是「具有形式平等表象」的不平等，法律上的相同待遇遮蓋了現實上的差異處境；自由選擇也不是美麗共和國，中性的法律權利包裝了實質上的不平等權力。男女並沒有因此平起平坐：中性的夫妻住所選擇權行使的結果仍是從夫（家）居為多；絕大多數因為婚姻而選擇歸化（並放棄原國籍）的外籍配偶是女性；中性的父母子女姓氏決定協商權結果是 98% 的父母約定子女從父姓；多數選擇拋棄繼承的是女兒而非兒子；家務與照顧的分工仍然非常性別化，八成以上的育嬰假是由母親「選擇」申請，因婚育而離開職場的勞工大部分是女性。因為沒有形式上的男女差別待遇、甚且允許個人自由選擇，法律上的形式平等掩

¹⁰ 但是仍有殘留的男女差別待遇規定，例如結婚年齡、非婚生子女父母的認定。

¹¹ 值得注意的是，於原住民與非原住民子女的情況，在 2001 年《原住民身分法》通過施行後，就可由父母雙方約定子女的命名（姓氏或使用傳統名字），早於 2007 年《民法》第 1059 條的子女姓氏規定修正。

蓋、甚至合理化了實質不平等。中性化與契約化的發展，「更新」而非「廢除」了父權，是父權型態從「身分」（例如：子女應該從父姓、外國妻子當然取得國籍）到選擇同意（例如：同意子女從父姓、外國妻子選擇歸化取得國籍）的轉變。

為什麼中性化與契約化的改革，無法打造性別平等的社會？常見的答案是，因為法律改變社會的能力有限，特別是受到傳統文化的阻礙。因此，法律的中性化與契約化通常不被視為父權的轉型，成為不可見的、「隱身」的父權轉型。確實，單靠法律無法達成社會改革。然而，沒有改變法律，社會改革也很難發生。傳統文化確實經常桎梏著人們的思考與行動，但是傳統與文化都是被建構的產物，也不能僅被當成是壓迫而非解放的來源。問題的關鍵可能在於：形式平等（相同待遇、契約自由）的法律，前提是自由平等的個人主體，而此假定背離了現實、無視於產生各種不平等的權力階層制(hierarchy)。由此所產生的弔詭是：為了追求平等，必須假裝看不見不平等(性別中立)；如果看見現狀的不平等，反而使得追求平等成為不可能。¹² 前述的 1994 年司法院釋字第三六五號解釋就是一例。這號解釋對於歷史（過去女性地位不平等、因此偏好男性的法律規定合理）與現狀（現在女性地位平等、因此偏好男性的法律規定不合理）的論證，在歷史與現狀兩個面向都經不起挑戰：過去的女性地位不平等，何以就能合理化法律上的歧視？這是因為法律應該反映

¹² Catharine 因此將形式平等理論稱為「愚蠢的平等理論」，Catharine A. Mac Kinnon, *Only Words* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996), p. 98.

社會，¹³ 因此「存在」(status quo)即合理嗎？如果大法官對於現狀的理解不符合現實，也就是男女仍不平等，那麼法律也應該反映並合理化男女不平等的現實，也就是以男性優越的法律來配合男性優越的現實嗎？

五、21 世紀的未竟之業：仍是未來式的婚家革命

在中性化與契約化的發展下，當今臺灣婚家法律體制具有形式平等自由的表象與隱藏其下的不平等實相。國家與市場被要求承擔一部分的社會再生產(social reproduction)，但個人與家庭還是最主要的再生產承擔者，特別是女性（包括本國女性、女性婚姻移民與外籍女性移工）。被升高到「國安危機」的少子化與人口老化現象，促動跨越政黨輪替的各種鼓勵生育政策，一方面繼續在婚姻與生育之間建立必然連結（以婚姻做為生育的前提），另一方面強化家庭承擔生育的重要性。女性為「國」與「家」婚育的選擇受到鼓勵，「不婚」與「不生」的人生選擇則被貶抑。女性「選擇」當母親的「權利」與「必須」當母親的「義務」，二者之間的差別並不如想像中的大。過去的人們「奉父母之命成婚」，現在的鼓勵婚育政策則希望人們「奉國家之命成婚」。如果五四

¹³ 這是法社會學所稱的法律鏡相論(the mirror thesis)，也就是法律應該反映社會，隨著社會改變而改變，而非走在社會之前。

時期的獨身主義與「毀家廢婚論」¹⁴ 與 1990 年代的「女人逃家」，¹⁵ 歷史可以做為當代行動的滋養，那麼，我們需要思考如何對抗新型態的強迫婚姻與強迫生育。如果性別化與家庭化的照顧所造成的性別壓迫是歷史也是當下的現實，那麼，如何以公共化的照顧來改善家庭中性別化的照顧分工與照顧責任、如何避免照顧的勞動剝削，就是我們必須認真面對的課題。

相較於異性戀，同性伴侶有不一樣的「不婚」與「不生」處境，但面臨類似的私化(privatization)與家庭化的照顧困境(雖然仍存在差異)。21 世紀最為人所矚目的發展之一，就是 2017 年司法院釋字第七四八號解釋宣告《民法》婚姻限一男一女的規定，因未能保障同性伴侶的婚姻自由違憲。立法院則於 2019 年該號解釋所定的期限前夕，通過《司法院大法官釋字第七四八號解釋施行法》，允許同性伴侶為結婚登記，並將有關婚姻的規定部分準用於登記婚姻的同性伴侶。承認同性伴侶可以登記結婚被認為是廢除身分規範(僅

¹⁴ 游鑑明在探討 20 世紀前半的女子獨身言論時，也指出當時存在的「毀家廢婚主張」。見游鑑明，〈千山我獨行？20 世紀前半葉中國有關女性獨身的言論〉，《近代中國婦女史研究》，期 9(2001)，頁 121-187。此與近年同性婚姻合法化爭議中的「毀家廢婚論」，形成有趣的歷史對照。

¹⁵ 1990 年代婦運的婚姻法律改革著重的是擴大婚姻的「出口」而非「入口」，在當時的婚家論辯中也有是否應同時爭取同性婚姻合法化的爭論，不過這在當時的情境下被視為不可能的任務、必須留待下一個階段的工作，而第一個階段是爭取婚姻關係內部的平等。有趣的是，在 21 世紀的同性婚姻運動中，爭取擴大婚姻的入口、允許同性結婚被視為第一階段的任務，婚姻關係內部的平等則被當成第二階段的任務。

限一男一女才能結婚)的重要一步，一般的看法是：同性婚姻合法化是婚姻平等化的最後一哩路，但目前尚未達成完全的婚姻平權，因為法律上的婚姻規範沒有全部同等適用於同性伴侶，而且同性伴侶共同養育子女的權利也沒有獲得完全的保障。

這看似從「男女平權」到「異同平權」的發展，挑戰人們的平等想像與信念。如果用亞里斯多德(Aristotélēs, 384-322 B.C.)的平等公式「等者等之，不等者不等之」來檢視，人們往往著重於前半部的「等者等之」，主張相同待遇就需要主張相同。因此，要求「男女平等」就必須主張「女人與男人沒有不同」，要求「同性與異性平等」就必須主張「同性伴侶與異性伴侶」沒有不同。然而，平等是否等於相同、差異是否就是不平等？從「男女平權」到「異同平權」的爭議發展，是平等與差異之爭的 1.0 版到 2.0 版的更新。1.0 版的平等與差異之爭(equality vs. difference 1.0)是：要求平等必須主張女人與男人相同(例如：女性與男性在教育與就業上不分軒輊)，或者可以主張男女有別、因此待遇也應不同？2.0 版的平等與差異之爭(equality vs. difference 2.0)是：要求平等必須主張同性伴侶與異性伴侶相同(例如：同性與異性在締結婚姻的能力與渴望並無差別)，或者可以主張同異性有別、因此待遇也應不同？這兩個版本的爭議看似有別，實則存在一個共同的根本問題：以誰為標準？為什麼平等是以「男性」(是否與男性相同)和「異性戀」(是否與異性戀相同)為標準？正如男女之別經常被用以正當化男性優越，同性戀與異性戀之別也常被用以合理化同志的次等。因此，

選擇強調女人與男人相同、同性戀與異性戀相同，都可能是為了對抗以差異之名而為的歧視，但這樣的策略卻也支持或配合了男性/異性戀標準。

被司法院大法官所肯定的婚姻至上論 (marital supremacy)¹⁶ 無法創造平等，因為這正是「婚外人」遭受邊緣化與歧視壓迫的來源。這些不在婚姻關係中的人們，包括不分性傾向的單身、不婚伴侶以及非在婚姻關係下生育的小孩。婚姻應該走下神壇，而非被繼續供奉在上位。在同性婚姻被普遍盛讚為進步價值的當下，我們除了避免遺忘婚姻做為性別壓迫的歷史與現狀，也需要留意「婚姻價值」的保守性。英國與美國的例子都顯示，一些保守派從反對同性婚姻轉為支持，是因為「支持婚姻價值」。英國前首相 Cameron 就曾經說：「我並非『即便是保守派（黨），仍支持同性婚姻』；我支持同性婚姻，是因為我是保守派（黨）」(I don't support gay marriage despite being a Conservative. I support gay marriage because I'm a Conservative)。

婚家法律體制的歷史，看似是從身分到契約的發展，並藉由家庭民主自治實現平等與自由。事實上的現狀是：既不平等，也不自由。透過自由選擇與中性待遇實現的家庭民主，預設了權力對等的成員。然而，如果現實上存在權力不平等，選擇無法自由，也無法平等。未竟的婚家革命，必須

¹⁶ 司法院釋字第七四八號解釋強調婚姻做為「穩定社會的磐石」的角色，一再闡述婚姻對於人格健全發展與維護人性尊嚴的基本權重要性。該解釋盛讚婚姻的反面，就是對非婚的否定。如果人們進入婚姻才能成為穩定社會的磐石、婚姻是健全人格與人性尊嚴的重要內涵，那麼，沒有進入婚姻的人們是什麼呢？

認真面對隱身的父權轉型。