

在身分與契約之間*

—— 婚姻法規範的引導功能與發展方向

李立如**

摘要

我國親屬法歷經多次修正，關於婚姻之規範以性別中立與協商模式取代傳統父權優先原則，對促進個人自主與性別平等具有重大意義。本文透過婚姻規範演變歷程「從身分到契約」的辯證，以及家庭法引導功能理論等兩個脈絡，分析婚姻法制的身分性質、規範架構與契約化的影響。本文發現，婚姻法制具有身分與契約兩者交錯融合之特質；其身分性格不僅來自傳統人倫觀念，更與婚姻制度在公／私法律體系中被賦予的優越法律地位，以及社會規範之影響息息相關。本文認為，在社會變遷的衝擊之下，如何以大法官解釋近年所揭示的個人婚姻自由與平等權利保障為著眼點，對婚姻制度所獨享的特殊法律地位進行全盤檢討，進而重塑婚姻法制的身分結構與性別秩序，並保障選擇其他共同生活型態之民眾權益，將是未來婚姻法規範乃至於家庭法制發展方向的重要關鍵。

關鍵詞：親屬法、身分法、婚姻制度、從身分到契約、家庭法的引導功能、父權體制、性別平等、關係契約、婚姻自由。

* 投稿日：2021年11月11日；接受刊登日：2022年7月6日。〔責任校對：陳沐恩、盧又瑄〕。

** 中原大學法學院財經法律學系副教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/72012122.pdf>。



目次

壹、前言	一、婚姻制度的憲法保障與法律地位
貳、婚姻法制的變革	二、婚姻法規範的引導功能
一、在傳統人倫秩序與現代法制觀念間拉鋸	三、同性婚姻：對婚姻制度的衝擊與強化
二、從身分到契約？	伍、婚姻法制的挑戰
參、在身分與契約之間	一、變遷中的婚姻家庭與社會規範
一、「身分」與「契約」的分與合	二、從崇尚婚姻制度到個人自由平等保障
二、身分與契約的交錯與融合	陸、結論
肆、婚姻身分制度化	

壹、前言

我國婚姻法制以民法親屬編為核心，規範婚姻關係的建立及消滅以及配偶間的權利義務關係。婚姻法規範之特色之一在於其奠基於由來已久的婚姻制度之上，與社會規範及家庭生活型態有密切相關；但另一方面又受到現代法制精神尊重個人自主與平等的影響，因此在法規範的沿革與實踐過程中，呈現出法律與社會規範兩者高度依存交錯的互動與辯證關係。現行親屬法從1990年代晚期開始產生重大變革，在女權運動者的大聲疾呼以及社會變遷的背景之下，大法官於1994年作成司法院釋字第365號解釋，宣告男女平等以及消除性別歧視的憲法規定在婚姻家庭中亦有適用。自此，親屬法歷經多次修正，逐漸揚棄以父權體制為依歸的傳統婚姻規範，建立尊重個人自主與性別平等的規範架構¹。修正後親屬法在婚姻關係中

¹ 李立如，親屬法變革與法院功能之轉型，臺大法學論叢，41卷4期，頁1644-1646（2012年）。

所規定的性別中立以及協商模式，改變了過去女性在法律上不利地位，並將婚姻關係重新定位為配偶共同決策協力的平等夥伴關係，將婚姻家庭規範納入憲法人權保障的架構之下，可謂婚姻法規範的重大發展。然而，婚姻規範的全面修正在歷經多年實踐之後，雖然逐漸朝向性別平等方向發展，也使得婚姻生活型態較為多元與自由，但在婚姻關係實際運作中，法規範所提供的性別中立／協商模式似乎尚未能夠成功地引導或翻轉傳統以來的性別秩序。除了少數的例外之外，夫妻間的權利義務與互動關係，似乎仍受限於傳統婚姻身分的制約與性別框架²。此一現象所凸顯的問題在於，親屬法婚姻規範的發展是否印證了「從身分到契約」的理論？但何以親屬法中婚姻規範朝向契約化修正的結果，在現實上對婚姻制度「身分」性質的挑戰卻僅生有限的效果？在現行法規範架構下，婚姻關係究竟應如何定位？是契約或終究是身分³？法規範的契約化是否為提升個人自主以及促進性別平等的良方？

時序進入21世紀之後，社會變遷的腳步非但不曾停歇，反而更為快速劇烈。在此一趨勢之下，不僅家庭結構與社會觀念受到莫大的衝擊，婚姻法制在法律面與社會規範面也面臨另一波嚴峻的挑戰。在社會思潮的改變以及同性婚姻平權運動的推促之下，大法官於2017年作成司法院釋字第748號解釋，宣告親屬法未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，已違反憲法所保障的婚姻自由以及平等權保障之意旨⁴。隨後，在2020年，大法官又作成司法院釋字第791號解釋，宣告通姦罪違憲⁵。大法官在此兩號解釋強調了對於人格自主與婚姻自由的

2 陳昭如，還是不平等——婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業，女學學誌：婦女與性別研究，33期，頁119-170（2013年）。

3 李念祖、李劍非、廖崇歲，評釋字第791號解釋——從性別身分到平等契約？，月旦法學雜誌，315期，頁64-88（2021年）。

4 司法院釋字第748號解釋參照。

5 司法院釋字第791號解釋參照。

重視，在肯認婚姻制度的保障的同時卻也明白表示婚姻所承載的社會功能已趨於相對化，提供了全面檢視婚姻法制——尤其是「私」與「公」領域法規共同建構而成之獨特法律地位——的契機。

另一方面，隨著社會生活型態的多元化，結婚率下降與少子化等現象成為趨勢⁶，婚姻與家庭型態以及社會規範的變遷，不僅可能對於婚姻制度獨享法律上優越地位的現狀加以挑戰，甚至意味著人倫秩序與性別規範也有再重整的可能。如此的發展趨勢將對於婚姻法制的身分性格，親屬法中婚姻規範的契約化，以及個人自主與性別平等的追求產生如何的影響？本文將透過婚姻規範演變歷程「從身分到契約」的辯證，以及家庭法引導功能理論等兩個脈絡，分析婚姻法制在傳統與變革，法與社會，以及公私法領域間等相互影響的動態發展與所面臨的挑戰。

貳、婚姻法制的變革

婚姻法制的歷史悠久且影響深遠，從其發展來看，可以發現其規範的目的、內容與規範方式並非一成不變，而是隨著社會變遷而不斷地演進與變化。婚姻法制在存續中不斷改變的發展歷程，不僅體現了婚姻制度兼具建立私人間親密關係與維持社會秩序的性格，也突顯出社會思潮與法規交互影響的動態關係。

一、在傳統人倫秩序與現代法制觀念間拉鋸

婚姻制度對於社會、家庭，與個人的發展而言都扮演重要的角色，長久以來以婚姻與親子關係為主軸所形成的所謂「傳統人倫秩序」，更與民法親屬編的規範內容息息相關。親屬法的學者們多肯

⁶ 伊慶春，臺灣的家庭變遷：家庭社會學者的研究關懷，近代中國婦女史研究，34期，頁219-227（2019年）。

認傳統人倫秩序與親屬法的密切關係：有認為親屬間的身分關係，對於法律而言，乃具有所謂「事實先在性」⁷，亦即先有身分關係，而後由法律予以規範；亦有主張「親屬的身分關係秩序，是法律以前的規範秩序，而以人倫秩序為基礎」⁸。而即使在法律秩序化，編入民法法典之中後，亦帶有濃厚的人倫秩序色彩⁹。也有學者強調親屬法應考慮倫理性以及社會的習慣規範，期使法律與社會相結合¹⁰。

親屬法與社會倫常習慣的緊密關係，也影響了親屬法制度的演變。傳統臺灣社會中已經存在的家族親屬關係的運作與規範，在日治時期中，仍以「舊慣」或「習慣」受到尊重與適用，而成為日本法施行於臺灣的例外¹¹；因此相對於其他法律領域而言，近代西方法制化之影響程度亦較小¹²。現行親屬法乃是隨著1945年國民黨政府從中國大陸來臺施行，其制定之時，立法者試圖將傳統人倫秩序與現代法制觀念加以調和¹³，在婚姻制度之中肯認個人獨立人格自主以及些許平等的觀念，尤其強調在婚姻關係的建立與存續係尊重個人意願與雙方合意。在此一規範基礎之下，婚姻的締結（是否結婚，何時結婚，以及與何人結婚）並非由家族尊長或父母決定，而

7 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2012年最新修訂版，頁4（2012年）。

8 陳棋炎，親屬的身分法關係之特色，輔仁法學，8期，頁21（1989年）。

9 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，11版，頁18（2013年）。

10 林秀雄，親屬法講義，3版，頁9-10（2013年）。

11 即使到1923年之後，民事財產法事項亦均適用日本的民商法典，臺灣人的親屬繼承事項仍然例外地「依習慣」適用。王泰升，台灣法的斷裂與連續，頁135-139（2002年）。

12 即使如此，西方現代法制仍然在法院適用習慣進行裁判時，透過法律概念、法理或公序良俗的適用或解釋而對臺灣人的親屬繼承事項產生部分程度的影響。王泰升，論台灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，44卷1期，頁26-31（2015年）。關於日治時期親屬法制度的發展，請參見陳昭如，權利、法律改革與本土婦運——以臺灣離婚權的發展為例，政大法學評論，62期，頁27-50（1999年）。沈靜萍，多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法：從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造，頁169-181（2015年）。

13 陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，頁160（2006年）。

是由當事人雙方自主決定，如此也意味著傳統上為家族延續與利益而建立的婚姻關係，逐漸蛻變為夫妻雙方為經營共同生活的個人抉擇與合意¹⁴。不過，對於個人自主抉擇與雙方合意的重視，僅止於婚姻的締結與解消，至於婚姻存續中雙方的權利義務關係則仍受到傳統人倫秩序相當的規制。親屬法規範下的婚姻關係為一對一的排他關係，雙方互負同居以及忠誠等義務，看似尊重夫妻雙方各自的獨立人格與平等；但在住所、夫妻與子女稱姓、未成年子女親權行使（婚姻關係存續中以及離婚後），以及夫妻財產制的規範之中，均可發現男尊女卑的傳統性別秩序對法規範所帶來的深刻影響：夫在婚姻關係中享有決定權，而妻則居於服從與弱勢之地位。此一安排，又以維護身分人倫關係為名，以強行規定規範之，當事人對於婚姻關係的重要內容甚至無法另為協議或加以變更¹⁵。

隨著臺灣社會逐漸脫離農業社會的生活形態，工業化與都市化帶來社會與家庭結構的改變，個人對於家庭的依賴不再如過去緊密，傳統的家庭規範與性別秩序逐漸受到挑戰¹⁶，個人自主選擇權與平等意識的興起，更對帶有濃厚傳統人倫秩序色彩的親屬法帶來嚴峻的衝擊¹⁷。因應劇烈的社會變遷，當時的司法行政部（現為法務部）自1970年代起陸續進行修法草案之研議，而於1985年由立法院通過民法親屬編的首次全盤修正¹⁸。在1985年的修正中，結婚與

14 陳惠馨，我國近代有關「定婚」規定之比較及其發展——兼論我國有關婚姻規定之發展趨勢，政大法學評論，37期，頁126-136（1988年）；陳昭如，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，近代中國婦女史研究，34期，頁255、258-259（2019年）；梁弘孟，從「父母之命」到「兩情相悅」——論民初法制發展中男女結婚意思對婚姻締結之影響，政大法學評論，146期，頁127-193（2016年）。

15 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（註9），頁22；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（註7），頁54。

16 陳惠馨（註13），頁234-235。

17 李立如（註1），頁1641-1643。

18 然而，雖此次由司法行政部所主導的民法親屬編修正已觀察到臺灣社會之變遷，但在堅持維護固有倫理觀念的前提下，加上當時尚未全面改選的立法院態度

離婚的要件¹⁹，以及貫徹一夫一妻制度等規定均有所更動；對夫妻權利義務關係之規定也進行調整，特別是在夫妻住所、子女稱姓，以及夫妻聯合財產管理等傳統性別秩序色彩強烈的規定上增設但書，將原來授予夫／父優勢地位的規定略為鬆綁，使夫妻得個別約定以調整原來法規範的設定。也就是說，立法者在此採用「例外約定」的立法策略，以回應其所欲達成的「男女平等」價值。不過，如同其修正理由所揭示，男女平等價值的追求仍然必須在維持傳統人倫秩序的基調之下進行²⁰，因此，仔細觀察後可以發現，既然妻從夫居、子女從父姓，以及聯合財產由夫管理等原則仍然維持，即使修正後的親屬法允許個別夫妻為例外約定，但此一例外是否得以成立的決定權終究仍然握在夫／父的手中。因此，婚姻制度規範在1985年修法之後，男尊女卑的性別秩序依舊穩固，增設但書所允許的例外約定，對於促進男女平等而言僅是聊備一格，形式意義遠大於實質意義²¹。

1987年解嚴之後，社會對於自由平等的要求更為殷切，婦女團體為推動性別平等的實現大聲疾呼，並針對親屬法「父權優先條款」發起釋憲運動²²。在1994年司法院大法官公布司法院釋字第365號解釋宣告舊民法第1089條違反憲法男女平等原則之後，迎來了婚姻法制的全面檢討與修正的契機²³。隨後大法官又陸續作成司

極為保守的情形下，實際上的修正幅度相當少也未能接納新的觀念。戴東雄，子女稱姓之現代化，法制史研究，30期，頁219-220（2016年）。

19 例如，在結婚的形式要件方面，在維持儀式婚的要求之下增加結婚登記之推定（民法第982條）；放寬禁婚親的範圍（民法第983條）；貫徹一夫一妻制（民法第988條）。

20 立法院公報，74卷38期，頁107-108，民法親屬編部分條文修正草案總說明（1985年）。

21 陳惠馨（註13），頁235-236；尤美女，從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐，律師雜誌，313期，頁75-76（2005年）。

22 尤美女，臺灣婦女運動與民法親屬編之修正，萬國法律，90期，頁4-17（1996年）。

23 陳昭如，改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動

法院釋字第410號解釋、司法院釋字第452號解釋及司法院釋字第457號解釋，接連宣告舊親屬法中獨尊夫權的夫妻財產制及夫妻住所的規定違憲，以及禁止出嫁之榮民女兒繼承之退輔會房舍土地處理要點之規定違憲，使得立法者在大法官解釋所設之時限以及社會思潮變遷的壓力之下，對親屬法進行多次修正，以符合憲法規範的要求²⁴。其主要的修法方向在於對個人自主、男女平等及未成年子女利益的重視，意味著傳統人倫秩序對婚姻法制影響的全面弱化²⁵。在具體修正策略上，立法者大量採用了性別中立與雙方協議的作法來取代傳統性別秩序的規範²⁶：一來，將原來依性別（夫／父或妻／母）分別規範之身分權利義務，改為夫妻或配偶雙方均得行使負擔或共同行使的權利義務，亦即權利義務不再因性別而有所不同，例如夫妻稱姓（1998年修正）及子女親權行使（1996年修正）；另外，又透過夫妻／父母協議之方式，試圖打破長久以來由夫／父獨占家庭內部決定權之父權體制，由雙方共享決定權，尤其在夫妻住所（1998年）、夫妻離婚後未成年子女權利義務之行使負擔（1996年），以及子女稱姓（2007年）²⁷等事項，皆改由以夫妻／父母協議共同行使或決定。觀察親屬法的修正歷程可以發現，1985年修正時曾被立法者小幅度例外採用的「雙方約定」立法策略，在此時期被擴大適用範圍，以呈現夫妻結婚後仍然維持各自獨立人格（夫妻各保有本姓，以及法定財產制中各自管理婚後財產等規定），也不

員，政治科學論叢，52期，頁70-76（2012年）；尤美女（註21），頁77-78；施慧玲，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，國立中正大學法學集刊，3期，頁208-210（2000年）。

24 Li-Ju Lee, *The Constitutionalization of Taiwanese Family Law*, 11 NAT'L TAIWAN U. L. REV. 273, 302-03 (2016).

25 李立如（註1），頁1644。

26 陳昭如（註2），頁119-170；李立如，婚姻家庭與性別平等——親屬法變遷的觀察與反思，政大法學評論，95期，頁182-187（2007年）。

27 民法第1059條子女稱姓之規定於2007年修正後，戶籍法於2008年增訂第49條以解決父母無法協議的問題。而民法第1059條亦於2010年又再次進行修訂。戴東雄（註18），頁230-233。

再強調夫妻間的權利義務關係因性別有所差異。從此在親屬法的規範條文中，經營婚姻與家庭生活的決策權與義務，原則上為夫妻雙方共享與分擔，為此更明文訂定數個重要事項：包括住所、生活費用以及未成年子女親權行使等，由夫妻或父母協議決定之。自此法規範所彰顯的傳統人倫秩序色彩逐漸淡化，而強調個人自主性與平等；婚姻關係也逐漸從由夫／父支配主導之夫妻一體，轉變為夫妻各自保有獨立人格，為經營共同生活所形成的協力關係。如此發展，宣示了我國婚姻法規範正式脫離父權體制，傳統性別秩序不再具有法規範的正當性以及拘束力，不僅配偶雙方得以有更大的空間自行決定婚姻生活的樣貌，對於配偶個人社會生活所涉的自由與財產權利而言，其自主決定權也大幅受到尊重與提升。

二、從身分到契約？

由前所述，婚姻法制在親屬法1990年代大幅修正後展現了新的面貌²⁸，不僅逐漸脫離傳統人倫秩序與慣習的規制²⁹，更尊重雙方以合意形塑其互動關係，使婚姻關係的建立、解消、夫妻間的權利義務關係，以及對未成年子女親權行使負擔等重要事項，均得由夫妻協議為之。此一立法的重大轉折是否代表了我國婚姻法制的變遷正符合所謂「從身分到契約」的演變歷程，朝向個人化及契約化發展？

從身分到契約（from status to contract）的理論為英國法學者Henry Maine在其1861年所著ANCIENT LAW一書之中所提出。該書從社會經濟與政治的觀點，對法律制度的演進，特別是遺囑、財產、契約，以及犯罪刑罰的歷史發展與現狀進行觀察與討論³⁰。Maine認為法律發展與社會發展相呼應，在社會由傳統或所謂較原始

28 施慧玲，民法親屬編之理想家庭圖像——從建構制度保障到寬容多元價值？，月旦民商法雜誌，17期，頁27（2007年）。

29 王泰升（註12），頁48-49。

30 See SIR HENRY SUMNER MAINE, ANCIENT LAW: ITS CONNECTION WITH THE EARLY HISTORY OF SOCIETY, AND ITS RELATION TO MODERN IDEAS (7th ed. 1878).

(primitive) 的階段發展到現代或所謂較進步 (progressive) 的型態時，法律制度的發展亦相應地從「身分」(status) 演變到「契約」(contract)³¹。Maine認為所謂的身分，指的是在傳統社會中，個人的社會地位、職業、婚姻，乃至於法律上權利義務，包括於死後其財產如何被繼承與分配等各方面，均繫諸於其所出身的家族所賦予之身分、階級與地位，而非個人的自由意志或選擇所決定。因此，個人的法律地位與權益也幾乎都是與生俱來的，與其身分難以分離，而個人的同意 (consent) 或彼此間的合意 (agreement) 則較不受到重視³²。但隨著傳統社會發展到現代社會的過程中，家庭所擁有的控制與影響力逐漸減弱，個人在經濟政治社會上的主體性地位興起，法律權利義務的主體也逐漸從家族轉移到個人³³。為此，Maine回顧繼承法的發展，討論遺囑功能的變革，即是從家長將家族財產管理權傳承給新任家長，發展到現代社會中個人藉由遺囑將其財產的所有權分配給其個別的子孫³⁴；其亦探討財產法 (property) 的演變，檢視其如何從集體權利架構，演變到由個人擁有及行使土地等不動產之所有權概念等等³⁵；上述論述描繪了數種重要法律規範的概念與架構，乃是從以家庭／家族集體為中心，到以個人為主體的轉變，印證了法律制度隨著社會演進的腳步——從「身分」到「契約」的發展歷程。不同於以身分階級為依歸的傳統法律制度，在現代法律制度中，個人成為法律上的主體，契約行為所重視的個人自主抉擇與雙方合意，更成為法律規範中形成權利義務的基礎，

31 *Id.* at 168-70 (“All the form of Status taken notice of the Law of Persons were derived from and to some extent are still coloured by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status,..., to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract.*”).

32 *Id.* at 120-28, 133-45.

33 *Id.* at 171-91.

34 *Id.* at 215-39.

35 *Id.* at 244-53, 261-64.

進而呼應現代社會對個人主義與自由平等價值理念的重視³⁶。

在此理解之下，我國的婚姻法制發展歷程似乎有與前述「從身分到契約」之論述相合之處。在傳統社會中，婚姻對於家族延續與利益有重大影響，並非個人所能決定。婚姻的締結乃由雙方當事人之主婚人——家長或父母——決定，婚姻關係自始即為被賦予的身分與義務，何時結婚以及與何人結婚皆非當事人所選擇。不過，傳統婚姻制度的此一環節，並沒有在親屬法制定時被立法者所接受。如前所述，基於現代法制尊重個人自主的精神，立法者在親屬法制定時採取婚約與婚姻自行訂定的原則，放棄了婚姻由家族主婚人決定的傳統，在婚約由當事人自行訂定的明文規定³⁷之下，父母為子女所訂定的婚約即為無效³⁸。因此，親屬法要求婚約訂定與婚姻締結應由當事人自行決定的規定，意味著婚姻法制開始逐漸脫離傳統以家族為中心的強烈身分性格，朝向個人化與契約化的發展邁出重要的第一步。

雖然親屬法要求當事人自行締結婚姻關係，但在婚姻關係存續中，無論是對內（夫妻內部關係）或對外（民法其他章節以及民法以外的各項法律規定）的法律規範上，仍然受到傳統人倫秩序深刻的影響。婚姻家庭不僅被視為具有一體性的生活與經濟單元，更承襲父權傳統，由夫／父擁有對婚姻家庭的重大經濟決策及管理權。例如，修正前民法所規範的夫妻法定財產制（聯合財產制），亦即將夫妻婚前與婚後所取得財產加以聯合，雖然各自保有所有權，但聯合財產之管理權屬於夫³⁹，以維持婚姻經濟決策的一體性。此

36 See Katharina Isabel Schmidt, *Henry Maine's "Modern Law": From Status to Contract and Back Again?*, 65 AM. J. COMP. L. 145 (2017).

37 民法第972條參照。

38 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，臺大法學論叢，21卷1期，頁346-347（1991年）。

39 1985年民法修正之後，聯合財產的管理權原則上為夫，但可以例外約定由妻管理。

外，修正前民法更藉由規範夫妻稱姓、住所、財產，乃至於子女的親權行使等婚姻關係的重要事項，以符合傳統人倫性別秩序、夫妻一體性與父權體制精神之婚姻制度。在法律強行規定的要求與背書之下，婚姻關係的重要權利義務內涵幾乎難有個人選擇或雙方協議的空間。因此，婚姻規範即便有契約性質，也僅止於成立婚姻關係或設定夫妻關係的行為⁴⁰。一旦雙方合意進入婚姻關係之後，當事人就無法自由地決定婚姻關係的樣貌，而必須依照親屬法所規範的架構與關係來運作。換言之，親屬法制定之時立法者對婚姻制度僅進行最小限度的個人化與契約化，整體而言仍然維持其傳統身分法的規範色彩。

不過，從1980年代開始，婚姻法制的契約化與個人化進程再度啟動。如前所述，1985年的親屬法修正中，立法者試圖藉由增設但書允許夫妻自行約定，以「貫徹」男女平等原則⁴¹，雖然由於當時規範設計仍以維護父權人倫體制運作為要務，而使得促進男女平等之目的幾成空談，但卻仍然從立法者將「約定」及「協議」作為增進個人自由與男女平等的主要修法策略，約略可見婚姻法制朝向契約化邁進的端倪。又經過十年之後，在婦女團體以及大法官解釋的推促之下，親屬法從1996年開始逐步進行全面翻修。1996年的修正主要因應司法院釋字第365號解釋，立法者將被宣告違憲的舊民法第1089條中父權優先的規定刪除，亦將父母離婚後子女親權行使改為由父母協議，同時強化法院的任務與角色以救濟並維護子女最佳利益⁴²。接下來，1998年的修正仍是在大法官的敦促下完成。除了將被大法官宣告違憲的舊民法第1002條進行修正，規定夫妻住所由雙方共同協議之外，也將夫妻稱姓改為原則各保有本姓，例外得約定

40 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（註7），頁54。

41 立法院公報，73卷23期，頁119（1983年）。

42 雷文政，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，臺大法學論叢，28卷3期，頁245-309（1999年）；李立如，離婚後親權酌定事件中的子女最佳利益，中原財經法學，45期，頁1-58（2020年）。

冠配偶之姓，並將女子待婚期間等規定刪除⁴³。2002年則對夫妻財產制進行大幅修正，將原訂為夫妻法定財產制之聯合財產制刪除，修正後的夫妻法定財產制不再將夫妻各自財產聯合而堅持經濟決策的一體性，而採取各自所有、各自管理收益處分的作法，但維持法定財產制關係消滅時，經濟弱勢之一方得請求剩餘財產分配，並增設保全規定⁴⁴。2007年的修正主要聚焦於父母子女之關係，將傳統上父權體制最重要特徵之一的子女從父姓規定，修正為未成年子女姓氏原則上由父母協議從父姓或從母姓⁴⁵。自此，修正前民法婚姻規範中所採用夫妻一體⁴⁶以及父權優先的傳統規範模式（unitary/patriarchal model），在數次修正之後逐漸式微，被強調個人化與契約化的協商模式（bargaining model）⁴⁷所取代。協商模式興起所彰顯的意義有二：一為法規不再以傳統人倫制度為名，明文支持父權體制，其二為減少強制性及一致性規定，使得婚姻關係的單一與標準化色彩逐漸降低。在婚姻法規範逐步鬆綁的修法趨勢之下，配偶雙方擁有較大的空間自行協議，個人（特別是女性）自主權亦得以大幅提升。

民法親屬編的修正軌跡，乃是從反映與深化傳統性別身分秩序的傳統規範，改為強調尊重個人自主與雙方合意，朝個人化或私化

43 施慧玲（註23），頁180-190。

44 施慧玲，從男女平等原則談新修正之法定夫妻財產制，收於：家庭法律社會學論文集，頁57-80（2004年）；林秀雄，論民法親屬編之修正，月旦民商法雜誌，特刊號，頁67-72（2003年）。

45 王如玄、潘天慶，小孩可不可以跟媽媽姓？——論民法親屬編第一〇五九條婚生子女姓氏之修正，月旦民商法雜誌，17期，頁55-72（2007年）。

46 陳棋炎教授主張修正前民法之中的婚姻「係由統體法所規律之夫妻共同生活體，即在夫妻間，並無一方人格，為他方人格支配對象之隸屬關係，反而因婚姻，夫或妻之個別的人格，即將形成另一完整之人格，而夫妻個人更可發揚光大其自己」。陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（註9），頁62。

47 婚姻制度在規範與實踐上究竟為一體性模式（unitary models）或協商模式（bargaining models），在法規與經濟分析研究的方法與結果上均有實質影響。See Robert A. Pollak, *Comment on Mary Anne Case's Enforcing Bargains in an Ongoing Marriage*, 35 WASH. U. J.L. & POL'Y 261 (2011).

(privatization) 方向發展，可見Maine所謂「從身分到契約」的趨勢。此發展固然彰顯了個人自主決定與平等價值日益受到重視；但另一方面，法規範的契約化發展在實踐上的成效如何？是否在現實上能夠促使婚姻關係走出父權體制的身分框架，轉變為以性別平等為內涵的協商關係？此問題值得進一步考察。本文發現，受到「契約化」修正洗禮的婚姻法規範，其所產生的實際效力（或社會影響力），與法規範所提供的執行或救濟機制，特別是法院裁判所發揮的功能，息息相關。例如，關於夫妻離婚後未成年子女親權行使負擔之決定，於1996年民法修正後從父權原則改為由父母協議決定，並且規定在未為協議或協議不成時，得由法院依照子女最佳利益酌定之（民法第1055條）。換句話說，在父母無法達成協議時，居於弱勢地位者有機會尋求法院救濟進行裁判，且法院判斷之依據為子女最佳利益，不受傳統父權原則之拘束⁴⁸。從結果來觀察，2021年經法院裁判由母單獨行使親權者，為61.2%，單獨由父行使者則為22.9%，而由父母共同行使為15.4%⁴⁹；而父母協議的結果，依照戶政機關2020年的統計，父母協議由母單獨行使者為37.7%，由父單獨行使者為35.7%，共同行使者則為26.5%⁵⁰。可見，不僅法院裁判中由母單獨行使親權者有六成以上，甚至於由父母自行協議的結果看來，父權也不再明顯強勢。如此的發展印證了美國法學者Robert Mnookin、Lewis Kornhauser的論述，在法院適用具有結果開放性（與不確定性）的子女最佳利益原則，且裁判具有執行效力的情形下，父母雙方進行子女親權協議時，即往往受到法院介入與法律原

48 關於法院對子女最佳利益原則的適用，請參見李立如（註42），頁1-58。

49 司法院全球資訊網，地方法院離婚事件子女監護權歸屬，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2197-1.html>（最後瀏覽日：2022年5月26日）。

50 內政部全球資訊網，父母離婚子女監護權，<https://www.moi.gov.tw/cl.aspx?n=15375>（最後瀏覽日：2022年5月26日）。此資料來源係內政部依據未成年子女權利義務行使負擔登記申請書編製，惟未成年子女親權行使事項並非強制登記，因此雖然該登記資料與數字相當值得參考，但也可能僅呈現部分事實，應予敘明。父母自行協議共同行使子女親權者，在近年有顯著增加的趨勢，似乎也與法院逐漸重視共同行使親權的態度相呼應。

則的影響，也就是所謂在法律的陰影（in the shadow of law）下進行協商⁵¹。而在此一脈絡下，修正後的民法規範因此得以有較大的影響力積極地促進性別平等。

立法者除了為子女親權的協議提供法院為救濟管道之外，1998年關於夫妻住所規定之修正也採用同樣模式。修正後的民法第1002條將妻從夫居之規定改為由夫妻共同協議，也規定未為協議或協議不成時得聲請法院定之。不過，立法者並未明定法院認定夫妻住所的標準，使得實務上法院在面對爭議時並不自為判斷，而傾向係認定夫妻婚後實際（曾經的）共同住所或共同戶籍地（民法第1002條第2項）為夫妻共同住所，對夫或妻嗣後片面所做的改變則一概不予肯認⁵²。如此一來，法規範是否有助於扭轉傳統從夫居的規範？或有助婚姻關係中的弱勢者進行平等協議？此問題必須分為兩方面來觀察。首先，在夫妻雙方婚後已經（曾經）有共同住所（或戶籍地）的情形之下，夫不再單方面的擁有住所變更的決定權，在此意義下從夫居的傳統確實不再得到法規範的背書。不過，由於法院僅從結果事實（有共同居住事實或有共同設籍登記）來判斷夫妻已（曾）達成協議，即賦予其法律效果，並不論及該住所的決定如何作成，嗣後也沒有明確的認定標準另為判斷⁵³，因此就夫妻婚後住

51 See Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979). 此一著名論述指出在美國法院採行「子女最佳利益」原則的影響之下，夫妻離婚後關於子女親權行使的協議乃是在法律的陰影下進行。

52 例如，最高法院104年度台抗字第412號民事裁定（本號裁定為釐清請求離婚事件之管轄法院，而對兩造住所進行考量，法院認定「……是兩造婚後之共同住所位於南投縣埔里鎮，其再抗告人既自行搬離南投縣埔里鎮，又北上遷至新北市蘆洲區，自難謂兩造已有廢止原夫妻住所或變更夫妻住所之協議。」）、臺灣臺北地方法院105年度家婚聲字第33號民事裁定（本號裁定為酌定夫妻住所事件，兩造婚後共同居住並設籍於臺北市之住處逾6年後，相對人離家返回娘家居住，法院認定兩造並未就住所變更或新住所達成協議，酌定以夫妻婚後原共同居住設籍之住所為兩造夫妻共同住所）。

53 陳昭如（註2），頁128。

所(或變更住所)協議是否與如何進行,恐怕也未能造成如前述子女親權爭議所謂「在法律的陰影中協議」的效果,難以對妻傳統上的弱勢地位進行實質補強或救濟⁵⁴。其次,從結果面而言,就與父母同住的夫妻而言,從夫居者,仍顯然多於從妻居者⁵⁵,如此也可以看出父權規範對實際上夫妻住所安排之決定仍然有相當的影響力,而法規範促進性別平等的效力則相對較為有限。

不同於前述兩者的立法策略,親屬法修正所採用的另一個重要的立法類型,是單純採用協商模式,規定以雙方協議或約定取代傳統的父權規範,但雙方未為協議或協議不成時,法院並不介入提供救濟。此類的規範與契約觀念最為近似,可謂為婚姻關係契約化的典型,由配偶雙方透過自行協議以形塑個別婚姻關係與生活型態。不過,經過多年的實踐,卻可以發現此類協商條款並未帶來原先所預期的變革,父權規範對婚姻關係的影響力依然強大,法規範的契約化似乎尚難以抗衡。例如第1003條與第1003條之1關於日常家務以及家庭生活費用之規範,又如第1018條之1的自由處分金,以及第1059條之子女姓氏的約定⁵⁶。就日常家務分工而言,根據研究者的分析,雖然隨著社會發展,男性參與家務有略為增加的趨勢,但是仍然受到傳統性別分工的影響,不僅女性付出家務的時數仍為男

54 李立如(註1),頁1651-1657。亦有學者認為在家庭事項的決定中不需落入「法官萬能」之迷思,亦可不必另設婚姻住所決定權之規定。林秀雄,婚姻住所決定權——兼評司法院釋字第四五二號解釋及新法之修正,月旦法學雜誌,39期,頁122-124(1998年)。

55 王俊豪,台灣初婚夫妻的居住安排,人口學刊,37期,頁68-77(2008年)(與過去研究相較,此研究發現從妻居的比例似有提高,但作者提醒此現象可能僅是新婚夫妻權宜性的暫時選擇,尚非動搖父權傳統的確切證據)。伊慶春(註6),頁232-233(已婚者在初婚階段與父母同住的現象仍然相當普遍,而且顯然還是以與夫方父母同住為多數)。

56 民法第1059條第1項規定:「父母於子女出生登記前,應以書面約定子女從父姓或母姓。未約定或約定不成者,於戶政事務所抽籤決定之。」雖然在父母未約定或約定不成者,有規定以抽籤決定之方式解決,但糾紛解決方式乃是仰賴機率,與法院所代表的救濟機制實有本質上的差異。

性的三倍之多⁵⁷，男性所從事的家務也往往傾向簡單修繕等非經常性的「男人的家事」⁵⁸，例行性的家務勞動仍然集中在女性身上，無論女性是否有全職的工作。修正後民法所採取的協商模式，對於家務性別分工持續不平等的現象，恐怕也只能肯認其為雙方協議的結果；而原來欲對於家務勞動給予肯定代價所設立的自由處分金條款，也僅規定得由雙方協議，而無法在協議不成時向法院請求介入或救濟。在此情形之下，法院的功能僅止於對已達成之協議予以肯定及執行⁵⁹，對於經濟上弱勢之一方或負責家務勞動之配偶而言，單純協商模式下的法規範並無法提供積極的奧援或保障，所謂保障類似合夥的夫妻關係或家務勞動有價的立法意旨，也難以實現⁶⁰。此外，目前民法關於子女姓氏的規定也採用單純協商模式。2007年民法修正之後，子女從父姓的規定改為由父母以書面約定。要求雙方以書面約定，一來顯示了該決定的重要性，二來也使得父母不易忽視該法律規定⁶¹。從實際的數據來觀察，法律修正後，確有少數父母透過協議使子女從母姓⁶²，但對絕大部分的民眾而言，子女從

57 翁康容、楊靜利、任軒立，從家務分工看性別平權的知行落差，人口學刊，61期，頁115-116（2020年）。

58 張晉芬、李奕慧，「女人的家事」、「男人的家事」：家事分工性別化的持續與解釋，人文及社會科學集刊，19卷2期，頁203-229（2007年）。

59 臺灣士林地方法院108年度家婚聲字第12號民事裁定參照。

60 法學者間對於自由處分性質的看法相當分歧，不過，無論採取何種解釋，在法律規定僅允許協議，而無從救濟的情形下，自由處分金條款所生的影響均相當有限。戴東雄，從男女平等觀點論民法第1018條之1自由處分金之解釋，法令月刊，67卷8期，頁1-25（2016年）。

61 在實務上，各戶政事務所均有準備子女姓氏約定書供前來辦理出生登記的民眾使用，在該約定書中均明白列出民法第1059條規定，以說明子女姓氏由父母以書面約定之。例如，請見臺北市政府市民服務大平臺，未成年子女從姓（姓氏變更）約定書，<https://service.gov.taipei/Case/ApplyWay/201903220003>（最後瀏覽日：2021年7月30日）。

62 根據內政部戶政司自2007年5月截至2021年6月的統計，共有272萬4,906位子女完成出生登記，其中由父母雙方約定從父姓者有259萬2,539人（約為95.14%），約定從母姓者有5萬791人（約為1.86%）；由一方決定從父姓者有1,518人，從母姓者有7萬19人（2.56%）。父母雙方約定從母姓之子女人數，於民國97年時人數較多，有3,508人，民國98年至99年間人數則略少，分別是2,541人與2,768

父姓的父權傳統似乎仍然根深蒂固。全國性的調查結果也顯示，有將近九成的受訪者表示未曾與配偶討論過子女姓氏⁶³，大多數的父母仍然跟隨傳統或社會一般作法使子女從父姓。可見子女姓氏的規定，雖有要求父母以書面約定協商的形式，但在運作上卻往往並未出現平等協商的機會或過程，如此不僅難以促進性別平等，甚至可能被合理化成為雙方共同約定的結果，反而使得父權規範繼續以個人自願選擇或雙方協議之名，發揮實質影響力⁶⁴。

事實上，與離婚後子女親權行使或夫妻住所爭議相較，子女姓氏、家務分工與生活費用等事項，與婚姻關係的形塑以及內涵更為直接相關。子女親權行使負擔之協議乃是離婚時所進行；實務上法院所介入的夫妻住所爭議，當事人多以離婚惡意遺棄要件認定與訴訟管轄為目的，已非以婚姻關係之維繫為念，此時雙方協議之脈絡與為維持婚姻生活所為之子女姓氏、家務分工、費用分擔，或婚後住所安排所為之協商，實有不同。本文認為，受到協商模式洗禮的法規範與婚姻存續實際運作情形之間所產生的落差，反映出法規範與社會規範拉鋸的困境，更凸顯出一個根本的問題：民法婚姻規範

人，民國100年至104年間人數均為3,000多人，自民國105年開始則維持每年約4,000人，登記從母姓之人數有向上成長，但仍遠不及父母雙方約定從父姓之人數。內政部戶政司全球資訊網，人口統計資料，<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>（最後瀏覽日：2021年7月30日）。關於少數突破傳統約定子女從母姓之父母其採取何種策略以因應社會與家庭的壓力，以及其約定從母姓的理由，請參見，陳怡君，第二「姓」？新生兒姓氏協商的性別權力關係，性別平等教育季刊，60期，頁69-73（2012年）；彭滄雯、洪綾君，為何從母姓？——夫妻約定子女姓氏的影響因素調查，女學學誌：婦女與性別研究，28期，頁1-54（2011年）。

63 根據法實證研究資料庫所進行的調查，當受訪者被問及是否曾經和配偶（或伴侶）討論決定小孩的姓氏時，高達89.8%回答沒有討論，有稍微討論及仔細討論者僅分別為5.7%及4.5%；當被問到小孩的姓氏是依照誰的意思來決定時，回答依照社會上多數人的作法者占75.3%；而小孩跟爸爸姓者高達98.1%，跟媽媽姓者則僅有0.9%。請見臺灣法實證研究資料庫網站，2019臺灣法文化與社會變遷調查第五期，2021年4月1日，<http://tadels.law.ntu.edu.tw/database-society/2019-臺灣法文化與社會變遷調查第五期/>（最後瀏覽日：2021年10月21日）。

64 陳昭如（註2），頁119-170。

大幅修正之後，即使有著契約化的形式外觀，但實際上婚姻關係與契約法所強調的契約自由（freedom of contract）、締約當事人自主（party autonomy），以及平等的協商地位（equal bargaining power）等核心概念，仍有相當距離⁶⁵。如此是否意味著婚姻制度在本質上難以被「契約化」？又婚姻與契約在概念上與實際運作上是相容抑或互斥？上述問題皆有賴於對婚姻制度的身分性格與法規範契約化發展之辯證關係進行進一步的探討。

參、在身分與契約之間

民法親屬編歷經多次修正之後，婚姻法規範已經從支持傳統父權優先的一體性模式，轉型到尊重當事人合意的協商模式，此一個人化或私化的趨勢，看似呼應從身分到契約的發展，然而在許多婚姻內部協議事項的實際運作上，契約化的效果卻相當有限，已如前述。此現象引人深思：究竟婚姻制度的法律性質與內涵應如何評價？婚姻法制的身分性格是否可能在法規範契約化的發展之下改變？或是婚姻法制將維持其身分特色而終究無法成為契約？此問題與婚姻法規範的性質、定位與未來發展方向息息相關，值得進一步的探究。

一、「身分」與「契約」的分與合

在討論婚姻的法律性質之前，首先需要釐清的是關於「身分」與「契約」兩個概念的發展與辯證關係。Maine在19世紀所提出「從身分到契約」論述，雖然在研究方法論與意識形態上受到諸多批判，但其重要貢獻在於其著眼法律與社會發展的互動關係，更因

⁶⁵ Sanford N. Katz, *Marriage as Partnership*, 73 NOTRE DAME L. REV. 1251, 1255-57 (1998).

此點出「身分」與「契約」兩種不同特性的法規範架構。在Maine的論述中，身分所指的是在傳統社會中個人生來即被賦予的、或難以改變的社會上與法律上之地位，其與個人所屬的家庭或階級密切相關；而由於工業化與都市化等社會變遷過程中，社會結構逐漸趨向扁平化，個人獲得（並追求）更多的自由，也得以藉由契約對自身權利義務的選擇，協商與交易也更為自由⁶⁶。在社會思潮日漸尊崇個人選擇自由與平等的情形下，契約自由成為現代法制的重要價值，契約也成為實現個人自由與平等理念的重要制度工具⁶⁷。不過，如同後世法學者對於Maine所持之研究方法與觀點的批判，社會與法律制度的發展，並非如Maine於其論述中所呈現之線性（linear）或單向（one-directional）的演進歷程⁶⁸。無論是從法律發展的歷史軌跡，或就比較法的觀點看來，身分與契約兩者之關係，恐怕不是單純的互斥關係或必然由後者取代前者⁶⁹；此兩者往往因

66 See LAWRENCE M. FRIEDMAN, *THE HORIZONTAL SOCIETY* (1999).

67 不過，在美國法的發展脈絡下，婚姻家庭法制似乎是此「從身分到契約」演變歷程的「例外」，也就是說，婚姻家庭法制被逐漸塑造而成為身分的（而非契約的）（status/contract）、家庭的（而非市場的）（family/market）、親密關係的（而非商業的）（law-of-intimacy/law-of-business）法律概念與制度。See Janet Halley, *What is Family Law?: A Genealogy Part I*, 23 *YALE J.L. & HUMAN.* 1 (2011).

68 Maine的「從身分到契約」理論自從發表之後即得到廣大的迴響，直至今日，但也引發許多對於方法論以及理論內容上的質疑與討論。不過，有論者認為，所謂「從身分到契約」（from status to contract），其實並非Maine書中的核心論點，而只是一個著名的旁論（a famous dictum），或甚至只是一種修辭（rhetoric）；而且評論者往往在未能細究該理論之論述脈絡情形下進行過度解讀與議論。For example, please see J. Russell VerSteege, *From Status to Contract: A Contextual Analysis of Maine's Famous Dictum*, 10 *WHITTIER L. REV.* 669, 669 (1988-1989); see also Otto Kahn-Freund, *A Note on Status and Contract in British Labour Law*, 30 *MOD. L. REV.* 635, 636 (1967) (noting Frederick Pollock's discussion on Maine's theory).

69 Maine之論述所受到的批判，不僅在於其過於抽象，更在於其討論對象以及立論基礎僅針對部分進步社會（progressive societies）的法律發展（“the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from status to contract”）。雖然Maine的研究內容也及於亞洲的印度傳統法制（Hindu Law），但其論述觀點與方法仍是採用西方社會（尤其是英語系）的所謂維多利亞式的演化法律史觀（Victorian evolutionism），不僅被認為與當時的西方殖民觀呼應，更有研究

應社會或法制度需求而並存，在不同領域中呈現動態的消長⁷⁰。更重要的是，自從19世紀後期以後，「身分」與「契約」的概念與制度已經發展出更為多元的內涵與態樣。即使與傳統社會相較之下，現代社會中個人的確享有較大的自由，但並不表示個人不再因其與生俱來或難以改變的特徵或認同——尤其是種族與性別——所受到的種種束縛與限制。這些在傳統以來飽受偏見與歧視的弱勢族群，並沒有隨著契約制度的普遍化而得以全然擺脫其不利的身分地位⁷¹。另一方面，因應社會工業化發展以及市場經濟的興起，契約法制的發展逐漸出現形式取代實質，客觀取代主觀的現象⁷²；亦即在契約成立與效力的認定上，當事人真意的逐一探求有漸漸被契約的形式（要式）主義所取代的現象⁷³，裁判實務上也發展出合理期待等客觀標準（而非全然依照當事人主觀意思）來解決契約所生的

範圍以及意識型態過於偏狹的問題，而受到相當批判。See Schmidt, *supra* note 36, at 156-61.

- 70 例如，Nathan Isaacs在1917年於Yale Law Journal發表論文討論契約定型化與標準化的現象及趨勢See Nathan Isaacs, *The Standardizing of Contracts*, 27 YALE L.J. 34 (1917)，並藉以質疑Maine的理論，認為法律規範與制度的演進並非單向單線的，而是因應社會的各種需求，在個人化（individualization）以及標準化／定型化（standardization）之間擺盪。For the account of Professor Isaacs's arguments and comments, please see Larry A. DiMatteo, *Unframing Legal Reasoning: A Cyclical Theory of Legal Evolution*, 27 S. CAL. INTERDISC. L.J. 483 (2018) (commenting Isaacs's cyclical theory). See also Matthew P. Bergman, *Status, Contract, and History: A Dialectical View*, 13 CARDOZO L. REV. 171 (1991).
- 71 See Sherally Munshi, *White Slavery and the Crisis of Will in the Age of Contract*, 30 YALE J.L. & FEMINISM 327 (2018).
- 72 關於美國契約法的發展走向「客觀化」的論述，see LAWRENCE M. FRIEDMAN, *CONTRACT LAW IN AMERICA: A SOCIAL AND ECONOMIC CASE STUDY* (1965); MORTON J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870-1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY* (1994). But see Joseph M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 FORDHAM L. REV. 427 (2000).
- 73 See Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799 (1941). Fuller主張，只要契約符合所有的形式要件，就足以證明當事人接受並同意該契約的內容，法院就不需要再個別深究當事人是否有合意的真意，以尊重當事人意思自治，並藉此引導或鼓勵當事人必須在締結契約之前謹慎地考量，以避免日後糾紛的產生。

爭端⁷⁴，可見個人自主意志的重要性即使在契約法制中，也可能被稀釋或甚至被取代。從契約類型來觀察，定型化契約（contract of adhesion/standard form contract）的出現，尤其在消費與勞動關係中被大量應用的趨勢，更挑戰了契約制度背後原來所欲彰顯的個人自由與平等概念。由契約當事人一方所擬定的定型化契約，已經成為商業行為不可或缺的一部分，人們日常生活中所締結的各項定型化契約，幾乎沒有提供消費者任何協商餘地，許多人甚至可能根本未曾仔細閱讀契約中密密麻麻的各項條款；消費者所擁有的所謂自主決定權，其實僅有是否同意契約締結的選擇而已⁷⁵。因此，究竟是消費者的個人意思，還是其作為消費者的「身分」，對契約條款所列之內容有較大的影響力？實不無疑問。此外，勞工與雇主間協商地位與籌碼的不平等現實，與契約自由概念之間的緊張關係，從工業化早期以來就成為勞動法制發展的重要元素⁷⁶。即使目前法規範

74 See HORWITZ, *supra* note 72, at 42-45.

75 定型化契約與傳統契約之間的差異與衝突，引起法學者們對當事人對契約內容的理解，協商與同意等要件與契約效力的理論與實務的熱烈討論與反省。For example, please see W. David Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529 (1971); Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 HARV. L. REV. 1173 (1983); Michael I. Meyerson, *The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*, 47 U. MIAMI L. REV. 1263 (1993); Randy E. Barnett, *Consenting to Form Contracts*, 71 FORDHAM L. REV. 627 (2002). 也有論者對於此種當事人地位極度不平等，一方無從協商，也甚至不瞭解條款內容的契約，其形式上的意思表示是否可以稱之為「同意」，所締結者是否為「契約」，都值得商榷。See MARGARET JANE RADIN, *BOILERPLATE: THE FINE PRINT, VANISHING RIGHTS, AND THE RULE OF LAW* (2012); see also Michelle E. Boardman, *Consent and Sensibility*, 127 HARV. L. REV. 1967 (2014) (book review). For further discussion, please see Robin Bradley Kar & Margaret Jane Radin, *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*, 132 HARV. L. REV. 1135 (2019).

76 美國法中關於契約自由的討論，從20世紀初期以來就與勞動契約法制的脈絡緊密連結，甚至可謂帶動了法實存主義（legal realism）運動的發展。For example, please see *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). For arguments against *Lochner*, please see Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 YALE L.J. 454 (1909) (“Why do so many of them force upon legislation an academic theory of equality in the fact of practical conditions of inequality?”).

管制架構對勞動條件提供了基本保障，但在現實上勞工與雇主兩者社會經濟資源具相當落差，以及勞工生計高度依賴於薪資等因素影響之下，勞工個人的選擇自主與協商籌碼在現實上均受相當限制，甚至出現勞動（定型化）契約徒有契約之名，卻行限制或深化勞雇雙方身分與地位差異之實的批判⁷⁷。可見個人在勞動契約中所享有選擇自由的多寡，實與其究竟為雇主或勞工之「身分」息息相關。不過，嚴格說來，「消費者」或「勞工」等身分與法律地位究竟並非與生俱來，也非個人無法分離的特徵，而是個人條件能力與社會結構交織的結果⁷⁸。即使如此，不可諱言的是，上述之法律地位或身分，無論是來自個人生來即被賦予，或是後天環境與個人條件使然，在現實生活中皆不易憑藉著個人意志得以自由選擇或得以扭轉超越。居於弱勢之法律身分地位者，即使在契約法的架構下進行協商，其不平等之地位與不利結果仍顯而易見⁷⁹。因之，現代社會法制下所謂身分與契約的概念與形式，早已超越Maine當初的論述範圍或其所能預見，而無法將兩者以二分法明確區隔。具體而言，即使現代法制以尊重個人自主為依歸，強調個人得以透過契約決定自身的權利義務，但個人的選擇自由，仍不免受到來自其法律「身分」地位上不同程度的牽制。因此，在法律制度的發展上，契約與身分不僅可能共存，更可能彼此交錯融合，出現具有契約性質的身分關係（contract-status），或具有身分色彩的契約關係（status-contracts）等類型⁸⁰，如何釐清身分與契約在不同脈絡之下交織相

77 See Aditi Bagchi, *The Myth of Equality in the Employment Relation*, 2009 MICH. ST. L. REV. 579 (2009).

78 Maine理論所指的「身分」(status)，是與生俱來被賦予 (ascribed status) 的；而與勞工或消費者此類事實上涉及個人能力條件所成就，但仍然可能在制度條件受到相當限制者之身分 (achieved status) 則有所不同。不過，在現代法制對於討論「身分」時，多同時包括上述兩個概念。Please see Robert Childres & Stephen J. Spitz, *Status in the Law of Contract*, 47 N.Y.U. L. REV. 1 (1972).

79 See Samuel R. Bagenstos, *Employment Law and Social Equality*, 112 MICH. L. REV. 225 (2013).

80 Schmidt, *supra* note 36, at 177-81.

互作用動態關係，而能進一步實踐與保障個人自主與平等，應可視為從身分到契約此一古典論述對現代法制發展的啟示與課題。

二、身分與契約的交錯與融合

本文認為，上述身分與契約得以並存與相互融合的觀點，較能夠適切分析婚姻法制的發展與定位。我國傳統社會將婚姻作為體現家庭人倫秩序的重要制度，婚姻的締結與存續關係並非個人意思或喜好所能置喙，確實具有Maine所稱「身分」法律的性質。從親屬法制定乃至於近期進行多次修正以來，婚姻法制在法條內容上正在逐步進行契約化，但正如許多論者的研究發現，契約化的實質成效相當有限，個人自主或性別平等在婚姻中的實踐尚未因此有顯著提升⁸¹。此狀況顯示婚姻法制雖有從身分到契約演變的趨勢，但事實上傳統身分色彩並未隨著契約化的形式發展而同步消退。也就是說，即使婚姻法制在數次法制修正之後，已具備更為清晰的契約形式，但其身分的特性卻依舊相當穩固。

(一) 婚姻法制的身分性格：從傳統人倫秩序的法制化到社會規範的拘束

現行民法有所謂財產法與身分法之分，婚姻與父母子女關係同為親屬編的核心規範，屬於身分法的重要範疇。以身分法的觀點出發，身分所代表的是家庭與親屬所構成的人倫關係，與財產法上因經濟活動而成立的目的性關係有所不同。而身分法與財產法關係相異之基礎有二：其一為身分關係屬於法律秩序之前的規範秩序，以人倫秩序或社會習俗為基礎；其二則為身分關係除了婚姻成立由當事人自主決定之外，概由人倫秩序與習俗以為規範內容，當事人無

⁸¹ 陳昭如（註2），頁119-170；彭滄雯、洪綾君（註62），頁1-54；李立如（註26），頁175-227。

從置喙，自也無從選擇⁸²。不過，隨著社會持續變遷以及親屬法的大幅修正，以父權體制為基礎的傳統人倫秩序已經失去法規範的支持，當事人的自主決定範圍，也在法規範鬆綁之下相應擴大，使得上述兩個身分法的基礎似乎不再穩固。但即使失去法規範明文支持與背書，傳統人倫秩序或父權體制的觀念隱身在社會規範中，婚姻法制的身分特質仍然繼續維持：亦即當事人的權利義務關係仍難以脫離傳統人倫秩序中「夫」或「妻」的身分地位。本文認為，此結果與婚姻法制的整體結構，以及婚姻關係的性質有密切的關係。

首先，依照親屬法制定之初所規範的婚姻制度，強調賦予當事人決定婚姻成立的自主權，但婚姻關係中所涉及的法律上權利義務，原則上皆以強行規定加以規範，僅留有極為少數的例外允許夫妻進行約定⁸³。若自前述契約法制的角度來觀察，1930年的婚姻法制如同一份法律明定的定型化契約，除了締結結婚（或不結婚）的自由之外，當事人無法自主決定婚姻關係中權利義務關係內容，也幾乎沒有與對方協商的餘地，此權利義務關係依其性別角色而有明顯的差異，使女性處於不利地位。雖然之後歷經多次修正，放棄夫／父權優先原則，並積極採用協商模式，但是仔細觀察可以發現，婚姻關係的整體架構與主要權利義務內容，仍然受到法規範的嚴格控制，所謂私化或契約化的程度，事實上非常有限。依照民法規定，婚姻關係成立後配偶雙方即互負同居、忠誠、扶養義務，並有夫妻財產制等規定的適用，且此等權利義務不待當事人約定，就已經包括在婚姻（定型化）契約條款之中⁸⁴。即使1990年代晚期以來

82 也因此，陳棋炎教授認為，即使由於歲月推移而有「從身分到契約」的演變，「身分」或將其所主導的領域逐漸退讓給「契約」（財產法），但「夫妻父母子女等共同生活體，在人情常理上，既不能不存續，則『身分』終不可能變為『契約』，也是事實」。陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（註9），頁9。

83 例如，1930年民法第1051條但書與第1059條第2項但書允許夫妻就兩願離婚後子女監護以及贅夫子女之姓氏為約定。又於1930年民法第1004條以下，亦有允許夫妻對財產制的選擇或共同財產分割數額等進行約定之規定。

84 最高法院98年度台上字第708號民事判決參照（「夫妻互守誠實，係為確保其共

的親屬法修正將協商模式明文化，當事人得以對夫妻稱姓、住所、家庭生活費用、夫妻財產制的選擇，以及未成年子女姓氏與親權行使等內容進行自主協議，但協議內容還是限於配偶經營共同生活的互動關係與分工等決策，並不及於婚姻關係的主要內容與架構。即使當事人作成婚前／婚後協議，其效力亦受到強行規定（包括上述婚姻的權利義務與效力）以及公序良俗之拘束⁸⁵。既然婚姻主要內容與效力仍然在法律嚴密規範限制之下，即使開放些許部分事項由當事人自行約定，也難以就此改變或重塑社會對婚姻關係的想像與期待，或有足夠誘因鼓勵個別當事人藉此建立非典型的婚姻關係。就如同定型化契約中絕大部分條款皆無法更動，即使有少數當事人可以個別決定的具體事項，除非有特別的理由或誘因，當事人也往往同意依「行情」或預設條件來作為約定內容。因此，在婚姻法制的主要架構與內容維持不變的脈絡下，即使在法律條文中將父權優先規定撤除，改以協商模式取代，但既然社會規範已受到社會多數人長期複製強化，甚至被內化而成為理所當然的價值觀，則所謂協議可能根本不需要也不會被提起。進一步言，由於進行協議往往意味著大量時間心力的成本以及雙方爭吵衝突的可能性，因此，除非當事人對該事項有強烈的動機或利益，否則也可能為了維護雙方關係的和諧，而沿用社會上多數人的作法，選擇不積極行使其法律上的權利⁸⁶。如此一來，親屬法修正所設之有限度開放協商模式，很容易被仍具有影響力的父權規範所架空，產生徒有協商的規範形式但卻無實益的結果。

同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反婚姻契約之義務。」)

⁸⁵ 蔡穎芳，論婚前協議及弱勢締約人之保護，法學新論，33期，頁32（2011年）。

⁸⁶ For example, please see Leisy J. Abrego, *Relational Legal Consciousness of U.S. Citizenship: Privilege, Responsibility, Guilt, and Love in Latino Mixed-Status Families*, 53 LAW & SOC'Y REV. 641 (2019).

（二）在社會規範的陰影下協議：關係契約理論的啟示

在婚姻法制的「定型化」結構維持不變的情形下，小幅度的契約化固然難以改變婚姻中的權力關係與運作現狀；但另一方面，即使婚姻法制積極擴大協商模式的適用範圍，進行全面的私化與契約化，仍然可能因為婚姻關係與社會規範間密切關連的特色，而難以徹底擺脫婚姻法制的身分性格。

依據大法官解釋所示，民法親屬編所規範之婚姻制度乃為雙方以經營共同生活為目的，所成立親密性及排他性之永久結合關係⁸⁷。婚姻關係為一親密的長期共同生活體，其互動與結合涵蓋各種層面，包含財務經濟、情感與親密互動、家務勞動與照顧責任方面等綜合交織而成，且該共同生活單元更常肩負養育子女及其他重要社會功能。在長時間經營共同生活的過程中，雙方在現實中各自或共同作成的各項決定與行為不可細數，不僅所涉權利義務難以逐一列舉，更由於與各種情感或情緒交雜影響而難以釐清規範，因此即使在親屬法採納協商模式之後，婚姻關係似乎仍與一般所認知的契約關係有所不同。不過，同樣以情感與信任為基礎的長期契約關係，在商業交易的脈絡下亦有所見，而在契約法的發展中引發學者的關注，其研究發現對於具有類似特性的婚姻關係規範頗值得參考。從1960年代開始，Stewart Macaulay的法實證研究注意到商業交易行為在實務上不一定皆以契約明確規範，交易當事人之間的（非契約）個人關係，包括其分別在社會或群體中的地位，以及相應的協商地位與能力，對當事人間的權利義務關係，以及與糾紛解決方式或結果具有相當影響力⁸⁸。在此根基之上，Ian Macneil提出關係契約（relational contract）理論，該理論重視契約以及當事人

87 司法院釋字第748號解釋解釋文參照。

88 See Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963).

間非正式關係、商業習慣與社會規範間之連結，以期更為實際深入地瞭解與分析當事人所採取的法律決定與行動⁸⁹。關係契約理論有助於分析長期的契約關係，此類契約關係的特色在於其以非正式的信賴關係為基礎，因此當事人除了履行契約內容之外，事實上更注重維持基礎關係的持續，甚至因此願意犧牲當前利益，或對契約內容進行彈性的解讀。此外，為因應長期關係中所可能出現的各種變數，雙方在正式契約上對於權利義務的設定上多以開放（open-ended）或較為籠統模糊的用語，而且傾向採用非正式或法律外的方式來拘束彼此以維持關係⁹⁰。因此，在長期持續的契約或人際關係中，非正式的規範（包括社會規範、社群或家庭規範）與正式的契約以及法律制度，扮演著同等重要與互補（甚至更為關鍵）的規範角色⁹¹。雖然婚姻關係與前述商業交易契約仍有所不同，但是就其以長期持續經營為目的，並以非正式之個人情感信賴關係為基礎等特性看來，如法學者Elizabeth Scott與Robert Scott所指出，關係契約理論可能是最能夠呈現婚姻關係中權利義務協議與履行的契約理論架構⁹²。現代婚姻關係的基礎，乃為當事人雙方對於經營永久共同生活的承諾與彼此間的情感與信賴⁹³。基於此一承諾與信賴，當

89 See Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978); Ian R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 NW. U. L. REV. 877 (2000). For a critical assessment, please see Melvin A. Eisenberg, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 805 (2000). 中文文獻請見王文字，法學、經濟學與商業交易——契約與組織的運用，月旦法學雜誌，277期，頁70（2018年）。

90 For example, please see ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* (1991); Lisa Bernstein, *Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115 (1992).

91 See Scott Baker & Albert Choi, *Contract's Role in Relational Contract*, 101 VA. L. REV. 559 (2015).

92 See Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational Contract*, 84 VA. L. REV. 1225 (1998).

93 最高法院91年度台上字第2023號民事判決參照。

事人願意承擔未來不可預測的變數與風險，而貢獻自身心力以維持婚姻共同生活⁹⁴。如此的信賴不僅基於彼此間的情感，也源自法律與社會規範與對婚姻制度的背書與支持。婚姻不僅是法律制度，更是重要的社會制度，其運作仰賴法律與社會規範兩者相互補充強化⁹⁵。其中，社會規範的角色尤其重要，其透過社會同儕的壓力與期待，鼓勵肯認合乎社會規範的婚姻關係與行為，也譴責任何破壞此種和諧關係與秩序的行為（例如婚姻忠誠義務的違反⁹⁶）。因此，遵循社會規範不僅可省去雙方協議的時間與精力，更能得到同儕與家人的肯定與支持。相較之下，雖然法律規範的強制力可能更能確保權利義務的有效履行，但一來法律規範本非鉅細靡遺，二來訴諸法律途徑可能不利於維持長期關係的和諧⁹⁷，因此，從關係契約理論的觀點來看，婚姻關係中當事人所作成的各種決策與責任分擔，所依據者與其說是法律規範，實際上影響更大的可能是具體細

94 Regarding the unforeseeable errors in information or other related cognitive defect in the agreement of marriage, please see Gregory S. Alexander, *The New Marriage Contract and the Limits of Private Ordering*, 73 IND. L.J. 503 (1998).

95 Scott & Scott, *supra* note 92, at 1254-57.

96 婚外性行為不僅在婚姻法制中有所規範，也可能因其違反社會道德而帶來其他法規範（例如刑法）的非難。See DEBORAH L. RHODE, *ADULTERY: INFIDELITY AND THE LAW* (2016). 民眾對於維護婚姻忠誠義務的態度，也反映在其對於處罰婚外性行為法律的支持。例如，依據一項全國性調查，有75.1%的受訪者認為如果配偶與別人發生外遇並有性行為，應該處以金錢賠償並加上刑法處罰，僅有13.4%認為法律不必規定任何處罰，請詳見臺灣法實證研究資料庫網站，2010臺灣法律與社會變遷調查第二期，2010年3月11日，<http://tadels.law.ntu.edu.tw/database-society/survey02/>（最後瀏覽日：2021年10月21日）。又依據一項2012年的調查，僅有7%受訪者認為已婚者和配偶以外的人發生性關係者法律上不應該被處罰，請詳見SRDA學術調查研究資料庫，台灣社會變遷基本調查計畫2012第六期第三次：性別組（限制版），https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=2216（最後瀏覽日：2021年10月21日）。另一項於2017年6月所進行的調查中，亦有大約69.4%的受訪者不同意「通姦除罪化」，詳見財團法人台灣民意基金會，2017年6月全國性民意調查摘要報告，<https://www.tpof.org/wp-content/uploads/2015/10/201706.pdf>（最後瀏覽日：2021年10月21日）。

97 Scott & Scott, *supra* note 92, at 1294-95. See also Eric A. Posner, *The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action*, 63 U. CHI. L. REV. 133, 190 (1996).

緻的社會或／與家庭規範；而雙方的協議，與其說是在法律的陰影下進行⁹⁸，實際上更可能是在社會規範的陰影下所進行。

因此，即使我國親屬法逐步邁向性別中立與協商模式，但受到傳統以來根深蒂固（且不久之前仍受到法律規範支持）的婚姻價值規範所影響，使得婚姻法制在法制面契約化之下仍然維持相當的身分性質：從訂婚結婚的各種習俗禮儀、夫妻住居所的決定與安排、婚姻家庭之中的性別分工，到家計財務、養育子女，以及與家族中其他親屬的互動規範等等，無不經由個人在家庭與社會生活中的耳濡目染，家人與對方的期待，以及婚姻法制的結構設計之下，繼續複製與強化，而成為實際婚姻生活的藍本與規範。也因此個人選擇與協議的空間仍然受到父權規範的限制，特別是性別身分仍然對婚姻關係有實質影響。如同許多女性主義法學者長年以來的批判，隨著妻／母身分而來的婚姻家庭中的義務／責任與職場中的弱勢地位，在婚姻法制契約化的過程中並沒有因此消失，而是具體延伸轉化為婚姻關係協商模式中的不利地位⁹⁹。Amy Wax即指出，在傳統父權規範體制下，付出較多家務勞動心力或對於夫職場表現有貢獻的妻子¹⁰⁰，往往有較高的誘因盡力維持婚姻關係，而造成夫妻協商

98 Mnookin & Kornhauser, *supra* note 51, at 950. 此一著名論述指出夫妻離婚後的協議乃是在法律的陰影下進行。但對於婚姻關係持續中，仍然以婚姻共同生活的維持為目的的配偶而言，協議的考量與前提顯然與離婚協議有所不同。請參見李立如（註42），頁12-17。

99 女性主義法學者對妻／母在婚姻家庭中的角色與責任，與其所帶來在社會中、職場上，以及與夫協商地位的劣勢有甚多討論與批判。See Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443, 1444-45 (1992); Martha Albertson Fineman, *Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency*, 8 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 13, 19-20 (2000); Vivian E. Hamilton, *Mistaking Marriage for Social Policy*, 11 VA. J. SOC. POL'Y & L. 307, 317 (2004); Alicia Brokars Kelly, *Money Matters in Marriage: Unmasking Interdependence in Ongoing Spousal Economic Relations*, 47 U. LOUISVILLE L. REV. 113, 125-26 (2008).

100 Margaret F. Brinig & June Carbone, *The Reliance Interest in Marriage and Divorce*, 62 TUL. L. REV. 855, 856 (1988).

地位與籌碼的不平等¹⁰¹。即使夫妻確知其有協議的權利與自由，但實際上仍產生多數夫妻「選擇」遵從社會規範（無須協議），或出現即使有協議過程，但最後妻「選擇」妥協的結果也並不令人意外。當平等地位的協議與選擇自由無法從理論的假設成為現實，則婚姻法制的契約化，恐怕也就難以對抗父權體制，甚至如同Carole Pateman所批判的，契約反而可能成為建構現代父權體制的工具¹⁰²。

肆、婚姻身分制度化

婚姻法的契約化發展迄今難以跳脫性別角色與身分的限制，固然因其受到傳統社會規範的深刻影響已如前述，但婚姻法規範中的身分性格——亦即法律上權利義務受限於其為「夫」、「妻」或「配偶」之身分，而無法依照個人意願——卻非單單憑藉著父權傳統或社會規範就足以支撐。婚姻制度之所以能夠定義與規範個人的身分，傳統社會規範之得以有所附麗，乃是植基於婚姻在憲法制度性保障之下，被賦予特殊優越的法律地位，婚姻關係所建構的身分始得以受到法制（包括親屬法與其他法律）的全面肯認，並藉由法規範的保障進一步的制度化。在法律制度與社會規範的共同建構與引導之下，婚姻制度成為民眾建立家庭或親密共同生活關係之理所當然（或不得不然）的選擇。

一、婚姻制度的憲法保障與法律地位

婚姻制度雖然並未見於憲法的明文規定，但從司法院釋字第362號解釋以來，大法官已經藉由多個重要解釋的作成，將婚姻法

101 Amy L. Wax, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?*, 84 VA. L. REV. 509, 591-95 (1998).

102 See CAROLE PATEMAN, *THE SEXUAL CONTRACT* (1988).

制納入憲法秩序之中，憲法所揭櫫的原則與大法官解釋也成為婚姻法制發展的重要依據¹⁰³。大法官在司法院釋字第365號、第410號與第452號等解釋中，強調憲法保障之平等原則在婚姻家庭之中亦有適用，宣告傳統婚姻制度核心價值的父權優先條款違憲，顯示大法官並未受限於傳統人倫規範，而支持在婚姻家庭場域中實現男女平等的憲法原則。此一態度對於我國婚姻法制朝向性別平等，並積極納入協商模式的發展方向扮演了重要的角色。即使修正後親屬法中所揭示的性別平等與協商模式尚未全面落實，但在大法官眼中，傳統以來婚姻制度中的父權優先問題，似乎已經因為形式平等的達成而順利解決。自此之後，大法官對於婚姻制度的保障與維持可謂不遺餘力。大法官在司法院釋字第554號解釋中宣示：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」，並闡釋「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能」，明確宣告婚姻制度的憲法地位。為了維護婚姻制度，即便是同樣受到憲法肯認的個人基本權，包括結婚自由¹⁰⁴、性行為自由（性自主權）¹⁰⁵與收養自由¹⁰⁶等，在憲法規範架構下也無法與之抗衡，而受到法律的限制。

經由大法官的解釋，婚姻制度獲得憲法上的正當性基礎，以享有公私法規範上特殊地位，使得「已婚」或「配偶」在法律上具有特殊的身分意義。例如，關於婚姻制度在租稅法上所享有的特殊法律地位與待遇，大法官認為，配偶間相互贈與免徵贈與稅乃由於維護法律上婚姻關係以及共同生活家計之考量而合憲¹⁰⁷；而要求夫妻合併申報所得稅者，若對夫妻不利，加重其稅負，則形同對婚姻之

103 Lee, *supra* note 24, at 298.

104 司法院釋字第362號解釋、司法院釋字第552號解釋參照。

105 司法院釋字第554號解釋、司法院釋字第569號解釋參照。

106 司法院釋字第712號解釋參照。

107 司法院釋字第647號解釋參照。

懲罰，有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨而違憲¹⁰⁸。由此可見，大法官對於婚姻制度之保障與肯認其特殊地位，並不以親屬法為限，也不以所謂私法領域為限。事實上，在我國法律制度上，為肯認或保障婚姻制度的重要性，而對婚姻關係或配偶身分賦予特別保障或規制的例子不勝枚舉¹⁰⁹。婚姻關係不僅在民法親屬編以及其他章節具有規範地位，更及於刑法或行政法等各項法規範之中。也就是說，婚姻關係的地位與效力從成立親屬間權利義務關係到刑事訴訟的進行¹¹⁰，從國籍的得喪¹¹¹到社會救助的申請¹¹²，從全民健保、勞工權益，甚至到公司治理的管制規範等等¹¹³，皆具有規範意義。婚姻關係或配偶身分，不僅關乎婚姻家庭內部的權利義務，其影響更擴及當事人社會生活各層面的法律地位與權益。婚姻內部關係固然重要，但個人因「配偶身分」所被賦予之其他法律權益或限制不僅可能更為全面深遠，更無法透過當事人間的「契約」（協商模式）來進行取捨或調整，而必須全部承受。因之，從法律制度整體來觀察，婚姻關係所具備的「身分」性格，不僅表現在婚姻的內部關係，更因其對外延伸的效力而深植強化。質言之，在憲法提供

108 司法院釋字第696號解釋參照。

109 以法條內容含「配偶」一詞為關鍵字，於全國法規資料庫進行檢索後，相關的中央法規共有881件，其內容包含配偶之照顧責任（例如，人類免疫缺乏病毒感染者權益保障辦法第6條，感染者應由其直系血親、配偶或同財共居親屬負照顧責任，不得無故拒絕；性別工作平等法第15條，受僱者陪伴其配偶妊娠產檢或其配偶分娩時，雇主應給予陪產檢及陪產假7日）、應取得配偶同意之事項（例如，優生保健法第10條，已婚男女經配偶同意者，得依其自願，施行結紮手術）、不得任用配偶或配偶應自行迴避之事項（例如，公務人員任用法第26條；行政程序法第32條）、救助金具領人資格或撫卹金、喪葬費、退休金遺屬之領受、死亡給付等（勞工退休金條例第27條；公務人員保險法第28條）等。

110 例如，刑事訴訟法第180條、第233條、第321條等。

111 例如，國籍法第4條與第11條等。

112 例如，社會救助法第5條等。

113 例如全民健康保險法第2條與第8條等；勞動基準法第59條、勞工退休金條例第7條與第27條，以及勞工請假規則第3條等；公司法第206條，以及證券交易法第22條之2、第26條之3、第28條之2與第174條之1等。

制度保障的基礎上，一旦締結婚姻關係，雙方不僅互負夫妻（及其他親屬間）的權利義務，更有隨著配偶身分而來的，與社會經濟生活各層面相關的法律上權利義務，如此堅實全面的法規結構，使得婚姻關係中的「配偶」與前述論者所討論的「勞工」或「消費者」相較，具有更為顯著且全面性的身分（status）特質。

二、婚姻法規範的引導功能

大法官對於婚姻制度的肯認與保障，提供了婚姻制度在整體法律制度上享有特殊與優越地位的正當性基礎，但其中仍以親屬法的規範保障最為核心重要。其不僅規範了婚姻的成立、解消以及內部權利義務關係，更賦予婚姻制度獨一無二的法律地位：不僅是親屬法唯一肯認的永久親密結合關係，更是家庭制度的法律基礎。藉由提供婚姻制度此一特殊地位，婚姻法規範得以發揮其「引導功能」，引導民眾選擇以婚姻形式經營親密共同生活，接受婚姻法制度及相關法規的規範及保障。

所謂法規範的引導功能並非親屬法所獨有。早年美國法學者 Lon Fuller 曾經為文討論法律行為要式規範的引導功能（channelling function），主張法律規範透過要式性規定，將個人的意思表達與行為引導到法律所要求的形式，促使意思表示的溝通與合致更為正確且有效率¹¹⁴，亦有助於嗣後司法機關對法律行為效力之認定¹¹⁵。此種藉由法律規範效力的賦予，將民眾行為引導至標準化或形式化的法律制度之中進行規範的作用，即為法律所具備的引導功能。Fuller 教授所提出的引導功能理論，不僅在契約法上受到重視，在繼承法的領域中也持續引發學者們的討論¹¹⁶。家庭法學者 Carl

114 Fuller, *supra* note 73, at 799.

115 See Lawrence M. Friedman, *The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society*, 1966 WIS. L. REV. 340 (1966).

116 例如，美國繼承法上的一個歷久彌新的重要課題是：究竟遺囑的規範與效力的肯認是否應採用較為寬鬆的實質認定，或是嚴格的形式主義？在此討論中，

Schneider則將引導功能的理論進一步地發揮，引申至法規範與婚姻家庭制度間的互動關係¹¹⁷。如果說Fuller提出引導功能的重點在於法律藉由建構一個普遍的溝通與檢驗機制，以引導規範民眾的行為；則Schneider所強調的則是家庭法如何透過直接強制以外的規範力量，將民眾的行為引導至由法律所規範與支持的婚姻家庭制度。Schneider主張，家庭法具有幾個重要功能交互作用以達成規範目的：保護功能（protective function）、協助功能（facilitative function）、裁決功能（arbitral function）、表述功能（expressive function），以及引導功能（channelling function）¹¹⁸。由於現代家庭法制的重要課題之一，在於如何在傳統或既有婚姻家庭社會制度的背景下，妥善規範家庭與親密關係，因此其認為在家庭法的前述功能之中，應以引導功能——亦即透過法規範將民眾的行為引導至法秩序化之後的婚姻家庭制度——最值得重視。所謂法規範的引導功能，其所仰賴的並非規範的直接強制力，而是以各種間接的方式，引導鼓勵民眾自願選擇適用婚姻家庭制度。Schneider認為，婚姻法制得採取以下策略以發揮引導功能，首先，肯認婚姻制度的法律地位並賦予婚姻關係當事人各項權利義務，亦即將傳統的社會制度法律化，給予國家社會的背書與肯認，賦予其法律正當性。其次，法規範提供各項實質保障或優惠措施作為誘因，鼓勵民眾依法締結婚姻。例如在稅制與社會安全制度的規定上，對配偶提供免稅或社會給付上的優惠，或夫妻關係解消之後，提供法律保障夫妻財產分配等。第三，法規範為提高民眾自願進入婚姻關係的意願，而排除其他替代制度。例如，法律不予肯認同居制度之規範地位，使同居伴侶無法享有法律上的權利義務保障，當然也無法得到國家因此所授與的各項

引導功能的理論被用以檢視法律是否應該嚴格規範遺囑的形式，並且拒絕承認任何不合乎法律要式性的遺囑。For example, please see Bridget J. Crawford, *Wills Formalities in the Twenty-First Century*, 2019 WIS. L. REV. 269 (2019).

117 See Carl E. Schneider, *The Channelling Function in Family Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 495 (1992).

118 *Id.*

資源。如此相較之下，具有法律正當性與各項保障的婚姻制度，自然顯得較有吸引力¹¹⁹。

Schneider的引導功能理論在美國的家庭法討論中受到相當重視，因其呈現並闡釋了家庭法規範與社會制度間的互動關係¹²⁰。美國法與我國法雖有諸多差異，但是雙方在致力引導民眾進入婚姻制度的規範策略上，似乎有志一同。我國親屬法即是將傳統的婚姻制度法律秩序化，雖然進行多次修正調整¹²¹，但仍舊肯認婚姻關係為唯一具法律效力的親密結合關係，對婚姻以外的其他任何親密結合關係則不予承認。例如，同居伴侶關係雖然與婚姻同樣有親密結合共同生活的客觀事實，但從未受到立法者的肯認¹²²。曾有聲請人主張同居伴侶亦應享有夫妻免徵贈與稅之優惠，大法官對此作成司法

119 Schneider文中尚提到第四種立法策略：法規範也可能規定若不進入婚姻關係則會產生不利（不僅是無法得到前述優惠或保障）的結果。不過，作者也認為此作法形同對不結婚者加以懲罰，可能有違反憲法保障結婚自由之疑慮，與憲政法制精神並不相合。Schneider, *supra* note 117, at 502-04.

120 對於家庭法引導功能理論的討論與批評，請參見Linda C. McClain, *Love, Marriage, and the Baby Carriage: Revisiting the Channelling Function of Family Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2133 (2007); June Carbone, *Out of the Channel and into the Swamp: How Family Law Fails in a New Era of Class Division*, 39 HOFSTRA L. REV. 859 (2011).

121 Schneider強調將傳統社會秩序法律化的優點之一，在於如此一來可以對傳統慣習所形成的社會制度進行必要的修正與檢討。Schneider, *supra* note 117, at 530-32.

122 我國法中尚有「事實上夫妻」之概念，必須同時具備「發生夫妻身分關係」之主觀要件以及「對外以夫妻形式經營夫妻共同生活」之客觀要件，如此而與「同居伴侶」關係在定義上有所不同。請見最高法院104年度台上字第1398號民事判決、臺灣高等法院100年度家上字第201號民事判決，及陳忠五，2015年民事法發展回顧，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1493-1566（2016年）。對於事實上夫妻與同居關係法制之論述，請參見陳重陽，婚姻無效與不成立衍生之剩餘財產分配請求權——評高等法院104年度重家上字第8號民事判決，月旦裁判時報，54期，頁27-34（2016年）；伍偉華，高齡事實婚伴侶之遺產酌給請求，月旦裁判時報，46期，頁64-77（2016年）；鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，中央警察大學法學論集，10期，頁257-276（2005年）；李立如，同居法制的發展——美國法的經驗與啟示，收於：陳公棋炎先生九十晉五冥壽紀念文集編輯小組編，家族法新課題：陳公棋炎先生九十晉五冥壽紀念文集，頁156-170（2017年）。

院釋字第647號解釋，認為該規定即使以法律上婚姻關係存在與否為分類標準，而進行差別待遇，但該規定係「為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護」，而在合理審查的標準之下宣告其為合憲。雖然大法官在理由書文末透露出對於同居伴侶權利保障的關切，表示有鑑於同居伴侶主觀上具備如同婚姻般共同生活之意思，客觀上亦有共同生活之事實，與法律上有婚姻關係之配偶極為相似，立法機關「自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障」。但一來大法官仍然肯認婚姻制度獨享優惠地位的合憲性，二來大法官僅提醒立法者在無損婚姻制度的保障之下，得行使立法裁量對同居伴侶提供適度的法律保障，因此，婚姻制度的優越法律地位絲毫未受動搖¹²³。司法院釋字第647號解釋公布迄今已逾十年，同居伴侶的權利保障仍未受到立法保護，可見即使有大法官的提醒，立法者仍然堅持維護婚姻制度唯一合法親密共同生活型態之地位。從引導功能理論的角度觀之，排除其他替代制度，獨尊婚姻制度的合法地位，正是引導民眾行為趨向的重要制度條件之一。

不僅如此，在憲法解釋中，婚姻制度被認為是家庭的基礎，兩者密不可分¹²⁴。在親屬法的規範架構下，婚姻制度不僅是唯一合法的親密結合關係，更是成立父母子女關係之前提基礎。因此，養育子女的合法正當性也成為引導民眾進入婚姻制度的重大誘因。子女一出生，其法律地位就依照該子女是否因婚姻關係而生，而被分類為婚生子女與非婚生子女。依照民法第1063條的規定，受到婚生推定的子女即與受推定的父母成立法律上親子關係；而未受婚生推定

123 施慧玲，一夫一妻制度之憲法保障的再一片拼圖——大法官釋字第六四七號解釋簡析，台灣法學雜誌，115期，頁160-166（2008年）。

124 李立如，憲法解釋中的家庭圖像與其規範地位，臺大法學論叢，48卷3期，頁970-974（2019年）。

的子女，則依民法第1065條第2項規定僅得視為生母的婚生子女，除非受到生父的認領或準正，否則其無法與生父成立法律上父母子女關係。由親屬法婚生推定的制度設計可知，婚姻與生育、養育子女間不僅有直接關連，且其發生必須遵守一定的先後順序。法律規範所期待的是：結婚、妻受孕、而後子女出生。此順序所代表的是法規範對於傳統人倫秩序與性秩序的維護：唯有在法律與社會所肯認的婚姻關係之內發生的性行為以及所生的子女，才是合乎人倫秩序的、受到家族與社會的祝福及享有法律所肯認的地位。此外，由於婚生推定制度所規範者，主要乃是父與子女的關係，亦即在確保所生之子女為父系家庭血脈的延續，因此該制度對傳統父權家庭體制的建構與維持至關重要。傳統婚姻制度以繁衍夫家後代為最重要任務，具有生育能力的女性（妻）之自由因此受到相當的箝制，以確保其所生的子女為夫家的血脈。在此觀念影響下，法規範遂規定子女應從父姓，為此甚至有必要對（離婚後）女性再婚的權利進行限制¹²⁵。即使在民法親屬編多次修正後，前述女性待婚期間的規定已經被刪除，子女從父姓的規定也已經修正，但婚生推定制度仍然屹立不搖，婚姻仍然對法律上父母子女關係之成立扮演關鍵角色。相較於婚生子女享有父母雙方對其之教養撫育之法律地位，所謂非婚生子女僅因其生父母未能依照法律所要求之結婚生育的順序¹²⁶，不但無法享有父親教養撫育以及繼承等各項法律上權利，在

125 我國修正前民法第987條即規定「女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再行結婚。但於六個月內已分娩者，不在此限」，該條文於1998年修正時因「現在醫學技術發達，以DNA進行血緣鑑定並不困難，並無血統混淆之虞」而刪除。

126 在2007年民法第1062條之立法理由中說道：「……鑒於社會環境之變遷，如夫妻結婚前即同居相當時間且於同居期間懷孕後，始補行婚禮；該於婚後不到一百八十一日而出生之該子女，依我國民法規定，不能享有婚生推定之利益，不合情理。何況法定受孕期間，與實際受孕期間並不一致，採較寬長之期間，其目的即在於使多數子女能享受到婚生推定之機會，對於婚前由夫受孕而後生子女，實無吝賜婚生推定之理由……」。顯示立法者對於先結婚而後生育子女的順序在態度上有所鬆動。不過，仔細觀察修正後的條文第2項之文義，似乎僅有特別早產之子女得以適用，而立法理由中所申言所欲保護的，

社會上也往往受到污名等不利益¹²⁷。雖然親屬法為子女利益而提供準正¹²⁸與認領兩個途徑，使非婚生子女嗣後得以被視為婚生子女，不過，這些後續的補救措施，並無法改變子女出生時，就因父母婚姻狀態與結婚時點，而被決定其為「婚生」或「非婚生」子女的基本原則與架構¹²⁹。

除了以婚姻作為父母子女關係建立的基礎與認定機制之外，在DNA檢查技術愈臻成熟的背景下，生父與子女間的血緣聯繫也成為推翻婚生推定，與生父認領非婚生子女的一個重要的判斷標準。婚生推定的否認之訴¹³⁰，在親屬法制定之初僅限於被推定之父有權提起，在1985年修正後肯認母亦得提起否認之訴，但子女則無由提起否認之訴。對此大法官作成司法院釋字第587號解釋，援引聯合國兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）的條款與精神，宣告該規定未能保障子女有獲知其血統來源，確定真實父子身分關係之人格權而違憲。另一方面，大法官雖然重視真實血緣聯繫，但仍以維護婚姻安定，家庭和諧以及子女受教養權益為由，認為法律不許生父提起否認之訴並未違憲¹³¹，可見婚姻制度與婚生推定制度的重要性¹³²。此外，醫學生殖科技的進步，使得人們得以藉

夫妻婚前同居時受胎之子女，仍然並未在修正法條的文字中呈現出來。對此，有學者認為應在解釋上採取積極的作法，將此類在父母結婚前同居受胎所生之子女，解釋為「不受婚生推定的婚生子女」，戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（註7），頁331-334。

127 戴東雄，從民法認領體系論生父與非婚生子女血緣之連繫，法令月刊，69卷7期，頁2-3（2018年）。

128 林易典，論民法第1064條準正規範之功能——歐陸主要國家與我國民法之準正規範的比較觀察，政大法學評論，156期，頁238-239（2019年）。

129 戴瑀如，血緣、家庭與子女利益——從德國立法之沿革探討我國民法上的婚生否認之訴，東吳法律學報，20卷2期，頁29-70（2008年）。

130 戴瑀如，從實體法的觀點論家事事件法中之親生子女關係事件程序，月旦法學雜誌，219期，頁29-59（2013年）。

131 李立如（註124），頁978-979。

132 戴瑀如（註129），頁29-70。李莉苓，親子關係之決定——自婚生推定及認領之比較一探血緣與意思之角力，月旦法學雜誌，267期，頁153-166（2017年）。

由人工生殖科技生育子女。不過，依據我國人工生殖法第1條明確指出，該法的立法目的在於保障不孕夫妻人工生殖子女以及捐贈人之權益而制定，因此，僅有不孕之夫妻，一方經診斷不孕或有罹患重大遺傳疾病，而至少一方具有健康生殖細胞者，始得以實施人工生殖。換言之，即使以人工生殖科技生育子女，也無法迴避前述結婚——受胎——出生的法規範要求。就目前法規範的設計來看，婚姻制度不僅因為其傳統地位與社會功能，提供一個建立倫常關係、生育子女、家族延續發展的社會機制；此一機制更在法律的支持與強化之下，儼然成為生養子女的前提要件。在親屬法的引導之下，對於計畫建立家庭養育子女的民眾而言，結婚無疑是最明智（或唯一）的選擇；對於原來尚無結婚意願的民眾而言，因為懷孕而選擇結婚的「奉子／女成婚」如今也被認為是一個對未出生子女負責任的作法，即使結婚與懷孕的先後順序並沒有完全符合法規範的期待，但民眾為避免子女被貼上非婚生子女的標籤，還是選擇步入婚姻制度，如此親屬法仍舊得以達成其規範目的¹³³。

綜上所述，婚姻制度不僅享有優越特殊法律地位，成為民眾建立家庭的唯一途徑，政府更依法提供各項實質優惠政策，對婚姻制度的保護與支持不遺餘力。一旦民眾經由法規範的引導（以及社會規範的助攻）之下進入婚姻制度，即具備享有此一法律特殊地位或優惠的身分。經由婚姻身分而來的權利義務，並非僅止於親屬法婚姻規範所涉，也並非皆可由個人自主決定或選擇，因此，婚姻制度

133 依據一項1996年進行的調查，受訪者同意「想要有孩子的人應該結婚才好」者，高達81.9%，請見SRDA學術調查研究資料庫，台灣社會變遷基本調查計畫1996第三期第二次：家庭組，https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=725（最後瀏覽日：2021年10月21日）；楊靜利，同居、婚姻與生育：人口學觀點的多元成家，巷仔口社會學，2014年1月6日，<https://twstreetcorner.org/2014/01/06/yangchingli/>（最後瀏覽日：2021年10月21日）。另也有報導針對少子化以及婚姻的關係進行討論，蘇思云，人口負成長8／少子女化熬不住 專家：結婚率下降才是關鍵，中央社，2021年1月13日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202101130043.aspx>（最後瀏覽日：2021年10月21日）。

的身分性格實非前述親屬法部分規定的契約化就足以解消；同樣的，親屬法欲以性別中立與契約化來引導婚姻關係朝向個人自主與性別平等發展，也必須提供相當的法規範與實質的誘因，才可能與父權規範相抗衡。

三、同性婚姻：對婚姻制度的衝擊與強化

傳統婚姻制度在法律制度化之後，已歷經多次修正而呈現出不同面貌。但婚姻制度的發展不止於此，同性婚姻合法化的運動，如同其在全球所帶來的風潮，也在我國社會引起重大爭議。歷經婚姻平權團體的奮力主張¹³⁴，各界熱烈討論，正反陣營對峙態勢升高與攻防愈顯激烈的情形下，大法官於2017年作成司法院釋字第748號解釋，宣告民法親屬編婚姻章未能使同性別二人得以結婚，已違反憲法所保障的結婚自由，且與憲法第7條保障平等權之意旨不符¹³⁵。不僅如此，大法官更要求解釋公布之日起2年內應依解釋意旨完成相關法律修正或制定，逾期未完成者將使相同性別之二人得向戶政機關辦理結婚登記，發生法律上配偶關係之效力。雖然大法官已作成解釋宣告同性婚姻受到憲法保障，但社會的爭議並未消弭。在雙方陣營持續強力動員下，社會大眾透過公投表達不同意以修正民法親屬編的方式保障同性婚姻¹³⁶，立法院遂於2019年，在大法官所定下的期限之前，通過「司法院釋字第七四八號解釋施行法」，對同性婚姻進行保障與規範¹³⁷。

134 官曉薇，婚姻平權與法律動員——釋字第748號解釋前之立法與訴訟行動，臺灣民主季刊，16卷1期，頁25-33（2019年）。

135 司法院釋字第748號解釋參照。

136 中央選舉委員會，107年全國性公民投票第7至16案投票結果，2018年12月3日，https://www.cec.gov.tw/referendum/cms/p_result（最後瀏覽日：2023年3月6日）。相關討論，請參見鄧筑媛、陳乃嘉，從公投元年到同婚元年——婚姻平權運動的民主實驗與實踐，臺灣民主季刊，17卷2期，頁137-147（2020年）。

137 立法院公報，108卷53期，頁129（2019年）。相關討論，請參見孫迺翊，2019年憲法發展回顧，臺大法學論叢，49卷特刊，頁1502-1504（2020年）。

在肯定大法官作出指標性解釋，為保障人權開創新頁的同時，同性婚姻的法制化對婚姻制度產生何種衝擊？尤其是對本文所關切的婚姻法制之身分性格，產生何種影響？本號解釋的爭點有二：一為現行親屬法婚姻章之規定是否違反憲法結婚自由的保障？二為現行法排除同性別之二人結婚，是否違反憲法保障平等權的意旨？首先，在結婚自由權的論述上，大法官明白表達了婚姻對人格健全發展與人性尊嚴維護的重要性，無論其性傾向如何，婚姻對於每一個人都具有不可或缺性。大法官更進一步地將滿足個人親密、排他性之永久結合的需求、能力、意願與渴望，與婚姻制度劃上等號，此舉無異表示婚姻制度的需求是普遍的、自然的以及來自人性的。大法官雖然並未延續過去解釋一貫強調婚姻的社會功能與制度保障，但仍然重申婚姻制度的必要性並提供正當性基礎。大法官更認為婚姻制度原有的優越地位，並不會因為同性婚姻的合法肯認而受到減損，反而因其「更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石」，而得到鞏固及延伸。其次，大法官在就平等權進行審查時，也論及肯認同性婚姻並不影響現行異性婚姻所建構的基本倫理秩序。大法官以民法親屬編婚姻章的規定內容為本，將婚姻制度的核心內涵定位為配偶雙方的關係，因此，婚姻制度所維持的基本倫理秩序，僅限於結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠誠義務以及扶養義務等，不必然及於父母子女關係。換言之，在本號解釋中，大法官已將傳統人倫秩序中婚姻家庭不可分的圖像略為調整，刻意淡化婚姻制度與繁衍後代或養育子女之間的連結。其更在解釋理由書的文末說道：「本案僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第22條保障之婚姻自由及第7條保障之平等權，作成解釋，不及於其他，併此指明」，明白表示此號解釋的意旨與效力僅限於婚姻章的內容，不及其他部分的法律規範。由此可見，大法官對同性婚姻合法性的肯認，雖然一方面重新界定了傳統婚姻家庭的意義與圖像，

但另一方面也鞏固與延伸了婚姻普遍性與必要性的論述，維持婚姻制度在法制面上的優越地位¹³⁸。

從立法者隨後在莫大壓力與社會矚目之下所制定的「司法院釋字第748號解釋施行法」（以下稱施行法）中，更可以具體看出婚姻制度在同性婚姻衝擊之下的變與不變。施行法從法律名稱到條文內容，雖然依循大法官解釋的基本態度，但也處處可見不同立場意見的拉鋸與妥協的痕跡。立法者始終規避「同性婚姻」或「同性結婚」等用語，取而代之的是在施行法第2條中規定，「相同性別之二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」，後續條文則直接稱同性婚姻此為所謂「第二條關係」。全文僅有在第4條規定中說明應由雙方當事人向戶政機關辦「結婚登記」。此外，跟隨大法官的提示，立法者明白地將同性婚姻與父母子女制度脫勾。有鑑於相同性別二人無法自然生育子女，同性婚姻的雙方僅得透過收養或人工生殖方式養育子女。但是，立法者不僅刻意不準用親屬法對夫妻應共同收養子女的要求，更於施行法第20條規定一方僅得收養他方之「親生子女」，以防止一方先收養子女，他方再行收養，造成雙方共同收養的事實，可見立法者不允許同婚雙方收養子女，而僅同意有限度的繼親收養；再加上現行人工生殖法僅適用於不孕夫妻，在解釋上同性婚姻雙方也無法適用，如此無異阻斷同性婚姻養育子女的合法途徑¹³⁹。除了父母子女制度之外，立法者也刻意將同性婚姻與姻親制度分開，不準用異性婚姻中配偶與他方血親間所成的姻親關係¹⁴⁰，使得同性婚姻雙方與他方親

138 Chao-ju Chen, *Migrating Marriage Equality Without Feminism: Obergefell v. Hodges and the Legalization of Same-Sex Marriage in Taiwan*, 52 CORNELL INT'L L.J. 65, 68-69 (2019).

139 鄧學仁，同性婚姻與親子關係之研究，全國律師，24卷7期，頁78、82-83（2020年）。

140 施行法第5條之立法理由：「……三、又成立第二條關係之一方，並未與他方之血親成立姻親關係，故本條所指之姻親，係指民法異性婚姻下之姻親關係，併此敘明」。

屬間不發生任何親屬法上的權利義務關係。立法者在施行法中對於子女以及姻親關係所為的限制，在在顯示立法者有意將同性婚姻與普遍認定的婚姻家庭關係進行區隔，如果說親屬法所描繪的異性婚姻是家庭的結合建立及延續的基礎，則施行法中所規範的同性婚姻僅是雙方的個人行為與親密結合。

不過，除了前述限制之外，同性婚姻在法律地位與效力，從婚姻成立的要件、效力、婚姻解消乃至於解消之後財產分配等規定，都準用親屬法關於婚姻的規定，亦即婚姻雙方在內部權利義務關係上取得配偶的法律身分與地位。不僅如此，在婚姻關係的對外（家庭及親屬關係以外）效力上，同婚的雙方亦被賦予配偶的權利義務與法律地位。依據施行法規定，雙方不僅準用民法繼承編的規定互為法定繼承人¹⁴¹，民法總則及債編的規定¹⁴²，以及「民法以外之其他法規關於夫妻、配偶、結婚或婚姻之規定，及配偶或夫妻關係所生之規定」，也全數準用。換句話說，同性婚姻的雙方當事人亦享有負擔因配偶身分所帶來的親屬法以外各項法律權利義務，例如互為繼承法中的法定繼承人、國民年金法中所規定配偶的繳納義務、稅法中各項申報與免稅額扣除額等規定、社會救助法與特殊境遇家庭扶助條例所列的認定標準，乃至於勞工保險條例中請領給付等等。自此，婚姻制度從傳統的異性關係專屬，延伸至同性關係，表示親屬法與施行法的引導功能所及的範圍更為擴大，就如同大法官所言，婚姻制度的特殊法律地位與影響力可謂更為普及而鞏固。

伍、婚姻法制的挑戰

如前所述，我國婚姻法制在變革之後，雖然賦予當事人較大的

¹⁴¹ 施行法第23條第1項參照。

¹⁴² 施行法第24條第1項參照。

選擇與協議空間，但在親屬法本身的架構、婚姻制度所具有的優越地位，以及社會規範的影響之下，婚姻關係內部的「夫」、「妻」或配偶關係，與隨著配偶身分而來的各項外部法律權利義務，仍然共同維持著一套難以憑藉個人意願進行選擇、取捨或改變的「身分」法制，以致於即使親屬法朝向「契約化」發展也難以撼動該性質。不過，此一法律與社會規範所共同建立的嚴謹結構，在社會持續變遷、社會思潮與背景劇烈變化的趨勢之下，正面臨更為嚴峻的挑戰，甚至可能意味著婚姻法制身分性格的進一步鬆動與轉化。

一、變遷中的婚姻家庭與社會規範

婚姻法制的特色之一在於法律與社會制度間全面且深入的互動交錯關係。作為一個歷史悠久且影響深遠的社會制度，婚姻制度的運作模式與行為規範向來具有相當的實質拘束力，也影響了法規範的意識形態與具體內容。婚姻制度法律化的過程中，獲得法律上的正當性與拘束力，但法律對於傳統的婚姻制度也並非照單全收，而是在肯認的同時陸續進行調整與改革；另一方面，婚姻規範與習俗雖能夠強化婚姻法制的實質影響，但也可能與法規範形成競爭關係而削弱法律的實質拘束力。婚姻法制與社會規範彼此間的辯證關係，在社會變遷之下更為顯著。美國法實存主義（legal realism）運動大將Karl Llewellyn教授，在討論美國離婚法制從嚴格的過失主義走向破綻主義的重大變革時即指出，法律與社會相互依存又彼此影響的關係猶如個人與社會的關係，法律改變社會，但社會同時也反映於法律之中¹⁴³。臺灣婚姻法制的發展，也同樣不斷地在法律與社會規範的變遷，以及現實的社會家庭生活之間，進行交錯與辯證。

143 Llewellyn是美國法實存主義運動的重要學者，主張法律並非僅是邏輯與概念的操作，而與社會事實具有重要連結。其對美國離婚法制的研究亦為美國家庭法的重要著作。Please see Karl Nickerson Llewellyn, *Behind the Law of Divorce: I*, 32 COLUM. L. REV. 1281, 1283 (1932) (“The paradoxes are familiar. Society moulds and makes the individual; but individuals are and mould society. Law is a going whole we are born into; but law is a changing something we help remodel.

在婚姻法制的發展上，社會規範扮演了重要的角色¹⁴⁴，前述關係契約理論以及家庭法的引導功能理論均強調社會規範與婚姻家庭法制的密切關係。親屬法即使得以對婚姻關係的成立、解消以及當事人間的權利義務進行詳盡規範，但在尊重人性尊嚴與人格自主等憲法架構之下，法律終究難以直接強制力要求民眾必須締結婚姻。因此對婚姻法制而言，如何能引導民眾，使其自願進入婚姻制度並遵守法規範的要求，也就是說法規範如何發揮引導功能，就十分重要。由於引導功能的重點在於結合法律制度與社會規範，以間接方式進行引導鼓勵，因此，除了法規範提供各種誘因之外，更需要社會規範的配合。社會規範雖然並不具有正式的機制以及拘束力，但對於民眾而言仍具有程度不一的實質拘束力¹⁴⁵。若法規範能得到社會規範的支持，與其相輔相成，則法規範的拘束力與影響力將得以強化；但假若法規範所面對的是與之相悖的社會規範，則其不僅失去強而有力的奧援，且必須完全依靠法規範本身的正當性或足夠的實質誘因，以對抗社會規範的拘束力，甚至改變或重塑社會規範，才可能達到引導或改變民眾的態度與行為的規範目的¹⁴⁶。

歷經大法官解釋與數次修正之後，親屬法已不再積極肯認傳統父權家庭規範，不過，即使如大法官所觀察，在我國當今社會「教

Law decides cases; but cases make law. Law deflects society; but society is reflected in the law.”).

144 相對於法規範而言，社會規範的特色為非正式的、變動的、而且其影響或效果可能隨著當事人所處的環境以及地位而改變。對於婚姻制度以及婚姻關係之中的當事人而言，這些非正式的規範可能還可以依照其來源以及不同的影響方式，進行更為細緻的分類。See Elizabeth S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 VA. L. REV. 1901 (2000).

145 For example, please see Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996); Naomi Cahn, *Faithless Wives and Lazy Husbands: Gender Norms in Nineteenth-Century Divorce Law*, 2002 U. ILL. L. REV. 651 (2002); Suzanne A. Kim, *Mapping Gender and Social Norms in Same-Sex and Different-Sex Marriage*, 38 WOMEN'S RTS. L. REP. 355 (2017).

146 請參見李立如，*司法審查之表述功能與社會變革：以性別平等原則在家庭中的落實為例*，*臺大法學論叢*，37卷1期，頁31-78（2008年）。

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¹⁴⁷，但事實上，教育與職場參與等客觀條件的改變，尚未能實際顛覆頑強的父權規範，尤其是性別分工與父系家庭傳統。婚姻關係之中的妻／母仍然被期待應扮演操持家務與照顧者的角色，而夫／父則負責提供主要經濟來源。家務分工的影響不僅限於家庭內部，更造成女性在職場上受到各種限制或自願作出妥協¹⁴⁸。在父權規範仍然深具影響力的情形之下，脫離傳統觀念的親屬法顯然必須面對來自社會習俗的抗拒與競爭¹⁴⁹。根據引導功能理論，此時親屬法必須提供實質強烈的誘因，始有可能引導民眾願意改變行為模式以遵循法規範，或者如前所述在父母離婚後對未成年子女親權歸屬的協議中，藉由強化法院功能，由其扮演積極介入的角色維護子女利益，以引導父母進行平等協議的態度與立場。不過，可惜的是，試圖改變性別分工以及父權優先的修正後親屬法，除了以法律宣示性別中立（去性別化）原則與協商模式適用於部分事項之外，並未提供任何誘因以改變或削弱父權規範的正當性與拘束力，如此無異將抗拒社會規範的艱困壓力與沉重成本交由個別夫妻自行協商、解決與負擔¹⁵⁰。然而，有鑑於協商模式

147 司法院釋字第365號解釋理由書參照。

148 觀察歷年性別與婚姻狀況別勞動力參與率之統計，可以發現未婚女性的勞動力參與率均高於有配偶或同居之女性。中華民國統計資訊網，109年人力運用調查報告，歷年性別與婚姻狀況別勞動力參與率，<https://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=46590&ctNode=3579&mp=4>（最後瀏覽日：2021年9月17日）；而女性離職原因中，主要仍為結婚及生育者。中華民國統計資訊網，105年婦女婚育與就業調查報告，15至64歲已婚女性之就業狀況，<https://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=41524&ctNode=6426&mp=4>（最後瀏覽日：2021年9月17日）。關於女性勞動參與與家庭分工之討論，請見，張晉芬，性別勞動平權的進步與檢討，收於：陳瑤華編，台灣婦女處境白皮書：2014年，頁173-174（2014年）；焦興鎧，臺灣建構防制就業歧視法制之努力——二十年之回顧與前瞻，臺灣勞動法學會學報，11期，頁16（2015年）。

149 施慧玲（註28），頁27；王泰升（註12），頁48-49。

150 即使性別工作平等法中提供育嬰假等措施，也是採用此作法，事實上並未提供扭轉性別分工現況的誘因，根據勞動部對於育嬰留職停薪津貼核付情形的統計，女性申請育嬰留職停薪總計給付之件數皆遠高於男性。勞動部勞動統

的基礎在於夫妻有平等的籌碼、地位以及意願，在家務照顧等勞動仍然無法取得經濟報酬與父權家庭觀念的陰影之下，妻／母往往因此居於經濟上弱勢或依賴的地位，以致於即使親屬法規定由夫妻／父母進行平等協商，此一理想也多半成為泡影。因此，親屬法對婚姻規範所進行「契約化」的有限度修正，難以與行之有年的社會規範及家庭運作慣習相抗衡，造成徒有平等表象，實質上父權體制仍持續運作的結果，事實上也並非在意料之外。

值得注意的是，同性婚姻合法化是否可能對婚姻制度中的父權性別規範有所衝擊？既然同性婚姻關係中配偶雙方皆為同一性別，傳統父權規範所建構的性別分工或父權優先等性別秩序恐怕難以直接適用，如此似乎提供了挑戰傳統婚姻性別規範的契機。事實上，早期美國同性婚姻運動的出發點，與其說是致力於同性婚姻合法化，更重要的是藉由同性婚姻的訴求，對異性婚姻制度所代表的父權規範與刻板性別角色，以及婚姻作為唯一合法親密結合關係等法與社會的規範現狀，進行深刻的反動與批判，以凸顯同志追求性自由與平等的理念¹⁵¹；也有論者指出同性婚姻合法化，可能顛覆或鬆動傳統婚姻制度所建立的性別秩序與階級¹⁵²。可惜的是，無論在美國或我國，同性婚姻運動最後採取的策略與法律主張都聚焦在結婚

計查詢網，育嬰留職停薪津貼核付情形，<https://statdb.mol.gov.tw/statis/jspProxy.aspx?sys=210&kind=21&type=1&funid=q06052&rdm=0k9trneq>（最後瀏覽日：2021年9月17日）。相關討論請參見李庭欣、王舒芸，「善爸」甘休？「育爸」不能？與照顧若即若離的育嬰假爸爸，臺大社會工作學刊，28期，頁93-135（2013年）；王舒芸，門裡門外誰照顧、平價普及路迢迢？：台灣嬰兒照顧政策之體制內涵分析，台灣社會研究季刊，96期，頁81-82（2014年）；陳宜倩，邁向一個積極對男性倡議的女性主義取徑？：以台灣「性別工作平等法」育嬰假之理論與實務為例，女學學誌：婦女與性別研究，36期，頁33-37（2015年）；陳昭如，從義務到權利：新舊母性主義下母性保護制度的轉向與重構，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1115、1138-1142、1146-1147（2016年）。

151 Please see Michael Boucai, *Glorious Precedents: When Gay Marriage was Radical*, 27 YALE J.L. & HUMAN. 1 (2015).

152 See Cass R. Sunstein, *Homosexuality and the Constitution*, 70 IND. L.J. 1 (1994).

自由與婚姻平權，而並未以批判婚姻制度中的父權規範與性別秩序作為論述重點¹⁵³。此外，雖然美國最高法院判決以及我國大法官解釋都強調肯認同性婚姻並不會改變現行婚姻制度與倫理規範秩序¹⁵⁴，但同性婚姻對婚姻制度的長期影響的確尚難臆測¹⁵⁵。有美國實證研究顯示，（雖然仍須考量許多變數與條件）從家務分工、性結合關係的排他性，以及養育子女等三個婚姻制度的重要元素分析看來，傳統婚姻制度所形成與仰賴的（異性）性別規範與秩序的拘束力似乎有減弱的趨勢¹⁵⁶；且隨著同婚人數的增加與制度化，異性婚與同性婚在上述三個面向之間的差異似乎也日漸降低¹⁵⁷，意味著同婚合法對於異性婚姻所建構的性別秩序與運作確實可能產生若干影響¹⁵⁸。甚至有學者早在同婚開始陸續受到州法肯認之時，就指出同婚與同居在美國社會的日漸制度化與普及化，與異性婚姻制度的式微趨勢具有相當關連¹⁵⁹。雖然我國社會結構和法制背景與美國仍有不同，但隨著同性婚姻合法化之後同婚人數與影響力的增加，其對於婚姻法制相關之性別規範是否產生何種影響，將是婚姻與家庭法制與社會規範變遷的重要議題之一。

153 Chen, *supra* note 138, at 65-107.

154 有論者批評我國大法官在司法院釋字第748號解釋中並未對於民法禁止同性結婚所建立的社會秩序進行實質的探討，即據以為違憲宣告之理由之一，實有說理不足的問題。黃舒芃，若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保證抑或障礙？——評司法院釋字第748號解釋，輔仁法學，55期，頁25-26（2018年）。

155 United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675, 2715-16 (2013) (Alito, J., dissenting).

156 See Janeen Baxter, *To Marry or Not To Marry: Marital Status and the Household Division of Labor*, 26 J. FAM. ISSUES 300 (2005); Gabrielle Gotta et al., *Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Relationships: A Comparison of Couples in 1975 and 2000*, 50 FAM. PROCESS 353, 370-71 (2011).

157 See Nan D. Hunter, *Introduction: The Future Impact of Same-Sex Marriage: More Questions Than Answers*, 100 GEO. L.J. 1855 (2012).

158 *Id.*

159 Andrew J. Cherlin, *The Deinstitutionalization of American Marriage*, 66 J. MARRIAGE & FAM. 848, 848-49 (2004).

相較於親屬法修正或同婚合法化，對婚姻制度的維持與發展而言，社會變遷所帶來的最大衝擊，應該是婚姻制度的普遍性與重要性有逐漸弱化的趨勢。傳統社會中的婚姻是理所當然的義務，相較於個人意願，家族的安排更為重要。婚姻家庭對個人生活的全面影響與緊密關係，也是前述Maine論述中「身分」法規範的重要基礎。雖然臺灣社會在工業化過程中，已經脫離婚姻締結需依循父母之命或媒妁之言的時代，親屬法也規定婚姻必須由個人自主決定，但婚姻締結自主與「男大當婚，女大當嫁」的傳統觀念並不相排斥，婚姻制度的必要性與必然性仍然深植人心。結婚仍然是人生必經的道路，是組成家庭的必要條件，與配偶共同養育子女及奉養父母，乃是正常且合乎社會規範與期待的生活。在強大的社會規範支撐之下，親屬法得以發揮高度的引導功能，引導民眾進入婚姻法制之中加以規範與保障。不過，曾幾何時，在社會持續發展，經濟生活與文化思潮劇烈變遷的影響下，婚姻制度的普遍性受到了嚴重的挑戰，我國的結婚率出現持續下降的態勢，到2020年的結婚率更創下2009年以來新低¹⁶⁰。不婚成為一個受到重視的社會現象與議題，少子化趨勢更使得各界重視與憂心¹⁶¹。在這些社會現象的背後，意味著社會規範的改變，在許多民眾認為不結婚也沒有關係的同時，婚姻制度的實質拘束力也相應的減弱¹⁶²，既然有愈來愈多民眾沒有

160 根據內政部對於臺灣粗結婚率之統計，2000年之粗結婚率曾高達千分之8.3，但之後逐漸下降，2009年降至千分之5.0，之後又略有上升，但於2020年時，又再降低至千分之5.1。內政部統計年報，二、戶政 12. 初婚率與再婚率，<https://ws.moi.gov.tw/001/Upload/400/refile/0/4405/48349492-6f8c-453b-a9d1-4a8f0593b979/year/year.html>（最後瀏覽日：2021年9月17日）。

161 駱明慶，台灣總生育率下降的表象與實際，研究台灣，3期，頁37-60（2007年）。

162 依據台灣社會變遷基本調查的結果顯示，社會上對於婚姻的態度在2006年至2016年間出現變化。當受訪者被問及對於以下看法「一對情侶住在一起，即使沒有結婚的打算也沒什麼關係」時，在2006年選擇同意（非常同意、相當同意，以及有些同意）的比例為34.2%，同樣問題在2011年調查結果為39.8%，到了2016年的調查結果同意該看法的比例更提高至51.7%。請參見傅仰止、章英華、廖培珊、謝淑惠編，台灣社會變遷基本調查計畫第七期第二

(或拒絕)被引導進入婚姻制度，代表著婚姻法制的引導功能逐漸減弱。改變引導功能效果的關鍵，可能不在依舊堅持獨尊婚姻制度的法規範，而是社會規範的推促與引導力量正在逐漸減弱之中。當社會崇尚個人自我實現與人格自由，社會價值也逐漸多元化的同時，婚姻不再是一種義務或目的，而被認為是合乎個人與雙方對於永久共同生活期待之下所做的選擇。然而，在目前體制下，結婚代表著進入一個具有社會與法律意涵的身分地位，其所需要維持的，不僅是兩人經營共同生活的承諾，更包括隨之而來的各種法律上權利義務，家庭社會規範，甚至傳統習俗。此一「身分」即使在法律上具有優越地位保障，卻仍難以擺脫傳統父權性別分工等觀念的規制，如此對於許多民眾（尤其是經濟獨立的女性）而言，並不見得具有強大的吸引力¹⁶³。在社會觀念與規範發生劇烈變動的過程中，不僅結婚從人生必經歷程成為諸多選項之一，同居也似乎不再必然是離經叛道的行為¹⁶⁴，單身成為一種常見的生活型態¹⁶⁵，沒有生育子女也不見得會被視為不孝¹⁶⁶。社會思潮的劇烈演變，使得以親屬法為中心的婚姻法制要發揮前述的引導功能更加困難，當有愈來愈多的民眾選擇結婚以外的生活形態時，婚姻法制所能發揮的規範效力也將日漸減弱；一旦以婚姻家庭為中心的親屬法與現實生活型態出現的落差持續擴大，不但無法對選擇其他生活形態的民眾提供

次調查計畫執行報告，頁205（2017年）。

163 楊文山、王乃琳，臺灣與香港生活與婚姻幸福感的比較研究，應用倫理評論，52期，頁119、121-124、129-132（2012年）。

164 楊靜利，同居的生育意涵與台灣同居人數估計，臺灣社會學刊，32期，頁193（2004年）。

165 根據統計資料可觀察出，由單人組成的家庭型態，有逐年上升的趨勢，民國90年時，由單人組成的家戶占家庭組織型態10.73%，除民國91年有明顯下降至8.51%，隨後至民國109年時已平穩攀升至14.37%。行政院性別平等會，重要性別統計資料庫，家庭組織型態，https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat_Statistics_DetailData.aspx?sn=iGJRpsNX45yniGDj%2Bw1ueQ%3D%3D（最後瀏覽日：2023年2月1日）。

166 朱瑞玲、章英華，華人社會的家庭倫理與家人互動：文化及社會的變遷效果，「華人家庭動態資料庫」學術研討會，中央研究院經濟研究所、國科會社會科學研究中心主辦，頁12、14、17-18（2001年7月27日至28日）。

適切的規範或保障機制，甚至可能出現美國學者所警告的家庭法（尤其是婚姻制度）引導功能失靈的規範危機¹⁶⁷。

二、從崇尚婚姻制度到個人自由平等保障

在社會生活形態日漸多元的今日，有愈來愈多的人選擇婚姻以外的生活方式或經營親密關係。如此的發展除了引發婚姻法制是否足以提供有效規範保障的問題之外，另一個根本議題是：婚姻制度（持續）享有法律上優越地位的正當性何在？

對於婚姻制度的憲法地位，大法官在司法院釋字第552號解釋的解釋理由書中，首度表明婚姻制度受到憲法保障：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障」。隨後於司法院釋字第554號解釋的解釋文中，開宗明義說道「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」，並闡明憲法賦予婚姻制度性保障的基礎，乃由於「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能」。由此可知，婚姻制度之所以享有憲法制度保障的特殊地位，國家得制定各種法律規範以維護確保婚姻制度之存續與圓滿，不但因其在社會發展過程中具有重要基礎地位，且具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等三個重要的社會性功能。大法官持續在多號解釋中重申此立場，也因此建立維持了婚姻制度所具有的憲法地位。不過，大法官的論述基礎與態度，在2017年所公布的司法院釋字第748號解釋，以及2020年的司法院釋字第791號解釋中，出現了重大轉折。

2017年大法官公布司法院釋字第748號解釋，宣告未肯認同性婚姻的民法親屬編婚姻章違憲。面對婚姻制度的重大挑戰，大法官在本號解釋中既維護婚姻制度的憲法地位，又擁抱婚姻制度的演

167 Please see Carbone, *supra* note 120, at 859.

變：一方面仍然肯認婚姻所建構的社會秩序為穩定社會的磐石，但另一方面對於過去在異性婚姻脈絡之下屢屢重申的制度保障，在本號解釋中則並未再次強調，而是將論述重心置於個人之婚姻自由，肯認成立具有親密性、排他性之永久結合關係，對個人生理及心理上的需求與渴望而言，乃為不可或缺；因之必須保障婚姻自由以維護人格健全發展與人性尊嚴。可見本號解釋雖然並未否認婚姻具有一定的社會功能，但卻更加重視對於個人婚姻自由與平等之保障¹⁶⁸。此外，關於婚姻社會性功能的論述，也在本號解釋中出現變化。首先，大法官將過去慣稱婚姻制度所維護的人倫秩序，改以基本倫理秩序稱之，並且將其內涵限於民法親屬編所列的規定：包括結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠誠義務以及扶養義務等。此舉主要為了說明肯認同性婚姻並不影響異性婚姻制度所建構的基本倫理秩序，但似乎也可能有將婚姻制度的法律規範與傳統人倫秩序逐步脫勾的意涵（畢竟同性婚姻並不見容於傳統人倫秩序之中）。值得注意的是，大法官於本號解釋中似乎也一改過去將婚姻與家庭制度緊密結合的態度，其指出現行民法親屬編婚姻章「並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件；亦未規定結婚後不能生育或未生育為婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，是繁衍後代顯非婚姻不可或缺之要素」；因之，並不得以相同性別二人不能繁衍後代為由，不容許其得以結婚。既然「繁衍後代」或「生育」在大法官的眼中已「顯非婚姻不可或缺之要素」，那麼是否也意味著未來婚姻制度的規範地位不再理所當然地與「養育子女」社會功能緊密連結？大法官態度的變化，是否可能進一步發展，使婚姻制度與家庭制度兩者在憲法保障的意義上分道揚鑣？此發展方向非常值得觀察，尤其將影響及現行制度以婚姻作為父母子女關係建立前提的正當性，甚至於行之有年的婚生推定制度都可能受到挑戰與檢討。

168 黃昭元大法官認為此為對於司法院釋字第791號解釋之作成最為相關之「憲法規範變遷」。請參見司法院釋字第791號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁3。

大法官對婚姻制度保障態度的微妙轉折，在隨後所公布的司法院釋字第791號解釋中更清楚地顯現出來。於2020年所作成的司法院釋字第791號解釋，變更了2002年所公布的司法院釋字第554號解釋，而宣告刑法第239條通姦罪，及刑事訴訟法第239條但書違憲。大法官雖然並不否認司法院釋字第554號解釋的論述基礎，仍然正面肯定婚姻乃是家庭與社會形成發展之基礎，具有各種維護人倫制度、性別平等、養育子女等社會性功能，但其強調「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」。在此背景之下，大法官不但認為司法院釋字第554號解釋有再行審查之必要，最後更變更該解釋而宣告通姦罪違憲¹⁶⁹。由此可見，在司法院釋字第791號解釋中，大法官並未承襲司法院釋字第554號解釋對婚姻制度大力維護的立場，而係延續了司法院釋字第748號解釋對於個人結婚自由平等權利保障的重視¹⁷⁰。解釋理由書中除了詳細闡明婚姻自由的內涵：「包括個人自主決定『是否結婚』、『與何人結婚』、『兩願離婚』，以及與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利」，將通姦罪對於婚姻自由、隱私權等個人基本權所生的限制與影響等進行仔細的審查與衡量外，更認為在「婚姻所承載之社會功能相對化」的趨勢下，婚姻制度的保障不再理所當然地成為限制人格自由的正當理由。可見在「個人自主」與「社會公益」，以及「婚姻關係」與

169 此號解釋引發學者熱烈討論，請參見許育典，從婚姻制度演變探討通姦除罪化的憲法正當性，月旦法學雜誌，305期，頁6-14（2020年）；簡資修，婚姻，兒戲乎？——司法院釋字第791號解釋評釋，月旦裁判時報，104期，頁67-73（2021年）；蔡聖偉，通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第554號及第791號解釋，興大法學，29期，頁1-44（2021年）；李念祖、李劍非、廖崇歲（註3），頁64-88。

170 司法院釋字第791號解釋黃昭元大法官協同意見書、許志雄大法官協同意見書參照。

「婚姻制度」的天平之間，相較於過去對社會公益以及婚姻制度的全面維護，大法官如今加強對於個人自主以及婚姻關係自由應予肯定與保障，而在婚姻制度以及個人權利之間，進行更為細緻的衡量與檢視。

一直以來，法律制度對婚姻關係與配偶所提供的種種誘因與限制，扮演了引導與規制的重要角色，也使得婚姻制度具有高度的身分特質。如今刑法通姦罪被宣告違憲，從大法官的論述中可見到憲法規範的變遷：個人在婚姻之中（性）自主權的重要性受到較大的肯定與重視，非但不必然受限於婚姻制度的制約，甚至可能與之對抗或突破¹⁷¹。但值得注意的是，刑法通姦罪的廢除，並不代表婚姻制度的規範評價產生了根本的改變，司法院釋字第791號解釋中仍肯認國家為維護婚姻制度得以法律約束配偶間忠誠義務之履行；多位大法官所提出的協同意見書中，認為該忠誠義務得以民法上離婚或賠償等規定加以約束規範¹⁷²，更有明確指出婚姻關係乃為契約關係，婚姻契約之違反宜循民事訴訟程序解決之者¹⁷³。將婚姻關係定位為當事人之間所訂之契約，著眼於民事與刑事法律責任之不同屬性，可能有助於檢討通姦罪作為維護婚姻制度手段的合憲性¹⁷⁴；但僅僅如此卻可能仍無法辨明婚姻制度的全貌，而忽略了本文所指出婚姻「契約」所兼具的「身分」性格。如前所述，即使婚姻法規範致力朝向契約化發展，但受制於婚姻制度的身分特質，仍可能使得婚姻關係中的個人自由平等權利難以受到充分保障，或持續受到性別身分架構的制約；民法與其他公／私法律規範所共同建構出的婚姻／配偶「身分」法制，賦予婚姻制度享有獨一無二的特殊地位，

171 司法院釋字第791號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁3。

172 司法院釋字第791號解釋許志雄大法官協同意見書、黃虹霞大法官部分協同意見書、黃瑞明大法官（詹森林大法官加入）協同意見書參照。

173 司法院釋字第791號解釋黃虹霞大法官部分協同意見書，頁14。

174 有論者主張大法官應闡明婚姻關係的「契約」性質，以釐清婚姻關係應以民事手段規範，請參見李念祖、李劍非、廖崇歲（註3），頁64-88。

也使得其他生活型態或親密關係中的個人，無法享有法律規範的保障。本文認為，司法院釋字第748號與第791號解釋提供了進一步釐清檢視婚姻法制的契機，揭示了以個人自由平等保障作為婚姻法制未來發展的基礎。在此一脈絡下，以保障個人自主與平等權益出發，婚姻法制的契約化不僅必須考量婚姻關係對當事人的協商地位與決定的影響¹⁷⁵，更有必要針對婚姻法制之特殊法律地位加以檢討¹⁷⁶，對選擇其他共同生活形態個人之權益給予適切的保障¹⁷⁷。如此不僅得以落實大法官所肯認婚姻自由的內涵，更得以使婚姻法制回應社會變遷與需求，擴大發揮其引導功能，保障更多民眾的個人權益與共同生活之福祉。

陸、結論

在社會變遷的過程中，親屬法對婚姻的規範歷經多次變革，過程中可見逐步從傳統制度朝向個人化與契約化的趨勢，凸顯了法規

175 For discussion on marriage/domestic contract, please see Luke Taylor, *Domestic Contracts and Family Law Exceptionalism: An Historical Perspective*, 66 MCGILL L.J. 303 (2020); Sharon Thompson, *Using Feminist Relational Contract Theory to Build Upon Consentability: A Case Study of Prenups*, 66 LOY. L. REV. 55 (2020). 中文文獻中亦有討論美國法院審視婚姻契約的態度者，請參見呂麗慧，從婚姻法私法化論美國夫妻分居契約之有效性檢視，政大法學評論，164期，頁1-49 (2021年)。

176 See Kaiponanea T. Matsumura, *Breaking Down Status*, 98 WASH. U. L. REV. 671 (2021).

177 司法院釋字第647號解釋參照。近年來也有愈來愈多論述對婚姻以外共同生活的民眾法律上的地位與保障進行分析探討，see Katharine K. Baker, *What Is Nonmarriage?*, 73 SMU L. REV. 201 (2020); Albertina Antognini, *Nonmarital Contracts*, 73 STAN. L. REV. 67 (2021); John G. Culhane, *Cohabitation, Registration, and Reliance: Creating a Comprehensive and Just Scheme for Protecting the Interests of Couples' Real Relationships*, 58 FAM. CT. REV. 145 (2020); Deborah Zalesne & Adam Dexter, *From Marriage to Households: Towards Equal Treatment of Intimate Forms of Life*, 66 BUFF. L. REV. 909 (2018).

範與社會規範的交錯互動關係。1990年代後期以來親屬法陸續完成的大幅修正，以性別中立與協商模式取代傳統父權優先原則，在形式上似乎印證「從身分到契約」的法律發展理論。然而，在實際運作層面上，契約化效果有限，傳統父權規範仍具相當影響力，因此本文認為有必要對婚姻法制的身分性格與契約化之間的關係進行進一步的探究。本文分析發現，身分／契約的二分法無法明確呈現婚姻法制的本質與結構，婚姻法制的身分性格，除了立基於傳統人倫秩序之外，尚來自於婚姻制度在整體法律上與社會規範上所被賦予的特殊與優惠地位，如此也使得盤根錯節的父權規範得以在親屬法修正後持續發揮實質影響力，維持婚姻關係中的性別分工秩序與身分。此一法律與社會規範所共同緊密交織而成的婚姻制度，實非有限與片段的契約化條文所能撼動。不過，隨著近年來社會結構與思潮劇烈變動，婚姻法制所享有的優越法律與社會地位正受到前所未有的挑戰，包括同婚合法化、結婚率下降、社會生活形態多元化、婚姻觀念改變、婚姻社會功能相對化等等所呈現的法律與社會變遷發展，已經對婚姻法制之引導與規範功能造成衝擊。本文認為，在釐清婚姻制度具有身分與契約兩者交錯融合特質之同時，如何以大法官近年所揭示的個人婚姻自由與平等權利保障為著眼點，檢討婚姻制度所獨享的特殊法律地位，並提供足以引導婚姻法制持續契約化的誘因，進而重塑婚姻法制的身分結構與性別秩序，並保障其他共同生活型態之民眾權益，將是未來婚姻法規範乃至於家庭法制發展方向的重要關鍵。

參考文獻

1. 中文部分

- 尤美女（1996），臺灣婦女運動與民法親屬編之修正，萬國法律，90期，頁4-17。
- （2005），從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐，律師雜誌，313期，頁73-82。
- 王文字（2018），法學、經濟學與商業交易——契約與組織的運用，月旦法學雜誌，277期，頁64-90。
- 王如玄、潘天慶（2007），小孩可不可以跟媽媽姓？——論民法親屬編第一〇五九條婚生子女姓氏之修正，月旦民商法雜誌，17期，頁55-72。
- 王俊豪（2008），台灣初婚夫妻的居住安排，人口學刊，37期，頁45-85。
- 王泰升（2002），台灣法的斷裂與連續，臺北：元照。
- （2015），論台灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，44卷1期，頁1-69。
- 王舒芸（2014），門裡門外誰照顧、平價普及路迢迢？：台灣嬰兒照顧政策之體制內涵分析，台灣社會研究季刊，96期，頁49-93。
- 伍偉華（2016），高齡事實婚伴侶之遺產酌給請求，月旦裁判時報，46期，頁64-77。
- 伊慶春（2019），臺灣的家庭變遷：家庭社會學者的研究關懷，近代中國婦女史研究，34期，頁219-254。
- 朱瑞玲、章英華（2001），華人社會的家庭倫理與家人互動：文化及社會的變遷效果，「華人家庭動態資料庫」學術研討會，中

- 央研究院經濟研究所、國科會社會科學研究中心主辦，2001年7月27日至28日。
- 呂麗慧（2021），從婚姻法私法化論美國夫妻分居契約之有效性檢視，政大法學評論，164期，頁1-49。
- 李立如（2007），婚姻家庭與性別平等——親屬法變遷的觀察與反思，政大法學評論，95期，頁175-227。
- （2008），司法審查之表述功能與社會變革：以性別平等原則在家庭中的落實為例，臺大法學論叢，37卷1期，頁31-78。
- （2012），親屬法變革與法院功能之轉型，臺大法學論叢，41卷4期，頁1639-1684。
- （2017），同居法制的發展——美國法的經驗與啟示，收於：陳公棋炎先生九十晉五冥壽紀念文集編輯小組編，家族法新課題：陳公棋炎先生九十晉五冥壽紀念文集，頁125-178，臺北：元照。
- （2019），憲法解釋中的家庭圖像與其規範地位，臺大法學論叢，48卷3期，頁967-1021。
- （2020），離婚後親權酌定事件中的子女最佳利益，中原財經法學，45期，頁1-58。
- 李念祖、李劍非、廖崇崑（2021），評釋字第791號解釋——從性別身分到平等契約？，月旦法學雜誌，315期，頁64-88。
- 李庭欣、王舒芸（2013），「善爸」甘休？「育爸」不能？與照顧若即若離的育嬰假爸爸，臺大社會工作學刊，28期，頁93-135。
- 李莉苓（2017），親子關係之決定——自婚生推定及認領之比較一探血緣與意思之角力，月旦法學雜誌，267期，頁153-166。
- 沈靜萍（2015），多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法：從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造，臺北：元照。
- 官曉薇（2019），婚姻平權與法律動員——釋字第748號解釋前之立法與訴訟行動，臺灣民主季刊，16卷1期，頁1-44。

- 林秀雄(1998), 婚姻住所決定權——兼評司法院釋字第四五二號解釋及新法之修正, 月旦法學雜誌, 39期, 頁116-125。
- (2003), 論民法親屬編之修正, 月旦民商法雜誌, 特刊號, 頁53-73。
- (2013), 親屬法講義, 3版, 臺北: 元照。
- 林易典(2019), 論民法第1064條準正規範之功能——歐陸主要國家與我國民法之準正規範的比較觀察, 政大法學評論, 156期, 頁167-259。
- 施慧玲(2000), 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, 國立中正大學法學集刊, 3期, 頁163-221。
- (2004), 從男女平等原則談新修正之法定夫妻財產制, 收於: 家庭法律社會學論文集, 頁57-80, 臺北: 元照。
- (2007), 民法親屬編之理想家庭圖像——從建構制度保障到寬容多元價值?, 月旦民商法雜誌, 17期, 頁19-38。
- (2008), 一夫一妻制度之憲法保障的再一片拼圖——大法官釋字第六四七號解釋簡析, 台灣法學雜誌, 115期, 頁160-166。
- 孫迺翊(2020), 2019年憲法發展回顧, 臺大法學論叢, 49卷特刊, 頁1471-1516。
- 翁康容、楊靜利、任軒立(2020), 從家務分工看性別平權的知行落差, 人口學刊, 61期, 頁97-139。
- 張晉芬(2014), 性別勞動平權的進步與檢討, 收於: 陳瑤華編, 台灣婦女處境白皮書: 2014年, 頁171-207, 臺北: 女書文化。
- 張晉芬、李奕慧(2007), 「女人的家事」、「男人的家事」: 家事分工性別化的持續與解釋, 人文及社會科學集刊, 19卷2期, 頁203-229。
- 梁弘孟(2016), 從「父母之命」到「兩情相悅」——論民初法制

- 發展中男女結婚意思對婚姻締結之影響，政大法學評論，146期，頁127-193。
- 許育典（2020），從婚姻制度演變探討通姦除罪化的憲法正當性，月旦法學雜誌，305期，頁6-14。
- 陳宜倩（2015），邁向一個積極對男性倡議的女性主義取徑？：以台灣「性別工作平等法」育嬰假之理論與實務為例，女學學誌：婦女與性別研究，36期，頁1-47。
- 陳忠五（2016），2015年民事法發展回顧，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1493-1566。
- 陳怡君（2012），第二「姓」？新生兒姓氏協商的性別權力關係，性別平等教育季刊，60期，頁66-74。
- 陳昭如（1999），權利、法律改革與本土婦運——以臺灣離婚權的發展為例，政大法學評論，62期，頁25-74。
- （2012），改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52期，頁43-88。
- （2013），還是不平等——婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業，女學學誌：婦女與性別研究，33期，頁119-170。
- （2016），從義務到權利：新舊母性主義下母性保護制度的轉向與重構，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1096-1162。
- （2019），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，近代中國婦女史研究，34期，頁255-268。
- 陳重陽（2016），婚姻無效與不成立衍生之剩餘財產分配請求權——評高等法院104年度重家上字第8號民事判決，月旦裁判時報，54期，頁27-34。
- 陳棋炎（1989），親屬的身分法關係之特色，輔仁法學，8期，頁21-32。
- 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2013），民法親屬新論，11版，臺北：三民。
- 陳惠馨（1988），我國近代有關「定婚」規定之比較及其發展——

- 兼論我國有關婚姻規定之發展趨勢，政大法學評論，37期，頁123-142。
- （1991），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，臺大法學論叢，21卷1期，頁327-361。
- （2006），傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法，臺北：五南。
- 傅仰止、章英華、廖培珊、謝淑惠編（2017），台灣社會變遷基本調查計畫第七期第二次調查計畫執行報告，臺北：中央研究院社會學研究所。
- 彭滄雯、洪綾君（2011），為何從母姓？——夫妻約定子女姓氏的影響因素調查，女學學誌：婦女與性別研究，28期，頁1-54。
- 焦興鎧（2015），臺灣建構防制就業歧視法制之努力——二十年之回顧與前瞻，臺灣勞動法學會學報，11期，頁1-65。
- 黃舒芃（2018），若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保證抑或障礙？——評司法院釋字第748號解釋，輔仁法學，55期，頁1-48。
- 楊文山、王乃琳（2012），臺灣與香港生活與婚姻幸福感的比較研究，應用倫理評論，52期，頁115-139。
- 楊靜利（2004），同居的生育意涵與台灣同居人數估計，臺灣社會學刊，32期，頁189-213。
- 雷文玫（1999），以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，臺大法學論叢，28卷3期，頁245-309。
- 蔡聖偉（2021），通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第554號及第791號解釋，興大法學，29期，頁1-44。
- 蔡穎芳（2011），論婚前協議及弱勢締約人之保護，法學新論，33期，頁19-56。
- 鄧筑媛、陳乃嘉（2020），從公投元年到同婚元年——婚姻平權運動的民主實驗與實踐，臺灣民主季刊，17卷2期，頁137-147。

- 鄧學仁 (2005), 事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題, 中央警察大學法學論集, 10期, 頁257-276。
- (2020), 同性婚姻與親子關係之研究, 全國律師, 24卷7期, 頁78-89。
- 駱明慶 (2007), 台灣總生育率下降的表象與實際, 研究台灣, 3期, 頁37-60。
- 戴東雄 (2016), 子女稱姓之現代化, 法制史研究, 30期, 頁207-248。
- (2016), 從男女平等觀點論民法第1018條之1自由處分金之解釋, 法令月刊, 67卷8期, 頁1-25。
- (2018), 從民法認領體系論生父與非婚生子女血緣之連繫, 法令月刊, 69卷7期, 頁1-44。
- 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如 (2012), 親屬法, 2012年最新修訂版, 臺北: 自版。
- 戴瑀如 (2008), 血緣、家庭與子女利益——從德國立法之沿革探討我國民法上的婚生否認之訴, 東吳法律學報, 20卷2期, 頁29-70。
- (2013), 從實體法的觀點論家事事件法中之親生子女關係事件程序, 月旦法學雜誌, 219期, 頁29-59。
- 簡資修 (2021), 婚姻, 兒戲乎? —— 司法院釋字第791號解釋評釋, 月旦裁判時報, 104期, 頁67-73。

2. 外文部分

- Abrego, Leisy J. 2019. Relational Legal Consciousness of U.S. Citizenship: Privilege, Responsibility, Guilt, and Love in Latino Mixed-Status Families. *Law & Society Review* 53:641-670.
- Alexander, Gregory S. 1998. The New Marriage Contract and the Limits of Private Ordering. *Indiana Law Journal* 73:503-510.

- Antognini, Albertina. 2021. Nonmarital Contracts. *Stanford Law Review* 73:67-173.
- Bagchi, Aditi. 2009. The Myth of Equality in the Employment Relation. *Michigan State Law Review* 2009:579-628.
- Bagenstos, Samuel R. 2013. Employment Law and Social Equality. *Michigan Law Review* 112:225-273.
- Baker, Katharine K. 2020. What Is Nonmarriage?. *SMU Law Review* 73:201-249.
- Baker, Scott, and Albert Choi. 2015. Contract's Role in Relational Contract. *Virginia Law Review* 101:559-607.
- Barnett, Randy E. 2002. Consenting to Form Contracts. *Fordham Law Review* 71:627-645.
- Baxter, Janeen. 2005. To Marry or Not To Marry: Marital Status and the Household Division of Labor. *Journal of Family Issues* 26:300-321.
- Bergman, Matthew P. 1991. Status, Contract, and History: A Dialectical View. *Cardozo Law Review* 13:171-221.
- Bernstein, Lisa. 1992. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies* 21:115-157.
- Boardman, Michelle E. 2014. Consent and Sensibility (Book review). *Harvard Law Review* 127:1967-1990.
- Boucai, Michael. 2015. Glorious Precedents: When Gay Marriage was Radical. *Yale Journal of Law & the Humanities* 27:1-82.
- Brinig, Margaret F., and June Carbone. 1988. The Reliance Interest in Marriage and Divorce. *Tulane Law Review* 62:855-905.
- Cahn, Naomi. 2002. Faithless Wives and Lazy Husbands: Gender Norms in Nineteenth-Century Divorce Law. *University of Illinois Law Review* 2002:651-698.

- Carbone, June. 2011. Out of the Channel and into the Swamp: How Family Law Fails in a New Era of Class Division. *Hofstra Law Review* 39:859-895.
- Chen, Chao-ju. 2019. Migrating Marriage Equality Without Feminism: *Obergefell v. Hodges* and the Legalization of Same-Sex Marriage in Taiwan. *Cornell International Law Journal* 52:65-107.
- Cherlin, Andrew J. 2004. The Deinstitutionalization of American Marriage. *Journal of Marriage and Family* 66:848-861.
- Childres, Robert, and Stephen J. Spitz. 1972. Status in the Law of Contract. *New York University Law Review* 47:1-31.
- Crawford, Bridget J. 2019. Wills Formalities in the Twenty-First Century. *Wisconsin Law Review* 2019:269-294.
- Culhane, John G. 2020. Cohabitation, Registration, and Reliance: Creating a Comprehensive and Just Scheme for Protecting the Interests of Couples' Real Relationships. *Family Court Review* 58:145-156.
- DiMatteo, Larry A. 2018. Unframing Legal Reasoning: A Cyclical Theory of Legal Evolution. *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 27:483-548.
- Eisenberg, Melvin A. 2000. Why There Is No Law of Relational Contracts. *Northwestern University Law Review* 94:805-821.
- Ellickson, Robert C. 1991. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fineman, Martha Albertson. 2000. Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency. *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law* 8:13-29.
- Friedman, Lawrence M. 1965. *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study*. Madison, WI: University of Wisconsin Press.

- . 1966. The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society. *Wisconsin Law Review* 1966:340-378.
- . 1999. *The Horizontal Society*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Fuller, Lon L. 1941. Consideration and Form. *Columbia Law Review* 41:799-824.
- Gotta, Gabrielle, Robert-Jay Green, Esther Rothblum, Sondra Solomon, Kimberly Balsam, and Pepper Schwartz. 2011. Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Relationships: A Comparison of Couples in 1975 and 2000. *Family Process* 50:353-376.
- Halley, Janet. 2011. What is Family Law?: A Genealogy Part I. *Yale Journal of Law & the Humanities* 23:1-109.
- Hamilton, Vivian E. 2004. Mistaking Marriage for Social Policy. *Virginia Journal of Social Policy and the Law* 11:307-371.
- Horwitz, Morton J. 1994. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York, NY: Oxford University Press.
- Hunter, Nan D. 2012. Introduction: The Future Impact of Same-Sex Marriage: More Questions Than Answers. *Georgetown Law Journal* 100:1855-1879.
- Isaacs, Nathan. 1917. The Standardizing of Contracts. *Yale Law Journal* 27:34-48.
- Kahn-Freund, Otto. 1967. A Note on Status and Contract in British Labour Law. *The Modern Law Review* 30:635-644.
- Kar, Robin Bradley, and Margaret Jane Radin. 2019. Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis. *Harvard Law Review* 132:1135-1219.
- Katz, Sanford N. 1998. Marriage as Partnership. *Notre Dame Law Review* 73:1251-1274.

- Kelly, Alicia Brokars. 2008. Money Matters in Marriage: Unmasking Interdependence in Ongoing Spousal Economic Relations. *University of Louisville Law Review* 47:113-165.
- Kim, Suzanne A. 2017. Mapping Gender and Social Norms in Same-Sex and Different-Sex Marriage. *Women's Rights Law Reporter* 38:355-361.
- Lee, Li-Ju. 2016. The Constitutionalization of Taiwanese Family Law. *National Taiwan University Law Review* 11:273-332.
- Llewellyn, Karl Nickerson. 1932. Behind the Law of Divorce: I. *Columbia Law Review* 32:1281-1308.
- Macaulay, Stewart. 1963. Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review* 28:55-67.
- Macneil, Ian R. 1978. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review* 72:854-905.
- . 2000. Relational Contract Theory: Challenges and Queries. *Northwestern University Law Review* 94:877-907.
- Maine, Sir Henry Sumner. 1878. *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*. 7th ed. London: John Murray.
- Matsumura, Kaiponanea T. 2021. Breaking Down Status. *Washington University Law Review* 98:671-736.
- McClain, Linda C. 2007. Love, Marriage, and the Baby Carriage: Revisiting the Channelling Function of Family Law. *Cardozo Law Review* 28:2133-2184.
- Meyerson, Michael I. 1993. The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts. *University of Miami Law Review* 47:1263-1333.

- Mnookin, Robert H., and Lewis Kornhauser. 1979. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. *Yale Law Journal* 88:950-997.
- Munshi, Sheraly. 2018. White Slavery and the Crisis of Will in the Age of Contract. *Yale Journal of Law & Feminism* 30:327-369.
- Pateman, Carole. 1988. *The Sexual Contract*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Perillo, Joseph M. 2000. The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation. *Fordham Law Review* 69:427-477.
- Pollak, Robert A. 2011. Comment on Mary Anne Case's Enforcing Bargains in an Ongoing Marriage. *Washington University Journal of Law & Policy* 35:261-272.
- Posner, Eric A. 1996. The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action. *University of Chicago Law Review* 63:133-197.
- Pound, Roscoe. 1909. Liberty of Contract. *Yale Law Journal* 18:454-487.
- Radin, Margaret Jane. 2012. *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Rakoff, Todd D. 1983. Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. *Harvard Law Review* 96:1173-1284.
- Rhode, Deborah L. 2016. *Adultery: Infidelity and the Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Schmidt, Katharina Isabel. 2017. Henry Maine's "Modern Law": From Status to Contract and Back Again?. *American Journal of Comparative Law* 65:145-186.
- Schneider, Carl E. 1992. The Channelling Function in Family Law. *Hofstra Law Review* 20:495-532.

- Scott, Elizabeth S. 2000. Social Norms and the Legal Regulation of Marriage. *Virginia Law Review* 86:1901-1970.
- Scott, Elizabeth S., and Robert E. Scott. 1998. Marriage as Relational Contract. *Virginia Law Review* 84:1225-1334.
- Singer, Jana B. 1992. The Privatization of Family Law. *Wisconsin Law Review* 1992:1443-1567.
- Slawson, W. David. 1971. Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power. *Harvard Law Review* 84:529-566.
- Sunstein, Cass R. 1994. Homosexuality and the Constitution. *Indiana Law Journal* 70:1-28.
- . 1996. Social Norms and Social Roles. *Columbia Law Review* 96:903-968.
- Taylor, Luke. 2020. Domestic Contracts and Family Law Exceptionalism: An Historical Perspective. *McGill Law Journal* 66:303-336.
- Thompson, Sharon. 2020. Using Feminist Relational Contract Theory to Build Upon Consentability: A Case Study of Prenups. *Loyola Law Review* 66:55-74.
- VerSteeg, J. Russell. 1988-1989. From Status to Contract: A Contextual Analysis of Maine's Famous Dictum. *Whittier Law Review* 10:669-682.
- Wax, Amy L. 1998. Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?. *Virginia Law Review* 84:509-672.
- Zalesne, Deborah, and Adam Dexter. 2018. From Marriage to Households: Towards Equal Treatment of Intimate Forms of Life. *Buffalo Law Review* 66:909-977.

Between Status and Contract: The Channelling Function and the Development of Taiwanese Marriage Law

*Li-Ju Lee**

Abstract

After several rounds of amendments since the 1990s, the Taiwanese Family Code has departed from its traditional patriarchal roots and embraced the idea of gender equality by imposing gender-neutral rules and adopting a bargaining model. However, even though the Taiwanese marriage law seems to have embarked on a journey of “from status to contract,” the reformed family law does not turn the traditional marriage into an egalitarian contract. In fact, the individualized or privatized marriage law remains more a “status” than “contract” as most married couples are still bound by their gender roles and attached to the legal status of marriage. This article explores the development and the nature of the Taiwanese marriage law and argues that the status/contract dichotomy fails to explain the social/legal construct behind the marriage status, especially the legal supremacy enjoyed by the marriage institution and the important role played by social norms. While incorporating a bargaining model into the Family Code may not suffice to rattle the patriarchal structure, the author suggests that the recent social and legal changes and the decreasing channelling function of family law may pose serious challenges to the marriage as “status”.

KEYWORDS: Taiwanese family law, marriage institution, from status to contract, channelling function, patriarchal family, gender equality, relational contract, freedom of marriage.

* Associate Professor, Department of Financial and Economic Law, School of Law, Chung-Yuan Christian University.