

教育部補助法律專業科目教學改進計畫

民法親屬繼承教學目標改革計畫研究報告

計畫主持人 吳煜宗

協同主持人 陳宜倩

戴瑀如

研究 助理 陳姮如

研究期間：96年6月至97年1月(8個月)

執行單位：世新大學法律學系

教育部補助法律專業科目教學改進計畫

民法親屬繼承教學目標改革計畫研究報告

計畫主持人 吳煜宗

協同主持人 陳宜倩

戴瑀如

研究 助理 陳姮如

研究期間：96年6月至97年1月（8個月）

執行單位：世新大學法律學系

目次

壹、計畫目標	1
貳、計畫內容	1
一、執行方式及擬達成之目標	1
二、各單元主題之內容	1
三、各子單元預定名稱	3
參、教材應用與說明	4
肆、教材各單元內容	6
第一單元、家庭對於現代社會的意義	
一、家族成員的平等	6
二、同性戀結婚與組成家庭之自由	9
三、不貞抗辯立法的合憲性	12
四、從母姓的權利	15
第二單元、婚姻關係與性別	
一、法定婚姻年齡	19
二、禁止近親結婚的合憲性	22
三、通姦罪除罪化的女性主義主張	25
四、家庭生活費用之分擔	28
第三單元 夫妻財產制	
一、法定夫妻財產制	32
第四單元、婚姻關係與社會問題	
一、婚姻關係與性別觀的改變	43
第五單元 父母與子女(1)	
一、未成年子女的表意自由	52
二、人工生殖子女之法律地位	55
三、死後取精生子的民法難題	58
第六單元、父母與子女(2)	
一、再婚之婚姻與親子關係	62
二、成年收養之效力	65
三、子女的婚生否認權利	68

第七單元、繼承制度與現代資本社會	
一、非法定配偶的繼承權	72
二、法定繼承制的立法裁量界限	75
三、限定繼承的效力	78
四、祭祀公業派下權的遺產性	81
五、遺體遺骨是否為遺產	84
第八單元、繼承人的地位與權利	
一、繼承資格的喪失	88
二、繼承權受侵害時之權利回復	91
三、代位繼承人之拋棄繼承	94
四、拋棄繼承人的歸扣義務	97
五、非完全收養下的代位繼承	100
第九單元 再省思家庭與社會的意義	
一、家庭對於現代社會之意義	104
伍、期中報告及座談會紀錄	
一、「法律專業教育改革計畫」期中報告會議記錄	113
二、法律與性別的對話座談會紀錄	114
三、家族法專家顧問座談會紀錄	121
陸、研究團隊會議紀錄〈節錄〉	126
柒、活動寫真	
一、法律與性別的對話	134
二、家族法專家顧問座談	136

壹、計畫目標

目前各大學法律相關學系民法親屬繼承課程，幾乎皆設計為民法親屬(二學分)及民法繼承(二學分)兩門必修科目，並在第二學年上、下學期分別講授。然而，事實上由於民法親屬的內容較多而民法繼承相對較少，因此時常出現上學期授課時數不夠而下學期時數遊刃有餘的現象。不惟如此，將同為一體系之以上兩科目切割教學，不但難以讓學習者對於家族(身分)法建立完整的概念，並且因而使其學習偏重於零散法律概念的記憶，造成民法親屬繼承的學術性低於民法財產法的印象。因此，本計畫擬統合以上教學分離的現狀，重新調整該科目的配置。

除此之外，由於近年來女性主義法學的興起，促成一連串如家庭暴力防治法、性侵害犯罪防治法、性騷擾防治法、兩性工作平等法等法律的立法，在家族法的領域，亦促成多次的修法工程，使得現今的民法親屬繼承領域有了全新的面貌。即使如此，事實上在目前的大學法律相關學系的課程設計上，除了特別開設上述特別法科目作為選修課程之外，並無其他有關性別教育的法律課程，因此若是無前述選修課程的設計，法律相關學系的學生即只有轉求大學共同科目開設之性別相關課程以為補充。故而，本計畫另擬在統合之民法親屬繼承課程中，適度排入性別教育相關議題，以使民法親屬繼承兼有性別教育的任務。

貳、計畫內容

一、執行方式及擬達成之目標：

本計畫擬就以下所列示單元，由計畫主持人及協同主持人各負責若干子單元，就該單元涉及之現行法規範架構與相關理論進行比較研析，並在教材草案中，藉由本土案例且輔以外國案例，以說明相關規範架構在理論上之意義，同時比較現行法規範架構、家族法理論及本土實踐間的關連性，進而以引導學習者思考在理論與實務之間作為中介的本土社會文化，其對於家族法學習研究的重要性。

此外，以女性主義法學的發展，配合近年來民法親屬繼承編的修法活動，交互說明家族法理論與司法院大法官解釋、各級法院裁判乃至於外國法院的裁判例等司法實務的演進，在教材中適度融入性別平等教育的理念，並提出目前民法親屬繼承教學現場上產生困境的改進方法。

二、各單元主題之內容：

基於達成上述目標的需要，本計畫擬就現行民法親屬繼承的教學內容，另配合加強性別教育的改革目標，分列如下的九大領域為教學單元，並且同時以之作為教材撰寫計畫及本計畫之實施順序：

1. 家庭對於現代社會的意義

從來民法親屬繼承之教學，大多偏重於法律條文之解釋及司法案例研究，

而忽略相關法律問題與家庭概念變遷之間的重要關聯性，致使民法親屬繼承的教學長久以來一直居於民法財產法的附庸地位，而未受到學習者的重視，因此本計畫擬在教材中，適當加強家庭法律社會學的理论與案例內容。

2. 婚姻關係與性別觀的變化

延續以上的教材撰寫計畫，由於近年來在家庭概念的變遷上，時常扮演著重要推手角色的女性主義法學的興起，而在當代家族法的領域上，促成多次的修法工程，使得現今的民法親屬繼承領域有了全新的面貌。因此，教材中亦計畫加重近年台灣社會上性別觀的變化過程，同時適度排入性別教育相關議題，以使民法親屬繼承兼有性別教育的任務。

3. 夫妻財產制

基於女性主義的興起，女性權益的保障，亦時常成為民法親屬繼承修法的重要議題。另外，由於近年來女性經濟獨立的意向日益強烈，因而致使夫妻財產制的制度存廢及變革問題，正處於重要的轉捩點上，而此問題的發展，更影響到家庭財產甚至於婚姻生活的應有型態，而非單純的夫妻財產問題。因此，教材擬跳脫目前民法親屬繼承教學上，將夫妻財產及家庭財產分立的方式，重新組合為家庭成員在財產上的法律關係，以確實呈現當代婚姻家庭中的經濟關係，作為學習者思考家庭乃至於婚姻生活之應有型態的基礎。

4. 婚姻關係與社會問題

由於資本主義在台灣社會的深化，一方面提升了女性自身的權利意識，但另一方面亦在離婚率的上昇上，宣示十九世紀婚姻法制化以來的民法架構，正面臨前所未有的挑戰。教材中擬以歷年來婚姻法的修法及法院在裁判例上的反應意見作為內容，配合外國關於離婚法的理論演進過程，以描述出離婚對於當代社會造成衝擊的情形，藉此引導學習者思考民法在面臨離婚率居高不下的現實情況下，如何建構在家庭領域上新的性別觀。

5. 父母與子女(1)

在父母子女的法律關係逐漸於家庭領域上，與夫妻間法律關係的比例居於相當地位的今日，隨著聯合國兒童權利公約的制定，更促成各國紛紛立法及修法，以加強保障未成年子女在家庭中的地位。教材計畫依據以上兒童權利公約的精神，除了參酌近年來台灣在親子法上修法及立法的實踐經驗及援引法院的裁判例作為內容外，並輔以由於生殖科技的進步而引發的民法難題，以檢視既有民法親子法在當代社會所面臨的嚴酷挑戰。

6. 父母與子女(2)

7. 繼承制度與現代資本社會

長久以來，繼承法在台灣的法學教育中，由於司法考試時常以遺產計算的實例題作為試題，致使繼承法在學習者心目中的理論性一直居低不上，因而忽視繼承制度對於社會發展的影響。教材計畫改變學習者以上的既定印象，擬以歷年的法院裁判例，解說繼承制度對於現代資本主義社會的影響，另外

配合介紹外國的繼承法理論，以剖析繼承制度與家庭生活的關係。

8. 繼承人的地位與權利

對於繼承人繼承遺產之權利的保障，民法在保障私有財產的延長線上，亦給予法律上的確認。不過，伴隨著台灣社會的日益資本主義化，在昔日部分原由家庭乃至於家族本身扮演之公平分配遺產的角色，卻逐漸由國家乃至於法院所取代，因而使得繼承制度的社會保障性逐漸強化。教材基於以上所述的社會事實，擬參酌外國立法例，配合說明台灣近年來在理論與司法實務上的實踐經驗，以提高學習者思考相關問題時的能力。

9. 再省思家庭與社會的意義

三、各子單元預定名稱

針對以上各單元主題之內容，並配合性別教育的任務，對於各主題分別設計四～五項子單元，再分配由計畫主持人及協同主持人負責撰寫。另外，經研究團隊討論後，初步擬定包括如下之子單元：

單元主題名稱	預定子單元名稱
一、家庭對於現代社會的意義	1. 家族成員的平等 2. 同性戀結婚與組成家庭之自由 3. 不貞抗辯 4. 從母姓的權利
二、婚姻關係與性別	1. 法定婚姻年齡 2. 禁止近親結婚的合憲性 3. 通姦罪除罪化的女性主義主張 4. 家庭生活費用之分擔
三、夫妻財產制	1. 法定夫妻財產制
四、婚姻關係與社會問題	1. 婚姻關係與性別觀的改變
五、父母與子女(1)	1. 未成年子女的表意自由 2. 人工生殖子女之法律地位 3. 死後取精生子的民法難題

六、父母與子女(2)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 再婚之婚姻與親子關係 2. 成年收養之效力 3. 子女的婚生否認權利
七、繼承制度與現代資本社會	<ol style="list-style-type: none"> 1. 非法定配偶的繼承權 2. 法定繼承制的立法裁量界限 3. 限定繼承的效力 4. 祭祀公業派下權的遺產性 5. 遺體遺骨是否為遺產
八、繼承人的地位與權利	<ol style="list-style-type: none"> 1. 繼承資格的喪失 2. 繼承權受侵害時之權利回復 3. 代位繼承人之拋棄繼承 4. 拋棄繼承人的歸扣義務 5. 非完全收養下的代位繼承
九、再省思家庭與社會的意義	<ol style="list-style-type: none"> 1. 家庭對於現代社會之意義

參、教材應用與說明

本教材共編有九個單元，每個單元之下皆有與單元主題相關之子題。而教材內容呈現方式係以個案方式編輯，編輯方式則是在每個子題中，另設有：「思考案例」、「思考問題」、「案例相關規定」、「案例與法律解析」、「自我評量」、「自我評分」等部分。必要時，提供「參考資料」以供延伸閱讀。各個子題的編輯內容如下：

◎思考案例

每個子題都有相關之案例供學生參考閱讀，案例之選輯主要以貼近生活相關之社會案例為主，如此更能讓學生容易理解。

◎思考問題

由於現代學生較缺乏獨立思考之能力，是以教材的編撰目的之一，即為提升與培養學生獨立思考之能力。在閱讀完相關案例後，以提出問題之方式，促進學生之思考能力。先思考過問題後，抓住案例問題的核心，再進入下一步驟。學生可再藉由案例或問題再自行思考其他相關問題或由老師提出其他相關問題。

◎案例相關規定

在閱讀完前階段的案例、思考過相關問題後，請學生先閱讀與本子題相關之法條，以充分掌握我國現行之法律規定，才不致失去法學教育的根本。

◎案例與法律解析

在學生對於案例、問題、法律規定有通盤的掌握之後，即可進一步閱讀解析之部分，參考老師對於該案例與法律關係的解析，如此的排序可使學生減低一知半解或重點無法掌握之情形。

◎自我評量

編輯自我評量的部分，主要是希望學生於按照步驟通盤理解後，自我測試自己是否真的了解。並且於自我評量之部分，編者雖已設有一至二個問題供學生自我測驗，但是老師於課堂上運用時亦可另外再新增問題。此外，為提升法學教育的活潑程度，在該部分亦安排有特別活動，將會請同學閱讀課外書籍，如繪本或安排與主題相關之電影欣賞。

以藉此提升學生之興趣並引起學生學習之動機。

◎自我評分

自我評分之部分，按照自我理解程度之百分比共分為五級，於按照步驟一步一步閱讀思考完畢後，學生可以捫心自問是否真的完全了解，如果發覺尚未完全理解或是理解程度過低，學生可以有所警惕，在圈圈內做上記號，之後可以回過頭來藉由延伸閱讀來幫助自己理解。

◎參考資料

參考資料是為與該子題相關之延伸閱讀，編入者多為期刊。有些子題且暫無相關期刊資料或無適合者，本教材以(暫無或由老師補充)以示範之。在此部分主要提供老師於課堂上可以另外提供相關參考資料，或是補充不足之處之用。主要目的之一也為便利學生做延伸閱讀的部分。

肆、教材各單元內容

第一單元、家庭對於現代社會的意義

一、家族成員的平等

◎思考案例

近年來，由於家庭關係疏離，在社會上常見親子相殘的事件。惟現行刑法中規定，父母殺子女時，適用第二七一條「普通殺人罪」；而子女殺父母時，則是以刑度極重的第二七二條「殺尊親屬罪」論斷。

◎思考問題

1. 試分析「平等」的憲法上性格以及「殺尊親屬罪」規定的合憲性。

◎案例相關規定

請先閱讀：

刑法第二七一條、第二七二條

◎案例與法律解析

一、「平等」的憲法上性格

作為市民社會基本原理的「平等」，其意義乃在禁止恣意差別，要求相同事物條件應為相同對待，不同事物條件則可以為不同對待，禁止將「事物本質」不對稱的因素，納入作為區別考慮的選項。

憲法上的「平等」規定兼具兩個面向：一是作為客觀法規範的「平等原則」，即為國家對於國民的行動規範；另一則是為主觀公權利的「平等權」，乃憲法保障的基本權之一（俗稱「平權」者，似立念於此）。惟因平等是一「關係概念」，而非具有實體，故即使視其為權利，亦無法使之如財產權或選舉權一般，成為實體性權利。就此而言，平等可以說是表明程序正義的程序上權利，唯有在作為平等對待的內容或對象時，才與實體性權利或義務產生關聯。

依照否定平等為權利者的見解，無論是一般平等原則或禁止個別歧視之規定，都不能以法律上的平等，來作為個人主觀權利或作為法律保護利益的根據。此乃因法律意義上的平等，不過在確保其他獨立的主觀權利上，發揮其補足性機能罷了。換言之，平等應只是在相對明確化權利或義務主體之權利或義務範疇上，發揮功用的一項法律原則，而絕非意指其即為權

利或義務本身。惟即使否定平等的權利性，因法律上的平等及憲法上具體化的是客觀法規範，故仍然拘束所有國家機關，且原則上須確保其實效性。

當然，關於平等的憲法規定，特別是將法律上的平等乃至於一般平等原則，解釋為所謂的「綱領規定」，亦即解釋其為非拘束立法者的政策指針時，就不構成違反憲法位階的平等原則，或侵害「平等權」，同時，亦不成為釋憲機關的判斷對象。於此情形，法律上平等的問題，皆只被視為是法律位階或其下之法領域的事務。

我國憲法第七條之規定，向來鮮見將其內容解釋為綱領規定的論者。惟因一般平等原則具高度抽象性且其內容亦不明確，一般而言，其具體化通常須委由一般立法機關來實現。此際，關於平等原則具體化的程度及其方法，則賦予立法者廣泛裁量權（＝立法裁量）。如此一來，一般平等原則與綱領規定的論證結果，實質上並無二致。

反之，若以平等為權利，對於其侵害，則必須以司法救濟手段來保障。即使是僅視憲法的平等要求為客觀法規範，藉由憲法所定的違憲審查制，依然可以就法令及其他國家行為的平等適合性，請求釋憲機關作出憲法判斷。此際，雖然違反客觀法規範——平等的法令，原則上是違憲無效，但其要件必須藉由判定法令屬於違憲無效，主張者的正當權利或利益，始得以確保或救濟，而且必須在回復正當權利或利益的必要程度內，才能夠判定其為違憲無效。

然而，正當權利或利益的內涵究為何？雖然亦有判斷困難的時候，惟一般而言，在將平均以下的對待回復到平均水準，或將其本身的違法對待予以合法化時，即可以說是實現平等，或謂平等權得到救濟。

二、「殺尊親屬罪」的合理性

若從以平等為客觀法規範的觀點，刑法第二七二條「殺尊親屬罪」的規定，在形式上顯然不合憲法第七條的平等要求。不過，由於其具體化乃是委由立法者裁量之故，在釋憲機關以「屬於立法裁量的範圍」來作為迴避違憲解釋的理由時，則其合憲性存在的認定，依然可能。惟不論屬立法裁量也好，或司法裁量（迴避）也罷，在法律上對家族成員的差別待遇，亦難免於合理性檢驗。

在憲法理論的通說上，平等是一項相對意義的概念，即使立法者給予權利主體差別待遇，若其具有合理性根據，則屬合理差別待遇，並無違反平等（＝分配的正義）。惟刑法上的殺人罪，以行為人在家族生活上的尊卑親屬角色，作為刑度上特別區別「普通殺人罪」及「殺尊親屬罪」的理由，其實是基於儒家家族主義的「孝」倫理。此一道德倫理，常以「固有傳統文化」為名，並透過法律的形式，在我們的生活中出現。然而，在自由民主社會中，「固有傳統文化」非即等同於差別之合理性本身。否則，性別平等的諸主張，亦找不到出口。

「殺尊親屬罪」違憲與否的問題核心，在於法律上對於尊屬卑屬行為的評價，是否具備合

理的相互對稱性。從刑法上未規定「殺卑親屬罪」來看，尊屬與卑屬的地位，確實欠缺合理的相互對稱性，而有可能違反平等。不過，由於兩者都是流動而非固定的角色，除去少數例外情形，個人一生中皆有任尊屬與卑屬的機會。就此而言，人人皆屬在法律上受到平等待遇。因此，若以無相對罪刑規定，即指「殺尊親屬罪」違反憲法上的平等原理，似嫌理由不足。

對於差別待遇的合理性檢驗，由於審查基準過於空泛抽象，其結果卻常使論述陷入主觀，而不具實質意義。即使在違憲審查制下，裁判者間對立的憲法觀、民主主義觀，亦使得各自的論述儼如平行線。惟鑑於曩昔身分制社會的歷史經驗及基於維護個人價值平等的憲法要求，所有國家行為在合理化其差別待遇時，皆應受到最嚴格之審查基準的檢驗，而非迴避於「立法裁量」論下。

儒教家族主義的「孝」倫理，與如禁止殺人、竊盜等道德規範不同，並未具充分的價值普遍性，僅只謂為特定人類集團的意識型態。以部分人或宗教的道德價值觀，藉由法律強制全體社會遵守，難謂其與自由民主的憲法理念相容，如此立法殊值批判。即使「孝」真為「普遍性倫理」，乃法律上值得保護之利益，是否有必要在已足對應其倫理非難性的「普通殺人罪」之外（法官在科刑時，本來即可審酌犯罪情狀，加重或減輕其刑度），再設「殺尊親屬罪」，其比例相當性讓人存疑，更不必論其「道德法律化」思維的困窮及「法律萬能」迷思的荒謬。

三、結語

「殺尊親屬罪」規定並無合理性，事屬違反憲法上的平等原理，應予以刪除。

◎自我評量

1. 讀完本文，對於家族成員的平等有何感想？
2. 是否也同意刑法殺直系血親尊親屬罪之規定無合理性？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

二、同性戀結婚與組成家庭之自由

◎思考案例

甲（台灣籍）、乙（荷蘭籍）為同性戀者，相愛多年而決定結婚。因我國民法並未承認同性婚姻，二人乃至認可同性婚的荷蘭舉行公開的結婚儀式，並向荷國政府登記註冊。其後在我國駐荷機構辦理登記時，卻被機構職員以同性婚背於我國公序良俗為由，拒絕其申請。在經提起行政訴訟皆獲敗訴後，二人以民法上異性婚規定違反憲法保障之結婚自由，聲請大法官解釋。

◎思考問題

1. 婚姻自由的憲法規範依據為何？
2. 婚姻自由的保障，是否包含同性婚在內？
3. 民法上婚姻僅以異性間為限，是否違憲？

◎案例相關規定

請先閱讀：

憲法第二二條、釋字第三六二號、釋字第五五二號

◎案例與法律解析

一、「婚姻自由」的憲法系譜

關於婚姻，雖然在我國憲法上，並未見置任何一詞，其卻是近代立憲主義成立過程當中的重要項目之一。

在世界憲法史上，最早出現規範「近代婚姻」的，是一七九一年法國革命憲法典。其第二編第七條第一項，簡潔地宣示著：「法律，僅視婚姻為民事契約」，其間充分表現出法國大革命哲學的思維。若從國家與家族間關係的角度來看，此一條文的法律上意義，乃在國家對於家族的一定程度解放，並使人民長久以來服膺於教會法(canon law)支配下的民事身分(état civil)得以「脫聖」，而進行「世俗化」(sécularisation)。

在法國大革命期間，指導家族法制改革之市民家族觀的根本原理，除了如上定義婚姻由當事人間合意所形成之外，另亦認為此一民事契約，尚須由國家官吏公證・公示，始得為有效。同條第二項規定：「立法權對於全體住民，無差別地制定出生、婚姻及死亡之認定方法。立法權並指定受理・保存此等證書之官吏」。如此一來，此類私人事務乃開始成為國家的關心對象。

但是，近代國家對於婚姻事務的關心，非僅止於將其還俗於民事法律之下，甚至還視其為

國家發展的重要基礎。因此，近代法上尊重民事自治（＝自律）的基本原理，不得不受到來自於國家公權力的挑戰。例如，在一九一九年德國威瑪憲法第一一九條第一項前段即宣示：「作為家族生活及國民維持增殖之基礎的婚姻，受到憲法的特別保護」。然而，該部憲法的理論詮釋者Carl Schmitt（1888-1985）卻主張，在作為一家族或家族成員，家族乃至於家族成員之個別基本權，其實並不存在；其自身，只不過是作為一項「制度」，基於憲法而得受到保護罷了。

以上的論述，即著名的「制度性保障」（institutionelle Garantie）理論的概念內容；其目的，乃欲與基本權保障之間作一區隔。雖然，在戰後的德意志聯邦基本法中，關於此概念的論述具有不同的內涵，亦即不再以「制度性保障」作為與「基本權」相對立之概念，而將其視作基本權的客觀面向，使之成為基本權的內涵之一。惟即使如此，作為主觀之防禦權的「婚姻自由」，依然包攝於民法的價值秩序之中。究其內涵，則照舊是既有的一夫一妻制婚姻型態。

二、同性婚姻的憲法保障迷途

與大多數立憲主義國家相同，我國關於同性戀者人權的直接憲法規範，並不存在。因此，從憲法上的概括基本權規定（憲法第二二條）中導出，則成為唯一途徑。

然而，若就保障同性婚姻而言，在解釋基本權之概括規範時，則可能出現如下列的不同結果。亦即：

第一，基於保障隱私權的觀點，承認同性戀者的「性取向」以及「婚姻」本身，皆屬於私事的自己決定範圍，國家拒絕承認同性婚姻，不啻是國家公權力對於個人隱私權的不當侵犯。

第二，基於如前述「制度性保障」的觀點，否認婚姻自由是屬於純粹的個人自由權利，並限定其僅能在一夫一妻制婚姻制度下受到保障；而個人主觀之防禦權，亦是在此一範圍內始得成立。

第三，基於法律上平等保障的觀點，主張國家以異性婚姻作為婚姻合法性的唯一型態時，則無疑是對於包括同性婚姻在內之其他婚姻型態的非合理差別待遇。

以同性戀行為作為個人隱私權，排除國家干涉個人事務的第一觀點，若是投射在一般的私人生活領域上，則較無問題。惟在人類既往歷史上，由於主張婚姻與公共社會毫不相關的證據幾乎不見，因而此一觀點的說服力仍嫌薄弱。

而排除婚姻作為主觀之自由權利，將其置於「制度」保障下的第二觀點，則難免於忽視基本權的自律性，使得基本權與制度間產生「主客易位」的批評。

以憲法上之平等原理切入的第三觀點，似乎只要援引異性婚姻的國家既存保護，來證明禁止同性婚姻的非合理性，即可滿足其違憲主張。惟此舉卻令人有無視於人類婚姻的複雜性，輕率地將同性婚姻與異性婚姻，放置於憲法天平兩端衡量的疑慮。

如此，將同性婚姻的合法性問題，引領出憲法保障的迷路，依然是充滿荊棘。

我國大法官在看待婚姻自由之問題時，經常是立念於「制度性保障」的觀點來詮釋(釋三六二、五五二)。按婚姻自由在台灣社會，表面上似乎已有定論，惟事實上卻是不然。以「制度」為由來限制基本權，其實難以滿足追求開放的自由社會要求。

三、結語——制度性的思維轉換

同性戀行為與其他人類行為相同，均為個人表現自己存在的行動類型而已。然而，大多數的人類社會，長久以來，卻是以侮辱同性戀者尊嚴抑或限制其自律性的方式，來維繫各別社會族群的自我認同性(identity)。這一些社會族群經常自命為「正統」，而將同性戀者貶入「異端」，並藉由民主主義之多數決制度，以建構排除同性戀者的合法性與正當性基礎。惟究極而言，國家排除同性戀者的如斯裝置，其哲學並非任何憲法理念或法律原則，而是赤裸裸的「政治」！

「婚姻自由的保障，是否包含同性婚在內？」或是「民法上婚姻僅以異性間為限，是否違憲？」的命題，其實即國家是否應該「承認」的政治習題。在同性戀者有無婚姻自由的論辯場上，我們所欠缺的，根本不是憲法的規範依據——援引概括基本權規定來解釋同性戀者人權，其本身即有多樣可能性——而是我們與同性戀者一同仰息的社會，是否已經具備了多元主義的寬容思維及貫徹「人，生而自由平等」的理性決心。

◎自我評量

1. 請以法律及非法律角度思考同性婚姻之問題？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 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 2007.02

三、不貞抗辯立法的合憲性

◎思考案例

甲女生性開放，曾與乙男及丙男同時交往且有過婚前性行為。其後甲女懷孕產下一子A，因心中較喜歡乙男，遂以A為乙男骨肉為由，請求其認領A為婚生子女並與己結婚。乙男卻以民法第一〇六八條的規定，抗辯甲女之請求，因此致使甲女受法院敗訴判決。甲女遂以上述規定立法過當，且違反比例原則為由，聲請大法官釋憲。

◎思考問題

1. 甲女之聲請是否有理由？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一零六八條

【註：本條於九六年修法已予以刪除，但仍有思考討論之價值遂予以編入。】

民法第一零六八條原條文：（請求認領之限制）

生母於受胎期間內，曾與他人通姦或為放蕩之生活者，不適用前條之規定。
修正理由：現行條文以生母之不貞，剝奪非婚生子女請求生父認領之權利，且只強調女性之倫理道德，不但與保護非婚生子女利益之意旨不符，亦違反男女平等原則。為保護非婚生子女之權益及符合男女平等原則，應以科學方法確定生父，故本條無規定必要，爰予刪除。

◎案例與法律解析

一、立法的合憲性統制

在立憲主義的權力分立原則下，司法機關透過立法違憲審查權的運作，據以制衡立法機關的濫權。不過，立法機關由人民經選舉組成，代表人民行使立法權，其制定通過的法律，基本上乃人民間接意思之表現。相對於此，在傳統三權政府下的司法權，是唯一欠缺民意的國家權力。因此，司法機關行使立法違憲審查權時，難免會面臨「反多數決」或「反民意」的

難題，而造成司法權與立法權乃至於行政權間之對立。

面對國家機關之間可能發生的衝突，司法機關在扮演對於所有國家行為進行合憲性統制的角色過程中，或是拒絕或是迴避行使立法違憲審查權，由此表現出司法權限之範圍或界限的問題。具體而言，司法機關在對於立法機關之立法行為行使違憲審查時，使用所謂「立法裁量」或「立法形成自由」等概念，表示立法機關在制定法律時，擁有廣泛的意思形成空間及立法內容之裁斷餘地，對此司法機關應該加以尊重。

即使如此，由於立法機關的權限是由制憲者所創設，立法行為自然亦應該在制憲者所劃定的範圍內行使，自不待言。而司法機關之立法違憲審查權，既然亦是由制憲者所創設，在遭遇立法行為明顯逸脫於制憲者意思範圍外時，非有詳盡合理的說明，斷無自我限縮合憲性統制權限之理。因此，司法機關以「立法裁量」或「立法形成自由」等概念，拒絕或迴避行使制憲者所賦予之立法違憲審查權時，應該論證立法「裁量」或「自由」的基礎，否則難謂為合憲。

二、立法行為的原則

立憲主義下立法權的功能，在經由基於選舉的代議制，以對於公共事務之基本問題，形成政治上的多數意思，而制定法律是其立法行為之主要形式。然而，制憲者對於立法機關之立法行為並非完全放任，為維護自身的政治性決斷不被侵犯，其乃在憲法上對於立法行為的內容規定若干原則，以作為判斷立法機關是否違反其最高意思的依據。對此，制憲者是將立法機關的政治責任交由人民判斷，而關於法律責任，則由司法機關透過立法違憲審查權問難。

制憲者在憲法上規定之立法（行為）原則，事實上有抽象與具體的區分。例如，在憲法前言等敘述的「民主國原則」、「法治國原則」、「社會國原則」等概念，皆屬於抽象原則。而「平等原則」、「比例原則」、「憲法保留事項」、「授權立法條款」、「法律保留原則」、「信賴保護原則」等概念，則屬於具體原則。不過，因後者是由前者解釋演繹而來，究極而言乃是前者的具體化，並為司法機關審查立法行為是否合憲的判斷基準。

三、不貞抗辯的立法構造

民法第一〇六八條上規定：「生母於受胎期間內，曾與他人通姦或為放蕩之生活者，不適用前條之規定」。此即學說所謂「不貞之抗辯」或「多數關係人之抗辯」的規定。在醫學技術不發達的時代，由於父子關係與基於分娩事實的母子關係不同，其證明被認為極端困難，因此民法上就婚生關係設有推定制度，但在非婚生子女之場合，卻在事實認定上產生難題。即使民法另設有任意認領制度以為補充，若身為原告之非婚生子女（或其生母）必須證明其與被告間之父子關係存在，在科學無法百分之百證明的情形下，法院亦只有基於間接事實累積而

得之高或然率，以推定確認父子關係存在。

民法第一〇六七條規定之強制認領事由，在裁判上即是作為以上推定基礎的間接事實。若要證明推定事實（父子關係）不存在，則須提出不論或然率如何充足，但本來即屬不可能之證據。故在結果上「不貞之抗辯」或「多數關係人之抗辯」自然成為被告主張的內容，而民法第一〇六八條規定即為保障強制認領制度之必然立法。認領制度的存在，原本乃是父系中心思想的極致表現，即所謂「親本位」乃至於「家本位」親子法制的防火牆，因而產生如民法第一〇六八條之規定，不顧非婚生子女之利益，竟以其生母於受胎期間內「多數性交」之事實，作為駁回生母請求法院追索生父的規定。

四、不貞抗辯立法與比例原則

在憲法第七條的平等立法原則，抑或親子法制的構造轉換為以子女福祉為中心之「子女本位」背景下，對於民法第一〇六八條的解釋，即使其結果是強迫被告（生父）提出事實不存在之證明，然而在過去醫學技術的限制下，基於為求事實上保障認領之訴存在的目的，仍有論者認為此乃不得不之手段。不過，隨著DNA鑑定技術的進步，雖然還未可謂具有百分之百的準確度，卻使得不貞抗辯立法的手段合理性，逐漸受到質疑。

另外，從證明理論而言，在以上規定下除被告證明不可能為子女之父外，並容許被告抗辯子女之生母於受胎期間內曾與他人通姦或為放蕩生活，亦即舉證責任由被告負擔。然而，一旦被告提出以上抗辯，不惟原告在無法證明「多數性交」事實為非的情況下將受到敗訴判決，且此一規定簡直成為推定女性不貞之理論，明顯已超出立法目的之外。而生母既未與生父結婚，當然無負所謂貞操義務之餘地，如何能因此剝奪其子女生父追索請求權，更何況結果將影響無辜子女的利益，其立法之目的與手段難謂無失均衡。

五、結論

不貞抗辯立法乃昔日父權法制下的產物，在醫學技術尚未精進的背書下，卻成為非婚生子女之生父逃避責任及歧視女性的工具。事實上，其不但未能達成調和法律上親子關係與生物學上親子關係於同一的立法目的，且其手段與目的之間亦欠缺適當及必要的關聯性。因此，以上不貞抗辯立法實有違比例原則，而應謂其屬於違憲法律。據此，甲女之聲請應為有理由。

◎自我評量

1. 在讀完本篇後，對於過去民法對不貞抗辯之規定有何感想？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

四、從母姓的權利

◎思考案例

甲女在國外離婚，擁有子A的監護權，且經前夫同意，登記其子從母姓。惟甲攜子回台定居後，戶政機關發現其子姓氏未合於民法規定，經通知甲辦理變更登記被拒後，遂依職權為變更登記。甲對此大為不滿，故尋求行政救濟。然審理本案之高等行政法院法官，認為民法第一〇五九條第一項有抵觸憲法之嫌，乃依釋字第三七一號解釋，裁定停止訴訟程序，並聲請大法官釋憲。

◎思考問題

1. 民法上對於子女從姓有何規定？
2. 試評述以上民法「子從父姓」規定之合憲性。

◎案例相關規定

民法第一零五九條、舊第一零五九條、第十九條、釋字第三七一號

修正前之民法第一零五九條：（子女之姓）

子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。

贅夫之子女從母姓。但約定其子女從父姓者，從其約定。

修正後之民法第一零五九條：

父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。

子女經出生登記後，於未成年前，得由父母以書面約定變更為父姓或母姓。

子女已成年者，經父母之書面同意得變更為父姓或母姓。

前二項之變更，各以一次為限。

有下列各款情形之一，且有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父

母之一方或子女得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓：

- 一、父母離婚者。
- 二、父母之一方或雙方死亡者。
- 三、父母之一方或雙方生死不明滿三年者。
- 四、父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者。

◎ 案例與法律解析

【註：本篇文章係以修法前之民法第一零五九條為主要討論對象，雖已經過修正，但仍有討論比較之價值，提供學生以為參考之用，並有助於學生比較思考之能力】

一、姓名規範的法構造

姓名為個人人格之表現，具有表意於他人的效用，且是判斷人之同一性的手段；在法律上是權利義務主體的符號，在社會上則是作為個人抽象或具體存在的象徵。姓名之於個人如此重要，基於維護個人人格的完整性，因而成為法律保護的客體（民法十九）。姓名既與個人之人格權利關係密切，憲法在謳歌個人自由權利的保障時，當承認個人對於姓名擁有完整的自己決定權利。然而，事實上卻非如此。

現行法就個人姓名（姓氏＋名字），採取雙重標準的立法方式。亦即對於「姓氏」採親權標示主義，即以個人與其親權者之姓具備同一性為原則（姓名條例六）；而對於「名字」則採社會識別主義，即以提供個人社會生活上之人格識別為原則（同法七）。即使姓名被視為是人格權的內容之一，在此個人的自己決定權利卻難以存在。

以姓氏而言，由於其依據親權者的姓氏而定，在此自己決定權利根本不存在。而就名字而言，因新生兒無法自己命名，在戶籍制度下，命名行為事實上是表現在申請戶籍登記之行為上，即使日後本人得申請改名（姓名條例七），然已非屬第一次意義的自己決定權利。故現行法所保護個人之於自己姓名的權利，基本上僅只是既得權而已。

二、姓氏之立法原理

雖然個人之姓氏是依據親權者的姓氏而定，現行姓名條例上亦承認姓氏來源的多元性；惟此之姓氏多元性，原則上僅是止於因人事關係發生變動而生之「改姓」（同法六），並非原始意義的姓氏法規範。現行法上，作為姓氏之原始意義法規範，實際上則是民法第一〇五九條。

惟從民法第一〇五九條第一項但書（一九八五年修正時增列）的立法理由觀之，本條之立法原理在「符合傳宗接代之要求，且儘量作到以姓氏判斷血緣關係及男女平等之原則」。事實

上，本項但書的增列，與後段的「男女平等之原則」並無明顯的關聯性，而「符合傳宗接代之要求，且儘量做到以姓氏判斷血緣關係」的前段敘述，恐怕才是立法者的真正心意。倘若是如此，則與一九三一年的原始立法者曾經苦思於夫妻及子女間姓氏的折衷對策相較下，此一增列但書立法者的潛意識思惟，似乎不能稱其為進步，反而應屬於倒退。其實，此亦展現出立法者對於社會現狀的妥協。

不論在一九三一年的原始立法期間或是在一九八五年的修正立法時期，在關於姓氏立法方向之臧否，都可見到立基於維護傳統宗祧習慣之立場者與主張貫徹憲法上男女平等之原則者的對立痕跡。雖然在姓氏立法上，不同時期之立法者間，皆具有如此的對立性格，惟深究其論述，實質上乃是以夫妻的權利歸屬作為內容，而少見到從子女本位出發之意見。

三、姓氏立法與平等原則

在一九八五年修正之民法第一〇五九條第一項上，增列但書規定母無兄弟時，得約定子女從母姓，而不包括母無姊妹的情形在內之文字敘述，即充分表現出姓氏在現行家族法中所扮演的宗祧性格。若與一九三一年的原始條文相對照，增列但書之立法者雖是以「男女平等原則」作為其修正理由之一，惟事實上卻是對於子女從母姓的限制。

即使如此，關於子女姓氏問題，欲求男女（＝夫妻）之完全平等，其實是難以得到圓滿的答案。在依據親權者姓氏以決定子女姓氏，而否定姓氏之自己決定權利的法前提下，姓氏立法的平等原則適用問題，乃成為親權者間的平等問題。立法者在子女姓氏之規定上給予親權者差別待遇，若該項差別具有合理依據，則屬於合理之差別待遇，並無違反憲法上平等原理。鑑於在戶籍制度下，以姓氏判斷血緣關係並不具絕對必要性，且亦無當然有效性，因此，宗祧利益是否可以作為限制子女從母姓的合理依據，便是審查民法第一〇五九條第一項規定是否具備合憲性的重要爭點。

若從女性主義（feminism）觀之，宗祧利益乃是男性宰制的藉口，其根本就是性別不平等的根源，而以之作為決定子女姓氏的標準，當然不具憲法適合性。惟從慣習主義（conventionalism）觀之，法律規定子女從父姓之原則，係因無法在從父姓或從母姓間作一選擇下，尊重傳統習慣的結果，其並無違反性別之實質上平等。不過，若以自由民主的立憲主義觀之，民法第一〇五九條第一項但書排除子女從母姓權利的選擇自由性，則亦難免於違憲的批判。

四、結語

姓氏由於是個人家族關係的標識，因此個人在姓氏上的權利自主性，乃不得受到限縮。即使是基於子女權利的立場，在現行法律上，個人之於姓氏僅止於使用的權利，並未有從父姓或從母姓的選擇權。因而此一立法，事實上相當程度否定了姓氏作為個人人格權的內容。

然若基於父母權利的立場，姓氏只是子女與父母間關係的象徵；在此時，如果以姓氏為個人人格權的一部分，則其只是附隨於名字而得之法律效果，個人之於姓氏，並不具有獨立的權利性。因此，隨著家族內部性別平等要求的出現，姓氏乃不得不成為父母親權的衝突點。

憲法基於保障個人人格的完整性，承認個人對於自己事務的決定權利，乃成為個人主義憲法原理的核心概念。姓氏雖是個人表徵符號的一部分，但在以父母為本位的傳統家族法思惟下，個人對於姓氏的自己決定權不只被忽視，甚至被親權吸收而消失蹤影。事實上，民法第一〇五九條第一項的合憲性問題，不應該僅是置於平等原理上來論述，子女作為姓氏使用者的自己決定權利，亦需成為論者今後關心的對象。

◎自我評量

1. 在讀完本篇文章後，請說明對於子女從姓之看法？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 蔡宏光，現行民法親屬編上子女稱姓之商榷，華岡法萃第 28 期
2. 林正雄，民法——子女從姓：我可以跟媽媽的姓嗎？，司法新趨勢第 23 期

第二單元、婚姻關係與性別

一、法定婚姻年齡

◎思考案例

甲男與乙女同為十六歲之高中生情侶而相約結婚。然而，乙女父母雖允諾，但甲男父母卻不同意。甲男於是無視反對，與乙女舉行公開儀式結婚。其後，甲男父母依民法規定向法院請求撤銷。因此，甲男請求律師協助，律師遂以法定婚姻年齡男女不同規定違憲，向法院提出抗辯。

◎思考問題

1. 我國民法關於結婚法定年齡之規定為何？
2. 對於法定年齡男女不同是否有違憲之虞？

◎案例相關規定

請先閱讀：

憲法第七條、第一三零條、

民法第九七三條、第九八零條

◎案例與法律解析

一、成熟度的立法思維

民法第九七三條規定：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約」；另在第九八〇條規定：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚。」兩者皆對於男女在締結婚姻契約的要件上，設有兩歲的年齡差距。惟如斯條文，顯然未符合憲法第七條所揭示，人民無分男女在法律上一律平等的意旨。關於以上法定婚姻年齡的男女不平等規定，傳統家族法教科書上則是以「因女子身體之發育，比男子較早之故」作為解釋。對此，憲法論者間，似未見異議。

憲法第一三〇條規定，國民年滿二十歲者，有依法選舉之權。倘若，此規定亦是要求一種成熟度的話，則承認年滿二十歲擁有選舉權之規定與民法上結婚適齡規定之間究竟有何不同，首先便成為問題。其次，則是民法對於婚姻行為之最低年齡限制，規定男女間存有兩歲差距的問題。然而，基於憲法第七條上兩性平等原則的觀點，後者之兩歲差距規定，顯然存有合憲性的爭議。

二、差別立法的合理性

憲法第七條中揭示兩性在法律上平等的規定，其目的乃在禁止國家以「性別」作為理由，而對於人民作出恣意性的差別待遇。對此，大法官則是認為，以上條文旨在：「保障人民在法律上地位之實質平等，亦即法律得依事務之性質，就事實情況之差異及立法之目的，而為合理之不同規範」（釋二一一、四一二）。如斯觀點日後亦為修憲者接受，並且更成為憲法增修條文內容之一。因此，判斷民法上法定婚姻年齡的男女差距規定是否合憲之基礎，即在於立法機關據以設立兩歲差距之事實情況與該條文規定間，是否存有立法差別待遇的合理性。

關於以上的情形，大法官曾經認為：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當」（釋三六五）。然而，就此一基準觀之，在大法官的平等思維中，似乎不僅仍有前述傳統家族法教科書上觀念，且隱含有「性別分業」意識在內。如此一來，在憲法的平等要求上，若是依然以該基準來檢驗法定婚姻年齡差距規定的合理性，則大法官的合憲性祝福，將在民法相關條文上繼續存在。

基於性別而生差別待遇的理由，大致上可以歸納為：一、生理構造的差異；二、因生理構造的結果而生之特性；三、性別分業或固定觀念等三種。若以上述「法律上地位之實質平等」作為憲法上平等要求的內容，則除生理構造的差異外，應否定國家以其他理由制定差別立法的合理性，始能符合憲法之意旨。然而，在過去的醫學知識下所認定之男女生理構造上的成熟度差距，時至今日是否依然得以在法定婚姻年齡的規定上，作為設立男女間兩歲差距的合理性基礎，其不僅令人懷疑，亦存有以數學上之平均值引致否定個人人格權利，而對於非屬平均值範圍內之個人產生不公平的危險。

三、限制結婚自由的合理性

姑且不論立法者制定的標準是否適當，民法禁止未滿一定年齡之未成年人的婚姻行為，雖不必如傳統家族法教科書上所言，其旨在「防止早婚，以維護國家、民族之衛生健康」，然若是就保護未成年人之觀點，卻未必是毫無意義。即使如此，由於法定婚姻年齡的規定，事實上是否認一定年齡以下之未成年人的婚姻效力，因此該規定的存在，在憲法領域上則可能產生對於未成年人形成差別待遇及侵害其婚姻自由的問題。

以前者言，由於年齡區分的目的是基於保護未成年人，故可以解釋此一差別待遇具有合理性。以後者言，由於是長達十數年的時間上限制，並不須如禁止與特定人之婚姻一般，對其採取嚴格的審查基準，況且實際上婚姻生活本身亦同時伴隨一些負擔，因而可以解釋民法上要求個人在結婚時，必須具備一定成熟度，其規定亦具有合理性。

其次，民法無視於個人成熟度的差別，而以劃一的年齡作為界線來限制未成年人的結婚自

由，此點若是就法律安定性及預見可能性之觀點，並非不具合理性。然而，究竟以幾歲作為界線，由於其決定須要從心理學、生理學、社會學等方面作綜合性考量，原則上解釋其屬於立法機關裁量的事項。因此，就民法上規定法定婚姻年齡本身而言，其存在並不當然會歸納出對於未成年人形成差別待遇及侵害其婚姻自由的結論。

四、結語

在過去，民法對於婚姻行為之最低年齡限制，規定男女間存有兩歲差距的理由，其即使如傳統家族法教科書所述一般，乃在於「斟酌本國之氣候、風土、習慣等情，並考慮道德、經濟、衛生上之需要」云云，然而其背後隱含有「男尊女卑」及「性別分業」的父權意識型態，事實上亦難以否定。不論如何，以憲法要求的兩性法律上之地位平等觀之，在法律上明白地對於男女自由權利的內容規定差別待遇，其立法實甚難謂為存有合理性，而應有違憲的疑義。

聯合國大會於一九七九年通過「消除對婦女一切形式歧視公約」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)，在其第二條要求締約各國採取一切適當措施，包括制定法律，以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、習俗和慣例。而受到公約的影響，著手修改男女不同法定婚姻年齡的國家也日益增加。因此，兩性法定婚姻年齡的同一化，可以說漸次成為世界各國婚姻法的主流發展。

事實上，即使以男女在身體及生理上的發展有差異，而認為法定婚姻年齡上的兩歲差距規定，其雖未符合法律上之形式平等，卻非實質之不平等，故可能解釋該差距規定具有合理性而未違憲。不過，基於如上對於該差別立法合理性的質疑，為了貫徹憲法之平等要求及順應世界潮流的發展，在民法上實無必要繼續維持此一兩歲差距之規定，而徒留合憲性的爭議。

◎自我評量

1. 試評論 以性別為立法之依據是否妥適?

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

二、禁止近親結婚的合憲性

◎思考案例

英國一名男子想與曾是其媳婦的女子結婚，但至婚姻登記處時卻遭到拒絕。登記處官員說，依據英國法律規定，兩人若是要結婚，就得等「他的前妻與兒子都死亡以後才可以」。該男子不滿而向歐洲人權法院提訴，法院嗣後作出判決，指出英國法律禁止兩人結婚，違反歐洲人權公約。

◎思考問題

1. 就相同問題，試以現行憲法及民法相關規定評述之。

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第九八三條、釋字第五五四號

◎案例與法律解析

一、婚姻自由的憲法位相

自從一七九一年法國革命憲法作出「法律，僅視婚姻為民事契約」的宣示，使得原屬於天主教會七件聖事（sacrament）之一的婚姻走向世俗化以來，婚姻漸次成為國家法律的規範對象。在近代法上承認個人具有自由平等之獨立人格的前提下，婚姻必須是基於絕對自由以訂定之，而國家依據其對於各個人的保護義務，有監督此項婚姻自由之義務與權利（力）。

以保護個人為名，國家監督婚姻自由的實現，表現在結婚自由與離婚自由的兩個端點之間。基於調整個人自由權利的使命，國家以法律取代教會原有的律法，規定每一件婚姻必須具有法律上效力。國家命令每一個人在其面前證明自己的婚姻已然符合法定要件，否則國家就有權視該婚姻非基於自由意志而為，並且對之進行調查。不過，除了保護個人自由意志的完整性之外，國家亦從教會律法中繼承了部分原則，藉以移轉教會的權威於國家法律。

如此，單純在個人意志或利益中自給自足，純粹作為主觀性「權利」的婚姻自由，反而轉換成在「法規」=「制度」中被規範的客觀性事項。要言之，在談及近代法上之婚姻自由時，首先必須受到國家法規範的承認，其次，才得以基於個人自己需求的發動，而表現出其具體型態。由於婚姻自由概念的如斯發展，難怪將婚姻視為「制度性保障」(institutionelle Garantie)

的內容，並否定其在國家法律以外蘊含個人意志多元性的主張，依然能夠維持著一定的市場。

二、禁止近親婚姻的立法原理

眾所周知，現行民法上禁止的近親間婚姻，非但禁止所有不論是自然血親、擬制血親、姻親的直系親屬間婚姻，其禁止另亦適用在姻親關係、收養關係消滅或終止後；在旁系親屬間，除了因收養而成立之四親等及六親等旁系血親，且輩分相同者之外，還禁止六親等以內的旁系血親間婚姻；並禁止旁系姻親在五親等以內且輩分不相同者間之婚姻（九八三條）。就此，儘管在社會學上及人類學上，對於禁止近親婚姻的問題討論熱烈，然而法學上，其在說明禁止近親間婚姻的理由時，一般只是指出其源自於生物優生學上及社會倫理道德上的理由而已。

以現行規定而言，禁止自然血親間之結婚，無疑是基於生物優生學上的理由，而禁止擬制血親及姻親間婚姻，甚至將其效力擴及於姻親關係、收養關係消滅或終止後，則主要是基於社會倫理道德上的理由。不過，從遺傳學上觀之，自然血親間婚姻究竟會產生何種程度的問題，其實不見得有明顯的證據，不如說一樣是基於社會倫理道德上理由。如此，就法律禁止近親結婚的範圍，應該有重新檢視的可能性。此時，則必須進一步探討「近親相姦」禁忌的意義。

現行禁止近親婚姻立法，其範圍雖已較舊法時有所放寬，但與外國立法例相較，仍嫌過於廣泛。即使以中國婚姻法為例，其禁止結婚的範圍，只及於「直系血親和三代以內的旁系血親」（七條）而已。若僅止於社會倫理道德上理由，即以立法對於禁止近親婚姻的範圍作過廣泛規定，則難免與個人的婚姻自由間產生衝突。因此，憲法上如何看待如斯立法，乃有檢討的必要。

三、禁婚立法裁量的界限

目前通說和實務上，皆以婚姻為憲法制度性保障之內容（釋字五五四），即否定其主觀的權利性。要言之，婚姻的實質內容不得不依存於立法者「規定」的制度之上，個人亦因此而不擁有對於自己婚姻的充分自主性。在維持社會倫理道德此一「共同善」前提下，立法者之裁量，雖有其規範創造的正當性。不過，卻非意味著立法者的恣意，在任何情形下都能夠取得合憲（法）性。

固然禁止近親婚姻的範圍，會因各國的傳統或習慣而異其規定，亦即社會倫理道德的內容，與各國的傳統或習慣關係密切。然而，社會倫理道德具有流動性，不僅是因空間，亦會隨著時間之更迭而異，並非完全固定的概念。由此，立法者於援引固有法的事實，藉以裁量決定禁止近親婚姻的範圍，在當代憲法的人權保障體系下，其合理性即難以謂為當然成立，而毫無質疑餘地。

既然，禁止近親婚姻是基於維護社會倫理道德的目的，則立法者在透過立法權的行使，將其主觀認知規定為「制度」時，該「制度」的內涵，是否真與作為憲法制度性保障對象的婚姻一致，其實並非毫無疑問。在禁止近親婚姻範圍的立法裁量上，由於其結果必然對於個人婚姻自由造成侵害，因此其範圍的決定亦應適用比例原則，亦即不得逾越必要最小限度或有濫用裁量之情事。

四、結語

婚姻在作為近代憲法人權保障重要項目的過程中，其受制於傳統道德倫理，一向遠超過其他個人的自由權利。在關於婚姻的合憲性判斷上，常見援引制度性保障理論，而將婚姻內容置於制度之下的積極立場，亦可見基於權力分立原理，無視於婚姻的個人自己決定事務性，直接主張為立法裁量範圍的消極立場，其實兩者僅有五十步之遙。除此之外，鮮少見到從具體實現立憲主義價值或形成憲法人權保障秩序的觀點出發，針對民法上婚姻制度與維護個人婚姻自由間如何調整的問題，加以詳細探討之論述。

歐洲人權法院宣告英國法律禁止近親結婚違反歐洲人權公約的判決，其當然不會對於現行民法上規定的婚姻制度帶來直接立即的影響，不過卻是相當程度反映出世界人權思潮對於個人婚姻家庭權利概念的轉變。以上判決，事實上亦同時宣告一七九一年法國革命憲法以來，國家之制度意志凌駕於個人自由意志的婚姻觀念，不僅將會進一步世俗化（＝解放），且婚姻本身還存有成為個人隱私領域的可能性。如斯發展，不也正是憲法人權保障體系的原意。

◎自我評量

1. 請說明禁止近親婚姻於通說與實務上之看法？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

三、通姦罪除罪化的女性主義主張

◎思考案例

某女性主義法學者認為，刑法第二三九條的通姦罪規定，乃是傳統父權文化意識型態社會現實得以被複製、被強化的法律制度，致使其成為異性戀父權對於女性整體控制的工具，並以男性婚外性行為是女性的六倍及女性對於配偶通姦通常會選擇寬恕的司法統計調查作為其佐證，因而主張通姦罪應該除罪化。

◎思考問題

1. 對於通姦罪規定，大法官的立場為何？
2. 試評述以上女性主義之主張。

◎案例相關規定

請先閱讀：

刑法第二三九條、憲法第二二條

◎案例與法律解析

一、通姦制裁的制度起源

國家藉由法律以制裁配偶通姦行為的歷史，幾乎可以追溯到與制裁殺人、竊盜等行為一般的悠久。不過，在近代以前的通姦制裁卻是充滿家父長制色彩的，亦即國家以通姦罪規定只課予妻子貞操的義務，而承認丈夫通姦的權利。

本來，在醫學技術尚未發達的時代，對於妻子通姦行為的制裁，類似婦女離婚後的禁婚期間規定一般，隱含有防止出生子女的婚生推定發生困難的目的，並非單純只是宣示夫權而已。然而，在通姦罪的制裁範圍亦及於配偶的相姦人情形下，其存在反而是使得國家對於夫權的保護，特為彰顯。

近代之民法在承認離婚的同時，亦將通姦行為作為請求離婚的原因之一。惟如同上述一般，拿破崙民法典（一八〇四年）在一方面規定夫得以妻之通姦為由提起離婚訴訟（第二二九條）；另一方面卻規定妻只有在夫無視其反對，而將情婦帶回到夫妻彼此共同之家時，才得以夫之通姦為由提起離婚訴訟（第三三〇條）；此一規定直至一八八四年才見平等化的修正。

時至今日，國家制裁通姦的立法已經成為少數。目前，除了伊斯蘭教諸國以外，只剩下台灣、南韓、瑞士、奧地利等國依然視通姦為犯罪行為。

二、大法官的官方說法

台灣的法學界自一九九四年中，初次出現主張通姦罪除罪化的論述以來，司法院大法官亦相繼地透過釋字第五四號及釋字第五六九號等兩號解釋，表達了通姦罪立法尚屬合憲的官方立場。

在前者中，大法官闡述婚姻與家庭乃受到憲法制度性保障，認為配偶之通姦行為應否以罪刑相加，屬立法裁量範圍，而現行刑法通姦罪之立法設計，並未違憲。大法官在後者則繼續維持前者的立場，然而從人民訴訟權的觀點，認為司法實務上依據刑事訴訟法第三二一條規定，對於與通姦配偶共犯告訴乃論罪之相姦人限制了無責配偶的自訴權，其不惟非為維持家庭和諧與人倫關係所必要，且是對於人民之自訴權增加法律所無之限制，有違憲法保障人民訴訟權之意旨。

相對於前者當中大法官們表現的一致立場，在後者中，則有兩位大法官分別撰寫協同意見及一部協同一部反對意見。其中，提出協同意見的大法官認為，通姦配偶未可遽然斷言即侵害配偶憲法第二二條所保障之自由權利，而無責配偶是否為通姦罪之犯罪被害人亦有疑問，因此無責配偶得否提起自訴即有可疑；惟即便承認通姦行為的確侵害配偶之權利，無責配偶因此得提起自訴，立法者對於特定身分之人予以差別待遇而禁止其自訴，即產生是否有違平等權之疑義。

提出一部協同一部反對意見的大法官則是認為，自訴制度之存在與否，無關乎訴訟權之核心領域，而立法者對於自訴所設之限制，除非有違平等原則，否則乃屬於立法裁量範圍；其並認為，主張通姦行為係侵害憲法第二二條所保障之自由權利，無異承認配偶間之性行為自由（性自主權）具有憲法位階之權利，而造成視他方配偶之性自由為一方配偶之權利客體的結果。

三、對於女性主義者主張的評述

(一)法律作為司法上的裁判規範，並同時反映出立法者對於人類社會價值體系的思維，固然其中某一些法律的制定可追溯至以夫權保護為中心的傳統制度，但是在歷經平等化修正之後，是否還要由於其制度起源的非近代性，而仍然必須受到歧視女性或是父權國家法律規定的指摘？

(二)婚姻生活固然是屬於私領域，然而婚姻制度卻是公領域的關心對象。立法者藉由通姦罪規定，在公領域上維護一夫一妻婚姻制度不被破壞，在私領域上透過告訴乃論的立法設計，以尊重當事人間的婚姻生活的自治，其規定本身並非當然具有國家公權力強制介入當事人婚姻生活的企圖，是否即可以因為通姦罪的存在，便直接論斷其在限制婚姻當事人的性自主權？

(三)如果以上女性主義者的立論得以成立，因相較於刑法之於個人自由的懲罰，民法之於財

產的損害賠償要求，亦是懲罰個人的法律型態之一，那麼為符合女性主義者保障個人的性自主權的主張，是否應該同時廢除有責離婚的損害賠償規定？如此一來，令人不免懷疑，敵視一夫一妻婚姻制度，甚至是婚姻制度本身的消滅，才是部分女性主義者背後真正躊躇思索的方向。

(四)在通姦罪規定的性別中立性下，以司法統計資料引導出國家公權力肯認強化父權社會經由家庭制度與法律的設計來限制女性整體情慾發展與性自主權實踐的結論，此種論證本身是否有倒果為因之嫌？亦即，統計的結果，僅止於反映兩性對於配偶通姦行為的相異態度，並不當然就得出通姦罪規定助長、強化所謂性別化社會現實的結論。以上指出男性有婚外性行為者是女性的六倍及女性在對於配偶的通姦事實通常選擇寬恕的調查，以之作為通姦罪即是女性片面貞操條款的「證據」，恐怕只能作為描述通姦罪規定的實踐結果，而不能夠直接就論斷出其結果乃是通姦罪存在所造成的。

(五)事實上，通姦罪規定本身與一夫一妻婚姻法制並不存在直接的關聯性，而是體現近代法上婚姻的「性忠誠契約」性質。基於通姦罪的先憲法規範性，其所企圖保護的，既非是要求配偶不「悖離婚姻忠誠」之權利或是「家庭和諧」不被破壞之自由，亦應該沒有視他方配偶之性自由為一方配偶之權利客體的意圖，卻只是婚姻道德的法律化結果而已。本來，道德之事項是否應該成為實定法律規範的對象，在原則上，乃是屬於立法裁量的範圍。不過，當法律的立法目的無法達成時，即使條文依然被保留，而不作廢止更動，但其規範性效果已然喪失，只是徒留法律與道德的衝突而已。

◎自我評量

1. 請評論我國刑法以通姦罪之規定以法律介入人民私領域的看法？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 劉昭辰，通姦行為侵害「配偶權」？必須負損害賠償責任？--由臺中地院兩則判決談起，法令月刊第 58 期
2. 徐昌錦，也談通姦除罪化--從審判實務之角度出發，司法周刊第 1274 期
3. 徐昌錦，通姦罪合憲性解釋之評析，台灣本土法學雜誌第 77 期

四、家庭生活費用之分擔

◎思考案例

甲、乙二人為夫妻，育有二子，並與甲之父母同住。由於甲每月尚須支付與前配偶所生子女之扶養費，致使家庭經濟困窘，而令乙深感不滿，遂向甲表示拒絕由家庭生活費用支付甲之前婚姻子女的扶養費。

◎思考問題

1. 民法對於家庭生活費用有何規定？
2. 乙之主張是否有理？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一零零三之一條、第一一一四條、第一一一六之一條

◎案例與法律解析

一、家庭生活費用的意義

民法第一〇〇三條之一第一項規定：「家庭生活費用，除法律或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。」所謂「家庭生活費用」，是指以夫妻為主體的家庭，其為維持通常社會生活所必要的費用，而內容則包括日常之食衣住行費用、未成年子女之養育費、教育費、醫療費、娛樂費、交際費等費用。

本條是在二〇〇二年六月增訂，其增訂理由乃謂：「夫妻基於獨立平等之人格，對於婚姻共同生活體之維持，均有責任，爰增訂此條例為婚姻之普通效力，適用於法定財產制及約定財產制。」由此觀之，民法並未採用嚴格的個人主義，而是將夫妻所構成的家庭，視為「共同生活體」。不過，本條文依然在「分擔」的規定上，展現出個人主義的要素。

另外，民法第一一一六條之一前段規定：「夫妻互負扶養之義務」，通說以為夫妻間之扶養，

應屬於所謂「生活保持義務」，亦即夫妻各應犧牲自己，以扶養他方。如此一來，關於家庭生活費用的內容，就理論上而言，也應該包含夫妻間之扶養義務在內。換言之，夫妻在家庭生活費用上，存在著「分擔義務」的前提下，夫妻間之扶養義務的存在，並不會成為單獨的問題。此點，在未成年子女之養育費、教育費上，亦可得到相同的結論。

二、分擔費用的方法

家庭生活費用的分擔，在民法增訂前，原來是夫妻財產制內容之一，規定在第一〇二六、一〇三七、一〇四七、一〇四八條，由夫負第一次責任，而妻只是負補充責任。就此，有論者認為，舊法規定非以夫妻人格地位平等獨立為基礎，乃含有保護色彩的社會法性格。民法增訂修正時，基於夫妻平等原則及肯定家事勞動之價值，遂刪除上述諸條文，新增本條，並將舊法上原以夫負擔為原則，改由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之，且列於「婚姻之普通效力」章節中，以宣示不論夫妻採行何種夫妻財產制，均一體適用該規定。

夫妻在正常婚姻生活期間，依以上增修條文規定，按其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔家庭生活費用。然而，如果夫妻在別居期間，由於婚姻生活共同體不存在，是否應該繼續適用以上規定，則不無存有爭議。就此問題，在舊法規定期間，則有二則判例以供思考。其一認為「妻無不能同居之正當理由而拒絕同居者，固不得向其夫請求別居時期之生活費用」(一九五二台上九二一號)，指出在妻無正當理由而不履行同居之義務時，夫則無義務提供家庭生活費用。另其二認為「家庭生活費用，除夫無支付能力時，由妻就其財產之全部負擔外，以由夫負擔為原則，妻如有正當理由而與夫分居時，夫仍應負擔妻之生活費用即家庭生活費，此與法定扶養義務不同」(一九六一台上二七三七)，即夫妻因正當理由別居時，夫亦應負提供家庭生活費用之義務。由此二判例觀之，實務上雖然認為家庭生活費用與夫妻的共同生活關係之間，具有密切關聯性，但是其將家庭生活費用的概念，包攝於夫妻扶養之概念中，而未區別兩者間差異的既往觀點，在民法增訂第一一一六條之一後，則應該產生不同的見解。

依據民法增訂第一〇〇三條之一及第一一一六條之一的規定可知，現行法上之家庭生活費用，其實並非屬於夫妻間扶養義務的內容。反而，夫妻間之扶養義務卻是包含在家庭生活費用當中。不過，夫妻在婚姻共同生活期間，因其家庭生活費用由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之，故在事實上，難有夫妻間扶養義務規定之適用餘地。然而，夫妻之共同生活關係若在發生解體（例如：分居、離婚）時，因家庭生活費用的分擔義務無從存在，其時夫妻間扶養義務規定始有適用。換言之，民法上夫妻間扶養義務抑或未成年子女的扶養義務，只是家庭生活費用的補充性規定。

夫妻間之扶養，雖然屬於所謂的「生活保持義務」，但是就一般而言，關於配偶的生活費用方面，對應於婚姻破綻之程度，抑或對於分居或破綻之有責性程度，其亦可能由「生活保持

義務」轉化為「生活扶助義務」，此時若依然解釋為生活保持義務並非妥當，而應依其程度予以減輕。然而，離婚夫妻若能夠在經濟上各自獨立，即使彼此的生活水準有所差異，並不當然發生扶養的問題（民法一〇五七參照），此乃是民法保護法律婚姻的結果。

三、家庭生活費用的內容

現行民法之基本結構，雖說是仿照各國立法例所制定，然而，其間由於參雜有既往傳統社會的價值觀，因此在解釋上難免產生一些問題。

民法第一〇〇三條之一上所規定「家庭生活費用」的內容，若是僅止於上述日常之食衣住行費用、未成年子女之養育費、教育費、醫療費、娛樂費、交際費等費用的話，則與各國立法例上所設定之「小家庭」制度相一致。然而，家庭生活費用既然是維持家庭生活共同體之必要費用，如夫妻與自己或他方的父母，甚至與他方前配偶之子女共同生活時，解釋上這些人的生活費應該包含在家庭生活費用之內。不過，如果夫妻之一方對於以上關係人負有扶養義務，但未與之共同生活時，該項扶養費用是否得以類推適用夫妻分居情形，計算在家庭生活費用之中，請求對方配偶負擔，則不無討論餘地。

民法第一一一四條上僅規定夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間互負扶養義務，而其他互負扶養義務之親屬間，則不以同居為限。是以，與他方前配偶之子女共同生活時，該扶養費用亦應該包含於家庭生活費用（民法一一一四④參照）。然而，如於本題情形，若未與該受扶養者共同生活時，似難以自己之直系血親為由，要求無直系血親關係之他方配偶，將該扶養費用列入家庭生活費用之中。

◎自我評量

1. 請說明家庭生活費用的意義為何？
2. 你認為家庭生活費用的內容應為何？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 陳忠五，產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任--從「新光醫院唐氏症事件」論我國民事責任法的新課題，國立台灣大學法學論叢第 34 卷第 6 期
2. 許澍林，論對未成年子女之保護及教養費用(養育費)與扶養，台灣本土法學雜誌第 59 期

第三單元、夫妻財產制

一、法定夫妻財產制

◎思考案例

A、B於民國（下同）63年結婚，96年判決離婚，此時A（夫）有現金200萬，B（妻）有現金300萬、珠寶及甲、乙二地，甲地為B於68年以其名義購入，市值300萬，乙地為B於78年以其名義購入，市值400萬，又B於94年兩人感情不睦時將現金600萬存入其兄C之帳戶（惡意），另於95年將當時所有之中古車丙（市值20萬）贈於友人D，斯時A已起訴離婚。假設結婚時A有現金100萬，B有珠寶一筆（嫁妝），則此時財產如何分配？

簡化改編自臺灣桃園地方法院94年重家訴第1號判決

◎思考問題

1. 夫妻財產制之選擇
2. 施行法第六條之一的適用時機與所有權取得時點之思考
3. 夫妻於74年6月4日前已結婚並於該日前取得而現存之婚後原有財產，是否為剩餘財產分配之對象？（最高行政法院91年3月庭長法官聯席會議決議與釋字620之歧異）
4. 判決離婚時剩餘財產之請求時點
5. 剩餘財產之追加計算

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一零一七條、第一零一八之一條、第一零二三條、第一零三零之一條、第一零三零之三條、第一零三零之四條
親屬編施行法第一條、親屬編施行法第六之二條、釋字第六二零號

夫妻財產制之解說：

壹、法定財產制

一、法定財產制的沿革

聯合財產制之廢除

- (一)修正前之通常法定財產制為聯合財產制，依修正前民法第1016條之規定，結婚時屬於夫妻之財產及婚姻關係存續中夫妻所取得之財產，為其聯合財產。
- (二)民國91年民法修正時為貫徹憲法保障之男女平等原則，並切合時宜，乃將民法第1016條刪除。

二、法定財產制的適用

夫妻財產制之適用，由法律直接規定者，稱為法定財產制。我國民法的法定財產制分為兩種，一為通常法定財產制，一為特別法定財產制。

(一)所謂通常法定財產制，係指當事人未訂定契約時，當然適用法律所規定的夫妻財產制而言；此為補充之制度，依法律之規定而適用。民法第1005條規定，「夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制為夫妻財產制」。依法理，夫妻適用通常法定財產制者有四種情形：

- 1、夫妻未以契約訂定民法上之約定財產制為其夫妻財產制者。
- 2、夫妻以契約訂定通常法定財產制為其夫妻財產制者。
- 3、夫妻所訂之夫妻財產制契約無效者。
- 4、夫妻所訂定之夫妻財產制契約被撤銷者。

(二)所謂特別法定財產制，乃夫妻於婚姻關係存續中，因其中一方之財產或財產行為發生破綻，致難以通常法定財產制或約定財產制維持夫妻的財產關係時，法律選定另一種財產制為特別法定財產制，以善後夫妻之財產關係。此具有強制的性質，不容當事人不遵行。我國民法及大多數立法例，均以分別財產制為特別法定財產制。須改用特別法定財產制之情形，依我國民法之規定，分為當然改用與宣告改用。前一種情形，因情事嚴重，無庸當事人之聲請，當然改用分別財產制。反之，後一種情形，須依夫、妻或債權人之聲請，始由法院宣告改用分別財產制。

三、法定財產制的內容

(一)財產種類

1、婚前財產與婚後財產

(1)、沿革

按新法廢棄了聯合財產制後，再廢除夫妻「原有財產」與「特有財產」的分類概念，改以夫妻之「婚前財產」與「婚後財產」而為分類。

(2)、意義

所謂婚前財產，乃夫妻結婚時所有之財產；所謂婚後財產，係指夫妻於婚姻關係存續中取得之財產。婚後財產將列入剩餘財產分配之財產；婚前財產則不列入剩餘財產分配之財產。

2、自由處分金(§1018之一)

(1)、意義

民法第1018條之1規定：「夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢，

供夫或妻自由處分。」其目的在使婚後在家從事勞務之夫妻一方有可供自由處分之金錢(零用錢)，保障其經濟上之獨立及人格尊嚴。

(2)、性質

I、合夥說

依立法委員之提案說明認為，本於夫妻類似合夥關係之精神及家務有價之觀念，特仿瑞士民法第 164 條第 1 項規定而增訂自由處分金之規定。

II、婚後收入說

自由處分金係基於婚姻協力，夫妻之一方從事家事勞動或職業、營業之協助，致他方財產增加或減少支出之對價，故應視為其協助之代價，而將其所得列入婚後財產。

III、贈與說

夫妻願為自由處分金之給予者，其性質當屬一般夫妻間之普通贈與。

IV、剩餘財產預付說

自由處分金之設置，主要在保障剩餘較少之一方經濟獨立及人格尊嚴，使其有於法定財產制關係消滅前，得協議一定數額之金錢供其自由處分，因此，本質上自由處分金應屬剩餘財產分配之預付。

(二)財產關係

1、所有權(§1017)

(1)新法之規定

I、夫或妻不論其為婚前所有或婚後取得之財產，均屬夫或妻各自所有(§1017 I 前段)。

II、夫或妻之財產不能證明其為婚前所有或婚後取得時，推定其屬婚後財產；不能證明屬夫或妻所有之財產，推定其為夫妻共有之財產(§1017 I 後段)。

III、夫妻之財產，於下列情形，視為夫或妻之婚前或婚後財產：夫或妻婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，視為婚後財產(§1017 II)。

孳息如係於婚姻關係存續中所取得，則其增值難謂他方配偶未予協力，因此宜視為婚後財產，使法定財產制關係消滅時，得列為剩餘財產分配之對象，以保障他方配偶之權利。

夫妻以契約訂立夫妻財產制後，於婚姻關係存續中改用法定財產制者，其改使用前之財產視為婚前財產(§ 1017 III)。

(2)舊法

I、夫妻之特有財產(不在聯合財產之內)

法定特有財產

依舊法第 1013 條，法定特有財產有三：(1)專供夫或妻個人使用之物；(2)夫或妻職業上必需之物；(3)夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明為其特有財產者。

約定特有財產

夫妻得以契約訂定以一定之財產為特有財產(舊§1014)。

II、聯合財產之內容(74 年 6 月 5 日後至 91 年 6 月 27 日前)

民法(舊)第 1017 條及第 1019 條但書，聯合財產之內容有三：

夫之原有財產，夫保有其所有權；

妻之原有財產，妻保有其所有權；

夫對於妻之原有財產，收取其孳息，於支付家庭生活費用及聯合財產管理費用後之剩餘，其所有權歸屬於妻。

(3)舊法之聯合財產，於 91 年新法施行後，其所有權之歸屬

I、民法關於夫妻財產所有權歸屬之規定，乃實體關係，舊法時已發生之聯合財產，並不因新法之施行，而變更其所有權之歸屬。因此，夫或妻依舊法所區分之「特有財產」及「原有財產」，於新法施行後，仍應依前述舊法之規定，決定其所有權之歸屬。

II、舊法之夫妻財產關係如何過渡至新法：增訂民法親屬編施行法第 6 條之 2。此條規定，「中華民國九十一年民法親屬編修正前適用聯合財產制之夫妻，其特有財產或結婚時之原有財產，於施行後視為夫或妻之婚前財產；婚姻關係存續中取得之原有財產，於修正施行後視為夫或妻之婚後財產。」

2、管理、使用、收益與處分權(§1018)

(1)舊法下之權利

I、在聯合財產制下，原則上由夫管理聯合財產，妻於結婚後喪失對其財產之管理能力。又夫對於妻之原有財產有使用、收益之權利，管理上之必要時，得不經妻之同意而處分妻之原有財產。

II、有關舊民法第 1018 條之不妥

依民法(舊)1018 條第 1 項之規定：「聯合財產由夫管理，但約定由妻管理者，從其約定，其管理費用由有管理權之一方負擔」本項規定按其原有之修正意旨，仍係為破除舊法之聯合財產制中只許夫享有管理權之流弊，故許妻亦有機會透過約定之方式取得管理權，乍看之下似乎沒有可非議之處。惟進一步觀之，妻欲取得聯合財產之管理權，仍須以「夫之同意」為適用前提。易言之，本條仍採以夫管理優先之原則，妻欲享有管理權，須與夫約定，彼此同意後方可享有，

故若夫堅持不同意，妻仍無法管理聯合財產。又我國聯合財產制之立法上，仍賦予有管理權之配偶一方有較大之利益歸屬，在此前提下，殊難期待原則上擔任管理人之夫肯無條件交出管理權，是故本項條文實際上並無法完全達成夫妻平等之原則，對妻之權益保護仍屬不週。

(2)新法下之權利

I、民法第 1018 條已修正為夫或妻各自管理、使用、收益及處分其財產，以確保夫妻權益之平等。

II、依本條之規定，非經他方配偶之授權，對於他方財產原則上不得享有任何權利。原民法第 1019 條、第 1020 條、第 1021 條之規定亦將之刪除。

III、夫妻既然各自管理自己之財產，則已無夫或妻死亡時或聯合財產分割時，取回原有財產之必要，因此新法將第 1028 條、第 1029 條、第 1030 條之規定予以刪除。

3、債務清償責任(§1023)

(1)夫妻就其婚前財產及婚後財產既各自所有，並各自管理、使用、收益及處分，自應各自就其債務對其債權人負清償責任(§1023 I)。

(2)夫妻各自對其債務負清償之責，且各自就其財產分別所有，則夫妻之一方，如以自己之財產清償他方之債務時，可即時向他方請求償還其給付額，不因其婚姻關係尚存續中而受影響(§1023 II)。

(三)剩餘財產分配請求權

1、請求的時點(§1030 之四)

(1)舊法

舊法在計算婚姻關係存續中所獲得之原有財產，均以聯合財產關係消滅時為時點。在裁判離婚之情形，則以離婚判決確定時(婚姻關係始消滅)作為計算該原有財產之時點。

但從起訴離婚至判決離婚之確定尚有一段期間，夫妻雙方可能利用此段期間作出妨害他方剩餘分配之財產處分行為，致離婚判決確定時，計算婚後之原有財產發生困難，而造成不公平。

(2)新法

民法第 1030 條之 4 規定，夫妻現存之婚後財產，其價值計算：

I、原則上以法定財產制關係消滅時為準。

II、夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準。

III、依第 1030 條之 3 應追加之婚後財產，其價值計算以處分時為準。

2、保全措施(§1020 之一)

修正後法定財產制第 1030 條之 1，雖賦予夫或妻於法定財產制關係消滅時，對雙方婚後剩餘財產之差額，請求平均分配之權。惟如夫或妻之一方於婚姻關係存續中，就其所有之婚後財產為無償行為或有償行為，致有害及法定財產制消滅後他方之剩餘財產分配請求權時，不能無防範之道。為此，民法增訂第 1020 條之 1。

(1)無償行為之撤銷

I、夫妻之一方以婚後財產為標的而為無償行為，且其行為非屬履行道德上義務所為之相當贈與，並有害法定財產制關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，他方之撤銷權即成立。

II、所謂履行道德上義務所為之相當贈與，例如孝敬父母之餽贈、無因管理之本人對管理人之酌給報酬等，乃道德上之善行，並非詐害行為，故非撤銷權之標的。

(2)有償行為之撤銷

夫妻之一方以婚後財產為標的而為有償行為，而有害及法定財產制關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，尚須：

I、該夫妻之一方於行為時明知有損於法定財產制關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權。

II、受益人受益時亦知其情事者。

3、分配之標的

(1)剩餘財產之計算與分配(§1030 之一)

民法第 1030 條之 1 第 1 項規定：「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但左列財產不在此限，一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。」由此可知，其要件為：

I、須法定財產制關係消滅

如離婚、婚姻撤銷、改用分別財產制、死亡、婚姻無效時

然而婚姻無效，為自始無效，為何會有剩餘財產分配之問題？故此次修法後，第 1058 條已有修正，「離婚時除採用分別財產制者外，各自取回其結婚或變更夫妻財產制時之財產，如有剩餘，各依其夫妻財產制之規定分配之。」

II、須計算夫妻各自之剩餘財產，算定其差額

夫妻雙方均須各自計算剩餘財產，比較其剩餘之多寡，算定其差額，有差額

發生時，始發生剩餘財產分配請求權。

III、剩餘財產較少之一方，得向剩餘財產較多之他方請求平均分配其差額。夫或妻計算剩餘財產後，就其剩餘財產之差額，剩餘較少之一方得向剩餘較多之他方，請求平均分配，即請求給付該差額之二分之一。

(2) 婚姻關係所負債務的計算(§1030 之二)

I、夫或妻之一方以其婚後財產清償其婚前所負債務，或以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已補償者外，於法定財產制關係消滅時，應分別納入現存之婚後財產或婚姻關係存續中所負債務計算(§1030 之 2 I)。

II、夫或妻之一方，如以無償取得之財產或慰撫金等。不列入剩餘財產分配之財產，清償婚姻關係存續中所負債務者，亦適用上述第一項之規定，即除已先行補償者外，於法定財產制關係消滅時，亦納入婚姻關係存續中所負債務計算(§1030 之 2 II)。

(3) 剩餘財產之追加計算(§1030 之三)

民法第 1030 條之 3 第 1 項之追加計算，乃為了避免夫妻之一方以減少他方對剩餘財產之分配為目的，而任意處分其婚後財產，致生不公平之分配。但若是履行道德上義務所為之相當贈與，其處分與故意減少他方分配之情形並不相同，自不在追加計算之列，且本條項之適用，須符合：

I、客觀要件：有「五年內處分其婚後財產」之行為。

II、主觀要件：有故意侵害他方之剩餘財產分配請求權，以減少他方可得之分配為目的。

此外，民法第 1030 條之 3 第 1 項所謂五年內之處分，包含「無償行為」與「有償行為」，於無償處分之情形，依該條規定應將該財產追加計算視為婚後財產；於有償處分之情形，應追加計算之數額應指該婚後財產處分時之價額扣除處分該財產之所得部分，始為追加計算之財產。

4、一身專屬權

(1) 修法後剩餘財產分配請求權已不具有一身專屬性

舊民法第 1030 條之 1 第 3 項之規定，剩餘財產分配請求權，不得讓與或繼承，但已依契約承諾或已起訴者，不在此限。九十六年修正之新法，已將原第 1030 條之 1 第 3 項之規定刪除，易言之，剩餘財產分配請求權不再是一身專屬權。故剩餘財產較少之一方因先死亡而消滅法定財產制時，其繼承人得對生存之他方請求該剩餘財產之差額而計入繼承法上之應繼財產；死亡配偶之債權人，亦得代位請求該剩餘財產差額分配之權利。

(2) 修法理由

從德、瑞立法例觀之，夫妻財產制之設計在於兼顧婚姻生活之美滿、夫妻平等及交易之安全。按剩餘財產分配請求權，雖係本於身分而生，但其係以婚姻關係存續中之財產權為列入分配之標的，將其評價為「財產權」，可為讓與、繼承或為強制執行之標的，並無不妥。而就法定財產制最核心之剩餘財產分配請求權規定為一身專屬權，除了影響繼承人之繼承權外，亦將影響債權人之債權，而妨害交易安全。

詳言之，若將剩餘財產分配請求權解為不具一身專屬性，則債權人於聲請改用分別財產制後，又得代位其債務人（即剩餘較少之一方）向他方行使剩餘財產分配請求權，債權人之債權將獲得保障。若定位為一身專屬權，任何一方之債權人不得代位行使，則民法第 1011 條之機能將喪失殆盡，有礙交易安全。

5、釋字第六二〇號解釋對剩餘財產分配之影響

〔大法官釋字第 620 號解釋要旨〕

(1) 民法第一千零三十條之一第一項規定，明定聯合財產關係消滅時，夫或妻之剩餘財產差額分配請求權，乃立法者就夫或妻對家務、教養子女及婚姻共同生活貢獻所為之法律上評價。因此夫妻於婚姻關係存續中共同協力所形成之聯合財產中，除因繼承或其他無償取得者外，於配偶一方死亡而聯合財產關係消滅時，其尚存之原有財產，即不能認全係死亡一方之遺產，而皆屬遺產稅課徵之範圍。

(2) 夫妻於上開民法第一千零三十條之一增訂前結婚，並適用聯合財產制，其聯合財產關係因配偶一方死亡而消滅者，如該聯合財產關係消滅之事實，發生於七十四年六月三日增訂民法第一千零三十條之一於同年五月五日生效之後時，則適用消滅時有效之增訂民法第一千零三十條之一規定之結果，除因繼承或其他無償取得者外，凡夫妻於婚姻關係存續中取得，而於聯合財產關係消滅時現存之原有財產，並不區分此類財產取得於七十四年六月四日之前或同年五月五日之後，均屬剩餘財產差額分配請求權之計算範圍，生存配偶依法行使剩餘財產差額分配請求權者，依遺產及贈與稅法之立法目的，以及實質課稅原則，該被請求之部分即非屬遺產稅之課徵範圍，故得自遺產總額中扣除，免徵遺產稅。

(3) 最高行政法院九十一年三月二十六日庭長法官聯席會議決議，乃以決議縮減法律所定得為遺產總額之扣除額，增加法律所未規定之租稅義務，核與上開解釋意旨及憲法第十九條規定之租稅法律主義尚有未符，應不再援用。

◎ 案例與法律解析

本案例為法定財產制中較為複雜的案例，特別是當事人婚姻存續的時點跨越新舊法的階段，而引發適用新舊法的爭議，加上釋字 620 號的作成，皆影響對於本案的分析，對於初學親屬法者可能略顯困難。惟透過此案例，可同時對於法定財產制舊制的聯合財產制與新制的法定財產制有一比較的基礎，並藉此了解剩餘財產分配的對象與請求之時點。

一、夫妻財產制之選擇

- (一) A、B 於民國 63 年結婚，且未約定夫妻財產制，依舊法之規定，兩人之婚姻適用舊法下的聯合財產制規定。又依舊民法第 1017 條規定：「聯合財產中，夫或妻於結婚時所有之財產，及結婚關係存續中取得之財產，為夫或妻之原有財產，各保有其所有權。」
- (二) 然而親屬法於 91 年修法後，已將未約定時之夫妻財產制由聯合財產制改為法定財產制，且增訂親屬編施行法第 6 條之 2，明定親屬編修正前適用聯合財產制之夫妻，其特有財產或結婚時之原有財產，於修正施行後視為夫或妻之婚前財產；婚姻關係存續中取得之原有財產，於修正施行後視為夫或妻之婚後財產。故本例中 A、B 之夫妻財產制關係應以此為判斷，合先敘明。

二、甲地所有權之歸屬及是否為剩餘分配標的

- (一) 親屬編施行法第 6 條之 2：「中華民國 74 年 6 月 4 日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻之名義在同日以前取得不動產，而有左列情形之一者，於本施行法中華民國 85 年 9 月 6 日修正生效一年後，適用中華民國 74 年民法親屬編修正後之第 1017 條規定：一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻之名義登記者。」本條文為一過渡性條款，其目的為確定在舊聯合財產制下以妻名義登記之不動產的所有權歸屬，在本例中，因 A 未於 86 年 9 月 26 日以前變更甲地之登記名義，故 B 保有甲地所有權，然所有權取得時點有三說：甲說認為溯及登記時；乙說認為溯及至 74 年 6 月 5 日第 1017 條修正生效之日期；丙說則認為取得時點應為 86 年 9 月 26 日緩衝屆滿時，以上三說各有其法理依據，然本文以為物權法不動產物權之得喪變更，以登記為其表徵，期以貫徹不動產物權之公示原則與公信原則，而甲說就親屬法上之該解釋與物權法之規定相符何，故本文採之。
- (二) 承上所述，甲地為 B 於 68 年所購入，然而夫妻於 74 年 6 月 4 前已結婚並於該日前取得而現存之婚後財產，是否為剩餘財產分配之對象，容有疑義：

向來實務及多數見解採否定說

最高行政法院 91 年 3 月庭長法官聯席會議決議、最高法院 92 台上字第 568 號判決均認為，此等婚後原有財產，並非剩餘財產分配對象，其主要之理由在於，民法親屬編施行法第 1 條後段規定：「關於親屬之事件，其在民法親屬編修正前發生者，除該施行

法有特別規定不適用修正後之規定」，此為不溯及既往原則之明白表示。民法第 1030 條之 1 既於民國 74 年 6 月 5 日始生效，且施行法並無「溯及既往」之特別規定，故修正生效前取得之財產應不適用修正後之剩餘財產分配規定。

然而釋字第六二〇號解釋推翻向來實務見解

此號解釋認為，夫妻於婚姻關係存續中取得，而於聯合財產關係消滅時現存之原有財產，並不區分此類財產取得於 74 年 6 月 4 日之前或同年 5 月 5 日之後，均屬剩餘財產差額分配請求權之計算範圍。然而本文以為本號解釋雖由減輕人民稅負觀點切入，但是就不溯及既往之觀點仍有待商榷，且尚須考慮信賴利益之既得權保護，故持保留態度。

（三）小結

甲地的所有權歸屬於 B，且在釋字 620 見解的前提下，應認為甲地為剩餘分配的標的。

三、丙車是否為剩餘分配標的

（一）舊法在計算婚姻關係存續中所獲得之原有財產，均以聯合財產關係消滅時為時點。在裁判離婚之情形，則以離婚判決確定時(婚姻關係始消滅)作為計算該原有財產之時點。但從起訴離婚至判決離婚之確定尚有一段期間，夫妻雙方可能利用此段期間作出妨害他方剩餘分配之財產處分行為，致離婚判決確定時，計算婚後之原有財產發生困難，而造成不公平。故修正後民法第 1030 條之 4 規定，夫妻現存之婚後財產，其價值計算原則上以法定財產制關係消滅時為準，但夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準。

（二）單就文意觀之，本條文中似乎以價值計算為限，然依立法院審查會之理由，認為夫妻依判決而離婚時，其婚後財產「範圍」及計算基準，例外以起訴時為準，以期明確。此外最高法院 93 年台上字 2010 號判決謂：剩餘財產分配制度，在於夫妻於婚姻關係存續中，其財產之增加，係夫妻共同努力、貢獻之結果，故賦予夫妻因協力所得剩餘財產平均分配之權利。但夫妻一旦提起離婚之訴，其婚姻基礎既已動搖，自難期待一方對於他方財產之增加再事協力、貢獻，是夫妻於離婚訴訟合併或以反訴請求分配剩餘財產時，其「財產範圍」及其價值之計算，以提起離婚訴訟時為準，實乃法理，於新法修正前，亦應依此基準計算。

（三）小結

B 贈與其所有丙車於 D 時，A 已起訴離婚，依民法第 1030 條之 4 及其立法理由可知，夫妻間剩餘財產範圍之計算，應以起訴時為準，故本例中丙車之價值應納入剩餘財產分配的計算。

四、C 帳戶中之 600 萬應追加計算

民法第 1030 條之 3 第 1 項之追加計算，乃為了避免夫妻之一方以減少他方對剩餘財產之分配為目的，而任意處分其婚後財產，致生不公平之分配。本例中，B 為了減少 A 對剩餘財產

之分配，而將 600 萬存入 C 之帳戶，故應將該筆金額追加計算入婚後財產。

五、A 與 B 的剩餘財產應如何分配

(一) A 男之婚後財產

A 結婚時有現金 100 萬，為其婚前財產，而夫妻財產制關係消滅時留有現金 200 萬，扣除婚前財產 100 萬，剩餘的 100 萬為其婚後財產。

(二) B 女之婚後財產

B 離婚時留有 300 萬現金，市值 300 萬的甲地、400 萬的乙地，及起訴時仍屬其所有的 20 萬丙車，還有應追加計算的 600 萬現金，另外離婚時留有該珠寶應屬婚前財產，不列入婚後財產，故總價值為 1620 萬。

(三) 剩餘財產分配之數額

A 男作為剩餘財產分配標的之婚後財產總值共 100 萬，B 女作為剩餘財產分配標的之婚後財產總值共 1620 萬，依據民法第 1030 條之 1 的規定，剩餘少者得向剩餘多者請求差額之半數，因此，本例中 A 為請求權人，其得請求之金額為 760 萬。

◎自我評量

1. 請說明何謂婚前財產與婚後財產？
2. 自由處分金之性質為何？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分
就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 郭欽銘，論夫妻間自由處分金之研究，軍法專刊第 51 期
2. 王千維，民事財產法影響下的身分法制，台灣本土法學雜誌第 90 期

第四單元、婚姻關係與社會問題

一、婚姻關係與性別觀的改變

◎思考案例

敬學和阿瑋是國內第一對公開訂婚的男同志。雖然同志婚姻尚未合法，敬學說，訂婚是他給阿瑋的承諾，等到同志可合法結婚，他們要第一個去登記。敬學希望喚起社會對同志伴侶權重視，藉由他的訂婚儀式，促成「同志伴侶權」及「人權保障基本法」的立法保障。(2005/12/11 - [中國時報/社會脈動/A10版])

◎思考問題

1. 我國民法中的婚姻是否包含同性婚姻？
2. 我國民法只保障異性婚姻是否違憲？
3. 人民基本權利保障與制度性保障之衝突？
4. 同性婚姻與異性婚姻成員對法律保障的需求有無差異性？
5. 另設制度保障同性婚姻的可能性？

◎案例相關規定

請先閱讀：

人權保障基本法草案：（2001年3月15日法務部提案，來源：法源法律網）

第 1 條

為確保憲法保障人民之自由與權利，落實國際人權公約標準，提昇並普及尊重人權之理念，推展國際間人權活動，共同促進人類之福祉與和平，特制定本法。人權之保障，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。

第 2 條

個人之尊嚴不可侵犯，應予尊重；生命之價值與人身安全，應予嚴格保障，以奠定各項自由與權利之基礎。

任何人之生命價值相等，人格獨立自主，同受法律公平之保障。

第 5 條

人民無分性別、宗教、種族、階級、黨派、語言或膚色，同等享有憲法保障之自由與權利。

◎ 案例與法律解析

壹、問題意識

台灣這幾年的婦女運動首先由修正民法揭開序幕，挑戰了許多父權優先的法律預設，然而學理上已經證成之與父權制共同作用的好朋友—「強迫性異性戀機制」卻仍是十分牢固，本單元希望以「多元家庭」之高度來從新思考婚姻關係與性別觀的改變，也就是說將異性戀家庭視為多種家庭型式其中的一種，而非唯一的一種，將婚姻與家庭之法律意義開放，真誠面對社會中真實存在之許多各式各樣的家庭觀與性別觀。

因為這部分的法律尚待形成與討論，所以也可作為向學生介紹法律之變遷與其所可能扮演社會角色之最佳範例，可跳脫傳統法學教育上重現行法之文義解釋輕忽法律與社會變遷關係、與公共政策思考之缺憾；在方法上，召開一次性別研究所與法律系學生對話交流之座談會，刺激雙方加入不同面向思考，法律體系必須要聆聽社會需求，社會也必須關注現行法律體系之運作。

貳、法規範之理論與發展

台灣第一對公開舉行結婚典禮的同志伴侶結縭已經十二年，依照民法第 982 條第一項規定「結婚，應有公開儀式及兩人以上之證人」，許佑生與葛芮在 1996 年即已完成符合法定要式的儀式婚。然而依據主流法律體系與行政機關之詮釋，其結婚之效力依舊受到質疑。

有學者主張我國民法並沒有任何條文明文規定同性不能結婚、結婚必須是一男一女、或是同性結婚無效。即使在婚姻效力相關規定之用語上普遍以夫、妻為稱謂，但此僅為婚姻角色描述，而從相關條文中，並不能導出「結婚必須是一男一女」之結論。或以為訂婚的相關規定(民法第 972、973 條參照)可以做出此種推論，但上開條文的用語雖是以男女分別規定為其立法方式，但無明文規定其中當事人必須是一男一女，況且，訂婚並非結婚所必要的條件。

而依照憲法第 23 條規定，對於人民基本權利的限制必須以法律為之，實務上以「函釋」增加法律上對婚姻所無的限制，與法治國之「法律保留原則」顯然不符。甚且，即使上開條文、釋示都經由法院的體系解釋肯認其意涵指向婚姻必須為一男一女之結論，或立法將同志伴侶關係以其他之名稱賦予類似或相等於(異性戀)婚姻之權利義務，皆可能無法通過憲法第 7 條關於平等權之檢視。

內政部在民國 93 年的社會福利綱領做了一個相當進步的宣示，「支持多元家庭：各項公共政策之推動應尊重因不同性傾向、種族、婚姻關係、家庭規模、家庭結構所構成的家庭型態，及價值觀念差異，政府除應支持家庭發揮生教養衛功能外，並應積極協助弱勢家庭，維護其家庭生活品質。」內政部顯然已注意到在現今社會，「家庭」已呈現不同以往的多元樣貌。2001 年 7 月出現令人感到振奮新消息：同志組成家庭與收養子女的權利納入人權基本法草案中，但很遺憾地，這個法仍舊是草案。2006 年也首度出現了以『同志婚姻是否合法化?』為主題的立

院公聽會，以上都代表多元家庭的立法承認呼聲已在我們的公民社會或政府機關浮現。

* 法律爭點 (Legal Issues)

- 一、我國民法中的婚姻是否包含同性婚姻？
- 二、我國民法只保障異性婚姻是否違憲？
- 三、人民基本權利保障與制度性保障之衝突？
- 四、同性婚姻與異性婚姻成員對法律保障的需求有無差異性？
- 五、另設制度保障同性婚姻的可能性？

* 現行民法納入同性婚姻的困難

即使我國民法對於婚姻之當事人未明文須以一男一女組成，但由婚姻的預約-訂婚，依 972 條之規定，婚約應由男女雙方當事人自行訂定看來，當事人爲一男一女，殆無疑問，因此於案例中敬學與阿璋，即使舉行了訂婚儀式，也會因違反 972 條之規定，而不發生任何法律上的效力，僅有向社會宣示的意義而已。此外雖然於婚姻的規定中，無明文當事人爲一男一女，但因婚姻締結之後所發生之權利與義務，皆以夫妻之身分關係出發而建構，舉凡冠姓、同居義務、住所地甚至財產制等，而夫妻於中文的意思，以男方爲夫，女方爲妻，至爲明顯，因此即使社會文化已接受同性婚，要在現行親屬法體系，以純粹釋義學或立法解釋法條，恐有困難。

* 立法芻議

我國法務部於民國 90 年研擬了「人權保障基本法草案」，爲保障人民之基本權利，其中更明定了同性戀者的基本權利不因其性傾向而遭法律上之不平等待遇。雖此法尙未經由立法院三讀通過，但仍是國人在人民基本權利上需努力的目標。

除以上所提之人權保障基本法草案以外，另於民國九十五年九月由前立委蕭美琴草擬出同性婚姻法草案。其中明文保障同性伴侶的婚姻締結之權利，也包含其婚姻中單方生養子女之權利。但此草案的推動受阻，未能順利通過。

* 外國法的借鏡：

目前，世界各國主要以兩種形式承認同志婚姻/伴侶權：承認同性「婚姻」合法，包括荷蘭、比利時、加拿大、西班牙、南非、美國麻州等六個國家/地區；及以家伴制度 (domestic partners) 或公民聯姻 (civil union) 賦予同志伴侶有類似(甚至幾乎相同)於異性戀婚姻權利義務的 16 個國家/地區(關於權利內容、限制、對外籍人士之相關規定比較請見附表)。

立法趨勢之一：直接承認同性「婚姻」合法

荷蘭立法允許同志伴侶申辦婚姻執照，此項 2001 年施行之法案使得同志伴侶原本透過註冊伴侶法所享有的「註冊的同性伴侶關係」可以轉換爲正式的婚姻關係，結婚後的同志伴侶享有和異性戀夫妻相同的婚姻法律保障，包括領養權及訴請離婚條件等，但此法案只對擁有荷

蘭公民權或居留權的同志有效。而比利時、西班牙也都屬於由立法機關直接立法明文規定同志伴侶可以結婚；但加拿大實現同志結婚的路徑比較不同，首先安大略省最高法院於 2000 年 5 月引用 1982 年人權暨自由憲章為判決基礎，肯定同志可在以配偶為基礎的家庭中享有合法地位，並且宣佈安大略省家庭法以異性戀觀點對於「配偶」一辭所作的定義違憲，由此引發加拿大各省陸續承認同志婚姻，最後加拿大聯邦政府才投票通過。美國麻州也是由州最高法院宣判限制同志結婚的規定違憲後，州政府正式受理並核發同性婚姻許可證。

立法趨勢之二：賦予同志伴侶等同或接近婚姻之法律效果

而其他國家則是透過立法承認同性伴侶同居具有一定之法律效果，以「伴侶」(partnership) 做為肯定同性伴侶得享有與異性夫妻相同的津貼與保障的一個橋樑。例如，丹麥早於 1989 年即制定註冊伴侶法(Registered Partnerships)，使同志伴侶享有與異性戀婚姻一樣的權利，包括領養伴侶子女的權利，但仍禁止領養婚姻關係以外的子女。此外，芬蘭、德國、格陵蘭、冰島、瑞典、挪威皆以「註冊伴侶法」之方式立法保障同志伴侶關係。法國則採用 Civil Solidarity Pact 為承認同志伴侶關係的制度：包括合併申報扣稅、社會福利、繼承等權利¹。

在美國，Vermont 州通過「公民聯姻法」(civil union)，本法案通過起因於 1997 年，三對同志伴侶向法院起訴 Vermont 州政府拒絕其所提出之結婚登記申請，官司進行至州最高法院，該州最高法院認為不許同志結婚是剝奪了憲法賦予同志伴侶的權利，而州立法機關必須修改法律，使該州的同性伴侶獲得與異性戀夫妻相同的保障。公民聯姻法通過後，依據該法令結合的同志伴侶可以享有州法律賦予異性戀夫妻的三百多項權益，包括可以享有賦稅的優惠、繼承遺產以及替對方決定醫療行為等。但是因為 Vermont 州法律將法律上的婚姻關係(marriage) 保留給異性戀夫妻，因此同志結合伴侶並不能像異性戀夫妻一樣享有聯邦政府所賦予的社會福利及移民權益。

鄰近的中國也在 2006 年 3 月 5 日由中國學者李銀河再次把《同性婚姻提案》上交全國兩會政協第十屆全國委員會第四次會議；而日本東京，也早已成為第一個以法律保障同性戀權益的亞洲城市。

* 德國之同性伴侶法

德國針對同性婚的議題，採取迂迴的立法政策，於公元 2000 年制定同性伴侶法，選擇在婚姻之外，另設一個機構，所謂的「共同生活體」，並給予同性伴侶類似夫妻間之法律保障。但在七年內，該同性伴侶法就修了三次，逐步增加夫妻間的權利，主要的內容包括財產制(承認同性伴侶間也有一方會在家從事家務，而得適用法定財產制)、伴侶共同生活解消後的扶養(一方因待在家中從事家務而無經濟來源時，於共同生活解消後得向他方請求一定之扶養)、繼承

¹ <http://www.buddybuddy.com/mar-repo.html> (visited on May 21, 2006)

權(取得如配偶之繼承地位)以及收養他方伴侶子女的權利(除了取得親權的行使外,進而可以與該子女建立親子關係)等,不過最重要稅法的優惠,卻因卡在地方的權限,仍無法通過,因此真正的平權仍未完成。

*未來法律規制的可能性:

(一)納入婚姻的舊制,修改親屬法

因我國於憲法中並未如同德國基本法對於婚姻家庭給予制度性的保障,是否有比較大的空間,將同性婚納入我國民法親屬的體系而以修法的方式為之?但有鑑於立委所提出的草案,一推動即受阻的情形看來,目前社會對於同性婚的接受度仍低,可能與對同志的負面印象有關,又或許因為傳宗接代的觀念仍存,認為同性婚的開放會導致生育率更低的狀況,是故在社會價值未真正轉變下,採取此方將會是漫長的道路。

婦女新知基金會和晚晴協會等婦女團體,過去曾經耗費長達十一年的時間遊說立法院,才能勉強通過民法修正「夫妻財產制」,由此可知民法變動的困難度,以修法策略而言,另立一部「伴侶法」或許將可更快達成保障同志伴侶權益的目標。

(二)另起爐灶,制定同性伴侶法

以如同德國的立法模式,為同性伴侶量身定作同性伴侶法,或許是比較可行的方式,就同性伴侶所需的法律保障單獨制定,包括就其共同生活體的組成以登記為之,並針對其內部的權利與義務為規範,如財產關係,住所地、稱姓、解消的方式等等,與夫妻間相同的共同生活部分可以先主張享有同等的權利,畢竟此僅關係到雙方當事人而已,至於涉及到第三人子女的部分,關於同性伴侶可否收養子女之問題,或應暫時保留,等待社會態度對於接受同志婚更為成熟時,及夠多的實証證明子女教養不因此而有偏差後再來納入。

同性戀作為一種性傾向、情慾實踐、身份認同或生活方式,在現今社會皆已成為事實。傳統法學係以民間施行多年之習慣為基礎,進而將習慣、習俗及共識以明文條例形式訂定為具強制規範效力之法律條文。然而,現代法學觀點也主張法律應具有其前瞻性,藉由新法的制定與施行,以鬆動社會原先既有的僵化結構,如同性婚姻法。法律對於人民權利的規範與保障應順應時代潮流更往前邁進,而不再只是一味遵循前例、墨守成規。藉法律規範將異性戀主宰社會中所視為「異端」的同性戀者之權利限縮,儘管社會風氣再如何開放,法律條文仍是同性戀人權向前跨步的阻礙之一。今後,期待我國法律制定方向能具有其前瞻性,在性別多元平權的時代中展現新的力量。

制定於1930年的民法親屬編,是基於當時對家庭的想像而建制,亦即以嫁娶婚姻為基礎而發展,以家父長制為依歸,此種以傳統家庭觀念(以婚姻為基礎、父系為主、大家庭)的民法親屬編架構定義之下的一夫一妻婚姻,相對於傳統社會妻妾奴婢成群而言,是有階段性的歷史進步性。

所以民法賦予配偶雙方享受權利之外也須負擔部分義務，包括有同居義務、貞操義務……等。但現今社會發展和家庭模式愈趨多元，例如：同志家庭、同居者的家庭、或單身者互相扶持、等各種家庭模式，這些人不見得想被貞操義務或嚴格定義的同居義務綁住（其中單身好友之間甚至並無性愛關係），但也想要保有互相照顧扶持的親密伴侶關係，讓彼此可享有財產上流通、分配、繼承，或是保險等福利，卻又為什麼不讓他們享有這些等同婚姻的權利？民法的框架讓這些人不得其門而入，這些多元家庭的成員就無法享有法律的保障嗎？法律無法提供別的選擇嗎？

畢竟，婚姻體制只是眾多選項之一，也許有些人（包括異性戀或同志）就是想選擇有貞操義務和同居義務的婚姻，給彼此安全感和忠誠保障；因此民法應儘速修正，給予這些人同等的結婚權。

但同時，另外有些人（包括異性戀或同志）就是不願意選擇這種有同居義務或貞操義務的結婚方式，但希望能維持長期伴侶關係，因此，在持續推動民法修正之同時，可以另外研擬制定一部「伴侶法」，含括所有異性戀同居者、同性戀伴侶、親密好友等各種的多元家庭組成模式，並可享有財產的流通、分配、繼承，以及眷屬福利等權利。這對同志的好處還包括，不想出櫃的同志，也可以選擇以好朋友的身份去登記為彼此的伴侶。亦即，如果要求政府在法律上賦予同志關係正式的肯認和保障，其實可以雙管並進——推動修正民法的一夫一妻限制，使同志也可享有婚姻權的選項；與此同時，也推動訂定「伴侶法」，使任何類型的長期伴侶關係皆可得到法律上的保障。

在強調多元家庭關係的今日，婚姻的組成形式也應走向多元型態，希望藉由「伴侶法」論述議題出現，能讓法律重新定義「親密關係」，而不要一味地只狹隘定義為異性戀夫妻關係、只願意提供人民這種法律選項，而忽略人與人之間所有類型的情愛關係，甚至是朋友之間的家伴關係，是無法被現行法律所保障。

參、法律、文化與社會真實 (Law, Culture and Social Reality)

一、婚姻由教會規範轉變為民事規範

最早出現「近代婚姻」的是 1791 年法國革命憲法典。其第二編第七條第一項宣示著：「法律，僅視婚姻為民事契約」。此條文的法律上意義在於國家對人民一定程度之解放，擺脫過去民事身份服膺於教會法而進行世俗化，意指婚姻乃由當事人間合意而形成之民事契約。

二、婚姻之制度性保障原則

制度性保障有別於基本權保障。Carl Schmitt 對於 1919 年德國威瑪憲法第一一九條第一項之詮釋為：「在作為一家族或家族成員，家族乃至於家族成員之個別基本權，其實並不存在；其自身，只不過是作為一項制度，基於憲法而得受到保護罷了。」也就是

說，婚姻作為一種制度，其中所賦予之權利與義務，需待個人進入此一制度後才受到約束或保障。

三、婚姻立法與平等原則之探究

我國民法中的婚姻部分，並未明文限定婚姻中之雙方合意當事人為一男一女之異性結合。此一立法的年代並未考慮到性傾向因素，但由於漸漸社會風氣開放，同性伴侶走出衣櫃的也越來越多。因此，因應社會變遷法律上對於婚姻之立法也應作出更明確的規範與修正。婚姻除了其制度性保障原則外，更應視為基本權保障。若同性伴侶未能先取得婚姻基本權保障，則無法進入婚姻之中，而獲得婚姻之制度性保障。

四、婚姻制度保留給異性伴侶之背後成因

所謂法不入家門，自古與家族內部事務相關之事項皆委由家族自行處理，國家毫不過問，但在一些重要事項中，國家仍予以相當程度的介入，其中包括婚姻的有效要件，特別於今日，多漸以登記婚的方式作控管的手段，主要雖有因涉及第三人信賴保護之故，公益上的考量，但除此之外，其中很重要的彰顯了婚姻的背後價值，除了保障夫妻雙方之共同生活以外，特別在於透過婚姻所帶來的生殖功能，在家庭之內透過夫妻的分工孕育國家所需之下一代，是故同性婚由於在生理上的限制，被視為傳宗接代的阻礙，也成為同性婚在社會上被接受的一大障礙。婚姻在我國，其個人主義的色彩仍薄弱，而無法將之與性別脫開，僅就二人共同生活之本質出發為思考。

肆、性別人權觀點視角分析 (Gender and Human Rights Perspectives)

一、異性戀霸權壟斷

我國民法中對於婚姻中之當事人並未明文訂定需由一男一女組成，但是由於社會中多數人的性傾向選擇為異性戀，婚姻被視為以異性間的結合為理所當然。因此，同性間結合的婚姻關係被排除於法律認可範圍之外。除此法律上的認定問題之外，我國許多制度的設立都是針對異性戀婚姻所設計，諸如課稅制、財產管理等。對於同性戀一向採取不承認且視而不見的態度。

二、基本權利受損

我國憲法第七條明文宣示：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」此條文說明了我國以自由平等的前提賦予每個人民擁有相同平等的權利，理應包括結婚權在內，且以性傾向少數為由排除同性戀者的結婚權。因此，同性戀者在基本權利層面上，結婚權受到不合理的剝奪。

◎自我評量

本次自我評量是以活動的方式呈現，請同學配合之。

壹、繪本討論

一、繪本介紹

(一) 國王與國王

以兩個國王相愛的故事來打破傳統童話故事的異性戀模式。

(二) 我的媽媽真麻煩

這本書是以一個小男孩的眼光來看自己和同學都不一樣的家庭，他有一位酗酒的爸爸，以及常常讓自己感到困擾的巫婆媽媽。他的媽媽吃的和穿的都跟別人不一樣，又不擅長社交。在親師懇談會上，她想和其他家長開玩笑，卻因把他們變成蟾蜍而惹人厭煩。後來，在一次意外災難中，她終於有機會發揮所長，讓大家認識到她和其他的媽媽一樣：善良，愛孩子，想要被看重。

二、活動說明

請學生在課堂前事先閱讀以上兩個繪本，並記錄自己的讀後感想，當天帶至課堂上討論與分享。

三、活動目的

從繪本的閱讀中，讓學生自發性的意識到繪本中所欲傳達之主題。由同志議題的討論與其婚姻權之關係，藉著輕鬆且令人熟悉之童話繪本，可避免學生對同志有先入為主的負面刻板印象與偏見，然後能從繪本主題中去討論同性婚姻、同性伴侶，以及多元家庭之型態與可能性。

貳、電影欣賞

一、電影介紹

《愛妳鍾情》(If these walls could talk 2) 是一部描述不同年代女同志議題的影片。第一段影片講述 1950 年代的一對老年女同志中的其中一位意外喪生，她的伴侶與她生活了一輩子卻得不到任何應得的遺物。

第二段影片描述 1970 年代美國基進女性主義崛起，女同性戀社群中的 T(butch) 形象被指責為模仿男人。片中兩名女同志因為相愛而企圖打破當時的論調，認為女人可以選擇任何外在形象來表現自我，而不侷限於刻板的男女形象。

第三段影片為 1990 年代時，醫學科技發達且進步，兩名同居女同志想擁有自己的小孩，因此欲向一對男同志好友借精生子。影片描述女同志如何為了懷孕而做了千般努力的過程，以及女同志想組成家庭的決心。

二、活動說明

教師於課堂中播放《愛妳鍾情》第一段故事，並請學生思考婚姻對於不管是異性戀伴侶或同性戀伴侶的意義及重要性何在。請學生發表看法時，需詳述其

理由。

三、活動目的

藉由影片的欣賞瞭解婚姻對於同性或異性伴侶的意義及重要性，並且從影片中讓學生自行體察同性戀者為何要爭取婚姻權。最後透過學生間的相互討論，說明自己的看法，並將異性戀婚姻與同性戀婚姻兩者做一比較。家庭或婚姻型態可以是多元、多樣態的，期望藉由影片讓學生瞭解。

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 同志要婚姻/伴侶權！同志伴侶要實質的權益及保障！全國律師

第五單元、父母與子女(1)

一、未成年子女的表意自由

◎思考案例

喧騰多時的「吳憶樺事件」，在最高法院作出監護權歸於巴西外婆的判決後，法律上爭議暫時平息。惟有人主張，民法第一〇九四條法定監護人規定，因未尊重未成年子女表意權利，而有違憲之嫌。

◎思考問題

1. 我國未成人之法律地位為何？
2. 權利能力之概念為何？

◎案例相關規定

請先閱讀：

憲法第七條、第二一條、第一三零條

民法第九八零條、第一零五五之一條、第一零九四條

◎案例與法律解析

一、未成年人的法律地位

在憲法上，未成年人毫無疑問地，亦是享有人權的主體之一。依據憲法的平等原理，無論是成年人或未成年人，原則上應該擁有相同內容的基本人權。不過，在部分法領域上，憲法卻對於兩者不同對待。

以未成年人為主要對象，憲法在第二一條保障人民的受國民教育之權利，然而在同法第一三〇條上，卻限定年滿二十歲的「成年人」，才能擁有選舉權。就解釋上而言，後者的憲法規定，屬於憲法保留事項，因此即使相關立法與同法第七條「法律上平等」的要求相悖，仍不構成違憲。

事實上，其他的法領域，亦常見對未成年人的人權限制。以「結婚自由」為例，民法上的法定結婚年齡規定，一方面否定未達於法定年齡的未成年人婚姻之法律上效力（同法九八〇），另一方面則要求達於法定年齡的未成年人結婚時，應得法定代理人的同意（同法九八一）。此外，政府亦得依據兒童及少年福利法，將出版品、電腦軟體、電腦網路等物品列為「限制級」，經由禁止對未滿十八歲人的租售、散布、播送或公然陳列等行為，而制約未成年人的

「資訊受領自由」(同法二七)。

以上皆以「未成年」為理由，限制人民之基本權利。其論理，原則上是以民法成年制度(同法十二)或刑法責任年齡(同法十八)作為個人在法律上享有權利負擔義務(=權利能力)的前提。問題是，此類對於未成年人的「法定限制」，如何在憲法平等原理的範圍內，進行合理化？

二、「權利能力」的法律技術

近代法上的「權利能力」概念，乃法律關係構成要素上的權利義務歸屬點，而聚焦於「個人資格」面向上所構成的技術概念。法學在使用「權利」「義務」「法律關係」等概念時，同時以權利能力概念，將複雜的法律秩序(=裁判規範體系)轉化成一套符號體系。如此，市民社會中的所有個人，由於成為權利義務的一般歸屬點(=主體)，故近代法上權利能力的理論範疇，在歷史上亦作為個人的固有資質而出現。

以上技術概念，乃基於一定的社會生活事實，而由法律家所創造。從此面向來看，此一概念，亦反映一定的歷史社會事實。在權利能力概念據以為本的社會事實層面上，個人權利義務的歸屬，是在從零至無限大的連續線上，以各種量的差異而存在之法內容。究極而言，個人權利能力的範圍，一直與其在經濟構造中擁有的地位相關。當然，隨著以上關係的改變，權利能力概念的法事實，亦存在變革的可能性。

在基於「個人皆具完全權利能力」原則的近代法上，「權利能力」與「行為能力」的概念間，事實上是無媒介地被切割分離。相對於權利能力是關於權利義務歸屬的抽象性問題，行為能力則是關於契約乃至於法律行為的成立要件。就結果而言，對於個人行為能力的限制，其實亦否定了以上「個人皆具完全權利能力」的近代法原則。因此，Eugen Ehrlich(1862-1922)才會說：「行為能力，單只是不完全權利能力的流出物」。

限制個人的行為能力，其目的若是基於權力者利益而否認個人的法律上權利，其實是經由彼此權力服從狀態，而對於個人權利能力附加限制的一種表現。惟其目的若是在無限行為自由的可能損害中，保護限制行為能力人的利益，則該當限制與權利能力並無明顯關聯。前者為監護的原初概念；後者，乃隨著個人主義出現，基於「保護弱者」而展現的近代監護思想。弔詭的是，在憲法的人權領域上，皆能夠自「制度性保障」或「立法裁量」中，得到各自的合憲祝福。

三、「兒童權利」的時代思維

源於一九六〇年後期的兒童權利運動，在一九八九年由聯合國大會通過「兒童權利公約」(UN Convention on the Rights of the Child)，而獲致重要成果。公約上明白表現的「兒童權利」論，廢棄以

子女為父母從屬物的傳統法學思考，要求將兒童（＝未成年人）視為具有與成年人對等人格的個人。惟由於兒童無法完全自我主張，故有必要設置監護人。過去，幾乎是以父母作為當然監護人。今日即使依然是如此，卻可能無法發揮其機能，因而浮現以國家取代父母作為子女監護人的思維。公約即此一思維下的產物。

受到公約的影響，各國法律上的未成年子女監護觀，於是從父母的權利義務本位，轉換為未成年子女的權利本位。而在台灣，此一思維，則在民法第一〇九四條「子女之最佳利益」的文意上表現。然而，該「最佳利益」的判斷基準為何，卻未作規定。表意自由是否在內？其內容為何？便成問題。

基於「尊重條約及聯合國憲章」的憲法第一四一條要求，公約在第十二及十三條上所承認的兒童自由表意權利，應是以上「最佳利益」的判斷基準。民法第一〇五五條之一規定法院在為離婚時子女之監護裁判時，應注意「子女之意願」的文句，即本此意旨而制定。惟承認未成年子女的表意自由，其並非等同於成年人的自己決定權利，卻只是承認得作為決定監護權歸屬的參考事項之一而已。就此點，如果從公約第十二條第一項「其所表示之意思則依其年齡大小與成熟程度予以衡量」的文意中，即可察知。

雖說如此，公約規定的兒童表意自由，改變了既往機械地以「成年」與否來決定權利能力乃至於行為能力的概念，而開啓了以「成熟程度」作為判斷基準的法學新思維。此一判斷基準，在被區分為「身上監護」及「財產監護」的現行監護事務上，不但具有時代性意義，亦符合當代立憲主義中，尊重個人人格的基本精神。

四、結語

民法第一〇九四條上未規定子女的表意權利，雖然未必構成違憲，然而就民法監護制度整體原理觀之，法院在審理同條的監護訴訟時，應類推適用同法第一〇五五條之一的注意事項，將子女之意願，列入裁判審酌項目，始為符合當代人權思潮的作法。

◎自我評量

1. 請說明子女最佳利益判斷基準為何？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分
就該子題，我理解了多少？

1○ 0%~20%

2○ 21%~40%

- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 沈冠伶，家事非訟事件之程序保障--基於紛爭類型審理論及程序法理交錯適用論之觀點，國立台灣大學法學論叢第34卷第4期
2. 沈冠伶，親權及交付子女事件之外國裁判的承認及執行與「未成年子女最佳利益保護」原則，台灣本土法學雜誌第84期
3. 侯英冷，從「子女最佳利益」原則檢視人工生殖法草案--檢視受術夫妻之條件與親子關係，律師雜誌第318期

二、人工生殖子女之法律地位

◎思考案例

甲男與乙女結婚，婚後多年未生子嗣，乙女獨自去檢查時，經醫生証實非乙女問題，因此乙女為免甲男自尊心受傷，又為滿足甲男得子嗣之心願，建議甲男以體外受精的方式嘗試，但隱瞞其所使用的並非甲男，而為第三人丙之精子，並取得甲男之受術同意書，產下一子A。A子出生後，甲男對A子疼愛有加，卻在其兩歲半時，偶然發現兩人並無血統關係。

◎思考問題

1. 請問甲男可否提起婚生否認之訴？
2. 又乙女或A子可否向丙男提起強制認領之訴？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第九三條

人工生殖法第二條、第十一條、第二三條、第二四條

◎ 案例與法律解析

本題涉及人工生殖法的問題與民法親屬編中之相關法條。

人工生殖法於今年三月正式施行，解決長期以來必須依靠民法親屬編之相關規定作解釋的情況。但由於人工生殖法並非全面性的針對所有人工生殖類型為合法性的規範，目前僅就第三人捐精或捐卵的異質人工生殖有明文規定，特以本例題說明之：

一、合法人工生殖的類型

依人工生殖法第二條第三項與第十一條第三項之規定，不孕夫妻中至少一方可提供精子或卵子，及該妻能以子宮孕育胎兒者，方得為合法之人工生殖，所以排除代理孕母、受精卵捐贈的合法性。

據此，人工生殖以精卵的來源區分，其可能的類型有兩種，一是精卵皆來自於受術夫妻，僅藉由科技的方式讓受精卵於妻之子宮內著床；二是精子或卵子來自於第三人，而與受術妻之卵子或不孕夫之精子結合，再將該受精卵植入妻之子宮。

一般所稱之代理孕母，因要借用他人子宮，故不論何種類型，目前在我國仍為非法，而不得施行。

二、人工生殖受術夫妻之資格

針對人工生殖，夫妻必須在婚姻存續當中，為人工生殖之協議與施行。在此同時也排除死後取精（婚姻已因死亡而解消）與單身者或同性戀伴侶得適用本法的可能。

三、人工生殖所生子女的婚生性

人工生殖子女之婚生性認定，相較於民法親屬編之規定，有非常大的不同。民法親屬編以自然生殖出發，對母子關係因生理因素之故，認定分娩者必與子女有血緣上的連繫，所以不論是否在婚姻關係存續出生之子女，皆與其生母建立法定親子關係，不待其他之意思表示。自然也無事後針對母子關係提起婚生否認或母子關係不存在之訴的可能。但父子關係，則因無法判定二人間是否有血緣上的連繫，則以婚姻示父的方式，推定於婚姻關係存續中出生之子，為夫之血統，但夫可於二年內，當知悉兩人無血統連絡下，提起婚生否認之訴，來排除已推定法律上之父子關係。此乃血統真實主義為確認親子關係之主要原則之故。

不過在人工生殖當中，卻是受術夫或妻之一方，自始即知該出生子女必與自己無血統上的連絡，因此不得如同親屬法之規定，允許受術夫或妻在事前同意接受捐精或捐卵的人工生殖後，事後又以血統不符的理由，提起婚生否認之訴，排除彼此間之親子關係。因此人工生殖法第

二十三條與第二十四條明文規定，當受術妻或受術夫，經配偶他方之同意，以第三人之精子或卵子為人工生殖而受胎所生之子女，乃視為彼此之婚生子女，並且不得任意以血統不合為理由，提起婚生否認之訴。

由於人工生殖子女的婚生性非建立在血統上，而在於意思表示。因此當配偶的同意有受詐欺脅迫之虞時，即成為提起婚生否認之訴的原因，只是在此其除斥期間的規定，不同於民法總則之規定，依民法第九十三條之規定，其意思表示發現受詐欺或其脅迫終止後之一年，得撤銷之，自意思表示經過十年後則不得再撤銷。但此處之意思表示撤銷，卻非就一般財產行為為之，而是身分行為，特別是攸關子女的法律地位，對其利益影響重大，因此基於身分安定性的考量，無法容許十年的長期期間。

在 2007 年 5 月的民法親屬修正中，將夫提起婚生否認之訴的期間，由原來知悉子女出生之日起一年，修正為知悉該子女非為婚生子女起兩年，緩和原規定不利於夫之處。不過依人工生殖法第二十三、二十四條，在發見受詐欺或脅迫終止後的六個月即得提起撤銷之訴，而受詐欺後滿三年亦不得提起婚生否認之訴看來，皆為短期時效的規定，足見在人工生殖法中，更重子女身分之安定性，而應儘早確認。

四、強制認領的特殊性

民法對於非婚生子女與其父親之法律上地位，因無婚姻可以推定，只好依生父之意思表示，或由法院以 DNA 檢測的方式，確立二者的父子關係。因此在自然生殖中，只要生父有從事性行為舉動，就要有心理準備，可能必須承擔法律上父親的角色。但在人工生殖中，比較特殊的是不論捐精或捐卵人，原則上並無承擔父母責任的意願，而是協助完成不孕夫妻成為父母的心願。所以在此必須與親屬法之規定作不同的處理，即便因意思表示受有瑕疵而提起婚生否認之訴確定，但亦不得因此再提起強制認領之訴(人工生殖法第二十三條第三項)，要血緣上之父親或母親來承擔父母之責，畢竟人工生殖的發動者在於受術夫妻，而非捐精或捐卵人。

五、結論

本例題中屬捐精之人工生殖，並於婚姻存續當中進行，而有雙方之同意書，因此依人工生殖法第二十三條第一項的規定，該出生之 A 子視為甲男乙女之婚生子女，而享有法律上的權利與義務，包括受扶養權與繼承權等。只是由於甲男之意思表示乃受詐欺而來，依同條第二項的規定，可於發見被詐欺後六個月內提起婚生否認之訴，但受詐欺後三年內不得為之。今甲男於 A 子出生後兩年半，發現其意思表示受到詐欺，則可在六個月內提起婚生否認之訴，撤銷兩人的父子關係。至於婚生否認之訴確定之後，依人工生殖法第二十三條第三項之規定，為保護捐精人丙男的權益，禁止 A 子或乙女依民法第一〇六七條之規定請求強制認領。

◎自我評量

1. 試評論對於甫施行之人工生殖法？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 戴瑀如，從德國立法例論我國新人工生殖法對親屬法之衝擊，法令月刊第 58 卷第 8 期
2. 王海南，人工生殖子女之法律地位——兼評「人工生殖法」中涉及身分關係之相關規定，法令月刊第 58 卷第 8 期
3. 陳英鈴，人工生殖法的幾個問題，法令月刊第 58 卷第 8 期

三、死後取精生子的民法難題

◎思考案例

上尉連長孫吉祥在演習中意外身亡，其女友李幸育主張孫生前已承諾，要求醫師自遺體取精，並為其進行人工生殖手術，但醫師卻以違反職業倫理規範為由拒絕。李女遂訴諸媒體以製造輿論壓力，企圖突破死後取精生子的法律困局。

◎思考問題

1. 試從子女婚生性規範的角度，分析本事件在現行民法上的意義。

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第六條、第七條、第一零六三條、第一零六四條、第一零六五條、

第一零六七條

◎ 案例與法律解析

一、子女婚生性的法制構造

民法上的婚生推定及婚生否認，乃是連結婚姻與法律上親子關係的兩項制度。依同法第一〇六三條一項規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」；第一〇六四條規定：「非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女」。另外，第一〇六五條二項規定：「非婚生子女與其生母之關係視為婚生子女，無須認領」。由此以觀之，民法上婚生性制度的真相，事實上，乃是法律是否承認子女與其生父的親子關係。

在非婚生子女之生母與生父未結婚時，民法上則另以認領作為其取得婚生性的補充性制度。而基於「受胎」之自然事實，於是另外在第一〇六九條前段規定：「非婚生子女認領之效力，溯及於出生時」。要言之，非婚生子女在「受胎」之先行事實及生父「認領」（任意或強制）之後發行為兩者連結下，始得以在生母生父婚姻關係不存在時，例外地取得婚生性地位。亦即，現行民法上的婚生性制度，是基於生父在其子女受胎時必須尚在生存作為其前提要件。

二、存在事實與法律承認

民法第六條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡」。藉此平凡簡潔的敘述，民法歸納了人類歷經數千年，卻在早先即已發展完了的成果。其實，以上規定原只是古代法律家企圖解決胎兒及無生活能力子女在權利能力上必爭的許多問題，時至今日已然成為個人主義的最後箴言。而民法第七條「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生」的法律擬制，則主要是基於繼承需要而設立的補充性敘述（民法一一六六參照）。

實際上，一切親屬的法律關係，皆是以人倫秩序上事實作為其基礎。其後，即使由於外在的需要，而成為法律化的對象，惟其原有之人倫秩序性質，並不因此改變。親屬的法律規範，僅止於事後承認性質，並無只由法律創設即可形成之效力。然而，基於尊重個人之權利義務主體性的近代法律倫理，法律承認立於親屬關係之前提的存在事實，乃是以個人權利能力存續期間內之行為作為其內容。故而，非以權利義務主體地位之行為，即難以獲得法律上的承認。

三、生物學上親子與法律學上親子

類似財產法上法律行為，婚姻或離婚具有以「意思」形成法律行為的性質，故有所謂「身分行為」的概念，但親子卻非當然如此。常識上，因男女間性關係而出生子女時，該男女與子女間產生了生物學上親子關係。在此，基於意思的選擇要素並不存在，而與婚姻或離婚間

存有極大差異。即使如此，民法規定之親子關係，雖是以生物學上親子關係作為其基礎，兩者卻非必然一致。如斯法律上親子關係中尚有因收養以成立者，在此情形下之親子關係亦是基於意思而形成，其與婚姻或離婚具有類似的性質。

民法規定法律上親子關係的理由，大致上可分為：一、規定遺產繼承人；二、規定未成年人之第一順位扶養義務人；三、確立血親間關係等三種。基於確定以上法律上親子關係的需要，民法則以婚生推定、婚生否認、準正、認領等諸制度，作為連結父母及子女，以建構子女相對於其生父的婚生性。如此，子女之父母即使無婚姻關係，在「子女利益」名義下，亦可在法律上有最低限度的滿足。然而，民法設定的親子關係是基於自然生殖的關係，以死者精子而出生之子女（準複製人），明顯難以在既有民法親子法體系內，獲致合理的解釋。

人在死亡時，其權利能力隨之消滅，而死者精子在權利義務主體性上，自然亦失去附麗。即使死者生前曾經留有承諾，但是在以死者精子進行人工生殖時，即不免發生「意思」（生前）與「行為」（死後人工生殖）間，權利義務主體性不一致的現象。對此，民法雖是在繼承事務上（如以遺囑禁止遺產分割）承認其存在，然而基於尊重個人權利義務主體性之近代法倫理，並未承認其同時亦可在親屬事務上（如冥婚）為有效。事實上，相對於個人主義，以上法律規範的設計，正表現出近代法的合理主義精神。

四、人倫秩序法律的倫理

本來，援引類比自然生殖下強制認領的法理，並透過將法律上親子關係依存於血緣關係的論證法（釋五八七參照），未必不能替死後取精生子的合法性尋得一條出路。然即使如此，相對於以人工生殖為母親自己決定領域的主張，未來藉由死者精子而出生之子女的利益，不應以其未有權利義務主體性而置若罔聞。就子女而言，出生是將其強行綁架至人世，而人生的份量不言可喻。因此，欲使子女背起如斯重負的新生命創造，唯有基於生存父母的意思，始得以正當化。即使父母在意識上未期待子女出生，但是在性行為時，當可視其潛在地完全具有如此的意思。否則，生命的出生將失去尊嚴。

以子女利益的角度觀之，若是以子女出生後有父母保護作為子女最佳利益的前提，在本事件中，以上前提將因母親的取精生子意圖而崩潰。畢竟，在子女生來即無父親的情況下，既然無法得出賦予子女超出「死後認領」權利以外的法律上必要性，故即使民法承認將來得以死後認領，是否果真符合子女最佳利益，其實頗令人存疑。因此，在未見將來可能發生難以預測之瓦解人倫秩序或損害生命尊嚴的情況前，應該立法禁止以死者精子作為人工生殖之用，維持民法對於親子關係既有之以「意思主義」作為基本原理的規範，才是符合子女最佳利益與維護生命尊嚴的法律倫理。

事實上，個人自己決定的主張，乃是以能否有「完全自己責任」作為內在前提，亦即，對

於影響他人之自己行為無存有完全責任者，其主張應當受到限制。基於此點，以死者精子進行人工生殖的行為，根本難以在理性主義的脈絡下得到承認。

◎自我評量

1. 讀完本案例及法律分析後，有何感想或其他意見？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 林正雄，民法--死後取精生子之法律爭議，司法新趨勢第二二期

第六單元、父母與子女(2)

一、再婚之婚姻與親子關係

◎思考案例

A 乃甲男與乙女於婚姻關係存續中受胎所生。乙女向法院訴請裁判離婚獲准，並判決由乙女單獨行使對 A 之親權，甲男僅取得定期會面交往的權利。之後乙女與丙男再婚，丙男有意收養 A(6 歲)，於是乙女以法定代理人之身分，單獨將 A 出養給丙男。

◎思考問題

1. 就我國法制而言，親子關係如何建立？
2. 於我國關於親權之行使與扶養由何規定？
3. A 可向何人請求扶養？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一零七三之一條、第一零七四條、第一零七六條、第一零七七條
第一零八四條、第一零八六條、第一零八九條

◎案例與法律解析

一、親子關係的建立

本題中請求扶養乃基於親子關係而來的權利，因此解題重點在於了解子女如何與父母建立法律上的親子關係，據此子女就有權利請求父母履行其保護教養之義務，當然包含扶養在內。我國親子關係的建立可經由兩種途徑，一為透過自然的血緣連繫，為自然血親；另一透過收養的法律行為，為法定血親。

(一) 自然血親－婚姻與親子關係的連結

在我國法上自然血親的親子關係原則上是成立在婚姻關係之中：

1. 婚姻的締結

婚姻的締結不僅建立夫妻身分，更有甚者，若在婚姻關係中受胎，當然使得所出生之子女取得婚生子女之地位，推定該出生之子女與夫有血統上之連絡，而建立父子關係(民 1063 條)。若無婚姻之前提要件，則欠缺作為推定該子女與其父有血統上連繫之客觀證據，而須依賴父

親本人之認領，或是由法院透過裁判強制生父認領，方得建立親子關係。

2. 婚姻的解消

婚姻會因死亡或離婚而解消，但基於該婚姻所建立之婚生子女身分，因本諸血緣而來，不應受其影響，是以父母子女之身分關係依然存在。

3. 再婚的繼父母子女關係

繼子女與前婚配偶已建立之親子關係，如前述並不因再婚的締結而受到變動，繼子女與繼父母則以血親之配偶成立民法上所謂的直系姻親關係(民 969 條)，並不成立血親關係，亦無父母子女間之權利與義務。

(二) 法定血親 - 意思表示與親子關係的連結

另一建立親子關係的管道，乃透過收養的方式擬制血親關係，即以雙方當事人的意思表示作為親子關係建立的基礎。基於出養的意思表示，一方面使養子女與本生父母間之權利義務停止(民 1077 條二項)，他方面，養子女之於養父母則取得與其婚生子女相同的地位 (民 1077 條一項)。但為防範不當目的之收養，故不得任由雙方當事人恣意為之，而仍須以法院的認可作為收養成立的要件。但因舊法對收養之規定，多以養父母的利益為重，不符合現代親屬法之趨勢，故透過此次新法之修正，貫徹對子女利益保護之原則，於收養要件中有若干補強之處，據此，一有效的收養須具備下列要件：

1. 不違反近親收養禁止之規定

直系姻親不得收養為養子女，但夫妻之一方收養他方子女時，因能促進家庭生活之圓滿，則不在此限(1073 條之一)。

2. 收養者須與配偶共同為之

夫妻收養子女時，應共同為之，方能使該養子女於一和諧的家庭中成長。但在夫妻收養他方子女時，則因該其中一方為養子女之本生父母，無須再以收養之方式建立親子關係，故修法明文規定，僅須由一方單獨收養即可(1074 條)。至於該本生父母之一方，對其子女之權利義務，不因收養而受影響(1077 條二項但書)。

3. 雙方當事人的合意

依照舊法之規定，收養須雙方當事人以書面為之，未滿七歲之未成年人被收養時，由法定代理人代為意思表示並代受意思表示，據此，僅需法定代理人之同意，即可出養子女。此在一般情形下，依民法第 1086 條之規定，父母為其未成年子女之法定代理人時，不會產生問題。但在離婚的特殊情形中，若父或母僅有一方取得親權行使的權利時，法定代理人亦為該父或母，而在僅憑其單方之意思表示將子女出養時，會使本生父母的權利義務停止，而影響未擔任子女法定代理人之父或母的權益，故亦應徵得其同意始可，否則對其身為父母的權利有侵害之虞。有鑑於此修法新增 1076 條之一的規定，子女被收養時，應得其父母之同意(一項)，

以杜絕上述之弊病，同時為強化該同意權之行使，其同意除作成書面外，並應經公証(二項)，又違反該規定者，其收養無效(1079 條之四)。

4. 法院的認可

除了上述要件之外，依 1079 條之規定，收養應以書面為之，以示慎重，並為維護養子女利益，禁止藉收養名義達成其他目的，故透過公權力機關加以監督，而必須向法院聲請認可，並於第二項明文規定，當收養有無效、得撤銷之原因或違反其他法律規定者，法院應不予認可。

二、親權的行使與扶養義務

父母於婚姻關係存續當中，對未成年子女有保護教養之義務(民 1084 條)，該保護教養應包括扶養費用的負擔，而由父母依照 1089 條之方式共同行使養育的權利與義務，至於扶養費用之負擔，則屬父母內部依夫妻財產制的相關規定處理。但當父母離婚後，不再共同行使養育之權利與義務時，是否未成年子女之扶養義務亦轉由單獨行使親權之一方獨立負擔？由於扶養義務的發生乃著重於一定親屬關係的存在，又離婚並不解消父母子女之身分關係，故而離婚後父母對子女仍然不免其扶養義務，不因是否擔任親權人而有影響(1116 條之二)。

案例分析：

本題中，扶養乃屬於父母子女間權利與義務，因此 A 可向何人請求扶養，端視其與何人建立法律上之親子關係。首先 A 於甲乙之婚姻關係存續中受胎，依法為甲乙之婚生子女，其與甲乙所建立之親子關係，不因離婚而受影響，亦不因乙女再婚而有變動。

又 A 與丙男僅為直系姻親之關係，彼此並無法定之親子義務。但丙男可透過收養與 A 建立親子關係，且丙男為收養配偶之子女，不受直系姻親之近親禁止收養之限制，亦得單獨為之。惟乙女以 A 之法定代理人為出養之同意時，未經甲男之同意，故該收養無效，法院亦不應予以認可。因此 A 與丙男並未建立法定血親關係，其與甲男之親子權利義務亦無停止，又父母對於未成年子女之扶養義務，不因離婚而受影響，是故 A 應向甲男以及乙女請求扶養。

◎自我評量

1. 有效收養之要件為何？試論述之。

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

1○ 0%~20%

2○ 21%~40%

- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 沈冠伶,收養關係確認訴訟之當事人適格與確認利益--最高法院九六年民事庭第一次決議及相關裁判之評析,臺灣本土法學雜誌第101期

二、成年收養之效力

◎思考案例

甲男與乙女結婚多年無子嗣,為了香火傳承,而依法收養丙男之已成年之子丁,丁男已結婚,生有一女A(20歲)與一子B(18歲)。未料丁男卻因病先於甲男去世。

◎思考問題

1. 甲男去世後,未立遺囑,由誰繼承其財產?
2. 之後丙男去世,留有一子戊,未立遺囑,由誰繼承其財產?

◎案例相關規定

請先閱讀:

民法第一零七七條、第一零七九之一條、第一零七九之二條、第一一三八條

◎案例與法律解析

一、成年收養的特殊性

收養乃以意思表示建立法定親子關係,不以血緣連繫為基礎,只要符合法定的要件,即可與任何人建立親子關係。惟收養多以未成年人為對象,原因在於未成年人方有受保護教養之需求,成年之人,已無此必要,實不應為收養之客體。我國或基於傳宗接代的思想,對於成年收養,法律並未加以禁止。但未成年收養與成年收養,其性質殊異,實應加以區別。2007年修法時,特別明文區別二者之認可標準,於未成年收養時,須以養子女最佳利益為之(1079條之一),於成年收養時,則以養子女之本生父母為考量,若有意圖以收養免除法定義務、或對本生父母不利等情形時,法院對該收養契約均不得予以認可(1079條之二)。惟對其他規定,

仍未嚴格區分成年收養與未成年收養。

二、成年收養的效力

透過有效的收養契約，除親子關係外，連帶也影響到其他親屬關係，但其範圍有多廣？於 2007 年親屬法修正前，僅以「養子女與養父母之關係，與婚生子女同」之簡單規定，造成許多學說與實務上的疑義，所謂同於婚生子女，是只指其與養父母之親子關係，還是其他的親屬關係（如與養父母之親生子女或兄弟姊妹）亦包含在內？。有鑑於此，此次修法明定收養效力所及之親屬範圍。

(一)完全收養的原則

新法第 1077 條第一項規定，養子女與養父母之親屬間的關係，亦與婚生子女相同，確立了所謂完全收養的原則，即養子女不止與養父母發生法律上的親子關係，同時也與養父母的其他親屬，建立親屬關係。在此法定血親與自然血親平等對待，應予肯定。又於未成年收養中，因該養子女自小便於養家成長，與養家之親屬有密切交往的情形下，更獲得正當性的基礎。為貫徹完全收養原則，養子女與本生父母及其親屬間之權利義務，也於收養關係存續中停止之（1077 條 2 項）。

(二)完全收養之例外

我國並未禁止成年收養，而在成年收養中，該養子女可能已婚，並生有子女，就該養子女之直系血親卑親屬是否為其父或母的收養契約所涵蓋，因法無明文，而產生爭議，此次修正，乃於第 1077 條新增第四項之規定，將養子女於收養認可前之直系血親卑親屬，區分其成年與否，而異其收養效力。為尊重已成年之直系血親卑親屬，除非其於收養認可前以意思表示同意之，否則將其排除於收養契約效力所及之外；至於未成年之直系血親卑親屬，則為其父或其母的收養契約效力所及，乃著眼於未成年子女仍需父母之保護教養，而有共同生活之必要，應隨同其父母至養家。

(三)繼承的資格

親子關係的建立將使子女可以享受法律上的特定權利，包含繼承權。當被繼承人未立遺囑或遺囑有無效失效的情形時，被繼承人之直系血親卑親屬乃以第一順位，與其配偶共同繼承（1138 條）。此外為繼承的公平性，及確保子股的獨立，當第一順序的直系血親卑親屬有於繼承開始前死亡或喪失繼承權的情形時，其直系血親卑親屬得代位繼承被繼承人的財產（1140 條）。依該條規定，一須當事人間建立直系尊卑血親之關係；二須有代位繼承之事由發生，即繼承人於繼承開始前死亡或喪失繼承權時，方有代位繼承的適用。

三、案例分析

(一) 甲男去世，因未立遺囑，必須由法定繼承人繼承，故應先檢討甲男之法定繼承人：依民法第 1138 條之規定，除配偶乙女外，甲男之直系血親卑親屬得以第一順序繼承甲男之財產。

甲男與乙女雖無子嗣，但已依法收養丁男，經收養後視為婚生子女，故丁男為甲男之直系血親卑親屬以及合法之繼承人。但丁男卻先於甲男死亡，不符合同時存在原則，無法繼承。當親等近的直系血親卑親屬不存在時，依 1138 條之規定，由親等遠的直系血親卑親屬繼承。丁男之子女，僅有 18 歲的 B 子，因其為未成年人，依 1077 條第 4 項之規定，被收養契約之效力所涵蓋，而為甲男之直系血親卑親屬。至於已成年之 A 女，於收養時並未以意思表示同意收養，故其不為甲男之直系血親卑親屬。因此本題中，乙女為配偶繼承人與 B 以親等遠之第一順序血親繼承人平均繼承甲男之財產。

(二) 丙男去世後，其子女依法繼承。依民法第 1077 條第二項的規定，出養後之子女與本生父母，基於血緣的親子關係雖然不受影響，但法律上的權利義務乃為停止的狀態，是以丁男無法繼承丙男的財產。有疑問的是，此時丁男的直系血親卑親屬可否代位繼承丙男的財產？

依照民法第 1140 條之規定，第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。丁男出養之後，停止與丙男之權利與義務，而 B 亦因其為未成年人而被收養效力所及，亦與丙男停止身分上的權利義務關係；然而 A 女因收養認可時已成年且未承認其父丁之收養契約，應認其身分關係並未變動，與丙男仍為直系血親卑親屬之身分。

然丙男死亡，A 女是否具備繼承人的身分？若丙男除丁男外未有子女時，A 女自得依第 1138 條之規定，因親等近之直系血親卑親屬不存在（丁男已出養），而以親等遠之直系血親卑親屬依其固有權利繼承。惟丙男尚有一子戊，則 A 女可否代位繼承？因第 1140 條之規定，仍須以繼承人有於繼承開始前死亡或喪失繼承權為要件，由於丁男已因出養不為繼承人，依文義解釋，此時應無代位繼承之適用，是以 A 女無法代位繼承丙男之財產，A 女對丙男財產繼承之期待權已於丁男出養時不復存在²。是以本題中，僅有戊男得以繼承丙男之財產。

◎自我評量

1. 請說明何謂完全收養之原則與例外？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

1○ 0%~20%

2○ 21%~40%

² 因丁男之出養，而影響A原本得繼承的權利，對其保障似有不周。在此，立法以及解釋論上都有值得加以檢討之處。

- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 許樹林，論民法親屬編修正後之未成年人收養，司法周刊第 1134 期

三、子女的婚生否認權利

◎思考案例

司法院大法官在釋字第五八七號解釋中，宣告限制子女提起婚生否認之訴的民法規定，因不當限制子女之訴訟權，而與憲法保障人權之意旨不符。

◎思考問題

1. 該號解釋之論理引證適當與否。

◎案例相關規定

請先閱讀：

憲法第二二條

釋字第五八七號

民法第一零六三條、第一零六五條

◎案例與法律解析

一、親子關係的事實與規範

親子關係的成立，雖來自於「血緣／養育」及「意思／事實」的對比交錯，然而基於血緣的生物學上親子，實為親子關係之最重要要素。由於母子關係通常以生理上之出生事實為斷，故除了棄嬰等特殊情形外，生物學上母子關係，一般是無庸置疑，但在父子關係的場合，卻無法類比論斷。因此，在將生物學上父子關係（＝事實）與法律上父子關係（＝規範）等視時，則須另經如：婚生推定、認領等一定的法律技術，始得以完成。即使如此，相對於血緣，養育是使得親子間感情根深蒂固的心理要素，亦在社會上親子關係中扮演重要角色。

一般而言，在生物學上與社會上之親子關係若相一致時並無問題，然在二者不一致時，將

成爲家族法上爭議。此時，有以社會上親子關係爲優先者，惟亦有非如是者。倘以現行民法規定爲例，基於收養而生之法律上親子關係屬於前者，而單純在事實上存在過的社會上親子關係則屬於後者。

其次，親子關係上，亦存在意思及事實二對立要素。以婚生子女而言，親子關係的認定，原則上雖係立於「子女之父=母之夫」的命題上，其爲「應然」的規範性命題，亦是「實然」的事實性命題。在此情形，事實要素乃具強大之左右力量，故以妻所生之子女爲自己子女的意思，實可視其已包含在婚姻意思中。另以非婚生子女而言，原則上是經認領意思產生親子關係，但在此情形，事實卻更重要。因此，若能夠證明生物學上親子的事實，則可透過判決以確定父子關係。惟就收養而言，特別具重要性者，卻是意思。

二、婚生否認法制的原初設計

民法第一〇六三條第一項規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女爲婚生子女。」對照第一〇六五條第二項之規定，本條項的意旨，顯係定位在子女與其生父之婚生關係上，而以受胎在生父及生母婚姻關係存續中，作爲子女受婚生推定的構成要件。雖謂如此，不論是第一〇六三條第一項的「推定」抑或第一〇六五條第二項的「視爲」，皆屬立法技術上之「擬制」，乃法律藉由客觀化現象以代替「事實認定」難題的權宜性措施。

透過「擬制」技術來處理法律關係，事實上是基於一定目的而採取的手段。當然，在事實證明「擬制」的結果非真時，則須有一定方式來否定該結果，以回復法律關係於真正事實，故有「否認」制度。不過，現實上，第一〇六五條第二項並未如第一〇六三條第一項一般，規定其擬制的否認方式。究其原因，在第一〇六五條第二項所擬制者，實爲非婚生子女之生母與生父的婚姻關係，子女之婚生地位僅爲其反射效果。以上擬制之目的，係在維護子女與生母間之相互利益，並無意使生母與生父間之關係發生變動。

藉由第一〇六三條第一項擬制之婚生關係，同條第二項上原來嚴格限定得以提起否認之訴者，僅夫妻之一方，並未含子女本人及其生物學上生父在內。其實，在一九八五年首次修正前，否認受婚生推定子女之訴唯有夫得提起。原始規定之所以認爲否認權僅屬於夫，論理上乃配合第一〇六五條第二項之結果，即因母子間之婚生關係無從否認，致使第一〇六三條第一項事實上成爲所謂「父姓推定」條款，故原始規定上乃以本條所定婚生推定之否認權專屬於父。惟其後基於顧全子女利益及「男女平等」，乃規定妻亦得提起，且規定於修正前受胎或出生之子女，亦適用之（親屬編施行法八Ⅲ）。

三、子女知悉出自的權利

針對子女本人是否得提起婚生否認之訴，大法官作出釋字第五八七號解釋，表示子女在獲

知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障；民法第一〇六三條規定得提起否認之訴者，僅限夫妻之一方，子女本身無獨立提起否認之訴之資格，如斯規定乃不當限制子女之訴訟權，而不足以維護其人格權益，在此範圍內與憲法保障人格權及訴訟權之意旨不符，故明示有關機關應適時檢討改進相關規定，以符前開憲法意旨。

大法官以子女有獲知其血統來源之權利，其乃係兒童權利公約第七條第一項所揭櫫者；並認為確定父子之真實關係，攸關子女人格權，應受憲法第二二條保障；第一〇六三條雖係為兼顧身分安定及子女利益而設，惟得提起否認之訴者僅限夫妻之一方，而未規定子女亦得提起，如夫妻皆不願或不能提起或遲誤提起該訴訟之期間時，將無從確定子女之真實血統，致難以維護其人格權益；故為貫徹憲法意旨，應肯認確定真實血統關係乃子女固有之權利。

如前，親子關係並非單純基於血緣。惟在本解釋中，大法官援引如上公約條款上「盡可能知其父母並受其照顧之權利」一語，以作為論述「子女利益」具體內容之基礎時，卻似乎刻意忽略條文中所蘊含「盡可能」的意涵，而直接將確定真實血統關係定位為子女固有之人格權益，此一做法容有過分重視血緣作為親子關係成立基礎之嫌。

四、結語

其實，「婚生推定」之親子關係的設計技術，目的在於構築「基於保護子女而從外在事實來安定確立身分關係」者，而並非承認在毫無法律干預下，僅以血緣一項即決定親子關係的制度。故即使在因醫學進步使得生物學上父親易於發現的今日，歐洲各國民法大致上仍維持婚生推定制度，限制允許血液檢查的情形，且限制得以否認婚生推定之起訴權人、起訴期間等。

家族法上部分規範，並非如本解釋中所示，只是憲法上保障的一般個人自由權利問題，而是關係作為人倫共同體的家族秩序與個人之人格權間如何調整的哲學難題。大法官在處理家族法上存有合憲性爭議之問題時，應先瞭解此類難題的本質，並衡量斟酌家族法體系的制度構造，對於各類人倫規範詳細作論理一貫的論述及辯證，始能避免因其解釋而危及家族之法秩序。

◎自我評量

1. 何謂婚生否認之訴？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 魏大曉，親子關係存否之實體規範及其確認之訴，臺灣本土法學雜誌第 62 期

第七單元、繼承制度與現代資本社會

一、非法定配偶的繼承權

◎思考案例

甲與乙為夫妻，育有二子。惟甲另與丙秘密交往，甚至生下一女。多年來，甲每月按時給丙及其女三十萬，作為兩人生活費。在甲因病死亡後，丙乃向乙及其二子，主張自己與其女應擁有五分之二之遺產繼承權。

◎思考問題

1. 民法繼承篇中有關配偶繼承權的規定為何？
2. 民法親屬篇中對於「夫妻」的規定為何？
3. 民法親屬篇中對非婚生子女有何規定？
4. 丙的主張是否合法有據？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一零六五條、第一一三一條、第一一三七條、第一一三八條、第一一四四條、第一一四五條、第一一四九條、第一一八七條、第一一八八條、第一二二五條

◎案例與法律解析

一、繼承制度之法構造

所謂「繼承」，是以承認私有財產制為前提，規範死者（被繼承人）生前財產歸屬的制度。民法典上規定的繼承法制是歷史的產物，由於其乃是在各種社會及思想背景下成立之制度所構成的結合體，故具備多元的特質。然而，在近代法的客觀法規範要求下，即使繼承法制具有以上的特質，關於「繼承權之基礎」，在法解釋學上依然必須導出得以適應各種情況的一貫性解釋。

現行繼承法制上，有兩項支配繼承權基礎的重要制度，一是「配偶繼承權」，另一則是「特留分」制度，皆有否定原所有權人對於遺產的自由分配權利的意涵。此外，「繼承人之生活保障」及「社會的交易安全」兩項公共性目的，亦是常被提及的現代繼承特徵。然而就法構造而言，繼承人的繼承權，雖說是依據其與被繼承人間的親屬法上關係而來，卻亦是物權之取

得方法或債之移轉原因的一種型態，因而同時具有財產法的性格。這一點是在解釋民法上繼承法規範時，需要特別留意的地方。

二、配偶繼承權規定的意義

得成爲繼承人的範圍如何，民法上定有二種（一一三八條）。一種是血親繼承人，並定有順序；另一種是配偶繼承人。其中，除有死亡或喪失繼承權事由外，配偶永遠身爲第一順位繼承人，甚至依其與何人爲共同繼承人，還得享有不同比例的應繼分（一一四四條）。即與被繼承人之直系血親卑親屬共同繼承時，其應繼分與他繼承人相同；與被繼承人之父母或兄弟姊妹共同繼承時，其應繼分爲遺產二分之一；與被繼承人之祖父母共同繼承時，其應繼分爲遺產三分之二；若無以上繼承人，其應繼分則爲遺產全部。這是民法對配偶繼承權的特殊規定。

民法上特殊化配偶繼承權的理由，可從夫妻財產清算時雙方平均分配的規定中窺知（例如一〇三〇條之一第一項、一〇三九條第一項、一〇四〇條第二項），繼承法制上關於配偶繼承權的規定，具有對於遺產形成之貢獻者清算「潛在共同財產」的性質。在仍舊帶有些許男系中心色彩的親屬法上（例如一〇五九條關於子女姓氏的規定），民法對於夫妻財產關係的以上處理，則是與一般財產法原理一致，並符合保障夫妻人格獨立平等的憲法要求。當然，得以取得以上配偶繼承權的基本前提，必須是具備民法上結婚要件的配偶（＝法定配偶）；未具備者（＝事實配偶、非法定配偶），在一夫一妻制婚姻的規定下，解釋上應無取得此一配偶繼承權之理；否則，民法上對於婚姻的一夫一妻規範，即失去其近代性意義。然而，現行民法並非絕對貫徹此一原則。

三、遺產酌給制度的矛盾面向

關於被繼承人遺產的請求權，除繼承人之繼承權外，民法上另定有遺產酌給制度，規定被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議，依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產（一一四九條）。學者間通說，以該請求權爲債權的性質，而非如繼承權般具有物權的性質；即以遺產爲限度，酌給請求權人遺產，其屬於遺產債務，而與繼承人無關。又受遺產酌給的前提要件，須爲被繼承人生前繼續扶養之人，然而繼承法卻未限於法定扶養權利人，甚至曾受被繼承人扶養之第三人，均得請求酌給遺產。

與外國立法例上以法定扶養權利人爲限的「死後扶養」制度相異，現行民法上的遺產酌給制度未否定第三人的請求權，其實是立法者溫存於往昔封建家族型態的遺緒。亦即民法第一一四九條規定，能成爲非法定配偶請求分配遺產的法律依據，使其取得實質上配偶繼承權，而讓一夫一妻婚姻法制的精神受到破壞。事實上，在司法判解上業已爲此可能性背書（一九四七院解三七六二號、一九五〇台上一五七一號），而承認事實配偶或妾，均可請求酌給遺產。

雖然，此一遺產酌給制度，特別以親屬會議作為決定是否酌給的審查機關，惟民法上親屬會議成員的規定（一一三一條第一項），非但充滿傳統的家長主義色彩，甚至還排除法定配偶的成員資格，因而即使規定得於事後以訴訟尋求救濟（一一三七條），依然不能不指出第一一四九條規定與一夫一妻婚姻法制間存在的矛盾及其對於法定配偶的非合理性思維，更遑論其未顧慮於與遺產有利害關係之第三人的交易安全問題。

四、非法定配偶的其他權利

非法定配偶，因不具備「合法」資格，無法擁有與法定配偶相同之繼承權，然而在現行民法上，卻得藉由第一一四九條的遺產酌給制度，取得如前述的遺產分配請求權。此外，非法定配偶之於遺產，除了以被繼承人的債權人地位，對於繼承人主張遺產債權（＝繼承債務）之外，其得以取得遺產分配權利的方式，尚存有遺贈一途。

被繼承人得以遺囑方式，遺贈相當財產於其非法定配偶，毋庸再經由以上的遺產酌給制度來取得遺產。然而，除受遺贈人不得有受遺贈缺格之情形（一一八八、一一四五條）以外，遺贈之範圍並且不得違反關於特留分規定（一一八七條），否則特留分被侵害之繼承人，於其保全特留分之必要限度內，得行使扣減權，但尚不得主張該侵害特留分之遺贈為無效（一二二五條、一九六九台上一二七九號）。而關於遺贈的性質，學者間通說，認為遺贈具有債權的效力。

五、結語

本題中，丙主張自己與其女應擁有五分之一的遺產繼承權，在民法一夫一妻法律婚主義的規範下，丙自己部分之主張並無「合法」依據。惟在現行繼承法上，仍得以甲生前繼續扶養之事實，於無侵害任何繼承人特留分範圍內，向親屬會議請求酌給遺產。

然而，甲與丙所生之女，因甲對於該女有撫育事實，依親屬法規定，視為認領（一〇六五條第一項後段），故亦為血親繼承人之一，而應有繼承權。

◎自我評量

1. 請說明非法定配偶可以藉由民法上何種制度取得遺產分配請求權？
2. 請說明非婚生子女如何依民法取得繼承權？
3. 遺產繼承請求權之性質為何？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 賴見強，豪門遺產，「私生」無份！？--論非婚生子女之繼承權，法令月第五七卷第五期
2. 林正雄，【民法】--真實血緣與繼承權，司法新趨勢第二一期

二、法定繼承制的立法裁量界限

◎思考案例

甲、乙為丙之子女。丙因車禍去世時，甲甫為成年，但在外求學；乙則尚未成年。其後，丙之債權人對於繼承人甲、乙提出訴訟，甲、乙均獲敗訴判決。時隔十數年，甲、乙之工作場所分別收到法院強制執行命令，對於甲、乙之薪資所得進行扣押。甲、乙因認為原來民事判決所依據之民法上概括繼承制度，有違憲法保障人民財產權規定，遂聲請司法院大法官釋憲。

◎思考問題

1. 憲法中關於保障人民財產權之規定為何？
2. 民法上概括繼承制度為何？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一四八條、第一一五六條、第一一六三條、第一一七四條
憲法第二二條

◎案例與法律解析

一、近代法上的責任原理

近代市民法上，視所有人皆為自由、平等之個人，並以之為市民社會的主體。此一主體，被設定為法律上權利義務的享有者，且獨立於他人的權力之外。民法第六條：「人之權利能力，始於出生，終於死亡」的規定，即是總結近代法發展之成果，而表現出以上個人主義思維的實定法上敘述。

雖然，近代法將所有之人從身分制的桎梏中解放，平等地賦予其權利能力，惟由於個人對處於市民社會之能力，事實上並非平等。因此，基於保護能力上的弱者，另設定了行為能力制度，而依據個人行為的受保護態樣，規定其法律效果。近代法既然視所有個人為獨立之權利義務主體，則個人對於其自身行為須自負其責任，乃成為必然的論理歸結。惟行為之評價須存有客觀之標準，否則容易流於恣意而損及個人的主體性。因此，近代法乃以個人主觀的「意思」，作為評價行為是否應負法律責任的依據。故意及過失，則成為客觀化「意思」之可歸責性的近代法原則。要言之，近代法之理性，即表現於「無行為則無責任」上。

二、法定繼承制的內容

所謂「法定繼承制」者，乃繼承人於繼承開始後未選擇民法上規定的其他繼承方式時，當然適用之繼承態樣。民法第一一四八條規定，繼承一開始，被繼承人財產上之一切權利義務，當然移轉於繼承人，不必另為意思表示，且係權利義務包括之繼承，無須個別實施移轉手續。要言之，現行民法即採用當然繼承（概括繼承）為原則。

其實，民法上規定的繼承方式有三，即概括繼承、限定繼承及拋棄繼承。即使民法賦予繼承人自由選擇其繼承方式的權利，然而與概括繼承不同，限定繼承及拋棄繼承不惟須經繼承人為意思表示，而且為列有法定期間之要式行為（民法一一五六、一一七四II）。在繼承人未有選擇限定繼承或拋棄繼承之意思表示，抑或未於法定期間內踐行法定要式時，則適用「法定繼承制」，即繼承人以無限責任繼承被繼承人財產上之一切權利義務。此外，繼承人有一定情事時，民法則剝奪其選擇權利，亦使其負概括繼承之責任（民法一一六三）。

民法立基於個人主義，承認所有個人具有獨立之法律人格，惟以概括繼承作為法定繼承制之規定，在繼承人無意思表示下，即將被繼承人之一切權利義務歸於繼承人。其雖以財產上權利義務為限，然於遺產債務大於債權之情形，繼承人對於遺產債務即使未有形成行為，民法卻是強制賦予清償責任，究其原因僅止於無選擇繼承方式之意思表示，如斯規定幾可謂與往昔之身分繼承無異。

三、繼承法制與立法裁量

以上繼承法制之規定，首先遭遇的憲法上困境，則在立法者對於繼承人之財產權，是否構

成無因性的恣意侵害。究極而言，其問題即在於以概括繼承作為法定繼承制之立法行為是否屬於違憲，亦即立法裁量是否有逾越或濫用的情形。

繼承法制為家族制度之一項內容，若由歷史或社會面向觀察繼承制度，事實上呈現多元化的型態。國家在制定繼承法規範時，一般而言，需衡量斟酌自國文化傳統、社會狀況、國民情感等事項。因此，在各國的繼承制度上，多少也反映出如上狀況及要素。此外，繼承制度亦與家族之思維間密切關聯，而無法偏離國家對於婚姻乃至於親子關係等所制定的規律。如此一來，繼承法制應該如何規定，自然只能委由立法者進行合理的裁量判斷。然而，所謂「合理」的基準究竟為何？則將影響其規範內容之合憲性。

在論述刑法上通姦罪是否違憲的釋字第554號解釋中，大法官以個人自由於不妨害社會秩序公共利益（憲法二二）之前提下始受保障，作為婚姻與家庭制度受憲法制度性保障的合憲性基礎，且認為「（個人）行為應為如何之限制……各國國情不同，應由立法機關衡酌定之」，亦即明示以「國情」作為此種類型立法裁量的上位概念。弔詭的是，所謂「國情」之實質內容，卻常是傳統法制的代名詞，甚至是同義語。

現行法定繼承制乃是基於家產繼承制上「父債子還」之概念，而承認限定繼承及拋棄繼承則是近代市民法個人主義思維的產物。作為家族財產法一部分的繼承法制，經由賦予繼承人選擇權，藉以保持其與一般財產法（＝債法＋物權法）間的連貫性，並表現出近代法之理性。即繼承法制上以繼承人選擇與否（＝行為），而區別其之於遺產所應負擔的權利義務範圍（＝責任）。若就此而言，立法者「所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間」，似尚難謂為違憲。

立法者擇定概括繼承作為法定繼承制，雖在遺產之債務大於債權時對於繼承人較為不利，惟遺產之債權亦有可能大於債務而對於繼承人有利，其法規範之性格仍屬於價值中立，難以謂存有偏倚。然而，相對於民法規定限定繼承及拋棄繼承均須踐行一定要式，概括繼承卻是因其為法定繼承制，而對於此一影響繼承人之財產權甚為重大的繼承態樣，並未規定其方式，致使繼承人在未有任何意思表示情形下，亦須概括承受被繼承人財產上之一切權利義務。如斯規定置繼承人之財產權於不確定危險，與其他兩種繼承態樣相比較，實屬失衡。因此，立法者對於現行法定繼承制未定要式的裁量判斷，難謂為合理，且有濫用之嫌。

四、結語

現行民法上的法定繼承制，就其規定，立法者疑有濫用立法裁量之權限。而基於貫徹以故意過失之存在作為個人可歸責性的近代法原則，民法上以概括繼承作為法定繼承制的規定，宜加入法定要式以為補充，抑或修正為以限定繼承作為法定繼承制，始足以保障人民之財產權及個人交易安全。

◎自我評量

1. 何謂法定繼承制？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

三、限定繼承的效力

◎思考案例

甲死亡時，有繼承人A、B、C三人。甲生前積欠乙債務二百萬元，未留有遺產，但C曾向甲借貸一百萬元。在甲死亡後二個月，A向法院主張拋棄繼承，B則依民法規定程序，向法院主張限定繼承，惟乙卻發覺B有意圖詐害其權利而處分遺產之情事。

◎思考問題

1. 民法中關於限定繼承之規定為何？
2. 甲之遺產應如何分配給其繼承人？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一五一條、第一一五四條、第一一六三條、第一一七四條、
第一一七五條、第一一七六條

◎案例與法律解析

一、前言

現行民法，一方面以「概括（包括）繼承」為法定繼承制，另一方面則承認繼承人得選擇「限定繼承」的方式繼承遺產，而在第一一五四條第一項中規定：「繼承人得限定以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務。」因此，繼承人主張為限定繼承後，其對於被繼承人債務之責任，僅只以其繼承自被繼承人之遺產為限，不必另以自己固有財產為清償，其性質則實為附加保留而承認繼承之意思表示。

選擇限定繼承之繼承人，雖亦繼承被繼承人的全部債務，惟其繼承僅以因繼承所得之積極財產作為限度，而負清償責任，並不提供固有財產以償還被繼承人之債務。在如斯情形下，繼承人對於被繼承人之債務，只須負擔「有限責任」，且此一責任為以其繼承之遺產為限的「物的有限責任」。如此，繼承人即使因繼承開始而取得繼承財產（＝遺產）之所有權，惟該項繼承財產與繼承人之固有財產，應予以嚴格分離，並不因繼承開始而發生混同的效果。

二、共同繼承人間之關係

雖然現行民法是以概括繼承作為法定繼承制，但卻另外規定共同繼承人中一人主張為限定繼承時，其他繼承人視為同為限定繼承（民法一一五四Ⅱ）。如此設計之原因，在於民法規定共同繼承人於分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有（民法一一五一）之故，且若不作如此規定的話，則同一繼承關係將適用不同之法律規範，而使得法律關係趨於複雜，何況此一規定本身對於其他繼承人而言，並無任何不利益之影響。不過，即使如此，由此似可推知，立法者其實並未完全排斥以限定繼承作為「預備的」法定繼承制。

另外，在共同繼承人中，若有依民法第一一七四條規定而為繼承之拋棄者，則該拋棄繼承之共同繼承人，不得亦依同條規定視為限定繼承。究其原因在於：共同繼承人拋棄繼承，溯及於繼承開始時發生效力（民法一一七五），亦即自始與繼承不發生關係，其應繼分歸屬於其他繼承人（民法一一七六）；因此，民法第一一五四條第二項規定之「其他繼承人」中，並未包括拋棄繼承之人在內，自不應亦視其為限定繼承之人，亦無庸適用關於因限定繼承而開始之清算程序（民法一一五六以下）。

此外，共同繼承人中有一人為限定繼承後，其他共同繼承人之一有民法第一一六三條規定之喪失限定繼承利益情事時，該喪失利益之繼承人，是否仍視為限定繼承？則有疑問。蓋民法規定繼承人為一定不正行為時，則喪失限定繼承利益之目的，旨在制裁壞平等繼承原則之繼承人，若是仍然將其視為同為限定繼承時，以上規定喪失限定繼承利益之立法意旨無法貫徹，若是對其作分別處理時，則將使得在同一繼承關係上存有不同清算程序，而對於遺產清算形成困擾。對於此一問題，通說上採否定說，認為該喪失利益之繼承人，應視為一般法定單純承認之繼承人，而對於被繼承人之債務，負完全清償之責任。

三、繼承人與被繼承人之關係

民法第一一五四條第三項中規定：「為限定之繼承者，其對於被繼承人之權利義務，不因繼承而消滅。」蓋在將繼承財產與繼承人之固有財產予以嚴格分離的前提下，兩者既不因繼承開始而發生混同，則繼承人對於被繼承人之權利義務，自然無由因繼承而消滅。否則，繼承人若對於被繼承人存有債權時，等於繼承人以自己之固有財產償還被繼承人之債務，而被繼承人若對於繼承人存有債權時，由於該債權亦屬於繼承財產之一部，其結果無異造成繼承財產的減少，因此不僅使得被繼承人之債權人之利益受到損害，且危及交易的安全。

法文上所謂的「被繼承人之權利義務」者，乃不問其究為債權或物權，亦不問其為普通債務或物的責任，均包括在內。因此，若繼承人就被繼承人之財產設有抵押權時，其即可以抵押權人之立場，自繼承財產中優先受償，而被繼承人若就繼承人之固有財產設有抵押權時，該抵押權即屬繼承財產之一部，作為被繼承人債務之擔保。另外，繼承人對於被繼承人之債務，若以自己之固有財產提供擔保時，或在繼承開始前取得提供被繼承人債務擔保之財產時，則繼承人雖為限定之繼承，亦不得免除其物上保證人或擔保物之第三人責任。即使為如此，以上情形在以繼承財產對於一切債權人及受遺贈人為清償或交付後，如有剩餘時，則繼承財產與繼承人之固有財產嚴格分離的狀態終了，故繼承人與被繼承人之權利義務因此發生混同，該剩餘之繼承財產即歸屬於繼承人。

民法雖只規定對於被繼承人之權利義務不發生混同，另外繼承人與被繼承人有同一目的之債權或負擔同一目的之債務，兩個債權債務，亦不因混同而成為單一債權或債務。在如斯財產分離下，繼承人為限定之繼承前，若有遺產債權人以其債權與其對於繼承人所負之債務為抵銷時，其抵銷應溯及的無效。然若經繼承人同意抵銷，或由繼承人主張抵銷時，似可認為繼承人已事前拋棄因限定繼承所生責任限定之抗辯權。為限定繼承後，繼承人若以其固有財產清償遺產債權人時，除特別保留者外，似亦可認為已拋棄其因限定繼承所生責任限定之抗辯權。

四、結語

民法上規定之限定繼承，因法院受理而生限定繼承的效力。為限定繼承之繼承人，除有惡意之情事外，則因限定繼承享有「責任限定」及「財產分離」的利益。回歸本題，A 因拋棄繼承而自始非繼承人；B 因意圖詐害被繼承人之債權人之權利而喪失限定繼承之利益；C 因 B 主張為限定繼承而視為同為限定繼承，惟其對於被繼承人負有債務，故應自應繼承分內扣還。因此，C 僅須歸還一百萬元於遺產，而 B 則須以自己之固有財產，清償乙不足之一百萬元。

◎自我評量

1. 請說明何謂「限定繼承」？
2. 請說明「限定繼承」之性質為何？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分
就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
2○ 21%~40%
3○ 41%~60%
4○ 61%~80%
5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 林秀雄，限定繼承，月旦法學教室第十六期

四、祭祀公業派下權的遺產性

◎思考案例

甲、乙二人為某祭祀公業的派下員，其等死後之派下員資格各由 A 男、B 女相繼承繼。B 女與贅夫 C 育有一女 α ，惟日後 α 卻未如其母招贅，而與 β 男結婚。

◎思考問題

1. 遺產的範圍為何？
2. B 女死後， α 可否承繼其母之派下員資格？試從祭祀公業派下權是否具有遺產性論述之。

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一四八條

◎ 案例與法律解析

一、遺產界定的基礎

民法採概括繼承制，在第一一四八條本文中規定：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務」。亦即，繼承人繼承遺產之標的，以原屬於被繼承人財產上之權利及義務為限，不但包括積極財產，同時又含消極財產(=債務)在內，其內容涵蓋物權、債權、債務、無體財產權及其他不能稱之為有明確權利義務的事物，只要在財產法上具有法律地位者，皆概括成為繼承的對象。

在單獨繼承時，遺產範圍的界定相對單純化，僅須注意繼承人是否於法定期間內履行限定繼承或拋棄繼承之法定方式；但是在共同繼承的場合，由於作為遺產分割對象的財產，與遺產的範圍息息相關，因此遺產的界定極具重要性。

論及作為遺產分割對象的財產是否即屬於遺產的範圍時，首先要面臨的，是該當財產是否具備構成遺產之法律性格的遺產適格問題；其次要面臨的，則是該當財產是否曾經為被繼承人之財產的遺產歸屬性問題。惟不論為何者，皆是在遺產分割時須先解決的前提問題。而發生遺產適格問題的財產，如人壽保險金請求權、死亡撫恤金、由遺產產生之收益等，皆屬之。

二、財產上權利義務的意義

學說上就被繼承人財產上權利義務，常以積極財產(=權利)及消極財產(=義務)的相對關係，以作為性質上的區分。然而，因民法第一一四八條但書中規定：「權利、義務專屬於被繼承人者，不在此限」，故以上被繼承人財產上的權利義務，理論上限於非專屬於被繼承人一身的權利義務，始得成為繼承人繼承遺產之標的，不過在現行司法實務上，並非當然就得此結論。

若無視以上但書規定，而對於財產上權利義務作性質上區分，則可分類如下：

一、積極財產

被繼承人生前擁有的債權、物權、無體財產權等，原則上皆可成為繼承的對象，但死亡後始發生之權利，則有以下例外。

(一)由於死亡而消滅的權利：包括狹義的一身專屬權，如身為配偶或父母的權利等純粹人倫上權利、夫妻間之扶養請求權或家庭生活費用分擔請求權等非純粹人倫上權利、社會保障給付請求權、占有權(事實)、專屬職業權(如律師資格)、俱樂部會員權等。

(二)非依繼承而承繼的權利：此一權利較屬特殊，民法上並無明文，而是經司法造法產生的，如祭祀公業的派下權(資格)。

(三)屬於獨立權利人的權利：此一權利非屬於遺產，惟是否直接歸屬於繼承人，乃成問題。如被繼承人因事故死亡而產生的損害賠償請求權、人壽保險金請求權、意外險之理賠請求權、死亡撫恤金、奠儀等。

以上權利的性質是否得定位為遺產，端視其客觀上的遺產性來加以決定。此時，當事人的合意內容雖屬重要，但卻非絕對的參考依據，究其性質時，與其拘泥於個別的條款規定，更應重視契約的整體意旨。

二、消極財產

(一)一般債務：消極債務亦屬遺產之一部，然其與積極財產相同，若為一身專屬的債務，並不為繼承對象；人倫上債務固然是典型，其他如委任契約、合夥契約等以死亡為契約終了或解消原因者，基於此類債務重視債務人之行為，亦不成為繼承的標的。

(二)特殊債務：保證契約中，至少在職務保證契約、最高限額保證契約及概括性信用保證契約的情形，因其具有一身專屬性，故原則上不具有遺產性。另外，在繼承人曾以被繼承人本人而為無權代理行為時，因繼承開始，其代理行為視為繼承人本人之行為；他方面，則繼承人得以本人地位，拒絕被繼承人的無權代理行為(民法一七〇)，卻無法免除繼承自被繼承人之無權代理人債務。

三、特殊的遺產問題

被繼承人財產上權利義務中，尚處於民法第一一四八條規範之外者，有祭祀財產的問題。雖在此延長線上還有遺體、遺骨、葬儀、墓塋、祭具等問題，但時常成為司法實務對象者，則是祭祀公業派下權。

在繼承資格平等的原則下，若將祭祀公業派下權納入遺產中，則無可避免地陷於理論上的矛盾。亦即，在採行「財產繼承」的現行繼承制度中，祭祀公業派下權的承繼問題卻不得不引進「宗祧繼承」的法理，以為說明。現實上，司法實務上對於祭祀公業派下權的立場認為：祭祀公業之「繼承」，依從習慣，係以享有派下權的男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫向無派下權，即不得「繼承」祭祀公業之財產(院六四七)，故民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之「繼承」，不能為全部之適用(最高法院一九八一年第二二次民事庭決議)。

如上實務意見不僅屢受性別歧視的批評，甚至在法律解釋的方法論上，以民事習慣(奉祀本家祖先之女子始享派下權)優先於法律規定的見解，亦難免現實法規範(民法一)的挑戰。現行民法未如戰後日本民法，就繼承對象在一般財產之外，另設祭祀財產規定(同法八九七)，以作為調和東西法文化的法制度。若要依現行民法規範來解決目前司法實務論理上的矛盾，究極而言，將祭祀公業派下權排除在繼承範圍外，即不視其為可繼承之遺產來論述，或許能夠為

祭祀公業在當代法體系中尋找出路。

四、結語

祭祀公業制度固源於男尊女卑之傳統社會，惟其設立本意應非排斥女性子孫，而主要係著重於祖先祭祀功能；造成幾乎由男性子孫承繼的結果，只是反映既往社會現實而已。法律未對如斯具文化意涵的民事習慣設立規範，其實才是爭議的原因。

◎自我評量

1. 請說明財產上權利義務的性質為何？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 郭松濤，臺灣婦女遺產繼承權及祭祀公業派下權探討，司法周刊第 1082 期

五、遺體遺骨是否為遺產

◎思考案例

甲、乙為配偶關係，丙為甲與其前配偶所生之子女，但乙、丙兩人關係素來不睦。在甲死亡並且火化後，由於乙、丙爭奪對於甲之遺骨的繼承權而互不相讓。

◎思考問題

1. 若有人建議兩人何不比照一般繼承財產之例，分割甲之遺骨，試評述之？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一四八條

◎案例與法律解析

一、遺體遺骨的法性質

自然人的身體，在生前乃是與人類個人本性合成一體之人格的權利化，而形成法律上人格（＝權利能力），身體本身並無獨立作為權利客體之餘地。然而，若在身體因死亡致使其法律上人格消滅而變成遺體（＝屍體）或是遺骨時，到底是以之為民法上的「物」而得以作為權利之客體？抑或是應該承認其仍具有殘存人格而予以特殊化？其在法律上的性質向來存有爭議。

即使無法否定遺體遺骨的「物」性，卻由於其作為個人尊嚴的殘影或尊崇的對象，在現行法上依然受到特別的保護（參照刑法二四七、二四九、二五〇；刑訴法二〇四、二〇四之一、二一六、二一七；解剖屍體條例、人體器官移植條例），而在對於遺體遺骨的殯葬行為方面，亦要求「兼顧個人尊嚴及公眾利益」（殯葬管理條例一），並且以無正當理由停屍不殮、停厝不葬或藉故抬棺或抬屍滋擾者，為妨害安寧秩序之行為（社會秩序維護法七四VI）。

雖然，有論者認為，遺體遺骨並無交易價值，亦不具有融通性，但是關於其管理、使用、收益、處分等權限，卻與舉喪、埋葬（納骨）、祭祀等相關事項間，確實存在著特殊的法律關係。而基於以上之特殊性，遺體遺骨因此乃有別於民法上一般的「物」，而具有特別地位。然而，若論對於其權限之性質，既非債權亦不屬於物權或其他法權，或可以獨立稱之為「遺體遺骨權」。

二、遺體遺骨的財產（遺產）性

民法第一一四八條規定，繼承人自繼承開始時，除專屬於被繼承人本身者外，原則上承受被繼承人財產上之一切權利義務。由此可知，繼承之標的乃是以原屬於被繼承人財產上之權利義務者為限，其內容包括物權、債權、債務、無體財產權及其他不能稱之為有明確權利義務的事物，只要是在財產法上具有法律地位，皆概括成為繼承之對象。此即是所謂的「概括繼承」原則。故而，被繼承人死亡後之遺體遺骨是否得以作為遺產，而成為繼承人之繼承標的，乃與遺體遺骨在財產法上是否具有法律地位相關。

關於遺體遺骨的財產性，有論者採埋葬（祭祀）權說，認為遺體遺骨既欠缺商業交易性，亦與一般的所有權有別，而是以之為在埋葬（祭祀）權人管理下的特別排他性權利。另有論

者則採所有權說，直接視遺體遺骨為所有權之對象，惟其理由又可分為：一、繼承人所有說：其視之為繼承之標的，主張自然人的身體因死亡而「物化」歸於繼承人所有；二、占有人所有說：其以遺體遺骨為無主物，主張遺族等人擁有優先占有權，在不違反公序良俗的情形下歸於占有人所有；三、埋葬權人所有說：主張歸於在習慣上對於遺體遺骨有埋葬權之人所有。

由於自然人的身體本身無法獨立作為權利客體，即使在自然人死亡後身體失去生命而被視為「物」，因其曾為法律上權利義務主體之故，在社會通常觀念上，依然難以承認自然人死後的身體（遺體遺骨）得以作為一般權利客體。因此，一、繼承人所有說難以解釋非屬於被繼承人所有物的身體，在死亡後如何轉化為繼承之對象。二、占有人所有說亦是基於以上繼承人所有說之矛盾點的主張，由於占有人或占有目的的範圍難以確定且存有擴大的可能性，故而難免遭受到質疑。三、埋葬權人所有說，亦否定遺體遺骨的商業交易性，並將之限制在以祭祀、埋葬、管理、供養等為目的的有限性權限上，然而，如此一來，其內容則與埋葬（祭祀）權說間，無存有實質上差異。另外，有論者將被繼承人遺體遺骨排除於繼承財產之外，其主張似近於以上埋葬權人所有說。

三、繼承人之於遺體遺骨的權利

如上所述，雖然將遺體遺骨的權利歸屬於對其有埋葬（祭祀）權之人所有，似乎較具合理性，不過此說所謂的「在習慣上埋葬（祭祀）遺體遺骨之人」者，具體而言，究竟指的是何許人也，則成為問題。在昔日「宗祧繼承」制下，女子原則上並沒有繼承遺產之權，其原因或是在於女子無埋葬祭祀之職責（特權）。惟現行民法已不採行宗祧繼承制，故繼承人有否擁有繼承權，已經與其是否實際埋葬祭祀被繼承人無關。然而，即使如此，遺體遺骨亦應與一般的繼承財產有別，其論理始能一貫。否則，遺體將成為分割之對象。

一般而言，由於遺體具有完整性而不適於分割，惟在遺骨的情形，由於其在想像上並非不能分離，若是繼承人有數人且爭執於此，則不免將成為問題。事實上，在比較法上，亦有承認分骨（分靈）祭祀之例。不過，台灣的社會習慣上，向來存有著重維持「全屍」（全骨）的傳統觀念，即使是遺骨亦不輕易分置異處，故而影響器官捐贈的風氣。因此，就我國家族法的解釋而言，被繼承人之遺骨亦與遺體相同，無法如同一般遺產之例，准許共同繼承人依據民法第一一六四條規定之分割請求。理論上，繼承人之於被繼承人遺體遺骨的權利，應視為具有特殊性之永久共同共有關係。惟如斯之解釋結果，卻未必與將遺體遺骨的權利歸屬於有埋葬（祭祀）權之人所有的如上論述，在論理上相互一致（另參照民法一一六五II）。

四、結語

其他與被繼承人遺體遺骨的歸屬（繼承）權相類似者，其實尚有家譜、祭具、塋墓乃至於

祭祀公業派下資格等所謂「祭祀財產」的繼承問題。對於以上相關重要問題，現行民法上並未有任何特別規定，若是一律以一般遺產之例處理，卻又與社會實際存在的情形不符。台灣既是以重視「慎終追遠」觀念之漢民族社會為主流，則民法似乎不應持續對於以上的問題保持緘默，而任由司法實務援引「習慣」抑或以「特約」為理由，作出明顯與其自身之原理（民法一）相背離的適法認定（二〇〇三台上一二八〇號判決參照），以維護民法上論理的一貫性及個人乃至於法律的尊嚴。

◎自我評量

1. 請說明遺體遺骨的財產性為何？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了百分之多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

第八單元、繼承人的地位與權利

一、繼承資格的喪失

◎思考案例

甲罹患癌症，由於無法忍受身體疼痛而哀求其妻乙協助早日解脫，乙遂打開瓦斯致使甲中毒而死。此時，因甲之死亡而開始繼承。

◎思考問題

1. 民法如何規定繼承資格的喪失？
2. 乙是否能夠繼承甲之遺產？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一四〇條、第一一四五條、第一一四七條、第一一四八條、
第一一八八條

◎案例與法律解析

一、法律制度上的意義

即使具有民法所承認的遺產繼承人(=繼承人)一般資格，對於破壞繼承制度基礎之行爲人，民法基於維持家族關係上應有正當秩序的公益性理由，不論遺產原所有人(被繼承人)之意思或意向，在法律上當然剝奪其繼承資格，以使之無繼承權者，是爲繼承資格的喪失。(推定)繼承人之行爲若有該當於民法所定的失格事由，自然產生繼承資格喪失的效果(民法一一四五)。

一般而言，繼承人喪失其繼承資格的場合有兩種，一在繼承開始前，繼承人違反其自己意思，而被剝奪作爲繼承人之資格的情形；另一在繼承開始後，繼承人以自己意思放棄作爲繼承人之資格的情形。不過，民法上關於前者，似不限於繼承開始前，在繼承開始後，亦有違反繼承人意思而剝奪其繼承資格的可能(同條I④)。

繼承資格的喪失，乃是基於維持作爲繼承制度基礎的公益性理由，而不考量被繼承人的意思，即剝奪繼承資格的規範，其性質上屬於一種民事制裁。若要是徹底貫徹這一點，在繼承資格喪失時，則不應該承認以被繼承人的意思，得回復失格者之繼承資格的可能性。不過，由於繼承乃是決定被繼承人遺產歸屬的制度，在被繼承人對於該財產之歸屬存有明確意思

時，若是強調應該尊重其意思（最終意思），則法制思考容易傾斜於承認對於喪失繼承資格者的宥恕。此時，由於被繼承人對於喪失繼承資格者的生前贈與仍屬自由，因此在實現其自己意思這一點上，亦能得到肯定以被繼承人之宥恕作為遺產繼承人不喪失繼承資格的理由。

二、繼承人的法定失格事由

民法第一一四五條法文上規定，若有同條第一項各款情事之一者，喪失其「繼承權」。而就此內容，一般學說則將其區分為「當然失權」及「表示失權」兩種類型。

一、當然失權事由

(一)絕對當然失權事由（同條 I ①）：故意致被繼承人或應繼承人於死或雖未致死因而受刑之宣告者。

(二)相對當然失權事由（同條 I ②至④）：1.以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑，或使其撤回或變更之者。2.以詐欺或脅迫妨害被繼承人為關於繼承之遺囑，或妨害其撤回或變更之者。3.偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。

以上的區別，乃是基於同條第二項中規定：「前項第二款至第四款之規定，如經被繼承人有恕者，其繼承權不喪失」而來。

二、表示失權事由（同條 I ⑤）

對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。惟實務上認為，繼承人對於被繼承人負有扶養義務而惡意不予扶養者，亦屬有重大虐待之行爲（1985台上—八七〇）。而所謂被繼承人之表示，不以遺囑表示為限，如有明確事實，足以證明被繼承人生前有為不得繼承之表示者，繼承人之繼承權即因之而喪失（1956台上三六三、1983台上四七一〇號）。

本條第一項雖謂「喪失其繼承權」云云，然繼承因被繼承人死亡而開始（民法一一四七），繼承一經開始，才由繼承人承受被繼承人財產上之一切權利義務（民法一一四八本文），故事實上，繼承人在被繼承人死亡時，始有具體的繼承權。因此，論者稱民法上如第一一四〇或第一一四五條所規定繼承開始前之繼承權，是「為繼承之權利」或「應為繼承人（=推定繼承人）之權利」，而非具嚴格意義之繼承權，亦另有稱之為「期待權性質之繼承權」者。惟究極言之，民法將繼承開始前應為繼承人之權利亦稱為「繼承權」，似由於原始立法者誤植所致，其實法文原意應是指「繼承資格」而言，並非如論者所稱民法承認兩種繼承權。

三、繼承資格喪失的法律效果

民法規定有第一一四五條第一項列舉情事之一者，喪失其「繼承權」，亦即一有法定失格事由，不待法院以裁判宣告，當然發生喪失繼承資格之效果。喪失繼承資格之效果，一般雖然以發生於「繼承開始前」者較多，惟如本條第一項第一款或第四款之事由，亦有於「繼承開始後」始發生而確定繼承人喪失繼承資格的情形。

法定失格事由在繼承開始前發生時，自其發生時點起，而法定失格事由在繼承開始後發生時，溯及於繼承開始時起，發生喪失繼承資格的效果。民法上對於繼承資格喪失的時點雖未設有明文規定，因喪失繼承資格者，本不得有繼承權，自應解為溯及於繼承開始時發生效果，即使事實上曾為繼承者，亦依法自始非為繼承人。由此足見其所喪失者並非繼承權，而應為繼承資格。

遺產未分割前，失格者固無請求分配之權利，遺產若於判明法定失格事由前已先行分割，因其為「繼承權被侵害」情形，而屬於請求回復繼承權的問題（民法一一四六 I）。失格者若為被繼承人之直系血親卑親屬，且其有直系血親卑親屬時，另發生代位繼承的問題（民法一一四〇）。失格者喪失繼承資格的效果，僅在與被繼承人間的相對關係上發生，並不妨礙其作為他人之繼承人，惟其若對於第三人以繼承人資格處分繼承財產之情形時，則屬於無權處分行為（民法一一八）。此外，本條亦為喪失受遺贈資格之法定事由（民法一一八八）。

四、結語

本條規定內容並非一致，其兼有「客觀事由」（同條 I ①至④）及「主觀事由」（同條 I ⑤）的性質在內。前者具公益性，乃立法者維持繼承法秩序之規範，故為真正法定失格（單純喪失繼承資格）事由；後者較不具公益性，事實上是尊重被繼承人意思的結果，其性質則屬於意定失格（褫奪繼承資格）事由。然而，原始立法者非但未嚴格貫徹此一繼承秩序法理（同條 II 參照），而且對於被繼承人意思（恣意？）亦未在制度上設制衡規定，恐難免於有權利濫用之虞。無論如何，乙之行為該當於以上法定失格事由，故無法繼承甲之遺產。

◎自我評量

請說明何謂「繼承權之喪失」？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 林秀雄，繼承權之喪失，月旦法學教室 第九期

二、繼承權受侵害時之權利回復

◎思考案例

乙為甲之繼承人，惟丙雖非甲之繼承人，卻僭稱為唯一繼承人，而獨自一人占有管理甲之遺產，並將遺產中之不動產，辦理單獨所有名義之登記。

◎思考問題

1. 民法如何規定「繼承回復請求權」？
2. 乙應如何要求丙返還遺產，以回復自己的繼承權？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一四六條、釋字第四三七號

◎案例與法律解析

一、繼承回復請求權之法律性質

所謂「繼承回復請求權」者，乃繼承人被無正當權源之他人，因占有遺產之全部或一部，而致使其繼承權被侵害時之權利原狀回復請求權。然而，屬於「繼承權被侵害」之情形，並不以於繼承開始時自命為繼承人而行使遺產上權利者為限，釋字第四三七號解釋認為，凡「無繼承權而於繼承開始時或繼承開始後僭稱為真正繼承人或真正繼承人否認其他共同繼承人之繼承權，並排除其占有、管理或處分者」皆屬之。

由於是侵害人以無法律上原因（無繼承權）取得遺產，致使真正繼承人之繼承權遭受到損害，故本質上亦曾被論者視為一種特殊的不當得利返還請求權。不過，對於繼承回復請求權之法律性質，論者間觀點分歧。我國學界及實務上，則以獨立權說為通說，認為繼承回復請求權，係基於繼承人之繼承權，由法律所承認之特別獨立的請求權。

若只承認繼承人擁有所有物返還請求權或不當得利返還請求權等個別權利，則民法並無特別承認繼承回復請求權的必要。繼承人基於概括繼承原則取得遺產之所有權，而相應於此一

原理的結果，當然亦取得個別的請求權。既然民法承認繼承回復請求權的存在，則應將其定位為基於保護繼承人之固有請求權。因此，就繼承法之規範體系而言，獨立設置第一一四六條之繼承回復請求權，並特別規定消滅時效，皆說明繼承回復請求權與財產法上其他請求權規範不同。

二、請求回復繼承權利的方式

得行使繼承回復請求權者，乃繼承權被侵害的繼承人或其法定代理人。而行使繼承回復請求權時，由於民法上並無其他限制，故非必以裁判方式為之。然而，以裁判方式請求時，請求權人僅須證明自己確有繼承權及繼承權已被相對人侵害之事實即可，不須為所有權或其他特別權源舉證。另外，行使繼承回復請求權後，同條第二項所規定之消滅時效則因而中斷。

繼承回復請求權行使時之相對人，為無繼承權卻自命為繼承人或否認真正繼承人地位之其他共同繼承人，即是所謂「表見繼承人」。無論表見繼承人是善意或惡意，抑或有無過失等，只要事實上侵害真正繼承人之繼承權者，均為繼承回復請求之相對人。又不論其侵害繼承財產是在繼承開始前，或在繼承開始時，抑或是在繼承開始後，都應該一律視為繼承回復請求之相對人（一九六四台上五九二號判例參照）。表見繼承人即使已經死亡，真正繼承人亦得對該人之繼承人行使繼承回復請求權。

繼承回復請求權之行使方法，如同以上所述，非必以訴訟方式為之。惟以訴訟方式請求時，請求回復之真正繼承人，須就：一、自己確有繼承權之事實；二、請求標的物在繼承開始當時，已為被繼承人所占有之事實負舉證責任，即以舉證占有事實為已足，無庸為所有權或其他特別權源舉證。而相對人若要排除真正繼承人之繼承權，則應就其在該繼承財產上有特別權源之事實負舉證責任。其請求內容，包括一切屬於被繼承人遺產之物及權利之返還，並得請求因返還所必要之不動產登記簿之塗銷或變更、物權之給與及債權之讓與。

三、與其他個別的請求權間之關係

表見繼承人在占有繼承財產而真正繼承人尚未回復繼承權時，真正繼承人是否得基於繼承開始而取得之所有權，對於表見繼承人行使所有物返還請求權或不當得利返還請求權？此一問題，乃涉及繼承回復請求權與其他個別的請求權間的法律關係。

在訴訟上兩種訴訟是否得以並存，學說上雖仍存有爭議，惟我國的繼承回復請求權，實務上視為兼具確認繼承人資格及給付請求權之訴訟，多數論者亦如獨立權利說所示，主張繼承回復請求權乃具有人的請求權與物的請求權之混合性質，而就物的給付請求權，則認為是獨立之請求權。因此，在我國法上，繼承回復請求權與其他個別的請求權，則應有並存或競合之可能（二〇〇一台上四六四號判決）。故而，真正繼承人之繼承權在被他人所侵害時，真正繼承人同時擁有繼承回復請求權及個別的請求權。

在遺產之全部或一部被表見繼承人不法侵害時，真正繼承人應擁有兩種救濟方法：一、行

使繼承自被繼承人之請求權。在訴訟上被告（第三人）不爭執原告（繼承人）之繼承權，卻主張原告無所有物返還請求權時，原告只能提出個別的所有物返還請求權，不能主張繼承回復請求權。然而，此時並無消滅時效之適用。二、行使繼承回復請求權。即被告在訴訟上爭執原告之繼承權，並主張自己或第三人為繼承人，而與原告之繼承回復請求權發生衝突時，真正繼承人得以表見繼承人為對象，行使繼承回復請求權。此時，則有消滅時效之適用（一九六四台上九九二八號判例）。

此外，真正繼承人雖罹於繼承回復請求權之時效規定，但表見繼承人若不抗辯真正繼承人之請求，反而返還其所占有之繼承標的物時，由於真正繼承人之繼承權並不因消滅時效完成而喪失，因此表見繼承人其後仍不得依不當得利之規定，請求真正繼承人返還該繼承標的物。

四、繼承權利回復請求期間——代結語

請求回復繼承權之期間，民法第一一四六條第二項定有兩種情形：一、自知悉被侵害之時起二年間不行使者；二、自繼承開始起逾十年除斥期間不行使者，其請求權歸於消滅。一旦時效消滅，真正繼承人因繼承而取得或負擔之一切權利義務，亦同時包括的消滅，並由表見繼承人取得繼承權及遺產之所有權（一九五一台上七三〇號判例）。惟有權主張時效利益者僅限於表見繼承人，其他人均不能援用時效之規定。

在本事例中，乙或其法定代理人應於繼承回復請求權時效消滅前，主張自己為真正繼承人，向丙請求返還其無權取得之遺產。

◎自我評量

1. 請說明何謂「繼承回復請求權」？
2. 「繼承回復請求權」之權利請求回復期間為何？
3. 繼承權侵害之時點為何？(可參照 53 台上 592 號判例)

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分
就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 林秀雄，繼承回復請求權，月旦法學教室 第十期
2. 林秀雄，繼承回復請求權相關實務見解之研究，輔仁法學第二三期

三、代位繼承人之拋棄繼承

◎思考案例

甲有子女A、B、C三人，C有養子女D、E二人，然而C先於甲死亡。甲死亡後，留有遺產六百萬元，E卻拋棄繼承。

◎思考問題

1. 民法有關拋棄繼承之規定為何？
2. D得以分配到多少遺產？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一七四條、第一一七五條、第一一七六條之一

◎案例與法律解析

一、拋棄繼承的意義及性質

所謂「拋棄繼承」是指在繼承開始後，繼承人依法定方式，向法院所為拒絕承受被繼承人財產上之一切權利、義務，且脫離繼承人地位之單方意思表示。即使繼承人有數人，各繼承人亦得單獨為拋棄，並不影響其他繼承人之繼承。繼承人拋棄繼承，在遺產債務大於遺產時，乃賢明合理的選擇。

拋棄限於絕對拋棄，民法並不承認因特定人而為之相對拋棄。另外，即使繼承人意圖藉由拋棄繼承以損害遺產債權人之利益，其亦不構成權利濫用。然而，拋棄須於繼承開始後為之，繼承開始前締結之拋棄契約為無效。至於因被詐欺或被脅迫而拋棄繼承權者，該繼承人得撤銷其拋棄之意思表示（民法九二），惟為避免影響債權人及次順序繼承人之利益，拋棄繼承權之撤銷，應以書面向原為拋棄表示之法院為之，並書面通知因其拋棄而應為繼承之人（民法一一七四II參照）。若非因被詐欺或被脅迫，是否亦得以撤銷拋棄繼承，學者間存有爭議。另於再轉繼承時，第二繼承之繼承人（=再轉繼承人）在拋棄第一繼承後，即使其後又為第二

繼承之拋棄，惟拋棄第一繼承之效力，並不因此溯及為無效（民法一一七五參照）。

二、拋棄繼承的要件

依民法第一一七四條第二項規定，繼承人拋棄其繼承權須具備下列要件：

- 一、須為有繼承權之繼承人：因被繼承人死亡而得為繼承權之拋棄者，須為已取得繼承權之人。有繼承權之胎兒，則例外由其法定代理人為之。
- 二、須在繼承開始後為之：繼承人拋棄繼承，應於知悉其得繼承之時起三個月內（＝熟慮期間）以書面向法院為之。若繼承開始前預為繼承權之拋棄，則不生其效力（一九三三上二六五二號判例）。
- 三、須於知悉其得繼承之時起三個月內為之：繼承人拋棄繼承權之熟慮期間，自「知悉」其得為繼承之時起算，若無行為能力人或限制行為能力人為繼承人時，其期間之起算，應以法定代理人知悉之時起算。
- 四、須在未有單純承認繼承前：繼承人在熟慮期間終止前，若未有積極承認繼承之意思表示，自仍得為繼承權之拋棄。然在其一旦承認繼承後，縱使未逾越該期間，亦不得再為拋棄繼承之意思表示（一九六三台上四五一號判例）。
- 五、須以書面向法院為之：繼承人在拋棄繼承時，應以書面向被繼承人住所地之管轄法院為之（非訟事件法七七之一）。
- 六、須全部拋棄，不得一部拋棄：繼承人為繼承權之拋棄時，其範圍及於繼承權之全部，若僅為一部拋棄，則不生拋棄之效力（一九七八台上三四四八號判例）。

三、拋棄繼承的效果

民法第一一七五條規定，繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。亦即，拋棄繼承權者（＝拋棄繼承人），視其自始不具有繼承人之地位，而遺產亦自始不歸其所有。於此情形時，拋棄繼承人原有之應繼分，乃轉由其他共同繼承人繼承，並不發生由其直系血親卑親屬代位繼承的問題。不過，由於民法上規定拋棄具有溯及的效果，因此在與交易安全的關係上，則可能產生若干問題。例如，拋棄繼承人在拋棄前，其與第三人間發生的交易關係，由於民法並無另設有保護第三人的特別規定，理論上拋棄繼承人可以藉由拋棄其繼承權對抗之。

一、對於拋棄繼承人的效果：民法第一一七四條第二項規定繼承人拋棄繼承時，應以書面通知因其拋棄而應為繼承之人的目的，在使因其拋棄而應為繼承之人，得以迅速為限定繼承或拋棄繼承之選擇，而使法律關係早日確定，並保護利害關係人之利益。繼承人即使因拋棄繼承，而對被繼承人之權利義務關係，溯及於繼承開始時即不因混同而消滅，既不取得對被繼承人的權利，亦不負擔義務，但是仍須以一般債務人地位負清償責任。另依民法第一一七

六條之一規定，拋棄繼承人就其所管理之遺產，於其他繼承人或遺產管理人開始管理前，應與處理自己事務為同一注意繼續管理遺產，避免其他繼承人及被繼承人之債權人受到損害。

二、對於其他繼承人的效果：民法對於拋棄繼承後之應繼分歸屬，係採取「繼承人不存在說」。民法第一一七六條規定：(一)第一順序繼承人中有拋棄繼承時，其應繼分歸屬於其他同為繼承之人；(二)第二順序至第四順序繼承人中有拋棄繼承時，其應繼分歸屬於其他同一順序之繼承人；(三)與配偶同為繼承之同一順序繼承人皆拋棄繼承而無後順序繼承人時，其應繼分歸屬於配偶；(四)配偶拋棄繼承時，其應繼分歸屬於與其同為繼承之人；(五)第一順序繼承人中親等近者皆拋棄繼承時，由次親等之直系血親卑親屬繼承（本位繼承）；(六)先順序繼承人皆拋棄繼承時，由次順序繼承人繼承，其次順序繼承人有無不明或第四順序繼承人皆拋棄繼承時，則準用無人承認繼承之規定。另因他人拋棄繼承而應為繼承之人，其為限定繼承或拋棄繼承時，應於知悉其得繼承之日起二個月內為之（民法一一七六VII）。

四、代位繼承制度與拋棄繼承

代位繼承制度之本旨，在保護被代位人之繼承人對於繼承權的期待利益，以維持「子股」之公平。惟若解釋民法第一一七六條第一項規定之第一順序繼承人亦包括代位繼承人在內，則以上立法本旨恐難再維持。理論上而言，繼承人所拋棄者，應是其繼承權，而非應繼分。既然拋棄繼承之效果溯及繼承開始時發生效力，則拋棄繼承人自始既屬無繼承權，自無再將其應繼分歸屬於他人之理。否則，其解釋不但存有矛盾，在代位繼承人拋棄繼承時，亦造成應繼分計算之複雜化。因此，在解釋上述第一順序繼承人時，應基於繼承人不存在說之立場，認其不包括代位繼承人，始符合立法者的意思。本件事例若是基於以上論點觀之，則D得以單獨代位繼承C之應繼分，而與A、B平均繼承甲之遺產，其應繼分則各為遺產的三分之一，即得以分配到二百萬元。

◎自我評量

1. 請說明何謂「拋棄繼承」？
2. 拋棄繼承之效力為何？
3. 請說明拋棄繼承時應繼分之歸屬？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

1○ 0%~20%

- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 林秀雄，部分血親繼承人拋棄繼承時之效力，台灣本土法學雜誌 第二八期

四、拋棄繼承人的歸扣義務

◎思考案例

甲有子A、B、C三人，甲生前因A結婚而贈與50萬元，因B營業而贈與100萬元。數年後，甲突然去世，留下50萬元。

◎思考問題

- 1.若B拋棄繼承時，甲之遺產應如何分配？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一一七二條、第一一七三條、第一一七四條、第一一七五條、第一一七六條、第一一七六條之一

◎案例與法律解析

一、拋棄繼承人的地位

民法第一一七四條第二項規定：「前項拋棄，應於知悉其得繼承之時起三個月內，以書面向法院為之。」其目的在使因其拋棄而應為繼承之人，得迅速作限定繼承或拋棄繼承的選擇，以使因繼承開始而生之法律關係早日確定，並保護利害關係人之權益。

由於同法第一一七五條上另規定：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」因此，繼承人一旦拋棄繼承，其自繼承開始時，即不具有繼承人的地位，該拋棄繼承人與被繼承人間之權利義務關係，溯及於繼承開始時即不因混同而消滅；其既不取得對於被繼承人之權利，亦不負擔義務，故而拋棄繼承人對於被繼承人負有債務者，雖無同法第一一七二條的「扣還」

義務，但仍須以一般債務人地位負清償責任。

即使如此，拋棄繼承人就其所管理之遺產，依據同法第一一七六條之一規定，於其他繼承人或遺產管理人開始管理前，對於該遺產應與處理自己事務為同一之注意，繼續管理之，以免有害於其他繼承人及如繼承債權人等利害關係人的權益。

二、「歸扣」的性質

民法第一一七三條第一項規定：「繼承人中有在繼承開始前因結婚、分居、營業，已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，為應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，不在此限。」本條即所謂「歸扣」制度的規定，學說上一般將本規定上之贈與，稱之為「特種贈與」。實務上認為，本條立法係採行列舉主義，而非屬例示規定，因此於被繼承人生前因其他事由對於繼承人所為之贈與，不能適用本條之規定（一九三八上三二七一號判例）。

本條規定之立法目的，在謀求各繼承人間的公平，本條上由於民法擬制被繼承人生前之特種贈與，其具有應繼分「事先給付」的性質，因此在因被繼承人死亡後計算各繼承人之應繼分時，課予受有特種贈與的繼承人歸扣之義務，以期公平。否則，曾受有特種贈與之繼承人，不但無須歸還此類具有應繼分事先給付性質的特種贈與於其他繼承人，尚得以本於繼承之地位，就被繼承人死亡時所留之遺產再受分配，如此則不免影響其他繼承人之利益，亦違反平等繼承的原則，故而民法上乃有本制度。

不過，以上擬制若與被繼承人生前之意思相反，即被繼承人生前有不欲受有特種贈與之繼承人為歸扣制度所拘束的意思時，民法則基於尊重被繼承人之最終意思，規定免除該繼承人的歸扣義務。

三、拋棄繼承人是否為歸扣義務人

歸扣義務人既然為受有特種贈與之繼承人，就理論上而言，只有居於繼承人地位者，始可能成為歸扣之義務人。因此，如上所述，拋棄繼承人既自繼承開始時即不具有繼承人的地位，主張將其排除於歸扣義務人之外，在論理上乃極為自然的結果。然而，學說上對此卻有不同的見解。

一、無須歸扣說：此說認為民法第一一七三條的拋棄繼承人，雖被繼承人未為反對之意思表示，然其對於受贈財產之權利，並不因此喪失。其原因在於：「拋棄其繼承權者，已非復為同條所稱之繼承人，法律上亦無使其所受贈與失去效力之規定」（最高法院1942年11月19日民庭總會決議）。

二、須歸扣說：此說認為，生前之特種贈與，性質上應為應繼分之前付，繼承人既受應繼

分之預付，即不得藉口於繼承之拋棄而免除返還責任。

三、折衷說：此說認為拋棄繼承人是否有歸扣義務，應以其他共同繼承人之特留分是否受到侵害為斷，不可一概而論。其理由在於：「因不拋棄之繼承人仍應有其特留分權，故其特留分權一旦被侵害，應准不拋棄繼承人得向拋棄繼承人，行使特留分之扣減權，否則特留分之規定等於具文」。

以上須歸扣說無視拋棄繼承人不具繼承人地位的規定（民法一一七五），仍牽強解釋其有歸扣義務，實屬論外觀點。而折衷說的出發點，似為調和是否歸扣之對立兩說而提出，惟其以繼承人得向拋棄繼承人行使扣減權的主張，明顯是與以遺贈、死因贈與等繼承開始後始生效力之法律關係為對象的規定不符（民法一二二五），故此說觀點亦難以通過解釋論上的檢驗。

關於依據現行規定繼承人無法對於受有高額特種贈與之拋棄繼承人行使扣減權的非公平性，有論者主張繼承人拋棄繼承後，其應繼分已然歸屬於其他共同繼承人（民法一一七六），實無權再受有應繼分之預付，而應基於不當得利的法理，令其「返還」本質上原屬於特種贈與之價額。

四、結語

以上爭執於拋棄繼承人是否有歸扣義務的原點，在於論者基於民法第一一七三條規定以「演繹」出特種贈與之性質為應繼分預付的論理。惟立法者或被繼承人是否真有此意思，不無斟酌餘地。若果如論者所言，特種贈與屬應繼分預付，則似應另說明被繼承人對於繼承人的其他生前贈與（數額亦可能為高額），為何未列為歸扣對象。

如立基於「分家 / 產」思維，以特種贈與為應繼分預付之說，確有立論基礎，惟其形式應不限結婚、分居、營業等；立法者所以限縮歸扣對象，乃三者數額通常較高，為求公平遂有本條項之設。即使如此，拋棄繼承人既已非繼承人，其應繼分即欠缺存在前提，此際若解釋被繼承人生前贈與為特種贈與或因拋棄繼承而轉換為一般贈與的財產為不當得利，在論理上與溯及規定間難免有矛盾。因此，除非修改現行法或另設規定，否則只能解釋拋棄繼承人無歸扣義務。

基於以上，B 因拋棄繼承而非繼承人，故無歸扣義務；A 因結婚受贈之五十萬元應列為歸扣對象，並合併甲遺留之五十萬元為應繼遺產；而該應繼遺產，則由 A、C 兩人共同繼承，即各取得二分之一。

◎自我評量

1. 請說明「歸扣」之性質為何？
2. 拋棄繼承人是否為歸扣繼承人？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分
就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 黃宗樂，遺產繼承人、特種贈與之歸扣及功勞額，台灣本土法學雜誌第十九期

五、非完全收養下的代位繼承

◎思考案例

甲有子女 A、B 二人，而 A 亦有成年之子 α 與未成年之子 β 二人。A 於二〇〇八年三月二日經甲同意成為丙之養子，但 α 卻未隨同 A 至養家。

◎思考問題

1. 民法如何規定「代位繼承」？
2. 如果甲死亡後，其遺產應如何分配？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第一零七七條、第一一三八條、第一一三九條、第一一四零條、
第一一四一條、第一一四五條

◎案例與法律解析

一、前言

在二〇〇七年五月二十三日民法修正公布前，關於收養行為對於養子女之直系血親卑親屬

究竟有如何之效力，民法上雖無設明文規定，但是學說通說多採所謂「完全收養制」，亦即養子女在被收養時，若有子女，原則上不問其是否已成年，一律隨同養子女進入養家。不過，上述新修正之民法以「鑑於外國立法趨勢」為理由，明白採用「不完全收養制」，而在第一〇七七條第四項中規定：「養子女於收養認可時已有直系血親卑親屬者，收養之效力僅及於其未成年且未結婚之直系血親卑親屬。但收養認可前，其已成年或已結婚之直系血親卑親屬表示同意者，不在此限。」

台灣社會之收養係承襲漢民族社會的傳統，以「為家」乃至於「為親」為其目的，即使一九八五年民法修正時，對於收養之目的力求為養子女之利益，且導入由法院認可收養之規定，但是基本上仍未脫離以上的目的。不過，在學者間相繼援引諸外國以子女利益為中心之收養法立法動向，力陳收養應朝向「為子女之收養」的發展趨勢後，收養法的變革遂成為自然之結果，因而有二〇〇七年的民法修正。

二、代位繼承制度的內容

民法第一一四〇條規定：「第一一三八條所定第一順位之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」此一制度的存在目的，在於保障後順位繼承人對於繼承之期待權與繼承之公平性，認為由繼承人之後順位直系血親卑親屬繼承其前順位繼承人（被代位人）死亡時可得之應繼分，乃保護後順位繼承人之繼承期待利益，且藉此可以調合繼承權利之公平分配。

民法上雖然承認代位繼承制度，惟關於其在法律上之性質，學說上則有「代位權說」及「固有權說」之區別。代位權說認為代位繼承人之代位繼承權係承受自被代位繼承人之繼承權，亦即代位繼承人取代被代位繼承人之地位而為繼承。相對於此，固有權說則認為代位繼承人之繼承權，並非承受被代位人之繼承權，而係基於其固有之繼承權（民法一一三八 I ①）而直接繼承被繼承人之遺產，只不過其在繼承順序（民法一一三九）上取代被代位繼承人之地位而已。目前，實務及學說方面，皆以固有權說為通說。

即使如此，不論係採代位權說或固有權說，由於代位繼承人同為取代被代位繼承人之地位而為繼承，因此代位繼承人得以繼承之遺產範圍，僅及於被代位繼承人之應繼分（即所謂「分股說」），而非與被代位繼承人之同一順序繼承人（有數人時），按其人數平均繼承（民法一一四一參照）。又發生代位繼承的要件，如前所述，其僅限於被代位繼承人有於繼承開始前死亡或喪失繼承權之情形，除此以外之情形則不發生代位繼承。

三、代位繼承制度與不完全收養制

既然，如前述，民法上關於發生代位繼承的要件，僅限於被代位繼承人有於繼承開始前死

亡或喪失繼承權之情形，則被繼承人之直系血親卑親屬若於繼承開始前成為他人之養子女，自無從適用代位繼承之規定。然而，在二〇〇七年五月民法修正公布後，其中關於收養之效力，已從完全收養制改採不完全收養制，惟發生代位繼承的要件卻未隨同修正，故可能發生被繼承人之直系血親卑親屬因未隨同出養，而使其在繼承開始時無法援引代位繼承規定繼承遺產，以致於發生權利分配不公的情形。

死亡之所以作為發生代位繼承的要件之一，乃基於被代位人之繼承人（＝代位繼承人）對於被代位人之財產（包括其因繼承而取得之財產）具有繼承期待利益，惟由於被代位人在繼承開始前死亡，致使代位繼承人之如斯利益無法實現，因此著眼於保護被代位人之繼承人之繼承期待利益的要求，以求達到被繼承人之所有直系血親卑親屬間繼承權利的公平，於是民法上乃有代位繼承制度。又相對於此，喪失繼承權之所以亦作為發生代位繼承的要件之一，乃基於被代位人雖因有民法第一一四五條中列舉之喪失繼承權事由而致使其喪失對於被繼承人遺產之權利，惟在民法之責任原理下，對於喪失繼承權之事由僅有被代位人須負其責任，而與被代位人之繼承人並無關聯，因此乃規定如斯情形亦得為發生代位繼承之要件，以求繼承人間權利分配的公平性。

由此可知，民法規定代位繼承制度的內在原因，皆是基於保障非因自己之原因而喪失繼承利益之直系血親卑親屬的繼承權，並藉之以維持同一順位之繼承人間權利之公平。如前所述，實務及學說上以固有權說作為通說，其理由亦在於此。即使如此，代位繼承之規定在既往學說之通說多採完全收養制下，由於不論養子女之直系血親卑親屬是否已成年，皆隨同養子女進入養家，故不發生繼承權利公平分配與否問題。然在二〇〇七年之修正改採不完全收養制以後，養子女之已成年或已結婚之直系血親卑親屬未表示同意隨同養子女進入養家者，則於收養關係存續中，停止與養子女間之權利義務（民法一〇七七II），亦即停止雙方之法律上親子關係。倘若如此，不論是在養子女之本生家或是養家，其直系血親卑親屬皆無法適用現行法上之代位繼承制度。

四、結語

以子女之利益作為出發點的二〇〇七年民法修正，其在收養之效力告別完全收養制而改採不完全收養制的規定上，似乎忽略民法欲藉由代位繼承制度以保障後順位直系血親卑親屬之繼承期待利益的設計，致使如本例題中成為丙之養子女A，其成年之子 α 在甲死亡後，既無法代位繼承A之應繼分，亦不能對於A之養家取得代位繼承的資格。如此一來，遂產生民法對於 α 之繼承期待利益的保護漏洞。

基於以上敘述，本題關於甲之遺產，實屬遺憾的，因 α 未符合代位繼承的要件，故僅由B一人繼承全部遺產，其餘A與未成年之子 β 則無遺產請求權。

◎自我評量

1. 請說明何謂「代位繼承」？
2. 請說明民法親屬篇有關收養的規定，於九六年修法前後之不同？

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分
就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

◎參考資料

1. 許樹林，論民法親屬編修正後之未成年人收養，司法周刊第 1344 期

第九單元、再省思家庭與社會的意義

一、家庭對於現代社會之意義

◎思考案例

(一)原則從父姓，立法理由？

甲女在國外離婚，擁有子A的監護權，且經前夫同意，登記其子從母姓。惟甲攜子回台定居後，戶政機關發現其子姓氏未合於民法規定，經通知甲辦理變更登記被拒後，遂依職權為變更登記。甲對此大為不滿，故尋求行政救濟。然審理本案之高等行政法院法官，認為民法第一〇五九條第一項有牴觸憲法之嫌，乃依釋字第三七一號解釋，裁定停止訴訟程序，並聲請大法官釋憲。(民法第一〇五九條修正前)

(二)家暴陰影，難從父姓？

由於揮之不去的家暴陰影，加上對於父親長久以來的恨意與敵意，即使現在已經成年，小王仍然決定將姓氏更改為母親的姓，而不願自己再背負著父親的姓氏。「想到以後要結婚生子，要讓小孩子繼承我那個不負責任的父親的姓，讓我覺得對不起媽媽，」小王表示。(摘自 2006/11/25[中國時報/桃園新聞/C2版])

(三)未婚生子經生父認領，該從何姓？

周女與劉姓男子未婚生下一子，原本就要結婚，但她剛好在守喪期間，不宜辦喜宴，便約定隔年再舉行婚禮，並由劉男先辦理認領登記。劉男辦理認領時，要求小孩從父姓，並約定共同監護，周女擔心孩子報戶口時成為「父不詳」的私生子，因此答應劉男要求。後來劉男動輒對她暴力相向，又不負起對孩子的監護之責，周女決定放棄這段感情，法院也將孩子的監護權判歸她行使。只是，當她要讓孩子改回母姓，卻在行政機關處處碰壁，申請及訴願都被駁回。

(2006/01/09 - [聯合報/A10版/綜合])

◎思考問題

1. 為何原則上只從父姓，不從母姓？
2. 離婚後，如由母親取得親權時，應從何姓？
3. 既然姓名作為向他人表意之符號並證明自我之同一性，改姓為何要設限？

◎案例相關規定

請先閱讀：

民法第 1059 條（民國 96 年 5 月 23 日修正）

父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。

子女經出生登記後，於未成年前，得由父母以書面約定變更為父姓或母姓。

子女已成年者，經父母之書面同意得變更為父姓或母姓。

前二項之變更，各以一次為限。

有下列各款情形之一，且有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父母之一方或子女得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓：

一、父母離婚者。

二、父母之一方或雙方死亡者。

三、父母之一方或雙方生死不明滿三年者。

四、父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者。

第 1059-1 條（民國 96 年 5 月 23 日修正）

非婚生子女從母姓。經生父認領者，適用前條第二項至第四項之規定。

非婚生子女經生父認領，而有下列各款情形之一，且有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父母之一方或子女得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓：

一、父母之一方或雙方死亡者。

二、父母之一方或雙方生死不明滿三年者。

三、非婚生子女由生母任權利義務之行使或負擔者。

四、父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者。

民法第 1078 條（民國 96 年 5 月 23 日修正）

養子女從收養者之姓或維持原來之姓。

夫妻共同收養子女時，於收養登記前，應以書面約定養子女從養父姓、養母姓或維持原來之姓。

第一千零五十九條第二項至第五項之規定，於收養之情形準用之。

民國九十二年六月二十五日曾修訂之姓名條例，也對人民更改姓名有相關規範。條文如下：

姓名條例第 6 條（民國 92 年 6 月 25 日修正）

有下列情事之一者，得申請改姓：

一、被認領者。

二、被收養或終止收養者。

三、夫妻離婚，未成年子女姓與行使親權之父或母姓不同者。

四、原住民因改漢姓造成家族姓氏誤植者。

五、其他依法改姓者。

夫妻之一方得申請以其本姓冠以配偶之姓或回復其本姓；其回復本姓者，於同一婚姻關係存續中，以一次為限。

◎ 案例與法律解析

壹、問題意識

子女從姓問題在 96 年修正有重大突破，論者有謂此非性別平等議題，乃屬家庭事務與社會關係之議題。另有學者主張在我國傳宗接代的文化傳統下，關於性別平等議題在台灣脈絡的呈現因此與其他西歐或北美社會不同，也許在其他社會這個議題相較於工作權、財產權等女性主義改革議程較不迫切，以美國為例，首位女性總統角逐者希拉蕊仍是冠夫性其子女自然也是從父姓；但在我國文化脈絡下，女性在家中的地位與其是否有子嗣向來有極大關連性，在民間實務慣習上又多半以得繼承家產之男性子嗣為重，在台灣，子女從姓問題應可將之定性為高度關乎性別平等之議題。

本計畫經各主持人充分討論與彼此妥協之後，且顧及本次修法仍將成年子女之變更姓氏權訴諸父母同意之立法，顯示姓氏決定其實並無法全然脫離家族而完全由個人作主，於是將子女從姓議題放在此「家庭對於現代社會之意義」單元，兼論子女從姓議題之「家庭」概念於「現代社會」之變遷與其之促進性別平等政治意涵，特此說明。

一、原則從父姓，立法理由？

甲女在國外離婚，擁有子 A 的監護權，且經前夫同意，登記其子從母姓。惟甲攜子回台定居後，戶政機關發現其子姓氏未合於民法規定，經通知甲辦理變更登記被拒後，遂依職權為變更登記。甲對此大為不滿，故尋求行政救濟。然審理本案之高等行政法院法官，認為民法第一〇五九條第一項有牴觸憲法之嫌，乃依釋字第三七一號解釋，裁定停止訴訟程序，並聲請大法官釋憲。(民法第一〇五九條修正前)

二、家暴陰影，難從父姓？

由於揮之不去的家暴陰影，加上對於父親長久以來的恨意與敵意，即使現在已經成年，小王仍然決定將姓氏更改為母親的姓，而不願自己再背負著父親的姓氏。「想到以後要結婚生子，要讓小孩子繼承我那個不負責任的父親的姓，讓我覺得對不起媽媽，」小王表示。(摘自 2006/11/25[中國時報/桃園新聞/C2 版])

三、未婚生子經生父認領，該從何姓？

周女與劉姓男子未婚生下一子，原本就要結婚，但她剛好在守喪期間，不宜辦喜宴，便約定隔年再舉行婚禮，並由劉男先辦理認領登記。劉男辦理認領時，要求小孩從父姓，並約定共同監護，周女擔心孩子報戶口時成爲「父不詳」的私生子，因此答應劉男要求。

後來劉男動輒對她暴力相向，又不負起對孩子的監護之責，周女決定放棄這段感情，法院也將孩子的監護權判歸她行使。只是，當她要讓孩子改回母姓，卻在行政機關處處碰壁，申請及訴願都被駁回。（2006/01/09 - [聯合報/A10 版/綜合]）

貳、法規範之理論與發展

一、在 96 年新法修正之前，民法關於子女從姓規定如下：「子女從父姓，但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。贅夫之子女從母姓。但約定其子女從父姓者，從其約定。」依舊法的規定，足見從母姓的權利受到限制，僅有在母無兄弟時，方得例外約定從母姓，因此產生下列法律爭議：

1. 爲何原則上只從父姓，不從母姓？
2. 離婚後，如由母親取得親權時，應從何性？
3. 既然姓名作爲向他人表意之符號並證明自我之同一性，改姓爲何要設限？

二、新法的內容

自民國 96 年 5 月 23 日之後，關於子女之從姓有大幅修正：如區分婚生子女、非婚生子女之從姓原則。舊法僅就婚生子女有明文規定，非婚生子女則以生父有無認領，準用婚生子女之規定。至於養子女之從姓，由舊法之從收養者之姓，亦作了修正。以下分述之：

- (一) 婚生子女從姓的規定(1059 條)，由原則上從父姓修改爲約定制，得由父母於子女出生前以書面約定子女姓氏，刪除母無兄弟之限制。（新法解決類似例題一的問題，在父母合意時，可約定子女從母姓，而不用再具備母無兄弟的客觀要件）
- (二) 第二個重要的修正在於有特殊情事下，如父母離婚、父母之一方或雙方死亡，或父母一方或雙方生死不明滿三年者，亦或父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者，加上子女之姓氏對其有不利之影響時，此時無須父母雙方之同意，只要有一方父母，或是子女向法院請求變更爲父姓或母姓即可。（對於離婚後，由母親行使子女親權之行使時，若維持前夫之姓氏對子女有不利之影響，則母親或子女可向法院請求變更子女之姓氏爲母姓，而無須經由前夫之同意，另外在例題二中，子女雖已成年，但其可以其父曾有未盡扶養之情事，家暴等事實，而向法院請求改爲母姓）
- (三) 非婚生子女從姓之規定(1059 條之一)，在舊法未明文規定時，以認領與否區分，未認領前從母姓，認領後改從父姓，新法將之明文化，並就後者亦仿效婚生子女從姓之規定，可由父母雙方約定從父或母姓，並有變更的可能。同樣在認領之後，在特殊情形下，如父母之一方或雙方有死亡、生死不明滿三年，曾有或現有未盡扶養義

務滿二年，或非婚生子女由生母任權利義務之行使或負擔時，可由父母之一方或子女請求法院變更子女之姓氏為父姓或母姓。(例題三中，該非婚生子女雖已經生父認領，從父姓，但因該生父有家暴情事亦不願負起扶養之責，故生母或子女皆可向法院請求宣告改從母姓)

(四) 養子女從姓之規定(1078 條)，依子女最佳利益原則，新法在養子女之從姓中，除了原來從收養者之姓外，還可維持原來之姓；而當夫妻共同收養子女時，於收養登記前，亦應以書面約定養子女從養父或養母姓或維持原來之姓氏。此外並準用 1059 條 2-5 項的規定，可變更姓氏，於養父母離婚等情形，亦可請求法院變更姓氏。仍以從父姓或母姓為原則。此外也有變更姓氏的可能，除了父母於子女未成年前，可再合意變更一次外，子女本人於成年後，在父母同意下，亦得變更一次，新法賦予個人較多決定自己姓氏的權利。

三、外國法的借鏡

(一) 德國

不再以婚生與非婚生區別子女從姓之原則，而以該父母是否有約定婚姓作為子女之姓氏。即該父母於婚姻締結時，應約定以夫或妻姓為婚姓。若無約定婚姓，則視其親權由雙方父母共同行使亦或單獨行使而有不同。父母共同行使親權時，則由該父母決定子女應從父姓或母姓，若協議不成，由法院決定之。至於單獨行使親權時，子女則從該行使親權之一方父母之姓氏。

四、未來修法方向

(一) 與姓名條例產生矛盾：

原於民國九十二年六月二十五日修訂之姓名條例中，與新修訂之民法親屬編中的子女從姓約定有衝突點。民法第 1059 條中第一項與姓名條例中第三項，兩法條有相互衝突之處。而我國法律適用性原則以新法優於舊法、特別法優於普通法，民法修訂版為新法卻又是普通法，而姓名條例則為舊法又是特別法。因此，兩項有關姓氏更改之法律條文在法律適用性原則上產生矛盾與衝突。

(二) 父母協議不成時的解決之道：

在婚生子女從姓中，未規定當父母就子女之姓氏未為協議或協議不成時，應如何處理？由法院抽籤決定？由戶政人員隨意登記？

(三) 從父姓或母姓的父權結構仍未解決：

姓氏代表傳宗接代的意涵無法透過父母約定姓氏而排除，仍帶有傳香火之色彩

(四) 養子女從姓得維持原姓的不合理之處：

透過收養應使養子女與本生父母之權利義務停止，自然包括從姓的權利，養子女應與養

父母成立親子關係，自包括從姓之權利，應從養父或養母之姓，僅因子女最佳利益原則而讓子女維持原姓，不符親子關係之內涵。

姓氏賦予個人的不只是血親關係的標示，也是連帶著與家庭之間的認同感及連繫感的表徵。我國民法規定子女從父姓因此也揭示傳統家庭生活中以父系為主軸，過去我國民法親屬編中第一零五九條中關於子女從姓規定：「子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。」原則上，子女一出生便從父親姓氏，除非另有「特殊狀況」，才得以跟從母親姓氏。姓名條例規定，夫妻離婚，未成年子女可改姓，與有監護權的父或母同姓。但未婚單親媽媽擁有孩子監護權，卻因為孩子已由生父認領，無法改從母姓。

我國對於難以判定之情事，通常以慣習主義（conventionalism）來決定之。因而致使在子女從姓方面，一概以從父姓為原則。但如此狀況也造成了血親繼承由父系一方來決定，完全忽略掉母系一方的權利。再者，姓氏之決定雖改由父母書面約定之，卻仍未能考量到使用姓氏本身的子女選擇從姓之權利。不過在考量姓氏應具有的安定性功能，又不應給予太多更動的空間，因此立法者必須在中間為利害權衡，而尋求比較適當的解決之道。

此外外國法例中，如德國，以夫妻先定一婚姓(或稱家姓)，不以夫姓為原則，以彰顯所成立之家庭的整體性，而子女自然以該家姓為其從姓，強調家庭的歸屬感，在今日親屬法強調父母子女所組成之小家庭下，似為一解決之方。

身為法律人，不只在既定的法律條文中釐清其事件當事人之利害關係以外，更應察覺時代變遷、文化社會脈絡以及考量各種性別、階級、種族、國際關係、年齡等不同屬性面向所帶來的影響。因此，子女從姓或更改姓氏在種種可能社會因素的考量下，應有更適當之規範。

參、法律、文化與社會真實（Law, Culture and Social Reality）

一、姓名規範的法構造

姓名為個人人格之表現，用於判斷人之同一性的手段之一，於法律上則是權利義務主體的符號。現行法就個人姓名採取雙重標準之立法方式：姓氏採親權標示主義、名字採社會識別主義。

二、姓氏之立法原理

對於姓氏立法是立基於維護傳統宗祧習慣之立場，立法者皆篤信姓氏應以父系血親關係延續為基準傳遞給子女，是傳宗接代觀念實踐的重要手段。

三、姓氏立法與平等原則之探究

民國七十四年修正民法第一零五九條第一項時，增列但書規定母無兄弟時，始得約定子女從母姓，但未包括規定母無姊妹之情形在內。增列但書之立法理由原是以「男女平等原則」為前提，但實際上卻是限制子女從母姓的權利，並且仍由傳宗接代的觀念出發，為母系家族的香火祭祀之故，顯然違反憲法對男女平等之保障。

四、子女從姓立法的原則

子女之姓氏為個人人格的表徵，其應包含對內與對外的效力：

在對外效力上，為他人對己的認同，因此應顧及姓氏的安定性，不應多次的變更姓氏而造成混淆。在對內的效力中，姓氏則代表了家族關係的標誌，以及家庭成員的歸屬，最重要是個人自我的認同，因此應從父姓或從母姓，是否家庭成員之姓氏要一致，又有無改姓自由等不同之立法考量。

肆、性別人權觀點視角分析 (Gender and Human Rights Perspectives)

一、父權獨大

在台灣社會中，子女姓氏跟從父親為的是標示孩子與父親一方有血緣上的關連。除了血緣關係上的界定之外，財產繼承權也會因從姓而轉移到子女身上，或是其他相關利益的分配皆與姓氏有密切關連。若從父權獨大角度檢視過去民法對於子女從姓之規定即可發現，關於「母無兄弟」之條文立即顯現出台灣社會對於家族血緣延續系統是以男性為中心，即使在生物性上，父親與母親皆與其子女有直接血緣關係，但民法的制定卻只偏重在男方的血親繼承上。

二、親權的行使

除了第一點所提到的「血親關係」的標示以外，親權行使與子女從姓亦不成正比。即使夫與妻因故離婚，妻取得對子女親權之行使時，依照過去民法關於子女從姓之規定，仍不得讓小孩更改姓氏與從母姓。

三、姓名條例之規定可能抵觸，後法優於前法，特別法優於普通法？

四、忽視個人人格權與自由權利

姓名是個人人格權的一種表現，雖無法在出生前或出生時即由當事人自行決定要從父姓還是從母姓，但法律上以標示家族血親關係為由，迫使個人在原則上需從父姓，剝奪個人即使在成年後也未能行使其選擇從父姓或從母姓之權利。

◎自我評量

本次自我評量係以安排活動之方式，請同學配合之。

*活動設計之一：角色扮演

*活動說明：

1. 請授課教師於課堂前一週先將兩則事件劇本分發給修課學生，請學生事先閱讀。
2. 請學生自行尋找五至六人為一組，將以上兩則事件挑選其中一則，自行分派角色、編劇，於當日課堂時間演出。
3. 各組演出時間約八到十分鐘左右。

4. 劇中人物在主張其立場時，應提出明確且具體之論點，以說服在場觀眾。

*活動目的：

藉由角色扮演活動，讓學生能實際從當事人角度去思考，其決定之理由可能為何，其主張的根據是什麼。透過活動的進行，學生能夠深入角色，有自己的想法及主張，並且能有創意地呈現出日常生活中的法律事件。

*活動之二：兩人一組協商模擬

*活動說明：

1. 請教師於課堂上讓修課學生兩人為一組，不限性別，可為男女、女女、男男，重點為兩位互為主體、在法律之前平等的人進行協商。
2. 向學生說明「如果兩人明天就要登記為法律上之夫妻，且未來有生育子女之打算，兩人要如何決定未來子女從姓？」
3. 請學生兩人為一組討論此情況模擬之可能結果，並為自己的決定提出明確且具體之理由，並與全班分享協商過程與決定。

*活動目的：

藉由情況模擬活動，讓學生能實際從當事人角度去思考，其決定之理由可能為何，其主張的根據是什麼。從個人理由的提出，促使學生能深入思索子女從姓之意義，討論出子女從父姓或從母姓之利益得失各為何。並由情況模擬的過程連結到我國現行法律對子女從姓之規範內容，並且可根據現行法律規範對事件進行深層思索，意識到過去我國法律中的父權獨大，藉此討論出未來可採行之改進方式。

*劇本：

1. 從原民之母姓被指為數典忘祖？

三十三歲漢族的何姓男子與阿美族徐姓女子結為夫妻。兩人的兩個女兒各為八歲及五歲，因原住民身分可享學雜費減免，女兒未來考高中、大學，還有加分或降低錄取標準等優惠，夫妻決定讓女兒改從母姓。

他們到三重市戶政事務所，將兩個女兒從姓何改成姓徐，取得原住民身分。豈料返家告知近六十歲的老父親，「阿公」竟認為孫女改姓是數典忘祖，何姓男子的父親為此相當不悅。

原本單純為了女兒好，竟被父親指責為數典忘祖。何姓夫妻受不了老父親每天責罵，數日後再到戶政事務所，要求把女兒改回姓何，卻因於法無據遭戶政承辦人員回絕。依國內姓名條例之規定，二十歲前和二十歲以後，各只能改姓1次，何姓男子兩個女兒要成年後，才能改回姓何並放棄原住民身分。

2. 子女從姓，婆家、娘家橋不攏？

台中縣一對夫妻日前生育一女，兩人興奮不已。未料，為了孫女的姓氏，婆家和娘家卻吵翻天，甚至鬧進法院；在地方民代幹旋下，第二胎不管男女要從母姓，女方才同意讓第一胎孩子從父姓。

夫妻兩人，丈夫姓林，太太姓陳，女方是家中的獨生女，結婚前陳女已與夫婿協議好，第一胎要從母姓，熱戀中的男方立即爽快答應，雙方口頭約定，公公和婆婆並不知情。直至陳女日前順利生下長相可愛的女兒，夫妻興奮不已，公婆更疼愛有加；眼見女兒愈來愈可愛，公婆急著要兒子、媳婦趕快替孫女報戶口。依民法新規定，夫妻要先共同簽署女兒的姓氏約定書。陳女說，女兒應該跟她姓，夫婿沒有意見；可是公公和婆婆卻有意見。他們認為孫女是林家長孫，不管男女都應該要姓林，怎麼可以跟媽媽姓。陳女亦不甘示弱，不同意讓步，娘家的父母親還出現挺女兒，認為林家說話不算話，欺侮他們，並向法院申請調解。

◎自我評分

自我衡量理解程度，自我評分

就該子題，我理解了多少？

- 1○ 0%~20%
- 2○ 21%~40%
- 3○ 41%~60%
- 4○ 61%~80%
- 5○ 81%~100%

伍、期中報告及座談會紀錄

一、「法律專業教育改革計畫」期中報告會議記錄

時間：二〇〇七年十月二十七日(星期六)

地點：台北大學民生校區

出席人員：吳煜宗教授

陳宜倩教授

戴瑀如教授

(其他非本計畫成員 省略)

紀錄：陳姮如

1. 教學改革研究計畫下有許多子題，不需每個題目都找到相關案例時事，以減少將來執行之困難。
2. 教學計畫之案例是否限於實務判決、時事？
3. 傳統法學與新教學改革計畫將來會產生的衝突，應如何平衡？
 1. 畢竟有國考制度的存在，新改革計畫以創新的方式與以往不同的教學方法，可能會與學生國考取向的心態產生衝突。
4. 從學生的觀點出發，找到適合各個層次學生的教學方式。是否應針對大學部法律系學生、碩士班、在職專班…而有不同。
5. 研究上是否會有困難？由於研究團隊是從三種不同的角度去切入，三人的觀點難免會有不同之處，在討論時對話上之衝突解決之道，如何找到平衡點？
 2. 甚至三人對話之衝突會是教學上的一種轉機，反而更有助於教學，不會使最後的結果教學內容成為一言堂。
6. 有鑑於近年來學生之思維能力減低，以案例時事教學時，老師不一定會提供答案給學生，而是給學生思考的空間，以增加思維能力。
7. 團隊研究上如何合作？

二、法律與性別的對話座談會紀錄

教育部補助民法親屬繼承教學目標改革計畫

法律與性別的對話座談會

時 間：2008年1月15日上午10：00整

地 點：世新大學翠谷大會議室

出席人員：吳煜宗教授(世新大學法律學系副教授)

陳宜倩教授(世新大學性別研究所助理教授)

世新大學法律學系碩士班研究生

世新大學性別研究所碩士班研究生

紀 錄：陳姮如同學(世新大學法律學系碩士班研究生)

討 論 大 綱

1. 同性結婚是否應該被法律所承認？
2. 國家不承認同性結婚的理由為何？
3. 結婚是否為毫無限制的個人基本權利？
4. 同性伴侶是否可以收養子女？
5. 其他

感謝蒞臨出席及提供寶貴意見

「法律與性別的對話」座談會

時間：二〇〇八年一月十五日(星期二)

地點：世新大學翠谷會議廳

主持：陳宜倩教授

出席人員：吳煜宗教授、陳宜倩教授、法研所研究生九名、性別所研究生九名

紀錄：陳姮如

座談會紀錄：

首先由陳宜倩老師介紹並作開場，向性別所同學介紹法學院吳煜宗老師。接下來由法律所與性別所研究生一一自我介紹。

座談會主題係關於同志間的親密關係婚姻、伴侶要否以法律作規範，此為目前台灣社會下之一種需求，目前正在發展之議題，同性結婚與同性伴侶有無不同，

陳宜倩老師：有的，但目前台灣並未有此類成文法，尚在討論之過程，是已有必要讓大家相互交流溝通，台灣很缺乏溝通交流之場合，希望在座同學都能發言。說明討論規則，每人都要發言，無發言者先發言。設定議題，同志婚姻，同志可否收養小孩，同志可否組成家庭等？

吳煜宗老師：我們可以從最源頭的問題談起，同性間法律該不該讓他們可以結婚再藉由收養成立家庭關係？即法律應否承認同性間之婚姻關係？

法研所同學：同意同性性關係，性是人性尊嚴的表現，性行為是自由的範疇，但不同意同性結婚，因為應性自由規性自由，法律關係歸法律關係，若結婚後收養小孩會對小孩人格發展產生影響，小孩無法選擇父母。

性別所同學：孩子的養育過程，為何會認為同志者會不適任，是道德問題嗎？

法研所同學：認為小孩養成可以分為三個部分，父母、朋友、社會觀感，並非道德因素造成，只是父母親同性，會對小孩有所影響，是立於小孩利益的立場，並非結婚，是小孩養成，因此性自由歸性自由、同性自由歸同性自由，但結婚是法律議題還是要在符合法律之下，不要涉及小孩問題領養問題即可。

性別所同學：那麼請問同性間若要結婚是不是不要讓他們領養小孩就可以結婚了？我贊同你分析的目前社會結構面的部分但是，同性對於愛小孩的心一定會與異性有益嗎？同性結婚主要的是從基本權的保障給予其平等的保障，有繼承權之權利後，再進一步領養扶養小孩問題

性別所同學：你們法律系見解有三個盲點一在複製性別角色的刻板化與附著，把

兒童利益當作是大帽子扣在同性結婚上，用兒童利益最佳利益去拒絕同性婚姻，這是虛假的利益。

陳老師:請說明理由為何同學負制性別刻板印象?

性別所同學:因為其認為一定要有男生的爸爸女生的媽媽才是家庭,可是家暴案件一再發生,都發生在這種家庭,這種家庭也不很健全,性別不應是一種分野,不要將兒童利益應是扣在同性婚姻上,那麼為什麼不能讓同性結婚呢?對異性戀婚姻的支持者來講其挑戰了什麼?影響了我們什麼?

性別所同學:補充有許多小孩被家暴,大家理想中的想像是一男一女的夫妻家庭,可是也有許多單親家庭隔代教養的社會現實面,我們不能一直把那個理想圖放在那裏想像。

性別所同學:同性戀是一種性自由,法研所同學是認同的,那麼請問法研所同學若同志不只是一種性自由而是一種性認同,只是想要取得性認同就以法律來剝奪其認同自由,這樣合理嗎?

法研所同學:回應性別所同學,基本上讓他們結婚不讓他們領養小孩就會產生一種歧視了仍是以小孩利益為主,環境就是這麼刻板化,不贊同領養小孩,怕小孩會有壓力,會被歧視,對小孩身心不健全!兒童利益非大帽子是全世界潮流趨勢,小孩是未來主人翁要有好政策去保障他!釋字 623 應保障小孩利益小孩受虐是制度面的問題,不要扯到同性婚姻就不會。

陳老師:為何是制度性問題 請說明。

法研所同學:有三個問題 1 父母問題 2 社會經濟問題 3 社會壓力都會相互影響 不管是什麼家庭都會受到壓力,同性結婚就不會打小孩嗎?不應以因為異性結婚會打小孩 同性結婚就不會還有隔代教養單親扶養是台灣很大的問題仍是站在小孩利益的立場。

性別所同學:你們其他人都不贊同同性結婚嗎?

陳老師:你們應該要 argue 一下。

法研所同學:我贊同同性結婚可是應該要有配套措施。

陳老師:那是什麼樣的配套措施呢?

法研所同學:同性結婚是一種對現在情況改革。

法研所同學:就剛剛的問題,我覺得配套措施是要夫妻男女,雖說社會越亦開放,許多同性戀者浮出檯面,然後大家也越有自我意識,如果同性真勿很想同性結婚,想取得法律的認可,受到法律保障,可能要等待法律改變,讓只要是兩個兩情相悅的人不管是男男女女男女,就不會有什麼大問題!

陳老師:要討論應不應讓他們同性結婚?

法研所同學:可以阿! 大家高興就好了! 因為大家還是在傳統的觀念中,跳脫不出來。

陳老師:傳統觀念有無理由?

法研所同學:傳統一定要是男女才能生小孩,才能傳宗接代。

陳老師:所以是生殖問題。

法研所同學:還有家庭強度問題或是血緣。

吳老師:換個方式來講,是不是要把同性關係跟異性關係平等看待?還是同性不行異性可以?異性可以同性不行能私底下偷偷摸摸的? 是三種不同的情況。

陳老師:補充一下 法律與憲法的了解 大家都知道可以自由決定親密關係,那麼同性可不可以向異性一樣的結婚?大部分異性結婚是要傳宗接代是個問題,大部分人民什麼都可以做,特殊情況才以法律限制,許多異性戀都不想生小孩阿?是不是也不讓他們結婚?

法研所同學:不應以不生小孩就不予結婚,主要反對原因就小孩利益。不生小孩的夫妻在台灣是少數,異性結婚生不生小孩是自由,同性結婚想要小孩就不給予小孩反而是種歧視。

陳老師:結婚不是法律關係的產生,目前規定異性結婚可以有結婚所生的權利義務,那麼同性呢??

法研所同學:我的立場是我贊同同性結婚,但是在小孩部分應有規範與限制,畢竟同性父母對於小孩的養成有差別,例如對性的教育。

性別所同學:請問你們對性的教育從父母來的有多少大部分還是從學校學得。且目前社會上有許多的單親家庭等,所以基本上在社會上對於性別角色已經產生問題,似乎未獲得解決。

性別所同學:回頭去看一個根本的問題,結婚與組織家庭是否為人的基本權利之一,如果是的話,那同志也有這樣的權利? 其也有納稅服兵役,其盡的義務一點都沒少,所以其要求同性可以結婚是一種平權的概念,沒有向歐美階段性的處理,那是種歧視一般人較作結婚同性就是伴侶,我們應該要一步到位。

陳老師:因為此種規範尚未形成,希望可以跳脫法律問題,要改變應如何改變,若不改變要怎麼辦? 我們討論較多的部分是社會結構問題

吳老師:法研所同學對結婚組織家庭是基本權利有沒有什麼意見?

法研所同學:同性戀早就存在,但是不應當然認為舊也可以結婚像是同志領養小孩,應顧及小孩的人權。

性別所同學: 如果不要同性婚姻那是不是也不要外籍配偶, 可不可以以同等的方式看待同性婚姻?

法研所同學: 外籍配偶引進, 仍是男女為主 而且對於外籍配偶後代的問題已漸無歧視。

性別所同學: 你一直再複製歧視的觀念。

法研所同學: 基本人權問題, 組織婚姻與家庭不是憲法上的基本人權, 憲法沒有保障婚姻權。

吳老師: 可以講的詳盡點

陳老師: 對於婚姻制度性保障台灣有很多討論親密關係早已已很多方式出現法律是後天的

法研所同學: 對於同性戀者的行為 我不會排斥, 但對於同性結婚目前仍是不行, 像剛有位同學說一次到位全部權利都擁有, 這是觀念問題, 像是女性主義的思潮要挑戰父權漸漸改變, 以前同性戀者不敢出聲, 可是也有名人勇於承認自己是同志, 可是對於他的成就也不會有意見, 從子女的問題來看把問題線縮的太狹隘了。社會觀念已經改變了, 但是仍不可否認仍有歧視的存在。有關同性戀的問題跟婦女可否墮胎之問題是一樣的? 婦女有墮胎權、有身體自主權, 那麼同性結婚 社會觀念已改變但不會使得整個社會改變有討論空間, 這些都是觀念戰爭。如果大家觀念都不改變那麼同性婚姻也很難獲得多數人支持就目前教育也很難讓人從小接受, 教育是個問題。

陳老師: 歸納論點對於同性結婚的實質內容是贊同的, 你會認為社會主流風氣規範無法接受, 但是我們在此進行溝通的目的, 就是在講說到底是哪裡觀念不同? 為何可以? 為何不行? 要討論的是這個, 不應該要有西瓜效應順著多數意見。不能因為大家不承認就當他不存在。為什麼一定要一夫一妻?

性別所同學: 請問法研所同學一句話, 只要是同一性別成為夫妻怪怪的, 還有哪裡怪怪的?

陳老師: 怪怪的感覺哪裡來的? 哪裡怪討論出來?

法研所同學: 撇開子女, 哪裡怪怪的是性方面, 通常都是一男一女, 如果看到男男或是女女, 就會覺得怪不舒服。第二個感覺是來自於無法想像男男的夫妻牽著小孩的那種畫面。

性別所同學: 憲法保障人格自由, 在一些理論中, 人格自由最高層次是自我認同自我實現, 若性取向是自我認同的方式, 那麼憲法是否也應該保障到這部分? 既然憲法保障到了又在親屬繼承中做對結婚的限制那麼是否與母法相抵觸?

法研所同學:法律是可以創設權利與現制的，要有正當理由。

性別所同學:既然法律可以創設，那也可以創設同性結婚啊！

陳老師:我們在法律層次討論，看是不是要讓它作規範。

法研所同學:真的是觀念戰爭啊！

陳老師:現在觀念要澄清的是同性可不可以組成家庭?否則按現行法不能收養。

再一個問題，感情上的問題與傳統文化家庭的圖，像英國立出了一個同性伴侶法，避開了結婚，很多問題充滿了性別的壓迫，這是要讓社會去談說共識是什麼，更實質到底家庭是什麼，親密關係為何，婚姻裡面是包括性、家庭、傳宗接代還是只要感情即可？

法研所同學:會比較探究立法目的，改掉收養的規定就好了。

陳老師:許多觀念同志家庭對子女的看法是堪慮的。

法研所同學:請問性別所同學有辦法對堪慮的問題回答嗎？

性別所同學:如果是叫做堪慮，那單親也有問題啊?可以同理可證。

法研所同學:我們有社服團體！

性別所同學:不能因為同志與否而剝奪基本權利或是其他權利。

法研所同學:贊同可以結婚 與其討論社會共識不如討論同志者自己的共識。

法研所同學:不贊同，結婚不是一種自由是法律給予的保障，保障目的是生殖能力而同性間是無法生殖的。

陳老師:那是不是開放人工生殖法就可以解決？

性別所同學：聽到很多異性與同性間之問題，像是社會壓力問題，可是這些壓力並沒有這麼嚴重，同志已經存在幾千年，回到以前的時代可能接受度比現代更高，很多問題都是因為媒體的關係，造成一些迷失，我們無法跳脫傳統觀念，這場座談會是觀念的討論。

性別所同學：要如何破除怪怪可怕的感覺？像是看鬼故事久了也會習慣，對於同性戀的性行為久了也習慣了吧？

性別所同學：大家都有”正常”理想家庭的圖騰，大家都對同性感到恐懼，可是世界上的價值觀是不同的！

吳老師：剛剛同學們都講得很模糊，好幾次性別所同學主張結婚家庭全是基本人權，但是在法律中架構，結婚不是基本人權，是透過法制度得以實現，與信仰自由是不同之權利若同性戀如果可以主張結婚那也可以不倫戀囉!情況是一樣的，那要以什麼基準來讓法律承認呢?法律是大多數人的共識，以大多數人的利益為準，有待把大多數人利益擴張把同性放進去。婚姻有許多問

題，如國家期待男女生殖，還有宗教問題…。我個人非常贊成伴侶法，那是一種過渡或許以後對於異性婚姻也會不存在，我個人預測不到五十年婚姻制度也許會消滅，許多人都不想結婚了，婚姻制度也只維持了二百多年人類已無法滿足，法律所給與之定義 同性也是如此對現行法律規範 不滿足，目前異性婚姻有一種社會價值存在，要與其他人來往共同構成一個社會，所以，在這種情況下一些人的利益會被犧牲，唯有期待社會越來越寬容開放。

陳老師：請問關於婚姻是否享有憲法制度性保障，在國內有一些討論，但是，保障的是對一男一女的，還是連對此一見解都反對呢？

吳老師：如果把婚姻制度性保障拿掉就跟一般權利一樣。

陳老師：不論有無念過法律，都要討論其合理性。美國大法官認為，同性如果可以結婚那亂倫是不是也可以取消了，背後有期真正害怕的，性方面，開放的問題，一切都是要討論，雖然依些規範都是討論出來的共識建立出來的，都有討論空間，謝謝大家，有這個機會可以交流！

三、家族法專家顧問座談會紀錄

教育部補助民法親屬繼承教學目標改革計畫

家族法專家顧問座談會

時間：2008年1月24日下午14:00整

地點：世新大學法學院 R802 研討室

出席人員：黃宗樂教授(台灣大學榮譽教授·文化大學法律學系教授)

林秀雄教授(政治大學法律學系教授)

鄧學仁教授(中央警察大學法律學系教授)

吳煜宗教授(世新大學法律學系副教授)

戴瑀如教授(銘傳大學法律學系助理教授)

紀錄：陳姮如同學(世新大學法律學系碩士班研究生)

討論大綱

1. 目前民法親屬或民法繼承配置的授課時數是否足夠
2. 民法親屬與民法繼承兩科目是否應該合併為單一科目
3. 民法親屬或及民法繼承是否能夠兼具性別教育的功能
4. 如何將民法親屬及民法繼承的教學本土化
5. 其他

感謝蒞臨出席及提供寶貴意見

家族法專家座談會

時間：2008年1月24日

地點：世新大學 R802 教室

與會人員：黃宗樂 老師

林秀雄 老師

鄧學仁 老師

吳煜宗 老師

戴瑀如 老師

紀錄：陳姮如 助理

蔣岳霖 助理

吳老師：

我們的計畫是陳惠馨老師主持底下的其中一部分民法親屬繼承部分，我們目前之科目都將親屬繼承分為兩個科目，且教學時間不足，親屬則授課時數不足，繼承的授課時數還可以，可能有需要把此二個科目合併一起。第二個問題是除了憲法以外，大概就是親屬與性別問題較有關連性，親屬繼承是很重要的科目在一般社會中，特別是第一零八九條被宣告違憲後，男女兩性平等性別平等之問題就進入親屬繼承中，有一些社會上的影響也好，尚待長久觀察也好，我們在作此計畫時有另一構想，是不是可能把親屬繼承該科目兼具性別教育，除了對法律系學生，對一般社會大眾亦可作為教材，我們就依這兩個目標進行研究計畫。

在研究計畫下我們分為幾個單元，可是在期中報告時，許多專家學者建議單元太多恐難以完成，且該研究案以作教案為目的，所以這次座談會我們列了兩個案例，一是子女從姓問題，這是最近才修法的，另一是同性婚姻，是最近的問題，雖與子女無直接關係，但是會牽涉到收養等問題。

該計畫最高目標為本土化，非談過多的外國立法例，是要符合台灣社會問題，進行社會學的討論。但是學生也應要具備一定之國際觀，所以仍是會有一小部分之外國法，如德國之同性伴侶法。讓學生了解世界如何看這個問題，一方面本土化，一方面國際化。

本次會議主要討論議題如下：

- 一、民法親屬及繼承編是否合併為一科？
- 二、民法親屬及繼承編是否應該納入性別教育？

三、教案範例—子女之從姓問題、同性婚姻問題等。

四、本研究之終極目標—落實本土化，而非一味參考國外立法例。

戴老師：

要給學生什麼樣的素材學生會較容易接受，有同學反應以法條教學，感覺較為枯燥，也較難以理解掌握法條之精神，所以這次教案會較偏重兩個目的，第一，先用目前時事上如報章雜誌上之案例，讓學生了解在親屬繼承法上會產生什麼樣的效果，如此會讓學生覺得較為熟悉。之後再從現行法之制度跟學生討論，較重要的是關於法條背後之立法精神，有鑑於最近親屬法有大修正，其背後的主要精神是一是男女平等，一是子女利益，這是未來的重點，所以把背後立法精神帶入教案中，也透過此一教案，將陳宜倩老師的想法付諸實現，如將性別之觀念帶入教案，使學生可以了解。再增加外國立法例之比較，因為目前我國之立法有些部分稍嫌不足，是以透過外國立法例援引參考，如此以呈現本教案。或許現在同學不能接受同性婚姻，然在未來十年二十年後觀念改變，同學或許有此一思考能力去思考這樣的問題，法條之設計如何較為適切。

希望透過此一教案打破傳統之教學方式，以上是較為粗淺的想法，希望各位先進老師能夠提供意見。

[摘要:]

- 一、學生反應親屬、繼承的教學太偏重書本及法條，以至於難以理解。
- 二、建議以報章雜誌上可接觸到的實際案例作教學，並加強立法精神的教育。
- 三、立法修正時可參考非法律之其他專業領域學者之意見及外國立法例。

黃老師：第一點，用語嚴謹性不足，「需」與「須」應予以區別，親屬編還是使用「編」比較好。第二點，在第一頁的部分提及解嚴後台灣婦女運動，爭取男女平等。現行法律與憲法相牴觸者一律要加以修正，依此規定，民法中不符合男女平等原則的規定都應予修正，不過由於當時政局動盪，隨後動員戡亂，國民黨政府播遷來台，以致應修正而依直未修正。第三點，教學的部分，親屬法和繼承法各一學期每週二節教不完，因此課程的設計是否應考慮擇要教學，或是以淺顯易懂活潑生動方式簡單介紹？需要先弄清大方向，教學目標與重點才能明確設定。能依研究計畫可以實施的話固然是很好，但時間上是否足夠、對初學者是否恰當，還待商榷。

林老師：授課時數的問題確實是不夠，但是其實每一科都教不完。且目前教育部一職在降時數，所以時間是不可能再擴充，所以要改變教學方式，可能就是限縮範圍。至於要不合併為一單一科目，政大目前改為身分法，如此教學較為彈性，可能上學期親屬法上不完下學期可以繼續上，如此繼承時數就會比較少，親屬佔六部分，有三分之二與繼承佔三部分，三分之一之比例。或是把身分法改成家族法也是一個方式。或是從整個理論體系來看，親屬和繼承是兩個不同之法體系，我認為繼承法比較偏向財產法之不分，和財產法較有關係，因此從基礎法體系而言合為單一科目可能較有問題。而從本案來看，你們應該是比較想要把它融合像家族法，就教學而言會較有彈性，日本很多教科書把親屬繼承合在一起。第三，性別教育功能，男女平等、性別教育女性主義當然應受到重視。無庸置疑的，憲法第七條也有規定，可是女性主義男女平等不是憲法中最主要的，子女利益原則家庭秩序和諧這些基本上為概念不應只有性別教育之問題，因此在婚姻法男女平等是要注意，子女利益原則也應一併重視會較為完整，在女性主義興起許多老師也會一併帶入課程中，若是婚姻法的方式以此研究案還算正統，然而其他部分可能就帶不進去。第四本土化部分，基本上兩小時都上不完不可能在上到外國立法例，主要還是要以本國為主，然後配合實務見解實際案例帶入教材會比較活潑。其實民法本身就本土化，所以在編教材時還是以本土為主。第五，在教學內容深奧與否，若是可以上一半以上同學都能瞭解較好。可以一個禮拜教十幾頁的進度編撰教材。

[摘要:]

- 一、目前親屬及繼承授課時數不足，也不太可能擴充時數，有必要調整教學方式。
- 二、政大將親屬及繼承合為一門課，即「身分法」。
- 三、親屬與繼承乃不同之法體系，而繼承較偏財產法之性質。
- 四、男女平等原則與子女利益原則應同時考量，而非只著重在性別教育。
- 五、因授課時間不夠，通常無法教到外國立法例，因此教學亦以本土化為主。
- 六、教學深奧與否應以達到一半以上學生可以理解為主。

鄧老師：基本上我對於授課時數是否足夠之問題，目前上課時間不夠是普遍現象，要求增加是不可能的，且目前學校系以行政法刑法為主要拓展親屬是太可能的。就我的教學方式而言是以體系表的方式呈現，以夫妻子女和監護、

遺產繼承遺產繼承人遺囑這樣分體系表，初學同學了解體系以防見樹不見林。有關親屬繼承是否合併沒有必要排除，因為兩者可以截長補短，先後還是以先親屬後繼承。就單元而言，較擔心的是目前授課時數已嫌不足，又再加入其他的東西可能會使時間更為不足，前提是要上完我國親屬繼承，一直講法條會覺得枯燥，所謂本土化不是一直講台灣的特色，不論子女利益兒童利益應該是普世價值，像是在子女從姓台灣立法例就不好，雖有台灣特色，為強調該特色以後會有很多紛爭，因此本土化應該是將現行規定很周延的去教授是較好的。其實現在很難看到有我國特色的規定，像是以前的祭祀公業現在也沒有了。在上課時，這些單元設的雖好，可是時間不足，就會有問題。加上實例是很好的，像是軍人結婚須經長官核准否則婚姻無效，後面所衍生的問題從這邊切入學生會很有興趣。另外，還有死後取精的問題也會很有興趣。還有逮捕陳進興與其未婚妻之小孩之問題，會引起學生很大興趣。總之，教親屬繼承學生都蠻有興趣的，因為與日常生活較為相關。然在該研究案九個單元中，提及家庭對社會的意義，可是在親屬法中最基本的對親戚親等計算，這個基礎知識還是要去介紹。如繼承拋棄繼承部分，從該研究案中不知道應置於何處。當然這個單元理想性很高，可是時間不夠仍是一大問題，還是要從基礎單元切入。

[摘要:]

- 一、贊同林老師，認為目前親屬及繼承授課時數不足，也不太可能擴充時數，有必要調整教學方式。
- 二、親屬法與繼承法是可以合併，但教學仍應採先親屬而後繼承之順序，只是兩者之教學份量可以調整。
- 三、雖然「案例教學」之構想很好，但因目前親屬及繼承授課時數不足，恐力有未逮，很難再納入別的內容。
- 四、何謂「本土化」有所疑義。其認為本土化應非強調所謂「台灣之特色」，因為目前有些規定雖然具有「台灣之特色」，但卻不合時宜，因此本土化係應強調本國法律的落實。
- 五、改革計畫之單元及順序，仍應強調一些基本概念，如親等之計算、限定繼承與拋棄繼承之問題等。

黃老師：談到本土化的問題，首先必須要了解到的是現代各國的法律是相互影響的。各國法律的規定大概逐漸趨於一致，像男女平等、子女利益、家族互

助等都是各國家族法的基本原則，因此，所謂本土化，依我來看，重點應該放在現行法律解釋適用，如何落實台灣社會，而不是要強調台灣所特有的。整理學說及實務見解納入教材中也是本土化的一種。還有離婚問題也是社會問題，離婚也跟扶養有關，應該要弄清楚要給學生的是什麼？所學教學範例，「子女之從姓問題」、「同性婚姻」，可說是專題研究，這樣教的話時間根本不夠。我在日本留學時，常去旁聽大學部的課，教的內容都很簡單，若要深入了解則由學生自己研讀。

[摘要:]

- 一、本土化應係強調實務案例之教學，重視學說與實務見解之整理。
- 二、改革計畫之單元及順序比較類似專題研究，目前大學法律系學生因為多為初學者，似不必教得太深入。

林老師：在大學教書應是重體系，要深入研究還是要到專業研究領域。在在座談會資料第九頁部分，在姓名條例第一項第三款於去年十二月已經刪除不會產生矛盾問題，以把離婚部分刪除，早已生效。原本有的矛盾問題還是可以提及。判例研究是很重要的，是法律才獨有的判例的問題，要如何把法律落實於社會中是很重要的。

黃老師：這就是 law in action，法律社會學的一個重要部分也是判例研究，讓學生了解法律如何運作、如何落實於社會、對社會有何影響，這就是 law in action 就會形成本國的特色。

[摘要:]

- 一、法律如何落實在本土社會案例中，才是這裡本土化所要強調的，亦即「law in action」的概念。

吳老師：剛說到性別問題，吳戴的觀念比較相近，其實有很問題多都被性別扭曲，有很多題不是性別問題，而是要調整整個家庭內次序的問題，目的是如此，現在很多主張女性主義的人都是女性主義者，他們都把問題過於簡單化，可是問題不是這麼簡單，因此想要透過此一教案省思這些問題。另一問題是這個教案基本上是補充性質非要取代目前親屬繼承教學，只是透過教案補充，去看目前社會時事，還有性別問題。在憲法上很難談到這些問題，從親屬繼承切入會較容易。之前已有試過與性別所學生討論，發現想法上的落差。因此藉由此一教案相互平衡。

[摘要:]

- 一、本件改革計畫中教學案例所列之問題並非屬「性別問題」，而係「家庭問題」，因此性別研究者與法律研究者所著重之處或有不同。
- 二、本改革計畫乃係屬補充性質，而非取代現有之親屬及繼承法。

鄧老師：夫妻住所之問題，原本是嫁雞隨雞，現在是夫妻自行決定，無法決定交由法院雖然符合男女平等，可是法官很難決定。

黃老師：夫妻之住所，雙方未協議或協議不成時交由法院定之，說平等也不是那麼平等，法律中有很多要求的是秩序，要徹底平等是不太可能的。夫妻平等原則與子女利益保護若無法平衡時則以子女利益為優先。法院介入家庭之界線如何，也是一個難題。

[摘要:]

- 一、男女天生有別，絕對平等為一個理想，實際上難以達成。
- 二、過去有所謂「法不入家門」「清官難斷家務事」的說法，現在應該是「法入家門」、「清官能斷家務事」，法院可以介入家庭紛爭，如教學範例中之子女從姓問題。但法院判決亦難達到絕對平等，因此當「男女平等」與「子女利益」無法兼顧時，仍應以「子女利益」為先。
- 三、父母對於子女的稱姓約定不成時，現在戶籍實務好像是以「抽籤」方式決定之，但這樣一來並未考慮到子女之利益。姓氏與利益不無關係，這是一個難題。
- 四、法律學習是一個紮根的工作，法律用語必須要清楚精確，有限的時間內還是要兼顧法解釋法。

戴老師：台大現在親屬繼承的教學上，採上學期都不上，而在下學期同時上親屬與繼承，請教各位老師之看法。

眾老師：這樣的教學方式很特殊，可能係因為親屬與繼承之課程遭到擠壓，惟黃老師強調法學教育應使學生引起興趣。

林老師：教材部分現行法的部分不足。

吳老師：這是補充教材而已要增加篇幅？主要還是要本土化

黃老師：離婚問題也是社會問題，第四單元似宜改為「離婚與社會問題」；第六單元可改為「監護扶養」。第九單元，遺產繼承的類型要補充，必須有提到限定繼承、拋棄繼承等。增加第十單元，也就是原來的第九單元遺產分割與遺囑。

鄧老師：既然是以民法親屬繼承教學改革為研究，提出四個方向，

- 一、確立親屬繼承共通原則確立如子女利益、兩性平等、家族互助等身分法共通原則；
- 二、加強實務判決學說認識；
- 三、對於現行法的體系性認識還是要回歸法律規定否則形同空談，以上為教育目標；
- 四、時事案例的結合。

[摘要:]

有以下四點建議：

- 一、親屬與繼承之共同原則應確立清楚。
- 二、應加強實務判決與法律認識。
- 三、應加強對現行法體系之認識，即基本功之訓練。
- 四、以時事案例結合法律做教學。

黃老師：講課要引起學生的興趣的話，要加入時事，同意鄧老師的看法，戴老師剛開始好像也有提到。

林老師：舉一例子，媽媽帶小孩拔牙，父母離婚，父親要求醫師還牙齒之案例。

黃老師：民法第 1089 條第 2 項所謂重大事項是不確定法律概念，是不是法律有規定的都是重大事項，法律沒規定的都不是，我曾要求學生寫報告列明「重大事項」與「非重大事項」的報告，結果學生寫不出來。

林老師：當初在立法時，並沒有重大四項四個字，僅為減少法院案件而加上。

吳老師:拔牙能不能回復，是很重要的一個問題。感謝各位老師今天的參與!今天座談會到此結束，感謝各位先進蒞臨指教!給予我們許多寶貴的意見!

陸、研究團隊會議紀錄(節錄)

民法親屬繼承教學目標改革計畫—小組會議 會議記錄

時間：二〇〇七年十月十五日(星期一)

地點：小王子的飛行旅程咖啡館(SOGO 復興新館三樓)

出席人員：吳煜宗教授

陳宜倩教授

戴瑀如教授

紀錄：陳姮如

會議記錄要點：

1. 討論親屬法題目分配，針對各個題目做初步的探討，並且發表想法。
2. 從女性主義、性別觀點、法律面向研究親屬法中各個重要議題，未來可做一整合，並且提出建議。
3. 討論現階段應處理之問題。
4. 以台灣目前社會現況、社會問題，近年來之社會相關新聞為討論之開始。
5. 將來蒐集之報章資料希望能夠掃描存檔編入報告中。

民法親屬繼承教學目標改革計畫—小組會議 會議記錄

時間：二〇〇八年一月十一(星期五)

地點：景美 3C 咖啡

出席人員：吳煜宗教授

陳宜倩教授

戴瑀如教授

紀錄：陳姮如

1. 會議記錄內容：

1. 針對文章內容之討論，訂立座談會主題及架構主要著重於父母子女之關係。
2. 討論報告內容呈現之方式，針對個別問題舉出個別例子，最後再將所有問題綜合討論。所著重之問題有 a. 同性伴侶之比較、b. 同性婚姻、c. 子女從姓之問題。
3. 陳宜倩老師：以英美法的方式 Brief 的方式，從社會事實呈現，分為六個部分：
 - a. 事實
 - b. 爭點整理
 - c. 法律、社會文化之現實面、差異面之探討
 - d. 性別人權觀點探討
 - e. 現況及法律規定
 - f. 建議及未來方向

就第 2 點爭點部分，例如可從子女從姓著手，討論其重要性或是否為人格權之表徵，兼論姓氏 V. S 性別。並可與德國法有關姓氏部分做比較。

4. 吳老師：許多社會問題不應過度性別化，應予扭正，回復事實的面貌，不應扭曲，以導正學生之思惟。
5. 討論關於姓氏的問題
 - a. 是否為歸屬感之問題？
 - b. 姓氏於德國跟日本於結婚時及共同決定家庭姓氏，共同決定從父、母、夫、妻，從原姓等，我國似可參考之。
6. 綜上所述：
 - a. 陳老師認：可以提及家庭姓氏之未來的趨勢，並留給學生思考空間。
 - b. 戴老師認：可加入實例題，由單一問題之小例題討論親屬法中之課題，再

藉由綜合題型整合討論。

7. 座談會主要架構之討論：
 - a. 主要著重於：父母子女之關係及相關問題
 - b. 以與父母子女、收養等相關之例題呈現，因為今年度之修法多以父母子女為重。例如以家庭姓氏、子女姓氏為例，並比較德國法，並探討與姓名條例牴觸之部分。
8. 現階段工作分配
 - a. 吳老師：將文章依現行法修改
 - b. 陳老師：提出同性婚姻及子女從姓之文章
 - c. 戴老師：探討同性婚姻衍生出之問題，如子女收養之問題；子女從姓再衍生的問題等。
9. 須先完成之部分
 - a. 完成從母姓之權利之文章
 - b. 同性婚姻之綜合題型
 - c. 子女姓氏之問題
 - d. 婚生否認
 - e. 未成年子女權利義務(表意自由)
 - f. 與性別議題相比較，帶入個別議題中，呈現多樣性的溝通對話。
10. 座談會時間之確定
 - a. 1/15 第一場，以了解學生之觀點
 - b. 1/24 第二場，邀請黃宗樂老師、林秀雄老師、鄧學仁老師蒞臨指教!

民法親屬繼承教學目標改革計畫—小組會議 會議記錄

時間：二〇〇八年一月十七日(星期四)

地點：景美 3C 咖啡

出席人員：吳煜宗教授

陳宜倩教授

戴瑀如教授

紀錄：陳姮如

1. 以比較法之方式，新增德國與日本之規範。

針對我國現行法簡單介紹，可以也加入美國之部分。

2. 文章架構之討論

(1) 加入德國及日本規範於文章中。

(2) 對於爭點之用語，可以改為較中性的用語，法律用語以中性為主。

(3) 討論姓氏安定性，應置於文章哪個部分較妥適。

討論姓氏之功能，其意涵為何？

(4) 未來方向，如法律地位，開放程度。

(5) 比較社會現象與社會規定之落差。

加入社會案例比較。

(6) 由於先前已經嘗試過性別與法律的對話，即文章編排中第三第四部分之實

際操練，從其討論中可以察覺出一些問題及學生觀感。

(7) 可以增加對同性的探討，例如德國法的部分有所謂之同性伴侶法之規定。

3. 討論座談會詳細事宜

法律與性別的對話

2008.01.15 世新大學翠谷會議室





家族法專家顧問座談

2008.01.24 世新大學法學院研討室



