

論英國離婚法改革的法制發展

--- 法政策、法理、法社會之探討

目次

壹、前言

貳、英國離婚法改革之歷程

一、英國離婚法的變遷歷史

二、1996 年家庭法令 (Family Law Act 1996) 關於離婚法制的修正

參、離婚法立法政策取向的分析

肆、離婚法法理的探求

一、權利觀點與效益思考

二、1998 年人權法令 (Human Rights Act 1998) 的衝擊

三、個人自主與群體價值

伍、法社會研究的持續發展

陸、結語

參考文獻

關鍵字：英國離婚法、英國 1996 年家庭法令、法律改革、法律政策、英國 1998 年人權法令、家庭法法理、法律介入、法社會學研究

Key Words: Family Law Act 1996 in UK, divorce law reform, law and social policy, Human Rights Act 1998 in UK, utilitarianism/rights discourse of family law, socio-legal study

壹、前言

對於英國離婚法的變遷，一般將之解釋為從「過失離婚法」邁向「無過失離

* 中興大學財經法律系助理教授，英國華瑞克大學 (Warwick) 法學博士，聯絡信箱：
htwang@dragon.nchu.edu.tw。本文初稿發表於中正大學第二屆家庭法律社會學研討會，2005 年 5 月 21 日。感謝中正大學施慧玲教授熱情邀稿，並且在此論文撰寫期間，關於資料之提供、討論與啟發；亦感謝兩位匿名審查委員給予寶貴的意見，使本篇文章能夠更為完整。

婚法」的過程。其差別在於法定離婚原因的認定，「過失離婚法」以夫妻之一方有婚姻違法行為 (marital misconduct) 為法定離婚原因，而「無過失離婚法」係指不以夫妻之一方有婚姻違法行為 (marital misconduct) 為法定離婚原因。因而「無過失離婚法」只要具備法定離婚原因，夫妻雙方不論有無責任或有無過失，均可訴請離婚。更精確一點說，英國離婚法其實是一種轉變成「積極破綻主義」之立法。也就是原則上不考慮配偶有無過失，站在婚姻目的之立場，只要婚姻關係已生「破綻」而達無法維持其繼續婚姻生活之程度者，即應准予離婚。

然而，以上的論述，仍然不足以充分說明英國離婚法的變遷。

要理解一國離婚法的變遷，應該不只是研究實證法律原則與規定的變遷，勢必還要研究導致此法律產生的社會因素以及過程。更重要的是，必須觀察家庭法理是否因此產生本質上的改變，並研究這樣的改變，對整體家庭法的發展會產生何種意義。

基於上述的出發點，研究英國離婚法改革的法制發展，除了釐清其法律改革的歷程之外，必然要包括法律政策價值面以及法理面向的分析。也就是一方面從政策的角度適度定位法與社會的關係，另一方面從法之實踐的法理角度，辯證家庭、法律、社會與國家之間的關係。以下簡介各章節的安排。本文第「貳」部分首先研究英國 1973-1996 年當中對於離婚法的各種反省，以及要求進一步改革的呼聲，最後促成 1996 年家庭法令的通過。此段除了論述其基本原則以及具體內容，還會探討最後未獲施行的基本理由。第「叁」部份，開始深入探究英國學界對於此離婚法改革的反省與批評，而這些反省與批評並非空泛而無交集，而是於法律背後價值判斷的激烈辯論。本文以為此次的改革乃綜合四種政策取向的意見，也因此充滿了矛盾以及適用上的缺點。第「肆」部分，嘗試深入英國離婚法變遷的法理基礎，在法制的發展過程中始終有著「權利觀點」以及「效益思考」的辯證，這除了具有歷史發展的因素之外，也受到歐洲人權法的影響，因此有法理上的偏重之處。其次，這樣的辯論其實在法理的探討上，放入「國家」的角色，論述國家法律關於個人價值以及群體價值選擇的議題，以及國家應否以及該如何介入家庭事務的法理探討。第「伍」部分介紹長久以來英國學界家庭法方面法社會的研究，希望從各方的研究成果，開展出法制發展必然會牽涉到的法社會面向。第「陸」部分結語簡述本文的研究成果。

貳、英國離婚法改革之歷程

一、英國離婚法的變遷歷史

在英國，要使離婚產生法律的效力，必須取得離婚判決 (divorce decree)，而要取得離婚判決，必須符合法定離婚理由。長久以來，因為取得法定離婚理由的困難，使得離婚法的改革呼聲不斷。

英國從二十世紀中開始，離婚法改革的呼聲在社會環境以及家庭結構急劇變遷之下，醞釀而茁壯。在 1937 年之前，通姦是唯一的離婚原因，而後的法律改革將離婚的原因加以擴張。除了通姦之外，再加上遺棄三年、虐待、習慣性酗酒、以及不可治癒的精神失常。但是這五種離婚的原因，顯然無法符合社會的需求。另一方面，1950 年通過的法律扶助與諮詢法令 (Legal Aid and Advice Act 1950)，促使更多人有經濟能力訴請法院請求離婚判決¹，但是這反而讓更多人體認到當時離婚法制的缺陷，引發更多改革的呼聲²。

這樣的呼聲一直到第二次世界大戰之後才有比較重大的進展，皇家婚姻與離婚委員會以及Canterbury大主教乃當時主張離婚法制改革的兩大社會組織。後者即使為宗教組織，其離婚法改革的主張已然脫離傳統宗教論述的主軸，除了反省與批判當時離婚法制的不適當性之外，更進一步以社會現象的研究為基礎，提出修法的建議。然而，在對法律與社會的初步理解有共識之外，兩個主要的修法團體皇家婚姻與離婚委員會以及Caterbury大主教卻在規範內容上產生歧異。Canterbury大主教以為法律的角色應該是有錯誤時給予補救或矯正 (provide a remedy where a wrong was done)，也就是偏向於主張必須一方犯有錯誤，法律予以正義的補救措施，賦予另一方請求離婚的權利；而皇家婚姻與離婚委員會則主張對婚姻提供有尊嚴的解除 (a dignified release from a marriage)³，也就是法律應盡量限縮限制欲離婚者的離婚可能性，並應該提供一個友善的程序，以便讓雙方能夠在有尊嚴的狀況下離婚。

在激烈的爭辯中，上述兩個方向始終爭論不休，最後通過的立法，乃是這兩種想法的綜合與折衷。根據Cretney對於法律改革過程的研究⁴，1969 年通過的離

¹ 在 1960 年代，可以說已經達到普及化的目標，90% 的案件雙方對於離婚並無爭議，剩餘的 10% 當中，許多爭議也是針對財產的分配以及其他問題而起的。參見Gledon, M.A., *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 149-158 (1989).

² 在 1950 年代設立的皇家婚姻與離婚委員會 (Royal Commission on Marriage and Divorce) 以研究離婚率不斷高升的原因為主要任務，並且致力於促進健康快樂的婚姻生活，以及確保子女的利益與福利。在其發表的文獻上指出，離婚率高升主要的因素在於「現代生活的複雜性」，包括居住房屋的稀有性、早婚的增加、教育水準的增加、生活水準的提高、女性社經地位的改變、對於性的新態度之形成、個人自我表達的新心理學的流行、以及大家不再如以前一般嚴肅看待婚姻所應負擔的責任等等。此外，英國Canterbury大主教組織了一個研究小組，討論越來越多離婚的現象以及法律改革的議題，最後於 1966 年發表了一份報告。這份報告出乎意外的，一向保守的天主教，竟然採取了當時極為激進的觀點。報告中主張無過失離婚，並且以婚姻無可挽回作為唯一的離婚理由。參閱Diduck A. & Kaganas, F., *Family Law, Gender and the State*, Oxford, Portland: Hart Publishing, 417 (1999) .

³ Cretney, S. & Masson, J, *Principles of Family Law*, London: Sweet and Maxwell, 309 (1997).

⁴ Cretney, S., 'Divorce Reform in England: Humbug and Hypocrisy or a Smooth Transition?' in M. Freeman (ed), *Divorce: Where Next?* Aldershot: Dartmouth, ch3 (1996).

婚修正法令 (Divorce Reform Act 1969)，一方面讓還有希望的婚姻能有緩頰的餘地，另一方面盡量減少在離婚時會產生的羞愧、屈辱與痛苦。具體的法令除了1969年通過離婚修正法令之外，還有1970年通過婚姻程序與財產法令 (The Matrimonial Proceedings and Property Act 1970)，以及1973年通過婚姻訴訟法令 (The Matrimonial Causes Act 1973)⁵。

1969年的離婚修正法令施行於1971年，法令中直接指出唯一離婚的法定理由，乃是「難以挽回的婚姻破裂 (irretrievable breakdown of marriage)」或因「個性不合難以協調 (incompatibility or irreconcilable differences)」。此法令增設繼續分居五年得請求離婚判決，還有增設夫妻繼續分居達兩年以上並同意離婚，法院即可認定婚姻破裂無可挽回，足見已經設法將過失的要素排除。但是法令卻同時明訂證明「難以挽回的婚姻破裂」的方式除了上述兩個與過失無關的要素之外，還要加上原本的三個要素，也就是通姦、虐待與遺棄，可見其並未完全排除過失離婚的要素⁶。此外，1973年的婚姻訴訟法令 (The Matrimonial Causes Act 1973) 中引進特別程序的運用，也就是當事人雙方不需要出庭，而是由地方法院的法官經由書面審理，決定是否給予離婚的判決。

對於離婚法的反省與批評，並不曾因為前述法令的通過而有絲毫消退的跡象。結合法律學者以及法社會學研究 (socio-legal study) 的學者，不斷辯論離婚法改革的需求以及方向。英國政府主要的修法單位法律委員會 (Law Commission) 集結各界批評的聲浪，對於當時的離婚相關法制，整理出四項批評⁷，分別摘要如下：

第一、混亂與誤導：1969年通過的離婚修正法令一般認為乃是從過失離婚到無過失離婚的具體規定，法條中規定「難以挽回的婚姻破裂」 (irretrievable breakdown) 是離婚唯一的理由。在這樣的概念之下，過失與否並不重要，但是法律卻又規定只有五個原因可以證明符合此條的要件，而這五個之中又有三個 (通姦、虐待與遺棄) 可能牽涉到當事人的過失要素。實際上，就概念與實際的操作而言，要證明難以挽回的婚姻破裂應該不一定會與這五點有關。這二者之間的矛盾，經常導致更多的混亂以及人們對法律的不信任。

第二、不正義：法條中仍然具有過失離婚的色彩。許多研究指出，分析五個離婚理由，在某些情況下，例如通姦，是否通姦者的過失比較嚴重，情況不一而足。再加上在訴訟上面的各種不確定因素，例如攻擊防禦的證明可能性等等，都

⁵ 從1977年之後，所有沒有爭議的離婚都依據特別程序 (special procedure) 處理，對當事人來說變成只是填寫文件格式的問題。根據Diduck的研究，99%的案子都是經此特別程序。而這個過程被Cretney稱為是將離婚的訴訟程序轉變為一種類似行政的程序 (administrative process)。參閱Diduck, A., 'Dividing the Family Assets', in Day Sclater, S. and Piper, C., (eds.), *Undercurrents of Divorce*, Aldershot: Ashgate, 421 (1999); Cretney, S.M., 'Family Law at the Millennium – Introduction and Overview' in S. Cretney (ed), *Family Law, Essays for the New Millennium 1-9*, Bristol, UK: Family Law (2000).

⁶ Divorce Reform Act, 1969, C. 55, now Matrimonial Causes Act 1973, C. 18.

⁷ Law Commission, No. 192, *Family Law: The Ground for Divorce*, London: HMSO (1990).

會產生實務運作與規範所預設之正義理念不相符合的現象。因此，取得離婚判決的困難度，其實並沒有一定的正義原則，而是任意的。有時其實端賴相關事項證明之難易程度，以及當事人雙方使用法律之可能性（例如財力以及社會地位）。

第三、有無理由離婚本身歪曲了雙方關於其他事項的協商地位：離婚之後財產之分配以及對子女權利義務之行使的問題，常常受制於誰較可能根據離婚相關法制請求離婚的影響。一個較有理由離婚的一方，比較能夠爭取到較優渥的財產分配以及子女權義之行使。

第四、促發更多敵意與痛苦並且不利於未成年子女：法律本身的訴訟性，可能使得陷入困境的夫妻難以和解，並無法挽救婚姻，只能使得離婚判決更加困難。此外，離婚已經是一件痛苦的事情，但是如果整個法律體制必須藉由訴訟或類似訴訟的方式方能達成，當事人雙方將會產生更多的敵意與痛苦。再者，訴訟使父母雙方陷於爭鬥，盡量找出對方的錯誤，爭奪撫養未成年子女的權利等等，這些都可能導致不利於未成年子女的情況。

二、1996 年家庭法令 (Family Law Act 1996) 關於離婚法制的修正

1996 年通過的家庭法令 (Family Law Act 1996)，學者Eekelaar⁸稱之為是一種取得離婚判決的革命性機制 (revolutionary mechanism)，針對婚姻關係的破裂之法律規定，有一些重大的改變。包括離婚、法院商談、財產分配條款、以及年金權利等議題，都有重大的突破，本節主要集中討論離婚的要件與程序。

1996 年的家庭法相對於之前的離婚法，有兩個重大的突破。第一，從部分過失離婚 (fault) 的色彩，轉變到無過失離婚 (no fault) 的制度。該法令將婚姻中過失 (matrimonial fault) 的要素從離婚的程序中移除，並且設計一些相應的程序措施架構，以便在無過失離婚的制度下，能夠創設一個能夠盡量維持婚姻、並且鼓勵婚姻中的人繼續婚姻關係的程序。因此，鼓勵調解的制度便是 1996 年家庭法令的第二個重大突破，也就是取代由律師為主的紛爭解決方式，希望引導雙方進入調解程序而達成和解⁹。

1996 年家庭法令，希望藉由離婚程序的設計，以達到拯救婚姻與減少痛苦的目的。在第一條就開宗明義指出基本原則，包括：

- (a) 婚姻機構應該被支持 (the institution of marriage was to be supported)；
- (b) 應該鼓勵雙方採取任何行動，儘其所能支持可能破裂的婚

⁸ Eekelaar, J., Madean, M. and Beinart, S., *Family Lawyers: The Divorce Work of Solicitors*, Oxford, UK: Hart Publishing (2000).

⁹ Day Sclater, S. and Piper, C., 'The Family Law Act in Context' in S. Day Sclater and C. Piper (eds), *Undercurrents of Divorce*, Aldershot, UK: Ashgate, 3-29 (1999).

姻 (where a marriage may have broken down, the parties were to be encouraged to take all practicable steps in order to save it) ;

(c) 在離婚時儘可能達成最少痛苦原則 (minimum distress)，盡量避免對未成年子女產生不良的影響，以建構日後良好互動為主要目標，並且盡量減少費用的支出；

(d) 對任一方或孩子的暴力危機，都應該被消弭。

爲了達成上述的基本原則，1996 年的家庭法無需當事人證明婚姻之破裂或無可挽回，而代之以在第二部份中要求雙方必須履行一定的程序。這程序包括第八條第二項的規定：若有意離婚，必須於三個月前參與資訊會議 (information meeting)¹⁰，三個月後才可向法院提出婚姻已經破裂的聲明 (statement)。完成聲明程序之後，第 14 天開始起算，必須歷經大約九個月的反省與思考期 (reflection and consideration)，而此反省思考期若在牽涉到十六歲以下兒童時，有可能需要延長至十五個月。在某些特定情況，比如雙方都有復合的意願情況，或是在特定情況下經當事人一方的申請，得到法院的許可之下，時間可能再延展。九個月或十五個月之後，任何一方皆可以申請離婚。當然，在這種情況之下只要申明婚姻已經無可挽回即可，不需要任何證明。在各個階段法院皆可轉介家事商談服務，惟此不具有強制性，只有對受法律扶助之人，才具有強制性。

不過，上述的程序屬於該法令的第二部分，原本預定在 2000 年時施行，而在第二部分還未施行之前，英國政府於 2001 年宣布撤銷 1996 年家庭法令的第二部分。

1996 年家庭法令的第二部分被撤銷，其原因除了各界的批評聲浪之外，主要還是基於政府委託之爲時兩年的試驗 (pilot study)，其報告結論認爲該等程序的設計難以達到當初的目標。既無法拯救瀕臨破裂的婚姻，也無法幫助瀕臨離婚狀態的夫妻以最少的痛苦解決問題，因此建議暫緩施行¹¹。詳言之，政府單位委託學者 Janet Walker 設計 6 種不同種類的模型 (model)，以便實現資訊會議 (information meeting) 等的設計，在英格蘭以及威爾斯 11 個地方法院，歷經兩年的時間，試驗這種新程序的運用。針對每一個提出離婚申請的夫婦，都建議其參加資訊會議 (大約 1 萬人左右)，並事後追蹤 6 個月的時間。共有 20 個研究人員以及 41 個訪談員參與，總共取得 2900 小時的訪談錄音。最後的評論報告書在 2000 年由 Newcastle Centre for Family Studies 提出，報告書指出沒有一種模型能

¹⁰ 第二部分第 8(9)條規定資訊會議必須提供以下資訊：(a) 婚姻諮商和其他婚姻支持服務；(b) 關注孩子的福利想法及感受；(c) 使雙方了解孩子需求的資訊，協助孩子因應破碎的婚姻；(d) 協助雙方處理財務議題的管道或服務；(e) 適當保護以對抗暴力，及如何獲得支持與協助；(f) 商談服務；(g) 雙方如何各自獲得法律建議或代理人；(h) 訴訟程序及法律援助。

¹¹ Walker, J., *Information Meetings & Associated Provisions within the Family Law Act 1996* --- Volume 3, Newcastle Centre for Family Studies, University of Newcastle upon Tyne (2000). 此爲該試驗的最後報告書。

夠達成當初的理想。

在評論中指出，雖然參加試驗的人之中，許多人認為資訊會議 (information meeting) 的設計，能夠幫助他們了解相關的問題與程序，但是對他們實際的婚姻狀態，並沒有實際的幫助。原因之一是這樣的程序往往是在雙方已有離婚意願以及必要性的狀況之下才會開啓；另一方面，在會議中由於經費以及人員的限制，所能得到的資訊往往透過 CD 或者書面，或者一些制式的回答，很難根據當事人的心理以及實際的需要，做出相對的資訊提供。此外，在很多例子當中，只有想要離婚的這一方會參與資訊會議，但是進一步的諮商或者調解的程序，必須仰賴當事人雙方參與的意願，若資訊會議只有一方參加，往往效果不大。最後，這樣的程序設計，對當事人雙方來說往往會帶來不確定與遲延，一對想要離婚的夫妻可能至少要經過一年的時間，歷經資訊會議以及反省與思考期，才能獲取離婚的命令，對某些雙方皆想離婚的夫妻，反而徒增困擾。

除此之外，學者對 1996 年家庭法令的第二部分也多所批評。Freeman¹²認為英國 1996 年的家庭法令乃是「贊成婚姻 (pro-marriage)」¹³的，但這並不代表是「贊成家庭 (pro-family)」的。正如英國 1996 年的家庭法令，開宗明義在第一條即指出婚姻作為一種社會機構，應該要被支持，以及婚姻破裂時，雙方應該被鼓勵採取所有可能的步驟，去挽救婚姻。雖然是家庭法的第一條，但是條文強調的是婚姻而不是家庭，婚姻顯然是法律比較喜歡的家庭形式。相對的，其他的家庭形式可能在某種程度上受到貶抑，例如非異性戀婚姻的家庭形式，或者不是以異性戀婚姻為基礎的家庭形式，例如同居關係家庭、複婚家庭、單親家庭、同性戀家庭等等。

關於 1996 年家庭法令的意識形態性 (ideological)，Freeman 以及 Douglas 曾經為文分析過¹⁴。其中提及條文開宗明義所主張的價值，其實不同於實際上法律的規定內容所呈現出來的效果。例如，第一條明言主張法律的目的，在於離婚時以減少當事人雙方以及子女的痛苦為最高依歸¹⁵，似乎不願意對離婚做出價值判斷。因而之後的條文去除「過失離婚」的相關條款，不再以通姦、遺棄等作為離婚唯一的原因，以便減少在離婚過程中雙方互相指責、控訴對方的過失行為而造成的對立與痛苦。此外，條文中也刪除一些會引起對立或衝突的字眼，例如刪除告訴人以及被告人的稱謂 (petitioner/respondent)，也將離婚判決 (divorce

¹² Freeman, M., *The Family Law Act 1996*, London: Sweet and Maxwell (1996).

¹³ 1996 年在國會 (House of Commons) 一讀 (Standing Committee) 的程序時，保守黨以及工黨的議員都希望該法令能夠放入更多支持婚姻的規定，因此該法令在立法的過程中，有許多重大的改變，使得內容更加以提倡婚姻而非家庭為主要的內容。參閱 Lewis, J., 'Marriage Saving Revisted', 26 *Family Law*, 423-5 (1996).

¹⁴ Freeman, M., 'England: family justice and family values in 1995', in Bainham (ed), *International Survey of Family Law 1995*, Martinus Nijhoff (1997); Douglas, G., 'England and Wales: "family values" to the fore?', in Bainham (ed), *International Survey of Family Law 1996*, Martinus Nijhoff (1998).

¹⁵ Section 1(c)(i) and (ii).

decree) 改成離婚裁定 (divorce order)。然而，之後法律規定許多要取得離婚命令的各種程序，要履行這些程序必須花費相當的時間了解以及參與，這期間至少要長達一年。從程序的複雜性以及長時間性來看，1996 年家庭法令並未如其所設定的意識形態，中性的對待離婚，並且把離婚當成是一種權利，不賦予負面的評價或者造成對立。就整體而言，1996 年的家庭法令還是反離婚的。

除了上述宣稱的理想與實際的法律規定所呈現的分裂狀況，法律規定本身也充滿了曖昧以及不連貫。理想上反對過失離婚或對立，但是事實上導致離婚困難；理想上支持婚姻制度，但是複雜的離婚程序導致多人不願意結婚，以避免離婚的困難。也難怪Bainham會不客氣的說，1996 年的家庭法令根本就是一個「意識形態的實驗 (ideological experiment)¹⁶」。

綜合上述，1996 年家庭法令的第二部分在英國並未施行。這部法令關於離婚的相關規定，從之前的研究討論，一直到之後的兩年試驗以及各界的批判，卻隱然透露出離婚法改革的三個主要面向，以下僅就法政策、法理以及法社會三個層面，進一步展開對於英國離婚法改革法制發展的討論。

叁、離婚法立法政策取向的分析

在 1996 年家庭法令的變革過程中，各方人士參與修法的討論，提出不同的修法方案，本節希望藉由整理各方論點之餘，整理各個論點不同的立法政策取向，並論述其於離婚法與離婚現實之間的關係之認知與價值上的爭論。

簡言之，在英國離婚法改革政策辯論的過程當中，有人主張維持舊有過失離婚的要素，原因除了婚姻承諾之神聖性之外，也對社會中逐漸升高的離婚率憂心重重，不希望太容易獲致離婚；另有人主張過失離婚的概念不符合時代婚姻自由的精神，但是仍認為法律應當避免離婚過度容易，以某種程度上維持婚姻制度；也有負有新觀念者主張法律應該容許任何一方自由地取得離婚判決，不應予以阻礙；但此同時也有人主張離婚事件具有某程度的公益性，應有相當程序性的規定¹⁷。

觀察英國 1996 年家庭法令的立法過程以及立法內容，本文將上述各種不同

¹⁶ Bainham, A., 'Changing Families and Changing Concepts -- Reforming the Language of Family Law', 10(1) *Child and Family Law Quarterly*, 1-15 (1998).

¹⁷ 關於離婚法的改革，Hasson提出精闢的分析。他引用Roger對於英國家庭政策的分析架構，指出兩種極端的政策取向：一種政策取向以個人道德為基礎，政策的目的是在實踐道德，因此法律的角色即是一種嘗試強化道德的行動；另一種政策取向，只是著重於支持家庭生活，根據實際的家庭變遷做出回應，以鞏固以及改善法律的社會實踐。Hasson, E., 'Setting a Standard or Reflecting Reality? --- The Role of Divorce Law, and the Case of the Family Law Act 1996', 17 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 338-356 (2003).; Roger, J., 'Family Policy or Moral Regulation?', 15(1) *Critical Social Policy*, 5-25 (1995).

的爭論整理為四種不同的政策取向。首先要說明的是，這四種不同的政策取向，乃是針對離婚法改革的核心爭議問題為座標而整理出的「政策取向」。既然是「取向」，就不是一個本質性的描述，而是在兩個向度之間的偏向。換句話說，這四個政策取向乃繞著兩個重大的議題而來：法律是否應該成為倡導某種社會價值的機制、以及法律是否足以改變社會行為。先以圖表表示如下：

	法律應該成為倡導某種社會價值的機制 (公共利益：維持異性戀婚姻以及核心家庭)	法律不應該成為倡導某種社會價值的機制(乃在解決私人間的爭議)
法律足以改變社會行為	第一種取向：離婚法應該要矯正時下離婚率過高的亂象(過失離婚)	第四種取向：提供個人相關資源，建立支援體系(離婚乃複雜的社會事件)
法律不足以改變社會行為	第二種取向：提供一個拯救婚姻的可能架構	第三種取向：提供有效率的離婚過程 (離婚乃個人選擇的私人事項)

第一種政策取向認為，離婚法應該要設定一個標準，以便矯正時下離婚率不斷高升以及因各種不同家庭形式之出現所產生的社會「亂象」。做法上就主張「過失離婚」有其必要性，惟有過失離婚的規定，才能夠讓人們對婚姻負有責任感，並努力維持婚姻的道德義務，達成矯正社會的目的。在此，異性戀婚姻以及核心家庭被認為是最有利於個人、家庭以及整體社會的制度，因此法律應該極力促成以及鞏固這樣的社會制度。在這樣的取向之下，法律被塑造成理想社會的實現機制，一方面反應理想的社會，另一方面也致力於促使理想社會的實現。此外，婚姻的破裂也不再是私人的事件，而是關乎公共利益的事件，需要公權力的介入以及價值的判斷，以便在法庭上做出裁決¹⁸。這種取向假設之下，法律的強制性足以改變社會行為。因此一個困難並且複雜的離婚規定，足以使得婚姻破裂的當事人繼續維持婚姻，而如此的離婚法，也會對社會產生一定的符號效果。1996 年的家庭法令雖然並不遵循此種取向的主張，而廢除了過失離婚，但是所通過的法令中，仍存有促成某種社會目的的意圖。

第二種政策取向，主要來自於法律委員會 (Law Commission)¹⁹的主張。此種取向仍然假設離婚法負有維持道德的義務，而這裡所謂的道德即是異性戀的核心家庭之維持。但是對於是否可以用法律規定的方式達到這樣的目的，此種取向持有懷疑的態度。此種取向認為，法律無法創造快樂而穩定的婚姻生活，也無法挽救不快樂的婚姻，它只能試圖提供一個支持婚姻關係的程序²⁰。這種取向深切

¹⁸ 這樣的價值觀，如果落在英國古典法理學的思考架構下，毋寧是較為符合Devlin的觀點。

¹⁹ 法律委員會 (Law Commission) 根據 1965 年的法律委員會法 (Law Commissions Act) 產生。其職能為負責審查管轄範圍內適用的所有法律，促進法律的系統化和改革，包括對法律的修改、廢除、簡化以及現代化等。在組織上，法律委員會由一名主席和其他四名委員組成，均由御前大臣 (Lord Chancellor) 任命。

²⁰ Law Commission, *supra note 7*.

的體認到法律與現實的差異性，法律是要致力於維持傳統家庭形式，但是在現實社會中，此種家庭形式正在崩解之中，而法律對此趨勢的影響的力量是極有限的。即便如此，此種取向仍然認為法律應該要做出一些努力，例如「提供一個拯救婚姻的可能架構」。

爲了「提供一個拯救婚姻的可能架構」，御前大臣部門 (Lord Chancellor's Department) 在 1993 年出版的綠皮書中指出，離婚程序應該要成爲想要離婚者第一個求助的對象，並且設定提供這些人一些面談的機會，對於婚姻的觸礁提供專業的建議，並且提供離婚程序以及相關事項處理的資訊服務，包括商談或調解程序的解釋等等，而這些都表現在 1996 年家庭法令當中。除此之外，接下來的「反省與思考期」在綠皮書中也指出，其目的在於「反省婚姻承諾的嚴肅性以及永恆性」²¹。而在 1995 年發表的白皮書中，對於此「反省思考期」的解釋爲「反省婚姻到底出了什麼問題，並且思考夫妻雙方是否有機會和解」²²。然而，對於上述制度與政策的安排，Davis 曾經提出嚴厲的批判，直接批判其背後不實際的意識形態，並指出白皮書所設計的程序內容只是在「尋求改善人類的天性，並且扭轉社會變遷的趨勢」²³。

修法過程中的第三種政策取向，來自於對當時離婚法之「信度」的反省。這種取向深入思考離婚法之所以不能達成維護傳統婚姻形式的目的，其背後主要的法社會因素。這種取向因而發現，將離婚限定在一方有過失，另一方可以提起離婚的強況，根本無法達到「矯正」或「指導」婚姻中人之行爲的目標。例如，如果有過失的一方真的想要離婚，那麼法律當然無法嚇阻其行爲，而離婚過程在現實上往往違反當初法律所設定的道德原則。因爲有上述的體認，此種取向完全揚棄離婚法要「矯正」或「指導」人類行爲的理想，而將離婚法定位在「解決爭議」上面。爲了要解決爭議，自然要提供雙方足夠的資訊以及各種可能後果的分析，以便提供一個「有效率的離婚過程」。此時，背後的價值觀念毋寧是將離婚當成是一種「個人選擇」的「私人事項」²⁴。簡言之，在此種取向之下，法律的角色完全取決於其對現實的影響，因此設定要挽救婚姻的離婚法，根本是一派胡言的不切實際。

受到其他心理社會諮商專業團體的影響，以及各種利益團體的提倡之下，上述的現實主義 (legal realistic) 的取向，產生一個本質上的轉變，最後以著更加精緻的言論形式出現。第四種政策取向不認爲離婚純粹屬於「個人」事件，而是一種需要國家認可、牽涉到公益 (例如父母子女關係的轉變、家庭暴力等等) 的「社

²¹ Lord Chancellor's Department, *Looking to the Future, Mediation and the Ground for Divorce*, Cm2424, London, UK: HMSO (1993).

²² Lord Chancellor's Department, *Looking to the Future: Mediation and the Ground for Divorce*, Cm2799, London, UK: HMSO (1995).

²³ Davis, G., 'Divorce Reform -- Peering anxiously in the Future', 25 *Family Law*, 566 (1995).

²⁴ Hasson 認爲這反而會產生縱容在社會中道德父權主義 (moral paternalism) 的結果。Hasson, E., 'Setting a Standard or Reflecting Reality? -- The Role of Divorce Law, and the Case of the Family Law Act 1996', *International Journal of Law, Policy and the Family* 17, 357 (2003).

會事件」，而這個「社會事件」不只包含複雜的法律、社會、情緒、心理以及各種實際上的問題，更加不可能存有一個普遍的共同點，對每一個人可能有不同的意義。因而離婚法應該要提供個人相關的資源，以便雙方能夠從中適當安排相關的金錢、子女等事務，重新建立完善的離婚後生活。

綜上所述，各種不同的取向交錯影響著英國 1996 年的家庭法令。仔細分析這些取向，主要在兩個重要的問題上具有歧異點：第一個歧異點是對法律在社會上角色的態度之不同，也就是法律是否負有維持傳統婚姻形式的任務，若以問題的形式呈現，也就是法律是否得以作為倡導某種社會價值的機制？若答案是肯定的，那麼離婚就被當成是一個公共的事務，需要國家法律介入，以便維持某種程度的公共利益。而這個公共利益或許是「道德」(第一種政策取向)，也或許是「拯救婚姻」(第二種政策取向)；若答案是否定的，那麼離婚就純粹只是個人與個人之間的糾紛，這無關乎公益，而法律只是純粹提供解決紛爭的方式，或許是提供相關社會資源 (第四種政策取向)，或許是提供有效率的離婚程序 (第三種政策取向)。

另外一個歧異點是對於法律是否得以影響社會行為之觀察。因為在這個問題上有不同的態度，因此會導出不同的法律規定及其內涵之主張。如果認為法律得以影響社會行為，那麼或許會主張過失離婚，以便矯正時下離婚率過高的現象 (第一種政策取向)，或者是提供各種相關社會資源與服務，以便讓每個人有平等的武器 (第四種政策取向)；另一方面，如果認為法律不足以影響社會行為，那麼或許法律只是提供一個拯救婚姻的可能架構 (第二種政策取向)，或許只是提供一個有效率的離婚過程 (第三種政策取向)。

誠上所述，英國 1996 年離婚法的改革，乃是四種政策取向折衷的結果，欠缺一致性而在實踐上容易造成理想與現實矛盾。此次改革由法律委員會主導，較為偏向第二種政策取向的主張。認為法律不足以改變社會行為，卻應該負擔某種社會變遷的任務，也就是認為法律應該提供一個拯救婚姻的可能機制。然而這個機制的提供，卻走向一個複雜的程序，理想上要幫助當事人獲得所有的資訊與資源 (第四種政策取向)，卻使得離婚的取得更為不易。雖然也許現實上可以產生抑制離婚的效果 (第一種政策取向)，卻可能造成許多不利益。對許多民眾來說，他們只是想趕快離婚，不希望有這些繁瑣的程序 (第三種政策取向)。換句話說，1996 年離婚法改革的內涵，讓所有政策取向的人無法達成其目的。第一種政策取向的人主張過失離婚，這被 1996 年的家庭法令明文排除；第二種政策取向的人要提供一個拯救婚姻的可能機制，結果卻無法拯救婚姻，並且導致離婚困難；第四種政策取向的人希望建立支援體系，在實際的層面上，根據試驗結果，其成效卻不甚容易；第三種政策取向的人只要快速的離婚判決，實際上卻無法達成。無怪乎 1996 年的家庭法令有關離婚的第二部份，在還未施行之前就在 2001 年被御前大臣 (Lord Chancellor) 撤銷了。

肆、離婚法法理的探求

一、權利觀點與效益思考

(一) 從權利觀點到效益思考

英國離婚法的改革，從 1969 年的離婚修正法令，到 1996 年的家庭法令，所歷經的不只是前節所稱的法政策與法價值的辯證與折衝，也包括在理論層次上對於實務運作背後法理基礎的探求。此種法理的探求，儼然已經在家庭法的領域之內，劃歸為兩種不同的法理思考，在此節中本文姑且稱之為「權利觀點」以及「效益思考」。「權利觀點」強調家庭內成員彼此間權利義務體系²⁵，而「效益思考」著重離婚過程各方利益合理的分配²⁶，尤其強調兒童遭遇父母離婚時產生的心理創傷之不利益，加強兒童保護的需要。

在離婚法的學理上面，「權利觀點的家庭法」將婚姻關係當成是一種類似契約的關係。雙方彼此之間有既定的權利義務，一方有權利則另一方就有義務，若義務者違反義務，法律就賦予補救的方式，或者使違反者喪失權利或財產等等。在此基礎之下，「過失離婚」背後所呈現的觀點，即是婚姻解消的請求，必然要立基於另一方違反婚姻義務之後的懲罰。換句話說，要判斷是否有「權利」離婚，必須要先確定雙方在婚姻破裂中的責任歸屬，並且以此作為離婚與否的標準。此種觀點的家庭法，對於法律關係、原則與政策都有非常清楚的界定，而這些界定多半源自於基督宗教的傳統信念，強調婚姻的結合及其神聖性。

然而，當「過失離婚」的概念轉變為「無過失離婚」的概念時，原本在過失離婚學理上的正義原則，便無法成為離婚法的依據。在欠缺明確的原則與標準之下，學理上便試圖從效益主義或結果主義的觀點提出原則與標準。學者 John Eekelaar²⁷所發表的著作「家庭法與社會政策 (Family Law and Social Policy)」是當時突破權利觀點、提出效益思考的力作，對於英語世界的家庭法來說，產生巨大的影響。為了能進一步理解以及合理化家庭法，作者借用 1960 年代帕森斯家庭社會學 (Parsonian family sociology) 的觀點，從家庭法的功能出發思考相關的問題。他提出家庭法的三個功能，分別為調適衝突整合利益、保護個人在家庭之內的利益、以及支持社會共識的家庭價值。而法律介入的時點與理由，存在於社

²⁵ 過去家庭法強調丈夫以及父親權利，也就是強調妻子以及子女的義務，二十世紀初妻子的權利開始受到重視，之後其他例如同居者權利以及子女的權利也逐步在法律中被重視。各種權利彼此之間可能有所衝突，家庭法的任務便是要尋求一個互相調和，彼此不衝突的規範體系。

²⁶ Parker 認為家庭法一直以來有兩種理解的方式，一種是家庭成員彼此之間權利義務的賦予，本文稱之為「權利觀點的家庭法」；另一種是從效益出發的思考，本文稱之為「效益思考的家庭法」。Parker, S., 'Rights and Utility in Anglo-Australian Family Law', 55 *Modern Law Review*, 311-347 (1992).

²⁷ Eekelaar, J., *Family Law and Social Policy*, London: Weidenfeld & Nicholson (1978).

會失序家庭無法提供原有的功能之時²⁸。

在英國法的發展上，家庭法的效益或功能思考往往帶向兒童福利的思考與強調。1989年兒童法令 (Children Act 1989) 明文規範以父母對子女之扶養照顧責任 (parental responsibility)，代替以往親權 (parental right) 的概念，並且廢除監護權 (custody) 裁定，並以居所裁定 (residence order) 取代之²⁹。這立法的意義在於使兒童能夠在父母離異的環境中，能夠有適當的調適、受到適當的保護與支持。1996年家庭法令，可以說是接續著1989年兒童福利法的路線，並進一步徹底揚棄「過失離婚」，走向「無過失離婚」的立法主義。離婚本身被看待為一個過渡期，而不是一個法律事件，所有尋求離婚者被要求經過一系列的步驟與階段，而在每一個階段皆被鼓勵參與商談程序。

家事商談制度的發展，也彰顯出效益主義的色彩。1974年，Finer報告建議家庭法院應該建立家事調解 (conciliation) 制度，主要的目的在協助夫妻處理婚姻破裂所帶來的結果，協助他們降低衝突，尤其必須盡量降低對兒童的傷害，在孩子監護、照顧及教育等議題上達成共識³⁰。1989年的兒童法更進一步強調兒童最佳利益的重要性，並賦予其適當的法律概念與架構體系。例如第一次將兒童的想法與感受以法律的架構，列入了福利檢核表，以作為兒童最佳利益的考量³¹。光就1979年到1984之間，就有55個不同的法庭內家事調解計畫同時進行，兒童利益成為主要的核心概念。

法院體系之外的家事商談制度，在非政府組織的蓬勃發展之下，不斷擴大其影響力。除了原有的SFLA (家庭法律師協會 Solicitors Family Law Association)³²、NFM (國家家事商談 National Family Mediation)³³ 以及FMA (家事商談協會 Family

²⁸ 關於家庭法律社會學之功能學派的看法，詳見施慧玲，論我國家庭法之發展與研究 --- 一個家庭法律社會學的觀點，收錄於施慧玲著，「家庭、法律、福利國家：現代親屬法論文集」，元照出版，頁42，2001年。

²⁹ Bainham, A., 'The privatisation of the public interest in children', 53(2) *The Modern Law Review*, 206-221 (1990); Hoggett, B., 'Joint Parenting Systems; the English experiment', 6(1) *Journal of Child Law*, 8-12 (1994).

³⁰ 在1978年於Bristol Courts Family Conciliation Service開始以法院體制內 (in-court) 的方式，發展離婚商談。1979年，The South East London (Bromley) Family Conciliation Bureau成立法院體制外 (out-of-court) 的家事商談機構。參閱Parkinson, L., *Separation, Divorce and Families*, CA: Macmillan Education Ltd. (1987); Parkinson, L., *Family Mediation*, London: Sweet & Maxwell (1997); Robison, M., 'Family Mediation Involving Children', in M. Hill (ed.), *Research Highlights in Social Work 35 - Effective Ways of Working with Children and their Families*, London: Jessica Kingsley Publishers (1999).

³¹ Bridge, A.J., Bridge, S., & Luke, S., *Blackstone's Guide to the Children Act 1989*, London: Blackstone Press Ltd. (1990); Piper, C., 'The Wishes and Feelings of the Child', in C. Piper & S. D. Sclater (eds), *Undercurrents of Divorce*, Dartmouth: Ashgate (1999).

³² SFLA共有三千個會員，成立於1982年，企圖將離婚法的相關訴訟，於相關程序中得到解決，以獲得雙方協議為目標，即便雙方有很大的爭議，也盡量在情緒上以及財務上損失最小的條件下，促使雙方合作。

³³ NFM原名為NFCC (National Family Conciliation Council)，成立於1981年，後來在1993年才改名。關於該機構的資訊，參考網站<http://www.nfm.u-net.com/>，2005年8月5日造訪。

Mediation Association)³⁴ 持續發揮影響力之外，NFM、FMA以及FMS (蘇格蘭家事商談Family Mediation Scotland)³⁵ 在 1996 年時成立英國家事商談學院 (UK College of Family Mediators)，提供檢選、訓練以及教育家事商談員的工作，並且負責家事商談員的檔案登記。此外，CAFCASS (兒童及家庭法院諮詢與支持服務 The Children and Family Court Advisory and Support Service) 成立於 2001 年的 4 月 2 日，結合過去數個單位，包括家庭法庭的福利服務 (family court welfare service)、法律監護員 (guardian ad litem)、報告事務官 (reporting officer panels)、以及公務律師部門的兒童部 (the children's division of the Official Solicitor's Department)，提供一個全國性的服務，使得子女最佳利益能夠體現在家庭法庭中。CAFCASS一般來說必須受到政府的監督 (主管機關為教育與技術部門)，而在某些事項上必須受到國會中某些委員會的監督³⁶。其主要的工作有三個：案件報告的撰寫、代表兒童出席法庭以及支持家庭。在做法上面，雖然以法庭活動為中心，但是希望著力於將案件的處理由法院體系轉移到調解體系或者兒童照顧體系，將訴訟過程轉變為支援性的服務³⁷。換句話說，該機構不只是提供法庭關於個案的資料與看法，主要功能還是在提供「支持服務」上面，這包括會面中心 (contact centres)、商談、治療性的幫助等等，希望藉由這些服務使得家庭法的正義更能夠實現。簡單說，CFCASS最主要的目的在於促進家事案件中的兒童福利，其法源基礎在於 1989 年的兒童法令第 17 條第 1 款，規定地方政府負有促進兒童福利的任務。綜合言之，1996 年家庭法令第二部分雖然未獲施行，但是其所曝露的問題，主要為該部分之實踐欠缺有效的模型 (例如資訊會議等)，因而無法達到法令本身的理想，而CAFCASS正是要補足這樣的缺憾³⁸。

此種「效益思考」的家庭法之發展，與當時社會上人們對於婚姻概念的轉變、以及婚姻家庭在社會上扮演的角色之轉變有關。當時社會上帶有一種強烈的趨勢，漸漸走向個人主義式的思考。而社會科學界則充滿功能主義的色彩，政府也

³⁴ FMA成立於 1988 年，關於該機構的資訊，參考網站<http://www.fmassoc.co.uk/>，2005 年 8 月 5 日造訪。

³⁵ 關於FMS的資訊，參考網站<http://www.familymediationscotland.org.uk/>，2005 年 8 月 5 日造訪。

³⁶ CAFCASS一年有一億英鎊 (折合台幣約六十億) 的預算，全英格蘭共有 121 個辦公室，1800 個內部成員 (其中 1370 個有薪者，其餘自願)。根據其理事長Anthony Douglas的統計，每年其所服務的兒童，在公法案件有一萬三千個、在調解案件有五萬九千個、在私法案件有三萬一千個 (私法案件中有 30%-40% 牽涉到家庭暴力)。參考網站

<http://www.fnf.org.uk/files/AnthonyDouglas.ppt>，2005 年 8 月 5 日造訪。

³⁷ Family Law Journal, 'Newsline Extra', 35 *Family Law Journal*, 170 (2005).

³⁸ 正是因為要補足執行層面的問題，CAFCASS從實務的角度出發，致力於該法 1989 年兒童法令的落實，大量介入家事案件，專注於法展提供最好服務與實踐的模式。在未來的展望上面，CAFCASS提供父母教育訓練以及諮商服務，以便讓他們能夠適當處理離婚後父母子女關係，因此將服務的期間延長到案件結束之後。參閱Hunt, J., 'Memorandum of Joan Hunt', CAF 29

submitted to the Select Committee on Lord Chancellor's Department (2003), 參考網站

<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200203/cmselect/cmlcd/614/614w30.htm>，

2005 年 8 月 5 日造訪。此外，上述的工作，其成敗與否，取決於人員在處理相關案件面對相關人的技巧，因此，CAFCASS亦投注了大量的精力在人員的訓練上面。而在僱傭人員上，也會注意包括不同的種族以及文化背景的人，以便提供適當的服務。參閱Whybrow, J., 'The Judge, the Lawyer and the CAFCASS', 4(1) *Family Law Journal*, 251-258 (2004).

漸漸以行政管理甚至福利者自居，藉此促進社會變遷；另一方面，過去權利觀點的家庭法造成忽略未成年子女需求的現象，也逐步受到改進，有關未成年子女的問題，「子女最佳利益」成爲最高的準則。

1996 年家庭法令第二部份關於離婚程序的改革，雖然最後並沒有付諸生效，但這樣的思潮透過民間團體的努力，不斷繼續發展，在英國離婚制度成爲法院外商談（也提供法院內的商談）以及法院體系的訴訟雙軌制，而法律改革委員會確立此雙軌制之同時，亦進一步發布強化法院體系內以子女爲主的調解程序³⁹。然而「效益思考」的家庭法強調個案正義之實現，爲了獲取最大的效益，賦予法院更大的權力，可能造成一些負面的影響，包括當事人雙方在訴訟上積極攻防甚至互相攻訐、訴訟費用暴增、以及法院的決定難以建立一致性的原理原則等等⁴⁰。

（二）對效益思考的反省與批判

從 1980 年代末開始，英國家庭法就受到女性主義以及後結構主義的影響，開始有學者挑戰效益思考的主流觀點。這些挑戰的出發點，不外乎緣起於一個簡單的問題：既然要著重家庭法的效益，那麼究竟是誰決定家庭法有何效益，又由誰來判斷家庭法的規定是否能夠促成這些效益？這樣的挑戰可以說是一種「建構主義 (constructionism accounts of family law)」的批判觀點，討論法律論述 (legal discourse) 其實合理化了某些家庭形式或個人行爲，甚至「建構」了我們對於自我的認同。家庭法並非如效益主義者所言，可以純粹判斷效益的問題；相反的，家庭法必然具有某種「建構」的效果，強化某些概念價值與實踐，但也邊緣化其他⁴¹。此外，有許多實證的研究顯示，法律實現的效果無法如效益思考的理想一般，增進效益。例如根據女性主義者的實證研究，從過失到無過失離婚的發展，其結果減弱了婦女實質抗爭的可能性，減弱其在現實層面上的力量⁴²。

另一方面，效益主義的大家 Eekelaar⁴³ 也將他效益主義的思考作了一些修正。他在文章中提及，由於效益主義很難在學理的層次上產生明確法律原理原則，因此任何一個實務上的見解，都能夠從權利的觀點加以批判，因而逐漸產生

³⁹ Lord Chancellor's Department, *Separation: Children's Needs and Parent's Responsibilities - Next Steps*, Cm 6452, January (2005), 參考網址：
<http://www.dfes.gov.uk/childrensneeds/docs/ParentalSeparation.pdf> 有完整的 PDF 文件下載，2006 年 5 月 20 日造訪。

⁴⁰ 依據 Carol Smart 所做分析，在 1970 年代，離婚法從以道德爲中心的過失離婚，轉移到經濟上的分配，而這主要依賴法官的個案判斷。參見 Smart, C., 'Marriage, Divorce and Women's Economic Dependency: A Discussion of the Politics of Private Maintenance' in M. Freeman (ed), *State, Law and the Family*, London: Tavistock, ch1, 9-10 (1984).

⁴¹ 代表性的著作包括 O'Donovan, K., *Family Law Matters*, London: Pluto Press (1993); Collier, R., *Masculinity, Law and the Family*, London: Routledge (1995).

⁴² Deech, R., 'Divorce Law and Empirical Studies', 106 *Law Quarterly Review*, 229-241 (1990).

⁴³ Eekelaar, J., 'Families and Children: From Welfarism to Rights' in C. McCrudden and G. Chambers (eds), *Individual Rights and the Law in Britain* (Oxford: The Law Society/Clarendon Press, ch10 (1994).

了權利觀點的復活，包括婦女權、兒童權以及男性權等等。這促使家庭法的學理，逐漸往「權利」以及「平等」的概念方向，試圖建構一個一般性的原理原則。

因此，上述這股從「權利觀點」到「效益思考」的轉變，後來起了一些變化，過去二十年來又有從效益主義原則，回過頭走向權利原則的傾向。尤其是有關費用負擔的問題，以及使用者接近性的問題，在 1996 年的家庭法令中，都有明確的規範。

二、1998 年人權法令 (Human Rights Act 1998) 的衝擊

有論者指出，英國家庭法的發展，受到歐洲人權法令在英國產生效力的影響，產生了若干的變化，而這樣的變化也進一步引發權利觀點的家庭法的發展⁴⁴。

1998 年人權法令 (Human Rights Act 1998，簡稱 HRA) 在英國公佈時，使得歐洲人權法令 (European Human Rights Act，簡稱 EHRQ) 以及基本自由法 (Fundamental Freedoms 1950) 成爲國內法，並即刻在威爾斯、蘇格蘭、以及北愛爾蘭施行，從 2000 年開始在英格蘭施行。至此之後，對於英國所有內國法的解釋，都要盡量符合歐洲人權法令的內容。如果英國內國法與歐洲人權法令相衝突，那麼法院可以制定下位階的法律 (Regulations or Orders)，以符合歐洲人權法令。或者如果是在上級法院，法院可以宣告該內國法律與歐洲法相抵觸 (declaration of incompatibility)，而不加以適用。這樣的宣告並且會產生一個新的效力，促使內務大臣 (Minister) 做一個修法的命令，使該法符合歐洲人權法令的規定。此外，在法院體系的運作上面，如果政府單位的行爲有違反歐洲人權法令的規定，不必像之前必須到法國的史托伯力 (Strasbourg) 提起訴訟，而可以直接在英國法院控訴。當政府相關單位沒有善盡維護人權的必要行爲時，人民也可以上法院控訴該單位違反人權法令。英國法院的判決也要受到歐洲人權法令的拘束，法官必須更加審慎評估相關的判決是否有侵犯歐洲人權法令所載明的人權，法院並且擔負義務去發展普通法 (common law)，使其內容符合歐洲人權法令的內容。而歐洲人權法院 (European Court) 的判決，也得以作爲法源，挑戰英國內國法的效力⁴⁵。

1998 年的人權法令 (Human Rights Act 1998) 中有某些與離婚相關法制直接相關的條款，分別爲第六條公平審判權 (right to fair trial)⁴⁶、第八條尊重私人以及

⁴⁴ Green, A. and Levy, A., *Family Law and Human Rights*, Baackstone Press Ltd (2002).

⁴⁵ 關於 1998 年人權法令，請參考以下的網站，有完整的 PDF 檔之文件可供下載：
<http://www.dca.gov.uk/hract/pdf/act/act-studyguide.pdf>，2005 年 8 月 5 日造訪。

⁴⁶ 一般在英國的離婚案件，如果包含兒童的議題，都屬於不公開的案件。不過最近有兩個父親主張 1998 年人權法令的公平審判權，要求公平審判。英國法院拒絕他們的請求，他們就到歐洲的人權法院控訴英國法院違反公平審判權的規定，歐洲人權法院宣告他們敗訴，不過相類似的案件，持續再影響著英國內國法的實質內涵。

家庭生活的權利 (right to respect for private and family life)⁴⁷、第十二條婚姻權 (right to marry)⁴⁸、第十四條避免歧視權 (right to prohibition of discrimination)⁴⁹。

實際上 1998 年人權法令通過之前，英國的實務界早就奉行歐洲人權法令的各個條款之基本原則，因此歐洲人權法令的施行可能對英國法的運作，不會產生太大的變遷。然而，由於從 1998 年之後，可以直接在英國法院主張人權法令的內容，優先於其他的內國法，不必到法國的歐洲法庭進行訴訟，相關的案件也陸續產生，影響力正在逐漸擴大中⁵⁰。這股影響力主要發生於 1998 年人權法令的第八條，關於尊重私人及家庭生活的權利，其作用的場域主要為離婚後父母權利的思潮。

1998 年人權法令第八條尊重私人以及家庭生活的權利，目前在整個法令之中，對家庭法影響最大。從其所延伸的判決顯示，不只是國家不應該任意限制此權利，還要採取積極的行動，以保障人民這方面的權利⁵¹；國家應限制地方政府介入家庭事務的權利，賦予地方政府詢問父母的義務，要求地方政府積極促進未同居父母子女之會面交往⁵²；國家也可以限制父母的權利，以保護兒童的教育權以及不受無尊嚴對待的權利⁵³。

關於離婚後父母權利的思考，歐洲人權法令中關於父母以及子女的交往會面權，如何能夠得到保障，如何與子女最佳利益互相協調，在歐洲各國早就是一個廣受重視的領域。某些父母在離婚後獲得對子女行使權利義務的權利，會很不情願讓另外一方得以會面交往，也就是剝奪另外一方獲得或維持其與子女會面交往之權利。關於會面交往之時間與內容，雙方往往必須歷經長時間的痛苦過程，甚至會上法院請求確定會面交往的內容。歐洲人權法令在這方面也有判決，顯示「尊重家庭的權利，意味著國家有義務讓無撫養權利之一方，維持某種程度的聯繫，並以某種正當的方式發展」⁵⁴。會面交往權除了保障無撫養權利的一方之權利之外，也保障子女的權利，有時甚至會擴及非父母但是有家族聯繫的成員。此一問題在跨國界流動的世代下，更形複雜，若家庭關係有跨國籍或跨國界的狀況，又

⁴⁷ 目前這一條造成較大的影響，將在下一段中詳細敘述之。

⁴⁸ 婚姻權是指適婚年齡的男女有權利結婚以及組成家庭，國內法並應該賦予每個人這樣的權利。在這樣的權利之下，同性戀或者性別越界的婚姻是否得以依據 1998 年人權法令，挑戰國內法的效力，成為最新發展的議題。

⁴⁹ 避免歧視權主要保障每一個人的權利與自由，不會因為任何原因而受到歧視，不會因為性別、種族、膚色、語言、宗教、政治、觀點、國籍、階級、或其他社會地位，而受到差別待遇。

⁵⁰ 關於重要歐洲人權法令的案件，可以在以下的網站上閱讀：

http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Family_law_and_children's_rights/Judgments/Judgments.asp#TopOfPage，2005 年 8 月 5 日造訪；至於最新的案例，則可以在以下的網站上閱讀：

<http://www.communitycare.co.uk/AccessSite/articles/article.asp?liSectionID=13&liarticleID=44178>，2005 年 8 月 5 日造訪。

⁵¹ *Marckx v. Belgium* (1979) 1 E.H.R.R. 330; *Hokkanen v. Finland* (1996) 1 F.L.R. 289.

⁵² *TP and KM v. U.K.* [2001] 2 F.L.R. 549; *W. v. U.K.* (1987) 10 E.H.R.R. 29.

⁵³ *Costello-Roberts v. U.K.* (1993) 19 E.H.R.R. 112.

⁵⁴ *Eur Court HR, Scozzari and Giunta v. Italie* of 13 July 2000, A, par. 221.

會牽涉到不同的法律體系之適用、不同的語言、文化差異等問題，如何適用國際法的架構，便成爲重要的問題。

歐洲人權法令在實務見解上針對關於父母會面交往權的發展堪稱完備，急待英國實務界做出相應的判決。在此，對於英國法而言，不管在理論或實務上都會產生一些衝擊。根本的問題在於，過去英國法都是強調父母責任以及子女權利，並不涉及父母權利以及子女責任的字眼；但是在什麼樣的意義之下，我們可以說一方有權利而他方沒有責任，或者一方有責任而他方沒有權利呢？當我們可以說一方有權利會面交往，是否應該意味著另一方有責任去維持會面交往？英國法中只單方面的討論父母責任，是否有所偏頗？當 1998 年人權法令通過之後，預估會造成另一方面無撫養權之父母其會面交往權的發展與討論，以補足先前只重視父母責任的發展。

英國關於離婚後父母子女關係的發展，是一個從父母利益 (parent's proprietary interests in their child) 到父母責任 (parent's responsibility) 的過程。1989 年的兒童法令 (Children's Act 1989) 首度加入關於「父母責任 (parent's responsibility)」的條款。再加上一個重要的判決，明白指出會面交往的核心在於兒童權利的保護以及兒童福利原則的實現⁵⁵。自此之後，英國法的理論與實務對於會面交往 (contact) 的討論，傾向於關於子女權利的討論，而非父母權利。Bainham⁵⁶就曾指出，這是一個「不平衡的觀點 (unbalanced view)」，關於會面交往，雙方應該「彼此都有權利與責任」，而不是一方有權利，另一方有責任。他說我們無法想像一個法律關係的雙方，只有一方有權利，另一方有義務，而沒有互相的權利義務。更何況是在父母子女關係上面，更應該是以互動交流爲主，不應該只賦予一方有權利。而歐洲人權法令就父母權利的角度，的確引起相關實務的回應，補足了上述的缺憾⁵⁷。

歐洲人權法令透過 1998 年英國人權法令的施行，在離婚相關規定，特別是子女權利以及父母權利的保障上面，會產生深遠的影響，即便這些影響現在還沒有完全浮現，但在可見的未來，絕對會產生巨大的影響。

綜上所述，家庭法法理的發展，乃是一個從「權利觀點」到「效益思考」，再重新強調「權利觀點」的過程。Dewar⁵⁸認爲「權利觀點」以及「效益思考」二者的輪動並非純粹一種「平衡」的關係，反而是兩個完全不同並且不相容的概念組合。換句話說，他認爲法官在審判時面臨一個選擇，必須在兩個彼此衝突的理念當中做出判斷，而到底要選擇哪一個，卻並沒有一個清楚的原理原則。正因爲如此，某些學者會主張家庭法欠缺共通的法理基礎，也欠缺一般性的原理原

⁵⁵ M v M (Child: Access) [1973] 2 All ER 81.

⁵⁶ Bainham, A., 'Changing Families and Changing Concepts -- Reforming the Language of Family Law', 10(1) *Child and Family Law Quarterly*, 1-15 (1998).

⁵⁷ Cleave G., 'The Human Rights Act 1998—how will it affect child law in England and Wales?', 9(6) *Child Abuse Review*, 394-402 (2000).

⁵⁸ Dewar, J., 'The Normal Chaos of Family Law', 61(4) *Modern Law Review*, 467-485 (1998).

則，只是一堆法律政策的集合；就算沒有這麼極端，家庭法與其他法領域相比較，也被認為在學術上地位較低，所有的判決都似乎要取決於裁判者當時具體的判斷，或者專家證據。Dewar稱這樣的現象為「家庭法的正常性混亂 (The normal Chaos of Family Law)」，他認為家庭法本身面臨了許多的不確定性，但是那是因為家庭法要處理的對象直接牽連到我們的生活與情感，關於愛、熱情、親密關係、承諾與背叛等等，其本身就是充滿矛盾的。這雖然導致家庭法不比其他法領域系統化，卻促使家庭法更具有彈性、更能夠貼近社會脈絡與人們的社會生活。

三、個人自主與群體價值

英國家庭法的發展，從權利觀點發展至效益思考，而最後又轉而尋求權利觀點的反省，學界開始重新思索家庭法作為國家法律，規範人民社會生活的界線以及方式。關於法律規範人民家庭生活的界線，包括的問題乃是關於法律到底要偏重個人自主或是群體價值的問題，法律到底要偏向哪一邊？偏向其中一邊又如何能兼顧另一邊的價值？

關於國家對個人自主權的限制，大致上可以分成兩種不同的態度：第一種態度偏向賦予個人自主權，除去所有以「身分」為基礎的家庭法關係，回到純粹「契約」的關係。所以像同居關係、同性戀關係、代理孕母關係等等，都可以被納入家庭法的法律關係之中⁵⁹；另外一種態度，主張家庭法的關係必須要以整個社群的規範為基礎，不可任由當事人全然地自我決定，因此必須做出一些限制，例如重婚以及違反禁婚親無效等等。

1996 年的家庭法令改革，一方面去除法律的限制、強調調解諮商，讓當事人有更多的自主性；另一方面藉由這樣的程序，企圖影響與改變人們的決定。換句話說，1996 年的家庭法令改革是兩個主要目標的結合。第一個目標是使離婚「去法律化」，或者說「資訊化」，由調解員或諮商員取代律師的角色；第二個目標為「導正行爲」，也就是藉由離婚法及其程序，影響以及鼓勵當事人能夠彼此負責，並且多為子女著想。

這樣的修正方向，透過對 1969 年離婚修正法令的分析，或許會得到一些合理的解釋。英國 1969 年的離婚修正法令假設法律無法阻止離婚行爲，法律唯一能做的只是減少離婚過程中的沮喪、痛苦與屈辱，因此離婚法的目標是提倡完善而有效率的離婚過程，以便讓各種非正式婚姻的關係，能夠改變成為正式的婚姻關係⁶⁰。因此 1969 年法律改革加入分居五年即可離婚的條款，其目標毋寧是「自由主義式的」以及「人道主義式的」。這樣的改革目標，企圖使離婚完全成為個人自主決定的範疇，而法律的角色就只是去幫助當事人能夠有效率的做出決定，

⁵⁹ 例如 Weitzman, L., *The Marriage Contract*, New York: Prentice Hall (1981).

⁶⁰ Smart, C., 'Regulating Families or Legitimizing Patriarchy? Family Law in Britain', 10 *International Journal of the Sociology of Law*, 129 (1982).

成爲某種程度的社會服務。但是這樣的發展，沒有強調法庭之外的各種諮商與調解體系，因此容易產生諸多不公平的現象⁶¹。

爲了改善 1969 年離婚修正法令的缺點，在 1996 年家庭法令開宗明義就指出家庭法的「一般原則」爲「拯救婚姻」，也就是「針對任何可能破裂的婚姻，都應該以諮商等各種措施，嘗試去挽救」。這樣的原則與之前 1969 年離婚修正法令有極大的不同，1969 年離婚法只是去幫助與實現當事人的私人決定；而 1996 年的家庭法令企圖去影響人們的行爲，並且將離婚真正的意義帶入離婚程序，也就是透過財產與子女的事項討論，希望改變當事人的決定。

然而，1996 年的家庭法令的第二部份，一方面在規範上希望去除法律評價可否離婚的價值判斷，避免法律價值對個人自主的專斷；另一方面又增加許多程序上的規定，希望導正人們的行爲，使人們更加慎重考慮，並且考慮時有足夠的資訊並且思考到足夠的層面。這二者加起來，代表著一種增加國家介入的趨勢。因爲前者規範的目的是要減低法律對人們的自主權的干預，因而去除過失離婚的要素，而後者在實踐上的去法律化或資訊化，卻在程序上要求參加資訊會議，或者要求法律扶助者要參加商談程序等等，實質上是一種國家介入的增加。而這種國家介入的增加，與 1969 年離婚修正法令比較起來，挾帶著某種價值觀點：一方面要拯救婚姻，一方面又要減少離婚成本的負擔（去法律化意味著減少律師費）。依據 Dewar⁶² 的說法，這充其量只是一種將政治性的社會議題，帶入法律以及其相關機構的運作當中，使得法律也成爲一種政治競逐的場域。

至於在此資訊會議與商談的場合如何運作與進行，則缺乏一個合理化的機制。所謂權利觀點之下的結婚權與離婚權，以及效益思考之下的子女最佳利益或者財產合理分配，在非法律的場域中，當事人的自主性有多少能夠被維持仍是一個不確定的事情，甚至當事人到底具有多少自主性，也不明確。而此種關於家庭法背後法理基礎之自主性以及群體價值的爭論，由於欠缺明確的界定，使得 1996 年家庭法令的改革，在法理上，始終欠缺一致的基礎。

另一方面，許多研究指出當問題牽涉到子女時，家庭法判決往往會簡化、個人化、扭曲、排除、或者誇大子女的需求，因而始終無法做出完善的決定，甚至必須完全聽從兒童福利機構的決定。King 以及 Piper⁶³ 指出法律就像是一個系統，會以自己的方式吸納與解釋外界的訊息，而其吸納與解釋的模組就是合法以及非法的判斷。正因爲這種特質，法律常常會誤解或扭曲其他兒童心理知識的訊息，將問題導向過失、因果以及懲罰的判斷，而這些都無法真正貼切反映真正的兒童需求。如果法律無法反應兒童需求，那麼家庭法中以子女最佳利益爲原則的主張，豈不是毫無實益嗎？

⁶¹ Cretney, S., 'Divorce Reform in England: Humbug and Hypocrisy or a Smooth Transition?' in M. Freeman (ed), *Divorce: Where Next?* Aldershot: Dartmouth, ch3 (1996).

⁶² Dewar, J., *supra* note 58.

⁶³ King, M. and Piper, C., *How the law thinks about children*, Aldershot, Arena, 2nd ed (1995).

英國 1989 年的兒童法令假設父母最能夠做出對子女最佳的決定，因此規定只有在父母無法做出決定時，才能夠訴諸法院請求依據子女最佳利益做出判決。而在 1996 年家庭法令的綠皮書以及白皮書中也主張律師的介入產生對立，對子女極為不利，因此建議減少律師在相關事項的涉入，而這樣的建議也與政府減少法律扶助之花費不謀而合。

問題是，到底何謂子女最佳利益？子女最佳利益不同於一般法律的規定，有著清楚的界定，其主要的意思乃是指在離婚的程序以及最後的決定上面，都要以子女最佳利益為指導原則。但是問題就出在這裡，如果要成為法律的指導性原則，就應該要能夠建立一組解釋何謂子女最佳利益的模型或者概念，以便在個案的適用上，能夠做出最合理的判斷。Thery⁶⁴在這樣的思考之下，整理出四種決定離婚上子女最佳利益的判斷方式：藉由父母雙方協議、藉由子女意願、由法院決定、以及由相關專家決定。Thery認為這四種模式其實背後都可以引申出不同的何謂「子女最佳利益」的觀點。更重要的是，目前的運作取決於父母雙方有無爭議，必須要有爭議才會交由法院或專家決定。但是父母有無爭議與子女最佳利益之間，並沒有一個合理的連結，換句話說，為什麼父母沒有爭議，國家就不能夠為了子女利益而主動介入？子女最佳利益為什麼在父母沒有爭議的狀況之下就限縮其適用？父母沒有爭議的情況可能有一些利益交換或者其他情緒上個性上的原因，最後的結果可能不符合子女最佳利益，此時國家為什麼不主動介入？

英國 1996 年家庭法令關於離婚法的改革，突顯出家庭法法理上的問題。不管是權利觀點的結婚權或者離婚權，或者效益思考之下的子女最佳利益，要建立一個個人自主與群體價值的選擇體系之外，還要建立一個法律介入與否的合理架構。唯有在這些地方有一個清楚的界定與解釋，家庭法方得以以此為基礎，發展出下一步更為理論明確、步驟得宜的家庭法改革。

伍、法社會研究的持續發展

前述離婚法的批判，乃是立基於對法之社會現實的理解。事實上，英國學界一直以來就不斷有法社會研究報告發表，以供離婚法改革之參考，這些研究報告包括量化以及質化的研究。

在量化研究方面，許多研究以統計數據的方式，呈現現代婚姻生活的變遷。例如就有完整的研究報告，論述從 1960 年代開始，英國整體結婚數目減少，而離婚數目持續增加的詳細數據⁶⁵。其中一些比較值得注意的數據，包括在 1996 年就有 156 萬人同居；在 1990 年代早期，百分之三十的兒童出生時，其血源父

⁶⁴ Thery, I., “‘The Interests of the Child’ and the Regulation of the Post-divorce Family”, 14 *International Journal of the Sociology of Law*, 341 (1986).

⁶⁵ Family Polity Studies Centre, *Family Change: A Guide to the Issue* (2000).

母沒有婚姻關係，而這些兒童之中的一半其血源父母為同居關係；還有單親家庭數目的不斷增加，非單親家庭中只有 20% 有未成年子女，60% 的單親家庭依賴政府的補助⁶⁶。

量化研究除了呈現現代婚姻生活的變遷之外，人口統計學能夠提供許多現代家庭生活行為的各種資料，並且能夠將之與法庭資料以及背後的社會政治背景相連結。在英國人口統計學運用人口普查或者全國性的調查，能夠避免樣本代表性的問題，做出大規模的統計資料，提供學界參考，英國全面性的家庭調查 (**General Household Survey in the UK**) 就是一個很好的例子。舉例來說，**Haskey** 的研究指出，在不同的職業以及社會群體上，誰會是離婚中被認定有過失的一方，會有顯著的影響。研究發現當丈夫是軍人、失業或者從事沒有專業的職業時，有很高的比例會成為離婚訴訟中有過失的一方⁶⁷。此外，**Haskey** 研究離婚夫妻的法社會特徵，發現婚前有同居經驗的夫妻，比婚前沒有同居的夫妻更加有可能離婚⁶⁸。另外，**Kieman** 以及 **Rstaugh**⁶⁹ 使用英國全面性的家庭調查之資料，研究同居者的主要特徵與本質。結果顯示許多的同居者在有子女之後會選擇結婚，而有四分之一的同居者曾經有教養子女的經驗，但是主要都集中在低社經背景的狀況。

在質化研究上，離婚法改革的論述亦關注人們離婚的理由。知名的社會學家 **Giddens** 也曾出書指出「親密關係的轉變」⁷⁰，解釋社會結構的變遷對家庭的影響。例如電腦網路的使用、媒體廣告的盛行、全球溝通的可能、以及個人更多的自我滿足的機會，導致一種新的自由的產生，這種新的自由重新建構家庭結構，使得人們更加關注家庭關係的「品質」的問題。此外，也有許多學者研究離婚率不斷高升的原因，並進而指出離婚率的提高，並不是大家對婚姻不再嚴肅看待，而是大家認為婚姻非常重要，因此無法容忍不成功的婚姻⁷¹。

研究離婚法的法社會關係時，不同於其他法律，會面臨其特有的問題。離婚雖然是一種私人的事件，卻牽涉到一些公共利益。因此在法律介入時，基於婚姻之私密性，一般人大多不願意將其婚姻內部的各種情況告知其他人，而其他人也多半不願意介入。那麼當法律要介入時，就產生一個本質上的矛盾問題：當這個私人的關係瀕臨解散時，公權力要如何才能介入？另一個問題則由於許多研究都指出離婚對未成年子女會造成巨大的影響，而這個影響甚至會持續到成年時期

⁶⁶ Office for National Statistics, *Population Trends* (1999).

⁶⁷ Haskey, J., 'Social Class and Socio-economic Differentials in Divorce in England and Wales', 38 (3) *Population Studies*, 419-438 (1984).

⁶⁸ Haskey, J., 'Pre-marital Cohabitation and the Probability of Subsequent Divorce: Analyses Using New Data from the General Household Survey', 68 *Population Trends*, 1019 (1992); Haskey, J., 'Recent Trends in Divorce in England and Wales: The Effects of Legislative Changes', 44 *Population Trends*, 9-16 (1986).

⁶⁹ Kiernan, K.R. and Estaugh, V., *Cohabitation, Extra-marital Childbearing and Social Policy*, Joseph Rowntree Foundation (1993).

⁷⁰ Giddens, A., *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, London: Polity Press (1992).

⁷¹ Berger, P. and Kellner, H., 'Marriage and the Construction of Reality', 46 *Diogenes*, 1-23 (1964).

⁷²，這些研究將未成年子女描述成無辜的受害者，對法律改革也會產生重大的影響。在這樣的情況下，關於法社會的研究之需要，就應運而生。以下簡述英國關於此類法之實踐面的研究。

關於法社會的研究 (socio-legal study)，大致上來說可以分為兩種主要的方向：一個應該稱為社會政策的研究，也就是研究國家法律政策的社會效果，尤其是檢驗國家法律對於社會組織或者個人行為的影響，這樣的研究最後會提供進一步政策變遷的參考；另一個稱為社會學上的研究，也就是以社會學的理論，研究法律的社會作用，以此理解法之實踐的不同面向。不管是前者或者後者，同樣都是關注法律在社會如何發生作用的問題，包括律師以及其他法律從業人員如何看待他們所從事的工作、法律知識如何被理解以及傳佈、而這又和社會中的價值規範有何相互作用等等。

法社會的分析經常運用訪談的方式蒐集資料，藉由深入的訪談過程，求得更深入的社會過程之分析。例如可能去訪談家庭中不同的成員，當他們遇到問題或者紛爭時，會如何去認知這些問題，而法律扮演何種角色。或者可能訪談法庭過程中的專業從業人員以及當事人，探知適用法律的過程實際的社會實踐面向。其中關於離婚法律過程之研究，最有名的當屬Davis以及Murch⁷³做的研究，他們研究的對象涵蓋 3000 位離婚男女，深入訪談 396 人，範圍擴及四個不同的法院，在結論中他們將離婚過程描繪成「消費者取向」的過程，也就是將離過程當成一個「商品」，純粹以對自己有何好處為考量重點，此結論對於法律委員會所做成的修法建議，具有很大的影響力⁷⁴。

在質化研究方法論的層次，英國關於家庭法的研究也有一些躍進。有人開始思考，法律作為一種規範，對人們行為的影響到底是具有強制力量、帶有指導的半強迫力、或者只是建議的效果？這個問題的答案可能非常複雜，複雜點在於：人們如何詮釋法律的規定，而法律如何可能透過國家規範，影響人們看待其他社會規範（例如傳統的倫理道德）的效果，因而對實際行為產生影響⁷⁵？

此外，還有一些新興的研究取向出現。其中之一便是女性主義法學家做出的貢獻⁷⁶。Samrt探究家庭法的轉變，對於女人的壓迫，是否有所減輕。她認為家庭法對女人的壓迫，已經不是有沒有權利的問題，而是透過兒童福利原則、透過

⁷² Schaffer, R., *Making Decisions about Children: Psychological Questions and Answers*, Blackwell (1990).

⁷³ Davis, G. and Murch, M., *Grounds for Divorce*, Oxford: Oxford University Press (1988).

⁷⁴ Eekelaar, J. and Maclean M. (eds.), *A Reader on Family Law*, Oxford: Oxford University Press, introduction chapter (1994).

⁷⁵ Eekelaar, J., 'Family Law and Social Control', in J. Eekelaar and J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press (1987).

⁷⁶ 美國的女性主義法學家Olsen，在 1980 年代中期提出的觀點，由於發表地很早，經常被英國的學者引用。她將離婚法的規定以及未成年子女相關規定，當成是國家對於家庭事務的介入與不介入之選擇。而根據她的研究，這些選擇欠缺內在的一致性，她認為這個內在的不一致性或許是某些意識型態運作的結果。參閱Olsen, F.E., 'The Myth of State Intervention in the Family', 18(4) *Michigan University Journal of Law Reform*, 853 (1985).

依賴與養家的二元對立，以及透過對某種婚姻制度的強化，導致限縮女人對於自由的想像與可能⁷⁷。此外，法律多元主義 (legal pluralism)⁷⁸ 的思潮，在家庭法的領域也做出一些貢獻。法律多元主義認為，離婚法只是各種社會規範中的其中一種。因此，家庭法的實踐充滿問題，家庭法的運作並不是透過法律體系實際的強制力，而是透過一些非直接的符號控制力量。因此，對於家庭法的功能以及建構社會的能力，必須避免做出一些過度與事實不符的一致性評價⁷⁹。在這些研究中有些會加入一些種族方面的變項⁸⁰，有些會針對傳統以及國際的規範秩序做出一些討論⁸¹。並且可能牽連到老人⁸²或者新興科技⁸³的議題。

本文以為，法社會研究的持續發展是必要的。尤其重要的是應該嘗試藉由法社會研究的實證以及非實證資料，思考法律政策背後價值取向的適用性，以及法理辯證的合理性，才能建構適合於一地社會文化發展的法律制度。

陸、結語

英國從 1960 年代到今天，婚姻家庭型態已經產生巨大的轉變，離婚法的規定從 1969 年的離婚修正法令，之後歷經離婚商談與調解程序的急遽發展，於 1996 年提出家庭法令的第二部分，最後此部份並未施行。

本文以為一國法制的發展，必然會牽涉到法政策、法理以及法社會三個層面。本文分析離婚法改革的法制發展，於介紹英國立法過程之後，透過對於立法/社會政策的評估討論，以及此發展過程背後的法理基礎之辯證過程，還有法社會研究的範圍與內容，展開對於英國離婚法改革法制發展的研究。

⁷⁷ Smart, C., 'Regulation Families or Legitimizing Patriarchy? --- Family Law in Britain', in J. Eekelaar and J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Reading 2.2 (1994). ; 另可參閱其討論家庭法的著作，Smart, C. and Neale, B., *Family Fragments*, Polity Press (1999).

⁷⁸ 關於法律多元主義的內容，請參閱Griffiths, A. M. O., Legal Pluralism, in R. Banakar & M. Travers (Eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 289-310 (2002).

⁷⁹ Dewar, J., *supra* note 58.

⁸⁰ Poulter, S., 'Ethnic Minority Customs, English Law and Human Rights', 36 *International and Comparative Law Quarterly*, 589-630 (1987); Ghandhi, P.R. and E. MacNamee, 'The Family In UK Law and the International Covenant on Civil and Political Rights 1966', 5 *International Journal of Law and Family* (1991); Henson, D.M., 'A Comparative Analysis of Same-Sex Partnership Protections: Recommendations for American Reform', 7 *International Journal of Law and the Family*, 282 (1993).

⁸¹ Armstrong, A. et. al, 'Uncovering Reality: Excavating Women's Rights in African Family Law', 7(3) *International Journal of Law and the Family*, 314-369 (1993).

⁸² Cretney, S. et. al., *Enduring Powers of Attorney: A Report to the Lord Chancellor*, London: Lord Chancellor Department; Eekelaar (1991), J. and D. Pearl (Eds.), *An Ageing World: Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford University Press & Nihon Kajo (1989); Maclean, E. and J. Eekelaar, 'Old and at Home', 1 *Journal of Social Welfare and Family Law*, 37-51 (1992).

⁸³ Lee, R. and D. Morgan (Eds.), *Birthrights: Law and Ethics at the Beginnings of Life*, Routledge (1989); Eekelaar J. and P. Sarcevic (Eds.), *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-First Century*, Martinus Nijhoff (1993).

英國離婚法改革的經驗，修正過程乃是社會各界提出意見、爭論不休的過程。本文分析各種不同的修法意見，發現離婚法已然具有政策的性質，而其修正內容，也可以初分為四種不同的政策取向。這四種不同的政策取向，說明著一個重要的問題，亦即家庭立法/社會政策的制定只是在重組變動中的家庭關係並且提供規範的基礎，或者是立法者能夠強迫或指導我們接受其所設定的家庭理想雛型？換言之，法律到底應不應該負擔一個道德的任務，為減低離婚率與拯救婚姻而把關？法律到底足不足以改變社會行為？本文的分析發現，1996 年家庭法令第二部份關於離婚的規定，其實綜合了四種不同政策取向的意見，但是因為對上述問題缺乏內在的一致性，反而導致無法實現任何一種政策取向的理想，終至在現實面出現許多矛盾，而這也是該部分最後未獲施行的重要原因。

英國離婚法實務的操作，從 1969 年開始，增訂分居五年即可證明婚姻無可挽回，不問另一方有無過失，即可請求離婚的規定。之後就積極推動家事調解與商談的制度，蓬勃發展的程度，幾可取代原來的法定訴訟程序。根據本文的分析，英國家庭法之實務運作，其發展趨勢越來越強調調解商談程序之下，當事人利益分配之保障更受重視，乃是一個法理上從「權利觀點」到「效益思考」的轉變。然而，近年來離婚法的改革深受學界的批評，反省的聲浪開始著眼於英國離婚法過於重視「效益」的實務操作，再加上 1998 年之後歐洲人權法令對英國法產生重大的影響，離婚相關法制的規定與詮釋在法理上又逐漸以權利的觀點，發展一些基於身分關係的權利之趨勢。在這樣的趨勢之下，進一步走向效益主義的 1996 年家庭法令第二部份，無疑的會受到越來越多的質疑。

另外一個導致 1996 年家庭法令第二部份未獲施行的重要理由，本文以為與另一個發展趨勢有關，也就是因為受到 1998 年人權法令的衝擊，使得人權的概念逐步在家庭法的實務判決中受到肯認，因而也導致 1996 年家庭法令第二部份受到質疑，英國政府決定停下腳步，等待人權法的影響亦趨成熟之時，再為進一步的改革。

關於法理的探求，法學界思考家庭法權利體系的可能形貌，論述國家介入個人離婚事項的基本法理，也就是家庭法規範人民社會生活的界線以及方式。而這方面的法理思考，牽涉到個人自主與群體價值間的價值選擇。依據本文的分析，1969 年的改革，乃是一個趨向於個人自主的發展，但是在法實踐上卻充滿缺點，因此引發 1996 年的改革。1996 年的改革雖宣稱尊重個人自主，但是整體而言是朝向價值選擇的趨向。本文已然論證關於家庭法背後法理基礎之個人自主以及群體價值的爭論，由於欠缺明確的界定，使得 1996 年家庭法令的改革，在法理上始終站不住腳。這方面的辯證，英國法學界仍然持續在發展之中。

為了進一步發展法政策與法理辯論的基礎，本文以為法社會研究的幫助必不可少。從本文之討論可知，法律規定的修改過程，無異為在眾多立法取向以及相對立的法理之間做出判斷與選擇，判斷與選擇的基礎除了法政策的吸納各方觀

點、法理論的內在一致性之外，還需要法社會思考的揭露、理解與融入。英國各界一直以來仰賴法社會的研究，提供各種不同面向、有關法之實現面的觀點，雖然其真正的影響力仍有爭論，不過本文認為這方面的持續發展仍是關鍵而必要的。

總結英國離婚法的發展，我們理解到離婚法所做的工作，係在變動中提供秩序。而在現實社會上，關於婚姻、家庭等的看法一直在變動，對每個人也可能有不同的意義。基於法律必然要在眾多不同意義當中，選擇某種價值觀點，因而在現實的適用上，必然會產生許多疑問與新的問題，而這或許是家庭法重要的本質之一。

參考文獻

一、中文部分

施慧玲 (2001)，論我國家庭法之發展與研究--一個家庭法律社會學的觀點，收錄於施慧玲著，「家庭、法律、福利國家：現代親屬法論文集」，元照出版，頁 35-88。

二、英文部分

Armstrong, A. et. al. (1993), 'Uncovering Reality: Excavating Women's Rights in African Family Law', 7(3) *International Journal of Law and the Family*, pp. 314-369.

Bainham, A. (1990), 'The privatisation of the public interest in children', 53(2) *The Modern Law Review*, pp. 206-221.

Bainham, A. (1998), 'Changing Families and Changing Concepts -- Reforming the Language of Family Law', 10(1) *Child and Family Law Quarterly*, pp. 1-15.

Berger, P. and Kellner, H. (1964), 'Marriage and the Construction of Reality', 46 *Diogenes*, pp. 1-23.

Bridge, A.J., Bridge, S, & Luke, S. (1990), *Blackstone's Guide to the Children Act 1989*, London: Blackstone Press Ltd.

Cleave G. (2000), 'The Human Rights Act 1998—how will it affect child law in England and Wales?', 9 (6) *Child Abuse Review*, pp. 394-402.

Collier, R. (1995), *Masculinity, Law and the Family*, London: Routledge.

Cretney, S. et al. (1991), *Enduring Powers of Attorney: A Report to the Lord Chancellor*, London: Lord Chancellor Department.

Cretney, S. (1996), 'Divorce Reform in England: Humbug and Hypocrisy or a Smooth Transition', in Freeman, M. (ed.), *Divorce: Where Next?* Aldershot: Dartmouth.

Cretney, S. & Masson, J (1997), *Principles of Family Law*, London: Sweet and

Maxwell.

- Cretney, S.M. (2000), *Family Law*, 4th edn, London, UK: Sweet and Maxwell.
- Cretney, S.M. (2000), 'Family Law at the Millennium – Introduction and Overview' in S. Cretney (ed), *Family Law, Essays for the New Millennium 1-9*, Bristol, UK: Family Law.
- Davis, G. and Murch, M. (1988), *Grounds for Divorce*, Oxford: Oxford University Press.
- Davis, G. (1995), 'Divorce Reform --- Peering anxiously in the Future', 25 *Family Law*, pp. 564-566.
- Day Sclater, S. and Piper, C. (1999), 'The Family Law Act in Context' in S. Day Sclater and C. Piper (eds), *Undercurrents of Divorce*, Aldershot, UK: Ashgate, pp. 3-29.
- Deech, R. (1990), 'Divorce Law and Empirical Studies', 106 *Law Quarterly Review*, pp. 229-241.
- Dewar, J. (1998), 'The Normal Chaos of Family Law', 61 (4) *Modern Law Review*, pp. 467-485.
- Diduck, A. (1999), 'Dividing the Family Assets', in Day Sclater, S. and Piper, C., (eds.), *Undercurrents of Divorce*, Aldershot: Ashgate, p.421.
- Diduck A. & Kaganas, F. (1999), *Family Law, Gender and the State*, Oxford, Portland: Hart Publishing, p.417.
- Douglas, G. (1998), 'England and Wales: "family values" to the fore?', in Bainham (ed), *International Survey of Family Law 1996*, Martinus Nijhoff.
- Eekelaar, J. (1978), *Family Law and Social Policy*, London: Weidenfeld & Nicholson.
- Eekelaar, J. (1987), 'Family Law and Social Control', in J. Eekelaar and J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press.
- Eekelaar, J. and D. Pearl (Eds.) (1989), *An Ageing World: Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford University Press & Nihon Kajo.
- Eekelaar J. and P. Sarcevic (Eds.) (1993), *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-First Century*, Martinus Nijhoff.
- Eekelaar, J. (1994), 'Families and Children: From Welfarism to Rights' in C. McCrudden and G. Chambers (eds), *Individual Rights and the Law in Britain* (Oxford: The Law Society/Clarendon Press, 1994) ch10.
- Eekelaar, J. and Maclean M. (eds.) (1994), *A Reader on Family Law*, Oxford: Oxford University Press, introduction chapter.
- Eekelaar, J., Madean, M. and Beinart, S. (2000), *Family Lawyers: The Divorce Work of Solicitors*, Oxford, UK: Hart Publishing.
- Family Law Journal (2005) 'Newsline Extra', 35 *Family Law Journal*, p. 170.
- Family Polity Studies Centre (2000), *Family Change: A Guide to the Issue*.

- Freeman, M. (1996), *The Family Law Act 1996*, London: Sweet and Maxwell.
- Freeman, M. (1997), 'England: family justice and family values in 1995', in Bainham (ed), *International Survey of Family Law 1995*, Martinus Nijhoff.
- Ghandhi, P.R. and E. MacNamee (1991), 'The Family In UK Law and the International Covenant on Civil and Political Rights 1966. 5 *International Journal of Law and Family*.
- Giddens, A. (1992), *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, London: Polity Press.
- Gledon, M.A. (1989), *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago and London: The University of Chicago Press, pp. 149-158.
- Green, A. and Levy, A. (2002), *Family Law and Human Rights*, Baackstone Press Ltd.
- Griffiths, A.M.O. (2002), Legal Pluralism, in R. Banakar & M. Travers (Eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*, pp.289-310, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- Hoggett, B. (1994), 'Joint Parenting Systems; the English experiment', 6(1) *Journal of Child Law*, pp. 8-12.
- Haskey, J. (1984), 'Social Class and Socio-economic Differentials in Divorce in England and Wales', 38(3) *Population Studies*, pp. 419-438
- Haskey, J. (1986), 'Recent Trends in Divorce in England and Wales: The Effects of Legislative Changes', 44 *Population Trends*, pp. 9-16.
- Haskey, J. (1992), 'Pre-marital Cohabitation and the Probability of Subsequent Divorce: Analyses Using New Data from the General Household Survey', 68 *Population Trends*, pp.10-19.
- Hasson, E. (2003), 'Setting a Standard or Reflecting Reality? --- The Role of Divorce Law, and the Case of the Family Law Act 1996', 17 *International Journal of Law, Policy and the Family*, pp. 338-365.
- Henson, D.M. (1993), 'A Comparative Analysis of Same-Sex Partnership Protections: Recommendations for American Reform', 7 *International Journal of Law and the Family*, p. 282.
- Hunt, J. (2003), 'Memorandum of Joan Hunt', CAF 29 submitted to the Select Committee on Lord Chancellor's Department, Retrived from <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200203/cmselect/cmld/614/614w30.htm>, at 2005/08/05.
- Kiernan, K.R. and Estaugh, V. (1993), *Cohabitation, Extra-marital Childbearing and Social Policy*, Joseph Rowntree Foundation.
- King, M. and Trowell, J. (1994), 'Responding to Children's Needs: An Issue of Law',

- in J. Eekelaar and M. Maclean (eds.), *A Reader on Family Law*, Oxford: Oxford University Press, Reading 5.3.
- King, M. and Piper, C. (1995), *How the law thinks about children*, Aldershot, Arena, 2nd ed.
- Krause, H.D. (1994), 'Child Support Reassessed: Limits of Private Responsibility and the Public Interest', in J. Eekelaar and M. Maclean (eds.), *A Reader on Family Law*, Oxford: Oxford University Press, Reading 4.1.
- Law Commission (1990), No. 192, *Family Law: The Ground for Divorce*, London: HMSO.
- Lee, R. and D. Morgan (Eds.) (1989), *Birthrights: Law and Ethics at the Beginnings of Life*, Routledge.
- Lewis, J. (1996), 'Marriage Saving Revisited', 26 *Family Law*, pp. 423-5.
- Lord Chancellor's Department (1993), *Looking to the Future, Mediation and the Ground for Divorce*, Cm2424, London, UK: HMSO.
- Lord Chancellor's Department (1995), *Looking to the Future: Mediation and the Ground for Divorce*, Cm2799, London, UK: HMSO.
- Lord Chancellor's Department (2005), *Separation: Children's Needs and Parent's Responsibilities - Next Steps*, Cm 6452, London, UK: HMSO, available at <http://www.dfes.gov.uk/childrensneeds/docs/ParentalSeparation.pdf> .
- Maclean, E. and J. Eekelaar (1992), 'Old and at Home', 1 *Journal of Social Welfare and Family Law*, pp. 37-51.
- O'Donovan, K. (1993), *Family Law Matters*, London: Pluto Press.
- Office for National Statistics (1999), *Population Trends*.
- Olsen, F.E. (1985), 'The Myth of State Intervention in the Family', 18(4) *Michigan University Journal of Law Reform*, pp. 835-864.
- Parker, S. (1992), 'Rights and Utility in Anglo-Australian Family Law', 55 *Modern Law Review*, pp. 3311-347.
- Parkinson, L. (1987), *Separation, Divorce and Families*, CA: Macmillan Education Ltd.
- Parkinson, L. (1997), *Family Mediation*, London: Sweet & Maxwell.
- Piper, C. (1999), 'The Wishes and Feelings of the Child', in C. Piper & S. D. Sclater (eds). *Undercurrents of Divorce*, Dartmouth: Ashgate.
- Poulter, S. (1987), 'Ethnic Minority Customs, English Law and Human Rights', 36 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 589-630.
- Robison, M. (1999), 'Family Mediation Involving Children', in M. Hill (ed), *Research Highlights in Social Work 35 – Effective Ways of Working with Children and their Families*, London: Jessica Kingsley Publishers.
- Roger, J. (1995), 'Family Policy or Moral Regulation?', 15(1) *Critical Social Policy*,

pp. 5-25.

- Royal Commission on Marriage and Divorce (1956), *Report 1951-44*, London: HMSO, Cmd 9678, pp. 8-10.
- Schaffer, R. (1990), *Making Decisions about Children: Psychological Questions and Answers*, Blackwell.
- Smart, C. (1982), 'Regulating Families or Legitimizing Patriarchy? Family Law in Britain', 10 *International Journal of the Sociology of Law*, p. 129.
- Smart, C. (1984), 'Marriage, Divorce and Women's Economic Dependency: A discussion of the Politics of Private Maintenance' in M. Freeman (ed), *State, Law and the Family*, London: Tavistock, ch1, 9-10.
- Smart, C. (1994), 'Regulation Families or Legitimizing Patriarchy? --- Family Law in Britain', in J. Eekelaar and J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Reading 2.2.
- Smart, C. and Neale, B. (1999), *Family Fragments*, Polity Press.
- Thery, I. (1986), "'The Interests of the Child" and the Regulation of the Post-divorce Family', 14 *International Journal of the Sociology of Law*, pp. 329-349.
- Walker, J. (2000), *Information Meetings & Associated Provisions within the Family Law Act 1996*, Newcastle Centre for Family Studies, University of Newcastle upon Tyne, retrived from <http://www.dca.gov.uk/family/fla/fullrep.htm>.
- Weitzman, L. (1981), *The Marriage Contract*, New York: Prentice Hall.
- Whybrow, J. (2004), 'The Judge, the Lawyer and the CAFCASS', 4(1) *Family Law Journal*, pp. 251-258.

中文摘要

英國從 60 年代到今天，婚姻家庭型態已經產生巨大的轉變，離婚法的規定經過 1969 年的離婚修正法令以及 1996 年家庭法令第二部分的改革，在法之實踐層面上有著重大的轉變。

一般知曉離婚法變遷的人，會將這樣的變遷稱為從「過失離婚」到「無過失離婚」。本文試圖透過對於英國立法過程、立法/社會政策與政策評估的討論，分析法律改革的法社會意涵，並論及此發展過程背後的法理基礎。離婚法改革所涉及的，不只是離婚的法定理由而已，從「過失離婚法」到「無過失離婚法」，常常涉及離婚程序的發展，以英國而言，即為調解或商談程序的急速擴張。

本文提出一個法制發展會涉及的三個面向：法政策、法理以及法社會。英國離婚法改革所涉及的立法/社會政策的辯論，其實是擺盪於兩個問題之間：法律是否應該成為倡導某種社會價值的機制，以及法律足不足以改變人們的社會行爲。其次，在法理的層次，離婚法的改革深受學界的批評，反省的聲浪開始著眼於英國離婚法過於重視「效益」的實務操作，又因為受到歐洲人權法的影響，在實務上開始發展權利觀點的家庭法。法學界因而回過頭來思考家庭法中權利體系的可能形貌，並進一步釐清國家介入個人離婚事項的基本法理，尋求規範的適當介入方式。最後，英國離婚法改革的過程同時也是相關法社會研究不斷發展的過程，這些法社會研究常常以其研究的成果，反過頭來提出法律改革的主張，發揮決定性的影響。

Abstract

This paper sets up to explore the divorce law reform of UK, focusing on the shift in its underlying assumptions, objectives and techniques. The main argument centres around the second part of the Family Law Act 1996 which was withdrawn in 2001 after experimental pilots have shown its ineffectiveness. The discussions in this paper focus on the processes participated by the professionals and reflections made by different parts of society. There are three main issues identified in this paper. First, the divorce law reform in 1996 in Britain was formed mixed with four different approaches about family law and society and thus results to the contradictions in its possible practices. Second, the development of British family law from 1969 to 1996 was around the socio-legal debates between 'utilitarianism' and 'rights' discourse, especially in the area of legal practices. On the other hand, a new debate around individual autonomy/community values has raised the question of law's intrusion in family issues, including its possibility and limitation. Third, socio-legal study in the area of family law has developed empirical as well as theoretical approaches which

may provide meaningful indications for the development of family law in Britain.