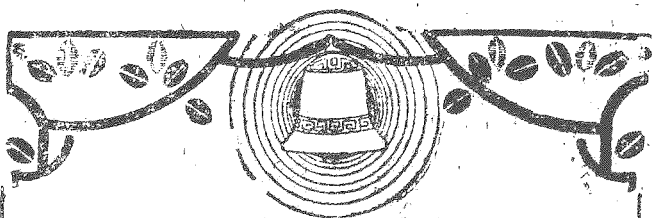


婚姻法與婚姻問題

正中書局印行



版權所有
翻印必究

中華民國三十三年五月初版

婚姻法與婚姻問題

全一册

正中編定價國幣三元
造紙本

(外埠酌加運費匯費)

編著者 李宜琛

發行人 高明強

印刷所 正中書局

發行所 正中書局

(1834)

校整：善棟
(1.00) 澄·本

2/17-0.15

「法律應社會化」這個名詞，有兩種不同的用法。第一種意義是說法律應當適合社會全體的利益，應以社會為標準的本位。第二種解釋則是說法律的本身不應為少數專門人所壟斷。法律知識該與普及於一般大眾，而法律的用語，也須力求通俗。法律之應採取社會本位，已經為我國多數學者所承認，這裏不必多談。但法律知識的普及，似乎還相差太遠。我國法律學者對於通俗讀物，大都不屑執筆，而坊間所見的一些法律常識書籍，作者的常識素養，又往往不能達到相當的水準。內容見解，錯誤尤多，甚至發生不良的影響。在這學國聲囂法治的時候，不能不說是一個迫切的問題。自己進來，願想積用工作的職責，作一些通俗的法律常識，存各種法律之中，婚姻法對於一般人的關係最為密切，興趣也比較濃厚。因此便先選定了這個課題，作為我嘗試的起點。十幾年來寫慣了「高等講章」，這次因為是以一般人為對象，文字必須淺顯，行文時可以信筆所之，自覺極初

快暢。但對於讀者的效果如何，自尙有待於將來的證明。

所謂婚姻法，就形式上說，本應以民法親屬編婚姻章的規定，作為範圍。但就實質說來，則一切有關婚姻的法規，都應當包括在內。這一本小書的目的，既在解說婚姻法的常識，所以凡與婚姻有關的各種法律規範，都加以論列，不以民法親屬編婚姻章規定者為限。這是和同類著述不同的第一點。

婚姻法是民法的一部分，所以就法律性質說來，屬於實體法。但實體法如果要真正實行，必須有程序法的輔助。是以最近的法學界，頗有注重實體法與程序法結合的問題。這一本小書，為了便於讀者的閱讀，將程序法上的問題，也附帶予以說明，而最後一講大部分便是敘述婚姻事務的訴訟程序的。這是和同類著述不同的第二點。

這一本小書的目的，既在介紹法律常識，所以對於法律制度的精神和法律規定的大體，有

時爲了引起讀者興趣也稍作歷史的考察。但各國法制的比較研究法律條文的分析解釋以及各種專門的術語艱深的學理則一概避免涉及。關於婚姻法的理論讀者如果有意作進一步的探討，那麼希望參考我所寫的現行親屬法論也許可以得到一個更明確的概念。

法律現象是一種社會現象，法律問題也就是社會問題。所以社會法學派的學者主張以社會學的方法研究法律，也嘗沒有一面的真理。尤其是婚姻法上的各種問題，幾乎處處都與實際問題有關。這一冊小書既然是爲了一般人閱讀而執筆的，所以對於各種婚姻問題，都不惜略費較多的筆墨。時不免逸出了法律的藩籬以外。因此原來預備題爲「婚姻法講話」的，最後決定採取現在的名稱，也就是爲了這個緣故。

關於婚姻法與婚姻問題的通俗讀物，記得在抗戰前曾經閱讀過若干國外的佳作。但可惜現在一冊都不在王頭，無從參考。所以全書的編製體例，都出於一己的私見。加之，偷閑執筆，匆促完篇，自己都不能完全滿意，別人看了，更不消說。希望讀者有以教我。

目次

第一節 婚姻制度的昨今觀 一

婚姻制度——婚姻制度的沿革——婚姻的原型——兩性關係的形式——婚姻締結

的方法——離婚的範圍——同居的場所——婚姻的目的——我國的婚姻制度——婚姻

的意義——婚姻的特徵——婚姻制度的將來——個人本位——社會本位——私見

第二節 訂婚 二〇

訂婚——訂婚的意義——我國婚約的舊制——婚姻的成立——婚姻自主——定婚年

齡——法定代理人的同意——訂婚的形式——媒妁——未婚夫妻——婚約的履行——

婚約的解除——婚約的終了——婚約的解除——解約的理由——損害賠償——解約

的方法——出征抗敵軍人的未婚妻——出征軍人之妻

第三節 結婚 三九

社會的承認——事實婚——宗教婚——法律婚——蘇俄法——批評——我國的婚

禮——成婚——現代法的規定——結婚的儀式——批評——結婚證書——

件——結婚年齡——結婚同意——重婚——不能人道——精神異狀——詐欺脅迫——

待婚——相姦者——監護關係——親屬關係

第四講 畸形的婚姻

畸形的婚姻——納妾——納妾的條件——納妾的原因——妾的地位——妾制的存廢問題——

妾在現行法的地位——扶正——重婚——現行法的態度——同居——野合——

外國法的態度——內姦——同居關係在我國——公然性——童養媳——冥婚——過門——

守貞——典妻

第五講 結婚以後

配偶——婚姻的效力——國籍——戶籍——罪與罰——在訴訟法上——民法上的效力——

力——親屬關係——婚生子女——非婚生子女——準正——家屬關係——家族制——

度——家——婚姻與家庭

第六講

婚姻關係的內容

：：：九二

夫妻生活——男女平等——夫妻關係的內容——夫妻間應有的態度——最低限度的道
 德——妻的地位——妻的姓氏——同居義務——貞操義務——扶養義務——日常家事
 代理權——附帶說明——共同收養——被收養——時效關係的停止——生存配偶的繼
 承權

第七章 夫妻財產關係 一三三

夫妻財產制——夫妻財產制的變遷——各種財產制——法定財產制——聯合財產制——
 財產的管理利用收益——財產的處分——家庭生活費用——債務與責任——補償的請
 求——聯合財產的解放——非常的法定財產制——約定財產制——夫妻財產制契
 約——手續——種類——共同財產制——財產的管理利用——處分——家庭生活費
 用——債務與責任——補償的請求——共同財產制的解散——所得共同制——統一財
 產制——分別財產制——家庭生活費用——債務與責任——特有財產——法定特有財
 產——約定特有財產——特有財產的處理

第八章 離婚和別居 一三三

死亡——死亡宣告——離婚——離婚制度的沿革——古代社會——基督教——法國大

革命——意後離婚法——我國離婚的審判——和離——義絕——七出——家族本

位——離婚法的近代化——離婚的各種形式——判決離婚——兩願離婚——單意離

婚——別居制度——我國離婚法——兩願離婚——法定代理人的同意權——方式——

判決離婚——判決離婚的原因——限定的列舉主義——離婚不受理的原因——同

意——宥恕——期間的經過——由任勞教養人——離婚以後——善後問題——子女——

財產的分發——損害賠償——聘約——離婚統計——離婚救——離婚的種類——離

婚原因——離婚繼續期間——子女的教育——離婚理論的再檢討——別居的妙用

第九講 婚姻訴訟事件

婚姻的高蔭——婚姻不成立——婚姻的有效——無效的婚姻——得撤銷的婚姻——損

害賠償——婚姻事件程序——婚姻事件——審判法院——當事人——訴訟能力——特

別訴訟程序——自由處分的限制——婚姻主權——當事人不到場——調解——訴

訟中止——訴訟終止——判決的停止——判決的承受——判決的效力——例外——尼經

第一講 婚姻制度的昨今明

婚姻制度——婚姻制度的沿革——婚姻的原始型態——兩性關係的形式——婚姻締結的方法——通婚的範圍——同居的場所——婚姻的目的——國家的婚姻制度——婚姻的要義——婚姻的意義——婚姻制度的將來——個人本位——社會本位——私見

〔婚姻制度〕 婚姻不消說是男女的結合關係，但並非一切男女結合關係，全可以稱為婚姻。男女的結合關係，必須經過社會的承認，才可以說。婚姻所以社會的承認，可以說。婚姻最基本的條件，不僅是在現代其社會地位，還是在原始未開化的社會，也有它婚姻所要求的條件。這種社會的結合，一方面在道德上，風俗上，以至於經濟上的要求，但同時也是法律技術的結果。因此，男女的

婚姻制度的沿革

一

結合關係如何才能得到社會的承認，其所要求的形式，自然因社會的情勢而有不同，所以男女結合關係的本身，固然可以說是由於人類自然的生理的要求，但是所謂婚姻制度，則因時代的變遷，社會的進化，而有種種的差異。由此看來，我們通常以為婚姻是一男一女的共同生活，而這種共同生活又是根據男女雙方的，由意思的，這實在是近世的社會思想。在這一種婚姻制度實現之先，已經經過了悠久的歷史。關於婚姻制度史的考察，原來是社會學者和法制史學者專攻的課題。這一本小書既以說明現行婚姻法的輪廓為中心，自不應當對於婚姻制度的沿革，多費筆墨。但鑑古才可以知今，所以下先就婚姻制度的沿革，略作簡賅的敘述，然後才可作說明現行婚姻法與婚姻問題的準備，並可作推測將來婚姻制度的根據。

一

〔婚姻制度的沿革〕 婚姻制度的沿革，因國別觀察點不同，又可以作種種的觀察。

〔婚姻的原始型態〕 關於婚姻的原始型態，學者之間，有着兩種截然對立的主張。一種主張，認為人類的婚姻是由亂婚進化到一婚的，我們可以稱之為複婚制說，也叫着亂婚說；第二種主張則

吾輩變狀態，認爲人類原始社會已經定婚而非亂婚。我們可以名之爲單婚制說。也以作定婚

在中國，很早就有類似亂婚說的見解。如商君書開塞篇云：「天地開而民生之，當此之時，民知其母而不知其父，一父或取，春秋惟君，籍云：「其民聚生羣處，知母不知父，無親戚，兄弟，夫婦，男女之別。」但在歐洲，關於亂婚說的科學的研究，卻創始頗遲。最早當推巴喬芬 (Bartholin) 在一八六一年刊行的母權論 (D's Matrilineal) 他以爲人類最初的性生活，放蕩毫無拘束，所以人與人之間的血統的聯絡，一概由於母系親屬，而一夫一妻制則爲後代社會進化的結果。這種主張，因摩爾根 (Morgan) 的研究而大成。摩爾根的名著古代社會 (Ancient Society) 中，力說家族的成立和生產力的發展有因果關係。家族的發展，可以分爲：(一) 血緣家族，(二) 半血緣家族，(三) 對偶家族，(四) 父家長家族，及(五) 一夫一妻制家族。在血緣家族以前，人類便在雜交狀態，而對偶家族以前，則爲集團婚，親屬關係一概由母親聯絡。其後，恩格斯 (Engels) 也在家族私有財產及國家之起源一書中，支持這種見解。在戰國學者中認爲人類原始婚姻狀態是亂婚的，也頗不乏人。

本章徵引者，先定婚說的是古代法 (Ancient Law) 的著者梅因 (Sir Henry Maine) 的

這本書說也奇怪，恰是和鹿喬林的社會論同在二八六一年刊行的。他以為親屬的構成最初即以男系為基本。由血親親屬聯合成為親屬團體，由酋長統御，而酋長的人選則為一族之中經驗豐富孔武有力而且最年長的男子。同族的人，全賴從他的支配受他的保護。所以總根本否認雜交狀態的存在。後來威思退馬克(Edward Westermarck)著人類婚姻史(The History of Human Marriage)根據各種動物進化的原理及多數原始社會狀態加以比較，認為人類及其他哺乳動物，是有性的嫉妒感情，所以雖然在原始社會，也不可能有雜交狀態。其後蓋華(G. C. Howard)在他所著的結婚制度史(History of Matrimonial Institutions)中也從動物學、生理學、心理學三方面，證明原如人類，沒有亂婚狀態。

亂婚說和宗婚說的是非，原不難釐清，可以加以論斷的。因為這兩種主張，都不過是一種假設。除了推測之外，並沒有確切可憑的證據。所以威思退馬克說得最好：這兩種見解的不同，並非資料的不同，實在是對於同一事實，採用了不同的解釋方法。有所不同因此。根據我們現在的知識，想依資料的材料，原來的主張人類原來的社會曾經有過雜交狀態，似乎還不可能。而且據調查所得，現在的未開化社會，也有一種雜交狀態，這是事實，所以最近有力的人類學者、民族學者也認雜交狀態

婚說，以為補充狀態既不能確切證明，而一夫一妻制的家族又有普遍的存，所以至少我們可以說，以一夫一妻為中心的親屬結合，實在是根據人性的自然而發生的。

〔兩性關係形式〕 兩性關係的形式，因為社會條件的不同，也不免有種種的變化。有人說，人類

之進化到一夫一妻制，是由雜交狀態經過交配階段的階段，才能夠到達的。雜交狀態的主張，前面已

經說過，在科學上還不能說是正確的。集團婚 (Gruppenhe) 是說一羣男子與一羣女子成立一

種集合的婚姻關係。人類是否必須經過集團婚這個階段，也沒有確實可靠的證明材料。不過，在一

些一妻制之外，曾有一夫多妻制 (Polygamy) 和一妻多夫制 (Polyandry) 都是事實。集團婚是夫

妻雙方都是複數的，而一夫多妻制和一妻多夫制則只是夫和妻一方是複數時。一夫多妻制和父

權的家族制度相結合，其實例幾乎到處可見。而一妻多夫制則只有少數地方因為兩性人口不平

均，才有這種特殊的形式，但古今中外多數民族，仍然是以一夫一妻制 (Monogamy) 為最普遍因

為在一夫多妻制之下，多半須有一人確足為嫡妻，而且縱在嫡妻制社會之下，除了少數特權階級

和富豪首領也很少實行聘妻多婦的。因為不但經濟的情形不能許可，而且女子的人口既不會起

過男子數倍，所以事實上也是不可能的。因此，在事實上，自古以來這是實行着一夫一妻制的。不過

雖然同稱是一夫一妻制，但在封建社會之下的一夫一妻制和現代的一夫一妻制形式上雖然相同，而內容則又有種種的差異。因為前者是以男子為中心，而後者則是以男女平等的觀念為基礎的。這一方面固然是女子地位向上的結晶，但女子經濟活動力的增進，不消說是主要的因素。

〔婚姻締結的方法〕 如果從婚姻締結的方法上來觀察，婚姻制度的進化，又可以分作幾個階段，由掠奪婚進化到有償婚，有償婚進化到贈與婚，以後則為其諸婚。

掠奪婚 (Marriage by Capture) 即男子以掠奪所得的婦女作為自己的妻子，可以說是人類婚制的最原始形式。直至現在，澳洲美洲的土人，還保有這種風俗。大概在氏族社會之中，都是掠奪他族的婦女，以供自己役使，但因此不免引起他族的復讐，或者需要支付一定的償金。這種償金的支付，本來是損害賠償的性質，而其後則進步為獲得女性的對價，於是不必以暴力掠奪，可以用和平的方式，因支付一定的代價，獲得所需要的女性。這是所謂有償婚 (Marriage by Consideration) 但所支付的代價，又有種種不同。支付金錢的叫**買賣婚** (Marriage by Purchase) 以金錢以外的土地物品作為對價的時候，叫**交易婚** (Marriage by Exchange) 由男子供給勞務以抵對價的叫**贖身役婚** (Marriage by Redemptio) 由女子供給勞務以抵對價的叫**贖身役婚** (Marriage by Redemptio) 由女子更進一步則為**贈與婚**，由女性的家長父兄把她贖

婚制在未開化性，作爲他的妻子。無論是掠奪婚，有償婚，或者贈與婚，都是將女性當作財產。婚制的締結，無異是一種財產獲的方法。根本沒有承認女子的人格。所以現在文明國家，婚制制度已經進化到共諾婚 (Marriage by mutual Consent) 所謂共諾婚，就是說男女兩性結婚的時候，必須本人相互合意。結婚本屬男女終身的大事，一經成立，婚制便應當相偕直到白頭，所以配偶的選擇，自應當完全由於本人的自由意志。這種婚制制度自然是最進步的一種方式，但也是女性地位向上，所以才可以和男性站在平等地位，成立婚姻關係。

〔通婚的範圍〕 就通婚的範圍來說，又有內婚制與外婚制的不同。內婚制是限於一定範圍之內，才可以通婚。外婚制則恰好相反，配偶的選擇，必須在一定範圍之外。古代羅馬及中古世紀，禁止貴族與民通婚，這可以說是階級的內婚制；有些宗教的教律禁止與異教徒結婚，則是宗教的內婚制。民族時代，孫偶有限於族內者，叫做族內婚制。外婚制在未開化的民族間，限制較嚴，但在文明國家則限制的範圍日漸縮小，不過是最近形屬間才禁止通婚而已。最近納粹德國主張日爾曼民族血統的純潔，禁止和異種族人結婚，也可以說是一種內婚制。

〔同居的場所〕 從婚姻生活的場所上看來，婚姻又有招贅婚和嫁娶婚的不同。男子因結婚到女

子的家中去共同生活的，叫做招婿婚；女子因結婚到男子家中去同居的，則叫作嫁娶婚。主張人類原始社會組織是女性中心的人，認為在母系氏族是夫從妻居，到父系氏族及父權家族才使妻從夫居。這種主張，前面已經說過，原係科學的證明。不過直至現在，雖然通常都是採取嫁娶婚的方式，但例外，夫從妻居的招婿婚，也不是沒有的。

（婚姻的目的）因為社會思想不同，婚姻的目的，也不免有着種種差異。男女兩性結合，雖然是人類自然的要項，但就婚姻而言，也可以看出婚姻制度變遷的痕跡。即在氏族社會部落與部落之間的生存競爭，極其激烈，所以為了擴張本族的勢力，防止他族的侵略，必須增加戰鬥員，於是人口的蕃殖，成爲婚姻的主要目的。到了封建制社會，社會組織以家爲本位，婚姻之目的，成爲要獲得一家的後嗣，以繼承家業的遺產。最近，家族制度崩潰，個人本位的小家庭制度盛行，婚姻的目的，才着重在婚姻關係的享受。總之，一句話說，兩性結合的目的，只是爲了兩性的結合而並不是達到其他目的的手段。

（我國的婚姻制度）以上是爲了婚姻制度的沿革，現在不妨就我國婚姻制度，作一個比較的說

爲了商君說和呂氏春秋的說法，我國學者大多數主張原始婚姻是雜交狀態的。劉師培氏中國歷史教科書即主張此說。時人如柳詒徵、繆鳳林、郭沫若、陶希聖、胡長清等都有同樣見解。認爲古代有集團婚的夫者，亦不乏人。如王國維、郭沫若、陶希聖等根據甲骨文謂古代社會諸祖諸父，不分差別，便是由於集團爲婚的緣故。更有人以漢書地理志所載「燕之賓客相過，以妻女侍」，作爲集團婚的變俗的遺留。雖而說過，在提出確切證據之先，雜婚說似乎還不免是披着科學外衣的空想。集團婚雖比較可信，但也不能令人確實相信，只好姑且存疑。一妻多夫制在西藏通行，卽一女有多數之夫，而多數之夫皆屬兄弟。但這自然是地方特殊，女性人數較少的結果。一夫多妻制是我國古來法律和習俗所承認的。但在多妻之中，大抵只確定一人爲正妻，而其餘則爲旁妻、小妻、或妾。而墨士麻人也可以納妾，不過在事實上究竟以一夫一妻者占多數。現行民法則是以一夫一妻制作爲基礎的。

我國古代是否曾經有過掠奪婚，也是其說不一。大體則認爲掠奪婚是原始社會習見的方法。史籍有「匪寇婚媾」的話，以寇與婚媾並稱。梁任公說：「夫寇與婚媾，截然二事，何至相混得無古也。婚媾所取之手段，與寇無大異耶？」（中國文化史社會組織篇第二章）可以作爲掠奪的證明。

說文：「禮，娶婦以昏時，故曰婚。」娶婦必以黃昏時行禮，大概因為黃昏時便於掠奪的緣故，後世相因，遂為禮俗，但古儀也未始沒有其諸婚的遺跡。如周禮媒氏「仲春之月，令會男女，奔者不禁」，而且徵者詩三百篇中的溱洧各詩，可見當時當事人兩相愛好，自為婚姻的制度。至於「伏羲制嫁娶，儀禮為禮」，所謂儷皮之禮，或者便是買賣婚及交聘婚的濫觴。「婚娶而論財」，雖然王通中斥為「夷虜之道」，但古今皆所常見，而後代婚的風俗，至今邊遠各省也還保存，不過在中國通行最久的，則為家長主婚的贈與婚，如孔子認為公治長雖在繹綏之中，而非其罪，所以「以其女妻之」，便是把女子作為贈與對象的一個確據。後來婚禮既行，女子因聘而嫁，但在本人並沒有意志的自由，縱非買賣婚，也不出贈與婚的範圍。現在行民法，以男女平等為原則，結婚必須雙方當事人本人合意，才確立了共諾婚制度。至於漢的範圍則古時殷商社會採取族內婚制，周採族外婚制，而採偶之族，又有限制，所以姬姜兩姓，世世為婚。遼時耶律與蕭二姓，也是如此。在中世，曾行階級內婚制，士庶不同，互為婚姻，如魏晉以後，士庶為婚，為法律及禮俗所不許。隋唐以後，雖然無此法令，但對官吏階級，仍有種姓的限制。而且在社會上，門第的觀念極為濃厚，選擇配偶，必類門戶相當，所以

其次，同居的處所，在我國則以嫁娶婚爲常，女子皆因聘娶而入夫家同居。可是招婿婚在近代亦頗流行，齊多贅婿，如史記稱淳于髡爲齊之贅婿，漢書也曾說秦人家貧子壯則出贅，秦始皇時曾以嚴刑禁止贅婿。後來雖然沒有這種限制，但在父權家族社會，所謂招婿婚自然不過是少數例外的現象。現行民法也承認招婿婚，稱爲贅夫（一〇〇〇條參照）。

最後，說到婚姻的目的。在我國歷史上，宗法社會最占長久的時期，所以在這種社會組織之下，婚姻的主要目的，是在爲了宗祧獲得適當合法的繼承人。禮昏義上說：「婚姻者，所以合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世也。故君子重之。」婚姻的目的，既在事奉宗廟，所以女子必須俟「廟見」之後，夫婚的身分，才行確定。禮記曾子問：「三月而廟見，稱未遠也；擇日而祭於禰，成婦之義也。曾子問曰：『女未廟見而死，則如之何？』孔子曰：『不遷於祖，不祔於皇姑……遠葬於女氏之黨，示未成婦也。』」據鄭康成解釋，三月廟見，是指舅姑已亡故者而言，如舅姑尚存，則於當夕同牢之明日，即見舅姑，以成婦禮。可見在中國以往禮俗，成妻與成婦，有着顯著的差別。婚禮完成之後，祇是成妻，身行禮見禮之後，才可以成婦，加入夫宗。足徵婚姻的目的，原在爲一宗族「承先啓後」，所以男子在爲妻族娶婦，而女子則在嫁與他族爲「婦」，本人的夫或妻的關係，不過是達到這種目的。

手段。女子無子，成爲七出的原因之一，也就是爲了這個緣故。但在現行民法既然以個人主義的思想爲本位，婚姻的目的，自在男女兩性終身的共同生活。所以兩性的結婚，已不是爲男子的宗族中娶「婦」，祇是雙方根據個人自主的意思，企圖與對方作永久的結合而已。不過，家族制度，未完全廢除，即在現行法中，也還留有若干家族觀念的遺跡。例如「妻對於夫之直系尊親屬，虐待或受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者」成爲判決離婚的原因（一五二條四款）。「夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間」互負扶養之義務（一一一四條），都可以作爲證明的滴例。這是我們所不能忽略的。

三

〔婚姻的意義〕 根據以上的敘述，我們可以充分明瞭，自古至今，婚姻制度，曾經有過種種的變遷。男女兩性的結合，固然是最合於人類最自然不過的一件事，但同是男女的結合，古今中外，曾經有過各種不同的看法，各種不同的制度。所以我們在現代對於婚姻所下的定義，只可以依照現行法制來決定。在現行法上，婚姻的意義，可以說是以終身的共同生活爲目的的一男一女的適法結

合關係（拙著現行親屬法論三四頁參考）從這個定義裏面，我們知道現代的婚姻，至少有以下幾個特徵：

〔婚姻的特徵〕 第一，婚姻既然是所謂適法結合關係，所以必須具備法律所要求的條件，才能夠得到社會的承認，在法律上取得夫或妻的身分，享受夫和妻的權利與義務。因此，男女兩性的共同生活，並不一定在法律上全能認為是適法結合關係。男女的非法結合，固然不能稱為夫妻，就是事實上等於夫妻，但因為不具備法律所要求的條件，也不免為法律所否認。因此發生了法律和事實齟齬的現象，例如男女的同居關係，就是一個例證。此是後話，表過不提。

第二，婚姻是一男一女的結合關係。前面說過，在婚姻史上，關於婚姻的人數，說法不一。有無亂婚和集團婚，姑且存疑，但一夫多妻制和一妻多夫制，則是我們不能否認的。可是事實上，前面說過，只有一夫一妻制，最為普遍而且也只有一夫一妻制最適合現代理想，所以現行法上的婚姻，是一夫一妻的結合。原則上，是不許可重婚的。不過事實上，在中國社會中，仍有納妾或重婚的現象，這些都是將來要說明的。

第三，婚姻的目的在夫妻共同生活。所謂共同生活，不祇是說兩性同居，發生性的關係而已，應

當是兩性同心一體，全生活的結合。所以在共同生活之中，包括了精神方面，經濟方面……等等的結合。和婚姻的目的，必須是終身的共同生活。事實上結婚之後，因為一方死亡，或者因不得已而離婚，未必全能白首偕老。但在結合之始，卻不能不以終身的結合為目的，不能預先作分離的打算。好像是羅素曾經主張過，兩性結合之始，最好預定一定年限，期滿之後，雙方願意，不妨再行繼續，否則便各自另覓佳偶。這當然只是一種學者的理想，並非現行法的精神，所以可以見許的。又如有人提倡的試驗結婚 (Trial marriage) 和友愛結婚 (Companionate marriage) 都不是婚姻的本義。

第四，婚姻須經雙方合意。前面已經說過，為了女性地位的向上，社會的進步，婚姻制度已經進步到共諾婚的階段。男女的結合應當由本人自主，所以婚姻成立必須雙方合意。婚姻既然須要當事人的合意，所以締結婚姻的這種行為，在法律上叫做契約。但一般的契約的內容，當事人可以自由決定，而婚姻則不然。因為婚姻而發生夫妻的身分，夫妻間的權利義務，既是一種社會的制約，所以除了財產關係可以略有考慮斟酌的餘地，其他方面則一概依照法律的規定，不能隨意更改。兩性結合之始，固然可以慎重考慮，自由決定，但一經決定，便不能不受法律的束縛了。

四

「婚姻制度的將來」關於婚姻制度的過去和現在，我們已經有了簡單的概念。男女雙方，站在平等對立的地位；根據自由的意思，或立一夫一妻的婚姻關係，可以說是現在法律的理想。就純理說來，也確是比較合理的制度。但事實上，社交不能正式公開，男女經濟地位尚未完全平等，對於社會的殘餘勢力，依然存在，因此，依然有若干男女，爲了不能獲得理想的配偶而苦惱着。甚且演出若干的悲劇、慘劇。而且因爲賣淫制度網妾制度的存在，和真正的一夫一妻制，也還有着若干的距離。什麼是我們理想的婚姻制度呢？婚姻制度的將來應當怎樣呢？爲了這個問題，正不知有若干社會學者如法律學者，苦心鑽研，希望提出一個圓滿的方案。現在我們試就婚姻制度的將來，略抒所見，以供關心這個問題者的參考。

關於婚姻制度的將來，有兩種顯然對立的主張。其一，是個人本位的婚姻理論；其二，則爲社會本位的婚姻理論。

（個人本位）個人本位的婚姻理論是把婚姻純粹當作個人的私事，主張兩性關係應當以愛情

爲基礎。男女關係如果不是愛情的結合，則與賣淫無異。宿娼如果是短期的賣淫，結婚則是長期的賣淫。愛情不能永久不變，愛情消滅時，就不應當使婚姻關係繼續。於是主張所謂自由戀愛和自由離婚。如卡本特（C. B. Carpenter）愛倫凱（Ellen Key）諸人主張自由結合論，可以作爲這一方面的代表。依這種主張，根本否認婚姻是一種法律制度。既是個人的私事，便無勞法律或政府的干涉。最低限度，也應當把結婚離婚的條件，規定得極爲寬大，而結婚離婚的手續，則要力求其簡易。現代各國法律之中，只有蘇聯的親屬法，可以代表這種傾向。原來俄國在帝俄時代，婚姻關係，宗教的色彩極爲濃厚。蘇維埃政府成立之後，首先在一九一八年的親屬法典上，使婚姻成爲一種法律制度。其後到一九二六年的親屬法典，則法律的干涉，也日漸減少。不過男女結婚時還需有一定的法律上所要求的條件，而且婚姻登記制度，也沒有完全廢除，所以究竟還不能說是貫徹了自由結合論的主張。有人說：號稱社會主義的蘇聯，對於婚姻制度，卻是趨向個人本位的，認爲是極有趣味的一件事。（社會本位）和個人本位的理論相對立的是社會本位的婚姻理論。這一種主張是根據卡爾頓（Sir Francis Galton）的優生學（Eugenics）理論而發生，其主要目的即在由國家民族的立場，限制劣種結婚。因爲如果把婚姻當作一種社會的制度，則男女兩性的結合，便不僅是個人的私事。

而有關於社會民族的利益，所以爲了社會的利益，對於劣種的結婚，不能沒有嚴格的限制，才能夠達到「人種改良」的目的。將這一種理論，首先應用在婚姻法上的是美國各洲。美國各洲的法律，本來極不一致，各洲對於劣種結婚的限制，規定也各有不同，但彙納起來，限制結婚的，不外兩種人。一種是精神病人、白痴、精神耗弱人及心神喪失人。一種是癩病病人、花柳病人、傳染病人、重症肺病人、酗酒人及有犯罪習癖人。其後瑞典、挪威兩國的婚姻法，也有類似規定。最近德國自納粹秉政以來，根據國家社會主義的立場，也在一九三五年十月十八日頒布婚姻健全法，以保護日爾曼民族遺傳的健全，預防生產有疾病的子孫，都是這種思想的表現。我國最近爲了民族的衰弱，也在極力提倡優生。

〔私見〕 以上兩種主張，雖然各有其一面的真理，但似乎都只是一偏之見。婚姻是社會的制度，應當顧及社會的利益，自然是合理的，而且父母的健康，關係下一代子女的幸福。爲了民族健康，衛生學者的理論，當然不能忽視。生理上或精神上有缺陷的人，也應該限制或她的結婚。但若完全依照納粹一統的思想，把男子的結合，當作生產國民的工具，個人的感情，竟可完全不顧，似乎也失卻了婚姻的本質。兩性的配合，完全以科學的研究爲依據，豈不等於動物學者對於免種改良的試驗。自

然不近人情。婚姻制度既是男女共同生活關係，自不能不顧及雙方的感情，考慮到本人的幸福，所以個人本位者的主張，兩性關係以愛情為基礎，也是正當的。因愛情而結合，愛情喪失時，則就人情而言，也就不能強其繼續。既承認自由結婚，則在另一方面便不能承認自由離婚。不過，男女離合，如果過於容易而且完全放任，由他自由的意思，不免朝合夕離，將終身大事，看作兒戲，倘使趨於極端，兩性關係，真將如「吃白開水」了。就生動的個人說，固然絕對自然，但如為對方着想，婚姻生活，毫無保障，物質的損失，不必說，精神上的痛苦，又將如何補償？所以這種主張，可以說是絕對的個人主義，和他人的意欲，絕對不能顧及。量配婚裝說婚禮應當「敬慎重正而後親之」，也就是說，兩性的結合，應當慎重恭敬，確乎寓有不磨的真理。因此，男女離合，不可過於輕易。結婚的條件，如果比較複雜困難，結合之始，必須慎重考慮，離婚的誘因，也可以因而減少。就表面看來，雖然似乎限制個人的自由，而事實上個人真正的自由和幸福，卻因此可以得到保護。

根據以上所述，所以我們以為婚姻制度的將來，應當注意到社會利益和個人幸福的調和。婚姻是個人的大事，個人的利害，應當重視，所以必須以愛情為結合的基礎，但個人不能脫離社會而存在，婚姻既是社會的制度，所以社會的利益，也不能夠違反。只有在社會的利益範圍之內，才允許

個人有欲求的自由這樣個人的慾望才可以得到合理的滿足，而社會的發達，也因此可以促進了。

第二講 訂婚

訂婚——訂婚的沿革——我國婚約的舊制——婚姻的建立——婚姻自主——定婚年齡——法定代理人的同意——訂婚的形式——媒妁——未婚夫妻——婚約的履行——違約的制裁——婚約的終了——婚約的解除——解約的理由——損害賠償——解約的方法——贈禮的返還——出征抗敵軍人的未婚妻——出征軍人之妻

【訂婚】在男女應備結婚之前，往往經過一個準備的階段，就是預先約定將來實行締結婚姻。這

種約定，普通稱為訂婚。民法上則名之為「婚約」。前面說過，婚姻的締結在法律上是一種契約，而婚約則是預備將來締結婚約的一種契約，其性質可以說是一種「預約」，所以也有人叫它

做「婚姻之預約」。男女結婚以前事實上固然大都經過這個訂婚的過渡時期。但在現行法上，卻並不要求必須履行這種手續。所以婚約並不是法律上所要求的，雙方不經過訂婚這個階段，直接結了婚，自然也是未始不可的事。

〔訂婚的沿革〕 就婚姻史上看來，訂婚這種制度，也曾經過種種的變遷。爲了和現行法比較起見，我們姑且舉幾個代表的立法例。

古代的法律付於近代法律影響最大的，大家都知道是羅馬法。羅馬法上是向來尊重婚姻的自由。所以婚約的成立，極爲容易，只要雙方合意，就可以成立，無須乎任何形式，也不必有人證。甚至於託人傳信訂婚，或由默示訂婚，也未嘗不可。訂婚時交換戒指的習慣，在當時已經有了。戒指的交換固然是訂婚的強有力的證據，但也並不是唯一的證據。方法婚約不過關係將來的婚姻，所以縱然沒有達到結婚的年齡，只要有了判斷能力，也可以經過家長的同意而訂婚。然而這種婚約的效力，在法律上頗爲薄弱，只是雙方男女在訂婚之後，將來便有締結婚姻之義務。但是這種義務不過是道德上的義務，既不可以訴訟請求，而且縱然違反婚約，對於違約人也不可以請求損害賠償。到了中古世紀，教會的勢力極爲強大，所以關於婚姻之類的關係，都由教會法支配，由教會法院來

裁判。因為教會重視婚姻，對於訂婚也看得頗為鄭重。雙方只要訂婚，便發生類似夫妻的一種身分。未婚妻也和妻一樣，負有貞操的義務，如不遵守這種義務，便成爲姦通，於法應受制裁。而且訂婚之後，便有權利要求對方結婚，並且可以訴訟方法來請求。

至於現代各國民法，大體受羅馬法的影響，對於婚約並不重視。只要雙方合意，就可以成立婚約。訂婚之後，不過在道德上有締結婚姻的義務，法律上並不受任何拘束，也不因此發生特殊的身分關係。婚姻締結的義務，在法律上，既不可以訴訟請求，而且預先約定違約的罰金也因為妨害相對人的自由而無效。至於當事人中如有一方違反婚約不肯履行時，對方是否可以請求損害賠償，則各國民法的規定，還沒有歸於一致。

〔我國婚約的舊制〕我國自可爲一禮教之邦，婚姻又爲五禮之一，一向頗爲重視。所以訂婚這個問題，在我國舊日禮制之下，看得極爲重要，舊律稱爲定婚，男方曰聘，女方曰許嫁。大體說，有以下幾個特點：

第一定婚的當事人是雙方的主婚人，並非男女本人。而主婚人原則上便是本人的父母。詩經上說：「娶妻如之何，必告父母。」可見父母主婚，由來已久。但正式形之於法律，則爲清律附例附記。

云「嫁娶皆由祖父母父母之主婚。祖父母父母俱無者，由餘親之主婚。」可見定婚懸由尊親主婚。本人反而不得與聞，所以在過去宗法社會，婚姻不能自主，因此流弊之多，不可勝數。舊小說中「公子落難，德棍圖私訂終身」的濫調，也正是不自由婚姻的反映。

第二定婚必有一定的形式，或交換婚書，或交換聘財，二者必具其一。定婚才告成立，這種制度，在唐時已經確立。唐律戶律婚姻門男女婚姻之條云：「凡男女定婚之初，若有殘疾，老幼，庶出，過房，乞養者，須要兩家明白通知，各從所願，寫立婚書，依禮聘嫁。若許嫁女已報婚書，及有私約而輒悔者，笞五十。雖無婚書，但曾受聘財者，亦是。男家悔者，罪亦如之。」這種規定，一直沿襲到清律。前大理院的判例還有同樣見解（前大理院八年上字二二七號判決參考）。

第三定婚既由雙方家長主婚，所以本人年齡自可不必限制，而且中國舊式習俗，往往以子女聯姻，作為雙方家長交歡的媒介，所以子女在懷抱中便不免「名花有主」了。這種情形，如趨於極端，不免在男女出生之前，便預先指腹為婚。到將來子女可以成婚的年齡，情勢變遷，往往因家貧或其他原因而悔婚。所以前「現行律婚姻男女婚姻條例」第一云：「男女婚姻，各有其時，或有指腹割胎，構為親眷，並行禁食。」前大理院判例對此並加解釋云：「依律文所載，可知男女婚約，雖於

年齡上亦無限制，而當事人未出生前之婚約，則自屬根本無效。」（前大理院四年上字五三六號判例參考）

第四，定婚或婚姻成立的前提中國舊律因為對於婚禮的重視，所以在結婚之前，必須具備定婚的手續，否則縱已成婚，也不發生效力。前大理院判例曾經有過明白的解釋，可以作為習慣的說明（前大理院四年上字一五一四號判例參考）。

第五，我國舊律，婚約的效力極為強大，和以上所述的教會法極為相近。已定婚者不許再與他人訂婚，否則應受嚴格的處罰。現行律，婚姻男女婚姻條律：「若再許他人，未成婚者，處罰。已成婚，處罰。女歸前夫。前夫不願，倍還財禮給還，其女仍歸後夫。男家悔者，罪亦如之，仍令娶回女。後聘聽其別嫁，不追財禮。」但這種辦法實行上不無障礙。尤其是女子改許他人，且已成婚的時候，仍然斷歸前夫，尤多不便。所以前大理院對此特別強調：「前夫不願，倍還財禮，從後夫」之規定，認為「法律為維持家族之和平，並婦女之節操，當希望其女得以終事後夫」，所以「審判衙門遇有此項訴訟案件，自應就此點盡指諭之責」（前大理院統字第五一〇號解釋及九年上字二五九號判例參考）。這已經對於既成事實，相當讓步，與舊律的規定，頗有出入了。

〔婚姻的成立〕 依照現行民法的規定，婚約成立的時候，必須具備法律上所要求的條件。這就是所謂婚約的要件，有以下三種。

〔婚姻自主〕 民法第九七二條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」這是明白表示婚姻自主的原則。原來在中國過去的習慣，婚姻都由父母或其他親屬主婚，本人反不得過問，事實上等於包辦。婚姻是終身的結合，自然應當自覓適當的配偶，所以必須以愛情為基礎，由本人自行決定。這是民法規定婚姻自主的理由。婚姻既應自主，那麼，不是本人所訂立的婚約，自然不能發生法律上的效力。不過，在以前最高法院曾有判例，認為：「父母代子女所訂之婚約，子女成年後如已表示同意，即應對於子女本人，發生拘束效力。」（最高法院二十一年上字三九五號判例）。這種解釋，顯然違背婚姻自主的法律精神。其實父母代子女所訂之婚約，既然不是出於本人的意思，在法律上當然無效，子女絲毫不受拘束；而且這種無效的婚約，縱然事後子女追認，在法理上也不能發生效力。最高法院曾有相反的判例（最高法院二〇年上字七八三號判例），也是不明法理之論。所以

「舊法院曾有明白解釋說：「未成年子女不同意於父母代訂之婚約，其婚約當然無效，不生解除問題。」（司法院二十三年院字一一七四號解釋）。可見父母代子女所訂的婚約，當然無效，所以也不發生解除的問題。不過，所謂「不同意」等字稱，意義仍欠明瞭，但因牽涉到法理問題，這裏不再多談了。

〔定婚年齡〕 婚約既由男女自主，所以關於定婚年齡，法律上必須有明白規定。如男女年達若干歲以上，才可以婚姻自決，不能沒有一種限制；否則，青梅竹馬的時候，也許因為兩小無猜，未免有長作夫婦的約言；這種幼稚的兒童時代的戲言，如果也認為是有效的婚約，將來不免永久後悔，所以民法九七三條規定：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂婚」。一則因為男滿十七女滿十五，大體上對於是非利害已經有了判斷能力，再則，也可與民法所規定的結婚最低年齡男滿十八女滿十六相銜接。

〔法定代理人的同意〕 舊法規定男滿十七女滿十五，既已定經達到訂婚的年齡，比較民法上規定的「以滿二十歲為成年」（十二條）的成年年齡，標準略低，婚姻雖應自主，但未成年的男女，血氣未定，思慮終欠周密，所以民法一九七四條又規定「未成年之男女，訂定婚約，應得法定代理

人之同意」。所謂法定代理人就是未成年男女之父母（一〇八六條）。如無父母或父母對於未成年不能照顧時，則應爲之設置監護人（一〇九一條）。在這種時候，監護人也是未成年人的法定代理人（一〇九八條）。這種規定，一方面尊重本人的意思，一方面仍許父母或其長親參加意見，既可確保本人的幸福，同時也可以維持家庭的和平。據社會學者統計青年對於婚姻主權分配的結果，「完全由家長作主，幾爲全體所反對；而完全本人作主，亦有三分之二的反對者。而最大多數者贊成本人作主徵求父母，或其他家長同意。這可見是脫離家長統制後自由決定時最適當的方式」（孫本文著現代中國社會問題第一冊一一四頁參考）。足見法律上的這種規定，尙能適應於這個過渡時代。而且報章所載訂婚或結婚啓事，男女雖已成年，往往仍然聲明「已得雙方家長同意」，可見對於家長的尊重，也許不祇是「禮貌」問題，但在法律上則無此必要（最高法院三十一年上字一六號判例參考）。不過所謂同意只是說法定代理人在未成年人自行訂婚時，有同意權，並非認爲有直接代未成年人訂婚之權（二十二年上字二八七九號及二十九年上字一一九三號判例參考）。這就婚姻自主的法律精神說，自屬當然之理。

（訂婚的形式） 訂婚是否需要具備一種形式，各國法律不同。前面說過，羅馬時代的法律，訂婚的

形式，原是自由的，而且默示也可成立婚約。近代法律有受教會法影響，認為必須具備一種形式的。如在意大利須有婚書，瑞士須有公證書，瑞典及挪威皆須在證人前訂婚。但在英美及法國日本，訂婚全不必有形式。我國舊律，訂婚必須寫立婚書，或收受聘財，大理院的判例也照此解釋。但現行民法則一變舊日的習慣，訂婚不必具備形式，只要雙方合意，就可成立婚約。社會禮俗上，訂婚儘有各種不同的形式，如交換飾物，宴請親友，或登報啓事之類，但並非法律上要求的條件。所以是否有此形式，與法律上婚約成立與否無關，不過可以作為一種證據方法而已。

〔媒妁〕 中國古禮，婚嫁應有「父母之命，媒妁之言」。媒妁在婚姻史上所占的地位，由來已久。禮云：「男女非有行媒，不稱知名。」所以三百篇的詩人已經慨歎着「娶妻如之何，匪媒不得」。因此我國舊律，媒妁也是婚約的條件之一。前現行律婚姻男女婚姻條律云：「寫立婚書，須同媒妁」。而現行婚姻法則無此規定，是見已非必要。但在中國現社會，男女社交尚未十分公開，訂立婚約之前，往往仍須經過他人的介紹，所以在訂婚或結婚啓事上，仍有一經某某先生介紹」字樣與「家鄉之同意」赫然並立，而且在訂婚或結婚的宴會中，介紹人也依舊不失其存在。自然也有臨時拉夫，介紹人之認識新郎或新娘，反由於他一方的介紹者，在結婚的介紹人致詞時，往往有人，一五欲時，

表示不敢貪天之功以爲己力。但這種謙德可風的情形，恐只限於都會的一部分人士，多數男女的結合，恐仍有賴於「執柯」者的鼎力。而且社會上往往有以媒妁作爲一種營業，爲雙方撮合時，不免鑲上添花，無中生有，專想個人的財禮到手，不願當事人終身的幸福。所以民法規定：「因婚姻中間而約定報酬者，其約定無效。」（五七三條），以示取締。因此，縱已約定報酬，介紹人也不能訴請請求，委託介紹的人，在法律上也沒有支付報酬的義務。不過，報酬支付以後，依照民法規定，也就不能請求返還了（一八〇條三款）。

〔未婚夫妻〕 男女訂婚以後，社會上普通稱之爲未婚夫及未婚妻，而雙方家庭之間，也因此發生親戚關係，甚而有各種的稱呼。但在現行法上，卻概不承認這種關係。所以未婚夫妻在法律上並非所謂配偶（最高法院二十九年上字七七號判例參考）。雙方的親屬之間，因此也不能發生法律上的姻親關係。未婚夫妻有在婚約狀態中，發生性的關係的，十二世紀的教會法曾承認訂婚人知會性的關係，卽由婚約一變而爲婚姻。但其後的法律，早已放棄這種見解。所以在現代各國的法律，未婚夫妻的性交和一般的私通一樣，放任在法律的干涉以外，所以並不發生任何法律上的關係。不過，如果有一方以婚約作爲手段，誘惑對方發生性的關係，則仍然是「貞操蹂躪」，可以

發生慰籍金的問題。

未婚夫妻既非法律上的配偶，事實上縱已同居，也不能發生法律的效力。所以在婚約中出生的子女，在法律上依然是非婚生子女，要等結婚以後，才可以取得婚生子女的身分。

三

〔婚約的履行〕 男女雙方訂定婚約之後，彼此當然應當有「白頭偕老」的決心，早作結婚的準備。所以訂婚以後，彼此就有締結婚姻的義務。不過這種義務，在現行法上，其拘束力極為薄弱，只可以說是道德上的義務。如羅訂婚之後，有一方不肯履行婚約，他方也「不得請求強迫履行」（九七五條）。因為婚姻關係男女終身的幸福，必須出於本人自由的意思。在結婚之前，如愛情已經發生破裂，縱然勉強結合，將來不免演出更嚴重的悲劇。所以法律上尊重個人的自由，絲毫不加以強制。法院遇有婚約案件，只可以「和平方法，盡力勸諭當事人，與其不能達強迫執行之目的，執若聽其解約，而聽其因他造婚約所生之損害，依法請求賠償，較為得計」（最高法院十九年上字一五五號判例）。而且所謂「不得請求強迫履行」，是說根本不得以訴訟請求，所以當事人如果向法院

訴請履行婚約，依照規定，法院應當予以駁回的（司法院二十三年院字一三五號解釋）。

〔違約的制裁〕 婚約的履行不履，法律上既然採取放任的態度，完全由本人自主，所以本人在不願意履行婚約的時候，自可任意解除。不過在訂婚之始，雙方必有相當的信賴，所以在一方違反婚約的時候，對於他方不能不有相當的救濟。因此民法規定，凡無正當理由而違反婚約者，「對於他方因此所受之損害，應負賠償之責」（九七八條）。所謂「因此所受之損害」，例如女方因訂婚而購買雜貨（最高法院二一年上字一四三九號判例參考），新娘因準備結婚拋棄現有公務員的職務或新郎因結婚而租房之類，都可以包括在內。而且請求賠償的損害，不祇限於財產上的損害，就是精神上的損害，例如「處女之誇」的破壞，名譽上的損失也應當賠償。這就是所謂「慰籍金」。不過受害人請求慰籍金的時候，必須自己對於損害的發生沒有過失（九七九條）。損害賠償額的算定，是事實問題，應當由法院斟酌情形來具體的決定，例如雙方的家庭狀況，財產狀態，社會地位，是否初婚……都應當加以考慮的。

精神上的損害，固然可以請求慰籍金，但這種慰籍金的請求權專屬於受害人本人，不得轉讓。受害人死亡時，繼承人也不能繼承，但受害人如果已經起訴，或對方已由契約承諾時，這種

繼承權已經變成財產上的債權，則也就可以讓與或繼承了（九七九條二項）。

四

〔婚約的終了〕 婚約不過是一種過渡狀態，目的是在將來正式結婚的。所以訂婚之後，如果已經正式結婚，婚約關係當然終了，由未婚夫妻成爲正式的天妻。或者，訂婚之後，有一方不幸短命死矣，則婚姻永遠沒有實現的可能，婚約關係也就因之終了，都是不待說的事。除此以外，婚約關係還可以因婚約的解除而終了。

〔婚約的解除〕 婚約的解除，又有種種的情形，有雙方都同意解除的，原來雙方結婚之後，如果情意不合，還可以兩願離婚（一〇九條），那麼，在結婚以前，如果雙方發見沒有永遠愛好的可能，都願意早日解約，法律上當然沒有不許可的道理。不過，我們現在所需要特別說明的，是單方面請求解除婚約的情形。

〔解約的理由〕 婚約的履行與否，當事人原有自由，所以訂婚之後，只要對於對方有賠償損害的義務，縱然沒有正當理由，也可以請求解約。不過，法律規定，如果當事人一方發生重大事由，他方

更可以自由解約，不必負擔破壞婚約的責任。所謂重大事由，在民法九百七十六條第一項，曾經列舉了出來。就是：

(一) 婚約訂立後再與他人訂立婚約或結婚者。訂婚之目的，原希望將來白頭到老，自然應當雙方誠實不欺，才能互相信賴。如果訂婚後有一方又與他人訂婚，或者甚至結婚，則將來沒有結婚的誠意，可懸而知。所以是解約的事由之一。而且在這種情形，只能向對方請求解約或請求損害賠償，不能認爲後定的婚約或結婚爲當然無效（最高法院二九年上字五三九號判例）。如果不請求解約，仍與之正式結婚，縱然訂婚在前，但結婚在後者，構成重婚（司法院二四年院字一二一三號解釋），反而可以撤銷的。

(二) 故違結婚期約者。結婚如已約訂有一定的時期，而故意延宕違背，也是解除婚約的重大事由之一。不過，如果確有不得已的情形，不能結婚，當然不能說是故違期約。例如遭逢母喪，以致不得不延緩婚期（最高法院二二年上字三六七四號判例參考）。自然是情有可原的。

(三) 生死不明已滿一年者。所謂生死不明是說人的生存或者死亡，皆不了然的時候，也就是民法一般所謂「失蹤」。當事人一方生死不明，他方如果不忍背盟，自願靜候，當然未嘗不可，不

過，法律爲了體念人情，如有不願蹉跎歲月，自誤青春者，也可以據情請求解約。

(四)有重大不治之病者 病的種類，在所不問，只要病達重大不治的程度，都可請求解約。怎樣才算是重大不治？應當依社會上一般見解作標準。

(五)有花柳病或其他惡疾者 花柳病通常指梅毒、下疳及淋濁等性病而言。花柳病不但影響種族的健康，而且是個人不名譽的表現。惡疾是人情一般所嫌惡的病症，例如麻瘋是惡性傳染病，短期間不能治療痊癒的（最高法院二十三年上字四〇五一號判例參考），便可以說是惡疾之一種。

(六)婚約訂定後成爲殘廢者 所謂殘廢是指人身五官四肢陰陽之機能有一失其作用而言（前大理院七年上字九一〇號判例參考）。訂婚之後，如已成爲殘廢，身體上顯然有了重大的變動，所以可以請求解約。但如在訂婚的時候，原是殘廢，他方早已明知，自不能成爲解約的理由（前大理院四年上字一三五七號判例參考）。

(七)婚約訂定後與人通姦者 訂婚之後，不問男女如有一方與人有姦通的行爲，則顯然違背了夫妻互守貞操的本旨，他方即可以請求解約。不過在訂婚之前，雙方還沒有貞操的義務，縱有

過姦的實據，也不能主張解約。

(八) 婚約訂之後受徒刑之宣告者，夫妻同心一體，休戚相關。如果有一方在訂婚後因犯罪被處徒刑，對於他方的名譽，顯有妨礙，而且不免影響結婚的期日，所以可以請求解除婚約。

(九) 有其他重大事由者，解除婚約的重大事由，民法上只列舉了以上八種，但這八種不過用以示例而已。八種情形以外，如有重大事由，也可以請求解約。怎樣才可以說是重大事由，自然應當由法院根據具體事實來斟酌決定，但如舊律所謂妄冒義絕之類，大概都可以構成重大事由。

〔損害賠償〕 在以上所說明的九種情形之中，其解約事態之釀成，當事人之一方與有責任的，例如(一)(二)(五)(七)(八)等五種情形，有並無責任的，例如(三)(四)(六)等情形，而第九種情形，則有無責任，在兩可之間。民法上把這種責任，稱之為過失。規定：「婚約解除時，無過失之一方得向有過失之他方請求其賠償，因此所受之損害。」(九七七條)。這里所謂損害，是專指財產上的損害，而且其賠償限於信賴利益，就是說因信賴婚約而實際所受之損失。至於履行利益，即因婚約履行所可享受的利益，則不必賠償。

〔解約的方法〕 解約的方法，極爲簡單，只要將解約的意思正式通知對方就夠了。不過事實上如果無從通知對方（例如對方生死不明已滿一年時），則也不必通知，自可以解約的時候起，就可以不受婚約的拘束了。（九七六條二項）。

〔贈禮的返還〕 在現行民法，定婚不必交付聘財。不過，在實際的情形，男女訂婚的時候，往往交付一定的信物之類。親屬之間，也不免互相饋贈，作爲慶祝的表示。這些因定婚而贈與的物品，到了解除婚約的時候，是否可以請求返還，因爲民法上沒有明文規定，解釋上不免發生疑問。據司法院解釋，訂婚之聘財，依民法只能視爲贈與之一種，子女訂婚後未及成婚而死亡者，聘財不得請求返還。（司法院二十一年十二月三十日院字八三八號解釋參考）。但當事人解除婚約或違反婚約的時候，則訂婚時所贈與的物品，構成民法上所謂「不當得利」，應當將所受的利益，返還給贈與人。（司法院二十八年七月二十九日指令一四六二號參考）。

五

〔出征抗敵軍人的未婚妻〕 最近，政府爲了保證出征軍人的婚姻，由立法院通過了一個「出征

抗敵軍人婚姻保障條例」。關於出征軍人的婚姻，有許多特別規定，和一般婚姻法的規定，顯然不同。尤其是關於出征軍人的未婚妻。

原來在現行婚姻法上，關於訂婚的效力，極為薄弱，未婚夫妻，並不成爲法律上的一種身分。但法律上爲了保障出征軍人的婚姻，出征軍人的未婚妻，儼然成爲一種身分，在法律上有相當的拘束。例如「出征抗敵軍人在出征期內其未婚妻與人通姦者，處六月以下有期徒刑，拘役或一千元以下罰金。其相姦者亦同。」（出征抗敵軍人婚姻保障條例第九條二項）。而「對於出征抗敵軍人之未婚妻以脅迫利誘或詐術相與訂婚或結婚者，處三年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。」（同條例第五條），都是承認未婚妻的特別地位的。

一般婚約，本無甚大的拘束力，只要一方甘心賠償對方的損害，隨時皆可由單方面的意思解除婚約。而出征軍人的未婚妻則不然。「出征抗敵軍人在出征期內，其未婚妻除依民法第七百七十六條第一款第五款第七款或第八款規定外，不得解除婚約。不依前項規定而與他人訂婚者，除其婚約無效外，處拘役或五百元以下罰金，與人結婚者除撤銷其婚姻外，處一年以下有期徒刑或拘禁得併科三千元以下罰金。」（同條例第四條）。而且「出征抗敵軍人因傷成殘廢後其妻或

未婚妻非取得本人同意不得離婚或解除婚約。其以脅迫利誘或詐術取得本人同意離婚或解除婚約之證據者，處三年以下有期徒刑或拘役。（同條例第八條）。這不但在民事刑事上都有制裁，而未婚妻的身分已完全與已結婚的妻同樣須受法律的拘束了。

〔出征軍人之妻〕 出征軍人之妻，既已結婚，有了確實的法律上的地位，自然更應該受法律的束縛。所以該條例規定：「出征抗敵軍人在出征期內，其妻與他人訂婚者，除婚約無效外，處六月以下有期徒刑，拘役，或一千元以下罰金。其相與訂婚者，亦同。」（同條例第三條一項）。若進一步，「與他人重行結婚者，除撤銷其婚約外，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。其相婚者亦同。」（同第三條二項）。這本來應該是在後面說明的，不過爲了講述的便利起見，在這裏附帶解釋兩句，後面講到結婚、重婚的時候，便不再贅述了。

第三講 結婚

社會的承認——事實婚——宗教婚——法律婚——蘇俄法——批評——我國的婚禮

——成婚——現代法的規定——結婚的儀式——批評——結婚證書——結婚的條件

——結婚年齡——結婚同意——重婚——不能人道——精神異狀——詐欺脅迫——待

婚——相姦者——監護關係——親屬關係

一

〔社會的承認〕 婚姻是社會的制度，所以男女的結合，必須經過社會的承認，才能說是正式成立。婚姻關係，這是前面我們已經說過的。男女的結合，如何才能得到社會的承認？就形式方面說，必須按照當時法律所公認的儀式，向社會公然表示。因時代不同，社會思想不同，法律上所要求的儀

式也自然不能完全一樣。

〔事實婚〕 有的時候，法律的要求極爲簡單，只要實際上有了夫妻同居的事實關係，法律上便承認是夫妻關係。換一句說，只要實際有了習俗上所謂的婚姻，在法律上也承認是婚姻，不必再有任何法定的表示方法。在習俗上，婚姻成立時，也許有種種儀式，但在法律上並不要求必須實踐這種儀式。這一種法律現象，大家稱呼他作「事實婚主義」。例如在古代羅馬，只要男女合意，婚姻就可以成立，既不必須向官廳呈報，也不一定履行宗教上的儀式。有公開的儀式也好，沒有公開儀式，如已實行同居，也可認爲默示婚姻的意思，婚姻於是成立。

〔宗教婚〕 到了宗教的力量最顯赫的時候，婚姻的成立，必須履行宗教上的儀式，才能爲法律所承認。這叫作「宗教婚主義」。尤其是中古世紀，基督教的力量最盛極一時，婚姻關係，全受教會法律的支配，男女結婚，必須依照宗教儀式，否則便是違法的結合。原來依照基督教的教理，將婚姻關係，看得極爲神聖，男女的結婚，認爲是一種「聖典」。何以是聖典呢？據說，把男子當作基督，女子比方教會，婚姻關係便是主與教會的結合關係。基督教的結婚儀式是在教堂僧正前舉行，並須有二人或三人的見證到場，新郎新娘當場表示婚姻意思。如不履行這種儀式，縱然雙方都已經合意，還不

能認爲婚姻成立。因爲這種儀式是法定的表示方法，如果不經過這種儀式，那便和沒有表示是一樣的了。

〔法律婚〕在國家組織確立，法律的權威極盛的時候，法律上對於婚姻的干涉，也就最爲強而有力量。婚姻成立，必須具備法律所規定的儀式，這叫作「法律婚主義」。法國大革命後一七九一年九月三日的革命憲法開始宣布「婚姻不過是民事契約」。一方面推翻了宗教婚主義；一方面開了以法律定婚姻形式的先聲。近日歐洲各國的法律，大半採取法律婚主義。其規定的儀式，大致分爲四個步驟。（一）雙方當事人先到身分吏面前，聲明想要結婚的意思，請身分吏代爲公告。（二）因公告的緣故，可以使身分吏審查雙方婚姻是否合法；而且有利害關係的人也可藉此有聲明故障的機會。（三）雙方親自到身分吏面前，舉行婚姻儀式，互相表示婚姻意思。（四）身分吏將當事人的姓名及其他事實，詳細記載在登錄簿，由當事人證人等簽名。德國法國瑞士的民法，大體都是如此。德國最近頒布了新婚姻法，婚姻的儀式雖然略有變更，但大體仍不外以上幾個步驟。日本也採取法律婚主義，但儀式比較簡單，只須本人及二人以上的證人以書面或口頭向戶籍吏呈報就夠了。（拙著現行親屬法論九八頁參考）

〔蘇俄法〕 近代各國大體上都是採用法律婚主義的。只有蘇俄的新婚姻法同時採用法律婚與事實婚兩種主義。蘇俄承認事實上的婚姻，如夫妻同居，在法律上就當然發生婚姻的效力。但同時也採取法律婚主義，可以書面呈報，由身分吏作婚姻登記。其採取法律婚的理由，據說，因為夫妻有時無同居的機會，不能不暫時各別生活，而貧苦的赤軍兵士，往往要使人知道自己所愛的女子，就是自己的妻，所以才有承認登記婚的必要。

〔批評〕 宗教婚主義的衰微是附隨着宗教的勢力的，現在我們都了解婚姻不但不是聖典，而且是男女間的一件俗事，原不必教會分神照顧的。所以宗教婚主義早已進入墳墓，不必多談，而法律婚主義與事實婚主義的優劣比較，卻正相持不下。法律婚主義原有他的理由。婚姻雖是男女的私事，但既是社會的制度，自然也關係國家和社會的利益，應受法律的干涉。因此，凡有妨害國家社會的結婚，便應該受法律的限制，或者完全禁止。所以男女結婚，必須經過法律所規定的形式，在消極方面，可以審查它們的結合是不合法。在積極方面，可以表示曾經法律的確認。而且因有法定的形式，男女便可以在結合之前，審慎考慮，不致苟且從事。但法律婚主義也有相當的流弊，婚姻既以是否履行法家的方式為標準，往往會有法律與事實分離的現象。例如男女單純的同居，未經過法律

式，法權上發生夫妻關係的最極端的例，如在日本過去曾經有過「照相結婚」的笑話，因為當時美國限制日本移民，未婚女子不許入境。在美國的日本男子，要從本國迎娶妻子，必須在日本履行法律手續，然後渡美。結婚之前既無一面之可能，只可由交換照相來決定。這種現象，固然早已廢止，但已經可以充分說明法律婚主義的流弊。從法律婚主義的利弊，也不難明了事實婚主義的得失。所以蘇俄新婚姻法同時採取兩種主義，也不無相當的理由呢。

二

〔我國的婚禮〕 我國古代婚禮極為鄭重。故意使其進行程序，紆遠曲折，以示不可以輕瀆。禮記婚義說：「敬慎重正而後親之，禮之大體，所以成男女之別，而立夫婦之義也。男女有別，而後夫婦有義。夫婦有義，而後父子有親，父子有親，而後君臣有正。故曰：婚禮者禮之本也。」婚禮既為禮義之本，所以男女結合，如不舉行婚禮，在社會上便不承認為婚姻，也就不能取得夫妻的身分。禮記內則說：「聘為妻，奔則為妾。」可為證明。結婚的儀式，在周時有所謂六禮，即納采、問名、納吉、納徵、請期、親

等六端。六禮中，納采爲男家向女家求婚之儀式，即請媒妁代達求婚的意思，如有希望，則以雁爲贄，使「納其采擇之禮」（儀禮上婚禮注）。問名在納采之後，其所問者不外女之所生母之姓名及本身名次並出生年月日時等（婚儀注）。納吉則於問名之後，歸卜於廟，如得吉者，再使使者往告，婚姻之事，於是大定，所以納吉也叫「文定」，又謂之「通書」（陳氏禮書）。納徵是納聘財，徵者成也。「先納聘財而後婚成」（婚儀注）。請期是男家請女家以婚時之期，「何必請者，男家不敢自專」（婚儀注）。親迎則爲新郎承父命親至女家迎新婦。六禮原爲周代制度，漢以後魏晉南北朝皇太子婚禮無親迎之禮，而士庶人則否。隋唐以後，皇太子立妃才增加親迎的節目，但至宋世，因爲六禮程序煩重，不得不略加省略，於是「併問名於納采，併請期於納成」（宋史禮志），而六禮只存其四，至朱子家禮，則更將納吉刪去，六禮至是，遂僅存三禮。後世學者批評，認爲名稱簡略，實質上則並無增減。明洪武元年以明令採用朱子家禮，前番婚禮，雖因漢官士庶人而有差異，但大禮皆不出朱子家禮的範圍。

〔成婦〕 婚禮的儀式，大致如以上的說明，但古時的婚姻，既在「上以事宗廟，下以繼後嗣」，所以

外也有先成婦而後成妻的。例如魏晉時有所謂「拜時婚」。這是在東晉建晉的時候，因為在荒亂之世，急于嫁娶，在男女未成婚之前，女子可擇良時拜舅姑，與夫成立夫婦關係。這可以說是亂世的一種緊急措置。依過去的習俗，必須成婦之後，夫婦關係才能確立。但至民國以後，據大理院的解釋，以舉行相當禮式（如舊禮式之迎娶，新禮式，舉行結婚）之日，爲夫婦關係之成立（前大理院統字十五號解釋例參考）。

〔現代法的規定〕 關於婚姻的形式，過去的禮俗習慣，雖然極爲複雜，但現行婚姻法的規定，則頗爲簡單，即必須公開的儀式和二人以上的證人（九八二條）。如果不具備這種方式，其結婚爲無效（九八八條）。什麼叫做公開的儀式呢？據司法院解釋，在儀式未規定以前，無論採取舊禮或新式，只要其婚禮是公開爲一般不特定人所共見的，就是公開之儀式。而所謂證人，雖不必聲明於婚書，但必須當時在場親見，並願負證明責任之人（司法院二十二年院字八五九號解釋參考）。所以「若於除夕日舉行拜祖或其他公開之儀式，並有家族或其他二人以上在場可爲證人，即不能不認爲與該條所定之要件相符」（同二二年院字九五五號解釋參考）。若依這種解釋，則所謂儀式及證人的要件，都不苛刻，極容易合格的。但二十六年院字一七〇二號解釋，則對於儀式及證

人的要求比較嚴格，據說：

(一) 男女二人約證婚人二人及親友數人在旅館之一房間內，舉行結婚儀式，其結婚既係在旅館之一房間內，自須有是使一般不特定之人均可知悉之表徵，而得共見者，始得認為公開。

(二) 男女二人約證婚人二人及親友數人在旅館之宴會廳置酒一席，如其情狀，無從認為舉行結婚儀式，雖其主觀以為舉行婚禮，仍不得謂有公開之儀式。

(三) 男女二人在某一官署內舉行婚禮，如無是使一般不特定之人，均可知悉之表徵而得共見者，縱有該署長官及證婚人二人在場，仍不得謂有公開之儀式。

(四) 結婚時之證人，無論是否簽名於結婚證書之人，均以曾經到場者為限，若未親到，雖委託他人在結婚證書內代表簽名蓋章，仍不得認為證人。

(五) 結婚證書列名之證人二人，僅有一人到場者，其未到場之人，不得認為證人。

(六) 前開未到場之一人，雖於事後自稱曾經到場證婚，亦不得認為證人。

有沒有這樣嚴格的解釋的必要呢？在我真以為是個疑問。

〔結婚的儀式〕 關於結婚的儀式，一方面是法律問題，一方面也是禮儀上的問題。最近禮樂館或

立婚禮自然也在擬訂之中將來採取如何的儀式現在還無從臆測。至於近年來一般社會習俗雖仍有採取舊禮的，但大都趨向於所謂文明結婚，在公開場所舉行婚禮，到場者除新郎新婦及一般來賓而外，大既有證婚人一人，介紹人二人（男女家「大媒」各一），男家及女家主婚人各一人，男女賓相各一人，行禮時，由司儀唱名入席，證婚人宣讀婚誓，新郎新婦交換飾物，在婚誓蓋章之後，互相行禮，並向證婚人等致謝，證婚人等相繼致詞，於是乎禮成。禮成之後，普通還攝影作爲紀念。然後，由新郎新婦招待來賓，大半皆用酒席，也有用茶點的。國難以來，一般都不得不從事節約，新郎新婦及男女賓相的服飾，都比戰前樸素，儀式也日趨簡易。近年來，併有「集團結婚」的方法，自然也失爲「公開之儀式」，在法律上可以取得夫或妻的身分了。

〔批評〕 我國婚姻法的規定，結婚必須履行法定的方式，否則即爲無效。自然是採取法律婚主義的結果。有人說：「民法上此種規定，確係表明婚姻締結，應該慎重謹慎的意思。這種以社會禮法約束男女的結合，實是維持社會秩序增進社會幸福必不可少的過程。」（孫本文著現狀中國社會問題第一冊一二二頁）。但我國民法的規定與歐洲各國的法律不同，既不在官廳舉行，也不必呈報戶籍史，戶籍法上關於結婚登記之聲請，雖有規定（戶籍法七〇條以下），不過是一種證據方

法，並非結婚的要件。所以在男女結合之始，其婚姻是否具備法律所要求的條件，官廳在事前沒有審查的機會，不免引起將來法律上的糾紛，這是法律婚主義的優點，而我國婚姻法不加採用，反之，非具備法定的方式者，即不能成爲法律上的婚姻，事實上同居的男女，不能取得夫妻的身分，則不免發生法律與事實分離的情形。這是法律婚主義的缺點，在我國婚姻法上也無從避免。所以這種規定，是否妥當，還頗值得關心社會問題的人士加以研究呢。

〔結婚證書〕 在一般的婚禮上，還備有結婚證書，由到場的主婚人、證婚人、介紹人及本人分別簽名蓋章。照例應由證婚人宣讀一過，以示鄭重。但這也並不是法律上所要求的形式，大家試和兩願離婚的手續，一加比較，便可明白，所以如有公開儀式及二人以上的證人，則縱無證書，手續也已完備；否則，只有證書，而未具備公開的儀式，也不能說是合法的婚姻。因此結婚證書的效力，在法律上說，也不過是一種證據方法而已。並沒有什麼強大的證據力。不過自今年（三十二年）三月三十一日，公布了公證法，政府並正積極推行公正制度。在各地方法院設有公證處，公證處中有公證人。依照公證法第四條第三款的規定，關於婚姻的行爲，當事人或其他關係人都可以請求公證人作成公證書，或者請求就私證書加以認證。作成公證書或私證書經認證之後，便有了完全的證據力。

這種制度，倘能認真進行，對於防遏訴訟爭執，一定可以有很大的效果。

三

〔結婚的條件〕 主張戀愛至上主義的人，認爲戀愛高於一切，所以兩性的結合，應當以愛爲基礎，其條件可不顧，更不應有任何條件。不過，婚姻爲終身的結合，一生幸福所關，事前不能毫無考慮。因此，各人也各有理想的終身伴侶。有的尊重美貌；有的爲了金錢；固然是一種錯誤的觀念。但大體上男女擇偶的標準，不外學識優良，性格溫厚，體格健全，相貌美好，志趣相同，以及相當的經濟能力……等項，然後努力選擇個人理想的配偶。結婚既爲個人幸福所關，個人慎重選擇配偶，自然是應當的。而且婚姻不祇關係本人，對於家庭、社會、民族、國家，都有影響，所以就社會學上說，配偶的選擇，也的確應當審慎。而法律上關於結婚的條件，也不能不有所規定。不過，我們平常選擇配偶的條件，幾乎完全是積極方面的，學問應當如何優良，相貌應當如何美好……等等，而法律上的條件，不過是消極的限制。只是規定某一些人，不得結婚；配偶的選擇，應當在這些限制以外，至於積極的條件，則已經不屬於法律的範圍了。以下說明的，便是民法上所要求的種種條件。

〔結婚年齡〕 男女結婚，以什麼年齡為適當，應當依生理發育，氣候寒暖，文化高低種種情形來決定。而且事實上個人的經濟能力，家庭狀況，也是重要的決定因素。我國社會上向有早婚的習慣，而鄉村往往女大於男，其目的或者在增加家內的勞動能力。但最近一般知識青年，都傾向晚婚。根據青年對於結婚年齡意見統計，以贊成男子二十五歲以上，女子二十歲以上者，為最大多數，占百分之八六·五；男子二十以上，女子十五以上贊成者，不過百分之一六·四（潘光旦著中國之家庭問題，參見參考）。可見一般青年，皆願意於經濟獨立，學業完成的時候，從事結婚。不過，關於適當的結婚年齡，法律上無從規定，各國法律所規定的，不過是最低限度的結婚年齡而已。最低限度的結婚年齡，因為各國風土氣候，國俗民情皆有不同，不能一律。依照最近各國法律的規定，列表於下，以資比較：

國 別	男	女
英 國	十四歲	十二歲
德 國	二十一歲	十六歲
瑞 士	二十歲	十八歲

法	國	十八歲	十五歲	
意	國	十八歲	十五歲	
比	國	十八歲	十五歲	
荷	國	十八歲	十六歲	
瑞	士	二十一歲	十八歲	
丹	麥	二十一歲	十八歲	
挪	威	二十歲	十八歲	
西	班	牙	十四歲	十二歲
蘇	聯	十八歲	十八歲	
日	本	十七歲	十五歲	

最低限度的結婚年齡，立法時亦頗費躊躇。早婚固然流弊太多，但晚婚也影響性道德，而且妨礙身體的正常發育。女子晚婚，更有難產的危險。所以我國婚姻法規定：「男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚。」（九八〇條）這是以男滿十八，女滿十六為最低限度的結婚年齡。只要達到這

個標準，就可以合法的結婚，其實際上結婚的年齡，法律是不加過問的。女子生理發育較男子略早，所以最低限度的結婚年齡，也相差兩歲。據說，男女結合應當相差幾歲，但也不可相差太多。外國有人作過統計，認為女子的年齡應當是男子年齡的二分之一加七歲。這種比例，大致是不差的。但關於結婚男女年齡之差額，法律上却不理會。或者女子的年齡，大過男子；或者男子所娶的後妻比自己的子女還小……千差萬別，法律上都並不禁止。結婚年齡的最高限度，在舊俄民法曾經有過規定，八十歲以上的老人，不得結婚。但一般民法，都沒有這種限制。所以在報紙上也時常看到七八十歲新郎新婦結婚的佳話，而最近八十一歲的英國前首相魯意喬治，還在戰時和他的女書記結了婚呢。

〔結婚同意〕 婚姻大事，應當由男女本人自己決定，這種婚姻自主的法律精神，前而我們已經講過。但未成年人，知識尚不十分充足，對於是非利害的辨別，也不能十分清楚。而且中國依然維持着家族制度，不像歐美男女結婚之後，即可自行組織小家庭，尤其是未成年人結婚之後，大半依賴家長生活。所以未成年人婚姻雖然也可自主，但必須得到法定代理人的同意（九八一條）。一則可以由法定代理人（父母或其他尊長）作子女的婚姻顧問，幫助考慮，決定；再則，事前同意，家庭生

活也可以保持圓滿，不致發生裂痕。這種規定，既可矯正過去專制婚姻的弊端，又可防止青年的感情衝動，不能不說是比較妥善的辦法。不過，法定代理人如果故意不同意子女的婚姻，那麼，應當如何解決呢？法律上沒有明文規定，解釋上不免成爲疑問。有人說，可以請求親屬會議決定（陶希聖著民法親屬論五二頁參考），有人說，可以請求法院以審判代替（胡長清著中國民法親屬論八二頁參考）。但並沒有什麼正當的根據。事實上，恐怕只好等本人成年之後，再來結婚了。

〔重婚〕 現行婚姻法是以一夫一妻主義爲原則的，所以明文規定：「有配偶者不得重婚」（八八五條）。不過，須要注意的是：所謂重婚，必須前後兩個婚姻在法律上都是有效存在的。某甲與某乙結婚以後，又與某丙同居，但未舉行儀式，自然不能說是重婚。反之，某戊已與某庚同居多年，但未正式結婚，又按法律手續與某辛結婚，都不能構成重婚。是否重婚，又應以客觀的標準來決定，不依主觀的標準。例如男女滿七歲後有結婚的意思，經法定代理人主持，舉行婚禮，縱然沒有合卺同居，已經發生婚姻關係，在婚姻關係存續之中，如又與他人結婚，即構成重婚（司法院三十一年院字二二七二號解釋參考）。再如夫妻之一方，外出已過三年，生死不明，如未請求判決離婚，則配偶關係，依然存在，再和他人結婚，也不免成爲重婚（司法院三十一年院字二二七五號解釋參考）。

〔不能人道〕 婚姻是男女靈與肉的結合，性的關係，雖非婚姻生活的全部，但無論如何，不失為重要的一部，這是出於生理上自然的要求，無庸諱言的，所以在婚姻法上把性交的可能，也作為要件之一。明文規定：「當事人之一方，於結婚時不能人道而不能治者，他方得請求法院撤銷之。」（九五條）。什麼叫做「不能人道」呢？就是說性交的不可能，據司法院解釋，是指天閹、石女、半陰陽之類（司法院二十二年院字等八三九號解釋參考）。不過，不能人道須要不能治癒，而且這種情形，必須在結婚時已經存在（最高法院二〇年上字一〇七七號判例參考）。但不能人道者並非根本不能結婚，不過它的婚姻可以請求撤銷而已（後詳）。所以如果自甘寂寞，願與不能人道者，終身共同生活，這種婚姻，依然可以存在，在北平便常有太監結婚，共同起居，儼然夫婦的呢。

〔精神異狀〕 結婚必由於自主的意思，而且婚姻既然是一種身分上的契約關係，則雙方當事人，就將來終身結合這一件事，自不必完全合意，婚姻才能成立。如果根本沒有結婚的意思，這種婚姻關係，當然不能說是已經成立。假使結婚的男女，有一方面是在精神異狀的情形之下，根本沒有識別能力，或者精神作用暫時發生障礙，不能作合理的判斷，這種婚姻，嚴格的說，都應當認為不成立。不過民法的規定，「當事人之一方，於結婚時係在無意識或精神錯亂中者，得於常態恢復後六個

時已經存在，如果結婚時精神健全，事後才發生異狀，當然不能作為請求撤銷婚姻的理由。除非婚後發生精神病，而且已經到了重大不治的程度，才可以請求離婚（一〇五二條八款）。但這是另一問題，不在話下。

〔詐欺脅迫〕 剛才說，結婚必須出於自主的意思。所謂自主，不但意思的發表過程，須要出於自主，就是意思的成立過程，也要自主。換一句話說，不但意思須由本人發表，而且在決定意思的時候，也必須自作主張，不能由別人指使。所以民法規定，「因被詐欺或脅迫而結婚者，得於發見詐欺或脅迫後，在六個月內，向法院請求撤銷之。」（九九七條）因被詐欺而結婚者，是說因受人欺騙，忽視稱對人的缺點。關於當事人的種類、性質，都可以被人欺騙，而且詐欺不一定用積極的手段，消極的把缺點隱蔽起來（例如隱秘家世微賤，或有精神病血統之類的事實），也可以構成詐欺。至於被脅迫而結婚者，是說在婚姻意思的決定時候，由於對方或其他的人的強迫情形，子女受父母強迫而決意結婚的時候，被強迫的子女，便可以請求撤銷婚姻。被詐欺或脅迫的婚姻，固然如上面所說，可以請求撤銷，但動機的錯誤，則在法律上，毫無救濟的辦法。例如誤認對方的門第、家世、學歷、

財產而結婚，或者在婚後意外發見對方的懸鍾、嫉妬、浪費，都不能請求撤銷的。

〔待婚〕 中國社會上，向有「烈女不事二夫」的觀念，爲了貞操問題，離婚或夫亡之後，不許再嫁

他人。禮記上就有「故夫死不嫁」（郊特牲）的話，但在春秋戰國的時候，似乎對於改嫁問題，尙不

十分重視。秦始皇會稽刻石有「有子而嫁，背死不貞」的記載，但還只限於有子的婦婦。曹大家的

女誡提倡：「禮夫有再娶之義，婦無二適之文」，更積極主張女性的片面貞操。可以在中國舊時禮

法，女子於夫死之後，至少須持滿喪服，才能改嫁（現行律婚姻居喪嫁娶律參照）。現在倫理觀念，

既然變更，女子於夫死或離婚之後，當然可以改嫁，毫無問題，別人不得干涉（最高法院二七年上

字二六〇六號判例參考）。不過民法上略有限制，規定：「女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月不

得再行結婚」（九八七條）。這六個月叫作「待婚期間」。但這種規定，並非根據道德觀念，不過

恐怕血統混亂而已。經過六個月的待婚期間，胎兒血統已可判別，便不妨再婚了。至於再嫁時血統

不致紊亂的，自然沒有限制它結婚的必要。所以民法規定「於六個月內已分娩者」便可不受限制

（九八七條但書）。根據同樣理由，如果不致紊亂血統的，當然都沒有禁止的必要，例如離婚後與

前夫再婚，因前夫不能人道，撤銷婚姻而後再婚……之類，皆是如此。

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

婚姻史上說，對於同居關係，禮法上均不免認爲私通姦淫，並謂「觀於歷代法令，或則對男女不以禮交者，死；或者對和誘無夫之婦處徒刑一年半；或則對不依禮而同居者，概稱曰和同相誘，或和同通姦，有其處罰，即可知之。」（中國婚姻史頁一一四）不過，在習俗方面，有時又未嘗不承認事實。婚據民商事習慣調查錄云：「平泉陞化等縣窮民結婚多於年終除夕夜成婚，男家不送禮物，女家亦無妝奩。又舊俗，孀婦再醮更無明目舉行婚禮者。」大概「禮不下庶人」，在一般社會方面，不具備禮儀而成婚姻的，也許不在少數呢。

（外國法的態度） 在外國，羅馬的法律曾經承認事實婚同居的，也不失爲婚姻。但中古世紀，因受教會法的影響，否認同居關係，以爲只有婚姻是適法的結合，其他一概是野合。近世法律因爲受教會法的影響，也不承認同居的事實。十六七世紀警察國時代，認爲同居是一種犯罪，屬於風紀警察的問題。但自前世紀後半以來，已不承認同居爲犯罪，例如奧大利行政法院判示同居是私事，並非警察取締的對象。一九二〇年奧國遺族扶助法以在被害人死亡前同居二年以上之婦女爲準妻，有請求遺族扶助金的權利。其餘的國家，關於遺族金扶助請求權，也往往以同居的女子爲配偶。現代各國法律中，最爲徹底的，當然莫如蘇俄，因爲蘇俄承認事實婚，所以同居的男女，也可依法取得

配偶的身分了。

〔內緣〕除了蘇俄以外，現代世界各國都爲了同居問題（所謂友愛結婚）而苦惱，但日本亦甚原來日本稱事實上的婚姻關係爲「內緣」。日本也採法律婚主義，婚姻成立，必須呈報戶籍吏。如果沒有呈報，便不承認爲法律上的婚姻，事實縱已舉行儀式，且已繼續同居，也只是內緣關係。據歷年日本國勢調查的統計，內緣夫婦約占百分之十六、七，甚至百分之二十。事實上既是夫婦，而法律上不能取得身分，不免有種種流弊。對於內緣的妻尤其不利。因爲地位毫無保障，不免爲夫所遺棄。夫死後，也不能以婦的資格，請求遺族扶助金。日本的法院頗爲這個問題而感到頭痛。左思右想，才想出一個變通的辦法，把實際作夫婦生活的內緣關係，當作將來擬爲合法結婚的「婚約預約」。如內緣夫婦有一方拋棄對方，便是違反「婚約預約」，應該賠償對方有形無形的各種損害。這可以說是劃時代的判例（日本大正四年一月二十六日大審院民事聯合部判例參考）。已經依照習慣舉行儀式且已同居多年的夫婦，而在法律上不過認爲是未婚夫妻。在我們看來，似乎，是無視事實的笑話。但在判決時確說，是苦心孤詣而內緣的妻子，則已經因此而多少得救了。

〔同居關係在我國〕 剛才說過，這種同居關係，在我國也頗流行。事實上雖是夫婦生活，但在法律

上不得人，既不能享受夫婦的權利，也不負擔夫妻的義務。法律關係上說起來，不免有種種不妥當的地方。第一，夫死之後，同居的女子不能以寡婦資格請求撫卹（記得有一齣叫「正式結婚」的獨幕劇，就是說一個交際花爲了企圖空軍將士的卹而正式結婚）；第二，同居的男女，儘可以和以和其他的異性結婚，不構成重婚罪，可以和其他異姓通姦，也不構成犯罪。第三，同居男女不受近親結婚的限制，和對方的父母兄弟都可以成立合法的婚姻。第四，一方死亡時，他方沒有繼承遺產的權利。第五……第六……還可以列舉出許多。同居的男女，因愛情而結合，也許無須法律的保障，但在司法的人，却不能不認爲是個困難的問題。

對於這一個問題，我國最高法院也曾經有過一個解答。據說「男女同居已久，縱不能謂已發生夫婦之關係，而其有以永久共同生活爲目的而同居一家之事實，固極明顯」。所以可認爲「已發生家屬之關係」。（最高法院二一年上字第一〇七號判例。）這就是說，同居的男女之間，發生家長與家屬的關係。相互有扶養的權利義務（一一一四條）。一方死亡時，他方雖不能以配偶資格繼承遺產，但也可以請求酌結遺產（一一四九條）。對於以上所述的各種困難，雖然不能完全迎刃而解，但多少可以「慰情聊勝於無」。不過，「百尺竿頭，更進一步」，將來怎樣對於這個問題，

予以合理的解決，似乎還有待於我們的努力呢。

〔公然性〕 最後，有一點值得我們注意的：以上所說的同居，是指事實上的夫婦關係，即有永久共同居生活的目的，志願終身結合的男女。但在社會上也有毫無目的，偶然結合的男女，或有配偶而與人私通的。這種單純的私通關係，我認為應當和上述的同居有所區別。區別的標準，當然頗費研討。日本低級法院認為事實上的夫婦關係，爲了和單純的私通關係區別，應當有「公然性」，我以爲是頗有見地的。

五

〔童養媳〕 前面說過，在中國從前曾經有過「指腹婚」的習慣，因爲流弊太多，所以舊律和前大理院判例，都加以禁止。但有一種類似的惡俗，卻在社會上很普遍，就是「童養媳」。

童養媳就是在子女童年的時候，訂了婚約，尚女孩便送到男家撫養，和男家發生親屬關係，等到雙方長大，再爲之擇吉成禮，叫作「圓房」。這種習慣的起因，大都由於男女兩方都是貧家，女方早日將女兒嫁出，可以減輕人口的負擔；而男家則因可少出聘金，而且童養媳來家以後，可以幫助

際的夫婦關係而已。養媳在我國由來已久。元刑法志戶婚門說「諸以童養未成婚男婦轉配其奴者，笞五十七，婦歸宗，不追聘財。」可見在元時已有這種習俗了。

童養媳的流弊甚多。因為雙方訂婚的時候，均在童年，本人毫無知識，即因他人的意志強迫，結合成夫婦。將來長大之後，是否能夠意志相合，自然大成問題。而且童養媳的操作，既然等於婢女，不免受翁姑的毒虐虐待。其命運的淒慘，自不消說。現行法上關於訂婚和結婚的年齡，既然都有限制，那麼，童養媳這種制度，自然是法律所不承認的。縱有童養媳的事實，養媳和他的丈夫固不能發生夫妻關係，與翁姑也不發生法律上的親屬關係。不過，養媳既然在結婚之前，便在夫家受夫家的撫養，所以按司法院解釋，應當視為夫家的家屬（司法院二二年院字九五九號解釋參考）。

六

〔冥婚〕 依照封建社會的法律觀念，認為人死之後，人格依然存在，即人雖離陽世，但尚生於冥界。（拙著日爾曼法一三頁參考）。中國昔日的冥婚的風俗，似乎也可以這種思想，作為解釋的根據。

原來中國人重視婚姻，以爲未婚而死，是人生莫大的不幸。所以在死後也須爲之完成嫁娶。也有未婚夫妻皆早殤，所以使之在陰間成婚，以了夙願。也有男女未及訂婚而死，於是另覓年齡相當的未婚已死的男女，使之成婚。而雙方的家屬，也就因此發生親戚的關係，互相適從。這個風俗，在漢以前，大概已經有了；不過當時爲禮所禁而已。所以周禮媒氏云：「禁遷葬與嫁殤者」可以證明。但漢後則這種事例極多。如魏武帝因子鄧哀王冲早殤，甚爲哀悼，所以聘甄氏之亡女與之合葬。唐宋以後，此風更盛。戴君孚廣異記及康輿之昨夢錄，記載甚詳。明清時也很普遍。最近司法行政部民商事習慣調查錄中亦有記載。民國十四年的婦女雜誌，且有冥婚一文，足見此風至今尙未衰歇。（中國婦女生活史一五九頁以下中國婚姻史一一二頁以下參考）。不過，今昔的法律觀念不同。在現代的法律上，人死後人格卽行消滅，當然不能發生婚姻關係。所以這「冥婚」的習俗，在法律上是毫無效力可言的。

〔過門守貞〕 與冥婚頗爲近似的，尙有「過門守貞」的風俗。這是爲了貞節的思想，以爲烈女不事二夫，如女未完婚，而夫已先死，女子便到夫家爲其夫守節。卽現行律戶役門立嫡子違法條例所

作代表。女子過門時雖也有少數出於自願，但大多數都是被家庭所迫。這一種情形，使未婚的婦女，卽終身常受寡婦的苦況。顯而易見，人道觀念，所以通常指摘「舊禮教喫人」，往往以此作爲一個例證。依照現代法律觀念，人死人格消滅，一個女子當然不能與死人的木主成立婚姻關係。因此，也不能與未婚夫家發生姻親關係。不過，這種事實自然不能完全消滅。據司法部解釋這一種情形，也與夫家發生家屬關係（司法部二〇年院字五六〇號解釋參考）。

七

〔典妻〕 中國舊日有典僱妻妾的風俗，大約始於宋元之際。元世祖時，王朝曾有對南方典雇妻女之請牒，視爲風薄俗敗。以當時法律也加以禁止。元史刑法志說：「諸以女子典雇於人及典僱人之子女者，並禁止之。若以典僱願以婚嫁之禮爲妻妾者，聽。」明清律因襲元律，也有禁止的明文。惟清律輯註云：「必立契受財，與雇與人爲典妻妾方生此律。今之貧民將妻女典雇與人服役者甚多，不在此限。」因爲從先將女子作爲丈夫的財產，所以可以和財物同樣典與雇與人妻妾，固然不可，但典雇爲人服役，已爲法律所不禁。現在女子既有獨立的人格，當然不能作爲典雇的客體。

不過，這種陋習，至今尚未盡除。最高法院曾有判例說：「典妻不爲正式結婚，其同居生子雖不能與婚生子同論；而既由其父撫育成入，即應視爲認領，而其親子關係，即早已確定。」（最高法院一九年上字第三一〇號判例）。可見典妻雖然沒有法律上的地位，但典妻所生的子女，也是可以視爲婚生子女的。

第五講 結婚以後

配偶——婚姻的效力——國籍——戶籍——罪與罰——在訴訟法上——民法上的效力
——親屬關係——婚生子女——非婚生子女——準正——家屬關係——家族制度——
家——婚姻與家庭

一

【配偶】兩性的結合，具備法律所規定的條件，得到法律的承認，便成爲適法的婚姻的關係。簡單的說，就是正式的夫妻。夫妻相互之間，叫作配偶。配偶和血親、姻親是民法上所承認的三種親屬關係。

【婚姻的效力】因爲是適法的婚姻，相互取得配偶的身分。由於這種身分，在法律上便可以享受

一定的權利，或者負擔一定的義務，可以得到某種利益；但也因此須受若干束縛。這種種的權利義務關係，便是法律給予婚姻的效力。

婚姻的效力，大半規定在婚姻法裏面。但夫妻生活可以說是人類社會生活中基本，所以爲有了夫妻的關係，對於一切社會的活動，不免都有影響。因此婚姻的效力，也不止規定在婚姻法中；其他各種法令，都未免涉及夫妻關係。例如夫妻同爲公務員或教職員者，不能同時報領平價米。對於這一個問題，大家議論紛紛，尤其是參加婦女工作的同志最關心。這一問題的是非，姑不具論，但可見婚姻效力影響之大，現在姑且舉幾種重要的法令說說。

〔因籍〕 爲了最近國際間交通的發達，中國人和外國人的交際，比較閉關自守的時代，自然日見繁。中國人娶外國女子的很多，中國女子嫁給外國人的，也未嘗沒有。由於這種「國際愛」，便不免牽到國籍問題。據國籍法規定，外國人爲中國人妻者，取得中華民國國籍（第二條第一款）；中國人爲外國人妻者，則喪失中華民國國籍（第十條第一項第一款）；直到婚姻關係消滅以後，經過內政部的許可，才可以回復中華民國國籍（第十五條）。

〔戶籍〕 結婚的男女，同是中國人，則又不籍貫的問題。這戶籍法所規定的。依戶籍法規定，戶籍

的籍別，以縣或市爲單位（第二條）。妻以夫之本籍爲本籍，贅夫以妻之本籍爲本籍（第四條第一項第四款）。這是爲了夫妻有同居關係，所以本籍也須一致。

〔罪與罰〕 婚姻既爲人類的基社會生活，所以不止是個人的私事，也能影響社會秩序。而維持社會安寧秩序的刑罰法規，也不能不關涉到夫妻關係。例如有配偶而再婚或與人通姦，則本人和對方（與之相婚或相姦者），都構成犯罪（二三七條、二三九條）。遺姦罪是親告罪，須告訴乃論。但配偶以前縱容或事後有怨言，即不得告訴（二四五條）。這是關於兩性關係的基本犯罪。和誘有配偶之人脫離家庭，構成犯罪，也由於同一理由（二四〇條）。此外爲了配偶的關係，在刑法上有時可減輕或免除其刑罰。配偶圖利犯人，或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯藏匿人犯或湮滅證據罪者，以減輕或免除其刑（一六七條）。配偶犯竊盜罪，得免除其刑，且告訴乃論（三二四條）。又配偶犯侵占罪者，亦然（三三八條）。配偶犯贓物者，也可以免除其刑（三五一條）。這些都是爲了配偶的情誼而設的規定。

〔在訴訟法上〕 在訴訟法上，也可以看到婚姻關係的影響。例如民事訴訟法規定配偶爲該訴訟事件當事人，配偶就該訴訟事件與當事人有共同權利人、共同義務人、償還義務人之關係的時候，

推事應當自行迴避(第三二條第一項三款)證人是當事人的配偶時,可以拒絕證言(二〇七條一項一款)。而刑事訴訟法也規定推事為被告或被害人之配偶者,應自行迴避(一七條三款)。配偶一方為被告,他方得具保聲請停止羈押(一一〇條)並可以獨立為被告選任辯護人(二七條二項)。證人為被告的配偶時,可以拒絕證言(一六七條一項一款)。被害人的配偶可以獨立告訴;被害人死亡時,只要不與被害人明示的意思相反,也可以告訴(二一二條)。

二

〔民法上的效力〕 婚姻關係屬於人類之私生活,所以關於婚姻效力的各種規範,也都訂定在民法裏面,因為民法是規定我們私生活的重要法律。就民法上看來,因為婚姻而發生的法律上的效力,可以分作三方面:第一,因為婚姻而發生的親屬關係;第二,因為婚姻而發生的家屬關係;第三,因為婚姻,夫妻間所發生的各種權利義務。第三是婚姻法的中心問題,我們把它保留在第六講及第七講中再來討論。現在先把第一和第二兩點簡單的說明一下。

〔親屬關係〕 因為夫妻結婚,於是夫妻之一方和他方的血親(例為父母兄弟姊妹)和血親的

配偶（例如夫之兄弟、妻妻之姊妹之夫）便一概發生了姻親關係。這是在現行民法上有明文規定的（九六九條）。這一點和中國昔日的法制顯然有着重大的差異。原在過去宗法社會之下，男女地位極不平等，所以在男女結婚以後，和他方的親屬之間，所發生的親屬關係，絕不相同。妻婚後，成爲夫家之一員，所以妻和夫的父母及其他血統，發生宗親關係，而夫對於妻方的父母及其他血統，則只發生妻親關係。雙方親屬關係的範圍，也有不同。宗親以四世爲限，妻親則只以二世爲限。這種差別，在喪服上便有明白的表現（拙著現行親屬法論一七頁參考）。但現行民法，由於男女平等的立場，一視同仁，不但夫對於妻的親屬發生姻親關係，使妻對於夫的親屬，也只發生姻親關係。再如繼父或繼母的關係，在中國舊法，把他視同血親，可是在現行民法的解釋，也只能發生姻親關係，這也是和舊律不同的地方。

〔婚生子女〕 因婚姻而生的親屬關係，還有一種，值得特別說明的，便是因婚姻而生的子女問題。原來依照民法規定，由婚姻關係受胎而生的子女，叫作「婚生子女」（一〇六一條）。和婚生子女相對待的，叫作非婚生子女，也就是所謂私生子。私生子不但在社會上受一般人的歧視、虐待，就是在法律上，權利義務都和婚生子女迥然不同。

所謂因婚姻關係而受胎的子女，就是說，因為子女的父母有夫妻關係，因夫妻同的性生活，於是其妻一胎，生下了子女。這才是婚生子女。不過，就實際情形說起來，子女是否他的母親所生，比較容易證明，但是否他的父親的血統，則雖在科學昌明今日，也還不能確定。舊日洗冤錄所載依滴血檢驗的方法，固不可靠。就是最近發明的血型的鑑定法，也不能肯定的認定。所以法律上才說有兩種假定的辦法。第一，凡是妻在婚姻關係存續中受胎所生的子女，都推定為婚生子女（一六三條一項）。因為妻在婚姻關係中所生的子女，雖然也未必沒有妻和他人通姦的結果，但就常理推斷，大都是夫的血統。所以不問實際情形是否相符，一概推斷為婚生子女。不過妻的受胎，是否在婚姻關係存續中，也很不易證明。所以又有第二個假定。即從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間（一〇六二條一項）。只要受胎期間在婚姻關係存續中，便可推定為婚生子女了。這兩種規定，都只是一種假定，當然可以提出確實的反證來推翻他。所以如果能夠證明受胎回溯到三百〇二日以前者，也可以改以該期間為受胎期間（一〇六二條二項）。同時，夫如果能證明在受胎期間內未與妻同居，也可以提起否認的訴訟，否認其子女為婚生子女（一〇六三條二項）。這叫作否認之訴。不過，必須以訴訟的方法出來否認，而且只限於夫本人

能提起這種訴訟。他知道子女出生的時候起，經過一年，也就不能再行否認了（一〇六三條二項書）。

〔非婚生子女〕 父母之間，沒有適法的婚姻關係，所生的子女，便叫作非婚生子女。也就是一般所謂私生子。各國的法律，一向都是對於私生子加以虐待的。所以私生子的死亡率特別高。社會上的不良少年，也多半是私生子。因此，不但關係人道，破壞了社會的善良風紀，而且就國家的立場說，也是自己減弱了人的資源。其實在父母和私生子三個人中，只有私生子是無罪的，所謂「有罪結合之無罪果實」。所以最近世界各國的法律，都在設法提高私生子的地位。尤其是蘇俄的民法，最為徹底。一切父母子女的關係，都以真正的血統作為基礎。廢除了婚生子女與非婚生子女的區別。而且據說在字典中根本把私生子這個字刪去了。我國近來也頗注意兒童保育，對於私生子的問題，頗為重視。這是題外的話，姑不多談（詳細參考拙著現行親屬法論一一三頁）。不過有一點必須在這裏說明的，便是私生子可因父母的結婚，視為婚生子女（一四六四條）。法律學者叫作因生父母之結婚而「準正」。

〔準正〕 原來在男女非正式結合之後，已經生有子女，就是所謂私生子，但後來又補足了法律上

的手續，正式結了婚。如果說，結婚後所生的子女才是婚生子女，結婚以前生出的便是非婚生子女。同一父母所生的子女，只因出生的前後，在法律上便須受着差別待遇，顯然是不合理的事。所以法律一方面爲獎勵改過起見，一方面爲了保障子女的利益，也使他取得婚生子女的身分。這種規定，各國法律上都有的，所以我國親屬法中，也有明文規定，至於受胎在生父結婚之前，而出生在婚姻關係存續中的，當然也可以視爲婚生子女，無待明言。

三

〔家屬關係〕 現在再說因婚姻而發生的家屬關係。

〔家族制度〕 中國的社會組織，是以家作爲基礎的，這就是所謂家族制度。中山先生說：「中國人對於家族和宗族的團結力，非常強大。」可見家族在中國社會組織中，確是一個中心的力量。張公藝的九世同居，一向爲人所贊美，像這樣大家庭累世同居，固然並非社會上普遍存在的制度，但社會上所謂家，其結合的形式，固有種種不同，而常常包括兩代以上的家屬，則是事實。在縱的方面，可包括父母、祖父母、曾祖父母以及子、孫、曾孫等直系親屬；橫的方面，可包括兄弟、姊妹、妯娌、堂兄弟、

堂姊妹以伯叔及父母姑母祖姑母姪子女等旁系親屬。範圍如此之廣，誠不愧大家庭之名（孫本文著現代中國社會問題第一冊六二頁）。和現代西洋所謂家庭（Family）比較起來，則後者只包括夫妻與未婚子女，所以有「小家庭」之稱。中國的大家庭制度，流弊自然很多，我們從紅樓夢這部小說中，便可以窺見大家庭的一種面目。近日流行的小說劇本，描寫這一個題材的，也還不少。所以今日青年大都反對大家庭制度，而鑒羨西洋式的小家庭（潘光旦中國之家庭問題三六頁以下）。但中國的大家庭制度已有數千年的歷史，或為社會組織的基礎，也未始沒有他若干的優點，不能一旦完全摧毀。所以我國的社會學者主張截長補短，採取一種拆衷的新制，認為「中國目前最適宜的家庭組織，應以直系親屬同居為原則，以保存中國固有的家庭美德，而以家長為全家的領袖，以合理的態度，領導家事的進行，以實現家庭的安寧幸福」（孫本文現代中國社會問題第一冊一一六頁）並認為「折中之家庭制有二大利，自社會效用方面言之，則為訓練同情心與責任心最自然最妥善之組織，自生物效用方面言之，則種族精神上與血統上之綿延，皆於是賴」（潘光旦中國之家庭問題第一一五頁以下）。

家族制度，應否存廢，既然成為社會上一個極為重要的問題，所以在親屬法立法的時候，當然

值得慎重研究。究竟採取家族制度呢？還是廢止家族制度，仿照歐美式的小家庭？在前清末年第一次民律草案起草的時候，以為「中國今日社會之實際情形，一身以外，人人皆有家庭之觀念在」，所以在親屬法上，採取家族主義，規定了家。後來第二次及第三次民律草案，莫不如此。只有第四次的親屬法草案，一反過去的主張，將家制廢除。現行親屬法起草的時候，也曾經爲了這個問題，煞費躊躇。後來經中央政治會議決定：「我國家家庭制度，爲數千年來社會組織之基礎。一旦欲根本推翻之，恐窒礙難行，或影響社會太甚。在事實上似以保留此種組織爲宜。在法律上自應承認家制之存在。」（親屬法先決各點審查意見書第八點說明）於是在親屬法上才明白承認了家。

〔家〕 現行親屬法上所謂「家」，是說「以永久共同生活爲目的的同居之親屬團體」。（一一二二條）所以凡親屬以永久共同生活的目的而同居者，即可以組織家庭。而家之組織，則一家之中，有家長。除家長之外，均爲家屬。（一一二三條）家長原則上是由家屬中推定的。（一一二四條）負管理家庭的責任。（一一二五條）家長管理家務時，並應注意家屬全體之利益。（一一二六條）可見現行法上的家，是就社會生活的實際來規定的，家庭組織是自由的，與過去的「宗族」觀念不同，而家長着重他的義務責任，並不似過去大家庭中的家長，對於家屬有生殺予奪之權。可以說是

和社會學上說的「折衷的家庭制」恰好相當的。不過法律上關於家的規定過於簡單實際上似乎還不能發生很大的作用呢（按著現行親屬法論一七二頁參考）。

〔婚姻與家庭〕 在過去大家庭制度之下，男女結婚的目的，便是爲了繼往開來，延續一家的後嗣。這是在第一講中已經說過的。所以結婚之後，妻便入於夫家，成爲夫家之一員，共同生活。所謂成婚之禮，重於成妻，也就是爲了這個緣故。白虎通說：「嫁者，家也。婦人外成，以適人爲家。」可見婚姻與家的關係。現行民法，既然依舊承認家的存在，在社會上也有家的組織，又是以男子爲中心的，所以結婚之後，妻便因婚姻入於夫家，成爲夫家的家屬，但這是就普通的情形而言，如果是贅婚，則贅夫因婚姻而入於妻家，成爲妻家的家屬。男女於結婚以後，除了夫妻間的共同生活之外，還因此發生家屬關係，與對方的家長家屬，作家庭的共同生活。

第六講 婚姻關係的內容

夫妻生活——男女平等——夫妻關係的內容——夫妻間應有的態度——最低限度的道德——妻的地位——妻的姓氏——同居義務——貞操義務——扶養義務——日常家事代理權——附帶說明——共同收養——被收養——時效關係的停止——生存配偶的繼承權

一

〔夫妻生活〕 夫妻的婚姻生活應該是以相互的愛情和信賴為基礎的共同生活，所以夫妻的地位應該是平等對立的人格者間的結合。這一種思想，在我們現在看來，自然恰與我們的道德觀念一致。不過，從人類的婚姻史上說，夫婦平等，還是最近的事情。在悠長的過去，一直把已婚的婦人

(妻)放在劣等地位。在西洋各國羅馬及日耳曼的古代法上，都承認夫有夫權，妻因服從夫權，在法律上便沒有獨立的人格。既不能享有財產，也沒有訂結契約的自由。中古世紀有一夫妻同體主義，所謂夫妻同體，並不是將夫妻二人的人格融合為一個人格，而是妻的人格被夫的人格吸收了。名爲同體，其實是以夫來代表妻。所以說：「夫妻是一個人，而這個人就是丈夫。」(Husband and wife are one person, and that one is the husband)直到現近，才承認「夫妻別體主義」。在法律上，認爲夫妻是兩個平等對立的人格者，在財產上，在身分上，都有同等的權利義務。

〔男女平等〕我國數千年來，在宗法社會的影嚮之下，男女是極不平等的。重男輕女，成爲社會上不文的法律。所以關於夫妻關係，女子當然處於劣位。儀禮說：「夫婦一體也。」但怎樣叫做一體呢？禮記郊特牲說：「女從男，夫婦之義，由此始也。婦人從人者也。幼從父兄，嫁從夫，夫死從子。」這是有名的「三從」理論之根據。直至清末海禁大開，受了西方文化的影響，才有人出來主張男女平權。民國以來，更加具體化。五四運動以後，女權運動，愈行發達。男女平等的思想，風行一時。片面貞操的舊禮教，公認爲應在打倒之列。並且國民黨綱上也確定了男女平等的原則。於是舊日男女不平等的觀念，才被剷除。而現行的婚姻法，便以男女平等爲最高原則，一切的權利義務，男女都應平等。

的享受或負擔。回顧我國數千年來的婚姻歷史，也是由「夫妻同體主義」進化到「夫妻別體主義」的。就女性地位的向上說來，自然是極可欣幸的事。

不過，百尺竿頭，更進一步。對於這一個問題，我還有一點小小的私見。所謂平等、對立、權利、義務，自然是受了西方文化的影響。其實夫妻關係應該是感情的結合，出於人性的自然。所以理想的婚姻生活，應該是真正的同心一體。如管夫人所謂：「我裏有你，你裏有我」，在人格上，財產上，都應當不分彼此，更具體一點說，男女結婚以後，應當由「甲」「乙」兩個人格，合併為一個新的人格。「丙」這才是婚姻的理想。婚姻雖也是契約，但其目的在創設（也有進步的法學者說，其實不是創設，是宣告）（參考日本中川善之助的親屬法）夫妻的身分，和買賣契約的買主賣主斤斤計較利害得失的，應有不同。所以就理想的夫妻來說，平等對立權利義務之類，都是第二義的事情。偶然看到梁任公先生所說：「權利觀念，可謂為歐美政治思想之唯一的原素。彼邦所謂人權，所謂階級鬭爭等種種活動，無一不導源於此，乃至社會組織中最簡單最密切者如父子夫婦相互之關係，皆以此觀念行之。此種觀念，入到我儕中國人腦中，真是無從了解。父子夫婦間，何故有彼我權利之可

人深省的地方。德日的法律學者，最近也頗有這一類思想，尤其是夫妻財產制（詳後），在德日的法律學者，頗多認為是多事的，所以將來婚姻生活，能再進化，也許可以由「夫妻別體主義」進化到名符其實的「夫妻同體主義」罷。

然而，理想究竟還是理想，現在法律所規定，不外是權利與義務這一套。我們在婚姻法中所討論的也只是這些問題。現在我們就姑且根據現行的婚姻法，作一個概括的說明。

〔夫妻關係的內容〕 就現行婚姻法看來，夫妻關係的內容，大體可以分作兩方面。一方面是夫妻的身分關係，一方面是夫妻的財產關係。我們這一講主要說明夫妻的身分關係，而財產關係另在下一講內敘述。

二

〔夫妻間應有的態度〕 夫妻間應有的態度，因為時代不同，民俗不同，地域不同……往往有着極其顯著的差異。原始社會的夫妻間態度和文化發達以後的，當然不同。即就現代說，日本的夫妻間的態度和蘇俄比較起來，也相差得很遠很遠。就現代的中國來說，正是舊的禮教崩潰，而新的道

德觀念還沒有樹立起來的時候，夫妻間應該如何相處，真是一個值得注意的問題。對於這一個問題，自然可以從各種不同的角度，予以各種不同的解答。下面所引的一種看法，在我認為可以代表一般現代青年的思想，即

(一) 夫婦的地位要絕對平等。

(二) 夫婦間宜互相了解和尊重個性，不以侵犯對方的自由為主。

(三) 夫婦宜互相作人格上的戀愛，並保持真誠濃厚不絕的愛情。

(四) 夫婦在戀愛當中，彼此應沒有自我的觀念，並宜互相愛護，互相犧牲。

(五) 夫婦間應把熱烈真摯的愛情充分地表現出來，遇着喜憂亦宜互表同情，精神上宜互相

貫注。

(六) 夫婦宜有互助合作的精神，要向着人生的前途去努力。

(七) 夫婦在性情上，志趣上，學問上等要互相調和。

(八) 夫婦宜互相慰藉勉勵和諒解。

(九) 夫婦間要絕對遵守性道德。

(十)夫婦二人宜通力合作，共謀國家社會和家庭的幸福（麥惠庭著中國家庭改造問題三四六頁——三四七頁）。

〔最低限度的道德〕這一種看法，大體上我以為是正確的。不過這種夫婦間應有的態度，只是道德上的問題，和法律上的規定，還有很大的距離。因為夫婦間本應以愛情為基礎，依信賴而結合，在關係圓滿的時候，毫無嫌疑，則一切的法律，都是具文；但一旦夫妻關係發生破綻，或甚至感情決裂，無從維繫，則縱然將一切為夫為妻應有的美德，規定為法律的條文，也於事實無補。而且這種道德上的要求，多半屬於個人的內心問題，法律既不能干涉，而且也無從嚴格執行。所以關於夫妻的關係，法律上只能就最具體，最宜力行的規定若干，希望雙方遵守。但雙方如果不能遵守的時候，法律的強制力也極其薄弱。例如後文所述，夫妻應互負同居的義務，但夫妻如有一方不履行這種義務，法律也不能強制執行。法律本來是象徵着力的，但在夫妻關係上，卻充分表現了法律的無力。所以有人主張，關於夫妻關係，在法律上最好設一條空白的規定，可以隨時適應具體的情形（拙著現行親屬法論六一頁參考）。又有人說，法律是最低限度的道德，從此也可以得一個證明。

以下便列舉法律的規定來說明。

〔妻的地位〕 妻在法律上的地位，古今中外的法律，極爲紛歧。古代法制，因爲承認夫權，所以把妻子看做夫的財產，和夫所有的奴隸，牛馬沒有分別。妻應當服從夫的絕對的支配，所以妻的能力，便受着極其嚴格的限制，束縛得幾乎毫無自由之可言。近代民法，因爲承認了各個人的人格，對於妻的能力，雖然也有一些限制，但只是爲了家庭的平和。而最近的民法的趨勢，則以男女平等爲原則。對於妻的能力，不再加以限制了。例如各國民法中，法國民法成立最早，所以對於妻的能力限制也就最嚴。妻做一切重要的行爲，都須得到夫的允許（法民法二一五條以下）。然而近年以來，爲了適應時代潮流，已經由於特別法和判例法，逐漸加以改正。日本民法上關於妻的能力，因受多年封建社會的影響，所以在形式上也就模倣法國，而且變本加厲，將妻子規定爲無行爲能力人，與未成年人或精神異狀的禁治產人相並列的。確是對於女性的侮辱，顯然違反了時代精神。所以近年來的親屬法改正要綱上，也已經加以修改。至於德瑞民法，主要是對於妻的就業問題，稍有限制。其餘能力，皆與未婚女子無異。蘇俄民法上，男女平等思想，最爲徹底。我國舊日的民法草案，受日本影響最深，所以也會限制妻的能力。但現行民法根據國民黨政綱，在法律上已經確認了男女平等的原則，妻在法律上的地位，並不因結婚而受影響。這是我們講到法律上夫妻關係的時候，首先值得大書

特書的一件事情（拙著民法總則七二頁參考）。

〔妻的姓氏〕從結婚後妻的姓氏看來，也可以感到女性的地位向上。在舊日的法律上，妻於結婚之後，便改稱夫姓，庶幾夫妻的姓，可以歸於一致。例如德法瑞士日本的民法，莫不如此。但妻從夫姓，不免侵犯女子人格的獨立，因為女子如果想以個人的獨立的人格，從事於社會的活動，則必須要

求獨立的姓名，以作其獨立的人格標識。例如女著作家，女藝術家，女音樂家，女伶，電影明星……等，往往因為婚姻後變更姓名，使聲譽上，收入上受了重大的損失。所以蘇俄的法律爲了尊重女性的地位，規定夫妻在結婚登記時，可以聲明希望，或共同稱夫之姓，或共同稱妻之姓，或各稱其結婚前之本姓，均無不可。我國親屬法起草的時候，對於這個問題，也曾頗費周章。就理論上假定了五種方式：一、夫妻均以協定之姓爲姓；二、夫妻各用本姓；三、妻從夫姓；四、夫從妻姓；五、妻冠夫姓。結果，互有長短，只有第五種方式，公認爲最易實行。因與舊習相合，同時妻可保存本姓而夫也不致易姓。所以中央政治會議即以此爲原則。現行民法便據此原則，規定妻以本姓冠以夫姓，而贅夫則以本姓冠以夫姓，以略示男女平等之意。但這種規定，並非強行法，夫妻另有協定，亦無不可（一〇〇〇條）。

實際上，近日社會的流行，結婚後仍以各用本姓者爲最多。大概知識分子中，除了少數冠姓的例外

而外，大半是各自保用本姓的。由這一件事情，也可看出社會的風尚來呢。

〔同居義務〕 婚姻的目的，既在夫妻的共同生活，所以夫妻的同居，遂成爲婚姻生活的中心。因此民法規定：「夫妻互負同居義務」。(一〇〇一條) 所謂互負同居的義務，就是說妻固然有與夫同居的義務，而夫也有和妻同居的義務。從對方說，便是相互有請求同居的權利。這種規定，是根據男女平等的原則，並做照德瑞民法的體例訂定的。比較起法日民法規定以妻子附隨於夫，自然是進步的立法例。夫妻固然互負同居的義務，而住所的選擇，則夫有權決定。即妻以夫之住所爲住所。這就普通婚姻規定的，至於贅婚呢？則贅夫以妻之住所爲住所。(一〇〇二條)。而所謂住所，便是我們生活中心的場所，民法上規定：「以久住之意思，住於一定之區域者爲住所」。(二十條) 與暫住的居所固然不同，和戶籍法上的籍貫，性質也是兩樣的。

夫妻雖然互負同居的義務，但如有不能同居的正當理由，自然不能勉強雙方同居，所以法律規定，在這種場合，可以不負同居義務。(一〇〇一條但書)。什麼叫作正當的理由呢？自然是應當就具體的情形來酌量決定的。據我國的判例和解釋看來，則(1) 民法施行後之納妾行爲(司法廳二十一年院字七七〇號解釋及最高法院二十九年上字二四五號判例)；(2) 不堪同居

之處（最高法院二十二年上字三一八五號判例）。（3）受姑虐待（同二十三年上字一〇六一號判例），皆為不能同居之正當理由。而（1）妻矢志為尼（司法院二十八年院字一八七八號解釋）。（2）不能人道（最高法院二十八年上字二四六九號判例）及（3）夫無當識（同二十九年上字九一六號判例），則不能謂為正當理由。沒有正當理由而請求同居，叫做同居請求權的濫用，對方是可以拒絕的。

夫妻既互負同居的義務，假設沒有正當的理由，拒絕同居，又將如何處理呢？請求法院判令同居固然是可以的，但這種請求縱經勝訴，法院也不能強制執行（強制執行法一二八條）。因為夫妻的結合應以愛情為因素，不能勉強，而且同居與否，應屬於個人的自由，不能由法律強制和干涉的。同居義務的判決，既不能強制執行，那麼，這麼規定的目的，不過在加強當事人的義務觀念，同時，對方如於判決之後仍不履行同居義務，差不多便可以惡意遺棄為理由請求判決離婚了（拙著現行親屬法論一〇二頁參考）。

夫妻間雖然負有同居義務，但如果雙方同意，是否可以訂結別居契約，互相免除這種義務呢？有人說，法律上關於夫妻同居的義務，是一種強制規定，必須遵守的，所以別居契約，應當認為無效。

日本低級法院曾經有過這種判例，我國學者也有同樣主張（胡長清著中國民法親屬論一二七頁）。但我國最高法院的判例認為只要有不堪同居的事實或其他正當理由，雙方同意分別居住，法律上是可以允許的（最高法院十七年上字第二八號及十八年上字第二二一九號判例參考）。我以為夫妻雖互負同居義務，不過在有不能同居的正當理由的時候，即不能請求同居；可見在這個時候，同居義務已不存在。所以別居契約，自然有效。根據這種看法，我是贊成最高法院判例的論結的。

最後，關於夫妻所負的同居義務，還有一種不同的論調。有些學者以為「今之經濟生活，如必命夫妻同居，頗失之酷。彼無產階級之夫妻，同居非婚姻生活之最後乎？非夫妻各別居住，各別勞動，作成相當之生活基礎，以後始能同居乎？乃自始即命其同居，實不可能」。認為法律上規定夫妻同居義務，「其於今日，殊覺後時」（胡譯粟生武夫婚姻法之近代化七八頁）。蘇俄的親屬法，便可表現這種思想。所以規定「配偶之一方，變更其住所時，他方無隨從之義務」（蘇俄親屬法第九條）。有人說是「最進步之立法例」（胡長清著中國民法親屬論一二七頁）。抗戰以來，生活極為艱窘，尤以中間階級為最甚。一般智識分子，都不免將妻子由廚房送到公事房。於是夫妻各自

在外面謀求自己的生路，家庭生活，不能維繫，同居義務，自然雙方都無從履行，也無從作此請求。「其於今日」，我們也覺得以上所述的見解，和蘇俄的立法，不無有一面的真理呢。

〔貞操義務〕 兩性的關係，是以愛情為基礎的。愛情一方面有占有慾，要積極的占有對方的全部，一方面有排他性，要消極的排斥他人和對方發生性的關係。因此，相互才有貞操的要求。所以有人說，貞操是戀愛的中心。不過，中國一向受了男性中心的宗法社會的影響，貞操觀念，只是片面的，也可以說是強迫的。過去所謂貞或不貞，專就女性而言。有貞女貞婦，而沒有貞男貞夫。學者的主張以及法律的規條，都只是獎勵女性方面的貞操。直至五四運動以後，才有人出來反對片面貞操，強迫貞操。但法律上明白承認男女平等的貞操，卻是最近的事。如民國十七年頒行的刑法，規定有夫之婦與人通姦者，有罰；而有婦之夫與人通姦，則可不受法律的制裁（舊刑法二五六條）。這種規定是倣效日本刑法的。但日本的大審院最近也承認男子的貞操義務了。他說：「婚姻以夫妻之共同生活為目的，配偶應互相協力，以維持共同生活之安全與幸福。然而夫妻之相互誠實，為保持其共同生活之安全與幸福之必要條件。配偶因婚姻契約，而相互負有誠實義務……換言之，妻對於夫固有貞操義務，即夫對於妻亦不能不有其義務。」（日本大正十五年七月二十日大審院刑事判

決參考）這個判決是關於刑事事件的，但問題解決的要點，則是以民法上夫的真摯義務的根據。可見近日法律的趨勢。所以在我國刑法改正的時候，對於二百五十六條的規定，主張修改者甚多。女性方面主張尤為激烈。經過熱烈的論爭，二十四年頒行的刑法，終於加以修改，規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者，亦同。」（二三九條）而現行民法也規定，夫妻之一方如有重婚或與人通姦之情形，皆成爲他方請求離婚之原因（一〇五二條）。可見在我國法律上，已經確認男女雙方都應當互有貞操義務了。這不能不說是男女平等的立法。不過，我以爲法律上平等，要以社會上、經濟上的平等爲前提，否則，法律上的規定，仍是具文。因爲社會上、經濟上，男女如不能徹底平等，則夫縱有不貞的行爲，妻又如何敢援用法律的條文，主張自己的權利呢！

〔扶養義務〕 各國法律，都規定有夫妻的扶養義務。如德國、瑞士、日本、蘇聯，各國法律的內容，雖有不同，但皆一致承認夫妻互負扶養義務。只有我國民法，沒有類似的規定。也許因爲夫妻財產制（後詳）中關於家庭生活的負擔，已經有明白的規定，所以關於扶養義務，便不必再設明文了吧。夫妻既因婚姻而爲共同生活，在共同生活的含義中，自然也包括了經濟上的共同。所以夫妻應當互負扶養的義務，不能視對方窮困而置之不理，自是當然的道理。我國民法雖然沒有明文，但如夫

妻之一方故意遺棄他方，在繼續狀態之中，他方便可以藉此請求離婚了（一〇五二條五款）。

〔日常家事代理權〕 各國民法對於妻的日常家事代理權，都設有明文規定。我國民法則規定：「夫妻於日常事務互為代理人」（一〇〇三條一項），所以不只妻可以為夫之代理人，即夫亦可以為妻之代理人。但就我國民法上所規定的各種夫妻財產制來說，家務管理權一概由夫主持，所以名為互為代理人，而實際上仍是規定妻的代理權的。

在封建社會屬於家內經濟的時代，各家皆可以自給自足，與外界甚少經濟上的關涉。等到都市勃興，交換經濟發達，家中的日常生活必需品，必須由主持家政的妻向外購入，於是才發生家事代理制度。由妻對外為交易，而一切經濟上的負擔，則直接歸屬於夫。這是法律規定家事代理權的由來。

什麼叫作日常家事呢？過去大都以家庭的生活程度為標準，尤其注意夫的實際收入。例如購買家庭日用的衣服、食物、燃料、聘請醫師、僱用女僕，通常雖可認為日常家事，但在貧窮的家庭則不必然。反之，濫擲行為、金錢借貸、延聘家庭教師、購買高貴樂器，通常雖不認為是日常家事，但在富有的家庭，則又可列入日常家事的範圍。不過，到了最近，有些人感到，以夫之實際收入為標準，頗欠妥

當。因為夫的實際收入如何，外邊人是無從得知的。所以最近的法律思想，主張以夫所表現的生活程度為標準，為了保護信賴夫的生活豪華的人，不問夫實際收入多寡，均應由夫負責清償。法國判例曾根據這種看法，判令實際收入無多的夫，支付其妻於二個月間買入九千五百法郎之衣服費。奧大利判例也曾判令乘坐汽車住居宏壯邸宅之夫，支付其妻於十六個月間買入一萬一千奧幣的衣服費（胡譯婚姻法之近代化九六頁）。可見一斑。

日常家事代理權的規定，原來是為了婚姻生活上的便宜，但實際上，妻為了個人的便宜，濫用自己的代理權，給夫增加了若干煩累的事，也不是沒有的。所以民法又有規定：「夫妻之一方，濫用前項代理權時，他方得限制之，但不得對抗善意第三人。」（一〇〇三條二項）所謂限制，或者就行為的種類，加以限制，只許代理若干種家事（例如購買日用品或租賃房屋）；或者更就數量加以限制，即購入日常用品時，不得超過一定的數量，均無不可。限制的方法，或者對妻本人表示，或者對於常有交易來往的商店表示，都是一樣的。不過對於不知情（法律上所謂善意，通常為不知情的意思）的外人，是不能主張代理權的限制的。

最後，日常家事代理權本來止適用於法律上的配偶，但最近的學說判例，對於事實上的配偶

(同居的女性)也認為有日常家事代理權。例如法國一九〇二年使在海濱某旅館與其情婦同居之某紳士支付其所謂「妻」由綢緞店所買衣料之代價。又一九一二年某少女購買縫紉機的代價，便由於購買時該少女所呼為「夫」之情夫支付。德國學說也說該國民法一三四四條的規定，可以準用於同居關係（胡譯婚姻法之近代化九三頁）。前面說過，我國現在男女結合而未舉行儀式的同居關係，事實上頗為不少，那麼，關於日常家事代理權的規定，是不是也可以類推適用呢？也是一個頗值得注意的問題。

三

〔附帶說明〕 以上所述，可以說夫妻關係的主要內容。但因為有了夫妻關係，在民法上所享的利益，或所受的束縛，尚不止此。現在再附帶說明幾點：

〔共同收養〕 養子制度，是古今中外的法制所一致承認的。被收養者因收養關係遂與收養者發生養父母子女關係。對於收養關係，因為結婚的緣故，也有兩種限制。第一，無論男女性，在結婚以後，如願收養他人，作為自己的養子女的時候，應當和配偶共同收養（一〇七四條）。因為養父母子

女，雖 實質的血統，但在收養 行，將與父母和婚生子女發生同樣 關係，所以有配偶者，如不共同收 結果將只有養父而其妻 不為養母，或只有養母而養母之夫又非養父就家庭生活的圓滿說來，自然是不甚妥當，所以必須共同收養了。

〔被收養〕 其次，結婚以後，如被他人收養時，也必須得到配偶的同意（一〇七六條）。這因為夫妻本因婚姻而互負同居義務，應當共同生活。所以夫妻之一方，如被他人收養，也必須得到對方同意，以免妨礙家庭的和平。

〔時效關係的停止〕 法律上關於權利的行使，往往定有時效期間，如過經過了時效期間，沒有行使權利的時候，即不能再行向對方主張權利，這叫做消滅時效制度。例如債權人若干年不向債務人催索他履行債務，對方即可拒絕履行（拙著民法總則三五五頁以下參考）。但因為婚姻關係，法律上特別定有一種例外，就是夫對於妻或妻對於夫之權利，在婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成（一四三條）。所謂夫對於妻或妻對於夫之權利，是說，夫妻在婚姻關係存續中，可以行使的財產上的權利，婚姻關係消滅後才發生的權利（例如因離婚而生的贍養費請求權），則不包含在內。夫妻間的權利，在婚姻生活的中間，為了維持關係，往往忽略，而且也未便斤斤計較，所以

法律上認為是時效停止的事由。時效期間的進行，應當暫告停止。民法上所謂於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成，也就是這個意思。

〔生存配偶的繼承權〕 夫妻之一方死亡的時候，生存的配偶，是否有繼承遺產的權利呢？這一個問題，各國的立法例，頗不一致。羅馬時代，離婚的風氣頗盛，所以生存配偶在法律上的繼承權，待遇極劣。除非死者用遺囑的方法，在遺產中指定一部或全部由生存配偶繼承，享有；否則，生存配偶在一切繼承人中，放在最後一個，即在沒有其他繼承人的時候，才可以享有繼承權。日爾曼的古代法律，則不承認夫妻間相互有遺產繼承權，不過寡孀在丈夫死後，可以根據夫妻財產法的規定，享有使用或者收益的權利而已。直到中古世紀的後半，夫妻的相互繼承權才漸被承認。不過，生存配偶在繼承法上應占如何的地位，各國法律，依然不能一致。例如法國民法，只能繼承遺產的使用收益權；德國民法則可以繼承遺產的所有權；瑞士民法則對於以上二種方法，同時並用。不過，對於生存配偶的繼承權，都不能說是寬大。對於生存配偶待遇最優的是蘇俄民法。蘇俄民法規定只有死者的生存配偶和他的直系血親卑親屬，才有繼承資格，而彼此的繼承的比例，也是一律平等的。原來配偶關係本是親屬關係的基礎，夫妻生前本以共同生活為目的，經濟上有着極其密切的協同關

係，一旦有一方不幸短命，則對於遺留的財產，他方自應當有權繼承，才合於死者的意思。尤其是生存配偶是女性時，繼承遺產的需要，更為迫切。所以最近法律學者對於寡婦繼承權這個問題，極為注意。我國民法規定配偶有相互繼承遺產的權利（一一四四條）。原來中國繼承法上，除了配偶之外，其他繼承人本有一定的限制，而且有順序。第一順序的繼承人是直系血親卑親屬，即子女孫曾孫等人。第二順序的繼承人是父母。第三順序是兄弟姊妹。第四順序是祖父母（一一三八條）。其他親屬皆無繼承之權。但在上述各種繼承人中，原應依次繼承，即無順序在前者後一順序的繼承人才能有權繼承。但配偶則不受順序的限制，可以和任何順序的繼承人同時繼承。繼承人繼承遺產的比例，叫作應繼分。配偶的應繼分，民法規定的是：

（一）和死者的直系血親屬同時繼承的時候，應繼分和其他繼承人平均。例如死者有子一人，則生存配偶和其子各得遺產之一半。如有子女各一人，則各得三分之一。

（二）和死者的父母或兄弟姊妹同時繼承的時候，應繼分爲遺產的二分之一。例如生存配偶和死者的父母同時繼承遺產，則配偶獨得遺產的一半，其餘一半，才由父母均分。如死者無父母，由兄弟姊妹繼承的時候，也是由配偶獨占遺產的半數。

(三)和死者的祖父同時繼承的時候，應繼分爲遺產的三分之二，其餘三分之一，才由祖父繼承。

(四)如無其他的繼承人的時候，配偶的應繼分，便是遺產的全部了(一一四四條)。

不過，有一點我們須要注意的，所謂應繼分是法律上規定的繼承分率，我們民法一方面承認法定繼承制度，但同時還承認死者有遺贈的自由。死者可以用遺囑的方式將遺產任意贈與他所願意贈與的人。但是在遺贈的時候，仍然必須遵守特留分的限制。所謂特留分就是爲了死者法定的繼承人必須特別保留的分額，不能因爲遺贈而致減少。如果遺贈侵害了特留分的時候，繼承人有請求扣減的權利，以保全特留分內的價額(一一四三條一一八七條一二二五條)。這種法律的規定，一方面爲了尊重私有財產制度，承認死者也有處分的自由；同時，爲了社會生活的安定，保護死者的繼承人，許他享有特留分的權利。可以說是爲了調和社會和個人的利益而設的規定。至於特留分的數額，各繼承人原不一致，兄弟姊妹和祖父父母作繼承人的時候，其特留分只是遺產應繼分三分之一，而配偶或父母、直系血親卑親屬繼承時，特留分是遺產應繼分的二分之一。這也是爲了親疏遠近而設的區別，所以生存配偶不但是死者的法定繼承人，享有一定的應繼分，而且在

應繼分中並有二分之一，是他可享有的特留分，雖死者本人也不能加以侵害減損的。

第七講 夫妻財產關係

夫妻財產制——夫妻財產制的變遷——各種財產制——法定財產制——聯合財產制——
財產的管理利用收益——財產的處分——家庭生活費用——債務歸責任——補償的請
求——聯合財產的解散——非常的法定財產制——約定財產制——夫妻財產制契約——
手續——種類——共同財產制——財產的管理利用——處分——家庭生活費用——
債務與責任——補償的請求——共同財產制的解散——所得共同制——統一財產制——
分別財產制——家庭生活費用——債務與責任——特有財產——清算特有財產——
約定特有財產——特有財產的處理

一

〔夫妻財產制〕 在這一講裏，我們將特別說明夫妻財產關係。因為結了婚，夫妻在財產上所發生的關係，在法律上有個專門的術語，叫做夫妻財產制。詳細地說，婚姻生活的費用由誰來負擔？夫妻的財產因為結婚的緣故發生什麼變化，夫妻婚前的財產屬於什麼人所有？在婚姻生活中所取得的財產又應該歸屬於誰？夫妻的財產由誰來利用改良……法律上關於這一些因婚姻而發生的財產關係，一概總括起來，就叫做夫妻財產制。

〔夫妻財產制的變遷〕 在家族制度社會之下，不止夫妻成爲一體，妻無獨立的財產，即爲夫者，如果不是一家中的家長，那麼，在這家族組織之中，也祇占附屬的地位，不能有獨立的存在。所以在我國古代，子婦一概不得享有私財。禮內則云：「子婦無私貨，無私蓄，不敢私假，不敢私與。」朱子家禮也說：「凡爲子爲婦者，毋得蓄私財，俸祿田宅所入，悉歸之父母舅姑，當用則請而用之。」均可作爲確切的例證。這種思想，便成爲法律的來源。現行律卑幼私擅用財條：「凡同居卑幼，不由尊長，私擅用本家財物者，處罰。」在法律上應受一定的制裁。但家族制度崩潰，而爲個人主義的思想所代替，於是首先爲家屬的夫，也有了個人的私產，其次，則妻亦可享有私財。尤其是因爲資本主義發達，女性參加勞動者日多，皆各有一定的收入，自不能不承認女性在財產上的獨立的地位。所以近代

各國民法上，關於夫妻財產制皆有一羣詳盡的法律規定。我國民法，大體做照外國，關於夫妻財產制，也特設一章，共有四十四條（一〇〇四條——一〇四八條），規定不謂不綿密。因為我國從事職業的婦女日多，法律上又承認女子有遺產繼承權。這種規定，不能說是沒有需要。不過，外國的法律學者，已經深感夫妻財產制的規定，過於繁瑣，距離事實太遠。例如日本民法頒布以來，作夫妻財產制契約登記的，為數極少，最近更有日漸減少的傾向。德國民法上夫妻財產法有二〇一條，但最近有人說，只有一條便夠了，而這一條應當是規定夫妻採取別產制度。因為在婚姻生活及家族生活健全的時候，財產混在一起，不分彼此，自然成立了「家族共產制」。但夫妻生活如不健全，甚且夫妻別居，則夫產財產法上的各種規定，將不絕地成為夫妻摩擦的源泉，造成若干口實，發生多少爭執。自不若索性明文規定，採取別產制。在婚姻生活健全時，實際上自然成為共產制，否則，也可互不相犯（以上大都根據德國費霞 *Fischer* 所著德國親屬繼承法）。這種見解，對於夫妻財產制，可以說是洞見癥結，一針見血。大可作研究這個問題者的參考。

〔各種財產制〕 前面說過，關於夫妻財產制，各國法律的規定都是極為瑣碎煩雜的。在現行法上，夫妻財產制，大體可以分作兩種。一種是法定財產制，是法律上關於夫妻財產關係所設的規定。但

這種規定和其他婚姻法不同，並非強制的。所以另有約定財產制，夫妻儘可以訂定關於財產關係的契約，這種契約便叫作夫妻財產制契約。約定財產制各國法律上也是形形色色，各有巧妙不同，但我國則就各種重要的夫妻財產制契約，規定在婚姻法中，作為當事人選擇時的模範。當事人締結契約的時候，可以任擇一種，但不得巧立名目，另立其他特殊的財產契約。夫妻沒有訂結財產契約的時候，便一律適用法定財產制了（拙著現行親屬法論六六頁參考）。

以下先說法定財產制，然後再分別介紹各種約定財產制。但前面已經一再提起，夫妻財產法過於繁瑣，約定財產制在法律進步的外國採用者亦不甚多。可見這種法律，只是一些僵硬的條文，在實際社會中發生的作用，極為輕微。所以在說明的時候，我想力求簡略。對於這些條文頭痛的讀者，不妨草草看過，也沒有什麼不可以的。

二

〔法定財產制〕 法定財產制是夫妻間沒有採取約定財產制的時候，法律所規定的夫妻財產制度。一般人民，明瞭法律，訂立夫妻財產制契約的，無論人民法律觀念如何發達，畢竟只有少數中的

少數。所以各國法律都斟酌各國的國情，採取一種比較適當的制度，作為法定財產制。因此各國的法定財產制，也是各有不同。我國的婚姻法則模倣德國、瑞士、日本的立法先例，將聯合財產制定為法定財產制。

〔聯合財產制〕 聯合財產制是將妻的特有財產除外（後詳），凡結婚時屬於夫妻的財產以及婚姻關係存續中夫妻所取得的財產，一概構成了聯合財產（一〇一六條）。夫妻的財產在這種情形之下，雖然成為聯合財產，但妻對於妻的原有財產，仍保有所有權。民法明文規定「聯合財產中，妻於結婚時所有之財產及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產」。（一〇一七條一項）至聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之財產之一切夫妻財產其所有權概屬於夫（一〇一七條二項）。即由妻之原有財產所生之孳息，亦歸屬於夫（一〇一七條三項）。所以總括地說，在聯合制下，妻除了對於她的原有財產保有所有權之外，一切財產，都是屬於夫所有的。

〔財產的管理利用收益〕 聯合財產制下，不但聯合財產由夫管理利用，即妻的原有財產，也由夫來使用收益（一〇一九條），所以管理權也一併歸之於夫，管理費用，也由夫負擔（一〇一八條）。

聯合財產既由夫管理，管理方法也由夫酌定，是以法律規定，夫有應妻之請求隨時報告財產狀況的義務（一〇二二條）。以便在夫管理失當的時候，可以有阻止的機會，但實際上，這種規定可能發生的作用，一定很小的。

聯合財產制下，妻所保有的所有權，原只限於他的原有財產，妻之勞動收益，屬於夫之所有，而且妻的原有財產，也由夫收益管理，所以名義上是聯合財產，而其實夫的權利，實在相當大。有人說，這種制度，「不啻以妻為受夫榨取之女奴隸」。（胡譯婚姻法之近代化一〇六頁）言雖有些過甚，但可見這種制度對於女性並不是太有利的。

〔財產的處分〕 聯合財產的處分權，屬於夫，夫若處分妻的原有財產時，則應當取得妻的同意。如果未經妻同意時，其處分行爲本不能發生效力，但這種欠缺同意的事實，只是夫妻內部問題，是不能對第三人主張的，至於爲了管理上所必要的處分，則例外可以不經妻的同意（一〇二〇條但書）。

此外，妻在日常家務代理權限之內，也可以有處分聯合財產的權限（一〇二二條）。

〔家庭生活费用〕 在聯合財產制下，財產的管理收益，既都屬之於夫，所以家庭生活費用，自然應

當由夫來負擔。不過，夫如果沒有支付能力，還要由妻以她的全部財產來負擔（一〇二五條）。

〔債務與責任〕 在聯合財產制下，夫妻的債務，應如何清償？法律上將它分作三類，第一類由夫負責償還的，是：

（一）夫於結婚前所負的債務；

（二）夫於婚姻關係存續中所負的債務；

（三）妻因行使日常家務代理權所負的債務（一〇二三條）。

第二類應由妻以其全部財產負責償還的，是：

（一）妻於結婚前所負的債務；

（二）妻因職務或業務所生的債務；

（三）妻因繼承財產所負的債務；

（四）妻因侵權行為所生的債務（一〇二四條）。

第三類應由妻以特有財產負責償還的，是：

（一）妻依其特有財產而設定的債務；

(二)妻逾越日常家務代理權而生之債務(一〇二五條)

〔補償的請求〕 夫妻所負的債務責任，固然法律上有了以上的明文規定，不得互相牽混。但有無相通的情形，事實上也難避免。不過彼此上仍可互相請求補償，所以民法規定：妻的原有財產所負債務，而以夫的財產清償，或夫的債務，而以妻的原有財產清償的時候，夫或妻均有權請求補償。不過為了防止聯合財產的崩潰，在聯合財產存續中，不能即時請求(一〇二七條一項)。至於妻的特有財產，原於夫妻間聯合財產之外，獨立存在的，所以妻的特有財產所負債務，而以聯合財產清償，或聯合財產所負債務，而以妻的特有財產清償的時候，雖在婚姻關係存續中，也可以請求補償(同條二項)。

〔聯合財產的解散〕 聯合財產的解散，又有兩種情形：

第一，是爲了夫或妻的死亡。即妻死亡時，妻的原有財產屬於妻的繼承人，如有短少，而且這種短少的情形，夫與有責任的時候，夫應爲之補償(一〇二八條)。反之，夫死亡時，妻可取回其原有財產，如有短少，並可向夫的繼承人請求補償(一〇二九條)。

第二，是聯合財產關係的分割。在這種情形之下，妻可以取回原有財產，如有短少，並可向夫的

情形，妻本人並無責任者，則由夫或夫的繼承人負責。不過，這只是一般的原則，法律上如另有其他的規定，仍依其規定（一〇三〇條）。例如聯合財產的分割，如果是爲了離婚的緣故，仍依離婚的規定。

三

（非常的法定財產制）我國婚姻法，通常固以聯合財產制，作爲法定財產制。但在特殊情形發生的時候，不問其是否適用法定財產制，或者採用約定財產制，一律以分別財產制，作爲法定財產制。這種制度，可以名之爲非常的法定財產制。至於原來採用分別財產制的人，自無變更的必要。

非常的法定財產制的發生，又有三種情形：

- （一）夫妻一方受破產宣告時，當然成爲分別財產制（一〇〇九條）。
- （二）有下列各種情形之一時，法院因一方之請求，宣告改用分別財產制（一〇一一條）。
 - 一、夫妻之一方依法應給付家庭生活費用而不給付時。
 - 二、夫或妻之財產不足清償其債務，或夫妻之總財產不足清償債務時。

三、夫妻之一方爲財產上之處分，依法應得他方之同意，而他方無正當理由，拒絕同意時。

(三)債權人已經扣押夫妻一方之財產而未得受清償時，法院可因債權人之聲請，宣告改用分別財產制(一〇一一條)。

四

〔約定財產制〕 夫妻雙方如不願服從法定財產制的時候，前面已經說過，法律上是不加以強制的。他們儘可以訂結一種契約，在法律所規定的幾種約定財產制中，任意選擇一種，作爲他們的夫妻財產制，而這種契約，便叫作夫妻財產制契約。

〔夫妻財產制契約〕 夫妻財產制契約就是夫妻關於婚姻中財產關係所定的契約，不過，在我國的婚姻法上，只能在各種約定財產制中，選擇一種而已，不得任意創設的，在外國的法律，有必須在結婚之前訂立的，但夫妻的財產，究應如何處理，結婚之前，恐怕尚無充分的認識，而且在尚未結婚的時候，雙方情感正到白熱的時候，對於財產問題，自然視爲小節（自然也有要求愛情保證金的女士或男士，但我們不妨看作例外），不感此種需要。所以在我國法律，婚前或婚後均可訂立（一

〇〇四條）而且在婚姻關係存續中，還可以契約廢止，或改用他種約定財產制（一〇一二條）不過這裏有一種限制，即夫妻如有未成年人或禁治產人的時候，變更訂定或廢止夫妻財產制契約的時候，必須取得法定代理人的同意（一〇〇六條）。

〔手續〕 夫妻財產制契約的訂定、變更、廢止，關係夫妻財產上的權益極大，所以法律規定，必須作成書面，以資慎重（一〇〇七條）而且財產制契約，時常影響到夫妻以外第三人的利害，所以法律又有明文規定，非經登記，不得向第三人主張（一〇〇八條一項）。至於如何登記，又另有法律定之（一〇條二項）。

〔種類〕 我們婚姻法上，承認的約定財產制，共有（一）共同財產制，（二）統一財產制，及（三）分別財產制三種。共同財產制中，又承認有所得共同制。下面分別加以說明。

五

〔共同財產制〕 共同財產制將是夫妻的財產和所得，除了特有財產之外，一概合併為共同財產。關於夫妻的共同共有（一〇三一條一項）所謂夫妻的財產在這裏可以包括一切夫妻現有及

可以取得的動產不動產，所得則包括精神上及勞力上的所得，不過妻之勞力所得因已構成特有財產（一〇一三條四款），例外不包含在內。共同共有是物權法上一種制度和一般所謂共有（分別共有）相對待而言的。依物權法的規定，共同共有人的權利，以及於共同共有物全部，所以夫妻中的任何一方，皆不得處分共同財產中的應有部分（一〇三二條二項）。

〔財產的管理利用〕 共同財產由夫管理，管理費用由共同財產負擔（一〇三三條）。共同財產的利用，法律上沒有規定，但解釋上也應當屬之於夫。

〔處分〕 夫妻之一方，對於共同財產，皆可處分，不過其處分只限管理上所必要的處分，才可以自由處置，否則，必須取得他方的同意（一〇三三條一項）。如果未得同意而處分時，其欠缺同意的情事，除非為第三人所知，或可得而知，或依情形不認為該財產屬於共同財產者，皆不能向第三人主張（一〇三三條二項）。

〔家庭生活費用〕 家庭生活費用，應由共同財產負擔，共同財產不足負擔時，妻個人亦應負擔（一〇三七條）。

〔債務與責任〕 在共同財產制，夫妻的債務與責任，也可以分作三大類。第一類，應由夫個人負責，

而共同財產也應該負擔的，是：

(一) 夫於結婚前所負的債務；

(二) 夫於婚姻關係存續中所負的債務；

(三) 妻因日常家務所為代理行為而生的債務；

(四) 其他妻於婚姻關係存續中以共同財產為負擔的債務 (一〇三四條)。

第二類應由妻個人負擔，而共同財產也應該負擔的，是：

(一) 妻於結婚前所負的債務；

(二) 妻因職務或營業所生的債務；

(三) 妻因繼承財產所負的債務；

(四) 妻因侵權行為所生的債務 (一〇三五條)。

第三類應該專就妻的特有財產負責任的，是：

(一) 妻就其特有財產所負擔的債務；

(二) 妻逾越日常家務代理權的行為所生的債務 (一〇三六條)。

〔補償的請求〕 共同財產所負的債務，如果以共同財產來清償的時候，夫妻間不發生補償請求的問題。但共同財產的債務，以特有財產清償，或特有財產的債務，而以共同財產清償者，可以請求補償。而且在婚姻關係存續中，也可以請求（一〇三八條）。

〔共同財產的解散〕 共同財產的解散，又有兩種情形：

第一是爲了夫或妻的死亡。夫或妻一方死亡時，共同財產平均分割，一半屬於生存配偶，一半屬於死者的繼承人（一〇三九條一項）。不過，生存配偶如有重大的非行，依法不得爲繼承人的時候（一一四五條參照），最多只可取得離婚時所應得的數額（一〇三九條三項），也就是說，只可以取回原有財產（一〇五八條參照）。不過，共同財產分割時，採取平等分割主義，並非強行的法律規定，當事人如有特別約定的方法或比例，即可不受法律的拘束（一〇三九條二項）。

第二是爲了共同財產關係的消滅。在這個時候，民法也採取平等分割主義，各得共同財產的一半；不過，法律如果另有規定，則仍從其規定（一〇四〇條）。例如，共同財產關係的消滅，由於離婚時，則應依離婚的規定（一〇五八條）。

〔所得共同制〕 婚姻法上除了一般共同財產制而外，還承認所得共同制，可以訂定契約，只以所得爲限，構成共同財產（一〇四一條一項）。這裏所謂所得，是指些什麼呢？法律上曾有明白的指示，卽婚姻關係存續中夫妻因勞力所得的財產及原有財產之孳息（一〇四一條二項前段）。在採取共同所得制的時候，只有財產中的所得部分，適用共同財產制的規定（同條二項後段）；其結婚時及婚姻關係存續中屬於夫妻的原有財產，則構成聯合財產，適用關於法定財產制之規定（同條三項）。

六

〔統一財產制〕 統一財產制是夫妻約定除了特有財產而外，妻的財產一概移轉於夫，不過在移轉的時候，將財產估有價額，妻保有返還價額的請求權（一〇四二條）。各種財產制中，在這種財產制下，夫的權利，最爲盡大，和後文所述的分別財產制，恰好相反。

統一財產制的性質，固然和聯合財產制有些不同，但實際說來，都是將夫妻的財產合併起來，聽憑夫來支配的。所以民法上規定，叫它準用關於法定財產制的規定（一〇四三條）。

七

〔分別財產制〕分別財產制，是夫妻的財產仍各保有其所有權，管理權及使用收益權的（一〇四四條）。換一句說，就是在這種財產制下，夫妻的財產並不因結婚而發生混同的作用。

不過，爲了婚姻的關係，夫妻不免要求生活上共同的便利，所以妻也可以將財產的管理權委託於夫，這在管理權法律上規定妻可以隨時取回，而且不得拋棄取回權（一〇四五條）。這不消說是爲了貫徹分別財產制的精神。

〔家庭生活費用〕夫妻採取分別財產制的時候，家庭生活費用，仍由夫負擔，但夫可以請求妻分擔一部（一〇四八條）。如果妻將管理權付之於夫的時候，即推定以她財產的收益供給家庭生活費用，無須妻再行負擔（一〇四五條）。

〔債務與責任〕在分別財產制下，夫妻的債務與責任，只分成兩類。

第一類，應由夫負責清償的是：

（一）夫於結婚前所負之債務；

(二) 夫於婚姻關係存續中所負之債務

(三) 妻因日常家務代理行為而生的債務 (一〇四六條)

第二類，應由妻負責清償責任的，是：

(一) 妻於婚前所負的債務

(二) 妻於婚姻關係存續中所負的債務 (一〇四七條)

至於夫妻因家庭生活費用所負的債務，如果夫無支付能力，依然由妻負擔 (一〇四七條二項)

〔特有財產〕 前面我們曾經一再提起過夫妻的特有財產。現在我們便專就特有財產，略作簡單的說明。

特有財產便是夫或妻個人可收任意支配的財產，不組入夫妻財產制的。特有財產的發生大半是由於法律的規定，但也有雙方特別以契約約定的。因此，又有法定特有財產與約定特有財產之分。

〔法定特有財產〕 在我國婚姻法上，無論夫或妻都可以享有特有財產，依我國法律的規定，屬於

特有財產的，共有以下幾種（一〇一三條）。

- 一、專供夫或妻個人使用之物，例如夫妻的衣服裝飾品及個人使用的器皿。
- 二、夫或妻個人職業上必需之物，例如畫家所用的畫具，優伶所用的行頭。
- 三、夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明為其特有財產者，這是贈與人的意思，原在夫或妻個人享受不預備組入夫妻財產的，可以特別保留。

四、妻因勞力所得之報酬，例如妻因工作或獨立營業所得的工資、利潤。

〔約定特有財產〕 除了法定的特有財產而外，我國民法還承認約定特有財產。夫妻可以契約訂定以一定之財產為特有財產（一〇一四條）。這是為了事實上的需要，可以在夫妻財產中特別指定一部，不組入夫妻財產。結婚之後，依然服從其個人的支配。例如妻可以在××銀行中立個專摺，擁有若干存款，任意支配，或者在不動產中特別指定某處的房產，由妻個人自己管理收益，不加入夫妻財產。

〔特有財產的處理〕 關於夫或妻特有財產，無論是法定約定，經民法規定，一概適用關於分別財產制的規定（一〇一五條）。所以夫妻一般財產縱然適用法定財產制，或者特別選定統一財產

制或共同財產制作爲約定財產制，但夫或妻的特有財產，仍舊適用分別財產制的規定，各自保有所有權，管理權及用益權，也都各自分別，不相混淆。

第八講 離婚和別居

死亡——死亡宣告——離婚——離婚制度的沿革——古代社會——基督教——法國大革命——蘇俄婚姻法——我國離婚的舊制——和離——義絕——七出——家族本位——離婚法的近代化——離婚的各種形式——判決離婚——兩願離婚——單意離婚——別居制度——我國離婚法——兩願離婚——法定代理人的同意權——方式——判決離婚——判決離婚的原因——限定的列舉主義——離婚不受理的原因——同意——宥恕——期間的經過——出征抗敵軍人——離婚以後——善後問題——子女——財產的分析——損害賠償——贍養費——離婚統計——離婚數——離婚的種類——離婚原因——離婚繼續期間——子女的有無——離婚理論的再檢討——別居的妙用

〔死亡〕 婚姻關係本來以永久共同生活爲目的，所謂永久，原只以生存間爲限，所以夫妻中如果有一方已經死亡，照現代的法律觀念來說，婚姻關係便歸於消滅，不過在這種情形之下，只是夫妻間的關係消滅而已，並非因婚姻而發生的一切關係完全消滅。這一點和後文所述的離婚顯然不同。所以夫或妻一方已經死亡的時候，和對方親屬所生的姻親關係並不消滅。除非夫死而妻再婚或者妻死而贅夫再婚的時候，姻親關係才因而消滅（九七一條）。

〔死亡宣告〕 死亡本來是指事實上的死亡，就是一個人的呼吸斷絕，心臟停止鼓動，離開了人間。不過在法律上有時因爲一個人長年月日之間，生死不明，法律上的一切關係，不礙長此懸擱，又規定了一種「死亡宣告」制度（八條——九條）。凡經過死亡宣告的人，便假定他已經死亡，在法律關係上，一切都和死亡一樣。所以婚姻關係也就因而消滅，配偶可以再婚了。又現行法律爲了保護出征軍人必須生死不明滿三年之後，它的妻或未婚妻才可以向法院聲請死亡宣告（出征抗敵軍人婚姻保障條例第六條）。這自然是爲了出征軍人，抗敵在外生死未卜的時候，不能即刻作

爲它已經死去，以保障出征軍人的婚姻。

〔離婚〕 如果一切夫妻都能白首偕老，那麼，除了死亡而外，婚姻關係永久存在，不會消滅的。不過，婚姻究竟是人的爲的結合，不能盡善盡美，符合個人的理想。因此，雖在生存的中間，雙方的感情破裂，不免因此走上分離的途徑，於是有所謂離婚問題。離婚正當不正常，這是宗教、道德各種規範應當訂定的，法律的立場，也有種種不同，然而離婚究竟是一種社會現象，在大多數的社會中，只要承認結婚則在另外一面，便不得不承認離婚；有時，縱不正面予以承認，可是在夫妻感情已失，婚姻生活不能維繫的時候，個人也不免想出各種的方法來，千方百計，迂迴曲折，終於要達到自己的目的，這也是無可諱言的事實。這一講裏，我們便專討論離婚的法律和離婚的問題。

二

〔離婚制度的沿革〕 我們先說離婚制度的沿革。

〔古代社會〕 據近時的民俗學者主張，未開化社會的婚姻的結合狀態，不一定比現在的文明社會更加弛緩，可是有人調查二百七十一個部落之中，完全不承認離婚的不過百分之四。我們在古

代文獻之中，也可以看到了離婚制度。世界最古的哈姆拉比（Hammurabi）法典便承認離婚，關於離婚後妻的贍養，子女的處置，都有規定。代表猶太人法律的摩西教典也承認離婚。古代羅馬人主張婚姻自由，離婚自然更不是希奇的事。

〔基督教〕到了中古世紀，因為基督教的發達，對於古代民族的離婚觀，不免有了重大的變更，馬太福音說：「神所合者，人不得而離之」。並且說：「因姦淫之故，而出其妻者，是使其姦淫也。娶人之妻者，亦為姦淫也」。所以基督教是禁止離婚的，只有唯一的例外，便是姦淫。為什麼基督教的教義不許可離婚呢？這是很值得研究的一個問題。或者是對於當時社會上夫權的橫暴以及家族分解的傾向的一種反動。同時，對於婦女的保護，也許是原因之一。而天主教則把婚姻解釋作「聖典」，絕對禁止離婚，甚至於連姦淫這個例外，也不承認。爲了教會勢力的發展，這種思想，在紀元第十世紀左右，便普及於西洋諸國。不過，實際上要實行嚴格禁止離婚，幾乎是不可能的事。所以首先承認了別居制度，作爲離婚的「代用品」。同時，又有一種「教皇特許離婚」的辦法，形式上是宣告其婚姻的無效，而實際上自然不過爲離婚的別名。但取得教皇的特許，並不是容易的事。於是離婚也成了有權有勢的貴族階級獨占專利的事情了。教會的這種絕對禁止離婚的思想，因爲十六世紀

的宗教改革運動發生，才逐漸加以修正。馬丁路德和他的教徒們認為在姦通和惡意遺棄之下，是應當承認離婚的。

〔法國大革命〕馬丁路德一流的宗教改革思想，恰好和當時勃興的市民階級所持的個人主義的婚姻主張相配合。再加上政教分離運動以及自然法運動，於是產生了現代的自由離婚思想。在這種傾向中，法國大革命勃發，於是離婚的自由，才開始得到法律的承認。一七九一年的法國革命憲法宣言：「婚姻不過為民事契約」。這明明是反對教習把婚姻看作聖典的思想。後來法國的婚姻法屢有變動，一八八四年的法律是限制的許可離婚，一直以到現在。

〔蘇俄婚姻法〕在法國大革命之後，促進了婚姻法的變動的，是蘇俄的革命。法國大革命把婚姻自教習的束縛中解放了，蘇俄的革命也表現了同樣的態度。而且蘇俄還承認了兩願離婚和單意離婚。一九二六年的親屬法規定：「婚姻於雙方當事人生存中，得因雙方之協議或一方之請求而消滅之」。一九三六年新法頒布，對於離婚登記費用採取累進制度（第一次離婚收費五十盧布，第二次收費一百盧布，第三次以上則為三百盧布），並必須照顧到子女的監護安置，多少有些限制の意味，但離婚的程序，則依然如故。原來在西洋各國，離婚必須經過法院判決的手續，兩願離婚

是向來所不承認的，單說離婚，自然更談不到。這是因為在男女不平等的社會，如果徹底承認自由離婚，不免增加男子專制，所以不容許自由離婚，對於處在弱者地位的女性，也許多少有些保護。然而蘇俄的親屬法是以「勞動者男女婚姻及家庭之絕對的平等，女子及兒童利益之永久的防衛」作為根本精神的，由於這種立場，才承認平等的自由離婚。這種精神，能否實現，自然要看男女在社會上的地位，能否真正平等。不過，將這種精神具體地現在法律上面，卻不能不說是劃時代的。

〔我國離婚的舊制〕 我國古代的離婚制度，可以分作下列三種：

〔和離〕 在中國古代法律之中，可以說很早就承認了兩願離婚制度的，凡感情不相投合的，便可以由兩方的情願而離婚，這就叫作「和離」。唐律義絕離之條載：「若夫妻不相和諧而和離者，不坐」。清律上便有了「兩願」離婚的名稱，清律出妻之條：「若夫妻不相和諧而兩願離者，不坐」。在古代離婚制度中，只有這一種是最平等的。在男子中心的社會，名為「兩願離婚」，自然以男子主動的占多數，不過女方被動的例子，也不是沒有的，如漢時朱買臣少貧，其妻下堂請去的故事，見之漢書朱買臣傳。

〔義絕〕 義絕是說夫妻之間因為某種情事發生，早已情義斷絕，所以必須離婚，如夫妻自願離

則由國家加以處罰，以達到強制離婚的目的。義絕最先見於唐律，唐律義絕離之條：「諸犯義絕者，離之。違者徒一年。」宋元明清的法律，也都有規定。怎樣叫義絕呢？據唐律疏義，包括下列各種情事：

一、夫毆妻之祖父母、父母、及殺妻之外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑姊妹；

二、夫妻祖父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相殺；

三、妻毆詈夫之祖父母、父母、殺傷夫外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；

四、妻與夫之總麻以上親姦，或夫與妻姦；

五、妻欲害夫。

這五種情事，只有第二種是夫妻雙方平等對立的，其餘幾種，夫的责任都比較輕，尤其是妻欲害夫為義絕，而夫欲害妻則不在此限，最為顯然。

〔七出〕 舊日離婚制度中，影響最大且久的，便是所謂七出。也叫故七去。〔出〕和「去」就是丈夫

將妻驅逐出去。七出首先見於大戴禮，就是（1）無子，（2）不事舅姑，（3）惡疾，（4）竊盜，（5）淫蕩，

（6）妬忌，及（7）多言。不過對於七出，又有例外，就是雖犯七出之條，也可以不去夫家。這是所謂三

不去。即（1）離婚後妻無所歸，（2）與其三年之喪，及（3）前貧賤後富貴等三種情形，皆可以不去。

七出及三不去自唐律以後，便規定在法律上面，宋元明清也有規定。不過，唐宋律對於犯惡疾及姦者，雖有三不去的情事，仍在必去之列，這又是例外的例外了。明清律則只對於犯姦者，認爲例外。（家族本位）從以上的說明看來，除了和離以外，都是男女不平等的，而且離婚的原因，與其說是爲了夫妻個人的不相和諧，無寧說是爲了妻本人的缺陷，不適於爲一家中的兒婦，這完全是家族制度之下法律觀念。原來舊日結婚，成婦本重於成妻，所以結婚之後，如不能盡「婦」的責任，則不免被棄。因此，在七出之中，最重視無子，與不事舅姑。夫妻本人的感情，還是第二義的，首先要能傳宗接代，並得舅姑的歡心。關於後一問題，內則講得最好：「子甚宜其妻，父母不悅，出。子不宜其妻，父母曰：是善事我。子行夫婦之禮焉，沒身不衰。」真可以充分表現家族本位的精神。古詩孔雀東南飛的焦仲卿夫妻的故事，也是一個恰好的事例。而宋詩人陸放翁的妻子唐氏不得母親（其實還是他妻子娘家姑母）的歡心，所以兩人感情儘管和諧，終於不得不被休棄。直到晚年，這重傷痕還深印在兩人的心中，不能磨滅。陸游的那鬢釵頭鳳便是爲此而作。這兩件千古的哀史，直到現在，在舞台銀幕上還不知博了後人多少同情的眼淚呢。

〔離婚法的近代化〕清末以來，歐風東漸，男女平等和婚姻自由的思想，經多少青年男女的熱心

倡導，已經由單純的口號，成爲迫切的要求。因爲自由結婚，就必然的要求着自由離婚；而且這種離婚制度必須站在男女平等的立場。所以現行的婚姻法上才承認了「兩願離婚」和「判決離婚」的兩種制度；而且大體上都是站在男女平等的基礎觀念上的。這可以說是離婚法制由家族本位走到個人本位的表現。

三

〔離婚的各種形式〕 綜觀現在各國的婚姻法，絕對禁止離婚的國家（例如西班牙），無寧說是特殊的例外。一般國家，法律的體例，雖有不同，而承認離婚制度，則並無兩樣。以上一節的說明，我們已經可以窺見離婚的各種形式，現在再總括起來，重作一次橫斷面的敘述。

〔判決離婚〕 最大多數的國家所採取的都是判決離婚制度。英、美、德、法、意這些文明國家，莫不如此。判決離婚制度，是先以法律規定若干種情事作爲離婚原因，必須具備法定的離婚原因之一，才可以離婚；而且離婚的時候，必須有夫或妻一方的請求，經過法院的判決。所以判決離婚也叫作法定原因主義（有因主義）。至於決定離婚原因的標準，又有兩種主義。一種叫作有責主義，就是離

婚的原因必須夫妻一方有違反了婚姻義務的行爲，才可以請求離婚。例如以通姦、重婚、遺棄爲離婚原因，都是爲了這個緣故。另外一種叫作無責主義，就是不必配偶有任何不正當的行爲，只要客觀上不能達到婚姻的目的，便可以離婚。例如以不治之精神病，不能生育作爲離婚的原因，就是這種思想的表現。夫妻既是感情的結合，那麼，就道德的立場說來，配偶一方如果並無可以非難的行爲，縱然因爲疾病、生死不明等等客觀情形，不能達到婚姻的目的，對方也應忍受，或者再進一步，加以愛護、扶持，才能充分表現道德的崇高、愛情的純潔。不過，前面說過，婚姻原是最低限度的道德，而且多數國家不祇把婚姻看作個人的私事，且認爲有關於國家民族的利益，尤其是爲了第二代國民健康幸福，更不能不注意婚姻生活是否健全。所以各國立法例，大多在有責主義之外，兼採無責主義。尤其是納粹秉政以後，德國的婚姻法站在民族社會主義的立場特別強調這一點。認爲凡是對於民族共同體無價值或正常的婚姻生活不能維持者，都可以正當方法，解除婚姻關係。而且在立法的時候，甚至有人主張強制離婚的辦法，認爲只要婚姻不合於以上的價值判斷，應由國家強制離婚。這種思想，雖未被通過，但也可以窺見離婚思想的一面（拙著現行親屬法八三頁參考）。

〔兩願離婚〕 和判決離婚制度相對立的是兩願離婚制度。兩願離婚制度，只要配偶雙方意見一

致，都願意離婚，那麼，可以不具任何法定事由，便可以由當事人自由離異，所以也叫做無因離婚。現在在各國，承認兩願離婚的，只有日本、挪威、丹麥、瑞典和蘇俄。各國法律不承認兩願離婚，前經已經說過，多少有些保護女性的意思。所以對於離婚特別加以限制。不過，婚姻是夫妻兩人之間的問題，那麼，個人問題，個人解決，不必將個人的私生活向大衆公開，豈不也是很合理的事？而且，「出妻爲使其可嫁」，彼此何必將雙方的缺點特別曝露出來？所以要承認自由結婚，那麼，同時承認自由離婚，自然不能說不對的。

〔單意離婚〕 單意離婚是只要夫妻一方的意思，便可以將婚姻解消的，也是無因離婚之一種。現在承認單意離婚的，還只有蘇俄一國。爲了徹底實現婚姻的自由，單意離婚本來是應該承認的。不過，在男女平等不真正實現的時候，弱者的女性不免成爲犧牲。我國民法不加以承認，自不能加以非難。封建社會之下的出妻制度，有人名之爲專擅離婚，也可以說是單意離婚。但是和蘇俄的單意離婚本質上自然迥然不同。

〔別居制度〕 別居制度實際上也可以說是離婚的一種。而且是沒有再婚自由的離婚。別居制度最初是作爲離婚的代用品，例如禁止離婚的天主教國家，都是承認別居制度的，有些國家如德、法、

甸、士、承認離婚，同時，還承認別居。這承認別居的理由，主要是爲了國內天主教徒的便宜，也有些國家（例如瑞士、瑞典、挪威）則把別居作爲離婚的預備處分，即請求離婚者，必須先經過別居這一階段。期間經過之後，如果能夠恢復共同生活，自無問題，否則便可以許可他們離婚了。

四

〔我國離婚法〕 我國離婚法在以上各種離婚的形式之中，同時承認兩願離婚及判決離婚這二種制度，我們先說明兩願離婚。

〔兩願離婚〕 兩願離婚是在夫妻雙方都願意脫離婚姻關係的時候，法律上便允許他們脫離夫妻結合的時候，原由於雙方合意，那麼，在雙方合意脫離的時候，自然應當許可他們脫離。這就是兩願離婚的根據。兩願離婚必須雙方合意，所以完全尊重夫妻本人的意思，夫妻以外的他人，無論是如何親密的親屬，也不能代作主張。所以，過去焦仲卿和陸游的故事，應該是不會再重演的了。

〔法定代理人的同意權〕 兩願離婚本應當如上文所說，完全自由自主的。但在成年人識別能力尚不充分，或者容易爲感情所衝動，也可能被人家愚弄，所以法律規定，必須取得法定代理人的同

意。其實未成年人在結婚的時候，已經有了完全行爲能力；而在離婚的時候，仍須有法定代理人的同意，自然是爲了表示慎重起見。

〔方式〕 兩願離婚的程序，在各國法律，都不簡單。有的國家須向官廳呈報，有的國家須向法院呈請；有的國家且須經過勸解的程序（胡譯婚姻法之近代化一六九頁參考），頗不一致。在我國因爲過去法制史上，早有和離的制度，前大理院判例也認爲只有言詞聲明，即可有效。所以現行民法對於兩願離婚的方式，限制也不甚嚴格。只要（1）以書面爲之；而且（2）應有二人以上之證人簽名（一〇五〇條），即可完全發生效力。離婚既須有書面，所以如不具備這種方式，縱有離婚的合意，也是無效的（最高法院二八年上字一三〇六號判例參考）。而且在離婚字據上，必須有二人以上證人的簽名。關於證人的資格，法律上並沒有什麼一定的條件，縱然和當事人素不相識，對於兩願離婚的效力，也不發生影響（同二八年上字三五三號判例參考）。最近社會習慣，離婚往往由雙方共同登報，甚且請律師證明，但在法律上卻沒有這種必要。不過，前此公證制度實行，離婚也可以請求公證人作成公證書，或認證私證書，證據力便確實了。

〔判決離婚〕 兩願離婚是雙方「私了」，而判決離婚則是俗語所謂「官斷」。判決離婚是在法律上規定了各種離婚原因，於是夫妻中之一方，便根據法定離婚原因，向法院提起離婚訴訟，經判決勝訴，才能確定的消滅了婚姻關係。前面已經說過，在承認離婚制度的國家，沒有不採取判決離婚的方法的。

〔判決離婚的原因〕 判決離婚這種制度，固為多數國家所承認，而判決離婚的原因，則各國分別根據立法政策，從事規定，自然頗有些出入。我國婚姻法所規定的，則有十種法定原因（一〇五二條）。現在分別說明於下：

（一）重婚者

現行法採取一夫一妻主義，婚姻生活必須為一夫一妻的共同生活，所以配偶中如有一方重婚，自然違反了婚姻生活中的基本義務，他方即可據此請求離婚。因此重婚的時候，前一配偶不僅可以請求撤銷後一婚姻，還可以請求離婚。什麼叫作重婚，前面已經詳細說明，這裏不再贅述。

了。

(二)與人通姦者

夫妻本來互負貞操的義務，所以一方與人通姦，違反了貞操義務，他方即可請求離婚。過去的法律思想，對於這一問題，因為囿於片面貞操的謬見，所以往往對女性責備甚嚴，對於男子則加以寬縱，現行法則根據男女平等的觀念，一視同仁了。宿娼自然也是與人通姦，納妾也非例外。在現行親屬法施行後納妾者，其妻即可據以請求離婚了（司法院二一年院字七七〇號解釋及最高法院二二上年上字六三六號及二二年再字第五號判例參考）。

(三)夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者

什麼叫作不堪同居的虐待呢？這是應當由法院根據具體的事實來認定的。抽象的說，凡是使對方精神肉體感受痛苦，以致不能共同生活的行為，便可以說是不堪同居的虐待。但究竟能否構成這一種離婚原因，還須由法院客觀的認定。就最高法院的判例看來，大概慣行毆打或毆打成傷（最高法院二七上年上字二二一號及二九上年上字九九五號判例參考），可以成爲不堪同居之虐待，偶爾失和誤傷（同十八上年上字一九四三號及二〇上年上字二三四一號判例參考），則不能構

成。又如妻自願爲娼，其夫並無抑勒情事，也不能說是不堪同居之虐待。所謂虐待，並可包括重大之侮辱在內，如夫謬稱其妻與人通姦，使之感受精神上之痛苦，致不堪繼續同居者，亦不得謂非不堪同居之虐待（同二三年上字六七八號判例參考）。去年司法院更有解釋說：「夫妻之一方參加偽組織後，他方若仍與之同居，精神上所受之痛苦，實與受不堪同居之虐待無異，自得請求離婚」（司法院三十一年院字二二八五號解釋參考）。

（四）妻對於夫之直系尊親屬爲虐待或受夫之直系尊親屬之虐待致不堪爲共同生活者。現行法承認家族制度，夫妻在婚後能組織小家庭的，畢竟少數。大部分是妻入夫家和夫家的尊長共同生活，所以在離婚法制上，才有這種規定。但在現行婚姻法，還承認贅婚，贅夫則因結婚而入妻家，與妻的家屬共同生活。如果贅夫對於妻的直系尊親屬有虐待行爲或受妻的直系尊親屬虐待，不能共同生活，其情形與上述法律規定，並無不同。所以判例法認爲可以類推解釋，許其請求離婚（最高法院二八年上字二一一六號判例參考）。至於夫非贅夫，與妻之直系尊親屬並不同居一家共同生活，和上述情形迥然不同，自然不能類推適用以上的規定，請求離婚了（同二九年上字二〇四三號判例參考）。

(五) 夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者

怎樣叫作惡意遺棄？也是應由法院認定的問題。其初，最高法院判例認為惡意遺棄是說扶養義務的不履行，即「一方有負擔家庭生活費用之資力與職務，而故意不肯支付，因而他方不能維持相當之生活者」。(二一年上字二五九號判例參考)。但後來的判例，以為不僅不履行扶養義務，如無正當理由，不盡同居義務，也可以構成惡意遺棄。(同二二年上字六三六號及二九年上字二五四號判例參考)。現在的學者多半贊成後一主張，我也有同感。因此，夫對於妻縱然衣食無缺，倘若長期拒絕和他發生性的關係，也是惡意遺棄，妻可以請求離婚的。

(六) 夫妻之一方意圖殺害他方者

夫妻是感情的結合，如果感情破裂，有了殺害的企圖，不但恩義斷絕，而且床第之間，隨時有生命的危險，真非每日「枕戈待旦」不可，那又何如許其離婚呢？所以各國離婚法上，都有類似規定。我國舊律妻欲殺害夫，亦為義絕，應當強制離婚，但對於夫欲殺妻，則無規定，頗不平等。現行民法則任何一方有殺害企圖，他方皆可請求離婚。既止說是殺害的企圖，自然無須確有殺害的事實，但如某一方精神異常，致有被他方殺害的錯覺，其不能請求離婚，自不消說。

(七) 有不治之惡疾者

所謂不治的惡疾，就是麻瘋、花柳病等常情所嫌惡的疾病，且已到了現代醫學不可治療的程度的，一方有此惡疾，對方精神固然嫌惡，且有傳染的危險，所以可以請求離婚。這一條規的適用，第一必須是惡疾，如爲通常疾病，例如婚後雙目失明，自不能作 請求離婚的理由（最高法院二七上年上字二七二四號判例參考）。第二，必須已經不治，如果惡疾而尙未至不治的程度，例如輕微的性病，縱然暫時不能同居，也不能據此請求離婚（同二一年上字三一〇號判例參考）。

(八) 有重大不治之精神病者

根據前面所說的無責主義，重大不治的精神病也構成法定離婚原因之一。因爲夫妻一方如有重大不治之精神病，精神上的共同生活已不可能，所以許其請求離婚。然而法律固不能要求配偶履踐最高度的道德，犧牲自己，終身保護精神病的患者，但對於離婚後精神病者的救濟，似應當有所規定，才能說是周密的立法（拙著現行親屬法論第九二頁參考）。

(九) 生死不明已逾三年者

舊劇中王寶川丈夫生死不明已滿十八年，而能在寒窗苦守，就愛情的貞堅說，固然值得贊歎。

但究非人情之常。所以在舊律夫如逃亡三年，其妻即得告官別嫁。現行法則男女一律，如有生死不明已逾三年的情事，即可請求離婚。至於根據這種理由請求離婚，在訴訟中間，知道對方仍然生存，則已經失去請求離婚的原因，當然不再有請求離婚的權利了（最高法院二三年一字一一一六號判例參考）。

（十）被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者

這種情形，不但妨礙夫妻共同生活，而且影響對方的名譽，所以他方可以請求離婚。所謂不名譽之罪，例如「意圖營利和誘有配偶人脫離家庭」（最高法院二七年以上字五〇六號判例參考）及侵占罪（同二七年以上字三一九六號判例參考），自然都是恰好的實例。其他例如偽造、賄賂、毀棄、竊盜、強盜、詐欺取材、背信、贓物等罪，也都可以包括在內（日民法八一三條四款參照）。

〔限定的例舉主義〕 離婚的原因，法律規定只有以上十種。而且採取限定的列舉主義，和解除婚約的原因不同，法律的規定，並無彈性。除了法律規定原因以外，使不能夠請求離婚。例如好賭、夫婦兩造尊親屬間的衝突、偶然的勃谿……最高法院皆有判例，不得作為請求離婚的理由。不過，社會上的事實，日新月異，在立法的當時，當然不能預想得十分周詳。與其採取限定列舉主義，不如採取

例示的列舉主義，在各種法定原因之外，加上一款：「有其他重大事由者」，便可適應社會的需要了。最近德國新婚姻法使由限定的列舉主義趨向例示的列舉主義，日本親屬法考正要綱也有這個要求，可見立法的趨勢（拙著現行親屬法論八九頁參考）。而且在事實上，因為法律的規定不能適應社會的需要，法院的判例已經趨向擴張，如上文所舉的判例及司法院解釋，不是已經將（1）妻之尊親屬為虐待行為及受虐待，（2）重大侮辱，（3）參加偽組織作為離婚的原因了麼？

〔離婚不受理的原因〕 雖然其備法定的離婚原因，但因為有一定的情事，仍然不能請求離婚。如果用法學術語來說，這叫作離婚不受理之原因。我國民法規定有下列三種：

〔同意〕 同意是事前允許的表示。配偶之一方重婚或與人通姦，他方本可請求離婚。但如在事前已經同意，就不能夠請求了（一〇五三條）。例如妻同意夫納妾，事後即不得以夫之納妾為理由，請求法院判決離婚了。

〔宥恕〕 宥恕是在事後表示原宥，不再追究。和同意一為事前的縱容，一為事後的諒恕。配偶之一方重婚或與人通姦，他方如在事後曾有宥恕的表示，也就不得再請求離婚了（一〇五三條）。宥恕是一種感情的表示，是否已經宥恕，應當就事實來認定。

〔期間的經過〕 重婚、與人通姦、意圖殺害及被處徒刑，固然都是可以構成法定離婚原因。然一方重婚及與人通姦，他方在知悉後已逾六個月或自其情事發生後已逾二年，即不得請求離婚（一〇五三條）。意圖殺害及被處徒刑在他方知悉後已逾一年或情事發生後已逾五年，也不得再請求離婚（一〇五四條）。這因為夫妻的恩情，不比尋常，如已知而不問，或雖不知而已事過境遷，和離如初，即不許其再作離婚請求了。

〔出征抗敵軍人〕 除了以上各種情事，在抗戰期間，爲了保護出征抗敵軍人的婚姻，最近立法院通過的出征抗敵軍人婚姻保障條例第二條規定：「出征抗敵軍人在出征期內，其妻不得請求離婚。」所以抗敵軍人的妻向法院請求判決離婚的時候，法院也應不予受理的。

六

〔離婚以後〕 夫妻因結婚而發生各種關係，在離婚以後，這種種關係，也就因而消滅。夫妻兩人之間的關係，不消說，因此而無從存在，即因結婚而發生的家屬關係，通常也因此而消滅。夫妻之一方與他方的親屬所生姻親關係，也因此而消滅（九七一條前段），不過仍須受姻親結婚的限制而

已（九八三條二項）只有夫妻與其所生子女的血親關係，不因夫妻的離婚而消滅。這因為父母子女的關係本來出於天然，所以不受離婚的影響（最高法院二十一年上字一九八二號判例參考）。

〔善後問題〕 夫妻雖已離婚，但在婚姻生活中間，因有各種共同生活，一旦分離，不免有必須辦理的善後問題。第一，是關於子女的保育，第二，是關於財產的分析，以及損害賠償贍養費等問題。

〔子女〕 父母子女的關係，固然不受夫妻離婚的影響，不過在夫妻離婚以後，各自分居，關於子女的保育，究應由誰負責，大是問題。因為父母對於子女的關係，不但是義務，也可以說是權利。那麼，權利應由何人享受，義務應由何人負擔，都是亟待決定的問題。這不但是夫妻間的問題，而且是社會的重大問題。據民法規定，關於子女的監護，由夫負責，但夫妻如另有約定者，亦可從其約定（一〇五一條一〇五五號）。例如因為子女年齡過幼可約定由妻負責監護。在判決離婚的時候，法院並得為子女的利益，酌定監護人（一〇五五條但書）。

〔財產的分析〕 夫妻離婚之後，無論原來採用何種財產契約或適用法定財產制，這些財產關係，一概歸於消滅。不問原用何種財產制，依民法規定，在離婚的時候，都可以各將其固有財產取回，如

有短少，原則上應由夫負擔。但其短少的原因如非可由夫任責者，則不必補償（一〇五八條）。

〔損害賠償〕 婚姻關係本以永久共同生活為目的，中途分離，本非常事，人事前預料所及。如果離婚的原因，爲了夫妻中某一方面之過失，則對方在精神上物質上所受的損害，必不在少。所以法律特設救濟的辦法。凡夫妻之一方因判決離婚而受有損害者，得向有過失之他方（例如與他人通姦或重婚者），請求賠償，而且這裏所謂損害，還不限於物質上的損害。即非財產的損害（例如精神的痛苦、名譽的損失、貞操之被蹂躪），受害人亦可向對方請求賠償。若干慰撫金，不過必須受害人自身沒有過失，才能請求。慰撫金的請求權是用以補償精神上的損害，除非已經契約約定或已起訴請求，否則，是不能讓與他人或者繼承的（一〇五六條）。

〔贍養費〕 以上所說的損害賠償，必須一方與有過失。除此以外，法律上更有贍養費之規定。凡夫妻之一方因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，也應當給與相當的贍養費（一〇五七條）。這是爲了夫妻既經共同生活，有過極其密切的關係，一旦分離，但對於他方的困窘也不應坐視不理，所以應給與相當的贍養費。至於如何才叫作相當，自然應當由法院斟酌雙方的身分、年齡、性別、生活狀況、財產情形，就具體的事實來認定的。

以上所述的損害賠償和贍養費，都是限於判決離婚；因為在兩願離婚的時候，本來是法律允許個人自治的行為，所以這些問題也由私人自由處理，個人自行解決，法律不再加以干涉了。

七

〔離婚統計〕 法律不是架空的理論，每一種法律制度，我們都應該研究他在實際社會上發生怎樣的的作用。爲了明瞭現實的情況，最好是從統計上來觀察。我們現在不妨就離婚的統計，約略介紹一下。

〔離婚〕 近若干年來，各國的離婚事件，都在日見增加，因爲離婚數字的增加，直接固然表現家庭的不安定，間接也影響到整個社會的安寧秩序。各國的離婚數，可以從下列的比較表中（見孫本文社會問題第一冊一〇三頁），窺見其一斑。

表一 一九三五年各國每百婚姻中離婚數比較表

美 國	一六·三	德 國	八·三
奧 國	一四·四	紐 西 蘭	七·五

日本	一〇・一	法國	六・六
瑞士	九・四	南非	六・四
丹麥	八・六	荷蘭	五・二
芬蘭	四・九	捷克	三・九
巨哥斯拉夫	四・七	葡萄牙	一・八
挪威	四・四	加拿大	一・四
比國	四・〇	英格蘭與威爾斯	一・三
澳大利亞	三・九		

〔離婚的種類〕 從離婚的種類看來兩願離婚者比較判決離婚者要占絕對的多數。例如日本昭和七年（一九三二年）離婚總數五一四三七件，其中兩願離婚五一〇九六件，而判決離婚只有三四一件，中國雖沒有精確的統計，但不防以上海市歷年離婚主動者統計表作一參考（見孫本菱社會問題一册一三六頁）。

表二 上海市歷年離婚主動者統計表

主動者	十八年	十九年	二十年	二十一年	合計
男方	二〇·六二	二〇·七五	一〇·〇二	六·〇二	一五·六三
女方	二〇·六二	一六·一八	七·五一	一〇·三六	一四·一四
雙方	五八·七六	六三·〇七	八二·四七	八三·六三	七〇·一八
合計	一〇〇·〇〇	一〇〇·〇〇	一〇〇·〇〇	一〇〇·〇〇	一〇〇·〇〇

從這一個表中，也可以看出上海市離婚的主動者以雙方協同者占最多數，為百分之七〇·一八，而二十年及二十一年竟占百分之八十二以上。雙方同意離婚的時候，大概都是採取兩願離婚的方式的。由此可見，離婚問題大半願意私下解決，不欲「驚官駭府」。

〔離婚原因〕 關於離婚的原因，我們也沒有十分精確的統計，現在姑且舉廣州、天津、北平、成都市離婚原因分析表，以示例（見孫本文社會問題第一冊一三二頁）。

表三 廣州天津北平成都四市離婚原因分析表

原 因	廣州(一九二〇年)	天津(一九二〇年)	北平(一九二〇年)	成都(一九二〇年)
虐待	三三·一	四二·九	三〇·六	二八·六

行爲不端	一七·一	一〇·七	一三·〇	一〇·〇
意見不合	一二·八	一四·三	八·一	八·六
遺棄	一一·四	三·六	四·九	七·二
重婚或騙婚	七·八	—	二·三	一四·三
疾病	四·三	一〇·七	六·五	四·三
被誣陷	三·六	—	—	—
經濟壓迫	二·八	三·六	二·三	五·七
逃亡	二·八	—	—	—
舊式婚姻	—	七·二	—	—
嫌夫醜惡	—	七·二	—	—
逼婚	—	—	八·一	—
徒刑	—	—	二·三	—
其他	五·二	—	一三·五	八·七

未詳

八·一

一二·九

合計

一〇〇·〇

一〇〇·〇

一〇〇·〇

一〇〇·〇

據為本文說：「據一般傾向，凡經法院判決的離婚案件，率多由女方提出；其主要原因恆為虐待與對方不道德，而凡經登報聲明離婚者，多由雙方同意，其主要原因，恆為意見不合。」這個結論是很對的，且可與上文所說兩願離婚占多數的統計相參照。何以判決離婚占少數，而判決離婚的條件，又多由女方提出呢？據我個人的私見，男方願意離婚的時候，大半採取兩願離婚的形式，不必經過判決離婚的程序。名為兩願離婚，意見不合，其實還是由男子操縱的。由這一點可以看出，在婚姻生活中，夫仍然占據專權的地位。

（婚姻繼續期間） 離婚現象的發生，大半在結婚之後，經過多久的時間呢？這裏舉一個日本的統計為例（見日本大衆法律講座親屬法一五六頁）。

表四 婚姻繼續期間統計

離婚實數

年 次 一年未滿 二年未滿 三年未滿 四年未滿 五年未滿

大正八年 一〇・五二〇 一〇・一二九 六・九五三 四・九八七 四・一一四

同十三年 八・五二七 八・九六〇 六・五四八 五・〇六八 三・七一四

昭和三年 七・一三一 七・六五四 六・一九七 四・六一七 三・四八四

同七年 七・〇五八 七・三三九 五・六〇〇 四・四一五 三・六二四

年 次 十年未滿 十五年未滿 二十年未滿 二十年以上 不詳

大正八年 一〇・八六八 四・五四四 五・一七六 二・三八五 一三六

同十三年 九・九二四 四・四〇四 三・〇九〇 二・三二九 二〇六

昭和三年 一〇・七〇三 四・四六八 三・三三六 二・四六九 六三

同七年 一一・二七〇 五・七三九 二・九三七 三・三七一 八四

離婚之比例(以千爲單位)

年 次 一年未滿 二年未滿 三年未滿 四年未滿 五年未滿

大正八年 一八五・一 一七八・一 一二二・四 八七・八 七二・四

昭和三年	一六四·七	一七三·一	一二六·五	九七·九	七一·七
昭和三年	一四五·二	一五五·八	一二六·二	九四·〇	七〇·九
昭和七年	一三七·二	一四二·七	一〇八·九	八五·八	七〇·五
年次	十年未滿	十五年未滿	二十年未滿	二十年以上	不詳
大正八年	一九一·三	八〇·〇	三三八·三	四二·〇	二·四
同十三年	一九一·七	八五·〇	四〇·四	四五·〇	四·〇
昭和三年	二一七·九	九一·〇	四七·五	五〇·三	一·二
昭和七年	二一九·一	一一一·六	五七·一	六五·五	一·六

由此可見，結婚後五年以內離婚者占大多數，這種現象據日本人的說明，第一，因為婚姻多由於媒妁的介紹，第二，兒女尚未出生，即有亦不多，所以容易離婚。但我以為還有一個原因，因為縱愛情的結合，但日久生厭，也容易彼此反目。所以有人說：結婚後五年至七年為倦怠期，最容易發生離婚的現象。過此以後，則絢爛之極，又復歸於平淡，大抵可以相安無事了。

〔子女的有無〕 由上面所說，沒有子女者，容易離婚。這也是各國普遍的現象。試看下面的統計

(見日本大衆法律講座親屬法一五七頁)

表五 子女的有無與離婚率的比較

地方	別巴	黎	英格蘭及威爾斯	奧大利	柏	林美	國
無子女之夫婦 其離婚指數	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
有子女之夫婦 其離婚指數	26.2	79.4	20.5	16.5	23.3		

八

〔離婚理的再檢討〕 像基督教思想那樣主張嚴格的一夫一妻主義的人現在也許不多了。既承認結婚的自由，就不能不承認離婚的自由。不過，離婚終於是社會的病態現象，最近歐美的離婚數目漸增多，令人感到是極其嚴重的問題，但還沒有適當的解決方法。關於離婚的流弊，美國社會學家勞夫(Earl Barnes)的說法，可以作為代表。他說：(一)有組織、有秩序的社會，皆以家庭為基礎，因離婚而社會陷於危機；(二)父母離婚，子女勢必受非常的痛苦；(三)只因夫妻一方的希望而

離婚，則不免將他方的生活陷於悲慘的境遇。在他的說法之中，雖然也有相當的真理，但因此而反對離婚制度，仍然不能說是有充分的理由。因為離婚固然使家庭崩潰，甚而引起社會的不安，但如雙方感情破裂，而仍然勉強他們共同生活，則家庭之中淒風苦雨，不可終日，家庭不能美滿，豈不仍然引起社會的不安？或者更增加若干犯罪行為呢？離婚後，子女的不幸，也是事實，但父母失和之後，在這種黑暗陰鬱的家庭中，對於子女更有不良的影響。因一方的專斷而離婚，他方自然是太不幸了，但如果感情破裂，或者親的婚姻生活已經不能維繫，我們又如何能夠勉強這一方永為無罪的犧牲呢？所以我以為離婚是「不得已的惡事」，為了防止更大的不幸，離婚實在是不不得已的現象。無從避免的，問題是在結婚之前，應當如何慎重；如何給以較多的選擇或考慮的機會。在結婚之後，則應當互守誠實信用的原則，互相信賴，互相原諒，以維持家庭生活的美滿。那麼離婚的數目，或者可以減少。萬一不幸而走上離婚的途徑，則應當對於善後問題，充分考量，不致引起一方生活的不安，而子女的處置，也必須加以注意。密慎的處置。總之，離婚只是社會中的一種病態現象，和社會的各種問題，息息相通，如蒙男女在經濟上、社會上的地位，都能平等，社會上每一個青年男女，都能受健全的教育，而且一般人的生活，都能得到相當的安定，子女除了父母之外，並能得到社會的保

喜那麼離婚姻問題，自然可以減少，而因離婚引起的痛苦，也可減少到最低限度了吧。

〔別居的妙用〕 舊瓶可以裝新酒，歷史上的別居制度，也可以有他的新的作用，這裏略加說明，作為這一講的結語。

原來男女間的愛情，也是有生命的。廣川白村謂，人生是短促的，而愛情是永久的。真正偉大的愛情，也許可以萬古不朽，永遠於宇宙之間。但短命的愛情，也許在結婚之後，不久就死亡了。沒有愛情的婚姻，誠如愛倫凱 (Elena Key) 女士所說，是不道德的。愛情既已死亡，便應該埋葬，因而離婚原是正當的。但愛情也有假死的現象。對於假死的愛情，而即予以埋葬，未免過於殘酷。夫妻結婚之後，到了一定的時候，往往相互厭倦，到了所謂倦怠期，容易因此引起離婚。往往因為一時的不忍，招至了終身的不幸。那麼，愛情是真的已經死亡，還是假死，確有加以診斷的必要。而診斷愛情的最好的醫師，我以為便是別居制度。

夫妻朝夕相處，一切神祕的現象，都已變為平凡，但如彼此分別一個時期，也許會感到愛情的更新。俗語所謂：「小別如新婚」，不就可以說明此中的真理嗎？所以夫妻分居之後，種種重負，似乎都去了，夫妻的枷鎖，可見雙方愛情已經死亡，最好不再留戀，另覓終身的伴侶。反之，如因此互相

到對方的需要，產生了已死的愛情，那麼，仍可歸於好，繼續舊日的婚姻生活。有許多離婚之後，仍與前配偶再婚的，正可爲愛惜假死的證明。與其離婚後再婚，何如最初不離婚？所以前面說的瑞典、挪威等國，規定別居爲離婚的預備處分，的確是很賢明的處置。我們法律上縱然無需明文規定，但事實上感到必須離婚的怨男怨女，何妨以別居作爲愛情的最後一度測驗呢？

第九講 婚姻涉訟事件

婚姻的葛藤——婚姻不成立——婚姻的有效——無效的婚姻——得撤銷的婚姻——損害賠償——婚姻事件程序——婚姻事件——管轄法院——當事人——訴訟能力——特別訴訟程序——自由處分的限制——職權調查主義——當事人不到場——調解——訴訟中止——假處分——判決的停止——訴訟的承受——判決的效力——例外——尾聲

—

〔婚姻的葛藤〕有人說，無鬭爭即無戲劇。其實人生本身就是一場戲劇，所以在人生過程中，自餘充滿了鬭爭，充滿了戲劇資料。而因為男女關係，因為婚姻大事，更不知有若干的好戲可唱。男女結

婚的時候，大家一律恭祝他們百年好合。但被慶祝的這兩位男女主角，雖然也許是喜劇的收場，不過多數是悲劇的開始。所以我們在把婚姻法上各種問題大致說明之後，最後一講，專論因婚姻而發生的各種葛藤。

（婚姻不成立） 男女的結合，如果要取得法律的承認，必須具備法律上的各種條件。換一句話說，必須具備法律上的成立條件，婚姻才在法律上成立了。什麼是結婚的成立條件呢？前面我們已經說得相當詳細，現在不妨再總括起來說：

（一）結婚必須有一男一女。

（二）結婚的男女必須有結婚的意思，願意以永久共同生活為目的而作終身的伴侶。

（三）結婚必須履行法律上的形式，有公開的儀式，有二人以上的證人（九八二條）。

必須具備上面三個要件，婚姻才算成立了。所以假設沒有這男女兩位主角，或者有兩個女子因為同性愛的關係願意永久廝守而舉行了婚禮，或者一男一女雖然發生了性的關係，但只是一時的衝動，並沒有永久共同生活的目的，或者男女同居而沒有舉行儀式，在法律上說，婚姻都是不成立的。又如社會上所謂「放鷹」「打虎」之類，「故設騙局，陽為與人結婚」，縱然具備了結

婚的形式並沒有結婚的意思。這「完全是爲詐欺行爲」，婚姻並不成立的（最高法院二八年上字二一八婚的形式，但九號刑事判例參考）。

〔婚姻的有效〕 在法律上說，一個法律行爲的成立和有效，是兩件事。成立之後，如希望有效，必須具備有效要件（拙著民法總則二一六頁參考）。結婚也是法律行爲，所以婚姻如要有效成立，必須具備一切有效要件。前面所說，結婚的時候，在法律上所要求的各種條件（見第三講）都是有關於婚姻的效力的。

結婚如果不完全備這些要件的時候，是否一概無效呢？按照民法一般的通則，「法律行爲違反強制或禁止之規定者，無效」（七十一條）；那麼，這種婚姻原應該一律無效的。不過，婚姻和其他的法律行爲不同，直接與人的身分有關。男女一經結婚，一生米煮成了熟飯，要想恢復原狀是很困難的。所以法律的限制比較寬。除了某一些重大的事情，認爲婚姻根本無效外，其他情形，都認爲是得撤銷的婚姻。不過是婚姻可以撤銷而已。婚姻一經撤銷，固然無效，但如果永久不撤銷的話，也就成爲有效的婚姻了。這也是爲了法律尊重既成事實的緣故。

〔無效的婚姻〕 在我國民法上，無效的婚姻，只有下列兩種（九八八條）：

(一) 不具備法定方式 結婚不具備法定方式就形式上說，婚姻原未成立，但我國法律更以明文規定是無效的婚姻。

(二) 違背近親結婚的限制 關於近親結婚的限制，立法者認為關係社會風紀及民族健康，所以特別重視，規定為無效的婚姻。

凡是無效的婚姻，在法律上根本不生效力，不必當事人特別有所表示。這一種辦法，比較徹底。不像德國和瑞士的民法，雖是無效的婚姻，也必須有人以訴訟的方法，出來主張，才由法院宣告婚姻的無效。在我國的法律，無效的婚姻固然不必以訴主張，但爲了有所爭執，或有確定的必要，向法院提起婚姻無效之訴，請求確認，自然也是可以的。

(得撤銷的婚姻) 婚姻如不具備法律所規定的條件，除了以上所述兩種情形屬於無效的婚姻以外，一律是得撤銷的婚姻。得撤銷的婚姻如果沒有撤銷，仍然不失爲婚姻，一經撤銷，也並非根本無效，不過自撤銷之後，失其效力而已。法律規定婚姻撤銷的效力不溯及既往（九九八條），就是這個意思。這也是爲了尊重婚姻的事實關係，而且法律上關於婚姻撤銷權，還有各種限制，大約必須最有密切利害關係的人，才有權撤銷。撤銷婚姻必須以訴訟的方法，在訴訟外表示是不發生作

用的。所以行使撤銷的時間，也有限制，不得太久，而且如有特殊情形發生（如當事人已懷胎者）也就不能撤銷了。現在爲了易於明瞭起見，把各種婚姻撤銷的情形列表說明於後：

婚姻撤銷的原因 撤銷權人 撤銷權消滅的事由 參照條文

當事人未達結婚年齡 1 當事人 1 已達結婚年齡 九八九

2 法定代理人 2 已懷胎

未成年人結婚未得法定 法定代理人 1 自知悉其事已逾 九九〇

代理人同意 六個月 2 結婚後已逾一年

3 已懷胎

監護人與被監護人結婚 1 受監護人 結婚已逾一年 九九一

2 其最近親屬

重婚 利害關係人 前婚姻關係消滅 九九二

相姦者結婚 前配 偶 結婚已逾一年 九九三

2 其直系血親

後已逾六個月

2 再婚後已懷胎

結婚時不能人道

他方當事人

自知悉其不能治時

九九五

已逾三年

無意識或精神錯亂

結婚本

人

常態回復後已逾六

九九六

者

個月

被詐欺脅迫而結婚

被 害 人

發見詐欺或修正脅

九九七

迫已逾六個月

〔損害賠償〕

因為締結了無效或可以撤銷的婚姻，不免有受損害的可能。所以法律規定，凡當事

人一方因結婚無效或經撤銷而受有損害，如果他方與有過失，可以向他方請求賠償（九九九條一項）。而且請求賠償的時候，還不限於財產上物質上的損害，雖非財產上的損害，例如精神上名譽上身體上的損失，也可以向對方請求慰撫金，不過必須受害人本人自己沒有過失（九九九條

二項)。這種慰撫金請求權，照例專屬於受害人本人，除非已以契約承諾，或者已經起訴，是不能夠讓與別人或由別人繼承取得的（九九九條三項）。

二

〔婚姻事件程序〕 俗語說「親官難辦家務事」，外國也有一句類似的諺語，叫作「法不入家門」。因為家庭之間，尤其是夫婦之間的問題，瑣碎不堪，公說公有理，婆說婆有理，誰是誰非，原不容易判斷，所以最好私下處理，不必法庭多所干涉。但是家庭也是社會成立的基礎，從一方面看來，夫妻間的問題，固然是私事中的私事，但從另一方面來，影響社會秩序，民族前途，又處處與公益相關，所以關於婚姻問題，如有爭執，私下不能解決，只好仍然送請法院處理。在外國有特設了家事法院的，在我國還沒有這種制度，仍然由普通法院審判。不過婚姻的涉訟情形特殊，所以在民事訴訟法的體系中，列入人事訴訟程序法，不完全適用一般的訴訟程序。我國民事訴訟法第九編是人事訴訟程序，第一章便是婚姻事件程序。

〔婚姻事件〕 所謂婚姻事件，是（1）婚姻無效，（2）撤銷婚姻，（3）確認婚姻的成立或不成立。

(4)離婚(5)夫妻同居這些訴訟事件的總稱(五六四條)所以並非夫妻間一切訴訟全屬於婚姻事件例如夫妻間因財產權而涉訟就不能包括在內。這幾種訴訟的內容在前面各講之中都已經加以說明這裏不再重複解釋現在只把婚姻事件各種特別程序簡單介紹一下。

〔管轄法院〕凡訴訟事件皆應由其管轄的法院來審判。婚姻事件專屬於夫之住所地或其死亡時之住所地之法院管轄(民訴法五六四條一項)。這是因為按照普通情形妻是和夫同一住所的。所以婚姻事件的管轄法院才以夫的住所地為標準。夫在中國無住所或住所不明者則以其居所視為住所(民訴法五六四條二項)。這種規定無論中國人或外國人任何一方作原告被告一概可以適用。夫或妻有一方為中華民國人如不能依照上述標準定其管轄法院者由首都所在地的法院管轄(民訴法五六四條三項)以防止沒有管轄法院。不過這種規定以夫或妻之一方為中國人者為限。如果雙方都不是中國人又向不住在中國則中國的法院自然不必受理他們的訴訟。

〔當事人〕訴訟事件的當事人就是訴訟的原告或被告。原告的資格在民法中已經有了一些規定。如關於撤銷婚姻的原告即撤銷權人規定於民法九八九條至九九五條。可參看本講開始所附

的幾，離婚訴訟的原告，規定於民法一〇五二條，可參看上一講的說明。至於被告的資格，則於訴訟法中有規定。由夫或妻起訴者，以其配偶為被告，由第三人起訴者，以夫妻為共同被告，但在撤銷婚姻之訴，其夫或妻死亡者，得以生存者為被告（民訴法五六五條）。所謂由第三人起訴的情形，例如結婚未得法定代理人同意，由法定代理人出面為原告之類。至於夫妻一方死亡之後，可以一方為其被告，這是為了一夫妻之一方死亡時，其生存之一方與第三人間之關係，如姻親關係，扶養關係等，依然存在（最高法院三二學上字二〇八三號判例參考），婚姻的維持對於生存者頗有利害關係的緣故。

〔訴訟能力〕 普通民事訴訟，必須有完全法律行為能力的人，才能有訴訟能力，但婚姻事件與當事人的一身，有密切關係，不能因無訴訟能力，即受代理人的意思任意左右，所以訴訟法中特別規定：（一）未成年之夫或妻就婚姻無效或確認婚姻不成立之訴，也有訴訟能力（五六六條）。（二）喪或妻為禁治產人者，應由其監護人代為訴訟行為。如監護人即係其配偶時，應由親屬會議所指定之人代為訴訟行為（民訴法五六七條一項）。監護人提起訴訟者，應得親屬會議之允許（民訴法五六七條二項）。

〔特別訴訟程序〕關於婚姻事件的訴訟程序，和普通訴訟程序，頗有不同。例如關於訴訟的合併、提起、變更、追加、反訴，皆有種種限制（民訴法五六八條至五六九條），因為夫妻的身分，不能長此永不相離，而且藉此也可避免當事人多方紛訟，故意拖延。除此以外，還有特別的程序，現在分別說明於下：

〔自由處分的限制〕普通民事訴訟程序，採取所謂當事人自由處分主義，只要當事人一造承認對造的主張或請求，法院及當事人便應受他的拘束，即就此作為判斷的基礎。又或當事人一方表示自認及不爭執的時候，也可以免除對造舉證的責任。但婚姻事件則例外，關於認諾效力的規定，無論何種婚姻事件，概不適用。而且關於訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，在撤銷婚姻、離婚、或夫妻同居之訴，於撤銷婚姻、離婚、或拒絕同居之原因事實，不適用之。在婚姻無效或確認婚姻成立或不成立之訴，於婚姻無效或不成立及婚姻有效或成立之原因事實，不適用之。（民訴法五七〇條二項）。

〔職權調查主義〕 因為婚姻事件有關公益，所以法律上不止放棄了當事人自由處分主義，而且參用職權調查主義。法院因為維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，可以依職權調查證據，並且可以斟酌當事人所未提出的事實（民訴法四一七一條一項）。不過，這種事實在裁判前，應令當事人有辯論的機會（民訴法五七一條二項），否則，當事人即可據此作為上訴理由。

〔當事人不到場〕 法院為了探求事實的真相，不能不令當事人本人到場。當事人或法定代理人本人不到場的時候，法律上定有制裁的方法，可依證人不到的規定，科以罰鍰（民訴法三〇三條五七二條一項）。而且當事人不能到場或者在遠方的時候，可以命受命推事或受託推事訊問本人（民訴法五七二條二項），以便發見真實的情況。

〔調解〕 離婚之訴及夫妻同居之訴，在起訴前應經法院調解（五七三條）。這是因為夫妻間的問題，最好能夠和平解決。所以，在起訴之前，必先經過調解的程序，希望雙方能夠互相讓步，減少訟累，在未走入極端的時候，總願意能有挽回的可能，以達到維持婚姻的目的。

〔訴訟中止〕 離婚之訴及夫妻同居之訴，法院認為當事人尚有和諧的可能的時候，得於六個月以下之期間內，命中止訴訟程序，不過，程序的中止，只以一次為限（五七四條）。因為夫妻提起離

離婚之訴或同居之訴，都是一種不幸的事件，其實夫妻的爭執，往往爲了一時感情的衝動，時間略過，也許可以容易融和。法律上對於已經成立了的婚姻，總希望盡量維持，所以可在一定期間之內，中止訴訟程序。但因恐當事人長此反復，所以又以一次爲限。現在一般法律的趨勢，對於離婚訴訟都是慎重處理，往往將時間延長，不過爲了年輕的女性一方着想，或者從速審理判決，也許比較容易得到再婚的機會吧。

〔假處分〕 法院得依聲請，命扶養或監護子女，或爲其他假處分（民訴法五七五條）。訴訟法上所謂假處分，是對於金錢請求以外的請求，法院所採取的一種緊急的手段，也可以說是一種臨時的處置。關於金錢的請求，則叫做假扣押。假字是做日本的用語，表示臨時，非正式的意思（其實這種用法，也是中國舊有的，如韓信之請求封爲假齊王是也）。這種臨時的措施，都是爲可避免顯著的損害或防止急迫的強暴而設的。所以處分的方法爲命扶養，或監護子女，或其他假處分。所謂其他假處分，如令夫妻暫時別居，卽其一例。

〔判決的停止〕 夫和妻在判決確定前死亡的時候，本案訴訟，視為終結（民訴法五七六條）。這因為婚姻事件，只有夫妻是主角，在判決確定之前，已經死去了一個，則已失卻訴訟的目的，而且也沒有繼續訴訟，空費手續的必要，所以索性以不了了之。不過，對於這一個原則，有一個例外。如果第三人提起婚姻撤銷之訴後，僅夫或妻死亡者，仍然不得終結（同條但書）。例如夫的前配偶，對於夫的重婚，提起撤銷婚姻之訴，其後，訴訟尚未確定判決，而夫已死去。在這個時候，利害關係，仍然存在，前配偶仍可以對於生存的後配偶起訴的（民訴法五六五條）。

〔訴訟的承受〕 婚姻事件的原告在判決確定前死亡，有權提起同一訴訟的他人，得於其死亡後三個月內承受訴訟（民訴法五七七條）。例如女子違反再婚禁止期間而再婚者，其前夫及其直系血親皆有權請求撤銷。假設其前夫在起訴後不久死亡，則其直系血親（如父母子女）均可以承受訴訟。如在三個月內沒有承受訴訟，以後即不得再行承受，不過，根據自己的撤銷權，提起獨立的新訴訟，仍然是可以的。

（判決的效力）就婚姻的無效、撤銷、或確認其成立或不成立之訴所爲之判決，對於第三人亦有效力。這是民事訴訟法第五百七十八條第一項明文規定的。原來撤銷婚姻的判決屬於形成判決，法律關係的效力即因判決而決定，所以除了訴訟的原告被告以外，對於一切的人都應當發生效力。但是確認婚姻無效或成立或不成立的判決，則屬於確認判決，對於原告被告以外的人，本來不應當發生影響的。不過，婚姻關係，雖是私事，實則有關於公益。如果同一婚姻，對於某甲無效，而對於某乙則又有效，則不但妨礙婚姻生活，而且淆亂社會的視聽。所以法律特設這種規定，將判決效力的範圍，擴充到一般人。例如甲男乙女的婚姻，已經法院確認為成立了，那麼，不但甲男乙女受其拘束，其他的人，對於同一問題，也不許再表示異議，提起訴訟了。

（例外）不過，對於以上所說明的原則，還有一個例外。如以重婚爲理由，提起撤銷婚姻之訴被駁回者，其判決對於當事人之前配偶，以已參加訴訟爲限，始有效力（五七八條三項）。例如甲男與乙女結婚之後，乙女發見甲男在家鄉已與丙女結過婚，於是以重婚爲理由，提起撤銷婚姻的訴訟，經法院判決駁回，如果對於不會參加訴訟的前配偶，也有效力，這等於叫丙女對於後婚，失卻了主張撤銷婚姻的機會，這種辦法，對於前配偶，不免過於苛刻，所以定爲例外，以便保護他們的利益。

〔尾聲〕 從今年六月開始寫這冊婚姻法與婚姻問題，中間因為熱氣團的襲來，曾經擱筆了兩個月以上。一直到新涼好箇秋，才又提筆繼續寫作。到了今天，已經將各種有關婚姻的法律問題，大體講完。窗外仍然連綿的下着細雨。自這場秋雨開始以來，今天已經是第二十三四天了。

這一冊小書，從婚姻制度和訂婚問題開始寫起，經過了熱烈的結婚問題，而終於以婚姻涉訟事件作為收場。也和這連綿的秋雨一樣，大煞風景。不過，「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎？」法律的目的，原在於無法律就好像醫學的研究，不是爲了增加病患一樣，法律的作用，也在防止爭執，最好是能夠無爲而治，法律之所以爲社會生活的規範，其意義也就在這一點。尤其是關於婚姻問題，固然我會經一再說過，婚姻有關於公益，但從另外一面看來，婚姻又實在是一切私事中的私事。如果一男一女，能因純真的愛情而結合，過着夢幻一般的美滿生活，那麼，我們現在所講的權利、義務、財產、身分，真是不值陶醉在愛情中的青年男女之一笑吧。像這樣美滿的婚姻生活，什麼道德、法律，都是不成問題的問題。我這一本小冊子，對於這樣幸福的人們，真是太覺詞費了。

願天下有情人，都成了眷屬。願天下有情人，成了眷屬之後，都不再為婚姻問題而苦惱。所以，就我的希望說來，最好沒有一個青年男女，爲了婚姻的痛苦，而想從我這本小冊子中，得到一些幫助。

如果今天天晴的話，預備明天進城去看「杏花春雨江南」。比起這厭人的「巴山秋雨來」，「杏花春雨江南」這個美妙的詞句，才是理想的婚姻生活的象徵呢。

三十二年十月二十三日初稿於北碚

頁數
卷一
六九號



卷一
六九號

.00