

289  
栗生武夫著  
胡長清譯

# 婚姻法之近代化

商務印書館發行



3  
新

栗生武夫著  
胡長清譯

婚  
姻  
法  
之  
近  
代  
化

商務印書館發行

## 弁言

一 粟生武夫，係日本新進民法學者，對於婚姻法富有研究。婚姻法之近代化，即其代表著作之一種。原著言簡意賅，而於敘述羅馬法與寺院法抗爭及其演進，尤獨具隻眼。爰譯成邦文，以爲國人研究婚姻法者參考之一助。

二 譯書方法，原有直譯義譯兩種。直譯最易流於晦澁生硬。本書雖取直譯，然力矯晦澁生硬之弊。在研究日文翻譯者如取此書原著對照讀之，於譯書技術或多增進。

三 此書付印後，譯者即因事離京，校對裝訂之勞，均由宋質哉蕭漢澄兩兄任之，謹此誌謝。

譯者識於歸川途次

# 目錄

楔子.....一

參考書.....二

序說.....五

第一節 婚姻立法權.....五

(一) 教會之婚姻立法權 (二) 國家之婚姻立法權

第二節 立法主義.....八

(三) 羅馬法 (四) 教會法 (五) 近代之立法傾向

本論.....一三三

第一章 結婚.....一三三

第一節 結婚之禁止.....一三三

- (六) 不適齡婚(七) 重婚(八) 待婚(九) 相姦婚(一〇) 血親婚(一一)
- 姻親婚(一二) 緣族婚(一三) 惡疾婚(一四) 結論

第二節 結婚同意.....二六

- (一五) 家長對於家屬結婚之同意(一六) 父母對於子女結婚之同意——同意權之主體(一七) 同意年齡(一八) 違反之時(一九) 拒絕同意時(二〇)
- 保護人對於禁治產人準禁治產人結婚之同意

第三節 婚約.....三四

(二一) 締結 (二二) 效果 (二三) 解除 (二四) 損害賠償 (二五) 聘財之返還

第四節 結婚方式……………四三

(二六) 羅馬法 (二七) 教會法 (二八) 近世法 (二九) 日本民法 (三〇) 蘇俄法與日本民法改正要綱

第五節 姙度……………四八

(三一) 羅馬之姙度 (三二) 教會法及近世法

第六節 結婚之無效及撤銷……………五一

第一項 意思欠缺婚……………五二

(三三) 心裏保留婚 (三四) 虛偽婚 (三五) 表示錯誤婚 (三六) 表見婚

第二項 意思瑕疵婚……………五八

(三七) 動機錯誤婚 (三八) 強迫婚 (三九) 詐欺婚

第三項 追認與善意保護……………六二

(四〇) 追認(四一) 善意保護

第二章 夫妻關係之內容……………六五

第一節 人的關係……………六五

(四二) 姓氏共同(四三) 住所共同(四四) 性的共同(四五) 扶養義務(四

六) 行爲能力(四七) 訴訟能力

第二節 財產關係……………七五

第一項 夫所有之推定……………七五

(四八) 夫所有之推定(四九) 妻所有之推定(五〇) 夫妻間之契約

第二項 妻之日常家事代理權……………七八

(五一) 日常家事代理權之取得(五二) 代理權之範圍(五三) 代理權之逾

越(五四) 代理權之消滅及否認(五五) 妻之直接責任

第三項 收益管理制·····	八七
(五六)序說(五七)法定保留(五八)任意保留(五九)收益關係(六〇)	
處分關係(六一)管理關係(六二)注意義務(六三)擔保之提供(六四)	
抵當關係	
第四項 別產制·····	一〇一
(六五)別產主義(六六)出費義務	
第三章 夫妻關係之變更·····	一〇七
第一節 身分關係之變更·····	一〇七
(六七)別居之效果(六八)別居原因與離婚原因	
第二節 財產關係之變更——夫妻財產契約·····	一一〇
(六九)夫妻財產契約之自由(七〇)訂立及改廢(七一)方式及效力(七	
二)契約內容	



第四章 離婚……………一一七

第一節 裁判離婚……………一一八

第一項 性的不忠實……………一一九

(七三) 姦通(七四) 重婚及其他

第二項 同居之廢止……………一二五

(七五) 惡意遺棄

第三項 對於配偶之直接侵害……………一二七

(七六) 企圖殺害(七七) 虐待(七八) 侮辱(七九) 其他之直接侵害行為

第四項 對於配偶之間接侵害……………一三二

(八〇) 刑罰(八一) 其他之間接侵害行為

第五項 無責離婚原因……………一三五

(八二) 疾病(八三) 難制之嫌厭(八四) 失蹤

第六項 不定離婚原因……………一三八

(八五) 不定離婚原因

第二節 協議離婚……………一四〇

(八六) 協議離婚之限制 (八七) 協議離婚之程序

# 婚姻法之近代化

## 楔子

婚姻法，係異性法，即規定異性獲得方法之法律。申言之，即規定確實的獲得某種男性，及確實的獲得某種女性方法之法律。

法律，尤其私法，與其謂係命為一定之行爲，毋甯謂其係指示一定之方法。如途中之路標，不命其往右，乃指示其往右即可至於某地是。私法亦係指示私益獲得之方法，即指示財貨獲得之方法，與勞務獲得之方法。

吾人事實上原可不依法所指示之方法獲得私益，例如以欺騙暴力奪取他人財物，強使他人供給勞務是。然此非安全的確實方法，為法院所不保護。如欲確實的獲得財貨，則不可不依法所指

示之買賣、租賃、借貸、繼承、贈與之方法。如欲確實的獲得勞務，則不可不依法所指示之僱傭、承攬之方法。

異性問題亦然，私相授受，固不失為異性獲得之方法，然究欠確實，故為法院所不保護。確實的方法而為法所指示者，厥為婚姻。婚姻，實法的安全的獲得異性惟一之手段焉。

已獲得之異性，如何受用乎？此屬自身之任意問題。法律惟規定異性獲得之方法，與其喪失之程序，而於夫妻關係存續中相互應屬如何？則不設詳細之規定。此與惟規定財貨之取得及喪失，而不規定其消費方法者，殆屬相同。故婚姻法之中樞，在於結婚法與離婚法，夫妻關係法不過附屬的部門而已。——至若夫妻財產法，亦現代重要問題之一種，然其本質，與其謂為婚姻法，毋甯謂為財產法。

吾人試於本書敘述結婚法與離婚法，夫妻關係法與夫妻財產法之在今日，究係於何種變化中發生動搖焉？

## 參考書

- Leske-Lewenfeld, Das Eherecht der europäischen Staaten nhrer Kolonien, 1904.
- Rognin, Traite de droit civil compare. Le Mariage, 1904.
- Bergmann, Internationales Ehe- u. Kindschaftrecht, 4 Bde., 1926-29.
- M. Boeth, Neues Eherecht, 1925.
- Klink, Die Reformbestrebungen im Ehescheidungsrecht, 1928.
- Hans Keller. Das Einspruchsrecht gegen die Eheschliessung mfranzosischen, schweizerischen und deutschen Recht, 1927.
- Richard-prassinós, Le divorce et la separation de corps en droit compare et en droit international prive, 1928.
- K. Th. Kipp. Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlussolgewalt in den romanischen Rechten, 1924.

- Eversley, on domestic relations, 1926.
- Freund, zivilrecht in der Sowjetunion. 1927.
- Knecht, Handbuch des Katholischen Eherechts, 1928.
- Mariabe Weber, Frau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907
- M. J. Ostrogoiski, Rights of womans: Comparative Study in History and Legislation. 1912.
- Isidor Loeb, the Legal Property Relations of Married Parties, Study in Comparative Legislation. 1901.
- Francesco Cosenzini, Droit civil compare europeen et americain, Le droit de Famille, 1928.
- Baligand, der Ehevertrag 1906.
- Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag, 1914.

# 序說

## 第一節 婚姻立法權

### 一 教會之婚姻立法權

甲 教會，爲使信徒遵守戒律，而用種種之手段。因重邪淫之戒，故製作嚴峻無比之婚姻法，以御信徒。此嚴峻無比之婚姻法，殆與教會之發生，同時開始其發達焉。(一)國家最初不認教會之婚姻立法權，然事實上教會自製婚姻法，而信徒從之，無如之何，遂於無形之中承認教會之婚姻立法權。就中婚姻之故障，結婚，離婚，以及夫妻間之人的關係等，均屬於教會之專屬管轄。自十九世紀以降，教會殆爲完全的婚姻事務之主管者。(二)

東歐諸國國民遵守希臘教會之婚姻法，西歐諸國國民遵守羅馬教會之婚姻法，各國皆無所

謂婚姻法。即德國人、法國人、西班牙人，亦服從教會之婚姻法。關於婚姻，頗有實現世界私法之傾向。

(一)拙著於『ビザンチ期親屬法之發達』二七頁以下。

(二)拙著『婚姻立法ニ主義之抗爭』一五頁。

乙 第十六世紀新教運動成功，一部教徒脫離羅馬教會。其始也，彼等以爲婚姻『與衣食住問題同爲俗的性質之物』，新教之君主遂將婚姻事件由僧侶之手移於世俗審判官之管轄。雖然，維時之婚姻法仍不外教會之婚姻法，故無論何事皆不能不徵詢僧侶之意見，審判官且常委諸僧侶之鑑定。嗣後新教會自身亦主張婚姻之神聖性質，國家化的婚姻事務，遂再（十八世紀初頭以來）返於教會之手。(一)

(一)拙著『主義之抗爭』一六一頁註(一)。

## 二 國家之婚姻立法權

甲 十六世紀之後半期，荷蘭率先創設由國家執行婚姻事務之新例。（一五八〇年）自宗教改革以來，新舊二派各有其婚姻法，一派掌握政權，則以自派之婚姻法強制他派適用，他派掌握政權



亦然。彼張此弛，糾紛無已。及荷蘭廢此方式，既能於國家官署前締結婚姻，因之可使非國教派之民衆免除國教會婚姻祝福之不快。此之謂選擇民事婚。(fakultative Zivilehe) 迄今瑞典，(一)那威，(二)捷克斯拉伐克(三)等國，即採選擇民事婚主義。

(1) Eheg. V. 11/6 1920 4 Kap. 1.

(11) Eheg. V. 15/5 1918 20.

(11) Eheg. V. 22/5 1919 22.

乙 法國於一七八七年，即大革命勃發前二年，設選擇民事婚制度，因革命思想之激化，遂完全不認教會之婚姻權。(一七九二年)明定：無論何人，皆應於國家官署前締結婚姻。此之謂必要民事婚。(Obrigatorische Zivilehe)

荷蘭，比利時，意大利，(二)瑞士，德國(三)於十九世紀中採必要民事婚主義。二十世紀以來，葡萄牙於一九一〇年，蘇俄於一九一七年，土耳其於一九二六年採必要民事婚主義。日本亦然。

(一)意大利一八〇六年採必要民事婚主義，未幾中絕，及一八六五年始行頒行，始行確定。西班牙一八七〇年採必要

民事婚主義，一八七五年以後，舊教徒結婚於舊教會行之，非舊教徒結婚則於國家官署行之。至今仍因宗教之不同而異其辦法焉。(Spanien, O. c. 751g; 831g.)

(二)德國於一八五〇年，Frankfurt a. M. 率先採必要民事婚主義。一八七四年三月九日之普魯士法，一八七五年二月六日之帝國法倣之，遂爲民事婚主義所統一。

## 第二節 立法主義

婚姻法之立法，有兩種態度對立。一爲性慾否定之態度，一爲性慾肯定之態度。

### 三 羅馬法 (1)

(1)拙著二主義之抗爭一頁以下。

甲 率先取性慾肯定之態度者，爲初期之羅馬法。初期之羅馬法，係於絕對的性的自由 (absolute Sexualfreiheit) 思想之上，建設婚姻法。其結果，結婚禁止之事項，殆不多見。禁止，乃國家對於配偶選擇方針之干涉，因崇尚自由，結婚禁止自屬甚少。羅馬法務使青年男女於廣汎範圍內選擇其配偶，故惟設少數之結婚禁止焉。

婚姻之締結方法，亦不干涉。既無親往官署締結之必要，締結後亦不須爲呈報。宛如交易契約，祇須單純的意思與意思之一致，卽認爲婚姻之成立。

乙 羅馬法，於婚姻之外，承認姘度。姘度，亦屬於一夫一妻之結合，爲法所承認，付與效果之合法關係。換言之，卽羅馬法以婚姻與姘度爲兩種合法結合之典型，不欲立於嚴肅如婚姻的法律關係之男女，自得選擇效果比較輕微之姘度焉。

丙 羅馬法，關於契約無效及撤銷之一般規定，亦適用於婚姻，從而婚姻之無效撤銷，輕而且易，與交易契約同。蓋不欲因爲嚴重的限制，遂爲婚姻特設無效撤銷之規定也。

丁 離婚，亦甚自由。祇須當事人之合意卽得爲之，無裁判或呈報之必要。以合意合者，以合意離，婚姻既須無官署之協力而成立，則其解除自亦無須官署協力之必要。

戊 效果，亦頗輕微。妻之能力不受限制，身分財產亦無變動。與其謂爲夫妻之平等，毋甯謂其近於夫妻之分立。

#### 四 教會法（一）

(一)拙著二主義之抗爭一三頁以下。

甲 極端取性慾否定之態度者，為教會法。教會法係於「爾等勿姦淫」的思想之上，建設婚姻法。即先干涉選擇配偶之方針，而設無數之婚姻故障，以妨礙婚姻之自由。締結之方法，亦加以干涉，使其遵守嚴重之方式。其不從此方式者，則認為違法之私通。以性為犯罪，惟婚姻為合法，故有區別婚姻與非婚姻之必要。以此為標準，而設嚴格之方式。是為對於羅馬法之無式主義，而採要式主義。

乙 教會，不認姦度，以婚姻為兩性結合惟一無二之適法形式。而於婚姻與私通之間，別無何種中間之形式。是為對於羅馬法之婚姻<sup>姦</sup>度二元主義，而採婚姻一元主義。

丙 教會，因特別限制婚姻之無效撤銷，而設婚姻特有之無效撤銷規則。契約一般之無效撤銷規則，不適用於婚姻。對於普通契約得為無效原因之事由。對於婚姻則不得為無效之原因。關於撤銷之方法，婚姻之撤銷不能以裁判外之意思表示之，而須依訴及判決之方法。其於訴訟，法院得以職權蒐集證據，根據實體的真實判斷撤銷權之存否。因亟力避免撤銷，故撤銷原因甚少，其方法手續亦極慎重。是為對於羅馬法之一般無效主義，而採特別無效主義。

丁 離婚，亦禁止之。至後雖許離婚，然離婚權之發生原因限制甚嚴，如無法定原因，即不得離婚，且其離婚須依訴及判決之方法爲之。是爲對於羅馬法之自由離婚主義，而採禁止主義或限制主義。戊 結婚之效果，亦重。夫妻爲一個之血肉，(ein Fleisch und Blut) 姓氏同一，住所同一，榮譽同一，對於子女之權利義務同一，妻對於夫負貞操之義務，夫對於妻亦負貞操之義務。其於財產關係，則因立於身分同一者，財產亦屬同一之見地，努力於夫妻共產主義之確立。是爲對於羅馬法之分立主義，而採夫妻一體主義。

要之，在取性慾否定之態度者，爲縮小配偶之選擇範圍，故特設無數結婚之禁止。爲區別婚姻與私通之不同，故嚴於結婚之方式。加重結婚之效果，則夫妻可固結其忠實之義務。禁止離婚，則夫妻將終其身而不至於分離。

反是，取性慾肯定之態度者，則減少結婚之禁止，以擴張自由選擇之範圍。寬其結婚之方式，縱屬無方式之結合亦認爲適法。減輕結婚之效果，所以保持夫妻之獨立。撤廢離婚之禁止，斯男女之離合可得充分之自由。性爲犯罪乎？爲自然乎？因觀察之不同，婚姻立法遂生根本之差異。近代立法

傾向果屬何如，此實大可注意者也。

## 五 近代之立法傾向 (一)

(一)拙著二主義之抗爭二二頁以下。

一言以蔽之，羅馬自由婚姻，爲近代婚姻法之理想。此近代立法家所以亟力洗滌近代法中教會所遺留之成分，而欲建設更自由，更顯明，更有生氣之性的秩序也。

關於結婚禁止之規定，一如羅馬古代，排除一切煩瑣而可厭的教會式之干涉。離婚亦漸容易，對於無愛情的男女終生繫以法鎖之殘酷，而亦歸於消滅。又捨棄夫妻一體主義，而取羅馬式之分立主義，以保證夫妻身分及財產各別之獨立。惟結婚方式，離婚手續，無效撤銷，以及夫妻關係之規定等，雖仍遺留教會的陳跡，然亦有逐漸淘汰之傾向。

以下，吾人試就羅馬式之自由主義，於婚姻法之各方面，如何戰勝教會式之干涉主義？詳加敘述焉。

# 本論

## 第一章 結婚

### 第一節 結婚之禁止

結婚禁止之規定，發達於教會法。蓋羅馬法，對於男女之交接務期自由，故不設禁止規定。反之，教會因監視男女交接，則設嚴密的禁止規定。是謂婚姻故障。(Ehehindernisse) 婚姻故障，殆成爲教會學者研究之主題。近代法之禁止規定，因受教會法之影響，尙難謂其完全獨立焉。

### 六 不適齡婚 (旧民七六五條七八〇條)

甲 教會法(一)以女未滿十二歲，男未滿十四歲為婚姻不適齡。近代法不但重視性的成熟，即經濟上之能力亦加以參酌，故將適齡提高。法國為之先驅，以女十五歲，男十八歲為適齡。比利時，意大利做之。(二)德國為女十六歲，男二十一歲，但有主張女十六歲失之過低者。(三)瑞士為女十八歲，男二十歲。那威做之。(四)日本民法與法國相近，以女十五歲，男十七歲為適齡。(七六五條)

(I)Friedberg, *Kirchener*, 440.

(II)C. c. 144—Belgien, C. c. 144—Italien, C. c. 55.

(III)BGB, 1303.

(IV)ZGB, 96—Norwegen, V. 1515 1918 1—立法趨勢以男十八歲，女二十一歲為適齡(Schweden, *Ehög*

V. 11/6 1920, 2 Kap. 1—Danemark, *Ehög*. V. 30/6 1922 6)

乙 其於違反之時，教會法對於違反婚即不適齡婚，祇能撤銷，而非當然無效。撤銷權人之數甚夥，當事人勿論矣，即親屬，檢察官 (*defensor matrimonii*) 等亦予以撤銷權。蓋認不適齡婚為違反公益故也。(I)

(I)Friedberg, 441—法國及意大利現仍取教會法主義(C. c. 184—Italien, C. c. 104)



丙 近代法，則以不適齡婚爲違反私益。其結果，惟對於不適齡婚當事人，及爲其保護人之父母，監護人予以撤銷權。而親屬，檢察官無之。(一)及至德國民法，則以禁止不適齡婚之規定爲得的規定，(Sollvorschriften)而非應的規定，(Mussvorschriften)故縱屬違反，其婚姻本身亦仍完全有效。瑞典，那威，丹麥等國之婚姻法亦然。(二)

(1) Preuss. Ldr. II, 1, 37. 90fg.

(11) Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 10 Kap. Ifg. - Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 31fg. - Danmark, Eheg. V. 30/6 1922 42 fg.

丁 日本民法，對於不適齡婚得由各當事人，及其家長，親屬，檢察官提起撤銷之訴。(七八〇條)此蓋狃於以不適齡婚爲違反公益之教會思想，若自立法趨勢言之，不適齡婚縱屬違法婚，似亦完全爲有效。日本民法改正要綱則未涉及此點。

七 重婚 (日民七六六條三二條七八〇條)

甲 教會法亦禁止重婚。其違反之也，各當事人，親屬，檢察官等得爲撤銷。近代各國法律亦然。(二)

日本民法亦予各當事人、家長、親屬及檢察官以重婚撤銷權。(七八〇條)改正要綱猶以爲未足，而以重婚當然爲無效。(二)(三)

(1) O. c. 184 - BGB. 1326 - ZGB. 1201 - Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 10 Kap. 1.

(二) 在日本現行法之下，重婚之成立殆不可能。何則，蓋婚姻之成立須爲呈報，如係爲重婚，市町村長得不爲受理故也。(七七六條)反之，在改正要綱，舉行習慣上之儀式亦可成立婚姻。(第十二)則重婚之成立自屬可能。例如依呈報而與甲女結婚之某男，旅行於他地時，復與乙女舉行習慣上之儀式是。

(三) 改正要綱以重婚爲當然無效之理由：「僅得撤銷，則婚姻有時亦可成立，實爲一夫一妻之根本義及人倫所不許。」(穗積重遠民法改正要綱法學會協會雜誌四六卷五號八二頁)但重婚非如私通，辨度之非婚。(Nichtehe)乃因爲呈報或舉行習慣上儀式而成立之婚姻，相對人多屬善意，第三人亦因已有呈報或儀式信其爲有效，故以重婚當然無效實有不可，余則以爲仍以撤銷爲是。

乙 於提起重婚撤銷之訴以前，第一婚姻如有瑕疵而被撤銷，於此情形，重婚撤銷權人仍得以第二婚姻爲重婚而撤銷之乎？至少在近世立法，此種情形已不許其撤銷。(一)在日本現行法之下，亦當同一解釋。(二)

(1) Schweden, Eheg. 10. Kap. 1 Abs. 2 - Norwegen. Eheg. V. 15/5 1918 31 Abs. 2 - Danmark, Eheg. V. 30/6 1922. 42 Abs. 2 - BGB 1326.

(二)若如改正要綱，以重婚爲當然無效，則於第一婚姻被撤銷或解除時，第二婚姻當事人亦難維持第二婚姻，而不可不再爲締結之行爲。

丙 撤銷死亡宣告時，配偶於撤銷前，所爲之第二婚姻，爲重婚乎？教會法，於撤銷宣告時回復第一婚姻，故第二婚姻爲重婚，得撤銷之。(一)德國民法則區別善意惡意，第二婚姻之兩當事人如爲惡意，卽知失蹤人之生存時，得爲撤銷。如爲善意，卽不知失蹤人之生存時，則不問失蹤人之歸來與否，第二婚姻皆屬有效。(二)日本民法亦然。(三)條)至若普魯士州法，縱當事人係屬惡意，其第二婚姻亦完全爲有效。(三)

(1) Friedberg, 437 fg. 法意至今仍採教會法主義(O.c. 159 - Italien. C. c. 113.)

(1) BGB. 1348.

(III) Preuss. Ldr. II, 1, 666.

## 八 待婚 (旧民七六七條七八〇條)

甲 婦女自前婚解除或撤銷之日起，於一定期間內，不得結婚。是謂待婚義務。(Warlepflicht) 其期間，謂之待婚期間。(Wartzeit) 舊教會禁止再婚，故不設待婚制度。羅馬法許可再婚，故命待婚。(一) 近世各國之法律，皆採羅馬法主義。期間多為三百日，日本民法則為六個月。(七六七條一項)(二)

(1) D. 3, 2, 11, § 1-c. 5, 9, 2.

(二) 奧大利與日本民法相近，命為百八十日之待婚。(ABCD. 120.)

乙 待婚規定之旨趣，在預防血統之混亂，如無混亂血統之虞，縱令再婚，亦屬無礙。故羅馬法如婦女顯然未曾懷胎，或前婚之子女業經分娩，即不適用待婚期間。(一) 近代法設有同一之規定，日本民法亦然。(七六七條二項)(二)

(1) D. 3, 11, § 2.

(二) 待婚規定之目的，在避免子女之父之不明，故「前婚解除後復與前夫再婚，則無遵守七六七條一項期間之必要」。

〔明治四三年名古屋控訴院判決親屬法總攬上卷四一三頁——大正元年有同一趣旨之回答同書四一二

頁〕

丙 那威，丹麥等新法，爲提早婦女之再婚，故待婚期間之進行，不始於離婚判決確定之日，而始於事實上同居廢止之日。(1)

(1) *Morwegen. Eheg. V. 15/5 1918 10 - Danmark, Eheg. V. 30/6 1922 16.*

丁 其於違反之時，多數立法以待婚規定爲得的規定，縱令違反，其婚姻亦爲有效。日本民法，則予當事人，家長，親屬，前配偶及檢察官以撤銷權。(七八〇條)

九 相姦婚 (日民七六八條七八〇條)

甲 教會法，嚴禁相姦者之結婚。其違反之也，各當事人，前配偶，親屬，檢察官等得撤銷之。(1)

(1) *Friedberg, 451 fg.*

乙 近世法則欲緩和相姦婚之禁止。例如普魯士州法，惟以姦通爲理由而受離婚判決者，禁止與相姦者之結婚。法國雖於一八八四年民法插入禁止相姦婚之規定，然已於一九〇四年刪除之。羅馬尼亞於一九〇六年，葡萄牙於一九一〇年，瑞典於一九一五年，那威於一九一八年，捷克斯拉伐克於一九一九年，丹麥於一九二二年，均已廢止之。德國雖至今仍設禁止相姦婚之規定，然同時開

一免除之道，如經官署許可，縱屬相姦者亦得結婚。日本則嚴重禁止（七六八條七八〇條）（二）

（一）日本之外，至今尚有嚴禁相姦婚者，如Belgien, C. c. 208 - Niederlande, B.W.B. 89 - ABGB. 67 - Polen, Eheg. V. 16/3 1336等。

一〇 血親婚（日民七六九條七八〇條）

甲 教會，四親等以內之旁系親屬不得互相結婚。於此以外，七親等旁系血親間之結婚亦一概禁止之。（一）

（1）Friedberg, 443.

乙 親等之計算方法，有羅馬式與教會式，羅馬式，係由雙方數至同一始祖為止，以其世數之和為親等之數。教會式則由雙方數至同一始祖為止，依其世數多寡而異，如世數相同，僅取其一方，如屬不同，則取多者之一方，以為親等之數。例如兄弟，羅馬式為「 $1+1=2$ 」等親，教會式為「 $1$ 」等親。又如叔姪，羅馬式為「 $1+2=3$ 」等親，教會式為「 $2$ 」等親。前述四等親之禁止，係教會式之計算法。（日本民法採羅馬式計算法——七二六條）

丙 近代法，因教會法之禁止範圍過廣，有以簡單的叔姪婚之禁止代之者。如法國、意大利、葡萄牙及瑞士是。(一)德國則更寬，惟禁止兄妹婚。那威、瑞典、捷克斯拉伐克及蘇俄從之。(二)日本則做法國。(七六九條)(三)(四)

(1) C. c. 163 - Italien, O. c. 59 3 - Portugal, Eheg. V. 25/12 1910 8 - ZGB. 100 1.

(1) BGB. 1310 - Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918, 7 - Danemark Eheg. V. 30/6 192 212 - Tschechoslowakei, Eheg. V. 22/5 1919 25 - Sowjetrussl. G. V. 27/9 1921 69.

(三)關於結婚之禁止，繼親子及嫡母庶子亦與親子同一待遇乎？日本民法七二八條雖規定『於繼父母與繼子及嫡母與庶子之間，與親子間生同一之親屬關係』，然此係彼等關於親權扶養繼承等問題準親子之意味，而非關於結婚禁止亦與親子同一待遇。繼親子及嫡母庶子因係一種直系姻親，其結果固不能結婚，然此究爲直系姻親而非親子。換言之，祇應受七七〇條規定之適用，而不受七六九條規定之適用。七六九條所謂『血親』，自不包含法定血親焉。(通說反對)

(四)『繼母之妹，得以之爲妻』(日本親屬法總攬四二七頁所載明治三二年回答)

丁 其於違反之時，在教會法，各當事人，親屬，檢察官得爲撤銷。近世各國法律多取教會主義。日本亦然。(七八〇條)改正要綱則改爲當然無效。(要綱第十三)

一一 姻親婚（日民七七〇條七八〇條）

甲 舊教會禁止四親等以內旁系姻親之結婚，新教會則結婚禁止極爲寬大。（其界限非數字表示）（一）及至普魯士州法，遂撤廢旁系姻親間之禁止，惟直系姻親間禁止結婚。（二）瑞典，丹麥，捷克斯拉伐克等從之。（三）日本亦然。（七七〇條）例如與先妻之子女，因其爲直系，故不得結婚。與先妻之姊妹，先夫之兄弟，則因其爲旁系，可以結婚是。（四）

法國仍未脫教會主義，雖可與亡妻之姊妹結婚，然不得與已離之妻之姊妹結婚。（五）

(1) Friedberg, 443 fg.

(II) Preuss. Ldr., II, 1, 6.

(III) BGB. 1310 Abs. 1 - ZGB. 100 Nr. 2 - Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 9 - Norwegen Eheg. V.

15/5 1918 8 - Danmark, Eheg. V. 30/6 1922 13 - TschechoSlowakei, Eheg. V. 22/5 1919 25

Nr. 3.

(四) 有子之男與有子之女結婚時，其子女之間，非姻親，故可結婚，司法部回答謂：「妻於婚姻前，在實家或他家所生之子女，與夫之直系卑親屬，（前妻之子）法律上無何種親屬關係，故得爲婚姻。」（親屬法總覽上四二六頁）

(五) C. c. 162 - Belgien, C. c. 162.



乙 及至蘇俄婚姻法，則無直系姻親結婚之禁止。蓋由科學的見地，姻親婚與血親婚不同，對於所生之子女不至有不良之影響故也。(1)

(1) Sowjetrussl. G. V. 27/9 1921 661g/Vgl. auch Kessler, Zf. anschl. u. intern. Privatr. 1, 206fg.

丙 其於違反之時，在教會法，各當事人，親屬，檢察官等得為撤銷。近代法多採教會法主義。日本民法亦然。(七八〇條)改正要綱則改為當然無效。(要綱第十三)

一一一 緣族婚 (日民七七一條七八〇條)

甲 教會法禁止緣組當事人間之結婚無論矣。即當事人之一方與他方之配偶結婚，養子與實子結婚，亦禁止之。(1)

(1) Friedberg, 450.

乙 近代法，緣組之結果以當事人爲限，而不及於第三人，從而惟禁止當事人間之結婚。(一)當事人之一方與他方配偶間之結婚，養子與實子間之結婚，則不禁之。他如奧大利及蘇俄，即當事人間之結婚，亦許可之。(二)

法國、意大利等，至今猶設教會的緣族婚之禁止。(三)日本頗與之相近。(七七一條)(四)

(1) BGB. 1311—ZGB. 100 Nr. 3—Schweden. Eheg. V. 11/6 1920 20.

(11) ABGB. 47fg—Sowjetrussl. G. V. 27/9 1921 6fg.

(12) C. c. 354 (G. V. 19/6 1923)—Italien, C. c. 60—Spain. C. c. 84 Nr. 5.

(四) 祇日本認實子與養子間之結婚。(七六九條但書)理由書曰：「養子緣組，人爲者也，關於婚姻，應以之與實子區別，縱與善家之兄弟姊妹結婚，亦決非亂倫之行爲。」

丙 其於違反之時，在教會法，各當事人，親屬，檢察官得爲撤銷。近代法中，法國以緣族婚之禁止爲得的規定，縱令違反，其婚姻亦爲有效。德國則以「結婚破壞緣組」即養親子結婚，已非養親子，而爲單純之夫妻。在後之立法之下，緣族婚之禁止殆等於無。

意大利及日本，仍取教會主義，予當事人親屬及檢察官以撤銷權。(七八〇條)改正要綱猶以爲未足，而以其當然爲無效。(要綱第十三)

### 一三 惡疾婚

最近立法，有禁止遺傳性或傳染性之惡疾人，尤其是心神喪失人或耗弱人之結婚者。(一)旧

本則無此禁止。

(1) ZGB. 97; ABGB. 48; Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 2 Kap. 5; Danemark, Eheg. V. 30/5 1622 10.; Norwegen, Eheg. V. 16/5 1518 3等禁止心神喪失人之結婚。ABGB. 48; Schweden, 2 Kap. 5 禁止心神耗弱人之結婚。Italien, O. c. 61; Portugal, Eheg. V. 25/12 1910 4Nr. 4禁止基於心神喪失之不治產人之結婚。Danemark, 11; Norwegen, 6禁止性病患者之結婚。美國之數州例如 Connecticut, Michigan, New Jersey, New York 等亦然。

#### 一四 結論

結婚之禁止，迄於近代，已減少其種類。相姦婚之禁止，或則現已無之，或則行將無之。直系姻親結婚之禁止，亦瀕於消滅。血親婚之禁止，雖仍存續，然其範圍則已縮小。有祇禁止兄妹婚，而承認姪婚者。待婚期間，亦甚短縮，僅間隔數月，即可再婚。違反之效果，亦屬輕微。即違反禁止而結婚者，既非無效，亦非撤銷，乃完全為有效。

結婚禁止之少而且輕者，蓋自由放任之潮流浸潤於婚姻法領域之結果。十九世紀立法，有一矛盾現象焉，即財產法之制定取自由放任主義，婚姻法之制定則出於干涉取締之態度。故以教會

法之傳統，與警察國之思想爲背景，而設多數無謂之故障，以妨害男女交際之自由。現代立法則結婚禁止大爲減少，步武財產法進步之後塵，以確立市民結婚之自由（選擇配偶之自由）焉。

顧現代法於他方面漸設新規之婚姻故障，如惡疾者結婚之禁止，是也。惟此禁止，乃由於社會衛生的見地，而非如曩昔基於教會的倫理的動機。乃爲社會之福祉，而非圖個人之利益。今後之婚姻法，將一如今後之財產法，對於個人之取得活動加以限制，而於社會的見地，對於個人之配偶選擇方針，加以強大之干涉。

日本民法，至今仍羅列相姦婚禁止。緣族婚禁止等，倫理主義之禁止。此蓋本於風俗警察之見地，而非本於社會衛生之見地。改正要綱則更反動的，而以違反婚之全部當然爲無效。

## 第二節 結婚同意

結婚同意之規定，發達於日耳曼。羅馬有家長制度，結婚同意屬於家長之大權，故所謂父母同意的規定，不甚發達。至於教會，則本諸婚姻獨占之野心，顯然排斥父母之同意。以爲國家對於

結婚之干涉固應排斥，父母之同意亦不可不排斥之。但日耳曼人則以結婚之同意，爲父母保護其子女之重要作用，故堅持其關於同意之立法權。未得國法所定同意權人同意之婚姻，縱在教會法上完全有效成立，然仍不能免於國法上一定之制裁。間接的以制裁強制同意，以補教會法之不足。及教會婚姻立法權消滅，同意制度遂表現於國家之立法。但自中世紀脫離教會之手，同意規定，至今猶欠統一焉。

#### 一五 家長對於家屬結婚之同意（日民七五〇條七七〇條）

甲 羅馬家屬不得單獨締結婚姻。父有家長權，則須得父之同意。祖父如尙存在，則祖父有家長權，須得祖父之同意。如爲養子，則須得養父之同意。（一）脫離家屬之身分，縱未成年人，亦得單獨締結婚姻。反之，未脫離家屬之身分，則不問年齡如何，均有得同意之必要。（二）羅馬以外，概不認此種制度。

(1) Inst. 1, 10, Pr, - D; 23, 2, 2, 3.

(1) D. h. t. 25, 20.

乙 日本至今猶有家長制度存在，家屬結婚，須得家長之同意。如未得家長之同意而結婚，則家長得命家屬由家分離。（七五〇條一項二項）惟未經家長同意之婚姻雖有此制裁，然仍完全爲有效。（七七六條但書）

改正要綱，未廢止家長之同意。但於家長制裁其未經同意結婚之家屬時，須受家事法院之許可。（要綱第八之三）

（一）『法定之推定家督繼承人，未得家長之同意而娶妻者，推定家督繼承人雖不能創立一家，然家長亦得命其由家分離。』（明治三十一年十月十五日回答親屬法總攬上卷二四三頁）

一六 父母對於子女結婚之同意——同意權之主體（旧民七七二條七七三條）

甲 日耳曼諸法，置多數之同意權人。無父，由母同意。父母俱無，則由監護人或近親同意。無監護人及近親，則由父母之友人同意。然因時代變遷，同意權人逐漸減少，近親及友人等無同意權。（一）十九世紀初葉，惟父有同意權之主義流行，例如普魯士、奧大利，母惟對於私生子有同意權；法國雖母有同意權，然於意見衝突時，則從其父是。（二）最近，對於父母雙方均與以同意權，同時有縱屬父母，

如喪失親權，即喪失同意權者。(三)蓋同意乃親權之效果，而非親子關係之效果。縱屬父母，如因品行不良等喪失其親權，自應喪失其同意權。

(一)拙著『主義之抗爭』一〇八頁以下。

(11) Preuss. Ldr. 11, 1, 29 - ABGB. 49 - C. c. 142.

(11) ZGB. 98 - Schwed. Eheg. V. 11/6 1920 2. Abs. 2 - Norwegen, 45/5 1918 2. Abs. 2 - Danmark, Eheg. V. 30/6 1922 7.

乙 日本民法，『對於在家之父母』予以同意權。(七七二條)但縱同在一家，對於子女之保護亦未必為適當。蓋有親因濫用親權致喪失其親權，而仍與子女同住於一家故也。異家而居者，對於子女之保護亦不能謂其不適當。蓋有因父之亂行離婚之母，雖異其家，而於子女之保護較諸其父為適當故也。故不應『對於在家之父母』予以同意權，而應對於行親權之父母予以同意權。改正要綱仍未依此改正。(要綱第十一之一第四之三)

丙 各國，無對於嫡母及繼父母予以婚姻同意權者。日本民法則對於嫡母及繼父母予以同意權。(七七三條)

丁 對於祖父母予以同意權之例，(一)殆已消滅。改正要綱則與此趨勢反對，明定如無父母，須得祖父母之同意。(要綱第十一之一第四之三)

(1) Preuss. L.F. 11, 150 - Sachs. BGB. 1571 - C. c. 150 - Italien, C. c. 64.

戊 養子關於婚姻，須得實養雙方父母同意之主義，亦已消滅。(一)今則大多數國家以得養親之同意爲已足。(二)日本亦然。(三)

(1) Sachs. BGB. 1579.

(1) BGB. 1305.

(三)『養子於養家爲婚姻者，其家有養父母與實父母時，以得養父母之同意爲已足。』明治三二年二月十四日回答親屬法總覽上四三八頁)

### 一七 同意年齡 (日民七七二條)

甲 中世諸法，女子不問年齡如何，其於結婚須得同意權人之同意。男子則惟於未達婚姻之特別成年期，即獨立締結婚姻之法定年齡間，須得同意權人之同意。嗣後，女子亦非終身，不過於未達一定年齡以前，須得同意權人之同意焉。(1)



(1) 拙著二主義之抗爭 一〇八頁以下。

乙 十九世紀之立法，有男於三十歲，女於二十五歲以前，以同意爲必要者。有男於二十五歲，女於二十二歲以前，以同意爲必要者。其年限雖有不同，然皆設特別之成年期。迄於近世，則無此限制。一般成年之規定，亦適用於結婚。凡得獨立爲財產行爲者，亦得獨立締結婚姻。(一) 蓋智能成熟，無保護必要之成年人，財產上及身分上，皆應由親之權力予以解散故也。

(1) ZGR. 98—Schweden Eheg. V. 11/6 1920 2—Norwegen, Eheg. V. 16/5 1918 2—Danemark, Eheg. V 30/5 1922 7.

丙 日本民法，男於三十歲，女於二十五歲以前，以同意爲必要。爲特別成年期中之最高者。改正要綱猶以爲未足，終其身亦須『在家父母』之同意焉。(要綱第十一之一)

#### 一八 違反之時 (日民七八三條)

甲 中世諸法，對於結婚違反同意規定者，加以一定之制裁。或則剝奪其繼承權，或則沒收其特有財產，或則喪失其嫁資請求權。及至近世，制裁主義殆歸消滅。

乙 至違反婚之效力，中世紀完全爲有效，無論何人不得撤銷。蓋婚姻法之效力，應依教會法定之，同意不過世俗法之制度，縱使違反，亦僅止世俗法上之制裁，故其效力不受影響。(一)十九世紀以來，撤銷主義流行，未成年人未經同意締結之婚姻，亦得撤銷。今之瑞士，對於同意權人予以撤銷權。德國對於無同意結婚人，即未成年人與以撤銷權。(二)但新立法則採完全有效主義，同意權人無論矣，即未成年人亦不得撤銷違反同意規定之婚姻。(三)

(1) Pruss. Ldr. 1, 1, 994, 997.

(1) ZGB. 128 - BGR. 1331.

(III) Schweden, Eheg. V. 11/6 1620 10. Kap. 1fg - Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 fg. - Danmark. Eheg. V. 30/6 1922 42fg.

丙 日本民法，對於同意權人予以撤銷權。(七八三條)不但未成年人無同意而結婚，即成年人(三十歲或二十五歲以下之人)無同意而結婚，同意權人亦有撤銷權。(一)(二)改正要綱則捨撤銷主義而取裁制主義，對於無同意權人加以相當之制裁。(要綱第十二之二)

(一)惟對於同意權人予以撤銷權之理由，理由書謂：「婚姻當事人之爲婚姻，須經父母監護人等之同意，未經同意而

任意結婚，如嗣後本人得請求撤銷，反使其輕視婚姻……婚姻當事人無請求撤銷婚姻之權。〔日本民法修正案理由書六三頁以下〕

(二) 通說七八三條以下所謂「有爲同意之權利人」中，包含親屬會，親屬會共同撤銷，亦屬可能。

## 一九 拒絕同意時

甲 十九世紀之立法，子女於同意權人拒絕同意時，得請求法院爲代替同意之判決，至少對於成年子女，認爲有此權利。(一)但現代立法則不認子女有此權利。其理由，以爲今之同意年齡低下，惟未成年子女須經同意，未成年子女被拒絕同意時，與成年子女被拒絕同意不同，縱謂被拒絕之未成年入爲無理由，亦無不可。

(一)拙著二主義之抗爭一二頁以下。

乙 日本判例，子女不得請求法院爲代替父母同意之判決。(一)但日本同意年齡甚高，縱已逾成年。仍雖同意，對於未成年子女，似以認其有此權利爲必要。

(一)『父母對於子女之婚姻同意與否，乃父母之自由，不得強制其同意。』〔大正八年二月三日東京控訴院判決法律

新聞一五三一號二六頁)

二〇 保護人對於禁治產人進禁治產人結婚之同意 (日民七七四條)

禁治產人準禁治產人得獨立結婚乎？多數立法，縱在精神回復中，亦不得獨立締結婚姻，必須監護人保佐人之同意，始得締結婚姻。(一)最近立法，則更進一步，剝奪心神喪失人及耗弱人之結婚能力。縱得保護人之同意，亦不得締結婚姻。(二)

日本民法則取反對主義，即禁治產人準禁治產人於精神回復中，得不經保護人之同意而結婚。(日民七七四條) (三)

(1) Preuss. Ldr. 11, 1, 29 - B. GB 1304 - C. c. 509 - ABGB. 40 - ZGB. 90.

(二) 前出 一三參照。

(三) Sachs. GB. 1684 精神回復中，得不經同意而結婚。

第三節 婚約

現代婚約法，以羅馬法爲基礎。曾一度將日耳曼法，教會法之元素攔入其中，今則驅除淨盡。蓋羅馬之婚約，締結簡單，解除容易，效力薄弱，與現代不欲婚約拘束力過強之思潮最相契合也。

## 二二 締結

甲 羅馬之婚約，以當事人間單純之合意而成立。(一)以使者信函而爲婚約，以及默示而爲婚約，均屬可能。戒指之交換，固有力之證據，然非惟一之方法。教會法，婚約亦以單純之合意爲已足。(二)至於近代，因要式主義流行，或則以證人爲必要，或則須於公證人前訂立之。(三)今則各國皆返於羅馬式之無式主義，(四)而認使者締結，與默示之締結爲有效。

(1) D; 23, 1, 4.

(11) Dittenberger, Verlobnissr. 7.

(111) Preuss. Idr. II 1. 82.

(E) ZGB. 90.

乙 羅馬法，亦認婚姻不適齡者之婚約。(一)婚約，關係於將來之婚姻，縱現爲婚姻不適齡者，如有判斷能力，亦可經由同意權人之同意締結之。近代法律，亦取同一見解。(二)(三)

(1) D., 2, 1, 7.

(11) ZGB., 90.

(三)『婚姻之預約，祇爲婚姻成立之前提事項，與婚姻自身純爲別個之契約。縱屬未達民法七六五條婚姻年齡之人所爲之婚姻預約，然若當時爲年齡十五歲五個月之未成年人而有意思能力，既係認識自己之行爲而爲之。則其契約非無效。』(大正八年四月二十三日大審院判決民錄六九六頁)

丙 婚約之無效及撤銷。羅馬法無論矣，教會法亦依契約一般之法理決之。關於婚姻無效及撤銷之特別規定，不準用於婚約。其結果，婚約得以虛僞表示等爲理由撤銷之。婚姻，有特別規定，不得以虛僞爲理由而撤銷，婚約則得以其爲撤銷之理由。又婚姻不得附條件，婚約則縱附條件，亦屬無礙。近代法亦襲其例。

有配偶者得以離婚爲條件，與第三人訂立婚約乎？夫離婚決意，原屬完全自由，然如與第三人訂立婚約以促成之，則所不許。(一)以撤銷婚姻爲條件，與第三人訂立婚約，亦屬無效。(二)

(1) Reichsg. Entsch. 29. 98fg. - Senferts Archiv 78, 315.

(二)『本件依原法院之所確定，被告人已自認有配偶，原告人亦知其事實，乃預約於將來婚姻撤銷時互爲婚姻，此種婚

姻預約，依照我國民道德，係以違反善良風俗之事項爲目的之法律行爲，以解爲全然無效爲相當。〔大正九年五月二八日大審院判決民錄七七五頁〕

## 一一 效果

甲 婚約當事人，於羅馬法，惟負締結婚姻之義務。日耳曼法則以婚約當事人爲準夫妻。未婚妻與妻同負貞操之義務，而以違反此義務爲姦通之一種。(一)近代法皆採羅馬法主義。但就中有兼容日耳曼之思想，而於一定之點以婚約當事人爲準夫妻者。例如德國以婚約當事人爲親屬(Angeshoriger)之一種，免除訴訟上證言之義務是。(二)

(1) Dittenberger, Verlobnisr. 5.

(1) Walf, Familienr. (1928) 19.

乙 締結婚姻之義務，於羅馬法，不得以訴訟請求。(一)教會法反是，得以訴請求相對人爲婚姻之締結。(二)德國普通法，受教會法之影響，亦認締結之訴。今則無論何國皆返於純粹的羅馬法主義，排斥婚姻締結之訴。(三)至違約金約款，則因妨害相對人之自由爲無效。(四)

(1) D., 24, 2, 2, 2.

(11) Pfitenberger, 7.

(12) Dittenberger, 9.

(E) K. B. 1307—ZGB 91—ABGB. 45—Spanien, O. c. 43 關於婚約未證明文之國，則以學說否認違約金約款。

丙 婚約當事人有在婚約中，而進於性交 (Copula Carnalis) 者。教會法，某時期（十二三世紀之頃）因爲性交，同時婚約卽一轉而爲婚姻。嗣後則捨此見解。（一）現代法，以婚約當事人之性交與一般之和姦同視，而放任於法的干涉之外。因此，不生何種法律之效果。但若當事人之一方以婚約爲手段，誘惑相對人而爲性交，則屬貞操蹂躪，發生撫慰金等問題，自不待言。（二）

(1) Frielberg, Kircheur. 477 fg.

(2) 拙著人格權法之發達五五頁以下。

丁 婚約當事人有於婚約中實行同棲者。從來之法制，不因同棲之事實，而附與特別的法律效果。故同棲之婚約當事人祇負婚約上之義務，卽正式結婚之義務。今日之法制，則重視同棲之事實。因



以同棲者立於拼度關係之結果，同棲之婚約當事人遂負二重之義務。即婚約上之義務，與拼度者之義務。非因開始同棲，免除婚約本來之義務，如拒絕正式結婚，仍屬違反婚約焉。(一)

(一)大正四年一月十六日大審院民事聯合部決議所謂：「婚姻預約有效之判決」，乃指同棲的婚約當事人違反婚約，而不協力爲婚姻呈報者而言。非關於單純之婚約者，亦非關於單純之拼度者。

### 二三 解除

羅馬法雖分解除爲有理由之解除，與無理由之解除，然其理由則頗寬大。近代法亦不十分限制，舉凡強其婚約之繼續或履行，如失之過酷，即得正當解除。(二)有相當於離婚原因之事實，無論矣，即非重大，然如有強暴侮辱乃至品行上之污點；於婚約後發見相對人之不具，或危難疾病；於婚約後相對人之身分上或財產上發生重大之情事變更等，皆得正當解除之。(三)

(1) BGB. 1298 Abs, 3—ZGB. 92.

(2) Vgl. Preuss. Ldr. II, 1, 100—111.

### 二四 損害賠償

甲 於無理由之解除，即違反婚約時，得對於違約人請求損害賠償乎？羅馬法採消極說，德國普通法則認婚姻締結之訴之補充的損害賠償之請求。蓋如命其締結婚姻，而被告堅決反對無如之何，故於被告無履行誠意時，原告得以賠償之訴代締結之訴。至後締結之訴消滅，惟賠償之訴存在。

(一) 奧大利民法及沙克遜民法，則惟認賠償之訴。(二)

(1) 普通法之判例，以賠償之訴為締結之訴之補充。但事實上惟賠償之訴——*Seufert's Archiv* 27, 37-30.  
 (11) *ABG G.* 46-1 *Sachs.* *GB.* 1579, 1581.

乙 關於賠償範圍，違約人，以為信賴利益之賠償為已足。即賠償相對人及其父母因信賴婚約所為之支出費用為已足。(一)(二) 例如父母之預定禮服，預定酒席，新郎因新婚生活而租房，新婦於準備為妻的預想之下拋棄女教員之職務是。——履行利益之賠償，則無必要。例如為之夫者，縱因不克為夫而不能取得對於妻之財產之收益權；為之妻者，縱因不克為妻而不能受夫之扶養，亦無賠償之必要，對於其親亦加以保護者，蓋為將來之婚姻而支出費用者，多數情形，非婚約當事人，而為其父母故也。(三)

(I) Sachs. GB. 1581 - BGB. 1294 - ZGB. 92.

(II) 「當事人之一方，無正當理由，違反婚約，拒絕其爲婚姻，非無因之使相對人信認婚約所爲之準備行爲歸於徒勞，

其地位聲譽等亦被毀損，致相對人受有形無形之損失，此係違反契約性質上當然而生之當事人預期婚約成立之信念，如基因於使其發生信念的當事人一方之違約，則違約之一方對於被害之相對人而有賠償上述有形無形損害之責任，於以正義公平爲旨之社會觀念，是爲當然。即法律之精神，亦不外是。」〔大正四年一月二六日大審院判決民錄五三頁〕——本件，非單純的婚約違反，乃附帶同棲之婚約違反，（二三之乙註一參照）故日本大審院於信賴利益賠償之外，命其支付對於精神痛苦之慰撫金。如爲單純的婚約違反，則不發生對於精神痛苦之慰撫問題。（Vgl. BGB. 1300,）

(III) Motive, IV, 4.

丙 對於相對人與以解除之理由者，即因自己之有責行爲引誘相對人解除者，與違約人視爲同一，應對於相對人負損害賠償之責。（一）苟不如是，則欲違反婚約之狡黠者，自己並不違約，乃因亂暴之結果，而由相對人解約，將因此發生不爲賠償而達解約目的之不當。

(1) Preuss. Ldr. 11, 1, 120 - Sachs. GB 1581 - BGB. 1199 - ZGB. 92.

## 二五 聘財之返還

羅馬法，婚約當事人於婚約解除後，以相互返還婚姻證據品（戒指）及婚約贈與品爲必要。  
 (一) 近代法亦襲此例。(二) 蓋贈與品固屬以贈與爲原因之給付，然因解除婚約，則贈與同時撤銷，贈與品既喪失原因，至成爲不當利得故也。(三) (四)

然則對於違約人或作成解除原因人，亦不可不返還證據品及贈與品乎？羅馬法對於違約人無須返還。(五) 蓋該法對於違約人不課以損害賠償之義務，故有沒收贈與品以爲其代償之必要。近代法既認賠償義務，實際已無沒收贈與之理由，惟因襲既久，多數立法至今猶設有所謂沒收之羅馬式的罰則焉。(六)

(1) C, 5, 3, 15.

(1) Preuss. Ldr. II, 1, 122 - sachb, GB. 1684 - BGB. 1301 - ZGB. 94 - ABGB. 1247.

(三) 『聘財，係預期他日婚姻成立所授受之一種贈與，如婚約至後因雙方當事人之合意而解除，則當然喪失其效力。已受給付者，自負有返還其標的物於相對人之義務。』(大正六年二月二八日大審院判決民錄二九三頁)

(四) 近日大審院常謂：聘財授受之契約，非必爲『日後不成立法律上有效之婚姻時，即應失其效力之解除條件附契約』於實行同棲時，縱不能認爲婚姻之成立，然契約之效力業已確定，授者自喪失聘財之返還請求權。(昭和三

年才字九〇四號)

(五)C., 5, 1, 5.

(六)Prenss, Ldr. 11, 1, 122—sachs. GB. 1565—BGB. 1815.

#### 第四節 結婚方式

關於婚姻方式之規定，發達於教會，蓋教會為區別適法之結合與違法之結合，故設嚴格之方式。惟依方式所締結者，認為婚姻。近世法亦採此主義。方式之內容，雖以官吏代替僧侶，然要無重大之差別。

#### 二六 羅馬法

羅馬法，婚姻依當事人間單純之合意而成立，不須於官署之前為之，亦不須為呈報。既可以信函，使者，表示婚姻意思，亦可因舉行儀式，實行同棲等，於默示之間實現婚姻意思。祇須婚姻意思之合致，即屬婚姻之成立。(二)

(1) D., 35, 1, 15-C, 23, 1, 96-C, 5, 4, 22.

## 二七 教會法

甲 舊教會法，婚姻以當事人間之要式合意而成立。方式之內容爲：當事人於其一方住所地管轄僧侶之前，二人或三人之證人見證之下，表示婚姻意思。不履行此方式，縱當事人間創設夫妻關係之意思合致，亦不認爲婚姻之成立。蓋方式乃法定之表示方法，不履行此方式，與無表示相同故也。反之，已履行方式，不問真意之若何，則暫時認爲婚姻之成立。蓋方式之表示之有無，爲認定婚姻意思存否之唯一標準，如有方式的表示，卽不可不認定其有婚姻意思也。但於無真意時，表意人得證明真意之欠缺，撤銷其表示。而在未撤銷以前，婚姻仍屬存在。

乙 新教會，自十八世紀以來，卽採要式主義。連同二人以上之證人，於管轄牧師之前，相互交換婚姻意思焉。(1)

(1) 拙著二主義之抗爭一四九頁以下。

## 二八 近世法

近世諸國之法律，沿襲舊教會之主義，當事人須親至身分吏之前，於證人二人以上見證之下，相互表示婚姻意思。析言之，卽以自身出頭爲必要，以使者爲之，則所不許。且以同時出頭爲必要，各別出頭，則所不許。身分吏對於新郎新婦之一方，詢以是否欲與他方締結婚姻？於得「是」的回答以後，對於他方亦爲同一之詢問。於得「是」的回答以後，則宣言：「汝等，依民法之規定，進於婚姻。」最初之「是，」外觀上雖係對於身分吏爲之，其實不外甲男對於乙女之婚姻要約。最後之「是，」外觀上雖亦係對於身分吏爲之，其實不外乙女對於甲男之婚姻承諾。身分吏惟司引誘要約及承諾之作用焉。從而不須身分吏之發問。直接的婚姻意思合致，縱不於身分吏前爲之，其婚姻亦爲成立。婚姻既依要約及承諾之合致而成，故「汝等云云，」乃宣言的而非創設的。從而身分吏縱不爲此宣言，而於婚姻之成立，亦無妨礙。最後，身分吏將當事人之姓名及其他事實，詳細登錄於登記簿，由當事人證人等簽名於其上。簽名之際，女則使用夫姓。蓋在登錄前，意思合致時，其婚姻卽已成立，取得妻之身分故也。(一)(二)登錄，不過證據之保全而已。

(1) BGB, 1317 fg. — ZGB, 116fg. — Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 4. Kap. 8 — Norwegen, Eheg. V.

16/6 1918 27 - Danmark, Ehg. V. 80/6 1922 86 - O. c. 165fg. - Italien. O. c. 98fg. - Niederland, B.W.B. 126fg. - Spanien, O. c. 86fg.

(二)緊急之際，得不待官署之協力而結婚。如臨終之際，欲將拚度之妻扶正，而不能親至官署是。舊教會法謂之緊急婚。  
(Notake) 此時得不借情侶之力，惟須證人到場即可結婚。現代亦有認緊急婚者。

## 二九 日本民法(七七五條)

日本民法，教會法之影響甚為稀薄。何則，蓋在日本，無雙方當事人連同二人以上之證人親至身分吏之前，相互交換婚姻意思，舉行所謂古典的儀式之必要，祇須簡單的一紙之呈報書為已足，即以「雙方當事人及成年證人二人以上簽名之書面」呈報結婚為已足故也。(七七五條二項)然書面主義與教會式的要式口頭主義併置，亦非毫無教會法的影響。(七七五條二項)就「證人二人以上」之點言之，亦可謂其為教會法之遺留。

## 三〇 蘇俄法與日本民法改正要綱

甲 一九二七年一月一日施行之蘇俄新婚姻法，亦採呈報主義，以書面呈報進於婚姻。(二)且認事實上之婚姻，如夫妻同棲(cheliche zusammen leben)法律上即當然發生婚姻之效果。前者



謂之登錄婚，(registrierte Ehe) 後者謂之無登錄婚。(niehtregistrierte Ehe) 如有同棲，家計共同，相互扶助，子女共同養育，對於第三人表示夫妻關係等，不問呈報之有無，與夫當事人之意思如何，法亦以其爲夫妻焉。

(1) Sowjetrussl. G. V. 19/11 1636 2 一併用登錄婚之理由曰：『往往因無共通家計，同棲於同一處所之機會，從而夫婦不能暫時各別生活。例如赤軍之青年兵士，嘗欲使人知自己所愛之女子，卽爲自己之妻。以此，實有登記之必要。文書，乃證明一切之事。此方法，在妻及幼兒均屬容易。兩者，皆於法律之前加以保護。此吾人所以使爲登記也。』(本澤氏蘇俄婚姻法成立之經過法律春秋四卷四號)

(11) Sowjetrussl. G. V. 19/11 1926 12.

乙 日本民法改正要綱，於登錄婚之外，亦認無登錄婚。但非如蘇俄，對於一切之同棲者均附與婚姻效果。惟對於『舉行習慣上所認儀式之男女』，附與婚姻效果。此點，殊難謂其澈底。何則，蓋無儀式而同棲者甚多；卽舉行儀式，而其儀式有非一般習慣的（如富士山顛之結婚飛行機上之結婚等）故也。承認無登錄婚之旨趣，在於一切同棲者承認其夫妻關係，儀式之有無不應成爲問題。雖然，日本現行法以書面呈報爲已足，已與教會法分離。今更承認無登錄婚，實爲勇敢的教會

主義之拋棄，教會主義之衰退，羅馬主義之復活，乃婚姻法全部之一大潮流，日本與蘇俄皆屬此傾向之尖端焉。

### 第五節 姘度

如前節所述，蘇俄新婚姻法，以同棲與婚姻同視，而附與婚姻效果之全部。然有雖非極端，而亦對於同棲附與某種婚姻效果者。即姘度制度是也。

姘度制度，發達於羅馬。嗣後於長時間內隱而不現，今則復活。

### 三一 羅馬之姘度

羅馬法，以同棲爲準婚姻。而附與某種之婚姻效果，蓋婚姻之效果有二種：一爲確保當事人間性的結合之效果；一爲使當事人一方與他方親屬連絡之效果。扶養義務，貞操義務，屬於前者。夫妻相互繼承，所生之子爲嫡出子，一方與他方血親發生姻親關係等，屬於後者。羅馬法對於姘度，惟附與當事人本位之婚姻效果，親屬團體本位之效果，則爲婚姻所特有。具體的言之，姘度之夫亦負扶

養之義務，姙度之妻亦負貞操之義務，但姙度夫妻間無繼承權，一方與他方之血親不發生姻親關係，所生之子亦不能稱為嫡出子。其理由，以爲此等關係，乃親屬團體本位之法律效果；親屬團體本位之效果，基因於婚姻之正式的性質；故對於非正式締結婚姻之姙度夫妻，則不附與此種效果。

(1)(11)

(1)拙著二主義之抗爭二四〇頁以上。

(2)姙度之效果，不問當事人之意思如何而發生。祇須有所謂同棲的事實上之結果，縱反於當事人之意思，法律亦使二人發生姙度法律關係。非以意思爲基礎，乃以事實上之結果爲基礎，附與法律效果。約言之，姙度非契約，乃事實行爲。(Tahandlung)

### 三三一 教會法及近世法

甲 教會，否認姙度。適法結合之典型，惟一婚姻，其他概認爲野合。近世法亦採同樣主義，不認同棲之事實。十六七世紀警察國時代，以同棲爲一種犯罪，與風紀警察之問題。(1)

(1)拙著二主義之抗爭二四九頁以下。

乙 但自前世紀後半以來，則不認姘度爲犯罪。例如奧大利行政法院判示同棲係屬私事，而非警察取締之對象。及一九二〇年奧國遺族扶助法，以在被害人死亡前，至少二年與同棲之婦女爲準妻，而認同棲女有遺族扶助金之請求權。一九二一年奧國稅法，亦以與負稅者永續的共通家計之婦女爲準妻，同棲女不認爲獨立之負稅者。(一)其餘各國，關於遺族扶助金請求權，亦多以同棲女爲正妻。(二)

日本鑛業法八十條規定，鑛業權人與鑛夫業務上死亡時，應扶助於其死亡當時依鑛夫之收入維持生計之人。工廠法十五條亦同。對於同棲女認其有遺族扶助金請求權。

(1) Ehrenzweig, Syst. d. allg. Privatr. II, 2, 4fg.

(11) Rechtsvergleichendes Handwörterb. II 687.

丙 雖然，同棲者之問題，以對於同棲女惟認其有遺族扶助金請求權爲已足乎？無認其有扶養請求權利義務，性的忠實之權利義務，同居之權利義務，日常家事代理權等之必要乎？換言之，婚姻效果之規定，至少無以其一部分準用於同棲者之必要乎？余以爲今日世界各國，雖對於同棲之問題，

(所謂友愛結婚 Kameradschaft 之問題)頗爲煩惱,然解決之法的手段,則不外二端。或則如蘇俄,以同棲認爲婚姻,附與婚姻效果之全部。或則如羅馬,以同棲認爲準婚 (Quasiehe) 惟附與某種之婚姻效果。如取前之手段,則同棲者不但負扶養義務,同居義務等;且相互得爲繼承,與他方之血親發生姻親關係,所生之子亦爲嫡出關係。如取後之手段,祇發生扶養,同居,貞操,家事代理權等當事人本位之法律效果,而不發生繼承,姻親,嫡出等之關係。二者,以何者爲是,固屬問題;然皆屬教會式的婚姻一元主義之陳腐觀念,則屬事實焉。(二)

(一)日本判例,夫妻扶養義務之規定,(七九〇條)及負擔婚姻費用之規定,(七九八條)準用於姘度。姘度夫妻,亦負扶養之義務。略謂:「雖法律上不發生夫妻關係,然如事實上有婚姻關係之持續,其夫即不可不負擔一家之生活費用。」(明治四十二年十二月十五日東京地方法院判決)「雖未爲婚姻之呈報,然如已舉行相當儀式,而有夫妻之事實存在,其一方即應以自己之負擔扶養他方。」(大正十一年六月三日大審院判決)

## 第六節 結婚之無效及撤銷

關於婚姻無效及撤銷之規定,發達於教會。教會本於維持婚姻之原則, (Prinzip der mog-

lichsten Aufrechthaltung der Ehe) 最小限的限制婚姻之無效及撤銷，而為婚姻特設無效及撤銷之規則。此種規則，直傳至今。

### 第一項 意思欠缺婚

意思欠缺婚，指欠缺相當於婚姻呈報之真意者而言。當事人之一方或雙方，有故意為非真意之婚姻呈報者，有於不虞之間而為非真意之婚姻呈報者。心裏保留婚，虛偽婚，屬於前者，表示錯誤婚，屬於後者。

### 三三三 心裏保留婚（旧民七七八條以下）

甲 心裏保留婚，指當事人之一方雖簽名於婚姻呈報，而無為夫妻之真意者而言。於此情形，簽名者得以無真意為理由，主張呈報之無效或撤銷乎？至少為新教會之法律所不許。（一）蓋相對人及第三人，不識表意人之真意何若，彼惟知依方式以為表示者在欲婚姻之成立故也。近代法亦採新教會主義，表意人不得以心裏保留為理由，主張無效或撤銷。（二）日本民法亦然。何則，蓋民法七七八條規定：「婚姻，以左列情形為限，為無效。」又七七九條規定：「婚姻，非依後七條之規定，不得撤

銷之。」係特別限定無效及撤銷之情事，而此限制情事，不得攔入「心裏保留」故也。

(一)拙著二主義之抗爭一七八頁以下。

(11) C. c. 180fg. — BGB. 1323fg. — Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 10. Kap. — Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 31 — Danmark, Eheg. V. 30/6 1922 42fg.

乙 相對人知其不合於表意人表示之真意時，即相對人爲惡意時，果何如乎？多數立法，交易契約上之保留表示，於相對人爲惡意時爲無效；而於婚姻，即此例外亦所不許。(一)一旦依方式表示婚姻意思以後，即無提出非真意抗辯之餘地，縱令相對人爲惡意，表意人亦不能不爲表示所拘束。日本民法，亦明定交易契約上之保留表示，於相對人爲惡意時爲無效；(九三條二項)關於婚姻，則絕對不許心裏保留之抗辯。故意提出反於真意之婚姻呈報者，縱屬無心，亦不能不與相對人結爲夫妻焉。(七七八條以下)

(1) C. c. 180fg. — BGB. 1323fg. — ZGB. 120fg. — Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 10 Kap. — Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 31 — Danmark, Eheg. V. 30/6 1922 42fg.

### 三四 虛偽婚（七七八條以下）

虛偽婚，指當事人雙方雖爲呈報，然同時密約其無效者而言。於此情形，當事人得主張婚姻之無效或撤銷乎？至少爲近世法律所不許。於交易契約，許其爲虛偽無效之抗辯；而於婚姻，則禁止虛偽無效之抗辯，與禁止心裏保留之抗辯同。蓋依方式公然締結之行爲，不能因私的密約左右其效力故也。（一）

日本民法，婚姻無效及撤銷情事中，不包含虛偽表示。（七七八條以下）故在日本，虛偽婚既非無效，亦不得撤銷焉。（二）

（一）抑著，二主義之抗爭一七八頁以下，Wolff, Familienr. 1928 74.

（二）日本之判例，不法目的之緣組，於虛偽緣組名義之下爲無效——「以爲除兵役義務之目的，合意上爲表面假裝之緣組時，縱令已爲登錄，然因當事人間無爲緣組之意，其緣組爲無效。」（明治三十九年十一月二七日大審院刑事判決錄一六卷一二八八頁）——「養子緣組，如出於使養女爲藝妓營業之便宜，而當事人無發生親子關係之意，其緣組爲無效。」（大正四年二月八日東京地方法院判決法律評論四之一民法四二頁）

### 三五 表示錯誤婚（日民七七八條一款）



甲 表示錯誤婚，指不欲之婚姻呈報出於不虞之間者而言。有爲相對人之同一性錯誤者。如於呈報中寫明與甲某之長女春子結婚，因春子與秋子人的錯誤，而其真意則欲與次女秋子結婚是有爲呈報之種類錯誤者。如爲婚姻呈報者，以爲係寄留呈報而爲簽名是。(七七八條一款)(一)

(一) 拙著「主義之抗爭」一八七頁以下。

乙 教會法及近世法，惟救濟錯誤者。蓋錯誤與心裏保留及虛偽表示不同，一係出於故意，一係出於不虞，頗有同情之餘地故也。但錯誤婚之救濟方法，與錯誤表示一般之救濟方法，稍異其趣。錯誤表示爲無效，錯誤婚則惟得撤銷。蓋縱屬錯誤，然係依方式而爲表示，且已登錄於公簿，故非當然爲無效，不過依撤銷判決而失效焉。(一)

但在用語上，至今猶稱其爲無效婚。(nichtige Ehe) 此在教會法所謂無效婚。(Matrimonium nullum) 卽撤銷婚之意，用語上雖爲無效，實則不外「得無效」(Vernichtbar) 卽「撤銷」之意味。非「當然無效」之意味。爲表現當然無效之意味，教會法則稱不存在婚(matrimonium non existens)

(1) C. c. 180—Schweden. Eheg. V. 11/6 1920 Kap. 10 3—Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 352—

Danemark, Eheg. V. 30/6 1922 44 2.

丙 日本民法亦謂：「因人違及其他事由，當事人間無為婚姻之意思時，」「婚姻為無效。」（七八條一款）「因人違及其他事由，當事人間無為婚姻之意思，」即「表示上有錯誤」之意味。「無效，」即「得無效」之意味。通說以此「無效」解為當然無效之意味，殊非正確。（一）

（一）婚姻撤銷，有公益撤銷與私益撤銷。前者為撤銷公益違反婚，故對於當事人雙方親屬及檢察官予以撤銷權。後者為救濟被害當事人，故惟對於被害當事人予以撤銷權。前者之效果溯及既往，自始為無效。後者不過婚姻對於將來撤銷之。私益撤銷權因追認而消滅，公益撤銷則否。不廢止無效用語之理由，蓋對於私益撤銷單稱撤銷，而公益撤銷單稱無效故也。（拙著「主義之抗爭」一九三頁）

### 三六 表見婚（日民七七八條二款）

表見婚，(Scheinehe) 指婚姻欠缺成立要件，從而非真實之成立，而婚姻簿上登錄其為成立者而言。例如身分吏任意的登錄，於子女不知之間，其親作成婚姻呈報而為登錄是。

教會法，表見婚惟得撤銷，而非當然無效。（一）近代法亦採同一主義。婚姻簿上既有婚姻存在，

於爲第三人所信賴之關係上，不得當然爲無效。(二)

日本民法亦謂「當事人不爲婚姻之呈報時，」「婚姻爲無效。」(七七八條二款)「當事人不爲婚姻之呈報，」乃「他人已爲婚姻呈報」之意味。「無效，」即「得無效」之意味。通說以此無效解爲當然無效之意味，殊非正確。(三)

(1) Friedberg. Kircheng. 464.

(11) O. c. 191 - Italien, O. c. 104 - BGB. 1824, 1829.

(三)「依原判決所認之事實，被告上告人雖曾與上告人舉行結婚儀式，然式後僅二三日，即返於其父高橋藤作家，拒絕與上告人同居。上告人知其無與締結婚姻之意，而於爲婚姻呈報，意欲被告上告人回心轉意與其同棲，乃請於被告上告人之父母，於婚姻呈報代爲蓋印。且其父藤作未經被告上告人之承諾，於該呈報中被告上告人姓名下擅爲蓋印，呈報於戶籍吏，即其婚姻呈報，無被告上告人之承諾，乃其父藤作擅爲呈報，其婚姻依民法七七八條應爲無效，甚爲顯然。」(大正九年九月十八日大審院判決錄一三七八頁)

「以收受一時賜金及遺族扶助金之目的，親屬等相謀，不依出征軍人之意思，而由他處抱養小兒，雖已爲養子緣組之呈報，其養子緣組亦屬無效。」(明治四〇年五月二十七日大審院判決法律新聞四三四號八頁)

「家長因腦病不能執行家政，親屬等相謀，爲使家長之弟處理家政，以其爲家長之養子，而爲緣組呈報，不能謂當

事人有爲養子緣組之意思，從而其養子緣組爲無效。（日本秋田地方法院判決法律新聞九三四號二二頁）

「無效的養子緣組，雖已登錄於戶籍簿，然亦不因之發生何種之效力，養子緣組之無效，第三人亦得主張之。」（大正四年十月一八日大審院判決錄一六五頁）

## 第二項 意思瑕疵婚

意思錯誤婚，指結婚意思之發表過程無缺點，而其成立過程有缺點者而言。即結婚意思雖正確發表於呈報書，然其結婚意思係由於不正常的判斷而生者，謂之意思錯誤婚。有以錯誤的判斷爲前提，而爲其決意者。有受他人不正干涉之影響，而爲其決意者。動機錯誤，屬於前者。詐欺強迫，屬於後者。

## 三七 動機錯誤婚

甲 對於結婚之決意，動機的作用之判斷，頗居多數。有以相對人之面貌姣好，品行端正等，關於人的性質之判斷爲前提者。有以相對人之門第高崇，家資富有等，關於外部事情之判斷爲前提者。動機的作用之判斷如有誤謬，而一一許其撤銷，則婚姻之安全破壞無餘。故有適當的限制錯誤撤銷

之必要。

乙 舊教會，排斥一切之錯誤撤銷。關於外部事情之判斷誤謬無論矣，關於人的性質之判斷誤謬，亦屬不能撤銷。及至新教會，則對於錯誤者稍加救濟。但許其撤銷者。惟以不知相對人有破壞廉恥罪之前科，與誤斷相對人之處女性者爲限，此外則不許撤銷。(1)

(1)拙著二主義之抗爭二〇〇頁以下。

丙 近代法律，對於外部情事之錯誤，(Umstandsirrtum)亦全不予以救濟。故誤認相對人之門第家世，及誤認相對人之學歷財產狀態者，別無撤銷之道。關於人的性質之錯誤，(Eigenschaftsirrtum)亦多不以其爲撤銷之理由。縱事後意外發見相對人之愚鈍，病弱，嫉妒，浪費等，亦不能撤銷其婚姻。但嗣後發見相對人係不適於爲錯誤人同一人類之配偶的人物時，則得爲撤銷。例如可厭之皮膚病人，重結核之病人，梅毒或性交不能之病人，皆不適於爲身體正常人之配偶，故身體正常人於結婚後發見相對人有此種身體缺陷時，得以其爲錯誤相對人之種類，撤銷其婚姻。同樣，不治之精神病人，強度之西斯底里人，低能人，皆不適於爲精神正常人之配偶，有犯罪癖，強暴或酗酒

癡者，皆不適於爲道德正常人之配偶，故精神或道德正常人於結婚後發見相對人有此種精神的道德的缺陷時，亦得以其爲誤認相對人之種類，撤銷其婚姻。(一)

但日本民法，全然不許錯誤撤銷。(七七八條以下) 誤認相對人之種類時，亦不許撤銷其婚姻焉。(二)

(一) BGB. 1333-ZGB. 124 Nr. 2-Schweden, Eheg. V. 1116 1920 10 Kap. 3Nr. 3-Norwegen, Eheg. V. 1515 19/8 35 Nr. 3 U. 4-Danemark, Eheg. V. 30/6 1922 44. Nr. 3.

(二)拙著「主義之抗爭」二一六頁。

### 三八 強迫婚 (日民七八五條)

強迫婚，指因相對人或第三人之強迫，決定結婚意思者而言。教會法，於此情形，亦許撤銷。卽子女因親之強迫，決意結婚時，對於被強迫之子女，亦予以撤銷權。近代法亦然。(一)

(一) BGB. 1335-ZGB. 125 Nr. 1-Schweden, Eheg. V. 8/6 1904 10 Kap. 3. Nr. 5-Norwegen,

Eheg. V. 15/5 1918 35 Nr. 6-Danemark, Eheg. V. 90/16 1922 44 Nr. 5.

### 三九 詐欺婚（日民七八五條）

詐欺婚，指被詐欺，忽視相對人之缺點者而言。

舊教會，以詐欺婚爲錯誤婚之一種，不爲特別之救濟。新教會則區別此二者，且詐欺婚之撤銷，更屬容易。例如惟相對人之門第家世有錯誤時，不許婚姻撤銷。然若因詐欺而陷於錯誤，則許其撤銷。蓋詐欺，非由於自己之輕率，乃因他人之欺罔而陷於誤斷，頗有同情之餘地故也。

近代法，詐欺婚之撤銷，亦特別容易。人之種類被詐欺時無論矣，卽惟其瑕疵被詐欺時，被害人亦受撤銷之救濟。例如新郎隱祕其再婚之事實時，夫再婚者固非不能爲初婚者之配偶，自不得謂其係詐欺配偶資格上之種類，然新婦亦得撤銷其婚姻。何則，蓋所謂再婚者，不失爲配偶資格上之瑕疵，從而雖非種類錯誤，亦屬瑕疵之隱蔽故也。新婦隱祕其家世微賤之事實時，與隱祕其有精神病血統之事實時，亦屬瑕疵之隱蔽，從而婚姻亦不免於撤銷。（一）（二）

日本民法，雖錯誤婚不許撤銷，然詐欺婚則許撤銷。（七八五條）（三）

(1) BGB. 1334-ZGB. 125-Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 10 Kap. 3. Nr. 4-Norwegen, Eheg.

V. 15/6 1918 34 *Er. 5-Danemark*, *Ehég. N. 30/6 1922 44 Nr. 4.*

(11) *Reichsg. Deutsch. 34, 124.*

(三)「抑舊極多，自昔即爲賤卑種族之一，爲一般人民所不齒，不願與之締結婚姻，雖在今日，然如爲非舊極多者之普通情態，不但隱蔽其生於舊極多家之事實，且常稱其實家爲血統正大之舊家豪農，卽屬詐欺而爲婚姻撤銷之原因。」〔明治三十五年一月十七日廣島控訴院判決法律新聞一三〇號七頁〕

### 第三項 追認與善意保護

#### 四〇 追認（日民七八五條二項）

甲 追認之規定，發達於新教會。蓋追認，乃撤銷權人欲維持瑕疵婚之意思表現，新教會則較諸舊教會重視撤銷權人之意思力故也。撤銷權人如欲維持其婚姻，縱屬瑕疵婚亦得維持焉。（一）

近代立法，亦採新教會之主義。對於被強迫人，被詐欺人，及錯誤人予以瑕疵婚之追認權。瑕疵婚，得依彼等明示或默示之追認，完全爲有效。（二）日本民法亦然。（七八五條二款）

(1) *Friedberg, Kirchenr. 465.*

(11) *BGB. 1325 - C. c. 183 - Italien, C. c. - Niederland, BWRB. 146.*



乙 瑕疵婚之撤銷權，因一定期間之經過當然消滅。通常爲六個月，(一)日本民法爲三個月。(七八五條二項)

(1) C. c. 181 - BGB, 139 - ZGB, 127 - Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 10 Kap 3 - Norwegen, Eheg.

V. 15/5 1918 35 - Danmark, Eheg. V. 30/6 2921 44 - Spanien, C. c. 102.

#### 四一 善意保護 (日民七八七條二項)

甲 善意保護之規定，始於教會法。該法，在保護不知撤銷權之附着而結婚之善意第三人，其得撤銷之婚姻，亦爲善意人發生普通之婚姻效果。(二)卽所謂善意婚 (Putativehe) 者是也。

近代法律，亦採同一主義。善意人，超越於撤銷影響之上。例如夫爲惡意時，彼則溯及喪失夫之地位，從而不得不全部返還以夫之資格所取得之利益。(例如因使用收益妻之財產所得之利益) 善意之妻，則惟向將來喪失妻之地位，依舊保持既得之利益。(例如已受之扶養) 無返還之必要。(11)

(1) F. Friedberg, Kirchenr. 471 子繼於父母之一方或雙方爲惡意時，亦不失其爲嫡出子之地位。

(11) O. c. 201, 202 - Italien, O. c. 116 - Niederlande, BWB. 150, 151.

乙 日本民法，不因保護善意人破壞撤銷溯及效之原則，乃為維持身分關係，破壞此原則焉。即身分關係，在日本民法上，無論何種情形亦非溯及的消滅，而為將來的消滅。善意人無論矣，即屬惡意人，亦非自始喪失其為夫為妻之地位，不過將來喪失其地位而已。（七八七條一項）

反之，財產關係，則溯及的消滅。夫妻不得互相返還『因婚姻所得利益之全部』但於善意之點，亦加參酌。（一）善意人惟『於現受利益之限度』為其返還為已足。（七八七條二項）（二）

（一）普魯士州法，關於返還義務之範圍，亦參酌善意。（Preuss. I.d.R. 11, 1, 956 959.）

（二）德國民法，以婚姻撤銷為準離婚，使惡意當事人與有責離婚者負同一之責任。（BGB 1345）瑞士及斯干底拉維亞之立法亦然。（ZGB, 134 - Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 10 Kap. 4 - Norwegen, Eheg. VI 15/5 1918 36）

## 第二章 夫妻關係之內容

### 第一節 人的關係

人的關係之規定，在教會法及受教會思想影響之日耳曼諸法甚為發達。蓋教會由夫妻一體（Man und Weib ein Leib）之見解，力主兩性之忠實，以夫妻結為一個之共同體，現代法亦採此主義，於一體主義之上建設夫妻關係法故也。今則羅馬式的分立主義之憧憬頗占優勢。羅馬法以夫婦立於獨立對等之關係，主張恢復此主義，根本的改正夫妻關係法者，不乏其人。

#### 四二 姓氏共同（日民七八八條）

羅馬法，妻於結婚以後，仍稱處女時代之姓。日耳曼諸法，則從「夫妻一體」之教義，妻於結婚以後，改稱夫姓，俾夫妻之姓歸於一致。近代法多屬妻稱夫姓。（一）日本民法亦然（七八八條一項）

雖然，姓氏共同，有害於女子人格之獨立。女子如欲以其一個獨立之人格，而為社會活動，實有要求獨立的人格標識（即獨立之氏名）之必要。女優，女著作家，女音樂家，及女藝員等，常有因結婚變更姓氏，致其聲譽上及收入上發生損害者。以故學者攻擊姓氏之共同，主張應如羅馬法，妻於結婚以後仍繼續使用其處女時代之姓氏。（二）

(1) Prens. Ldr. 11, 1, 192, 108 - sachs. GB. 1682 - ABGB. 92 - BGB. 1355 - ZGB 30 - Cod. Jur. Can. c. 1112.

(11) Mariane Weber, Ehefrau u. Mutter in der Rechtsentwicklung, 420.

#### 四三 住所共同（日民七八九條）

羅馬法，妻無與夫同居之義務，夫亦無與妻同居之義務。（一）日耳曼諸法則從耶教『夫妻一體』之教義，夫妻在法律上互負同居之義務。（二）近代法律亦以此為法律上之義務。（三）（七八九條）惟於有特別事由時，例如夫無一定住居，夫旅行於鄙地，夫不扶養妻，妻有疾病，夫欲與其父母同居而在妻極感痛苦時，則妻無與夫同居之必要。但在學者以為，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。（四）是住所共同之規定，其於今日，殊覺後時。

（一）拙著「主義之抗爭」九頁。

（11）Crimm, Weisth, 1, 85; die sind einander Jnoesz erb.

（111）Preuss. Idr. 11, 1, 175—sachs. GB. 1633—O. c. 214—ABGB. 44—Cod. Jur. Can. c. 931.

（E）Marianne weber, 417 fg.

#### 四四 性的共同（日民七八九條）

甲 羅馬法，日耳曼法，均對於妻課以貞操之義務。尤其如日耳曼法，雖夫於發見妻之姦通時，當場殺之不以為罪，然無所謂夫之貞操之觀念。（一）教會則主張夫亦負有貞操之義務，（性慾上之忠實義務）其違反也，稱為夫之姦通。不但與有夫之婦性交，謂之姦通，即凡與妻以外之女子性交，皆謂之姦通焉。（二）

近代法律，最先規定夫妻有同等之貞操義務者，為普魯士之州法。（三）法國法，初亦惟對於妻

課以貞操義務。且沿襲日耳曼古法，夫於發見妻之姦通時，當場殺之不以爲罪。(四)但自一八八四年以來，貞操義務，夫妻平等。(五)其餘各國，亦採平等主義。

(1) Bartsch, Rechtsstellung d. Gatten u. Mitten 90.

(11) Bartsch, Rechtsstellung, 91.

(111) Preuss, Ldr. 11, 1, 181.

(111) Code Penal. 324.

(五)拙著『主義之抗爭』三四頁以下。

乙 自表現貞操義務觀念之立法技術及其變遷觀察，普魯士州法露骨的規定曰：『夫妻互負貞操之義務。』(一)德國則自第一次草案以來，總括貞操義務與其他一切人的義務，祇規定夫妻互負婚姻的共同生活。(eheliche Lebensgemeinschaft)之義務。(二)換言之，即婚姻的共同生活義務之抽象的語句中，包含貞操之義務。日本民法第七八九條之同居，與德瑞法『婚姻的共同生活』之意義同，就中亦可謂其含有夫之貞操之義務。(三)

(1) Preuss. Ldr. 11, 1, 181.

(11)1. Entw 1272—BGB. 1353 I—ZGB. 159 I.

(12)拙著『生義之抗爭』二六三頁以下。

#### 四五 扶養義務(日民七九〇條)

甲 羅馬法、日耳曼法，雖夫不可不扶養其妻，然對於妻之扶養義務，與對於一般家屬之扶養義務根本不同，迄於近代始漸顯然。十九世紀之立法及普通法之判例，皆明認扶養妻之義務係附隨於夫之地位當然而生。(一)以此非如一般之扶養義務，以『受者困難』為前提。妻縱有財產及取得能力，夫亦不能不扶養其妻。亦非如一般之扶養義務，以『與者富裕』為前提。夫因扶養其妻，縱使一己之生計陷於困難，亦非盡扶養之責不可。此所謂『應以其所有者分之於妻』(Was er hat, muss er mit der frau teilen)是也。

(1)Preuss. Ldr. II, 1, 185, 168—C. c. 214—sachs. GB. 1634—Seuffert's Arch. 42, 303.

乙 其次，妻亦應扶養其夫乎？羅馬法，妻無扶養其夫之義務。日耳曼法亦然。十九世紀之立法態樣，雖不一致，(一)但在普通法之判例，則認妻有補助的扶養之義務。即妻於夫有財產及取得能力時，

不負扶養其夫之義務，反之夫如全無財產（Vollig vermögenslos）全無取得能力（Vollig gerichtsunfähig）則妻不能不扶養其夫。（二）現代法亦採此主義。（三）

(1) Vgl. Idr. 11, 1, -O, c. 1448 - bayr. Idr. 1, 6, 12. Nr. 7.

(11) Senifers Arch. 27, 267 - 拙著人格權之發達。

(三) 縱在無明文規定之國，亦認夫妻之扶養義務不同。德國學者謂：夫妻間之扶養義務，亦與夫妻間其他之義務同，應依德民第一三五條第一項『婚姻的共同生活（*eheliche Lebensgemeinschaft*）之義務』決之。所謂婚姻的共同生活之義務，不過妻須似妻，夫須似夫，而為行動之意，故其結果夫對妻之扶養義務不能不重，而妻對於夫之扶養義務不能不輕。此蓋根據『婚姻的共同生活』一語，以說明夫妻扶養義務程度之所以差異也。（*Motive, IV, 127*）日本民法第七八九條之『同居』與『婚姻的共同生活』同義，（拙著『主義之抗爭』二六三頁以下）似亦可根據『同居』字樣，對於夫妻之扶養義務附以程度之差異。

#### 四六 行為能力（日民一四條）

甲 羅馬法，妻之行為能力不受限制，得獨立（即無夫之同意）負自己之債務，處分自己之財產。  
日耳曼諸法則妻為無能力人，以夫為監護人，（*Vogt und Meister*）妻負自己之債務，處分自己之



財產，須得夫之同意。(1)

(1) Bartsch, Rechtsstellung, 90.

乙 迄於十九世紀，妻之行爲能力仍毫無擴張。法國、普魯士、沙克遜等，十九世紀之代表立法，皆以妻爲無行爲能力人。(一)但就中有妻之債務負擔能力係屬自由，不過其處分能力附有限制者，例如 Nurnburg 市法是。(二)後之主義所根據者，因妻之財產屬於夫之使用收益，故妻處分其財產不可不經夫之同意。即妻非其自身人格有缺陷，乃因處分客體的財產之上有他人之權利（即夫之使用收益權）存在，故處分之際須得其夫之同意。以是屬於夫使用收益之財產部分，（所謂帶入財產）其爲處分固須得夫之同意，反是不屬於夫使用收益之財產部分，（所謂特有財產）其爲處分則無得夫同意之必要。德國民法亦採此主義，(三)惟帶入財產之處分以夫之同意爲必要。

(四)(五)(六)

日本民法，現尙做倣十九世紀初期之立法例，以妻爲無行爲能力人。如無夫之同意，即不得爲第十四條所載之處分行爲及債務行爲。

(1) O. c. 217, 220 fg, 1124, 1125 - bad. Ldr. 215fg. - RG. Entsch. 6. 123 - Preuss. Ldr. 11, 1, 188,

189, 320 - sachs. BG. 1638, 1641. - Würtemb. Entw. 133fg.

(11) RG. Entsch. 1, 37 (Nunbung) - RG. Entsch 6, 123 (Nassau) - oldenb. G. V 24/4 1873.

(11) BGB. 1395.

(四) 爲期夫之使用收益權之安全，有限制妻之處分能力之必要乎？物權法雖注意於限制物權人之安全，然不特別禁止所有權人之處分，惟以限制物權人爲絕對權人，以保障其權利之安全。保障夫之權利，不能與此出於同一方法乎？若以夫妻之使用收益權爲絕對權，則夫之權利已足保障而有餘。蓋對於帶入財產之第三取得人，亦可主張其使用收益之權利故也。爲期自己權利之安全，以其一己爲絕對權人爲已足，實無以他人爲無能力人之必要。(Motive, IV, 225)

(五) 關於票據能力，其說不一。通說視債務負擔能力之有無，以決其有無票據能力。如能獨立負擔債務，則依票據負擔債務，亦無須得夫之同意。反之，如負擔債務須得夫之同意，則依票據負擔債務，亦不可不得其夫之同意。即認妻爲相對的無票據能力人，而不認其爲絕對的無票據能力人。

(六) 關於營業，中世紀之法律及近世紀之法律，雖多以得夫之許可爲必要，(Stobbe - Lehmann, deutsch. Privat. IV, 105, 192fg) 然亦非無不經夫之許可而爲營業之立法。但因關於妻在營業上債務擔當範圍意見紛歧之結果，如德國民法 (BGB, 1414, 1462) 若惟以妻之保留財產爲營業債務之擔當，則特有財產爲妻之自

由財產，故夫於妻之營業無置喙之理由，從而自不以夫之許可爲必要。但在他之立法（C. c. 220, C. de Comm., § 5; Alt O. R. 35, 2）即妻之帶入財產亦不能不爲妻之營業債務之擔當，則於帶入財產之上，因有夫之使用收益權存在，故在保護必要上不得不對於夫認其有營業之許否權。

#### 四七 訴訟能力（日民一四條）

甲 羅馬法，妻有訴訟能力，得自爲原告，自爲被告。日耳曼諸法則妻無訴訟能力，由夫代理。妻如侵害他人，則以夫受訴。妻如受他人之侵害，則由夫代爲起訴。（一）

（1）Bartsch, Rechtsstellung, 90.

乙 及至十九世紀，妻之訴訟能力亦未見擴張。法國民法及 Württemberg 州法，以妻爲無訴訟能力人，而由夫爲訴訟上之代理。（二）普魯士州法及沙克遜民法，雖以妻爲訴訟能力人，但妻爲訴訟須得其夫之同意。（三）尤以關於財產之訴訟，必須得夫之同意焉。

何故財產上之訴訟妻須得夫之同意乎？通說謂妻如敗訴，夫於其財產上所有之使用收益權亦受影響，實無足慮。蓋妻之敗訴判決，惟對於妻發生效力，而於夫則否，惟妻之特有財產受判決之

執行，而於其帶入財產則否故也。換言之，即妻縱敗訴，夫亦不喪失其使用收益權，對於妻之訴訟，自無加以干涉之必要。(三)一八七七年一月三十日之德國民事訴訟法，即由此見地明定：「女子之訴訟能力，不因其爲妻而受限制。」(四)以妻爲無訴訟能力人之 Württemberg 法，以妻爲限制能力人之 普魯士法 及 沙克遜法，亦同歸廢止。(五)

日本民法，今猶以妻爲限制能力人，關於訴訟行爲須得夫之同意。(一四條一二條四款)(六)

(I) O. c. 215, 218 - Wurtemb. Ldr. 1, 18, § 2; Wurtemb. G. V. 21/5 1828.

(II) Preuss. Ldr. II, 1, 230 239 - Sachs. G. B. 1638 1682, 1693.

(III) Gaupp, Civilprozessordnung 1, 172

(E) O. P. O. V. 8/1 61 Abs. 2. "Die Drossessfähigkeit einer Frau wird dadurch, dass sie Ehefrau ist, nicht beschränkt."

(F) Gaupp, a. a. O.

(六) 大正十一年七月八日大審院判決，於爲被告無須得夫之同意。(民集七卷三七六頁) 新民訴亦明揭此旨。(五〇條) 縱爲原告，然於以人格權之侵害爲理由時，亦無須得夫之同意。蓋妻之起訴，不致害及夫對於妻之財產上之權利故也。

## 第二節 財產關係

### 第一項 夫所有之推定

#### 四八 夫所有之推定(自民八〇七條二項)

羅馬法，妻於結婚後所占之物，推定爲夫之所有。(1) (sog. praesumptio Manciana) 德國普通法則夫更爲有利，凡妻之占有物，皆推定其屬於夫。即夫對於繫爭物，無須證明其爲結婚後所占，逕受所有之推定。普通法之判例，係受固有法影響之結果，蓋在固有法，夫之財產支配權既極強大，則夫所有之推定亦勢不能不強大故也。(1)

(1) D., 24 1, 54-C., 5, 16, 6.

(1) Jenge, *Über die Bedeutung d. s. g. Praesumptio Manciana*, Arch. f. civ. Prax. 45, 305 fg.

雖然，迄於近世，夫所有之推定，頗爲薄弱。例如沙克遜民法，夫惟就其住宅內之動產受所有之推定。即關於不動產以證明其所有爲必要；關於動產，如在妻獨立之居所或營業所，亦以證明其所

有爲必要。至德國民法，惟夫之債權人，得以妻占有之動產推定爲夫之所有，而受扣押。夫及其繼承人則不得以妻之占有物推定爲夫之所有。如欲主張其所有權，則應負舉證之責。即惟保護夫之債權人，夫及其繼承人則不予以保護。夫所有之推定，原係保護夫之債權人與夫自身及其繼承人，德法則否認後者之機能，惟取前者之意味。(1)(2)

日本民法上，不但動產，即不動產亦推定爲夫之所有。不但係爲夫之債權人，即爲夫自身及其繼承人亦推定爲夫之所有。(八〇七條二項)

(1) Sachs. GB. 1856.

(2) BGB. 1892.

#### 四九 妻所有之推定

沙克遜民法，(一)就具有女子用具性質之動產推定爲妻之所有。蓋女子用具亦推定爲夫之所有，反於經驗，故以推定爲妻所有爲適當。妻既爲推定所有人，則在夫占有下之女子用具，於未有反證以前，自得主張其所有權。

德國民法亦採此主義。(二)日本民法雖無妻所有之推定，但判例謂：女子所用之衣服首飾，「以認定爲妻之所有物爲相當。」(三)

(1) Sachs, GB. 1671.

(11) BGB. 1362 11.

(三)明治四十一年十月十日東京控訴院判決雖謂：「其財產僅謂其爲婦女所用之物件，如無特有財產之反證，不得遽認爲妻之財產。」但大正十年二月九日東京控訴院判決則謂：婦女用具，以認定爲妻之所有爲相當。

## 五〇 夫妻間之契約 (日民七九二條)

普通法之判例，以夫妻間之贈與爲無效。(一)普魯士州法及奧大利民法則撤廢夫妻贈與之禁止。贈與，亦如買賣，租賃，借貸，組合等，夫妻間所約定者爲有效。一八七三年及一八七九年之 *Ord.* 法，亦認夫妻間之贈與爲有效。(二)蓋在往昔法制，爲貫徹夫妻一體之原則，夫妻之財產既應全部視爲總有，則夫妻間之贈與實無意義，不能不排斥之。今則廢除夫妻一體主義，而以其爲各自獨立之利益主體，故兩者間之贈與自應與以肯定。德國民法瑞士民法，亦認夫妻間之贈與爲有效。日本民法，夫妻間之一切契約，皆可撤銷。(七九二條)不但贈與，即買賣，租賃，借貸等，祇以夫

妻間所約定者爲理由，（非以意思表示之瑕疵等爲理由）即可撤銷。可謂其與夫妻分立之趨向相背馳。

(1) Windscheid - Kipp Pand. III § 509, — auch sachs. GB. 1647, 1649; C. c. 1096.

(11) Preuss. Idr. 11, 1, 310, 313—ALGB. 1246—oldemb. G. V. 24/4 1873. 37, V. 10/1 1879. 35.

## 第二項 妻之日常家事代理權

妻之日常家事代理權之規定，肇源於十三世紀之都市法。維持各家，皆各經營其自給自足之家內經濟，而與外部無甚經濟上之交涉，故對於妻無認其有代理夫與第三人爲交易之權能之必要。及都市勃興，交換經濟普及，不得不使妻由外部購入家族生活之必需品，於是發生妻以夫之負擔與第三人交易之家事代理之制度。十八十九世紀之各州立法，亦均規定妻之家事代理權。此卽現代家事代理制度之史的基礎焉。(1)

(1) 近藤氏夫妻財產法之研究二六九頁以下參照。

## 五一 日常家事代理權之取得



十八十九世紀之各州立法，及現代之各國法，皆惟於明文上予妻以家事代理權，而於姘度之妻無與焉。(一)對於姘度之妻不予以代理權，則誤認彼女爲正妻與其交易之第三人，常蒙不測之損害，故最近之學說判例，對於姘度之妻亦認其有日常家事代理權。例如法國一九〇二年，使在海濱某旅館與其情婦同宿之某紳士，支付其所謂「妻」由綢緞店所買衣料之代價；(二)又一九一二年，某少女買入縫紉機之代價，而使於契約之際該少女所呼爲「夫」之情夫支付是。(三)德國學說亦謂該國民法一三四四條之規定，於姘度準用之。即善意第三人得以姘度之妻所爲家事行爲之效果，直接歸諸姘度之夫。(四)(五)

(1) Preuss. Ldr. 11. 1, 321fg GB. V. 1887, 603—sachs. GB. 1645—oldenb. G. V. 24/4 18 734

(1) Trib. Nice 24/10 1909 (Dalloz, Recueil Périodique, 1912, 2, 216)

(iii) Trib. Paix Paris 14/11 1912 (Recueil de la Gazette des Tribunaux, 1913, 2, 444.)

(四) 德民一三四四條，保護不知撤銷原因附着於婚姻，而與夫妻一方交易之善意第三人之規定，學說則於婚姻不成立之場合準用之。不知婚姻不成立而與妻交易之第三人，對於彼女之情夫，亦取得如婚姻爲有效對於彼女之夫所能取得之權利。(Standinger-Engelmann, Komm. Bem. 2a zu § 1357 n. Bem. 4 zu § 1344.)其

詳參照 Vgl. K. T. Kipp, Rechtsvergleichende Studien z. Lehre v. d. Schlusselgewalt, 27 fg.

(五)於可以撤銷之婚姻，妻仍不失其代理權。蓋於未有撤銷判決以前，仍屬爲妻故也。未成年之妻，亦不失其代理權。蓋縱爲無能力人，亦得爲代理人故也。(日民一〇二條)

## 五二 代理權之範圍

甲 十三世紀之都市法，妻所能代理之事項，皆一一明示其內容。例如若干價金以內之買賣契約可以締結，某種之穀物某種之衣類可以買入是。(一)十八九世紀以後之立法，則凡具有日常家事性質之事項，皆可代理。蓋以爲與其內容的列舉，毋甯以其家庭之生活程度，尤其以夫之收入爲標準，各別決定何者應由妻代理，較爲妥洽也。概言之，例如購買家庭日用之衣服，食物，燃料，賣卻家庭之不用物品，聘請醫師，僱入女傭等，雖通常可認爲日常之家事，而於貧乏之家庭則不必然。又如票據行爲，消費借貸，延聘家庭教師，租賃房屋，購買高價樂器等，雖通常可認爲非日常之家事，而於富有之家庭則可列於日常之範圍。要之，應以夫之收入爲其標準焉。(二)

(1) Hamb. R. V. 1270, 9, 13—Lub. R. 1, 21; 2, 96.

(二) 『妻爲其子女之服用，買入衣類之行爲，爲日常之家事。』(大正十三年一月十八日大審院判決法律評論第十三卷民法二八六頁)『電話加入名義變更，不屬於日常家事。』(大正八年十二月十九日東京地方法院判決法律新聞一六六九號一八頁)

乙 但至今日，以夫之實際收入額爲標準，已非妥當。何則，蓋夫之實際收入額，第三人不得而知，如以夫之實際收入額爲標準，則事後發見妻之代理範圍意外狹小，常使善意第三人失望故也。故最近學說，主張對於信賴夫之表見的生活程度(“*train de vie*” “*maniere de vivre de a famille*,” “*fortune apparente*”)之善意第三人，亦應予以保護。(一)卽爲保護信賴夫之生活闊綽之第三人，不問夫實收入之多寡如何，亦令其負責清償之責任是。法國判例本此見地，故判令實收入無多之夫，支付其妻於二個月間買入九五〇〇法郎之衣服費。(二)奧大利判例亦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一一〇〇〇奧幣之衣服費。(三)夫愈豪奢則妻之權限亦愈廣。

(1) Planol Ripert Henast (1926) Nr. 394

(r) Paris 5/11 1907 (Recueil de la Gazette des Tribunaux, 1908, 1. 2, 184.)

(ii) K. T. Kipp. Schlüsselgewalt, 73 fg.

### 五三 代理權之逾越

甲 妻以性質上不屬於家事之事項，與第三人訂約，是謂日常家事代理權之質的逾越。(qualitative Überschreitung) 性質上雖屬於家事，而購入之數量或價額，與夫之生活程度不相調和，是謂日常家事代理權之量的逾越。(quantitative Überschreitung)

質的逾越之行爲，爲無權代理，故須夫之追認。如爲屬於夫之營業部類之行爲是。量的逾越之行爲，如其購入之標的物爲不可分，則行爲全部爲無權代理，其全部須夫之追認。例如購入一〇〇元之物件，適與夫之生活程度相當，而爲五〇〇元之預定時，此五〇〇元均須追認是。但如購入之標的物係屬可分，則惟就逾越部分追認即可。例如購入一袋之米，與夫之生活相當，乃購入十袋，祇一袋無須追認，其餘九袋均須追認是。(1)(ii)

(1) K. T. Kipp, Schlüsselgewalt, 81fg.

(11) 『漁業公司日傭漁夫之妻於四十五日間購入價金一百三十七元三十錢之衣料及既成小孩洋服之行爲，參酌當事人之身分，由購入之物品價金用途等觀察，以認爲該當於日常家事爲相當。』(大正十三年一月十八日大審院判決書大民事判例集一六〇四頁)

乙 妻以同種物品向數人預定時，有各個預定在代理權範圍內，總預定額超越夫之收入者。例如對多數米店各爲一袋之預定是。於此情形，第一之預定，屬於日常家事之代理，固不待言。但第二以下之預定，則非必概爲無權代理。第二預定之相對人，如爲善意，即不知預定之競合時，則應受善意之保護，以妻之行爲爲代理，對於夫請求價金之支付。相對人如爲惡意，即明知各個預定相合超越夫之收入時，則妻之行爲爲無權代理，從而相對人惟得請求夫追認其妻之行爲，不得請求價金之支付。(1)

(1) K. T. Kipp, Schlüsselgewalt, 81fg.

#### 五四 代理權之消滅及否認 (日民八〇四條二項)

甲 夫死亡時，妻之代理權固應消滅，然有死亡事實不能即時明瞭者。例如夫於旅行中死亡於中國邊省是。此時妻及第三人，皆係仍以夫之負擔訂立契約，故為保護彼等起見，而有超越本人之死亡使其代理關係存續之必要。關於此點，試就學說之推移觀察，德國從來學說，置重於善意之妻之保護。即妻為善意時，代理權存續，妻為惡意時，則代理權消滅。故其結果，第三人能直接訴諸夫之繼承人者，以妻為善意時為限。如妻為惡意，則第三人自身縱為善意，亦不能訴諸夫之繼承人，祇能訴諸無權代理人之妻。(一)(二)法國學說反是，置重於第三人之保護。即如第三人為善意，縱妻為惡意，其代理關係存續，第三人得直接訴諸夫之繼承人。(三)後說對於第三人為有利。彼之自身如為善意，即得訴諸夫之繼承人。故德國學說最近頗有趨於後說之傾向。(四)

(一)夫之死亡事實，其妻不知，而為相對人所知者，此惡意之相對人，既不能訴諸夫之繼承人，亦不能訴諸善意之妻，蓋善意之妻不負無權代理之責任故也。法於妻為善意時，其代理關係存續，善意之妻不負無權代理之責任。故善意之妻因相對人之惡意等，不認其代理關係之存續時，仍不能免除無權代理之責任。(Turk, allg. Teil II, 2,

(11) Standinger—Engelmann, Bem. 3a B. zu § 1357

(12) Paniel, Traite elem. II, Nr. 2264.

(E) K. T. Kipp, Schlusselgewalt, 96 fg.

乙 於有正當理由時，夫固得否認妻之日常家事代理權。(一)惟否認之意思表示，究應對妻爲之，抑應對第三人爲之，則屬疑問。從來學說謂須以對於妻之意思表示爲之，同時爲顧全第三人之利益，不知己對於妻有否認之意思表示而與其交易之第三人，仍視爲妻有代理之權，得訴求其夫。(二)今則仍以對於妻之所謂內部否認爲原則，但同時亦認對於第三人之所謂外部否認。即以對於第三人之意思表示否認妻之代理權，亦屬可能。(三)婦人浪費性癖甚重，妻之代理權，在夫甚爲危險，故其否認方法亦以簡單爲是。(四)對於特定第三人，例如對於妻所愛顧之商人，固可表示否認，亦可以廣告登載於夫妻住居地之報紙，對於一般人表示否認焉。

(一)善意第三人之保護，始於普魯士州法。同法，以無公告之否認爲無效。(Preuss. Ldr. II, 1, 323) 沙克遜民法以無式爲已足。同時對於第三人得以對抗。(Sachs GB. 1643) 德國民法一三五七條及日本民法八〇四條二

項，係做沙克遜法。

(11) K. T. Kipp, Schlusselgewalt, 99fg

### 五五 妻之直接責任

如上所述，從來立法，以妻之家事行為之效果全部歸諸於夫，惟由夫負責。是謂夫單獨責任之原則。(Grundsatz der Alleinhaltung des Mannes) 雖然，瑞士民法，妻亦負直接補充之責任。即夫無支付能力時，妻應以其全財產對於第三人負責清償之責。(一) 法國學說，亦謂夫妻別產制，妻於其費用分擔義務範圍內，應負直接補充之責任。(二) 夫單獨責任之原則，漸有瀕於崩潰之傾向。與大利婚姻法改正草案，(一九二七年) 則全廢妻之日常代理制度，而設夫妻連帶負責之新主義。其理由，以為各人應就其所為之行爲而負責任。如謂日常家事行為係爲夫之利益，應由夫單獨負責，而妻毫無責任，實爲不當。故應由夫妻連帶負責。即該草案，以爲夫之負責係基於日常家事行為，乃爲夫之利益爲之，而非本於夫妻間之代理關係。代理非原因，而以行爲之性質爲原因。代理蓋爲該草案所不認。(三)



妻之無責任，非昔日之妻無資力無財產之餘緒乎？非因無資力，遂不得已而處於無責任之地位乎？今則因繼承法之改正，妻亦為有產者。因行為能力法之改正，妻亦為營利行為者。因夫妻財產法之改正，夫對於妻之財產之使用收益權消滅，而將妻之物品返還於妻。妻既持有責任之手段，故以自負責任為宜。廢除代理主義，而採連帶主義，使妻立於直接責任之衝，此其時矣。

(I) ZGB. 207 II, 200 II, 243 III.

(II) Colin et Capitant, Cours elementaire de droit civil francais III, 253. 後出六五參照。

(III) K. T. Kipp, Schlüsselgewalt, 19Jg. 117fg.

### 第三項 收益管理制

### 五六 序說

甲 夫妻間之財產關係，中世紀間，因任諸各領主之立法及地方之習慣，與婚姻身分法以教會之力世界的統一者不同，故夫妻財產法殆成為四分五裂之態度。及至今日，夫妻財產法之典型，亦因國而不同。就中，有一國而有數種法定夫妻財產制，而由當事人選擇其一者。因此之故，吾人惟就日

本現行法所採取之收益管理制 (Nutznissung) (1) 與改正法所採取之別產制 (Gütertrennung) 一詳述之。

(1) 收益管理制亦稱管理共同制 (Verwaltungsgemeinschaft)。

乙 請先述收益管理制之意義。收益管理者，夫取得由妻之財產及勞動所生之收益 (Ertrag der Arbeit u. des Vermögens der Ehefrau) 之制度也。夫非奪取妻之財產，結婚前妻所有之財產，結婚後仍爲彼女之所有，婚姻中妻所取得之財產，亦爲彼女之所有，但孳息，歸屬於夫。勞動之收益，歸屬於夫。夫收益妻之財產及取得其勞動之收益，可謂其爲負擔共同生活費之代替。

日本現行之法定夫妻財產制，爲收益管理制，甚爲顯然。何則，蓋依民法八〇七條一項規定：「妻於婚姻前所有之財產，及婚姻中以自己之名取得之財產，爲其特有財產。」即明示不因婚姻而生所有權之變動 (Eigen tumsveränderung) 八〇一條一項規定：「夫管理妻之財產。」即明示夫有管理權。又七九九條規定：「夫有從其用法，爲妻之財產之使用及收益之權利。」即明示夫有使用收益權。

丙 次述收益管理制之由來。此制度之發祥地，爲東部沙克遜。十三世紀之東部沙克遜，爲之夫者能得妻之財產及勞動之收益。以現代語言之，卽收益管理制。顧此制度，一時非常衰頹。蓋彼時與此制度根本反對之一般共產制 (allgemeine Gütergemeinschaft) 流行，逐漸蔓延於沙克遜地方，十六世紀之頃能守此制度之殘壘者，惟沙克遜之極小部分，與瑞士山間之僻地而已。嗣因個人主義思想勃興，本制度又復鼎盛。蓋收益管理制，於夫妻財產別有之點，較諸一般共產制富於個人主義的色彩故也。未幾，蔓延於德國全部。德國民法制定之際，已有二千百萬之人口立於本制度之下，因此德國民法採用此制，而以其爲法定夫妻財產制之一種。日本則由德國民法抄襲而來。(一)

德國之收益管理制，非一味承襲沙克遜之習慣，乃加以修正而別成新制者。日本則漠視德國民法新加修正之處，惟承襲其極舊之形體。實不免於十三世紀東部沙克遜之習慣，全部移作日本民法之非難。

(一)拙著二主義之抗爭二八六頁以下。

## 五七 法定保留

甲 收益管理制，以妻之財產屬於夫之收益管理，妻之勞動收益屬於夫之所有，不啻以妻爲「受夫榨取之女奴隸。」故現代進步之收益管理制，夫之收益管理權極爲狹小。卽某種勞動收益，法律上當然爲妻之所有；某種財產，法律上當然屬於妻之自由管理焉。

先就勞動收益言之。十九世紀以前之法律，妻因受夫之扶養，故不能不以其勞動收益歸屬於夫。但有一八七〇年英國制定妻之財產法 (Married Woman's Property Act) 以來，妻爲勞動者，爲女教員，女藝術家，所取得工資，則爲妻之所有。德國一八六二年之 *Lub* 法，及一八七三年之 *Oldenb* 法，雖仍以妻之工資爲夫所有，(一) 而民法則以妻之工資歸屬於妻，且以其爲妻之自由財。(二) 法國亦於一九〇七年七月十三日之法律爲同一旨趣之規定。

日本民法，無妻之工資爲妻之自由財之規定，自應以其爲特有財產。(八〇七條一項) 依七九九條以下之規定，服從夫之收益管理權。

(1) *Lub*, G. V. 1512 1862 2—*Oldenb* G. V. 24/4, 1873 2.

(11) *BGB*. I 1367 妻固負有地位相當的家事勞動之義務，故在夫家或其店舖，縱爲夫節約女傭一人或店夥一人

之費用，然亦不能對夫請求其所節約之工資。但如爲義務以上之勞動，自得請求。如在夫之店舖爲專門技術家之勞動是。

乙 十九世紀後半期之法律，爲營業之妻，雖與獨立人有同一之能力，（一）然由營業而得之收益，則不屬於妻，而屬於夫。及至後期，妻之營業收益，爲妻之所有，且以其爲妻之自由財。明認營業收益有自由財之性質，與前述工資具有自由財性質之立法，其時期大約相同。

日本民法，關於營業收益，亦無特別規定，故應以其爲妻之特有財產（八〇七條一項）而非自由財。仍不可不服從夫之收益管理權。（七九九條八〇一條）

（一）前出四五參照。

丙 妻服從夫之收益管理權之財產，謂之帶入財。（*eingebrachtes Gut*）妻之自由管理之財產，謂之保留財。（*Varb haltsgut*）帶入財之代表物，仍爲帶入財。保留財之代表物，仍爲保留財。（一）惟代表物（*Surrogation*）之意義，非必明瞭。對於保留財之破壞，毀損，奪取之賠償，固可謂保留財之代表物，即基於保留財之權利所取得之利益，亦可謂爲保留財之代表物，故例如以債權爲

保留財，則基於債權所得之給付，亦爲債權之代表物。從而亦爲妻之保留財。

日本民法，無法定保留制度，但有成立任意保留之餘地。代表物之原則，(Surrogationsprinzip) 於任意保留財亦屬共通。故縱在日本，保留財之代表物，亦可謂其保留財。

(1) Preuss. I.d.R. 11, 1, 217, 218—f. archs. GB. 1693.

## 五八 任意保留

甲 婚姻前或婚姻中，妻得與夫約定，以其財產之一定部分自爲管理。如某處之山林約定由妻管理。是謂任意保留。

近代法，關於保留契約採公示主義，以登記爲必要。(一) 蓋保留，及消滅夫對於妻之財產收益權之行爲，夫之財產既已減少，故務期不使夫之相對人受不測之損害。故採公示主義，俾夫之相對人預知夫之擔保力之減少焉。

(一) 保留契約，乃變更法定夫妻財產制的夫妻財產契約之一種，故應依夫妻財產契約同樣之方法約定，而以登記爲必要。(Preuss. I.d.R. 11, 1, 209—BGB. 1868—ZGB. 190)

乙 然則已登記之保留契約，對於一切第三人亦有效力乎？如登記前之債權人，亦受已登記之保留契約之對抗，實難免於因後發之保留行為而被侵害之失當。債權人固有撤銷詐害的保留行為之權能，然須特為撤銷，亦殊困難。甯以明定後發之保留契約，對於前發之債權人，自始即屬無效於保護前發債權人較為充分。此瑞士民法所以規定，保留契約對於登記前之債權人當然無效者也。

(一) 蓋債務人於負擔債務後，始與妻訂立保留契約，而自願喪失其收益權，大抵在於詐害債權人。極言之，負擔債務後之保留，常可謂其為詐害的，故負擔債務後保留契約之效力，為保護前發債權人，縱特加限制，對於債務人亦非過酷。

(1) ZGB, 190, 179, 111, 後出七一之乙參照。

## 五九 收益關係

甲 除保留財產外之妻之財產，即屬於夫之收益管理之財產，曰帶入財。(eingebraechtes Gut)

中世之收益管理制，以妻之帶入財屬於夫之占有。妻以其財產置於何處，夫不得而知，從而縱無何種支配之意思，夫於妻之帶入財亦當然取得占有權。

近代之管理制，亦以妻之財產屬於夫之占有。惟近代之管理制，非如曩者僅以夫爲占有者保護之，妻亦爲間接占有者，而予以占有之保護。

日本民法上，妻之帶入財，亦與締結婚姻同時，法律上當然屬於夫之占有。（七九九條）但妻仍不失爲間接占有者。

乙 中世之管理制，夫有使用妻之物品之權利，夫雖住於妻家，亦得使用妻之物品，並無何種之限制。（一）今之管理制，則夫之使用權頗有限制，禁止其過度之使用，及用途之變更。（二）（三）舉凡濫伐妻所帶入之山林，變更工場爲住宅，變更庭園爲田地，皆所不許者也。

日本民法七九九條亦謂「從其用法」，即在禁止用途之變更，及過度之使用。（七九九條）

(1) Agricola, Gewere zur rechten Vormundschaft 203ff.

(1) Sachs. GB. 1655—Preuss. Ldr. 11, 1, 261—oldenb. G.

(III) BGB. 1383—ZGB. 201.

丙 中世之管理制，亦與夫以收益權。即由帶入財而生之天然及法定孳息，爲夫之所有。由妻之土



地而生之穀物，由妻之貸金而生之孳息，亦皆屬於夫。故例如既分離之天然孳息，於夫死亡時，不返還於妻，而屬於夫之繼承人。於妻死亡時，不屬於妻之繼承人，而仍屬於夫。(一)

關於此點，今之管理制亦同，但惟禁止過度之收益，對於因過度收益毀損原物者，課以損害賠償之義務。(二)(三)即在日本，夫於毀損原物時，亦不可不負損害賠償之義務。(八〇〇條六(〇〇條)

(1) Agricola, Gewere 256 - 259.

(11) Prens, Idr. 11, 1, 561 - sachs. GB. 1655 - Lub. G. V. 10/2 1892 a.

(M) BGB. 1383fg. - ZGB. 201.

## 六〇 處分關係(日民八〇二條)

關於帶入不動產之處分，中世之管理制，亦以妻之同意為必要，讓與之時勿論矣，質入之時亦然。無同意之處分為無效，妻得於一定期間內向第三人取回之。(一)近代之管理制，亦同。關於動產，雖有許其無同意處分之例，然關於不動產，則皆以同意為必要。(二)

關於動產，中世紀之法律，不以妻之同意為必要，夫得任意處分之。(三)近世之管理制，最初亦

採無同意主義。(四)但自沙克遜民法，關於動產亦須妻之同意以來，立法趨向爲之一變。即不問動產不動產，其爲處分皆以妻之同意爲必要。(五)(六)

關於債權之處分，亦有同一之經過。即中世紀之法律，不以妻之同意爲必要，今日則否。結果，『夫未經妻同意之處分』(Mannesverfügung ohne Frauen-konsens)一般的禁止之。

日本民法規定：『夫以妻之財產讓與或供擔保，須得妻之承認。』(八〇二條)蓋在排斥夫未經妻同意之處分。

(I) Agricola, Gewere 301 fg.

(II) Preuss. Ldr. 11, 1, 332.

(III) Agricola, Gewere 222 fg.

(IV) Preuss. Ldr. 11, 1, 247-oldeub, G. 21/4 1873 7-Lud. G. V. 1012 1862 5

(V) Sachs. GB. 1675-Roth, deutsches Privatr. 11. 215.

(VI) BGB. 1375-ZGB. 202.

## 六一 管理關係(日民八〇一條)

中世之管理制，近代之管理制，皆予夫以帶入財之管理權。但管理之意義，迄於近世始臻明瞭。近世學說謂：管理者，以他人之一定財產，爲達到一定目的，所爲之法律上及事實上之行爲也。保存改良之行爲，勿論矣，即目的範圍內之處分行爲，亦包含之。(一)例如帶入財，係以充當婚姻費用(即夫妻共同生活費用)爲目的，於其目的範圍內，夫固可任意爲保存改良之行爲，亦可任意處分帶入財之孳息。但爲個人之目的，則完全不得處分。帶入財之目的既明，則目的內之處置，自不能不從廣義肯定之也。(二)

(1) *Siber, Verwaltungsr. an fremd. Vermögen in BGB. Jahrb. f. Dogm.* 67, 81fg 拙著二主義之抗爭三二二頁以下。

(二) 帶入財原本之任意處分，因法律積極的禁止之。(六〇參照)故縱爲婚姻費用之目的，亦不爲任意處分。

## 六二 注意義務 (日民八〇五條)

中世紀之管理制，夫不負管理上之注意義務。從而夫不就管理之結果而任賠償之責。故因不注意，貸貸帶入財之物品，不收租金，其貸借物反被毀損時，不於適當時期收取帶入財之債權，致陷

於收取不能時，夫對於妻不負損害賠償之義務。(一)

近代之管理制，則對於夫課以一定之義務。如因管理之不注意，致生損害，即應負賠償之責。而此注意義務之程度，且有漸次加重之傾向。普魯士州法及 Indeck 法等，夫惟對於故意或重大過失，負損害賠償之義務。(二) 沙克遜法及 Oldemb 法等，則明定夫應與自己事務同一之注意義務，管理妻之帶入財。是夫應對於具體的過失，負其責任。(三) 德國民法亦然。(四) 日本民法亦明定：「夫於管理妻之財產時，應與自己事務為同一之注意。」(八〇五條)

(1) Agricola, Gewere 252 fg.

(II) Preuss. Ldr. 11, 1, 561 - Lub. G. B. 10/2 1862 4.

(III) Sachs. GB. 1685-old, G. 2414. 73 13.

(IV) BGB. 1359.

### 六三 擔保之提供

提供擔保之規定，於十七八世紀受羅馬法之影響而發達，(一) 羅馬法。妻於夫之總財產上有

優先權，以擔保其嫁資返還請求權。德國地方做法之，亦許妻於夫之財產上取得優先權。但嗣後則非當然於夫之財產上取得優先權，惟於夫管理失當時，對於夫請求為擔保之提供。擔保請求，遂替代法定質權而生。夫於承認妻之請求，設定抵當權等，仍以登記為必要。(二)雖然，今則漸次否認提供擔保之制度。何則，蓋對於夫之管理權法律上之限制既非常嚴重，則妻無慮其管理失當之必要；且在擔保制度常易發生夫借口擔保，提供財產於妻，詐害其債權人之流弊。夫於管理失當時，妻得自行管理其帶入財之立法，(三)則無採用擔保制度之必要，更不待言。(日民七九六條一項)

(1) Stobbe *Lehn nn, deutsch. Privatr.* IV 214.

(11) *Vgl. O. c. 2121, 2135, 2136. - Preuss. Idr. 11, 1, 254 - Sachs, GB, 390—oldenb, G, V. 2/14*  
1873 14—*BGB, 1391, 1392, - ZGB, 205*

(III) *Sachs, GB, 1683—Senferts Arch, 45 NR. 199.*

## 六四 抵當關係

甲 中世之管理制，妻之帶入財，不免於為夫之債權人所扣押。(二)但十七八世紀都市法中，則多數惟以妻之帶入動產，視為夫之債權之抵當。(三)動產，不經妻之同意，夫得處分之，故與夫之所有

物同視，夫之債權人自是得爲扣押。動產之處分，以妻之同意爲必要，故惟消費物的帶入動產爲扣押之標的。蓋在消費物，使用卽處分，被夫使用，卽被夫處分，故惟消費物視爲夫之所有，夫之債權人得爲扣押。但一八三八年四月七日之普魯士州法，妻之帶入財縱由消費物而成，亦非夫之債權之抵當。沙克遜民法規定之旨趣亦同。(三)現代法律，對於夫之債務，亦惟以夫之財產爲抵當，是謂債務分離之原則(Prinzip der Schuldentrennung)。日本民法上，亦應解爲對於夫之債務，惟以夫之財產爲抵當。

(1) Vgl. Agricola, Gewere 384 fg.

(ii) Pommeru, Holstein Hessen 等等之一部，自始卽以妻之帶入財爲夫之債務之抵當。Lutbeck 一八六三年十月十六日之法律，Wismar 一八七五年十二月九日之條例，亦採以妻之帶入財爲夫之債務之抵當主義。(Roth, deutsch. Privatr. 11, 221 fg.)

(iii) Sachs. GB. 1678

乙 其次，關於由帶入財分離之孳息，亦有某種立法認其有扣押性。卽凡由原物分離之孳息，亦非妻之所有，而屬於夫，從而不免爲夫之債權人所扣押。但非無從孳息原來之使命，在保障夫妻及其

子女生活費之點立場，對於債權人，惟許其就充當夫妻及其子女生活費後，殘餘之部分而爲押者。(一)即在日本，夫之債權人，亦惟於由帶入財所生孳息中，除去夫妻及其子女生活必要部分，押其殘餘焉。(舊民訴強制執行篇六一八條)

(1) Preuss. I. d. R. 11, 1, 257, 22-Sachs. G. B. 1683-Entsch. d. Reichsg. bei Gruchot 24 1023; 25 891

丙 夫之收益權自體，得爲扣押之標的物與否，頗屬問題。十九世紀之多數立法，以夫之收益權爲專屬於夫本身之權利，故他人不得扣押。(一)但就中非無許其除去扶養必要額而外，得爲扣押者。蓋以收益權雖爲專屬一身之權利，然以其行使屬諸他人自無不可故也。(二)(三)

(1) Sachs. G. B. 1683-oldenb. G. V. 24/4 1873 10.

(11) Preuss. I. d. R. 11, 1, 257-deutsch. Konk. Ordn. 1, Abs. 2.

(111) Vgl. auch Motive, IV, 213 fg.

#### 第四項 別產制

別產制，濫觴於羅馬。羅馬之夫妻，結婚後亦如未婚者，其財產各別所有，各別管理收益，各別負

擔債務。(二)德國因繼受羅馬法，同時輸入此主義。固有之收益管理制及一般共產制，其勢頓衰。其尙遺存者，惟 *Bayern*, *Braunschweig*, *Waldeck*, 及 *Hannover* 等地而已。(1) 但已非純粹之形態，頗有與德國固有之收益管理制混合之傾向。如依默示之意思表示，妻之財產認爲屬於夫之收益管理，其一例也。

夫妻別產主義，因與今之夫妻對立思想相調和，頗爲流行。其採此制者，爲奧大利，捷克斯拉伐克，意大利，塞爾維亞，土耳其等。英國(三)及美國多數之州做之。(四)德國法國及瑞士，亦以其爲模範的夫妻財產制之一種。(五)日本民法改正綱領明定：「夫妻一方，婚姻前所有之財產，及婚姻中以自己名義所得之財產，以其爲特有財產爲原則。廢止夫或女家長對於其配偶之財產爲使用及收益之權利，及夫對於妻之財產之管理權。」即所以預示將來採用別產制者也。

(一)拙著於ビザンチン期親屬法之發達一三六頁以下參照。

(1) Poth. deutsch. Privatr. II. 40fg.

(II) ABGB. 1363fg. — Tschechoslowakel, ABGB. 1363fg.—Italien. C. C. 1425 fg.—Serbien, C. c. 759



fg-Turkei C. c. 170-England, Married Woman's Property Acts.

(E) Connecticut, Columbia, Indiana, Kentucky, Massachusetts, Michigan, Missouri, New Jersey, New York, Pennsylvania, etc.

(F) BGB. 1462fg-O. c. 1536fg.-ZGB. 241fg.

## 六五 別產主義

甲 在別產制之下，夫妻儼若路人，財產上分離，然亦非無例外。其一，爲扶養義務。夫扶養妻，妻扶養夫，乃由婚姻之本質而生，故在別產主義亦不能免。其二，爲所有之推定。法於所有不明之財產，推定爲夫所有，女子專用之動產，推定爲妻所有，乃在解決附隨於彼等生活共同所生財產之混同。此種必要，常隨共同生活之存在而存在，故縱在別產制，夫妻亦不能不受所有之推定。

其生問題者，即在別產制之下，妻是否亦有日常家事代理權？從前之學說採積極說，即妻於此時亦有代理權，得以夫之單獨責任與第三人自由訂立契約。(一)最近則多反對說，即在別產制，因妻有其獨立之財產，故不能僅由夫負擔家事上之債務。妻應於夫連帶，直接對於第三人負擔家事

上之債務，或至少於夫無支付能力時，對於第三人負直接補充之責任。(二)

(1) Walf, Familiener, (1928) 281.

(11) 前出五五參照。

乙 縱在別產之下，妻亦得以財產之全部或一部委夫管理，但不過通常之委任契約。夫非當然有管理其妻財產之權利及義務。

#### 六六 出費義務 (Beitragspflicht)

甲 在別產制之下，夫雖不得使用收益妻之財產，但得對於妻請求為一定之出費。

出費之方法，羅馬法，以財產之一部分屬於夫之所有。是謂嫁資。嫁資，婚姻中為夫所有，婚姻解除後則返還於妻。(一)近代之別產制，原本自身不屬於夫之所有，惟將原本所生孳息之一部，或由妻之營業或勞動所生收益之一部，貢獻於夫。有以孳息或收益三分之一以內出費為必要者。(二)亦有以地位相當額出費為必要者。(三)

(一)拙著於ビザンチン期親屬法之發達一三六頁以下。

(1) G. O. 1537—Oldenb, G. V. 24/4 I 43 33-Pess. Entw. 539.

(三) R.G.B. 1427—Z.G.B. 246

乙 由妻委任管理其財產之夫，固可扣除由此所生收益之一部，以充一部婚姻費用之用；然其扣除額，不得超過妻之出費義務之範圍。如逾越其範圍而為扣除，則屬不當得利，妻得請求返還其利益。(1)

(1) Motive, IV. 325 fg.

## 第二章 夫妻關係之變更

### 第一節 身分關係之變更

別居制度，發生於舊教會法。該法，因絕對禁止離婚，故有是認離婚制度代用的別居制度之必要。但別居之作用，不盡爲離婚之代用，而有其他種種之機能。故承認離婚之近代法制，大概同時設置別居制度焉。

### 六七 別居之效果

甲 別居中之夫妻關係，較之舊教會法已屬簡單。舊教會法，對於別居中之夫妻，課以貞操之義務，倘與第三人性交，即屬姦通。今則夫妻一旦實行別居，即免除貞操之義務。(一)夫於別居中，免除負擔婚姻費用之義務，喪失對於妻之財產使用收益權。妻亦喪失日常家事代理權，回復處女時代之

姓氏，再行取得獨立人之能力，夫妻之地位雖不喪失，夫妻間之權利義務則殆歸於消滅。

夫妻之地位既不喪失，故兩者之間如欲回復夫妻關係，祇以開始同居爲已足，無再締結婚姻之必要。又在別居中，不得再婚，否則謂之重婚。

(1) Wolf, Familienr. 135 一於荷蘭爲通說，夫妻別居即免除貞操義務 (Vgl. Ehrenzweig, System d. allg. privatr. II, 2, 92 Anm, 88)

乙 別居既生如此重大之結果，故須以裁判爲之。裁判外之別居，無論何國皆不認之。(一)

(一)以健康上之理由等，夫妻暫時各別居住，亦非別居契約。蓋僅各別居住，夫妻關係中樞的忠實義務，並未廢棄故也。真正之別居契約，即廢棄婚姻的忠實義務之契約，爲無效。(C. C, 307; Belgien C. C. 307)

## 六八 別居原因與離婚原因

甲 舊教會法以姦通，遺棄，虐待等普通離婚之原因事實，爲請求別居裁判之原因。(一)蓋該法不許離婚，而以別居代之，故逕以通常之離婚原因，爲別居原因。意大利西班牙波蘭等國，至今仍不許離婚，從而祇能以通常離婚之原因事實，爲別居之原因。(二)

(1) Friedberg, Kirchner, 507 fg.

(11) Italien, C. c. 148 fg — Spanien, C. c. 104 fg. — Polen, Eheg, V, 16/5 1836 62fg

乙 德國、法國、葡萄牙、匈牙利、土耳其等，雖併認離婚與別居，然其原因則屬共通。何則，蓋此等國家，不過爲國內舊教徒之便宜，而置別居制。卽統一民法，縱經頒布，而國內之舊教徒依然嫌惡離婚，故不過爲彼等之便宜，特設所謂別居制的離婚之代用物。既屬代用物，故其原因完全相同。(一)

(1) BGB, 1575—C. c. 306 — Portugal. Dekret V, 3/11 1910 45 — Ungarn, Eheg, V 1894 104 — Türkei, BGB, V, 17/2 1926 135.

丙 雖然，最近立法，除共通原因外，別居則有其特有之原因。例如荷蘭，輕微之虐待，雖非離婚之原因，然可爲別居之原因。(二) 瑞典、挪威、丹麥等，酗酒，拒絕扶養等，雖非離婚之原因，然可爲別居之原因。(三) 此則非以別居爲離婚之代用，甯謂其爲離婚之擴充，蓋離婚之原因甚爲狹隘，卽此。男女之分離，雖不能充分自由，故特設別居制，於情事輕微不能離婚時，則使其別居，以充分滿足彼等之分離目的焉。(三)

(1) Miedert, B.W.B., 288 111.

(11) Schweden, Eheg. V, 11/6 1920 11, Kap, 1 bg - Norwegen, G, V, 15/5 1918 42 - Danemark, Eheg. V 30/6 1922 52.

(三)蘇俄及日本不認別居制。蓋離婚非常自由，此外無認別居制之必要故也。

## 第二節 財產關係之變更——夫妻財產契約

夫妻財產契約，發達於日耳曼之都市法。蓋日耳曼雖有種種內容之法定財產制，然皆偏重夫之利益，漠視妻之地位。及都市勃興，女子自覺，乃發生不滿之情，以契約之力排除其適用，另置任意之新內容，規律夫妻財產關係。即夫妻財產契約，係為排除夫之專制，摒棄法定制之不合理而生。即所謂婚姻上之 Magna Carta 是也。

六九 夫妻財產契約之自由（日民七九三條）

甲 十五六世紀之都市法，許其訂立一般的夫婦財產契約。（generellar Ehevertrag）即夫妻得全體的排斥法定夫妻財產制，而約定新內容之財產法。近代之法律，雖多許其訂立一般的財產

契約，然此主義足使夫妻之債權人感覺不安。蓋由債權人的立場言之，於債務人夫妻負擔債務後，甚望彼等之財產關係不生變更故也。因此，瑞典及丹麥惟許其訂立部分的財產契約，(spezieller Ehevertrag) 而禁止一般的財產契約之訂立。夫妻雖能變更附屬於法定財產制之法律關係，或限制受法定財產制適用之財產範圍，然不能全體排斥法定財產制。(一)德國及瑞士，於法律上明定數種模範的夫妻財產制，夫妻得於此數者之中選擇其一。但約定與法律所定完全異其內容之財產制，則所不許。即捨自由選擇主義，(freie Guterstandwahl) 而採限定選擇主義，(beschränkte Guterstandwahl) (11)

(1) Schweden, G. V. 1925. 8. Kap. 1—Danemark, G. V. 1925. 4. Kap. 28, 29.

(11) ZGB. 179 II, —BGB, 1482ff

乙 日本民法，與法國，比利時，那威，荷蘭，西班牙，葡萄牙，奧大利，捷克斯拉伐克等國同 (一) 承認一般的夫妻財產契約。縱約定與法定制完全異其內容之財產制，亦屬可能。(七九三條)

(1) C. c. 1387—Belgien, C. c. 1387—Norwegen, G. V. 1888 I, Kap. 1—Niederl. B.W.B. 194—



Spanien, C. c. 1315—Portugal, C. c. 1006—ABBG, 1217—Tschechoslowakei A BGB 1127.

### 七〇 訂立及改廢 (旧民七九三條七九六條)

甲 十五六世紀之都市法，夫妻財產契約，於結婚前訂立，或結婚後訂立，均無不可。及至近代，則惟能於結婚前訂立。即法國民法，財產契約祇能於婚姻中約定，於成爲夫妻以後約定者爲無效。意大利，葡萄牙，西班牙，荷蘭，比利時，羅馬尼亞等倣之。(一)但惟許婚約中之新夫新婦訂立夫妻財產契約，殊無意味。何則，蓋在婚約時代，常無財產的自覺，實際感覺財產契約之必要者，則屬成爲夫妻以後。故迄於近世，夫妻亦許其訂立財產契約之主義，甚爲發達。如德國，瑞士，捷克斯拉伐克，巨哥斯拉伐克，瑞典，丹麥等國是也。(二)但日本民法則採法國主義，以「在婚姻呈報前」訂立爲必要。

(11) C. c. 1387, 1394fg—Italien, C.c.1882fg. Portugal, C. c. 1315, 1319fg—Niederland, BWU. 194,  
203,204—Polen, G. V. 1825, 207, 209—Belgien, C.c. 1387, 1394fg—Rumanien, C. c. 1228fg,  
1270.

(11) BGB. 1432—Tschechoslowakei, ABBG.1217—Jugoslawien (Serb. BGB.) 759—Schweden, G.  
V. 1920, 8. Kap. 1—Danemark, G. V. 1925, 4, Kap. 28—奧國明文上雖有多少之疑問，然學說則承

認婚姻中之訂立(拙著「主義之抗爭」三三三頁以下)

乙 十五六世紀之都市法，既許其於婚姻中訂立財產契約，故亦許其於婚姻中改廢財產契約。但在法國及模倣法國之諸國民法，則與禁止婚姻中之訂立，同時禁止婚姻中之改廢。

雖然，此種禁止，殆屬無謂。何則，蓋夫妻之財產狀態，於婚姻中不無變動，實有改廢其已訂立之財產契約之必要故也。故德國及模倣德國之諸國民法，與許其婚姻中之訂立，同時承認婚姻中之改廢。(二)但日本民法則取法國主義，明定：「婚姻呈報後，不得變更之。」(七九六條一項)

(一)前出甲註(一)

(二)前出甲註(二)

### 七一 方式及效力(日民七九四條)

甲 十五六世紀之都市法，訂立夫妻財產契約，以親屬在場爲必要。無親屬在場所訂定之契約，不認能爲夫妻財產契約。(一)今則各國，大都有公證人作成之，或以登記爲必要，如瑞典，那威，丹麥等國，如有證人二人以上在場，雖可以私署證書爲之，然大都須公證人或登記官吏之協力。(二)(三)

日本民法亦明定：『非爲登記，不得以之對抗夫妻之繼承人及第三人』（七九四條）

(1) 拙著『主義之抗爭』三三五頁以下。

(11) BGB. 1434—C. c. 1394—Italien, C. c. 1382—Osterr. G. V. 25/6 1871 la—Portugal, C. c. 1097

—Rumanien, C. c. 1228—Spanien, C. c. 1321—ZGB. 181.

(12) Danemark, G. V. 1925, 4, Kap 1, 2—Norwegen, G. V. 1888. 2—Schweden, G. V. 1920, 8

Kap. 10

乙 十五六世紀之都市法，因夫妻財產契約有害第三人之利益，尤其夫妻繼承人之利益有被侵害之危險。故明定財產契約之訂立，須得繼承人之同意，或明定不得因財產契約之訂立，害及特留分權利人之權利。(一) 近則債權人之保護，頗屬問題。法國民法，所以於成爲夫妻以後，禁止訂立財產契約者，蓋恐夫妻於負債以後訂立財產契約，將一方之財產移諸他方，致害及債權人之權利也。因此瑞士民法，一方允許夫妻訂立財產契約，同時即限制其契約之效力。明定成爲夫妻以後之財產契約，對於其訂立前之債權人不生效力。(二) 因之，訂立前之債權人，不因夫妻財產契約之訂立，而受影響焉。瑞士以外各國，則不爲保護夫妻之債權人，設此特別規定。惟與以普通之詐害行爲撤

銷權。

(一)拙著二主義之抗爭三三七頁以下。

(二)ZGB. 179 II. 前出五八之乙。

## 七二 契約內容(旧民七九四條)

十五六世紀之都市法，夫妻不但得以財產契約規律婚姻中之財產關係，婚姻解除後之財產關係，亦可約定。(一)蓋在妻最感切要者，非婚姻中之財產關係，而為婚姻解除後之財產關係故也。婚姻中，固可由夫扶養，婚姻解除後為何如乎？夫先死，而成為寡婦以後，為何如乎？此為極關重要之問題。故在自覺之婦女，既以夫妻財產契約除去法定財產制之不合理，同時即以繼承契約補足法定繼承制之缺憾。而於同一契約中，兼載婚姻財(Ehegut)及寡婦財(Witwengut)，務期婚姻中及婚姻後之生活絕對的確實焉。

及至十九世紀，德國以夫妻財產契約與繼承契約，乃二個內容不同之契約，故應各別訂立，而於財產契約中不得兼載繼承契約。此種見解，頗有勢力。但於制定民法之際，則回復夫妻或婚約當

事人得於同一契約中兼載財產契約與繼承契約之主義。奧大利亦以特別法宣示同一之旨趣。  
 (二) 蓋以不涉及寡婦繼承權之契約，殊無意味故也。

法國，西班牙，葡萄牙，荷蘭，羅馬尼亞等國，原則不認繼承契約。法定繼承制，不能為契約之力所左右。但同時為夫妻財產契約之當事人，特設例外。即惟彼等得訂立繼承契約，且得於夫妻財產契約中一併記入之。蓋不涉及繼承權之財產契約，為無意義，故惟對於財產契約之當事人予以特別之便宜。(三)

在日本民法上，夫妻財產契約之當事人，亦得併約繼承契約乎？據七九四條規定，夫妻財產契約，「非為登記，不得以之對抗夫妻之繼承人。」是財產契約之內容，可以涉及夫妻繼承人之權利，不難想見。故縱在日本，似亦可以解為：夫妻得於夫妻財產契約中，兼載繼承契約。

(一) 拙著二主義之抗爭三三九頁以下。

(II) BGB. 2276 II - ABGB. 1217, 1249; Hofdekret, V. 25/6 1817.

(III) C. c. 1130 II - Belgien, C. c. 1130 II. - Nederland, B.W.B. 1870 II - Spanien, C. c. 1271 II - 拙

著二主義之抗爭三四一頁以下。

## 第四章 離婚

離婚法，發達於新教會。舊教會，以婚姻爲終生結合，一旦結合以後，即不能分離，故離婚法無發達之餘地。新教會則如有一定原因，即可離婚。惟其原因，最初祇限於姦通及惡意遺棄之二者。嗣後準姦通之重婚，不自然之性交，亦可爲離婚原因。準惡意遺棄之虐待，企圖殺害，拒絕性交，亦可爲離婚原因。至後則長期之自由刑及重大侮辱等，亦認爲離婚之原因。離婚原因，與年俱進，夫妻之分離，頗爲自由，自然法學者之論著，對於離婚原因之擴大，亦多貢獻。蓋男女之結合與分離，極端的自由化，乃彼等之根本主義故也。其於立法，則以普魯士州法所認之離婚原因爲最廣，姦通，惡意遺棄，拒絕性交，企圖殺害，重罪，浪漫，拒絕扶養等之重大過責（schwere Verschulden）得爲離婚原因固矣。如精神病，不能症等之偶然事由（zufällige Umstände）亦得爲離婚原因。即在無子之場合，任意的（aus Willkür）協意離婚，亦屬可能。（一）普魯士州法，實爲近代離婚自由主義之先驅者。

現代立法不過追蹤普魯士法之後塵而已。

(1) Preuss. Idr. 11, 1, 689fg. 嗣後普魯士於一八四四年、一八五四年、一八五九年，迭有減少離婚原因之修正草案，但均未成爲法律。

### 第一節 裁判離婚

新教會雖許離婚，然猶充分預防其任意爲之。故先限制離婚權之發生，即離婚權惟基於法定原因而發生，非有相當於法定原因之事實，不得遽行離婚。其次則限制離婚權之行使方法，即離婚權須以離婚之訴爲之，非如通常之形成權以單純之意思表示爲之已足。而於離婚之訴，原因之有無，權利之存否，則力求其實體的真實。以此之故，或則由檢察官到場陳述意見，或則由審判官爲職權之斟酌。凡此皆以婚姻之維持，離婚之防止，爲目的。非充分的確定離婚原因之存在，即不許其離婚。(1)

(1) 本書，祇述關於離婚權發生原因規定之變遷。關於行使方法之法律規定之變遷，乃訴訟法之歷史，於茲從略。又今

之人事訴訟法，係淵源於教會之訴訟法，拙著『主義之抗爭』一九四頁參照。

## 第一項 性的不忠實

七三 姦通（日民八一三條二款三款）

甲 姦通許其離婚，各國法律莫不皆然。縱在如 Luther 離婚原因甚為狹隘之人，亦以姦通為離婚之原因。嗣後新教會，則以夫妻之姦通平等待遇，夫之姦通，妻之姦通，皆為離婚之原因。（一）

近代之法律，夫妻之姦通亦平等待遇。妻之姦通，為離婚之原因，夫之姦通，亦為離婚之原因。（二）惟昔之法國法，夫之姦通，與妻之姦通不同。妻子姦通，逕為離婚之原因，夫之姦通，則以情狀重大者（夫將姦婦帶入夫妻之共同住所時）為限，為離婚之原因。一八八四年七月二十七日之法律，廢除此種不平等之規定，夫之姦通亦逕為離婚之原因。今之比利時，西班牙等國，仍採改正以前法國法的不平等主義。（三）至在日本，亦屬極端，妻之姦通，夫得逕為離婚，夫之姦通，則除依姦淫罪被處罰之特別情形外，其妻不得離婚。（八一三條二款三款，刑法一七七條及一八三條）改正要綱，亦以妻之姦通，逕為離婚之原因。（第十六一之一）夫之姦通，則除『顯然浪漫』者外，不得為



## 離婚之原因（第十六—二十一）

(1) Friedberg, *Kirchenr.* 514.

(11) 十九世紀中採平等主義之立法。Preuss. *Ldr.* II, 1, 670fg.; *nururb. Ehescheidung sordn. altendb.*

*Eheordn.* 195fg.; *sachs. GB.* 1713fg. — 德國制定民法之際，德國婦女聯合會建議關於貞操義務，應採用

夫妻平等主義。（Vgl. das Organ des Allg. deutschen Frauenvereins: "Neue Bahnen" Bd. 12. Nr. 8）

(111) Belg. C. c. 230—Italien C. c. 150 II—Spanien, C. c. 150 Nr. 1.

乙 姦通之未遂，爲何如乎？新教會，有謂未遂亦爲離婚原因者，有謂不然者。（一）但自沙克遜民法，以明文排斥基於未遂姦之離婚以來，（二）大體皆不認未遂姦爲離婚之原因。

關於舉證，得許間接證據。即縱非直接舉證，然如與第三人爲不謹慎之交際，切實的可推定其爲姦通者，亦得以其爲姦通而離婚。（三）（四）

(1) *Daluz: Seuffert's Arch.* 12, 38, 25, 31; 31, 237; 35, 131—dagegen: *Seuffert's Arch.* 13, 147; 14,

142; 18, 145; *Entsch. d. Reichsg.* 9, 47.

(一) Sachs. GB. 1715.

(三) Preuss. Ldr. 11, 1, 673—nurnb 10—goth. 75fig.

(四) 妻於夫不在中，雖有與年青獨身之男子，於自宅飲酒，或與之同往戲院，回家後共同晚餐之舉動，然如該男子與其夫之交際甚為親密，且該男子另有婚約之女子，而該女子為同席或同行於此會合的事實之證明時，雖未能涉及會合之全部——證明其同席同行，然不能以此事實，懷疑其妻之貞操。〔大正一二年十二月四日大審院判決  
青木民事決例集一〇七八頁〕

丙 夫妻之一方，幫助或教唆他方姦通時，為何如乎教會法，國法（一）於此情形，皆自始不能取得離婚權。蓋教唆及幫助者，於配偶之姦通，自始即不感覺苦痛，甚為顯然故也。以同一理由，同意於姦通者，亦不取得離婚權。（八一四條）（二）

(1) Seuffert's Arch. 7, 192; 20, 41—Preuss. Ldr. 11, 1, 719—altenh. 200 d.—sachs GB. 1718.

(二) 在新教會，夫妻之一方同意於他方之姦通時，是否喪失離婚權，頗有爭議。（Seuffert's Arch. 8, 268; 27, 139）

德國民法，於同意之時，明定其無離婚權。（BGB, 1565）他之立法，亦有明定者。（ZGB. 137; Schweden,

Ehég. V. 11/6 1920 11. Kap. 8; Norwegen, Ehég. V. 15/6 1918 48, Danemark, Ehég. V.

30/6 1922 59）日本民法亦然（八一四條一項）

丁 其次，就離婚權一般之消滅言之。新教會法，國法，皆認離婚權因宥恕（*Verzeihung*）而消滅。（一）彼時所謂宥恕，指喪失離婚權之意思表示而言。（二）從而離婚權人如不表示此種意思，縱與相對人和睦，亦不喪失離婚權。今之學說，則以宥恕為感情之表現。事實上，如離婚權人之感情甚洽，不問其有無喪失離婚權之意思，亦當然喪失離婚權。（八一四條二項）

(1) *Seufferts Arch.* 41. 115. 43. 25—*Preuss. Ldr.* 11, 1, 720-nurnb. Nr. 48-sachs. GB. 1720—bad. *Ldr.* 272.

(2) 亦有明定宥恕不可不依明示之意思表示者（*Preuss. Ldr.* 11, 1, 720;nurnb. Nr. 48）

戊 離婚權，短期的消滅。其期間，在普魯士州法，為知悉離婚原因之時起一年。（二）今則較短，有自知悉之時起半年，自發生之時起二年或三年而消滅者。（三）日本，則自知悉之時起一年，自發生之時起十年而消滅。（八一七條）（三）

(1) *Preuss. Ldr.* 11, 1, 721.

(11) *Schweden. Ehg.* 8—*Norwegen, 48—Danemark, 59.*

(三)日本民法，基於惡意遺棄之離婚權，自知悉後經過一年而消滅，故於知悉惡意遺棄後數年，遺棄人業已回家，即喪失離婚權，不能離婚。多數外國法，基於惡意遺棄之離婚權，則係特別處置，不因時間之作用而消滅，故不致發生上流之不當。(ZGB, 140, Schweden 5, Norwegen, 45, Danmark 56)

己 最終，就夫妻雙方姦通時言之，新教會，基於他方之姦通，取得離婚權者，如自身亦為姦通，則喪失已取得之離婚權。(二)國法，亦大體倣之。(抵銷主義 Kompensationsprinzip) (二)今則對於夫妻雙方予以離婚權，相互得與他方離婚。(三)其理由，以為離婚權係在解除離婚權人婚姻繼續之苦痛，與處罰有責者無關。如屬處罰性質，則權利之附與，應以權利人自身清白為前提。否則，自己縱屬姦通，而予以離婚權，亦屬無礙。被告提起反訴，與原告離婚，故不能謂其有失公平焉。(日本民法八一五條惟基於犯罪之離婚權許其抵銷的消滅)

(1) *Senffer's Arch.*, 2, 194, 17, 53, 20, 41.

(11) *Preuss. Ldr.* 11, 1, 670fg.—*sachs. GB.* 17fg.—*altenh.* 200 c.—*Senffer's Arch.* g. 2, 194, 17, 53, 20, 41, 21, 59, 23, 230, 31, 239.

(III) BGB, 1574.

#### 七四 重婚及其他(旧民法一三條一款)

甲 以重婚爲特殊離婚原因之國甚少，大抵以其爲姦通之一種。事實上，亦係同時即屬姦通，(重婚而不與重婚配偶性交極爲罕見)實無以其爲特殊離婚原因之價值。(1)

(1)以重婚爲特殊離婚原因者 Sachs, (B. 1728—現在BGB. 1555, Griechentl. Eheg. V. 24/6 1920  
2—Denemark, Eheg 30/6 1922 58—Norwegen. Eheg. V. 15/5 1918 47. —日本民法以其爲特殊離婚原因。蓋在日本，重婚與姦通不同，縱屬無妻無夫，亦爲離婚原因，故不能不與姦通區別。(一三條一款)

乙 新教會，以某種猥褻行爲(尤其是不自然性交)爲離婚之原因。(一) 國法中倣之者不少。(二)

(1) Senffer's Arch. 43, 25.

(1) Preuss. Ldr 11, 1, 672, nurnb. Ehescheidungsordn. 12; Sachs. (B. 1728—現在BGB 1565;  
Schweden, 8, Norwegen 48, Danemark, 59—日本民法，不以猥褻行爲爲離婚原因，惟以因此處刑者爲離婚原因(一三條四款)

丙 新教會以頑固的拒絕性交 (hartnackige Verwigerung der ehelichen Pflichten) 爲離婚之原因。(二) 國法中非無以此爲特殊之原因者，但裁判上以此爲理由，甚不雅純。故今之立法，則以拒絕性交爲「惡意遺棄」或「重大侮辱」情事之一，或「顯然破壞夫妻關係」情事之一而離婚。(11)

(1) Senffert's Arch. 17, 56.

(11) Preuss. Ldr. II, 1, 694—nurnb. 28—altenb. 217—sachs. GB. 1731.

新立法中，有以夫妻之一方，反於他方意思，而出以避性交之手段爲離婚原因者 (Letzt Eheg. V. 1/2 1921 47, Estl. Ehestandg. V. 1/2 1921 47, Griechentl. Eheische idungsg. V. 24/6 1920 8—多數)。國不能症，惟以結婚當時存在者，爲撤銷婚姻之原因。結婚後之不能症，不認爲離婚之原因。

## 第二項 同居之廢止

### 七五 惡意遺棄 (日民八一三條六款)

甲 惡意遺棄 (böswiche Verlassung) 之觀念，爲新教會所樹立。新教會所謂惡意遺棄，指無理由之同居廢棄，即無正當理由，或非夫妻間之合意，自己出外或追出他方者而言。於有理由外出時，

自其理由消滅之時起，爲惡意之遺棄。縱對於家居之配偶繼續予以扶養，而外出無理由時，亦爲遺棄。(1)

(1)「民法第八一三條所謂惡意遺棄，謂不同扶養義務之如何，夫妻之一方以惡意遺棄他方。」(明治二十三年十一月

六日大審院判決錄一〇卷一六頁)

乙 但新教會於認惡意遺棄爲離婚原因之際，尙有其不澈底之點。何則，蓋新教會分遺棄爲遺棄人之居所不明，與居所分明之二種，於居所不明時，(是謂固有遺棄 *eigentliche Desertion*) 被遺棄人自遺棄人廢棄同居時起，經過一定期間，即得請求離婚判決。而於居所分明時，(是謂準遺棄 *Quasidesertion*) 則須先聲請法院，對於遺棄人發歸還命令，(*Rückkehrbefehl*) 以遺棄人不服從其命令時爲限，始得請求離婚判決。(2) 此仍狃於婚姻維持之思想，故基於遺棄之離婚，止於最小之限度。

(1) *Reufer's Arch.* 3, 67.

丙 十九世紀之法律，做新教會區別固有遺棄與準遺棄。(2) 今之多數立法，亦區別此二者。於準

遺棄，即遺棄人之居所分明時，以發歸還命令爲請求離婚判決之先行條件。(二)少數之新立法，則於居所分明時，並不特別輕視，此時被遺棄人亦得以經過一定遺棄期間爲理由，逕行請求離婚判決。(三)遺棄期間，長者爲五年，短者爲六個月。(四)

(1) Prens. Ldr. 11, 1, 679fg.—altherb. Eheordn. 208 fg.—sachs. GB. 1731—goth. Eheg. 101, 109.

(11) BcB. 1667—ZGB. 140—Tschechoslow., G. V. 25/5 1919 13c.

(111) Niederl BGB. 268—Lethl. Eheg. V. 1/2 1921 44—Griechenl. EhescheidungsG. 24/6 1920 4.

(四)他國，均以繼續一定期間之惡意遺棄爲離婚原因，日本惟以惡意遺棄爲離婚原因。(八一三條六款)——改正要綱，則以惡意遺棄括包於所謂「重大不當待遇」的非常廣汎之離婚原因中。(改正要綱第十六之三)

### 第三項 對於配偶之直接侵害

## 七六 企圖殺害

最初以企圖殺害認爲離婚原因者，爲 Melancthon。彼與彼之同志 Luther 主張除以姦通及惡意遺棄二者爲離婚原因外，應以虐待及企圖殺害爲離婚原因。新教會亦主此說。所謂企圖，包含欲殺害配偶之預備，陰謀，着手，未遂等而言。(三)



十九世紀之立法，亦倣新教會之例，以企圖殺害列入離婚原因中。(二)現代立法亦然。(三)惟法法系之法律無此規定，但因判決例以企圖殺害爲重大侮辱(injure grave)之一種，事實上，企圖殺害，仍爲離婚原因。日本亦以企圖殺害爲重大侮辱之一種。(八一三條五款)

(1)Fr. edberg, Kirchenr. 5/6 Preuss. Ldr. 11, 1, 699—nurnb. Ehescheidungsordn. 25—goth Eheg. 97, 902—sachs. GB. 1735.

(11)BGB. 1566—ZGB. 138—Tschechoslowakci, G. V. 22/5 1919 132—Griechenl. G. V. 24/6 1920 3.—Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 11. Kap. 10—Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 50—Danemark, Eheg. V. 30/6 1922 61.

(11)Rumanien, BGB. 215 規定知他人有殺害配偶之企圖，而不告知，亦爲離婚原因。即認意於企圖殺害之警告爲離婚原因之一。

## 七七 虐待 (日民八一三條五款)

最初以虐待認爲離婚原因者，亦爲 Melanchton。彼謂危害於配偶生命健康之虐待，與企圖殺害同，應以其爲離婚原因，新教會亦守此說。(一)

十九世紀之立法，非無祇以「危害於配偶生命健康之虐待」為離婚原因者。（德國州法大率如此）（二）然此殊失之狹。現時之立法，如虐待已至配偶感覺難於繼續婚姻之程度，縱非危害生命或健康，亦認為離婚之原因。各國法律所謂「重大虐待」，（*service grave, schwere Misshandlung*）（三）即指難於使婚姻繼續之程度之虐待而言。（四）

(1) Friedberg, *Kirchenr.* 515—Seuffert's Arch. 35, 36.

(11) Preuss. Ldr. 11, 1, 699—nurnb. Ehescheidungsord. 25—goth. 97fg—sachs. G.B. 1735 fg.

(111) O. c. 231—bad. Ldr. 231—Italien, O. c. 150—Niederl. B.W.B. 264 Mr. 4—ZGB. 138—Schweden, *Eheg. V.* 11/6 1920 11. Kap. 10. —日本民法較之是等立法，則用更為正確「不堪同居之虐待」之字樣。（八一三條五款）

(四)「縱為未至於創傷之暴行，然如激烈的反覆為之，即可謂為係民法八一三條所請不堪同居之虐待。」（大正三年三月三十日東京控訴院判決法律新聞九六二期二九頁）

## 七八 侮辱（日民八一三條五款）

甲 侮辱，在十八世紀中，新教會之判例似已認為離婚原因。及至十九世紀，多數立法則以其為離

婚原因。現代法亦以重大侮辱爲離婚原因。(八一三條五款)(二)(三)所謂重大，亦係指至使配偶難於繼續婚姻之程度而言。(三)

(1) Preuss. Ldr. II, 1, 706fg. — nurnb. Ehescheidungsordn. 25—goth. Fheg. 26.

(11) C. c. 231—Italien, C. c. 150—ZGB. 138. 瑞典、挪威、丹麥等國，不以侮辱爲離婚原因。

(三) 判例對於妻之重大侮辱——『已有正妻，猶蓄其他子女爲妻，而與之同棲，固足以認爲係民法八一三條第五款所謂對於妻之重大侮辱，得爲離婚之原因。』大正二年七月十四日東京地方法院判決法律新聞八九二號二頁——『夫不顧其妻，而與他女發生內緣關係，與之同棲之行爲，相當於民法八一三條所謂重大之侮辱。』大正七年十二月十九日大審院判決錄二三卷六四頁)

乙 新教會，以誣告爲離婚之原因。(二) 國法中，亦有明定：夫妻之一方，就他方之犯罪，故意爲虛偽之申告時，他方得與之離婚者。(一) 但多數立法，則以其爲重大侮辱之一，而不認爲特殊之離婚原因。

(1) Entscheid. d. RG. 4, 104.

(11) Preuss. Ldr. II, 1, 705—nurnb. 25—goth. 123.

七九 其他之直接侵害行爲

如上所述，從來之立法，不過就對於配偶之直接侵害行為中，以其二三為離婚之原因，一八三七年五月十三日之 *Altenburg* 婚姻令，則一方以虐待等為離婚原因，同時他方復設一般之規定，(*clausula generalis*) 舉凡其他已至難於繼續婚姻程度之直接侵害行為，皆為離婚之原因。(一) 即從來之法律，係以限制的意味，列舉離婚原因，反之 *Altenburg* 法，則以例示的意味，明揭離婚原因。對於離婚原因之規定方法，開一新紀元。現代法律中，做 *Altenburg* 法之例者不少。如德國，瑞士，希臘，捷克斯拉伐克等國是也。(二) 此等國家，不但重大虐待，重大侮辱；即侵害自由，拒絕扶養，傳染性病，執行家政不誠實，以及一切已至難於繼續婚姻程度之直接侵害行為，皆為離婚之原因。(三) 日本民法改正要綱，亦以「配偶重大不當之待遇」為離婚原因焉。(改正要綱第十六之一之三)

(1) *Altenb. Eheordn.* 194.

(11) *BGB.* 1568-ZGB. 142-Griechenl. G. V. 24/6 1920 5-Tschechoslowakei, G. V. 22/5 1919  
*13h-Letl.* G. V. 1/2 1921 45.

(三) 以侵害自由為獨立之離婚原因者。例如 *Estl.* G. V. 27/10 1922 28 Nr. 5. 以侵害身體自由為離婚原因。  
*Burgarien. Exarchatord.* V. 1888 187. 以限制信教自由為離婚原因。有以拒絕扶養為離婚原因者。如

Fr.N.Prens. Idé. II, 1, 713. 今之 Esq. 28 Nr. 3. 是又有以傳染性病爲離婚原因者如 Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 II. Kap. 9, Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 49, Danmark. Eheg. V. 30/6 1922 60, Portugal. Dekret. V. 3/11 1910 4 Nr. 10. 等。

#### 第四項 對於配偶之間接侵害

#### 八〇 刑罰（旧民法八一三條四款）

新教會之判例，以刑罰爲離婚之原因。新教會所以以刑罰爲離婚原因者，蓋因受刑，則夫妻之共同生活不能不長時間廢止故也。卽以長年月之受刑認爲一種遺棄。及十九世紀之末，思想一變，離婚之實際理由，不在因受刑廢止共同生活，而在因此配偶受間接之侵害，至感覺難爲婚姻之繼續。故爲離婚判決之際，不但應考量刑罰之輕重，犯罪之種類，而於配偶所受苦痛之程度，亦應顧及。如配偶感覺難與受刑者繼續其婚姻時，不問刑期之長短，犯罪之種類如何，亦應許其離婚。（一）

十九世紀國家之法律，不過以被處若干年以上之刑罰爲離婚原因，或以因犯某罪被處若干年以上之刑罰爲離婚原因。（二）（迄今多數立法亦採此方法）（三）（四）進步的少數立法，則以

苦痛之程度爲標準。如配偶感覺難與受刑者繼續其婚姻時，不問刑種及刑期如何，皆得離婚。(五)

(1) Entsch. d. RG. 1, 120, 9, 47, 13, 46.

(11) Preuss. Ldr. 11, 1, 704fig. — nurnb. Ehescheidungsordn. 37 — goth. Eheg. 122 — Sachs. GB. 1740.

(三) 現代法中，有置重刑期，以被處一定年限以上之自由刑爲離婚原因者。有置重刑種，凡被處徒刑，不問刑期長短，皆爲離婚原因者。斯干底拿維亞之立法，屬於前者。(Schweden, Eheg. V. 2/11. 1915 11 Kap. 11; Norwegen,

Eheg. V. 31/5 1918 51, Danemark, Eheg. V. 30/6 1922 62, Tschechoslowakei, G. V. 22/5 1919 13.) 法國及瑞士屬於後者。(O. c. 232, Belgien, O. c. 232; ZGB. 139.)

(四) 日本民法八一三條四款：「配偶因偽造，賄賂，猥褻，竊盜，強盜，詐欺取財，消費受寄財物，關於贓物之罪，或刑法一七五條二六〇條所載之罪被處輕罪以上之刑，或因其他之罪被處重禁錮二年以上之刑時，」係準據舊刑法，如以現行刑法爲基礎，應改爲「配偶因偽造，賄賂，猥褻，竊盜，強盜，詐欺，恐嚇，侵佔，或關於贓物之罪，或刑法一八六條二項二六二條所載之罪被處罰金以上之刑，或因其他之罪被處懲役二年以上之刑時。」「積重遠難離婚制度之研究」（究三七頁）

(五) BGB. 1568.

## 八一 其他之間接侵害行爲

本論 第四章 離婚

犯罪以外，非無間接侵害之行爲。例如夫妻之一方，侮辱他方之家族，虐待其繼子，怠於子女之教育，勸其賣淫等，皆足使他方受間接之侵害，難爲婚姻之繼續。又一方經營下等職業，酗酒，耽於賭博，或其他放肆之行狀等，直接侵害本人自身，間接即侵害配偶，使其難爲婚姻之繼續。故此等行爲，實有列入離婚原因之必要。但從來立法，則怠於爲此規定，惟以一二間接侵害行爲爲離婚原因，(一)(二)而不以一般的間接侵害行爲爲離婚原因。今之多數立法，尙未脫此舊套。少數立法，則有以一般間接侵害爲離婚原因者。(三)既以難於爲婚姻繼續之直接侵害行爲，一般的認爲離婚原因，則同一程度之間接侵害行爲，自應一般的以其爲離婚原因焉。

- (1) 或者以下賤營業爲離婚原因。(Preuss. Idr. II, 1, 707, nurnb. Ehescheidungsordn. 38.) 或者以酗酒浪費爲離婚原因。(Preuss. Idr. II, 1, 708f.; nurnb. 36; goth. Eheg. 124; saclis. GB. 1733.) 或者以耽於賭博爲離婚原因。(Portugal, Dekret. V. 3/11 1910 4. Nr. 9.) Cuba, Panama, Venezuela 等，則以勸誘其女賣淫爲離婚原因。(Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, II, 718.)
- (2) 日本以配偶侮辱虐待自己之直系尊親屬，配偶受自己之直系尊親屬之侮辱虐待，爲離婚原因。(八一三條七款改正要綱第十六之四)——西洋各國無類此之規定。

(III) BGB. 1568 - ZGB. 189 - Tschechoslowakei, G. V. 22/5 1919 13fig. - Estland, G.V. 1/5 1923 27 -  
Lettland, G. V. 1/2 1921 46.

## 第五項 無責離婚原因

### 八二 疾病

甲 新教會，(一)惟以有責之侵害行為爲離婚原因，而不以偶發情事爲離婚原因。普魯士州法，則以偶發情事之一的精神病，列爲原因之一。(二)但對之而有所謂拋棄無罪的病人之非難。雖迭欲加以改正，但州法仍堅持其當初之主義。(三)他如德國立法，亦做普魯士州法，以繼續的精神病爲離婚原因。(四)德國民法蓋亦排斥猛烈之反對論，而以不治之精神病爲離婚原因也。(五)德國以外，以『一定期間繼續，且無全治希望之精神病』爲離婚原因者，已逐漸增加。(六)蓋夫妻不但肉體共同，精神亦須共同，精神病人則精神不能共同，此即精神病離婚說之論據焉。

日本民法，固不以精神病爲離婚原因，但改正要綱既以『難於繼續婚姻關係之重大情事』爲離婚原因，則精神病自得於重大情事名義之下，而爲離婚之原因。



(1) Senfer's, Archiv, 2, 195, 5, 285, 7, 58.

(11) Preuss. Ldr. 11, 1, 598.

(三) 一八四四年普魯士離婚法改正草案，以精神病為離婚原因之一，一八五四年之草案刪除之。一八五九年之草案復舊，仍以其為離婚原因。

(四) Nurnb. Ehescheidungsordn. 32-bad, Ldr. 232a—goth. Eheg. 113—sachs. GB 1743.

(五) 第二讀會以一二五對一一六否決，第三讀會以一六一對一三三可決。

(六) ZGB. 141—Schweden, Eheg. V. 11/6 1920 II. Kap. 18—Norwegen, E. eg. V. 15/5 1918—Danemark, Eheg. V. 30/6 1922 63—Tschechoslowakei, G. V. 22/5. 1919 13fg.—Estland, G. V. 1/5 1923 26—Letland, G. 31/2 1921 45.

乙 普魯士州法，以在婚姻中所生之難治性交不能症，(一)與可厭之疾病，(二)列入離婚原因中。但普魯士嗣後諸草案，已有應於離婚原因中予以刪除之提案。迄於現行德國民法，始達刪除之目的。今之德國，惟以精神病為離婚原因。其他各國，於精神病以外，亦概不以其為離婚原因。最近則有反對之立法傾向。即 Letland, Estland 以在婚姻中所生之難治不能症，(三)傳染的性病，(四)顯係可厭之疾病等，為離婚原因。(五)

(I) Preuss. Ldr. II, 1, 696—sachs. RG. 1742.

(1) Preuss. Ldr. II, 1, 697.

(II) Lettl. G. V. 1/2 1921 476—Griechenl. G. V. 24/6 1920 8.

(III) Estl. G. V. 1/5 1923 26 Nr. 2.

(IV) Lettl. 45—Estl. 26.

### 八三 難制之嫌厭 (unüberwindliche Abneigung)

普魯士州法，以『無和睦希望，強烈的嫌厭相對人之情狀』列為離婚原因之一。(一)嗣後各改正草案，則不以嫌厭自身為離婚原因，惟以相對人惹起嫌厭之一定有責行為為離婚原因。嫌厭遂由離婚原因中排除之。(二)法國大革命之際，亦明定得以嫌厭為理由，請求離婚，民法編纂之際，則摒而未採。(三)至今無論何國，亦認以嫌厭為離婚原因為不當，惟奧大利及捷克斯拉伐克，於非舊教徒間，仍以嫌厭為之理由。(四)

(一)以嫌厭為理由離婚，以原告提示不願與被告為婚姻生活之事實為必要。此點，與一方的任意離婚不同後者，以離婚權人一方的表示離婚意思為已足，不須提示何種之理由。

(11) Preuss. Ldr 11, 1, 718a.

(12) Frankr. G. V. 20/9 1792 8fg.

(13) ABGB. 115 - Tschschonowakel, G. V. 22/5 1919 191.

#### 八四 失蹤(日民八一三條九款)

失蹤，亦爲無責之原因，因其爲非基於過失之生死不明之狀態故也。故在嚴守過失主義從來立法，不以其爲離婚之原因。但至現代，失蹤亦爲離婚之原因。即新立法，夫妻之一方，於一定期間生死不明時，他方得爲離婚。(一)日本民法亦然。(八一三條五款改正要綱第十六(一)之五)(二)

(1) Norwegen, Eheg. V. 15/5 1918 46 - Danmark, Eheg. V. 30/6 1922 - Portugal, Dekret V. 3/11 1910 4 Nr. 6.

(2) 日本民法尙有一特別之無責離婚原因，即緣組之解除或撤銷是也。於培養子緣組時，而有離緣，於養子與家女之婚姻時，而有離緣或緣組撤銷，則夫妻之一方，得與無過失之他方離婚(八一三條十款)此種無責離婚原因，他國尙未之見。

#### 第六項 不定離婚原因

## 八五 不定離婚原因

以上已就離婚權發生原因次第擴張之經過言之，茲再言其要點。最初，離婚原因極少，惟限於姦通與惡意遺棄之二者。漸次附加新規定，先以準姦通之不自然性交爲離婚原因，準惡意遺棄之虐待、侮辱、犯罪等爲離婚原因。及至十九世紀，不但虐待侮辱等，卽一般難爲婚姻繼續之直接侵害行爲，亦爲離婚原因。又不但犯罪等，卽一般難爲婚姻繼續之間接侵害行爲，亦爲離婚原因。於有責原因外，復有所謂無責原因。不但相對人之過失，卽偶發之事由，亦爲離婚原因。尤其以精神病爲主要的無責離婚原因焉。——要之，如難爲婚姻繼續之事由，不問有責無責，直接間接，皆可爲離婚之原因。

若然，是一切事由皆爲離婚原因，已無列舉之必要。毋寧自始卽廢除列舉，惟明揭在難爲婚姻繼續之事由，皆可爲離婚原因之原則。而由審判官依照原則，就各個情形判斷其適於離婚與否。此種離婚原因之規定方法，是謂不定原因主義。不定原因主義，乃離婚原因擴大史之極致。

蘇俄離婚法，卽採不定原因主義。該法不列舉離婚之原因，惟規定：夫妻之一方，無論何時，均得

提起離婚之訴。法院於有離婚訴訟時，即傳喚原被告兩造，訊問其事由。如其事由以離婚爲當，則以決定宣告離婚。(二)其事由之爲遺棄，姦通，在所不問。祇須其程度至於難爲婚姻之繼續，即可離婚。結果，既惟以程度爲標準，則其被許離婚者，自屬甚多。縱謂新教會以來之離婚原因擴大，於蘇俄民法登峯造極，亦非過言。

(1) *Sovjetrusal*, G. V. 2719 1921 87fg.

## 第二節 協議離婚(日民八〇八條以下)

協議離婚，乃法國革命之產物。法國革命，對於僅擴大裁判離婚之原因，尙不滿足，於是有所謂協議離婚之新制度。蓋裁判離婚，與近代私法上之自治的傾向，不能一致。何則，蓋離婚之當否，依國家之手檢討之，惟限於有正當離婚原因時，始許離婚，泰半帶有干涉的性質故也。既須裁判始能離婚，則縱擴大離婚原因，亦不能謂其爲自由離婚。以故法國革命立法，於裁判離婚以外，復認協議上之離婚。此私法上之自治擴張及於離婚之經過。

雖然，離婚之自治，究難爲與傳統觀念所承認，故自革命經過後，因反動之襲擊而消滅。拿破崙法典，雖於嚴重的限制之下存置協議離婚制，然已於舊王政再興後一八一六年五月八日，完全廢止。嗣後則未見其復活。法國以外各國，對於協議離婚極爲反對。及至最近，始有逐漸緩和之傾向。

(一) 例如蘇俄，承認協議離婚。Letland, Estland 等新興國，亦然。(二) 葡萄牙，亦以一九一〇年十一月三日之命令，承認協議離婚。今後因提倡性之絕對自由，協議離婚或不失爲離婚之正常方法乎？

(1) 比利時，繼受拿破崙法典，設有與拿破崙法典同一內容之協議離婚制。(Belgien, C. c. 275lg) 奧大利，惟對於國內之猶太人許其協議離婚。(A D G B 133lg.)

(11) Lettl. G. V. 1/2 1921 - Estl. G. V. 1/5 1923 30

## 八六 協議離婚之限制

甲 法國革命時之協議離婚法，不問夫妻之年齡及其年限如何，皆可協議離婚。(一) 拿破崙法典，則結婚後二年間，不得協議；夫在二十五歲，妻在二十一歲以下，不得協議。(二) 近時之協議離婚法，

多設有類似之限制。(三)但就中如蘇俄民法，則撤廢一切之限制，而復歸於舊日之主義。即結婚後二年以內，亦得協議離婚；縱在二十五歲以下，亦得協議離婚。(四)日本民法亦然(八〇八條)

(1) Frankr. G. V. 2019 1792.

(11) C. c. 275, 276—Belgien, Q. c. 275, 276—Bad. Ldr. 275, 276.

(111) Portugal, Dekret. V. 3/11 1910 35.

(112) Sowjetrussl. G. V. 27/9 1921 87—ABGB. 133, 134.

乙 拿破崙法典，夫妻協議離婚，須得父母之同意。最近之立法，關於此點，亦廢棄拿破崙法典之主義，而回復革命當時之主義。(一)(二)明定：離婚，無須父母之同意。(三)

日本法，則與此種傾向反對。未滿二十五歲者之協議離婚，須得結婚同意權人之同意。(八〇九條)其結果，遂發生父母濫用其同意權，而不欲離婚之夫妻強制其離婚之流弊。

(1) C. c. 278—Belgien, 278—bad. Ldr. 278.

(11) G. V. 22/9 1792.

(111) Portugal, Dekret V. 3/11 1910.

## 八七 協議離婚之程序

甲 協議離婚之程序，即在革命當時，亦頗不簡單。——先由夫妻親至由雙方近親組織而成之親屬會，陳述離婚之意。親屬會勸其和解。和解無效，則聲請市鎮鄉吏，使其證明和解之無效。夫妻攜此證明書，親至身分吏前，受離婚之宣告。(一)親屬會之召集與開會之間，設有一定之時間，交付證明書與聲請宣告之間，亦設有一定之時間，蓋所以防夫妻之輕舉也。

(1) Frankr. G. V. 20/9 1792 11, 1—7。

乙 拿破崙法典，產生於反對協議離婚的氣勢之下，故其手續困難倍加於革命法。夫妻，不於親屬會陳述離婚，而須向審判官呈請離婚。審判官命其和解。和解無效，則終與離婚呈請之證明書。嗣後依一定時間之間隔，三次向審判官呈請離婚。各別受和解之勸告。第四次勸解無效，始得為正式離婚許可之聲請。審判官雖可不為實質的審查，許其離婚，然離婚尚非因此而終了。必夫妻雙方攜帶許可書，親至身分吏前，受離婚之宣告，始稱終了焉。(1)

(1) C. c. 279—294; Belgien, C. c. 279—294; bad. Ldr. 270—294。



丙 比較的手續簡單者，爲奧大利爲國內猶太教徒所設之協議離婚法。然仍設勸解之手續，即先由接受離婚呈請之管轄牧師 (Rabbi) 勸其和解。和解無效，則給與和解不成之證明書。法院收受證明書後，尙非即時許可離婚，如有和解希望，得命其爲一定期間之延期。及延期無效，始給與夫妻以離婚狀 (Scherdebrief) 許其離婚。(1)

(1) ABGR, 133, 131

丁 但最新立法，則斷然排斥勸解之制度。蓋對於欲爲離婚之夫妻勸其和解，乃不信賴夫妻自治能力的干涉主義之遺風。爲尊重夫妻之意思起見，自不能不排斥一切之干涉故也。蘇俄民法，卽立於此種見地。依據該法，欲爲離婚之夫妻，須向身分吏或法院呈請，身分吏接受其呈請時，於得該呈請係由雙方當事人爲之之確信以後，卽爲離婚之登錄。法院接受其呈請時，則指定期日，傳喚雙方當事人或其代理人到庭，於得該呈請係由雙方當事人爲之之確信以後，卽以決定宣告離婚，以其決定謄本送交於身分吏。(一) 完全不勸其和解，惟須當事人到場，以確認其呈請之真偽。

日本，以提出一紙之離婚呈報爲已足。既無和解之勸告，且不須爲呈請真偽之審查。(八一〇)

條八一一條）其手續之單簡，蓋又在蘇俄民法之上矣。

(1) Sowjetrussl. G. V. 27/9 1921 87ff.

中華民國二十四年十一月初版

徐

婚姻法之近代化一冊

(31433.2)

每冊定價大洋叁角

外埠酌加運費匯費

原著者 栗生武夫

譯述者 胡長清

發行人 王雲五  
上海河南路

印刷所 商務印書館  
上海河南路

發行所 商務印書館  
上海及各埠

\*\*\*\*\*  
\* 版 翻 \*  
\* 權 印 \*  
\* 所 必 \*  
\* 有 究 \*  
\*\*\*\*\*

G 149

4



(E 2)

中國書局
100