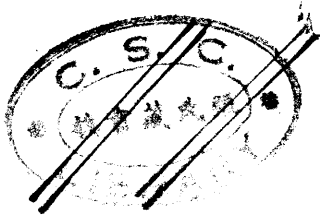


580  
新時代法學叢書

中國婚姻法綜論

張紳著

新華書店  
發行



1527173

戊 1955



張紳著

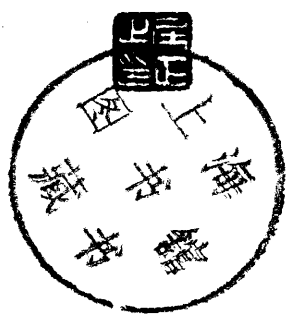
中國婚姻綜論

居正署

上海图书馆藏书



A541 212 0001 5795B



中國婚姻法綜論

用賓題籤



# 序

吾國歷史上，向崇家族制度。倫理觀念，自昔所重。故婚姻之制，創始最早，周定六禮，已肇其端。後如唐、宋、明、清諸律，關於婚姻制度，亦歷有規例，殆亦吾國婚姻法之權輿歟？民國初年，沿用清律，現行律有效部分，但已深感此種定制未足以合於時代環境，會議修改而未果行。國府定都南京，立法院，採集中西成例，適應現代需要，創訂新制，於民國二十年間公布施行，誠爲吾國婚姻法上開一新紀元。年來研究婚姻之制者雖多，但尙無專門著作以供法界與社會之參證，張君問爲本所第三屆法官班畢業學員，平日於法制學極富研究，尤其於婚姻制度最有心得，遂出其所學，著爲中國婚姻法綜論以應世，是其貢獻於法界與社會者，不綦偉乎？是爲序。

民國二十四年八月

洪蘭友於法官訓練所

# 序

君子之道，造端乎夫婦。婚姻之制，自古爲昭。吾國自民法公布以還，關於親屬編婚姻部分，尙少研究善本。張君紳在司法官訓練所肄業，從予受茲編，近已畢業，就其平日所心得者，并參考各家各說，演繹而闡明之，成是書，都十萬言，出以相示。予喜其植根於國粹，而折衷乎歐風，用力之勤，而見地之廣也。爰爲之記。

中華民國二十三年十月

林鼎章序

# 目錄

先父得山先生遺物  
熊深敬捐贈

## 緒論

|     |          |    |
|-----|----------|----|
| 第一章 | 導言       | 一  |
| 第二章 | 婚姻制度之沿革  | 六  |
| 第三章 | 婚姻之立法    | 一三 |
| 第四章 | 婚姻之本質    | 二一 |
| 第五章 | 婚姻之態樣與習慣 | 二七 |
| 第一節 | 重婚與再婚    | 二七 |
| 第二節 | 血親婚      | 二八 |

|           |    |
|-----------|----|
| 第三節 姻親婚   | 二九 |
| 第四節 贅婚與童養 | 三一 |
| 第五節 姘度    | 三二 |
| 第六節 妾     | 三三 |
| 第七節 招夫與典妻 | 三四 |
| 第八節 早婚與不嫁 | 三六 |

## 本論

|           |    |
|-----------|----|
| 第一章 婚約    | 四二 |
| 第一節 概說    | 四三 |
| 第二節 婚約之要件 | 四六 |
| 第三節 婚約之效力 | 五〇 |



|                  |    |
|------------------|----|
| 第四節 婚姻之解除·····   | 五四 |
| 第一款 解除之原因·····   | 五四 |
| 第二款 解除之方法·····   | 六一 |
| 第三款 解除之損害賠償····· | 六二 |
| 第四款 解除之效果·····   | 六三 |
| 第二章 結婚·····      | 六九 |
| 第一節 概說·····      | 六九 |
| 第二節 結婚之要件·····   | 七〇 |
| 第一款 實質的要件·····   | 七一 |
| 第二款 形式的要件·····   | 七七 |
| 第三節 結婚之禁止·····   | 七九 |
| 第一款 監護婚·····     | 八〇 |

第二款 相姦婚……………八一

第三款 待婚……………八二

第四節 結婚之無效及撤銷……………八四

第一款 結婚之無效……………八五

第一項 結婚無效之原因……………八五

第二項 結婚無效之主張方法……………八六

第三項 結婚無效之效力……………八七

第二款 結婚之撤銷……………八八

第一項 結婚撤銷之原因……………八八

第二項 結婚撤銷之主張方法……………九七

第三項 結婚撤銷之效力……………九八

第三款 結婚無效及撤銷之損害賠償……………九九

第一項 財產上之損害賠償……………九九

第二項 非財產上之損害賠償……………一〇〇

第三章 婚姻之普通效力……………一〇四

第一節 概說……………一〇四

第二節 由婚姻而生之身分關係……………一〇六

第一款 配偶關係……………一〇六

第二款 家屬關係……………一〇七

第三款 姻親關係……………一〇八

第三節 夫妻間之權利義務……………一〇九

第一款 夫妻之行為能力……………一〇九

第二款 貞操義務……………一一〇

第三款 冠姓義務……………一一一

第四款 同居義務……………一一二

第五款 日常家務代理權……………一一四

第六款 扶養義務……………一一五

第七款 契約撤銷權……………一一七

第八款 遺產繼承權……………一一八

第九款 夫權問題……………一一九

第四章 夫妻財產制……………一二五

第一節 概說……………一二五

第一款 夫妻財產制之種類……………一二七

第二款 夫妻財產契約……………一二九

第三款 非常法定財產制……………一三三

第二節 法定財產制……………一三八

第一款 概說……………一三八

第二款 聯合財產之範圍……………一三九

|     |            |     |
|-----|------------|-----|
| 第三款 | 聯合財產所有之劃分  | 一四〇 |
| 第四款 | 聯合財產之利益及處分 | 一四一 |
| 第五款 | 債務之清償      | 一四五 |
| 第六款 | 聯合財產制之解散   | 一四九 |
| 第三節 | 約定財產制      | 一五一 |
| 第一款 | 共同財產制      | 一五二 |
| 第一項 | 共同財產制之意義   | 一五二 |
| 第二項 | 共同財產之管理及處分 | 一五三 |
| 第三項 | 債務之清償      | 一五四 |
| 第四項 | 共同財產之解散    | 一五六 |
| 第五項 | 所得共同制      | 一五七 |
| 第二款 | 統一財產制      | 一五八 |
| 第三款 | 分別財產制      | 一六〇 |

第一項 分別財產制之意義……………一六〇

第二項 家庭生活費用……………一六〇

第三項 債務之清償……………一六一

## 第五章 離婚……………一六四

第一節 概說……………一六四

第一款 離婚之立法主義……………一六五

第一項 自由離婚主義……………一六五

第二項 禁止離婚主義……………一六六

第三項 限制離婚主義……………一六七

第四項 別居制度……………一六八

第二款 吾國之離婚制度……………一七〇

第二節 協議離婚……………一七三

第一款 概說……………一七三

|     |            |     |
|-----|------------|-----|
| 第二款 | 協議離婚之要件    | 一七五 |
| 第三款 | 協議離婚之無效及撤銷 | 一七八 |
| 第三節 | 判決離婚       | 一七九 |
| 第一款 | 概說         | 一七九 |
| 第二款 | 判決離婚之原因    | 一七九 |
| 第三款 | 離婚之訴       | 一八八 |
| 第一項 | 判決離婚之主張方法  | 一八八 |
| 第二項 | 離婚訴權之消滅    | 一九〇 |
| 第四節 | 離婚之效力      | 一九四 |
| 第一款 | 概說         | 一九四 |
| 第二款 | 離婚及於身分上之效力 | 一九五 |
| 第三款 | 離婚及於子女之效力  | 一九五 |
| 第四款 | 離婚及於財產上之效力 | 一九七 |

|     |                    |     |
|-----|--------------------|-----|
| 第五款 | 判決離婚之損害賠償及贍養費····· | 一九八 |
| 第一項 | 損害賠償·····          | 一九八 |
| 第二項 | 贍養費·····           | 一九九 |



# 中國婚姻法綜論

先父得山先生遺  
物 熊深敬撰贈

## 緒論

### 第一章 導言

婚姻爲人類生存不可缺之要件。生存之基本意義，自狹義言之，固賴衣食以謀一身之營養；自廣義言之，尤賴性生活以求血統之延長。此生存之慾，爲人類文明之動力，凡一切生物皆具備之，惟人類之較生物爲進步者，厥爲一定之結合方式，此方式維何？卽婚姻制度是也。易曰：「歸妹天地之大義也，天地不交而萬物不興，歸妹人之終始也。」（註一）哲學家康德氏更從男女生理方面下婚姻之定義曰：「婚姻者，男女兩性之結合，以相互終生間佔有其性之特徵爲目的者也。」見（Kant,

Rechtlehre, §24) 此言雖偏於性之生理方面，然性爲婚姻制度存在之最要原因，則無可否認。其次爲倫理原因，如禮記經解曰：「婚姻之禮，所以明男女之別也。婚姻之道廢，則夫婦之道苦，而淫辟之罪多矣！」蓋人倫之道，造端於夫婦，欲整飭其綱常，自應先從婚姻制度著手。此外在宗法社會下，傳宗接嗣亦爲婚姻制度存在之最大理由。如禮昏義：「昏禮者，將以合兩姓之好，上以事宗廟，下以廣繼嗣也。」孟子亦云：「不孝有三，無後爲大，舜不告而娶，爲無後也。」其重視宗法有如此者。再者，吾國古代婚姻制度之存在，基於經濟觀念，亦不能謂非原因之一。如詩豳風曰：「七月鳴鵙，八月載績，載玄載黃，我朱孔陽，爲公子裳。」又曰：「摻摻女手，可以縫衣。」是不外基於男女各有其本能之特長，而成其天然合作。蓋爲分工制度之起源也。(註二)

羅馬法學家孟德魯士 (Maderstinus) 則以道德思想爲婚姻關係之基礎，謂婚姻乃男女以終生間共同生活爲目的之結合關係。德國民法與瑞士民法之 Ehe，及法國民法之 Mariage，其意義皆不外此。吾國婚姻二字，初爲儀式上之名稱，迄後凡關係夫妻者，胥以此二字包含之焉。(註三)

惟吾國更以婚姻爲親族及家族制度之基礎，社會組織之根本，故易傳曰：「有天地然後有夫

婦，有夫婦然後有父子，有父子然後有君臣，有君臣然後有上下，有上下然後禮義有所措」。是蓋以婚姻爲整個封建制度之基本單位矣。（註四）

現今個人主義盛行，上述之意義，已不能解釋現代婚姻之目的，自由主義者謂婚姻爲兩性間依自由意志所結合之共同生活，是則前述思想，已根本動搖矣！其詳容後述之。

法律爲人間社會生活之規範，其本身不能使人爲一定之行爲，僅對某種自然之事實，予以合法之規定，及某種一定行爲之禁止而已。前者稱爲私法，後者稱爲公法，婚姻既爲自然發生之事實，法律乃就此種自然事實，進而爲方法上之指示，其合法者，更予以保護之耳。諺曰讀書所以明理，而現代社會之組織是否合理，亦一問題。顧作姦犯科者，常不免爲其行爲辯護，吾人固不能視整個社會爲罪惡，然法律爲解釋此矛盾社會之唯一理由，則無可否認。其詳應讓諸政治及社會學者之研究，吾人研究法律，乃在現社會爲合法之假設前提下，以探討其理論之根據可耳。

顧婚姻法亦猶其他私法，非命爲求偶之行爲，乃指示以適當之求偶方法而已。申言之，卽指示如何獲偶某種男性，或某種女性確實之方法也。吾人原可不依法所指示之方法以獲得私益，例如

以詐欺或脅迫等方法奪取他人之所有物，或強使他人供給勞務等，然此非確實獲得之安全方法，爲國家法律所不保護；反之，如欲確實獲得某種財物，則必須依法所指示之方法以實現之，如以買賣、贈與、借貸、繼承等方法而取得財貨，或依雇傭承攬等方法以取得勞務是。此種以合法手段取得之私益，則爲國家法律所保護。其於獲得異性之方法亦然，鑽穴隙以相窺，踰牆以相從，固不失爲獲得異性之一法，然非合法之道，爲法律所不保護，爲社會所不齒。而獲得異性之正當方法，厥爲婚姻。婚姻法者，即所以規定男女間因婚姻關係而生之身分關係，及因身分而生之權利義務關係之私法也。（註五）例如婚姻之成立，夫婦身分之取得、喪失、變更，及其效果，皆於此規定之。至異性獲得之方法，則屬於事實問題，非法律問題。亦猶物之得失變更，固爲法律問題，而消費滅失，則純屬事實問題，一任當事人之意思爲之，凡不違反公共秩序及善良風俗者，法律自一概不予干涉也。

（註一）參閱王弼、程頤各家傳註。

（註二）「婦順者，順於舅姑，和於室人，而後尙於夫，以成絲麻布帛之事。」禮記昏義

（註三）「婿之父爲嫻，婦之父爲昏，又曰婿之黨爲嫻，兄弟婦之黨爲昏兄弟。」爾雅

（註四）「天地萬物之本，夫婦人倫之始，所以上經首乾坤，下經首咸，繼以恆也。天地二物，故二卦分爲天地之義，男

女交合而成夫婦，故咸與恆皆二體合於夫婦之義。周易節傳。

(註五)學者間有主張婚姻法非純爲私法關係者，如婚姻之撤銷，須以訴主張之，既有對待國家機關之干涉，卽非爲純私人間之私法關係。但公私法之別，原爲研究上之便利，本無一定之區別，婚姻之撤銷，因與公秩良俗所關甚鉅，故由法院判決，而依婚姻法精神觀之，仍以認爲私法爲當。況婚姻法旣爲民法之一部，在羅輯上亦不能不認爲私法也。

## 第二章 婚姻制度之沿革

婚姻制度常隨人類生活環境而遞變，原始時代，文化未啓，人類居無定處，以狩獵爲生，人口稀少，男女之間，初無一定之結合。故或良宵月下，借樹影爲花燭；桑間濮上，以大地爲洞房；昨方比翼，今已勞燕，人禽之分，間不容髮，度其自然之性生活，初無所謂一定之婚姻制度也。商君開塞篇：「天地開而民生之，當此之時，民知其母而不知其父」。故如「姜嫄履大人之跡而生棄，簡狄吞玄鳥卵而生契」等狂妄之記載，不一而足。此時代女子之地位，自不遜於男子。人類學者，稱爲母系社會。在婚姻進化上論之，則爲亂婚時代 (Communal Marriage) (註1)

迄後自然界之物類漸稀，人類乃棄其漁獵生活，部落而居，以營其游牧生活。其民老死不相往來，部落內之女子，恆屬於一部落之所有，是爲團體婚時代 (Group Marriage)。部落之間，偶或發生爭鬪，則勝者必屠殺其男子，而掠奪其女子以爲己有，俾繁殖人口，以擴張其部落自身之勢力。女子

至此，已失其自由人格而變爲奴隸，一任男子之支配，生殺予奪，自無所謂婚姻制度。學者亦有稱爲掠奪婚時代者。

及文明漸啓，部落之間時有往還，交通既開，交易亦興，漸覺劫掠殺戮之非是，改爲「以其所有易其所無」。凡昔之用暴力以劫掠女子者，至此則以和平之買賣 (Marriage by Sale) 方法實現之矣。其視女子亦猶牛馬與其他物品相交換，後雖不取代價而出於贈與，方式雖異，其視女子爲物品則一也，無形之間，已由部落之血族婚，進而爲部落間之團體婚矣。當此之際，人類生活漸次安定，需要異性亦切，部落中之強有力者，如酋長之類，必一人而佔有多數女子；反之，若部落內之女子缺乏，則多數男子共有一妻。前者如馬來羣島，及以前之土耳其，後者如西藏等處，至今尙有行之者。

(註二)

至農業社會，人類放棄其流浪畜牧生涯，而營固定之農業，生活安定，卽知室家之樂，深感前此男女結合之非，而思所以改善之，俾爲永久之結合。於是男以女爲室，女以男爲家，家庭既立，則某一男子常與某一女子互爲婚姻，於是婚姻之制度確立矣。此際以男系爲中心之家族制度產生，女子

雖已獲有人格，然終較男子爲卑，地主階級往往擁有多數婢妾，以誇示其豪奢。婚姻之權，全操諸家長之手，婚姻之方式雖改買賣爲聘娶，但家長仍往往以女子爲贈與之標的物，（*Marriage by Gift*）社會上亦視爲固然。

商業時代，文明益啓，交通區域擴大，女子之人格乃爲國家法律所保護，多妻制亦爲一般人所反對，工商業進步，都市發達，女子已取得社會上之獨立生活，家長於女子已無偌大之權力，婚姻事件須得雙方本人之同意，男女之地位完全平等，一夫一妻制亦爲世界各國法律所承認，婚姻爲男女雙方精神上之結合，是殆進於完全之共諾婚制度（*Marriage by Mutual Consent*）矣。卽各國現行之婚姻制度也。

吾國上古婚姻制度如何，自來學者，言人人殊。呂氏春秋特君覽曰：「上古之時，其民聚生羣處，知母不知父，無親戚兄弟男女夫婦之別」，蓋主上古亂婚制者。劉師培曰：「上古婚禮未備，以女子爲一國所共有，故民知母不知父……其始也盛行一妻多夫之制，及男權日倡，使女子終身事一夫，故一妻多夫之制革，而一夫多妻之制仍屬盛行」，蓋主上古女子國有說者。路史「太昊伏羲正義正姓



氏通媒妁，以重萬民之麗，麗皮薦之以嚴其禮，示合姓之難，拚人情之不瀆。蓋主吾國自古爲相約婚者；然皆出諸想像，殊難採信。惟吾國婚姻制度較諸其他各國發達爲早，則爲學者間一致之通說。然起於何時，論者亦不一致，有謂始於太昊伏羲者，如通鑑外紀云：「上古男女無別，太昊始設嫁娶，以儷皮爲禮，正姓氏，通媒約，以重人倫之本，而民始不瀆。」禮記外傳亦曰：「伏羲制嫁娶，以儷皮爲禮。」亦有主張始於皇帝者，顧皇帝、伏羲是否實有其人，至今亦不無疑問。蓋自始皇焚書、項羽塗城，益以漢儒之偽造，古史既不足恃，秦以後出者，更遑論矣。然自史乘觀之，其不外經過掠奪、買賣、贈與諸階級，則無可諱言也。

至周定六禮，婚制大備，六禮者何？卽納采、問名、納吉、納徵、請期、親迎是也。男女婚媾，須遵六禮，否則不認爲婚姻，所謂聘者爲妻，奔者爲妾是也。然成妻與成婦不同，女子適人，如舅姑存，則行盥饋禮於次日；亡則行廟見於三月之期。故女未廟見而死，則不遷於祖，不祔於皇姑，示未成婦也。蓋周代集封建制度之大成，而人倫又造端於夫婦，故對此封建社會之基本單位，焉有不極力維護之理。吾國婚制，至此可謂已完全確立矣。迄封建廢，而宗法存，社會以男系爲主，娶妻所以奉宗廟，擴繼嗣，非僅

認男女自身之問題也。故婦非廟見，仍不能得妻之地位。家長有龐大之權，婚姻之禮，須「父母之命，媒妁之言」。「男女無媒不交」。（註三）孔子以其二女贈與南容，公冶長（論語）女子已失其獨立之人格，所謂有三從之道，無專制之義。（註四）重男輕女，習非成是。韓非子六反篇謂：「父母之於子女也，產男則相賀，產女則殺之，此俱出父母之懷妊，然男子受賀，女子殺之者，慮其後，便計其長利也。」是直視女子爲一種罪惡矣！

周以後，匪惟婚姻之禮大備，卽一夫一妻制度亦已確立。雖歷代妾制盛行，（註五）且爲禮制所公認，但刑不上大夫，禮不下庶人，後雖著爲律令，然不過少數之士大夫階級有之，大多數之庶人則未能廣收婢妾也。然妾之地位終不能與夫匹敵，所謂妻者齊也，妾者接也，貴賤有別，不可紊也。明清因襲前制，著爲律令。此種制度，學者間有稱之爲多妾制中之一夫一妻制者。（見陳著中國古代婚姻史）

鼎革以還，男女平等原則，已爲世所公認，納妾廣嗣之念，亦爲世所鄙棄，婚姻事件，須得男女當事人之同意，民法已有明文規定。輓近個人自由主義日倡，謂結婚爲戀愛（註六）進於某階段而自

然發生之事實，非國家法律所可干涉，是將來之婚姻，幾成於超法律之自由行為矣，不僅駕於各國之共諾婚階段已也。

(註一) 婚姻制度沿革之研究，原爲社會學上之問題。社會學者間主張原始亂婚者，如莫剛之太古社會 (Mor-gan's Ancient Society) 馬因藍之古代史研究 (J. T. MeLennan's Studies in Ancient History) 及克魯泡特金 (Kropotkin) 恩格斯 (Engels) 斯賓塞 (Spencer) 等。但有反對說，如瓦特馬克之婚姻進化史 (Edward, Watermark's The History of Human Marriage) 李多爾諾之婚姻及家庭進化論 (C. H. Letourneau's The Evolution of the Marriage and the Family) 謂有史以來，未見女系親屬組織之存在也。

(註二) 一妻多夫制因地而不同，有一女而有多數之夫，其多數之夫皆屬兄弟者，如西藏是有諸弟可以通宿者，如 Todas 族是；有其兄爲夫，諸弟可以通宿而非公開行之者，如 Sandal 族是；至 Nairs Khaneias 哥薩克 等處，則不限於兄弟，Aleuts 則以一人爲正夫，正夫不在，始許他夫通宿。回教一夫可娶四妻，一切稱謂及禮節均平等，若娶五五人，則第五者始呼爲妾，妾與妻不能平等也。若四妻缺一，則第五者升爲妻矣。(見司法部民商事習慣調查錄)

(註三) 淮南子齊俗訓：「顯頊之法，婦人不避男子於路者，拂之四達之衢。」管子「婦人之求夫家也，必用媒而後家事成，求夫家而不用媒，則醜恥而人不信也。」

(註四)禮記郊特牲：「婦人從人者也，幼從父兄，嫁從夫，夫死從子。」傳曰：「婦人有三從之義，無專用之道，故未嫁從父，既嫁從夫，夫死從子，故父者子之天也，夫者妻之天也，婦人不二斬者，猶同不二天也，婦人不能二尊也。」

(註五)妾之數目，依曲禮晉義公羊傳白虎通：「天子有六宮，三夫人，九嬪，二十七世婦，八十一御妻，諸侯有九女，大夫一妻二妾，庶人僅一妻。」明律：「各處親王妾媵，許奏選一次，多者止於十人，世子及郡王額妾四人，長子及各將軍額三人。」各中尉額妾二人，韓非子六反篇：「衛人有夫妻禱者，而祝曰：『使我無故得百來東布。』其夫曰：『何少也？』對曰：『益是，子將以買妾。』」

(註六)何謂戀愛，論者亦不一致。據純粹戀愛論者，謂純潔之戀愛，應為單純之精神作用，其間不容有絲毫物的或肉的条件存在。卡本特(Carpenter, Mary)則謂戀愛乃肉體情感，與心靈上一切人心之複合體；愛倫克(Ellan Kay)女士則更進一步，倡靈肉一致說。謂性的戀愛，乃人格與肉體上之最高典型，且謂若無戀愛為基礎，則雖經法律，亦非道德。蓋戀愛不僅為情感結合，且為一種生活結合，今之青年男女，以戀愛不外為男女交相悅之意，見異性則相悅，因相悅而相婚，狡黠者又不惜倡有利於己之學說，竟有以戀愛起家者，而視結婚為職業者，又比比皆是。實則婚姻為一種制度，而戀愛則為藝術，青年男女，鮮有不誤解而貽患終身，致不能自拔者。

## 第二章 婚姻之立法

各國法律，關於婚姻制度，皆發達較早。古代族制盛行，家族為社會之單位；法律之主旨，不外定家長之身分，而結婚離婚及一切財產之關係，均視為一族團體之公益。故婚姻事件，亦不外公法之一部。一委之族長或家長施行。自教會產生，即否認婚姻為性的結合，基於「爾等勿姦淫」之教旨，制作種種戒律，使信徒遵守，對於婚姻設有種種之故障。男女當事人，僅能於一定範圍內，有擇偶之自由，必須遵守其最嚴重之方式而締結者，方認為合法之婚姻。此外則一概目為違法之私通，而特設無效及撤銷之法則。以性為犯罪，於離婚之原因，則限制極嚴。且須經由裁判行之，此種嚴峻無比之婚姻法，支配一切之教徒，國家於無形之中，遂亦承認其立法權矣。

初期羅馬法，採性慾肯定主義，婚姻法即建築於絕對性自由 (Absolute Sexual Freiheit) 思想之上，不設結婚禁止之規定，使青年男女，於廣汎範圍內，選擇其配偶。結婚之禁止，殆不多見，並

承認姘度亦爲婚姻。關於結婚，宛如其他交易契約，以男女當事人意思之一致，即認爲有效成立，即婚姻之無效及撤銷，亦輕而且易，與一般交易契約同。離婚亦然，概任當事人之自由。以合意合者，亦得以合意離，國家不予以干涉，是爲事實婚時代。

一五六三年 Trent 宗教會議以後，始並進於形式婚時期。凡婚姻非遵守基督教之儀式者，不能有效。故自宗教改革以來，新派掌握政權，則使舊派亦適用其婚姻法。舊教得勢亦然，彼此張弛，糾紛無已，是爲宗教婚時代。至法國大革命時，教會之婚姻立法權，幾完全被人否認，以婚姻不過爲民事契約之一種。迄一七九二年，始明定「無論何人皆應於國家官署前締結婚姻」，至是遂進於法律婚時代矣。現今各國除奧、西、瑞、挪、英、美等國兼採宗教婚與法律婚，及革命之蘇俄兼採事實婚與法律婚主義外，其他歐洲各國及日本，則概採法律婚主義。是爲必要之民事婚（*Obligatorische Ehen*）。（吾國民法第九八二條規定，結婚應有公開之儀式，及二人以上之證人，蓋爲必要民事婚中之特殊形式婚矣。

顧現今各國雖俱進於法律婚時代，然所採之主義則不盡同：有純採個人本位之一元主義者；

有兼採家屬本位之二元主義者。前者以個人爲國家之單位；後者以家族爲國家之單位。故視婚姻法地位之重要，亦不相同。各國間有定爲單行法規者，如一九二六年蘇俄之婚姻親屬及監護法，及英、美法系之法例是；有以之規定於民法法典中者，如法、西、意、荷、比、葡、奧及日本舊法是。以人之身分關係，乃私權之所從出，置民法之最首編，亦有以純粹之親屬關係，列爲專編，置於債編物權之後者，如德、日之新民法是。前者爲羅馬編制式；後者爲德意志式。我國之編制，則倣後者。（註一）

吾國自古崇尚禮治，關於人民權利義務之私法，皆付闕如。惟婚姻爲宗法社會之基礎，故自周定六禮，其制卽臻大備。其時家族爲社會之單位，婚姻事件亦然。人口之繁殖，祭禮之繼續，俱認爲不外家族中之公法性質。（註二）其後散見於其他律例教令之中者，如唐、宋、明、清諸律，及會典中關於婚姻、戶婚各規定，皆爲婚姻法之權輿。（註三）然仍不能脫刑法而獨立。至清末光緒三十四年，設修訂法律館，一方修改舊法，由沈家本等將大清律例重行修訂，以爲推行新法之基礎。名曰大清現行刑律，於宣統三年四月頒佈。民國以來，仍暫行援用之。迄民國二十年親屬編施行爲止。他方則於修改舊法之外，尙有編訂新法之舉。於宣統元年由高种朱獻文二人起草親屬法，是爲第一次草案。鼎

革以還，社會之風俗制度，諸多改革。先前之法律，俱不能適合現時之環境。學者主張新穎立法，以促進社會之進步，而第一次草案，對於新制度，俱未敢遽採。至民國十五年，仍由高种起草，是爲第二次草案，採男女平等之原則，較前已見進步，惟未廢宗法制度耳。國民政府成立，於十七年七月，由法制局祕書燕樹棠氏擬成親屬一稿，是爲第三次草案。廢除以男系爲主之宗法制度，分親屬爲血親姻親二種，採純粹之男女平等主義。較第二次草案爲更進步，現行親屬編，即係立法院根據該三次草案，酌加修改而來。於民國二十一年一月公佈，同年五月五日施行，惟法律以不溯既往爲原則，故凡婚姻事件，於本法施行前發生者，依本編施行法第一條，及大理院歷來判例，仍有大清現行律關於婚姻事件之適用，惟婚約及離婚事件，則不在此限，以施行法有特別規定故也。（註四）

法律乃國家社會發展之產物。社會制度已由家族本位進至個人本位，再由個人本位進至社會本位；法律之趨勢，亦不能不由昔之家族主義進於個人主義，再由個人主義進至社會主義。吾國家族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。願吾人雖非如英雄主義者，以少數人之立法即可改革社會；然亦非機械唯物論者，以人類之一切作爲皆爲物質所支配。故



本法雖認家制有保留之必要，但仍以共同生活爲本位，置重於家長之義務，與舊日家制不同。且規定家長不論性別，以符男女平等之旨。

個人之私生活一任個人之自由意思解決之，謂之私法自治之原則（Private Autonomie）。自十八世紀政治改革後，此原則已絕對支配一切私生活，唯婚姻則不然，仍取干涉締結態度，設種種之故障，及一定之方式，使人民依法律在國家機關前締結之。是在婚姻方面言，國家之干涉，爲侵入私法之領域；與對於其他私生活之政策完全立於矛盾地位。今後之婚姻法，將一反於初期羅馬法自由婚姻之理想，此近代立法家所以努力洗滌近代法中教會所遺留之成分，而欲建設更自由更有生氣之性的秩序也。

顧現代法一方面雖減少結婚之種種故障，他方面復設有種種新障礙，如一九一八年挪威婚姻法，凡有精神病及梅毒者，不得結婚。美國更加入重症肺病、傳染病、嘗習犯人、濫酒者、被救貧者等，稱爲劣種禁婚法。德國新近頒佈優生律，規定人民於結婚前，須提出醫生證明雙方體格健全之證書者，此皆基於社會衛生之見地，（註五）個人與社會既有連帶關係（Social Solidarity）爲謀社

會之幸福起見，不得不犧牲個人之幸福。故今後之婚姻法，將一如今後之財產法，對於個人之取得活動加以限制，而於社會見地，對於個人之配偶選擇方針，亦加以強大之干涉矣。

十八世紀以還，既認人類生而平等，則男子自無對女子加以壓迫之理。此問題在法國大革命時似已解決，實則人間之不平等依然如故，因是所謂「法律之前人人平等」一語，將仍不免淪於虛偽。吾人雖不主張女子之智識、能力較男子爲差，但男子與男子間之差，亦終所不免；女子於生理、意志及經濟種種方面，仍不能不認爲弱者；女子恆以嫁人爲終身之靠，一旦脫離婚姻關係，則每不得不寄食母家，或淪爲妓，或流爲妾，或竟終身墮落。是以法西斯主義者，有「女子返歸家庭」之口號，夫結婚離婚之絕對自由，本爲保護女子而設，而結果反造成種種之不平等。現代之立法趨勢，在財產法上已進於保護主義，如勞動者之保護，他人過失之負責等是。蓋法律之目的，不在口號上之自由平等，應求實際上之平等。今後之婚姻法，應在保護女子之精神下，取限制自由主義，以符法律上實際平等之至意焉。

（註一）羅馬式係採家族制度，德意志係採個人主義，我國之編制雖做德意志式，但國內大部份人民仍生活於農

村組合之社會，故有保存家族制度之必要，而不採個人主義。故民法所採之家族制度，與古昔之「父爲子綱夫爲妻綱」者迥不相同。蓋一方雖保存固有之習慣，他方則仍採新進學說，以促進社會之逐漸改良也。

（見法官訓練所親屬法講義）

（註二）管子「凡國都皆有掌媒，取鰥寡而和合之，此之謂合獨」。周禮「地官媒氏掌萬民之判，凡男女有成名以上，皆書年月日名焉。令男三十而娶，女二十而嫁，凡娶妻入女者，皆書之，仲春之日，令會男女，於斯時也，奔則不禁，若無故而不用令者，罰之」。

（註三）中國古代所謂婚姻，類皆注重於禮儀，如土昏禮、昏儀等是。而以婚姻著之禁教條中者，惟司徒不濶之刑，及媒氏不用令之罰而止。厥後法令滋章，婚姻乃有成文。（見郁氏親屬法要論）

（註四）民法親屬編施行法第一條：「關於親屬事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定」。同法第四條：「民法親屬編關於婚約之規定，除第九百七十三條外，於民法親屬編施行前所訂之婚約亦適用之」。又第七條：「民法親屬編施行前所發生之事實，而依民法親屬編之規定，得爲離婚之原因者，得請離婚」。

（註五）美國米干干（Michigan）等各州，俱禁止精神病人、心神喪失人、白癡、花柳病人、癩癩病人、傳染病人、酗酒人、習慣犯人、被救助人之結婚，違反之者，處以五百至一千美金之罰金，或五年以下之徒刑。最近德意志希忒拉內閣，頒布強種法，規定有惡習、傳染病及受宮刑之處罰者，均不得結婚。吾國公羊傳「喪父長女不娶」

世有惡疾不娶，世有利人不娶，亂家女不娶，逆家女不娶」，似亦含有優生學(Eugenic)之思想。

## 第四章 婚姻之本質

婚姻之重要既如彼，而法律之目的又如此。然則吾人所欲論究之婚姻，其本身將有若何之意義耶？其性質若何？吾民法於此亦猶其他各國立法例，未予明文規定，一任各人之解釋。立法者之意，或以爲毋須予以規定，但古今時代之不同，中外風俗之異致，不免無所適從。第就民法親屬編之全體精神觀之，則所謂婚姻，實兼指婚姻契約及夫婦契約而言。前者包括訂婚、結婚等創設夫婦身分之行爲。後者乃指婚姻成立後夫妻身分關係而言。除前者容諸本論各章中詳述外，茲先就後者意義，根據一般觀念，下婚姻之定義如左：

婚姻者，基於男女間雙方之合意，以終身共同生活爲目的，使生身分關係，而爲法律所公認之要式行爲也。分析言之，有如下列：

(1) 婚姻者，要式法律行爲也。法律行爲者，以欲發生私法上效力之意思表示爲要素之法

律事實也。結婚乃以欲發生親屬法上夫妻關係之意思表示爲其構成要素。故婚姻爲法律行爲中之身分上行爲(Personliche Rechtsgeschäft)。法律行爲有須依一定之方式者，爲要式行爲。反之，則爲非要式之法律行爲。吾民法關於身分上之行爲，多屬於要式行爲。第九百八十二條規定：「結婚應有公開之儀式，及二人以上之證人。並以第九百八十八條規定：「其不具備上述方式者爲無效」，由此觀之，其爲要式之法律行爲(Formelles Rechtsgeschäft) 可無待言。

(2) 婚姻須男女當事人合意。婚姻爲男女當事人間本身問題，吾國古時，關於兒女之婚姻事件，雖皆操之父母之手，但近世各國，則無不認爲須出當事人間之合意。吾民法於第九百七十二條亦明定：「婚約應由男女當事人自行訂定」。惟此種行爲，是否亦爲契約，學者間不無爭論，按法律行爲通常分爲契約(Vertrag)，單獨行爲(Einseitige Rechtsgeschäft) 及共同行爲(Vereinbarungen) 三種，我民法第一百五十三條規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其爲明示或默示，契約即爲成立」。而婚姻既由男女雙方

以終生共同生活爲目的之合意而成立其爲契約自不待言。但吾民法既將契約定於債之通則章內，則所謂契約者，在狹義方面言之，固專指發生債權法上效力爲目的之合意而言。（羅馬法，法民法，及英判例法，皆持此說）。但自廣義言之，則凡欲發生私法上效力之一切雙方合意行爲，皆爲契約。固不以發生債權法上效力爲目的之合意爲限。德國民法即從此說，將契約規定於民法總則編，婚姻自可目爲契約之一種。惟婚姻事件須由男女雙方互相表示意思一致，雖與一般廣義契約無異。但其兩方之人數及當事人之能力，則親屬編上皆有特別規定。不能一任當事人之變更。是婚姻契約，應以認爲親屬法上之契約爲較妥。

(3) 婚姻契約之當事人須爲一男一女。通常之法律行爲，其當事人爲男性抑爲女性，與契約之成立無關。而婚姻則以男女兩性生理結合爲基礎，故創設夫婦關係之婚姻契約須有對立之男女兩性。再通常契約其兩造當事人爲單數抑爲複數，原則上亦不影響契約之成立。惟婚姻契約則不然，法律上限於兩方俱爲單數。故並偶匹敵，不僅構成民法上之

離婚原因（參照民法一〇五二條一款）且犯刑法上之重婚罪（參照刑法二三七條）吾國古時雖妾制盛行，但妻則仍限於一人。（註一）唐律：「諸有妻更娶者，徒一年。」明清因之，時至今日，除少數野蠻民族外，各國法律皆認一男一女為夫妻關係之正軌，吾民法亦然。

（4）婚姻為法律公認使生夫妻身分關係。婚姻既與社會公秩良俗所關甚鉅，故法律之規定類皆強行性質。不能任當事人自由意志定之。亦無習慣法優先之適用。男女結合之方式，何止千數，故必合於法律規定之實質要件，及一定之形式要件者，始生夫婦之身分關係。換言之，即配偶之雙方因公開之結婚方式，而取得夫妻之身分，妻因結婚入於夫家為夫家之家屬。夫妻之一方對他方之血親發生姻親關係，基於此等身分關係而同居、貞操、扶養、繼承等權利義務，於焉發生。其他一切男女之結合，皆不外於野合，為法律所不公認，為法院所不保護。

（5）婚姻以夫妻共同生活為目的。婚姻不僅為生理之結合，其最大目的，乃在維持夫妻間之共同生活（*Lebensgemeinschaft*），維繫之者，或為恩義，或為愛情，男以女為室，女以



男爲家，室家之好，膠固不解，精神寬慰，伉儷益篤，民法於一造受他造不堪同居之虐待者，得請求離婚（參照民法一〇五二條）蓋亦有見於此也。至以年老不能生殖爲婚姻無效，或撤銷之原因者，（註二）不僅爲現行法所不取，亦且爲古時所排斥。

（6）婚姻爲男女雙方終身之結合，婚姻固屬於愛情之結合，然情感無常，愛情亦自無永久維持之可能。雖然，在結合之時，要當期之以白首，委之以終身，故易傳曰：「夫婦之道，不可不久也，故受之以恆」。否則朝秦暮楚，離合無常，形同苟合，夫婦之謂何？故男女結合之初，若附以條件，固不能與婚姻同視，即附以期限者，亦不能目爲婚姻也。（註三）惟既云終身，要當以生存期爲限，故夫亡再醮，妻故立娶，在恩義上容或未忍，而法律上則無妨也，反之，在生存期之租妻，典妻，等習慣，亦非法所容許，又所謂終身結合者，以當事人結合之時有偕老之願望爲已足，若婚後因情事變更致違初衷，而出於離婚之途，則事屬意外，情非得已，又當別論也。

（註二）急進社會主義者謂一夫一妻制，不外爲男子爲一女子獨占，女子爲一男子獨占，無論爲男子獨占或女子

獨占，猶諸人類之貨財獨占，俱應在廢除之列。而主張男子國有（Nationalization of Husbands）或女子國有（Nationalization of Women）制以代之。婦女解放論者，亦以解放婦女非破壞國家組織及家族組織不為功，婚姻為家族制度之基礎，罪惡之淵源，自不能不根本摧毀之。而倡自由結合論（*Libre*）以期解放。

（註二）舊律以無子定為七出之一，舊俄法律亦禁八十歲以上老人之結婚，但現俱廢止。

（註三）綏德清澗等縣，寡婦生有子女，無資養育，憑媒另行再醮，必須議定日後身死，仍與前夫合葬一處。兩家情願，然後立約，俗名「回頭約」，古田習慣，貧家之婦恆可取夫同意，憑媒再贅一夫，結以十年之約，將所得聘金歸原夫收用，謂之「掛帳十年」。（見司法行政部民商事習慣調查錄）

## 第五章 婚姻之態樣與習慣

### 第一節 重婚與再婚

婚姻契約當事人兩造既以一人爲限，故並偶匹敵者，固不論男性或女性，亦不問同時或異時，凡與二以上異性履行婚姻儀式者，皆爲重婚（Zweifache Ehe, Doppelhehe）（註一）採一夫一婦制之初期羅馬法無論矣，即教會法亦禁止之。近代各國法律莫不皆然。重婚在吾國於刑事上構成重婚罪，在民法上則構成離婚或撤銷婚姻之原因。（註二）且其撤銷不以當事人爲限，即檢察官及其他關係人皆得爲之。至配偶之一方因他方死亡或離婚而婚姻關係消滅，再行結婚者，謂之再婚（Zweite Ehe second marriage）。再婚不但爲法律所許，且其次數亦無限制。（註三）與重婚乃根本違反一夫一婦原則者不可混視。吾國古時雖獎勵孀婦之不嫁，所謂「寡婦之子非有見矣，勿爲與

友」。固極防閑之能事，但亦不視再醮爲罪惡。觀乎「公叔木有同母異父之昆弟死，問於子游」，及「狄儀有同母異父之昆弟死，問於子夏」。可以知矣。至餓死事小，失節事大，殆由宋儒作俑。非古人意也。至今習慣上尙有不認孀婦有自行再醮之權者。司法院則認主婚權制度與婚姻自由原則相反，孀婦自由與人結婚自屬有效。（院字第五五四號及六〇一號解釋）至配偶之一方因死亡之宣告，而他方於撤銷前所爲之第二婚姻是否爲重婚。立法例不同，教會法則認爲重婚，前夫得撤銷之。德國民法及日本民法則分別善意惡意，第二婚姻之當事人如不知失蹤人之生存時，則不問失蹤人之歸來與否，其第二婚姻皆屬有效，吾國民法亦然。

## 第二節 血親婚

直系血親結婚之禁止，爲世界各國所共同。惟旁系血親結婚之禁止，則皆加以一定之限制。吾國古時亦然。如「般人五世以後，可以通婚」。至周時則更爲擴大。禮記：「雖百世，婚姻不得通，周道然也」。其理由不外「同姓從宗，有合族之義」。又曰：「娶妻不娶同姓，以厚別也」。此宗族及倫理

之觀念也。左氏傳曰：「男女同姓，其生不繁」。此種生理觀念，至現代猶爲禁止結婚之理由。蓋自生物學觀之，同枝之花受粉，決無善種。人既不能外於生物，自亦不能例外。故詩云：「振之公姓，天地之化，專則不生，兩則生」。後世則著爲例令。現行律不僅對於同宗結婚懸爲厲禁，卽同姓結婚，亦所不許。但習慣上則嘗有同姓爲婚之事實。（見司法行政部民事習慣調查錄）民律草案則限同宗不得結婚。歐洲教會法則以四親等內之旁系血親爲限，（註四）不得互爲婚姻。近代法以其禁止之範圍過廣，有以叔姪婚之禁止代之者，如法、意、葡、瑞等國是；他如德、挪、瑞典、捷克及蘇俄，則僅禁止兄妹間之結婚。新民法則折衷各國之法例，及吾國舊習，於旁系血親結婚之禁止，以八等親爲限。惟於表兄弟姊妹除外，雖符於習俗，但自血統上言之，立法理由，亦不能認爲允洽。

### 第三節 姻親婚

教會法於姻親之結婚亦加以限制，現代法則除直系姻親外，於旁系姻親間結婚之禁止，皆撤廢之。及至蘇俄婚姻法，並直系姻親結婚之禁止亦無之。蓋由科學見地，姻親婚與血親婚不同，對於

所生子女不至有不良之影響故也。故兄亡收嫂，姊故娶妹，法律上雖不承認，而習慣上仍恆見不鮮。徵之古制：「諸侯一娶九女，諸侯不再娶」。杜預釋例亦云：「夫人薨不更聘，必以姪娣繼室」。此隨爲繼室之姪娣，謂之曰媵。（註五）故姊死娶妹，爲吾國向例所不禁。英國前雖禁止之，但於一九〇七年以後，亦即認順緣婚爲有效。蓋夫婦關係乃由人爲，夫之與妹並無血統關係之存在故也。至兄亡收嫂，弟亡收弟婦。在古代希伯來民族中，幾認爲弟之義務。（註六）吾國舊律雖懸爲厲禁，顧各地習慣仍，有認「轉親」「收房」爲有效者。（註七）現行各國法律，一反教會法之精神，減少許多無謂之婚姻故障。使男女在擴大領域有擇偶之自由。吾民法第九八三條亦惟禁止旁系姻親輩分不相同者之婚姻。弟之與嫂，兄之與弟婦，自不在禁止之例。即各國現行法亦無明文禁止者。其理由與順緣婚同。至已有子女之男，與已有子女之女結婚時，其原來子女之間，在法律上初無何等親屬關係之存在。其得互爲婚姻，固不待論。（註八）他如八等親外之旁系血親婚，五等親外之旁系姻親婚及表兄弟姊妹婚，及養子實子間之緣族婚，在法律上爲有效，亦不待言。（民法第九八三條）

#### 第四節 贅婚與童養

贅婚之名，見於史漢。（註九）明清因襲前代，即認此制。現行律男女婚姻門例載：「招壻養老，須憑媒約，明立婚書，開明養老或出舍年限，止有一子者，不許出贅」。其招壻養老者，仍立同宗應繼者一人，承奉繼祀，家產均分」。雖不認女壻有宗祧繼承之權，而招壻養老則所明定。現行民法亦承認之。（註一〇）惟通常婚姻乃女因結婚而入夫家，贅婚則男因結婚而入女家，為女家之家屬，此其異也。日本民法稱為入夫，我民法則謂之贅夫，與通常婚姻中妻之地位完全相同，略以示男女平等之意耳。

貧乏之家，因無力養女，並圖節省婚嫁之資，輒將髻齡幼女送往夫家，由其撫養及笄，配為兒婦。謂之童養。與通常婚姻女因結婚始入夫家者不同。舊習童養媳無論成婚與否，一經過門，名分即定。（前清光緒五年刑案）民法於前述兩種變例婚姻，僅認贅婚一種，於童養媳則不認為婚姻，亦與習俗相乖，此外吾國各地尚有配陰親，等郎媳，及抱牌成親之過門守貞等習慣。以未出生或已死亡

之一方與他方結爲婚姻，與通常結婚雙方皆存在者不同。實則婚姻當事人尙未出生，或已死亡，其權利主體既不存在，則婚姻自不成立。民法一概予以否認，自無不合。(註一一)

### 第五節 姘度

近世各國之法律，沿襲舊教會法主義，結婚須當事人親至身分史前於二人以上證人見證下，互相表示婚姻意思而成立。顧兩性結合之方式，何止千數，容或有未履行適法之方式，而事實上已成夫婦者，此種同棲事實，法律上則謂之姘度 (Concubinatus)，或稱內緣關係。亦猶刑法上之確信犯及營業犯，爲歷來立法者所最難解決者。初期羅馬法採事實婚主義，認姘度爲準婚姻，使當事人間發生婚姻效果。(註一二)但雙方之親屬關係及繼承關係則否認之。教會法則採形式婚主義，認兩性間之結合典型厥爲婚姻，十六世紀警察國時代亦然，以姘度爲社會風紀之犯罪。日本民法改正要綱對於「舉行習慣上所認儀式之男女」，雖未登錄，亦與以婚姻之效果，謂之準法律婚。一九二六年之蘇俄新婚姻法，則反於羅馬法之事實婚主義。對事實上之男女同棲，家計共同，子女共育，



及對第三人表示關係，不問呈報之有無，皆認爲婚姻，與呈報婚同爲法律婚（註一三）。我民法既非採絕對事實婚主義，則凡未履行適法之婚姻方式者，依法自屬無效。（參照民法七十三條）但事實上不少未舉公開儀式之夫婦，而社會亦以夫婦目之者，此種婚姻，民法未予規定，若一概認爲私通關係，亦與習俗相乖。（註一四）至根本不合婚姻之實質要件者，如違反一夫一婦制之平妻，違反待婚期之再婚，及得撤銷之血親婚，相姦婚，即使舉行婚姻方式，亦屬無效。其爲私通關係，自不待言。（註一五）

## 第六節 妾

古代婚制，首重六禮。禮內則曰：「聞名而趨，不及六禮，故謂之奔」。又曰：「聘則爲妻，奔則爲妾」。說文：「妾字從辛，女子有罪者爲人妾」，其次爲買而妾者；曲禮：「買妾不知其姓則卜之」。再次爲媵而妾者；少女從姊爲娣，故曰妾。是妾之來源，不外因淫奔犯罪，購買，隨嫁四者而成。其不能與夫匹敵，固不待言，即與妻亦不能同日而語，故妻與夫尙能以伉儷自居，而妾則必奉夫爲主父，奉妻爲「女君」。（註一六）傳曰：「妾之事女君，與婦之事舅姑等」。所謂「妾爲賤者」。「君不撫僕妾」。故

奴僕婢妾，至死不撫。至納妾之目的，則不外廣繼嗣承血統（白虎通）隨宗法而生，天子諸侯卿大夫無論矣，卽庶人亦皆有妾。（註一七）明清因襲其制，著爲律令。然妻者齊也，妾者接也，貴賤有分，不可紊也。（大清律輯註）鼎革以還，尙直接間接予以承認。（註一八）貧寒之家，鬻女爲人婢妾者，亦數見不鮮。（註一九）此不但違反男女平等之原則，亦且侮辱女子之人格，可毋待言。顧新民法雖認妾制亟應廢止，而又不能以單行法規使既存之事實無效，故惟有無庸規定之一法。（參照民法親屬編先決各點審查意見書第七點）故本法施行前所納之妾，仍不適用本法之規定，其在本法施行後所生之子女，雖非婚生子女，仍得不經認領而視爲婚生子女，其地位（例如遺產繼承問題，及親屬結婚限制等）已於各個問題分別規定，因無另行解決之必要，例如因入夫家而爲夫之準家屬，亦得請求酌給遺產，以濟其窮。若納妾在本法施行後者，自不認其存在。依最高法院最近判例，卽屬與人通姦。其妻除曾明示或默認外，得提起離婚之訴或拒絕同居也。

## 第七節 招夫與典妻

婦人夫死不嫁，仍招一男入門，謂之坐堂招夫。此種風俗，浙、贛、湘、皖、蜀各地，數見不鮮。其所招之夫，名曰贅夫。贅夫須入孀婦之家，改從前夫之姓，頂替其宗祧，與民法上之「贅夫」及日本民法之「入夫」須入妻家者不同。現行律例立嫡子違法門載：「婦人夫亡改嫁，夫家財產及原有妝奩，並聽前夫之家爲主」。大理院上字第三一九號判例亦有同樣之明文。杭、嘉、湖一帶，孀婦於前夫故後，遺有財產者，爲保有其遺產及撫養子女計，恆不願離開夫家改嫁，由翁姑伯叔另招一獨身男子入門爲夫，是爲「坐產招夫」。民法認夫婦互有財產繼承權，則此種習慣自無存在之理由。秦邑婦女夫亡無子，家遺產業頗足自給，因門單祚薄無可立嗣，商明翁姑憑媒立書，招夫過門，後如生有二子，一爲前夫之嗣，一爲後夫之胤。倘生獨子，可訂雙祧，或專歸前夫，是「爲招夫傳後」。現行法認爲異姓亂宗，民法則不認宗祧繼承，此種習慣亦無存在之價值。金華等處，亦有少年喪偶，家貧子幼，而招夫入門者，謂之「招夫撫子」。或翁姑年邁，「招夫養老」。更有夫在而無能養家者，亦得招一男子入門，謂之「招夫養夫」。此等陋習，亟應改革。至典妻係有夫之婦，因本夫無力撫養，情願出典他人爲妻，兩方由媒議定典價，典期，由出典人署名立約，曰典婚書。（註二〇）其出典之妻或遷往受典人之

家，或仍留出典夫之家。在典期內生有子女，則歸典權人，期滿則仍歸原夫完聚，交還典價，間有不願還轉原夫者，可向受典人找價。與原夫脫離關係，亦有立契出租者，與典之性質相同，惟期間較短，價較少耳。此種風俗，浙江寧台、金衢溫處各屬及南洋爪哇等處屢見不鮮。福建福安謂之樸妻，綏之謂之搭夥，要皆於善良風化有所妨害也。（註二）更有本夫無力撫養，將妻出賣與人作妻妾者，由出賣人署名立押，名曰賣婚書。竟以人格權，身分權爲買賣之標的矣。不僅於民法上婚期之永久或生存之性質不符，在刑法上亦構成罪責。（註三）

### 第八節 早婚與不嫁

早婚之弊。人盡言之，蓋青年男女，精神肉體之發達俱未完全，苟予配合，不獨有害個人健康，且爲後嗣衰弱之徵。況夫智識不周，血氣未定，眷戀私情，灰心上進，既重家事負擔之費，尤啓文化衰落之漸，流弊所及，胡可勝言。故寺院法以來，皆有適婚年齡之規定。違反之者，檢察官及當事人皆得撤銷之。現代法認爲違反私益僅當事人及法定代理人得爲撤銷。印度向行早婚，男女十歲左右，率多

結婚。病國弱種，莫此爲甚。及一九三〇年，始有兒童禁婚法頒行。凡男未滿十八歲，女未滿十四歲者，皆禁止其結婚焉。違反之者，各當事人、父母、監護人及參加婚禮之僧侶等，皆有罰。其矯正早婚之弊，不可謂非嚴厲也。吾國古制，男子二十而冠，女子十五許嫁，蓋亦有鑒於此。(註二三)唐、宋、明、清諸律令仍之。新民法亦規定男未滿十八歲，女未滿十五歲，不得結婚。而民間競以早婚爲得意，黃髮乳臭，輒爲人父，恣情肉慾，兒女成行，而不知所以教養之者，比比然也！

不嫁之俗，自古有之，至今爲烈。戰國策曰：「北宮之女嬰、兒子，撤其環瑱，至老不嫁，以養父母。」此在當時，則目爲貞女。至今則謂之獨身。其原因有「設爲不嫁」者，亦有「嫁而不售」者。如烈女傳曰：「鍾離春者，齊無鹽邑之女，宣王之王后也。其爲人極醜無雙，白頭深目，長指大節，卽鼻結喉，肥項少髮，折腰出胸，皮膚若漆，年四十無所容身，銜嫁不售，流棄莫執。」此嫁而不售也。戰國策曰：「齊人見田駢曰：「聞先生高誼，設爲不宦，臣都人之女，設爲不嫁，行年三十而有七子，不嫁則不嫁，然嫁事過畢矣。」此設爲不嫁而實行人盡可夫之主義也。今廣東順德一帶有所謂十姊妹者，亦結爲不嫁，習慣上且許爲立嗣，殆亦上述之流惡乎？西寧番俗凡女子不欲嫁夫者，得邀集親鄰，身抱雄鷄望

天而拜，更抱鷄同宿一夜，則此後野合私生之子，認爲天賜，名曰抱鷄拜天蓋頭。（司法行政部民事習慣調查報告錄）文化日進，人類生活之方式益趨複雜，今後婚姻之態樣，恐亦愈見神奇也。

（註一）上訴人與某甲冒稱夫婦，商同改嫁，以圖詐財，就當時所立典契可以證明。原判以原爲有夫之婦，此次復與某乙正式成婚，（穿紅衣、拜堂、吃喜酒），論以重婚罪，本無不合。（最高法院十九年上字二一二號判例）兼祧雙配所娶，均在新刑律施行前不爲罪，若在新刑律施行後，後娶者以重婚論。至妻死有妾，現仍娶妻者，不得以重婚論。（前大理院統字第四二號解釋）

（註二）刑法第二三七條「有配偶而重爲婚姻，或同時與二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑」。民法第九九二條「結婚違反第九八五條規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之」。

（註三）儀禮「繼母如母」，傳曰：繼母何以如母，繼母之配父與母同，故孝子不敢殊也。疏「繼母謂己母早卒或被出後，續己母也」。隰縣習慣「女故壻家另娶，其岳父父母稱其後娶之妻爲續女」。孀婦改醮之婚約，應由其自行訂定。（最高法院二十年上字一五九五號判例）

（註四）親等之計算法，有羅馬式與教會式之別，羅馬法係由雙方數至同一始祖爲止，以其世數之和爲親等之數。教會法則由雙方數至同一始祖爲止，依其世數之多寡而異，如世數相同，則任取一方，如屬不同，則從其多者。例如兄弟羅馬法爲「1+1」等親，教會法爲「1」等親，我民法則採羅馬式計算法。

（註五）尸子「堯聞舜賢，徵之草茅之中，妻之以嬖，醜之以英」。與平縣習慣如有姊妹二人，其姊適人去世，其妹繼

承之名曰續親。(見司法部民商事習慣調查錄)

(註六)古代希伯來民族，兄死無子，則弟當娶嫂生子，以承兄祀。弟若拒絕，嫂得以Chaliza之方式詆之。Andaman Islands 民族亦然。

(註七)大清律娶親屬妻妾條例載：「若兄亡收嫂，弟亡收弟婦者，各絞！」定一竹山等縣有兄死弟當收嫂爲妻，弟死兄納弟婦爲妻之習慣，名爲接續婚，又名爲轉房，潛江縣亦間有之，臨海謂之接面，秦邑謂之轉親，贛南謂之升房。(見司法部民商事習慣調查錄)

(註八)福鼎婦女，夫死恆帶子女改嫁，有時其子即娶後夫前妻所生之女。其女即配後夫前妻所生之子，父子母女間分配各成爲婚，俗稱「桃花夾竹」，隰縣則稱爲姊妹婆婦。(見司法部民商事習慣調查錄)

(註九)史記滑稽傳：「淳于髡者，齊之贅婿也。」漢書賈誼傳亦曰：「秦人家富子壯則出分，家貧子壯則出贅。」

(註一〇)贅夫爲民法親屬編之所許，依民法親屬編施行前之法律，亦許無子者招婿養老，但須依當時法律另立同宗之人爲嗣，以承宗祧。而對於應爲立嗣之人，並無不許招婿養老之限制。(最高法院二十二年上字第三〇七一號判例)

(註一一)河北及山東東間、堂邑等縣習慣：「男未定婚而死，由男之父母遺媒擇女之未許婚而死者爲之結婚。遷女柩附葬於男子之墓，謂之成陰親。竹山、通山、應濟三縣均有未生子先抱童養媳，習慣上謂之望郎媳，贛南一帶謂之花木女。該地諺語所謂：「插朵花兒待兒生」。故亦稱花等女。(見司法部民商事習慣調查錄)

錄）婚約必須雙方均有確定之婚姻當事人，始得許其訂立，若一方尙無子女，而與現有子女之一方預訂養媳契約，以待生育或抱養子女後再爲婚配，是不特於對方子女之利益顯有妨害，且與婚姻之本旨不合，縱使訂約地方確有此種習慣，於法亦不應認爲有效。（最高法院二十年上字第二三〇七號判例）

（註一二）羅馬法雖不認姘度婚雙方發生親屬關係，但當事人間性的結合則承認之。姘度之夫亦負撫養義務，姘度之妻亦負貞操義務。顧羅馬法採一夫一妻制，其有依市民法爲婚姻之妻者，則不能蓄姘頭，其所生之子亦爲私生子。

（註一三）赤軍之青年兵士，欲使人知自己所愛之女子卽爲自己之妻，均用登記以證明一切事實。此方法使妻及幼兒皆於法律之前加以保護。故有採用登錄婚之必要。（本澤氏蘇俄婚姻法成立之經過）

（註一四）平泉隆化等縣，窮民結親多於年終除夕夜成婚，男家不送禮物，女家亦無妝奩。至孀婦再醮，更無明目舉行婚禮者。（司法行政部民事習慣調查錄）

（註一五）壽光等縣，因無子嗣而娶妾者，妾之父母往往諱妾之名，要求用普通婚娶之禮節，不曰爲人妻，亦不曰爲人妾，變其名爲「平處」，俗呼「路頭妻」。北方謂之「平妻」，京滬一帶謂之「小房子」。（司法行政部民事習慣調查錄）

商事實慣調查錄

（註一六）戰國策「周之上壘，嘗有丈夫官三年不歸，其妻愛人，其所愛者曰：「子之丈夫來，則且奈何乎？」其妻曰：「勿憂也，吾已爲藥酒而待來矣！」已而丈夫果來，於是因令其妾以藥酒而進之。其妾知之，半道而立，慮曰：



「吾以此飲吾主父則殺吾「主父」，吾以此告吾主父，則逐吾「主母」與殺主父逐吾主母者，不如伴贖而覆之。」

(註一七)戰國策「楚人有兩妻者，人誑其長者，長者嘗之，誑其少者，少者許之。居無幾何，兩妻者死，客謂誑者：「汝取長者何少者何？」取長者。」客曰：「長者嘗汝，少者和汝，何爲取長者？」曰：「居彼人之所也，則欲其許我也，今爲我妻，則欲其爲我嘗人也。」兩妻或一妻一妾之誤。

(註一八)暫行新刑律補充條例「稱妻者，於妾準用之。」第一次民草第三次民草俱有嫡子庶子之規定，是間接承認妾制之存在矣。

(註一九)續給等縣最重宗族，每族必有宗祠，其族制極爲嚴謹，不許族丁將子女賣爲僕妾，違者卽斥革出祠，不准入譜，雖極貧無犯者。海澄民間留婢作妾，與通常娶妾無異，娶妾多婚禮，婢無之，「娶者以妾名，此則仍以婢名，卽生子亦稱主母爲母，生母爲婢。至主母之子婦，尤得照常以婢使之。蓋終其身爲婢云。」(見司法行政部民商事習慣調查錄)

(註二〇)典妻契約，或稱婚書，或稱合同，或稱妻，或稱妾，或稱投靠，其義甚不一律，要以典妻者署名簽字爲要件，蓋不外一有契約之苟合行爲也。

(註二一)民法第二條：「民事所適用之習慣，以不背公共秩序或善良風俗者爲限。」現行律婚姻典雇妻妾條例「凡將妻妾受財典雇與人爲妻妾者，處罰婦女不坐，知而典娶者，各與同罪，並離異財禮入官，不知者不罪，

追還財禮」。買賣爲婚，並無婚書或財禮，亦與以妾爲妻不同，按之現行律規定，當難認爲有婚姻之效力。

(大理院統字第一〇五四號解釋)

(註二二) 刑法第二三一條「意圖營利，引誘或容留良家婦女與他人姦淫者，處三年以下有期徒刑，得併科五百

元以下罰金」二三二條「夫對於妻犯前條之罪者，處五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金」。

(註二三) 大戴禮本命編「夫禮，言其及也，不是過也，男子二十而冠，有爲人父之端，女子十五許嫁，有適人之道，於此而往，則有婚」。

# 本論

## 第一章 婚約 (Verlobung; Promise of Marriage)

### 第一節 概說

婚約亦稱婚姻預約，乃男女雙方將來爲婚之約束也。自羅馬法以來，即認男女滿七歲以上，得有父母同意之婚約爲有效；且以當事人間之意思合致爲已足，毋須履行一定之方式也。降及十八世紀，自由思想勃興，以此種婚約，不無束縛男女婚姻自由之嫌，法律上亦曾一度認爲無效，而不設規定。近世歐洲諸國如德意志，意大利，瑞士，瑞典等立法例則皆一返羅馬法之舊，以明文規定，認婚約爲有效。惟其形式則各有不同耳。有規定須以書面爲之者，如意大利是；有規定須以公正證書爲

之者，如瑞士是；惟蘇俄親屬法則無婚約之規定。其他大多數各國立法例，亦皆以婚約爲非要式行爲，我國民法從之。故寫立婚書收受聘財者固爲有效，卽不立婚書不憑媒妁，僅以杯酒定婚，（註一）或互換婚戒，私許終身，凡足以推定當事人間有將來爲婚之意思合致者，皆無礙於婚約之成立也。

吾國自古重視婚約，在男謂之聘定；在女謂之許嫁。唐、宋著爲律令，明律改稱定婚，清現行律仍之。惟所謂聘定，類皆由男女雙方之父母代爲訂立，非出於當事人自由之意思也。詩曰：「娶妻如之何？必告父母。」又曰：「匪媒不得。」是父母之命，媒妁之言，同爲訂婚不可缺之要件。故處女無媒老且不嫁，（戰國策）否則，必如管子所謂：「自媒之女，醜而不信」矣！其形式亦頗嚴格，舊律以交換婚帖，及收受聘財爲成立要件。苟二者不備其一，則雖已結婚，亦不生婚姻之效力。蓋認定婚約爲婚姻行爲之一部，而使定婚男女生未婚夫婦身分之關係。如禮記曾子問：「娶女有吉日而女死，如之何？」孔子曰：「壻齊衰而吊，既葬而除之。」且有服，亦可見其效力之強大矣！現行民法則改稱婚約，於成立要件未設規定。應解爲亦如一般諾成契約，以男女雙方自行訂定爲原則。否認父母之主婚權，亦不以媒妁爲必要，更無須履行一定之方式。其效力頗爲薄弱，其內容亦僅發生將來締結婚姻契約

之權義而已。習慣上雖以婚約爲結婚之一階段，而法律上則以二者截然兩事，既不能同時成立，亦非必經之階級也。故縱婚約無效，若結婚行爲合法者，其婚姻仍爲有效。反之，婚約當事人間雖有同居之事實，亦不生婚姻之效力也。（註二）

婚約爲將來履行爲婚之約束，並非結婚行爲之一部，而與結婚各爲獨立之契約，已如前述矣。若對婚姻契約（結婚）之本約言，則爲一種預約，其性質如何？我民法亦如德、日民法，對於預約未設一般規定。應認爲廣義契約之一種，若謂債編各種之債爲典型契約，則婚約爲非典型契約。除親屬法中有特別規定外，應準用關於一般契約之規定，故結婚雖應遵守一定之方式，而婚約則不以此爲必要，亦猶一般諾成契約，以當事人之意思表示一致爲已足，其效力亦僅於特定人間存在，不能對抗一般第三人，故學者間有因此遂認爲債權契約者。此在解釋其他各國法律，或有相當理由，吾民法既將婚約規定親屬編中，自不能再作債權契約解釋，大多數學者則認爲親屬法上之契約，此在舊律時代固無問題，新民法既不認婚約當事人間發生任何親屬關係之效力，自不能以其規定於親屬編中，卽認爲親屬法上之契約。申言之，解爲親屬法上之預約固可，若逕認爲親屬法上之

契約，則未可也。然契約二字，自廣義言之，凡欲發生私法上效力之雙方合意行爲，皆足當之。故婚約之性質，仍以認爲廣義契約之一種爲妥。至對於親屬法上之婚姻本約（結婚）言，則仍爲婚姻契約之預約，亦不待言也。

## 第二節 婚約之要件

婚約之要件，可分爲實質的要件，與形式的要件言之。吾國舊習，對於婚約之形式要件，頗極重視，名曰納采，奠雁，又曰委禽。舊律定婚須寫立婚書，或收受聘財，始爲成立。至今民間，仍重婚書財禮。婚書種類有大柬小柬之別，而交換先後亦各不同，內容有書婚約當事人之姓名者，有書婚約當事人之出生年月日時，或僅書寫干支者，他如陝、甘等省習慣，有以作揖，插花，或劈木，點燈，爲婚約成立之證者。（見司法行政部民事習慣調查錄）古代六禮，自問名乃至納吉，均有所謂「賓」者居於其間，是可見媒妁亦爲婚約成立之要件。至實質的要件，則反無規定，民律草案亦然。本法則仿德、瑞各國立法例，認婚約爲諾成契約之一種，一反舊律婚帖之要式行爲，不以媒妁爲必要，並斟酌舊習，

而定婚約之實質要件凡三分述於左

(一) 婚約須由當事人自行訂定。羅馬法及吾國舊律，於婚約俱以男女之父母或祖父母之命爲重，而本人之意思則反置而不顧。現行律婚姻條例載：「嫁娶皆由祖父母父母主婚，祖父母父母俱無者，從餘親主婚，其夫亡攜女適人者，其女從母主婚。」(註三)前大理院時代亦認男女當事人自訂之婚約，須得主婚權人之同意，未得其同意者，主婚權人如有正當理由，得撤銷之。(十二年上字一六五號判決)亦明認主婚制度之存在，皆不免有父母包辦子女婚約之嫌。至最高法院，則認父母本於主婚權之作用，爲其年少女成立婚約，雖爲吾國舊律所容許，然與婚姻自由之原則相違反，在現行婚姻自由制度下，不能容其存在。故子女之一造成年以後，對於父母代訂之婚約，尙未明白追認，一旦訴請解約，要問其所持理由如何，應認爲法律上解除權之正當行使，即當予以照准，而他造之當事人不得任意反對。(十七年上字八二九號判例)新民法則於第九百七十二條明定：「婚約應由男女當事人自行訂定。」蓋婚姻爲男女自身之行爲，自無他人越俎代庖之餘地，法文於當事人上綴以「男女」二字者，即所以明示婚約當事人爲男女本人，否認父母之主婚制

度，確立訂婚自由之原則。故父母代子女所訂婚約，若爲子女所不願，則其成立雖在民法親屬編施行前者，亦不得據以請求履行。再本條規定爲強行法規，苟非男女當事人自行訂定，依民法第七一條之規定，其婚約當然無效，毋須經過解除之意思表示也。（註四）

（二）定婚須達一定之年齡 吾國舊習，對婚約之形式要件頗爲注重，非立有婚書或收受聘財不能認爲有效。但於男女定婚之年齡，則反無規定，清現行律男女婚姻條例載「男女婚姻各有其時，或有指腹割衫襟爲親者，並行禁止。」此外則並無其他年齡上之限制。羅馬法以男女滿七歲爲定婚最低年齡，民法既規定婚約須由男女當事人自行訂定，則必有意思能力者，始能勝任爲之。否則乳臭髻齡，智慮未周，難免始合終離，貽害終身。故本法第七七三條規定：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。」其以男十七歲女十五歲爲訂婚最低年齡者，蓋吾國以男十八歲女十六歲爲結婚最低年齡（參照本法第九八〇條）訂婚年齡與結婚年齡既緊相銜接，則訂婚未久即可結婚，可免事過境遷，寢成日後悔婚之漸。法文言「不得」者，亦猶禁止之意，其性質自屬強行規定。故男未滿十七歲女未滿十五歲訂有婚約者，依本法第七一條規定，其訂定爲無效。惟親屬編施



行前所訂之婚約雖未滿訂婚之年齡依該編施行法第四條規定其婚約仍爲有效。

(三)定婚須得法定代理人之同意。婚約既爲廣義契約之一種，則男女雖達定婚年齡而尙未成年（參照本法第十二條）者，依民法第七九條之規定，其定婚自應得法定代理人之承認。立法之意，或因前二條之規定，恐引起自由訂婚之誤會，故於九七四條規定：「未成年人訂定婚約，應得法定代理人之同意。」蓋前者乃尊重男女當事人之意，後者乃保護未成年人之終身幸福。（註五）以父母愛子女之情，必能熟計利害也。

至禁治產人能否訂定婚約，法文未爲規定，瑞士民法第九二條規定：「未成年人及禁治產人非得法定代理人之同意，不因婚姻預約而負義務。」論者有謂我民法亦應作同一解釋者，余謂禁治產人根本即不得訂定婚約，蓋禁治產人與未成年人不同，乃全無法律行爲能力，其自爲訂婚之意思表示既屬無效，而婚姻應由男女本人自行訂定，民法又有特別規定，則民法總則法定代理人代爲及代受意思表示之規定，自不能適用，且與婚姻法優生化之旨亦相吻合也。

顧同意權之性質係能力補充權之一種，乃專屬於法定代理人之一身，若法定代理人無正當

理由而不予以同意時，其救濟辦法如何？學者間有以其與守志婦爲夫立嗣之情狀相似，得請審判衙門以裁判代之者，（大理院七年上字五三五號判決）余則不以爲然，蓋同意權之規定雖在謀未成年人之利益，但其性質則畢竟屬於法定代理人之一身，法院何能越俎代庖，吾師林氏則謂婚約同意權與守志婦立嗣同意權情狀不同，非無救濟辦法，不妨稍假時日，蓋男女一屆成年，卽有行爲能力，訂婚係法律行爲，自得自由爲之也。至未得法定代理人同意之婚約，固爲侵害法定代理人之同意權，然民法並無准許法定代理人請求撤銷之規定。應解爲與婚約相對人皆得撤回之，（參照民法第八二條）否則九七四條之設，等若具文也。至事後因法定代理人之承認或因他方之催告而承認，或本人達於成年時追認而生效。（參考民法第七九條八二條）亦毋待言也。

### 第三節 婚約之效力

羅馬法認婚姻預約（Sponsalia）僅生雙方互負締結婚姻契約之權義，其效力極爲薄弱，卽將來之婚姻，亦不受其拘束。不獨當事人之一方與他方之血親不生姻親關係，甚至雙方實行同居

者，亦不生婚姻之效果。婚約當事人之一方，不惟不許強制履行，且不履行之時，亦不能以訴請求履行，或要求損害賠償，縱有違約金之約款，亦屬無效。繼之者爲法意民法；他如奧民法則規定因違約而受實際上之損害者，始得爲損害賠償之請求。至寺院法則恰與相反，予婚約以強大之效力，當事人間不但有請求締結婚姻之權利，並得以訴主張之，法律上且認爲準夫妻之身分，互負貞操之義務，於他造不履行時，亦得請求損害賠償。繼之者如德國民法；不問實際上有無損害，婚姻當事人之一方，對於違約者之他方，皆得請求損害賠償，及撫慰金。現代各國立法例，則皆返於純粹羅馬法主義，如法意民法及蘇俄親屬法，皆否認婚約之效力。其他如英法及德瑞民法，雖認婚約爲有效，但不得提起請求履行之訴，及違約金之訴。縱當事人間有性交行爲，亦與一般之和姦無異，而放任於法律之外。若以此爲手段而誘惑相對人性交者，則屬於貞操之蹂躪，發生撫慰金問題。若進而爲同居者，固負有婚約及姘度之二種義務，但非因此而免除結婚之義務也。

吾國古時，認定婚之效力極爲強大，凡女子與人訂婚後，而再許他人者，無論已婚未婚，及後定婚者，知情與否，其女概歸前夫。唐律戶婚門：「若更許他人者，杖一百！已成者徒半年，知情減一等，女

退歸前夫，前夫不娶，追還聘財，後婚夫如法。」舊律男女婚姻條例載：「凡男女定婚之初，若有殘疾，老幼，庶出，過房，乞養者，務要兩家明白通知，各從所願，寫立婚書，依禮聘嫁，若許嫁女已投婚書，及有私約而輒悔者，處罰其女仍歸本夫。雖無婚書，但曾受聘財者，亦然。男家悔者罪亦如之。仍命娶前女，後聘聽其別嫁，不追財禮。」認未婚夫婦間發生排他之效力，可以對抗一般第三人。然徵之實際，窒礙實多。故前大理院認父母爲未成年之子女所定之婚約，至男女成年後，苟有一方子女不同意者，爲貫徹婚姻尊重當事人自由之本旨，自無強令受該婚約拘束之理（十年上字二五八號判決）云云。將婚約當事人與婚姻當事人解而爲二（註六）前者僅於主婚人間遵守，而婚姻當事人則不必遵守之。前清現行律雖仍援用，而該處罰，亦因新刑律施行，而失其效力。最高法院成立，則以父母代訂之婚約，在國民黨主義下，根本不能認爲有效。現行民法則取消主婚制，以婚姻爲單純之契約，其給付標的，爲將來履行婚姻契約之義務而已，其效力亦極薄弱，倘有違約時，除請求損害賠償外，不得請求強迫履行，蓋人身不能爲執行之標的故也。若婚約當事人之一造再與第三人訂婚或結婚時，其後訂之婚約或後成之婚姻，亦非無效，以婚約之效力僅於當事人間存在，而不能對抗婚約

外之第三人也。且解除之原因亦極寬大。故守約與否幾離法律範圍而爲道德問題矣。

民法第九七五條規定：「婚約不得請求強迫履行。」蓋以婚姻行爲須由當事人之願意，且其性質亦不能以第三人代替，若以強迫之方法交付人身，則事實上亦無實益，卽不至釀成變故，亦徒促其逃亡而已。況法律上夫妻之一方，對他方又無監禁或加暴力之權利，勢必構成刑法上監禁或各種傷害之犯罪。非惟不能達共同生活之目的，亦且違背婚姻自由之原則。惟應論究者，卽不得請求強迫履行，爲不得提起履行之訴乎？抑仍得爲履行之訴，僅其爲婚之判決不得強制執行乎？  
殊欠明顯，吾國學者余燊昌氏則主後說，（參照余氏民法親屬繼承第二四頁）其意或以條文雖規定不得強迫履行，但履行之訴，尙不得謂爲強迫。鄙意以爲婚約爲人事契約之一種，其履行與否，國家似不應予以干涉，若提起確認婚約成立或解除有效無效之訴，固無不應受理之理，若提起請求履行結婚之給付之訴，則法文既不許強迫履行，縱令勝訴，事實上亦不能達判決之目的，其無法律上之利益也明甚。亦卽欠缺訴權存在之要件，（參照石志泉氏民訴條例第二編第七頁）法院應以無理由駁回之，否則其判決之本身，殊無意味，故現今各國法律，（意民法五三條西民法四三條）

大都否認婚約之強制履行，而不許提起履行之訴，且以公力之判令履行，亦不得謂毫無強迫之意味也。實例上亦漸採是說。（註七）

至違約金能否請求，民法亦無明文。瑞士民法第九一條二項則明定「關於違反婚姻預約之違約金，不得訴求。」他如德民法一二九七條，葡民法一〇六七條，亦有相同之規定。我國民法亦應作此解釋。習慣上縱有認聘財爲違約金之性質，亦非當然適用。蓋違約金亦含有強制之性質，既不許婚約之直接強迫履行，則含有間接強制性質之違約金，當然亦不得請求也。若婚約當事人之一方違約，因而致他方當事人財產上及精神上受有損害者，仍應負賠償之責任。於寬大之中，稍寓限制之意耳。

#### 第四節 婚約之解除

##### 第一款 解除之原因

婚約訂立後，如無撤銷或無效之原因，自應互受爲婚之約束，若小有齟齬，任意翻悔，固屬不合。

然婚約既爲人事契約之一種，其效力應較一般契約爲弱，除適用一般契約解除之原因外，民法特仿現行律及判例明示解除婚姻之原因。蓋婚姻關係男女畢生幸福，若情感決裂於前，何能強其偕老於後。與其強合隱忍，而致結婚後夫婦反目，究不如事前救濟，使其易爲斷絕之爲愈也。故二次草案認有正當理由得爲解約之規定。本法則採列舉主義，於九七六條規定：「婚約當事人之一方有左列情形之一者，他方得解除婚約。」其條件實較離婚爲寬，（註八）茲分款述之如左：

（一）婚約訂定後再與他人訂婚或結婚者。清律認定婚有創設身分之效力，故定婚後又與他人定婚或結婚者，其再許與後定者俱不發生效力。此際後許如未成婚，則不論兩造願否，其女概歸前夫；雖已成婚，若前夫願者，亦非解除後結之婚而歸前夫不可。徵之實際，窒礙殊大。新民法則認婚約亦猶其他契約，並無排他之效力。故婚約當事人之一方，於婚約訂定後再與他人訂婚或結婚者，其後訂之婚約或後結之婚姻，亦非當然無效。前婚約之相對人不能撤銷之，與舊律不同。且重訂婚約與重婚亦不同，其後結之婚並非有配偶而重爲婚姻。故他方只得據以爲解除自己婚約之原因，及請求損害賠償而已，並無訴請解除他人間後訂之婚約，及撤銷後結婚姻之權也。倘前婚約當

事人仍與之正式結婚，則反爲重婚。（註九）又所謂再與他人訂定婚約者，係指未婚男女本身之行為而言。若一方之父母代爲另訂婚約，或已婚之男女再訂婚約，則依本法第九七二條及七二條規定，其後訂之婚約當然無效，自不發生解約之問題。

（二）故違結婚期約者 期約二字係指所定成婚之日期而言。參觀舊律男女婚姻律載：「其應爲婚者，雖已納聘財，期約未至而男強娶；及期約已至而女故違期者。」等語。其意至明。（前大理院四年上字八一四號參照）若定婚之後，久不約期迎娶，致誤對方青春者，乃入於後述第九款所謂重大事由之範圍，非本款之問題也。所謂故違，乃指無正當理由而違者而言。若因遊學經商而誤期約，或已得相對人之同意者，自不在此限。清律規定「期約已至五年無故不娶，聽經官告給執照，別行改嫁。」本法不設五年之限期，蓋既定有結婚之日期，又無正當理由而違反期約，則無結婚之誠意可知。故一有此種事實發生，即得據以爲解約之請求，而不必經過一定之期限也。（註一〇）

（三）生死不明已滿一年者 所謂生死不明，乃指離去向來住所而有死亡之虞者而言。與本法第八條所謂失蹤之情形相似。但失蹤人除有特別情形外，非生死不明已滿十年者不得爲死亡



之宣告。如此悠久之期間，若責令相對人坐待青春老大，亦屬不情。故本法定爲當事人一方如有生死不明已滿一年者，卽構成解除婚約之原因，與請求離婚須滿三年者，究有寬嚴之不同。（民法一〇五二條參照）所謂生死不明，應自最後接到音信之翌日起算已滿一年者，始足當之。若明知對方尚在人間，徒以變故發生或交通隔絕，則雖一年不通音信，亦不能據爲解約之理由。又生死不明縱已滿一年，而解約時適又知其生存者，仍不得據以爲解約之請求也。

（四）有重大不治之病者 現代法於婚姻限制之範圍已大爲縮小，同時基於優生學及民族健康之觀念，又新設無數之限制。本款所謂重大不治之病者，乃指除下列二款之殘廢，及花柳病，或其他惡疾外，凡依現代醫學知識認爲不易治療之一切疾病而言。其範圍固甚廣泛。惟其程度須達於重大而不治者，始構成解除婚約之原因。若癩疥之疾，雖屬不治，究非重大，自不得爲解約之請求。至當事人有無過失，（有反對說，見陶希聖著親屬法）及訂婚時是否告知，俱可不問。蓋相對人容或有訂婚時冀其全愈，而事後始知爲絕望者，似應無礙於解除權之行使也。

（五）有花柳病或其他惡疾者 本款亦爲舊律所無，新法則以個人幸福及社會衛生之見地，

認婚約當事人之一方患有此類花柳惡疾者，他方即得據以爲解除婚約之請求，初不問當事人之有無過失，亦不問訂約時已否告知，（余氏民法親屬二六頁有反對說）俱無礙於解除權之行使。所謂其他惡疾，應解爲有礙人身之健康，且爲人情所厭惡者而言。例如肺癆，麻瘋，癰疽等症是。此等惡疾，與花柳病皆有礙於共同生活之圓滿，似不必達於重大之程度，與離婚須限於不治之惡疾者。（民法一〇五二條七款）亦有寬嚴之不同也。

（六）婚約訂定後成爲殘廢者 殘廢乃指人身五官四肢陰陽之機能，有一失其作用者而言。（參照大理院七年上字九一〇號判例）按現行律規定：「男女定婚之初，若有殘疾，務要兩家明白通知，各從所願。」等語，原認男女有殘疾在定婚之後者，無變更婚約之效力。惟茲詳釋律意，男女一造之殘疾在定婚之初，既明認爲重要，必須通知相對人如所甘願，始可使婚約繼續有效。蓋若婚約內容之重要當事人，其身體嗣後既有重大變動，即與訂約時當事人之意思不能符合，故亦須明白通知，若爲相對人所不願，亦許解除婚約。（參照大理院四年上字第二三五七號判例）本法仍現行律及歷來判解之舊，認當事人之一方於訂婚約後成爲殘疾，有遠相對人訂婚時之初衷，自得

爲解除婚約之原因，但於訂婚時倘已明白通知者，除合於冒妄情形外，自不得事後無故翻異也。  
(註一一)

(七)婚約訂定後與人通姦者 現行律男女婚姻條例載：「其未成婚，男女犯姦盜者，男子有犯，聽女別嫁；女子有犯，聽男別娶。」輯註謂：「犯姦盜者，男止言盜，女兼犯姦盜。」似將貞操義務專責女子，男子則概置不問。未免失之不平。本法則將貞操義務責諸男女婚約當事人一律遵守，違背之者，即構成解除婚約之原因。惟所謂與人通姦，與犯姦非罪不同，即除婚姻外，凡有與異性性交之事實，皆爲通姦。至法律上是否成罪，則可以不問。例如納妾，宿娼，雖非犯姦，而仍爲通姦也。但被人強姦，則非本款所謂通姦。但男子和同鷄姦，依前清律例及大理院民事判例，均認爲通姦之一種。然與人通姦以在訂婚後者爲限，若在訂婚以前，雖有通姦行爲，對方亦不得據以爲解約之主張，蓋彼時雙方並不負此種義務也。

(八)婚約訂定後受徒刑之宣告者 古制不娶世有刑人之女，恐其惡性之遺傳也。民法則以婚約當事人之一方，如因作姦犯科至受刑罰之宣告，於他方之名譽殊有不利。故認爲亦得構成解

除婚約之原因。惟刑罰之種類甚多，條文既明定爲受徒刑之宣告，則有受拘役，罰金及易科罰金等輕微刑罰之宣告者，自不在此限。至犯罪之性質若何，及是否宣告緩刑，遭逢大赦，或特赦，與已否執行，皆所勿問。凡科刑之判決一經確定者，俱無礙於解除權之行使。惟刑罰之宣告，條文規定以訂婚後爲限，若訂婚之初已不計較及此，則事後自不得更行主張也。

(九)有其他重大事由者 現行法於婚姻雖以維持爲原則，而於婚約則以自由履行爲原則。故本法於解約之原因，除上述八款之列舉情形外，更設本款之概括規定。何謂重大事由，法律未設規定，如定婚由於詐欺脅迫，或訂婚後而有虐待或侮辱，足礙婚姻之成立者，皆是。他如妄冒（例如女有殘疾，卻令姊妹冒充相見，而以殘疾女成婚；或與親男定婚，卻與義男成婚之類）義絕（如一方爲虐待或侮辱他方尊親屬，或互毆成傷之類）及重大事項怠於通知等是。至其情形是否重大，應由法官斟酌一切情形自由認定之。較諸離婚必限於一〇五二條各款所列舉情形者，其寬嚴究不可以道里計也。（註一一）

上述九項，係法定解約之原因，至於婚約之得因雙方合意而解除，則本法以事屬當然，無待明

文規定。

## 第二款 解除之方法

解除權之行使，依法律行爲一般通則，以解除權人一方之意思表示爲之。（參照民法第二五八條一項）不必待他方當事人之承諾，亦不以法院之判決爲必要。蓋解除權乃基於法律規定之單獨行爲，有解除之原因，卽生解除之效果。法院只能加以勸導，或解除有效與否之認定，要無准駁之餘地也。（註一三）惟其意思須達到他方當事人時，始生效力，至方式如何，非所問也。若他方當事人有精神病，或所在不明，事實上不能爲意思表示時，依民法第九七條規定，本得依民事訴訟法以公示送達方法行之，但本法爲貫徹解約自由之旨趣起見，特於第九七六條二項明定：「依前項規定解除婚約者，如事實上不能向他方爲解除之意思表示時，無須爲意思表示，自得爲解除時起，不受婚約之拘束。」所謂得爲解除之時，如第三款情形，生死不明已滿一年者，其一年期間屆滿，卽不受婚約之拘束。至附條件之解除，若他方不因附條件而受不利時，如第二款情形，附以「非於某日結婚則行解約」之條件，似亦應解爲有效。至婚約一經解除，與自始未訂婚約同。故當事人間雖得

再訂婚約，要不得將解約之意思表示撤回也。

### 第三款 解除之損害賠償

(一)有法定原因而解除婚約者 婚約解除後，雙方當事人應互負回復原狀之義務。(參照民法二五九條)若當事人之一方就其解約之原因與有過失，而他方卻無過失者，則他方除得解除婚約外，若因解約而受有損害時，且得請求損害賠償。此為我民法九七七條所明定。德民法二九九條參照)惟此之所謂損害，乃專指財產上損害而言。其精神上雖不免因此而受損失，但解約亦為其所願，若其損害之發生與解除婚約有因果關係者，不僅有形之損害，如聘金，及準備結婚所支出之費用可請求賠償，即無形之損失，如預期婚約成立所為財產上或職業上所期待之利益，亦得以主張之。但解約之原因須以他方有過失而自己無過失者為限。若雙方均無過失，或雙方均有過失時，則生過失相抵問題。法院應斟酌一切情形減輕其賠償額，或免除之。(民法二二七條參照)

(二)無法定原因而違反婚約者 男女訂婚之初，未有不期以白首，願以終身者，若當事人之一方並無正當理由而違反婚約時，如藉口貌醜或不善交際，而拒絕履行或延不履行者，法律又不

許婚約之強迫履行，（第九七五條參照）則他方當事人之財產上及精神上，不免因此而生重大之損害。故民法第九七八條明定：「婚約當事人之一方，無第九七六條之理由而違反婚約者，對於他方因此所受之損害，應負賠償之責。」又第九七九條規定：「前條情形雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額，」以資救濟。蓋此項情形，實較前款自願解約者爲重。故不論財產上之損害及精神上之損害賠償，均得請求之。但其賠償須與違約有因果關係，及受害人無過失者爲限。亦與前述情形無異。惟非財產上之損害賠償，如名譽上及精神上所受之損害，乃係慰藉受害人本身之精神損害而設，其請求權原則上自不得讓與或繼承。（民法九七九條二項）瑞民法九三條二項）若已依契約承諾或已起訴時，則本人之意已決，亦許其讓與或繼承，與一般財產權同。蓋所以嚴責無故悔婚之當事人也。

#### 第四款 解除之效果

依前述解除婚約，乃以婚約有效爲前提。若婚約因無效被撤銷，則依一般通則，應由有過失之一方，對他方負回復原狀及損害賠償之責。（民法第一一三條一一四條第二項參照）故不論何

種原因使婚約無效或解除時，當事人雙方皆有回復原狀之義務，而非當然回復原狀也。至當事人之一方為確保婚約成立，事前曾交付聘財，戒子等贈物時，將如何處置？依舊律規定：「男家悔婚再娶時，不追財禮，女家再許他人時，賠追財禮。」德國民法規定，得依不當利得之原則，請求返還。（德民法一三〇一條）我民法雖未設規定，解釋似自從同。聘財戒子等所以締結婚姻為目的，不論因婚約無效自始缺乏目的，或婚約解除致目的不能達者，其法律上之原因皆已不存在，相對人自得依民法第一七九條規定請求返還。至非常事人間之贈物，例如兩方尊親屬間所贈與之物，除有撤銷贈與情形外，原則上不得請求追還，若附以婚約不成立為解除條件者，則因婚約之解除或無效，其贈與當然失其效力，得基於所有權請求返還，亦不待言。（民法九九條二項）若地方上有特別習慣者，自應從習慣。（註一四）

至解除婚約之損害賠償請求權，及贈物返還請求權之消滅時效，各國法律有規定為二年者，亦有規定為一年者。（德民法第一三〇二條瑞民法第九六條參照）我民法則無特別時效之規定，按諸法定解約原因既不以對方之過失為要件，則因侵權行為請求損害賠償之二年特別時效



規定，自不能準用。（民法一九七條參照）而一般消滅時效之時間又爲悠久之十五年，（民法第一二五條參照）如此悠久之期間，責令解約人遵守，亦屬太酷，此則不能不認爲立法上之疎忽也。

（註一）臨潭等縣民間結婚不立婚書，由男女兩家各焚香燃燭，對天地行禮，以媒妁到場爲證，婚約卽爲成立。俗稱點燈定婚，間有以瓶酒爲聘者，又有以聘金二十四兩於點燈時交付女家者，是則中流以下之人家行之。（司法行政部民商事習慣調查錄）

（註二）循化縣纏回等民，凡娶寡婦者，必先見面數次，甚至際爲交媾，名曰試娶。如果情投意合，然後央媒聘娶，積習相沿，不能視爲姦非罪。（司法行政部民商事習慣調查錄）

（註三）餘親當儘伯叔父母，姑兄弟，外祖父母，如無，則從餘親尊長，其卑幼不得爲尊長主婚也。（現行律婚姻條例輯注）

（註四）成年男女訂立婚約，應雙方意思一致，始能認爲合法成立。（最高法院十八年上字第二〇八二號判例）  
父母代子女所定之婚約，子女成年後如已表示同意，卽應對於子女本人發生拘束效力。（最高法院二十一年上字第三九五號判例）  
婚約應由男女當事人自行訂定，民法定有明文，在民法親屬編施行前所訂之婚約，依該編施行法之規定，除民法第九七三條外亦適用之，故在該編施行前，父母爲未成年子女所訂婚約，非經男女當事人合意追認，其婚約卽不能生效。（最高法院二十二年上字第二九三六號判例及親屬編施行法第四條參照）  
未成年之子女，不同意於父母代訂之婚約，其婚約當然無效。不生

解除問題。(司法院二十二年院字第一一七四號解釋)

(註五) 民法所謂婚約應由男女當事人自行訂定，並非專指男女當事人已成年者而言。未成年人訂定婚約，依法固應得法定代理人之同意。然所謂應得同意者，祇認定代理人於未成年人自行訂定婚約時，有同意權。並非認其有逕為未成年人代訂婚約之權。(最高法院二十二年上字第二八七九號判例) 已成年入締結婚約，毋須法定代理人同意。(最高法院二十一年上字第一六號判例)

(註六) 親屬法施行前，父母本於舊律之主婚權作用，為其幼小子女訂立婚約，依婚姻自由之原則，其子女一造如成年後不願履行致誤婚約者，固得訴請解除，而在締約當事人間，究不容其無故翻異。(最高法院二十年上字一三七號判例) 婚約雖不得請求強迫履行，但苟已合法成立，訂約當事人不得任意否認。(二十三年上字一三三九號判例)

(註七) 結婚義務於法本不能強制履行，故法院遇有悔婚案件，自應以和平方方法盡力勸諭當事人，與其不能達強制執行之目的，不若聽其解約，而就其因他造悔約所生之損害，依法請求賠償，較為得計。(最高法院一九年上字一五五號判例) 婚約當事人之一方，無民法第九七六條之理由而違反婚約者，僅得依同法第九七八條對之為損害賠償之請求，其訴請履行婚約，既有同法第九七五條之限制，自應予以駁回。(二十三年院字第一一三五號解釋)

(註八) 解除婚約不過就未成之婚姻使不成立，與離婚係就已成之婚姻使之離異者各為一事。(最高法院十

九年上字第二三五號判例)

(註九) 婚姻關係須依法定方式結婚後，方爲有效成立。僅訂立婚約尙未依法定方式結婚，而訂立該婚約之當事人一方又與他人訂立婚約結婚，其他之一方，倘未依民法第九百七十六條第一項第一款規定解除婚約，仍與之正式結婚，則後之結婚者卽屬重婚。在婚姻關係之當事人未依法請求撤銷或離婚以前，其婚姻關係尙屬存在，則其已成立婚姻之當事人，均取得法律上配偶（卽妻）之身分。（最高法院二十四年院字第一二一三號解釋）婚約訂定後，當事人之一方再與他人訂定婚約，不問任何名義，依民法第九百七十六條第一項第一款之規定，他方均得解除婚約，不能對於他人間所訂定之婚約而請求撤銷。（同年院字第一二七一號解釋）

(註一〇) 依法固以故違、給婚期約爲解除婚約原因之一，惟所謂故違結婚期約，係指婚約當事人之一方，對於既定之結婚時期故意違背者而言。（最高法院二十二年上字第三〇二五號判例參照）

(註一一) 婚約當事人之一方喪失右臂一部機能，久爲他方所明知，而仍願定親成婚，自不許於成婚以後復以此爲離異理由。（最高法院一九年上字一七三五號判例）

(註一二) 婚約解除之原因，民法已有明文規定，則非有法定解除原因，不得僅因當事人一方之年齡已大，而卽認其解約之主張爲正當。（最高法院二十二年上字第三〇二五號判例）

(註一三) 就訴訟上經驗言之，往往男女之一造爲他方所誘惑，無端而訴請解約，其實前訂之約並無不當之處，而

另所屬意之人，實係顯然錯誤，經駁斥其訴後，由父母或親友之多方勸諭，遂亦有憬然覺悟，而不膠執己見者。是婚約雖不得強制履行，而未嘗不可勸導其履行也。（見鍾洪聲氏中國親屬法論）

（註一四）訂婚財禮爲一種贈與行爲，不得因贈與人或受贈人死亡而撤銷贈與，請求返還。（司法院院字第八三八號解釋）已聘之婦尙未成婚者，若婦死亡則男家所出之聘禮，婦家全不返還；又男子身故，婦家祇將財禮返還一半，故諺云：「女死全消男死一半」（司法行政部民商事習慣調查錄歸綏縣習慣）

## 第二章 結婚

### 第一節 概說

婚姻二字，初爲儀式上之名稱。禮記昏義孔穎達註云：「娶妻之禮，以昏爲期，因名焉。必以昏者，取其陽往陰來之義。婿曰婚，妻曰姻，謂婿以昏時來，妻則因而去也。」後世仍之，舊律則稱爲成婚。民法改稱結婚。即男女間以終生共同生活爲目的之要式法律行爲也。（註一）教會法於結婚須當事人親至僧侶或牧師及二人以上之證人前爲之，男女當事人於僧侶或牧師詢以是否願與對方結婚時，答以「皆所願意」後，僧侶或牧師即宣告彼等已進而爲夫婦，是男之願意，不外爲結婚之要約；女之願意，不外爲結婚之承諾。故結婚不僅爲要式之法律行爲，且爲一種要式契約，及後民事婚主義起而代之，雖改在身分吏前爲之，其性質仍無以異也。至婚姻契約之內容如何已於本書緒論

中述之，茲不再贅。

## 第二節 結婚之要件

結婚既爲要式法律行爲，且爲法律行爲中之契約，已如前述。則其成立必有不可缺之要件，各國法律於婚姻預約，雖不以一定之方式爲必要，而對於結婚之本約，則無不嚴定其成立要件，以資遵循。其非履行此等方式者，卽不得目爲婚姻。故如婚姻成立之要件有欠缺者，縱令有同居之事實，及因感情作用而有與夫妻相同待遇及意思表示，仍不能謂爲婚姻關係。（參照最高法院二十一年上字二〇六七號判例）反之，若結婚合於一定之成立要件，則縱未訂婚，亦不能目爲無效。蓋婚姻契約之成立，關係於個人之終身幸福及社會秩序，至爲重大。倘不慎之於始，必貽無窮之後患，故民法嚴定其不可缺之要件有二：卽（一）當事人間不可不備之實質要件，與（二）婚姻成立時所應遵守之形式要件，以資防範。且此種規定皆屬強行性質，如婚姻當事人違反之者，依民法第七一及九八八等條，卽構成婚姻無效或撤銷之原因，茲詳爲分述如左。

## 第一款 實質的要件

(一)須當事人之合意 結婚爲婚姻預約之本約，自應準用契約規定，以當事人之合意爲必要，前大理院解釋載：「查民法原則，婚姻須得當事人之同意，現行律雖無明文規定，第孀婦改嫁，須由自願，則室女亦可類推。」(四年統字三七一號)民法以事屬當然，無待明文規定，結婚既爲法律行爲之一，故除本法特別規定外，仍應適用一般法律行爲及意思表示之規定。故當事人間：(一)須有結婚之意思，若以詐財爲目的，而實行「放鷹」「打虎」或在無意識及精神錯亂中結婚者，自屬無效。但民法則認僅得爲撤銷之原因。(民法九九六)(二)須爲正式之表示，故男女雙方雖屬兩相情願，若未依一定之方式表示者，自不能成立。反之，若一旦依結婚方式表示於外時，雖無結婚之真意，亦不能主張心裏保留也。(三)意思與表示須一致，如誤某甲之長女爲次女，而婚後方知爲錯誤者，若非出於故意，卽生撤銷之問題。他若雖非錯誤，而雙方密約其無效，則仍非無效。(四)其意思表示須自由，故因對方之欺罔行爲，而生對方本人及性格之錯誤認識，或因被脅迫而生恐怖致爲結婚之表示者，亦得撤銷。他如心神喪失人，除回復常態外，根本無意思能力。其結婚行爲爲

無效，亦不待言。

(二)須達一定之年齡 法律規定婚齡之意義，大半基於民族健康之意思，古代羅馬法及寺院法，俱以男滿十四歲女滿十二歲為結婚最低年齡。違反之者，各關係人及檢察官皆得撤銷之。近代法則不但重視性之成熟，即經濟上之能力亦加以斟酌，故將適婚年齡提高。惟因各國種族、氣候、風俗、習慣之不同，而規定亦各殊，如德國以男二十一歲，女十六歲為結婚最低年齡。瑞士以男二十歲，女十八歲為結婚最低年齡。其他各國如法、意、比、荷、葡則以男十八歲，女十五歲為適婚年齡。而男子之結婚年齡恆較女子為高，則為多數國之所同。惟奧、大、利定男女一律十四歲，最近蘇、俄民法亦有男女一律十八歲始許為婚姻註冊之規定。以符平等之義，然男女身體之發育，有遲早之別，所謂女子二七天癸至，七七竭；丈夫則二八至，七八竭。皆出於生理之自然，無取乎以人力強制之使平也。

吾國古時，男子三十而有室，女子十有五年而笄，二十而嫁。或為當時之一種人口政策，不能與各國結婚之最低年齡同視。至唐、貞觀詔，則以男二十女十五為結婚適齡。自宋、嘉定至明、洪武令，則



俱以男十六女十四爲適齡，大清通禮仍之，現行律無規定。民法則折衷各國制度及我國情形，於九八〇條明定：「男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚！」與國情亦尙適宜，蓋過低則有早婚之弊，過高亦不無曠怨之虞。惟所謂「不得」者，亦猶禁止之意也。習慣上有男十二女十八歲結婚者，（見司法行政部山東各縣習慣調查錄）依本法規定，其結婚雖非當然無效，然得依法撤銷之。

（三）須得法定代理人之同意 古代羅馬法以維持家長之權力爲主，家屬除得有家長之同意，不得單獨締結婚姻。繼起者爲日耳曼法，在女子未達一定年齡時，爲保護子女之利益，須得家長之同意，近世各國皆繼受日耳曼法。如英、法、德等國，以男女二十歲爲婚姻自主年齡。日本則以男三十女二十五爲婚姻自主年齡。其未達自主年齡者，須得法定代理人之同意。吾國古制，天子諸侯嫁女必使同姓諸侯大夫主婚。（見春秋公羊傳）士庶人則父母主婚，唐、明、清諸律及例仍之，現行律雖仍其舊，而大理院則解爲一種同意權。其與主婚權不同者，蓋主婚權之作用，爲主婚權人之一種自動處分行爲。有背婚姻自主之原則也。同意權則係能力補充權之一種，乃欲使未成年子女婚姻有效之單獨行爲也。蓋男女婚姻，關係當事人之利害甚大，非普通法律行爲可比，爲保護青年男女

將來之幸福起見，於第九八一條明定：「未成年人結婚，應得法定代理人之同意。」於確立婚姻自由之原則下，又以同意結婚之權畀諸父母，（民法一〇八六條參照）若父母對於其權利之行使，不一致時，由父行使之。（民法一〇八九條參照）至父母無正當理由不予同意時，他國法律有規定可請求親屬會議補充同意者。（日民七七二條德民一三〇四條參照）學者間亦有主張其性質與守志婦立嗣相似，可以法院之裁判代同意者。（註二）實則同意權乃法定代理人之單獨行為，青年男女不妨稍假時日，無急待裁判之必要，一屆成年即可自由爲之矣。民法之所以未設婚姻自主年齡，蓋亦不外此意也。他如受禁治產宣告者，爲無行爲能力人，（民法一五條參照）除回復常態外，要無法使其結婚行爲有效也。至此後有關於主婚權問題涉訟者，學者間有主張應認爲不合法而駁回之者，余則以其法律關係既不存在，應認訴權之要件不備，以無理由而駁回之。

（四）須爲一夫一妻。吾國自古禮制，即採一夫一婦制，白虎通曰：「妻者齊也，與夫齊休，自天子以至庶人，其義一也。」後世律令亦然，舊律仍之。其妻妾失序條例亦載：「有妻更娶者，後娶之妻離異。」又曰：「諸和娶人妻，及嫁之者，各徒一年，妾減二等，各離之。」逐壻嫁女律亦載：「逐壻嫁女，

或再招婿者，其女斷付前夫出居完聚。」民法仿一般立法例，以一夫一婦爲婚姻實質要件之一，於第九八五條明定：「有配偶者不得重婚，」其或同時與二人以上結婚者亦然。（刑法第二三七條參照）蓋重婚乃破壞一夫一婦制之原則，（註三）縱未構成刑法上之犯罪，要亦無礙於民法上之撤銷原因。（註四）各國法律皆以其違反公益，許各當事人、親屬、檢察官等皆得撤銷之。我民法則以利害關係人爲限，但以重婚爲原因而提起撤銷之訴，若前婚業因一造死亡而消滅，或因有瑕疵而被撤銷時，則後之重婚已不成立，自不許再行主張撤銷也。

（五）須非一定親屬 今之優生學者，謂血統相近者之結婚，最易遺傳劣質於後人，以故各國法律，於親屬間之結婚，俱加以相當之限制。惟其範圍則各有不同耳。其詳已於緒論中詳述，茲不復贅。惟舊律偏於男系血統，凡屬宗親，皆在禁止之例。而對外親妻親，則限制殊少。中央政治會議，依男女平等原則，斟酌各國法制，及吾國向來習慣，稍爲解放。惟於第九九三條規定：「與左列親屬不得結婚」焉。

（一）直系血親及直系姻親 直系血親乃指己身所從出，及從己身所出，如父母、祖父母、曾祖

父母及子女，孫子女，曾孫子女等是。（民法第九八三條參照）直系姻親乃指（1）直系血親之配偶，如繼母，子媳，及女婿等是。（2）配偶之直系血親，如夫或妻之父母、祖父母、外祖父母等是。（3）配偶之直系血親之配偶，如夫之繼父，妻於前夫間之子媳女婿等是。

（二）旁系血親在八親等內輩分不同者 稱旁系血親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親。（民法九六七條二項參照）所謂八親等內，乃指從己身數至同源之祖，再從同源之祖數至與之計算親等之血親，其總數爲八親等內者而言。（民法九六八條二項）如伯叔、姑母與子姪、母舅、兩姨與外甥等皆是。

（三）旁系姻親在五親等內而輩分不同者 稱旁系姻親者，謂旁系血親之配偶；配偶之旁系血親；及配偶之旁系血親之配偶；其親等之計算方法，則從其配偶或與其配偶同。在五親等內者，如妻之堂姑，夫之伯叔父母，夫或妻之姪婿，姪女婿皆是。

（四）旁系血親在八親等內而輩分相同者 如兄弟姊妹，堂兄弟姊妹，再從兄弟姊妹，及族兄弟姊妹皆是。但表兄弟姊妹，則不在此限。（參照民法九八三條一項三款但書）蓋從習俗也。又姻

親關係雖因配偶之一方死亡或離婚而消滅，而上述姻親間結婚之限制，則仍然適用（民法九八三條二項）所以期貫徹也。

## 第二款 形式的要件

關於結婚之形式要件，自來立法例不同。有採事實婚主義者，如古代羅馬法祇須婚姻當事人有結婚意思之合致，即屬有效成立，不以呈報或舉行一定形式為必要；有採形式婚主義者，如教會法婚姻當事人須於僧侶或牧師之前及二人之見證下履行一定之宗教儀式；否則縱屬事實上已為夫妻，亦不認為婚姻之成立。近代法則沿襲舊教會之主義，惟以國家之戶籍吏代替僧侶或牧師而已。是為民事婚主義。婚姻當事人須先呈報婚姻預約於戶籍吏，在一定期間內公告之，使利害關係人於此期限聲述其異議，若在期內並無任何婚姻之障礙者，身分吏即因請求而給予公證書，當事人須於六個月內在身分吏及二人證人下舉行民事婚禮。（瑞民法一〇五至一一六條）法民法六三至六八及一六五條德民法一三一六至一三一八條參照）日本民法則僅以舉行習慣上儀式與呈報為必要。蘇俄婚姻法則除呈報外，更認事實上之同棲，一返羅馬法之事實婚主義。但多數

國家，則仍採形式婚主義也。

我國婚姻成立之形式要件，以周六禮為最古。六禮者何？即納采——納雁以採擇之禮也；——問名，——問女之名氏及生年月日也；——納吉，——得吉卜而納之，又謂之通書也；——納徵，——納聘財以為婚姻之證也；——請期，——謂請婚姻之期不敢自尊也；——親迎，——至期親往迎歸也。（詳見禮記婚義）（註五）後世儀文漸趨簡易，至朱子家禮（註六）則削去問名、納吉、請期、止用納采、納幣、親迎，似從簡省。（陳鳴盛家禮帖式）大清通禮從之。輒近以還，婚禮不盡與六禮或三禮相符。國府成立，僅有免除跪拜及禁用封建時代舊式儀仗之令，而於民間婚喪禮節，尙乏規定。前大理院判例，則以「舉行相當禮式之日，作為婚姻成立。」是蓋漸由形式婚主義進於事實婚主義焉。習俗上雖多繁文縟節，而法律所規定者，祇婚姻預約之定婚，及舉行婚禮之成婚而已。新民法所規定之形式要件，惟有結婚一種，分述於下：

（一）應有公開之儀式 所謂公開，乃對秘密而言。凡於不確定多數人隨時可以參觀之場所舉行婚禮者，皆足當之。至儀式，則不僅新式之鞠躬蓋章，或舊式之花燭合卺為有效。即集團結婚，空

中結婚，海上結婚，若於公衆前行之者，亦俱屬有效也。良以身分之變更，必期社會之週知，以免曖昧同居之嫌也。至是否公告，則所勿問。

(二)須有二人以上之證人。證人爲法律上證據方法之一種。法文云云，不僅習慣上所謂證人者足以當之，卽主婚人介紹人來賓等，苟能證明當日之結婚儀式者，皆足爲法律上之證人。固不問其身分或資格如何，亦不必載明於婚書也。至未成年人，及不願爲法律上之證明者，則不在此限。(民法一一九八條準用)蓋使當事人鄭重其行爲也。(註七)

### 第三節 結婚之禁止

十九世紀之立法，有一矛盾現象。卽財產法之制定，採自由放任主義；而婚姻法之制定，則反取干涉取締主義。蓋由於教會法及警察國之傳統觀念而來，設多數無謂之限制，以妨害男女婚姻之自由。現代立法例於此種限制之範圍，已大爲縮小。相姦婚之禁止，固漸減少，而直系姻親婚之禁止，亦瀕於消滅。血親婚之禁止，雖仍存在，然其範圍亦已縮少。有祇禁止兄妹婚，而承認叔姪婚者。待婚

期亦已縮短，蓋自由放任主義之潮流，已浸潤於婚姻法之領域矣。雖然，現代法於他方面，則另設種種婚姻之限制，如惡疾婚之禁止等是。蓋基於社會健康之見地，而非出於倫理之動機也。吾國古時，於婚姻之障礙範圍，亦甚廣闊。類皆偏於男系宗法社會之觀念，或身分之歧視，如僧道、命婦及犯罪逃亡婦女之禁止結婚，官吏與部民婦女，妓女及相姦男女之禁止結婚，與居父母及夫喪之禁止結婚是。（現行律婚姻門各律參照）民法則採世界新穎之立法例，稍去舊律無謂之故障，特定左列之限制，以符男女平等之旨。其違反此種限制者，法律即禁止其結婚，與上述之一般要件不同，分述於左：

### 第一款 監護婚

監護制度所以謀未成年人之利益，（民法第一〇五一條一一一〇條參照）俾監護人得以保護之。若監護人於監護關係存續中與被監護者得以結婚，則受監護人難免不為監護人之意思所左右，與法律設定監護之旨不免違背。故民法特於九八四條明定：「監護人與受監護人於監護關係存續中不得結婚。」蓋所以保護未成年人及禁治產人之婚姻自由也。但如已經受監護人父



母之同意，則於受監護人之利益無礙，故我民法亦如巴西及西班牙之立法例，認為例外，在監護關係存續中，亦得結婚。所謂同意，固不以生前為限，即死後行為，如遺囑同意，亦為有效。至監護關係消滅後，受監護人即與常人無異，得與之結婚，自不待言。惟可否於監護關係存續中先為訂婚，而於監護關係消滅後再與結婚？民法無明文規定，論者主張亦不一致。惟法文既無禁止訂婚之規定，而婚約又不能強迫履行，則將來結婚與否，不難於監護關係消滅後以自由意思決之，自無禁止之必要。此與姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後仍應適用者，固有別也。他如受監護人與監護人之子女結婚者，學說上謂之緣族婚，其為有效，自不待言。

## 第二款 相姦婚

歐洲寺院法對姦通者禁止其終身與任何人結婚。違反之者，各當事人，親屬，前配偶及檢察官皆得撤銷之。近世各國法律，則稍緩和，僅禁止與相姦者結婚，蓋在預防狡黠之徒，以姦通為離婚之手段，致潰廉恥之防，而長淫邪之風故也。惟此種禁止，不特毫無效果可言，且事實上適足以獎勵非正式結合之增加，因之現代各國，除德日及丹麥諸國外皆無嚴厲之限制。吾國舊律：「和姦者男女

同罪。姦婦聽夫價賣，其夫願留則聽。其嫁賣與姦夫者，姦夫本夫各杖八十。婦人離異，「所稱嫁與姦夫者，婦人仍離異等語，係專指因姦而被離婚之婦而言。」（前大理院七年上字第四九一號判決）此種重於責女，輕於責男之軒輊，與今日男女平等及婚姻自由之旨未免違背。故民法做現代一般立法例，於第九八六條僅限：「因姦經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚。」不復設男女之歧視，而禁止之範圍，亦僅以通姦經判決離異，與犯姦非罪而受刑之宣告者為限。故雖因姦而協議離婚，或雖通姦而未受刑之宣告者，自皆不在此限。反之，若已因姦而判決離婚，則通姦事實已為一般人所公認，為維持善良風俗計，自應禁止其結婚。至因姦而受刑之宣告者，雖當時未行離婚，若事後因一方死亡或協議離婚而消滅婚姻關係時，亦非無與相姦者結婚之可能，故為維持風化計，亦一併予以禁止。至若因姦受刑之宣告而緩刑期滿者，其刑之宣告為無效。（刑法七六條參照）亦即不受禁止之限制也。

### 第三款 待婚

待婚制度，非基於貞操或倫理觀念，乃在防止血統之混亂，蓋以女子生理關係，若許朝離暮嫁，

則日後所生之子女究爲誰出，難免不生疑義。故法律限以一定時間內禁止其再嫁矣。舊教會法根本禁止再婚，故無待婚之規定，羅馬法則允許再婚，惟於寡婦鰥夫均課以一定時間之獨居義務。近世各國法律，則皆採羅馬法主義，其待婚期間有定爲三百日者，如德法等國是；（德民一三一一三條及法民二二八條）有定爲六個月者，如澳大利及日本是；（日民七六七條一項）吾舊律「妻於夫之死亡，及夫失蹤而再婚者，均須經過三年，否則杖一百，或八十！」民法則做一般立法例，於第九八七條規定：「女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚。」蓋在生理上懷孕已達六個月者，卽不難診察而知。（民法一〇六二條一項）當無復血統混亂之虞矣。至男子方面，既無此虞，故外國法律雖有課一定期間之寡居義務者，自爲吾民法所不採。若女子於婚姻關係消滅後六個月內已分娩者，卽不至有混亂血統之虞，故民法於同條但書以爲解除限制之條件。惟此外尙有待婚期內不致混亂血統之事由者，例如前夫生死不明已逾三年，或因犯罪被處六個月以上之刑，以及失蹤或不能人道等情而致離婚者等是。法條未予除外，未免缺憾。解釋上如能證明其確係獨居或無懷孕之事實者，亦應與已分娩之情形同視。至離婚後又與前夫結婚者，自無遵守本條期間之

必要也。(明治四三年名古屋控訴院判決。)

#### 第四節 結婚之無效及撤銷

結婚爲法律行爲之一，其成立也，須具備法定之形式要件。與實質要件，已如前述。苟或欠缺，則視其所欠缺之要件爲絕對，抑爲相對，而生無效或撤銷之原因。然法律行爲之無效或撤銷，於民法總則編已有規定。似無再加規定之必要，惟婚姻契約之成立與否，影響個人幸福及社會秩序者甚鉅，與一般債權契約之性質不同。男女既經結婚，非出於萬不得已時，不得以其爲無效也。故一般法律行爲無效之情形，在婚姻皆非當然無效，惟得構成撤銷之原因。惟重婚不但違反善良風俗，抑且有背一夫一婦制之原則。民法不以爲無效，而規定僅得撤銷，似覺未洽。民法於婚姻預約之效力雖較一般契約爲弱，而婚姻本約則頗具強大力。初視之似覺矛盾，實則皆不外維持婚姻制度及個人自由兩大原則也。故親屬法中關於婚姻之無效及撤銷，特設專條，以符斯旨。自無再適用總則之餘地。但親屬法中所未載者，則總則之規定仍有適用，亦不待言也。

## 第一款 結婚之無效

### 第一項 結婚無效之原因

結婚無效之原因，恆較一般法律行爲無效之原因爲嚴重。徵諸各國立法例，其範圍雖有廣狹之不同，而其精神則一也。前大理院判例亦以未舉行婚姻儀式，及典賣爲婚爲婚姻無效之原因。新民法則以維持現存之婚姻爲目的，故結婚除有第九八八條所定情形外，皆非常然無效也。該條所定婚姻無效之原因有二：即（一）不具備法定方式；（二）違反近親結婚之限制是。茲分述於左：

（一）不具備法定方式者 結婚爲要式法律行爲，前已言之。故須具備法定之方式，而後方能認爲成立。此爲各國立法例所同，惟所謂法定方式者，各國程度亦不一致。吾國民法則僅須公開儀式及二人以上之證人，幾與事實婚無異。然結婚儀式既爲要式法律行爲之一，則違反之者，依民法第七三條規定，其爲無效，蓋屬當然。本法特有第九八八條之設，蓋不外一種注意之規定耳。顧我民法既否認姘度婚，故有男女事實上雖然實行同居姘度，苟未具備上述方式者，卽不得目爲正式婚姻而生法律上之效力也。

(二)違反近親結婚之限制者 近親間結婚，不但有違強制規定，亦且妨礙種族健康，故違反之者，依民法第七一條及第七二條規定，其爲無效，本屬當然。法文之所以特爲規定者，亦爲注意之規定而已。惟民法於近親結婚之限制範圍雖已縮少，而於妻親之範圍反較舊律爲嚴，凡與五等親內輩分不同之姻親爲婚者，依法爲無效，社會上因之頻添無數之無效婚矣，立法理由是否洽當，尙待商榷也。爲貫徹禁止近親結婚之旨，故規定姻親關係雖在消滅以後，而前述之限制仍適用之。查我國舊例娶親屬妻妾律文亦規定其曾被出，及改嫁而娶爲妻妾者，各處罰云云。可見此種貫徹限制之規定，不獨今日爲然也。

## 第二項 結婚無效之主張方法

結婚無效之主張方法，各國立法例不同。有採當然無效主義者；卽結婚如有無效原因，不必以訴主張，亦不待法院之宣告，而當然無效也。如法、日法例是。（法民一四六條、日民七七八條參照）有採宣告無效主義者；卽結婚縱有無效原因，亦非當然無效，必須以訴主張，經法院宣告其無效，始爲無效也。如德、瑞法例是。（德民一三二九條、瑞民一三二條參照）我民法則採當然無效主義，故

結婚如有無效之原因時，即與自始未爲結婚同，無待當事人或第三人以訴主張其無效也。若當事人之一方，因他方有爭執而主張其結婚未依一定之方式，或他方違反近親結婚之限制而提起婚姻無效之訴者，則屬於消極確認之訴，法院仍應予以受理。惟婚姻當事人若未成年者，依民法第十三條規定，未成年人已結婚者，有行爲能力，在婚姻事件，即有訴訟能力，惟在婚姻無效或不成立之訴，在判決確定前將如何？現行民事訴訟法未設規定，殊嫌疎漏。（參照石志泉氏新民事訴訟法評論二五五頁）新民事訴訟法則另設專條，認未成年之夫或妻，於婚姻無效或不成立之訴亦有訴訟能力焉。（新法第五六六條參照）

### 第三項 結婚無效之效力

吾民法於無效之婚姻，既採當然無效主義焉。故由婚姻而生之效力即無由發生。從而男女當事人間絕不發生夫妻之身分關係。故由身分關係而生之同居義務，扶養義務，夫妻財產契約，遺產繼承等權利義務，俱不得主張之。其生有子女者，亦不能取得婚生子女之身分。而男女當事人之一方與他方之血親，亦不發生姻親關係。至當事人就婚姻無效，或確認其成立不成立有爭執時，雖得

提起確認之訴，究不能謂此種無效必待法院裁判也。又此種判決於夫妻生存時確定者，對於一般第三人亦有效力焉。（民事訴訟法第五七八條參照）

## 第二款 結婚之撤銷

### 第一項 結婚撤銷之原因

婚姻之撤銷者，即結婚具有可得撤銷之法定原因，而由有撤銷權者聲請撤銷之謂也。與普通法律行為之撤銷不同，我國舊律別無婚姻撤銷之規定。現行律所載應離異之情形，皆可解為撤銷之原因。新民法於婚姻撤銷之原因、效力、撤銷權之主體，及消滅時效等，在親屬編中皆有特別規定。其不依此規定而為婚姻之撤銷，則為法律所不許。至親屬法上無規定者，仍適用一般法律行為撤銷之規定，亦不待言。茲將民法關於婚姻撤銷之規定分為：（一）原因於實質要件不備，及違反結婚之禁止規定；（二）原因於其他故障二項。分別說明如左：

（甲）原因於實質要件不備及違反結婚禁止之規定者：

（一）違反結婚之最低年齡者 男未滿十八歲，女未滿十六歲不得結婚。為民法第九八〇條



所明定。違反之者，即構成婚姻撤銷之原因。外國法律有以不適齡婚爲違反公益，認檢察官亦得撤銷之者。我民法則以爲違反私益，僅婚姻當事人或其法定代理人得請求法院撤銷之。（民法第九八九條參照）所謂當事人，乃指雙方當事人而言。未達婚齡之當事人固得撤銷，即已達婚齡之他方，亦得請求撤銷之。法定代理人之撤銷權，亦不因其事前同意結婚而受影響。（參照最高法院二十二年上字二〇八三號判例）蓋寬其撤銷，即所以禁止早婚也。但違反結婚年齡之當事人一方或雙方現已達於適齡，或雖未達於結婚年齡而已懷胎者，則他方即不得請求撤銷。（民法九八九條但書）以免影響於婚姻之安全，於當事人亦多不利也。學者間有謂不適齡婚之男女，其在實體法上雖爲撤銷權之主體，而在訴訟法上仍無訴訟能力者，余則以此種違法婚與無效婚不同，在撤銷前並非當然無效，依民法第一三條，應認爲有訴訟能力。（註八）蓋不適齡婚往往由於父母之主張，若達於成婚年齡時，依法又不得撤銷，如必以法定代理人代爲訴訟，則與保護婚姻當事人之旨未免違背。至本法施行前之不適齡婚，除已達十六歲無異議而繼續同居者外，亦許該當事人撤銷之也。（最高法院上字四六三號判例）

(二) 未成年人結婚未得法定代理人之同意者 未成年人結婚應得法定代理人之同意，已如前述。如違反此種規定，即構成婚姻撤銷之原因。故本法為貫徹尊重法定代理人之同意權起見，於第九九〇條許其得向法院請求撤銷之。但有三種例外：即(一) 自知悉其結婚事實時起，已逾六個月者，不得請求撤銷。惟父母同為未成年子女之法定代理人，苟其父於知悉子女結婚事實之日起，已逾六個月而未行使撤銷權，父亡之後其母知悉該事實雖未逾六個月，亦不得請求撤銷。蓋因其法定代理人之撤銷權，於父生存時即已消滅也。(二) 結婚後已逾一年者，不問同意權人知其結婚與否，俱不得請求撤銷。(三) 縱未逾六個月或一年，如已懷胎者，亦不得請求撤銷。凡此所以維持其婚姻關係者，即所以保護社會之公益也。

(三) 違反監護婚之禁止規定者 監護人與受監護人，在監護關係存續中，除得受監護人父母之同意外，原則上不得結婚。為民法第九八四條所明定。如違反此種規定時，受監護人或其最近親屬，得向法院請求撤銷之。(民法第九九一條參照) 其撤銷權主體，除受監護人外，尚許其最近親屬得行使者，以其最近親屬常與受監護人之關係較為密切故也。所謂最近親屬，乃指與受監護

人親等最近之親屬而言，其爲血親抑爲姻親，在所勿問。但婚姻關係不宜久不確定，故若監護人與受監護人結婚已逾一年者，則不許其請求撤銷，俾身分關係早得確定。反之，若結婚未逾一年者，則雖已懷胎，仍得撤銷之。蓋加重監護人違反結婚限制之責任也。

(四)違反重婚之禁止規定者 此爲民法第九九二條所規定，蓋重婚不但有妨善良風俗，亦且有背一夫一婦之原則。我民法不以爲無效，(註九)而僅規定利害關係人得向法院請求撤銷之。所謂利害關係人，乃指因其重婚而直接或間接受有損害之人而言。例如現爲婚姻之配偶，及前爲婚姻之配偶是。又例如甲男同時與乙女丙女結婚，此際甲乙間之婚姻，與甲丙間之婚姻皆非合法，即均得訴請撤銷。故乙女如請求撤銷其自己與甲之婚姻，或請求撤銷甲丙間之婚姻，均無不可。丙女亦然。惟甲乙間之婚姻，苟已由乙自請撤銷，經勝訴判決後，則乙不得復請求撤銷甲丙間之婚姻。若乙請求撤銷甲丙間之婚姻未果前，丙亦請求撤銷甲乙間之婚姻時，則法院固不妨將該兩婚姻同予撤銷也。外國法律有認重婚違反公益，而予檢察官以撤銷請求權者，亦爲我民法所不採。故遇有當事人因未已成舟不願請求撤銷者，檢察官雖得依刑法予以追訴處罰，(重婚在現行刑法爲

非親告罪，舊法亦然。參照新法第二三七條二四五條。而仍不能依民法予以撤銷，立法精神，殊不一貫。雖然，民法於他種撤銷原因，皆設有一定限制或消滅事由，惟本條則不設例外規定。除在前婚姻關係消滅後不得行使外，並無其他限制。（最高法院二十二年上字第二六九六號判例）蓋所以加重違反一夫一婦制者之責任也。至若前婚姻關係業已消滅，則重爲之婚姻縱屬不法，亦不得以重婚視之。自不得再行請求撤銷也。至後之婚姻雖因一造之死亡而消滅，前配偶仍得請求撤銷，以否認其身分也。又撤銷重婚之訴被駁回者，前配偶除已參加訴訟外，其判決對之不生效力。（民事訴訟法五七八條參照）蓋重視其利益也。

（五）違反相姦婚之禁止規定者 因姦曾經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚，爲本法第九八六條所明定。違反之者，卽構成撤銷之原因。故本法於第九九三條特規定：「前配偶得向法院請求撤銷之。」其所以惟予前配偶以此撤銷請求權者，蓋相姦者之禁止結婚，雖爲維持風化而設，然有切近之利害關係者，畢竟惟前配偶一人也。故若前配偶業已死亡時，實無法再使之撤銷。縱已起訴，亦不適用承受訴訟之規定。但相姦者之一方，雖於判決確定前死亡，則仍無礙於訴

訟之進行。(民事訴訟法第五七六條但書)至相姦者結婚如已逾一年者，不問前配偶知悉與否，概不許其請求撤銷，俾免身分關係終不確定也。

(六)違反待婚期間之限制者 女子自前之婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚，爲本法第九八七條所明定。如違反此種規定，即構成婚姻撤銷之原因。故同法第九九四條特規定：「前夫或其直系血親得請求法院撤銷之。」前夫及其直系血親所以有此撤銷請求權者，蓋待婚期之設，係防血統之混亂，前夫及其直系血親皆有密切之利害關係故也。但自前婚姻關係消滅後，若已滿六個月，或雖未滿六個月而女子於再婚後已經懷胎者，其非前夫之子女已極顯然。(他如因夫不能人道而撤銷婚姻，或其離婚之原因由於夫之生死不明已逾三年，或由於夫之犯罪被處徒刑，而其執行已逾六個月，或夫受死亡宣告而婚姻消滅，及女子離婚後與前夫再婚，皆不應有此限制，法文之疎漏無可否認)自無混亂血統之虞。若必強其撤銷，則不但再婚當事人之身分及財產發生重大變更，即子女之保護養育，亦將大受影響。故同條但書規定，於此情形，不得再行請求撤銷，以維公益。

(乙)原因於其他故障者：

(一)當事人一方係在無意識或精神錯亂中結婚者 婚姻為永久共同生活之團體，自應由結婚當事人以健全之意思為之。故違反之者，依民法第七五條規定，應為無效。惟結婚行為非普通法律行為可比，一旦無效，則影響甚大。故本法規定僅得為請求撤銷之原因，即不再適用總則之規定。至所謂無意識，乃指毫無意識而言。所謂精神錯亂，乃指意識不甚明晰而言。其程度雖有差異，其為意思不健全則一。亦惟在結婚當時，有此現象為已足。至婚後是否精神恢復，則可以勿問。惟撤銷之請求，則須於常態恢復後六個月內為之。過後其撤銷請求權即行消滅。蓋所以維持婚姻之安全也。至結婚當時本非精神錯亂，則對於結婚之行為固屬以健全之意思為之。縱事後精神陷於病態，其不得據此以為請求撤銷之理由，亦不待言。

(二)因被詐欺或被脅迫而結婚者 詐欺婚與脅迫婚可否撤銷，各國立法例不同，有認詐欺及脅迫婚均得撤銷者，如英、美、德、日等多數立法例是。有僅認脅迫婚得撤銷，而詐欺婚則否者，如法。國民法是。唐律「諸為婚而女家妄冒者，加一等；未成者，依本約已成者，離之。」明、清諸律略同。本法則

做多數立法例，於第九九七條規定，概得爲婚姻撤銷之原因，予被詐欺人及被脅迫人以撤銷請求權。所謂詐欺，須有（一）詐欺之故意，（二）欺罔之行爲，（三）須被害人因欺罔行爲而生錯誤之結果。換言之，卽詐欺與錯誤有因果關係是也。惟婚姻之詐欺究與普通之詐欺不同，必其因詐欺而錯誤之事由合於婚姻之要件者，足以當之。如當事人之錯誤，（例如定婚當時告以年貌相當，事後發現爲五十蒼頭，）固得爲撤銷之原因，至關於當事人之地位財產等錯誤，則應認爲自己之過失，蓋婚姻論財，昔賢所譏，有違愛情結合之本旨也。至詐欺由於第三人所爲者，以相對人明知其事實，或可得而知者爲限，亦得撤銷之。（民法第九十二條）所謂脅迫，乃指故意表示不當之危害，使人發生恐怖之行爲而言。故（一）須有危害之恐嚇，（二）其恐嚇須爲不正當，（三）因其恐嚇而使生恐怖，及（四）被害人因恐怖而爲結婚之表示也。（註一〇）本法之所以僅予被害人以撤銷請求權者，蓋被詐欺或被脅迫與否，惟被害人知之較悉故也。至被害人行使撤銷請求權，則須於發見詐欺或脅迫終止後六個月內爲之，所以謀婚姻之安全也。至習俗上以詐欺或脅迫爲理由，而實行放鷹打虎之實者，雖於六個月內請求，亦不應准許。至同意權人因詐欺或脅迫而同意婚姻者，日本民法亦許

撤銷，（日民法七八三條參照）本法雖無規定，但得解爲先依民法第九二條撤銷其同意，再依第九九七條撤銷其婚姻也。

（三）當事人之一方於結婚時不能人道者，婚姻之目的，固非完全爲性之結合，然當事人之一方若竟不能人道者，則共同生活之目的終不可得而達，外國判例有以不能人道解爲拒絕性交，認爲違反婚姻義務，得爲撤銷婚姻之原因者，（法國國家法院第一九〇一年S字第五四號判例）本法則於第九九五條以明文規定：「當事人之一方於結婚時不能人道，而不能治者，他方得向法院請求撤銷之。」似亦認性之結合，爲婚姻之目的也。所謂不能人道，乃指天閹，石女，及半陰陽之類是。與舊律所謂婦人不育，（舊律七出條參照）及殘廢不同。殘廢雖得爲解約之原因，若已告知而結婚者，仍不得請求撤銷也。若未告知，則屬於詐欺問題，亦無本條之適用，本條之不能人道，以不能治者爲限，若能治愈，則縱屬一時不能人道，亦不能據以爲撤銷之理由，又其不能人道以在結婚時存在者爲限，（最高法院二十年上字第一四七七號判例參照）如婚後成爲不能人道者，則有時他方當事人亦應負責，故本法亦不許其請求撤銷。至本條撤銷請求權之存在期間，本法則定爲三



年，其所以較其他原因爲長者，蓋當事人容或有希望對方痊愈，而後方知爲絕望者，亦事所恆有也。

## 第二項 婚姻撤銷之主張方法

婚姻之撤銷與一般法律行爲之撤銷不同，一般法律行爲之撤銷，只須以意思表示爲之即生效力。婚約之解除亦然，惟婚姻之撤銷，則須以「訴」請求法院爲之，此觀民法第九八九條至九九七條「得向法院請求撤銷」各規定自明。蓋婚姻之撤銷，對於當事人及第三人均有重大影響，故不能不鄭重其事，而以訴主張之也。至撤銷權之性質如何？學者間有解爲請求權者（見阮毅成著中國親屬法概論三四頁）余則不以爲然，蓋撤銷權本身爲形成權之一種，故撤銷之訴亦屬形成之訴，其訴之標的爲私法上之形成權，法院認原告有可使婚姻撤銷之權利，而予以婚姻撤銷之判決，則爲形成判決，若法院認爲無理由而爲駁回之判決，則爲確認判決。自不能以法文之有「請求」字樣，而即認爲請求權也，又撤銷請求權往往因一定期間之經過，或一定事由之發生而消滅者，此期間之性質，應解爲除斥期間，不適用時效中斷之規定。故有撤銷請求權人於一定期間內不行使權利者，其權利因法定期間之經過而消滅。他如已經追認者，亦不得於追認之後復請撤銷。（最高

法院二十一年上字二九六號判例）又婚姻無效及撤銷之訴，專屬夫之審判籍。夫或妻起訴者，固以其配偶為被告，若第三人起訴時，則須以夫妻為共同被告。若原告於判決確定前死亡時，有權提起同一訴訟之人，得於其死亡後三個月內承受訴訟。其詳俟諸民事訴訟法。（該法婚姻事件程序五六四條至五七七條參照）茲不多贅。

### 第三項 婚姻撤銷之效力

婚姻撤銷之效力與婚姻無效不同，與一般法律行為之撤銷亦不同，一般法律行為經撤銷後，視為自始無效，（民法一一四條一項參照）而婚姻之撤銷則不然。他國法律有採全部溯及主義者，如英、德法例是；（德民法第三四二條）有採不溯及主義者，如瑞、日法例是；（瑞民法第一三二條、日民法第七八七條參照）有採一部溯及主義者，如法民法是。（法民法第二〇一條及二〇二條）我民法則從瑞、日立法例，於第九九八條規定：「結婚撤銷之效力，不溯及既往。」換言之，即其婚姻自有撤銷判決之日起，不復有婚姻關係。故夫婦之一方與他方血親間所生之姻親關係，亦從撤銷判決之日起，歸於消滅。因之曾為夫婦之一方，與他方親屬間結婚者，即不受近親結婚之限制。

反之，在撤銷判決前已實行之權利義務，及已發生之代理行為，雖在判決後，亦與合法之婚姻同視。其以前夫婦間已實行之權利義務，即不許請求償還，而其所生子女，亦非私生子也。其所以設此規定之理由，蓋以因婚姻所生之種種身份上及財產上效果，如依嗣後之撤銷視為自始無效，適足以使法律關係紛亂錯雜，而擾動其既得之權義關係故也。

### 第三款 結婚無效及撤銷之損害賠償

關於結婚無效及撤銷之損害賠償，與無法定原因而違反婚約之損害賠償同，惟彼係就違約人方面立論，而此則就受害人方面立論耳。分述於左：

#### 第一項 財產上之損害賠償

婚姻當事人之一方，因結婚無效或被撤銷而受有損害者，得向他方請求賠償，此為民法第九九九條第一項所定。惟此種請求須以婚姻無效或被撤銷之原因，係出於他方之過失者為限。其與解除婚約之情形不同者，蓋他方違反婚約時，即可推定其有過失。而婚姻之無效及撤銷，則容或有兩方俱無過失者，故同條但書規定，他方如無過失，即不得向其請求損害賠償，至被害人無過失，

則所不問。

## 第二項 非財產上之損害賠償

上述因婚姻無效或撤銷所生之損害，乃專指財產上損害而言。然亦有非屬於財產上之損害者，如精神上之痛苦是。受害人亦得請求賠償相當之金額，以資撫慰。惟此種非財產上損害賠償之請求，不僅須其無效或撤銷之原因由於他方之過失，且受害人方面亦必須無過失者而後可。若其無效或撤銷之原因，為受害人明知或可得而知者，自不得向其請求賠償也。（民法第九九九條二項）又此種請求權，係專屬被害人一身，故法文又規定前項請求權，不得讓與或繼承焉。但已依契約、承諾、或已起訴者，即變為財產權性質，自不在此限。（同條第三項）

至關於損害賠償之理由，亦已於解除婚約之損害賠償節內詳述，（註一）茲不再贅。其以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定者，依刑法第二百三十八條，併應處以三年以下有期徒刑，惟須以故意為限耳。

（註一）婚姻成立係要式行為，必經習慣上一定儀式。（最高法院二十年上字四五二號判例）男女婚姻須經

雙方合意，尤須經過一定之婚姻儀式，方能認為合法成立。否則縱已同居，法律上仍不發生婚姻之效力。  
(最高法院十八年上字二〇七二號判例)

(註二) 守志之婦在新法前爲夫立嗣，應得夫之直係尊親屬同意，若事先未得同意，得請求撤銷，但事後仍得補行請求同意，若其不同意無正當理由者，得以裁判代之。(院字第一〇六九號解釋)

(註三) 現行法例採一夫一妻制，有妻更娶不能復取得妻之身份。(最高法院二十年上字一四五號判例) 納妾制度與男女平等之原則不符，故凡不願作妾而訴請離異者，法院應即准許。(最高法院一八年上字二八四六號判例)

(註四) 甲妻外出僅年餘而歸，既別無消滅身份之原因，則仍爲甲之妻，了無疑義。至甲復娶丙，在刑事重娶罪縱或不能成立，而民事則就已成事實言之，仍然爲二個婚姻，現行法既不許一人二妻，丙與甲之婚姻，自應許其請求予以撤銷。(大理院統字第六一七號解釋)

(註五) 禮記昏儀「婦至，婿揖婦以入，共牢而食，合盞而醕。」註「共牢而食者，共一牲牢而同食。合盞而醕者，醕演也；謂食畢飲酒，演安其氣，以一瓢分爲二瓢，謂之盞，婿與婦各執一片以醕。」

(註六) 朱子家禮成婚儀式「是日，男子沐浴盛服，父率告祖先，四拜讀祝，父母分左右立，子向上跪，父舉酒杯向外一揖，三灌於地，執空杯，再一揖，翻身向內，易杯斟酒醕子，子揖，接酒在手，子揖，父回揖，子跪。命曰：「往迎爾相，承我宗祀，勉率以敬，若則有警。」子受酒答曰：「諾，惟恐不堪，豈敢而違。」飲畢，四拜起，父取篩蓋其首，

乘輿親迎。婿至門，女家接燈梳頭，先繫詞子，後戴髻，盛服，父母率告祖先，四拜讀祝，醴酒禮與男子同，父命曰：「勤謹小心，早晚聽舅姑丈夫言語！」母命曰：「必敬必戒，毋違夫子！」女跪，飲曰：「諾。」興，四拜，父以紫帕蒙其首，取飾蓋之，出，姑母引女登車。婿出轎，主人出迎，三拱至堂，侍者執雁一對，授婿置於地，俯伏，興，二拜平分。婿曰：「受命於父，茲以嘉禮，敬聽成命！」卜人答曰：「某願從命！」婿又行二揖禮，請婿坐席，待女出廳，婿揖新人，行降西階，主人不送。婿出女從，婿拱手舉簾，遂各登輿，婿先女後，至婿家出立門外，拱婦出輿，升堂交拜，而後歸房，「番俗結婚有比力較鬪者，名曰拌絞，必男勝於女，其婚姻始能成立。又番民習俗，每逢舊歷正月十七夜，男女混遊，彼倡此和，其聲嗚嗚蓋自由擇偶者，名曰暗十七，其五月十七日亦如之，名曰明十七。」（見司法部民事習慣調查錄平番縣岷縣習慣）

（註七）所謂結婚公開之儀式，無論依舊俗新式，均以一般不特定之人所共見，即為公開。至於證人不必載明於婚書，但須在場親見，而願負責證明者已足。（司法院八五九號解釋）

（註八）不達法定結婚年齡而結婚者，在未依法撤銷以前應認為有行為能力。（二十四年院字一二八二號解釋）

（註九）重婚原為現行法律所禁止，但依現行法律不以其行為為無效，雖經判處罪刑，在未有利害關係人依民法第九百九十二條規定向法院請求撤銷以前，其婚姻關係仍屬存在。（最高法院二十四年院字第一

(註一〇)結婚出於強迫，僅爲撤銷婚姻之原因，究不足據爲應行離婚之理由。(最高法院十九年上字四九二號)  
父母爲未成年子女所訂婚約，未經其子女追認，自無拘束該子女之效力，如本於此項婚約，以不正方法使其踐行者，縱使有成婚之事實，亦不得謂該婚姻已合法成立。(最高法院二十年上字第六七二號判例)  
婚姻當事人之男女一造，以其成立之婚姻係被他造脅迫或詐欺爲理由，提起撤銷之訴，苟非證明他造確有欺罔或脅迫情事，即不容一造任意請求撤銷。(最高法院十八年上字第七八號判例)

(註一一)童養媳於成年後，訴經法院判決婚姻無效，則以前所付之撫養費，因其法律上之原因已不存在，自得向原訂約人請求返還，但童養媳如服有勞務，亦得請求爲報酬之給付。(二十三年院字第一一五一號解釋)

## 第二章 婚姻之普通效力

### 第一節 概說

婚姻關係一旦合法成立，夫婦間應生之婚姻效果如何？從來立法例不同。古代羅馬法及英國舊法則採夫婦一體主義。(Overture Scheme)男女因結婚法律上視爲一體，非夫之人格爲妻所吸收，即妻之人格爲夫所吸收，不認夫妻兩人格之獨立。但事實上妻因結婚即失其法律上之獨立人格而併合於夫之人格中，服從其夫權而受其保護。吾國舊日亦然，儀禮喪服傳曰：「夫婦一體也。」曹大家亦曰：「夫者天也；天固不可違，夫固不可逃也。」皆示婦人以屈服之義，無獨立人格之可言。迄至前清現行律，皆沿此不變。近世婦女問題漸爲各方所重視，大戰以還，所謂女權運動，日益澎湃擴張而無止境。其在政治上，則有婦女參政運動；在經濟上，則有婦女職業及勞動等問題，在教育



上則要求男女高等教育機會之均等。凡此種種皆有相當之成熟。因此在法律上所有男女間或夫婦間之差等待遇，無不設法而盡求刪除，以期適合男女平等之潮流，而確立夫婦對等之原則。一八八一年德國新憲法第一一九條且明定：「婚姻須以男女有同等權利為原則。」同年蘇俄婚姻法之立法理由書亦云：「婚姻法典中須完全樹立男女間之平等，在此社會主義之過渡期間，於可能範圍內，予婦女以自由，以謀婦女之解放。」以故歐西繼受羅馬法諸國，關於夫妻關係之立法主義，皆一反昔日之夫婦一體主義，而採夫婦別體主義。依此主義，妻之法律上人格，並不失其獨立存在之性，而與夫立於對等地位。財產所有之能力，及法律行為之能力，皆得獨立為之。惟為維持室家和平計，稍參夫婦一體主義之精神，吾國新民法亦然。

婚姻之效力，就其性質大別為二：一為因婚姻所生之身分上效力，一為因婚姻所生之財產上效力。前者如配偶關係；家屬關係；姻親關係。後者如相互繼承關係，以及夫婦間權利義務等關係皆是。此等效力，其他法令中如民事訴訟法（推事之迴避，證言之拒絕），刑事訴訟法（配偶之獨立告訴權），國籍法（為中國人妻者取得中國國籍，及為外國人妻者喪失中國國籍），國際私法（註一）

及民法其他各編，非無規定，此處則僅於民法中所規定婚姻之普通效力一部份說明之。所謂普通之效力者，係指因婚姻所生身分效力之主要部分而言，亦即夫妻相互間所生之主要權利義務也。故違反此等義務時，往往構成離婚之原因，至因婚姻所生財產上之特殊效力，則於次節夫妻財產制中述之。

## 第二節 由婚姻而生之身分關係

### 第一款 配偶關係

婚姻一旦成立，種種身分關係於以發生。其在姻婚當事人相互間者，為配偶關係，即男因結婚而取得夫之身分，女因結婚而取得妻之身分。此種配偶之身分關係為婚姻之主要效力，其他各種婚姻效力皆基於此種身分關係而生。至配偶是否為親屬，立法例亦不一致，蓋夫妻既視同一體，自無所謂親屬，易曰：「有婚姻然後有夫婦，有夫婦然後有父子。」是夫婦為親屬關係之淵源，（註二）非血親亦非姻親，只以配偶關係引而親之，無庸列諸親屬範圍之內也。日本民法明定配偶為親屬，

（日民法七二五條參照）我國歷次草案，亦列配偶爲親屬之一種，舊刑法亦然，（舊法第十一條參照）新民法則未規定，蓋從德、瑞立法例，良以配偶關係既爲發生親屬之特別關係，正不必有明文之規定也。

## 第二款 家屬關係

吾國習俗，婦人內夫家而外父母家。白虎通曰：「嫁者，家也。」婦人外成，以適人爲家。故女子出嫁之後，對母家關係亦較前爲疏，其所生子女間，則稱其母家爲外親，日本民法則明定妻因婚姻而入夫家爲夫家之家屬，贅夫婿，養子因婚姻而入妻家而爲妻之家屬（日民法第七八八條參照）吾國民法就此無明文規定，解釋似應從同。惟血親關係由於自然，妻雖因婚姻而入於夫家，爲夫家之家屬，對於母家仍保留其固有之親屬關係。贅夫因婚姻而入於妻家者亦同。又家屬關係，乃基於婚姻而生之身分關係，與因此種身分關係而生之同居義務不可混爲一談，故男女之一方因婚姻而爲他方之家屬，於實際上是同居，並無關係，故夫妻雖經別居，然其家屬關係仍存在如故也。

## 第三款 姻親關係

姻親關係基於婚姻而生，與血親關係基於血統而生者不同，吾國數千年來均重男系宗法，故由男系血統連續之親屬謂之宗親，其由於女系者謂之外親，由婚姻關係而生者，謂之妻親。本法以其與男女平等之原則不符，故做一般立法例，於第九六九條明定：「稱姻親者，謂血親之配偶；配偶之血親；及配偶之血親之配偶。」故不僅舊律所謂同宗之妻，本宗出嫁女之夫族，外親之配偶為姻親；即舊律所謂夫族、妻黨，概認為姻親。他如舊律所稱夫族之妻，或夫族女子之夫，及妻黨之妻，或妻黨女子之夫，亦皆同為姻親矣。至夫妻之一方與他方之子女間（如夫前妻之子女，妻前夫之子女）關係，舊律稱為繼父母子女關係，學者間稱之準血親關係。新民法既以夫妻之一方與他方之血親間關係概為姻親關係，則此自亦不能例外，若謂從來視繼母如母，則依新民法解之，亦為直系一等姻親尊親屬，似無多大差異也。

再者配偶、家屬、姻親等關係，既由婚姻而生，自亦由婚姻關係之消滅而消滅，故各國法律俱明定因離婚而消滅，惟姻親關係是否因當事人一方之死亡而消滅，則各國法律不甚相同，本法則除

夫死妻再與人結婚，或妻死贅夫再與人結婚外，概不認爲當然消滅姻親關係之原因也。（註三）

### 第三節 夫妻間之權利義務

#### 第一款 夫妻之行爲能力

婚姻成立後，男女當事人雖未成年，亦因結婚而取得行爲能力（參照民法第十三條第三項）蓋探瑞士立法例結婚使人成年（*Marriage makes one of age*）之理由也。外國立法例有規定夫爲未成年妻之監護人者（德民法第一七七八條及日民法第七九一條參照）民律草案亦然，最高法院解釋仍之（十七年解字第二三六號參照）現行民法則不採此制，故未成年男女，因結婚即取得行爲能力，一切法律行爲皆得自由爲之，更無須得法定代理人同意之必要也。

雖然，夫婦係屬一體，一家之內，似不宜有二以上之獨立意見存在，以妨家庭之和睦。故古代日耳曼法即否認妻有行爲能力，現代諸國如德、瑞、奧、匈立法例，皆認夫爲家庭之首領，妻於某種法律行爲外，概須得夫之允許（德民法第一三九五條及瑞民法第一六七條參照）法、日民法，則規定妻

除得夫之允許外，原則上不得爲任何法律行爲。（民法第二一五條及日民法第一五條一七條一五六二條參照）似認妻爲限制行爲能力人矣。惟十八世紀之法，比民法草案，受大革命思想影響，採極端之夫婦對等主義，我國舊日夫爲妻綱，妻之行爲能力，在夫權制度下，自不能不受相當之限制。民律草案亦認妻爲限制行爲能力人，前大理院判例，亦以妻就其所有私產等行使權利之行爲，其不屬於日常家事者，應得夫之允許。（七年第九〇三號參照）新民法則基於男女平等之原則，於妻之行爲能力不設限制，一切法律行爲皆得有效爲之。反之，若夫妻之一方擅自爲他方財產上之處分，則爲無效，蓋亦採極端之對等主義者也。

## 第二款 貞操義務

夫妻間互負貞操之義務，乃婚姻契約所生當然之結果，羅馬法及日耳曼法惟課妻以貞操義務，初期之法國法亦然。夫於發現妻之姦通時，當場殺之不以爲罪。近代法律則採平等主義，規定夫妻互負貞操義務。吾國古時婦人崇貞，歷代律令於成婚婦女犯姦者，皆有加重處罰之明文。（註四，舊律於貞操義務亦專課於妻之一方，舊刑法則以婦女犯姦有亂血統，明定有夫之婦與人通姦者，

處二年以下有期徒刑。現行刑法則改爲有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同，（註五）以符平等之旨。民法雖無夫妻互負貞操義務之明文規定；但就重婚犯姦等行爲，皆得構成離婚之理由（民法第九七六條及一〇五二條參照）等點觀之，可推知夫妻間應負有貞操之義務也。至妾與家長並非配偶關係，縱屬與人通姦，家長亦無告訴之權。（司法院二十三年十二月院字第一一三六號解釋）

### 第三款 冠姓義務

古者因生賜姓，所謂姓，原爲一家族之符號而已。顧未婚男女各自有其本姓，一旦結婚，將仍各從本姓乎？抑夫從妻姓，妻從夫姓乎？古代羅馬法則採前者，妻於結婚後仍稱處女時代之姓。日耳曼法則從夫婦一體主義，妻於結婚後改稱夫姓。德、瑞及日本民法亦然。蘇俄婚姻法則規定夫婦得用公姓，或用夫姓或用妻姓，或各保其婚姻之姓，以示男女平等之旨。本法於起草之初，亦假定六項辦法，即：（一）夫妻均以協定之姓爲姓，子女亦從之；（二）夫妻各從本姓，子女併用父母之姓；（三）夫妻各從本姓，子從父姓，女從母姓；（四）妻從夫姓，子女從父姓；（五）夫從妻姓，子女從母姓；（六）妻冠夫

姓，子女從父姓。前三項雖與男女平等之旨相符，然第一項辦法夫妻子女俱有擇姓之自由，恐將有代易其姓之弊。第二項子女併用兩姓，若每遞一世，即增字數，世無窮而姓之字數亦無窮矣。若採第三項辦法，則兄弟姊妹亦將各異其姓，第四第五兩項辦法，則各有所偏，均不足取，第六項辦法，妻得保存本姓，而夫亦不致易姓。在實際上亦較易實行，至子女之姓，因別無完善之辦法，故仍用父姓，若贅婿則夫冠妻姓，子女亦從母姓，略示平等之意。惟此僅就原則而言，若夫妻另有協定者，則屬例外。（民法第一〇〇〇條但書）論者於此頗致不滿，（參照三五法學社季刊第一卷第一號王用賓先生著妻冠夫姓問題）顧事實上贅夫常有不冠妻姓者，如無但書規定，恐皆不免違法矣。

#### 第四款 同居義務

婚姻之目的，在求夫婦共同生活之完滿，故各國法律俱有夫婦同居義務之規定。但有以妻應與夫同居，而夫不負與妻同居之義務者，如法國及日本是；（法民法第二一四條，日民法第七八九條參照）有以夫妻互負同居之義務，如德、瑞、民、法是；（德民法第一三五條，瑞民法第一五九條參照）我民法則明定夫妻互負同居之義務，（民法第一〇〇一條）蓋從德、瑞、立、法例也。條文曰「互



負」亦即寓男女平等之義，顧夫妻同居爲婚姻共同生活之要素，本條規定亦屬強制性質，故除有不能同居之正當理由外，（參照同條但書）原則上皆應負同居之義務。（註六）但書云云，不過得爲不同居之抗辯，非即別居也。（實例上則反是），故婚姻當事人縱有別居之約定，其約定亦屬無效。至應同居而不同居，則執行衙門，除傳喚勸導外，別無執行之方法（大理院五年統字五一〇號解釋）也。

夫妻互負同居之義務固矣，然則夫婦若各異其住所時，將如何？夫將同居於妻之住所乎？抑妻應同居於夫之住所乎？我民法於一〇〇二條明定：「妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所。」所謂同居之住所，乃以久住之意思，而住在一定區域之謂，故住所不必以現時居住之屋爲限，配偶之一方雖以他方之住所爲住所，仍得不履行其同居義務，故夫妻應有共同住所之規定，實與同居義務無關，蓋夫妻之應有共同住所，乃欲其有共同生活之根據地，使其他之法律關係得以便利也。

再者，夫婦互負同居義務，乃就原則言耳，若一方有正當理由，如求學、經商、及遠官退方時，相對人業已同意，自可不同居。至夫無一定住所時，亦不能藉口同居義務，強其妻隨同浪游之理。（參照

大理院七年上字八六三判決，他如夫妻之一造，受他方不堪同居之虐待時，亦可拒絕同居。但不能以將來或有虐待情形，而預先拒絕同居。（大理院九年上字第五九號判決）不待言也。

至同居之內容如何？法律不設明文規定，一任當事人之自由爲之，如性交之拒絕，外國法律有認爲違反同居義務者，亦爲我民法所不採。至夫婦能否成立強姦，或猥褻等罪，有積極消極二說，實例上則採積極說。（註七）

#### 第五款 日常家務代理權

夫妻既各有行爲能力，則一切法律行爲，自須本人爲之，始爲有效。然關於日常家務，若必躬自爲之，則於共同生活之必要上，諸多不便，即第三人亦不免受其損害。故自十五世紀之都市法以來，皆認妻之日常家務代理權，於妻所能代理之事項，皆一一明示其內容。如若干價金以內之買賣契約可以締結，某種食物及某種衣料可以買入是。至十八世紀各洲及現代各國立法，皆於明文中予妻以家事代理權。一九二七年奧婚姻法改正案，則否認此種代理制度，蓋各人應就其所爲之行爲負責，爲私法上之原則，若認日常家事行爲爲夫之利益由夫負責，而妻毫無責任，於理亦難圓其說。

故應以夫妻負連帶責任爲妥。民法既認夫妻有對等之行爲能力，故於日常家務亦定夫妻得互爲代理人（民法第一〇〇三條第一項參照）換言之，卽妻可爲夫之代理人，夫亦可爲妻之代理人也。惟所謂日常家務，乃指維持家庭生活所必須之行爲而言，至是否爲日常家務，應就其家庭生活程度，及其收入定之。至日常家務以外之法律行爲，如財產上之處分等行爲，則仍不在此限焉。（註八）

至夫妻之一方濫用前述代理權時，他方得限制之，爲同條第二項所明定。所謂濫用，卽逾越權限之意。如夫妻之一方浪費成癖，則其代理於他方甚爲危險，他方自得限制其代理權，但此種代理權之限制不能對抗善意第三人。

#### 第六款 扶養義務

夫妻既互負同居義務，則休戚與共，關係倍切，不但道德上有互負扶養之義務，卽法律上亦應有此規定也。外國法律於此皆有明文規定。「（註九）並參照德民法第一三六〇條瑞民法第一五九條民法第二一二條日民法第七九〇條蘇俄婚姻親屬及監護法第一四條」「民律草案亦然。（舊草第一三五二條新草第六二條）前大理院判決亦認父子祖孫兄弟夫婦間當然互有此義

務。(五年上字第一一〇七號)獨本法則無明文規定,蓋因負擔家庭生活之給養義務,已規定於夫妻財產制中,即無再設扶養義務規定之必要也。

學者間有謂給養義務與扶養義務二者性質不同,前者不問妻有無資力,凡由婚姻關係存續中之生活費用,原則上皆由夫負擔。(民法第一〇二三條參照)後者則限於對方不能維持生活而無力謀生者,(民法第一一一七條)始負擔之。故夫生活放浪,不履行家庭之生活費用,致妻不能生活時,所請求者應為扶養,而非給養也。顧夫妻關係存續中,配偶之一方,既非無資力,尙得請求對方履行給養義務,(民法第一〇二三條第一〇二六條第一〇三四條第一〇三七條第一〇四六條第一〇四七條參照)則遇有一方因不能維持生活而又不能謀生者,依論理解釋,其得請求給養,可無待言,如能履行給養義務,則扶養義務即無由發生。況本法又擴充扶養義務之範圍,使家長家屬間,(民法第一一一四條參照)互負之。夫妻之一方與對方之父母同居者,亦互負扶養義務。(註一〇)而夫妻既係同居而謀共同生活,當然有相互扶養之義務,了無疑義。況配偶之一方,不履行扶養義務而惡意遺棄他方時,且得構成離婚之原因,(民法第一〇五二條五款參照)尤足為

扶養義務存在之推定，正不必有明文之規定也。

### 第七款 契約撤銷權

婚姻關係存續中，男女雙方間易爲他方情感所屈服，或受一時愛慾之迷惑，以致違背本意，而訂有不利於己之契約者。此種契約之效力如何？自羅馬法以來，皆以無效，或得撤銷爲原則，蓋爲貫徹夫妻一體主義之原則。夫妻之財產，既全部視爲總有，則夫妻間之贈與實無意味。顧夫婦之道，首重信義，自不應有約而不守，而法律乃竟許其得撤銷者，其故安在？法律非獎勵人之爽約也，蓋恐因一方之不守約，而他方竟訴之法院耳！夫婦涉訟，則夫婦之道苦矣！契約之效力，固應維持，而夫婦間之感情，更應維持也。（參照宋弘嚴太郎法窗閒話第十一頁）是以現代各國法律，均認夫婦間之契約得以撤銷，以保護當事人意思之自由，亦所以維持室家之和平也。如德國民法規定，夫妻間之贈與契約概行禁止。（德民法第一五八四條參照）法國民法則認爲得以撤銷。（法民法第一〇九六條第一五九五條參照）瑞士民法雖認夫婦間有訂約之自由，但須經官署之承認。（瑞民第一七七條參照）日本民法則規定當事人之一方得隨時撤銷之，蘇俄婚姻親屬及監護法亦然。（該

法第一三條參照)我國新舊民律草案亦皆從之。(舊草案第一三五四條新草案第三三條參照)獨現行民法則付闕如。蓋在吾民法夫妻別體主義下，自不應予以限制。況民法於夫妻財產契約之變更，或廢止，既詳定於夫妻財產制節中，而約定財產制之種類，又予以嚴密之限制，則此外之通常契約，自應與普通人之契約無異，正不必以明文予以限制，蓋夫妻別體主義趨向所應爾也。

#### 第八款 遺產繼承權

夫婦互負扶養義務固焉，但所謂扶養須以夫婦生存爲前提，若一方死亡時，爲何如乎？夫先死而成爲寡婦以後爲何如乎？此爲極關重要之問題，故十六世紀自覺之婦女，訂立繼承契約，以排除法定繼承人之缺憾。吾國舊律，配偶間無相互繼承遺產之權，所謂無子守志，得承夫分者，不過暫行管理而已。(大理院四年上字七二六號判決參照)若改嫁者，夫家財產及原有妝奩並聽前夫之家爲主。(參照舊律立嫡子違法律及例)然夫對於妻之遺產，雖無明文規定，而習俗上夫妻財產不分，妻亡之後，其遺產卽爲夫之所有。(參照大理院三年上字七號判例)前大理院判例亦認妻亡無子者，夫得承受遺產。(註一一)新民法以此種規定，有背男女平等之原則。又以配偶關係之深，認其

有相互繼承遺產之權利，較爲進步。（參照繼承法先決各點審查意見第四點）

各國民法對於配偶之繼承有列於一定之順序者，如日本民法是；有不定順序而與任何順序均得同時爲繼承人者，如德、瑞民法是；我民法則仿德、瑞立法例，於一一四四條規定：（一）與配偶之直系卑親屬同爲繼承人時，其應繼分與他繼承人平均分配；（二）與配偶之父母或兄弟姊妹同爲繼承人時，其應繼份爲遺產二分之一；（三）與配偶之祖父母同爲繼承人時，其應繼份爲遺產三分之一；（四）無上述同爲繼承之人時，得繼承其配偶遺產之全部。（參照民法第一一四四條各款）惟須以繼承開始時，仍在婚姻關係存續中者爲限，與舊律之守志婦不同。故不問配偶之一方於繼承遺產後有無再嫁再娶情事，與其既得權，俱不生任何影響。」（註一二）並參照司法院七八〇號解釋「惟繼承開始在本法施行前者，則無此權耳」（民法繼承編施行法第一條）

### 第九款 夫權問題

吾國古制，夫婦居三綱之一，白虎通嫁娶篇論嫁娶諸名義云：「夫婦者何謂也？夫者扶也，扶以人道者也；婦者服也，服於家事，事人者也；匹配者何謂？相與爲偶也。」是明認妻於結婚後，有服從夫

之義務，而夫有支配妻之權利。降及後世，則著於律令，舊律除「將妻妾受財典雇於人爲妻妾者處罰外，其夫毆妻，非折傷勿論」亦認夫權之存在，德國民法及前民律草案亦認妻爲限制行爲能力人，在夫權支配之下。前大理院亦認婦人在私法上之行爲，應受夫權之限制。（七年以上字第一三〇八號判例參照）新民法則採夫婦對等主義，妻於財產上之行爲，間雖稍受限制，（參照夫妻財產制章）而男女之地位，則完全平等，自無夫權存在之餘地也。

於此又附言者，吾國唐、明、清諸律中，俱有「本夫於姦所格殺勿論」之規定，至清現行律始去之，但一般人仍認爲天經地義，大理院則解釋爲正當防衛，認有夫之婦與人通姦，係侵害其夫之權利，以迎合一般社會心理。新民法既不認夫權制度之存在，則正當防衛權已失其根據，遇此情形，若竟與一般普通殺傷人罪同科，亦不免戾於人情。雖然，所謂權利云者，固不以支配權爲限，即請求權亦包括之，（註一三）夫婦既互負同居義務，貞操義務，反之，自對方言，皆係基於婚姻契約之一種使負同居及貞操義務之權利，且有對抗一般第三人之效力，自不容任何人加以侵害。倘有侵害之者，依民法第一八四條規定，應負侵權行爲之責，且與夫婦對立主義亦不相牴觸，鄙意以爲應解爲夫妻



雙方皆可主張正當防衛也。但最高法院最近判例，變更解釋，認為當場激於義憤，而殺傷人罪。（註一）然而稍欠勉強矣！

（註一）華僑在外國結婚，關於結婚成立之要件，婚姻之效力，及夫婦財產制等，均應適用中國法。若婚姻當事人之一方為外國人，則婚姻成立之要件，依當事人各該本國法；婚姻之效力，依夫之本國法；夫婦財產制，依婚姻成立時夫之本國法；適用其本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法。（二十四年院字第一二七〇號解釋）

（註二）論語哀公問：「昔三代明王之政，必敬其妻子也有道，妻也者，親之至也，敢不敬歟！」

（註三）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，依法依然存在，故夫妻之一方死亡後，有撤銷權之第三人，仍得請求撤銷。（最高法院二十二年上字第二〇八三號判例）

（註四）唐律「諸姦者徒一年半，有夫者徒二年。」元律「和姦者杖七十七，有夫者八十七，誘逃婦女者加一等。」明律「凡和姦杖八十，有夫杖九十，刁姦杖一百。」清律「凡和姦處八等罰，有夫者處九等罰！」

（註五）查各國立法例，關於配偶姦問題，除少數國家外，概認為民事關係。修正案原起草條文為「有配偶而與人通姦者，處二年以下有期徒刑。」以貞操義務責諸男女雙方，似較進步。二三讀時論者或恐有妨家庭生活之安全，主張刑法上不為規定，違反之者構成民事上之離婚原因而已，蓋從一般立法例也。而大多

數立委則覺與吾國習俗相乖，卒仍刑法之舊，通過「有夫之婦與人通姦者，處一年以下有期徒刑」當時全國婦女界以為違反男女平等原則，紛起力爭，卒由中政會重付復議，始修正如今例。

(註六) 夫妻在婚姻關係存續中，應互負同居之義務。(最高法院十九年上字第一〇五九號判例) 夫妻間雖有同居之義務，但有不堪同居之事實，經雙方同意分別居住，亦非法所不許。(最高法院十七年上字第二八號判例) 妻有與夫同居之義務，在婚姻關係存續中，非證明有不堪同居之虐待，或其他正當理由，不得請求給養分居。(最高法院二十年上字第二一二九號及二十二年上字第三一八五號判例) 夫妻固有同居之義務，惟果有正當原因，亦非絕對禁止別居，若妻因受夫之家屬虐待，願與夫同居，而不願與夫之家屬同居，虐待固屬真實，即不能謂絕無斟酌准許之餘地。(最高法院十八年上字第二六四一號判例) 夫妻固互負同居之義務，但有正當理由者，得請求別居。(最高法院二十年上字第二五八〇號判例)

(註七) 夫對於妻之雞姦行為，如果具備強暴脅迫條件，自可構成刑法二〇一條之猥褻罪。(司法院院字第六五〇號解釋)

(註八) 民法第一千零三條，不過規定夫妻間日常家務之相互代理權，及其濫用代理權時他方所得加之限制，夫之處分其原有財產，並非代理其妻，絕不發生限制代理權之問題。(最高法院上字第八八五號判例)

(註九)十九世紀之立法例，及普通法判例，皆明認扶養妻之義務，係附隨夫之地位當然發生，與一般扶養義務不同；不以受者困難，與與者富裕爲前提，亦所謂「盡其所有與妻分享」(Was er hat, muss er mit der Frau teilen)之意也。

(註一〇)夫妻之一方與他方之父母同居者，依法應互負扶養之義務。是夫之父母對於同居之子媳，自應負扶養之責。(最高法院二十二年上字一三四一號判例)他方之父母對於夫妻之一方負扶養之義務者，以同居爲限。(最高法院二十三年度上字第一三五號判例)

(註一一)婦人亡故，遺有私產而無遺囑定其歸屬者，應歸何人承受管業，現行律雖無明文規定，然按之習慣，自應歸其夫承受管業，及準之條理，亦應如是。(大理院三年上字第七號判例)

(註一二)妻依民法第一一四四條，繼承夫之遺產，即屬妻之所有，帶產出嫁，並無何種限制。(司法院院字第八五一號解釋)

(註一三)凡所謂權利者，不問親權、夫權之親族權，與物權、債權之財產權，其權利之性質內容雖不同，而其有不許侵害之對世權的效力，無論何人負有不得侵害之消極的義務，則無不同。蓋此對世的不可侵害之效力，實爲一切權利之通有性。(日本大審院大正三年判例)

(註一四)本夫見其妻與人姦宿，迫於一時之義憤，因將人毆傷致死，此係排除現時不法之侵害，實與刑法第三十六條前半，對於現在不法侵害，而出於防禦權利行爲之規定相當，自應依法不罰。(最高法院二十年非

字第六五號判例)所謂出於義憤者，例如因自己或親屬受莫大之侮辱，或妻子與人通姦等情節是也。  
(刑法第三次修正案理由書)

## 第四章 夫妻財產制

### 第一節 概說

夫妻財產制 (Eheliches Güterrecht) 者，規定婚姻共同生活中夫妻財產關係之制度也。申言之，舉凡關於夫妻婚前固有之財產，因婚姻之成立，其所有權究生何種變動；婚後取得之財產，應歸何人；其管理、使用、收益，應如何規定；夫妻所負之債務應如何清償；及共同生活費用由何造負擔；皆不能不有詳細之規定，以爲適用之準繩也。各國法律於夫婦之財產關係，大都規定甚詳，德國民法內計二〇一條；（一三六三條——一五六三條）法國民法內計一八三條；（一三九九條——一五八一條）瑞士民法計七四條；（一七八條——二五一條）惟日本民法則僅十五條（七九三——八〇七條）耳，蓋婚姻一旦成立後，除上述當事人間，發生之權利義務外，最重要者，厥爲財

產關係，其效力不僅於男女當事人間存在，且對於一般第三人亦有效力也。

吾國古制，子婦無私貨，無私蓄，無私器，不敢私假，不敢私與，（禮記內則）朱子家禮亦曰：「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。」清律「同居卑幼不由尊長，擅用本家財產者，處罰」在此等家族制度下，於禮於法，皆不認子婦得有財產，嫁娶之事，悉由尊長主持，而費用亦由家長負擔。爲夫者經濟上尙無獨立之能力，況爲妻乎？間有以自力舉行婚娶者，然女子多半不自食其力，終其身依夫爲生者，亦視爲當然，而男子煦育妻子，亦以不能贍養爲恥，因之歷來律例，皆無夫妻財產關係之規定，民律草案，雖能稍涉於此，（舊草案一三五七至一三五八條，新草案一一三四條至一三五八條。）亦嫌簡陋。故除前大理院承認爲人妻得有私產，（二年上字三三號判決）及嫁女妝奩應歸女有（二年上字五〇八號判決）外，事實上夫妻間就其財產關係於婚前或婚後訂有契約者，亦所罕見。稍有涉及財產上之爭執者，惟附帶於離婚別居中，贍養費之請求耳。雖然，近年以來，人民之法律思想，逐漸發達，女子已享有遺產繼承權，而教育上，職業上，亦與男子躋於平等地位，其獲得財產之機會，亦較前爲多，如關於夫妻之財產關係，無相當之

規定，於適用上亦殊不便，故本法順應立法潮流，仿瑞士立法例，特設專章，詳爲規定。（一〇〇四條至一〇四八條）就立法言，不能不認爲進步，至事實上有無實益，亦屬疑問也。

### 第一款 夫妻財產制之種類

各國民法關於夫妻財產制之規定，皆因其本國情形而異，種類不一，利弊互見，且有條文複雜，適用困難者。茲就所有權、管理權、處分權、用益權及負債關係各規定，將夫妻財產制大別爲五種，並將其特質分述於下：（參照親屬法先決各點審查意見書）

（一）統一財產制 雙方財產均集中於夫之一方，妻所帶入財產之所有權，均移轉於夫，而妻祇有返還請求權。

（二）共同財產制 此制之特質，爲設定一種夫妻之共有財產，於共有財產外，各許特有財產，夫對於共有財產有管理權，及處分權。（關於處分權有數例外）於共同財產關係終了時，雙方或其繼承人，得將共有財產分析。至共有財產之範圍，大小不同，故此制可細別爲左列三種：

(甲)一般共同財產制，(乙)動產及所得共同制，(丙)所得共同制。

(三)聯合財產制 妻之財產除保留所有權外，集中於夫之一方，而無夫妻共有之財產，蓋各別保存原有之財產，惟均歸夫一人管理耳。夫對於妻所帶入之財產，有用益權，及在特定範圍內，有處分權，此其特質也。

(四)奩產制 妻之財產為擔任家用起見，特指定一部份為奩產，由夫管理，與妻之餘產雖截然分離，然其所有權仍屬於妻，(但有例外)夫對於奩產之全部或一部，不得移轉或抵押。

(五)分別財產制 夫妻對於本人之財產，各別享有所有權、管理權及用益權，而家用在原則上由夫妻平均擔負之。

以上五種夫妻財產制，其第一種統一財產制與第二種共同財產制，固適合於夫妻共同生活之目的，然有時妻之財產被夫吸收，犧牲未免太大，此其短也。若分別財產制，雖較合夫婦對立之原則，然過分彼此，亦有背共同生活之目的。再奩產制雖合我國舊習，然因女子財產繼承權之結果，未



免漸不適宜，故均不足採。惟聯合財產制，既便維持共同生活之目的，復足爲保護雙方之權利，故本法仿瑞士立法例，採爲法定財產制焉。

## 第二款 夫妻財產契約

### (一) 契約之性質

夫妻財產契約乃附屬於婚姻契約而生之要式法律行爲。夫妻財產契約之訂立，不僅當事人間發生私法上之效力，即對於一般第三人亦有效力，故法律規定須以書面及登記爲之。又此種契約，既附於婚姻契約而生，故訂約之當事人，亦必限於婚姻當事人之一男一女，又對於婚姻主契約言之，則爲一種從契約，故婚姻契約一旦消滅，其附屬於此契約而生之夫妻財產契約，亦當然失其效力。再者，夫妻財產契約之性質，不僅限於夫妻間有效，而又與夫妻間之普通契約，如贈與買賣等無關婚姻者不同。故學者有主張應改稱爲婚姻財產契約者。（見郁氏親屬法要論第六十一頁）其說頗有足取，況民法認結婚前亦得訂立夫妻財產契約，而未婚前之婚約當事人，固不能視爲夫妻也。

## (二) 契約之範圍

夫妻財產契約，發達於日耳曼法，當時之法定財產制偏於夫之利益，而漠視妻之地位，故女子頗致不滿，思以契約自由之力，而排除不合理法律之適用，所謂婚姻上之大憲章也。近代各國法例，關於夫妻之財產契約，除蘇俄及墨西哥外，皆許當事人自行訂定。但其中有不加以限制者，如法、比、挪、波蘭、捷克、西葡、日本及南美諸洲是。有加以一定之限制者，如德、瑞及土耳其是。本法則倣後之立法例，於一〇〇四條，規定「夫妻得於結婚前或結婚後，以契約就本法所定之約定財產制中，選擇其一，爲其夫妻財產制。」違反之者，其契約爲無效。我國習慣，以婚姻論財爲夷虜之道，（文中子）故於財產關係，鮮有訂立契約，即考之各國，亦莫不然。故本法爲使夫妻財產得一適當解決計，特於一〇〇五條明定，「夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制爲其夫妻財產制。」至約定財產制所以限於共同、統一、分別三種者，蓋恐配偶間任其自由訂約，漫無標準，則人各異其制，而第三人與之交易，殊覺困難，即社會上亦覺不便也。（參照親屬法先決各點審查

意見第六點）

### (三) 締約之時期

中世之夫妻財產契約，無論爲婚前抑或婚後，均得訂定。迄十八世紀立法，有限於結婚前方得爲之者，蓋恐結婚之後，當事人間難免不迫於威壓，或溺於情愛，以致不能基於相互利益，而以完全自由意思爲之者，如法、葡、荷、意、日是。但事實上有訂立財產契約之感覺者，恆爲婚後之夫婦，若令婚約當事人間訂立財產契約，實無意味。故多數立法例，於結婚後仍許其訂定，如德、瑞、捷、克、瑞、丹、麥等國是，我民法亦然。（第一〇〇四條參照）

### (四) 法定代理人之契約同意權

關於夫妻財產契約之訂立，變更或廢止，民法雖許當事人於一定限制內自由爲之。然當事人如爲未成年人或禁治產人時，則應得其法定代理人之同意。（民法第一〇〇六條）學者間有以未成年入既因結婚而有行爲能力，不應更有法定代理人之同意者，（參照胡長清著中國婚姻法論一九七頁二七五頁）實則關於夫妻財產契約訂立、變更或廢止之事實，既可發生於結婚之前或結婚之後，則本條之規定，顯係適用於前種之情形，蓋未成年人與禁治產人一經結婚，法律認其

行爲能力已與常人無異，自無本條之適用也。

### (五) 契約之方式

夫妻財產契約之訂立、變更或廢止，不僅關係夫妻之財產上權利義務，至爲重大，即對於一般之第三人（如夫或妻所與交易之人，及夫或妻之繼承人）亦有重大之利害關係。故本法規定爲要式行爲，以訂立書面爲生效要件（民法第一〇〇七條參照）以登記爲對抗要件（民法第一〇〇八條）故關係夫妻之財產制，雖經當事人雙方同意，若非以書面爲之，仍屬無效，雖經訂立書面，若未爲登記時，則此契約之效力，亦僅於當事人間存在，究不能以之對抗一般（無論善意惡意）第三人也。故欲使夫婦財產制對第三人生效，則非登記不爲功。關於夫妻財產制契約之登記，外國法律有以之規定於民法法典中者，本法則以其具有程序法之性質，故明定另以法律定之。（同條二項）

### (六) 契約之改廢

中世之夫妻財產契約，不但男女於婚前婚後俱得爲之，而所結之契約，亦能隨時予以變更，或

廢止之，迄十八世紀之立法，不但禁止結婚後締結契約，其所訂之約，亦且不許加以變更或廢止之，如法、比、荷、意、西、葡、日本及南美諸洲之立法是，蓋恐：（一）婚姻當事人於婚後，易爲威力所迫，或愛情所迷，不能熟計利害，而爲違反本意之變更；（二）夫妻財產契約經過登記公示後，原使以得對抗第三人，若許自由變更，第三人將蒙不測之損害故也。雖然，婚姻生活，爲期匪短，夫妻間之經濟關係，焉能長此固定，若一旦締約之後，即不許其變更廢止，實不足以審時應變，而期契約當事人利益之周全。故現代多數立法例，皆認婚姻關係存續中，當事人得以契約廢止其財產契約，或變更之，如德、奧、捷克、巨哥斯拉夫及巴拿馬等國是，我民法亦然。（第一〇一二條）惟瑞士及土耳其民法於結婚後，變更廢止契約者，皆附以一定條件，（瑞民法第一八一條二項一七九條三項）吾民法則不然，似未免過於放任耳！

### 第三款 非常法定財產制

民法既分夫妻財產制爲法定財產制，及約定財產制二種，故當事人得以契約於統一共同分別三種財產制中，選擇其一，爲約定財產制，無約定者，適用法定財產制，既如前述焉。但法律上規定

有因某項情事發生不能適用法定財產制，而當事人間縱有約定，其約定亦爲無效，而當然恢復分別財產制者。（民法第一〇一五條參照）此種財產制，不容當事人有反對意思，與約定財產制不同，故曰「法定」。而當事人間亦非無約定，與通常之法定財產制亦異，故又曰「非常」。非常之法定財產制，有基於法律上原因者；有基於裁判上之原因者。此外民法又規定夫妻之特有財產，毋庸當事人約定，而當然適用分別財產制者，分述如下：

第一、基於法律上之原因者 此爲民法一〇〇九條所明定，即：「夫妻之一方受破產宣告時，夫妻財產制當然成爲分別財產制」是也。蓋夫妻財產制原爲維持夫妻共同生活而設，若夫妻之任何一方已受破產之宣告，則其原來之夫妻財產制已不可維持，故民法定爲當然成爲分別財產制。所謂當然，乃指一有受破產宣告之事實發生，同時即成爲分別財產制而言，固不待法院之宣告，亦不容當事人有相反之意思也。至本條所謂夫妻財產制，乃指聯合財產制，及共同財產制，或統一財產制而言，若原來約定分別財產制者，自無所謂改更也。

第二、基於法院之宣告者 法院之爲此種宣告，有基於夫妻一方之請求者；有基於債權人之

請求者分述如下：

(甲) 法院因夫妻一方之請求，應宣告改用分別財產制者，以下列原因爲限：

(1) 夫妻之一方依法應給付家庭生活費用而不給付時；(2) 夫或妻之財產不足清償其債務，或夫妻之總財產不足清償總債務時；(3) 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。凡此種種，皆已顯露不能維持夫妻財產制之破綻，故法院因夫妻一方之請求，應予宣告改用分別財產制也。(民法第一〇一〇條)

(乙) 債權人對於夫妻一方之財產已爲扣押，而未得受清償時，爲保護債權人之利益起見，法院因債權人之聲請，亦宣告改用分別財產制。(民法第一〇一一條) 其必經法院之宣告，始改爲分別財產制，與前條同。惟前條一經夫妻一方之請求，法院即應宣告改用分別財產制，本條債權人縱爲聲請，法院宣告改用分別財產制與否，尙有職權裁定之自由。若夫妻一方之原有財產足夠清償，或債權人非必勝訴者，正不必宣告。故言

「得」不言「應」，此其異也。

第三、特有財產 各國法律，關於組成夫妻財產制之財產，原有限制，其組成夫妻財產制之財產，謂之夫妻財產，其未組成夫妻財產制之財產，謂之特有財產。特有財產不容當事人自由約定，概適用分別財產制，其發生之原因，亦有屬於法律之規定者，亦有屬於當事人之約定者，分述如下：

(甲)基於法律之規定者 此為民法一〇一三條所明定，亦稱法定特有財產，其範圍如次：

(1)專供夫或妻個人使用之物，如夫或妻日常所用之衣服或飾物是。(2)夫或妻職業上必需之物，如夫為律師教授所用之法律及其他參考書；妻為醫生，或藝術家所用之療具、畫具是。(3)夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明其為特有財產者。顧贈與之物，本為無償取得，原則上不能作為特有財產。但經贈與人聲明為特有財產者，自不在此限。(4)妻因勞力所得之報酬。如妻為教員、看護、女傭等，所得之薪金，或工資是。所謂因勞力所得者，即有償取得之意，如屬無償所得，則不在此限也。

(乙)基於當事人之約定者 特有財產除上述由法律規定之外，是否尚許當事人自由約



定，各國立法例亦不一致。本法則仿德瑞立法例，（德民法一三六八條瑞民法一九〇條）於第一〇一四條明定：「夫妻得以契約訂定，以一定財產爲特有財產。」蓋夫妻雙方之財產，容或有多寡不同，而任擇約定財產制，或法定財產制俱不相當者，故本法特設約定特有財產制，以補此缺憾焉。

（丙）特有財產之效力 關於特有財產之效力，各國立法例亦多不一致，德瑞民法則規定爲適用分別財產制，（德民法一三七一及瑞民法一九二條）本法亦然。既適用分別財產制之規定，則不問夫妻間之財產制爲法定，抑爲約定，其特有財產，亦不問爲法定特有財產，抑爲約定特有財產，俱應適用分別財產制之規定。（民法第一〇一五條參照）夫或妻對於其特有財產，各保有其所有權，管理權，及使用收益權，妻以其特有財產之管理權付與夫者，推定夫有以該財產之收益，供家庭生活費用之權。此外夫亦得請求妻對於家庭生活費用爲相當之擔保，（民法第一〇四五條一〇四八條）以求貫徹也。

## 第二節 法定財產制 (聯合財產制) (statutory regimes)

## 第一款 概說

依民法一〇〇五條規定，夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，以法定財產制爲夫妻財產制。蓋夫妻間之財產關係，雖許當事人自行訂定，而事實上夫妻間未訂財產契約者，比比皆是。故民法做一般立法例，設法定財產制以濟其窮。惟各國之夫妻法定財產制，亦頗不一致，有採分別財產制者，如奧大利、捷克、匈牙利、羅馬尼亞、意大利、希臘、土耳其、英國及美國數州等是。有採共同財產制者，如法國、比利時、挪威、丹麥、荷蘭、芬蘭、葡萄牙、西班牙等是。有採聯合財產制者，如德國、瑞士、日本及美國數州是。諸制瑕瑜互見，其採用之者，要皆認其合於本國之國情，以期利多而弊少也。中央政治會議則認聯合財產制，足使夫妻雙方之財產互相聯合，而爲一經濟上之集合體，舉夫妻財產之占有、管理、處分及使用收益之權於夫，而妻則仍保留其原有財產之所有權。就財產聯合之點觀之，頗似共同財產制；就其各自所有之點觀之，則又似分別財產制。既便於共同生活之維持，復足以保護妻之

利益，蓋折衷於二者之間，深合我國國情，故採之爲法定財產制。

再者，法定財產制不僅於未訂夫妻財產契約之夫婦間有其適用，即已訂有財產契約而廢止者，亦有適用也。惟贅夫在民法上既居通常婚姻妻之地位，（參照民法一〇〇〇及一〇〇二條）則在法定財產制下，贅夫之原有財產，亦應附屬於妻之財產，方合男女平等之旨。民法於此未設準用之規定，似嫌疎漏也。

## 第二款 聯合財產之範圍

依民法第一〇一六條規定，結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中夫妻所取得之財產，爲其聯合財產。但妻之法定特有財產，不在其內。換言之，即除妻之法定特有財產外，一切婚前或婚後，亦不問夫之原有財產，或妻之原有財產，概屬夫妻之聯合財產也。其不及夫之特有財產者，以聯合財產既集中於夫之一方，夫之特有財產即無區別之必要也。惟法律既許當事人約定特有財產，且有與法定特有財產均適用分別財產制之規定。（民法第一〇一五條）又復認妻之法定特有財產爲聯合財產之例外，而不及約定特有財產，殊令人費解。論者或謂特有財產原所以保護妻之

利益，若更將約定特有財產除外，未免保護太過。駁者則曰：此種約定財產須得夫之同意，妻不能獨斷而行，殊無保護太過之慮。（見郁嶷氏中國親屬法要論）而爲此說者，殆未思及愛情之魔力耳！雖然，在聯合財產制下，夫之權力極爲廣大，民法既仿德瑞立法例，認妻得以契約訂定特有財產，而獨於聯合財產制不爲除外，不僅與維持夫妻間經濟合作及保障妻之經濟獨立（參照王寵惠博士著婚姻財產制）之精神不合，且與現代法律承認約定特有財產之趨勢，亦相違背。蓋立法者之意，或以適用法定財產制者，必無其他約定乎？若是，既未約定財產制，則自不許僅約定特有財產而除外，蓋恐使法律關係益形複雜，未免於夫及第三人俱不利也。然而未免疎忽矣！

### 第三款 聯合財產所有之劃分

法定財產制下，夫妻雙方之財產成爲一經濟上之集中體，然其所有權，則仍各自保留，此爲聯合財產制之一特色，與共同財產制以夫妻雙方之財產及所得，合併而爲夫妻所共有者異也。（民法第一〇三一條第一項）蓋聯合財產制中，妻之原有財產仍保留其所有權也。所謂妻之原有財產，依民法第一〇一七條所規定，爲妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係繼續中因繼承，或其他無

償取得之財產是也。故如贈與，除贈與人特別聲明者外，其他一切無償取得之財產皆屬之。此外聯合財產制中夫之原有財產，及不屬於妻之原有財產部分，民法則概括規定，皆認為夫之所有。（民法第一〇一七條第二項參照）至由妻之原有財產所生之孳息，應歸何方所有，各國立法例不同，民法則做瑞士立法例（第一〇一七條三項）以其所有權歸屬於夫，（首都女子法政講習所學生曾提議刪除本條，見南京婦女日報）蓋家庭生活費用，原則上由夫負擔，（民法第一〇二三條第二項）不如此，不足以資調劑也。所謂孳息，乃指天然孳息及法定孳息而言，前者與原物分離時，後者可以收取之時，即為其所有權歸屬之時，亦不待言（民法第六九條第七〇條參照）。

#### 第四款 聯合財產之利益及處分

（一）妻之原有財產由夫管理 此為民法第一〇一八條所明定。論者或以此項規定之旨趣，有隱認妻之知識經驗不及於夫，且含有尊重夫權之意，主張應由夫妻共同管理，方符男女平等之旨者。實則管理行為之性質，宜專歸一方，庶免彼此主張不同之弊，故採聯合財產制為法定財產制諸國，莫不將聯合財產集中一方，由夫管理者，本法亦然。惟聯合財產既由夫管理，其管理費用自應

由夫負擔爲宜。(同條後段)至管理方法,外國法律有明定,須與自己事務爲同一之注意者,(日民法第八〇五條)本法雖未有明文規定,解釋上夫自應負此種責任也。

(二)夫對妻之財產有使用收益之權 此爲民法第一〇一九條所明定,在採聯合財產制爲法定財產制之各國,莫不皆然。惟使用收益之範圍,則立法例不同。本法則做瑞士立法例,認爲係普通益權,完全適用關於用益權之規定,蓋婚姻關係存續中之一切生活費用,既由夫負擔,自不能不予以此權,以資彌補也。至用益權之責任如何,外國立法例有規定須依其用法爲之者,(日民法第七九九條第一項)有規定應與普通用益負同一之責任者,(瑞民法第五〇一條第一項)本法未設明文,自應依一般原則,以善良管理人之注意爲之。(民法第四三二條)如擅自違反,致妻之原有財產發生損害者,應負賠償之責任也。

(三)夫對於妻之原有財產爲處分時應得妻之同意 此爲民法第一〇二〇條所明定,所謂處分,乃兼指事實上處分及法律上處分而言。夫對於妻之原有財產,雖得管理使用收益,然不能謂其不經妻之同意,即當然有處分權也。否則,妻之保留所有之謂何?惟同意之欠缺,在夫之處分行爲

固屬無效，但不得以之對抗第三人，蓋夫妻間曾否得有同意，第三人無從知也。若第三人明知或可得而知其欠缺同意，或依情形可認為該財產係屬於妻，而猶與其交易時，其為惡意已屬顯然，自無加以保護之必要，故仍得以對抗之。（同條第二項）雖然，此僅就原則言耳，若其處分行為為管理上所必要者，自可以不得妻之同意而為之。（同條但書）否則，不足以期日常生活之便利也。

（四）妻於代理權限內得處分聯合財產 此為民法第一〇二一條所明定，依民法第一〇〇三條規定，夫妻於日常家務，原可互為代理人，聯合財產原應由夫管理，但妻既有日常家務代理權，則為貫徹其代理權起見，在其代理權限內之行為，如備辦飯食器具，子女衣料等，日常生活上所必需之事物，自應認其對聯合財產有權加以處分，（註一）亦屬當然。否則，此等瑣屑事務，俱須徵求夫之同意，則妻之代理權，不免成為虛妄。惟在法定財產制下，既以聯合財產之處分權屬之於夫，則不免有所誤會，故本條云云，不過為注意之規定而已。

（五）夫對妻之原有財產，有隨時報告狀況之義務 在法定財產制下，妻之原有財產，雖保留其所有權，但其管理之權，則仍付之於夫。（民法第一〇一八條）故夫對妻之原有財產管理、使用、

收益及處分等行爲，一有不當，妻即不免發生損害。故各國法律，多設有妻之利益保全之規定。有規定妻於夫之不動產上，有法律上之抵押權者，如法民法及我民律草案是；有規定妻於夫之不動產上，有契約上之抵押權者，如荷蘭及西班牙民法是；有規定妻對夫得請求提供擔保者，如德、瑞及日本民法是。我民法則大體仿瑞士立法例，於一〇二二條明定：關於妻之原有財產，夫因妻之請求，有隨時報告其狀況之義務。惟提供擔保一層，則爲我民法所不採，（瑞民法第二〇五條）蓋恐於第三人不利也。

（六）家庭生活費用由夫負擔 民法於此，雖未有明文規定，但就一〇二三條第三款解釋，家庭生活費用之債務，既由夫負擔清償之責，則家庭生活費用應由夫負擔，自不待言。蓋在聯合財產制下，妻之原有財產已組成聯合財產，由夫管理、使用、收益，且其孳息所有權亦屬於夫，則家庭日常費用，亦以由夫負擔爲是，所謂家庭生活費用者，即維持夫妻共同生活所必需之一切費用也，如夫妻子女間之日常生活費，及子女之教育費等是。雖然，此僅就原則而言，若夫無支付能力時，則自應由妻就其財產全部負擔之。（民法第一〇二六條）否則，錙銖較量，不僅於夫妻之情誼有乖，而家庭



組織亦行將解體矣，揆諸人情，亦不應爾也。故民法於此例外規定，自必夫先爲支付，至不能支付時，始由妻補充之，不待言也。

#### 第五款 債務之清償

(一) 責任之區分 在聯合財產制下，夫妻之財產既屬聯合而非共同，則其所生之債務，有應由夫負責清償之責者；有應由妻負責清償之責者；本法亦仿瑞立法例，分別規定如下：

#### 第一、左列債務由夫負責清償之責：（民法第一〇二三條）

(甲) 夫於結婚前所負之債務 夫妻共同生活，自結婚時始。夫於結婚前所負之債務，與妻無涉，其應由夫負責清償，自不待言。外國法律有規定結婚前雙方之債務概由夫清償者，（瑞士民法第二一九條第一款）爲本法所不採。

(乙) 夫於婚姻關係存續中所負之債務 此項債務不以夫個人所負者爲限，即因家庭生活費用所負之債務，亦包括在內。蓋在法定財產制下，妻之原有財產既由夫管理、使用、收益，且其孳息亦屬之於夫，則婚姻關係存續中所負之債務，原則上自應概由夫負責清

償之責。

(丙)妻因一〇〇三條所定代理行為而生之債務 代理人於代理權限內所為之行爲，直

接對本人發生效力，爲民法第一〇三條所明定。妻於日常家務代理權內所負之債務，不啻爲夫爲之，故因此發生之債務，自應由夫負清償之責。

再本條僅定由夫負清償之責，而不明示由何種財產負責者，蓋在聯合財產制中，除妻之原有財產外，其所有權概屬於夫故也。(民法第一〇一七條第二項)

第二、左列債務由妻負清償之責 妻之財產，有原有財產與特有財產之分，前已言之矣。綜合妻之原有財產及特有財產，則爲妻之全部財產。民法就妻對於債務之責任，有應就財產之全部負責者；有僅就其特有財產負責者；茲分述之如左：

(甲)妻就其全部財產負責清償之責者；(民法第一〇二四條)

(1)妻於結婚前所負之債務 此項債務與夫無涉，應由妻就其財產全部負責清償，自不待言。

(2) 妻因職務或業務所生之債務 現代女子已取得職業上之自由，故若妻為藝術家、律師、教員、女傭等職業，因勞力所得之報酬，應屬妻之特有財產，為民法第一〇一三條所明定。故因此而生之債務，亦應就其全部財產負清償之責。

(3) 妻因繼承財產所負之債務 妻因繼承所得之財產，為其原有財產。依本法第一〇一七條規定，妻取得其所有權，則因此取得之此種原有財產所負之債務，自應由妻就其財產全部自行清償。

(4) 妻因侵權行為所生之債務 凡人皆應就其自己之故意或過失行為負責，為侵權行為之原則。妻之侵權行為所生之債務，不問為民法上之侵權或刑法上之犯罪行為，凡構成損害賠償者，皆應由妻就其財產全部自行清償。

(乙) 妻應就其特有財產負清償之責者：(民法第一〇二五條)

(1) 妻就其特有財產設定債務 妻之特有財產固未組入聯合財產之內，而完全保有其所有權、管理權、使用權、收益權者，故就此種特有財產所設定之債務，自應以其特

有財產清償之。

(2) 妻逾越一〇〇三條代理權限行爲所生之債務 妻於日常家務，原有代理其夫爲一切行爲之權，然如逾越其權限時，卽爲無權代理。(民法第一一〇條) 故因此所生之債務，亦應由妻清償之。其於權限內者，仍應由夫負責，固不待言。惟本款之越權行爲，所生之債務，與前述因侵權行爲所生之債務，其性質並無差異，而本法規定一則須以妻之全部財產負責，一則僅以特有財產負責者，蓋越權行爲責任，乃所以保護夫之權利而設，而侵權行爲責任，乃所以保護被害人而設，如妻因業務行爲致人損傷，而其特有財產又不足賠償時，仍應就其原有財產負責也。蓋夫固應保護，而被害人更應保護也。

(二) 補償之請求 某種債務應由夫負責清償，某種債務應由妻就其全部財產或特有財產清償，已如前述矣。(民法第一〇二三條及一〇二五條參照) 顧有無相通，卽在常人亦所難免，況屬夫婦，更無彼此。故應由妻負責之債務，而夫清償之，或應由夫負責之債務，而妻清償之，均爲事實。

上所常見。故在原則上，夫婦之一方對他方自應有補償請求權，故民法規定妻之原有財產所負債務，而以夫之財產清償，或夫之債務而以妻之原有財產清償者，夫或妻有補償請求權。（民法第一〇二七條）惟行使此種補償請求權，則有時期之限制，蓋妻之原有財產與夫之財產，在聯合財產制下，皆為組成之份子，如得隨時請求補償，則夫妻聯合財產，勢將立被分裂，殊非所以維持婚姻共同生活之道。故但書規定，在聯合財產關係消滅前，不得請求補償也。

然此僅就夫之財產與妻之原有財產之移用而言，若夫或妻之特有財產，與夫妻間之聯合財產，則各別存在。縱使彼此暫時移用，仍不妨即時請求補償也。故民法規定妻之特有財產所負債務，而以聯合財產清償，或聯合財產所負債務，而以妻之特有財產清償者，雖於婚姻關係存續中，亦得為補償之請求。（民法第一〇二七條第二項）

#### 第六款 聯合財產制之解散

聯合財產有因夫妻一方之死亡而解散者；有因其他事由如離婚或改用分別財產制而解散者。茲分述之如下：

(一) 因夫妻之一方死亡而解散時 夫妻財產原為維持婚姻之共同生活而設。故遇夫妻之一方死亡而婚姻關係消滅時，其聯合財產應即解散，是為當然。惟因死亡者為夫或妻而不同，若妻死亡時，妻之原有財產歸屬於妻之繼承人。(民法第一〇二八條) 蓋妻之原有財產雖組成聯合財產之一部分，但其所有權則仍保留，故應歸妻之繼承人。然妻之原有財產既由夫管理，故如有短少，夫應補償之。但其短少以因可歸責於夫之事由而生者為限。(同條二項) 若夫已盡與自己事務為同一之注意，如因天災等不可抗力而滅失者，自不在此限。所謂妻之繼承人，夫亦在內，如妻僅有老母一人，則妻之原有財產由夫與其老母平分，故必其老母之應繼份有短少時，夫始負補償之責，亦不待言。

若夫死亡時，妻取回其原有財產，如有短少，並得向夫之繼承人請求補償。(民法第一〇二九條參照) 但其短少若非可歸責於夫之事由而生者，則夫之繼承人自不負補償之義務。此外妻亦為夫之遺產繼承人。(民法第一一四四條) 則其短少部份，亦得因混同而消滅，與前述同。

(二) 因死亡以外之原因而解散時 此即通常所謂聯合財產制之分割，妻對於原有財產既

仍保留其所有權，故不問以任何原因而分割，其原有財產概由其自行取回。此爲採聯合財產制各國之所同。故民法於一〇三〇條明定：「聯合財產之分割，除另有規定外，妻取回其原有財產，如有短少，由夫或其繼承人負擔，但其短少係由可歸責於妻之事由而生者，不在此限。」條文僅將因不可歸責於妻之事由除外，則不可歸責於夫妻雙方之事由，如因天災或不可抗力而短少時，則仍由夫負擔補償之責，與第一〇二八條規定各異。學者於此頗致不滿。（參照陶希聖氏民法親屬第九十三頁余榮昌氏親屬繼承第七十三頁）然聯合財產制之最大原理，即妻之原有財產，不因組入夫妻共同財產而增減，且妻之原有財產既歸於夫所管有，按諸一般危險負擔之原則，亦應如是。（民法三七三條第二項參照）故外國法律有規定其剩餘應歸屬於夫或其繼承人者。（瑞士民法第二一四第一項）亦爲我民法所不採。所謂特別規定，如因夫妻之一造死亡，（民法第一〇二八條及一〇二九條）及離婚（第一〇五八條）而解散時，則仍排除本條之適用是也。

### 第三節 約定財產制 (contractual regimes)

## 第一款 共同財產制 (community of property)

## 第一項 共同財產制之意義

夫妻共同財產制者，舉夫妻雙方所有之財產及所得爲共有之制度也。在此制度之下，除夫妻間之法定特有財產（民法第一〇一三條）及約定特有財產（民法第一〇一四條）外，悉屬諸共同財產。其所有權則屬於夫妻之共同共有，其管理及處分則屬之夫，而夫妻之債務，則由共同財產清償，家庭之間無分彼此，使夫婦感情易臻圓滿，故現今各國，如芬蘭、挪威、葡萄牙等國，皆採爲法定制。他如德、瑞、士、法、比等國，亦採爲約定制，我國亦然。惟採共同財產制之國家，有將不動產除外者，亦有將原有財產及將來無償取得財產除外者，前者爲動產所得共同制；舉婚姻關係存續中之所得，及雙方原有之動產而共有之，惟不動產則不與矣。採爲法定制者，如法、比、瑞典、挪威、丹麥等國；採爲約定制者，如德、瑞、士等國是。後者爲所得共同制；其共同財產僅以雙方婚姻關係存續中之所得爲限，而婚前之財產及婚後之一切無償取得，皆不與矣。採之爲法定制者，如蘇俄、西班牙及南美諸洲是；採之爲約定制者，如德、瑞、士等國是。我國民法，則除第一〇四一條略取所得共同制外，其他則



概不之採。故在此制之下，夫妻除特有財產外，舉凡現在或將來精神上及勞力上取得之一切動產，或不動產，皆屬於夫妻之共同共有。所謂共同共有，乃別於普通共有而言，雖各人於其應有部份，亦不能單獨處分之。（然參照民法物權編第八二七條及八三〇條之共同共有似無應有部份）故採此制者，若不幸而中道仳離，則分割頗爲困難。是則在於善用之耳！（民法第一〇三一條）

## 第二項 共同財產之管理及處分

共同財產既爲夫妻共同共有矣，其管理及處分將如何？各國法律採此制者，大都規定其管理權及用益權屬之於夫，我民法第一〇三二條亦規定共同財產由夫管理，關於用益權雖無明文，解釋上亦應從同。然共同財產之管理，與前述聯合財產之管理不同，聯合財產之收益屬於夫，而共同財產之收益則歸諸共同共有人——夫妻——故關於共同財產之管理費用，亦由共同財產負擔。（同條下段）他如家庭生活費用，原則上亦由共同財產負擔，然此亦僅就原則言耳，若共同財產不足負擔，則家庭生活勢將瓦解，故妻個人亦應負擔。（民法第一〇三七條）至妻於民法第一〇〇三條代理權內有代爲管理之權，亦不待言。至關於共同財產之處分，各國立法例亦不一致，有規定

關於不動產之處分，須雙方共同爲之者，如葡萄牙、芬蘭是，有規定無償處分概須得妻之同意者，如德、法民法是。瑞士民法則除純粹之管理事項外，概須得雙方之同意，方得處分。本法則仿瑞士立法例，於民法第一〇三三條規定，夫妻之一方，對於共同財產爲處分時，應得他方之同意，但於管理上所必要之處分，不在此限。蓋與一般共同共有物之處分，無以異也。（民法第八二八條第二項下段）至夫妻之一方，處分其共有物已否得他方之同意，原則上第三人無從得知，故民法規定此種同意之欠缺，不得對抗第三人。但第三人已知或可得而知其欠缺，或依情形可認爲該財產屬於共同財產者，不在此限。（同條第二項）

### 第三項 債務之清償

（一）由夫清償者 左列債務由夫個人並就共同財產負清償之責。（民法第一〇三四條）

（甲）夫於結婚前所負債務；

（乙）夫於婚姻關係存續中所負之債務；

（丙）妻因第一〇〇三條所定代理行爲爲而生之債務；

(丁)除前款規定外，妻於婚姻關係存續中以共同財產爲負擔之債務。

(二)由妻清償者 其情形又分爲二：

(甲)左列債務由妻個人並就共同財產負清償之責，(民法第一〇三五條)

(1)妻於結婚前所負之債務；

(2)妻因職務或營業所負之債務；

(3)妻因繼承財產所負之債務；

(4)妻因侵權行爲所生之債務。

(乙)左列債務由妻僅就其特有財產負清償之責，(民法第一〇三六條)

(1)妻就其特有財產所負擔之債務；

(2)妻逾越第一〇〇三條代理權限之行爲所生之債務。

上述債務之分擔，其理由與法定財產制中大旨相同，已如前述，茲不再贅。(民法第一〇二三

條至一〇二五條參照)

在共同財產制下，除夫妻之特有財產外，無所謂妻之原有財產。故因共同財產所負之債務，而以共同財產清償者，夫妻間自不生補償請求問題。爲民法第一〇三八條所規定，若共同財產之債務，而以特有財產清償；或特有財產之債務，而以共同財產清償者，即不免有補償請求權發生矣。而此種請求權，雖於婚姻關係存續中，亦得行使之。（同條第二項）

#### 第四項 共同財產之解散

（一）因夫妻之一方死亡而解散者 共同財產原爲維持夫妻之共同生活而設，如夫妻一方死亡，則夫妻之共同財產，應即解散，是爲當然。惟依一般共同共有之法則，共同共有關係消滅時，公同共有物之分割，應按其應有部分爲之，而民法則以夫妻共同生活，原係情義之結合，一旦解體，不宜斤斤於財產之多寡，故原則上採平均分割主義。於一〇三九條規定，夫妻之一方死亡時，共同財產之半數歸屬於死者之繼承人，其他半數歸屬於生存之他方。就共同財產中除其半數歸屬於生存之他方後，其餘半數方爲死者之遺產。按此遺產，生存者之一方，仍得依法繼承。（民法第一一四四條）蓋親屬繼承兩編，法理上本屬一貫，適用上並無差異。（司法院二十一年院字第七八〇號）

解釋)但生存之他方,若依法不得為繼承時(民法第一一四五條)則情義已乖,即無復予以半數之理。故本法明定其對於共同財產得請求之數額,不得超過於離婚時所應得之數額。(同條三項)即惟得取回其固有財產。(民法第一〇三九條)惟此非強行規定,如當事人另有約定者,應就其約定之數額劃分之。(同條第二項)

(二)因其他原因而解散者 所謂其他原因,不外(1)因離婚而消滅;(2)因廢止共同財產契約,或改用他種約定財產制而消滅;及(3)因法定原因而消滅(民法第一〇〇九條及一〇一條)等是。有一於此,則共同財產關係應即消滅。惟此時既無死亡之發生,自無所謂依法繼承,及依法不得繼承等問題,故本法於一〇四〇條明定,共同財產關係消滅時,除法律另有規定,或契約另有訂定外,夫妻各得共同財產之半數,

#### 第五項 所得共同制

所得共同制者,以婚姻關係存續中,夫妻因勞力所得之財產,及原有財產之孳息為限,組成夫妻間之共同財產。其雙方現有之一切財產,及將來無償取得之財產,皆不在內。現今各國以此為法

定制者，如蘇俄、西班牙及南美各國是；以此爲約定定制者，如德、法、瑞士等國是。本法則除採一般共同財產制外，兼採所得共同財產制，於民法第一〇四一條規定，夫妻得以契約訂定，僅以所得爲限，爲共同財產。其範圍則以婚姻關係存續中，夫妻因勞力所得之財產，及原有財產之孳息，爲前項之所得共同財產。適用關於共同財產制之規定。（同條二項）至結婚時，及婚姻關係存續中屬於夫妻之原有財產，則適用關於法定財產制之規定。（同條三項）採此制之各國法律皆然，本法從之。

## 第二款 統一財產制 (unity of property regimes)

統一財產制者，妻之財產，除特有財產外，估定價額移轉其所有權於夫，無論經濟上，法律上，合爲一體之財產制也。此制偏重於夫之利益，與男女平等之旨，未免違背。古代羅馬法及英國普通法時代，雖曾行此制，而現今各國則無以此制爲法定制者，惟瑞士爲保存數州舊法起見，採爲約定制。（瑞民第一九九號）我民法則仿瑞士立法例，苟其夫妻間自信爲彼此確能信任，而妻自願將其財產之所有權移轉於夫者，法律上自不妨許其自由約定。（參照王寵惠先生著婚姻財產制）故民法第一〇四二條規定，「夫妻得以契約訂定，將妻之財產除特有財產外，估定價額移轉其所有

權於夫，而取得該估定價額之返還請求權。」其與聯合財產制及共同財產制異者，前二者妻雖將其原有財產，組成聯合財產，或共同財產，而所有權則仍保留之，而在此制之下，妻之財產完全併入於夫，而為夫之所有，而妻則僅取得對夫請求返還該估定價額之債權而已。又在聯合財產制下，妻惟能保留其法定特有財產，而在此制下則妻於其法定特定財產，及約定特有財產皆得保留之。至夫妻財產解散時，在聯合制或共同制下，妻取回原有財產，或分割一半，而在此制下，則妻惟就其估定價額，請求返還耳。

民法既以統一財產制為約定制之一種，又以其內容類似聯合財產制，故除妻之財產所有權，及返還請求權特為規定外，其餘如關於統一財產之管理、用益、處分、日常生活費用，及債務清償等，均準用關於法定財產制之規定。（民法第一〇四三參照）然妻之財產所有權，既已移轉於夫，自無所謂原有財產之可言。故妻除因民法第一〇二五條情形所生之債務，由其特有財產負責清償外，如係民法第一〇二四條各款情形，就其全部財產負責清償之債務，自應由夫負之。民法於此，未為除外，概行準用，亦立法上之疏漏也。

## 第三款 分別財產制 (separation of property regimes)

## 第一項 分別財產制之意義

分別財產制者，結婚後之夫妻財產，各別獨立存在，不因結婚而受何種影響之夫妻財產制也。此種制度頗合男女平等之旨，且能保障妻之財產獨立。故現今各國如奧、捷克、匈牙利、羅馬尼亞、意大利、希臘、瑞典、土耳其、英國及美國數州均以之爲法定制，他如法、德、瑞典、瑞士等國亦採爲約定制，我民法則從瑞士立法例，亦以此爲約定財產制之一種，而於一〇四四條規定，「分別財產夫妻各保有其財產之所有權、管理權及使用收益權。」但妻願以其管理權付之於夫者，法亦不禁。惟爲避免流弊起見，於民法第一〇四五條第二項特以明文規定：「妻得隨時取回該項管理權。」並不准其拋棄該項權利。蓋夫之此項管理權，非基於法律規定，乃基於妻之委任，故妻得隨時取回之，若任其拋棄，則與法律規定分別財產制之精神，未免違背矣。

## 第二項 家庭生活費用

在分別財產制下，財產之所有權、管理權及使用收益權，與結婚前無異，而家庭生活則係共同



經營，然則，此項生活費用究應如何負擔乎？各國法律，在原則上皆規定由夫妻平均負擔，本法則仿瑞士立法例，於一〇四八條規定：「夫得請求妻對於生活費用爲相當之負擔。」是原則上家庭生活費用，仍由夫負擔也。條文云云，夫惟對妻有相當負擔之請求權而已。蓋夫妻若終日斤斤以財產爲較，則共同生活之目的將不能達也。所謂相當之負擔，應依情形於相當限度內求之。固不必全部家庭生活費用皆須平均分擔也。再此種請求權係法律所付與，夫之有無支付能力，在所不問。換言之，即夫縱有支付能力，仍無礙於請求妻爲相當之負擔也。雖然，夫妻恩誼，休戚與共，顯分畛域，徒礙情感，故若妻以其財產之管理權付與於夫者，法律即推定其夫有以該財產之收益，供家庭生活費用之權，（民法第一〇四五條一項）以免另行請求焉。惟條文旣言推定，則妻自得以免證推翻之。且妻所負者，以相當額爲限，故如有剩餘，亦得請求返還。至若夫妻之一方儲蓄較豐，願自負擔，而不請求對方之負擔或返還，法亦聽其自由。是不外於較量夫妻權義之中，兼顧伉儷之情也。

### 第三項 債務之清償

在分別財產制下，夫妻之財產既係各自獨立，則夫妻之債務亦應分別各自負責清償之責，茲分

述如左：

(一)左列債務由夫負清償之責(民法第一〇四六條)

(甲)夫於結婚前所負之債務；

(乙)夫於婚姻關係存續中所負之債務；

(丙)妻因第一〇〇三條所定代理行為而生之債務；

本條第一款第二款理由，與聯合財產制下夫之債務清償(民法第一〇二三條參照)相同，已如前述，茲不再贅。至妻於日常代理權限內所生之債務，不由妻而仍由夫負擔者，蓋縱在分別財產制，亦以夫為婚姻共同生活之首長故也。

(二)左列債務由妻負清償之責(民法第一〇四七條)

(甲)妻於結婚前所負之債務；

(乙)妻於婚姻關係存續中所負之債務；

本條立法旨趣與前條大抵相同，蓋在分別財產制下，妻對於現有財產及將來取得之

財產，既與夫各自獨立保留其所有權，則妻對於債務自亦應獨立負責清償也。至家庭生活費用，原則上雖由夫負責，畢竟由於經營共同生活而生。故本條第二項規定，如夫無支付能力時，由妻負擔焉。蓋不如此，則共同生活勢將瓦解，而第三人亦將受不測之損害也。

（註一）夫妻於日常家務互為代理人，夫妻未以契約訂立財產制者，妻因代理日常家務行為而生之債務，應由夫負責清償之責。（最高法院二十二年上字第三二六八號判例）

## 第五章 離婚 (Scheidung der Ehe; Divorce)

### 第一節 概說

婚姻關係有效成立後，苟無法律上原因認其關係爲已消滅者，其婚姻關係自應存在。（註一）所謂法律上原因者有自然之原因；有人爲之原因。前者如因夫妻之一方死亡是。蓋婚姻之目的，既在謀夫妻間終身共同生活之幸福；若一方死亡，其共同生活之目的即不能達；故婚姻關係自應從此而消滅。後者如因裁判上及裁判外之離婚而消滅是。夫妻既爲終身共同生活之結合，本應推誠相愛，休戚與共，方可期之以白首，願之以終身，若中道仳離，匪特一身之不幸，抑亦社會家庭之不幸也。此豈人情所忍言。然夫妻既以情合，往往因情事之變遷，愛情之破裂，甚或恩斷義絕，致違初衷者，亦所恆見；若強其脾合，非唯勢所不能，實際上夫婦間原有共同生活之目的，已不能達，室家之不睦，

社會亦將蒙其不利矣。故婚姻既可以人爲合，亦可以人爲離，此近世各國法制所以有離婚制度之設，使夫妻生存中得以消滅其婚姻關係者也。

### 第一款 離婚之立法主義

#### 第一項 自由離婚主義

自理離婚主義者，卽由當事人之自由意思而消滅婚姻關係之主義也。此種自由離婚，又可分爲片面自由離婚，與兩願離婚二者。前者如在亂婚、贈與婚、買賣婚時代（參照緒論第二章）男子恆視女子如財貨，生殺予奪，取捨任意，女子幾無法律上人格之可言，愛之卽可以娶，惡之卽可以離，是爲專權離婚主義。古代猶太雖認結婚離婚出於夫婦之志願，法律不能干涉，亦採片面自由離婚制度。法國大革命時，曾一度施行，旋即廢止。現代之蘇俄亦然，苟有夫妻一方不願維持婚姻，離婚卽行成立。蓋夫妻關係，純以愛情爲基礎，所謂愛情，在心理學上視之，不外爲情感之一種，情感無常，則愛情亦終不能永久不變，缺乏愛情之結合，在法律上雖爲夫妻，在道德上亦猶買淫無異。故持戀愛無上主義者，亦必主張絕對自由離婚主義，此個人自由主義者一貫之理論也。雖然，婚姻關係是否

以愛情爲唯一要素耶？語云：恩愛夫妻不到頭，所謂戀愛爲夫妻之要素者，言夫婦間應如何推誠相愛，休戚與共，以維持不替；非夫婦離合皆以此爲轉移也。世有夫婦因一時情感之欠滿，而遽此離者，曾亦顧及家庭子女之不幸乎？且所謂自由，應以不侵犯他人之自由爲原則，男女之一方不能主張以自己之自由，而強對方與之離婚，與不能主張自己之自由，而強對方與之結婚，同一無理由。故現代各國如奧大利、比利時、丹麥、挪威、日本、我國均採雙方自由離婚主義。（註二）

## 第二項 禁止離婚主義

禁止離婚主義，起源於基督教之教義。馬太傳曰：「開闢之初，神造男女，是故人離父母而合於妻，凡此二人，應爲一體，天作之合者，人不得而離之，凡出其妻而別娶者，於其妻爲姦淫，彼娶出婦者，亦爲姦淫！」羅馬教會得勢，教澤遍於歐洲，基督教之嚴格禁止離婚主義，遂亦爲各國法律所採用，直至十九世紀，此主義普及全歐洲而不衰。

雖然，在基督教之嚴格禁止離婚主義下，究不能強感情破裂之夫妻以和合，而衽席之間，禍起不測，名爲夫婦，實同仇讎者，正繁有徒也。故不得不設特許離婚制度與別居制度，以濟其窮。現今各

國，如英、德、法、瑞等皆仍行之，詳述於後，茲不多贅。

顧現代之主禁止離婚者，則以社會秩序與子女利益爲立論。謂婚姻爲社會組織之基礎，若夫婦之離合無常，則公共之道德墮落，社會之現象不安，不但直接破壞家庭，抑且間接擾亂社會秩序。況親子關係，基於天性，爲人父母不免有撫育子女之責，父母仳離，則幼子弱女，一方將難顧及，或入他人之手，或受繼父繼母之虐待，故爲子女之利益計，亦宜禁止離婚也。但現今各國，無採絕對禁止離婚者。（註三）

### 第三項 限制離婚主義

限制離婚主義又名呈訴離婚主義，蓋折衷以上自由離婚與禁止離婚而來。夫婦之一方，須有某種法律上之原因，呈訴法院，待勝訴判決，始得離婚之主義也。現今採民事婚主義諸國，皆採用之。惟所謂法律上之原因者，有採列舉主義者；有採概括主義者。前者法律上規定，限於某項情事發生，始准離婚；後者，法律不限於某項情事，依法官審判上斟酌一切之情事以爲准駁。現今各國有於裁判離婚外，不認兩願離婚之存在者，如英、德、瑞及荷蘭之立法例是。有於裁判離婚外，又認兩願離婚

之存在者；如法、日及挪威、丹麥立法例是。我民法則斟酌吾國舊律，及各國現行法制，於裁判離婚外，仍許兩願離婚，至裁判離婚之法律上原因，則採列舉主義焉。（註四）

#### 第四項 別居制度

現今各國，採絕對禁止離婚主義者，已不存在，而採限制離婚主義之國，則多採別居制度，以救禁止離婚主義之弊。所謂別居者，不許以離婚消滅婚姻關係，惟許夫妻之別居，依此免除夫妻共同生活義務之制度也。惟採別居制度之國，有採終身別居制者，有採定期別居制者，前者夫婦間終生停止同居義務，後者惟於一定期間內停止共同生活，俟期間經過後恢復同居，或即離婚是也。在別居期內，夫妻之身份關係，仍屬存在，其所生子女，亦為婚生子女。基於此身分關係而生之權利義務，如扶養義務，遺產繼承權，及貞操義務，皆存在如故。故別居夫婦之通姦，亦構成刑事上之犯罪，與民事上之離婚原因。此種制度，雖足以緩和夫婦間之衝突，究違婚姻之目的。現今採禁止離婚主義之國家，如奧大利、意大利、西班牙、葡萄牙等，均採別居制，以替代離婚。他如採限制離婚主義諸國，如法、比、荷蘭、匈牙利、瑞士、瑞典、挪威及英、美等立法例，亦以別居制度與離婚並存，以便當事人選擇其一，



或以別居爲離婚之預備階段。我民法於婚姻自由原則下，既採自由離婚主義，自不容此種徒有夫婦之名，而無夫婦之實之別居制度也。（註五）

於此有一問題，卽當事人若提起別居之訴時，應否准許，學者間，有積極消極二說，前者根據我民法第一〇〇一條但書規定，如有正當理由，應許其別居者，（註六）以狡黠之徒，喜新厭舊，其配偶又無離婚之原因，往往以虐待對方爲達其離婚目的之手段，而舊式女子，恆視貞操爲生命，所謂之「一與之齊終身不改。」逆來順受，忍辱於公庭，潑泣於私室，計無復之，引毒自戕，非特有妨人道，亦爲法律所不容。若暫時別居，容或因親友之加責，情事之變遷，終至悔悟，而言歸於好者，往往有之。故實例上爲顧全此等事實起見，直認該條但書之不同居爲別居，或係一種民事政策也。後者謂別居制度，不僅爲我民法所不採，卽別居之訴，亦爲我民事訴訟法第五六四條所未列。縱被告提起別居之反訴，亦爲同法第五六八條所否認。故若認別居之訴，而同時謂爲非婚姻事件，則尤覺牽強。（實例上，則認別居之訴，爲不同居之訴，）亦且顯與立法精神背馳也。雖然，一般請求別居者，其目的固不外於夫婦身分之保留，俾得扶養之請求。實則扶養義務，與同居義務截然兩事，前者基於法律上

夫妻身分關係而發生。(註七)後者，當事人之一方，如有正當理由時，自得爲拒絕同居之抗辯，法院只能加以勸導，或有無正當理由之認定，要無准駁之餘地。(但實例上則反是)故當事人之一方，如提起別居之訴時，應以法律上無別居制度存在，認其訴權要件不備，而駁回之，至若不同居之抗辯，及扶養部分之請求，認爲有理由時，自應予以勝訴之判決，庶法律人情兩不背也。

## 第二款 吾國之離婚制度

吾國古無離婚之說，惟孔子家語，有七出之名。七出者，出婦之姓氏也。大戴禮本命編云：「婦人七出，不順父母，爲其逆德也；無子，爲其絕世也；淫佚，爲其亂族也；妒，爲其亂家也；有惡疾，爲其不可與共粢盛也；口多言，爲其離親也；竊盜，爲其反義也。」孔子家語云：「婦人有三不去。三不去者，謂有所娶無所歸；與其更三年之喪；先貧賤後富貴。」是也。七出之旨，根據尊男卑女觀念而來，如以無子歸責於女子之一方，蔑視女子人格孰甚，至三不去之條，僅爲男子對女子之矜憐，並非女子對於男子之對等條件也。雖然，七出乃禮可以出也，非謂必應出也；故雖犯七出有三不出而去之者，杖一百，追還合。(唐律)惟犯惡疾，犯姦，及義絕，則不然，雖有三不出，亦得離之。唐律戶婚義絕條載：「諸犯義

絕者，離之，違者徒一年！蓋夫婦以義合，義絕必離，姑息不可也。應離而不離，則害於義。（輯註）現行律婚姻出妻條載：「若犯義絕，應離而不離者，處罰！」是於任意離婚外，尚有強制離婚之制度矣。是昔聖垂教，不以出妻爲非，孔氏三世出妻，當時恬不爲異。孟軻出妻，人謂自愛。傳曰：「曾子出妻，烝梨不熟。問曰：「婦人七出，不烝亦預焉？」曰：「吾聞之，絕交可令友，棄妻可令嫁也。烝梨不熟而已，何問其故乎！」出妻不道其故，亦古人忠厚之道，與後世變伉儷而爲仇讎者，未可並論也。故自唐律以還，採爲例令，出妻之事，習見不鮮。（註八）宋儒尙節，理學修明，出妻之事，遂以尠聞。然歷來律例，仍別七出三不出之條，迄清現行律，仍之。故謂中國自古禁止離婚者非也，至此種離婚，其權操之男子，女子則無置喙之餘地也。不僅夫也，卽夫之父母，及夫家家長，亦可不得夫之同意，而勒令其妻大歸，是與各國之專權離婚主義，似同而又異也。吾國古代，旣採專權離婚主義矣，然妻如不滿於夫，將如何？春秋穀梁傳曰：「婦人之義，嫁曰歸，反曰來歸，——卽被出也，——」此外雖有夫婦相棄（註九）然非當時公認之制度也。故買臣負薪，其妻下堂；蘇武被擄，嬌妻去帷；在當時則視爲特例。唐律疎議曰：「婦人從夫，無自專之道，雖見兄弟，送迎尙不逾閭，若有心乖唱和，意在分離，背夫擅行，有懷他志，

妻妾各徒二年！因擅去，杖一百！從夫嫁賣！其妻因逃而自改嫁者，絞監候！其因夫棄妻逃亡，三年之內，不告官司而逃去者，杖八十！擅改嫁者，杖一百！」由此觀之，吾國數千年來，惟夫可出妻，而妻則不得自絕於夫也。惟限於（一）夫毆妻至折傷以上，先行審問，夫婦如願離異者，斷罪離異；不願離異者，論罪收贖；（二）夫逃亡三年不還者，並聽經告官給照，別行改嫁而已。在此制度之下，女子之受壓迫，可謂極矣！終也，計無復之，白刃相加，露醜公庭，羈身囹圄，豈人情所忍言，亦不自由階之厲也。

鼎革以還，政治思想及社會制度，幾經改革，而關於婚姻之法例，仍援用數千年來遺制之舊律。民律草案雖仿日本民法，兼採裁判離婚及協議離婚制度，惜尙未施行。社會上則自新文化運動以來，男女平權，解放自由，戀愛諸說，風靡一時。青年男女，視戀愛如生命，不逞之徒，以改弦爲得意；浪漫之女，視苟合爲自由，及至華落色衰，金盡途窮，則捐若秋扇，視同陌路。國民黨第二次全國代表大會婦女問題議決案，亦有離婚結婚絕對自由之規定，離婚案件，層見疊出。各地法院，亦據此凡有請求離婚者，不論有無理由，概予准許，致男子有因離而不能再娶，蓋貧困之家，娶妻匪易，富有之家，女子恆爲消費能手，離婚之後，往往不能再嫁，甚至造成可驚之墮落者，比比然也。在此過渡時代，爲潮流

所犧牲者不知凡幾，蓋所謂自由，以不侵犯他人之自由爲原則；故最高法院解釋，男女雙方無論何方請求離婚，須依平等原則，於法律範圍內，有正當理由者，方得照准。稍輓以前之流弊。此爲人生幸福着想，固應注意；而從法律上觀察，離婚之原因及手續，亦大有研究之必要也。新民法則仿各國現行法例及斟酌我國向來習俗，採男女平等之原則，離婚制度，煥然一新。

## 第二節 協議離婚

### 第一款 概說

協議離婚，又名兩願離婚，乃因夫妻雙方之合意而消滅婚姻關係之法律行爲也。婚姻契約，爲廣義契約之一種，前已言之，既許以當事人之意思合致而成立，亦得以當事人之意思合致而終止。協議離婚既以當事人雙方之意思合致爲必要，故其本身亦爲一種廣義之契約。民法既將其規定於親屬編，故對普通之債權契約言，則爲一種親屬法上之契約，余則以協議離婚爲婚姻外之另一法律行爲，而其內容則與結婚正相反對，謂爲契約之終止。民法又規定須以一定之方式爲之，故爲

一種要式法律行爲，與結婚同。至稱爲終止契約者，以離婚之效果，僅消滅將來之婚姻關係，而非可溯及視爲自始未爲婚姻，與契約之終止同，而與契約之解除異也。夫妻爲此離婚之合意時，其有無離婚原因，及其原因如何，固所不問，且以當事人間有此合意爲已足，其願離之意出於何造，亦可不問者也。誠以夫婦之情義雖乖，而無法定離婚原因者有之，或雖有法定原因，而一家之恥辱，不欲公之於世者亦有之，故有協議離婚，則此等困難，均可迎刃而解也。（民法第一〇四九條前段）

教會法及日耳曼法，於婚姻常加以取締，不認所謂協議離婚，法大革命時，以裁判離婚之範圍雖廣，終與婚姻自由原則違背，於是產生所謂協議離婚之制度，是私法上之自由原則，已侵入婚姻領域矣。後此之拿破侖法典及除英、德、瑞、荷、蘭等國外，繼承法國法系之諸立法例，雖俱承認所謂協議離婚，但恆加以一定之限制，其程序亦有寬嚴之不同。如日本、丹麥、挪威等國法律規定：（1）夫二十五歲以下，妻二十一歲以下不許離婚。（2）非結婚二年以後，不許離婚。（3）結婚已滿二十年，或妻已至四十五歲以上者，不許離婚。（4）非得父母或尊親屬之允許者，不許離婚。是蓋不外以結婚未久，率爾仳離，或致妄失，或妻年近半百，而竟以色衰愛弛，亦背道義也。民法則以其不無

強制婚姻之嫌，故均不之採。此外各國有規定兩願離婚須先經過一定期間之別居者，如荷蘭、葡萄牙及美國各州是，比利時、羅馬尼亞則規定兩願離婚者，須清理兩造權義，作成財產目錄，偕同二人到庭，經法院加以勸導後，始給予合意離婚之證明書，嗣後一年中，須每三個月重新爲離婚之意思表示，此後一年，偕同五十歲以上之友人二人，親到法庭，法院始可受理其請求，經許可後，更須於二十日內，親至身分吏前，受離婚之宣告。（比民法第二二三條以下，羅馬民法第一五四條以下）但最近蘇俄親屬法，則斷然排斥勸解之制度，以法院勸其和解，乃不信任夫妻自治能力之干涉主義遺風也。故兩願離婚者，只須向法院或身分吏爲呈請，法院或身分吏查其確係實情，即當爲離婚之宣告，我民法則以有當事人之書面爲已足，而不必待法院之宣告，其手續之簡單，將蘇俄民法而上之，立法理由，是否允當，不無疑問也。

## 第二款 協議離婚之要件

吾國古時，雖採專權離婚主義，而夫婦彼此相棄，則自古已有。如周禮鄭鄂註云：「民有夫妻反目，至於仳離，已判而去，書之於版，記其離合之由也。」唐律義絕條亦載：「若夫妻不相和諧，而兩願

離者，不坐！前大理院判決亦認協議離婚爲現行律所准許。（五年上字第一四七號）他如陝西郿縣、柞水、山東臨沂、卽墨、山西汾陽、江西德安、九江、福建順昌、崇安、甘肅平番各地習慣，亦皆認協議離婚爲有效。妻若與夫不睦，請中說合，由夫寫立允許脫離字一紙，載明離異情由，及贍養金額，交付其妻收執，嗣後雙方卽永久脫離關係。是吾國法律習慣，向皆准許協議離婚，惟無一定之方式耳。新民法則仿各國立法例，並參酌吾國舊習，稍加限制，規定兩願離婚者，須備左列之要件。

（一）須出於當事人之合意 婚姻契約之當事人既爲夫妻二人，則消滅婚姻關係之離婚契約，自亦須夫妻雙方之合意。前大理院判決亦云：協議離婚，因有明文規定，必出於爲夫爲妻者之兩相情願而後可，餘親及族人，就男女之協議離婚，不容有所爭執。（六年上字第三七五號及一二六一號）新民法第一〇四九條所謂兩願離婚，亦卽此意。苟當事人之一方或雙方缺乏離婚意思，或由其主婚權人代爲離婚者，則其離婚不能成立，自不待言。惟禁治產人能否爲協議離婚，日本民法第一八〇條則規定，「母須得監護人之同意，」我民法無明文規定，亦立法上之疏漏。

（二）須得法定代理人之同意 未成年人因結婚而取得行爲能力，一般法律行爲原則上皆



得有效爲之，惟協議離婚關係個人之幸福及社會秩序頗大；青年男女，往往受一時感情所衝動，一言不合，各走極端，每致輕爲離異，自貽後悔。故外國法律有限於男二十五歲以上，女二十一歲以上，始准自由爲之者。我民法則限於未成年人之協議離婚，須得法定代理人之同意（民法一〇四九條但書）以昭鄭重，免貽後悔。

（三）須備法定之方式 婚姻爲要式行爲，其成立也須具備法定之方式，而離婚亦然。至法定方式如何？各國立法例亦不一致，有以呈請法院經過幾次勸解，待其宣告而生效者，如比、荷、奧、挪威等多數立法例是。有以呈報戶籍吏而生效者，如日本、蘇俄民法是。我國民律草案亦然。新民法則於第一〇五〇條規定：「兩願離婚應以書面爲之，並應有二人以上證人之簽名」爲已足，至證人之資格如何？是否律師，及曾否登報聲明，俱所勿問也，與結婚之方式，俱爲同樣簡單。蓋我民法於結婚既不以登記或呈報爲必要，而於離婚亦自無須以登記或呈報爲必要，至全不規定任何方式，則過輕率，朝反目而夕仳離，衡諸事理，殊非允妥。至本法所求之方式，不過爲審判上是否有當事人合意之認定，雖較現行律時代爲進步，然其方式之簡單，將駕各國法律而上之，能否保其不出流弊，尙不無

疑問也。

### 第三款 協議離婚之無效及撤銷

關於協議離婚之無效及撤銷，親屬編中並無特別規定，自應適用總則之規定。論者或謂民法總則之規定，以適用於財產法上之法律行為爲重。兩願離婚則爲身分上之法律行為，一旦離婚後，當事人及第三人必確認其已生效力，若忽被撤銷，則法律關係益趨錯雜，而擾亂社會之安全。（和田學士婚姻法論參照）然多數學者，則反對之。蓋民法總則乃支配民法全部之通則，離婚雖爲親屬法上之特別法律行為，但我民法既將其規定親屬編內，而親屬法又爲民法之一部，故婚姻法中無特別規定者，自應適用總則，一般法律行為無效及撤銷之規定，不待言也。故離婚違反強制規定，如未成年人未得法定代理人之同意，或不依一定之方式，與未作成書面及無證人等，固得認爲無效，（註一〇）即苟受有詐欺或脅迫等情形時，亦得請求撤銷。蓋離婚行爲關係人生幸福至巨，苟不如是解釋，則受詐欺及脅迫者之協議離婚，終無撤銷之可能，而使狡黠之徒，得以逞其暴行，衡諸法理，焉得謂平？至假裝之協議離婚，仍不得對抗一般第三人，亦不待言也。

### 第三節 判決離婚

#### 第一款 概說

判決離婚一名呈訴離婚，即夫妻當事人之一方，於他方有法定原因之一時，得據以呈訴法院，由法院以勝訴之判決，以解銷其婚姻關係之謂也。判決離婚非近代之產物，歐美各國承中世紀禁止離婚主義之餘波，雖承認離婚制度，但仍不認當事人有意思自由之餘地，當事人雖有離婚之合意，仍須法院之認定，經判決後，始能生效。現今承認離婚之各國立法例，則除協議離婚外，大多俱兼採判決離婚之制度，蓋夫妻反目，而致不能繼續共同生活時，由雙方合意而解消婚姻關係，而兩願離婚者，固無問題。若夫妻之一方有使對方不堪與之共同生活之情事，而又不許對方以離婚之同意時，則他方除請求法院加以審判，而予以強制離婚外，實無他法。故本法仿多數立法例，於當事人意志不一致時，由法院予以判決離婚，以濟其窮焉。

#### 第二款 判決離婚之原因

關於判決離婚之原因，各國立法例不盡相同。有採概括主義者，如德、瑞民法，及蘇俄婚姻及親屬監護法是；（德民法一五六八條瑞民一四二條俄法一八條參照）有採列舉主義者，如日本民法是。（日民八一三條參照）前者過於廣泛，後者亦不免缺乏彈性，難應實際之需要。我民法以有兩願離婚制度，以濟其窮，故逕採列舉主義，於一〇五二條規定：「夫妻之一方，以他方有左列情形之一者為限，得向法院請求離婚。」故非合於該條各款情形之一者，其不得離婚，亦不待言。條文規定夫妻之一方，得向法院請求云云，其得請求離婚者，自以夫妻之一方為限。又本法施行前所發生之事實，而依本法之規定得為離婚之原因者，亦得依本法請求離婚。（親屬編施行法第七條參照）茲將我民法所列舉之法定離婚原因，分述如左：

第一、重婚 一夫一妻為文明各國之通例，重婚不但有背德義，抑且顯違刑章（註一）故本法仿德、日立法例，（德民法第一五六條日民法第八一三條參照）一面以之為撤銷婚姻之原因，（民法第九八五條第九九二條）一面復許他方得向法院提起離婚之訴。惟撤銷之標的為他人間之婚姻，而離婚之標的則為自己與對方之婚姻。如甲男先娶乙妻，後又娶重婚之妻丙，乙固得撤銷甲

丙間之婚姻，而不得撤銷自己與甲之婚姻，如乙不願繼續其婚姻時，惟得提起自己與甲之婚姻，請求離異，而不能請求甲丙之婚姻離異也。（註一三）若甲娶丙爲妾，則非重婚問題，而爲通姦問題，蓋納妾未有不通姦者，故妻請求離婚，不得援用本款規定。（司法院六四七號解釋參照）

第二、與人通姦者 夫妻齊體，應互負貞操之義務，此在論理上既屬無可否認，即做諸各國立法例，亦大率如是。吾國古制，男女不以義交者其刑宮（尙書大傳）舊律七出，限於妻之淫佚，而夫之犯姦則否。（註一三）各國立法例中，如德、法、瑞等，亦皆以妻犯姦非罪，始得爲離婚之原因。民律草案亦然，殊違男女平等之原則。本法則不設男女之差別，概得爲請求離婚之原因，實較進步。所謂與人通姦，乃指結婚後與配偶外之一切異性交媾而言。如宿娼、納妾及與人姘度等行爲皆是。若結婚前之通姦行爲則不在此限。至訂婚後之通姦行爲，雖得爲解除婚約之原因，然究不能據爲日後離婚原因。至是否構成刑事上之姦非罪，則所勿問。故凡夫妻之一方以他方與人通姦，並經判處徒刑爲理由，訴請離婚者，其判處徒刑之主張，僅可視爲與人通姦之立證方法，而不得視爲訴之原因。至被人強姦，則非出於本人之自願，與通姦情形不能並論，亦不待言。

第三、夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者。夫妻者，以恩愛情義相為終始者也。今一方對於他方，如竟出於虐待，則恩義已乖，強合不能。故各國如德、瑞、捷、克、荷、蘭、西、葡、及日本等，皆以其為離婚之原因，我民法亦然。所謂虐待，不以身體為限，其精神上感有不堪同居之痛苦者，亦得請求離婚。（註一四）前者如毆打，抑勒通姦，及賣妻為娼，及典雇為人妻妾等行為是。後者如誣妻與人通姦，及其他重大侮辱等行為是。（註一五）若夫婦間偶有勃谿，自不得據為離婚原因。（參照最高法院十八年上字第九六〇號判例）至是否已達不堪同居生活之程度，及情形是否重大，法院應依夫妻之年齡、身份、財產狀況、教育程度以及生活慣行，社會道德等具體情形而決定之。至因一時細故而致爭鬧毆打，或因達離婚目的而為訴訟上之誣姦者，自不能遽據為不堪同居之離婚理由。（七年上字第二六四號判決）

第四、妻對於夫之直系尊親屬為虐待，或受夫之直系尊親屬虐待致不堪共同生活者。本法於離婚原因，原則上皆以夫婦對待並論，而本款則惟限於妻者，以妻在習慣上恆與夫家之直系尊親屬共同生活為多。在禮教上亦以孝敬舅姑為妻之義務，舊律亦以不事舅姑為七出之一。（註一六）

本法即本此意，以妻虐待夫之直系尊親屬爲離婚之原因。若妻之尊親屬與夫家尊親屬衝突，則與婚姻當事人無關，自不得據爲離婚原因。（參照最高法院十八年上字一〇九七號判例）雖然，在我國大家庭制度下，婆媳之間，勢恆水火，女子適人，幸而見寵於夫婿，常不得於翁姑、妯娌、小姑之間，此不僅子婦之不幸，卽爲之夫者，周旋於骨肉至愛之間，其痛苦亦曷以堪！故本法規定妻受夫之直系尊親屬虐待時，亦得據以爲離婚之原因。所謂直系尊親屬，因不以血親爲限，卽夫之繼母亦在其內。至小姑妯娌間之虐待，除構成他種原因外，則不得請求離婚。惟其虐待須至於不堪共同生活之程度。所謂共同生活，與同居不同，後者指夫妻間之共同生活而言。至是否已達不堪共同生活之程度，應審斟一切情形定之。如翁欲誘姦，或姑加毆打，固爲已達不堪共同生活之程度，若婆媳之間偶有爭執，或事實上能令小夫婦出外另組小家庭者，亦無須以離婚爲必要。至贅夫與妻之尊親屬間若有虐待情事，似應準用本款規定。但民法未有明文，亦嫌疎略。

第五、夫妻之一方以惡意遺棄他方，在繼續狀態中者，既屬夫妻，則彼此之間，卽應互負由婚姻而生之義務，如違反此項義務，則婚姻之目的無從而達，故允許離婚各國之立法例，皆以遺棄爲

離婚之原因，我民法亦然。何謂遺棄，解釋亦不一致。在刑法上言之，固指對於無自救力之人，依法應扶養而遺棄者而言。（刑法第二九四條）在民法則應從寬解釋，（註一七）拒絕扶養固是，即同居義務之違反，亦應包括之。（但實例上則反是）至構成刑法上之犯罪與否，非所問也。但所謂遺棄，須出於惡意者爲限，故配偶之一方，因故出外而不贍養對方者，其有否惡意，應斟酌一方情形定之。例如夫因故出外而不贍養其妻者，要視其夫是否有贍養能力，及其妻有無生活能力爲準。他如途遇逃妻扭控遺棄者，亦須視出走是否由於故意，抑或被人誘拐以爲斷，又所謂惡意遺棄，以在繼續狀態中者爲限，若前雖一度遺棄，而現已回復如初者，即不得爲請求離婚之原因。

第六、夫妻之一方意圖殺害他方者 殺害而出於意圖，施之他人，已屬卑鄙之犯行，矧在夫妻同居一室，寢食與共，若一方竟至意圖殺害他方，則談笑之中，險象環生，衽席之間，直同仇敵，不可一日居矣。故自唐律以還，皆在義絕應離之列，本法仍之，以其爲請求離婚之原因，俾消弭禍患於未然。所謂意圖殺害，祇夫妻之一方有殺害他方之意圖爲已足，即可構成離婚之原因，不必果有殺害之事實也。若並已着手，則更負刑事上之未遂責任，自不待言。惟所謂意圖者，謂意之企圖也，故必能釋



明使人信爲客觀上確有相當之理由者然後可，若憑空憶測，毫無佐證者，自所不許，亦不待言也。  
(註一八)

第七、有不治之惡疾者 所謂惡疾乃指與種族健康有礙之花柳病，及其他恆情所厭惡之癩癩，或癩病及病癰疽等皆是，夫妻之一方，染有此種惡疾時，不僅妨害婚姻之目的，抑且危及對方及其子女之健康。現行立法例基於優生之見地，使其斷絕性交機會起見，皆以之爲請求離婚之原因，本法亦然。惟所謂惡疾，須達於不治之程度，與解除婚約不問是否不治者，究有寬嚴之別。所謂不治，乃指依現代醫學程度，認爲已不能治療者而後當之。故雖有惡疾，而尙未達於治療絕望者，仍不得請求離婚也。蓋既成夫婦，非有不得已之情形，不宜遽行言離，苟其情形尙非不治者，則縱因一時不堪同居，亦不得請求離婚也。

第八、有重大不治之精神病者 夫妻之一方，如患有精神病時，爲他方之幸福及種族之健康計，應以其爲構成請求離婚之原因。惟所謂精神病在現時科學上，尙無一定之標準，如白癡，或一時喪失常態，爲通常所恆見，若漫無限制，亦非所宜，故必須爲重大，而且不治者，方得爲請求離婚之原

因，至是否重大，應視共同生活上能否忍受，以客觀情形決之。蓋所貴於爲夫婦者，在於患難相助，疾病相扶持，若一方不幸而罹於精神病，苟他方善爲安慰調治，或有全愈之日，乃不爲此，而竟據以提起離婚之訴，則夫婦之道苦矣！故所謂重大之程度，應從嚴認定之。（註一九）

第九、生死不明已逾三年者 夫妻有同居及扶養義務，若一別三年，音信杳然，其違背夫婦之義務也已甚，故允許離婚各國，俱以之爲離婚之原因。我國舊律，亦以妻背夫在逃，及夫逃亡三年不還，聽經官告給執照，別行改嫁之規定。（註二〇）臨沂民間習慣，貧寒之家，娶妻後遠出謀生，有至數年不歸，生死莫卜者，得經女之父母與其翁姑協商，具呈到縣請示批准後，即令其女改嫁。本法則仍舊律三年之舊，惟不設逃亡貧寒等限制，亦不設男女之差別。所謂生死不明，乃生存莫定，與失蹤之情形相似，本法總則雖曾規定，「失蹤人失蹤滿十年，法院得爲死亡之宣告」（民法第四條）宣告死亡後，他方自可再婚。惟此悠久之歲月，責令相對人獨守，亦屬不情。故本法特定較短之期間，以補此憾。至此三年期間，乃指其生死不明之日，即最後見其人之日，或最後書信到達之日起算，已逾三年者而言。若其所在可以探知，或音信常通，則雖離家期久，亦不得請求離婚。若對方確已生死不明

已逾三年者。則縱有資財足供生活，或另有贍養之人，亦無礙於離婚之請求也。（註二）

第十、被處三年以上有期徒刑或因犯不名譽罪被處徒刑者 夫妻之一方，陷於刑網，他方亦連帶蒙垢，兼之囚繫囹圄，期限過久，在男子固有中匱無主之憂，在女子亦有生計艱匱之虞，共同生活已不能達。故各國立法例多以之爲離婚之原因，本法從之，但以被處三年以上之徒刑；或因犯不名譽之罪者爲限。所謂三年以上，乃指宣告刑而言，至法定刑如何，在所不問，如處刑不滿三年，或僅爲拘役罰金之刑，自不在此限。所謂不名譽之罪，應依一般社會之觀念而決，通姦固爲不名譽之罪，但本條已有特別規定，自不在本款之列，（註三）至不名譽之罪，則以判決確定爲已足，不問處刑之久暫，及已受執行與否，俱無礙於離婚之請求，至曾否大赦、緩刑、論者有以之與宣告之罪刑無影響者，惟以刑法規定大赦之罪，視與未犯罪同；緩刑期滿，則其宣告之刑視爲無效；故遇此情形自不得再行以此爲請求離婚之原因也。

我民法關於判決離婚之原因，以上列十種爲限，此外舊律有以無子爲離婚之原因者，爲新法所不採。（註三）他如酗酒、吸煙、好賭等行爲，除因他種情形而被處徒刑者外，概不得據爲離婚之原

因。(註二四)又本編施行前所發生之事實，而依本法規定得爲離婚者，依本編施行法第七條之規定，亦得請求離婚。(最高法院二十一年上字第一四四〇號判例參照)

### 第三款 離婚之訴

#### 第一項 判決離婚之主張方法

依民法第一〇五二條規定，夫妻之一方於他方具備法定離婚原因之一時，得向法院請求離婚云云，是判決離婚須以訴之方法主張之，與婚姻之撤銷同。惟婚姻之撤銷，夫妻或第三人皆得爲之，而離婚之訴，則以夫妻爲限。故如有父母爲其子女提起離婚之訴，自所不許。他如繼承人、債權人及利害關係人，其不得提起，更不待言。至妾制在親屬編施行後，已不承認其存在，故如妾請求脫離家屬與家長之關係時，不論有無離婚理由，概應予以照准，除民法第一〇五七條外，關於夫妻離婚之規定，不能適用。又所謂離婚之原因，須發生於結婚以後者，始得主張之，若在結婚前業已存在，則不得追溯以前之事實而主張之。如第二款與人通姦，苟其通姦行爲在結婚以前，自不得據以爲請求離婚之原因。蓋夫妻雙方於婚前並無貞操之義務也。又如第十款之情形，苟其處刑判決在結婚

前業已確定者，則他方爲刑餘之人，事已彰著，乃明知之而不計較，或漫不加察而仍與之結婚，法律亦無再加保護之必要。又夫妻之一方如具備法定之離婚原因時，亦唯對方之離婚訴權於焉發生，其原因可歸責之他方自無此種訴權。至對方因夫妻之情感素篤，而不爲請求者，自應聽其便，現行法律固不能強使夫妻離婚也。

前述之離婚原因，有待於法院之判斷者，如第三款至第九款是；有僅能於事實之認定，無代爲決定離合之權者，如第一第二第十款是。又不問一方所具備者爲何種法定原因，他方卽有離婚之訴權發生。此種訴權爲私法上之形成權，以形成權爲標的之離婚之訴，乃爲形成之訴，其當事人以夫妻爲限，夫或妻提起此訴者，以其配偶爲被告，夫或妻爲禁治產人時，應由其監護人代爲訴訟，如監護人卽爲其配偶時，應由親屬會議另選訴訟代理人代爲訴訟，法院如認原告有可致法律上離婚之效果，卽應予以離婚判決，要無准駁之餘地。實例上恆用准駁字樣，皆不免行文上之疵累。（註二五）此種判決爲形成判決，反之，若法院認原告之訴爲無理由而駁回之，則爲確認判決。離婚之訴專屬於夫之審判籍，被告不到場時，除囑託受命推事審問外，不能科以罰鍰或拘提，法院如認當事

人有和解之望者，得於六個月以下之期間內命中止訴訟程序，但以一次爲限，其詳俟諸民事訴訟法，茲不多贅。（民事訴訟法第九編第一章婚姻事件程序參照）

## 第二項 離婚訴權之消滅

具備法定之離婚原因時，離婚訴權即可發生，已如前述。然法律又規定因某種自然事實，或法定原因發生時，其離婚訴權即歸消滅者。學者於此有稱爲不受理之原因者，茲就我民法規定述之如左：

第一、死亡 離婚之目的在解消婚姻關係，而訴權又專屬於夫妻之一方，故夫妻之一方或雙方死亡時，其婚姻關係自然消滅，離婚訴權亦隨之消滅，我民法於此雖無明文規定，解釋上則固應如是。此在離婚之訴提起前而死亡者，固不必論。縱已提起訴訟，而判決確定前死亡者，依民事訴訟法第五七六條規定，其本案訴訟亦視同終結。死者之繼承人不能承受其訴訟。蓋此時不惟婚姻訴訟之標的失其存在，即此種訴訟亦無續行之必要也。

第二、宥恕或同意 夫妻之一方有重婚或與人通姦等情事，依法雖得爲離婚之原因，然據民

法第一〇五三條規定，對於是等情事有請求權之一方於事前同意，或事後宥恕者，則不得請求離婚。前大理院判決亦載：夫婦之一方對於他方之行爲既經宥恕者，即應認爲離婚訴權之拋棄。（五年上字第六〇六號）是爲離婚訴權因同意或有恕而消滅之法則，所謂同意或有恕，學者間有解爲意思表示者。（見陶希聖著民法親屬要論一〇五頁）嚴格解釋，應以有拋棄訴權之意思爲必要，余則不以爲然，蓋同意不外爲允許對方爲某行爲之慾望表示；宥恕乃指對方之某行爲不爲追究之感情表示；二者皆爲事實行爲，通常不生法律上效力，惟因法律之特別規定而生效力。故對於法律行爲及意思表示之規定，祇能準用，而非當然適用也。故其同意或有恕不論爲明示默示，俱無不可。然宥恕與隱忍有別，若僅顧全顏面或不敢與較，暫不起訴，則僅可謂之隱忍，而不能認爲拋棄訴訟也。故如宿娼或通姦，雖他方於事後加以宥恕，固不能解爲將來之通姦或宿娼，亦永遠加以宥恕。若一方之納妾，他方於事前予以同意，或事後加以宥恕者，應認爲概括之同意或有恕。固不必以有拋棄訴權之意思爲必要。皆不得於事後主張之也。故學者有對本條規定離婚訴權因慾之表示，或情之表示而消滅，加以攻擊者，不無相當理由，蓋夫妻之情慾表示能否自由或合理，亦不無疑問也。

第三期間之經過 有離婚訴權者，雖得隨時請求之。然使漫無限制，亦非所宜。故各國法律關於離婚訴權之消滅，有依照普通時效者，有另設特別規定者。夫妻間之恩義，本非尋常可比，一方即有不法行爲，他方明知而曲恕之者有之；或雖非明知，然經相當期間後和睦如初者有之；若任離婚訴權長久存在，轉足爲感情上之障礙。故本法爲維持室家和平及婚姻安全計，分別情形，規定較短之離婚訴權消滅期間有二：

(甲) 對於民法第一〇五二條第一款第二款之情事，即重婚或與人通姦等情事，有請求權之一方知悉後已逾六個月，或雖不知悉，自其情事發生後已逾二年者，均喪失其離婚請求權。(民法第一〇五三條後段) 蓋知之而不與較，或竟永不之知，則非出於宥恕即爲懈怠，法律自不予以保護也。

(乙) 對於第一〇五二條第六款及第十款情事，即夫妻之一方意圖殺害他方，或被處三年以上有期徒刑，或因不名譽之罪被處徒刑者，有請求權之一方自知悉後已逾一年，或其情事發生後已逾五年者，不得請求離異。(民法第一〇五四條)



以上二項，爲離婚訴權因期間經過而消滅之法則，此期間爲法定期間，不適用時效中斷之規定。惟在本編施行前，其期間雖已屆滿，或尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起一年內行使之，至此期間之性質如何，學者間雖有認爲消滅時效者，（見黃右昌著民法親屬釋義第一三九頁，阮毅成著中國親屬法概論第八二頁及八五頁）余則不以爲然。蓋夫妻之一方有此等非行，他方之離婚訴權卽行發生，一經行使，則離婚之效果卽見，固無待對方之同意，卽法院亦無代爲決定之權。若在法定期間內不行使訴權，自不許其中斷也。至不滿一年者，如施行時尙未屆滿，得自施行日起算，施行法已有明文規定，茲不贅論。（參照親屬編施行法第三條準用第二條）

第四、生死分明 依民法第一〇五二條規定，夫妻之一方生死不明已逾三年者，雖得發生離婚訴權，然在離婚訴訟提起前，或已提起，在訴訟進行中而未經確定判決者，苟夫妻之一方其生死業已分明時，則離婚訴權卽行消滅。蓋生存已明時，婚姻關係可以繼續，苟無惡意遺棄等情事，自不得請求離婚；而亡死已明時，其婚姻關係當然解消，亦無待於離婚之請求也。

## 第四節 離婚之效力

## 第一款 概說

離婚爲夫妻生存中解消婚姻關係之方法，故因婚姻而生之關係，均因離婚而歸於消滅。惟離婚之效力與婚約之解除不同，其效力僅向將來發生，而不及於既往，其離婚以前所已生之效果，並不因離婚而受影響。故以前所生之子女仍爲婚生子女；有夫姦行爲，亦不能因離婚而阻卻違法性；已履行之扶養義務及日常生活費用，亦不能因離婚而主張不當得利請求返還；他如婚姻存續中之財產契約，亦不能因離婚而對抗第三人。故離婚之性質與一般契約之終止頗相類似，與契約解除之效力溯及既往，認爲自始未爲者不同。離婚既僅向將來發生效力，然則何時爲離婚之效力發生時期耶？應分別離婚成立之時期，爲離婚發生效力之時期。故在協議離婚時，應以其協議成立時，換言之，卽離婚之書面作成時期爲離婚效力發生時期，其呈報與否，在所勿問。在判決離婚，則不僅以離婚判決之宣告爲已足，而應以離婚判決確定之時期爲離婚效力發生之時期，其登記與否亦所勿問。

## 第二款 離婚及於身分上之效力

離婚及於身分關係之效力有三：即夫妻關係、家屬關係及親屬關係之消滅是也。蓋離婚以夫妻關係之解除爲目的，故離婚之效力首在夫妻關係之消滅。曩因婚姻發生之權利，如日常家事代理權及遺產繼承權等，固歸喪失；而應負之義務，如冠姓義務、同居義務、貞操義務等，亦皆免除，蓋恢復通常之狀態焉，此其一也。依民法第一一、二、三條三項規定，以永久共同生活爲目的同居一家者，視爲家屬，夫妻離婚後，自不能再營共同生活，故妻因離婚自應去其夫家；贅夫因離婚自應去其妻家，而皆當然消滅其家屬關係，此其二也。又依民法第九七一條前段規定，姻親關係因離婚而消滅，然姻親關係及家屬關係雖因離婚而消滅，而曾經發生一度親誼之故，與前夫或前妻之親屬，仍應受姻親結婚之限制耳。（民法第九八三條二項）

## 第三款 離婚及於子女之效力

親子關係，本於自然之血統，不能以人爲使之斷絕，錢大昕昏義曰：「父子兄弟，以天合者也；夫婦以人合者也；以天合者，無所逃於天地之間；而以人合者，可制以去就之義。」故夫妻關係與家屬

關係及姻親關係雖因離婚而消滅，而父子女關係，則不因親之離婚而生影響。舊律一本此義，故對於出母嫁母仍有服。本法亦不問其親之離婚爲否，其子女對於生父生母，仍稱血親，縱令當事人間有反對協議，亦屬不生效力也。（註二六）

親子關係既不因離婚而受影響矣，然關於子女之監護將如何乎？此問題則煞費周章，蓋監護子女原屬父母之責任，離婚之後，夫妻既已訣別，則親子之間，骨肉離散，天下傷心事，無逾於此！而襁褓孩童，亦遂因是以失其撫養之人。故爲懷抱兒女計，則宜妻任之；爲教育子女計，則宜父任之；有時妻有經濟能力而夫無之，則宜妻任之；有時夫有經濟能力而妻不能爲懷抱兒以妨其生計時，則雖懷抱兒亦宜夫任之；此應以如何監護爲適宜而定，不應忽視子女之撫養問題也。故不問其爲兩願離婚或判決離婚，均許夫妻以契約定之。（如以特約訂明未達一定年齡之子女由母任監護之責是。）其無契約者，本法因兩願離婚或判決離婚而異其規定：（1）兩願離婚者，關於子女之監護由夫任之；（民法第一〇五一條參照）（2）判決離婚者，關於子女之監護，亦可適用兩願離婚之規定；但法院認爲於其子女之利益有妨害者，得另行酌定監護人，以資保護。（民法第一〇五五

第四款 離婚及於財產上之效力

夫妻之財產，因婚姻而發生聯鎖關係，是婚姻一經解除，其財產契約或法定財產關係，亦隨同分割，了無疑義。舊律於此，並無規定。前大理院判決則載：離婚之婦，無論由何原因，其粧奩應聽攜去。（六年上字第一一八七號）新民法則從瑞士立法例，於第一〇五八條規定，夫妻離婚時，無論其原用何種夫妻財產制，各取回其固有財產。所謂固有財產，與原有財產（參照一〇一七條）及特有財產（一〇二三及一〇一四條）不同，乃指應分應得之財產而言。我民法之夫妻財產制有四：在分別財產制無論矣，在法定財產制中，妻之原有財產附屬於夫之財產，離婚後各取回其固有財產者，即妻取回其原有財產，及特有財產是。在統一財產制中，妻之財產所有權雖移轉於夫，但其特有財產及原有財產之估定價額，於離婚後仍得取回。在共同財產制中，夫妻所有財產除特有者外，合併於共同財產，在平常分割時，各人應為一半，但在離婚時，則妻惟能取回在婚姻成立時所加入之固有財產而已。又不問為法定財產制，統一財產制，共同財產制，妻之固有財產之管理權、使用權及

收益權，恆屬於夫，若妻之固有財產有短少時，則由夫負擔，但其短少係由非可歸責於夫之事由而生者，不在此限。（同條但書）至歸責於妻與否，則所勿問。至其事由是否非應歸責於夫，則應由夫負舉證之責，此證據法上當然之原則也。至夫妻離婚在本法施行前者，除妝奩等認為妻之特有財產外，（註二八）依施行法第一條規定，不適用本法關於財產契約之規定，亦不待言也。

#### 第五款 判決離婚之損害賠償及贍養費

##### 第一項 損害賠償

婚姻為人生大事，其結婚之初，誰不期之以終身！願之以白首！若不幸事過境遷，至違初衷，則當事人之一方或雙方，不但財產上蒙損害，即精神上之痛苦，亦必甚大。此在兩願離婚時，當事人雙方或均無過失，或雖有過失而不欲訴之法庭者，自無損害賠償問題之發生。惟夫妻之一方因他方有過失，而判決離婚致受損害者，則得請求賠償。（民法第一〇五六條一項）此項請求權，僅以他方有過失為要，而受害人有無過失，則所勿問也。若他方有過失，而受害人又無過失時，則雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當金額，以資慰藉。（民法同條第二項）至此項請求權僅限於受害人得

主張之，不得讓與或繼承，但已依契約承諾，或已起訴者，則不在此限。（民法同條三項）立法旨趣，與解除婚約之賠償同。（參照民法第九七七條第九七九條）其理由已如前述，茲不復贅。（註二九）

## 第二項 贍養費

依上所述，夫妻之一方因判決離婚而受有損害者，其請求賠償，惟向有過失之他方爲之。（最高法院二十二年上字一六三七號判例參照）其非財產上之損害，請求給與慰藉金時，亦惟以受害人無過失者爲限。是我民法採取過失損害賠償主義，至爲顯然。此在各國法律，亦大略相同。顧晚近以還，立法趨勢，傾向於無過失損害賠償主義，如雇用人對於受雇人過失之負責，或職務上之連帶賠償均是。矧既一度結婚，縱使勞燕分飛，而觀其流離失所，能無觸動前情，若各聽其自然，甚或釀成重大之社會問題，蘇俄民法於此，純採無過失損害賠償主義，本法則倣瑞士立法例，原則上雖採過失主義，惟例外無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。（民法第一〇五七條）故遇有一方生活陷於困難者，不問有無損害發生，及對方有無過失，俱無礙於贍養費之請求。（註三〇）但須請求者無過失，及因判決離婚者爲限。如係兩願離婚，則由

當事人之協議決之，至何者謂之相當，法院應斟酌其身分、年齡、及自營生計能力、及對方之身分能力等一切情形定之，不待言也。（註三）顧贍養之規定，本限於夫妻間之離婚始有適用，惟本法施行前之妾，在刑律補充條律時曾一度承認其存在，故遇有妾與家長脫離關係後，陷於生活困難者，依最高法院最近判例，亦得準用本條之規定，酌給贍養費。然妾之家長與家之家長未可混為一談，例如家有父甲子乙二人，如丙為乙妾，則丙妾之家長為乙，而家之家長則為甲，扶養義務乃指家之家長而言，故若乙丙在外私行姘度時，則甲丙間既非親屬，又非民法第一一二三條三項之準家屬，甲丙間自無本條之適用也。（註三二）

再者，賠償慰藉金及贍養費，如係一次交付者，固無問題。若係分期交付，能否因事後之情形變更，而主張停止或減少？瑞士民法第一五三條規定，「義務者因權利者之再婚而歸於停止；且義務者因資力困乏難於交付贍養費，或權利者之生活漸裕，或因難程度減輕時，並得聲請廢止或減少其額。一民法雖無明文規定，解釋上自可準用也。

惟於此尚應論究者，即夫妻離婚後之再婚問題，此在第三人間固無問題，蓋夫妻關係既已消



滅除妻受待婚期間之限制（民法第九八七條九九四條參照）外，自無禁止其再婚之理也。至離婚後同一事當人間之再婚，外國法律有設限制規定者，我民法則無此限制，故如遇有同一當事人間之再婚，不僅爲法所許，亦且無遵守待婚期間之必要。但甲乙離婚後，甲已與丙結婚，復與乙通姦，因而被丙呈訴離婚後，則不得再與乙結婚，以違反相姦婚禁止之規定也。

（註一）婚姻關係成立後，苟無法律上可認爲其關係爲已消滅之原因，其婚姻自應存在。故夫於結婚後出家爲僧，縱以僧之教律，不得有妻，而其夫妻關係，若無法律上可認爲已消滅之原因，自應仍認其存在（最高法院院上字第一〇九三號判例）

（註二）查第二次全國代表大會議決案，雖有結婚離婚自由之規定。細釋議案，亦須尊重兩造當事人之意思，並非謂男女之一方可以任意離合，而置對方之利害關係於不顧。（參照最高法院十七年上字第一〇號判例）婚姻自由之原則，不過謂婚姻事件須尊重當事人之意思，不許第三人干涉，並非當事人一方任意請求離異，不論有無理由，即應准許之謂（同年上字第七二九號判例）婚姻事件須尊重兩造當事人之意思，故結婚離婚雖以自由爲原則，究應尊重兩造之意思，非常事人一造可以任意離合。（十九年上字一七六四號判例）

（註三）英皇亨利八世，以其與皇后加特林之婚姻爲違反禁止叔嫂結婚之教規，請求教皇離婚。就亨利八世與

教皇之關係，其請求固不成問題，然加特林之姪西班牙王卡羅斯一世，追令教皇拒絕其請求，於是亨利八世憤而將英吉利教會脫離羅馬教會而獨立，以其心腹克蘭瑪僧正爲大僧正，由其許可離婚。英國教會允許離婚者，亦祇亨利八世一人而已。

(註四) 英國法律，當事人之兩願離婚爲無效，其裁判上之離婚，必須有一定之原因，故夫婦有兩願離異者，往往收買一人蒞庭，自承爲姦夫之滑稽劇。美國離婚法例，各州寬嚴不同，夫婦有離異者，每至程序簡易之州爲之，人稱爲離婚旅行。較之蜜月旅行，別有一番滋味在心頭也。

(註五) 別居與離婚係屬兩事。別居者，事實上夫婦不同居，而婚姻之關係，依然存在，與離婚之消滅婚姻關係者不同。(前大理院三年上字第四六〇號最高法院十九年上字十三號判例)

(註六) 民法親屬編無妾之規定，至民法親屬編施行後，自不得更以納妾爲締結契約之目的，如有類此行爲，即屬與人通姦，其妻自得依民法第一千零五十二條第二款請求離婚。如妻不爲離婚之請求，僅請別居，自可認爲民法第一千零一條但書之正當理由。惟在民法親屬編施行前，業經成立之納妾契約，或在該編施行後，得妻之明認，或默認而爲納妾之行爲，其妻即不得據爲離婚之請求，但因此而不能同居之正當理由，仍得請求別居。至妻別居後之生活費用，即家庭生活費用，若妻無財產，或有財產而無民法第一千零二十六條，第一千零三十七條，第一千零四十七條第二項，第一千零四十八條之情形，均應由夫支付之。倘按時支付而有望礙時，得就夫之財產收益中，請求指定其一部以供支付。(二十一年院字第七

七〇號解釋)

(註七) 別居之訴，惟妻對於夫始得提起之，至妾對於家長，並無親屬關係，苟非以永久共同生活爲目的同居一家，卽不得視爲家屬，更無所謂別居。(最高法院二十二年上字第九三六號判例)

(註八) 舊唐書李德武妻裴氏傳：「淑字英，戶部尙書安邑公矩女也，德武坐從父金才事，徙嶺表，矩奏請德武離婚，煬帝許之。是爲離婚二字之起源。唐宋明諸律則稱離正及離異，現行民法則稱離婚，蓋從通俗也。」  
林編曰：「衛人嫁其子而教之曰：『必私積聚，爲人婦而出，常也；其成居，幸也；』其子因私積聚，其姑以爲多私而出之。」

(註九) 相棄之原因，不外有四：(1) 淫於新婚；如鄆風序曰：「衛人化其上，淫於新婚，而棄其舊室，夫妻離絕，國俗傷敗焉！」(2) 淫奔結果；衛風序：「衛宣公之時，禮義消亡，淫風大行，男女無別，遂相奔誘，華落色衰，復相棄背，或乃困而自悔，喪其妃耦。」(3) 凶年飢饉；如幽風序：「凶年飢饉，室家相棄。」(4) 兵革不息；如鄭風序：「兵革不息，男女相棄。」

(註一〇) 現行慣例關於離婚無一定之方式，有作成休書者，有立契贖身者，又有僅由言詞聲明者，是故雖未經一定之方式，而事實已爲離婚之協議，確有實據者，自不得謂爲無效。(三年上字第四六〇號判例) 番民離婚，以雙方揚土爲斷絕夫妻情緣之永誓，未經揚土之先，他番不得擅娶。如僅一方揚土，一方尙未揚土，仍有眷戀不捨之情，夫妻關係卽尙未脫離也。又番民於夫婦之道，甚爲薄弱，其結婚也，或以歌謠相誘，或

以較力爲媒，其離婚也，惟其意之所之，酥酪細故，動成脫幅之由，但既離之後，欲求復合，則有限制，其限制之法，必使女子與乞丐同宿數十日後，方可圓樂昌之鏡。蓋所以重辱之也。（見司法行政部民事習慣調查錄）

（註一一）已有正式配偶，而又與人舉行結婚儀式，無論後娶者實際上是否受妾之待遇，均應成立重婚罪。（最高法院二十三年上字第三七八五號判例）

（註一二）夫與人重婚時，惟其前妻得請離婚，若重娶之妻祇得請求撤銷婚姻，而不得請求離婚。（最高法院二十二年上字第二六九六號判例）

（註一三）現行律載：妻犯七出之狀，有三不去之理，不得輒絕。但犯姦者不在此限。是妻對於其夫有不貞潔之行爲者，當然可爲離異之原因。（前大理院四年上字第三三一號判例）夫婦之一造，如有犯姦被判處徒刑情事，即可由彼造據以訴請離異。（最高法院二〇年上字第七四號判例）

（註一四）夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者，得向法院請求離婚。其事實發生在民法親屬編施行前者，依民法親屬編施行法第七條之規定，亦得請求離婚。所謂不堪同居之虐待云者，即其虐待之情形，達於不堪同居之程度爲已足。若慣行毆打至不堪同居，亦可認爲不堪同居之虐待。但不以毆打成傷爲限。（最高法院二十一年上字第七九七號判例）民法規定夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者，得向法院請求離婚，所謂不堪同居之虐待云者，係指精神上，或身體上受有虐待而致不堪同居者而言。（最高法院

二十二年上字第二五三號判例

(註一五)夫婦之一造因受他造重大侮辱，而提起離婚之訴者。一經查明實有重大侮辱情形，自應准其離異。(前大理院五年上字第一〇七三號判例)夫婦因尋常細故迭次毆打，即有不堪同居之痛苦。(最高法院十九年上字一一二八號判例)凡縱容妻妾與人通姦，本夫姦夫姦婦各處罰，若用財買休實休，和娶人妻者，本夫本婦及買休人各處罰。婦人離異歸宗，本夫抑勒其妻價實爲娼者，較諸抑勒通姦，典雇爲妻妾，及賣休之情形，尤不可恕，依當然之條理，類推之解釋，自在應離之列。即圖實未成，確有證據者，亦爲義絕，自得據以離異。(大理院三年上字第四三三號判例)現行律載：「凡將妻妾受財禮典雇與人爲妻妾者，處罰，並離異」等語，原謂婦女被夫典雇，得據爲請求離異之原因，並非一有典雇事實，即當然視爲業經離異。(八年上字第四一一號判例)夫如誣稱其妻與人通姦，實足使其妻受精神上之痛苦，不得謂非不堪同居之虐待。(二十三年上字第九〇號判例)

(註一六)按現行律七出之條，雖列有不事舊姑一項，然細釋律意，所謂不事舅姑，係指對於舅姑確有不孝之事實，並經訓誡怙惡不悛者而言。若因家庭細故，賈氣歸家，其夫家遂拒而不納，致不得事舅姑者，尙不在應出之例。(前大理院六年上字第九四七號判決)妻受夫之直系親屬之虐待，致不堪爲共同生活者，雖得訴請離婚，但所謂虐待，必其實在一般客觀上，足以認爲確有不能共同生活之情形者，方得准許離婚。(最高法院二十一年四月二十三日上字第七六二號判例)

(註一七) 夫妻之一方以惡意遺棄他方，在繼續狀態中者，依民法第一〇五二條五款之規定，固可據以訴請離婚，但所謂惡意遺棄，乃基於夫妻互負扶養之義務，自係指一方有負擔家庭生活費用之實力與義務，而故意不肯支付，因而他方不能維持相當生活者而言。(最高法院二十一年上字第<sup>二</sup>五九號判例) 夫妻之一方，於同居之訴經判決確定後，不履行同居義務，不能指為合於本款之規定。(司法院院字第七五〇號解釋) 夫妻固互負同居之義務，但違背義務之一方，如未達於惡意遺棄之程度，他方不得據以請求離婚。(最高法院二十一年上字第<sup>一</sup>五九九號判例)

(註一八) 唐律疏議：「義絕謂毆妻之祖父母、父母及殺妻外祖父母、伯叔父母、兄弟姊妹。若夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟姊妹自相殺，及妻毆舅夫之祖父母、父母、殺傷外祖父母、伯叔父母、兄弟姊妹，及與夫之總麻以上親若妻母姦，及欲害夫者，雖會赦，皆為義絕，妻雖未入門，亦從此令。」

(註一九) 夫妻之一方，有患不治之惡疾及重大不治之精神病者，他方固得據以為請求離異之原因，惟所謂惡疾者，以不治為要件，所謂精神病者，以重大而不治為要件。(最高法院二十一年上字第<sup>一</sup>〇二〇號判例)

(註二〇) 妻背夫在逃，輒自改嫁者，既於其夫有義絕情狀，其夫自得據以請求離異。(大理院八年上字第<sup>一</sup>六六號判例) 現行律例所謂：「夫逃亡三年不還，並聽經官告給執照，別行改嫁，」云云：係指夫於逃亡三年以後，仍繼續在外生存莫定，並無歸還之音信者而言，若其夫於成訟前早已由外歸來，自不能追溯往昔

情形，而引用現行律以爲請求改嫁之論據。（十年上字第八四三號判例）夫生死不明已逾三年者，妻須向法院請求離婚，照准後始得改嫁。（二十三年上字第三八三〇號判例）

（註二一）現行律例所謂夫逃亡三年不還者，須夫之蹤跡不明而有置妻不顧之事實，若夫僅因故留滯在外，尙存有資財足供其妻之生計，或另有贍養其妻之人，自非棄妻不顧，不得以逃亡論。（此例已不能援用）

（註二二）民法第一千〇五十二條關於離婚原因之第十款所載，因犯不名譽之罪被處徒刑一語，並不包含通姦在內，蓋與人通姦，在同條第二款另有規定，即雖有此款事實，不待論罪處刑，已足據以離婚，若因以後之論罪處刑，認爲屬於第十款，是使一種事實可成爲兩種離婚原因，揆之立法本旨，當不如此，故凡夫妻之一方以他方與人通姦並經判處徒刑爲理由，訴請離婚者，其判處徒刑之主張，僅可視爲與人通姦之立證方法，而不得視爲訴之原因。如關於行使請求權之法定期間有所爭執，亦應以同法第一千〇五十三條就前開第二款所定六個月之期間爲準，而同法第一千〇五十四條就前開第十款所定一年之期間已否逾越，則可不問。（最高法院二十二年上字第九〇七號判例）

（註二三）舊律以婦人無子爲七出之一，大理院則從嚴解釋，須（1）妻年滿四十以上；（2）夫無別子，除另娶外別無得子之望；（3）不能生育之原因須在於妻；（4）無三不去之情事。（大理院統字第五九一

號解釋）

（註二四）訴請裁判離婚須具備一定原因，方可准許。（最高法院二十年上字一五七五號判例）男女婚姻，一經

成立，有無法律上之原因，即不得由一方任意請求離異。（最高法院十九年上字第二四〇號判例）吸煙賭博兩事，於法固有一定制裁，而以為離異原因，究有未合。（前大理院四年上字第一九二五號最高法院二十年上字一九一六號判例參照）

（註二五）夫毆打其妻，如係出於慣行，則妻所受之傷害，不必達到較重之程度，即應認有不堪同居之虐待情形，准予離異。（最高法院二十二年度上字一五〇五號判例）

（註二六）嫁母雖義絕於父，出母雖為父所絕，而子無絕母之義，故皆服杖期。（大清律例喪服圖輯註）現行法例對於血親關係，並無准許當事人同意消滅之明文，自應認為非常事人所能以同意使其消滅，即令當事人間有此協議，亦屬不生效力。（最高法院二十二年上字第二一四三號判例）

（註二七）夫妻呈訴離婚後，其子女雖應歸其父監護，但如有特別情形，（如子女年幼不能離母，或父有遺棄情事等）不宜由父監護者，審判衙門亦得斟酌其子女之利益，指定監護之人。（前大理院八年上字第九五七號判例）又婚姻解消之效力，原不及於所生子女，無論離婚以後歸何造監護，而於監護範圍以外，於父母之權利義務並無何等影響，故離婚後歸母監護之女，其嫁資仍應由父支給。（前大理院五年上字第四〇九號判例）夫婦離婚後之子女，原則上應歸其父監護，苟非因其尚在襁褓，離母不能撫育者，仍應由其父負監護之責。（最高法院十七年上字一一〇五號判例）

（註二八）妝奩為妻之特有財產，故離婚之婦，無論其離婚由何原因，自應聽其攜去。（最高法院十九年上字第九



三七號判例)

(註二九)判決離婚之原因，如果由夫構成，則夫應就其妻所受損害予以賠償，或並給與贍養費，至其給與額數，則應斟酌其妻之身分、年齡及自營生計之能力與生活程度，並其夫之財產力如何而定。(最高法院十九年上字第三六號判例)

(註三〇)夫妻之一方，於離婚後實有陷於生活困難之情形，他方縱無過失，亦不能不負給與相當贍養費之責。(最高法院二十一年上字第四二二號判例)民法所載稱，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費等語。此所謂應給與，係指無過失之他方確有能給與之資力而言。若他方並無資力，或且同一困難，自無應行給與之理。(最高法院二十二年上字第二五九〇號判例)

(註三一)贍養費之數額，應斟酌雙方之身分、年齡、財力及自營生計之能力與其生活程度定之。(最高法院二十二年上字第七〇〇號)關於贍養費之給付標準，先應審究贍養權利人生活上之需要狀況，然後就其需要之數額，審究贍養義務人有無此能力，以為裁斷。(最高法院二十三年上字第五六五號判例)

(註三二)妾之制度，於親屬編施行時業已廢止，在親屬編施行後，非有親屬關係而以永久共同生活為目的而同一家者，得視為家屬，其家長與家屬相互間，固應互負其扶養義務，但不同居一家，即欠缺視為家屬之要件，自不得主張扶養之權利。(最高法院二十三年度上字第二九七號判例)

012710

上海图书馆藏书



A541 212 0001 5795B

中華民國二十五年三月初版

(35642.7)

新時代  
法學叢書  
中國婚姻法綜論一冊

每冊定價國幣玖角

外埠酌加運費匯費

編著者 張 紳

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

版權所  
翻印必究

(本書校對者華國章)

\*D二四〇

鎮



37 (A)