

中國婚姻法論

中國婚姻法論目錄

緒論

第一章 婚姻之語源及意義……………一

第一 婚姻之語源——第二 婚姻之意義——第三 我民法上之婚姻

第二章 婚姻之性質……………四

第一 婚姻契約之性質——第二 夫妻關係之性質

第三章 婚姻制度之沿革……………一一

第一 亂婚定婚——第二 團體婚個別婚——第三 一妻多夫婚一夫多妻婚一夫一妻婚——第四

掠奪婚有償婚贈與婚共諾婚

第四章 婚姻之種類……………二二

第一 初婚前婚再婚——第二 單婚重婚——第三 贅婚——第四 逆緣婚順緣婚——第五 姘

度——第六 妾

第五章 婚姻之立法主義……………二九

第一 事實婚主義形式婚主義——第二 宗教婚主義法律婚主義——第三 各國之法律

第六章 婚姻法之將來……………三二

第一 婚姻法之合理化——第二 婚姻法之優生化

本論

第一章 婚約……………三九

第一節 婚約之概念……………三九

第一 婚約之意義——第二 婚約之性質——第三 婚約與媒妁

第二節 婚約之要件……………四五

第一 婚約須由當事人自行訂定——第二 定婚當事人須達一定之年齡——第三 定婚須得法定

代理人之同意

第三節 婚約之效力……………四九

第一 各國立法例——第二 我民法之規定

第四節 婚約之解除……………五二

第一 解約之原因——第二 解約之方法——第三 解約之損害賠償——第四 贈物之返還

第二章 結婚……………六六

第一節 結婚之概念……………六六

第二節 結婚之要件……………六七

第一款 概說……………六七

第二款 實質要件……………六八

第一 須當事人之合意——第二 須達一定之年齡——第三 須得法定代理人之同意——第四

須非一定之親屬——第五 須無監護關係——第六 須爲一夫一妻——第七 須非相姦者——

第八 須已逾再婚禁止期間——第九 須非不能人道——第十 須非在無意識或精神錯亂中——

第十一 須非被詐欺脅迫

第三款 形式要件……………一一三

第一 各國立法例——第二 我國舊制——第三 新民法之規定

第三節 結婚之無效及撤銷……………一二三

第一款 概說……………一二三

第二款 結婚之無效……………一二六

第一 結婚無效之原因——第二 結婚無效主張之方法——第三 結婚無效之效力

第三款 結婚之撤銷……………一三四

第一 結婚撤銷之原因——第二 結婚撤銷權之主體——第三 結婚撤銷主張之方法——第四

結婚撤銷之效力——第五 結婚撤銷權之消滅

第四款 結婚無效及撤銷之損害賠償……………一四四

第三章 婚姻之普通效力……………一四五

第一節 概說……………一四五

第一 婚姻之效力概觀——第二 關於婚姻效力之立法主義

第二節 由婚姻而生之親屬關係……………一四九

第三節 由婚姻而生之家屬關係……………一五二

第四節 夫妻間之權利義務……………一五三

第一 妻之行爲能力——第二 妻之姓氏——第三 同居義務——第四 日常家務之代理——第

五 扶養義務——第六 契約之撤銷——第七 夫權問題

第四章 夫妻財產制……………一七六

第一節 通則……………一七六

第一 夫妻財產制之概念——第二 各種夫妻財產制之內容——第三 法定財產制——第四 約

定財產制——第五 特有財產

第二節 法定財產制……………二〇二

第一 聯合財產之意義——第二 所有權關係——第三 管理使用收益及處分——第四 妻之利

益之保全——第五 責任——第六 補償請求——第七 聯合財產之解散

第三節 約定財產制……………二二八

第一款 共同財產制……………二二九

第一項 一般共同財產制……………二三一

第一 共同財產之意義——第二 管理及處分——第三 責任——第四 補償請求——第五 共同財產之解散	共
--	---

第二項 所得共同財產制	二四八
-------------	-----

第二欸 統一財產制	二五一
-----------	-----

第三欸 分別財產制	二五三
-----------	-----

第一 所有權管理權及用益權——第二 責任——第三 家庭生活費用	
---------------------------------	--

第五章 離婚	二六〇
--------	-----

第一節 婚姻之消滅	二六〇
-----------	-----

第二節 離婚之立法主義	二六二
-------------	-----

第一 許可離婚主義與禁止離婚主義——第二 自由離婚主義與限制離婚主義——第三 別居主義	
---	--

第三節 協議離婚	二六七
----------	-----

第一 協議離婚之意義——第二 各國立法例——第三 我國民法之規定——第四 協議離婚之	
--	--

無效及撤銷

第四節 裁判離婚……………二七八

第一款 概說……………二七八

第二款 裁判離婚之立法主義……………二八〇

第一 負責主義與目的主義——第二 列舉主義概括主義與例示主義

第三款 裁判離婚之原因……………二八三

第一 重婚——第二 與人通姦——第三 夫妻之一方受他方不堪同居之虐待——第四 妻對於

夫之直系尊親屬為虐待或受夫之直系尊親屬之虐待致不堪共同生活——第五 夫妻之一方以惡

意遺棄他方在繼續狀態中——第六 夫妻之一方意圖殺害他方——第七 有不治之惡疾——第

八 有重大不治之精神病——第九 生死不明已逾三年——第十 被處三年以上之徒刑或因犯

不名譽之罪被處徒刑

第四款 離婚之訴……………三〇三

第一 裁判離婚主張之方法——第二 離婚訴權之消滅

第五節 離婚之效力……………三〇八

第一 概說——第二 關於身分者——第三 關於財產者——第四 關於子女之監護者——第五

裁判離婚之損害賠償及贍養費

(目錄完)

中國婚姻法論

胡長清著

緒論

第一章 婚姻之語源及意義

第一 婚姻之語源

我國婚姻制度，發達最早。註一至周定六禮，註二其制始備。顧所謂婚姻者，初爲儀式上之名稱。禮記昏義孔穎達註云：「按鄭昏禮目錄云：娶妻之禮，以昏爲期，因名焉。必以昏者，取其陽往陰來之義。日入後二刻半，爲昏。壻曰昏，妻曰嫺，謂壻以昏時來，妻則因之而去也。」蓋我國古代婚姻，重在親迎，親迎必於黃昏，故謂之昏。妻因夫之親迎而入於夫家，故謂之因。是爲我國婚姻二字之所由始。嗣則婚姻不但爲儀式上之名稱，舉凡壻與妻之屬，亦爲昏嫺。如爾雅：「壻之父爲嫺

婦之父爲昏。』『壻之黨爲婣，兄弟婦之黨爲昏兄弟』是。

註一 婚姻，爲人類生活不可缺少之要件，故各國關於婚姻之制度，皆發達較早。我國自太昊伏羲氏制嫁娶，以儷皮爲禮，正性氏，通媒妁，即開婚姻制度之端。

註二 納采，問名，納吉，納徵，請期，親迎，謂之六禮。

第二 婚姻之意義

各國法律，關於婚姻之意義，無爲明文規定者。我國自來即從崇拜祖先方面着眼，下婚姻之定義曰：『昏禮者，將以合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世也。』（禮記昏義參照）註三 羅馬法學者摩德斯體魯士（Moderinus）註四 則以道德思想爲基礎，謂婚姻爲『男女以終生間共同生活爲目的之結合關係』。註五 德國民法及瑞士民法之 Ehe，法國民法之 Mariage，皆以此觀念爲準。即在此等立法例之所謂婚姻，不外指男女終生間之共同生活關係的法律關係，即夫妻關係而言。發生此夫妻關係之契約，謂之婚姻契約。通常稱爲『婚姻之締結』（Eheschliessung，

Schliessung der Ehe, Eingelung der Ehe, Anschliessung der Ehe)。從而所謂婚姻，並不包含其發生原因之婚姻契約焉。

註三 我國更以婚姻爲社會組織之根本，如易傳所謂：「有天地，然後有萬物；有萬物，然後有男女；有男女，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。夫婦之道，不可以不久也，故受之以恒。」

註四 摩德斯體魯士，爲羅馬五大法律家之一。羅馬五大法律家爲嘎尤士 (Gaius)，拔鄙尼亞魯士 (Papinianus)，烏爾波亞魯士 (Ulpianus)，拋路士 (Paulus) 及摩德斯體魯士。

註五 *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae et humani juris communicatio*, D. 28. 2. 1. 1.

第三 我民法上之婚姻

我民法上，關於婚姻之意義，亦無直接規定。但就親屬編全體觀察，所

謂婚姻，實有兩種不同之涵義。即其一、婚姻，指一男一女發生夫妻關係之意思表示，即婚姻契約而言。其二、婚姻，指一男一女以終生的共同生活爲目的之結合關係，即夫妻關係而言。前者包含定婚及結婚，後者則通常稱曰婚姻關係。註六自用語之真諦言之，定婚乃婚姻契約之豫約，應稱婚姻豫約。結婚則屬婚姻契約，即婚姻豫約之本約。由此婚姻契約而生之法律關係即夫妻關係。

註六 日本民法與我民法同，所謂婚姻，兼指婚姻契約及夫妻關係而言。前者如日民第七三六條，第七三八條，第七三九條，第七四一條，第七五〇條，第七五四條，第七六五條，第七六六條，第七六八條至第七七四條，第七七七條，第七七八條，第八三六條等是。後者如日民第七九二條，第七九八條，第八七〇條，第八二〇條等是。

第二章 婚姻之性質

第一

婚姻契約之性質

婚姻，乃一男一女，以終生的共同生活爲目的之要式的法律行爲。析言之。

一 婚姻，爲法律行爲。

法律行爲 (Rechtsgeschäft) 者，以欲發生私法上效力之意思表示爲要素之法律事實也。婚姻，爲法律事實之一種，而此法律事實，係以欲發生親屬法上夫妻關係之意思表示爲其構成要素，婚姻之爲法律行爲，實無可疑。

二 婚姻，爲要式的法律行爲。

法律行爲，有要式與非要式之別。必依一定方式，始能成立之法律行爲，曰要式的法律行爲 (Formelles Rechtsgeschäft)。反是，爲非要式的法律行爲 (Formfreies Rechtsgeschäft)。結婚須依公開之儀式爲之 (民法第九八二條)，其爲要式的法律行爲，自不待言。註一

三 婚姻，屬於法律行爲中之契約。

法律行爲，通常分爲契約 (Vertrag)、單獨行爲 (Einseltige Rechtsgeschäft) 及共同行爲 (Vereinbarungen)。婚姻則屬於契約之一種。蓋婚姻，係一男一女，以終生的共同生活爲目的之合意，故也。註二而此婚姻契約之成立要件及效力等，均詳定於親屬法，其爲親屬法上之契約，又屬當然。註三

四 婚姻契約之當事人，須爲一男一女。

通常之法律行爲，其當事人之爲男性女性，抑爲單數複數，原則上與法律行爲之成立無關。反之，婚姻契約之當事人，則以一男一女爲必要。蓋婚姻契約之效力，在創設夫妻關係，而以男女爲两性之生理的結合爲其基礎，故也。且此男女，尙須具備法律所定之資格（民法第九八〇條以下）。

五 婚姻契約，以一男一女終生的共同生活爲目的。關於此點，容後述之。

註一 法律行爲，以非要式爲原則，要式爲例外。但關於身分上之法律行爲，多屬要式行爲。婚姻即要式的法律行爲之一種。其不具備法定方式者，爲無效。（民法第九八八條）

註二 婚姻是否契約，頗有爭論。有謂婚姻是身分（*Status*），而不是契約者（屠景山著親屬法原理七一頁七二頁）。其說非是。蓋婚姻契約，就其目的上，當事人訂約能力上，訂約人數以及當事人相互的關係上觀察，雖與一般契約不甚相同，然其爲當事人間相互的意思表示之一致，則無區別。其爲契約，自無可疑。亦有謂婚姻爲法律行爲，而非契約者（牧野菊之助著日本親族法論二〇六頁二〇七頁穗積重遠著親族法大意六〇頁）。不知法律行爲不外契約單獨行爲及共同行爲之三種，婚姻既非單獨行爲，共同行爲，亦非契約，則婚姻爲法律行爲之說，殆無意味。

註三 契約，原有廣狹二義。狹義契約，專指以發生債權法上效力爲目的之合意而言。廣義契約，則凡以發生私法上效力爲目的之合意，皆屬之。法奧日本及瑞士等國民法所謂契約，概從狹義。德國學者 *Savigny* 氏主張：契約不獨以發生債權法上效力