

周
濟編著

中國民法婚姻論

臺灣商務印書館發行

周濟編著

中國民法婚姻論

臺灣商務印書館發行

中華民國六十五年五月初版

中國民法婚姻論 一冊

定價新臺幣十六元正

六 角

編著者 周 濟

發行者 臺灣商務印書館股份有限公司

印刷及發行所 臺灣商務印書館股份有限公司

臺北市重慶南路一段三十七號

登記證：局版臺業字第〇八三六號

版權所有
翻印必究

中國民法婚姻論

周濟編著

目錄

前言	一
第一章 總說	五
第一節 婚姻之概念	五
第二節 婚姻之變遷	六
第三節 婚姻之種類	七
第二章 婚姻約	一〇
第一節 婚姻約之意義	一〇
第二節 婚姻約之要件	一一
第三節 婚姻約之效力	一二
第四節 婚姻約之解除	一四
第五節 婚姻約不履行之責任	一七
第三章 結婚	一九
第一節 結婚之意義	一九
第二節 結婚之要件	二一

第三節	結婚之無效及撤銷	二六
第四節	無效及撤銷之效力	三六
第五節	損害賠償之責任	三六
第四章	婚姻之普通效力	三八
第一節	婚姻效力之概念	三八
第二節	夫妻在法律上之地位	三九
第三節	夫妻間之姓氏關係	四〇
第四節	夫妻間因維持共同生活而生之權利義務	四一
第五章	夫妻財產制	四五
第一節	夫妻財產制之概念	四五
第二節	法定財產制	四六
第三節	約定財產制	四八
第四節	非常法定財產制	五一
第五節	夫妻財產制契約之登記	五二
第六章	離婚	五三
第一節	離婚之概念	五三
第二節	兩願離婚	五四
第三節	判決離婚	五五

第四節	離婚之效力	五八
-----	-------	----

第七章	美滿的婚姻制度	六〇
-----	---------	----

第一節	厲行一夫一妻制	六〇
-----	---------	----

第二節	禁止買賣式婚姻	六一
-----	---------	----

第三節	劣種結婚之限制	六二
-----	---------	----

前言

一國的國民生活，常受其文化、思想和習俗的左右，國家的法令，又常隨國民生活而變遷。我國之社會組織及國民生活、思想、習俗，自二周以後，多受儒家思想的影響。夫婦的結構，家庭的倫次，無不爲中國的道統所左右。蓋五倫之道，造端夫婦，男女婚嫁，自古視爲大事，古之文獻多有載焉，對婚姻之重視，至今不改。近雖工商日盛，科學飛進，至而人類之足跡已踏上月球，然國之組織肇之於家之道，家由男女結合而成之理，並無改異。縱千萬年後，世間若有人類之存在，當不會無婚姻之制度。

觀夫我國史冊所載，國之組成，以宗法制度爲骨幹於農業社會中，家庭之組織，倫理次序，亦與近日者不同。略言之，與今日相異者，約有三焉：

一、爲男女地位之不平等，往昔女子入於夫家，只有義務，毫無權利。由「在家從父母，出嫁從丈夫，夫死從子」之言即可證之。

二、爲婚姻之方式，各地有異，婚嫁之節儀，雖多循往古舊制，然於禮節上實因各地習俗之不同而常有差異。

三、爲我往昔，行一夫多妻之制。於生活上事功上稍有成績，或因無子息便納姬妾。基於此因，所以婦女於家庭之中既無地位，彼此間之關係也極複雜，往往造成悲劇。今男女地位早達平等，北伐成功，南北統一後，在民法上，去除侍妾規定，貫徹一夫一妻制度，然於社會風習，仍存有一夫多妻之事實。

清光緒之季，完成民法制定，然中多承襲歐洲大陸法制之規定及精神。親屬繼承二篇，則不改我國舊日宗法之遺規。北伐統一後，復加修訂，封建舊規，多予刪除，內容極稱詳盡，然亦有與我風習傳統，社會之實際情形不合者，如夫妻財產制，及逆緣親結婚爲合法等均是。

現行民法親屬篇中婚姻一章，由婚約起至離婚止，中間復有婚姻的效力，及夫妻財產制之規定，至爲完備，成一完整之系統。學者有關婚姻之研究著作，亦均依此體系爲完整之論述。此爲我民法之沿襲及一般著述之情形也。

按一般對法律問題之研究，常不出三途：一、爲比較之研究。對一問題，常博採各國有關之法令，比較異同，辨其優劣，以闡明我國立法之意旨，及優劣何在，應否改進。二、爲註釋之研究，此者研究一法律問題，注意在立法之原意，文句之解釋，應用之要點，此種方法，利用實在，常收事功之效。三、爲對法令沿革變遷之研究，此種方法，重在比較古今法令的改變及演進，就此資料可以瞭解立法之原意及當時之社會制度，和民間習俗，對法令的制定常有極大的貢獻。

基上所述，本著之重點亦有三焉，茲述如后：

一、寫作之動機：婚姻爲家庭之開始，家庭又爲國家之基石，此乃不疑之論也。今則歐風東漸，工商日盛，由於事實上之改變，家庭組織，由數代同堂，叔伯共居之大家庭，演進爲夫妻子女共處之小家庭，男婚女嫁，關係於個人之幸福者較往昔至深尤重，故婚姻問題，竟成爲今日青年男女，不可忽視之法律常識。

二、本著之取捨：本著係就婚約、結婚、夫妻財產制、離婚四者分層言之。雖夫妻財產制舊日與我國家庭情形不盡符合；離婚一事，考我漢、唐、明、清諸律，亦有休妻，義絕諸條，然夫妻化離，

總非家庭生活之正常演進與幸福，但近二三十年間工商之盛，由於經濟之繁榮，財產制度，稅法規定日趨周密，家庭組織均爲小家庭制，婦女於社會之地位亦日趨獨立，故而夫妻財產制之規定及實用暨離婚程序內容幾成爲人人必備之知識，故本著分層列述，不敢有所取捨焉。

三、寫作之體例：凡法令之制訂，實以社會需要與民間風習爲動力，婚姻一章，蓋尤甚焉。故本文敘述，重在婚制的沿革、風俗的異同、財產之歸屬、離婚之程序，並述以一美滿婚姻之依皈，進而研究現行立法之意旨，取其因革相沿，脉絡一貫，何優何劣，不言自明，不祇爲法令研究之紀錄，且可供青年男女之參考。至於研究方法，則比較與申論互爲之用，學理事實兩均顧及，期能收重夫婦之道端風習之效也。

周 濟

敬書於臺中

於中除其最惡之六淫諸病之型。其最惡者。一氣鬱。二血鬱。三痰鬱。四火鬱。五濕鬱。六水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

六鬱之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

六鬱之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

六鬱之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

六鬱之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

六鬱之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

六鬱之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

六鬱之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

且曰。人身之病。其起也。由於氣鬱。氣鬱則血鬱。血鬱則痰鬱。痰鬱則火鬱。火鬱則濕鬱。濕鬱則水鬱。此六者。乃人身之病。而六淫之病。亦不外乎此。故欲治六淫之病。必先治六鬱之病。此乃治病之根本也。

中國民法婚姻論

第一章 總說

第一節 婚姻之概念

就社會學觀之，婚姻之制度，實爲家庭制度下之產物，而家庭制度之起源，以我國言，可遠溯於伏羲時代，推之爲漁獵時代之開始，白虎通德論有云：「古之時，未有三綱六紀，人民但知有母，不知有父，能覆前而不能覆後，臥之詰詰，起之吁吁，飢則求食，飽則棄餘，茹毛飲血，而衣皮革，於是伏羲仰觀象於天，俯察法於地，因夫婦，正五行，始完人道」。不過此時雖有了家庭組織，但婚姻之禮未備，血胤相續，咸以女而不以男，所謂母系社會是也。故稽之古籍，上古帝王，大抵從母得姓，神農、黃帝，同爲少典之後，而神農姓姜，黃帝姓姬，是則以母姓之不同故耳。又伏羲之姓爲風，而女媧氏之姓亦爲風，是則爲女媧之母爲伏羲之同出一源也。因古人從母而得姓，故姓字从女从生，古姓如姜、姬、姑、姚、嬀、嬪、嬖、嬖、媒等，皆从女字，然以農業漸興，由於體力關係，漸由女性中心社會成爲由男性代之，然尙並無明確之制度。迨西周建立，周公攝政，制禮作樂，禮則有：冠、婚、喪、祭、鄉飲酒、相見等六禮（見周禮王制疏），婚禮遂定，並確定了男性社會之家庭組織，易曰：「造端乎夫婦」，蓋以夫婦爲人倫之始，三綱六紀之源，由是父系社會代之而興，但由於農業社會之需要人力，而造成了我國之一夫多妻制，男性之地位日高，女性地位日低之不平等現象，

此種現象竟與帝制並行，維持了三四千年之久。迨民國成立，自由平等高唱，民法新定，基於男女平等之觀念，始了解婚姻乃兩性間以發生法律上夫妻關係爲目的，所爲之共同生活之結合也。對此結合所締結之預約，謂之婚約；其正式締結之結合契約之行爲則稱曰結婚。婚姻制度雖爲歷來法制上所承認，而近代竟有反對之意見。究其根據之理由，不外四點：①婚姻制度係兩性間之獨佔制，爲歷史上之制度與自然法則不合；②有婚姻則有室家之累，易使人類顧私而忘公；③婚姻當事人雙方均負有貞操上義務，其結果將使世界人口減少；④婚姻締結後，即應受法律上之拘束，是使兩性間愛情之結合無法自由發展。此種立論，係欲溯及以往人類之史蹟，及唯物上之功利觀念，所加之論斷，實屬謬誤，蓋夫妻之結合，實基於雙方之情感，當事人之本意，原在維持其結合上之恒久性及秩序性，非有婚姻制度，則此目的不能達到。縱欲廢除之，而勢亦不可能也。

第二節 婚姻之變遷

婚姻之變遷，因地不同，因時亦異，據學者之考察，多謂其變遷情況，依觀察點之不同，約可分爲左列三端：

一、自婚姻人數上言之：通說均謂由亂婚進於定婚，定婚之中，復由團體婚進於個別婚，而個別婚之中，則一夫多妻婚或一妻多夫婚，進而至於現在之一夫一妻婚。此種論斷，雖徵諸各國歷史，未必皆然，然其大體之演進，固不出此範圍也。

二、自婚姻方法上言之：通說多謂由掠奪婚進於有償婚，由有償婚進於聘娶婚，由聘娶婚再進於現在之共諾婚。此種考據，亦不過表示歷史上曾有此等掠奪有償之方法存在而已，實則男女結合，基

於感情，在古代之婚姻史上，固仍以共諾爲原則也。又聘娶婚，吾國行之最久，此制乃係改良掠奪有償之方法而產生，則實無可諱言者也。

三、自婚姻目的上言之：通說多謂由種族蕃殖人口之目的，進而爲一家延綿嗣續之目的，再進而爲兩性間圖謀共同生活之目的。此種論斷亦不能爲完全允當。蓋婚姻制度，就當事人方面言，自古迄今，固以營共同生活爲目的，否則與雙方結合係基於情感之性質不容。特國家利用婚制之目的，則因其所採之政策不同，其進展上即不能一致。在部落時代，多係利用婚制，以爲獎勵男子從事公務之工具，在封建時代，則係利用婚制，以爲蕃殖種族之方法，直至近世，始能顧及當事人圖謀共同生活之目的，以爲立法耳。

第三節 婚姻之種類

婚姻因其觀察標準之不同，得形成左列之分類，茲彙述如次：

一、初婚與再婚：男女初次結婚者，謂之初婚；於前婚消滅後而再結婚者，謂之再婚。再婚爲姻親關係消滅之原因。（民法九七一條）我民法上對於再婚，雖不禁止，但原則上須與前婚，有一定時間之距離，否則對其婚姻，得撤銷之。（民法九八七條九九四條）。

二、單婚與重婚：未婚或前婚消滅後，而爲一夫一妻之結合者，謂之單婚；有配偶而重爲婚姻，或同時與二人以上結婚者，謂之重婚。我民法上採取一夫一妻制，雖許再婚，但禁重婚，對重婚之本身，除負刑責外，得加以撤銷，（民法九八五條九九二條）對於前婚，並得以之爲離婚之原因。（民法二〇五二條）。

三、法律婚與事實婚：在法律上承認有效之婚姻，謂之法律婚，其未具備婚姻要件，而社會上認為有婚姻事實者，謂之事實婚。事實婚在吾國社會上所承認者，約有下列四種。

(1) 納妾：妾制為吾國一向法制所承認，即舊日大理院之判解亦然（註一），但現行民法，因其擾亂婚姻制度，且卑視女性人格，已予廢止。妾與事實上之夫方，既無配偶關係，亦無其他親屬關係。且其正式配偶，並得因納妾事實，援用民法第一千零五十二條二款與人通姦之規定，請求離婚（註二）。但妾對夫方，多係以永久共同生活為目的而同居一家，且係受家長繼續扶養之人，故在親屬上仍得視為家屬之一員，（民法一一二條三項）對於家長，發生扶養關係。（民法一一一四條四款）在繼承法上，於家長死亡後，亦得請求酌給遺產。（民法一一四九條）（註三）。

(2) 姘居：一稱姘度，其未具備法定婚姻要件，與納妾同，但並未約定女方以妾之地位而結合，則又與納妾異。此種結合，事實上極易發生，在社會上亦多以正式配偶視之。特在法律上除因有永久同居事實，得以家屬或繼續被扶養人之資格請求扶養或酌給遺產外（民法一一一四條一一四九條）並不能發生其他身份關係也（註四）。又當事人對於此種結合多有誤信其已成爲正式配偶者，如其未具備之法定要件，可以補正時，當然可請求對方加以補正，否則亦可援用婚約之規定，維護自己之利益。（參照民法九七七條至九七九條）。

(3) 童養媳：即媳幼未能成婚而就養於夫家者是也。此在舊律上認為一入夫家，與正式結婚相同，能與夫家發生妻之身份關係，即社會上一般之觀念亦然。但現行民法上，祇能認為發生家屬關係，既未結婚，不能發生配偶關係也。

(4) 過門守貞：一稱女身守志，即有婚約之女方，因未婚夫之死亡，而入於夫家為其守貞之謂也。

在舊律及昔日社會上之觀念，因尊重女方之節義，均認為因入夫家，即取得妻之身份，但在現行民法上，亦祇能發生家屬關係，不能發生配偶關係。

四、順緣婚與逆緣婚：姊死娶妹，妹死娶姊者，謂之順緣婚；兄死娶嫂，弟死娶弟婦者，謂之逆緣婚。順緣婚在英國法上曾加以禁止，但現在一般立法例，則皆認其有效，即我國舊律及現行民法亦然。至於逆緣婚，據現行立法多不禁止。我國民法第九八三條第一項第二款，雖規定旁系姻親之輩分不相同者，不得結婚，弟之與嫂，兄之與弟婦，乃輩分相同之旁系姻親，故依該條之解釋，亦不在禁止之列，司法院對此，曾著有認為有效之解釋例（註五）。但清律則因其有亂倫紀，懸為禁例（註六）。自吾國一般之道德觀念言，此種婚姻，在民法上實亦有禁止之必要也。

註一：妾與家長名分之成立，須其家長有認該女為自己正妻以外之配偶，而列為家屬之意思，在妾之方面，則須有入其家長之家，為次於正妻地位之眷屬之合意始得認為法律上之妾，若僅男女有曖昧同居之關係，自難認其有家長與妾之名分（七年上字一八六號）。

註二：最高法院二十二年再字第五號判決，謂：「凡納妾在民法親屬編施行後，而未得妻之明認或默認，均構成離婚之原因。」又二十三年上字第二五一八號判決，亦謂：「妾之制度，於民法親屬編施行後，業經廢止，若妻因夫在民法親屬編施行後納妾，而據為請求離婚之理由，於法自屬相符」。

註三：參照司法院二十一年院字七三五號解釋。最高法院二十二年上字五二九號、二五九六號、二十三年上字二九六四號判決。

註四：參照大理院十五年上字二二四號最高法院二十一年上字一〇七號判決。

註五：參照司法院二十一年院字八二八號解釋。

註六：參照前清律娶親屬妻妾條例：「兄亡收嫂，弟亡收弟婦者，各絞」。

第二章 婚 約

第一節 婚約之意義

婚約者，異性間以將來結婚爲目的，所締結之預約也。

一、婚約之性質爲預約，婚約係以將來結婚爲目的之約定，故其自身，非正式結婚契約，亦非結婚契約之一部份，乃結婚前之一獨立預約也。惟通常預約，有雙方預約及一方預約兩種，而婚約則以雙方將來共同結婚爲內容，祇能構成雙方預約。婚約當事人，雖不能因有婚約，即取得任何身分，然其約定之目的，既在創設將來之夫妻關係，故與發生財產關係之債權或物權契約不同，應爲一種身分契約。至關於債權契約之規定，應否類推適用，我民法上雖無如瑞士民法，一般契約，得準用債權契約之成立、履行及解除之明文（參照瑞民七條），然其規定之方式，既完全與瑞民相同，亦係以一般契約適用之原則，規定於債編中者，是其解釋上，苟爲婚約之性質所許可者，當然仍應類推適用債權契約規定也。又前清律定婚約爲要式行爲，非寫立婚書，收受聘禮，不能認爲有效（註一）。大理院之判解從之（註二）。現行民法則依德民法之例，定爲非要式行爲，其約定上之一致表示，並不必履行任何之方式也。

二、婚約之標的在發生雙方將來結婚之權利義務，故與正式結婚，在發生雙方之夫妻間權利義務者，固屬不同，即與通常姘居，在發生雙方之同居關係者，亦復異致。但婚約之成立不必有明示之一致，故在姘居中，如當事人有期待將來得爲正式結婚，或誤信其已成爲正式結婚者，仍應認爲有婚約之存在，得適用婚約之規定，以主張權利，又將來結婚，雖爲婚約所期待之效果，然結婚則非以先有

婚約爲必要，故婚約僅爲結婚前之準備行爲，而非其成立必須具備之要件也。

三、婚約之當事人爲將來結婚之男女雙方，故其雙方當事者，皆爲特定人，若妄冒他人名義而締結婚約者，應解爲其婚約上欠缺主觀之一致，根本尚未成立。不能依前清律或舊日大理院之判決，認爲其婚約，對被妄冒之人，仍屬有效或僅得爲其婚約撤銷上之理由也（註三）。又據大理院之認定，婚約除當事人外，尙須有媒妁之參加，始能有效，而現行民法，則並不以此爲其生效要件。

第二節 婚約之要件

婚約之要件，據民法之規定，可分述如次：

一、須由當事人自行訂定：婚約爲本身契約，不能適用代理制度。民法鑑於我國舊日習慣，婚約向以尊親屬代爲訂立，恐解釋上易滋疑義，故於九百七十二條中，特以明文規定，婚約應由當事人自行訂定。非自行訂定者，應解爲當事人間無一致之意思表示，其婚約尙未成立。不能誤認爲係無權代理關係，當適用民法第七十一條之規定而謂其婚約爲無效也（註四）。又此項成立要件，據施行法第四條之規定，於親屬法施行前之婚約並適用之。

二、須當事人已達一定年齡：婚約既須由當事人自行訂立，苟未達相當年齡，則判斷能力，或欠週全，故民法於第九百七十三條，規定婚約之最低年齡，即男未滿十七歲，女未滿十五歲者不得訂定婚約是也。違反本條之規定者，應類推適用民法第九百八十九條，關於違反結婚年齡之規定，原則上當事人或其法定代理人，得向法院請求撤銷其婚約，但當事人如已達本條所定之年齡者，則不得再請求撤銷。