

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

東亞區域法律繼受與法律發展

東亞各國婚姻法之繼受與發展

計畫類別：整合型計畫

計畫編號：NSC89-2420-H-002-001-S6

執行期間：88年8月1日至89年7月31日

計畫主持人：黃宗樂

執行單位：國立台灣大學法律學系

中華民國 92 年 1 月 13 日

東亞各國婚姻法之繼受與發展

目 次

序 言

第一篇 近代日本、中國、台灣、韓國親屬繼承法之繼受與變遷

第一章 日本親屬繼承法之繼受與變遷

壹 明治民法典之編纂

- 一 編纂經過
- 二 日本舊民法
- 三 民法典論爭
- 四 明治民法

貳 民法制定後之修正

- 一 臨時法制審議會與改正要綱
- 二 戰後改正之經過
 - (一) 憲法草案與民法改正要綱
 - (二) 民法應急措置法
 - (三) 新法(戰後改正法)

第二章 中國親屬繼承法之繼受與變遷

- 壹 大清民律草案之編纂
- 貳 第二次民法草案之編纂
- 參 民法之編纂及頒行
- 肆 歷次民法親屬編草案與民法親屬編之比較
- 伍 歷次民法繼承編草案與民法繼承編之比較
- 陸 民國親屬繼承法之特色
- 柒 民法之施行
- 捌 一九五〇年中共婚姻法之編纂及特色
- 玖 一九八〇年中共婚姻法之編纂及特色
- 拾 一九八五年中共繼承法之編纂及特色
- 拾壹 一九九一年中共收養法之編纂及特色

第三章 台灣親屬繼承法之繼受與變遷

- 壹 清治時期台灣親屬繼承法
- 貳 日治時期台灣親屬繼承法

- 參 民國民法親屬繼承編施行於台灣
- 肆 一九八五年民國民法親屬繼承編之修正
- 伍 一九九六年民國民法親屬編之修正
- 陸 一九九八年民國民法親屬編之修正

第四章 韓國親屬繼承法之變遷

- 壹 李朝時代
- 貳 日政時代
- 參 軍政時代
- 肆 大韓民國政府成立以後現行民法施行前之間
- 伍 韓國親屬繼承法之成立
- 陸 韓國親屬繼承法之特色
- 柒 韓國親屬繼承法第一次修正
- 捌 韓國親屬繼承法第二次修正
 - 一 修正代案之提案理由
 - 二 修正代案之主要內容
 - 三 此次修正之內容

第二篇 近代日本、韓國、中國、台灣婚姻法發展與相互影響

第一章 各國之婚姻法小史

- 壹 中國婚姻法小史
- 貳 日本婚姻法小史
- 參 韓國婚姻法小史
- 肆 台灣婚姻法小史

第二章 關於婚約

- 壹 日本民法
- 貳 民國民法
- 參 韓國民法

第三章 關於結婚之要件

- 壹 結婚之實質要件
 - 一 結婚意思
 - 二 結婚適齡
 - 三 結婚同意
 - 四 近親結婚之禁止

- 五 重婚之禁止
- 六 相姦婚之禁止
- 七 再婚禁止期間
- 貳 結婚之形式要件
- 第四章 關於結婚之無效與撤銷
 - 壹 結婚之無效
 - 一 無效之原因及效果
 - 二 比較與檢討
 - 貳 結婚之撤銷
 - 一 撤銷之原因、方法及效力
 - 二 比較與檢討
- 第五章 入夫婚姻、壻養子婚姻
 - 壹 日本民法
 - 貳 韓國民法
 - 參 民國民法
- 第六章 婚姻之普通效力
 - 壹 各國民法之規定
 - 一 日本民法
 - 二 韓國民法
 - 三 民國民法
 - 貳 比較與檢討
 - 一 夫妻之稱姓
 - 二 夫妻之居所
 - 三 結婚成年制
 - 四 日常家務代理權
 - 五 契約撤銷權
- 第七章 關於夫妻財產制
 - 壹 三國舊制
 - 貳 日本
 - 一 明治初期民法草案之夫妻財產制
 - 二 舊民法、明治民法之夫妻財產制
 - 三 臨時法制審議會「民法改正要綱」之夫妻財產制

- 四 戰後日本民法之夫妻財產制
- 參 民國
 - 一 大清民律草案（第一次民律草案）
 - 二 大理院判例
 - 三 民國民律草案（第二次民律草案）
 - 四 民國民法
- 肆 台灣
 - 一 日治時代
 - 二 民國時代
- 伍 韓國
- 陸 比較與檢討
- 第八章 關於離婚
 - 壹 各國之離婚法小史
 - 一 中國離婚法小史
 - 二 日本離婚法小史
 - 三 韓國離婚法小史
 - 四 台灣離婚法小史
 - 貳 協議離婚
 - 一 各國民法之規定
 - 二 比較與檢討
 - 參 裁判離婚
 - 一 各國民法之規定
 - 二 比較與檢討
 - 肆 離婚之效果
 - 一 子女之監護、離婚給付
 - 二 會面交往權
- 結 語
- 附 錄
 - 一 日本民法親族編婚姻章（戰前）
 - 二 日本民法親族編婚姻章（戰後）
 - 三 韓國民法親族編婚姻章
 - 四 韓國民法親族相續編の改正內容

序 言

韓國、日本在近代化以前，具體而言，在西方先進文化入侵，法文化亦繼受西方近代法文化以前，深受中國固有文化，從而，固有法文化之影響。

茲以日本學者田中周友著《世界法史概說》之敘述為證。田中教授於同書〈日本法系〉中來述說¹：

於記紀²出現的傳說，已受到中國思想的影響，日本純固有文化，從而，純固有法證明餘地不足。蓋，在上古，漢、六朝文化以朝鮮為媒介被移入日本，此際，神功皇后之三韓征伐具有劃時代的意義。日本社會因中國儒教、佛教或道教諸思想之移入而獲能進展。在固有文字尚未發生期間，大陸先進文化入侵，原有的文化處於被壓倒的關係。

自大化革新（六四六年）以降約三百年間為律令法時代，其間，大規模繼受中國法而陸續制定律令法。其中最具代表性者，文武大寶一年（七〇一年）制定、翌年公布「大寶律令」，至天平勝寶九年（七五七年）有效力；其後元正養老二年（七一八年）制定「養老律令」，自天平勝寶九年（七五七年）施行。此養老律令大體踏襲大寶律令。此律令一方面直接繼受唐律令，一方面為適應日本社會而加以變更，律與唐律幾乎相同，但令則大幅變更（例如，官制，在唐令為三省六部一臺九寺六監；在日本則改為二官八省，縮小規模凡二分之一）。

田中教授於同書〈中國法系〉中述說³：

中國法於進入與隋代同稱為「律令制國家」之唐代，法制粲然大備，其律令格式對中國後代法制影響極大，同時對周邊後進法文化占有母法的地位。宋、元法於其形式、內容幾乎原封不動繼受唐法。

及至明代，其法並非唐法之單純的繼受，雖仍不免受唐法之影響，然發揮明法文化自己之特色，形成、展開獨自之形式與內容。明法對清法強力影響，尤其清律無非是明律的繼承者。明法對於周圍之文化圈所生影響頗為顯著，對於朝鮮、日本之母法的地位甚大，宛如唐法使日本王朝時代出現律令法時代一樣，明法成為自德川時代起至明治初年止日本近代法及法學之母胎。

唐法占有作為近代中國法之母法之主導的地位，唐之法文化在時代上及地域上所及之影響絕大。一方面，在時代上，給予宋元以降之中國法以基準，他方面，在地域上，在中國本部立國的宋、元、遼、金、明、清固勿論，即屬於周邊後進文化圈之日本以及渤海、新羅、西域、南海諸域亦加以繼受，其結果，對於此等所謂小唐國的小唐法，作為大唐國的大唐法而取得母法的地位，發揮高度的重要性。

唐高宗永徽二年（六五一年）制定「永徽律令格式」。在日本，繼受唐法，屢次制定律令，稱為律令法時代者，乃七世紀後半起至八世紀前半止之時期，而成爲日本法直接之母法者，無非是七世紀中葉成立的此永徽律令格式。

明太祖洪武三〇年（一三九七年）之大明律即「洪武三十年律」乃面目一新之劃時代的立法。明律在體系內容之點從唐律者不少，在精神上汲取唐律者亦多，固不待言，但另一方面亦不能否定受到元律的影響。此大明律（洪武三十年律），以其原貌流傳至今日，與唐律並爲中國之最重要之二大法典之一。大明律除對內到清末爲止凡五五〇年發揮強大的影響力外，對外並傳到朝鮮（李朝）、安南及德川時代以降之日本，明治之「新律綱領」⁴主要即是繼受大明律者。

由上述可知，曩昔日本法、韓國法係繼受中國固有法，中國固有法爲日本法、韓國法之母法。

近世，西方先進文化入侵東方，日本、中國均受到西方列強不平等條約的束縛，尤其中國更飽受西方列強以及日本帝國的侵略。

日本明治政府對內爲富國強兵，對外爲廢除不平等條約，銳意西化，變法圖強。明治維新（一八六七年）以降，積極全面繼受西方歐陸法，制定公法、私法各領域之法典，先整備公法典，繼而編纂私法典。自法之內容觀之，則首先繼受法國法，繼而繼受德國法。

一八七三年聘請法國巴黎大學教授寶索納德（Gustave Emile Boissonade）爲日本政府法律顧問，首先編纂、公布刑法典（所謂「舊刑法」）及相當於刑事訴訟法之治罪法（一八八〇年），於一八八二年施行。此舊刑法係以居近代刑法之魁首的法國刑法（一八一〇年拿破崙刑法）爲藍本，迄於現行刑法典施行（一九〇七年）有效力。而治罪法受法國法之影響亦特別強大，本法施行八年後被刑事訴訟法所取代。接著，以私法統一與廢除不平等條約爲目的著手編纂民法典，一八九七年寶索納德已草成民法草案，約十年後完成民法典（所謂「舊民法」），於一八九〇年公布，預定於一八九三年施行。舊民法體系、內容全體繼受法國民法（拿破崙民法）之大法典。嗣因法典論爭，舊民法終未施行（詳見後述）。

在一八八〇年代，法之繼受已從法國法逐漸轉向德國法，憲法及商法、民法之起草，德國法之繼受均極爲濃厚。憲法（所謂「明治憲法」）參酌德國系憲法尤其一八四八年普魯士憲法理念之點頗多，德國學者羅耶斯勒（Karl Friedrich Hermann Roesler）參與草案之作成。此欽定憲法（「大日本帝國憲法」）於一八八九年公布，翌年十一月二九日施行，迄於「日本國憲法」施行（一九四七年五月三日），爲日本之根本法。商法（所謂「舊商法」）係以德國商法爲模範，羅耶斯勒起草草案（一八八一年），經慎重審議後，於一八九〇年公布，但與舊民法一樣施行延期，惟因急需實施，自一八九三年七月一日一部施行，接著於一八九九年制定、施行新商法典。

至於民法，舊民法被擱置後，終未施行，一八九三年重新開始編纂，擷取德國、

法國之大陸法精華之新法典遂於一八九六年(第一編第二編第三編)、一八九八年(第四編第五編)告成。本法典除斟酌日本固有法之身分法外，主要係以爲近代民法典之翹楚的德國民法第一草案爲藍本，在體系上亦捨棄舊民法所採用的法國民法之羅馬式編別法(Institutions System)，而依據德國普通法式編別法(Pandekten System)。其他，刑事訴訟法(舊刑事訴訟法)於一八九〇年公布、施行；民事訴訟法(舊民事訴訟法)於一八九〇年公布，翌年施行。兩法亦均以德國法爲模範。

日本明治維新，變法圖強，「脫亞入歐」，獲致極其驚人之成就。自一八九四年年起陸續廢除舊不平等條約及領事裁判權，重新締結平等條約，而於一八九九年完全實現⁵。一八九四年甲午之役，清國大敗，與日議和，簽訂「馬關條約」，清廷承認朝鮮獨立(其實是將朝鮮置於日本統治之下)，將遼東半島、台灣、澎湖割讓給日本，向日本賠款二億萬兩等等(嗣因俄、法、德「三國干涉」，以增加三千萬兩爲交換條件，將遼東半島歸還清國)。一八九五年六月一七日，台灣總督府在台北舉行始政式，開啓對於台灣之殖民統治。一九〇四年至一九〇五年日俄戰爭，俄國戰敗，美國總統羅斯福(Theodore Roosevelt)出面調停，於美國朴次茅斯訂立和約，俄國承認日本爲朝鮮之宗主國、對旅順、大連之租借權、對長春以南之鐵路及其附屬地之權利等等。一九一〇年八月二九日，依日韓合併條約，日本合併韓國，改稱朝鮮，設朝鮮總督府，統治整個朝鮮半島。日本終於成爲東方唯一擁有廣大殖民地的帝國。

反觀中國，自鴉片戰爭以後，國際地位頹退，尤其經甲午戰爭一役之後，國運一蹶不振。滿清政府專制腐敗，未如日本明治政府，積極推動近代化，變法圖強，結果非但淪爲黃昏帝國，最後甚至走上滅亡的命運。

近代中國在西方強勢文化入侵之下，立法運動遂應運而生。此立法運動，萌芽於甲午戰爭之後，而盛行於清末。日俄戰爭之後，當時所謂士大夫認定日本以蕞爾小國竟能戰勝大國，咸歸功於日本立憲之結果，深信專制國家必難圖強，於是「頒布憲法」、「召集國會」已成爲一般知識階級之願望⁶。清光緒三四年(一九〇八年)，「憲政編查館」制定「憲法大綱」，實爲中國最初的憲法草案。此憲法大綱之內容，幾乎全部直接採用日本明治憲法。它純然爲官僚之產物，毫無人民代表之參與，而其制定目的，僅爲確立將來制定憲法之準則，並未定期頒行。其後宣統三年(一九一一年)頒布「十九信條」，改採取英國憲法之精神，採用「虛君共和」，實行責任內閣制，惟未幾清室已覆亡。

光緒三二年(一九〇六年)，清廷聘用日本法學博士岡田朝太郎起草新刑律。岡田氏參酌各國刑法，折衷歷朝舊制，於光緒三四年告成，就中國刑制大加革新。宣統元年(一九〇九年)作爲暫行章程頒布。民國肇造，新刑律經司法部酌加刪改，呈請頒行，名爲暫行新刑律。

光緒三二年，清廷更延聘日本大審院判事法學士松岡義正擔任起草民律。總則、債權、物權前三編由松岡氏起草，親屬、繼承後二編因「關涉禮教」，特會商禮學館進行起草工作，親屬編由朱獻文、章宗元主其事；繼承編則由高種和、陳籙主其事，

均於宣統三年告成，即所謂大清民律草案，實為中國第一次之民法草案。此草案採用歐陸最新立法例，前三編全以德、日、瑞三國之民法為模範，後二編則大致採用舊律。

中國以往並無商法，自海禁大開，中西商業日臻發達，光緒二九年（一九〇三年）乃有大清商律之編纂，是為中國商法典之始。其後光緒三四年復聘請日人法學博士志田鈿太郎起草商律，惟印行於世者僅商總則及商行為兩編而已。此二編均深受德、日商法之影響。迨宣統二年，農工商部提出大清商律草案於資政院，惟未及議決，即歸廢棄。

一九一一年辛亥革命成功，翌年元旦中華民國開國。民國法律亦率皆仿倣歐陸、日本之近代法制。歷史顯示，日本自一八六七年以降，積極全面採用西方歐陸法後，一躍而成為法文化先進國家，連千餘年來一直為日本法之原鄉之中國亦反過來向她取經、學習。關於近代中國法與日本法之關係，筆者曾指出：「(1)清末光緒變法，主要由於中日甲午戰爭及日俄戰爭之刺激。識者認為日本以蕞爾小國竟能戰勝大國，乃歸功於日本繼受歐陸近代法制之結果。因此清末法典編纂，清廷特別聘請日本法學家岡田朝太郎、松岡義正、志田鈿太郎等為顧問，草擬刑律、民律、商律及其他法典。(2)國民政府編纂法典，雖謂以三民主義為最高指導原則，實則大多倣照歐陸、日本最新立法例而制定者。尤其關於法律用語，多從日本之逐譯，而法學之研究，受日本影響亦最深。」⁷

尤有甚者，台灣被日本統治之五十年間、朝鮮被日本統治之三十五年間，台灣與朝鮮之法制均受日本之指導與支配，除台灣總督、朝鮮總督所發布之具有法律效力之命令（在台灣稱為律令，在朝鮮稱為制令）外，許多日本內地法律亦依用或施行於台灣及朝鮮，縱謂：日本對台灣、朝鮮等殖民地為高壓統治之同時，並積極推動台灣、朝鮮法制的近代化，終於奠定了台灣、朝鮮近代化的基礎，亦不過言。日本法對於台灣、朝鮮之影響可謂至為強大、深遠。⁸

註：

1. 田中周友著《世界法史概說》三八三頁、三八五頁（有信堂，昭和三二年五月）。
2. 筆者按：記紀指《古事記》與《日本書紀》，均為日本歷史書。前者七一二年告成，共三卷。上卷神代之物語、中卷神武天皇至應神天皇之記事、下卷仁德天皇至推古天皇之記事，係現存日本最古老的歷史書，述說天皇統治之由來與王權統治下國家發展之歷史；後者七二〇年告成，係倣倣漢書、後漢書等中國正史，以「日本書」為目的之日本最初的敕撰歷史書。共三十卷，舍人親王等所撰。將神代天皇至持統天皇之歷史，除帝紀、舊辭外，利用諸氏之紀錄、寺院之緣起、朝鮮方面資料等，以漢文、編年體記述而成者。
3. 田中，前揭書三二七頁、三三四頁、三三六頁、三四五頁。

4. 日本明治新政府最初尚無暇編纂新法典，明治三年(一八七〇年)制定、公布「新律綱領」。本法以明律、清律為模範，並參考江戶幕府之制度，在寬刑方針下草成者，乃當時復古主義之產物，與將之補充之「改定律例」(一八七三年)，均適用至舊刑法施行時(一八八二年)。
5. 中國百年來列強之領事裁判權，遲至民國三二年(一九四三年)一月一日，中國與英、美等國簽訂平等新約，才廢除之。
6. 楊幼炯著《近代中國立法史》(增訂本)三頁(台灣商務印書館，民國五五年九月台增訂一版)。
7. 拙稿〈近百年臺灣法制研究之特殊意義〉《台灣法制一百年論文集》七頁(台灣法學會，一九九六年一月)。
8. 關於台灣部分，請參閱拙稿〈日本時代台灣法制的發展〉輔仁法學一七期1頁以下(民國八七年)。

第一篇 近代日本、中國、台灣、韓國親屬繼承法之繼受與變遷

第一章 日本親屬繼承法之繼受與變遷

壹 明治民法典之編纂

一 編纂經過

日本從來關於私法乃不文法國家。明治一三年（一八八〇年）《全國民事慣例類集》之序文亦謂「本邦自古無民事之法律書」。明治維新政府，對外以廢除不平等條約為急務，對內以振興產業富國強兵為急務。為此，法典編纂遂成為明治政府最大事業之一。而民法典之編纂與廢除不平等條約及振興產業有直接密切關係，因此民法典之編纂事業尤為明治維新政府積極致力之所在。

在民法典編纂過程中，財產法部門繼受近代西方市民法原理殆無爭議，惟身分法部門因關涉日本所謂古來之淳風美俗尤其固有家制，以致就是否仿照西洋法，爭論迭起，歷程極其紆迴曲折。良以，「家族」觀念亦為一意識形態。近世，夫妻平等、離婚自由等蔚為政治口號，社會變動、政治變革常隨伴家族意識型態之改變，並如實反映於法律上，法國革命、俄國革命等不勝枚舉。日本民法典之編纂亦招致家族意識形態之對立，歷經錯綜複雜之過程，明治民法成立後，家族意識形態亦常成為議論之焦點，並促使法律之修正。

日本法典之編纂始於民法典，日本民法典之編纂最初繼受法國民法。

明治二年（一八六九年）幕府之原外國奉行栗本安藝守鋤雲之「曉窗追錄」刊行，拿破崙法典之一部分介紹於日本。彼讚嘆拿破崙法典為「誠為空前絕後」之政令。¹

明治三年 九月，江藤新平於太政官（明治政府初期之最高官廳）制度局設置民法會議，開始民法編纂事業。

明治四年 七月太政官改制，太政官制度局併入左院（由官選議員組成之立法審議機關），八月江藤新平被任命為左院副院長，於左院設民法會議，繼續推動民法編纂事業。

箕作麟祥被委託翻譯法國民法²。彼將 *droits civils*（私權）之法文譯為「民權」，當時「士民」（士族與平民）有別，於是在民法會議被抨擊「稱民有權者，為何事」，箕作雖極力解釋，然與會者如何也不了解，最後江藤會長謂：「求生不得求死不能，姑且置之，他日必有活用之時」，始勉勉強強於明治四年八月通過「民法決議」七九條，相當於法國民法第一卷私權之享有喪失及第二卷身分證明之部分³，此為日本最

初之民法草案。江藤當法國民法等之翻譯時，催促箕作「誤譯亦無妨，但請速譯」，鼓勵「寫有法國民法者可改寫為日本民法，立即頒布之」。⁴

明治四年 八月設置司法省，翌五年四月江藤新平被任命為首任之司法卿。

明治五年 四月至七月，司法省明法寮（亦稱司法省法學校）編纂民法草案，作成稱為「皇國民法假規則」之大法典，共一〇八五條，乃日本最初之綜合民法典草案。財產法模倣法國民法而予以精簡，身分法則納入以戶主權與長子單獨繼承制為支柱之家父長制的要素。本草案之內容大致為後來之左院民法草案所承繼，又最初表現後來之舊民法、明治民法之骨骼，而有極其重要之意義。

明治五年 一〇月江藤司法卿開設司法省民法會議，在法國人布斯克（Georges Bousquet）、紀·布斯克（Albert Charles Du Bousquet）參與下，以皇國民法假規則及箕作譯法國民法為基礎進行審議，翌六年三月完成「民法假規則」八八條，採用法國民法之身分證書制度，嗣因江藤失勢而未至實施。

明治五年 江藤轉任司法卿後，左院接續太政官制度局之事務，重新檢討皇國民法假規則，翌六年九月作成民法草案，本草案之特色為「參考我習慣法、習俗法者頗多」。

明治六年 一〇月，江藤調任太政官參議，大木喬任接任司法卿，於司法省設置民法編纂課，繼續法典編纂事業，但迄於明治九年並無何進展。江藤其後因征韓論敗北而失勢。

明治九年 六月大木司法卿命箕作麟祥與牟田口通照起草民法草案。

明治一一年 四月，箕作與牟田口完成民法各編草案，共一八二〇條，稱為「明治十一年民法草案」。然此僅為法國民法之直譯（所謂「描摹民法」），大木司法卿謂「如翻譯外國書直接施行於我民，決不可取」，而未採用。

明治一二年 三月，大木司法卿命司法省法律顧問法國民法學者寶索納德（Gustav Emile Biossonade）起草民法草案。

明治九～一三年 大木司法卿為提供民法編纂材料，特派遣巡迴委員到全國各地方「採錄有關民間慣行之成例而類集之」，除「採拾民間現行之慣例」外，亦併記幕末之舊慣例，又無關權利義務之單純的土俗亦擇要載入，結果編成《民事慣例類集》，一〇年五月司法省刊行，其後增補追錄編成《全國民事慣例類集》，一三年七月司法省刊行。

明治一三年 四月，大木擔任元老院議長，於元老院設置民法編纂局，自己擔任總裁，積極展開民法編纂事業。財產法必須依據泰西主義而委由寶索納德起草，寶索納德主要參考法國民法，間亦留意學說、判例之推移、演變，更加進他自己獨特之見解，編成民法草案；身分法則必須深入斟酌本國風俗習慣將「固有淳風美俗」納入規定而委由日本本國人起草。

明治一六年 一二月，山田顯義出任第三任司法卿。彼晚年被稱為「法典伯」。

明治一九年 三月，民法編纂總裁大木喬任提出民法草案財產編、財產取得編第一部於內閣，民法編纂局裁撤。四月，司法省設置民法草案編纂委員會，續行人事編、財產取得編第二部之起草。

明治一九年 八月，為條約改正，外務大臣井上馨依山田司法大臣之建議於外務省設置法律取調委員會掌理法典編纂事業，正面回應歐美列強對於日本必須根據泰西主義制定民法等法典之要求。

明治二〇年 一〇月，條約改正失敗，法律取調委員會移屬司法省，山田司法大臣擔任法律取調委員長。

明治二一年 一二月，司法大臣山田顯義（法律取調委員長）提出寶索納德起草之民法草案財產編、財產取得編第一部、債權擔保編、證據編於內閣，翌二二年經元老院、樞密院議決。

明治二一年 二、九月，民法草案人事編、財產取得編第二部（所謂身分法第一草案）草成，經徵詢各方意見修正後翌二二年四月提出於內閣，嗣於元老院大幅修正後經樞密院議決。

二 日本舊民法

明治二三年（一八九〇年）四月二一日以法律第二八號公布寶索納德起草部分之民法（民法第二編財產編、第三編財產取得編、第四編債權擔保編、第五編證據編），同年一〇月七日以法律第九八號公布主要由熊野敏三、磯部四郎等日本人委員所起草之民法餘部（民法第一編人事編、第三編財產取得編第十三章以下繼承、贈與與遺贈、夫妻財產契約等），均訂於明治二六年一月一日施行。此即所謂舊民法，乃日本初次「公布」之民法典。

然對此舊民法，發生下述激烈論爭，明治二五年決定延期施行，前部分（法二八號）自明治二九年四月二七日起廢止，後部分（法九八號）自明治三一年六月二一日起廢止。結局，舊民法雖曾公布，但從未施行。

三 民法典論爭

明治二二年（一八八九年） 草案公布前之明治二二年五月，由帝國大學畢業生所組成的法學士會發表〈關於法典編纂之意見書〉，主張民法典及商法典延期施行。該會認為，由於不是將從來之習慣修正、法典化，而是以外國制度為模範新作成法典，故僅就必要不可缺者制定單行法即可，進而遂行法典，有「與民俗背道而馳，使人民苦於法律之複雜之懼」，故「應照草案廣徵公眾之批判，徐徐加以修正以

期完成」。

明治二四年 穗積八束於法學新報第五期發表〈民法出忠孝亡〉之論文。彼謂「我國為祖先教之國、家制之鄉，權力與法生於家」，批評舊民法基於歐洲個人主義，不符日本國情與需要。

明治二五年 江木衷、穗積八束、土方寧、奧田義人、岡村輝彥等法學院派（所謂英法學派）十一人於法學新報第一四期發表〈法典實施延期意見〉，認為舊民法「壞亂倫常」、「欠缺國家思想」、「以威力強行學理」而加以反對，非難舊民法為個人主義、民主主義。

他方面，司法省法學校岸本辰雄、熊野敏三、磯部四郎、木野一郎等所謂法法學派，於法律雜誌第八八三號發表〈法典實施斷行之意見〉，認為延期法典之實施「紊亂國家之秩序」、「帶來倫理之破頹」、「使各人之權利完全不能受保護」、「使各人喪失安身立命之途」而加以反駁。又，梅謙次郎於明法誌叢第三期發表〈法典實施意見〉，主張「論者不知二十餘年前我邦之習慣為封建國、閉鎖國之習慣，不合今日之立憲國乎？」力說舊民法實施之必要。

於是，實施延期派（延期論者）與實施斷行派（斷行論者）展開激烈的論爭。此論爭即所謂民法典論爭（法典爭議），非常有名。延期派大致係由認為法律係歷史的產物之歷史法學派所組成，其立場為實證主義的，且屬於不文法主義之英法學派。反之，斷行派則大致係由認為法律於任何國度均普遍存在之自然法學派所組成，且屬於成文法主義之法法學派。

此論爭，依論者，或認為，與一九世紀初在德意志發生之自然法學派提波(Thibaut 1772-1840)與歷史法學派薩維尼(Savigny 1779-1861)之法典論爭及其性質並無不同⁵，或分析為，延期派與反動保守派相結合，斷行派則與進步派相結合⁶。不過，亦有認為，此論爭與德意志之法典論爭完全異質，乃「官僚法學之布爾喬亞自由派（於其意義之自然法學說）之布爾喬亞法典編纂與重建封建主義之政治的反動主義之對立」⁷，或分析為，「法國民法典布爾喬亞自由主義與半封建的淳風美俗之舊慣主義之對立，乃政治的、法律理論的對立，並非僅為學派之差異」⁸。其後，日本學界有認為布爾喬亞自由主義與半封建的反動主義對立之見解賦與此論爭之科學的性格而予以支持者⁹。反之，亦有認為舊民法人事編隨其草案被施以修正逐次加上封建的要素遂成為比明治民法有過之無不及之半封建的民法¹⁰，而反對前揭圖式之見解亦頗為有力。¹¹

明治二五年 「民法商法施行延期法案」於第三回帝國議會被可決。延期派勝利。平分天下法曹界之法典論爭結局亦為國民不在之論爭，如穗積陳重之巧述，完全僅為「君子之爭」¹²。自由民權運動既被壓制，則此論爭與個人自由、尊重人權等思想無關，根本未將國民幸福放在心上，¹³是宜注意。

四 明治民法

明治二六年（一八九三年）三月，日本政府設置以內閣總理大臣伊藤博文為總裁、西園寺公望為副總裁之法典調查會，以帝國大學法科大學教授穗積陳重、富井政章（以上延期派）、梅謙次郎（斷行派）為民法起草委員。¹⁴仁井田益太郎、仁保龜松、松波仁一郎等為輔助委員。法典調查會之編纂方針，歸納之有四：一、對於在法典論爭之論點深加注意，廣泛參照外國立法例，就舊民法典加以必要之修正；二、編別採用「潘德克吞」式（Pandekten System）；三、條文止於概括的原則；四、將「家」擺在核心位置。三位起草委員承擔重任後，放下任何工作，閉居小田原滄浪閣，專心起草法案。

與以「法義兩民法為模範」之舊民法典（既成法典）不同，民法修正案轉向以德國民法第一草案為藍本。三位起草委員「以既成法典為基礎，調查我邦從來之習慣，並參考外國之法律」而作成修正案。¹⁵

明治二八年 在法典調查會，穗積八束博士就推定家督繼承人之分家，發言「百姓之習慣不得為習慣，應遵循士族或華族」，拒絕梅委員主張之平民社會之習慣。又，磯部四郎委員謂拖油瓶之習慣係「較奇怪的下等動物所行之習慣」，主張應以「上等社會」之習慣為模範。¹⁶此等發言與意識，結果決定其後家族秩序與國民道德之基本方向。

法典調查會自明治二六年四月二八日第一次委員總會開始迄於明治三一年四月一五日整理會，共舉行調查委員會二〇二次、整理會二五次，進行草案之審議、確定。

明治二九年 民法前三編經明治二九年第九回帝國議會可決。即明治二九年四月二七日，以法律第八九號公布民法第一編「總則」、第二編「物權」、第三編「債權」。

明治三一年 民法後二編經明治三一年第一二回帝國議會可決。即明治三一年六月二一日，以法律第九號公布民法第四編「親族」、第五編「相續」。

依明治三一年敕令第一二三號，規定公布之民法全編自明治三一年（一八九八年）七月一六日起施行。於是，民法編纂事業大功告成。此即所謂明治民法，且為現行民法典。但，依昭和二二年（一九四七年）民法之一部改正，親族編（親屬編）及相續編（繼承編）全部被改寫，故修改後之民法一般稱之為「新法」（不是新民法）或修正法或民法新規定，修正前之明治民法之規定一般稱之為「舊法」或民法舊規定。又，與明治民法同時施行民法施行法、戶籍法、法例。

明治民法，前三編即財產法主要以編纂當時最新最進步的立法之德國民法第一草案（一八八七年）為母法，故由以自由、平等、獨立之市民為基本之近代的市民法的原理所構成，個人的自由所有權觀念、私法自治原則貫穿整部財產法，可謂完全符合泰西主義；後二編即身分法則受日本「我千古之國體法家制……明家制即所以明國體」之家族國家觀之影響，而被編入天皇制家族國家構造成為其一部分，故

建立近代法上史無前例之特異的半封建的「家」制度，而由為戶主之家長所統率之忠孝一本之家父長制家族制度之原理所構成。因此，在「家」中，以對於祖先與父母之孝為至上道德之家族制度被認為係日本傳統的淳風美俗。然其實體乃「家」意識形態對於個人尊嚴之優先、戶主權強大、男尊女卑、長男優先之反人權、反民主的「家」制度。即，戶主以外之「家屬」之個人的人格之獨立埋沒於「家」之中。

明治民法即舊法，如是以為一家之長之戶主所統轄之家族團體為「家」。惟例外，單身戶主之情形亦構成「家」。戶主以外之人稱為「家族（家屬）」，「家」由戶主與「家屬」所構成。戶主對於家屬之婚姻、收養、分家、他家繼承、廢絕家再興等有同意權，對於家屬有居所指定權。此外，作為從權利，對於家屬有離籍權（所謂勘當）與復籍拒絕權；作為義務，對於家屬負扶養義務。戶主喪失戶主權時（死亡、隱居時），開始家督繼承。家督繼承，取得家督即為戶主之身分，承繼屬於前戶主之一切權利義務（一身專屬權除外）與祖先之祭祀。家督繼承人嫡出子之長男有優先順位。「家屬」死亡時，開始遺產繼承。此遺產繼承專為承繼財產上之權利義務，不含身分之承繼。此舊法施行至戰後之應急措置法（昭和二二年五月三日）乃至新法之施行（昭和二三年一月一日）。

貳 民法制定後之改正

家族（家庭）為社會秩序之基本的構成單位之一。因此，近代國家莫不顯示對於家族身分關係之應有狀態積極的關與。明治民法，作為忠孝一本之天皇制家族國家構成之組織部分，作成日本獨特之家父長制「家」制度之架構。此「家」制度在第二次世界大戰後，被認為係「反民主主義的」而被解體。家族關係之應有狀態，作為家族法秩序之基本，既有關公益，同時隨家族所處之社會的、經濟的、政治的要因而變動。因此，恆為國家政策之熱門對象。

一 臨時法制審議會與改正要綱

民法制定後，因資本主義經濟之急速發達，人口向都市集中，農民離開農村，薪資生活者家庭增加，以夫妻為中心之核家庭隨而日益增多。因此，在都市家庭，以民法所定之戶主為中心之「家」制度實質上次第被解體。子尤其次男以下之子因結婚而自父母獨立，基於其婚姻之夫妻中心之家族即「基於個人制度之家族」終於形成。民法學者之主流亦認為戶主中心之大家族制度不可行，而主張應移於以夫妻及其子女為中心之小家族制度。¹⁷

不過，「家」制度之事實上解體與前揭民法學者之主張，對以「家」制度為天皇制及所謂以家族國家為基本之國家思想而言，引發一大危機感。大正六年設置之臨時教育會議，認為為使教育效果臻於完善，應維持我國（日本）固有之淳風美俗，法律制度不符此者應予修正，建議修改民法。為此，同年設置臨時法制審議會。其設置，依政府方面擔當者（鈴木司法次官）之見解，我國（日本）古來之家族制度

本身即為淳風美俗，所謂淳風美俗乃「對父母孝，對兄弟友，夫婦相和」（明治天皇教育敕語）之主義，因此民法規定「有背於此主義者改正之，又不及者補正之」，以「鞏固家之組織」，於此旨趣所設者¹⁸。然，此臨時法制審議會，實質上違反前揭建議，或許反映大正民主，如後揭之改正要綱出現之設置家事審判所、廢止私生子之稱呼，提出許多進步的內容。¹⁹強要一方的「孝」無視子女之人格，又規定兄弟姊妹、夫妻間權利義務之不平等，強制「對兄弟友、夫婦相和」則無視個人尊嚴。從而，審議會並非從「我國固有之淳風美俗」之見地，而係以當時之「我國現在之淳風美俗」為目標，獲致一定之評價。²⁰

其答申（對上級之回答）為「民法親族編中改正之要綱」（大正一四年臨時法制審議會決議）及「民法相續編中改正之要綱」（昭和二年臨時法制審議會決議）²¹。此改正要綱，提出事實婚（儀式婚）之承認、妻之能力之擴張與別產制之採用、相對的離婚（離緣）原因主義、離婚後之扶養義務、私生子名稱之廢止、未成年人收養之許可等改正案。昭和三年以來，司法省內設置民法改正調查委員會，基此要綱開始審議，一六年作成大體之成案，作為人事法案非正式發表。然此法案因其後軍國主義與戰時體制之強化，結局未至實現。惟此等提案雖與戰後之改正相連係，但在戰前僅止於下列之改正。

即，昭和一六年法律第二一號修正舊第七四九條第三項，考慮出征軍人之家屬，限制戶主之居所指定權（離籍應得法院許可）。又，昭和一七年法律第七號，除承認父或母死亡後三年以內之認領之訴（舊八三五條之修正、現七八七條）外，廢止私生子之名稱（舊八二七~八三〇條、七三五條等）。此外，確認胎兒之代位繼承權（舊九七四條二項、九九五條二項追加）。

昭和一三年，為扶助有子女之母貧困不能生活者，施行母子保護法，昭和一四年，為解決遺族紛爭，施行人事調停法。民法之修正及此等法律均係為提高出征軍人之士氣與強化後方之遺族對策。

二 戰後改正之經過

（一）憲法草案與民法改正要綱

隨著第二次世界大戰之敗戰，波茨坦宣言要求「日本政府應除去對於日本國國民間民主主義的傾向之恢復強化之一切障礙」，日本遂全面的進行民主主義的變革，推動家族（家庭）之民主化。即，因應「請提示隨伴憲法改正之主要法律之法案之要綱」之政府諮問，昭和二一年（一九四六年）七月，內閣設置臨時法制調查會。同時，於司法省設置司法法制審議會，任命我妻榮東京大學教授、中川善之助東北大學教授、奧野健一司法省民事局長為要綱起草委員。戶主、家、家督繼承一連制度之廢止案，在臨時法制調查會等發生激烈的反對論²²。即，反對論認為倘破壞家之制度，則尊重天皇、皇室之精神的根據即喪失，天皇制之根底亦告喪失，而極力抵抗²³。然而以民主主義、個人尊重與兩性之本質的平等為基調之憲法草案既已存

在，則顯然超越個人之「家制度」與此草案不能兩立。於是，「民法改正要綱」於昭和二年九月司法法制審議會被議決。此改正要綱，除「刪除民法有關戶主及家屬之規定將親族共同生活按現實規律之」（同要綱第一）外，規定全文四二項。據此，除廢止戶主、家、家督繼承外，確立廢止親族會、庶子、妻之無能力、承認父母之共同親權、配偶之必然繼承權、諸子均分繼承之修正方針。又，此要綱建議將關於民事法之憲法改正案之大原則以明文揭載於民法中（現一條、一條之二參照）、制定國家賠償法、設家事審判制度。

（二）民法應急措置法

民法改正要綱雖被議決，然使與新憲法之施行相一致而起草改正民法施行之，則由於準備等之關係、時間的關係，技術上有困難²⁴。職是，違反憲法條項之民法規定在憲法施行後成爲違憲（憲九八條一項），故「關於伴隨日本國憲法施行之民法應急的措置之法律」（昭二二法七四）自昭和二年五月三日起施行。據此，有違反憲法之虞的民法之規定全部失效。此應急措置法全文一〇條，除廢止妻之無能力制度（民應措二條）外，廢止母之親權限制（舊八八六條）（民應措二條），規定父母共同親權（同六條），關於戶主、家屬及其他「家」之規定不再適用（同三條）。因此，隱居、分家、廢絕家再興、入夫婚姻、婿養子之規定亦不適用。其他，遺囑收養、繼親子、嫡母、庶子等之規定亦不再適用。其他，遺囑收養、繼親子、嫡母、庶子等之規定亦不再適用。關於家督繼承之規定亦不再適用（同七條一項），繼承均爲遺產繼承（同二項），實現諸子均分之共同繼承（同八條一項），並確立配偶之共同繼承權（同二項）。我妻榮教授在國會強調並非「敗戰之結果出於無奈非爲不可方向之改正」，而係與戰前之臨時法制審議會之改正要綱之方向相一致²⁵。即強調並非屈服於占領軍之壓力。此應急措置法隨著民法之一部改正法（新法）之施行，自昭和二年一月一日起失效（民應措附則二項）。於是，因新憲法之施行與民法應急措置法之施行，進行由天皇中心之國家體制轉向國民主權之民主主義社會之法制上整備。

（三）新法（戰後改正法）

昭和二年（一九四七年）一月二二日，「民法一部改正之法律」（昭二二法二二二）成立，自昭和二年一月一日起施行。即所謂現行家族法之誕生。此一部改正法（新法）基於爲憲法之基本原則之個人尊嚴與兩性之本質的平等（憲一三條、一四條、二四條）全面修正親屬編與繼承編，法文亦改用平假名、口語體。但係「改正法」，並非所謂新民法。此戰後改正法，如前所述，亦稱新法或民法新規定。

改正法採用改正要綱、應急措置法所無之規定。即，(1)規定生存配偶之「姻族關係終了之意思表示」（七二八條二項）；(2)承認精神病離婚（七七〇條一項四款）；(3)子女與父或母異姓者，經家事審判所（家庭裁判所）之許可得改姓（七九一條）；(4)除直系血親及兄弟姊妹間之當然扶養義務外，承認三親等內之親屬間依審判之扶養義務（八七七條二項）。此外，(5)共同繼承時之限定承認定爲必要的共同（九二三

條)；(6)繼承人於繼承開始前經家庭裁判所之許可得拋棄特留分(一〇四三條)。

改正法同時刪除民法總則編妻之無能力規定(一四~一八條)，整備與此相伴之關連規定(一九條二、四項、一二〇條、一二四條三項、一五九條之二等)，刪除戶主(七條)、「家」(舊三〇八條二項、現三〇九條二項、三一〇條)之用語。又，改正法新設第一條及第一條之二，將從來之第一條改列第一條之三。而第一條揭櫫公共福祉之原則(一項)、信義誠實之原則(二項)、權利濫用之禁止(三項)等基本原則，第一條之二規定以個人尊嚴與兩性之本質的平等為解釋民法之基準。

與此民法改正法同時，戶籍法(昭二二法二二四)、家事審判法(昭二二法一五二)及家事審判規則(昭二二最高裁規一五)等關聯法規一併施行。

1 第八五八條第二項之改正

隨著精神衛生法之施行，依昭和二五年法律第一二三號修正關於禁治產人之療養看護之第八五八條第二項。即，除刪除同項「或監置於私宅」等文字外，將「家事審判所」改為「家庭裁判所」。

2 「假決定及留保事項」

昭和二九年七月六日，法務大臣對法制審議會，為「民法如有加以改正之必要，請提示其要綱」之民法改正諮問，同日，為就民法改正調查審議，於法制審議會設置民法部會(部會長：我妻榮)。同年七月二〇日，民法部會為起草民法改正要綱試案，組成小委員會(川島、來栖、中川、外岡、長野、關根、村上等各委員)。此小委員會完成親族編全部之逐條檢討，於昭和三四年六月向民法部會提出「法制審議會民法部會身分法小委員會假決定及留保事項」，此假決定及留保事項由法務省民事局公表。它對現行法之解釋論與立法論予以重要之啓發。

3 昭和三七年之改正

昭和三七年(一九六二年)之一部改正法(昭三七法四〇)，經法制審議會身分法小委員會之審議，自同年七月一日起施行。此次修正廣泛及於(1)失蹤宣告(三〇條二項、三一條)；(2)同時死亡之推定(三二條之二)；(3)離緣之代諾權人(八一一條、八一五條)；(4)監護人之解任(八四五條)；(5)代位繼承(八八七條、八八九條、九〇一條。八八八條刪除)；(6)繼承之限定承認或拋棄之撤銷(九一九條三項)；(7)繼承拋棄之效果(九三九條)；(8)繼承人搜索之公告期間(九五八條、九五八條之二)；(9)對於特別緣故者之繼承財產分與(九五八條之三)等。(1)與(2)為總則編之修正，(1)縮短特別失蹤期間(三〇條二項)；(2)從來欠缺規定將條理上解為應推定同時死亡明文化。(3)將從來見解分歧之舊八一一條第二項之「有代養子女為收養承諾權利之人」改為「離緣後應為其法定代理人之人」，以期明確。(4)監護人之解任之請求權人增加檢察官。(5)將代位繼承「分頭」或「分股」學說有對立者明確定為「分股」，當時成為激烈議論之對象。(6)限定承認或拋棄之撤銷以向家庭裁判所申述為要件。(7)將解釋上有疑義者明確化；(8)規定公告期間之縮短等；(9)承認繼承人不存在時對

於特別緣故者分與繼承財產，亦為重要之修正點之一。

4 昭和五一年之改正

以昭和五〇年之國際婦女年為機緣，而謀婦女地位法制上之向上。即，昭和五一年（一九七六年）之一部改正法（昭五一法六六）自同年六月一五日起施行。(1)離婚後復氏得任意為之（七六七條二項及戶七七條之二追加）；(2)規定婚生子女出生申報父母同權（戶五二條一項）；(3)離婚訴訟之管轄夫妻平等（人訴一條）。此外，(4)廢止戶籍閱覽制（戶一〇條二項、三項）。(1)承認離婚後婚姻中之氏之續稱；(2)承認母亦得為婚生子女之出生申報，將申報「父為之」改為「父或母為之」。同樣，(3)將離婚管轄之地方裁判所規定為「夫或妻有住所時其住所」，加上「或妻」等文字。(4)謄本等之交付請求應說明其事由，因不當目的明確時市町村長得拒絕之，乃為保護隱私，限制戶籍之公開。

5 昭和五五年之改正

(1) 繼承法之改正

昭和五〇年七月，法制審議會民法部會身分法小委員會就繼承人、應繼分、夫妻財產制及貢獻分，公表檢討結果之中間報告徵詢各界意見。其結果，非婚生子女應繼分平等、配偶之代位繼承權及夫妻財產制等之改正擦身而過，但提高配偶之應繼分、新設貢獻分等則告實現。即，昭和五五年（一九八〇年）之「改正民法及家事審判法之一部之法律」（昭五五法五一、昭五六、一、一施行），民法上修正(1)法定應繼分（九〇〇條一~三款）、(2)特留分（一〇二八條一、二款）等，新設(3)貢獻分制度（九〇四條之二），(4)規定兄弟姐妹之代位繼承及於甥姪（八八九條二項、九〇一條二項），(5)遺產分割之基準增加「年齡、心身狀態等」，以照顧年少者、心身有障礙者（九〇六條）。

(2) 審判前保全處分之新設

前揭「民法及家事審判法之一部改正法」（昭五五法五一）於家事審判法新設具有強制力之審判前之保全處分（昭五六、一、一施行）。即，賦與審判前之保全處分以形成力、執行力（家審一五條之三）。又，為遺產分割之審判有必要時，家庭裁判所於審判前得對繼承人命遺產之拍賣及其他換價處分（家審一五條之四）。

事件關係人（例如請求子女之養育費、子女之交付或財產分與之妻）窮迫，有於終局的審判（對於保全處分稱為本案之審判）等待期間散逸財產之虞（夫領出儲金或處分不動產之虞）時，向來亦有暫定的命生活費之支付、物之交付之審判前之假處分制度，但此假處分被解為無強制力。依此保全處分之新設，有家事審判法第九條之審判聲請者，家庭裁判所為保全強制執行，得命民事訴訟法所定之假扣押或假處分（家審一五條之三、家審規五二條之二等）。依此規定，前例之妻，「為保全將來強制執行」，得假扣押夫之銀行儲金或為不動產之假扣押、禁止處分之假處分（關於不動產，作為對抗要件必須登記）。又，命子女之養育費之假支付、子女之假交付

之處分，承認其為「為防止現在危險」之處分。此外，因親權人之親權濫用或不行跡聲請親權喪失之審判者，承認審判確定前，親權人等之職務執行停止或職務代行人選任（家審一五條之三、一項）。除此等假扣押或假處分外，亦得選任財產管理人（同一項）。例如，為精神障礙者有禁治產宣告之聲請者，使該人任財產之管理為不適當之情形是。

6 昭和六二年之改正

法制審議會民法部會身分法小委員會（委員長：加藤一郎），自昭和五七年以來，為重新評估收養法重開收養法全般之審議。基於該審議，法務省民事局參事官室於昭和六〇年發表「關於養子制度之中間試案」廣泛徵詢各界之意見。於是，法制審議會進而反覆審議，其結果，昭和六二年（一九八七年）「改正民法之一部之法律案要綱案」成立，其後通過，以「改正民法等之一部之法律」（昭和六二年法律第一〇一號）名稱公布，自昭和六三年一月一日起施行。此改正法除修改戰後改正時不徹底之現行收養法外，新設特別收養制度。首先，在現行收養制度之改正，承認夫妻收養同意收養（七九五~七九六條），規定代諾收養時以監護人之同意為必要（七九七條二項），養子女死亡時予養父母以終止收養之機會（八一一條六項），與未成年養子女終止收養以共同終止收養為原則（八一一條之二），養父母生死不明三年以上不明亦為終止收養原因，養親子間平等對待。再者，與離婚復姓之際婚姓續稱相同，養子女終止收養後亦得續稱收養中養父母之姓即「緣姓」（八一六條二項）。此外，因父或母被收養等，子女與父母之姓不同時，子女得不經家庭裁判所之許可，僅以申報即可稱父母之姓（七九一條）。特別收養制度之新設，規定收養依家庭裁判所之審判（家審九條甲八之二）而成立，自收養之日起，被特別收養之子女與本生方之血親之親屬關係終了（八一七條之二以下），養子女之養親戶籍依與親生子女相同分開表示長男、長女等，對明治民法以來血緣主義之親屬關係加以重大修正，又將兒童福祉性格之收養法導入民法之親子法，誠為劃時代的改正。

註：

1. 石井良助著《「民法決議」解題》（明治文化全集第一三卷）三九頁（日本評論新社，昭和三二年）。
2. 明治三年至七年，箕作麟祥翻譯《佛蘭西法律書》（憲法、民法、商法、刑法、訴訟法、治罪法）。
3. 石井，前揭書四一頁；積穗陳重著《法憲夜話》二一二至二一三頁（有斐閣，昭和一一一年）。
4. 石井，前揭書四頁；積穗，前揭書二〇九頁。
5. 穗積，前揭書三五三頁。

6. 石井，前掲書五頁。
7. 平野義太郎著《日本資本主義社會と法律》八一頁（理論社，昭和三〇年）。
8. 平野義太郎著《日本資本主義の機構と法律》一四頁（明善書房，昭和二四年）。
9. 青山道夫著《改訂家族法論》二二頁（法律文化社，1980年）；中川高男著《親族・相續法講義》10頁（ミネルヴァ書局，1989年）。
10. 手塚豊〈星野通著「民法典論争史」を讀みて〉法學研究二三卷一、二、三合併號九一頁（昭和二五年）。
11. 中村菊男著《新版近代日本の法的形成》一五〇頁以下（有信堂高文社，昭和五一年）。
12. 穗積，前掲書三五三頁。
13. 中川，前掲書10頁。
14. 明治二六年三月二一日，伊藤博文爲法典修正，召集西園寺公望、箕作麟祥、穗積陳重、富井政章、梅謙次郎、村田保、菊池武夫、鳩山和夫、元田肇等到官邸開會，席上，穗積陳重提出關於法典調查意見書，其中包含(1)民法之修正應爲根本的修改；(2)法典之體裁採用「潘德克吞」式，依據「薩克森」民法之編制二點。法典調查會第一次委員會總會議定之「法典調查之方針」接受此二點，規定：「以就既成法典查覈各條項施以必要之修補刪正爲調查目的」（一條一句）、「民法全典分爲五編，其順序如左所定。第一編 總則／第二編 物權／第三編 人權／第四編 親族／第五編 相續」（二條），但其後「人權」改爲「債權」。福島正夫編《明治民法の立法と穗積文書》一六頁、一二〇頁（民法成立過程研究會，1956年）；伊藤正己《外国法と日本法》（現代法14）221-222頁（奧田昌道）（岩波書店，1966年）。

附帶一言者，三位起草委員均值壯年，當時穗積三九歲、富井三六歲、梅僅三四歲。

15. 《民法修正案理由書第二編修正法典質疑要錄》三至四頁（梅謙次郎）（司法省，明治二九年）。

日本明治民法到底受德國民法之影響較大或受法國民法之影響較大？起草委員意見不一，例如，富井委員謂：「如獨逸民法係宣表著名學者積年攻究之最新法理，堪稱係近世法典中之最完善者，其草案在我民法制定之際亦參酌最多。」但，梅委員則認爲明治民法「於形式類似獨逸民法，故社會上亦有人往往誤以爲此乃完全遵照獨逸法，惟實際上絕非如此，仍舊與獨逸法至少於相同程度參考佛蘭西民法或由該佛蘭西民法所出之其他法典及與之有關之學說、裁判例而成，縱謂於我邦特有負於佛蘭西民法者頗多，亦無不宜。」（梅謙次郎〈開會ノ辞及ヒ佛蘭西民法編纂ノ沿革〉《佛蘭西民法一〇〇年紀念論集》三~四頁）。則二者似無所

軒輊，或可謂日本明治民法係德國民法與法國民法之混血兒。參閱向井健〈梅謙次郎〉《日本の法學者》84頁（日本評論社，1975年）；伊藤正己編《外國法と日本法》（岩波講座 現代法 14）223頁（奧田昌道執筆）（岩波書店，1966年）。

16. 平野，前掲《日本資本主義の機構と法律》八九頁以下。
 17. 最高裁判所事務總局《民法改正に関する国会關係資料》三七頁（我妻榮委員發言）（家庭裁判資料三四號，昭和二八年）。
 18. 臨時法制審議會《臨時法制審議會總會議事速記錄》四頁（無底頁，發行年等不明）。此速記錄被收錄於堀內節編著《家事審判制度之研究》（日本比較法研究所）五六九頁及八一三頁以下（中大出版部，昭和四五年）。
 19. 臨時法制審議會，前掲速記錄。
 20. 末弘嚴太郎〈淳風美俗と親族法の改正〉《法憲閑話》三六三頁（改造社，昭和四年）。
 21. 穗積重遠〈民法改正要綱解説一~五〉《家制・法律 I - V》（河出書房，昭和一二年）。
 22. 我妻榮著《家の制度—その論理と法理》一一六頁（酣燈社，昭和二四年）。
 23. 我妻榮著《戦後における民法改正の経過》二五三頁、二九〇頁參照。
 24. 前掲家庭裁判資料三四號七、一五、三四頁。
 25. 前掲家庭裁判資料三四號三七頁。
- * 本章之敘述有負於中川高男著前掲《親族・相續法講義》7頁以下；久貴忠彥著《親族法》（民法學全集9）7頁以下（日本評論社，1984年）；山中永之佑〈箕作麟祥〉、大久保泰甫〈ボワソナアド〉、松尾敬一〈穗積陳重〉、向井健〈梅謙次郎〉潮見俊隆、利谷信義編《日本の法學者》1頁以下、27頁以下、55頁以下、75頁以下（日本評論社，1975年）；伊藤正己編《外國法と日本法》（岩波講座 現代法 14）22頁、27頁以下、36頁以下（長谷川正安、利谷信義）、184頁以下（野田良之）、220頁以下（奧田昌道）（岩波書店，1966年）；山中永之佑編《日本近代法論》44頁以下（白石玲子）、259頁以下（近藤佳代子）（法律文化社，1994年）之整理者頗多。

第二章 中國親屬繼承法之繼受與變遷

壹 大清民律草案之編纂

清朝末葉，經甲午之役、八國聯軍敗衄，朝野始憬然思變法以圖強。關於法律之改革，亦著手準備。光緒二八年（一九〇二年），派沈家本及伍廷芳為修律大臣，其時專注於刑律之修訂。光緒三三年（一九〇七年），憲政編查館議覆修訂法律辦法，認為立法應設專官，遂於是年派沈家本、俞廉三、英瑞為修訂法律大臣，設修訂法律館，招東西洋留學生，分科治事，聘日人松岡義正博士，擔任起草民律。宣統三年（一九一一年），前三編告成，後二編由修訂法律館商同禮學館訂立，親屬編由朱獻文、章宗元、繼承編由高種和、陳籛分任起草，亦於是年脫稿，即所謂大清民律草案是也。本草案計分五編，第一編總則，三二三條；第二編債權，六五四條；第三編物權，三三九條；第四編親屬，一四三條；第五編繼承，一一〇條。本草案採歐陸最新立法例，前三編全以德、日、瑞三國之民法為模範，偏於新學理，於中國舊有習慣，未加參酌。後二編雖採用國舊律，但未經多數學者之討論，仍不免有缺漏錯誤。本草案未公布施行，清已覆亡。

貳 第二次民法草案之編纂

辛亥革命成功，中華民國成立，法制未備，民國元年（一九一二年）七月附設法典編纂會於法制局，以法制局長兼會長，更設纂修八人。未幾改隸司法部，原名為法律編部，嗣更名為法律編查會，以司法總長兼會長，置副會長一人，編查員若干人。民國七年又更名為修訂法律館，置總裁二人，副總裁二人，總纂二人，纂修若干人。嗣又改為總裁一人。先後充任會長及館長者，為章宗祥、梁啟超、董康、王寵惠、江庸、羅文幹、馬德潤及余榮昌。參與修訂事務者，其人甚多，舉其要者，有石志泉、陸鴻儀、羅文幹、余榮昌、黃右昌、朱學會、吳炳樞、應時、王鳳瀛及李圻諸人。民法法典之修訂，進行緩慢，民律親屬編第二次草案雖於民國四年由法律編查會修訂，但全部民法於民國一四年始先後完成，次第公布。先是著手起草民刑訴訟法，俟民事訴訟條例及刑事訴訟條例於民國一〇年先後公布施行，始著手編訂民法法典。維時法權調查會議開會在即，全部民法即於民國一四年趕先完成公布，是為第二次民法草案。本草案亦分五編，第一編總則，二二三條；第二編債，五二一條；第三編物權，三一〇條；第四編親屬，一四一條；第五編繼承，一二五條。總則及物權變動較少，債編改動較多，間採瑞士債務法立法例，親屬及繼承多取材於現行律民事有效部分及歷年大理院判例。本草案雖經司法部通令各級法院作為條理行用，然終未成為正式法典。

參 民法之編纂及頒行

民國一六年四月，國民政府奠都南京，法制局為編審法制之機關，毅然以完成民法法典為己任，民國一七年夏初，著手起草親屬繼承兩編，燕樹棠擔任起草親屬法，羅鼎擔任起草繼承法，歷經五月，草案完成，計親屬編八二條，繼承編六四條，即今所稱法制局親屬法繼承法草案是也。當時未及呈請公布施行，該局即奉命結束。民國一七年一二月立法院成立，翌年一月二九日，該院設立民法起草委員會，而以傅秉常、焦易堂、史尚寬、林彬、鄭毓秀（未幾鄭辭改王用賓充任）為委員，並聘司法院長王寵惠、考試院長戴傳賢及法國人寶道（Padoux）為顧問，委何崇善為秘書，胡長清為纂修，於是年二月一日開始，依照中央政治會議第一六八次會議議決之民法總則編立法原則，逐日開會起草。歷時三月，民法第一編總則起草完竣。全編分七章，一五二條。同年四月二〇日該院第二〇次會議通過，呈經國民政府於同年五月二三日明令公布，以是年一〇月一〇日為施行日期。民法總則施行法，議定一九條，亦於同年九月二四日公布，與總則同日施行。

民法起草委員會，自民法總則草成提交立法院通過後，復遵照中央政治會議第一八三次會議議決之民法債編立法原則及編訂民商法統一法典議決案，於一八年四月二九日開始起草民法債編。自夏徂秋，先後開會凡一二〇餘次，審議再三，始克定稿。全編計二章六〇四條。於同年十一月五日該院第五八次會議通過，呈經國民政府於是年十一月二三日明令公布，以一九年五月五日為施行日期。債編施行法，議定一五條，亦於同年二月一〇日公布，與債編同日施行。

民法債編脫稿後，民法起草委員會即遵照中央政治會議第二〇二次會議議決之民法物權編立法原則，於一八年八月二一日開始起草民法物權編，先後開會凡四〇餘次，於同年十一月完成，全編計十章，二一一條。於同年十一月一九日該院第六一次會議通過，呈經國民政府於同年十一月三〇日明令公布。以一九年五月五日為施行日期。物權編施行法，議定一六條，亦於一九年二月一〇日公布，與物權編同時施行。

親屬繼承兩編，關係社會組織之基礎及中國國民黨黨綱甚大，民法起草委員會，極主慎重，一面商同該院統計處製作調查表多種，發交各地徵求習慣，一面就前北京司法部之習慣調查報告書加以整理，並將各種重要問題分別交付該會各委員、顧問、秘書、纂修等，比較各國法制詳為研究。迨此兩編立法原則，經中央政治會議第二三六次會議通過後，該會即於一九年秋初著手起草。至是年冬間，兩編先後完成。親屬編計七章一七一條，於同年一二月三日立法院第一二〇次會議通過，呈經國民政府於同年一二月二六日明令公布，以二〇年五月五日為施行日期。親屬編施行法計一五條，亦於二〇年一月二四日公布，與親屬編同日施行。繼承編計三章八八條，與親屬編同日於立法院第一二〇次會議通過，呈經國民政府於同年一二月二六日明令公布，以二〇年五月五日為施行日期。繼承編施行法計一一條，亦於二〇年一月二四日公布，與繼承編同日施行。

此莊嚴偉大之民法法典，先後兩年，全部完成。是為中國有完整的民法法典之

始，不可謂非中國立法史上一大可紀念之事業也。

肆 歷次民法親屬編草案與民法親屬編之比較

民法親屬編草案，自大清草案以迄於法制局草案，計有四種之多，茲述第一次草案及第三次草案與民法不同之點如次：

1.第一次草案及第三次草案均以宗法為中心，分親屬為宗親、外親與妻親。民法則從一般通行之立法例，以血統與婚姻二者為準，分親屬為血親及姻親。

2.第一次草案及第三次草案關於親等之計算，均採寺院法親等計算法。民法則親屬分類既已根本改革，故改從羅馬法法親等計算法。

3.第一次草案從日本民法，無關於婚約之規定。第二次草案則從德、瑞民法及中國習慣，對於婚約特設專節規定之。民法亦設婚約規定，但以婚約為非要式行為，與第三次草案頗有不同。

4.第一次草案及第三草案均從日本民法，以妻為限制行為能力人，此種規定，顯與男女平等之原則不符。民法則無復此種不平等之規定。

5.民法從增進種族健康著眼，以不治之惡疾及重大不治之精神病為解除婚約及離婚之原因，為第一次草案及第三次草案之所無。

6.第一次草案及第三次草案關於結婚之形式要件，均從日本民法，採法律婚（登記婚）主義。民法則從中國習慣，採事實婚（儀式婚）主義。

7.關於離婚之條件，第一次草案及第三次草案均寬於夫而嚴於妻。民法則從男女平等立場，無復男女歧視之差別。

8.第一次草案無關於夫妻財產制之規定（但「婚姻之效力」中有關於夫妻財產關係之實質規定）。第三次草案從日本民法增入。民法則從瑞士民法，對於夫妻財產制規定極詳。

9.第一次草案及第三次草案均稱妻所生之子為嫡子，非妻所生之子為庶子，此外復有嗣子、養子及私生子等名稱。民法則以由婚姻關係受胎而生之子女為婚生子女，否則謂之非婚生子女，無嫡庶私生之區別。且因廢止宗祧繼承之結果，只規定養子而無嗣子。

10.關於親權，第一次草案及第三次草案均極廣大。民法則縮小親權之範圍，且從義務方面規定，而不從權利方面規定。

11.關於監護，第一次草案及第三次草案均設有監督監護人之規定，且許檢察官以公力干預。民法則不設監督監護人之規定，而以監督監護權畀諸親屬會議，俾避免公力之干涉。

12.第一次草案及第三次草案均對於家制設有專章，第三次草案規定尤詳，家長

之權力甚為強大，且倣美國之家產扣押免除法特設於家產之規定。民法雖亦規定所謂家，然內容簡單，家長權力甚為薄弱，且無關於家產之規定。

伍 歷次民法繼承編草案與民法繼承編之比較

民法繼承編草案，自大清草案以迄於法制局草案，計有三種之多，茲述第一次草案及第二次草案與民法不同之點如次：

1.第一次草案雖無關於宗祧繼承之規定，然已隱示宗祧繼承與遺產繼承之區別（如以含有宗祧繼承之性質而繼承財產者為繼承人，僅承受死者遺產之人為承受人是）。第二次草案對於宗祧繼承及遺產繼承各設專章規定之，而於宗祧繼承規定尤詳。民法則只設關於遺產繼承之規定，無復宗祧繼承之遺跡。

2.第一次草案及第二次草案均不認女子有遺產繼承權。民法則不問男女，關於遺產繼承均屬平等。

3.第一次草案及第二次草案均不認配偶有遺產繼承權。民法則明定配偶有相互繼承之權利，並從德、瑞民法不設一定之順序。

4.關於繼承人對於被繼承人之債務所負之責任，第一次草案以被繼承人之財產償還為原則。第二次草案則從日本民法，分無限承認與有限承認。民法從之，而以有限承認為限定之繼承。

5.第一次草案關於遺囑之方式，規定甚簡。第二次草案則從日本民法，定為自立、公正、代筆及口授之四種。民法從之，並增入密封遺囑，共為五種方式。

6.第一次草案、第二次草案及民法雖皆有特留分之規定，然三者相較，以民法依情感之親疏而定特留分之多寡為合理。

7.第一次草案及第二次草案均對於債權人或受遺人之權利（即遺產與繼承人固有財產之分離）設有專章規定，民法則否。

陸 民國親屬繼承法之特色

民國民法親屬繼承兩編成於國民革命軍北伐革命高潮未退之際，對於推翻舊制之改革，可圈可點。其犖犖大者如次：

一 個人主義立法之採用

中國自來，事實上及法律上均有所謂「家」，家為數千年來中國社會組織之基礎。民法親屬編制之初，中央政治會議決定：家制應設章規定之（親屬法先決各點審查意見書第八點），但揭示兩項原則：(1)家制之規定，應以共同生活為本位，置重於家長之義務；(2)家長不論性別（同第九點）。基此，民法親屬編於第六章設「家」之規定，然已非家族主義之立法。「家」章置於「扶養」章之後，以家為永久共同生

活為目的而同居之親屬團體（一一二二條）；家置家長，其餘為家屬（一一二三條），家長由親屬團體推定之（一一二四條）；家長管理家務，應注意於家屬全體之利益（一一二六條），對於家產則隻字未提，故與中國舊有家制固不相同，而與日本民法舊親族編第二章「戶主與家族」以「戶主權」為本位者，亦有異。質言之，民國親屬法揚棄家族主義，而採取個人主義之立法。

二 親屬組織之變革

中國往昔親屬組織，係以宗法為中心，分親屬為宗親、外親與妻親。民國親屬法推翻舊日以宗法為中心之親屬組織，而從一般通行之立法例，以血親與婚姻二者為準，分親屬為血親及姻親。關於親等之計算，摒棄宗親服制圖及寺院法計算法，改採羅馬法計算法（九六八條）。關於親屬之範圍，採具體的限定主義（九八三條、一一一四條、一一三一一條一項、一一三八條）。

三 男女平等原則之確立

中國舊制，男尊女卑，重男輕女，民國民法則破除舊制，確立男女平等、夫妻平等之原則，而於親屬、繼承兩編，尤為顯著。諸如：(1)男女於同一條件，均有平等的權利能力、行為能力及遺囑能力（六條、一二條、一三條三項、一一八六條二項）。(2)夫妻互為配偶，人格各別獨立，不復有夫權之存在。(3)採行一夫一妻制（九八五條、九九二條），並廢除妾制（親屬法先決各點審查意見書第七點）。(4)夫妻互負同居義務（一〇〇一條）、互有日常家務代理權（一〇〇三條）。(5)夫妻離婚原因不設差別，尤其同以他方與人通姦為離婚原因（一〇五二條）。(6)男女均得為收養子女（一〇七二條），其無配偶者，得單獨為之；有配偶者，應與其配偶共同為之（一〇七四條）。(7)父母共同行使對於未成年子女之權利及負擔義務（一〇八九條）。(8)家長不論性別，男女均有為家長之資格。(9)男女均得為未成年人監護之法定監護人（一〇九四條）。(10)配偶互有繼承權，男女之繼承權全無區別（一一三八條、一一四〇條、一一四一條、一一四四條）。

四 婚姻自由之實現

中國往昔，嫁娶由父母、祖父母（尤其父、祖父）或尊長主婚，婿媳本人唯命是從。民國親屬法確保婚姻自由，婚約應由男女當事人自行訂定（九七二條）；婚約不得請求強迫履行（九七五條），結婚須出於男女當事人自願。

五 夫妻財產制之釐定

中國舊制合夫妻為一體，在夫權支配之下，妻無所有財產之能力。民國親屬法承認妻享有獨立之財產權，對於夫妻財產制規定綦詳（一〇〇四條至一〇四八條）。計分夫妻財產制為法定財產制與約定財產制，而以聯合財產制為法定財產制，共同財產制、統一財產制及分別財產制為約定財產制。夫妻得於結婚前或結婚後，以契約就約定財產制中選擇其一為其夫妻財產制。夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，則當然適用法定財產制。

六 離婚制度之改善

中國舊制婚禮，原以合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世，為其本來目的。因此若有害及一家和平，沾辱門風者，則可令其離異，故禮有七出之條，法有義絕之律。又，中國固有思想，夫妻為人合者，可制以去就之義，惟此只夫有棄妻之權，妻則不得離夫。如有義絕之事由，則強制離婚，惟其事由嚴於妻而寬於夫。民國親屬法廢除舊律之七出、義絕，基於夫妻平等原則，規定離婚原因，惟採取以有責主義為屬之限定的離婚原因。中國舊律承認和離、兩願離，民國親屬法留其制，而承認兩願離婚。兩願離婚僅要求書面及二人以上證人之簽名（一〇五〇條），其方式之簡略，為世界各國民法所未見。

七 親子關係之調整

中國往昔稱妻所生之子為嫡子，妾所生之子為庶子，苟合所生之子為私生子。民國親屬法廢除妾制，以由婚姻關係受胎而生之子女為婚生子女（一〇六一條），非由婚姻關係受胎而生之子女為非婚生子女，無復所謂嫡子、庶子、私生子之區別。非婚生子女經生父認領或撫育者，視為婚生子女（一〇六五條一項），其待遇與婚生子女無異，連繼承權亦與婚生子女完全相同。再者，中國固有法制上之繼父母子女、嫡母庶子，在民國親屬法只構成姻親關係。

中國舊制，強調家父長權威，漠視子女利益。民國親屬法則將父母對於未成年子女之關係置重在對於未成年子女保護及教養之權利義務（一〇八四條）。父母濫用其對於未成年子女之權利時，其最近尊親屬或親屬會議，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部（一〇九〇條）。

八 收養制度之改進

中國向有養子與嗣子之分，以承繼宗祧為目的者為嗣子。立嗣必須同姓，而且限於男子。民國繼承法廢除宗祧繼承，親屬法不復有嗣子之名稱。被收養者無論同宗異姓，為男為女，均不加限制，並注重保護被收養者之利益，規定養子女與養父母之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同（一〇七七條）。中國舊律養子無繼承權，民國繼承法則承認養子女之繼承權，規定：養子女之應繼分，為婚生子女之二分之一，但養父母無直系血親卑親屬為繼承人時，其應繼分與婚生子女同（一一四二條）。

九 繼承制度之改革

中國舊制向有宗祧繼承，其目的在承續宗祧以奉祖先之祭祀，民國繼承法廢除宗祧繼承，僅承認財產繼承。遺產繼承，除配偶外，依左列順序定之：(1)直系血親卑親屬；(2)父母；(3)兄弟姊妹；(4)祖父母（一一三八條）。遺產繼承，採取男女平等原則，不分男女，有平等的繼承權。同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承（一一四一條本文）。配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分按其所與共同繼承之血親繼承人，而有均分、遺產二分之一、三分之二或全部（一一四四條）。

民國繼承法採取法定繼承原則，規定特留分以限制遺囑處分之自由（一一八七條）。繼承人之特留分，為其應繼分二分之一或三分之一（一二二三條）。中國往昔採取家產制度，法律上並無特留分制度。

中國舊制，「父債子還」，民國繼承法承認限定繼承（一一五四條～一一六三條）及拋棄繼承（一一七四條～一一七六條）。

十 遺囑制度之改進

中國固有法承認遺囑，然就遺囑能力並無年齡之限制，就遺囑之方式亦無任何限制。民國繼承法以滿十六歲為有遺囑能力（一一八六條二項但書），明定遺囑須依一定方式為之，其方式有五：(1)自書遺囑；(2)公證遺囑；(3)密封遺囑；(4)代筆遺囑；(5)口授遺囑（一一八九條）。

柒 民法之施行

民法分三期施行，總則及其施行法於民國一八年一月一日施行；債編及其施行法與物權編及其施行法於民國一九年五月五日施行；親屬編及其施行法與繼承編及其施行法於民國二〇年五月五日施行。此為中國之一大盛事，蓋中國在短短數年內基本上繼受了歐陸民法，使民法制度邁入新境界。現代民法思潮係以全體國民（權利主體）平等的權利能力及行為能力為基礎，以當事人意思自治及契約自由為原則，建立以權利義務觀念及過失責任為中心的民法體制。對於中國而言，在身分法中實現男女平等及夫妻平等之原則，提高卑親屬及家屬在家中之地位，排除尊長絕對的權威，限制親權之不當行使，尤為劃時代之進步立法。由於中國在傳統上缺乏有系統的民法典，因此在民法五編中，除部分有關身分法的規定外，可說全盤接受了歐陸市民社會的現代法制思想，實為中國法制史上重要之里程碑。在當時而言，實屬相當進步之立法。

惟須注意，中國在當時仍屬半封建的農業社會，固有傳統觀念又牢不可拔。加之，中國向來重人治而輕法治，司法本身不健全，行政又動輒干與司法。官吏恣肆，貪贓枉法，更屬常見。人民亦無守法精神。因此，徒有進步、理想之法律，但卻未徹底落實於中國社會。尤有甚者，民法施行未幾，中國又陷入兵馬倥傯、戰事連綿之局面，剿匪、日本侵華、對日抗戰……，內憂外患交加，國家四分五裂，民法自未全面施行於中國。第二次世界大戰結束後不久，國共又陷入內戰，民國三八年，國軍敗退，中華民國中央政府播遷台北。同年，中共廢除國民黨政府之六法全書及一切法律，民國民法與其他法律遂在中國走入歷史，而在台灣持續其生命。

捌 一九五〇年中共婚姻法之編纂及特色

第二次世界大戰日本戰敗無條件投降，國民政府於一九四六年五月五日還都南京，中共則大舉武裝革命，國軍節節敗退，中共見時機來臨，即於一九四八年冬，

責令中共中央法律委員會及中共中央婦女委員會著手準備婚姻法草案。一九四九年九月，中國人民政治協商會議共同綱領規定：「中華人民共和國廢除束縛婦女的封建制度，婦女在政治的、經濟的、文化教育的、社會的生活各方面，均有與男子平等的權利。實行男女婚姻自由。」（六條）；「注意保護母親、嬰兒和兒童的健康。」（四八條）。此等原則被爾後中共歷次憲法所承受，同時成爲中共婚姻立法之根據。同年一〇月一日，中共在北京成立中華人民共和國中央人民政府，一九五〇年四月一三日，中央人民政府委員會第七次會議通過中華人民共和國婚姻法，並決定自同年五月一日起公布施行。這是中共佔據大陸成立政權之後所公布的第一個成文法典。

本法的淵源，據當時任中共中央人民政府法制委員會主任委員的陳紹禹稱：「法制委員會對馬克思、恩格斯、列寧、斯大林學說和毛澤東思想中有關婦女問題以及婚姻、家庭和社會發展問題的主要部分，加以學習。」「此外爲學習蘇聯經驗並參考東南歐和朝鮮等人民民主國家的經驗，曾將新版的『蘇俄婚姻家庭和監護法』加以譯印……加以研究。」當然，本法亦繼承了中華蘇維埃共和國中央執行委員會第一次會議關於《中華蘇維埃共和國暫行婚姻條例的決議》、《中華蘇維埃共和國婚姻條例》及其實施經驗，固不待言。

毛澤東曾說：「婚姻法是有關一切男女利害的普遍性僅次於憲法的國家根本大法之一。」本法之公布施行，當時《人民日報》社論曾大加讚賞：「從此，舊中國所遺留的封建主義的婚姻制度將徹底被廢除，而新民主主義的婚姻制度將普遍實行於全國。這是一項偉大的社會改革工作，它在全國範圍內開展起來，必將獲得廣大男女人民，特別是婦女群眾的熱烈擁護，使中國人民的社會生活前進與提高一步。」

一九五〇年婚姻法，全文分爲八章，共二七條。自其內容觀之，乃以調整婚姻關係爲主，同時也涉及家庭關係方面之若干主要問題。名稱雖爲婚姻法，實際上是婚姻家庭法。本法與民國民法主要不同之點如次：

- 1.確立婚姻法的基本原則，即「廢除包辦強迫、男尊女卑、漠視子女利益的封建主義婚姻制度。實行男女婚姻自由、一夫一妻、男女權利平等、保護婦女和子女合法利益的新民主主義婚姻制度。」

- 2.結婚適齡爲男二〇歲，女一八歲。

- 3.有生理缺陷不能發生性行爲者，患花柳病或精神失常未經治癒，患麻瘋或其他醫學上認爲不應結婚之疾病者，禁止結婚。

- 4.關於結婚及及自願離婚，均採登記主義，並發給結婚證或離婚證。

- 5.就離婚設有限制，例如「女方懷孕期間，男方不得提出離婚；男方要求離婚，須於女方分娩一年後，始得提出。但女方提出離婚的，不在此限。」

玖 一九八〇年中共婚姻法之編纂及特色

一九五〇年婚姻法公布施行以來，隨著該法的廣泛實施，中國社會主義建設的發展和經濟基礎、上層建築的變化，歷史上遺留下來的封建主義婚姻家庭制度已經基本上被摧毀，社會主義婚姻家庭制度已經初步地建立起來。然而，中國是一個經歷長期封建統治的國家，封建制度和封建思想的流毒既深且廣，婚姻家庭問題上的封建習俗和封建思想多少仍然殘存，急需修改婚姻法，以資因應。一九七八年一月一三日，中共公安部長趙蒼壁在《法制建設問題座談會上的講話》中，曾說：「（中國）各地出現落後的、封建的，甚至野蠻的婚姻情況，令人觸目驚心，有的女青年因婚姻不能自主，神經失常，甚至造成自殺的悲劇。至於提倡晚婚的年齡問題、結婚登記手續問題、以及離婚問題等等，各地做法很不一致，人民法院、民政部門和計劃生育工作單位等，辦事都感到非常困難，亟應做出相應的規定。」因而強調：「婚姻法也急需進一步修訂。」抑有進者，中國大陸歷經十年「文化大革命」浩劫，林彪、「四人幫」破壞了國民經濟、搞亂了人們的思想、踐踏了社會主義法制、敗壞了社會風氣，致使某些過去基本上已被破除的陳規陋習又乘機蔓延，例如，婚姻戀愛上的不正之風有所滋長，包辦、買賣婚姻和借婚姻關係索取財物的現象重新抬頭，鋪張浪費辦婚事的相當普遍，婦女的合法權益得不到應有的保護，有些子女不尊重父母、不盡贍養義務，等等，不一而足，因此很有必要加強對婚姻家庭關係的法律調整，盡快地消除林彪、「四人幫」的長期干攪給婚姻家庭關係帶來的不良影響。

一九七六年毛澤東死後，中共領導者爲了挽救十年動亂所帶來的危機，首先粉碎「四人幫」，進而宣言加強社會主義民主和社會主義法制，積極推動「四個現代化」（即工業、農業、國防、科技現代化，簡稱「四化」）建設。一九七八年底，中共召開「十一屆三中全會」，決議從一九七九年一月起，把工作重心轉移到社會主義現代化（即四化）建設上來。中華全國婦女聯合會（以下簡稱全國婦聯）主席康克清隨即針對此決議，發表〈要用社會主義思想處理好婚姻家庭問題〉，強調：爲了調動婦女一切積極因素，向「四個現代化」進軍，必須反對買賣婚姻、變相買賣婚姻和包辦婚姻，以樹立「社會主義的婚姻家庭制度」。與此同時，全國婦聯亦召集在北京的文化藝術界人士，就如何用社會主義思想處理婚姻家庭問題，舉行座談會，全國婦聯副主席李寶光發言強調：由於「四人幫」的干攪破壞，不僅在政治、經濟、思想和文化領域受到極大損失，而且也在婚姻、家庭方面產生了嚴重後果，因此提出：當前迫切需要在廣大城鄉展開一個「用社會主義思想處理好婚姻家庭關係的教育活動」。與會者亦表示願爲實現「四個現代化」與建立「新型婚姻家庭關係」而創作。

一九七九年初，在中央政法小組主持下，由全國婦聯同最高人民法院、民政部、衛生部、計劃生育領導小組、國家民族事務委員會、解放軍總政治部、全國總工會和共青團中央共同組成婚姻法修改小組，就一九五〇年頒布的《中華人民共和國婚姻法》的基礎上，根據三十年的實踐經驗和新情況、新的問題加以研討，在修訂過程中，曾做了大量的調查研究，先後三次在全國範圍內徵求意見，經全國人大常會法制委員會第十四次會議的審議，通過了《婚姻法修改草案》，隨即將該草案印發各省、自治區、直轄市的人大常委會和中央有關部門以及全國政協的意見再進行修改，

提經全國人大常委會第一五次會議審議，最後，第五屆全國人民代表大會第三次會議在一九八〇年九月一〇日通過了修改的《中華人民共和國婚姻法》。新法自一九八一年一月一日起施行。一九五〇年五月一日頒行的婚姻法，自新法施行之日起廢止。

新婚姻法的根本任務，在於鞏固和發展社會主義婚姻家庭制度，同婚姻家庭領域中殘存的舊習俗思想鬭爭，以保障公民的合法權益，促進四化建設；其重要作用，在於通過鞏固和發展社會主義的婚姻家庭制度，保障廣大人民的合法權益，為社會主義的現代化建設服務。所以，「如果說，一九五〇年的婚姻法是廢除封建主義婚姻家庭制度、建立社會主義婚姻家庭的重要手段，那麼，在新的歷史時期中實施的新婚姻法便是鞏固和發展社會主義婚姻家庭制度，促進四化建設的有力工具。」

新婚姻法，分五章計三七條，與一九五〇年的婚姻法相比較，經修改、補充者，尤其與民國民法主要不同之點如次：

- 1.增列「保護老人合法權益」，並把「實行計劃生育」規定為一項原則。
- 2.提高結婚適齡為男滿二二周歲，女滿二〇周歲。
- 3.將原來規定的「其他五代內的旁系血親間禁止結婚的問題，從習慣」改為「三代以內的旁系血親禁止結婚」。
- 4.明確規定「要求結婚的男女雙方必須親自到婚姻登記機關進行結婚登記」；登記後「取得結婚證，即確立夫妻關係」。
- 5.課夫妻雙方以實行計劃生育的義務。
- 6.增設「子女可以隨父姓，也可以隨母姓」的規定。
- 7.明確規定養父母與養子女、繼父母與繼子女間的權利義務關係。
- 8.規定「男女一方要求離婚的，……如感情確已破裂，調解無效，應准予離婚」。

拾 一九八五年中共繼承法之編纂及特色

中華人民共和國成立後，對繼承關係的規範以婚姻法中的有關規定為基本依據。一九五〇年婚姻法第一二條規定：「夫妻有互相繼承遺產的權利。」第一四條規定：「父母子女有互相繼承遺產的權利。」被繼承人之配偶、子女及父母，均為第一順序的法定繼承人。一九五四年《中華人民共和國憲法》第一二條規定：「國家依照法律保護公民的私有財產的繼承權。」由於法律對繼承問題只有原則性的規定，有關部門曾就各種具體問題作出許多指示和批復。在總結審判實踐經驗的基礎上，最高人民法院在《關於貫徹執行民事政策幾個問題的意見》中，對適用法律、政策處理繼承糾紛的問題提出有效的政策界限。一九七九年二月，最高人民法院又提出《關於貫徹執行民事政策法律的意見》，就繼承問題作出比較有系統、比較具體的規定。一九八四年八月，最高人民法院再提出《關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》，對上述規定進行全面的補充，有關繼承的規定達一九項之多。

另一方面，隨著一九五四年憲法的頒行，中共有關部門著手進行民法起草工作，在當時擬訂的草案中，以專章規定財產繼承問題。其後，民法的起草工作全部停頓。一九六二年到一九六四年有關部門繼續起草民法，完成了民法草案，其中繼承法部分，用現在的標準去衡量顯然不夠完善、不夠理想。不久，「十年浩劫」突然降臨，民法的起草工作又擱置一旁。迨中共「黨十一屆三中全會」以後，立法工作出現了前所未有的新局面。一九七九年十一月，在全國人大常委會法制委員會主持之下成立了民法起草小組。在先後擬訂的四次民法草案中，均以財產繼承為獨立的一編。然而，由於中國的經濟體制改革正在進行，民法的牽涉面又非常廣泛，在短時期內還難以制定完整的民法。因此，作為民法組成部分的繼承法作為單行法審議，而於一九八五年四月一日，第六屆全國人民代表大會第三次會議通過《中華人民共和國繼承法》，自一九八五年一月一日起施行。

本法分為五章，共三七條。依文獻所示，本法具有鮮明的社會主義本質和民族特色。它以憲法的有關規定為依據，總結了中國長期以來處理繼承問題的實踐經驗，包括審判中處理繼承糾紛的經驗，把這方面的行之有效的規定系統化、法律化，從而鞏固和發展了繼承制度改革的成果。貫徹執行這個法律，對全面保護公民個人財產的所有權，保障家庭經濟職能的順利實現，促進社會主義物質文明和精神文化的建設，都有很重要的意義。

與民國繼承法相比較，中共繼承法之主要特色如次：

1.詳定法定繼承方式和遺囑繼承方式的內容，以此作為處理遺產的主要手段。同時，規定遺贈和遺贈扶養協議作為處理遺產的補充方法。

2.繼承標的主要為公民的生活資料。

3.繼承權男女平等。遺產繼承人第一順序為配偶、子女、父母；第二順序為兄弟姊妹、祖父母、外祖父母。喪偶兒媳對公、婆，喪偶女婿對岳父、岳母，盡了主要贍養義務的，作為第一順序繼承人。

4.同一順序繼承人繼承遺產的份額，一般為均等，但依情況而調整，就中應照顧生活有特殊困難的缺乏勞動能力的繼承人。

5.遺囑之方式有五：(1)公證遺囑；(2)自書遺囑；(3)代書遺囑；(4)錄音遺囑；(5)口頭遺囑。

6.不認特留分，但遺囑應當對缺乏勞動能力又沒有生活來源的繼承人保留必要的遺產份額。

7.承認拋棄繼承。繼承開始後，繼承人放棄繼承的，應當在遺產處理前，作出放棄繼承的表示。沒有表示的，視為接受繼承。

8.公民可以與扶養人或集體所有制組織簽訂遺贈扶養協議，按照協議，扶養人或集體所有制組織承擔該公民生養死葬的義務，享有受遺贈的權利。

9.繼承遺產應當清償被繼承人依法應當繳納的稅款和債務，繳納稅款和清償債務以他的遺產實際價值為限。超過遺產實際價值部分，繼承人自願償還的不在此限。

10.繼承人應當本著互諒互讓、和睦團結的精神，協商處理繼承問題。

一九八五年八月，最高人民法院根據繼承法的有關規定和審判實踐經驗，提出《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》，供各級人民法院在審理繼承案件時試行。

拾壹 一九九一年中共收養法之編纂及特色

中共一向承認收養制度，一九五〇年婚姻法第一三條第二項規定：「養父母與養子女相互間的關係，適用前項規定（即：父母對於子女有撫養教育的義務；子女對於父母有贍扶助的義務；雙方均不得虐待或遺棄）。」一九八〇年婚姻法第二〇條規定：「國家保護合法的收養關係。養父母和養子女間的權利和義務，適用本法對父母子女關係的有關規定。養子女和生父母間的權利和義務，因收養關係的成立而消除。」除此而外，關於收養關係之成立與終止等，均無明文規定，完全委諸司法實踐及有關收養之行政法規，諸如，一九五八年《中華人民共和國戶口登記條例》、公安部一九七八年《關於戶口遷移的問題解答》、司法部一九八二年《關於辦理幾項主要公證行為的試行辦法》，尤其最高人民法院一九五六年《關於解除養父子關係問題的復函》、同一九七九年《關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》、同一九八四年《關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》有關收養問題的意見，更為處理收養問題的主要依據。

由於收養問題涉及婚姻法、戶口管理、計畫生育等多方面之政策或規定，關係公民的切身利益，也關係社會的利益，因此如何正確處理收養問題，乃不容忽視的重要課題，然有關收養存在許多難題，諸如法規不完整、制度不健全，致執行不統一，使收養產生許多問題，很有制定收養法加以規範的必要。中共有關部門乃進行研擬收養法草案，而於一九九一年一月二十九日第七屆全國人民代表大會常務委員會第二三次會議通過，同日公布，自一九九二年四月一日起施行。最高人民法院於一九九二年三月二十六日發布《關於學習、宣傳、貫徹執行〈中華人民共和國收養法〉》的通知。

本法共分六章（總則、收養關係的成立、收養的效力、收養關係的解除、法律責任、附則），計三三條。茲就收養關係的成立與民國收養法主要不同之點介述之如次：

1.被收養人須為不滿一四周歲的未成年人，且須為(1)喪失父母的孤兒；或(2)查找不到生父母的棄嬰和兒童；或(3)生父母有特殊困難無力撫養的子女（四條）。

2.送養人須為下列公民或組織：(1)孤兒的監護人；(2)社會福利機構；(3)有特殊困難無力撫養子女的生父母（五條）。

3.收養人應當同時具備下列條件：(1)無子女；(2)有撫養教育被收養人的能力；(3)年滿三五周歲（六條）。

4.收養人只能收養一名子女（八條一款）。

5.無配偶的男性收養女性，收養人與被收養人的年齡應當相差四〇周歲以上（九條）。

但下列情形，放寬收養的要件：

1.年滿三五周歲的無子女的公民收養三代以內同輩旁系血親的子女，可以不受「生父母有特殊困難無力撫養的子女」、「有特殊困難無力撫養子女的生父母」、「無配偶的男性收養女性的，年齡應當相差四〇周歲以上」和「被收養人不滿一四周歲」的限制；華僑收養三代以內同輩旁系血親的子女，還可以不受「收養人無子女」的限制（七條）。

2.收養孤兒或者殘疾兒童可以不受「收養人無子女」和「年齡滿三十五周歲」以及「收養一名子女」的限制（八條二款）。

3.繼父或者繼母經繼子女的生父母同意，可以收養繼子女，並可以不受「生父母有特殊困難無力撫養的子女」、「有特殊困難無力撫養子女的生父母」和「被收養人不滿十四周歲」的限制（一四條）。

收養的形式要件如次：

1.本國人收養時：(1)收養查找不到生父母的棄嬰和兒童以及社會福利機構撫養的孤兒的，應當向民政部門登記（一五條一款）。(2)其他情形，收養應當由收養人、送養人依照本法規定的收養、送養條件訂立書面協議，並可以辦理收養公證；收養人或送養人要求辦理收養公證的，當辦理收養公證（同條二款）。

2.外國人在中國大陸收養子女時：外國人在中華人民共和國收養子女，應當提供收養人的年齡、婚姻、職業、財產、健康、有無受過刑事處罰等狀況的證明資料，該證明資料須經其所在國公證機構或者公證人公證，並經中華人民共和國駐該國使領館認證。該收養人應當與送養人訂立書面協議，親自向民政部門登記，並到指定的公證處辦理收養公證。收養關係自公證證明之日起成立（二〇條二款）。

* 本章主要參考文獻：

《中華民國民法制定史料彙編上下冊》（司法行政部，民國六五年）

潘維和著《中國近代民法史》（漢林出版社，民國七一年）

《民法總說、第一條至第五條之註釋研究》（行政院國家科學委員會專題研究計劃成果報告，計劃主持人：黃宗樂，85年）

黃宗樂〈中共婚姻法初探—兼與我民法親屬編相比較〉《陳棋炎先生七秩華誕祝賀

論文集·家族法諸問題》303 頁以下（一九九〇年）

黃宗樂〈關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題之研討〉台大法學論叢 21 卷 2 期 297 頁以下（一九九二年）。同論文收錄於《兩岸法律論文集第一輯》75 頁以下（海峽交流基金會，一九九四年）

第三章 台灣親屬繼承法之繼受與變遷

壹 清治時期台灣親屬繼承法

台灣於一六八四年被劃入清朝版圖，受清朝統治二百餘年，法律制度大體仿照中國本國之例，大清律令及其他單行法形式上亦施行於台灣，然實際上大部分並未厲行，台灣特殊之習慣隨而發達，該習慣事實上施行於台灣。

台灣有關親屬及繼承之習慣，當然深受中國之制度、習慣之影響。不過，由於早期移住台灣的漢人，在中國多屬貧民階級，大都不通曉中國之制度、習慣；又移民大抵崇尚自由，積極活潑，而官憲亦不加拘束。因此，關於親屬及繼承之習慣法雖亦有類似中國之制度、習慣者，但也產生台灣獨特之習慣。加之，清朝時代之裁判制度極不完備，行政官又兼裁判官，許多民事事件都依強制和解而解決，類似裁判例而保留下來的並不多見。因此，台灣民事習慣，遂成為親屬、繼承法最重要的法源。

貳 日治時期台灣親屬繼承法

台灣於一八九五年被永遠割讓給日本，受日本統治。日本領台後，有關親屬、繼承事項，仍依台灣民事習慣。在大正一〇年（一九二一年）以前，在家族生活上，採取不干涉主義，對舊風俗習慣不加拘束，法的習慣與清朝時代並無多大變更。其後，依大正一一年（一九二二年）敕令第四〇六號「關於民事之法律施行於台灣之件」，自大正一二年（一九二三年）一月一日起，日本民法及其他民事法律雖施行於台灣，但依同年敕令第四〇七號「關於施行於台灣法律之特例之件」特例第五條規定：「有關本島人之親屬及繼承事項，不適用民法第四編及第五編之規定，除特別規定外，依習慣。」而排除日本民法第四編親族及第五編相續之適用。不過，台灣既受日本殖民統治，台灣民事習慣自不可能不受日本法制之影響，特別是台灣總督府法院判例，或以日本民法為條理，或以不合公序良俗為理由，改變的台灣民事習慣。尤其在民法總則編物權編債權編及其他民事法律施行於台灣以後，日本統治當局積極推行同化政策，台灣人生活模式加速內地化，而台灣總督府法院指導的判例及皇民化運動日益普及，同時隨著教育文化的進步，舊時代之遺風、陋習次第改善，因此到日本統治末期，除下列者而外，親屬繼承法規範大體與日本明治民法相同。

1.關於婚姻及收養之習慣

(1)事實婚主義 明治民法就結婚採用申報主義，台灣人間之結婚，則依當事人雙方之承諾、同意權人之同意、舉行儀式等事實而成立。

(2)夫妾婚姻 有正妻之男子更與其他女子結合時之婚姻，乃為得子女或單為滿足洩慾，而與正妻以外之其他女子結婚之制度。夫妾婚姻亦為一種婚姻，而與姘居

不同，其成立須具備實質的、形式的要件，此等要件與正夫妻大致相同。妾之法律上地位準於正妻，與夫及正妻及夫之父母發生親屬關係，正妻縱違其本意，仍有容忍與妾同居之義務；妾固應入夫家，但事實上留住本生家，亦毫無礙於夫妻關係之成立；夫妻互負扶養義務。又，妾所生子女不待夫之認領即當然取得庶子之身分。此外，夫妻婚姻及於財產之效果大致可與正夫妻之情形同論。夫妻關係，不但違反一夫一妻之善良風俗，且有損妾之人格，因此法院對於夫妻婚姻之終止，傾向於從寬解釋，俾及早消滅其關係。明治民法採一夫一妻制，法律上不承認妾之地位。

(3)招入婚姻 因結婚男入於女家，其中家女留在本生家迎夫者稱為招婿；家婦於前夫死後留在夫家迎後夫者稱為招夫。招入婚姻之成立要件與普通婚姻固無差別，但其效果與民法上之婚姻或收養則有種種不同。即在招入婚姻，招婿、招夫雖入招家成為招家之家屬，但因非養子或入夫，故仍保持從前本生家之姓而不稱招家之姓。被招者與本生家之親屬之關係與被招前並無任何變化，但對於本生家之財產如不回歸本生家者即無繼承權。被招者與招家方之親屬關係，與普通婚姻之情形同，以妻為標準而發生姻親關係。

招入婚姻與明治民法之入夫婚姻不同，不得為招家之戶主，就招家之財產無任何權利，又，在招入婚姻有出舍之制度。所謂出舍即被招者帶妻離招家而回歸本生家或創立一家。其原因有基於招入婚當時之約旨者，亦有基於其後當事人之協議者，亦有被招家離籍而非任意為之者。又，出舍時，所生子女除依契約屬於招家者外，隨妻同時出舍。

(4)養媳及養婿 養媳係以將來婚配於家男為目的而養入之幼女，亦稱媳婦仔；養婿係以將來婚配於家女為目的而養入之幼男。被養入之年齡通常從出生後數月到十三、四歲。養媳猶如已婚之婦，於其本姓上冠以養家之姓，與養家之親屬發生姻親關係，而非從養家之姓，與收養人間亦不發生如一般收養之準血親關係，故與養女不同。養媳與其未婚夫結婚時，因其目的完成，收養當然解消；其未婚夫如不欲與其結婚，得予拒絕，而與其他女子結婚，此時養媳之主要目的已經喪失，故該結婚可為養媳契約終止之理由。

2.關於繼承之習慣

台灣人之繼承有戶主繼承與財產繼承兩種。

(1)戶主繼承係繼承戶主權及系譜、祭具並墳墓之所有權，原則上僅被繼承人死亡當時在其家之直系血親卑親屬男子為繼承人，女子無繼承權。然戶主係採一人主義，繼承之順位與民法上家督之情形並無顯著不同。

(2)財產繼承又分為家產繼承與私產繼承：

①家產繼承(因戶主死亡或主權喪失之財產繼承)，原則上由在其家之直系血親卑親屬男子(包含戶主繼承人)共同平均繼承，即所謂分頭繼承制是也。女子亦無繼承權，與戶主繼承之情形同。

◎私產繼承(因家屬死亡之財產繼承)，原則上由被繼承人之直系血親卑親屬平均繼承，但與家產繼承不同，被繼承人死亡當時不必在其家，亦不問男女均有繼承權。

台灣之繼承與內地之繼承相比較，合台灣之戶主繼承與家產繼承該當於內地之家督繼承，私產繼承該當於內地之遺產繼承。

3.祭祀公業

祭祀公業係以死者之祭祀為目的而設定之獨立財產，淵源於中國之「祭田」，現在可謂係台灣獨特之制度。台灣祭祀公業發達之原因與特殊繼承制度有莫大關連，即台灣之繼承制度為分頭繼承，故僅由嫡長子孫營祖先之祭祀並不妥當。又，繼承財產悉分割者有使財產散逸，彼此怠於祭祀祖先之虞，故從遺產中抽出一定財產設定獨立之財產，依其收益專充祖先之祭祀。現存之祭祀公業大多數皆如此而設定者，然享祀者未必限於設定者之祖先，以祭祀祖先以外之親屬或崇拜者等目的而設定者亦有之。

其次，公業財產以不動產中之土地為本體財產，僅以動產或權利為標的之祭祀公業當時並不承認。但附隨於不動產而有動產及其他權利為公業財產則無妨。祭祀以此等財產之收益年一次或數次為之，其執行由管理人為之，有派下（設定者及其子孫）時，由派下共同參加，但亦有由派下輪值為之者，此時由值年者招集派下共同參與，有祠堂（或稱祖厝）者在祠堂，無祠堂者在公業地附屬建物之正廳舉行，祭畢派下一同圍桌開宴。

關於祭祀公業之本質向來眾說紛紜，或認為係共有，或認為係總有，或認為係法人，莫衷一是。其中，法人說為判決例等所承認，通說認為乃既非民法上之社團法人亦非財團法人之特殊習慣法上之法人。

然，關於管理人之權限、派下現在數、財產處分等之習慣頗欠明確，故現實上引起許多糾紛，而呈現親屬相爭、骨肉相殘之醜狀，減卻祖先崇拜之良美目的，如放任此種狀態不管，在本島風教上亦是大問題，又，不僅為派下成員之重大權益問題，抑且公業財產大部分係農耕地，如任其自然荒廢必生莫大損失，從農政上著眼亦不容忽視等種種理由，台灣總督府曾仔細進行全島祭祀公業之調查，為排除上述惡弊，使其回復祭祀公業之本來面目，並積極準備立法。

參 民國民法親屬繼承編施行於台灣

第二次世界大戰，日本戰敗無條件投降，民國三四年（一九四五年）一月二十五日，台灣被國民政府接管，中華民國民法自是日起施行於台灣。由於中華民國民法第四編親屬及第五編繼承，大部分係強行規定，不許習慣排除成文法，因此，除利用成文法而得到與習慣相同的效果（例如，父於生前將其財產移轉於男子，或女子拋棄繼承）而外，台灣民事習慣原則上已不再適用。惟須注意者，繼承在民法施

行於台灣後，但親屬身分在日治時代成立者，關於其是否成立或消滅，亦有適用日治時期親屬習慣之必要。關於民國親屬繼承法之特色，已如前述。

肆 一九八五年民國民法親屬繼承編之修正

民國民法親屬繼承兩編自民國三四年（一九四五年）一月二五日施行於台灣以後三十餘年，國際環境、社會結構、經濟發展及人民思想觀念，多有重大變遷，加以交通日益便捷，國際文化交流日趨頻繁，人際關係，亦已今非昔比。現行法諸多規定與現實情況已不相適應，民法親屬編，允宜全面檢討，擇要修正，以應實際需要。

司法行政部自六三年七月開始民法之研究修正，原計畫於民法總則編修正草案完成後，依次進行債、物權、親屬及繼承諸編之研修。迨六六年九月民法總則及民法總則施行法修正草案完成後，因各方反映，咸認應以親屬編之修正為先，爰變更原計畫，提前進行親屬編之研修工作。

研修親屬編之基本原則與民法總則編同，其要點如次：

- (1) 促進三民主義及憲法所定基本國策之實踐。
- (2) 加強社會公益之維護。
- (3) 因應國家社會發展之需要。
- (4) 原規定有欠明確或窒礙難行者，修正之。
- (5) 特別民事法規之規定，性質上得納入本法者，增列之。
- (6) 司法院解釋、最高法院判例或學說上有爭執之事項，性質得以條文規定者，參酌研究修正或增列之。

此外，並特重下列諸點：

- (1) 維護固有倫理觀念。
- (2) 貫徹男女平等原則。
- (3) 修正夫妻財產制，使其更為合理。
- (4) 加強對於未成年人、非婚生子女及養子女權益之保護。

蔣總統經國先生於六五年一月一七日指示：「民刑法的修正，關係國家的進步與人民的權益很大，應該列為今後的重要工作，民刑法的修正內容，固然應該參考各國的最新立法，但亦應注意我國國情及社會需要，尤應以三民主義為最高立法原則，使成為中華民國的民法和刑法。」此項指示，民法研究修正委員會，亦謹守恪遵，奉為圭臬。

民法研究修正委員會徵詢各界意見，審慎檢討，幾經易稿，始於七一年一月由

法務部將修正草案函送行政院，同年八月行政院第一七九三次會議決議通過送請立法院審議，同年九月行政院函請立法院審議，經立法院於同年十一月交司法、法制兩委員會審查，兩委員會總計舉行全體聯席會議三三次，慎重審查後，於七三年一二月提報「聯席會議審查修正要點」，並報請院會公決。七四年五月二四日立法院三讀通過，同年六月三日總統令公布施行。

基於與前述相同的背景與理由，並根據與前述相同的原則並(1)修正養子女之差別待遇及(2)消除宗祧繼承之餘緒兩原則與程序，民法繼承編修正草案於七四年五月一二日經立法院三讀通過，同年六月三日總統令公布施行。

此為民國民法親屬繼承兩編第一次修正，其修正要點如次：

一 貫徹男女平等原則

1.舊法僅將「夫死妻再婚或妻死贅夫再婚」列為姻親關係消滅之原因，新法將之刪除，從而姻親關係不因夫妻之一方死亡他方再婚而消滅。(新九七一條)

2.舊法禁止八親等以內之堂兄弟姊妹結婚，但不限制表兄弟姊妹結婚，新法則禁止四親等之表兄弟姊妹結婚。(新九八三條一項三款但書)

3.重婚在舊法仍為有效，僅得撤銷而已，顯與一夫一妻制有違，新法明定重婚為無效，並增設「一人不得同時與二人以上結婚」，同時婚亦屬無效。(新九八五條、九八八條二款)

4.舊法規定「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。」新法增設但書規定「但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。」(新一〇〇二條)

5.子女之從姓，在嫁娶婚，舊法規定「子女從父姓」，新法增設但書規定「但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。」(新一〇五九條一項但書)

6.舊法規定「未成年之子女，以其父之住所為住所。贅夫之子女，以其母之住所為住所。」新法修正為「未成年之子女，以其父母之住所為住所。」(新一〇六〇條)，不問嫁娶婚或招贅婚，均有其適用。

7.就婚生子女否認之訴，舊法規定「如夫能證明於受胎期間內未與妻同居者，得提起否認之訴。」新法修正為「如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。」(新一〇六三條二項本文)

8.舊法規定「子女之特有財產，由父管理。父不能管理時，由母管理。」新法修正為「未成年子女之特有財產，由父母共同管理。」(新一〇八八條一項)

二 增設結婚無效或被撤銷時準用離婚有關條文之規定

結婚無效或經判決撤銷時，關於子女之監護、贍養費之給與及雙方財產之處理，舊法均乏明文。新法增列第九九九條之一，規定第一〇五五條、第一〇五七條及第

一〇五八條等離婚有關條文之規定，於結婚無效或經撤銷時準用之。

三 修正夫妻財產制

1.舊法上「妻因勞力所得之報酬」為妻之特有財產，新法為貫徹男女平等之原則，爰將之刪除。(新一〇一三條)

2.關於聯合財產所有權之歸屬，舊法規定「聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權。聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫。」新法為貫徹男女平等之原則，修正為「聯合財產中，夫或妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中取得之財產，為夫或妻之原有財產，各保有其所有權，聯合財產中，不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有之原有財產。」(新一〇一七條)

3.關於聯合財產之管理權，舊法規定「聯合財產，由夫管理。其管理費用由夫負擔。」新法修正為「聯合財產，由夫管理。但約定由妻管理時，從其約定。其管理費用，由有管理權之一方負擔。」(新一〇一八條一項)。

4.關於夫對妻原有財產之用益權，舊法規定「夫對於妻之原有財產，有使用、收益之權。」新法增設但書規定「但收取之孳息，於支付家庭生活費用及聯合財產管理費用後，如有剩餘，其所有權仍歸屬於妻。」(新一〇一九條)

5.新法為謀夫妻間之公平及貫徹夫妻平等之原則，增設剩餘財產分配請求權之規定：「聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產，不在此限。依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得酌減其分配額。第一項剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自聯合財產關係消滅時起，逾五年者亦同。」(新一〇三〇條之一)

6.統一財產制不但有背男女平等之原則，亦非我國習慣所能接受，新法乃予刪除。

四 修正離婚制度

1.關於兩願離婚之方式，舊法規定過於簡略，極易發生弊端，新法特增設「應向戶政機關為離婚之登記」之規定(新一〇五〇條)，使第三人對其身分關係更易於查考，以符合社會公益。

2.新法導入一般的破綻主義之思想，除保留舊法個別的、具有的十個離婚原因，並本於男女平等原則，將原第四款改為夫妻之一方對於他方直系尊親屬之虐待或受其虐待(新一〇五二條一項)外，增列包括的、抽象的離婚原因，規定「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一

方負責者，僅他方得請求離婚。」(新一〇五二條二項)

五 改進收養制度

1.關於近親收養之禁止，舊法未設規定，新法明定「左列親屬不得收養為養子女：一 直系血親。二 直系姻親。但夫妻之一方收養他方之子女者，不在此限。三 旁系血親及旁系姻親之輩分不相當者。但旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者，不在此限。」(新一〇七三條之一)

2.舊法規定「有配偶者收養子女時，應與其配偶共同為之。」新法增設但書規定「但夫妻之一方，收養他方之子女者，不在此限。」(新一〇七四條)

3.關於收養之方式，舊法採放任主義，規定「收養子女，應以書面為之。但自幼撫養為子女者，不在此限。」(新一〇七九條)，新法改採國家機關干預主義，增設「收養子女，應聲請法院認可。」(新一〇七九條四項)、「收養有左列情形之一者，法院應不予認可：一 收養有無效或得撤銷之原因者。二 有事實足認收養於養子女不利者。三 成年人被收養時，依其情形，足認收養於其本生父母不利者。」(同條五項)

4.關於收養之無效及撤銷，舊法未設規定，新法則予以明定(新一〇七九條之一：收養之無效；新一〇七九條之二：收養之撤銷)。

5.舊法對於養父母死亡後收養關係之終止，未設規定，新法則明定「養父母死亡後，養子女不能維持生活而無謀生能力者，得聲請法院許可，終止收養關係。」(新一〇八〇條五項)

六 改進繼承制度

1.新法將第一一四二條刪除，而使養子女之繼承順序及應繼分，均與婚生子女適用同一法則。

2.廢除指定繼承人制度，亦即將第一一四三條、第一〇七一條刪除。

3.遺囑禁止遺產分割之效力，由二十年縮短為十年(新一一六五條)

4.刪除第一一六七條「遺產之分割，溯及繼承開始時發生效力」之規定。

5.舊法規定，繼承人拋棄其繼承權時，應以書面向法院、親屬會議或其他繼承人為之，新法修正為拋棄繼承，應以書面向法院為之(新一一七四條二項)。

6.關於拋棄繼承時其應繼分之歸屬，舊法規定僅二項，過於簡略，易生疑義，新法特設七項詳為規定(新一一七六條)。

7.增設第一一七六條之一，明定拋棄繼承時遺產之管理。

8.繼承開始時繼承人之有無不明者，舊法僅規定，由親屬會議選定遺產管理人，並無期間之限制，新法規定，應於一個月內為之(新一一七七條)。又，公示催告之期限，將原定一年縮短六個月；無親屬會議或親屬會議未能於六個月內選定遺產管

理人者，新法明定由利害關係人或檢察官聲請法院選任（新一一七八條）。

9.增設新一一七八條之一，明定遺產管理人選定前遺產之處理。

10.增設錄音遺囑為口授遺囑之一種（新一一九五條二款）。

11.口授遺囑有效存續期間，舊法規定一個月，新法修正為三個月（新一一九六條）。

伍 一九九六年民國民法親屬編之修正

民國七四年（一九八五年）民法親屬繼承兩編之修正乃「擇要修正」，而非全面修正。其後，台灣政治、社會情勢急速變化，七六年七月一五日零時起解除戒嚴，八〇年五月一日終止動員戡亂時期，八一年五月二八日增訂公布中華民國憲法增修條文，其第十八條第四項規定「國家應維護婦女之人格尊嚴，保護婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」（現為一〇條六項）。基此，政府當局有責任修改民法親屬編，以落實此憲法婦女條款之理念。而婦運團體為推動民法親屬編修正工作，亦成立委員會，歷時四載，於八三年三月初公表新晴版「民法親屬編修正草案」。

另一方面，立法院立法委員以民法第一〇八九條第二句「父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之」之規定有牴觸憲法之疑義，連署聲請釋憲。八三年九月二三日司法院大法官會議作成釋字第三六五號解釋謂：「民法第一〇八九條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之部分規定，與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」基於此解釋，法務部始針對民法第一〇八九條及與之密切相關之第一〇五一條、第一〇五五條等檢討修正，而於八四年四月二一日經行政院、司法院函請立法院審議。前揭新晴版修正草案亦於八四年三月八日由立法委員葉菊蘭等提案請立法院公決。此外，由立法委員謝啓大等以前揭政府案為基礎，作成新修正草案，立法院司法委員會審查此草案，結果原案通過，立法院於八五年九月六日三讀通過，同月二五日公布。其修正之要點如次：

1.七四年修正時增設第九九九條之一，規定關於離婚效果諸規定於結婚無效及撤銷時準用之，此次修正區分結婚無效與結婚撤銷，分兩項規定。

2.刪除第一〇五一條。

3.修正第一〇五五條，兩願離婚後及判決離婚後對於未成年子女保護教養權利義務合併規定於一條，並基於夫妻平等原則及子女利益保護，詳加規定。

4.增設第一〇五五條之一，規定法院酌定或變更行使負擔權利義務者時及酌定或變更與未成年子女之會面交往時應行注意事項。

5.增設第一〇五五條之二，規定父母均不適合行使權利時法院應行注意事項。

6.增設第一〇六九條之一，規定非婚生子女經認領時，關於未成年子女權利義務之行使或負擔準用離婚諸規定。

7.修正第一〇八九條，明定父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時得請求法院依子女之最佳利益酌定之。

8.增設第一一一六條之二，規定結婚撤銷或離婚未能年子女之扶養義務。

9.民法親屬編施行法增設第六條之一，規定七四年修正後聯合財產所有權歸屬適用情形，以實現夫妻平等原則。

陸 一九九八年民國民法親屬編之修正

繼八四年四月二一日修正草案之後，行政院、司法院於同年九月二三日復提出修正草案，以男女同權規定為中心，修正十一條，增設二條，刪除一條，施行法增設三條。惟八五年九月三日第一〇八九條及與之密切相關之離婚後子女監護規定等之修正三讀通過後，由於立法院審查會對於夫妻財產制爭議不休，致修正工作停滯，立法委員葉菊蘭等為保護婦女權利，乃提出修正草案。立法院司法委員會審查通過後，於八六年一月二二日提出院會，翌年五月一二日立法院朝野協商作出結論，同月二八日基於該結論，立法院三讀通過，六月一七日公布。其修正之要點如次：

1.修正第九八三條，限制旁系血親在六親等以內者結婚，但因收養而成立之四親等及六親等旁系血親，輩分相同者不在此限。

2.刪除第九八六條（限制與相姦者結婚之規定）。

3.刪除第九八七條（女子再婚期間之規定）。

4.刪除九九三條（違反相姦者結婚之撤銷）。

5.刪除第九八四條（違反待婚期間結婚之撤銷）。

6.修正第一〇〇〇條，明定原則上夫妻各保有其本姓。

7.修正第一〇〇二條，明定原則上夫妻之住所由雙方共同協議。

又，隨著刑法之修正，八八年四月二一日修正公布第一〇六七條，將強姦改為強制性交；成姦改為性交。

* 本章主要參考文獻：

姉齒松平著《本島人ノミニ関スル親族法並相續法ノ大要》一頁以下（台法月報發行所，昭和一三年）

《台灣民事習慣調查報告》一頁以下（司法行政部，民國五八年）

《日本統治下五十年の台灣》（「外地法制誌」第三部の三）八三頁以下（外務省編，昭和三九年）

黃宗樂〈日本時代台灣法制的發展〉輔仁法學一七期 1 頁以下（民國八七年）

《民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案上下冊》（立法院公報，法律案專輯第七九輯）（立法院秘書處，七四年）

黃宗樂〈台灣における家族法の変遷と課題〉戸籍時報 462 號 2 頁以下（日本加除出版社，1996 年）

黃宗樂〈台灣における家族法の改正について（1）（2）（3・完）（4）（5・完）〉戸籍時報 331 號 19 頁以下、332 號 13 頁以下、334 號 14 頁以下、492 號 8 頁以下、493 號 23 頁以下（日本加除出版社，一九八五、一九八六、一九八八年）

第四章 韓國親屬繼承法之繼受與變遷

李朝時代之舊韓國，自一九一〇年八月日韓合併以來迄於一九四五年八月一五日之間受日本統治。終戰後，韓國脫離日本統治，但卻被美蘇分別占領南北韓，南韓進入美軍軍政時代，一九四八年八月一五日南韓成立新政府建立大韓民國而完全獨立。在此五十年間，經三度統治權之變動，親屬繼承法在各各時期，依從各各不同之法源。其間，曾一度無統一的成文法典，最初具有近代統一的成文法典，乃韓國民法親屬繼承編。因此，從來親屬繼承法之法源極為複雜，而斷片的散在於各種法典中，其正確把握頗不容易。

壹 李朝時代

李朝時代親屬繼承法之準則，並不存在一個組織的體系的法制，僅有關親屬繼承法之各事項散在於諸法典中。諸法典之主要者，有朝鮮經國典（鄭道傳撰，太祖三年、一三九四年）、經濟六典（太祖六年、一三九七年）、經國大典（成宗二年、一四七一年）、大典續錄（成宗二三年、一四九二年）、大典後續錄（中宗三八年、一五四三年）、受教輯錄（肅宗二四年、一六九八年）、典錄通考（肅宗三二年、一七〇六年）、續大典（英祖二二年、一七四六年）、大典通編（正祖一〇年、一七八六年）、典律通補（正宗一一年）、百憲總覽（正宗時）、大典會通（高宗二年、一八六五年）、大典條例（高宗二年、一八六五年）等之禮典、刑典等等，在此等法典中身分法之事項斷片的散在著。

高宗（李太王）三一年（開國五〇三年、一八九四年）所謂甲午改革後採用近代的法制，最初為光武九年（一九〇五年）以法律第二號制定刑法大全。刑法大全第六七九條規定「從前施用之律例自本法施行之日起廢止」，遂廢止大典會通之刑典及其他明律等。此大全將大典會通、明律等等之律例以近代的形式加以載錄，惟其中關於親屬繼承之規定仍少。其後，李朝末期隆熙二年（一九〇八年），對此斷然進行大修正，而以法律第一九號改稱刑法，但仍未脫舊套，關於親屬繼承之身分關係之規定依然殘存。其他，寡婦再婚自由之件、早婚禁止之件等之單行法規雖亦有若干，但未至於制定統一的身分法規。

貳 日政時代

韓國於一九一〇年（開國五一九年、隆熙四年）依日韓合併條約，歸日本統治，改稱朝鮮，日本政府於同日發布「應施行於朝鮮之法令之件」之緊急敕令，規定「在朝鮮須要法律之事項，得以朝鮮總督之命令規定之」（同令第一條）、「前條命令應經內閣總理大臣奏請敕裁」（同令第二條），宣布日本統治下韓國之法律依所謂制令之朝鮮總督命令之形式，日本法律而施行於韓國者以敕令指定之，並於同日基於該緊

急敕令發布制令第一號「關於朝鮮法令之效用之件」，宣布當時有效之韓國法令及日本法令（即總督府令）暫時存續其效力。前揭緊急敕令轉換為翌一九一一年（明治四四年）三月二五日法律第三號「應施行於朝鮮之法令之法律」。

一九一二年（明治四五年）三月一八日，基於前揭明治四四年法律第三號公布制令第七號「朝鮮民事令」，自同年四月一日起施行。朝鮮民事令係日政下韓國關於民事之基本法令，適用日本明治民法中之一部。即，同令第一條規定「關於民事事項除本令及其他法令有特別規定外，依左列法律」，適用於韓國之法律列舉日本各種法律二十三項目（嗣增為三十二項目）。其中第一款揭列民法規定其適用。然同令第一〇條規定「關於朝鮮人相互間之法律行為，有法令中無關公共秩序之規定相異之習慣者，依其習慣」，宣明任意法規習慣法優先主義。又，其第一一條第一項規定「民法中關於能力之規定、關於朝鮮人之親屬及繼承之規定，除有特別規定外，不依第一條之法律而依習慣」，關於合併當初韓國人之親屬繼承，不適用日本明治民法，而全部依從習慣。但，其後，朝鮮民事令第一一條經十六次修正，關於親屬繼承法關係，經一九二一年、一九二二年、一九三九年三次大修正，日本明治民法之親屬繼承編之適用範圍逐次擴大，以至於八一五解放時。

茲將此三次修正之要點臚列於次：

1. 朝鮮民事令第一次修正（一九二一年一月一四日制令第一四號）

- (1) 親權（民舊八七七條至八九九條）規定之依用。
- (2) 監護（民舊九〇〇條至九四三條）規定之依用。
- (3) 親族會中，為無能力人所設置之親族會（民舊九四九條及關係規定）規定之依用。

2. 朝鮮民事令第二次修正（一九二二年一月二七日制令第一三號）

- (1) 結婚年齡（民舊八六五、七八〇條一項、七八一條）規定之依用。
- (2) 裁判上離婚（民舊八一三條至八一九條）規定之依用。但婿養子（民舊八一三條一〇款、八一八條）規定除外。
- (3) 認領（民舊八二七條至八三六條）規定之依用。
- (4) 親族會其餘（民舊九四四條至九五三條）規定之依用。
- (5) 繼承之承認（民舊一〇一七條至一〇三七條）規定之依用。但繼承之拋棄（民舊一〇二〇條）規定除外。
- (6) 財產之分離（民舊一〇四一條至一〇五〇條）規定之依用。
- (7) 分家、絕家再興、婚姻、協議離婚、入養、協議終止收養由從來之事實主義轉換為申告主義。

3. 朝鮮民事令第三次修正（一九三九年一月一〇日制令第一九號）

- (1) 氏之規定（民舊七四六條）之依用。
- (2) 裁判終止收養（民舊八六六條至八七五條）規定之依用。但隱居（民舊八七四條但書）規定與夫妻被收養（民舊八七六條）規定除外。
- (3) 婿養子收養之無效或撤銷（民舊七八六條、八五八條）規定之依用。
- (4) 除死後收養之情形外新設承認異姓收養（民事令一一條之二），從而婿養子終止收養（民舊八一三條一〇號、八一八條）規定之適用。

雖然如上述依用日本明治民法，但習慣法之領域依然廣泛。亦即，當時，定立或宣明親屬繼承習慣法規範之主要資料，有習慣調查報告書、司法部長官或調查局長之通牒與回答、政務總監或中樞院議長及中樞院書記官長之通牒與回答、法院院長之通牒與回答、司法協會民事審查會之決議或回答與質疑應答、判例調查會決議、舊慣及制度調查委員會決議、朝鮮高等法院判決等。

參 軍政時代

韓國於一九四五年（昭和二〇年）八月一五日，自日本統治下解放，北緯三八度線以南自同年九月七日起施行美軍軍政。美軍總司令麥克阿瑟以布告第一號告知「北緯三十八度以南之住民服從在本官權限下所發布之命令。以後公布之布告（proclamations）、法令（ordinance）、規則（regulations）、告示（directions）、條例（enactments）明示住民應履行之事項。」

其後，以一九四五年一〇月九日美軍軍政令第一一號宣言廢止「從來之諸法令中有加以民族的差別與壓迫之政策或主義之諸法令」。依此，治安維持法、政治犯罪處罰令、朝鮮保護觀察令、出版法等特別法、其他同類之普通法令悉被廢止，但親屬繼承法關係未見有變動。又，以同年一一月二日美軍軍政令第二一號，明示「所有法律及朝鮮總督所發布具有法律效力之規則、命令、告示及其他文書，而一九四五年八月九日現在施行者，除其間已廢止者外，現有效力者，於以軍政廳特別命令廢止前完全有效力，又地方諸法規及慣例於該官廳廢止前亦有其效力」，承認從來法令繼續有效。從而，從來日政時代之親屬繼承法仍舊繼續，確認其有效性。惟在軍政時代，在身分法方面唯一之變動為一九四六年一〇月二三日美軍軍政令第一二二號朝鮮姓名復舊令。同令以依日政時代身分關係第三次修正時導入之創姓制度變更為日本式氏名之姓名簡易復舊為目的，規定姓名必更為日本式氏名之戶籍登記簿及違反本令之法令、訓令及通牒自其創設之日起無效。僅，在創氏改名之下成立之法律行為為有效。依此，朝鮮民事令第一一條第一項但書關於氏之規定、關於婿養子之規定悉被廢止，又同令第一一條第三項「氏由戶主定之」之制度亦被廢止。

除上述而外，在大韓民國政府建立前之軍政時期中，不僅未有舊法之修正計畫，而且亦未有特別軍政立法。但，在有法律解釋立場之法院方面則有許多變化，關於妻之訴訟能力，一九四七年九月二日大法院判決排斥日本明治民法第一四條之適用

即為一例。

肆 大韓民國政府成立以後、現行民法施行前之間

一九四八年七月一七日大韓民國憲法公布施行，同年八月一五日美軍軍政終了韓國完全獨立。獨立後之親屬繼承法依憲法第一〇〇條「現行法令於不牴觸本憲法之範圍內有效力」之規定繼續有效。即，於不牴觸憲法之範圍內，在一九六〇年一月一日（新民法施行日）以前，一如從來日政時代之「朝鮮民事令」為有效，日本明治民法、習慣法與判例法為其法源，與日政時代之親屬繼承法完全相同。此憲法第一〇〇條所謂「於不牴觸憲法之範圍內」，直接牴觸憲法之成文法及習慣法為無效固不待言，雖不直接牴觸憲法，但係從日政當局當時之殖民政策出發之同化政策的立場所定立宣明者，所謂「官制習慣」者亦被解為無效。又，法院方面法律的解釋之態度有許多變化，與軍政時代相同，一九四八年二月二六日大法院判示婿養子制度自始無效之判例即其一例。

伍 韓國親屬繼承法之成立

韓國親屬繼承法為韓國民法第四編親屬、第五編繼承，故親屬繼承法之制定為新民法全體之制度之一部。

新民法之制定，於大韓民國政府成立一個月後之一九四八年九月一五日，依大統領令第四號公布法典編纂委員會職制而開始。依同令，進行民事及刑事各部門重要法令之編纂事業，民法之編纂自同年一二月一五日起著手。

民法中親屬繼承編最初以親屬繼承法要綱私案（起草委員張暎根、補助委員張承斗）為中心加以檢討，於法典編纂委員會開始具體的審議為一九四九年六月一日。其後因一九五〇年朝鮮動亂，經委員一部分被北鮮軍強行拉走，或起草資料紛失等苦難，反覆數次審議，成立四十二項目之親屬法要綱與七項目之繼承法要綱，到一九五二年七月四日新民法草案全部之逐條起草大致完成。此草案再整理提出於政府為一九五三年九月三日。政府於一九五四年九月三〇日經國務會議之議決，於一〇月二六日以政府提出法案提出於國會。此時之民法草案由本文一一一八條及附則三二條所構成。

國會將此政府提出之民法草案於同年一〇月二八日委付於法制司法委員會，同年一一月六日，於同委員會內組成民法草案審議小委員會著手預備審議。

民法草案審議小委員會自開始備審議後之一九五六年九月，完成民法第一編總則、第二編物權、第三編債權等三編之逐條審議，發表逐條的修正案，惟親屬繼承編不克作成逐條的修正案，僅發表由親屬編三十四項目及繼承編七項目所構成之「民法案親屬繼承編審議要綱」。其後，民法審議小委員會基於此審議要綱反覆審議，移於親屬繼承編之逐條審議，其間亦召開一般公聽會，完成民法案全體之審議為一九

五七年九月二日，同月一一日民法案全體之逐條的修正案由民法案審議小委員會提出於法制司法委員會本會議被無修正可決。此作為法制司法委員會修正案於翌一二日送回國會本會議。此法制司法委員會修正案對政府提出案就三四二個條文加以逐條修正，僅親屬繼承編亦達一七一一個條文。

政府案以從來之習慣為主，立腳於守護古來醇風美俗之習慣尊重論之保守的傾向甚強。對此，法制司法委員會之立法方針，雖為實現韓國憲法基本原則「個人尊嚴」與「男女平等」此民主主義之基本理念，但結局偏於習慣尊重論。

對於政府案，學界、法曹界、女性團體等有極多之反論，又，於國會本會議之審議亦提出許多修正案，在保守主義與漸進主義間展開很多議論，但因國會站在保守的立場之國會議員占絕對多數，甚至飛出「新民法成即成禽獸之國」之極端論，修正案之革新的部分殆被埋去，作成比草案更具保守色彩的法律。從而，韓國民法雖為二十世紀下半期成立之新法律，但其內容乃屬於十九世紀立法之古色滄然者也。

韓國民法於一九五八年二月二二日公布，自一九六〇年一月一日起施行。

陸 韓國親屬繼承法之特色

韓國民法之構造內容，與日本明治民法多有雷同，即前三編總則、物權、債權所謂財產法係基於自由資本制社會之要求，由以自由、平等、獨立之市民為基本之近代的市民法的原理所構成，具有合理性、進步性；後二編親屬、繼承所謂身分法則尊重傳統與習慣，以半封建的家制度為骨幹，由為家長之戶主所統率之家父長制家族制度的原理所構成，保守性、非合理性相當濃厚。

韓國親屬繼承法，依基本的身分關係可區分為家族（戶主與家屬關係）法、婚姻法、親子法、狹義親屬（夫妻與父母、未成年子女關係除外之親屬關係）法等四小身分法與繼承法、遺囑法。各個領域雖各為獨自的原理所支配，但幾乎全部直接、間接以由家—戶主—戶主繼承一連的制度為其支柱。身分法全體依舊建立在前近代的家制度之基礎上。因此，與近代的、個人制的親屬繼承法相比較，韓國之親屬繼承法具有下列特色。

一 多元的性格

韓國之親屬繼承法可謂係家族制度的身分法與個人制度的身分法之混合。一般而言，家制度本來之面目為家長的統制具有絕對性，然其統制、支配趨於弛緩時，則夫權或親權等即占有獨立的地位。至此階段，基於家制度之夫權或親權等即相競合。

今日，韓國社會經濟之實態雖要求以夫妻與未成年子女為中心之個人制度的身分法，然對於身分關係之權力的規制仍以作為淳風美俗之家制度之舊俗為指針繼續維持家族制度的身分法。從而，在構造上，家族制度的身分關係與個人制度的身分

關係相對立之二重的身分關係必須作為身分法全體，而於一個法律的組織之下被體系化。不過，不可否認的，此現行法之二元的性格亦因汲取憲法上之平等原則與現實家庭生活之實情，而使其重點已由家族制度的身分關係向個人制度的親屬關係移行。首先，自舊法所承認之戶主與家屬間之法律關係觀之，戶主對於家屬身分上幾乎全部行為均絕對的加以關與，從而夫權或親權亦因戶主權而完全被壓制。但，現行法依就過去家族生活全般強大的戶主權中，關於夫妻關係之部分儘可能移行於夫或妻，又關於親子關係之部分儘可能移行於親權人，而由戶主中心主義往夫妻或親子中心主義修正身分關係。

韓國民法上，依情形，雖非無承認戶主權強大性之部分，但大體上，可認為，戶主之地位已由從來家之主宰者的地位，移於為淳風美俗之祖先崇拜，即以祭祀為中心之家之道義的主宰者之地位。不過，如此身分關係之部分的改革，至少在體制有關之範圍內，與舊法相比較時，祇不過是其重點之變遷，而非意味已由從來的二元的性格脫胎換骨。

二 家族制度的特色

韓國之親屬身分法具有如前述的二元的性格，惟其本來的特色，祇不過基於前近代的、儒教的家制度之種種的制度。

(一) 家制度之存置

在諸先進國家之民法均無家制度之今日，韓國民法不僅有「戶主與家族(家屬)」之規定，且占有前提的地位。祇要是韓國人，均為戶主或家屬，戶主與家屬間依支配服從關係而結合，進而謀求以戶主為中心之家永久存續。此使韓國之身分法與各先進國家之身分法相比較，成為最特異者。固然，無可否認的，家族制度上之法律關係比起舊法已有顯著的緩和，不過家制度對於其他身分法領域所及之限制仍相當廣泛。其中主要事項如次：

- (1) 身分行為伴隨複雜的家籍問題。
- (2) 承認入夫婚姻、婿養子婚姻等特殊樣式之婚姻（民八二六條三項但書、八七六條參照）。
- (3) 承認死後收養此種異例的收養（民八六七條以下參照）。
- (4) 依養子之姓與本對於養親之姓與本同一與否區別戶主繼承權之有無（民八七七條二項參照）。
- (5) 就戶主承認財產法上之特權（民七六九條二項、九九六條、一〇〇九條一項但書前段參照）。
- (6) 承認生前繼承此種特殊的繼承（民九八〇條一款後段至四款參照）。
- (7) 依戶主繼承承受戶主之地位即戶主權（民九八〇條以下參照）。

(二) 團體的規制之強固性

身分關係為共同社會的結合關係，故為此結合不免某程度之規制，惟此種規制與他國相比較，過於強固，實為韓國身分法所具之一大特色。此種特色即只不過是意味依於所有場合作為家之構成員之個人犧牲自己，強制貢獻象徵為家之共同團體。其中主要事項如次：

- (1) 就一定家屬之移籍行為須得戶主之同意（民七八四條、七八五條參照）。
- (2) 戶主與推定戶主繼承人原則上不得出家（民七八八條一項但書、八九〇條、七九三條以下參照）。
- (3) 戶主與家屬之間承認扶養之權利義務（民七九七條、九七四條二款參照）。
- (4) 戶主得指定家屬之居所（民七九八條參照）。
- (5) 成年人結婚，應得父母之同意（民八〇八條）。
- (6) 對於成年子女之入養，須得父母或其他直系尊屬之同意（民八七〇條一項參照）。
- (7) 禁止拋棄戶主繼承權（民九九一條參照）。

(三) 男系優位之絕對性

韓國身分法明顯以偏重男系之思想為基礎，與他國身分法相比較，可說又是一大特色。身分法全般男女間之不平等性成為批判之對象，按照宣言凡人在法律上一律平等、婚姻與家族生活以個人尊嚴與兩性平等為基礎（憲一〇條、三六條）之憲法精神固勿論，即按照近代法思想之一般原則，亦屬當然。成為此種批判之對象中，主要事項如次：

- (1) 在親屬之範圍，因父系與母系、夫族與妻族而有顯著之不同（民七七七條參照）。
- (2) 就非夫之血親之妻之直系卑屬之入籍夫家，過度干涉（民七八四條參照）。
- (3) 在婚姻關係，財產上、身分上之法律關係以男子優先為原則（民八二六條二項、三項本文、八三〇條二項、八七四條二項參照）。
- (4) 親權以由父行使為原則（民九〇九條參照）。
- (5) 一定男子入籍時，女戶主家開始戶主繼承（民九八〇條四項參照）。
- (6) 在戶主繼承人之順位，承認男子優位之絕對性（民一〇〇九條參照）。

柒 韓國親屬繼承法第一次修正

韓國親屬繼承法第一次修正係依據一九七五年四月九日以李淑鍾議員等女性議員為中心，議員提案之民法中修正法律案。

此修正案，將以男女平等原則之實現及一般化之核家族制法律制度化，乃極其大膽而且革新的。例如，廢止從來韓國親屬法不可動搖之支柱之戶主制度、撤廢作為韓國固有倫理繼續遵守之同姓同本血親間之婚姻禁止，此外包含匡正違反尊重女性人格理念之親權行使之一方的限制及財產之法定應繼分男女間之差別等諸點，幾乎動搖親屬繼承法之根幹。

國會法制司法委員於同一一月一四日第一三次常任委員會，聽取提案者李淑鍾議員之提案說明後，於同委員會內組成民法中修正法律案審議小委員會擔當審議。此小委員會一方面繼續個別的審議準備，他方面二度舉辦小委員會聽取正反論者之一般意見。

對此修正案，保守陣營提出猛烈的非難與反撥，特別是家族法修正阻止國民協議會與韓國儒道會等之反對最為猛烈。

小委員會慎重審查結果，同修正案不符韓國傳統之倫理觀及親屬觀念之點甚多，因此下不得照樣採擇之結論，廢棄同修正案，而作成選擇為伸張女權所必要而妥當的部分之代案，將之作為法制司法委員會案而提出。

在一九七七年一二月一七日第二三次國會，前揭法制司法委員會之代案被議決，自翌年一九七七年一月一日施行。

此次修正之重點如次：

- (1) 成年人結婚無須父母之同意（民八〇八條）。
- (2) 採用成年擬制制度（民八二六條之二）。
- (3) 夫妻間所屬不明財產推定為夫妻共有（民八三〇條二項）。
- (4) 協議離婚應得家庭法院之確認（民八三六條）。
- (5) 承認父母共同行使親權（民九〇九條）。
- (6) 依調節法定應繼分，俾有利於女子尤其遺妻之應繼分（民一〇〇八條、一〇〇九條）。
- (7) 繼承編新設第四章特留分，將特留分制度化（民一一一二條至一一一八條參照）。

捌 韓國親屬繼承法第二次修正

韓國親屬繼承法第二次修正成立為一九九〇年一月一三日。修正法自一九九一年一月一日起施行。從其經緯觀之，修正案之提案為一九八八年一月七日，與上次之修正案同，此次之修正案亦由女性議員金長淑、都英心、申英順、梁慶子、李潤子、朴英淑等領銜作成，以大膽而根本的改革為內容之提案。

第一四四次國會於法制司法委員會內設置同法案審查小委員會，擔當審議。其

後，於一九八九年一二月一八日第一四七次國會第一六次法制司法委員會，作為同法案審查小委員會之審查結果，以同案為不適當，決定不將同法案附本會議，他方面同委員會作成以下之修正代案，提出於本會議。

一 修正代案之提案理由

議員提出之修正原案，揭列廢止戶主制度，惟戶主制度為我韓國家族法之根幹，廢止該制度者，不僅影響法體系，且影響全體社會極大，故此問題作為將來研究課題予以存置，廢止從來之戶主繼承制度而改為戶主承繼，但廢除違反男女平等原則之以戶主繼承為目的之直系卑屬男子之去家禁止規定、女戶主因繼承為家之男子之入籍由戶主而成家屬之規定、無實效性之戶主扶養義務及居所指定權規定、因戶主事故之職務代行權規定、妻之直系卑屬入籍時夫家戶主同意權之規定，而就關係條文加以整理。

又，對於將同姓同本婚禁止之範圍改為父系及母系之八寸以內與直系姻戚間之修正原案，考慮到社會一般之因習及此等改變影響社會甚大，作為將來研究課題而保留之。

關於其他之點，補充、整理現行民法中不合理、不適當之點。

二 修正代案之主要內容

1. 縮減、整理親屬範圍於合理的範圍

- (1) 親屬範圍，父系血親、母系血親為八寸以內，姻親為四寸以內（案第七七七條）。
- (2) 姊妹、直系卑屬含於血親內（案第七六八條）。
- (3) 除姻戚中「血親之配偶之血親」（案第七六九條）。
- (4) 配偶之一方死亡時，生存配偶再婚時，姻戚關係因此而消滅（案第七七五條第二項）。

2. 戶主制度存置，但將戶主繼承制度改為戶主承繼制度，大幅刪除有名無實之戶主權與男女不平等諸條項。

- (1) 將戶主繼承改為戶主承繼（案第九八〇條）。
- (2) 刪除戶主繼承費用（案第九八三條）、代襲繼承（案第九九〇條）、墳墓等之承繼（案第九八八條）規定。
- (3) 明定得拋棄戶主承繼權（案第九九一條）。
- (4) 承繼女戶主之家之系統之男子縱使入籍，戶主承繼亦不開始（案第九八〇條第四款）。

- (5)刪除戶主之限定治產宣告請求權與入籍同意權（案第九條、第七九〇條第一項），刪除戶主對家屬之居所指定權（案第七九八條）、戶主事故及其職務代行（案第七九九條）、戶主之扶養義務（案第七九七條）等，對家屬之不明財產設推定為家屬之共有之規定（案第七九六條第二項）等大幅整理戶主之權利義務有關之規定。
- 3.刪除戶主變更與女戶主規定（案第七九二條），據此，防止女戶主縱承繼其家之系統之男子入籍於其家，亦不降格家屬之地位，婚姻撤銷、離婚時或夫死亡時，妻與非夫之血親之直系卑屬得復籍本生家或創立一家（案第七八七條）。
- 4.廢止嫡母庶子關係與繼母子關係，規定為姻戚關係（案第七七三條、第七七四條）。
- 5.修正約婚解除事由中之一部
 - (1)刪除約婚解除事由中「肺病」，列入「不治之精神病」（案第八〇四條第三款）。
 - (2)將約婚解除事由中「二年以上生死不明」改為「一年以上生死不明」（案第八〇四條第六款）。
- 6.修正夫妻同居場所之規定，改為夫妻之同居場所依夫妻之協議定之，協議不成時又家庭法院定之（案第八二六條第二項）。
- 7.規定夫妻共同生活費用由夫妻共同負擔（案第八三三條）。
- 8.修改離婚時子女養育之諸規定，新設會面交往權。
 - (1)關於離婚時子女之養育，設依父母之協議定之之規定（案第八三條第一項）。
 - (2)明定離婚後未直接養育子女之父母之一方有會面交往權（案第八三七條之二第一項）。
 - (3)明定家庭法院為子女之福利因當事人之請求得限制或排除會面交往權（案第八三七條之二第二項）。
- 9.設離婚時，配偶之一方得對他方請求按貢獻度之財產分割之規定（案第八三九條之二第一項），明定其協議不成時由家庭法院關與（案第八三九條之二第二項）。
- 10.於入養制度，未成年人入養時監護人之同意應得家庭法院之許可（案第八七二條）、監護人收養被監護人時應得家庭法院之許可（案第八七二條）。夫妻共同入養制度夫妻平等（案第八七二條），夫妻之一方被收養時應得他方之同意（案第八七四條）。
- 11.廢止為家之收養制度，及廢止死後收養制度（案第八六七條）、刪除戶主之

直系卑屬長男子之入養禁止規定（案第八七五條）、廢止婿養子制度（案第八七六條）、廢止遺囑收養制度（案第八八〇條）。

- 1 2.調整父母之親權行使，規定非婚生子女被認領時及父母離婚時，依父母之協議定親權行使人，協議不成時因當事人之請求由家庭法院定之（案第九〇九條第四項）。
- 1 3.整理已婚者之監護人之順位規定，規定已婚者受禁治產或限定治產之宣告時，配偶為監護人，其配偶受禁治產或限定治產之宣告時依民法第九三三條之順位（案第九三四條）。
- 1 4.合理的調整繼承制度。
 - (1)關於繼承人之範圍，縮小於旁系血親四寸以內（案第一〇〇〇條第一項）。
 - (2)消除直系卑屬間應繼分之差異改為均等繼承，配偶之應繼分改為加算直系卑屬應繼分之五成（案第一〇〇九條第一項、第二項）。
 - (3)增訂共同繼承人中，有對被繼承人之財產之維持或增加為特別貢獻者，以由繼承開始時之財產價額扣除依共同繼承人之協議所定之貢獻分為繼承財產（案第一〇〇八條之二第一項）。
 - (4)清算無繼承人之財產時，於所定期間內無主張繼承權之人者，家庭法院得因與被繼承人生計相同者等與被繼承人有特別緣故者之請求，對此等人分與繼承財產（案第一〇五七條之二）。
 - (5)廢止現行法戶主繼承人應繼分五成加算之規定（案第一〇〇九條第一項但書）。

三 此次法修正之內容

第九條中，刪除「戶主」二字。

第七六八條中，「兄弟」分別改為「兄弟姊妹」。

第七六九條中，刪除「血親之配偶之血親」等字樣。

第七七一條（姻戚寸數之計算）姻戚對配偶之血親，從配偶對其血親之寸數，對血親之配偶，從對其血親之寸數。

第七七三條及第七七四條刪除。

第七七五條中，「姻戚關係與前二條之親屬關係」改為「姻戚關係」，同條第二項改為「夫妻之一方死亡時，生存配偶再婚時亦與前一項同」。

第七七七條修正為：「親屬關係之法律上效力，本法或其他法律無特別規定時，及於下列各款所揭之人。一 八寸以內之血親 二 四寸以內之姻戚 三

配偶」。

第七八四條第一項中，刪除「與夫家之戶主」等字樣。

第七八七條第一項中，「復籍」改為「復籍或創立一家」，同條第二項中，「得復籍」改為「復籍或創立一家」，同條第三項中，「復興或創立一家」改為「得復興」。

第七八八條第一項但書刪除。

第七八九條（法定分家）改為「家屬結婚時當然分家。但戶主之直系卑屬長男子不在此限」。

第七九〇條及第七九二條刪除。

第七九五條第二項中，「不得入籍之家屬」改為「不得入籍或不欲入籍之家屬」。

第七九六條第二項改為「家屬誰屬不明之財產，為家屬之共有」。

第七九七條至第七九九條刪除。

第八〇四條第三款中，「性病、肺病其他」改為「性病、不治之精神病及其他」，同條第六款中，「二年以上」改為「一年以上」。

第八一六條第一款中，「第八〇八條」改為「第八〇七條」。

第八一九條中，「達於結婚年齡後」改為「達於成年後」。

第八二六條第二項改為「夫妻同居之場所依夫妻之協議定之。但協議不成時，因當事人之請求由家庭法院定之。」

第八三三條及第八三五條修正如次：

第八三三條（生活費用）夫妻共同生活必要之費用，當事人間無特別約定時由夫妻共同負擔。

第八三五條（禁治產人之協議上離婚）第八〇八條第二項及第三項之規定，於禁治產人之協議上離婚準用之。

第八三七條第一項改為「當事人依協議定其子女養育之事項」，同條第二項中，「前項」改為「第二項」，「協定」改為「協議」，「法院」改為「家庭法院」。

第八三七條之二新設如次：

第八三七條之二（會面交往權）①未直接養育子女之父母之一方，有會面交往權。②家庭法院為子女之福利認為必要時，得因當事人之請求限制、排除會面交往權。」

第八三八條中，「法院」改為「家庭法院」。

第三章第五節第一款新設第八三九條之二如次：

第八三九條之二（財產分割請求權）①為協議上離婚者之一方，對於他方得請求財產分割。②第一項財產分割，協議不成或不能協議時，家庭法院得因當事人請求，參酌當事人雙方協力所得之財產額及其他情事定分割之額及方法。③第一項之財產分割請求權自離婚之日起經過二年時消滅。」

第八四〇條中，「法院」分別改為「家庭法院」。

第八四三條中，於「第八三七條」之次插入「第八三七條之二及第八三九條之二」。

第八六七條及第八六八條刪除。

第八六九條修正如次：

第八六九條（未滿一五歲者入養之承認）被收養者未滿一五歲時，由法定代理人代為入養之承諾。

第八七〇條第二項修正如次：第一項之情形，直系尊屬有數人時以最近尊屬為先，同順位者有數人時以年長者為先。

第八七一條但書新設如次：但，監護人同意應得家庭法院之許可。

第八七二條中，「親屬會議之同意」改為「家庭法院之許可」。

第八七四條修正如次：

第八七四條（夫妻共同入養）①有配偶者收養子女時，應與配偶共同為之。②有配偶者被收養時，應得他方之同意。

第八七五條、第八七六條、第八七七條第二項、第八七九條及第八八〇條均刪除。

第八八四條本文中，「法院」改為「家庭法院」，同條第一款及第二款修正如次：「一 入養違反第八六六條及第八七〇條至第八七四條之規定時。二 入養當時，不知養親子之一方有惡疾或其他重大事由時。」

第八八五條修正如次：

第八八五條（入養撤銷請求權人）入養違反第八六六條之規定時，養父母、養子女及其法定代理人或直系血親得請求撤銷之。

第八八六條中，「或同意權人」改為「法定代理人或同意權人」。

第八八八條修正如次：

第八八八條（入養撤銷請求權人）入養違反第八七四條之規定時，配偶得請求撤銷之。

第八九〇條及第八九五條刪除。

第八九六條中，「養親」改為「養親子之一方」。

第八九八條第二項刪除。

第九〇一條修正如次：

第九〇一條（準用規定）第八八九條及第九〇〇條之情形，直系尊屬有數人時，準用第八七〇條第二項。

第九〇五條本文中，「法院」改為「家庭法院」，同條第一款修正如次：一 有污瀆家族名譽或傾倒財產之重大過失時。

第九〇六條中，「第八九八條第二項」刪除。

第九〇九條修正如次：

第九〇九條（親權人）①未成年之子女服於父母之親權。②親權，父母於婚姻中時由父母共同行使之。但，父母意見不一致時，因當事人之請求由家庭法院定之。③父母之一方不能行使親權時，由他方行使之。④婚姻外之子女經認領時及父母離婚時，依父母之協議定行使親權之人。協議不成或不能協議時，因當事人之請求，由家庭法院定之。有必要變更親權人時亦同。⑤養子女服於養父母之親權。

第九一二條及第九一七條刪除。

第九二〇條之二新設如次：

第九二〇條之二（共同親權人之一方以共同名義所為行為之效力）父母共同行使親權者，父母之一方以共同名義代理子女，或同意子女之法律行為時，縱反於他方之意亦有效力。但，以惡意為之時不在此限。

第九三二條修正如次：

第九三二條（未成年人監護人之順位）無第九三一條所定監護人之指定時，以未成年人之直系血親、三寸以內之旁系血親之順位為監護人。

第九三三條及第九三四條修正如次：

第九三三條（禁治產人等之監護人之順位）有禁治產或限定治產之宣告時，以受其宣告者之直系血親、三寸以內旁系血親之順位為監護人。

第九三四條（已婚者之監護人之順位）已婚者受禁治產或限定治產之宣告時，配偶為監護人。但配偶亦受禁治產或限定治產之宣告時，從第九三三條之順位。

第九三五條第一項改為：「第九三二條至第九三四條所定直系血親或旁系血親有數人時，以最近親為先，同順位者有數人時，以年長者為先」，同條第二項中，「前項」改為「第一項」。

第九六六條中，「法院」分別改爲「家庭法院」。

第九七四條第二項刪除。

「第五編繼承」刪除。

「戶主繼承」改爲「第八章 戶主承繼」

第九八〇條之題目及本文中，「戶主繼承」各改爲「戶主承繼」，同條第四款刪除。

第九八一條之題目及本文中，「戶主繼承」各改爲「戶主承繼」，同條本文中，「被繼承人」改爲「被承繼人」。

第九八二條之題目中，「戶主繼承」改爲「戶主承繼」，同條第一項中，「戶主繼承權」改爲「戶主承繼權」，「繼承權人」改爲「承繼權人」，「戶主繼承回復」改爲「戶主承繼回復」，同條第二項中，「戶主繼承回復請求權」改爲「戶主承繼回復請求權」，「繼承」改爲「承繼」。

第九八三條刪除。

第四編第八章第二節（從前之第五編第一章第二節）之題目改爲「戶主承繼人」。

第九八四條之題目中，「戶主繼承」改爲「戶主承繼」，同條本文中，「戶主繼承」改爲「戶主承繼」，「繼承人」改爲「承繼人」，同條第一款至第五款中，「被繼承人」改爲「被承繼人」。

第九八七條之題目中，「戶主繼承權」改爲「戶主承繼權」，同條本文中，「被繼承人」改爲「被承繼人」，「戶主繼承人」改爲「戶主承繼人」。

第九八八條刪除。

第九八九條之題目及本文中，「繼承順位」改爲「承繼順位」。

第九九〇條刪除。

第九九一條修正如次：第九九一條（戶主承繼權之拋棄）戶主承繼權得拋棄之。

第九九二條第三款至第五款 除，同條之題目中，「繼承人」改爲「承繼人」，同條本文中，「戶主繼承人」改爲「戶主承繼人」，同條第一款及第二款中，「被繼承人」改爲「被承繼人」，「戶主繼承」改爲「戶主承繼」。

第九九三條之題目中，「繼承人」改爲「承繼人」，同條本文中，「戶主繼承」改爲「戶主承繼」，「戶主繼承人」改爲「戶主承繼人」，「被繼承人」改爲「被承繼人」。

第九九四條之題目中，「繼承權爭訟」改爲「承繼權爭訟」，同條第一項中，「繼

承開始後繼承權」改為「承繼開始後，承繼權」，「被繼承人」改為「被承繼人」，「繼承財產」改為「承繼財產」。

第四編第八章第三節（從前之第五編第一章第三節）之題目中，「戶主繼承」改為「戶主承繼」。

第九九五條之題目中，「繼承」改為「承繼」，同條本文中，「戶主繼承人繼承」改為「戶主承繼人承繼」。

第九九六條刪除。

從前之第五編「第二章 財產繼承」改為「第五編 繼承」，其次插入「第一章 繼承」。

第九九七條之題目及本文中，「財產繼承」各改為「繼承」。

第九九八條修正如次：第九九八條（繼承開始之場所）繼承於被繼承人之住所地開始。

第九九八條之二新設如次：第九九八條之二（繼承費用）關於繼承之費用由繼承財產中支付。

第九九九條修正如次：第九九九條（繼承回復請求權）①繼承權受僭稱繼承權人侵害時，繼承權人或法定代理人得提起繼承回復之訴。②第一項之繼承回復請求權自知其侵害之日起經過三年，自繼承開始之日起一〇年而消滅。

第一〇〇〇條之題目及同條第一項之本文中，「繼承財產」改為「繼承」，同條第一項第四款中，「被繼承人八寸以內之旁系血親」改為「被繼承四寸以內之旁系血親」，同條第三項修正如次：胎兒，於繼承順位視為既已出生。

第一〇〇二條刪除。

第一〇〇三條之題目「妻繼承順位」改為「配偶之繼承順位」，同條第一項中，「妻」改為「配偶」，「財產繼承人」改為「繼承人」，同條第二項中，「妻」改為「配偶」。

第一〇〇四條本文中，「財產繼承人」改為「繼承人」，同條第一款中，「財產繼承」改為「繼承」，同條第二款修正為：二 故意加傷害於直系卑屬、被繼承人、其配偶至於死亡者；同條第三款至第五款新設如次：三 以詐欺或脅迫妨害被繼承人為關於養子女及其他繼承之遺囑之撤回者 四 以詐欺或脅迫使被繼承人為關於養子女及其他繼承之遺囑者 五 偽造、變造、湮滅或隱匿被繼承人關於養子女及其他繼承之遺囑者。

第五編第一章第三節第一款（從前之第五編第二章第三節第一款）第一〇〇八條之二及第一〇〇八條之三新設如次：

第一〇〇八條之二（貢獻分）①共同繼承人中關於被繼承人之財產之維持或

增加有特別貢獻之人者（包括特別扶養被繼承人之人）時，由繼承開始時被繼承人之財產價額扣除依共同繼承人之協議所定該人之貢獻分者為繼承財產，以依第一〇〇九條及第一〇一〇條算定之應繼分加算貢獻分之額為該人之應繼分。②第一項之協議不成或不能協議時，家庭法院因第一項規定貢獻者之請求，參酌貢獻之時期、方法及程度並繼承財產之額數及其他情事定貢獻分。③貢獻分不得超過由繼承開始時被繼承人之財產價額扣除遺贈價額之額。④第二項規定之請求，有依第一〇一三條第二項之請求時，或於第一〇一四條規定之情形得為之。

第一〇〇八條之三（墳墓等之承繼）屬於墳墓之町步以內之禁養林野及六百坪以內之墓地之農地、族譜與祭具之所有權由主宰祭祀者承繼之。

第一〇〇九條第一項但書及第三項刪除，同條第二項修正如次：被繼承人之配偶之應繼分，與直系卑屬共同繼承時加算直系卑屬之應繼分之五成，與直系尊屬共同繼承時加算直系尊屬之應繼分之五成。

第五編第一章第四節（從前之第五編第二章第四節）之題目中，「繼承財產」改為「繼承」。

第一〇一九條第一項之本文中，「財產繼承人」改為「繼承人」，同條但書中，「法院」改為「家庭法院」。

第一〇二五條及第一〇二八條中，「財產繼承人」各改為「繼承人」。

第五編第一章第六節（從前之第五編第二章第六節）之題目及第一〇五三條第一項中，「繼承財產人」各改為「繼承人」。

第一〇五七條之二新設如次：

第一〇五七條之二（對於特別緣故者之分與）①於第一〇五六條之期間內無主張繼承權之人者，家庭法院得因與被繼承人共同生活之人、療養看護被繼承人之人及其他與被繼承人有特別緣故之人之請求，分與繼承財產之全部或一部。②第一項之請求應於第一〇五六條之期間屆滿後二月以內為之。

從前之第五編「第三章 遺囑」改為第五編「第二章 遺囑」。

從前之第五編「第四章 遺留分」改為第五編「第三章 遺留分」。

* 本章主要參考文獻：

金容漢著《韓國・親族相續法》2頁以下（日本加除出版株式會社，昭和63年初版）

權逸、權藤世寧著《改正韓國親族相續法》二頁以下（弘文堂，平成2年改正1版）

第二篇 近代日本、韓國、中國、台灣婚姻法發展與相互影響

第一章 各國之婚姻法小史

壹 中國婚姻法小史

《易經》〈序卦〉云：「有男女，然後有夫婦。」夫婦因婚姻而成立。婚姻本作「昏姻」或「昏因」，其義有三，一指嫁娶之儀式（詩經鄭風丰箋「婚姻之道，謂嫁娶之禮」）；一指夫妻之稱謂（禮記經解注「婿曰昏，妻曰姻」）；一指姻親之關係（爾雅釋親「婿之父為姻，婦之父為婚……婦之父母、婿之父母相謂為婚姻……婦之黨為婚兄弟，婿之黨為姻兄弟」）。婚姻制度之始為嫁娶，中國古來，婚姻以嫁娶婚為原則，贅婚則屬於例外。

婚姻為社會組織之基礎，「君子之道，造端乎夫婦」（中庸），婚姻之目的以廣宗族繁子孫為主要目的，《禮記》〈昏義〉云：「昏禮者，將合二姓之好，上以事宗廟而下以繼後世也。故君子重之。」孟子以「不孝有三，無後為大」，禮制、法制均以無子為七出之一，一夫多妻、媵妾之制即由此而起。妻之價值在於「生子」、「內助」，相夫教子，操持家務，提供勞動力是也。

中國禮制與固有法制，以一夫一妻制為本則，唐律規定：「諸有妻更娶妻者，徒一年，女家減一等。若欺妄而娶者，徒一年半，女家不坐，各離之。」《唐律疏義》謂：「一夫一妻不刊之制。」但實際上，媵妾之制盛行，且時有所謂次妻、兩妻或三妻。唐制，官吏得娶妾，妾數並不限制，庶人亦得有妾。宋、明，民年四十無子者，許置妾一人，及至清世，又趨於放任，不特士大夫納妾漫無標準，即富民豪商亦恆置妾多人。中國成語中有「三妻四妾」，則中國往昔，一夫多妻或一夫多妾也明矣。

婚姻必有主婚人為之主，主婚之制始於周代，通常以父為主婚人，及唐律始有主婚之明文，謂：「諸嫁娶違律，祖父母、父母主婚者獨坐主婚。若期親尊長主婚者主婚為首，男女為從。餘親尊長主婚者，……其男女被逼，若男年十八歲以下及在室之女，亦主婚獨坐。」明清律大致相同。又，明洪武二年令「凡嫁娶皆由祖父母父母主婚，祖父母父母俱無者，從餘親主婚。」清律用之。

關於結婚適齡，《禮記》〈內則〉云：「男子二十而冠，三十而有室，女子十五而笄，二十而嫁，有故，二十三年而嫁。」然法制上出入頗大，漢惠帝六年令「女子年十五以上至三十不嫁，五算」，而以早婚為尚，晉武帝九年制「女年十七，父母不嫁者，長吏配之」，較漢更甚。北周武帝建德三年詔「自今以後，男年十五，女年十三以上，……所在軍民，以時嫁娶」，則逾趨而逾低。唐太宗貞觀元年詔「民男二十女十五以上，無夫家者，州縣以禮聘娶」，稍革早婚之習，但開元二十二年詔「凡男十五以上，女年十三歲以上，於法皆聽嫁娶」，又復其舊習。宋沿開元之制，但司馬

光《書儀》則定為男十六以上，女為十四以上，《朱子家禮》亦如之，遂為明令清禮之所本。

中國舊制，同姓不婚。此制始於周代，《孔子家語》云：「同姓為同宗，有合族之義，故繫之以姓而弗別，綴之以食而弗殊，雖百世而婚姻不通，周禮然也。」惟事實上並未厲行，漢魏六朝之時，亦未徹底遵行此禁例。及唐，始入律，明定：「諸同姓為婚者，各徒二年，……並離之。」宋律從之，明清律亦均有相同之規定。後世，姓氏混亂，往往同姓未必同宗，清末遂刪除同姓為婚之條。

又，宗親之妻妾雖為異姓，然因禮教之故，恆禁止其為婚。唐律規定：「諸嘗為袒免親之妻而嫁娶者，各杖一百；總麻及舅甥妻，徒一年；小功以上，以姦論；妾各減二等；並離之。」宋律同。元以收繼為俗，故與宗妻婚姻不禁，然其後弟雖可收嫂，而兄則不得收弟婦，且漢人南人不適用收繼之例。明律除對收繼之禁，處以絞刑外，並禁娶同宗無服親之妻，其較唐宋律為尤嚴。清律從明律，又增加附例一則：「凡收伯叔兄弟妾者，即照姦伯叔兄弟妾，減妻一等，杖一百流三千里。」其禁尤密。

再者，外姻之輩分不同者，無論有服無服，均不得為婚。此項禁婚，考之杜佑《通典》，始於唐永徽元年，古則不若是也。唐律規定：「若外姻有服屬而尊卑共為婚姻，及娶同母異父姊妹，若妻前夫之女者，亦各以姦論。」雖於身無服，仍不得為婚，即「其父母之姑舅兩姨姊妹、及姨、若堂姨母之姑、堂姑、己之堂姨、及再從姨、堂外甥女、女婿姊妹並不得為婚姻，違者各杖一百並離之。」宋律全同唐律，明清律大體相同。

此外，尚有官民不婚、良賤不婚、僧道不婚、姦逃不婚、居喪不婚等，從略。

依中國古禮，結婚之方式為「六禮」。根據《禮記》〈昏義〉，所謂六禮，即納采、問名、納吉、請期、親迎。前四禮為定婚之儀注，後二禮則為成婚之儀注。六禮備，謂之聘；六禮不備，謂之奔。聘曰妻；奔曰妾。

其後，婚禮歷代迭有變遷。例如，宋代改六禮為四禮，即納采、納吉、納徵、親迎。《朱子家禮》又將納吉併入納徵。元代增議婚一項。明、清基本上沿用《朱子家禮》。

中國歷代法律，均以交換婚書（或有私約）或收受聘財為定婚的要件，大致亦與「六禮」之要求相符合。例如，唐律規定：「諸許嫁女已報婚書及有私約而輒悔者，杖六十（男家自悔者不坐，不追聘財），雖無許婚之書，但受聘財亦是，若更許他人者，杖一百，已成者徒一年半，後娶者知情減一等，女追歸前夫，前夫不娶，還聘財，後夫婚如法。」；又，明清律規定：「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，若許嫁女已報婚書及有私約而輒悔者，笞五十，雖無婚書，但曾受聘財者亦是，若更許他人未成婚者，杖七十，已成婚者，杖八十，後定娶者知情，與同罪，財禮入官，不知者不坐，追

還財禮，女歸前夫，前夫不願者，倍追財禮給還，其女仍從後夫，男家悔者罪亦如之，不追財禮。」婚書與私約之差異，《明律集解纂註》云：「婚書，有媒妁通報寫立者。私約，無媒妁而私下議約者。」質言之，女家已報婚書（及有私約）或受聘財者，男女兩家尤其女家即負成婚之義務。成婚則以男家親迎及舉行合巹之禮為核心。大理院解釋謂：「定婚與成婚儀式，為婚姻成立之要件。」（九年統字一三五七號）。

至於婚姻之效力，《儀禮》〈喪服傳〉云：「……夫妻一體也，……夫妻胖合也。」顯見中國舊制，係採夫妻一體主義，使妻之人格為夫之人格所吸收，妻並無獨立地位之一體也。《禮記》〈郊特牲〉云：「共牢而食，同尊卑也，故婦人無爵，從夫之爵，坐以夫之齒。」歷代法制上，妻與夫同其榮共其辱。正所謂：「嫁雞隨雞，嫁狗隨狗」是也。

中國禮教，婦女有三從之義，《儀禮》〈喪服傳〉云：「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。」《禮記》〈郊特牲〉云：「婦人，從人者也，幼從父兄，嫁從夫，夫死從子。」《孔子家語》亦云：「女子順男子之教，而長其理者也。是故無專制之義，而有三從之道：幼從父兄，既嫁從夫，夫死從子。」既嫁從夫，故《儀禮》〈喪服傳〉云：「夫者，妻之天也。」《大戴禮》〈本命解〉云：「婦人，伏於人也。」《三綱六紀篇》云：「夫為妻綱……婦者，伏也，以禮屈服。」妻須屈服於夫，夫妻之關係只為支配服從關係。

* 主要參考文獻：

陳顧遠著《中國婚姻史》（台灣商務印書館，民國五七年台二版）

趙鳳喈著《中國婦女在法律上之地位》（食貨出版社，民國六二年台灣初版）

戴炎輝著《中國法制史》二一九頁以下（三民書局，民國五五年初版）

林咏榮著《中國法制史》一二四頁以下（自刊，民國六九年增訂八版）

貳 日本婚姻法小史

日本明治以前之婚姻法有關文獻資料並不豐富。在上古習慣法，婚姻為一夫多妻，此從《魏志倭人傳》「大人皆四五婦，下戶或二三婦」之記述可得推測。起初，多妻間平等，嗣因夫之尊重程度而區別為嫡妻與次妻。結婚僅有當事人之同意即可，無須父母之同意，但為婚姻關係之存續則須父母之同意。近親婚之禁止限於同母兄弟姊妹。僅夫一方得自由離婚，稱為棄妻。現存最早之成文法為大寶律令（七〇一年），繼為養老律令（七五七年），惟其適用之場所範圍與期間並不明瞭。大寶律令所承認之次妻在養老律令被廢除，妻以外僅承認妾，妾與妻同為二等親。結婚以男

子十五歲、女子十三歲為適齡，須屬於相同身分。不許近親婚、重婚、與相姦者結婚。結婚當事人須得主婚人之同意。男女之主婚人許嫁後，男家無正當理由三個月以上不結婚者，徒一年，女家不得毀約。男女間因許嫁發生準夫妻關係。因略奪誘拐之結婚、欺冒身分年齡之結婚、父母及前夫喪中或祖父母父母重病中或入獄中之結婚均為無效。

從平安末期到鎌倉時代，結婚通常須得父母同意，結婚年齡為元服（成年禮）後。定婚與前時代相同，當事人間發生準夫妻關係。成婚儀式從來於女家舉行，但室町中期以後武家在男家舉行儀式，並擴大到庶民。鎌倉時代妻的地位高，但室町時代妻的地位極低。惟禁止將妻殺害或出賣。妻於死後仍負貞操義務，寡婦再婚時，喪失從先夫讓給之財產。

迨至德川時代，結婚在庶民以媒人之會同為必要，在武士則否。禁婚親之範圍武士與庶民不同。武士之結婚須無顯著的身分差異，因戶主對求婚之許可而交換結納（聘禮），成立準婚姻關係。舉行婚儀始發生婚姻關係。在庶民，此外尚須向町村（鄉鎮）官吏申報，然此非結婚之成立要件。為得子孫，承認納妾。不僅武家階級，即町人（商人）階級亦得置妾，但已不具親屬的身分，與夫之關係近乎買賣、僱傭。

及明治時代，明治三年一月四日太政官布告「緣組（=婚姻）規則」規定華族緣組須向太政官、士族以下緣組須向管轄府藩縣申請（願出），以強化對華、士族尤其華族之監視。然翌四年八月二六日之布告准許華族至平民各階層間之通婚，無須申請，改為向戶長申報（届出）。繼而明治八年二月九日之太政官達第二〇九號規定婚姻、收養、離婚、終止收養未申報者無效。然此申報制與認為以請媒人向近鄰、親屬公示而成立婚姻之一般婚姻風習相齟齬。因而，當時政府並不強行申報制，對近鄰、親屬承認為夫妻、養父子之事實關係亦承認法律效力（明一〇、六、一九司法省達丁四六號）。

新律綱領之「五等親圖」規定親屬之範圍，親屬關係採等級的親屬制，例如，夫為妻之一等親，妻與妾同為夫之二等親；夫之父母為妻之二等親，妻之父母為夫之五等親。「五等親圖」迄於明治一三年七月一七日公布之舊刑法實施（明一五、一一）前採行。依此舊刑法之實施，妾從法律上消失。

依前揭「五等親圖」規定，因結婚，妻（或妾）對於夫立於從屬的地位，兩者之貞操義務、財產行為能力差別甚大。新律綱領人命律規定「凡妻妾與人通姦，於本夫姦所親獲姦夫姦婦即時殺之者，勿論。」舊刑法承襲之規定「本夫覺知其妻之通姦於姦所立即殺傷姦夫或姦婦者，宥恕其罪」，承繼御定書百箇條之精神。關於妻之財產行為能力，當時極其重要之法律行為之地券之過戶，依明治一五年九月八日太政官指令，妻與未成年人一樣，須戶主之簽字。

* 主要參考文獻：

仁平先鷹著《親族法》(三訂版)二二頁以下(泉文堂,昭和五九年)

青山道夫著《改訂家族法論 I》63頁以下(法律文化社,1971年)

青山道夫編《注釋民法(20) 親族(1)》34頁以下(熊谷開作執筆)(有斐閣,昭和41年初版1刷)

石井良助著《日本婚姻法史》402頁以下(創文社,昭和五二年)

參 韓國婚姻法小史

一 朝鮮民事令以前

根據史實,在李朝時代以前之高句麗、新羅、高麗等家父長的、封建的家族制度社會,可片斷的斷定近親婚、同姓婚、一夫多妻婚盛行,由於文獻資料不足,甚難進一步研究全般的婚姻規範。不過,關於形成今日婚姻制度之歷史的背景之李朝社會之婚姻規範,比較廣泛地被釐清。

在李朝社會,家父長的封建性亦極為濃厚,因此婚姻制度照舊是姑息的,而無任何發展。不寧唯是,以男尊女卑為金科玉律之儒教的普遍化,在某意義上比前時代之社會更加不合理。申言之,由婚姻關係之形式觀之,關於正妻重婚嚴格禁止,然依公認蓄妾而准許一夫多妻(妾區分為良妾與賤妾,在前者承認與夫妻間之權利義務幾乎相同之關係),由婚姻成立之形式觀之,由非結婚當事人之直系尊屬或其他有服親所決定,進行所謂代理行為的結婚,此與早婚之風習有密切關係。又受到儒教思想之影響,徹底禁止高句麗時代盛行之同姓婚,尤其甚至不許同姓異本者間之結婚(關於族內婚之禁止在李朝末期之刑法大全中亦有嚴格規定。同法五七二條至五七四條參照),另一方面作為封建的階級社會之必然的現象,嚴守身分的內婚制(禁止良民與賤民間、地方官及其妾之子女與管下民之子女間或親為逆賊之子之結婚)。此外,在高麗社會,禁止婦女之再婚,而且依對其子孫遮斷進出官界間接的予以強制。又,雖一般未被遵守,然禁止喪中結婚甚至處罰喪中結婚之主婚人。此等制度僅於在家父長的權力構造上累積封建的儒教性之特殊社會始能成立之現象。

二 朝鮮民事令時代

迨依朝鮮民事令,關於民事之基本法除日本民法之一部外,尊重韓國固有習慣之日政時代,仍未實現婚姻制度之近代化。不過,到一九二二年八月七日禁止妾之入籍申告(官通知二四號),法律上確立一夫一妻婚,一九二三年由從來之事實婚主義轉換為法律婚主義,在韓國婚姻史上具有重大意義,惟實質上未見有進一步促使婚姻制度之近代化。申言之,家屬結婚毫無例外須得戶主或在家父母等之同意(戶籍例規五一〇項、五三三項、五三四項),同時在夫妻關係本身亦以夫之支配與妻之服從為理念,採用妻無能力人制度(民舊一四條),對其財產關係遵守意味夫之專權

的管理、收益之管理共通制（一九三八、九、六朝高判）。又，夫之通姦不為離婚原因（民舊八一六條），而僅以妻之通姦為離婚原因，僅處罰妻之通姦（刑舊一八三條，夫之通姦只於相姦者為他人之妻時予以處罰），本質上招致容許一夫多妻之結果。由實質的意義觀之，此等祇不過是貫徹男女不平等思想之封建的李朝社會之再現而已。

三 現行民法

一九六〇年現行民法開始實施，可認為係社會的、經濟的、思想的近代化之產物，在婚姻制度確實起了改革。申言之，不認戶主對於家屬結婚之干涉，否定妻之無能力，於夫妻財產關係採用特有財產制即別產制（民八三一條）。又，離婚原因夫妻平等（民八四〇條），對於通姦規定雙罰罪（刑二四一條）。不過，問題尚多。申言之，現行民法固守「戶主與家族（家屬）」關係，即家族制度，故在婚姻制度仍存在種種的限制。夫妻應屬於同一家，其歸結，結婚伴隨妻入籍夫家之家籍移動（民八二六條三項本文；但入夫婚姻相反，同項但書），承認入夫婚姻或婿養子婚姻（民八七六條）等奇異的婚姻形態。又，夫妻之一方死亡婚姻關係雖解消，然夫死亡時恆，妻死亡時則僅留於夫家，受姻親關係之拘束，妻離婚或夫死亡後，如復籍本生家，則對其出生子女喪失親權（民九〇九條）。特別是族內婚之禁止範圍更令人啞然（民八〇九條參照）。此等規定，不僅逆著近代婚姻法之思想而行，而且與以萬人平等為前提（憲一〇條）宣言婚姻及家族生活個人尊嚴與兩性平等（憲三四條一項）之韓國民主主義憲法精神相齟齬。要之，韓國現行婚姻制度猶具有許多與婚姻法之近代化距離尚遠之要素。

* 主要參考文獻：

金容漢著《韓國·親族相續法》100頁以下（日本加除出版株式會社，昭和63年初版）

肆 台灣婚姻法小史

一 清治時代

大清律例就婚姻多有規定，但不大為台灣民間所遵守，台灣之婚姻習慣遂為重要法源。台灣在清治時期雖以一夫一妻制為基本形式，但容許人民納妾，且不限制其人數。除嫁娶婚外，亦承認招入婚。男女結婚須由祖父母、父母或其他尊長主婚，但男子無主婚人時或在外結婚時，則可由本人決定。同姓不得為婚，近親間亦不得為婚。夫已有妻室而重娶者，官方視重娶之妻為妾，不認其為妻，但亦不處罰。惟如兼雙祧者，則可娶二妻。居父母、祖父母等喪，不得嫁娶，惟如在父母生前已定婚者，則得於父母死後七日內，以簡單方式迎娶，俗稱「順孝娶」。定婚以交換婚書（或有私約）及授受聘財為主，成婚則以親迎及合卺為重。

男女結婚後，妻之人格爲夫之人格所吸收，妻並無獨立之地位。妻對於夫之關係，爲服從關係。妻負與夫同居之義務，夫得娶妾，而妻妾則不得再與任何男子結婚。夫對妻有命令及懲戒權，但須於適當範圍內爲之。妻有從夫令之義務。妻因結婚而入夫家成爲夫家家屬，須服從夫家尊長之教令，在招入婚，則夫入妻家服從妻家尊長之教令。

二 日治時代

日治時期，關於婚姻事項，仍依台灣舊慣，但次第將明治民法之規定作爲條理或習慣法而加以適用。結婚，依據舊慣，非僅依當事人之意思而成立，而須依尊親屬之意思始能決定。男子滿十六歲以上，女子滿十四歲以上爲結婚適齡。同宗親不得結婚，而且不得與其妻妾結婚，但兄收弟婦或弟收兄嫂，則無妨。姻親尊卑失序者不得結婚，但娶妻之姊妹，則不禁止。又，前夫子女與後夫子女結婚，亦無妨。同姓爲婚，法律上雖不禁止，但習俗上，同姓仍不得結婚，並爲一般所遵守。除同姓不婚外，尚有同源不婚之制，例如張廖簡三姓、陳姚胡田四姓、徐余塗涂四姓不婚。僧侶不得娶妻，惟道士依習慣得娶妻。又，雖承認妾制，但正妻祇限一人，如有正室，即不得重娶正妻，否則構成重婚罪。

日治時期，台灣人間之婚姻係採意思主義，惟習俗上結婚通常均舉行一定儀式，但此僅爲證明方法，而非法律上之要件。

清治時期，法律上並無所謂「婚姻無效與撤銷」之概念，民間更無「婚姻無效與撤銷」之習慣。迨日治後期，台灣總督府法院及學說始參酌明治民法之規定，確立婚姻無效與撤銷之制。

關於婚姻之效力，除沿習舊慣外，亦以明治民法之規定爲條理或習慣法加以適用。諸如，夫妻互負同居、扶養、守貞之義務。但依習慣，夫得納妾，而妻妾則不得再與其他男人發生性關係。妻爲夫之日常家事代理人，夫對於妻之代理行爲，事先得加以限制，但不得對抗善意第三人。依明治民法，妻爲無能力人，在台灣，因結婚，妻之行爲能力即受限制，而適用明治民法第一四條至第一八條之規定。至於夫妻之財產關係，依契約自由原則，夫妻得於結婚前，以契約定其夫妻之財產關係。夫妻未於結婚前以契約定其夫妻之財產關係者，則依習慣法（明治民法）上所定之財產關係規範之（民舊七九八條至八〇七條）。

* 主要參考文獻：

司法行政部《台灣民事習慣調查報告》五一頁以下（司法通訊雜誌社，民國六八年再版）

姉齒松平著《本島人ノミニ関スル親族法並相續法ノ大要》八六頁以下（台法月報發行所，昭和一三年）

第二章 關於婚約

壹 日本民法

日本明治民法從法國民法立法例，就婚約未設規定，戰後日本民法承襲之，然判例學說均承認婚約。實務上，將婚約稱為結婚預約或內緣，謂：「結婚預約適法有效，法律上雖不得因之而強制結婚，但無正當理由違反結婚預約拒絕結婚者，對被害之對方有賠償有形無形損害之責任。」(大連判大四、一、二六、民錄二一、四九)；「被不當破棄內緣之人，對對方得以結婚預約之不履行為理由請求損害賠償，同時亦得以侵權行為為理由請求損害賠償。」(最判昭三三、四、一一民集一二、五、七八九)。

關於婚約之成立要件，主要判例如次：縱未達於法定之結婚年齡，有意思能力之人所為之結婚預約亦非無效(大判大八、四、二三民錄二五、六九三)；儀式僅為表彰締結預約之社交的典禮，未舉行任何儀式而為結婚之預約者，其預約仍適法而有效(大判大八、六、一一民錄二五、一〇一〇)；知有配偶而約定將來該婚姻解消時，互為結婚之預約，無效(大判大九、五、二八民錄二六、七七三)；女對於男之求婚，既以作為真實夫妻而營共同生活之意思約定結婚，則長期繼續肉體關係，雙方之結婚意思明確者，縱其間當事人未將其關係向兩親兄弟告白，未為結納(聘禮)、同棲，結婚預約仍成立(最判昭三八、九、五民集一七、八、九四二)。

關於婚約之效果，主要判例如次：第七六〇條之規定於內緣準用之，故女所支出之醫療費，縱於別居中所生，亦準用於結婚所生之費用，男應分擔之(最判昭三三、四、一一民集一二、五、七八)；財產分與係最終的規整現存之夫妻共同生活關係，並不因此而直接對第三人之權利生影響，故就內緣承認之為適當(廣島高決昭三八、六、一九高民集一六、四、二六五)。

關於婚約之第三人責任，主要判例如次：縱非為內緣之當事人之人，而僅對內緣關係為不當干涉而使之破裂之人，當然亦應作為侵權行為人負損害賠償責任(最判昭三八、二、一民集一七、一、一六〇)。

關於結納(聘禮)，主要判例如次：結納係預想他日應成立結婚而授受之贈與，婚約於他日合意解除者，受贈人應作為不當得利負返還之義務(大判大六、二、二八民錄二三、二九二)；舉式後繼續八個月餘夫妻生活，其間結婚之申報亦已完了，成立法律上之結婚者，縱其後因受領聘禮人之妻之提議而為協議離婚，妻亦無返還該聘禮之義務(最判昭三九、九、四民集一八、七、一三九四)。

貳 民國民法

民國民法從德、瑞民法立法例，就婚約設有明文規定。中國舊律，稱婚約為定

婚，(1)定婚之當事人爲男女雙方之祖父母、父母等之尊長親屬；(2)定婚爲要式行爲，以交換婚書（或有私約）或收受聘財爲法定要件；(3)定婚爲成婚之先行要件；(4)定婚後，當事人即互負成婚之義務，不得改悔，更不得再與他人定婚或成婚。民國民法一反舊律，確立近代的婚約，(1)婚約由男女雙方當事人自行訂定；(2)婚約爲不要式行爲；(3)婚約與結婚截爲二事，結婚不以婚約爲前提，雖未訂定婚約，亦得逕行結婚；(4)婚約不得強迫履行，當事人得隨時解除婚約，惟按其情形，應負損害賠償責任。

參 韓國民法

韓國民法就婚約設有明文規定，大體仿倣民國民法之立法例。(1)第八〇〇條「達於成年者，得自由訂定婚約。」；(2)第八〇一條「男滿十八歲、女滿十六歲得經父母或監護人之同意，訂定婚約。於此情形，準用第八〇八條之規定。」；(3)第八〇二條「禁治產人得經父母或監護人之同意，訂定婚約。於此情形，準用第八〇八條之規定。」；(4)第八〇三條「婚約不得請求強制履行。」；(5)第八〇四條「當事人之一方有下列各款之事由者，對方得解除婚約。一 婚約後，受資格停止以上之刑之宣告者。二 婚約後，受禁治產或限定治產之宣告者。三 有性病、不治之精神病及其他不治之惡疾者。四 婚約後，與他人訂定婚約或結婚者。五 婚約後，與他人姦淫者。六 婚約後，一年以上其生死不明者。七 無正當理由拒絕結婚或遲延其時期者。八 有其他重大事由者。」；(6)第八〇五條規定：「婚約之解除，向對方以意思表示爲之。但不能向對方爲意思表示者，於知悉有解除原因時視爲已解除。」；(7)第八〇六條規定：「①解除婚約者，當事人之一方得對有過失之對方，請求賠償因此所受之損害。②前項情形，除財產上之損害外，對於精神上之痛苦，有損害賠償責任。③對於精神上痛苦之賠償請求權，不得讓與或繼承。但當事人間，關於其賠償成立契約後或提起訴訟後，不在此限。」

須注意者，民國民法就違反婚約之損害賠償設有明文（九七八條），韓國民法則未予規定。又，一九八五年民國民法修正時增設贈與物之返還及其短期消滅時效（九七九條之一、之二），韓國民法則無此等規定。

第三章 關於結婚之要件

壹 結婚之實質要件

一 結婚意思

結婚為民事契約，當事人間自須有結婚意思之合致。日本明治民法就此雖未從正面規定，但第七七八條一款「因結婚人非其人及其他事由，於當事人間無結婚之意思者」結婚為無效之規定當然可導出結婚須有當事人結婚之合意。戰後日本民法親族編承襲之（七四二條一款）。惟須注意，戰後日本國憲法規定「結婚僅能基於兩性之合意而成立」，並確立「個人尊嚴與兩性之本質的平等」原則，則結婚更非有當事人結婚之合意不可，固不待言。韓國民法仿倣日本民法，未從正面規定，但規定「當事人間無結婚之合意者」結婚為無效（八一五條一款），則結婚當然須當事人間有結婚之合意。民國民法對此亦無直接規定，然婚約既應由男女當事人自行訂定（九七二條），而婚約又不得請求強迫履行（九七五條），則結婚須當事人間有結婚意思之合致，至為明瞭。

二 結婚適齡

日本明治民法規定，「男子非滿十七歲，女子非滿十五歲，不得結婚。」（七六五條），違反之者，得向法院請求撤銷（七八〇條一項），但不適齡者已屆適齡時，不得請求其撤銷（七八一條一項）；不適齡者已屆適齡後三個月間，仍得撤銷其婚姻，但屆齡後已為追認者，不在此限（七八一條二項）。戰後日本民法親族編將結婚適齡，男女各提高一歲（七三一條），違反之者，得撤銷其婚姻（七四四條）。

韓國民法規定，「男子滿十八歲，女子滿十六歲時，得結婚。」（八〇七條），違反之者，得向家庭法院請求其撤銷（八一五條一款）。

民國民法就結婚適齡，定為男滿十八歲，女滿十六歲（九八〇條），違反之者，當事人或其法定代理人，得向法院請求撤銷，但當事人已達結婚適齡或已懷胎者，不得請求撤銷（九八九條）。

三 結婚同意

日本明治民法設「家制度」，並承認「繼父母」、「嫡母」，規定「子女結婚，應得其在家庭父母之同意，但男滿三十歲女滿二十五歲後，不在此限。父母之一方不明時、死亡時、去家時或不能表示其意思時，僅以另一方之同意為已足。父母皆不明時、死亡時、去家時或不能表示其意思時，未成年應得其監護人及親族會之同意。」

(七七二條)；「繼父母或嫡母不同意子女之結婚時，子女得經親族會之同意而結婚。」(七七三條)，違反之者，有為同意權利之人得向法院請求其撤銷。同意因詐欺或強迫者，亦同。」(七八三條)；「前條之撤銷權於左列情形消滅：一 有為同意權利之人知悉有結婚後或發見詐欺或強迫終止後經過六個月者。二 有為同意權利之人為追認者。三 自結婚申報之日起已經過二年者。」(七八四條)。戰後日本民法親族編廢除「家制度」，規定「①未成年子女結婚，應得父母之同意。②父母之一方不同意時，僅以他一方之同意為已足。父母之一方不明時、已死亡時或不能表示其意思時，亦同。」(七三七條)，違反第七三七條規定之結婚申報，應不予受理(七四〇條)，惟縱誤而受理，亦不為撤銷之對象(七四四條之例舉並未包含七三七條)。

韓國民法第八〇八條規定：「①未成年人結婚時，須得父母之同意，父母之一方不能行使同意權時，須得他一方之同意，父母皆不能行使同意，須得監護人之同意。②禁治產人結婚，應得父母或監護人之同意。③第一項及第二項之情形，無父母或監護人時或不能同意時，應得親族會之同意。」

民國民法第九八一條規定：「未成年人結婚，應得法定代理人之同意。」其規定至為簡潔，但在適用上難免捉襟見肘，管見認為宜仿照日本民法第七三七條規定加以修正，或根本加以刪除。

四 近親結婚之禁止

日本明治民法規定：「於直系血親或三親等內之傍系血親之間，不得結婚。但養子女與收養方之傍系血親間，不在此限。」(七六九條)；「於直系姻親，不得結婚。依第七二九條之規定姻親關係消滅後，亦同。」(七七〇條)；「於養子女、其配偶、直系卑屬或其配偶，與養父母或其直系尊屬之間，縱依第七三〇條之規定親屬關係消滅後，亦不得結婚。」(七七一條) 違反此等規定之結婚，得請求法院撤銷之(七八〇條)。戰後日本民法親族編從之(七三四條、七三五條、七三六條、七四四條一項)。

韓國民法則規定：「①同姓同本之血親間，不得結婚。②男系血親之配偶、夫之血親及其他為八親等以內之姻親之人或曾為此種姻親之人之間，不得結婚。」(八〇九條)；「結婚於下列各款之情形為無效：二 當事人間有為或曾有為直系血親、八親等以內之傍系血親及其配偶之親屬關係時。三 當事人間有為或曾有為夫之八親等以內之血親之姻親關係者。」(八一五條二、三款)；「結婚違反第八〇九條之規定者，當事人、其直系尊屬或八親等以內之傍系血親得請求撤銷之。」(八一七條後段)；「違反第八〇九條規定之結婚，其當事人間婚姻中已出生子女者，不得請求撤銷之。」(八二〇條)

民國民法規定：「與左列親屬不得結婚：一 直系血親及直系姻親。二 旁系血親及旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者。但旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者，不在此限。三 旁系血親之輩分相同，而在八親等以內者。但表兄

弟姊妹，不在此限。前項姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後亦適用之。」(九八三條)、「結婚，有左列情形之一者，無效：二 違反第九八三條所定親屬結婚之限制者。」(九八八條二款)。一九八五年修正時，第九八三條第一項第三款但書修正為「但六親等及八親等之表兄弟姊妹，不在此限。」即，禁止四親等之表兄弟姊妹間結婚；增列第三項規定：「第一項直系血親及直系姻親結婚之限制，於因收養而成立之直系親屬間，在收養關係終止後，亦適用之。」一九九八年修正時，第九八三條第一項第二款、第三款修正為「旁系血親在六親等以內者。但因收養而成立之四親等及六親等旁系血親，輩分相同者，不在此限。」「旁系血親在五親等以內，輩分不相同者。」

中國固有法，自周代始，創立同姓不婚之制，「夏殷不嫌一姓之婚，周制始絕同姓之娶。」「夏殷五世之後則通婚姻，周公制禮，百世不通，所以別於禽獸也。」因之，「四世而總，服之窮也。五世袒免，殺同姓也。六世親屬竭矣。其庶姓別於上而戚單於下，昏姻可以通乎？繫之以姓而弗別，綴之以食而弗殊，雖百世而昏姻不通者，周道然也。」(《禮記》〈大傳〉)不特娶妻不娶同姓，即妾亦然。惟在事實上，迄於晉，不無同姓通婚之例。及唐，以律禁之，即「諸同姓為婚者各徒二年，總麻以上以姦論。」妾亦然。惟其所謂同姓者，實指同姓而共宗者而言。宋刑統從唐律，明律略同，即「諸同姓為婚者各杖六十，離異。」清律承之。明清律分同姓同宗為二，並禁止其通婚。後沈家本力陳：「元魏帝室十姓，百世不通婚，其中如胡、周、奚、車等與中原舊姓相同而實非一本，並無明禁，此其立法，尚合古制。唐人亦明乎同姓之義，故疏議以同宗共姓為限，明律亦承唐舊，乃區同宗於同姓之外，罪名則視唐為輕，範圍則視唐為大，非唐律之本意，此由未明乎同姓之義，故也。夫同姓之義，曰一本，曰同祖，其通婚也，曰重宗，曰畏亂災，經傳亦既詳言之。其同姓而不同祖，既非一本，則與此義有合與否，亦不待智者而後明之。」(氏著《寄篋文存》)遂被採納，大清現行刑律乃刪「同姓禁婚」之條，而併入「親屬禁婚」項下，祇禁同宗為婚而不禁同姓婚。親屬不得為婚，唐律規定：「諸嘗為袒免親之妻而嫁娶者，各杖一百；總麻及舅甥妻，徒一年；小功以上，以姦論；妾各減二等；並離之。」「若外姻有服屬而尊卑共為婚姻，及娶同母異父姊妹，若妻前夫之女者，亦各以姦論。」「其父母之姑舅兩姨姊妹、及姨、若堂姨之姑、堂姑、己之堂姨、及再從姨、堂外甥女、女婿姊妹並不得為婚姻，違者各杖一百，並離之。」宋刑統及明清律大體因之。¹

日本禁止近親結婚之範圍，自古以來即較窄，勿寧是有內婚的傾向。在江戶時代，武家法以服忌令所示之服忌親為樞軸之親屬的效力而形成禁婚親等，為維持武士家族內身分階層制之嚴格性，其禁婚範圍相當廣泛，然在庶民間則在極其狹窄的範圍僅作為習俗而成長。明治初年，除父母子女、親兄弟姊妹間外，「與親戚鄉里無異」之近親婚相當盛行，政府亦疑懼「如不予離異改正者恐倒家廢產不少」而苦慮其取締。²日本民法在此背景之下，在三國中，其禁婚親範圍最窄。

關於禁止近親婚之範圍，韓國民法深受中國固有法之影響，承認同姓同本不婚，

即出自同一發祥地（籍貫）之同姓者間不得結婚。

同姓同本之血親間，不問親等數如何均不得結婚。惟在解釋適用上，予以緩和，(1)外形上雖為同姓同本但非屬血親者之間（例如，為新羅敬順王後孫之金海金氏與為大駕洛首露王後孫之金海金氏間，又，為崔文漢後孫之江陵崔氏與為崔立之後孫之江陵崔氏間），實質上無血統關係，故解為得結婚。(2)雖為同姓同本血親之間但祖先之系統不明者，應視為非屬於同一男系血親，而准許其間之結婚。(3)原為同姓同本之血親之人因賜姓及其他理由而改姓者，今日稱為異姓同本者之間（例如，安東金氏與安東權氏之間、金海金氏與金海許氏之間），雖為血親但非同姓，故應解為得結婚。³

惟不論如何，在三國中，韓國民法禁止近親結婚之範圍最廣，尤其是禁止同姓同本血親間之結婚，因此引起韓國各界熱烈的討論和反省。民法親屬編繼承編第二次修正時，修正草案曾廢止同姓同本禁婚制度，其修正理由謂：(1)在為同姓不婚原則起源地之中國，此原則已廢止。(2)無固守傳統原則之合理的根據。(3)過度限定禁婚範圍，有侵犯婚姻自由之虞。但保守派認為，同姓同本血親間之結婚倫理上絕對不可，而優生學上近親婚不僅有害，而且招來親屬觀之崩壞。由於贊成與反對之意見尖銳對立，一九七七年一月之民法中修正法律案（代案）將「同姓同本之禁婚條項」刪除。⁴然其後，同姓同本禁婚廢止論仍如火如荼地展開，例如，韓國極具代表性的學者金容漢教授批判如次：⁵

今日，各國均毫無例外從道義的感情或優生學的見地禁止一定近親間之結婚。不過，現行法上廣泛的禁婚範圍各國立法例幾無類例，完全無其合理的根據，因此成為猛烈批判的對象。當然，對於此種批判，並非無反對意見。

回顧史實，在高句麗、新羅、高麗等社會，雖然時有禁令，但近親婚仍盛行。及至李朝時代，始依為當時之依用法律之大明律之規定禁止同姓婚，尤其到英祖朝禁止同姓異本者間之結婚。舊習慣法可謂原則上繼受李朝社會之慣行。現行法不僅只將中國古代社會產物之「同姓同本禁婚之原則」明文化，而且規定連舊法亦不承認之廣泛的姻親禁婚，不僅完全失去社會的價值，而且實際上部分的已成具文。申言之，關於現行規定，優生學的理由固勿論，亦無法看到道義的意義，特別關於同姓同本禁婚之原則，嚴密而言，不一定韓國姓之起源本身不被作為問題（根據史實，韓國之姓原來係自中國傳入，尤其庶民層迄於李朝中葉尚無姓甚明）。

固然，依一部分輿論，認為此種禁婚規定係韓國固有之美風良俗。不過，民法上之規定參照韓國之社會實際，不僅已失去合理性，而且從近代的婚姻法思想之觀點觀之，實不能免於限制基本的婚姻自由尤其再婚自由之非難。更何況現行規定解釋論無法克服之現行規定，勢必面臨改正之命運。

金容漢教授認為，斟酌優生學的根據，韓國原來的觀念及社會的環境，韓國以限定在血親間，不問父系或母系，八親等內；在姻親間，僅直系姻親為禁婚範圍，為妥當。對照日本民法上禁婚親之範圍，金教授之主張仍過廣，此或反映韓國社會

比較尊重傳統、習俗之一斑。

關於禁止近親結婚之範圍，筆者向主張應縮小其範圍，例如筆者曾指出：⁶

現行法第九八三條所定禁婚親之範圍過於廣泛，影響人民之結婚自由，且欲調查當事人是否為八親等以內之旁系血親或五親等以內之旁系姻親而輩分不相同者，須查閱一切相關戶籍，事實上跡近不可能，且違反近親禁婚之規定，其結婚為無效，非僅得撤銷而已，事關重大，徵諸各先進國家立法例，除直系血親禁止結婚外，關於旁系血親結婚之限制，或僅限於四親等內，或僅限於三親等內，或僅限於二親等內；關於直系姻親間雖多加以禁止，但旁系姻親間則有不禁止者，有僅限於三親等內或二親等內者；關於因收養而成立之血親間，多更予以緩和，故均遠較我國為寬，因此，我國近親結婚之限制，實有放寬之必要。依筆者之見，我民法第九八三條不妨修正為：「①與左列親屬，不得結婚：一、直系血親及直系姻親；二、四親等內之旁系血親，但養子女與養方之旁系血親，不在此限；三、三親等內之旁系姻親。②前項直系姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之。③第一項直系血親結婚之限制，於因收養而成立之直系親屬間，在收養關係終止後，亦適用之。」當然，如進一步，將旁系血親禁婚之範圍，僅於三親等內，就旁系姻親則一律不限制其結婚，亦為可採。（參照日本民法第七三四條至七三六條、德國婚姻法第四條、第七條、瑞士民法第一〇〇條、法國民法第一六二條至一六三條）。

我民法上禁婚親之範圍雖經一九八五年及一九九八年兩次修正而逐漸縮小，但依筆者上開之見解，仍有再縮小之空間。

註：

1. 參照陳顧遠著《中國婚姻史》一三一頁以下（台灣商務印書館，民國五七年台二版）；林咏榮《中國法制史》一二五頁以下（自刊，民國六九年增訂八版）等之整理。
2. 沼正也〈近親婚〉末川博編集代表《民事法學辭典上卷》414頁（有斐閣，昭和39年再版1刷）、青山道夫編集《注釋民法（20）親族（1）》212頁（上野雅和執筆）（有斐閣，昭和41年初版1刷）。
3. 金容漢著《韓國·親族相續法》111頁（日本加除出版株式會社，昭和63年初版）。
4. 參照金容漢，前揭書19頁、23頁。
5. 金容漢，前揭書112頁以下。
6. 拙稿〈終戰後家族關係法規的重整與展望〉《戡亂終止後法制重整與法治展望論文集》四四二~四四三頁（中國比較法學會，民國八〇年四月初版）。

五 重婚之禁止

日本明治民法禁止重婚（七六六條），違反之者，得請求法院撤銷（七八〇條），戰後日本民法親屬編從之（七三二條、七四四條）。韓國民法仿照日本民法之規定（八〇一條、八一六條一款）。民國民法亦禁止重婚（九八五條），違反之者亦為得撤銷婚（九九二條），一九八五年修正時，將重婚定為無效（九八五條二款後段），並增訂「一人不得同時與二人以上結婚」（九八五條二項），違反之者，無效（九八八條二款後段）。

六 相姦婚之禁止

禁止與相姦者結婚，明治民法設有明文（七六八條），「因通姦而離婚或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚。」違反本條規定之結婚得請求法院撤銷（七八〇條）。戰後日本民法新親族編不再禁止與相姦者結婚，韓國民法從之。民國民法仿效明治民法，於第九八六條規定：「因姦經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚。」結婚違反此規定者，前配偶得向法院請求撤銷之（九八三條本文）。一九九八年民法親屬編修正時將第九八六條及第九八三條刪除。今日，三國均已不再禁止與相姦者結婚矣。

* 惟日本刑法已廢除通姦罪，韓國刑法仍規定通姦罪（刑二四一條）。我國刑法第二三九條仍規定通姦罪。

七 再婚禁止期間

女子再婚須逾待婚期間，日本明治民法設有明文（七六七條），違反此規定之結婚，得請求法院撤銷之（七八〇條、七八二條），戰後新親族編從之（七三四條、七四四條、七四六條）。韓國民法亦從之（八一一條、八一八條後段、八二一條）。民國民法仿效日本明治民法，設第九八七條、第九九四條之規定。關於待婚期間，三國民法均定為六個月。嗣我國於一九九八年將民法第九八七條、第九九四條刪除。就此而言，我國民法較日、韓民法進步。

貳 結婚之形式要件

明治民法採用純粹民事婚主義，於第七七五條規定：「結婚，因向戶籍吏申報而生其效力。前項之申報，應由雙方當事人及成年之二人以上之證人，以口頭或署名之書面為之。」當事人不為結婚之申報時，為無效。但其申報僅欠缺第七七五條第二項所揭之條件者，結婚不因此而妨礙其效力（七七八條二款）。第七七六條規定：「戶籍吏非確定結婚不違反第七四一條第一項、第七四四條第一項、第七五〇條第

一項、第七五四條第一項、第七六五條至第七七三條及前條第二項之規定及其他法令，不得受理其申報。但於結婚違反第七四一條第一項或第七五〇條第一項規定之情形，戶籍吏雖已為注意但當事人仍欲為其申報者，不在此限。」第七七七條規定：「僑居外國之日本人間欲結婚時，得向駐在該國之公使或領事為其申報。在此情形，準用前二條之規定。」戰後新親族法承襲之（七三九條、七四二條二款、七四〇條、七四一條），但第七七五條第一項文字修正為「結婚，以依戶籍法之所定申報之，而生其效力」（七三九條一項）；第七七六條修正為「結婚之申報，非認定其結婚不違反第七三一條至七三七條及前條第二項之規定及其他法令後，不得受理之。」（七四〇條）；第七四一條增列「大使」二字。

韓國民法仿照日本民法，採用法律婚主義，其第八一二條規定：「①結婚以依戶籍法所定為申告而生其效力。②前項之申告，須由當事人及成年之二人以上証人連署之書面為之。」第八一三條規定：「結婚之申告，於其結婚不違反第八〇七條至第八一一條及前條第二項及其他法令，始得受理之。」第八一四條規定：「①僑居外國之本國民間之結婚，得向駐在該外國之大使、公使或領事申告。②受理前項申告之大使、公使或領事應即時將其申告書類送付本國之所管戶籍吏。」

民國民法與日本民法不同，係採用儀式婚主義，於第九八二條規定：「結婚，應有公開之儀式及二人以上之證人。」一九八五年修正時於本條增設第二項規定：「經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚。」惟此規定，乃基於結婚戶籍登記之事實，推定已結婚，乃屬舉證責任轉換之規定。換言之，如無反證以證明未曾履踐公開儀式及二人以上證人之結婚方式者，即以該結婚之戶籍登記推定當事人間已結婚而有婚姻之效力，主張婚姻關係發生之當事人，無庸再就具備公開儀式及二人以上證人之事實，負舉證責任。故該增列之規定，為程序上舉證責任之事項，結婚形式要件之實體上規定，並不因此而有所變更，民國民法依舊是採用儀式婚主義，此在各國立法例中，甚為罕見。

日本舊民法採用儀式婚主義，規定「第四三條 結婚儀式可於當事人一方之住所或居所之地舉行，雙方舉行結婚儀式前應向其地之身分辦理吏為將結婚之申報。但此申報得以代理人為之。第四七條 結婚因証人二人之在場依習慣舉行其儀式而成立。當事人之承諾因舉行此儀式而成立」。在舊民法，結婚因舉行習慣上之儀式而成立，申報僅確認結婚之成立（舊民四九條）。舊民法採用儀式婚，雖被認為係「依我國之習慣設定一種特別的婚姻制」，不過舊法捨棄舊民法之儀式婚主義採用單純的法律婚主義，規定「結婚因向戶籍吏申報而生其效力」，婚姻僅以申報而成立。關於改變結婚成立方式之理由，梅謙次郎委員說明如次：「在既成法典，結婚，第一向戶籍吏申報，第二自申報之日起三日至三十日間有証人二人之在場舉行習慣上之儀式，第三舉行其儀式後十日內為其申報。此主義被認為實際上不通者有二。其一，過於煩雜，非具備三個條件當然為迄於今日之習慣之所無，殊不適合國情。第二，為有如此的三個手續，何時宜看成結婚成立不明。……所謂申報乃向公的官廳申報，故首先宜將結婚公諸於社會。儀式並非公開，故以之為發生法律上婚姻之效力甚為

不當。」對此，長谷川喬委員、土方寧委員等祇述說應承認於「舉行習慣上儀式時」成立婚姻，此外並無活潑的議論，前述條文遂順利通過。

惟實施結果，與起草人之意圖相反，事實上結婚與結婚申報之分歧相當普遍，又受到舊法所規定對於婚姻之家制度的統制—父母之同意（民舊七七二條）、戶主之同意（民舊七五〇條）、法定推定家督繼承人入他家之婚姻之禁止（民舊七四四條）—等之規制，產生許多不得不僅止於內緣夫妻（事實上夫妻）之婚姻。因此，學者間嘗試由解釋論來緩和申報主義，又有認為結婚事實上既已成立縱未申報法律上仍應認係婚姻而主張儀式婚，亦有認為應認儀式婚為婚姻締結之方式，履踐此方式時即生完全的婚姻之效力，不欲依此習慣舉行儀式之人則應保存依申報之方式，而主張儀式婚與法律婚之併用。

因此，大正一四年之「民法親族編中改正要綱」，關於結婚之方式，承認儀式婚與法律婚之併用。「第十二婚姻之成立 一、結婚因舉行習慣上所認之儀式而成立，其成立證明方法由法律定之。 二、依前項結婚時應於一定期間內為申報。 三、於不依第一項之情形，結婚因申報而成立。」此要綱之提案旨趣，在於舊法之法律婚主義「有重形式而違反婚姻之人倫大義理由之嫌，……違背古來之習慣紊亂風化」，故「承認依習慣上所認之儀式之效力」，並避防因申報之強制所生之弊害。參照此等改正要綱而於昭和一六年發表之人事法案，同樣併用儀式婚與法律婚，前者之證明方法，為「須向戶籍吏為其申報」（人事法案五七條二項），其第五八條第一項規定「結婚當事人或利害關係人得向家事審判所請求婚姻成立之確認」，將儀式婚之證明方法繫於家事審判所之確認。¹

儀式婚主義之採用，其前提必須明確「習慣上所認之儀式」之意義，其成立證明之具體的方法當然亦必須加以考慮，然此等在技術上均極為困難。其處理如嚴格為之者，則結果與採法律婚主義之情形無異，反之，如寬大為之者，則為夫妻之男女關係與非夫妻之男女關係之區別不明確，某男女關係究為夫妻關係與否，結果最後必須一一俟法院之確認決定之，實欠妥當。

要之，事實婚（包括儀式婚）主義之採用，滋增成立不適合法定之基準國家所不承認之婚姻之機會，而且使婚姻當事人、子女及其他人之身分關係不確定，從維持社會秩序之見地觀之，不論如何亦難以首肯。²

因此戰後日本民法親族編修正時，仍與舊法一樣，採用法律婚主義，規定結婚以依戶籍法所定為申報，生其效力（七三九條一項）。所謂依申報「生效力」，於婚姻之情形，其申報並非僅為婚姻之效力發生要件，而且係婚姻之成立要件。即，無申報則婚姻在法律上不成立而不存在。³

筆者向極力主張我國就結婚之成立方法，應改採申報登記主義，例如，筆者曾指出：⁴

現行民法第九八二條採取儀式婚主義，當事人曾否舉行公開儀式，舉證困難，

認定不易，影響身分關係之安定，而在今日流動的社會，當事人是否舉行公開儀式，一般人殊不易查考，對第三人亦屬不利，又，在儀式婚制之下，不能依據戶籍上之結婚登記判斷婚姻是否存在，亦與社會一般觀念不符，且採儀式婚制，無法通過登記達成婚姻統制之目的，雖然現行法為避免舉証困難，而以結婚登記推定結婚，惟僅止於推定，則儀式婚制之缺點猶存，且易使人誤以為民法兼採登記婚制，實欠妥當，如改採登記婚制，則當事人間婚姻何時成立是否存在，一以戶籍之申報登記為判斷依據，簡單明確，而登記之公示力既強，查考又方便，適合今日流動的社會，尤其採登記婚制，可通過登記，審查當事人是否符合結婚要件，以防止違法婚姻的成立，且徵諸我國現況，我國戶籍制度相當完備，國民一般亦均捨於辦理戶籍登記，結婚後不去申請登記者幾希，則改採登記婚制，亦不致有產生許多事實婚姻之虞，故第九八二條宜修正為：「①結婚，應依戶籍法之規定申請為結婚之登記，始生效力。②前項申請，應以當事人雙方及二人以上成年証人簽名之書面為之。」或「結婚，應以書面為之，有二人以上成年証人簽名，並依戶籍法之規定申請為結婚之登記。」並增設第九八二之一，規定：「結婚登記之申請，非確認其結婚未違反第九百八十條、第九百八十一條、第九百八十三條至九百八十七條及其他法令者，不得受理之。」（參照日本民法第七三九條、第七四〇條；韓國民法第八一二條、第八一三條）。⁵

註：

1. 以上，參照青山道夫編集《注釋民法（20）親族（1）》167頁以下（青山道夫、有地亨執筆）、237頁以下（大原長和執筆）（有斐閣，昭和41年初版1刷）。
2. 前揭書238頁（大原長和執筆）。
3. 前揭書239頁（大原長和執筆）。
4. 拙稿〈終戡後家族關係法規的重點與展望〉《戡亂終止後法制重整與法治展望論文集》四四一~四四二頁（中國比較法學會，民國八〇年四月初版）。
5. 其後，拙稿〈儀式婚主義與登記婚主義〉輔仁法學一〇期（民國八〇年六月）復重申管見。

第四章 關於結婚之無效與撤銷

壹 結婚之無效

一 無效之原因及效果

(一) 日本民法

日本明治民法第七七八條規定：「結婚限於左列情形，為無效。一 因結婚人非其人及其他之事由，於當事人間無結婚之意思者。二 當事人不為結婚之申報者。但其申報僅欠缺第七七五條第二項所揭之條件者，結婚不此而妨礙其效力。」即結婚無效之原因有二：(1)欠缺結婚意思；(2)欠缺結婚申報。結婚無效為當然無效、自始無效，無須以訴主張之，但利害關係人得提起無效確認之訴。戰後新法承襲之（民七四二條）。

(二) 韓國民法

韓國民法第八一五條規定：「結婚於下列各款情形，為無效。一 當事人間無結婚之合意者。二 當事人間有或曾有為直系親屬、八親等以內之傍系血親及其配偶之親屬關係者。三 當事人間有或曾有為直系姻親、夫之八親等以內之血親之姻親關係者。」即結婚無效之原因有三，不再重複。結婚無效為當然無效、自始無效，並非依無效判決始為無效。但有爭執者，得向家庭法院請求婚姻無效確認之審判（家審二條一項、人訴二五條、三二條）。

(三) 民國民法

民國民法第九八八條原規定：「結婚於左列情形之一者，無效。一 不具備第九八二條之方式者。二 違反第九八三條所定親屬結婚之限制者。」即結婚無效之原因有二：(1)欠缺結婚方式；(2)禁婚親間之結婚。依一九八五年之修正，又增加二個無效原因：(3)有配偶而重婚者；(4)一人同時與二人以上之結婚。結婚無效為當然無效、自始無效，無庸訴請法院為無效之宣告，但如有爭執者，有確認利益者可訴請確認婚姻無效。

二 比較與檢討

(一) 民國民法雖未明定當事人間無結婚之意思者為無效，惟解釋上欠缺結婚意思應為無效。

(二) 日、韓民法採申報（申告）婚主義，無申報（申告），即無婚姻，故所謂「無效」，實為「不成立」，惟日民將欠缺結婚申報列為無效原因，但韓民則否，揣其理由，似因以未為結婚申報，婚姻根本不存在之故。民國民法採儀式婚主義，無

儀式，及無婚姻，故以之為無效，但實質上為婚姻不成立。

(三) 民國民法與韓國民法均以近親婚為無效，但韓國僅限於上述兩種情形為無效，其餘之近親婚僅為得撤銷。日本民法則以近親婚為撤銷之原因。

(四) 重婚，在日本、韓國均止於為撤銷原因，在台灣原亦為撤銷原因，但一九八五年修法時改為無效，並增列一人同時與二人以上結婚為無效。

(五) 至於婚姻無效之效果，三國均相同。

貳 結婚之撤銷

一 撤銷之原因、方法及效力

(一) 日本民法

日本明治民法上，結婚撤銷之原因有八：(1)不適齡婚（七八〇條一項）；(2)重婚（七八〇條）；(3)違反再婚期間（七八〇條）；(4)相姦婚（七八〇條）；(5)近親婚（七八〇條一項）；(6)欠缺父母同意之結婚（七八三條）；(7)以收養無效或撤銷為理由之壻養子婚姻（七八六條一項本文）；(8)因詐欺、脅迫之結婚（七八五條）。結婚之撤銷，須以訴訟方法為之。其訴訟為形成訴訟。結婚之效力，不溯及既往（七八七條）。

戰後新法僅存其五：(1)不適齡婚（七四四條一項）；(2)重婚（七四四條）；(3)違反再婚禁止期間（七四四條）；(4)近親婚（七四四條一項）；(5)因詐欺、脅迫之結婚（七四七條）。至結婚撤銷之方法及效力，與舊法並無不同。

(二) 韓國民法

韓國民法上，結婚撤銷之原因有七：(1)不適齡婚（八一六條一款）；(2)同意之欠缺（八一六條一款）；(3)違反同姓禁婚等（同姓同本血親間之結婚、與男系血親之配偶間之結、與夫之血親間之結婚、與為或曾為夫之八親等以內之姻親間之結婚）（八一六條一款）；(4)重婚（八一六條一款）；(5)違反再婚禁止期間（八一六條一款）；(6)惡疾等重大事由（八一六條二款）；(7)因詐欺、脅迫之結婚（八一六條三款）。結婚之撤銷，由撤銷請求權人請求家庭法院審判，依其宣告撤銷之（民八一六條、家審二條一項、人訴二五條、三二條）。結婚之撤銷，其效力不溯及既往（民八二四條）。

(三) 民國民法

民國民法上結婚撤銷之原因有九：(1)不適齡婚（九八九條）；(2)未得法定代理人同意之結婚（九九〇條）；(3)監護人與受監護人之結婚（九九一條）；(4)重婚（九九二條）；(5)相姦婚（九九三條）；(6)違反待婚期間之結婚（九九四條）；(7)不能人道（九九五條）；(8)無意識或精神錯亂中之結婚（九九六條）；(9)被詐欺或被脅迫之結婚（九九七條），其後依一九八五年之修正，(4)重婚改為無效；又依一九九八年之修正，將前揭(5)及(6)刪除，現僅存其六。結婚之撤銷，須由撤銷權人以訴向法院請求撤銷。

結婚撤銷之效力，不溯及既往（九九八條）。

二 比較與檢討

（一）三國法上結婚撤銷之原因多有不同，現三國同以為結婚撤銷之原因，惟(1)不適齡婚與(2)因詐欺、脅迫之結婚二者而已。至於結婚撤銷須以訴為之，結婚撤銷之效力不溯及既往，三國均相同。

（二）日本民法就(1)(2)(3)(4)(5)五個撤銷事由均以檢察官為撤銷權人；韓國民法就(4)之撤銷事由亦以檢察官為撤銷權人，但民國民法則一概不以檢察官為撤銷權人。第查，結婚撤銷原因有涉及公益者，例如不適齡婚、監護人與受監護人之結婚，一律不以為公益代表人之檢察官為撤銷權人，是否妥當，似不無商榷餘地。

（三）日本民法就結婚撤銷時之利益返還、子女監護、復姓、財產分與、祭具等之承繼，均設有明文規定（七四八條二、三項、七四九條）。韓國民法就結婚無效或撤銷之損害賠償（包括財產上之損害賠償及對於精神上痛苦之損害賠償），設有明文規定（八二五條）。民國民法就結婚無效或撤銷之損害賠償（包括財產上與非財產上之損害賠償）；結婚無效時之贍養費給與、固有財產取回；結婚撤銷時之子女親權、贍養費給與、固有財產取回，均有明文規定（九九九條、九九九條之一）。其間存有不少差異。

第五章 入夫婚姻、壻養子婚姻

壹 日本民法

日本明治民法以家制度為骨幹，故承認入夫婚姻、壻養子婚姻等特殊型態之婚姻，第七三六條規定：「女戶主為入夫婚姻者，以入夫為其家之戶主。但當事人結婚當時表示反對之意思者，不在此限。」第七八八條規定：「妻因結婚而入夫家。入夫及壻養子入妻家。」所謂入夫婚姻係女戶主不出己家，而使夫入於己家之婚姻。依入夫婚姻，入夫成為戶主，蓋基於封建的夫權的、父權的家族制度之要求。但結婚當時有反對之意思表示者，不妨使女戶主仍為戶主。所謂壻養子即第八三九條但書所謂之「為作女壻所為」之收養。又第九七三條所謂「為其姊妹而為之收養」亦屬同義。壻養子乃男子為家女之夫而同時為家女父母之養子，即同時存在結婚與收養二個行為，且此二個行為係相互牽連，結婚與收養必須同時為之，故先收養然後與家女結婚，或以將來與家女結婚為目的而僅先為收養，均非壻養子。¹入夫婚姻及壻養子收養，入夫或壻養子入籍妻家，又依第七四六條規定，應稱入籍之家之姓。戰後日本民法親族編廢除家制度，不復承認入夫婚姻與壻養子婚姻。

貳 韓國民法

韓國民法存置家制度，仿倣日本明治民法承認入夫婚姻及壻養子婚姻²，第八二六條第三項但書規定：「妻為本生家之戶主或戶主繼承人（一九八九年修正為戶主承繼人）者，夫入籍妻家。」又依第八二六條第四項規定，入夫婚姻夫妻間之子女從母之姓與本（本貫、籍貫），入籍母家；第八七六條規定：「①為作女壻得為收養。於此情形，為女壻之養子入籍養親之家。②於前項情形，養親子關係之發生、消滅從婚姻關係之發生、消滅。但收養無效、撤銷或終止收養不影響婚姻關係。」其後一九九〇年修法時，將第八七六條刪除，亦即韓國自一九九一年一月一日起法律上不再承認壻養子制度³，但仍承認入夫婚姻。

參 民國民法

民國民法斟酌民間習慣，承認招贅婚，亦稱贅婚、贅夫婚，第一〇〇〇條規定：「妻以其本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓。但當事人另有訂定者，不在此限。」第一〇〇二條規定：「妻以夫之住所為住所。贅夫以妻之住所為住所。」第一〇五九條規定：「①子女從父姓。②贅夫之子女從母姓。但另有約定者，從其約定。」第一〇六〇條規定：「未成年之子女，以其父之住所為住所。贅夫之子女，以其母之住所為住所。」贅婚為夫入於妻家之婚姻，民法上贅夫所處地位，與嫁娶婚之妻相若。贅婚制度，為「宗法制度之餘緒，女家因無男子傳宗接代，乃招壻入門，以女妻之，

期生子嗣，以繼香火，此與現行法廢除宗祧制度之原則，已屬背道而馳，且贅夫常被妻家及社會所歧視，往往導致不幸之結果，殊無保留之必要。」一九八〇年民法親屬編修正草案初稿以此為理由將贅婚制度廢除，但終未成立。筆者一向主張國民民法既已確立現代的一夫一妻制度，而以婚姻為一男一女以終生共同生活為目的之適法的結合關係，允宜不區別嫁娶婚與招贅婚，一以男女因結婚而締造新家庭，不生誰入誰家之問題。⁴一九八五年修正時，雖仍保留贅婚制度，但第一〇〇二條增列但書規定：「但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。」第一〇五九條修正為：「①子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。②贅夫之子女從母姓。但約定其子女從父姓者，從其約定。」第一〇六〇條修正為：「未成年之子女，以其父母之住所為住所。」一九九八年司法院大法官會議釋字第四五二號解釋，就第一〇〇二條規定解釋謂：「本條但書規定，雖賦予夫妻雙方約定住所之機會，惟如夫或贅夫之妻拒絕為約定或雙方協議不成時，即須以其一方設定之住所為住所。上開法律未能兼顧他方選擇住所及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」其後依一九九八年之修正，第一〇〇二條修正為：「①夫妻各保有其本姓。但得書面約定以其本姓冠以配偶之姓，並向戶政機關登記。②冠姓之一方得隨時回復其本姓。但於同一婚姻關係存續中以一次為限。」至此，贅婚制度殆已被廢除，然第一〇五九條就子女之從姓，仍區別嫁娶婚與招贅婚予以規定，亟待早日修法解決之。

至於壻養子問題，中國舊律及舊慣，基於同姓、同宗（因異姓不養），禁止養子女與親生子女或養子女相互間之結婚，然以贅壻為嗣，即招壻為子、壻承翁嗣，則近世各地方均有此習慣⁵。台灣在清朝時代似無此習慣⁶；在日本時代，自一九二三年一月一日起，日本民法施行於台灣，但關於本島人之親屬及繼承之事項，仍依習慣，然依姉齒松平之見解，若本島人適用日本民法親族編，以壻養子制度代台灣之招壻制度，應屬無妨⁷，而徵諸實際，當時台灣人利用壻養子制度者，不鮮其例。民國民法就壻養子未設規定，依司法院大法官會議解釋，「某甲收養某丙，同時以女妻之，此種將女抱男習慣，其相互間原無生理上之血統關係，自不受民法第九百八十二條之限制。」（四一年釋字一二號）；「本院釋字第十二號解釋所謂將女抱男之習慣，係指於收養同時以女妻之，而其間又無血統關係者而言，此項習慣，實屬招贅行為，並非民法上之所謂收養。至被收養為子女後，而另行與養父母之婚生子女結婚者，自應先行終止收養關係。」（四三年釋字三二號）。依前一解釋，認許壻養子，即認收養行為與結婚行為（招贅行為）同時成立；依後一解釋，則僅認有結婚行為（招贅行為），而無收養行為，故不認許壻養子。依現行民法解釋，後一解釋應屬正確，然如為日治時期成立之壻養子，似應依當時法律承認其效力，始為允洽。當然，在今日個人制度家族法之下，廢除壻養子制度，殊值贊許。

註：

1. 中川善之助著《日本親族法》三二二頁（日本評論社，昭和一七年）。
2. 韓國在日政時代依日本明治民法規定，承認入夫婚姻及壻養子婚姻。
3. 韓國在軍政時代大法院曾判示：壻養子制度違反社會秩序，自始無效，僅存續繼續純粹的夫妻關係（一九四七年三月二六日大法判）。
4. 例如，拙稿〈終戰後家族關係法規的重整與展望〉《戡亂終止後法制重整與法治展望論文集》四四三~四四四頁（中國比較法學會，民國八〇年四月初版）。
5. 史尚寬著《親屬法論》五三九頁（自刊，民國六三年台三版）；仁井田陞著《支那身分法史》七三二頁（座右寶刊行會，昭和一八年再版）等。
6. 臨時台灣舊慣調查會第一部報告《台灣私法》第二卷下三九一頁。
7. 姉齒松平《本島人ノミニ關スル親族法並相統法ノ大要》一〇七頁（台法月報發行所，昭和一三年）。

第六章 婚姻之普通效力

壹 各國民法之規定

一 日本民法

關於婚姻之普通效力，日本明治民法承認「家制度」、「入夫及婿養子」、「男尊女卑」，規定：「妻因結婚而入夫家。入夫及婿養子入妻家。」(七八八條)、「妻負與夫同居之義務。夫須使妻同。」(七八九條)、「夫妻互負扶養之義務。」(七九〇條)、「妻為未成年人者，夫行使其監護人之職務。」(七九一條)、「於夫妻間為契約者，其契約於婚姻中，夫妻之任何一方得隨時撤銷之。但不得侵害第三人之權利。」(七九二條)。戰後日本民法親族編廢除「家制度」，不再承認「入夫及婿養子」，排除「男尊女卑」觀念，規定：「夫妻依結婚時所定，稱夫或妻之姓。」(七五〇條)、「①夫妻之一方死亡時，生存配偶得回復其婚前之姓。②第七六九條之規定，於前項及第七二八條第二項之情形準用之。」(七五一條)、「夫妻須同居、互相協力扶助。」(七五二條)、「未成年人已結婚者，視為因此而已屆成年。」(七五三條)、「於夫妻間為契約者，其契約於婚姻中，夫妻之任何一方得隨時撤銷之，但不得侵害第三人之權利。」(七五四條)。

二 韓國民法

韓國民法就婚姻之一般效力，設有四條規定，於第八二六條規定：「①夫妻應同居、互相扶養協助。但有正當理由一時不同居者，應互相容忍。②夫妻之同居，於夫之住所或居所為之。③妻入籍夫家。但妻為本生家之戶主或戶主繼承人者，夫得入籍妻家。④前項但書之情形，夫妻間之子女繼母之姓與本入籍母家。」第八二六條之二規定：「未成年人已結婚者，視為成年人。」第八二七條規定：「①夫妻關於日常家事互有代理權。②對於前項之代理權所加之限制，不得對抗善意第三人。」第八二八條規定：「夫妻間之契約，於婚姻中，夫妻之一方得隨時撤銷。但不得侵害第三人之權利。」一九九〇年修正時，第二項修正為「夫妻之同居場所依夫妻之協議定之。協議不成時，因當事人之請求由家庭法院定之。」第三項「戶主承繼人」。

三 民國民法

民國民法就婚姻之普通效力，規定「妻以其本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓。但當事人另有訂定者，不在此限。」(一〇〇〇條)、「夫妻互負同居之義務。但有不能同居之正當理由者，不在此限。」(一〇〇一條)、「妻以夫之住所為住所。贅夫以妻之住所為住所。」(一〇〇二條)、「夫妻於日常家務，互為代理人。夫妻之

一方濫用前項代理權時，他方得限制之。但不得對抗善意第三人。」(一〇〇三條)。一九八五年修正時，第一〇〇二條修正為「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。」一九九八年修正時，第一〇〇二條修正為「①夫妻之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。②法院為前項裁定前，以夫妻共同戶籍地推定為其住所。」；第一〇〇〇條修正為：「①夫妻各保有其本姓。但得書面約定以其本姓冠以配偶之姓，並向戶政機關登記。②冠姓之一方得隨時回復其本姓。但於同一婚姻關係存續中以一次為限。」

貳 比較與檢討

一 夫妻之稱姓

日本迄於帝國憲法發布(一八八九年二月二一日)前後，尚無妻改稱夫之姓之例，其後始次第起妻改稱夫姓之風¹，明治民法規定：「戶主及家屬稱其家之姓」(七四六條)，蓋以姓氏為一家之標識，屬於一家不得異姓。從而，例如，因結婚入於夫家之妻改稱夫姓²。

新法基於憲法要求之夫妻平等原則，規定：「夫妻依結婚時所定，稱夫或妻之姓」(民七五〇條)，即由夫妻於結婚時依協議選擇稱一方之姓(夫妻同姓)，既不得各自保有本姓，亦不許夫妻別姓，亦禁止稱夫妻之姓以外之姓。實際上近百分之九九均稱夫姓³。惟近十幾年來，夫妻稱姓問題成為議論焦點，各界熱烈討論，結果夫妻別姓論抬頭，一九九六年民法一部改正法律案要綱(平成八年二月二六日，法制審議會答申)規定：「第三 一 夫妻從結婚時所定，稱夫或妻姓，或稱各自之結婚前之姓。二 夫妻定稱各自之結婚前之姓者，夫妻應於結婚時定夫或妻之姓為子女所稱之姓。」即，夫妻依協議得選擇夫妻同姓或夫妻別姓。

韓國民法惟就夫妻之入籍及子女之稱姓設有規定，即「妻入籍夫家。但，妻為本生家之戶主或戶主承繼人者，夫得入籍妻家。前項但書之情形，夫妻間之子女繼母之姓與本，入籍母家。」(八二六條三、四項)；「子繼父之姓與本入籍父家。父不明之子女繼母之姓與本入籍母家。」(七八一條一、二項)，然就入籍妻家之夫之姓及入籍夫家之妻之姓，則無任何規定，理論上惟有依習慣法(民一條)，解為夫妻之姓不因結婚而改變⁴。論者認為此乃立法之不備，應以明文規定為宜⁵。

民國民法規定：「妻以其本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓。但當事人另有訂定者，不在此限。」(一〇〇〇條)，史尚寬氏稱之「實為最進步及合於國情之有彈性的立法」⁶。惟近十年來，夫妻別姓之主張高唱入雲，依一九九八年之修正，遂改以夫妻別姓(夫妻各保有其本姓)為原則。而以夫妻冠姓(夫妻得約定冠以配偶之姓)為例外，應屬合理、進步之立法。在夫妻同姓、別姓、冠姓諸態樣中，以夫妻別姓最合乎今日社會之實際需要，蓋可斷言。

二 夫妻之居所

夫妻互負同居之義務，同居須有處所，同居處所應如何決定，遂為婚姻法之一課題。

日本明治民法第七八九條規定：「妻負與夫同居之義務。夫須使妻同居。」依此規定，居所選定權在於夫，至為明瞭。然夫不得僅指定妻之住所，為妻指定之居所自己亦應受其拘束⁷。戰後昭和二二年（一九四七年）民法應急措施法第五條一項規定：「夫妻應於以其協議所定之場所同居。」新法第七五二條規定：「夫妻須同居、互相協力扶助。」從而，同居之處所應依夫妻之自由協議定之；協議不成時得請求家庭裁判所審判（家審九條一項乙類一款）。

韓國民法原規定：「夫妻之同居，於夫之住所或居所為之」（八二六條二項），將居所指定權歸屬於夫，其後依一九九〇年之修正，改為「夫妻同居之場所依夫妻之協議定之。協議不成時，因當事人之請求由家庭法院定之。」（新八二六條二項）。

民國民法關於夫妻住所之規定，歷經三階段，即由原規定之「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所」（一九三〇年）經「例外承認得約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所」（一九八五年）到「夫妻之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之」（一九九八年）之現在規定。

今日，關於夫妻居所之決定，三國已趨於一致，即夫妻同居之處所依夫妻之協議定之，協議不成時得聲請法院定之。雖增加法院之負擔，但為貫徹男女平等原則，不得不然。

三 結婚成年制

戰後日本民法仿倣瑞士民法第一四條二項，規定：「未成年人已結婚者，視為因此而以屆成年」（七五三條）。依此成年擬制，未成年人財產法上取得行為能力得單獨有效為法律行為，身分法上得對於子女行使親權，亦得為他人之監護人，婚姻生活之獨立性因而獲得保障。受成年擬制之未成年人未滿二十歲之間其婚姻關係解消時，通說解為不復歸未成年，成年擬制之效果不消滅。受本條成年擬制之適用者僅限於私法上，公法上則不適用，例如公職選舉法、未成年者喫煙禁止法、未成年者飲酒禁止法等均不適用。⁸

韓國民法於一九七七年修正時，仿照日本民法立法例，新設「未成年人結婚者，視為成年人」之規定（八二六條之二），其解釋適用一如日本法。

民國民法規定：「未成年人已結婚者，有行為能力」（一三條三項），依此規定，未成年人因結婚而取得行為能力，但並不因之而成年⁹，故如欲離婚，仍應得法定代理人之同意（民一〇四九條但書）；不得為監護人（民一〇九六條）；不得為遺囑執行人（民一二一〇條、二六年院字一六二八號解釋）。未成年人於其未成年前婚姻

關係解消者，其已取得之行為能力是否因之而喪失？通說認為其行為能力不喪失，司法院二〇年院字第四六八號解釋亦謂：「未成年之婦女已結婚者有行為能力，不因夫之死亡而隨同喪失。」不達法定結婚年齡而結婚者，在未依法撤銷以前，應認有行為能力（二四年院字一二八二號解釋），如其結婚經撤銷者，則應喪失其行為能力。

結婚成年制，較符合現代婚姻家族生活之需要，在立法論上以採結婚成年制為優。

四 日常家務代理權

關於日常家事代理權，日本明治民法於夫妻財產制法定財產制中，即第八〇四條規定：「關於日常家事，妻視為夫之代理人。夫得否認前項代理權之全部或一部。但不得以之對抗善意第三人。」妻因日常家事所為之行為視為代理行為使夫負責任。戰後新法則規定：「夫妻之一方關於日常家事，與第三人為法律行為者，他一方就因此所生債務，連帶負其責任。但對於第三人預告不負責任者，不在此限。」（七六一條），使夫妻就日常家事債務，負連帶責任。

民國民法於婚姻之普通效力，於第一〇〇三條規定：「①夫妻於日常家務，互為代理人。②夫妻之一方濫用前項代理權時，他方得限制之。但不得對抗善意第三人。」本條與日本明治民法不同，係基於夫妻平等原則而為規定。

韓國民法於婚姻之一般效力中規定：「夫妻關於日常家事互有代理權。對於前項代理權所加之限制，不得對抗善意第三人。」（八二七條）；又於婚姻之財產上效力中規定：「夫妻之一方關於日常家事，與第三人為法律行為者，他一方對該債務負連帶責任。但預先對第三人明示不負他一方之債務者，不在此限。」（八三二條），顯見前者係仿自民國民法第一〇〇三條之立法例；後者則係仿自日本民法第七六一條之立法例。

站在夫妻平等及保護交易安全的立場，使夫妻對日常家事所負債務負連帶責任，應為可採。

五 契約撤銷權

日本明治民法第七九二條規定：「於夫妻間為契約者，其契約於婚姻中，夫妻之任何一方得隨時撤銷之。但不得侵害第三人之權利。」本條規定為戰後新法所承繼（七五四條）。本條係仿自法國民法立法例，良以夫妻間之契約例如因一時使氣或被威壓，欠缺內心之效果意思不謬，為不讓法律介入夫妻間之爭執，爰賦與夫妻以撤銷權，用意甚佳。然實際上夫妻關係圓滿時不必此規定，婚姻發生破綻時有此規定反而有害。¹⁰因此，平成八年（一九九六年）民法一部改正法律案要綱規定：「第五第七五四條之規定刪除。」

韓國民法仿照日本民法第八二八條規定：「夫妻間之契約於婚姻中，夫妻之一方

得隨時撤銷之。但不得侵害第三人之權利。」

民國民法就此未設規定，徵諸日本經驗，應屬正確。

註：

1. 中川善之助著《新訂親族法》220頁（青林書院新社，1965年新版1刷）。
2. 穗積重遠著《親族法》一〇二頁（岩波書店，昭和八年）；中川善之助，前揭書220頁。
3. 參閱中川高男著《親族・相續法講義》124頁（ミネルヴァ書房，1989年初版1刷）等。
4. 金容漢著《韓國・親族相續法》128頁（日本加除出版株式會社，昭和63年初版）。
5. 權逸、權藤世寧著《改正韓國親族相續法》八七頁（弘文堂，平成2年改正1刷）；金容漢前揭書128頁。
6. 史尙寬著《親屬法論》二六一頁（自刊，民國六三年台三版）。
7. 中川善之助著《日本親族法》二二九頁（日本評論社，昭和一七年）。
8. 久貴忠彥著《親族法》（民法學全集9）78-79頁（日本評論社，1984年）；中川高男，前揭書125-126頁等。
9. 鄭玉波著《民法總則》八八頁（三民書局，民國五七年五版）同旨。
10. 中川高男，前揭書130頁；久貴忠彥，前揭書七九頁等。

第七章 關於夫妻財產制

壹 三國舊制

中國舊制，盛行封建的家父長的家族制度，家事統於一尊，家產由家長（尊長）管理，子婦卑幼不得享有私財。《禮記》〈典禮〉云：「父母存……不有私財。〔疏〕不有私財者，家事統於尊，財關尊者，故無私財。」《禮記》〈內則〉又云：「子婦無私貨，無私畜，無私器；不敢私假，不敢私與。〔注〕家事統於尊也。」《朱子家禮》謂：「凡爲子爲婦者，勿得蓄私產，俸祿田宅所入，悉歸舅姑，當用則請而用之。」唐明清律有「卑幼私擅用財」條，如《唐律疏議》云：「凡是同居之內，必有尊長。尊長既在，子孫無所自專。若卑幼不由尊長，私擅用當家財物者，處罰。」《明律集解》亦謂：「蓋同居則共財矣，財雖爲公共之物，但卑幼得用之，不得而自擅也。尊長得掌之，不得而自私也。」

此中國舊制亦被韓國、日本所繼受。故在中國、韓國、日本固有制度上並無現代法上所謂「夫妻財產制」之可言。換言之，所謂「夫妻財產制」，乃移植近代歐陸法之夫妻財產制（das Gueterecht der Ehegatte; eheliches Gueterrecht; régime matrimonial; matrimonial property）而來，純屬舶來品。

貳 日本

一 明治初期民法草案之夫妻財產制

日本就夫妻財產制之規定，最初於明治五年（一八七二年）司法省明法寮之皇國民法假規則見之。本規則就法定財產制，未採當時爲法國之法定財產制之動產所得共有制，而採所得共有制。明治六年左院民法草案就夫妻財產制未置明確規定。明治二一年草成之「民法草案人事編及財產獲得編第二部（身分法第一草案）」就夫妻財產制規定在第一八三七條以下。承認夫妻財產契約之自由（一八三七條），就法定財產制採用所得共有制（一八四二條）。在法定財產制下，「一 由正式結婚之時夫妻現所有或將來所有之動產及不動產於婚姻中所生之孳息及產物、二 因夫妻之協同或各自勞力於婚姻中取得之物、三 因本條第一及第二所揭之所得取得之物」（一八四六條）爲共有財產，妻有其一半之權利（一八四五條、一八九六條）。然人事編規定妻之限制的無能力（一〇四條至一一二條），從而將共有財產管理權（一八六二條）及妻特有財產管理權（一八六八條）賦予夫。

二 舊民法、明治民法之夫妻財產制

舊民法（財產取得編）改採別產夫管理制（管理共通制，即聯合財產制）爲法

定財產制，「第四二條 由妻或入夫於結婚儀式時現所有或將來所有之特有財產於婚姻中所生之孳息及因自己之勞力於婚姻中取得之所得為婚姻中之費用分擔視為供與配偶」、「第四二八條 夫管理妻之特有財產入夫管理為戶主之妻之財產」、「第四三五條 不能證明為妻或入夫之特有財產均視為屬於夫或為戶主之妻」。

舊民法承認妻之特有財產，惟其管理權完全委於夫（四二八條），甚至連身分法第一草案所承認之妻對於婚姻中之所得有一半之權利亦予以否定，婚姻中之所得全部作為婚姻費用由夫取得。

明治民法承繼舊民法夫妻財產制之原則，規定如次：

「第七九八條 ①夫負擔自婚姻所生之一切費用。但妻為戶主者，由妻負擔之。」

「第七九九條 ①夫或女戶主有依用法使用及收益其配偶財產之權利。」

「第八〇一條 ②夫管理妻之財產。」

「第八〇四條 ①關於日常家事，妻視為夫之代理人。」

「第八〇七條 ①妻或入夫於結婚前所有之財產，及婚姻中以自己之名義所取得之財產，為其特有財產。②屬於夫妻之何方不明之財產，推定為夫或女戶主之財產。」

明治民法採用別產夫管理制（管理共通制，即聯合財產制）為法定財產制，夫或女戶主對於妻或入夫之財產有使用收益權，此點與舊民法並無不同，然明確規定妻之特有財產範圍及婚姻費用由夫或女戶主負擔，此點則較舊民法完備。

明治民法維持別產夫管理制（即聯合財產制）之理由，梅謙次郎委員謂：「於我等所信，此最適於我國習慣。」「吾人認為，此制度不僅適於我邦之習慣，而且由夫妻之關係上觀之亦係頗為適當之制度。」¹

三 臨時法制審議會「民法改正要綱」之夫妻財產制

大正一四年（一九二五年）臨時法制審議會「民法親族編中改正要綱」廢止明治民法之管理共通制，採用完全別產制。

「第一四 妻之無能力及夫妻財產制 一 刪除關於妻無能力及夫妻財產制之規定，代之設相當規定於「婚姻之效力」之下。 二 妻之能力適當擴張之。 三 夫妻之一方結婚前所有之財產及婚姻中於自己之名義取得之財產以為其特有財產為原則，廢止夫或女戶主對其配偶之財產為使用及收益之權利及夫對妻之財產之管理權。」

上開提案多為戰後日本民法親族編所承繼。

四 戰後日本民法之夫妻財產制

戰後日本民法親族編基於「個人尊嚴」與「兩性之本質的平等」之原則，規定夫妻得以夫妻財產契約設定任意內容之財產關係（民七五五條至七五九條），與舊法（民舊七九三條至七九七條）並無不同，但採用完全別產制（分別財產制）為法定財產制，廢止夫對妻之財產之管理收益權；夫或女戶主之婚姻費用負擔改為由夫妻依其資產、收入及其他一切情事分擔之（民七六〇條）；妻之日常家事代理權改為日常家事債務由夫妻負連帶責任（民七六一條）；明定夫妻之一方於結婚前所有之財產及婚姻中以自己之名義所取得之財產為其特有財產，屬於夫妻之何方不明之財產推定為其共有財產（民七六二條）。

法定財產制由別產夫管理制（管理共通制，即聯合財產制）改為別產別管理制（即分別財產制），主要係為謀夫妻之平等，然在民法修正案審議過程中，女性委員認為，為謀夫妻之平等婚姻中因夫妻之協力所取得之財產應為共有財產，極力主張應採用所得共有制²。審議結果，基於①對於財產法的歸屬原理，就夫妻之財產帶入夫妻共有財產之新制度相伴之複雜性（共有財產之管理、債務之歸屬、與第三人之關係等）與②就婚姻中之協力，於婚姻解消時，以考慮財產分與制度及配偶繼承權為已足二大理由，否定共有制之主張，採用別產制。

註：

1. 法典調查會《民法議事速記錄》四八，一七六以下。
2. 我妻榮著《戰後における民法改正の經過》六二頁、二五五頁、二五九頁以下（日本評論社，昭和31年）。

* 主要參考文獻：

有地亨〈戰後に関する一考察〉法政研究三二卷二至六號五九〇頁以下（昭和四一年）

人見康子著《現代夫婦財產法の開展》一六八頁以下（鳳舍，昭和四五年）

犬伏由子〈夫婦財產制〉《民法講座7 親族・相續》97頁以下（有斐閣，昭和59年）

參 民國

一 大清民律草案

清末宣統三年（一九一一年）九月完成之大清民律草案（第一次民律草案）無關於「夫妻財產制」之規定，惟究其實質，「婚姻之效力」中，妻於尋常家事視為夫之代理人（一三五五條一項）；由婚姻而生一切之費用歸夫擔負，但夫無力擔負者，妻擔負之（一三五六條）；夫婦於成婚前關於財產有特別契約者，從其契約（一三五七條一項）；妻於成婚時所有之財產及成婚後所得之財產為其特有財產，但就其財產，夫有管理、使用及收益之權，夫管理妻之財產顯有足生損害之虞者，審判廳因妻之請求得命其自行管理（一三五條條），均屬夫妻財產關係之規定。

二 大理院判例

大理院判例參酌一般習慣，判示：「為人妻者，得有私產。」（二年上字三三號）；「嫁女妝奩，應歸女有。」（二年上字二〇八號）；「特有財產之制，本為法所不禁，凡家屬以自己名義所得之財產，即為特有財產。」

三 民國民律草案（第二次民律草案）

民國一四年（一九二五年）先後完成之民國民律草案（第二次民律草案）仿照日本明治民法，明定「夫妻財產制」，第一項總則、第二項法定財產制，除承認夫妻財產契約之自由（一一三〇條至一一三三條）外，就法定財產制，採用別產夫管理制（管理共通制，即聯合財產制），規定：由婚姻而生之一切費用，歸夫擔負，但夫無力擔負者，妻擔負之（一一三四條）；妻於成婚時所有之財產及成婚後所得之財產，為其特有財產，但就其財產，夫有使用、收益之權（一一三五條）；專供妻用之衣服、手飾及手用器具等物，推定為妻之特有財產，其他動產所屬不分明時，推定為夫之財產（一一三六條）；妻之特有財產，由夫管理，但前條第一項之財產，得由妻自行管理，夫不能管理時，妻得自行管理（一一三七條）；在夫管理期內，如有必要情形，妻得向夫請求提供相當之擔保（一一四三條）。

四 民國民法

民國民法親屬編制定時，親屬法先決各點審查意見書（中央政治會議第二三六次會議通過於一九二九年七月二三日送交立法院），以「各國民法關於夫妻財產制度，規定綦詳，標準殊不一致。我國舊律向無此種規定；配偶之間亦未有訂立財產契約者。近年以來，人民之法律思想逐漸發達；自當順應潮流，確定數種制度，許其約定擇用其一。其無約定者，則適用法定制度。」其第六點夫妻財產制，謂：「一 夫妻財產制，應定為法定制及約定制兩種。二 法定制定為聯合財產制。三 約定制除左列三種外，得規定他種制度：(甲)共同財產制；(乙)統一財產制；(丙)分別財產制。四 夫妻得以契約於約定制中選擇其一，為其夫妻財產制。五 夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，當然適用聯合財產制。六 適用約定制（除分別財產制外）或法定制，遇有特殊情形，當然或依法院之宣告，改用分別財產制。七 適用約定制

後，在婚姻存續期內，夫妻得以契約改用他種約定制；但須加適當之條件。」

以聯合財產制為法定財產制，蓋「瑞士之聯合財產制，既便於維持共同生活，復足以保護雙方利權，折衷得當；於我國情形，亦稱適合。故擬採之，定為通常法定制。遇有特定情形，例如一方破產時，當然改行分別財產制。（參看瑞士民法第一八二條）又夫妻中一人因債務被強制執行而不能清償時，法院因他一人之聲請，宣告改行分別財產制。（參看同法一八三條）故以分別財產制為非常法定制，亦採用瑞士等國之成規也。」

「約定制擬以左列三種為限：一 共同財產制；二 統一財產制；三 分別財產制。約定財產制所以限於法定種類者，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感困難，在社會上亦覺不便也。」

民國民法遂依上述審查意見，特從瑞士民法立法例，就夫妻財產制另設專節，而為詳密之規定（第一款通則一〇〇四條至一〇一五條、第二款法定財產制一〇一六條至一〇三〇條、第三款約定財產制第一目共同財產制一〇三一條至一〇四一條、第二目統一財產制一〇四二條至一〇四三條、第三目分別財產制一〇四四條至一〇四八條）。

肆 台灣

一 日治時代

台灣在清朝時代並無夫妻財產制，迨日治末期，始就夫妻之財產關係，以條理承認(1)夫妻財產契約、及(2)習慣法上之夫妻財產關係。¹

(一) 夫妻財產契約 夫妻得依契約自由之原則，訂定夫妻間之財產關係，但就訂定之時期應有條理上限制。於其成立不須申報之婚姻，夫妻應婚姻成立前訂定之，非依非訟事件手續法第二編第九章之規定登記之，不得對抗第三人。

(二) 習慣法上之夫妻財產關係 夫妻未於婚姻成立前依契約訂定夫妻財產關係者，按照習慣法上所定之財產關係。(1)夫妻於結婚當時所有之財產（參照日民舊八〇七條一項）。蓋婚姻或因撤銷或因離婚而解消，為避免將來紛爭，允宜承認夫妻各自之特有財產。(2)屬於夫妻之何方不明之財產，推定為夫或女戶主之財產（日民舊八〇七條二項）。(3)夫負擔自婚姻所生之一切費用，但妻為戶主者，由妻負擔之（日民舊七九八條）。(4)夫或女戶主有依用法使用及收益其配偶財產之權利（日民舊七九九條一項）。夫或女戶主行使此等權利，①有自其配偶財產之孳息中支配配偶所負債務利息之義務（日民舊七九九條二項）；②須負擔通常之必要費用（日民舊八〇〇條）。(5)夫管理妻之財產（日民舊八〇一條一項）。蓋財產之管理在男女性質上由夫為之較為適當。從而，縱妻為女戶主，其財產仍應由夫管理。當然，夫不能管理妻之財產者，應由妻自行管理之。上述夫之管理權僅止於財產之保存、利

用、改良等。故夫為妻借款、讓與妻之財產，將妻之財產供擔保或超過第六〇二條之期間為其出租者，須得妻之承諾（日民舊八〇二條）。如有違反者，雖非當然無效，但為無權代理人所為之行爲（民法第一一三條參照），故應依關於無權代理之規定處理之。

二 民國時代

一九四五年一月二五日起民國民法施行於台灣。關於夫妻之財產關係，依民國民法親屬編關於夫妻財產制之規定規範之。

民國民法於一九八五年修正時，為①貫徹男女平等原則及②修正夫妻財產制，使其更為合理，除就通則加以檢討修正，並廢除關於統一財產制之規定外，特以改善聯合財產制之結構為重點：(1)舊法獨將妻之特有財產排除於聯合財產之外，新法改為夫妻之特有財產均不包括在聯合財產之內（一〇一六條）；(2)舊法規定：「①聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權。②聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。③由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫。」新法修正為：「①聯合財產中，夫或妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中取得之財產，為夫或妻之原有財產，各保有其所有權。②聯合財產中，不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有之原有財產。」(3)舊法規定：「聯合財產，由夫管理。其管理費用由夫負擔。」新法修正為：「①聯合財產，由夫管理，但約定由妻管理時，從其約定。其管理費用由有管理權之一方負擔。②聯合財產由妻管理時，第一〇一九條至第一〇三〇條關於夫權利義務之規定，適用於妻，關於妻權利義務之規定，適用於夫。」（一〇一八條）；(4)舊法規定：「夫對於妻之原有財產，有使用、收益之權。」新法增設但書規定：「但收取之孳息，於支付家庭生活費用及聯合財產管理費用後，如有剩餘，其所有權仍歸屬於妻。」（一〇一九條）；(5)新法增設剩餘財產分配請求權之規定：「①聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產，不在此限。②依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得酌減其分配額。③第一項剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自聯合財產關係消滅時起，逾五年者亦同。」又，依一九九六年之修正，民法親屬編施行法增設第六條之一，規定一九八五年修正後聯合財產所有權歸屬適用情形，以實現夫妻平等原則。

註：

1. 參照姉齒松平著《本島人ノミニ関スル親族法並相統法ノ大要》一一七頁以下（昭和三年）；司法行政部《台灣民事調查報告》八九頁以下（民國五八年初版）。

伍 韓國

韓國向無夫妻財產制，迨日政時代，始依據日本明治民法，承認管理共通制（即聯合財產制）之夫妻財產關係¹。韓國民法仿照戰後日本民法親族編，承認夫妻財產契約之自由（八九二條），就法定財產制，採用夫妻別產制（即分別財產制），規定：夫妻之一方結婚前所有之固有財產及婚姻中以自己名義取得之財產，為其特有財產（八三〇條）；夫妻各自管理、使用、收益其特有財產（八三一條）；夫妻之一方關於日常家事，與第三人為法律行為者，他一方對該債務負連帶責任，但預先對第三人明示不負他一方之責任者，不在此限（八三二條）；夫妻共同生活之必要費用，當事人間無特別約定者，由夫負擔之（八三三條）。依一九七七年之修正，於第八三〇條增設第二項「屬於夫妻之何方不明之財產，推定為夫妻共有」之規定。依一九九〇年之修正，將第八三三條修正為「夫妻共同生活之必要費用，當事人間無特別約定者，由夫妻共同負擔。」

註：

1. 權逸、權藤世寧著《改正韓國親族相續法》九〇頁（弘文堂，平成 2 年改正 1 版 1 刷）。

陸 比較與檢討

近代法承認妻之獨立人格及財產所有能力，夫妻間一旦發生財產上之糾紛，殊非普通財產法上之規定，所能應付；且於資本社會，財產交易頻繁，夫妻之一方不免與第三人為財產上之行爲，則該夫妻與第三人之財產上關係，亦須另有夫妻財產法之規定，以資因應，而維護交易安全。¹為此，各國均設有夫妻財產制之規定，三國民法亦均然。三國民法均以約定財產制為原則，而以法定財產制為補充，惟實際上不論日本、韓國或我國，夫妻以契約訂立夫妻財產制均不多見，結果，絕大多數之夫妻均適用法定財產制，因此法定財產制在實際上顯得格外重要。

戰前，日本明治民法設夫妻財產制之規定，承認夫妻財產契約之自由，又未限定「定型」之約定財產制，就夫妻財產制，採用別產夫管理制（管理共通制，即聯合財產制）。韓國在日政時代大體適用明治民法關於夫妻財產制之規定。台灣在日治末期亦以明治民法之夫妻財產制規定作為習慣法而適用。

戰後，日本民法親族編仍承襲明治民法承認夫妻財產契約之自由，但就法定財產制，則改採完全別產制（分別財產制）。韓國民法模仿日本民法親族編夫妻財產制之規定。台灣戰後施行民國民法，以共同財產制、統一財產制、分別財產制為約定財產制，夫妻得以契約選擇其一為其夫妻財產制，就法定財產制，則採用聯合財產制（別產夫管理制、管理共通制），顯見民國民法與日、韓民法有莫大之差異。

聯合財產係仿自瑞士民法舊法之聯合財產制（*Gueterverbindung*）。聯合財產制原係封建社會之產物，富有家父長制的色彩，存在諸多夫妻不平等之規定。一九八五年修正時，雖極力改善聯合財產制之結構，使其更為合理，但仍未能貫徹男女平等原則及滿足今日社會之實際需要，因此依舊是立法論上之重要課題²，深信不久將來有富創意的、具突破性的夫妻財產制出現³。

註：

1. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著《民法親屬新論》一四四頁（郭振恭）（三民書局，民國七六年初版）。
2. 請參閱拙稿〈夫妻財產制修正評述〉《固有法制與當代民事法學·戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集》431頁以下（三民書局，民國八六年初版）。
3. 本研究執行期間為88年8月1日至89年7月31日，此後有關問題，容他日論述之。

第八章 關於離婚

壹 各國之離婚法小史

一 中國離婚法小史

中國舊制婚禮，原以合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世，爲其本來面目¹。故若有害及一家和平，沾辱門風者，則可令其離異，故禮有七出之條，法有義絕之律。又，中國固有思想，以父子爲天合者，以夫妻爲人合者，天合者無所逃於天地之間，人合者可制以去就之義²。唯此只夫有離妻之權；反之，妻則不得離夫³。舊制之離婚，有三種：一爲棄妻，即有七出而無三不去時，夫得棄妻；二爲義絕，即強制夫妻離婚；三爲和離或稱兩願離。

1.棄妻 中國固有禮法，只許夫棄妻（出妻、去妻、休妻），不許妻離夫。禮教爲抑制夫恣意棄妻，而有所謂七出三不去，自唐律以至清律，歷代法制因襲之。七出及其理由，據《大戴禮》〈本命篇〉云：「婦有七出：不順父母去，無子去，淫去，妒去，有惡疾去，多言去，盜竊去。不順父母，爲其逆德也。無子，爲其絕世也。淫，爲其亂族也。妒，爲其亂家也。有惡疾，爲其不可共粢盛也。多言，爲其離親也。盜竊，爲其反義也。」何休注《公羊》則以①無子、②淫佚、③不事舅姑、④口舌、⑤盜竊、⑥嫉妒、⑦惡疾爲名稱及次序，唐律亦然。關於三不去，《大戴禮》〈本命篇〉謂：「婦有三不去：有所取無所歸，不去。與更三年喪，不去。前貧後富貴，不去。」何休注《公羊》謂：「嘗更三年喪，不去，不忘恩也；賤取貴，不去，不背德也；有所受無所歸，不去，不窮窮也。」唐律則以①經持舅姑之喪、②娶時賤後貴、③有所受無所歸爲名稱及次序。有七出之事由時，夫始得棄妻，唯如有三不去之事由時，則仍不得棄妻。但依唐律令，縱有三不去之事由，但妻犯義絕、淫佚、惡疾者，仍得棄妻。依明令及清律例，犯姦者亦同。

棄妻之原因，不僅係單純婚姻生活之障礙，更以對於夫之父母之孝、夫之祖先之祭祀、夫之家族生活秩序之維持、醇化爲中心，至爲顯然。

2.義絕 義絕者，夫婦之情分乖離，其義已絕之意（清律、戶律、婚姻門、出妻條輯註）。義絕爲強制離婚，唐律、宋刑統（義絕離之條）規定：「諸犯義絕者，離之，違者徒一年。」義絕之事由，依唐律、宋刑統（妻無七出條疏議）爲：「①夫毆妻之祖父母、父母及殺妻之外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；夫與妻母姦。②妻毆、詈夫之祖父母、父母，殺、傷夫之外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；③妻與夫父之總麻以上親姦或夫與妻母姦；④妻欲害夫。⑤夫妻之祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相殺。」

明、清律（出妻之條）規定：「若犯義絕應離而不離者，亦杖八十。」然依清律

註，則謂：「義絕者，謂於夫婦之恩情禮義，乖離違礙，其義已絕也。律中未曾被詳其事，而散見於各條之中。」是採擴張之解釋。惟明清律（干名犯義條）又規定：「若女婿與妻父母，果有義絕之狀，許相告言，各依常人論。」其夾注謂：「義絕之狀，謂：(1)、①如身在遠方，妻父母將妻改嫁；②或趕逐出外，重別招婿；③及容止外人通姦。(2)、①又如女婿毆妻至折傷；②抑妻通姦；③有妻詐稱無妻，欺妄更娶妻；④以妻為妾；⑤受財將妻妾典雇，妄作姊妹嫁人之類。」關於(2)之②，「縱容妻妾犯姦條」亦規定為「離異歸宗」；(2)之⑤，「典雇妻女條」亦規定為「離異」。此外，「典雇妻女條」再規定：將妻妾受財賣休者，亦離異。「毆祖父母父母條」規定：非理毆子孫之婦，致令廢疾者，並令歸宗。

義絕之所以必離者，乃出於維護倫常、鞏固家庭制度之需要。唯其規定，嚴於妻而寬於夫，男女殊不平等。

3.和離、兩願離 中國舊律承認兩願離婚，例如唐律規定：「若夫婦不和諧而和離者，不坐。」（戶婚律、義絕之條），《疏議》云：「彼此情不相得，兩願離者，不坐。」明清律亦規定：「若夫婦不相安諧而兩願離者，不坐。」（戶律、婚姻門、出妻條）。唯在以往封建社會，妻之家庭地位、社會地位均相當低落，所謂兩願也者，實際上主要取決於夫或夫家。實情是，於妻無七出之事由，而夫往往假借兩願離婚，將妻革出；妻雖合於七出之條，但夫不願家醜外揚，亦常採用和離方式而休妻，故和離往往成為棄妻之別名。

第一次民律草案始採取大陸法系之離婚法思想，廢除舊律之七出、義絕，而留其兩願離婚，並認許夫妻互相訴請離婚。就兩願離婚，採呈報主義；就判決離婚原因，一則沿習舊慣，二則受日民法舊法之影響，並未超出列舉主義、有責主義，且採取家族主義的離婚原因，而關於通姦之離婚原因，則採夫妻差別主義。民國民法仍承認兩願離婚與判決離婚，但關於兩願離婚，則僅要求書面契約及二人以上證人之簽名；關於判決離婚原因，仍採取以有責主義為主之列舉的、限定的離婚原因。民國民法施行於台灣歷三十九年後依一九八五年之修正，始就兩願離婚，要求向戶政機關為離婚之登記；就判決離婚原因，兼採概括主義，規定一般的、抽象的離婚原因，但不許有責配偶為離婚之請求。

註：

1. 《禮記》〈昏義〉云：「昏禮者，將合二姓之好，上以事宗廟，而下繼後世也。故君子重之。」
2. 清、錢大昕《昏儀》謂：「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。」
3. 《白虎通》云：「夫有惡行，妻不得去者，地無去天之義也。」《清明集》〈戶婚門〉亦云：「夫有出妻之理，妻無棄夫之條。」

* 主要參考文獻：

陳顧遠著《中國婚姻法史》二四〇頁以下（台灣商務印書館，民國57年台二版）

趙鳳喈著《中國婦女在法律上之地位》五一頁以下（食貨出版社，民國六二年台灣出版）

戴炎輝著《中國法制史》二三七頁以下（三民書局，民國五五年初版）

林咏榮著《中國法制史》一二六頁以下（自刊，民國六九年增訂八版）

戴炎輝著《中國親屬法》一四六頁以下（自刊，民國六七年九版）

二 日本離婚法小史

日本明治以前之離婚法迄今尚未被解明之點不尠。繼受中國唐律令之大寶律令（七〇一年）、養老律令（七一八年）規定：(1)由夫之一方的離婚之「棄妻」；(2)因一定事實之存在（例如夫妻之一方殺傷他方之尊屬或近親）當然發生離婚效果之「義絕」；(3)相當於協議離婚之「和離」及因配偶去向不明等之「改嫁」（再婚）。棄妻之制度規定所謂「七出」之七個離婚原因與所謂「三不去」之三個離婚阻卻事由。申言之，有①無子（妻逾五十歲未生男子）、②淫佚、③不事舅姑、④口舌、⑤竊盜、⑥妒忌、⑦惡疾之一者，夫得一方離婚，然有①經持舅姑之喪、②娶時賤後貴、③有所受無所歸之一者則不得棄妻。

其後各時代之離婚方式，大體而言，在武家法，為江戶時代所確立的「雙方熟談」（依夫家與妻家協議後）為離婚之申報而離婚；在庶民法，為室町時代以降所見的依「離緣狀」由夫一方的離婚。離緣狀（一般為三行半，即休書）通常包含離婚文言與再婚許可文言（例如，「一 此事係我等任意而離緣，因此與何人婚嫁皆無所謂」）。相對於夫得一方離婚，妻得請求離婚則限於極為例外之若干場合。其中廣為周知的是跑進所謂緣切寺（江戶時代後期幕府法所公認的有鎌倉的東慶寺與上州的滿德寺），妻最長二十四個月在寺中能取得夫之離緣狀。

最初明確承認妻亦得提起離婚之訴，係明治六年太政官布告第一六二號「夫妻之間不得已之事故，雖其婦請離緣然夫不欲肯，為此經數年之久終失嫁期，妨害人民自由之權理不少，自今於有如右之事件，不妨由女方之父兄弟或親戚中陪同，逕赴法院訴訟」。在不許妻單獨行動，限定的准許請求離婚之點，當然並不充分，惟打破從來夫之離婚專權意義可謂重大。

明治民法承認協議離婚（民舊八〇九條以下）與裁判離婚（民舊八一三條）。協議離婚在當時女性社會經濟地位與男性相去甚遠之下，殊難期待妻與夫站在平等立場自由協議離婚，實際上多為依夫一方為「逐出離婚」。又，裁判離婚以有責主義為

基調，離婚原因係限制的、列舉的，妻之通姦恆為離婚原因，反之夫被處姦淫罪始為離婚原因，夫妻並不平等，又以與配偶之直系尊屬不和為離婚原因，不外是家制度之產物。

戰後民法親族編承繼舊法承認協議離婚（七六三條以下）與裁判離婚（七七〇條以下），但依據憲法，實現個人尊嚴與兩性本質的平等，尤其就裁判離婚改以破綻主義為基調，除個別的具體的離婚原因外，並規定包括的抽象的離婚原因。又，隨著家事審判法之施行，承認家庭裁判所之調停離婚與審判離婚。

* 主要參考文獻：

久貴忠彥著《親族法》（民法學全集 9）99 頁以下（日本評論社，1984 年 1 版 1 刷）

穗積重遠著《親族法》三六五頁以下（岩波書局，昭和八年初版一刷）

中川善之助著《新訂親族法》254 頁以下（青林書院新社，1965 年新訂 1 刷）

青山道夫著《改訂親族法論 I》119 頁以下（法律文化社，1980 年初版 7 刷）

中川高男著《親族・相續法講義》142 頁以下（ミネルヴァ書房，1989 年初版一刷）

三 韓國離婚法小史

韓國離婚法，在歷史上，長久存續以家父長的家族制度之思想為基礎的男子專權離婚。李朝社會，亦承認所謂七出三不去之棄妻制，此與前社會之觀念並無根本的不同。當時道德上絕對服從夫係婦女之美德，由妻請求離婚自不能想像。李朝時代七出三不去相當於一種法定離婚原因。此制度源於中國古來之儒教思想，所謂七出為於妻有不事舅姑、無子、淫佚、妬、惡疾、多言、竊盜之情形等，必須棄妻。所謂三不去為妻有與共更三年喪、先貧賤後富貴、有所娶無所歸之情形等則禁止離婚。惟到後代七出刪除無子與妬而成為五出，又三不去加添有子成四不去。此五出四不去於一九〇八年刑法大全改正時被廢止。

最初承認妻之離婚請求權乃日政以後之事，此至少在形式上從女性地位向上之觀點可謂一大革新。然法規之內容依然不脫舊殼，社會實態照舊以女必從夫為標準。尤其，當時裁判離婚原因本身固守法制上之男女不平等，其結果僅規定妻之通姦（民舊八一三條二款），在夫之情形，祇要不因姦淫罪被處刑即不為離婚原因（民舊八一三條三款）。此外，實際上就離婚原因之規定為解釋適用時，亦呈現極不平等之態度（一九二八、一〇、二六朝高判、一九四三、一〇、二六朝高判等）。

現行民法制定時，除去夫妻間貞操上之不平等，並順應近代潮流，揚棄絕對的離婚原因主義採用相對的離婚原因主義（民八六〇條六款），以謀離婚法之近代化。然而，猶未完全捨棄家族制度的離婚原因（例如民八四〇條三款、四款），尤其離婚時之財產分與制遲至一九九〇年修正時才予以承認，則不免有近代化緩慢之譏。

* 主要參考文獻：

金容漢著《韓國·親族相續法》139頁以下（日本加除出版株式會社，昭和63年初版）

四 台灣離婚法小史

（一）清治時代

台灣在清治時期，離婚大致沿習中國固有律令習慣，但實際上與律例違背之習慣不尠，七出三不去之規定多未被遵守，一般僅於妻有重大過錯時，夫始給與休書，使其離去。依習慣，協議離婚最爲普遍。離婚時如父母尚在，必須徵求父母之同意。協議離婚多起於妻之犯姦、不孝等行爲，或因夫家貧窮不能維持生計所致，故形式上縱係以協議方式，但其實以夫強制其妻離去者爲多。妻不得以任何理由對夫請求離婚，如有冤抑，祇能訴諸官署請求解決。夫縱有犯罪或罹惡疾，仍無請求離去之權。

（二）日治時代

日治時期，仍依習慣，承認協議離婚，未滿二十五歲之人爲協議離婚者，應得其在家父母之同意。日治時期，承認裁判離婚，至日治末期，離婚原因大致與明治民法相同，即重婚、妻通姦、夫因姦淫罪被處刑、配偶因偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺、侵占、贓物之罪或日本刑法第二六〇條第一八六條所揭之罪，被處刑，或因其他之罪被處三年以上之徒刑、受配偶不堪同居之虐待或重大之侮辱、被配偶以惡意遺棄、受配偶之直系尊屬虐待或重大之侮辱、配偶對自己之直系尊屬爲虐待或加以重大之侮辱、配偶生死三年以上不明、養子與家女結婚等。妾爲合法配偶（準配偶），納妾不得謂對其妻有重大侮辱，自不構成離婚原因。離婚訴訟之程序適用日本人事訴訟手續法。協議離婚時，通常對子女之監護必有所協議，如未爲協議，其監護屬於父，若父因離婚而去妻家者，則子女之監護屬於母，蓋子女之監護使在家之父或母爲之較爲妥當也。裁判離婚時，依前揭原則，但法院爲子女之利益，得命與前揭原則不同之處分。

* 主要參考文獻：

司法行政部《台灣民事習慣調查報告》九三頁以下（司法通訊雜誌社，民國六八年再版）

姉齒松平著《本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要》一二〇頁以下（台法月報發行所，昭和一三年）

貳 協議離婚

一 各國民法之規定

（一）日本民法

日本明治民法承認協議離婚，明定：「夫妻得以其協議為離婚。」（八〇八條）；未滿二十五歲之人為協議離婚者，應得其在家父母之同意，父母之一方不明時、死亡時、去家時或不能表示其意思時，僅以另一方之同意為已足，父母皆不明、死亡時、去家時或不能表示其意思時，未成年人應得其監護人及親族會之同意；繼父母或嫡母不同意子女之離婚者，子女得經親族會之同意而離婚（八〇九條）；禁治產人離婚，無須得其監護人之同意（八一〇條準用七七四條）；離婚，因向戶籍吏申報而生其效力，前項之申報，應由雙方當事人及成年二人以上之證人，以口頭或署名之書面為之（八一〇條準用七七五條）；戶籍吏非認定離婚不違反第七七五條第二項及第八〇九條規定及其他法令不得受理其申報，戶籍吏縱違反前項之規定受理申報，離婚亦不因之而妨礙其效力（八一一條）。戰後日本民法親族編刪除具有親權色彩的第八〇九條之規定外，其餘均承襲舊法之規定（七六三條至七六五條）。

（二）韓國民法

韓國民法亦承認協議離婚，明定：「夫妻得依其協議而離婚。」（八三四條）；「① 未成年人得經父母或監護人之同意而離婚。② 父母中，一方不能行使同意權者，得經他一方之同意而離婚。禁治產人得經監護人之同意而離婚。③ 於前二項情形，無父母或監護人者，或不能為同意者，得經親族會之同意而離婚。」（八三五條）；「① 協議上之離婚，以依戶籍法之所定為申報，生其效力。② 前項之申告，由當事人雙方及成年證人二人連署之書面為之。」（八三六條）。其後，依一九七七年之修正，於第八三六條增訂「協議上之離婚，應得家庭法院之確認」（新八三六條）；又依一九九〇年之修正，刪除未成年人離婚應得父母同意之規定，僅保留「禁治產人得經父母或監護人之同意而離婚，無父母或監護人者或不能為同意者，得經親族會之同意而離婚」之規定（八三五條）。

（三）民國民法

民國民法亦承認協議離婚，稱為「兩願離婚」，明定：「夫妻兩願離婚者，得自

行離婚。但未成年人，應得法定代理人之同意。」(一〇四九條)；「兩願離婚，應以書面為之，並應有二人以上證人之簽名。」(一〇五〇條)。其後，依一九八五年之修正，就兩願離婚之方式，於第一〇五〇條增訂「並應向戶政機關為離婚之登記」(新一〇五〇條)。

二 比較與檢討

(一) 協議離婚之沿革

兩願離婚或協議離婚，在東方儒家文化圈國家，源遠流長，中國自古即已有之，周禮地官媒氏云：「娶判妻……皆書之。」鄭鍔注云：「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。」又，如漢書朱買臣傳，「買臣聽其妻之自去」，即其著例。唐律規定「若夫婦不和諧而和離者，不坐」，明清律因之，稱：「若夫婦不相安諧而兩願離者，不坐」，民國民法承繼之，明定：「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。」唐明清律傳入韓國，「和離」、「兩願離」之制亦為韓國歷代王朝所採用，例如李朝時代，「若夫婦不相安諧而兩願離者，不坐。」日政當局起初認為韓國無協議離婚之習慣，但一九一五年改變其見解，認有協議離婚之習慣¹，一九二三年七月一日起承認協議離婚，去事實主義而採申告主義，此協議離婚制度為韓國民法所承繼。日本繼受唐律之大寶令、養老令，亦承認「若夫婦不和諧而和離」，迨江戶時代，武家法承認得依夫家與娘家雙方熟談後，向幕府或藩廳為離婚之申報而離婚(當時稱為離緣)，明治民法承襲之。承認「兩願離婚」、「協議離婚」，係東方儒家文化圈國家獨具之特色，而為西方基督教文化國家所不知。兩願離婚，出於夫妻之合意，法律上不問其原因。夫妻破鏡不重照時，由當事人自行離婚，可避防家醜外揚，保持雙方名譽，否則對簿公堂，互相攻訐，不僅徒增雙方之對立，而且費時破費，得不償失，更何況婚姻破裂已深，如不許兩願離婚，亦難免夫妻假裝離婚原因，串通起訴，以遂其離婚之目的。是故，若能確保當事人離婚之真意，並充分考慮離婚後弱勢配偶之生活及未成年子女之監護養育，兩願離婚不失為最理想的離婚方式。²

(二) 協議離婚之方式

關於協議離婚之方式，日本明治民法及戰後日本民法親族編均採用申報主義，即協議離婚，「因向戶籍吏申報而生其效力」(舊法八一〇條準用七七五條)、「以依戶籍法之所定申報之，而生其效力」(新法七六四條準用七三九條)，民法謂「生效力」，但通說解為「成立」，即通說認為申報為離婚之成立要件。韓國民法亦採申報主義，使用「申告」用語，即協議離婚，「以依戶籍法所定為申告，生其效力」，通說亦解為申告為離婚之成立要件。大清民律草案及民國民律草案均採呈報主義，前者規定：「兩願離婚，須呈報於戶籍吏而生效力」(一三六一條一項準用一三三九條)；後者規定：「兩願離婚，須呈報於戶籍吏登記後，發生效力」(一一四九條)，但民國民法則捨呈報主義，規定：「兩願離婚，應以書面為之，並應有二人以上之證人之簽名。」(一〇五〇條)，國家機關毫不干與，離婚登記亦僅為證明方法之一種，

並非兩願離婚之要件。爲此，筆者曾抨擊：「在如此自由放任之下，不無助長狡黠強橫之一方藉兩願離婚之名而遂其逐出離婚、棄妻之實，而且僅以一張離婚書即朝爲夫妻，夕爲路人，簡直太不顧及婚姻之神聖性與安定性，輕率、恣意之離婚自然隨之而生矣！」並主張：應採取伴實質的審查主義之兩願離婚申報制。一九八五年修正時，以「舊法兩願離婚規定過於簡單，極易發生弊端，特增設『應向戶籍機關爲離婚之登記』規定，使第三人對其身分關係更易於查考，符合社會公益。」（一〇五〇條修正理由）。一九八五年修正法採取登記主義，則是否應解爲於離婚登記完竣時發生離婚之效力，抑或於戶政機關受理時，溯及於申報時發生離婚之效力，不無疑義，依其文義解釋，應以前者爲是。惟在立法政策上，明定「申報」或「申請」、「受理」較爲允洽。

（三）離婚意思確認問題

協議離婚或兩願離婚之制度，最受批評者，厥爲在婦女之社會上經濟上地位不如男子之社會，惟恐夫假借協議或兩願之名而行「逐妻」或「棄妻」之實，因此如何確保離婚妻之意思自由，以防止夫一方的逐出離婚遂成爲重要課題。

爲阻止「逐出離婚」，保障當事人尤其妻之離婚真意，是否應採行「離婚意思確認」制度，日本自舊法起草以來，一直爭論不休³。舊法起草時曾規定：「戶籍吏非認協議爲真實……後不得受理離婚之申報」（草案八二一條），嗣有委員反對而被刪除。舊法施行後，例如，穗積重遠教授曾建議：「協議離婚，當事人雙方應親身到（未必偕同）如家事審判所之調停機關表示其意思」⁴。新法起草時，昭和二一年（一九四六年）民法改正要綱案・起草委員第一次案規定：「爲依協議之離婚，不須得父母等之同意，但應先受裁判所之承認」，但同年起草委員第二次案僅採用第一次案前半而將裁判所之承認刪除，代之以「設關於因詐欺或脅迫之協議離婚之撤銷之規定」。其不採用之理由，我妻榮教授謂：「第一，協議離婚之數太多，期待裁判所之有實效的確認手續殊有困難，第二，倘採此制度，則有依真實合意而成立之離婚亦被怠於申報，事實上之離婚增多，紊亂法律關係之虞。」其後，田中耕太郎議員於參議院提出第七六四條附加一項規定「協議上之離婚於其申報前應經家事審判所之確認」之修正案，經參議院可決，但眾議院則予以否決，結果未至成立。新法施行後，「協議上之離婚，於其申報前應受家庭裁判所之確認」、「有未成年子女之夫妻離婚，須家庭裁判所之確認」之意見相繼被提出。然昭和三四年（一九五九年）法制審議會民法部會身分法小委員會向該部會第三屆會議提出之假決定認爲「第七六三條應如現行法」，其理由如次：「雖有在爲協議離婚申報之前，應於家庭裁判所就離婚係真正出於兩當事人之意思爲確認之意見，然就年間達七萬件之偌多協議離婚須經家庭裁判所之確認手續者，有增加比現在更多之事實上離婚之虞，又就意思之確認手續如何爲之亦有問題，故在現狀上以如現行爲適當。」在立法政策上，協議離婚不須家庭裁判所之確認，至此已告底定。

反觀韓國，於一九六三年戶籍法第二次修正時，新設第七九條之二，採用協議

離婚意思確認制度，就健全協議離婚制度跨出一大步。惟應屬民法內容之實體關係規定在戶籍法，立法技術上顯有未妥，又僅賦與戶籍吏以實質的審查權仍不足以去除現行法上協議離婚之缺點，其後依一九七七年之修正，遂於民法第八三六條第一項增列「應經家庭法院之確認」之規定，以確實防止夫惡用協議離婚，並保護離婚妻及夫妻間所生子女。

然則，我國是否宜採用離婚意思確認制度？筆者曾認為：採用離婚意思確認制度，固可防止輕率離婚並保護弱勢配偶及夫妻間所生子女，但在我國兩願離婚數占所有離婚數中之絕大多數，倘須一一由法院確認，必然使法院不勝負荷，隨而亦難於期待其實效性，而且由法院確認，勢必加重當事人心理上、金錢上之負擔，結果有滋生事實上離婚之虞，亦非所宜。因此主張：採用兩願離婚申報制可矣，惟此際並應賦與戶籍人員以實質的審查權，令戶籍人員審查離婚是否出於真意……。此為一九八〇年所發表之見解⁵，於今思之，仍覺尚無不妥。尤其，在婦女社會上經濟上地位日益提升、權利意識日益高漲、男女平權法制殆已整備之今日，從保護女性觀點，探討兩願離婚是否應經法院確認，已無多大意義。

(四) 離婚同意

日本舊法上，未滿二五歲之人為協議離婚者，應得其在家父母之同意（八〇九條），新法將此要件刪除。又，不論舊法或新法，禁治產人離婚，均無須得其監護人之同意（舊八一〇條準用七七四條、新七六四條準用七三八條）。韓國民法原規定未成年人得經父母或監護人之同意而離婚（八三五條），惟一九七七年新設「未成年人結婚者，視為成年人」之規定後，解釋上，未成年人離婚無須得父母或監護人之同意，尤其監護人已不存在，故第八三五條第一項及第三項之「父母」已成具文。其後依一九九〇年之修正將此等規定刪除（新八三五條）。又，韓國民法原規定「禁治產人得經其監護人之同意而離婚」（八三五條二項），其後依一九九〇年之修正，禁治產人得經其父母或監護人之同意而離婚，無父母或監護人者或不能為同意者，得經親族會之同意而離婚（八三五條準用八〇八條二項三項）。民國民法規定：未成年人兩願離婚，「應得法定代理人之同意」（一〇四九條但書），茲所謂法定代理人，專指未成年人之父母而言，若父母均已死亡，依民法第一〇九一條但書之規定，無庸置監護人，而不能另有法定代理人，從而民法第一〇四九條但書亦無適用之餘地（前司法行政部四二年台四一公參字五六一〇號函）。至禁治產人兩願離婚，是否須得監護人之同意，民國民法未設明文，通說解為禁治產人回复意思能力時，自得為之，無須得監護人之同意。管見以為，民國民法雖未採取結婚成年制，但未成年人結婚者，既有行為能力，而現代法又以個人之尊嚴為本旨，故不妨將第一〇四九條但書刪除。

(五) 因詐欺、脅迫之離婚撤銷

戰後日本民法修正時，為保障妻之離婚意思自由，防止夫一方之逐出離婚，起草委員第一次案中規定「為依協議上之離婚，應先受裁判所之承認」，但起草委員第

二次案將之刪除，代之以「設關於因詐欺或脅迫之協議離婚之撤銷之規定」，結果修正法規定：第七四七條（因詐欺或脅迫之結婚之撤銷）之規定，於協議上之離婚準用之（七六四條）。亦即，因詐欺或脅迫而離婚者，得向法院請求其離婚之撤銷，此項撤銷權，自當事人發見詐欺，或脅迫終止後，經過三個月，或已為追認時，消滅。此規定對於確保離婚真意，防止逐出離婚，意義重大。韓國民法仿倣日本民法，規定：「因詐欺或脅迫而為離婚之意思表示者，得向法院（一九九〇年修正為家庭法院）請求其撤銷。」（八三八條）；因詐欺或脅迫之離婚，自知悉詐欺之日或脅迫終止之日起經過三個月者，不得請求其撤銷（八三九條準用八二三條）。民國民法就此並無規定，通說解為應準用第九九七條之規定，筆者認為應類推適用第九九七條之規定，主張：「兩願離婚應本於當事人之自由意思，然我國法並無確認離婚意思之制度，許予當事人撤銷被詐欺或被脅迫之離婚，正可保障當事人之自由意思，以防止狡黠強橫之一方（通常為夫）之逐出離婚，從而民法雖無規定，亦應類推適用第九九七條之規定而承認之。」⁶亦即，因被詐欺或被脅迫而離婚者，得於發見詐欺或脅迫終止後，六個月內向法院請求撤銷之。在立法政策上，似以仿照日、韓民法以明文規定為適當。

註：

1. 見金容漢著《韓國·親族相續法》。
2. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭《民法親屬新論》一九四頁（黃宗樂）（三民書局，民國七六年初版）。
3. 島津一郎編集《注釋民法（21）親族（2）》七七頁以下、一〇三頁以下（利谷信義執筆）（有斐閣，昭和52年初版9刷）。
4. 穗積重遠著《親族法》三八〇頁（岩波書局，昭和八年）。
5. 拙稿〈協議離婚制度之比較研究〉台大法學論叢一〇卷一期二〇九頁以下（民國六九年）。
6. 陳等著前揭註2書二〇五頁（黃宗樂）。

參 裁判離婚

一 各國民法之規定

（一）日本民法

日本明治民法規定（第八一三條）：「夫妻之一方，限於左列情形，得提起離婚

之訴。一 配偶為重婚者。二 妻為通姦者。三 夫因姦淫罪被處刑者。四 配偶因關於偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺取財、受寄物消費、贓物之罪或刑法第一七五條第二六〇款所揭之罪，被處輕罪以上之刑，或因其他之罪被處重禁錮三年以上之刑者。五 受配偶不堪同居之虐待或重大之侮辱者。六 被配偶以惡意遺棄者。七 受配偶之直系尊屬虐待或重大之侮辱者。八 配偶對自己之直系尊屬為虐待或加以重大之侮辱者。九 配偶生死三年以上不明者。十 於婿養子收養之情形終止收養關係者，或養子與家女結婚之情形終止收養關係或撤銷收養者。」亦即，舊法，以有責主義為基調，具體的且限定的列舉十個離婚原因，其中有採夫妻貞操義務差別主義者（舊八一三條二、三款），亦有採家族制度的離婚原因者（舊八一三條七、八款）。戰後日本民法親族編基於日本國憲法第二四條「個人之尊嚴與兩性之本質的平等」之原則，改以破綻主義（目的主義）為基調，除個別的具體的離婚原因，就中同以他方與人通姦為離婚原因，排除家族制度的離婚原因外，並承認包括的、抽象的離婚原因，其規定如次（第七七〇條）：「①夫妻之一方，限於左列情形，得提起離婚之訴。一 配偶有不貞之行爲者。二 被配偶以惡意遺棄者。三 配偶生死三年以上不明者。四 配偶患強度精神病，無回復之希望者。五 有其他難以維持婚姻之重大事由者。②雖有前項第一款至第四款之事由，裁判所得斟酌一切情事，認為維持婚姻為適當者，亦得駁回離婚之請求。」又，明治民法規定，(1)在配偶重婚、妻之通姦、夫之姦淫罪、配偶之破廉恥罪或重罪，離婚請求權因同意或有怨而消滅（舊八一四條），離婚之訴須自知悉其事實起一年內、自事實發生之日起十年內提起之（舊八一六條）；在配偶之虐待、侮辱、惡意遺棄、受直系姻親之虐待，離婚請求權因有怨而消滅（舊八一四條二項），離婚之訴須自知悉其事實起一年內、自其事實發生之日起十年內提起之（舊八一六條）；在對自己之直系尊屬之虐待，離婚之訴須自知悉其事實起一年內、自其事實發生之日起十年內提起之（舊八一六條）；在三年以上生死不明，離婚之訴於生死已明後不得提起之（舊八一七條）；在婿養子婚姻之終止收養或養子與家女結婚時之終止收養或撤銷收養，離婚之訴，自知悉事實時起逾三個月或拋棄其權利者，不得提起之（舊八一八條二項）。此等規定於新法已不復見之。

（二）韓國民法

韓國在日政時代，自一九二三年七月一日起依用日本明治民法裁判上離婚（民舊八一三條至八一九條）之規定，但婿養子（民舊八一三條一〇款、八一八條）之規定除外。戰後韓國民法仿倣日本民法第七七〇條規定，依據目的主義，採用例示的概括主義，並就離婚原因採夫妻平等原則，惟仍保留家族制度的離婚原因，其規定如次（第八四〇條）：「夫妻之一方於有下列各款之事由者，得向法院（一九九〇年修正為家庭法院）請求離婚。一 配偶有不貞之行爲者。二 配偶以惡意遺棄他方者。三 受配偶或其直系尊屬顯著不當之待遇者。四 自己之直系尊屬受配偶顯著不當之待遇者。五 配偶之生死已三年以上不明者。六 有其他難以繼續婚姻之重大事由者。」韓國民法又規定，在配偶之不貞行爲，離婚請求權因事前同意或事

後有怨，或自知知悉其事實之日起已逾六個月、自有其事由之日起已逾二年而消滅（八一四條）；在難以繼續婚姻之重大事由，離婚請求權因自知悉其事實之日起已逾六個月、自知其事由之日起逾二年而消滅（八四二條）。

（三） 民國民法

民國民法受日本明治民法之影響，以有責主義為主，具體的限定的列舉十個離婚原因，其規定如次（第一〇五二條）：「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。一 重婚者。二 與人通姦者。三 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者。四 妻對夫之直系尊屬為虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪為共同生活者。五 夫妻之一方，以惡意遺棄他方在繼續狀態中者。六 夫妻之一方，意圖殺害他方者。七 有不治之惡疾者。八 有重大不治之精神病者。九 生死不明已逾三年者。十 被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者。」一九八五年修正時，除基於男女平等原則，將第四款修正為「夫妻之一方對於他方之直系尊親屬為虐待，或受他方之直系尊親屬之虐待，致不堪為共同生活者」外，增列第二項，兼採概括主義，規定包括的、抽象的離婚原因，但不許有責配偶請求離婚，其規定如次：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」又既已增訂第二項，則不僅以第一項之十款事由為限始得請求，爰將第一項前文修正為「夫妻之一方，有左列情形之一者，他方得向法院請求離婚。」而使民國離婚原因法邁向新的里程碑。又，民國民法規定，(1)在重婚、通姦，離婚請求權因事前同意或事後有怨或知悉後已逾六個月，或自其情事發生後已逾二年而消滅（一〇五三條）；(2)在意圖殺害他方、被處徒刑，離婚請求權自知悉後已逾一年，或自其情事發生後已逾五年而消滅（一〇五四條）。

二 比較與檢討

（一） 離婚原因相互關係

日本民法第七七〇條第一項第一款至第四款規定不貞行為、惡意遺棄、三年以上生死不明、無回復希望之強度精神病四個具體的離婚原因，同項第五款規定「有其他難以繼續婚姻之重大事由」一個包括的、抽象的離婚原因，顯係將例示主義與概括主義抽象主義破綻主義相結合，韓國民法第八四〇條亦同。惟有問題者，日本民法第七七〇條第一項在構造上，是否第一款至第四款每款各為一個離婚原因，第五款又為另一個獨立的離婚原因？抑或第一款至第四款為第五款之例示規定，從而其離婚原因祇第五款抽象的離婚原因一個？此有關離婚訴訟上訴訟標的之問題。日本判例依傳統的訴訟標的理論，解為第七七〇條第一項所定之離婚原因各別發生離婚請求權，一一為訴訟標的。最高裁判所就精神病離婚之事件，判示：「稱因民法第七七〇條第一項第四款所定之離婚原因為難以繼續婚姻之重大事由之一，主張右離婚原因提起離婚之訴之X，如無反對情事，不許解為亦主張有同條第一項第五款所

定之離婚原因。」學說亦有贊成者。但另有認為，第七七〇條第一項第一款至第四款所定之具體的離婚原因係第五款之例示，且此等具體的離婚原因依第二項「裁判所得斟酌一切情事，認為維持婚姻為適當者，亦得駁回離婚之請求」之規定而被相對化，因此現行法上離婚原因只第五款「難以繼續婚姻之重大事由」抽象的離婚原因一個，後說為通說。¹在民國民法，從第一〇五二條之規定體系及同條第二項之增訂理由，乃於第一項採列舉主義外，於第二項兼採概括主義，故應解為第一項各款各為一個離婚原因，第二項又為另一個獨立離婚原因，各個離婚原因各有一個離婚請求權，從而本於各個離婚原因之各個離婚請求權均為各別的訴訟標的。²

(二) 離婚原因法之發展

從日本、韓國、民國離婚原因法之發展，印證了各國離婚原因法通常均歷經由有責主義進於破綻主義，由限定的破綻主義進於一般的破綻主義，由消極的破綻主義進於積極的破綻主義之發展過程。戰後一九四八年一月一日施行之日本民法親族編第七七〇條一項五款以「有其他難以繼續婚姻之重大事由者」；一九六〇年一月一日施行之韓國民法第八四〇條六款以「有其他難以繼續婚姻之重大事由者」；一九八五年六月三日修正公布施行之民國民法第一〇五二條二項以「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅以他方得請求離婚」為離婚原因，均採一般的破綻主義。日、韓民法未明文否定有責配偶之離婚請求，但學者通說及判例一向均基於消極的破綻主義之立場，否定有責配偶之離婚請求³，惟日本最高裁判所於一九八七年採取積極的破綻主義之立場，判示：縱係有責配偶為離婚請求，然夫妻間之別居與當事人之年齡及同居期間對比及於相當長期間，其間又無未成熟子女者，祇要無如對方配偶因離婚精神上、社會上、經濟上置於極其苛酷之狀態，認容離婚請求可謂顯然違反社會正義之特別情事，不得解為以有責配偶之請求一事而不許離婚（最判昭和六二年九月二日民集四一卷六號一四二三頁）。受此判例之影響，日本學說逐漸傾向支持積極的破綻主義之立場⁴，韓國學說亦有轉向之跡象⁵。民國民法明定有責配偶不得請求離婚，在解釋論上充其量祇能解釋：夫妻雙方均有責時，應比較衡量雙方之有責程度，而許責任較輕之一方向責任較重之他方請求離婚；如雙方之有責程度相同者，則應許雙方均得請求離婚。筆者曾指出：隨著社會情況的變動，價值構造的變化，我國離婚原因法必然也會朝向積極的破綻主義邁進，蓋可斷言。⁶將來修法，改採積極的破綻主義，堪可逆料。⁷

(一) 立法論上之我見

在立法技術上，日本民法規定一項五款，韓國民法規定一條六款，民國民法規定一條一項一〇款及一項，三國中，民國民法第一〇五二條之規定最為龐雜，實有簡化之必要。筆者曾站在積極的破綻主義之立場，試擬若干草案，茲舉一案如次：第一〇五二條：「①夫妻之一方有左列情形之一者，他方得向法院請求離婚。一 有不貞之行爲者。二 以惡意遺棄他方在繼續狀態中者。三 有重大難治之精神病者。

四 生死不明已逾三年者。五 夫妻廢止共同生活，不同居已繼續達五年以上者。六 有其他難以維持婚姻之重大事由者。②雖有前項第五款情事，但依其情形，足認離婚有致他方配偶或未成年子女陷於生活極端困難或精神非常痛苦之虞者，法院得駁回離婚之請求。」⁸

註：

1. 有關學說判例，詳見島津一郎編集《注釋民法（21）親族（2）》247頁以下（島津一郎執筆）（有斐閣，昭和52年初版9刷）；中川善之助著《新訂親族法》三一九頁以下（青林書院新社，1965年）；我妻榮著《親族法》（法律學全集23）一七〇頁以下（有斐閣，昭和43年初版15刷）；久貴忠彥著《親族法》（民法學全集9）110頁以下（日本評論社，1984年1版）；仁平先磨著《親族法三訂版》一七二頁以下（泉文堂，昭和五九年）；中川高男著《親族・相續法講義》152頁（ミネルヴァ書局，1989年初版1刷）；中川淳《現代家族の法學》86頁以下（日本加除出版株式會社，平成12年初版）等。
2. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著《民法親屬新論》二〇七頁（黃宗樂）（三民書局，民國七六年初版）。
3. 詳見島津一郎編集《注釋民法（21）親族（2）》264頁以下（泉久雄執筆）、294頁以下（阿部徹執筆）（有斐閣52年初版9刷）；久貴忠彥著《親族法》（民法學全集9）120頁以下（日本評論社，1984年1版）；仁平先磨著《親族法三訂版》一六五頁以下（泉文堂，昭和五九年）。判例，例如最判昭和二七年二月一偶日民集六卷二號一一〇頁、最判昭和三八年六月七日家裁月報一五卷八號五五頁等。
4. 詳見中川高男著《親族・相續法講義》155頁（ミネルヴァ書局，1989年初版1刷）；中川淳《家族法の現代的課題》一八五頁以下、一九八頁以下（世界思想社，1992年初版）；中川淳著《家族法の立法と解釈》（京都女子大學研究叢書29）91頁以下（平成9年）等。
5. 見權逸、權藤世寧著《改正韓國親族相續法》一〇一頁以下（弘文堂，平成2年改正1刷）。
6. 拙稿〈民法第一〇五二條第二項備忘錄一讀最高法院七九年台上字第一〇五三號判決有感〉中華法學（創刊號）一一四頁（民國八〇年元月）。筆者嗣於拙稿〈終戰後家族關係法規的重整與展望〉中主張：「修正離婚原因，改採積極的破綻主義」，以繼續五年以上不同居（別居）為婚姻破綻之徵表，並設苛酷條款（戡亂終止後法制重整與法治展望論文集四四九頁以下，中國比較法學會，民國八四年四月）。又請參閱早在先前之一九八〇年拙稿〈歐洲各國破綻主義離婚立法之展開〉陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集・身分法之理論與實用255頁以下（一九八

0年)。

7. 例如民國八四年五月，法務部「民法親屬編部分條文修正草案」(初稿)(民國八四年五月)導入積極的破綻主義，以「夫妻分居或不共同生活達五年以上在繼續狀態」為離婚原因，並設苛酷條款(草案第一〇五二條第二項、第四項)。
8. 拙稿〈裁判離婚原因修正論〉法令月刊五一卷一〇期(創刊五十週年紀念特刊)365頁(民國八九年一〇月)。

肆 離婚之效果

關於離婚之效果有種種，茲特須論述者為子女之監護、離婚給付及會面交往權。

一 子女之監護、離婚給付

(一) 各國民法之規定

1. 日本民法

明治民法惟就離婚後子女之監護予以規定，即第八一二條規定：「為協議上之離婚之人未以其協議定為子女之監護之人者，其監護屬於父。於父因離婚而去婚家之情形，子女之監護屬於母。前二項之規定，於監護之範圍外，對父母之權利義務不生變更。」第八一九條規定：「第八一二條之規定於裁判上之離婚準用之。但法院得為子女之利益就其監護命與之不同之處分。」戰後日本民法親族編，本於日本國憲法第二四條「個人之尊嚴與兩性之本質的平等」之原則，(1)就離婚後子女之監護，修正為(第七六六條)：「①父母為協議上之離婚時，任子女監護之人及關於其他監護上必要事項，以協議定之。協議不成時，或不能協議時，由家庭裁判所定之。②家庭裁判所為子女之利益，認為有必要時，得變更任子女監護之人，就其他監護命相當之處分。③前二項之規定，於監護之範圍外，對父母之權利義務不生變更。」此第七七六條之規定，於裁判上之離婚準用之(參照七七一條)；(2)新設第七六八條規定，承認因離婚之財產分與：「①為協議上之離婚之一方，得向對方請求財產之分與。②關於依前項之財產分與，當事人間協議不成時，或不能協議時，當事人得向家庭裁判所請求代替協議之處分。但自離婚之時起已經過二年者，不在此限。③前項情形，家庭裁判所，斟酌當事人雙方因其協力所得之財產額及其他一切情事，定應否令其分與並分與之數額及方法。」新法就離婚後子女之監護以依夫妻之協議定之為原則，協議不成或不能協議時由家庭裁判所定之，並承認離婚時夫妻之一方有向他方請求分與財產之權利，妻之離婚自由因此而受到實質的保障。

2. 韓國民法

韓國民法制定時就離婚後子女之養育責任規定(第八三七條)：「當事人間，未

協定關於其子女養育之事項者，其養育責任屬於父。關於前項之養育事項無協定或不能協定者，法院得因當事人之請求，參酌其子女之年齡、父母之財產狀況及其他情事，定養育之必要事項，隨時變更其事項或命為其他適當之處分。第二項之規定，於關於養育之事項外，不變更父母之權利義務。」此條規定，係仿自日本明治民法第八一二條、第八一九條及戰後日本民法第七六六條，亦不無受一九九六年修正前之民國民法第一〇五一條及第一〇五五條規定之影響。韓國民法於一九九〇年修正時，本於夫妻平等原則，將第八三七條修正為：「①當事人關於其子女之養育事項依協議定之。②關於第一項養育事項無協議或不能協議者，家庭法院得因當事人之請求，參酌其子女之年齡、父母之財產狀況及其他情事，定養育之必要事項，隨時變更其事項或為其他適當之處分。③第二項之規定，於關於養育之事項外，不變更父母之權利義務。」並新設第八三九條之二，仿倣日本民法第七六八條之規定，承認離婚時之財產分割請求權，規定：「①為協議上離婚之一方，得對他一方請求財產分割。②關於第一項之財產分割協議不成或不能協議者，家庭法院因當事人之請求，參酌當事人雙方之協力所得之財產額及其他情事，定分割之數額及方法。」

3. 民國民法

民國民法就離婚後子女之監護，參考日本明治民法第八一二條及第八一九條之規定，規定：「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之。但另有約定者，從其約定。」（一〇五一條）；「判決離婚者，關於子女之監護，適用第一〇五一條之規定。但法院得為其子女之利益，酌定監護人。」（一〇五五條）。一九九六年修正時，將夫妻兩願離婚與經判決離婚後子女之監護合併規定於一條，復將「監護」一語改為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，並基於夫妻平等原則及子女利益優先原則，修正如次（第一〇五五條）：「①夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機關或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。②前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機關或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。③行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方、未成年子女、主管機關、社會福利機關或其他利害關係人得為子女之利益，請求法院改定之。④前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容。⑤（略）。」增訂第一〇五五條之一，規定法院為第一〇五五條裁判時，應審酌之具體客觀事項，又增訂第一〇五五條之二規定：「父母均不適合行使權利時，法院應依子女之最佳利益並審酌前條各款事項，選定適當之人為子女之監護人，並指定監護之方法、命其父母負擔扶養費用及其方法。」再者，民國民法承認判決離婚後贍養費之給與，規定（第一〇五七條）：「夫妻無過失之一方，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。」又，依一九八五年之修正，增訂第一〇三〇條之一，承認聯合財產關係消滅時之剩餘財產差額分配請求權：「①聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，

其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產，不在此限。②依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得酌減其分配額。③第一項剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自聯合財產關係消滅時起，逾五年者亦同。」本條於因離婚之聯合財產關係消滅時，亦有其適用，對於操持家務之妻，具有保護的功能。

(二) 比較與檢討

1. 子女監護與親權

日本法於夫妻離婚時，就子女之監護與親權分開處理。明治民法第八一二條第三項（於第八一九條準用）及戰後日本民法第七六六條第三項（於第七七一條準用）規定：「前二項之規定，於監護之範圍外，對父母之權利義務不生變更。」又，戰後日本民法第八一九條規定：「①父母為協議上之離婚者，須以其協議定其一方為親權人。②於裁判上之離婚時，由法院定父母之一方為親權人。③於子女出生前父母離婚者，親權由母行使之。但子女出生後，得以父母之協議，定父為親權人。④（略）⑤第一項、第三項……之協議不成時，或不能協議時，家庭裁判所得因父或母之請求，為代替協議之審判。」從而，夫妻離婚後，例如得以母為監護人，而以父為親權人。所謂「監護」，是否僅指為親權主要內容之監護與教育（民八二〇條）中之監護或包含教育在內？積極說與消極說對立。通說解為應包含教育在內。從而，遂行監護、教育所必要之居所指定、職業許可、懲戒、對於不法抑留子女者之交付請求等均含蓋在內。如採此立場，則所謂「監護之範圍外」不生變更之父母之權利義務，除單獨親權人之財產的親權外，為扶養義務（民八七七條）、結婚同意權（民七三七條）等¹。日本學者間有認為，立法論上，僅規定親權人，此外不須規定監護人，母如適任監護人者，則以母為親權人為已足，以母為監護人、父為親權人，無非是不能擺脫親權之父權的性格之結果。²

韓國法受日本法之影響，於夫妻離婚時，就子女之養育與親權分開處理。韓國民法第八三七條第三項規定：「第二項之規定，於關於養育之事項外，不變更父母之權利義務。」（新舊規定均同）。又於舊第九〇九條規定：「……⑤父母離婚時，……其母不得為前婚姻存續中出生之子女之親權人。」新第九〇九條規定：「……④……父母離婚者，依父母之協議定行使親權之人。協議不成或不能協議時，因當事人之請求由家庭法院定之。有必要變更親權人時亦同。……」所謂「養育」，其涵義與日本法上之「監護」應無不同。韓國學者間亦有認為：在立法論上，不如僅規定親權人本身，規定養育人並無意義。³

在一九九六年修正前，民國民法除於第一〇五一條、第一〇五五條規定離婚後子女監護之歸屬外，無如日本民法「於監護之範圍外，對父母之權利義務不生變更」之規定，亦無如日本民法第八一九條離婚後親權歸屬之規定，故就「監護」涵義若何？有解為係指身心監護，即包括保護及教養二者而言⁴；有解為係指對未成年子女之親權而言⁵，後說為通說。筆者亦主張：「我民法就離婚後子女親權之歸屬，別

無規定，而監護乃親權之作用，且使監護權與親權分立，於子女之利益亦無補，故應解釋此之監護即是親權，監護由誰任之，親權即由誰行使之。因之，於監護協定或酌定外，無須更有親權協定或決定。」⁶一九九六年修正時，採通說見解，其修正理由謂：夫妻兩願離婚或經判決離婚後，對於未成年子女之保護及教養之權利義務，依學者通說見解認與婚姻關係存續中相同，而與民法親屬編第四章以下之監護章規定有所不同，爰將現行條文「監護」文字修正為「對於未成年人子女權利義務之行使或負擔」，以期與第一〇八九條用語一致云云。當然，民國民法避用「親權」、「親權人」等用語，未免矯枉過正，不無檢討之餘地。

2. 民國民法關於子女監護之獨特性

關於離婚後子女之監護，日本明治民法上，子女原則上服於其家之父之親權，例如的由在家之母行使之（民舊八七七條）。父母離婚時，子女原則上服於在家之父之監護，例外的服於在家之母之監護（民舊八一二條）。因而，許多場合離婚之妻喪失對其子女之監護權。戰後新法不承認家制度並以夫妻平等為原則，就離婚後子女之監護以依夫妻之協議定之為原則，協議不成或不能協議者由家庭裁判所定之（民七六六條）。韓國民法上，夫妻離婚後，關於子女之養育責任原則上歸屬於父（民八三七條），依一九九〇年之修正，站在夫妻平等立場，關於離婚後子女之養育事項以依當事人之協議定之為原則，未為協議或不能協議時由家庭法院定之（民八三七條）。民國民法就離婚後子女之監護，亦以由夫任之為原則，依一九九六年之修正，將「監護」用語改成「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，並貫徹夫妻平等原則及子女利益優先原則，就夫妻離婚時，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，為詳細規定（民一〇五五條）。在比較法上，關於離婚後子女監護之規定，民國民法初仿倣日本明治民法，韓國民法初亦仿倣日本明治民法，但亦不無受民國民法之影響，其後一九九〇年韓國民法仿效戰後日本民法而為修正，而民國民法一九九六年之修正則大體參照民國兒童福利法第四一條之規定加工而成者，在三國中，可謂獨樹一幟。

3. 民國民法就離婚給付有待強化

關於離婚給付，日本明治民法未設規定⁷，戰後日本民法新設因離婚之財產分與制度（七六八條），財產分與之性質有三：(1)清算的性質，即婚姻關係存續中之夫妻財產關係之清算，將婚姻關係存續中因夫妻之協力所得之財產予以清算以確保公平。(2)扶養的性質，即對於離婚後陷於生活窮困之配偶之扶養，此離婚後之扶養惟對無責配偶承認之。(3)損害賠償的性質，即對於因離婚而生之精神上損害之賠償（慰藉料）。財產分與包含清算與扶養，殆無疑義，但是否包含賠償，則包括說（積極說）與限定說（消極說）對立，迄無定論。⁸韓國民法初未承認因離婚之財產分與制度，論者有謂：今日，各國立法例程度雖有差別，但大體不問過失、無過失，為保障無生活能力人離婚後之生活，均採用扶養費支給或財產分與之制度，尤其徵諸離婚後妻之生活多漠然之韓國實情，不承認此種扶養費或財產分與之請求權，殊不妥當，

實為立法論上應考慮之點⁹，其後依一九九〇年之修正，始仿照日本民法，導入此制度，稱為「財產分割請求權」（八三九條之二）¹⁰。民國民法於一九三〇年制定時，即明定：「夫妻無過失之一方，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。」（一〇五七條），較諸明治民法，堪稱進步。惟贍養費之給與，僅限於判決離婚有其適用，恐未盡其宜，應於兩願離婚亦予承認，始為妥當；又，其規定內容過於簡略，亦有予以充實之必要。對此，筆者曾試擬條文如次：第一〇五七條「①夫妻之一方，因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。②前項贍養費，當事人未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。但離婚已逾二年者，不在此限。③前項情形，法院應斟酌贍養權利人之需要、贍養義務人之經濟能力及其他一切情事，定應否給與、給與數額及方法。」¹¹

註：

1. 參照島津一郎編集《注釋民法（21）親族（2）》159頁以下（神谷笑子執筆）（有斐閣，昭和52年初版9刷）。
2. 例如，青山道夫《改訂家族法論I》132頁（法律文化社，1980年初版7刷）。
3. 例如，金容漢《韓國·親族相續法》148頁（日本加除出版株式會社，昭和63年初版）。
4. 胡長清《中國民法親屬論》一七五頁（民國三五年三版）（台灣商務印書館，民國六一年台三版）；戴炎輝《中國親屬法》一八四頁以下（自刊，民國四四年初版）。
5. 陳棋炎著《民法親屬》一六九頁（三民書局，民國六二年六版）；史尚寬著《親屬法論》四五四頁（自刊，民國六三年台三版）；林菊枝著《親屬法專題研究》一五五頁以下（五南圖書出版公司，74年再版）；戴炎輝、戴東雄合著《中國親屬法》二五四頁以下（自刊，民國七五年修訂版）等。
6. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著《民法親屬新論》二三四頁（黃宗樂）（三民書局，民國七六年初版）。
7. 明治民法制定當時，被提出於法典調查會之原案設有「因夫妻一方之過失而有離婚判決者，該一方於他一方不能自活時，負扶養之義務。於第八二三條第六款（按即精神病離婚之規定）之情形，應由提起離婚之訴之人扶養其配偶。前二項所定之義務於夫妻之一方死亡或有受扶養權利之人再婚時消滅。」（八二九條）之規定，此規定經法典調查會通過（少數反對），但於舊法不復見之。
8. 詳見島津一郎編集《注釋民法（21）親族（2）》185頁以下（島津一郎執筆）（有斐閣，昭和52年初版9刷）；中川善之助著《新訂親族法》290頁以下（青林書院新社，1965年）；我妻榮著《親族法》（法律學全集23）一五四頁以下（有斐

閣，昭和 43 年初版 15 刷)；久貴忠彥著《親族法》(民法學全集 9) 131 頁以下；中川淳著《家族法の現代的課題》151 頁以下(世界思想社，1992 年初版)；中川淳《現代家族の法學》92 頁以下(日本加除出版株式會社，平成 12 年初版)等。

9. 金容漢著《韓國・親族相續法》149 頁(日本加除出版株式會社，昭和 63 年初版)。
10. 韓國民法新設本條規定，於在日本的離婚訴訟上具有重要意義。即，在此以前的日本裁判例，於韓國人夫妻或夫為韓國人之離婚事件，就財產分與請求之是非，有以韓國法上無財產分與制度認為違反法例第三 0 條之公序良俗，排除韓國法適用，而承認此請求之裁判例，與反之以韓國法上無此制度認為不得謂違反法例第三 0 條之公序良俗，而不承認此請求之裁判例相對立，最後，最高裁判所支持前者之立場(最二小昭五九、七、二 0 判決、民集三八卷八號一 0 五一頁、判時一一三二號一一七頁等)，茲依一九九 0 年之修正，以立法解決此問題，並就財產分與之程度與方法示以基準。見權逸、權藤世寧著《改正韓國親族相續法》一 0 三頁以下(弘文堂，平成 2 年改正 1 版 1 刷)。
11. 立法院委託法案評估報告《民法親屬編部分條文修正草案之評估(續)》62 頁、85 頁(黃宗樂)(民國八六年五月)。

二 會面交往權

未任監護人之父母之一方是否得與其子女為個人的會面、通信或其他接觸，即，有無會面交往權(Verkehrsrecht, Besuchrecht; droit de visite; right of access; visiting right)? 西方國家法律上多設有肯定之明文(例如，德國民法第一六三四條、瑞士民法第一五六條、法國民法第三 0 三條、新二八八條二項、英國 Guardianship of Infants Act 1886 第五條、Guardianship of Minors Act 1971 第九條、第一四條等)，但日本、中國等東方國家在繼受西方歐陸法時，並未導入此制度。

日本明治民法及戰後日本民法親族編就此並無明文，學者亦不曾介述，但自一九六 0 年代以來逐漸成為重要課題，遂為學說判例所承認。例如，最初承認此制度之東京家庭裁判所昭和三九年(一九六四年)一二月一四日之審判例(家裁月報一七卷四號五五頁)判示：「本裁判所認為，與未成熟子女會面或交往乃無親權或監護權之父母最低限度之要求，父母因離婚之不幸事故事實上不能共同行使親權或監護權，父母之一方被指定為親權人或監護人，單獨養育未成熟子女時，他方無親權或監護權之父母，仍有與未成熟子女會面或交往之權利，此項權利於無害於未成熟子女福祉之範圍內，不應被限制或被剝奪。又此項權利雖非監護本身，但應謂係與監護相關連之權利，為行使此項會面交往權必要之事項正是關於民法第七六六條第一

項監護必要之事項。」自是以來，會面交往權（日本稱為面接交渉權，西方稱為交往權、訪問權、會面權）即成為學者及實務家討論之焦點，有關裁判例亦如雨後春筍相繼出現¹。最高裁判所於昭和五九年（一九八四年）之裁判例（家裁月報三七卷五號三五頁），判示：「為協議離婚之際是否承認未被定為親權人之親與其子女之會面交往，乃就關於子女監護之處分規定之民法第七六六條第一項或第二項解釋適用之問題，並非是否違背憲法第一三條之問題。」將會面交往權定位為民法第七六六條關於子女監護之處分，確立其法律上之地位。另一方面，日本法務省（部）亦在進行會面交往權之立法作業²，預料不久之將來會將判例法明文化。

韓國民法大體上均師法日本民法，亦步亦趨，然就會面交往權則率先於一九九〇年修法時新設第八三七條之二，規定：「①未直接養育子女之父母之一方，有會面交往權。②家庭法院為子女之福利認為必要時，得因當事人之請求，限制、排除會面交往權。」韓國民法之承認會面交往權，固為因應韓國社會之實際需要³，但亦不無受到日本判例學說之影響。

關於會面交往權，一九二五年第二次民律草案第一一六〇條後段規定：「無監護之責者，對於其子有互為相當往來之權利。」但民國民法未設類似規定，亦無判解可稽。筆者於一九七七年為文介述⁴，並極力主張：「吾人認為，所謂天下父母心，就是不任監護之父母，亦希冀與其子女接觸以了解子女之生活狀況，看守子女之順利成長，此乃為父母者極其自然的願望，亦是其最低限度的要求，是以完全剝奪不任監護之父母與其子女之接觸機會，未免失之苛酷；況且父母雙方之愛情對於子女人格之健全形成，均屬必要，因之縱令父母業已仳離，仍宜儘量使未成年子女有機會接受父母雙方愛情之滋潤。會面交往者，正是保障父母愛情及親子關係最後的羈絆，適當而合理的會面交往，似不致於害及子女之利益，反而多少或可彌補子女因父母離婚所招致之不幸。因此，不論就不任監護之父母之立場言或就未成年子女之立場言，均不宜全面的否定會面交往權，苟當事人以之為爭訟之對象時，法律上縱無明文規定，法院亦應本其造法活動，斟酌情形，予以承認，同時，在立法政策上，會面交往制度之採用亦不無研討價值。」其後更將會面交往權寫入教科書⁵，以廣為流布。一九九六年民法親屬編修正明文承認會面交往權，於第一〇五五條第五項規定：「法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之。」使用「會面交往權」，而未使用「探視權」、「訪問權」、「交往權」、「往來權」，應屬允當。筆者認為如能獨立規定為一條並將內容調整為「①夫妻離婚後，未行使或負擔權利義務之一方，與其未成年子女有互為會面交往之權利。其方式及時間，由夫妻共同協議之。協議不成或不能協議者，得請求法院酌定之。②前項會面交往權利，法院為子女之利益認為有必要時，得因當事人之請求或依職權限制之。」較為妥善。⁶

註：

1. 參閱拙稿〈論會面交往權〉輔仁法鼎五期 9 頁以下（一九七七年六月）；田中實著〈面接交渉権—その性質と効果—〉《中川善之助先生追悼・現代家族法大系 2》248 頁以下（有斐閣，昭和 55 年初版 1 刷）
2. 依一九九六年民法一部改正法律案要綱（平成八年二月二六日、法制審議會答申）第六協議上之離婚—子女監護必要事項之規定，「1 父母為協議上之離婚者，就應為子女監護之人、父或母與子女之會面及交流、子女監護所需費用之分擔及其他監護必要之事項，以其協議定之。於此情形，應最優先考慮子女之利益。2 1 之協議不成時或不能協議時，由家庭裁判所定 1 之事項。3 家庭裁判所認為有必要時，得變更 1 或 2 之所定，就其他監護命相當之處分。4 1 至 3，於監護之範圍外，對父母之權利義務不生變更。」
3. 在一九九〇年修法前，漢城高等法院曾判示：「指定請求人（原告）為請求人與被請求人（被告）間所生訴外 A 之養育人，惟被請求人於 A 達於成年以前於其住所在 A 就學之學校休業期間之每年一月與八月初之星期日至星期六一週間與 A 同居，每月第三星期日被請求人於請求人之住所地訪問 A。又每年新正與秋夕（陰曆八月一五日）將 A 送至被請求人之家，使其參加茶禮（對祖先之祭祀）與掃墓。」（漢城高等法院判決，一九八七年二月二三日）。至於將會面交往權立法化則係受歐洲各國立法例尤其德國民法立法例（一六三四條）之影響。見金容旭〈韓・日家族法の比較研究〉《耕嚴金容旭教授停年紀念論文集・韓國家族與法之歷史》209 頁（世宗出版社，1996 年）。
4. 即前揭註 1 拙稿，後揭主張見 13 頁。
5. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著《民法親屬新論》二三七頁以下（黃宗樂）（三民書局，民國七六年初版）。
6. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著《民法親屬新論》二四六頁（黃宗樂）（三民書局，民國八六年修訂初版）。

結 語

往昔，韓國、日本均深受中國固有文化尤其儒家文化，從而中國固有法尤其唐律、明清律之影響，韓國在與日本合併前之李朝時代猶依用明律，日本在明治初年制定新律綱領仍以明清律為藍本。台灣住民大多來自中國閩、粵，而台灣又曾被明鄭、清國統治，當然更不例外。

洎乎近世，西風東漸，歐美列強進步文化侵入，東方國家不得不變法圖強，積極推定「近代化」，建立西方所謂的「文明國」。首先，日本明治維新，「脫亞入歐」，模仿採用西方近代諸制度，就中依據泰西主義尤其西方近代市民法原理，編纂民法等法典。日本自明治初年起即積極展開民法典編纂事業，幾經曲折，日本民法（明治民法）終於先於德國民法，在一八九八年施行。隨而於翌年完全廢除不平等條約，日本也逐漸成為世界強國。明治民法，前三編即財產法完全採用泰西主義，而由以自由、平等、獨立之市民為基本之近代的市民法原理所構成，後二編即身分法則編入天皇制家族國家構造之一部分，而由為戶主之家長所統率之忠孝一本之家父長制家族制度之原理所構成，結果形成近代的市民法與半封建的身分法同籠之奇異現象。

台灣自一八九五年起，韓國自一九一〇年起為日本所領有，受日本統治，前者自一九二三年一月一日起，後者自同年七月一日起施行明治民法，親屬及繼承事項雖仍依舊慣，但實際上大體亦依用明治民法。日本明治民法對於台灣、韓國市民社會之形成，具有決定的重要性。

中國近代立法運動，起步較晚，進程又相當緩慢，民法典之編纂遲至一九二九年至一九三〇年間才陸續完成。中華民國民法，前三編即財產法主要參考德、瑞當時最新立法例，其中透過日本法繼受近代歐陸市民法者亦不尠；後二編即身分法採用個人制度的家族法原理，雖仍存置「家制」，但僅為固有家制之殘骸，與明治民法之家制度迥不相同，又明治民法以妻為無能力，民國民法則以妻為有完全行為能力，明治民法承認夫權，民國民法則不復有夫權存在，是以民國民法乃相當合理、進步的立法。惜乎民國民法施行後，中國內憂外患交加，兵連禍結，國家四分五裂，民國民法並未全面的落實於中國社會。而與歐美列強締結的不平等條約亦遲至一九四三年始廢除。

第二次世界大戰後，民國民法自一九四五年一月二五日起施行於台灣，當時台灣經日本統治五十年後，市民社會、法治社會已然形成，民國民法之於台灣社會遠比中國社會水土相服，自然而然逐步落實於台灣社會，尤其身分法遠較明治民法合理、進步，對於改革社會之意義與作用相當重大。一九四九年民國民法在中國走入歷史，而在台灣延續其生命。

戰後，日本民法親族編相續編，基於日本國憲法所定「個人尊嚴」與「兩性之

本質的平等」原則，被全面修正，家制度、家督繼承制度悉予廢止，並貫徹夫妻平等、父母平等原則，廢止妻之無能力及親族會，承認離婚時之財產分與請求權及父母之共同親權，確立配偶之必然繼承權及諸子均分繼承等，結果比民國民法更為合理、進步。

戰後，韓國於一九四八年八月一五日完全獨立，韓國有史以來第一部民法典於一九六〇年一月一日施行。韓國民法前三編即財產法亦採用近代歐陸市民法原理，與日本民法、民國民法並無二致；後二編即身分法則將韓國古來之淳風美俗尤其固有家制納入規定，在立法例上則係模仿日本明治民法。因此韓國民法亦與日本明治民法相同，形成近代的市民法與半封建的身分法同籠之奇異現象。惟此奇異現象已依一九七七年、一九九〇年兩次修正而大部分消失。

日本民法後二編即身分法經一九四七年、一九六二年、一九七六年、一九八〇年、一九八七年等修正；韓國民法後二編即身分法經一九七七年、一九九〇年等修正；民國民法後二編即身分法一九八五年、一九九六年、一九九八年等修正，三國之身分法已轉變成名副其實之民主的、福祉的家族法，其中又以日本法最為徹底，台灣法次之。茲以婚姻法為例，擇其犖犖大者以明之。

日本婚姻法，依一九四七年之修正，廢止入夫婚姻及婿養子婚姻；廢止戶主制度，戶主對於家屬之結婚同意權因而失其附麗，結婚亦因而不生入家問題；廢止父母對於成年子女之結婚同意權；夫妻之住居改為由夫妻依協議定之；採用結婚成年制；採用分別財產制為法定財產制；婚姻費用改為由夫妻依資產、收入等分擔之；廢止父母對於未滿二十五歲之人之離婚同意權；廢止夫妻間不平等的貞操義務及家族制度的離婚原因，並導入包括的、抽象的離婚原因；離婚後子女之監護改為由夫妻依協議定之；承認離婚時之財產分與請求權。

韓國婚姻法，依一九七七年之修正，廢止父母對於成年子女之結婚同意權；採用成年擬制制度；夫妻所屬不明之財產推定為夫妻共有；明定協議離婚應得家庭法院之確認。又依一九九〇年之修正，夫妻同居之場所改為由夫妻依協議定之；夫妻共同生活之必要費用改為以由夫妻共同負擔為原則；廢止父母或監護人對於未成年人之離婚同意權；離婚後子女之養育事項改為由夫妻依協議定之；新設會面交往權及離婚時之財產分割請求權。

民國婚姻法，依一九八五年之修正，重婚改為無效，並明定同時婚為無效；在嫁娶婚，母無兄弟者，容許約定子女從母姓；未成年之子女改為以其父母之住所為住所；修正夫妻財產制，使更為合理，就中修正夫妻不平等之相關規定，承認剩餘財產分配請求權；增列兩願離婚應向戶政機關為離婚之登記；導入一般的破綻主義離婚原因。又，依一九九六年之修正，將兩願離婚後及裁判離婚後對於未成年子女保護教養權利義務合併規定於一條，並基於夫妻平等原則及子女利益優先原則，詳為規定；詳定父母均不適合行使權利時法院應行注意事項。又依一九九八年之修正，刪除限制與相姦者結婚及女子再婚禁止期間之規定；明定夫妻各保有其本姓及夫妻

之住所由雙方共同協議。

綜觀上述，三國婚姻法之修正無不在於(1)強化個人制的婚姻法；(2)擴大結婚及離婚之自由；(3)貫徹夫妻平等、父母平等之原則；(4)確保子女之利益。此固為諸先進國家所共通，然台、日、韓三國由於有相同的歷史經驗及文化背景，包括婚姻法在內之各種法制更相互模仿相互影響，正如台灣諺語「有樣趁樣，無樣家己想」所示，我國與韓國進行法律改革時，自然首先參考較先進的鄰國日本，當然亦不無我國或韓國所獨創者，以我國婚姻法為例，規定近親婚及重婚為無效、廢止再婚禁止期間、確立夫妻各保有其本姓之原則、離婚後對於子女之監護與親權合一歸屬並承認離婚後得共同行使親權等，相對於日本婚姻法，可謂一大特色。

附 錄

一 日本民法親族編婚姻章（戰前）

日本民法

（明治二九年四月二七日

法律第八九號）

（明治三一年六月二一日

法律第九號）

施行 明治三一年七月一六日

第四編 親族

第三章 婚姻

第一節 婚姻之成立

第一款 結婚之要件

第七六五條

男非滿十七歲，女非滿十五歲，不得結婚。

第七六六條

有配偶者不得重行結婚。

第七六七條

女子非自前婚解銷或撤銷之日起經過六個月後不得再婚。

女子於前婚解銷或撤銷前已懷胎者，自其分娩之日起，不適用前項之規定。

第七六八條

因通姦而離婚或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚。

第七六九條

於直系血親間或三親等內之旁系血親之間，不得結婚。但養子女與收養方之旁系血親間，不在此限。

第七七〇條

於直系姻親間，不得結婚。依第七二九條之規定姻親關係消滅後，亦同。

*第七二九條規定：「姻親關係及前條之親屬關係，因離婚而消滅。夫妻之一方死亡者，生存配偶去其家時，亦同。」

*第九二條規定：「繼父母與繼子女、又嫡母與庶子間，生與親子間同一之親屬關係。」

第七七一條

於養子女、其配偶、直系卑屬或其配偶，與養父母或其直系尊屬之間，雖依第七三〇條之規定親屬關係消滅後，仍不得結婚。

*第七三〇條規定：「養子女與養父母及其血親間之親屬關係，因終止收養而消滅。養父母去養家者，該養父母及其本生方之血親與養子女之親屬關係，因之而消滅。養子女之配偶，直系卑屬或其配偶因養子女之終止收養而一同去家者，該人與養父母及其血親間之親屬關係，因之而消滅。」

第七七二條

子女結婚，應得其在家父母之同意。但男滿三十歲、女滿二十五歲後，不在此限。

父母之一方不明時、死亡時、去家時或不能表示其意思時，僅以另一方之同意為已足。

父母皆不明時、死亡時、去家時或不能表示其意思時，未成年人應得其監護人及親族會之同意。

第七七三條

繼父母或嫡母不同意子女之結婚時，子女得經親族會之同意而結婚。

第七七四條

禁治產人結婚，無須得其監護人之同意。

第七七五條

結婚，因向戶籍吏申報而生其效力。

前項之申報，應由雙方當事人及成年證人二人以上，以口頭或署名之書面為之。

第七七六條

戶籍吏非認定結婚不違反第七四一條第一項、第七四四條第一項、第七五〇條第一項、第七五四條第一項、第七六五條至第七七三條及前條第二項之規定及其他法令後，不得受理其申報。但於結婚違反第七四一條第一項或第七五〇條第一項規定之情形，戶籍吏雖已為注意但當事人仍欲為其申報者，不在此限。

*第七四一條第一項規定：「因結婚或收養而入他家之人，更欲因結婚或收養而入他家者，應得婚家或養家及本生家之戶主之同意。」

第七四四條第一項規定：「法定之推定家督繼承人不得入他家或創立一家。但本

家繼承有必要者，不在此限。」

第七五〇條第一項規定：「家屬結婚或收養，應得戶主之同意。」

第七五四條第一項規定：「戶主因結婚而欲入他家者，得依前條之規定為隱居。」

第七七七條

僑居外國之日本人間欲結婚時，得向駐在該國之公使或領事為其申報。於此情形，準用前二條之規定。

第二款 結婚之無效及撤銷

第七七八條

結婚限於左列情形，為無效。

- 一 因結婚人非其人及其他之事由，於當事人間無結婚之意思者。
- 二 當事人不為結婚之申報者。但其申報僅欠缺第七七五條第二項所揭之條件者，結婚不因此而妨礙其效力。

第七七九條

結婚，非依後七條之規定，不得撤銷之。

第七八〇條

違反第七六五條至第七七一條規定之結婚，各當事人、其戶主親屬或檢察官，得向法院請求撤銷，但檢察官於當事人之一方死亡後，不得請求之。

違反第七六六條至第七六八條規定之結婚，當事人之配偶或前配偶，亦得請求其撤銷。

第七八一條

違反第七六五條規定之結婚，不適齡者已屆適齡時，不得請求其撤銷。

不適齡者已屆適齡後三個月間，仍得撤銷其結婚。但屆齡後已為追認時，不在此限。

第七八二條

違反第七六七條規定之結婚，自前婚解銷或撤銷後經過六個月，或子女於再婚後已懷胎者，不得請求其撤銷。

第七八三條

違反第七七二條規定之結婚，有為同意權利之人得向法院請求其撤銷。同意因詐欺或強迫者，亦同。

第七八四條

前條之撤銷於左列情形消滅。

- 一 有為同意權利之人知悉有結婚後或發見詐欺或強迫終止後經過六個月者。
- 二 有為同意權利之人為追認者。
- 三 自結婚申報之日起已經過二年者。

第七八五條

因詐欺或強迫而結婚者，得向法院請求其結婚之撤銷。

前項之撤銷權自當事人發見詐欺，或強迫終止後，經過三個月，或追認時，消滅。

第七八六條

於婿養子收養之情形，各當事人得以收養無效或撤銷為理由向法院請求撤銷結婚。但不妨附帶於收養之無效或撤銷之請求請求結婚之撤銷。

前項之撤銷權於當事人知悉收養無效或有其撤銷後，經過三個月，或拋棄其撤銷時，消滅。

第七八七條

結婚之撤銷，其效力不溯及既往。

結婚當時不知有撤銷原因之當事人，因結婚而取得財產者，須於現在受利益之限度內返還之。

結婚當時已知有撤銷原因之當事人，須返還其因結婚所得之全部利益。如相對人為善意者，對之負損害賠償之責。

第二節 結婚之效力

第七八八條

妻因結婚而入夫家。

入夫及婿養子入妻家。

第七八九條

妻負與夫同居之義務。

夫須使妻同居。

第七九〇條

夫妻互負扶養之義務。

第七九一條

妻爲未成年人者，夫行使其監護人之職務。

第七九二條

於夫妻間爲契約者，其契約於婚姻中，夫妻之任何一方得隨時撤銷之。但不得侵害第三人之權利。

第三節 夫妻財產制

第一款 總則

第七九三條

夫妻於結婚申報前，就其財產另無特別契約者，其財產關係依次款所定。

第七九四條

夫妻爲與法定財產制不同之契約者，非於結婚申報前爲其登記，不得以之對抗夫妻之承繼人及第三人。

第七九五條

外國人爲與夫本國之法定財產制不同之契約者，於結婚後取得日本國籍或於日本設定住所時，非於一年內登記其契約，不得以之對抗夫妻之承繼人及第三人。

第七九六條

夫妻之財產關係，於結婚申報後，不得變更之。

於夫妻之一方管理他方之財產時，因管理不當而危害其財產者，他方得向法院請求自行管理。

就共有財產，除前項之請求外，亦得請求其分割。

第七九七條

依前條之規定或契約之結果，變更管理人或分割共有財產者，非爲其登記，不得以之對抗夫妻之承繼人及第三人。

第二款 法定財產制

第七九八條

夫負擔自婚姻所生之一切費用。但妻爲戶主者，由妻負擔之。

前項之規定不妨第七九〇條及第八章規定之適用。

*第八章 扶養之義務。

第七九九條

夫或女戶主有依用法使用及收益其配偶財產之權利。

夫或女戶主須自其配偶財產之孳息中支付其債務之利息。

第八〇〇條

第五九五條及第五九八條之規定於前條之情形準用之。

*第五九五條規定：「借主負擔借用物通常之必要費用，此外之費用，準用第五八三條第二項之規定。」

第五九八條規定：「借主得回復借用物原狀而收去其附屬之物。」

第八〇一條

夫管理妻之財產。

夫不能管理妻之財產者，妻自行管理之。

第八〇二條

夫為妻借款、讓與妻之財產，將之供擔保或超過第六〇二條之期間為其出租者，須得妻之承諾。但以管理之目的處分孳息，不在此限。

第八〇三條

於夫管理妻之財產之情形，認為有必要時，法院得因妻之請求，使夫就其財產之管理及返還提供相當之擔保。

第八〇四條

關於日常家事，妻視為夫之代理人。

夫得否認前項代理權之全部或一部。但不得以之對抗善意第三人。

第八〇五條

於夫管理妻之財產或妻為夫之代理之情形，須與為自己為同一之注意。

第八〇六條

第六五四條及六五五條之規定，於夫管理妻之財產或妻為夫之代理之情形準用之。

*第六五四條規定：「委任消滅時，如有急迫之情事者，受任人、其繼承人或法定代理人，於委任人、其繼承人或法定代理人能處理委任事務前，應為必要之處分。」

第六五五條規定：「委任消滅之事由，不問出於其委任人或出於受任人，均非通知對方或對方可得而知，不得以之對抗對方」

第八〇七條

妻或入夫於結婚前所有之財產，及婚姻中以自己之名義所取得之財產，爲其特有財產。

屬於夫妻之何方不明之財產，推定爲夫或女戶主之財產。

第四節 離婚

第一款 協議上之離婚

第八〇八條

夫妻得以其協議爲離婚。

第八〇九條

未達滿二十五歲之人爲協議上之離婚者，須得依第七七二條及第七七三條之規定就其結婚有爲同意權利之人之同意。

第八一〇條

第七七四條及第七七五條之規定，於協議上之離婚準用之。

第八一一條

戶籍吏非認定離婚不違反第七七五條第二項及第八〇九條規定及其他法令不得受理其申報。

戶籍吏縱違反前項之規定受理申報，離婚亦不因之而妨礙其效力。

第八一二條

爲協議上之離婚之人未以其協議定爲子女之監護之人者，其監護屬於父。

於父因離婚而去婚家之情形，子女之監護屬於母。

前二項之規定，於監護範圍外對父母之權利義務不生變更。

第二款 裁判上之離婚

第八一三條

夫妻之一方，限於左列情形，得提起離婚之訴。

- 一 配偶爲重婚者。
- 二 妻爲通姦者。
- 三 夫因姦淫罪被處刑者。
- 四 配偶因關於偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺取財、受寄物消費、贓物

之罪或刑法第一七五條第二六〇條所揭之罪，被處輕罪以上之刑，或因其他之罪被處重禁錮三年以上之刑者。

五 受配偶不堪同居之虐待或重大之侮辱者。

六 被配偶以惡意遺棄者。

七 受配偶之直系尊屬虐待或重大之侮辱者。

八 配偶對自己之直系尊屬為虐待或加以重大之侮辱者。

九 配偶生死三年以上不明者。

十 於婿養子收養之情形終止收養關係時，或養子與家女結婚之情形終止收養關係或撤銷收養者。

第八一四條

於前條第一款至第四款之情形，夫妻之一方同意他一方之行爲者，不得提起離婚之訴。

於前條第一款至第七款之情形，夫妻之一方宥恕他一方或其直系尊屬之行爲者，亦同。

第八一五條

第八一三條第四款所揭受處刑宣告之人，得對其配偶以有同一之事由爲理由提起離婚之訴。

第八一六條

依據第八一三條第一款至第八款之事由之離婚之訴，自有提起權利之人知悉爲離婚原因之事實起經過一年後，不得提起之。自其事實發生之日起經過十年後，亦同。

第八一七條

依據第八一三條第九款之事由之離婚之訴，配偶生死已明後，不得提起之。

第八一八條

於第八一三條第十款之情形，有終止收養關係或撤銷收養之請求者，得附帶之而爲離婚之請求。

依據第八一三條第十款之事由之離婚之訴，自當事人知悉有終止收養關係或撤銷收養後經過三個月，或拋棄請求離婚之權利者，不得提起之。

第八一九條

第八一二條之規定於裁判上之離婚準用之。但法院得爲子女之利益就其監護命與之不同之處分。

二 日本民法親族編婚姻章（戰後）

日本民法

（戰後新規定）

第四編 親族

第二章 婚姻

第一節 婚姻之成立

第一款 結婚之要件

第七三一條【結婚適齡】

男子非滿十八歲、女子非滿十六歲，不得結婚。

第七三二條【重婚之禁止】

有配偶之人，不得重行結婚。

第七三三條【再婚禁止期間】

① 女子非自前婚解銷或撤銷之日起經過六個月後，不得再婚。

② 女子於前婚解銷或撤銷前已懷胎者，自其生產之日起，不適用前項之規定。

第七三四條【近親結婚之禁止】

① 於直系血親或三親等內之旁系血親之間，不得結婚。但養子女與收養方之旁系血親間之結婚，不在此限。

② 依第八一七條之九之規定親屬關係消滅後，亦與前項同。

* 第二項為昭和六二年法律第一〇一號所追加。

第八一七條之九規定：「養子女與本生方之父母及其血親間之親屬關係，因特別收養而消滅。但第八一七條之三第二項但書規定之與他一方及其血親之親屬關係，不在此限。」

第八一七條之三第二項但書規定：「但夫妻之一方為他一方之婚生子女（特別收養以外之養子女除外）之養父母者，不在此限。」

第七三五條【直系姻親間之結婚禁止】

於直系姻親間，不得結婚。依第七二八條或第八一七條之九之規定姻親關係消滅後，亦同。

* 昭和六二年法律第一〇一號改正時附加「或第八一七條之九」文字，該條條文見前條。

第七三六條【養父母子女關係者間之結婚禁止】

於養子女、其配偶、直系卑屬或其配偶，與養父母或其直系尊屬之間，縱依本法第七二九條之規定親屬關係消滅後，亦不得結婚。

*第七二九條規定：「養子女、其配偶、直系卑屬及其配偶，與養父母及其血親間之親屬關係，因收養終止而消滅。」

第七三七條【未成年人之結婚】

① 未成年子女結婚，應得父母之同意。

② 父母之一方不同意時，僅以他一方之同意為已足。父母之一方不明時，已死亡時，或不能表示其意思時，亦同。

第七三八條【禁治產人之結婚】

禁治產人結婚，無須得其監護人之同意。

第七三九條【結婚之申報】

① 結婚，以依戶籍法之所定申報之，而生其效力。

② 前項之申報，應由雙方當事人及成年證人二人以上，以口頭或署名之書面為之。

第七四〇條【結婚申報之審查】

結婚之申報，非認定其結婚不違反第七三一條至第七三七條及前條第二項之規定及其他法令後，不得受理之。

第七四一條【在外日本人間之結婚申報】

僑居外國之日本人間結婚時，得向駐在該國之大使、公使或領事為其申報。於此情形，準用前二條之規定。

第二款 結婚之無效及撤銷

第七四二條【結婚之無效】

結婚，限於有左列情形，為無效。

一 因結婚人非其人及其他之事由，於當事人間無結婚之意思者。

二 當事人不為結婚之申報者。但其申報僅欠缺第七三九條第二項所揭之條件者，結婚不因此而妨礙其效力。

第七四三條【結婚之撤銷】

結婚，非依第七四四條至第七四七條之規定，不得撤銷之。

第七四四條【不適法結婚之撤銷】

①違反第七三一條至第七三六條之結婚，各當事人、其親屬或檢察官，得向法院請求其撤銷。但檢察官於當事人之一方死亡後，不得請求之。

②關於違反第七三二條或第七三三條規定之結婚，當事人之配偶或其前配偶，亦得請求其撤銷。

第七四五條【不適齡結婚撤銷權之消滅】

①違反第七三一條規定之結婚，不適齡者已屆適齡時，不得請求其撤銷。

②不適齡者已屆適齡後三個月間，仍得請求其結婚之撤銷。但屆適齡後，已為追認時，不在此限。

第七四六條【再婚禁止期間內之結婚撤銷權之消滅】

違反第七三三條規定之結婚，自前婚解銷或撤銷後經過六個月，或女子於再婚後已懷胎時，不得請求其撤銷。

第七四七條【因詐欺、強迫之結婚之撤銷】

①因詐欺或強迫而結婚者，得向法院請求其結婚之撤銷。

②前項之撤銷權，自當事人發見詐欺，或強迫終止後，經過三個月，或已為追認時，消滅。

第七四八條【結婚撤銷之效果】

①結婚之撤銷，其效力不溯及既往。

②結婚當時不知有撤銷原因之當事人，因結婚而取得財產者，須於現受利益之限度內返還之。

③結婚當時已知有撤銷原因之當事人，須返還其因結婚所得之全部利益。相對人為善意者，對之負損害賠償之責。

第七四九條【離婚規定之準用】

第七六六條至第七六九條之規定，於結婚之撤銷準用之。

第二節 結婚之效力

第七五〇條【夫妻之姓】

夫妻依結婚時所定，稱夫或妻之姓。

第七五一條【生存配偶之復姓、及復姓時之祭具等之承繼】

①夫妻之一方死亡時，生存配偶得回復其婚前之姓。

②第七六九條之規定，於前項及第七二八條第二項之情形準用之。

第七五二條【同居、協力、扶助之義務】

夫妻須同居、互相協力扶助。

第七五三條【因結婚之成年】

未成年人已結婚者，視為因而已屆成年。

第七五四條【夫妻間之契約撤銷權】

於夫妻間為契約者，其契約於婚姻中，夫妻之任何一方得隨時撤銷之。但不得侵害第三人之權利。

第三節 夫妻財產制

第一款 總則

第七五五條【夫妻之財產關係】

夫妻於結婚申報前，就其財產別無特別契約者，其財產關係依次款所定。

第七五六條【夫妻財產契約之對抗要件】

夫妻為與法定財產制不同之契約者，非於結婚申報前為其登記，不得以之對抗夫妻之承繼人及第三人。

第七五七條【外國人之夫妻財產契約】

外國人為與夫本國之法定財產制不同之契約者，於結婚後取得日本國籍或於日本設定住所時，非於一年內登記該契約，則不得以之對抗夫妻之承繼人及第三人。

*本條於平成一年法律第二七號刪除。

第七五八條【夫妻財產關係之變更】

①夫妻之財產關係，於結婚申報後，不得變更之。

②於夫妻之一方，管理他一方之財產時，因管理不當而危害其財產者，他一方得向家庭裁判所，請求自行管理。

③就共有財產，除前項之請求外，亦得請求其分割。

第七五九條【管理人變更、共同財產分割與對抗要件】

依前條之規定，或契約之結果，變更管理人或分割共有財產者，非為其登記，不得以之對抗夫妻之承繼人及第三人。

第二款 法定財產制

第七六〇條【婚姻費用之分擔】

夫妻應斟酌其資產、收入及其他一切情事，分擔因婚姻所生之費用。

第七六一條【日常家事債務之連帶責任】

夫妻之一方關於日常家事與第三人為法律行為者，他一方就因此所生債務，連帶負其責任。但對第三人預告不負責任者，不在此限。

第七六二條【特有財產、歸屬不明財產之共有推定】

- ①夫妻之一方，於結婚前所有之財產，及婚姻中以自己之名義所取得之財產，為其特有財產。
- ②屬於夫妻之何方不明之財產，推定其為共有財產。

第四節 離婚

第一款 協議上之離婚

第七六三條【協議離婚】

夫妻得依協議而離婚。

第七六四條【結婚規定之準用】

第七三八條、第七三九條及第七四七條之規定，於協議上之離婚準用之。

第七六五條【離婚申報之審查】

- ①離婚之申報，非認定其離婚不違反第七三九條第二項及第八一九條第一項之規定及其他法令後，不得受理之。
- ②離婚之申報縱違反前項之規定而被受理者，離婚亦不因此而妨礙其效力。

第七六六條【離婚後子女之監護】

- ①父母為協議上之離婚時，任子女監護之人及關於其他監護上必要事項，以協議定之。協議不成時，或不能協議時，由家庭裁判所定之。
- ②家庭裁判所為子女之利益，認為有必要時，得變更任子女監護之人，就其他監護命相當之處分。
- ③前二項之規定，於監護之範圍外，對父母之權利義務不生變更。

第七六七條【離婚與姓】

- ①因結婚改姓之夫或妻，因協議上之離婚而回復結婚前之姓。
- ②依前項之規定回復結婚前之姓之夫或妻，得自離婚之日起三個月以內依戶籍法之

所定申報，稱離婚時所稱之姓。

* 第二項為昭和五一年法律第六六號所追加。

第七六八條【因離婚之財產分與】

- ①為協議上之離婚之一方，得向對方請求財產之分與。
- ②關於依前項之財產分與，當事人間協議不成時，或不能協議時，當事人得向家庭裁判所請求代替協議之處分。但自離婚之時起已經過二年者，不在此限。
- ③前項情形，家庭裁判所，斟酌當事人雙方因其協力所得之財產額及其他一切情事，定應否令其分與並分與之數額及方法。

第七六九條【因離婚復姓時之祭具等之承繼】

- ①因結婚改姓之夫或妻，承繼第八九七條第一項之權利後，為協議上之離婚時，須依當事人及其他關係人之協議，定應承繼其權利之人。
- ②前項協議不成時，或不能協議時，應承繼該權利之人由家庭裁判所定之。

* 第八九七條第一項規定：「系譜、祭具及墳墓之所有權，雖有前條之規定，仍由依習慣主持祭祀祖先之人承繼之。但依被繼承人之指定有主持祭祀祖先之人者，由該人承繼之。」

第八九六條規定：「繼承人自繼承開始時起，承繼屬於被繼承人財產之一切權利義務。但專屬於被繼承人之一身者，不在此限。」

第二款 裁判上之離婚

第七七〇條【離婚原因】

- ①夫妻之一方，限於左列情形，得提起離婚之訴。
 - 一 配偶有不貞之行為者。
 - 二 被配偶惡意遺棄者。
 - 三 配偶生死三年以上不明者。
 - 四 配偶患強度精神病，無康復之希望者。
 - 五 其他有難以維持婚姻之重大事由者。
- ②雖有前項第一款至第四款之事由，法院得斟酌一切情事，認為維持婚姻為適當者，亦得駁回離婚之請求。

第七七一條【協議離婚規定之準用】

第七六六條至第七六九條之規定，於裁判上之離婚準用之。

三 韓國民法親族編婚姻章

韓國民法

(4291年(1958年)2月23日

法律第471號)

施行1960年1月1日

1962年12月29日法律第1237號

1977年12月31日法律第3051號

修正1990年1月13日法律第4199號

第四編 親族

第三章 婚姻

第一節 婚約

第八〇〇條【婚約之自由】

達於成年者得自由為婚約。

第八〇一條【婚約年齡】

男滿十八歲、女滿十六歲者，得經父母或監護人之同意，訂定婚約。於此情形，準用第八〇八條之規定。

第八〇二條【禁治產人之婚約】

禁治產人得經父母或監護人之同意，訂定婚約。於此情形，準用第八〇八條之規定。

第八〇三條【婚約強制履行之禁止】

婚約不得請求強制履行。

第八〇四條【婚約解除之事由】

當事人之一方有下列各款之事由者，他方得解除婚約。

- 一 婚約後，受資格停止以上之刑之宣告者。
- 二 婚約後，受禁治產或限定治產之宣告者。
- 三 有性病，不治之精神病及其他不治之惡疾者。
- 四 婚約後，與他人訂定婚約或結婚者。
- 五 婚約後，與他人姦淫者。

- 六 婚約後，一年以上其生死不明者。
- 七 無正當理由拒絕結婚或遲延其時期者。
- 八 有其他重大事由者。

*1990年修正前，第三款為「有性病、肺病及其他不治之惡疾者」；第六款為「婚約後，二年以上其生死不明者。」

第八〇五條【婚約解除之方法】

婚約之解除以意思表示向他方為之。但不能向他方為意思表示時，於知悉有解除原因時，視為已解除。

第八〇六條【婚約解除與損害賠償請求權】

- ①解除婚約時，當事人之一方得向有過失之他方，請求賠償因此所生之損害。
- ②於前項情形，除財產上之損害外，對於精神上之痛苦，亦有損害賠償責任。
- ③對於精神上之痛苦之賠償請求權，不得讓與或繼承。但當事人間關於其賠償已成立契約後，或已提起訴訟後，不在此限。

第二節 結婚之成立

第八〇七條【結婚之適齡】

男滿十八歲，女滿十六歲者，得結婚。

第八〇八條【須得同意之結婚】

- ①未成年人結婚，應得父母之同意，父母之一方不能行使同意權者，應得他一方之同意，父母均不能行使同意權者，應得監護人之同意。
- ②禁治產人得經父母或監護人之同意而結婚。
- ③第一項及第二項之情形，無父母或監護人時或不能為同意時，得經親族會之同意而結婚。

*1977年修正前，成年人結婚，應得父母之同意。

第八〇九條【同姓婚等之禁止】

- ①於同姓同本之血親間，不得結婚。
- ②於為男系血親之配偶、夫之血親及其他八親等以內之姻親者或曾為此種姻親者間，不得結婚。

第八一〇條【重婚之禁止】

有配偶者不得重婚。

第八一一條【再婚禁止期間】

女子自婚姻關係消滅之日起，非經過六個月不得結婚。但婚姻關係消滅後已分娩者，不在此限。

第八一二條【結婚之成立】

- ① 結婚以依戶籍法所定為申告，生其效力。
- ② 前項之申告，應由當事人雙方及成年證人二人連署之書面為之。

第八一三條【結婚申告之審查】

結婚之申告，如其結婚不違反第八〇七條至八一一條及前條第二項之規定及其他法令者，應受理之。

第八一四條【在外國之結婚申告】

- ① 在外國之本國民間之結婚，得向駐在該外國之大使、公使或領事申告。
- ② 受理前項申告之大使、公使或領事應立即將其申告書類送付本國之該管戶籍吏。

第三節 結婚之無效與撤銷

第八一五條【結婚之無效】

結婚於下列各款情形，為無效。

- 一 當事人間無結婚之合意者。
- 二 當事人間有或曾有為直系親屬、八親等以內之傍系血親及其配偶之親屬關係者。
- 三 當事人間有或曾有為直系姻親、夫之八親等以內之血親之姻親關係者。

第八一六條【結婚撤銷之事由】

結婚於下列各款情形，得向家庭法院請求其撤銷。

- 一 結婚違反第八〇七條至八一一條者。
- 二 結婚當時，不能知悉當事人之一方有不能繼續夫妻生活之惡疾及其他重大事由者。
- 三 因詐欺或脅迫而為結婚之意思表示者。

*1990年修正前為「法院」，第一款為「結婚違反第八〇八條至八一一條之規定者。」

第八一七條【違反結婚適齡之結婚等之撤銷請求權人】

結婚違反第八〇七條、第八〇八條之規定者，當事人或法定代理人得請求其撤銷，

違反第八〇九條之規定者，當事人、其直系尊屬或八親等以內之傍系血親得請求其撤銷。

第八一八條【重婚等之撤銷請求權人】

結婚違反第八一〇條之規定者，當事人及其配偶、直系尊屬、八親等以內之傍系血親或檢察官得請求其撤銷，違反第八一一條之規定者，當事人及前配偶或直系尊屬得請求其撤銷。

第八一九條【未得同意之結婚之撤銷請求權之消滅】

違反第八〇八條規定之結婚，其當事人達於成年後，禁治產宣告撤銷後經過三個月者，或婚姻中已懷胎者，不得請求其撤銷。

*1990年修正前，「其當事人達於成年後」為「其當事人達於結婚年齡後」。

第八二〇條【對於同姓婚等之撤銷請求權之消滅】

違反第八〇九條規定之結婚，其當事人間於婚姻中已出生子女者，不得請求其撤銷。

第八二一條【違反再婚禁止期間之結婚之撤銷請求權之消滅】

違反第八一一條規定之結婚，自前婚姻關係消滅之日起經過六個月者或再婚已懷胎者，不得請求其撤銷。

第八二二條【因惡疾等之事由之結婚之撤銷請求權之消滅】

有該當第八一六條第二款規定事由之結婚，他方自知悉有其事由之日起經過六個月者，不得請求其撤銷。

第八二三條【因詐欺、脅迫之結婚之撤銷請求權之消滅】

因詐欺或脅迫之結婚，自知悉詐欺之日或脅迫終止之日起經過三個月者，不得請求其撤銷。

第八二四條【結婚撤銷之效力】

結婚之撤銷，不溯及既往。

第八二五條【結婚撤銷與損害賠償請求權】

第八〇六條之規定，於結婚之無效或撤銷之情形準用之。

第四節 結婚之效力

第一款 一般的效力

第八二六條【夫妻間之義務】

- ①夫妻應同居、互相扶養協助。但因正當理由一時不同居者，應互相容忍。
- ②夫妻同居之場所依夫妻之協議定之。但協議不成者，因當事人之請求由家庭法院定之。
- ③妻入籍夫家。但妻為本生家之戶主或戶主承繼人者，夫得入籍妻家。
- ④於前項但書之情形，夫妻間之子女繼母之姓與本，入籍母家。
 - *1990年修正前，第二項為「夫妻之同居，於夫之住所或居所為之」；第三項「戶主承繼人」為「戶主繼承人」。

第八二六條之二【成年擬制】

夫成年人結婚者，視為成年人。

*本條為1977年修正所新設。

第八二七條【夫妻間之家事代理權】

夫妻關於日常家事互有代理權。

對於前項之代理權所加之限制，不得對抗善意第三人。

第八二八條【夫妻間之契約之撤銷】

夫妻間之契約於婚姻中，夫妻之一方得隨時撤銷之。但不得侵害第三人之權利。

第二款 財產上之效力

第八二九條【夫妻財產之契約及其變更】

- ①夫妻於結婚成立前，關於其財產另無約定者，其財產關係依本款中，下列各條所定。
- ②夫妻於結婚成立前，關於其財產為約定者，於婚姻中不得變更之。但有正當理由者，得經法院之許可變更之。
- ③依前項之約定，夫妻之一方於管理他一方之財產時因管理不當危害其財產者，他一方得請求法院自行管理，其財產為夫妻共有者，得請求其分割。
- ④夫妻關於其財產另有約定者，結婚成立前非為其登記，不得以之對抗夫妻之承繼人或第三人。
- ⑤依第二項、第三項之規定或依約定變更管理人者，或分割共有財產者，非為其登記，不得以之對抗夫妻之承繼人或第三人。

第八三〇條【特有財產與歸屬不明財產】

- ①夫妻之一方結婚前所有之固有財產及婚姻存續中以自己名義取得之財產，為其特有財產。

②屬於夫妻之何方不明之財產，推定為夫妻共有。

* 第二項為 1977 年修正時所新設。

第八三一條【特有財產之管理等】

夫妻各自管理、使用、收益其特有財產。

第八三二條【家事債務之連帶責任】

夫妻之一方關於日常家事，與第三人為法律行為者，他一方對該債務負連帶責任。但預先對第三人明示不負他一方之責任者，不在此限。

第八三三條【生活費用】

夫妻共同生活之必要費用，當事人間無特別約定者，由夫妻共同負擔。

* 1990 年修正前，為「夫妻共同生活之必要費用，當事人間無特別約定者，由夫負擔之。」

第五節 離婚

第一款 協議上之離婚

第八三四條【協議上之離婚】

夫妻得依其協議而離婚。

第八三五條【禁治產人之協議上離婚】

第八〇八條第二項及第三項之規定，於禁治產人之協議上離婚準用之。

* 1990 年修正前，本條為「 未成年人得經父母或監護人之同意而離婚。父母中，一方不能行使同意權者，得經他一方之同意而離婚。 禁治產人得經監護人之同意而離婚。 於前二項情形，無父母或監護人者，或不能為同意者，得經親族會之同意而離婚。」

第八三六條【離婚之成立與申告之方式】

①協議上之離婚，經家庭法院之確認，以依戶籍法之所定為申告，生其效力。

②前項之申告，由當事人雙方及成年證人二人連署之書面為之。

* 協議上之離婚，應得家庭法院之確認，為 1977 年所新設。

第八三七條【離婚與子女之養育責任】

①當事人關於其子女之養育事項依協議定之。

②關於第一項養育事項無協議或不能協議者，家庭法院得因當事人之請求，參酌其

子女之年齡、父母之財產狀況及其他情事，定養育之必要事項，隨時變更其事項或為其他適當之處分。

③第二項之規定，於關於養育之事項外，不變更父母之權利義務。

* 1990年修正前，第一項為「當事人間，未協定關於其子女養育之事項者，其養育責任屬於父。」第二項為「關於前項之養育事項無協定或不能協定者，法院得因當事人之請求，參酌其子女之年齡、父母之財產狀況及其他情事，定養育之必要事項，隨時變更其事項或命為其他適當之處分。」

第八三七條之二【會面交往權】

①不直接養育子女之父母之一方，有會面交往權。

②家庭法院為子女之福利認為必要者，得因當事人之請求，限制、排除會面交往權。

* 本條為1990年修正時所新設。

第八三八條【因詐欺、脅迫之離婚之撤銷請求權】

因詐欺或脅迫而為離婚之意思表示者，得向家庭法院請求其撤銷。

* 1990年修正前，「家庭法院」為「法院」。

第八三九條【準用規定】

第八二三條之規定，於協議上之離婚準用之。

第八三九條之二【財產分割請求權】

①為協議上離婚之一方，得對他一方請求財產分割。

②關於第一項之財產分割協議不成或不能協議者，家庭法院因當事人之請求，參酌當事人雙方之協力所得之財產額及其他情事，定分割之數額及方法。

* 本條為1990年修正時所新設。

第二款 裁判上之離婚

第八四〇條【裁判上之離婚】

夫妻之一方於有下列各款之事由者，得向家庭法院請求離婚。

- 一 配偶有不貞之行爲者。
- 二 配偶以惡意遺棄他方者。
- 三 受配偶或其直系尊屬顯著不當之待遇者。
- 四 自己之直系尊屬受配偶顯著不當之待遇者。
- 五 配偶之生死已三年以上不明者。

六 有其他難以繼續婚姻之重大事由者。

* 1990年修正前，「家庭法院」為「法院」。

第八四一條【因不貞之離婚請求權之消滅】

前條第一款之事由，他方事前同意或事後宥恕者，或自知悉其事實之日起已經過六個月，自有其事由之日起已經過二年者，不得請求離婚。

第八四二條【因其他原因之離婚請求權之消滅】

第八四〇條第六款之事由，自他方知悉其事實之日起已經過六個月，自有其事由之日起已經過二年者，不得請求離婚。

第八四三條【準用規定】

第八〇六條、第八三七條、第八三七條之二及第八三九條之規定，於裁判上離婚之情形準用之。

* 1990年修正前，為「第八〇六條、第八三七條之規定，於裁判上之離婚準用之。」

四 韓國民法親族相續編の改正内容

筆者（計畫主持人）不諳韓文，本研究計畫，關於韓國民法，均參考有關之日文文獻資料。為充分掌握一九六〇年韓國民法施行後之發展尤其修正，筆者曾委託韓國國立釜山大學校法學研究所專任研究員金元泰博士以日文具體的予以整理，以供本研究計畫之參考。金博士為此特撰成〈韓國民法親族相續編の改正内容〉一文（A4 共 23 頁），寄給筆者，筆者詳加參閱，並納入本成果報告中。為簡省篇幅起見，僅載其題名，恕不載其原文。