

認真對待別居權

——別居訴訟的創生與《最高法院遷臺舊檔》中之實踐（一九一二～一九四九）

陳 韻 如**

要 目

壹、前 言

一、認真對待別居權：民國中國法律史的考察

二、從訴訟檔案深化別居權之考察：《最高法院遷臺舊檔》案件解析

DOI：10.3966/102398202020090162002

* 本文部分內容在撰寫的不同階段，曾發表於「東亞法繼承的歷史與課題」學術研討會（政治大學基礎法學中心，2019年5月10日）、「2019陳研究室夏季合宿研討會」（彰化紅絲線書店，2019年7月3日）、「法制史青年學者工作坊」（中央研究院歷史語言研究所，2019年10月18日）、「家事法裁判研究會」（臺北大學，2019年12月7日）與「台灣法律史學會2019年秋季研討會：從最高法院遷臺舊檔論民國中國法律經驗」（臺灣大學法律學院，2012年12月21日）。感謝評論人歐陽正、孫慧敏老師、多位匿名審查人以及諸多與會先進的寶貴建議與悉心指正。本文之撰寫亦有賴臺灣大學法律學院碩士生朱耿佑、郭岱純、曾維翎，及大學部助理吳宜芷、郭晴，進行資料搜集整理與編輯校訂。惟文中錯漏之責，仍由作者自負。最後，本研究受科技部「姦拐的多元法律傳統與現代性轉換：以淡新檔案、日治法院檔案與中華民國遷台舊檔為中心」（MOST 107-2410-H-002-254-MY2）計畫之補助，在此一併致謝。

** 臺灣大學法律學院助理教授，美國哈佛大學法學博士。

投稿日期：一〇八年九月十日；接受刊登日期：一〇九年一月二十七日

責任校對：蘇淑君

貳、積極別居權之創生與發展（一九一一～一九四九）：動態制度史	一、亂世之中的別居訴訟：黃佩貞 vs 李樹海案（一九四八～一九四九）個案分析
一、從同居義務到「不能同居之正當理由」的例外：男女平等大旗下的曖昧別居立法	二、認真對待別居權：遷臺舊檔別居訴訟整體分析
二、超前立法者的法官們：別居權的創造與充實	(一)法院視角：依法迅速保障女性別居權的法官們
三、依違於立法與司法之間：民法學者們對別居權的態度與詮釋	(二)當事人視角：積極為別居權奮鬥的民國女性們
參、認真對待別居權：遷臺舊檔案件的考察	肆、結語



元照出版提供 請勿公開散布

摘 要

既有研究咸認民國民法典賦予了人們種種權利。本文主張司法活動在別居權的創生與實踐發展中，扮演著超前與主導的角色。民法典與草案雖有其作用，但大理院與最高法院判例顯示早在民法典施行前法院已承認別居權。在民法典施行後，司法亦主導別居權的發展。遷臺舊檔更清楚顯現別居權發展乃建立在當事人由下而上、努力不懈的訴訟行動。原告皆為妻；法院大多判准丈夫納妾的妻子別居。妻子提起訴訟之動機，與其說是獲得分居自由，毋寧是藉此確立事實上別居具有正當理由並確保受扶養之法律權益；即便在政權動盪之際，法院不僅審理迅速，並且依法踐行言詞辯論、證據調查等程序。別居權在民國中國的認真實踐，賦予妻子在離婚以外的選擇，不僅一定程度改變當時婚姻中的權力分配，亦可作為思考目前別居立法改革的歷史參照。

關鍵詞：別居權、民國中國、法律改革、最高法院遷臺舊檔、家庭法、性別、檔案研究、訴訟、法律史、法律與社會、由下而上

壹、前言

一、認真對待別居權：民國中國法律史的考察

在 Duncan Kennedy 的法律全球化理論中，個人權利（individual rights）的法律概念是第一波法律全球化的核心特徵。權利語言與相關的法律意識（legal consciousness）以歐洲法體系為中心向世界擴散，成為此波全球化中法律論述與行動的架構。¹二十世紀初的中國民法發展也不例外。Margaret Kuo 對民國家庭法的分析指出，隨中華民國民法典（下稱「國民民法典」或「民法典」）的實施及中國現代法院系統的逐次建立，²婚姻事件涉訟者得以在新的法律機制中「採用」（adopt）國民民法典所引入的權利概念為工具，申訴她／他們在婚姻中的不滿，並獲取更多權力與掌控。此種新概念的工​​具與機制，也創造許多在傳統中國法未見的法律領域與訴訟。³延續上述討論脈絡，本文以別居制度為範疇，探討其作為權利的面向在民國中國時期（一九一二～一九四九）之中華民國法體系的創生、成長與實踐。⁴

¹ Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL* 23, 34 (David M. Trubek & Alvaro Santos eds., 2006).

² 關於20世紀以來至對日抗戰前中國司法制度之改革，可參見XIAOQUN XU, *TRIAL OF MODERNITY: JUDICIAL REFORM IN EARLY TWENTIETH-CENTURY CHINA 1901-1937* (2008); 歐陽正，民國初年的法制改革與司法獨立理念的實踐，*法制史研究*，1期，頁79-94，2000年12月。

³ MARGRET KUO, *INTOLERABLE CRUELTY: MARRIAGE, LAW, AND SOCIETY IN EARLY TWENTIETH-CENTURY CHINA* 6 (2012).

⁴ 本文絕大部分的史料與討論集中在1912年與1949年間，即從中華民國於1912年1月1日正式開國至政府遷臺為止。少數例外之一為對民國以前、1911年的大清民律草案之討論；另一為遷臺舊檔的521-1539案，其起迄為1949年至1952年。521-1539案最後由位在臺北的最高法院進行第三審判決，而判決日期為

須先說明，本文在此所採用的權利定義為近代法定義下、法律上的權利之概念，而非單純事實上的別居。⁵此外，為了在有限篇幅內與戰後的別居權變遷做出映照，並試圖勾勒中華民國法別居權的重要時刻，本文對民國時期別居權之考察進一步集中在所謂「積極別居權」（即，權利人得以主動提起別居訴訟）。相對地，對於所謂「消極別居權」（即，權利人僅得在「夫妻間請求同居」作為被告時，主張有「不能同居之正當理由」之抗辯）則僅在行文需要時論及。此種對於「別居權」的定義，與一般所指涉的法律上的權利，特別是民事法中所謂的「請求權」，而得以發動、控制與實踐

1952年12月16日。或許因訴狀上所載住所為湖南的夫妻兩造皆未撤退來臺灣，是以判決並未送達當事人。參見521-1539-01-0024、521-1539-01-0026、521-1539-01-0027。又，由於1912年至1949年間之斷代乃為中華民國（法）在中國之時期，是以本文使用「民國中國（法）」加以指涉。此用語亦與英文學術文獻將1912年至1949年間稱為「Republican China」之用語相對應。例如，《劍橋中國史》將1912年至1949年稱為Republican China時期，而將此期間再分為兩時期。即，前期的1912年至1928年與後期的1928年至1949年。英文法律史相關文獻，通常將前期稱為「Early Republic」。相關的法律體系則簡稱為「Early Republican Law」，而在民國後期（特別在民法典頒布後），則或稱為「GMD Law」。參見JOHN K. FAIRBANK ED., THE CAMBRIDGE HISTORY OF CHINA. VOL. 12, REPUBLICAN CHINA, 1912-1949, PART 1. (1983); KATHRYN BERNHARDT & PHILIP C. C. HUANG EDS., CIVIL LAW IN QING AND REPUBLICAN CHINA (1994). 中文法律史文獻上，亦有將1912年至1928年時期稱為「民初」或「民初北洋政府時期」，參見黃源盛編，大理院民事判例輯存 親屬編（上），頁3，2012年6月。

- 5 李紅英在對清代與民國時期的別居之考察中，雖認為清代僅有「事實別居」（相對於民國的「法律別居」），卻使用「事實上享有別居之權利」與「事實別居權利」等用語。相較之下，本文對於「權利」概念的使用較為限縮，除專指法律上之權利外，更限定為「積極請求權」，尚祈讀者留意。參見李紅英，從事實別居到法律別居：清代到民國時期夫妻別居的權利與義務，載：歷史社會法學：中國的實踐法史與法理，頁135，2014年10月。

整體具有實質內涵法律規範的過程，較為一致。⁶另外，如後所述，目前臺灣有參考外國立法例、以建立別居制度之立法倡議。相對之下，本論文乃聚焦、限縮於民國時期對於別居權相關討論與實踐。此時期對於別居權之概念、內容與範圍與目前之別居制度固有重疊之處，然不盡相同。此點亦請讀者留意。

民國中國的女性得以提起訴訟，並基於法律上的權利請求與夫別居可說是前所未見。清代中國，受虐或婚姻不諧之女性得以藉由回到娘家等方式，長住在夫家之外，從而有所事實上的別居。⁷然而，清代中國的丈夫此時也有可能至衙門控訴離家的妻子「背夫而逃」。⁸《大清律例》規定，被認為「背夫而逃」之妻除可能受杖刑與徒之刑，其夫更可要求官府將其「嫁賣」。⁹清代訴訟檔案

6 更多關於本文對權利的定義，參見JOHN OWEN HALEY, *AUTHORITY WITHOUT POWER* 20-21 (1991); 王泰升，日治時期的法律改革，頁307-309，1999年4月。

7 附帶說明的是，柳岳武認為民國時期的立法雖然並未對別居有所設計，然而各級法院仍會依照「鄉村社會生活習慣」，判令是否准許別居以及丈夫是否應該負擔妻子之生活費用。柳岳武，抗戰前十年國民政府別居案件審理研究，*史學月刊*，4期，頁73，2003年4月。此「鄉村社會生活習慣」是否早於民國時期前、於清代既已經存在，值得進一步考察。此外，1918年桂陽縣周顯廷與周鄭氏夫妻之別居扶養案件中，周鄭氏提出一份在先前清代曾就此案訴諸衙門公堂之「堂判」。根據這個民國案件之記載，此先前於清代衙門之堂判內容係地方官判令周顯廷按別居協議，給予周鄭氏每月銀三兩直至周鄭氏之子成年。這似乎意味清代法中，州縣官可能會以夫妻別居協議判令丈夫給付扶養費。參見著者不明，別居（貴陽甕安等縣習慣），*法律評論*，116期，頁18-19，1925年。

8 黃宗智，*法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較*，頁134，2007年1月。

9 「(三)若(夫無願離之情，)妻(輒)背夫在逃者，杖一百，從夫嫁賣；(其妻)因逃而(輒自)改嫁者，絞(監後)……」，薛允升著述，黃靜嘉編校，*讀例存疑重刊本*（第二冊），頁311-312，1970年；陳顧遠，*中國婚姻史*，頁243-244，1987年12月；陳惠馨，從法律面談中國婦女在家庭地位之變遷，載：*中國家庭及其倫理研討會論文集*，頁237，1998年4月。

中，存在著丈夫狀告衙門，請求官府追還被勾引、霸佔的妻子之案件類型。然而，此類案件中妻子往往只是因受夫家虐待等原因而長住娘家。¹⁰《淡新檔案》中，亦可看到丈夫或婆婆告官以請求官府追還被「姦拐」而逃跑的妻子。不過在此類案件中，妻子不一定有與外人通姦之行為，可能只是因為感情不睦等原因而離開夫家、長住娘家。¹¹如Margaret Kuo所述，當進入新的中華民國法體系後，基於對人身自由的尊重，丈夫再也不能如在清代中國法底下以國家力量為後盾而動用刑罰處罰或威脅逃家的妻子。就民法而言，夫妻同居為法律上的義務，是以夫妻之一方得訴請他方履行同居義務。然而，夫或妻亦不能以民事強制執行手段或其他方式，直接或間接地強制離家的他方回家。最後，與本論文最為相關的是，根據國民法典妻子不僅得訴請離婚，亦可在丈夫虐待或娶妾等情況選擇提起訴訟、訴請與丈夫維持婚姻關係但另行別居。¹²換言之，法律上的別居於民國時期誕生。

然而，相對於國民法典中清楚規範的離婚權，別居權在中華民國法體系的存在，無論是民國中國時期、甚至現今臺灣皆非理所當然。¹³本文主張，別居權在中華民國法體系的創生，與其說是立法

¹⁰ 參見李紅英，同註5，頁139-140。

¹¹ 更甚者，夫家往往因為與妻子／寡婦間的家產糾紛，而控告姦拐。陳韻如，《淡新檔案》中姦拐案件：法律傳統的重新檢討，臺灣史研究，25卷4期，頁21-73，2018年12月。

¹² Kuo, *supra* note 3, at 139-40, 155-56. 附帶說明的是，民法第1001條但書的別居（「但有不能同居之正當理由者，不在此限」），乃以不分夫妻、性別中立的文字加以規定。易言之，不論是妻子或丈夫都可以在有所謂「正當理由」的情況下訴請別居。

¹³ 如本文後之所述，別居權建立與運作數十年後，於1976年做出之大法官釋字第147號否定了積極別居權，從而目前臺灣實務通說認為民法第1001條但書僅為「別居抗辯」之根據，我國法並不承認積極別居訴權。

者經由制定民法典所創造或採用（adopt），不如說是法院在以權利為架構（或者更精確地說是以請求權為基礎）的法律體系運作下，面對涉訟者的婚姻糾紛（特別是其中女性的實際處境與需要）所逐漸創造、發展。如後所述，一九三一年施行的民法典親屬編，事實上並未如同當時許多外國立法例一樣設有明確正式的別居制度與別居權。然而，早在民法施行前，最早可追溯至一九一七年、最遲不晚於一九二九年，中華民國法院已發展出別居權（積極別居訴訟）；而在民法施行後，法院復以民法第1001條但書為依據，肯定別居權之存在並持續受理請求別居之訴訟，直至一九七六年為止。換言之，別居的「權利化」並非立法者等菁英所主導、由上而下的一次性事件。民法典之立法者並未明確引進當時已存在於德國與瑞士等國的別居制度。法院判決、司法解釋才是發展此項權利之主要場域。這也呼應了前述Duncan Kennedy所敘述的第一波法律全球化理論之描述：以權利為中心之意識與制度之建立並不必然以法典化或立法活動為媒介。¹⁴

從而，本文在第「貳」部分分析民法典與相關草案的典章變遷、民國時期大理院與最高法院之判決，並試圖以動態制度史的視角，¹⁵考察司法與立法交錯共構的過程中別居權內容逐漸充實而堆疊發展的軌跡。

¹⁴ Kennedy, *supra* note 1, at 25-28. 類似的情形例如臺灣離婚權的建立。日治時期離婚權的建立也同樣是藉由法院判決而非立法活動而達成。參見陳昭如，權利、法律改革與本土婦運——以臺灣離婚權的發展為例，政大法學評論，62期，頁25-74，1999年12月。

¹⁵ 邱澎生針對傳統中國司法制度的學術研究，提出側重靜態描寫的「典章制度史」、穿插實際案例與奏疏文字而更能反映司法實際操作與演化的「動態制度史」，此兩種研究風格之區別。邱澎生，「動態制度史」研究如何可能？——評介《明代中央司法審判制度》，明代研究通訊，6期，頁129-142，2003年12月。

二、從訴訟檔案深化別居權之考察：《最高法院遷臺舊檔》案件解析

若要討論別居權的實踐，對判決的分析不可或缺。法社會學關注法律條文及最高法院等的判例、判決所構造的種種規則（rules），如何且多大程度地能往下穿透（penetrate）、影響至人們的生活。¹⁶在民國中國，別居權如何在底層法院運作？各層級法院的法官，處理別居訴訟的態度與著重點為何？就當事人的行動策略之角度，特別是相對於離婚訴訟，什麼是別居訴訟的目的、成本與考量？什麼樣的當事人會提起別居訴訟？經由訴狀或參與言詞辯論，別居訴訟當事人表達出什麼樣的婚姻困境，又如何提出自身的主張？除了分析較為抽象、脫離具體脈絡的最高法院判例與其中法律見解外（本文「貳」），本文也試圖突破所謂「書本中的法律」（law in books），以「行動中的法律」（law in action）的視角，觀察別居權在訴訟中的具體實踐（本文「參」）與當時社會脈絡下的意義。¹⁷

為探查別居權之具體實踐，本文所仰賴的實證資料以《最高法院遷臺舊檔》（下稱「遷臺舊檔」）為主。此司法檔案於一九四九年隨中華民國政府遷臺時搬運來臺，係最高法院戰前所受理、不服第二審法院判決而上訴的民刑案件檔案及司法行政文書。文件類型包括：各審級判決原本、訴狀、言詞辯論紀錄與原始證據文書（如民案中的婚書、契約、當事人之土地清冊與刑案中的兇刀）等等。¹⁸

¹⁶ Marc Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95, 96-97, 103 (1974); Lawrence Friedman, *Legal Culture and Social Development*, 4 LAW & SOC'Y REV. 29, 43 (1969).

¹⁷ Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12, 36 (1910).

¹⁸ 這批資料搬運來臺後，一度曾由最高法院繼續審理其中未結之案件，但1955年初清查列冊後便封存於最高法院於木柵之檔案倉庫。2008年，臺灣學術界

所涉及的案件之地域範圍，主要為民國中國晚期國民政府控制區域（特別是湖南、江西、廣東、福建等地）的法律紛爭，但包括一九五〇年後在臺灣建立的最高法院於一九五五年封存前，此數年間在臺灣繼續審理的部分。

當前對於民初北洋政府大理院的判例／判決彙編¹⁹、或後續最高法院、高等與地方法院判例、判決與訴訟檔案²⁰，已有相當研究

重新發現此批檔案後，經過中央研究院臺灣史研究所、近代史研究所與臺灣大學法律學院等各研究機構合作，多數案件已完成修復、數位化掃描與詮釋欄位的著錄工作，但未有電子全文及全文檢索之功能。目前幾乎所有的民事案件（4,574案）及部分的刑事案件（1,246案），共近6,000件案件置於中央研究院臺灣史研究所「臺灣史檔案資源系統」。自2016年6月起，所有相關民事訴訟檔案全數開放使用。就檔案的整理使用狀況而言，開放之檔案文件已完成前述之著錄工作，但並未經全文電子化或檢索。從而，使用者須從判讀手寫毛筆楷書、甚至草書之字跡開始等「讀書識字」的基本功做起來分析解讀訴訟史料。參見王泰升，政府檔案的整編及學術上運用：一位臺灣法律史研究者的經驗談，國史館館刊，54期，頁177，2017年12月。中央研究院臺灣史研究所網頁：<http://tais.ith.sinica.edu.tw/sinicafrsFront/browsingLevel1.jsp?xmlId=0000276540>，最後瀏覽日：2019年5月5日。

19 關於以大理院為主軸的民國法研究，可參考黃源盛，民初大理院與裁判，2011年3月；盧靜儀，民初立嗣問題的法律與裁判，2004年12月；徐靜莉，民初女性權利變化研究——以大理院婚姻、繼承司法判解為中心，2010年5月；梁弘孟，論大理院判解中妾的地位——以財產關係為重心，國立中正大學法學集刊，55期，2017年4月；黃琴唐，民國初年親權法制的開展——以大理院的司法實踐為中心，政治大學法律系碩士論文，2008年7月。

20 關於使用民國時期地方法院訴訟檔案進行之研究，可參考黃宗智，同註8；白凱，中國的婦女與財產：1960-1949，2007年1月；里贊、劉昕杰等，民國基層社會糾紛及其裁斷：以新繁檔案為依據，2009年11月。前述Margret Kuo之專著以離婚、結婚、同居、分居等家事案件為軸，蒐集南京二檔案館中約共100個最高法院案件（頁18）；其於第7章討論別居權部分，所使用的訴訟檔案則有江蘇省檔案、北平地方政府檔案及南京第二檔案館中的最高法院檔案（集中在1937年至1948年雲南省由地方、高等到最高法院三層級的別居訴訟），為本文主要對話對象。參見Kuo, *supra* note 3, at 3, 159-74. 針對贍養費的討

成果累積。此外，中國各地亦開始整理民國時期地方司法檔案（例如浙江龍泉司法檔案、四川南部檔案、四川江津司法檔案與新繁檔案等）。然而，上述大理院或最高判例／判決彙編之價值與使用分析，通常著重於判決結果，以及較為抽象靜態、脫離具體脈絡的法律見解本身。²¹相較而言，遷臺舊檔之案件，包含同一案件從地方到最高法院的歷審過程文件，並且保存各審級的原始訴訟文件與證物。藉由對司法檔案的觀察，研究者得以更動態、更貼近具體脈絡地觀察訴訟進行的實態，並思考別居權的創造對社會脈絡的影響及其局限。例如，在本文所關心的別居訴訟中，可藉由遷臺舊檔觀察當事人的性別、社經背景、如何進行訴求（是否使用律師協助訴訟）、是否已事實上別居，以及各層級訴訟進行的時間與方式（例如是否進行言詞辯論）、法院如何進行證據調查、訴訟之金錢成本（如訴訟費用）、家庭生活費用／贍養費數額（及其與通貨膨脹之關係）等等，乃至更一般性的（法律）資訊流通、國家機器的運作等「行動中的法律」現象。本文作為第一批使用遷臺舊檔所進行之研究，有一定的創新與實驗價值。此外，本研究也希望能基於此，

論，則可參見郭貞娣（即Margret Kuo），配偶的經濟權利和義務：民國贍養案件中的婚姻概念（1930～1949），載：從訴訟檔案出發：中國的法律、社會與文化，2008年6月。專門針對別居的論文，除前述李紅英從清代到民國的分析（民國時代之分析集中於北京檔案館所藏之一審案件），另有柳岳武以判例與訴訟彙編為主要素材，分析1927年至1937年的別居案件，參見李紅英，同註5；以及柳岳武，同註7。

21 在此說明的是，本文所使用之大理院與最高法院判例，在2018年法院組織法修正生效、廢除判例、決議制度後，先前選編之判例若無裁判全文可資查考者，停止適用；仍有裁判全文可查者，其拘束力則與一般裁判相同。就早期之司法院解釋而言，大法官也於同年在司法院釋字第771號解釋表示，司法院之院字及院解字解釋，係司法院依當時法令，以最高司法機關地位就相關法令之統一解釋所發布之命令，並非由大法官依憲法所做成。在目前現行憲政體制下，法官於審判案件時，固可予以引用，但不受拘束。

與上述國內外研究者對話，並作為探索各種民國家庭法相關議題（例如離婚、同居之訴、婚姻無效）的出發點；並與同時期的日治臺灣、或其他地區的家庭法加以連結，²²作為納入法律與社會取徑的全球家庭法研究之一環。

就本文的架構，以下首先運用民國初年的立法草案資料、大理院與最高法院的司法機關之判例與解釋，勾勒出別居權在立法與司法交織中逐漸形成、發展的「造法」過程，並附加民國時期法學者對於別居權之態度與詮釋（本文「貳」）。而後，本文以一九四〇年代遷臺舊檔中的別居案件為中心，分別從單一別居案件的時序性描述（narrative）與整體別居案件的議題分析，藉此觀察從地方到中央不同審級的訴訟、法院對此類案件的審理，以及兩造當事人在打官司的過程中動用怎樣的資源、採取如何之敘事行動策略、獲得什麼樣的結果，思考「別居權」在當下時空脈絡中的意義（本文「參」）。

²² 日治臺灣法院及同時期的日本內地法院，皆不承認別居權與別居制度。關於日治時期家庭法，參見沈靜萍，多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法：從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造，2015年3月；Yun-Ru Chen, *Family Law and Politics in the Oriental Empire: Colonial Governance and Its Discourses in Japan-Ruled Taiwan (1895-1945)*, 14(1) NTU L. REV. 1 (2019); 關於當時日本法對於別居的態度，參見中川善之助，『日本親族法——昭和17年』，日本評論社228-229頁（1942年7月）。關於歐美等地別居制度的簡介，可參見MARY ANN GLENDON, *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE* 28-31, 170-98 (1996).

貳、積極別居權之創生與發展（一九一一～一九四九）：動態制度史

在分析遷臺舊檔的積極別居案件前，本文將分別從立法、司法、法學詮釋三個視角，分析自一九一一年始至一九四九年止別居權發展的軌跡。此部分之討論一方面作為本文「參」部分進行司法檔案分析的脈絡背景，另一方面則試圖提供一個立法與司法交織下別居權制度的動態發展圖像。

一、從同居義務到「不能同居之正當理由」的例外：男女平等大旗下的曖昧別居立法

從清末民法現代化的立法嘗試開始，直至被納入民法典為止，別居與別居權係在規範夫妻同居義務及其例外的過程中加以論證。最終，民國民法典（親屬編與繼承編部分於一九三〇年公布、一九三一年施行）雖以男女平等作為指導原則，卻並未參照外國立法例而引進完整的別居制度。別居權乃在肯定夫妻「同居」義務的大前提下，作為例外的「不能同居之正當理由」之方式存在。

一九一一年的大清民律草案（或稱第一民律草案）為第一個中國現代民法的草案，其中也包含第一個現代中國家庭法（即親屬編與繼承編）的草案。²³關於同居義務，民律草案第34條與第35條分別規定：「夫須使妻同居，妻負與夫之同居義務」、「關於同居之

²³ 關於清末、北洋政府期間法典的編纂乃至相關史料的介紹，可參見西英昭『近代中華民國法制的構築——習慣調查・法典編纂と中国法学』九州大學出版會11-50、145-196頁（2018年2月）。清現行律民事有效部分與婚姻相關內容，參見司法行政部編，中華民國民法制定史料彙編（下），頁23-29，1976年6月。

事務，由夫決定」。²⁴第35條的立法理由明言，若夫妻對於包括同居之地點各存意見，恐怕終無定議。是以，同居相關事務應由夫決定。立法者並說明，既然夫妻「同居之費用」由丈夫負擔，同居相關事務應由夫來決定，此乃事理之當然。換言之，大清民律草案可以說是中國現代民法規定中「從夫居」與「夫妻同居」之濫觴。²⁵妻從夫居之規定，固然延續傳統中國法男尊女卑的傳統，不過依據上述第34條規定，除了妻負有「與夫同居」之義務，丈夫亦有「使妻（與夫）同居」之義務。從而，丈夫不得遺棄妻子在外或將妻逐出不許進入家門。²⁶在此種同居義務的規定下，夫得以訴請妻「與夫同居」，而妻得以訴請夫「使妻同居」。有趣的是，第34條的立法理由隨即為丈夫的同居義務提供了例外：如果丈夫為正當之事外出，或者其力不能「攜妻同居」（如出仕、經商、遊學、遊歷等狀況），乃至為法律所禁阻者（如從軍、入監等），即不必同居。換言之，廣義別居的討論在現代中國法首度出現的脈絡，並非在於提供夫妻任一方拒絕與他方同居之正當理由，而是專門為丈夫的狀況設想，為丈夫所負之「使妻同居」的義務，提供例外免除的規定。

²⁴ 司法行政部編，中華民國民法制定史料彙編（上），頁857-858，1976年6月。附帶說明，先前大清現行刑律（1910）之「現行律民事部分」並沒有關於同居與別居的規定。

²⁵ 「從夫居」之規定由中華民國民法所沿用，直到1998年司法院大法官釋字第452號宣布違憲後，才加以廢除。更多關於同居義務之分析，參見韓欣芸，逃家·離家——同居義務的女性主義法律史考察，臺灣大學法律學院碩士論文，2014年6月。

²⁶ 大清民律草案第35條立法理由：「本條係規定同居事務，應由夫決定。蓋夫婦既須同居，則如指定住址、租賃房屋等項，均屬不能少之事。然或夫婦各存意見，彼是此非，終無定議。本條規定以一切裁制之權專與其夫。蓋同居之費用既歸夫負擔，則同居之事務議應歸夫裁決，揆諸事理，本應如是也。」參見司法行政部編，同註24，頁857-858。

一九一二年中華民國取代滿清在中國的統治，亦開啟中華民國法體制。一九一五年的民法親屬編草案與清末立法對於同居的規範內容相仿。在「從夫居」的架構下，草案第34條規定夫須「使妻同居」，而妻則需負「與夫同居」之義務。值得注意的是，對於「不能同居正當理由」之規定不僅在此版本被首度條文化（一九一一年大清民律草案僅在立法理由加以說明），且是以夫妻共通適用的表述方式（「但有正當理由不能同居時，不在此限。」）為之，而不限於前述大清民律草案中僅規定丈夫免除同居義務之情形。此外，此法案文字與目前中華民國民法第1001條但書（「但有不能同居之正當理由者，不在此限」）規定庶幾相同，可說是「不能同居之正當理由」條文化的開端。²⁷一九二五年民律第二次草案，對妻子權益的保障更加明顯。根據第66條，關於同居之事務由夫決定；但是妻子除得以陳述意見外，若「夫濫用職權，致妻受有汗辱或損害之虞者」，妻則無遵守同居事務之義務。²⁸

在行憲前訓政時期的政治體制下，中國國民黨（下稱「國民黨」）對男女平等原則的宣示，也對民法的起草有指導作用。²⁹國民黨在一九二五年第一次全國代表大會婦女運動決議案中，明白表示在法律、教育、經濟乃至社會上確認男女平等原則，「助進女權之發展」。³⁰隨後的一九二六年一月第二次全國代表大會婦女運動決議案，亦明白宣示在法律方面除了要「制定男女平等的法律」，並以結婚離婚自由之原則制定婚姻法，且要「保護被壓迫而逃婚的

²⁷ 民法親屬編草案第34條：「夫須使妻同居，妻負與夫同居之義務。但有正當理由不能同居時，不在此限。」參見司法行政部編，同註23，頁50。

²⁸ 司法行政部編，同註23，頁257。

²⁹ 關於中國國民黨所推動，以自由與平等為原則的家庭法乃至整個民法改革與立法，參見KUO, *supra* note 3, at 27-49.

³⁰ 司法行政部編，同註23，頁318。

婦女」等等。此處「逃婚」之婦女，除了有拒絕所謂「包辦婚姻」的未婚女性外，尚包括在婚姻中受壓迫而離家、出逃的婦女，可說是後來別居訴訟所欲保護之對象。³¹相應與此，國民政府法制局親屬法草案條文（一九二八）與立法院民法草案（一九三〇）參照德瑞立法例，³²不僅以「夫妻互負同居義務」法條文字表述取代先前「（妻）與夫同居」、「（夫）使妻同居」字樣，在拒絕同居的正當理由之但書規定文字，也同樣採用更性別中性（gender-neutral）的表述方式，^{33、34}並成為一九三一年施行的中華民國民法親屬編第1001條條文。

不過，民法典雖有上述第1001條文字論及夫妻同居義務與例外，但對於中華民國民法是否存在同居制度此一問題，卻未必有簡單清楚的答案。民法起草期間，獲法國巴黎第一大學法學博士學

元照出版提供 請勿公開散布

31 司法行政部編，同註23，頁317-319。根據柯慧鈴之研究，此處之「逃婚的婦女」不限於「逃避婚約」的女性，而包括受到婚姻壓迫而出逃、尋求離婚之婦女。婦女團體為保護受壓迫逃婚婦女，積極地列出離婚事件處理原則。柯慧鈴，以黨綱代三綱：婦女協會與訓政初期的性別政治，政治大學歷史學報，37期，頁90-91，2012年5月。

32 羅鼎，親屬法綱要，頁116-117，1946年12月。

33 法制局親屬法草案第30條：「夫妻互負同居之義務。但有正當理由不能同居者，不在此限。」參見司法行政部編，同註23，頁355。附帶一提的是，在法制局親屬法草案說明中，夫妻互負同居之義務，但因「求學、經商」等正當理由，遠適遐方，不能同居者，不在此限，參見司法行政部編，同註23，頁346。此處之不能同居正當理由與本文前述1911年民律草案立法理由中丈夫因為遊學、經商、從軍等理由相似，不過乃是以不限定丈夫、夫妻皆適用的形式平等中性字眼表達。

34 立法院民法草案第1002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，參見司法行政部編，同註23，頁606。附帶說明的是，在1930年立法院民法草案中關於夫妻同居義務相關條文為條號為第1002條，但在1931年施行的中華民國民法中編號為第1001條。

位，時任法學教授與外交總長王寵惠秘書的蘇希洵（一八九〇～一九七〇）曾於一九二三年為文介紹法國的別居制度，建議立法者在離婚制度之外並行採用別居制度以兩相調和、讓當事人自由選擇，並給予別居後夫妻和好如初的機會³⁵。不過，此建議並未被採納。如前所述，男女平等乃民法典的起草原則；對於受到婚姻壓迫而逃家之婦女，亦是全國代表大會婦女運動決議案中所欲保護的對象。然而，民法第1001條但書並無「別居」或「分居」字樣，也沒有如同民法典所直接參照的德國或瑞士等外國立法例一般，更具體地規定別居的要件、效力與期限等等。如後所述，民國中國法學研究者認為立法者在此方面傾向保守：由於立法者認為夫妻必須要同居，是以不願意採納外國立法例中的別居制度。亦有論者認為，民國民法典因為模仿日本，所以不採取別居制度。³⁶

但同時，雖然民法無「別居」或「分居」文字，立法者卻也承認夫妻同居在現實上可能有種種困難，是以在民法第1001條規定「夫妻互負同居義務」的本文後，附加但書「不能同居正當理由」的例外補救規定，留作後路。換言之，民法典立法過程中，未如同某些外國立法例一般採納別居制度，但是另一方面也基於第1001條但書，某程度地容許了別居制度。別居權並未被肯定，也並未被否定，在民法典中成為曖昧的存在。在本文後續對於司法實踐的討論中，可以看見這樣立法的曖昧存在，如何在（已承認別居權的）司法實務中，被加以運用與展開。最後附帶一提的是，雖並非本文主軸的時間範圍，別居權在司法活動實踐四十餘年後，做出於一九七

³⁵ 蘇希洵，離婚與別居，法律周刊，14期，頁1-3，1923年10月。

³⁶ 沈玉清，論別居制度，東方雜誌，44卷8號，頁38，1948年8月；鄭保華，我國民法應於離婚外明白設置別居制度議，法學雜誌，11卷1期，頁41-42，1939年11月。

六年司法院大法官釋字第147號基於立法論的觀點，否定了別居權的存在（詳後述）。

二、超前立法者的法官們：別居權的創造與充實

目前臺灣法學界在別居權的探討中，做出於一九三一年的最高法20年上字第1645號判例可說是肯定說的代表判例。該判例以雙重否定句的文字表示：「妻對於夫有同居之義務，苟非有不堪同居之事由，即不得訴請別居」。³⁷之後作出於一九三二年的21年司法院院字第770號解釋，³⁸延續上字第1645號判例見解，引用民法第1001條但書作為別居權的法律依據，並闡述「家庭生活費用」仍須由夫支付，並成為做出於一九七六年的司法院大法官釋字第147號以前，最常被實務與學說用來肯定別居權的司法解釋。不過值得提醒讀者的是，更早之前一九一七年的大理院6年上字第976號判例與一九二九年的最高法院18年上字第2129號判例，已承認別居訴權或妻子在別居請求時得以請求丈夫提供生活費（詳後述）。此二判例，事實上亦早於國民法典的施行。這意味著中華民國法院對於別居權的發展，領先於民法典親屬編之施行（一九三一年）。易言之，實施民法典（civil code）之前的中華民國民法（civil law），

³⁷ 另外有最高法院27年上字第379號判例，參見最高法院判例編輯委員會編，最高法院判例要旨（上冊），頁490，1954年。另本號判例似已更名為「27年渝上字第379號判例」，可參照全國法規資料庫：<https://law.moj.gov.tw/LawClass/ExContent.aspx?ty=J&JC=A&JNO=379&JYEAR=27&JNUM=001&JCASE=%E6%B8%9D%E4%B8%8A>，最後瀏覽日：2020年9月5日。

³⁸ 其內容為：在夫納妾之情形，妻有不跟夫同居之正當理由，得請求別居，且「妻別居後之生活費用即家庭生活費用。若妻無財產或有財產而無民法第一千零二十六條、第一千零三十七條、第一千零四十七條第二項、第一千零四十八條之情形。均應由夫支付之。倘按時支付而有窒礙時。妻得就夫之財產收益中請求指定其一部以充支付」。

已經有了別居權的存在。³⁹

的確，在民國民法典實施之前，民法各草案內容對於法院的法律解釋有所影響。⁴⁰二十世紀早期荷蘭漢學者Marius Hendrikus van der Valk認為，大理院之決定確實呼應當時第一民律草案的條文與原則。不過，Van der Valk認為相對於較為保守的草案起草者，大理院對於中國民法現代化的發展扮演了更加重要的角色。⁴¹從本文所探討的別居權之發展軌跡，也可以看到類似的現象。從後述判決內容的分析、對照民法草案，可以發現與較為保守、簡略的草案內容相比，不論是時間先後或實質規範，法院對於別居權的開創及權利內容、程序規定的充實，都處於領先與主導的位置。這樣的情形，在民法典實施後亦然。

就本文筆者目力所及，中華民國法體系裡最早提及「分居」一詞之司法有權解釋，為做於一九一四年的大理院3年上字第460號判例：「別居與離異係屬兩事，別居者，事實上夫婦不同居，而婚姻之關係依然存續，與離異消滅婚姻關係不同。」不過，此號判例著重於說明離婚與（事實上）別居不同，強調夫妻縱然事實上未共同居住，仍有婚姻關係。簡言之，本號判例主要是強調別居不影響婚姻之效力，但尚未直接觸及得以主張別居之法律上理由，乃至其他效力。⁴²二年後的大理院5年上字第1107號判決雖未論及別居，然

³⁹ 蓋，（廣義）民法或民事法（civil law）的存在，並不以民法典為前提。關於民國民法典頒布施行前民法的法源，可參見黃源盛，民刑分立之後——民初大理院民事審判法源諸問題，政大法學評論，98期，頁45-48，2007年8月。

⁴⁰ 同前註，頁45-48。

⁴¹ MARIUS HENDRIKUS VAN DER VALK, AN OUTLINE OF MODERN CHINESE FAMILY LAW 28-33 (1939).

⁴² 關於大理院3年上字第460號判例要旨與判例全文，參見黃源盛編，大理院民事判例輯存 親屬編（下），頁627、621-627，2012年6月。類似見解另參見之後最高法院19年上字第13號判例「別居與離異係屬二事，別居者事實上夫

在判例要旨所解明的夫婦間「養贍義務」，⁴³在後續別居判決中則曾被追溯式地引用、作為別居時夫仍須盡扶養義務之依據。⁴⁴簡言之，此兩號判決／例子雖與別居及丈夫的生活費支付義務有關，或許亦可理解為別居權出現前、尚在萌芽階段時，法院涉及別居之見解。此外，一九一七年貴州高審判廳在審理居住於甕安縣的孫雲雀與孫阮氏夫妻間扶養費案中，承認別居協議以及妻子據此協議而生的扶養費請求。⁴⁵

第一個直接論述別居權之判決，應為做於一九一七年大理院6年上字第976號判例。該判例主張：「夫妻住所雖應由夫決定，則夫妻既有同居之權利義務，苟未經認為有正當理由准其離異或與夫別居，則妻之住居固不必與夫之妾同處，苟為夫之住所，即不得拒絕與妻同居。」⁴⁶若從反面推論可得出，如果妻子有正當理由（例如丈夫納妾），法院可准其與夫別居。在此必須說明的是，首先由本號判例的判例要旨（無判決全文）觀之，所處理的為丈夫納妾後攜回家中所牽涉之兩個問題：其一，妻子得否以據此拒絕與丈夫同居；其二，若妻子仍願意住在丈夫之住所，丈夫得否拒絕與妻同

妻不同居，而婚姻關係依然存續，與離異之消滅婚姻關係者不同」。趙鳳喈認為雖然中華民國民法條文中無別居制度，但大理院3年上字第460號判例「承認」中華民國民法有別居制度，參見趙鳳喈，民法親屬編，頁108，1947年7月。在此再次說明，民法（civil law）並不以民法典（civil code）為要件，在民國民法典施行之前，其法源包括大理院判決等。是以在民法典施行前，檢討中華民國民法中是否承認別居制度，仍有其意義。

⁴³ 同前註，頁1159。

⁴⁴ 例如，遷臺舊檔521-1918案。最高法院21年上字第111號判例雖未明文引用大理院5年上字第1107號判決，但在判例要旨中論述別居後夫應給付生活費時，亦使用「養贍」之字眼。

⁴⁵ 參見著者不明，同註7，頁18-19。

⁴⁶ 黃源盛編，同註4，頁557。

居。針對本文所聚焦的第一個問題，大理院以反面表述的方式表示，妻子雖然有隨夫居之義務，但若有正當理由（例如此處的丈夫攜妾回家同住），妻子便不必住在丈夫所主持的住所與妾相處。此外，大理院在此雖未直接使用「訴請別居」等文字，然本文認就文義而言，可解為大理院認妻子有正當理由提起別居之訴時，法院得以「准其」別居、肯定妻子得以主動向法院請求與夫別居之依據。Van der Valk亦認為大理院在此案中表明妻子具正當理由時，有權（entitled）擁有分開的住所。⁴⁷大理院6年上字第976號判例的見解與後續最高法院判例見解有相承之處，而具有開創性的地位。

值得注意的是，雖然民法典尚未施行，但大理院6年上字第976號判例應參考了民法諸草案。此號判例中「正當理由」之用語，呼應了前述一九一一年大清民律草案立法理由中有「正當理由」不能攜妻同居，以及一九一五年民法親屬編草案中「有正當理由不能同居」之文字。從而，我們可以觀察到大理院判決／判例受到立法草案之影響。不過，相對一九一一年草案偏重於夫的不能同居之正當理由，以及一九一五年草案不區分夫妻、性別中性的「有正當理由不能同居」之法條文字，大理院6年上字第976號判例則強調「妻」在有正當理由時，有權不與「夫」同居，顯現法官在面對具體案件之際，保護在婚姻中處於弱勢的妻子之傾向。此外，以「丈夫納妾」作為不能同居之正當理由並允許妻子得以在保持正妻身分下不必與夫與妾同住此法院見解，亦以此號判例為濫觴。⁴⁸

⁴⁷ VAN DER VALK, *supra* note 41, at 91.

⁴⁸ 後續以丈夫納妾作為不能同居之正當理由者，例如：21年司法院院字第770號解釋（內容後詳）、最高法院23年上字第1061號判例（「民法上已不認妾之身分，納妾未經妻明示或默示之同意者，如使妾與妻同居一家，自應認妻有民法第一千零零一條但書所稱不能同居之正當理由。」）與最高法院41年臺上字第921號判例（「妻無不能同居之正當理由而拒絕同居者，固不得向其夫

一九一八年大理院7年上字第863號判例與一九二〇年大理院9年上字第201號判例進一步具體化所謂不能同居之「正當理由」。在大理院7年上字第863號判例中，大理院認為妻雖以夫之住所為住所，然若夫四處流浪並無住所者，妻自得獨立設定住所，丈夫不得藉口同居義務，強其妻隨同遊浪。⁴⁹大理院9年上字第201號判例則肯認夫妻在有「不堪同居之事實」且「相對人同意」的狀況下，得以別居。⁵⁰此二號判例顯示，肯認夫妻不能同居之理由之部分，大理院受到上述立法草案的影響。然而，大理院有時也會創造了立法草案未見的規範內容。例如，上述大理院9年上字第201號判例容許夫妻協議別居，並加以保障此基於身分契約所產生之權利義務安排。這樣的別居契約不僅是當時的立法草案未見，也未出現在後來的相關草案或實際執行的立法條文中，卻為後續司法判決所延續。⁵¹

最高法院在一九二七年成立後，更進一步肯定、推展別居請求權與別居後丈夫對生活費的負擔。⁵²例如，最高法院17年上字第28號判例延續前述大理院9年上字第201號判例，肯認協議別居之見解，認為「夫妻間雖有同居之義務，但有不堪同居之事實，經雙方

請求別居時期之生活費用，惟民法上已不認妾之身分，納妾未經妻明示或默示之同意者，其妻因此請求別居，與別居時期之生活費用，自可認為正當」）。

⁴⁹ 黃源盛編，同註42，頁569。

⁵⁰ 黃源盛編，同註4，頁585。大理院9年私訴上字第59號判例亦認「夫婦一造，不能推定其對造將來或有虐待情形，而預先拒絕同居」，參見郭衛編，大理院判決例全書，頁229，1931年10月。

⁵¹ 後續肯定協議別居的見解，例如：最高法院17年上字第28號判例「夫妻間雖有同居之義務，但有不堪同居之事實，經雙方同意分別居住，亦非法所不許。」事實上，當時的日本法亦允許「暫時性」的協議別居，參見中川善之助，同註22，228-229頁。

⁵² 國民政府制定於1930年（民國19年）12月26日制定公布親屬與繼承編，並自1931年（民國20年）5月5日開始施行。

同意分別居住，亦非法所不許」。更加重要的法院見解則是最高法院18年上字第2129號判例，直接表示妻如果有遭受不堪同居之虐待或其他正當理由，即得「請求給養分居」。即便前述大理院6年上字第976號判例是否承認別居訴權有些微討論空間，但做出於一九二九年的最高法院18年上字第2129號判例毫無疑義地承認了妻子的積極別居權。也就是說，中華民國法體系最遲於一九二九年，正式承認了別居請求權。⁵³此外，最高法院也首度於該判例中表示，妻子在請求別居時且得以請求丈夫提供生活費（「給養」），並為後續判決所延續。⁵⁴總結而言，民國民法典存在以前，中華民國民事法中已存有別居權。即便在民法典（與民事訴訟法）缺乏明確的別居權之規定與相關訴訟之設計，仍未能阻礙法院審理相關案件。⁵⁵

後續判決與判例，復逐步充實有關別居之訴權與扶養之安排。

53 附帶一提，在湖南長沙的師慶生與師宋氏為離婚及扶養涉訟一案中（年代不明，但根據上訴狀，地方法院判決應為1917年與1920年之間），師慶生原本訴請與妻子離婚，但長沙地方審判廳否定離婚請求，反而判令師慶生每年給付師宋氏20石。柳岳武認為長沙地方法院同意女方之別居請求，並判給扶養費。本文則認為本案相關資訊，尚不足以確定女方是否有主動提出別居請求或訴訟（反訴），故暫時採取較為保留之態度。參見凌善清編，全國律師民刑訴狀彙編已編（民事訴訟 家屬），1923年。柳岳武，同註7，頁72。

54 後續關於別居後（妻子）請求生活費的法院見解，例如：21年司法院院字第770號解釋（內容後詳）、最高法院21年上字第2580號判例（夫妻間有正當理由得請求別居；別居後家庭生活費用原則由夫支付，並就實際需要與夫之能力定之）、最高法院23年上字第1601號判例（民法施行後夫納妾為通姦，倘使妻子並未明認或默認，則屬於民法第1001條但書之「正當理由」，而得以請求別居並請求生活費用）、最高法院27年上字第279號判例（妻有不堪同居之理由拒絕同居，則可請求丈夫負擔家庭生活費用），最高法院41年臺上字第921號判例（妻無不能同居之正當理由而拒絕同居者，固不得向其夫請求別居時期之生活費用，惟民法上已不認妾之身分，納妾未經妻明示或默示之同意者，其妻因此請求別居，與別居時期之生活費用，自可認為正當）。

55 相同見解，參見柳岳武，同註7，頁73。

例如，一九二九年的最高法院18年上字第2641號判例將妻受「夫之家屬虐待」作為別居之正當理由。⁵⁶一九三一年的20年上字第1645號判例則再次肯定妻的別居訴權，認為妻在有「不堪同居」之事由時，可「訴請別居」。與此相類，最高法院21年上字第111號判例亦表示，在夫妻離異以前，妻以不堪同居為理由請求別居及暫時生活費，基於丈夫對其妻「依法」應盡「養贍」之義務，應予肯認。值得注意的是，最高法院在21年上字第111號判例中之理由認為本件別居之訴事件發生在民法親屬編施行以前，是以原審法院直接援用親屬編第1001條但書判決固有不合之處，然最高法院重申夫妻有不堪同居之情形時，一方請求別居「自非無法律上理由」，並認為離異前丈夫「依法」仍應該負擔「養贍」義務，而維持原判決。⁵⁷此判決理由也佐證了積極別居權早於民法之施行，乃為司法解釋活動所創造。

一九三一年五月五日民法親屬編施行。如前所述，早在民法施行以前，中華民國法體系經由大理院與最高法院判決，已經發展出別居訴權、別居後家庭生活費用、扶養費等請求權。相對地，民法條文中未有「別居」或「分居」文字，亦未設有完整的別居制度，也未明文規範協議別居。然民法施行後，第1001條本文與但書成為後續司法判決論述積極別居權之新依據，而民法甫施行後的21年司法院院字第770號解釋則為適例。⁵⁸此號解釋興許是學說與實務積極別居權最常被引用之實務見解，亦同時是司法院大法官釋字第147號解釋之對象，是以謹將全文提供如下：

⁵⁶ 之後最高法院29年上字第254號判例延續此一見解，認為「妻因不堪其姑之虐待回母家居住，而其與夫同居必將受姑虐待之情狀現尚存在者」，有不能同居之正當理由。

⁵⁷ 司法院公報，4號，頁13-14，1932年。

⁵⁸ 解釋日期為1932年6月10日。

民法親屬編無妾之規定，至民法親屬編施行後，自不得更以納妾為締結契約之目的，如有類此行為，即屬與人通姦，其妻自得依民法第一千零五十二條第二款請求離婚，如妻不為離婚之請求，僅請別居，自可認為民法第一千零一條但書所稱之正當理由。惟在民法親屬編施行前業經成立之納妾契約，或在該編施行後得妻之明認或默認而為納妾之行為，其妻即不得據為離婚之請求，但因此而有不能同居之正當理由，仍得請求別居。至妻別居後之生活費用即家庭生活費用，若妻無財產或有財產而無民法第一千零二十六條、第一千零三十七條、第一千零四十七條第二項、第一千零四十八條之情形，均應由夫支付之，倘按時支付而有窒礙時，妻得就夫之財產收益中請求指定其一部以充支付。

承前所述，21年司法院院字第770號解釋並非第一個論述別居訴權與別居後生活費用之判決，也並非第一個以丈夫納妾作為別居之「不能同居之正當理由」的司法解釋。然而，本號解釋卻是本文目力所及，首度引用民法第1001條但書與第1026條作為上述請求的基礎之法案見解。如果說之前的法院見解受到各立法草案之影響，那麼院字第770號則得以直接明白地引用第1001條但書之「不能同居之正當理由」，作為積極別居權之基礎，認為在民法親屬編施行之後若丈夫納妾，妻子即可請求離婚或別居；就算丈夫納妾時得到妻子明示或默示同意，或者丈夫納妾之時點在親屬編施行之前，在此兩種情形下，妻子雖然不能請求離婚，但得以「請求別居」。此外，院字第770號也進一步地發展妻別居後之生活費之負擔：妻別居之後的生活費，仍適用親屬編中夫妻財產制中的「家庭生活費用」，除非丈夫無支付能力或者有不足負擔之部分，原則上由丈夫負擔。

緊接在21年司法院院字第770號解釋之後，最高法院在一九三二年至一九三八年間做出數個判例／決，將民法第1001條作為「參考法條」或者將其直接引用，肯定或進一步闡明積極別居權之相關見解，其中包括：最高法院21年上字第2580號判例（夫妻間有正當理由得請求別居；別居後家庭生活費用原則由夫支付，並就實際需要與夫之能力定之）、⁵⁹最高法院23年上字第1601號判例（民法施行後夫納妾為通姦，倘使妻子並未明認或默認，則屬於民法第1001條但書之「正當理由」，而得以請求別居並請求生活費用）⁶⁰以及最高法院27年上字第279號判例（妻有不堪同居之理由拒絕同居，則可請求丈夫負擔家庭生活費用）。⁶¹

我們可以觀察到，司法活動就別居權之發展扮演了重要的角色，甚至可以說是創造了民法未有明文之權利，並在實質上賦予婚姻中的女性更多的保障與權力。在民法施行之前，判例、判決或者司法院解釋等當時之有權解釋，陸續發展出別居協議（大理院9年上字第201號）、消極別居權／拒絕同居抗辯（大理院6年上字第976號），甚至是積極別居權（大理院6年上字第976號、最高法院18年上字第2129號判例）以及別居後（妻子）生活費用之負擔（最高法院18年上字第2129號判例）等。雖然一九三一年施行的民法，相較於承認永久／終身別居的義大利、西班牙、奧地利或者有期別

⁵⁹ 判決日期為1932年10月20日。參見司法院公報，70號，頁9-10，1933年。

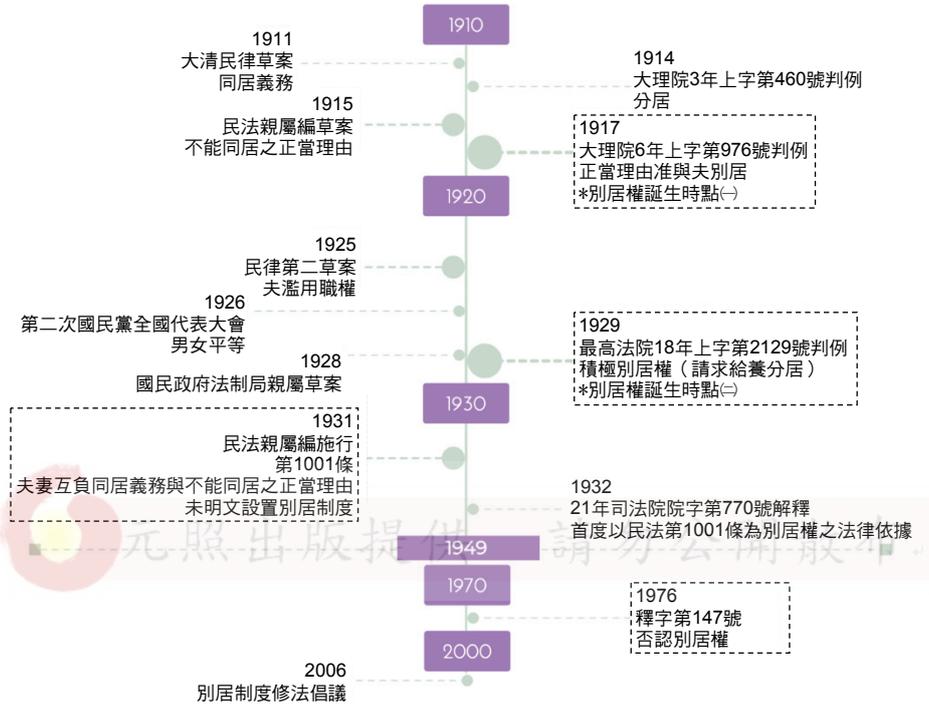
⁶⁰ 司法公報，48號，頁31-32，1935年。

⁶¹ 「以法定財產制為夫妻財產制者，家庭生活費用如夫有支付能力雖應由夫負擔，但妻無不能同居之正當理由拒絕同居者，不得向其夫請求支付別居時期之生活費用」（判決書之內容，非判例文字）「被上訴人之因不堪與其姑為共同生活，而拒絕與上訴人同居，即不能謂為無正當理由，而被上訴人在離家以後，因維持生活致負有債務，以及此後之生活費用，上訴人自亦不能不負代償及支付之責。」最高法院編，最高法院判例全文彙編：中華民國二十年至三十八年，頁363-364，2016年10月。

居的德國、瑞士等，未有明文承認別居，然而21年司法院院字第770號解釋以及前述的相關判例，則以民法第1001條但書作為別居權之基礎，並且正面地論述了請求別居的「正當理由」，或者別居後妻對夫生活費之請求權。

經過分析大理院與最高法院的解釋與判例，我們可以發現法官們受到身分法立法草案中性別平等的整體精神，或者更一般性的民國時期男女平權思潮的影響，而發展出甚至超越在別居規範相對保守、簡略的民法草案與民法條文的內容，實體化、性別化了別居權的內容。早在民法典施行前，民國法院便已承認民法中的別居權。民法典的立法（含草案）雖然亦扮演一定角色，法院對於別居權的創造以及權利的實體內容與程序規定的充實，都處於領先與主導的位置。

在本文後述對於遷臺舊檔的分析中，可以從更原始的訴訟檔案素材中，觀察大理院與最高法院的見解以及民法條文，如何在具體案件中拓展了婦女利用訴訟爭取權利與權力的空間。同時，也可見別居權如何在女性當事人積極提訴、法院正面依法審理的過程中，被加以認真實踐。



(吳宜芷製圖)

圖一 別居權之發展：1911年至今

三、依違於立法與司法之間：民法學者們對別居權的態度與詮釋

除了立法者與司法者，民國中國的法學者們對於民國別居制度又有如何的想法，並發揮了如何的影響？當時否定說代表之一的羅鼎，曾留學於日本東京大學，並於一九二八年參與民法典起草（一八八七～一九七九）。在擔任立法委員期間，羅鼎於一九四六年所出版的《親屬法綱要》中表示，中華民國民法與當時諸如義大利、奧地利、德國、瑞士、法國等地不同，並未承認別居制度。羅鼎的

反對意見並無太多實質上贊成或反對別居的說理，而主要立基於對立法者決定的說明。不過有趣的是，由於最高法院判例對於別居權採取肯定態度，羅鼎在同書中也承認最高法院判例似乎亦採取別居之訴，認為基於民法第1001條但書主張之「不同居之訴……實際上即不外別居之訴之異名」；此外，羅鼎認為21年司法院院字第770號解釋說明當婚姻關係存續，縱使夫妻一方不肯同居亦不容他方以違背同居義務為理由而免除扶養之義務，從而肯認別居時之夫妻扶養義務存續。不過，相對於其他學者對別居制度的發展保持正面或至少開放的態度，羅鼎主張自「我國民法的精神」而言，夫妻「暫時別居雖非法所不允」，但難認法院有「命為永久別居以代替離婚」之權限。需特別點出的是，雖然羅鼎看似承認民法中有別居訴權，卻不無矛盾地在同書中強調民法第1001條但書僅止於「暫時的免除夫妻間之同居義務」，且僅限於在夫妻一方提起同居之訴時，他方得以據此而為「拒絕同居之抗辯」。⁶²而就最終而言，羅鼎將第1001條但書解釋為消極的抗辯權，概不承認民國法中存在積極的別居訴權。

著名的民國親屬法學者、留學法國的趙鳳喈（一八九六～一九六九）與羅鼎類似，對別居制度抱持較為否定的態度。在寫於一九四二年對日抗戰於西南聯大教授法律期間、影響甚廣的《民法親屬編》中，⁶³趙鳳喈認為別居制度的運作，將產生「有室之鰥夫」與「有家之寡婦」，兩者皆不得與第三人結婚，從而使得「社會中之曠夫怨女逐漸增多，而姦淫之風亦將大熾」。特別是「永久別居制」將使個人與社會交蒙其害，弊病更深。相較之下，離婚制使男

⁶² 羅鼎，同註32，頁123、157-159。

⁶³ 羅鼎，同註32，頁123、157-159。本文所引用書目為1946年出版，然在自序中顯現原書是寫於1942年的雲南。

女有婚嫁之自由，可以「相安無異」。趙鳳喈認為，現代國家中如採禁止離婚者（例如義大利）固然採永久別居制以取代離婚，就算是許可離婚之諸國（例如英、美、法、瑞士等國），亦多兼採別居制以作調劑，但「我國以前律例無關別居之規定，現民法在原則上亦未採此制，或以其害多利少之故」。有趣的是，趙鳳喈同時表示大理院判例（3年上字第460號）、司法院解釋（21年院字第770號）「似承認」別居制。他復加引用了最高法院判例（21年上字第111號）說明妻請求別居時，夫負擔養贍義務。基於司法實踐的發展，趙鳳喈對別居的發展，似乎採取比羅鼎稍為開放的態度。他認為「別居制度將來或因社會之需要而與離婚制度並行不悖，互相調和，亦未可知」。⁶⁴

相較出生於十九世紀末的羅鼎與趙鳳喈，生於二十世紀初、曾就讀東吳法學院、翻譯多國法學名著的法學者鄭保華（一九〇五～一九五二），對於別居制度採取正面的態度，並於一九三九年為文主張我國應於離婚之外「明白設置別居制度」。不過，鄭保華雖然在立法論上支持別居制度，然而在對於現行法的解釋論上，與前述反對別居制度的羅鼎、趙鳳喈等法學者非截然二分，而毋寧是彼此共通的。鄭保華認為，中華民國民法雖未明文承認別居制度，但是某程度地仍認許別居制度。據他理解，民法典之立法者雖不贊成別居，然其「規定仍不能徹底」。鄭保華主張這樣的制度設計原因在於，立法者雖知夫妻「定須同居」，但事實上可能會有種種困難，最終在第1001條夫妻同居之原則設有但書之「例外補救」規定。鄭保華從比較法的觀點，分析中華民國民法中的別居制度，主張其一方面與之英、美、法、德、瑞士等在離婚制度以外「兼認別居制度」之法律不同，另一方面亦與「不兼認別居制度」之日本法相

⁶⁴ 趙鳳喈，同註42，頁108。

異，而是一特別的、另類的制度設計。據其觀察，學者均主張我國法不採取別居制度，但若從民法第1001條但書以觀，「吾國法律實已在某種限度內認許別居制度，焉得復稱其為不採別居制度乎？」只是民法典的制度設計，使得別居制度的存在相當曖昧。鄭保華論道，若說我國採別居制度，然我國法對於別居制度規定極少而難以遵循。若說我國法不採別居制度，但一方面不贊成別居的立法者仍設有例外規定，另一方面21年司法院院字第770號解釋亦承認別居之請求。鄭保華主張，既然法律不能徹底否認別居，不如明文規定別居之要件（例如明定別居之「正當理由」與期限）使當事人得以遵守。⁶⁵

除卻上述對當時現行法律與裁判的實定法分析外，鄭保華羅列政策論的各種理由，倡議在民法設置更完整的別居制度，例如：避免婚姻雙方在衝突中意氣用事而離婚、給予有過失當事人改過和好如初之機會、與對於子女監護扶養較為彈性、對子女福祉較為有利等。此外，鄭保華也表現對當時婦女困境一定程度的理解與同情。例如，就社會與心理層次而言，鄭保華指出中國習俗對離婚感到不齒，報章媒體亦對當事人多所渲染誹笑。不只男子離婚後受人指摘，女子更深受痛苦。若能提供別居制度（甚至立法禁止開放此類訴訟之旁聽）作為離婚之外的選項，或可使得當事人少受非議。就經濟面向而言，鄭保華認為由於「中國女子教育尚未普及」，離婚後難以獨立謀生，而一般女性不易或不願再婚。在這樣的情況中，除非女性有所謂的「固有財產」或娘家富裕，否則恐怕難以維持生活。此外，民法雖在第1056條與第1057條設有判決離婚後損害賠償與贍養費之規定，兩願離婚時夫妻亦可協議處理相關問題，然女性仍常因恐懼而不能獲得相當之賠償或贍養費，以致於不敢離婚。對一般受薪階級、家無恆產的男性而言，也往往因恐懼一次給付大筆

⁶⁵ 鄭保華，同註36，頁42-43。

賠償或贍養費而怯於離婚。蓋離婚雖然得以在判決或協議時，判定或約定由男性分期給付賠償或贍養費，但女子通常希望得到較能確保生計的一次性給付。在此僵局下，婚姻貌合神離，徒有其名而無其實，對家庭與子女教養皆不利。甚至在怨恨交集下，可能衍生自殺或逃亡之後果。綜上所述，鄭保華倡議在民法中設置別居制度。在此制度下，法院得以依法宣示別居作為離婚之緩衝，且男性仍得按月對別居之妻子負擔扶養義務。⁶⁶

法學者基於本身對法律與社會的認識及自身的意識形態，對別居制度秉持不同的態度。然而，法學者對於現行法的詮釋仍然立基於立法條文、判決等實證法。由於前述立法的妥協不備及司法的積極實踐，使得不論是贊成或反對別居制度的法學者，都同意民法典中未有明確的別居規定，且認為別居在民國民法中，是一個既非存在亦非不存在的曖昧制度。至少在民國中國時期，上述法學者的見解在當時別居案件實務而言，似乎沒有發揮太多的作用。⁶⁷不管是本文前述的民國中國之法院判例、解釋，或後述的遷臺舊檔案件，都依循著法條、判例／解釋，或甚至是當時的法律感情來處理個案，未見引用學者見解或其所介紹之外國立法例。就立法層面而言，民國學者請求正式化別居的倡議，亦僅止於研究論著之紙面。

參、認真對待別居權：遷臺舊檔案件的考察

如前所述，在立法活動與司法實務的交織運作下，別居權在民國中國被建立與漸次充實。然而，除了立法條文及大理院與最高法

⁶⁶ 鄭保華，同註36，頁44-50。

⁶⁷ 值得一提的是，雖然並非本文所欲處理的範圍，反對說的見解在三十多年後的臺灣、做出於1976年的大法官釋字第147號中被採納，從此成為現行實務判決的通說主流。

院的判例解釋外，別居權如何在較為貼近一般人民的訴訟中，被法官與當事人實踐？以下本文試圖以涵蓋地方法院一路至最高法院訴訟原始文件的遷臺舊檔，加以探究。

首先要向讀者說明，本文所使用之別居權案件（即主動提起訴訟請求別居之案件），乃經由爬梳遷臺舊檔4,574個民事案件得來，共有8個案件（參見下列表一、遷臺舊檔別居訴訟總表）⁶⁸。就地域分布而言，一審法院為湖南省、廣東省與廣西省各為3案、3案與2案。8案中，其中2案目前僅在目錄清單顯示案由、年代與承審法院之記載，而無相關掃描影像，是以本文主要針對有影像掃描檔之6案件加以分析。此6個別居案件時間分布在一九四六年至一九四九年，案件起始點最早的訴訟文件為一九四六年十月二十三日，⁶⁹最晚則為一九四九年四月二十七日。⁷⁰每案案卷資料不等，其中單案案件檔案中檔案影像（「影幅」）最少者為77件⁷¹，多數為100多件，最多為188件⁷²，6案卷共有700多筆檔案影像可供解讀分析。所有案件皆上訴至位於南京之最高法院，但絕大多數案件都停留在第三審受理但未審決階段。因此，若單就判決結果而言，通常

68 在遷臺舊檔中，約有238個離婚案件及22個請求同居案件。離婚與「請求同居加別居」案件之比例，則約為9：1。雖然是大略而非完整的資料，且對應之審判層級亦不同，但可以稍微參照說明的是1936年最高法院根據各層級法院報告之結案案件的統計。其中，全國離婚案件約有3,100件，而請求同居與別居案件一共約有750件，離婚與「請求同居加別居」案件之比例約為4.1：1。參見田奇、湯紅霞編，民國時期司法統計資料匯編（第18冊），頁551，2013年6月。李紅英統計北京市檔案館中的民國時代離婚、別居與同居案件，則發現各有1,168件、64件與379件。李紅英，同註5，頁152。

69 521-1539案。

70 521-0862案。

71 521-1918案。

72 521-0465案。

僅有第一審與第二審部分。⁷³在進行對所有別居案件的綜合討論之前，本文首先選定編號521-0862的「黃佩貞vs李樹海案」一案，依其時序討論、重構案件，以作為後續進一步分析「積極別居之訴」訴訟進程序與相關特色之基礎。

表一 遷臺舊檔別居訴訟總表

案卷號	案由	當事人	審判時間 西元年月	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-0465	請求別居暨給付生活費	舒謝氏vs舒明道、舒顧氏	1947.04～1947.12	湖南乾城縣司法處／湖南高等法院第一分院	被告納妾後對原告多有虐待，妾欲謀殺原告，被告並變賣原告衣被；被告主張原告與人通姦，請求與原告離婚並免給生活費。
	判決主文摘要（一審／二審） 被告給付原告生活費洋200萬元及衣被帳子／原判決廢棄。兩造准予別居。舒明道應給付舒謝氏生活費1,000萬元。舒謝氏第一審請求返還衣被帳子等件之訴及舒明道其餘之上訴則駁回。				
案卷號	案由	當事人	審判時間 西元年月	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-0862	請求別居及給付生活費用	黃佩貞vs李樹海	1948.05～1949.04	廣西賓陽地方法院／廣西高等法院邕寧分院	原告主張被告私自納妾並對其施加虐待，請求判准別居並支付生活費。
	判決主文摘要（一審／二審） 原告與被告准予別居。被告應3年一次支付生活費5,000萬元與原告／上訴駁回。第二審訴訟費用由上訴人負擔。				

⁷³ 唯一例外為521-1539案。本案經第三審判決，但檔案顯示判決結果並未送達當事人。

案卷號	案由	當事人	審判時間 西元年月	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-1230	給養別居	蕭友貞vs 羅劍嵐	1947.06～ 1948.04	湖南邵陽地 方法院／湖 南高等法院 第四分院	原告主張翁姑與丈夫 虐待遺棄，不願夫妻 同居義務，訴請同居 照准後原告施虐更 甚。請求判令別居並 給付生活費。
	判決主文摘要（一審／二審） 原告與被告准予別居。被告應本年8月起每年共同給付原告生活 費稻穀15石／上訴人羅劍嵐及被上訴人羅清池應於原判決令其 自民國36年8月起每年共同給付上訴人蕭友貞贍養費稻穀15石外 再按年給付稻穀5石。				
案卷號	案由	當事人	審判時間 西元年月	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-1539	別居	羅時蓮vs 楊平銀	1946.10～ 1952.12	湖南武岡縣 司法處／湖 南高等法院 第四分院	原告主張被告娶妾， 並時常毆打原告，後 又攜妾同居並將所有 家具搬取一空，故請 求別居。
	判決主文摘要（一審／二審） 原告與被告准予別居被告。每年應給付原告生活費稻穀20石／ 上訴駁回。				

案卷號	案由	當事人	審判時間 西元年月	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-1918	別居	陳愛瓊vs 彭德炳	1948.03~ 1948.11	廣東湛江地 方法院／廣 東高等法院 湛江分院	原告主張嫁予被告為妻，因三胎所生皆為女，遭被告毆打並被逐出家門，後由原告父母多次送原告回被告家均受拒絕，且被告又提起離婚之訴，可認於被告有不堪同居之事由。
	判決主文摘要（一審／二審）				
	准原告陳愛瓊與被告彭德炳別居被告並應給付原告陳愛瓊生活費2,000萬元。／原判決廢棄。被上訴人在第一審之訴駁回。				
案卷號	案由	當事人	審判時間 西元年月	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-2808	請求別居及給付贍養費一案	鄒黎氏vs 鄒秀銘	1947.09~ 1948.10	廣東賀縣地 方法院／廣 西高等法院 平樂分院	原告主張被告納妾並虐待原告，將原告毆打成傷，被告甚至寫離婚字並將原告驅逐。
	判決主文摘要（一審／二審）				
	准原告與被告別居在別居期間被告每年應給付原告贍養費稻米600斤、桐油100斤、茶油50斤／上訴駁回。				
案卷號	案由	當事人	一審案件 開始年代	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-5221	別居及贍養費	不明	1947	廣西桂平地 方法院	不明
	判決主文摘要（一審／二審）				
	不明				

案卷號	案由	當事人	一審案件 開始年代	承審機關 一審／二審	事實摘要
521-3467	請求給付 贍養租穀 及別居	不明	1947	廣東合浦地 方法院	不明
	判決主文摘要（一審／二審）				
	不明				

（製表：朱耿佑、吳宜芷）

一、亂世之中的別居訴訟：黃佩貞vs李樹海案（一九四八～一九四九）個案分析

以下僅就一九四八年至一九四九年間，由黃佩貞作為原告、其夫李樹海為被告的別居請求之案（遷臺舊檔521-0862）依時序重構，透過對案卷裡111頁影幅之文件檔案爬梳、解讀與分析，勾勒出兩造由廣西賓陽地方法院上訴至南京最高法院之經過。本文首先提供訴訟流程圖、案件動態發展的軸線，後解說其具體發展、個別事件爭點，並藉此說明「積極別居之訴」的訴訟進程序與相關特色。

表二 黃佩貞vs李樹海案（1948-1949）訴訟流程表⁷⁴

第一審 廣西賓陽地方法院民事庭
推事：孫樹勳；書記官：方琦；院長：屈兆熙；訴訟代理人：無
(1)5月20日 1948年 【訴狀】黃佩貞
(2)5月27日 【傳票】黃佩貞（6/5簽收）、李樹海（6/4簽收）

⁷⁴ 本表未將所有文件列出，僅挑選對案件進行有推進力之相關文件（例如：訴狀、判決、言詞辯論筆錄、送達證書等），不包括司法行政文件、各種規費收據及文件副本等。所列日期除另有註明，原則上以文件做成日期為準。

(3)6月8日	【訴狀】李樹海
(4)6月16日	【言詞辯論筆錄】黃佩貞、李樹海
(5)6月21日	【判決】（37年度訴字第91號）；【宣判筆錄】
(6)6月25日	【送達證書】黃佩貞（7/2簽收）、李樹海（7/1簽收）
(7)6月26日	【訴狀】李樹海
(8)7月1日	【送達證書】
(9)7月13日	【請求再議狀】李樹海
(10)7月21日	【賓陽地方法院院長批示】

第二審 廣西高等法院邕寧分院	
推事：龍炳麟、趙漢芳、莫季桐；書記官：朱聲鴻；院長：朱炳燿；	
訴訟代理人：無	
(11)8月31日	【（補充）上訴理由狀】李樹海
(12)9月7日	【民事裁定】
(13)9月24日	【補繳裁判費狀】李樹海
(14)10月8日	【傳票】黃佩貞（10.27簽收）、李樹海（10.28簽收）
(15)11月8日	【答辯狀】黃佩貞
(16)11月8日	【庭訊名單】黃佩貞、李樹海
(17)11月11日	【判決】（民37民事上字第769號）；【宣判筆錄】
(18)12月11日	【送達證書】李樹海
(19)12月19日	【送達證書】黃佩貞
(20)12月28日	【上訴狀】李樹海
(21)1月17日1949年	【民事裁定】補上訴費用
(22)2月5日	【訴狀】李樹海 補繳裁判費

第三審 南京最高法院 (23)4月27日 【封面】最高法院收件立案（卷宗）
--

一九四八年五月二十日，住在廣西省賓陽縣大仙鄉東黃村第8甲，現年35歲的黃佩貞，以自己具名且無訴訟代理人的狀況下，向賓陽縣地方法院遞出訴狀，⁷⁵預繳了78萬元左右的裁判費，請求判令與丈夫李樹海別居並請求李樹海給付6,000萬元（稻穀3,000斤）的生活費：⁷⁶

具訴人 黃佩貞年三十五歲住大仙鄉東黃村第八甲
 被訴人 李樹海 住芦墟鎮 靖安街 第六甲



元照出版提供 請勿公開散布

⁷⁵ 遷臺舊檔521-0862-03-0004。本文遷臺舊檔文件字句中的標點斷句，為本文作者所添加。在閱讀本案卷檔案時可發現，一審訴狀的原被告原稿字體不同，然在原被告的正式訴狀上字體為同一。另外，在本案二審卷宗中，存在「抄繕費」的「代用司法印紙聯單」，上面寫明「徵收項目：國幣金圓三分貳釐」、「備註：金元捌分」。是以我們可以推論，當時進行訴訟之呈狀人應該是自備原稿（本案原告原稿，例如521-0862-03-0007、521-0862-03-0008；被告原稿，例如521-0862-03-0020、521-0862-03-0021），而在法院由專人繕寫於訴狀上。原稿可能由本人書寫，但是亦可能是類似清代中國的「訟師」此類具有法律專業知識之人所撰稿。關於中國帝制晚期的訟師，參見夫馬進著，王亞新、范愉譯，明清時代的訟師與訴訟制度，載：明清時期的民事審判與民間契約，頁389-430，1998年10月。

⁷⁶ 在本案一審中卷宗中，出現兩張日期為同日（1948年5月19日）、繳納給賓陽地方法院的裁判費收據。一張收據（521-0862-03-0011）之裁判費註記「國幣陸百伍拾元」，然在另一張收據（521-0862-03-0010）則為「國幣柒拾捌萬元」，並在備註欄註記「補貼」。本文推測第二張收據可能是因應通貨膨脹所加收之裁判費收據。

為娶妾逐妻橫遭虐待，懇請判令別居並賠償生活費事。⁷⁷

緣原告與被告結成夫妻，十有八年，以前尚稱和好⁷⁸。自被告外出十載，伊於去歲三月間，由外處娶有徐氏攜帶回家，他即改變初心，視我若仇。被告回抵家時，他即聲言我娶徐氏，係作平妻，無論何人均不許以妾名之，如有違命，定即鞭逐不貸等語。而被告之母李葉氏亦如被所云，而徐氏亦以主婦自居。被告既側重徐氏，伊對原告，則白眼相看，了無顧問，是被告對於原告已決意斷絕夫妻感情，故一年以來被告無日不以驅逐原告鞭撻原告為事。原告慘遭種種虐待，分述如下。一夫多妻，法有取締，今被告重娶徐氏，作為主室，其視原告，則以奴婢作役，使顛倒家室，瀆亂法規，其虐待一。珍愛徐氏，無論內外輕重工作，均勿令為，而挑水炊食洗滌舂白耕作，概責成原告任之，稍勿如意，鞭撻立至，其虐待二。日常餐膳被告均與徐氏共桌而食，味美者留作自用，劣蔬者則分與原告食之，其虐待三。遺棄原配，視若仇人，視若眼中釘。驅逐毆打，任意為之，其虐待四。原告因得上以上種種虐待，曾數次以善言向被告理論，被告非但勿有悔心，反將原告糾髮毆打，拖出家外者二次，又拳打腳踢遍體鱗傷者三次，又偶因言及徐氏為妾，慘遭被告之母李葉氏拷打原告，嘴腫身受重傷者又二次，其虐待五。原告一年之間，七遭被告母子嚴酷虐待，街鄰目所同見。原告曾將歷次受毆傷痕，投訴本街馬衙長驗傷

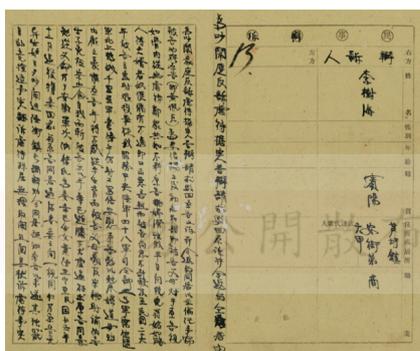
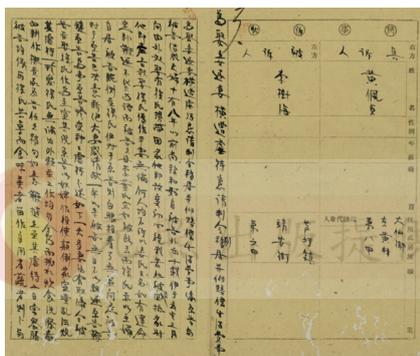
⁷⁷ 訴狀原稿（521-0862-03-0007）使用「異居」一詞，但正式訴狀（521-0862-03-0004）上，用語先寫「移居」後，又加以塗改為「別居」。

⁷⁸ 由此推出，黃佩貞結婚時是17歲，也與言詞辯論筆錄回答相符（521-0862-03-0022）。而其丈夫李樹海則小黃佩貞1歲，當年結婚時是16歲，本案一審時則是34歲（521-0862-03-0017）。

有據，並投訴芦墟鎮公所存案。今原告被逐外出，寄住母家，而婦人能力薄弱，無法維持生活。被告既存惡意相待，如原告冒昧同居，性命終遭危險。迫請懇求

鈞院判令異居，免遭毒害。並仰被告賠償現年生活費稻谷三千斤，⁷⁹俾資存活。不勝感戴之至。

謹呈賓陽地方法院公鑒
具狀人黃佩貞



資料來源：《最高法院遷臺舊檔民事訴訟案》(SC1) 編號：521-0862-03-000 (圖二)、521-0862-03-001 (圖三)，中研院臺史所檔案館數位典藏。

圖二 原告黃佩貞訴狀

圖三 被告李樹海訴狀

黃佩貞遞狀後約一週後的五月二十七日，賓陽地方法院便發出兩張傳票。此兩張傳票分別於六月四日與六月五日，送達住在芦墟鎮靖安街的被告丈夫李樹海，與大仙鄉東黃村的原告黃佩貞本人。從黃素貞的訴狀陳稱，她已被逐出家中、離開夫家。此處傳票中，

⁷⁹ 在訴狀原稿上，原本寫「終身生活費伍仟萬元」，後塗改為「現年生活費稻谷三千斤」。參見521-0862-03-0008。

原被告的收件地址進一步印證，當時夫妻兩人住所不同。換言之，此案原被告已經處於所謂「事實上別居」之狀態。而遷臺舊檔中其他請求別居的案件，也大抵是已經分居的情形。

兩人各付正式規費送達費1萬元（及可能的其他非法需索費用）後，簽收了傳票。傳票中載明兩人應於六月十六日正午十二時，就「請求別居及給付生活費用」一案至賓陽地方法院到庭等候訊問。若無故不到，則依照「一造辯論」予以判決⁸⁰。同時，賓陽地方法院也於五月二十七日一併將原告黃佩貞訴狀之副本（「副狀」）發出，同樣在六月四日送達給李樹海簽收。⁸¹

收到傳票與副狀後的數日，李樹海趕在六月十六日言詞辯論以前，於六月八日遞出訴狀，請求法院駁回原告妻子之訴、命其返回同居：⁸²

辯訴人（即被告）李樹海男三十四歲芦墟鎮靖安街第六角業商

為吵鬧家庭反訴虐待，据寔答辯請求駁回原告之訴，並令返與同居以重倫紀事。

竊被告幼聘原告（即黃佩貞）為妻，結褵之後，初尚和諧，即被告父母，對於原告視如骨肉，從無虐待，鄰家共知。不料原告嬌潑性成，平日間視翁姑如路人、待夫婿若奴僕，偶

⁸⁰ 民事傳票回證：521-0862-03-0012、521-0862-03-0013。雖然無法從本案中看到非法需索費用之證據，但是在此兩張民事傳票回證的注意事項中，可見「二、送達人如有額外需索，被傳人得到院告發」字樣，透露在裁判制度的整體運作中，送達人非法需索費用的可能性。

⁸¹ 送達證書：521-0862-03-0014。送達證書上雖有「徵收送達食宿費國幣」之待填寫格式字樣，然在此處填入「×」，是以此處似乎並無另外徵收送達費。

⁸² 521-0862-03-0017。

有不適，即口出惡言，然而被告尚忍不計較。及至民國廿六年被告目擊時艱投筆從戎，服務中央陸軍四十八軍司令部二等軍需佐，隨軍北上轉戰千里，雖軍書傍午，仍時時寫信安慰原告，勉以克盡婦道，毋貽內顧之憂。惟原告年將不惑，從未生育，而被告父母憂及宗祧，時諭納妾生子，免祖宗血食，自我而斬。徵得原告同意，遵從父命，乃於安徽軍次，納褚氏⁸³為妾，幸已生女，業經三歲，民卅五年十二月退役，攜妾回家，與原告同居過活，妻妾之間，一視同仁，乃原告見異生妒，日夜吵鬧，迭經街鎮長調解勸令同居。誰知原告以未遂其獨寵目的，竟捏造事實，誣訴虐待，殊為無理，且閱其狀訴虐待事實，毫無理由。茲將其無理由各點逐一駁斥如下：查不孝有三，無後為大，古有明訓。況妻不生育，理宜納妾生子承祧，核以強種問題，尚無不合，何得謂為顛倒家室，瀆亂法規，此其無理由一。被告一家大小十餘人，分工合作，勞逸均勻，且被告營商為業，何來舂田耕作之事？至挑水炊食，為女子中饋之責任，何謂虐待，此其無理由二。被告家素清貧，日常餐膳淡飯時蔬僅充口腹，不致飢餓而已，從無味美之可言，況男女老幼，分食二桌，甘苦同嘗，而原告謂之味美，留與褚氏共桌而食，劣蔬則分與伊受用，殊屬捏造，此其無理由三。原告自入被告之門，一切衣食於取予求，被告從無干涉，且連禍即今十有八年，若謂仇視如眼中之釘，則原告亦難忍與同居若許之久，況原告臥病三年，醫藥調理費用均由被告父母負擔，四處張羅，始得醫癒，由此觀察，被告無遺棄原告之事實，昭然若

⁸³ 前述原告訴狀中（521-0862-03-0004），稱被告所納之妾為「徐氏」。在此被告訴狀中，則稱之為「褚氏」。但在第二審判決理由中，可以發現徐氏又名為「褚翠蘭」（521-0862-02-0047）。

揭，此其無理由四。至謂被告將伊揪髮毆打拖出家外二次又拳打腳踢，遍體鱗傷者三次，偶言褚氏為妾，慘遭被告之母葉氏拷打嘴腫身受重傷者又二次，更屬空言攻擊。查被告果有以上舉動，原告身非木偶，何能忍受，不以立即訴請驗傷之理？即退一步而言，若果有知，試問原告能將揪髮毆打拖出家外二次又拳打腳踢，遍體鱗傷者三次，拷打嘴腫身傷者又二次，以上事寔歷歷指出是何時，又有何見証否？此種海市蜃樓，根本不能成立，此其無理由五。基上各種原告之無理取鬧，彰彰明示，為此依法瀝由辯訴請求

鈞院察核請將原告之訴駁回，並令返與同居，以重倫紀，實為德便。謹呈

賓陽地方法院公鑒

具狀人李樹海押

提供 請勿公開散布

李樹海的敘事版本中，夫妻雙方幼時訂親。婚後夫妻和諧，翁姑對媳婦黃佩貞亦愛護有加、「視為骨肉」。於原告之前臥病三年間，公婆並四處張羅醫藥調理費用。然而黃佩貞個性「嬌潑」，「平日間視翁姑如路人、待夫婿若奴僕」，稍有不愉快，便口出惡言；不過，作為丈夫的李樹海仍不予計較、百般忍耐。後李樹海於一九三七年「投筆從戎」，加入中央陸軍陸軍四十八軍司令部，以軍需佐身分隨軍北上「轉戰千里」。約莫三年多以前，李樹海因思及當時三十出頭的原告黃佩貞「年將不惑」，卻從未生育，父母亦擔心宗祧斷絕。因此，在父母之命及徵得妻子黃佩貞同意的情況下，於安徽軍旅中納妾，並於一九四六年十二月退役後攜妾回家。不料原告因「未遂其獨寵目的」而妒忌，捏造事實、誣告虐待。對於原告主張其納妾「瀆亂法規」之指控，李樹海不僅引用孟子「不孝有三，無後為大」之典故，主張納妾生子乃是為了「承祧」、以

免祖宗血食斷絕之不孝，同時又附加上現代中國民族主義中強國「強種」、優生學相關論述，駁斥原告。⁸⁴最後，李樹海「依法瀝由」請求法院將原告之訴駁回，令其返回同居，「以重倫紀」。

六月十六日這天正午十二時，黃佩貞與李樹海親自來到賓陽縣地方法院民事庭，進行公開言詞辯論與審理⁸⁵。名為「言詞辯論筆錄」的檔案文件中，以一問一答的形式，記錄了法庭活動。對兩造進行姓名與地址等的人別基本訊問後，推事孫樹勳就各個主張或爭點，原則上以「原告—被告」順序，進行數回合的問答與確認。

以下僅以表列方式簡要說明相關問答，更詳細之問答筆錄內容與確切影幅出處號碼，還請讀者參見註腳之說明。

表三 黃佩貞vs李樹海案爭點

法官之問題或爭點	原／被告回應
原告之請求	原告請求與夫別居，並請求夫支付每年10石米，一次請求給付三年、折現金國幣8,000萬元之生活費。 ⁸⁶
被告對於原告請求之意見	被告主張不讓妻子別居、供給生活費亦無理由。 ⁸⁷

⁸⁴ 後續在二審訴狀中，上訴人李樹海再一次強調「民族為立國之命脈，強國必先強種」，而於安徽軍旅中納妾。參見521-0862-02-0013。

⁸⁵ 521-0862-03-0022、521-0862-03-0023、521-0862-03-0024、521-0862-03-0025、521-0862-03-0026、521-0862-03-00227。

⁸⁶ 以下為法官詢問原告黃佩貞之筆錄內容。問：「現你有何請求？」答：「請求判與被告別居，每年要十担米，為期三年，但要一次給付」。問：「你請求別居要求卅担（三年），須計國幣若干？」答：「……須國幣八千萬元……」問：「據你請求卅担米，但現米價並不須八千萬元呀？」答：「因恐米貴之故」。參見521-0862-03-0023。

⁸⁷ 521-0862-03-0026。

法官之問題或爭點	原／被告回應
現在法律採一夫一妻制，被告為何娶妾？	被告陳稱娶妾乃為了有後代、認為法律應該容許。 ⁸⁸
被告納妾時是否有先徵得原告同意	原告稱否，被告似乎默認未告知原告。 ⁸⁹
虐待事實與是否有相關證據	原告稱有街長可證且有鎮公所驗傷有案可查。被告則稱乃原告「亂供」、並無虐待冷落情事，可傳鄰居作證。 ⁹⁰
原／被告之財力與維生能力	原告稱自己與父母同住，體弱多病，無法工作。 ⁹¹ 被告則答其在鎮上做生意、資本約二、三億元，但強調原告為壯年，且自身尚依靠父母生活、無法供給生活費。 ⁹²

⁸⁸ 以下為法官詢問被告李樹海之筆錄內容。問：「現今法律是採一夫一妻制度，何你娶妾室呢？」答：「原告年已卅餘歲，還未生育。民娶妾是為生育，顧及後代之問題，諒法律總可許的」。參見521-0862-03-0025。

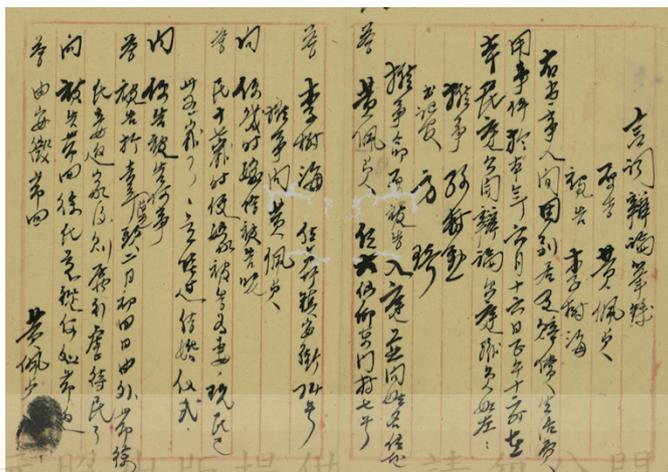
⁸⁹ 原告在言詞辯論時，稱對於被告納妾之事，事先不知情：「被告雖常有信回，但並不提及娶妾之事」（521-0862-03-00223）；被告則先稱其娶徐氏時，曾寫信返家（5210862-03-0025、5210862-03-0026）。後被告似乎默認雖有寫信回家，但並未告知妻子（推事問：「據原告稱你娶妾氏返家，她祇知道。何你不通知原告呀？」原告答：「民在外服役，因感原告年老不生育，且民徵求父母同意，故娶徐氏返家，以求生育，顧及後代」。推事問：「你娶徐氏不徵求她同意，在法律上是不許。可知嗎？」答：「民寫信返家過的」。參見521-0862-03-0025、521-0862-03-0026。

⁹⁰ 推事問被告：「原告謂不理她，請傳街上鄰居是否事實則可知。此完全原告亂供」（521-0862-03-0025）。推事問原告：「被告虐待你有何憑據」。原告答：「有街長可證，並經鎮公所驗傷有案可查」（521-0862-03-0026）。但本案文件卷宗中，並無顯示訴訟程序中有傳相關證人或調查相關證物。

⁹¹ 521-0862-03-0024、521-0862-03-0027。

⁹² 黃佩貞答自己目前與父母同住，體弱多病，無法工作（521-0862-03-0024、521-0862-03-0027）。李樹海答其在鎮上開雜貨鋪兼作米、養豬及鋪頭承租，資本約二、三億元（521-0862-03-0024）；李樹海並稱原告還在壯年，怎能別居由原告供給生活費，且李樹海自身尚且依靠父母生活（521-0862-03-0026）。

最後，法院朗讀言詞辯論筆錄確認無誤後，經當事人簽名畫押，⁹³並諭知五日後宣判。



資料來源：《最高法院遷臺舊檔民事訴訟案》(SC1) 編號：521-0862-03-0022，中研院臺史所檔案館數位典藏。

圖四 言詞辯論筆錄（1948年6月16日）

六月二十一日下午一時，本案件在原被告在場的情況下宣判⁹⁴。判決主文宣示原告一部勝訴：判決准予原告別居，被告應三年一次支付原告生活費5,000萬元。原告其餘之訴駁回。訴訟費用被告負擔十分之八，原告十分之二。⁹⁵

一審判決理由中，法院首先引用民法第1001條，說明現行法中「夫妻互負同居義務，但有不能同居之正當理由，不在此限。」在事實認定上，法院認為被告納妾時僅告知父母而未事先得到原告妻

93 521-0862-03-0022。

94 521-0862-03-0031。

95 521-0862-03-0028。

子同意，此點被告亦不否認。此外，被告視原告為陌路之人，種種情狀與上述但書規定相符，而使原告之妻子有不能同居之正當理由。就生活費部分，法院首先引用最高法院21年上字第797號判決，說明夫妻之家庭生活費用，除有特種情形外，原則上由夫負擔。而本案中，原告雖經本院判決判准與被告別居，然婚姻關係尚未消滅，而家庭生活關係，仍有連帶關係。此外，就兩造的扶養必要與扶養能力而言，法院認為原告並無「特有財產」又常病，為「不能維持生活」之婦女。相較之下，被告在蘆墟鎮街上經營商業，家庭生活費用應當由夫負擔。然原告請求三年給付一次8,000萬元生活費數額過巨，是以判准5,000萬元部分。⁹⁶宣判後，判決正本在六月二十五日發出，並分別在七月一日與七月二日，送達予李樹海⁹⁷與黃佩貞。⁹⁸

有趣的是，李樹海雖已在六月二十一日到庭聆聽判決結果，卻在六月二十六日另寫訴狀補充理由，於七月一日遞狀請求駁回原告之訴。⁹⁹而後，李樹海又在七月十三日向賓陽地方法院遞交一張訴狀，請求「再議」此案。李樹海在此提出與之前不同版本的故事。相對前述一審程序默認納妾前未事先告知妻子，李樹海在新訴狀強調，納妾不只是父母之命且「事前已徵求原告之同意」。雖然「納妾為民法所不許」，但是其自身納妾乃為延續宗祧之權宜之計，

⁹⁶ 521-0862-03-0029、521-0862-03-0030。

⁹⁷ 521-0862-03-0033。此送達證書有食宿費記載：「應收送達食宿費國幣壹萬元」。

⁹⁸ 521-0862-03-0032。此送達證書有食宿費記載：「應收送達食宿費國幣貳萬元」。

⁹⁹ 李樹海主張納妾有事先得到原告同意，且原告主張虐待情事，並無證據、乃屬空言。參見521-0862-03-0036、521-0862-03-0037。

「亦為法外之所諒」。¹⁰⁰

收到訴狀的賓陽地方法院院長屈兆熙在七月二十一日批示，李樹海雖具狀申請再審，然此案件並未確定，應以上訴論。故將該案件與相關卷宗呈送上級法院，即廣西高等法院邕寧分院，並通知原告備妥第二審裁判費逕送上級法院。¹⁰¹

之後，李樹海在八月三十一日向邕寧分院遞出補充上訴理由狀，¹⁰²並於九月二十四日依照九月七日賓陽地方法院民事庭裁定，補繳裁判費國幣117萬元與預支郵5萬元。¹⁰³如同一審，二審法院在十月十八日發出傳票，通知在十一月八日下午二時公開審理。¹⁰⁴

十一月八日二審言詞辯論這天，兩造又再度雙雙出庭，在龍炳麟、趙漢芳與莫季桐三位推事面前進行言詞辯論。言詞辯論中，法院再次就之前的一審時所提出的各個爭點（是否有虐待、是否有撫養必要）進行問答。不過，此次關於李樹海「納妾是否事先得同意」的爭點，有一個突破性的事實判斷。如前所述，李樹海在二審稱其有得到黃佩貞同意，只是如今書信尋覓不得。有別李樹海所言，黃佩貞再次否認事先同意納妾，強調之前風聞李樹海納妾時，

¹⁰⁰ 521-0862-03-0037。

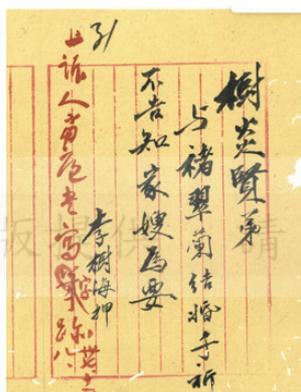
¹⁰¹ 521-0862-02-0008。

¹⁰² 521-0862-02-0009、521-0862-02-0010。

¹⁰³ 521-0862-02-0020、521-0862-02-0021，李樹海稱因為距離邕寧法院太遠，往返費時費資；原本欲將該款項郵寄，但是郵局以「數目過少，拒不肯匯現」。是以，變通將裁判費與預支郵資共120萬元，購買郵票、郵寄法院，以折抵該裁判費。另外，521-0862-02-0026中，有另一「代用司法印紙聯單」徵收裁判費（日期10月15日），上面寫明「標的：國幣六千萬元」、「費別：裁判費」與「徵收數目：金元（原印國幣）參角玖分」。

¹⁰⁴ 521-0862-02-0027。

自己還數次寫信李樹海，但遭其否認。¹⁰⁵此次開庭時，黃佩貞當庭提出一封由李樹海寫給其弟李樹炎的家書。¹⁰⁶書信中寫明希望李樹炎不要告知黃佩貞自己與妾褚翠蘭結婚一事。法院為調查證據、判斷書信真偽，當庭請李樹海書寫類似文字（「與褚翠蘭結婚……不告知家嫂為要」），¹⁰⁷以「筆性完全相同」認定信為真。¹⁰⁸如此一來，法院認定李樹海根本有意對妻子隱瞞納妾之事，更遑論在納妾前取得妻子同意。



資料來源：《最高法院遷臺舊檔民事訴訟案》（SC1）編號：521-0862-02-0048，中研院臺史所檔案館數位典藏。

圖五 上訴人李樹海當庭書寫字跡

三天後的高院宣判，法院說明上訴人納妾時未事先得到被上訴人同意，上訴駁回。訴訟費用由上訴人負擔。¹⁰⁹然而，李樹海的

¹⁰⁵ 521-0862-02-0031。

¹⁰⁶ 檔案卷宗未發現此書信證物。

¹⁰⁷ 521-0862-02-0039。

¹⁰⁸ 521-0862-02-0048。

¹⁰⁹ 521-0862-02-0048。

行動並不止於此。他在一九四八年底的十二月二十八日，向邕寧分院再度遞出第三審上訴狀，¹¹⁰並於一九四九年二月二日繳交上訴裁判費金圓3角9分至當時位於南京的最高法院，上訴第三審。¹¹¹不久後，最高法院於一九四九年三月先自南京遷往廣州。本案卷宗也在四月七日一併移送到位於廣州的最高法院，並於四月二十七日立案。同年八月，最高法院再由廣州遷至臺北，本案卷宗、黃佩貞與李樹海在中華民國法院底下的別居訴訟，均在此終結。

二、認真對待別居權：遷臺舊檔別居訴訟整體分析

承接著上述的個案分析，本文在此就遷臺舊檔別居訴訟的整體，繼續追問以下問題：當別居權隨著解釋、判例的演進及民法的訂立，而在國家法中逐步被確立，那麼在個別的、較為一般性的判決是否被落實？法官們是否及如何依照新創出的法律（包括法條與判例）而判決？別居權案件中，審理的重點與爭點如何？在民國司法體系中，什麼樣的當事人可以提起訴訟？當事人進行別居訴訟的策略為何？整體而言，國家法的改變及司法的實踐，帶給婚姻當事人之間的權力關係如何變化？雖然法院審理與當事人行動關係緊密，本文為分析目的，仍分別從法院與當事人的視角或策略，試圖回應上述問題。

(一)法院視角：依法迅速保障女性別居權的法官們

為探究遷臺舊檔中的民國法院是否及如何運用與別居相關的法律，本文爬梳分析所有別居案件之判決理由，發現其中明白引用的

¹¹⁰ 521-0862-01-0007。

¹¹¹ 521-0862-01-0012。

法條或判例之判決數量，略多於無引用者。¹¹²所引用法條以民法第1001條為主。判例則包括21年司法院院字第770解釋、¹¹³大理院5年上字第1007號、¹¹⁴最高法院21年上字第111號、¹¹⁵與最高法院21年上字第797號¹¹⁶等闡述別居權，以及丈夫生活扶養費之判例。但是，即便在沒有明白引用任何法條與判例的判決中，法院進行調查的爭點，亦環繞著「是否有不能同居之正當理由」、「請求扶養之妻是否有扶養必要」、「受扶養請求的夫是否有扶養能力」等別居權相關之法律要件進行。¹¹⁷換言之，無論是否有明確引用法條或判例，別居案件的法院實際上皆依法進行審理、做出判決。

綜觀所有別居案件，最令人印象深刻的發現，莫過於法院婦女別居權與相伴的生活費請求權，近乎全面地肯認。在6個別居權案件中（詳見表一），開啟別居權訴訟的一審原告皆為妻子，且皆獲得勝訴。法院皆准許原告妻子與丈夫別居，並命丈夫在別居期間給付一定的生活費用（雖然數額可能調整，從而妻子僅一部勝訴）。在第二審判決中，幾乎皆為被上訴人（妻子）勝訴、丈夫上訴無理

¹¹² 判決理由「未」明白引用到法條或判例者，計有521-0465案之一審判決（裁判機關為湖南乾城縣司法處）、521-0862案的第二審判決（裁判機關為廣西高等法院邕寧分院）、621-1230的第二審判決（裁判機關為湖南高等法院第四分院）、521-2808的第一審（廣東賀縣地方法院）與第二審（廣西高等法院平樂分院）判決。

¹¹³ 例如521-0465、521-1539。

¹¹⁴ 例如521-1918。

¹¹⁵ 例如521-1918、521-1230。

¹¹⁶ 例如521-08622。

¹¹⁷ 此外，就法條與判例所未有規範的別居期限而視，在准予別居的案子中並未見限定別居期限之判決。就生活費用部分給予之時間點，有判定丈夫定期給予生活費之案例，例如521-1539案（丈夫應該每年妻子生活費稻穀20石）與521-0862案（丈夫應三年一次支付生活費5,000萬元）；亦有判定丈夫給予一次性的「（暫時）生活費」，如521-1918案與521-0465案。

由、維持第一審判決。例外的兩案中，521-1918案在二審時，法院認定被上訴人陳愛瓊主張因其連生三女遭受虐待、有不堪同居之正當理由之情事並無證據可證明；而所稱丈夫納妾並同居之事，亦為過去之事，是以廢棄原判決。¹¹⁸521-0465案中，二審法院雖然形式上廢棄一審原判決，然第二審判決實際上對妻子更為有利。本案原告舒謝氏一審時主張自己因未生育，丈夫謝明道納舒顧氏為妾後，虐待、試圖殺害舒謝氏，並捲去其個人財貨500萬與衣物被帳。是舒謝氏以請求別居與請求丈夫給付1,200萬生活費、返還個人財物，以便另行生活。¹¹⁹一審湖南乾城縣司法處審判官吳震亞認定被告「寵妾惡妻」，判令原告一部勝訴：被告舒明道應給付原告舒謝氏生活費「洋貳百萬元」及衣物被帳，駁回其餘之訴¹²⁰。在兩造皆上訴第二審後，湖南高等法院第一分院原判決廢棄。兩造准予別居。上訴人舒明道應給付上訴人舒謝氏生活費1,000萬元。舒謝氏第一審請求返還衣被帳子與其餘上訴則駁回。¹²¹簡言之，舒謝氏之上訴雖一部駁回，然究其實質得到更多生活費。綜合言之，在遷臺舊檔的別居案件中，除521-1918案在二審時妻子敗訴外，其餘案子實質上妻子在一審二審皆為勝訴。

Margret Kuo（郭貞娣）認為相較離婚案件，法院更願意判定別居請求之原告勝訴。Margret Kuo指出，根據其閱讀案件之感受，此原因或許是法院即便下了准予別居之判決，當事人的婚姻關係仍然存續。¹²²申而言之，法院或許認為離婚茲事體大，別居則仍有轉圜空間，也較無毀棄婚姻、違背倫理道德的疑慮，是以較願意

¹¹⁸ 6案中唯一的例外為521-1918案（詳後述）。

¹¹⁹ 521-0465-03-0006。

¹²⁰ 521-0465-03-0033、521-0465-03-0034。

¹²¹ 521-0465-02-0068。

¹²² 郭貞娣，同註20，頁304。

做出別居之判決。李紅英的研究則指出，就妻子可獲得的金錢賠償或生活費而言，雖然民法典有離婚之贍養費規定，然法院在審理離婚贍養費時，較別居案件的家庭生活費用嚴格。¹²³ 妻子在離婚訴訟中獲得贍養費並不多，特別是主動提出離婚的妻子在取得贍養費方面更為困難。與此相較，由於夫妻別居只是免除同居義務，丈夫對於妻子的扶養或家庭生活費用之負擔義務仍存，別居案件中的法院較能順理成章地命丈夫給予妻子（以及隨妻子而分居的子女）生活費。¹²⁴ 就本文所分析的遷臺舊檔別居案件而言，幾乎所有的妻子都獲得勝訴，從而得以「合法」（即，有法律上正當理由）的別居、並獲得生活費。換言之，別居權的建立以及法院的實踐，使得對於婚姻不滿的妻子，除了訴請離婚外，尚得選擇起訴請求可能更容易獲得勝訴及金錢補償、保障其生活所需經濟資源的別居。¹²⁵

值得一提的是，就訴訟程序所需時間而言，妻子的別居勝訴判決似乎並非遲來的正義。綜觀遷臺舊檔案件，另一令人印象深刻的是即便在國共內戰、政權動盪之際，中華民國法院仍相當程度地認真對待請求別居之案件，當事人亦積極運用訴訟制度、行使別居權。就前述「黃佩貞vs李樹海」案（一九四七～一九四八）案件流程（詳請參見表二）而言，在廣西賓陽地方法院的第一審僅花了約莫一個月的時間。判決做出後，則在五個月內歷經上訴文件移轉至廣西高等法院邕寧法院及實際審理。整個案件開始到第三審上訴至最高法院，歷時僅十一個月。此外，不管第一或第二審都非僅只於

¹²³ 民法第1057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。」

¹²⁴ 李紅英，同註5，頁146-148。

¹²⁵ 如前所述，本文就遷臺舊檔案件之運用集中於別居權之實踐部分。關於離婚案件之分析，目前僅就數量與原被告性別與勝敗訴有初步整理。對於贍養費請求之部分，尚待未來進一步的分析。

書面審理。當事雙方均提出訴狀、並親赴法院言詞辯論、參與調查證據程序。在其他案件，雙方一、二審皆出庭的狀況亦為絕大多數。就其他案件的進行時間視之，最短約八個月，¹²⁶最長為六年二個月，¹²⁷多數案件卷宗在一年內結束。換言之，中央政府漂流動盪之際，第一審與第二審法院仍然以相當有效率的方式，進行對別居案件的實質審理。

別居案件中，法律改變促使妻子在婚姻中權力提升的明顯例子，莫過民法對於「妾」制度的否認。¹²⁸在傳統中國法中，妻子必須容忍妾的存在，否則構成所謂「七出」中的「妒忌」，而為丈夫出妻之理由。在一九四七年至一九四八年進行的黃佩貞vs李樹海案（下稱「黃佩貞案」）中，黃佩貞卻強調丈夫納妾之事乃「法有取締」。黃佩貞所稱並非空言：一九三一年開始實施中華民國民法親屬編，採取一夫一妻制，禁止重婚與同時婚。此外，在21年司法院院字第770號解釋亦清楚明白地表示民法施行後納妾行為即屬「通姦」，¹²⁹妻子可請求別居：「民法親屬編無妾之規定……民法親屬編施行後……如有類此行為，即屬與人通姦，其妻自得依民法第一千零五十二條第二款請求離婚，如妻不為離婚之請求，僅請

¹²⁶ 521-0465案。

¹²⁷ 521-1539案。

¹²⁸ 關於國民民法中妾的法律地位及其變遷，參見梁弘孟，同註19；徐靜莉，「契約」抑或「身份」——民初「妾」之權利變化的語境考察，政法論壇，28卷2期，頁34-41，2010年3月；LISA TRAN, CONCUBINES IN COURT: MARRIAGE AND MONOGAMY IN TWENTIETH-CENTURY CHINA (2015).

¹²⁹ 不過，此僅為民法意義上的通姦。就刑事部分，一直要到1935年中華民國刑法施行後，丈夫與妻子以外、不論已婚未婚女性的通姦，才正式成為犯罪。在此之前，（不論已婚未婚的）男子只會因為與「有夫之婦」通姦而構成犯罪。Lisa Tran在其專著中，也舉出一些妻子在1935年後告訴丈夫通姦罪之案例。TRAN, *id.* at 43-48.

別居，自可認為民法第一千零一條但書所稱之正當理由。」此外如前所述，在民法施行前的一九一七年，大理院在6年上字第976號判例，即認妻在夫納妾之狀況為有別居之正當理由。本文所具體分析案件內容的6件遷臺舊檔別居案件中，有5件在原告訴狀中提及納妾。¹³⁰除黃佩貞案外，前陳愛瓊vs彭德炳案（下稱「陳愛瓊案」）（二審）、舒謝氏vs舒明道、舒顧氏案（下稱「舒謝氏案」）及521-1539的羅時蓮vs楊平銀案（下稱「羅時蓮案」）與521-2808的鄒黎氏vs鄒秀銘案（下稱「鄒黎氏案」），皆提及納妾事實。¹³¹此5案中，除了陳愛瓊案在二審提出的納妾同居事實被認為已屬過去，而鄒黎氏陳稱丈夫納妾事實似被認為不存在外，其他三案法院皆判斷基於納妾及因「憎妻愛妾」相隨而來的虐待情事，認定妻子有不能同居之正當理由，准予別居。

與納妾情事相關的爭點之一，在於丈夫納妾是否事先得到妻子同意。關於「妻子事先同意納妾」是否是丈夫在妻子提起別居訴訟時得以抗辯的理由（換言之，妻子事先同意納妾否構成主張別居之消極要件），最高法院似有肯否二說。否定說之代表為21年司法院院字第770號解釋：即便妻有事先明認或默認之納妾行為，妻雖然不能請求離婚但仍得請求別居。肯定說則以最高法院23年上字第1601號判例為代表，說明夫納妾時，倘使妻子並未「明認或默認」，則妻得以請求別居並請求生活費用。易言之，妻子若有「明認或默認」，則無法請求別居與生活費用。不過，即便是作為肯定之代表的最高法院23年上字第1601號判例，在判決理由中對於「妻

¹³⁰ 與納妾無關而主張如肢體虐待、遺棄、誣告等「不能同居之正當理由者」，在遷臺舊檔中有521-1230案及521-1918案（一審部分）。

¹³¹ 521-2808的鄒黎氏案中，原告鄒黎氏於首張訴狀中提及丈夫嫌棄其年老「欲納少婦為妾」（521-2808-03-0005）。然是否有納妾亦非本案爭執點，而僅就現存卷宗看來似乎並無納妾之事。

子是否事先同意」之事實仍採取嚴格認定方式：就算妻子在妾入門時接受妾的行禮，或者妻妾一同向公公拜壽，但如果妻子因為居住在夫家，乃因其所處之環境而出於沉默，「殊難據此推定其為默認」。¹³²在前述以納妾為不能同居之正當理由的三案中，法院在言詞辯論中皆訊問兩造，妻子是否事先同意納妾，且最終判斷並未有同意之事實。最明顯的例子為前述黃佩貞案。丈夫李樹海在第一審似乎默認納妾未經妻子同意，然在第二審推翻前審說法。最後二審法院由於黃佩貞提出證物書信，證明丈夫有意隱瞞而採信。舒謝氏案中，法院判斷此案之被告丈夫納妾時，原告妻子多方反對但丈夫仍然一意孤行。¹³³羅時蓮案中，雖然法院在判決理由¹³⁴中明白引用21年司法院院字第770號解釋（即，前述否定說），但仍在言詞辯論時調查妻是否事先同意與相關證據，並於判決理由說明丈夫無法證明納妾有事先徵得妻子同意。¹³⁵

此外，主張納妾而別居之案件中，可見宗祧觀念與一夫一妻制的衝突主張。在黃佩貞案、舒謝氏案及羅時蓮案中，丈夫皆主張是因為妻子沒有生下子嗣，為宗祧祭祀、避免「祖宗血食」斷絕而納妾。¹³⁶相應於此，法院雖在言詞辯論詢問妻子是否未曾生育、¹³⁷或兒子在成年前夭折¹³⁸，但「妻無子」的狀況一方面未被採納成

¹³² 司法公報，同註60，頁31-32。

¹³³ 521-0465-03-0033。

¹³⁴ 521-539-03-0040。

¹³⁵ 521-539-03-0040、521-539-03-0042。

¹³⁶ 黃佩貞案中，丈夫主張納妾乃為延續宗祧（521-0862-03-0037）；舒謝氏案，丈夫主張納妾為了「承宗接後」（521-0465-03-0012）；羅時蓮案中，丈夫稱鄰居勸其「娶妾以接後嗣」（521-539-03-0018）。

¹³⁷ 訊問筆錄中，法官問舒謝氏：「你到舒時道家生崽女否？」舒謝氏答：「沒有。舒時道討小之後，就沒有與我同居了」（5210465-03-0025）。

¹³⁸ 法官在一審言詞辯論程序中，問黃佩貞：「你生過兒女否？」黃佩貞答：

為判決理由，另一方面妻子在三案皆獲勝訴。相較傳統中國法中妻子無子（即，「七出」中的「無子」）可成為丈夫休妻的理由；在現代的民國民法典中，宗祀與宗嗣繼承則被否定¹³⁹，一夫一妻制被確認。丈夫主張「為宗祀而納妾」的論據，雖有仍存在的法律傳統或感情為支撐，但在新的民法底下，宗祧的考慮已刻意地被法律排除，納妾更是違背作為中華民國民法先進性的一夫一妻制，是以丈夫此種論據不被法院所採納，或許亦不令人意外。

除了以丈夫納妾為主要理由，或許也可檢視其餘案件與納妾案件比較，日後進一步探索相關問題的線索。Margret Kuo分析南京二檔館所藏的14個別居案件。此14案以雲南為一審裁判所在、後上訴至南京最高法院，以及北京地方法院層級的別居案件。根據這些案件的分析，Margret Kuo認為單純主張丈夫身體或言語虐待的婦女，相較於主張丈夫納妾的婦女，更難說服法院認定她們具有「不能同居之正當理由」。不管是上述最高法院案件或北京地方法院的妻子訴請別居案件，沒有任何一件單純主張身體或言語虐待的案子獲得勝訴。Margret Kuo推測，原因可能在於法官傾向認定此類行為屬於婚姻中夫妻間的日常不和、爭吵，難以證明虐待行為存在或

「生過子但不能養」（5210862-03-0023）；羅時蓮雖生三子，皆在成年前夭折（521-539-03-0010）。

¹³⁹ 司法院院字第780號解釋：「宗祧繼承為新民法所不採，故在民法繼承編施行後告爭立嗣，除繼承開始在該編施行前者，仍應適用其當時之法律外（院字第五八六號參照），其餘概不得為宗祧繼承之主張，如有藉爭宗祧以爭遺產，即應專就遺產之部分予以審判。」關於宗祧觀念、宗嗣繼承在民國法中的地位與實踐，參見戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，繼承法，頁8，2013年2月；盧靜怡，同註19，頁156-160；朱耿佑，宗祧繼承與我國民法繼承制度的再檢討：以中華民國民法典中「指定繼承」制度之立法歷程為核心，2019第二十二屆基礎法學復活節，臺大法律學院，頁16-19，2019年4月6日。

足夠嚴重到得以請求別居之程度。¹⁴⁰

在遷臺舊檔案件中，可以觀察到上述Margret Kuo描述「納妾—單純虐待」的勝訴裁判比例落差。不同的是，我們仍可找到一些妻子主張單純肢體或言語虐待而獲得勝訴的別居判決。陳愛瓊案一審原告妻子陳愛瓊在一審主張因其三胎皆生女，遭其夫彭德炳毆打虐待，逐出家門、不許其回家。一審法院准原告陳愛瓊與被告彭德炳別居、被告並應給付原告陳愛瓊「暫時生活費」2,000萬元。¹⁴¹彭德炳上訴後，陳愛瓊附加主張納妾之情事。然二審法院認為納妾同居之情事縱屬真實，已屬過去式而與目前是否有不能同居之事由無涉；其他毆打虐待情事，亦無證據。閉門不許進入即便屬實，亦為「一時之爭」。此外，法院認為陳愛瓊所稱，彭德炳誣告陳愛瓊毆打彭德炳之母情事，並非誣告（因彭德炳提出陳愛瓊毆打婆婆而受判刑的判決作為證據）。最後，彭德炳曾訴請離婚之事，亦不被認為有別居之理由。在種種證據對陳愛瓊不利的情況下，陳愛瓊的二審案件成為本文所見唯一的妻子敗訴判決。¹⁴²

然而於下列兩案，妻子雖僅只主張肢體與言語上的虐待（而未主張丈夫納妾），仍獲得勝訴。蕭友貞vs羅劍嵐案（下稱「蕭友貞案」）中，妻子蕭友貞主張遭被告丈夫羅劍嵐與其翁姑時常凌虐毆打、遺棄不與同居，並提出妻子蕭友貞先前遭丈夫羅劍嵐惡意遺棄後請求同居之勝訴判決，以及檢察官起訴丈夫與婆婆持刀棍毆打凌虐的起訴書（但由於政府「大赦」所以未被判刑）兩樣證物。蕭友貞從而請求與即將上大學的丈夫暫時別居，從而獲得勝訴。¹⁴³鄒

¹⁴⁰ KUO, *supra* note 3, at 171, 174 (footnote 24).

¹⁴¹ 521-1918-03-0018。

¹⁴² 521-1918-02-0030。

¹⁴³ 521-1230-03-0006、521-1230-04-0004（「湖南邵陽地方法院」民事判決卅四年度訴字第四八號）、521-1230-04-0009（「湖南邵陽地方法院檢察官起訴書

黎氏案中，妻子主張被告嫌其老邁、欲納妾而將原告毆打成傷，並寫離婚字、將原告驅逐。本案法院確認毆打案已判處傷害罪刑，丈夫之前意欲離婚亦有離婚書為證，從而認定被告就有遺棄原告之事實，判定原告勝訴。¹⁴⁴

陳愛瓊一案與前述兩案的區別，在於妻子是否能說服法院認定有肢體、精神虐待或遺棄情事存在，或者認定此種虐待嚴重到足以准許妻子別居請求的程度。在蕭友貞案及鄒黎氏案，就肢體虐待部分，分別有刑事起訴與判決書等相關證據，就惡意遺棄部分則有妻子請求（惡意遺棄之丈夫）同居勝訴判決與丈夫先前提出之離婚書為佐證。相較之下，陳愛瓊案中所主張的虐待事實，而或被舉證推翻，而或被認為是無證據之「空言」與「一時之爭」。單純虐待案件與納妾案件的差異，或許在於納妾相對容易舉證——在所有妻子主張丈夫納妾之別居案件中，「是否有納妾」本身為原被雙方皆不爭執之事。相較之下，毆打虐待或許因為是家暴案件，舉證則較為困難。¹⁴⁵此外，調查事實的成本可能也是另一個考量。在妻子主張丈夫納妾而有虐待情事的案件中，法院有時即針對納妾情事加以審理，以論證「不能同居之正當理由」，但未傳相關人證進行對毆打暴力行為的調查。¹⁴⁶不過相對於Margaret Kuo的觀察，本文以遷臺舊檔別居案件所為的分析發現，雖然主張單純虐待之別居案件由於證明困難而較難勝訴，但如果原告能提供確實的虐待證據，亦有一定勝訴的可能。

由於國家法承認了別居權，法院便可以此為裁判指引，給予有

起字第136號」)。

¹⁴⁴ 521-2808-03-0005、521-2808-03-0039、521-2808-02-0032。

¹⁴⁵ 如前所述，Margret Kuo認為虐待較難證明。Kuo, *supra* note 3, at 171.

¹⁴⁶ 例如黃佩貞案。

「不能同居之正當理由」的婦女除離婚以外，得以尋求別居的救濟途徑。再次提醒讀者的是，這樣的法律改革並非完全是單向的、從上到下（top-down）的改變。如前所述，中華民國法別居權的發展，與其說是立法者的精心擘劃，不如說是司法造法的結果。自一九一〇年至二〇年代始，中華民國法院（包括大理院與最高法院）便逐步論述別居權，並在民法親屬編施行後才以民法第1001條作為別居權的法律條文依據。上級司法機關的重要判例與法律見解，亦是由下級法院開始，經各層級的第一線法官在一個個具體個案中，面對當事人利害衝突與掙扎奮鬥所發展而來。別居權的創造與行使，或可視為「個別判決—判例／立法—個別判決」這樣由下而上、循環發展的過程。

（二）當事人視角：積極為別居權奮鬥的民國女性們

如前所述，上述別居權循環發展的過程，個別訴訟當事人的參與亦扮演了不可或缺的角色。在「不告不理」的現代訴訟法原則下，若非個案（女性）原告努力提起訴訟，法院亦不可能對個案表示意見，從而進行別居權的建構與實踐。除了從法院的角度，本文亦試圖從訴訟當事人的視角，觀察她們之所以提起別居案件的動機、行動與策略，並試圖從當時法律與社會脈絡，理解別居權的意義。

如前所述，在本文所分析的遷臺舊檔別居案件中，一審原告清一色為妻子。此點與遷臺舊檔中的「請求同居」案件中，一審原告以丈夫居多的情況形成有趣的對比。¹⁴⁷雖然官方法規定與法庭實踐有些許落差，不過就清代官方律法規定，女性如欲進行訴訟需使

¹⁴⁷ 本文爬梳遷臺舊檔中17個可以辨識出原被告為夫妻身分的「請求同居」案件中，只有3個案件一審原告是妻子告丈夫，剩下的14個案件皆是丈夫告妻子。

用所謂「抱告」且不能上公堂。¹⁴⁸相對地在中華民國法體系下，妻子若提起別居訴訟，需以自身名義作為原告提起訴訟。從言詞辯論筆錄中，顯示幾乎所有案件的女性不只在一審階段前往縣城法院，甚至親赴更遙遠的二審法院到庭參與言詞辯論，為自己的權利發聲。¹⁴⁹

不可否認的是，女性發聲的可能性受到一定社會經濟條件的限制。Kathryn Bernhardt（白凱）對一九四〇年代北京與上海地方法院離婚案件的分析指出，可能由於無力繳納裁判費，只有19%的女性原告提出贍養費或其他金錢補償的請求。¹⁵⁰Margaret Kuo也認為，民國時期的別居訴訟是一種屬於具特定社會地位與資產階級的「布爾喬亞事務」（bourgeois affairs）。¹⁵¹本文受限於檔案內容及當時劇烈的通貨膨脹，¹⁵²難以確切估算個別當事人的經濟狀況。然而，從當事人請求生活費的數額及原告提出夫家家庭對財產清單

¹⁴⁸ 「抱告」為告狀人遣他人出頭訴訟之人。清刑律規定，官吏、生員、紳衿、婦人及老幼有殘疾者，准許派遣親屬或家丁代替訴訟。參見李鵬年、劉子揚、陳鏞儀編著，清代六部成語詞典，頁315，1990年。然而，邵雅玲基於《淡新檔案》之研究發現理論上作為女性訴訟時的「代理人」的「抱告」規定，流於形式的狀況並不少見，同時也可發現不少女性親自上堂作供與具結的案子。參見邵雅玲，由《淡新檔案》看晚清北臺女性的訟案，臺灣大學歷史所碩士論文，頁13、164-165、167-168，2001年6月。

¹⁴⁹ 唯一的例外為鄒黎氏二審。

¹⁵⁰ Kathryn Bernhardt, *Women and Law: Divorce in the Republican Period*, in *CIVIL LAW IN QING AND REPUBLICAN CHINA* 187, 198 (Kathryn Bernhardt & Philip C. C. Huang eds., 1994).

¹⁵¹ KUO, *supra* note 3, at 156-72.

¹⁵² 關於民初中國至1949年的通貨膨脹之研究，參見JOSEPH K. S. YICK, *MAKING URBAN REVOLUTION IN CHINA: THE CCP-GMD STRUGGLE FOR BEIPING-TIANJIN 1945-49* (1995); KIA-NGAU CHANG, *THE INFLATIONARY SPIRAL: THE EXPERIENCE IN CHINA 1939-50* (1958).

等描述，多少可透露出涉訟的當事人家庭屬於中上社會階級，具有一定進行訴訟之財力與動機。例如黃佩貞案中，原告在訴狀中請求「現年生活費稻谷三千斤」；¹⁵³鄒黎氏案中，法院判令被告在別居期間每年應給付原告贍養費稻米600斤、桐油100斤與茶油50斤。¹⁵⁴蕭友貞案與羅時蓮案中，原告所提出丈夫或夫家的「田產清單」已證明被告有提供生活費用的財力，亦顯示夫家是有相當田地產業的地主階級。¹⁵⁵再者，由於別居案件中涉及生活費之給付，是以原告起訴時，亦須預先繳納所請求之生活費一定比例（約1%）之裁判費用¹⁵⁶。此外，舒謝氏案（二審部分）、蕭友貞案、陳愛瓊案中，作為原告的妻子皆聘請律師作為訴訟代理人，¹⁵⁷亦可透露妻子本身或娘家的經濟能力之一斑。

就當事人的訴訟策略或主張，若與清代中國訴訟比較，亦可看出變與不變之處。寺田浩明以權利作為中心、依法審判的「規則型」現代訴訟作為對比，以所謂「非規則型」的「冤抑模型」來描述清代訴訟的思考框架。涉訟者往往強調自身的淒慘柔弱及對方的

¹⁵³ 521-0862-03-0008。

¹⁵⁴ 521-2808-03-0039。

¹⁵⁵ 例如羅時蓮案中，所附證物有「湖南省武岡縣土地編查通知單」，其中顯示其夫楊平銀名下有多筆土地（5210039-04-0003）；蕭友貞案中，原告提出其夫羅劍嵐的多筆田產清單（521-1230-04-0005）。

¹⁵⁶ 以1948年修正的的民事訴訟法為例，第2條規定：「民事因財產權而起訴者，其訴訟標的之金額或價額未滿一百萬元者，免徵裁判費，一百萬元以上者，每百元徵收一元。」第12條規定：「民事非因財產權而起訴者，徵收裁判費二十萬。於非財產權上之訴，並為財產權上之請求，而請求金額或價額逾二十萬元者，依第二條徵收裁判費」。

¹⁵⁷ 雖然並非本文的時空範圍，孫慧敏對於1912年至1937年上海律師的分析可以幫助我們理解民國中國律師的法律服務與業務經營策略。參見孫慧敏，制度移植：民初上海的中國律師（1912-1937），頁261-310，2002年7月。

強橫霸道，請求身為青天大老爺的地方父母官為其申冤。¹⁵⁸遷臺舊檔的別居訴訟訴狀中，也可觀察到類似的訴訟策略。如前所述，黃佩貞陳稱「慘遭」丈夫與婆婆虐待，若繼續同居「性命終遭危險」，並強調自己是「能力薄弱」、「無法維持生活」的婦女。相對地，丈夫李樹海則稱黃佩貞個性「嬌潑」、「暴躁」，不僅時常口出惡言，且「視翁姑如路人、待夫婿若奴僕」。羅時蓮則稱丈夫楊平銀「家勢豪富、性情兇橫」、「寵妾棄妻」，而自己則是「弱質舊式女子」。¹⁵⁹楊平銀則稱其妻遭其姊「混拐」不願回家，¹⁶⁰且自有田產可收租營生，而自己年近四旬、目無子女，「娶妾接嗣」花費後「生活低薄」。¹⁶¹

但與清代訴訟不同的是，遷臺舊檔的別居訴訟雖可見上述強調婦女柔弱的形象塑造策略，然在依法審判的現代法院活動下，法律規範對於訴狀的主要論據與論述架構，發揮指導性的作用。於訴狀明白引用法條、判例之例，如蕭友貞案（或因有律師李蔭群的協助）中，原告訴狀引用前述最高法院21年上字第111號判例。¹⁶²雖

¹⁵⁸ 寺田浩明著，王亞新譯，權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序，載：明清時期的民事審判與民間契約，頁214-222，1998年10月；寺田浩明著，曹陽譯，清代刑事審判中律例作用的再考察——關於實定法的「非規則」形態，載：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁325，2012年7月。

¹⁵⁹ 521-539-03-0029。

¹⁶⁰ 521-539-03-0018。

¹⁶¹ 521-539-02-0014、521-539-02-0015。

¹⁶² 521-1230-03-0005：「妻以不堪同居為理由請求別居並請求給予生活費，其夫依法對於其妻應盡相關贍養之義務 最高法院二十一年民上字第一一一號判例，註有明文」。但另兩個有聘請律師的案子，即舒謝氏案的二審及陳愛瓊案中，訴狀皆無明白引用法條與判例。此外，在羅石蓮案中，原告並未聘請律師，但在首張訴狀原本請求離婚（後來改變為別居）時有引用民法（原文誤植為「民事訴訟法」）第1052條第3項、第5項及第6項惡意遺棄、虐待、以及意圖殺害之條文。參見521-1539-03-0005。

然在訴狀指明法條條號或判例號碼非為多數，但就全部案件視之，法律論述係當事人訴狀的主要架構。如前述黃佩貞案，原告雖未指明確切法律根據，但於訴狀中主張「一夫多妻，法有取締，今被告重娶徐氏……瀆亂法規」，乃指涉一九三一年施行的中華民國民法親屬編，採取一夫一妻制與禁止重婚（第985條）等法律規定與原則。此外，黃佩貞強調自身為「婦人」、「能力薄弱」、「無法維持生活」，雖與清代訴訟中強調自己是弱者的訴訟策略相符，但亦同時呼應中華民國民法中受扶養權利人需為「無謀生能力」、「不能維持生活」之要件規定。再者，若對黃佩貞案進行時間軸的觀察可以發現，在打官司的過程中隨著與法院、對造互動的經驗累積，當事人的訴狀可能會更加「實證法化」。前述黃佩貞案中，雙方當事人的二審上訴狀（再議狀）及答辯狀，相較於第一審訴狀展現出更多的法律專業知識，並使用更多貼合民法相關的概念術語為論據。例如，李樹海在再議與上訴書狀中提及「納妾為民法所不許」¹⁶³、「夫妻應有互負同居之義務，此為民法所規定」¹⁶⁴、「夫妻應負互養之義務，對於家庭生活費用，自應互相維持，不能盡由夫一人負責，亦為民法所規定」¹⁶⁵黃佩貞有「特有財產」¹⁶⁶等。相對於此，黃佩貞在第一審提及納妾是「一夫多妻」，¹⁶⁷乃為「法有取締」；第二審時則附加提及「互負同居之義務」、「不能同居之

¹⁶³ 521-0862-03-0037。

¹⁶⁴ 521-0862-02-009。

¹⁶⁵ 521-0862-02-0010。

¹⁶⁶ 521-0862-02-0010。相對於此，黃佩貞在訴狀中否認李樹海所稱，黃佩貞有數千斤稻穀存在母家之事（521-0862-02-0031）。

¹⁶⁷ 所謂「一夫多妻」乃為一般用語。傳統中國法中，只容許一夫一妻，但可以有妾。參見梁弘孟，同註19，頁3。

正當理由」、「惡意遺棄」等法律概念。¹⁶⁸此外，其他別居案件中也可清楚看見，當事人雙方爭執的重點在於是否有不能同居之正當理由（納妾是否得到妻子同意？虐待是否有證據？）及丈夫應負生活費的多寡（妻子是否無資產與謀生能力？丈夫或夫家資產之多寡？）。如果借用前述寺田浩明的理論概念，在遷臺舊檔的別居案件中，不管是法院裁判或當事人進行訴訟的模式，顯現的是一個相當以實定法律規範與權利為主軸的「規則法」世界。

倘若我們自法律技術層面轉向法律的社會實踐，必然追問：別居權與別居訴訟對於當時婦女的意義為何？相對離婚，別居提供了什麼樣的制度與實踐選項？要回答這樣的問題，首先須強調與釐清的是，前述遷臺舊檔的別居案件中，妻子都已經離開夫家、已處於所謂「事實上別居」的狀態。民國中國的現代法律制度下，夫妻雖負有同居義務，但國家不能加以強制執行此義務。事實上已經離家的妻子，毋須擔心丈夫提起訴訟，強制妻子履行同居。因此，所謂「別居訴訟」在此法律架構中的功能，與其說是使妻子得以別居，毋寧說是使妻子得以主動地提起訴訟確認其有「不能同居之正當理由」，從而得以合法別居。蓋若未有「不能同居之正當理由」而別居，一來可能會有丈夫被以「惡意遺棄」為由訴請離婚的風險，二來也無法據此向丈夫請求家庭生活費用。如同李紅英所言，別居訴訟的目的往往並不在別居本身，而在於妻子經濟來源的保障。

若與離婚相較，法律上的別居於法律架構與實踐，提供了各有利弊的選項。就婚姻不和睦的夫妻而言，離婚後取得了男婚女嫁，各不相干的自由。相較之下，別居的夫妻僅只免除同居義務，仍保持牽扯不清的婚姻關係與權利義務。然而，由於保持了婚姻關係，在意離婚污名的妻子得以保有婚姻與家庭中的正妻身分。此外，如

¹⁶⁸ 521-0862-02-0032、521-0862-02-0033。

前多次強調，別居中的妻子也可以要求丈夫負擔民法規定婚姻中的家庭生活費用。而且根據本文先前分析，法院對於別居的家庭生活費用請求，較諸離婚後的贍養費，採取更有利於妻子的態度。¹⁶⁹最後，別居之妻子同時也保留配偶繼承人的資格，而可能繼承丈夫之遺產。對於當時大多無獨立經濟來源、或工資偏低，並實際上難以分得娘家家產的婦女而言，特別是難以再婚的年長婦女，當婚姻出現問題之後，經濟生活的保障尤為重要。¹⁷⁰

如前所述，民國民法典的立法者有意不設置正式的別居制度，僅以第1001條本文予但書的方式給予別居請求的空間，並且以性別中性的方式加以表述。相對地，別居權的權利內容透過司法審判系統，漸隨時代由下而上地演進發展，以保障婚姻中的女性。在遷臺舊檔的別居案件中，可以發現雖然一、二審法官全為男性，但法院表現出對於遭受丈夫、夫家虐待，或丈夫不忠的婦女之理解與支持。這樣的支持，也立基於國家法的改變。在新的法律規範與法院實踐底下，如果妻子本身或其娘家有一定社會經濟條件進行訴訟，妻子在不能（如丈夫在民法實施前納妾、或丈夫納妾時有事先得到妻子同意）或不願離婚的情況下，仍有可能訴請別居。在可以離婚的情況中，妻子也可以選擇維持婚姻關係與正妻名份，避免離婚之污名，並獲得一定生活費或者丈夫日後遺產，而不須忍受與丈夫及妾共同生活或婚姻生活中的暴力。對於丈夫而言，即便主張因妻子沒有為其產下子嗣而納妾，法律上亦不能避免被別居（或離婚）之命運。納妾或虐待妻子所要付出的代價，除了離婚以外，亦有可能

¹⁶⁹ 如前所述，本文就遷臺舊檔關於離婚訴訟的認識，及其與別居訴訟的比較，尚待日後更深入研究。

¹⁷⁰ 李紅英據民國時期的社會調查指出，當時就算是在天津或廣州等城市中的婦女，沒有職業的仍為大多數。就算是有職業的婦女，工資往往偏低，而難以維持個人或者子女生活。李紅英，同註5，頁150-151。

在不得要求妻子與其同居之狀況中，負擔妻子別居時之生活費用。綜合言之，在民國中國法體系中，透過妻子積極行使新誕生的別居權，別居訴訟改變了婚姻間的權力分配（power distribution），增加了妻子在婚姻中的權力。¹⁷¹

肆、結語

“The past is a foreign country.”

— L. P. Hartley, *The Go-Between* (1953)

透過爬梳各民法草案與理由、大理院與最高法院判決判例、民國法學者論述，以及遷臺舊檔等一手史料文獻，本文試圖重構別居權在民國中國誕生、發展與實踐的過程。既有研究強調一九三一年開始實施的民法典親屬編，對於別居權與裁判別居之誕生所發揮之作用。相對於此，本文經由立法草案、民法條文及判決判例之對照，發現在別居權的誕生與充實的過程中，民法草案固然對判決有實質影響，然而法院、法官所扮演的角色並不亞於立法者。我們甚至可以說，司法是超前於立法，並且是創造與推動別居權的主力。早在民法典實施以前，別居訴權及對配偶的別居生活費請求權，皆已由法院判例加以確立。民法施行後，民法第1001條但書之「不能同居之正當理由」，則成為法院維持相同見解的法律依據。司法與立法的交錯，共同形構別居權內容逐漸充實、堆疊發展的軌跡。

新問世的遷臺舊檔，亦幫助我們更全面地理解別居權在民國時期的實踐。藉由分析其中歷經三審級法院的別居案件卷宗，本文有

¹⁷¹ 關於呼籲在家庭法中看見法律改革的分配後果（distributive consequences），參見Janet Halley & Kerry Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 AM. J. COMP. L. 753, 769 (2010).

以下發現：法院判決大體上皆依法裁判、認真對待別居權。雖然並非所有判決理由都清楚引用法條或判例，但即便在未有明白引用實證法依據的判決，其審理與論證過程，仍是依照別居訴訟的法律爭點（例如，是否有不能同居之正當理由？原告是否有扶養能力？等被告是否有扶養必要？）而行。所有可以辨識出當事人身分的別居案件，作為原告主動提出都是妻子。除了極少數例外，一、二審法院皆判妻子勝訴、准許妻子與丈夫別居及要求丈夫支付別居生活費之請求。絕大部分案件的一、二審，皆在數月內完成，並有進行當事人參與的公開言詞辯論與證據調查程序。相對於較難證明的身體或言語虐待，丈夫納妾成為別居訴訟勝訴的主要理由。雖然丈夫往往主張是因為妻子無子，為了宗祀延續、祖先血食不絕才納妾，然而此主張並不被法院採納。在講求男女平等、否定宗嗣繼承的中華民國民法下，對於夫妻平等的支持勝過對男性傳宗接代的考量。雖然當時民法仍以「從夫居」為原則，別居權與別居訴訟讓受虐或丈夫不忠的妻子，得以在維持婚姻關係與妻子地位的狀況下，起訴請求別居，而不必與丈夫與妾同居、獲得夫負擔之家庭生活費用以維持生活。別居權之建立及家庭生活費用等的司法實踐，提供婚姻不睦的女性於離婚之外的另一個選項。對於這些通常在事實上已經別居之妻子們，相較離婚與難以獲得的贍養費，別居就經濟（取得生活費）與象徵（保持妻子身分）層面上，有時可能更合乎某些妻子們的需求。當然，這樣的別居權並非單單來自立法者或司法者的賜予，也有賴具一定社會經濟條件的女性，積極爭取、認真對待別居權方能實現。藉由分析遷臺舊檔中之一般案件，我們可以更清楚地觀察到別居權發展乃是一種「由下而上」（bottom-up）的過程：在「不告不理」的現代法原則下，別居權的成長乃是建立在個案（女性）原告歷經各級法院之訴訟行動的努力之上。

雖然不是本文所欲處理之時間範圍，不過值得一提的是別居權

實踐超過四十年後，於一九七六年被大法官加以否認。做於一九七六年的司法院大法官釋字第147號解釋推翻了做於一九三二年的21年司法院院字第770號解釋。如前所述，院字第770號解釋為既來最高法院肯定別居訴權之代表見解。釋字第147號解釋雖肯定丈夫納妾時，妻得主張不履行同居義務本身符合民法第1001條但書之「不能同居之正當理由」，然大法官卻補充說明院字第770號解釋之「妻請求別居」所指為消極的抗辯權，「非謂提起別居之訴」。大法官們在解釋書中更進一步說明，院字第770號解釋「非謂如外國別居立法例之得提起別居之訴」，應予補充解釋。¹⁷²可惜的是，除了上述所述丈夫納妾時妻子有「不能同居之正當理由外」，本號解釋之解釋文與解釋理由之其餘部分皆為偏重法釋義學技術面的說明。大法官們對於此號解釋為何推翻了超過四十年實務見解與法律實踐，並無多做論理或說明。¹⁷³我們無從得知，大法官的決定是否只是基於技術性的依法解釋結果，或基於維護婚姻的傳統價值，抑或認為男女不平等狀況較民國中國時期已經有了長足的進步，而有不同的政策考量？不論如何，此後實務上便認為不能同居事由僅為消極抗辯權，不得以此主動請求別居。程序上而言，實務亦認為

¹⁷² 司法院大法官釋字第147號解釋；做成日期1976年（民國65年）12月24日。

¹⁷³ 此號解釋雖有三則不同意見書（分別為陳世榮、楊與齡與姚瑞光大法官所出具），但實質方向皆贊同本號解釋否定別居權與訴訟的立場，僅在理由構成與文字上有不同意見。楊與齡在十餘年的檢討大法官民法解釋的專論中，簡單提及此號解釋乃基於「傳統倫理」及「維持婚姻存續之意旨」。參見楊與齡，四十年來司法院大法官有關民法解釋之研究，載：司法院大法官釋憲四十週年在司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，頁324，1988年9月。關於司法院大法官釋字第147號解釋做成的原因與考量，包括為何過去數十年的實務見解不能被大法官接受，因本文篇幅設定所限，計畫他日另以專文以探討。目前，本文作者目前進行初階段的質性研究（包含訪談參與第147號解釋之大法官）。

我國民事訴訟或家事訴訟並不存在積極別居之訴。¹⁷⁴戰後身分法學者對於我國是否存在積極別居權，則存有肯否兩說。¹⁷⁵釋字第147號解釋否定我國法存在積極別居制度後經過三十年，二〇〇六年臺灣的婦女團體與學者專家基於遭受家暴或離婚有困難婦女之權益考量，組成「分居制度修法聯盟」，後於二〇〇七年提出分居立法的

¹⁷⁴ 例如，最高法院70年臺上字第1904號判決、最高法院96年臺上字第582號判決。

¹⁷⁵ 採肯定說者，例如戴炎輝在1955年出版的《中國親屬法》中支持別居制度。戴炎輝認為別居之請求通常在妻子因受夫或其家屬虐待、或因夫納妾而不堪同居時發生。此時承認別居權可保障妻之生活，並促使丈夫反省，日後亦可以破鏡重圓，並與離婚制度相輔相成。參見戴炎輝，中國親屬法，頁194-195，1955年9月。在後續戴炎輝與戴東雄二人合著的《中國親屬法》，與戴炎輝、戴東雄、戴瑀如三人合著之《親屬法》中，亦採「積極請求說」。參見戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，頁267-268，1987年8月；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁142，2014年8月。戴東雄亦為文支持別居請求權及其正式法制化，以保護婚姻中弱勢之一方，並維護男女平等原則。參見戴東雄，民法第1001條但書之分居規定應予法制化，月旦法學教室，165期，頁63-67，2016年7月。此外，採肯定說之身分法學者尚有陳棋炎，其於《親屬法講義》中所主筆之「夫妻別居」部分，主張消極說對「保護有正當理由之配偶未盡周到」，因其只能在對方提起訴訟時才能抗辯，在長期不安中難以期待雙方日後能言歸於好。如能讓有正當理由之一方請求別居，靜待別居理由消滅後回復夫妻同居，也可以是一種合乎人倫秩序、使夫妻互負同居義務的「輔助手段」。參見陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁121-122、491，2018年9月，修訂14版。採否定說者，例如史尚寬主張，我國民法因有離婚制度，是以未設有別居制度。縱然有事實上之別居，也不因此使妻子有獨立住所。此外，當事人為一時別居之約定，如果不害夫妻共同體之本質，即可認為有正當理由而有效。但史尚寬強調，如僅以合意為理由而拒絕他方同居之請求，則此約定為無效。參見史尚寬，親屬法論，頁264-265，1964年11月。林秀雄則認為，縱然採取積極請求權立場，若別居之正當理由消失則別居判決即失去其依據，此種判決將處於不確定狀態。再者，由於我國法目前無別居最長時間之明文規定，為避免「一日別居終身別居」，以消極說為宜。參見林秀雄，親屬法講義，頁114，2018年9月。

建議，其中包含「協議別居」及「裁判別居」（即積極離婚請求權）制度，以及家庭生活費用負擔之相關規定。¹⁷⁶如果我們將現行法及修法倡議放進歷史脈絡中加以思考，可以發現別居請求權在中華民國法體制下，實際上經歷從「權利化」到「去權利化」的過程。目前的相關立法倡議，則可以理解為「再權利化」的努力。在目前「再權利化」的立法倡議中，除了參考外國立法例，別居權在民國中國的誕生與實踐，又可能帶給現行立法倡議怎樣的思考？

英國小說家L. P. Hartley曾言：「過去是異邦」（“The past is a foreign country”）¹⁷⁷。此西諺常常是歷史學者自我警惕，就算是研究同一族群或土地上之過去經驗亦需注意現在與過去的鴻溝，而不要預設兩者之間的同質性，或者輕易地以現在的概念去理解過去。對於作為法律史學徒的本文作者而言，也須時時提醒自己注意過去與現代、兩方時空條件之差異，以避免過度簡化地「以古諷今」或「以今非古」。如前所述，司法院大法官釋字第147號解釋後，中華民國司法實務通說上已不承認別居訴權，是以本文刻劃別居權在民國中國發展與實踐的過程，也確實成為有如異邦的過去。存在於種種不同時空條件的民國中國法律經驗，當然不能直接套用於當今臺灣社會。以別居訴訟為例，在今日臺灣「妾」制度已非常態性的存在。此外，如前所述，目前別居制度立法倡議之內容亦大幅超越本文聚焦的別居訴權之範圍。而此一別居立法的意義與功能，也需

¹⁷⁶ 後於2012年，時任女權會理事長的立法委員吳宜臻，及鄭麗君、何欣純、管碧玲、蔡其昌等36名立法委員，主張我國有導入別居制度之必要，並提出「民法親屬編部分條文修法建議」。立法院第8屆第1會期第4次會議議案關係文書，中華民國101年3月14日，院總第1150號，委員提案第13008號。更多分析請見尤月亭，以建構別居制度健全裁判離婚之研究，高雄大學法律學系碩士論文，2015年9月。

¹⁷⁷ LESLIE POLES HARTLEY, *THE GO-BETWEEN* 1 (1953).

要置入現今臺灣法律體系才能適切理解。¹⁷⁸而當前臺灣社會女性的經濟能力及婚姻的意義等社會脈絡，也與民國中國的婦女不盡相同。

話雖如此，或者法律史研究的迷人之處之一，或許就在於過去與現在的對話或者張力。如果將「過去」是「異邦」，或許我們也可將法律史研究作為一種廣義的比較法研究。就比較法方法而言，即便是時空條件不盡相同的外國立法例，對於在地的法律改革都有著不可否認的價值。那麼，民國中國別居權的實踐與討論是否也可以提供戰後臺灣的別居發展或立法倡議一些參考、思辨之比較脈絡？例如，相對於民國中國法院能積極地給予婚姻中弱勢的一方別居權與相應的扶養費用，司法院大法官釋字第147號解釋是否過於保守而未能促進、甚至阻礙、倒退了性別平等的方向？就目前的法律改革而言，相對於在別居權在民國民法的實踐，現今別居立法草案更廣泛地界定別居條件、期限與彼此權利義務關係。此種更加全面與明確的別居相關制度設計，是否有助於別居制度之運作、進而提供更多婚姻雙方當事人解決婚姻生活紛爭、重新安排夫妻子女生活之選項？在當今社會中的別居與離婚，與民國中國的別居與離婚，在法律與社會意義上有何同與不同？最終，我們又該如何思考與決定法律改革對於家庭生活的權力（重）分配？本文認為，民國中國法除卻純粹學術價值，亦是對於現行法體制進行具歷史思維考察的重要對象之一。中華民國法誕生於二十世紀初的中國，在二戰後於臺灣繼續發展。¹⁷⁹對於中華民國法歷史軌跡的考察、進而

¹⁷⁸ 例如離婚（含裁判離婚要件與剩餘財產分配請求等）與家庭暴力防治法等相關法律制度與運作，也是思考重新立法、設計別居制度時不可或缺的面向。

¹⁷⁹ 王泰升，中華民國法體制的台灣化，載：邁向21世紀的台灣民族與國家，頁11-40，2001年11月。

「歷史化」(historicize)對現行法的理解，或可提供我們在思考現行法制的設計與實踐之際，更多的可能性。本文對於別居權的考察，則可說是發掘這樣可能性的一個嘗試。



元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中 文

1. 夫馬進著，王亞新、范愉譯，明清時代的訟師與訴訟制度，載：明清時期的民事審判與民間契約，頁389-430，1998年10月。(Fuma Susumu [auth.], Ya-Xin Wang & Yu Fan [trans.], *Litigation Master and Litigation System of Ming and Qing China*, in: CIVIL JUSTICE AND CIVIL CONTRACT IN THE MING-QING PERIOD, 389-430 (1998).)
2. 尤月亭，以建構別居制度健全裁判離婚之研究，高雄大學法律學系碩士論文，2015年9月。(Yuan-Ting Yoo, *The Research of Building the Separated System to Improve the Referee Divorce*, Master's Thesis, Department of Law, National University of Kaohsiung (2015).)
3. 王泰升，日治時期的法律改革，1999年4月。(Tay-Sheng Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule* (1999).)
4. 王泰升，中華民國法體制的台灣化，載：邁向21世紀的台灣民族與國家，頁11-40，2001年11月。(Tay-Sheng Wang, *The Taiwanization of Legal System of Republic of China*, in: TOWARD A NEW 21ST CENTURY TAIWAN NATION AND STATE, 11-40 (2001).)
5. 王泰升，政府檔案的整編及學術上運用：一位臺灣法律史研究者的經驗談，國史館館刊，54期，頁165-182，2017年12月。(Tay-Sheng Wang, *The Compilation of Governmental Archives and Their Application in Academics: Based on the Experiences of a Researcher in Taiwanese Legal History*, 54 BULLETIN OF ACADEMIA HISTORICA, 165-182 (2017).)
6. 司法行政部編，中華民國民法制定史料彙編（上），1976年6月。(Civil Code Amendment Commission, Ministry of Justice [ed.], *A Compilation of Materials for the Enactment of the Civil Code of the Republic of China (I)* (1976).)
7. 司法行政部編，中華民國民法制定史料彙編（下），1976年6月。(Civil Code Amendment Commission, Ministry of Justice [ed.], *A Compilation of Materials for the Enactment of the Civil Code of the Republic of China (II)* (1976).)

8. 史尚寬，親屬法論，1964年11月。(Shang-Kuan Shih, *Family Law* (1964).)
9. 田奇、湯紅霞編，民國時期司法統計資料匯編（第18冊），2013年6月。(Qi Tian & Hong-Xia Tang [eds.], *Judicial Statistics in the Republican Era (Vol. 18)* (2013).)
10. 白凱，中國的婦女與財產：1960-1949，2007年1月。(Kathryn Bernhardt, *Women and Property in China: 1960-1949* (2007).)
11. 寺田浩明著，王亞新譯，權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序，載：明清時期的民事審判與民間契約，頁191-265，1998年10月。(Terada Hiroaki [auth.], Ya-Xin Wang [trans.], *Rights and Injustice—Civil Justice and Civil-Law Order of the Qing Dynasty People, in: CIVIL JUSTICE AND CIVIL CONTRACT IN THE MING-QING PERIOD, 191-265* (1998).)
12. 寺田浩明著，曹陽譯，清代刑事審判中律例作用的再考察——關於實定法的「非規則」形態，載：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁311-356，2012年7月。(Terada Hiroaki [auth.], Yang Cao [trans.], *A Re-examination of the Effects of the Great Qing Code in Criminal Trial in Qing China, in: RIGHTS AND INJUSTICE—COLLECTED WORKS ON THE CHINESE LEGAL HISTORY OF TERADA HIROAKI, 311-356* (2012).)
13. 朱耿佑，宗祧繼承與我國民法繼承制度的再檢討：以中華民國民法典中「指定繼承」制度之立法歷程為核心，2019第二十二屆基礎法學復活節，臺大法律學院，2019年4月。(Chu-Keng Yu, *A Re-examination of Patrilineal Succession and the Succession System of Republic of China: A Study of the Legislation Process of “Designated Succession” System in ROC Civil Code*, Symposium conducted at the 22th Easter of Fundamental Legal Studies, National Taiwan University, Taipei (2019).)
14. 李紅英，從事實別居到法律別居：清代到民國時期夫妻別居的權利與義務，載：歷史社會法學：中國的實踐法史與法理，頁135-155，2014年10月。(Hong-Ying Li, *From De Facto Separation to Legal Separation: Rights and Obligations in Husband-Wife Separations from the Qing to the Republic, in: THE HISTORY AND THEORY OF LEGAL PRACTICE IN CHINA: TOWARD A HISTORICAL-SOCIAL JURISPRUDENCE, 135-155* (2014).)

15. 李鵬年、劉子揚、陳鏘儀編著，清代六部成語詞典，1990年。(Peng-Nian Li, Zi-Yang Liu & Qiang-Yi Chen [eds.], *A Dictionary of Terms of Six Ministries in the Qing Period* (1990).)
16. 沈玉清，論別居制度，東方雜誌，44卷8號，頁37-43，1948年8月。(Yu-Qing Shen, *On Separation System*, 44(8) EASTERN MISCELLANY, 37-43 (1948).)
17. 沈靜萍，多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法：從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造，2015年3月。(Chin-Ping Shen, *The Diverse Embedded Taiwanese Family Law under Japanese Colonial Rule: An Examination of Court Judgment Concerning the Reform of Taiwanese Family and Legal Status of Women* (2015).)
18. 里贊、劉昕杰等，民國基層社會糾紛及其裁斷：以新繁檔案為依據，2009年11月。(Zan Li & Xin-Jie Liu et al., *The Disputes and Its Judgments of the Base Structure of Society: A Study of Xin-Fan Archives* (2009).)
19. 林秀雄，親屬法講義，2018年9月。(Hsiu-Hsiung Lin, *Family Law Lectures* (2018).)
20. 邵雅玲，由《淡新檔案》看晚清北臺女性的訟案，臺灣大學歷史所碩士論文，2001年6月。(Ya-Ling, Shao, *On the Cases of Women in Northern Taiwan in Late Qing from "Dan-Xin Archive"*, Master's Thesis, Department of History, National Taiwan University (2001).)
21. 邱澎生，「動態制度史」研究如何可能？——評介《明代中央司法審判制度》，明代研究通訊，6期，頁129-142，2003年12月。(Peng-Sheng Chiu, *How the Study of "Dynamic Institutional History" Possible—A Comment on The Central Legal Institutions in the Ming Dynasty*, 6 JOURNAL OF MING STUDIES, 129-142 (2003).)
22. 柯慧鈴，以黨綱代三綱：婦女協會與訓政初期的性別政治，政治大學歷史學報，37期，頁73-120，2012年5月。(Huei-Ling Ke, *The Party Doctrine Replacing the Three-Virtues: The Women's Association and the Gender Politics during the Early Stages of Political Tutelage*, 37 THE JOURNAL OF HISTORY, NATIONAL CHENGCHI UNIVERSITY, 73-210 (2012).)
23. 柳岳武，抗戰前十年國民政府別居案件審理研究，史學月刊，4期，頁71-

- 79, 2003年4月。(Yuewu Liu, *Study on the Cases of Separation of Nationalist Government in Pre-war China*, 4 JOURNAL OF HISTORICAL SCIENCE, 71-79 (2003).)
24. 凌善清編，全國律師民刑訴狀彙編已編（民事訴訟 家屬），1923年。(Shan-Qing Ling [ed.], *Compilation of Petitions in Civil and Criminal Trials from Nationwide Lawyers VOL. 6 "Civil Procedure, Family"* (1923).)
25. 孫慧敏，制度移植：民初上海的中國律師（1912-1937），2002年7月。(Hui-Min Sun, *Institutional Transplantation: The Chinese Lawyers in Republican Shanghai (1912-1937)* (2002).)
26. 徐靜莉，「契約」抑或「身份」——民初「妾」之權利變化的語境考察，政法論壇，28卷2期，頁34-41，2010年3月。(Jing-Li Xu, "Contract" or "Identity"—*The Change of the Rights of Concubines in Early Republican China*, 28(2) THE POLITICAL SCIENCE AND LAW TRIBUNE, 34-41 (2010).)
27. 徐靜莉，民初女性權利變化研究——以大理院婚姻、繼承司法判解為中心，2010年5月。(Jing-Li Xu, *Studies on the Changes in Feminine Rights in Early Republican China—Centering on the Judicial Decisions and Interpretations of Marriage and Inheritance of Dali Yuan* (2010).)
28. 梁弘孟，論大理院判解中妾的地位——以財產關係為重心，國立中正大學法學集刊，55期，頁1-93，2017年4月。(Hung-Meng Liang, *The Legal Status of Concubines According to the Judicial Practices of Daliyuan*, 55 NATIONAL CHUNG CHENG UNIVERSITY LAW JOURNAL, 1-93 (2017).)
29. 郭貞娣，配偶的經濟權利和義務：民國贍養案件中的婚姻概念（1930～1949），載：從訴訟檔案出發：中國的法律、社會與文化，頁299-320，2008年6月。(Margret Kuo, *Spousal Abuse: Divorce Litigation and the Emergence of Rights Consciousness in Republican China*, in: RESEARCH FROM ARCHIVAL CASE RECORDS: LAW, SOCIETY AND CULTURE IN CHINA, 299-320 (2008).)
30. 郭衛編，大理院判決例全書，1931年10月。(Wei Kuo [ed.], *The Dali Yuan Reporter* (1931).)
31. 陳昭如，權利、法律改革與本土婦運——以臺灣離婚權的發展為例，政大法學評論，62期，頁25-74，1999年12月。(Chao-Ju Chen, *Rights, Legal Reform*

- and Local Women's Movement—A Case Study of the Development of Women's Rights to Divorce in Taiwan (1985-1999)*, 62 CHENGCHI LAW REVIEW, 25-74 (1999).)
32. 陳惠馨，從法律面談中國婦女在家庭地位之變遷，載：中國家庭及其倫理研討會論文集，頁227-258，1998年4月。(Hwei-Shin Chen, *Changes in the Family Status of Chinese Women from a Legal Perspective*, in: PROCEEDINGS OF CONFERENCE ON THE CHINESE FAMILY AND ITS ETHICS, 227-258 (1998).)
33. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，修訂14版，2018年9月。(Chi-Yen Chen, Tzong-Leh Huang & Jen-Kong Kuo, *Civil Law: Family*, 14th ed. (2018).)
34. 陳韻如，〈淡新檔案〉中姦拐案件：法律傳統的重新檢討，臺灣史研究，25卷4期，頁21-73，2018年12月。(Yun-Ru Chen, *Cases of Adultery and Abduction in "Tan-Hsin Archives": Re-examining Legal Traditions in Qing Taiwan*, 25(4) TAIWAN HISTORICAL RESEARCH, 21-73 (2018).)
35. 陳願遠，中國婚姻史，1987年12月。(Guyuan Chen, *History of Marriage in China* (1987).)
36. 最高法院判例編輯委員會編，最高法院判例要旨（上冊），1954年。(Supreme Court Reporter [ed.], *Synopses of Supreme Court Precedents (I)* (1954).)
37. 最高法院編，最高法院判例全文彙編：中華民國二十年至三十八年，2016年10月。(Supreme Court [ed.], *Full Text Supreme Court Precedents: 1931-1949* (2016).)
38. 著者不明，別居（貴陽甕安等縣習慣），法律評論，116期，頁18-19，1925年。(Anonymous, *SEPARATION (GUEI YANG WONG AN DENG XIAN XI GUAN)*, 116 LAW REV., 18-19 (1925).)
39. 黃宗智，法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較，2007年1月。(Philip C. C. Huang, *Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared* (2007).)
40. 黃琴唐，民國初年親權法制的開展——以大理院的司法實踐為中心，政治大學法律系碩士論文，2008年7月。(Chin-Tang Huang, *The Initial Implementation of Parental Rights During the Early Years of the Republic of*

- China — Focus on the Judicial Practice of Ta-Li-Yuan*, Master's Thesis, Department of Law, National Chengchi University (2008.)
41. 黃源盛，民刑分立之後——民初大理院民事審判法源諸問題，政大法學評論，98期，頁1-59，2007年8月。(Yuan-Sheng Huang, *Reexamining the Question of the Legal Source of the Civil Decisions of the Dali Yuan in the Early Republic of China (1912-1928)*, 98 CHENGCHI LAW REVIEW, 1-59 (2007).)
42. 黃源盛，民初大理院與裁判，2011年3月。(Yuan-Sheng Huang, *Dali Yuan and Its Judicial Decisions in Early Republican China* (2011).)
43. 黃源盛編，大理院民事判例輯存 親屬編（上），2012年6月。(Yuan-Sheng Huang [ed.], *Collection of Civil Precedents of Dali Yuan, Family (I)* (2012).)
44. 黃源盛編，大理院民事判例輯存 親屬編（下），2012年6月。(Yuan-Sheng Huang [ed.], *Collection of Civil Precedents of Dali Yuan, Family (II)* (2012).)
45. 楊與齡，四十年來司法院大法官有關民法解釋之研究，載：司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，頁291-343，1988年9月。(Yu-Ling Yang, *A Study on the Judicial Interpretations of ROC Civil Law by the Justices of the Judicial Yuan for the Past Forty Years*, in: ESSAYS IN CELEBRATION OF THE FORTIETH ANNIVERSARY OF THE JUDICIAL INTERPRETATIONS BY THE GRAND JUSTICES, 291-343 (1988).)
46. 趙鳳喈，民法親屬編，1944年7月。(Feng-Jie Zhao, *Family Law of the ROC Civil Code* (1944).)
47. 歐陽正，民國初年的法制改革與司法獨立理念的實踐，法制史研究，1期，頁79-94，2000年12月。(Zheng Ouyang, *Judicial Reforms and the Practice of Judicial Independence in Early Republican China*, 1 STUDY OF LEGAL HISTORY, 79-94 (2000).)
48. 鄭保華，我國民法應於離婚外明白設置別居制度議，法學雜誌，11卷1期，頁39-59，1939年11月。(Bao-Hua Zheng, *The Advocacy of Clearly Legislating System of Separation besides Divorce in the ROC Civil Code*, 11(1) LAW REVIEW, 39-59 (1939).)
49. 盧靜儀，民初立嗣問題的法律與裁判，2004年12月。(Jing-Yi Lu, *Laws and Judgments on the Issue of Adoption and Succession in Early Republican China*

(2014.)

50. 戴東雄，民法第1001條但書之分居規定應予法制化，月旦法學教室，165期，頁63-69，2016年7月。(Dong-Xiong Dai, *The Separation Rules in the Proviso of Article 1001 of the ROC Civil Code Should Be Legalized*, 165 TAIWAN JURIST, 63-69 (2016).)
51. 戴炎輝，中國親屬法，1955年9月。(Yan-Hui Dai, *Family Law of China* (1955).)
52. 戴炎輝、戴東雄，中國親屬法，1987年8月。(Yan-Hui Dai, Dong-Xiong Dai & Yu-Ru Dai, *Family Law of China* (1987).)
53. 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，繼承法，2013年2月。(Yan-Hui Dai, Dong-Xiong Dai & Yu-Ru Dai, *Succession* (2013).)
54. 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2014年8月。(Yan-Hui Dai, Dong-Xiong Dai & Yu-Ru Dai, *Family Law* (2014).)
55. 薛允升著述，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本（第二冊），1970年。(Yun-Sheng Xue [auth.], Jing-Jia Huang [ed.], *Duli Cunyi Chongkanben (2)* (1970).)
56. 韓欣芸，逃家·離家——同居義務的女性主義法律史考察，臺灣大學法律學院碩士論文，2014年6月。(Hsin-Yun Han, *Away from Home: The Feminist Legal History of Duty to Cohabit*, Master's Thesis, College of Law, National Taiwan University (2014).)
57. 羅鼎，親屬法綱要，1946年12月。(Ding Luo, *The Outlines of Family Law* (1946).)
58. 蘇希洵，離婚與別居，法律周刊，14期，頁1-3，1923年10月。(Xi-Xun Su, *Divorce and Separation*, 14 LEGAL WEEKLY, 1-3 (1923).)

二、日 文

1. 中川善之助『日本親族法——昭和17年』日本評論社（1942年7月）。
2. 西英昭『近代中華民国法制の構築——習慣調査・法典編纂と中国法学』九州大學出版會（2018年2月）。

三、外 文

1. Bernhardt, Kathryn & Huang, Philip C. C. eds. (1994), *CIVIL LAW IN QING AND REPUBLICAN CHINA*, California: Stanford University Press.
2. Bernhardt, Kathryn, *Women and Law: Divorce in the Republican Period*, in Kathryn Bernhardt & Philip C. C. Huang eds., *CIVIL LAW IN QING AND REPUBLICAN CHINA* (CA: Stanford university Press).
3. Chang, Kia-Ngau (1958), *THE INFLATIONARY SPIRAL: THE EXPERIENCE IN CHINA*, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
4. Chen, Yun-Ru, *Family Law and Politics in the Oriental Empire: Colonial Governance and Its Discourses in Japan-Ruled Taiwan (1895-1945)*, 14(1) NTU L. REV. 1 (2019).
5. Fairbank, John K. ed. (1983), *THE CAMBRIDGE HISTORY OF CHINA. VOL. 12, REPUBLICAN CHINA, 1912-1949, PART 1*, Cambridge, UK, and New York: Cambridge University Press.
6. Friedman, Lawrence, *Legal Culture and Social Development*, 4 LAW SOC'Y REV. 29 (1969).
7. Galanter, Marc, *Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).
8. Glendon, Mary Ann (1996), *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE*, Chicago: University of Chicago Press.
9. Haley, John Owen (1991), *AUTHORITY WITHOUT POWER*, Oxford: Oxford University Press.
10. Halley, Janet & Rittich, Kerry, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 AM. J. COMP. L. 753 (2010).
11. Hartley, Leslie Poles (1953), *THE GO-BETWEEN*, London: Hamish Hamilton.
12. Kennedy, Duncan (2006), *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in David M. Trubek & Alvaro Santos eds., *THE NEW LAW AND ECONOMIC*

DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL. (Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press).

13. Kuo, Margret (2012), *INTOLERABLE CRUELTY: MARRIAGE, LAW, AND SOCIETY IN EARLY TWENTIETH-CENTURY CHINA*, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.

14. Pound, Roscoe, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).

15. Tran, Lisa (2015), *CONCUBINES IN COURT: MARRIAGE AND MONOGAMY IN TWENTIETH-CENTURY CHINA*, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.

16. Van Der Valk, Marius Hendrikus (1939), *AN OUTLINE OF MODERN CHINESE FAMILY LAW*, Peking: Henri Vetch.

17. Xu, Xiaoqun (2008), *TRIAL OF MODERNITY: JUDICIAL REFORM IN EARLY TWENTIETH-CENTURY CHINA 1901-1937*, California: Stanford University Press.

18. Yick, Joseph K. S. (1995), *MAKING URBAN REVOLUTION IN CHINA: THE CCP-GMD STRUGGLE FOR BEIPING-TIANJIN*, New York: Armonk.

Taking Separation Right Seriously: A Legal-Social History in Republican China (1912-1949)

Yun-Ru Chen^{*}

Abstract

This article examines the emergence, development, and practice of the separation right in the Republican era of China (1911-1949). While the existing research stresses the role of the ROC Civil Code in bringing about separation right to the courts and the litigants, this article reveals a more complicated story in which judicial separation was first recognized by the courts, then gradually emerged through a series of judicial decisions before the enactment of the Civil Code, and more grounded when the Code was adopted. Although the Code and its drafts played certain roles in the development of separation right, the courts in fact led the legal reform. Also, the development of separation right was better understood as a bottom-up process: it was the wives who brought their grievances all the way to the Supreme Court that changed the law and realized this unprecedented right in action.

Furthermore, in order to gain a deeper understanding of how the separation right was put into practice, this article analyzes separation

^{*} Assistant Professor, National Taiwan University, College of Law; S.J.D. Harvard Law School.

Received: September 10, 2019; accepted: January 27, 2020

cases in the Taiwan Supreme Court Old Archive, which contains litigation cases filed in district courts that made all the way to the supreme court during the late Republican China. The fact that all separation cases were wives-initiated and decided in favor of wives showed that the judges, despite being all male, extended significant legal protection to wives who suffered marital abuse or infidelity. Also, judicial separation was taken quite seriously. Every case was adjudicated in accordance with the law. Regardless of the political upheaval in the late 1940s, almost all the cases were decided in a few months after proper procedure, such as oral arguments and investigation of evidence in open hearings in which both parties participated in person. Since the wives who sued for separation usually had settled in places away from their husbands' residences, the main motive for wives was rather to legitimize separation, maintain marital status, and request for marital maintenance. While allegation of abuses by husbands or in-laws was hard to be substantiated, husbands' taking concubines served as the major reason that judges granted wives' separation. Republican family law provided alternative legal remedy for a wife to live apart from her husband and his concubinage when the marriage in principle was still patrilocal. Meanwhile, it was those wives who were economically and socially capable of suing for separation that made this unprecedented right real in action. Overall, this article not only examines how judicial separation altered the way power distributed between husbands and wives in Republican China but also serves as a reference for the current effort of legalization of separation in contemporary Taiwan.

Keywords: Separation Right, Republican China, Legal Reform, Taiwan Supreme Court Old Archives, Family Law, Gender, Archival Study, Litigation, Legal History, Law & Society, Bottom-up Process

