

# 從「父母之命」到「兩情相悅」 ——論民初法制發展中男女結婚意思對 婚姻締結之影響

梁 弘 孟\*

## 要 目

壹、前 言	二、傳統中國式法典：現行律民事有效部分
貳、傳統中國婚姻制度中尊長與結婚男女的角色地位	肆、大理院的司法實踐
一、婚姻締結的要件與程序	一、對主婚權及主婚效力之強調
二、婚姻解消的事由	二、對主婚人權利之制約以及對結婚男女雙方意思之尊重
三、對不適法結婚行為的制裁	(一)改 嫁
參、清末民初之立法	(二)一般婚姻
一、新式立法：大清民律草案親屬編、初稿與修正親屬法草案	三、小 結
(一)親屬法初稿：婚姻自由的初步嘗試	伍、大理院司法實踐之評析
(二)第一次草案與民國四年草案：對「父母之命」原則的重申	一、大理院所處的法制變遷背景
	二、賦予結婚男女當事人地位：大理院對傳統婚姻制度的一項重

DOI : 10.3966/102398202016090146003

\*

中正大學法律系助理教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：一〇四年十一月十六日；接受刊登日期：一〇五年九月二十日

責任校對：蘇淑君

要改造	(二)法制局親屬法草案及現行民法
三、大理院判例對後來立法的影響	親屬編
(一)民律第二次草案親屬編	陸、結 論

## 摘 要

「父母之命、媒妁之言」可以說是傳統中國婚姻成立的最重要條件，父母或其他尊長的意思可以決定婚姻之締結與否，而實際上要結婚的男女雙方，其意願在禮制與法制上卻非要件。傳統律典更有一系列的規定以彰顯父母等尊長對於子女婚姻的主導地位。到了清末民初，隨著歐陸民法的引進以及社會環境的變遷，傳統中國的婚姻觀受到質疑與挑戰，身為最高審判機關，而因緣際會地兼具立法職能的大理院，也體察世變，嘗試改造傳統中國的婚姻制度。大理院在判解中運用了民律第一次草案所引進的西方民法制度，肯定結婚男女的當事人地位。儘管在民初實際作為民事審判法源的現行律民事有效部分，係延續傳統中國的婚姻制度，而為了遵循其立法意旨，大理院仍尊重尊長對於卑幼婚姻的主導權，但整體而言更重視的其實是子女的結婚意願，且靈活運用撤銷制度以及代理權制度，以賦予子女影響婚姻命運之機會。大理院的作為固然影響了民律第二次草案，其尊重婚姻當事人結婚意思的意旨，則延續到其後的國民政府法制局親屬法草案以及現行民法親屬編。

**關鍵詞：**民初法制、大理院、大理院判例、大理院解釋、大理院司法實踐、結婚、訂婚、婚約、結婚意思、婚姻當事人

## 壹、前言

在民初民事法制的發展史上，大理院的重要性無庸置疑。在新舊法制交替時期，新式法制尚未完備，但社會與經濟環境的實際需求卻等不及立法者的蹣跚腳步的情況下，大理院一面恪守最高司法機關的職分，依法審判；另一方面則賦予既有法規範新生命，並靈活運用習慣、解釋與法理等各種方法以填補規範空隙，使民初法制在立法與司法兩方面的發展都還能與時俱進。由於這種時代的環境使然，大理院形式上是司法機關，但實質上卻帶有立法機關的色彩，而其所著之判解，便是履行此一時代使命的具體成果展現，也自然是研究民初法制所不可或缺的史料。

清末變法時引進歐陸的新式民刑法制，傳統中國的家庭人倫秩序也在這波西法東漸的潮流中逐漸受到衝擊。如果我們認為，傳統中國法係以家族主義與團體主義為基本的意識形態，而歐陸法則以個人主義為本位，那麼清末民初的立法者與司法者在面對這股潮流時，究竟是如何面對這兩種截然不同的法律文化的？其立場為何？其作法對於當時以及後世有何影響？而吾人又應如何加以評價？

以作為組織家庭之開端的婚姻法為例，「父母之命，媒妁之言」是傳統中國婚姻締結的要件，實際結婚之男女雙方的意思並非婚姻締結的要件。然而在現行民法的制度底下，婚姻卻以男女之結婚意思作為實質的要素。<sup>1</sup>由「父母之命」轉變為「小倆口」、「兩情相悅」的契機為何？如果這是在清末民初繼受歐陸民法之後

---

<sup>1</sup> 現行民法第972條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」婚約既應由當事人自行訂定，則婚約意思之一致，自為婚約之要件。而既然連婚約都應由當事人自行訂定，也就是以意思之一致為實質要件，則結婚之應由當事人自主，殊無疑義。參考陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁68、96，2010年9月，修訂9版。

才展開的轉變，則大理院在此種轉換的過程中起了何種作用？從大理院的司法實踐中是否能看出這些蛛絲馬跡？大理院的司法實踐與後來的法制發展又有何種關係？凡此種種，均甚具研究價值。

本文因此以民初法制上當事人意思作為婚姻要素之抬頭作為主軸，而將重點放在大理院的司法實踐。希望能對以下問題加以探究：首先，傳統法當中婚姻男女在婚姻締結過程中的地位為何？大理院是如何加以改造的？其次，如果大理院的確透過司法實踐改變了結婚男女的地位，又是透過何種方式？如果大理院的作為是銜接傳統法與新式法的過渡，則大理院的司法實踐中，包含了哪些傳統法的成分，又受了多少新式民法學理的影響？最後，大理院的作為對於後來的立法產生何種影響？

## 貳、傳統中國婚姻制度中尊長與結婚男女的角色地位

在傳統中國，婚姻的意義表現在《禮記昏義》的這一段話：「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。」<sup>2</sup>這段話指出，婚姻不以個人為本位，而具有超個人的性質。<sup>3</sup>而所謂的「超個人性」，則表現在以下兩個方面。就對外關係來說，婚姻並非結婚男女雙方的事，而係兩個家族的結合。就對內關係而論，在我國舊制，婚姻之目的是為家、為祖先的，或者更具體地說，是為了男方的家族與祖先。一個家庭存在的最重要意義之一，就是要祭祀祖先，使祖先得以「血食」，而為了要維繫祭祀任務之遂行，每個家庭都必須確保能有後代，使祭祀的任務不至於斷絕。因此每個家庭都擔負繁衍後代以及祭祀祖先的任務，從而使

<sup>2</sup> 引自姜義華注譯，黃俊郎校閱，新譯禮記讀本，下冊，頁929，2007年2月，2版。

<sup>3</sup> 戴炎輝，中國法制史，頁220，1995年2月，10版。

作為家庭締結之始的婚姻獨具特色。而如果我們從婚姻過程中尊長與結婚男女的互動關係來看，傳統中國的婚姻則表現出以下的特色：

### 一、婚姻締結的要件與程序

中國傳統上對於婚姻締結的程序，早期的古禮中有所謂的「六禮」，亦即《禮記》中所記載的納采、問名、納吉、納徵、請期、親迎六個步驟。<sup>4</sup>而後世對婚禮有所修訂，例如到了南宋的朱子家禮，就將六禮刪修為納采、納幣（相當於「納徵」）以及親迎這三禮。<sup>5</sup>而從唐律開始的律典，則將整個婚姻締結的程序區分為「定婚」與「成婚」這兩大階段。對於六禮與「定婚」及「成婚」這兩大階段的對應關係，學者間有不同看法。有以前四禮為定婚，而以後二禮為成婚之儀注者，<sup>6</sup>有將親迎列為成婚儀式之始者，<sup>7</sup>也有將這六禮均視為定婚階段之步驟，而親迎之後的「共牢」、「合巹」、「見舅姑」及「廟見」之禮才算是成婚的手續的。<sup>8</sup>不論區分之標準為何，這些程序在在彰顯尊長對於婚姻之權柄，尊長對於婚姻締結之同意權，在中國社會已有長久的傳統。如詩經上有「娶

<sup>4</sup> 關於六禮內容之說明，參考陳顧遠，中國婚姻史，頁153-156，1992年9月；陳東原，中國婦女生活史，頁30-31，1994年12月；陳鵬，中國婚姻史稿，頁200-212，1990年8月。

<sup>5</sup> 戴炎輝，同註3，頁227；仁井田陞『中國身分法史』東京大學598頁（1993年）。

<sup>6</sup> 戴炎輝，同註3，頁227。亦見仁井田陞，同前註，頁597。仁井田氏與戴氏之區分基本相同，不過他認為「請期」宜視為定婚與成婚之中間階段。

<sup>7</sup> 如陳顧遠，同註4，頁160。不過該書之用詞乃「結婚」而非「成婚」。

<sup>8</sup> 趙鳳喈認為，婚姻之儀式，狹義言之，則指夫婦成婚之當日，親迎及共牢合巹之禮也。見趙鳳喈，中國婦女在法律上之地位，頁48，1993年5月。

妻如之何？必告父母」<sup>9</sup>的說法，而孟子也曾與弟子萬章談論舜不告父母而娶的妥當性，<sup>10</sup>並且指出，「丈夫生而願為之有室，女子生而願為之有家，父母之心，人皆有之，不待父母之命，媒妁之言，鑽穴隙相窺，踰牆相從，則父母國人賤之。」<sup>11</sup>尊長所擁有的權柄不僅是消極的同意權，從婚約之締結到成婚儀式之主持，往往都是由尊長安排。在禮記所規定的六禮，除了最後一個「親迎」之外，前五個步驟均不以結婚男女雙方的參與為必要，即使是最後且唯一以結婚男女之親自參與為必要的「親迎」，根據禮記昏義的記載，其儀注之進行是「父親醮子，而命之迎」，然後「子承命以迎」，<sup>12</sup>就是說根據禮制，親迎是秉承父命而為的。如果說連將新娘子迎娶進門這種必須由結婚男子親自為之，無從假手他人的儀式都要秉承父命，則表示整個婚姻的締結理論上可以說是基於父親的意志而發動，而過程中各項儀式的進行又是由父親主導的。

相較之下，根據禮制，結婚的男女雙方在婚姻締結的過程則沒有參與的餘地。既然婚姻目的中始終不曾涉及男女本人，則男女的結合而須顧到夫妻本人的意志實是不可想像的事。<sup>13</sup>禮記曲禮有云：「男女非有行媒，不相知名；非受幣，不交不親。」<sup>14</sup>結婚的男女雙方非經過媒人的介紹，連對方的姓名都無法知道，而非到男方下聘，也就是踐行六禮中「納徵」的手續之後，雙方不得有面對面的親身接觸。所以如果嚴格依循禮制，男女雙方要有交往，最快也

<sup>9</sup> 語出詩經齊風南山章。

<sup>10</sup> 孟子，萬章上。離婁上也有本於相同意旨的說法：「舜不告而娶，為無後也，君子以為猶告也。」

<sup>11</sup> 孟子，滕文公下。

<sup>12</sup> 姜義華注譯，黃俊郎校閱，同註2，頁930。

<sup>13</sup> 瞿同祖，中國法律與中國社會，頁127，1994年10月。

<sup>14</sup> 姜義華注譯，黃俊郎校閱，新譯禮記讀本，上冊，頁22，2007年2月，2版。

要等到定婚程序快要完成，即將進入成婚階段時，則實際上要結婚的男女雙方，如何能在婚約締結之始就形成結婚意思？這不但是古禮的嚴格要求，甚至還是許多傳統農村直到二十世紀初期的婚姻實況。<sup>15</sup>由此可見，成婚男女雙方結婚意思並非婚姻締結之要件。

## 二、婚姻解消的事由

中國傳統婚姻制度中，有所謂「七出」與「三不去」的制度，作為單意解消的事由。這兩種制度的設計更顯示出婚姻並非為了「小倆口」而存在，而無寧說是為了家族或公婆的福祉。傳統中國的離婚規範中，一旦妻有七出的任何一種條件，除非另有「三不去」，否則夫家得憑單方意志解消婚姻關係。所謂七出，也就是《大戴禮記·本命篇》所云的「七去」：「不順父母」、「無子」、「淫」、「妒」、「有惡疾」、「多言」以及「竊盜」。而所謂的三不去，根據大戴禮記則為「有所取無所歸」、「與更三年喪」，以及「前貧賤後富貴」。<sup>16</sup>這些要件從唐律以降就入律，在唐律以及大清律例的規定，除了用字以及順序或有不一致之外，基

---

<sup>15</sup> 例如，根據費孝通的觀察，在20世紀30年代，江蘇農村中男女青年的婚姻大事完全由父母安排，談論自己的婚姻被認為是不適當和羞恥的，婚配雙方互不相識，在訂婚後還要避免見面。見費孝通著，戴可景譯，*江村經濟——中國農民的生活*，45頁，1987年6月，又林耀華也指出，在這個時期的福建農村，按照規矩一個年輕男子在成婚前也不能與其未婚妻的家庭有來往，所以就出現他與未來的岳父對面不相識的情形。見林耀華著，莊孔韶、林宗成譯，*金翼——中國家族制度的社會學研究*，頁10，1990年4月。又如胡適在婚前也曾試圖去見自己的未婚妻江冬秀一面，但迫於習俗，江冬秀沒有見他，他也只能留一封信之後失望而歸。見沈寄，*胡適與江冬秀的婚姻*，載*江淮文史*，1994年2月第1期，轉引自張國華主編，鄭全紅著，*中國婚姻史*，第五卷，民國時期，頁162，2007年4月。

<sup>16</sup> 高明，*大戴禮記今註今譯*，頁510-512，1984年7月。

本內容完全相同。<sup>17</sup>從「七去」與「三不去」的內容來看，與其說重視妻的「品格」，還不如說重點在於妻的存在是否符合夫家客觀的福祉（如有無子嗣），或甚至主觀的好惡（公婆是否喜歡）。又禮記內則有一段話：「子甚宜其妻，父母不說，出；子不宜其妻，父母曰：『是善事我。』子行夫婦之禮焉，沒身不衰。」<sup>18</sup>這段話直接說明了父母的意志對於子女婚姻生活的決定性影響，也從另一個角度說明了婚姻的目的，是為了侍奉父母。蓋婚姻的重要目的既在承宗，所謂致孝祖先父母，當由近者始，表現於孝養舅姑，因此侍奉舅姑認為是婦人的天職，<sup>19</sup>以此來說，一方面舅姑的主觀意志對於出妻與否掌有極大的決定權；二方面女子在婚姻中的去就也經常取決於舅姑在客觀層面的「福祉」。也因此婚姻的單方面解消事由中，如果要嚴格貫徹禮制的意旨，子女的意志並無存在餘地。

### 三、對不適法結婚行為的制裁

從傳統法上關於尊長與卑幼在婚姻過程中違法行為所受的制

<sup>17</sup> 七出與三不去的規定，唐律疏議規定在第189條：「諸妻無七出及義絕之狀，而出之者，徒一年半；雖犯七出，有三不去，而出之者，杖一百。追還合。若犯惡疾及姦者，不用此律。」至於七出的內容，根據疏議的說法是「一無子，二淫泆，三不事舅姑，四口舌，五盜竊，六妒忌，七惡疾。」三不去則是「一經持舅姑之喪，二娶時賤後貴，三有所受無所歸。」見唐律疏議，頁184-185。在大清律例則是規定在第116條「出妻」：「凡妻[於七出]無應出[之條]，及[於夫無]義絕之狀，而[擅]出之者，杖八十。雖犯七出[無子、淫泆、不事舅姑、多言、盜竊、妒忌、惡疾]有三不去[與更三年喪、前貧賤後富貴、有所娶無所歸]而出之者，減二等，追還完聚。」見田濤、鄭秦點校，大清律例，頁213-214，1999年6月。

<sup>18</sup> 姜義華注譯，黃俊郎校閱，同註2，頁401。

<sup>19</sup> 林素娟，神聖的教化——先秦兩漢婚姻禮俗中的宇宙觀、倫理觀與政教論述，頁571，2011年6月。

裁，也可以看出尊長在婚姻締結上的權威與地位。首先，國家法律要求卑幼必須服從尊長對自己婚姻狀態的決定，否則將予以制裁。唐律第一八八條規定：「諸卑幼在外，尊長後為定婚，而卑幼自娶妻，已成者，婚如法；未成者，從尊長。違者，杖一百。」<sup>20</sup>類似規定在大清律例則為第一〇一條：「若卑幼或仕宦或買賣在外，其祖父母、父母及伯叔父母、姑、兄、姊[自卑幼出外之]後為定婚，而卑幼[不知]自娶妻，已成婚者，仍舊為婚。[尊長所定之女，聽其別嫁。]未成婚者，從尊長所定。[自定者，從其別嫁。]違者，杖八十。[仍改正。]」該律的第一條附例則謂：「嫁娶皆由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱無者，從餘親主婚。其夫亡攜女適人者，其女從母主婚。若已定婚未及成親，而男、女或有身故者，不追財禮。」<sup>21</sup>可見男女婚姻必須由尊長主婚，如果男女不由尊長主婚而私自結婚，要受到國家法律的刑事制裁。唯一的例外是因為當官或做生意等事由身在外地，在不知道尊長已經為其定親的情況下自行娶妻，且已經成婚，因為「不知者無罪」，而且也不能硬拆散已經結合的夫妻，便承認這樣的婚姻有效，也不處罰結婚的男女。

國家既然要求卑幼服從尊長的決定，那麼因服從尊長決定而為之婚姻行為在法律上自然不罰。唐律第一八〇條規定：「諸祖父母、父母被囚禁而嫁娶者，死罪，徒一年半；流罪，減一等；徒罪，杖一百。祖父母、父母命者，勿論。」該條之疏對此的解釋是「注云『祖父母、父母命者，勿論』，謂奉祖父母、父母命為親，故律不加其罪。」<sup>22</sup>類似內容在大清律例則規定在第一〇六條：「凡祖父母、父母犯死罪被囚禁，而子孫[自]嫁娶者，杖八十；[若男娶妾，女嫁

<sup>20</sup> 唐律疏議，頁184。

<sup>21</sup> 大清律例，頁204。

<sup>22</sup> 唐律疏議，頁180。

人]為妾者，減二等。其奉[囚禁]祖父母、父母命而嫁女娶妻者，不坐。亦不得筵宴，[違者，依父母囚禁筵宴律，杖八十。]」<sup>23</sup>這又從另一個角度表現出祖父母對子女婚事的權威地位。

然後，尊長在婚姻之締結有任何違法情事時，國家法律所給與之制裁，則從反面表現出尊長的婚姻決定權。如唐律第一九五條規定：「諸嫁娶違律，祖父母、父母主婚者，獨坐主婚。」<sup>24</sup>大清律例第一一七條「嫁娶違律主婚媒人罪」也規定：「凡嫁娶違律，若由[男女之]祖父母、父母、伯叔父母、姑、兄姊及外祖父母主婚者，[違律之罪]獨坐主婚。[男女不坐。]」<sup>25</sup>唐律該條的疏對此的說明為：「『嫁娶違律』，謂於此篇內不許為婚，祖父母、父母主婚者，為奉尊者教命，故獨坐主婚，嫁娶者無罪。」所謂「奉尊者教命，故獨坐主婚」之說，表示尊長既然有為卑幼決定婚姻狀況的權利，如果婚事有任何違法之處，就應由其負責。

而如果締結婚約之後有任何違約情事，也是由主婚人負法律責任。唐律第一七五條規定：「諸許嫁女，已報婚書及有私約，[約，謂先知夫身老、幼、疾、殘、養、庶之類。]而輒悔者，杖六十。男家自悔者，不坐，不追娉財。雖無許婚之書，但受娉財，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，還娉財，後夫婚如法。」<sup>26</sup>律文及疏議均未指出應由誰受刑事制裁，但解釋上應為主婚人。大清律例第一〇一條則明白規定受處分者係主婚人：「若許嫁女已報婚書，及有私約，……，而輒悔者，[女家主婚人]笞五十，[其女歸本夫]……。若再許

<sup>23</sup> 大清律例，頁208。

<sup>24</sup> 唐律疏議，頁188。

<sup>25</sup> 大清律例，頁214。

<sup>26</sup> 唐律疏議，頁177。

他人，未成婚者，[女家主婚人]杖七十，已成婚者，杖八十，後定娶者，[男家]知情[主婚人]與[女家]同罪，……」。男家悔[而再聘]者，罪亦如之……。」<sup>27</sup>

主婚人對婚姻締結的主導權，乃取決於其身分，地位愈尊者，主導權愈大，結婚之男女就愈居於服從之地位；反之，結婚男女之意志則較有表現之餘地。在唐律與大清律例，由前述尊長主婚時，應由尊長負完全責任，卑幼不受制裁；而如果是由其他親屬主婚，根據唐律第一九五條規定：「若期親尊長主婚者，主婚為首，男女為從。餘親主婚者，事由主婚，主婚為首，男女為從；事由男女，男女為首，主婚為從」；<sup>28</sup>大清律例第一一七條則規定：「餘親主婚者，[餘親，謂期親卑幼，及大功以下尊長、卑幼主婚者，]事由主婚，主婚為首，男女為從，[得減一等。]事由男女，男女為首，主婚為從，[得減一等。]」<sup>29</sup>當尊長的權威不再那麼「絕對」時，卑幼就要區分情形承擔或輕或重的法律責任。如果說當時的立法者考慮到類似今日「期待可能性」或「權責相符」的概念，而區分主婚的尊長與結婚的卑幼的身分關係，課以不同的法律責任，則祖父母、父母主婚而嫁娶違律，僅處罰祖父母或父母，正表明當祖父母或父母等至尊至親主婚時，卑幼只有服從一途。

總之，不論從婚姻締結的要件與程序、婚姻解消的事由或是對不適法結婚行為的制裁，都可以看出，在傳統法的架構之下，婚姻的命運往往並非取決於男女的意思，尤其是婚姻締結之意思要素，所在乎的乃男女雙方之父母或其他尊長的「結婚意思」，而非結婚

---

<sup>27</sup> 大清律例，頁203。

<sup>28</sup> 唐律疏議，頁188。

<sup>29</sup> 大清律例，頁214。

之男女本人。<sup>30</sup>固然在歷史上並不乏自由婚姻的實踐，父母親尊重子女婚姻意思的事例其實所在多有，<sup>31</sup>然而即使父母尊重子女的意思，婚事的締結仍須由父母出面，亦即制度上最終仍取決於父母的意思。

### 參、清末民初之立法

就婚姻制度方面的立法，清末民初可能影響大理院司法實踐的法律文本共有四部，如果以編纂完成或頒行的時間為準，則依序為大清民律草案親屬編初稿、大清民律草案親屬編、現行律民事有效部分以及修正親屬法草案。

#### 一、新式立法：大清民律草案親屬編、初稿與修正親屬法草案

清廷於光緒二十六年（一九〇二年）下詔變法之後，於一九〇七年開始民法典的編纂，先於宣統二年十二月完成民律草案初稿的編訂，而後在宣統三年九月進呈「編輯民律草案前三編告成摺」，奏進民律草案。這兩部文本的內容有所不同，以親屬法而論，民律草案初稿的親屬編在上奏朝廷之後，受到許多批評，清廷要求修訂法律館會同禮學館重訂條文，其後擬定新的版本。以下便對這兩部法律文本之內容加以說明。為便於說明起見，在以下的行文中，民

<sup>30</sup> 同樣的見解參考陳顧遠，同註4，頁141。

<sup>31</sup> 如唐代李林甫有六個女兒，他在每次有世家子弟到訪時，就讓女兒們暗地裡觀察，自行挑選合意的對象。見王仁裕，開元天寶遺事卷上「選婿篇」，載：岳純之，唐代民事法律制度論稿，頁13，2006年10月。在清代也有一個案例，已經與萬起漢定親的王氏愛上為他治病的潘景魁，其母允其悔婚而與潘景魁成親，引自沈衍慶，槐卿政績，卷二，「減約廢婚事」，載：歷代判例判牘，第十冊，頁176-177，2005年。

律草案初稿中的親屬編簡稱「親屬法初稿」，而最後確定之民律草案親屬編條文則簡稱為「第一次草案」，蓋大清民律草案又稱為「民律第一次草案」也。到了一九一五年，北京政府法律編查會又草擬親屬法草案，對第一次草案加以修訂，該草案以下則簡稱為「民國四年草案」。

#### (一)親屬法初稿：婚姻自由的初步嘗試

親屬法初稿關於婚姻之內容，係規定在第三章「婚姻」，分為五節，依序為第一節「定婚」，第十九條至第二十七條；第二節「成婚」，第二十八條至第三十一條；第三節「婚姻之無效及撤銷」，第三十二條至第四十六條；第四節「婚姻之效力」，第四十七條至第五十四條，以及第五節「離婚」，第五十五條至第六十五條。<sup>32</sup>就成婚男女以及父母之意思對婚姻效力之影響，該草案有如下規定。首先，第二十四條規定：「定婚須經父母允許，但男逾三十歲，女逾二十五歲者，不在此限。」據此，父母允許可謂定婚之要件。而第二十五條又規定：「凡定婚須本人情願。」因此本人之情願也是定婚的要件。

至於違反上述要件之效果，根據第三十二條之規定：「凡婚姻不依第二十二條、二十三條、二十五條、二十七條、二十九條所規定者為無效。」因此定婚無本人之情願者為無效。又根據第三十九條之規定：「婚姻不依第二十四條所規定者，得由有允許權者撤銷之。其允許由詐欺或脅迫而致者，亦同。父母之一既亡，或不能表示其意思，或不知為誰何，或已嫁者，只須父或母一人允許。父或母均亡，或均不能表示其意思，或均不知為誰何者，如祖父母在，須經祖父母允許；若祖父母亦不在，未成年者須經監護人及親屬會允許。」因此

<sup>32</sup> 上述條文引自大清國親屬法草案理由書，著者與出版者不詳，第三冊。

如未經過父母、祖父母或監護人及親屬會之同意而結婚者，前開人等得撤銷其婚姻。值得注意的是，根據第四十五條之規定：「三十九條之撤銷權，於六個月內經有允許權者追認其婚姻，或成婚已逾二年者，即消滅。」因此，如果有允許權人在定婚後六個月內追認其婚姻，或者已經成婚超過兩年，則有允許權人就不得撤銷其婚姻。亦即婚姻就確定有效。

以上的條文最值得注意者，為第二十四條：「定婚須經父母允許，但男逾三十歲，女逾二十五歲者，不在此限」，以及第二十五條：「凡定婚須本人情願。」這兩條規定不啻為對傳統婚姻觀的顛覆。根據第二十四條之說明，立法者認為定婚須經父母允許之理由有兩方面，其一為「定婚之事，關係男女之終身，非尋常契約可比，男女未成年者固無論已，即成年之後，閱歷未深，血氣未定，往往於婚姻之事有造次不檢之悔」。至於理由二，雖然由於原件部分筆跡不清，以致於無法完全辨識，但從可以辨識之文字亦可推知立法者之意旨，在於重視子婦與父母之同居生活與扶養問題，因此結婚之人選有必要經過父母同意，以確保日後家庭生活之和睦。然而一旦男子超過三十歲，而女子超過二十五歲，既然「閱歷較深，血氣已定」，就不必一律經父母之同意，不過「泰西各國於子女成年後多聽其自主婚姻，又似失之過寬」，因此本法參照日本明治民法第七七二條之規定，規定男未滿三十歲，女未滿二十五歲時，定婚須得父母允許。

至於第二十五條，立法者則指出，各國婚姻法最重要的立法原則，就是婚姻須憑本人之志願。立法者並將當時的戶律男女婚姻章的規定，「凡男女定婚之初，如有……，務要兩家明白通知，『各從所願』」，當中的「各從所願」解釋為「各從男女本人所願」，然後說中國的傳統婚姻法「未嘗不以男女本人之情願為重」。因此將本人之情願與父母之允許同樣作為婚姻之要件。從該條之說明所引

用之外國婚姻法來看，確實有許多國家的民法明文將「結婚意思」作為婚姻之要件，而在個人主義的民法立法原則下，此處的結婚意思應當是「結婚男女雙方」的結婚意思。然而在中國傳統婚姻制度之中，戶律男女婚姻章當中所謂的「各從所願」，所從的應該是「兩家」，或者說「兩家主婚人」之「願」，而非因婚姻而結合為夫妻的男女。所以立法者此處的說明，實為有意的曲解，目的是藉由附會中國傳統的婚姻法制，而給與新制度正當性，降低反對的阻力。<sup>33</sup>

而違反這兩條規定的效果也值得注意。根據第三十二條，婚姻不依第二十五條規定者無效，亦即定婚如非經男女雙方情願，婚姻

<sup>33</sup> 這種「古話新說」、「舊瓶裝新酒」，附會傳統中國經義以賦予新制度合法性的方法，於清末變法之際，修訂法律大臣沈家本等面對禮教派的質疑時經常採用。例如就修正刑律草案中對於卑幼侵犯尊長固然加重，但父祖毆傷子孫卑幼卻未如傳統刑律一般減輕，時任江寧提學使充任館中參議的勞乃宣對此提出質疑認為，舊律對於卑幼毆尊長加等處罰，尊長毆卑幼則予以減等，此所以「重倫常，正名分」，豈料新刑律草案卻將父祖毆子孫與凡人同論，「揆諸中國禮教，殊為未協。」沈家本對勞乃宣之回覆，一方面指出，如果要讓父祖減輕，在判決例中詳定差等即可，不必在法律中明文規定。至於父祖故殺子孫，是否得為禮教秩序所輕宥之問題，沈家本則引用公羊傳「晉侯殺其世子申生，曷為直稱晉侯以『殺』？殺世子母弟，直稱君者，甚之也。」認為春秋筆法責難晉侯，是因其未能慈愛世子申生，造成申生自殺，喪失為父的親親之道。由此可見，故殺子孫的行為當然也有悖於春秋之義，而古昔聖人對於故殺子孫者未嘗稍恕。勞乃宣認為沈家本「論俱平允」，因而未再做堅持。勞乃宣的意見，詳見勞乃宣，桐鄉勞先生遺稿，卷二，新刑律修正案彙錄，「倡議修正刑律草案說帖」，載：沈雲龍主編，近代中國史料叢刊，頁918-920，1969年6月。沈家本對勞乃宣的回覆，見寄謄文存，卷八，書勞提學新刑律草案說帖後，故殺子孫，1976年6月。關於這方面的討論，見黃源盛，沈家本法律思想與晚清刑律變遷，臺灣大學法律學研究所博士論文，頁178-179，1991年6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，頁57-58，2008年7月。

即為無效。而根據第三十九條之規定，婚姻未經有允許權人之允許者，有允許權人得撤銷之，亦即其效果為得撤銷，其除斥期間為成婚後二年，而如果有允許權人於事後追認，則撤銷權亦消滅。根據上開規定之結果，違反結婚男女雙方之意願而定婚為無效，而違反有允許權人意願而定婚者，其效果僅為得撤銷，一旦除斥期間經過，或者有允許權之父母、祖父母、監護人死亡，或者無法為此召開親屬會議，或者成婚已經過二年且未經有撤銷權人撤銷婚姻，則婚姻就確定有效。如此運作的結果，結婚男女雙方的意思在法律上將凌駕於有允許權人之意思之上。

藉由前述規定，立法者大幅降低尊長對於婚姻的影響力，而提高婚姻男女在婚姻締結過程中的主體性。立法者的用心，還可以從親權的制度設計上看出。親屬法初稿第六十六條規定：「子未成年、成年後不能自立者，須服從父母之親權。親權由父行使之，父亡或不知為誰何，或不能行其親權時，則母行之。」立法者使能自立的成年人不須服從親權，與男女達一定年齡後可自由定婚，不須得父母等尊長或親屬會議之同意，都是對尊長權威的稀釋，其立法意旨都是在提高子女在法律上的地位，而調整傳統「父為子綱」的倫常秩序。總之，該初稿雖然在定婚要件中，仍保留不少中國傳統婚姻法的遺緒，如同宗不婚<sup>34</sup>、父母的同意權等，但可以說由於這兩條的設計，就使整體婚姻締結的制度對於傳統的棄置，顯得遠遠大於保留，甚至已經與傳統的法規範之間，形成本質上的差異。<sup>35</sup>如果認為傳統法架構下的婚姻締結制度是所謂「包辦」婚姻，則親屬法初稿對於結婚要件的變革，則無寧在中國跨出「自由婚姻」的第一步。

---

<sup>34</sup> 該草案第20條規定：「同宗者不得結婚。」

<sup>35</sup> 黃琴唐，同註33，頁69。

## (二)第一次草案與民國四年草案：對「父母之命」原則的重申

初稿基於提高子女在法律上的地位之意旨，調整傳統「父為子綱」的倫常秩序，從而鬆綁婚姻自由，同時稀釋尊長在婚姻締結過程的影響力。這種制度設計由於與以「父母之命」為重的婚姻觀明顯牴觸，因而引起當時禮教派的群起反對。宣統三年（一九一一年）十二月二十三日，京師大學堂總監督劉廷琛進「奏新律不合禮教條文請嚴斥刪盡摺」，奏摺中提到：「其親屬法中有云：子成年能自立者，則親權喪失；父母或濫用親權或管理失當，危及子之財產，審判廳得宣告其親權之喪失。又有云：定婚須經父母之允許，但男逾三十，女逾二十五歲者，不在此限各等語。皆顯違父子之名分，潰男女之大防。」<sup>36</sup>根據岡田朝太郎的說法，劉廷琛的這份奏摺「頗有足動人之視聽者」，<sup>37</sup>影響了朝廷對於修律的態度，朝廷將這份奏摺發交修訂法律館參考，後來修訂法律館會商禮學館進一步修訂時，對於劉廷琛所批評的部分作出修正，而改訂為第一次草案之內容。

第一次草案關於婚姻之內容，同樣規定在親屬編第三章「婚姻」。<sup>38</sup>然而相較於親屬法初稿，民律第一次草案就婚姻法部分的結構卻有重大調整，將「定婚」與「成婚」二節合併為「成婚之要件」一節。該章下分四節，而「婚姻之無效及撤銷」則改為第二節。除了章節架構之外，有關於父母之同意權的行使方式，以及結婚男女雙方的結婚意思，到了本草案都有重大修正。親屬法草案初稿第二十五條之規定，在本草案遭到刪除。而初稿第二十四條之規

<sup>36</sup> 清末籌備立憲檔案史料，下冊，頁887-889，1967年6月。

<sup>37</sup> 參閱岡田朝太郎，論中國之改正刑律草案，轉引自黃琴唐，同註33，頁70。

<sup>38</sup> 以下所引用之法條內容，見黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注(一)，頁480以下，2014年12月。

定，也經過大幅修正，規定於本草案的第二十二條：「結婚須由父母允許。繼母或嫡母故意不允許者，子得經親屬會之同意而結婚。」從該條的說明來看，結婚應得父母同意之理由，可分為兩點。首先是為子女利益，立法者認為，「婚姻為男女終身大事，若任其自由結合，往往血氣未定，不知計及將來，卒貽後悔」，因此賦予父母同意權。蓋根據立法者的預設，「人情無不篤愛其子，愛之切則慮之週，自必能熟權其利害」。其次是為了與父母同居生活之和諧，「子婦於成婚後仍多與父母同居，則姑媳間之感情亦宜先行籌及。」這兩點理由與初稿的說明意旨相似。至於初稿認為當結婚男女達到一定年紀之後，「閱歷較深，血氣較定」，所以結婚不再需要父母同意的說法，在第一次親屬法草案的說明中則不予採納。

藉由上述條文內容與立法說明，該草案立法者要傳達的意義相當清楚：父母的權威並不因子女之年紀而有所減損，結婚之同意權既然是父母權威的展現，則不論子女年紀多大，結婚均應得父母之同意。

令人好奇的是，親屬法初稿「凡定婚需本人情願」的規定，在第一次親屬法草案既然不被保留，而第一次親屬法草案第二十五條第一款「當事人無結婚之意思」應如何解釋？根據該條之說明，「當事人無結婚意思以事實錯誤為限」，表示在民律第一次草案，結婚意思表示締結婚約時所認識的對象，應與實際成婚的對象一致，至於締結婚約意思之產生是否基於當事人之自願，則在所不問。

父母對婚姻之同意權可認為是親權的一部分，立法者在修訂婚姻同意權的同時也調整了親權之行使條件。初稿第六十六條之規定，到了第一次親屬法草案則修訂為第五十五條：「親權由父或母行之。」以及第五十六條：「行親權者為繼母或嫡母時，準用第？條第？條第？條之規定。」初稿規定未成年人須服從親權，而該草

案將「未成年人」的字樣刪除，表示服從親權者不以未成年人為限，只要父母在，就必須服從其親權。

除了使父母對婚姻之同意權不因男女之年齡而受影響外，第一次親屬法草案對於未經父母同意之婚姻的法律效果也值得注意。根據該草案第二十八條之規定：「**婚姻違第二十二條所規定者，惟有允許權者得撤消之。**」而第三十二條第一項則規定：「**第二十八條之撤消權，於六個月經有允許權者追認其婚姻，或成婚已逾二年者，即消滅。**」第三十三條第一項又規定：「**婚姻撤消之效力不追溯既往。**」如果僅根據這四條的規定，則未經父母同意之婚姻為得撤銷，而如未於除斥期間內撤銷，則婚姻就確定有效，而且即使後來被撤銷了，在撤銷前的婚姻仍為有效。這部分與初稿相同，立法者「看似」還給予未經父母同意之婚姻一線生機。然該草案第二十三條規定：「**婚姻須呈報於戶籍吏而生效力。**」而第二十四條規定：「**違第十六條至第二十二條之規定而結婚者，戶籍吏不得受理其呈報。**」又第二十五條規定：「**婚姻之無效以開列於左者為限：一、當事人無結婚之意思。二、不為第二十三條之呈請。**」如果這些規定能實際運作，可以預見的是，未經父母允許之婚姻締結，將少有處於「得撤銷」狀態，而能保有「一線生機」，因撤銷權之除斥期間經過而成為有效的餘地，因為未經父母同意之婚姻，戶籍吏不得受理其呈報，而一旦無法呈報，婚姻就是無效。如此一來，未經父母同意的婚姻並無成為「得撤銷」之機會，質言之就是一律無效。

總之，在第一次親屬法草案的架構下，父母之同意就是婚姻有效不可或缺的要件，而結婚男女在親屬法初稿被賦予的有限度結婚自由，在此又遭到大幅壓縮。

民國成立後，北京政府的法律編查會草擬了民國四年草案。時值袁世凱任大總統時期，袁氏思以重典脅服人心，提倡禮教，在他任內所草擬的法律案，就因而恢復不少傳統中國禮教立法的成分。

第二十四條可謂民國四年草案相較於第一次親屬法草案最重要的修訂，該條除沿襲原第一次親屬法草案第二十二條之規定外，並增加了第三項與第四項：「父母之一方不分明，或死亡不能表示意思時，僅須得一方之允許。父母雙方皆有前項之情形時，未成年人之結婚須經親屬會之同意。」<sup>39</sup>按第一次草案僅使父母有結婚的同意權，並未規定如父母只有一方存在，或者無父母時，同意權由何人行使。而根據初稿第三十九條之規定，「父母之一既亡，或不能表示其意思，或不知為誰何，或已嫁者，只須父或母一人允許」，且「父或母均亡，或均不能表示其意思，或均不知為誰何者，如祖父母在，須經祖父母允許；若祖父母亦不在，未成年者須經監護人及親屬會允許。」意即除了父母之外，尚有祖父母、監護人及親屬會可能對於結婚有同意權。如果要落實尊長對於男女婚姻的主導權，則初稿的規定是比較周全。由此來看，民國四年草案第二十四條第三項與第四項的規定，可以說是本於初稿第三十九條之規定意旨加以修訂而成。而擴大了同意權人之範圍的結果，等於對結婚男女遂行其自由結婚意思的「防堵」又更進一步，因為原本在第一次草案，只有父母有同意權，如果父母不在，別無其他尊長得行使同意權，因此就有讓戶籍吏接受結婚之呈報，而使婚姻有效之機會。然而到了民國四年草案，隨著有同意權人範圍的擴大，特別是又加上祖父母，結婚男女「突圍」的希望就顯得更加渺茫。

總之，男女的結婚意思，雖然在親屬法初稿中獲得立法者的尊重，並且以結婚者年齡作為免除父母等尊長行使同意權的要件，從而大大鬆綁尊長意思對於婚姻男女的桎梏。然而這種對於「父為子綱」禮教秩序，以及「上以事宗廟，而下以繼後世」，為親為家之婚姻觀的顛覆，卻也無法見容於當時的禮教派。第一次親屬法草案

<sup>39</sup> 引自黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注(二)，頁606，2014年12月。

因此不免大幅修正。而到了民國成立，在袁世凱主政時期，由於袁氏對於禮教秩序的重視，使民國四年草案就婚姻締結的規定，更完整體現傳統中國婚姻制度下尊長權的作用。

## 二、傳統中國式法典：現行律民事有效部分

大理院的判解所根據的法源是現行律民事有效部分。它脫胎於大清現行刑律。光緒二十八年四月，沈家本被任命為修訂法律大臣，奉詔編訂新法，先從整理舊有之大清律例著手，大清現行刑律便是此一工作之成果，其任務是為了因應變法的需求，在新式刑律尚未修訂完成之前，扮演過渡與銜接的角色。其與過去大清律例的不同，在於若干刑度的減輕，以及更定刑名，將笞、杖改以罰金代替。<sup>40</sup>

該刑律於宣統二年（一九一〇年）奉旨頒行，進入民國之後，根據中華民國臨時政府的命令，該刑律所有與民國國體不抵觸之部分均繼續原用。<sup>41</sup>然後根據一九一二年四月三日參議院的決議，民律草案「前清時並未公布，無從援用，嗣後關於民事案件，仍應依照前清現行律中規定各條辦理。」<sup>42</sup>此處所謂「前清現行律」就是

<sup>40</sup> 所謂更定刑名，係指將笞、杖、徒、流、死五刑，改為死刑、徒刑、居留和罰金四種，其中徒刑分為有期徒刑，及「懲役終身」的無期徒刑。見沈家本，同註33，卷1與卷3。

<sup>41</sup> 臨時大總統於1911年3月10日發布命令：「現在民國法律未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體抵觸各條應失效力之外，餘均暫行援用，以資信守，此令。」錄自政府公報，文海出版社影印本，第一冊，頁279。轉引自黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注四，頁1859，2014年12月。

<sup>42</sup> 羅志淵，近代中國法制演變研究，頁252，1977年6月。滿清政府於1908年7月著手起草民律，1911年9月民律草案完成並上奏朝廷，該草案史稱「大清民律草案」，如相較於1926年北京政府起草的另一部民律草案，則「大清民律草案」亦稱為「第一次民律草案」，而1926年之草案稱為「第二次民律草

「大清現行刑律」。司法部再將大清現行刑律中不科刑的民事條款與原戶部則例中有關民事的部分合併，而成為現行律民事有效部分，內容包括服制圖、服制、名例、戶役、田宅、婚姻、犯姦、鬥毆、錢債、戶部則例等<sup>43</sup>。如此一來，現行律民事有效部分便經由官方的承認而為司法裁判上有強行適用效力的法源，也就是民事的基本法。

現行律民事有效部分與婚姻相關之內容，係規定在「婚姻」門中。其中與本文主題相關之條文，為「男女婚姻」律附例第二：「嫁娶皆由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱無者，從餘親主婚。其夫亡攜女適人者，其女從母主婚，若已定婚未及成親，而男女或有身故者，不追財禮。」以及「居喪嫁娶」律附例：「孀婦自願改嫁，由夫家祖父母、父母主婚；如夫家無祖父母、父母，但有餘親，即由母家祖父母、父母主婚；如母家亦無祖父母、父母，仍由夫家餘親主婚。倘夫家主婚受財，而母家統眾搶奪，及夫家並無例應主婚之人，母家主婚改嫁，而夫家疏遠親屬搶奪者，均處八等罰。」<sup>44</sup>前一則附例完全是大清律例第一〇一條「男女婚姻」附例第一條的翻版，而後一則附例則是擷取自大清律例第一〇五條「居喪嫁娶」附例，而將制裁之法律效果改為八等罰。可見現行律民事有效部分就婚姻方面之規定，實質內容與大清律例完全相同。

前述二則附例，便是大理院在審理婚姻效力之問題時，基本的法源依據。

---

案」。滿清政府被推翻時，該草案尚未公布，因此並未成為法律。

<sup>43</sup> 參考黃源盛，大理院司法檔案的整編與研究，載：民初大理院與裁判，頁105，2011年3月。

<sup>44</sup> 以上條文，分別引自黃源盛纂輯，同註38，頁26、27-28。

## 肆、大理院的司法實踐

從判解來看，大理院對於婚姻締結過程中尊長權威與男女婚姻意思有如下的立場：

### 一、對主婚權及主婚效力之強調

根據現行律的規定，婚姻必有主婚人。對於現行律之規定，大理院本於依法審判之立場而加以遵守，並屢次在判決中強調主婚人之參與為婚姻締結之要件，如二年私訴上字第二號判例：「現行律載『嫁娶應由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱無者，從餘親主婚』，是婚姻不備此要件者，當然在可以撤銷之列。」<sup>45</sup>又如四年上字第一九〇七號判例，大理院表示：「主婚之制本為尊重尊長權並保護當事人之利益而設，自尊長權言之，如未經其主婚，應認其有撤銷之權。」<sup>46</sup>因此，凡未經尊長主婚之婚姻，有主婚權人得撤銷之。至於主婚權的行使方式，大理院在五年上字第一〇四八號判例表示：「主婚一層在現行法上並無特別之形式規定，苟依相當證據方法足以證定婚之際已由合法主婚人之同意，則即令其事未經記明婚書，於該婚約亦無何等影響。」<sup>47</sup>根據本號判例，大理院所認定之主婚權行使為不要式行為，而同意權則可認為主婚權之主要內容。

與其他婚姻要件相對照，也可以看出主婚人的重要性。根據大理院的判例，婚姻之要件除了主婚人的參與外，尚有婚書以及聘財，如二年上字第二一五號判例：「現行律載定婚之形式要件有二：(一)有婚書，即謂有媒妁通報寫立者，無論報官有案，或僅係私約

<sup>45</sup> 黃源盛纂輯，大理院民事判例輯存，親屬編，上，頁180，2012年6月。

<sup>46</sup> 同前註，頁471。

<sup>47</sup> 同前註，頁275。

皆可。(二)聘財。此二要件苟具備其一，即發生定婚之效力。」<sup>48</sup>而四年上字第四三二號判例也表示：「男女定婚之初，必須寫立婚書或曾受聘財者，其婚約方能合法成立。否則各地方雖有特別習慣，而苟與此項成文法規顯相牴觸，即不能認為有效。」<sup>49</sup>然而這兩個要件是擇一的，唯有主婚人是必備條件，不可或缺。由此更可見主婚人一職在婚姻締結過程當中的特殊地位。

## 二、對主婚人權利之制約以及對結婚男女雙方意思之尊重

大理院固然秉持依法審判的立場，重視主婚人的地位，從而強調主婚人的參與是婚姻成立的要件，已如前述。但在大理院的司法實踐中，結婚男女雙方的意思已經不似傳統中國婚姻法制一般，對於婚姻之效力無足輕重，而是有實質上的影響力。由於在傳統中國婚姻法底下，至少就婚姻男女的意思自主能力而論，寡婦的改嫁有不同於其他婚姻形式之處，因此以下將區分改嫁與一般婚姻加以討論。

### (一)改 嫁

原本根據現行律之規定，孀婦之改嫁即強調其意願。現行律婚姻門「居喪嫁娶」條附例第一規定：「孀婦『自願』改嫁，由夫家祖父母、父母主婚，……」<sup>50</sup>大理院因而於四年上字第一九三七號判例指出：「父母對於孀守之媳，得其同意，或令改嫁，或為招婿，苟與立嗣問題毫無關涉，則應聽其自由，其族人無論有無承繼權，均不得過事干預，以之告爭。」<sup>51</sup>其後的六年上字第八六六號判例也

---

<sup>48</sup> 同前註，頁163。

<sup>49</sup> 同前註，頁205。

<sup>50</sup> 引自黃源盛纂輯，同註38，頁26。

<sup>51</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁249。

說，「孀婦改嫁必須出於自願」，<sup>52</sup>至於未經其表示情願之婚姻，大理院則在四年上字第一八一二號判例中表示：「孀婦未經表示意願之婚姻，得由其請求撤銷。」<sup>53</sup>因此孀婦之同意可以說是其改嫁的要件。

而大理院也將孀婦改嫁的規定適用於童養媳的改嫁。如七年上字第九十五號判例。<sup>54</sup>羅元姑為羅開東之女，自幼給熊羅氏作為童養媳，預定於成年後與熊羅氏之次子熊正友成婚，因熊正友未及成婚而身故，因此在取得羅開東之同意後，改許配給熊羅氏之三子熊松亭。然而羅元姑並不願意嫁給熊松亭，而是與姜漢廷結婚。熊羅氏等主張羅元姑與熊松亭有婚約，而應撤銷羅元姑與姜漢廷之婚姻關係；羅元姑等則表示，原本的婚約就不是要許配給熊松亭，而且「孀婦改嫁須得本人同意，童媳亦可類推」，羅元姑既然並未同意改嫁給熊松亭，他們之間的婚約就不能認為有效。第二審撤銷羅元姑與姜漢廷的婚姻，理由是羅元姑改許配與熊松亭為妻「業經羅元姑之父兄及媒證人等一致證明」，因此可認為雙方之婚姻預約已合法成立。然而姜漢廷與羅元姑上告第三審之後，大理院則指出：「童養媳未及成親而夫死，若養家欲令其改嫁，自應準用孀婦改嫁之條例，須得其情願，其婚約始為完全有效」，如果將羅元姑改許配給熊松亭並未得其同意，則兩人的婚約就不能認為完全有效。大理院前述的意見後來被選為本判例之要旨。<sup>55</sup>

<sup>52</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁297。

<sup>53</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁468。

<sup>54</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁308。

<sup>55</sup> 引自黃源盛纂輯，同註45，頁308。該判例產生兩則要旨，另一要旨內容如下：「童養媳之改嫁比照孀婦改嫁之規定，其主婚權雖應先屬於養家祖父母、父母，然苟已具備婚姻要件，而養家父母、祖父母有所希冀，故意不為主婚者，自可請求審判衙門以裁判代之。」

按傳統中國婚姻習慣本有「初嫁由父母，再嫁由自己」的俗諺，<sup>56</sup>而傳統中國的律典中也有禁止強嫁孀婦之規定，如大清律例第一〇五條「居喪嫁娶」即規定：「其夫喪服滿，[妻妾]果願守志，而女之祖父母、父母及夫家之祖父母、父母強嫁之者，杖八十。期親加一等，大功以下又加一等。」<sup>57</sup>此規定沿用至現行律婚姻門居喪嫁娶條。<sup>58</sup>因此大理院堅持主張改嫁應出於自願，實為延續傳統中國婚姻法原理，也是依法審判的結果。

### (二)一般婚姻

在大理院的司法實踐之中，不只是孀婦的意思會影響其再婚的效力，傳統上應服從「父母之命」的一般婚姻之男女雙方，其個人意志對於婚姻也開始在法律層面產生影響。統字第三七一號解釋表示：「婚姻須得當事人之同意」<sup>59</sup>，至於婚姻之當事人，七年上字第九七二號判例明白指出：「婚姻之當事人本為男女兩造」<sup>60</sup>，就是沿用親屬法草案初稿以及民律第一次草案親屬編的規定，使婚姻的男女雙方取得當事人的地位。可見大理院肯定在婚姻的過程中，必須顧及婚姻男女雙方的意志。顧及婚姻男女雙方結婚意思的結果，勢必衝擊尊長對婚事的主導地位。大理院對此的作法可分為兩方面，其一為明白表示尊長尊重雙方之結婚意思；其二為使未經尊長參與之婚姻有維持效力的機會。

<sup>56</sup> 引自滋賀秀三著，張建國、李力譯，中國家族法原理，頁300，2003年1月。

<sup>57</sup> 大清律例，頁211。

<sup>58</sup> 引自黃源盛纂輯，同註38，頁26。

<sup>59</sup> 引自司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，最後瀏覽日：2016年3月31日。

<sup>60</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁355。

### 1. 明示尊長應尊重男女雙方之結婚意思

最早明白表示尊長應尊重男女雙方之結婚意思的，是五年抗字第六十九號判例：「父母雖有主婚之權，至於已成之婚約，經當事人雙方合意解除，或一方於法律上有可以解除之事由者，斷無反乎婚姻當事人之意思可以強其不准解除。」<sup>61</sup>本判例並無全文，無從瞭解雙方當事人是基於何種原因而合意解除婚約，不過禁止父母強制子女維持婚約的意旨則是相當明確。在本判例作成之前，大理院已不乏制約主婚人權力的先例，如四年上字第五三六號判例，大理院指出：「現行律例雖有孀婦再醮，先儘夫家祖父母、父母主婚之規定，但有特別情形（例如孀婦平日與其夫家祖父母父母已有嫌怨），其夫家祖父母、父母難望其適當行使其主婚權者，則審判衙門判令由其母家祖父母、父母主婚，或令其自行醮嫁，亦不得謂為違法。」<sup>62</sup>但本案的成因並不在於對於孀婦為伸張自己的改嫁意志而與夫家產生衝突，而大理院在本案之所以會限制孀婦原夫家主婚權之行使，是因為雙方已經失和，難以期待夫家能適當行使主婚權。至於婚姻當事人的婚姻自由，先前的四年上字第一九三七號固然已經揭示孀婦的改嫁自由，然而孀婦在婚姻方面的自主權原本即為傳統中國法所承認，大理院的這則判例充其量是按照現行律的依法審判。所以五年抗字第六十九號判例，應當可以說是大理院最早突破傳統婚姻法的格局，承認孀婦以外之卑幼有婚姻自由，且得以與尊長之意志對抗的判例。

大理院使父母不得禁止子女合意解除已成之婚約，就意味著父母不再能完全掌控婚約的命運。按婚約一旦訂立，未來的發展不外乎維持或解除，而一旦維持，日後就要面臨履行的問題，也就是成

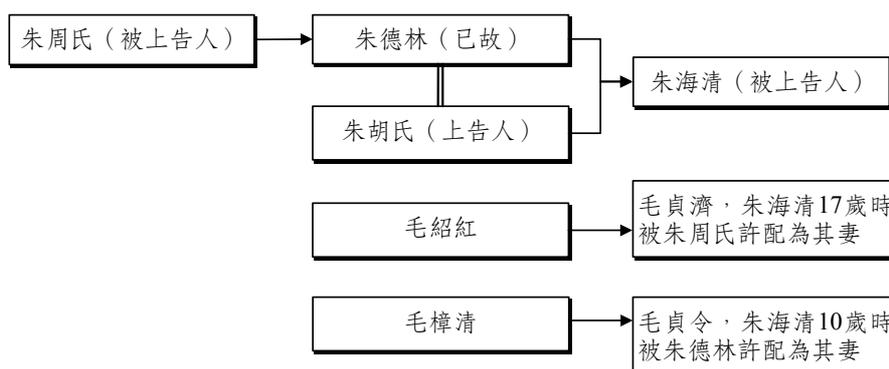
---

<sup>61</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁290。

<sup>62</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁208。

婚，所以如果要讓父母完全掌控婚約的命運，就必須令之後婚約的維持、解除，乃至於婚約的履行與否，全繫於父母的意志。前文所述唐律與大清律例對於婚姻違法的制裁規定，就反映出父母對於婚姻締結過程的絕對主導權。然而五年抗字第六十九號判例卻鬆動了這種主導權，如此一來將會有以下的發展。

首先，父母代訂之婚約效力能否維持，將取決於本人的意思。父母既不得強制維持婚約，也不能強行解除婚約。茲以七年上字第九七二號判例為例。本案之上告人為朱胡氏，被上告人則為朱周氏與朱海清。本案之人事關係如下圖所示：



朱胡氏在朱德林過世之後，與婆婆朱周氏分居，而朱海清則與朱周氏同居。等一九一六年朱海清十七歲時，被周氏許配予毛紹紅之子毛貞濟完婚。後經朱胡氏等人表示異議，乃與毛紹紅協議解除毛貞濟與朱海清之婚姻契約，並且使朱海清與毛貞令結婚。但在朱海清與毛貞令完婚後月餘，朱海清仍離開毛貞令而與毛貞濟同住。朱胡氏主張，朱海清十歲時即已由故夫朱德林許配於毛樟清之子毛貞令為妻，朱海清與毛貞令的婚約有效，而毛貞濟與朱海清之婚約

則已解除。

本案在第二審法院審理時，法院認為所謂「朱海清於十歲時許婚於毛樟清之子毛貞令」的說法，並非事實，因此判決認定朱海清為毛貞濟之妻。朱胡氏上告至第三審，主張朱海清與毛貞令的婚約確有其事，且所有能證明此一定婚行為的人證與物證都已滿足法律之規定。就事實認定的部分，大理院認為應予審究者有二，其一為朱胡氏將朱海清許配予毛貞令的定婚行為是否真實合法；另一為朱海清與毛貞濟之婚約已否合法解除。大理院一方面贊同第二審法院的事實認定，認為朱胡氏將朱海清許配予毛貞令的定婚行為並非真實合法；另一方面則認為第二審法院並未詳實審究毛貞濟與朱海清的婚約是否被合法解除。

但大理院強調婚姻當事人的自由意志，這一點使其作出駁回朱胡氏上告之判決。大理院先是說：「查婚姻之當事人本為男女兩造，若有主婚權者之許婚，已在男女本人成年後得其同意，則此後該婚約自不得反於本人之意思，由有主婚權者任意解除。」然後認定，朱海清在十七歲的時候由其祖母許婚，而她也聲稱願從祖母所許。接著再援引現行律之規定說：「女已許人後定娶者，無論已否成婚，其女應歸前夫；須前夫不願，始能倍還財禮，將女斷歸後夫。」由於上告人主張的事實，朱海清在十歲時許婚毛貞令，並非真實，因此毛貞令之定娶顯然在毛貞濟之後。毛貞濟並不因為朱海清曾住毛貞令家月餘之故，表示不願，依法固不能斷給毛貞令為婚，而朱海清又堅以未曾許予毛貞令，不肯相從，其主張既非不合，尤無法外強制之理。所以不能強制她與毛貞令為婚。故原判判令朱海清應與先許之毛貞濟為婚，自屬允當。

在本案中，大理院著重的是當事人的意願，即使朱胡氏為婚姻當事人朱海清之母，依法有主婚權，但大理院仍不容其違反朱海清之意思而任意解除婚約，因此審理的結果，將朱胡氏的上告駁回。

本判例之要旨即為前開法律見解微幅修改之後的結果。<sup>63</sup>

其次，由父母代訂之婚約也不能強迫履行。如十一年上字第一〇〇九號判例。該判例指出：「按現行法例，父母為未成年子女所訂婚約，子女成年後如不同意，則為貫徹婚姻應尊重當事人意思之主旨，此項婚約不能強令不同意之子女依約履行。」<sup>64</sup>本案，上訴人葛阿林於一九一三年被其母葛尤氏憑媒許予符永發為妻，但葛阿林不從，主張婚約不成立，拒與符永發成婚。事實部分並無爭議，婚約經證明已成立，第一審與第二審據此事實判決葛阿林必須與符永發成婚。

大理院雖然也肯定第一審與第二審法院的事實認定，但認為婚約是否履行，關鍵在於葛阿林成年後是否同意追認，第一審與第二審對此均未加以審查，因此認為葛阿林之上告有理由，將原判廢棄，發回第二審法院更審。

在此所謂之「現行法例」，即為大理院藉由判決對現行法加以改造，然後確立的法律原則。儘管依照現行律民事有效部分的立法意旨，父母或尊長在婚姻問題上有完全的權力，作為卑幼的結婚者之意思不被考慮，但由於嚴格根據現行律文字規定的結果，無法直接得到「父母為子女在幼年訂立之婚約在日後必然有效」的結論，因而給了大理院將「尊重結婚當事人意思」之原則加入婚姻法之實踐的機會。

除本號判例之外，十三年上字第八十八號判例也值得注意。大理院在本判例中表示：「按子女未成年時其父母所訂婚約，雖應於子女成年後得其同意，然訂婚後已經過門童養者，其子女在未成年時既明知許婚事實，則於成年後之相當期間若無反對之意思表示，即不

<sup>63</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁355。

<sup>64</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁517。

能謂尚未同意。」本案黃望慰之女黃小蘇自幼許配給錢炳松為妻，並且送到錢家作童養媳。後來由於錢炳松的父母均亡故，黃小蘇就回到黃家，而錢炳松也曾經寄居在黃家二年。後來黃望慰與黃小蘇父女與錢炳松就婚事發生爭訟，黃家父女主張黃小蘇成年後不願意為婚，錢炳松則請求履行婚約。大理院認為黃小蘇是否對於其父母之許婚不表同意，尚有可疑，故將本案發回第二審的浙江高等審判廳。由大理院的判決理由可知，本案的關鍵在於黃小蘇成年後是否同意父母在其幼年時所訂之婚約。由此可見大理院將子女在成年後是否同意父母在未成年時所訂之婚約，作為此種婚約是否有效的要件。<sup>65</sup>

如果由父母代訂而未經本人同意之婚約尚且不能強迫履行，則由其他親人（餘親）代訂而違反本人意願之婚約，其效力自然更加薄弱。如十年上字第一〇五〇號判例：「**婚姻之實質要件，若在成年男女應取得其同意，苟非婚姻當事人所願意，而一造僅憑主婚者之意思締結婚約，殊不能強該婚姻當事人以履行。**」<sup>66</sup>本案之上告人為姜開妮，被上告人為邱祿、姜滕氏與姜攬仔。姜開妮之父無子，死後由姜攬仔入嗣，姜攬仔較姜開妮長一歲，所以在名分上為姜開妮之嗣兄。姜攬仔瞞著姜開妮，將之許配給邱祿為妻，並且唆使其強搶成婚。姜開妮不從，邱祿遂提起訴訟。第一審將邱祿之請求駁回，第二審則肯認婚約之效力。姜開妮乃上訴至第三審。

大理院認為，根據現行律之規定，「嫁娶皆由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱無者，從餘親主婚」，所謂「餘親」，不以尊親為限，只要有服親即可，因此姜攬仔依法固然為對於姜開妮有主婚權之人。然而姜開妮於第一、二審審判時均堅稱不願意嫁給邱

<sup>65</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁465。

<sup>66</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁514。

祿，而且可以確定的是她並不知被姜攬仔嫁予邱祿為妻之事。婚姻一造當事人事前既不知情，事後又不願追認，此種婚姻於法即難成立。因此大理院維持第一審判決之效力，邱祿不得娶姜開妮為妻。

## 2. 使未經尊長參與而締結之婚姻有機會維持效力

大理院對於違反當事人意願而締結之婚姻的態度，已如前所述。而大理院對於未經主婚權人參與而締結之婚姻的立場，也值得研究。根據二年私訴字第二號判例，主婚權人之主婚為婚姻要件，不備此要件者在「可以撤銷之列」。可見在大理院的立場，此種婚姻之效力為得撤銷，又根據四年上字第一九〇七號判例「**自尊長權言之，如未經其主婚，應認其有撤銷之權**」的說法，有撤銷權者為主婚人。此種立場也為後來的判例所遵循，如九年上字第七七六號判例。按大理院之所以使主婚權人得以撤銷未經其同意之婚姻，誠如四年上字第一九〇七號判例所示，係為了尊重尊長權，然而使尊長對這類婚姻能行使的權利定性為「撤銷權」的結果，卻也使大理院得以降低尊長對婚姻之主導權。

茲以四年上字第二一八八號判例為例說明之。<sup>67</sup>本案的上告人為張廖氏，被上告人為張丁氏與張翼侯。張廖氏與張翼侯未經張丁氏之同意，在一九一四年十月結婚，張廖氏則在一九一五年九月生下一子。應該是因為張丁氏不同意兩人結婚，後來就告上法院，第一審判決撤銷兩人之婚姻，而所生的兒子則是張翼侯之子，張翼侯應負撫育之責，給付一定數額之撫育費予張廖氏，第二審予以維持。雙方對於第二審的判決分別提起上告及附帶上告。根據大理院所整理之爭點，雙方之主張約可分為下列三點：

(一)雙方的婚姻究竟為無效或應撤銷？張丁氏等主張婚姻無效，而不服原審「撤銷」婚姻，亦即認為婚姻係「得撤銷」之判決。

<sup>67</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁473。

(二)被上告人對於上告人有無賠償責任及其額數如何？

(三)上告人所生之子是否為被上告人張翼侯之子？被上告人應給撫育費若干？張廖氏主張所生之子為張翼侯之子，張丁氏等應給予撫育費。張丁氏等則主張，既然沒有婚姻關係，則所生之子並非張翼侯之子，故無給付撫育費之義務。

就上述三點，關於兩造間的賠償責任以及撫育費的數額，因與本文主題無關，茲從略。以下僅就婚姻之效力，以及張廖氏所生子的歸屬問題加以探討。

首先，大理院認為：「婚姻當事人已有結婚之合意，並曾踐行一定方式（訂立婚書或交換財禮），又無其他無效原因者，其婚姻即係合法成立，雖未經父母或其他有主婚權人之同意，亦僅足為撤銷原因。」至「婚姻撤銷之效力不能追溯既往，故未撤銷前之婚姻關係仍應認為有效。」張翼侯與張廖氏結婚當時雖未經張翼侯之母張丁氏之同意，但既然已經證實當時立有婚書，則婚姻關係便應認為成立，第二審維持第一審判決，對於已經成立的婚姻准予撤銷，於法並無不合。被上告人主張無效，並非有理。

按大理院的意旨固然甚為明確，在此的行文則似乎稍嫌跳躍。大理院的推論方式應可整理如下：該婚姻雖然未經張丁氏之同意，仍無礙其成立，因此並非無效，而僅因未經同意而有瑕疵，故為得撤銷。既為得撤銷，則第一、二審准許張丁氏撤銷該婚姻，即屬合法。又該婚姻既然已經成立，即為有效，而婚姻撤銷之效力不追溯既往，因此未撤銷前的婚姻關係仍應認為有效。

然後，就所生之子的撫育費問題，張廖氏在一九一四年十月結婚，一九一五年九月生子，大理院認為張廖氏之受孕顯然是在婚姻有效期間內，因此其子應為張翼侯之子，故張翼侯應負擔該子的撫育費。

大理院上述就婚姻合法成立要件，以及關於撤銷前婚姻之效力

所表示之意見，後來分別被選為本判例之要旨。僅就個案審理的內容來看，大理院仍然是維持前二審的判決，認可主婚人對於婚姻效力的「否決權」，讓婚姻男女雙方即使已經結婚，其婚姻之效力最終還是要取決於主婚人的意志。然而本判例的意義在於，適用這兩則要旨的結果，只要有結婚意思，具備婚書或財禮這兩個要素，即為成立，即使並未經有主婚權人之同意，只要有主婚權人並未撤銷，婚姻就會維持有效。這個結果顯然是張丁氏母子所不樂見的，他們主張婚姻「無效」，從而使張廖氏所生之子在法律上並非張翼侯之子，張翼侯便可規避撫養責任，然而歷審判決都沒有如他們的願，婚姻固然是撤銷了，但也曾經「有效」過，張廖氏在「有效」的期間懷胎所生的孩子，在法律上就是張翼侯的骨肉。雖然在大理院的判例中並未限定主婚權人行使撤銷權之期限，也就是撤銷權之行使並無「除斥期間」，這使得主婚權人理論上得以隨時撤銷未經其同意之婚姻，而使婚姻一直處於得撤銷的不確定狀態，對於婚姻雙方當事人的婚姻自由仍有妨害。但大理院使婚姻撤銷之效力不溯及既往，亦即撤銷前的婚姻關係仍為有效，則等於為自由婚姻開了一扇門。男女雙方甚至可以秘密結婚，等到有主婚權人死亡之後再公開，屆時無人得以撤銷婚姻的結果，婚姻就會持續有效。

### 三、小 結

總之，在大理院所建構的新式婚姻法制中，如果著眼於婚姻的男女雙方與主婚人之參與對婚姻效力的影響，則其內容大致如下：

(一) 婚姻應有主婚人之參與，而其參與方式並無特別規定，只要同意婚姻之締結即可。而未經合法主婚之婚姻，亦即主婚人並未同意之婚姻，其效力為得撤銷，主婚人得撤銷其婚姻。

(二) 婚姻之男女雙方為婚姻之當事人，其結婚應得主婚人之同意，然而亦不得違反其意願。如此一來，對婚姻之影響有二，一方

面，婚姻不得強迫當事人履行；二方面，如為父母於未成年時代訂之婚約，應由當事人於成年後承認始生效力。

### 伍、大理院司法實踐之評析

從前文對於大理院判例的說明可知，大理院處於民初新舊法制遞嬗銜接的時期，其司法實踐雜揉了傳統中國法以及繼受法的色彩。大理院既然是以脫胎於大清現行刑律的現行律民事有效部分，作為民事審判的基本法源，則為了要落實依法審判，符合最高審判機關的職分，現行律的基本精神勢必影響大理院的司法實踐。大理院對於婚姻締結所設定的形式要件，如男女雙方應有主婚人之同意才能結婚，而婚約之締結須有婚書之寫立以及聘財之交付，就是遵循現行律基本精神的結果。尤其是主婚人職分與權限之強調，正是延續傳統中國「父母之命」婚姻觀的表現。從這個角度來看，大理院所塑造之婚姻法制的確表現出傳統法制的面貌。

然而，隱藏在相似外觀的背後，婚姻的本質已經由於大理院的改造，而悄悄地發生改變。大理院明白將婚姻的男女雙方作為婚姻締結之當事人，大清律例以及現行律的「各從所願」，原本指的是兩「家」，或者甚至是雙方主婚人的所願，但大理院使男女雙方的意思也成為婚姻成立要素中必須被重視的環節，最後甚至使主婚人的參與雖然仍為婚姻之要件，但男女雙方的意思才是決定婚姻能否成立的關鍵。此種改造對於我國婚姻法制影響深遠，現行民法的婚姻制度以男女當事人的意思作為結婚的實質要件基礎，其司法上的實踐其實可以上溯至大理院的判例。

基於上述的說明，以下將從三個層面來探討大理院判決的意義，首先是描述大理院所處新舊法制交替的時代背景，其次要分析大理院改造傳統婚姻制度所採用的方法，最後則梳理大理院判例對

後來的立法與司法實務的影響。

### 一、大理院所處的法制變遷背景

曾任國民政府法制局局長的法學家、政治家與外交家王世杰，針對民初的法制環境，曾為文指出：「民國初期是一個無數舊勢力應消滅而未消滅，無數新勢力求生而不得生的時期。既存的習慣，儘管與社會現實的需要存在相反，既存的習慣卻什九而未滅，為社會上許多新制度與新事業發展的大障礙。」在此種情狀下，王氏認為：「國家機關正宜間接直接促進這些習慣的改變，不當更給這些習慣以優越的法律效力。」<sup>68</sup>這段話正好從社會與法律兩方面說明了大理院的處境。鴉片戰爭之後，隨著西風東漸，古老傳統的中國社會在清末民初面臨了轉型。在中國社會之中，既有傳統禮教秩序作為主流價值，也有受西方影響的新式思想在挑戰傳統的主流價值。而在法制上，自從光緒二十八年（一九〇二年）清廷下詔變法，並於光緒三十年（一九〇四年）成立修訂法律館主持各項變法工作以來，中國的法律制度，既有秉持「明刑弼教」理念，採取「禮本刑用」格局的傳統中國法制，也有引進自日本與歐美，雖然尚未「喧賓奪主」，但已對傳統法律體系產生衝擊的新式法律思想。大理院正是處在這樣一個充滿中與西、傳統與現代的對立、衝突及融合的時空中。

這種複雜、紛擾，如同「萬花筒」般的時空背景，具體地表現在婚姻問題上。從制度面來看，傳統法制的婚姻觀並不以婚姻作為結婚男女雙方個人性的結合，而是兩個家族群間的事，所謂「合二姓之好」，因此青年男女的婚姻多由父母包辦，依「父母之命，媒

---

<sup>68</sup> 王世杰，大理院與習慣法，法律評論，168期，頁2-4，1926年9月，轉引自盧靜儀，民初立嗣問題的法律與裁判，頁146，2004年12月。

的之言」。這不但是社會上的普遍實踐，而且有法律作為保障這種實踐的後盾。在古代社會固然是如此，即使到了清末民初，這種法制與社會的實況並沒有太大的改變。從前述對於立法的說明可知，不論是親屬法初稿、第一次親屬法草案、民國四年親屬法草案，或者是現行律民事有效部分，父母乃至尊長的同意或主婚都是婚姻成立與締結的要件。即使親屬法初稿的立法者試圖緩和父母對於婚姻的專權，使三十歲以上的男子以及二十五歲以上的女子結婚可以不經父母同意，但由於抵觸禮教傳統下「父為子綱」的原則，引起禮教派的反彈，而不得不修改為如第一次草案所規定的，使男女結婚不論年紀，一律要經過父母允許。

而從社會上的實踐來看，男女的婚姻意思仍然不是婚姻締結的要件。從前文所引用學者的說明已可見一斑，<sup>69</sup>而在大理院的判例中大量存在的「包辦婚姻」、代訂婚約的案例，也表明了在那時的社會這仍是一種普遍現象。例如七年上字第九十五號判例，羅元姑自幼被送到熊家當童養媳，原本預定於成年後與熊家次子熊正友成婚，後來因熊正友未及成婚而身故，而改許配給三子熊松亭。不過從羅元姑後來與姜漢亭結婚一事可知，她並不願意嫁給熊松亭。又如七年上字第九七二號判例，朱海清被祖母朱周氏許配給毛紹紅之子毛貞濟，而後來由於母親朱胡氏對此表示異議，又與毛紹紅協議解除朱海清與毛貞濟的婚約，而將朱海清許配給毛貞令。還有十一年上字第一〇〇九號判例，葛阿林於一九一三年被其母葛尤氏憑媒許予符永發為妻，而顯然本樁婚事並非葛阿林所情願。甚至還有嗣兄貪圖聘財而強嫁妹妹的，如十年上字第一〇五〇號判例，姜攬仔為姜開妮之嗣兄，姜攬仔瞞著姜開妮，將之許配給邱祿為妻，並且唆使其強搶成婚。在這些案件當中，相關人等所爭執的不外乎是由

---

<sup>69</sup> 見同註15所引用費孝通、林耀華與鄭全紅之著作。

傳統婚姻制度中的尊長所訂之婚約有無效力，能否決定實際要結婚男女未來的婚姻狀態。這些案件的當事人能夠獲得大理院所作出的尊重結婚男女意願的判決結果，固然是當事人的「幸運」，遇到受現代民法思想影響，較為「開明」，懂得尊重結婚男女意思的法官。然而婚姻的自由必須透過上法院，與親人對簿公堂才能實現，卻又從另一個角度顯示出追求婚姻自由之不易，也可略為想見，有更多無法利用法院來追求婚姻自主權的男女，只能在尊長主婚權的桎梏之下經營婚姻生活。而這些案件也在在說明了包辦婚姻傳統之「源遠流長」與「根深柢固」。

然而從上述案件的出現，也可看出傳統社會的婚姻觀已經受到衝擊。愈來愈多婚姻男女不再如過去一樣，「認命」地順從父母的安排，而是勇敢地忠於自己的愛情。這種觀念的衝擊，有相當大的一部分是隨著新式學校的設立，大量青年男女接受新式教育而產生。民初的中等以上新式學校大部分設在大城市，內陸以及鄉村的學生如要繼續升學，通常得離鄉背井。離開傳統的家庭束縛，意味著開拓視野、增廣見聞，而在學習的過程中接觸了有別於傳統的新文化時，對於既有的思想也會產生巨大衝擊。而婚姻自由的觀念就是其中一項重大的刺激，許多當時身為青年學生的人，日後的回憶錄都指稱，去外地求學都學會了自由戀愛。<sup>70</sup>

新式的婚姻觀念對於當時的青年學子產生了相當大的衝擊，也使他們開始思考婚姻的本質，嘗試新的兩性互動方式，也免不了影響他們與家人的互動關係。有許多學生早在家鄉就已訂親甚或成婚，當他們接觸到婚姻自由的思想時，一旦不滿意長輩的安排，如何面對既存的婚姻牽絆，就面臨了一個尷尬的處境。有些人選擇逃

---

<sup>70</sup> 參考周敘琪，民國初年社交、婚姻文化中的男性，載：近代中國社會轉型與變遷，頁509，2004年5月。

婚或解除婚約，這不免與家人發生激烈的衝突，<sup>71</sup>而其中應當有不少案件最後是對簿公堂，以司法解決。大理院的相關判例就反映出這個時期新舊婚姻觀念的衝撞，以及事件當事人尋找出路的情形。

而就當時的法制發展來看，隨著歐陸法律體系的引進，以禮教秩序為指導思想，「德主刑輔」或「禮本刑用」的傳統法律秩序也逐漸發生改變。清末大清新刑律立法過程中所產生的禮教爭議，可以說就是傳統中國的法律觀與西方新式法律觀的碰撞過程。不論是聘請外國法律專家、翻譯外國法典、本國人出國學習法律，對於中國人原本的法律觀念都有很大的衝擊。即使如沈家本、吳廷燮等人，均係舊式科舉出身之官僚，卻能在清末禮教爭議中扮演「法理派」的代言人，捍衛新刑律的立法，力主無夫姦不應列入新刑律的規定之中。<sup>72</sup>而大理院的歷任法官大部分都有留學經歷，<sup>73</sup>在留學期間所接受的新式法律思想，更可以想見對日後從事審判工作應有相當程度的影響。

至於聘請外國法律專家，以及翻譯外國法典，對於新觀念的引進，更有不可磨滅的貢獻。例如，民律第一次草案的總則、債編與

---

<sup>71</sup> 文學家謝冰瑩就是一個例子，她離家讀書之後，受了婚姻自由思想的鼓舞，就硬是將家人代訂的婚約解除。此舉讓她的父母極不諒解。她的故事在所著「女兵自傳」一書中有相當詳細的敘述。轉引自同前註，頁509。

<sup>72</sup> 沈家本當時為修訂法律大臣，而吳廷燮則為憲政編查館編制局局長。關於他們與禮教派的論戰，詳見黃源盛，西法東漸中無夫姦存廢之爭，載：法律繼承與近代中國法，頁250-257，2007年3月。

<sup>73</sup> 根據黃源盛教授的調查統計，大理院時期總共歷任81名院長及推事，其中學經歷已經查清楚者有76人，在這76人之中，留學日本法政科者47人，留學或遊學美國、英國、德國、法國各大學法律科者，分別為5人、4人、3人及1人，而出身自新式京師法律學堂者有14人，舊式科舉出身者有2人。僅以學經歷已明的76名院長與推事而論，就有高達8成有留學經歷。詳參黃源盛，民初大理院，載：民初法律變遷與裁判，頁52，2011年3月。

物權編由日籍法學家松岡義正起草，而親屬編與繼承編的編纂則因「關涉禮教」，而由修訂法律館商同禮學館編訂，分別由朱獻文與章宗元，以及高種和陳籙主其事。<sup>74</sup>親屬與繼承二編的編纂雖非由外國法學家執筆，但從繼承編當中有系統地引進大量歐陸親屬與繼承法的制度，如親權、監護、扶養、共同繼承、無人承認遺產之管理、遺囑之執行、「特留財產」一詞之使用等現象來看，諸如松岡等的外國法學者在起草的過程中必然也有相當之影響力，也可見當時大量參考歐陸國家（如德國）的立法例。而外國規定背後的法律思想，也就隨之影響中國的法律體系。

試以當時作為大清民律草案主要參考藍本的德國與日本民法為例。關於婚姻要件之規定來說，相較於傳統中國婚姻法制，兩者都賦予結婚男女較大的婚姻自主權。日本明治民法（一八九八年七月十六日施行，第四編與第五編於一九四八年一月一日廢止）第七七〇條第一項規定：「子為婚姻，應得在家父母之同意，但男滿三十歲，女滿二十五歲者，不在此限。」<sup>75</sup>本條使一定年紀以上的男女結婚時能擁有自主權。而德國民法的婚姻自由則更為徹底，根據當時的德國民法（一八九六年八月十八日公布，一九〇〇年施行）第一三〇三條第一項之規定，只要男子滿十八歲，女子滿十六歲，即可結婚，此外別無應得父母同意之規定。<sup>76</sup>外國立法例對於婚姻自

<sup>74</sup> 詳見謝振民編著，張知本校訂，中華民國立法史，中冊，頁899，1947年6月。

<sup>75</sup> 引自我妻榮主編『舊法令集（第一版）』211頁（1968年）。從內容來看，本條似為親屬法初稿第24條規定「定婚須經父母允許，但男逾三十歲，女逾二十五歲者，不在此限」的藍本。

<sup>76</sup> 德文原文為Ein Mann darf nicht vor dem Eintritt der Volljährigkeit, eine Frau darf nicht vor der Vollendung des sechzehnten Lebensjahres eine Ehe eingehen. 引自 von Staudingers, Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB Synopse, de Gruyter, 2005, 862.

主的立法精神，即使在中國制訂新式民法典伊始無法為主事者所接受，然而已經播下了影響力的種子，隨著時間的經過便可逐漸萌芽，進而開花結果。

如何圓滿地調和這些衝突，並體察世變，一方面將王世杰所指稱的舊勢力妥善安頓，緩和其對於社會與法制之進步所可能造成的妨害；另一方面又給予新勢力一個適當的發展機會，引領社會前進的同時又避免對於傳統造成過大的衝擊，就成為大理院的重責大任。

## 二、賦予結婚男女當事人地位：大理院對傳統婚姻制度的一項重要改造

如果我們從影響婚姻締結的人事因素的角度來看，則大理院對傳統婚姻制度的一項根本改造，就是透過判例與解釋，確立了婚姻男女雙方在婚姻締結中之當事人地位。在傳統中國婚姻的締結過程中，男女的結婚意思對於定婚及成婚與否實際上並非毫無影響，然而在法律上，婚姻男女的意願並非婚姻之要件。再加上根據禮制，在禮記所規定的六禮，除了最後一個「親迎」之外，前五個步驟均不以結婚男女雙方的參與為必要，因此有論者認為結婚的男女雙方並非婚姻的當事人，而僅係被結合者，反而父母、祖父母或尊長才是婚姻真正的當事人。<sup>77</sup>

究竟此說是否恰當？這牽涉到「當事人」一詞應如何定義的問題。當代民事訴訟理論中的當事人，意義有三，其一，當事人為訴訟法律關係之主體；其二，當事人為向法院要求確定權利或其他民事審判權之一造及其對造；其三，當事人係以自己名義為訴訟之

---

<sup>77</sup> 參考戴炎輝，同註3，頁220。

人。<sup>78</sup>簡言之，當事人係指訴訟主體，以自己名義，向代表國家之法院請求行使民事審判權為判決之人（原告）與相對人（被告）。與此相關的尚有所謂的「當事人適格」，係指於具體之訴訟，得以自己之名義為當事人之資格，而得受本案判決之權能。<sup>79</sup>從這個定義來看，民事實體法當中所規定的法律關係之主體，均可謂當事人。誠然，由於中國傳統法制的訴訟形態與今日不同，用上述當代法制的定義來檢視傳統中國法制中，結婚男女究竟是否為當事人，或者孰為當事人，實有商榷餘地。不過這個定義仍不無參考價值，重點在於它揭示了一個有助於釐清問題的重要判準，也就是相關人等是否為各該法律關係之主體。如果我們著眼於系爭法律關係中人身關係的變動，由於結婚男女要透過婚姻締結之程序而在日後共同經營婚姻生活，而成為「夫妻」，婚姻對他們的影響最直接且重大，所以他們固然為當事人。但不可否認的是，婚姻是人為產生的法律關係，如果婚姻的男女在這種法律關係最初產生的過程中，只能被動接受，而無主動參與之機會，則他們便談不上有「當事人」的地位。從這個標準來看，傳統中國婚姻制度之下，至少在婚姻「締結」的過程中，一旦主婚人是父母或祖父母，則不但婚姻男女雙方在法律上難有伸張其意志的餘地，而且一旦過程有任何違法情事，在法律上應負責的是主婚人而非男女雙方，從而婚姻男女在法律上似難謂有當事人地位。

民律草案親屬編初稿與民律第一次草案親屬編，顯然受到同時期外國立法例之影響，而明白將結婚之男女稱為「當事人」。<sup>80</sup>如

<sup>78</sup> 上述定義，見陳計男，民事訴訟法論（上），頁91-92，2009年7月，修訂5版。

<sup>79</sup> 同前註，頁106。

<sup>80</sup> 如日本舊民法親屬編第780條即規定：「違反第七百六十五條乃至第七百七十一條之規定之婚姻，僅各當事者、戶主、親族或檢察官得向裁判所請求取

初稿第三十四條規定：「婚姻不依十九條、二十條、二十一條、三十條所規定者，得由檢察官或各當事者或其親屬撤銷之。」又第四十一條規定：「因詐欺或脅迫而為婚者，惟當事者得撤銷之。」而民律第一次草案親屬編第二十五條規定婚姻無效之原因，第一款為「當事人無結婚之意思」，第二十七條規定：「婚姻違背第十七條至第二十一條所規定者，得由當事人及其親屬或檢察官撤銷之。第若違背第二十條所規定者，前夫亦得撤銷之。」按民律草案總則編即有「當事人」之用詞。該草案第一八九條第二項規定：「契約各『當事人』需署名於同一書件，……。」第一九〇條則規定：「『當事人』若不能署名，須……。」至於在整體民律草案所規定的無數法律關係中，雖然鮮少使用「當事人」一詞，但這些法律關係的主體，實質上都應當是各該法律關係的「當事人」。如果立法者在該草案各編所賦予「當事人」一詞的意義是一致的，則婚姻在民律第一次草案底下就是一種法律關係，而以結婚男女作為這種法律關係的主體。只不過如果就契約締結自由的面向來看，民律草案親屬編所賦予結婚男女的當事人地位無疑仍不充分，無法自由決定婚姻是否締結，必須得到父母的允許，其意願也並非婚姻締結之要件。

初稿與民律草案親屬編在民初雖未頒行，但「當事人」一詞則為大理院沿用以說明婚姻男女雙方的法律地位。如四年上字第二一八八號判例，大理院在說明張翼侯與張廖氏婚姻的效力時表示：「婚姻當事人已有結婚之合意，並曾踐行一定方式（訂立婚書或交換財禮），又無其他無效原因者，其婚姻即係合法成立」，此之「當事人」顯然指張翼侯與張廖氏無疑。又統字第三七一號解釋表示：

---

消。但檢察官在當事人之一方死亡後，不得請求。」引自我妻榮主編，同註75，頁207。

「婚姻須得當事人之同意。」大理院以此確定結婚男女在婚姻關係中的當事人地位。而婚姻男女對他人所代訂婚約之追認權，則是當事人地位最典型的表現之一。在七年上字第九七二號判例，朱海清在十七歲時由其祖母許配給毛貞濟，而朱海清事後又表示同意，大理院便以此為由否決其母朱胡氏解除該婚約之請求。大理院先是指出：「婚姻之當事人本為男女兩造」，接著表示：「若有主婚權者之許婚，已在男女本人成年後得其同意，則此後該婚約自不得反於本人之意思，由有主婚權者任意解除。」從這段話來看，婚姻男女兩造的當事人地位，對婚約的命運有兩方面的影響。首先，主婚權者在男女未成年時之許婚，應在男女本人成年後得本人之同意，這表示男女對於主婚權人代訂之婚約有同意權或追認權。其次，得本人同意之婚約不得由有主婚權者任意解除，意味著婚約最後的命運由婚姻當事人決定，而不能由他人左右，從另一個角度來看，也可能導出「未得本人同意之婚約，就不能維持其效力」之結論。

七年上字第九七二號所揭示的兩個層面的意義，就分別影響了十年上字第一〇五〇號判例與十一年上字第一〇〇九號判例。在十年上字第一〇五〇號判例，姜攬仔瞞著姜開妮，將之許配給邱祿為妻，姜開妮不從，大理院便指出，姜開妮事先並不知情，事後又不願意追認，此種婚姻於法即難以成立。而在十一年上字第一〇〇九號判例，大理院以葛阿林在成年後拒絕追認其母葛尤氏在其年幼時為其代訂之婚約為由，認為不得強迫葛阿林履行婚約。總之，在這兩個案例，大理院都以婚姻當事人不同意或拒絕追認為由，而認為不得強迫當事人履行婚約。總之，連同七年上字第九七二號判例，在這三個案例，大理院都以婚姻當事人的意思作為得否維持或履行婚約之判準。

大理院上述的作為，似乎看得出受到兩個制度的影響：

其一為代理。按代訂婚約與一般法律行為的代理，在結構上其

實頗有類似之處。在一般代理行為，代理人代理本人為法律行為，法律效果則歸屬於本人。如代理人所為係需相對人之法律行為，則就人事關係來看，代理行為將呈現出本人、代理人與相對人的三角關係。而在代訂婚約，出面訂立婚約的雖然是主婚人，但婚約的法律效果卻是拘束結婚男女，因為結婚男女才是婚姻的當事人。訂立婚約之對象為結婚之他方，因此同樣呈現出主婚人、結婚男女與結婚對象的三角關係。

民律第一次草案有代理制度之設，規定在總則編第五章「法律行為」的第三節「代理」，第二一三條至第二四二條。該草案雖未施行，但大理院對於代理制度之見解卻深受該草案之影響，除了判例彙編仿照該草案之結構，同樣將代理規定在第一編「總則」第五章「法律行為」的第三節之外，更針對代理制度作出多則判例。在最早的二年上字第七號判例，大理院即指出，本人對於無權代理人所為之法律行為有追認或拒絕之權，而拒絕之後就不得以裁判使該法律行為復活：「查無權代理依據條理，善意之相對人，於本人未追認前，應有撤銷原約之權，而本人則有追認或拒絕之權。若一經合法撤銷，或不予追認，即不能反於當事人之意思，更以裁判令其契約成立。」<sup>81</sup>大理院的見解可謂綜合該草案第二三六條：「無代理權人以他人之代理人名義而訂立契約者，非經本人追認，對於本人不生效力」，以及第二三九條第一項：「無代理權人所訂立之契約，於本人未追認前，相對人得撤回之。但訂立契約時，相對人明知人無代理權者，不在此限」之意旨。而七年上字第九七二號判例要旨：「若有主婚權者之許婚，已在男女本人成年後得其同意，則此後該婚約自不得反於本人之意思，由有主婚權者任意解除」一席話之語氣及結構，與二年上字第七號判例要旨：「若一經合法撤銷，或不予追

<sup>81</sup> 黃源盛纂輯，大理院民事判例輯存，總則編，頁592，2012年2月。

認，即不能反於當事人之意思，更以裁判令其契約成立」的說法相似，似乎受其影響。質言之，大理院詮釋主婚權人如於結婚男女未成年時代訂婚約，與男女之法律關係的方法，與論證無權代理人與本人之關係的方式有相似之處，似乎是將代理制度的理論套用到婚約之訂定上。至於婚姻當事人對主婚人於其未成年時所代訂之婚約有「同意權」，而大理院將之類比到代理制度中，本人對無權代理人所從事法律行為之「追認權」，認為婚姻當事人，本文則認為也受到撤銷權制度的影響，因為藉由撤銷制度，婚姻男女的當事人地位得以被彰顯，而能成為代訂婚約關係中的「本人」。

根據大理院的見解，能代訂婚約者為主婚權人，而主婚權之行使「並無特別之形式規定」，若足以證明已「經過合法主婚人之同意」，即可確定婚約之效力。<sup>82</sup>如此看來，大理院似乎將「同意權」定性為主婚權的一個重要層面。而根據民律第一次草案親屬編第二十二條之規定，婚姻須由父母允許，又根據該草案第五十四條規定，親權由父或母行之，而親權人或監護人解釋上又是未成年子女之法定代理人。因此主婚權人代訂婚約，質言之就相當於法定代理人代理未成年人訂定婚約，而訂定婚約既然是法律行為，且婚姻當事人又是婚姻男女本人，則與法定代理人代理未成年人，乃至於一般意定代理人代理本人從事其他法律行為，並無二致，效果都是歸屬於本人，如民律第一次草案第二一三條所規定的：「代理人於代理權內，以本人名義所為之意思表示，其利益或不利益，均直接對於本人生效力。」因此大理院便把握這種相似性，將「無權代理人所為之代理行為，應經本人之追認，始生效力」的法理，「移花接木」到主婚權人為未成年人代訂婚約之行為，而成為「主婚權人為未成年人所代訂之婚約，應於本人成年後得其追認，始生效力」。

---

<sup>82</sup> 參考5年上字第1117號判例，引自黃源盛纂輯，同註45，頁279。

若真如本文所認為的，大理院借用代理制度以說明主婚人與結婚男女的關係，則大理院對於傳統婚姻制度的改造，就可以說是革命性的作為。既然在婚姻締結的法律關係中，結婚男女是「本人」，而主婚人卻是「代理人」，則最後婚姻關係能否締結，締結之後能否履行，應取決於結婚男女的意思。在借用代理制度以詮釋代訂婚約時主婚人與結婚當事人之關係的過程中，大理院將「主婚權人」類比為「無權代理人」，確實是相當前進且大膽的作為，然而重點並不在於大理院有否將主婚權人等同為無權代理人之用意，而是在於大理院藉由七年上字第九七二號判例，表面上固然使婚姻男女的意見成為婚約效力的要素，也就是宣示男女的結婚意思必須重視，然而更進一步地卻是「暗渡陳倉」式地將婚姻命運的決定權，由主婚權人轉交到婚姻男女之手。雖然囿於現行律「嫁娶須由主婚人」之規定，主婚權人的參與仍是婚姻成立的要素，但該判例卻使婚姻男女對於主婚人的決定擁有否決權，如果再加上四年上字第二一八八號判例，讓未經主婚人同意之婚姻仍有維持效力之餘地，大理院形同藉由這些判例根本動搖了「父母之命」的婚姻傳統。

其二則為撤銷制度。大理院對撤銷制度的運用，表現在兩方面。首先是結婚男女對於他人所代訂婚約之「追認權」。雖然如前所述，大理院是運用代理權制度來處理此一問題，但追認權制度之運用，與「撤銷權」制度其實亦有關聯。在這兩部法律文本中，撤銷權是最能夠表現出結婚男女之當事人地位的設計。按撤銷權之意義，是在於使有瑕疵的法律行為之最後的命運，掌握在有撤銷權人的手中。對特定法律行為有撤銷權之人，一方面得積極地行使撤銷權以使法律關係消滅；另一方面也可以因不行使撤銷權而讓法律行為確定有效。如果從得否重複行使來看，撤銷權無疑是一次性的，一旦行使之後，法律關係即告確定，而沒有再行撤銷乃至於同意或

追認之餘地。質言之，一旦行使撤銷權，法律關係就消滅，固然無庸再行使撤銷權，也無從因事後的肯認而使其復活。

追認權則是與撤銷權效力相反，但性格卻相當類似的權利。對特定法律行為有追認權之人，一方面得積極地行使追認權以使法律關係確定有效；另一方面也可以因消極地不行使追認權而使法律行為無效。追認權也是一次性的，一旦行使之後，法律關係即告確定生效，固然無庸再行追認，也無以撤銷等方式否定其效力之餘地。

從上述對於撤銷權與追認權的說明可知，這兩種權利庶幾可目之為一體之兩面，撤銷相當於默示之拒絕追認，而追認則形同默示地拒絕撤銷。關於法律行為之撤銷與追認的關係，及所造成之效果，大理院曾著有數則判例，如三年上字第四九九號判例謂：「以意思表示有瑕疵而主張撤銷之原因者，必其原因確係存在，而並未曾為追認之意思表示者，而後可主張撤銷。」<sup>83</sup>而三年上字第七〇八號判例則說：「得以撤銷之契約，若經撤銷權人合法追認，則其撤銷權即當然喪失。」<sup>84</sup>又根據三年上字第七六六號判例表示：「訂立合夥契約時，上告人年僅十五歲，依現行法固尚未達成丁之年，然其合夥之行為，實已為其祖母所追認，自不得更以未成年為理由，否認其效力。」<sup>85</sup>而七年上字第一一〇五號判例則指出：「許撤銷之法律行為，嗣後經撤銷權人明示或默示為合法之追認者，則其行為應視為從始不得撤銷。」<sup>86</sup>綜合上述判例，大理院所要傳達的訊息是：得主張撤銷之行為必須未經追認，否則一經追認，法律行為即確定有效，其得撤銷之原因等於已因有權者之同意而不存在，便無撤銷之

---

83 黃源盛纂輯，同註45，頁704。

84 黃源盛纂輯，同註45，頁709。

85 黃源盛纂輯，同註45，頁110。

86 黃源盛纂輯，同註45，頁780。

餘地。所以根據大理院的見解，有撤銷權者，實質上即擁有追認權。

初稿及親屬法草案賦予婚姻男女決定結婚效力之機會，根據前文對於撤銷與追認權效力與性格之說明可知，如此一來，婚姻男女在婚姻有得撤銷之情形時，既得行使撤銷權以拒絕追認其效力，又得消極不撤銷以默示追認其效力。因此在解釋上，作為婚姻當事人的結婚男女對於婚姻之締結就擁有追認權。除了前述的代理制度之外，大理院也運用此一關於追認權的詮釋，來規範婚姻男女與未經其同意而訂立之婚約的法律關係。大理院不在判例中直接讓婚姻男女得以撤銷婚約，而是藉由事後的追認或承諾，使婚姻男女得以決定是否遵從主婚人的安排，一方面應當是因為在初稿與親屬法草案中，主婚人未經婚姻男女之同意而代訂婚約，並非其得撤銷婚約之原因；二方面也或許是為了顧及現行律所賦予主婚人的地位，不好「明目張膽」地讓婚姻當事人撤銷主婚人代訂之婚約，形同直接挑戰主婚人的權威，乃採取這種迂迴的方式，讓當事人得以拒絕履行婚約，「消極」地對抗蔑視其意願的主婚人。雖然藉由不追認以拒絕履行，在法律上的理論構成與直接撤銷並不相同，但同樣使主婚權人無法如同傳統法時期一樣，左右婚姻當事人的人身歸屬。

其次則是將未得父母同意之結婚定性為「得撤銷」。大理院此種作法顯然是一方面參照了親屬法初稿第二十四條第一項本文：「定婚須經父母允許」，以及第三十九條：「婚姻不依二十條所規定者，得由有允許權者撤銷之，其允許由詐欺或脅迫而致者亦同」之規定；另一方面又受到第一次親屬法草案第二十二條：「結婚須由父母允許」，以及第二十八條：「婚姻違第二十二條所規定者，惟有允許權者得撤銷之」的影響。按撤銷權制度使撤銷權人得決定法律行為之命運，這有兩方面的意義。一方面固然是尊重當事人及其他利害關係人之意思；另一方面則是在法律行為的瑕疵較輕微時，

使其仍保有繼續維持效力的一線生機。從上開兩部法律文本的制度設計來看，兩者係各有所側重。根據親屬法初稿第三十二條之規定，婚姻不依第二十五條規定者無效，亦即定婚如非經男女雙方情願，婚姻即為無效。而根據第三十九條之規定，婚姻未經有允許權人之允許者，有允許權人得撤銷之，亦即其效果為得撤銷，其除斥期間為成婚後二年，而如果有允許權人於事後追認，則撤銷權亦消滅。違反當事人意願之法律效果反而比未經父母同意要嚴重，如此運作的結果，結婚男女雙方的意思在法律上將凌駕於有允許權人之意思之上。可見立法者意欲提高當事人在婚姻關係中的自主地位，因此其重點應在於維持未經有允許權人同意婚姻的一線生機。然而第一次親屬法設計的結果，卻將使未經父母同意的婚姻並無成為「得撤銷」之機會，質言之，就是一律無效，因此立法者的本意在於尊重身為「利害關係人」之父母（縱使在法律上已經不能算是「當事人」）的意思。

從四年上字第二一八八號判例來看，大理院使此種未得父母同意的婚姻仍有機會維持其效力，其想法應當與初稿的立法者同一脈絡。正如本文於分析時所指出的，該判例使婚姻在未得父母同意時的法律狀態處於得撤銷，既為「得撤銷」，就不是當然無效，須經由有權之人行使撤銷權才會無效。而大理院更進一步表示：「**婚姻撤銷之效力不能追溯既往，故未撤銷前之婚姻關係仍應認為有效。**」按大理院的見解應當是吸收親屬法初稿第四十六條第一項：「**婚姻撤銷之效力，自撤銷時起**」的規定，該條之說明謂：「**婚姻與個人之身分上有直接之影響，既成立之婚姻從而撤銷之，並使其效力溯及既往，則在婚姻所生之子，有因撤銷而一朝變為私生子者，甚非保護當事人利益之道也。故……婚姻撤銷之效力祇及於將來**」，大理院使婚姻撤銷之效力不溯及既往，原係本於該條之立法意旨，為了子女的利益，不過既然「未撤銷前之婚姻關係仍應認為有效」，其結果

就是如前文所指出的，使未經主婚人同意之婚姻有機會維持效力。如此一來就是變相架空主婚人的權利，而使婚姻當事人的意思更有機會決定婚姻之成立。

### 三、大理院判例對後來立法的影響

#### (一)民律第二次草案親屬編

在一九二六年，北京政府的修訂法律館又起草了一部民律草案，史稱「民國民律草案」或「民律第二次草案」。該草案的親屬編（下稱「第二次草案」）吸收了不少大理院的判例，<sup>87</sup>就與本文主題相關之部分，大理院判例主要有以下的影響：

##### 1. 將婚姻之成立區分為「定婚」與「結婚」二階段

傳統婚姻法原本即區分「定婚」與「成婚」這兩個階段，在草案初稿以及現行律也都延續這個傳統的分類，然而第一次草案卻不知何故取消此一分類。以現行律為基本審判法源的大理院，則延續傳統的制度，區分「定婚」與「結婚」，如三年上字第四三二號判例表示：「婚姻成立與定婚有效係屬兩種問題，婚姻成立必經習慣上一定儀式，其經一定儀式而成婚者，乃新刑律重婚罪成立之要件，故僅定婚而尚未成婚，更未與他人成婚者，即不得以重婚論。」到了第二次草案，對於婚姻之結構重新訂定，婚姻法規定於第四編「親屬」的第三章，其中第一節「婚姻之成立」下分第一款「定婚」以及第二款「結婚」。<sup>88</sup>為何採用「結婚」而非「成婚」之用語，以

<sup>87</sup> 參閱謝振民編著，張知本校訂，同註74，頁904。關於大理院判例對民律第二次草案親屬編的影響，詳見梁弘孟，大理院所建構之妻對夫遺產地位初探，國立中正大學法學集刊，42期，頁277-283，2014年1月；論親權及監護對未成年人財產之作用——以大理院所建構之子女財產管理法制為例，成大法學，29期，頁102-106，2015年6月。

<sup>88</sup> 相關條文內容詳見黃源盛纂輯，同註39，頁796以下。

及這兩個名詞的意義有何異同？限於篇幅，不在本文討論之列。然而第二次草案重拾傳統，將定婚區分為二階段，除了是對於社會現實與風俗民情的回應之外，<sup>89</sup>應當也有大理院判例的影響。

### 2. 以交換婚書或納聘財作為定婚之要件

第二次草案第一〇九二條第一項規定：「定婚，因交換婚書或已納聘財而成立。」這可以認為是受到大理院二年上字第三一五號判例，以及四年上字第432號判例的影響。<sup>90</sup>大理院做此判例原本的用意是對於現行律相關規定之詮釋，而由於判例言簡意賅，而使第二次草案在立法時加以援用。

### 3. 限縮父母對結婚之同意權的行使範圍

就父母對結婚之同意權問題，第二次草案係規定在第一一〇五條。該條之內容如下：

結婚除依第一千零七十八條第一項規定外，並須經父母允許。父母雙方亡故或在事實上不能表示意思時，須經祖父母允許。但年齡滿三十歲者，不在此限。

<sup>89</sup> 民初曾任修訂法律館總裁的江庸曾舉出民律第一次草案必加修正的三大理由，其中之一是第一次草案的親屬繼承之規定「與社會情形懸隔天壤，適用極感困難，法曹類能言之，欲存舊制，適成惡法，改弦更張，又滋糾紛，何去何從，非斟酌盡美，不能遽斷。」如果從傳統律典以及現行律的規定來看，民律第一次草案不區分定婚與成婚，與中國傳統婚姻實態差距甚大，稱之為「懸隔天壤」似不為過，這或許也正是大理院不採該草案架構，而根據初稿以及現行律之規定，將婚姻之締結區分定婚與成婚二階段的原因。江庸之言引自謝振民編著，張知本校訂，同註74，頁903-904。

<sup>90</sup> 2年上字第215號判例之內容為：「現行律載定婚之形式要件有二：(一)有婚書，即謂有媒妁通報寫立者，無論報官有案，或僅係私約皆可。(二)聘財。此二要件苟具備其一，即發生定婚之效力。」4年上字第432號判例之內容為：「男女定婚之初，必須寫立婚書或曾受聘財者，其婚約方能合法成立。否則各地方雖有特別習慣，而苟與此項成文法規顯相抵觸，即不能認為有效。」關於這兩則判例的說明，見前述肆、二。

父或祖父在，而嫡母或嫡祖母、繼祖母無正當理由不允許者，當事人得僅經父或祖父之允許而結婚。父或祖父不在，而嫡母、繼母或嫡祖母、繼祖母無正當理由不允許者，當事人得經親屬會之同意而結婚。

父母或祖父母之一方亡故或在事實上不能表示意思時，僅須得一方之允許。

祖父母雙方若有前項情形時，未成年人之結婚須得監護人之同意。

從上述規定來看，該條的意義表現在兩方面。首先是對於結婚自由的有條件肯定。根據第一項之規定，年齡滿三十歲即可自由結婚，不需父母或祖父母的允許。原本根據親屬法草案初稿，男女結婚雖然以得父母同意為原則，但男子滿三十歲，女子滿二十五歲之後，即可不經父母同意而自行結婚。由於初稿公布後引起甚大的反彈，後來在民律第一次草案親屬編乃修正相關規定，改為結婚一律需父母許可。大理院的司法實踐雖然以尊重主婚人的權威為原則，但也透過判例逐步賦予男女婚姻自由。大理院承認男女對於父母乃至其他有主婚權人代訂婚約有同意權之判例，有十年上字第一〇五〇號以及十一年上字第一〇〇九號，這兩則相關判例的作成時期係在五四運動之後，似乎與五四運動之後，婚姻自由的風潮有關。大理院賦予婚姻男女對代訂婚約之追認權的作法，第二次草案雖未採納，但開放三十歲以上男女得不經父母同意自行結婚，也算是對於當時主張婚姻自由之風潮的有限度回應。

除此之外，第二次草案關於婚約之履行問題的規定，也形同限制了父母對於婚事的權限。第二次草案第一〇九三條第一項規定：「男女雙方雖經定婚，仍不得以之提起履行婚約之訴。但父母或監護人於定婚後反悔，而當事人兩相情願結婚者，不在此限。」按大理院九年上字第六一五號判例指出：「結婚義務原有不可代替執行之性

質，一般法理概認為不能強制履行」，該項規定之本文顯然是脫胎於此一判例。至於該項但書之規定，則可以看出受到七年上字第九七二號判例之影響。該判例指出：「若有主婚權者之許婚，已在男女本人成年後得其同意，則此後該婚約自不得反於本人之意思，由有主婚權者任意解除。」根據該判例之意旨，男女本人一旦同意婚約，主婚人就不應強行解除，亦即男女之結婚意思可以對抗主婚人之決定。如果從貫徹結婚自由，而婚約不得強制履行之意旨來看，當事人即使兩相情願結婚，是否即可作為強制履行婚約之原因，固然不無商榷餘地。但本條之規定無疑使父母與監護人無法強行禁止當事人結婚。總之，本規定從正反兩面保障結婚的自由，至於使雙方結婚之意願不至於因父母或監護權人之強行介入而被踐踏，就是對於父母權威的限制。

#### 4. 解除婚約之相關規定

民律第二次草案第一〇九四條以下設有解除婚約之相關規定。首先是第一〇九四條規定訂婚後得解除婚約之事由，其規定如下：

「定婚後，男女之一方有左列情形之一時，他方之一得解除婚約：

- 一 定婚後又為他之定婚
- 二 故違結婚期約者
- 三 定婚後致成殘疾者
- 四 男女之一方為姦盜者
- 五 有其他之重大事由者。」

原本在初稿以及第一次草案，均未規定訂婚後得解除婚約。大理院在判例中則明白承認當事人得解除婚約，五年抗字第六十九號判例即指出：「父母雖有主婚之權，至於已成之婚約，經當事人雙方合意解除，或一方於法律上有可以解除之事由者，斷無反乎婚姻當事人之意思可以強其不准解除。」至於法律上可以解除之事由，根據

四年上字第七六六號判例之說法：「按婚約一經成立，除兩相情願者外，在現行律上非具有一定條件，不得解除，如期約已至五年無過不娶、夫逃亡三年不還，及未婚男子有犯姦盜者，依律雖聽女別嫁，至未婚男子納妾，則並無聽女家別嫁之規定，是在現行法上即有此種事實，亦未便據為解約之原因。」<sup>91</sup> 這段話後來被擷取出「未婚納妾，不得據為解除婚約之原因」作為要旨。至於在現行律中得以聽女別嫁的條件，如「期約已至五年無過不娶」、「夫逃亡三年不還」，及「未婚男子有犯姦盜」，大理院將之作為解除婚約之要件的內容，雖然並未成為判例要旨，然而第二次草案仍將之形諸明文。

第一〇九五條與第一〇九六條則規定定婚無效、撤銷或解除之後的效果。根據第四十一條之規定，有上述情形時，除退還聘書或聘財外，無過失之一方對於有過失之一方，得請求損害賠償或慰撫金。而第一〇九六條第一項則規定，定婚之無效或撤銷或解除時，男女雙方對於相互之贈與物，得請求返還。按大理院於七年上字第六二三號判例表示：「解除婚約因一造之事由而生者，他一造因訂約所受之損害，應由該一造擔負賠償之責。」<sup>92</sup> 而前述的九年上字第六一五號判例也指出：「審判衙門遇有此項悔婚另嫁之件，應以和平方法盡力勸諭當事人，與其不能達強制執行之目的，孰若聽其解除，而就其因他造毀約所生之損害，依法要求賠償轉為得計。」可見大理院也經常運用損害賠償，作為規整婚約因故無法履行後雙方法律關係的手段。其目的一方面除補償無過失一方所受損失之外；另一方面也等於為不願履行婚約之一方解套，以財物賠償之方法作為履行違反意願之婚約的替代方案，有助於確保婚姻之自由意志。第

<sup>91</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁220。

<sup>92</sup> 黃源盛纂輯，同註45，頁343。

二次草案規定無過失之一方得請求損害賠償，秉承的就是大理院上開判例的意旨。

整體而言，第二次草案延續第一次草案的立場，宣示婚姻男女的當事人地位，並且秉持大理院判例尊重婚姻意思的意旨，賦予婚姻男女更大的婚姻自由。

### (二)法制局親屬法草案及現行民法親屬編

國民政府北伐成功之後，接續民法典的立法工作。一九二八年十月，國民政府法制局草擬了親屬法草案。按中國國民黨民國十五年一月第二次全國代表大會通過之「婦女運動決議案」，其中「玖」（甲）「關於實現黨綱中所揭示之男女平等政策，在法律面應有的作法」，第四點為「**根據結婚、離婚絕對自由的原則，制定婚姻法。**」<sup>93</sup>該草案關於婚姻制度之設計，係本於該婦女運動決議文，與本文主題相關者，約有以下各點。<sup>94</sup>

首先是確立結婚男女的當事人地位。基於此一說明，該草案第九條規定：「未成年之男女訂結婚約，須得父或母之同意，父母死亡，或不能表示意思者，須得監護人之同意。違反前項規定之婚姻，其當事人或有同意權人得撤銷之。」第十一條復規定：「男女當事人得因正當理由解除婚約。」而第十六條本文也規定：「結婚由男女當事人自行決定。」這三條明文將婚姻男女雙方訂為當事人。誠如該草案之說明「婚姻之訂結及解除」所指出的：「本案以訂結婚約，為單純契約關係，以男女本人雙方合意，自由締結為原則，舊律婚書或聘財之要式行為，及父母代為定婚之大權，均為本案所不

<sup>93</sup> 關於婦女運動決議文之內容，詳見黃源盛纂輯，同註41，頁1870-1871。

<sup>94</sup> 以下所引用之條文，出自黃源盛纂輯，同註39，頁867以下。

採。」<sup>95</sup>該草案不再有父母代為訂婚之規定，所有與婚約或婚姻成立有關之事項，不論是締結婚約、結婚或解除婚約，都由男女雙方直接參與，不再假手父母乃至於祖父母。

其次是結婚男女婚姻意思的重視。法制局草案對於婚姻自由之限制，僅有年齡之限制，以及父母或監護人對未成年人訂結婚行為之同意權。法制局草案關於訂婚年齡之限制，規定於該草案第八條：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得訂結婚約。」第十三條規定：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚。」訂婚與結婚之年齡限制相同。另，父母或監護人對未成年人訂婚之同意權，則規定於前述第九條，而父母或監護人對未達法定結婚年齡人之結婚的同意權，則規定於第十六條但書：「但男未滿二十五歲，女未滿二十一歲者，需得父或母之同意，父母死亡或不能表示意思時，須得監護人之同意。」法制局草案雖然延續親屬法草案初稿、第一次草案以及第二次草案之規定，使父母對於男女定婚與結婚有同意權，但年齡的門檻大幅降低，而且需父母同意之理由，根據該草案的說明，係因甫達結婚年齡之男女「血氣方盛，驅於感情，易涉輕率，詒謀不臧，後患無窮」，而無「子婦於成婚後仍多與父母同居，則姑媳間之感情亦宜先行籌及」之類，基於家庭共同生活之和睦，而使父母有權同意婚姻之締結的說法。蓋婚姻之存在既然是為了結婚男女之利益，而與父母同居生活之和睦不再是主要考量，則婚姻之締結不取決於父母之意思，反而應以男女當事人之意志為依據，便為順理成章。

除了婚約之締結以外，婚約之履行與解消也應本於當事人的自由意志。該草案第十條規定：「婚約不得強迫履行。」第十一條復規定：「男女當事人得因正當理由解除婚約。」此處之「正當理

---

<sup>95</sup> 黃源盛纂輯，同註39，頁870。

由」，草案並未有明文定義。根據草案之說明，之所以不設列舉條款，是因為解除條件如果「限制太嚴，亦多流弊」，從而「與其強令隱忍而致結婚後夫妻反目，實不如事前救濟，使其易為斷絕之為愈也。」由此益加可見該草案重視當事人婚姻自由之意旨。

前述兩項立法意旨，都可以看出係延續大理院之判例。大理院雖仍保留主婚人之參與、聘財及婚書等作為定婚之形式要件，如二年上字第二一五號判例，以及四年上字第四三二號判例所示，但這是以現行律為審理基本法源之結果，而且大理院也在歷次的判例中逐步降低主婚人對於婚姻的專斷權限，如五年抗字第六十九號、七年上字第九七二號、十年上字第一〇五〇號以及十一年上字第一〇〇九號判例。相較於降低主婚人的專斷地位，大理院卻是宣示並強化結婚男女的當事人地位，並於判例中明示當事人的結婚意思應予尊重，如七年上字第九七二號判例，即使朱胡氏為婚姻當事人朱海清之母，依法有主婚權，但大理院仍不容其違反朱海清之意思而任意解除婚約。

除了立法之外，大理院某些判例並影響了後來的最高法院。如十九年上字第一五五號判例指出：「法院在遇有悔婚案件時，應以和平方法盡力勸諭當事人與其不能達強制執行之目的，孰若聽其解約，而就其因他造悔約所生之損害，依法請求賠償較為得計。」<sup>96</sup>這可以說是脫胎自大理院九年上字第六一五號判例：「故審判衙門遇有此項悔婚另嫁之件，應以和平方法盡力勸諭當事人，與其不能達強制執行之目的，孰若聽其解除，而就其因他造毀約所生之損害，依法要求賠償轉為得計。」按大理院藉由九年上字第六一五號判例所宣

<sup>96</sup> 收錄於最高法院判例要旨（民國16-94年民事部分），444頁，引自司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，最後瀏覽日：2016年3月31日。

示的重點，除了建議一方悔婚時雙方宜用損害賠償的方法解決爭議外，更在於「結婚不得強制履行」的原則。最高法院這一則判例雖然並未明白表示結婚不得強制履行，但從「與其不能達強制執行之目的」的說法，便可以看出最高法院延續了大理院的立場，認為婚約無法透過強制方法使其履行。

前述兩項法制局草案所揭示的立法意旨，延續到現行民法親屬編（下稱「現行法」）。現行法第九七二條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」而父母的權限僅在於當子女未成年時有同意權，如第九七四條之規定：「未成年人訂定婚約，應得法定代理人之同意。」這兩條說明了婚姻男女的當事人地位。另外，婚約既然不得強迫履行，則一旦一方悔婚，對他方因此所受之損害，便不得不有補償之道。現行法乃在第九七七條至第九七九條規定損害賠償之方法。凡此均與法制局草案的立法意旨相同。

現行法明顯不同於法制局草案之處，一來在於將訂婚年齡修改為男子十七歲，女子十五歲（第九七三條），以及具體規定得單方解除婚約之事由（第九七六條）；二來則是擴充法定解除婚約事由。第九七六條所規定之法定解除婚約事由共有九款，相較於第二次草案第四十條所規定者，係將第三款之「殘疾」擴充為「重大不治之病」、「花柳病或其他惡疾」、「殘廢」這三種情形，將第四款之「男女之一方為姦盜者」擴充為「與他人通姦」以及「受徒刑之宣告」，並增加「生死不明已滿一年者」。

至於現行民法第九七五條：「婚約，不得請求強迫履行」的規定，則揭示了婚姻男女的自由意志應予尊重，該條規定與大理院九年上字第六一五號判例，以及最高法院十九年上字第一一五號判例，則可謂一脈相承。

從上述的條文來看，法制局親屬法草案以及現行民法親屬編就婚姻成立之規定，其實都有大理院判例的影子。儘管大理院判例所

揭示的，以主婚人參與加上婚書或聘財擇一作為婚約成立之要件，不再為法制局親屬法草案乃至於現行民法親屬編所採納，然而大理院對於結婚男女當事人地位之確立與對於自由意志之尊重的意旨，都獲得延續，進一步落實且發揚光大。

## 陸、結 論

傳統中國婚姻制度之中，父母或其他尊長的意思是婚姻締結的要素，而這些尊長在婚姻締結的過程中往往也扮演主婚人的角色。男女雙方當事人的意思雖然有時在事實上會影響婚姻之締結，但在法律上並非要件。而尊長的服制關係愈親，對於婚姻的決定權就愈是絕對。這從法律上嫁娶違律罪坐主婚人的規定就可以看出。

然而到了民初，大理院除了維持傳統婚姻制度中主婚人對婚姻的影響力之外，也開始讓結婚男女的意思可以影響婚姻之成立。大理院巧妙地運用現行律民事有效部分、親屬法草案初稿以及第一次親屬法草案當中的傳統與新式法律制度，使結婚男女具備當事人之地位，並借用代理與撤銷的制度來使結婚男女的意思得以影響婚姻之效力。藉由這兩種制度，一方面大理院使他人代訂之婚約——不論是父母或其他有權主婚之親屬——必須經過結婚男女本人之追認始生效力，也就是使結婚男女擁有最後決定婚約效力之權；二方面將未經主婚人同意之婚姻效力歸類為得撤銷，並使婚姻撤銷的效力不溯及既往，亦即婚姻一經成立，在撤銷之前一直維持其效力，如此一來，將使未經父母同意之婚姻有維持效力之機會。經由大理院的改造，婚姻制度由傳統的「包辦式」、片面地可由父母之命決定，過渡到結婚男女雙方有機會影響、甚至決定婚姻之效力。這對於傳統的婚姻架構確係重大的變革。

大理院改造婚姻制度的作為，後來也被第二次親屬法草案，法

制局親屬法草案與現行民法親屬編所延續。第二次親屬法草案雖然仍以傳統婚姻法制度為基調，但大理院對於婚姻當事人意思的尊重，以及對主婚人權利的限縮，也影響了該草案的規定，限縮了父母對婚姻同意權的行使範圍，並使父母不得強行干涉當事人婚約之履行。到了法制局親屬法草案與現行民法親屬編，則完全改革婚姻制度，並將大理院尊重當事人意思的精神更加發揚光大。

總之，在民國初年新舊法制遞嬗，婚姻制度由傳統走向現代的歷程中，大理院扮演了承先啟後的關鍵性角色，值得吾人予以高度肯定。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 大清國親屬法草案理由書，著者與出版者不詳，第三冊。
2. 王世杰，大理院與習慣法，法律評論，168期，頁2-4，1926年9月。
3. 田濤、鄭秦點校，大清律例，1999年6月。
4. 沈衍慶，槐卿政績，卷二，「減約廢婚事」，載：歷代判例判牘，第十冊，頁176-177，2005年。
5. 沈家本，寄簪文存，卷八，1976年6月。
6. 周敘琪，民國初年社交、婚姻文化中的男性，載：近代中國社會轉型與變遷，頁507-536，2004年5月。
7. 岳純之，唐代民事法律制度論稿，2006年10月。
8. 林素娟，神聖的教化——先秦兩漢婚姻禮俗中的宇宙觀、倫理觀與政教論述，2011年6月。
9. 林耀華著，莊孔韶、林宗成譯，金翼——中國家族制度的社會學研究，1990年4月。
10. 姜義華注譯，黃俊郎校閱，新譯禮記讀本，上冊，2版，2007年2月。
11. 姜義華注譯，黃俊郎校閱，新譯禮記讀本，下冊，2版，2007年2月。
12. 高明，大戴禮記今註今譯，1984年7月。
13. 張國華主編，鄭全紅著，中國婚姻史，第五卷，民國時期，2007年4月。
14. 梁弘孟，大理院所建構之妻對夫遺產地位初探，國立中正大學法學集刊，42期，頁217-290，2014年1月。
15. 梁弘孟，論親權及監護對未成年人財產之作用——以大理院所建構之子女財產管理法制為例，成大法學，29期，頁1-112，2015年6月。
16. 清末籌備立憲檔案史料，下冊，1967年6月。
17. 陳東原，中國婦女生活史，1994年12月。
18. 陳計男，民事訴訟法論（上），修訂5版，2009年7月。
19. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，修訂9版，2010年9月。
20. 陳鵬，中國婚姻史稿，1990年8月。

21. 陳顧遠，中國婚姻史，1992年9月。
22. 勞乃宣，桐鄉勞先生遺稿，卷二，新刑律修正案彙錄，「倡議修正刑律草案說帖」，載：沈雲龍主編，近代中國史料叢刊，頁918-920，1969年6月。
23. 滋賀秀三著，張建國、李力譯，中國家族法原理，2003年1月。
24. 費孝通著，戴可景譯，江村經濟——中國農民的生活，1987年6月。
25. 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。
26. 黃源盛，沈家本法律思想與晚清刑律變遷，臺灣大學法律學研究所博士論文，1991年6月。
27. 黃源盛，西法東漸中無夫姦存廢之爭，載：法律繼受與近代中國法，頁250-257，2007年3月。
28. 黃源盛，大理院司法檔案的整編與研究，載：民初大理院與裁判，頁83-133，2011年3月。
29. 黃源盛，民初大理院，載：民初法律變遷與裁判，頁25-60，2011年3月。
30. 黃源盛纂輯，大理院民事判例輯存，總則編，2012年2月。
31. 黃源盛纂輯，大理院民事判例輯存，親屬編，上，2012年6月。
32. 黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注(一)，2014年12月。
33. 黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注(二)，2014年12月。
34. 黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注(四)，2014年12月。
35. 趙鳳喈，中國婦女在法律上之地位，1993年5月。
36. 盧靜儀，民初立嗣問題的法律與裁判，2004年12月。
37. 戴炎輝，中國法制史，10版，1995年2月。
38. 謝振民編著，張知本校訂，中華民國立法史，中冊，1947年6月。
39. 瞿同祖，中國法律與中國社會，1994年10月。
40. 羅志淵，近代中國法制演變研究，1977年6月。

## 二、日 文

1. 仁井田陞『中國身分法史』東京大學（1993年）。
2. 我妻榮主編『舊法令集（第一版）』有斐閣（1968年）。

一〇五年九月

從「父母之命」到「兩情相悅」 65

### 三、外 文

©von *Staudingers, Johann*, Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB Synopse, de Gruyter, 2005.

# From “Order of Parents” to “Own Concord of Two Parties”: On the Influence of the Intent to Marry of the Male and Female Parties on the Institute of Marriage in the Early Chinese Republican Period

Hung-Meng Liang<sup>\*</sup>

## Abstract

In ancient China, the agreement to marry and the conclusion of marriage were determined mainly by the parents of both parties rather than their own intents. Such characteristic was also emphasized in the traditional codes. In the early Chinese Republican period, Daliyuan, the Supreme Court in that period, had gradually taken the intent of the parties into consideration. And yet the Parents of the future spouse still had significant influence to the marriage. Daliyuan asserted that the future spouse were the parties in the marriage. It also makes use of the institutes of Agency and revoke of juridical acts to give the parties of marriage to determine the legal efficacy of the agreement or conclusion of marriage. The judicial practices of Daliyuan have influenced not only

---

<sup>\*</sup> Assistant Professor of the Faculty of Law at Chung-Cheng University; Doctor of the Munich University, Germany.

Received: November 16, 2015; accepted: September 20, 2016

the Second Draft of Civil Code in 1925 but also the Part of Family in the contemporary Civil Code of the Republic of China.

**Keywords:** Agreement to Marry, Conclusion of Marriage, Party of Marriage, Daliyuan, Judicial Praxis of Daliyuan, Legal Development in Early Chinese Republican Era, Intent to Marry