

教育部補助法律專業科目教學改進計畫

親屬法與人事訴訟程序 結合教學專題研究期末報告

計畫主持人 徐慧怡教授

協同主持人 吳從周助理教授

兼任助理 翁林瑋

徐雍甯

委 託 單 位 ： 行 政 院 教 育 部

執 行 單 位 ： 國 立 台 北 大 學 法 學 院

中 華 民 國 九 十 七 年 一 月 二 十 七 日

目錄

壹、源起	4
一、研究目標.....	4
二、研究內容.....	5
三、研究方法.....	5
貳、執行情形	7
一、內部會議.....	7
二、教學範本之撰寫.....	7
三、教學觀摩會之舉辦.....	8
參、結案報告	9
第一單元 結婚之要件與訴訟程序.....	9
第二單元 重婚.....	14
第三單元 結婚效力之同居義務與訴訟程序.....	21
第四單元 家庭生活費用之負擔.....	27
第五單元 夫妻財產制與訴訟程序.....	31
第六單元 剩餘財產分配請求權.....	41
第七單元 兩願離婚與涉及之訴訟程序.....	52
第八單元 離婚後子女之監護、探視與訴訟程序.....	57

肆、結論與建議.....	63
伍、附件.....	64
附件一—案例式教學問卷調查與分析.....	64
附件二—教學觀摩會後座談會記錄.....	72
附件三—教學觀摩會發放資料.....	76

壹、源起

一、研究目標

我國為成文法國家，由於法典的分別制定與編排，實體法與程序法的教學在我國向來分開，民事實體法與程序法亦然，此與法院實務案例的處理顯然脫節。因為在法院訴訟實務中，實體規定與程序規定向來緊密地結合在一個案件裡，必須同時且交錯處理，無法分離。

此一現象，在民事實體法中之身分法以及其訴訟程序，尤其嚴重。特別是民事程序法中有關親屬身分事件（家事事件）的審判程序，也就是民事訴訟法第九編的「人事訴訟程序」之規定，向來因為法典體系編排位於民事訴訟法的最後章節，加上教學時數的限制，大學課程中實際上均無法被教授或完整授課。也因民事訴訟中的人事程序規定在大學教學課程上的長期被忽略，乃形成實體法的親屬編規定，在教學與學習上長期無法與程序法相配合。更進一步言，由於兩個科目領域的學者沒有課程結合上的交集與對話，在同一問題上，程序法學者與實體法學者常採取不同的見解，甚至實體法學者間對訴訟程序亦有不同的看法，導致學生學習上的困擾，進而產生實務運作的分歧。

有鑑於此，本計畫乃採用以下數種突破傳統方式加以研究：（一）因應本計畫的主要目的，打破傳統講授式的教學法，採用案例式教學方式；（二）結合身分法（民法親屬編）實體規定與人事訴訟法、非訟事件法等程序法的規定，同時教學，互相對應；（三）結合實體法上具教學研究經驗者，與程序法上具法官實務經驗，且目前從事教學與學術研究者共同研究，挑選主題，並設計案例及（四）在計畫執行期間，透過本系開設有關課程，實驗對話式教學，並驗證本計畫的執行性與獲益程度。

希望透過此一創新的結合方式，在教學方法方面，使學生不但能從此種講授教學法與程序及實體的結合方式上，對身分法有更深入的瞭解；更希望透過實體與程序整合性的教學，使得從事教學研究與實務工作者，能對彼此之專業領域有更深入瞭解的機會，尤其是目前法務部正在研議制定「家事事件法」，其主要內容正即涉及家事事件之實體與程序規定的結合運用，透過本計畫之進行，若能同時驗證家事事件法草案的妥適與可行性，當是本計畫額外的收穫。

二、研究內容

親屬法的範圍除通則外，分為婚姻、父母子女、監護、扶養、家與親屬會議，範圍非常廣泛，本計畫的法定執行期間僅八個月，故本提案的實體內容將僅選擇「婚姻」與「子女」兩個部分加以討論，並在子女的內容上，加入與其有關的監護規定。詳細而言，即包括結婚之要件、結婚之效力、離婚之要件、離婚之效力、夫妻財產制、子女之婚生性、收養與未成年子女的監護等八個單元。又，因每一個單元在親屬法的範圍中，涵蓋的範疇仍是相當廣泛，無法一一獨立介紹，故僅就每一章節擷取二到三個問題，分為小節加以說明，而其他無法獨立介紹的部分，將透過對話式教學，在「討論」或「演練及作業」的部分中，加以討論與延伸。

本計畫將從兩個部分切入，一為探討親屬法上有關「婚姻」與「子女」的實體法內容，一為說明民事訴訟法上有關「人事訴訟程序」、「非訟事件」的程序法規定，並藉由結合婚姻與子女關係案例的內容，說明二者間的相互關連。

三、研究方法

(一)文獻分析法

親屬法的有關規定修改甚多，其與訴訟程序的關係各學說亦常不一致，加上實務有時與學說見解亦不相同，復因判例多屬早期社會的產物，其常不適用於現行社會，以致大法官會議就此範圍解釋甚多，故本計畫將蒐集我國實務、學說與大法官會議有關於親屬法的見解與解釋；必要時，將與外國立法例及外國實務的相關見解做比較，藉此補充我國關於親屬規定不足之處，促使親屬法與人事訴訟程序的法律制度更加完善。

(二)模擬研究法

本計畫欲以試教之方式，讓學生親身體驗對話式教學，藉由師生互動教學引發學生思考，並鼓勵討論，使學生能在實際案例中將理論與事實結合，對於爭議的解決更有全面性的考量。本計劃已於十月二十五日與法律與性別計畫案合辦第一次教學觀摩會，藉由學生之反應設計出對學生最有吸收效率的課程，亦能跳脫以往法學課程較生硬的教學內容。

(三)交叉分析法

本計畫將於教學觀摩會後，舉辦座談會討論觀摩會之成果，加以改善，並不定時開會與舉辦研討會。

貳、執行情形

一、內部會議

本研究計畫自執行以來，除每兩星期一次之例行性會議外，另視進度所需加開會議，研討已具雛型之教材，並修改與增添其內容。透過討論，結合兩位教師意見，針對各課程設計妥善之施教方式。教學方向不侷限於僅由教師單方面傳授，而係透過雙向學習、問答對話以收教學相長之功效。

二、教學範本之撰寫

(一) 定義本土案例：以目前之判例、最高法院及下級法院之判決、法律座談會相關案例等實務見解為主要對象，排除涉外案件，蒐集相關之實務見解。例如本次期中教學觀摩的「重婚」案例就是以搜尋到的最高法院八十七年度台上字第七八〇號判決為本土案例。

(二) 蒐集及整理本土案例：以司法院之法學資料檢索系統為主，以法源法律網為輔，為案件搜尋之檢索系統。分別鍵入「關鍵字」或「法條條項」或「一定判決作成期間」等進入該系統後，就所搜尋到之相關案件，分類為大法官解釋、司法院解釋、最高法院之判例、判決、法律座談會討論之案例等本土案例。例如本次期中教學觀摩的「重婚」章節，一開始的案例就是搜尋自司法院法源檢索系統，以關鍵字「重婚」搜尋而得。

(三) 分析本土案例：先將大法官解釋、最高法院之判例、判決及法律座談會案件的法律見解進行歸納，討論相關法律概念，然後挑選其中具有代表性或特殊性之案件及實務見解，進一步詳細閱讀其案例事實，將判決當事人姓名轉換後，修改設計成具有代表性的本土案例。例如本次期中教學觀摩的「重婚」案例，就是特別針對大法官釋字第三六二號解釋作成後，釋字第五五二號解釋作成前，針對釋字第三六二號解釋意旨所表示的具有代表性的最高法院判決見解，修改當事人姓名，濃縮案例事實，藉以串連教學主題「重婚」的實務見解變化。

(四) 將案例與法學概念結合：透過分析該實務案例中法律見解之內容，對應該法學概念並得出結論。例如本次期中教學觀摩的「重婚」案例，就是特別針對案例中涉及到的「重婚」例外的事由，將案例本身與「重婚」及「重婚」例外信賴保護原則等概念相結合。

(五) 將法學知識構成教案：除了該具有代表性的案例外，再繼續選擇相關法律爭點之判決、判例，將其修改穿插與鋪陳在重婚的章節中，並就相關之法律

概念彙整與分析國內外學者之論著文獻，適時輔以外國立法例作為補充，如有相關修法的草案，甚至新法的條文，並比較其立法理由與新舊條文的不同，撰寫成教案。例如本次期中教學觀摩的「重婚」案例，就是特別針對案例中涉及到的「重婚」例外的事由，就特別連結大法官釋字第242號解釋、三六二號解釋及五五二號解釋，比較新舊法修正前後的條文，以及九十六年五月二十五日甫修正的重婚規定如何配合大法官解釋的意旨，修正新條文，鋪陳出以「重婚」之法學概念以及法學知識為中心的完整教案。

(六) 透過課程設計活動與作業將法學知識傳遞出去：於撰寫過程中，發現之相關法律問題或者針對討論部分更深入的問題探討，設計成生活化之案例，透過互動式之教學，激發學生思考，且可於互動、討論之過程，傳遞法學概念。同時，定期舉行教學觀摩會，實際演練，調查與整合師生意見，以之為內容修改之方向。例如本次期中教學觀摩的「重婚」案例，就特別結合民事訴訟法第六百四十條規定，進一步提醒學生，在新法立法理由中提到的重婚無效的第三個例外，也就是配偶一方善意信賴死亡宣告所為重婚之效力。

三、教學觀摩會之舉辦

本計畫於十月二十五日下午三時至五時於民生校區教學大樓五〇一教室及十二月二十七日下午三時至五時於資訊大樓國際會議廳與性別與法律研究計畫合併舉辦教學觀摩，分別選擇第一章第二節重婚及第六章婚生子女之推定與否認案例與教學範本。參與同學包括研究生與大學部三、四年級近七十位同學。

教學方式係由兩位主持人同時授課，以 power point 方式，分別就案例、討論與演練之部分予以授課。在討論部分，並分別以先實體，後程序方式加以討論，期中教學觀摩特地於性別與法律案教學觀摩後，合併舉行觀摩座談；教學觀摩會及會後座談全程錄音及錄影。

觀摩完畢隨即以問卷詢問學生滿意度、建議與學習效果，問卷表格與結果分析詳如附件一。

參、結案報告

第一單元 結婚之要件與訴訟程序

【本單元導引思考之案例事實】

阿陳與阿呂因奉子成婚，未舉行任何公開之結婚儀式，僅因辦理結婚登記之需，由阿陳私下邀請阿琦、阿木在購來的制式結婚證書上簽名，即持向戶政機關辦理戶籍登記，此種情形下，阿陳究應提起婚姻無效或者確認婚姻不成立之訴訟？

最高法院八十六年度台上字第四八三號判決曾宣示基本原則：「民事訴訟法第五百六十八條第一項所定婚姻無效之訴與確認婚姻成立或不成立之訴，兩者不同。所謂確認婚姻不成立之訴，係主張無結婚之事實，而有婚姻之形式；至於婚姻無效之訴，則係主張有結婚之事實，而其行為無效而言。本件上訴人主張兩造未依民法第九百八十二條之規定舉行公開儀式，亦即無結婚之事實，僅在戶籍上為結婚之登記，而有婚姻之形式，依上開說明，自屬婚姻不成立之問題。上訴人訴請確認兩造間之婚姻無效，尙有未合，經於言詞辯論時，予以闡明，上訴人仍主張本件訴訟為確認婚姻無效之訴，不為聲明之變更，應認其訴為無理由」。**【判決全文參見附錄一】**

【說明】

民國九十六年五月七日的親屬法修正，雖然已經將結婚的形式要件從「儀式婚主義」修改為「登記婚主義」，但此項規定依照施行法第四條之一之規定，須自新法九十六年五月二十三日年公布後一年後始施行。因此，舊民法第九百八十二條採取之儀式婚規定，仍適用於在此之前結婚之事實，因而舊法之規定與疑義仍有瞭解之必要。按結婚的形式要件有欠缺時，雖然實體法規定為無效（民法九百八十八條第一項第一款），但是民事訴訟法上卻有確認婚姻無效與婚姻成立或不成立之訴訟的區分（民事訴訟法第五百六十八條），實務上最高法院則早自七十三年台上字第二〇一三號判決起，即將違反第九百八十二條結婚方式的婚姻無效訴訟區分為：（一）有結婚儀式，但因不合第九百八十二條規定而有無效原因，應提起婚姻無效訴訟，與（二）根本完全無結婚儀式，僅有結婚登記之外觀，應提起確認婚姻成立或不成立訴訟，是否妥適，有討論之必要。

【討論】

壹、結婚之實質要件

結婚之實質要件乃指特定男女間婚姻，受國家保護所須具備之要件。依我國民法之規定，結婚之實質要件有〈一〉雙方當事人之婚姻意思一致；〈二〉須非在無意識或精神錯亂中結婚；〈三〉須非被詐欺或脅迫；〈四〉須達法定結婚年齡；〈五〉未成年人結婚，須得法定代理人同意；〈六〉須非禁婚親間之結婚；〈七〉須無監護關係；〈八〉須非重婚；〈九〉須非一人同時與二人以上結婚；〈十〉須非不能人道。其中有關「須達法定結婚年齡」以及「須非重婚」二要件，將在下節中說明。

貳、結婚之形式要件

依舊民法第九百八十二條第一項規定：「結婚，應有公開儀式以及二人以上之證人。」同條第二項「經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」，乃屬舉證責任轉換之規定，即以結婚戶籍登記之事實，推定結婚具備公開儀式及二人以上證人之法定形式要件，並非謂推定已生結婚之效力。換言之，於舊法規定下，結婚之形式要件為公開儀式以及二人以上之證人，並不包括登記要件。

民國九十六年五月七日的親屬法修正，已將結婚的形式要件從「儀式婚主義」修改為「登記婚主義」。依新修正民法第九百八十二條規定：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」但此項規定依照民法親屬編施行法第四條之一之規定，須自新法九十六年五月二十三日年公布一年後始施行。因此，舊民法第九百八十二條採取之儀式婚規定，仍適用於在此之前結婚之事實，因而舊法之規定與疑義仍有瞭解之必要。以下即就公開儀式及二人以上證人此二要件介紹：

〈一〉公開儀式

結婚之公開儀式究何所指，法律並無限定。最高法院五十一年台上字第五五一號判例：「民法第九百八十二條所謂結婚應有公開之儀式，指結婚之當事人應行定式之禮儀，使不特定人得以共聞共見認識其為結婚者而言。」司法院二十六年院字第一七〇一號解釋：「(一)男女二人，約證婚人二人及親友數人，在旅館之一房間內舉行結婚儀式，其結婚既係在旅館之一房間內，自須有足使一般不特定之人均可知悉之表徵而得共見者，始得認為公開。(二)男女二人，約證婚人二人及親友數人，在旅館之宴會廳置酒一席，如其情狀無從認為舉行結婚儀式，雖其主觀以為舉行婚禮，仍不得謂有公開之儀式。(三)男女二人，在某一官署內舉行婚禮，如無足使一般不特定之人均可知悉之表徵而得共見者，縱有該署之長官及證婚人二人在場，仍不得謂有公開之儀式。」

由前揭判解說明可知，所謂公開儀式，無論典禮之儀式為何，只須結婚當事人舉行定式之禮儀，使一般之不特定人得以共見共聞，認識其為結婚為已足。

〈二〉二人以上證人

此指須二人以上於當事人舉行公開儀式時，在場親見而願證明者即可，最高法院六十四年台上字第一五四八號判例可資參照。又關於證人之資格，法無明文規定，或主張以有行為能力者為限；或主張證人應為有判斷結婚之意義及其效果之結婚能力者；或主張以有意思能力之成年人為限；或認為達法定結婚年齡者，即有證人資格。

最高法院五十一年台上字第五五一號判例：「所謂二人以上之證人，祇須有行為能力在場親見而願證明者為已足，不以證婚人為限。」就此，最高法院表明只要是成年人或已婚之未成年人，未受禁治產宣告而有行為能力者，均有結婚證人之資格，而此一見解亦為最高法院八十九年度台上字第一八五二號判決所沿用。由此可知，實務上就證人資格之限制，乃以有行為能力者為限。

綜上所述，我國民法過去就公開儀式及二人以上證人之婚姻形式要件，並未定有法律上之限制，而有賴學說及實務見解予以補充。應予注意者，自新修正民法第九百八十二條規定施行起，結婚不以公開儀式為形式要件，而須書面為之，有二人以上證人之簽名，並以結婚登記為其公示方法，始為有效。

參、形式要件欠缺時之訴訟程序

一、提起婚姻無效之訴或婚姻不成立之訴？

民法第九八八條第一款規定，結婚欠缺形式要件，婚姻無效，惟民事訴訟法第五六八條第一項規定之婚姻事件訴訟類型中有婚姻無效之訴與婚姻不成立之訴。究婚姻欠缺形式要件時，應適用何種訴訟類型，學說與實務迭有爭論。

（一）學說

學者認為婚姻無效之訴即基於民法第九百八十八條，結婚有無效原因，提起請求確認婚姻為無效之訴。確認婚姻成立或不成立之訴，即婚姻之成立與否不明確，請求法院確認之訴。亦即主張無結婚行為而有結婚之外觀者，應提確認婚姻不成立之訴，而主張結婚之行為而依法為無效者，為婚姻無效之訴。

而另有學者認為，基於民法第九百八十八條明定之結婚無效情形而提之訴訟，即為婚姻無效之訴，而民事訴訟法第五百六十八條第一項所稱確認婚姻成立或不成立之訴，應指確認婚姻關係存在或不存在之意。蓋在概念上，法律關係存在或不存在，得包含法律關係成立不成立及消滅不消滅。

惟有學者認為婚姻無效之訴與婚姻不存在之訴並無二致，蓋確認婚姻成立或不成立之訴者，即提起請求法院確認當事人一造或兩造間有無婚姻關係之訴，而婚姻無效之訴，乃當事人或第三人否認婚姻關係之成立，訴請法院加以確認，兩者性質相似。

（二）實務

實務上認為確認婚姻不成立之訴，係主張無結婚之事實，而有結婚之形式；

至於婚姻無效之訴，則係主張有結婚之事實，而其行為無效而言（參見本節一開始所列最高法院八六台上字第四八三號判決全文）。最高法院七八年台上字第二〇一三號判決亦謂：「婚姻無效之訴與婚姻不成立之訴不同，此觀民事訴訟法第五百六十八條第一項規定自明。本件原審認定兩造根本未依民法第九百八十二條第一項規定舉行公開儀式，亦即無結婚之事實，僅在戶籍上為結婚之登記，而有結婚之形式，核此情形係屬婚姻不成立，與結婚而不具備民法第九百八十二條第一項之方式應為無效者不同。」

準上所述，學說與實務多認為應區分「婚姻成立或不成立之訴」與「婚姻無效之訴」。其實，倘依我國民法解釋，只要對有無結婚之事實，主張有所不明確時，應即得以確認婚姻成立或不成立之訴解決之。如主張有結婚之事實而其結婚依法無效時，則以婚姻無效之訴解決之，或較妥當。

附錄一【最高法院八十六年度台上字第四八三號判決】

最高法院民事判決

八十六年度台上字第四八三號

上訴人 陳○○

被上訴人 呂○○

右當事人間請求確認婚姻無效事件，上訴人對於中華民國八十五年七月三日臺灣高等法院第二審判決（八十四年度家上字第二六六號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：兩造原係夫妻，於民國八十年九月十八日離婚。離婚後，雖於八十四年四月十八日辦理結婚登記，惟並未舉行任何公開之結婚儀式，僅因辦理結婚登記之需，由訴外人王○祺、陳○木在結婚證書上簽名。該項婚姻既欠缺法定方式，應屬無效等情，求為確認兩造婚姻無效之判決。

被上訴人則以：兩造離婚後，因子女年幼，故仍同居一處，嗣經親友相勸，及為子女著想，始又於八十四年四月十八日在大園鄉海口村家裡結婚。因兩造係破鏡重圓，故在親友祝福下，僅舉行簡單之儀式，並由王○祺、陳○木為證人，應已具備法定之結婚方式等語，資為抗辯。

原審審理結果以：查兩造於七十四年十一月四日結婚，八十年九月十八日離婚；離婚後，又於八十四年四月十八日辦理結婚戶籍登記之事實，有雙方不爭之戶籍謄本可稽按民事訴訟法第五百六十八條第一項所定婚姻無效之訴與確認婚姻成立或不成立之訴，兩者不同。所謂確認婚姻不成立之訴，係主張無結婚之事實，而有婚姻之形式；至於婚姻無效之訴，則係主張有結婚之事實，而其行為無效而言。本件上訴人主張兩造未依民法第九百八十二條之規定舉行公開儀式，亦即無

結婚之事實，僅在戶籍上為結婚之登記，而有婚姻之形式，依上開說明，自屬婚姻不成立之問題。上訴人訴請確認兩造間之婚姻無效，尚有未合，經於言詞辯論時，予以闡明，上訴人仍主張本件訴訟為確認婚姻無效之訴，不為聲明之變更，應認其訴為無理由等詞。因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，經核於法並無不合。上訴論旨，執原審未闡明法律關係，命為適當之聲明，指摘原判決不當，求予廢棄，難謂有理由。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 六 年 二 月 二 十 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 吳 正 一

法官 鄭 三 源

法官 楊 隆 順

法官 陳 淑 敏

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 六 年 三 月 十 日

第二單元 重婚

【本單元導引思考之案例事實】

阿豪與阿美於民國六十三年結婚，惟於七十二年間，二人書妥「離婚協議書」並簽名，經二名證人簽名見證後，同赴戶政事務所辦理離婚登記。

嗣後阿豪於八十年三月間另與小英結婚。惟阿美以前開離婚協議書未經證人親自聽聞離婚真意，認離婚要件不備而未成立，另案起訴請求確認其與阿豪之婚姻關係存在，經法院判決其勝訴確定，並辦妥戶籍登記，回復其配偶之身分。於此情形下，阿豪與小英之後婚姻是否因違反民法第九百八十五條重婚禁止之規定而無效？

最高法院八十七年度台上字第七八〇號判決認為：「按第三人本於善意且無過失，信賴他人間之婚姻關係已因確定判決或離婚戶籍登記而消滅，並與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後經變更或離婚登記經撤銷，致後婚姻成爲重婚，但其情形究與一般之重婚有間，參諸司法院釋字第三六二號解釋之意旨，並依信賴保護原則，該後婚姻之效力，自仍應予維持。查被上訴人胡〇〇與呂〇〇結婚係出於善意並無過失，既爲原審合法確定之事實，則其婚姻依上說明即應受保障。原審本此見解而爲上訴人敗訴之判決，經核於法並無違背。」【判決全文見附錄二】

【說明】

我國民法親屬編在民國二十年五月五日施行時，雖然強調男女平等，且摒棄傳統妾的制度；然重婚的效力卻是得撤銷，其間經過七十四年修訂爲無效，與大法官連續釋字第二四二號、第三六二號與第五五二號的解釋，使得在落實一夫一妻制的原則中，存在某些的例外。九十六年五月七日修正民法第九百八十八條，將釋字第五五二號解釋落實於條文中，但增定第九八八條之一的內容卻與釋字不同。又，當事人是否重婚，如何主張民事訴訟法提起婚姻無效之訴則爲本節訴訟程序上的重點。

【討論】

壹、重婚之意義與效力

依民法第九百八十五條之規定：「有配偶者，不得重婚。」所謂重婚，即謂已具有合法之婚姻關係而又與他人結婚之情形。重婚之構成，須以合法之婚姻關係先存在爲前提，故僅與人訂婚，或前婚已經離婚或判決撤銷確定，而另與他人結婚者，其間未先存在一合法之婚姻關係，並非重婚。

關於重婚之效力，我國民法親屬編於七十四年修正前，對於重婚者，僅規定

利害關係人得向法院請求撤銷之。而此一規定於撤銷權未行使前，重婚之狀態依然存在，前後婚同時存在之情形並未解消。故於七十四年親屬法修正時，立法者乃於民法第九百八十八條規定，將重婚之效力訂為當然無效，以貫徹一夫一妻制之原則。

貳、重婚無效之例外情形

重婚依民法第九百八十八條之規定，乃為婚姻無效事由之一。然而大法官連續作成釋字第二四二號、第三六二號與第五五二號之解釋，使得一夫一妻制的原則中，存在某些的例外。以下即就重婚無效之例外情形介紹之。

一、兩岸人民之重婚

依釋字第二四二號解釋文：「…國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期，甚或音訊全無，生死莫卜之情況下所發生之重婚事件，有不得已之因素存在，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所抵觸。」

換言之，該號解釋認為兩岸人民之重婚情形乃因兩岸政治隔絕所造成，與一般重婚情形有所不同，不應使後婚效力解消，此乃構成一例外。此號解釋雖然是在舊法規定重婚效力為得撤銷之情形下的產物，但對照於下述重婚之例外，仍有其法制史上重要的意義。為求根本解決兩岸人民此種重婚情形，台灣地區與大陸地區人民關係條例乃於第六十四條亦設有相關規定，原則上使前後婚姻均同時有效¹。

二、善意信賴前婚解消之重婚

重婚乃謂已具有合法之婚姻關係而又與他人結婚之情形。如後婚之當事人乃善意信賴前婚姻消滅，此時如責令該後婚姻為無效，對善意之後婚當事人恐有不公。因此，大法官於釋字第三六二號解釋文表示：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻，婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無抵觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚；究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。在修正前，上開規定對於前述因信賴確定判決而締結之婚姻部分，應停止適用。如因而致前後婚姻關係同時

¹ 該條規定：「(第一項) 夫妻因一方在台灣地區，一方在大陸地區，不能同居，而一方於民國七十四年六月四日以前重婚者，利害關係人不得聲請撤銷；其於七十四年六月五日以後七十六年十一月一日以前重婚者，該後婚視為有效。(第二項) 前項情形，如夫妻雙方均為重婚者，於後婚者重婚之日起，原婚姻關係消滅。」

存在，則重婚者之他方，自得依法請求離婚，併予指明。」

前揭解釋文中，大法官就重婚無效之規定，特設一例外情形。即如後婚之當事人善意信賴前婚因確定判決或協議離婚而消滅，則該信賴應予保護。惟開此先例，將挑戰我國法上就一夫一妻制原則之貫徹，信賴保護原則之運用，不得不謹慎為之。就此，依釋字第五五二號解釋認為：「…惟婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較為嚴格之要求，僅重婚相對人之善意且無過失，尚不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充。」即僅重婚相對人為善意無過失，尚不足以維持後婚之效力，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚之效力始予維持。

由於民法第九百八十八條第二款關此規定之部分，因大法官之解釋而停止適用，且就究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護等問題，法無明文以為適用，爭議難平。故立法院於九十六年五月七日三讀通過、同年五月二十三日生效施行的修正民法親屬編，將民法第九百八十八條修正為：「結婚有下列情形之一者，無效：一、不具備第九百八十二條之方式。二、違反第九百八十三條規定。三、違反第九百八十五條規定。但重婚之雙方當事人因善意且無過失信賴一方前婚姻消滅之兩願離婚登記或離婚確定判決而結婚者，不在此限。」就重婚無效之規定，將釋字第五五二號解釋意旨落實於條文中，設立善意信賴前婚解消之重婚仍有效之例外。

參、重婚之情形於訴訟法上如何主張

一、得提起結婚無效之訴之事由

得提起結婚無效之訴之事由，綜合民法本身之列舉有下列幾種情形，即（一）結婚不具備民法第九百八十二條第一項結婚方式²，（二）結婚違反民法第九百八十三條近親禁止結婚，（三）違反民法九百八十五條規定禁止重婚，包括有配偶而重婚，以及一人同時與兩人以上結婚。惟提起民事訴訟法之婚姻無效之訴的事由不以此三種為限，若有特別法規定，例如軍人結婚違反廢止前之軍人婚姻條例³第三條、第四條及第十條之規定，依同條例第十二條而無效而提起婚姻無效之

² 此處也可能涉及到與婚姻不成立之訴的區別，將在本章第二節結婚之要件處再詳細討論。

³ 軍人婚姻條例已於 94.12.07 廢止，但廢止前第 12 條規定：「軍人違反第三條、第四條之規定而結婚者，其結婚無效(第一項)。軍人或其配偶違反第十條之規定而與人結婚者，其結婚無效(第三項)」。第 3 條規定：「軍人有左列情形之一者，不得結婚：一、接戰地域直接參加作戰，或擔任緊急防務者。二、各軍事院、校學生在受軍官、士官教育尚未畢業者。前項人員具有特殊情形，經國防部特准者，得無限制；其辦法由國防部定之。」第 4 條規定：「軍人遇對方有左列情形之一者，不得結婚：一、因犯內亂、外患罪經判決確定者。二、外籍人士有事實足認有危害國家安

訴亦屬之。

準此，民法第九百八十五條規定：「有配偶者，不得重婚。一人不得同時與二人以上結婚。」第九百八十八條第二款並將重婚列為結婚無效之原因，故對於重婚之情形自得提起婚姻無效之訴。

二、應提婚姻無效之訴或者撤銷婚姻之訴

七十四年六月三日親屬編修正前民法第九百八十五條規定：「有配偶者，不得重婚」，民法第九百九十二條規定：「結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之」，該次修正時，將第九百九十二條刪除。故在親屬編修正前，本於依民法親屬編施行法第一條「關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法另有特別規定外，不適用民法親屬編之規定」，所宣示之法律不溯及既往原則，當事人在七十四年六月三日民法親屬編修正前重婚者，除前述大法官釋字第二四二號解釋之例外情形不得提起外，因法無明文規定除斥期間，故仍得提起撤銷婚姻之訴，須迨該次親屬法修正公布施行後重婚者，當事人始得據以提起婚姻無效之訴。

三、專屬管轄

因重婚而提起婚姻無效之訴，依民事訴訟法第五百六十八條第一項規定，專屬於夫妻之住所地或夫、妻死亡時住所地之法院管轄。但訴之原因事實發生在夫或妻之住所地者，得由各該住所地之法院管轄。

惟專屬管轄乃法律規定專屬於固定之法院就特定事件有管轄權之管轄，排除該固定法院以外之任何法院同時有管轄權，始足稱專屬管，第五百六十八條第一項規定，於專屬管轄外又另設「但訴之原因事實發生於...住所地」者，各該住居所法院亦有管轄權，學者批評其有破壞專屬管轄之嫌⁴。

四、當事人適格、能力與訴訟代理

婚姻無效之訴，由夫或妻起訴者，以其配偶為被告；由第三人起訴者，以夫妻為共同被告。以一人同時與二人以上結婚為理由之婚姻無效之訴，由結婚人起訴者，以其餘結婚人為被告；由第三人起訴者，以結婚人全體為共同被告。惟如結婚人之一方有死亡者，以生存之他方為被告。（民事訴訟法第五百六十九條第一項、第二項）因以重婚為原因訴請確認婚姻無效之訴，其所確認之婚姻關係原為雙方行為，婚姻是否無效，在此二人間應有合一確定之必要，為固有必要共同訴訟，故必須以重為婚姻之男女雙方為當事人，其當事人始為適格。若係同時與二人以上結婚者，則必須以該同時結婚之二人（共三人）為當事人，其當事人始為適格。結婚人中有一方死亡者，則以生存之結婚人為被告。（民事訴訟法第五

全者)。」第 10 條規定:「接戰地域直接參加作戰或擔任緊急防務之軍人或其配偶，不得向法院請求離婚。」於廢止前之重婚仍有其適用。

⁴ 姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年 2 月版，頁 795。

百六十九條第三項、第四項)

已結婚之未成年人，就婚姻無效之訴，於判決確定前，無法斷定其婚姻是否無效或不成立，也就是無法斷定其有無訴訟能力，為使其得合法、有效起訴，不受將來判決影響，乃另於民事訴訟法第五百七十條規定：「未成年之夫或妻，就婚姻無效或確認婚姻不成立之訴，亦有訴訟能力」。

五、婚姻事件一次解決之必要

因人事訴訟程序之特性是高度之安定性及公益，因此其有別於普通程序之規定。為避免同一婚姻關係迭次興訟，以維持家庭之平和安寧，安定社會秩序，同一婚姻關係之各個紛爭，原則上應於一次訴訟中解決之，因此民事訴訟法第五百七十二條第一項即規定：「婚姻無效、確認婚姻成立不成立、撤銷婚姻、離婚或夫妻同居之訴，得合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之變更、追加或提起反訴(第一項)。依前項規定得為訴之變更、追加或提起反訴者，不得另行起訴，其另行起訴者，法院應以裁定移送於訴訟繫屬之第一審或第二審法院合併裁判，受移送之法院不得以違背專屬管轄為理由，移送於他法院」。

又非婚姻事件之訴若與婚姻事件有密切關係，或以婚姻事件之判決為其判斷之基礎，或有與婚姻事件同時解決之必要，倘絕對不許合併起訴，不僅有違訴訟經濟原則，且可能有裁判矛盾之虞，故第五百七十二條第三項特別規定：「非婚姻事件之訴，以夫妻財產之分配或分割、返還財物、給付家庭生活費用或贍養費或扶養之請求，或由訴之原因、事實所生損害賠償之請求為限，得以第一項之訴合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之追加或提起反訴，其另行起訴者，法院得以裁定移送於訴訟繫屬中之第一審或第二審法院合併裁判」，特許得合併起訴。

此外，如果無效之雙方當事人已經生有子女，則在提起確認婚姻無效之訴時，亦可以在第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容與方法，此項請求，法院亦得不待當事人聲明而依職權為之，即當事人有所聲明，法院為裁判時亦得不受當事人聲明之拘束（民事訴訟法第五百七十二條之一第五項準用第一至四項）。

六、法院判決之效力

因婚姻而形成之親屬關係，對於全體社會之人必須統一相同，不能因人而異，涉及社會公益之利害關係。故法院確定判決之既判力之主觀範圍，亦以判決之絕對效力為原則，例外始係判決之相對效力，此乃確定判決既判力人的範圍之擴張。民事訴訟法第五百八十二條即規定：「就婚姻無效、撤銷婚姻或確認婚姻成立或不成立之訴所為之判決，對於第三人亦有效力(第一項)。以重婚為理由，提起婚姻無效之訴被駁回者，其判決對於當事人之前配偶，以已參加訴訟為限，始有效力(第二項)。」

五百八十二條第二項之規定為婚姻無效之判決絕對效力所為之限制規定。蓋

以重婚為原因而提婚姻無效之訴，於原告被駁回（即認為非重婚）時，若原告係重婚當事人時，判決內容係確認原告與被告間無重婚關係存在，若原告係第三人時，判決內容係確認共同被告（即兩重婚人間）間無婚姻關係存在。倘前配偶亦受此項判決之拘束，無異褫奪前配偶進行訴訟之權利而其婚姻關係受侵害。故法律有此特別規定，目的在保護前配偶之權益。

附錄二【最高法院八十七年度台上字第七八〇號判決】

最高法院民事判決

八十七年度台上字第七八〇號

上 訴 人 呂蔡文女
訴訟代理人 陳棋銘律師
被 上 訴 人 呂 ○ 清
 胡 ○ 鳳
共 同
訴訟代理人 呂傳勝律師

右當事人間請求確認婚姻關係無效事件，上訴人對於中華民國八十六年六月三十日台灣高等法院第二審更審判決（八十六年度家上更(一)字第七號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：伊與被上訴人呂○清於民國六十三年間結婚，因伊夫呂○清於七十二年間另結新歡，欲行離婚，向伊謊稱其父呂○朝同意為其離婚之證人，而代簽其父姓名於離婚協議書上，並邀另一不知伊有無離婚真意之訴外人呂○鐘以證人身分簽名，伊迫於無奈亦予簽名，且據以辦妥離婚戶籍登記。該離婚協議事實上不合法定之要件，依法應屬無效。詎被上訴人呂○清明知與伊婚姻關係仍然存在，竟與知情之被上訴人胡○鳳復於八十年三月間結婚，伊得悉後，乃對呂○清提起確認婚姻關係存在之訴訟，經法院判決其勝訴確定，並辦妥戶籍登記，回復為呂○清配偶之身分。茲呂○清與胡○鳳上開所締結之無效重婚，其結婚戶籍登記迄未經撤銷，伊自有訴請確認被上訴人間婚姻無效之必要等情，爰本於民法第九百八十五條第一項及第九百八十八條第二項之規定，求為確認被上訴人間婚姻無效之判決。

被上訴人則以：呂○清與上訴人間因感情失和而協議離婚並辦妥離婚登記，嗣與胡○鳳再婚係在離婚後約八年六個月，且上訴人於伊結婚後三年六個月始提起訴訟，並以離婚協議不備法定要件為由，訴請確認與呂○清間之婚姻關係繼續存在，致伊之後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異。胡○鳳係信賴離

婚登記，確信呂○清已與上訴人離婚而與呂林清結婚，要屬善意且無過失，依司法院大法官會議釋字第三六二號解釋意旨，本諸信賴保護原則，該後婚姻之效力仍應予維持等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：查上訴人與被上訴人呂○清於六十三年間結婚，七十二年三月三日協議離婚並辦妥離婚登記，嗣於八十年三月二十五日被上訴人呂○清再與被上訴人胡○鳳結婚，上訴人乃於八十二年間以離婚協議不備法定要件訴請確認其與呂○清間婚姻關係存在，經判決上訴人勝訴確定，於八十三年十月六日向戶政機關辦理撤銷上述離婚登記，致呂○清因前後婚姻而戶籍登記上有二名配偶等事實，固為兩造所不爭，且有戶籍登記謄本及最高法院八十三年度台上字第二四六九號民事判決影本等件為證。惟查上訴人與呂○清於七十二年三月三日離婚後，迨八十年三月二十五日始與胡○鳳結婚，先後相距八年，而上訴人對呂○清所提確認婚姻關係存在訴訟，係於八十三年九月二十三日判決確定，胡○鳳於與呂○清結婚時，上訴人已與呂○清早辦妥離婚戶籍登記，則上訴人於胡○鳳婚後復對呂○清提起上開訴訟，實非胡○鳳與呂○清結婚時所能知悉，且胡○鳳結婚時就上訴人與呂○清協議離婚有潛在瑕疵，亦無證據證明其已知悉，而上訴人所指在伊與呂○清婚姻關係存續中被上訴人即已暗通款曲及七十九年間伊至台北市大安國宅胡女處查悉呂○清與胡女同居時，面告胡女伊原來離婚有問題一節，非但為被上訴人胡○鳳所否認，上訴人亦提不出任何證據資為證明，自不能單憑上訴人片面之詞而為其有利之認定，是被上訴人胡○鳳與呂○清於結婚時應屬善意且無過失無疑。參諸司法院大法官會議釋字第三六二號解釋意旨，並基於信賴保護之原則，胡○鳳因信賴離婚登記而與呂○清結婚，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚情形有異，該後婚姻自當受法律之保障。從而，上訴人本於民法第九百八十五條第一項之規定，訴請確認被上訴人間之婚姻無效，即非有據，不應准許，為其心證所由得，並說明上訴人其他抗辯及聲明證據為不足採之理由。爰將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改判駁回上訴人之訴。按第三人本於善意且無過失，信賴他人間之婚姻關係已因確定判決或離婚戶籍登記而消滅，並與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後經變更或離婚登記經撤銷，致後婚姻成為重婚，但其情形究與一般之重婚有間，參諸司法院大法官會議釋字第三六二號解釋之意旨，並依信賴保護原則，該後婚姻之效力，自仍應予維持。查被上訴人胡○鳳與呂○清結婚係出於善意並無過失，既為原審合法確定之事實，則其婚姻依上說明即應受保障。原審本此見解而為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違背。上訴論旨，指原審任意擴張司法院大法官會議釋字第三六二號解釋，並以原審取捨證據、認定事實之職權行使指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 七 年 四 月 九 日
最高法院民事第七庭

第三單元 結婚效力之同居義務與訴訟程序

【本單元導引思考之案例事實】

阿花與阿華結婚多年，婚後阿華時常毆打阿花，且阿華與阿花行房時常有不良之習慣，令阿花飽受身體上及精神上之折磨，阿花實無法與阿華同居一室，此時阿花可否提起別居之訴？

最高法院七十年台上字第一九〇四號判決認為：「原則上夫妻應互負同居之義務，但夫妻之一方，如有不能與他方同居之正理由時，例外的賦與該有正當理由之一方，得拒絕與他方同居之抗辯權而已，並非謂該有不能同居之正當理由之一方，有請求與他方別居之權利，此觀民事訴訟法第五百六十八條第一項及第五百七十二條第一項，僅有夫妻同居之訴，而無所謂夫妻別居之訴之規定自明。」此見解同大法官解釋第一四七號。（判決全文見附錄三）

【說明】

夫妻同居的義務，為夫妻共同生活的基本要件，為夫妻本質之義務。而夫妻同居義務究竟應在何處履行？夫妻之住所是否即為履行同居義務唯一的處所？何處為夫妻之住所？最高法院八十五年度台上字第三九五號判決以及大法官解釋四五二號均有詳細的說明。而違反同居義務之效力為何？是否即構成離婚之事由，實務亦有不少之討論。又，若夫妻有不能同居之正當理由時，得不履行同居義務（民法第一千零一條），則正當理由為何，實務界有各種不同的判決、判例加以說明。有爭議者乃，夫妻如有不能同居之正當理由時，得不負同居之義務，其究為消極的拒絕同居抗辯權或係積極的別居請求權？實務與學說均有不同之見解。且此爭議將影響訴訟程序究竟依普通事件程序，或準用同居之訴，或準用離婚之訴。如何準用？如此準用是否妥當，均為程序上之重點。

【討論】

壹、同居義務

婚姻關係成立後，夫妻須共同經營其婚姻生活，互負同居義務，民法第一千零一條訂有明文。所謂同居，乃指男女互以夫妻之身分同居一處，經營婚姻共同生活之謂。是此，同居義務之履行須以婚姻關係存在為前提。如僅訂有婚約而未結婚者，不負與他方同居之義務。又離婚訴訟進行中，夫妻間之同居義務，仍應繼續存在。

夫妻之一方不履行同居義務時，他方配偶可請求同居，而同居請求權得於訴訟上或訴訟外主張之。而依強制執行法第一百二十八條第二項之規定，縱同居之訴勝訴，仍不得強制執行之，以維護配偶之身體自由。至夫妻之一方受同居之訴判決確定後，仍不履行同居義務，是否構成民法第一千零五十二條第一項第五款惡意遺棄之情形，實務上對此曾數度作出解釋。司法院院字第七五〇號解釋曾謂：「夫妻之一方於同居之訴，判決確定後仍不履行同居義務，若無其他情形，尚不能指為合於民法第一千零五十二條第五款之規定。」而否定其構成惡意遺棄之離婚事由。嗣後大法官釋字第十八號解釋文中則認為：「夫妻之一方於同居之訴判決確定後仍不履行同居義務，在此狀態繼續存在中而又無不能同居之正當理由者，裁判上固得認為合於民法第一千零五十二條第五款情形。」又最高法院四十年台上字第九一號判例及八十八年度台上字第二二七號等判決指出：「惡意遺棄他方，不僅須有違背同居義務之客觀事實，並須有拒絕同居之主觀情事」，更進一步闡釋夫妻不履行同居義務構成惡意遺棄離婚事由之要件。是此，該爭議因後續實務見解而告確定，夫妻之一方受同居之訴判決確定後仍不履行同居義務，在此狀態繼續存在中而又無不能同居之正當理由者，構成民法第一千零五十二條第一項第五款惡意遺棄之離婚事由。

貳、夫妻之住所

夫妻應互負同居義務，至其履行同居義務之處所，是否以夫妻之住所為唯一處所，則有疑義。夫妻住所之決定，依民法第一千零零二條之規定：「夫妻之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。法院為前項裁定前，以夫妻共同戶籍地推定為其住所。」按本條乃於民國八十七年修正，不再如舊法區分為招贅婚與嫁娶婚，而一律以夫妻雙方協議定其住所，於未為協議或協議不成時，始由公權力介入，並與此之前，推定以夫妻共同戶籍地為其法定住所。此項修正依據釋字第四五二號及男女平等之原則，並衡量夫妻雙方利益，使其得以協議決定住所，尊重當事人意思自主原則。

夫妻之住所確定後，是否以其為履行同居義務之唯一處所？依釋字第四五二號解釋所言：「…又夫妻住所之設定與夫妻應履行同居之義務尚有不同，住所乃決定各項法律效力之中心地，非民法所定履行同居義務之唯一處所。夫妻縱未設定住所，仍應以永久共同生活為目的，而互負履行同居之義務，要屬當然。」是此，民法第一千零零一條雖規定夫妻互負同居義務，惟其並未強制規範同居義務之履行地限於夫妻之住所。雖夫妻之同居處通常為夫妻之共同住所，但夫妻間仍得另行約定以共同住所地外之其他處所為履行同居義務之地點。

參、夫妻別居

依民法第一千零零一條之規定：「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。」按夫妻雖互負同居義務，但如有正當理由，即可免除其同居義務，此即所謂「別居」。別居制度起源於早期信奉基督教之歐陸國家，由

於其嚴守「婚姻不解消主義」，是以發展出別居制度，使感情產生裂痕之夫妻得不同居生活，但仍維持婚姻之存續。我國民法並無別居制度之設計，故民法第一千零零一條但書之規定於解釋及適用上迭生爭議。

何謂「正當理由」？我民法並無明文。窺諸實務及學者之見解，正當理由指婚姻生活因他方之過失而發生障礙，舉凡納妾⁵、妻因不堪其姑之虐待回母家居住⁶、妻因受夫之家屬虐待⁷等，均足以構成同居義務例外之正當理由。而妻矢志為尼⁸、不能人道⁹、夫秉性愚鈍缺乏常識¹⁰或妻將其特有財產攜回母家¹¹等，均非可構成拒絕同居之正當理由，應予辨明。

我國法並未於成文法中將別居之要件、程序等均明確規定，換言之，我國並無別居制度之設，而僅為一事實上別居而已。正如因此，夫妻之一方究可積極請求別居，抑或是一消極拒絕與他方同居之抗辯權，無法可依，解釋上有所爭議。學說上肯否論述者，均皆有之。或認為別居於我國乃一事實上別居，民法第一千零零一條但書之規定僅賦予配偶一方消極抗辯之權利，當事人欲積極請求別居，將無以為據；或有認為消極說對有正當理由之配偶保護不周，而應賦予其積極請求別居之權利，甚至可以訴為之。而實務上對此一問題亦已表明見解，最高法院七十年度台上字第一九〇四號判決認為：「原則上夫妻應互負同居之義務，但夫妻之一方，如有不能與他方同居之正當理由時，例外的賦與該有正當理由之一，得拒絕與他方同居之抗辯權而已，並非謂該有不能同居之正當理由之一方，有請求與他方別居之權利，此觀民事訴訟法第五百六十八條第一項及第五百七十二條第一項，僅有夫妻同居之訴，而無所謂夫妻別居之訴之規定自明。」又釋字第一四七號解釋亦同採消極說，故於實務上見解多認為民法第一千零零一條但書之規定僅為一事實上別居，以正當理由之一方配偶僅取得消極抗辯權而已。

肆、夫妻同居之訴

夫妻同居之訴，即本於法定夫妻同居義務，而提起請求法院以判決命他造履行該項義務之訴¹²。其性質為給付訴訟，原告勝訴判決雖為給付判決，但由於強制執行法第一百二十八條第二項之例外規定，不得強制執行¹³。而夫妻之一方於同居之訴確定後，仍不履行同居義務；在此狀態繼續存在中，又無不能同居之正當理由者，即與民法第一千零五十二條第一項第五款之情形相當，他方得據以請求離婚（四十九年台上字九九〇號判例）¹⁴。

⁵ 最高法院二十三年上字第一〇六一號判例、釋字第一四七號解釋。

⁶ 最高法院二十九年上字第二五四號判例。

⁷ 最高法院十八年上字第二六四一號判例。

⁸ 司法院二十八年院字第一八七八號解釋。

⁹ 最高法院二十八年上字第二四六九號判例。

¹⁰ 最高法院二十九年上字第九一六號判例。

¹¹ 最高法院三十三年上字第六三四四號判例。

¹² 吳明軒著 中國民事訴訟法（下）2004年9月 頁1732

¹³ 陳榮宗 林慶苗著 民事訴訟法（下）2005年5月 頁941

¹⁴ 吳著 同註1

又立法者為維持夫妻間之和諧關係，特別規定離婚之訴及夫妻同居之訴，於起訴前應先聲請法院調解，由法官依第四百零三條至第四百二十六條所規定之調解程序進行調解（民事訴訟法第五百七十七條）。而法院於審理中如認為當事人有和諧之望者，應酌定相當時間，暫停訴訟程序，使雙方有免就瀕臨破裂婚姻之機會，但以一次為限（第五百七十八條）。

伍、夫或妻得否提起別居之訴？

關於此點，學說與實務見解均有肯定說與否定說之對立情形，茲分述如下：

一、肯定說

採本說之學者認為，夫妻同居義務為人倫秩序上義務，亦係法律上義務，夫妻之一方有正當理由，拒絕與他方同居，而不作離婚之請求，是因後尚有夫妻合好之希望，如能讓有正當理由之一方配偶，積極地向對方請求別居，而在別居後，靜俟正當理由消滅，回復夫妻同居之狀態，不僅未與人倫秩序違背，亦為使夫妻互負同居義務之輔助手段¹⁵。有學者亦認為就妨害婚姻共同生活來說，離婚顯較別居嚴重。凡離婚是由，得訴請離婚，但以相同事由，而訴請性質較輕微之別居，反而不准，在論理解釋上無法說明¹⁶。

最高法院二〇年上字第一六五四號判例認為，妻對於夫有同居之義務，苟非有不堪同居之事實，即不得訴請別居，依此判例之反面解釋，若有不堪同居之事由，即得訴請別居。又司法院二一年院字第七七〇號解釋認為，如有納妾行為，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，如妻有不為離婚之請求，僅請求別居，自可認為民法第一千零一條但書所稱之正當理由。此亦認為得積極請求別居。最高法院四一年台上字九二一號判例亦認為，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，以及別居時期之生活費用，自可認為正當。依此判例即可得知，其承認夫妻之一方得提起別居之請求。

二、否定說

其認為民法第一千零一條規定，僅在承認夫妻之一方，如有拒絕同居之正當理由，得消極的拒絕同居而已，非謂有拒絕同居正當理由之夫或妻，得積極的進而享有訴請別居之權利；別居制度既為民法所不採，民事訴訟法亦未明定有此請別居之訴，自不許法官創設此項制度。¹⁷亦有學者認為，民法上僅可認為承認事實上之別居，即有正當理由時，得拒絕同居，該有正當理由之一方，欲提起訴訟時，僅可提起確認其有拒絕同居權之訴，此種訴訟僅有確認的效力，無形成之效力，故法院不得定期或無定期的令為別居。¹⁸

大法官解釋的一四七號即認為夫納妾，違反夫妻互負之貞操義務，在是項行為終止以前，妻主張不履行同居義務，即有民法第一千零一條但書之正當理由；

¹⁵ 陳棋炎 黃宗樂 郭振恭著 民法親屬新論 2005年5月修定五版 頁139-141

¹⁶ 戴炎輝 戴東雄著 親屬法 2004年5月修定二版 頁160-161

¹⁷ 吳明軒 註1書 頁1733

¹⁸ 史尚寬著 親屬法論 頁470-471

至所謂正當理由，不以與同法第一千零五十二條所定之離婚原因一致為必要。院本字第七七〇號解釋（二）所謂妻請求別居，即係指此項情事而言，非謂提起別居之訴，應予補充解釋。本於此大法官解釋之精神，最高法院七〇年台上字第一九〇四號判決認為，有正當理由不履行同居義務僅為一抗辯權非為請求權。（參案例所引判決）

三、別居之訴之訴訟種類

又我國民事訴訟法並無有關別居訴訟之規定，因此採肯定說之學者，對於別居之訴應採何種訴訟程序？司法行政部訓令（二九年八月一七日訓字二七三一號）認為，於別居之訴，因民事訴訟法未有明文規定，法院應就其請求，斟酌有無正當理由，而依普通事件程序，為實體上裁判。不過亦有學者認民事訴訟法中關於人事訴訟程序無此特別訴名，宜準用關於同居之訴之程序¹⁹惟學者見解未見一致，有學者認為應準用離婚之訴訟程序者。而亦有學者認為同居之訴為給付之訴，以請求履行夫妻同居義務為其目的，但別居於其性質上，與離婚頗相類似，即請求法院確認夫妻間有無正當理由存在，隨而原告可依法免除與被告同居之義務，是故應適用離婚之程序²⁰。

附錄三【最高法院七十年台上字第一九〇四號判決】

上訴人 徐周〇花

被上訴人 徐〇華

右當事人間請求別居（分居）事件，上訴人對於中華民國七十年一月二十八日台灣高等法院第二審判決（七十年上字第八二號），提起上訴，本院判決如左：

主文

上訴駁回。

第三審訴訟費用，由上訴人負擔。

理由

本件原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以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，民法第一千零零一條定有明文。是原則上夫妻應互負同居之義務，但夫妻之一方，如有不能與他方同居之正當理由時，例外的賦與該有正當理由之一方，得拒絕與他方同居之抗辯權而已，並非謂該有不能同居之正當理由之一方，有請求與他方別居之權利，此觀民事訴訟法第五百六十八條第一項及第五百七十二條第一項，僅有夫妻同居之訴，而無所謂夫妻別居之訴之規定自明。本件上訴人主張其夫即被上訴人時常毆打伊，每次行房事歷時三十分以上，故意鎖精不射，折磨伊，且以手指撫弄伊之下體，伊實有不能與被上訴人同居之正當理由云云，微論為被上訴人所否認，即令屬實，亦僅生上訴人可否請

¹⁹戴炎輝 戴東雄著 註5 書 頁 341

²⁰陳棋炎 黃宗樂 郭振恭著 註4 書 頁 141

求離婚或於被上訴人請求履行同居義務時，行使拒絕與被上訴人同居之抗辯權問題而已，依前開說明，尚難認上訴人有請求與被上訴人別居之權利，是上訴人請求判決准伊與被上訴人永久別居，自無從准許，因認第一審為上訴人敗訴之判決，並無不當，乃將上訴人之第二審上訴，判予駁回，於法並無違背。上訴論旨，猶以伊確受有不堪同居之虐待等語，指摘原判決失當，聲明廢棄，非有理由。據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百八十一條，第四百四十九條第一項，第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 七 十 年 六 月 三 日

第四單元 家庭生活費用之負擔

【本單元導引思考之案例事實】

阿利與小燕結婚後，與阿寶發生婚外情，並與阿寶共同居住於其兩人共築之愛的小窩，置小燕之生活於不顧。小燕某日至阿利所開設之商店，竟遭阿利以「拳」相待，小燕因此請求法院准予與阿利別居，並命阿利支付生活費用，小燕之請求是否有理，法院應如何判決？

最高法院五十年台上字第二七三七號判例：「如妻有正當理由而與夫分居時，夫仍應負擔妻之生活費用，即家庭生活費用，此與法定扶養義務不同，上訴人謂被上訴人有謀生能力，無受扶養權利，及被上訴人之子女願負扶養義務云云，要不足為上訴人不應負擔家庭生活費用之論據。」雖家庭生活費用負擔之規定於民國九十一年有修正，惟此實務認法定扶養義務與家庭生活費用係不同之見解仍有適用。」（判例全文見附錄四）

【說明】

家庭生活費用之負擔，為生活保障義務的具體實現，過去的舊法源於傳統「男主外，女主內」的思想，法律上即要求生活費用原則由夫負擔，例外情形妻始有負擔之義務。民國九十一年民法親屬編在男女平權的修正目的下，生活費用固不應由夫單獨負擔，然家務勞動也不再無價，故民法增訂第一千零三條之一，規定原則由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。而家庭生活費用之範疇為何，是否包括夫妻間的扶養義務，或子女的扶養費？夫妻之一方若有正當理由，得不與他方同居時，他人是否仍負家庭生活費用？此些問題實務有不少的討論。又不支付家庭生活費用是否能夠成離婚事由，亦有實務表示意見。此外民事訴訟法第五百七十二條第三項規定，應與同條第一項合併提起之請求給付家庭生活費用、扶養之請求，二者究應如何解釋，學說上有著不同的見解。又當婚姻事件之繫屬已因訴之撤回而消滅，家庭生活費用之請求是否仍應繼續，應依何種程序進行？此些問題均有討論之必要。

【討論】

壹、家庭生活費用之意義

依民法第一千零零三條之一之規定：「家庭生活費用，除法律或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。因前項費用所生之債務，由夫妻負連帶責任。」按家庭生活費用，乃謂夫妻為維持家庭共同生活所

必要之費用，其內容包含日常家務費用、娛樂、醫療²¹等生計費用在內。因其性質，家庭生活費用之分擔原則上應由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。

按本條為民國九十一年六月二十六日修法所新增。家庭生活費用之分擔，原規定於民法第一千零二十六條、第一千零三十七條、第一千零四十七條及第一千零四十八條，原則上由夫負擔，於夫無支付能力時，始由妻負擔之。此乃因舊法之夫妻財產制，由夫管理共同財產，而對其有使用、收益權限，是此乃將家庭生活費用由夫負擔之責。而新法之法定財產制下，已具體落實男女平等原則，強調夫妻為個別主體之精神，並肯定家事勞動之價值，故刪除前述條文，並制定新法予以適用。夫妻基於獨立平等之人格，對於婚姻共同生活體之維持，均有責任，故對內由夫妻平均分擔，對外則由夫妻連帶負擔清償之責。

貳、實務見解

民法第一千零零三條之一之規定於適用上仍有爭議。按家庭生活費用之範疇為何，是否包括夫妻間的扶養義務，或子女的扶養費？夫妻之一方若有正當理由，得不與他方同居時，他人是否仍負家庭生活費用？不支付家庭生活費用是否能夠成離婚事由？此皆為該條之重大爭議問題。

最高法院五十五年台上字第二六三二號判例曾表示：「被上訴人對於上訴人所應支付者係家庭生活費，而非扶養費，其應支付又係由於約定而非依法為之，則上訴人有無謀生能力，即可置諸不問，殊無適用民法第一千零十條規定之餘地。」又如題示最高法院五十年台上字第二七三七號判例所言，家庭生活費用與扶養義務並不相同。所謂扶養，乃一定親屬間對不能維持生活者，予以經濟上必要給與之義務，該義務有其強制性。夫妻間之法定扶養義務，乃於民法第一千一百一十六條規定之。究其內容，與家庭生活費用性質並不相容。又子女之扶養費用，如為對子女養育之生計費用，則為家庭生活費用所涵蓋，然其仍與民法第一千一百一十四條所規定之法定扶養義務不同。

如夫妻一方有正當理由不與他方同居時，他方是否仍負家庭生活費用，除題示之最高法院五十年台上字第二七三七號判例外，最高法院四十一年台上字第九二一號判例亦表示：「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。」由此可知，實務上肯認夫妻於別居時，仍得為家庭生活費用之請求。

至不支付家庭生活費用是否能夠成離婚事由之問題，實務上認為，夫妻之一方有支付家庭生活費用之義務時，如無正當事由不為支付，以致他方不能維持生活，自屬民法第一千零五十二條第一項第五款所謂以惡意遺棄他方²²。而最高法院八十九年度台上字第二一三五號判決更進一步指出，此項離婚事由之成立，並

²¹ 最高法院三十三年湘粵上字第九十三號判例：「家庭生活費用，應包括必要之醫藥費用在內。」

²² 參最高法院二十二年上字第九二〇號判例及最高法院三十九年台上字第四一五號判例

不以夫妻同居為要，夫妻於別居狀態中，如符合上開情形，亦難謂非惡意遺棄。是此，夫妻之一方無正當事由不支付家庭生活費用，致他方不能維持生活者，將構成民法第一千零五十二條第一項第五款「夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中」之離婚事由，殆無疑義。

叁、訴訟程序

家庭收活費用之請求就應如何提起，應另訴請求或與婚姻事件之訴訟程序同時請求，因涉及人事訴訟程序，故有其特別之規定。

一、與婚姻事件有關之財產請求權特許得合併提起

訴之合併原則上必須得行同種類訴訟程序始有其實益，惟民事訴訟承認訴之合併之主要理由，在於防止裁判矛盾與達訴訟經濟，非婚姻事件之訴訟與婚姻事件之訴，如相互間有牽連關係，甚或非婚姻事件之訴以婚姻事件之訴有無理由為其前提要件，如概不許為訴之合併，而由當事人分別起訴，則有裁判矛盾之虞，當事人間之權利義務關係，即難以解決，因此，民事訴訟法第五百七十二條第三項規定：「非婚姻事件之訴，以交付子女、返還財物、給付家庭生活費用或扶養之請求，或由訴之原因事實所生損害賠償之請求為限，得與前項之訴合併提起，或於其程序為訴之追加或提起反訴。」例外於婚姻事件許與非婚姻事件合併行訴訟程序。²³

二、家庭生活費用與扶養費

最高法五0年台上字第二七三七號判決認為家庭生活費用與法定扶養費不同，不得以他方有謀生能力而據以拒絕支付家庭生活費用。惟有學者認為夫或妻應支付家庭生活費用，實質上即在盡扶養義務。故其認為將「給付家庭生活費用」與「扶養之請求」並舉，不恰當²⁴。若依前述實務見解，則第五百七十二條第三項中所謂之扶養之請求，可包含夫妻間之扶養義務即父母對子女之扶養義務；若依後者學說見解，則「扶養之請求」應僅限於父母對子女之扶養義務。

又父母可否於婚姻訴訟中，追加請求子女之扶養費？實務有見解認為夫妻對於未成年子女負有扶養義務，如夫妻之一方，以法定代理人之地位，提起請求他方扶養子女之訴，應以其為成年子女名義行之，仍不得在婚姻事件程序中合併提起²⁵。惟有學者認為基於紛爭解決一回性及未成年子女利益保障之基本要求，應認父母得以子女之法定訴訟擔當人之地位，以自己之名義代替子女向他方配偶為子女扶養費之請求²⁶。

三、訴之變更、追加或提起反訴

²³ 楊建華民事訴訟法問題研究（三） 頁 486-487

²⁴ 吳明軒著 中國民事訴訟法（下）2004年9月修定六版 頁 1749

²⁵ 二十九年上字八八三號判例

²⁶

而家庭生活費用之請求得否於婚姻訴訟程序中為追加、變更或提起反訴？因家庭生活費用之請求為財產方面之請求，適用一般訴訟程序之訴訟，與婚姻事件既不得行同種之訴訟程序，應在不得為訴之變更、追加、或提起反訴之範圍。惟民事訴訟法第五百七十二條第三項設有例外規定，即非婚姻事件之訴，得於婚姻事件程序為訴之追加或提起反訴。所以設此規定，其目的乃因此非婚姻事件與婚姻事件密切相關，宜同時解決之，否則迭次起訴，不僅有害公益，亦易生裁判矛盾之情形。²⁷而本項雖未明定，上述婚姻事件之訴，得於婚姻事件程序為訴之變更，惟基於同一法理，應採肯定見解。而若另行起訴者，法院得依裁定移送於訴訟繫屬之第一審或第二審法院合併裁判（第五百七十二條第三項後段）。

須注意者乃合併提起之婚姻事件之訴，因訴之撤回或撤回上訴而消滅其訴訟繫屬，未因撤回而訴訟繫屬仍存續之非婚姻事件之訴，即成為獨立非婚姻事件之民事訴訟，嗣後當事人不得更依同條第一項或第二項規定就婚姻事件之訴，或非婚姻事件之訴，為訴之追加或提起反訴（八十年台抗字第二五二號裁定）。而該未撤回仍係屬獨立之非婚姻事件之訴，即依通常訴訟程序繼續進行。（八十一年台抗字二一九號裁定）

附錄四【最高法院五十年台上字第二七三七號判例】

上訴人 廖○利

被上訴人 廖楊○燕

右當事人間，請求分居及支付生活費事件，上訴人對於中華民國五十年八月二十三日，臺灣高等法院第二審判決，提起一部上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用，由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人以其夫即上訴人與蘇○珠姘居，置被上訴人生活於不顧，被上訴人偶到上訴人開設之商店，即遭毆傷，上訴人擁有財產共甚鉅，均屬夫妻聯合財產，求為准被上訴人與上訴人分居，並命上訴人支付生活費之判決。查上訴人與蘇○珠同居姘度，為上訴人所不否認之事實，而上訴人所執被上訴人所立誓約書，已約定被上訴人不得踏入上訴人經營之德○木行製材工廠，原審因認被上訴人有不能與上訴人同居之正當理由，而請求分居，應予准許，自非無據，次按法定夫妻財產制，關於家庭生活費用，除夫無支付能力時，由妻就其財產之全部負擔外，以由夫負擔為原則，如妻有正當理由而與夫分居時，夫仍應負擔妻之生

²⁷吳明軒著 註 2 書 頁 1752

活費用，即家庭生活費用，此與法定扶養義務不同，上訴人謂被上訴人有謀生能力，無受扶養權利，及被上訴人之子女願負扶養義務云云，要不足為上訴人不應負擔家庭生活費用之論據，又上訴人謂被上訴人已索去新台幣八萬元，經原審查明，其中由台中市中區調解委員會調解而給付被上訴人之三萬元，係清償生意上之款項，並非給付生活費，有該委員會致第一審之覆函可稽，又於四十四年給付三萬元，日久用罄，乃於四十九年一月十五日及同年二月十一日給付二萬元，為被上訴人償還債務，有上訴人提出之誓約書足據，已無餘款留存，且上訴人擁有多資，僅其所有嘉義市林森路之房屋，據上訴人稱可值六十萬元，其餘經營之商業，尚未計算在內，至上訴人提出之稅捐通知，並不足為其所有財產總額之確切證明，是上訴人非無支付家庭生活費用之能力，原審斟酌被上訴人所需生活費用之數額，以每月新台幣一千元為相當，遂維持第一審所為准被上訴人與上訴人分居，並命上訴人自民國四十九年十一月五日起，按月支付被上訴人生活費用新台幣一千元之判決，於法尚無違背。上訴論旨，仍執前詞為辯，不得謂為理由。據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百七十八條，第四百四十六條第一項，第七十八條，判決如主文。

第五單元 夫妻財產制與訴訟程序

【本單元導引|思考之案例事實】

甲男和乙女於民國七十年結婚，並於七十二年間以乙之名義購買一棟房子。甲於八十五年八月五日某丙借款八千萬，清償期為八十六年八月五日，惟自八十六年一月六日起甲即未按期清償債務。丙即聲請法院為假扣押裁定及聲請強制執行，查封乙名下之不動產，並於同年月二十三日囑託地政機關為查封登記。乙女是否得依民法親屬編施行法第六條之一之規定，主張該房屋為其所有，而提起第三人異議之訴？

最高法院九十二年度台上字第六一號判決：「按夫妻於婚姻關係存續中以妻之名義在七十四年六月四日以前取得之不動產，依當時應適用之民法第一千零十六條規定，為聯合財產，如夫之債權人以此不動產係屬夫所有，聲請法院強制執行，予以查封，而該已被法院查封之妻名義不動產，於八十五年九月二十五日增訂之民法親屬編施行法第六條之一公布實施一年後，仍登記為妻名義者，倘得適用此增訂之法律規定，認係屬妻所有，妻得提起第三人異議之訴時，不僅有礙執行之效果，且破壞查封登記之公信力，影響夫之債權人權益，顯與立法之本旨有違。為減低對法安定性及查封公信力之衝擊，應認於七十四年六月四日以前，登記為妻名義之不動產，於民法親屬編施行法第六條之一規定生效前或於緩衝之一年期間內，經夫之債權人聲請法院為強制執行者，並無上開施行法第六條之一規定之適用。」（判決全文見附錄五）

【說明】

夫妻在婚姻關係存續中取得的財產所有權的歸屬，會因夫妻財產制的不同而有所差異。同樣，在國人最常適用的法定財產制中，夫妻財產所有權的歸屬，更會因為夫妻結婚與取得財產的時間而有所不同。民國七十四年民法修正前後的聯合財產制與九十一年修正後的法定財產制規定固不相同，大法官釋字第四一〇號解釋與親屬編施行法第六條之一的規定對此亦有說明，本節將討論夫妻財產所有權歸屬的轉變與修法過程，及選擇約定財產制時，應如何依法向法院登記。

【討論】

壹、夫妻財產制概說

夫妻結婚後，須共同經營其婚姻生活。至其各自財產歸屬、婚姻關係存續中取得財產權之歸屬等問題，則有賴法律明確規定，以維護夫妻之平等與婚姻生活圓滿，並保障交易安全。所謂夫妻財產制，即為規範夫妻相互間財產關係之法律制度。

夫妻財產制依民法之規定，可分為約定財產制與法定財產制。夫妻以契約就民法所定之財產制中，選擇其一為其夫妻財產制者，為約定財產制（民法第一千零零四條）；反之，如未以契約約定，而以民法規定之一定財產制為當然適用者，即所謂法定財產制（民法第一千零零五條）。至各種夫妻財產制之具體內容，乃依不同之立法政策上考量而決定。

貳、我國民法上夫妻財產制修法歷程與制度介紹

我國民法原以聯合財產制為法定財產制，嗣於民國九十一年六月二十六日修正公佈，廢除聯合財產制，改以修正之分別財產制為法定財產制（民法第一千零十七條以下），並以共同財產制（民法第一千零三十一條以下）及分別財產制（民法第一千零四十四條以下）為約定財產制。以下即就各種制度上，夫妻財產所有權之歸屬為介紹。

一、法定財產制

（一）舊法：聯合財產制

舊法以聯合財產制為法定財產制，將夫妻之原有財產組成聯合財產。於聯合財產外，另有夫妻各自可支配之特有財產，適用關於分別財產制之規定（舊法第一千零十五條）。就舊法聯合財產制下夫妻財產所有權之歸屬，說明如下：

1. 夫妻之特有財產

所謂特有財產，即謂夫或妻得以完全支配，而不列入聯合財產之財產。依舊法第一千零十三條規定，夫妻特有財產有三種：專供夫或妻個人使用之物（第一款）、夫或妻職業上必需之物（第二款）及夫或妻所受之贈物（第三款），經贈與人聲明為其特有財產者。而七十四年六月四日前之舊法，尚有妻因勞力所得之報酬（同條第四款）。又依舊法第一千零十四條規定，夫妻得以契約訂定以一定之財產為特有財產。

2. 七十四年六月四日前舊法下之聯合財產

依當時民法第一千零十七條之規定，聯合財產有三種：妻之原有財產，即妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，由妻保有其所有權。（第一項）夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。（第二項）由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫。（第三項）

3. 七十四年六月五日後舊法下之聯合財產

依七十四年六月五日後之民法第一千零十七條規定，聯合財產有：夫或妻之原有財產（第一項）及推定為夫妻共有之原有財產（第二項），又同法第一千零十九條但書規定，收取之孳息，於支付家庭生活費用及聯合財產管理費用後，如有剩餘，其所有權仍歸屬於妻。

按本次修正前之舊法規定，妻於婚姻關係存續中有償取得之財產，不屬於妻之原有財產，而為夫所有，有違男女平等原則。本次修正乃針對舊法下，妻之原

有財產範圍過狹所爲之調整。然此項修正針對前已發生現尚存在之聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分應如何處理，未設特別規定，致使該法於適用上有所疑義。大法官釋字第四一〇號解釋因而指出：「由於民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨。對於民法親屬編修正前已發生現尚存在之聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分，應如何處理，俾符男女平等原則，有關機關應儘速於民法親屬編施行法之相關規定檢討修正。²⁸」爲此，立法機關乃依大法官釋字第四一〇號解釋意旨，增設民法親屬編施行法第六條之一之規定：「中華民國七十四年六月四日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻之名義在同日以前取得不動產，而有左列情形之一者，於本施行法中華民國八十五年九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之第一千零十七條規定：一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻之名義登記者。」即設一年緩衝期，由夫妻間自行協調該不動產所有權之歸屬，於緩衝期滿後，即適用七十四年六月五日生效之第一千零十七條之規定。

值得注意的是，最近有最高法院判決認爲，民法親屬編施行法第六條之一規定生效前或於緩衝之一年期間內，一旦有夫之債權人聲請法院爲強制執行之情形時，將排除上開施行法第六條之一規定之適用。本節一開始所引用之最高法院九十二年度台上字第六一號判決謂：「按夫妻於婚姻關係存續中以妻之名義在七十四年六月四日以前取得之不動產，依當時應適用之民法第一千零十六條規定，爲聯合財產，如夫之債權人以此不動產係屬夫所有，聲請法院強制執行，予以查封，而該已被法院查封之妻名義不動產，於八十五年九月二十五日增訂之民法親屬編

²⁸釋字第410號解釋全文爲：「民法親屬編施行法第一條規定「關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定。其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定」，旨在尊重民法親屬編施行前或修正前原已存在之法律秩序，以維護法安定之要求，同時對於原已發生之法律秩序認不應仍繼續維持或須變更者，則於該施行法設特別規定，以資調和，與憲法並無抵觸。惟查關於夫妻聯合財產制之規定，民國七十四年六月三日修正前民法第一千零十七條第一項規定：「聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，爲妻之原有財產，保有其所有權」，同條第二項規定：「聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產部分，爲夫所有」，第三項規定：「由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫」，及最高法院五十五年度台抗字第一六一號判例謂「妻於婚姻關係存續中始行取得之財產，如不能證明其爲特有或原有財產，依民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定，即屬聯合財產，其所有權應屬於夫」，基於憲法第七條男女平等原則之考量，民法第一千零十七條已於七十四年六月三日予以修正，上開最高法院判決亦因適用修正後之民法，而不再援用。由於民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨。對於民法親屬編修正前已發生現尚存在之聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分，應如何處理，俾符男女平等原則，有關機關應儘速於民法親屬編施行法之相關規定檢討修正。至遺產及贈與稅法第十六條第十一款被繼承人配偶及子女之原有財產或特有財產，經辦理登記或確有證明者，不計入遺產總額之規定，所稱「被繼承人之配偶」並不分夫或妻，均有其適用，與憲法第七條所保障男女平等之原則，亦無抵觸。」

施行法第六條之一公布實施一年後，仍登記為妻名義者，倘得適用此增訂之法律規定，認係屬妻所有，妻得提起第三人異議之訴時，不僅有礙執行之效果，且破壞查封登記之公信力，影響夫之債權人權益，顯與立法之本旨有違。為減低對法安定性及查封公信力之衝擊，應認於七十四年六月四日以前，登記為妻名義之不動產，於民法親屬編施行法第六條之一規定生效前或於緩衝之一年期間內，經夫之債權人聲請法院為強制執行者，並無上開施行法第六條之一規定之適用。」可供參考。

（二）九十一年六月二十六日修正之新法

民法第一千零十七條第一項前段規定：「夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。」新法將夫妻財產分為婚前及婚後財產，並規定屬於其各自所有，即以修正之分別財產制為法定財產制，以貫徹男女平等原則。

所謂婚前財產，乃夫妻結婚時所有之財產，又依同條第三項規定，夫妻以契約訂立夫妻財產制後，於婚姻關係存續中改用法定財產制者，其改用前之財產視為婚前財產。而婚後財產，則謂婚姻關係存續中所取得之財產。除此之外，不能證明為婚前或婚後財產者，推定為婚後財產（同條第一項中段）；而夫或妻婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，亦視為婚後財產（同條第二項）。婚後財產，為夫妻剩餘財產分配之標的，婚前財產不與之。另同條第一項後段規定，不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有。此之共有，應指分別共有，其應有部分推定為均等。

（三）舊法之聯合財產，於九十一年六月二十六日修正之新法施行後之所有權歸屬

新法修正後，廢止聯合財產制，不再將夫妻財產分為「特有財產」及「原有財產」，而區分為「婚前財產」及「婚後財產」，並為保障夫妻較弱勢之一方，規定婚後財產為夫妻剩餘財產分配之標的。為保障人民之既得權益，並使現存之法律關係得順利過渡至法律修正施行之後²⁹，爰增訂民法親屬編施行法第六條之二，規定：「中華民國九十一年民法親屬編修正前適用聯合財產制之夫妻，其特有財產或結婚時之原有財產，於修正施行後視為夫或妻之婚前財產；婚姻關係存續中取得之原有財產，於修正施行後視為夫或妻之婚後財產。」即於九十一年六月二十七日前結婚而適用聯合財產制之夫妻，其特有財產及結婚時之原有財產，視為婚前財產而得排除於剩餘財產分配之列；至於婚姻關係存續期間取得之原有財產，則視為婚後財產，仍列入分配。

二、約定財產制

²⁹ 參照民法親屬編施行法第六條之二之立法理由：「為保障人民之既得權益，並使現存之法律關係得順利過渡至法律修正施行之後，爰增訂本條規定，俾修正前結婚而婚姻關係尚存續夫妻之特有財產及結婚時之原有財產，仍得排除於剩餘財產分配之列；至於婚姻關係存續期間取得之原有財產，則仍列入分配。」

（一）普通共同財產制

依民法第一千零三十一條之規定，夫妻之財產及所得，除特有財產外，合併為共同財產，屬於夫妻公同共有。採共同財產制者，關於公同共有之規定，亦應適用。

所謂特有財產，指夫或妻可各自支配，而不組成共同財產之財產。依民法第一千零三十一條之一規定，特有財產有：一、專供夫或妻個人使用之物。二、夫或妻職業上必需之物。三、夫或妻所受之贈物，經贈與人以書面聲明為其特有財產者。又特有財產，適用關於分別財產制之規定，屬於夫或妻各自所有。

（二）勞力所得共同財產制

民法於普通共同財產制外，尚設有勞力所得共同財產制。即依民法第一千零四十一條第一項規定，夫妻得以契約訂定僅以勞力所得為限為共同財產。所謂勞力所得，指夫或妻於婚姻關係存續中取得之薪資、工資、紅利、獎金及其他與勞力所得有關之財產收入。勞力所得之孳息及代替利益，亦同（同條第二項）。不能證明為勞力所得或勞力所得以外財產者，推定為勞力所得（同條第三項）。夫或妻勞力所得以外之財產，適用關於分別財產制之規定（同條第四項），為其各自所有。

（三）分別財產制

所謂分別財產制，指夫妻婚前即婚後財產，各自保有其財產之所有權，各自管理、使用、收益及處分（民法第一千零四十四條）。此制度保有夫妻各自獨立之法律上地位，並保有其財產之所有權，婚後夫妻相互間與其各自對第三人之關係，與婚前並無差別。於分別財產關係消滅時，亦無分割、清算問題。

三、夫妻財產制之登記程序

法定財產制，既基於法律規定，自不發生需要登記問題。而若夫妻雙方另行約定夫妻財產制者，依民法第一千零零七條之規定，須以書面為之，又依一千零零八條規定，非經登記，不得以之對抗第三人。以下即說明夫妻財產制之登記相關規定：

（一）登記之聲請

夫妻財產制契約之登記，原則上應由夫妻雙方共同聲請之，但若契約經公證者，因已具有公的證明力，故得僅由一方聲請之³⁰。

除非不能在住所地為登記時或主要財產在居所地者，由居所地之法院管轄外，有關夫妻財產契約之登記，均由夫妻住所地之法院管轄。又若皆無法定管轄之法院時，由司法院所在地之法院管轄。而此登記事務，係由地方法院登記處辦理³¹。若登記之住所或居所遷移至法院管轄區域外時，應向原住居所或新住居所

³⁰ 參照非訟事件法第 104 條第 1 項

³¹ 參照非訟事件法第 101 條。

之任一法院登記處為遷移之陳報，因原來以聲請登記有案，得僅由配偶之一方為之。於陳報時應提出原登記簿謄本³²及住居所變更後之戶籍謄本或影本各一份³³。

至於法院依民法之規定，宣告改用分別財產制者，應於裁判確定後囑託登記處登記之。因夫妻之一方破產而成為分別財產制者，法院應於破產宣告後，囑託法院登記處登記之³⁴。此均為法院應依職權為之者，惟實務上，夫妻一方受破產宣告時，法院皆不知其有無約定夫妻財產制，故不知約定之夫妻財產為何種財產制，本法規定應由法院以破產宣告通知登記處登記之，事實上，頗易疏漏³⁵。

（二）登記應備之文件

夫妻財產制契約登記，分為訂約登記、變更登記、廢止登記及囑託登記。聲請為夫妻財產制契約登記，應用夫妻財產制之法定名稱³⁶，如共同財產或分別財產。聲請時應提出聲請書，記載夫妻姓名、職業、住居所，由聲請人簽名或蓋章³⁷，茲就各種登記之聲請應記載事項，及應被證明文件分述如下：

1．訂約登記：

訂約登記之聲請書，應記載結婚年、月、日、結婚地點，約定財產制之種類，並附具夫妻財產契約書、財產目錄及其證明文件，其財產依法應登記者，應提出該管登記機關所發給之謄本，以及應同時提出夫及妻之簽名或印鑑³⁸，以後提出於法院之文書，應為同式之簽名或蓋印鑑章。而此項印鑑，毀損、遺失或被盜，向法院聲請更換時，應向法院釋明其原因³⁹。

2．變更登記：

變更登記之聲請書，應記載原登記之約定財產制，變更之種類，訂定變更契約之年、月、日，並附具其契約書⁴⁰。所謂變更登記，係指夫妻約定財產制之種類變更，或有關夫妻財產之其他約定變更，聲請辦理登記者而言，至於夫妻欲取消共同財產制或分別財產制之約定，改採法定財產制時，因夫妻未約定財產制時，依法當然適用法定財產制，毋庸辦理登記，於此場合，聲請辦理約定財產制之廢止登記即可⁴¹。

3．廢止登記：

廢止登記之聲請書，應記載原登記之約定財產制，訂定廢止契約之年、月、日，並附具其契約書⁴²。

4．囑託登記：

³² 參照非訟事件法第 102 條。

³³ 參照法人及夫妻財產制登記規則第 37 條。

³⁴ 參照非訟事件法第 104 條第 2 項。

³⁵ 葛義才，非訟事件法論，三民，82 年元月版，第 106-107 頁。

³⁶ 參照法人及夫妻財產制登記規則第 31 條。

³⁷ 參照法人及夫妻財產制登記規則第 36 條。

³⁸ 參照法人及夫妻財產制登記規則第 36 條第 2 項及非訟事件法第 104 條第 1 項。

³⁹ 參照法人及夫妻財產制登記規則第 34 條。

⁴⁰ 參照法人及夫妻財產制登記規則第 36 條第 3 項。

⁴¹ 葛義才，非訟事件法論，三民，82 年元月版，第 108 頁

⁴² 參照法人及夫妻財產制登記規則第 36 條第 4 項。

依非訟事件法第一百零四條第二項規定，法院於民法規定，宣告改用分別財產制者，應於裁判確定後囑託登記處登記，又因夫妻一方破產而成爲分別財產制者，法院亦應於判產宣告後，囑託登記處登記。法院於囑託登記時應將囑託登記之文件及日期記載於夫妻財產契約登記簿⁴³。

（三）登記之公告

已登記之事項，登記處應於登記後三日內於公告處公告七日以上。除須公告於公告處外，登記處還應命將公告之繕本或節本，登載於公報或當地之新聞紙⁴⁴。而登載於公報或當地之新聞紙究應登載幾日法無明文，有實務見解認爲應登載於新聞紙一日以上⁴⁵。

（四）登記錯誤不當之救濟程序

聲請人發現登記錯誤或遺漏時，得申請登記處更正之。又關係人認爲登記處處理登記事務違反法令或不當時，得於知悉後十日內提出異議。但於處理事務完畢後已逾二個月時，不得提出異議⁴⁶。

（五）登記之效力

夫妻財產制契約屬於要式行爲，如不依法定方式以書面爲之者，應爲無效。而夫妻財產制契約之登記，係採登記對抗主義，登記僅爲對抗第三人之要件，非契約之生效要件⁴⁷。亦即夫妻訂立之夫妻財產制契約，就夫妻間之內部關係而言，於訂立時，即已發生效力，此與民法第一千零八條第一項所定對抗第三人之效力係屬兩事⁴⁸。又登記後應爲公告之規定，原意似僅在俾眾週知，不能解爲其夫妻財產制契約生效之日期⁴⁹。惟登記係於登記事項登載於公報或當地新聞紙並於登記處公告七日時，始對第三人發生效力⁵⁰。因此對於登記前夫或妻所負債務之債權人不生效力，可防止債務人欠負債務後，以登記夫妻財產制契約方式逃避強制執行。

附錄五【最高法院九十二年度台上字第六一號判決】

最高法院民事判決

九十二年度台上字第六一號

上訴人 甲○○

訴訟代理人 黃錫耀律師

周中臣律師

被上訴人 板信商業銀行股份有限公司

法定代理人 劉炳輝

訴訟代理人 黃祖裕律師

⁴³ 參照法人及夫妻財產制登記規則第 39 條。

⁴⁴ 參照非訟事件法第 105 條準用第 93 條。

⁴⁵ 參照司法院(74)院台廳一字第 01861 號

⁴⁶ 參照非訟事件法第 105 條準用第 94 條、第 96 條。

⁴⁷ 葛義才，非訟事件法論，三民，82 年元月版，第 105-106 頁

⁴⁸ 參照司法院(66)台函民字第 08326 號。

⁴⁹ 參照法務部(69)法律字第 8097 號。

⁵⁰ 參照 74 年 8 月司法院印行，非訟事件法令暨法律問題研究彙編，第 167-168 頁。

右當事人間第三人異議之訴事件，上訴人對於中華民國八十九年八月三日台灣高等法院高雄分院第二審更審判決（八十九年度上更(一)字第二九號），提起上訴，本院判決如左：

主 文
上訴駁回。
第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：坐落高雄市苓雅區○○○段一八九九之七號土地，及其地上建物即門牌號碼高雄市苓雅區○○○路一三九之五號房屋（下稱系爭不動產），係伊於民國七十二年一月十一、十二日分別向訴外人洪振卿、施國華、蔡福田及百漢建設股份有限公司所購買，分別於同年月二十七、二十八日取得所有權，依八十五年九月二十五日公布之民法親屬編施行法第六條之一第一款規定，如於該條修正公布後滿一年，未聲請地政機關為更名登記者，該不動產即應認屬伊所有；又系爭不動產係伊配偶陳○霖所出資購買贈與伊，而直接登記為伊所有，依修正前民法第一千零十七條規定，自屬伊之原有財產；況伊與陳○霖於八十六年七月十八日已向台灣高雄地方法院（下稱高雄地院）為夫妻分別財產制之登記，經該院於同年七月二十一日公告，系爭不動產確屬伊所有，詎被上訴人竟以對陳瑞霖之債務，聲請高雄地院為假扣押裁定及聲請強制執行，查封伊所有之系爭不動產，高雄地院於八十六年七月二十三日函請地政機關為查封登記，惟系爭不動產既屬伊所有，該查封程序有誤，爰依強制執行法第十五條規定提起本訴，求為命撤銷上開假扣押強制執行事件就系爭不動產所為強制執行情序之判決。

被上訴人則以：非訟事件法第四十五條第四項規定，夫妻財產制約定之登記，對於登記前夫或妻所負債務之債權人不生效力。上訴人之夫陳○霖於八十五年八月五日向伊借款八千萬元，清償期為八十六年八月五日，惟自八十六年一月六日起陳○霖即未按期清償債務，上訴人於八十六年七月二十一日所為之夫妻財產制登記，依非訟事件法上開規定，對伊不生效力；況本件查封日期係八十六年七月二十二日，並於同年月二十三日囑託地政機關為查封登記，係在修正增訂民法親屬編施行法第六條之一所規定一年緩衝期間內，查封當時系爭不動產既為陳瑞霖所有，伊之查封並無不當；又強制執行法第五十一條第二項雖規定查封有其強制力，在查封期間不得更名登記，惟實務上承認民法親屬編施行法第六條之一之一年緩衝期間，得因夫妻之一方對財產權有爭執而訴訟者，而得排除其適用，陳瑞霖於上開緩衝期間故意不爭執其所有權，此項消極行為與積極行為相同有礙於查封行為，對伊不生效力等語，資為抗辯。

原審審理結果以：上訴人主張系爭不動產係伊與陳○霖於婚姻關係存續中之七十二年間所買受，登記為伊所有，被上訴人竟以對其夫陳○霖之債權，對系爭不動產強制執行，而由高雄地院於八十六年七月二十三日函請地政機關為查封登

記，其與陳○霖於八十六年七月十八日為夫妻分別財產制登記，經高雄地院於同年七月二十一日公告，陳○霖於修正增訂民法親屬編施行法第六條之一所規定一年緩衝期間內，未曾爭執系爭不動產為其所有，亦未訴請更名登記等事實，為被上訴人所不爭，並有土地及建物登記簿謄本、買賣公證書、分別財產制登記之公告、高雄地院八十六年度全字第二四〇五號民事裁定及戶籍謄本在卷可稽，且經調閱高雄地院八十六年度執全字第一八八三號假扣押執行卷查明屬實，固堪信為真實。然查八十五年九月二十五日增訂公布之民法親屬編施行法第六條之一規定：中華民國七十四年六月四日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係中以妻之名義在同日以前取得不動產，而有左列情形之一者，於本施行法中華民國八十五年九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之第一千零十七條規定：一婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。二夫妻已離婚而該不動產仍以妻之名義登記者。其立法理由，係在該施行法第六條之一施行後一年緩衝期間內（即八十五年九月二十七日至八十六年九月二十六日），得由夫妻重新認定財產之歸屬，於施行一年後，則一體適用新法，以配合登記制度並維護妻之權益。至於強制執行法第五十一條第二項雖規定：實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。其目的僅在限制債務人就該查封之財產為處分，並無確定查封不動產所有權歸屬之效力。惟按夫妻於婚姻關係存續中以妻之名義在七十四年六月四日以前取得之不動產，依當時應適用之民法第一千零十六條規定，為聯合財產，如夫之債權人以此不動產係屬夫所有，聲請法院強制執行，予以查封，而該已被法院查封之妻名義不動產，於八十五年九月二十五日增訂之民法親屬編施行法第六條之一公布實施一年後，仍登記為妻名義者，倘得適用此增訂之法律規定，認係屬妻所有，妻得提起第三人異議之訴時，不僅有礙執行之效果，且破壞查封登記之公信力，影響夫之債權人權益，顯與立法之本旨有違。為減低對法安定性及查封公信力之衝擊，應認於七十四年六月四日以前，登記為妻名義之不動產，於民法親屬編施行法第六條之一規定生效前或於緩衝之一年期間內，經夫之債權人聲請法院為強制執行者，並無上開施行法第六條之一規定之適用。是在此增訂之法律施行後，於緩衝之一年期間或之前，已被查封之夫妻聯合財產，仍應依取得當時應適用之民法有關之規定，以定其所有權之歸屬。本件系爭不動產，係於七十四年六月四日以前即登記為上訴人之名義，依當時應適用之民法第一千零十六條規定，屬上訴人與其夫之聯合財產，於民法親屬編施行法第六條之一所定緩衝期間內之八十六年七月二十三日，經上訴人之夫陳○霖之債權人即被上訴人聲請執行法院予以查封，依上開說明，系爭不動產所有權之歸屬，仍應適用修正前之民法第一千零十七條之規定。上訴人主張其夫未曾於民法親屬編施行法第六條之一所定一年緩衝期間內爭執系爭不動產所有權之歸屬，亦未訴請更名登記，現一年緩衝期屆滿，應適用修正後之民法第一千零十七條規定，逕認系爭不動產為其所有云云，並不可採。次查聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權。

聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有，修正前之民法第一千零十七條第一項、第二項定有明文。上訴人雖主張系爭不動產為其夫陳○霖無償贈與伊云云，證人陳○霖亦附和其詞證稱系爭不動產為伊贈與上訴人云云。然陳瑞霖於受強制執行之際，所為之證述難免偏頗，尚難遽信，且上訴人雖稱系爭不動產為陳○霖出資為其購買，然此依遺產及贈與稅第五條第一項第三款之規定，以贈與論，應依該法課徵贈與稅，惟上訴人已自認陳○霖並未依該法繳納贈與稅。按贈與稅之繳納固非贈與行為之成立生效要件，但上訴人所謂之本件贈與，依法既須繳納贈與稅，上訴人或其夫陳○霖既均未繳納，自不能輕信彼等之供述，使脫法行為受法律之保障。上訴人主張系爭不動產為陳○霖無償贈與伊云云，亦非可採。未按非訟事件法第四十五條第四項規定，夫妻財產制約定之登記，對於登記前夫或妻所負債務之債權人不生效力。上訴人主張伊與其夫陳○霖於八十六年七月十八日已向高雄地院聲請為分別財產制，將系爭不動產約定為其所有，並經該院於同月二十一日公告，固屬真實，然陳○霖係於八十五年八月五日向被上訴人借款八千萬元，且自八十六年一月六日起未按期清償本息，而積欠債務，有借據一紙在卷可憑，上訴人亦未爭執，是陳○霖之上開債務係發生在上訴人為夫妻分別財產制登記前，該登記對於被上訴人自不生效力。上訴人以伊與陳○霖已採分別財產制，主張系爭不動產為上訴人所有，亦非可採。綜上所述，上訴人不能證明系爭不動產為其所有，被上訴人辯稱系爭不動產為上訴人之夫陳○霖所有，核有所憑，上訴人本於所有權提起第三人異議之訴，請求撤銷高雄地院八十六年度執全字第一八八三號假扣押強制執行事件就系爭不動產所為查封之強制執执行程序，即屬無據，不能准許等詞，爰將第一審所為上訴人勝訴之判決廢棄，改判駁回上訴人在第一審之訴，經核於法並無違誤。上訴論旨，仍執陳詞，並以原審認定事實及適用法律之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 一 月 十 日

第六單元 剩餘財產分配請求權

【本單元導引思考之案例事實】

阿花與阿華於民國七十三年結婚，阿華因病於民國八十三年死亡，遺有股票、高爾夫球證、土地及房屋等，其中部分係於七十四年六月五日以前取得，阿花就其剩餘財產分配請求權之範圍為何與阿華之繼承人發生爭執，訴請法院，法院究應如何裁判？

最高行政法院九十三年判字第299號判決：「按『關於親屬之事件…其在修正前發生者，除本施行法有特別規定，亦不適用修正後之規定。』為民法親屬編施行法第一條所明定，是依上開規定本件被繼承人及其配偶於七十四年六月五日民法親屬編修正前取得之財產，自無適用民法第一千零三十條之一第一項規定之適用。」此與最高行政法院九十一年三月份庭長法官聯席會議決議所採之見解相同。惟釋字第620號解釋認為：「夫妻於上開民法第一千零三十條之一增訂前結婚，並適用聯合財產制，其聯合財產關係因配偶一方死亡而消滅者，如該聯合財產關係消滅之事實，發生於七十四年六月三日增訂民法第一千零三十條之一於同年五月五日生效之後時，則適用消滅時有效之增訂民法第一千零三十條之一規定之結果，除因繼承或其他無償取得者外，凡夫妻於婚姻關係存續中取得，而於聯合財產關係消滅時現存之原有財產，並不區分此類財產取得於七十四年六月四日之前或同年五月五日之後，均屬剩餘財產差額分配請求權之計算範圍。」此號解釋即採相反之見解。（判決全文見附錄六）

【說明】

夫妻財產制乃九十一年六月親屬法修正之重點，夫妻財產關係消滅時，對於婚姻關係存續中夫所取得之財產，民法親屬編制訂之初，在聯合財產制中將其悉數歸夫所有，妻之財產則不增也不減，僅能取回結婚時之原有財產。七十四年修法後，為落實家務管理與對婚姻生活的貢獻，無論聯合財產制與目前的法定財產制均有剩餘財產分配的規定，除不限於僅妻得請求分配外，夫或妻雙方於婚姻關係存中所取得而現存的婚後（或原有）財產，扣除債務後，剩餘財產較少的一方配偶均得對他方請求剩餘財產差額的一半。此外，本節也將討論夫妻剩餘財產的計算，在訴訟法上則對應民事訴訟法第五百七十二條第三項討論其與離婚等訴訟合併「夫妻財產之分配或分割請求」之非婚姻訴訟提起時，其訴訟處理之流程。至於九十六年五月對夫妻財產制之修訂，取消其為專屬權的性質，有何影響，也將一併說明。

【討論】

壹、剩餘財產分配請求權之意義

七十四年六月親屬法修正時，為肯定夫妻一方家事勞動辛勞，並貫徹男女平等原則，遂增訂民法第一千零三十條之一，規定聯合財產關係消滅時，以夫妻雙方剩餘財產之差額，平均分配，以為公允。蓋夫妻之一方從事家務勞動或其他協力之貢獻，使他方得專心發展事業，於婚姻關係存續中因此所增加之財產，夫妻之一方應有平均分配之權利。嗣九十一年六月修正夫妻財產制規定時，廢止聯合財產制，改以修正之分別財產制為法定財產制。於此同時，為配合此一修正，亦對剩餘財產分配請求權之規定予以補強，即修正第一千零三十條之一，並增訂第一千零三十條之二至第一千零三十條之四之規定。

按剩餘財產分配請求權發生時點，依民法第一千零三十條之一規定，須於法定財產制關係消滅時，計算夫妻各自剩餘財產並算定差額，由剩餘財產較少之一方向較多之他方請求平均分配之。所謂法定財產制關係消滅，即婚姻關係解消、約定改用其他財產制或依法改用分別財產制等情形。

貳、剩餘財產之計算

民法第一千零三十條之一規定：「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。」依本條規定，分配計算之標的以婚後財產中之有償取得者為限，而不包含無償取得之財產與慰撫金。

夫或妻之一方以其婚後財產清償其婚前所負債務，或以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，而未補償者，依民法第一千零三十條之二規定，於法定財產制關係消滅時，應分別納入現存之婚後財產或婚姻關係存續中所負債務計算。又夫或妻之一方以無償取得之財產或慰撫金清償婚姻關係存續中其所負債務者，亦同。

依民法第一千零三十條之三第一項規定：「夫或妻為減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，應將該財產追加計算，視為現存之婚後財產。但為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。」夫妻之一方主觀上有故意侵害他方配偶剩餘財產分配請求權之意，客觀上有於五年內處分其婚後財產之行爲者，自應將該財產追加計算，以求公平。但此時如分配義務人之財產不足清償該分配額時，依同條第二項規定，分配權利人得就其不足額，對受領之第三人於其所受利益內請求返還。但以受領為無償或以顯不相當對價有償取得者為限。又此項對第三人之請求權，於知悉其分配權利受侵害時起二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同。（第三項）

至婚後財產價值計算之基準，依民法第一千零三十條之四規定：「（第一項）夫妻現存之婚後財產，其價值計算以法定財產制關係消滅時為準。但夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準。（第二項）依前條應追加計算之婚後財產，其價值計算以處分時為準。」

參、剩餘財產分配請求權之性質

九十一年六月增訂民法第一千零三十條之一第三項規定：「第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」立法理由謂：「剩餘財產分配請求權係因夫妻之身分關係而產生，故於夫妻之一方死亡時，其繼承人不得繼承，或夫妻離婚時，任何一方之債權人不得代位行使，且夫妻之任何一方不得將該期待權任意讓與。但若已取得他方之承諾或已經向法院提起訴訟請求者，則應允其得讓與及繼承，以示公允。」準此，立法者認為剩餘財產分配請求權乃因夫妻身分關係所生，具一身專屬性，不得移轉，為分配權利人之專屬權。

學說上有認為，並非謂因夫妻之身分關係而生之請求權，即具一身專屬性。且剩餘財產分配請求權乃係於法定財產制消滅後始產生，並非期待權性質，而為具體的請求權，立法者似有誤解。又民法第一千零零九條、第一千零十一條規定，夫妻一方破產或債權人扣押一方財產而仍未獲清償時，當然成為分別財產制或法院因債權人之聲請宣告改用分別財產制。此時法定財產制關係消滅，依第一千零三十條之一第一項規定，夫妻間發生剩餘財產分配請求權。此一規定目的在確保債權人利益及交易安全，債權人行使此權利，使夫妻負債之一方得向他方請求分配剩餘財產，增加其自身財產以清償債務。如夫妻一方怠於行使剩餘財產分配請求權時，債權人得依民法第二百四十二條之規定，代位請求之。惟民法第一千零三十條之一第三項，剩餘財產分配請求權為一身專屬權之規定，使債權人無法代位夫妻負債之一方行使其權利，將架空民法第一千零零九條及第一千零十一條之規定，無法保障債權人之利益。

故民法第一千零三十條之一於九十六年五月修正時，刪除第三項專屬權之規定，回歸剩餘財產分配請求權為財產權之性質。立法理由謂：「剩餘財產分配請求權雖依夫妻身分而產生，但其本質仍屬財產權，並不具專屬性質，基於下列理由爰將第三項規定刪除：一、若剩餘財產分配請求權為專屬權，則第一千零零九條、第一千零十一條的規定將完全喪失意義，無法保障債權人之利益。二、對有請求權人之繼承人不利。」

肆、起訴請求剩餘財產分配之訴訟程序

一、訴之性質

剩餘財產分配請求權係夫妻因法定財產制關係消滅，得向他方請求給付剩餘財產差額之權利，其不含形成性格，其應屬債權請求權之性質，表現於訴訟上者，應屬財產權之訴訟，為一給付訴訟⁵¹。所謂給付之訴，係指原告主張其對被告有特定之給付請求權存在，要求法院判決命令被告為給付之訴訟。其目的在履行原告所主張實體法上之給付請求權，使原告能獲清償⁵²。剩餘財產分配請求權為民

⁵¹ 王育珍，論剩餘財產分配請求權之合併請求，法令月刊，第 52 卷第 2 期，第 29 頁。

⁵² 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），三民，2005 年 5 月增訂 4 版，第 270 頁。

法上夫妻財產制所規定之請求權，故當剩餘財產較少的一方，為滿足此時體上請求權之實現，所提之訴即為給付之訴。

二、請求剩餘財產分配訴訟之要件

（一）當事人適格

主張自己有給付請求權之人，即有原告當事人適格，原告對之主張有義務之人，即有被告適格。剩餘財產分配請求權既係夫妻財產制之相關制度，故原被告似僅為夫或妻，主張擁有此項請求權者為原告，義務人為被告。

又如前所述，舊民法第一千零三十條之一第三項之⁵³規定，使本請求權列為一身專屬權，故當有請求權之一方死亡者，其繼承人無法繼承此項債權，故自無請求權人之債權人代位訴訟之問題存在。惟現行民法第一千零三十條之一，為使債權人有代位夫妻之一方提起剩餘財產分配請求之訴訟，保障債權人之權利，已將一身專屬權之規定刪除，此項債權因此得為讓與或繼承。故當有請求權人之一方死亡時，剩餘財產分配請求權由其繼承人繼承，當該繼承人怠於行使其權利，債權人即得以自己名義，代位該繼承人向義務人請求履行該債務。

（二）起訴之限制

若為協議離婚、死亡、變更財產等法定財產關係消滅原因，則欲請求剩餘財產分配時，於期限內提起給付之訴即可，適用普通之訴訟程序，無特別之限制。

惟若係於以婚姻無效、確認婚姻成立不成立、撤銷婚姻、離婚之訴等情形為法定財產制關係消滅之原因時，民事訴訟法第五百七十二條第三項有規定，非婚姻事件之訴，以夫妻財產之分配或分割、返還財物、給付家庭生活費用或贍養費或扶養之請求，或由訴之原因、事實所生損害賠償之請求為限，得與婚姻事件之訴訟合併提起。即當提出婚姻事件之訴訟時，與婚姻間有牽連關係，甚或非婚姻事件之訴以婚姻事件之訴有無理由為其前提要件之非婚姻事件之訴訟時，須與婚姻事件訴訟合併提起，若當事人分別起訴者，法院得以裁定移送於訴訟繫屬中之第一審或第二審法院合併裁判。其目的無非使夫妻之糾紛得以一次解決。本條係於民國八十八年二月修正，惟修正法施行之初，最高法院仍有判決持有不同見解。其認為，如以判決離婚為聯合財產關係消滅原因者，則須待取得離婚勝訴確定判決，始得認聯合財產關係歸於消滅，在離婚判決確定前，夫妻間現存之原有財產價值及負債情形，均處於變動之不確定狀態，尚無從計算其財產有無剩餘財產及剩餘差額為若干⁵⁴。惟於修法後，法已明定，自無爭議，上開實務見解顯有違背法令之違法情事。

（三）合併起訴時，所應適用之婚姻事件程序

有學者認縱使非婚姻事件得例外的與婚姻事件合併提起，惟非婚姻事件在本質上並不能使其成為婚姻事件，僅程序上得與婚姻事件合併辯論與裁判而已，故非婚姻事件非當然一概適用婚姻事件程序。惟非婚姻事件得與婚姻事件合併提起

⁵³ 民法第 1030 條之 1 第 3 項：「第一項之請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」

⁵⁴ 參照最高法院 88 年台上字第 340 號判決。

訴訟者，係兩者間有牽連關係，此種牽連關係，使非婚姻事件事實上將受婚姻事件程序之影響⁵⁵。

附錄六【最高行政法院九十三年判字第二九九號判決】

最高行政法院判決

九十三年度判字第二九九號

上訴人 己○○
 丁○○
 乙○○
 甲○○
 丙○○

被上訴人 財政部臺北市國稅局

代表人 戊○○

右當事人間因遺產稅事件，上訴人對於中華民國九十一年十二月十二日臺北高等行政法院九十年度訴字第六六六〇號判決，提起上訴。本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、本件上訴人在原審起訴主張：(一)本案復查決定應扣除之配偶剩餘財產差額分配請求權雖變更為七〇、九六八、三六九元，惟其仍顯僅計算屬七十四年六月五日以後取得之財產，對其之前的財產並未計算，按「聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產，不在此限。」為七十四年六月三日修正公布之民法第一千零三十條之一第一項所明定。復按民法第一千零三十條之一，係於七十四年六月三日增訂，而夫妻於民法親屬編修正前已結婚並取得之財產，是否有該規定之適用，法無明文；原復查決定援引財政部八十七年一月二十二日台財稅第 000000000 號函釋略以：「聯合財產制夫或妻一方死亡時，有關剩餘財產差額分配請求權之適用，以民國七十四年六月五日（含當日）後取得之財產為限。」顯有以行政命令去規範人民之權利、義務之情事，除與中央法規標準法第五條規定不符外，亦與八十五年九月二十五日公布民法親屬編施行法第六條之一條文之修改精神不符。(二)依最高行政法院九十年度判字第六七一號判決中亦明白指出，當時立法院於七十四年修訂民法第一千零三十條之一增訂生存配偶有剩餘財產半數請求權，旨在貫徹男女平等的精神，法律並沒有限制夫妻於七十四年六月五日以前取得的財產，不

⁵⁵ 楊建華，問題研析民事訴訟法（三），1995年10月，第488-489頁。

得適用該法條規定之情事，上開財政部八十七年之解釋函適用法律顯有違誤，應不予適用。(三)另請准予依據八十五年九月二十五日公布民法親屬編施行法第六條之一規定，准予扣除於七十四年六月四日以前王惠元之配偶以其自己名義取得之不動產，得予自上述遺產總額中予以扣除乙節。原復查決定謂以應以其該法公布及生效後之案件方得有其適用，按該法條之修正的立法原委係前經司法院解釋，以該有關法條原有規定有違男女平權之憲法保障精神，故其主張應自法條公布及生效後始有適用，似嫌仍不合於司法院解釋之精神，上訴人等謹陳不服，俾俟行政訴訟終結後，得依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，得提請解釋憲法。(四)本案被繼承人與上訴人已○○間之婚姻關係，係於七十四年以前存在，其財產關係為聯合財產關係，另查本案被繼承人王惠元於八十三年五月二十八日死亡，其所遺之股票、高爾夫球證、土地及房屋等，其中部分係於七十四年六月五日以前取得，本案被繼承人與上訴人已○○之婚姻關係及聯合財產關係繼續存在，至被繼承人死亡時始消滅，以及本案全體繼承人對於上訴人已○○行使其剩餘財產差額分配請求權，並無異議等，均為兩造所不爭執，請援引本院九十年度判字第六七一號判決之先例，判決被上訴人應以被繼承人與上訴人已○○於婚姻關係存續中，適用財產取得時之法律，或與夫妻財產取得(非消滅)相關之特別規定所取得之財產為基礎，依法計算本件聯合財產關係消滅時，夫妻之剩餘財產差額，另為處分。(五)查七十四年六月五日修正生效之該法條明文規定為「夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額」，其法律條文明定為「現存之原有財產」故其範圍應包括現存之所有之聯合財產，也就是並與其連結部分屬於過去的構成要件事實，均一體適用之，顯然並非如被上訴人所主張僅以於七十四年六月五日以後取得之財產為限。至於如何認定「夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產」，係應依有關結婚及夫妻財產取得時之法律定之，也就是凡屬聯合財產制者：○於七十四年六月四日以前取得之財產，應適用於七十四年六月五日規定修正前舊有的民法第一千零十七條規定之適用，作為究係為夫、抑或為妻所有之認定，以作為計算夫妻剩餘財產之依據。於七十四年六月五日以後取得之財產，應適用於七十四年六月五日規定修正後生效的民法第一千零十七條規定之適用，作為究係為夫、抑或為妻所有之認定，以作為計算夫妻剩餘財產之依據。因此系爭七十四年修正增訂聯合財產關係消滅時配偶之剩餘財產差額分配請求權，既不能變更或不繼續維持夫妻之婚姻關係或夫妻於婚姻關係存續中依法取得財產之事實或法律效果，當然不發生法律溯及既往效力之問題。○結婚或夫妻於婚姻關係存續中依法取得財產之事實或法律效果，亦非適用修正增訂民法第一千零三十條之一始得確定或發生，其修正情形顯與民法第一千零十七條之修正不同，自難謂修正增訂民法第一千零三十條之一，同時對於原已發生之結婚或夫妻財產取得之法律秩序，有溯及適用之情形，自不能以民法親屬編施行法第一條規定，作為限制夫妻於民法親屬編修正前已結婚並取得之財產，不得計入民法第一千零三十條之一規定「夫或妻於婚姻關係存續中所取得之財產」中之法律依

據。(六)被上訴人主張本院九十一年三月份庭長法官聯席會議之決議文亦支持其主張乙節，經查該決議理由係援引民法親屬編施行法第一條規定，以該施行法(其他條文)並未特別明文規定修正後之民法第一千零三十條之一有溯及既往之規定，故夫妻於民法親屬編修正前已結婚並取得之財產，自無適用該修正規定之餘地等由。惟查法律不溯既往之原則為法律上之通例，縱無此民法親屬編施行法第一條規定之規定者，就系爭修正後之民法第一千零三十條之一規定，其解釋上亦應受該法律不溯既往原則之拘束。故其徒以該施行法並未特別明文規定修正後之民法第一千零三十條之一有溯及既往之規定為理由，來主張夫妻於民法親屬編修正前已結婚並取得之財產，自無適用該修正規定之餘地，顯非系爭法律上爭點之所在。該決議理由顯有倒果為因，其未先論述如何才係屬有真正溯及既往之效果前，逕以依該施行法之條文並未特別明文規定修正後之民法第一千零三十條之一有溯及既往之規定為理由，即推論與其連結部分屬於過去的構成要件事實，均一體適用之部分(係不真正溯及)，有違法律不溯既往原則，經核其主張之論法邏輯即顯有違誤。且該決議理由援引八十五年九月二十五日增訂公布之民法親屬編施行法第六條之一規定之立法理由，足證七十四年六月三日修正公布施行民法親屬編施行法未特別規定修正後之民法第一千零三十條之一規定，於修正前已結婚並取得之財產，亦有其適用。(七)綜上所述，本案系爭法律適用上之爭點，顯以本院九十年度判字第六七一號判決較為適法，被上訴人援引聯席會議之決議理由顯有疏漏，依司法院釋字第一三七號解釋「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解」，為此訴請撤銷訴願決定及原處分之判決。

二、被上訴人則以：(一)按「凡經常居住中華民國境內之中華民國國民死亡時遺有財產者，應就其在中華民國境內境外全部遺產，依本法規定，課徵遺產稅。」「本法稱財產，指動產、不動產及其他一切有財產價值之權利。」分別為行為時遺產及贈與稅法第一條第一項及第四條第一項所明定。又按「聯合財產中，妻結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權。聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。」「聯合財產中，夫或妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中取得之財產，為夫或妻之原有財產，各保有其所有權。聯合財產中，不能證明為夫或妻之財產，推定為夫妻共有之原有財產。」「聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產，不在此限。」為七十四年六月三日修正前民法第一千零十七條及修正後第一千零十七條及第一千零三十條之一第一項所明定。復按「關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定；其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外亦不適用修正後之規定。」「中華民國七十四年六月四日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻名義在同日以前取得不動產，而有左列情形之一者，於本施行法中華民國八十五年

九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之第一千零十七條規定：一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻名義登記者。二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻之名義登記者。」分別為民法親屬編施行法第一條及八十五年九月二十五日增訂民法親屬編施行法第六條之一所明定，又「民法第一千零三十條之一，係於民國七十四年六月三日增訂，而夫妻於民法親屬編修正前已結婚並取得之財產，是否有該規定之適用，法無明文，惟依照最高法院八十一年十月八日八十一年度台上字第二三一五號判決要旨『．．．七十四年六月三日修正公布施行民法親屬編施行法未特別規定修正後之民法第一千零三十條之一規定，於修正前已結婚並取得之財產，亦有其適用，則夫妻於民法親屬編修正前已結婚並取得之財產，自無適用該修正規定之餘地。』，並無上揭規定之適用，故聯合財產制夫或妻一方死亡時，有關剩餘財產差額分配請求權之適用，以民國七十四年六月五日（含當日）後取得之財產為限。．．．」為財政部八十七年一月二十二日台財稅第 000000000 號函附法務部、內政部及財政部相關單位研商「民法第一千零三十條之一剩餘財產差額分配請求權之規定，於核課遺產稅時，相關作業如何配合事宜」會商之結論在案。(二)被上訴人依上訴人等所提示之全體繼承人同意書及相關資料，查得被繼承人七十四年六月五日以後於婚姻關係存續中取得之財產計二七一、九七五、六六七元，減除債務四一、一八五、六八四元，核定被繼承人剩餘財產二三〇、七八九、九八三元，及被繼承人配偶即上訴人已〇〇七十四年六月五日以後於婚姻關係存續中取得之財產計一〇二、八五七、〇七八元，債務為零元，並據以計算剩餘財產差額分配請求權之扣除額為六三、九六六、四五二元。上訴人等仍有不服，主張被上訴人初查於計算生存配偶剩餘財產差額分配請求權時，未扣除七十四年六月五日以前取得之財產，申經被上訴人復查決定，以被繼承人系爭不動產係在民法親屬編修正生效(七十四年六月五日)前取得，依民法親屬編施行法第一條規定，自無民法第一千零三十條之一第一項規定之適用。又被繼承人已於八十三年五月二十八日死亡，從而配偶己〇〇與被繼承人間之婚姻關係當然歸於消滅，系爭遺產中登記被繼承人配偶名下嘉義市〇〇段九〇二地號、嘉義市〇〇路段二三五——一一地號、嘉義市〇〇街六十三號及嘉義市〇〇路三十四之七號房屋等不動產，自無從依據民法親屬編修正後第一千零十七條規定，而免併入遺產課稅，乃未准變更。上訴人不服遞經訴願決定仍維持相同見解，駁回其訴願。案經行政院八十九年二月二十三日台八十九訴字第〇五四二二號再訴願決定撤銷，重行查核，關於上訴人已〇〇所有勝泰工業股份有限公司（下稱勝泰公司）及南亞塑膠工業股份有限公司（下稱南亞公司）股票部分，經重行計算被繼承人剩餘財產：勝泰公司股份為二〇三、七〇四股，價值三、五一七、七六四元（計算式： $17.269 \times 203,704 = 3,517,764$ ）、南亞公司股票為一二八、〇七九股，價值七、四二八、五八二元（計算式： $58 \times 128,079 = 7,428,582$ ）；上訴人已〇〇剩餘財產：勝泰公司股份為二、五二九、六二九股，價值四三、六八四、一六三元（計算式： $17.269 \times 2,529,629 = 43,684,163$ ）、南亞公司股票為一三、〇一二股，價值七五四、六九六元（計算式： $58 \times 13,012 = 754,696$ ）；

據以重行計算剩餘財產差額分配請求權扣除額為七〇、九六八、三六九元，與被上訴人原核定六三、九六六、四五二元差額七、〇〇一、九一七元，准予追認，變更核定遺產淨額為一九五、八一二、一六三元。(三)上訴人等主張依據八十五年九月二十五日公布民法親屬編施行法第六條之一規定，准予扣除七十四年六月四日以前被繼承人配偶以其自己名義取得之不動產，得予自上述遺產總額中扣除乙節，第查按「關於親屬之事件．．．其在修正前發生者，除本施行法有特別規定，亦不適用修正後之規定。」為民法親屬編施行法第一條所明定，是本件被繼承人及其配偶於七十四年六月五日民法親屬編修正前取得之財產，自無民法第一千零三十條之一第一項規定之適用。又按增訂民法親屬編施行法第六條之一規定：「中華民國七十四年六月四日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻名義在同日以前取得之財產，而有左列情形之一者，於本施行法民國八十五年九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之第一千零十七條規定：一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻名義登記者。」係八十五年九月二十五日修正公布，依同法第十五條及中央法規標準法第十三條規定，應自八十五年九月二十七日生效，復依該條文於生效一年後，即八十六年九月二十七日之後婚姻關係尚存續或已離婚，且該不動產仍以妻名義登記者，始有修正後民法第一千零十七條各自保有所有權規定之適用，本件被繼承人於八十三年五月二十八日死亡，則上訴人已〇〇與被繼承人間之婚姻關係當然歸於消滅，是本件遺產中，有關於登記於被繼承人配偶名下之不動產（嘉義市〇〇段九〇二地號、下路頭段三三五之一一—地號土地，嘉義市〇〇里〇〇街六三號、興南里興業路三四之七號房屋）自不得適用上開增訂條文，從而亦無修正後民法第一千零十七條各自保有所有權，即視為配偶之原有財產之適用，而得免併入本件遺產核課遺產稅，所訴無足採，原處分（含重核復查決定）未予扣除七十四年六月五日前取得之財產，並無違誤等語作為抗辯。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果以：(一)按「凡經常居住中華民國境內之中華民國國民死亡時遺有財產者，應就其在中華民國境內境外全部遺產，依本法規定，課徵遺產稅。」「本法稱財產，指動產、不動產及其他一切有財產價值之權利。」分別為行為時遺產及贈與稅法第一條第一項及第四條第一項所明定。本件上訴人已〇〇之配偶王惠元於八十三年五月二十八日死亡，由上訴人已〇〇代表全體繼承人於八十四年二月二十七日申報遺產稅，經被上訴人依上訴人等所提示之全體繼承人同意書及相關資料，查得被繼承人七十四年六月五日以後於婚姻關係存續中取得之財產計二七一、九七五、六六七元，減除債務四一、一八五、六八四元，核定被繼承人剩餘財產二三〇、七八九、九八三元，及上訴人已〇〇於七十四年六月五日以後在婚姻關係存續中取得之財產計一〇二、八五七、〇七八元，債務為零元，乃核定被繼承人配偶即上訴人已〇〇之剩餘財產一〇二、八五七、〇七八元，並據以計算剩餘財產差額分配請求權之扣除額為六三、九六六、四五二元。嗣經上訴人提起訴願及再訴願，並由再訴願決定撤銷訴願決

定及原處分後，被上訴人依據再訴願決定撤銷意旨重核結果，以關於上訴人已○○所有勝泰公司及南亞公司股票（份）部分，經重行計算被繼承人剩餘財產：勝泰公司股份為二〇三、七〇四股，價值三、五一七、七六四元，南亞公司股票為一二八、〇七九股，價值七、四二八、五八二元；上訴人已○○剩餘財產：勝泰公司股份為二、五二九、六二九股，價值四三、六八四、一六三元、南亞公司股票為一三、〇一二股，價值七五四、六九六元；據以重行計算剩餘財產差額分配請求權扣除額為七〇、九六八、三六九元，與原核定六三、九六六、四五二元差額七、〇〇一、九一七元，復查決定准予追認，變更核定遺產淨額為一九五、八一二、一六三元。(二)本件上訴人對其被繼承人於七十四年六月五日以後在婚姻關係存續中取得之財產計二七一、九七五、六六七元，減除債務四一、一八五、六八四元，剩餘財產二三〇、七八九、九八三元，其配偶即上訴人已○○於七十四年六月五以後在婚姻關係存續中取得之財產計一〇二、八五七、〇七八元，債務為零元等情，並不爭執，惟主張本案復查決定應扣除之配偶剩餘財產差額分配請求權雖變更為七〇、九六八、三六九元，惟其乃僅計算屬七十四年六月五日以後取得之財產，對其之前的財產並未計算，原復查決定援引財政部八十七年一月二十二日台財稅第 000000000 號函釋顯有以行政命令去規範人民之權利、義務的情事。另請准予依據八十五年九月二十五日公布民法親屬編施行第六條之一規定，准予扣除七十四年六月四日以前以被繼承人之配偶名義取得之不動產，得予自上述遺產總額中予以扣除。原復查決定謂應以該法公布及生效後之案件方得有其適用，似嫌仍不合於司法院解釋之精神云云。是本件兩造之爭點乃在被繼承人與其配偶於婚姻關係存續中在七十四年六月五日以前以夫妻名義分別購置之財產，於被繼承人亡故後其配偶所得請求分配之剩餘財產差額分配請求權究應如何計算。(三)按「關於親屬之事件．．．其在修正前發生者，除本施行法有特別規定，亦不適用修正後之規定。」為民法親屬編施行法第一條所明定，是依上開規定本件被繼承人及其配偶於七十四年六月五日民法親屬編修正前取得之財產，自無適用民法第一千零三十條之一第一項規定之適用。又按增訂民法親屬編施行法第六條之一規定：「中華民國七十四年六月四日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻名義在同日以前取得之財產，而有左列情形之一者，於本施行法中華民國八十五年九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之第一千零十七條規定：一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻名義登記者。」係八十五年九月二十五日修正公布，依同法第十五條及中央法規標準法第十三條規定，應自八十五年九月二十七日生效，復依該條文於生效一年後，即八十六年九月二十七日之後婚姻關係尚存續或已離婚，且該不動產仍以妻名義登記者，始有修正後民法第一千零十七條各自保有所有權規定之適用。本件被繼承人已於八十三年五月二十八日死亡，則自是日起，上訴人已○○與被繼承人間之婚姻關係當然歸於消滅，是本件遺產中，有關登記於被繼承人配偶名下之坐落嘉義市○○段九〇二地號、下路頭段三三五之一一一地號土地，嘉義市○○里○○街六三號、

興南里興業路三四之七號房屋，因其被繼承人係於八十五年九月六日修正民法第一千零十七條生效前亡故，自不得適用上開增訂條文，從而亦無修正後民法第一千零十七條各自保有所有權，即視為配偶之原有財產之適用，而得免併入本件遺產核課遺產稅（本院九十一年度三月份庭長法官聯席會議決議參照），上訴人所訴各節顯屬誤解法律之規定，核無足採，因而為上訴人敗訴之判決。

四、本院核原判決依上開規定及說明，尚無違背法令。上訴意旨仍執陳詞，並以原判決對上訴人攻擊財政部八十七年一月二十二日台財稅第 000000000 號函釋及反駁本院九十一年三月份庭長法官聯席會議決議之法律意見，未予斟酌，據以指摘原判決有不備理由或理由矛盾暨判決不適用法規或適用不當之違背法令，求為廢棄改判。然按上訴人係引用本院九十年度判字第六七一號判決之理由亦即本院九十一年三月份庭長法官聯席會議決議所不採之甲說（應列入剩餘財產差額分配請求權之範圍）之理論據以反駁上開本院庭長法官聯席會議決議所採之乙說（不列入剩餘財產差額請求權之範圍）。惟上訴人上開甲說之見解既經本院庭長法官聯席會議決議所不採，其理由已詳見於乙說之七段理由中，則原判決引用上開本院九十一年三月份庭長法官聯席會議決議所為之判決，難謂有判決不備理由或理由矛盾及不適用法規或適用不當之違背法令。況原判決除引用本院上開庭長法官聯席會議決議外，並未引用財政部八十七年台財稅第 000000000 號函釋作為判決依據，上訴意旨無非上訴人持其主觀法律見解之歧異，斤斤指摘，核無足取。從而本件上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第二百五十五條第一項、第九十八條第三項前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 三 年 三 月 二 十 五 日

最 高 行 政 法 院 第 四 庭

審 判 長 法 官 徐 樹 海

法 官 鄭 淑 貞

法 官 高 啓 燦

法 官 吳 錦 龍

法 官 林 茂 權

右 正 本 證 明 與 原 本 無 異

法 院 書 記 官 張 雅 琴

中 華 民 國 九 十 三 年 三 月 二 十 六 日

第七單元 兩願離婚與涉及之訴訟程序

【本單元導引思考之案例事實】

春嬌與志明為一對夫妻，因個性不合，在某次吵架後春嬌憤而提出離婚的要求。春嬌拿出先前準備好的離婚協議書，其上已有小華與小明兩名證人的簽名。志明眼見春嬌心意已決，也同意離婚而於離婚協議書上簽名。嗣後志明後悔萬分，試問志明得否以小華與小明未親聞其離婚真意為由，主張不生兩願離婚之效力？

最高法院九十六年度台上字第一五九號判決認為：「系爭民國八十八年九月三日兩造之兩願離婚書上之證人廖○○、廖○○二人均係在尙未親自目睹或親聞兩造確有離婚真意之前，即先在該離婚書上簽名，自不得為兩造離婚之證人，且兩造並無協議離婚之意思，難認兩造於八十八年九月三日所為離婚登記已具備民法第一千零五十條所定『有二人以上證人之簽名』之要件，不生兩願離婚之效力。」（判決全文見附錄七）

【說明】

我國採兩願離婚與判決離婚並行的制度，兩願離婚，除需書面、兩個證人與向戶政機關登記外，無須具備任何原因（民法第一〇五〇條）。然因過去結婚無須登記，離婚卻需登記，導致「結婚未登記時，離婚是否需要登記」成為問題；一方當事人拒絕向戶政機關登記時，他方可否訴請辦理離婚登記，尤其是在訴訟外成立和解時？此類問題經由實務上的共識，於民國九十六年五月修正的民法第九百八十二規定增訂結婚也需以登記為要件。此外，兩願離婚可否成立訴訟上的和解或調解的問題？實務上對此與訴訟法的規定有不同的解釋；同時涉及訴訟法上對於訴訟上和解有無形成力的見解爭議；兩願離婚的要件有欠缺時，究為無效或得撤銷，法條無明文規定，學者也無共識；訴訟上，民事訴訟法第五百六十八條也未明文規定兩願離婚無效之訴或撤銷兩願離婚之訴，最高法院判例雖認為應依「確認婚姻不成立之訴」，然學者有認為應類推適用離婚無效或撤銷離婚之訴者。此外，更有學者認為程序法本身並不適用「類推」的原則，如何處理，始為妥適，有探究之必要。

【討論】

壹、兩願離婚之意義

依民法第一千零四十九條之規定：「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。」按兩願離婚亦稱協議離婚，謂夫妻雙方以書面同意解消婚姻關係，依戶籍登記發生效力之離婚方式。兩願離婚之要件，可分為形式要件與實質要件，以下分述之。

貳、兩願離婚之要件

一、形式要件

民法第一千零五十條規定：「兩願離婚，應以書面為之，有二人以上證人之簽名並應向戶政機關為離婚之登記。」換言之，其形式要件有三：〈一〉須作成書面；〈二〉須有二人以上證人；〈三〉須為離婚登記。

按兩願離婚須以書面為之，使離婚意思更臻明確，並證當事人離婚之真意，以防止被迫離婚。又關於二人以上之證人，無須與當事人相熟識，然需於協議離婚時在場聞見或知悉雙方當事人有離婚真意之人⁵⁶，始得為之。另證人之簽名蓋章，亦無須於該證書作成同時為之，書面作成後申請登記前為之亦無不可⁵⁷。

就離婚登記之要件而言，其立法意旨乃為使具有公示周知之效果，使第三人對其身分關係更易於查考，以避免害及第三人，符合社會公益。同時亦在使雙方當事人能進一步冷靜思考之緩衝期間，以防止夫妻草率離婚。準此，離婚登記應解為兩願離婚之成立要件為妥⁵⁸。

有疑問者，民法第九百八十二條於民國九十六年五月七日修正時，將婚姻的形式要件由儀式婚主義修改為登記婚主義，惟此一修正須自新法九十六年五月二十三日年公布一年後始施行。設若於舊法規定下未為結婚登記，嗣後夫妻兩願離婚者，是否仍須向戶政機關為離婚之登記？按實務上認為，為貫徹兩願離婚登記要件主義，應採肯定見解⁵⁹，否則利害關係人恐受其害。是故此一情況下，應先令當事人辦理結婚登記，再辦理離婚登記。惟亦有學者認為，於此情形，苟有離婚書面並有二人以上證人之簽名，則不問有無辦理離婚登記，均應認為有離婚之效力⁶⁰。其認為先令當事人辦理結婚登記，再辦理離婚登記，顯屬本末倒置；結婚既未登記，則離婚為依登記為公示，亦不致有紊亂婚姻制度或有害及第三人之虞。惟以上之爭議，於民法第九百八十二條修正生效後，應較無爭議。

二、實質要件

兩願離婚者，需雙方當事人有離婚之合意。離婚意思有分實質意思說與形式意思說，前者謂當事人須有永久解消婚姻關係之意思，後者謂具備踐行離婚形式要件之意思即為以足。惟不論採何說，均須雙方當事人合意為之。又當事人須有離婚能力，此離婚能力以有意思能力為以足，即能表示離婚意思之能力。

民法第一千零四十九條但書規定，未成年人離婚，應得法定代理人之同意。

⁵⁶ 參見最高法院六十八年台上字第三七九二號判例及最高法院六十九年度第十次民事庭會議。

⁵⁷ 參見最高法院四十二年台上字第一〇〇一號判例及最高法院六十九年度第十次民事庭會議。

⁵⁸ 參陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，2007年10月，修訂六版一刷，第205頁以下。另有採生效要件說者：王澤鑑，離婚契約之拘束力與特別生效要件之履行，法學叢刊，第123期，第44頁以下。

⁵⁹ 七十五年七月十日75廳民一字1405號函復臺高院。

⁶⁰ 參陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，2007年10月，修訂六版一刷，第206頁。

按未成年人已結婚者，依民法第十三條第三項之規定，僅係取得財產法上行爲能力，並非視爲成年。故兩願離婚者，仍須得法定代理人之同意，以昭慎重。此法定代理人依學者通說見解認爲，專指未成年人之父母而言，若未成年人已結婚而無父母者，依民法第一千零九十一條但書規定，此時無須置監護人，而不能另有法定代理人。此情況下，似應解釋未成年人無庸得任何人之同意爲妥。

參、兩願離婚涉及之訴訟程序

民法與民事訴訟法人事訴訟程序雖設有法定離婚之訴，卻無規定兩願離婚發生爭執時之訴訟。兩願離婚有無效、得撤銷或不成立情形，可否提起離婚無效之訴或離婚撤銷之訴，頗有爭議。親屬法學者認爲，民事訴訟法中關於人事訴訟程序，不將兩願離婚無效、撤銷事件，列入所謂婚姻事件之內。然依普通民事訴訟程序裁判此等事件，不甚合理，故應準用（按應爲類推適用）關於婚姻無效、撤銷訴訟之規定，提起離婚無效之訴或離婚撤銷之訴⁶¹。惟有學者認爲，兩願離婚係先有婚姻關係存在始有之問題，提起離婚無效之訴或離婚撤銷之訴，原告當事人之最終目的在確認婚姻關係存在，而被告目的在求婚姻關係不存在之確認。本法第五百六八條既已規定有確認婚姻存在不存在之訴可據以起訴而解決此類糾紛，自無允許提起法律所未規定之上開形成訴訟之理⁶²。最高法院認爲此時應提起者乃民事訴訟法第五百六十四條第一項所謂確認婚姻不成立之訴⁶³。而有學者認離婚係以婚姻合法成立爲前提，不生婚姻不成立問題，應係確認婚姻關係不存在之訴⁶⁴。

應注意者乃，民法第一千零五十條規定：「兩願離婚，應以書面爲之，有二人以上正人之簽名，並應向戶政機關爲離婚之登記。」若夫妻協議離婚，已做成書面並有二人以上之證人簽名，惟未辦理離婚登記，倘一方事後後悔拒不辦理離婚登記，雙方爲此糾紛，當事人可否提起給付之訴，請求法院判令被告協同原告向戶政機關爲離婚登記？實務見解認爲此時未辦理離婚登記，其時離婚契約尙未成立，他方不得據以提起請求他方協同辦理離婚登記之訴⁶⁵。惟有學者爲此見解在實務運作上有窒礙難行之處，有待商榷⁶⁶。

附錄七【最高法院九十六年度台上字第一五九號判決】

最高法院民事裁定

九十六年度台上字第一五九號

上訴人 乙○○

訴訟代理人 徐明珠律師

被上訴人 甲○○

⁶¹ 戴炎輝、戴東雄，親屬法，三民，2004年5月修訂二版，頁二六三。

⁶² 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），三民，2005年5月修訂四版，頁九四〇。

⁶³ 最高法院三十三年台上字第四八八五號判例。

⁶⁴ 陳計南，民事訴訟法論（下），三民，2007年4月修訂四版，頁五〇六。

⁶⁵ 最高法院七十五年五月民事庭會議決議。

⁶⁶ 吳明軒，民事訴訟法（下），2007年9月，頁一七五六。

上列當事人間請求確認婚姻關係不成立等事件，上訴人對於中華民國九十五年六月二十七日台灣高等法院台中分院第二審判決（九十五年度家上字第四四號），提起上訴，本院裁定如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

按上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，其以民事訴訟法第四百六十九條所定事由提起第三審上訴者，應於上訴狀內表明：原判決所違背之法令及其具體內容、暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。其依同法第四百六十九條之一規定提起上訴者，並應具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。同法第四百六十七條、第四百七十條第二項分別定有明文。而依同法第四百六十八條規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；依同法第四百六十九條規定，判決有該條所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人提起第三審上訴，如合併以同法第四百六十九條及第四百六十九條之一之理由為上訴理由時，其上訴狀或理由書應表明該判決所違背之法令條項，或有關判例、解釋字號，或成文法以外之習慣或法理等及其具體內容，暨係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。如未依上述方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已合法表明上訴理由，其上訴自非合法。本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使所論斷：兩造原為夫妻，系爭民國八十八年九月三日兩造之兩願離婚書上之證人廖素幸、廖秉鉉（原名廖錦華）二人均係在尚未親自目睹或親聞兩造確有離婚真意之前，即先在該離婚書上簽名，自不得為兩造離婚之證人，且兩造並無協議離婚之意思，難認兩造於八十八年九月三日所為離婚登記已具備民法第一千零五十條所定「有二人以上證人之簽名」之要件，不生兩願離婚之效力，被上訴人反訴請求確認兩造間之婚姻關係存在，即屬正當等情，指摘其為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。

據上論結，本件上訴為不合法。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十四條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 九 十 六 年 一 月 十 九 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 吳 正 一
法官 劉 福 聲
法官 黃 義 豐
法官 簡 清 忠
法官 王 仁 貴

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 六 年 一 月 三 十 日

第八單元 離婚後子女之監護、探視與訴訟程序

【本單元導引思考之案例事實】

小桂與小智離婚，並約定其婚生女小梅歸小智監護。惟小智於兩年後因故身亡，此時小桂可否主張小梅歸其監護，而請求交付子女？

最高法院七十一年度台上字第一五六八號判決認為：「夫妻之一方，對未成年子女之監護權，不因離婚而喪失，此觀民法第一千零五十一條及一千零五十五條規定自明。依各該規定由一方監護者，僅他方監護權一時的停止而已，倘任監護之一方死亡，該未成年之子女當然由他方監護。」（判決全文參見附錄八）

【說明】

離婚後，子女監護權依民國八十五年修法後的現行法規定，原則不分判決或協議離婚，均依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成，協議內容不利於子女，或有監護權之一方未盡義務或有不利益情事時，法院則得介入，依請求或職權，以子女最佳利益為標準，酌定或改定監護人，且得酌定權利義務的內容及方法。沒有監護權的一方，則有會面交往權（民法第一〇五五條、一〇五五條之一、一〇五五條之二）。民事訴訟法第五百六十八條之五種訴訟類型中，離婚之訴扮演人事訴訟實務最吃重的角色。特別是離婚之效力中，有關子女監護的難題，雖然民事訴訟法第五百七十二條之一規定附帶請求的要件，但此種訴訟的非訟性格，使得在有關子女監護的說明上，必須同時合併觀察非訟事件法第一百二十一條至一百三十二條規定，以及親屬法本身規定中具有濃厚訴訟法色彩的民法第一千零五十五條至一千零五十五條之二規定，必要時，尚須連同家庭暴力防治法第三十五條有關子女監護酌定之例外考量，甚至兒童及少年福利法第四十八條監護權停止的特別規定，均需一併附帶說明，始稱完備。

【討論】

壹、子女之監護

離婚後，夫妻間由婚姻所發生之身分上、財產上之一切法律關係，向將來消滅。在婚姻關係存續中，原則上應由父母共同行使未成年子女之親權，但父母離婚後，已不再共同生活，由何人行使親權，實有規定之必要。民法親屬編於八十五年修正後，將舊法下「監護」之用語修正為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，一般認為此一範圍即與親權行使範圍相同，以杜爭議。另新法刪除第一千零五十一條，並於第一千零五十五條第一項設有規定，使夫妻離婚後對未成年子女之親權不因兩願離婚或判決離婚而有所不同。

依民法第一千零五十五條第一項規定：「夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。」是此無論為兩願離婚或判決離婚，親權之行使均因協議而定。於未為協議或協議不成，協議內容不利於子女，或有監護權之一方未盡義務或有不利益情事時，法院則得介入，依請求或職權，以子女最佳利益為標準，酌定或改定監護人。〈同條第一項後段至第三項〉就權利義務行使負擔的內容及方法，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定之。〈第四項〉上述規定使法院得依職權酌定或改定親權人及酌定權利義務行使負擔的內容及方法，符合保護子女利益之精神，值得肯定。

關於子女最佳利益之情狀判斷，民法第一千零五十五條之一規定，應注意下列情事：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。

親權不但為父母之權利而且為義務，父母皆不得拋棄之⁶⁷。雖第三人不得為親權人，然父母均不能行使親權，或親權被停止時，有以第三人為監護人之必要。離婚時，如夫妻均不適合擔任親權人，或不願意擔任親權人，如仍強令其任之，未必符合子女之最佳利益。因此於特殊情況下，為保護子女利益，法院應依子女之最佳利益並審酌前條各款事項，選定適當之人為子女之監護人，並指定監護之方法、命其父母負擔扶養費用及其方式。〈民法第一千零五十五條之二〉

貳、探視權⁶⁸

民法第一千零五十五條第五項規定：「法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之。」

離婚後未行使親權之父母一方，對其共同之未成年子女行使連繫、接觸或通信等權利，稱為會面交往權，亦稱探視權。其性質有認為基於血統關係而生之權利，或親子關係自然流露之權利，乃唯一固有權，具有高度專屬性。會面交往權以子女利益為優先考量，如有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之。

會面交往權之主體，依條文規定以觀，乃為離婚後未行使親權之父母一方。由於會面交往權乃為父母之自然權利，縱然於裁判離婚有過失之一方，因其不影響親子關係之會面交往，故仍得行使之。又子女可否為會面交往權主體？就此有正反論者。惟親屬法以保護未成年子女利益為最高指導原理出發，子女要求探視其父母為自然之理，不得無故加以剝奪。會面交往權不應從父母立場，宜同時考量子女利益，承認其為主體。會面交往權為未成年子女之權利，乃屬解釋之當然。

⁶⁷ 參最高法院二十八年上字第一八號判例、最高法院三十八年台上字第一七一號判例。

⁶⁸ 參見戴炎輝、戴東熊、戴瑀如，親屬法，2007年9月，第259頁以下。

至第三人之會面交往權，民法並無相關規定，解釋上不免有疑。惟從立法例之比較與保護子女利益之最高指導原則考量，會面交往權對子女人格發展與知識之增長，有其助益，故在子女有利之範圍內，應予肯定為當。

參、未成年子女監護之附帶請求

民法親屬編有關父母對於未成年子女權利義務行使或負擔之規定，同法第一千零五十五條及第九百九十九條之一所定有關夫妻離婚或撤銷婚姻後，請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法事件，係屬非訟性質，原則上應依非訟事件法聲請法院定之（非訟事件法第一百二十二條至第一百三十一條）。惟如嚴格限制當事人須俟撤銷或判決離婚確定後再另案聲請法院裁定，非但增加當事人及法院之勞費，同時亦使法院無法於撤銷婚姻或離婚訴訟中，並就未成年子女權利義務行使或負擔問題做通盤考量，故就民事訴訟法第五百七十二條之一規定，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前附帶請求對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法⁶⁹，首創未成年子女監護之附帶請求新制，以謀求未成年子女之最佳利益為目的。

一、附帶請求之要件

未成年子女監護之附帶請求，須有一附帶請求之前提訴訟，蓋依第五百七十二條之一第一項規定，必須前提訴訟繫屬於法院，當事人始得提出未成年子女監護之附帶請求。又須有未成年子女牽涉其中，即須對於未成年子女之監護發生爭執始有附帶請求監護子女之必要。且須當事人為子女監護之請求，如未經當事人為此附帶請求，法院自無從對之為子女監護之裁判。至法院有時得依職權定未成年子女監護之內容及方法，係基於法律之特別規定⁷⁰，究與附帶請求有別。並且須前提訴訟原告之訴有理由，乃當事人雖已在前提訴訟中，為未成年子女監護之附帶請求，尚須法院認原告之訴為有理由，始得對之為定子女監護之裁判。所謂原告之訴為有理由，應視前提訴訟之判決結果，有無定未成年子女監護歸屬之需要而定，非以形式上原告之訴有無理由為準⁷¹。舉例來說，當事人提起夫妻同居之訴，法院認原告無理由時，他造有拒絕同居之正當理由，而有定子女監護之必要，就附帶請求則須合併裁判。

二、附帶請求之特性—處分權主義與辯論主義之全面排除

（一）處分權主義之排除

當事人於婚姻事件中附帶請求未成年子女權利義務之行使負擔，該附帶請求之性質屬於非訟事件已如前述，既為非訟事件，自不適用處分權主義三層面之內

⁶⁹陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），三民，2005年5月修訂四版，頁九四七。

⁷⁰民事訴訟法第五百七十二條之一第二項：「前項情形，法院亦得依職權定之。但於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會。」

⁷¹吳明軒，民事訴訟法（下），2007年9月，頁一七六八至一七七〇。

涵。亦即，就事件之開始、事件之範圍及進行、事件之終結，法院得依職權決定之。因此民事訴訟法第五百七十四條第三項規定：「關於認諾、捨棄、訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，於第五百七十二條之一之事實，不適用之。」依第五百七十二條之一所定附帶請求定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容方法時，不適用聲明之拘束性、捨棄、認諾。又第五百七十二條第二項規定，法院得依職權定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容，即縱當事人未於本訴訟中附帶請求，法院亦得依職權開啓之。

（二）辯論主義之排除

附帶請求未成年子女之權利義務行使負擔既屬非訟事件，自排除辯論主義，故法院得職權探知當事人所未提出之事實、不受當事人自認事實之拘束、且可職權調查證據。第五百七十五條之一規定：「第五百七十二條之一之事件，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。前項事實，法院裁判前，得徵詢主管機關或福利機關之意見，或囑託其進行訪視、提出調查報告及建議。」亦即，關於第五百七十二條之一之事件，為保護未成年子女之利益，應衡量子女之最佳利益，法院應採取職權探知主義之非訟法理，得就當事人未提出之事實，依職權調查證據而為斟酌，且於必要時，法院得徵詢主管機關或社會福利機關之意見，就對未成年子女之最佳利益做決定。

三、審理

有疑問者乃，若撤回離婚訴訟，附帶事件是否一併撤回？此時法院應先闡明詢問當事人對於附帶事件是否一併撤回，若當事人不願一併撤回，則將子女監護事件轉為非訟事件。有所應注意者，係附帶請求之前提訴訟，應包括第五百六十八條第一項、第五百八十三條、第五百八十九條及第五百九十二條所定訴訟之全部，其中超過非訟事件法第一百三十所定訴訟部分，亦為解決未成年子女監護事件之前提訴訟，如有各該訴訟繫屬於法院，非訟法院應有將所受理子女監護事件裁定移送之義務，不因非訟事件漏未規定而異⁷²。

四、上訴

民事訴訟法第五百八十二條之一第二項規定：「第五百七十二條之一事件，當事人對於第一審或第二審之終局判決，僅就本案部分提起上訴者，視為附帶請求部分已提起上訴。」於事實審法院為終局判決後，如當事人僅就本案部分提起上訴時，為避免上級審與下級審就本案部分裁判結果不同，使下級審所為附帶請求部分判決失所依據，故明文規定，當事人僅就本案部分提起上訴者，視為附帶請求部分已提起上訴，以資解決。又此所謂之附帶請求，除第五百七十二條之一第一項當事人所為之請求外，尚包括第二項法院依職權所定者在內。而若當事人僅就附帶請求部分之裁判聲明不服，因附帶請求係為保障子女利益而設，須迅速

⁷² 吳明軒，同註 5 書，頁一七七二。

妥適處理，故宜適用抗告程序部分爲之（第五百八十二條之一第三項）⁷³。

五、附帶請求之假處分

最後須注意者乃附帶請求之假處份，蓋在前提訴訟繫屬中，當事人就婚姻或親子關係發生爭執，對於未成年子女之監護，易生夫妻或父母互諉責任之現象，常累及未成年子女之監護或扶養，故許法院爲子女之利益，或依聲請或依職權命父母於訴訟繫屬中爲暫停監護子女之假處分，實爲必要⁷⁴，故於民事訴訟法第五百七十九條第一項即規定：「法院對於未成年子女權利義務之行使或負擔，得依聲請或依職權命爲必要之假處分。」。法院爲此假處分前，得斟酌當事人所未提出之事實，並依職權調查證據；爲裁判前得徵詢主管機關或社會福利機關之意見，或囑託其進行訪視，提出調查報告及建議（第五百七十九條第二項）。而假處分最常見之內容乃，子女之監護權暫歸何人行使，以及未行使監護權一方之暫時探視權（會面交往權），而其方法以符合未成年子女之最佳利益爲度。此項假處分，與非訟事件法第一百二十四條所定之保全處分相當，應解爲不得抗告，並

附錄八【最高法院七十一年度台上字第一五六八號判決】

上訴人 金○桂

訴訟代理人 呂榮海律師

被上訴人 王○銜

訴訟代理人 李二白律師

右當事人間請求交付子女事件，上訴人對於中華民國七十年十二月十六日台灣高等法院第二審判決（七十年度上字第三三五四號），提起上訴，本院判決如左：

主文

上訴駁回。第三審訴訟費用，由上訴人負擔。

理由

本件被上訴人起訴主張，吳○郁（民國六十四年三月十日生）爲伊與上訴人之子吳○智之婚生女，伊於六十九年四月八日與吳○智離婚時，雖約定吳○郁歸吳○智監護，但吳○智已於七十年八月十九日死亡，吳○郁依法應由伊監護，詎上訴人竟拒絕交付吳○郁等情，求爲命上訴人交付吳○郁之判決。上訴人則以吳○郁現與伊同居，自應由伊監護，吳○智生前曾訴請被上訴人變更其所住房屋所有人名義勝訴確定，並另訴請其遷還該房屋，該事件現由吳○郁承受，兩者利益相反，且吳○郁已在伊所住之台北市就學，依民法第一千零九十二條規定，伊有監護權，被上訴人並不能行使其監護權等詞，資爲抗辯。

按夫妻之一方，對未成年子女之監護權，不因離婚而喪失，此觀民法第一千零五十一條及一千零五十五條規定自明。依各該規定由一方監護者，僅他方監護權一

⁷³ 陳榮宗、林慶苗，同註3書，頁九五五至九五六。

⁷⁴ 參見最高法院七十七年台抗字第一二四號判例。

時的停止而已，倘任監護之一方死亡，該未成年之子女當然由他方監護。本件被上訴人主張之前開事實，已據提出調解筆錄及戶籍登記簿謄本等件為證。因離婚對吳○郁有監護權之吳○智既已死亡，依上開說明，吳○郁當然由被上訴人監護。上訴人辯稱，吳○郁應由伊監護等語，顯無可採。被上訴人所住房屋，依民法第一千零八十七條規定，固為吳○郁之特有財產，惟依同民法第一千零八十八條規定，被上訴人對之有使用、收益及管理之權。被上訴人對吳○郁之此項權利在未因濫用而被法院宣告停止親權以前，尚難謂其有不能行使監護權之情形。吳○郁縱已在上訴人所居台北市就學，亦不能因此即謂吳○智生前曾就此事項委託上訴人行使監護之職務，更難據以認被上訴人對吳○郁不能行使監護權。被上訴人本於監護權，請求上訴人交付吳○郁，自屬正當。

原審因而將第一審所為被上訴人敗訴之判決，廢棄改判，於法並無不合。上訴論旨，仍執前詞指摘判決欠當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條，第四百四十九條第一項及第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 七 十 一 年 四 月 九 日

肆、結論與建議

經觀摩會後得出以下之結論與建議：

一、結論

- (一) 本計畫執行之期程係由民國九十六年六月至九十七年一月，惟於八月始被核定，以至於計畫執行時間太短，教學觀摩會僅得於期中及期末各舉行一次，無法增加。
- (二) 課程對象之設定，以四年級為宜。蓋於三年級始修讀完民事訴訟法之課程本計畫既係實體法與程序法結合教學，於學生對實體法及程序法均徹底瞭解時，較能對課程融會貫通，以達本計畫之意旨。

二、建議

經費核發時間太慢，於十月中旬始核撥至學校，以至於計畫所需要之參考書目無法儘早更新。

伍、附件

附件一、案例式教學問卷調查

「親屬法與人事訴訟程序結合教學專題研究」

案例式教學問卷調查

案例式教學，不同於傳統之法學教育，乃係藉由案例設計輔以法理說明，達到師生對話式之教學。針對此次「親屬法與人事訴訟程序結合教學專題研究」之案例式教學，特別設計了此份問卷，以了解參與之學生對於案例式教學適應之程度，並改善不足之處，設計出更活潑寫實之法學課程。以下之問題，分為 1~5 分之程度，1 分表示最不贊同，5 分表示最贊同，若有具體之意見或建議，歡迎踴躍表達。

1. 案例之選擇您覺得是否適合？

1 分 2 分 3 分 4 分 5 分

具體建議 _____

2. 相關法制之說明您覺得是否清楚？

1 分 2 分 3 分 4 分 5 分

具體建議 _____

3. 此種案例式教學是否引起您的興趣？

1 分 2 分 3 分 4 分 5 分

具體建議 _____

4. 作業及演練部份您是否覺得過於困難？

1 分 2 分 3 分 4 分 5 分

具體建議 _____

5. 請您自我評估學習成果？

1 分 2 分 3 分 4 分 5 分

具體建議 _____

6· 請問您是否會閱讀參考資料而自行延伸學習？

1分 2分 3分 4分 5分

具體建議 _____

7· 請問您對案例式教學之認同度？

1分 2分 3分 4分 5分

具體建議 _____

8· 其他建議 _____

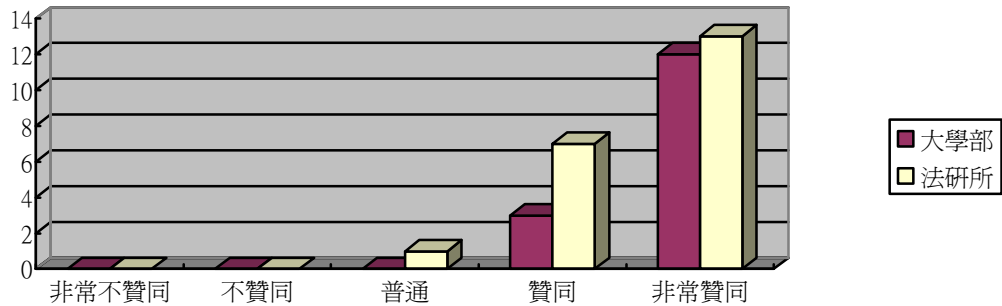
性別 男 女

年級 _____

「親屬法與人事訴訟程序」案例式教學問卷調查統計

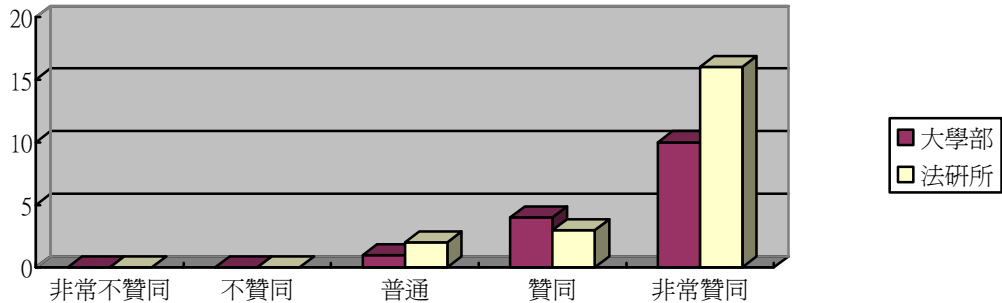
針對九十六年十月二十五日舉辦之「親屬法與人事訴訟程序」之案例式教學問卷，本研究團隊將問卷分為大學部之學生與研究生兩部份分別統計比較。統計樣為大學部之學生，男性 6 人、女性 9 人，計 15 人；法研所之學生則為男性 11 人、女性 10 人，計 21 人。

1. 案例之選擇您覺得是否適合？



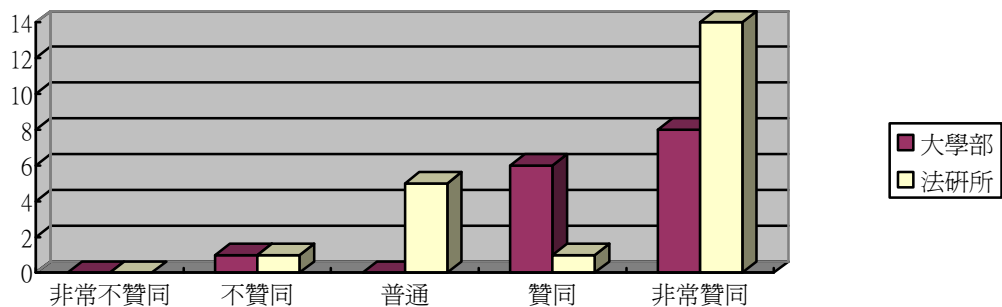
具體建議 無

2. 相關法制之說明您覺得是否清楚？



具體建議 無

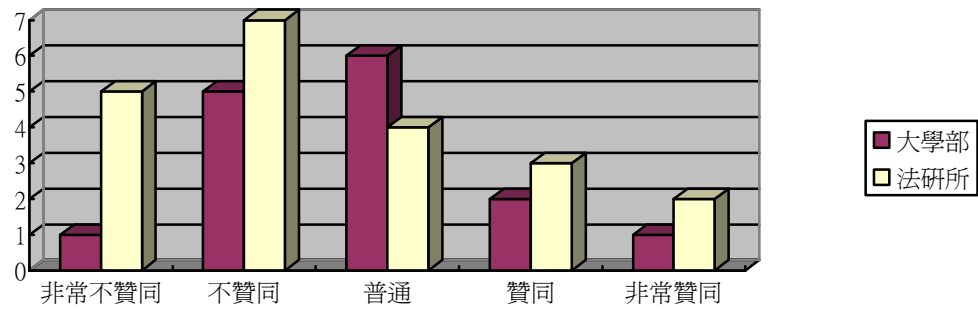
3. 此種案例式教學是否引起您的興趣？



具體建議 (1)教授口才很好。

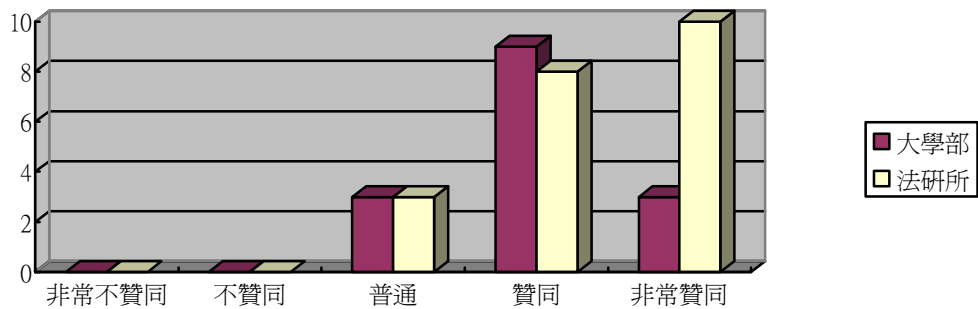
(2)有參與感比較有趣。

4. 作業及演練部份您是否覺得過於困難？⁷⁵



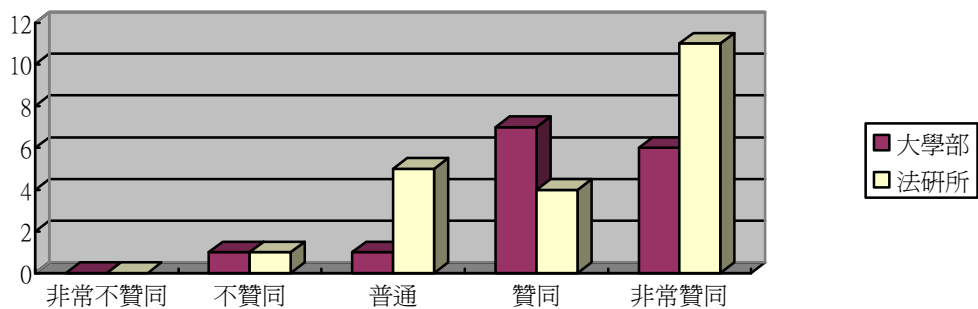
具體建議：無

5. 請您自我評估學習成果？



具體建議：無

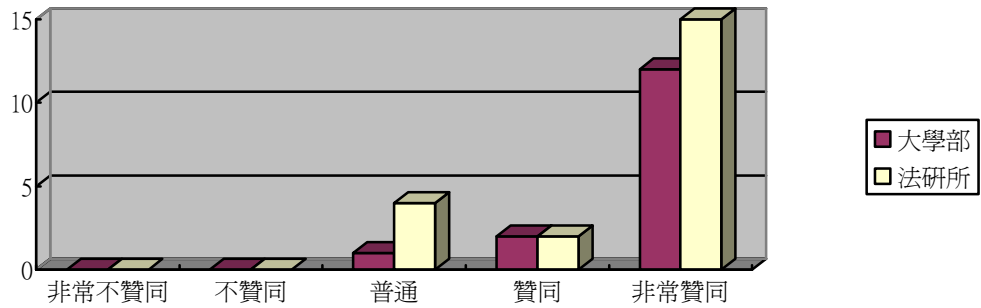
6. 請問您是否會閱讀參考資料而自行延伸學習？



⁷⁵ 本題目設計有所疏漏，呈現負面表列，在此特為說明。

具體建議：無

7. 請問您對案例式教學之認同度？



具體建議

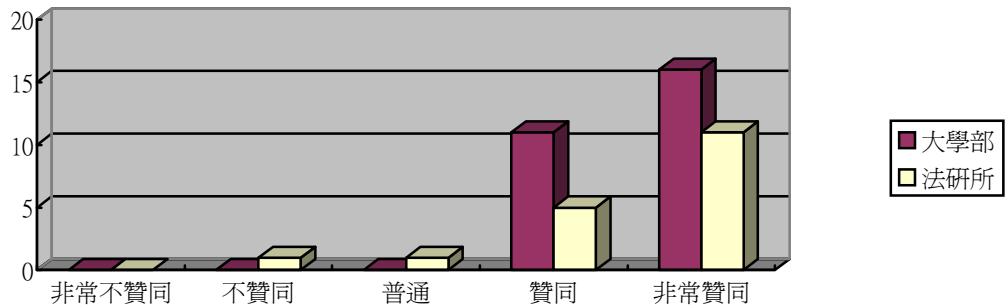
8. 其他建議

(1) 於結論時，若能將案例與理論結合分析會更好。

「親屬法與人事訴訟」案例式教學問卷調查統計

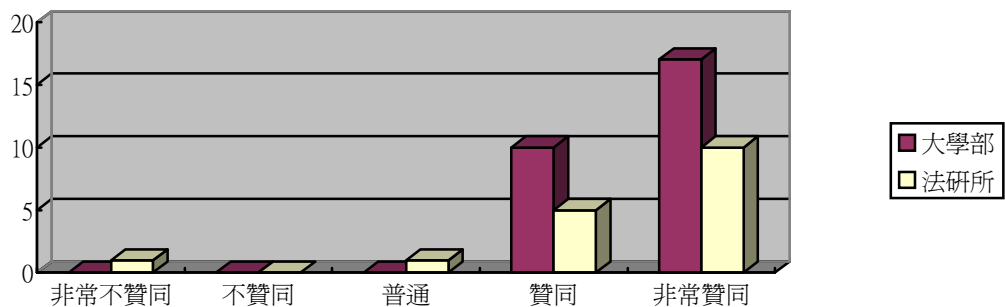
針對九十六年十二月二十七日舉辦之「性別與法律專題研究」之案例式教學問卷，本研究團隊將問卷分為大學部之學生與研究生兩部份分別統計比較。統計樣為大學部之學生，男性八人、女性十八人，計二十六人；法研所之學生則為男性十二人、女性七人，計十九人。

1. 案例之選擇您覺得是否適合？



具體建議 (1) 相當合適。

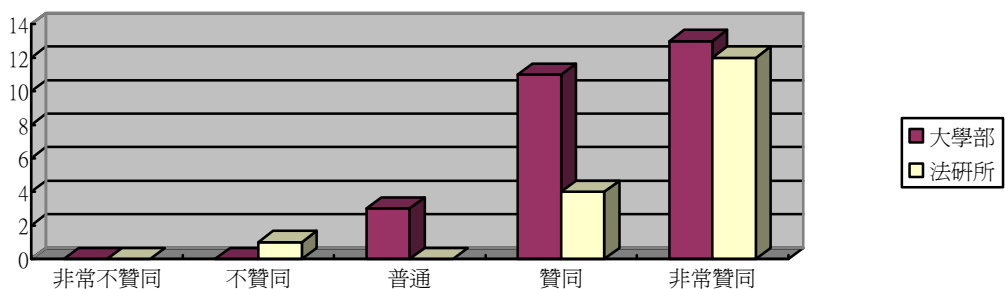
2. 相關法制之說明您覺得是否清楚？



具體建議 (1) 清楚

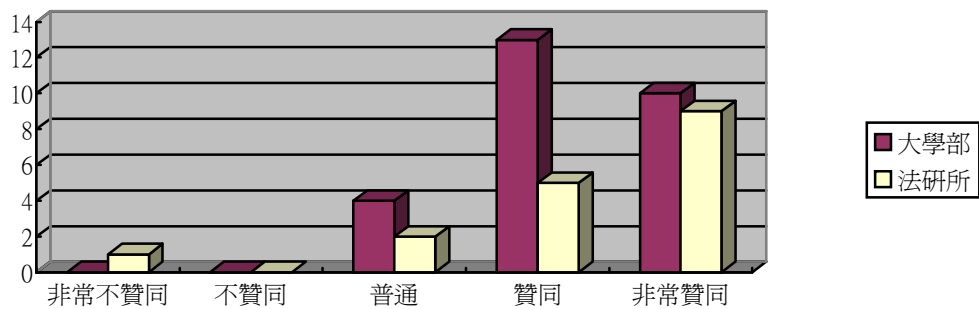
(2) 釋字第 587 號配合法院判決說明，比較實務與釋憲的落差，令人印象深刻。

3. 此種案例式教學是否引起您的興趣？



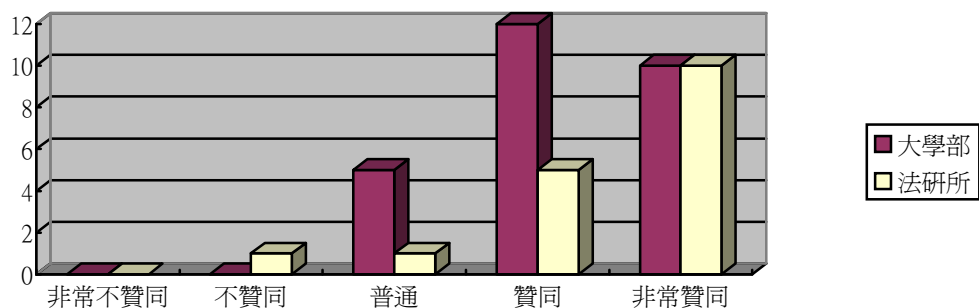
具體建議 (1) 圖解方法有助思考

4. 作業及演練部份您是否覺得難易適中？



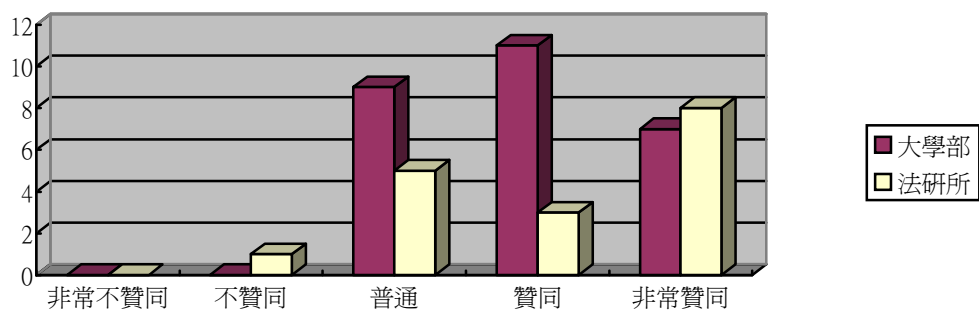
具體建議 (1) 合適
(2) 極佳

5. 請您自我評估學習成果？



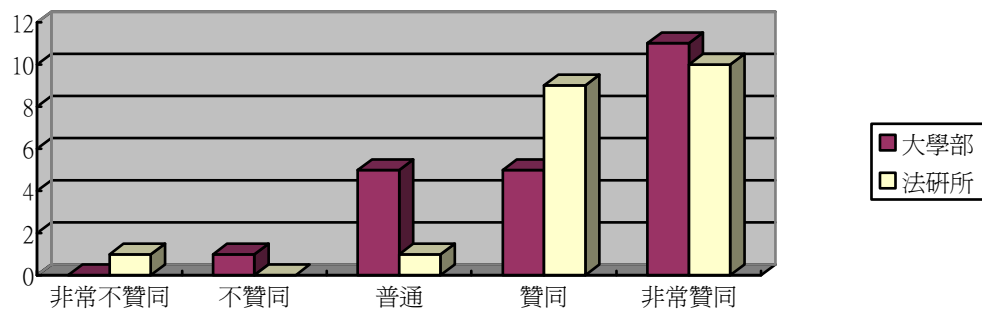
具體建議 (1) 有預習能達更好之效果
(2) 有具體進步

6. 請問您是否會閱讀參考資料而自行延伸學習？



具體建議 (1) 有引起興趣

7. 請問您對案例式教學之認同度？



具體建議 (1) 圖解方式有助思考

8. 其他建議

- (1) 實體法與程序法結合之課程相當好。
- (2) 能提供Power Point較重要的部分效果更佳。
- (3) 圖表方式的整理，當事人關係清楚可辨，相當清楚。
- (4) 建議可加些板書
- (5) 可多給學生表達意見之機會
- (6) 補充資料可以再詳細些
- (7) 可補充最新實務見解

附件二—教學觀摩會後座談會紀錄

郭玲惠老師：

各位同學大家好！接下來就是要針對我們今天所上的課，大家可以提出一些意見，或是今天有什麼樣的收穫，都可以提出來。同學也知道這還在試驗階段，試驗可能就會有錯誤，所以需要大家的意見來讓它變更好。所以接下來我們就歡迎徐老師、吳老師、焦老師！就由徐老師來主持！

徐慧怡老師：

各位同學我們現在就用很簡短的時間，對於剛剛那樣的教學方式，和我們傳統上的教學方式，是不是能給我們在座這幾位老師一個回饋？讚美也可以，批評也可以，或者是具體陳述意見，更是歡迎！

學生：

第一個想說的，覺得教材好像塞得太多了，時間似乎有點趕。第二個，可能因為有大學部同學在的原因，否則我覺得第一堂課的議題似乎可以更特別一點，這樣比較有助於同學思考和討論，謝謝！

徐慧怡老師：

有關於第一堂課教材的部分，因為第一堂課的設計是針對大學部同學，這的確是因為時間上的關係。謝謝！還有沒有哪位同學？

學生：

各位老師好！我是碩士班法理學組三年級的同學。今天老師們的上課我覺得都非常精彩，吳老師和徐老師這種合併訴訟法和實體法的方法，我個人覺得收穫很多。因為以前在大學念這些程序法和實體法的時候，都是完完全全分開獨立的。唸完碰到真正在生活上具有重大影響的實例，且在法律上也是非常重要的案件處理，通常都沒有什麼收穫。今天就覺得收穫非常多。至於焦老師的部分，比如說像性騷擾和性交易的議題，在一般大學部和研究所的課程中，通常都不是主流，這種比較少數的議題，若是能夠由這樣一個禮拜兩個小時的課來呈現，或是像這樣的講座，例如焦老師用很生動活潑的實例來提出很多的重點，包括國內外學說、當今國家的政策、實際實行時的扞格，這都是給各位很好的方式。就可以如問卷上所說，我們就有進一步探索的熱情，謝謝各位！

徐慧怡老師：

非常謝謝！

學生：

我是法研二的學生。第一堂課那種實體、訴訟案例的方式，是不是對大學部的同學有點困難？或者至少要三年級以上的才聽的懂？在課程安排上面會有些困難。而且要兩位老師同時上課，可能也有很多地方要調整，謝謝！

徐慧怡老師：

謝謝！這也是目前的難題。我們一直想要把它介紹的非常好，所以一直在想怎麼樣來謀合和分配。你把我們下一個問題提出來了，謝謝！

學生：

我是大學部的學生，我覺得吳老師和徐老師剛剛那樣的教學方法並不會很困難。以前上親屬的時候，比如說就會就兩岸重婚的案例，就會就程序法上作介紹。所以我覺得不需要兩位老師，而是一位老師就實體法上和程序法上作介紹，我相信對大學部的同學來說不會很困難。

徐慧怡老師：

謝謝！我想對同學不會很困難，但是對徐老師很困難！要徐老師教程序法！不過很謝謝妳的鼓勵！

學生：

我是大學部三年級的同學。今天是案例式教學的觀摩會，如果以後有類似的教學觀摩會，可以考慮不只是提供標題、主題，可以在網路上先放一些資料，讓想要參加案例教學觀摩會的同學下載，可以先預習，比如說提示一些重點。這樣同學在聽課時就不會突然要接受非常多的東西，同學也能進一步參與討論。謝謝！

徐慧怡老師：

非常謝謝這位同學！妳提供了我們一個非常好的思考方式，就是事先告訴同學到哪裡找資料，同時也訓練同學事先預習，這是一個非常好的上課方式。

學生：

各位老師好，我是碩二的學生！我覺得這種案例式的學習，可能是剛剛那位學妹已經學過訴訟法。否則一個二年級的學生在學習親屬法的過程中，還要加上訴訟法的概念，我覺得會有困難。我覺得這樣的課應該是要放在大三下或是大四的時候，這樣會比較合適。例如台大也是這麼做，原則是開在大三、大四。當然實體法和程序法的結合是有必要的，只是教學的年級要安排一下。否則上課時一直聽到撤銷訴訟、給付訴訟等等的，聽都聽不懂了，這可能會影響學習身分法的純度，謝謝！

徐慧怡老師：

訴訟法老師有沒有什麼話要說？

吳從周老師：

因為今天是時間的問題，否則課程的設計應該是會以整個年度或整個學期來設計，所以今天會覺得東西講不完，因為它是一個觀摩，時間有限。比較有問題的地方是，這個課程要放在哪一個年級？因為這涉及到課程深度的問題。所以我今天也不太敢請三年級的同學，我主要是請四年級和研究所的同學。這個課程的設計原則上我們是希望放在大四，大四的話我們希望是專題的方式，因為親屬法、訴訟法已經學過了，就把這兩科抽出來做專題式的討論。至於是要一個老師還是兩個老師上課，畢竟這種實體法結合程序法的討論，有時候會碰到訴訟實務的問題，恐怕還是需要兩個老師。兩個老師究竟要從頭到尾？還是切割成一半，先講實體再講程序？兩個主持人和一個主持人的困難度是不一樣的！其實我們還在調整啦！那我是不是有說跟沒說一樣？

徐慧怡老師：

其實每一堂課兩位老師都要到，這對老師來說是重複的負擔，就是一門課本來只有一位老師要到，現在一門課要有兩位老師要到，不只是兩位老師上課默契的配合，還涉及到整個制度的問題。這就不只是兩位老師的問題，可能教育部的一些制度通通都要改變。我們現在是把眼光放得很遠，我們也很希望能夠來作這件事。

吳從周老師：

再補充一點，其實這個課程是一個趨勢，因為將來國家考試科目上也是這個趨勢，就是實體法和程序法結合。不只是身分法，在其他領域上實體法和程序法的結合也是一個趨勢。所以這一個嘗試會被教育部肯定，我想它是將來的一個重要走向。

學生：

老師，這種案例式教學會取代我們現有的基礎課程，還是變成專題？例如說以後就是民法總則案例式、債總案例式？還是原來的課程仍然存在，另外開結合實體法和程序法的案例式專題？

徐慧怡老師：

民法總則要請民法總則的老師回答。

郭玲惠老師：

今天為什麼要作這個觀摩，就是因為傳統式的教學被人詬病的方面就是學生

理論都會了，但是怎麼用不知道。所以就嘗試把理論實務、程序實體結合起來。以後要設計成專題，還是要基礎理論都用案例式的？現在都還沒有定論，這也是今天鼓勵大家把意見講出來的原因。當然今天我非常佩服徐老師、吳老師的勇氣，因為人家分開幾百年的實體法和訴訟法，今天這一堂課就要把它結合起來，而且是兩個人一起來上！這是很困難的！以我自己留學國德國來說，他們的課程也會分成基礎理論以及案例式，我們是不是要這樣做，目前沒有定論。什麼時候會有定論我們也不知道，至少今天的座談會有一個詳實的紀錄，在期中期末報告我們會把它呈現出來，所以請同學盡量暢所欲言！

學生：

我是大學部的同學，兩位老師的課我都有上過。剛吳老師的部分，因為老師講話很快，power point 用起來似乎不是很順手，再加上時間的問題，所以感覺上就是字一大堆，一直聽一直聽，沒有辦法吸收。而徐老師很習慣用 power point，所以時間上很能掌握，謝謝！

徐慧怡老師：

因為我的內容比較簡單。各位同學剛剛的意見我們都會列入考量，今天之所以會有這個觀摩會，就表示我們很認真的在作這個計畫，並沒有定論或是預設立場，所以希望從各位同學的反應來作之後的結論。如果沒有意見，非常謝謝各位同學今天不只兩個鐘頭的時間一直留在這裡，也謝謝各位的熱忱，感謝大家！

附件三一教學觀摩會發放資料

親屬法與人事訴訟程序結合教學專題研究教學觀摩

婚生子女之推定與否認

一、案件題目

阿文與阿美於民國八十年一月結婚，八十九年一月離婚，阿文與阿美因感情不睦早於八十三年間即分居，嗣阿美與第三人阿宏同居，並於八十五年二月生下一女小欣，阿宏不僅代為照顧阿美，且每月均支付生活費用，而有照顧並撫育小欣之事實。阿文與阿美均已逾一年得提起否認子女之訴的期間，阿宏（小欣之親生父）乃提起確認親子關係存在之訴。（改編自台灣高等法院九十二年度家上字第二四〇號判決）

二、問題爭點

（一）婚生子女之定義為何？包括受胎期間之推定、婚生之推定與婚生子女的否認等三個問題。

（二）如何提起「否認子女之訴」？包括否認子女之訴之性質、否認權人的範圍與確認親子關係之訴之關係等問題。

三、相關規定

	舊法	現行法	修正理由
民法第 1061 條		稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。	
民法第 1062 條	從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間。能證明受胎回溯在前項第三百零二日以前者，以其期間為受胎期間。	從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間。能證明受胎回溯在前項第一百八十一日以前或第三百零二日以前者，以其期間為受胎期間。	一、修正通過。 二、將「 <u>第一八二日</u> 」修正為：「 <u>第一八十一日</u> 」，以符體例。 三、目前醫學進步，懷胎六個月以內之早產兒已能存活，故第二項增列「 <u>第一八十一日</u> 以內」等文字，以符社會實情。
民法第 1063 條	妻之受胎，係在婚姻	妻之受胎，係在婚姻	一、第一項未修

	<p>關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日時起，一年內為之。</p>	<p>關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴。前項否認之訴，夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後二年內為之。</p>	<p>正。</p> <p>二、鑑於現行各國親屬法立法趨勢，已將「未成年子女最佳利益」作為最高指導原則，又聯合國大會於一九八九年十一月二十日修正通過之「兒童權利公約」第7條第1項，亦明定兒童有儘可能知道誰是其父母之權利。復參酌德國於一九九八年修正之民法第一六〇〇條，明文規定子女為否認之訴撤銷權人，爰於本條第二項增列子女亦得提起否認之訴。</p> <p>三、現行條文第二項但書規定，夫或妻提起否認之訴，應於知悉子女出生之日起一年內為之。因其期間過短，且常有知悉子女出生但不知非為婚生子女之情形，致實務上迭造成期間已屆滿，不能提起否認之訴，而產生生父無法認領之情形，爰將現行條文第二項但書所定「知悉子女『出生』之日起『一年』內」</p>
--	---	--	--

			<p>修正放寬為「知悉該子女『非為婚生子女』時起『二年』內為之」，以期取得血統真實與身分安定間之平衡。</p> <p>四、至於子女提起否認之訴之期間，亦以該子女「知悉其非為婚生子女之日起二年內為之」。惟子女若於未成年時知悉者，為避免該子女因思慮未周或不知如何行使權利，爰明定仍得於成年後二年內提起否認之訴，以保障其權益。</p>
--	--	--	--

四、釋字與延伸問題

(一) 大法官解釋第 587 號

1. 民法第一〇六三條未顧及子女的提訴權，不當限制子女的訴訟權，不足維護人格權益。
2. 法律不許親生父對受推定之他人婚生子女提否認之訴，乃為避免破壞他人婚姻之安定、家庭和諧及子女之受教養權，與憲法尚無抵觸。(民國 93 年 12 月 30 日)

(二) 延伸問題

1. 如果阿文與阿美係因為膝下無子嗣，僅有一女小欣，乃與阿文之兄阿忠之親生子阿榮，以「交換入籍」之方式，登記為阿文與阿美之長男，則是否受到婚姻推定？(最高法院 94 年度台上字 1364 號判決參照) 假設阿文與阿美離婚，阿美馬上與阿宏結婚，阿美於再結婚後一百八十一日後，前離婚後三百零二日內生下一女小欣，小欣為何人之婚生子女？
3. 您覺得如同一開始的案例所示，如果法定父親阿文已經沒有與子女小欣同住，或者已經沒有任何對子女撫養的事實，反而是生父阿宏事實上已經與小欣及生母阿文同住，並且盡撫養與照顧之責時，是否仍然不應准許其可以提起否認子女之訴？此時是否仍然有大法官釋字第五八七號解釋顧慮的「破壞他人婚姻之安定與家庭之和諧」的問題？