

國立政治大學法律研究所博士論文

指導教授：林秀雄 博士

事實婚法制之研究



研究生：王重陽 撰

中華民國一〇〇年一月

論文摘要

2008 年釋字第 647 號公布，針對稅法上未賦予「事實上夫妻」法律上配偶相同待遇，是否牴觸憲法做出解釋。其理由書謂無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實者，因具婚姻關係配偶之相似性，立法機關得在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，給予適度之法律保障。之前於 2007 年通過民法修正，將婚姻制度由過去「儀式婚」改為「登記婚」，不過社會上迎娶的習俗並未改變，男女只踐行婚禮而未為結婚登記者，其法律地位如何。而各國同居人口不斷增加，各國法制莫不積極因應，據調查國內目前同居人口亦高達 44 萬人以上，因此外國法制確有參考的實益。礙於篇幅及文獻限制，僅就人民往來頻仍之美國、率先以民法典規範之法國、以裁判先例處理之日本、文化背景近似之中國大陸等地介紹之。

本論文分六章，第一章介紹研究動機及研究方法，研究之動機主要是大法官釋字第 647 號解釋之立法指示、2008 年結婚方式修正後預立補強之道。其研究方法係以法解釋學為基礎，透過文義、體系、立法、目的及合憲解釋等方法認識各國法制，再進行法制間的比較、歸納、演繹等分析，期能借鑑最適我國情之法制。第二章為各國事實婚之用語、規範類型與發展介紹。以較宏觀的角度檢視各國事實婚法制，包括其用語、規範的方式及發展背景，各國對於事實婚的表達未必一致，如何擷取具有參考價值的法制，成為研究事實婚的第一個課題。其次規範的方式各國間亦不相同，有以成文法規之，亦有以裁判先例處理之，甚至解決的重心亦不相同；而各國事實婚形成的背景，更是研究外國法制所不可或缺者。第三章討論事實婚保護之法理，一般認為事實婚的保護，將有害婚姻憲法權威地位，承認事實婚之地位必須具有強而有力的理由。目前雖然沒有事實婚的國際條約，不過婚姻自由、家庭保護、平等不歧視、兒童保護等國際法上普世原則的尊重，亦間接保護事實婚。而已進行事實婚保障之國家，其調整

憲法上婚姻地位獨尊的論述，亦值得參考。第四章、第五章則具體分析美、法、日、中國大陸等地關於事實婚之規定，包括美國法律協會的家庭解消建議、法國民法 Pacs 制度、日本內緣關係、中國大陸之（非法）同居關係等，同時分析我國司法實務的判決。

第六章為結論，本論文肯定事實婚保護之必要性，強調共同生活事項類推婚姻法效果的合理性，並根據此結論提出建議，包括援引外國立法例的調整、國內實務解釋的改進、立法雛議與男女共同生活契約範本的提出，期能增進男女地位的公平與弱勢伴侶之保護。



目次

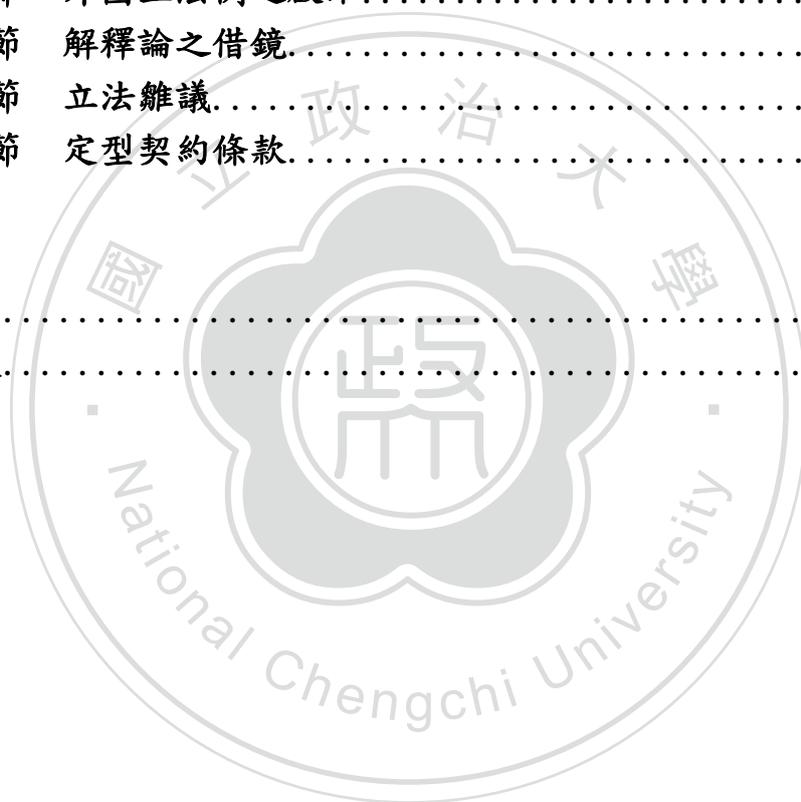
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	2
第三節 研究方法.....	3
第一項 法解釋學.....	4
第一款 文義解釋.....	5
第二款 體系解釋.....	5
第三款 立法解釋.....	5
第四款 目的解釋.....	6
第五款 合憲解釋.....	6
第二項 研究類型.....	7
第一款 文獻研究.....	7
第二款 歷史研究.....	7
第三項 研究方法.....	8
第一款 問題法研究法.....	9
第二款 分析法.....	9
第一目 資料解釋分析.....	9
第二目 比較分析.....	10
第三目 歸納分析.....	10
第四目 演繹分析.....	11
第四項 機能性原則.....	11
第四節 研究範圍與材料.....	12
第二章 事實婚的用語、規範類型、發展.....	15
第一節 事實婚之用語及定位.....	15
第一項 國內學者.....	16
第二項 日本學者.....	17
第三項 美國學者.....	20
第四項 其他英文語系國家.....	22
第五項 小結.....	22
第二節 事實婚法制規範類型.....	23
第一項 以成文法為區分.....	23
第二項 以專屬法為區分.....	25

第一款	專法.....	25
第二款	專章.....	25
第三款	分散立法.....	26
第三項	以規範重點為區分.....	26
第一款	全面說.....	26
第二款	關係終止說.....	28
第四項	以與婚姻效力相似性為區分.....	28
第五項	以應否申報登記為區分.....	29
第六項	以適用對象為區分.....	29
第三節	各國事實婚之發展.....	30
第一項	事實婚形成原因.....	30
第一款	美國.....	30
第二款	法國.....	34
第三款	日本.....	38
第四款	中國大陸.....	39
第二項	事實婚之法制發展.....	41
第一款	美國.....	41
第二款	法國.....	55
第三款	日本.....	60
第四款	中國大陸.....	64
第四節	檢討與分析.....	67
第一項	儀式婚主義下之事實婚.....	67
第二項	登記婚主義下之事實婚.....	68
第三項	我國法制發展.....	71
第三章	事實婚規範之法理.....	75
第一節	國際法位階.....	75
第一項	婚姻自由之保障.....	85
第一款	婚姻實質要件.....	85
第二款	婚姻形式要件.....	86
第三款	不結婚權利.....	88
第二項	家庭權之保障.....	89
第一款	人權法院之看法.....	89
第二款	歐洲法院之看法.....	94

第三項 平等權（不歧視原則）.....	97
第四項 兒童保護—子女最佳利益.....	102
第五項 同性問題.....	106
第一款 同性伴侶關係之定性.....	106
第二款 平等權與同性伴侶關係.....	107
第一目 歐洲法院之看法.....	107
第二目 人權法院之看法.....	108
第二節 憲法位階.....	114
第一項 美國.....	114
第一款 婚姻優位之州立法原則.....	114
第二款 同居在婚姻法之地位.....	114
第三款 同居在侵權行為法之地位.....	119
第四款 同居在個人隱私、私法自治之地位.....	121
第五款 同居與同性伴侶之關係.....	122
第二項 法國.....	127
第一款 平等原則.....	129
第二款 契約自由.....	129
第三款 婚姻家庭與共同生活契約.....	130
第三項 日本.....	130
第一款 事實婚保護法理.....	131
第二款 事實婚之立法論.....	132
第四項 大陸.....	137
第五項 我國.....	139
第一款 平等權.....	139
第二款 結婚自由.....	140
第三款 家庭制度保障.....	141
第四款 家庭制度再思考.....	143
第五款 法律漏洞補充.....	145
第三節 檢討與分析.....	147
第一項 事實婚保護之必要性.....	147
第二項 事實婚保護之可能性.....	151
第三項 異性同居伴侶與同性同居伴侶.....	156
第四章 事實婚之成立要件.....	159

第一節	美國	159
第二節	法國	162
第三節	日本	165
第一項	一般內緣	165
第二項	重婚內緣	169
第三項	近親內緣	171
第四項	現代內緣	174
第四節	中國大陸	174
第一項	事實婚姻與非法同居	174
第二項	同居關係再確認	176
第五節	我國	178
第一項	我國學者見解	178
第二項	實務見解	180
第一款	事實上夫妻與類似夫妻之結合	180
第二款	事實婚之判斷標準	184
第三項	小結	190
第六節	檢討與分析	195
第五章	事實婚之法律效果	199
第一節	美國	199
第一項	同居伴侶之財產分配及補償性賠償	199
第二項	贍養費減少與免除	204
第一款	贍養費之給付	204
第二款	贍養費減少與免除	206
第二節	法國	210
第三節	日本	215
第一項	一般內緣之法律效果	215
第一款	關係存續中	215
第二款	關係消除後	218
第二項	重婚內緣之法律效果	222
第三項	近親內緣之法律效果	226
第四項	現代內緣之法律效果	228
第四節	中國大陸	231
第一項	事實婚法律效果	231

第二項 實務案例分析.....	232
第五節 我國.....	236
第一項 關係存續中.....	237
第一款 身分法效果.....	237
第二款 財產法效果.....	239
第二項 關係解消後.....	245
第六節 檢討與分析.....	254
第六章 結 論.....	259
第一節 外國立法例之啟示.....	259
第二節 解釋論之借鏡.....	261
第三節 立法雜議.....	262
第四節 定型契約條款.....	270
附錄.....	273
參考文獻.....	275



第一章 緒論

第一節 研究動機

2008 年司法院大法官解釋第 647 號公布，針對聲請人主張稅法上未賦予「事實上夫妻」法律上配偶相同待遇，恐抵觸憲法之疑義做出解釋，認為「欠缺婚姻之法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶」未能享有稅法相關利益，與憲法第 7 條平等原則無違。其理由書中進一步說明，「有配偶之人於婚姻關係外與第三人之結合，即使主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有長期共同生活與共同家計之事實」，此類男女因違背一夫一妻之婚姻制度，稅法有關規定並不違憲。至於「無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實」者，因具婚姻關係配偶之相似性，立法機關得在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，給予適度之法律保障。之前於 2007 年通過民法親屬編修正，將第 982 條修正為「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登記。」。婚姻制度由過去「儀式婚」改為「登記婚」，未來縱使有公開儀式或二人以上之證人，甚至經由法院公證，於未完成結婚登記前，結婚均不生效力。本次修正，改變民國 19 年民法公布以來所奠定之結婚形式要件，亦與我國固有之嫁娶習俗不符。此項變革固足以協助法院輕易分辨結婚是否成立，讓結婚與離婚登記效力一致，¹社會大眾透過登記，清楚認識一個人的婚姻狀況，減少公開儀式所產生的疑義，為其優點。不過社會上迎娶的習俗並未改變，男女在踐行婚禮後，社會上普遍以夫妻視之。若男女雙方或一方拒絕登記或婚禮舉行後至結婚登記前，其法律地位如何？其與第三人之法律關係又如何？有無值得保護之處？法所未明。又根據國科會委託的研究報告指出，我國目前

¹ 民法親屬編部分條文修正草案，立法院公報，第 96 卷，第 38 期，院會紀錄，頁 68~69，171，2007 年。

同居人口高達 44 萬人以上，²歐陸亦有大量不婚同居關係（事實婚），即男女雙方沒有結婚，卻如同夫妻般生活在一起，甚至擁有共同的孩子，外觀上幾乎與一般家庭無異，歐陸國家面對此種發展，如何因應？而英、美等國亦無法獨立於同居潮流之外，面對日益增加的同居人口，法院實務如何看待？此外對於同居的保護，一般直覺必定衝擊傳統婚姻制度，造成適婚男女結婚意願的降低，實情如何？有無客觀數據？抑或沒有影響。因此不論從法制面大法官的立法指示或民法修正後產生的疑問，都與事實婚的內容、內容、法律效果有關。不過本文所稱之事實婚並非指事實婚主義，而是與事實婚主義相對之法律婚主義下，不符法律婚要件之事實婚，拒絕或違反法律上結婚要件但客觀上如同夫妻共同生活之事實上伴侶。同時因事實婚保護與婚姻關係處於緊張的狀態，同時民法改制後極有可能產生事實婚，此等議題具有時效性、普遍性與多樣性，是婚姻法上重要的課題，值得深入研究。

第二節 研究目的

不論是因民法採用登記婚所造成的事實婚，或因西風東漸所形成長期同居關係的事實婚，其當事人間或與第三人間之法律關係，現行法上付之闕如。事實婚男女，也會產生類似婚姻關係下之不利地位。例如在家從事家務勞動或養育子女之一方，於同居關係結束時，其財產的分配上可能無法獲得適當之評價，或同居關係結束時，扶養子女之一方應該獲得比較多的財產分配等，從公平正義的角度來看似乎是理所當然，但在欠缺法律明文下，其解決方法淪為百家爭鳴。

歐陸法學過去不僅為我國法所繼受，迄今仍是我國法制的重要參考，加上我國人民生活形態已趨西化，歐陸過去所面臨之社會問題，亦逐漸在國內發生，如同居人口的增加即是不爭的事實。同居法制的立法由北歐諸國開風氣之先，接著是荷蘭、比利時、法國等，近期則是蘇格蘭，迄今英國仍熱烈討論中。但另有透過司法裁判處理同

² 楊靜利，同居的生育意涵與台灣同居人口估計，台灣社會學刊，第 32 期，頁 189-213，2004 年 6 月。

居問題者，例如德國雖然在 2004 年通過同性之同居伴侶法，但對於異性同居關係卻始終被摒除在立法機關外。在美國，雖然學者借鑑歐陸法制鼓吹同居立法，但未獲多數立法機關的青睞，主要原因在於憲法對婚姻制度的權威性保護，賦予同居伴侶制度性保障，將衝擊婚姻制度，產生替代效果，危及國家社會的基礎。儘管如此，2000 年美國法律協會提出家庭解消基本法律原則的分析與建議中，建議賦予同居伴侶（符合法定條件）類似夫妻之地位，解決伴侶關係結束時的財產紛爭，同時公平分配個人與社會責任。而除了歐陸、英美等國外，日本與中國大陸亦有事實婚問題，日本受歐美風氣之影響，其男女不婚同居數量明顯增加，男女除了婚姻的結合外，選擇新的社會組織形態代之。雖然從宗教和傳統觀點並不鼓勵同居，仍然認為婚姻家庭是社會之基石，有其不可取代之地位。但現實上，面對新形態的男女結合組織，或可批評既然當事人選擇同居不結婚，就必須承擔法律不予保護的結果，一切委由私法自治來解決。但貫徹此種看法是否與憲法揭諸財產權保護、婦女人格尊嚴維護的基本國策相符，是否與法律追求公平正義的目標一致。再者，部分歐美國家承認同性男女可以如同異性般結婚，部分國家雖不承認同性婚姻，但對於同性結合給予特別法上的保護。倘若反將擁有生育功能之男女同居摒除在外，其價值取捨是否失衡值得討論。家庭暴力防治法修正後，我國目前已無事實婚的相關條文用語，是否保護及如何加以保護，外國法制的參考勢所難免。大法官僅指出特定同居類型有立法保護之必要，但各國立法形態迥異，社會背景各不同，必須藉由外國事實婚發展的觀察、法制現況與條文內容的分析，選擇與我國國情相近之法制，同時借助國內實務個案的分析，透過實務案例的檢驗，驗證立法的必要與妥當性。如此方能預立未來社會發展之多樣性，還能兼顧法律適用的實用性。

第三節 研究方法

本文主要研究事實婚法制，法制的比較具有多種作用，其主要

有：增進認識法律之本質、作為本國立法之參考資料、促進國際了解及商務交易、作為國際法律統一化基礎及法律解釋和填補法律漏洞等。³事實婚過去學者普遍認為是漏洞補充的問題，然而在釋字第 647 號解釋公布後，已成為立法論的問題。將外國立法例視為法理，向為學者所贊同，⁴實務亦肯認之，⁵為補充法律漏洞之重要方法。而根據釋字第 647 號的指示，立法機關有立法的義務，外國立法例當然為本國立法的參考。因此目前實務處理事實婚所依據之理由是否充分，對外國立法例如何看待，為本文討論的起點。至於如何從諸國法制中，擷取最適我國情者，為本文研究最終目的。其中涉及問題包括事實婚的定性、形成背景、法制的遞嬗、憲法爭議、事實婚類型、定義、法律效果甚至其他公法上保護等。礙於所學及篇幅，本文以法釋義學（Rechtsdogmatik, Legal Dogmatics）為主軸，研究有關現行實證法的規範意義，以現有的法體系為真實作為前提，就現有狀況來進行思考。

第一項 法解釋學

基本上法解釋學並不討論現行法體系的有效性與否，只在體系內批判現行法。⁶換言之，針對特定之法領域，依照現行有效的法律規範與個案裁判，闡明其規範內涵，並且整理歸納出原理原則，以方便法律適用、法律續造，甚或法律改革的一門學問。⁷缺乏法釋義學概念架構的指引，對於法制度運作之論述將極易陷於浪漫的修辭，而無法產生合理之說服力與共識。因此法學知識的初步定性，即為法釋義學概念架構，與支持其運作的各種理由的綜合闡述。⁸德國學者薩維

³ 王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，民法學說與判例研究（第二冊），頁 17-18，自版，1988 年。

⁴ 王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，頁 3-32；姚瑞光，民法總則及第一條釋論，法令月刊，第 41 卷 11 期，頁 9，民國 79 年 11 月。

⁵ 最高法院 59 年度台上字第 1005 號民事判決。

⁶ 吳從周，民事法學與法學方法（第一冊），頁 34，自版，2007 年。

⁷ 王立達，法釋義學研究取向初探：一個方法論的反省，法令月刊，第 51 卷 9 期，頁 23，民國 89 年 9 月。

⁸ 顏厥安，法效力與法解釋—由 Habermas 及 Kaufmann 的法效理論檢討法學知識的性質，臺大法學論叢第 27 卷 1 期，頁 19，民國 86 年 10 月。

尼謂「解釋法律係法律學之開端並為其基礎，係一項科學性之工作，但又為一種藝術。」⁹學理上對於法律闡釋的方法有文義解釋、意義脈絡解釋（體系解釋）、立法意思解釋、客觀目的論及合憲解釋等。¹⁰

第一款 文義解釋

文義解釋係指依法律條文字面意義所作成之解釋。法律文義解釋必須符合於語法與法律條文的意涵。如釋字 647 解釋理由書所述如「婚姻之共同生活意思」，本文即透過對於婚姻字義的解釋，將如同婚姻意思解釋為「排除同性間的共同生活，限定對象為一男一女間，亦排除短期或有期限之共同生活，也排除沒有感情和愛情的公寓分租或室友，並以性的結合為原則，所形成獨占、排他之男女關係」。

第二款 體系解釋

體系解釋，當文義解釋有二個以上解釋可能存在時，須從法律體系的脈絡，上下位法律在體系上的各種關聯、整個法律秩序的體系性，以此等因素考量，作為選擇其中一種最適當解釋之方法。如釋字第 647 號解釋所宣示對於事實婚的保護，但未言明是否排除同性伴侶之間，不過從理由書區分有配偶之人及無配偶之人形成之事實婚，及對照遺產及贈與稅法中配偶免稅爭議，可知所保護之事實婚僅為異性伴侶間。

第三款 立法解釋

立法意思解釋，法律解釋在闡明法律制定當時立法者的意思。例如民法第 999 條之 1 第 1 項規定「第 1057 條及第 1058 條之規定，於結婚無效時準用之。」最高法院據此以為僅結婚登記而未成立婚姻關係之事實上夫妻，法未明定其財產準用夫妻財產制之相關規定，準用婚姻之規定於法已有未合。¹¹顯然最高法院誤會婚姻無效之事實婚效

⁹ 王澤鑑，民法學說與判例研究（第一冊），頁 296，自版，1990 年。

¹⁰ Karl Larenz，陳愛娥譯，Methodenlehre der Rechtswissenschaft（法學方法論），頁 245-248，五南圖書公司，2010 年。

¹¹ 最高法院 98 年度台上 2185 號民事判決。

果僅限贍養費請求及財產取回，進而推論立法者認為當事人無配偶之身分即無適用夫妻財產制規定。學者則認為當事人結婚雖屬無效，但如有事實上之夫妻共同生活時，即屬事實上夫妻者，於法亦有保護之必要。從而當事人終止其關係時，一方可準用民法 1057 條、第 1058 條之規定，向他方請求相當之贍養費及取回其財產與請求分配剩餘財產。¹²倘若法律制定後，法院不能隨時代潮流而調整其解釋，最後亦將為新的立法者修法取代之。

第四款 目的解釋

客觀目的解釋，係為配合法律目的乃至社會統制的目的，並藉此目的來衡量何種解釋可能性所產生的社會效果最符合社會目的。¹³例如實務認為事實上夫妻間不能類推適用剩餘財產分配，不過從剩餘財產分配制度的立法目的，係肯定一方在家操持家務，教養子女，備極辛勞，一方所增加之財產他方有平均分配的權利，即是對於家事勞動的評價。從男女平等及保護婦幼的當前法律潮流來看，承認事實上夫妻間的剩餘財產分配，符合客觀法目的解釋。

第五款 合憲解釋

合憲解釋，鑑於概念法學和利益法學之對立，二戰後德國發展出「憲法的客觀價值秩序」理論，任何憲法規定均承載有特定價值，透過法律解釋方法的運用，告別憲法條文所蘊含的價值觀，經過解釋後可形成一完整的價值體系。¹⁴例如日本學者嘗試在內緣準婚理論之外，為現代內緣尋找憲法保護的基礎，認為日本憲法第 13 條個人有幸福追求的權利，為其立法保護的基礎。我國憲法 22 條雖然為人性尊嚴、個人生活方式自由的依據，但因大法官同時為婚姻優位之宣示，不能同日本為相同之解釋，事實婚必須從憲法另尋保護基礎，避

¹² 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 135，三民書局，2008 年。

¹³ 楊日然，法理學，頁 110-116，三民書局，2005 年。

¹⁴ 王立達，法釋義學研究取向初探：一個方法論的反省，頁 27-28。

免侵害婚姻，造成違憲之解釋。(詳本文第三章第二節第三、五項)

在適用的順序上，文義解釋通常為最初步的解釋，其次為體系解釋，再來才為立法者意思解釋，而當立法當時的法律解釋無法滿足現實環境需要時，再利用客觀目的解釋。法釋義學係釋義的科學，各國法律學者及實務判決，大多依據上開方式理解並適用該國之法律，當各國事實法制呈現後，再來即是研究重點的問題，礙於客觀條件的限制，無法為全面性的研究，本文僅以文獻研究及歷史研究為重心。

第二項 研究類型

在研究的類型上本文主要採文獻研究及歷史研究，而研究方法則採問題法和分析法。

第一款 文獻研究

文獻研究乃是對某一問題自過去的有關研究中調查其文獻，並加以分析而形成一研究之內容。文獻研究乃研究工作中最普通之方法，也是一切研究所必須經過的步驟。¹⁵我國目前並無事實婚相關法制，外國立法例的借鑑勢所難免，對於外國立法例的了解同樣必須以文獻研究為出發點，蒐集各國法制的相關資料，包括條文、立法說明、實務判決、學說討論等(詳本文第二章第三節、第四章、第五章等)。相同地在討論我國法關於事實婚之成立要件及法律效果時(詳本文第四章第五節、第五章第五節)，必須彙整我國學者看法及實務判決，並對照與分析之，如此不僅可以了解學說和實務看法的異同，進而發現學說或實務所未及之處。

第二款 歷史研究

世間所存在的事物，未有任何一項能忽略時間的經緯，任何事物均有其歷史，於是有其未來。學問均具歷史，若棄絕歷史，研究就無法成立，法律亦然。若忽略此項歷史背景，任何為事實的存在理由所

¹⁵ 王錦堂，大學學術研究與寫作，頁 41，東華書局，民國 86 年。

為之證明均變的薄弱。一般歷史研究所使用的資料乃以文獻為主。若捨棄文獻的研究方法，將無法做好歷史研究。¹⁶而法學的歷史研究即是法制更迭變遷的研究，當法制變遷涉及法制史的研究時，學者認為其研究方法包括法理學、法律理論、法社會學或詮釋學、語言學等¹⁷。不過本文非全然為法制史研究，且我國目前並無事實婚的立法，所以法制變遷發展的資料有限。相對地，對於外國法制的研究，礙於地理環境的限制，通常也只能憑藉文獻的介紹說明，因此在外文資料的限制下，上開法制史研究方法中，本文只能借助資料解釋分析法。基本上歷史研究係立於根據歷史發展方向之方法論，即所謂「從以前到現在的發展，然而今後也將如此」的假設，所以事實婚在各國形成之背景如何，其法制如何應對等，對於沒有事實婚法制的我國有其重要性，因為各國發展程度不同，或較之前衛者，或較之保守者，從各國法制發展歷程觀察，多從保守走向開放，推測我國未來社會發展，預先立法規劃之。（詳本文第二章第三節）即所謂以史為鑑，可以知興替也。

第三項 研究方法

方法是闡明理論的工具，方法是手段而非目的。方法是處理行動之關鍵，它可引導思維、規範思維並把握事實。即依照有效的途徑，有效步驟，獲至研究的成果。但方法受到課題和資料的限制，並非所有研究方法都可適用於所有事物。本文研究方法以問題法及分析法為之。

第一款 問題研究法

問題研究方法係以所形成之問題或發現之問題作為研究對象，以尋求解答，因此人類的思維都在發掘問題及解決問題。其步驟為發現

¹⁶ 王錦堂，大學學術研究與寫作，頁 43。

¹⁷ 陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家－中國法制史的研究與方法，頁 29，五南圖書出版公司，2006 年 3 月。

問題、畫定問題之範圍、深入討論、尋求問題的解決。事實婚現象的發生並不是憑空出現，從人類有婚姻制度開始，事實婚便如影隨形，沒有法律婚制度便沒有事實婚，在個人主義不發達的時代，男女不遵守當代婚姻規範進入婚姻而受到之不利益，並不會引起人們的同情，甚至驚動法律。不過隨著時代價值的改變，個人權利意識高漲，同時對個人生活的尊重，若不思改變，因循舊制問題於焉產生。而解決問題的第一步便是決定其屬性及其範圍。以事實婚為例，過去英美法上有普通法婚姻，在存在的形式上與事實婚完全相同，可否將普通法婚姻作為事實借鑑之立法例。進一步分析，普通法婚姻乃合法婚姻，係法律承認之結婚形式，具有婚姻之完整效力，與婚姻制度外之事實婚明顯不同。接著是深入討論，分別為縱向的討論，探討問題的發生及形成原因，過去對此問題的討論如何，其解決方法如何，尚有如何的缺失等。而橫向的討論則為當代人的研究如何，其成效為何，缺失為何。例如法國的事實婚登記制度，事實婚存在為既成的事實，為何在 1999 年改採登記制，其次為何置於民法中，再者其究竟屬財產法或身分法性質等（詳本文第二章第三節），凡此均屬縱向的討論。其次事實婚法制並非一國所獨有，現代各國面對人數日益加的事實婚人數，如何處理，歐、美國家如何處理，日本、中國大陸如何處理等（詳本文第二章），此則屬橫向討論。本文基本上係因現實問題意識，而謀求找出合理解決之道。

第二款 分析法

不論何種研究類型或研究方法，都必須使用分析法，而分析法再按其得到結論的過程可再細分為資料解釋分析、比較分析、歸納分析、演繹分析等

第一目 資料解釋分析

在外國法的理解上，因為詞語本身性質及翻譯的過程，常常會產生多數文義，即便是法學詞彙也不能避免，而正確了解資料所表達的

意義為資料解釋分析最終目的。具體言之，以最接近事實的資料為上選，盡量取得一手資料，同時獲取權威意見。資料解釋分析為其他分析研究之根本，更是順利進行其他分析的前提。因事實婚為古老議題，論述充棟，學說見解莫衷一是，因此從眾多資料中判斷何者權威真實者即屬資料解釋分析。因此為避免正反意見併呈的討論，本文基本上以各國實務見解為主，並配合各國通說的論述，以期能中肯呈現各國事實婚法制的全貌。

第二目 比較分析

比較分析乃二種以上的學術思想，或二種以上的事物，加以比較推斷，用以發掘其共同點、或其特質。進一步言之，比較之目的在於發掘共同點、決定個別事物、發掘相同的相異點、發掘相同中之相異點和相異點之相同點、發掘是否優劣所在。¹⁸例如在事實婚的法制規範類型中，可以依照成文法有無、以專屬法有無、規範重點、準婚效力的程度及應否申報登記等區分之，將事實婚法制從這些特徵來比較。（詳本文第二章第二節）當然也可以從各國事實婚的成立要件及法律效果來區分，以發掘其共同處或不同之處。（詳本文第四章、第五章）

第三目 歸納分析

歸納法係由個別之事例以推斷一共通之通則，通常為比較分析後伴隨使用的方法。例如採登記婚主義的國家中，經臚列各國立法例後發現，事實婚要件早期主觀上多有婚姻意思，為各國事實婚的共通特徵。不過比較近代各國事實婚成立要件，卻發現當事人主觀上婚姻意思不明，取而代之為共同生活之意思。再進一步研究則發現早期因為結婚登記的不便，造成適婚男女在踐行結婚儀式後，沒有依法律規定前往登記機關登記。而近期則是登記手續簡化後，手續的不便不再成

¹⁸ 王錦堂，大學學術研究與寫作，頁 97-98。

為拒絕登記的理由，其情形反而是不想受婚姻約束或婚姻造成當事人經濟上不利益等，種種不同之理由。對於 2007 年將結婚成立要件改為登記婚主義之我國而言，其登記手續簡便，所以形成事實婚的原因，與近代各國事實婚形成背景較為接近。

第四目 演繹分析

演繹法是歸納法的相對思考，以普通之原理用以推知特殊之事物或觀點，即由已知推定未知。推論時必須類型相同，否則推論結果將產生錯誤。已知的原理為「例」，推理過程為「案」，推出之結果為「斷」。茲以事實婚為例，本文從國際公約及各國憲法規定歸納得知家庭權的保障，已成為近代人權共通原則，此即為例；今將我國實務上關於事實上夫妻之裁判作為檢視的對象，此即為案；最後斷其妥適與否。又如我國目前並無事實婚的成文法，今歸納各國事實婚之立法得到共通之看法，以此為標準檢視我國目前事實婚之狀態，最後獲得目前法制是否妥當之結論。

第四項 機能性原則

本文基本上為各國法制的比較，而每一個法律制度都是一個國家國境內、過去到現在的法、環境、風土民情、種族、歷史（戰爭、革命、建國、鎮壓）、宗教、倫理觀念，甚至人民的意志與創造力交互影響下，所形成的產物。在此前提下各國間不可能產生一模一樣的法制，在進行法制比較時，將面臨甲國的 A 制度到底對應乙國何種制度的問題。基於法制比較的目的在於解決本國法的問題，因此在比較時，選擇機能性（Funktionalität）原則，將不可能比較的事物強加比較並無意義，必須是相同的課題或發揮相同的機能者，始能加以比較。¹⁹ 盡量避免以我國法去理解外國法，如法律用語、分類或體系觀

¹⁹ K. Zweigert & H. Kötz, Weir, Tony 譯, An Introduction to Comparative Law, 頁 31, Clarendon Press Oxford, 1993; 大木雅夫譯, 比較法概論 (原論上), 頁 46, 東京大學出版社, 1974 年。

點等，不然將無法如實呈現外國法律體制。²⁰ 如日本法雖也有事實婚的用語，但不是通說常用的表達方式，在學說上有時還具有特殊的意涵，與我國法所稱之事實婚有別，所以單純以事實婚字義理解日本法必有所偏。而中國大陸亦有事實婚姻關係，雖然兩岸同文、同種，但兩岸相隔逾六十年，其間政治、社會的變遷頗大，同樣事實婚的用語，可能代表不同的男女結合形態。至於英美法上，從事實婚的語義搜尋，幾乎無法找到對應的法律用語，此時決定的標準，只能從功能性的角度出發，尋找與我事實婚相近的制度。

第四節 研究範圍與材料

針對事實婚的法律問題，比較與我國法制相近、人民往來頻仍的國家，如英美、歐陸、日本、中國大陸等國，分析各國事實婚的發展。各國立法者在面臨社會觀念及價值急速改變的挑戰下，如何透過法律導引男女結合關係或彌補其地位之不足。至於沒有法律明文者，司法實務又是如何透過現行法的解釋與類推，平衡當事人間之利益。諸此皆為沒有事實婚規定之我國，立法機關立法時的參考，或法院處理相關個案的憑據。在文獻的利用方面，本文蒐集國內外教科書、期刊論文、會議資料、法院判決、統計數據、報章資料等，閱讀、整理、歸納及分析，整合於同一架構之下。目前雖然事實婚之中文資料介紹頗豐，惟出版時間較早，有加以補充之必要。外文資料將以英文資料為主，輔以部分日本文獻。又因事實婚的法制規範較新，為即時取得必須仰賴各國官方網站所公布之資料，而電子期刊、論文資料庫的利用，亦是研究所不可或缺之工具。

至於部分外國法之同居關係，包含同性間與異性間之同居。其背景大多緣於早期各國不承認同性婚姻，立法者為滿足同性族群追求婚姻法上之配偶權利，同時避免衝擊傳統及宗教信仰，所為的折衷之道立法。即使目前部分國家已經承認同性婚，其同居關係之規範仍不因

²⁰ 陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家－中國法制史的研究與方法，頁 25。

此而受影響。鑑於歐陸同性婚或同性同居關係對近代事實婚發展的影響，尤其在人權、憲法方面的討論上，同性婚或同居伴侶關係的承認，促成事實婚保護的再思考，甚至是對照的樣本。不過因同性婚或同性關係涉及婚姻本質的討論，除在法制沿革及法理的討論外，礙於篇幅同性伴侶關係非本文研究之範疇，合先敘明。

本論文第一章敘述研究動機、目的、方法、範圍後，即依下列順序介紹分析，以求獲得研究成果。第二章擬介紹事實婚的用語、規範類型、形成。各國國情不同，對於事實婚的描述容有差異，為遂行後續比較，必先了解其概念、用語。而事實婚的保障，各國立法模式不同，除了成文法及無成文法的區別外，還可以專屬法、規範重點、適用對象、申報與否等區分，有助於事實婚法制模式的認識。再者，將以國人往來密切或法制具代表性國家，如美國、法國、日本、中國大陸等，分別介紹其形成原因及法制的發展，透過各國背景的介紹，亦有利我國法制援引的參考。第三章將討論事實婚保護的法理。國際法上已將平等權、結婚權、家庭權、兒童最佳利益等視為基本人權，歐洲人權法院及歐洲法院關於人權之判決值得參考。事實婚或同居爭議多少與上開人權有關，而各國憲法亦有人權之基本規定，其關係必須深入研究。至於事實婚或同居保障對婚姻制度之衝擊，我國從歷次大法官解釋中，可以確認婚姻與家庭受到憲法制度性保障，今若對事實婚或同居關係提供保護，是否侵害婚姻與家庭制度。國內目前討論不多，但外國學者和實務有不少討論，值得介紹參考。第四章將具體討論事實婚之成立要件，包括主觀成立要件、客觀成立要件及婚姻障礙事由與事實婚之關係。第五章將探討各國立法或判決對事實婚提供的保護，分為關係存續中及關係結束後之保護，主要探討配偶地位的取得與否、扶養義務的發生、財產管理與處分、家庭生活費用之分攤等。至於關係結束後之財產分配與調整、贍養費及住屋居住權亦是研究的重點，同時結合我國司法裁判關於事實婚之案例分析。第六章擬總結上述研究，提出符合我國法制之立法論或解釋論供參。



第二章 事實婚的用語、規範類型、發展

第一節 事實婚之用語及定位

沒有婚姻關係之男女卻如同夫妻生活在一起，國內學者多以事實上夫妻稱之，本文之所以採用事實婚之用語，主要在於事實婚的檢視離不開法律婚之框架，為求比較上的便利，遂以事實婚稱之，並非自別於學者討論事實上夫妻之外，合先說明。²¹

除司法院大法官釋字第 647 號關於事實上夫妻解釋外，事實上夫妻的法學文獻上，學者定義雖不盡相同，但一般認為事實上夫妻須以當事人有結婚之意思為前提始能成立，只因其結婚不符法定之形式要件，而無法成立法律上之夫妻關係。²²實務上最高法院亦有使用事實上夫妻之用語，²³惟最高法院判例在說明妾之贍養費時，另提出類似夫妻之結合關係用語，²⁴下級法院則進一步解釋類似夫妻之結合關係並不以夫妾關係為限，²⁵則妾以外之類似夫妻結合關係是否即為事實上夫妻關係？而事實上夫妻是否包括妾？與類似夫妻之結合關係概念應如何區別？實務上缺乏一致的說明。大法官在解釋中要求立法機關給予事實婚適度法律保障，但事實婚的概念在大法官、學者及法院實務間都有不一樣的認定，立法機關應如何抉擇。至於外國立法例方面，事實婚究竟應借鑑外國什麼樣的制度。日文方面同樣有事實婚的用語，直譯為「事實婚」，事實婚與另一日本內緣制度之關係如何？日本學者在比較外國立法例時，參考之內容為何？此外從英語文獻來看，事實婚的英文直譯為「De Facto Marriage」，其在英、美法上之概念為何？除了 De Facto Marriage 相關文獻外，還可參考相應的制度為何？凡此皆為研究事實婚必須釐清的課題。妾在前大理院判例定義為夫有認該女為自己正妻以外之配偶而列為家屬之意思，而妾為次

²¹ 採此相同見解者有：林菊枝，親屬法新論，頁 143，五南圖書出版公司，民國 85 年；蕭忠仁，論結婚要件與事實婚法制—以兩岸為中心，國立臺灣大學法律研究所博士論文，民國 93 年。

²² 林秀雄，婚姻之形式要件，月旦法學教室，第 12 期，頁 53，2003 年 10 月。

²³ 最高法院 95 年度台上字第 690 號民事判決。

²⁴ 最高法院 33 年上字第 4412 號判例。

²⁵ 臺灣高等法院 96 年度家上字第 111 號判決、臺灣士林地方法院 96 年度訴字第 1032 號判決。

於正妻地位之眷屬合意。因一方已有配偶之存在，所以學者間率多認為事實婚不是妾制度，而是一種獨立之男女結合。此外歐美尚有男女同居之概念，不過本文所指同居概念，與法律詞典定義的同居未盡相符，詞典定義同居為「一種共同生活的事實或地位，尤其指生活上的伴侶，通常寓有性關係的意思」²⁶，為男女客觀共同生活的描述，包含短暫及長期的同居。同居既非不法，且寓有個人生活方式選擇的意思，值得法律介入的同居必須有一定的條件，否則貿然介入亦侵害人民憲法基本權。所以法律保護之同居不是偶然的結合、一夜情或公寓分租關係等，是否值得保護，必須衡量當事人間關係的性質、存續期間、是否穩定、當事人之主觀意思與客觀行為表現等，或可謂事實婚型之同居。凡此我國法目前即無相應的制度，參考外國立法例勢所難免。

第一項 國內學者的看法：

我國學者對於事實婚有不少研究，關於事實婚之定義如下：

- (一) 陳棋炎氏認為：只要在當事人間，既有結婚之合意，而並非禁親間之男女結合，且又經營婚姻一般之共同生活關係之實者（應除外重婚者、不能人道者、無意識中或精神錯亂中之婚姻），皆應視之為事實上夫妻。²⁷
- (二) 郭振恭氏認為：一男一女如已有夫妻共同生活之實質，相信彼此為夫妻，社會上一般人亦公認其為夫妻，僅因不具備法定之形式要件，致法律上不承認其為夫妻。²⁸
- (三) 黃宗樂氏認為：僅欠缺結婚方式之事實上夫妻，仍有婚姻共同生活之實質。²⁹

²⁶ Black's Law Dictionary, supra note 52, at 277. Cohabitation means 「The fact or state of living together, esp. as partners in life, usu. with the suggestion of sexual relations」.

²⁷ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，台大法學論叢，11卷1期，頁97，民國71年。

²⁸ 郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，輔仁法學，第4期，頁234，民國74年1月。

²⁹ 黃宗樂，儀式婚主義與登記婚主義，輔仁法學，第10期，頁142，民國80年6月。

(四) 鄧學仁氏認為：具有婚姻意思之男女，不僅已有夫妻共同生活之事實，且社會亦承認其為夫妻，但因欠缺法律所規定之婚姻形式要件，致不能成為法律上夫妻者，其與法定婚姻有別，亦可稱為婚外關係。³⁰

(五) 林秀雄氏認為：事實上夫妻既非男女同居關係，亦非夫妻關係，其須以當事人有結婚之意思為前提始能成立，只因其結婚不符合法定之形式要件，而無法成立法律上之夫妻關係。³¹

從國內學者對事實婚的介紹，除了本國法之討論外，多介紹外國法制，有兼介紹日本內緣關係，似乎將我國法之事實婚與日本法上內緣等同看待。³²有介紹外國對事實上夫妻之立法及司法實踐時，介紹日本內緣、美國普通法婚姻 (Common Law Marriage)、同居 (Cohabitation)、法國配偶身分占有 (Possession d'État)³³、一般事實上夫妻 (Union Libre ou Concubinage, Cohabitation)、德國瑕疵婚姻的治癒，韓國欠缺婚姻申報之事實婚。³⁴亦有從比較法對事實婚的處理為題，分別介紹美國普通法婚姻 (Common Law Marriage)、誤想婚配偶 (Putative Spouse)、同居婚 (Cohabitation)，日本內緣關係，德國類似婚姻之男女結合及一般男女同居關係。並結論認為德國之事實婚 (同居) 與日本內緣、我國事實婚有本質上的不同。³⁵

第二項 日本學者

日本民法以結婚申報作為婚姻的成立要件，常被稱為法律婚主義。至於以社會一般所認定婚姻成立之定型，例如有一定儀式存在，

³⁰ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，警大法學論集，第 10 期，頁 260，民國 94 年 3 月。

³¹ 林秀雄，婚姻之形式要件，頁 53。

³² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 103，自版，2007 年 9 月。陳棋炎著，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 111。

³³ 婚姻雖欠缺形式要件，但男女公然同居，如同夫妻，相互遵守婚姻義務，社會一般人於以之為夫妻，依法即應認其有夫妻之身分。

³⁴ 郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 234-241。

³⁵ 林菊枝，親屬法新論，頁 145-154。

才是法律上之婚姻者，被稱為事實婚主義。以踐行一定結婚儀式為法律婚之立法，對於長期同居而未踐行結婚儀式之男女，縱使被社會大眾承認其為婚姻，仍非法律上之婚姻，因此學者認為法律婚主義及事實婚主義的用語不當，應該以登記婚主義及儀式婚主義稱之。³⁶

日文事實婚從語意有不同的意思，有與法律婚、儀式婚之要式婚對立之無式婚的意思，亦有與法律婚對立之婚姻形式的意思，而後者較普遍被使用。因此事實婚為具有實質上的婚姻，因未具備法律所規定的方式，無法成為法律上婚姻的男女結合關係，一般稱為事實上的夫妻（婚姻）或內緣夫妻（關係）。日本因為法律婚採取登記婚主義，所以事實婚係採行登記婚主義而產生的結果。³⁷所以不能為婚姻登記或不為婚姻登記的事實上夫妻，一般以內緣、事實婚稱之。³⁸有認為以不願受法律束縛為理由而拒絕婚姻登記者，換言之，特別地有意識的選擇事實上婚姻關係，通常以事實婚稱之，將這種「主義型的內緣」當做事實婚。³⁹有認為根據本身主體的意思不為婚姻登記之夫妻，即基於夫妻別姓、非婚生子女差別等婚姻、戶籍制度上差別而生的反動，或對傳統婚姻制度夫妻角色強制的反思，有意識的不為婚姻登記。這樣男女共同生活，以事實婚稱之。即事實婚係二人以愛和信賴為基礎，積極的選擇自己肯定的生活方式。⁴⁰

不論我國或日本文獻在討論事實婚時，多提及內緣或內緣關係。內緣為日本法上之特別制度，所謂內緣係指具有婚姻意思而營夫妻共同生活，儘管社會上亦視為夫妻，但因為缺乏婚姻登記，不被承認為法律上夫妻之事實上夫婦。日本學者對於事實婚與內緣是否區別有不同之看法，一般而言學者對於內緣和事實婚並沒有明顯的區別。即使刻意對事實婚與內緣區別的學者，⁴¹在其相關事實婚的著作中，還是以內緣的概念、法律效果及實務見解為中心，依次加以論述，似

³⁶ 鈴木祿弥，親族法講義，頁7，創文社，1996年。

³⁷ 中川淳，日本における事実婚の現在，戶籍時報，第420期，頁34，1993年2月。

³⁸ 棚村政行，結婚の法律學，頁141，有斐閣，2002年。

³⁹ 內田貴，民法IV親族相續，頁144-145，東京大學出版社，2003年。

⁴⁰ 二宮周平，事實婚を考える，頁1，日本評論社，1992年。

⁴¹ 二宮周平，家族法，頁109，新世社，1999年。

乎也模糊事實婚與內緣。同樣地，日本昭和時期迄今，不僅經濟、社會明顯改變，民法亦經修正，婚姻障礙事由大幅減少，且婚姻登記已深植民心並方便民眾登記。內緣發生原因與過去大相逕庭，學者因此將內緣關係類型化，將過去內緣稱為「傳統的內緣」、「法律、必然的內緣」、「古典的內緣」、「強制的內緣」等，而將故意選擇事實婚姻關係稱為「故意、選擇的內緣」、「事實、偶然的內緣」、「選擇的內緣」、「現代的內緣」等。⁴²

因此多數日本學者將不能為婚姻申報及不為婚姻申報之事實上夫妻，稱為事實婚或內緣關係，並在文獻的敘述或說明時將兩者併用，⁴³此外內緣制度發展已經有一段期間，經過裁判累積豐富的實務經驗，要發生內緣法律效果，必須符合一定之法律要件。不過因環境變遷，完全符合內緣要件的案例越來越少，若想讓內緣制度存續，勢必其要件的解釋上須更具彈性。雖然事實婚用語在 1970 年代以後才逐漸被使用，⁴⁴實務裁判較少出現，目前仍難形成公認的構成要件，惟因概念抽象反而容易含括各種類型之男女結合關係，足堪用以複雜多元之現代社會。至於學者將事實婚定義為當事人有意識地選擇事實上婚姻關係時，率多在文前加以說明，似也不容易造成混淆。當然亦有學者鑑於內緣與事實婚概念上的糾葛，或認為事實婚非法律概念，拋棄事實婚的用語，而另以其他用語代之，如自由結合的夫妻關係(自由結合カップル)。⁴⁵或謂男女因為沒有婚姻登記，當然不是法律婚，又因沒有做為夫妻的意思，也不是內緣關係，這種關係以(非婚)同居稱之。⁴⁶或稱為同居婚(選擇的同居、試驗婚的同居)。⁴⁷或謂「現

⁴² 古川瓊子，事實婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察，岡山大學大學院社會文化科學研究科紀要，第 27 號，頁 50，2009 年 3 月。

⁴³ 棚村政行，結婚の法律學，頁 141；棚村政行，法律上の配偶と事実上の配偶との異同，法学セミナー，第 591 期，頁 11，2004 年 3 月；中川淳，日本における事実婚の現在，頁 34；二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 v，信山社，2006 年；水野紀子，事實婚の法的保護，家族法改正への課題，頁 71，日本加除出版社，1993 年。

⁴⁴ 古川瓊子，事實婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察，頁 51。

⁴⁵ 大村敦志，家族法，頁 223，有斐閣，2002 年。

⁴⁶ 吉田恒雄，親族法・相続法，頁 92，尙學社，2001 年。

⁴⁷ 吉田邦彦，家族法(親族法・相続法)講義錄，信山社，頁 88，2007 年。

代的內緣」、「準內緣」、「事實婚」、「現代的同居」等。⁴⁸

至於日本學者在參考外國事實婚之立法例，其所參考國家之制度為何，值得關注。在事實婚比較法研究的權威著作中，⁴⁹關於日本部分，介紹日本的內緣制度，法國介紹妾關係（Concubinage）或謂自由結合（Union Libre），西德男女婚外共同生活關係（通常稱為同居，並包括事實婚），瑞典教會婚、民事婚（即非依婚姻法之男女共同生活的結合）。值得注意者，在討論事實婚國際私法的問題時，學者認為日本內緣與各國的事實婚都有差異，雖然在法定方式的欠缺上與美國部分州的普通法上婚姻（Common Law Marriage）相似，但普通法上婚姻終究是法定的結婚方式，產生法定婚姻之效果，應屬國際私法上婚姻的概念。此外，法國於1999年通過共同生活契約（Pacte Civile de Solidarité，下稱Pacs）⁵⁰的立法，日本學者介紹Pacs之後，亦多會討論Pacs對日本內緣制度的啟示，⁵¹或借助法國的Pacs與妾關係的介紹，討論日本事實婚（選擇的內緣）採取內緣準婚理論的妥當性，⁵²或比較法國法上婚姻、妾關係（內緣）及Pacs之異同。⁵³總括而言，日本學者借鑑的外國立法例或實務制度內容與我國學者相近。

第三項 美國學者

從美國文獻上來看，事實婚（De Facto Marriage）在法律詞典的定義是「儘管雙方如同夫妻般共同生活，仍因特定障礙事由無法發

⁴⁸ 棚村政行，法律上の配偶と事実上の配偶との異同，頁12。

⁴⁹ 太田武男、溜池良夫，事實婚の比較法的研究，有斐閣，1986年。

⁵⁰ 國內學者將之意譯為「共同生活契約」（參見許耀明，「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係，東海大學法學研究25期，2006年）；國外學者則譯為Civil Solidarity Pact「民事連帶協議」（參見Cleary, Erin, New Jersey Domestic Partnership Act in the Aftermath of Lewis v. Harris: Should New Jersey Expand the Act to Include All Unmarried Cohabitants?, 60 Rutgers L.Rev. 519,529 (2008)) 本文採國內學者之看法。

⁵¹ 林瑞枝，パートナー関係法の展開－フランス連帯民事契約が示唆するもの，法律時報，74卷9號，頁37-38，2002年8月。

⁵² 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－パックスとコンキュビナーージュの研究，北大法学論集，第58卷，頁319-324，2007年5月。

⁵³ 山口龍之，フランスの新家族制度、民事連帶協約（PACS）について，頁111，沖大法学，第21號，1999年。

生婚姻效力」⁵⁴。因此字義上，事實婚係雙方如同夫妻般共同生活，卻無法發生當事人期待之婚姻效力。美國州成文法，西維吉尼亞州關於離婚贍養費減輕或免除規定中，有事實婚之用語，即前配偶與他人構成事實上夫妻時，為贍養費減輕或免除的原因。所謂事實上夫妻係指前配偶與他人維持如同已婚夫婦之關係，法規中臚列判斷之標準供法官參考，如是否使用相同的姓氏、共同的收信地址及其他足以顯示其穩定如同婚姻之證據。因西維吉尼亞州並不承認普通法婚姻，所以符合事實婚要件者並不會變成法律婚，該州最高上訴法院明白確認此看法，表示婚姻必須踐行法律規定之程式。⁵⁵ 在事實婚的議題上，近來已經少有文獻將普通法婚姻拿來比較。

不論美國西維吉尼亞州法或法律詞典事實婚之定義，都未提及當事人之婚姻意思，也未考慮當事人間是否有婚姻障礙事由。嚴格來說，事實婚是屬學理上的用語，不是美國法常用的法律用語。不過如果從客觀事實婚的描述上「男女如同夫妻般共同生活」，尋找相對應的概念，美國法上還有其他不同用語的表現方式，如「Domestic Partners」⁵⁶、「Meretricious Relationship」⁵⁷等。著名的同居個案，美國李馬文案（Marvin v. Marvin），當事人雙方並無婚姻意思，不過後來文獻在討論同居男女權益時，並不以李馬文案同居類型為限，也包含有婚姻意思而未踐行結婚程式之事實婚，所以事實婚與同居並不特別區分。對於事實婚型同居，美國學者有二種看法，多數認為即使是長時間的同居，於關係結束時仍無法獲得任何權利地位，且不論其是否有共同子女。另一看法則認為當事人滿足法律規定同居期間最低門檻時，應給予部分但非全部之已婚配偶權利，如解消後之贍養費

⁵⁴ Black's Law Dictionary (8th ed.), 993 (West Group, 2004) 「A marriage that, despite the parties' living as husband and wife, is defective for some reason.」

⁵⁵ Goode v. Goode, 396 S.E.2d 430 (W. Va. 1990).

⁵⁶ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.01 (2002), The American Law Institute (ALI). 「... domestic partners are two persons of the same or opposite sex, not married to one another, who for a significant period of time share a primary residence and a life together as a couple, ...」.

⁵⁷ Peffley-Warner v Bowen (1989) 113 Wash 2d 243, 778 P2d 1022. 「The domestic partner lived with the decedent in what the court termed a "meretricious" relationship for over 22 years. They held themselves out as husband and wife but never had a licensed or ceremonial marriage.」.

或財產分割的權利。⁵⁸財產分割的權利目前美國法律協會所採納。

第四項 其他英文語系國家

至於其他英文語系國家，與「男女如同夫妻般共同生活」客觀描述近似用語，紐西蘭尚有「Unmarried Relationship」、「in the Nature of Marriage」⁵⁹等表現方式，如紐西蘭財產關係法第 2D (1) 條定義事實伴侶關係 (De Facto Relationship)，所謂事實伴侶關係指一男一女、兩男或兩女間，雙方年滿或超過 18 歲，未婚而如同夫妻般生活在一起。至於直接使用同居用語，並賦予一定法律地位之國家，則首推蘇格蘭家庭法 (Family Law (Scotland) Act 2006) 之修正，增訂「同居 (Cohabitation)」⁶⁰ 章節，其同居之定義為「一男一女如同夫妻般生活在一起或同性男女間如同民事結合關係 (Civil partners) 般生活在一起」。綜合言之，在參考事實婚英、美文獻時，不能單單以事實婚的字義去理解英美法上對應的制度，必須從功能上的描述上去理解，不論當事人主觀是婚姻或同居意思，只要如同夫妻共同生活在一起，即屬事實婚參考的範疇。

第五項 小結

學者認為由於各種法定要件之差異，於是產生婚姻外法律關係之多種樣態，若依結婚儀式、結婚意思表示之欠缺或不確定等情形，婚姻外法律關係可區分成三種類型：「狹義之事實上夫妻」係指民法第 988 條無效婚所致之事實上夫妻，如違反結婚要件、近親結婚、重婚等；「一般之事實上夫妻」係指婚姻不成立所致之事實上夫妻，即男女雖有結婚意思，但未舉行任何之結婚儀式，卻已有夫妻般共同生活的外觀，致使社會一般人認為其等係夫妻之情形；「廣義之事實上夫

⁵⁸ Oldham, J. Thomas, Unmarried Partners and the Legacy of *Marvin v. Marvin*: Lessons from *Jerry Hall v. Mick Jagger* Regarding U.S. Regulation of Heterosexual Cohabitants or, Can't Get No Satisfaction, 76 *Notre Dame L. Rev.* 1409, 1426-1427 (2001)

⁵⁹ Grainer, Virginia, What's Yours Is Mine: Reform of the Property Division Regime for Unmarried Couples in New Zealand, 11 *Pac. Rim L. & Pol'y* 285, 286 (2002)

⁶⁰ Family Law (Scotland) Act § 25 (2006). "cohabitant" means either member of a couple consisting of (a) a man and a woman who are (or were) living together as if they were husband and wife; or.....

妻」指試婚或拒絕婚姻之事實上夫妻。學者進一步認為狹義及一般事實上夫妻，除專為法定婚姻所設之規定外，得類推與夫妻共同生活實質有關婚姻效力之規定，至於廣義事實上夫妻因婚姻意思之有無較難確定，則無法類推。⁶¹本文基本上亦延續此事實上夫妻之分類，不過緩和婚姻意思的要求，以客觀上夫妻般共同生活外觀作為法制比較的參考，即可能包括學者前述之廣義事實上夫妻類型。

日本學者認為法制上的比較必須從本質上法制度的機能來看，非形式概念，視其發揮的目的，也不是法體系中的形式地位。⁶²基此為擴大比較的對象，有必要放寬通說之事實婚要件，即不強調當事人之主觀婚姻意思，改採如同婚姻般之共同生活之意思。另一方面客觀要件仍堅持如同夫妻般共同生活在一起，排除通姦、偶合、一夜情等無穩定狀況之男女結合。而向來不強調事實婚主觀婚姻要件之英美同居法制，亦為本文參考的對象。而本文為遷就歐美文獻敘述之流暢性，並不刻意用事實婚取代同居之用語，不過本文以下所使用之同居用語，皆指事實婚型同居，有別於一般意義之同居，合先說明。

第二節 事實婚法制規範類型

從同居或事實婚的規範設計上可區分為是否有成文法源、是否有專門法律、規範重點在關係存續與終結或單純在終結時、婚姻效力的相似性、應否向登記機關登記及適用對象。本節主要以常見之外國立法例加以分類，若外國立法例於後續章節提及者，本節僅簡單敘述之。

第一項 以成文法為區分

以事實婚或同居是否有法律加以規範，而不論以專屬法或在現行法中加以增補的方式為之。對於事實婚或同居有立法加以規範的國家如法國、蘇格蘭、紐西蘭等。至於沒有專屬法的國家，其事實婚或

⁶¹ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 260。

⁶² 五十嵐清，現代比較法學の諸相，頁 13，信山社，2002 年。

同居的規範主要透過判決、判例、司法解釋等，或歸納判決先例形成實務建議。如德國「類似婚姻之生活共同體」或「非婚生活共同體」，依判例及多數學說的定義「一對男女，未履行法定之結婚締結方式，多少有意形成繼續之精神物質二方面之共同體而為之共同生活關係」⁶³。又如前述日本「內緣」或「內緣關係」，不能為婚姻登記或不為婚姻登記的事實上夫妻。

同時有成文法規定與習慣法國家，加拿大各省對於同居並沒有專門規定，⁶⁴只有少數幾州如魁北克及新斯科細亞(Nova Scotia)對於同居採登記制度，進而為明文規定成立要件及法律效果，例如魁北克省的民事伴侶組織及親子法(Act Instituting Civil Unions and Establishing New Rules of Filiation)、民事法(Civil Code of Quebec)。至於其他省分則簡單以同居事實為標準，其效果則散見在個別條文中，例如安大略省家庭法(family law act)。未有同居特別規定省分的作法，是以一定期間的同居事實為標準，但各省對於同居期間的規定不一，甚至同一省中不同法規間對於同居期間亦有不同之規定，例如安大略省，舊家庭法規定要求伴侶必須同居達5年，但新法則規定為3年，惟有共同子女或收養子女者，不在此限。其他如被害人保護法(Compensation for Victims of Crime Act)僅規定，在被害人死亡前已(Immediately)同居者即構成。至於聯邦破產法規(Bankruptcy and Insolvency Act)則規定為1年。而同居事實之認定，Molodowich v. Penitnen⁶⁵一案為加拿大第一個也是最常被法院引用的判決，其判斷標準迄今仍是加拿大法院判斷同居存否的重要參考。⁶⁶同樣地法國雖有Pacs的立法，但未為伴侶登記者，仍然構

⁶³ 林菊枝，親屬法新論，頁152-153。

⁶⁴ 加拿大家庭法事項分屬聯邦法及州法規範，但有關同居事項之規定則屬州立法事項。

⁶⁵ 17 R.F.L. (2d) 376 (1980).

⁶⁶ 一般稱為Molodowich檢測(Molodowich test)，其所列標準有7項：

1. 住居：是否同住在一個屋簷下、床鋪如何安排、是否有其他人同住或分享居住空間。
2. 性關係：兩人是否有性行為、對彼此是否忠誠、對彼此的感覺、互動是否親密、是否一起用餐、是否於困難、生病時幫助對方、是否在特定節日贈送禮物。
3. 日常生活：備餐的狀況、衣物的洗滌、縫補、購物、家計維持等。
4. 社交：共同或各別參與鄰居或社區之活動、彼此及雙方家庭之看法。
5. 親友或外界人士是否視他們如夫妻。

成同居（事實婚）。

第二項 以專屬法為區分

第一款 專法

如上述加拿大魁北克省以特別法規定同居登記制度，明文其成立要件及特殊法律效果，民事法同時配合修正之。⁶⁷

第二款 專章

法國在 1999 年通過共同生活契約 Pacs 的立法，同居之定義為「異性或同性男女事實上安定且繼續為夫妻般生活在一起」，原本 Pacs 的立法係為滿足同性族群要求同性結婚之替代，但事實上，卻受異性族群較多的青睞，成為婚姻之外男女結合的另一個選擇。⁶⁸Pacs 並非獨立一部法律，而是對民法的增修，增加第 12 編「共同生活契約與同居」編，法國民法第 515 條之 1 到第 515 條之 8 等規定。

蘇格蘭法律委員會於 1992 年即建議應明文賦予同居男女彼此對於他方財產擁有一定之權利，因當時同居風氣在英國漸漸興盛，在其所為之公民問卷中，受訪民眾大多肯定同居伴侶財產保護之必要性，但同居伴侶之定義及如何保護並不明確，立法建議並未被接受。遲至 2004 年才開始為同居權益之立法，並於 2006 年通過蘇格蘭家庭法（Family Law (Scotland) Act 2006）之修正，並增訂「同居」一節，從第 25 條到 30 條，分別為同居之定義、同居財產之權利、同居關係

6. 經濟：對食、衣、住、行、育樂等家庭所需之分攤與安排、財產取得與歸屬、是否有其他關於財產之特別安排。

7. 子女：雙方對於子女之看法及處置。

⁶⁷ 關於同居登記，魁北克民事伴侶組織及親子法第一章第 521.1 條至 521.5 條之規定，其成立要件為：

1. 年齡—18 歲
2. 有禁婚親的限制（非直系尊、卑親屬或兄弟姐妹）
3. 公開儀式與二位證人
4. 已有婚姻或與第三人有 civil union 之約定和登記者，不得為之。
5. 登記

6. 無效：未依該節規定而成立之 civil union 無效，且效力與婚姻無效同

7. 終止：civil union 因一造死亡或雙方合意而終止。此外雙方結婚則 civil union 關係亦終止之。

⁶⁸ 中國時報 A2 版，2009.02.17。

結束時之財產補償、同居伴侶間之財產繼承等。⁶⁹

第三款 分散立法

1988 年紐西蘭政府開始夫妻財產及家庭保障之法制規劃，於 1998 年提出事實關係財產法草案 (De Facto Relationship (Property) Bill)，草案仍然區分婚姻與其他關係之不同，即住宅及家庭設備採均分原則，其他財產以個人貢獻為標準。而在同時政府另提出夫妻財產法修正草案 (Matrimonial Property Amendment Bill)。之後在 2001 年，政府決定廢棄事實關係財產法草案，擴張夫妻財產法 (1976) 修正草案之適用對象，包括事實夫妻及同性關係之伴侶，同時適用範圍除了夫妻財產分割外，更包括繼承、扶養等事項，並重新變更法律名稱為財產關係法 (Property (Relationships) Amendment Act 2001)，並把夫妻財產之用語改為關係財產。⁷⁰

第三項 以規範重點為區分

德、日等無法律規範事實婚之國家，其實務判決內容包括關係存續中與關係終結後法律關係的調整。至於有法律規範的國家，其規範內容的重點亦可區分為全面說與關係終結說二類。

第一款 全面說

所謂全面說係指國家對同居或事實婚關係的存續及終結為全面性的規範，其代表國家計加拿大、蘇格蘭、法國、紐西蘭等。關於伴侶財產加拿大聯邦迄今仍未立法，各省對此議題處理方式亦不相同，如新斯科細亞和魁北克省對於為伴侶登記 (Registered

⁶⁹ 關於同居之定義，家庭法第 25 條第 1 項定義如下：一男一女如同夫妻般生活在一起或同性男女間如同民事結合關係 (civil partners) 般生活在一起。

同條第 2 項進一步規定同居關係的判斷標準，即法院必須綜合以下事實：

1. 兩人共同生活期間的長短；
2. 在該期間內雙方關係的性質；
3. 在關係存續期間雙方之財產安排。

⁷⁰ Atkin, Bill, The Rights of Married and Unmarried Couples in New Zealand—Radical New Laws on Property and Succession, 15 2CFam, 173,174-175 (2003) .

Partnership) 或民事結合者，給予類似夫妻財產之效力，甚者，如薩克其萬省 (Saskatchewan) 則直接將夫妻財產之規定適用於符合條件之同居男女。至於多數省分及安大略省仍區別同居與婚姻之不同，伴侶權益以信託和不當得利 (Unjust Enrichment)⁷¹ 制度保障之。⁷² 各省對於夫妻家宅住居權的保障，都有詳細的明文規範，至於事實婚同居伴侶間，除了新芬蘭 (Newfoundland) 和英屬哥倫比亞 (British Columbia) 有補充的規定外，多數省分仍未給予保障，只能委諸普通法 (Common Law) 原則加以解決。⁷³

在蘇格蘭方面，滿足蘇格蘭家庭法第 25 條規定之同居伴侶，將發生日常用品共同所有之推定；⁷⁴ 同居關係結束之財產賠償請求 (非因死亡而結束者)；⁷⁵ 繼承權等權利。⁷⁶

⁷¹ Unjust Enrichment. (1897) 1. The retention of a benefit conferred by another, without offering compensation, in circumstances where compensation is reasonably expected. 2. A benefit obtained from another, not intended as a gift and not legally justifiable, for which the beneficiary must make restitution or recompense. 3. The area of law dealing with unjustifiable benefits of this kind. (Black's Law Dictionary)

⁷² Mcleod, James G. & Mamo, Alfred A., 2003 Annual Review of Family Law L4,1, 1-45 (2003) (Toronto: Thomson Canada Limited)

⁷³ 加拿大對於同居伴侶關係的貞操義務沒有明確規定，但部分省分關於伴侶登記部分則有特別之規定，如魁北克省關於民事結合 (civil union) 之規定，是少數承認伴侶與夫妻同，皆有忠誠義務的立法 (Civil Code of Quebec: §392, §512.6)，通姦將構成離婚及民事結合解消之事由。

(<http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/union-civ-a.htm>，最後流覽日期：2008 年 12 月 22 日)。

⁷⁴ 依家庭法第 26 條第 4 項之規定，日常用品係指為共同家用為目的所獲得或購置之物品，即使裝飾或觀賞購置之物品亦屬之。其雙方各擁有二分之一的權利。此外，個人因繼承或其他無償取得之財產不在此限。而且金錢、證券、汽車、活動房屋或其他路上交通工具、牲畜等不屬之。用以供同居伴侶共同居住之住宅亦不屬之。惟同居之一方或雙方提出預備供未來共同生活之金錢或以該金錢購買之物品則屬前開範圍內之財產。

⁷⁵ 依家庭法第 28 條規定，當同居關係結束時，一方得向法院主張他方之不當得利，係因其在同居關係存續中為對方或子女所支出費用所致。或主張因子女之存在導致關係結束後，增加照顧之經濟上負擔。法院亦可視個案而給予其他臨時性措施。而所謂經濟上之利益或不利益必須考量雙方之財力、收入及工作能力等。至於法院裁判給付之內容，依同條第 5、6 項之規定，必須綜合考量請求人、被請求人之經濟上利益與不利益，家務勞動及子女照顧等因素。此外法院對於給付之方式可以選擇在特定時日給付或分期給付之，其請求時效必須自終止同居之日起一年內為之。上述規定，學者認為與同法第 9 條之夫妻財產規定相比較，似乎留給法院較大的裁量空間，造成當事人預測上的困難，此外同居之終止並無公示性，其請求時效的起算時點會有認定上的疑義。

⁷⁶ 家庭法第 29 條規定，同居伴侶之一方於死亡時並未留下遺囑者，生前與之同居之伴侶，並在蘇格蘭有住所者，對於死亡者之遺產擁有一定之權利。生存之伴侶得向法院申請，由遺產淨額 (扣除相關債務後) 中之一部，一次支付或分期支付一定的金額，亦可請求移轉特定之財產。法院在接受上開申請而為判決時，必須考量遺產規模及種類，生存伴侶遺產外所得之利益 (如死亡賠償或其他社會福利政策而得之利益)，其他繼承人之請求 (如子女等)，及法院認為過當者。⁷⁶ 最特別之規定則為同條第 4 項之規定，法院給付金額不得超過配偶地位所得取得之數額，如果伴侶死

第二款 關係終止說

其代表之法令規範主要為美國法律協會在 2000 年家庭解消基本法律原則的分析與建議 (Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations)，在第六章單獨規定同居伴侶關係，該章節的主要目的在於合理解決伴侶關係解消後的財產紛爭，同時公平分配個人與社會責任。中國大陸 1989 年最高人民法院關於人民法院審理未辦結婚登記而以夫妻名義同居生活案件的若干意見，實務基本上是以關係結束後雙方權益如何調整為重心，同時賦予類似婚姻之法律效力。⁷⁷

第四項 以與婚姻效力相似性為區分

立法例上對於同居或事實婚之法律效果，多採取劣於婚姻效果的立法，法制上將婚姻效果直接適用同居或事實婚並不多見。例外如紐西蘭關係財產法中，認為同居伴侶關係與婚姻關係類似，則其關係結束時之財產分配，亦應等同視之。紐西蘭法將夫妻財產視為一體，採遞延共同財產制 (Deferred Community Property)，即在婚姻關係存續期間，由財產依所有權人自由使用、收益、處分，但在關係結束時，並不以名義所有權人為財產歸屬，必須經過清算，因此可大別為關係財產與個人財產。⁷⁸又如中國大陸之 (非法) 同居關係，依 1984

亡時仍有配偶存在時，則伴侶的繼承權優先受到保障，相反地生存伴侶可能一無所得。因此蘇格蘭法雖然賦予同居人一定之財產權，但無法等同配偶之繼承權。其請求權時效為自伴侶死亡之時起 6 個月內為之。

⁷⁷ 張學軍，事實婚姻的效力，法學研究，第 24 卷第 1 期，頁 76，2002 年 1 月。

⁷⁸ 關係財產之分配：

1. 關係財產 (第 8 至 14 條)：包括住宅、家俱、設備及關係開始後所購置之財產，甚至農場、公司、股份、投資、退休金等，都屬關係財產，成為財產分割的標的。
2. 個人財產：繼承、贈與或來自第三人信託利益所得者 (第 10 條)。惟住宅、設備即使是個人財產，仍然屬於關係財產。
3. 伴侶關係終止為關係財產分配之前提，終止之原因為雙方已終止共同居住或一方死亡。
4. 關係財產採均分原則 (第 11 條)，按彼此貢獻分割為例外 (第 13 條)。即除非有特別情事，採均分原則足以造成公平正義的違反，例外依當事人間對關係財產之貢獻決定之，而且實務上對於例外原則之適用，採從嚴解釋；Atkin, Bill, The Challenge of Unmarried Cohabitation-The New Zealand Response, 37 Fam.L.Q.303, 320 (2003)
5. 衡平調整：如果均分原則對其中一方造成經濟上之不公平，例如關係結束後之婦女，因關係

年中國大陸最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題意見第(7)之規定，沒有配偶之男女，未按婚姻法規定辦理結婚登記手續，即以夫妻名義同居生活，…起訴時雙方或一方仍未達到法定婚齡或不符合結婚的其他要件者，應解除同居關係。所生子女的撫養或財產的分割問題，按婚姻法的有關規定處理。

第五項 應否申報登記

立法例上經由當事人的合意並透過官方登記而發生權利者，如荷蘭的登記伴侶制度 (Registered Partnership)、法國 Pacs、西班牙嘉泰隆尼亞地區的穩定結合 (Stable Union)、加拿大新斯科細亞和魁北克省之伴侶登記或民事結合等。⁷⁹ 荷蘭除有登記伴侶制度外，還有所謂非正式同居 (Informal Cohabitation)，民法部分條文稱為生活伴侶「levensgezel (Life Companion)」，在某些特定目的 (如福利津貼) 時，會被要求提出同居契約。

第六項 以適用對象為區分

在同居法制的國家中，部分國家立法者認為異性可以經由結婚而取得婚姻之優越地位，沒有必要給予異性同居伴侶法律地位之必要，因此同居法制地位限定適用對象為同性伴侶間，如美國 (加州家庭法，62 歲以上除外)、德國 2002 年同性伴侶法⁸⁰、英國 2004 年民

存續期間的家事分工，造成關係結束後收入及生活水準明顯惡化者，法院可以要求他方為一次金額之補償或移轉關係財產之一部。相反如果是個人生活技能不足等因素則不包括之 (第 15 條)。

6. 短期伴侶關係之一方死亡時之處理 (第 2E 條：事實伴侶關係存續期間少於 3 年者為短期事實伴侶關係)。婚姻關係存續中，夫妻一方死亡，則不論婚姻關係存續期間之長短，其財產分割都採均分原則。至於不及 3 年之短期事實伴侶關係，基本上無財產分配之適用，例外在有共同子女的情形或死亡或生存之一方對伴侶關係有重大貢獻，並且未適用該法將造成嚴重不公平者，才依當事人間對關係財產之貢獻，決定其財產之分配 (第 85 條)。
7. 請求時效。依該法規定財產分配請求必須自事實伴侶關係終止後 3 年內提起之 (第 24 條)。
8. 特約排除財產分配規定。財產關係法准許伴侶間以特別約定排除該法之適用，其訂約期間可以在關係發生前、存續中，甚至在關係結束後為之，但必須諮詢法律專家的意見，否則其約定不生效力。

⁷⁹ Forder, Caroline, European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice, 17 Can. J. Fam. L. 371, 371-394 (2000)

⁸⁰ 戴瑀如，論德國同性伴侶法，月旦法學，第 107 期，頁 145-165，2004 年 4 月。

事伴侶法等。相反地，其他國家則不以同性間為限，如加拿大的同居法制、法國 Pacs、蘇格蘭同居制度、紐西蘭關係財產法等。

歸納我國、日本、英美學者之見解，足我國事實婚參考的法制，計有日本內緣制度、德國非婚男女結合、法國 Pacs 及姘居、美國法律協會 Domestic Partners、加拿大 Civil Union (Registered Partnership)、紐西蘭 De Facto Relationship、蘇格蘭 Cohabitation 等。日本內緣制度及德國非婚男女結合都不是成文法的規定，是經由實務判決所形成的制度。法國 Pacs 則是民法對已登記事實婚男女為全面性的保護，包括關係存續中及關係解消後之法律效果。紐西蘭則是立法將伴侶關係結束時之財產分割、繼承、扶養等事項，賦予法律上夫妻相同之地位。美國法律協會、中國大陸的立法例，皆處理關係解消後財產分割的問題。蘇格蘭是首先對同居單章立法的國家，至於美國法律協會之建議則有跨越州法的意涵。德、日大陸法系國家對於事實婚多為抽象概念之定義，由判決先例中歸納出共通的要件，相對地英美法系國家則習慣在法條內，提示各項審查標準供法院參酌。各國對事實婚概念，因國情及社會發展的狀況而有差異，礙於篇幅及文獻無法一一研究，僅就較具代表性之美國（人民往來頻仍）、法國（規定於民法典中）、日本（不成文法國家之代表）、中國大陸（文化背景近似、往來密切）等地，依序介紹之。

第三節 各國事實婚的發展

第一項 事實婚形成的原因

第一款 美國

1960 年到 1970 年間社會大眾對非婚同居關係及女性角色的看法有大幅的變化，社會上不再以婚姻地位來歸類女性，老處女及離婚女性的印記逐漸消失。女性透過避孕⁸¹或墮胎可以任意從事性關係而不必擔心懷孕，同居之不道德已成為過去，人們不再將同居生活視為罪

⁸¹ Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1971). 聯邦最高法院認為州法必須將未婚人士與已婚夫妻同視，有相同的權利使用避孕產品，否則將違反美國憲法第 14 條修正案平等原則的要求。

惡，越來越多的男女公開同居而從來沒有想過結婚。根據 2006 年的美國人口統計資料，1996 年的同居人口約二百八十六萬，到 2005 年估計約有四百八十八萬同居人口，十年內增加近百分之六十的比例，⁸²同居人口確實大幅增加。⁸³美國學者研究顯示，多數同居的雙方是不會結婚，在美國僅 26% 的女性及 19% 的男性，日後會與其同居者結婚。⁸⁴但亦研究顯示約 19% 的同居人口中，於同居 4 年後既未分手也沒有結婚。⁸⁵雖然多數同居男女沒有結婚進入婚姻家庭，但仍維持穩定之同居狀態，未進入婚姻之同居男女，因無法獲得婚姻法的保障，更突顯同居當事人保護之必要性與重要性。

美國傳統上在稅法、社會安全福利、兒童福利、醫療補助、醫療照護、房屋津貼、退伍軍人福利、聯邦就業福利等獨厚婚姻關係，而私人企業對於婚姻伴侶的照顧更是有過之而無不及，甚至有配偶生病之照顧假等，而州層次的福利也林林總總，包括繼承權、侵權致死的損害賠償、扶養、工作津貼與工傷補償等。⁸⁶顯然男女結婚利益相當誘人，不過對照前述統計資料，卻發現近代同居人數未曾遞減，相反地是大幅增加，為此學者從不同角度提出看法，綜合言之，可從以下幾個方向來觀察，如女性地位的提昇、婚姻的不安定性、⁸⁷親子與婚姻關係脫勾、離婚成本過高等。

一、女性地位的提昇：科技革命以後，女性在身體上可以選擇是否懷孕，時間上不受家事牽絆等，加上大量進入工作場所，傳統女性角色開始改變。而性別平等主義的推波助瀾更在政治上及社會上吸引大眾的目光，從 1960 年到 1970 年間性別平等主義者強調性

⁸² 不過另根據美國統計局 2003 年公布之 2000 年已婚與未婚伴侶家庭特別報告指出，1990 年美國同居人口只有約 3 百 20 萬，到 2000 年止同居人口增加為 5 百 50 萬（其中 4 百 90 萬為異性同居男女）。Goldberg, Charlotte K., *The Schemes of Adventuresses: The Abolition and Revival of Common-law Marriage*, 13 *Wm. & Mary J. Women & L.* 483, n. 360 (2007)

⁸³ *Id.* at 517.

⁸⁴ 彭懷真，*婚姻與家庭*，頁 105，巨流圖書有限公司，2003 年。

⁸⁵ Manning, Wendy D. & Smock, Pamela J., *Why Marry?: Race and Transition to Marriage Among Cohabitators*, 32 *Demography* 509, 512 (1995)

⁸⁶ Campbell, Brand, *Cohabitation Agreements in Massachusetts: Wilcox v. Trautz Changes the Rules but Not the Results*, 34 *New Eng. L. Rev.* 485, 520 (2000)

⁸⁷ Scott, Elizabeth S., *The Legal Construction of Norms: Social Norms and The Legal Regulation of Marriage*, 86 *Va. L. Rev.* 1901, 1936-1938 (2000)

別平等的重要性，鼓吹私法權利的平等，禁止公共事務上的歧視，造就女性婚姻地位的變革，社會環境及婚姻女性地位的反動，平等同居伴侶關係被重視。單親家庭尤其是女性未婚及離婚後所形成的單親家庭逐漸增加，母兼父職的現實造成刻板女性家庭角色的忽視。經濟學者從經濟狀況的變化來解釋，女性經濟獨立性的增加及相應年輕男性財富的減少，造成晚婚及同居的增加。年輕男性比過去必須花更多的時間才能達到相同的經濟成熟度，因此同齡男性對女性較無吸引力，此外現代工作要求較多工作能力的投資更甚以往，所以女性擇偶條件提高，遲延男性達到相應地位的時間，男女結婚的合適點自然地延後。這樣觀察與 Becker's Search-theory 觀點相同，即婚姻因獲得較大的市場搜尋範圍而造成耽擱，而同居成為一個更深入評估終身伴侶可能性的方法。同居失敗無疑是一段失敗婚姻避免的證明，所以同居是一種理性降低不確定性的方法。⁸⁸

二、婚姻的不安定：雖然大多數人以白頭偕老為婚姻的終極目標，但隨著近來離婚率的攀升，白頭偕老不再是婚姻的當然。結婚雖然有兩人白頭偕老的誓言，但敵不過婚姻存續中一方行為的背叛及主觀履行的意願。另一造成婚姻誓言無法履行的重要原因又經常是傳統家庭角色的約束。婚姻不再是男女親密關係唯一合法組織，同居逐漸成為婚姻的序曲，甚至是婚姻的替代，而性自由的容忍及對個人隱私的尊重反應個人自我實現及親密關係的多種選擇。法律是社會環境變化的鏡子，當某一部離婚法從有責主義改為破綻主義，或可認為係反應多數人對婚姻及離婚之看法，亦即個人價值重視與自我實現，超越婚姻的神聖性。例如 1970 年加州家庭法將離婚從有責主義改採破綻主義後，並維持到現在。⁸⁹當離婚法不再採有責主義時，將更有利男女從婚姻中解放。⁹⁰

⁸⁸ Dnes, Antony; Rowthorn, Robert, *Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge University Press, 120, 125 (2002).

⁸⁹ Cal Fam Code § 2310

⁹⁰ Dnes, *supra* note 88, at 120,121.

三、親子關係與婚姻脫勾：根據文獻資料顯示，在 1991 年約 12% 的同居男女有共同子女，⁹¹不過到 2000 年美國全國新生兒中，有 39% 左右的新生兒是非婚生子女，⁹²除了證明同居人口的增加外，也說明同居家庭的形成逐漸普遍。在親子關係方面，母子關係因為生母恆定原則，母子權義關係基本上較無疑義，有疑問者在父子關係上，過去父子親子關係的建立上必須透過婚姻關係的推定，來確保血緣的真實性。相反地，父子權利義務也建立在真實父子關係的條件上。不過近來兒童最佳利益的提倡，其兒童利益的保障超越血統真實的重要性，非婚生子女不再被烙印為「私生子」或「不法子女」，甚至婚姻關係已不再是建立親子關係唯一的方式。如加州家庭法關於父子關係的推定上，規定若男子將小孩帶回家並對外表現視如己出者，即被推定有父子關係。⁹³婚姻對父子關係建立的重要性不若以往，而生父對於子女之責任及義務也不再以婚姻為前提，所以即使在男女為婚姻外的結合並擁有共同子女，絲毫不會減損子女對生父的權利。而當婚姻對子女福祉不再有重大影響時，要父母改變現況進入婚姻的動機也相對減少。

四、離婚成本考量：社會大眾普遍稱羨圓滿且成功的婚姻，並對離婚者投以負面評價，無形中加重離婚的成本。政策上普遍以降低離婚率來維持婚姻組織的多數存在，不過加重離婚代價是否真能減少男女離婚選擇，或者是否反而鼓勵男女以同居代之，經濟學者有不同的看法。學者認為婚姻與同居都需要兩造交換扶持的承諾，而這項扶持的價值大小要看履約的態度而定。在傳統婚姻中，妻子在婚姻早期提供許多家事服務，而男性提供的扶養會長期地隨著他的事業發展而價值日增，兩造的經濟與婚姻市場機會可能改變，以致其中之一方或許有了違約的誘因。同居解消與離婚都讓兩造必須負擔成本，這種成本至少和找到一個價值相當之替代

⁹¹ Bumpass, Larry L.、Cherlin, Andrew J. & Sweet, James A., The Role of Cohabitation in Declining Rates of Marriage, 53 J. Marriage & Fam. 913, 913-927 (1991).

⁹² Bumpass, Larry L. & Lu, Hsien-Hen, Trends in Cohabitation and Implications for Children's Family Contexts in the United States, 54 Population Stud. 29, 29-41 (2000).

⁹³ Cal Fam Code § 7611 (d)

對象的費用相當。不願離婚的一造被分配到風險與成本是不對稱，如丈夫或許接受早期妻子的服務，拋棄她而不讓她享受自己後來的收入，更可能娶個較年輕的女子，此為「家花不如野花香」效應。較之年齡相仿的男性，年紀較大的離婚婦女，特別是有子女者，再婚將會遭遇困難，如同屬 45 歲至 54 歲的年齡群中，女性再婚可能性約為離婚男性的一半。當然同居也可能會有相同的問題，因此同居若要限制上述投機行為，大抵必須依賴同居關係中形成的天然「人質」。此類人質也許是共同子女，或是生父母維持和子女接觸的機會。而找新對象所付出的追尋成本，或獨居而招來的社會污名，可能會促使同居男女長相廝守。至於在婚姻方面，因成文法和判例法的規定，配偶間的法定義務通常會鞏固人質的地位，如支付子女生活費用或妻子的贍養費，並分配婚姻關係存續期間取得之財產。不過支付子女生活費義務，多數國家立法上已不區分本生父母間是否有婚姻關係，所以目前重點集中在同居對兩造的效益上，即如果兩造為避免關係結束時彼此的法定義務，選擇同居顯然是理性的作法。⁹⁴因此適婚男女面對結婚後離婚的嚴重負擔，比較婚姻與同居的實質利益，通常是經濟以外的考量，如宗教、父母壓力等，否則理性男女應會選擇同居以代婚姻。以上是從經濟學角度比較婚姻與同居之選擇，至於內部同居當事人選擇同居之原因可歸納為三：將婚前同居視為婚姻的序曲、男女主觀上有意識的排斥婚姻、因意外懷孕或對方仍不忠實等礙於現實環境的同居。⁹⁵

第二款 法國

近代事實婚一方面因為文藝復興以後性的解放，從經濟力量來看，富裕男人對於貧窮女性的誘惑而產生，為保護非婚生子女及被遺棄的女性，賦予一定程度之救濟。另一方面因為嚴格教會法而產生的

⁹⁴ Dnes, supra note 88, at 120,122.

⁹⁵ Estin, Ann Laquer, Ordinary Cohabitation, 76 Notre Dame L. Rev. 1381, 1406 (2001).

事實婚，如禁婚親範圍過大，當事人不知彼此間有婚姻障礙事由而結婚。或因離婚的禁止，即使關係破裂仍無法離婚，形成有配偶者與人同居，⁹⁶或必須在天主教神職人員面前舉行婚禮，其他教派之人除非改變宗教信仰，否則不能結婚等原因，導致當事人停留在事實婚的狀態。而工業革命以後，人口集中都市及工業發展，逐漸造成貧富不均，結婚前證書（證明文件）的提出及事前婚姻公告等手續的繁複，造成時間及金錢的浪費。⁹⁷此外夫妻財產制以擁有財產為前提，所以沒有財產的男女並不需要透過婚姻保障、下層勞動階級、礦區的礦工間，事實婚情形甚為普遍，因未受嚴重非難而被容忍，遂成為婚姻的替代。

之後貧困者證明文件的取得委託身分官員代之、結婚費用免除等促進婚姻手續的簡化，⁹⁸社會立法、勞動條件改善等，使得因貧困而形成的事實婚逐漸減少。而且傳統家庭觀、宗教意識的退縮、婚姻價值薄弱，及事實婚受到社會非難不再強烈等原因，則明顯增加因為主觀意思而形成的事實婚。再者過去不能離婚而形成事實婚之法律障礙，亦因 1975 年離婚法的修正而摒除。⁹⁹1975 年後事實婚產生的背

⁹⁶ 法蘭西向有天主教「教會的長女」之稱，教會自中世紀以後到大革命以前，在法國的勢力極為龐大。在政教不分之體制下，婚姻制度被認為是用以「維持王國與家庭生存的制度」。自中世紀以後，教會為加強對教民與國是的控制，在十六世紀召開的「特連得大公會議」中，再度闡明「婚姻之不可解除的原則」，同時指摘「民事婚姻僅成立可恥而又險惡的同居而已」。不過離婚制度為一不可避免的社會現象，為解決此項社會問題，法國古法曾有二種變型，一是分居，另一是婚姻無效論。分居為教會法上的創制，後來始轉變被稱為「身體上的分居」，雖然法院判決免除同居義務，但配偶雙方之婚姻關係並未因分居而宣告解除。婚姻無效論在代替離婚制度，以當事人婚姻程序之不當、婚後「未行媾合」等理由，請求法院確認婚姻關係未曾成立，從而不認當事人間有婚姻關係之存在。法國大革命動機之一即在掙脫這種教會掌權的特權社會，以建立自由、平等與博愛的人道社會，不過經過幾個世紀的宗教束縛及社會保守勢力的影響，即使大革命後的法國仍不能擺脫宗教意識的窠臼。同樣是基督教文化的英國、德國等新教國家，在面對此問題時則不如法國來的嚴重；黃宗樂，歐洲各國破綻主義離婚立法之展開，陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集—身分法之理論與實用，頁 224-229，1980 年；藍瀛芳，法國民法典之修正研究，頁 248-250。

⁹⁷ 結婚公告必須間隔八日，且在新人各自住所地市政廳星期日公告（二次），及自己雙親的姓名，如果雙親要求，也必須在雙親的住所地公告。還有應提出的證書，出生證書以外之其他必要證書有：父母婚姻同意書（男 24 歲以下，女 20 歲以下）、尊敬證書（24 歲以上的男性、女 20 歲以上，結婚前必須請求父母對於婚姻的建議，結婚舉行時的應答證書）、前配偶死亡證書、離婚判決登記謄本、夫妻財產契約證書、婚姻破綻申請不存在證書等。印花稅及公證手續等費用；二宮周平，フランスの事実婚，頁 137。

⁹⁸ 其他如有事實婚關係者，婚姻公告揭示的免除，尊親屬同意的緩和等，不過縱使到現在，仍有必要證書的提出義務；二宮周平，フランスの事実婚，頁 137。

⁹⁹ 法國司法部自 1970 年開始籌劃離婚法的修正，各方對此問題有相當的爭辯，1975 年 7 月 11 日國會始完成離婚法的立法程序。離婚法修正主要有合意離婚、不堪維持共同生活之離婚及過咎離婚；藍瀛芳，法國民法典之修正研究，頁 261-264。

景主要是道德約束力的降低及生活態樣的變化。具體來說，宗教上的禁止不被遵守、避孕方法的普及、害怕結婚成為永久的約束、年輕女性經濟能力的擴大、雙薪未婚伴侶的完全生活、對事實婚沒有採取不利的立法、住居問題不再成為伴侶間的問題等，都是形成事實婚的原因，尤其是道德的影響是社會變化的重要要素。¹⁰⁰至於年輕人事實婚，很多是婚姻的過程，亦有因不受父母親及社會非難而存在。有認為婚姻是一種生活方式，自己現實上的生活並沒有變化，多是為了子女關係等實際利益而進入婚姻，同居時並沒有要進入婚姻的意思，此種事實婚與過去事實婚迥異，高學歷、高所得人士間發生頻率比較高。因此，對於形成新社會、新家庭的年輕人而言，婚前同居不再是婚姻的過程，也可能是永久的事實婚生活。¹⁰¹

此外，從數據中可以得知，1980年到1990年間同居在法國各地快速增加，1960年只有16%婚外同居，但在1990年則高達87%。結婚率從1960年開始下降，結婚人數從1969年還有380,000對，到1994年只剩253,000對，1994年當年結婚率4.4（每千人）。1998年女性平均結婚年齡27.7歲，比1990年年長5歲，比1970年年長10歲，男性則為29.7歲。在1998年二百四十萬同居人口，每6個人當中有1人是同居者，比1990年10個人中才有1人增加甚多。24歲到30歲的年輕人中，有超過30%人同居，女性26歲以下，男性28歲以下同居人口甚至超越結婚人口。而老年人口的同居數亦增加，顯示同居是一個普遍的現象。2000年左右約四分之三的非婚生子女在出生時能獲得生父的認領，較1962年只有6%非婚生子女能獲得認領之比例為高，顯然同居不止是發展伴侶關係的前階段，也成為百萬子女出生時的家庭狀態。¹⁰²

法國民法典在起草時，刻意忽視事實婚（Concubinage），認為其係與法無關的單純事實狀態，之所以如此，肇因於法國大革命後對

¹⁰⁰ 二宮周平，フランスの事実婚，頁130。

¹⁰¹ 二宮周平，フランスの事実婚，頁136。

¹⁰² Martin, Claude and Théry, Irène, The Pacs and Marriage and Cohabitation in France, 15 Int'l J.L. Pol'y & Fam. 135,136-139 (2001)

自由婚姻觀的疑慮及當時有產階級市民性思想、婚姻觀的禁慾主義，希望規律婚姻秩序、重建家庭秩序、希圖社會的安定。¹⁰³將事實婚以法律規範之，將有造成秩序混亂的疑慮。法國學者在民法典序論一書中指出「婚姻的公示性及要式性，係為避免曖昧不適法的結合」¹⁰⁴，事實婚因為曖昧不適法，因此無法見容於婚姻制度。法律不對事實婚規範，意即事實婚不受保護，不過男女以事實婚方式生活並非法所禁止。而法律不對事實婚規範，係因事實婚生活的探究將侵害個人私生活，有違人權思想的保護。性關係、同居、家庭的形成等，所謂自由因愛而結合的權利，是一種自然法，被認為是基本自由。拿破崙名言「事實婚當事人無視法律，法律也無視其存在」，因為事實婚當事人係以不受婚姻拘束的意思而為事實上結合，所以法律不加以保護。不受法律保護，他方面不受法律拘束，則自由得以確保。不受婚姻制約的事實婚本質為法國民法制定以來一貫的原則。進入二十世紀後，交通事故增加，一方當事人因事故而死亡，他方當事人之損害賠償請求地位被承認。再者，立法上也對現實共同家庭生活之人給與各項的給付。對於事實婚的進一步保障後來並未實現，蓋事實婚係自由本質的事實上結合，此外過去判例所承認的事實婚保護亦出現否定的見解，先前事實婚當事人保護的立法也被廢止。直到 1970 年代以後，事實婚的保護又逐漸擴大，因五月革命後，自由戀愛志向高舉的事實婚男女增加，法律紛爭發生頻仍，現實上仍有法律保護的需要。賦予當事人婚姻法律效果，與事實婚不受婚姻拘束之事實上結合本質不符，因此不受婚姻拘束事實婚當事人，在婚姻本質以外的事項，若有法律保護之必要，同時符合其法律要件者，則不妨承認其法律效果。換言之，婚姻本質規範，事實婚當事人沒有適用。¹⁰⁵當事人若訂立事實婚契約，可能產生牴觸婚姻的疑問，以一般契約的方式比較沒有爭議，也

¹⁰³ 金山直樹，フランス革命、民法典における契約自由の原則（一）－婚姻と離婚も踏まえて，民商法雜誌，131 卷 2 號，頁 194，2004 年 11 月。

¹⁰⁴ Jean Étienne Marie Portalis（野田良之譯），民法典序論，頁 37，日本評論社，1949 年。

¹⁰⁵ 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－ボックスとコンキュビナーージュの研究，頁 286。

不致與婚姻產生競合。但是安定非婚伴侶關係，透過一般契約方式包括事實婚需要者，則此種契約應有特別承認的必要。總之事實婚的需要，促成伴侶契約為特別契約形式的立法，事實婚對後來 Pacs 的創設，其貢獻不能抹滅。¹⁰⁶

第三款 日本

日本民法在1898年即確立登記婚制，當時立法者期待讓婚姻經由鼓勵登記而走向現代化，在二次世界大戰前，造成內緣產生的原因如下：¹⁰⁷

（一）傳統婚姻的慣行

日本向來有所謂的試婚，即在結婚後女方如未能生育或家風不合，即可能被送回娘家。多數人仍依照傳統習俗，立媒酌之言、舉行儀式、宴請賓客，待生育後辦理登記，以免在戶籍登記上留下紀錄。

（二）法律造成的婚姻障礙

日本明治民法男未滿 30 歲，女未滿 25 歲，結婚登記應得到雙方家長的同意，因此得不到家長同意入籍的男女只能在未登記的情況下同居。又按照日本家長制，長男、長女不能轉移戶籍，因此如果要落戶便無法登記，此種情形持續至二戰結束後民法改廢才獲得改善。

（三）工廠、礦場勞動者的事實婚

因應經濟發展，在工廠、礦場、土木建築工地參與勞動的工人，形成內緣的狀況亦較普遍。當時因為路途遙遠，登記花費較高，工人、礦工休息時間與政府登記機關休息時間同，而登記的法律效果對收入微薄的勞動者而言，影響不大。

因此在傳統儀式婚慣行及人們對民法規定的無知或經濟考量，造成當時出現大量不符民法結婚規定形式要件的內緣。

時至今日，過去婚姻登記妨礙事由幾乎不存在，而隨著個人主

¹⁰⁶ 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－パックスとコンキュビナーージュの研究，頁 287。

¹⁰⁷ 二宮周平，事實婚の現代的課題，頁 3-5。

義的抬頭，女性高學歷化等社會狀況的改變，加上歐美不婚風潮的影響，傳統內緣已逐漸減少，取而代之以有意識拒絕法律婚之內緣，即迴避法律婚的約束而選擇非婚的結合。根據日本學者私下調查結果顯示，日本社會形成現代型事實婚的原因如下：¹⁰⁸

1. 為了夫妻別姓。日本現行法規定夫妻同姓，通常妻子必須捨棄本姓換成夫姓，對女性形成不公與不利益。
2. 對於私生活實質的重視。認為男女自然的結合與婚姻登記無關，應從兩個人的幸福著眼。
3. 對傳統夫妻家庭分工的否定。即傳統夫必須負擔家庭責任，而女性則是妻、母的角色。
4. 對婚姻強制及結婚制度、戶籍制度的批判。
5. 男女差別的解放及個人生活方式的尊重。現行法律婚在男女及子女上的差異，造成男女地位不平等，而這種不平等影響個人生活的選擇。

第四款 中國大陸

根據大陸全國婦聯在 2001 年婚姻法修正時，進行抽樣調查顯示，已婚而未辦理結婚登記者，占成年人口總數 4.2%，占結婚人口數 4.6%。而在農村地區已婚未辦理登記者，占成年人口總數 6.9%，占結婚人口數 7.5%。進一步詢問結婚登記的必要性時，11%的人認為結婚沒有登記的必要，城市居民認為結婚不必登記者占 6.1%；農村則高達 15.9%。¹⁰⁹因大陸幅員廣大，目前並無更精確的估算方式，加上仍有一定比例的民眾忽視結婚登記之必要性，一般相信，事實婚的情況應更為普遍。至於其形成原因如下：

1. 傳統習俗與法律的落差。¹¹⁰中國社會向來注重結婚之儀式，並透過結婚儀式的進行與公開，昭告大眾同時確立男女夫妻關係，進而建

¹⁰⁸ 二宮周平，「事實婚」，講座，現代家族法，第 2 卷，頁 57-58，日本評論社，1991 年。

¹⁰⁹ 鄭小川、于晶，親屬法原理、規則、案例，頁 12，清華大學出版社，2006 年 7 月。

¹¹⁰ 鄭小川、于晶，親屬法原理、規則、案例，頁 16。

立雙方親屬關係，因此儀式婚影響中國人觀念甚深，認為結婚儀式是夫妻關係的標示，而結婚登記則可有可無，縱使未為結婚登記，並不影響女子進入夫家、生育子女。但大陸 1950 年、1980 年先後頒布之婚姻法，皆採登記婚制，及至 2001 年的婚姻法修正，仍未改變登記婚之立場。未經結婚登記，不發生法律上夫妻關係，與傳統社會婚姻結合方式認知不同，又因法律宣導不足，各地風俗習慣差異等，即使婚姻法頒布迄今逾 50 年，仍無法深入民心，人民普遍認為結婚必須踐行一定之儀式，縱使已經結婚登記亦不免俗補辦婚禮。

2. 登記機關不足與不便。除了當事人法律知識不足外，生活貧困、地處偏遠、交通不便等因素，都是影響當事人登記之意願。再者部分地方政府，於結婚登記時，巧立名目，要求當事人支付服務費，或登記時搭售福利彩票、婚前教育書籍、光碟、胸花等，造成當事人額外費用支出。¹¹¹至於赴外地的打工族，因人戶分離，如果要結婚登記，必須返回原籍地才能辦理結婚登記，但打工族每天忙於生計，要求返鄉辦理結婚登記有現實上的困難，即使辦妥登記也早已共同生活一段時日。
3. 法制本身存在之問題。依大陸婚姻法第 6 條之規定，結婚年齡男不得早於 22 歲，女不得早於 20 歲，且晚婚晚育應予以鼓勵。晚婚之強制規定固足以改變過去傳統社會早婚之習慣，並有利個人學業、經濟發展、生涯規劃及子女教養。惟農村勞動人口需求較高，晚婚無法滿足農業生產的需要，加以傳統農業社會的婚姻觀念，使得農村經常是事實婚盛行的地區。此外當事人於婚姻登記前必須身體檢查，許多地方登記機關增加規定所無之檢查項目，甚至對婚前性行為及婚前懷孕課處罰鍰。¹¹²
4. 逃避計劃生育。適婚男女為生男孩或多生子女，不辦理結婚登記而同居，此時女方仍住娘家，如果生下男孩，即立即領得結婚證並將

¹¹¹ 2004 年 4 月 15 日「民政部關於嚴格制止借婚姻登記亂收費的通知」。

¹¹² 陳宇澄，中國家族法の研究，頁 128，信山社，1994 年。

母子戶籍遷往男方處；但如果生下女孩便不領結婚證，母女戶口不遷移，給女方在沒有約束下繼續生育。¹¹³

5. 社會環境的改變。隨著改革開放，部分所得較高之人，在追求消費時尚同時也在生活上復古，開始納妾和「包二奶」，因屬婚姻障礙事由無法為結婚登記，男女即便如同夫妻般共同生活，仍無法取得婚姻法上相應之地位。年輕人因為對婚姻的期待及恐懼，而採行試婚，部分因為不想受到婚姻的束縛而採取同居，或因工作繁忙，沒有時間談戀愛、相互了解，為增進感情及生活方便而先行同居，或婚禮儀式繁瑣、結婚登記不便等。未婚同居也並非年輕人的專利，有老年人為避免結婚造成家庭矛盾或遭到子女反對（夕陽紅同居現象），乾脆同居而不登記。¹¹⁴此種事實婚容易造成弱勢者，通常為女性無法獲得法律的救濟，引起社會問題。

第二項 事實婚之法制發展

第一款 美國

美國過去男女同居關係除非具有普通法婚姻或誤想婚¹¹⁵之要件外，同居男女被視為非法之配偶，而僅能在有限之場合受到衡平法上之救濟。即同居關係之法律保障，完全依據一般契約原理。直至1976年加州李馬文案（Marvin v. Marvin）¹¹⁶始承認同居配偶之權利，予以同居男女法律上之保護，開創同居法律之先例。

Marvin v. Marvin

1964年被告李馬文（電影明星）與原告米雪兒（歌星）相識，旋即同居，雙方均為已婚，在前後同居7年期間，原告伴隨被告到處旅行拍電影，偶以李馬文太太身分出現於公眾場合。1970年5月原

¹¹³ 蔡顯鑫，中共事實婚姻之概述（上），軍法專刊第40卷9期，頁11，民國83年9月。

¹¹⁴ 鄭小川、于晶，親屬法原理、規則、案例，頁17。

¹¹⁵ 誤想婚係指當事人自始不知有婚姻之障礙，善意相信婚姻之有效，而經過法定婚姻之儀式而成立之婚姻，此婚姻在法律上雖無效，但其配偶仍享有某種程度配偶權利，因此誤想婚之要件有三：一、至少當事人一方自始繼續不知有阻礙婚姻之事由；二、當事人必須依法舉行婚姻之儀式；三、當事人必須認為婚姻有效；林菊枝，親屬法專題研究（二），頁213，五南出版公司，民國86年。

¹¹⁶ 18 Cal.3d 660 (1976)

告因被告之請求離去被告之住處，結束與被告之同居關係。原告主張在同居期間，他們曾有以下口頭約定，他們將在同居期間聯合所有他們的薪資收入及勞力所得，並且分享他們共同努力結果所取得之財產（不問個人或共同所有），原告並同意對外公示其為夫妻，提供被告所需要之伴侶、管家、廚師等勞務。不久，原告更同意放棄其歌星生涯，全心全意奉獻被告，而被告提供她終身之扶養與需要為報酬。原告離開時，在被告名義下之財產價值超過 100 萬美元以上，原告認為其已履行約定之義務，要求被告履行承諾及分配同居期間共同取得之財產。被告否認原告對其財產主張之權利，拒絕支付，原告遂於 1972 年向加州之法院提出訴訟，以口頭契約為訴之原因，請求法院諭知被告分割財產、支付扶養費及損害賠償之命令。被告否認有口頭契約存在，爭辯縱使有此契約存在，亦涉及非法姘居關係，違反公序良俗不得請求履行。原審法院為不利原告之判決，原告提起上訴，上訴法院支持原審法院之判決。但加州最高法院廢棄原審法院之判決發回更審。

加州最高法院的判決中指出：一、親屬法條文並無關於非婚同居關係中當事人取得財產之分割規定，此種關係屬於法院判決事項；二、對於非婚同居配偶間之明示契約，除非該契約以淫蕩之性服務為內容，法院應強制其履行；三、在無明示契約時，法院也應詢及當事人之行為，決定是否有默示契約、合夥之約定、共同投資或其他默契存在，在具體個案如有必要時，應適用實際交換價值原則（Doctrine of Quantum Merit）¹¹⁷或衡平救濟（Equitable Remedies），如推定信託（Constructive Trust）或結果型信託（Resulting Trust）¹¹⁸解

¹¹⁷ 在契約中的事項並無明示或默示之協議存在，不能同居當事人間曾對該項事項有所協議，但當事人在同居期間曾有以下情形：一、同居之一方給予他方利益；二、同居之一方給予他方利益時，期待對方有所補償；三、他方明示或暗示要求此利益；四、他方因給予方未得補償而受有不當得利。如同居之一方曾提供他方家庭勞務，此時應考慮當事人是否有期待對方補償，對方有無明示或暗示要求其在無給付代價之明示或默示契約下提供勞務，對方是否有不當得利，答案如果肯定，則根據「實際交換價值原則」提供從事家事勞務之一方，得向他方請求提供服務之合理價值減去所受扶養之合理價值；林菊枝，親屬法專題研究（二），頁 237。

¹¹⁸ 有稱為設定信託（Constructive Trust）或推定信託（Resulting Trust），均為平衡救濟之手段，係法律規定之信託關係。前者指當事人一方，因詐欺或濫用信賴關係取得財產所有權或購買財產之資金取自他方，為避免所有權之一方不當得利，法律在該財產上設定信託，此時有財產所有權

決。

李馬文案原審法院依最高法院的指示，在案例需要時，得使用適宜的衡平救濟，認為原告與被告間雖無明示默示契約存在，在原告目前靠失業救濟金維持生活，無恢復其歌星生涯的希望，他方面，被告離開原告時擁有 100 萬美元以上的財產，根據種種事實，原審法院命被告支付原告 10 萬 4 千美元作為原告接受教育學習技能之復健經費，以期能恢復過去歌星生涯。被告對此判決不服，向加州上訴法院提起上訴，爭辯此復健經費並非本案言詞辯論中之爭點，且無衡平及法律之根據。上訴法院認為被告有理由而廢棄原審法院之判決。¹¹⁹原告再上訴加州最高法院，加州最高法院駁回其上訴，李馬文案終告確定。

最高法院在李馬文的個案中雖重申同居當事人關於謀生能力及財產權得自由安排，只要不涉及性交易或性服務即可。在契約的認定上除了明示合意外，尚包含默示契約，而默示契約的決定又必須考量當事人的行為及關係本質等。此外，若契約不足以解決同居當事人財產爭議，還必須考量公平及正義等因素，一定程度上加重法院審理的負擔，包括在舉證、程序、時間、費用等等。難怪有學者對李馬文案提出批評，認為短短 11 週的事實審，總共產出 8,000 頁的手稿，包括米雪兒與其他男人的關係，甚至那些男人的性向等，學者認為法院應該明示書面合意即可，不應擴及默示合意及衡平補償等。¹²⁰基本上

之一方視為為被詐欺或因其他方式受損之他方利益保有財產。後者指一方為他方之利益而擁有財產，此時法律推定有信託關係存在。例如，有一對未婚同居伴侶決定買房子，他們使用共同帳戶之存款（由二人平均出資），但以當事人一方之名義登記，此時法律為無名義之他方利益，推定有信託關係存在，但主張有信託關係之當事人必須證明其對財產之購買曾出資出力；林菊枝，親屬法專題研究（二），頁 237。

¹¹⁹ Marvin v. Marvin, 122 Cal. App. 3d, 871, 176, Cal. Repr. 555, 559 (1981). Rehabilitative Award 更生性贍養費（有譯為復健經費）的給付根據僅在於原告有所需要而被告有能力滿足其需要，但顯然此根據不充分，因此種金額之給付，必須有法律或衡平法上之根據，衡平法院縱有廣泛之權力，也不能為達衡平目的而完全創設新的實質權利，原審法院以其特殊之法律結論，企圖造出義務，即原告有權獲得被告之協助，直至其能自立時為止。此種結論顯然與早期一般法院判決（不承認被告有此種義務及無提供原告相當金額以資扶養）不同。原告在本案未受損害（反而受利），被告並無不當得利，對於成立或終止同居關係也無錯誤，因此原審判決遭廢棄；林菊枝，親屬法專題研究（二），頁 239-240。

¹²⁰ Westfall, David, Unmarried Partners and the Legacy of Marvin v. Marvin: Forcing Incidents of Marriage on Unmarried Cohabitants: The American Law Institute's Principles of Family Dissolution,

李馬文案法院所提出的賠償標準太廣泛了。

第一目 契約說

一、肯定 Marvin 的後續裁判

Hay v. Hay¹²¹一案中，內華達州最高法院在 1984 年同居個案中，援引加州李馬文案的見解，認為「無明示契約時，法院也應詢及當事人之行為，決定是否有默示契約、合夥之約定、共同投資或其他默契存在，在具體個案如有必要時，應適用實際交換價值原則或衡平救濟，如設定信託或推定信託解決」，認為下級法院的裁判有誤，因為現實上女性同居人的財產利益，處於和夫妻財產相同的狀態，依其所提出之事證可能構成默示合意，且雙方如同夫妻般擁有財產。儘管內華達州不承認普通法上婚姻，但也不允許同居伴侶之一造獨占伴侶財產利益。

在 Goode v. Goode¹²²一案中，西維吉尼亞州最高法院在 1990 年關於同居判決中指出，依法所有婚姻必須踐行儀式且登記，不承認同居當事人的婚姻關係可能導致女性同居人財產上的不利益，但法院也不能無視州法對於婚姻之強制規定¹²³。因為是否廢棄婚姻儀式此要件，其權限在於立法機關。不過同居未婚當事人自認為夫妻且表現於外者，其取得之財產是否適合分割，法院應參考其他法院的看法，本案法院則認為以均分為當，至於分割的依據可以是明示或默示合意或設定信託關係。

二、Marvin 判決的修正

76 Notre Dame L. Rev. 1467, 1471 (2001).

¹²¹ 678 P.2d 672 (Nev. 1984)。Virginia Hay 和 Tom Hay 曾短暫離婚但隨即復合並同意對外以夫妻稱之，因此雙方又同居了約 23 年，他們將雙方所得置在一起用以購買財產並發生如同夫妻之義務，育有 3 名子女。於 1981 年 9 月雙方正式分手，分手時房屋是登記在「Tom and Virginia Hay, Husband and Wife as Joint Tenants」，其餘不動產登記在 Tom 名下，而汽車則登記在 Tom 或 Virginia 名下。

¹²² 396 S.E.2d.430 (W. Va. 1990)。本案雙方在 1961 年口頭約定結婚，共同生活 28 年，根據當時雙方協議的內容，雙方將財產置在一起同時分享夫妻財產，提供彼此終身財務及感情上的支持。在同居期間內，雙方自認為夫妻並表現於外，同時分別在三地購置財產。本案係男方離開共同住所後，女方因而訴請離婚。

¹²³ W. Va. Code, 48-1-5 (1969)

(一) 同居協議必須以書面為之：

1980 年明尼蘇達州法第 513.075 條規定，在雙方有性關係的考量下，婚外同居男女或即將進行婚外同居之男女，訂立關係解消時之財產及財務契約條款，必須以書面為之並經雙方簽名。¹²⁴換言之，同居財產契約若沒有書面並經雙方簽名，將無法發生法律上之效力。明尼蘇達州最高法院在 1983 年 *In re Estate of Eriksen* 一案判決中，¹²⁵再次強調同居男女財產協議必須以書面為之，此為該法通過後經最高法院確認的第一個個案，後續下級法院判決如 *Hollom v. Carey*¹²⁶、*Obert v. Dahl*¹²⁷皆遵循此原則。

1997 年德州家庭法第 1.108 條規定，關於婚姻或非婚同居的承諾或合意必須以書面為之並由義務人簽名，否則不生效力。¹²⁸商事法第 26.01(b)(3)條規定關於婚姻或非婚同居的合意必須以書面為之，並由義務人或其依法授權人之簽名，否則不生效力。¹²⁹

佛羅里達州及北達科塔州法院要求關於同居財產協議必須以書面為之。有法院認為因為婚姻形式的關係有可能遭到濫用，所以詐欺法規定與婚姻有關的扶養契約必須以書面為之。¹³⁰而非婚同居之類似婚姻協議當然有其適用。若係爭案件中之非婚同居協議屬類似婚姻協議並無爭議，當然必須以書面為之。¹³¹在 *Kohler v. Flynn* 一案中，北達科塔州最高法院認為，若同居當事人有明顯共有財產的協議時，同居人固可訴請返還財產。相反地，僅單純同居並不足以證明事實上雙方共同擁有所有權者，則不可提起分割訴訟。除非同居當事人能提出書面協議以證明彼此分割的合意。¹³²

(二) 同居協議必須以明示為之：

1980 年紐約最高上訴法院 (Court of Appeals of New York)

¹²⁴ M.S.A. § 513.075

¹²⁵ 337 N.W.2d 671 (Minn.,1983)

¹²⁶ 343 N.W.2d 701, 704 (Minn. Ct. App. 1984)

¹²⁷ 574 N.W.2d 747, 749-50 (Minn. Ct. App. 1998)

¹²⁸ Tex. Family Code 1.108 (Vernon)

¹²⁹ Tex. Bus. & Com. Code 26.01.

¹³⁰ Florida Statutes, 725.01

¹³¹ *Posik v. Layton*, 695 So.2d 759 (Fla. App. 5 Dist.,1997)

¹³² 493 N.W.2d 647 (1992)

判決指出，關於獲利及財產契約不能經由未婚男女共同生活的事實，而為默示契約存在的推論，因默示契約本質上難以掌握，所以實務上無法執行，且與紐約廢止普通法上婚姻的立法政策相違。但同居伴侶的明示契約合意仍然有效可以執行。¹³³因此，同居當事人間不論口頭或書面，依上開意旨只要是明示財產契約合意皆可有效執行。

三、否認 Marvin 判決

Hewitt v. Hewitt¹³⁴一案

伊利諾州最高法院雖承認社會規範及態度有逐漸改變之趨勢，有必要修正同居非法之法律規則，也知悉在司法上同居當事人對同居期間共得之財產所為私人主張日增及多數法院以衡平或契約理論實現同居當事人同居期間之財產爭議，仍然未同意上訴法院所為有利原告之判決，其理由歸納如下：1. 未婚同居伴侶是否得主張彼此之財產權，不僅為契約法上要件或當事人間是否公平的問題，更牽涉到婚姻立法政策及公序良俗之基本命題，承認未婚同居伴侶間之財產上權利所引起之社會及婚姻制度之衝擊，較之保障同居配伴侶權利之公平更應重視。給予同居當事人傳統婚姻類似之法律上權利，無異鼓勵人民走向此方式的結合關係，削減以家庭婚姻為基石之社會功能。2. 承認未婚同居伴侶之權利產生更多複雜的問題。承認非婚同居伴侶合法之財產及監護子女權利，實際效力上等於使過去之普通法婚姻合法化，等於以判決創設該州 1905 年廢除之普通法婚姻。同居數目與日俱增及社會道德沒落已危及婚姻制度。3. 伊利諾州向來有維持公序良俗之案例，「以將來非法同居為目的之約定為無效」為傳統規則，仍為美國所有州所遵守，而契約中有以非法性交為約定內容之全部或一部者，該約定均為無效。4. 目前承認未婚同居伴侶彼此財產權，牴觸該州當時制定婚姻離婚法之立法政策，因該法並未對非婚同居為特別規定，從制定法之內容可確定該州婚姻立法政策。因伊利諾州仍然維持有責離婚制度，在制定該法時，已表達強烈維持婚姻制度意向。制定

¹³³ Morone v. Morone, 50 N.Y.2d 481 (1980)

¹³⁴ 394 N.E.2d 1204 (Ill. 1979)

法之政策在給予國家繼續關心婚姻制度，並預防以私人契約隨時終止婚姻關係，此即該州立法政策（公序良俗）之所在，不贊成以私人契約取代婚姻。¹³⁵

第二目 地位說

相較於李馬文案對於同居財產關係採取契約說，美國部分州鑑於契約解釋的不確定性及弱勢當事人的保護，改採地位說。最典型的代表為華盛頓州有關表見婚姻關係（Meretricious relationship）的判決。自 1984 年華盛頓最高法院在 Marriage of Lindsey 一案確立後、先後為 Connell v. Francisco、Olver v. Fowler 判決所依循。

一、Marriage of Lindsey¹³⁶

Carl R. Lindsey 和 Lana M. Lindsey 在 1974 年 10 月開始表見婚姻關係，雙方於 1976 年 6 月結婚，雖然婚姻關係存續期間並沒有共同子女，但雙方都擁有前次婚姻所生之子女。兩造於 1981 年 11 月離婚，男方在 1981 年 12 月訴請分割財產，雙方對財產的取得、歸類及價值的評定看法歧異，另外對於財產改良貢獻的證明認定不同，雙方纏訟至華盛頓州最高法院。

¹³⁵ 林菊枝，親屬法專題研究（二），頁 242-244。

¹³⁶ 678 P.2d 328, 331 (Wash. 1984). Carl R. Lindsey 和 Lana M. Lindsey 在 1974 年 10 月開始表見婚姻關係，雙方於 1976 年 6 月結婚，雖然婚姻關係存續期間並沒有共同子女，但雙方都擁有前次婚姻所生之子女。兩造於 1981 年 11 月離婚，男方在 1981 年 12 月訴請分割財產，雙方對財產的取得、歸類及價值的評定看法歧異，另外對於財產改良貢獻的證明認定不同。婚前雙方蓋了一座農場，價值約 30,000 美元。結婚時採分別財產，男方擁有將近全部的財產，而女方名下沒有任何資產。男方擁有附有活動房舍之 30 畝農地、位於 West Valley 區之 30 畝農地、位於 Arcadia 區之 11 畝農地、4 匹馬及其設備及動力械具。婚姻期間雙方使用共同帳戶並支付日常開支，男方在家族中企業工作，女方從事家管及照顧農場。1979 年雙方在自家農場上興建住宅，並向男方母親借款 20,000 美金、向公司借 23,000 美金、銀行貸款 70,000 美金。1981 年一場大火燒毀穀倉，保險理賠 85,587.37 美元。主要爭點在於財產是男方的分別財產還是透過雙方各自資金或貸款取得，下級法院於 1982 年 3 月判決男方取得全部的不動產，共同財產女方分得汽車保險理賠 1,700 美元、4 匹馬及 3,750 美元家務勞動補償，完全未提及女方對燒毀穀倉的貢獻。女方不服提起上訴，上訴法院尊重下級法院財產分割之裁量權，唯獨在保險金的歸屬上，認為從資料來看，該建物用以當作工作室、貯藏室、置放個人工具、裝備等，從保險費分析，50,000 美金保險費保建物、15,000 美元保工具、5,000 美元保個人財產、15,587.37 美元保夫妻財產，男方主張女方對建物的貢獻有限，女方則主張參與建物的設計、接合、監工等，甚至包辦全部油漆工作。下級法院以該建物在婚前完成且在男方名下，沒有考慮女方利益。最高法院則認為在公平及衡平原則的考量下，雖然下級法院在沒有明顯違反裁量的前提下擁有廣泛的裁量，但未考慮女方對穀倉貢獻之利益顯然有誤。

本案華盛頓州最高法院認為，1. 分割表見婚姻關係期間所獲得之財產時，下級法院必須審酌兩造間的關係及財產的累積，並為公平合理的分配。2. 不動產在結婚前由丈夫取得者應視為個別財產。3. 除火災保險部分外，下級法院正確行使法所授與之財產分割裁量。4. 結婚前表見婚姻關係期間，經由雙方共同建立之農場，因火災而獲得之火災保險賠償，下級法院未考量妻子利益，屬裁量的濫用。所以一部維持，一部撤銷發回。

二、Connell v. Francisco¹³⁷

Francisco 和 Connell 於 1983 年 6 月相識於加拿大多倫多，Connell 是一位舞者，定居於紐約，而 Francisco 是歌舞劇製作人同時擁有數家公司，1984 年時財產總值約 1,300,000 美金。1983 年 11 月到 1986 年 6 月雙方共同居住在 Francisco 在拉斯維加斯的家中，1986 年 6 月 Connell 前往華盛頓的 Whidbey Island 協助 Francisco 新購買之飯店 (Whidbey Inn) 經營，之後 Francisco 亦前往加入而同居在一起，雙方一直居住到 1990 年 3 月關係結束止。

本案當事人訴請衡平分割財產，一審法院認為限於如同婚後之共同財產始構成分割的財產，排除當事人各自在關係成立前擁有的財產。原告不服上訴，上訴法院認為雙方在關係成立前擁有或如同婚後之共同財產皆是分割的對象。被告上訴最高法院，最高法院認為：1.

¹³⁷ 898 P.2d 831 (Wash. 1995). Francisco 和 Connell 於 1983 年 6 月相識於加拿大多倫多，Connell 是一位舞者，定居在紐約，Francisco 是歌舞劇製作人同時擁有數家公司，1984 年時財產總值約 1,300,000 美金。1983 年 11 月到 1986 年 6 月雙方共同居住在 Francisco 在拉斯維加斯的家中，1986 年 6 月 Connell 前往華盛頓的 Whidbey Island 協助 Francisco 新購買之飯店 (Whidbey Inn) 經營，之後 Francisco 亦前往加入而同居在一起，一直居住到關係結束 1990 年 3 月止。雙方在華盛頓同居期間被外界視為夫妻，為了交易的方便，Connell 使用 Francisco 的姓氏，在日期為 1987 年 12 月 11 日的遺囑中，Francisco 將財產遺留給 Connell，同時雙方還進行人工受孕手術，1986 年夏天 Francisco 送給 Connell 一只訂婚戒。從 1986 年 6 月到 1990 年 9 月 Connell 管理 Whidbey Inn，1986 到 1988 年並沒有支付酬勞，從 1989 到 1990 年每星期酬勞為 400 美金。雙方在 1990 年 3 月分手，分手時 Connell 有 10,000 美元的存款、10,000 的珠寶手飾、衣物、汽車及其紐約公寓的租金收入及迄 1990 年 9 月止從 Whidbey Inn 獲得的薪資所得。Francisco 的資產淨值達 2,700,000 美元，從 1984 年 2 月開始增加了 1,400,000 美元。Connell 請求分割，一審法院限制只有如同婚姻法上之共同財產始能加以分割，且在關係存續前之財產不屬之，至於關係存續中之財產，必須由原告舉證證明之 (Preponderance of the Evidence, 優勢證據；陳文吟，美國法導論，頁 391)，除退休金部分，其他財產因原告舉證不足無法分割。原告繼續上訴，上訴法院認為無論在關係存續前或存續中，只要屬婚姻法上之共同財產者，皆可以分割，此外舉證責任若不採如同共同財產推定，則伴侶財產分割將沒有意義。被告不服上訴最高法院。

財產在關係成立前擁有不是分割的對象；2. 收入或財產在關係存續中取得者則是分割的對象。所以一部維持，一部撤銷發回。

雙方對於成立表見婚姻關係關係並不爭執，男方爭執下級法院誤將婚姻財產規則適用於表見婚姻關係中，最高法院認為婚姻財產關係雖不能直接適用表見婚姻關係，但華盛頓州法院仍可將相關法律視為指導。除非立法將表見婚姻關係與婚姻等視，否則在表見婚姻關係結束時，僅關係存續期間所獲得之財產屬事實審法院分割之財產。允許事實審法院分割關係存續期間當事人以勞力獲得的財產，並不會形成普通法上婚姻及違反當事人的意願。也只有關係存續中所取得的財產才沒有 Creasman 推定) 的適用 (以所有權名義人決定財產所有之歸屬)。將婚姻共同財產的推定用於同居關係存續中取得之財產，其舉證責任將落在沒有獲得財產之一方，違背華盛頓州最高法院過去的判決先例，反而回到適用 Creasman 推定原則。所以關係期間取得之財產應類似夫妻共同財產之處理方式，推定為同居人所共有。因此財產取得在關係成立前，或財產的取得係基於贈與、繼承等則不屬之。以雙方共同擁有的財產或勞務去增加或維持一方之個別財產 (如同婚姻法上) 者，他方可要求補償，當然法院可以將前開請求與其從共同或他方財產獲得之利益抵銷。本案財產大多在關係存續期間所購置，儘管財產登記在一人名下，仍推定為雙方共同所有。男方可以提出證據證明其財產為個人所有，而女方對在男方名下之財產亦可證明其增加的價值係基於共同財產的挹注或共同勞力的促進。

三、Olver v. Fowler¹³⁸

2003 年 7 月 4 日 Ho 和 Nguyen 兩個家庭結伴出遊，駕駛是 Cung Ho，其因避免與前車追撞而偏離到對向車道，遭對面卡車撞擊，造成兩個家庭成員幾乎全部罹難，5 人死亡，僅餘 3 名成員幸存，即 Ho 的兒子、Nguyen 及其女兒。Nguyen 及其女兒向 Ho 的遺產管理人請求賠償。Cung 和 Thuy Ho 從 1988 年共同生活，他們在 1990 年舉行宗

¹³⁸ 126 P.3d 69, 72 (Wash. Ct. App.2006)。

教婚，但沒有正式的法律婚。他們建立共同的事業、共同養育子女，列名汽車保險共同被保險人。在關係成立前雙方沒有資產，但在 2003 年他們擁有事業、住宅、3 件租賃財產及數個銀行存款，不過所有財產都在 Cung 的名下，Thuy 是 Cung 遺囑的唯一受益人。Nguyen 起訴請求 Cung 遺產管理人支付損害賠償，Cung 和 Thuy 遺產管理人則因 Ho 兒子的利益，主張同居伴侶共有財產分割，作為 Ho 兒子未來生活的保障（因母親對該車禍並無過失，其財產可供子女未來生活的擔保）。

本案上訴法院認為表見婚姻關係存續中所取得之共有財產，於當事人同時死亡時，亦為衡平分割的對象。與婚姻解消之財產分割不同，表見婚姻關係存續中所取得之財產，法院得如同夫妻之共同財產加以裁量分割。一審法院認為 Cung 和 Thuy Ho 從 1988 年或 1989 年開始迄 2003 年二人死亡為止，雙方處於表見婚姻關係。原告 Nguyen 並不爭執雙方之關係，但主張衡平分割並不適用於同居當事人因死亡而解消的個案，尤其在同居當事人雙方死亡的情形。不過上訴法院認為華盛頓州法院似乎沒有以此原因作為拒絕分割的理由，在最近華盛頓最高法院 *Vasquez v. Hawthorne*¹³⁹ 判決中，將案件發回原審法院，要求查明當事人間之關係究係表見婚姻、伴侶或信託，間接說明法院承認同居伴侶關係一方死亡時，仍可適用衡平分割這個原則。而遍尋華盛頓州法院也找不到因死亡解消而拒絕分割的個案。華盛頓州最早承認善意誤認自己為合法配偶而取得他方財產權的個案，是發生在當事人合意解消的情形。¹⁴⁰ 不過最高法院在 *In re Brenchley's Estate* 個案中指出，衡平原則在同居伴侶一方死亡時亦有適用。法院認為婦女相信其為合法配偶而與男子形成長期同居關係，擁有衡平分割財產的權利，因為死亡伴侶如果在世，他方本可分割財產，繼承人不應單純因被繼承人死亡而獲得較多的利益。同居伴侶關係解消之財產分割是基於衡平、契約或信託，但不是繼承，法院強調從未賦予同居伴侶

¹³⁹ 145 Wash.2d 103, 33 P.3d 735 (2001)

¹⁴⁰ *Buckley v. Buckley*, 50 Wash. 213,216,96 P. 1079 (1908)

配偶之地位。本案 Thuy 的財產並因寡婦地位而取得，亦沒有任何的訴訟主張，只是其財產的確認。一種依法基於同居地位而取得類似夫妻共同財產的權利。對照夫妻財產，夫妻之一方對於共同財產具有現存、既有、沒有分割二分之一的利益。一方死亡時，生存之他方並沒有新的權利或利益，而此利益也不因一方死亡而消滅，一方死亡共同財產消滅，轉換為個別財產。表見婚姻關係伴侶財產之分割亦同，本案 Cung 和 Thuy Ho 的財產都是共同財產，所以依衡平原則分割。原告 Nguyen 則認為，同居伴侶關係解消之財產分割請求為一身專屬，必須由其個人請求，而本案同居男女雙亡，與上開案例不同。法院則認為衡平分割並沒有改變關係結束時之財產歸屬，而是一種確認，Thuy 的權利是在死亡前即已存在，不能僅因在生存時未獲司法確認即認其權利因死亡而消滅，從公平原則及避免他方不當得利，本案仍應為衡平分割。

四、表見婚姻關係的意義：

早期「Meretricious」寓有詐欺、欺騙的負面意思，不過現今華盛頓州法院則賦予特別的意思，表見婚姻關係是一種安定類似婚姻之關係，雙方當事人共同居住且明知雙方合法婚姻不存在。是否構成表見婚姻關係必須考量是否繼續性的同居、關係存續的期間、關係的本質、共同的財務關係、共同的目標及當事人的意圖等。其代表性說明是在 *Marriage of Pennington*¹⁴¹ 個案中，法院認為 Clark Pennington 和 Evelyn Van Pevenage 維持 12 年的關係中，其間分分合合，Van Pevenage 要求分割關係存續中共有之財產，不過最高法院認為雙方關係無法滿足繼續性同居要件，因為 Van Pevenage 期待長期穩定之關係，進而結婚，但 Clark Pennington 拒絕結婚，即雙方無法符合意圖建立安定、長期之同居關係。她的數度離家出走及與其他男人之關係亦減損雙方建立表見婚姻關係的企圖，法院進一步指出這種關係包括伴侶、友誼、愛、性、相互支持、照顧等。而共同財務關係則是指雙方必須共同投資他們的時間、勞力或金錢於特定的資

¹⁴¹ 14 P.3d 764 (Wash. 2000).

產，才能符合關係存續中共同財產的推定，進而平均分割之。單純家庭生活費用的分攤，不足滿足上開解釋提出之要件。因此當事人關係必須與婚姻關係類似，必須呈現婚姻般的安定性、或使用對方姓氏、分享資源、對外如同夫妻般的表現。相反地若僅是長期、激烈的性關係則不足以構成。雖然許多婚姻也是長期關係，伴隨激烈的分、合，甚至不忠等，不過最高法院似乎以傳統婚姻關係看待表見婚姻關係。在 *Chesterfield v. Nash*¹⁴² 個案中，最高法院認為雖然當事人同居期間夠長，足以構成表見婚姻關係，但沒有繼續性，尤其是 *Chesterfield* 開始與 *Nash* 交往時，仍然有婚姻關係，關係結束時仍然分分合合。在相互的意思及共同財務關係的評估上，*Chesterfield* 的婚姻關係阻礙相互形成表見婚姻關係的意圖，也無法舉證共同時間、勞力及金錢的投入。他們從未共同購買財物、同時擁有各自的銀行存款及工作，因此法院不認為當事人間有表見婚姻關係。基本上從上述二個案例得知，華盛頓州最高法院是採取嚴格的標準。¹⁴³

五、表見婚姻關係的效力：

從上述案例歸納得知，華盛頓州過去即使在表見婚姻關係存續中所取得之財產也推定為所有權名義人所有，此為法律原則，在沒有反證的情況下，尊重當事人形成他們想要形成的財產狀態，這個假設一般被稱為 *Creasman* 推定。¹⁴⁴ 為避免 *Creasman* 推定造成不公平的結果，華盛頓州法院發展出許多的例外，如默示伴侶關係¹⁴⁵、設定信託¹⁴⁶、資金來源理論¹⁴⁷、契約理論¹⁴⁸等。不過在 1984 年最高法院在

¹⁴² 138 Wn.2d 1016 (Wash. 2000). 本案未公開，相關說明參閱 *In re Pennington*, 142 Wn.2d 592 (Wash. 2000). *Chesterfield* 和 *Nash* 從 1986 年到 1995 年間繼續一段關係，1989 年到 1993 年共同居住在 *Chesterfield* 的房子中，雙方認識時 *Chesterfield* 仍有婚姻關係但與丈夫分居，*Nash* 期間亦與其他女子約會，直到搬入 *Chesterfield* 的住處。他們繼續一段約 4 年半的排他伴侶關係，期間他們保有自己的姓氏，但有共同帳戶用以支付生活費。但他們仍有各別及投資帳戶，*Chesterfield* 是業務員，且 *Nash* 是診所牙醫，*Nash* 會協助 *Chesterfield* 整理旅遊日誌，而 *Chesterfield* 則協助 *Nash* 診所瑣事。他們共同支付 *Chesterfield* 房子的貸款，雙方分手後曾短暫復合並討論結婚，但最終仍然分開。

¹⁴³ *Goldberg*, supra note 82, at 532.

¹⁴⁴ *Creasman v. Boyle*, 31 Wash.2d 345, 356, 196 P.2d 835 (1948)

¹⁴⁵ *In re Estate of Thornton*, 81 Wash.2d 72, 79-81, 499 P.2d 864 (1972); *Hennessey*, 87 Wash.2d 550, 554 P.2d 1057.

¹⁴⁶ *Humphries v. Riveland*, 67 Wash.2d 376, 407 P.2d 967 (1965); *Omer v. Omer*, 11 Wash.App. 386, 523 P.2d 957, review denied, 84 Wash.2d 1009 (1974).

Marriage of Lindsey 一案中，廢棄 Creasman 推定，改採公平且衡平的分割財產。

構成表見婚姻關係並不發生婚姻法上財產的效力，只是推定在關係存續中獲得之財產為當事人所共有，婚姻法上財產分割之規定，雖不能直接適用同居伴侶關係，但得為法院分割同居伴侶財產之參考。關係成立前一方擁有的財產或關係存續中因贈與、遺贈、繼承動產、不動產、租金收益等，於關係解消時並非財產分割之對象，其餘財產則推定為雙方當事人所共有。既然是推定當然可以推翻，不過僅以所有權名義人這個事實並不足以推翻共有財產之推定。此外，以雙方共有之資金或勞務增進、維持、促進一方個人財產，他方於關係解消時得請求賠償，不過法院得衡量他方對共同財產之利用，相互抵消之。

最後在關係解消的原因上，共同財產的分割不限當事人間合意解消表見婚姻關係，一方當事人死亡時，實務亦認為與合意解消同，當然適用共有財產分割規定。即使當事人雙方同時死亡，亦不認為他方已無財產需要而否認共同財產的分割。

第三目 小 結

婚姻法的制定為各州政府的權利，除非有違憲爭議，否則聯邦政府並無干涉之權，因此對於事實婚是否保護淪為各行其是。不過法律學者並不放棄建立一致性規範的努力，如美國法律協會家庭解消基本法律原則的分析與建議（Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations，簡稱 ALI 家庭解消建議）即對事實上夫妻提供一定程度的保護。

1970 年到 1980 年間西方國家異性未婚同居伴侶大量增加，統計人數的增加同時也促使歐美各國司法實務的變革，如加拿大、紐西蘭、澳大利亞及大部分的西歐國家相繼為同居立法，而個案上美國法院也開始承認此種關係的法律責任。實務上不論異性同居伴侶關係或

¹⁴⁷ West v. Knowles, 50 Wash.2d 311, 311 P.2d 689 (1957).

¹⁴⁸ Dahlgren v. Blomeen, 49 Wash.2d 47, 298 P.2d 479 (1956)

同性同居伴侶關係，面臨上開法律疑義時，相關法律責任並不能免除。¹⁴⁹結婚的儀式雖有助於司法審查及家庭的安定等社會秩序利益，但為數眾多的同居伴侶關係卻沒有任何儀式，至少少有明確之存續期間及解消財產契約，大部分州利用契約法則解決有關的問題，有部分則擴張默示合意及不同程度的衡平原則，不論有無明確的合意都對同居伴侶關係提供救濟的管道。普通法婚姻係指法院經由男女如同夫妻般的同居生活及對外表現推論男女雙方的結婚合意，並進而賦予法律上婚姻之效力。之所以採取如此便利的原則，主要係因早期美國墾荒時期缺乏便利的登記制度，但這種制度於 19 世紀時已開始式微，迄 1998 年止，僅餘 11 州及哥倫比亞特區採取。同居伴侶關係沒有結婚的原因很多，或因為前段婚姻的陰影促使當事人選擇同居即可，部分一開始是偶發的關係後逐漸發展成為穩定的結合，或認為結婚儀式不便、甚至不需要，更有錯誤的認為只要單純時間的經過，同居自然轉換為普通法婚姻。而部分族群對婚姻有較低的偏好，也造成同居比例偏高，亦有具有社會和經濟地位的強勢者，因本身利益考量拒絕弱勢方的結婚請求等。最後同性間因婚姻法規定而無法結婚者，亦是不得已而同居。缺乏正式的婚姻對同居伴侶而言，甚少或幾乎不影響其同居生活，而離婚時的財產分配請求權亦同。基於上述說明，ALI 家庭解消建議認為當事人間彼此為類似夫妻之行為，即使沒有正式的書面或承諾，其權利和義務也必須相近。因為適用該建議案會發生類似婚姻之效力，所以 ALI 家庭解消建議對其適用對象的定義小心翼翼，因為符合本建議案定義之當事人，於同居關係結束時，將發生與婚姻解消相當之法律效果。¹⁵⁰ALI 家庭解消建議有學者認為是 Marvin 案的修正版，¹⁵¹亦有批評課以未婚同居伴侶婚姻法上之義務，將與法院承認同居當事人間擁有形成自由的想法不一致。¹⁵²

¹⁴⁹ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.03, Comment a.

¹⁵⁰ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.02, Comment a.

¹⁵¹ Blumberg, Grace Ganz, The Regularization of Non-Marital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State, 76 Notre Dame L. Rev. 1265, 1274 (2001).

¹⁵² Westfall, supra note 120, at 1470.

第二款 法國

事實婚當事人係以不受婚姻拘束的意思而為事實上結合，所以法律不加以保護。民法典雖然無視事實婚的存在，但事實婚在現實上是存在的，法律問題於焉產生。實務判例上採取的保護方式，有利用無償讓與有效性的承認；基於一方誘惑而成立的關係，對關係解消的損害賠償；及以自然債務為理由進行關係解消之保護；¹⁵³或「事實上的合夥」、不當得利等理論進行解消清算等。¹⁵⁴這種觀點與作法一直是法院處理事實婚的準則，不過在面對同性伴侶的個案時，法院看法則迥然不同。

1989年7月11日破毀院(Cour de Cassation)判決¹⁵⁵

案例一：

法國國營航空公司空服員依公司職員規則，「配偶或事實婚伴侶」享有該公司機票優惠，某男性空服員要求比照配偶及事實婚伴侶給予優惠，法國航空公司拒絕給予同性伴侶該優惠，引發爭訟。巴黎勞動法院以根據社會風俗的發展，同性伴侶共同生活與異性伴侶無異，應一視同仁。法國航空公司職員規則有關事實婚伴侶部分，同性伴侶被認為也包含在內。該案繼續上訴至巴黎控訴法院，控訴法院認為該公司內部職員規則載明「事實婚配偶」「職員的家庭成員」「夫妻」，基於對傳統文義的理解，必須是如同夫妻般男女生活，將前審法院的裁判廢棄。案件繼續上訴至破毀院，破毀院認為職員規則中，將優惠利益擴及「事實婚伴侶」，係指不締結婚姻而如同夫妻生活的二個人間，所以是男性與女性間之關係。破毀院支持控訴法院之見解，將同性伴侶摒除在事實婚伴侶之外。¹⁵⁶

案例二：

疾病保險、分娩保險是否適用法國1978年1月2日公布之法律，

¹⁵³ 二宮周平，フランスの事実婚，頁141-143。

¹⁵⁴ Martin, supra note 102, at 142.

¹⁵⁵ 大村敦志，パックスの教訓—フランスの同性カップル保護立法をめぐって，載於「個を支えるもの」頁242，東京大學出版社，2005年。

¹⁵⁶ Martin, supra note 102, at 146.

即「與社會保險被保險人如同夫妻般共同生活者」承認其有保險給付受領人之資格。同性伴侶要求社會保險機關承認其受領人資格，遭到拒絕，引起爭訟。

法國破毀院在上述二個案例中，關於「事實婚伴侶」及「如同夫妻共同生活者」概念，認為「所謂夫妻般生活的認定，係指沒有締結婚姻的二個人，因此只能由一個男性和一個女性所構成的伴侶」，對於同性伴侶想要獲得如同事實婚異性伴侶之待遇，破毀院明確拒絕。

1997 年 12 月 17 日破毀院第三民事部判決¹⁵⁷

根據 1989 年 7 月 6 日第 462 號 14 條第 8 項關於租賃關係改善法，承租人死亡時，租賃關係移轉到與租賃人有事實婚關係者。同性伴侶一方因 AIDS 而死亡，他方同性伴侶並無該規定的適用。破毀院判決認為事實婚指具有婚姻外觀、安定且繼續所生之關係，一男一女間始能成立，因此同性伴侶無法包括在內。

從上述破毀院判決得知實務立場，法院一方面認為事實婚係不受婚姻拘束的事實上結合，刻意區別婚姻與事實婚。不過在面對同性的問題上，則一反向來的主張，認為事實婚與婚姻類似，係參照婚姻而成立者，這種看法備受批評而引發同情。¹⁵⁸從 1989 年判決以降，同性人士初始爭取比照事實婚地位，到後期要求比照婚姻地位，希望經由立法保護同性伴侶的必要性，也漸漸為大眾所理解，同性伴侶的保護更是促成 Pacs 立法的主要動機。

Pacs 的發展過程：

一、90 年代前半

（一）關於民事伴侶契約法案

以同性為保護的法案最初在 1990 年 6 月被提出，關於民事伴侶契約（le partenariat civil）法案（1990 年 6 月第 422-25 號），當時是

¹⁵⁷ Cass. 3 civ., 17 décembre 1997, D. 1998, Jur. p.111 note J.L. Aubert. 轉引大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－パックスとコンキュビナーージュの研究，頁 290。

¹⁵⁸ Percin, Laurence de, 齊藤笑美子譯，パックス－新しいパートナーシップの形，頁 149，綠風出版社，2004 年。

因受到破毀院 1989 年 7 月 11 日判決事實婚不得包含同性伴侶的結果，社會黨元老院議員在元老院提出，因為當時左派社會黨執政，該法案並未經過討論。該法案以保護同性伴侶為目的，但不限定在同性伴侶間，異性伴侶及兄弟姐妹等近親二人間亦可組成。之所以不限定同性伴侶間組成，植基於法國共和主義。市民自由平等的尊重，不偏好以個人特性在市民中另為特定族群分類的法國獨特觀點，不限定保護同性伴侶組織的結果於焉產生。¹⁵⁹比較引起爭議者為同性伴侶問題的解決，該法希望連結既有家庭秩序，此點可從五月革命以來的潮流方向獲得說明。再者，對於刻意迴避婚姻的婚外生活異性伴侶，有賦予婚姻外新地位的必要，同時也可減輕對同性伴侶法律承認的反動。

（二）關於民事結合契約法案

1992 年 11 月 15 日關於民事結合契約（le contrat d'union civile）創設法案（第 3066 號），由 8 位議員在國民議會提出，但未審議。當時未得社會黨議員一致的同意，僅由部分議員提出。因同性伴侶保護之必要才剛啟蒙，漸漸被認識，對這個問題的關心薄弱，所以未至審議即中斷。1993 年 12 月該議案再度在國民議會被提出，不過在 1993 年 3 月左派已經失去政權，所以提出時右派人士居多，無法進入審議。¹⁶⁰

二、90 年代後半

（一）關於社會結合契約法案

1995 年 9 月，以實現民事結合契約的創設為目標的團體及幫助 AIDS 病患的援助團體結合，以社會結合契約（le contrat d'union sociale）創設為目的，雖然名稱變更，基本上仍沿襲民事結合契約，以同伴伴侶包含在非婚伴侶而獲得社會承認為目標。1997 年 1 月 23 日關於社會結合契約法案（第 3315 號）由社會黨團在國民議會提出，1997 年 3 月 19 日社會黨元老院黨團以同樣法案（第 274 號）在元老

¹⁵⁹ 這是 Pacs 法包含同性和異性伴侶的原因，顯然 pacs 不僅避免獨厚同性人士，同時顧及同性與異性現代伴侶之利益；Martin, *supra* note 102, at 139。

¹⁶⁰ 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－パックスとコンキユビナーージュの研究，頁 294。

院提出。不過當時政權為右派政黨所控制，這些法案並未進行審議。1997年6月社會黨取得政權後，同樣法案立刻被提出來討論，1997年6月24日民事及社會結合契約（un contrat d'union civile et sociale）創設法案（第88號），首先由激進派團體議員在國民議會提出。1997年7月社會黨國民議會議員亦提出關於社會結合契約法案（第94號），雖然在社會黨執政下，因未獲黨的完全授權而提出，最後未被審議。¹⁶¹

（二）共同利益契約案

相較於社會黨的動作頻頻，保守派在執政末期的1996年由司法部長 Jacques Toubon 以波爾多大學家庭法學者 Jean Hauser 提出的報告書為據，開始檢討應對。Hauser 的報告書在1998年2月被提出，在 Hauser 的提案中，不問性別和關係的二個人為對象，以解決財產問題為限之契約，稱為共同利益契約（le pacte d'intérêt commun）。限定在財產關係，所以新設的契約類型，以關於「財（biens）」的形式增訂在民法典第二編中。被認為沒有承認同性伴侶的象徵效果，卻達成賦予同性伴侶實際利益的目標。但 Hauser 提案時，社會黨已在1997年6月國民議會選舉獲勝，已由社會黨執政，所以 Hauser 並沒有實際法案的提出。¹⁶²

（三）Irène Théry 案

1997年6月社會黨取得政權後，同性伴侶立法保護成為重要課題，勞工部長及法務部長從1998年2月3日開始向社會學家 Irène Théry 諮詢同性保護之立法，於1998年4月提出 Irène Théry 案。這個方案以立法取代破毀院事實婚不包括同性伴侶的判決，因為未賦予同性伴侶新的地位，是當時提案當中最消極的作法。¹⁶³

三、Pacs 法案

¹⁶¹ 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－パックスとコンキユビナーージュの研究，頁294-295。

¹⁶² 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－パックスとコンキユビナーージュの研究，頁295。

¹⁶³ 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護（2，完）－パックスとコンキユビナーージュの研究，頁286。

(一) 關於民事及社會結合契約法案：Pacs I

民事及社會結合契約原本是 1997 年 6 月激進派團體議員在國民議會提出，1998 年 4 月 28 日將條文修飾後被提交到國民議會司法委員會，1998 年 9 月 23 日國民議會司法委員會通過，提出於國民議會。此項法案與過去議員提出版本相較，經由準備充分的司法委員會提出且由執政黨提出，可說立法可能性很高。不過這個法案右派人士以該法案內容違憲不能審議，依國民議會規則為不受理的抗辯。又因社會黨議員關心度低，而這個問題又超越黨派與個人主觀價值有關，法案因此被廢棄。¹⁶⁴

(二) 關於共同生活契約 (le pacte civil de solidarité)：Pacs II

1998 年 10 月 13 日關於民事及社會結合契約法案(第 1118 號)，變為關於共同生活契約的名稱再次在國民議會提出，內容大致相同。國民議會一讀時，保守派議員強烈反抗，對於同性伴侶法保護的反對，以異性伴侶及其子女之家庭價值應如何措置的討論為主。在國民議會的討論過程中，Pacs 被強加為「和家庭沒有關係單純的契約」。因此，限定為達到成年之自然人始得為之，原先規劃 Pacs 與婚姻同在市政府完成手續，也因而變更為地方法院書記處。經過討論後，部分被修正，於 1998 年 12 月 9 日國民議會以 316 對 249 一讀通過送元老院。元老院對於新同性伴侶制度的承認堅決反對，反對在婚姻與事實婚間創設新的地位。認為 Pacs 是對非婚伴侶及獨身者的侵害，元老院多數意見認為，個人生活自由及根據民法第 9 條之私生活、家庭生活的尊重，Pacs 的相關規定必須全部刪除。在民法中導入事實婚的定義及事實婚契約的承認，希望將同性伴侶包含在非婚伴侶的保護中，因此元老院完全改寫之後，另以「關於婚姻、事實婚連帶關係法案」(第 1479 號)，以 195 票對 116 票，於 1999 年 3 月 23 日送國民議會。國民會議司法委員會接受將事實婚定義的置入，但拒絕刪除 Pacs 等相關規定。國民會議在 1999 年 3 月 30 日至 4 月 1 日進行 Pacs

¹⁶⁴ 大村敦志，パクスの教訓—フランスの同性カップル保護立法をめぐって，載於「個を支えるもの」頁 243-244。

法案的二讀，並完成現行條文內容的二讀後，於 1999 年 4 月 7 日以 300 票對 253 票送元老院。因兩院意見分歧，於 1999 年 5 月 18 日兩院相同人數之代表展開協商，惟仍無法獲得共識。國民會議司法委員會決定不對 Pacs 修正，於 1999 年 6 月 15 日新會期開議時，原先法案以 300 票對 243 票通過。另一方面 1999 年 6 月 30 日元老院以國民議會提出相同法案為由，決定對該法案不予審議。結果國民議會於 1999 年 10 月 13 日以 315 票贊成 249 票反對 4 票棄權，單獨通過 Pacs 法案，法律因此成立。不過反對派聯合國民會議議員 213 名及元老院議員 115 名，向憲法法院提出違憲審查，憲法法院於 1999 年 11 月 9 日，在諸多解釋保留下為合憲之判斷。1999 年 11 月 15 日法國總統簽署第 99-944 號法律，並自公布隔日起生效，至此 Pacs 法終於發生效力。¹⁶⁵

Pacs 的立法爭議焦點都集中在是否賦予同性伴侶法律上承認一事，對於法律內容如何修改卻沒有討論，當時所有人都只有支持和反對兩種立場，並沒有人真正了解 Pacs 到底是什麼。¹⁶⁶

第三款 日本

日本從明治時期到大正時期間，以事實婚或內緣稱呼事實上的夫妻關係，僅以欠缺一張結婚申請書為理由，拒絕法律的救濟，也造成社會問題。其中以內緣的不當廢棄及勞動災害的遺族給付為問題的開端。¹⁶⁷社會立法對於事實婚的表現方式如下：

一、「以本人死亡當時收入維持生計者」：例如以工地勞動者為保護對象之工場法（明治 44 年）及工場法施行令（大正 5 年），或以礦場勞動者為保護對象之礦業法（明治 38 年）及礦工勞役扶助規則（大正 5 年）等。其中在工場法第 15 條的修正，將「以本人死亡當時收入維持生計者」納入遺族補償對象中。亦即將事實婚配偶

¹⁶⁵ Forder, supra note 79 at 386.

¹⁶⁶ Martin, supra note 102, at 146.

¹⁶⁷ 棚村政行，結婚の法律學，頁 145，有斐閣，2002 年。

視為「以本人死亡當時收入維持生計者」，為特別法對內緣保護的第一步。

- 二、「配偶（包含與未為結婚申報之事實上婚姻關係同樣情事者）」：將事實婚配偶以準法律婚配偶形式或同視的資格，賦予特別法之地位。以此表現之立法例有恩給法（昭和 8 年）、母子保護法（昭和 12 年），將事實婚配偶視為準法律婚配偶或等同視之，在當時確實是劃時代的作法，不過是與失權資格有關，為消極性的規定。
- 三、「未為結婚申報之事實上婚姻關係同樣情事者」視為準法律婚配偶或等同視之，積極承認有受領人資格的最初立法為勞動者年金保險法施行令（昭和 16 年）第 14 條「受領遺族年金之遺族範圍為被保險人及被保險人配偶（包含與未為結婚申報之事實上婚姻關係同樣情事者）、子女、父母、孫子女、祖父母等。」
- 四、二次大戰後的立法，以「配偶（包含與未為結婚申報之事實上婚姻關係同樣情事者）」規範的形式頗多，如關於一般職員給付規定、國家公務員災害補償法、國家公務員等退職津貼、國家公務員互助合夥法、國稅徵收法、勞動災害補償保險法、健康保險法、厚生年金保險法、國民年金法、兒童扶養津貼法、老人福祉法等。

除社會立法外，日本對於內緣並沒有身分法的規範，對內緣關係的保護是建立在實務判決上。學說及實務之內緣或內緣關係，係指當事人間有成立足以被認為社會觀念上夫妻共同生活關係之合意，及根據此合意成立之夫妻共同生活事實為要件。日本明治時期對事實婚並未給予保護，及至大正 4 年大審院連合部 1 月 26 日判決中，以債務不履行理論賦予事實婚配偶之保護。

案例事實：

X 女方家為村內中產階級，X 畢業於女校。與 Y 男在媒人 Z 見證下舉行結婚儀式並進行同居。X 女第 3 天回娘家整理衣物，之後，接到 Y 生病通知，X 翌日即趕回 Y 家。但是，媒人 Z 以 Y 生病 X 的父親竟沒有前來探病非常不禮貌而責備之，並抱怨不想與這樣的人結親家而大吐苦水，Y 也不許 X 回家，X 因此返回娘家。X 懷疑 Y 假裝有

婚姻意思而欺騙原告，進而結婚同居，以微不足道的理由離別，造成原告名譽的損害，請求侵權行為損害賠償，法院具體判斷認為因被告過失造成原告名譽的損害，命被告賠償 100 萬元。Y 上訴，認為婚姻的預約無效，沒有值得需要法律保護之關係，是否申報結婚登記為當事人之自由。主張事實上婚姻的離別並不構成權利的侵害。

大審院連合部判決：

婚姻的預約是以將來締結適法的契約為目的，該契約合法有效，在法律上雙方當事人應依照該契約履行。預約是得強制當事人締結婚姻之契約，如當事人一方無正當理由而違反者，其違反者對於他方信賴該契約而受到有形或無形損害，應負賠償責任。…在通常情形下，準備結婚之當事人，在結婚申報前已約定將來要結婚，之後為了履行該約定而提出申請，此約定屬婚姻成立的前提事實，在法律上本來就被肯認正當，為合法的行為。婚姻預約是雙方互有期待將來婚姻成立而誠實履行，並基於此信念所為之約定。既然已有此約定，各該當事人將信賴而為相當之準備行為，進而舉行習慣上的婚姻儀式，進而開始為事實上如同夫婦般的生活。此為婚姻成立的通常過程，並不違反公序良俗，在社會的通念也被認為正當。但如果當事人一方無正當理由違反約定，拒絕締結婚姻關係，對方因信賴所為之準備將歸於徒勞，並使之遭受人格、聲譽等有形、無形的損害，這是違反當事人期待婚姻成立的信念，以當事人一方違約為原因，違約之一方要對被害人之外方，負擔如上所述有形、無形的損害賠償責任，與正義公平為主旨的社會觀念相當，也可解釋為法律精神。¹⁶⁸

婚姻預約理論主要對內緣關係解消提供救濟，但內緣夫妻共同生活所產生的問題，不僅止於解消後，如內緣夫對與內緣妻有性關係之第三人，是否可對其主張婚姻請求權的侵權，又男女合意解消內緣後，女方可否對男方提出家事勞務之不當得利等，鑑於婚姻預約理論無法解決共同生活所產生的爭議，學者中川善之助提出內緣乃沒有申

¹⁶⁸ 大審院民事連合部判決，大正 4（1915）年 1 月 26 日；二宮周平，事實婚の判例綜合解説，頁 7。

報之實質婚姻，沒有登記的婚姻，除以婚姻登記為絕對必要的婚姻效果外，應賦予婚姻效果。更進一步說明婚姻預約無法處理與第三人之關係（如侵權致死之慰撫金、遺族扶助金、日常家庭債務等），該關係應依準婚理論處理。¹⁶⁹準婚理論逐漸受到多數學說支持，成為二戰後的通說。昭和 33 年最高裁判所 4 月 11 日判決終於採取準婚理論，對事實婚進一步保障。

案例事實：

X 女與 Y 男舉行結婚儀式進而同居生活，X 因幫助 Y 家族事業（貨運業）及家事勞動而過度勞累，加以婆婆的嚴苛對待，半年後得到肺結核，在娘家及醫院中療養。9 個月後，Y 通知 X 離婚（別），同時解消彼此內緣關係。X 對 Y 主張不當廢棄內緣關係之慰撫金 10 萬元，墊付之醫療費用 20 萬元。第一審法院以 Y 的廢棄為不法行為及治療費用屬家庭費用之一部，內緣也應準用民法第 760 條，X 的主張全部被肯認。Y 則以根據當時的判例，內緣關係的不當廢棄為婚姻預約的不履行，承認其損害賠償。原判決將不當廢棄當作不法行為，與過去判例內容相違。其次，原判決將民法第 760 條準用內緣關係，將內緣認定為準婚，原判決若將不當廢棄以婚姻預約處理者，關於內緣將有二種不同的解釋，在論理上欠缺統一。Y 因此提起上訴。

最高裁判所判決：

所謂內緣，係指欠缺婚姻申報，不能成為法律上的婚姻，但男女相互協力共同經營夫妻般的生活，這種結合與婚姻關係無異，無妨認為準婚姻關係。再者民法第 709 條所稱之「權利」，不能限於嚴格意義的權利，應包含法律上應受保護之利益，內緣係應受保護之生活關係，如無正當理由廢棄時，因故意或過失侵害權利，其不法侵權行為責任應予以肯定。又被不當廢棄內緣者，相對人亦可以婚姻預約不履行為理由，請求損害賠償。如前所述，內緣應準用法律上婚姻關係，則民法第 760 條規定解釋上應準用於內緣。因此，被上訴人 X 支出之

¹⁶⁹ 中川善之助，婚姻の儀式（5），法協學會雜誌，第 44 卷 6 號，頁 1116、1120，1926 年。轉引自二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 10。

醫療費用，縱使在分居期間而生的費用，也準用婚姻而生的費用，依同條旨趣，上訴人 Y 必須分擔之。¹⁷⁰

因為最高裁判所裁判對於下級法院的拘束力，奠定內緣在日本法制上地位，從此實務改採債務不履行及準婚理論二元論立場。¹⁷¹

第四款 中國大陸

中國大陸之婚姻觀師法蘇俄，蘇俄婚姻立法則承受傳統馬克斯婚姻觀，即所謂家庭將在共產主義下枯萎，不再為一法定之制度。婚姻與家庭被柯倫泰所提出之自由戀愛理論所破壞，在 1918 年的法令宣告中「生育為家庭之基礎，至於是否婚生或非婚生，並無區別」；「家庭關係或血統，並非建立於婚姻上，而建立於生育上」，因此其對於非婚生子女之用語，僅以「無父之子」稱之，並不使用帶有評價之「非法」字義。¹⁷²雖然蘇俄在 1926 年補充說明「要求結婚必須向當地政府登記，純為獲得婚姻存在之一種證明。」婚姻未經登記，亦可宣布事實結婚，有一切法律效果。未登記之婚姻，得在任何時間合法化，僅須說明確實同居時間即可。蘇俄之所以採事實婚主義，係共黨理論所使然。蓋男女只須有婚姻之狀態，即使未曾履行結婚登記，亦有法律效果。中國共產黨於 1931 年在江西瑞金成立中華蘇維埃共和國臨時政府，於同年 12 月 1 日頒布中華蘇維埃共和國婚姻條例，於 1934 年 4 月 30 日頒布中華蘇維埃共和國婚姻法。中國共產黨當時的婚姻法係以蘇俄婚姻法為依歸，承受共產主義之婚姻觀。¹⁷³

¹⁷⁰ 最高裁判所第 2 小法庭判決，昭和 33（1958）年 4 月 11 日；二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 11-12。

¹⁷¹ 中川淳，日本法における事實婚の現在，頁 36-39。

¹⁷² 劉清波，中共的婚姻法，頁 3，臺灣商務印書館，民國 72 年。

¹⁷³ 蘇俄之婚姻制度，在俄國革命以前，原採宗教婚主義，無產階級革命取得政權後，結婚與離婚遂成為革新命令攻擊之對象。1917 年之立法，其第一原則即「離婚經雙方同意，甚至一方面之要求即被允許，而無須說明理由，且普通結婚可代表俄國原有法律下最普遍之宗教儀式結婚。婚姻可以分離，且非終生結合。」1926 年之法令「要求結婚必須向當地政府政府登記，純為獲得婚姻存在之一種證明」。其補充命令進一步說明，「若婚姻未經登記，則可宣布事實結婚，亦有一切法律效果。並未登記之婚姻，得在任何時間合法化，僅須說明確實同居時間。」蘇俄之所以兼採事實婚主義及登記婚主義，原為共黨理論所使然。蓋男女只須有婚姻之狀態，即使未曾履行結婚登記，亦有法律效果。而且一方堅持離婚時，一經登記，即為合法，足見結婚離婚之容易，故有「一杯水主義」之議；劉清波，中共的婚姻法，頁 4-5。

在生育為家庭基礎之前提下，1934年中國共產黨婚姻法第8條規定「凡男女實行同居者，不論登記與否，均以結婚論。」，更早之中華蘇維埃共和國婚姻條例序言指出，在封建統治下，男女婚姻野蠻的無人性，女子所受的壓迫和痛苦比男子更甚，只有工農勝利，男女從經濟上得到第一步解放，男女婚姻就必須隨著變更而得到自由。目前男女婚姻已取得自由的基礎，應確立男女婚姻以自由為原則，¹⁷⁴……。但是女子剛從封建壓迫之下解放出來，他們的身體，許多受了很大的損失（如纏腳），尚未恢復。他們經濟尚未能完全獨立，所以現時離婚問題，應偏於保護女子，而把離婚而起的義務和責任，多交給男子負擔。小孩子是社會的主人，尤其在過去社會習慣上，不注意看護小孩，因此關於小孩的保護，有特別的規定。¹⁷⁵

不過到1944年7月8日蘇聯聯邦法典公布，規定僅在人民登記處登記結婚，始為合法有效之婚姻，改採登記婚主義。接著中國大陸1950年婚姻法第6條亦規定「結婚應男女雙方親到所在地（區、鄉）人民政府登記。凡合於本法結婚的規定，所在地人民政府應即發給結婚證。凡不合於本法規定的結婚，不予登記。」改採登記婚主義。¹⁷⁶1981年修正婚姻法，其中第7條仍延續1950年婚姻法之結婚登記制度，並有專責婚姻登記機關為之。為了便於登記機關進行審查和正確作出判斷，男女雙方對於婚姻登記機關必須了解的情況及其他問題必須如實回覆，不得故意隱瞞。如登記機關發現當事人有違反婚姻法規定之行為者，要受批評教育，情節嚴重者，送人民法院處理。因此有研究認為婚姻登記制度為中國大陸婚姻法之特徵，不過登記目的不在於「公示」，而是作為「社會控制」的手段。¹⁷⁷對婚姻家庭的社會管理是對婚姻家庭的社會控制，而所謂社會控制是「通過社會的力量使人們遵從社會規範，維護社會秩序的過程」，「社會控制既是指整個社會

¹⁷⁴ 婚姻是一種合乎倫理的制度，而不是宗教和教會的制度，婚姻的世俗本質不應被忽略；馬克斯，論離婚法草案，馬克斯恩格斯全集，頁182，人民出版社，1965年。

¹⁷⁵ 劉清波，中共的婚姻法，頁8。

¹⁷⁶ 劉清波，中共婚姻法，共黨問題研究，第9卷第4期，頁7，民國72年4月。

¹⁷⁷ 胡業良，中共新「婚姻法」之研究，共黨問題研究，第10卷第10期，頁67，民國73年10月。

或社會中的群體、組織對其成員的指導、約束和制裁，也指社會成員間的相互影響、相互監督、相互批評」¹⁷⁸從社會控制角度來看，個人婚姻家庭要符合社會規範，具體而言要受社會的限制，即受婚姻法的限制。¹⁷⁹有學者歸納 1955 年、1980 年、1986 年婚姻登記辦法的立法說明，認為婚姻登記之目的，主要是通過登記來達成婚姻統制的目的。¹⁸⁰中國大陸以法律為手段，其制定婚姻法旨在消滅中國傳統之「婚姻制度」、「家庭制度」，同時廢除私有財產制，建立以勞動生產為目的的婚姻制度。以法律強力引導中國婚姻制度的發展，與固有觀念和現實落差甚大，造成事實婚的普遍存在，引發社會問題。婚姻外兩性關係之所以受到限制是為了維持和保證對子女的長期撫育作用，有必要防止發生破壞婚姻穩定性因素。¹⁸¹人類傳宗接代不僅要生，還要養，要撫育、教育，使一個生物之人變成社會之人，只有婚姻家庭能較妥適地完成系統工作。對婚姻家庭的管理和控制是為了維護社會基礎結構，建立社會基礎秩序。而婚姻法修正緩不濟急，為了維持婚姻家庭的生育功能，必須對事實婚家庭加以導引，因此著重在事實婚姻的轉換及非法同居解消後法律關係的調整，對照對婚姻家庭以婚姻法為社會控制，對事實婚則以司法解釋的方式進行控制，最高人民法院遂先後對下級法院，就事實婚姻有關疑義指示用法。

1956 年最高人民法院之復函中指出¹⁸²，1953 年以前符合結婚規定之男女，事實上已經結婚而僅欠缺登記手續…，仍應認為有婚姻關係；1953 年後未達婚齡結婚而未登記者，如提出離婚時雙方已達婚齡者，承認其有婚姻關係；若提出離婚時雙方或一方未達婚齡者，則不認為有婚姻關係。

1979 年最高人民法院法律意見指出¹⁸³，事實婚姻是指男女未進行結婚登記，以夫妻關係同居生活，群眾也認為是夫妻關係。

¹⁷⁸ 費孝通，生育制度，頁 29、33，天津人民出版社，1981 年。

¹⁷⁹ 盧漢龍，新中國社會管理體制研究，頁 170，上海人民出版社，2009 年。

¹⁸⁰ 黃宗樂，儀式婚主義與登記婚主義，頁 150。

¹⁸¹ 費孝通，生育制度，頁 29。

¹⁸² 1956 年 11 月 14 日最高法院關於未登記的婚姻關係在法律上的效力問題的復函。

¹⁸³ 1979 年 2 月 2 日最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律的意見。

1984 年最高人民法院法律意見指出¹⁸⁴，沒有配偶的男女，未按婚姻法規定辦理結婚登記手續，即以夫妻名義同居生活，而且雙方必須達到法定結婚年齡及其他結婚要件。

1989 年最高人民法院法律意見指出¹⁸⁵，沒有配偶男女，未辦結婚登記手續即以夫妻名義同居生活，群眾也認為是夫妻關係。

2001 年最高人民法院解釋¹⁸⁶，在 1994 年 2 月 1 日以前未按婚姻法第 8 條規定辦理結婚登記而以夫妻名義共同生活的男女，男女雙方已符合結婚實質要件者，為事實婚姻關係。而在 1994 年 2 月 1 日婚姻登記管理條例公布實行後，未按婚姻法第 8 條規定辦理結婚登記而以夫妻名義共同生活的男女，男女雙方已符合結婚實質要件者，應補辦結婚登記，未補辦者，依解除同居關係處理。

第四節 檢討與分析

我國自民國 97 年 5 月 23 日民法親屬編修正改採登記婚，以登記為婚姻生效之要件，改變民法自民國 20 年施行以來之儀式婚主義，為結婚制度上之重大變革。事實婚係伴隨法律婚而存在，當法律婚要件為重大變革時，勢必影響事實婚的形成，茲以民國 97 年之婚姻法修正為界，分別探討我國事實婚形成的原因。

第一項 儀式婚主義下之事實婚

學者認為儀式婚主義並不以婚姻登記為結婚之形式要件，因此事實上之夫妻極為稀少，惟既不採純粹之事實婚主義，則事實上夫妻之存在乃不可避免。例如，舊法規定，結婚應有公開儀式及二人以上之證人，若有舉行結婚儀式但未公開；或雖有二人以上之證人，但其中一人不備證人能力；或結婚證書列名之證人有二人，卻僅一人到場等，均不符合婚姻之形式要件。因此，採行儀式婚主義下，仍存在著

¹⁸⁴ 1984 年 8 月 3 日最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見。

¹⁸⁵ 1989 年 11 月 21 日最高人民法院關於人民法院審理未辦理結婚登記而以夫妻名義同居生活案件的若干意見。

¹⁸⁶ 2001 年 12 月 27 日最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋（一）。

事實上夫妻之問題。¹⁸⁷有認為我國傳統結婚習俗向來採行儀式婚主義，舊民法基於傳統習俗亦採行儀式婚主義，雖然民法規定如此，仍不乏僅於戶籍上申辦結婚登記，而未舉行儀式之人。而實務上亦可發現當事人婚後失和而欲離婚者，常以婚姻未舉行公開儀式，而以確認婚姻無效、不成立或婚姻關係不存在之方式提起訴訟，且原告多數均能舉證而獲得勝訴之判決。¹⁸⁸修正前民法結婚不以登記為要件，此規定雖與我國國情相符，於結婚熱熱鬧鬧宴請賓客後，無須為結婚登記即發生婚姻之效力，時日久遠嗣後要舉證結婚反而遭到困難，實務上常常結了婚，身分證配偶欄還是空白，讓有心人用來重婚或騙婚，衍生社會問題，婚姻生效日期與實際戶籍登記有空窗期，其期間可能有一日到數十年之落差；相反地，依戶籍法為結婚登記者，推定結婚，在實務上也產生諸多確認婚姻效力之爭議。此外我國舊軍人婚姻條例規定「應徵、應召入營服義務役士兵，在營服役期間或未屆滿義務役期者，不得結婚，否則婚姻無效。」，過去部分義務役士兵，在服役期間，請假返鄉結婚，雖然符合民法結婚形式要件，但因上開禁止結婚規定而無效，形成另一種事實上夫妻。¹⁸⁹

第二項 登記婚主義下之事實婚

我國實施登記婚後，可預料將來事實婚將隨之增加，採取結婚登記固然有明確與公示之優點，但可能伴隨結婚儀式雖已舉行，但未完成登記，即發生經營共同生活之事實者，產生婚外法律關係問題。此與過去儀式婚所面臨之問題，在性質上將有所不同，鑑於結婚狀況之多樣性，在遵守登記婚安定性的大原則下，如何保護婚姻生活關係已實際存續之特殊案例，¹⁹⁰為修法後之重要課題。因採行登記婚的時間尚短，因此衍生事實婚訴訟案例並不多見，根據實務人士預立可能

¹⁸⁷ 林秀雄，婚姻之形式要件，頁 52-53。

¹⁸⁸ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 259-260。

¹⁸⁹ 吳振建，海峽兩岸軍人婚姻規定之比較研究，國防管理學院法律研究所碩士論文，頁 99-100，民國 86 年。

¹⁹⁰ 鄧學仁，我國採行登記婚所面臨之問題（下），司法週刊，1395 期，2 版，97 年 6 月 26 日。

發生問題分析，其發生原因如下：依新法規定，結婚要件之「書面」、「二人以上證人簽名」如有欠缺，但戶政機關誤為受理申請並完成結婚登記者；其次未為結婚登記，但有結婚之儀式及共同生活之事實；或依公證法所為之公證結婚後，尚未為結婚登記者；戶政人員以形式審查駁回當事人之結婚登記請求者，行政救濟期間內，當事人已為夫妻之共同生活者等。民法第 982 條採登記制度後，其所衍生事實上夫妻之情形勢必增加，其權利義務如何保護應研議立法保護之。¹⁹¹

以上為學者及實務界對民法修正後的預測，即在登記婚法制下，事實婚的發生必然增加。對照各國事實婚發生背景其形成原因如下：

- 一、**傳統習俗**：各國事實婚的形成多少與各國傳統風俗習慣有關，如法國早期的教會婚、日本過去有試婚的習慣、中國大陸的儀式婚。
- 二、**法制上因素**：法制上的限制亦是形成事實婚的原因，如法國早期結婚手續的繁複與公告程序及禁止離婚之規定、日本明治民法男女結婚年齡的限制及家長制規定、中國大陸晚婚規定及結婚登記之不便等。
- 三、**經濟上因素**：法國早期勞工、礦工等中下階級、日本工廠、土木建築工地之勞動者，中國大陸打工族等，因為貧困無法負擔結婚及登記費用，或沒有時間前往登記機關等。
- 四、**社會因素**：無論是歐美的美國、法國，還是東方的日本和中國大陸，社會環境的快速改變，造成生活形態的多樣化，則是共通的現象。再者婚姻的不安定性，及道德拘束力的降低則與生活形態的改變密不可分。
- 五、**同居關係**：同居與事實婚的區別主要在於結婚意思的有無，不過各國在討論事實婚都不能排除同居關係的介紹。依前開各國事實婚、同居形成原因的介紹，近代同居生活形態之所以盛行的原因如下：女性經濟地位的提升、有意識的拒絕婚姻、避孕方法的進

¹⁹¹ 黃雅琴，民法親屬篇修正後法律婚主義之探討－從實務看法律婚主義修法之必要性，月旦法學教室，第 161 期，頁 42-48，2008 年 10 月。

步、禁止離婚之規定、老年照護的需要、婚姻與親子關係脫勾、離婚成本過高、對同居或事實婚沒有不利之立法等。

從上述歸納的原因，對照我國改採登記婚制度後的社會背景，傳統上重視結婚儀式的習俗仍未改變，法制上登記婚與傳統民間觀念還有差異，確實為我國目前形成事實婚的主要原因。不過在其他結婚法制上的限制，如結婚要件的限制、登記手續的繁複等，對照目前國內社會狀況及登記的情事，已不復發生。至於經濟上的原因所形成事實婚，則因工作條件及收入的改善，也鮮有所聞。至於社會因素方面，生活形態多樣性已成為世界潮流，我國無法自身於外，婚姻不再是男女惟一和永久的選擇，道德則在人際關係的疏遠下，影響力不若以往。而我國婚姻以外的男女結合型態上，同居反而成為婚姻以外之大宗，其形成原因如下：¹⁹²

- 一、文化上：對同居者社會壓力及限制的減少，性規範鬆動，婚前性行為已不是嚴重違反社會規範的行為。
- 二、結構上：離婚率的攀升，男女畏於結婚或考慮婚前同居以了解是否適應彼此。其原因可進一步細分為：
 - (一) 教育年數的延長：適婚者雖然有感情對象，遷就學業而只能同居。
 - (二) 觀念上：感情自由與多元逐漸被接受。
 - (三) 經濟水準：家庭環境富裕及工作機會增加，年輕男女享受獨立而寬裕的同居生活。
 - (四) 避孕方法：避孕方法普遍及人工流產不再被視為罪惡，解決同居者恐懼懷孕生子的問題。
 - (五) 對於婚姻的反動：對於傳統婚姻強調義務而忽略個人的意願，拒絕婚姻而以感情結合之同居替代。

從學者對國內男女同居形成原因分析來看，與上開各國同居盛行原因比較後發現，國內同居人口增加的原因大致與歐美國家相同。

¹⁹² 彭懷真，婚姻與家庭，頁 99-100。

其中值得特別說明者有三：一是我國親屬法在立法之初即採取合意離婚及裁判離婚等制度，而裁判離婚原因除採有責主義外並兼採目的主義。¹⁹³其法制發展並與歐美離婚法制演進不同；其次我國現行法親子關係基本上與婚姻脫勾，不過社會上「奉子成婚」的個案仍時有所聞，子女仍是左右同居男女結婚的重要原因，此與歐美社會觀念不盡相同；至於老人同居照護的問題，國內仍未見深入研究與討論。各國雖然在同居盛行的原因有些許的差異，但同居人數的增加卻是不爭的事實。

第三項 我國法制發展

在事實婚的明文規定方面，除了民國 87 年通過之家庭暴力防治法第 3 條第 1 項第 2 款規定「現有或曾有事實上夫妻關係者」的用語外，目前並無事實上夫妻的任何規定。家庭暴力防治法第 3 條第 1 項第 2 款於民國 96 年 3 月經修正，刪除事實上夫妻之用語，改以同居代之。行政院雖力陳事實上夫妻之用語優於同居關係，但立法委員仍堅持同居用語可以包括同性間關係，並要求在修正草案中定義同居關係為「一、同財共居。二、公開或不公開如夫妻般共同生活。」¹⁹⁴，不過最終同居定義未獲採納，僅將條文修正為「現有或曾有同居關係、家長家屬或家屬間關係者」。司法院配合家庭暴力防治法施行，曾制定「法院辦理家庭暴力案件應行注意事項」，其中提供法官認定事實上夫妻的參考，應斟酌加害人與被害人間之主觀意願及客觀事實，並參考共同生活時間之長短及其動機、共同生活費用之多寡及其負擔、性生活次數及其頻繁之程度、有無共同子女、彼此間互動關係及其他足以認定有一般夫妻生活的事實等。之後因家庭暴力防治法修正，已無事實上夫妻之用語，其注意事項有關規定亦因而失效。

實務方面，早期對事實婚並無裁判先例，比較接近的制度為夫妻關係，民法上雖然已經沒有妾的相關規定，但判例並未全盤否認其

¹⁹³ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 518。

¹⁹⁴ 立法院公報，第 94 卷，第 71 期，頁 52，2005 年。

身分效力，¹⁹⁵如承認妾為家屬之一員，¹⁹⁶家長與妾依法互負扶養義務，¹⁹⁷夫妾關係類似於夫妻結合關係，¹⁹⁸雙方得自由終止及贍養費之請求¹⁹⁹等，顯然對妾採取相當程度之保護，形成民法不承認夫妾關係，而判例卻對其賦予一定程度之身分上及財產上效力。妾在前大理院判例定義為夫有認該女為自己正妻以外之配偶而列為家屬之意思，而妾為次於正妻地位之眷屬合意。因一方已有配偶之存在，所以學者間率多認為事實婚不是妾制度，而是一種獨立之男女結合。

目前實務對於事實婚態度仍然保守，不僅認為事實上夫妻不能發生婚姻之效力，亦不承認當事人間可因此而發生其他身分上之關係，甚至直接認為是妾。例如僅為結婚登記而未成立婚姻關係之事實上夫妻，法未明定其財產準用夫妻財產制之相關規定，原審謂應準用婚姻之規定云云，於法已有未合。²⁰⁰或在事實婚關於贍養費個案中指出，兩造間有類似夫妻之結合關係，上訴人於被上訴人無正當理由終止雙方之關係而陷於生活困難之情形下，依最高法院 33 年上字第 4412 號判例意旨，請求被上訴人給付贍養費，固屬有據。²⁰¹而在事實婚的認定上實務見解未臻一致，「事實上夫妻」、「妾」及「類似夫妻之結合關係」等概念似不區分。在事實婚的效力上，最高法院認為事實上夫妻不能準用婚姻法之規定。僅在其中個案中，將事實上夫妻與類似夫妻之結合關係等視，賦予贍養費請求之效力，究竟是案件事實本身被認定為夫妾關係，還是認為事實婚就是類似夫妻之結合關係，

¹⁹⁵ 林秀雄，論妾，家族法論集（三），頁 221-241，漢興書局，1994 年。

¹⁹⁶ 20 年上字第 1943 號判例謂：「妾既同居一家共同生活，即為家屬之一員，家長對於家屬亦應負扶養義務。」

¹⁹⁷ 最高法院 19 年上字第 55 判例謂：「家長對於其妾依法雖負有扶養之義務，而扶養之程度如果當事人間無從協商，須由法院判定時，除應斟酌扶養權利人之身分及需要外，並應調查扶養義務人之身分、財力，以定其標準。」

¹⁹⁸ 最高法院 32 年上字第 594 判例謂：「男子與女子間類似夫妻之結合關係，雙方各得自由終止，本件上訴人為被上訴人之妾，為被上訴人所不爭執，上訴人起訴既表示終止與被上訴人間之結合關係，請求確認其關係消滅，依上說明，其請求即非不當……。」

¹⁹⁹ 最高法院 33 年上字第 4412 判例謂：「男子與女子間類似夫妻之結合關係，雙方雖得自由終止，但男子無正當理由而終止，或女子因可歸責於男子之事由而終止者，如女子因此而陷於生活困難，自得請求男子賠償相當之贍養費，此就男子與女子發生結合關係之契約解釋之，當然含有此種約定在內，不得以民法第 1057 條之規定，於此情形無可適用，遂謂妾無贍養費給付請求權。」

²⁰⁰ 最高法院 98 年度台上 2185 號民事判決。

²⁰¹ 最高法院 95 年度台上字第 1872 號民事判決。

並未交待。而多數事實婚準用婚姻效力的請求，大多以法無明文遭駁回，顯然在事實婚未有明確定位的情形下，事實婚準婚效力無法獲得實務的青睞。以上裁判為民法修改登記婚前的個案，至於因登記婚所產生的事實婚，實務案例並未出現，未來若有個案發生，在無本國裁判先例的前提下，外國登記婚法制下之事實婚，其當事人間權利義務如何調整頗值參考。

我國事實婚因外在因素及當事人無知而形成者，其機率已大幅降低，通常可能發生之狀況多是結婚儀式舉辦後，遲未踐行結婚登記。如報載「宴客後成了「試婚期」想維持現狀、後悔結婚的…台中大甲最多」，或「預約不登記，結婚新制頻傳悔婚」等。²⁰²當事人此時不論在內部或外部都已如同夫妻般共同生活，但在法律上卻屬結婚不成立，當事人間及對外之權利義務關係如何？保護之根據為何？又同居當事人有長期共同生活的事實，若當事人間發生法律上爭議，是否逕以當事人意思之尊重而拒絕其救濟請求，並拋棄對弱勢伴侶保護之義務？相反地若積極加以救濟，其法理依據為何？其救濟方法為何？

²⁰² 聯合報，A15 版，2008 年 9 月 5 日。



第三章 事實婚規範之法理

事實婚依上開說明，包括學者通說主觀上有結婚意思及客觀上有共同生活事實者，及英美法上主觀上僅有共同生活意思及客觀共同生活事實者。主觀上有結婚意思及客觀上有共同生活事實，因偶然情況下未踐行結婚形式要件，致無法成為法律上夫妻者，基本上並不否認婚姻制度，賦予婚姻效力並不違反本人意願，也肯認婚姻制度上之功能，本質上屬於結婚權的範疇，則現今結婚權發展趨勢如何？相對地，沒有結婚意思之同居男女，本身即忽略或不追求婚姻，國際公約或國家憲法對於男女結婚權的保障或婚姻制度的提供，並非其所企求甚至是逃避的對象，而此種婚姻制度外的男女結合，與婚姻處於競爭地位之男女結合，其法律地位如何？

第一節 國際法位階

目前國際性條約或協議並沒有以事實婚或同居法律關係為題進行保護，然而事實婚（同居）涉及複雜多方的法律關係，不僅在事實婚當事人間，當事人與第三人間及事實婚父母與共同子女間亦產生一定權利義務關係。國際性的公約對事實婚或同居問題迄今沒有共識，難以形成宣示性或約束性的協定，但有些共識性的議題如兒童權利的保護，則已形成條約並拘束締約國，進而成為國際或內國裁判的依據。因此從同居角度或許無法找到國際間對事實婚或同居的看法，不過若從國際間對婚姻概念的認知及保護、對家庭的保障、個人私生活的尊重、子女出生地位的平等觀察，同居雖然不受正面保護，也許從其他領域形成的國際共識中，亦能得出事實婚或同居在國際法上所應有的位置。而婚姻、家庭的保護，私生活及兒童出生地位平等目前都被視為基本人權之一部，從基本人權保障的反射，事實婚或同居或許也可以找到保護的理由。目前國際間已形成與人權有關公約中，計有1948年世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）

²⁰³、1966 年經濟、社會與文化權利國際公約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ²⁰⁴、公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights) ²⁰⁵、1979 年消除一切形式對婦女歧視公約 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) ²⁰⁶ 等，而區域性的人權公約也不遑多讓，如 1950 年歐洲保護人權及基本自由公約 (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 簡稱歐洲人權公約) ²⁰⁷、1961 年歐洲社會憲章 (European Social Charter) ²⁰⁸、2000 年歐洲聯盟基本權利憲章 (Charter of Fundamental Rights of the European Union) ²⁰⁹、1948 年美洲人民權利義務宣言 (American Declaration of the Rights and Duties of Man) ²¹⁰、1969 年美洲人權公約 (American Convention on Human Rights) ²¹¹、1981 年非洲人權及民族權利憲章 (The Africa Charter on Human and Peoples' Rights) ²¹²、1989 年兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child) ²¹³ 等。

除了上述公約外，雖然還有其他國際公約的規範，本文擇聯合國、歐洲、美洲、非洲等地區的人權公約為代表，從地域分布代表上開原則的普世性。將依序從婚姻家庭的保障、私生活的尊重、兒童的保護、平等不歧視等四大原則討論公約中的相關規定。

一、婚姻、家庭之保障：

²⁰³ <http://www.un.org/rights/50/decla.htm>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²⁰⁴ <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²⁰⁵ <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²⁰⁶ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/0360794c.pdf>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²⁰⁷ http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²⁰⁸ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/035.doc>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²⁰⁹ http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²¹⁰ <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²¹¹ <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²¹²

http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Banjul%20Charter.pdf，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

²¹³ <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>，最後流覽日：2010 年 7 月 5 日。

(一) 世界人權宣言

第 16 條「成年男女，不分種族、國籍或宗教之任何限制，有權結婚並成立家庭。男女在婚姻存續期間及解消時有平等的權利。婚姻之締結應由男女雙方自由承諾為之。家庭為社會之基本單位，並受社會及國家之保護。」(婚姻家庭權)

(二) 經濟、社會與文化權利國際公約

第 10 條「締約國承認作為社會自然和基本單元的家庭，尤其是對於它的建立和負責照顧、教育未獨立的兒童時，應盡可能廣泛的保護和協助。結婚必須經由男女雙方自由同意為之。」(婚姻家庭權)

(三) 公民與政治權利國際公約

第 23 條「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家的保護。男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。婚姻非經男女雙方自由完全同意，不得締結。締約國應採取適當步驟，確保夫妻在婚姻方面，在婚姻關係存續期間，以及在婚姻關係消滅時，雙方權利責任平等。婚姻關係消滅時，應制定相關規定，對子女予以必要的保護。」(婚姻家庭權)

(四) 消除一切形式對婦女歧視公約

第 16 條「一、締約國應採取一切適當措施，消除有關婚姻和家庭關係事務對婦女造成的歧視，並特別應保證她們在男女平等的基礎上：
(一) 有相同締結婚姻的權利；(二) 有相同的自由選擇配偶及非經本人任意表示及完全同意不得結婚的權利；(三) 在婚姻存續期間及解除婚姻關係時，有相同的權利和義務；(四) 不論婚姻狀況如何，在有關子女的事務上，父方和母方有相同的權利和義務。但在任何情形下，均應以子女的利益為重；…(七) 夫妻相同的個人權利包括選擇姓氏、專業和職業的權利；(八) 配偶雙方在財產上的所有、取得、經營、管理、享有、處置等，不論是否收取報酬，具有相同的權利。
二、童年訂婚或童婚應不具法律效力，並應採取一切必要措施，包括制定法律規定結婚最低年齡，結婚須向正式登記機關登記。」

(五) 歐洲人權公約

第 8 條「人人有權使其私人、家庭生活、住宅及通訊受到尊重。本權利的行使在民主社會中，除為確保國家安全、公共安寧、經濟利益、防止脫序及犯罪、維護健康與道德及保護他人的權利與自由者外，國家不得干涉。」

第 12 條「達到適婚年齡的男女有依國家法律結婚並組織家庭的權利。」

第四議定書第 2 條「在一國領土內合法居留之人，在其領土內有自由遷徙和選擇居住地的權利。人人均可以自由離開包括其本國在內的任何國家。對行使這些權利不得施以任何限制，除非是依據法律及在民主社會中國家或公共安全所必要，旨在維持公共秩序、防止犯罪、保護健康或道德、或保護其他人的權利和自由。第一項所保障的權利亦得於特定領域內，依法在民主社會維護公共利益之範圍內限制之。」

(六) 歐洲社會憲章

第一部分第 17 點「母親與兒童，不論婚姻狀況與家庭關係如何，有權享有適當的社會及經濟保護」

第二部分第 19 條第 6 項「如允許外國勞動者在領土內定居，應盡可能協助他與家庭成員的團聚」

(七) 歐洲聯盟基本權利憲章

第 9 條「結婚權與組織家庭權應受國家法律的保障與支配」

第 33 條「家庭應享有法律上、經濟上及社會上的保護。」

(八) 美洲人民權利義務宣言

第 5 條「人人享有一定水準的保護及不使其榮譽、聲譽、個人和家庭受到侮辱性侵害的權利。」

第 6 條「人人享有建立社會基本單位家庭並使其受到保護的權利。」

(九) 美洲人權公約

第 11 條「人人有權使自己的榮譽受到尊重，自己的尊嚴受到承認。不得對任何人的私生活、家庭、住宅通訊任意加以不當干涉，或對其榮譽或名譽不法攻訐。人人都有權受到法律的保護，不受侵害。」

第 17 條「一、家庭是天然基本社會單位，應受社會和國家的保護。」

二、已達結婚年齡男女依法結婚和建立家庭的權利應予承認，而法律所設定之條件不能與本公約之不歧視原則相違背。三、非經擬結婚男女雙方任意且完全的同意，不得結婚。四、締約國應採取適當的措施，保證夫妻雙方在婚姻存續期間及解消時，有平等的權利和相應的責任。婚姻解消時，應根據兒童的最佳利益對其保護。五、法律應承認非婚生子女和婚生子女有平等的權利。」

(十) 非洲人權及民族權利憲章

第 18 條「一、家庭應是社會的自然單位及基礎。家庭應受國家保護，國家應維護家庭成員的健康與道德。二、國家有協助家庭的義務，因為家庭是道德及社會所承認傳統價值的守護者。」

第 27 條「人人對其家庭、社會、國家、合法機構及國際社會負有責任。每個人行使其權利和自由時，應顧及其他人權利、大眾的安全、道德和共同利益。」

(十一) 兒童權利公約

第 10 條「一、依照第 9 條第 1 項所規定之締約國義務，對於兒童或其父母要求進入或離開締約國以便與家人團聚的申請，締約國應積極以人道主義態度迅速處理。締約國應確保申請人及其家庭成員不致因提出此種請求而承受不利之後果。二、父母居住在不同國家的兒童，除特殊情況外，應有權同父母雙方經常保持個人關係和直接聯繫。為此目的，依第 9 條第 1 項所規定的締約國義務，締約國應尊重兒童及其父母離開包括其本國在內的任何國家和進入其本國之權利。離開任何國家的權利只應受法律所規定並為保護國家安全、公共秩序、公眾健康及道德、或他人的權利和自由所必須，且不抵觸公約承認之其他權利的限制。」(家庭的團聚)

二、私生活的尊重：

(一) 世界人權宣言

第 12 條「任何人之私生活、家庭、住所或通訊不得侵犯，其榮譽與信用亦同。個人為防止此侵害有權受到法律保護。」(私生活之保護)

(二) 公民與政治權利國際公約

第 17 條「任何人之私生活、家庭、住宅或通訊，不受無理或非法的侵擾，其名譽及信用亦同。對於此種侵擾或破壞，人人有受到法律保護的權利。」(私生活之保護)

(三) 歐洲人權公約

第 8 條「人人有權使其私人、家庭生活、住宅及通訊受到尊重。本權利的行使在民主社會中，除為確保國家安全、公共安寧、經濟利益、防止脫序及犯罪、維護健康與道德及保護他人的權利與自由者外，國家不得干涉。」

(四) 美洲人權公約：

第 11 條「人人有權使自己的榮譽受到尊重，自己的尊嚴受到承認。不得對任何人的私生活、家庭、住宅通訊任意加以不當干涉，或對其榮譽或名譽不法攻訐。人人都有權受到法律的保護，不受侵害。」

三、兒童的保護：

(一) 公民與政治權利國際公約

第 24 條「所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予必須之保護措施，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、國家及社會出身、財產或出生而受歧視。所有兒童出生後應立即予以登記，並取得名字。所有兒童有取得國籍之權。」(兒童權利)

(二) 消除一切形式對婦女歧視公約

第 16 條「一、締約國應採取一切適當措施，消除有關婚姻和家庭關係的事務對婦女造成的歧視，並特別應保證她們在男女平等的基礎上：(一) …；(四) 不論婚姻狀況如何，在有關子女的事務上，父方和母方有相同的權利和義務。但在任何情形下，均應以子女的利益為重；」

(三) 歐洲社會憲章

第一部分第 17 點「母親與兒童，不論婚姻狀況與家庭關係如何，有權享有適當的社會及經濟保護」

(四) 美洲人權公約

第 17 條「四、締約國應採取適當的措施，保證夫妻雙方在婚姻存續期間及解消時，有平等的權利和相應的責任。婚姻解消時，應根據兒童的最佳利益對其保護。五、法律應承認非婚生子女和婚生子女有平等的權利。」

(五) 非洲人權及民族權利憲章

第 18 條「三、國家應確保消除所有對婦女之歧視，並確保國際宣言與條約中對婦女及兒童的保護。」

(六) 兒童權利公約

第 2 條「締約國應尊重本公約所揭示的權利，並確保其轄內兒童均享受此權利，不因兒童或其父母或監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、血源或社會出身、財產、殘疾或其他，而有任何的差別。締約國應採取一切措施確保兒童得到保護，不受基於兒童父母、監護人或家庭成員的身分、活動、所表達的觀點或信仰而加諸的一切形式的歧視和懲罰。」

第 10 條「一、依照第 9 條第 1 項所規定之締約國義務，對於兒童或其父母要求進入或離開締約國以便與家人團聚的申請，締約國應積極以人道主義態度迅速處理。締約國應確保申請人及其家庭成員不致因提出此種請求而承受不利之後果。二、父母居住在不同國家的兒童，除特殊情況外，應有權同父母雙方經常保持個人關係和直接聯繫。為此目的，依第 9 條第 1 項所規定的締約國義務，締約國應尊重兒童及其父母離開包括其本國在內的任何國家和進入其本國之權利。離開任何國家的權利只應受法律所規定並為保護國家安全、公共秩序、公眾健康及道德、或他人的權利和自由所必須，且不抵觸公約承認之其他權利的限制。」(家庭的團聚)

四、關於平等不歧視原則：

(一) 世界人權宣言

第 2 條「人人皆得享受本宣言所載之一切權利與自由，不分種族、膚

色、性別、語言、宗教、政見或他種主張、國籍或出身、財產、出生或其他。且不得因一人所隸屬國家或地區之政治、行政或國際地位之不同而有所區別，無論該地區係獨立、託管、非自治或受有其他主權限制」(不歧視原則)

(二) 經濟、社會與文化權利國際公約

第 2 條第 2 項「公約締約國應擔保本公約所揭示權利的行使，而不得有種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍或出身、財產、出生或其他地位之不同而有所區別。」(不歧視原則)

(三) 公民與政治權利國際公約

第 2 條「本締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種類、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、國家及社會出身、財產、出生或其他的區別，一律享受本公約所確認之權利。」(締約國義務—不歧視原則)

第 26 條「所有人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保護人人享有平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、國家及社會出身、財產或出生而受歧視。」(法律平等)

(四) 消除一切形式對婦女歧視公約

第 1 條「為本公約的目的，對婦女的歧視係指基於性別而作的任何區別、排除和限制其作用或目的是要妨礙或破壞在政治、經濟、社會、文化、公民任何其他方面的人權和基本自由，婦女不論已婚或未婚，在男女平等基礎上享有或行使。」

(五) 歐洲人權公約

第 14 條「本公約所規定權利及自由的享有，必須確保不因性別、種族、膚色、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、社會出身、與國內少數民族關係、財產、出生或其他地位而受到歧視。」

第一議定書第 1 條「每一個自然人或法人均有權平等享有其財產。除了公共利益、法律規定及國際法上共通的原則外，不得剝奪任何人的財產。無論如何，上開規定不得妨礙國家因公共利益或確保賦稅、公

課、刑罰，而為財產的執行。」

(六) 歐洲社會憲章

前言「考慮到社會權利的享受應得以保障而不受種族、膚色、性別、宗教、政治意見、國家及社會出身的歧視」

歐洲社會憲章修正(1996年修正、1999年生效)第五部分第E條「本憲章所規定之權利的享有，應確保其不因種族、膚色、性別、宗教、政治意見或其他主張、國家及社會出身、健康、與少數民族關連性、出生或其他原因而受到歧視」²¹⁴

(七) 歐洲聯盟基本權利憲章

第21條「任何基於性別、種族、膚色、血源或社會出身、基因特徵、語言、宗教或信仰、政治或其他主張、少數民族、財產、出生、殘疾、年齡或性偏好之歧視，均應被禁止。」

(八) 美洲人民權利義務宣言

第2條「人人在法律前平等，享有本宣言所揭示的權利，承擔本宣言之義務，不因種族、性別、語言、宗教信仰或其他因素的區別。」

(九) 美洲人權公約

第1條「締約國承允尊重本公約所承認之各項權利和自由，並保證其所轄下之所有人都能自由的行使權利和自由，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、政治意見或其他主張、血源或社會出身、經濟、出生或其他條件而受到歧視。」

(十) 非洲人權及民族權利憲章

第2條「本憲章所確認和保障之各項權利和自由，不因種族、血源、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、國家及社會出身、財產、出生或其他之不同而受到歧視。」、第3條「法律之前人人平等。人人有權享有法律的平等保護。」

(十一) 兒童權利公約

第2條「締約國應尊重本公約所揭示的權利，並確保其轄內兒童均享

²¹⁴ <http://www.ena.lu/>，最後流覽日：2010年7月19日。

受此權利，不因兒童或其父母或監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、血源或社會出身、財產、殘疾或其他，而有任何的差別。締約國應採取一切措施確保兒童得到保護，不受基於兒童父母、監護人或家庭成員的身分、活動、所表達的觀點或信仰而加諸的一切形式的歧視和懲罰。」

事實婚或同居保護之支持者常批評，法律及政策上對於婚姻賦予獨特保護是構成對其他團體的歧視，不過在檢視上開公約的規定後，除了消除一切形式對婦女歧視公約有特別規定外，公約所臚列的歧視原因中，並沒有婚姻地位一項。因此賦予婚姻優越地位不構成歧視的原因。而所謂不歧視原則的違反係指一個人在相同的情況下，沒有客觀合理的原因而為差別待遇。沒有客觀合理的原因則指差別待遇不是為了追求法律目的，或方法與目的欠缺合理比例的關聯。²¹⁵

前開多數公約條文中對於個人隱私權、婚姻家庭權、平等權、兒童權等基本權，都有保障的明文，但宣示意義多於實質，或因為沒有審判機構足以檢視締約國的執行成果，或案例不足無法說明條文的涵義，以致締約國並不積極執行。比較值得深入討論者為歐洲人權公約，該公約為確保締約國成員符合公約及其議定書之規定，設立歐洲人權法院，以審視締約國的執行結果。而公約同時又規定任何個人、非政府組織或私人團體得以締約國為對象提起訴訟，主張公約及議定書所保障之權利受到侵害。因此從 1959 年歐洲人權法院設立迄今，已經累積為數可觀的案例，經由這些案例不僅讓世人了解人權法院對人權公約的解釋，進而經由判決對請求人產生保護。而相對人之締約國，則受判決結果及理由的拘束。當被請求國家之行政措施或法令被判定違反人權公約時，締約國有配合修改之必要，加上歐體國家的特殊性，基於遷徙自由的保障及各國判決相互承認的執行等，一國法律的修改常常導致歐洲國家修法的連鎖效應，在身分法的修正尤然。²¹⁶

²¹⁵ *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00.

²¹⁶ 歐洲人權法院判決的效力，一般認為可分為既判力及引導效力。既判力主要係針對參與訴訟

以下將以公約條文為基礎，介紹各該基本權之規定，同時配合歐洲人權法院及歐洲法院的判決說明，從不同角度觀察歐洲社會對同居的看法。

第一項 婚姻自由的保障

歐洲人權公約第 12 條明文「達到適婚年齡的男女有依國家法律結婚並組織家庭的權利」。從本條文義上來看，人權公約所認定的婚姻是異性間的男女結合，同時是依循法律規定而成立之婚姻關係。則非異性間的男女結合，如同性婚或變性後之婚姻，其效果如何？又異性間的男女結合，不依法律而形成之夫妻關係，如宗教婚、事實婚等，若無法發生婚姻效力，是否違反公約對於婚姻權之保障？又組織家庭權與結婚權之關係如何？最後結婚權之保障是否包含不結婚之自由？

第一款 婚姻實質要件

歐體從未對婚姻下定義，但婚姻地位卻常是個人享有歐體權利的法律原因。²¹⁷在 1986 年 *Rees v. United Kingdom*²¹⁸ 個案中，歐洲人權法院認為公約第 12 條所保障的婚姻是傳統的婚姻，即生物學上性別相異的兩個人間，參照公約第 12 條用語可得而知，將婚姻視為家庭之基礎而進行保護。此外，結婚權的行使必須有締約國法律為依據，對該權利的限制不能減損或限制該權利的本質。個人被期待依循國家法律的要求締結婚姻，如果這些要求不致侵害該權利之本質者，限制可以被接受，如結婚能力、同意權、近親婚的限制、重婚禁止等。

的國家，當人權法院判決確認原告人權公約保障的權利受到締約國侵害時，系爭法規無法為如此解釋時，自然產生修法義務（公約第 46 條）。未參與訴訟的締約國亦履行歐洲人權法院的判決時，如配合修改判決所確認違反公約的法規或配合變更實務見解者，產生所謂導引效力。導引效力主要因為歐洲人權法院對公約的權威解釋及適用（公約第 32 條）。（吳志光，適當期間接受裁判權之實踐－以歐洲人權法院 *Kudła v. Poland* 案暨相關裁判為核心，人權之跨國性司法實踐，頁 24-26，元照出版社，2007 年 7 月。）

²¹⁷ Laura Tomasi, Carola Ricci, Stefania Bariatti, Characterisation in Family Matters for Purposes of European Private International Law, 13 *International Family Law for the European Union*, 341,342, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2007.

²¹⁸ Application no. 9532/81(1986).

²¹⁹不過 2005 年 B. & L. v. United Kingdom²²⁰ 的案例中，人權法院一改尊重各國禁婚親立法的觀點，認為英國禁止（前）公公與（前）媳婦結婚之規定，沒有區分的合理性及差別待遇的邏輯性，違反公約第 12 之規定。

第二款 婚姻形式要件

人權公約第 12 條明文規定，結婚必須依國家法律為之，所以國家可以對結婚形式要件加以規定，任何人不得任意選擇結婚之形式。在 1974 年 X. v the Federal Republic of Germany²²¹ 個案中，請求人主張根據其信仰在宣讀舊約聖經摩西第 2 卷第 22 章第 16 節後，取得與法律上夫妻相同之地位，對於德國登記機關拒絕其結婚登記，向人權法院起訴主張其思想自由、宗教自由及結婚權受到侵害，最後其請求遭到拒絕。雖然本案係針對宗教婚所為之解釋，但實務似乎固守法律婚的形式，尊重各國法律關於婚姻要件之規定，若男女不依法律規定踐行結婚形式，事實婚或同居即與宗教婚同，不在人權公約結婚權保障的範疇。

直到 Muñoz Díaz v. Spain²²² 個案爭議中，人權法院認為聲請人根據其少數民族的風俗習慣舉行婚禮，確信其婚姻是有效，同時根據西班牙政府的行為，從其核發的多種官方文件中，認定聲請人的配偶地位，促使其相信其婚姻的有效性。雖然根據 1981 年民法修正，聲請人可以選擇法律婚，但基於聲請人對婚姻有效的確信，同時又與公共秩序無違，少數民族的信仰必須尊重。在關於少數民族保護的公約中（Framework Convention for the Protection of National Minorities）亦強

²¹⁹ Karen Reid, A Practitioner's Guide to The European Convention of Human Rights, 289 (1998)

²²⁰ Application no. 36536/02 (2005)。根據英國法，除非「雙方都年滿 21 歲，並且各該前配偶都已死亡」，雙方才可結婚。

²²¹ No. 6167/73 1D.R. 64. (1974).轉引 Young, Rachael & Leech, Stewart, Marriage, Divorce and Ancillary Relief under the Human Rights Act 1998: An Introduction, E.R.L.R. 2001,3,302.(2001)

²²² Application no. 49151/07(2010) 聲請人與其伴侶是西班牙少數民族（Roma Community），她們在 1971 年根據其少數民族的習慣及信仰舉行婚禮，並育有 6 名子女。2000 年 12 月 24 日其夫死亡，她向國家社會福利部門請求寡婦津貼遭拒，西班牙政府認為聲請人與夫僅是事實上同居，並沒有婚姻關係。之所以拒絕支付寡婦津貼完全是聲請人任意且自願的不履行結婚的法定方式，與是否是特定族群、風俗習慣無關。

調必須滿足其特別需要，確保其安全、認同其生活方式，以保障文化的多樣性。因此根據聲請人對其婚姻有效的確信及政府官方文件，聲請人為亡夫的配偶可以確認。此外，西班牙實務上亦承認寡婦津貼適用於有婚姻障礙事由的配偶間（如教會婚不能離婚、婚姻違反當事人的信仰者）²²³等事實婚情形。婚姻無效的情形都有適用，則具有婚姻確信的類似情形當然可以適用，況且少數族群與西班牙社會價值觀的差異深植西班牙人心。

歐洲人權法院似乎認為除了對結婚本身的限制外，任何因結婚取得之利益或形成之法律關係，對未婚者不構成障礙，意即法院承認婚姻形成的複雜性，適婚男女結婚決定涉及數種因素的考量，單純比較結婚者與未婚者的之利益或不利益，進而主張取得與結婚相同之地位者，不是公約第12條所保護的範疇。因此對照前開Rees v. United Kingdom、Goodwin v. United Kingdom個案的說明，公約第12條適用前提應是結婚要件規定是否合理的個案，包括形式要件和實質要件的規定的正當性。再者結婚的形式或實質要件，根據公約第12條規定及人權法院在X. v. the Federal Republic of Germany個案確認，締約國有立法裁量權限，人權法院非有重大理由不能任意介入審查。至於何謂重大理由，根據Muñoz Díaz v. Spain個案說明，當事人的明顯確信及少數民族的文化保存，即為重大理由之一種。人權公約必須隨著時代與時俱進，如在結婚性別的討論上，也是經歷人權法院數次判決的折衝後，方有今日的面貌。人權法院對於對人權公約12條的闡釋，在結婚的要件上，仍僅守婚姻傳統定義，為一男一女的結合，過去禁止變性人與其變性後之性別相異者結婚，惟並不禁止變性人與其變性後同

²²³ Constitutional Court judgments no. 260/1988 of 22 December 1988 and no. 155/1998 of 13 June 1998, among others, concerned entitlements to a survivor's pension in cases where canonical marriage had not been possible because of the impossibility of divorce; Constitutional Court judgment no. 180/2001 of 17 September 2001 recognised the right to compensation for the death of a partner if a canonical marriage had not been possible on account of a conflict with freedom of conscience or religion (before the legislative amendment of 1981); Constitutional Court judgment no. 199/2004 of 15 November 2004 concerned a survivor's pension entitlement derived from a canonical marriage that that did not fulfil the statutory conditions of form because the parties had voluntarily omitted to register it in the Civil Register. The Constitutional Court recognised in that case an entitlement for the widower to receive a survivor's pension.

性別者結婚，過去認為婚姻是以出生性別認定男女的結合，即使變性後亦不改變其原有性別。相反地，近來婚姻看法，則是承認以手術後的性別判定男女身分，承認其結合；但從出生性別來看，反而構成同性男女的結合。至於能否與手術後性別相同者結婚目前尚無進一步的看法，而此問題將涉及更複雜同性婚的問題（歐洲目前承認同性婚國家計有荷蘭、比利時、西班牙、挪威、瑞典、葡萄牙）。

第三款 不結婚的權利

Marckx v. Belgium²²⁴ 個案中²²⁵，Paula及其家庭認為(舊)比利時民法中，關於非婚生子女建立母子關係及子女與其他家庭成員關係之規定，與人權公約宣示內容相違。早在1977年12月10日歐洲人權委員會處理本案的報告中，已明確指出本案不適用公約第12條結婚及組織家庭的權利。申請人主張(舊)比利時民法沒有尊重Paula不結婚的權利，不結婚的權利應為公約第12條所確保。此外為了要讓Alexandra取得合法（婚生）子女的地位，其母Paula必須與他人締結婚姻。關於上述二點，人權法院認為本案確實沒有公約第12條的適用，其次對於Paula結婚權的行使或保持單身，(舊)比利時法律並不構成法律上的障礙，所以法院無須決定公約第12條是否包含不結婚的權利。不過有學者認為公約第12條的結婚權應包括不結婚的權利。²²⁶此外法院認為本條不包括離婚權，另有學者批評本條文如此解釋太過狹隘。²²⁷

²²⁴ Marckx v. Belgium, 2 EHRR 330 (1979). Alexandra Marckx 於 1973 年 10 月 16 日出生在 Wilrijk(近安特衛普)，母親 Paula Marckx 是比利時人，未婚，是一名職業記者。1973 年 10 月 26 日地方法院法官傳喚 Paula 以決定 Alexandra 的監護安排，同時告知她認領的方法及效果。1973 年 10 月 29 日 Paula 依民法規定認領 Alexandra，並自動取得監護人身分。1974 年 10 月 30 日，Paula 依民法規定收養 Alexandra，期間滿足民法的要求及支出部分費用，於 1975 年 4 月 18 日收養裁判生效，並溯及效力至 1974 年 10 月 30 日。在 Paula 向人權理事會提出請求時，Paula 母親於 1974 年 8 月去世。

²²⁵ 本案詳細介紹請參閱：王海南，由德國、瑞士、比利時三國關於血緣關係立法看戰後西歐親子法之演進，現代身分法之基礎理論（戴東雄教授七秩華誕祝壽論文集），頁 52 -52，元照出版社，2007 年 8 月。

²²⁶ Fanny Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, (Paris:L'Harmanttan, 2000), p.89.轉引自許耀明，歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護：從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起，歐盟人權政策，頁 219，中央研究院歐美研究所，2009 年 11 月。

²²⁷ Stalford, Helen, *EU Family Law: A Human Rights Perspective*, International Family Law for the

人權法院過去對於婚姻要件的限制委諸各國立法，並不加干涉，不過近來對禁婚親範圍的檢視、變性人的寬容及少數民俗結婚儀式的尊重等，已逐漸加強對國家結婚要件的審查。從公約角度來看固然是確保個人結婚權，從事實婚形成原因來看，無寧是制度上減少同居和事實婚的發生。對同居、事實婚保護的支持者，常常揭諸結婚自由為據，認為所謂結婚自由當然包含不結婚的自由，但從人權法院判決來看，自由則是指不強迫、不強制，婚姻仍值得鼓勵，只要法律上沒有課予適婚男女做特定選擇之義務，其地位上的差異並不構成障礙。

第二項 家庭權的保障

第一款 人權法院的看法

第一目 家庭權的內涵

將家庭權的保障提升到歐體水準，原係為確保經濟和政治上的融合，尤其是要保障區域內人民的遷徙自由，之後再逐漸以基本人權形式出現。²²⁸歐洲人權公約第8條規定「人人有權使其私人、家庭生活、住宅及通訊受到尊重。本權利的行使在民主社會中，除為確保國家安全、公共安寧、經濟利益、防止脫序及犯罪、維護健康與道德及保護他人的權利與自由者外，國家不得干涉。」何謂家庭並不是容易定義的概念，歐洲人權法院從未定義過家庭之概念，人權法院刻意維持一個如同月暈般的模糊概念，因為人權法院深知家庭生活容易受到道德及社會的影響，其歷來判決歸納得知，家庭概念正逐漸擴大之，人權法院拒絕將家庭的保護限制在特定家庭，人權法院賦有隨時因應社會變遷而調整其解釋的義務。²²⁹歐洲人權法院關於家庭生活之保護，一開始並不願擴張到非婚生子女家庭，到1980年代才從傳統核

European Union, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 101, 124 (2007).

²²⁸ See id. at 105-107.

²²⁹ Caballero, Susana Sanz, Unmarried Cohabiting Couples Before the European Court of Human Rights: Parity with Marriage, 11 Colum. J. Eur. L. 151, 154 (2004-2005).

心家庭的保護，擴及到未婚同居夫妻、²³⁰祖父母與孫子女間、²³¹甥舅叔姪間、²³²兄弟姐妹、²³³生父與非婚生子女間、²³⁴甚至離婚父與其子女間。²³⁵從這些個案中發現人權法院對家庭組織採取比較務實彈性的認定方法，用以包含所有類型的關係，包括相互扶養及經濟、教育、感情上的照顧等不同類型的關係。惟人權法院也不是毫無止境的擴張家庭概念，同性間的關係在體系上即不被認為是家庭生活關係。²³⁶公約第 8 條並沒有區分合法和非法家庭，因為如此區分將與該條文一開始所說的「每個人 (everyone)」文義不合，亦與公約第 14 條所宣示之不歧視原則相違。人權公約第 14 條指出不得因出生之不同而有差異，所以婚生子女與非婚生子女之家庭應無不同，甚至歐盟部長會議在 1970 年 5 月的決議中，認為單親母親及其子女間是家的一種形式。

²³⁷

雖然人權法院承認公約第 8 條包括基於婚姻而成立之家庭及穩定未婚同居伴侶家庭，但依舊指出他們支持、鼓勵甚至強化傳統家庭。不過歐洲人權法院除了婚姻家庭的保護外，自然血緣家庭的保護是不爭的事實。基本上歐洲人權法院樂於擴張家庭生活成員的範疇，即使家庭成員沒有同居在一個屋簷下亦然。過去人權法院對於家庭生活的看法，認為家庭生活意指共同居住在一起，所謂形成家庭生活的權利若沒有共同生活者將不被法院所接受。²³⁸但隨著社會環境的改變，家庭生活的認定標準也隨著產生變化，1994 年人權法院在 *Keegan v. Ireland*²³⁹ 及 *Kroon v. Netherlands*²⁴⁰ 判決後，接受非傳統家庭存在的事實。家庭生活的決定標準，不再限制已婚夫妻共同生活在一個屋簷下的傳統看法。對於人權法院不將家庭成員同居生活作為認定家庭

²³⁰ *Johnston v. Ireland*, 112 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1986).

²³¹ *Bronda v. Italy*, 1998- I V Eur. Ct. H.R. 1489.

²³² *X. and Y. v. United Kingdom*, 12 Eur. Ct. H.R. (ser.A) para. 32 (1977).

²³³ *X. v. United Kingdom*, App. No. 5532/72 (1973).

²³⁴ *Keegan v. Ireland*, 290 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1994).

²³⁵ *Berrehab v. the Netherlands*, 138 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1988).

²³⁶ *Simpson v. United Kingdom*, App. No. 11716/85, 47 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 274 (1986).

²³⁷ Resolution (70) 15 on the social protection of unmarried mothers and their children.

²³⁸ *Abdulaziz v. United Kingdom*, 94 Eur. Ct. H.R. (ser.A)(1985).

²³⁹ 290 Eur. Ct. H.R. (ser.A)(1994).

²⁴⁰ 297 Eur. Ct. H.R. (ser.A) 43 (1994).

生活的唯一標準，學者認為有進一步推敲的必要，若連共同生活都沒有必要，則家庭生活將沒有意義。雖說家庭生活未必共同生活，但仍應區別不能同居生活及不願同居生活。家庭成員能同居生活而不願同居生活，顯然不願強調他的家庭生活。因為不能同居生活的家庭與維持共同生活意願欠缺的家庭生活，是有實質上的區別，人權法院顯然模糊了家與家庭生活的概念。假使家庭生活存在不願共同生活的人們間，儘管他們定期接觸，對於子女提供必要的實質及財產上支持，家庭生活不過是寬鬆的名詞，家庭生活變成僅僅是感情的連結，造成實質內容的空洞化。²⁴¹而法院則認為家庭生活是否存在取決於成員間的關係是否緊密且真實，所以共同生活非必要條件，因此不僅包含婚姻家庭，未婚同居家庭亦能構成。只不過若無婚姻關係存在，家庭生活存在的證明比較困難，未婚同居伴侶必須提出家庭生活的實質證明，如共同生活的證明、關係存續期間相互扶持、經濟上依賴或擁有共同子女等。之後在 *Boughanemi v. France*²⁴² 個案中，若要將同居男女關係排除於家庭生活權保護之外，更採取「例外情形 (Exceptional Circumstance)」原則。

第二目 家庭權之效力

家庭生活關係的主張，主要在關於移民及驅逐出境的個案上，原則上未婚同居伴侶將面臨比夫妻關係更易被驅逐出境的風險，甚至有學者認為在驅逐出境的個案中，歐洲人權法院偏好婚姻勝於其他結合。²⁴³受到公約中家庭生活尊重的宣示，人權法院認定是否驅逐的重要依據有二：一是家庭生活開始的期間，二是犯罪的嚴重性。人權法院認為若行為人知悉即將被驅逐後才開始家庭生活關係者，則國家之

²⁴¹ Caballero, supra note 228, at 154.

²⁴² 22 EHRR 228 (1996) 人權法院認為：人權公約第 8 條家庭生活概念植基於親子間的關係，即使他們沒有共同生活，也無關子女是否為婚生。雖然這種關係可能因其他事件的介入而中斷，但這只有發生在例外的情形時。目前個案中，生父既沒有遲誤認領，同時也沒有拒絕支付扶養費或教育費的情事，所以不構成例外的情事。

²⁴³ Hanspeter Mock, *Selon que vous serez marié ou misérable ... Éloignement des étrangers délinquants: le mariage, une meilleure garantie que l'intégration contre la double peine?*, 13 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 483 (2002). 轉引自 Caballero, supra not 228, at 156.

驅逐行為被認定為合法。歸納 *Beljoudi v. France*²⁴⁴、*Mehemi v. France*²⁴⁵、*Amrollahi v. Denmark*²⁴⁶等案之判決，人權法院都認為對於已婚夫妻同時擁有子女者，國家的驅逐行為在家庭生活開始後，構成人權公約第 8 條的違反。至於未婚同居伴侶於相同情形時，是否受到人權公約的保護，人權法院的裁判上仍無案例。不過從 1994 年歐洲人權委員會在 *Aghopian v. France* 個案的決定中，即使伴侶關係發生及女友受孕在驅逐命令前，法國的驅逐行為仍被認定為合法，因此比較 *Beljoudi* 及 *Aghopian* 二個個案的處理，學者得到一個結論，歐洲人權機構對已婚及未婚伴侶之家庭生活，明顯有別。²⁴⁷惟是否因子女因素而影響人權法院的認定，有進一步討論之必要。在沒有子女的情形，人權法院對於同居與結婚之家庭生活看法是否有異，法院的裁判上目前沒有對應的案例，不得而知。但在 *Boultif v. Switzerland*²⁴⁸ 個案中，一個已婚罪犯在驅逐令發出前，已經結婚多年，所以人權法院認為驅逐命令將影響他業已與其妻子形成之家庭生活關係。對照人權委員會 *Haddouche v. France*²⁴⁹ 的決定中，認為未婚伴侶沒有共同子女者，即使同居在驅逐命令作成前，因犯罪而將他驅逐出境亦與人權公約無違。當然個案上背景或有差異，人權委員會的決定並不是針對已婚夫妻或同居伴侶為區別的宣示，犯罪情節的輕重當然會影響驅逐出境的決定。不過單純從事實來看似乎人權委員會比較偏好夫妻關係。

第三目 家庭權與子女

於 *Keegan v. Ireland*²⁵⁰ 個案中，聲請人主張未通知其本人或得

²⁴⁴ 234-A Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1992).

²⁴⁵ 1997-VI Eur. Ct. H.R. 1959.

²⁴⁶ App. No. 56811/00, (2002).

²⁴⁷ Caballero, *supra* note 228, at 158.

²⁴⁸ Application No. 54273/00 (2001)

²⁴⁹ App. No. 32891/96 (1997)

²⁵⁰ 請求人與小孩母親在 1986 年 5 月認識，於 1987 年 2 月到 1988 年 2 月同居，1987 年聖誕節左右他們計劃結婚並懷孕，1988 年 2 月確定受孕，之後兩人因故分手並結束同居。1988 年 9 月生下一個女兒。請求人在女兒出生時到醫院探視，兩週後，前往女方父母住家探視女友及其女兒遭拒。在懷孕期間女方即準備出養女兒，因此在 1988 年 11 月該嬰孩被置於收養家庭，同年 11

其同意而秘密安置其子女，阻礙其與出生子女建立聯繫的機會，有礙其家庭生活權的尊重。受訴國則抗辯，締約國關於收養有立法形成自由，家庭生活權的尊重不能無限上綱的解釋，甚至將生父的願望超越子女利益。聲請人固可申請擔任監護人並行使其權利，而國內法院在收養決定時已衡量生父及子女利益，而生母的利益也不應該被忽略。人權委員會則認為愛爾蘭內國法律違反人權公約第 8 條之規定。人權法院向來認為公約第 8 條的基本目標在於保護個人免於國家恣意的侵害，國家或許有積極保障的義務，公約雖沒有清楚的說明，但解釋上可以肯定。根據人權法院歷來的看法，當家庭與孩童間關係的存在被證明，則國家必須確保該關係的發展，並讓孩童自出生時起即有機會融入他的家庭。同樣精神亦落實在 1989 年 11 月 20 日兒童權利公約第 7 條的條文中，必須盡可能實現其受父母照顧之權，意即親子共同陪伴彼此，構成家庭生活的基本要素，即使雙親分手亦然。²⁵¹因此受訴國法律允許不通知聲請人及未得其同意之秘密收養安置，促成收養人與被收養人的聯結，進而為允許收養的決定，屬於家庭生活權的侵害。家庭生活權雖非不可限制，但必須符合同條第二項之事由。在法律目的上，受訴國法主張如此規定係保障孩童之福祉，此點由該國歷來法院判決可為證明。不過在必要性方面，人權法院則認為本案真正爭點並不是評估生父與收養人間誰比較適合的問題，而是允許孩童在出生後未通知生父或未得其同意的情況下立即被收養，孩童被放置在暫時性照護時，他們在該期間將與照護者產生新的聯結，若最後變更該照護決定又將造成混亂，有違孩童利益。這種情形不僅造成生父與其子女間關係形成的矛盾，同時可能造成無法回復的傷害，而使生父處於比收養人更不利的地位。受訴國對此侵害家庭生活權無法提出合法的說明，因此認定違反公約第 8 條之規定。

家庭生活的尊重從人權法院的觀點來看，必須讓各種家庭關係能夠正常發展，尤其在非婚生子女家庭，締約國法律必須確保孩童從

月 22 日以信函通知該父親。

²⁵¹ Eriksson v. Sweden, 11/1988/144/209.

出生起即能融入其家庭。又如 Marckx 一案中，依(舊)比利時當時民法規定，生母對非婚生子女的生前贈與或遺贈不能超過其依繼承法所得之應繼財產。生母將陷於兩難，或認領子女只能給他部分財產或形同陌路但贈與她全部的財產，這將阻礙家庭生活正常發展。而認領後財產上的不利益更違反人權公約第 14 條的不歧視原則。此外根據(舊)比利時民法規定，生母認領子女只能透過訴訟程序為之，雖然裁判與自願認領發生相同之效力，但程序相對複雜。此外在證據方面的滿足及未成年人提起訴訟必須得親屬會議同意等，不僅耗時同時造成母子關係建立的耽誤，所以人權法院認為在此等情況下，對於生母及子女皆違反家庭生活權的尊重。²⁵²此外法院也進一步說明家庭生活包括近親間，如祖父母等，因為這些親屬在家庭生活中扮演重要的部分。又非婚生子女必須經由認領和收養才能獲得完整的繼承權，是否違反人權公約第一議定書第 1 條規定「每一個自然人或法人均有權平等地享有其財產。」則有爭議。人權法院認為該條文只保障個人既有的財產權，並不擔保繼承權或贈與權。既然繼承權不屬財產權的範疇，是否屬於家庭權則應進一步推究。人權法院主張應分別視之，家庭生活不僅包含社會、文化、道德關係，也包括實質利益關係，如扶養義務及繼承人特留分的保留。雖然繼承權發生在擁有遺產之被繼承人死亡時，此時家庭成員與死者家庭生活已經改變或終止，固無家庭生活發展之可能，但實務上遺產多在生前以遺囑或贈與方式為之，此部分明顯具有家庭生活特徵，屬家庭生活的一部分。因公約第 8 條並不保護孩童的繼承權，繼承權非家庭生活所必要，所以(舊)比利時法對繼承權的限制，純就家庭生活權保障來看，並不構成違反。²⁵³

第二款 歐洲法院的看法

前述為人權法院的看法，至於歐洲法院的看法如何，人權法院對於家庭認定，著重在實質家庭生活關係的存在，相較於此，歐洲議

²⁵² Marckx v. Belgium.

²⁵³ Id.

會為保障境內人民自由遷徙，以家庭團聚為前提，在1968年發布「工作者在歐體境內自由遷徙之規定（Regulation (EEC) No 1612/68 OF the Council of 15 October 1968 on Freedom of Movement for Workers within the Community）」，認為遷徙自由是工作者及其家庭的基本權利之一，歐洲共同體有義務確保之。工作者家庭之定義規定在第10條，包括配偶及未滿21歲的卑親屬或有扶養必要之卑親屬。有扶養必要之尊親屬及其配偶。²⁵⁴前述以外受工作者扶養之家屬而同居在一個屋簷下者。

未婚同居伴侶是否受遷徙自由保障，在Netherlands v Reed²⁵⁵個案中，歐洲法院認為上開規定第10條第1項，與擁有歐盟國籍而在其他歐盟國家工作者形成穩定關係的伴侶，即使在特定情形下，也不能被視為法律上配偶。移民工作者為其未婚同居伴侶申請居留許可，雖然該同居伴侶沒有申請國籍，仍有助於移民工作者融入申請國，達成工作者遷徙自由的保障，因此居留許可必須被視為符合上開規定第7條第2項社會福利之範疇。²⁵⁶本案荷蘭下級法院將同居伴侶在一定情形下視為法律上配偶，不為荷蘭上級法院所接受，歐洲法院同意荷蘭上級法院的看法，認為同居伴侶不是法律上配偶，無法為配偶文義所包括，但同意未婚同居伴侶間之共同生活值得尊重，而其居留許可為其共同生活的前提，屬於社會利益的範圍，最終以保障工作者的遷徙自由為目的。之後在1993年歐洲初審法院Arauxo-Dumay個案中，仍堅持「配偶為傳統婚姻之伴侶」，法院無權將同居視為婚姻，或將同居人視為丈夫或妻子，配偶文義的變更權限在立法機關。²⁵⁷

不過前述1968年的規定於2004年受到修正，「歐體市民權及其

²⁵⁴ Article 10 1. The following shall, irrespective of their nationality, have the right to install themselves with a worker... (a) his spouse and their descendants who are under the age of 21 years or are dependants (b) dependant relatives in the ascending line of the worker and his spouse.

²⁵⁵ [1987] E.C.R. 1283; Miss Reed 為英國籍人士，前往荷蘭並申請居留許可以便能和其男友 Mr. W 同居在一起，兩人已持續約5年的穩定伴侶關係，她向荷蘭法院聲請暫定狀態命令，以避免其遭到驅逐，她獲得法院同意命令，但行政單位不服提起上訴，最後荷蘭最高法院依羅馬條約第177條，將本案提出於歐洲法院。

²⁵⁶ Article 7 (2) He shall enjoy the same social and tax advantages as national workers.

²⁵⁷ Case T-65/92, Arauxo-Dumay v. Commission, E.C.R., 1993, II -597.

家庭成員在歐體境內自由遷徙及居住指令(Directive 2004/58/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Right of Citizens of the Union and Their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States)」於前言說明中指出，該指令旨在讓歐體各國國民的家庭成員，在合理的條件下，有尊嚴的享受自由遷徙、居住的市民權利，而無國籍上的差別。因此在這個前提下，關於家庭成員的定義，指令規定如果所在國的立法將登記同居伴侶關係與婚姻等視者，則家庭成員應包括已登記之同居伴侶。此外為維持家庭組織較寬鬆的定義及避免因國籍因素產生的差別待遇，若無法包含在指令所定義的家庭成員中，以致無法享受自由進出或定居歐體權利者，所在國應依內國法考慮其與歐體國民間之關係及經濟上、實質上對歐體國民之依賴，以決定其是否取得進出或定居歐體的權利。其指令第2條2項規定「家庭成員意指：(a)配偶；(b)若所在國立法將登記同居伴侶與婚姻等視，且符合所在國相關法令規定的條件下，依締結國法律規定與歐體國民締結同居伴侶登記者；(c)直系未滿21歲的卑親屬或有扶養必要之卑親屬及其配偶或(b)款規定之伴侶；(d)有扶養必要之直系尊親屬及其配偶或(b)款規定之伴侶。與1968規定相比較，2004年的指令顯然在定義上更為清楚，並將同居登記伴侶的地位在指令中明文，相較於1968年之規定，同居伴侶取得類似配偶之地位，不僅僅只是一種社會利益。因此已登記之同居伴侶，可主張其為指令所規定之家庭成員，以保障其居留權。至於未登記之同居伴侶，則必須依循Netherlands v Reed個案的法院見解，伴侶間之共同生活必須尊重，保障移民工作者的社會利益。

有學者比較人權法院與歐洲法院在家庭定義上的差異，可大別兩種看法：²⁵⁸

實質關係說：基本上認同現代型家庭生活的方式，區分家庭關係與家

²⁵⁸ Stalford, Helen, Concepts of Family under EU Law-Lessons from the ECHR, 16 Int'l J.L. Pol'y & Fam. 410,413 (2002).

庭生活，兩者並不一定相同，檢視家庭成員間的實質關係，如彼此間的個人關聯、感情依賴等，所以事實家庭生活關係也可能被認定為家庭生活，而有人權公約第8條之適用。此說主要為人權法院及人權委員會所採納。

形式關係說：此說認為在遷徙自由的規定上，真正家庭生活並不足以產生家庭權。從遷徙自由的保障來看，家庭生活的認定主要在正式法律及血緣上的關聯及經濟上的考量。此說為歐洲法院所採。

基本上歐洲法院對於家庭的定義，較人權法院家庭成員認定為狹。從同居伴侶的角度來看，實質關係說必須斟酌實質生活關係，如經濟、感情、同居形態及長短等，不易立即判斷。相反地，形式關係說的優點在於明確易判斷，對於同居登記或公證者，較為有利。惟不論是實質關係說或形式關係說，人權法院或歐洲法院，承認同居伴侶生活形態是家庭生活的一種，則是一致的見解。

第三項 平等權（不歧視原則）

人權公約第14條規定「本公約所規定權利及自由的享有，必須確保不因性別、種族、膚色、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、社會出身、與國內少數民族關係、財產、出生或其他地位而受到歧視。」此為禁止歧視原則或稱為平等原則。同居伴侶在外觀和實質上與婚姻關係近似，但目前許多權益上卻劣於婚姻之地位，本於相同事件為相同處理之平等原則，同居伴侶的權利或保護是否可依本條規定，主張比照婚姻之待遇。

人權公約早期在人權委員會時代，曾對同居伴侶要求比照夫妻關係請求給付的案例做出說明。如在G. B. A個案中，離婚婦女與離婚男子共同生活14年，而在男子死亡後，向政府請求支付寡婦津貼，政府同意支付同居男女之共同子女及前婚姻留下子女失怙津貼，但拒絕發給同居逾14年女子寡婦津貼。人權委員會認為受訴國立法將寡婦津貼只發給同居伴侶在1981年前死亡者是公平合理，因為西班牙在1981年通過離婚法（西班牙之前禁止離婚）。同居期間長短之因素並沒有

影響人權委員會的看法，人權委員會認為從1981年起離婚法已經存在，所以伴侶間有足夠時間將關係正常化，而不用擔心有不能離婚的危險，若他們仍執意不願結婚，則同居伴侶當然不能享受夫妻間之利益。²⁵⁹在 *Burden v. the United Kingdom*²⁶⁰ 個案中，人權法院亦認為社會福利，在長期同居的生存伴侶與寡婦間的區別待遇是合法，婚姻依舊被廣泛接受而賦予特別的地位，因此為促進婚姻而賦予特定利益給生存配偶，不能說超過受訴國的立法裁量。

為保障非婚生子女不受歧視，人權法院在上開 *Marckx* 個案中指出，(舊)比利時法關於母親贈與非婚生子女財產的限制，及非婚生子女對於母親親屬完全沒有繼承權之規定，與婚生子女相比較，顯然違反人權公約第 8 條之家庭權保護及第 14 條之不歧視原則。未婚母親沒有完全自由贈與財產給其子女的權利，與人權公約第 8 條無違，非該條保障之範疇。不過進一步與已婚婦女相比較，已婚婦女卻可自由贈與其子女，上開規定顯然欠缺客觀、合理之目的，與公約第 14 條相違。同樣在母親財產權方面，是否構成其財產保障的侵害，法院認為人權公約第一議定書第 1 條規定之財產權，並非不得限制之，在必要性及公共利益的考量下，個人之財產權是可以限制，所以母親財產的限制並不違反公約第一議定書第 1 條規定。但結合公約第 14 條來看，財產權的限制僅加諸於未婚母親，已婚婦女則完全沒有限制，且彼此間卻沒有差別待遇的合理化理由，因此違反不歧視原則。在 *Petrov v. Bulgaria*²⁶¹ 個案中，聲請人在監禁期間不被允許與其律師秘密通信及透過電話通訊，他與律師的信件不論收、寄與否，都被打開檢查，受訴國主張其係根據刑罰相關規定的執行。另外，聲請人主張從 2001 年夏天起，監獄增設電話亭，一個月可以使用二次，通話對象為父母、兄弟姐妹、子女、配偶。聲請人在入獄前有一交往 4 年的女友，並為他生下一子，在其入獄時出生僅 40 天。監獄當局拒絕

²⁵⁹ Caballero, supra not 228, at 159, n.40. 同樣案例：Saucedo Gómez v. Spain, Application no. 37784/97.

²⁶⁰ Application no. 13378/05 (2008)

²⁶¹ Application no. 15197/02 (2008)

他與其女友通話，並認為依法僅可與配偶通話，若他堅持要與其女友通話，則他必須與其女友結婚。人權法院認為伴侶共同生活在一起，形成公約第 8 條第 1 項之家庭，即使為婚外同居關係仍值得保護。而電話的交談不論是從個人家庭或居所打來，都屬公約第 8 條第 1 項所規定之隱私及通訊保護範疇。禁止聲請人與其同居多年並育有子女的伴侶通話，顯然影響其享有私人及家庭生活權，甚至影響通訊權的保障。進而在公約第 14 條的檢驗上，縱使公約不禁止為差別待遇，但類似和相同的地位則不能為不同的待遇，以個人的性別、種族、膚色等特徵作為區別標準並不合法。因此法院檢視聲請人與其同居伴侶之長期事實上關係，是否和已婚之受刑人類似，並進而判斷其使用電話之合理性。雖然未婚同居伴侶與夫妻不能完全同視，兩者間在法律及效果上仍存有差異，因婚姻仍是被廣泛接受且賦予特殊地位之結合組織，公約第 12 條還為特別的保護。但從已婚受刑人想要與配偶電話交談觀點來看，未婚受刑人想要與其形成家庭生活之未婚女友交談並無不同，而此種區別標準，客觀上沒有合理性，無法達到立法目的，且手段與目的不符比例。雖然公約允許締約國在稅法、社會保險或社會政策上，擁有區別對待夫妻及同居伴侶的空間。不過本案受訴國顯然無法說明，受監禁人以電話維持聯繫的可能，在已婚夫妻與形成家庭生活的同居伴侶間，應該區別對待的原因。換言之，沒有人會為了在監獄使用電話而結婚。

人權法院在歷來判決中強調，婚姻依舊被廣泛接受而賦予特別的地位，因此為促進婚姻而賦予稅法、社會保險或社會政策上利益，並不違反平等原則。雖然多數案例是同居伴侶要求比照婚姻受到保護，但是卻也有個案因婚姻地位之不利益而要求比照同居伴侶，例如 *lindsay v. United Kingdom* 個案中，²⁶²聲請人主張在相同收入的情形下，他們夫妻所負擔的稅賦比他們是同居的情形為重，因此英國稅

²⁶² 9 E.H.R.R. CD555 (1987)。聲請人夫妻合併所得，算入丈夫的所得中，共計 22,381 英磅，繳交 6,948.4 英磅。若聲請人是未婚伴侶而其他條件相同者，雙方分別計稅，男方所繳所得稅 5,706.12 英磅，女方為 614.55 英磅，兩人合計稅額為 6,320.67 英磅（英國政府算出為 6,298.10 英磅）。結婚夫妻所納所得稅金為 6,948.4 英磅，顯然高出男女同居時稅金 6,320.67 英磅，相差 627.73 英磅。

法對已婚夫妻造成歧視。人權委員會認為人權公約第14條係確保個人不受歧視的享受公約（或議定書）所載之權利與自由，本案聲請人主張已婚夫妻在相同所得的情形下，比他們未婚但同居所負擔的稅賦為重，只不過婚姻與同居並不是類似的情形，雖然在某些方面，事實同居關係已獲得認同，然已婚與未婚伴侶仍舊存在不同，尤其在法律地位與法律效果上，婚姻被認為是權利與義務的結合，明顯與單純男女同居不同。在大部分的情形下，已婚男女享有較低稅賦或不超過假設他們是同居者的稅金，稅法一定程度被視為鼓勵男女進入婚姻。聲請人僅技術性的將特定稅法上的處理與未婚伴侶相比較，忽視其在一般經濟、財政及社會福利的利益，據以得出稅法不尊重婚姻的結論，顯然沒有理由。

又如Camp and Bourimi v. Netherlands²⁶³個案中，生父在子女出生前意外死亡，無法認領因同居關係而受孕之子女，人權法院認為該子女地位不如婚生子女、甚至不如經生父認領之非婚生子女。雖然事後可取得法院的認領裁定，不過依荷蘭民法規定認領效力溯及於子女出生時，其他善意第三人已取得權利不受影響。該規定以保護其他繼承人為目的，不過目的與手段並不合乎比例，既然其他繼承人並不知該非婚生子女沒有繼承權，且其他繼承人也沒有陷於急需保護的緊急狀態，將非婚生子女排除繼承權，顯然違反公約第14條不能因出生而受到歧視之規定。

以上是歐洲人權公約系統對同居伴侶保護的界定及範圍，2009年歐洲初審法院（Court of First Instance of the European Communities）則對同居伴侶做出重要意義之判決。根據歐體的職員規則，職員之配偶若無其他保險者，則為歐體共同醫療保險計畫（Joint Sickness Insurance Scheme, 簡稱JSIS）所保障。若職員的

²⁶³ Application no. 28369/95(2000)。1992年9月24日Camp小姐的同居伴侶Bourimi意外死亡，既沒有認領Camp腹中的小孩，同時也沒有留下遺囑。Camp共同居住在Bourimi名下的房屋中，她們原訂在1992年4月結婚，後因Camp母喪而延期。1992年10月在未得Camp的同意下，Bourimi父母及其他5位親屬強行進入Bourimi的房屋中。1992年11月20日Sofian出生，1994年11月4日認領裁定生效，Sofian改採父姓，因認領裁定並不溯及Bourimi死亡時，所以Sofian沒有繼承權。

同居人，能出具締約國之正式公文，證明兩人為同居伴侶關係，同時任何一方沒有婚姻或其他伴侶關係且伴侶不是近親關係者，同居人取得與配偶相當之地位。不過根據荷蘭法的規定除了婚姻外還有二種結合組織，一為登記伴侶（Geregistreerd Partnerschap），給予登記伴侶與婚姻近似之法律效果；另一為同居協議（Samenlevingsovereenkomst），當事人間僅能根據同居協議取得特定之法律效果。此外，同居協議可以由二人或二人以上締結之，同時不限定在同一屋簷下，也不排除近親間為之。同居伴侶之同居協議若經公證則可獲得工作津貼或其他社會福利。Roodhuijzen為荷蘭籍歐體官員，請求歐體將同居伴侶納入JSIS的醫療保險中，同居協議已經公證並經荷蘭官方認證。歐體委員會以其同居伴侶形式與婚姻不同，拒絕將其同居伴侶納入保險體系。Roodhuijzen對委員會之拒絕決定，起訴到民事法庭（Civil Service Tribunal），該法庭於2007年11月27日廢棄委員會決定，認為同居協議所載之法律效果與婚姻相似。委員會不服此決定，繼續向歐洲初審法院上訴。上訴法院認為歐體職員規則將非婚同居伴侶定義為具有婚姻相似性，但卻沒有明文比照婚姻，顯然職員規則並不要求同居伴侶必須如同婚姻般，依法踐行儀式並進行登記。職員規則只要求同居伴侶，能出具締約國之正式公文，證明兩人為同居伴侶關係。雖然同居協議包含部分結合的態樣，與職員規則所定標準不符，特別是在二人以上及近親間的同居協議等問題，在這方面歐體相關單位有義務區分申請人是否滿足職員規則之條件，所以同居伴侶之決定不能由締約國單方認定。相對地，當職員提出締約國承認之同居伴侶證明時，歐體機構本身不能檢視同居協議內之當事人權利義務。因職員規則並沒有要求區分同居伴侶之法律效果應該與婚姻相似。因此雖然下級法院詳細檢視同居協議之內容顯然不當，但因同居存在之判斷與初審法院認定相同，所以維持原判決。²⁶⁴

²⁶⁴ T-58/08 P (2009)

第四項 兒童保護—子女最佳利益

兒童保護雖然在人權公約沒有被特別明文，但人權法院在處理親子或收養等問題時，仍會提及子女最佳利益的保護，以事實婚或同居為例，事實婚關係所生之子女，女方因生母恆定原則，當然發生母子關係同時取得子女的監護權，至於生父與子女間因為沒有婚生推定之適用，其親子關係或監護權的取得必須獲得女方的同意，或經由法院裁判將監護權移轉給男方。此時男方是否因性別而受到歧視，甚至比離婚男性地位更不利，人權法院有獨到之看法。在 *Zaunegger v. Germany*²⁶⁵ 個案中，根據德國民法規定已婚的父母親從子女出生起即有子女之共同監護權，即使雙方嗣後離婚亦不受影響，只有在子女利益的考量下，家事法院才能限制或中止之。另一方面非婚生子女的親權則歸給母親，除非雙方同意共同擁有親權，再者，根據民法第1666條到第1672條之規定，家事法院只有在女方疏忽而威脅子女利益時或父母雙方同意時，才能將監護權移轉給生父。若無上述前提，則司法機關無法檢視將親權交由父母共同行使是否比較符合子女最佳利益。人權法院認為根據德國法，內國法院無法檢視共同監護權的授與是否較符合子女最佳利益，即單純推論違反非婚生子女生母之意思而賦予共同監護，即推定違反子女利益，恐有疑問。人權法院認為從母子關係經由子女出生而建立，但父子關係若沒有婚姻關係則無法從出生而建立的觀點來看，女方與男方的差別待遇是合理、合法。以性別或婚生與否而為差別待遇的理由是公約所禁止，而婚外共同生活的生父與具婚姻關係的生父為不同的對待是否合理則是人權法院所關切。德國民法第1626a條立法目的主要係保護非婚生子女最佳利益，迅速決定其法律上之代理人或避免雙親關於親權行使之費用上爭

²⁶⁵ Application no. 22028/04 (2010) 聲請人 a 與其女友同居人 b 在 1995 年產下一女 c，a 與 b 在 1998 年 8 月分手，他們的關係維繫 5 年之久，直到 2001 年 1 月女兒 c 始終和 a 同住，僅管母親 b 亦搬到同棟大樓的其他公寓。A 與 b 並沒有共同監護聲明，母親根據德國民法第 1626a 條第 2 項擁有完全的監護權。於 2001 年 1 月 c 被移置到 b 的公寓，雙方開始為女兒探親權爭吵，於 2001 年 6 月社福機構的協助下達成探親協議，a 獲得每星期三中午到星期四早上、星期日早上 10 點到星期一早上、及每個假期二分之一的時間，一年估計約 4 個星期的時間。2001 年因母親不願為共同監護聲明，所以聲請人開始申請共同監護命令。本案最後經德國聯邦最高法院認定相關規定合憲，a 向人權法院提出聲請。

議。在一定情形下允許非婚生子女生父、生母共同行使監護，則是立法者企圖將同居男女置於與夫妻相同之地位，在彼此間負擔婚姻法之義務，親子間負擔親子法義務。非婚子女與生父間的情況有種種不同，固有生父不願認領或逃避扶養義務者，但仍有生父完全投入子女的教養與一般婚姻家庭之父母並無二致者，通常之所以否認未婚生父加入親權，係擔心同居男女間爭執或缺乏聯繫以至於和子女利益相衝突，但此缺乏實證與根據。雖然締約國間對於生父未獲得生母同意下取得非婚生子女共同監護權，仍未達成共識，惟子女最佳利益卻是各國法院裁判的共通標準。德國政府顯然無法解釋為何置同居關係於較低的檢視標準（與婚姻關係相較），同時生父已認領子女也不能享有結婚生父之地位。

在處理國際非法移置兒童的議題上，人權法院認為應參酌民事非法移置兒童海牙公約（1980年）及兒童權利公約（1989年），人權法院對於締約國內國法院在適用和解釋海牙公約時，亦有權介入檢視其是否遵守人權公約之規定。國際間一致認為關於兒童之決定，子女最佳利益原則必須被置於最優先之地位。子女利益包含二個部分，一是子女與家庭的關聯必須被維持，除非在特殊情形下能證明家庭對其不利，否則政府必須盡力保持其成員間的身分關係，如果允許或適當者，重建其家庭；另一方面必須確保兒童在良好的環境中成長，父母不能傷害兒童的健康和發展。²⁶⁶因此，從人權公約第8條婚姻家庭權的角度來看，並非適用海牙公約將兒童返還就當然符合公約之規定。子女最佳利益的判斷必須視個別情況而定，尤其是其年齡、成熟度、父母親的存歿、環境、經歷等，這些因素必須個案判斷，通常委由各國權責單位認定，因為透過個案直接接觸，各國享有較大的形成空間，不過內國法院的決定仍必須符合公平和個案需要。換言之，法院必須深入檢視整個家庭狀況及其他因素，特別是事實、感情、心理、物質及補救措施等，從相關人士的利害中，選擇最適當的解決之道。

²⁶⁶ Elsholz v. Germany [GC], no. 25735/94.

在Neulinger and Shuruk v. Switzerland²⁶⁷個案中，瑞士聯邦法院決定Noam必須送回以色列，不過聲請人Noam年幼，根據法院及專家的意見，即使將其送回以色列仍離不開母親，因此人權法院審視強制將兒童及母親送回以色列的決定，是否對其家庭生活造成干預。首先，非法移置兒童已經過一段相當期間後，再將兒童送還，並非海牙公約的初衷，因兒童可能已適應新環境。其次，從外國人的驅逐個案分析，特別是已融入被請求國社會的兒童，必須考量兒童最佳利益及福祉，尤其是適應新環境的嚴肅性，謹慎評估兩地之社會、文化及家庭關聯性，若家庭成員將伴隨驅逐者遣返，亦應一併考慮。再者，雖然兒童的適應力強，但離開其慣居的環境返回以色列不能被視為是一種利益。此外，兒童父親的狀況也是評估的要素，該父在Noam被移置前，僅有每週二次的探親權，而其在2005年再婚又離婚，現又再婚且其新妻子懷有身孕，而第二任妻子正因其未支付其女兒的扶養費而提起訴訟，法院因而質疑其對Noam發展的影響。最後Noam母親隨同Noam返回以色列可能遭到刑罰的追訴，如無法排除母親監禁的危險，Noam返回以色列將失去母親陪伴，於此亦不符合子女最佳利益。因此將Noam返回以色列與公約第8條婚姻家庭的保護規定有違。

生母在懷孕生產過程所付出的心力，乃是支持子女順利出生重大且不可或缺的因素，所以子女出生不僅建立實質血緣的親子關係，同時也發生法律上之效力。生父因不具生母的生理特徵，無法經由懷孕、分娩過程建立親子關係，於此生母的特殊法律地位生父無法比照，不能機械式的援引平等原則，要求獲得與生母相同的法律地位。至於事實婚生父與法律婚生父地位相較，在未經認領前，法律上並沒有任何關係，即便在認領後，依德國法亦沒有完全的監護權。若母親

²⁶⁷ Application no. 41615/07(2010) Neulinger 在 1999 年定居於以色列，於 2001 年與另一以色列猶太男子結婚，2003 年 6 月產下一子 Noam，Noam 擁有以色列和瑞士國籍。其後因夫的宗教狂熱及暴力行為而獲得法院的強制命令，禁止其夫進入其子的學校及其辦公處所，同時在社會福利機構的監督下，才得與子會面交往。雙方於 2005 年 2 月離婚，2005 年 6 月 24 日 Neulinger 帶著 Noam 秘密離開以色列前往瑞士。之後，其父向法院提出非法移置兒童返還，2005 年 5 月 22 日以色列司法部轉交瑞士聯邦司法部，請求依照海牙公約將非法移置之兒童返還，瑞士方面同意將 Noam 送回確定，Neulinger 和 Noam 在 2007 年 9 月向人權法院提出聲請。

自願同意生父共同行使監護權固無疑問，若母親拒絕，除非生母有疏忽等情事，則生父完全沒有介入機會。姑且不論民法規定與事實婚親子同居共同生活的事實是否相符，從男女平等原則角度來看似有未妥。不過德國聯邦憲法法院以父母為子女福祉應選擇婚姻為理由（基本法第6條第2項），認為母單獨行使監護權並不違反男女平等原則（基本法第2條第2項），也不違反非婚生子平等原則（基本法第6條第5項），非婚生子監護權行使規定合憲。²⁶⁸從婚姻優位及平等原則來看，認為德國民法相關規定合憲。2010年歐洲人權法院同樣處理平等權爭議，但不堅持婚姻優越，反而從子女的利益為出發，同樣承認婚姻家庭對子女發展的重要性，但似乎更重視婚姻家庭的實質，而非婚姻家庭的形式，並認為提供生父參與子女監護的機會，未必與子女利益有違，進而得出德國民法相關規定違反歐洲人權公約。實質婚姻家庭或許有利兒童的發展，但不給予生父監護權不僅是對生父的處罰，同時也影響子女的利益，而且結婚與否通常不是取決於生父單方，所以德國聯邦憲法法院的見解確實有修正的必要。同樣是平等權的爭議，因法律政策的差異往往影響平等權的看法，不結婚的生父代表不負責任、違反生母意願即違反子女利益的觀點，在社會改變及時代的推移下，並無根據。相反地，從子女最佳利益出發對差別待遇的合理事由進行反思，同居或事實婚生父之地位反而意外被提升。²⁶⁹家庭定義趨向實質結合，狹義核心家庭在親子法中逐漸退色。²⁷⁰

人權公約處理人權相關議題，民事非法移置兒童海牙公約、兒童權利公約等處理兒童權益等有關爭議，本各司其職，公約間並無優劣的問題。不過近來人權法院在非法移置子女個案所為的判決，產生

²⁶⁸ BVerFG, NJW 1981, 1201=FamRZ 1968, 659.轉引自太田武男、溜池良夫，事實婚の比較法的研究，頁 259。

²⁶⁹ 美國聯邦最高法院在 *Lehr v. Robertson* 個案中，強調生父與子女間僅有生理血統上之聯繫卻未能積極以行動參與子女之教養承擔父親之責任，則憲法無法肯認其具有父親之地位，也無法提供相應權利之保障（李立如，生父在美國憲法上之地位，中原財經法學，第 16 期，頁 170，2006 年 6 月）。美國法係以生父是否以承擔父親的責任作為是否取得父親地位的依據，而歐洲人權法院則是從子女利益為出發點，強調與已婚父親取得相同之地位，生父與生母共同監護不違反子女之利益。

²⁷⁰ 王海南，由德國、瑞士、比利時三國關於血緣關係立法看戰後西歐親子法之演進，現代身分法之基礎理論，頁 71。

以下的影響。一、人權公約的優越性。人權法院因其國際法院之地位，其判決有拘束締約國效力，變相讓人權公約的適用超越其他公約，相對地其他國際公約因人權公約的介入而跛行。二、家庭權內涵的擴張。人權公約第8條保護家庭的完整性，確保家庭成員關係的穩定與發展，成員間彼此利益相當並無優先與否的問題，今因兒童最佳利益的納入，不僅增加家庭權的內涵，另外也是對人權公約的滲入與擴充。三、從同居與事實婚角度來看，婚姻優越受到修正，兒童利益促成生父與夫的地位趨近，形成同居、事實婚家庭與婚姻家庭同受保護，不重形式重實質。同居、事實婚意外享受反射之利益。

第五項 同性問題

第一款 同性伴侶關係之定位

對於同性伴侶要求受到人權公約第8條之保護，在X and Y v. the United Kingdom²⁷¹個案中，同性伴侶X是馬來西亞籍，Y是英國人，在X的居留期間屆滿時，遭英國官方的驅逐命令，X依據公約第8條規定，向人權委員會提出家庭權應受保障之請求。人權委員會認為，儘管現代社會對同性戀有不一樣的評價，聲請人之關係仍不屬於公約第8條家庭生活的範疇，同性伴侶關係既不包含在家庭生活的意義中，同性伴侶關係最多只能算是公約第8條個人私生活尊重。之後在S. v. the United Kingdom²⁷²及Kerkhoven and Hinke v. Netherland²⁷³個案中，人權法院仍遵循這樣的看法。至於同性婚的問題上，人權法院直到最近在Schalk and Kopf v. Austria²⁷⁴個案中，仍認為同性婚屬於公約第8條私生活的範疇。公約第12條結婚權，並沒有課予締約國提供婚姻制度給同性伴侶，且鑑於同性婚的權利仍是發展中權利，締約國享有較大的立法空間。

²⁷¹ Application no. 9369/81, Decisions and Reports 32, p. 220.

²⁷² Application no. 11716/85

²⁷³ Application no. 15666/89.

²⁷⁴ Application no. 30141/04 (2010)

第二款 平等權與同性伴侶關係

第一目 歐洲法院之看法

隨著歐體法規及事業機構對未婚異性同居伴侶的保護，引發同性伴侶關係能否主張異性伴侶權益的問題。在Grant v. South West Trains²⁷⁵個案中，企業之職員按其職位享有購票優惠，而此優惠根據公司內部職員規則的相關規定，可擴及員工配偶、婚外穩定異性同居關係。有員工主張其同性伴侶亦享有購票優惠之福利，遭企業主拒絕，員工遂提出訴訟，主張構成違反歐體條約第119條及執行平等報酬指令（Equal Pay Directive）之規定，換言之違反男女報酬平等原則。原告主張長期同性同居伴侶關係與已婚、婚外穩定異性同居伴侶情形相同，並舉出成員國、歐體及其他國際組織逐漸將兩者等視。此外在公民與政治權利國際公約中，人權事務委員會（Human Rights Committee）認為該公約第26條所指之性別，²⁷⁶包括性別取向、偏好（Sexual Orientation）。歐洲法院則認為關於購票的優惠，不能認為直接構成性別的歧視，因為不論是男性職員或女性職員的同性同居伴侶皆沒有購票優惠。而在1998年歐體法下，長期同性同居伴侶並不相當於婚姻或婚外穩定異性同居伴侶，所以事業主在歐體法下，並沒有將長期同性同居伴侶與婚姻或婚外穩定異性同居伴侶等視之義務，此為立法裁量之問題。即便對同性戀有不同之看法，穩定同性伴侶關係仍不為人權公約第8條之家庭生活所包括。而締約國為保護家庭之目的而對婚姻及異性同居伴侶為優惠的對待，並不違反公約第14條之禁止性別歧視原則。²⁷⁷惟基本人權是歐體中不可或缺的法律原則，但必須經由法律將其體現，其本身不能超出歐體條約文字的範疇。再者人權事務委員會並不是司法機構，其決定在法律上並無拘束力，而且對於公民與政治權利國際公約第2條第1項及第26條性別之解

²⁷⁵ [1998] ECRI-621, Case C-249/96

²⁷⁶ All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

²⁷⁷ S. v the United Kingdom, application no. 14753/89; C. and L.M. v the United Kingdom, application no. 16106/90; B. v the United Kingdom, 10 February 1990, D.R. 64, p. 278.

釋，為何包含性別取向、偏好也欠缺理由說明。所以基於歐體條約第119條的法條文義、立法目的及條文結構，該條所宣示不得歧視的原因不包括性別取向、偏好的歧視。其後在D and Sweden v. Council²⁷⁸個案中，歐洲法院在拒絕登記伴侶要求家庭津貼的個案中，指出家庭津貼之所以只限夫妻、離婚夫妻、分居夫妻及需要扶養之子女等，主要在於歐體之婚姻或伴侶關係是建立在傳統民事婚姻的基礎上。

第二目 人權法院之看法

Burden v United Kingdom²⁷⁹

原告為兩個未婚年老的英國姐妹，他們終其一生同居在一起，認為英國遺產稅的差別對待違反人權公約第14條及第一議定書第1條之規定。因為當姐妹其中一人死亡所留下之遺產價值，將超過零稅率門檻而必須負擔遺產稅。姐妹雙方都立好遺囑將財產留給對方，不過根據英國遺產稅法規定，配偶或登記同居伴侶間是完全免稅。原告因此主張比照夫妻及登記同居伴侶，遺產稅法對於親屬間的差別待遇沒有合理化的理由，若配偶或登記同居伴侶免稅既然是為促進關係的穩定發展者，其排除成年同居親屬則不合法。人權法院則認為成年親屬間與夫妻或登記同居配偶有本質上的差異，親屬關係本質上是血親與婚姻及同居伴侶登記關係不同，婚姻被賦予特別的地位受到公約第12條的保護，而人權法院業已對未婚同居伴侶是否與婚姻類似為否定的宣示（Shackell v United Kingdom (45851/99)），至於登記同居伴侶關係亦同。因婚姻與登記同居伴侶關係包含公開的承諾，具有多種權利和義務的契約本質，與其他同居類型不同，所以英國遺產稅法有關規定不構成公約第14條及第一議定書第1條之違反。

Schalk and Kopf v. Austria²⁸⁰

聲請人主張同性伴侶受到不公平的歧視，一是同性伴侶不能結婚，另一是缺乏婚姻替代之法律承認。關於不能結婚的不公平，法院認為公

²⁷⁸ [1999] ECR II -1, Case T-246/97

²⁷⁹ (2008) 47 E.H.R.R.38.

²⁸⁰ Application no. 30141/04 (2010)

約的適用必須有一致性，因為公約第12條仍不保護同性婚姻，所以即使結合公約第8條及第14條，仍無法得出締約國應該承認同性婚姻之義務。奧地利（同性）登記伴侶法於2010年1月1日生效，雖然聲請人主張登記伴侶法沒有提供同性登記伴侶與婚姻相當之地位，但人權法院仍然認為締約國對於替代措施有一定的形成空間，且登記伴侶法在許多方面已經提供與婚姻相當或類似的法律地位，縱使在婚姻效果或親權上有些許不同，整體而言與其他締約國之規定相當。

雖然歐洲法院仍堅持性別歧視不包括性別取向、偏好的歧視，但歐洲立法機關已採取不同之立場，如歐洲議會在1994年歐體同性人士平等權利解決方案（Resolution on Equal Rights for Homosexuals and Lesbians in the EC）²⁸¹中，建議立法賦予同性夫妻取得婚姻之權利與利益。從1997年阿姆斯特丹條約（Treaty of Amsterdam）中開始明文禁止對性別取向、偏好的歧視，之後歐體條約仍然延續此種看法，及至2000年歐洲聯盟基本權利憲章第21條亦將性別取向、偏好明文禁止歧視，因此上開歐洲法院的見解是否仍有拘束力，誠有疑問。²⁸²至於人權法院亦認為普通同性伴侶缺乏公開承諾，不具權利和義務的契約本質，所以遺產稅法之規定與平等原則無違。同性伴侶不能結婚，不受結婚權的保障，係公約保障婚姻的結果，同性伴侶登記與婚姻仍有差異則是婚姻優越與各國立法形成自由所造成，歐洲人權法院迄今對同性伴侶仍未為有利之判決。不過在英國方面則有不同的進展，如

²⁸¹ http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030425/Resolution_A3-0028-94.pdf (OJ 1994 C61/40)

²⁸² Stalford, supra note 258, at 422-423.

Rodriguez v. Minister of Housing of Gibraltar²⁸³ 個案，已承認同性伴侶在國宅租賃，於一方死亡時取得類似夫妻或異性同居伴侶之租賃保護。在Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd²⁸⁴ 個案，則將同性伴侶解釋為家庭成員，一方死亡時，伴侶同樣可以獲得租賃權的保障。

²⁸³ [2009] UKPC 52. 原告Rodriguez是英國屬地直布羅陀居民為國宅的承租人，並與其長期同性伴侶居住在一起，他們在直布羅陀無法結婚並為同居伴侶登記。為確保原告死後同居伴侶不致流離失所，原告向國宅部門申請變更為共同租賃，其申請因與國宅規定相違而被駁回，因為共同租賃只准許給已婚夫妻或異性同居而有共同子女者。原告繼續上訴直布羅陀最高法院，最高法院以原告比照對象錯誤，同性同居伴侶應該比照異性同居伴侶，所以沒有性別偏好的歧視。原告不服再上訴到最高上訴法院，最高上訴法院則以政策對已婚夫妻的偏好不違法，再度駁回原告上訴。原告上訴到直布羅陀樞密院（終審法院），樞密院認為原告間接受到性別偏好的歧視。所謂相似的個案為相同的處理，但何謂相似成為問題，其認定方法不是不同個案間法律架構上的差異，而是關係本質上的差異。在法律效果上，原告明顯受到不同的對待，但在關係的對比上，原告和其所主張比照的對象，其差別並不明顯，因為其與異性同居伴侶地位相同，都無法獲得共同租賃之地位，所以其差別待遇並不是直接來自性別偏好。只不過在法律要件上，原告受到比其他同居伴侶更嚴苛的標準，而且因為其性別偏好，原告永遠無法滿足法律所規定之條件（原告與其同性同居人不可能有共同子女），這是一種間接歧視而且與直接歧視很接近。此外政策上的差別待遇法律目的無合理關聯，婚姻的特權地位可以達到促使異性伴侶進入婚姻，此為有效達成法律目的的方法，而登記同居伴侶的特權亦有相同的目的。但無論如何，拒絕賦予同性同居伴侶權益無法促進異性同居伴侶進入婚姻，而打壓同性伴侶關係不能被合法且合憲。又限於有共同子女的異性同居伴侶方有租賃的特權，也無法解釋為何其他照護兒童的伴侶不能擁有租賃的特權。若該法係保護家庭，則為何不保護其他家庭成員，亦無法理解，因此該法違反不歧視原則。

²⁸⁴ [1999]3W.L.R.1113. F和他的同性伴侶T共同生活18年，主張在T死亡時可以承繼其租賃權的保障，根據1977年英國租賃法（Rent Act）之規定，生存的配偶及原始的家庭成員，有權承繼死亡者的租賃權。之後1988年房屋法（Housing Act）修正，若同居人可以證明與原承租人如同夫（或妻）般共同生活在一起者，與生存配偶同。F主張鑑於現代社會的變遷，他們的長期穩定關係、親密本質與婚姻概念相類似。若法院不認同他們的關係，另主張他們彼此為家庭成員，因為他們彼此有愛，相互扶持及經濟上的互相依賴，滿足家庭成員的要件。英國上議院認為本案中同性伴侶能被視為家庭成員承繼租賃，但無論如何不能視為生存配偶，因為在法條字義上無法如此解釋，同時若國會有意將同性伴侶納入，在1988年的房屋法中會有相關的說明。家庭的解釋範圍很廣，近來在適用上也不局限在特定的法律關係。根據1920年租金增加及抵押利益限制法，對家庭成員的說明，所謂家庭成員係指相互帶有愛情及扶持承諾的關係。法律家庭成員關係，由法律推定相互間有愛、扶持及經濟上的依賴。若其他人要主張彼此為家庭成員則必須證明上開要素的存在，儘管上述原則尚未被人權公約第8條、第12條所接受（1999年），但將同性伴侶解釋為家庭成員，符合公平正義的期待，義務與權利相當之基本人權要求。但無論如何家庭成員關係必須持續一定的期間，與同居朋友關係或偶然的結合關係有別。

不管是國際公約及人權法院迄今仍偏好傳統婚姻的結合，對婚姻賦予優越之地位，雖然社會環境及人際關係有重大變遷，但無法突破既有的藩籬，只有在變性人的議題上稍有退縮，在公約對婚姻明文保護的前提下，同性婚姻的承認上恐有一段距離。國際間對傳統婚姻保護的共識及授權國家對結婚要件的規範，讓同居或事實婚始終被摒除在婚姻的定義之外，不論是形式要件或實質要件，除非該要件明顯與公約精神有違，否則未符合結婚要件之男女結合就不是婚姻。相反地，對事實婚或同居法律地位的承認，將有礙男女選擇婚姻，因此，希冀擴張結婚權之概念以求包括事實婚或同居，進而提升其法律地位，從國際法的角度來看，似不可行。

從自由權行使角度來看，現代社會對個人自由的限制越來越強，因此在個人私的生活方面，生活必需及決定的自由必須尊重。只要個人擁有充分的判斷能力，關於自己的事務應由自己處理，若從外在強制個人選擇，選擇的範圍不能過狹，自己決定的自由才能受到保障，進而發展豐富的人生。因此在承認生活多樣性的前提下，將自己決定的自由當成一種權利是有必要。事實婚或同居當事人據此希望獲得婚姻法律的保護，國際公約雖然對個人生活尊重偶有提及，但面對婚姻保護的國際潮流，事實婚或同居的生活選擇無法獲得人權法院的認同。人權法院認為自由是指不強迫，因為人權公約基本上鼓勵婚姻，只要法律上沒有課予適婚男女做特定選擇之義務，其地位上的差異並不構成障礙。所以事實婚或同居當事人以不結婚的自由來彰顯個人特質的說法，顯然無法獲得人權法院的認同。

人權法院在歷來判決中強調，婚姻目前仍被廣泛接受而賦予特別的地位，因此為促進婚姻而賦予稅法、社會保險或社會政策上利益，並不違反平等原則。事實婚或同居當事人單純依據平等原則爭取福利、津貼似無法說服人權法院。不過在未登記之同居伴侶與已登記之同居伴侶比較上，歐洲法院採取比較寬鬆的標準，若歐體或成員國內的有關規定僅提供配偶或登記同居伴侶利益者，經公證或一定程序締結的同居契約亦發生相同的效力。當然歐體的職員規則本身有規定

上的疏漏，但法院明顯不願將同居關係比照婚姻來解釋，只將同居認定為契約關係的一種，並以經過一定的認證即為已足。

事實婚或同居因為具有共同生活的外觀，基本上其家庭生活與婚姻家庭生活無異，而婚姻向來優越的獨占地位，並無法推論婚姻家庭亦有優越地位，歐洲人權法院認為家庭生活易受道德與社會的影響，人權法院不願將家庭的保護限制在特定類型之家庭，人權法院有因應社會變遷而調整其解釋的義務。從歷來判決歸納得知，人權法院關於家庭生活之保護，起初並沒有擴張到非婚生子女家庭，到 1980 年代才從傳統核心家庭的保護，擴及到未婚同居夫妻、祖父母與孫子女間、兄弟姐妹、生父與非婚生子女間、甚至離婚父與其子女間。從這些個案中發現人權法院對家庭組織採取比較務實彈性的認定方法，用以包含所有類型的關係，包括相互扶養及經濟、教育、感情上的照顧等不同類型的關係。顯然家庭概念正逐漸擴大，但不包括同性伴侶之家庭。然而實務上透過家庭權主張而保護的個案，主要集中在驅逐出境、親子關係的建立或剝奪、親子生活的形成與終止、財產權等議題，其中人權法院明白宣示家庭成員間的繼承權不屬於家庭權的範疇，但繼承人生前的財產安排或贈與則為家庭權所包括，若法律無正當理由加以限制者，將構成家庭權尊重的違反。至於歐體官方在處理家庭成員依親請求時，對事實婚或同居伴侶並不友善，拒絕賦予配偶相應之權利，歐洲法院亦認為同居伴侶關係不是夫妻關係，不能直接適用夫妻有關的規定。未登記之同居伴侶必須依循 *Netherlands v Reed* 個案的法院見解，保障移民工作者的社會利益。至於已登記之同居伴侶，可依據歐體最新指令之規定，保障家庭成員之居留權。

如前所述，事實婚或同居當事人僅僅以平等權為據，要求比照夫妻的權益，無法獲得法院實務的認同，不過在家庭權尊重的前提下，對實務既有平等權的見解為一定程度的修正，讓事實婚當事人取得與夫妻相同的地位，如事實婚或同居之生母對其子女所為之贈與限制，與法律婚之妻可以任意對其子女贈與，明顯欠缺差別待遇的合理性。又如事實婚或同居關係之受刑人無法取得與夫相同之通訊機會，

造成家庭關係維繫的阻礙，亦違反平等原則。

不論是婚姻家庭或事實婚家庭，子女最佳利益原則必須被置於最優先之地位。子女利益包含二個部分，一是子女與家庭的關聯必須被維持，除非在特殊情形下能證明家庭對其不利，否則政府必須盡力保持其成員間的身分關係；另一方面必須確保兒童在良好的環境中成長，父母不能傷害兒童的健康和發展。非婚生子女與婚生子女相較，若沒有合理的原因而為差別對待，即構成出生的不平等。所以，生父監護權的主張，若從生父、生母平等地位出發，恐無法說服法院，相反地，從子女利益出發，由生父與生母共同監護非不利於子女利益。同樣地，生母贈與非婚生子女財產的限制，對生母而言構成不平等，對非婚生子而言同樣是出生的不平等。至於非婚生子女經生父認領始發生親子效力，此規定有無違反出生不歧視原則，並不清楚，仍待未來個案的發展。

同性伴侶的問題，雖非本文主題，但近代同居伴侶的立法例已不限異性男女間，所以同居伴侶的問題亦值得討論。同性伴侶不能主張結婚權，也不能主張家庭權，在權利的爭取上，必須借助個人隱私權（私生活的尊重）、平等權等。在平等權要求上，因為婚姻優位的考量，同性伴侶不能取得與夫妻相應之地位。其次，即使已登記同居伴侶仍不能獲得與夫妻相當之地位，係各國政府的立法裁量。不過近來的歐洲立法機關有比較前衛的看法，如 1994 年歐體同性人士平等權利解決方案，建議立法賦予同性夫妻取得婚姻之權利與利益。歐洲人權公約第 12 條結婚權保障的規定，因在條文中有男女的明文，造成解釋與適用上的疑義。之後歐洲聯盟基本權利憲章第 9 條不再以男女作為結婚權請求的主體，而是直接用「結婚權」的用語，避免歐洲人權公約所面臨的困擾，似乎也是對婚姻型態的多樣性預留較大發展空間，同時呼應第 21 條禁止對性別取向、偏好歧視之宣示。

第二節 憲法位階

第一項 美國

第一款 婚姻優位之州立法原則

美國州法偏好促進婚姻，為了促進男女進入婚姻，在法律上為相當的設計。例如離婚的贍養費支付，帶有鼓勵復合及加重離婚成本的意思，同時也有懲罰罪惡的意涵。此外，贍養費也是家庭勞動或就業機會損失的補償，贍養費是雙方的期待利益，婚姻被視為長期共同生活的義務，當然包括對他方的扶養，因此道德和契約上的義務理論上應該持續到死亡為止。贍養費從社會觀點來看，政府之責任僅在於「回復」，即州政府透過贍養費補償的強制規定，減輕其對因婚姻而喪失工作能力者的經濟照顧，或保護婚姻以其穩固的親子關係，減少兒童對州福利的依賴，當然也有認為這是傳統道德的問題。²⁸⁵

第二款 同居在婚姻法之地位

同居在婚姻法之地位主要探討法律對同居伴侶的保護，是否侵蝕傳統婚姻制度，美國有以下的看法：

一、否定同居保護

對於同居是否應該立法保護，通說採取實務見解，援引加州最高法院 *Elden v. Sheldon*²⁸⁶ 案例為說明。法律學者進一步引申認為賦予同居伴侶法律地位將產生兩方面的影響，一是法律方面的教示功能。婚姻法將不再是特定社會理想的象徵表現，賦予同居法律地位將弱化婚姻在法律上的權威地位。²⁸⁷ 而另一方面是法律對個人行為的影響。即婚姻替代之同居將比婚姻更具吸引力，在多種選擇下，較多人將選擇同居而不結婚。²⁸⁸ 有認為婚姻是社會的重要組織，它的強化是重要法律目的。同居之法律承認將侵害婚姻組織是一個現實且有意義

²⁸⁵ Campbell, *supra* note 86, at 520.

²⁸⁶ 46 Cal.3d 267 (1988)

²⁸⁷ Brotherson, Sean E. & Teichert, Jeffrey B., Value of the Law in Shaping Social Perspectives on Marriage, 3 J.L. & Fam. Stud. 23, pp28-30 (2001)

²⁸⁸ Primus, Wendell E. & Beeson, Jennifer, Safety Net Programs, Marriage, and Cohabitation, in *Just Living Together: Implications of Cohabitation on Families, Children, and Social Policy* 191, 218 (2002)

的象徵。未婚異性同居伴侶要求如同婚姻關係取得婚姻的利益而沒有社會責任，如此將導致婚姻義務與婚姻利益分離，與現實婚姻制度相違背。這將減損婚姻的地位及其威望，異性同居伴侶關係將損及現行保護婚姻之原則，從這角度來看，鼓勵異性同居關係是反社會的，那些期望獲得婚姻利益又能結婚者應該結婚。異性同居伴侶取得地位，係只享利益不盡義務，將損及婚姻制度；而同性伴侶取得同居伴侶關係是社會對於無法提供完全婚姻權利的暫時性補償。因此當婚姻成為同性伴侶的選項時，同性同居伴侶關係應即終結。²⁸⁹

社會學家則認為，社會之目標在於培養婚姻關係，如此孩童方能在安定且繼續的環境中成長，同居伴侶關係無法與配偶關係相提並論。即使同居伴侶間可視為夫妻，但雙方對於未來通常沒有什麼計畫，甚至缺乏承諾。²⁹⁰現今社會婚姻飽受威脅，法律承認異性同居生活關係將進一步傷害婚姻，因為同居生活關係的立法無異是法律承認與鼓勵同居。實證上同居伴侶較已婚配偶更不滿意其彼此關係，且不安定，婚前同居導致離婚的可能性高。²⁹¹社會學者之所以鼓勵婚姻，係認為婚姻有利於夫妻雙方，已婚者擁有較佳的心理與身體健康，因為彼此情感上的支持可以減緩壓力，改變不良生活習慣，獲得較高的收入，所以婚姻較單身為佳。²⁹²此外，社會學家亦指出兒童與已婚本生父母共同生活較其他形式的家庭更有利其成長。²⁹³雖然同居伴侶關係亦能提供伴侶、子女如同婚姻般之利益，但同居短暫性的本質無法彰顯上述利益。根據美國芝加哥大學 2002 年的調查，同居伴侶比婚

²⁸⁹ Donovan, James, M. An Ethical Argument to Restrict Domestic Partnerships to Same-Sex Couples, 8 Law & Sexuality 657 (1998).

²⁹⁰ Irvine, Martha, Some Straight Couples Opt Against Marriage, Seattle Post-Intelligencer, Apr. 26, 2004, available at <http://www.contemporaryfamilies.org/media/news%2058.htm> (最後流覽日：2005年11月7日)。

²⁹¹ 社會學家分析至少有六項原因挑戰婚姻：1.對單身者接受度的增加；2.同居接受度的增加；3.婚姻回饋的減少；4.性別角色的改變；5.自願不育的增加；6.傳統核心家庭的減少。(Weiten, Wayne & Lloyd, Margaret A., Marriage and Intimate Relationships, in Psychology Applied to Modern Life: Adjustment at the Turn of the Century, 247-248 (2000))

²⁹² Weiten, Wayne & Lloyd, Margaret A., Marriage and Intimate Relationships, in Psychology Applied to Modern Life: Adjustment at the Turn of the Century 247-248.

²⁹³ Irvine, Martha, Some Straight Couples Opt Against Marriage, Seattle Post-Intelligencer (2004年4月26日)。

姻家庭或單身者使用較多的花費於酒精和菸草產品，比夫妻較不關心健康和教育。²⁹⁴總括而言，同居對伴侶及子女不利，同居伴侶有較高比例的沮喪、家庭暴力及外遇，兒童在同居環境成長容易有感情和行為偏差等問題，課業表現較差等。

道德主義者批評 ALI 家庭解消建議案，認為在此建議案下，婚姻不再是親密關係的必然，也不伴隨財務上及法律上的利益。儘管其批評無法提出實證，但學者仍堅持因為同居伴侶關係的出現，婚姻將沈淪並遭唾棄。²⁹⁵有學者則從實務面出發，認為賦予適婚男女同居法律地位將侵蝕婚姻，而婚姻是重要的社會、文化、法律組織，進而會損及社會。Ann Laquer Estin 教授認為美國多數法院採取與加州最高法院相同立場的主要原因，在於擔心下級法院擁有大量裁量權限建立較為寬鬆的社會標準以規範同居關係，如此將進一步侵蝕婚姻。²⁹⁶

二、肯定同居保護

不過對同居的法律承認是否會影響人們的結婚決定其實是有問題，這個問題取決於同居法律地位所擁有的權利與義務，更重要是適婚者的決定過程。在個人行為的影響上，法律地位不過是諸多決定因素之一，而行為改進理論可用以評估是否賦予同居法律地位的參考。²⁹⁷婚姻法之行為決定論，其前提為適婚男女是否了解婚姻與同居地位之差異，如果不了解法律當然無法影響當事人的決定。學者觀察到即使過去對同居採取負面的態度、或立法處罰同居、或法院拒絕依同居契約裁判，但同居仍繼續存在。而從現實觀察上亦可得到一個結論，大部分人們並不清楚相關的規範。因此法律規定似乎對男女同居決定

²⁹⁴ Cosmo Macero, Jr., *Gay Marriage for Richer, for Poorer*, Boston Herald, at 39. (2004年2月13日).

²⁹⁵ Kohm, Lynne Marie, *How Will the Proliferation and Recognition of Domestic Partnerships Affect Marriage?*, 4 J.L. & Fam. Stud. 105, 106 (2002).

²⁹⁶ Estin, *supra* note 95, at 1408.

²⁹⁷ 學者認為法律具有導向功能，法律可以充實、建立、形成、促進特定社會組織，包括婚姻組織。其具體方法有承認、背書、鼓勵參與特定組織或不支持相對的組織。(Schneider, Carl E., *The Channeling Function in Family Law*, 20 Hofstra L. Rev. 495, 496 (1992); Weisbrod, Carol, *On the Expressive Functions of Family Law*, 22 U.C. Davis L. Rev. 991, 991 (1989))

沒有太大的影響。²⁹⁸此外，就算人們清楚相關規範，適婚伴侶選擇同居以代婚姻的理由多樣，法律上的差異只是無數個案中其中原因之一。有基於個人隱私或對婚姻法的敵視而拒絕婚姻；有因為無法確信目前的伴侶是否是共度一生的配偶，而將同居作為試驗期；或等待目前的伴侶改變以符合結婚的期待，如改變不良習慣或找到工作等。²⁹⁹另一方面，人們選擇結婚可能與法律無關，他們可能將婚姻視為理想或宗教上事務，或只是想與對方相守一輩子，婚姻與同居的法律差異可能只是影響決定的額外因素。而學者想要從近來美國同居的大幅增加，歸結發生原因預測未來，迄今仍眾說紛紜。³⁰⁰有學者認為承認同居法律地位很難與婚姻的減損形成關聯。³⁰¹因此從過去的同居調查，似乎很難聯結大幅承認未婚同居地位對結婚率的影響。

雖然法律上的規則是提供經濟上的弱者利用結婚以獲得財產利益及贍養。但現實上當一方擁有較多財產或預期未來有較高經濟水準者，將不會偏好結婚，因為自利的經濟考量會促使他們保持同居關係，避免經濟弱者對富裕之他方請求。賦予同居較弱法律地位係為保護弱勢伴侶的財產利益，讓伴侶彼此照顧，避免子女因父母之同居地位而受不利益，這些利益應優於婚姻獨占法律地位之維護。³⁰²

三、從法律公平性與確定性看同居地位：

在普通法婚姻下，沒有人可以確認男女間之婚姻關係，直到司法機關依照男女共同生活所呈現之證據判決為止，始能確定。這將導致法院、當事人及與當事人為私法行為或交易之第三人間不確定性因素的困擾。原本是美國多數州所採的婚姻制度，因其不確定性而遭到廢棄，目前僅少數州採用。法院實務亦不支持普通法婚姻。³⁰³過去和現在關於普通法上婚姻的爭議，同居法律地位亦有相似的疑問，因此

²⁹⁸ Weisbrod, Carol, On the Expressive Functions of Family Law, 999.

²⁹⁹ Estin, supra note 95, at 1387-1388.

³⁰⁰ Mahoney, Margaret M., Forces Shaping the Law of Cohabitation For Opposite Sex Couples, 7 J. L. Fam. Stud. 135, 178 (2005)

³⁰¹ Oldham, supra note 58, at 1425.

³⁰² Mahoney, supra note 300, at 180.

³⁰³ PNC Bank Corp., 831 A.2d at 1281.

關於同居取得法律地位的方案中，有要求伴侶必須透過公開登記的方式，如類似婚姻登記，以確保婚姻法的明確性與可預見性。採取同居登記似乎可以補充同居地位的不確定性，不過涉及登記將不夠彈性，許多事實上同居關係將無法獲得公平的解決。有學者形容這是兩難，同居伴侶必須登記始能獲得權益，許多值得保護的個案將無法含括，若不登記也能取得權益，則登記之預見效力將大受影響。³⁰⁴

一般認為同居當事人相較於婚姻關係有較大的契約形成自由，因為婚姻的權義大多是無法變更的扶養責任與服務。不過即使承認同居當事人有財產分割的權利，仍有許多權利專屬夫妻關係所有。許多人之所以選擇婚姻並不是基於法律或財產上考量，而純粹是宗教或家庭的期待而已。此外將功能上與婚姻相近的同居當事人摒除在法律保護外，與同居保護而造成結婚人口減少相較，孰輕孰重值得思考。當然礙於同性人士無法結婚，以致同居關係是否賦予保障也是值得注意的原因。³⁰⁵主張平等看待的學者並不強調同居伴侶關係必須更好或是等同於婚姻關係，而明確表達國家或州政府指導人們應如何建構他們的私人伴侶關係是錯誤的。雖然國家可能偏好婚姻並提供較多的利益，但那些選擇婚姻外其他關係者仍應享有醫療、健保及繼承權等基本利益，而 ALI 家庭解消建議則是具體彰顯其內容。³⁰⁶反對者常常以婚姻的永續性批評同居的暫時性，惟長期安定關係並不是家庭法唯一的價值，允許個人私法自治及自由建構彼此的關係，一樣是婚姻法的重要課題，有時這種關係更能強化其永續性。而部分伴侶因傳統性別歧視或封建殘餘而選擇不結婚，永續性對此類伴侶追求的平等主義束手無策，婚姻無法滿足這類型的伴侶。³⁰⁷

同居伴侶關係從國家提供的保護來看，不可避免的較婚姻不具吸引力，以免大量適婚男女選擇同居。學者認為美國法律協會

³⁰⁴ Regan, Milton C. Jr., *Calibrated Commitment: The Legal Treatment of Marriage and Cohabitation*, 76 *Notre Dame L. Rev.* 1435, 1439-1466 (2001).

³⁰⁵ Campbell, *supra* note 86, at 520.

³⁰⁶ Kogan, Terry S., *Competing Approaches to Same-Sex Versus Opposite-Sex, Unmarried Couples in Domestic Partnership Laws and Ordinances*, 1023, 1033.

³⁰⁷ Pouncy, Charles R. P., *Marriage and Domestic Partnership: Rationality and Inequality*, 7 *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.* 363, 376 (1998)

domestic partners的設計即在此精神下，盡力將婚姻義務置於同居伴侶關係中，如此男女將無法選擇同居伴侶關係以規避婚姻義務。在這個前提下，異性同居伴侶關係嗣後將進入婚姻，所以國家支持同居伴侶關係事實上將引導形成長期安定之婚姻關係。³⁰⁸反對同居保護的典型代表Wardle教授，他認為傳統上婚姻無疑是男女特殊親密的結合關係，即使今日多數人仍認定婚姻是一男一女的異性結合。婚姻關係由一男一女組合是極其自然且真實，而男女間的交換誓約更讓婚姻無可取代。同時只有婚姻關係才能有益於個人、社會和整個人類。³⁰⁹但反對者Kogan教授則認為，歷史傳統雖然得以讓婚姻藉以終極不改變其意義，但其影響卻未必正面。過去婚姻被視為是女人附屬於男人的組織，甚者，在雜婚禁止的時代，與外族通婚將不為法律所允許，其婚姻不被承認。這種看法在現今看來是如此的荒謬，但若以傳統和歷史當理由，現今法院可能還得對不同種族間的婚姻下無效判決，這樣的結論顯然無法為現今社會所接受。因此以傳統及歷史作為拒絕同性婚或否認異性同居的理由，是無法說服並應付多樣化的社會。而單純認為婚姻有異於同性或異性伴侶，可提供個人和社會重要利益，不過對同性或異性同居伴侶為何不能有獲得與婚姻相當之利益，或法律上承認其地位為何不能有利於社會的解釋則付之闕如。³¹⁰

第三款 同居在侵權行為法之地位

在侵權行為的案例中，多數法院不承認同居伴侶可以向行為人請求侵權致死之損害賠償或慰撫金。其主要考量在於州政府對於促進婚姻的政策目的及州政府對於管理成本的考量。加州最高法院在Elden一案中，即以明確性作為首要考量，認為若承認同居人可以請求賠償，將讓行為人的賠償範圍漫無邊際。即使新澤西州最高法院在

³⁰⁸ Strasser, Mark, A Small Step Forward: The ALI Domestic Partners Recommendation, 2001 BYU L. Rev. 1135 (2001)

³⁰⁹ Wardle, Lynn D., Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimize a Retreat from Marriage by Redefining Marriage, 39 S. Tex. L. Rev. 748-749 (1998)

³¹⁰ Kogan, supra note 306, at 1038-1040.

Dunphy v. Gregor³¹¹一案中，雖然擴張精神上損害賠償於同居人，仍不忘重申限制侵權行為人責任於一定合理範圍。³¹²所以同居法律地位的取得，在侵權行為方面的影響，主要是請求權人地位的確定性及避免義務人的賠償範圍不合理的擴張。從法院角度來看，同居關係不若配偶身分的明確，必須經由調查始能確定，有礙訴訟的進行。此外，若承認同居人為適格的請求權人，將使侵權行為人的賠償範圍無法估計，對本來已經複雜的賠償範圍添加更多變數。

此外美國多數實務雖不承認同居伴侶間對第三人之侵權行為損害請求，但在家庭暴力的防制中³¹³，無不將同居人間的暴力行為納入其中者，將同居伴侶納入家庭暴力的被害人範疇，顯然賦予同居伴侶與家庭成員相同的地位，有無侵蝕婚姻權威地位或違背美國促進婚姻的公共政策，造成適婚男女選擇同居伴侶而不選擇婚姻。學者認為暴力環境並不是家庭關係的正面態樣，因此將家庭定義擴張及於同居伴侶並不妨礙法律塑造婚姻之獨占且優越的形象。其次，不可能為達到促進婚姻的額外目的，而將適婚同居男女某種程度排除在家庭暴力保護之範圍外，因為沒有男女會因可以適用家庭暴力防制為理由而選擇婚姻關係。再者，公共利益所偏好之家庭關係確定性與可預測性，並非家庭暴力防制法規首要考量之利益，相較家庭暴力防制法中「配偶」及「前配偶」之明確性，其「未婚同居人」則需要法院對事實進行調查，這代表立法者願意增加此種模糊定義的舉證成本，以達成家庭暴力防制的強制目的。³¹⁴因此政府支持並促進婚姻的目的，無法透過限制家庭暴力防制法適用對象來達成。

從侵權行為與家庭暴力防制法中關於同居地位的說明可以發現，同居法律地位的賦與，較寬或較狹完成取決於民事、刑事法律之立法目的。

³¹¹ 642 A.2d 372 (N.J. 1994)

³¹² Mahoney, *supra* note 300, at 190, 194.

³¹³ 參閱 Violence Against Women Act, 18 U.S.C. 2261(a).

³¹⁴ Schneider, Elizabeth, *The Violence of Privacy*, 23 Conn. L. Rev. 973, 985-94 (1991); Goldfarb, Sally F., *Violence Against Women and the Persistence of Privacy*, 61 Ohio St. L.J. 1, 45-57 (2000).

第四款 同居在個人隱私、私法自治之地位

允許成年男女形成事實上家庭關係就能發生婚姻法律效果，在公共政策上尚難形成共識。因為選擇不結婚的人，可能是雙方或一方刻意迴避法律之規定。³¹⁵若將此種意圖推定於全部同居伴侶，可能不切實際，況且要區別是否為有意識的拒絕法律婚亦相當困難。³¹⁶放任當事人私法自治將與政府保護弱勢家庭成員相違背，甚至違反交易第三人的期待。有學者認為應尊重當事人之自治，部分同居當事人固無法任意離開目前之同居關係或與對方協商改變現況，但不容諱言部分同居當事人是可以充分協商，或任意離開同居關係而形成新的關係。對立法者而言究竟是保護前形態之當事人還是讓同居人可以自由地形成他們所期待之關係，為立法的一大難題，立法者應強化當事人的締約及履約能力，而不是退而求其次賦予同居法律地位。³¹⁷

然亦有學者則認為當同居人數快速增加並為社會大眾所接受，這很難歸因於有意識的拒絕婚姻，同居逐漸變成社會組織的一種，人們不是選擇同居而拒絕婚姻，只是單純的共同生活而已。³¹⁸婚姻法為達成保障弱勢家庭成員、鞏固家庭組織、維護政府追求安定家庭利益上，必須忽略家庭成員的意志，因此當事人在此範疇內享有極少的私法自治。同樣地，若為達成上述婚姻法的目標時，是否可以犧牲同居當事人的私法自治？大量的同居規範是否意謂同居伴侶非自願性的喪失自治？凡此爭議目前仍無定論，理論上家庭法律體系建立的最佳管道是透過法律效果的配置，一旦立法者為達成此目的做出選擇，無疑宣示，所有的區分或私人意志的保護都將無關緊要。

美國現今法律大部分採行前者的看法，認為適婚男女不結婚意謂刻意迴避婚姻法律效果。因此當事人可經由私法契約規範彼此權利義務關係。

³¹⁵ Forder, supra note 79 at 380,381.

³¹⁶ Renata Forste, Prelude to Marriage or Alternative to Marriage? A Social Demographic Look at Cohabitation in the United States, 4 J. L. & Fam. Stud. 91, 92 (2002)

³¹⁷ Westfall, supra note 120, at 1478.

³¹⁸ Blumberg, supra note 151, at 1296.

第五款 同居與同性伴侶之關係

在美國同性婚除麻薩諸塞州 (Massachusetts)、康乃狄克州 (Connecticut)、愛荷華州 (Iowa)、佛蒙特州 (Vermont)、新罕布夏州 (New Hampshire)、華盛頓特區 (Washington DC) 外，多數地區仍不被承認，因此建立同居伴侶關係反而較為迫切。目前計有加州 (California)、佛蒙特州、夏威夷州 (Hawaii)、新澤西州 (New Jersey)、緬因州 (Maine) 有關於同居伴侶關係的規範，同居伴侶關係之權義各州或許都有差異，但主要是繼承權及親屬地位之取得。³¹⁹ 佛蒙特州和夏威夷州限定只有同性間方能為同居伴侶關係的登記，加州和新澤西州限定在同性間及異性間一方超過 62 歲者，緬因州則開放同性及異性伴侶間皆可為同居伴侶關係的登記。同居伴侶關係所獲得的權益及解消的便利性，³²⁰ 學者認為對適婚男女產生更大的吸引力，逐漸成為婚姻的替代方案。³²¹ 而同性伴侶間最初尋求同居伴侶關係的建立，係希望承認非傳統家庭的存在與價值，中止已婚及同居伴侶間的法律歧視，能更進一步朝向自由、沒有拘束的家庭法。雖然同性婚未被廣泛的承認，但同性伴侶仍積極爭取同性婚的立法，不以同居伴侶關係為滿足，³²² 2008 年加州最高法院在 *Re Marriage Cases*³²³ 個案中，面對同性伴侶爭取同性婚姻的主張，法院最後認為以性偏好做為差別待遇的基礎存在憲法上的疑義，認定加州家庭法第 300 條³²⁴ 及

³¹⁹ Davis, Christina, Domestic Partnerships: What the United States Should Learn from France's Experience, 24 Penn St. Int'l L. Rev. 683, 687 (2006).

³²⁰ See 2003 Me. Laws 672 (2004), § 7, § 19, § 18. (同居伴侶在繼承法上取得與配偶身分相同之繼承權；同居伴侶取得近親的地位，有權為他方伴侶為醫療決定；有權處置死亡伴侶之遺物)

³²¹ Davis, supra note 319, at 688.

³²² William N. Eskridge, Jr., Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights 84, 15(2002).

³²³ 43 Cal.4th 757. 原告主張加州家庭法第 300 條及第 308.5 條違憲，因為該條規定區別異性伴侶及同性伴侶，而且排除同性伴侶進入婚姻的機會。而結婚權為加州憲法第 1 條第 1 項及第 7 項所確保，同性伴侶與異性伴侶同，可以選擇許諾終生的伴侶並獲得官方的承認，組織家庭關係並享受所有憲法所賦予婚姻之利益。拒絕同性伴侶組織正式家庭關係將抵觸基本憲法結婚權的核心。上開家庭法規定亦違反加州憲法平等保護條款 (第 1 條第 7 項)。

³²⁴ 家庭法第 300 條「(a) 婚姻是由有締約能力的一男一女締結之民事身分關係，單方意思無法成立婚姻。」

第 308.5 條³²⁵ 違憲。認為不論過去那個族群受到迫害或偏差的對待，也不論性偏好是否與個人成就或社會貢獻有關，將婚姻的利益專屬於異性男女間而排除同性，有違每一個人平等受到州政府保護的利益。最高法院拒絕採取家庭法第 308.5 條婚姻的定義，認為法律必須根據人民的意願與時俱進，加州憲法才是人民意志的最終表現。不過反對者立刻推動禁止同性婚姻的「八號提案 (Proposition 8)」公投，通過對加州憲法第 1 條第 7.5 項增修「只有一男一女締結的婚姻才是有效及加州所承認之婚姻。」，此法案又被稱為「加州婚姻保護法」，並於 2008 年 11 月 5 日生效。同性伴侶追求同性婚姻的運動，在美國迄今尚未形成多數意見。不過在 2010 年 8 月 4 日加州聯邦地方法院卻判決八號提案違憲，³²⁶使同性婚的爭議繼 1993 年 Baehr v. Lewin³²⁷ 案後又從州法漫延成聯邦憲法爭訟，³²⁸最後結果如何，拭目以待。

究竟同居伴侶關係是否應該只限於同性伴侶間，或在異性伴侶間也可以承認，眾說紛紜，看法不一。

一、包括說

有學者認為應該將同性伴侶關係與異性伴侶關係置於平等的地位，伴侶間應有完全的自由建構最適合他們的關係，包括是否結婚的自由。認為現在只有少數人生活在傳統核心家庭，相反地，非傳統家庭能滿足伴侶和子女之感情、社會、財務上的需求。³²⁹排除說的看法仍沿襲傳統性別上的歧視，儘管是對同性者的偏袒，反而因隔離而污名化同性伴侶，形成另一種次等地位。³³⁰任何沒有親屬關係而相愛的兩個成人間的關係都是等價的，不論其伴侶的性別為何，因此州法所

³²⁵ 婚姻法第 308.5 條「只有一男一女締結的婚姻才是有效和加州所承認之婚姻。」

³²⁶ 中國時報，D6 版，2010 年 8 月 6 日。CNN 新聞，

<http://news.blogs.cnn.com/2010/08/05/thursdays-intriguing-people-21/?iref=allsearch>

³²⁷ 852 P.2d 44, 59 (Haw. 1993)

³²⁸ 美國國會在 1996 年 9 月通過「婚姻防衛法 (Defense of Marriage Act)」，首次由聯邦界定婚姻的定義，特別強調婚姻以一男一女的結合，配偶是異性的對方，即是夫或妻。同時授與各州可以不承認他州的同性婚姻；徐慧怡，同性婚與公序良俗，國際私法理論與實務（一）劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，頁 341-383，學林文化出版社，1998 年。

³²⁹ Kogan, *supra* note 306, at 1032-1033.

³³⁰ See *id.* at 1029-1031.

提供之同居伴侶利益應該適用任何形式的伴侶關係。³³¹ 越來越少個人生活在由父母、子女組成傳統家庭中，許多非傳統家庭可以滿足伴侶及子女之感情、社會和財政上的需要，所以州政府應該以同居伴侶關係的形式提供非傳統家庭，而不考慮其伴侶組成的性別。³³² 肯定同性同居關係之保護，可杜絕因性別、婚姻造成歧視的批評。³³³ 幾乎所有同志運動團體都支持將異性伴侶納入同居伴侶關係中，³³⁴ 雖然立法者當然可以選擇只提供同居伴侶關係給同性人士，不過任何弱化同居伴侶關係的立法將不可避免直接面臨同性人士追求完整婚姻效力的訴求。

二、排除說

學者認為在限制同居伴侶關係於同性間，主要因為異性同居伴侶可經由結婚取得較同居更優越之地位而不為，相反地，同性伴侶間則因目前法律和事實上不能結婚，在不違反平等保護原則的前提，美國應該禁止異性同居伴侶關係的形成。³³⁵

上述爭議並不是單純的學說上的爭議，而是具有實務的重要性。美國最高法院迄今雖未對此爭議作成裁判，不過下級法院已經有不少案例可供參考。

(一) *Irizarry v. Board of Education of Chicago*³³⁶

Irizarry 是市立學校員工，爭執市政教育措施的合法性，將配偶健保利益擴及市立學校員工的同居伴侶，而州法僅允許同性伴侶建立同居伴侶關係，而異性同居伴侶無法形成同居伴侶關係，因此無法享受其利益。

被告市府提出同性及異性伴侶差別待遇的理由有二：一是同性伴侶不若異性伴侶可以選擇結婚；其二學校想要吸引同性戀傾向的老

³³¹ Hargrove, Steven N., Domestic Partnership Benefits: Redefining Family in the Work Place, 6 Loy. Consumer L. Rev. 49 (1994)

³³² Habegger, Dee Ann, Living in Sin and the Law: Benefits for Unmarried Couples Dependent upon Sexual Orientation?, 33 Ind. L. Rev. 991,1010 (2000)

³³³ See id. at 1007.

³³⁴ Donovan, supra note 289, at 665-666.

³³⁵ Davis, supra note 319, at 705.

³³⁶ 251 F.3d 604 (7th Cir. 2001)

師任教，以利對具同性戀傾向的學生提供協助。雖然事後證明效果不彰，³³⁷但並不是沒有憲法上的合理性。此外成本考量也是差別待遇的原因，假使將異性同居伴侶也包括在內，其數額將相當驚人。一審地方法院駁回原告的請求，原告上訴聯邦第七巡迴法院，上訴法院認為拒絕同居伴侶關係利益擴及異性同居伴侶，將同居伴侶關係限定在同性間主要係為鼓勵婚姻及擴張配偶間部分利益於同性者。法院進一步認為若將利益擴及一般異性同居伴侶者，將減損同性伴侶之利益。法院同時認為同居造成人們和其他社會組織（如宗教團體）相區隔，而婚姻則反之。同居伴侶不如夫妻般的財產密切，各自發展和缺乏未來共同規劃。同居這種既投資共同關係又各自發展的特性，遠不如夫妻間的共同發展，因此應盡力減少之。

（二）*Holguin v. Flores*³³⁸

原告 *Holguin* 與其女友已經共同生活 3 年，女友在一場交通意外中，遭被告駕駛的連結拖車從旁側撞失控，導致被拖車後輪輾斃。原告請求拖車駕駛及拖車所有人賠償，被告則以原告不具侵權致死之請求人地位，因為請求權人並不是與已婚配偶相同之異性同居伴侶。原告主張僅將請求權擴及已登記之同居伴侶關係者而不及其他同居伴侶，違反平等保護原則。洛杉磯高等法院駁回之，原告繼續上訴加州上訴法院，法院認為將上述權利擴張到同居伴侶關係者有兩個合理的基礎，一法律和現實上無法結婚，二結婚和同居伴侶關係有公開的登記。原告基本上並沒有受到不平等的保護，因為他及他的女友可以選擇結婚。經由婚姻他和他的女友可以獲得婚姻的利益，那些利益將遠遠超過同居伴侶關係的利益。他將被授與比同居伴侶關係當事人更多的利益，所以本案沒有違反平等保護原則。

此外更早的案例如 *Cleaves v. City of Chicago*³³⁹、*Foray v. Bell Atlantic*³⁴⁰ 等，其法院的看法也相類似。有學者則認為美國雖

³³⁷ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 537-38 (1934)

³³⁸ 122 Cal. App. 4th 428 (2004)

³³⁹ 68 F. Supp. 2d 963 (N.D. Ill. 1999)

³⁴⁰ 56 F. Supp. 2d 327 (S.D.N.Y. 1999)

然同性婚的問題屢屢被提出，但似乎不若異性同居問題受到討論，因此美國男女最終選擇仍在婚姻與異性未婚同居間。³⁴¹

總結美國同居法制，對於同居的立法保護，通說及實務見解，採取否定的看法。認為賦予同居伴侶法律地位將否定婚姻之社會理想象徵，同時影響個人的行為選擇。造成同居將比婚姻更具吸引力，在多種選擇下，人們將選擇同居而不結婚。肯定說則立於社會的現實，同居人數的大幅增加已是不爭的事實，與其拘泥婚姻的優越地位，不如正視同居漫延的現象，提供必要的保護。而且選擇婚姻的決定因素非必然與法律相關，法律只不過是適婚男女考慮的條件之一，宗教、家庭或經濟上的因素，或許才是男女選擇婚姻與否的主要關鍵。美國學者從不同角度為同居制度提出辯護，而目前美國法律協會建議案的提出，則是同居保護實用性的最佳證明。其次，同居除了在婚姻法上對婚姻制度造成衝擊之外，在侵權行為損害賠償的請求上也有進化，將精神上損害賠償擴張於同居人。不過對照家庭暴力的防制，同居人為家庭暴力防制法適用的對象，同居人身分雖然必須經過調查，但顯然立法者願意忍受其程序上的成本。但損害賠償之債，實務除了調查成本的考量外，同時將身分上爭議帶進財產法中，認為拒絕同居人的損害賠償請求，可以達成婚姻優越之地位，似乎混淆損害賠償的主要目的在於填補損害，成年男女有配偶或同居伴侶應不致超出加害人的預期，僅以當事人的預見可能否定同居人之地位誠屬遺憾。至於同居是否涉及個人隱私或私法自治的保護，美國法上似乎仍以同居係當事人有意識的拒絕婚姻為前提，拒絕婚姻法的介入。相較於歐洲國家同樣隱私和私生活尊重的主張，不過卻用以爭取比照婚姻法之權益，突顯國情間的差異。

在立法例上同居伴侶關係逐漸獲得承認之際，異性同居能否比照同性同居伴侶關係亦有討論的實益。雖然美國法院仍然以婚姻保護為出發點，認為異性同居伴侶最終應該進入婚姻，所以異性伴侶以平

³⁴¹ Mahoney, supra note 300, at 204.

等權為理由主張，顯然無法說服法院。美國憲法修正案第 14 條第一項「無論何州，…。並不得不予該州管轄區域內之任何人以法律上之同等保護。」修正案第 14 條的前提是平等保護，所以為特定目的或族群的立法，不可避免對其他族群或民眾造成不利益，必須要有現實的必要性，³⁴²顯然婚姻的保護為法院認定之現實必要性。又如果承認同性可以組成同居關係並養育子女，異性反而不行，是否與子女最有利的生活環境為在血緣父母及低衝突的婚姻前提相違背。

關於子女最佳利益的討論方面，同居男女關係是否比婚姻關係更不利子女，眾說紛紜。學者認為子女最有利的生活環境為在血緣父母及低衝突的婚姻中，安定是子女發展的重要因素。³⁴³因此，部分學者將子女成長環境作為婚姻與同居比較的因素，顯然落入傳統對婚姻與同居認識的窠臼中，在現代社會中，婚姻再也無法保證長久，而同居關係也未必短暫。

此外雖然大部分法律偏好婚姻，但也不見得各方面都能如此，如聯邦社會安全利益的給付，當生存配偶再婚時，給付自動停止，但若是形成同居關係則不因此而受影響。相同地在某些州的贍養費規定中，受領者如果再婚，贍養費將自動停止，不過與他人同居則不受影響。諷刺地在此點上重婚將造成法律上的重大不利益，而同居則否，合理的預期是再婚的經濟負擔將影響人們的結婚決定。³⁴⁴

第二項 法國

法國因隱私的理由，禁止對 Pacs 為統計資料的蒐集，Pacs 通過後 10 個月，將近二萬三千人登記為同居伴侶關係，登記為同居伴侶人數中，百分之六十為同性間，百分之四十為異性間，³⁴⁵在 2002 年

³⁴² Romer, 517 U.S. at 631.

³⁴³ Harden, Blaine, 2-Parent Families Rise After Change in Welfare Laws, N.Y. Times, at 1(Apr.12, 2001).

³⁴⁴ Allen, Diane M., Annotation, Divorce or Separated Spouse's Living With Member of Opposite Sex As Affecting Other Spouse's Obligation of Alimony or Support Under Separation Agreement, 47 A.L.R. 4th 38 (1986)

³⁴⁵ Daley, Suzanne, French Couples Say: 'I Do'--Somewhat, Plain Dealer (Cleveland, Ohio), at 1A (Apr.18,2000)

底法國司法部估計大約有 133,890 人登記為同居伴侶。³⁴⁶鑑於法國 Pacs 適用於同性與異性伴侶間，其同性與異性伴侶對於登記共同生活關係的態度卻是兩樣情，因同性間無法結婚，所以將共同生活關係視為結婚來慶祝，他們盛裝、拍照、宴客。³⁴⁷相反地，異性伴侶間則認為共同生活登記沒什麼特別，有將共同生活登記視為婚姻的前奏，沒有婚姻既有的包袱。³⁴⁸有伴侶認為他們不確定是否要結婚，而是將共同生活關係視為可享婚姻權利而不需承諾的捷徑。³⁴⁹至於共同生活契約當事人對 Pacs 的看法，有最初登記時，雙方預定只持續 3 年，不過後來改變心意繼續下去。有同居未婚母親雖未為共同生活契約登記，但認為若 Pacs 對其更為便利、法制化或財務及財產關係有利者，將考慮為 Pacs 的登記。以上受訪者都不願結婚，但為共同生活契約的便利所吸引。³⁵⁰當然也有為避免重蹈父母婚姻失敗的例子，選擇共同生活契約作為兩人關係的認諾。³⁵¹而解消的便捷與效率讓當事人沒有法律上的負擔及享受其利益。因此對異性伴侶間，Pacs 既可享受利益又便於解消，成為具有吸引力的婚姻前奏或婚姻代替。³⁵²

1999 年 10 月 14 日國民議會議員 213 名及元老院議員 115 名，依據法國憲法第 61 條第 2 項，向憲法法院提出違憲審查，憲法法院於 1999 年 11 月 9 日，在諸多解釋保留下為合憲之判斷。這個憲法判決帶有以下特色，一是此判決受到高度社會矚目，在議場內外引起激烈討論，判決長且法律解釋保留多。從保留內容的詳細，以致對 Pacs 制度的理解必須參照憲法院的判決。而從判決的形式觀察，首次在判決文之前重複「保留」與「補足」的概念，可以看出憲法院法官間對於這個法律合憲性的判斷有嚴重的分歧。二是很少有從私法觀點來關注憲法院的判決。特別透過 1789 年人權宣言第 4 條的中介，民法第 1382 條的內容被引為憲法原則，憲法院與私法關係的變化受到矚目。

³⁴⁶ Lyall, Sarah, In Europe, Lovers Now Propose: Marry Me, a Little, N.Y. Times, at 3(Feb.15,2004).

³⁴⁷ Daley, supra note 345, at 1A.

³⁴⁸ Id.

³⁴⁹ Lyall, supra note 346, at 3.

³⁵⁰ Id.

³⁵¹ Daley, supra note 345, at 1A.

³⁵² Davis, supra note 319, at 696-697.

但判決本身更具重要性，因為 Pacs 的支持與反對者對該判決充滿期待，婚姻制度與其他共同生活規範本身，從家庭來看比從婚姻來看妥當，雖然憲法院對於這點並沒有明快的答覆，但也將反對者婚姻制度獨占而 Pacs 相關法律無效的主張駁回，大大肯定 Pacs 的合憲性。聲請釋憲者總共提出 11 項違憲理由，其中較值得關注的討論有三：平等原則、契約自由、家庭與 Pacs 的關係。³⁵³

第一款 平等原則

根據 Pacs 法規定，於 Pacs 登記 3 年後，伴侶間採共同課稅制，同時適用負擔較輕之家庭係數來計算累進所得稅，及伴侶間無償贈與稅率扣除的優惠規定等，被認為犧牲單身者利益而優遇 Pacs 伴侶，與婚姻優遇不同，其社會利益的根據無法正當化，因此違反平等原則。憲法院則認為上開規定對不能締結 Pacs 單身者的影響，與子女是否存在無關，而是能夠節省共同生活的費用。稅法上以保護家庭為目的之家庭係數的採用，雖然與人權宣言第 13 條所宣示之依能力負擔租稅原則未盡相符。但具體家庭稅率產生節稅利益的最大化，只有在一方沒有所得或所得趨近為零時，即一方被他方扶養時才產生最大利益，因此被扶養的親屬存在才是利益正當化的原因。憲法院從被扶養人存在的角度，認為 Pacs 稅法相關優惠規定，符合人權宣言第 13 條所說的稅賦按其「能力」分攤的原則，³⁵⁴進而得出不違反平等原則之結論。

第二款 契約自由

根據法國民法第 515 之 7 條規定，Pacs 因當事人之雙方合意、一方意思及雙方或一方結婚或死亡而終了，聲請人認為 Pacs 允許一

³⁵³ 齊藤笑美子，婚姻外カップル立法化の合憲性—連帶民事契約（Pacs）法判決，フランスの憲法判例，頁 98-104，信山社，2002 年。

³⁵⁴ 人權宣言第 13 條「爲了武裝力量的維持和行政管理的支出，公共賦稅就成爲必不可少的；賦稅應在全體公民之間按其能力作平等的分攤。」

<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E4%BA%BA%E6%9D%83%E5%92%8C%E5%85%AC%E6%B0%91%E6%9D%83%E5%AE%A3%E8%A8%80>。最後流覽日：2010 年 9 月 6 日。

方解消，違反契約基本原則。憲法院反而認為 Pacs 此種無限期契約能以一方解消，為人權宣言第 4 條而生之自由所含蓋。憲法院過去無論持何種憲法價值規範，對契約自由原則向來不干涉，形成契約為憲法之外的慣例，之後為了阻止法律對進行中契約的介入，使契約自由賦予憲法的價值。本判決之所以值得注目，在於公權力與私人間的關係更進一步，對私人契約關係之直接干涉。

關於 Pacs 的一方解消，聲請者認為是對人性尊嚴的侵害。憲法院則認為 Pacs 是與婚姻無關的制度，不能以一方解消破棄婚姻來形容。再者，契約當事人一方因結婚而造成 Pacs 的即時解消，正是婚姻自由尊重。所以 Pacs 當事人因他方解消而發生之損害賠償請求合憲。而承認損害賠償請求行使的權利為人權宣言第 4 條所生憲法上的請求，憲法院透過人權宣言第 4 條，將原本私法上的原理帶入憲法規範價值。

第三款 婚姻家庭與共同生活契約

法國 1946 年憲法前言第 10 項「國家對於個人及家庭，應保障其發展所必要之條件」為家庭保障之規定，第 11 項保障孩童的權利。聲請人據此認為 Pacs 的規定違憲，同時為保護家庭為基礎的社會利益，主張婚姻優位。惟憲法院並沒有從家庭和婚姻有關憲法要求來討論 Pacs，認為 Pacs 是和婚姻不同的法產物，對親子關係沒有影響，因此不會侵害家庭和「共和國民事婚」。憲法院一貫認為只要 Pacs 能和婚姻有所區別，就認定為合憲。對於廢止婚姻獨占體制的說法，在伴侶之一造結婚時，Pacs 即時解消，是對婚姻自由尊重的最佳證明。對婚姻、Pacs、同居、單身者給予差別待遇，並在理論上做出婚姻、Pacs、同居及單身的序列關係補強，另一方面憲法院也未對具有社會利益婚姻特權化加以說明。這個判決將許多私法問題以憲法觀點來處理，開啟法律規範外之婚外伴侶的立法，Pacs 具有劃時代之意義。

第三項 日本

第一款 事實婚保護法理

事實婚需要法律保護在學說上並無異論，但法保護之根據為何，則有不同的看法，有採內緣保護法理說、契約理論說、相對效果說等，詳細說明如下：

一、準婚理論之法保護說

從相當期間共同生活繼續的事實推論婚姻意思的存在，基於婚姻意思的永續結合，開展被社會承認夫婦關係的事實婚，當做內緣加以保護。意圖終身在一起的男女結合（事實婚），以準婚理論處理問題的方法，即使在現今也是非常有效。內緣及事實婚都適用準婚理論，承認具有婚姻法效果，若採契約理論，事實婚法保護範圍太狹隘。

355

二、自己決定權之內緣保護法理說

現實上夫妻共同生活存在的情形，不適用準婚理論，而是以關於自己生活方式的自我決定權為根據，適用內緣保護的法理，承認適用婚姻法效果。自我生活方式的選擇，明顯受到經濟上的不利益，假如必須和道德鬥爭的話，其生活型態的選擇在事實上變的不可能，自己決定權將無法獲得保障。因此縱使為婚姻外關係，若有安定繼續共同生活的伴侶關係存在者，必須獲得如同內緣般的法生活保障。法律不僅保障婚姻，事實婚應為相同的評價，經營家庭生活的實體，獲得價值中立的法處理為生活保障所必要。³⁵⁶

三、準婚理論婚姻法效果不承認說

內緣之所以承認準婚理論之婚姻法效果，係因內緣為具有婚姻意思之一定期間同居，嚴格限定範圍為夫妻共同生活之婚姻外男女關係。事實婚不是內緣，所以不承認準婚理論之婚姻法效果，事實婚的法保護必須根據契約理論。³⁵⁷再者事實適用準婚理論的保護將紊亂婚

³⁵⁵ 泉久雄，內緣問題に思う，太田武男先生還曆紀念「現代家族法の課題と展望」，頁 107-121，有斐閣，1982 年。轉引自古川瓊子，事實婚の法的保護と內緣保護法理についての一考察，頁 52。

³⁵⁶ 二宮周平，事實婚の現代的課題，頁 279-281。

³⁵⁷ 太田武男，現代の內緣問題，頁 91-95，有斐閣，1996 年。

姻體系。³⁵⁸

四、內緣、事實婚準婚理論法保護不承認說

沒有婚姻意思的內緣、事實婚當事人，強制賦予婚姻法效果，構成私領域的侵犯，所以不承認內緣、事實婚的準婚理論法保護。³⁵⁹事實婚當事人之保護應以契約理論為之，但與第三人之關係，如日常家事債務的連帶責任，婚姻法得類推適用，此舉寓有對婚姻尊重的意思。³⁶⁰

五、相對效果說

不採取內緣準婚，婚姻外男女關係不是法定的婚姻，至於應賦與如何的法效果，應視為一般問題來處理。婚姻外男女關係必須區別其連續性與階段性，其必須賦與如何的法律效果，必須考量男女結合之排他性與繼續性、同居及家計共同生活的有無、社會周遭排斥感的有無、婚姻障礙事由的有無等因素，根據具體男女結合類型及發生問題的事項，賦予婚姻法的效果。³⁶¹

第二款 事實婚之立法論

事實婚除了前述學理上的討論尋求解釋上的保護外，從立法論亦有值得研究之處，尤其在憲法能否找到制度性保護的依據，攸關事實婚發展的方向。

一、建構事實婚保護理論之必要性

有意識拒絕婚姻的事實婚當事人，拒絕以婚姻法觀點支配其私生活，根據傳統內緣理論，以婚姻意思的有無作為內緣的區別，拒絕婚姻的事實婚當然在保護對象之外。然而部分社會法規定，以「沒有為婚姻申報，有事實上婚姻關係及相類之情事者」作為認定的標準，而賦予法律上配偶之待遇，實務上並未過問沒有結婚申報之理由。因此縱使為事實婚，也承認有法之保護，換言之是對共同生活實體的尊

³⁵⁸ 武井正臣，內緣婚の現狀と課題，頁 19，法律文化社，1991 年。

³⁵⁹ 水野紀子，事實婚の法的保護，頁 69-87。

³⁶⁰ 大村敦志，家族法，頁 240，有斐閣，2004 年第 2 版補訂。

³⁶¹ 鈴木祿弥，親族法講義，頁 80-81。

重。準婚理論造成嚴格婚姻統制的可能而受批評，過去內緣準婚的保護，係為保護因種種情事致無法為正式婚姻的內緣妻，今若一方面因自己的意思拒絕法律婚，他方又受法律的保護，未免過於投機。從有意識拒絕婚姻的觀點來看，不應準用婚姻法的保護，應當適用自己責任原則，同時為保護婚姻體系，也不應為準婚的保護。再者，這類伴侶，多為相互經濟獨立，缺乏內緣發動保護弱者的機會，更何況內緣保護的必要性也有爭議。目前很難將事實婚理解為「與婚姻同等尊重的性共同體」，加上對婚姻外共同生活的偏見，特別是因非婚生子女的差別待遇，導致對當事人生活方式的規制。但為維持內緣既有法保護的水準，擴大事實婚及同性伴侶的保護，承認多樣生活方式等，必須建構與內緣理論相異之法理基礎。³⁶²

二、事實婚與自己決定權

有學者認為關於個人生活方式選擇係以自我決定權為其法理基礎。³⁶³若事實婚及同性伴侶為自我選擇的一種生活方式並受憲法保障的話，則其他法制度不能僅對婚姻或婚姻類似的結合為優待。如何的家庭生活是個人的自由，國家不僅對特定家庭生活的肯定，更應對家庭生活的實體給予保護。換言之，為一種中立的保護，事實婚的法保護從保護中立性的觀點，建構其理論。自己決定權係指在不危害他人的情況下，根據自己判斷、自己負責的權利。不論從管理社會下個人自我實現的批評，或因現代國家人格自律權（自己決定權）的觀點，自己決定權的主張係理想市民社會的起點，在管理及劃一的現代社會中，人性回復的請求。為承認生活方式的多樣性，此種自我決定的自由，必須被建構成一種權利。³⁶⁴

三、自己決定權與幸福追求權

³⁶² 二宮周平，事實婚の現代的課題，頁 279-280。

³⁶³ 福島瑞穂，多様な生き方を認める法を作ろう，法学セミナー増刊「法学入門 89 年版」，頁 50，1989 年。

³⁶⁴ 二宮周平，事實婚の現代的課題，頁 280-282。

人格自律權被學者理解為日本憲法基本人權保障的基礎，³⁶⁵並據此統合支配。所謂基幹自律權為憲法第 13 條「個人的尊重、幸福追求權利」，個別事項則根據憲法第 3 章個別條項之規定，至於無法包括在第 3 章等而為實現基幹自律權所必要者，以憲法第 13 條規定補充之。如同性愛、抽煙喝酒、登山、拒絕治療、安樂死等私事的自己決定，為狹義的自律權，與關於人格價值權利（名譽、隱私）、正當法律程序、參政權等並列，以憲法第 13 條補充保障之。³⁶⁶所以狹義人格自律權本身係以憲法 13 條幸福追求權為根據的法構成。

雖有學者認為自我決定權並非憲法第 13 條幸福追求權而生的具體權利，³⁶⁷但憲法第 13 條係具體個別人權的概括規定，鑑於權利、自由無法全部加以揭示，為因應新人權的產生，發揮補充之效果。³⁶⁸有學者認為憲法 13 條補充保障之對象，限定為人格生存所不可或缺者。³⁶⁹根據憲法學者的看法，自我決定權可分為核心部分與周圍部分，明確劃分自我決定法律介入的理由與基礎。所謂核心部分，必須是為了「必要之利益」始得為正當化之理由，至於周邊部分，法律目的的大致的正當性，為了目的的達成，其規制有合理的關聯性即可。³⁷⁰但「必要之利益」具體考量為何，利益狀況的判斷成為問題。因此，非錯誤所形成之事實婚及同性婚的事實上家庭，關於其家庭形成維持有關事項，雖為自我決定權核心部分，人格生存所不可或缺者，但不能即認為此種自由當然受憲法保障。必須檢討家庭形成、維持之利益狀態為何，憲法保障家庭的形態為何。

³⁶⁵ 佐藤幸治，日本国憲法と「自己決定權」－その根據と性質をめぐつて，法学教室 98 號，頁 14-17，1988 年。

³⁶⁶ 幸福追求權之具體內容可分為七大類：1. 身體自由；2. 精神活動自由；3. 經濟活動自由；4. 關於人格價值本身之權利（名譽、隱私）；5. 人格自律權（自我決定權）；6. 正當程序原則；7. 參政權性質之權利。1. 到 3. 已有其他條文保障，幸福追求權真正發揮作用之領域為 4. 到 7.；佐藤幸治，憲法，頁 314，青林書院新社，1983 年。

³⁶⁷ 伊藤正己，憲法，頁 231，弘文堂，1982 年。

³⁶⁸ 日本憲法施行初期，學者多數認為第 13 條屬於綱領性或倫理性規定，難以從中導出具體權利。如有產生新權利之必要，只能由其他條文尋求根據。迨 1970 年代，通說承認第 13 條本身屬於保障具體權利之規定，可為新人權之根據；許志雄，憲法上之個人尊嚴原理，中國比較法學會會報，第 13 期，頁 62，民國 81 年 11 月。

³⁶⁹ 佐藤幸治，日本国憲法と「自己決定權」－その根據と性質をめぐつて，頁 16。

³⁷⁰ 佐藤幸治，日本国憲法と「自己決定權」－その根據と性質をめぐつて，頁 20。

事實婚及同性伴侶，自我生活決定，以自己為主體選擇生活方式，與自己人格有密切的聯結。因此為個人人格所不可或缺者，形成幸福的內在。但是即使是這樣的選擇，假使對社會基礎婚姻制度造成危害的話，縱使是自我決定權，必然遭到強烈抵抗。婚姻制度不止作為制度存在之意義，男女結合而形成家庭更發揮一定的機能。今日家庭對其構成員的機能，有學者認為包括性愛的滿足、生殖養育、共同生活保障、教育、保護、休息及情緒的安定，對社會的機能為種族的延續、勞動力的再生產、文化的傳承維護、社會安定等。³⁷¹同性伴侶當事人雖不能懷孕生子，卻對發展中國家孩童提供金援，成為之他們的「養父母 (Foster Parent)」，並積極履行社會義務。同樣地事實婚男女，站在孩子是社會孩子的立場，積極參與自己小孩及社區小孩的活動。事實婚與同性伴侶的生活，發揮與法律婚相同之機能，如此生活方式的選擇，不能以維持婚姻制度的抽象理由而壓抑之。³⁷²

四、事實婚與婚姻家庭制度

二次大戰後日本憲法第 24 條第 1 項規定「婚姻，僅基於兩性合意而成立。並以夫妻享有同等權利為基礎，相互協力維持。關於配偶之選擇、財產權、繼承、住居的選定、離婚及其他關於婚姻及家屬事項，法律應本於個人尊嚴及兩性平等原則而制定。」特別揭示婚姻自由原則。日本憲法學者多認為本條乃保障婚姻自由權之規定。所謂婚姻自由係在強調婚姻應基於當事人意思一致而成立，亦即當事人之結婚意思不受他人干涉而言。日本戰前明治民法規定，男未滿 30 歲，女未滿 25 歲，其結婚應得其在家庭父母之同意（日本舊法第 772 條第 1 項）；家屬結婚時，應得戶主之同意（同法第 750 條第 1 項）。此等規定漠視當事人之結婚意思，且干涉婚姻自由，因此戰後憲法明確地揭示婚姻自由權之保障，同時在民法上廢止此等不合理之規定，有其

³⁷¹ 深谷松男，現代家族法（新版），頁 5-6，青林書院新社，1988 年。

³⁷² 二宮周平，事實婚の現代的課題，頁 283-286。

重要之意義。³⁷³

不過從規定的方法來看，該條雖以婚姻家庭為中心的假定。除了對家庭為制度性的保障，同時也是對戰前家制度的否定，保障家庭關係內個人自由、平等。戰後當時憲法 24 條被理解為「在家庭生活面，憲法係特別規範個人尊嚴與兩性平等的期待。…家庭生活方面，與憲法民主主義的完成有重大關係者，憲法特別揭示之。」³⁷⁴、「男女自由結合為基礎的家庭共同體，係立於個人主義，…民主主義的社會生活，即民主主義的家庭共同體首次被實現」³⁷⁵。對照西德憲法對婚姻及基於婚姻之家庭作為制度之一種而保障，日本憲法第 24 條規定則是在個人獨立的前提下，相互自由意思結婚及保障民主家庭的建設。總之，男女雙方自由結成伴侶，保障民主家庭生活為目的，並沒有必要將條文中之婚姻限定為法律婚，事實婚及同性伴侶之家庭生活也具有受憲法保障的實質理由。學者認為兩親及其子女組成之家庭、離婚後的家庭、單親家庭、同性伴侶家庭等種種家庭，為貫徹個人尊嚴及兩性平等原則，在日本憲法下受到同等尊重，僅就其一為強調者，必然導致國家對個人生活的限制。³⁷⁶憲法上的人權規定，若為保障人權者，應朝人權有利方向擴大解釋及適用；在限制國家權力的情形時，則應忠實法律文義。自我決定權的根據是憲法上幸福追求權，學者認為該權利是國家不得妨礙幸福追求的自由權，³⁷⁷若從今日人權理論來看，幸福追求權並不以自由權的內容為限，不僅個人尊嚴及抽象人格的確保，同時包括個人生活的實質保障，即個人經濟、文化生活的保障及調整社會利害關係的社會權，受到憲法的保障。幸福追求權為不受國家干涉的自由權，同時帶有國家對人格生存為實質保障之社會權性質。自己決定透過選擇來呈現，事實婚和同性伴侶儘管和法

³⁷³ 李玲玲，論婚姻之自由與重婚—試評司法院大法官會議釋字第 362 號解釋，東吳大學法律學報，第 1 卷第 10 期，頁 95-96，民國 86 年 1 月。

³⁷⁴ 法學協會，註解日本國憲法上（2），頁 470，有斐閣，1953 年。

³⁷⁵ 宮沢俊義，全訂日本國憲法，頁 268，日本評論社，1978 年。

³⁷⁶ 橫田耕一，日本國憲法からみる家族，法學增刊総合特集「これからの家族」，頁 94，1985 年。

³⁷⁷ 法學協會，註解日本國憲法上（2），頁 339。

律婚同，具有愛情且相互協力共同生活，若不受法律婚如此法保護者，如同間接為法律婚生活形態的強制，對自己決定權之侵害。國家不能對特定家庭生活指示（如法律婚），凡是具有家庭生活的實體即應獲得保護。男女在法律婚、事實婚、同性伴侶家庭生活的選擇可能性，才是自己決定權的保障。對事實婚及同性伴侶給予不利益將形成壓抑，不僅對選擇人的生活壓迫也是人格否定，危害共同生活，有礙家庭機能的發揮。因此事實婚及同性伴侶對子女的權利、雇用、稅捐、社會保障、民法上等權利不應受到差別待遇。³⁷⁸

第四項 大陸

事實婚姻關係的保護與否及必要性，在 1989 年最高人民法院意見指出「人民法院審理未辦結婚登記而以夫妻名義同居生活的案件，…基於這類『婚姻』關係形成的原因和案件的具體情況複雜，為保護婦女和兒童的合法權益，有利於婚姻家庭關係的穩定，維護安定團結，在一定時期內，有條件的承認事實婚姻關係，是符合實際。」從上述與法律相同位階的司法解釋³⁷⁹中得知，中國大陸之所以保護事實婚，主要著眼於事實婚姻關係中，弱勢婦女及未成年子女之保護。意即從弱勢伴侶及兒童之保護，有條件的承認事實婚姻關係。因此司法解釋提出之處理意見皆圍繞在弱勢伴侶及兒童保護目的上。

至於非法同居之事實婚早在 1956 年最高人民法院的復函中指出，未達婚齡、未進行登記而結婚之男女，一方提出離婚，可按下列情形分別處理…。惟其中有特殊情況，如懷孕、生育或生活特別困難等，應參照婚姻法的規定，對於女方及子女利益予以照顧。1984 年最高人民法院意見³⁸⁰，人民法院必須在男女平等和保護婦女、兒童合法權益原則下處理離婚及非法同居關係等問題，如「…；起訴時雙方或一方仍未達到法定婚齡或不符合結婚的其他條件的，應解除其同居

³⁷⁸ 二宮周平，事實婚の現代的課題，頁 286-289。

³⁷⁹ 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，頁 181-185，交大出版社，民國 93 年。

³⁸⁰ 1984 年 8 月 30 日最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見。

關係。所生子女的撫養或財產的分割問題，按婚姻法有關規定處理。」

中國大陸憲法第 48 條「中華人民共和國婦女在政治的、經濟的、文化的、社會的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的權利。國家保護婦女的權利和利益，實行男女同工同酬，培養和選拔幹部。」此為 1982 年憲法始新增之條文，學者認為在中國家庭中，婦女擔負比男子更重的職責，但傳統男尊女卑的封建思想，造成歧視和虐待，憲法本條規定具有重要宣示意義。³⁸¹ 婦女與男子有平等的婚姻家庭權利，國家保護婦女婚姻自主權，禁止干涉婦女結婚、離婚之自由。³⁸² 同法第 49 條規定「婚姻、家庭、母親和兒童受國家的保護。…禁止破壞婚姻自由，禁止虐待老人、婦女和兒童。」學者認為憲法第 49 條規定為中國大陸的立法政策和法律規範。婚姻是指男女在自願結合的基礎上，經國家婚姻登記機關登記批准而形成之夫妻關係。家庭是指由婚姻關係、血緣關係或收養關係而形成的共同生活組織，為最基本社會單位。婚姻是家庭的條件，家庭是婚姻的結果。國家保護婚姻家庭，即在法律上承認和確保合法婚姻家庭關係，而承認保護婚姻家庭關係就是保護婚姻家庭關係成員相互間的權利，同時要求成員間履行法定義務。不過婚姻關係的維繫不能牴觸婚姻自由原則，只有建立在自由結合的婚姻才被保障，符合法定結婚條件的婚姻才被承認。對於重婚、早婚、同性婚、買賣婚等婚姻形成之家庭，不受保護。在法律上家庭以婚姻為條件，只有在個別情況下，非法同居才被承認為家庭。至於禁止虐待老人、婦女、兒童則是基於中國傳統，同時憲法承認渠等為社會關係較弱勢之一方，享有國家特殊保護的權利和地位。

³⁸³

從中國大陸婚姻法制的發展來看，事實婚姻及（非法）同居關係的處理係現實上不得不面對的問題，不過實務做法與其憲法第 48 條婦女在經濟、社會和家庭生活各方面與男子有平等的權利，第 49

³⁸¹ 俞子清，中國憲法，頁 229，中國政法大學出版社，1992 年。

³⁸² 許崇德、王彥君、趙建華、王亞琴，中國憲法教程，頁 166-167，人民法院出版社，1994 年。

³⁸³ 魏定仁、甘超英、付思明，憲法學，頁 307-308，北京大學出版社，2001 年。

條母親和兒童受國家保護等規定之意旨不謀而合，因此不論是透過法律規定、司法解釋甚至其他行政措施，只要達成婦女和兒童之保障即屬國家的保護。而且從憲法條文的文義上來看，似乎不以保護合法婚姻之伴侶及兒童為限。中國大陸憲法所宣示的婚姻自由，係對傳統婚姻不自由的反動，與國際上或其他國家憲法所討論之婚姻自由類似，但是否包括不結婚的自由，家庭是否因時代潮流而擴張到非婚家庭等，則未見進一步說明。現行實務解釋既然未見學者有違憲的質疑，同時其解釋內容亦明示以保護女性及兒童為目的，縱使事實婚在憲法上找不到明白保護的依據，但其最終結果大致亦與其他國家相同。只不過在現代社會中，男女經濟地位與過去大相逕庭，女性是否當然為弱勢之一方，恐有深入討論之必要。

第五項 我國

第一款 平等權

大法官釋字第 647 號認為事實上夫妻因欠缺婚姻之法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶未能享有相同之待遇，係為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與憲法第七條之平等原則有違。理由書進一步說明「無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實，則系爭規定未就二人相互間之贈與免徵贈與稅，即不免有違反平等權保障之疑慮。惟查立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。基此，系爭規定固僅就具法律上婚姻關係之配偶，其相互間之贈與免徵贈與稅，惟係為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與平等原則有違。至鑒於上開伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等

情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障，併此指明。」意即立法者受憲法第 7 條拘束，沒有正當理由不得在法律上差別對待，對部分人民給予特權或優待，對另一部分人民將構成歧視或不利益。而所謂沒有正當理由係指欠缺重要的實質原因，其標準為是否在於追求正當目的，是否為達成此一目的所必要，與目的之價值成適當比例。³⁸⁴對照理由書說明，大法官亦認同事實婚或同居男女可以獲得適度的保障，不過其保障基礎顯然是出於平等原則，即實質平等原則，相同事務為相同的處理，不同的事務為不同的處理，避免沒有正當理由的差別待遇。因此在稅法上的差別待遇係為保障婚姻制度，至於其他保障則在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障。然何謂婚姻制度及相關公益則未見說明？給予特定團體或組織利益，勢必造成其他團體的排擠，如何才不損及婚姻制度？再者公益如何界定，是否多數人的利益或看法即為公益？有必要從相關憲法解釋和論述中，找尋進一步的解答。

第二款 結婚自由

釋字第 362 號理由書提及「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由，此種自由依憲法第 22 條應受保障。」憲法保障結婚可歸結到人格權及人格發展。依釋字第 362 號解釋理由書的闡述，婚姻自由屬憲法第 22 條自由權利已屬定論。婚姻自由不僅指選擇上之自由，與憲法上其他自由於國家公權力外之自由權不同，著重婚姻之制度性保障。所謂制度性保障不僅是個人權利保障，也包括對公私生活上既存的社會事實，經由各種複雜的法規加以規範，而形成的建制保障，立法者不能予以侵害。³⁸⁵某種存續已久的制度（婚姻、繼承等）獲得憲法制度性保障，並非用以對抗行政權之侵害，相反地是要避免立法機關的侵害。然制度性保障不以現狀保障為

³⁸⁴ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 189-190，自版，2003 年。

³⁸⁵ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 120。

滿足，必須與時俱進，隨時間推移。如此憲法一方面要保障既有制度，他方面又要與時俱進，使得制度性保障一詞存在解釋上的不確定性。不過目前大法官似乎認為，婚姻自由的婚姻為法律上婚姻，民法上之婚姻，其他「婚姻」諸如同性戀結婚、冥婚、試婚、同居關係等仍不是承認的婚姻。婚姻自由保障事項包括婚姻締結自由、共同生活的維持、受扶養權利、離婚自由。學者進一步認為所謂婚姻締結自由包括結婚與否的自由、結婚對象選擇的自由、結婚時機的自由，凡是對上述自由加以限制者，不僅違背公序良俗，亦是牴觸憲法。共同生活的維持，婚姻既以組成家庭共同生活為目的，配偶之任何一方均無主張不共同生活的權利，立法或行政措施也應該以維護夫妻共同生活為目的，而避免產生拆散家庭的效果。受扶養的權利，婚姻也是共同經濟團體，互負家計負擔及扶養的義務與權利，甚至在婚姻關係結束後，可歸責的一方尚應支付他方贍養費。離婚自由則指配偶雙方得隨時協議離婚，以結束婚姻狀態，若一方不願離婚只能訴請法院裁判有無構成法定離婚的原因。³⁸⁶釋字第 554 號解釋明文「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」，至此我國憲法條文上雖然沒有婚姻制度保障之明文，從歷次大法官釋憲解釋觀察，我國法制應與德國法制為相同之解釋。

第三款 家庭制度保障

釋字第 554 號解釋「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照釋字第 362 號、第 552 號解釋）。婚姻制度植基於人格自由、具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，…，是性行為自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」

至於家的概念，在民法方面，我國民法第 1122 條規定「稱家者，

³⁸⁶ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 309-312。

謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體」該親屬團體係以婚姻為橋樑，若未經合法婚姻，即難組成由法律所承認之家庭。換言之，合法婚姻組成之家庭為法律意涵下之家庭；至於不論婚姻是否合法，而以實質同居共處，有永久共同生活實質的家庭則為社會意涵下之家庭。我國民法只承認合法家庭，非法婚姻所組成之實質家庭並不受法律承認。

其次在大法官的解釋中，有解釋認為「由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭」屬核心家庭之概念（釋字 365 號理由書）。亦有認為「所謂家，民法上係採實質要件主義，以永久共同生活為目的而同居一家為其認定標準，非必以登記同一戶籍者為限。」則不採核心家庭之概念，而是以共同生活的客觀事實為標準（釋字第 415 號理由書）。此外，家庭同時也是國家實現其分配照顧義務的主要對象，如釋字第 554 號理由書「婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。」以家為主要的安全屏障，如釋字 415 號、424 號，以扶養免稅額、免徵贈與稅制度作為誘因。三七五減租條例對於出租人收回自耕，須視承租人是否實際上會「失其生活依據」而定（釋字 422 號）。對於社會福利分配原則性闡明（釋字 485 號）、從家庭照顧觀點認定給付不足（釋字第 549 號）等。我國憲法人民權利章中並未明文列舉保障家庭權，雖基本國策中間接針對與家庭有關之母性、婦女、兒童之生活、教育等為概括性規定，其尚難直接作為家庭權保障之憲法依據。大法官釋字第 242 號解釋「嚴重影響家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第 22 條保障人民及權利之規定有所牴觸。」基此，憲法第 22 條所預留的概括保障空間，至少即為家庭權容身之處。憲法家庭權保障對象及於每個有組成家庭需求的人，或組成家庭後成為家庭之成員或家屬，或組成家庭後決定解除婚姻關係之人等。而家庭權內涵相當豐富，涉及平等權、人身自由、居住、遷徙、秘密通訊言論、宗教信仰、

生存、工作、財產…等。基本上家庭權之保障範圍可歸納為組成或不組成家庭之權利、和諧家庭生活之權利、維持家庭存續之權利、維持家庭親屬關係之權利。組成或不組成家庭之權利包括結婚、不結婚、離婚、離開家庭之自由。和諧家庭生活之權利指家庭成員平等與相互尊重，我國立法大多從私權爭執雙方、社會經濟地位較不平等而具社會權性質領域切入，授權司法權或行政權的介入。此外亦偏重家庭、婚姻、年齡關係中弱者的保護。家庭成員中的施暴行為，立法者顯然基於基本權利保障之有效性及無漏洞理由，直接以立法引進公權力介入私權爭執，以免施暴者隱藏在私法自治契約自由的保護傘下，遂行侵害人權之實。以「符合我國倫常觀念」所預設之婚姻制度去阻絕法律與制度外人民組成家庭的自我決定權，是否與現代的自由民主憲政基本秩序理念有違，家庭牢牢的受「合法婚姻」之制約，迄今仍由現行法秩序所捍衛。³⁸⁷

第四款 家庭制度的再思考

現行法秩序對於婚姻家庭桎梏所形成人民權利的侵害，學者有認為不管未來婚姻制度如何變革，法律上對於家庭的界定主要應考慮這一群人們是否事實上對內對外都表現出對於相互間支持、關懷與愛的承諾，並著重於其所經營共同生活對個人在身心各方面需求的滿足，而不一定要拘泥於以婚姻制度為基礎。一旦法律上的家庭不再以婚姻關係作為基石，意謂著即使沒有婚姻關係人們也有可能得以組成家庭經營共同生活，並得到法律上肯認甚至社會政策上的保護。³⁸⁸如對家庭之社會福利給付、租稅優惠或義務減輕、免除等。尊重自由意願下非一夫一妻組成之「家庭」，寬容缺乏重要家庭生育功能之同性伴侶家庭，而不完全剝奪某些人作為其人性尊嚴、人格自我型塑權及行為自由核心之自主決定權，勢須從現代多元價值下之基本權利保障

³⁸⁷ 李震山，憲法意義下之「家庭權」，中正法學集刊，第16期，頁66-67，民國93年7月。

³⁸⁸ 李立如，婚姻家庭與性別平等—親屬法變遷的觀察與反思，政大法學評論，第95期，頁217-219，2007年2月。

理念，去鬆綁法律意涵之家庭，解構「婚姻與家庭制度」。當規範目的、法律解釋、實務與學說等等隱含之文化意識型態被逐步解析後，將有助現代台灣社會中，再度思考「家」與多元家庭型態之定義與內涵。³⁸⁹

一個人結婚、不結婚或與同性結合，基本上屬一般人格權的範疇，依大法官釋字 399 號解釋，為憲法第 22 條所保障。一般人格權保障範圍指一個人生活領域中內在的、個人、私人的領域可以由個人自我決定、自我擁有及自我表述，個人行為除非傷及他人權利，違反憲政秩序或道德法，應有其完全作為或不作為之自由。婚姻與家庭源自基本權利之制度性保障，該項制度反而成為多數決民主制度下限制少數人或非主流價值基本權利的利器，反而成為基本權利隨時代開展的障礙。婚姻與家庭制度中「一夫一妻」之規定，要單獨或無例外的成為憲法保障家庭權之價值決定，進而排除或拒卻同性結婚的自我決定權下，似乎已違反合憲秩序中憲法保障核心基本權利之價值體系。同性婚無法破壞原保持之婚姻制度，更不會侵犯他人權利，應寬容接納之。家庭權為婚姻制度與婚姻自由的上位概念，預留婚姻自由的內涵將因時代演進而變化的空間，家庭形式與內涵亦可隨之互動，不再完全停於目前所謂婚姻先行之家庭制度。³⁹⁰憲法為保障人格權而保障家庭制度的基本定位出發，當非婚的單親家庭、異性或同性組成的事實生活體已經普遍到一定程度，而大法官對於家庭的解釋雖與結婚自由、一夫一妻的制度保障相連結，但尚未基於任何理由「否定」此類新興家庭或生活體同樣需要受到保障時，這裡是不是已經發掘了人格權保障的漏洞，作為人格權保障工具的現代臺灣家庭，在憲法的概念上是不是已經需要作一些擴張，從而現行有關婚姻效力及各種建立於婚姻關係家庭保護規定，如異性才能成立有效婚姻，婚生子才能享有某些身分上的權利等，雖還不能認為已經達到違憲的程度，但是否已

³⁸⁹ 郭書琴，從締結婚約之「再社會化」過程檢視家庭、法律與社會變遷在身分法中的軌跡，現代身分法之基礎理論，頁 236，元照出版社，2007 年 8 月。

³⁹⁰ 李震山，憲法意義下之「家庭權」，頁 65-87。

漸漸保護不足，政府應在身分法制或福利政策上，給其他家庭類型某種適當的保障。³⁹¹

第五款 法律漏洞補充

有婚姻意思之事實婚，當事人基本上認同婚姻制度，婚姻符合當事人的期待與利益，卻因偶然情況下產生名實不符的矛盾，其在國際法或憲法層次上，與拒絕婚姻之男女同居不同。有婚姻意思之當事人因認同婚姻，本身即追求婚姻的保障，對憲法之制度性保障，其重點在於如何擴大結婚權保護的範圍。從人權法院裁判的經驗來看，結婚的形式和實質要件仍為各國的裁量權，婚姻必須根據內國法律始能成立，其憲政爭議多集中在結婚要件規範之合理性，目前裁判上之趨勢為放寬婚姻要件，擴大結婚權保護之對象，使其獲得完整婚姻效力。至於其他型態之男女結合，其權益只能透過其他基本人權的保障，間接確保結合的存續與發展。婚姻因憲法婚姻權的宣示，受到法律特別保護，為實質平等主義下合理的差別待遇原因。

我國身分法學者對於事實婚是否需要保護的理由如下：有認為事實上之夫妻關係，比之夫妻關係，更值得保護，故應給與以相當效力，且宜承認比妾有更大之效力。³⁹²有認為男女「性」結合，既符合於婚姻成立之實質要件，即在該男女之間，已有婚姻一般之共同生活關係「事實」存在時，似不應僅因該男女結合，欠缺婚姻成立之形式要件，便一概否認該男女之「性」結合，理應給與合法婚姻一部分效果之必要，是為有關事實上夫妻保護之問題。³⁹³有認為一男一女如已有夫妻共同生活之實質，相信彼此為夫妻，社會上一般人亦公認其為夫妻，僅因不具備法定之形式要件，致法律上不承認其為夫妻，對此現象如置之不理，既影響當事人之幸福，並使其子女為非婚生子女，又紊亂社會秩序。事實上夫妻之保護應在不破壞正當婚姻制度下之一

³⁹¹ 蘇永欽，我國憲法中的家庭，部門憲法，頁 805-806，元照出版社，2006 年。

³⁹² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 103。

³⁹³ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 100。

定限度內為之，始為得當。過分保障事實上夫妻，即不免鼓勵當事人忽視婚姻形式要件之法律上規定，國家之婚姻政策即無法有效推行，婚姻法律制度之機能亦將削減，亦屬不妥。³⁹⁴有認為民法第 999 之 1 條第 1 項規定，第 1057 條及第 1058 條之規定，於結婚無效時準用之，此項規定多少含有準婚理論之色彩，惟此項規定結婚無效係包括欠缺形式要件之婚姻、近親婚、重婚及同時婚等一切之無效婚而言，並不限於事實上之夫妻，因此，尚不能謂法律上明文採用準婚理論。³⁹⁵

綜觀身分法學者的意見，學者間並不直接討論憲法層次的問題，而是在憲法平等權的要求下，依公平正義原則，類似的案件應為相同的處理，具體找尋事實婚保護的依據，同時迴避對婚姻權威地位的侵害。不能因此即謂對具有婚姻意思事實婚之保護，欠缺憲法保護之根據。現代社會隨著兩性互動的頻繁，男女間之感情關係複雜，從單純之同居關係到僅辦理婚姻登記而未舉行儀式之婚姻，或於修法後僅舉行儀式而未辦理登記者，甚或有同性婚姻等不一而足，傳統「婚姻」的定義受到前所未有的質疑與挑戰，往昔單純的法律規範已不足以因應現實的環境，此種非法定婚姻關係之事實上夫妻，已成為身分法上亟需解決與定位的問題。尤其針對不具結婚法定形式要件，但外觀上為社會所公認之夫妻，若與不正常男女關係等同處理，其不合理之處至明，然則結婚法定形式要件不容忽視，否則將影響正當婚姻之公信力，因此如何於不減弱正當婚姻秩序之前提下，處理事實上夫妻所衍生之問題，實有探討之必要。³⁹⁶

釋字第 647 號解釋仍延續大法官過去的看法，法律婚受到憲法制度性的保障，其他事實婚、同居、同性婚等皆非憲法所欲保護之婚姻。異性同居伴侶基於維護法律上婚姻關係，無法比照法律上夫妻獲得稅法上利益，但仍有憲法上的基本權利應該保護，至於是何種基本

³⁹⁴ 郭振恭，論事實上夫妻之保護－婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 234-247。

³⁹⁵ 林秀雄，婚姻之形式要件，頁 53。林秀雄，事實婚について（中華民國），戶籍時報，第 417 期，頁 22，1992 年 11 月。

³⁹⁶ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 260-261。

權利，解釋文並沒有進一步說明。至於在家庭權方面，大法官承認家庭權的存在，並以憲法第 22 條為依據，而在家庭的形式方面，核心家庭固為憲法保護的對象，至於其他類型之家庭（未婚、無效婚、重婚、同性婚），多數學者亦主張有保護的空間。家庭權內涵雖然豐富，涉及平等權、人身自由、居住、遷徙、秘密通訊、言論、宗教信仰、生存、工作、財產…等，並受到憲法制度上的保障，但並沒有第三人效力，無法據此向國家請求經濟上的支持、身分關係或共同生活的維持等保障。學者或主張為因為社會環境的變遷，不應否定新興家庭或生活體，家庭權未獲尊重將造成人格權保障的漏洞，必須在身分法制或社會福利政策上給予適當的保障。或以寬容的理念尊重集體多元及個人自決權，在多元價值尊重少數的精神下，更多的耐心、委婉與妥協以合於憲法寬容理念，且合於解釋憲法基本權利衝突時，應使各法益處於實際和諧原則。當然也有學者認為應解構婚姻與家庭的關連，以便能照顧不同類型的現代家庭。

因此釋字第 647 號解釋所指之基本權利，也許可用家庭權來含括，因家庭權不僅為內涵豐富的基本權，同時家庭權的保護更不會與婚姻制度保障相衝突，學者也同意過去憲法解釋對家庭類型的保護不足，因此異性同居伴侶基本權利的保障必須求諸家庭權為之。而在同性伴侶方面，目前大法官解釋仍未碰觸相關問題，不過學者間則多抱持開放寬容的態度面對同性婚，認為基本上同性婚不可能損害婚姻制度，為尊重同性婚當事人的基本權利，必須提供一定制度給同性人士利用，如同性伴侶關係法等，賦予相當的婚姻效力以保障其基本權。

第三節 檢討與分析

第一項 事實婚保護之必要性

美國通說及實務對同居法制保護的否定立場，最能代表人們對同居保護的疑慮，即賦予同居法律地位將弱化婚姻在法律上之傳統權威地位，同時產生婚姻之替代效果，造成適婚男女選擇同居以代婚姻，進而腐蝕社會的基礎。而同居的不穩定性亦不利於子女的成长，同

居環境成長之子女較易有感情和後方偏差。對於否定說的想法，同居法制保護的支持者提出反駁，首先，以傳統和歷史做為拒絕否認同居的理由，並無法應付多樣化的社會，並解決當事人之爭議。任何法律制度的產生必定其對應之社會背景，婚姻制度適合在傳統社會扮演權威角色，但未必可推論在現代社會中必可擔任稱職的角色。其次替代效果的發生，必須在功能上相同或近似始能發揮，若同居的法制設計與婚姻制度不同，通常是劣於婚姻制度的設計，既然替代的前提不存在，則婚姻替代效果的恐懼存屬多餘。此外，美國法制向來對同居採取否定的態度，但現實的統計上，同居人數極劇的增加，結婚率持續下降，顯然否定同居保護並不能鼓勵男女進入婚姻。至於同居法制化將腐蝕社會、人類基礎，則失之危言，蓋婚姻之所以成為社會的基石，在於婚姻的感情、性、生育等功能，³⁹⁷而非婚姻字義本身，今若同居亦能發揮如同婚姻家庭之功能時，則社會基石角色不過改由同居扮演，基石仍舊存在，社會當能繼續存續。至於子女成長環境的比較，乃是對於同居關係籠統的偏見，同居男女確實有關係不穩定而疏於子女之照顧者，然亦有同居父母盡職扮演父母之角色，與婚姻家庭無異；相反地，高離婚率的社會，婚姻是否穩定亦有疑問。茲引英國 Anne Barlow 等學者，駁斥保守人士及宗教團體對婚姻、家庭制度崩裂的疑慮，其看法如下：³⁹⁸

一、婚姻是男女的特別承諾。如果認為之所以對婚姻給予制度性保障之理由，在於婚姻是男女間一種特別的承諾，有別於其他男女關係，其特別之原因可能是一輩子的關係或以長期共同生活為目的，有慎重以對之必要。但從目前英國逐漸攀高的離婚率及分居狀況普及，離婚及分居條件寬鬆的角度來看，似乎看不出特別承諾有何特別之處，既然與其他男女關係沒有明顯差別，則法律賦予特別保障的理由可能不足。

³⁹⁷ 彭懷真，婚姻與家庭，頁 49。

³⁹⁸ Barlow, Anne、Duncan, Simon、James, Grace、Park, Alison, Cohabitation, Marriage and the Law – Social Change and Legal Reform in the 21st Century, 98-106.

二、婚姻是法律或政策的目的。從英國的民意調查來看，民眾因為婚姻有法律保障而選擇結婚的比例，微乎其微，多數未婚男女並不是因為法律保障而選擇結婚，大多是感情或經濟上的考量。此外，如果法律保護婚姻，則婚姻解消時對弱勢經濟一方的補償，勢必阻卻經濟優勢之一方走向婚姻，看不出法律對婚姻的吸引力。

三、婚姻是契約。婚姻是一種受到法律特別保護的有名契約，違反契約必須受到處罰。但從離婚的角度來看，將發現此種說法有疑問，因為如果將離婚時的財產調整視為違約之損害賠償，採離婚有責主義或許可以解釋破壞婚姻等同違約之合理性，惟英國目前採破綻、無責主義，目前的離婚法，其離婚財產之分配必須考量雙方收入、財產狀況、現在及未來的需要、權利義務狀況、年齡、婚姻存續期間及家庭的貢獻等，似乎不是單純的損害賠償，更有維持對方一定生活條件的意義，單純將婚姻視為契約而優先受法律保護，無法為合理的說明。

四、在關係解消之財產分配上，同居男女分手時，因為沒有法律上之請求權，所獲得財產上的利益遠不如離婚夫妻間來的豐厚，而多數經濟弱勢之一方通常為女性，且兼為子女的照護者，其經濟地位之不利益，連帶對子女利益造成影響，因此考量子女最佳利益，從婚姻之功能及效果看待事實婚，應賦予事實婚等同婚姻之地位。

除了從理論上論證同居與婚姻之關係，亦可從統計數字發現同居與婚姻的關聯性，茲以法國、紐西蘭、美國之結婚率來看。³⁹⁹根據各國統計資料，從1998年到2005年之結婚率⁴⁰⁰：

法 國								
年 度	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
結 婚 率	4.6‰	4.9‰	5.0‰	4.8‰	4.6‰	4.6‰	4.5‰	4.5‰

³⁹⁹ <http://sowf.moi.gov.tw/stat/national/j022.xls> (最後流覽日：2008年1月13日)。

⁴⁰⁰ 結婚率 = (結婚對數 / 年中人口數) * 1000。

紐 西 蘭								
年 度	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
結 婚 率	5.3%	5.5%	5.4%	5.1%	5.2%	5.3%	5.1%	4.9%

美 國								
年 度	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
結 婚 率	8.4%	8.6%	8.2%	8.2%	7.9%	7.7%	7.8%	7.6%

各國統計資料並無以同居為對象，因此無法精確對應同居人口增加幅度是否與結婚率降低的幅度相當。不過以法國 2000 年生效的 Pacs 來看，若依反對同居法制化人士的說法，賦予同居法制地位勢必對婚姻產生替代效果，替代效果發生必定導致結婚率的下降。惟法國在 1999 年的結婚率為 4.9%，在 Pacs 生效的 2000 年竟然增加為 5.0%，之後的結婚率又緩慢下降到 4.6% 左右，顯然在法國，賦予同居法制地位並沒有影響男女的婚姻選擇。紐西蘭在 2001 年修正財產關係法等，賦予同居伴侶在財產上等同夫妻之地位，於 2002 年 2 月 1 日生效，其 2001 年之結婚率為 5.1%，2002 年卻增加為 5.2%、2003 年為 5.3%，亦與反對者的立論相違。而美國法制上向來忽視同居關係，迄今仍未對同居為立法，依理其結婚率應維持甚至提高，但對照發現，其結婚率從 1999 年的 8.6% 一直往下降，到 2005 年只有 7.6%，美國刻意保護婚姻而貶抑同居的做法，顯然也無法提升其結婚率。各國結婚率逐年降低是一個趨勢，其原因複雜非本文所能置喙。單純從法、紐結婚率觀察，對同居保護不致造成嚴重的婚姻排擠，同居保護的對象本來就不是想進入婚姻的那一群人。

根據國科會委託的研究報告指出，⁴⁰¹我國目前同居人口高達 44 萬人以上，為使 44 萬多同居人口的權利義務有所遵循，同居法制規範有其現實必要性。而沒有婚姻意思之同居既然都值得法律加以保護，則男女主觀上有婚姻意思，客觀上有夫妻共同生活之實質，相信彼此為夫妻，社會上一般人亦公認其為夫妻，僅因不具備法定之形式要件，致法律上不承認其為夫妻，對此現象如置之不理，既影響當事人之幸福，並使其子女為非婚生子女，反而紊亂社會秩序。因此在實質平等原則的要求下，相同的事務為相同之處理，不同的事務為不同之處理，事實婚畢竟沒有踐行婚姻登記的要件，不能與婚姻等同視之，所以事實上夫妻之保護，應在不破壞正當婚姻制度下的限度內為之，始為得當。

第二項 事實婚保護之可能性

一、平等原則

大法官釋字第 647 號宣示在無損婚姻制度及相關公益的前提下，保障人民憲法基本權利，等於間接宣告平等原則無力賦予同居者婚姻效力之保護。大法官的見解對照歐洲人權法院的看法，兩者有其相似之處，首先我國憲法及歐洲人權公約都有平等權（不歧視）的明文；其次，歐洲人權公約有保障婚姻家庭的宣示，我國釋字第 554 號亦指出婚姻受憲法制度性保障；而人權法院在歷來判決強調婚姻依舊被廣泛接受而賦予特別地位，為促進婚姻而賦予稅法、社會保險或社會政策上利益並不違反平等原則的看法，我國大法官亦認為異性共同生活之伴侶不能比照配偶主張免徵贈與稅，彼此見解若合符節並無不同之處。不過進一步參考法國憲法法院的看法，發現我國大法官見解可能不夠前進，法國 Pacs 伴侶適用稅法上的配偶免稅規定或優惠稅率，法國憲法院認定符合法國按能力分攤稅賦原則，因為給予稅賦優惠係因同居伴侶的共同生活使然，並非對單身者的歧視，也不是做為

⁴⁰¹ 楊靜利，同居的生育意涵與台灣同居人口估計，頁 189-213。

鼓勵婚姻的理由，加上 Pacs 與婚姻有別，因此也不會侵害法律婚。至於人權法院所宣示之其他權利，我國目前並無相關案例，對照人權法院的判決，在監獄受刑人的通訊權，僅限制同居人與其伴侶通話，而不限制婚姻配偶間的通訊，其手段雖亦能促進同居人進入婚姻，但顯然與同居人的家庭權相衝突，欠缺重要實質原因的差別待遇，手段與目的比例失當。再者，在子女的權益方面，若同居人無法與一般法律婚下父母取得同等地位者，即使差別待遇有助婚姻的鼓勵或維護，仍屬沒有正當理由之差別待遇，違反平等原則。因此除非採取法國憲法院的觀點，否則在現行大法官解釋的限制下，同居或事實婚伴侶無法獲得全面之法律保護。

二、結婚權

關於結婚權，在憲法主要涉及三方面的討論，一是結婚權利的確保，另一是結婚自由，及婚姻制度的保障。同居或事實婚是否屬結婚自由的範疇，進而主張制度性保護，另一方面同居或事實婚之制度性保護是否損及婚姻制度的憲法保障。在人權公約第 12 條肯認每個適婚男女有結婚的權利，不過必須滿足法定之結婚要件，對於法制原因所造成的事實婚（結婚法定要件是否合理有爭議者），當事人得以結婚權利受損，向人權法院提出爭訟，請求將不合理之結婚要件改正，使得同居男女得以進入婚姻，並非作為同居保護的根據。

在結婚自由方面，人權法院在 Marckx 一案中，認為人權公約第 12 條保障結婚的權利，並不包括不結婚的權利，因當事人結婚或保持單身並沒有法律上障礙，因此同居權利的要求無法透過人權公約第 12 條主張之。日本憲法第 24 條明文，婚姻僅基於兩性合意而成立，基本上是對舊日本民法干涉婚姻自由的改正。我國憲法並沒有婚姻自由的明文，而是透過大法官釋字 362 號解釋，從憲法第 22 條找到保護的根據。背景係為處理重婚的問題，為確保一夫一妻之公序良俗。日本憲法係強調婚姻自由的任意性，我國解釋則是限制婚姻自由的合理性，其立法和解釋的背景不同，僅能說我國憲法上亦有結婚自由的

宣示，但其內涵是否相同，恐有進一步探究之必要。日本學者認為既然憲法第 24 條是強調男女結合之任意性，則只要是任意性的結合都應為憲法所保障，因此不必限定是法律婚的結合，穩定的同居生活或事實婚當然應受憲法保障。而我國在婚姻制度的發展與日本並不相同，日本憲法規定係為克服封建家制度的問題，我國並無此等背景，而國內學者在解釋婚姻自由的定義時，亦明確指出為法律婚之保護，並不包括同性婚、同居等。能否援引日本學者的看法，將我國憲法結婚自由保障，亦擴張解釋為穩定男女結合自由的保障，並進而為同居或事實婚男女找到憲法上保護的根據，誠有疑問。

德國憲法（基本法）第 6 條第 1 項「婚姻家庭應受國家之特別保護。」⁴⁰²，日本憲法第 24 條「婚姻必須基於男女雙方之同意，始得成立，並以夫婦享有同等權利為基礎，以相互協力而維持之，關於配偶之選擇、財產權、繼承、住居之選定、離婚、及其他關於婚姻及家屬之事項，法律應本於個人尊嚴，及兩性本質平等之原則而制定之。」⁴⁰³，我國大法官釋字第 554 號解釋「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照釋字第 362 號、第 552 號解釋）。」，從德、日及我國有關婚姻規定的觀察，不難發現我國釋字 554 號解釋與德國憲法規定的用語、表達方式接近，同樣強調婚姻家庭應受國家保護和制度性保障，著重在婚姻法律地位的權威。1949 年二戰後德國憲法為防杜納粹政權下之人倫秩序破壞現象的重演，欲藉憲法宣示回復倫常社會，恢復傳統意味濃厚，有其時代背景。我國於 2002 年釋字 554 號仍將婚姻與以制度性保障，並未關注其他男女結合型態，是否刻意忽略或不慎疏漏不得而知。日本學者認為德國憲法第 6 條第 1 項之規定阻礙事實婚類推適用婚姻法效果，換言之當憲法為婚姻優越之宣示時，事實上已經宣告排除其他男女結合之保護。在憲法位階上，我國既然選擇德國模式之憲法解釋，當然無法援引日本婚姻自由的擴張解釋。

⁴⁰² 涂懷瑩，現代憲法原理，頁 341，正中書局，民國 82 年。

⁴⁰³ 涂懷瑩，現代憲法原理，頁 489。

法國 Pacs 同居伴侶制度，憲法院並不從家庭和婚姻有關憲法要求來討論，而是直接認為 Pacs 是和婚姻不同的法產物，不僅對親子關係沒有影響，因此不會侵害家庭和民事婚，憲法院一貫認為只要 Pacs 能和婚姻有所區別，就認定為合憲。對於反對人士批評婚姻獨占體制廢止的說法，則以伴侶之一造結婚，Pacs 即時解消來反駁之，既代表對婚姻自由的尊重，也讓 Pacs 得以正當化。

三、家庭權

婚姻係以終身共同生活為目的之一男一女適法之結合關係，各國或許在結婚要件上有些許差異，但對適法的男女結合並無爭議。依德國憲法規定及我國大法官解釋，家庭同樣受到制度性保障，不過德國憲法保護的家庭為婚姻家庭，依條文字義解釋應是指經由婚姻而形成之家庭，但對照我國大法官解釋文，婚姻與家庭並列，似乎將婚姻與家庭獨立為二個制度來保障。若是採婚姻與家庭二種制度保障之看法，則何謂家庭則有進一步推敲之必要。家在我國民法規定「稱家者，謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體」。學者通說認為我國民法只承認合法家庭，非法婚姻所組成之實質家庭即不受法律承認。在大法官的解釋中，有解釋認為「由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭」屬核心家庭之概念（釋字 365 號理由書）。亦有認為「所謂家，民法上係採實質要件主義，以永久共同生活為目的而同居一家為其認定標準，非必以登記同一戶籍者為限。」則不採核心家庭之概念，而是以共同生活的客觀事實為標準（釋字第 415 號理由書）。

在外國法例方面，人權公約第 8 條為家庭權保障之明文，在家庭生活容易受到道德及社會影響的前提下，歸納人權法院歷來判決得知，家庭概念正逐漸擴大，不再將家庭的保護限制在特定家庭，人權法院有隨時因應社會變遷而調整其解釋的義務。對於家庭生活之保護，從 1980 年代才開始從傳統核心家庭的保護，逐漸擴及到未婚同居夫妻、祖父母與孫子女間、甥舅叔姪間、兄弟姐妹、生父與非婚生

子女間、甚至離婚父與其子女間。從這些個案中發現人權法院對家庭組織採取比較務實彈性的認定方法，用以包含所有類型的關係，包括相互扶養及經濟、教育、感情上的照顧等不同類型的關係，惟不包括同性間之關係。而法國憲法院亦確認 Pacs 同居伴侶制度之合法地位，顯然其並不否認 Pacs 家庭之保護。而我國多數學者亦認為，當非婚的單親家庭、異性或同性組成的事實生活體已經普遍到一定程度，大法官對於家庭的解釋雖與結婚自由、一夫一妻的制度保障相連結，但尚未否定新興家庭或生活體同樣需要受到保障，在憲法的概念上需要作一些擴張，從而現行有關婚姻效力及各種建立於婚姻關係家庭保護規定，對人民需要的滿足是否不夠徹底，政府應在身分法制或福利政策上，給其他家庭類型某種適當的保障。而日本學者亦認為兩親及其子女組成之家庭、離婚後的家庭、單親家庭、同性伴侶家庭等種種家庭，為貫徹個人尊嚴及兩性平等原則，在日本憲法下受到同等尊重，僅就其一為強調者，必然導致國家對個人生活的限制。

綜上所述，既然家庭的組成不以核心家庭為限，則同居或事實婚當事人當然可以組織家庭，並進而根據憲法第 22 條主張家庭權保障。因此同居或事實婚或許可以憲法家庭權的保障為依據，在保障家庭權的前提下，賦予同居和事實婚家庭相應之法律地位。

四、自由權

反對同居法制人士常以異性同居伴侶可以結婚而取得較有利之地位，卻不結婚而同居，實在無需再賦予法制之保護。我國學者則認為一個人結婚、不結婚、同居的選擇，基本上屬一般人格權的範疇，為憲法第 22 條所保障。而一般人格權係保障一個人生活領域中內在的、個人、私人的自我決定、自我擁有及自我表述，除非侵害他人權利，違反憲政秩序或道德法，應有其完全作為或不作為之自由。將婚姻制度中「一夫一妻」之規定，要單獨或無例外的成為憲法保障之價值決定，進而排除或拒卻同居者的自我決定權，似乎違反合憲秩序中憲法保障核心基本權利之價值體系。換言之，適婚男女的同居選擇為

人性尊嚴自我決定的表現。憲法學者對於人性尊嚴的看法，有認為其為基本權的上位規範，隨人與生俱有，先於憲法而存在，不待憲法明文者。⁴⁰⁴但多數學者則認為人性尊嚴的具體規範即為憲法第 22 條之概括規定。無論是基本人權的上位規範，還是以憲法第 22 條概括規定表現之，個人生活方式的選擇為人性尊嚴的表現，具有憲法意義則無二論。對照日本學者的看法，學者認為個人生活方式選擇的法理基礎為自我決定權，而自我決定權係人性尊嚴之表現，其憲法依據為第 13 條「個人的尊重、幸福追求權利」。不過日本學者進一步認為，幸福追求權不僅限制國家干涉自由，同時帶有國家對人格生存為實質保障之社會權性質。國家不能對特定男女結合（婚姻）鼓勵，如此將對事實婚或同性伴侶形成壓抑，間接為自我決定權的侵害。我國雖然沒有幸福追求權的明文，但兩國憲法上同樣有人性尊嚴意涵的條文，將自我決定自由權之性質擴張為社會權的保障，在法理上應為合憲的解釋。

回到大法官釋字第 647 號理由書載「共同生活之異性伴侶…配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨…給予適度保障。」大法官似乎認為即使憲法為婚姻制度保障的宣示，仍不能免除國家對異性同居伴侶的照顧，不再拘泥憲法對婚姻制度保障並排除其他之結合團體，係對自我決定權的尊重。

因此解釋理由中之基本權應包括個人自我決定權及家庭權，自我決定權從內在建構個人選擇生活方式的權利，而家庭權則是從外部保障個人不同家庭生活方式的權利。

第三項 異性同居伴侶與同性同居伴侶

雖然本文討論之主題為事實婚，不過有部分外國同居立法，其適用對象有限定為同性間，亦有不限定同性者，而同性議題與各國同居保障的發展又密不可分，因此同性伴侶應否納入，在同居的立法討

⁴⁰⁴ 周宗憲，人性尊嚴與人民最低限制生活權的保障，司法周刊，第 1239 期，2 版，民國 94 年 6 月 9 日。

論時無法迴避。同性伴侶不能主張結婚權，也不能主張家庭權，在權利的爭取上，多借助個人隱私權（私生活的尊重）、平等權之請求。尤其在平等權方面，許多國家的同居立法多肇因於同志運動，因同性人士在婚姻的嚴格定義下，無法享有婚姻所提供之各種民事、稅法、社會福利等優惠措施，在考慮同性人士使用機會的平等性，一定程度內賦予同居伴侶類似夫妻之地位，以利其享有婚姻獨有之優惠。既然同居法制係保障同性人士的基本權，其適用對象當然僅限同性人士，如德國 2002 年同性伴侶法、英國 2004 年民事伴侶法、美國加州民事伴侶關係（加州家庭法）等。不過部分國家之同居立法，同樣一開始是源於同志運動，但最終在立法時卻將異性同居伴侶一併納入規範，例如法國的 Pacs 制度，同志人士爭取到法制地位後，又寬容的將適用對象放寬到異性同居男女間，主要因法國國情上人們不願被貼上特定族群之印記。又如紐西蘭法之財產關係法，則是夫妻、同居（同性、異性）伴侶一視同仁。

在實務的發展上，歐洲法院及人權法院的同性伴侶之平等權爭議，主要是同性伴侶要求比照夫妻或異性同居伴侶權益。即部分歐洲機構對法律上配偶及異性同居伴侶給予員工福利優惠，將同性伴侶排除在優惠規定外，形成一種性別偏好的歧視。又如法國 Pacs 制度建立前，法國破毀院的判決，同性伴侶要求比照配偶及事實上夫妻之福利，最後亦因不符配偶及事實上夫妻一男一女之結合定義，而被排除在外。基本上，歐陸國家因受歐洲人權公約的約束，尊重婚姻之優越地位，所以在平等權要求上，因為婚姻優位的考量，同性伴侶不能取得與夫妻相應之地位。而已登記同居伴侶能否獲得與夫妻相當之地位，亦係各國政府的立法裁量。不過近來的歐洲立法機關有比較前衛的看法，如 1994 年歐體同性人士平等權利解決方案，建議立法賦予同性夫妻取得婚姻之權利與利益。2000 年歐洲聯盟基本權利憲章第 21 條即禁止性別取向、偏好的歧視。至於美國學者對於同居法制是否限於同性間，有採包括說及排除說。包括說的主要理由在於避免因隔離而污名化同性伴侶，形成另一種次等地位；而排除說主要著眼於

異性同居伴侶已可經由結婚而取得比同居更優越之地位，無需再提供其同居制度。美國實務顯然採取排除說之立場。

因此，我國未來若有同居或事實婚之立法，除了參考外國同居或事實婚實體規定外，同性伴侶的爭議亦有一併考慮的必要。參考歐、美等國的法制經驗，若僅規範事實婚或異性同居關係，則可能面臨同性人士之平等權爭議。相反地，若將規範限定在同性人士間，則可能污名同性伴侶，進而激起同性婚運動。尤其我國於98年3月31日三讀通過公民與政治權利公約，並於同年4月22日公布，5月14日再批准，其中第26條關於性別歧視禁止之規定，根據公約人權事務委員會對公約內容「性別歧視」之解釋，其性別之歧視尚包括性別取向、偏好之歧視。我國未來之同居法制，若僅以異性男女結合為規範對象，而排除同性間之結合者，顯然是對性別取向的歧視，可能招致違反公約的議論，不可不慎。

第四章 事實婚之成立要件

第一節 美國

美國 2000 年 ALI 家庭解消建議在第六章單獨規定同居伴侶關係，其主要基於美國日益增加的同居人數，而且伴侶間通常欠缺清楚的財產協議。實務上雖然利用默示合意或不同的衡平原則加以處理，但仍有不足。該章節的主要目的在於合理解決伴侶（符合法定條件）間的財產紛爭，同時公平分配個人與社會責任。對於同居伴侶的保護是否會造成婚姻的排擠，該分析與建議案中明白說明，一個人若要解除長期同居義務惟有透過結婚一途。再者伴侶間並不發生第三人效力，對政府機構也不生任何效力，即使成為同居伴侶也不因此獲得任何社會福利，在此情形下，伴侶關係甚難成為婚姻的替代。⁴⁰⁵

其同居伴侶關係之定義為：

- (一) 未婚之同性或異性男女間，如同夫妻般共同住居和生活一段期間 (§ 6.03(1))。基本上排除偶然的結合關係及仍與配偶共同住居之婚外情。
- (二) 若伴侶間維持共同的家，同時擁有共同的子女，持續或超過州法所定同居父母之期間者，則為同居伴侶關係。(§ 6.03(2)) 本建議案其他關於子女監護及親權規定之門檻期間多為 2 年，所以本章之同居父母期間亦建議為 2 年。
- (三) 沒有血緣或收養關係之人間，維持共同的家，同時持續或超過州法所定的同居期間者，推定為同居伴侶關係。其推定得提出未如夫妻共同生活的反證推翻之。(§ 6.03(3)) 參考加拿大各省關於同居期間的規定，一般為 2 年或 3 年，因此法律協會建議同居期間為 3 年。
- (四) 所謂維持共同的家係指彼此間或家庭成員間有共同的住居所，若家中有其他第三人，則伴侶間必須以非個人之共同家務行為

⁴⁰⁵ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.02, Comment b. .

表現 (§ 6.03(4))。所謂維持共同的家通常指專屬於當事人及其親屬的空間，與學生間的分租公寓不同。

(五) 所謂共同子女係指伴侶雙方為子女之法律上父母或表見父母⁴⁰⁶。(§ 6.03(5))

(六) 若不符合上述情形，伴侶必須就以下事項提出證明，證明在特定期間內、共同居住於特定之住所及如同夫妻般共同生活等，尤其是下列事項對伴侶個人生活所造成的改變。(§ 6.03(6))

(七) 是否如同夫妻共同生活應參考以下事項 (§ 6.03(7))：

1. 關於彼此的關係，以口頭或書面陳述或承諾，或對第三人為共同伴侶的表現 (§ 6.03(7)(a))。此承諾與特約排除本章規定的承諾不同，不以符合契約規定為必要，僅為認定共同生活的參考。
2. 伴侶間財務密切的程度 (§ 6.03(7)(b))。
3. 伴侶關係造成相互間的經濟依賴或加深對他造依賴的程度 (§ 6.03(7)(c))。
4. 伴侶對於共同生活的促進扮演特別或合作的角色 (§ 6.03(7)(d))。
5. 伴侶關係對當事人一造或雙方生活改變的程度 (§ 6.03(7)(e))。
6. 伴侶間認知彼此的責任，如指定一方為保險受益人、遺贈、職災受益人等 (§ 6.03(7)(f))。
7. 彼此間異於其他第三人之特別對待行為 (§ 6.03(7)(g))。
8. 感情上或身體上的親密 (§ 6.03(7)(h))。
9. 社會上的 (如同夫妻) 評價 (§ 6.03(7)(i))。
10. 踐行婚禮 (無效) 或同居伴侶登記 (§ 6.03(7)(j))。
11. 締結依法無效或可能無效婚姻，且無法獲得婚姻之經濟上利益 (§ 6.03(7)(k))。舉行儀式和締結婚姻都是當事人決定如同夫妻共同生活的特徵，即使因故無法發生婚姻的效力，仍是同居伴侶共同生活的重要證明。
12. 伴侶生產、收養子女或一起行使父母對子女之義務 (§ 6.03(7)(1))。此子女與第(2)項之共同子女不同，範圍比較大，

⁴⁰⁶ Principles of the Law of Family Dissolution § 2.03 (b)

更包括一造之子女或養子女。

14. 維持共同的家 (§ 6.03(7)(m))。

傳統美國法利用明示或默示契約法則解決同居伴侶之財產爭議，但關於當事人契約意思的尋找必須透過法院的解釋與推論，未必能公平解決，因此法律協會建議比照婚姻關係，推定當事人有公平分配關係財產的合意，若當事人間不同意此安排則可以訂立特約排除。此外近親間能否成立同居伴侶關係，雖然在第(3)項的解釋中規定非近親及收養關係伴侶間的成立要件，但其只不過是針對第(3)項推定的限制，並不是同居伴侶的共同限制，有血緣關係之當事人仍可依第(6)項的規定主張之，⁴⁰⁷姊妹及朋友間僅具感情上的親密而無性關係者，亦可成立同居伴侶關係，本法並不排除近親間成立同居伴侶關係。此外，建議案中有3年同居期間及2年同居父母期間之規定，若當事人刻意迴避或偶然未達期間之門檻者，請求權人仍可依第(6)項之規定，舉證主張其有重大付出或損失，且持續一段相當的期間，仍有適用本章節之規定。若同居當事人有意迴避ALI家庭解消建議案，則必須兩人維持各自的住所、定期更換伴侶或透過雙方協議排除同居伴侶解消之效果。⁴⁰⁸

根據ALI家庭解消建議案中法律協會的說明，建議案並不排除未與法律上配偶共同居住之已婚者，在符合同居伴侶關係所列條件下，亦可主張適用同居解消之效果。⁴⁰⁹不過實務上西維吉尼亞州最高上訴法院在Thomas v. LaRosa⁴¹⁰個案中，法院拒絕承認同居伴侶之扶養協議，儘管該法院在較早之其他個案中，承認同居伴侶之扶養協議，法院仍以一造已婚為理由拒絕原告之請求。法院之所以拒絕之考量有二：一是無辜法律上配偶之保護；另一為承認已婚者與他人之同居扶養協議將有鼓勵一夫(妻)多妻(夫)之嫌。學者對此認為法院此種顧慮純屬多餘，因為ALI家庭解消建議案開宗明義即指出，善意

⁴⁰⁷ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.03, Comment d.

⁴⁰⁸ Westfall, supra note 120, at 1480.

⁴⁰⁹ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.01, Comment d.

⁴¹⁰ 400 S.E.2d 809 (W.Va. 1990).

配偶之財產權保護優先同居伴侶之其他請求，因此適用 ALI 家庭解消建議案不會發生法院所擔心的狀況。其次，關於一夫（妻）多妻（夫）的憂慮，ALI 家庭解消建議案的適用並不會鼓勵一夫（妻）多妻（夫）和通姦，因為州法中既有的刑事處罰仍然存在，並不會因為採行 ALI 家庭解消建議案而受影響。⁴¹¹

當然也有前衛學者批評 ALI 家庭解消建議案內容不夠多元，認為 ALI 家庭解消建議案仍侷限於婚姻優位的思考，不承認多元的成人性關係，及將解消爭議限定在同居當事人間，並沒有擴及第三人或政府。建議同居伴侶關係應以財產角度取代親密關係的認定，畢竟婚姻關係不管彼此間有沒有性關係，都不影響婚姻關係的認定，為何同居伴侶關係的認定標準較婚姻嚴格，ALI 家庭解消建議案欠缺合理的說明。⁴¹²

第二節 法國

法國過去對婚外男女關係之用語為「Concubinages」，相當中文語意之「妾」，不過從功能上來看應相當我國法之「事實婚」較妥當，日本學者亦有將「Du concubinage」譯為事實婚者。⁴¹³過去雖沒有成文法的規範，但法國實務判決上對其為一定程度的保護。實務對事實婚之認定標準為：性別相異之當事人，有性關係、生活共同體、安定性、繼續性、而且眾所週知者。而民法在 Pacs 修正時，一併將「妾」加以定義為「作為夫妻生活之兩異性甚或同性間，具有安定且繼續共同生活特徵之事實上結合」（民法 515-8）。因此一人與數人之結合或一時性的結合、沒有共同生活之關係者並不該當。又事實婚的規定中並沒有設定排除性要件，所以即使是有配偶之人亦可能與他人成立事實上夫妻關係。若滿足上開要件，即使是近親間也有可能發生事實

⁴¹¹ Strasser, supra note 308, at 1171-1172.

⁴¹² Ertman, Martha M., The ALI Principles' Approach to Domestic Partnership, 8 Duke J. Gender L. & Pol'y 107 111 (2001)

⁴¹³ 松川正毅，PACS について(5)~連帶に基づく民事契約~，國際商事法務 28 卷 7 期，頁 897，2000 年。

上夫妻關係。至於眾所週知是否為事實婚之要件，新法並未言明，但從一定效果的發生上，這個要件應不可欠缺。⁴¹⁴新法雖然對事實婚為定義，但其相關的權利與義務規定卻付之闕如，過去實務所賦予妾之權利與義務，勢必為新法所繼受。

法國國會在 1999 年通過共同生活契約 Pacs 的立法，同居之定義為「異性或同性男女事實上安定且繼續為夫妻般生活在一起」，不過如同夫妻共同生活並不意謂彼此有共同住所。憲法院對此認為共同生活的概念，不僅指利益共同體的建立，也不單單是共同居住的狀態，Pacs 法所稱之共同生活，係指共同居所加上夫妻般的生活。⁴¹⁵將共同生活契約與傳統婚姻之「同一屋頂下的同一張床(communauté de toit et de lit)」相類比。⁴¹⁶Pacs 法中連續出現「共同生活」、「共同居所」、「共同住居」等文字，其意義並不明確，Pacs 夫妻本有同一住居共同生活的意義，不過在結婚夫妻的情形時，即使沒有共同的住居也不影響共同生活的成立。在此前提下，Pacs 伴侶應該為相同的解釋，允許伴侶擁有相異的二個住居，但必須設定共同的居所，在此情況下，於 Pacs 登記時，由登記法院決定之。原本 Pacs 的立法係為滿足同性族群要求同性結婚之替代，但事實上，卻受異性族群較多的青睞，成為婚姻之外男女結合的另一個選擇。要件分述如下：

1. 年齡。限成年人始得締結 Pacs 契約並登記，未成年及擬制成年沒有適用。
2. 禁婚親的限制。直系血親、直系姻親或旁系血親三親等內不得為之。不僅在異性男女間，即使在同性間也不得有此關係，違反者絕對無效。
3. 已有婚姻或與第三人有 Pacs 之約定和登記者，不得為之。一人不能同時與二人以上訂立 Pacs 契約。⁴¹⁷

⁴¹⁴ 大島梨沙，フランスにおける非婚カップルの法的保護(1)－パックスとコンキユビナーージュの研究，北大法學論集，第 57 卷，頁 149-150，2007 年 3 月。

⁴¹⁵ Percin, Laurence de，齊藤笑美子譯，パックス－新しいパートナーシップの形，頁 47。

⁴¹⁶ 許耀明，「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係，頁 83-84。

⁴¹⁷ 杉浦郁子、野宮亞紀、大江千束編著，パートナーシップ・生活と制度〔結婚、事實婚、同性

4. 以書面之。Pacs 的締結被認為組織共同生活而作成之契約。契約書的作成有透過律師為之者，但多數是透過公證人之公證。契約書的作成對 Pacs 的締結具有重要意義，為組織共同生活意思的證明，且當事人必須在契約書上簽名。其內容可簡可繁，如書寫姓名、出生年、月、日、共同住所並記載「根據 1999 年 11 月 15 日法律關於 Pacs 之規定」。不過一般而言，詳細記載是被鼓勵，如相互扶養義務方面，負擔比例的決定、一方如何支付生活費或金錢等。或 Pacs 成立後不屬共同財產之個別財產的列舉。或關係解消時，二人財產清算之特別約定，或因為 Pacs 伴侶間相互沒有繼承權，在契約書中為遺囑之記載等。Pacs 約定內容的作成，一般人無法勝任，依賴公證人為之比較理想，尤其在有繼承人存在時，紛爭形成的可能性極高，更有透過公證人為之的必要性。⁴¹⁸
5. 必須登記。Pacs 申請登記機關為當事人居住地第一審法院，而不是結婚登記之市政廳。⁴¹⁹雙方必須親自前往第一審法院書記室登記，不得由他人代理。此外在海外 Pacs 伴侶中一人為法國人時，Pacs 的登記由所在地領事館為之。Pacs 的契約書必須準備二份，個人身分證件及出生地市政廳所出具之出生證明，此外沒有與他人締結 Pacs 的證明也是必要。至於共同住所證明及非近婚親的證明則不在要求之列，不過通常法院會勸諭當事人提出。若在關係存續中為 Pacs 約定內容的變更，則必須回到原 Pacs 申請登記機關變更之。Pacs 伴侶因法院書記處為 Pacs 登記時起，即從契約確定之日起，產生對抗第三人之效力。而 Pacs 為登記後，契約締結地之第一審法院書記室及當事人出生地之第一審法院書記室亦同為記載。⁴²⁰
6. 當事人締結的內容屬當事人私生活之部分，登記簿並不公開閱

婚]，頁 105，綠風出版社，2007 年。

⁴¹⁸ 松川正毅，PACS について(2)~連帶に基づく民事契約~，國際商事法務 28 卷 4 期，頁 503，2000 年。

⁴¹⁹ Forder, supra note 79 at 386,387.

⁴²⁰ 松川正毅，PACS について(3)~連帶に基づく民事契約~，國際商事法務 28 卷 5 期，頁 634，2000 年。

覽，因此當事人之債權人等第三人不能閱覽登記簿。但稅務機關、公證人、社會保險公司等之閱覽則不在此限。⁴²¹

關於 Pacs 的終止，Pacs 既然界定為生活契約，契約當然可以終止，依法 Pacs 的終止分為合意終止及單方終止。所謂合意終止係雙方伴侶以合意方式終止，並以書面提出，至少向其中一人的居住所所屬管轄第一審法院書記室提出共同的聲明，法院書記官在契約書欄外為契約終了附記即可。至於單方終止即伴侶之一方決定終止 Pacs 關係時，需通知他方，並向原書記室為送達他方的證明，Pacs 將在第一審法院收到終止通知送達後 3 個月終止其效力。一方結婚或死亡亦構成終止之原因（民法第 515-7 條），亦即伴侶之一方若與其他人結婚者，Pacs 關係將自動解消，手續上結婚之一方必須通知他方，並將送達證明及出生證書（為婚姻註記的記載）複本寄送原登記第一審法院書記室。至於一方死亡的情形，Pacs 關係因一方死亡而終了，生存之他方將死亡證明的複本，寄送原登記第一審法院書記室。又婚姻法上待婚期間之規定，在 Pacs 關係並沒有適用，所以一方在 Pacs 關係解消後，立即與他人成立新的關係並非不可能。⁴²²

第三節 日本

日本內緣從形成時間區分可分為傳統內緣與現代內緣，而傳統內緣的成立，通說認為有婚姻意思及共同生活的事實，但未為結婚申報者。再從婚姻實質要件來檢視，若當事人間完全符合結婚實質要件或僅違反結婚年齡、待婚期間或父母同意之規定者，為一般內緣。若男女違反重婚禁止規定所形成之內緣，為重婚內緣。違反禁婚親規定所形成之內緣，則為近親內緣。若當事人有意識拒絕婚姻者，則為現代內緣。以下為論述上之方便，依序討論一般內緣、重婚內緣、近親內緣、現代內緣四大類。

第一項 一般內緣

⁴²¹ 松川正毅，PACS について(3)~連帶に基づく民事契約~，頁 634。

⁴²² 松川正毅，PACS について(3)~連帶に基づく民事契約~，頁 635。

日本對於內緣並沒有身分法的規範，對內緣關係的保護是建立在實務判決上。學說及實務之內緣或內緣關係，係指當事人間有成立足以被認為社會觀念上夫妻共同生活關係之合意，及根據此合意成立之夫妻共同生活事實為要件。日本明治時期由於嚴守婚姻申報主義，對事實婚並未給予保護，及至大正 4 年大審院連合部 1 月 26 日判決，以債務不履行理論賦予事實婚配偶之保護。之後在昭和 33 年最高裁判所 4 月 11 日判決另採準婚理論，一方如無正當理由離棄時，因故意或過失侵害權利，其不法侵權行為責任應予以肯定。又不當廢棄內緣者，相對人亦可以婚姻預約不履行為理由，請求損害賠償。從此實務採債務不履行及準婚理論二元論立場。⁴²³學者間對於內緣的分析，通常從主觀要件與客觀要件加以分析：

（一）主觀要件：即當事人要有婚姻意思。

一般而言要有社會通念成為夫婦之意思，即判決所謂「遵守法律所定結婚的手續，成為正式夫婦之意思」⁴²⁴，不過學者認為若將婚姻意思含有登記意思的話，在現行法下凡是有登記可能而不為登記，即無登記意思，即無婚姻意思，則內緣無由成立。通說認為應緩和婚姻意思之要件，只要男女有形成社會上所承認之夫妻關係的意思即可。⁴²⁵至於實務具體認定方法有性關係的繼續、懷孕事實的有無、在家族間及對外稱謂、相親、訂婚、結婚儀式有無等。⁴²⁶

日本實務上在內緣不當離棄之損害賠償請求及交通意外事故對加害人之損害賠償請求方面，被告經常以當事人間沒有婚姻意思，不該當內緣關係來抗辯。大審院判決方面認為，關於婚姻的預約，即使是學生時期的同居，也必須根據社會的通念，不能逕以非婚姻預約而排除。⁴²⁷同時在最高裁判所的判例中，

⁴²³ 中川淳，日本法における事實婚の現在，頁 36-39。

⁴²⁴ 東京高等裁判所判決，昭和 47（1972）年 11 月 30 日。

⁴²⁵ 吉田恒雄、岩志和一郎，親族法·相続法（改訂版），頁 93，尙學社，2006 年。

⁴²⁶ 千葉地方裁判所佐倉支部判決，昭和 49（1974）年 7 月 15 日；福岡地方裁判所小倉支部判決，昭和 47（1972）年 2 月 28 日。

⁴²⁷ 大審院判決，昭和 6（1931）年 5 月 27 日。

婚外男女關係的一方，因解消而產生不公平的個案中，為救濟其不利益，而廣泛承認婚約的存在。例如女性因男性答應結婚申報而繼續交往或為性關係的繼續而兩度墮胎。⁴²⁸

(二) 客觀要件：當事人間應有社會觀念所認為之夫妻共同生活之事實與內容存在。

男女必須有夫妻共同生活的實體存在，其實體存在一般以一段期間的同居繼續證明之。至於其期間之長短，實務上有不同的看法，在交通事故致死之慰撫金請求案例上，男女彼此以配偶身分參加家族之婚喪喜慶活動，雖僅同居 1 年 9 個月，亦獲得承認。甚者只因踐行結婚之儀式者，即使共同生活 2 週，仍可能被認定為內緣。⁴²⁹ 因此若無上開情事，短時間（約 3 個月）同居不足以構成內緣。⁴³⁰ 此外無繼續性的同居關係，內緣也很難獲得承認。如雙方有各自的住所及生計生活，社會觀念上所承認之夫妻共同生活的實質完全不具備者，其內緣不當離棄之損害賠償請求為法院所拒絕。不過實務上也有不同的看法，有判決認為對於媒人的信賴，欠缺結婚儀式及同居生活，雖然男女關係不過維持 6 個月的時間，仍構成內緣關係，承認其不當離棄之損害賠償請求。⁴³¹ 其次在內緣妻與死者繼承人間關於死亡退職津貼的爭議個案中，即使是住所與生計個別的男女關係，其「精神及日常生活相互協力共同生活的形成」被認定為事實上夫妻，進而承認其死亡退職津貼的受領權。⁴³² 另因

⁴²⁸ 最高裁判所第 1 小法庭判決，昭和 38（1964）年 9 月 5 日。

⁴²⁹ 千葉地方裁判所佐倉支部判決，昭和 49（1974）年 7 月 15 日。

⁴³⁰ 東京地方裁判所判決，昭和 49（1974）年 7 月 16 日。

⁴³¹ 福岡地方裁判所判決，昭和 44（1969）年 8 月 26 日。「夫妻通常以單一住所而同居生活在一起，本案所認定之事實是否為同居生活成為問題，根據原告 X 本人的陳述，原告 X 與被告 Y，在一起前往訴外人 Z 住處拜訪前，仍為戶籍上訴外人 W 的妻子，其之所以擔任保險業務員係為扶養小孩亦為被告 Y 所認知，…根據二人工作的性質、人情上離婚後為暫時掩人耳目的心情，綜合其他有關情事等，本件生活的方式為同居生活的一種形態，從而認定原告與被告間有內緣事實的存在。原告 X 比被告 Y 年長，再者原告 X 已經有小孩，該事實皆為被告 Y 同居前所已知，並經被告 Y 所自認，以此為理由而單方解消內緣關係並無正當理由，因此該當內緣關係的不當離棄，對於原告 X 所蒙受之精神上損害，負賠償之責。而對 Y 父而言，反對自己兒子與年長 8 歲並有小孩的女人結婚無可厚非，不具違法性，駁回該部分之請求。」

⁴³² 大阪地方裁判所判決，平成 3（1991）年 8 月 29 日。

疾病而進出醫院的男性，週末寄宿於女方家之案例，男女雙方互相依存對方生活，因「精神上的結合非常親密」，所以將男女間之關係視為「夫妻共同生活關係的一種」，認定為內緣關係。

433

(三) 其他實質要件：

1. 重婚禁止。但離婚後尚未辦妥離婚登記之同居，即一方或雙方處於「事實上離婚的狀態」，實務上例外加以保護。⁴³⁴
2. 須非禁婚親。禁婚親的內緣，原則上因違反公序良俗而無效，⁴³⁵但實務有例外討論。⁴³⁶
3. 至於違反結婚年齡限制之規定、⁴³⁷ 未成年人未得父母之同意、⁴³⁸ 女子違反待婚期間之限制⁴³⁹等，則不影響內緣關係之認定。

(四) 成立要件的緩和

日本內緣法保護的根據，係視內緣為準婚姻關係。而男女關係的正當性，常常對比婚姻來考量。不過現在經由婚姻申報的法律婚，其夫妻共同生活的形態多樣，如專業主婦型、雙薪家庭的增加，因職業或生活方式的理由，造成不同居的婚姻或僅在週末同居的夫妻，或沒有性關係的婚姻等。互許終身的伴侶，建築在繼續性的愛情與信賴關係，被認為是重要者。婚姻同居及生計要素明顯與過去不同，而雙薪家庭的增加，自己的生計由自己而維持，維持相互關係的必要費用，由雙方共同分擔亦司空見慣，「生計上同一」的理解必須採取較有彈性的看法。因此套用到內緣客觀成立要件之夫妻共同生活標準，也應與時俱進，即男女形成一種精神與日常生活相互協力的共同生活

⁴³³ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 149。

⁴³⁴ 重婚內緣之成立要件有二：一是當事人間有婚姻之意思。二是必須有如夫婦般共同生活的實質，同時一方或雙方法律上配偶尚存在。並且法律婚處於形骸化之狀態。

⁴³⁵ 山之內三紀子，內緣解消，離婚・內緣解消の法律相談，頁 361，青林書院，2004 年。

⁴³⁶ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 28-33。

⁴³⁷ 大審院判決，大正 8（1919）年 4 月 23 日。

⁴³⁸ 大審院判決，大正 8（1919）年 6 月 11 日。

⁴³⁹ 大審院判決，昭和 6（1931）年 11 月 27 日。

形態。⁴⁴⁰

而在部分案例中，儘管沒有同居生活，仍然承認其內緣不當離棄之損害賠償請求，致使婚姻意思變得曖昧。⁴⁴¹因此內緣主觀要件方面，學者亦建議改採「繼續且安定之共同生活（關係）意思」之解釋。⁴⁴²內緣成立要件，必須從法保護的必要性及妥當性觀點，採取相對性原則。

不過最近實務似乎轉趨嚴格解釋，認為當事人沒有民法所定婚姻意思合致存在，甚者，兩人刻意迴避婚姻者，即使一方斷然脫離關係而與第三人結婚，因雙方顯然無不得脫離關係的合意存在，從而不構成慰撫金請求權發生原因。⁴⁴³似乎有準婚理論純化的傾向。⁴⁴⁴

第二頂 重婚內緣

單純的內緣，現今日本通說認為必須具備主觀上的婚姻意思及客觀上共同生活的實體，並根據準婚理論加以保護。但若一方仍存有法律婚關係，並與他方形成內緣關係者，即所謂重婚的內緣關係，在學說上其立場則未必一致。在第二次世界大戰以前，多數認為重婚的內緣違反公序良俗而絕對無效。不過二戰後，絕對無效說有緩和的趨勢，以違法公序良俗之無效說為基礎，對於不法性低的當事人予以救濟之相對無效說逐漸成為主流。特別是對重婚沒有認識，承認善意內緣當事人應予保護之善意保護說。⁴⁴⁵不過近來的學說，認為有比內緣當事人善意或惡意更重要的問題，即併存法律婚的態樣，成為有力的主張。換言之，以法律婚破綻的狀態及關係，作為併存內緣關係是否值得保護的依據。採此見解的下級法院判決亦有增加的趨勢。⁴⁴⁶至於

⁴⁴⁰ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 26。

⁴⁴¹ 岐阜家庭裁判所判決，昭和 57（1982）年 9 月 14 日。

⁴⁴² 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 17-18。

⁴⁴³ 最高裁判所第 1 小法庭判決，平成 16（2004）年 11 月 18 日。

⁴⁴⁴ 吉田克己，婚姻外の男女關係の一方的解消と不法行為責任，民商法雜誌，第 134 卷 3 號，頁 483，2006 年。

⁴⁴⁵ 中川善之助，新訂親族法，頁 322，青林書院，1967 年；島津一郎，親族法，頁 67，法文社，1955 年。

⁴⁴⁶ 佐藤義彥，重婚的內緣と財産分与，家事審判事件の研究（一），頁 95，一粒社，1988 年。

值得保護重婚內緣併存法律婚的態樣如何，學說上有不同之看法，有認為法律婚實質上客觀上已呈現破綻即為已足。⁴⁴⁷有認為法律婚不僅有離婚的合意還要加上共同生活的廢止為必要。⁴⁴⁸有認為還要加上離婚後的有關安排為必要等。⁴⁴⁹更有從善意保護說出發，以重婚的內緣保護為基準的看法。

成為問題的是，關於併存的法律婚，當形骸化的法律婚沒有正式的離婚時，重婚的內緣應給予什麼程度、什麼範圍的保護，才是今日具體的課題。換言之，法律婚及重婚內緣種種權利義務的競合如何處理。目前對於這個問題並沒有獲得充分的討論，也沒有定論，有種種解決方法的可能。可分為二種處理方式，一是法律婚和重婚內緣二者擇一的處理；另一是種種權利義務分屬、分配型的處理。前者是只承認一方有權利義務的處理方式，為一般固有的看法。後者則是個別法律關係決定權利義務的存否。何種解釋為優，為未來解釋論的重要課題。縱使法律婚與重婚的內緣併存，法律婚的存在與重婚內緣的處理沒有關係者另當別論，但兩者間複雜的問題仍然不少。一般來說，值得保護的重婚內緣，依個別法律關係加以判斷即可，但仍必須具備一般內緣的實體。

通說認為值得保護重婚的內緣關係，除了男女間要有一般內緣的實質外，法律婚必須處於事實上離婚的破綻狀態。一般內緣的實體，其標準依前述一般內緣關係判斷之即可，至於法律婚處於事實上離婚的破綻狀態如何認定，則有不同看法。有學者認為可以從法律婚當事人間關於離婚的合意、長期行蹤不明、生死不明、法律上配偶之他方亦與他人形成內緣關係、長期別居或法律仍殘留任何的實質（如生活費的給付、有時回到妻子的身邊、戶口名簿及住居表示的狀況、健康保險配偶之姓名等）加以判斷。⁴⁵⁰亦有裁判所認為，當事人即使沒有離婚意思，只要有別居及離婚經濟給付、斷絕音訊與親子關係

⁴⁴⁷ 中川淳，內緣保護と届出主義，法学セミナー，第205號，頁68，1973年。

⁴⁴⁸ 我妻榮，親族法，頁134、200，有斐閣，1961年。

⁴⁴⁹ 山島正男，判例批評，判例評論，第94號，頁102，1967年。

⁴⁵⁰ 山口純夫，重婚的內緣の妻の地位，判例タイムズ，第747期，頁171，1991年。

者，即構成重婚的內緣。⁴⁵¹換言之，若離婚意思明確，長期同居則非必要，而且已為事實上離婚給付者，則可認為法律婚的破綻。若僅有一方之離婚意思，或雙方意思不明確者，但有長期同居之事實，即使欠缺離婚經濟給付或斷絕音訊等，法律婚仍可能被認定為破綻。不過在日本最高裁判所關於遺族年金的互助給付中，對於重婚內緣妻與法律上妻受領資格的爭議，對重婚內緣為指示性的認定標準：法律婚當事人間之離婚意思、別居、法律婚當事人間之經濟給付、音訊交流、親子關係等的調查。⁴⁵²之後的下級法院實務即遵循此標準，在沒有離婚之明示時，只要有些許法律婚經濟給付與交往存在，即不構成法律婚之破綻。嗣後對於些許經濟上的給付即被解釋為婚姻關係實體未喪失的看法，有法院認為不當。⁴⁵³在法律婚當事人離婚意思不具備，指責法律上妻對婚姻關係的修復並不積極，經濟上的給付係父親對子女的照顧，皆為人之常情。在婚姻破綻的認定加上新的事項，特別是破綻認定的要素上，法律婚配偶雙方是否採取積極的措施，為近來法院判決的重要參考。⁴⁵⁴

最近的趨勢則是即使無法將法律婚當事人間離婚意思解釋為法律婚解消的合意時，該行為仍諭有實質婚姻關係繼續意思已喪失之可能，此種具體判斷事實關係的作法，帶有重婚內緣保護基準緩和的意義。⁴⁵⁵

第三項 近親內緣

內緣當事人間具有婚姻障礙事由之禁婚親者能否成立內緣關係，為討論內緣關係之要件時，不能忽視之議題。日本對於近親內緣的討論，主要集中在遺族年金的請求，例如與被保險人有直系姻親之關係者，即使發生內緣關係的實質，能否獲得法律的承認，即是否該

⁴⁵¹ 東京地方裁判所判決，昭和 43（1968）年 12 月 10 日。

⁴⁵² 最高裁判所第 1 小法庭判決，昭和 58（1983）年 4 月 11 日。

⁴⁵³ 東京地方裁判所判決，昭和 63（1988）年 3 月 28 日。

⁴⁵⁴ 東京地方裁判所判決，平成 5（1993）年 3 月 3 日。名古屋地方裁判所，平成 13（2001）年 9 月 14 日。

⁴⁵⁵ 最高裁判所第 1 小法庭判決，平成 17（2005）年 4 月 21 日。

當厚生年金保險法第3條第2項「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」。早期日本最高裁判所認為，與死亡厚生年金保險被保險人具有姻親關係者，縱使與死者形成內緣關係者，亦不該當厚生年金保險法第3條第2項「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」。所謂「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」並非包含所有內緣關係，基於當事人合意，以社會通念所承認之夫妻共同生活為成立要件，此種事實關係的存在包含內緣關係，惟反於倫理的內緣關係則不能認為包含在內。蓋依法之保險給付主要係法律強制被保險人繳交之定期保險費及國庫所提供之負擔，具有公的性質，符合公給付性質之受領人始能成為給付之對象，違反社會一般倫理觀的內緣關係者，不能承認符合受領公的給付。本案原告X為死者A父Z的妻子為兩造所不爭執，原告X為死者A間為直系姻親一親等，依民法第735條規定不能成立婚姻關係，該條係婚姻適法成立之要件，若承認直系姻親間而生之感情生活為婚姻者，將紊亂社會倫理，此為規定所由設。與同條相抵觸將無法為婚姻申報登記及發生婚姻關係的觀點來看，原告不該當法所規定之「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」。⁴⁵⁶

不過最近最高裁判所改變向來見解，對叔父與姪女形成的內緣關係，承認遺族厚生年金的給付。叔父A於昭和年間與C女結婚，長女D出生後罹患精神病，留下D女並返回娘家。A乃決定離婚，不過礙於C女精神狀態，因此協議困難。C女返回娘家後，A因工作考量，將D女之照顧委由其父母為之，但父母忙於務農而無法周全，所以A兄的長女X便在春夏之際，長期的請假休息照顧D女。親戚則提議X是A結婚的合適對象，X一開始感到吃驚，但因D的堅持，A及X便在親友的支持及祝福下開始夫妻共同生活。再者，A及X開始共同生活後，慎重考慮C女的精神狀態，和C女協議離婚。共同生活後，在結婚方面，鎮長為「依照右願望出具沒有相違的證明」並簽名署押於其上。X女也以A為戶長在健康保險證上記載，並在源泉徵收簿上以

⁴⁵⁶ 最高裁判所第1小法庭判決，昭和60（1985）年2月14日。

之為配偶扣除對象的記載，同時 X 與 A 之共同子女亦經認領，包括 D 在內的 5 個人繼續安定過著家庭生活。平成年間 A 死亡，X 根據 A 生前指示，於平成 13 年 10 月間對社會保險廳提出遺族厚生年金支付請求。但因不該當遺族的範圍而收到不給付之處分，X 因此起訴請求撤銷不給付之處分。⁴⁵⁷

一審東京地方裁判所認為叔父與姪女間為近親婚關係中最遠者，其次 A 與 X 之間係因 X 祖父同情 A 照顧小孩的辛勞及親戚間的贊同而形成內緣關係，從動機、態樣來看並無極端不妥，再者 A 與 X 長達 42 年的安定關係，在職場、地方、社會間也沒有排斥感而受到承認。X 該當「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」之規定，承認 X 的請求。⁴⁵⁸不過東京高等裁判所則認為，「受給權者，…公的保護對象要求必須是相當的內緣關係者，必須以民法所定婚姻法秩序為前提，根據民法第 734 條第 1 項規定，禁止 3 親等內旁系血親結婚，因此而形成的內緣關係，請求遺族厚生年金之公給付的保護，並非法所預定，拒絕 X 的請求。⁴⁵⁹」之後最高裁判所多數意見認為「厚生年金保險之被保險人與其姪女形成內緣關係，主要係因養育叔父與其前妻之子而形成，當初難謂有反倫理、反社會的傾向，親戚間並不排斥而接受、地方社會亦公開的容忍，到叔父死亡時長達 42 年的期間，圓滿安定的繼續著。與禁止近親間婚姻的公益要求相較，提升遺族生活安定和福祉的厚生年金保險法，承認其目的較為優先，因此原告基於厚生年金保險法所受領之給付，與配偶地位相當。⁴⁶⁰

因此目前日本實務承認即使在禁婚親間仍可該當厚生年金保險法第 3 條第 2 項「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」，取得遺族厚生年金的給付。

⁴⁵⁷ 中川淳，近親內緣に対する遺族厚生年金の支給—最判平一九、三、八を中心として，戶籍時報，第 621 號，頁 61-62，2007 年。

⁴⁵⁸ 東京地方裁判所判決，平成 16（2004）年 6 月 22 日。

⁴⁵⁹ 中川淳，近親內緣に対する遺族厚生年金の支給—最判平一九、三、八を中心として，頁 62。

⁴⁶⁰ 最高裁判所判決，平成 19（2007）年 3 月 8 日。

第四項 現代內緣

不願受法律束縛為理由而拒絕婚姻登記者，換言之，特別地有意識的選擇事實上婚姻關係，將這種「主義型的內緣」稱做事實婚。⁴⁶¹亦有稱為「故意、選擇的內緣」、「事實、偶然的內緣」、「選擇的內緣」、「現代的內緣」等。⁴⁶²當然亦有學者鑑於內緣與事實婚概念上的糾葛，或認為事實婚非法律概念，而另以其他用語代之，如自由結合的夫妻關係（自由結合カップル）。⁴⁶³或謂男女因為沒有婚姻登記，當然不是法律婚，又因沒有做為夫妻的意思，也不是內緣關係，這種關係以（非婚）同居稱之。⁴⁶⁴或稱為同居婚（選擇的同居、試驗婚的同居）。⁴⁶⁵或謂「現代的內緣」、「準內緣」、「事實婚」、「現代的同居」等。⁴⁶⁶總而言之，即迴避法律婚的約束而選擇非婚的結合。與前開傳統內緣相較，伴侶當事人間僅有客觀共同生活之事實，主觀上並沒有結婚的意思，充其量僅有共同生活的意思。

第四節 中國大陸

第一項 事實婚姻與非法同居

歸納歷次最高人民法院的解釋，事實婚姻關係必須具有以下要件：

- （一）符合婚姻法結婚要件之男女。即必須是沒有配偶男女合意結合，符合婚姻法男必須滿 22 歲，女滿 20 歲之規定，非禁婚親，且無患醫學上不當結婚之疾病。
- （二）未辦理結婚登記。即使舉辦結婚之儀式或宴請賓客，雙方未赴一方戶籍所在地婚姻登記機關辦理登記，無法取得結婚證。
- （三）以夫妻名義同居生活，群眾也認為是夫妻者。即同居男女主觀

⁴⁶¹ 內田貴，民法IV親族·相続，頁 144-145；二宮周平，事實婚を考える，頁 1，日本評論社，1992 年。

⁴⁶² 古川櫻子，事實婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察，岡山大學大學院社會文化科學研究科紀要，第 27 號，頁 50，2009 年 3 月。

⁴⁶³ 大村敦志，家族法，頁 223，有斐閣，2002 年。

⁴⁶⁴ 吉田恒雄，親族法·相続法，頁 92，尙學社，2001 年。

⁴⁶⁵ 吉田邦彥，家族法（親族法·相続法）講義錄，信山社，頁 88，2007 年。

⁴⁶⁶ 棚村政行，法律上の配偶と事実上の配偶との異同，頁 12。

上有以夫妻名義相互對待的意思，客觀上男女雙方對外宣稱夫妻關係，而使周遭親友或第三人認定其為夫妻。實務上即以男女雙方對夫妻關係的承認，作為認定男女主觀意思的參考。⁴⁶⁷

至於事實婚姻要件中，欠缺結婚實質要件者，例如一方或雙方有配偶、未達結婚年齡、屬禁婚親或患不得結婚之惡疾者，因本無法為結婚登記，卻以夫妻名義同居生活，顯然形式與實質皆非法律所容許，實務稱之為非法同居關係。

2001 年最高人民法院解釋第 2 條特別指出，婚姻法第 3 條、第 32 條、第 46 條規定「有配偶與他人同居」的情形，是指有配偶者與婚外異性，不以夫妻名義，持續、穩定地共同居住。

2003 年頒布之最高人民法院解釋⁴⁶⁸，第 1 條「當事人起訴請求解除同居關係的，人民法院不予受理。但當事人請求解除的同居關係，屬於婚姻法第 3 條、第 32 條、第 46 條規定『有配偶與他人同居』的，人民法院應當受理並依法予以解除。當事人因同居期間財產分割或者子女撫養糾紛提起訴訟的，人民法院應當受理。」

根據最高人民法院 2001 年、2003 年的解釋，理論上同居關係似可區分為有配偶者與他人同居及適婚男女單純同居。

實務案例分析：

大陸官方採用之法律資料庫中⁴⁶⁹，重要案例如下：

案例一：黎吉哲訴謝外藝解除未明確夫妻名義的同居關係案⁴⁷⁰

裁判內容：原審法院認為非法同居是沒有配偶的男女，未辦理結婚登記手續即以夫妻名義公開同居生活，群眾也認為是夫妻關係的一種。據查，原、被告從 1996 年 5 月至同年 8 月雖有同居，但原告對外介紹被告是其女朋友，原告同事也認為他們只是朋友關係，原告反對被告與周圍鄰居交往，雙方只是交朋友、談戀愛，並非以夫妻名義同居

⁴⁶⁷ 2000 年 7 月 30 日吉林省白城市中級人民法院（2000）白民初字第 1 號民事判決。

⁴⁶⁸ 2003.12.26 最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋（二）。

⁴⁶⁹ 中國國家法規數據庫。

⁴⁷⁰ 海口市秀英區人民法院民事裁定，1997 年 6 月 18 日。

生活。鑒於原、被告的行為只是戀愛過程中的越軌行為，不屬非法同居關係。

分析：該案原審法院認為，依當時（1997年）婚姻法及相關實務解釋，所謂非法同居關係必須是沒有配偶之男女，未辦理結婚登記即以夫妻名義共同生活。若男女共同生活非以夫妻名義為之者，則不屬非法同居，法院當然不予受理。

案例二：周佔軍訴劉月華解除非法同居分割財產糾紛案⁴⁷¹

裁判內容：原審法院認為所謂「非法同居」，按照「最高人民法院關於人民法院審理未辦結婚登記而以夫妻名義同居生活案件的若干意見」必須具備三個要件：（一）未辦結婚登記手續；（二）公開以夫妻名義同居生活；（三）群眾也認為是夫妻關係的；公開以夫妻名義同居生活前提就是男女雙方對夫妻關係均予認可，現被告對非法同居的事實予以否認，…原告主張非法同居的事實證據不足，本院不予支持。

分析：本案原審法院依最高人民法院的解釋，將非法同居細分為三個要件，就其中何謂公開以夫妻名義共同生活加以定義，認為必須男女雙方對夫妻關係予以認可，當事人主觀上認可彼此之配偶地位，並以此為前提。惟結合上開要件（二）（三）文義來看，似乎是指男女同居生活客觀情狀上的觀察，即如同夫妻般生活，且其程度必須達到一般人（群眾）足認為其為夫妻者。若兩造對於以夫妻名義共同生活一事沒有爭執固無疑問；相反地，若雙方意見不一致時，應以客觀情事為準，而不是前提的問題。男女涉訟後，期待雙方當事人對夫妻關係予以認可，似難達成。

第二項 同居關係再確認

學者認為現行婚姻法廣義同居關係可分為有配偶者與他人同居

⁴⁷¹ 吉林省白城市中級人民法院（2000）白民初字第1號民事判決，2000年7月20日。

(非法同居)、有配偶與他人以夫妻名義共同生活(事實重婚)、無配偶且符合結婚條件之男女以夫妻名義共同生活(事實婚姻)、無配偶且符合結婚條件之男女單純共同生活(狹義同居)。在1994年2月1日以後,根據婚姻登記管理條例之立法目的,凡是未辦理結婚登記的男女,不論是以何種名義共同生活,一律認定為非法同居關係但排除男女單純同居,單純同居法所未明。⁴⁷²學者雖然有這樣的看法,但實務上對於非法同居是否應以夫妻名義同居生活為前提,看法並不一致。此外,即使不以夫妻名義同居生活為條件,構成非法同居原因除了一方有配偶的情形外,未達婚齡、禁婚親間之同居,亦屬非法同居之類型,學者分類顯然並不完整。

綜合最高人民法院歷來解釋與地區人民法院裁判案例來看,婚外男女關係應可分為:

- (一) 事實婚姻關係(1994年2月1日以前)。
- (二) 非法同居關係(男女無婚姻障礙事由未結婚登記卻以夫妻名義生活、男女有婚姻障礙事由卻以夫妻名義生活)。
- (三) 同居關係(男女有婚姻障礙事由但未以夫妻名義之同居,2003年以後)。
- (四) 單純同居(男女沒有婚姻障礙事由之同居)。

現行2003年解釋僅規定當事人起訴請求解除同居關係,人民法院不予受理。但當事人請求解除的同居關係,屬於婚姻法第3條、第32條、第46條規定「有配偶與他人同居」者,人民法院應當受理並依法予以解除。當事人因同居期間財產分割或者子女撫養糾紛提起訴訟的,人民法院應當受理。將同居分成二類,有配偶與人同居及同居涉及財產分割和子女撫養者。依大陸實務界對最高人民法院2003年解釋的看法,從2001年解釋開始,過去最高人民法院解釋中「非法同居關係」改為「同居關係」,不過是用語的改變,但其概念並沒有改變,其內容如果沒有與新解釋相抵觸者,仍繼續適用。⁴⁷³依其見解

⁴⁷² 李霞,《婚姻家庭繼承法學》,頁94-96,山東大學出版社,2006年。

⁴⁷³ 劉銀春,「最高人民法院關於適用『中華人民共和國婚姻法』若干問題的解釋(二)的理論與

分類，婚外男女關係將變成事實婚姻關係與同居關係二類。換言之，現行同居關係將完全適用過去非法同居有關之規定。除事實婚姻外，男女無婚姻障礙事由未結婚登記卻以夫妻名義生活、男女有婚姻障礙事由卻以夫妻名義生活、男女有婚姻障礙事由但未以夫妻名義之同居、男女沒有婚姻障礙事由但未以夫妻名義之同居等四種類型，皆適用過去非法同居關係的相關解釋，恐不妥當。在共同生活的外觀與男女彼此認知、信賴上各不相同，而且與公序良俗的維護亦有程度上的差異。如男女以夫妻或情侶名義對外交易，交易相對人的信賴當然不同；又男女追隨歐美潮流的未婚同居（單純同居），對社會影響亦不甚嚴重，因此上開同居當事人的法律地位，有進一步思考的必要。

第五節 我國

第一項 學者見解

陳棋炎氏：事實上夫妻關係雖已具備合法婚姻之實質要件，但不具備形式要件者屬之。詳言之，在該男女結合，未欠缺婚姻成立形式要件之情況下，如婚姻當事人無意思能力；或就婚姻無合意；或違反禁婚親規定者，縱該男女結合，亦不能成立婚姻，是婚姻無效（不成立）者也，如婚姻欠缺其他實質要件者，該婚姻雖有瑕疵，但仍有係有效成立之婚姻，而僅撤銷權人可得行使其撤銷權而已。惟婚姻一旦被撤銷，則在撤銷以後，該男女結合關係。仍皆可視為事實上夫妻關係。無論如何，只要在當事人間，既有結婚之合意，而並非禁親間之男女結合，且又經營婚姻一般之共同生活關係之實者（應除外重婚者、無意識中或精神錯亂中之婚姻），皆應視之為事實上夫妻。⁴⁷⁴

郭振恭氏：事實上夫妻當事人須具備婚姻之意思，互認他方為自己之

實務問題解析」，法律適用，頁 4-5，2004 年 10 月。

⁴⁷⁴ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，台大法學論叢，11 卷 1 期，頁 111-113，民國 71 年。

配偶，以自己之全人格兩相結合，而組成共同生活關係，並已公然為夫妻共同生活，形成獨占、排他之身分關係，與法律上夫妻相同。因此事實上夫妻應具有婚姻之意思，並已有夫妻共同生活之事實。具有婚姻之意思，自須有婚姻意思能力，為夫妻共同生活之初，非在無意識或精神錯亂中狀態，甚為明瞭。又有重婚情事者，殊與一男一女之正當夫妻關係之觀念不合，亦有背兩性平等原則，故事實上夫妻應無重婚情事。事實上夫妻如屬禁婚親，尤不應受法律之保護，是事實上夫妻應非屬禁婚親範圍。至於其他實質要件，如須達結婚年齡、須得法定代理人同意、須非監護關係等，縱未具備，因當事人有婚姻意思，又無礙事實上夫妻之共同生活，仍應認為其為事實上夫妻。⁴⁷⁵

黃宗樂氏：僅欠缺結婚方式之事實上夫妻，仍有婚姻共同生活之實質。

鄧學仁氏：具有婚姻意思之男女，不僅已有夫妻共同生活之事實，且社會亦承認其為夫妻，但因欠缺法律所規定之婚姻形式要件，致不能成為法律上夫妻者，其與法定婚姻有別，亦可稱為婚外關係。⁴⁷⁶狹義事實上夫妻係指民法第 988 條無效婚所致之事實上夫妻；一般事實上夫妻係指婚姻不成立所致之事實上夫妻；廣義之事實上夫妻指試婚或拒絕婚姻之事實上夫妻。⁴⁷⁷

林秀雄氏：事實上夫妻既非男女同居關係，亦非夫妻關係，其須以當事人有結婚之意思為前提始能成立，只因其結婚不符法定之形式要件，而無法成立法律上之夫妻關係。因此，當事人於結婚時處於無意識或精神錯亂中之狀態，因不具婚姻意思，而無法成為事實上之夫妻，但於回復常態後，有成為夫妻之意思而過共同生活時，得為事實上之夫妻。又為維持一夫一

⁴⁷⁵ 郭振恭，婚姻形式要件之研究，自版，頁 166-169，民國 75 年。

⁴⁷⁶ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，警大法學論集，第 10 期，頁 260，民國 94 年 3 月。

⁴⁷⁷ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 274。

妻原則，已有法律上之配偶，不許再與他人成立事實上之夫妻關係。近親結婚為無效婚，若當事人屬禁止結婚之近親關係時，亦不得成立事實上之夫妻。⁴⁷⁸

因此國內學者間對於事實婚成立要件，看法相當一致，即男女當事人間，主觀上有結婚之意思，且又經營婚姻一般之共同生活關係之實者（應除外重婚者、禁親間者、無意識中或精神錯亂中之婚姻），皆應視之為事實上夫妻。所以道德上為社會所不承認之婚外情、通姦、宿娼、午妻等不正常、私密之男女結合，並非學者通說之事實上夫妻。

第二項 實務見解

第一款 事實上夫妻與類似夫妻之結合關係

關於事實上夫妻的認定，實務見解並未一致，而「事實上夫妻」、「妾」及「類似夫妻之結合關係」等概念似不區分，茲以同一當事人間之遷讓房屋及給付贍養費個案為例：

事實背景：

- （一）楊○○與黃○○於民國 76 年 7、8 月間在日本認識後，旋即同居，並於 77 年 7、8 月間返臺同居，楊○○在日本雖有元配…於 78 年 3 月 17 日即與黃○○遷入臺北市某宅共同居住，其後楊○○購買臺北市○○○路 15 巷 5 號 4 樓房屋，雙方於 79 年 3 月 17 日遷入該屋共同居住…。而楊○○…亦自陳自 79 年起曾陸續回臺；在該屋主臥房仍留有楊○○日常起居服飾之情。
- （二）黃○○於楊○○之母過世後，披麻帶孝、以家屬身分參加相關喪葬事宜，楊○○之日本配偶未曾返臺奔喪，由照片中黃○○於喪禮中所穿喪服之服色、頭頂配戴麻布及所排列之位置，顯見黃○○係以楊○○在臺配偶之身分籌辦及出席喪禮。
- （三）雙方同居後附近鄰居皆以「楊太太」稱呼黃○○…。
- （四）楊○○於其母在 85 年間死亡後，仍繼續委託黃○○照顧其友

⁴⁷⁸ 林秀雄，婚姻之形式要件，頁 53。

人李錫欽，且自 86 年後，楊○○仍透過李錫欽每月陸續給付原告生活費 15,000 元，至 89 年 9 月止。

一審地方法院：

遷讓房屋的訴訟中，法院認為所謂「事實上夫妻」者，係指具有婚姻意思之男女，有夫妻共同生活之實質，社會上一般亦承認其為夫妻，但因未踐行法定的婚姻形式，法律尚不承認其為正式的夫妻關係。事實上夫妻在實質上雖與男女之婚姻生活無異，但在形式婚主義下，因欠缺法律所要求之形式，並不為法律所承認，因而造成事物形式與實質衝突之情況。我國民法關於婚姻制度雖採一夫一妻制，但鑑於社會上男女關係之多樣化，為落實現代憲政主義國家保障人權之意旨，以尊重人民之自主決定權，對於未有婚姻關係但實質上男女（包括同性者）雙方已有婚姻之合意，且已營共同生活者，以及與配偶外之男女已有長期共同生活之事實者（即重婚之事實上關係），如雙方間因此產生權利義務之衝突者，除法律必須因應社會變遷而隨時檢討修正外（家庭暴力防治法為保護被害人權益，於該法第三條承認事實上夫妻關係，即屬適例），基於「司法為正義的最後一道防線」之理念，在不違背現行婚姻制度之本質下，對於事實上已營夫妻共同生活之男女因權益衝突而涉訟時，應得類推適用民法夫妻關係之相關規定以資解決。是「事實上夫妻」理念即有加以承認之必要，此與民法甫施行後，為解決過去社會普遍存在「妾」之現象，以尊重傳統之習俗，最高法院在相關判例確立妾之法律地位，準用夫妻規定而賦予權利義務之理念，尚屬有間。…綜上所述，雙方具有共同生活之事實，並有以黃○○作為楊○○在台配偶身分之合意，而社會上一般人亦認為雙方為夫妻關係，是以雙方具有事實上夫妻之關係。⁴⁷⁹同樣的背景在另一給付贍養費請求中，黃○○主張其至少有如妾之事實上夫妻關係。原審法院則以兩造不僅有共同生活之事實，並有以原告作為被告在臺配偶身分之合意，而社會上一般人亦認為雙方為夫妻關係，是以兩造間存有

⁴⁷⁹ 臺灣台北地方法院 90 年度家訴字第 414 號民事判決。

類似夫妻之結合關係，肯定其贍養費請求。⁴⁸⁰

二審高等法院：

遷讓房屋部分法院認為，楊○○與黃○○間非僅單純僱傭關係，而係具有共同生活之事實，並有以黃○○作為楊○○在台配偶之身分之合意，而社會上一般人亦認為雙方為夫妻關係，是以雙方具有事實上夫妻之關係，堪以認定。最高法院 19 年上字第 55 號、33 年上字第 4412 號等判例，固確立妾之法律地位，惟此係民法甫施行後，為解決過去社會普遍存在「妾」之現象，為尊重傳統之習俗所為之判例，且依該等判例意旨所示…並未就此種類似夫妻之結合關係得適用或準用夫妻之姓氏、子女之婚生性、夫妻間之離婚、繼承權、夫妻間之互負扶養義務等規定之另為闡示，足證最高法院亦認此種類似夫妻之結合關係有違民法關於婚姻制度採一夫一妻制之規定，故其僅認類似夫妻之結合關係存在時，妾為家屬，得請求家長負扶養義務，於該關係終止後，女子陷於生活困難時，得請求男子賠償相當之贍養費而已，並無男子於終止類似夫妻之結合關係後，不得請求女子遷出雙方共同居住之房屋。⁴⁸¹關於贍養費訴訟法院則認為，可歸責於黃○○之事由，楊○○就此復未能舉證證明之，則楊○○終止雙方上開關係，難謂有正當理由，楊○○為上開終止行為後，因黃○○並無其他收入且無財產，生活即陷入困難，揆諸上揭判例意旨，黃○○請求楊○○給付相當之贍養費，即屬有據，應予准許。兩造間類似夫妻之結合關係，雖違反公序良俗，惟本件贍養之請求係因終止此種類似夫妻之結合關係，回復正常倫理秩序後之金錢給付，旨在使因終止上開關係致生活困難者，受到一定程度之扶助，此種金錢給與，尚無礙於公序良俗。

⁴⁸²

最高法院：

⁴⁸⁰ 臺灣台北地方法院 93 年度家訴字第 106 號民事判決。

⁴⁸¹ 臺灣高等法院 91 年度上易字第 384 號民事判決。

⁴⁸² 臺灣高等法院 94 年度家上字第 105 號。

最高法院在贍養費個案中指出，兩造間有類似夫妻之結合關係，上訴人於被上訴人無正當理由終止雙方之關係而陷於生活困難之情形下，依最高法院 33 年上字第 4412 號判例意旨，請求被上訴人給付贍養費，固屬有據。⁴⁸³

關於本案女方以一定身分關係作為贍養費請求的基礎，也以一定身分關係為依據拒絕遷讓，並要求對方履行扶養提供住所。相同事實背景，法院間對於身分關係卻為不同的認定。基本上事實的認定，下級法院並未受到上級法院的指摘，證據取捨並無問題，主要爭點在於當事人之關係究竟是事實上夫妻還是類似夫妻之結合關係（妾），進而發生不同之法律效果。有趣的是不論事實上夫妻還是類似夫妻之結合關係，都必須滿足「兩造不僅有共同生活之事實，並有以原告作為被告在台配偶身分之合意，而社會上一般人亦認為兩造間為夫妻關係」之要件，即要有共同生活之事實、雙方有成為配偶（包括不合法配偶）的合意、社會上一般人認為雙方為夫妻。

贍養費訴訟一審法院認為兩造間存有類似夫妻之結合關係。依最高法院 33 年上字第 4412 號判例意旨，承認原告之贍養費請求。迴避兩造是否為事實上夫妻之原告主張，直接認定為原告是妾，進而承認其贍養費之請求。遷讓房屋訴訟中，一審法院直接定義事實上夫妻，並認為當事人間成立事實上夫妻關係。而且進一步認為事實上已營夫妻共同生活之男女因權益衝突而涉訟時，應得類推適用民法夫妻關係之相關規定以資解決。此與最高法院在相關判例確立妾之法律地位，準用夫妻規定而賦予權利義務之理念不同。所以該案件並未援引最高法院 19 年上字第 55 號、33 年上字第 4412 號等判例為基礎，而是主張應類推適用民法夫妻關係之相關規定解決。不過最後仍強調本案為重婚之事實上夫妻關係，具有不法性本無須加以保護，但因有長期共同生活之事實及外觀，例外保護。類推適用民法夫妻相關規定時仍有限制，以維公序良俗。

⁴⁸³ 最高法院 95 年度台上字第 1872 號民事判決。

二審法院在贍養費案件中，基本上肯定一審法院之見解，認兩造間類似夫妻之結合關係，贍養之請求係因終止此種類似夫妻之結合關係，回復正常倫理秩序後之金錢給付，旨在使因終止上開關係致生活困難者，受到一定程度之扶助，此種金錢給與，尚無礙於公序良俗。在遷讓房屋的訴訟中，二審法院在事實上夫妻的認定上，同意一審法院之看法，認為兩造間之事實上夫妻關係堪以認定。不過事實上夫妻之法律地位，則援引最高法院 19 年上字第 55 號、33 年上字第 4412 號等判例，認為兩造為類似夫妻之結合關係，因判例無男子於終止類似夫妻之結合關係後，不得請求女子遷出雙方共同居住房屋之說明，判決事實上之妻敗訴。二審法院認為事實婚即是類似夫妻之結合關係。

最高法院在給付贍養費的審理中，同意一、二審法院看法，未提事實婚，直接認兩造間為類似夫妻之結合關係，依最高法院 33 年上字第 4412 號等判例意旨，維持贍養費給付請求裁判。

第二款 事實婚之判斷標準

事實婚認定標準除上述個案所提外，另有其他認定方式，計有：
一、**僅同居即認定為事實上夫妻者**：認為夫妻（包括事實上夫妻）間常有夫妻財產共同管理使用，一方逕以他方配偶名義與第三人為金錢收付交易之例，上訴人之同居人匯款給第三人之行為，即該當之，似認同居關係為事實上夫妻。⁴⁸⁴或認為兩造同居約有 10

⁴⁸⁴ 最高法院 95 年度台上 690 號民事判決：「按民法第二百四十二條前段所定債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利之先決條件，須債務人果有此權利，且在可以行使之狀態，始有債權人代位行使之可言（本院六十五年台上字第三八一號判例參照）。查本件上訴人就系爭二建物為抵押權設定及所有權移轉登記後，兩造與鄉源公司及鄉源公司其他債權人於八十四年十月十九日曾訂立協議書，約定上訴人取得包含系爭二建物在內之十九戶房屋及配置土地，上訴人應將當時登記其名下之房屋按協議之結論過戶並塗銷抵押權予各相關人。各相關人應配合按協議之結論，各自取得房屋及配置土地。該協議書業經被上訴人核准生效，有該協議書及被上訴人核准函可稽（見一審卷六六至六九頁、五七五至五七六頁），則鄉源公司似已因該協議，同意將系爭二建物分配予上訴人抵償債務。苟鄉源公司對系爭二建物已無權利可資行使，依上說明，被上訴人是否尚得代位鄉源公司向上訴人行使權利？非無疑義。縱上訴人與鄉源公司間先前就系爭二建物所為抵押權設定及所有權移轉登記為通謀虛偽意思表示，其等嗣後是否

年，被上訴人無正當理由而終止兩造之同居關係，上訴人無過失可咎，是其依民法 1057 條規定及最高法院 33 年上字第 4412 號判例要旨見解，據以請求被上訴人給付相當金額之贍養費，以資彌補，於法並無不合。⁴⁸⁵被告與訴外人伊等之胞妹為同居之事實上夫妻關係。⁴⁸⁶

不得另為和解而簽訂協議書，以解決雙方之債權債務糾葛？可否僅以該抵押權設定及所有權移轉登記均屬通謀虛偽，即推論嗣後包括兩造及鄉源公司之其他債權人所簽訂之協議書，同屬非本於真意所成立之契約？原審未研求該協議內容何以與意思表示雙方之真意不符，遽以上述登記為通謀虛偽為由，逕認上訴人與鄉源公司及其債權人間簽訂之協議書亦屬通謀虛偽意思表示而無效，鄉源公司對系爭二建物仍有權利，而為不利於上訴人之判決，殊嫌速斷。其次，甲○○於八十四年六月十二日匯款一千八百萬元，及其同居人周春英名義曾於同年月十七日匯款一千五百萬元、一千元至鄉源公司之帳戶，為原審認定之事實，果爾，參諸借貸契約因借貸雙方合意交付借款而成立，貸方貸款來源並不以本人之資金為必要，借方借款多為因應需用，取得貸款後旋支領使用，乃情理之常，及夫妻（包括事實上夫妻）間常有夫妻財產共同管理使用，一方逕以他方配偶名義與第三人為金錢收付交易之例，上訴人辯稱已以甲○○及周春英名義匯付借款四千三百萬元與鄉源公司之事實，似非全然無據。原審未予細究，徒以甲○○帳戶原僅有存款五萬餘元、周春英帳戶內存款九百餘萬元為甲○○匯入、鄉源公司取得匯款後旋即提領支用等情，而為上述匯款仍無法證明上訴人與鄉源公司間有借款往來之認定，是否合於論理與經驗法則？不無再為斟酌之餘地。又鄉源公司於第一審具狀陳稱：「……於興建龍鳳大第之預售屋工程時，因資金週轉問題，確曾向原告（即被上訴人）及其他債權人借貸金錢。後因該工程之後續興建工程，不得已續向乙○○及甲○○調借金錢，此時乙○○等人捉住我方急須用錢之困境，竟要求若再行借貸須先提供擔保物擔保上開借貸金額，並將本件借貸法律行為轉為買賣行為……使乙○○、甲○○享有雙重擔保，以使債權獲得保障。由於斯時工程已進行至完工階段，且外有資金融通之壓力，若不繼續投入資金建造，勢必所花心血全部白費，不得已同意乙○○及甲○○之主張……」等語（見一審卷五六二頁），而上訴人確曾以鄉源公司債權人之身分先後多次參與鄉源公司龍鳳大第房屋案債權人協商會議（見同上卷三五一至三五四頁、五七七至五八一頁），再簽訂經被上訴人核准之協議書已如前述，準此，果上訴人借予鄉源公司之款項及鄉源公司同意使上訴人享有雙重擔保，均屬實在，能否因系爭設定抵押債權金額及買賣金額與實際給付者不符，即謂上訴人之系爭抵押權設定及房屋所有權移轉登記，均為全部虛偽？於未釐清上訴人二人之債權額各為若干前，被上訴人得否請求全部塗銷？均非無疑。原審未依本院前次發回意旨詳為調查審認，所為上訴人敗訴之判決，自屬難昭折服。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

⁴⁸⁵ 臺灣高等法院 96 年度上字第 111 號民事判決：「經查上訴人起訴主張兩造自 84、85 年間起同居，育有兩名女兒郭宛瑄、郭岱融，嗣因被上訴人經常抱怨兩造未結婚，致女兒無法認祖歸宗，因此在被上訴人安排下，辦理兩造結婚手續。但被上訴人表示沒錢，又因上班無假可請，因此一切從簡，雙方未舉行公開之結婚儀式，由被上訴人安排於 93 年 8 月 15 日請友人於結婚證書上用印，持向戶政機關辦理結婚登記，兩造之婚姻關係業經台灣台北地方法院於 94 年 10 月 14 日以 94 年度家訴字第 136 號判決確認兩造婚姻關係不成立確定之事實，有上訴人提出之戶籍謄本 2 件、結婚證書、台灣台北地方法院 94 年度家訴字第 136 號民事判決及確定證明書等影本各 1 件為證（見原審卷第 7 至 17 頁），自堪信為真實。四、次查，上訴人主張兩造同居將近 10 年，育有兩名子女，兩造同居期間，被上訴人母親生病時均由上訴人送醫治療，出院後亦由上訴人接回住處照顧；被上訴人兄嫂曾因經濟狀況不佳而借住於上訴人住處，由上訴人接濟，詎被上訴人自 93 年 10 月下旬起，無故離家不歸，對上訴人及兩名女兒不聞不問之事實，亦據上訴人提出被上訴人與上訴人、子女之生活照 9 張、受理查尋人口案件登記表影本 1 件證（見原審卷第 85 至 88 頁、第 78 頁），並據證人即上訴人之母李夢莊於原審證稱：「（法官問：兩造從何時開始同住？）他們住一起大約有 11 年了，他們是住在一起後才懷郭宛瑄，郭宛瑄是 85 年 7 月 7 日生，他們差不多從 84 年間就一起住了」「（法官問：被告何時離家？原因？）被告離家有兩年了，我不知道為什麼」「（法官問：兩造生育幾名子女？）兩個，就是郭宛瑄、郭岱融」；證人即兩造之女郭宛瑄於原審證稱：「（法官問：爸爸何時離家？離家多久了？爸爸和媽媽感情如何？）爸爸有兩個過

年沒有在家過了，他離家有兩年了，我不知道什麼原因」(法官問：爸爸離家前都與你們一起住嗎?)對」(法官問：你奶奶生病時媽媽有沒有照顧她?)有，媽媽有帶奶奶去看病，有帶回來家裡照顧到病好」；證人即上訴人之女郭潔蓮於原審證稱：「(法官問：被上訴人何時離家?離家多久了?)他離家兩年多了，什麼原因離家我不知道」(法官問：被上訴人離家前都跟你們住在一起?)對」(法官問：你奶奶生病時媽媽有沒有照顧她?)被告的媽媽生病時，我媽媽有帶她去看病，也有帶她回來照顧她」等語(見原審卷第75至76頁)，均核屬相符，而被上訴人受合法通知未到場，亦未提出書狀作何答辯，綜上事證，自堪信上訴人之主張為真實。五、按夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給予相當之贍養費，民法第1057條定有明文。此項規定依民法第999條之1第1項規定，於結婚無效時，準用之。又按「男子與女子間類似夫妻之結合關係，雙方雖得自由終止，但男子無正當理由而終止，或女子因可歸責於男子之事由而終止者，如女子因此而陷於生活困難，自得請求男子賠償相當之贍養費，此就男子與女子發生結合關係之契約解釋之，當然含有此種約定在內，不得以民法第1057條之規定，於此情形無可適用，遂謂妾無贍養費給付請求權。」(最高法院33年上字第4412號判例要旨參照)。再按「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費，民法第1057條定有明文，所謂因判決離婚而陷於生活困難，以夫妻之一方因判決離婚不能維持生活而陷於生活困難為已足，非以其有無謀生能力為衡量之唯一標準。」(參照最高法院80年台上字第168號裁判意旨參照)。六、經查上訴人係46年5月27日出生，年近50歲，現須扶養5名女兒，長女何丹立(75年9月1日生)甫成年外，次女郭岱樺(81年4月29日生)、三女郭潔蓮(84年1月8日生)、四女郭宛瑄(85年7月7日生)、五女郭岱融(89年6月16日生)，分別就讀國中、國小。上訴人主張其自身多病，腰椎間盤突出，致下背部痛、雙下肢酸疼，須購置骨盆牽引器，復健治療，且獨自育有5名女兒，長女何丹立為嚴重精神病患、三女郭潔蓮，兩眼弱視、遠視及散光、扁桃腺肥大、四女郭宛瑄(兩造所生)，患有兩眼遠視、散光併弱視，且屬過動兒、五女郭岱融(兩造所生)，自幼患有嚴重氣喘及過敏性鼻炎，經常氣喘發作，常需急診及住院治療等情，並提出上訴人之診斷證明書、戶籍謄本、何丹立之診斷證明書、郭潔蓮之診斷證明書及健康檢查篩檢結果通知、郭宛瑄之診斷證明書及問題行為篩選量表、郭岱融之診斷證明書乙紙可參(見本院卷第29至39頁、原審卷第7至11頁)，自堪信上訴人自身多病，已難以工作，加上須照顧數名多病的女兒，令上訴人更難以找工作養活自己等情為真實。又查上訴人經濟狀況困窘，無工作收入，無房產，為低收入戶，依賴政府低收入補助及母親支援、借貸生活等情，亦有戶籍謄本、何丹立之重大傷病免自行部分負擔證明卡、台北市低收入戶卡等各1件、稅務電子閘門財產所得調件明細表3件附卷可證(見原審卷第42至45頁、第61頁、第26至32頁)。故上訴人主張其不能維持生活而陷於生活困難，應屬可採。且被上訴人無正當理由而終止兩造之同居關係，上訴人並無過失可咎，是其依民法1057條規定及最高法院33年上字第4412號判例要旨見解，據以請求被上訴人給與相當金額之贍養費，以資彌補，於法並無不合。七、按「判決離婚之原因如果由夫構成，則夫應就其妻所受損害予以賠償，或並給與贍養費，至其給與額數，則應斟酌其妻之身分、年齡及自營生計之能力與生活程度，並其夫之財力如何而定。」(最高法院19年上字第36號判例意旨參照)。經斟酌上訴人已年近50歲，尚需扶養照顧5名子女，其中長女患有嚴重精神疾病，照顧猶屬費心，並有食衣住行育樂等基本生活需要；兩造同居約有10年，同居期間，上訴人對被上訴人母親、兄嫂亦曾費心照顧。被上訴人擔任瓦斯行之店長，有固定工作及收入，並不定時有祭祀公業分配之大筆收入，此有祭祀公業財產清冊、91年經費收支決算明細表1件、祭祀公業簽發之支票、祭祀公業寄發之函件及信封等影本附卷可證(見原審卷第103至112頁)。並參酌上訴人居住於台北市、94年間台北市民每人每年平均消費支出為297,619元(937,499元÷3.15人)，此有94年平均每戶家庭收支表影本可稽(見原審卷第64頁)，再綜衡上訴人之年齡、需要、生活程度及兩造之身體狀況、勞動能力及被上訴人之經濟能力等情，認上訴人主張被上訴人贍養上訴人以每年297,619元為適當，另斟酌上訴人共有5位子女供扶養，贍養費自應計算至上訴人的女兒們全部成年之時止，則尚有14年(最小之5女郭岱融89年6月16日生，至109年6月16日始成年)，始足供上訴人安定其後之生活。」

⁴⁸⁶ 臺灣高雄地方法院98年度訴字第354號民事判決：「被告與訴外人即伊等之胞妹陳秀玉為同居之事實上夫妻關係，陳秀玉與伊等4人為兄弟姊妹關係；…被告與陳秀玉維持近40年之事實上夫妻關係倘係屬實，則其長期接受被告交付之生活費與贈與，亦顯見其有存款能力…」

二、同居同時有共同子女者：有認為上訴人與林梅○同居數十年，且已育有三名成年子女，應有事實上之夫妻關係。⁴⁸⁷被上訴人係被上訴人之同居人，已育有一子，具有事實上夫妻關係。⁴⁸⁸上訴人自認約於七十年開始同居並於七十五年生下一子江宏偉，並有戶籍謄本在卷可稽，兩造係事實上之夫妻關係。⁴⁸⁹查兩造自 80 年間交往，進而同居，並育有一女，直至 87 年 5 月協議分居等事實，為兩造所不爭，堪認兩造有事實上夫妻關係存在。⁴⁹⁰證人甲既為

⁴⁸⁷臺灣高等法院 91 年度上字第 827 號民事判決：「惟上訴人於強制執程序進行中，突然於八十九年一月間以持有由林梅英於八十三年一月十日所簽發之系爭本票，向原法院聲請裁定准許強制執行，並於同年六月間以該裁定聲明參與分配。上訴人與林梅英同居數十年，且已育有三名成年子女，應有事實上之夫妻關係，上訴人長期無業，名下亦無任何不動產，應無資力可借款予林梅英。」

⁴⁸⁸臺灣高等法院 93 年度上字第 868 號民事判決：「雖上訴人主張被上訴人丁○○係被上訴人乙○○之同居人，已育有一子，具有事實上夫妻關係，固有戶籍謄本可證（見彰化地檢署 90 年度偵字第 5690 號卷第 81 頁，原審 92 年度訴字第 1451 號卷第 37、42 頁），且為被上訴人丁○○所不否認（見板橋地檢署 90 年度偵字第 4143 號卷第 95 頁，本院 93 年度上訴字第 44 號卷第 136 頁）。惟尚難僅憑此即認被上訴人丁○○確有與被上訴人乙○○共謀詐騙上訴人交付會款之不法行高。」

⁴⁸⁹臺灣高等法院 89 年度上字第 1378 號民事判決：「。按上訴人與被上訴人所經營之招呼站，無論就其設立時間、地點、範圍、對象（上訴人代售，合法客運公司車票（即統聯客運）；被上訴人代售，野雞車車票，包括：汎亞行、世昌公司等（本院卷第五八頁至第六〇頁））、佣金收取方式及收支帳戶之設立目的，均不相同（上訴人之收支帳戶為：永安分社帳號：0000000000 帳戶；被上訴人則為：會稽分社帳號 08010043825 號，戶名范玉枝，同社帳號 08010040795 號，戶名乙○○之帳戶），則兩造就長榮一站及長榮二站自始即各自獨立經營，要屬無疑。準此，上訴人上開帳戶之設立目的係為長榮二站之佣金收入而為。至上訴人所有帳號：00000000006 之帳戶，事實上僅供辦理自動轉帳代繳長榮一站之電話費及其他雜項（水、電費）支出之用（本院卷第二三二頁）。上訴人上開二帳戶之設立目的、使用方法與被上訴人上開二帳戶（包括范玉枝之帳戶）既有所不同，有如前述，如謂長榮一站為上訴人所經營，何以未要求被上訴人將其營業所得存入上訴人上開二帳戶中，自堪認長榮一站之營運收支全存入被上訴人設立或委設之上開二帳戶運作與上訴人上開二帳戶無關，且由其自行支配堪以採信。上訴人辯稱：為了不引起家庭糾紛，才將錢存在她（乙○○）的戶頭，所以連我的女兒也不知道等語（本院卷第一七七頁），但衡諸經驗法則，足認上訴人係為維持與被上訴人實質夫妻關係之存續，並保障被上訴人母子之生活始肯由被上訴人全權管理營運。至上訴人所稱為避免造成家庭不必要之紛擾，遂未告知其女兒上開事實，暨江美華所述，范（即乙○○）沒有戶頭，我也沒有戶頭，全都是我父親自己處理，不知道乙○○有無將錢存在其父帳戶內等語（本院卷第一七二頁、第一七三頁）固屬實情，但仍未能為上訴人任何有利之證明。再依證人林國弘之證述：「因為他們同居生有小孩，我們民間一般習俗要給女方一個交代」（本院卷第一七五頁）云云，被上訴人所辯，為保障伊母子生活始將長榮一站經營權全權交與被上訴人處理等語，即可採信。證人張秋梅固證述：「八十一年到八十三年間我有去工作，是上訴人僱我的，· · · 乙○○也是領薪水的，月薪也是三萬五千元，但她有做帳另外有錢，多少我不知道，乙○○做帳都是上訴人交代的，員工有上訴人的女兒、兒子、乙○○，另外兩個男的，我上班的時候上訴人以老闆的身分天天來管理。」等語（本院卷第二五三頁），但基於兩造為事實上夫妻關係，在該段期間上訴人代為聘僱、發放薪資於員工等，亦為情理之常，尚不能據此即認上訴人即為長榮一站之實際經營權者。」

⁴⁹⁰臺灣高等法院臺中分院 95 年度重上字第 51 號民事判決：「惟查兩造自 80 年間交往，進而同居，並育有一女，直至 87 年 5 月協議分居等事實，為兩造所不爭，並經本院調閱原法院 92 年度

原告之同居人，並共同育有 2 名子女，其等 2 人關係密切，乃司法實務及學說所謂之「事實上夫妻」。⁴⁹¹

三、**結婚無效之事實上夫妻者**：有認為僅為結婚登記而未成立婚姻關係之事實上夫妻，法未明定其財產準用夫妻財產制之相關規定，原審謂應準用婚姻之規定云云，於法已有未合。⁴⁹²有以兩造間之婚姻雖然無效，惟於共同生活期間具有事實上夫妻之關係，我國民法親屬編對於此種事實上夫妻、一方與他方父母間之扶養義

監字第 73 號變更監護權事件全卷查明屬實，堪認兩造有事實上夫妻關係存在。上訴人另辯稱：購買系爭房地之資金係公司所賺，部分為其自己之存款，該 700 萬元係系爭房地貸款，嗣後所貸 990 萬元係借來供兩造經營之中南飲料店即唐朝舞場使用等語；而被上訴人亦不否認：兩造於 80 年間交往，共同經營中南飲料店即唐朝舞場，被上訴人亦有賺錢，系爭房地即登記被上訴人名下，上訴人上開匯款帳戶內之金錢，亦係唐朝舞場之收入，借用上訴人上開帳戶，帳戶內之金錢均係該舞場收入，系爭房地之貸款由舞場收入償還等語甚詳（見本院卷第 148 頁），則由兩造上開所陳述之事實，足見：系爭房地事實上係兩造共同經營唐朝舞場收入之資金所購買，雖以上訴人名義前後向銀行貸款二次，惟前者係清償系爭房地之價款、後者則作為唐朝舞場經營資金之用，於兩造分手前銀行之貸款，亦係由共同經營唐朝舞場之收入清償，因之；系爭房地實質上應係兩造所共有，既非被上訴人一人單獨所有，亦非上訴人所有，而借名登記在被上訴人名下，兩造上開各自之主張，均非可採。」

⁴⁹¹ 臺灣臺中地方法院 98 年度訴字第 2593 號民事判決：「本院認為證人甲○○既為原告之同居人，並共同生育 2 名子女，其等 2 人關係密切，乃司法實務及學說所謂之「事實上夫妻」，證人甲○○之證言已難期客觀公正，…」

⁴⁹² 最高法院 98 年度台上 2185 號民事判決：「惟就上開款項，被上訴人於事實審均稱係本於消費借貸關係及系爭協議書約定而為請求；其於原審提出之九十七年十月十七日上訴理由狀，雖引用本院九十七年度台上字第九四三號判決所稱「夫妻之一方依本條（即民法第一千零二十三條）規定向他方請求償還代為清償債務時，僅須證明其以自己財產，清償他方之債務為已足，倘他方抗辯夫妻間另有贈與等其他法律關係之特別約定者，自應由他方就該有利之特別約定事實負舉證責任」等語，惟似僅以之說明其就借貸事實已為證明，應由上訴人就兩造間存有贈與等其他法律關係負舉證責任，並未明確表明併以民法第一千零二十三條第二項規定為訴訟標的，此觀該書狀前後文（見原審卷三九頁）及被上訴人其後仍陳稱「請求權基礎為民法第四百七十八條之消費借貸」、「併依民法第四百七十八條及系爭協議書請求上訴人清償」等語（見同上卷四八頁、一二八頁反面）即明。乃原審未予闡明，使兩造就該項法律關係為充足之辯論，即逕依民法第一千零二十三條第二項規定判命上訴人為給付，自有可議。且民法第四百七十八條消費借貸關係之成立要件與民法第一千零二十三條第二項規定有別，原審未說明兩造間成立消費借貸關係之理由，即謂被上訴人得併依消費借貸關係而為請求云云，亦有理由不備之違法。又所謂準用，必法律有準用之明文；若法律無準用之規定，而於相類似事件，欲為相同之處理，僅得類推適用某一法律規定，而非準用之。關於僅為結婚登記而未成立婚姻關係之事實上夫妻，法未明定其財產準用夫妻財產制之相關規定，原審謂應準用婚姻之規定云云，於法已有未合；且民法第一千零二十三條、第一千零四十條係分屬法定財產制及約定財產制之規定，原審一方面準用民法第一千零二十三條法定財產制之規定，認上訴人有還款義務，一方面就被上訴人所稱之互助會會金部分，竟又依民法第一千零四十條第二項即約定財產制之規定，認應由被上訴人取得該筆會金之半數，亦有矛盾。」

務，雖無明文規定，惟審酌現代社會中事實上夫妻關係之存在所在多有。⁴⁹³

四、訂婚後同居：查兩造訂婚後以未婚夫妻身分同居於公館套房，彼此互稱老公、老婆，已具事實上夫妻關係。⁴⁹⁴

五、具體判斷事實上夫妻者：有認為被上訴人自 77 年起即與上訴人共同生活，並照顧其生活起居，且觀諸被上訴人與上訴人多於出遊時所拍攝之照片所示，其中有兩人手牽手、互相擁抱、亦有上訴人自被上訴人背後環抱胸前之親密照片，並與上訴人共同參與上訴人家族、公司等相關聚會等情，依其二人間之親密關係以觀，確實早已形同事實上之夫妻關係已明（臺灣高等法院 92 年度重上字第 559 號民事判決⁴⁹⁵）。另有江○○所述與甲○○間曾

⁴⁹³ 臺灣高等法院 89 年度家上字第 45 號民事判決：「(三)未查兩造之婚姻為無效，已如前述，惟於共同生活期間具有事實上夫妻之關係，我國民法親屬編對於此種事實上夫妻、一方與他方父母間之扶養義務，雖無明文規定，惟審酌現代社會中事實上夫妻關係之存在所在多有，與合法婚姻之夫妻有極其類似之法律基礎，因認此種事實上夫妻間、一方與他方父母共同生活之扶養義務，應類推適用民法第一千一百十六條之一「夫妻互負扶養之義務」及第一千一百十四條第二款「夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間互負扶養義務」等規定，以達事實上夫妻間、一方與他方父母共同生活間互相照顧扶養之旨趣。查上訴人於兩造、被上訴人父母共同生活期間，確曾負擔部分家庭生活費用（金額不明）之情，此為被上訴人所不爭（被上訴人於原審八十八年度婚字第二八號卷內之答辯(一)狀第五頁、原審八十八年度婚字第一四八號卷(二)第一一三頁），惟參照前開說明，上訴人負擔之家庭生活費用應屬其與被上訴人、被上訴人父母共同生活互負扶養義務而支出，被上訴人雖為受益人之一，惟具有法律上之原因，核與不當得利之法律要件有間。就兩造間爭執不休之財產析分、取回事宜，應依民法第九百九十九條之一第一項準用第一千零五十八條之規定予以解決，方屬正途從而，上訴人基於不當得利之法律關係，訴請被上訴人家庭生活費用之利得及法定遲延利息，為無理由，應予駁回。」

⁴⁹⁴ 臺灣臺北地方法院 97 年度重家訴字第 25 號民事判決：「查兩造訂婚後以未婚夫妻身分同居於公館套房，彼此互稱老公、老婆，已具事實上夫妻關係，…」

⁴⁹⁵ 臺灣高等法院 92 年度重上字第 559 號民事判決：「又查丙○○自七十七年起即與上訴人共同生活，並照顧其生活起居乙節，亦經上訴人之長媳（即其長子曹子建之配偶）郭妮、次子曹永文分別於上訴人之監護人曹李揆瑛以丙○○、林燕碧涉有侵占罪嫌而提出刑事告訴偵查中證述明確，此有卷附台灣台北地方法院檢察署九十年度偵字第二三六三三號不起訴處分書、台灣高等法院檢察署九十一年度上聲議字第五一二號處分書等件可稽（見原審卷一〇五至一二四頁），且觀諸卷附丙○○與上訴人多於出遊時所拍攝之照片所示，其中有兩人手牽手、互相擁抱、亦有上訴人自丙○○背後環抱在丙○○胸前之親密照片（見原審卷四六至五二頁、六一至七〇頁、七二頁），並與上訴人共同參與上訴人家族、公司等相關聚會（見原審卷四一至四五頁、五三至六〇頁、七一頁）等情，再上訴人於七十七年起至八十八年六月昏迷時止，其身體狀況均稱良好，並無聘僱看護之必要，且丙○○自七十七年起即任萱華工業股份有限公司（以下稱萱華公司）董事長（即上訴人）之秘書一職（見本院卷六九頁），自無可能擔任上訴人看護之可能？足見丙○○顯非上訴人之看護，依其二人間之親密關係以觀，確實早已形同事實上之夫妻關係已明。故上訴人主張：丙○○僅為伊看護云云，即無可取。是丙○○抗辯：伊與上訴人為事實上之夫妻關係，是系爭股票為上訴人所贈與等語，至屬可採。」

發生多次性行為等情，甲○○知道江某離婚，每天到釣蝦場接她下班回家並承諾要照顧她，每月給她 1 萬元等，而甲○○亦不否認一個月借她 1 萬元，沒有說要給她但也沒有要她還等，足認江○○其與甲○○間已達事實上夫妻關係之親密程度，甲○○每月支付 1 萬元以為生活所需等情為真實。⁴⁹⁶

第三項 小 結

依我國學者通說，事實婚的成立必須當事人主觀上有結婚之意思，客觀上經營婚姻一般之共同生活之關係者（除重婚者、禁親間者、無意識中或精神錯亂中之婚姻外）。上述實務見解，事實婚必須具備共同生活的事實並無歧異，是應否具備主觀婚姻意思及婚姻意思為何，則未見一致。

一、婚姻意思具備說

前開遷讓房屋個案之一、二審判決，為目前實務判決中，唯一對事實婚主觀要件加以討論者，認為事實婚係具有婚姻意思之男女，有夫妻共同生活之實質，社會上一般亦承認其為夫妻。對照該案例來看，男方已有配偶為雙方皆已知悉的事實，所以未舉行婚禮及登記，所以實務所指之婚姻意思恐非合法婚姻之意思，如果不是合法婚姻意思，其婚姻意思應如何解釋。日本判例內緣之主觀婚姻意思，係指遵守法律所定結婚的手續，成為正式夫婦之意思。我國若將婚姻意思解釋為登記意思，則在現行法下，除了因結婚無效或事後經撤銷而形成者外，凡是有登記可能而不為登記，即無登記意思，無婚姻意思，則事實婚無由成立。因此緩和婚姻意思不可避免，將之解釋為只要有形成社會上所承認之夫妻關係的意思即可。日本實務具體認定的標準如

⁴⁹⁶臺灣高等法院 97 年度上易字第 554 號民事判決：「(2)江欣怡又稱：「上訴人知道我已婚還主動勾引我，每天傳簡訊給我，內容多是『想你』、『愛你』這些字眼，我先生看了這一些簡訊，夫妻爭吵近半年，最後結束這一段婚姻，上訴人知道我離婚，每天到釣蝦場來找我，接我下班回家…」、「上訴人承諾要照顧我，每月給我 1 萬元」等語（見偵查卷第 58 頁陳述書、原法院刑事卷第 68、81 頁筆錄），而江欣怡確於 92 年 9 月 3 日離婚，有戶籍謄本 2 紙附刑事卷可憑；上訴人亦不否認「一個月借他 1 萬元，沒有說要給他但也沒有要他還」等語（見原法院刑事卷第 81 頁），足認江欣怡證述其與上訴人間已達事實上夫妻關係之親密程度，上訴人每月支付 1 萬元以為生活所需等情為真實。」

性關係的繼續、懷孕事實的有無、在家族間及對外稱謂、相親、訂婚、結婚儀式有無等，從上開我國判決之內容亦可發現一、二。

至於結婚無效而形成之事實婚個案，主觀上當然具有婚姻意思，包括在這個類型中。婚姻意思的有無不僅影響事實婚是否成立，更影響當事人共同生活期間的長短，日本實務上若有踐行結婚之儀式者，即使共同生活 2 週，仍可能被認定為內緣。

二、婚姻意思不具備說

事實婚的構成僅要求長時間的同居或客觀上有共同的子女，並沒有討論雙方主觀上是否有婚姻意思。此類判決不占少數，顯然多數判決直接將長期同居認定為事實婚，至於長期同居的判斷標準有從雙方住所及戶籍登記狀況、住居、衣物、用品使用的狀況、婚喪喜慶及應酬飲宴時的身分、對外及親友間的稱謂、家庭生活費用的負擔等。不過亦有單純同居即認定為事實婚者，或再加上共同子女的事實。有從當事人之親密程度判斷者，有從性關係及生活費的給予決定者。基本上多從當事人的外部關係綜合加以判斷。外國立法例構成事實婚同居門檻期間的討論，我國實務並未論及。日本實務上除非有結婚儀式或參與婚、喪、喜、慶時配偶角色的扮演，否則也要求要繼續共同生活一段期間。而美國、加等國同居期間之規定，多以二或三年為界，此或許可參考賦予當事人權益的門檻期間。

三、婚姻障礙事由與事實婚

日本關於婚姻障礙事由中之違反結婚年齡之規定、未成年人未得父母同意、女子違反待婚期間之限制等，並不影響內緣關係之成立。違反重婚禁止及禁婚親之規定者，在一定之條件下，實務也承認其內緣關係，並賦予一定法律效果。法國的事實婚制度並不排除有偶者或近親間成立事實婚的可能性，至於共同生活契約 Pacs，因 Pacs 法明文禁止有偶者及近親間為之，且 Pacs 契約必須經過登記始發生效力，所以 Pacs 伴侶間無重婚及禁婚親等問題。美國 ALI 家庭解消建

議案中，若已婚者與法律上配偶已無共同居住者，在符合建議案的條件下，也可適用同居伴侶關係。同樣的該建議案亦不禁止近親間或養親間成立同居伴侶關係。我國學者大多認為事實婚是具有實質婚姻關係，不過欠缺結婚形式要件，致無法成立法律上夫妻關係。因此事實婚當事人一方或雙方具有婚姻障礙事由，不能成立事實婚。而實務上除了少數下級法院承認有偶者成立事實婚外，多數實務見解則是透過判例所承認之夫妾關係來處理。妾是指夫有認該女為自己正妻以外之配偶而列為家屬之意思，而妾為次於正妻地位之眷屬合意。所以學者間大多認為夫妾關係不符合婚姻實質，所以夫妾關係與事實婚不同。相同地，日本重婚的內緣，必須法律上夫妻關係已經形骸化，而與現實夫婦共同生活的內緣產生競合，與有偶者之「妾」或「愛人、戀人關係」是有所區別。⁴⁹⁷因此目前實務未區分事實婚與夫妾關係的做法，恐不周延。

四、大法官釋字第 647 號解釋

該理由書謂：「有配偶之人於婚姻關係外與第三人之結合，即使主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有長期共同生活與共同家計之事實，但既已違背一夫一妻之婚姻制度，甚或影響配偶之經濟利益，則系爭規定之差別待遇，自非立法者之恣意，因與維護婚姻制度目的之達成有合理關聯，……無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實，則系爭規定未就二人相互間之贈與免徵贈與稅，即不免有違反平等權保障之疑慮。惟查立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。基此，系爭規定固僅就具法律上婚姻關係之配偶，其相互間之贈與免徵贈與

⁴⁹⁷ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 33。

稅，惟係為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與平等原則有違。鑑於上開伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度之法律保障。」

基於釋字第 647 號解釋理由書的說明，大法官承認無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，如亦有長期共同家計之事實，則與法律上婚姻關係之配偶極為相似。依上開定義其成立要件有三：主觀上有如婚姻之共同生活意思、客觀上亦有（長期）共同生活事實、（長期）共同家計。⁴⁹⁸

（一）如婚姻之共同生活意思：基本上大法官捨棄通說關於事實上夫妻之主觀要件，並不以婚姻意思作為認定的標準，而是創設一個共同生活的意思，即男女間具有共同生活的合意。不過共同生活的態樣繁多，有以時間為標準者、有以當事人之性別為標準者、有以人數為標準者、亦有以性關係的有無為標準。如長期或短期的共同生活、同性間或異性間的共同生活、公寓分租或學校宿舍及有無性的結合等。共同生活的描述與同居的意思較為接近，即共同生活意思可以包括大多數同性或異性同居的生活形態，但大法官所欲保護或規範的對象，必須其共同生活的意思必須與婚姻意思相當。然何謂婚姻，學者通說認為婚姻係以終生（身）共同生活為其目的之一男一女適法的結合關係。

⁴⁹⁹在對照婚姻的定義後，排除同性間的共同生活，限定對象為一男一女間，亦排除短期或偶然之共同生活，也排除沒有感情

⁴⁹⁸ 大法官釋字第 647 號解釋理由書，前段「復查有配偶之人於婚姻關係外與第三人之結合，即使主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有長期共同生活與共同家計之事實，但既已違背一夫一妻之婚姻制度，甚或影響配偶之經濟利益」與後段「至於無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實，則系爭規定未就二人相互間之贈與免徵贈與稅，即不免有違反平等權保障之疑慮。」在兩種類型構成文字的敘述上，有些許的出入，本文認為應是文詞修飾的考量，並無不同，其兩者唯一差異應在當事人是否有偶的區別而已。

⁴⁹⁹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 43，2007 年。陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 62，2008 年。

和愛情的公寓分租或室友，並以性的結合為原則，所形成獨占、排他之男女關係。與婚姻意思最大的差別在於當事人間沒有進一步踐行結婚程序的認識，換言之，從婚姻成立要件來看，欠缺結婚登記的意思。因此若有如事實婚之婚姻意思，當然為婚姻之共同意思所包括，亦為大法官所預定保護之對象。

(二)(長期)共同生活：不論是我國或日本學者，對於事實婚之客觀要件都要求男女必須有夫妻共同生活的實體存在，其實體存在一段期間。其文義的表現和大法官表現的文義有出入，關鍵在於當事人是否有如夫妻共同生活。即長期共同生活事實是否等同如夫妻般共同生活，對照美國華盛頓州之表見婚姻關係之解釋，法院實務認為表見婚姻關係是一種安定類似婚姻之關係，雙方當事人共同居住且明知雙方合法婚姻不存在。是否構成表見婚姻關係必須考量是否繼續性的同居、關係存續的期間、關係的本質、共同的財務關係、共同的目標及當事人的意圖等，這種關係包括伴侶、友誼、愛、性、相互支持、照顧等。因此長期共同生活可能對外為夫妻之表示，亦可能只是單純共同生活，不過當事人關係必須與婚姻關係類似，必須呈現婚姻般的安定性、或使用對方姓氏、分享資源、對外如同夫妻般的表現等。若對外有夫妻之表示者，將有助於長期共同生活的認定，據此大法官應是採取比較寬鬆的定義。

(三)(長期)共同家計：或許本案是關於同居人間財產贈與課稅爭議，所以大法官在釋字第 647 號解釋理由書中提出「共同家計」一詞，不過綜觀全文並無共同家計之解釋，則共同家計之意義值得探究。首先家計應指當事人間之財產關係應無異論，然何種財產關係可列入家計，則有疑問。依我國教育部國語辭典關於家計之解釋，家計係指家庭生計。⁵⁰⁰而進一步找尋生計之解

500

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?cond=%A%ADp&pieceLen=50&fld=1&cat=&ukey=-1162656324&serial=1&recNo=1&op=f&imgFont=1>，最後流覽日：2010 年 11 月 24 日。

釋，生計乃生活上的種種開支用度等事務。⁵⁰¹結合來看似乎與家庭生活費用相當。從當事人財產關係來認定事實婚，我國及日本學者的討論較少，不過在日本內緣效力中，通說普遍承認扶養義務及婚姻生活費用之分擔，或許即為釋字第 647 號解釋中共同家計的表現。而我國法院實務在認定當事人間是否構成事實上夫妻時，亦會參考彼此間是否有家庭生活費用之支付，因此共同家計的觀念非不能包含在事實婚概念中。美國 ALI 家庭解消建議案，有關如同夫妻共同生活之參考標準中，伴侶如有維持家之表現、財務密切程度或相互間經濟的依賴或加深對他方的依賴等事項。具體認定標準通常為彼此間是否有共同時間、勞力及金錢的投入、是否共同購買財物、是否擁有各自銀行存款而無財產混合的情況等。

第六節 檢討與分析

目前實務上用以表現事實婚概念之用語，計有妾、類似夫妻之結合關係、事實上夫妻及「無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，有長期共同家計之事實者（釋字第 647 號）」等四類。在最高法院的判例中，直接將妾以類似夫妻之結合關係來表達，不過仍有下級法院賦予新的意義，忽視一方已婚的事實，以兩造有共同生活之事實，並有以原告作為被告在臺配偶身分之合意，而社會上一般人亦認為雙方為夫妻關係等，認定兩造間存有類似夫妻之結合關係，進而肯定贍養費請求。不過上級法院最終仍將當事人之法律關係定位為妾，才賦予贍養費。該案亦有下級法院直接認定為事實上夫妻，惟未獲上級法院的支持。對照日本重婚內緣關係，內緣相對人之善惡意已不若以往重要，法律婚的形骸化才是近來法院決定的重要因素，因此該案若能從當事人法律婚的破綻著手，或許能釐清妾與事實上夫妻之關係。至於其他事實上夫妻的

⁵⁰¹

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?cond=%A5%CD%ADp&pieceLen=50&fld=1&cat=&ukey=-1162656324&serial=1&recNo=1&op=&imgFont=1>，最後流覽日：2010 年 11 月 24 日。

認定則是透過具體事實為之，除了婚姻無效的類型外，多數判決並不強調事實上夫妻主觀之婚姻意思。雖然學者普遍認為事實上夫妻必須具備主觀意思，但從日本發展的趨勢觀察，若要延續內緣制度的利用，則應該緩和內緣主觀要件的要求。不過如此將模糊一般內緣與現代內緣的區別。⁵⁰²相同地我國多數實務見解對於事實婚的認定，多以客觀上當事人間的同居期間及共同子女的有無為標準，並未探求當事人間是否有婚姻意思。而少數判決觸及事實婚的主觀要件時，亦文字上草草帶過。若強調主觀意思之必要性，則事實婚的構成僅餘結婚無效之個案，參考其他國家發展的趨勢，事實婚主觀要件之婚姻意思恐有緩和的必要，甚至單純以客觀長期共同生活認定之。

相反地若有婚姻意思，但共同生活期間甚短之情形，如結婚儀式舉行後至結婚登記完成前之當事人地位，因客觀上共同生活期間可能甚短，無法滿足長期共同生活之門檻，將之排除事實婚保護有失公平，亦有修正之必要。或許在事實婚的認定上，原則上以客觀共同生活事實為認定標準，但有特別情事時足認雙方已有婚姻之合意者（如已舉行公開結婚儀式或公證），酌予縮短同居期間門檻之規定，以利尚未結婚登記之配偶取得權利。

為避免發生日本實務的爭議，同時尊重並保障個人生活的選擇，事實婚的主觀要件不應限制在婚姻意思，建議採取釋字第 647 號的定義，將主觀意思描述為如同婚姻之共同生活意思，指沒有期限永續向未來共同生活的意思，當然也限定在異性間而排除同性間的關係，至於其詳細判斷標準可參考美國 ALI 家庭解消建議案所臚列。除共同生活外，還要有長期家計之事實。共同生活的決定可以參考各國所提供之標準，至於長期家計當然指配合共同生活而發生家庭生活費用分攤的問題，因此從擴大保護的觀點來看，似乎釋字第 647 號關於事實婚的定義，較能發揮保護弱勢伴侶的效果。

⁵⁰² 日本一般內緣與現代內緣之主要區別在於當事人主觀上是否有結婚意思，今若不強調當事人之婚姻意思，主張緩和內緣之主觀婚姻意思，則與拒絕或缺乏婚姻意思之現代內緣如何區別，進而將動搖建構現代內緣保護法理的必要性。

此外有婚姻意思之事實婚，或有學者主張參考德國法，以夫妻共同生活之事實經過一定年限者（5 年或 3 年），縱該男女間之結合欠缺婚姻成立之形式要件，亦將其視為合法婚姻關係，用以解決此類型事實婚爭議。⁵⁰³此想法固是解決事實婚的一種方法，然在跨過規定門檻之 3 年或 5 年期間前，當事人仍屬事實婚狀態，因此事實婚之法律效果，仍有借鑑外國法之必要。



⁵⁰³ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 35-36；鄧學仁，我國採行登記婚所面臨之問題（下），二版。



第五章 事實婚之法律效果

第一節 美國

ALI 家庭解消建議案是處理同居伴侶間彼此權益之問題，並沒有賦予對第三人請求之法律基礎，同居伴侶間的財產爭議主要為同居期間所購置財產之分割及對家事勞動者一方的補償。對於事實婚伴侶賦予比照夫妻之財產分配等權利同時，離婚婦女的贍養費是否應隨之調整則有檢視的必要。蓋贍養費為夫妻扶養義務的延伸，若離婚伴侶與第三人形成事實婚關係者，一方面與他人如同夫妻般共同生活，同時向前配偶索取贍養費，似乎有違公平正義原則，因此西維吉尼亞州及佛羅里達州特別規定，在此情形時構成贍養費的減少與免除。

第一項 同居伴侶之財產分配及補償性賠償

ALI 家庭解消建議案第 6.04 條

- (1)除第(3)項規定外，同居伴侶之財產為同居期間內，同居伴侶如同結婚般，依第 4 章之規定而歸屬於其之夫妻財產。
- (2)同居伴侶期間：
 - (a)開始於同居伴侶共同住居者，若當事人之一方能證明其發生在後者，則期間從該時起算。
 - (b)同居伴侶停止共同住居者，為其期間之終止。若同居當事人為共同子女之生父、生母者，其共同生活的起算，不得晚於生母受孕之日。
- (3)依第 4.12 條⁵⁰⁴認定為夫妻之財產者，該財產非屬同居伴侶之財產。

美國法律協會建議案中，伴侶被認為同居伴侶關係之法律效果，主要在財產方面，基本上該章節遵循夫妻關係解消後之財產處理

⁵⁰⁴ § 4.12 Recharacterization Of Separate Property As Marital Property At The Dissolution Of Long-Term Marriage. (夫妻分別財產於婚姻關係解消時視為夫妻共同財產之情形及其例外)

方式。一般而言，婚姻關係存續中有償取得之財產為夫妻財產，在婚姻關係存續之前或之後取得之財產，為其個人分別財產。換言之，同居伴侶在同居關係存續中有償取得之財產為同居伴侶財產，在關係存續前或終結後，取得之財產為個人分別財產。因此，於同居伴侶關係的認定時，其比照婚姻的認定期間為同居伴侶共同居住於特定住所時，而特定住所的認定可經由客觀的判斷，通常為當事人如同夫妻共同生活的期間，其具體標準則臚列在前開 6.03(7)條中。暫時性的離開並不影響期間的認定，當然如果當事人之一方能證明其如同夫妻之表現，其起迄時間與共同居住之起迄時間有違者，依其證明之時間。

505

例如：

Alice、Ben、Cathy、David 及 Eduardo 共同分租公寓長達 2 年，5 人彼此分攤生活費用並獨立生活。2 年後 Alice 和 Ben 發展成男女伴侶關係，搬出共同公寓而一起生活，3 年之後 Alice 和 Ben 分手。首先因 Alice 和 Ben 共同生活在同一住所期間長達 3 年，滿足同居伴侶關係認定期間之 3 年門檻，因此被推定為同居伴侶關係。不過在決定同居伴侶財產時，其期間之起算包括 Alice 和 Ben 與其他 3 人共同分租公寓期間，除非當事人之一方能證明其共同生活期間開始於較晚的時間，至於確切是否開始於兩人共同生活的期間或其他時點，則委諸兩人所提供之事實。⁵⁰⁶

若同居當事人擁有共同的孩子，同居財產的決定期間，根據第 2 項之規定，其共同生活的起算時間不得晚於生母受孕之時。

例如：

沿期例，Alice 和 Ben 發現 Alice 懷有 Ben 的小孩，兩人因此搬出共同公寓，找尋兩人共同棲身之所，小孩於 6 個月後出生。或許當事人之一方可以證明其如同夫妻共同生活開始於 5 人共同分租公寓後之時點，但絕對不能晚於子女受孕之日。⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.04, Comment a.

⁵⁰⁶ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.04, Illustration 1.

⁵⁰⁷ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.04, Illustration 2.

不過生母受孕仍以共同住居生活為前提。

例如：

在 1988 年 Linda 和 Lawrence 仍是高中生時，Linda 意外懷孕並於隔年產下一子 Benjamin，Linda 與 Benjamin 一起住在 Linda 的父母家中，Lawrence 繼續升上大學並沒有與 Linda 和 Benjamin 同住。1993 年 Lawrence 大學畢業並與 Linda 重新開始而共同住居，他們共同分攤家計與子女之費用，直到 1999 年兩人分手。根據前開 6.03(2) 條之規定，Linda 和 Lawrence 為同居伴侶關係，且根據本 6.04 條第 (2) 項之規定，同居期間的起算為 1993 年雙方開始共同居住時，Linda 受孕 Benjamin 的時間並不重要，因為直到 1993 年雙方才共同居住在一起，6.04 條第 (2) 項之適用，必須以共同居住為前提，所以即使對外如同夫妻共同生活，也不能排除當事人共同住居之要件。

508

個人所有之財產不屬於同居伴侶財產，因為個人財產可能為個人所有，亦可能為他造當事人與第三人之夫妻財產。若同居伴侶當事人之一方於同居期間與其他人有婚姻關係者，其個人擁有之財產可能同時構成同居伴侶財產及夫妻財產，即使如此，同居伴侶財產之請求並不能排除合法配偶之權利。

第 4.12 條處理婚姻關係結束時，在一定條件下將夫妻之個別財產視為夫妻財產，實務上亦允許法院在婚姻關係結束時，將個人財產當作夫妻財產來處理。惟美國目前並無任何一州將此原則適用於未婚同居伴侶之財產，除非當事人間有特別約定，而本條第 3 項亦明白排除此原則的適用。相反地，若當事人間希冀獲得此效果者，則可透過 6.03(2)、(3) 條之規定，另行約定之。⁵⁰⁹

ALI 家庭解消建議案第 6.05 條

同居伴侶財產應根據 4.09 條、4.10 條夫妻財產分割原則分配之。

⁵⁰⁸ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.04, Illustration 3.

⁵⁰⁹ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.04, Comment b.

同居伴侶財產的分配原則與夫妻財產分割原則同，採取均分原則及有限例外原則。即根據 6.03 條而成立之同居伴侶關係原則上應適用 4.09 條、4.10 條所規定之均分原則。

ALI 家庭解消建議案第 6.06 條

(1)除本條另有規定外：

(a)同居伴侶與第 5 章之配偶同，有權請求補償性賠償；

(b)第 5 章規定中，以婚姻存續期間為決定因素時，依本章指示而適用該章之規定者，其婚姻存續期間以 6.04 條規定之同居期間代之。

(2)非子女之法律上父母或成立表見父母關係之同居伴侶，並無義務負擔子女照護費用。

美國法律協會家庭解消基本法律原則的分析與建議第 5 章之規定，主要係為公平分配婚姻關係解消時產生之財產上損失，因為當事人於婚姻關係存續中之種種行為有助於婚姻關係的維持，今因婚姻關係的突然終止而造成一造之損失，基於公平原則必須給予補償。而第 5 章的補償規定中，最重要者即是婚姻關係的存續（通常有最低期間門檻的限制）而產生的回報信賴及補償額度。婚姻關係存續期間之所以成為計算的方法，主要有二個原因，一是因婚姻關係而產生財產損失的規模，另一是他方對該損失分攤義務的範圍。因此同居伴侶在適用補償性賠償原則時，其期間的計算必須依據同法 6.04 條規定，計算同居伴侶之同居期間。婚姻關係結束時之補償性賠償，通常必須當事人之婚姻關係超過 5 年甚至更長，在這個前提下，同居伴侶關係期間也必須超過 5 年或更長，因此短時間的非婚關係無法主張補償性賠償，且其關係必須與婚姻關係類似。例如承認夫妻之一方擔任共同子女的主要照顧者，將蒙受工作能力之損失。而這種損失無論子女之父母同居或結婚皆會發生，其必須補償的意義均相同。⁵¹⁰

本條第二項規定，婚姻關係結束時 5.05 條之規定，於同居伴侶

⁵¹⁰ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.06, Comment a.

間並不適用，同居人非子女之父母者，不需負擔子女之照護費用。相反地，在結婚的情形時，一方配偶即使非子女之父母，他方仍能依 5.05 條請求負擔其子女之費用，因為在子女照護期間，雙方共同居住在一起。之所以承認非子女父母有支付義務，主要因為法律承認在婚姻關係存續中，繼親父母有義務扶養共同生活之（他方）子女，不過法律上對於同居伴侶並無相同之規定。不過若同居伴侶表現如 2.03 條（表見父母）規定之行為者，將產生如同父母之扶養義務，此時將回復到 5.05 條之規定，對他方負有補償性賠償之義務。⁵¹¹

例如：

Edna 和 Arthur 為同居伴侶，他們有共同的住所並生活在一起有 7 年的時間，在關係存續期間，Edna 為 Arthur 三名子女的主要照顧者。當 Edna 依照本條規定對 Arthur 提出補償之請求時，因 Arthur 是子女的法律上父母，依法有照顧子女之義務，卻由 Edna 扮演如同配偶之地位照顧其子女，對於 Edna 因此喪失的工作能力，Arthur 有補償之義務。⁵¹²

例如：

沿上例，若 Arthur 無任何子女，而 Edna 為其子女的主要照顧者，此時 Arthur 對 Edna 並無子女照顧之補償義務，因 Arthur 既不是子女法律上父母，同時也沒有表見父母之行為，因此 Arthur 有補償之義務。⁵¹³

婚生子女的照顧者，在婚姻關係存續期間為子女之照顧，所以取得補償請求權。照顧期間包括在婚姻關係開始後到婚姻解消提起訴訟的期間，因此即使主要照顧者與子女單獨生活在一起，仍屬於婚姻存續期間的照顧，甚至被請求人已和請求人不再共同生活，還是在婚姻存續期間的文義範圍內。相反地，同居伴侶則為不同的處理。因為根據本條(1)項(b)款之規定，同居伴侶期間的起迄皆以共同生活於特定住所為標準（暫時性的中斷並不包括在內），因此當一方永久性的

⁵¹¹ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.06, Comment b.

⁵¹² Principles of the Law of Family Dissolution § 6.06, Illustration 1.

⁵¹³ Principles of the Law of Family Dissolution § 6.06, Illustration 2.

中止共同生活於同一住所時，不僅中斷同居伴侶關係，同時也中斷子女照顧補償的發生。

根據上述 ALI 家庭解消建議案說明，論者或謂將混淆婚姻與同居之界限，尤其在涉及對第三人（政府）財產給付請求時。不過學者認為，同居當事人接受第三人之財產給付主要是因為公平性的考量，並非法院不區分同居與結婚的不同。至於是否可能造成對家庭概念的誤認，學者則認為假如社會承認家庭的多樣性，包括單親家庭、繼親家庭、收養家庭、同性伴侶與其子女組成之家庭等，則 ALI 家庭建議案也沒有改變人們對家庭的認知。⁵¹⁴ 法院拒絕承認同居當事人間之協議，有因為認為當事人協議變成性服務的對價，或認為同居關係應包含愛與責任，其付出應是無償不求回報者，⁵¹⁵ 或擔心造成婚姻與同居的混淆，只願意賦予有限的利益。⁵¹⁶ 不過學者則認為，共同生活不是只有性行為，包含家事勞動，如烹煮、洗滌、照顧子女等，甚至對他方工作投注的時間、精力等，這些投入明顯與性行為有別。⁵¹⁷ 加州法院認為除非性服務與同居協議無法分割時，法院才會判定契約內容的全部無效。⁵¹⁸

第二項 贍養費減少與免除

第一款 贍養費之給付

根據美國權威法學字典的解釋，所謂贍養費（Alimony）係指經由法院的命令，在婚姻訴訟中或離婚後，以維持或扶助為目的，由配偶一方給付他方財物。贍養費有別於財產分割，對於受領之一方，贍養費是屬於可以課稅之所得，而支付方則屬可以扣抵的支出，至於財產分割則無法為相同的處理。聯邦最高法院認為僅單方課予丈夫贍養費支付義務的規定違反憲法。⁵¹⁹ 因此贍養費一般而言係指單方的供養

⁵¹⁴ Strasser, supra note 308, at 1159-1160.

⁵¹⁵ Roznowski v. Bozyk, 251 N.W.2d 606 (Mich. Ct. App. 1977)

⁵¹⁶ Hewitt v. Hewitt, 394 N.E.2d 1204, 1211 (Ill. 1979)

⁵¹⁷ Strasser, supra note 308, at 1161-1163.

⁵¹⁸ 224 Cal. Rptr.186 (Ct. App. 1986)

⁵¹⁹ Orr v. Orr, 440 U.S. 268, 99 S.Ct. 1102 (1979)

或維持，以維持對方生計或扶養為目的，依法由配偶一方財產支付給他方。贍養費的成立，只要證明有婚姻的事實及維持分別生活之必要，一方即有義務在分居時或離婚後，支付生活必要費用。⁵²⁰

美國法院實務在缺乏立法明確授權的情況下，不願授與未婚同居伴侶贍養費請求，如密西西比州最高法院在 *Chrismond v. Chrismond*⁵²¹ 一案中所述，永久性贍養費僅提供給夫妻關係之男女，同樣在 *Aldridge v. Aldridge*⁵²² 一案，密西西比州最高法院認為若當事人間無合法婚姻存在，妻子將無贍養費請求權之基礎。*Taylor v. Taylor*⁵²³ 一案，男方對於法院指示其每月支付 75 美元連續 36 個月的判決提起上訴，最終密西西比州最高法院認為，雖然證據顯示雙方在 1955 年結婚時，女方仍有婚姻關係，之後雙方如同夫妻共同生活到 1973 年分手，女方已患病並無工作能力。既然雙方已如夫妻共同生活如此長的時間，倘若男方一走了之，對女方並不公平，男方對女方負有義務，因此上開金額的支付係扶養費用，並非贍養費。新紐澤西州最高法院在 *Crowe v. Degioia*⁵²⁴ 一案中，亦表示未婚男女同居協議並無法提供當事人暫時性贍養費。

雖然法院實務在法無明文的情況下，不願承認同居伴侶之贍養費請求，但該原則並不禁止法院以其他方式達到彌補婦女之目的，所以在 *Chrismond v. Chrismond* 一案中，雖然女方無法取得贍養費，但法院仍以衡平法則，將關係存續中所累積的財產均分之。*Aldridge v. Aldridge* 一案，法院亦不承認男子有支付贍養費之義務，但以法律條文不能作為男子迴避責任之藉口，即使沒有贍養費給付義務，仍不能免除對共同生活 18 年之女方的扶養義務。在 *Crowe v. Degioia* 個案亦同，法院雖然認為同居男女沒有贍養費請求權，但因原告在經濟上的弱勢，若拒絕給予暫時性的扶助，將發生難以回復的傷害，因此基於衡平原則給予暫時性的補償。

⁵²⁰ Black's Law Dictionary, supra note 54, at 85.

⁵²¹ 52 So. 2d 624 (1951)

⁵²² 116 Miss. 385, 77 So. 150 (1918)

⁵²³ 317 So.2d 422 (1975)

⁵²⁴ 447 A.2d 173 (1982)

因此在美國法制上只有夫妻間才有贍養費請求權，同居伴侶間並無法取得該權利。不過從上開案例中發現，法院雖然沒有判決同居伴侶有贍養費請求權，但都一定程度給予弱勢婦女財物救助，婦女最終都能獲得補償，只是其理由有借助財產分割者，亦有借助扶養義務者，或以衡平方式給予弱勢伴侶財產上利益。

基於現實上的考量，學者認為美國法院應採取 ALI 家庭解消建議案，利用同居關係解消之財產分配請求權，以彌補立法機關對同居贍養費請求之否定。更進一步觀察，立法機關拒絕對同居解消賦予贍養費請求權，可能造成適婚男女規避婚姻，而選擇同居以代之，立法機關雖然沒有明文同居當事人取得贍養費之地位，但不代表立法機關的禁止，所以採取 ALI 家庭解消建議案將形成類似離婚贍養費之結果，可促使適婚男女選擇婚姻。⁵²⁵

第二款 贍養費的減少與免除

美國西維吉尼亞州在 2001 年立法賦予法院認定當事人間是否有事實婚關係，並進一步規定，若法院認定當事人間事實婚關係存在，將可終止或減少離婚配偶之扶養義務、贍養費。⁵²⁶ 扶養義務之依據或根據過失理論、必要性理論、地位說、回復說、或貢獻說等，西維吉尼亞州則是採取對前配偶的扶助為目的。因此事實婚地位並非用來保護受扶助人及其與第三人之關係，而是承認當受扶助人與第三人符合法定之關係時，不再需要其前配偶之扶助。受扶助人可以從第三人處獲得生活上的扶助。法律賦予法院裁量權以決定減少或終止其贍養費，法院必須檢視系爭關係的本質及其內容，所謂事實上夫妻係指前配偶與他人維持如同已婚夫婦之關係，法規中臚列判斷之標準供法官參考，如是否使用相同的姓氏、共同的收信地址及其他足以顯示其穩定如同婚姻之證據。⁵²⁷

⁵²⁵ Strasser, supra note 308, at 1170-1171.

⁵²⁶ W. Va. Code § 48-5-707 (2010)

⁵²⁷ § 48-5-707. Reduction or termination of spousal support because of de facto marriage.

(a) (1) In the discretion of the court, an award of spousal support may be reduced or terminated upon specific written findings by the court that since the granting of a divorce and the award of spousal

直到 2003 年止，西維吉尼亞州最高上訴法院始作成第一個相關判決，在 Lucas v. Lucas⁵²⁸一案中，最高上訴法院認為雖然贍養費受領人與第三人形成事實婚關係，但財務狀況的實際調查仍有必要，以便決定扶養義務的繼續與否。其後在 2004 年 Wachter v. Wachter⁵²⁹一

support a de facto marriage has existed between the spousal support payee and another person.

(2) In determining whether an existing award of spousal support should be reduced or terminated because of an alleged de facto marriage between a payee and another person, the court should elicit the nature and extent of the relationship in question. The court should give consideration, without limitation, to circumstances such as the following in determining the relationship of an ex-spouse to another person:

(A) The extent to which the ex-spouse and the other person have held themselves out as a married couple by engaging in conduct such as using the same last name, using a common mailing address, referring to each other in terms such as "my husband" or "my wife", or otherwise conducting themselves in a manner that evidences a stable marriage-like relationship;

(B) The period of time that the ex-spouse has resided with another person not related by consanguinity or affinity in a permanent place of abode;

(C) The duration and circumstances under which the ex-spouse has maintained a continuing conjugal relationship with the other person;

(D) The extent to which the ex-spouse and the other person have pooled their assets or income or otherwise exhibited financial interdependence;

(E) The extent to which the ex-spouse or the other person has supported the other, in whole or in part;

(F) The extent to which the ex-spouse or the other person has performed valuable services for the other;

(G) The extent to which the ex-spouse or the other person has performed valuable services for the other's company or employer;

(H) Whether the ex-spouse and the other person have worked together to create or enhance anything of value;

(I) Whether the ex-spouse and the other person have jointly contributed to the purchase of any real or personal property;

(J) Evidence in support of a claim that the ex-spouse and the other person have an express agreement regarding property sharing or support; or

(K) Evidence in support of a claim that the ex-spouse and the other person have an implied agreement regarding property sharing or support.

(3) On the issue of whether spousal support should be reduced or terminated under this subsection, the burden is on the payor to prove by a preponderance of the evidence that a de facto marriage exists. If the court finds that the payor has failed to meet burden of proof on the issue, the court may award reasonable attorney's fees to a payee who prevails in an action that sought to reduce or terminate spousal support on the ground that a de facto marriage exists.

(4) The court shall order that a reduction or termination of spousal support is retroactive to the date of service of the petition on the payee, unless the court finds that reimbursement of amounts already paid would cause an undue hardship on the payee.

(5) An award of rehabilitative spousal support shall not be reduced or terminated because of the existence of a de facto marriage between the spousal support payee and another person. (6) An award of spousal support in gross shall not be reduced or terminated because of the existence of a de facto marriage between the spousal support payee and another person.

(7) An award of spousal support shall not be reduced or terminated under the provisions of this subsection for conduct by a spousal support payee that occurred before the first day of October, one thousand nine hundred ninety-nine.

(b) Nothing in this subsection shall be construed to abrogate the requirement that every marriage in this State be solemnized under a license or construed to recognize a common law marriage as valid.

⁵²⁸ 592 S.E.2d 646 (2003)

⁵²⁹ 607 S.E.2d 818 (2004)。Wachter 先生被下級法院判決每星期支付 150 美元給 Wachter 太太，做

案中，最高上訴法院首先檢視法條文義及立法者意思，根據法條文義所呈現立法者的意思，其條文係提供決定系爭關係的本質或內容是否符合事實婚關係，因此條文所臚列的參考因素並不是判斷的全部因素，同時也不需要全部吻合。要決定個案關係是否符合事實婚標準必須個案判斷，找尋是否有事實婚的優勢證據，舉證責任落在依條文規定而受益之一方，換言之即是主張事實婚關係存在者。最高上訴法院一再強調，事實婚關係是否存在，法院必須沒有設限的檢視離婚配偶與其他人之任何關係，如果缺乏具有說服力證據資料，法院不能僅憑當事人關係的繼續就認定為事實婚關係或其他非傳統婚姻關係。本案最高上訴法院肯認上訴法院的看法，法院被要求決定當事人關係是否達到事實婚的水準時，法院應根據西維吉尼亞州法規第 48-5-797 條第(2)項所列舉之標準，同時參考當事人所提出其他足以建立事實婚存在與否之證據。如證據顯示情夫對於通訊地址有爭議（以前妻之住址為通訊地址），而且原告之前妻亦否認其已習慣將情夫視為丈夫者，仍無法構成事實婚之關係，不能僅單純同居即認定為事實婚關係。

佛羅里達州亦有類似之規定，即贍養費權利人與他人共同居住而形成扶助關係（Supportive Relationship）時，法院得減少或終止贍養費的給與，至於贍養費的減少或終止的舉證責任，落在贍養費支付義務人身上，必須以優勢證據證明權利人與第三人間扶助關係存在。扶助關係係指沒有血親或姻親關係的兩個人間共同生活在一起，法院必須仔細檢視兩人關係的本質和內容。法院必須綜合考慮兩人間之關係，其決定標準計有贍養費權利人與他人是否對外以夫妻自居，例如使用共同的姓氏、使用共同的信件地址、彼此以丈夫、妻子稱之或其他足以證明彼此有長久扶助的關係；贍養費權利人與他人有共同

為離婚後的贍養費，在離婚 2 年後，Wachter 太太與她的情夫同居，並居住在 Wachter 先生和太太離婚前的房子中。Wachter 先生起訴主張 Wachter 太太與他人成立事實婚關係，並要求減少或免除贍養費。家庭法院認為，雖然 Wachter 太太與他人有類似夫妻關係，但他們對外沒有以夫妻自居，他們沒有擁有不動產、共同個人財產，且財務上各自獨立，沒有共同帳戶或信用卡，他們幾乎沒有共同支出，只有對 Wachter 太太房子為微不足道的改良。家庭法院最後認定雙方並未達事實婚的水準。Wachter 先生不服並繼續上訴，巡迴法院仍支持下級法院的見解，Wachter 先生繼續上訴西維吉尼亞州最高上訴法院。

居住之處所；兩人有共同的財產、收入和其他財務互相依賴之證據；兩人間對彼此照顧的程度；兩人間對彼此個人提供有價值的服務；兩人間對彼此工作提供有價值的服務；兩人共同創造或增加財產的價值；兩人共同購買不動產或個人財產；證據顯示兩人有明示的財產分割或扶助協議；證據顯示兩人有默示的財產分割或扶助協議；贍養費權利人與他方共同撫育他方之子女，而不論其法律上是否有撫養義務。⁵³⁰此外，立法者為避免造成佛羅里達州承認普通法婚姻的誤會，同法亦強調婚姻仍必須踐行儀式並登記，不承認普通法婚姻及事實婚姻。只是兩人間的經濟狀況如同婚姻一般時，將如同再婚而構成贍養費的減免，仍不能僅因雙方有非婚同居關係即認定有扶助關係，仍應檢視其關係的本質及內容。在 2009 年 1 月佛羅里達州第四區上訴法

⁵³⁰ § 61.14.(1)(b) 2. In determining whether an existing award of alimony should be reduced or terminated because of an alleged supportive relationship between an obligee and a person who is not related by consanguinity or affinity and with whom the obligee resides, the court shall elicit the nature and extent of the relationship in question. The court shall give consideration, without limitation, to circumstances, including, but not limited to, the following, in determining the relationship of an obligee to another person:

- a. The extent to which the obligee and the other person have held themselves out as a married couple by engaging in conduct such as using the same last name, using a common mailing address, referring to each other in terms such as “my husband” or “my wife,” or otherwise conducting themselves in a manner that evidences a permanent supportive relationship.
- b. The period of time that the obligee has resided with the other person in a permanent place of abode.
- c. The extent to which the obligee and the other person have pooled their assets or income or otherwise exhibited financial interdependence.
- d. The extent to which the obligee or the other person has supported the other, in whole or in part.
- e. The extent to which the obligee or the other person has performed valuable services for the other.
- f. The extent to which the obligee or the other person has performed valuable services for the other's company or employer.
- g. Whether the obligee and the other person have worked together to create or enhance anything of value.
- h. Whether the obligee and the other person have jointly contributed to the purchase of any real or personal property.
- i. Evidence in support of a claim that the obligee and the other person have an express agreement regarding property sharing or support.
- j. Evidence in support of a claim that the obligee and the other person have an implied agreement regarding property sharing or support.
- k. Whether the obligee and the other person have provided support to the children of one another, regardless of any legal duty to do so.

院 French v. French⁵³¹ 個案中，法院認為前妻與男友從 1990 年開始發展親密關係，並居住在前妻家中長達 10 年，2000 年男方在北卡羅萊州蓋了一棟房子，到 2004 年女方賣掉她的房子為止，雙方在兩地往來居住。2005 年女方在佛羅里達州買了一棟房子，他們共同以兩地為通信地址，共同以佛羅里達州的居所為駕照登記地，並且共同分擔家庭費用。他們擁有各自的銀行帳戶，並沒有財務的混同，女方甚至仔細的登錄他們的財務狀況，不過法院最終仍認定雙方有扶助關係，其前夫的贍養費支付義務必須減輕或免除。佛羅里達州法第 61.14 (b) 條之所以認可此種經濟扶助行為，係因扶助關係是表面上獨立的個人選擇共同生活在同一屋簷下，而這個個案則被認為是佛羅里達州法院對第 61.14 條的最新看法。

第二節 法國

法國在 1999 年公佈 Pacs 相關法律，其中在當事人間的贈與及遺贈方面，當事人間的贈與享有 375,000 法郎的扣除額。就遺贈而言，在 Pacs 締結後該扣除額便立即可以適用，例如在 Pacs 締結後二、三個月即死亡的情形，即有扣除的可能。此外，在贈與的情形時，在 Pacs 締結二年後亦能取得上述稅法上的特權。而此種稅法上的特權非常明顯，與一般事實婚（非 Pacs 登記）當事人彼此間的贈與、遺贈為例，其稅率為百分之 60，而扣除額不超過 10,000 法郎。⁵³² 後在 2005 年財務法，規範 Pacs 伴侶間之所得稅、贈與稅等問題，之後在 2006 年 6 月修正公佈繼承與捐贈相關規定，並於 2007 年 1 月 1 日施行，其中涉及生存伴侶之生活保障、Pacs 登記的改良、及伴侶財產之處置等，用以補充 1999 年之立法，同時加強保護 Pacs 伴侶。

一、扶養義務（民法 515-4）。Pacs 伴侶關係存續中，雙方互負實質扶助義務，扶助能力係依個人財力決定之。包括日常生活所需費

⁵³¹ <http://www.4dca.org/opinions/Jan%202009/01-21-09/4D06-3860.op.Rhrg.pdf> 最後流覽日：2010 年 10 月 27 日。

⁵³² 松川正毅，PACS について(1)~連帶に基づく民事契約~，國際商事法務，28 卷 3 號，頁 372-373，2000 年。

用，如住居費用、生活費、治裝費、娛樂費、子女教育及養育費等的分攤，與婚姻並沒有什麼不同。與一般同居相較，相互間的扶養義務是 Pacs 的一大特色，一般同居伴侶間並不產生扶助義務。因為如同憲法法院所宣示，締結 Pacs 的二個人間本來就互負義務，不單單是利益共同體，還必須有共同生活，Pacs 不單單是契約而已，更是二個人之間的誓約。不過與結婚不同的是並不課予 Pacs 伴侶貞操義務。相互扶養義務的具體化為二人共同費用的支出。事實上，二人中之一方不能負擔家庭生活費用時，法院會要求他方支付賠償。憲法法院則進一步指出，Pacs 協議中為一人負擔支付全部生活費，而他方免除負擔義務之約定者，該約定因違反 Pacs 規定而無效。⁵³³最後此義務僅止於伴侶關係存續中，關係結束後並無繼續扶助之義務。⁵³⁴

二、準用夫妻財產制契約（民法 515-5）。在 2006 年民法第 515 條之 5 修法前，除非 Pacs 伴侶間有例外之財產處置約定，否則 Pacs 成立後一方有償取得之財產，推定為 Pacs 雙方共有。⁵³⁵除在 Pacs 締結時為相反的約定外，否則在 Pacs 締結後所購入財產的全部，雙方以二分一持分而共有。縱使為一方單獨購買者，亦為共有，如桌子、椅子、電器用品等家具，Pacs 締結後購入之車子、股票、有價證券、不動產等亦可能為雙方共有。再者購買證明遺失，無法證明購買的時間者，亦推定為共有。⁵³⁶因此伴侶一方於 Pacs 締結時單獨所有之財物，並不會因為締結 Pacs 而變成共有，同時因贈與或繼承所得之財產亦不得共有。在共有財產下，伴侶關係因一方離別或死亡而解消時，必須進行清算。在離別的情形下，由

⁵³³ Percin, Laurence de, 齊藤笑美子譯，パックス—新しいパートナーシップの形，頁 64-65。

⁵³⁴ Joëlle Godard, PACS Seven Years on: Is It Moving Towards Marriage?, Int'l J.L.Pol'y & Fam., 310, 318 (2007)

⁵³⁵ 第 515-5 條「緊密關係民事協議的伙伴雙方應在第 515-3 條第 2 項所指的協議中指明他們將對在緊密關係民事協議訂立後有償取得的動產家具實行共有財產制度，非如此，推定這些家具為兩人對半共有；在取得這些家具的日期不能確定的情況下，亦同。在緊密關係民事協議訂立後，兩伙伴有償成為所有權人的財產，如取得財產或訂購財產的文書沒有做出另外的規定，亦推定為兩伙伴對半共有。」；羅結珍譯，法國民法典 2004 年版，頁 433，法律出版社，2005 年。

⁵³⁶ 松川正毅，PACS について(1)~連帶に基づく民事契約~，頁 373。

雙方當事人進行清算。在死亡的情形時，由死亡伴侶之繼承人與生存之伴侶進行清算，以持分的二分之一進行清算並沒有困難。相較於沒有締結 Pacs 的事實婚當事人，除共同購置外，種種財產的購置屬於購置者所有。因此用以居住之不動產，常常是以共有的意思購入，卻登記在一方名下。除法國民法第 534 條⁵³⁷所規定的動產（壁掛、床、椅子、鏡子、掛鐘、桌子、瓷器及用以房間使用、裝飾用的動產）外，Pacs 締結後購入種種物品也可以特約排除，所以車子或不動產於購入之際，亦得以特約排除共有之。惟 2007 年開始實施之新法，則以分別所有為原則，共同共有為例外，根據法國民法第 515 條之 5 規定，除非有相反之約定，伴侶之一方對其個人財產保有其管理、使用及自由處分權。除 515 條之 4 最後一項之債務外，在 Pacs 關係存續前或存續中，伴侶以個人財產清償其個人債務。此外，伴侶個人繼承或贈與所得之財產當然為個人財產。但新法只適用於 2007 年 1 月 1 日後締結之 Pacs，如果在期日之前的 Pacs 伴侶想要適用新法，則必須訂立新的變更約定。Pacs 伴侶財產制與夫妻財產制最大的區別在於，Pacs 伴侶推定分別所有財產為原則，而夫妻以推定共有財產為原則。⁵³⁸

三、日常生活費用連帶責任（民法 515-4）。伴侶彼此間對於日常生活及住居所生之費用債務，即使由一方所締結者，他方仍要負責。⁵³⁹伴侶當事人對第三人負連帶責任，但明顯超過日常必要費用所需者，不在此限。⁵⁴⁰至於違反此義務者，則發生損害賠償責任。不過法國學者認為配偶間的日常生活費用連帶債務（民法第 220 條⁵⁴¹）

⁵³⁷ 法國民法第 534 條：「配備動產家具僅指房間裡使用和裝飾的動產，例如地毯、床、坐椅、鏡子、掛鐘、桌子、瓷器、以及其他此種性質的物品。屬於房間內家具之一部分的繪畫與雕像，亦屬於動產家具之列，但不包括可存放於專門陳列室或特別藏室的收藏品。瓷器亦屬相同情形，僅有其中屬於房間裝飾之部分，才包括在動產家具名目之內。」；羅結珍，法國民法典 2004 年版，頁 450。

⁵³⁸ Godard, supra note 534, at 318.

⁵³⁹ Cleary, Erin, New Jersey Domestic Partnership Act in the Aftermath of Lewis v. Harris: Should New Jersey Expand the Act to Include All Unmarried Cohabitants?, 60 Rutgers Law Review, 519, 519 546 (2008).

⁵⁴⁰ Godard, supra note 534, at 318.

⁵⁴¹ 法國民法第 220 條：「夫妻各方均有權單獨訂立旨在維持家庭日常生活與教育子女的合同。夫妻一方據此締結的債務對另一方具有連帶約束力。…」；羅結珍，法國民法典 2004 年版，頁

與本條相近，法國民法第 220 條關於子女教育費用的規定，於本條可以擴張解釋或類推適用之。至於明顯超出必要範圍的支出，亦不包括在內，如旅遊的費用等，所以本條應限定支出為關於共同居住部分。⁵⁴²

四、再者，在伴侶一方死亡時，除農業經營外，被認為伴侶享有對所有住居、營業財產請求優先分配權利的可能，因為共同生活伴侶沒有繼承權，從締結 Pacs 後財產共同所有的觀點，依法國民法第 832 條「共同所有之生存配偶」優先分配規定來看，承認伴侶優先分配的可能性（民法 515-6）。至於單純事實婚關係，並不承認有優先分配之規定，與 Pacs 之共同生活伴侶不同。因此如前所述，一方死亡時，他方伴侶之權利無法獲得必然的保護。⁵⁴³

五、生存伴侶之住居保障。伴侶之一方死亡，在死亡之當年，他方得繼續自由使用家宅，不論生存之伴侶是否為承租人或所有人，為避免生存伴侶遭權利人逐出，法律為特別保護。Pacs 伴侶之一方為公寓之承租人，與他方分居而死亡時，即使他方沒有與承租人同住，該租賃契約在租賃期間內仍然繼續有效。然而在一般事實婚的情形時，他方伴侶至少被要求共同住居一年以上，在這方面 Pacs 伴侶與事實婚伴侶有明顯差異。此外公寓為 Pacs 伴侶之一方所有而出租者，得以 Pacs 伴侶存在為原因，解除租賃契約將出租公寓收回。甚至不僅他方伴侶，其親屬或子女也包括在內，得因此而解除租賃契約，一般事實婚在相同情形時，至少必須有一年以上眾所周知的事實婚姻關係，但 Pacs 伴侶則無此限制。⁵⁴⁴同時死亡之伴侶也得以遺囑將家宅留給生存伴侶，惟其必須支付相當金額給死亡伴侶之繼承人。

六、在勞動條件方面。Pacs 伴侶取得與夫妻相當的地位，如伴侶之

207-212。

⁵⁴² 許耀明，「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係，頁 93。

⁵⁴³ 松川正毅，PACS について(3)~連帶に基づく民事契約~，頁 635。

⁵⁴⁴ 松川正毅，PACS について(3)~連帶に基づく民事契約~，頁 635。

一方死亡時，生存伴侶取得二日的喪假。陪伴醫療假亦與夫妻相同。伴侶之一方為公務員者，關於調職命令，得申請調派到與他方伴侶較近單位的優遇權利，因此取得與配偶相當的權利，不過單純事實婚關係者則無法取得。⁵⁴⁵

七、在社會保障方面。Pacs 伴侶亦取得與夫妻相當的地位，如醫療保險、分娩給付等。至於事實婚關係者得繼續領取的寡婦津貼及其他原來家庭的津貼等，則因 Pacs 的締結而喪失受領的權利。⁵⁴⁶

八、不當終止之損害賠償請求。Pacs 之一方雖然可以任意終止契約關係，但如果是濫用終止權者，法國學者認為此時構成損害賠償（民法 515-7）。⁵⁴⁷不過當事人對於 Pacs 關係的廢棄有完全自由，若依規定為送達，則法院在過失責任的認定上，原則上很難成立。然而，Pacs 伴侶間已繼續共同生活多年，一方突然廢棄 Pacs 關係，則法院亦有可能判決他方負損害賠償責任。⁵⁴⁸

九、終止後伴侶各自取回其個人財產，至於共有部分再依財產法原則加以分割，Pacs 對此部分並無特別規定。

Pacs 登記後即發生上述之法律效果，至於是否發生民法上關於人之能力、地位、親子關係等身分上之效力則無明文，如結婚而生之冠姓、配偶間的忠誠義務、父母子女關係的建立等，解釋上屬立法者有意省略，不可類推適用。至於婚姻法上共同生活的義務，在 Pacs 的種種義務中，條文只單單規定「為組織共同生活」而締結 Pacs，學者因此認為共同生活義務不屬 Pacs 的強制規定。⁵⁴⁹此外 Pacs 伴侶並不在繼承人之序列中，子女及配偶才有繼承權，伴侶間沒有相互繼承權。

在 Pacs 法通過前，法國學者認為婚姻對社會的安定有重要貢獻，但 Pacs 伴侶間，缺乏貞操、同居協力、扶養等義務，對伴侶共同生

⁵⁴⁵ 松川正毅，PACS について(2)~連帶に基づく民事契約~，頁 502。

⁵⁴⁶ 松川正毅，PACS について(2)~連帶に基づく民事契約~，頁 502。

⁵⁴⁷ 許耀明，「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係，頁 86~87。

⁵⁴⁸ 松川正毅，PACS について(3)~連帶に基づく民事契約~，頁 635。

⁵⁴⁹ 松川正毅，PACS について(2)~連帶に基づく民事契約~，頁 502。

活的安定沒有保障，欠缺共同生活的基礎。其次，當事人間對於日常家庭債務負連帶責任，在關係不安定的情形下，造成適用上的疑問。例如，租金、水電瓦斯費、借錢、稅金等，他方也必須負擔之。但在事實婚的情形時，除非當事人間有明確負擔責任之意思，否則各自債務由各自負擔，與事實婚相比較，似乎責任較重。再者，在當事人沒有為相反的意思表示時，當然共有也產生問題。最後，放任關係自由解消。⁵⁵⁰不過後來 Pacs 法的內容並非全然如同學者所批評，最後似乎接受學者批評而對原來 Pacs 內容進行調整。

第三節 日本

第一項 一般內緣之法律效果

因為採取內緣準婚的立場，因此內緣應有之法律效果即與婚姻類似，惟內緣欠缺婚姻登記，與婚姻明顯不同，不可能賦予婚姻相同之法律效果，因此婚姻效果中那些可以為內緣所類推，那些不可類推則有疑義，其類推與否的標準為有，主要有戶籍登記關聯說⁵⁵¹與共同生活說⁵⁵²。戶籍登記關聯說認為與戶籍關聯性較高之法律效果，則無法類推適用，如姻親關係、夫妻同姓原則、成年擬制、婚生推定等效果不能類推適用。⁵⁵³共同生活說則認為非以共同生活為本質之效力不適用：配偶身分關係的取得、姻親關係不發生、成年擬制規定不適用、夫妻姓氏的變更、子女準正等。不過兩種標準雖然不同，但類推婚姻效果的項目並無差異。又關於內緣婚姻效力之說明，學說看法紛紜，礙於篇幅以實務見解為中心，依序加以討論。

實務上類推婚姻效果的項目可再細分為關係存續中與關係解消後：

第一款 關係存續中

⁵⁵⁰ 松川正毅，PACS について(7)~連帶に基づく民事契約~，國際商事法務 28 卷 9 號，頁 1150，2000 年。

⁵⁵¹ 中川淳，夫婦、親子關係の法理，頁 10，世界思想社，2004 年。

⁵⁵² 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 51。

⁵⁵³ 吉田恒雄，親族法、繼承法（東京：尚學社，2001 年），頁 90。

一、同居協力義務：同居伴侶經營共同生活之本質要求，勢必承認事實夫妻間有同居義務，因此事實上夫妻之一方可以訴請他方履行同居義務。⁵⁵⁴不過有學者認為婚姻若不以同居為本質要素的話，作為婚姻效果之同居協力義務，法律將無法強制，基於婚姻當事人的合意而生的義務，其在婚姻法的位置將可能改變。到達如此階段的話，做為準婚的內緣也可為相同之解釋。現階段在當事人不為婚姻申報的情形，日本民法第 752 條將無法類推適用，根據當事人合意而生之同居協力義務，他方同居協力義務的拒絕意謂著事實婚的終了。⁵⁵⁵

二、扶養義務：日本最高裁判所判例並沒有直接提及民法第 752 條之扶養義務，而是在內緣配偶之一方因事故而死亡時，承認他方對加害人之損害賠償請求。⁵⁵⁶作為自動車損害賠償責任保障金前提之內緣妻扶養利益的承認。⁵⁵⁷選任內緣配偶為精神衛生法（關於精神保健及精神障害者福祉法）上之保護義務者等。⁵⁵⁸內緣配偶間之扶養義務係以承認扶養利益的法律保障為之。事實上夫妻共同生活除相互信賴及愛情以外，當一方處於需要保護的狀態時，他方有事實上扶養之經濟依存關係。依此法理，內緣保護的法理，本質上扶養義務形成內緣法律效果的主幹。而社會保障法的處理亦以此為前提。如此解釋雖然超過民法規定扶養義務人的範圍，但不必因此認為是扶養義務人的擴大，實際上是事實上扶養的法律保障。換言之，內緣因死亡而解消或一造離棄而解消時，陷於要保護狀態的內緣當事人扶養利益的維護。⁵⁵⁹

三、貞操義務：從內緣準婚的學說來看，內緣為事實上夫妻般共同生活，則與婚姻關係同樣之內緣當事人間當然有貞操義務。日本判決對於事實夫妻間是否有貞操義務並沒有明文，但從早期實務見

⁵⁵⁴ 中川淳，夫婦、親子關係の法理，頁 10。

⁵⁵⁵ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 55-56，信山社，2006 年。

⁵⁵⁶ 東京地方裁判所判決，昭和 36（1961）年 4 月 25 日。

⁵⁵⁷ 最高裁判所第 3 小法庭判決，平成 5（1993）年 4 月 6 日。

⁵⁵⁸ 神戸家庭裁判所判決，昭和 47（1972）年 2 月 21 日。

⁵⁵⁹ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 52-53。

解認為內緣夫妻之一方與第三人通姦，進而造成內緣關係的解消者，他方得以締結婚姻之請求受到侵害為由，根據債權侵害的法理請求賠償，其前提當然必須承認彼此有貞操義務。⁵⁶⁰其後則以貞操義務為前提，侵害原告以夫婦關係為基礎而進行社會活動的期待為由，判決相對人及第三人應負共同侵權責任，應賠償原告慰撫金⁵⁶¹。不過學者從近來最高裁判所判決來看，婚姻關係產生破綻後，不貞行為的相對人將不構成不法行為責任，⁵⁶²則上開慰撫金個案之請求，將被拒絕之。⁵⁶³

四、婚姻生活費用的負擔：夫妻財產制契約，係以婚姻登記為前提，內緣關係因此沒有類推適用。至於法定夫妻財產制之規定，係關於夫妻共同生活而生之財產問題規定，具有夫妻共同生活實質之內緣關係則可類推適用。在準婚理論之下，婚姻生活費用的分攤請求權，內緣也可準用。因此內緣夫妻迄別居而關係解消前，一方對他方之婚姻生活費用分攤請求成為可能。從內緣保護之根據係事實上扶養的法保護來看，婚姻家庭費用的負擔實係扶養履行方法之一種。惟內緣為事實上關係，因破綻性別居是內緣解消的認定，所以一方住院或赴任新職等一時性別居，仍可請求婚姻生活費用分攤請求。因當事人間有協力關係，在法律上當然有婚姻家庭費用之分擔義務。在實務的案例上，多為內緣關係解消後，醫療費及其他生活費的墊付及過去婚姻生活費用分擔的請求等，以及內緣妻生產有關費用、⁵⁶⁴內緣妻在娘家的醫療費用等，無論何者皆類推適用婚姻生活費用分擔義務，命令內緣夫支付之。⁵⁶⁵

五、日常家事債務的連帶責任：日本民法第 761 條規定夫妻對日常家事債務負連帶賠償責任，以保護第三人之信賴，內緣夫妻因為共同生活，解釋上本來即可透過一般財產法上的代理制度來處理，

⁵⁶⁰ 大審院判決，大正 8（1919）年 5 月 12 日。

⁵⁶¹ 東京地方裁判所判決，昭和 33（1958）年 12 月 25 日。

⁵⁶² 最高裁判所第 3 小法庭判決，平成 8（1996）年 3 月 26 日。

⁵⁶³ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 57。

⁵⁶⁴ 大阪地方裁判所判決，昭和 29（1954）年 8 月 9 日。

⁵⁶⁵ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 59。

類推適用民法第 761 條只不過是再次宣示而已。適用本條之癥結在於日常家事債務範圍之判斷。⁵⁶⁶

六、夫妻財產共有推定：日本民法第 762 條規定「夫妻一方於婚前所有及婚姻關係存續中以自己名義取得之財產者為其特有財產。夫妻財產歸屬不明者，推定為其雙方共有。」通說認為本條規定可類推適用於內緣夫妻間，即內緣夫妻之一方於進入內緣關係前所取得之財產或形成內緣關係後以自己名義取得之財產，為個人之特有財產，與一般法律上夫妻同。但在無法決定財產歸屬時，推定為內緣夫妻共有。實務上認為內緣夫妻對於財產之取得，直接或間接參與而有所貢獻者，推定為共有。即使以內緣夫名義登記之不動產，內緣妻可類推日本民法第 762 條第 2 項規定取得共有，並以出資額決定持分之比例。⁵⁶⁷此外同條項亦可適用供共同日常生活使用等動產，而實務以夫妻間的出資額認定所有權歸屬的判決，⁵⁶⁸則不利專心致力於家事管理和育兒勞動的內緣妻。

第二款 關係解消後：

一、不當解消之損害賠償請求：沒有正當理由而為內緣關係之解消者，過去實務見解認為，相對人可基於婚姻預約理論，對解消者主張債務不履行之損害賠償，現在實務雖採準婚理論，將沒有正當理由之解消當作是不法侵權行為。婚姻預約理論仍可處理短期同居個案或沒有安定、繼續之同居行為，因此不論理由為何，實務肯定不當的解消內緣關係，構成損害賠償之原因。至於正當與否之標準，實務參考離婚原因（日本民法第 770 條）認為通姦、遺棄、虐待、侮辱、嚴重歇斯底里、性無能或異常者，可能構成正當事由，但若是性格不合、迷信、與門風不合、健康狀態及過去經驗等則不該當之。總之必須綜合雙方當事人之行為來判斷，

⁵⁶⁶ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 63。

⁵⁶⁷ 東京地方裁判所判決，平成 4（1992）年 1 月 13 日。

⁵⁶⁸ 最高裁判所第 3 小法庭判決，昭和 34（1959）年 7 月 14 日。

而是否有共同生活的實質，亦影響不法行為責任之認定。⁵⁶⁹近來實務判決中，雖然伴侶關係繼續維持 16 年，但沒有共同生活和共有財產，二人小孩之養育也是由生母和兒童福利措施為之，因此否定一方關係解消之不法行為責任，其夫妻共同生活實體的有無，反而左右其判決的結論。⁵⁷⁰

二、財產清算：依日本民法第 768 條規定，夫妻協議離婚時，一方得向他方提出財產分與的請求，並得於夫妻雙方協議不成或不能協議時，請求家事法院以審判決定。雖然不當的解消內緣關係亦構成損害賠償請求，但必須舉證對方的有責與過失，對請求人造成不便。通說及實務都認為財產分與規定並不以戶籍登記為前提，而是夫妻關係實體使然，具有婚姻財產關係清算的意義。⁵⁷¹又實務以當事人間公然共同生活在一起為理由，認為應類推適用夫妻財產清算之規定，係集合夫婦財產清算、離婚後扶養、對有責者的慰撫金請求等性質之財產分割規定，也是對內緣夫妻最終生活關係的調整。⁵⁷²不過財產分與雖然有離婚後扶養請求的性質，惟內緣夫基於維持共同生活之目的，無償占用內緣妻所有之土地住居及倉儲，當內緣關係因分手而解消時，其占有土地之權源僅存在關係繼續中，除有特別情事外，占有權源亦歸消滅。⁵⁷³

三、死亡之財產清算：內緣夫妻一方死亡時，構成內緣關係解消之原因，依前開解釋本可類推適用夫妻財產清算之規定，惟實務對此有不同之見解，有認為從財產清算的法性質及公平正義的觀點，應該類推適用日本民法第 768 條夫妻財產分配之規定。⁵⁷⁴但亦有實務認為類推適用民法第 768 條將紊亂夫妻財產分配制度與繼承制度，與現行法律體系有違。⁵⁷⁵近來最高裁判所對此爭議採取否定見

⁵⁶⁹ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 117-118。

⁵⁷⁰ 最高裁判所第 1 小法庭判決，平成 16（2004）年 11 月 18 日。

⁵⁷¹ 太田武男，日本の内縁，事實婚の比較法的研究，頁 42，有斐閣，1986 年。

⁵⁷² 廣島高等裁判所判決，昭和 38（1963）年 6 月 19 日。山之内三紀子，内縁解消，離婚・内縁解消の法律相談，頁 376。

⁵⁷³ 最高裁判所判決，昭和 35（1960）年 2 月 10 日。

⁵⁷⁴ 大阪家事裁判所判決，平成 1（1989）年 7 月 31 日。

⁵⁷⁵ 大阪高等判決所判決，平成 4（1992）年 2 月 20 日。

解，為上開爭議暫時畫下句點。⁵⁷⁶

四、侵權致死之損害賠償：內緣係男女事實上為夫婦般共同生活，互負扶養義務，因此扶養利益是值得保護的權益，因此內緣一方因第三人傷害或交通事故致死，可以扶養利益受侵害為由請求財產上損害賠償。甚者，內緣配偶可以類推適用民法第 711 條配偶之地位，請求慰撫金。此外，既然是扶養利益之損害賠償，則必須以內緣配偶有受扶養必要為前提，若無此必要即不發生損害賠償請求權。有問題者係生存內緣配偶與其他繼承人請求競合之問題，有實務認為生存內緣配偶與死亡內緣配偶之父母，各取得扶養喪失損害賠償的二分之一。⁵⁷⁷亦有實務認為在內緣妻與婚生子繼承人共同請求損害賠償的案例中，以內緣關係長達 20 年之久，其內緣扶助部分應先從賠償中扣除。⁵⁷⁸至於重婚內緣的情形，其考量的因素就更複雜了。

五、繼承權：實務認為內緣夫妻間沒有繼承權。⁵⁷⁹學者認為離婚的財產分與的法性質和法根據與配偶繼承權的根據相當，在此情況下，內緣夫妻間應該肯定互有繼承權。不過因為繼承關係畫一性的要求或準婚事實的實證極為困難、繁瑣，或在婚姻登記主義下婚姻的統制將變得沒有意義等理由，不承認內緣配偶之繼承權。蓋現行繼承法獨自畫一性的要求及公示歸屬確定性的要求，並不能以之作為制度的絕對原則，縱使準婚事實證明困難而一概為權利的否定，理由亦不充分，再者婚姻登記主義的婚姻統制將無意義，則準婚理論也就沒有意義了。⁵⁸⁰

六、住屋居住權：

(一) 被繼承人為住宅的所有權人

日本實務上繼承人對於生存內緣配偶的讓與請求權，有以下的

⁵⁷⁶ 最高裁判所第 1 小庭判決，平成 12 (2000) 年 3 月 10 日。

⁵⁷⁷ 千葉地方裁判所佐倉支部判決，昭和 49 (1974) 7 月 15 日。

⁵⁷⁸ 札幌高等裁判所判決，昭和 56 (1981) 2 月 25 日。

⁵⁷⁹ 仙台家庭裁判所判決，昭和 30 (1955) 年 5 月 18 日。

⁵⁸⁰ 中川淳，夫婦、親子關係の法理，頁 11。

看法：

1. 權利濫用說。最高裁判所認為死者的繼承人沒有特別理由而為家宅的讓與請求者，為權利的濫用，實務創設了與繼承人的同居義務，但不承認生存內緣配偶有居住的權利。⁵⁸¹
2. 內緣當事人間合意的擬制。下級法院有認為生存內緣繼續為家宅的使用，係以內緣夫死亡為停止條件，內緣妻的死亡為終期的契約。因此若無其他解除條件的特別情事，內緣夫妻間有將共同生活中心家宅無償使用的合意，這個合意附隨在內緣關係而存在，這個合意由夫的繼承人所承繼，因此內緣妻依該合意使用收益並得對抗繼承人。⁵⁸²又內緣夫妻將共有之不動產作為居住及共同事業使用，若沒有特別的約定，二者間有一方死亡後由他方單獨使用系爭不動產的合意，則生存內緣配偶對該共有財產有單獨使用權。⁵⁸³

(二) 被繼承人為住宅之承租人

實務認為對於出租人的返還請求，可以援用繼承人所繼承的承租權而居住。⁵⁸⁴日本舊借家法第7條之2規定，在繼承人不存在的情形時，事實上夫婦及同樣關係之同居者可以承繼租賃權。而如此的法律保護，被目前借地借家法第36條第1項所承繼，即承租人無繼承人而死亡時，其與承租人具有等同於事實上夫妻關係之同居者，得繼承承租人之權利義務。若有繼承人則援用繼承人所承繼的承租權，採學說上的援用理論。⁵⁸⁵在關係存續中，婚姻法律效果與共同生活事實有關者，可以類推適用之，如同居、協力扶助義務、貞操義務、家庭生活費用分擔義務、家庭費用連帶責任、不明財產推定共有等。

七、遺贈：鑑於內緣配偶在實務上沒有繼承權，生前的贈與或遺贈或許為保護生存內緣配偶財產的對策，通常的內緣除了在大審院時

⁵⁸¹ 最高裁判所判決，昭和39（1964）年10月13日。

⁵⁸² 大阪地方裁判所判決，昭和37（1962）年11月30日。

⁵⁸³ 最高裁判所第1小法庭判決，平成8（1996）年8月26日。

⁵⁸⁴ 最高裁判所第3小法庭判決，昭和42（1967）年2月21日。

⁵⁸⁵ 實務的見解無法解決如繼承人拒絕同居、繼承人放棄承租權、繼承人不支付或遲延支付租金而致解除（中止）租約、因繼承人有房屋致出租人有正當理由收回等問題，內緣妻的居住權仍無法獲得保障。（二宮周平，內緣，載於星野英一主編民法講座第七卷親族·相續，頁80-81，1992）

代曾發生過內緣是否違反公序良俗的議論外，在法律上並沒有太大的爭議。實務上繼承人以贈與沒有書面為由主張取消贈與，法院則以內緣夫已將家屋之契約書及印章交付，已經以簡易交付完成占有移轉，贈與已經完成。或贈與已經完成，繼承人等的取消贈與違反誠信原則，而否定繼承人的主張，內緣妻的房屋、土地因而獲得確保。⁵⁸⁶贈與在不侵害特留分的範圍內，屬於個人財產處分之自由。若違反特留分的贈與其效果如何，日本學者認為有必要承認一部無效理論，即超過部分無效，若贈與物是共用財產者，則應主張共有物的持分，而非主張無效。⁵⁸⁷

在內緣關係因合意而解消時，類推適用離婚財產分與之規定、有責伴侶之不當離棄損害賠償請求、居住權保護等。在內緣關係因死亡而解消時，生存配偶有居住權之保障，但沒繼承權、財產分與規定之類推。惟在社會保險、國民年金上，賦予「與未為婚姻申報之事實上婚姻關係同樣情事者」與法律上配偶相同之地位。⁵⁸⁸

第二項 重婚內緣的法律效果

至於重婚的內緣，即內緣當事人一方或雙方有法律上之配偶，法律上之夫妻關係出現破綻而形骸化，但內緣當事人間現實上如同夫妻般共同生活。即法律婚在事實上為離婚的狀態，僅存戶籍夫妻登記的形式，同時與第三人存在內緣夫妻的實質狀態，因具內緣夫妻的實質，法律加以保護。

一、家庭生活費用之負擔：實務上若法律上的妻別居時，在婚姻破綻有有責時，不承認妻本身的生活費用請求，僅就每個子女養育費計算，並扣除內緣妻的生活費用。⁵⁸⁹但在夫有責的情形時，負擔「生活保持義務」，其計算不考慮內緣妻的生活費。⁵⁹⁰在雙方都無責的

⁵⁸⁶ 最高裁判所第1小法庭判決，昭和39（1964）年5月26日。東京高等裁判所判決，昭和46（1971）年2月26日

⁵⁸⁷ 松倉耕作，判批，判例タイムズ，824号，頁75，1993。

⁵⁸⁸ 吉田恒雄，親族法、繼承法，頁91-92。

⁵⁸⁹ 東京高等裁判所判決，昭和58（1983）年12月16日。

⁵⁹⁰ 大阪高等裁判所判決，昭和55（1980）年2月26日。

情況下，夫只要分擔妻在社會上一般人生活必要之程度即為已足，⁵⁹¹若妻有該程度之收入，則夫沒有分擔義務。相反地雖然妻沒有收入，而夫經濟寬裕者，內緣妻的生活費受到保留。但一般來說，除非夫對婚姻破綻沒有責任，同時與內緣妻關係發生在婚姻破綻後，不然內緣妻的生活費不用考慮。基本上重婚的內緣，因夫的不貞而造成法律婚破綻的結果不少，妻子的家庭生活費用分擔請求被承認，換言之造成內緣妻的生活費無法確保的個案亦不少。⁵⁹²

二、不當離棄之慰撫金請求：不論將事實婚視為婚姻的預約或內緣的構成，不當離棄之損害賠償，仍須以該關係值得法律保護為必要條件。重婚的內緣，其法律婚嗣後解消者，成為通常之內緣，其不當離棄者，與通常內緣受到相同的保護。例如法律上的妻事後死亡、⁵⁹³或離婚者。⁵⁹⁴法律上婚姻事實上為離婚狀態而形成的內緣，並不違反公序良俗，若法律婚無論如何仍存有實質，內緣配偶之一方知其他方仍有法律婚姻關係者，其不當離棄之損害賠償請求，因其造成法律婚的破綻而有責，所以請求被拒絕。⁵⁹⁵但重婚內緣之相對人雖非善意，惟相信惡意重婚內緣者離婚的承諾而維持關係者，因其不具不法性，重婚內緣關係值得保護。⁵⁹⁶而在相對人不法性顯著而嚴重時，重婚內緣關係不值得保護，反而得以貞操權受侵害請求損害賠償。⁵⁹⁷

三、財產清算：伴隨重婚內緣關係解消的善後處理，通常為不當離棄之損害賠償請求。惟亦有財產分與的可能，於單純內緣解消時，學者通說認為根據準婚理論，離婚財產分與規定可以類推適用。但在重婚內緣的解消能否根據單純內緣的一般理論則有疑問，如

⁵⁹¹ 東京高等裁判所判決，昭和 52（1981）年 9 月 30 日。

⁵⁹² 福島家庭裁判所判決，昭和 54（1979）年 11 月 16 日。

⁵⁹³ 東京高等裁判所判決，昭和 32（1957）年 7 月 11 日。

⁵⁹⁴ 東京地方裁判所判決，昭和 34（1959）年 12 月 25 日。

⁵⁹⁵ 仙台高等裁判所判決，昭和 46（1971）年 11 月 1 日。

⁵⁹⁶ 東京地方裁判所判決，昭和 62（1987）年 3 月 2 日。

⁵⁹⁷ 最高裁判所判決，昭和 44（1969）年 9 月 26 日。

果是較長期間重婚內緣關係的財產分與請求，實務上全部承認。重婚內緣的財產分與請求，比一般內緣的要件更嚴格，法律婚必須形骸化，重婚內緣男女必須具備夫妻的實體，對財產的形成或取得有貢獻，至於關係的有責性則比較不重視。⁵⁹⁸不過近來東京地方裁判所判決中，⁵⁹⁹認定當事人「法律婚尚未形骸化，兩人在事實上沒有處於離婚狀態」。究竟重婚內緣是否值得保護，根據前開學說，本案即使採取法律婚態樣重視說的立場，也只能為消極的解釋。縱使採取善意保護說，在知悉法律婚存在這點上，結論亦沒有什麼不同，因此該案重婚的內緣，不論採何種觀點，均被視為置於準婚保護之外。⁶⁰⁰

四、贈與、遺贈：重婚內緣贈與或遺贈仍有爭議，一方面與對方有愛情而永久共同生活在一起，因無正式婚姻關係，無法取得繼承權，以贈與或遺贈方式確保其未來生活。但法律配偶等繼承人，對於婚姻生活的破壞者，卻要忍受遺贈等經濟上的打擊及精神上的痛苦，似難公平。若是為維持夫妻等不倫關係者，則因違反公序良俗而無效，學者認為可以從以下觀點來看。一是該當內緣關係是值得保護的關係者，如原告與死者之同居，並非單純的私通關係，係法律上值得保護之準婚關係者，即內緣夫婦有共同生活的實體，而其法律婚事實上處於離婚的狀態，其贈與、遺贈契約有效。二是贈與的目的如果沒有違反公序良俗者，亦為有效。縱使持續的內緣關係屬於夫妻關係等之不倫關係，若贈與之主要目的係為受贈者將來免於生活之困苦，且為必要之財產利益，與社會通念認為相當者。綜上所述，在法律婚喪失實體性，而婚外關係不因遺囑的作成而有親密度增加的情事，且遺贈的目的非為不倫關係的維持，以保障女性生活為目的，而該贈與之內容不會威脅繼承人等的生活基礎前提下，贈與、遺贈並非無效。重婚的內緣繼續

⁵⁹⁸ 東京高等裁判所判決，昭和 54（1979）年 4 月 24 日。

⁵⁹⁹ 東京地方裁判所判決，平成 8（1996）年 7 月 12 日。

⁶⁰⁰ 中川淳，重婚的內緣關係にある者に対する內緣解消に伴う不動産の贈与が詐害行為に該当するとされた事例，判例時報，第 1628 號，頁 195，1998 年。

中，內緣夫或內緣妻贈與或遺贈不動產於相對人，於贈與人死亡後，相對人對法律上配偶或繼承人為履行贈與或遺贈的請求（所有權移轉請求），或繼承人等請求確認遺囑無效等案例。法律婚在事實上處於離婚狀態，重婚的內緣也沒有違反倫理性，贈與、遺贈一般而言仍為有效。⁶⁰¹縱使為不倫關係，其贈與、遺贈不以關係的維持繼續為目的，而是以相對人生活的保全為目的，贈與、遺囑內容不威脅繼承人基本生活的維持者，並不違反公序良俗。⁶⁰²

五、侵權致死之損害賠償：因侵害生命而生之損害賠償，一般內緣配偶係類推日本民法第 711 條，僅能請求慰撫金及喪失扶養利益之損害賠償請求。⁶⁰³值得保護之重婚內緣，法律婚必須形骸化，因此縱使內緣關係長期繼續，如法律婚仍殘存些許的實質者，內緣配偶的損害賠償請求不被承認。⁶⁰⁴再者任意遺棄法律上妻之內緣夫，於其內緣妻因事故而死亡時，其損害賠償請求，不屬準夫妻而受保護之狀態。⁶⁰⁵不過若法律上的妻已經死亡或法律上的妻亦與他人構成重婚的內緣者，內緣妻因事故而死亡時，內緣夫之損害賠償請求被承認。重婚內緣損害賠償請求額度，不能與通常內緣之日常種種扶養額為基準，必須考量法律上妻子的扶養而相當的扣減，為通常內緣額度的三分之二。⁶⁰⁶

六、租賃權與居住權：關於重婚內緣死亡解消後之生存內緣配偶之居住權，關於屋主的遷讓請求案件，實務援用死亡配偶繼承人之租賃權，給與保護。⁶⁰⁷至於繼承人之法律上配偶及其子女之遷讓房屋請求，實務則認定為權利濫用。⁶⁰⁸實務基本上承認所有事實上妻的居住保護。

⁶⁰¹ 東京地方裁判所判決，昭和 41（1966）年 8 月 31 日。

⁶⁰² 最高裁判所判決，昭和 61（1986）年 11 月 20 日。

⁶⁰³ 札幌高等裁判所判決，昭和 56（1981）年 2 月 15 日。

⁶⁰⁴ 神戶地方裁判所判決，昭和 48（1973）年 4 月 17 日。

⁶⁰⁵ 大阪高等裁判所判決，昭和 49（1974）年 6 月 17 日。

⁶⁰⁶ 東京地方裁判所判決，昭和 43（1968）年 12 月 10 日。

⁶⁰⁷ 大阪地方裁判所判決，昭和 31（1956）年 8 月 27 日。

⁶⁰⁸ 大阪地方裁判所判決，昭和 55（1980）年 1 月 25 日。丈夫大致每個月會送錢給法律上的妻，一開始每年回家四、五次，因此當事人關係不外乎是夫妻關係，男的繼承人（法律上的妻及 4 個婚生子女）主張遷讓房屋的請求，該當權利濫用，事實上妻獲得居住的保障。

日本實務認為重婚內緣夫妻間的同居請求，違反民法一夫一妻的原則，不具正當性而不被承認。⁶⁰⁹基本上判決並不從重婚內緣保護的觀點來看，而是法律上妻是否有請求同居的正當事由來看。所以與丈夫別居10年以上，其間與其他女人同居並有小孩的案例中，法院以圓滿夫妻生活無法期待為由，拒絕妻之同居請求。⁶¹⁰暫時別居的調解成立後，夫與其2名子女和其他女性如同夫妻般共同生活2年半的案例中，法院以如此的態度為倫理、道德、社會所不能容忍，不能承認與其他女人同居的現況，因此同意妻之同居請求。⁶¹¹但不當離棄的損害賠償請求、內緣解消時的財產分與、因第三人侵害一方致死而生之損害賠償及慰撫金等，則被實務所承認。⁶¹²

第三項 近親內緣之法律效果

日本對於近親內緣的討論，主要集中在遺族年金的請求，早期日本最高判決所認為，與死亡厚生年金保險被保險人具有姻親關係者，縱使與死者有內緣關係者，亦不該當厚生年金保險法第3條第2項「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」。所謂「不為婚姻申報而有相當事實上婚姻關係者」並非包含所有內緣關係者，基於當事人合意，以社會通念所承認之夫妻共同生活為成立要件，此種事實關係的存在包含內緣關係，惟反於倫理的內緣關係則不能認為包含在內。蓋依法之保險給付主要係法律強制被保險人繳交之定期保險費及國庫所提供之負擔，具有公的性質，符合公給付性質之受領人始能為給付之對象，違反社會一般倫理觀的內緣關係者，不能承認符合受領公的給付。⁶¹³

最近最高裁判所改變向來見解，對叔父與姪女形成的內緣關係，承認遺族厚生年金的給付。多數意見認為「厚生年金保險之被保險人

⁶⁰⁹ 廣島高等裁判所松江支部判決，昭和40（1965）年11月15日。

⁶¹⁰ 大阪高等裁判所判決，昭和49（1974）年6月28日。

⁶¹¹ 東京家庭裁判所判決，昭和48（1973）年8月23日。

⁶¹² 有地亨，家族法概論，頁65-66，法律文化社，2005年。棚村政行，法律上の配偶者と事實上の配偶者との異同，法学セミナー（東京），第591期（2004年3月），頁14。

⁶¹³ 最高裁判所第1小法庭判決，昭和60（1985）年2月14日。

與其姪女形成內緣關係，主要係因養育叔父與其前妻之子而形成，當初難謂有反倫理、反社會的傾向，親戚間並不排斥而接受、地方社會亦公開的容忍，到叔父死亡時長達 42 年的期間，圓滿安定的繼續著。與禁止近親間婚姻的公益要求相較，提升遺族生活安定和福祉的厚生年金保險法，承認其目的較為優先，因此原告基於厚生年金保險法所受領之給付，與配偶地位相當。⁶¹⁴

所謂遺族厚生年金制度，係根據日本憲法第 25 條生存權規定的理念，以維持受領人的生活及提升其福祉，具有社會保障的性質並無異議。有問題者在於此為公的性質或非對公的請求，學說上有大別為消極說與積極說。消極說認為不能對反倫理者為給付；積極說則認為社會保障制度強調對社會、經濟的弱者保護，是否應該給付，應考量實際生活的需要、保險費支付的有無等情事，而最高裁判所顯然採取積極說的立場。⁶¹⁵

近親婚之內緣，過去日本實務並不承認近婚親之內緣，⁶¹⁶近來實務則認為必須就近婚親內緣的內容，即形成原因、態樣，當地社會一般通念、親友排斥感如何等綜合考量，在年金保險制度方面，承認生存內緣的請求。⁶¹⁷學者進一步認為不當離棄之損害賠償、事故死亡之賠償、遺族年金、死亡退職金等關係終了後之效果，甚至日常家庭費用連帶責任之效果等，不得因內緣有婚姻障礙事由而拒絕賦與。⁶¹⁸

日本民法學說認為內緣關係不以充足婚姻所有實質要件為必要，通說認為內緣關係以婚姻意思及共同生活之事實存在即為已足。因為民法不採事實婚主義，內緣關係是對既成事實的救濟，成立要件本身並不是問題，所以判例上未達結婚年齡、違反待婚期間之規定、未成年未得父母之同意者，只要有作為夫妻的事實，即被認定為內緣

⁶¹⁴ 最高裁判所判決，平成 19（2007）年 3 月 8 日。

⁶¹⁵ 中川淳，近親內緣に対する遺族厚生年金の支給—最判平一九、三、八を中心として，頁 63。

⁶¹⁶ 最高裁判所第 1 小法庭判決，昭和 60（1985）年 2 月 14 日。

⁶¹⁷ 東京地方裁判所判決，平成 16（2004）年 6 月 22 日判決。

⁶¹⁸ 二宮周平，事實婚の判例総合解説，頁 31-32。

關係。不過在違反重婚禁止、禁婚親之內緣關係，過去並不受法律的保護，但近來學說則不否定善意當事人的保護，擴大保護之範圍。如法律婚與內緣關係同時存在之重婚的內緣，多數說認為善意當事人固應保護，即使是惡意者也能受到保護。關於婚姻實質要件之禁婚親規定，因血親、姻親有別，直系血親、旁系血親有別，所以在親屬間為禁止結婚之規定。禁止之理由有基於優生學的觀點、亦有從社會倫理的觀點。禁婚親制度隨歷史的變化，再者，在比較法上亦有不同之規定。包含絕對的禁止與相對的禁止。關於內緣的保護，並不是正面承認內緣制度，從對既成事實救濟、保護的觀點來看，近親內緣當然也包含在內。但最近則傾向就近親內緣關係的態樣、反倫理性的嚴重性，為個別判斷是否加以保護。即近親內緣中嚴重違反倫理者，從保護對象中剔除，若倫理性的違反較弱者，則傾向加以保護。此與判例的立場接近，對於這樣的立場，恐流於恣意判斷的批評。有認為基於內緣關係係對既成事實事後救濟的思考，具有婚姻意思及共同生活存在之內緣，即使為近親內緣，亦不應置於保護之外。⁶¹⁹

第四項 現代內緣之法律效果

時至今日，過去婚姻登記妨礙事由幾乎不存在，而隨著個人主義的抬頭，女性高學歷化等社會狀況的改變，加上歐美不婚風潮的影響，傳統內緣已逐漸減少，取而代之以有意識拒絕法律婚之內緣，即迴避法律婚的約束而選擇非婚的結合。

現代型內緣形成，儘管可因個人生活方式的追求、婚姻效力的否定而支持，但對於弱勢一造之保護，則不能以雙方有意識拒絕婚姻效力的合意而排除。

一、同居義務：一方不履行同居等義務，即意謂共同生活產生破綻，生活產生破綻仍強制義務履行，將與當事人對婚姻形式批判而選擇事實婚之當事人意思相違，在考量事實婚的任意性下，不認同

⁶¹⁹ 中川淳，近親內緣に対する遺族厚生年金の支給—最判平一九、三、八を中心として，頁64。

強制履行。共同生活破綻是事實婚解消的問題。⁶²⁰

二、貞操義務：在事實婚的情形，與特定人形成伴侶的關係，以貞潔約束為前提所在多有。但從當事人對婚姻形式批判而選擇事實婚的意思來看，不貞行為的侵權行為責任是不被認同，與伴侶以外人為性關係屬事實婚解消而導致之本人責任問題。⁶²¹

三、扶養義務：有學者認為從共同生活本質來看，事實婚具有共同生活的事實，承認與內緣相同之權利與義務關係，但義務的強制履行將與現代內緣之當事人意思相左，所以共同生活的破綻為現代內緣解消的問題，沒有同居、協力、扶助義務，當然沒有相互扶養之義務。⁶²²

四、日常家庭費用連帶責任：在事實婚的情形下，共同生活的存在，經營生活而必需締結契約，交易相對人無法看每一個人身分證，如從夫妻共同體外觀來看的話，為保護信賴之相對人，應負連帶責任，相對人之信賴保障係因共同生活人購買日常生活所需而發生關連，所以日常生活支出應包括之。⁶²³但有學者反對之。⁶²⁴

五、住居保障：住居租賃之情形，伴侶雙方共同為借用人而締結契約固無問題。一方承租之情形，他方得以民法上「履行輔助人」之形態為住居的使用。⁶²⁵

六、財產歸屬：關於共同生活本質的婚姻規定，事實婚亦有適用。即通常個人工作或興趣之財產為個人固有財產，以一方資力購入之財產，縱使為共同生活而購入，也是個人固有財產。至於二人協力取得之情形，如共同以勞力、租金、收入取得者，則屬共有財產。⁶²⁶

七、財產分與：財產分與具有夫妻財產清算及離婚後扶養的法性質，

⁶²⁰ 松川正毅，民法親族、相續，頁 61，有斐閣，2005 年。

⁶²¹ 松川正毅，民法親族、相續，頁 62。

⁶²² 松川正毅，民法親族、相續，頁 62。

⁶²³ 二宮周平，事實婚を考える，頁 126-127。

⁶²⁴ 松川正毅，民法親族、相續，頁 62。

⁶²⁵ 二宮周平，事實婚を考える，頁 129。

⁶²⁶ 二宮周平，事實婚を考える，頁 127。

著重夫妻實際共同生活，事實婚或內緣同樣具有夫妻實體，應該為相同的解決。若一方拒絕依法解決，而獨占相互協力形成之財產，僅憑私法自治將無法合理解決。學說認為此時財產分與規定的類推適用，不僅包括實體法財產的分配，家事調停及家事審判在程序上也包括在內。⁶²⁷

八、關係解消後之扶養義務：關係存續中的扶養義務為學者所否認，至於解消後亦因雙方經濟獨立，並不會伴隨扶養之效果，但一方因專職家事、育兒，或生病、事故、失業而依賴他方時，則有救濟之必要，賦予扶養他方之義務。⁶²⁸不當離棄之損害賠償，從對等自由之男女關係角度來看，將婚姻法律效果導入可能有違當事人期待，但關係解消而陷於保護的狀態也不能不加以救濟。⁶²⁹

九、事故死亡之賠償：關於財產之損害賠償請求，以經濟上是否依賴及解消後需否繼續扶養為標準，決定是否給予財產上損害賠償；至於精神上損害賠償，則不論解消需否他方扶養，皆可類推日本民法第 711 條規定請求慰撫金。⁶³⁰

惟亦有學者認為，現代內緣不是婚姻，當然不能賦予婚姻定型的保護，自己的關係由自己決定之，因希望形成現代內緣而選擇現代內緣之生活；至於婚姻一系列法律效果的當然享有者，當然是選擇婚姻的人。從婚姻尊重的考量，家制度的影響及親戚間的糾纏，長期高度經濟成長的變化強化男女角色的認識，凡此皆非婚姻的本質，其重要者乃男女相互合作的繼續生活，因此為現代內緣的決定。僅賦予一定法律保護是一種明智的解釋。因此應該依照結合關係的深淺，區分婚姻、內緣及自由結合（現代內緣），主張對於現代內緣共同生活方式為較少的法律拘束，沒有同居、貞操義務，沒有繼承及財產分與的適用，自由解消，僅有家庭生活費用分攤義務。⁶³¹

⁶²⁷ 二宮周平，事實婚を考ふる，頁 138-140。

⁶²⁸ 二宮周平，事實婚を考ふる，頁 142-144。

⁶²⁹ 二宮周平，事實婚を考ふる，頁 145-146。

⁶³⁰ 二宮周平，事實婚を考ふる，頁 147-148。

⁶³¹ 大村敦志，家族法，頁 235。

日本內緣分類中，一般內緣因當事人主觀上有婚姻意思及客觀上如同夫妻的共同生活，所以大量類推適用婚姻法效果，如此做法固然保護當事人之利益，不過卻一定程度傷害婚姻申報的權威性，對於甫將儀式婚改為登記婚之我國，是否妥當值得思考。另重婚及近親內緣基本上除了日本社會法的影響外，主要還是身分行為先行性的尊重，對照我國實務見解，日本對重婚及近親內緣的寬容，值得我國裁判注意。至於現代內緣，日本學者間對於那些婚姻效果的類推，看法仍未一致。因男女共同生活，所以日常家庭費用連帶、住居保障、共有財產的推定及財產分與等，應該適用之；此外，牽就現代內緣當事人意思的尊重，同居、貞操、繼承及關係解消後的扶養則不類推為宜。

第四節 中國大陸

第一項 事實婚法律效果

大陸雖然對事實婚姻的認定標準有解釋上的差異，但對於符合事實婚姻關係者，即使未為結婚登記，在法律上仍取得與婚姻相同之效果，配偶及子女亦取得與法律婚上相應之地位。但依 1994 年最高人民法院關於適用新的婚姻登記管理條例的通知，自 1994 年 2 月 1 日起，沒有配偶的男女未經結婚登記即以夫妻名義共同生活，其婚姻關係無效，不受法律保護。對於起訴到人民法院應按非法同居關係處理。因此在 1994 年 2 月 1 日以後同居之男女，斷無成為事實婚姻之可能。再根據 2001 年最高人民法院婚姻法的解釋（一）第 5 條規定，1994 年 2 月 1 日後符合結婚實質要件男女必須先補辦登記，婚姻效力自雙方均符合結婚實質要件時起算。所以符合結婚條件之男女，除非補辦登記溯及發生婚姻效力，否則拒絕登記，即成為非法同居關係。

2001 年婚姻法修正後已經沒有非法同居關係之用語，取而代之以同居關係，但過去非法同居有關規定並不因此而失效，仍是法院認事用法之依據。至於非法同居之效力為何，實務基本上是以關係結束後雙方權益如何調整為重心，同時賦予一定之法律效力：

- 一、同居財產之歸屬與分割：實務認為同居生活期間雙方共同所得的收入和購置的財產，按一般共有財產處理。同居生活前，一方自願贈送給對方的財物可比照贈與關係處理。同居期間為共同生產、生活而形成的債權、債務，可按共同債權、債務處理。(1989 意見第 10 條)
- 二、關係結束後扶養義務：實務認為關係終止後，一方對他方並無扶養義務。解除非法同居關係時，一方在共同生活期間患有嚴重疾病未治癒者，分割財產時，應予適當照顧，或由一方給予一次性經濟幫助。(1989 意見第 12 條)
- 三、繼承權：實務否認同居雙方對彼此有繼承權。非法同居生活期間一方死亡，他方如符合繼承法第 14 條之規定者，可根據扶助的具體情況處理。(1989 意見第 13 條)
- 四、不當終止之損害賠償請求：實務司法解釋僅規定「人民法院在審理未辦結婚登記而以夫妻名義同居生活的案件時，對違法情節嚴重的，應按照婚姻法、民法通則、關於貫徹執行『民法通則』若干問題的意見和其他法律、法規的有關規定，給予適當的民事制裁。」(1989 意見第 14 條) 因此有認為此解釋為實務承認損害賠償之根據。⁶³²
- 五、以婚姻法規定補充：1984 年最高人民法院關於貫徹執行民事政策若干問題的意見一、離婚問題 (7) 沒有配偶之男女，未按婚姻法規定辦理結婚登記手續，即以夫妻名義同居生活，…；起訴時雙方或一方仍未達到法定婚齡或不符結婚其他條件的，應解除同居關係。所生子女的撫養或財產的分割問題，按婚姻法的有關規定辦理。

第二項 實務案例分析

大陸官方採用之法律資料庫中，重要案例如下：

⁶³² 張學軍，事實婚姻的效力，頁 75-76。

案例一：陳大林訴陳玲解除非法同居關係案⁶³³

裁判內容：原審法院認為，1989年原告與被告同居生活時未到法定婚齡，不符合結婚的法定條件，屬非法同居關係，應判決予以解除；其同居生活期間所生子女應本著有利於子女成長的原則確定其撫養關係；原告在與被告的同居關係沒有解除前又與她人重婚，處理共同財產時應本著照顧婦女、兒童的利益，考慮財產的實際情況和雙方的過錯程度的原則，合理分割；原、被告同居期間的共同債務應由雙方共同負擔，具體處理時，考慮到公平承擔債務以及「中華人民共和國合同法」第84條關於債務轉移給第三人必須經過債權人同意的規定，差額部分由被告給付原告，由原告向債權人清償；原告的個人債務應當由個人清償。依照「中華人民共和國婚姻法」第5條，「最高人民法院關於人民法院審理未辦結婚登記而以夫妻名義同居生活案件的若干意見」第2條、第7條、第8條、第9條、第10條、第11條之規定，判決如下：

- (一) 解除原告陳大林與被告陳玲的非法同居關係。
- (二) 原、被告同居生活期間所生子陳州由原告陳大林撫養，女陳莎由被告陳玲撫養，原、被告各自負擔其所撫養子女的生活費及教育費。解除非法同居關係後，子女不論由父方或母方撫養，仍是父母雙方的子女。
- (三) 原、被告同居期間共同購置的財產：創維29英吋彩電一台，威力牌洗衣機一台，鳳凰牌風琴一台，煤氣灶具一套，落地扇一台，星球牌錄音機一台，四組合家具一套，寫字台兩乘，席夢思床三副歸被告陳玲所有。
- (四) 座落在大悟縣城關鎮長征路金三角大樓一棟第五層三室二廳面積為142平方米磚混結構的住宅房屋一套歸原告陳大林所有，被告陳玲在本判決生效後十日內騰出該房屋；6號門面屋一間歸被告陳玲所有。

⁶³³ 湖北省悟縣人民法院（2001）悟民初字第12號民事判決，2001年3月13日。

(五) 原告陳大林經手的債務 124,000 元 (付良平 78,000 元、高霞霞 16,000 元、劉義軍 30,000 元) 由原告陳大林負責清償；被告陳玲經手的債務 58,000 元 (陸時紅 15,000 元、王劍峰 16,000 元、王春鵬 27,000 元) 由被告陳玲負責清償；上述原、被告各自經手債務的差額 66,000 元由被告陳玲負擔 33,000 元；此款由被告陳玲於本判決生效後十日內給付原告陳大林，由原告陳大林向債權人償還。原、被告各自經手的其他債務由各自負責償還。

分析：

- (一) 在本件裁判中，原審法院並未考慮男女雙方是否以夫妻名義同居生活，即以一方同居時未達結婚年齡，直接論以非法同居，依當時有效之最高人民法院意見，非法同居必須以夫妻名義共同生活為前提，若當事人未以夫妻名義同居者，似不屬非法同居關係，逕予駁回請求即可。
- (二) 原告 1970 年生，雙方在 1989 年開始同居，同居之始男方未達 22 歲之結婚年齡，雙方屬於非法同居關係，惟 1992 年以後男方已達適婚年齡，雙方已無不符結婚條件之情事，依 1989 年最高人民法院意見第 2 點「1986 年 3 月 15 日婚姻登記辦法施行之後，沒有配偶的男女，未辦結婚登記手續即以夫妻名義同居生活，群眾也認為是夫妻關係的，一方向人民法院起訴『離婚』，如同居時雙方均符合結婚之法定條件，可認定為事實婚姻關係；」因此，本案應屬事實婚姻關係，財產歸屬及分割依離婚相關規定辦理。
- (三) 本件既然認定為非法同居關係，則關於非婚生子女之撫養、財產分割當然依上開最高人民法院意見處理之，雙方共同購置之財產，按一般共有財產處理，共同生活形成的債權、債務依共同債權、債務處理。有問題者，在雙方非法同居關係存續期間，以一方名義購置之財產如何歸屬則有疑義，原審法院依 1984 年「最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意

見」第 7 條規定，處理解除非法同居關係案件，財產分割問題，依婚姻法有關規定處理。再依 1993 年「最高人民法院關於人民法院審理離婚案件處理財產分割問題的若干具體意見」第 2 條的規定，夫妻雙方在婚姻關係存續期間所得的財產為夫妻共同財產，包括一方或雙方勞動所得的收入和購置的財產。因此，在上開相關解釋下，即使由一造所購置之財產，仍屬雙方之共同財產。在財產的歸屬及分割上，準用婚姻法上離婚之效力。

(四) 本案於 1999 年 7 月提起訴訟後，經中級人民法院發回二次，於 2001 年 3 月再次判決，而婚姻法於 2001 年 4 月修正，增加第 12 條婚姻無效及撤銷之規定，上開法院認為本案依婚姻法離婚有關規定之見解，在當時固有所據。但婚姻法修正後，非法同居是否仍依離婚規定辦理，或依婚姻無效規定，則待未來個案發展。

案例二：石宇訴許祥德解除非法同居關係案⁶³⁴

裁判內容：原審法院認為被告許祥德隱瞞已婚事實與原告石宇同居生活，雙方的行為屬非法同居關係，不受法律保護。現原告石宇要求解除與被告的非法同居關係，請求正當、合法，應予支持；原告石宇要求被告給付其生活費、精神損失費，無法律依據，不予支持；原告許文○係原告石宇與被告許祥德的非婚生子，其享有婚生子女同等的權利。現原告許文○要求被告給付其生活費、教育費，請求正當、合法，應予支持，但對其生活費可計算到 18 周歲時止，教育費計算到完成九年義務教育時止。訴訟中，被告要求將原告許文○帶回香港撫養，因被告已有妻子兒女，且原告許文○未滿兩周歲，其隨母親生活有利於成長，故對被告的請求不予支持。故此，依照中華人民共和國婚姻法第 25 條、「最高人民法院關於人民法院審理未辦結婚登記而以夫

⁶³⁴ 湖北省大冶市人民法院（2001）冶民初字第 47 號民事判決，2001 年 9 月 15 日。

妻名義同居生活案件的若干意見」第 9 條之規定，判決如下：

- (一) 解除原告石宇與被告許祥德的非法同居關係。
- (二) 原告許文○由原告石宇撫養，被告給付原告許文○撫養費 72,986.78 元、教育費 17,642 元，合計人民幣 90,628.78 元，並在本判決生效之日起 10 日內付清。

分析：被告已婚卻與原告同居，違反婚姻法第 3 條之規定，構成非法同居關係，在證據的調查中，有提及雙方曾拍攝婚紗照及對外以夫妻名義生活的事實，但在裁判的論述時未再提及，則非法同居關係的構成是否必須以夫妻名義同居生活為要件，仍不清楚。其次，法院僅同意非婚生子女之撫養費、教育費，至於原告關於其生活費、精神上損害賠償，則因現行法沒有明文而遭駁回。不過依 1989 意見第 14 條規定，應有不當終止之損害賠償請求。

有學者將無婚姻關係之男女在無同居障礙事由的情狀下，穩定同居生活，並自願建立共同生活體，非婚同居稱之。認為現行法對非婚同居沒有規定，當事人不能請求法院解除單純之同居關係。此外同居關係共有財產歸屬定義不明、彼此間沒有繼承權及其所生子女利益保護不足等，必須立法解決。⁶³⁵ 至於共有財產的清算，則有建議以民事合夥制度解決財產分割的問題。⁶³⁶

第五節 我國

通說基於家族法事實先行性的尊重，準婚理論仍有存在價值。惟準婚理論過度保護事實上夫妻又導致法律婚的崩潰，因此主張嚴格適用準婚理論，即限制的適用準婚理論。⁶³⁷ 學者對於婚姻效力類推於事實婚的標準，有以是否與婚姻登記密切者，有以是否與共同生活密不

⁶³⁵ 何麗新，「論事實婚姻與非婚同居的二元化規制」，比較法研究，2009 年第 2 期，頁 60-65。

⁶³⁶ 張學軍，事實婚姻的效力，頁 78-79。

⁶³⁷ 蔡顯鑫，事實上夫妻之概念，陳棋炎先生七秩華誕祝賀論文集，頁 217，自版，1990 年。

可分者，本文則嘗試以婚姻效力個別觀察，以「個別效力判斷說」稱之。進一步分析如下：

第一項 關係存續中

第一款 身分法上效果

一、貞操義務

我國民法雖然沒有夫妻應負貞操義務的明文，但從民法第 1052 條重婚及與他人性交構成離婚事由之明文來看，可謂間接承認夫妻間互負貞操義務。實務上亦持相同的看法。⁶³⁸至於事實上夫妻有無貞操義務，從事實上夫妻具夫妻共同生活的本質而言，通說認為事實上夫妻亦負有貞操義務。從而事實上夫妻之一方違反貞操義務者，他方得據為解消事實上夫妻之正當事由，並得請求損害賠償。⁶³⁹不過有學者進一步認為如第三人無故干涉事實上夫妻關係，致使該關係發生破綻者，該第三人亦理應負損害賠償責任。⁶⁴⁰

日本實務，基本上肯定一般內緣夫妻間的貞操義務，並認為內緣夫妻之一方違反貞操義務者，構成內緣解消之正當事由，同時負損害賠償責任。不過在現代的內緣中，學者則認為貞操義務為共同生活破綻的問題，不承認有貞操義務存在。至於法國立法例則認為 Pacs 與婚姻不同，所以沒有貞操義務。

有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。為刑法第 239 條明文。通姦罪為有配偶身分之人始能構成之身分犯罪，從刑法謙抑角度來看，所有男女結合形態中，立法者僅承認法律夫妻有貞操義務。若擴張貞操義務於其他類型之男女結合，恐有違立法者意思。另對照其他婚姻義務的違反，貞操義務為身分上之義務，違反貞操義務的結果，將引起損害賠償責任、構成裁判離婚的原因及刑法通姦罪等，其嚴重性顯然較與其他婚姻義務違反為重。或許貞操

⁶³⁸ 最高法院年 55 台上第 2053 號判例。

⁶³⁹ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 114；郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 248-249；林秀雄，婚姻之形式要件，頁 53。鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 267-268。

⁶⁴⁰ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 114。

義務的違反無法回復原狀或由第三人代為履行，衝擊夫妻的感情與信賴，所以必須為較嚴厲的宣示，提醒夫妻雙方遵守。對照大法官釋字 554 號解釋，性行為自由雖然與個人人格有不可分離之關係，但仍應受到婚姻的限制，故通姦罪之處罰係為維護婚姻所必要。鑑於貞操義務未必為男女共同生活所必要，同時也與婚姻登記管理無關，係婚姻核心而不可分離的部分，亦為婚姻與其他男女結合區別的重要特徵，在憲法婚姻優位的宣示下，婚姻法上貞操義務似不類推事實上夫妻為宜。若男女欲獲得貞操義務之保障，則可透過婚姻為之，不能主張類推適用夫妻貞操義務。

二、同居義務

民法第 1001 條規定夫妻互負同居義務，由於經營共同生活乃形成事實上夫妻之客觀要件，因此關於同居義務之規定自得類推適用。我國通說亦採此看法。⁶⁴¹此外同居義務之違反並不能做為強制執行的標的，則與合法婚姻關係同，一方違反同居義務者，他方可以做為事實上夫妻關係解消之正當理由。

同居為適用美國 ALI 家庭解消建議案的前提條件，終止同居為伴侶權義務發生的停止條件，因此不能稱為義務。法國 Pacs 伴侶之一方本可任意終止契約關係。中國大陸根據 2001 年最高法院關於適用中華人民共和國婚姻法若干問題的解釋（一）第 5 條規定，男女符合結婚實質要件，未辦結婚登記即以夫妻名義共同生活，要求離婚時，按解除同居關係處理。再依中國大陸根據 2003 年最高法院關於適用中華人民共和國婚姻法若干問題的解釋（二）第 1 條規定，當事人要求解除同居關係者，法院不予受理；有配偶者與他人同居者，法院必須受理並解除。對照中國大陸婚姻法離婚必先調解的規定，似難導出（非法）同居男女間有同居義務的存在。至於日本內緣通說雖然承認

⁶⁴¹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 103；陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 114-115；郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 248；林秀雄，婚姻之形式要件，頁 53。鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 268。

內緣夫妻間有同居義務，不過一般內緣主觀婚姻意思緩和及沒有婚姻意思現代型內緣的形成，拒絕同居不應視為同居義務的違反，應視為內緣解消的問題。

民法第 1001 條同居義務之規定，係因為男女結婚才產生的義務，相較於事實上夫妻，其共同生活為認定事實婚的前提，共同生活應係成立要件而非法律效果。事實婚保護係基於事實先行性的尊重，今若無共同生活之先行事實者，當然沒有保護之必要。當事人如欲繼續受到同居義務之保護，應選擇進入婚姻關係為宜。因此法國 Pacs 伴侶之一方可任意終止契約關係的做法值得參考。

第二款 財產法上效果：

一、家庭生活費用之負擔

民法第 1003 條之 1 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。自 2002 年民法修訂後已將家庭生活費用分擔移置婚姻普通效力一節中，屬於一般婚姻效力規定，事實上夫妻既具有一般之共同生活關係之實，則民法關於家庭生活費用分攤規定自應類推適用於事實上夫妻。⁶⁴²

美國實務認為日常生活之必需品由雙方負責。⁶⁴³法國 Pacs 伴侶間因民法第 515 條之 4 明文規定互負扶養義務，所以解釋上日常生活費用的分攤與結婚並無不同。而日本通說婚姻生活費用的負擔，因具共同生活的實質，自得類推適用夫妻婚姻生活費用負擔的規定。

實務對於家庭生活費之負擔，不僅認為應類推適用於事實上夫妻間，同時家庭生活費的給付更是判斷兩造間是否形成事實上夫妻的重要參考。⁶⁴⁴此外，事實上夫妻之一方支付家庭生活費，於關係解消後他方不能請求返還，因此原告提供現金供被告使用，以自己信用卡供

⁶⁴² 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 117；林秀雄，婚姻之形式要件，頁 53。

⁶⁴³ 林菊枝，親屬法專題研究（二），頁 233。

⁶⁴⁴ 臺灣高等法院 97 年度上易字第 554 號民事判決：「足認江欣怡證述其與上訴人間已達事實上夫妻關係之親密程度，上訴人每月支付 1 萬元以為生活所需等情為真實。」

被告刷卡消費，核屬類似家庭生活費用，此等日常生活開銷，不能認為係訂婚的禮物，原告請求返還，於法無據。⁶⁴⁵

不論實務或學說都認為家庭生活費用負擔是源自共同生活的事實，所以各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之，所以即使一方未現實提出金錢分攤者，於關係解消後他方亦不能請求償還。因此從公平原則來看，事實上夫妻應類推家庭生活費負擔之規定。

二、夫妻財產制

事實上夫妻間互相約定夫妻財產契約，似屬無妨。惟民法上之夫妻財產契約，係以登記為對抗第三人要件，事實上夫妻非合法成立之夫妻，其依非訟事件法第 104 條向法院聲請夫妻財產制契約登記者恐難受理。契約效力僅存在事實上夫妻間，並無對抗第三人效力。至於法定財產制，考量事實上夫妻為共同生活，外觀為社會所認同，一般而言無礙於第三人之交易安全，似得準用民法關於夫妻財產制之規定。⁶⁴⁶不過亦有學者認為法定財產制之內容，除非當事人間相互有約定，否則不能類推適用，亦無對抗第三人效力。⁶⁴⁷

美國 ALI 家庭解消建議案主要係處理關係解消後伴侶財產之清算，而關係存續中之財產狀態為解消清算的前提，因此，美國 ALI 家庭解消建議案將同居伴侶之財產關係，推定與法律夫妻之財產制相同，作為解消後清算的基礎。若當事人不願受拘束者，得以特約排除之。舊法國民法 Pacs 伴侶財產以推定雙方共有為原則，與夫妻財產

⁶⁴⁵ 臺灣台北地方法院 97 年度重家訴字第 25 號民事判決：「匯付現金 238 萬元及繳信用卡消費金額 46 萬 4899 元部分：查兩造訂婚後以未婚夫妻身分同居於公館套房，彼此互稱老公、老婆，已具事實上夫妻關係，則原告提供現金供被告使用，以自己信用卡供被告刷卡消費，核屬類似家庭生活費用，此等日常生活開銷，不能認為係訂婚禮物，原告請求返還，於法無據，自不應准許。…綜上所述，兩造間婚約既經解除，且原告以本件起訴狀繕本送達終止借名登記契約，從而，原告依民法第 979 之 1 條贈與物返還請求權及不當得利返還請求權，請求被告將附表一所示不動產移轉登記予原告，及將附表二所示鑽石飾物返還原告，自屬有據，應予准許。至原告請求被告返還現金部分，因屬兩造事實上之夫妻關係，日常家庭生活費用開銷，自不得請求返還。」

⁶⁴⁶ 郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件所生缺陷之救濟，頁 249。鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 268。

⁶⁴⁷ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 116。

制規定相同，不過在 2007 年後，已改為分別所有為原則，與夫妻財產推定共有之規定不同，惟當事人間仍得合意選定共同財產制。日本通說亦認為夫妻財產歸屬不明者，推定為夫妻共有之規定，得類推適用於事實上夫妻間。至於現代內緣夫妻能否類推適用財產夫妻共有推定，學者則持疑問的態度。至於中國大陸則將共同生活期間雙方共同所得的收入和購置的財產以一般共有處理，其內容並不明確，較夫妻財產制規定簡單，是否類推適用夫妻財產規定並不清楚。

最高法院認為僅為結婚登記而未成立婚姻關係之事實上夫妻，因法未明定其財產準用夫妻財產制之相關規定，若謂應準用婚姻之規定云云，於法已有未合。⁶⁴⁸

此外實務認為在事實上夫妻關係存續期間，由兩造共同經營事業收入所購置之財產，實質上為兩造所共有。⁶⁴⁹

首先依我國民法 1017 條之規定，夫妻財產可大分婚前財產與婚後財產，婚前財產可分為個人財產與共有財產（結婚前形成共有財產之機會不大），而婚後財產亦可區分為個人財產與共有財產，個人財產可再區分為無償取得取得及有償取得者，婚後個人有償取得且現存之財產為剩餘財產分配請求的對象。不過民法條文，並未對婚後共有財產如何分割為規定，學者認為應回歸財產法之規定，不能證明屬夫或妻所有之財產，推定分別共有，其應有部分推定為均等，即夫妻各二分之一。⁶⁵⁰

反對將法定夫妻財產制類推適用於事實上夫妻之學者，其文章完成時間較早，當時我國仍採舊聯合財產制，當時的聯合財產推定為

⁶⁴⁸ 最高法院 98 年度台上 2185 號民事判決：「關於僅為結婚登記而未成立婚姻關係之事實上夫妻，法未明定其財產準用夫妻財產制之相關規定，原審謂應準用婚姻之規定云云，於法已有未合；且民法第 1023 條、第 1040 條係分屬法定財產制及約定財產制之規定，原審一方面準用民法第 1023 條法定財產制之規定，認上訴人有還款義務，一方面就被上訴人所稱之互助會會金部分，竟又依民法第 1040 條第 2 項即約定財產制之規定，認應由被上訴人取得該筆會金之半數，亦有矛盾。」

⁶⁴⁹ 臺灣高等法院臺中分院 95 年度重上字第 51 號民事判決：「系爭房地事實上係兩造共同經營唐朝舞場收入之資金所購買，雖以上訴人名義前後向銀行貸款二次，惟前者係清償系爭房地之價款、後者則作為唐朝舞場經營資金之用，於兩造分手前銀行之貸款，亦係由共同經營唐朝舞場之收入清償，因之；系爭房地實質上應係兩造所共有，既非被上訴人一人單獨所有，亦非上訴人所有，而借名登記在被上訴人名下，兩造上開各自之主張，均非可採。」

⁶⁵⁰ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 160。

夫所有，即使婚後以妻名義登記之不動產，其所有權亦推定屬夫。⁶⁵¹以現今角度看來，有違男女平等原則，因此學者主張不類推適用夫妻財產制，反而是符合男女平權之做法。夫妻財產制規定主要係處理夫妻結婚時各自財產歸屬是否變更，婚姻存續中取得財產之歸屬，夫妻財產之管理、使用、收益權，債務清償，關係消滅後之清算等，期能夫妻平等及共同生活的圓滿，並保障交易安全。再者，我國目前法定夫妻財產制係以分別財產制為骨幹，而於法定財產制關係消滅時，夫妻始以其婚姻存續中所剩餘之財產予以平均分配。⁶⁵²因此即使夫妻間，其財產歸屬都採個別所有之分別財產制，則事實上夫妻類推法定財產制亦不會改變任何現狀。再者夫妻財產制所追求之目的，男女平等、生活圓滿及交易安全，即使是事實上夫妻亦有相同之需要，因此實無拒絕類推之理由。論者或反駁既然沒有變更事實上夫妻原本財產之狀況，則何必類推法定夫妻財產制。一般而言，我國目前夫妻財產制之主要規範，一是關係存續中一造得依約定向他造請求自由處分金，另一是關係結束時便於清算，避免舉證上的困擾。換言之，若雙方就彼此財產無任何約定時，其主要作用無非是財產清算之剩餘財產分配請求。因此從夫妻間的財產關係來看，事實上夫妻並無不同，類推適用並無不合理之處。

三、日常家務代理

民法第 1003 條規定夫妻於日常家務，互為代理人。夫妻之一方濫用前項代理權時，他方得限制之。但不得對抗善意第三人。本條目的係在保護交易安全，使夫妻對於第三人因日常家務所發生之債務由其相互負責。日常生活所生之債務，通常為一般家庭生活所必需者，與夫妻共同生活有關，鑑於事實上夫妻乃以經營夫妻共同生活為前提，為確保第三人交易安全，日常家務代理權規定應類推適用。⁶⁵³

⁶⁵¹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 162。

⁶⁵² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 180。

⁶⁵³ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 103；陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 115；郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 248；林

法國民法 Pacs 有關規定，則明文承認伴侶間對於日常生活及住居所生之費用負連帶責任，不過以必要費用為限。日本實務認為日常家務連帶責任本可透過財產法上代理制度來處理，承認類推適用夫妻日常家庭債務連帶責任，宣示意義大於實質。

我國最高法院認為事實上夫妻間與夫妻同，常有財產共同管理使用，一方逕以他方配偶名義與第三人為金錢收付交易之例。⁶⁵⁴關於日常家務代理部分，實務與學者通說都認為基於保障交易安全，事實上夫妻間應類推適用夫妻日常家務代理之規定。不過日常家務代理的範圍似乎不以日常生活為限，即使是事業的經營，仍承認有代理的權限。⁶⁵⁵因此不論從交易安全還是家庭權之家團保障，日常家務的相互代理為事實婚效果中共識最高的部分。

四、扶養義務

夫妻互負扶養義務，其扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，受扶養權利順序與直系血親尊親屬同，為民法第 1116 之 1 條所明文。夫妻互負扶養義務（生活保持義務），此係夫妻關係之本質要素，且與同居義務有密切關係。⁶⁵⁶多數學者認為事實婚既有婚姻之實，且以同居共同生活為要素，扶養義務自得類推適用。⁶⁵⁷不過有學者認為事實上夫妻之扶養義務，並非類推民法第 1116 之 1 條之規定，而是民

秀雄，婚姻之形式要件，頁 53；鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 269。

⁶⁵⁴ 最高法院 95 年度台上第 690 號民事判決：「…甲○○於八十四年六月十二日匯款一千八百萬元，及其同居人周春英名義曾於同年月十七日匯款一千五百萬元、一千萬元至鄉源公司之帳戶，為原審認定之事實，果爾，參諸借貸契約因借貸雙方合意交付借款而成立，貸方貸款來源並不以本人之資金為必要，借方借款多為因應需用，取得貸款後旋支領使用，乃情理之常，及夫妻（包括事實上夫妻）間常有夫妻財產共同管理使用，一方逕以他方配偶名義與第三人為金錢收付交易之例，上訴人辯稱已以甲○○及周春英名義匯付借款四千三百萬元與鄉源公司之事實，似非全然無據。」

⁶⁵⁵ 臺灣高等法院 89 年度上字第 1378 號民事判決：「但基於兩造為事實上夫妻關係，在該段期間上訴人代為聘僱、發放薪資於員工等，亦為情理之常，尚不能據此即認上訴人即為長榮一站之實際經營權者。至由上訴人出面與世昌、汎亞、中青等各家客運公司簽訂合約書、申請電話、無線電視等，只不過證明其運用其人際關係訂約便於被上訴人之經營長榮一站，不得謂由其出面訂約，即可認長榮一站事實上為其所經營。」

⁶⁵⁶ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 130。

⁶⁵⁷ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 115；林秀雄，婚姻之形式要件，頁 53。

法第 1114 條第 4 款家長家屬間之扶養義務。⁶⁵⁸此外違反此義務者，當然構成事實上夫妻解消之原因。

法國民法第 515 條之 4 則強調 Pacs 關係存續中，伴侶雙方互負實質扶養義務，而其具體化通常為伴侶間家庭生活費用的負擔。日本實務上雖然沒有直接承認內緣關係存續中之扶養義務，但透過承認內緣伴侶對他方因事故死亡而取得之損害賠償請求，承認彼此之扶養義務。不過關於現代之內緣，學者以伴侶間沒有同居、協力、扶助義務，而不承認伴侶之相互扶養義務。

我國實務認為當事人之婚姻雖為無效，但於共同生活期間具有事實上夫妻之關係，我國民法親屬編對於此種事實上夫妻、一方與他方父母間之扶養義務，雖無明文規定，惟審酌現代社會中事實上夫妻關係之存在所在多有，與合法婚姻之夫妻有極其類似之法律基礎，因認此種事實上夫妻間、一方與他方父母共同生活之扶養義務，應類推適用民法第 1116 條之 1「夫妻互負扶養之義務」及第 1114 條第 2 款「夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間互負扶養義務」等規定，以達事實上夫妻間、一方與他方父母共同生活間互相照顧扶養之旨趣。⁶⁵⁹所以實務承認事實上夫妻在關係存續期間之扶養義務，同時擴張到事實上夫妻之父母，為外國立法例所無。但亦有實務明文否定事實上夫妻間之扶養義務。⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 269。

⁶⁵⁹ 臺灣高等法院 89 年度家上字第 45 號民事判決：「(三)未查兩造之婚姻為無效，已如前述，惟於共同生活期間具有事實上夫妻之關係，我國民法親屬編對於此種事實上夫妻、一方與他方父母間之扶養義務，雖無明文規定，惟審酌現代社會中事實上夫妻關係之存在所在多有，與合法婚姻之夫妻有極其類似之法律基礎，因認此種事實上夫妻間、一方與他方父母共同生活之扶養義務，應類推適用民法 1116 之 1 條「夫妻互負扶養之義務」及第 1114 條第 2 款「夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間互負扶養義務」等規定，以達事實上夫妻間、一方與他方父母共同生活間互相照顧扶養之旨趣。查上訴人於兩造、被上訴人父母共同生活期間，確曾負擔部分家庭生活費用(金額不明)之情，此為被上訴人所不爭(被上訴人於原審 88 年度婚字第 28 號卷內之答辯(一)狀第五頁、原審 88 年度婚字第 148 號卷(二)第 113 頁)，惟參照前開說明，上訴人負擔之家庭生活費用應屬其與被上訴人、被上訴人父母共同生活互負扶養義務而支出，被上訴人雖為受益人之一，惟具有法律上之原因，核與不當得利之法律要件有間。就兩造間爭執不休之財產析分、取回事宜，應依民法第 999 之 1 條第 1 項準用第 1058 條之規定予以解決，方屬正途從而，上訴人基於不當得利之法律關係，訴請被上訴人家庭生活費用之利得及法定遲延利息，為無理由，應予駁回。」

⁶⁶⁰ 臺灣高等法院 91 年度上易字第 384 號民事判決；臺灣臺北地方法院 90 年度訴字第 414 號民事判決。

我國多數學者承認事實上夫妻間之扶養義務，但未進一步說明扶養義務之條文依據，類推民法第 1116 條之 1 配偶間與直接適用第 1114 條第 4 款家長家屬間的區別，在扶養義務人有扶養能力時固無區別，但若扶養義務人無能力時，則扶養的要件與順序可能有差別。進一步言之，若事實上夫妻有共同子女者，則在扶養權利的順序上，事實上夫或妻將在子女之後，而扶養義務上，子女在事實夫或妻之前，與一般常情相違，故從扶養順序角度來看，似乎類推民法第 1116 之 1 條為宜。

第二項 關係解消後

除因一方死亡而使事實上夫妻關係歸於消滅外，事實婚關係因當事人合意而成立，自得因當事人合意而消滅，因事實上夫妻未踐行結婚之形式要件，其解消自無須踐行協議離婚之程式。

一、財產清算

學者及實務通說認為，不論夫妻之一方死亡或離婚時，構成婚姻關係消滅，進而為夫妻財產之清算。因此，事實上夫妻因死亡而解消時，亦得類推夫妻財產清算之規定。即剩餘財產分配請求之規定似無特別予以排除之必要。至於因婚姻無效而形成之事實上夫妻，其關係解消時，依民法第 999 條之 1 準用民法第 1058 條離婚後財產取回之規定。除採用分別財產制者外，各自取回其固有財產。如有剩餘，各依其夫妻財產制規定分配之。因此在婚姻無效而形成的事實上夫妻間，若有財產清算之必要時，直接適用即可，而無類推適用之必要。⁶⁶¹換言之，婚姻無效類型以外之事實婚，仍有類推夫妻財產清算之必要。

美國 ALI 家庭解消建議案之主要內容即在建議處理事實婚伴侶之財產清算，基本上比照婚姻法的規定認定同居財產，在同居關係存

⁶⁶¹ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 271。

續中有償取得之財產為同居財產，同居財產在解消時採均分原則。至於解消原因為雙方合意或一方死亡在所不問。法國 Pacs 新的財產清算規定採取異於婚姻法之設計，以分別所有為原則，共同所有為例外，與婚姻法顯然不同。日本實務及通說皆承認內緣夫妻關係解消時，可以類推婚姻法離婚之財產分與規定，不過否認內緣夫妻於死亡解消時，得類推離婚之財產分與規定。依中國大陸司法解釋，(非法)同居之財產分割問題，依婚姻法有關規定辦理。

我國法院認為請求分配剩餘財產必以兩造曾有婚姻關係存在為前題，兩造縱曾有事實上之夫妻關係，惟未曾依法辦理結婚，是兩造既未曾有婚姻關係存在，自無從請求分配剩餘財產，是原告起訴請求本院准分配剩餘財產，為無理由，應予駁回。⁶⁶²

一般來說，在婚姻關係解消時，先取回婚前個人財產，其次再取回婚後個人無償取得之財產，最後再處理夫妻間有償取得財產差額之剩餘財產分配。剩餘財產分配請求權之立法目的，⁶⁶³係肯定夫妻之家事勞動價值，一方在家操持家務，教養子女，備極辛勞，他方得無後顧之憂，專心事業發展，其因此所增加之財產，不能不歸功於一方之協力，則於關係消滅時，其剩餘財產，其夫妻之一方應有平均分配的權利，即法對家事勞動的評價，以期公正，並貫徹夫妻平等原則。⁶⁶⁴剩餘財產之分配是對家事勞動之評價，而家事勞動的付出並不會因為彼此間是否有婚姻關係的存在而影響其付出的多寡，因此剩餘財產的分配是用以解決家事勞動評價困難所為補救性的做法，其目的無非是夫妻平等，換言之是男女平等的落實。若無剩餘財產分配的請求，則家事勞動無法合理評價，只能求諸財產法上不當得利等制度，將違反類似個案為類似處理之平等原則。蓋若家事勞動可以透過不當得利來解決者，則婚姻解消又何必創造剩餘財產分配制度。僅以婚姻未有

⁶⁶² 臺灣台北地方法院 99 年度家訴字第 101 號民事判決：「請求分配剩餘財產必以兩造曾有婚姻關係存在為前題，兩造縱曾有事實上之夫妻關係，惟未曾依法辦理結婚，是兩造既未曾有婚姻關係存在，自無從請求分配剩餘財產，x是原告起訴請求本院准分配剩餘財產，為無理由，應予駁回。」

⁶⁶³ 立法院公報，第 74 卷 38 期，院會紀錄，頁 57-59，民國 74 年。

⁶⁶⁴ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 170。

效存在，作為否認適用剩餘財產分配的理由，似乎貶抑家事勞動的價值，也違剩餘財產分配創設之目的。

二、解消之損害賠償

若在一方解消時，因事實婚畢竟與法律婚不同，故應無所謂裁判離婚事由之適用，故當一方任意解消事實上夫妻關係，且無正當理由時，有學者認為應類推適用民法第 1056 條之離婚損害賠償責任。⁶⁶⁵有認為在我國依最高法院 41 年台上字第 278 號判例意旨，配偶相互間並無夫權或妻權存在，斯時似難依侵權行為之法律關係，請求所受損害之賠償，而可逕依民法第 999 條，本於婚姻無效受有損害之賠償請求，以資救濟。⁶⁶⁶因婚姻無效而受有損害者，得向另一方請求損害賠償及請求贍養費，民法第 999 條及第 999 條之 1 已有明文，若當事人一方無正當理由而解消者，他方得據此直接請求，而無類推判決離婚之損害賠償（民法第 1056 條）及贍養費（民法第 1057 條）等之必要。⁶⁶⁷亦有認為民法第 999 條已明文規定因婚姻無效而受損害，可向有過失之他方請求損害賠償，有關離婚之損害賠償規定，於此即無適用之必要。⁶⁶⁸就此而言，民法第 999 條及第 999 條之 1 規定，對於保護事實上夫妻關係有其正面的意義。⁶⁶⁹

美國 ALI 家庭解消建議案承認事實上夫妻之一方突然終止關係，必須補償其損失。法國 Pacs 伴侶之一方本可任意終止契約關係，除非終止方未依法送達，否則法院原則上不認為，違反同居義務構成損害賠償之理由。日本實務則承認不當解消內緣之損害賠償請求，其正當與否之標準，實務多參考離婚事由之規定。中國大陸則有學者認為其司法解釋已賦予當事人不當終止之損害賠償請求。

婚姻是一種身分契約，所以一方無正當理由解消婚姻，當然構

⁶⁶⁵ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 118。

⁶⁶⁶ 郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 247。

⁶⁶⁷ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 271。

⁶⁶⁸ 林秀雄，事實婚について（中華民國），頁 23。

⁶⁶⁹ 黃宗樂，儀式婚主義與登記婚主義，頁 142。

成違約而有損害賠償責任。相反地，事實婚的承認為事實先行性之尊重，若當事人並無婚姻的意思，只是單純共同生活，則一造無正當理由終止共同生活，實難推定有任何違約行為。日本內緣之所以承認不當解消內緣之損害賠償，係透過婚姻預約理論合理其請求。因此除非當事人間有婚約或結婚儀式（可認定有婚姻之合意）外，否則一方任意終止共同生活應不構成損害賠償。換言之，若事實上夫妻之一方擔心他方任意終止關係者，應踐行結婚程序進入婚姻才是保全之道。因此事實上夫妻間除非有婚約或類似婚約關係，可利用婚約來救濟外，不類推解消之損害賠償責任為宜。

三、贍養費

我國民法第 1057 條規定夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。民法第 999 條之 1 規定民法第 1057 條於結婚無效時準用之。贍養費性質上非損害賠償請求，而係基於公平原則所承認之婚姻法上事後發生之效力，用以保護弱方配偶離婚後之生活，有扶養請求權之意味。⁶⁷⁰因此學者認為贍養費的給與於事實婚解消時可類推適用，⁶⁷¹亦有主張依民法第 999 條之 1 規定直接請求。⁶⁷²

美國 ALI 家庭解消建議案並沒有贍養費的相關規範，贍養費在美國法上亦被視為婚姻扶養義務的延長，但實務上否認事實上夫妻間有贍養費請求權。日本實務認為一般內緣財產分與之規定含有財產清算、關係解消後之扶養、有責者的慰撫金等，因此文獻上並沒有贍養費的特別討論。但對於現代內緣，學者則主張男女間因一方解消而造成他方經濟的窮困者，他方有扶養義務，其具體方法則透過財產分與的規定為之。中國大陸實務原則否認（非法）同居關係解消後之扶養義務，除非一方在共同生活期間患有嚴重疾病未治癒者，透過財產分

⁶⁷⁰ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 261。

⁶⁷¹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 103。

⁶⁷² 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 271。

割予以救助。

不論是高等法院還是最高法院都迴避妾與事實上夫妻之關係，在目前的案例中，當事人獲得贍養費賠償之法律依據大多依據最高法院 33 年上字第 4412 號判例，將當事人之法律關係解釋為夫妻關係，再援引判例賦予贍養費。若遇到當事人抗辯夫妻關係違反公序良俗者，則以贍養費之請求係因終止類似夫妻結合關係，回復正常倫理秩序，雖給與金錢，惟就當事人行為價值綜合加以觀察，並不違反道德觀念，而合理化。至於贍養費的數額則必須斟酌兩造之年齡、身分、財力、謀生能力及生活程度等一切情狀。⁶⁷³

至於因結婚無效所形成的事實婚，法院多直接適用民法第 999 之 1 條規定，同時依據最高法院 33 年上字第 4412 號判例，舉重以明輕賦予事實上同居夫妻之贍養費。⁶⁷⁴

通說認為贍養費給付義務為夫妻扶養義務的延長，應先於其他親屬之扶養義務。⁶⁷⁵不過有學者認為贍養費的性質包含補充民法第 1056 條判決離婚損害賠償之不足、幫助離婚當事人的自立（勇於離婚）、補償剩餘財產分配之不足、補償繼承權（期待權）之喪失等。⁶⁷⁶在婚姻無效所形成之事實婚，因當事人有結婚意思，加上法律明文準用，其贍養費給付義務並不違反當事人之期待。相反地，主觀上僅有共同生活意思之事實上夫妻，若承認贍養費之請求，則贍養費的給付係發

⁶⁷³ 最高法院 95 年度台上字第 1872 號民事判決；臺灣高等法院 94 年度家上字第 105 號民事判決；臺灣台北地方法院 93 年度家訴字第 106 號民事判決。

⁶⁷⁴ 臺灣高等法院 96 年度家上字第 111 號民事判決：「本件兩造因未舉行公開之結婚儀式，依民法第 988 條第 1 款規定，結婚無效。又依民法第 999 條之 1 第 1 項規定：「第 1057 條及第 1058 條之規定，於結婚無效時，準用之。」即結婚無效得準用第 1057 條有關離婚後贍養費用規定。按婚姻無效，上訴人並無過失，且生活陷於困難，故上訴人有權請求被上訴人給付贍養費。另依最高法院 33 年上字第 4412 號判例要旨見解，男子與女子間類似夫妻之結合關係，雙方雖得自由終止，但男子無正當理由而終止，如女子因此而陷於生活困難，自得請求男子賠償相當之贍養費。目前最高法院亦採此見解，認男女同居分手後，男方雖有配偶，但女方如生活陷於困難，仍有權請求男方給付贍養費。本件被上訴人單身，並無配偶，依上述最高法院見解，本件上訴人更有權請求給付贍養費，有最高法院 95 年台上字第 1872 號判決可參。兩造自 84 年起同居將近 10 年，被上訴人於 93 年 10 月無故終止同居關係。兩造間雖於 93 年間辦理結婚登記，但依法結婚無效，故兩造間自始無婚姻關係，故上訴人得依最高法院上述判決及 33 年上字第 4412 號判例要旨請求被上訴人給付贍養費。」

⁶⁷⁵ 高鳳仙，親屬法—理論與實務，頁 218，五南圖書公司，2006 年。

⁶⁷⁶ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 103。

生在關係解消後，既然沒有共同生活則何來扶養義務，僅曾共同生活就產生扶養義務的信賴，恐無法說明其他共同生活團體為何不能發生贍養費給付義務。再者就學者所主張之補充民法第 1056 條言，事實婚本來就不是法律所鼓勵，而有助事實婚的解消更不違法律的期待。而事實上夫妻間本無繼承權，剩餘財產分配僅就現有財產分配，若無力支付他方之剩餘財產分配請求，亦將無法支付贍養費。換言之，若其他制度能取代贍養費制度，則贍養費對事實婚之重要性即可為他制度所取代。對照美國實務對於贍養費的看法，雖然支付贍養費理論基礎各不相同，能減少婦女因離婚產生的經濟衝擊為最大公約數，⁶⁷⁷甚至寧可用財產清算制度取代贍養費以保護弱勢同居的婦女，贍養費請求無寧是婚姻解消所特有之權利，同居伴侶無法類推請求。至於我國實務所承認贍養費之給付，仍集中在婚姻無效之個案中，一般事實婚個案並未發生，因此立於保護婚姻優越地位的憲法要求，贍養費之給付請求應不得類推為宜。⁶⁷⁸

四、繼承權

事實上夫妻之一方死亡時，事實上夫妻關係當然解消，他方得否以配偶身分繼承被繼承人財產，事涉繼承財產的分配不可不慎。除中國大陸的事實婚姻關係取得與婚姻相同之地位外，多數國家立法例、學者通說及實務見解均採否定說。我國學者認為，或因為事實上夫妻之繼承權與履行婚姻形式要件不具密切關聯之婚姻法效果，或認為繼承權與共同生活本質無關，或由於繼承人之資格有嚴格法律規定，若允許非繼承法所承認之事實上夫妻得以繼承，將使繼承法之體

⁶⁷⁷ 徐慧怡，贍養費之理論與實務，頁 49-113，民國 89 年。

⁶⁷⁸ 大清民律草案第四編親屬法第 53 條「呈訴離婚者，得準用前條之規定。但依第 46 條應歸責於夫者，應暫給妻以生計程度相當之賠償。」立法理由謂：「然離婚時，夫不得乾沒妻之財產者，妻亦不得向夫要求離婚後生計之費用，若離婚之原因由夫構成，則夫應給妻以生計程度相當之賠償。蓋女子能自食其力者少，離婚後易至失所故也。」；民律第二次草案親屬編第 102 條「不問離婚原因如何，無責任之一方，因離婚而陷於非常貧困者，他之一方縱亦無責任，應按其資力，對彼方給以相當之扶養費。…扶養費用若用定期金名義給與，其給與義務，於權利人再婚時終止。」；民法草案第四編親屬第 1059 條「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。」（中華民國民法制定史料彙編，司法行政部印行，民國 65 年）

系瓦解，造成其他法律問題等。⁶⁷⁹彼此間理由或許不同，但否定見解則屬一致。但仍得依民法第 1149 條請求酌給遺產則無異論。

法國 PACS 伴侶並不在繼承人之序列中，只有子女及配偶才有繼承權，伴侶間沒有相互繼承權。日本實務及通說都否認內緣夫妻間有繼承權。中國大陸事實上夫妻間亦沒有繼承權，如有符合繼承法第 14 條之規定者，可根據扶助的具體狀況處理。

事實上夫妻不具民法所明文之繼承人資格，所以彼此不是繼承人。通說及各國立法例都否認事實上夫妻彼此間的繼承權，本文從家庭權的保障來看，財產繼承並非家庭權之範疇，無助家庭成員間的互動，若成員中有財產安排需要，應以贈與方式為之。此見解為歐洲人權法院所確立，所以若事實上夫妻之一方認為他方有取得財產之必要者，應以贈與方式為之。不能類推繼承權之相關規定，否則是侵害婚姻之地位。

五、遺贈、贈與

關於遺贈的討論，我國討論較少，其遺贈合法性的爭議及界限，主要集中在日本的實務及學說。遺贈在不侵害特留分的範圍內，屬於個人財產處分之自由。若違反特留分的贈與其效果如何，日本學者認為有必要承認一部無效理論，即超過部分無效，若贈與物是共用財產者，則應主張共有物的持分，而非主張無效。⁶⁸⁰

我國實務認為事實上夫妻間所為之贈與行為合理，並不違法。⁶⁸¹因此除非贈與或遺贈係以性行為的繼續為目的等違反公序良俗者，不然事實上夫妻間的贈與、遺贈與一般贈與、遺贈並無不同。

六、侵權致死之損害賠償

⁶⁷⁹ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 117；郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 247；林秀雄，事實婚について（中華民國），頁 23；鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 271-272。

⁶⁸⁰ 松倉耕作，判批，頁 75。

⁶⁸¹ 臺灣高等法院 92 年度重上字第 559 號民事判決：「是丙○○抗辯：伊與上訴人為事實上之夫妻關係，是系爭股票為上訴人所贈與等語，至屬可採。」

他人因故意或過失不法侵害事實上夫妻之一方致死者，他方得否請求財產及非財產之損害賠償，就非財產上損害言，考量事實上夫妻間既有婚姻意思，互認對方無從取代之地位，則其所受之損害與法律上夫妻無分軒輊，應可類推適用民法第 194 條非財產上損害賠償請求。至於財產上之損害，既認事實上夫妻互負扶養義務，則依民法第 192 條第 2 項之規定，生命權遭侵害之被害人對第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。縱不認事實上夫妻間得類推夫妻之扶養義務，至少可以承認為家長、家屬間之扶養義務，依法向加害人請求賠償。⁶⁸²

美國實務對於事實上夫妻對於他方因交通意外致死，能否提起損害賠償之訴，各州看法仍未見一致。日本實務亦承認內緣夫妻對第三人請求侵權致死之損害賠償。

侵害生命之非財產上損害賠償，本來就是彌補父母子女及配偶間，有血緣或親密關係人之感情損害，於事實上夫妻間，一造因他人之侵害致死，他造感情的傷痛與配偶應無不同，且有配偶或事實上伴侶之存在，應不超過侵權人之預見可能，故非財產損害部分應可類推。至於財產上之損害部分，醫療費、殯葬費、暫時增加之生活費用等，本來就是侵權人必須負擔之費用，支出費用之人不論是配偶或事實上夫妻，都可請求賠償。至於民法第 192 條第 2 項被害人對第三人之扶養義務，本於事實上夫妻間於關係解後彼此沒有扶養義務，一方死亡亦構成關係的解消，因此該部分不類推適用為宜。參考美國實務的說明，若承認同居人侵權致死之賠償講求，將減損婚姻之優越地位。

七、住居保護

我國學者主張關係解消後之住屋居住保障應予以援用，防止其他繼承人為權利之濫用。⁶⁸³另有學者認為採日本借地借家法第 36 條

⁶⁸² 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 117；郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 249；鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 272。

⁶⁸³ 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，頁 117。

之解釋，無異變相承認事實上夫妻之繼承權，恐有損於其他第三人之利益，必須法律明文為宜。⁶⁸⁴

法國法承認 Pacs 伴侶之住居保障，日本實務上亦承認內緣夫妻間受到住居的保護，甚至透過借地借家法第 36 條的規定，保護事實上夫妻。

實務在遷讓房屋的訴訟中，事實上夫妻一方無正當理由解消關係時，他方並無據以繼續住居的根據。⁶⁸⁵

然而不論是外國立法例或我國學者的意見，其討論的重心皆置於伴侶一方死亡時，生存伴侶之住居保護，並未討論一方無正當理由解消事實婚關係時，他方能否繼續居住在原家宅裏，實務目前以財產法理論解決之。除居住權保護本屬社會法的範疇外，在夫妻關係解消時，不論是結婚無效、撤銷或離婚之法律效果，皆適用或準用民法第 1058 條財產取回之規定。所以在關係解消時雙方當然各自取回其財產，再加上彼此沒有同居義務，沒有所有權之一方，除搬遷需要外，當然沒有繼續使用該住宅之權利。不僅在法律婚之夫妻如此，在事實上夫妻亦為相同之解釋。至於一方死亡時，他方居住權之保障，若一方為承租人時，本於承認日常家務代理之效力，似可承認他方承繼租賃契約關係。若家宅為死者所擁有者，則本諸事實上夫妻於解消後，彼此間並無扶養義務的看法，不承認有住居保護為宜。即便是法國法也只承認在死亡當年度的居住權。

除上述所分析之效力外，學者通說認為事實婚雖然有如同法律婚共同生活的實質，但終究在形式上未婚，其類推適用之婚姻效果自應有一定之界限，否則法律婚與事實婚在法律效果上幾無軒輊者，法定婚姻形式要件將成具文，為尊重現行法定婚姻秩序，舉凡與履行婚姻形式要件有密切關係之婚姻效果，如未成年因結婚而有行為能力（民法第 13 條第 3 項）、姻親關係的發生（民法第 969 條）、婚生推

⁶⁸⁴ 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 272-273。

⁶⁸⁵ 臺灣高等法院 91 年度上易字第 384 號民事判決。

定（民法第 1063 條）、準正（民法第 1064 條）等規定，於事實上夫妻沒有類推適用之餘地。⁶⁸⁶而實務亦認為不論是事實上夫妻或類似夫妻之結合關係，最高法院 19 年上字第 55 號、33 年上字第 4412 號判例並未就此種關係得適用或準用夫妻之姓氏、子女之婚生性、夫妻間之離婚、繼承權等規定另為闡示。類似夫妻之結合關係存在時，妾為家屬，得請求家長負扶養義務，於該關係終止後，女子陷於生活困難時，得請求男子賠償相當之贍養費而已。⁶⁸⁷

第六節 檢討與分析

綜合本章上開事實婚法律效果之討論，茲以簡表對照如下：

	美國	法國	日本	中國	我國		本文 意見
	ALI	Pacs	內緣 (一般)	大陸	通說 (狹義)	實務	
同居義務			✓		✓		
貞操義務			✓		✓		
夫妻之姓氏							
扶養義務		✓	✓		✓	?	✓
家庭生活費分擔	✓	✓	✓		✓	✓	✓
日常家務代理、連帶		✓	✓		✓	✓	✓
法定財產制	✓		✓	✓	✓	✓	✓

⁶⁸⁶ 郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 247；鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 270。

⁶⁸⁷ 臺灣高等法院 91 年度上易字第 384 號民事判決；臺灣台北地方法院 90 年度訴字第 414 號民事判決。

解消之損害賠償	✓	✓	✓	✓	✓		✓ (以精神上損害為限)
夫妻財產清算	✓		✓	✓	✓		✓
解消之贍養費(扶養)			?		✓	✓	
繼承權							
對第三人侵害伴侶致死之賠償請求	?(實務)		✓		✓		
住居保障		✓	✓		✓		
贈與、遺贈			✓		✓	✓	✓
子女之婚生性							
<p>✓ 係代表準用或類推適用該項效果。 ? 係代表正反意見紛呈，未有定論。</p>							

ALI 美國家庭解消建議案關於同居伴侶之規範，開宗明義即強調同居解消的財產清算並沒有違反實務的做法，以最小的干涉來保護解消時弱勢之一方，通常為婦女。即使如此，因為對於同居伴侶的保護將衝擊既有婚姻制度，所以該建議案並沒有當事人以外第三人之效力，僅發生純粹財產法效果之規範。不過必須注意者，ALI 美國家庭

解消建議案關於同居伴侶之規範，並不限於異性間，同性伴侶亦可適用。不過從婚姻效果準用的程度來看，屬於最狹者。至於法國法採取事實婚登記制度，即透過Pacs契約的登記，發生類似夫妻之效果，而且是弱於婚姻之效果，不過與美國立法例相較，Pacs會發生第三人效力，取得介於婚姻和獨身者間之效力，為狹義說。美、法立法例都不強調貞操義務，或許是因為涉及同性人士貞操問題之複雜性。至於日本內緣關係在準婚理論下，內緣當事人間之權利義務幾乎與法律上夫妻同，屬廣義說。

美國法為避免對婚姻地位的侵害，盡量限縮事實婚男女之法律效力，避免對第三人（包括國家）發生效力。而我國實務及通說立場則以交易安全，主張類推夫妻之對外效力，原因在於彼此國情不同，社會對於夫妻作為交易對象的認知不同。不過美國法例之夫妻財產清算推定，對於解決事實婚男女間財產關係，有助弱勢伴侶之保護。法國法基本上其制度設計較接近拒婚型事實婚，尤其反應新興家庭組織型態的需要，對於我國日趨西化的社會發展，值得借鏡。日本內緣保護源自社會法對事實婚的容忍，對照我國社會法的空白，完全援引該制度恐難為社會大眾所接受，不過其對重婚型及禁婚親型事實婚採取較為彈性的認定，若產生國際私法之爭議時，反而不利我國婦女之保護。至於中國大陸之（非法）同居法制，雖甚早採用登記婚制度，因法令規定不全，借鑑機會甚微，不過在兩岸往來頻仍之際，其法制仍有認識之必要。

歸納我國實務的看法，似乎不認為夫妻關係為事實上夫妻之一種，而是依最高法院判例的見解，視為家長家屬關係，賦予其特殊之法保護。至於婚姻無效所形成之事實婚，則是透過民法第999條之1，賦予贍養費給付請求及財產取回。至於其他形態之事實婚，如一定期間的同居或加上擁有共同子女者，通常為實務所認定之事實婚，因事實上夫妻法無明文，其法律效果便無定論。其中涉及共同生活之家庭生活費用分擔、日常家務代理等有第三人效力之行為者，實務率多承認其效力，至於其他法律效果要不是以法無明文而駁回，不然就是因

個案而異，既無法保障弱勢伴侶，也違法律安定性、預見性之要求。而拒婚型的事實婚或欠缺結婚登記之事實婚，實務目前尚無相關案例。一概以「當事人忽視法律，法律也忽視該當事人」駁回請求，迴避事實婚爭議，是否符合法律公平正義的角色，符合法律在當代所應有的責任，值得吾人深思。





第六章 結論與建議

從憲法人民基本權利及自由保障來看，事實婚的保障有其必要，除了釋字第 647 號解釋稅法公平性的疑義外，一造陷於生活困難時，他方扶助義務的有無？事實婚解消時，當事人財產能否合理清算？贍養費給付義務的有無？住居保障的有無？損害賠償的有無？上開疑義影響事實上夫妻憲法上財產權、居住權、自由權、福利國家的角色等。從個人基本權生活方式尊重而言，婚姻法律效果的完全類推為最週延，不過卻有礙憲法對婚姻制度的保障。所謂無損婚姻及其他公益的前提，並非提供事實上夫妻等同婚姻之保障，而是維持現實家庭成員間的生存與往來，不及解消後之保護。因家庭權的保障不限婚姻家庭，其他形態之家庭亦包括在內，事實上夫妻透過家庭權獲得部分婚姻效力，同時與婚姻有別。家庭權的保障上至國際條約，如世界人權宣言、歐洲人權公約，下至各國憲法，皆奉之為主臬，並在國際法院裁判中形成一定的標準。人權法院判決指出，家庭權保障僅止於既存家庭成員的保障，保障家庭成員間互動的機會及其財產關係。因此立於憲法家庭權的保障，保障家庭成員的共同生活，從諸多婚姻效力分析，擷取有利共同生活者，並以此做為婚姻、事實婚、單身者間法律差別待遇的理由。至於事實婚或同居解消後效力，能否援引離婚之法律效果，本文則持保留的態度。目前我國對於事實婚的法制處於真空狀態，沒有事實婚的法律定義，當然也缺少事實婚法律效果明文，借鑑外國立法例雖然勢所難免，惟必須注意各國法制背景之差異，選擇適合我國情者。其次，在解釋論方面，外國立法例為法理之一種，當然可以作為填補法律漏洞的理由。但若能形諸法律，將可發揮教示與預見效果，此外事實婚當事人間亦可透過共同生活協議，調整彼此之權利義務關係。

第一節 外國立法例之啟示

將來若借鑑美、法、日、中國大陸等國的法制時，必須注意下列

前提：

一、美國

美國通說對於同居的立法保護採取否定的立場，同居被認為是個人有意拒絕婚姻法的干涉，為個人私生活的尊重。因此 ALI 家庭解消建議，對同居的有關規定戰戰兢兢，唯恐減損婚姻優越地位，並將重點置於關係解消後的財產安排，同時減輕政府的救助責任。我國民情對婚姻與同居的看法與美國接近，同時異性伴侶間的問題大於同性間，ALI 家庭解消安排值得我國參考。不過美國 ALI 家庭解消安排將重心集中在關係結束後，同時不發生第三人效力，能否滿足我國目前登記婚所產生的事實上夫妻實態，亦有進一步思考的必要。此外，政府對弱勢者本有社會責任，能否將國家責任轉嫁給同居人亦有疑問。

二、法國

Pacs 基本上係為滿足同性人士結婚要求而為折衷立法，亦即法國民眾多數認同同性伴侶之地位，並容許給予部分婚姻法效果，並進而在不願被標籤化的法國國情下，承認異性伴侶的 Pacs 地位。對照我國國情，目前同性伴侶的人數不明，其結婚權並未獲得重視，加上社會對同性伴侶仍有偏見，在未有共識與急迫的情形下，是否需要立法。其次，Pacs 設計用以滿足同性伴侶為原則，異性伴侶為例外，而我國異性同居問題的急迫性大於同性問題，借鑑法國 Pacs 立法，恐不能完全抄襲。

三、日本

國內文獻多數贊成參考日本內緣制度，並擴張婚姻法效果於事實上夫妻。不過值得注意的是，日本從大正時期工場法、昭和年間的恩給法、母子保護法等，迄二戰後勞動災害補償保險法、國家公務員災害補償法等，在甚多的社會立法上承認內緣配偶之受領人地位。形成日本國民對內緣關係的寬容，進而反應在法院實務判決上。相對於此，我國法上除家庭暴力防治法有「同居關係」的規定外，其他社會立法並無明文。在民眾對事實婚和同居態度曖昧不明之際，若冒然立法或裁判，擴張婚姻效力於事實婚或同居伴侶，能否獲得多數民眾的

支持恐有疑問。

四、中國大陸

中國大陸法制建設較晚，雖然婚姻法在 1950 年已完成立法，不過規範並不週延，必須借助大量司法解釋來說明，事實婚即是顯著的例子。但兩岸交流不可遏抑，人員往來頻仍，臺灣地區人民前往大陸地區投資、經商、結婚、生活，對於中國大陸婚姻法制不能不了解，尤其兩岸社會制度不同，婚姻法嚴重落差的情況下，事實婚法制了解的意義大於借鑑。

第二節 解釋論之借鏡

學者通說所謂之事實上夫妻，必須主觀上有婚姻意思，客觀上有共同生活的事實，為適應多元的社會型態及個人生活方式的尊重，有必要參考日本學者的看法，緩和主觀婚姻要件。適大法官釋字第 647 號解釋的提出，建議將主觀要件修正為具有婚姻意思或如同婚姻之共同生活意思，以含括多樣的男女結合。

至於目前實務用語仍以事實上夫妻居多，不過其認定標準並不一致，從單純同居即認定為事實上夫妻，到綜合各種情事而為判斷，同時包括婚姻無效之事實婚及訂定婚約後的不同居等。為避免事實上夫妻淪為法庭的各自表述，同樣建議參考釋字第 647 號解釋，除長期共同生活的要件外，增加共同家計之事實。統一事實上夫妻之概念，並賦予相當之婚姻法律效力。當然若實務願意擴張「類似夫妻之結合」關係之內涵，不單指夫妻關係而已，包括更多男女結合類型，取代事實婚亦無不可。畢竟類似夫妻的結合比事實上夫妻關係，在語意上更加中性、傳神，為既有的法律概念增加新義。

在事實婚效力方面，依準婚理論類推婚姻效力的範圍似乎太廣泛，恐模糊法律婚與事實婚之界限，並有害婚姻之憲法獨占地位。任何促進、鼓勵或確保事實婚之法律效果，都應避免，既已提供男女保障較為週延之婚姻制度，男女應優先進入婚姻為宜。至於未進入婚姻之男女，因事實現行性，同樣可受到憲法家庭權之保障，因此從婚姻

個別效力判斷說選擇同居生活所必要，同時公平合理的分配解消後財產。因此建議類推適用家庭生活費分擔、日常家務代理（連帶）、財產共有推定（歸屬不明）、夫妻財產清算、非財產之損害賠償（第三人侵權致伴侶死亡）等，以保障事實上夫妻家庭生活之運行。

第三節 立法雜議

立法是定紛止爭最權威的方式，或參考日本立法例，將事實婚以特別立法方式，於各相關社會立法上，如勞動基準法、工廠法或撫恤法等相關法規，明定事實上夫妻之身分、財產關係、扶養或受領死亡給付等。⁶⁸⁸或參考法國民法之規定，在我國民法增加共同生活契約之規定，而其立法可分為登記制及準用制二種方式：

方式一：登記制

修正條文	現行條文	修正理由
第二章 婚姻		
第六節 男女共同生活契約	無	一、本節新增。 二、我國同居人口估計已超過 40 萬人，實務上也對一定期間的同居關係賦予特定法律效果，不過見解並未統一，造成裁判上的爭議。大法官釋字第 647 號解釋理由書指出，無配偶之人相互

⁶⁸⁸ 郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，頁 249；鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，頁 274-275。

		<p>間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實者，因具婚姻關係配偶之相似性，立法機關得在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，給予適度之法律保障。</p> <p>三、基於一定期間之共同生活，不論在當事人間或對外關係上，極可能產生爭議，為有效杜絕紛爭，保障共同生活當事人人格權、財產權及家庭權，同時維護交易安全及第三人之信賴，特立共同生活契約章保護之。</p>
<p>第 1058 條之 1 共同生活契約係成年男女為共同生活而締結之契約。</p>	<p>無</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、共同生活契約為身分契約之一種，限二個成年男女間始得締結，未成年人或未成年人因結婚而有行為能力者，皆不適用。</p>

<p>第 1058 條之 2</p> <p>共同生活契約應以書面為之，有二人以上證人簽名，並應由雙方當事人向法院為共同生活登記。</p>	<p>無</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、共同生活契約為契約之一種，為求慎重及明確，參考法國立法例，必須以書面及二人以上之證人簽名，並共同向法院為共同生活登記。</p>
<p>第 1058 條之 3</p> <p>有配偶及已訂立共同生活契約者，不得再行訂立共同生活契約。</p> <p>一人不能同時與二人以上訂立共同生活契約。</p>	<p>無</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、夫妻本有共同生活之義務，有配偶者與第三人為共同生活契約之締結，不僅違反婚姻法上義務，亦與公序良俗有違。一人同時與二人以上訂立共同生活契約者，亦同。</p>
<p>第 1058 條之 4</p> <p>共同生活契約有下列情形之一者，無效：</p> <p>不具備第 1058 條之 2 方式者。</p> <p>違反第 983 條之規定。</p> <p>違反第 1058 條之 3 之規定。</p>	<p>無</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、當事人違反第 1058 條之 2 締結共同生活契約之強制規定者，當然不生效力。</p> <p>三、禁婚親規定與我國固有倫常及國民健康有關，允許禁婚親屬間成立共同生活契約，不僅與我國固有倫常有違，同時有礙國民健康發展。</p>

		<p>四、違反第 1058 條之 3 規定締結共同生活契約者，違反公序良俗，當然不生效力。</p>
<p>第 1058 條之 5 第 1003 條、第 1003 條之 1、第 1017 條、第 1018 條、第 1018 條之 1、第 1020 條之 1、第 1020 條之 2、第 1022 條、第 1023 條、第 1030 條之 1、第 1030 條之 2、第 1030 條之 3 及第 1030 條之 4 之規定，準用之。但另有約定並經登記者，從其約定。</p>	<p>無</p>	<p>一、本條新增。 二、既然男女當事人為共同生活，則婚姻關係所生之日常家務代理及家庭生活費分擔，亦有發生的可能，基於男女平等原則及保護交易相對人，特準用第 1003 條及第 1003 條之 1 之規定。 三、男女共同生活，常有同居共財的現象，其財產關係遠超過物權法上共同共有及債法上合夥關係，以普通債法或物權法律規範以共同生活為基礎之男女財產關係，顯有不足，因此準用夫妻財產制有關規定。此外家事勞動之價值，一方在家操持家務、教養子女，備極辛勞，他方得無後顧之憂，專心事業發展，其因此所增加之財產，不能不歸功於</p>

		<p>一方之協力，則於關係消滅時，其剩餘財產，其當事人之一方應有平均分配的權利，即法對家事勞動的評價，以期公正，並貫徹男女平等原則。</p> <p>四、若當事人以特約排除並經登記者，為尊重當事人意思，當無不可。</p>
<p>第 1058 條之 6 第 1116 條之 1 之規定，準用之。</p>	無	<p>一、本條新增。</p> <p>二、當事人扶養義務為共同生活契約之本質的義務，因此有關夫妻扶養規定準用之。</p>
<p>第 1058 條之 7 共同生活契約有下列情形之一者，其契約終止： 一、雙方合意終止並向法院登記者。 二、雙方結婚者。 三、一方以書面通知終止者。 四、一方無正當理由離去約定居所逾 3 個月者。</p>	無	<p>一、本條新增。</p> <p>二、共同生活契約因當事人以下情事而終止： （一）基於雙方合意而終止。共同生活契約基於當事人合意而締結，自得因當事人合意而終止。 （二）當事人結婚後，適用婚姻法有關規定，自較共同生活契約有利，共同生活契約效</p>

<p>五、一方與第三人結婚者。</p> <p>六、一方死亡者。</p>		<p>力當然終止，轉換為夫妻法律關係。</p> <p>(三)共同生活契約為身分法契約，基於個人人格的尊重，當事人一方得任意終止共同生活契約。</p> <p>(四)共同生活契約以共同生活為前提，若一方無正當理由離去共同住居所者達一段期間者，顯然無共同生活的意思，自得視為單方終止共同生活契約。</p> <p>(五)基於憲法保障婚姻的優越性，共同生活契約不能限制當事人與第三人結婚，若一方當事人與其他第三人結婚者，當然構成共同生活契約的終止。</p> <p>(六)共同生活契約為身分契約之一種，具有不可替代性，契約當事人一方死亡者，欠缺契約對立當事人，該契約當然終止。</p>
-------------------------------------	--	--

方式二：準用制

修正條文	現行條文	修正理由
<p>第 1003 條之 2</p> <p>男女以婚姻之共同生活意思，共同生活及共同家計者，為事實上夫妻。</p> <p>第 1003 條、第 1003 之 1 條及第四節第二款法定財產制規定，於事實上夫妻準用之。但男女另有約定者，不在此限。</p> <p>第 1116 條之 1 之規定，於事實上夫妻準用之。</p>	<p>無</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、我國同居人口估計已超過 40 萬人，實務上也對一定期間的同居關係賦予特定法律效果，不過見解並未統一，造成裁判上的爭議。大法官釋字第 647 號解釋理由書指出，無配偶之人相互間主觀上具有如婚姻之共同生活意思，客觀上亦有共同生活事實之異性伴侶，雖不具法律上婚姻關係，但既與法律上婚姻關係之配偶極為相似，如亦有長期共同家計之事實者，因具婚姻關係配偶之相似性，立法機關得在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，給予適度之法律保障。</p> <p>三、基於一定期間之共同生活，不論在當事人間或</p>

		<p>對外關係上，極可能產生爭議，為有效杜絕紛爭，保障共同生活當事人人格權、財產權及家庭權，同時維護交易安全及第三人之信賴，特立共同生活契約章保護之。</p> <p>四、參酌大法官釋字第 647 解釋理由書的說明，本條第 1 項增列事實上夫妻之定義。</p> <p>五、因事實上夫妻與婚姻關係配偶之相似性，因此婚姻法上日常家務代理、家庭生活費分擔、夫妻法定財產及規定財產清算，皆有準用之餘地，至於其他婚姻法效力規定，因與憲法上家庭權及長期共同生活、共同家計等事實無涉，不在準用之列。若當事人以特約排除者，為尊重當事人意思，當無不可。</p> <p>六、當事人扶養義務為共同生活契約之本質的義務，因此有關夫妻扶養</p>
--	--	---

		規定準用之。
--	--	--------

第四節 定型契約條款

不論美國或日本學者都認為除了透過法律明文解決男女共同生活的爭議外，其共同生活而生關係亦得以事先合意決定。我國民法以私法自治、契約自由為原則，礙於現行法規定之不足及避免事後造成爭議，建議預立共同生活契約。協議應本契約自由、個人尊重及男女平等憲法原則而訂立，若違反前開原則者，其契約不生效力。至於契約的內容，依照本文前述說明，基本上以財產關係為對象，內容計有共同生活費用的分攤、家事勞務的分配、共同生活期間取得財產之歸屬、關係解消時財產清算之方法、契約效力變更及其他特別約定事項，本文將試擬契約範本，供共同生活男女協議之參考（詳如附錄）。

法律的制定若脫離社會現況或多數人的意見，將違背民主化的精神。日本戰後，民法修正家、戶主、親屬會議、家督（長）繼承等有關規定，直接將舊有制度改廢。從實態調查的法社會學得知，法律上的修改，並不代表現實社會生活關係規範、意識的實質改變。這種法律與現實的脫節，因戰後日本學者川島武宜的強烈批評而受日本國民矚目。⁶⁸⁹英國政府在探討是否參考歐陸國家，立法保護同居時，並不採取直接推論或演繹推論之形式邏輯分析方法，而是利用經驗事實的驗證方法，提出數據及實例分析作為說理，運用經驗科學取代形式邏輯。如以同居人口的數量及組成說明同居問題的急迫性，或藉由問卷、訪談了解同居形成原因與不足，同時將法律是否保護或保護的類型置於題目中，經由對同居人及其他大眾的徵詢，獲得同居保護的多

⁶⁸⁹ 黑木三郎，現代法社會學，頁 22，青林書院，1989 年。

數意見。此種方式的研究通常必須花費較大的調查與成本，不若形式邏輯的便捷。不過在重大憲政爭議或利益取捨困難時，或許社會學的統計量化及個案深入研究的質化分析，能在形式邏輯外提供有力的背書。本文礙於所學和能力，以法釋義學進行研究，將重點置於事實婚文獻及法制史發展，並以歸納及演繹法為形式邏輯分析，難窺事實婚全貌，希望拋磚引玉引起更多事實婚之法社會學、法經濟學研究，健全事實婚法制，以臻男有分女有歸之大同境界。





附 錄

男女共同生活契約

_____（以下稱甲方）與_____（以下稱乙方），自__年__月__日起，不為婚姻登記而共同生活於_____（住址），雙方合意如下：

一、共同生活之費用

共同生活所需之必要費用，甲乙雙方按收入比例負擔。於每月末將次月所應負擔之費用提出。但一方因疾病、事故、失業或其他不得已情事而不能給付時，由他方負擔。

二、家務勞動

因共同生活而發生之必要家務勞動，甲乙雙方共同為之。但一方因疾病、事故、失業或其他不得已情事而不能從事時，由他方為之。

三、共同生活之財產關係

1. 甲乙雙方因個人生活必需所自行購入之財物，為各自之個人財產。
2. 任一方無法證明為其個人財產之財物，推定為甲乙共有之財產。
3. 甲乙雙方以共同生活經費的剩餘購買之有價證券等，為甲乙共有之財產。
4. 甲方或乙方，因共同生活以他方名義所締結之契約，他方亦負擔契約上之責任。

四、共同生活的解消

1. 共同生活得基於雙方合意而解消。若一方放棄共同生活達3個月以上者，自動解消之。
2. 因共同生活而購入之財產、或積蓄而購置的財產（前揭三、2.3.），應平均清算之。財產清算時，應考量甲乙雙方生活之必要性。

3. 若有共同子女者，必須以子女最佳利益決定養育費用負擔之方法，除非雙方對此部分已達成合意，否則共同生活不解消。

五、甲乙一方死亡

一方因死亡而發生之給付或權利，生存他方為受領人或請求權人。

六、契約效力及變更

1. 本契約於共同生活開始時始發生效力。
2. 本契約若經雙方合意變更時，必須有二人以上證人簽名。

七、其他合意事項：

八、管轄

因本契約而生之訴訟，雙方同意由共同住居登記地所屬地方法院為第一審管轄法院。

立約人甲方：

立約人乙方：

證人一：

證人二：

中華民國 年 月 日

參考文獻

壹、中文部分（按姓氏筆畫數）

1. 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，民國 93 年。
2. 王立達，法釋義學研究取向初探：一個方法論的反省，法令月刊，第 51 卷 9 期，頁 23-23，民國 89 年。
3. 王海南，由德國、瑞士、比利時三國關於血緣關係立法看戰後西歐親子法之演進，現代身分法之基礎理論（戴東雄教授七秩華誕祝壽論文集），頁 43-74，2007 年。
4. 王錦堂，大學學術研究與寫作，民國 86 年。
5. 王澤鑑，民法學說與判例研究（第一冊），10 版，1990 年。
6. 王澤鑑，民法學說與判例研究（第二冊），7 版，1988 年。
7. 王澤鑑，民法實例研習（民法總則），1996 年。
8. 李立如，生父在美國憲法上之地位，中原財經法學，第 16 期，頁 157-190，2006 年。
9. 李立如，婚姻家庭與性別平等—親屬法變遷的觀察與反思，政大法學評論，第 95 期，頁 175-228，2007 年。
10. 李玲玲，論婚姻之自由與重婚—試評司法院大法官會議釋字第 362 號解釋，東吳大學法律學報，第 1 卷第 10 期，頁 93-106，民國 86 年。
11. 李震山，憲法意義下之「家庭權」，中正法學集刊，第 16 期，頁 61-104，民國 93 年。
12. 李霞，婚姻家庭繼承法學，山東大學出版社，2006 年。
13. 吳志光，適當期間接受裁判權之實踐—以歐洲人權法院 Kudła v. Poland 案暨相關裁判為核心，人權之跨國性司法實踐，2007 年。
14. 吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年。
15. 吳振建，海峽兩岸軍人婚姻規定之比較研究，國防管理學院法律研究所碩士論文，民國 85 年。
16. 吳從周，民事法學與法學方法（第一冊），自版，2007 年。
17. 何麗新，論事實婚姻與非婚同居的二元化規制，比較法研究，頁 60-65，2009 年。
18. 林秀雄，繼承回復請求權與動產所有權取得時效，月旦法學雜誌，42 期，頁 14-15，1998 年。
19. 林秀雄，婚姻之形式要件，月旦法學教室，第 12 期，頁 48-53，2003 年。

20. 林秀雄，論妾，家族法論集（三），1994年。
21. 林菊枝，親屬法新論，民國85年。
22. 林菊枝，親屬法專題研究（二），民國86年。
23. 周宗憲，人性尊嚴與人民最低限制生活權的保障，司法周刊，第1239期，2版，民國94年。
24. 郭振恭，論事實上夫妻之保護—婚姻形式要件規定所生缺陷之救濟，輔仁法學，第4期，頁233-249，民國74年。
25. 姚瑞光，民法總則及第一條釋論，法令月刊，第41卷11期，頁8-10，民國79年。
26. 俞子清，中國憲法，1992年。
27. 袁方，社會研究方法，2002年。
28. 胡業良，中共新「婚姻法」之研究，共黨問題研究，第10卷第10期，頁65-76，民國73年。
29. 徐慧怡，贍養費之理論與實務—以美國法與我國法為中心，民國89年。
30. 徐慧怡，同性婚與公序良俗，國際私法理論與實務（一）劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，頁341-383，1998年。
31. 涂懷瑩，現代憲法原理，民國82年。
32. 許崇德、王彥君、趙建華、王亞琴，中國憲法教程，1994年。
33. 陳棋炎，論婚姻成立之形式要件—兼述事實上夫妻，台大法學論叢，11卷1期，頁97-122，民國71年。
34. 陳惠馨，傳統個人、家庭、婚姻與國家—中國法制史的研究與方法，2006年。
35. 陳治世，條約法公約析論，民國81年。
36. 許耀明，「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係，東海大學法學研究，25期，頁75-119，2006年。
37. 許耀明，歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護：從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起，歐盟人權政策，頁213-244，2009年。
38. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，經濟學理論與實務（上冊），1995年。
39. 張學軍，事實婚姻的效力，法學研究，第24卷第1期，頁66-80，2002年。
40. 黃國昌，法學實證研究方法初探，月旦法學雜誌，175期，頁

142-153，2009年。

41. 黃宗樂，儀式婚主義與登記婚主義，輔仁法學，第10期，民國80年。
42. 黃宗樂，歐洲各國破綻主義離婚立法之展開，陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集—身分法之理論與實用，頁224-229，1980年。
43. 黃雅琴，民法親屬篇修正後法律婚主義之探討—從實務看法律婚主義修法之必要性，月旦法學教室，第161期，頁36-48，2008年。
44. 費孝通，生育制度，1981年。
45. 彭懷真，婚姻與家庭，2003年。
46. 楊日然，法理學，2005年。
47. 楊仁壽，法學方法論，1986年。
48. 楊靜利，同居的生育意涵與台灣同居人口估計，台灣社會學刊，第32期，頁189-213，2004年。
49. 蔡顯鑫，中共事實婚姻之概述（上），軍法專刊，第40卷9期，頁10-15，1994。
50. 蔡顯鑫，事實上夫妻之概念，陳棋炎先生七秩華誕祝賀論文集，1990年。
51. 鄧學仁，事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題，警大法學論集，第10期，頁257-275，民國94年。
52. 鄧學仁，我國採行登記婚所面臨之問題（下），司法週刊，1395期，2版，民國97年。
53. 劉銀春，「最高人民法院關於適用『中華人民共和國婚姻法』若干問題的解釋（二）的理論與實務問題解析」，法律適用，223期，頁4-5，2004年10月。
54. 熊秉元，漫步法律，2003年。
55. 鄭小川、于晶，親屬法原理、規則、案例，2006年。
56. 盧漢龍，新中國社會管理體制研究，2009年。
57. 顏厥安，法效力與法解釋—由Habermas及Kaufmann的法效理論檢討法學知識的性質，臺大法學論叢第27卷1期，頁1-21，民國86年10月。
58. 藍瀛芳，法國民法典之修正研究，民國66年。
59. 蕭忠仁，論結婚要件與事實婚法制—以兩岸為中心，國立臺灣大學法律研究所博士論文，民國93年。

60. 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2007年。
61. 戴瑀如，論德國同性伴侶法，月旦法學，第107期，頁145-165，2004年。
62. 魏定仁、甘超英、付思明，憲法學，2001年。
63. 蘇永欽，我國憲法中的家庭，部門憲法，頁795-806，2006年。
64. Karl Larenz，陳愛娥譯，Methodenlehre der Rechtswissenschaft（法學方法論），2010年。



貳、日文部分

1. Jean Étienne Marie Portalis (野田良之譯), 民法典序論, 1949年。
2. K. Zweigert & H. Kötz 著, 大木雅夫譯, 比較法概論 (原論上), 1974年。
3. Percin, Laurence de, 齊藤笑美子譯, パックスー新しいパートナーシップの形, 2004年。
4. 二宮周平, 「事實婚」, 講座, 現代家族法, 第2巻, 1991年。
5. 二宮周平, 事實婚を考える, 1992年。
6. 二宮周平, 家族法, 1999年。
7. 二宮周平, 事實婚の判例総合解説, 2006年。
8. 大村敦志, 家族法, 2002年。
9. 大村敦志, 家族法, 2004年 (第2版補訂)。
10. 大村敦志, パックスの教訓—フランスの同性カップル保護立法をめぐって, 載於「個を支えるもの」, 頁242-248, 2005年。
11. 大島梨沙, フランスにおける非婚カップルの法的保護 (2, 完)—パックスとコンキユビナーージュの研究, 北大法学論集, 第58巻, 頁281-324, 2007年。
12. 山之内三紀子, 内縁解消, 離婚・内縁解消の法律相談, 2004年。
13. 山口純夫, 重婚的内縁の妻の地位, 判例タイムズ, 第747号, 頁170-173, 1991年。
14. 山口龍之, フランスの新家族制度、民事連帯協約 (PACS) について, 沖大法学, 第21号, 頁102-120, 1999年。
15. 山島正男, 判例批評, 判例評論, 第94号, 頁102-104, 1967年。
16. 水野紀子, 事實婚の法的保護, 家族法改正への課題, 頁69-87, 1993年。
17. 太田武男、溜池良夫, 事實婚の比較法的研究, 1986年。
18. 太田武男, 現代の内縁問題, 1996年。
19. 中川淳, 日本における事實婚の現在, 戸籍時報, 第420号, 頁34-36, 1993年。
20. 中川淳, 内縁保護と届出主義, 法学セミナー, 第205号, 頁66-70, 1973年。
21. 中川淳, 近親内縁に対する遺族厚生年金の支給—最判平一九、三、八を中心として, 戸籍時報, 第621号, 頁61-64, 2007年。

22. 中川淳，夫婦、親子關係の法理，世界思想社，2004年。
23. 中川淳，重婚的內縁關係にある者に対する內縁解消に伴う不動産の贈与が詐害行為に該当するとされた事例，判例時報，第1628号，頁194-197，1998年。
24. 中川善之助，新訂親族法，1967年。
25. 内田貴，民法IV親族・相続，2003年。
26. 五十嵐清，現代比較法学の諸相，2002年。
27. 古川瓊子，事實婚の法的保護と內縁保護法理についての一考察，岡山大學大學院社會文化科學研究科紀要，第27号，頁41-58，2009年。
28. 有地亨，家族法概論，2005年。
29. 吉田克己，婚姻外の男女關係の一方的解消と不法行為責任，民商法雜誌第134卷3号，頁476-485，2006年。
30. 吉田恒雄，親族法・相続法，2001年。
31. 吉田邦彦，家族法（親族法・相続法）講義録，2007年。
32. 伊藤正己，憲法，1982年。
33. 武井正臣，內縁婚の現状と課題，1991年。
34. 我妻榮，親族法，1961年。
35. 佐藤幸治，日本国憲法と「自己決定権」—その根據と性質をめぐって，法学教室98号，頁14-17，1988年。
36. 佐藤幸治，憲法，1983年。
37. 佐藤義彦，重婚的內縁と財産分与，家事審判事件の研究（一），一粒社，1988年。
38. 杉浦郁子、野宮亞紀、大江千束編著，パートナーシップ・生活と制度〔結婚、事實婚、同性婚〕，2007年。
39. 林秀雄，事實婚について（中華民國），戶籍時報，第417号，頁20-24，1992年。
40. 林瑞枝，パートナー關係法の展開—フランス連帶民事契約が示唆するもの，法律時報，74卷9号，頁33-38，2002年。
41. 金山直樹，フランス革命、民法典における契約自由の原則（一）—婚姻と離婚も踏まえて，民商法雜誌，131卷2号，頁183-224，2004年。
42. 松川正毅，PACSについて(1)~連帶に基づく民事契約~，國際商事法務，28卷3号，頁372-373，2000年。

43. 松川正毅，PACS について(2)~連帯に基づく民事契約~，國際商事法務，28 卷 4 号，頁 502-503，2000 年。
44. 松川正毅，PACS について(3)~連帯に基づく民事契約~，國際商事法務，28 卷 5 号，頁 634-635，2000 年。
45. 松川正毅，PACS について(4)~連帯に基づく民事契約~，國際商事法務，28 卷 6 号，頁 766-767，2000 年。
46. 松川正毅，PACS について(5)~連帯に基づく民事契約~，國際商事法務，28 卷 7 号，頁 896-897，2000 年。
47. 松川正毅，PACS について(7)~連帯に基づく民事契約~，國際商事法務，28 卷 9 号，頁 1150-1151，2000 年。
48. 松倉耕作，判批，判例タイムズ，824 号，頁 75，1993。
49. 宮沢俊義，全訂日本國憲法，1978 年。
50. 島津一郎，親族法，1955 年。
51. 黒木三郎，現代法社會學，1989 年。
52. 鈴木祿弥，親族法講義，1996 年。
53. 陳宇澄，中國家族法の研究，1994 年。
54. 深谷松男，現代家族法（新版），1988 年。
55. 棚村政行，結婚の法律學，2002 年。
56. 棚村政行，法律上の配偶と事実上の配偶との異同，法学セミナー，第 591 号，頁 11-15，2004 年。
57. 齊藤笑美子，婚姻外カップル立法化の合憲性—連帯民事契約（Pacs）法判決，フランスの憲法判例，頁 98-104，2002 年。

参、西文部分（按姓氏字母序）

1. Atkin, Bill, The Rights of Married and Unmarried Couples in New Zealand—Radical New Laws on Property and Succession, 15 Child and Family Quarterly, 173 (2003)
2. Barlow, Anne、Duncan, Simon、James, Grace、Park, Alison, Cohabitation, Marriage and the Law – Social Change and Legal Reform in the 21st Century (2005)
3. Black's Law Dictionary (8th ed.), West Group (2004)
4. Blumberg, Grace Ganz, The Regularization of Non-Marital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State, 76 Notre Dame Law Review, 1265 (2001)
5. Brotherson, Sean E. & Teichert, Jeffrey B., Value of the Law in Shaping Social Perspectives on Marriage, 3 Journal of Law and Family Studies, 23 (2001)
6. Cleary, Erin, New Jersey Domestic Partnership Act in the Aftermath of Lewis v. Harris: Should New Jersey Expand the Act to Include All Unmarried Cohabitants?, 60 Rutgers Law Review, 519 (2008)
7. Campbell, Brand, Cohabitation Agreements in Massachusetts: Wilcox v. Trautz Changes the Rules but Not the Results, 34 New England Law Review, 485 (2000)
8. Caballero, Susana Sanz, Unmarried Cohabiting Couples Before the European Court of Human Rights: Parity with Marriage, 11 Columbia Journal of European Law, 151 (2004-2005)
9. Davis, Christina, Domestic Partnerships: What the United States Should Learn from France's Experience, 24 Penn State International Law Review, 683 (2006)
10. Estin, Ann Laquer, Ordinary Cohabitation, 76 Notre Dame Law Review, 1381 (2001)
11. Forder, Caroline, European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice, 17 Canadian Journal of Family Law, 371 (2000)
12. Grainer, Virginia, What's Yours Is Mine: Reform of the Property Division Regime for Unmarried Couples in New Zealand, 11 Pacific Rim Law and Policy Journal, 285 (2002)
13. Goldfarb, Sally F., Violence Against Women and the Persistence of

- Privacy, 61 Ohio State Law Journal, 45 (2000)
14. Goldberg, Charlotte K. , The Schemes of Adventuresses: The Abolition and Revival of Common-law Marriage, 13 William and Mary Journal of Women and the Law, 483 (2007)
 15. Habegger, Dee Ann , Living in Sin and the Law: Benefits for Unmarried Couples Dependent upon Sexual Orientation?, 33 Indiana Law Review, 1007 (2000)
 16. Kohm, Lynne Marie , How Will the Proliferation and Recognition of Domestic Partnerships Affect Marriage?, 4 Journal of Law and Family Studies, 105 (2002)
 17. Manning, Wendy D. & Smock, Pamela J. , Why Marry?: Race and Transition to Marriage Among Cohabitators, 32 Demography 50 (1995)
 18. Regan, Milton C. Jr., Calibrated Commitment: The Legal Treatment of Marriage and Cohabitation, 76 Notre Dame Law Review, 1435 (2001)
 20. Martin, Claude and Théry, Irène , The Pacs and Marriage and Cohabitation in France, 15 International Journal of Law, Policy and the Family, 135 (2001)
 21. Mahoney, Margaret M. , Forces Shaping the Law of Cohabitation For Opposite Sex Couples, 7 Journal of Law and Family Studies, 135 (2005)
 22. Oldham, J. Thomas , Unmarried Partners and the Legacy of Marvin v. Marvin: Lessons form Jerry Hall v. Mick Jagger Regarding U.S. Regulation of Heterosexual Cohabitants or, Can't Get No Satisfaction, 76 Notre Dame Law Review, 1409 (2001)
 23. Primus, Wendell E. & Beeson, Jennifer , Safety Net Programs, Marriage, and Cohabitation, in Just Living Together: Implications of Cohabitation on Families, Children, and Social Policy 191 (2002)
 24. Pouncy, Charles R. P. , Marriage and Domestic Partnership: Rationality and Inequality, 7 Temple Political and Civil Rights Law Review, 363 (1998)
 25. Stalford, Helen , EU Family Law: A Human Rights Perspective, International Family Law for the European Union, 101 (2007)
 26. Stalford, Helen , Concepts of Family under EU Law-Lessons from the

- ECHR, 16 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 410 (2002)
- 27.Scott, Elizabeth S. , The Legal Construction of Norms: Social Norms and The Legal Regulation of Marriage, 86 *Virginia Law Review*, 1901 (2000)
- 28.Strasser, Mark , A Small Step Forward: The ALI Domestic Partners Recommendation, 2001 *Brigham Young University Law Review*, 1135 (2001)
- 29.Schneider, Elizabeth , The Violence of Privacy, 23 *Connecticut Law Review*, 973 (1991)
- 30.Westfall, David , Unmarried Partners and the Legacy of Marvin v. Marvin: Forcing Incidents of Marriage on Unmarried Cohabitants: The American Law Institute's Principles of Family Dissolution, 76 *Notre Dame Law Review*, 1467 (2001)
- 31.Wardle, Lynn D. , Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimate a Retreat from Marriage by Redefining Marriage, 39 *South Texas Law Review*, 748 (1998)
- 32.Young, Rachael & Leech, Stewart , Marriage, Divorce and Ancillary Relief under the Human Rights Act 1998: An Introduction, 3 *European Human Rights Law Review*, 300(2001)