

# 論登記與身分行爲之法定方式 —以結婚與兩願離婚爲中心—

郭振恭\*

## 目 次

- 壹、問題之所在
- 貳、登記與身分行爲法定方式之關連
- 參、結婚登記與結婚之形式要件
- 肆、離婚登記與兩願離婚之形式要件
- 伍、結婚登記與離婚登記效力不一致之調和
- 陸、結論

## 壹、問題之所在

我民法第九八二條第一項規定：「結婚應有公開儀式及二人以上之証人。」即對結婚之形式要件採取儀式婚主義，並不以結婚登記爲結婚之形式要件。詳言之，我戶籍法第二五條第一項固規定：「結婚者應爲結婚之登記」，惟當事人如已履行公開儀式及二人以上之証人之結婚方式時，即爲法律上之夫妻，有無辦理結婚戶籍登記，均不影響當事人之發生配偶關係。但同法第一〇五〇條規定：「兩願離婚應以書面爲之，有二人以上証人之簽名，並應向戶政機關爲離婚之登記。」即對兩願

\* 東海大學法律學系教授

離婚之形式要件採取登記主義，以離婚登記爲兩願離婚法定方式之一。詳言之，戶籍法第二五條第二項所規定：「離婚者應爲離婚之登記」，爲兩願離婚形式要件之一，從而當事人雖已具備離婚書面，並有二人以上証人之簽名，但未經辦理離婚戶籍登記時，離婚之效力尙未發生，其仍爲夫妻，須經離婚戶籍登記，始生離婚效力。按結婚與兩願離婚同爲形成之身分行爲，但於法創設之結婚行爲無須登記，解消之兩願離婚行爲則須登記，其互不一致，自不免發生法律適用上之疑義。

查與我國同有兩願離婚制度之日本、韓國及中共，就結婚與兩願離婚則採取相互一致之方式。按日本民法第七三九條對結婚之形式要件規定爲：「結婚須依戶籍法之規定爲登記之申報、始生效力。前項申報須由雙方當事人及二人以上成年之証人，以口頭或署名之書面爲之。」即採取申報主義；同法第七六四條規定兩願離婚準用第七三九條之規定，亦即兩願離婚之形式要件與結婚同爲申報主義（註一）。韓國民法第八一二條對結婚之形式要件規定爲：「結婚須依戶籍法之規定爲申告，始生效力。前項申告須由雙方當事人及二人以上之成年証人以連署之書面爲之。」即採取申告主義；同法第八三六條規定：「兩願離婚以經家事法院之確認，依戶籍法之規定爲申告，始生效力。前項申告須由雙方當事人及二人以上之成年証人以連署之書面爲之。」即兩願離婚之形式要件除須先經家事法院確認當事人之離婚意思外，亦採申告主義，與結婚相同（註二）。中共婚姻法第七條規定：「要求結婚的男女雙方必須親自到婚姻登記機關進行結婚登記。符合本法規定的，予以登記，發給結婚証，取得結婚証，即確立夫妻關係。」即以結婚登記及取得結婚証爲結婚之形式要件；同法第二四條規定：「男女雙方自願離婚的，准予離婚，雙方須到婚姻登記機關申請離婚。婚姻登記機關查明雙方確實是自願並對子女和財產問題已有適當處理時，應即發給離婚証。」即兩願離婚（雙方自願離婚）亦以離婚登記與取得離婚証爲其形式要件，與結婚之公示方法，並無不同（註三）。

（註 一） 關於日本民法上之結婚與兩願離婚形式要件之內容，詳請參照中川淳著改訂親族法逐條解說六二～六五、一四一～一四二頁（日本加除出版）。

（註 二） 關於韓國民法上之結婚與兩願離婚形式要件之內容，詳請參照金容漢著韓國親族相續法一一五～一一七頁（日本加除出版），本渡諒一著韓國婚姻法の實務四〇頁、一〇一～一〇三頁（日本加除出版）。

（註 三） 關於中共婚姻法上之結婚與兩願離婚形式要件之內容，詳請參照拙著論中共婚姻法上之婚姻形式要件（載於陳棋炎先生七秩華誕祝賀論文集・家族法諸問題二四

依上說明，我民法既不以登記為結婚之形式要件，但又以登記為兩願離婚之形式要件，則在法律適用上宜如何調和其不一致性？殊可檢討。而戶籍法明定結婚者及離婚者均應分別為結婚登記與離婚登記，但登記於兩願離婚為其形式要件，於結婚則否，則登記之性質若何？登記與身分行為之方式有無關連？亦有予以闡明之必要。

## 貳、登記與身分行為法定方式之關連

形成之身分行為發生當事人身分取得或消滅之效果，除與當事人密切有關外，其亦關乎第三人之權利義務，自有明確公示當事人之身分關係，使社會大眾得以知悉之必要，因此於法不論其為屬創設的身分行為之結婚、收養，抑為屬解消的身分行為之兩願離婚、協議終止收養，均要求其須履行一定之方式。亦即形成之身分行為為法定要式行為。

身分行為如以戶籍法上之登記為其方式時，該登記屬創設的性質，而為身分行為之成立要件，如欠缺該登記時，尚不發生身分之得、喪，亦即身分行為不成立。反之，身分行為並不以戶籍法上之登記為其方式時，該登記屬報告的性質，縱欠缺該登記，亦無關身分之得、喪，其即非身分行為之成立要件。由是以觀，同屬戶籍法上之身分關係登記，但因其是否為身分行為之法定方式，而異其性質。

依我戶籍法之規定，結婚者及離婚者應分別為結婚登記及離婚登記，有如前述，收養及終止收養亦應分別為收養登記及終止收養登記（同法二四條），且如不於事件發生或確定後之十五日內為登記之申請者，處新台幣一百八十元以下罰鍰，經催告而仍不為申請者，處新台幣三百六十元以下罰鍰（同法五八條一、二項，六二條）。但上開規定乃自戶籍行政及管理之立場而設，並非登記即為結婚、兩願離婚、收養或協議終止收養之成立要件，如民法並未將登記定為身分行為之法定方式時，該登記僅屬報告的性質，尚非創設的。

於日本戶籍法上所規定之申報，如因出生、死亡、裁判離婚、裁判終止收養及

---

一頁以下）及中共婚姻法上之離婚類型（載於東海大學法學研究第八期五九頁以下）

強制認領所爲之申報，因其就原已發生法律上之效果而爲申報，其申報之性質，並非創設的，而爲報告的。反之，如因結婚，兩願離婚、收養、協議終止收養所爲之申報，因於申報經受理後始行發生法律上效果，其申報之性質，即非報告的，而爲創設的。（註四）

我民法第一〇七九條所規定之收養形式要件有二，一爲應以書面爲之，另一爲應聲請法院認可。具備該要件時，收養行爲成立，與有無經登記無涉。同法第一〇八〇條規定之協議終止收養形式要件僅爲應以書面爲之，即經當事人立具書面時，協議終止收養行爲成立，亦與是否經登記無涉。足見，收養及協議終止收養均未以登記爲其方式，則戶籍法第二四條雖規定收養及終止收養應爲收養及終止收養之登記，但其性質即非創設的，而爲報告的。惟基於登記公示效力之明確及便於社會大眾之查考，立法上似可於我民法之收養及協議終止收養之形式要件各增列登記一項，更求其周密（註五）。

綜上說明，我民法上之身分行爲，除兩願離婚外，並未以登記爲其形式要件。此在收養與協議終止收養，因同未以登記爲其法定方式之一，雖未盡妥當，但適用上尚不生矛盾，而無疑難，但於結婚與兩願離婚時則生疑義。按當事人因結婚而發生配偶關係，因兩願離婚而消滅配偶關係，前者不以登記爲必要，後者則以登記爲必要，有所不同，但因兩者相互有關，則對其法定方式之規定，自以採取同一之公示方法爲妥，亦即兩願離婚既須登記，則結婚即須同以登記爲其法定方式之一，始爲對稱，顯而易見。

---

（註 四） 關於日本戶籍法上登記之申報區分爲創設的申報與報告的申報，詳請參照中川淳著民法の考え方と戸籍，收錄於現代家族法の研究三〇五頁以下（京都女子大學研究叢刊 24）；大石秀夫著憲法と家族法九一～九二頁（嵯峨野書院）。

（註 五） 依日本民法第七九九條規定，收養準用第七三九條之規定，亦即收養與結婚同採登記申報主義；依同法第八一二條規定，協議終止收養亦準用第七三九條之規定。可見日本民法上之收養、協議終止收養與結婚、兩願離婚均同以登記之申報爲其形式要件。

依韓國民法第八七八條之規定，收養亦與結婚相同，依戶籍法之規定爲申告，始生效力。依同法第九〇四條規定，協議終止收養準用第八七八條之規定。足見韓國民法上之收養、協議終止收養與結婚、兩願離婚均同以依戶籍法爲申告爲其形式要件，僅兩願離婚另須經家事法院爲離婚意思確認而已。

### 三、結婚登記與結婚之形式要件

依我民法第九八二條第一項之規定，結婚之形式要件有二，一為公開儀式，二為二人以上之証人。至同條第二項雖規定，經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚，但其乃本於結婚登記之事實，推定已結婚。主張婚姻關係存在之當事人，無庸就曾踐行結婚方式負舉證責任，而由主張尚未履行或尚未完全履行結婚方式，婚姻關係不存在者，負舉證責任，亦即其為民事訴訟法上舉證責任轉換之特別規定，並非結婚形式要件之實體規定（註六）。足見現行法並未以結婚登記為結婚法定方式之一。

當事人如已完成公開儀式及二人以上証人之結婚法定方式，即為法律上之夫妻，雖尚未辦理結婚戶籍登記，但並不影響當事人之夫妻身分。從而當事人於履行結婚之方式，發生夫妻關係後，依戶籍法之規定申請辦理結婚登記，經登記完成者，其登記之效力並非創設的，而為報告的，至為明瞭。至當事人雖未履行結婚之方式，但仍依戶籍法之規定申請辦理結婚登記者，固為不實之申請，但如經登記完成時，該登記有推定已結婚之效力，惟因僅有推定之效力，經主張婚姻關係不存在者舉證推翻後，當事人仍自始無結婚之效力。由是觀之，結婚戶籍登記並非結婚之形式要件，尤為明瞭。

依現行規定，登記固非結婚之形式要件，登記與否無關結婚之成立生效，但如經結婚登記，仍可作為結婚之證明方法，且亦有推定已結婚之效力，足見其對當事人仍有一定之作用。按依戶籍法第四八條規定，結婚登記以當事人為申請人，即當事人之一方須與他方協同為結婚登記之申請，則當事人於履行結婚之方式而取得夫妻身分後，但尚未辦理結婚登記時，一方得否請求他方協同為登記之申請？不無疑義。就此問題，最高法院判例（四九年台上字一〇一四號、六四年台上字一九八五號）認為：戶籍登記之應否准許，固屬行政機關之職權，非當事人所得向法院為准駁之請求，但結婚登記之申請既須由當事人協同為之始克辦理完竣，各當事人即負

---

（註 六） 民法第九八二條第二項增設登記推定結婚之規定，殊欠妥當。其評述詳請參照拙著婚姻形式要件之研究（東海法學叢書(一)）三四～三六頁。

有協同申請之義務，如一方不履行此義務，他方自得訴求其履行，云云。即採取肯定見解。查結婚登記之申請，固爲公法上之關係，其登記並非結婚之形式要件，但仍有一定之作用，且結婚後如不依戶籍法規定辦理結婚登記，當事人應受罰鍰之制裁，均如前述，私法上一方即非無請求他方協同爲結婚登記之法律上利益；而當事人既已履行結婚方式，其結婚行爲即已成立生效，本於配偶身分應認其互負申請結婚登記之義務，一方自得請求他方協同爲結婚登記之申請。從而本問題，應採肯定見解。至於當事人爲結婚登記之申請後，戶政機關審查結果，如認當事人之結婚欠缺形式要件或實質要件，有違法情事，而不受理當事人之申請，乃別一問題。

## 四、離婚登記與兩願離婚之形式要件

依民法第一〇五〇條之規定，兩願離婚之形式要件有二；一爲須以書面爲之，並有二人以上証人之簽名；二爲須向戶政機關爲離婚之登記。查以離婚登記爲兩願離婚形式要件之一，乃民國七十四年六月三日親屬編修正時所增訂，其增訂之理由爲：舊法兩願離婚規定，過於簡略，極易發生弊端，特增設應向戶政機關爲離婚登記之規定，使第三人對於身分關係更易於查考，符合社會公益（註七）。亦即於舊法時，離婚登記尚非兩願離婚之要件，則當事人之兩願離婚於具有書面及二人以上証人之簽名時，即生離婚效力，其事後依戶籍法規定辦理之離婚登記，僅屬報告性質，其爲公法上戶籍管理之要求，當事人縱未爲登記之申請，對其已無夫妻關係之事實，並無任何之影響。惟依新法，離婚登記爲兩願離婚之要件，當事人雖已具備書面及二人以上証人之簽名，但尚未辦理離婚登記時，並不生離婚之效力，其仍爲夫妻，此乃因登記爲兩願離婚方式之一，其已成爲兩願離婚要件之故。易言之，新法施行（七四、六、五）後，兩願離婚須當事人具備書面及二人以上証人之簽名，並經戶政機關完成離婚登記時，始生離婚之效力，而消滅其夫妻關係（註八）。至

（註 七） 參照司法院印行民法親屬、繼承編及其施行法修正條文暨說明五四頁。

（註 八） 兩願離婚既以離婚登記爲形式要件之一，當事人自須向戶政機關爲離婚登記之申請。則兩願離婚行爲之成立時，即離婚效力發生時，究爲戶政機關之登記完成時，抑爲戶政機關之受理申請時？不無疑義。按日本民法上之身分行爲，不論其爲結婚、兩願離婚、收養、協議終止收養因同以登記之申報爲其形式要件，通說

當事人於履行兩願離婚之法定方式時，書面及証人之簽名固無須同時行之（參照四二年台上字一〇〇一號判例），即辦理離婚登記亦無須與書面及証人之簽名一併為之，於書面、証人之簽名及登記均已具備時，兩願離婚行為始行成立生效。

舊法時，因離婚登記並非兩願離婚之要件。當事人如已具備書面及二人以上証人簽名時，即生離婚之效力，惟因戶籍法規定離婚者應為離婚之登記，已如前述，而登記之完成，亦有私法上之利益，則當事人於具備書面及証人簽名使兩願離婚行為成立生效時，他方如不協同為離婚登記之申請，此方自得向他方為請求，最高法院五〇年台上字第六〇號判例即曾認當事人一方本於合法離婚之事實得起訴請求他方協同辦理離婚登記。此在舊法時，固無疑義，惟新法已將登記列為兩願離婚形式要件之一，該登記具有創設性質，有如前述，則當事人如已具備書面及二人以上証人簽名之要件，但他方不協同為離婚登記之申請時，一方得否請求他方協同辦理？亦即一方得否對他方起訴請求協同為離婚登記之申請？有待檢討。就此問題，有學者認為：當事人之兩願離婚如未具備戶籍登記之特別成立要件者，其兩願離婚之法律行為不成立，不成立之法律行為應無起訴請求履行之餘地（註九）。實務見解（最高法院七五年台上字一三四二號判決，七五第五月二十日七十五年度第九次民事庭會議決議）亦認為：兩願離婚須具備書面，二人以上証人之簽名及辦理離婚戶籍登記三項要件，始生效力，為修正民法第一〇五〇條所特別規定。當事人兩願離婚祇訂立離婚書面及有二人以上証人之簽名，而因一方拒不向戶政機關為離婚之登記，其離婚契約尚未有效成立，他方自無提起離婚戶籍登記之訴之法律依據，云云。按離婚登記既為兩願離婚方式之一，當事人未完成登記前，雖已具備書面及二

即以登記之申請時為其成立時期，惟所謂登記之申請時，彼邦民法學者固均解為於戶政機關受理申請時，但白戶籍實務之立場，固為申請經受理時發生效力，惟係溯及戶政機關收受申請時發生效力，亦即應以戶政機關收受申請時為身分行為之成立時期（詳請山田正男、泉久雄編演習民法（親族）二九頁以下，青林書院）。惟我民法第一〇五〇條係將離婚登記之要件與書面及二人以上証人簽名之另一要件並列，且白其規定為「離婚之登記」，而非「離婚登記之申請」，顯見完成離婚登記始行具備兩願離婚之要件，亦即登記完成時，兩願離婚行為成立，離婚之效力發生。從而戶政機關依當事人之申請而完成離婚登記時，離婚之效力始行發生，其僅受理申請時，尚未發生離婚之效力。

（註九）參照楊建華著協議離婚應為戶籍登記得否提起給付之訴，收錄於問題研析民事訴訟（二）三七八頁以下。

人以上証人簽名之方式，因尚未完成全部方式，離婚行爲並未成立，當事人仍爲夫妻，一方自無從請求他方協同爲離婚登記之申請，亦即不得提起離婚戶籍登記之訴。依上說明，本問題應採取否定見解。此與舊法時，當事人僅具書面及二人以上証人簽名，即已成立兩願離婚行爲，發生離婚效力，一方得請求他方協同爲離婚登記之申請者，有所不同，亦與前述之當事人一方於具備公開儀式及二人以証人之方式而成立結婚行爲後，得請求他方協同爲結婚登記之申請者，有所區別。

對於民法第一〇五〇條中之「並應向戶政機關爲離婚之登記」，有認爲其在性質上爲兩願離婚之生效要件者（註一〇）。惟即令將離婚登記解爲兩願離婚之生效要件，當事人之一方仍不得於僅具書面及二人以上証人簽名時，請求他方協同爲離婚登記之申請。按法律行爲須成立生效後，始有履行義務之問題，權利人方得請求義務人履行義務，如僅法律行爲成立而未生效，他方尚不負義務，自無從請求他方履行義務。是故，縱認當事人於立有書面及二人以上証人簽名時爲離婚行爲成立，但因尚未完成登記而未生效時，一方並未取得請求他方協辦離婚登記申請之權利，即尚無從僅據未生效之離婚行爲請求他方履行另一形式要件協同爲離婚登記之申請（註一一）。易言之，離婚登記既爲形式要件之一，須由當事人基於其自由意思爲

（註一〇）參照王澤鑑著兩願離婚「登記」法律性質之爭議在法學方法論上之檢討：「一般契約之效力」之束縛與突破，收錄於民法學說與判例研究第五冊三三一頁以下。

（註一一）如將離婚登記解爲兩願離婚之生效要件，是否可如最高法院四〇年台上字一四九六號、四一年台上字一七五號及四四年台上字一二八七號判例就民法第四〇七條之規定：「以非經登記不得移轉之財產爲贈與者，在未爲移轉登記前，其贈與不生效力。」解爲當事人間對於無償贈與不動產之約定如已互相表示意思一致，其契約即爲成立，至關於登記之規定僅爲不動產贈與之特別生效要件，而非成立要件，苟具備一般成立要件，一般契約之效力即已發生，贈與人即應受契約之拘束，就贈與之不動產負有補正移轉物權登記之義務，即受贈人亦有此項之請求權，云云。易言之，亦即是否可如上開判例將具備書面及二人以上証人之簽名時解爲兩願離婚成立，至於離婚登記僅爲兩願離婚行爲之特別生效要件，當事人於兩願離婚成立時，即負有補正離婚登記之義務？第按：(1)我民法第四〇七條係仿瑞士債務法第二四二條第二項之規定，就不動產贈與惟於當事人有移轉合意及登記，其贈與始生效力，不備此方式，贈與約束契約，無發生效力之餘地（參照史尚寬著債法各論一一八頁）。即該條規定之旨趣，乃爲保護贈與人，使其在爲移轉登記前，尚可考慮是否爲履行，亦即當事人就不動產之贈與已意思表示合致時，固已成立贈與契約，但尚未登記前，該契約尚未生效，無論將該項登記解爲



申請，一方無從強制他方為登記之申請，自亦不得提協同為登記申請之給付訴訟。

此外，當事人如已具備書面及二人以上証人簽名，即已踐行兩願離婚方式之部分，但尚未辦理離婚登記時，另行約定一方應協同他方為離婚登記之申請，嗣他方並不履行該約定時，當事人之一方得否據以約定請求他方為離婚登記之申請，以完成離婚行為？亦有討論之必要。按對此問題，司法院七五、七、十(75)廳民一字第一四〇五號函雖採取肯定說，略以：修正後之民法第一〇五〇條增列「應向戶政機關為離婚之登記」為成立要件之一，目的在使雙方當事人於書立兩願離婚書後，至辦理離婚戶籍登記前，能有進一步冷靜思考之緩衝時間。僅書立經二人以上証人簽名之兩願離婚書，兩願離婚行為既尚未成立，自不得憑未成立之離婚協議要求他方協辦離婚戶籍登記。惟當事人如於兩願離婚書上又訂明雙方願協同辦理離婚戶籍登記等字樣，自可認為雙方當事人離婚意思堅決，再無冷靜考慮之必要，而另為願協辦離婚戶籍登記之約定，倘一方當事人據此而請求他方協辦登記，即係依據約定而為請求，與上述依據未成立之離婚協議而請求自有不同，云云。惟查：(1)既認離婚登記為兩願離婚行為之成立要件之一，則於當事人完成離婚登記前，兩願離婚即不成立，當事人一方本無從請求他方履行屬成立要件之離婚登記。(2)按財產行為固有負擔行為與處分行為之分，屬負擔行為之債權行為於成立生效後，債務人即有依約定履行其負擔之義務，債權人自得向債務人為請求，因債務人之處分行為而使債權人取得權利。惟於身分行為並無如財產行為有負擔行為與處分行為之區分，當事人於辦理離婚登記前，仍屬夫妻，為離婚登記申請之行為亦非處分行為，且離婚登記既為兩願離婚法定方式之一，應由當事人本於自由意思而為登記之申請，以使兩願離婚行為成立，不得僅依當事人之約定而消滅其夫妻關係，是故一方無從另以契約強制他方履行其屬法定方式之離婚登記。此與舊法時，離婚登記非兩願離婚之形式要

---

一般生效要件或特別生效要件，均屬贈與契約尚失生效，贈與人既不負所有權移轉登記之義務，受贈人亦無此項請求權，至為明確，何來所謂一般契約效力已發生？(2)又，未立字據及非因履行道德上義務之贈與，即令其契約已有效成立，依同法第四〇九條之反面解釋，受贈人亦無從請求履行贈與契約，但依上開判例，此種贈與之受贈人於其契約未生效時，仍可請求贈與人補正移轉不動產物權登記之義務，此於法亦難為圓滿之說明。是故，上開判例顯欠允洽，自無從據此認為兩願離婚於書面及二人以上証人簽名時即已成立，一方得請求他方補正離婚登記之義務，尤為明瞭。

件，當事人具備書面及二人以上証人之簽名時，兩願離婚即已成立，發生離婚之效力，當事人無妨另行約定應協同他方爲離婚登記之申請，如不爲履行時，得請求履行者，尚有不同。從而上開問題，自以採取否定說爲妥。司法院七七、十、十(7)台廳一字第〇六八六五號函雖已改採否定說，但其理由爲：依照立法理由，當事人於書面及有二人証人簽名時，另約定協辦離婚登記，仍不能據以請求協辦登記，以免剝奪其冷靜思考之機會，云云。其論據似欠完整。

## 五、結婚登記與離婚登記效力不一致之調和

依我民法之規定可知，結婚與兩願離婚之形式要件有下列之不同：(1)結婚証書非結婚成立之要件，離婚書面則爲兩願離婚之成立要件。(2)結婚之二人以上証人爲不特定人，無需簽名於結婚証書；兩願離婚之二人以上証人爲特定人，且須簽名於離婚書面。(3)結婚之登記非結婚之要件，離婚登記則爲兩願離婚之要件。按就兩願離婚於書面及証人簽名外，採取登記主義，以完成離婚登記，公示夫妻關係之消滅，自無不合。結婚雖有公開儀式及二人以上証人之方式爲公示，但於今日社會，儀式之公示力漸行微弱，自不及登記公示效力之普遍。且結婚之方式無須登記，兩願離婚之方式則須登記，公示方法不同，自不免有未能配合及適用法律之疑義。有如某一不動產，其所有權尙未經登記，則如何能逕爲移轉登記，或塗銷登記？立法上應將結婚登記列爲結婚形式要件之一，以增強結婚行爲之公示效力，並由於國家機關之介入，預防違法結婚之產生，且與兩願離婚之以登記爲形式要件之一者，相互配合及求其平衡（註一二）。

對於前述關於不動產贈與之判例，忽視立法目的，所使用之概念，甚難理解，併請參照王澤鑑著「不動產贈與契約特別生效要件之補正義務—兼論所謂之一般契約之效力」，收錄於民法學說與判例研究第一冊四三三頁以下。

（註一二） 關於我民法上結婚之形式要件宜如何修正，學者及各方所反應之意見，雖對証人、儀式、書面等之內容未完全一致，但宜以登記爲結婚法定方式之一，則屬相同。詳請參照林菊枝著評我國民法親屬編修正法（法學叢刊一二一期九頁），戴

惟於未來民法親屬偏修正將結婚登記列為結婚形式要件之前，現況應如何調和現行規定結婚與兩願離婚形式要件之不一致，致結婚登記與離婚登記之效力不同所生適用法律之疑難，即待檢討。詳言之，當事人結婚時雖已踐行法定方式，成為夫妻，但尚未辦理結婚登記，其後該當事人兩願離婚時，有無必要辦理離婚登記？如認仍須辦理離婚登記時，應如何為登記？關於此一問題，目前有下列二種見解：

- (1)未辦結婚登記之夫妻，於為兩願離婚時，仍應辦理離婚登記，但應先為結婚之登記，再為離婚之登記（註一三）。按此一見解固合乎邏輯，因先有結婚登記，始有離婚登記可能，並可解決實際上之困難。第查：結婚登記僅屬報告之性質，無關乎結婚之方式，與兩願離婚之以離婚登記為其方式之一，其登記之完成具有形成之效力，屬創設性質者，均有不同，當事人兩願離婚時，要求其完辦結婚登記後，再為離婚登記之辦理，並無法律上之依據。且當事人如須先辦結婚登記，始可辦理離婚登記，勢必延遲當事人夫妻關係消滅之時，其關乎當事人或第三人權利義務之發生或消滅，既無確切之憑依，而為如此之解釋，尚難謂為妥適。
- (2)當事人之結婚如已辦理登記，於兩願離婚時固須辦理離婚登記。但如其結婚並未辦理結婚登記，則不問有無辦理離婚登記，均應認有離婚之效力。因此際戶政機關無案可稽，如責令當事人先辦理結婚登記，然後再辦理離婚登記，顯屬本末倒置，如逕行為離婚之登記，又不合邏輯；尤其當事人如以為其結婚既未經登記，則其兩願離婚亦不須登記而未辦理離婚登記者，倘不認其離婚為有效成立，勢必使法律關係趨於複雜；再者結婚既未依登記為公示，則其兩願離婚縱未依登記為公示，亦不致有紊亂婚姻制度或害及第三人之虞。（註一四）此一見解固合於當事人之意願，避免法律關係之複雜。惟離婚登記既為兩願離婚法定方式之一，則已結婚而未辦理結婚登記之當事人，於其兩願離婚時，未據其辦理離婚登記，而認其於具備書面及二人以上

---

東雄著評我國民法上結婚之形式要件（親屬法論文集六五頁以下）、黃宗樂著儀式婚主義與登記婚主義（輔仁法學第十期一三五頁以下）、林秀雄著婚姻之形式要件（輔仁法學第十二期一四五頁以下）、拙著婚姻形式要件之研究三三頁（東海大學法學叢書(一)）、法務部民法親屬編各方面反應意見彙整表。

（註一三） 戴炎輝、戴東雄合著中國親屬法二一〇頁。

（註一四） 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭共著民法親屬新論一九八頁（黃宗樂）。

証人簽名時，即生離婚之效力，尙乏法律上之依據。

關於本問題，司法院七五、七、十(75)廳民一字第一四〇五號函略謂：結婚並不以向戶政機關辦理結婚戶籍登記爲要件。至於兩願離婚，「應以書面爲之，有二人以上証人之簽名，並向戶政機關爲離婚之登記」，否則兩願離婚行爲尙未成立。因此依法結婚縱令未辦理結婚戶籍登記，倘嗣後兩願離婚而未辦理離婚戶籍登記，其婚姻關係仍繼續存在，云云。亦即該研究意見雖已強調未辦結婚登記之當事人於兩願離婚時仍應辦理離婚登記，但如何爲辦理？是否須先行爲結婚登記？均未說明。

依上說明，上開見解似非完全妥適。關於此一問題，乃由於現行法未就結婚與兩願離婚同以登記爲其法定方式之一所致，其解決之方法，固待來日之立法，方爲根本之計。惟於現況，法律適用之結果，似應認爲當事人之結婚雖未辦理登記，但於其兩願離婚，向戶政機關爲離婚登記之申請時，戶政機關無庸要求其先爲結婚登記之辦理，而僅就其離婚登記之申請爲受理及審查，如無不合，可逕爲離婚之登記，於離婚登記完成時，即生離婚之效力。其理由爲：於法並無經結婚登記，始可受理離婚登記申請之規定，而結婚登記並非結婚要件之一，戶政機關自不得強令當事人先辦妥結婚登記後，始予受理其離婚登記之申請。至當事人之結婚不辦理結婚登記，依戶籍法應受罰鍰之處分，有如前述，但爲別一問題。無再印証當事人已履行結婚法定方式後，雖未辦理結婚登記，其如就婚姻之成立發生爭執時，經一方提起確認婚姻成立之訴（民訴第五六八條第一項參照），依其事實而認其已具備結婚形式要件時，法院即應判決確認兩造婚姻成立，當事人之配偶身分並不因其未辦結婚登記而受影響，則如其於事後兩願離婚，持該判決正本證明其屬夫妻而爲離婚登記之申請時，戶政機關有何依據不受理其離婚登記之申請？又如當事人依公証法規定（第四條第三款）至地方法院公証處公証結婚，履行結婚法定方式，並經作成公証書，其雖未辦理結婚登記，但已爲夫妻，毫無疑義，其後如兩願離婚，以公証書證明其爲夫妻而爲離婚登記之申請時，戶政機關顯無從責令當事人先爲結婚登記後，再行受理其離婚登記之申請，尤爲明瞭。查如依法以當事人之結婚未辦結婚登記，而於兩願離婚時，戶政機關應依其離婚登記之申請，逕爲離婚登記，當事人無庸先爲結婚登記時，固不免有當事人之結婚爲不成立或無效，非配偶關係，而仍爲兩願離婚之離婚登記申請，致戶政機關誤予受理而爲離婚登記之情事，此固屬無意義之舉，惟縱令當事人之結婚有效，其後兩願離婚，並經完成離婚登記者，仍不免

有兩願離婚無效或撤銷之情形（註一五）。是故，如因此發生誤為離婚登記，致生當事人間或其與第三人間之權利義務之紛爭，仍得依法謀求救濟。易言之，即不能因未先辦結婚登記，但逕為兩願離婚之離婚登記時，戶政機關有將無配偶身分者誤為離婚登記之虞，而認應先辦結婚登記，始得為離婚登記。

## 陸、結論

我民法就結婚、兩願離婚、收養及協議終止收養等形成之身分行為固均定為要式行為，須履行法定方式，其行為始行成立。惟除兩願離婚外，其餘之形成身分行為均未以登記為其方式，欠缺共通性及一致性，其公示之情形紊亂，立法上有待檢討改進，宜同以登記為上開身分行為方式之一。

依我民法對於結婚與兩願離婚形式要件之規定，結婚登記並非結婚之法定方式，當事人依戶籍法所為之結婚登記為報告的性質，登記與否不影響當事人之結婚效力；但離婚登記則為兩願離婚之法定方式，當事人如未向戶政機關申請辦理離婚登記，雖已具備書面及二人以上証人之簽名，兩願離婚行為尚未成立，不生離婚之效力，即於此情形，離婚登記之性質為創設的（註一六）。按結婚與兩願離婚同為形成之身分行為，一為發生夫妻關係，一為消滅夫妻關係，但公示方法互不一致，不免發生適用法律上之疑義。於現況，自不得不本於解釋論予以解決。對已結婚但未辦結婚登記之當事人，於其後兩願離婚時，解為無庸先辦結婚登記，戶政機關應本於當事人離婚登記之申請，而逕為離婚登記之辦理。但為如此之解釋，尚欠缺圓滿，根本之計，須在立法上謀求解決。易言之，無論對現行之結婚形式要件內容為如何之變更，均須增列結婚登記為結婚方式之一，使其成為結婚之要件。若然，以登記公示力之普遍，容易查考當事人是否為夫妻，可減少權利義務之紛爭，可以概

---

（註一五） 關於兩願離婚無效與撤銷之原因，請參照拙著論兩願離婚無效與撤銷之原因及其訴訟，載於台大法學論叢二一卷二期四〇七頁以下。

（註一六） 按同為離婚登記，其性質未必相同，即如因兩願離婚而為其登記之申請者，其登記之性質固為創設的，但如當事人經法院判決離婚，而於離婚生效後，依戶籍法之規定為離婚登記之申請者，其登記之性質則為報告的，是宜注意。

見，且因登記已同為結婚與兩願離婚之方式，相互一致，自可避免適用法律上之矛盾，解決現行規定互不一致之困境。

復次，立法上如以登記同為形成身分行為之法定方式時，當事人於為結婚、兩願離婚、收養及協議終止收養行為時，須經完成登記，始行成立，而生身分發生或消滅之效力。至該項登記之申請，須由當事人自行依戶籍法之規定為之，此以際因登記之完成為成立要件，他方如不為該登記之申請時，此方自不得訴請他方協同為登記之申請。於現行法因兩願離婚已以登記為其法定方式之一，即係如此；至結婚、收養、協議終止收養均尚未以登記為其法定方式，登記之完成並非其成立要件，當事人一方於該三種身分行為成立生效後，即得請求他方協同為登記之申請，亦得以訴訟為請求。

未查，因判決離婚或判決終止收養而消滅當事人之身分關係時，乃因判決形成功力所致，與已否依戶籍法辦理是項登記無涉。當事人於判決離婚或判決終止收養後，所為之離婚登記或終止收養登記，屬報告的性質，其非法定方式，至為明瞭。