

法律與法制

大陸新《婚姻法》對婚外戀之懲治

The China New Marriage Law Punishes Extramarital Affair

潘俞安 (Pan Yu-An)

本刊特約研究員

摘要

中國大陸改革開放後，造成許多婚外戀—即所謂「包二奶」及「包二爺」之狀況，為抑止此一歪風，於 2001 年修改《婚姻法》第三條第二項、第四條、第三十二條、第四十五條、第四十六條等條文，期加以規範；此次之修正是否能確實遏止中國大陸日益猖獗之「包二奶」及「包二爺」之行為？對於二奶及二爺與當事人間財產之關係，《婚姻法》亦未能加以明文規範，至造成實務上不同之處理方式，要澈底解決此一歪風，並解決當事人間之財產關係及保護配偶之財產等，仍需透過修法加以解決。

關鍵詞：婚姻、重婚、「包二奶」、「包二爺」

壹、前言

中國大陸東南沿海地區自 80 年代初期改革開放以來，重婚、婚外戀—即所謂「包二奶」及「包二爺」的現象層出不窮，現已成為大陸地區投訴的重點之一，尤以近年來中國大陸為加速推動經濟建設，不斷吸引外資企業，在經濟起飛的同時，造成許多人有能力「包二奶」、「包二爺」，甚而三奶、四奶，造成許多家庭婚姻之問題。

所謂「包二奶」、「包二爺」係指「婚外同居」關係，包括性生活的共同居住生活（同吃、同住、同性生活），換言之，係指有配偶之一方供養其他婦女或男子並與之保持性關係之行為，其表現形式以金錢等物質利益供養婚外女性或男性，更有提供住房、汽車及生活費用等，其與通姦或嫖娼僅有相互間性行為而無同居、同住之

行為不同。

1997年，廣東省婦聯會對於省內15個城市之婦聯信訪進行調查統計，發現「包二奶」或「包二爺」之問題不僅存於富裕地區，在貧困地區亦是一個相當嚴重之問題。不僅包括臺商，甚至包括黨幹部及校長等，但確實數字無法統計。

中國大陸為扼止此一風氣，在2001年4月28日修正《婚姻法》時，對於「包二奶」、「包二爺」之行為是否加以規範，曾引起廣泛之討論，最後增訂第三條第二項、第四條、第三十二條、第四十五條、第四十六條等條文；惟「包二奶」及「包二爺」之行為是否構成重婚或有配偶者與他人同居？上開條文是否能確實扼止「包二奶」及「包二爺」歪風？對於二奶及二爺財產權利如何懲治？本文試由《婚姻法》上開規定來探討點上開問題。

貳、中國大陸《婚姻法》立法之演變

中國大陸於1950年5月1日頒布《中華人民共和國婚姻法》，這是第一部具有基本法律性質的法律，由傳統婚姻家庭制度演變成社會主義婚姻家庭制度。在此之前，中國共產黨早在割據的農村根據地就頒布《婚姻家庭法令》，積累了婚姻家庭立法經驗。比較民事法律的其他部門法，婚姻家庭立法中有較為豐富的經驗和實踐。

中國大陸繼受前蘇聯法學頗深，其法學界認為婚姻家庭法不屬於民法體系，作為一個與民法平行的獨立法律。中共認為婚姻家庭法主要是身分法，《民法》主要是財產法，如把婚姻家庭法歸入民法中，在理論上有婚姻家庭法受私有制金錢異化之嫌，據此中共於1931年12月，在根據地江西瑞金頒發《中華蘇維埃共和國婚姻條例》。

中共建政後，由於「反右派鬥爭」的發動，第一次起草民法工作無疾而終。1962年，起草《民法》的工作又提到立法議程上，由於文化大革命的臨近，再次挫敗。在十年文革結束之後，重新起草《民法》，有些民法立法建議稿中把婚姻家庭法單列一編。由於立法思路的改變，從起草民法典改為起草民法通則。所以，民法通則把婚姻家庭法律關係歸入其中，但其條文較少¹。

中共《婚姻法》從1950年起至1980年間並未有任何修改，1980年才公布了第二部《婚姻法》。鑒於許多原因，修改《婚姻法》的工作遲遲未動。婚姻家庭領域，許多問題屬於立法空白，長期處於與法無據狀況，因此許多部門如最高人民法院，

¹ 楊大文，「我國婚姻法的修改及完善」，中國民商法網。

全國婦聯、民政部都呼籲立法機構通過修改法律，彌補婚姻法立法中的空白。

1994 年到 1995 年，中共全國人民代表大會內務司法委員會（下簡稱內司委）討論立法建議的完善，同時內司委與法學家們通過一些全國人大代表和全國政協委員在「兩會」期間提議案。關於修改《婚姻法》的提案較為集中。1995 年，全國人大代表提出的修改《婚姻法》議案由全國人大常委會交到內司委審議。9 月至 10 月，內司委在全國範圍內進行適用《婚姻法》的執法檢查，徵求各省、自治區人大修改意見。10 月底，內司委在第八屆全國人大委會第 16 次全體會議上作提案審議報告，1995 年 10 月 30 日，常委會正式通過審議報告，決定把修改《婚姻法》列入立法規劃，1996 年 1 月成立修改《婚姻法》領導小組，由中央各有關部委領導參加，組織單位是民政部，成員單位有最高人民法院、全國婦聯、計畫生育委員會、民族委員會、解放軍總政治部等，至 2001 年 4 月 28 日，由第九屆全國人大常委會第二十一會議通過《關於修改〈中華人民共和國婚姻法〉的決定》，即日起施行。

參、新《婚姻法》之修法重點及基本原則

一、《婚姻法》2001 年修正案共分六章、五十一條，共增加一章和十四條，修改補充近 30 處，包含五方向

提出了家庭婚姻方向，融合法治和德治相輔之精神，倡導「夫妻互相忠實」義務。

補充禁止性條款，強化了《婚姻法》的基本原則（禁止重婚和有配偶者與他人同居、禁止家庭暴力）。

增設了無效婚和可撤銷婚制度，填補立法空白。

完善夫妻法定財產制和約定財產制及離婚標準，並確立離婚損害賠償制度和探望權，充實較薄弱的部分。

重申部門職責。

依上述修法方向，可歸納包括下列三大重點：

淡化傳統倫理色彩，增強權利義務觀念，強調一夫一妻制度²

認為婚姻雙方的結婚和離婚，實際上就是婚姻契約的締結和解除，應該由意思自治的私法精神來主導，婚姻的締結和解除只能以當事人雙方自願為前提，當事人的意思表示應成為法院認定夫妻關係是否破裂的依據，《婚姻法》原來規定的感情破

² 中國大陸婚姻法原規定於第一條中，修法後將其單獨列於第二條，顯強調一夫一妻、男女平等及婚姻自由之原則。

裂主義離婚原則受到質疑，因此修改後的《婚姻法》增加了；夫妻應當互相忠實、互相尊重、應當維護平等、和睦、文明的婚姻家庭關係等有關規定；禁止有配偶者與他人同居、禁止家庭暴力等規定；救助措施與法律責任規定，從立法上增強維護一夫一妻制度、保護家庭成員之人身權利；關於婚姻的無效和撤銷制度，明確了雙方共同所有財產和一方個人所有財產的範圍以及夫妻間的財產約定及其效力。

進一步調整法律和道德之衝突

對於「包二奶」及「包二爺」現況該不該用法律加以懲罰？設立離婚過錯賠償制度的必要性和可行性？夫妻之間「第三者」是否要對婚姻關係的破裂負擔賠償責任？是本次修法爭議最激烈之問題。

有學者³認為：

法律調整是用法律的規範性、統一性、普遍性、強制性和綜合性標準來評價人們的行為，重點在規範行為人的外部行為、實際效果以及行為人的責任。重婚、有配偶與他人同居等違反一夫一妻制度的不具有統一性和強制性，規範性也比較模糊，重點在行為人的行為侵害了婚姻另一方的婚姻利益，以事實上的一夫多妻違反了婚姻法律的規定，對如此明顯的違法行為應進行制裁，而制裁方式是通過無過錯之一方有權請求損害賠償來實現。但通姦、嫖娼等婚外性行為，在精神上、感情上對配偶的不忠實，侵害的是人們對於純潔的婚姻關係的信仰，即使侵害了另一方的情感利益並造成了心理傷害，也只能受到道德的譴責，而不導致法律的制裁，只能成為准予離婚的原因，而不能成為離婚時提出損害賠償的理由。

在道德調整與法律調整的相互關係上也形成了一定的共識，即在婚姻家庭領域，特別是在中國大陸目前由經濟變革帶來的思維方式和行為方式的變化過程中，德治與法治的結合必須予以高度重視。以嫖娼、通姦行為導致離婚因為未違反法律之強制規定而剝奪他方配偶之損害賠償請求，似乎拘泥於條文解釋。修改後的《婚姻法》增設有關夫妻互相負有忠實義務、相互尊重等體現立法宗旨的規定，在道德上有積極的倡導意義，在法律上具有宣言意義，但並未具有法律上之實質效果。

淡化制裁，強化協調為目的：

修改後的《婚姻法》雖然加重對重婚、有配偶者與他人同居等行為的懲罰度，但並不表示制裁功能的強化。對懲治婚外戀、懲治第三者等制裁性要求，並未立法規定。惟對夫妻財產制度的完善、無效婚姻和可撤銷婚姻的規定、准予離婚情形的

³ 於兵，「從修改婚姻法透視當代中國的法律觀」，中國民法網。

列舉、子女探視權的明確和保護等條款的增設，都表明了修改後的《婚姻法》對婚姻關係以協調來代替懲處。

二、新《婚姻法》之基本原則

依上述修法重點，新《婚姻法》確立三項基本原則：

婚姻自由原則

包括結婚自由及離婚自由，強調婚姻自主權，離婚為締結自由的婚姻創造條件，婚姻自主權應加以保障。

一夫一妻原則

大陸學者認為在社會主義無產階級下，將會貫徹一夫一妻制，而實行一夫一妻制就必須反對重婚，包括法律上之重婚及事實上之重婚。

男女平等原則

男女平等係指男女兩性在婚姻關係和家庭生活各方面都享有平等權利，承擔平等義務。包括財產關係和人身關係二方面之平等，由於幾千年之封建思想影響，在實踐中貫徹男女平等原則受到很大之阻礙，這些均有待進一步加強宣導，貫徹男女平等原則⁴。

肆、中國大陸新婚姻法關於重婚、有配偶者與他人同居之意義及要件

一、重婚之要件與範圍

依中國大陸新婚姻法之規定，結婚之實質要件有五：出於男女雙方完全自願；雙方需達到法定結婚年齡。雙方無直系血親和三代以內旁系血親關係。雙方無配偶。雙方無禁止結婚或暫緩結婚的疾病。形式要件係必須男女雙方親自到婚姻登記機關辦理結婚登記⁵，為對於可撤銷或無效之婚姻卻未規定，造成對於違反婚姻法規定結婚要件而結婚之行為缺少規制，例如重婚是無效婚姻，法院卻依離婚來

⁴ 陳光中，中國法律教程，1991年8月版，頁226。

⁵ 為保證結婚法定要件的實施，在1986年《婚姻登記辦法》有關無效婚姻規定的基礎上，1994年2月1日頒行的《婚姻登記管理條例》進一步對無效婚姻及其法律後果作了規定：「未到法定結婚年齡的公民以夫妻名義同居的，或者符合結婚條件的當事人未經結婚登記以夫妻名義同居的，其婚姻關係無效，不受法律保護。」「申請婚姻登記的當事人弄虛作假、騙取婚姻登記的，婚姻登記管理機關應當撤銷婚姻登記，……宣布其婚姻關係無效並收回結婚證，……並對當事人處以200元以下的罰款。」「違反本條例第十二條、第十八條的規定予以登記的，婚姻登記管理機關應當對婚姻登記管理人員給予行政處分或者撤銷其婚姻登記管理員的資格；並對仍不符合婚姻登記條件的當事人撤銷婚姻登記，收回婚姻登記證書。」

處理之不合理現象。因此有學者⁶依此認無效之婚姻依據上述要件而做以下之分類：

非自願婚，指父母或其他人違反當事人的意願所締結的包辦、買賣婚姻以及一方對他方脅迫、詐欺或其他原因使他方不能表達真實意思所締結的婚姻。早婚，指當事人一方或者雙方未達到法定結婚年齡所締結的婚姻。重婚，指當事人一方或者雙方已有配偶所締結的婚姻。近親婚，指當事人之間具有法律規定禁止結婚的直系血親或三代以內旁系血親關係所締結的婚姻。疾病婚，指當事人一方或者雙方患有法律規定禁止結婚或暫緩結婚的疾病所締結的婚姻。事實婚，指符合結婚條件的男女當事人未經結婚登記以夫妻名義同居，群眾認為是夫妻關係的兩性結合（僅指1994年2月1日《婚姻登記管理條例》施行後形成的事實婚姻，而在該《條例》施行前形成的事實婚姻為有效婚姻），惟通說及實務仍認事實婚為有效婚。

重婚係屬無效婚，指當事人一方或者雙方已有配偶所締結的婚姻，《婚姻法》並未對於重婚下定義，1958年1月27日最高人民法院對於一件重婚案件批復⁷中為重婚下了一解釋，重婚包含二種情形：法律上之重婚，指有配偶者又與他人登記結婚，或者明知他人有配偶而與之登記結婚。事實上之重婚，指有配偶者與他人以夫妻名義同居生活，或者明知他人有配偶而與之以夫妻名義同居生活，例如：兩人以夫妻身分相對待，對外亦以夫妻自居，應為重婚，如兩人雖然同居，但明明只是姘居關係，彼此以姘頭相對待，隨時可以自由拆散，或者在約定時期屆滿後即結束姘居關係，只能認為係單純非法同居關係，不能認為是重婚。

因此重婚之要件有三：當事人之一方或雙方已有配偶。有配偶者與他人登記結婚，或者明知他人有配偶而與之登記結婚。雖未登記結婚但以夫妻名義同居生活者。

《婚姻法》修正後，對於重婚之範圍是否包含事實重婚，學者間有不同見解，有認為結婚必須經過登記，沒有辦理登記手續的就不是合法婚姻，而是非法同居關係，修法後已取消事實婚姻制度，重婚應僅指法律上重婚，事實上重婚為無效婚姻⁸，惟多數見解仍認重婚包括事實上重婚。本次《婚姻法》對於婚姻之實質及形式要件並未加以變動，故重婚應仍包括事實上之重婚及法律上之重婚。

二、有配偶者與他人同居

《婚姻法》修正時於第三條第二項增訂「禁止有配偶者與他人同居」，所謂有配偶者與他人同居，依照2001年12月27日起施行〈最高人民法院關於適用《中華人

⁶ 陳華，法商研究（1999年第4期）。

⁷ 批復為司法解釋之一，相當於我國之判例，具有拘束各級法院之效力。

⁸ 楊遂全，新婚姻法（中國民商法網，2003年12月），頁1。

民共和國婚姻法》若干問題解釋》（下簡稱《解釋》）第二條規定：婚姻法第三條、第三十二條、第四十六條規定之「有配偶與他人同居」是指有配偶者與婚外異性，不以夫妻名義，持續穩定的共同居住。依此，配偶一方與他人不以夫妻名義同居即構成本條。

伍、重婚、有配偶與他人同居之民事責任

一、有過錯配偶之民事責任

對於重婚及有配偶者與他人同居之民事責任，《婚姻法》僅於第四十六條第一款條規定其效果，因重婚或有配偶者與他人同居導致離婚的，無過錯方，有權請求損害賠償；換言之，如果因夫妻一方有過錯導致離婚的，無過錯一方有權請求有過錯一方進行補償，這種責任是賦予受害方得請求賠償之權利，由受害方自由選擇是否行使。有認為這種情況比較複雜，難以界定，實際上，從一方過錯大於對方過錯加上客觀因素即可加以計算⁹。

關於損害賠償之範圍，依《解釋》第二十九條規定「承擔婚姻法第四十六條規定的損害賠償責任的主體，為離婚訴訟當事人中無過錯的配偶。人民法院判決不准離婚的案件，對於當事人基於婚姻法第四十六條提出之損害賠償請求，不予支持。在婚姻關係存續期間，當事人不起訴離婚而單獨依據該條規定提起損害賠償請求的，人民法院不予受理」¹⁰。明示第四十六條僅於離婚時才有適用，因此其損害賠償責任之範圍，依上開解釋，《婚姻法》第四十六條規定的損害賠償包括「物質的損害賠償」及「精神的損害賠償」，涉及精神賠償的，是用〈最高人民法院《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》的有關規定〉，亦即因侵權行為致人精神損害，但未造成嚴重後果的，受害人請求精神損害賠償的，一般不予支持，人民法院可依情形判令侵權行為人停止侵害、恢復名譽、消除影響、賠禮道歉等。因侵權行為致人精神損害，造成嚴重後果的，人民法院除判令侵權人停止侵害、恢復名譽、消除影響、賠禮道歉等外，可根據受害人一方的請求判令其損害賠償精神損害慰撫金，精神損害賠償數額根據下列因素確定： 侵害人的過錯程度； 侵害的手段、場合、行為方式等具體情節； 侵權行為所造成之後果； 侵權人的獲利情況；

⁹ 楊大文發言，中國法學世紀論——慶祝人大法學院建院五十周年系列講座之三，2000年11月14日。

¹⁰ 最高人民法院民事審判第一庭編，婚姻法司法解釋及相關法律規範（人民法院出版社，2002年1月），頁1-6。

侵權人承擔責任之經濟能力；受訴法院所在地平均生活水平¹¹。如雙方均有過錯，當一方提出賠償之訴時，他方可以反訴，並在適當範圍內予以過錯抵銷，抵銷後不足部分，仍可要求損害賠償¹²。

二、第三者之民事責任

對於有過錯之第三者（相婚者）之民事責任，新《婚姻法》對於該第三者是否須負賠償責任，並未明文規定，學者有認 現實生活中第三人之情況非常複雜，認定困難，法律不能對於一個內涵和外延在客觀上都較為模糊的主體強行認定並追究責任； 第三者之過錯認定情形複雜，一概處罰第三者，不符合侵權行為與損害事實之間的過錯因果原則； 任何第三者對於婚姻家庭關係之破壞，即為對於配偶權之侵害，都是通過配偶的一方發生的，對於侵權責任之追究，主要是針對夫妻中有過錯之一方。跨越有過錯之一方直接向第三者追究侵權責任，除非是出於共同侵權的法律責任。因此，適用民事侵權責任法進行處理，比《婚姻法》規定的更為適合¹³，因此如因自身的過錯或第三人的過錯造成損害時，就不能要求對方承擔賠償責任。

對於第三者之行為造成夫妻之離婚，第三者之行為構成對於無過錯方配偶權之侵犯，實屬於侵權行為之一種，對於第三者之侵權認定上並非全然困難，並以共同侵權法則加以規範處罰即可，於婚姻法中無明文規定，仍可依侵權規定向第三人求償。

陸、「包二奶」、「包二爺」是否構成重婚或有配偶與他人同居？

依照《婚姻法》及相關司法解釋的規定，重婚有兩種情形，已如上述。在實際上，「包二奶」及「包二爺」者很少有去婚姻登記機關進行登記的，而且多數人也並不公開以夫妻名義進行同居生活，有的人甚至在生了幾個孩子之後都沒有以夫妻名義同居，因而這種行為在目前尚不構成民事上之重婚。

另在修改《婚姻法》的過程中，中共全國婦聯主張應擴大對重婚的解釋，認為有配偶者即使不以夫妻名義，但與他人形成婚外同居關係達六個月以上，或已生有子女的，也屬於事實重婚，應課與重婚之刑罰，以加強防治「包二奶」等行為的執法力度¹⁴。

¹¹ 王如玄，「嚴懲『包二奶』的大陸新婚姻法？」，律師雜誌（91年2月15日），90頁。

¹² 張賢鈺，「離婚自由與過錯責任的法律調控」，法商研究（1999年第4期）。

¹³ 楊遂全，第三人侵害婚姻家庭的議定與處理（法律出版社，2002年1月），頁41-42。

¹⁴ 大陸全國人大常會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國婚姻法修改立法資料選（法律出版社，2001年6月第1版），頁102。

對於上述主張，有學者認為基於下列五點理由而持否認之態度：

婚姻法在性質上屬於民事法律範疇，在本質上依然屬於私法。其中只能規定與婚姻有關的民事法律後果問題，而不宜規定罪名與刑罰。即便確實有必要對「包二奶」及「包二爺」問題加以制裁，也應當通過修改《刑法》或者由全國人大通過頒布單行的刑事法律加以解決。如果在婚姻法中對刑事問題作出規定，法院引用民事法律之《婚姻法》進行定罪量刑，則顯然是不恰當的。

對「包二奶」及「包二爺」的行為按重婚罪處理，與婚姻的概念相衝突。依據《婚姻法》的規定，合法性是婚姻的本質屬性，任何一種婚姻都必須符合法定的實質要件與形式要件。惟其如此，才能產生婚姻關係。因此，結婚必須經過登記，沒有辦理登記手續的就非合法婚姻，而是非法同居關係¹⁵，在新《婚姻法》中稱為無效婚姻。既然是無效婚姻，也就不能稱其為婚姻。所以，有配偶的人與他人以夫妻名義或不以夫妻名義同居生活的「包二奶」及「包二爺」行為，既不符合法定的實質要件，也不符合法定的形式要件，因此並不是一種婚姻。若在刑法中將其作為重婚罪處理，則顯然與《民法》中的婚姻制度不協調，因為這種非法同居關係不能稱為婚姻。其認為，在將來立法中，應當將《刑法》中的重婚罪與《民法》中的婚姻制度予以協調，即將《刑法》中重婚罪的罪名重新界定。

「包二奶」及「包二爺」的行為表現形式多樣，產生的原因也各不相同，若在《婚姻法》中擴大重婚罪的概念，對各種「包二奶」及「包二爺」的行為都予以懲罰，那麼這種「一刀切」的規定不符合婚姻家庭關係的特殊性。因為婚姻家庭關係非常複雜，各個家庭千差萬別，所以難以用一個統一的標準去加以約束。而且這種做法也會引起一系列家庭、社會問題。例如，一旦「包二奶」或「包二爺」者被判入獄，則其妻子將有可能喪失經濟上的支持和來源，孩子的撫養也會遇到問題。孩子不管是與其合法妻子所生，還是由現在的「二奶」所生，均可能得不到撫養，因而會帶來一系列家庭、社會問題。

若《婚姻法》中規定對「包二奶」或「包二爺」的行為都依重婚罪處理，在司法實踐中也很難操作。「包二奶」及「包二爺」的行為大多不公開以夫妻名義生活，很難取證證明其構成同居，因而不能適用最高人民法院的司法解釋（該解釋認為構成重婚應以夫妻名義同居生活）。

除此之外，例如：同居時間多長才算重婚，如何計算？間斷後，是否重複計算？偶爾發生了性關係，但生育了子女，是否屬於重婚？這些問題均很難確定。即

¹⁵ 同註 10。

使規定了期限，也很難認定。而且對於同居的時間，在實務上舉證相當的困難。在實際上中，「包二奶」及「包二爺」的行為與通姦行為常常很難區別。如果把通姦行為作為刑事犯罪處罰，則未免打擊面過寬。

因此「包二奶」及「包二爺」的行為儘管違反了一夫一妻制原則，畢竟這種行為還沒有對一夫一妻制形成公開的挑戰。對這種行為應以黨紀、政紀方式處理以及道德規範約束，而不宜採用《刑法》制裁措施，因此「包二奶」及「包二爺」的行為，亦未構成《刑法》上之重婚罪。至於「包二奶」者之妻子或「包二爺」之夫所受到的損害，以於離婚時提起損害賠償訴訟，足以對其損害進行補救，因此最後並未於《婚姻法》中規定重婚之刑責。

《婚姻法》第三條規定：禁止重婚和禁止有配偶者與他人同居。「包二奶」及「包二爺」等行為當然也在禁止之列。但本次修法，有認為限縮重婚之範圍，沒有將不以夫妻名義的婚外同居關係與重婚等同看待，惟此種見解與司法解釋不符，不以夫妻名義的婚外同居關係原本即不在重婚範圍內，精確而言，本次修法並未擴大重婚之範圍。將一方有重婚外的其他違反一夫一妻制的行為，作為另一方訴請離婚的法定理由；因一方的此類行為導致離婚的，可作為無過失的另一方賠償請求權的發生根據，並未構成重婚及重婚罪。

「有配偶與他人同居」，係指非重婚，而與他人共同居住之事實關係，已如上述，因此「包二奶」及「包二爺」之行為構成「有配偶與他人同居」。

柒、新婚姻法第三條第二項、第四條、第三十二條、第四十五條、第四十六條之適用

大陸新《婚姻法》增定：一、第三條第二項：「禁止有配偶者與他人同居」¹⁶。二、新增第四條：「夫妻應當互相忠實、互相尊重；家庭成員間應當敬老愛幼、互相幫忙，維護平等、和睦、文明的婚姻家庭關係」。三、第三十二條：有配偶者與他人同居，調解無效，應准予離婚。四、新增第四十五條：「對於重婚的，…，依法追究刑事責任。受害人可以依照刑事訴訟法的有關規定，向人民法院自訴；公安機關應當依法偵查，人民檢察院應當依法提起公訴。」五、新增第四十六條：「有下列情形之一，導致離婚的，無過錯方有權請求損害賠償： 重婚的； 有配偶與他人同居

¹⁶ 王利明教授認婚姻法第三條雖禁止重婚和其他違反一夫一妻制的行為及其他禁止規定，但沒有明確什麼是其他違反一夫一妻制的行為以及應當承擔的法律責任，不利於實際操作。建議刪去草案關於「其他違反一夫一妻制的行為」的相關規定。人民法院報，2002年3月29日。

的； 實施家庭暴力的； 虐待、遺棄家庭成員的。」

上述之修正「有配偶者與他人同居」僅規定於第三條、第三十二條及第四十六條，法律效果亦僅於調解無效後准予離婚之原因及無過錯方得向有過錯方請求損害賠償。換言之，在婚姻當事人雙方之間增加民事規範，規定夫妻間之守貞義務，設立離婚的過錯賠償制度，但應注意離婚過錯賠償制度之適用範圍僅限於上述四種情形，並非適用於導致離婚的各種情況，同時所謂離婚過錯賠償所指的過錯是有特定之含義，即過錯並不是一種主觀的過錯，而是一種客觀的行為過錯，即行為人實施了列舉的行為，就表明其具有過錯，因此在離婚後應承擔賠償責任。亦即能請求離婚損害賠償的理由是法定的，過錯的概念是特定的。一方面，不能將此種過錯理解為導致夫妻之間感情不和最終離婚的一般過失，另一方面亦不能將離婚過錯賠償制度理解為對於第三者插足之行為請求賠償¹⁷，因此此次針對於「包二奶」及「包二爺」之行為除因此導致離婚，而得請求有過錯方損害賠償外，並未提出其他有效之解決方法，如與二奶或二爺間財產之贈與應如何處理等，故並未能完全有效扼止「包二奶」及「包二爺」之行為。

捌、對「包二奶」及「包二爺」之最新懲治作為

一、刑事懲治

「包二奶」及「包二爺」不構成重婚及重婚罪，對於不構成重婚罪之「包二奶」或「包二爺」之行為，僅能依《治安管理處罰條例》中關於處罰賣淫嫖娼行為之規定處罰¹⁸，另根據 1983 年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部《關於重婚案件管轄問題之通知》規定「公安機關發現有配偶的人與他人非法姘居，應責令其立即結束非法姘居，屢教不改者，可交由其所在單位給予行政處分，或者由公安機關酌情予以治安處罰，情結惡劣者，交由勞動教養機關與以教養。

二、民事懲治

當事人間不具夫妻之權利義務關係，夫妻財產制之相關規定當然不適用，對於婚姻當事人間之財產並未造成影響，不會因為「包二奶」及「包二爺」而侵犯夫妻間之財產關係，因此在臺灣之元配，並不會因丈夫於大陸地區包二奶而影響離婚後夫妻之財產。

惟雙方當事人間有共同生活之事實，共同生活間因贈與所得之財產應如何處

¹⁷ 王如玄律師，「嚴懲『包二奶』的大陸婚姻法」，律師雜誌（第 296 期），頁 92。

¹⁸ 馬原，新婚姻法疑難釋解（2002 年 2 月），頁 15。

理？2003年5月30日廣東省高級人民法院、廣東省公安廳、廣東省人民檢察院及廣東省司法廳聯合制定《關於處理婚姻關係中違法犯罪行為及財產等問題之意見》（下簡稱《意見》）認為除法律規定屬於夫妻個人之財產外，對於有證據證實「固定資產」或「其他價值較大之財產」，屬於過錯購買給第三者之財產，應視為夫妻共同之財產，對名為「掛靠」實為有過錯方獨資經營或者合資經營的經濟實體中其所占的財產份額，亦應視為夫妻之共同財產。若有過錯方非法隱藏、轉移、變賣或毀損夫妻共同財產，同時那些幫助有過錯方實施上述行為或毀滅、偽造證據，應當依照規定處罰，構成犯罪的，依法追究刑事責任。

依上述之意見，對於有過錯之一方致送給二奶或二爺之固定資產或其他價值較大之財產，仍屬於夫妻共同之財產，二奶或二爺並無法取得其所有權，對於打擊「包二奶」或「包二爺」之行為產生一定之遏止作用。

另有學者主張，二奶或二爺為具有獨立民事主體資格之自然人，享有一切民事主體所享有的一切財產權利，包括對所有財產之支配權、相鄰權、物上追及權等，亦享有接受贈與、遺贈及繼承等權力，對於二奶或二爺享有之上述權利均應加以保障，對於與二奶或二爺同居之對方當事人所發生財產之遺贈或贈與與夫妻共有財產份額問題，大陸學界存有三種不同之看法¹⁹：

認為「包二奶」或「包二爺」係屬違背公序良俗之行為，違背社會公共道德，不生法律之效力，不應當承認受贈人或是受遺贈人取得贈與財產或遺贈之所有權。

認為「包二奶」或「包二爺」雖有違社會一般之道德，但其為合法之民事行為，是一種正當的轉移財產所有權的行為，如依法律所規定之方式移轉財產所有權，就應當承認二奶或二爺取得該財產之所有權。

認為這種行為僅發生一半之效力，因為在支配夫妻共同財產制上面，丈夫僅有一半之支配權，因而只對於一半的財產轉移所有權。

第一種見解無法解釋為何合法移轉之財產行為，卻不發生法律上之效力，對於實施接受遺贈或贈與權力的請求不予支持，反而要求駁回。第三種見解，強將夫妻財產權利抽象的割裂為每分均有二分之一之所有權，不僅有違財產權之本質，於遺贈中亦無法說明何以無法自行處分自己之遺產，因此多數學者仍贊同第二種見解，認財產權不同於人格權，財產權權利人可以自由處分自己所有之財產，此轉移財產權之行為儘管其原因並不道德，但只要移轉係合法，即應承認其有效，如果任何人均能以移轉財產權之行為的原因不正當或者有違道德要求，而爭執其轉移權利

¹⁹ 楊立新，「『二奶』財產權利之保護」，中國民法案例與學理研究（2003年4月版），頁439-440。

之行為無效，如此對於法律安定性必有影響，故大陸學界多數傾向於第二說之見解。

「包二奶」或「包二爺」之行為並非屬於重婚行為，已如上述，當事人間之贈與或遺贈，不能因為「包二奶」或「包二爺」之行為屬於違反社會公序良俗之行為而擴大法律之解釋，根本解決之道，應仿效我國《親屬法》第一〇二〇條之一第二項之規定，修改《婚姻法》，如此始能解決。

另上述之《意見》針對於房屋之分割，改變了以往法院依成本價或房改房價對房屋進行估算，導致對於住男方單位房子的女方為不利益之處分，規定對夫妻關係存續中根據房改政策所購買之房屋，離婚時由取得房屋所有權有過錯之一方給於無過錯無取得房屋所有權之一方，依照房屋進入市場之價額一半金額以上之補償，對於因「包二奶」或「包二爺」而造成離婚，依上述方式處理，有某種程度之遏阻作用。

玖、結 語

綜觀中國大陸此次婚姻法之修改，對於重婚罪之規定實質上並未改變其本質內涵，雖有學者認為不包括事實上之重婚，惟通說及司法實務上均認為重婚包括「法律上重婚及事實上重婚」，只是新增第三條第二項、第四條、第三十二條、第四十五條及第四十六條等條文，僅於造成離婚之原因時得向他方請求損害賠償而已，對於「包二奶」或「包二爺」之行為、相互間之贈與及相對人並未規定其法律效果，如此之修法，並無太大之實質意義。

對於爭議最大之「包二奶」及「包二爺」行為，無論採法律婚或事實婚，均無法澈底規範，也無論如何均不會構成重婚，但對於「包二奶」及「包二爺」與行為人間所產生之財產上所有權之爭議，似應加以明文化，應認其間之贈與違反公序良俗而歸於無效較為妥適，這樣才能消除此一瀰風惡習。