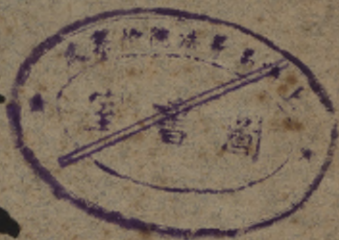


陳宗蕃著

親屬法通論

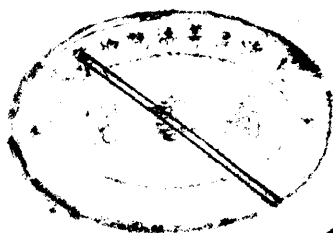
世界書局印行



上海图书馆藏书



A541 212 0008 8878B



~~281345~~

陳宗蕃編著

親屬法通論

世界書局印行

郭序

刑以弼教大義也故法律之用恆與倫紀相維自漢唐舊律以至大清律例於親屬奸毆各條罪皆加等其犯及尊親屬者尤視爲人倫之奇變雖處極刑不惜蓋聖哲有作必縣倫常名教之鵠以範圍人心善者旌之惡者儆之以齊民俗以厚民德意至重也自泰西律學晚出論者輒病中國律例偏於道德謂不可爲訓而收回法權一事又以中西異律爲之梗於是修訂法律之議起焉設館以來延攬通才彈掣彙載僅得制定新刑律其間新舊爭議甚烈卒爲新說所勝偏重倫理者盡廢三十年來民德淪墮人紀蕩然未始非新律階之屬也民律事尤繁複尤切民生草案雖定迄未頒布而近年所頒民法全襲瑞士初無衡裁有識者憾焉夫以吾國幅員之廣省各異俗蒙藏尤甚今取異國之律而強施之如削足適屨吾固知其難合也頒行以來滯礙百出法官律師知其敝而莫敢言法律學者知其敝而莫肯言氓之蚩蚩懾服於新律之下愿者箝口鷲者椎心非一日矣卽如女子繼承遺產一事溯及既往道路賊聞夫婦契約一條始終未嘗援用等於虛設期亦必至之勢也吾聞各國民律皆導源於慣例慣例者卽吾國所謂民情風俗也當法庭未設法典未備有司於民事糾紛率判令公親調處所

以調處之者亦調協其情誼而酌準於習俗而已自來爲政之要首在得民故夫邽隆之世上自朝廷下逮民牧凡舉措設施咸兢兢然惟恐有戾於民情豈有號爲民國標曰民法而可置民情於不顧者乎吾友陳君蘓衷治律學有素恫民法之不協民情也乃爲親屬法通論一書舉古今成法及晚近判例平亭得失發爲宏議蓋舉世所莫敢言莫肯言者而君慨乎言之以爲快余讀之竊有感焉夫法者天下之公器也所謂法理者必有合於天下之心而非少數在上者所得專也前此律館諸公類皆淹貫中西之選任取一國之威法剿襲而率定之詎不甚便顧其於民法乃遲迴審慎至數年之久議焉而不敢遽訂訂焉而不敢遽布豈有他哉誠慮戾習俗拂民情以貽患於異日也往者勿復論後之當局者誠得是書以殫究焉而更制爲適宜之民律上之不失古先哲以刑弼教之精意下之不至戾習俗拂民情以貽異日之患則倫類紀數之世庶幾知所返焉而君之苦心補苴爲不負矣衡而後知得失鑑而後知妍醜然則是書者其當世之衡鑑也歟乙酉重九遂圃老迂郭則灃拜手謹序於癩松病竹之軒

劉序

法爲社會生事之反映而社會有必進之轍當其蛻嬗演進也往往因災厄戰爭宗教政制諸端或翼之前趨或尼之後退或稍變其形態徘徊於中途綜數千百年史蹟觀之曩制有漸泯而一去不返者焉有率由舊章而久存者焉迨考其久存之成規則又孕育輪囷未必盡如初制禮俗旣因演進而日異質文代變遂成社會學上定論國家創制垂憲矜惜固有禮俗之外又必預懸一鵠俾其民仰跂而勉赴之若以人事法則爲喻認宗黨或家爲社會之基本者古來相沿之制也使人獨立於羣以小己爲組國分素者所懸之鵠也顧人性篤古而怯新喜以慣習與否爲其是非事之不習動多違忤然則法之懸鵠過高及逾能受之定量者難收風行草偃之效也明矣

蕤衷先生鑽研身分法有年深以法制乖俗爲憂比年講學國塾比較古今中外各制論列得失靡不畢貫而於法條微義尤能剖析毫芒見者嗟服語云他山之石可以攻玉見法懸鵠不過高歟所擬新意不逾量歟學者苟欲究明其利病正宜以蕤衷此書爲砥礪之資也

三十四年九月十二日武進劉志敷書於北大法律學研究室

林序

往者、法律館修訂民刑律、刑律先公布、而民律則遲之又久、僅成草案、諸君子耗精疲力相與旦夕討論、於物權債權外、尤以親屬繼承二編、致力綦勤、蓋以我法系、國法源於宗法、古者配偶無定、人知有母、不知有父、先覺者爲之制禮、以成男女之別、立夫婦之義、有夫婦而後有家、有家而後有國、有國而後有法、故禮與法、義實相緣、親屬法尤顯斯義、禮與法其不同者、禮經所以兼盡情義、法律則專規定權義、故親屬編所列配偶婚姻父母子女及相因而生各條文、皆不出權利義務觀念、而我舊法與新法之不同、則舊法採大陸及日本法、而於唐律歷宋明清律所僅存禮經與律例之精神、猶未盡泯、新民法親屬編及繼承編、則以個人主義與財產制度爲立法要義、重個人則家族別籍之限制除、重財產則宗祧承繼之制度廢、世之或以新親屬法剝奪父母親權、繼母作爲姻親各規定、詫爲異聞者、實卽禮法觀念、新舊不同、有以致之耳、吾友陳蕓翁親屬法通論一書、前後垂三十年始脫稿、以蕓翁過人精力、而其成書之需時若是其久也、則自序所謂一則衡之於舊日之禮教、再則衡之於既往及當時之法律、三則衡之於今日社會之民情、四則衡之於世界各國之法例、斟酌損益而爲折中之評判、

蓋其用意之深微、取材之廣衍、所謂破萬卷之讀、成一家之言、固非淺夫鬼儒、襲績成書者、所可比擬、於萬一、而其闡揚國性、順應民俗、禮法交濟、端繫於茲、中國法系之綿延不絕、亦惟此是賴、豈細事哉、
蒨翁近出所作相示、屬爲跋尾、謹書此歸之、民三十五年八月十二日閩縣林志鈞

自序

我國自昔無民法之編製錢債田宅婚姻承嗣等事項俱散見於大清律例中規定極爲簡單故自昔官吏對於此等案件俱以責令公親調處或依憑習慣斷結其從律判定者百不得一因之各省關於民訴案件自爲風氣曾無一定之標準今日民法以一編之法典欲包括萬有不齊之事態求其適合爲道至難蓋適於此者未必適於彼可行於將來者未必可行於今日也故愚夙謂民法之編訂（一）宜各省分訂而不宜中央彙編也中國各省風氣不齊且一省之大幾等於歐洲一國與其合編全國民事法典不如以一省編一民法如德之聯邦美之諸州各有其普通之法律惟其中最爲主要各條則由中央訂定以收統一之效此其利有五可以適合於各省之習慣及情勢一也互相參證以期逐漸改良二也編訂可以詳明三也施行可以便利四也各省既各有規定之後中央亦得從容編訂法典以冀永久之昭垂五也然反對之說亦有相當之理由一曰法典不宜分割各國民法俱係一種鉅大法典若每省一編實與立法體例不符一曰聯邦規制不宜採用我國各省與歐美聯邦不同編訂法律宜求統一而不宜於分割一曰對外宜有統一之法律我國之編訂民刑各法出於對內者半出

於對外者亦半若無統一之民法無由收對外之效果一曰各省不齊之習慣宜以法律整而一之法
律所以矯正不良之習慣欲矯正此習慣必有強行一定之法規以上數說持之有故言之成理故自
始至今未敢輕言分編實則（一）（二）（四）之說合乎理論而不切於事實（三）說尙就
事實立論然分編亦未嘗不足對外也（二）宜每項分訂而不宜合編法典也在德法法系民法俱
爲一種法典英美不然我國前清法律館所定之民律草案亦採德日制度合總則債權物權親屬繼
承五編爲一然規定愈繁疑難之問題亦愈多編纂施行愈不易故後來法律編查會有按事分編之
說所謂按事分編者卽法人爲一編人格爲一編時效爲一編期限爲一編法律行爲一編契約爲一
編債權物權親屬繼承又各爲一編是也然鄙見又稍不同總則債權物權固可分編人格親屬繼承
不妨自爲一編也綜觀民法全體關於財產之規定者半關於身分之規定者亦半債權物權屬於前
者親屬繼承屬於後者總則之中除人格之規定外多屬於財產關係法國法系以人格親屬繼承爲
一編冠於民法之首曰人事編瑞士民法亦以人格親屬繼承三編與物權一編相對待但物權仍屬
於財產似不如竟以前三編合爲一冊稱之曰人事法使獨立於債權物權以外尤爲便利也此其理
由有二一則編訂較易也訂人事法者專研究身分之關係訂物權債權法者專研究財產之關係各

有所主易於專精二則理論適當也財產身分二者本不相關故總則中之規定在乎財產者如法人如物如時效多與身分無關（身分之時效皆有特別之規定）人格之規定亦與財產無關僅法律行為一章兼身分財產之規定然亦僅矣夫以本不相屬之條文必聯之而爲一在法德日意諸國皆有所沿襲而然我國似無合併之必要況婚姻養子繼承禁治產失蹤等項日本合之於人事訴訟法先例可師乎三則適用較便也凡屬一種科學必求系統分明部別能詳研求自易而法庭引用訴訟人援引手此一編卽全文在握否則條文極繁日民一千一百四十六條法民二千餘條現行法一千二百二十五條一編之中他部分之法律實居其半又安用此爲也（三）宜參酌禮教而不宜純用法理也我國舊無民法今之民法爲傳來法而非固有法民法以禮教習慣爲先與他種法律不同各國立法之原理固宜採用而一切禮俗亦未可盡行棄捐至於親屬繼承其關係爲尤甚親系之問題（卽血親宗親問題）家制之問題妾之問題婚姻豫約之問題夫妻財產制之問題離婚之問題養子女之問題（包括承嗣問題）皆關於親屬者也繼承順位之問題承認繼承之問題繼承財產之問題皆關於繼承者也新舊學說迥不相同欲合於各國之立法論則與舊日之禮教不適欲適於禮教則未必合於習慣與禮教習慣相適矣又反乎立法之原則故民法爭論之點較之刑法中無夫妻

對於尊親屬犯殺傷鬪毆等罪暨尊親屬殺傷卑幼諸問題尤爲重大與其高談法理無裨實用不如俯從民俗較易推施卽如妾之問題爲事實上之所有拘牽法理不爲規定則妾於親屬竟至不生關係於家庭竟致毫無地位而其子女遂不得不認爲私生子現行法雖變其名曰非婚生子女亦非美名社會之中遂因而生無窮之纏轆其他問題亦俱類是但不良之習慣如過門守節指腹爲婚之類亦宜有以糾正之理貴折中事求適當不可拘泥成見亦不宜過事翻新也以上所述爲夙昔之謬見今日民法雖已公布施行而將來修正或所不免爰本此意著爲本編一則衡之舊日之禮教再則衡之既往及當時之法律三則衡之今日社會之民情四則衡之世界各國之法律斟酌損益而爲折中之評判雖未敢自言爲悉當然上下今古剖析是非一得之見或足以爲研討之一助云

親屬法通論

凡例

(一)本編以現行親屬法爲主參以大清律例及從前法律館所訂之親屬編草案親屬編修正案間亦證以歐洲及日本民法互相比照以爲治法學者研究之助

(二)本編爲便於研究起見每章每節先舉大綱而各附按語於後語重心長重複繁冗或所不免閱者諒之

(三)禮教舊慣爲親屬法之本原作者意在闡明其旨故援引經傳舊律之處較多陳芝蔴爛穀子殊與近代潮流不合然法律本爲天下公器學者各抒意見當爲文明時代之所許故敢不辭狂瞽姑存一說留待將來討論

(四)作者學識有限本編編纂又非成於一時錯誤牴牾恐或時有讀者如以爲尙有一得之愚尙冀隨時匡正

(五)本編承劉抱愿薛積生兩先生指訛正謬裨益良多殊深銘感

親屬法通論

郭序

劉序

林序

自序

凡例

目錄

第一編 緒論

第一章 親屬法之概念

第二章 親屬法之性質

第三章 親屬法之位置

第四章 親屬法之編制

第五章 親屬法之名稱

一

八

一二

一五

二〇

第二編 本論

第一章 通則……………二四

第一節 親屬總論……………二四

第二節 親屬之種類……………二七

第一款 血親……………二七

第二款 配偶……………五〇

第三款 姻親……………五二

第一目 外親……………五二

第二目 妻親……………五三

第三節 親系及親等……………五六

第一款 親系……………五六

第二款 親等……………五九

第四節 親屬關係之發生及消滅……………六七

第一款	親屬關係之發生	六七
第二款	親屬關係之消滅	六九
第二章	婚姻	七一
第一節	婚姻之概念	七一
第二節	婚姻之成立	七五
第一款	婚約	七七
第二款	結婚	八八
第三節	婚姻之無效及撤銷	一〇九
第一款	婚姻之無效	一〇九
第二款	婚姻之撤銷	一一〇
第一目	絕對的撤銷	一一一
第二目	關係的撤銷	一一四
第三款	無效及撤銷之效力	一一九
第四節	婚姻之效力	一二一

第五節 夫妻財產制	一二四
第一款 通則	一二五
第二款 法定財產制	一二八
第三款 約定財產制	一三二
第一目 共同財產制	一三三
第二目 統一財產制	一三五
第三目 分別財產制	一三五
第六節 離婚	一三九
第一款 總論	一三九
第二款 協議離婚	一四二
第三款 呈訴離婚	一四七
第一目 判決離婚之原因	一四七
第二目 判決離婚之效力	一五三
第四款 離婚後夫妻之財產	一五五

第三章 父母子女……………一五六

第一節 通則……………一五七

第二節 婚生子女……………一五九

第三節 遺囑指定之繼承人……………一七〇

第四節 收養子女……………一七二

第一款 收養子女之意義……………一七二

第二款 收養子女之限制……………一七四

第三款 收養子女之效力……………一七六

第四款 收養子女之方式……………一七八

第五款 收養關係之終止……………一七八

第六款 收養關係終止之效力……………一八三

第五節 父母之權利義務……………一八四

第四章 監護……………一九〇

第一節 未成人之監護……………一九〇

第一款 監護人之設立委託及指定……………一九一

第一目 監護人之設立……………一九一

第二目 監護人之委託……………一九一

第三目 監護人之指定……………一九二

第二款 監護人之順序……………一九二

第三款 不得爲監護人者……………一九四

第四款 監護人之權利義務……………一九四

第五款 監護人之監督……………一九七

第六款 監護人之終止……………一九八

第二節 禁治產人之監護……………二〇〇

第一款 禁治產人監護人之順序……………二〇一

第二款 禁治產人監護人之職務……………二〇一

第五章 扶養……………二〇三

第一節 應受扶養之人……………二〇四

第二節 扶養之順序	二〇五
第一款 履行義務之順序	二〇五
第二款 受扶養權利之順序	二〇六
第三款 扶養之限度及程度方法	二〇七
第六章 家	二一〇
第一節 總論	二一〇
第二節 家之組織	二一六
第七章 親屬會議	二二四
第八章 結論	二二八

親屬法通論

閩侯陳宗蕃苑衷甫輯

第一編 緒論

第一章 親屬法之概念

親屬法者、民法之一部、規定親屬的法律關係者也。詳言之、即規定親屬關係與家屬關係、及由此等關係而生各種權利義務之法規也。至監護關係、爲保護無能力人之法規、與關於親子之法規最爲密切。故亦附於親屬法中。

按凡一種之法律、定名最難適當。即如親屬法以親屬定名。以最狹之親屬而論、應僅及於夫妻親子及其他血族姻族之關係。而家屬關係、已出於親屬之範圍。即如前清法律館所定之親屬律草案、(嗣後稱草案)所認之家長。即不必爲四親等內之宗親也。至於監護人及被監護人、更爲一種之特別身分關係。因特別之原因而發生。與血族姻族之親屬關係不同。且監護之規定、出於保護身體者半。出於保護財產者亦半。尤非如親屬所生之天然人爲之關係也。而編訂法律者、僅因性質之相近、合爲一編。以實質言之、未免稍嫌揉雜矣。

親屬關係者、即血親姻親暨夫妻等項之關係也。家屬關係者、即家長與家屬之關係也。監護關係者、即監護人與被

監護人之關係也。

按親屬關係之血親、爲父母子孫兄弟姊妹伯叔等相互之關係。是爲血族的關係。血族的關係之中、有天然的血緣關係。如親子兄弟之類。有法定的血緣關係、如嗣父母與嗣子嫡母與庶子之類。（現行法不認法定的血緣關係、而認養子與養父母、未免輕重倒置。）夫妻之親屬關係、及因夫妻之結果、對於他一方之血族所生之姻族關係。關於此等關係權利義務之集合、是爲親族權。夫此親族權、有天然的。有人爲的。然無論天然的人爲的、皆自有法律之規定。而人於社會上之位置、乃有一定之資格。卽如父母之於子女。似有天然之尊卑。然使非法律爲之。則壯役老。強凌弱。安知無父子易位之事。親子如此。其他關係、何莫不然。故社會中之成、有今日現象者、禮爲之先。而法從其後也。此謂法律上之分限。

家屬關係、發源於古代之家族制度。社會組織、必先有家而後有國。惟法律上禮教上所認爲家者、各國不同。故家之範圍與意義、因時因地而各殊。吾國古代之家族制度、最爲詳密。卽所謂宗法是也。（宗法如何、詳言於後。）秦漢以降、宗法制度、亦已沒失。故今日法律上社會上所謂同宗宗族宗親等名詞、已非古人之本義。惟家族制度、仍爲社會中之一種組織。占有甚強之勢力。蓋由宗族制而成爲家族制也。家族制度之得失、爲治法學者、互相爭論之燒點。主之者曰、家族主義者、吾國立國之精神也。大學言治國必以齊家爲本。易言有夫婦而後有父子。有父子而後有君臣。蓋皆以一家爲一國之本。故曰、國者、家之積也。家者、個人之積也。禮教上所謂三綱五常、及忠孝節義

等名詞。其中關於維持一家之綱紀者，實居其半。國家之風化，學校之教育，無不由之。是則吾國道德之觀念，以家爲本位。而敬宗睦族諸端，皆由家而推者也。家制破壞，則社會之組織，必生變更。公德未立，私德已墜。大則爲上下作亂之漸，小亦爲踰閑蕩檢之階。故立法者不可不維持家制。反對者曰：國家者，當以個人爲本位者也。個人與國家直接，故人知國之爲重，而有愛國之思想。且無家族之互相倚賴，故人人皆有獨立之性質。歐美之所以富強，吾國之所以貧弱，實皆原因於此。昔楊哲子度參政在資政院之演說曰：中國舊日之所謂孝子悌弟義夫烈婦，實爲貪官污吏之媒。蓋因家庭之關係，而影響及於社會者也。是故吾國立法不可不着眼於個人主義。而家族主義絕對無可存在之理由。其言甚辨。雖然，平情以論之，一國之組織，皆數千年之習慣使然。安有所謂一定之主義。中國由宗族制降而爲家族制。學者之理論，國家之法制，事實之變遷，互相推嬗，而後有此。夫豈一日之故。且卽歐美之情勢言之，其所謂個人主義者，亦非極端之趨向。如扶養之義務，親屬之集合，皆爲一種之家族制。特範圍之廣狹，稍有不同而已。然則謂歐美爲採個人主義，而無家族主義者，已非。謂歐美之所以富強，由於個人主義，而吾國之所以貧弱，由於家族主義者，亦非也。夫立論必貴持平。苟有所偏，則影響於社會匪淺。况立法事業，極爲重大。豈宜蔽於一端。吾國家族制度，固不必特爲扶植。然以數千年根柢之深固，社會人心之趨向，必欲矯而正之。其勢已有不能。况乎家庭之間，雍和肅穆，亦足以使風俗人心，去薄而崇厚。又安有必須矯正之理由。故規定民法者，當就現有之制度，加以維持。固不宜摧殘而裁抑之。日本民法親族編（嗣後稱日民）仍有戶主之規定者，以此草案

以家制爲一章、規定於總則之後者、以此。民國政府十九年公布之民法親屬編（嗣後稱現行法）以家列於第六章、董先生經所擬之修正案（嗣後稱修正案）又列之於第二章、重視家之組織者、亦以此也。

監護人與被監護人之關係者、即（甲）如何而設監護人（乙）如何而後可爲監護人（丙）監護人對於被監護人有如何之權利義務也。監護之制度、始於羅馬。既非如血族姻族之關係、亦非如家長家屬之關係。特以監護人之資格、多爲親屬中之一人。故以立法之便利、附於親屬之後。而其中現行法第一千一百一十條、與總則中之第六條及第十二條以下各條、草案第一千四百一十條、第一千四百三十二條、第一千四百三十八條、與總則中第十一條第二十條第二十四條之規定、均似重複。或謂此項規定、應入親屬編。不應列於總則。實則總則中、關於限制行爲各條、皆當以類相從。併見於此。恐謂當以人事爲獨立之一編、而毋庸附於總則者、此也。

又有謂監護之制、宜入於債權者。亦有謂宜半入於債權法、半入於親屬法者。蓋以監護人之職務、一爲財產之管理。一爲能力之補助也。至於保佐人之制、僅關於財產。而不及於身體。尤應入於債權。然羅馬法即以監護規定於人法編中。各國民法亦皆着眼於監護人保佐人之資格。規定於親屬編。現行法亦從其例。但祇有監護、而無保佐。以保佐係用於準禁治產人。現行法不採用準禁產制度。故無保佐之規定。修正案亦同。草案第一千四百三十八條、第一千四百三十九條、規定保佐。

親屬關係、與家屬關係之發生及消滅、由於人之出生婚姻離婚死亡等事項。而家長家屬親子夫妻、及其他各人之

權利義務，即視此等事項，爲轉移。故親屬法關於此等事項，不得不一一規定之。夫物權債權，亦規定私人之權利義務者也。然此項法規，直接以財產上之關係爲主，而親屬法則以家長家屬夫妻親子等身分上之關係爲主者也。

按親屬家屬關係之發生，如出生，則生親子之關係。結婚，則生夫妻之關係。親屬家屬關係之消滅亦然。離婚分家，其最著者也。至死亡一項，身體雖沒，名分猶存，似無關係消滅之可言。然民法所規定者，私人之權利義務也。二者俱以人爲主體。人既死亡，則喪失權利能力，亦喪失義務能力。禮教上之關係雖在，而法律上之關係不存，或謂扶養之義務，乃包括喪葬而言。觀草案第一千四百五十九條第二項，可以概見。是雖死亡，仍得享有權利也。然徵之德日民法，扶養之義務，並未指明喪葬費用。是扶養僅及於生前爲止，而死後之喪葬，任諸禮教之範圍。夫社會之事項至繁，安能一一規定於法律。故民法之權義，僅及大綱。其他禮俗之所有者，或他法已見其大凡，足以相輔而行者，俱不必再爲規定。草案對於喪葬費用，明白訂定，固屬維持禮教防止爭議之苦心。然以法理言，既與死體不得爲權利主體之旨不符。以事實言，亦與禮教習慣，毫無裨益。又安用此爲也。現行法修正案已刪除此項之規定。親屬家屬關係之發生消滅，既如上述，而權利義務，即隨此等事項爲轉移。吾國爲數千年文明之古邦，儒家者言，夙尚禮治。禮治以讓爲本。故曰能以禮讓爲國乎何有。治國如此。治家亦然。父子夫婦兄弟之間，皞皞熙熙，一歸於讓。孝親敬長，字下慈幼，皆名分所當然。毋待於爭。更有何權義之分限。至於財產之關係，則子弟無私財，及同居共財，爲家庭之原則。若斤斤於權利義務之辨，則重貨財，私妻子，將爲鄉黨所不齒矣。推而至於朋友宗族姻婭之間，

無不以重義輕利爲尙。與歐美之言權利義務者迥乎不同。故老師宿儒，苟聞親屬法之所定，皆爲親屬間之權義關係。父對於子，夫對於妻，有如何之權利，有如何之義務，必且舌橋而不能下。謂此等關係，皆以天理及愛情之作用，自能各盡其情，奚用法律。且因有法律，而家庭之間，孝弟慈愛等行爲，均若爲不得已而爲者。法律明而天性薄，不獨社會之憂，抑亦人心之患。此近日守舊派之說也。雖然，要豈然哉。夫法律者所以防社會之爭也。社會皆能習於禮讓，毫無所爭，則法律懸而不用，詎非國家之福。但社會之中，雖以父子夫婦兄弟之親，亦未必皆能雍睦，而無間。分產之爭，離婚之爭，無論矣。卽祖父呈控子孫之不孝者，亦時有所聞。其表面固爲子孫之不順，而其內容亦未嘗非出於祖父之不慈。所謂家庭之禮讓，其名也。而家庭之紛爭，其實也。唐人張公藝有云：處家宜百忍。苟無爭，何忍之有。卽此一言，已足見吾國家庭之狀態矣。夫惟家庭不能無爭，斯國家不能無止爭之法律。民法者，所以立親屬家屬之分限，使各知其權利義務之所在，而自已其爭者也。父能自盡其慈，子能自盡其孝，兄能自盡其友，弟能自盡其恭。夫豈法律之所禁。若非然者，則父兄所有之權利，得向法院而告訴之。子弟所有之權利，亦得向法院請求保護之。而法庭亦得依據法律，從容以斷其親屬家屬間之是非。子固不得不孝，父亦不至於不慈，婦固不得不順，夫亦不至於不義。其他親屬家屬之關係，亦皆各有權義之所在，而不至於有所偏。一家得保得失之平，斯社會以積和平之福。斯則國家法律之作用，而亦立法者之微意也。

物權債權，直接以財產之關係爲主。親屬法以身分上關係爲主者。法律之本質然也。但物權爲對物的，卽直接管

領特定物之權利也。債權爲對人的。卽特定一私人對於他之特定一私人爲一定之行爲或不行爲之權利也。故雖同出於財產關係。而又有直接間接之不同。特對於親屬法而言。則可謂爲直接財產上之關係也。至於債權之中。亦有與身分有關者。或以特別之身分而取得債權。如現行法第一百九十二條、草案第九百六十八條、賠償埋葬費之類。現行法第一百九十三條、草案第九百七十一條、賠償贍養費之類是也。或以特別之身分而不任債務。如現行法第一百八十六條、草案第九百七十五條、官吏公吏違背職務加損害於第三人、應負損害賠償之責之類是也。至於物權之中。共有多發生於繼承。混同又恆由於身分之取得。是皆於身分有關。特物權債權之規定。僅以財產爲主。身分與權利雖有影響。而法律可以不問。若親屬法則專以身分爲主。如父母子女之規定。婚姻之規定。家之規定。皆是也。繼承法亦爲身分關係。但比較親屬法。則財產之關係尤多。蓋分配繼承財產及遺贈財產。皆爲該法主要之點也。以不屬於本論之範圍。故不贅述。

至於父子夫妻家長家屬間之財產關係。理論上似不應入親屬法之範圍。然因親屬所生之財產關係。不能不連類及之。近世學者有分純正親屬法與親屬財產法者。職是之故。

按父母子女之財產關係。現行法第一千零八十七條第一千零八十八條之類是也。夫妻之財產關係。第一千零零四條至第一千零四十八條之類是也。家長家屬間之財產關係。第一千一百二十條之類是也。扶養義務亦然。吾國習慣。一家之中。以共財爲尙。父子夫妻之間。苟斤斤於財產之辨。謂之涼薄。然爭端適由是啓。現行法做德民

及瑞士民法之例、於此等制度、規定甚詳。混合純正親屬法親屬財產法爲一編。而非如草案之近於純正親屬法也。

第二章 親屬法之性質

親屬法之性質、須視其規定之內容。各國親屬法之規定、有以繼承法、財產法、合而爲人法或人事法者。亦有國家對於監護事項、採用干涉主義者。故其性質如何、頗難論定。茲姑就現行法之規定言之。大概如左。

按親屬法之性質、與言他種法律之性質不同。蓋他種之法律、有互於百年或數十年長期的趨勢。且有趨於世界大同之傾向。而親屬法則因各國情勢而不同。甲國親屬法之性質、與乙國異。昔時親屬法之性質、與今時異。未可以一概而論。古代羅馬法之規定、以人法爲一編。現在法國系民法之規定、以人事爲一編。皆以繼承法、財產法、與親屬法、合爲一編。其爲何種之性質、不能明瞭。德國民法、雖與前者之編製不同。然其對於監護之關係、則由國家設立機關選任或監督之。故僅以親屬爲一編。性質亦不易區別。茲所云親屬法之性質、則專就現行法親屬編而言之也。

(一)親屬法、爲公法抑爲私法。公法私法之標準、學說不同。茲假定公法者、個人與國家之關係也。私法者、個人相

互之關係也。親屬法所定者，爲親屬關係、家屬關係及監護關係，皆屬個人間之關係，而無國家之關係。故親屬法爲私法而非公法。毫無疑義。卽有時因親屬上之關係，與審判衙門、戶籍吏、檢察官等，生相連之關係，然不過出於立法上之便利，仍無傷於私法之性質。

按公法私法之學說，有五。（一）關於公益者，爲公法。關於私益者，爲私法。從此學說，則親子婚姻中，頗多公益之規定。是私法中含有公法也。（二）有關於國民一分子之資格者，爲公法。有關於社會一員之資格者，爲私法。從此學說，則親屬法所規定，俱爲社會一員之資格。僅爲私法而非公法。（三）定人類團體關係者，爲公法。定獨立關係者，爲私法。是則親屬家屬之關係，俱可爲公法也。（四）定命令服從者，爲公法。定個人對等關係者，爲私法。則子須服從親權，妻須服從夫權。（現行法雖無親權夫權之規定，然究不能云無須服從。）皆爲公法也。（五）定人對於人上之權力，爲公法。定人對於物上之權力，爲私法。親屬家屬之關係，爲對人的，是皆爲公法也。然此數種之學說，皆不免倚於一偏。故今日普通公法私法之學說，皆以人與國家之關係爲公法，個人相互之關係爲私法。姑從此說，以定公法私法之觀念。

公法私法之辨，既如此。而以親屬法言之，其所規定，俱爲個人間相互之關係。蓋父子、夫妻、兄弟、家長、家屬、姻婭，以及監護人與被監護人之間，皆個人與個人間之關係也。夫此等制度，其關於公之秩序者，實非淺鮮。故國家恆以強制力行之。有配偶者重婚，近親屬爲婚，不獨民法上認爲無效，卽刑法上亦認爲犯罪之行爲。是由個人間相互

之關係。一變而爲國家對人之關係也。然此等關係實爲間接的、而非直接的。蓋法律規定之目的、在使親屬家屬之間、各有一定之權義。庶幾社會之秩序、得以釐然。欲求達此目的、不得不以國家權力干涉之。故國家之用其權力、乃其結果、而非其原因也。德民瑞民則國家干涉之程度較多。謂爲含有公法之性質亦宜。

(二)親屬法爲普通法、抑爲特別法。普通法者、適用於一切之人者也。特別法者、僅適用於特定之人、與特別之地者也。親屬法之性質、凡中國人民均當適用。是爲普通法而非特別法。

按普通法與特別法之意義、卽如上述。然此等名詞、均互相對待者也。民法對於商法、則商法爲特別。民法爲普通。公司法對於商法、則公司法爲特別。商法爲普通。親屬法亦然。民法爲一般人民適用之法律。親屬法僅爲取得此項身分之人適用之法律。故親屬法對於民法、似爲特別法。但換一方面言之、凡一國人民、俱有取得身分之資格。故爲普通法。此近日學者一般所持之理論也。

(三)親屬法爲主法、抑爲助法。凡法規之性質、關於權利義務之實體者、主法也。關於實行此權利義務之方法者、助法也。親屬法之規定、大抵爲親屬家屬及監護各種權利義務之實體。故爲主法而非助法。

按主法助法、亦可名爲實體法程序法。但此亦不過大概之區分。實則主法之中、未嘗無助法之規定。如親屬法中結婚離婚私生子等項、俱有一定之手續。選任監護人及選任親屬會會員、須由審判衙門、皆可謂爲助法。其他尚不乏類此之規定。但現行法及草案、取單簡主義。對於類此事項、多僅規定大綱。其詳細之助法、俱讓於民法施行。

法、及人事訴訟法、非訟事件程序法、戶籍法中、而不若德民瑞民、對於一切之程序、規定較詳也。

(四)親屬法爲強行法、抑爲容許法。強行法者、命令或禁止之法規也。容許法者、雖有法規之規定、而得以從其契約或習慣之法規也。本法所規定親屬家屬監護人被監護人之關係、皆爲維持公之秩序與善良風俗而設。故多爲強行的法規。與債權法物權法之容許當事人之自由意思者迥異。

按親屬法之爲強行法固如此。然其果能強行與否、則今日最有關係之問題也。夫所謂強行者、在乎令出維行、與禁之則止已耳。然欲實行此禁令、則必國家有甚強之防制力。如戶籍吏之身分登記。檢察官對於民事之糾彈。審判衙門對於監護事項之監督。皆甚嚴密。而後有以行其禁令。且又必所爲禁令者、與今昔禮制習慣、不相逕庭。乃共知法律之可遵循。不復共相隱蔽。以漸趨於同一之軌。而今日國家之實行法律、與人民之信仰法律、果何如乎。以親屬法言之、登記之制度未設。婚姻果爲適法與否。無由而知。且即明知其有無效或可撤銷之條件。而檢察官果能一一依法請求與否。又不易言。至於監護人之選任。親屬會之召集。如須審判衙門加以干涉。尤非今日所能。此就國家一方面言之。雖有法律之規定。而不易於強行者也。再就人民一方面言之。則婚姻年齡之限制。結婚達於若干年齡、無須得父母允許之限制。妻得自行管理其特有財產之類。與今日社會之習慣。皆難強同。欲以強行之法規行之。不知法者、固視若無睹。知法者、亦隱而不言。而刁狡奸猾之徒、且藉是以爲教唆勒索之口實。家族姻婭間之和平、或因之而盡墮矣。此則雖有強行之法規、固不如無之之爲愈。昔人云、惡法不如無法。又云與其令出

而不能行，不如弗令。然則親屬法欲云強行法乎？曷如謂爲容許法之爲當。然所謂容許法者，大抵僅關於個人與個人間之權義。雖有法律之規定，仍得由當事人之意思，或依當地之習慣，以變更之。如物權債權中大部分之規定，皆是。而物權債權中，亦未嘗無強行之規定。計算之利息，永佃權期間之類是也。若夫親屬法之規定，則除關於個人間之權義外，其關於公之秩序及善良風俗者，實較他法爲尤多。假使皆任之於容許之法，則有法與無法等。仍難達國家維持公益之目的。各國法制及學說，無不認親屬法爲強行法者，以此。吾國今日尙在立法時代，親屬法雖已公布實行，而將來尙須修正與否，尙屬問題。以愚見言之，關於親屬之規定，總期合於法理，而又不背於國情。國家得以強行，人民得以遵守，而後可。否則徒爲具文無益也。立法者於此尙宜三致意焉。

第三章 親屬法之位置

英美兩國，無民法法典。凡關於親屬法之事項，概從慣習法或單行法。故英美學者，恆以定主僕關係之法，與親屬家屬關係之法，併而爲一名曰人事法，亦曰家庭法。

按英國夙爲不成文法國家。一切法律，多不依法典之形式。民法亦然。近人所譯英國民法，意即英國之普通法也。美國之法系，源於英國。故大旨相同。其慣習法之發生，大都根於判決例。單行法又以補慣習法所不及。至所謂人

事法家庭法者，則爲學者詮釋法律之一名詞，而非國家之一種法律。主僕間關係之法規，如家主與雇工人關係之類。大清律例關於此類，亦有詳細之規定。現行法則包括於家屬之中。英美學者，以之與親屬家屬關係並論。亦卽此意。

其他歐洲大陸之法制，恆以親屬法規定於民法之中。法國法系各國，則以關於私權享有能力失蹤等項之規定，與親屬之規定合併。名曰人事編。冠於民法卷首。德國法系諸國，則以親屬法獨立爲一編。置於總則債權物權之後。前者以人事編爲關於權利主體之法規。無須別設總則。後者以關於私權享有能力失蹤等項之法規，爲私法之通則。編入總則編中。而親屬法則爲特定權利關係之法規。宜獨立爲一編。此其所持之理由也。最近之瑞士民法，以人格法爲第一編。親屬法爲第二編。繼承法爲第三編。物權法爲第四編。債權法另爲獨立之一編。與法國法系之編制相近。蓋以人類生存於社會，則親子夫妻等關係，自然存在。非如物權債權等項之財產關係，必依人爲而始發生。故親屬繼承之順位，宜先於財產關係之法規。現行法以總則爲第一編。債爲第二編。物權爲第三編。親屬爲第四編。繼承爲第五編。採用德國法系之編製也。

按歐洲大陸民事之法典，多採論理的編纂方法。以定其順序。其方式亦不同。（一）羅馬式。卽法國法系。（二）德國式。卽德國法系。羅馬式編纂法，亦曰三編分類法。淵源於羅馬時代沙司尼安帝所編之音司會德法典。分爲三編。一曰人事法。二曰物件法。三曰訴訟法。至後普國民法，一爲人事編。二爲財產編。三爲義務編。法民一爲人事

編。二爲財產編。三爲財產取得編。歐洲各國民法，多採用此類編纂法。普法奧荷俄義西比皆是。日舊民亦從其制。以人事編居首。二爲債權擔任編。三爲債權證據編。則稍變其例者也。德國式之編纂法，亦曰五編分類法。爲德國學者比哥拜遮等所創設。近年多數學者所稱道。案遜民法首先採用之。一爲總則。二爲物件法。三爲債務法。四爲親屬法。五爲繼承法。日新民亦然。德民則以債務法置於物件法之前。現行法從之。夫此二種編纂方法之得失。以鄙見言之，實以羅馬式爲較善。前者所述以人事爲獨立之一編之說，卽本於此。其所以不同者，則羅馬式謂人事爲民法中之一編。而鄙說謂人事當爲民法外之一編也。因此不同之故，而歐美學者反對羅馬式編纂之說，卽不得引爲反對鄙說之證。茲略舉其大者以明之。反對之說，一曰與現勢不相容也。法律爲社會之反響。其順序及體裁，亦應隨伴於社會之趨勢。羅馬式以人爲基礎，爲適於家族制時代之編纂法。今日宜舍家族制，而趨於個人制。自不宜於採用。致礙社會之進步。二曰無總則之規定，不能以並包也。凡法典之條文，以簡單明瞭爲貴。故以總則包分則之各條，爲近日立法之原則。羅馬式之編纂法，無一般權義共通之規定。則條文更涉於浩繁。三曰所列之順序，未必適合於理論也。有人而後有物。有物而後有取得之行爲。是爲羅馬式編纂之論理。然有人而後有物。以事實言之，固矣。但因取得之行爲，而後有物之所有權。非先有物之所有權，而後有取得之行爲。此爲論理之當然。故以義務編或財產取得編，先於財產編者，非也。至於日舊民以證據編附麗於後，致程序法與實體法相混淆。其外謬更無論矣。以上三者之說，其論斷羅馬式與德國式之得失，未始非當。至鄙說之所主張，則人事爲民法外之

一編。與物權債權無對待之關係。而（一）所謂與現勢不相容。（三）所謂不適合於論理者。似皆無所窒礙。（二）所謂無總則不足以並包。條文更涉於浩繁者。最爲扼要之談。然以親屬法言之。身分與財產之性質不同。故總則中除法律行爲數節外。要皆無所關係。無總則之規定。奚足爲病。此鄙人所以於反對羅馬式編纂之學說。無所非議。而仍主張以人事爲獨立之一編之說也。

第四章 親屬法之編制

我國自古無獨立一編之民法。前清末葉。法律館編纂新律。乃有民律之編制。親屬法卽爲其中之一編。其編訂之根據。以大清律例爲主。而參以禮制習慣條理外國法文。都爲七章。一百四十二條。法律編查會重加修訂。未及公布。民國十九年國民政府公布民法。親屬編爲其中之一編。二十年施行至今。其章次如左。

第一章 通則。規定親屬範圍及親等計算諸事項。

第二章 婚姻。規定婚姻之法定條件、定婚、結婚、離婚、及夫妻財產諸事項。

第三章 父母子女。規定婚生子女、非婚生子女、養子、諸事項。

第四章 監護。規定監護人之設立、資格、終止時期、及其權義關係。

第五章 扶養。規定扶養義務人扶養權利人之範圍、及次序、並扶養之程度。

第六章 家。規定家之範圍、及家長家屬之權義。

第七章 親屬會議。規定親屬會之召集、組織、及決議諸事項。

按我國古無法典之名稱。然成文之法律、自三代以降、即已有之。皋陶作士、肇自唐虞。降及姬周、象魏懸書、鄉閭讀法。已有成文之制作。而李悝所造之法經、其篇目至今尚存。一盜法。二賊法。三囚法。四捕法。五雜法。六具法。盜法、今賊盜律是也。賊法、今詐僞律是也。囚法、今斷獄律是也。捕法、今逃亡律是也。雜法、今雜犯律是也。具法、今名律是也。此俱關於刑事之法也。商鞅傳授、改法爲律。漢相蕭何、更加悝所造戶興廐三篇。謂之九章之律。於是戶婚之事、亦入於律。魏因漢律爲一十八篇。改漢具律爲刑名第一。晉命賈充等增損漢魏律爲二十篇。於魏刑名中、分爲法例律。宋齊梁陳及後魏、因而不改。爰至北齊。併刑名法例爲名例。又增戶婚一卷。後復改名例爲刑名。周大律十五篇。復特別婚姻一卷。隋因北齊。更刑名爲名例。唐因於隋、定爲十二卷。曰名例、曰衛禁、曰職制、曰戶婚、曰廩庫、曰擅興、曰賊盜、曰鬪訟、曰詐僞、曰雜律、曰捕亡、曰斷獄。而戶婚田土錢債等事之規定、爲漸詳矣。宋元皆因唐律之舊。篇目稍有移易。明初以中書析歸六部。故修律亦分吏戶禮兵刑工六曹。而形式爲之一變。大清律例仍之。首名例。次吏律二卷。曰職制、曰公式。戶律七卷。曰戶役、曰田宅、曰婚姻、曰倉庫、曰課程、曰錢債、曰市廩。禮律二卷。曰祭祀、曰儀制。兵律五卷。曰宮衛、曰軍政、曰關津、曰廐牧、曰郵驛。刑律十一卷。曰賊盜、曰人命、曰鬪毆、曰罵詈、曰訴訟、曰受贓、曰詐

僞、曰犯姦、曰雜犯、曰督捕、曰斷獄、工律二卷、曰營造、曰河防。所謂戶役田宅婚姻錢債者、皆民律也。而婚姻一卷、尤與近日各國之親屬法類似。故可謂中國自古無形式的民法。而不能謂無實質的民法。前清之季、修訂民律。於親屬編之規定、多以大清律例爲主者、此也。

次之、則參以禮制。關於人事事項、歐美各國、恆執法律以相繩。中國則讓之於禮制。長幼有序、夫婦有別、禮也。親親之殺、尊賢之等、亦禮也。舉凡喪祭教養諸事、無一不準之於禮。夫禮之範圍廣。而法之範圍狹。固矣。然所謂禮者、非僅託之空言及見諸習慣已也。國家亦有成文之編制焉。周禮儀禮、爲一代時王之制、無論已。唐之六典、明之通典、有清之通禮會典。於尊卑名分之防、上下等差之辨、以暨婚姻喪祭之文、無不詳爲規定。以爲朝野共由之法則。名曰禮制。實則有法律之性質存焉。茲試綜此種規定而觀之。其僅屬於儀文之末節者、固居其半。而因此儀文之別、父子夫婦兄弟以及姻婭間之權義關係、即可推測而知。例如服制一項、爲刑法上減輕加重之條件。卽爲民法上親等遠近之區分。其關係之密切可知也。

又次、則參之以習慣。民法以習慣爲重。故物權債權各條中、既有有特別習慣者、從其習慣之語。而總則第一條、又有民事本律所未規定者、依習慣法之文。是民事注重於習慣可知。夫習慣有習慣法與習慣之分。所謂習慣者、僅一地方、或一時期、或一特別身分之人、繼續之行爲。而未經國家公認者、是習慣法則其繼續之行爲、又經國家公認者也。習慣與習慣法比較。則習慣法之效力較強。然若對於補充之法規。則習慣之效力、或且較強於法律。要之

在於民事之規定、無論習慣與習慣法、皆足與法律相輔而行。况乎親屬關係、爲社會組織之基礎、與財產關係、僅屬於個人之權義者不同。苟反於習慣而行之、適足召反感而生惡果。各國之親屬法、彼此恆多相異。職此故也。

又次、則參之以條理。條理之爲物、外之則本諸古先聖賢之學說。內之則證諸自由判定之心理。故或較律例禮教及習慣爲適當。然援用條理者、果足爲條理與否。殊難辨明。蓋學說固各不同。而心理亦難自信。莊子所謂此亦一非。彼亦一非。則條理紊矣。條理既無一定之標準。故專憑條理、不足以折獄而止爭。惟至於法律禮教習慣之既窮。而後乃得以條理補其不足。民法總則第一條之規定曰、無習慣法從條理者、此也。

又次、則參之以外國之立法例。外國法律、不得適用於吾國。况親屬法宜以禮教習慣爲本者、尤未可以強同。然處世界大同之世。法律之用、苟與習慣無妨者、亦不宜過爲矯異。吾國今日、各種法律之形式、及法律施行之手續、多取材於歐美。則他日之親屬關係、亦將漸進於統一可知。夫交通頻繁、則社會之風俗習慣俱可漸歸於一致。此爲古今之通例。故立法者、不可不具此眼光。於其異者、企而及之。於其同者、溝而通之。以期合乎今日之人情。而又不違乎將來之趨勢。則立法之盛軌也。

至於現行法之章次、亦可謂論理的編次也。以通則爲第一章。提綱絜領之法律、宜籠罩於篇首。猶之民法全典之有總則。大清律例之有名例也。夫以包括一切之條文、置之於篇末者、古代蓋亦有之。李悝之六法、以具法爲第六篇者是。蓋謂通則爲各條之解釋。允宜置諸篇末。以期明瞭。此豈無一端之理由。特以抽象與具體之關係比較之。

自當以置諸篇首爲是。第二章爲婚姻。第三章爲父母子女。婚姻爲人道之始。故婚姻置於父母子女之前。或有謂父母子女宜先於婚姻者。以婚姻爲夫妻關係。父母子女爲親子關係。五倫之中宜先親子而後夫妻也。然法律所規定者。親子夫妻之關係。非親子夫妻之定位。各國通例皆以婚姻置於父母子女之前。第四章爲監護。監護爲親屬間一種之特別關係。故附諸父母子女之後。第五章爲扶養。扶養之義務與婚姻父母子女均有關係。故置於此。第六章爲家。各國民法恆以家置於婚姻父母子女之前。以家爲總括的也。草案置於第二章亦以此。現行法欲打破家族制。視家爲輕。故置之扶養之後。第七章爲親屬會議。親屬會議爲臨時一種機關。故置於末。

茲就日民瑞民及草案修正案比較之。日民章次與現行法大抵相同。其不同者日民稱親子不稱父母子女。草案修正案亦然。日民於親子之下增親權一章。修正案從之。現行法無親權之名詞。草案以親權爲親子中規定之一節。日民所持之理由謂親子爲父子間相互關係。親權爲親對於子之特別關係。實則親權實爲親子間之效力。如婚姻之效力是也。以親權另爲一章似不如與親子合爲一章也。現行法不規定親權意在尊重個人之獨立。鄙意未敢贊同。德民之規定又不同。第一章民事上之婚姻。凡定婚結婚婚姻之無效或撤銷婚姻之效力。夫妻財產制皆屬之。第二章親屬扶養義務親權。嫡出子私生子之地位皆屬之。第三章監護。未成年之監護成年之監護保佐親屬會皆屬之。既無通則之規定亦無家制之規定。其親屬會與扶養義務二者均歸納於各章之中。瑞民則第二章爲親子。而以家制列於其後。親屬會僅監護機關中之一。歐洲法律之排列次序本不如日本之釐然有序。一則

東西文學不同。二則先後推嬗所致。未可妄加軒輊也。

第五章 親屬法之名稱

親屬法爲民法中一部分。既如上述。然對於名稱。有應研究之二個問題。一爲法律問題。二爲親屬問題。前者關於全典。後者關於本編。夫法之與律。義本相通。自前清修訂刑律。命名爲律之後。舉凡法典。漸有專稱爲律之習慣。判刑事者。曰刑律。判民事者。曰民律。親屬律既爲民律中之一編。故亦稱爲律。民國十九年國民政府公布之法律。則稱法而不稱律。至名爲親屬。而不沿日民之例稱親族者。則以大清律例所用親屬之字義。較親族爲稍廣。與本法之規定相符也。

按法律與非法律之區別。在立憲國家。卽以曾經國會議決與否。爲標準。若夫法之與律。則無一定之區分。稽之於古。爾雅釋詁曰。律者。法也。常也。正韻曰。律呂爲萬法所出。故法令謂之律。又軍法曰律。易曰。師出以律。是也。又管子七臣七主篇曰。律者。所以定分止爭也。釋名曰。律者。累也。累人心使不得放肆也。此皆律字之正訓。至於法之意義。亦大略相同。爾雅釋詁。法。常也。釋名。法。偃也。偃而使有所限也。禮月令。乃命太史守典奉法。註法。八法也。禮曲禮。謹修其法而審行之。則法爲制度。孝經。非先王之法服不敢服。則法爲禮法。書呂刑。惟作五虐之刑。曰法。則法爲刑法。

此皆法字之正訓。由此觀之、法律二字之訓詁、古者固相通矣。然用於成文法之專稱、則呂刑所云刑法、爲最古。次之、則李悝之六法。漢承秦後、改六法爲九篇之律。於是始以律名。歷代因之。至清不改。法律館修訂法律、於是有刑律、民律、訴訟律、違警律之稱。現行法改稱爲法。修正案仍之。惟法律二字、在當時亦恆互用。如憲法、法院編制法、公司法、破產法、以及其他某項組織法、某項編制法之類。皆稱法、不稱律。雖實質無所關係、而以形式言之。似稍參差。以二者而比較之。則稱法較古。且法爲本義。律爲轉義。似不如現行法仿日民之制、一切法律、皆稱爲法之爲當也。次之、則爲親屬之名稱。日民曰親族。前清法律館改之曰親屬。其說曰、日本親族法中之親族、不專指同宗之血族。卽異姓之配偶者、及姻族、均包在內。然中國律例中、凡親族二字、僅專指同宗族之親。戶役立嫡子違法門、條例、有曰於昭穆相當之親族內。夫同宗而後有昭穆。異姓無所謂昭穆。是例文親族、爲專指同宗族親之用語可知。蓋中國律例、凡指同宗族之親。多用親族。指族親姻親之全體。多用親屬。其例如下。(一)親屬相爲容隱律。實包大功以上親、及外祖父母、外孫、妻父母、女婿、與小功以下、及無服親等項而言。(二)親屬相盜律。各居親屬、不分同姓異姓、自期親大功小功總麻以至無服之親、皆是。夫統言小功總麻、則母族在內。又總麻之服、則遠族在內。是律言親屬、實爲包括父族母族妻族之親而言。(三)親屬相姦律。其曰親屬、亦包括同宗無服之親、及無服親之妻、與總麻以上親、及總麻以上親之妻、若妻前夫之女、及同母異父姊妹而言。由是觀之、吾國律例、凡包括族親姻親之處、均用親屬。律中所云親族、蓋專指同宗族之親而言。親屬、包括全體。親族、不過親屬中之一種。此法律館改日本

之親族爲親屬之理由也。雖然，以律例中親屬之文字言之，固爲包括全體之名詞。然若謂親族二字，僅指同宗族之親，則有不盡然者。試先詮親字之意義。廣韻，親者，愛也。孝經序曰，親譽日著。荀子不苟篇曰，交親而不比。孟子曰，親親而仁民。皆訓親爲愛。由愛之轉注，凡父母家族姻婭之間，皆得以親稱之。周禮地官大司徒，以陰禮教親，則民不怨。註，六親，父母兄弟妻子也。前漢書禮樂志，如淳註曰，妻子，從父昆弟，從祖昆弟，曾祖昆弟，族昆弟，爲六親。集韻，婚姻相謂爲親。廣韻，亦有親家之名。是則親之字義，讀音雖平去之不同，而實可謂包括宗親外親妻親三者而言也。又證以族字之意義。所謂族者，不僅如律例所云，僅指同宗之族也。類篇，族者聚也。書堯典，方命圮族。傳曰，族，類也。故凡相聚而爲類者，皆曰族。如曰四閭爲族。謀之多族，皆是。而其最著者，莫如堯典曰，以親九族之文。夏侯歐陽等說曰，九族者，父族四，母族三，妻族二也。詳言之，卽五服之內爲一族。父女昆弟適人者，與其子，爲一族。己女昆弟適人者，與其子，爲一族。己之女子適人者，與其子，爲一族。是爲父族四。母之父姓，爲一族。母之母姓，爲一族。母女昆弟適人者，與其子，爲一族。是爲母族三。妻之父姓，爲一族。妻之母姓，爲一族。是爲妻族二。然則所謂族者，固有一定之範圍。較之現行法所認之血親姻親，草案所認之宗親外親妻親，爲尤顯矣。親之意義，旣如彼。族之意義，又如此。以施之今日之親屬法，似無不合。草案主張改爲親屬者，則援律例以爲證。然考之清律之源始，由於唐律。唐律曾無親屬二字。如親屬相爲容隱。在唐律僅曰，諸同居若大功以上親，及外祖父母，外孫，若孫之婦，夫之兄弟，及兄弟妻，有罪相爲隱，而不曰親屬相爲容隱也。又如親屬相盜律。在唐律僅曰，諸盜緦麻小功親財物者，減凡人一等。大

功減二等。期親減三等。無親屬之名詞。次節又有同居卑幼將人盜己家財物之規定。其日亦僅曰盜總麻也。再如親屬相姦律。唐律僅有姦總麻及妻。姦從祖母姑。姦父祖妾。三條。甲條之規定曰。諸姦總麻以上親。及總麻以上親之妻。若妻前夫之女。及同母異父姊妹者。徒三年。強者。流三千里。折傷者。絞。妾減一等。乙條之規定曰。諸姦從祖母姑。從祖伯叔母姑。從父姊妹。從母及兄弟妻。兄弟子妻者。流二千里。強者。絞。丙條之規定曰。諸姦父祖妾。伯叔母姑。姊妹。子孫之婦。兄弟之女者。絞。卽姦父祖所幸婢。減二等。亦無親屬之名詞也。然則親屬二字。用之於律例。實始於民律。非古義也。且屬有系屬之義焉。周官曰。率屬。史記田單傳曰。疏屬。又曰屬籍。而律例之中。對於家長曰家屬。尤其明證。至於親屬二字。見於傳者。其義亦同。書。大傳。親者屬也。註。謂有親者各以屬而爲之服。是則親屬二字。以文義言。爲卑幼對於尊長之名詞。而非尊長卑幼總括之名詞也。故恐謂用親屬不如仍用親族之爲當。但此等名詞之適當與否。於實際尙無何等之利害。存而不論可也。

第二編 本論

第一章 通則

第一節 親屬總論

大清律例屢用親屬之名詞。而未嘗明定親屬之範圍。惟於服制圖中。可以推知親屬關係之遠近。日民則於篇首認明何者爲親屬。現行法實從其例。第九百六十七條、第九百六十九條之規定曰、稱直系血親者、謂己身所從出、或從己身所出之血親。稱旁系血親者、謂非直系血親、而與己身出於同源之血親。稱姻親者、謂血親之配偶。配偶之血親及配偶之血親之配偶。草案第一千三百十七條之規定則不同。(一)四親等內之宗親。(二)夫妻。(三)三親等內之外親。(四)二親等內之妻親。第二項又加以解釋曰、父族爲宗親。母族及姑與女之夫族爲外親。妻族爲妻親。蓋所謂宗親者、卽同一祖先所出之男系血統及其配偶。祖、父、子、孫、兄、弟、伯、叔及其配偶、皆屬之。姑、姊、妹、女子、未嫁者、亦屬之。外親者、由女系而連續之親。母之、父母、伯叔父母、舅、姑、及女之夫族、皆屬之。妻親者、由婚姻而生。夫對於妻之本生親族、妻之父母、祖父母、伯、叔、姑、及兄弟姊妹、皆屬之。其規定似較現行法爲適當。修正案調和其間。第一條、稱親屬者、謂左列各款。(一)配偶。(二)四親等內之宗親。(三)三親等內之姻親。首列宗親以維舊制。又以外親

妻親並爲姻親，以示改革，亦屬不得已之用心也。

以上所述之親屬關係，與家屬關係不同。親屬關係，乃存在於家長家屬之外，爲人與人的關係。甲爲乙之親屬，乙亦爲甲之親屬，爲相互關係，而非片面關係也。其關係之發生，不外血統之聯絡，及婚姻、承嗣、或收養三原因。與家屬關係相競合，而爲社會成立之基本。

按大清律例之定親屬，非定親屬之權義關係，而定親屬之罪名關係也。夫以罪名關係，而言親屬，已屬一端之作。用。若更舍刑律而言服制，以罪名之輕重，視乎服制之親疎，未免有本末倒置之嫌。故吾國親屬之範圍，未嘗無成文之規定，而不能謂爲民法上之規定。

各國民法，如法國法系諸國，親屬範圍，未有明文。日民則規定於親屬編之首。其第七百二十五條之規定曰：揭於左者爲親族：（一）六親等內之血族。（二）配偶者。（三）三親等內之姻族。草案與日民不同之點：一則親等不同。草案認四親等內之宗親，三親等內之外親。日民則認六親等內之血族，三親等內之姻族。親等不同，範圍自別。自其所以不同之故，則由於習慣禮俗之各殊，未可執一以相繩也。二則名稱之不同。（甲）外親、妻親、與姻親、名稱之不同。此又可別爲二。草案分外親、妻親爲二。蓋根源於律例之喪服圖制，所謂外親服圖、妻親服圖而定者也。日民則僅於血族之外，認姻族一種。則以外親、妻親，均爲夫婦之一方，與他一方之血族所生之關係也。夫姻之字義，在說文則曰：婿家。在禮婚義疏，則曰：婿曰婚，妻曰姻。又曰：妻父曰婚，婿父曰姻。又曰：男女之家曰姻。白虎通曰：

婦人因人而成，故曰姻。是則姻者與婚相對待，爲男女兩方對於他一方之血族所生之關係也。以此言之，則惟妻親可稱爲姻族，外親不得爲姻族也。但此以狹義言之耳。以廣義言之，則所以與外親生親屬關係者，仍由於婚姻。故以外親妻親兼稱爲姻族。未始無據。（乙）爲夫妻與配偶者名稱之不同。各國民法，有不列夫妻於親屬之中者。草案與日民，則皆認之爲一種親屬。特草案稱爲夫妻。日民稱爲配偶者。此雖名詞上之區別。然夫妻爲身分上之定名。配偶者則爲夫妻之解釋。况以廣義言之，妾亦可稱配偶者。法律之用語，自以夫妻二字爲宜。至於夫妻財產間之關係，又有用夫婦之名詞者。夫妻爲對待的關係。夫婦爲聯屬的關係也。用語之間，頗有區別。學者不可不知。草案第一千三百十七條第二項，自表面言之，雖以宗親、外親、妻親三者並列。實則專爲外親之解釋。蓋父族爲宗親。妻族爲妻親。本無疑義。奚待費辭。惟外親之用語，似專指母黨而言。昔人所謂外家，固專屬於母家。然外親服圖之所載，母黨之外，尚有姑之子、姑之孫。姑者父之姊妹。姑之子孫，父之姊妹之子孫。非母黨之親族。亦列於外親服制圖中。則外親所包者廣。解釋法律者，或致誤會。故特爲一項以明之。而父族妻族之語，僅以足其文義而已。再就現行法言之，所稱直系血親、旁系血親，僅有親等之計算。而無親等之限制。所謂姻親，亦分三類。（甲）血親之配偶。即伯叔母、兄弟及姪之妻，皆列於姻親。而非嫡出子，對於嫡母、前妻之子，對於繼母、子孫之妻，亦皆列於姻親。實與舊俗不符。（乙）配偶之血親。即妻之血親。而妻之非血親，又待下文之解釋。（丙）配偶血親之配偶。即妻之伯叔父、兄弟及姪之妻、姑姊妹姪女等之夫等，亦祇有親等之計算。而無親等之限制。則親屬範圍，殊難明晰。

此今日學者所詬病、而亟宜修正者也。修正案第一條、規定（一）配偶、（二）四親等內之宗親、（三）三親等內之姻親。以姻親包括妻親外親。且明定其限制。似較適當。

親屬爲相互的關係者、以身分上之權義、皆爲對於特定之人而生者也。親子夫妻兄弟以及宗族姻婭、無不彼此雙方生同一之關係。故可由此一方之關係、推知他方之關係。即如大清律例中外親服圖所載母之兄弟姊妹、而不載姊妹之子。然母之兄弟姊妹、既認爲外親、則姊妹之子、當然亦爲外親。蓋親屬關係、爲相互關係、而非片面關係。故己以彼爲屬於外親範圍以內、彼亦應以己爲屬於外親範圍。可以互相參照。不必雙方皆有明文也。家長家屬之關係、則不然。何者爲家長。家長對於何人得行使其權利。何人應爲其家屬。皆須以明文規定之。蓋家長爲家中之一人。家屬則爲一家之全體。故親屬關係、以個人爲單位。家屬關係、以家爲單位。由個人組織而爲家。是爲今日社會之現象。

第二節 親屬之種類

第一款 血親

依現行法之規定、稱直系血親者、謂己身所從出、或從己身所出之血親。稱旁系血親者、謂非直系血親、而與己身出於同源之血親。採用日民之血族、而變其辭曰血親。草案則曰宗親。修正案從之。所謂宗親者、專言父族。即同一祖先

所出之男系血統。歐美各國、女系恆與男系並重。血統恆兼男女而言。中國夙重男系。故歸於本宗之婦、雖無血統關係、而謂之宗親。本宗婦女出嫁而生之女系、雖有血統關係、而不謂之宗親。羅馬法所謂宗族者、義亦相同。然宗親之中、尚有血統上宗親、與擬制上宗親之別。

按日民第七百二十五條、左列者爲親族。第一項曰、六親等內之血族。血族者、對於第二項姻族而言。有血統關係之族也。現行法改之爲血親。宗親者、同宗之親也。何謂同宗。當先究宗之意義。夫宗族宗支宗嗣宗祧等名詞、爲社會所通用。然一究夫宗之意義、皆語焉而不能詳。蓋大宗小宗之制度、不行於今日久矣。今試推溯其源始。白虎通宗者尊也。字林、宗者尊也。亦主也。皆釋宗爲尊崇之義。吾人尊崇之至者、莫若祖先。故尊祖先曰祖宗。然祖與宗不同。祖爲始祖、一成而不變。宗則限於特定之人、建國立家有功德於後者。劉歆曰、禮、天子七廟、三昭三穆、與太祖之廟而七。七者、其正法。數可常也。宗不在此數中。宗、變也。苟有功德則宗之。不可預爲設數。是天子以立七廟爲正法。而有功德者、則別爲立宗。不限於七廟也。禮、有虞氏禘黃帝而郊嚳。祖顓頊而宗堯。夏后氏亦禘黃帝而郊鯀。祖顓頊而宗禹。殷人禘嚳而郊契。祖契而宗湯。周人禘嚳而郊稷。祖文王而宗武王。皆於七廟之外、別立祖宗之廟。以其功德之可尊也。漢唐以降、歷代帝王之謚號、不曰祖、則曰宗。義取於此。是爲宗之意義之源始。大宗小宗亦即緣此而生。所謂宗者、卽表示爲祖先之系統、及屬於其系統之現在子孫也。禮大傳、尊祖故敬宗。敬宗、尊祖之義也。杜氏通典、則訓宗爲祖禰之正體。禮記精華又釋之曰、宗、是祖先正體。惟是尊祖。是以敬宗。尊始祖故敬大宗。尊高祖故

敬小宗。是則大宗小宗爲祖先之正體。又卽先祖系統所寄之子孫也。而大宗小宗，則自有別。大宗小宗爲三代以來之別子宗法。禮、大傳、別子爲祖，繼別爲宗。有百世不遷之宗。有五世則遷之宗。百世不遷者，別子之後，宗其自別子所自出者，百世不遷者也。宗其繼高祖者，五世則遷者也。所謂百世不遷者，是爲大宗。朱子家禮曰：百世不遷之宗，宗其繼別子者，是爲大宗。張一棟宗法考曰：別子爲祖，以嫡承嫡，百代不遷。是爲大宗。杜預曰：別子者，君之嫡妻之子，長子之母弟也。君命爲祖，其子則曰大宗。是皆以別子之子孫爲大宗。而何謂別子。則自杜預之說外，朱子家禮、宗法別子爲祖之註曰：別子，謂諸侯嫡子之弟，別於正嫡也。爲祖者，別與後世爲始祖也。又鄭氏五宗圖曰：天子之子稱王子，王子封諸侯，諸侯之子稱公子，公子還自任，食采於其國爲卿大夫。則子孫自立此公子之廟，謂之別子爲祖。則嫡嫡相承作大宗，百代不絕。是則別子者，諸侯嫡長子之母弟，爲卿大夫，始受封爵，別爲一家祖者也。至於禮記精華之說，則稍不同。其說曰：別子有三。一是諸侯嫡子之弟，別於正嫡。二是庶姓公子，來自他國，別於本國不來者。三是庶姓之起，於是邦爲卿大夫，而別於不仕者。由是言之，別子者，不僅諸侯嫡子之弟，他國之公子，來仕於此國者，及非公子，崛起爲卿大夫者，皆爲別子也。證之以鄭康成於禮王制之註，太祖曰：太祖，別子始爵者也。雖非別子，始爵者亦然。白虎通曰：雖非別子，其起於是邦而爲大夫，其嫡繼子亦百代不遷。晉賀循曰：古者諸侯之別子，及起是邦爲大夫者，爲大宗。則禮記精華之說，非無據也。要之，別子宗法，本爲諸侯別子所設之系統繼承法。諸侯之嫡長子，繼其諸侯之本宗。嫡次子以下，不受封爵者，皆屬於本宗。若受封爵而爲卿大夫，則與本宗相離，別爲

一家之祖、稱爲大宗。小宗則爲繼禰者、五世則遷。禰者、父也。近也。朱子家禮曰、父廟曰禰。惟長子得祭。支子不得祭。宋聶崇義三禮圖解曰、禰、謂別子之庶子。庶子所生長子、繼庶子與兄弟爲小宗。以其五世則遷、比大宗爲小也。詳言之、繼別子者、爲嫡長子。庶子不繼別子。因而庶子之長子、不以別子爲始祖。亦不得祭。惟以父爲始祖而祭之。故別子之長子、繼別子爲大宗。世世嫡長子皆承大宗之系統。反之、別子之嫡次子以下、不繼別子、而別爲一家。其嫡長子各以其父爲始祖。爲一小宗。且其嫡長子之諸弟、皆別開一宗。爲一小宗祖。茲列圖以明之。

□別子
 大宗祖
 嫡長子
 嫡長孫
 嫡長曾孫
 嫡長玄孫
 ○大宗以嫡承嫡百世不遷

庶子
 嫡長子
 嫡長孫
 嫡長曾孫
 嫡長玄孫
 ○小宗

庶子小宗祖
 嫡長子
 嫡長孫
 嫡長曾孫
 嫡長玄孫
 ○小宗

庶子小宗祖
 嫡長子
 嫡長孫
 嫡長曾孫
 嫡長玄孫
 ○小宗

庶子小宗祖
 嫡長子
 嫡長孫
 嫡長曾孫
 嫡長玄孫
 ○小宗

庶子小宗祖
 嫡長子
 嫡長孫
 嫡長曾孫
 嫡長玄孫
 ○小宗

庶子小宗祖
 嫡長子
 嫡長孫
 嫡長曾孫
 嫡長玄孫
 ○小宗

依上所述、大宗小宗之義、已甚明瞭。同宗者、同此大宗或小宗之謂。大宗、百世不遷。故同大宗之關係、永遠不絕。小宗、五世則遷。故同小宗之關係、僅限於同一高祖之範圍。換言之、卽至三從兄弟爲止。故吾人一身、有五宗之關係。五宗者、大宗一、小宗四也。白虎通曰、宗其爲始祖後者、此百世之所宗也。宗其爲高祖後者、五世則遷者也。故曰、祖遷於上、宗易於下。宗其爲曾祖後者、爲曾祖宗。宗其爲祖後者、爲祖宗。宗其爲父後者、爲父宗。父宗以上、至高祖、皆爲小宗。以別於大宗。大宗一、卽別子之世嫡相承也。小宗四、卽父宗祖宗曾祖宗高祖宗也。今日五服之制本於此。列圖於下面。

依上所述、宗親之義可知矣。雖然、大宗小宗之系統、固如此。而人不必皆有宗也。禮大傳曰、有小宗而無大宗者、有有大宗而無小宗者。有無宗而亦莫之宗者。公子是也。蓋君無嫡弟、以庶昆弟爲小宗、則有小宗而無大宗。大宗僅一子、則有大宗而無小宗。若公子止一人、無他公子可爲宗、則無宗亦莫之宗。是雖在宗法時代、亦不必皆有宗親也。於此又有不可不知者、大宗小宗之制、爲諸侯別子之系統繼承法。而非士庶人之繼承法也。秦漢以降、封建既廢。別子宗法、亦爲陳迹。於是宗法制度、變而爲承祧制度。今日大清律例、所謂立嫡子違法者、固其遺制。無宗法制度、而猶曰同宗、曰宗親者、沿古語也。其詳俟論嗣子時言之。夫宗法制度之得失、今日固無討論之價值。亦無恢復之餘地。宋明之際、論者固猶斤斤。張載曰、宗法無法、則朝廷無世臣。且如公卿一日崛起於貧賤之中、以至公相。宗法不立、既死、遂族散。其家不傳。宗法若立、人人各知來處。朝廷大有所益。蓋公卿各保其家、忠義豈有不立。忠義

					始別 祖子
				庶別 子子	爲繼 宗別
			庶 子	親小繼 兄宗禰 弟宗者	大 宗
		庶 子	親小繼 兄宗禰 弟宗者	從小繼 兄宗禰 弟宗者	大 宗
	庶 子	親小繼 兄宗禰 弟宗者	從小繼 兄宗禰 弟宗者	再從小繼 兄宗禰 弟宗者	大 宗
庶 子	親小繼 兄宗禰 弟宗者	從小繼 兄宗禰 弟宗者	再從小繼 兄宗禰 弟宗者	三從小繼 兄宗禰 弟宗者	大 宗
宗	之	遷則	世	五	百世不遷之宗

既立朝廷之本，豈有不固。今驟得富貴者，止能爲三四十十年之計。造宅一區，及其既死，則衆子分裂。未幾蕩盡，則家不存。如此，則家且不能保。安能保國家。邱文莊曰：欲行宗子之法，必自世胄始。今世文臣無世襲法，惟勳戚及武臣，世世相承，以有爵祿。此法斷然可行。若夫見任文臣及仕宦人家之子孫，與夫鄉里稱爲大族鉅姓，自謂爲士大夫者，朝廷宜立定制，俾其家各爲譜系，孰爲始遷於此者，孰爲始有封爵者，推其正嫡一人以爲大宗，又就其中分別某與某同高祖，推其一人最長者爲繼高祖小宗，某與某同曾祖，爲繼曾祖小宗，某與某同祖，某與某同祧，各推最長者一人以爲小宗。其分析疎遠者，雖不能合於一處，然其所以綴列於譜牒者，則燦然而明白也。若夫軍官襲替，故事明具宗支圖，亦俾其明白開具。以五宗之法，若其正支絕嗣，而以旁支入繼者，既襲之後，卽將其名繫於所後正支之下。凡承大宗，而以其次第承所生父母，以爲小宗。如此，雖不能盡如三代之制，亦禮廢羊存之意。古人之論宗族制，其善也如此。世勢遷流，不惟宗法之制無足置論，卽現存之家族制，亦爲學者詬病之端。一若家制存在，國家卽趨於衰危者，推其論斷，是將舉今日所遺同宗宗親等名詞，一掃而空之。而惟個人與國家相直接也。夫個人制之極端，果能實行，國家之禍福，固不可知。然亦足開社會特殊之現象。乃所謂個人制者，亦未超於家族之範圍。不過習慣之稍殊，儀文之各異，遂據以爲國家強弱之機。毋亦耳食之談，知二五而不知一十者歟。

吾國家族之系統，專重男系。蓋重男輕女之俗，自古已然矣。故歐洲有以女子繼承皇室之大統者，如俄之以利沙伯、英之維多利亞、荷蘭之威爾克那。而中國無是也。有以女子承襲爵位者，如英之洛克期男爵、貝德期庫茲男爵。

而中國無是也。有以女子承襲財產者，如近時克虜伯廠財產，俱由其女承襲。而中國無是也。有以女子承襲其家者，如日本之女戶主。而中國無是也。中國之女子，以三從爲要義。在家從父，出嫁從夫，夫死從子。女子既嫁之後，內夫家而外母家。喪服圖所列，出嫁之女，爲本宗之親，皆降服一等。要卽此義。夫以血統論，男子女子，皆爲一脈之所傳。奚有親疎之別。唐律於中表姊妹之婚姻，嚴爲禁止。亦以血統相同，與伯叔姊妹無異。而宗族之系統，不以女子繼承者，則以祖先之宗嗣，非異姓之所能承也。夫中國宗法之主旨，實爲先代之明禋而設。故大宗小宗，卽以所承之祖禰爲別。爲其子孫者，始能祭其祖先。傳曰：神不歆非類。又曰：非其鬼而祭之，諂也。故血食之存續與否，必視乎同姓之子孫。若夫女子，旣出嫁之後，姓氏已移。爲他人婦者，所生之子，卽爲他姓之孫。旣不能承二姓之明禋，卽無以傳母家之血統。雖招婿養老，俗亦有之。而養老旣異於承禰，亦招婿不同於傳女。故宗族之系統，在中國可謂絕無女子系也。至論其事之得失，則一家之系統，本貴明瞭。若男女並傳，關係轉形複雜。蓋姓氏不足標明一系相承之關係。而求之血胤，則女復傳女，輾轉牽引，以至於無窮。譜牒之中，必有不能紀極者。似不如專重男系，事實較爲便利也。此則中外習俗之不同，毋庸強爲模擬者也。

羅馬法之認宗族，專以男系爲主。與吾國習慣相同。惟羅馬於宗族之外，別認血族關係。卽本身與姊妹之子，互爲血族。又與父母兩方之血族，皆有血族之關係。蓋宗族關係，以是否同一家父權爲標準。血族關係，則以是否同一血族爲標準。前者爲市民法所認，後者爲萬民法所認也。

(一) 血統之血親。分爲二類。

(甲) 以嫡出庶出分類者。卽由正當之婚姻而生者、謂之嫡出血統。由婚姻外之男女間而生者、如庶子私生子之類、謂之庶出血統。草案從之。修正案亦從之。現行法無此區別。

按血統上宗親、以嫡庶爲辨者、卽論其所出是也。增韻、正室曰嫡。正室所生之子、爲嫡子。一曰嫡、敵也。言無與敵也。通作適。庶子支子、傳曰、木之正出爲本。旁出爲支。子之正出爲嫡。旁出爲庶。故正妻所生爲嫡子。妾媵所生爲庶子。猶木之有正枝旁枝也。但嫡子庶子之外、又有長子衆子之分。嫡子中之最長者、曰長子、亦曰嫡長子。禮、喪服傳曰、父爲長子服三年。所以服三年者、以其承宗也。長子之外、曰衆子。而對於長子而言。有時亦曰庶子。草案修正案不列長子衆子者、宗法旣廢、僅有嫡出庶出之分。而無承宗不承宗之別。無庸爲此區別也。私生子、由姦通所生之子也。大清律例犯姦門、姦生男女、責付本夫收養。私生子以血統而論、亦有親屬關係。不得不負扶養之義務。日民不認妾之規定。故庶子之規定、與草案不同。以私生子之認知者、爲庶子。未認知者、爲私生子。現行法祇有婚生子女與非婚生子女之別。又其異也。

(乙) 以直系旁系分類者。卽彼我之間、有直下關係者、如父子祖孫、謂之直系血統。彼我之間、無直下關係、自共同之始祖而出者、如兄弟姊妹及從兄弟之關係。謂之旁系血統。現行法僅認此分類。但其於草案修正案仍有不同之點、詳見他章。

按直系旁系，即俗所謂本派支派是也。詩曰：本支百世。蓋血統之相承，如木之有本有枝也。在譜學昌盛時代，一家之系統，皆極分明。某爲遠祖，某爲同宗，可以一一指數。近世譜學不講，最近之直系旁系，或可從源而溯流。其關係稍疏者，則華胄遙遙，無由辨其真僞矣。夫系統之相承，爲家族制之基本。古代之家族制度，與政治，有直接之關係。故國家恆受其影響。春秋之世，卿、魏、晉之門第，皆以閥閱得官，以致貴族子孫，坐致卿貳，而寒門下族，無由崛起於畎畝之中。政治腐敗，人才消乏，實基於此。則系統相承之弊也。近世家族制度，已見衰微。所謂直系旁系者，不過宗族上之聯屬關係。其間接及於政治者，僅襲封廕子等事。然亦微矣。至於聯屬關係之範圍，詳諸親等節中。

(二) 擬制上血親。亦謂之準血親。本身無血統之聯絡，特以某原因之發生，遂由法律擬制之，使與血親有同一之關係。或有稱之爲法定血親者，亦卽此義。此可分爲四。

按擬制上血親，亦謂之準血親。又謂之法定血族。蓋非血族而法律認之爲血族者也。夫非血族而名義上認爲血族者，古有之矣。以呂易嬴，以牛易馬，本無血統關係，而認爲血族。故名義上之血族，與事實上之血族，恆相抵牾。然法律上擬制之血族，又與是異。如下所述，嗣子與嗣父母、繼子與繼母、庶子與嫡母、養子與養父母，可知矣。以此四者言之，尙有自動他動之別。嗣子養子，由於承嗣收養之行爲，始生親子關係，爲自動的。繼子庶子，則由婚姻中之繼妻，或妾媵關係，始有繼子庶子之分。則他動的也。且法律之所以擬制其爲血親者，則或爲承祧，或爲娛老，或爲

名分之匹敵。或爲嫡統之尊崇。謀家室之和平。齊社會之倫紀。實有不能不認爲血親者。故曰。法律者。因順乎人情者也。雖然。法律之所擬制者。是否當以此爲限。亦一問題也。如古所謂三父八母者。皆若爲擬制上血親。三父者。其說不同。或謂爲生父嗣父繼父。而服制圖所列。則爲同居繼父。不同居繼父。繼母所嫁夫也。以理而論。子對於親母所嫁之夫。實與對於繼母相同。其不得爲擬制上之血親者。則以己身當從父之系統。故與父齊體爲繼母者。得爲血親。而與母齊體爲繼父者。不得爲血親也。若繼母所嫁夫。則親尤殺矣。故喪服圖亦列爲無服。不得與親母之夫並論也。所謂八母者。除嫡母繼母庶母外。其一則養母也。註謂自幼過房與人。此當從養子之規定。其二則慈母也。謂所生母死。父令別妾撫育者。此與庶子對於庶母之關係。大抵相同。其三則嫁母也。其四則出母也。母既嫁既出。則與夫家之關係絕。不得爲父之妻。卽不得爲子之母。而服制仍存者。不以義斷恩也。(今法。母子之關係不絕。其五則乳母也。乳母。舊註謂父妾乳哺者。則與慈母相混淆。當以奶母之說爲是。奶母爲雇傭關係。其不生親屬關係。無可疑也。夫三父八母之說。其範圍爲最廣矣。而以情理衡之。除嫡母繼母庶母外。皆不得列於準血親。此所以草案之規定。專以嗣子與嗣父母。繼子與繼母。庶子與嫡母。養子與養父母爲限也。日民有養子。無嗣子。現行法亦僅認養子。不認嗣子。且不認庶子。而繼母亦僅列於姻親。此由於認血親。不認宗親。且除養子外。又不認其他之法定血族。遂致扞格難通也。

(甲) 嗣子與嗣父母。 嗣子者。法律擬制之子也。嗣子與嗣父母。本無親子關係。經法律擬制。始生與親子同一

之關係。且不獨與嗣父母、生親子關係。卽與嗣父母之親屬關係亦然。如對於嗣父母之父母、卽生祖父母與孫之關係。對於嗣父母之兄弟姊妹、卽生伯叔姑及姪之關係等是也。可知嗣子之親屬關係、與親生子之親屬關係、毫無差異。惟親生子之關係、自出生時時起。嗣子則從承嗣之日起而已。

按嗣子與嗣父母、卽因承嗣所生之親子關係也。如何而可爲嗣子。如何而可立嗣子。當於嗣子節中言之。茲所言、卽嗣子與嗣父母之關係也。歐美及日民、僅有養子之規定。無嗣子之規定。蓋彼實以養子包嗣子。此則專指承嗣宗祧之子也。嗣子以承祧。養子以娛老。故嗣子與養子不同。而承繼宗祧者、視所嗣父母、當有如何之關係。此一問題也。傳曰、爲人後者、爲之子。不敢復顧私親。故爲人後者、對於所後之人、當然生親子關係。而先儒學說、各各不同。宋之濮議、明之興獻議、朝堂之中、幾成聚訟。千古未能判定其是非。蓋厚於所後、則薄於所生。存所生之親。又乖立後之義。固有難以兩全者。雖然、要亦宜酌乎情理之平耳。夫專重所後、而對於本生之父、當降稱伯叔者（宋程頤等說）其說固非。而專重所生、對於所後之親、稱爲伯叔者（明張璁桂萼說）其說尤非也。蓋立嗣者、因己身無後、始立他人之子爲後也。若立嗣之後、仍後於所生、而不後於所繼、則奚用立嗣爲。禮喪服、爲人後者、傳曰、何以三年也。受重者、必以尊服服之。爲所後者之祖父母、妻妾之父母、昆弟之子、若子者、皆如親子也。此卽草案所謂與所嗣父母之親生者、同也。如謂謂他人父、爲人子所不安。然既受父命而後於人、則後於所繼、正不得爲不孝。况雖爲人後、而對於所生、仍得以本生父母稱（宋歐陽修曾鞏說）曾非視爲途人也。禮爲人後

爲其父母期。爲其昆弟大功。爲其姊妹適人者小功。皆降本服一等。夫古之爲人後者，雖限於同宗，而不必皆親昆弟之子。族人之同宗者，皆可爲之。有大功小功昆弟之子，而爲之者矣。有以總麻袒免無服昆弟之子，而爲之者矣。若當從所後爲屬，亦當從所後爲服。則於其祖父母有宜爲大功，爲小功，爲總麻，爲袒免，爲無服者矣。而聖人制禮，皆爲其父母期，使足以明所後者重而已。非遂當變其親也。以此言之，對於嗣父母之親屬關係，與所生者同。而對於本生父母之親屬關係，仍不消滅也。或曰：尊無二主，家無二上。父不得有二也。旣以繼父爲父，又以生父爲父。於義未安。曰：是不然。所謂家無二上者，不得有二尊也。權不歸一，爭端易起。此古代三綱之精義。亦近日親權夫權所由始也。若繼父與生父並存，而教養監護之權，獨歸於所後。是權義已定於一。爭端無自而開。而生父之親，亦本於其實。固不得以兩統二父之說，相爲枝梧。蓋恩莫重於所生，故父母不可改。義莫重於所繼。故寧抑而服其服。此千古不易之定理。立法者所當知也。至於嗣子之子孫，對於本生之親屬，則不得復論其本生之關係。而當僅論所後之宗支。觀大清律例毆祖父母父母各條，可以知矣。（現行法不認宗祧繼承，故不認嗣子，頗與習慣不合，修正案第三條仍留嗣子之規定。）

(乙) 繼子與繼母。草案無繼子繼父之文。然第一千三百二十條第二項，子於繼母之親屬關係，與所親生者同。則繼子之地位，可以推知。至繼父之名，草案無特別之規定。現行法於繼子不設規定。致繼母列於姻親。修正案第三條第三項，特列繼子。但列於養子之後，猶嫌輕重倒置。

繼子與繼母，本無血統關係。以法律之規定，認爲與親子生同一之關係。故曰：擬制的血親。自有此母子關係，凡由繼母而生之親屬關係，繼子對之，皆有同一之關係。與親生子無異。

按繼子與繼母，爲法律上擬制的血親者，蓋以血統言，繼子與繼母，雖無血統關係，而繼母與父齊體，不能不推父之尊而尊之也。夫繼母之於繼子，曾受撫育者無論矣。或未受撫育，或年齡相等，或居處睽違，既無血統之關係，復無恩情之繫屬。若法律不明白規定，則關係不明，必有誼屬天親，而視同陌路者。此各國法律，所以明定其關係，而草案以繼母與嫡母同論。現行法乃僅認爲姻親，破家庭之組織，而導天下以不孝。未必不由於是。此修正案所以不能不特予以糾正者也。繼父則異是。繼父者，出母嫁母之夫，推繼母之名而稱之也。既非宗親，又非血統，苟無教養之關係，自無恩愛可言。故大清律例對於不同居繼父，爲無服。而對於同居繼父，則以兩無大功親，兩有大功親，爲別。而服制亦僅於期年，終不能認爲與所生同關係。禮重本宗，不能純重私恩也。至於繼母所嫁夫，恩與義皆尤殺矣。故僅從繼母嫁者，服齊衰杖期。其他則否。明乎此，而繼母繼父不同之點，思過半矣。

(丙) 庶子與嫡母。庶子者，對於嫡母言之也。嫡母爲父之正妻。庶子爲妾所生之子。本無血統關係。以法律之擬制，使庶子與嫡母生與親子同一之關係。因此母子關係，而凡由嫡母而生之親屬關係，庶子對之，亦有同一之關係。與親生子無異。

按庶子與嫡母，以中國之習慣言之，似無規定之必要。蓋吾國數千年來，庶子之視嫡母，固尤重於生母。禮、喪服、

父在爲母服齊衰杖期。曰、何以期也。屈也。至尊在、不敢伸其私尊也。至唐武后時、始令爲母服齊衰三年。至明太祖始命爲母服斬衰三年。而生母與嫡母同。大清律例所列之喪服圖、亦因明會典之舊。蓋爲父也妻者、卽爲子也母。固不以非所生、而有別也。特繼母嫡母、同非所生。法律旣列繼母、而不列嫡母。恐或生掛漏之疑。故連類及之。於此有一問題、卽繼子庶子、對於繼母嫡母親屬之關係也。日民第七百二十八條曰、繼父母與繼子、又嫡母與庶子之間、與親子生同一之關係。釋之者曰、繼父母嫡母所生之親子關係、僅及於一身。而不影響於其他宗族。故繼父母嫡母之兄弟姊妹、對於繼子庶子、亦不生舅甥伯叔之關係。然以吾國之習慣言之、繼父之問題姑無論。而繼母嫡母之間、若謂與其親屬不生關係、似亦有所難安。蓋吾國習慣、繼子庶子、對於繼母嫡母之親屬關係、與所生之子相同。外祖父母、舅、甥、等項、繼子庶子、與所生之子、固無差異。若謂繼子庶子、認繼母嫡母之關係、而不認由繼母嫡母所生之親屬關係。則向之所謂外祖父母、舅、姨者、或將認爲疏遠之親屬。其不爲流俗驚詫者、幾希。草案第一千三百二十條第二項之規定者、此也。現行法無嫡母之明文。祇有婚生子女、與非婚生子女之別。其觀念在於一夫一妻。妻以外之子女、卽非婚生子女不得爲分嫡庶。修正案亦同。

(丁) 養子與養父母。日民之所謂養子、與草案之嗣子略同。茲所謂養子者、則於承嗣宗祧以外、所養之子也。以吾國習慣、似不能無養子之規定。草案未免缺漏。現行法第一千零七十二條、至第一千零八十三條、規定養子女。修正案亦列養子。養子與養父母、亦無血統關係。經法律之擬制、使養子與養父母之間、生與親子同一之關

係。

按養子之義、以吾國習慣言之、實與嗣子有別。在他國則概稱爲養子。茲略言之、古代之重子嗣、所以崇祀祖先也。苟或無子、則爲不孝。故婚姻之目的、以有子爲前提。七出之條、首曰無子。中國之法也。獨居者科刑。印度日耳曼人種之法也。婦女生三子或四子者、加以獎勵。無子者附以制裁。羅馬之法也。古代視子之重也如此。然子之可得與否、非人之所可必也。於是各有其救濟之方焉。有夫婦間無子、而令妻與夫最近親之男子同居、以求得子者。此古代印度及日耳曼族之所行。今日尙有存者。所謂家夫之代位是也。有家長無男子、則令其家女與他之男子同居、以求得子者。此古代印度及希臘之所行。而印度今日仍或存之。所謂家女之託任是也。有家長無子、使其兄弟之子、於正室之外、別娶側室、以求得子者。中國南方各省、時一見之。與前所謂家女之託任相似。特彼爲女子、而此爲男子耳。有無子、或子尙幼、則爲女擇夫、使入於己家、以冀生子者。此馬來羣島土民之所行。名爲招贅婚者、是也。有身既死亡、則以其寡婦與後夫所生之子、爲前夫之子者。此古代希伯來民族之所行也。有兄無子而死亡、則弟娶其婦、而以所生之子、爲兄之子者。此伯利爾高加索民族之所行也。由此觀之、各國民衆、無不重其宗嗣。而養子制度、卽由此而生。現在德、意、俄、比、西、瑞、法、美、無不認養子者。其稍不同者、則英吉利也。普通法殆不認養子制度。惟受贈者、受遺者、得繼承贈與者遺贈者之氏名及身分。仍生養子之結果。吾國古代之養子、惟限於同姓。蓋皆所以嗣宗祧。卽前所謂嗣子也。然其中亦有不得謂爲嗣子者。詩曰、螟蛉有子、蜾蠃負之。

楊子法言曰：螟蛉之子殞，而逢蜾蠃，祝之曰：類我類我。久則肖之矣。故養子亦曰螟蛉子。傳曰：莒人滅鄆，鄆無後，而以所出之莒人繼之。故曰滅。後漢書順帝紀曰：初，令中官得以養子爲後，世襲封爵。此養子之見於古者也。蓋養子之制度，必經數級之變遷。一曰繼承祭祀制度。養子之目的，以存續祖先之祭祀爲主。故有子而能繼續宗祀時，卽不得爲養子。二曰繼承家長權制度。家族制度時代，家長有代表一家參與公務之權。家長若無子，或有子而死亡時，則豫爲養子，以繼續其家長之權義。三曰繼承遺產制度。個人主義時代，以個人爲構成國家之單位。各有特有財產。苟或無子，得豫爲養子，以繼續其財產。四曰保護收養制度。養子之目的，或因垂老無子，養子以自娛，或因孤弱可憐，養子以相恤。而養子之關係，遂超然繼承問題以外。以上四者之制度，雖不可絕對的區分。大略不外乎此。而此四者之中，前三者有繼承問題。故恆限於本宗。且第一制度，尤限於本宗之男子。若第四制度，則女子及異姓皆得爲養子。是爲養子範圍最廣之時期。吾國今日之養子，以現狀言之，繼承家長權制度，現已漸歸湮沒。而繼承祭祀制度、繼承財產制度，皆屬於嗣子之規定。所謂養子者，則保護收養制度也。吾國之習慣，無子者，除以同宗之子承祧外，恆有乞養他人，或買受他人之子，以爲子者。一則以爲自幼撫育，得同於所生。一則以爲別無本生，無以分其敬愛。故恆有不願嗣子，而願養子者。且不但此也，無子者固有養子。而有子者未嘗無養子。閩中漳泉各處，中人及富厚之家，恆於所生之外，又多養子，以爲廣殖子孫之計。廈門志曰：閩人多養子。卽有子者，亦必抱養數子。長則令其販洋。賺錢者，則多置妻妾以羈縻之。與親子無異。分析產業，雖胞姪不

能爭。亦不言其父母。既賣後卽不相認。或籍多子以爲強房。積習相沿。恬不爲怪。冒其宗姓。衍其子孫。家人既莫之非。姻婭亦以爲可。故律例雖有異姓爲嗣之禁。而事實上之養子。固不限於同姓也。養子之外。尙有養媳。撫他人之女。以爲己之子婦者也。舅姑對於養媳。既非所生。故恆有虐待情事。且子未壯而養媳。尤與法理不符。此種弊俗。當在嚴禁之列。然當尙未禁止之先。及禁止之後。而用養女名義。以撫育者。則家庭間之地位。不可不明。現行法有養子之規定。使養子女與養親之間。有明確之關係。洵足補草案之缺漏。特以嗣子亦包括於養子之內。則殊不合於舊慣。修正案並列嗣子養子。實兩全兼顧之良法也。

以上所述之血親。或爲血統的。或爲擬制的。皆不能無一定之範圍。蓋天然之血統。似無何等界限。然世數遼遠之血親。各國法律。莫不設一定之界限。以定其範圍。法民以十二親等爲限。意民以十親等爲限。羅馬、西班牙、比利時、日本、民法。以六親等爲限。草案則以四親等爲限。以族言。則爲九。以等言。則爲四也。外親限於三親等。妻親限於二親等。現行法有親等之計算。而無限制。修正案宗親亦限於四親等。外親妻親均列於姻親。限於三親等。

按血親之發生。由於血族之關係。推而言之。則上溯元祖。下及耳孫。旁衍於同族。皆不謂非血胤之流傳。然親親之道。必有所窮。傳曰。上殺。下殺。旁殺。而親畢矣。李格非釋之曰。自己而上殺。至於高祖則五世。自己而下殺。至於元孫則五世。自己而旁殺。至於三從兄弟。則五世。故曰。上殺。下殺。旁殺。而親畢矣。方懿曰。上殺者。遠近之殺也。下殺者。尊卑之殺也。旁殺者。親疏之殺也。遠近之殺者。近者隆而遠者殺故也。尊卑之殺者。尊者隆而卑者殺故也。所謂親疏

者、亦若是而已。不曰降、而曰殺者、親愈上、則愈殺於遠。親愈下、則愈殺於卑。故也。所謂旁殺者、亦若是而已。三殺既畢、則九族之外也。自是以後、學者之釋九族、多從其說。禮、大傳、四世而總、服之窮也。五世袒免、殺同姓也。六世親屬竭矣。又絕族無移服、親者屬也。方懿曰、九族以外、謂之絕族。以其恩至此絕故也。有恩則有服。以其恩移、故無移服也。夫以卑而屬尊、以幼而屬長、以庶而屬適、以旁而屬正。親族之道、如斯而已。族絕、即非其所屬。由此觀之、是親屬之範圍、限於五服以內、亦即五世以內。故律例本宗九族五服正服圖、即以此爲範圍。茲列於下頁。

依下圖而觀之、直系之親屬關係、由己身而上推之、至於高父母爲止。由己身而下推之、至於元孫元孫婦爲止。由己身而旁推之、至於族兄弟姊妹爲止。此其大概也。雖然、喪服圖所列、固以服制之輕重、論親屬之親疎。然無服者、未必非親屬。有服者、未必皆親屬。喪服圖所列、曾祖姑、族祖姑、族姑姑、族姊妹、再從姪女、堂姪孫女、曾姪孫女、在室、則服緦麻。出嫁、則無服。不得謂非親屬。絕服之外、皆爲袒免親。是非親屬、亦有服。且律例之中、對於親屬之用語、其範圍甚廣。親屬相爲容隱律曰、無服之親、減一等。親屬相毆律曰、凡同姓親屬相毆、雖五服已盡、而尊卑名分猶存者、尊長減凡鬪一等。卑幼加一等。親屬相姦律曰、凡姦同姓無服之親、及無服親之妻者、各杖一百。又娶親屬妻妾律亦同。是無服之親、所包者廣。凡五服之外、譜系不可考、尊卑長幼名分、猶存、皆袒免之親也。故律例之解釋親屬、頗無一定之範圍。歐洲各國、大抵於民法中、詳爲規定。但其親等之廣狹、各有不同。德民不爲限制。法民以十二親等爲限。意民以十親等爲限。羅馬、西班牙、比利時、日本、以六親等爲限。草案宗親以四親等爲限。即仍以服制圖所列

爲限也。現行法不爲限制。修正案與草案同。（姻親日民限於三親等。修正案仿之。）各國於實際上不能同時並存之四世外直系親，多列於親屬範圍以內。而於實際上得與己身同時並存之旁系親，轉置諸親屬範圍以外。惟吾國服制圖所列，則專從實際著想。於高祖以上之祖。於元孫以下之孫。實際上不能與己並時生存者。則略之。其實際上得與己並存者，親分雖稍遠，仍列入親屬範圍。此中國九族制度之特色也。

茲再就現行法第九百六十七條第九百六十九條之規定，而分晰之。

（一）稱直系血親者，謂己身所從出，或從己身所出之血親。

按不曰宗親，而曰血親者，以血統爲主也。直系血親（一）爲直系尊親屬。（二）爲直系卑親屬。在男系方面，與宗親之直系尊親屬直系卑親屬之計算相同。在女系方面，則有異。自母而上推之，外祖父母、外曾祖父母、外高祖父母，爲直系尊親屬。自女而下推之，外孫、外孫女、外曾孫、外曾孫女，皆爲直系卑親屬。孫女所生之子女，曾孫女所生之子女，亦皆爲直系卑親屬。此則從前及草案所謂之外親，實包括於直系血親之內。而繼母、嫡母，本無血統之關係，祇得認爲姻親，而不得列於血親。子婦、孫婦以下，亦然。伯母、叔母，及姪婦等，更無論矣。扶養之權利義務章中，僅云直系血親相互間。在扶養順序各條，亦僅云直系血親尊親屬、直系血親卑親屬。然則繼母、嫡母、子媳、孫媳等，無受扶養之權利，亦無扶養之義務。揆之舊習，寧非甚怪。再監護章及繼承編，又僅列祖父母，而無外祖父母。是於父系母系之血親，仍有等差也。以外國之親屬觀念，強適用於吾國，宜其鑿柄之不相容也。

(二)稱旁系血親者、謂非直系血親、而與己身出於同源之血親。

按此自父系言之、則伯、叔、與姑、兄、弟、姊、妹、姪、女、姪、孫、姪、孫、女、推而至於再從三從、均旁系之血親。亦與宗親旁系親之計算相同。自母系言之、舅、姨、及舅姨之子女、推而至於再從三從、亦均旁系之血親。大清律例及草案所謂之外親、亦包含於內。

(三)稱姻親者、謂血親之配偶、配偶之血親、及配偶血親之配偶。茲分三項言之。

(1)血親之配偶。

按此須除去直系血親之尊屬。即父爲直系血親尊親屬、母實爲其配偶。然不得包括於此項中。以母亦係直系血親尊親屬。反而自母言之亦然。推而至於祖父母、曾祖父母、外祖父母、外曾祖父母、亦無不然。故均不包於姻親之內。下之子、孫、女、孫、女、爲直系血親卑親屬。子之配偶、即媳。孫之配偶、即孫媳。女之配偶、即婿。女孫之配偶、即孫女婿。均爲姻親。伯、叔、姑、兄、弟、姊、妹、姪、女、姪、孫、女、均爲旁系血親。故其配偶者、伯母、叔母、嫂、弟婦、姊婿、妹婿、姪媳、姪孫媳、姪孫女婿等、亦均爲姻親。

(2)配偶之血親。

按此即妻親之一方。妻之直系血親尊親屬、爲外舅、外姑。推而上之、爲祖外舅、祖外姑、及妻之外祖父、外祖母等。旁而衍之、妻之伯、叔、姑、兄、弟、姊、妹、姪、姪、孫等、亦皆爲姻親。

(3) 配偶之血親之配偶。

按此亦須除去妻之直系血親尊親屬。與(1)項相同。妻之旁系血親、伯、叔、姑、兄、弟、姊、妹、姪、姪孫等之配偶、即俗所謂伯岳母、叔岳母、內姑夫、內兄嫂、內弟婦、襟婿、內姪婦、內姪孫婦之類、均爲姻親。

就以上三項言之、現行法之規定、實本於羅馬法之萬民法。僅以同一血統爲標準。以吾國宗族觀念衡之、遂不免多所扞闔。血親之配偶、凡繼母、慈母、及庶子對於嫡母。皆列於姻親。推而上之、繼祖母、繼曾祖母、嫡祖母、嫡曾祖母、苟其系統、非所自出、亦皆列於姻親。子婦、孫婦、列於姻親。伯母、叔母、以及再從三從之伯母、叔母、亦皆列於姻親。而昔日之所謂外親、如外祖父母等。本非一姓、轉列於血親。實反於吾國從來之習慣。且以一妻親、而分爲配偶之血親、與配偶之血親之配偶。文字上既嫌曲折。且爲此區別、亦無關於實際。似不如草案之分爲外親、妻親者、較爲明瞭。修正案調停其間。以姻親與宗親相對待。外親、妻親、均包括於姻親之中。亦無不可。其末項云、宗親姻親之親屬關係、並及於配偶。意求周密。然揆之夫妻本係一體之精義。反爲贅辭矣。

第二款 配偶

配偶者、由有效婚姻而結合之男女也。亦曰夫妻。夫妻互爲親屬。然非備法律上之要件、則婚姻無由成立。即夫妻之親屬關係、不得發生。故恆有事實上雖生夫妻關係。而法律上不生夫妻之親屬關係。又現行法採一夫一妻制度。一妻之外、同時不得更有他妻。故社會上雖有多妻之人、而法律上不認爲有夫妻之關係。

夫妻之爲親屬與否、各國立法例不同。有以夫妻爲同心一體、而非親屬者。有以夫妻爲親屬關係之源泉、既非血親、亦非姻親者。然觀律例妻爲夫族服圖、則妻爲夫之親屬可知。草案第一千三百十七條第二款修正案第一條第一款、均明爲規定。現行法無明文。

按夫婦者、人倫之始。上以事宗廟。下以繼後世者也。一與之齊、終身不改。故夫妻列於五倫之一。而近世法律、亦認夫妻之親屬關係。夫者、扶也。妻者、齊也。現行法曰、配偶。根於日民。修正案從之。配偶者、言配合之人也。似不如夫妻二字名義之爲正。至何者得認爲夫妻、不可無明確之界限。茲約舉而言之。(一)則必爲有效之婚姻。婚姻之成立、必適合於法律之有效條件、乃得爲夫妻。所謂有效條件、即現行法第九百八十二條方式之限制、第九百八十三條親屬之限制之類。因此結果、而不遵方式違反親屬結婚之限制者、即爲無效。雖已成婚、不生夫妻關係。姦通者、更無論矣。(二)則必爲未被撤銷之婚姻。現行法第九百八十九條至九百九十九條、皆爲婚姻撤銷之規定。撤銷以前、雖有夫妻關係、而撤銷以後、則關係消滅。因此結果、故於某期間以內、得以夫妻關係對抗他人。而此期間以外、即不復有夫妻關係。(按違反民法第九八一條第九八四條至第九八七條各限制事項者、亦爲得以撤銷之婚姻。)(三)則必爲男女之結合。男女異性、始得生夫妻關係。若男子與男子、女子與女子、雖踐婚姻之方式、不得爲夫妻。至於一人、而具有男女兩性者。(即洗冤錄所載二形人、及男子之無人道者、如寺宦火者)現行法列於撤銷條件。第九百九十五條、其不得生夫妻關係可知。(四)必用夫妻之名義。娶妾納婢、雖亦有具備

結婚之形式者。然非用夫妻之名義，故不生夫妻關係。因此結果，故吾國雖有妻妾之制度，而與一夫一妻制，仍不牴牾。以上四者，爲婚姻成立之大原則。亦即法律所認爲夫妻之必要條件。至夫妻之爲親屬與否，學說雖殊。所謂一心同體，而非親屬，及親屬之源泉，非血親，亦非姻親諸說，皆以夫妻關係，引而親之，使不列於親屬範圍以內。實則夫妻之關係，合之爲齊體，分之仍爲敵體。故夫妻之相對間，仍應認爲有親屬關係。猶之對於父母有親子之名，而親子仍爲親屬。律例妻爲夫族服圖，首列妻服斬衰三年。夫爲妻服齊衰杖期。即所以明夫妻之親屬關係。草案及修正案均明定夫妻爲親屬。現行法雖無明文。配偶既列於親屬編中，自亦認爲親屬。

第三款 姻親

第一目 外親

現行法僅有姻親，而不分妻親外親。茲因解釋之便，分爲二目。

羅馬法所列之血親，包括男系與女系。女系血統，即包括外親之一部。其餘一部，則血親之配偶，屬於姻親。昔日之所謂外親，遂分爲二。一爲血親。一爲姻親。日民亦然。草案沿大清律例之舊，分爲外親妻親，與宗親相鼎足。實爲一種特色。修正案雖以外親妻親併爲姻親，仍不失其大旨。

按歐洲各國及日本民法，血親之外爲姻親。姻親實包括外親妻親之一部。既如前述。大清律例之所謂外姻，即外親妻親也。戶律尊卑爲婚律曰：凡外姻有服，或尊屬，或卑幼，共爲婚姻，及娶同母異父姊妹，若妻前夫之女者，各以

親屬相姦論。其父母之姑、舅、兩姨姊妹、及姨、若堂姨、母之姑、堂姑、己之堂姨、及再從姨、外甥女、若女婿之姊妹、及子孫婦之姊妹、並不得爲婚姻。違者男女各杖一百。若娶己之姑、舅、兩姨姊妹者、杖八十。並離異。又親屬相盜律、謀殺祖父母、父母、律、鬪毆大功以下尊長律、妻妾與夫親屬相毆律、俱以本宗與外姻並論。是律例所謂外姻、實兼外親、妻親而言。而今日現行法之所謂姻親、實舊日所謂宗親、外親、妻親中之一部。草案以外姻分爲外親、妻親。則基於大清律例之外親、妻親喪服圖。茲先列外親服圖於下面。

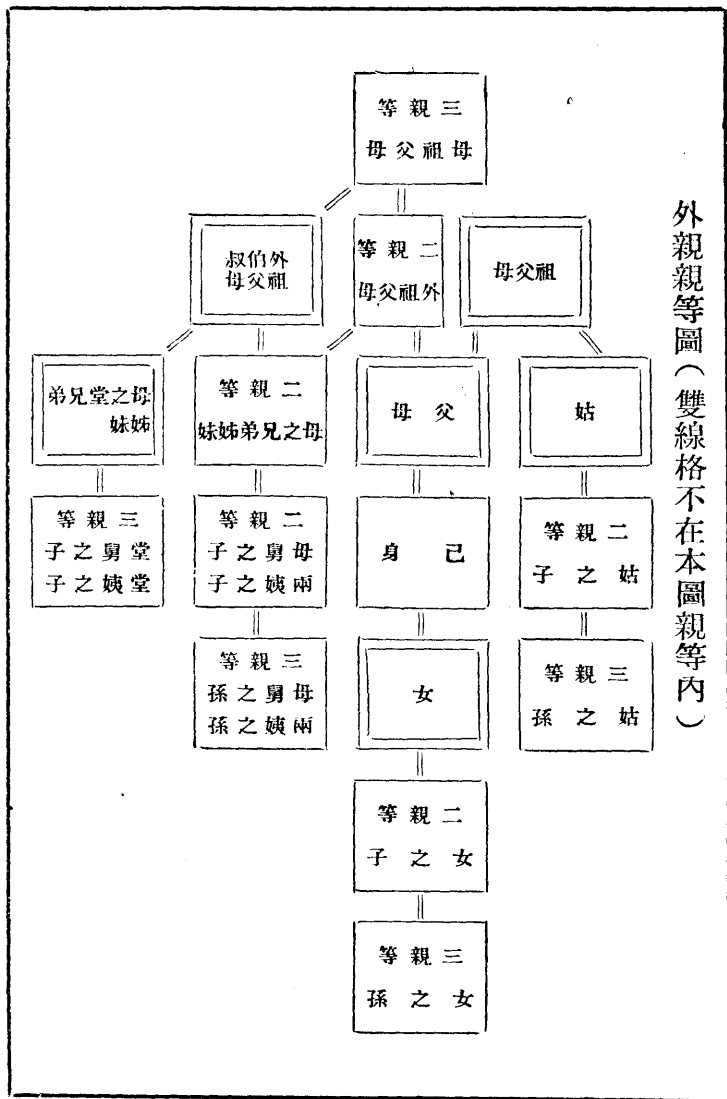
由此觀之、草案所認之外親、與舊律無異。但舊律於服圖以外、尙附有他種解釋。草案則於親等以外、更無解釋之餘地。此其不同之點也。至所稱三親等內之外親、與日民所認三親等內之姻族、名義相同。而實質各異。以計算親等之方法、各殊也。

第二目 妻親

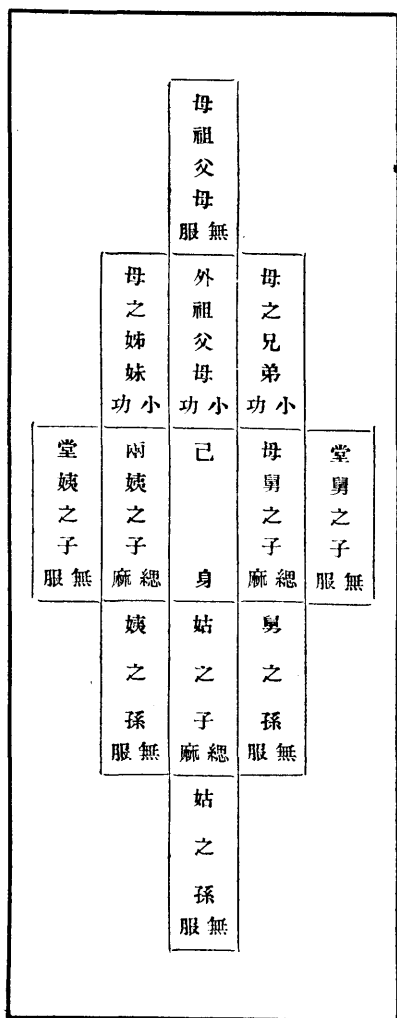
妻親者、妻之本生親族之謂。詳言之、卽由婚姻而成之夫妻。其夫對於妻之本生親屬之關係也。妻親之直系旁系、俱以二親等爲限。草案第一千三百十七條所規定也。現行法無明文。修正案與外親併爲姻親、皆限於三親等。

按妻親之關係、由於夫妻之結合而生。並爲夫對於妻之本生親屬而生。故若無夫妻、若非夫對於妻、皆不生妻親關係。因此論斷、遂生以下之結果。(一)無效或已撤銷之婚姻、不生妻親關係。蓋事實上縱已結婚、而法律認爲無效或已被撤銷者、男女之間、既無夫妻關係、自不生妻親關係。(二)已離婚之夫妻、不生妻親關係。離婚則夫妻

外親親等圖（雙線格不在本圖親等內）

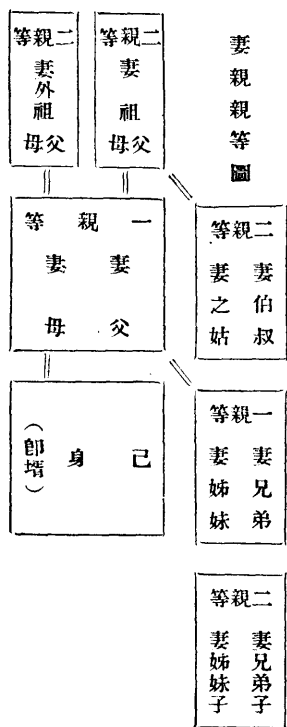


關係消滅、妻親關係、亦因之而消滅。(三)夫對於妾、不生妻親關係。妾雖亦似配偶之人、然既非齊體、故不生妻親關係。亦不生妾親關係。(四)妻對於夫、不生夫親關係。妻與夫為一體、夫之宗親外親、即妻之宗親外親。其親屬關係與夫相同。故無所謂夫親關係。現行法認血親不認宗親。繼母、嫡母、子婦等、皆列於姻親。妻對於夫、亦可生夫親關係。(五)夫之宗親、與妻之宗親間、不生妻親關係。妻親關係、僅以夫對於妻、本生宗親為止。妻之本生宗親、對於夫以外之人、無妻親關係可言也。妻親關係之範圍、舊律以妻親服圖為主。茲附於下。



妻親之範圍如此。然其中有應注意者二。(一)服圖所載有妻姊妹子、而無母之姊妹夫。非甥於母姊妹之夫、不

以外姻親屬論也。蓋妻姊妹子已入圖，義可互見。而母之姊妹夫，亦在外姻無服親屬之列可知也。(二)服圖所列女之子女之孫。子孫實兼男女而言。亦與外親圖言子者相同。是女之女，與其女夫、女之孫、女、與其孫女夫、皆為妻親關係又可知。依此解釋，妻親之關係，可得而明。草案認二親等內之妻親，亦本乎此。其不列女之子女之孫者，以列於外親，故不列於妻親也。茲並列其圖於下。



第三節 親系及親等

第一款 親系

親系者、世代之連續也。亦即所謂親屬之系統也。親屬中、除夫妻外、皆有親系。親系之遠近、不僅示親屬關係之淺深。

且於親屬關係之效果。生重大之差異。

親系有直系旁系之分。其屬於直系之親屬。爲直系親。屬於旁系之親屬。爲旁系親。直系親中己身所從出者。爲尊屬親。從己身所出者。爲卑屬親。高曾祖父。尊屬親也。子孫曾元。卑屬親也。旁系親中。則以共同之始祖爲起點。其與父母之親等。在同等以上者。謂之尊屬親。與己子之親等。在同等以下者。謂之卑親屬。若與自己同等者。則以長幼之序。爲尊卑之別。故兄、姊、尊屬親也。弟、妹、卑屬親也。現行法。旁系血親。宗親之女系不在內。而包括外親之有血統關係者。親系之計算亦同。第九百六十八條第一項。血親親等之計算。從己身上下數以一世爲一親等。第二項。旁系血親。從己身數至同源之直系血親。再由同源之直系血親。數至與之計算親等之血親。以其總世數。爲親等之數。

姻親之親系及親等之計算。現行法於第九百七十條規定之。(一)血親之配偶。從其配偶之親系及親等。(二)配偶之血親。從其與配偶之親系及親等。(三)配偶之血親之配偶。從其與配偶之親系及親等。

準血親之親屬關係。現行法無明文規定。草案第一千三百二十條。規定嗣子對於嗣父母之親屬關係。子與繼母嫡母之親屬關係。均與親生者同。修正案第三條第二項。嗣子養子繼子之親屬關係。與親生子同。

按吾國古來無親系之名稱。其計算親族之遠近。徵諸習慣之用語。約有數端。曰。世系。曰。宗系。曰。譜系。曰。支派。曰。宗派。皆是。至於經傳律例所稱。則較爲詳明。曰。四世親。五世親。所以明己身與親屬之世次。曰。尊親屬。卑親屬。所以明己身與親屬之尊卑。曰。期服親屬。曰。大功小功親屬。曰。緦麻親屬。所以明己身與親屬之服制。而皆非各國所謂親

系之計算也。親系者、親屬系統之謂。所以明此系所由始、與夫所由終、及夫彼此之間、所由系屬之關係。親系既明、則彼此之親屬關係、可以知矣。

夫妻之列於親屬、前已言之矣。然夫妻齊體、無血統之連絡、曾無親系之可言。亦無尊卑屬之關係。日本從前之親等制、以夫爲一親等、妻爲二親等、實出於尊夫卑妻之陋習。新民法已改用同一親等之制。草案、現行法、修正案、均同。此夫妻之所以無親系也。

直系之親屬、其計算最易明瞭。蓋由己身而上推之、卽直系之尊親屬也。由己身而下推之、卽直系之卑親屬也。其以高祖元孫爲斷者、實源於九族之制。大清律例恆以高、曾、祖、同稱爲祖、孫、曾、元、同稱爲孫。以世次雖有遠近之不同、而爲本宗之尊長卑幼則一。故罪名之加減、恆相等也。至旁系親之計算、則視乎同源之始祖。以己身上溯於始祖、復由始祖下溯於所認爲親屬者、而以其世次之如何、定尊卑同等之別。故除兄弟、姊妹、外伯、叔、姑、姪、尊者不必皆長。卑者不必皆幼。論輩不論年也。

現行法以外親之一部、入於外親。其計算方法、已對於母爲一親等。故已對於外祖父母、當爲二親等。已對於姑、（外家之姑）爲二親等。由外祖父母而下、至姑、爲一親等。由姑而下、至姑之子、爲二親等。雙方合計之、故已對於姑之子爲四親等也。姻親之計算如下：（一）血親之配偶、從其配偶之親系及親等。如孫爲幾親等、孫婦亦爲幾親等。伯叔祖、外伯叔祖、爲幾親等。卽伯叔祖母、外伯叔祖母、亦爲幾親等。（二）配偶之血親、從其與配偶之親系及

親等。夫妻爲齊體，故妻之所謂幾親等者，卽夫之所謂幾親等也。（三）配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系及親等。如妻之伯叔父、或姪、及姪孫，其配偶之伯叔母、或姪婦、姪孫婦，與妻爲幾親等，夫亦對之爲幾親等也。準血親之計算親系亦同。

第二款 親等

親等之計算法，有二大區別。卽階級主義、與世數主義，是也。其參酌親屬關係之地位尊卑，與世數遠近，而附以適宜之等級者，謂之階級主義。如日本古來之儀制，令、父、母、養父母、夫、子，爲一等親。祖父母、妻、妾，爲二等親是也。其依世數以定親等，而以一代爲一親等者，謂之世數主義。此主義更分爲二。一爲羅馬法主義。一爲寺院法主義。羅馬法主義之計算法，於直系親則算親屬間之世數以定之。如父母與子，爲一世，則爲一親等。祖父母與孫爲二世，則爲二親等。曾祖父母與孫爲三世，則爲三親等是也。於旁系親則由旁系親族之一方，溯諸同源之始祖，再由同源之始祖，下算至他方，合計兩方之世數而定之。卽兄弟、姊妹，間爲二親等。伯叔父母、與姪之間，爲三親等是也。（現行法從之，條文見前。）

寺院法主義之計算法，直系親之計算，與羅馬法同。計算旁系親，則專算一方之世數以定之。而不合算雙方之世數。如兄、弟、姊、妹，爲一親等。堂兄弟、姊妹，爲二親等是也。若由一方溯諸同始祖之世數，與由他方溯諸同始祖之世數不符時，則取其多者以定之。例如伯叔父母與姪之間，由伯叔溯諸同源之祖爲一世。由姪上溯於祖爲二世。則取

其多者、定之爲二親等是也。日民及草案修正案均從之。草案第一千三百十八條曰、親等者、直系親從己身上下數、以一世爲一親等。旁系親從己身或妻數至同源之祖若父、並從所指之親屬數至同源之祖若父、其世數相同、卽用一方之世數。世數不相同、從其多者、以定親等。第二項曰、凡己身或妻所從出、爲直系親、非直系親、而與己身或妻、出於同源之祖若父者、爲旁系親。親等應持之服、仍依服制圖所定。第一項所以定同宗親等之關係。第二項所以定外親妻親親等之關係。後段所以定服制之關係。但親等關係之性質、與服制異。服制係參酌尊卑之分際而定。親等則專別親疏。如子服親喪三年。親服子喪期年。是喪服互有降殺也。親等則不然。子以父母爲一親等者、父母亦以子爲一親等也。草案第一千三百二十一條曰、親屬彼此互有同一親等之關係。

妻對於夫之宗親外親、其親屬關係、皆與夫同。故親系親等之計算、無特別之規定。草案第一千三百十九條曰、妻於夫之宗親、外親、其親屬關係、均與夫同。

按日本民法未頒布以前所定之儀制令、新律綱領、皆採用階級主義。儀制令曰、凡五等親者、父、母、養父母、夫、子、爲一等。養父母、嫡母、繼母、伯叔父、姑、兄、弟、姊妹、夫之父母、妻、妾、姪、孫、子、婦、及妾、爲二等。曾祖父母、伯叔婦、夫姪、從父兄弟姊妹、異父兄弟姊妹、夫之祖父母、夫之伯叔姑、姪婦、繼父同居前妻妾子、爲三等。高祖父母、從祖祖父、姑、（謂祖父之兄弟姊妹）、從祖伯叔父、姑、（謂從祖祖父之子、卽父之從父兄弟姊妹）、夫兄弟姊妹、兄弟妻妾、再從兄弟、（謂從祖伯叔父之子）、姊妹、外祖父母、舅、姨、兄弟孫、從父兄弟子、外甥、曾孫、孫婦、妻、妾、前夫子、爲四等。妻妾父母、

姑子、舅子、姨子、元孫、外孫、女婿、爲五等。新律綱領、則列爲一圖。附錄於下。

五等親圖

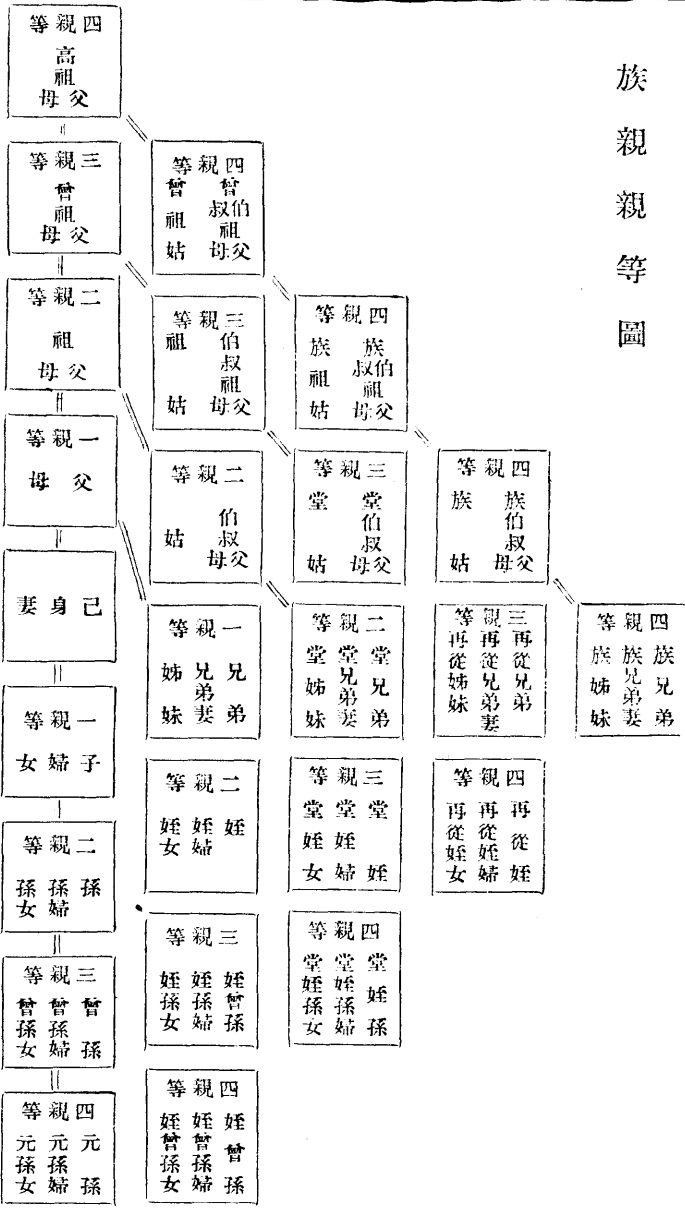
一 等 親	父母 養子	嫡母 之 父母	夫	子
二 等 親	祖父母 兄弟姊妹 孫	大母 之 父母	繼母 妻	伯叔父 姑
三 等 親	曾祖父母 兄弟姊妹 異父兄弟姊妹 姪婦	伯叔祖 父母	夫姪 之 伯叔父 姑	從夫兄弟姊妹 庶子
四 等 親	高祖父母 兄弟姊妹 兄弟之孫	從祖父母 兄弟姊妹 再從祖父母 兄弟姊妹 從父兄弟姊妹 子	從祖伯叔 姑 外祖母 外甥	夫之兄弟姊妹 前夫之姊妹 舅姨前夫之 子 曾孫曾孫婦
五 等 親	妻之父母 外孫	父之 子 婿	舅姨之 子	玄孫

由此觀之、日本舊日取階級主義。計算親等、與今日民法之計算親等、迥不相同。而與吾國所謂九族、外親、妻親、等服圖所列、亦各異。細釋其等次、夫爲一等親、而妻爲二等親。子爲一等親、而子婦爲二等親。養父母爲一等親、而嫡母繼母爲二等親。姪爲二等親、而庶子爲三等親。繼父爲三等親、前夫子爲四等親、而妻之父母、女婿、反爲五等親。

以中國之倫理觀之、誠若錯亂。且以外親妻親並列於一圖、尤爲不甚明晰。故日本新民法、舍階級主義、而取世數主義。若吾國服圖所列、則本世數主義也。草案因之。

親等計算法者、算定親屬等第之方法也。一等親較二等親爲近。三等親較二等親爲遠。繼承之問題、依親等而定。親等最近者、最先繼承。無最近親、則及於次近親。故親等計算法、爲親屬法重要部分。然親等計算法、有羅馬法計算法。有寺院法計算法。略如前述。歐洲各國、多採用羅馬法計算法。日本亦然。現行法從之。草案修正案採用寺院法計算法。蓋以直系親之計算、二者均同。至計算旁系親則大異。中國之直系親、上至高祖、下至元孫、由己身上推、均以四世爲止。旁系親則族兄弟、與再從姪、均認爲在親屬範圍之內。若依羅馬法計算法、直系親以一世爲一親等。應以四親等爲限。至旁系親、則須以八親等爲限。以族兄弟而論、由族兄弟上溯至族伯叔父爲一等。更由族伯叔父、上溯至曾伯叔祖父、至同源之高祖、已有四等。復由高祖、下至曾祖、祖父、父、至己身、又爲四等。合算之、己與族兄弟爲八等之旁系親。直系親、僅認四等。旁系親反認八等。於名爲不順。且按諸中國實際之親屬範圍、亦有未合。故草案修正案採用寺院法計算法、凡服制圖內所列之宗親、均可以四親等包括之。卽直系親以四親等爲限。上至高祖、下至元孫、皆爲實際上得與自己並時生存者。較之日本之認六親等內之血族者、已較合於實際。至旁系則中國從前所認之最遠者、莫如族兄弟。亦得列於四親等之範圍。較之日本名義上雖認六親等、而僅及於再從兄弟、不及於族兄弟者、實較妥協。現行法雖不列親等之限制。然究不如草案及修正案採用寺院計算法者

族親親等圖



之爲愈也。茲附族親親等圖於上。

外親妻親之計算亦與此同。如外祖父母、妻之父母、女婿、外甥、外孫、均爲直系親。母之兄弟姊妹、妻之伯叔及姑、妻之兄弟姊妹、均爲旁系親。而其計算親等、除已列宗親之內、如母及姑等不計外、仍依世次以算親等。外祖父母、女之子、爲直系二親等。母祖父母、女之孫、爲直系三親等。母之兄弟姊妹、姑之子、爲旁系二親等。堂舅之子、堂姨之子、姑之孫、母舅之孫、兩姨之孫、爲旁系三親等。此外親之計算法也。惟外伯叔祖父母、及母之堂兄弟姊妹、皆當爲旁系三親等。而草案外親親等圖、列爲雙綫。不加入親屬範圍以內。頗易誤會。妻親亦然。妻父母爲直系一親等。妻祖父母、妻外祖父母、爲直系二親等。妻兄弟姊妹、爲旁系一親等。妻伯叔及姑、妻兄弟姊妹之子、爲旁系二親等。草案認外親及於三親等。妻親僅及二親等。範圍廣狹不同。然較之日民認三親等內之姻親者、則草案之三親等、其範圍爲較廣。以其計算法不同也。修正案略同。

親等應持之服、仍依服制圖所定者、沿大清律例之舊制也。大清律例卷首、卽示喪服之範圍。且云律首而載喪服者、所以明服制之輕重。使定罪者由是爲應加應減之律。可知喪服制度、係隨親系之遠近。恩義之厚薄。名分之尊卑、而異。喪服有五。斬衰、齊衰、大功、小功、緦麻。斬衰三年用杖。齊衰期間分一年、五月、三月、三種。一年之齊衰、又有杖不杖之分。大功期間爲九月。小功期間爲五月。緦麻期間爲三月。袒免之服、不入於五服之內。現在喪服制度、曾無明文。是否沿舊、尙不可知。卽使因仍不改、而民法所定者、親屬間權義之關係、非親屬間儀文之關係。服制之輕重、

自不應攙入其中。致有性質不明之病。

妻對於夫之宗親、外親之關係、與夫相同。此草案之所規定也。現行法則不然。以夫之血親、非妻之血親、祇得認爲姻親。考之大清律例、有妻爲夫族服圖。其所服與夫對於宗親之所服、有同有異。且有夫有服而妻無服者。然親屬有犯、其罪名之輕重、又不僅依其服制定之。有與夫同論、而不依服制者。有服制相同、而不與夫同論者。有不依服制、亦不與夫同論者。皆各於本律中見之。然親屬之範圍、要不出於服圖所定以外。蓋罪名服制、雖與夫或有不同。而其爲親屬則一也。本案之不列妻親者、以妻對於本生之族、爲母家。非如夫對於妻之本生族、爲妻親也。因此結果、凡女子之宗親、有夫之宗親、與本生宗親。大清律例所列之喪服圖、有出嫁女爲本宗降服之圖。所列之服制範圍、較之妻爲夫族服圖爲稍狹。然其所服、除舅姑重於父母外。餘皆較之對於夫族爲稍重。蓋對於夫族、爲以義制服。對於本生族、爲以情制服也。於此有當注意者、出嫁女爲本宗降服之圖、服制之範圍雖稍狹。然親屬範圍、並非因之而狹。蓋凡親屬關係、皆相互的。非片面的。彼之稱此爲親屬者、此亦稱彼爲親屬。觀前列本宗五服正服之圖。上至於曾祖姑、下至於姪、曾孫女、旁至於族姊妹、則親屬之關係可知也。

妾之親屬關係則不同。妻與夫爲齊體。故夫之宗親、（或血親）皆爲妻之宗親。妾者、側也。謂得侍乎側也。律例妻對夫稱夫。妾對夫稱家長。以明有別。故妾對於夫之宗親、可否以親屬論、爲一問題。觀妾爲家長族服圖所列之範圍甚狹。似服圖以外、不得謂之親屬也。又子對妾之父母、不生外親關係。夫對妾之宗親、不生妻親關係。固已。若妾

出嫁女爲本宗降服之圖

		高祖父母 齊衰 三月		曾祖父母 齊衰 五月					
		祖父母 年 期		祖兄弟 麻 總					
父堂姊妹 在室總麻 出嫁無服		父母 年 期		伯叔父母 功 大		父堂兄弟 功 小			
堂姊妹 在室小功 出嫁總麻		姊妹 在室大功 出嫁小功		己身		兄弟 功 大		堂兄弟 功 小	
堂姪女 在室總麻 出嫁無服		兄弟妻 在室大功 出嫁小功		兄弟子 功 大		堂姪 麻 總			

對於夫之外親妻親亦不生親屬關係者所以外之也。然妾對於夫之親屬亦不得竟等於路人。從前暫行刑律補充條例有稱妻者妾準用之之文。則妻因親屬關係而生罪名之輕重者妾亦同之。故在刑法上言之妾對於夫之宗親外親妻親之關係亦與妻同。特在家庭間妾之地位較卑不得與妻同論。現行法不認妾之地位自不生親屬關係問題。其得失如何尚待將來之研究。茲錄大清律例所載妾爲家主族服圖於下。

(二) 出生。血親關係、生於自然之血統。血統緣出生而連續。故出生爲血親關係之唯一原因。

(三) 承嗣及抱養。有不因婚姻及出生而生親屬關係者、嗣子及養子制度是也。嗣子對於所嗣父母、法律上擬之於血親。故自承繼日起、即發生親屬關係。草案第一千三百二十條曰、嗣子從承繼之日起、其親屬關係、與所嗣父母之親生者同。現行法不採用宗祧繼承。祇有養子之規定。無嗣子之規定。修正案與草案略同。

按親屬關係發生之原因、略如上述。至當由何時爲始、出生一項、當從法律上所認爲出生之時起、發生親屬關係。因婚姻而發生親屬關係者、應自事實上之結婚時始、抑自婚姻發生效力時始。現行法無明文。以法律之解釋、當自婚姻發生效力時始。即以有公開之儀式、及二人以上之證人時爲始。與吾國古禮女三日而廟見、廟見而成婦。雖時期不同、而義實相通。養子之關係發生時期、應自收養時起。如有書面者、應自書面成立時起。草案採用承嗣制度。故定爲自承嗣之日起。所謂承嗣之日、究爲何日。以習慣言之、當爲實際承嗣之日。以法律言、當爲呈報戶籍吏（草案承嗣須報明戶籍吏始生效力）之日。以二者比較而論之。則前者實優於後者。吾國社會之習慣、凡承繼子嗣、恆有拜祠堂或會親族之舉。儀式一行。名分即定。呈報於戶籍吏之規定、恐非今日之社會所能周知、所能遵守。然則彼有承繼之事實、而未呈報於戶籍吏者、將謂爲對於所嗣父母、不能生與所生子之同一關係乎。浸假於此期間以內、有關於服制事項之問題發生。則畸重畸輕、必生莫大之關係。而從法律之解釋、或致與社會之心理相違。此亦不可不加以研究者也。

第二款 親屬關係之消滅

有血統之聯絡者，其關係不易於消滅。以血統關係，乃天然的，非人爲的，不能以人爲的作用消滅之。故除死亡外，實無可消滅之理由。其由於人爲而生之親屬關係，亦得以人爲消滅之。即婚姻及承嗣或收養之關係是也。

(一) 由婚姻而生之親屬關係，因離婚、或婚姻撤銷、而消滅。離婚或婚姻撤銷，皆爲使婚姻失效之行爲。故親屬關係，因之消滅。惟其親屬關係之存在於婚姻以前者，則不因離婚或婚姻撤銷、而消滅。至死亡固爲親屬撤銷之原因。然夫於妻族之關係、及妻於夫族之關係，均與夫妻一方之死亡無關。惟於離婚或婚姻撤銷時消滅之。現行法第九百七十一條，姻親關係，因離婚而消滅。夫死妻再婚、或妻死贅夫再婚時，亦同。僅云離婚、而不及婚姻撤銷，似嫌疎略。云贅夫再婚者，贅夫有繼承之關係。再婚則關係消滅。反言之，即非贅夫，如妻死亡時，姻親之關係，不得消滅也。

(二) 由收養而生之親屬關係，至收養關係終止時，而消滅。草案認嗣子之規定，因歸宗或撤銷承嗣而消滅。(現行法第一千零八十三條，草案第一千三百二十二條。)

按親屬關係之消滅，略如上述。其中有一問題，即親屬關係消滅，是否於原存之親屬關係外，更無其他之限制也。例如因婚姻而生之叔嫂關係，離婚或婚姻撤銷後，是否得以通婚。又如因收養或承嗣而生之外親關係，收養終止、歸宗或撤銷承嗣後，是否通婚得以自由。遇有相犯情事，亦不生罪名之輕重。法律未有明文規定，則關係消滅

之解釋，即無明確之範圍。以鄙見言之，雖關係消滅後，此等事項，仍不宜毫無限制。以法律言，此日之關係，雖已消滅。以情義言，舊日之名分猶存也。大清律例，娶親屬妻妾條，凡同宗總麻親之妻，及舅甥妻，小功以上之妻，曾被出及已嫁，而娶爲妻妾者，各杖八十。若收父、祖、妾，及伯叔母者，（註不問被出改嫁，）各斬。若兄亡收嫂，弟亡收弟婦者，（註不問被出改嫁，俱坐，）各絞。妾各減二等。（註被出改嫁遞減之，）是雖被出改嫁後，仍不能無嫁娶之限制也。又謀殺故夫父母條，凡（註改嫁，）妻妾謀殺故夫之祖父母、父母者，並與謀殺（註見奉，）舅姑罪同。（註若妻妾被出，不用此律，若舅姑謀殺已故子孫改嫁妻妾，依故殺律，未行減二等，已傷，減一等，）是以改嫁與被出不同。被出恩義已絕，改嫁則義原未絕，名分猶存，故謀殺故夫祖父母、父母，仍與謀殺現奉舅姑同也。夫律例對於改嫁或被出後親屬間之關係，規定如此其詳，而對於養子收養關係終止後，（嗣子歸宗，仍復其本生之親屬關係，尙無問題，）其親屬關係，無明白之規定。未嘗非立法之疎。現行法本輕視名分關係，此等之規定，非所注意矣。或謂本章之末，宜增親屬關係之時效一條，即謂因無效或可得撤銷之婚姻，而生之親屬關係，應至若干年後，即不得因無效或撤銷而消滅。庶免使久經確定之關係，忽爾變更，而生無窮之糾葛。是說也，以法理言之，殊不可通。而其旨，不無討論之餘地。凡關於可得撤銷之時效規定，皆已散見於各條。親屬關係，自應隨撤銷請求權，同時消滅。其足生問題者，即爲無效之婚姻，或承嗣。婚姻之無效有二：（一）爲無公開之儀式及證人。（二）爲與法律所規定不得結婚之親屬結婚。以前者而論，於解釋上可以變通。與草案所定須呈報於戶籍吏者不同。以後者

而論，親屬不得結婚之限制，如第九百八十三條第二款，旁系姻親之輩分不同者，第三款旁系血親之輩分相同，而在八親等以內者。此在今日結婚自由時代，事實上時或有之。二者皆為無效之婚姻。然事實上恆有繼續若干年，以至於畢生者。婚姻既為無效，親屬關係當然亦為無效。苟事實經過甚長之期間，而關係不能確定，自屬易滋紛擾。若夫違反法律，而為承嗣或抱養者，草案之規定，皆為可得撤銷之行為。非無效之行為。撤銷權之時效，第一千三百九十七條第一千三百九十八條明定之。更無疑義。親屬關係，自亦不生問題。惟昭穆失序之承嗣，或年齡不合之承嗣，當為無效。抑為可得撤銷。草案無明文。以理言之，應為無效。假使經過若干年後，能否取得確定之親屬關係，苟認為可以確定，則不特以從來不生效力者，忽而發生效力，殊與法理不符。且昭穆失序，或年齡不合，而得生親子關係，亦有妨於社會之倫理。苟認為因不得確定，則長期繼續之親屬關係，有忽被取消之虞。而家庭之間，轉滋紛擾。此誠有進退兩難者。以愚見言之，則以始終認為無效為適當。誠以此等事項，有妨於公之秩序者甚大。不得復顧個人間之利益也。茲事體大，尙當詳為討論。

第二章 婚姻

第一節 婚姻之概念

婚姻者、人事中關係最大之事項。男子因之而爲夫。女子因之而爲妻。遂生夫妻間之權利義務。夫妻間所生之子、其權利義務、亦由此定之。故親屬上之關係、以婚姻爲始。茲述其定義如左。

按男女之結合、實始於人類之初。野蠻社會、男女之交、與禽獸無異。所生之子、知母而不知父。是爲男女雜交時代。知識漸啓、人人知以己之所愛、爲己之所專有。男子腕力、勝於女子。於是以俘虜所得之女子、爲男子之所有物。某女屬於某男。某男共有幾女。是爲男女專屬時代。文化既開、戰爭之事日稀。男女之結合、不能專由掠奪。於是乃有種種儀式。掠奪婚、買賣婚、使用婚、諸制。古代羅馬制度、卽婚禮之最原始者也。是爲婚禮草創時代。文明進步、知婚姻爲組織社會根本。關於公之秩序尤深。於是法律設爲制防。以維持善良之風俗。而聘娶婚、允諾婚、自由婚、諸制、於以發生。是爲依法婚姻時代。吾國文化發達最早、故婚禮之制定爲最先。杜氏通典曰、遂皇始有夫婦之道。五禮通考曰、遂皇立七政。始有夫婦。通鑑、伏羲之時制嫁娶。以儷皮爲禮。正姓氏。通媒妁。是夫婦之名、始於遂皇。婚姻之禮、成於伏羲。其時已無掠奪買賣之風。而有聘娶允諾之節。三代以來、其制尤詳。書稱釐降。詩云、作合。春秋書納幣迎女。周禮著媒氏。儀禮列士昏禮。其見於經傳者如此。秦漢以降、戶婚之條、見於律例。唐律承之。明清律例、又沿襲唐律之舊。戶律之中、特設婚姻一門。其男女婚姻一條、規定至密。而同姓爲婚、尊卑爲婚、居喪嫁娶、娶親屬妻妾、出妻等項、又皆各有專條。故吾國今日可謂爲依法婚姻時代。夫婚禮者、萬世之始也。人道之本也。能慎之於始。乃能保之於終。歐洲各國、婚姻以自由爲原則。而法律之中、仍皆不無限制。蓋自由於法律範圍以內。而非自由於法律

範圍以外。爲相對之自由。非絕對之自由也。但法律之所範圍者。各國不同。以吾國婚姻之狀態而論。似應仍用聘娶允諾之制。自由婚尙非其時。夫自由婚之得失。茲不具論。以今日社會道德之薄弱。自由婚。實有未易言者。故不如仍以聘娶允諾爲宜。然允諾聘娶亦有辨。吾國昔日所謂聘娶者。不但必有聘財。而計較聘金之多寡。實不免買賣婚之陋習。所謂允諾者。又皆爲主婚人之允許。男女之自由意思。未能表示。是皆反於尊重婚姻之原則。今日法律之所宜禁也。易曰。有天地而後有萬物。有萬物而後有男女。有男女而後有夫婦。有夫婦然後有父子。有父子然後有君臣。中庸曰。君子之道。造端乎夫婦。故夫婦爲人倫之始。不可不慎也。立法者。於此尙其三致意焉。

婚姻者。一男一女。因其諾而成之生存結合。爲法律上所公認者也。

按婚姻之條件。(一)必爲一男一女之結合。蓋婚姻之制。爲夫妻之結合。必爲男女兩性。殆無庸疑。若小說所載。以女而婚女。以男而婚男。雖踐婚姻方式。而婚姻無由成立。再婚姻以一夫一妻爲本則。西藏之俗。數夫一妻。土耳其之俗。一夫數妻。雖在其國認爲有效。而反於今日世界大同之制度。亦今日立法之所不取。若夫妾之制度。吾國自古以來卽有之。然名之爲妾。卽不得謂之爲妻。故一男雖有數女。而婚姻上之妻。仍屬於一。與一夫一妻制。固不相牴觸也。(二)必要男女雙方之共諾。吾國舊慣。婚姻承諾。必由父母或尊長。然夫妻之結合。爲男女間自身之關係。故文明各國。皆以雙方之共諾爲必要。現行法亦然。於此有一問題。雙方之共諾。是否成爲一種之契約。以契約之廣義言。凡雙方之合意。俱得認爲契約。故男女雙方之共諾。當然爲契約之一種。一切成立解除撤銷賠償之

手續、除有特別之規定外、皆當適用契約通則之規定。反之以契約之狹義言之、爲專屬於財產關係之規定。身分關係之事項、不屬於其中。日民契約列入債權、不列於總則者、以此。且契約者、所以設定權利義務者也。夫妻間之權利義務、爲法律所豫定。苟爲適法之婚姻、皆可當然取得。爲其結果、非其原因。自不得與契約之創設權利義務者並論。德儒斯德兒之說曰、契約者、互換利益之一部者也。然婚姻爲當事人雙方交換利益之全部、而共有之。故法律上常認夫妻爲一體。安得謂之契約。由此觀之、契約說與非契約說、固各有其理由。草案以契約列於總則。現行法則列於債編。日民亦然。卽以草案論、總則之所列、非必可通於民法之全體。故婚姻之共諾、亦不能卽謂爲契約。況以婚姻之關係、爲取得身分之最重要者。一諾之後、永矢畢生。詎得與普通契約、視爲等倫。致啓毀約離婚之漸。各國民法、未有以婚姻列於契約篇者。故現行法之規定、當然不得取契約之解釋。若夫定婚則不妨認爲契約。以定婚之效力、究與結婚有異也。(三)必爲生存之結合。夫妻關係、爲畢生繼續者。除離婚等事而外、當然爲生存中之結合。因此而生三種之論斷。(子)則僅限於生存之結合。故夫亡再醮。妻亡繼娶。不必經離婚之手續。亦不生重婚之問題。(丑)必爲生存之結合。故望門守節。既死爲婚。雖習慣恆有。而非法律之婚姻。(寅)必爲畢生存之結合。故附條件及有期限者、無論其踐履婚姻之方式與否、均不得爲法律上之婚姻。(四)要爲法律所公認。男女兩性之結合、若非法律所公認、不得爲婚姻。夫法律所公認、有實質上與形式上之別。實質上之公認、卽爲適法之婚姻。不生無效或可得撤銷之原因者。形式上之公認、卽有公開之儀式、及二人以上之證人者。實質

上之條件、各國寬嚴不同。形式上之條件、各國手續亦異。吾國往昔戶律婚姻各條、刑律犯姦雜犯各條、對於婚姻之規定、亦頗詳密。關於婚姻手續、惟以婚書財物爲斷。以法律之公認言之、實質上條件、與形式上條件二者、固不能缺其一也。

第二節 婚姻之成立

婚姻有種種必要條件。非具備條件、婚姻不得成立。條件之規定、各國不同。日民分爲實質的條件、形式的條件。不認定婚（卽婚姻豫約）制度。草案修正案從之。德民列定婚於結婚一節之前。定婚爲一事。結婚爲一事。瑞民以定婚爲結婚之一款。定婚爲結婚之一段階。然定婚違約者、僅得爲賠償或慰藉金之請求。不過認爲契約之一種。無關於婚姻之效力。皆不得爲婚姻之一條件。吾國習慣、結婚無不先行定婚。可認爲形式要件。草案修正案不爲規定、未免太疎。然定婚之後、男女之間、並未發生夫妻關係。故定婚之拘束力、殊爲薄弱。現行法列定婚於結婚之前。採德民瑞民之制、僅爲契約之一種。其實質的要件及形式的要件、俱列於結婚節中。與日民無異。

按草案之編次、第一節爲婚姻之要件。不列定婚。實採用日民制度。蓋日人之舊慣、頗漠視定婚之效力。有毀約者、亦不爲起訴之端。迨至修訂民法、置重於男女自由意思。以爲意思之存在、必限於結婚之當時。故婚姻豫約、當然不得認之。此日民不爲規定之大旨也。吾國舊慣、與日本不同。聘禮一行、終身不改。生而不娶。白首相待。既聘而死。

誓死靡他。其有悔婚違約者，強者有搶親之舉，弱者亦為構訟之端。習慣視定婚之效力如此。大清律例、戶律婚姻門、男女婚姻條曰：凡嫁女已報婚書，及有私約而輒悔者，（女家主婚人）笞五十。（其女歸本夫）雖無婚書，但曾受聘財者亦是。若再許他人，未成婚者，（女家主婚人）杖七十。已成婚者，杖八十。後定娶者，（男女）知情，（主婚人）與（女家）同罪。財禮入官，不知者不坐。追還財禮。（給後定娶之人）女歸前夫。前夫不願者，倍追財禮給還。其女仍從後夫。男家悔（而再聘）者，罪亦如之。（仍令娶前女，後聘聽其別嫁）不追財禮。法律認定婚之效力如彼。故修訂法律者，不得不列定婚。列定婚矣。列之於結婚之前，另為一事乎。抑以定婚為結婚之一條件乎。德民瑞民之編次，既各不同。解釋因之而異。吾國婚姻之習慣，以克備六禮為先。禮曰：聘則為妻，奔則為妾。又曰：仲春之月，令會男女。奔者不禁。釋之者曰：奔者，六禮不備之謂也。又曰：男女非有行媒，不相知名。非受幣，不交不親。六禮者，行媒也。受幣也。皆定婚之程序也。不定婚者，不得為正式之婚姻。是定婚為婚姻之要件。然吾國之結婚，固必經定婚之程序。然必謂非經定婚不生婚姻之效力，又不然。蓋婚姻者，男女雙方共諾之生存結合也。共諾之行爲，苟足表示其意思，皆足發生效力。不必要一定之方式。一方表示意思，一方即可實行。亦不須何等之期間。婚妻奔妾之限制，非今日所可行。行媒受幣之繁文，亦非必經之手續。法律雖認定婚，要不能即指為婚姻之要件。此現行法所以僅於婚姻章中為一節。與第二節結婚相對待。以示定婚為婚姻之一段階。而非婚姻之必要條件也。日民之規定，於婚姻成立節中，分婚姻要件、婚姻無效及撤銷三款。無效之婚姻，本未成立。而規定於成立節中，似亦未

當。

第一款 婚約

結婚非夫妻間之契約。定婚則契約之一種。締結解除賠償諸問題、皆與普通契約無異。特其條件不同。略述如下。

(一) 締約之方式。不爲婚約則已。締結婚約、必踐履一定之方式。故婚約爲要式行爲。現行法第九百七十二條曰、婚約應由男女當事人自行訂定。此又可分爲二。

(甲) 形式的條件。即婚約應有何種之方式也。

按結婚不必經定婚之程序。定婚別爲一種契約。此契約應爲要式與否。固一問題。古代羅馬法、及德國普通法、婚姻豫約、皆不必依一定之方式。反之、德國古代法律、及聯邦之特別法、皆必要一定之方式。前者之說曰、婚姻豫約、以信用爲本。豫約者自身之觀念、常不拘於方式。法律毋庸爲此無益之規定。後者之說曰、婚姻豫約、較之他種契約、關係尤重。若無一定之方式、無以止將來之爭。二者各有理由。以習慣言之、則定婚恆有一定之方式。一爲交換婚書。他種契約、得以口頭締結。婚約必以書面。且必交換書面。書面之文字、吾國各處習慣不同。普通之方式、略如下。(甲) 男女兩方之姓名。然亦有不然者。僅書乾造坤造。(乙) 男女出生之年月日時。亦有祇書干支者。名曰庚帖。(丙) 定婚之年月日、署於庚帖之後。亦有不然者。(丁) 父母或主婚者之姓名。吾國向例、主婚人俱於婚帖之外、另書拜帖。以示尊長主婚之意。(戊) 媒妁之姓名。男女兩家之通辭、多由媒妁。視證

人爲尤重。故婚姻訴訟、多涉及媒妁。以上五者、爲習慣上定婚之條件。(二)爲交納聘財。舊日習慣、亦恆有_レ不備婚書、僅納送聘財以爲定婚者。在法律上似不得認爲婚姻豫約。夫儷皮爲禮、奠雁以迎、聘必須財、古有明徵。然皆僅納幣以將意、非以貨財爲主。如買賣婚之習尙也。降及後世、因聘財之多寡、往往釀爲爭端。有資以爲榮顯者矣。有藉以爲奩具者矣。有恃以爲養贍者矣。更有因以爲利益者矣。措娶悔盟、遲婚諸弊、因之而生。故勒索聘財、實爲陋習。不可不革者也。文中子曰、婚娶而論財、夷虜之道也。以財物爲結婚要件、其非古禮可知。彼計較財物者、自知以婚姻而索財爲可恥。故美其名曰聘金。然既以金錢爲目的、則事同買賣。揆諸婚禮大防、殊爲未可。說者或曰、鄉曲之間、不通文字。欲備婚書、實有困難。故習慣上多有以納送聘財、爲定婚者。要約承諾之意思、既明、卽發生婚約之效力。若必責求婚書、則不備者、十而八九。夫習慣上所認爲婚約、而法律必否認之、則反於人情。社會未能遵行、法律之效力、轉以消滅。殆非立法之本意。故其多寡之程度、仍任諸當事人之契約。法律毋庸干涉。至於勒索聘財之陋習、當由行政官廳、因時因地、剴切勸導。不必期諸法律。唐顯慶四年、詔天下嫁女受財、三品以上之家、不得過絹三百匹。四品五品、不得過二百匹。六品七品、不得過五十匹。八品以下、不得過一十匹。皆充所嫁女裝資之用。其夫家不得受陪門之財。金章宗明昌元年、制民庶財禮爲三等。上百貫。次五十貫。次二十貫。明洪武五年、詔古之昏禮、結兩姓之好、以重人倫。近代以來、專論聘財。習染奢侈。宜令中書省集議定制、頒行遵守。務在崇尚節儉、以厚風俗。違者論罪如律。唐律戶婚門、男女婚姻條、雖無婚書、但曾受聘財者亦是。明

清之律皆同。至於納送聘財之手續，在於古代，則於納徵時行之。故亦謂之納幣。即今日俗稱之過禮也。惟納徵之制，近已漸少。故納送聘財，祇有一定之手續與其限制。大清律例男女婚姻條註曰：聘財不拘輕重。但因媒妁言明。納送禮儀者，方是。若相見爲贅之物，如巾帕之類，不得卽爲聘財。唐律曰：聘財雖無多少之限。酒食者非。以財物而爲酒食者亦同。是納送聘財，必以經媒妁言明者爲斷。且必以財物爲斷。俗禮之插簪換佩，或奠雁執贄，皆不得爲納送聘財。亦卽不得爲婚姻豫約。至於近日婚禮之交換戒指，爲結婚當日之信物，尤不得謂爲聘財。現行法婚約並無一定之方式。但依男女當事人自行訂定，卽爲同意之表示。無論如何形式，或登報聲明，或交換飾物，或口頭立約，俱不能認爲無效。婚書與聘財，非所論也。至於童養媳之抱養，恆無婚書及聘財，而習慣認爲有定婚之關係。此亦一種陋俗。政治上所當禁革者。法律可不承認之。而認爲養女，使從養子女之規定。

(乙)實質的條件。 卽應由男女當事人自行訂定是也。(現行法第九百七十二條。)

按吾國習慣，定婚以父母爲主。絕對不許男女自由。故男女在結婚以前，未嘗謀面。及結婚之後，情感始通。嘉耦固多。怨耦亦復時有。且昔日女子不出閨門。言及婚姻，則赧然不敢置喙。偶然一誤，抱恨終身者有之。今則男女社交開通。女學亦漸發達。婚姻問題，大可選擇自由。毋庸受他人之干涉。雖始愛終棄，亦所難免。然咎由自取。無可怨尤。較之受命於父母者，自較合理。民初大理院判例，謂定婚卽不得本人同意，亦難謂爲無效。仍沿襲舊日父母主婚之習慣而來。殊與近代潮流不合。此現行法第九百七十二條規定之所以也。但於此有相當之限制。

(1) 男未滿十七歲、女未滿十五歲者、不得訂立婚約。(現行法第九百七十三條。)

按此爲定婚年齡之限制。吾國習慣、恆有男女方當髫齡、父母卽爲之定婚。甚至有指腹爲婚者。然大清律例、男女婚姻條附例、已有指腹割衫爲親禁止之規定。但僅禁未生而爲婚者。既生以後、未達於結婚年齡以前、並無限制之明文。則出生而定婚者、仍所不禁。與豫防早歲定婚之意、亦復未能貫徹。或云、前條既有定婚須由男女當事人自行訂定之規定。則當事人必有意思能力。而非甚幼可知。奚必再有此條之限制。但法律假想男未滿十七歲、女未滿十五歲、情竇漸啓、知識初開、少不更事、自訂婚約、往往致成輕率。故現行法加以此項之限制。

(2) 未成年人訂立婚約、應得法定代理人之同意。(現行法第九百七十四條。)

按現行法以二十歲爲成年。在未成年以前、知識尙未完全發達。未能熟權利害。故法律爲之設法定代理人。訂定婚約、事關終身利害。爲法律行爲之重大者。故應得法定代理人之同意。

(二) 婚約之效力。婚約爲一種契約。普通契約、當事人有不能履行時、得請求強制履行。然婚姻必本於當事人之意思。當事人在未結婚以前、卽已變更其意思。自無強制履行之理。現行法第九百七十五條特明爲規定曰、婚約不得請行強迫履行。以免紛爭。

按定婚之效力如何、爲學者一大疑問。中國舊日、對於過門守節之舉。學說卽已不同。在今日各國法例、婚姻豫約、

法律上絕不生拘束當事人之效力。換言之，即不生強制結婚之效力也。其理由有四：（1）婚約之承諾與否，本任諸當事人之意思。婚姻爲男女終身之關係，尤當任其意思自由。故雖已訂婚姻豫約，一旦忽有不願，自不得加以強制。致失其意思之自由。且因強制而結婚，則締結惡緣，將爲男女雙方終身之不幸。非法律慎重婚姻之意也。

（2）婚姻之豫約，不過爲婚姻之準備，並非發生夫妻之關係。假使於準備之中，雙方不能同意，則解除婚約，亦理論所當然。（3）財產之契約，如不履行，可以強制執行。身分之婚約，不願履行，無由加以強制。故法律不認婚姻豫約，有絕對拘束之效力。（4）法律既有兩願離婚之規定，夫成婚以後，尙得從雙方之意思，而爲離婚。則未成婚以前，雖有豫約，斷無不能離異之理。依此理由，故各國對於違背婚約者，僅生賠償或慰藉之問題。不生請求履行之問題。以吾國習慣言之，則稍不同。蓋吾國之視定婚，幾與結婚之效力相等。苟有違反婚約者，他之一方，必多方請求其履行。且悔婚之事，恆由於父母或監護人。不出於當事人之意思，亦無可以解除契約之理由。唐律戶婚門，若更許他人者，杖一百。已成者，徒一年半。後娶者，減一等。女追歸前夫。前夫不娶，還聘財。後夫婚如法。清律若再許他人，未成婚者，女家主婚人，杖七十。已成婚者，杖八十。後定娶者，（男家）知情（主婚人）與（女家）同罪。財禮入官。不知者不坐。追還財禮。給後定娶之人。女歸前夫。前夫不願者，倍追財禮給還。其女仍從後夫。男家悔（而再聘）者，罪亦如之。（仍令娶前女。後聘聽其別嫁。）不追財禮。其未成婚男女有犯姦盜者，（男子有犯、聽女別嫁。女子有犯、聽男別娶。）不用此律。由此言之，除犯姦盜罪，得爲解約之原因外，其無故而悔婚者，皆爲犯罪之行爲。

且仍有履行婚約之義務。然其中亦不無區別。婚約者、男女兩方結婚之契約也。其願爲婚姻與否、當視乎當事者之意。若當事人無悔婚之意思、僅由父母或監護人而爲悔婚（律例所載之主婚人）則當從律例之規定。責令履行婚約。反之當事人無結婚之意思、當任其意思之自由、不必加以強制。草案及現行法之規定、大旨相同。卽一方之當事人、有悔婚之情形、他之一方、不得請求履行。又請求履行、必限於當事人之一方。父母、或監護人、不得行之。皆置重於當事人之意思者也。依此規定、與從前之律例、遂致不無異同。主婚人而悔婚者、得由當事人請求履行。此其同也。當事人自願解除婚約、主婚人不得請求履行。此其異也。雖然、於此尙有一附隨之問題。卽當事人之請求履行、至若干期間、請求權始得消滅、是也。夫一方悔婚、而他之一方、延不請求、逮經過若干年。悔婚者、既已爲他之定婚或結婚之後、始行提出請求履行之訴、則欲維持現狀、既有破毀婚約之嫌。欲責令履行、又有強迫離異之感。二者皆不免有所困難。故前項之請求權、應有時效之規定。自他一方之當事人自發見悔婚事實之日起、經過六個月時、請求權消滅。蓋經過六個月、已足爲請求履行之準備。且婚約解除與否、宜使迅速確定、庶不生複雜之關係。若夫身分契約、不適於強制履行。假使判婚約爲有效、而一方延不履行時、亦惟有於其另行結婚時、科以重婚之罪而已。四年司法部擬安徽高等審判廳懷寧縣民王楊氏訴李德貴悔婚一案、亦惟云案經判決確定、維持婚約。當事人自不得復與他人訂婚姻豫約、或正式成婚。舍此無他道也。觀乎此、而定婚之效力可知已。

（三）婚約之解除。婚約既不能請求強迫履行。則當事人之意思變更、卽得解除婚約。不受法律之拘束。所發生者、

僅賠償問題而已。現行法第九百七十六條第一項，規定得解除婚約之條件，即婚約當事人之一方，有左列情形之一者，他方得解除婚約。

- (1) 婚約訂定後，再與他人訂定婚約或結婚者。
- (2) 故違結婚期約者。
- (3) 生死不明已滿一年者。
- (4) 有重大不治之病者。
- (5) 有花柳病或其他之惡疾者。
- (6) 婚約訂定後，成爲殘廢者。
- (7) 婚約訂定後，與人通姦者。
- (8) 婚約訂定後，受徒刑之宣告者。
- (9) 有其他重大事由者。

依前項規定，解除婚約者，如事實上不能向他方爲解除之意思表示時，無須爲意思表示。自得爲解除時起，不受婚約之拘束。（現行法同條第二項。）

按前條所述男女之一方，無故悔婚，他之一方，不請求履行。雖未明言解除婚約，實即爲解除之一種。詳言之，一方

明示悔婚之意思。他之一方、不表示反對之意思。即爲兩願解約。當援兩願離婚之例、無條件而解除。若僅男女之一方、欲求解除婚約者。則必有特別之條件。蓋既有成約、不得無故而解除。普通之契約且然。況婚姻之重大關係乎。至現行法所定之條件、多根據大清律例而設。(1)定婚後又爲他之定婚或結婚者。男女不得重婚。爲婚姻之原則。定婚前、苟已爲他之定婚或結婚。則後之婚約、當然不能成立。反之定婚後又爲他之定婚或結婚。則前之婚約、當然認爲有效。大清律例男女婚姻條(條文見前)再許與後定者、俱不發生效力。仍當歸於前夫。惟前夫不願、始得斷從後夫。故婚約之解除與否、當視乎前夫之願不願。輯註有云、此指已成婚者言之。若未成婚、不得聽其不願。而即斷從後夫。是又以惟後夫結婚者、得以聽其不願。其未成婚者、尙不能解除婚約也。大理院判例、又稍不同。凡女子已與人定婚、而再許他人者、無論已成婚與未成婚、及後定娶者、知情與不知情、其女應歸前夫。又絕對的維持前定之效力。現行法意旨略同。惟限制稍寬。定婚以前定爲主。後定爲無效。若前定之人、不願維持婚約。則得從其意思、以爲解除。以維持婚約爲原則。而以解除婚約爲例外。較之輯註所云、以與後夫已結婚未結婚爲斷者、固不同也。至大理院判例、無論如何、應歸前夫。並未言明前夫、不願作如何之處置。現代婚姻、置重本人之意思。則前定婚之當事人、不願履行時、當然解除婚約。無可疑也。(2)故違結婚期約者。結婚之期日、亦爲婚約中附隨之一款。無故而違結婚期約、雖未明示悔婚之意思。他之一方、即不免有所困難。大清律例男女婚姻條、其應爲婚者、雖已納聘財。期約未至、而男家強娶。及期約已至、而女家故違期者。(男女主婚人)並笞五十。故婚期當以原

約爲主。未及期而強娶。及期而不嫁。皆附以法律之制裁。其僅曰強娶不嫁。不曰強嫁不娶者。義可互見。無待贅言也。（律例中關於婚姻之各條。凡僅言男。或僅言女。恆見此義。）但違期若干日。始得解除婚約。現行法未有明文。大清律例出妻條附例。期約已至五年。無故不娶。聽經官告給執照。別行改嫁。亦不追財禮。是違期須至五年。方能改嫁。期限未免太長。似應酌量規定。無故違期。得至一年。有故違期。得至三年。禮所謂有故二十三年而嫁也。再大清律例。夫逃亡三年不還者。官給執照。別行改嫁。三年未還。尙得改嫁。則生死不明。至於一年。當然可以解除婚約。如此規定。似尙適於人情。（3）定婚後致成殘疾者。大清律例。凡男女定婚之初。若有殘疾。務須兩家明白通知。各從所願。又妄冒已成婚者。離異。各等語。是定婚之前。如有殘廢。並未通知。得爲解除婚約之條件。若定婚後始成殘疾。事由天定。非人力之所爲。以道義言。似不得據以解除婚約。惟婚姻爲男女畢生之結合。若嫁娶失當。卽爲終身之悔尤。况婚約僅有契約關係。事實上。既未成婚。法律上亦不生夫妻之效力。於此而解除婚約。未始非尊重男女之婚姻。至殘疾二字之範圍。頗難明晰。大清律例於殘字之下。加廢或二字。疾字之下。加病字一字。是殘疾卽殘廢及疾病之謂。大理院之解釋。殘廢二字。指人五官四支陰陽之機能。有一失其作用者而言。疾病者。謂依現在醫術其程度達於不易治療。而於生活上有礙。或爲常情所厭惡之疾病。然此種概括的解釋。仍難明瞭。遇有是否殘疾時。仍任諸審判官之斷定而已。現行法分爲（4）（5）（6）三項。其實一也。（4）男女之一方爲姦盜者。大清律例男女婚姻門。其未成婚男女。有犯姦盜者。（男子有犯。聽女別嫁。女子有犯。聽男別娶。）不用此律。所謂此律者。卽

仍歸前夫之律。姦盜係不齒於人之事。較之殘廢等項。尤爲不同。故各聽別嫁別娶。在無故悔婚之限。至姦盜二字。輯註謂男止言盜。女兼姦盜。是男子犯姦。不得爲解除婚約之條件。女子則兼姦盜而言。或謂姦盜分貼男女。女止言姦。非也。現行法分(7)(8)兩項。實兼男女而言。且受刑之宣告。又不止於盜也。現行法(9)有重大之事由一項。包括甚廣。凡離婚之條件。均得適用於解除婚約。已成婚者。因有此條件。尙得請求離婚。未成婚者。自無不能請求解約之理。故離婚之條件。均可謂爲重大之事由。得援以解除婚約。

(四)解除婚約之賠償。依前條之規定。婚約解除時。無過失之一方。得向有過失之他方。請求賠償其因此所受之損害。(現行法第九百七十七條)婚約當事人之一方。無第九百七十六條之理由。而違反婚約者。對於他方因此所生之損害。應負賠償之責。(現行法第九百七十八條)前條情形。雖非財產上之損害。受害人亦得請求賠償相當之金額。但受害人無過失者爲限。(現行法第九百七十九條第一項)前項請求權。不得讓與或繼承。但已依契約。或已起訴者。不在此限。(同條第二項)

按羅馬古代。視婚約爲非婚姻之必要手續。苟有以豫約拘束男女之婚事者。認爲不道德之行爲。雖有悔婚之事。實不得請求強制履行。亦不得請求損害賠償。惟夫對於未成婚之妻。如有侮辱之行爲。得提起毀傷名譽之訴。英國古代法律。則認婚約而加保護。如有悔婚者。得提起破約之訴。至於近代。則以破約之訴。爲不當。仍得許其請求損害賠償。法國古代。不認豫約爲有婚姻之效力。但許其爲損害賠償之訴。然損害賠償。非爲違約之制裁。僅爲補

償因違約所生之損害。迨法國訂定民法之後，而關於婚姻豫約效力之解釋，學說不同。有絕對認爲有效，如或違約，卽當爲損害賠償者。（德里兒墨耳凌之說。）有以爲婚姻豫約，及其附隨之罰款，不得爲公益上損害賠償之訴權者。（大理院判決例。）有以爲違背婚約，當根據法民第一千三百八十二條，因自己之過失，致生他人損害，當爲賠償之法則，認爲私犯或準私犯者。然近代之判例，皆以賠償現生之損害爲止。無形之損害，不得請求，以妨因不堪負擔，遂生不得已而履行婚約之弊。意民與法民略同。其第五十三條曰：婚姻之豫約，不但不生履行之義務，卽其所豫附違約之罰則，亦不生履行之義務。又第五十四條曰：成年人，及得有允婚權人允許之未成年人，以公正證書，或私署證書，爲婚姻豫約時，無正當之理由，而悔婚者，當賠償相對人因豫約所生之實費。德民第一千九十六條曰：付於婚姻之豫約，不得爲婚姻締結之訴。豫防悔婚所設之罰則，爲無效。第二千九十八條曰：豫約者之一方，解除豫約時，他之一方，及其父母，或代其父母行爲之第三人，因準備婚事之支出，及因承諾義務所生之損害，當爲賠償。其他之一方，因豫期婚事，財產或職業，受其影響所爲處置，而生損害者，亦同。前項之損害，要限於有正當之事情，始得請求賠償。有正當之理由而解約者，不生賠償之義務。第一千三百一十條曰：解除婚約時，豫約人之一方，贈與他方之物品，及爲豫約證明之物品，得依不當利得之規定，請求返還。瑞民第九十一條，與德民第二千九十七條略同。其第九十二條曰：婚姻豫約者之一方，無重大之事由，而悔婚，又因歸責於己之事由，致自己或相對人解除婚約時，對於相對人，或其父母，或代其父母行爲之第三人，豫期婚事，以善意所爲之準備，當要

賠償。第九十三條曰、違反婚姻豫約時、無過失之一方、身上之關係、受重大之損害、對於有過失之一方、得請求一定之金額、爲慰撫金。第九十四條曰、婚姻豫約人相互之贈與物、於解除婚約時、得爲返還之請求。各國之學說法制、大抵以婚姻豫約、不生拘束婚姻之效力。惟得請求損害賠償、或慰撫金、及返還相互之贈與物而已。現行法對於婚約之解除、僅得請求損害賠償。且須無過失、始得向有過失之一方、請求賠償。至如非財產上之損害、亦以無過失之一方、得請求賠償相當之金額。如瑞民所謂慰藉金者、似亦包含在內。與吾國舊日習慣以退還婚書、歸還聘財、且有刑事上之制裁者不同。蓋純採德民瑞民之規定者也。日民、及草案、修正案、均無此項、似較簡當。

第二款 結婚

定婚爲婚姻之準備。至於結婚、始生婚姻之效力。各國法律於結婚之規定、皆設有種種限制、以維持善良之風俗。草案參酌從來之法例及習慣、設婚姻之要件。現行法修正案均略同。

(一) 實質上要件。可分爲七。

(甲) 須合於婚姻年齡。婚姻年齡之限制、所以防早婚之弊。各國民法大抵均同。現行法第九百八十條、男未滿十八歲、女未滿十六歲、不得結婚。草案第一千三百三十二條同。修正案第十二條、縮短其年齡、改爲男未滿十七歲、女未滿十五歲、不得成婚。與日民同。

按結婚之遲早、關係國民之發達。古代立法政策、有利於國民之早婚者。越王句踐之圖報吳也、欲求人民之

蕃育。令男子年至二十、女子年至十七、必須嫁娶。否則罪其父母。此禁止遲婚之見於史者也。雖然、早婚之弊、更重於遲婚。有害於身體之健康、一也。所生之子女、恆多羸弱、二也。婚姻之智識不完全、三也。未能盡教養子女之責任、四也。因此四者之流弊、國家亦受其影響、五也。故各國對於婚姻年齡、恆設最低限度、以防其失。茲列表於下。

德意志	男滿二十一歲	女滿十六歲
法蘭西	男滿十八歲	女滿十五歲
意大利	男滿十八歲	女滿十五歲
比利時	男滿十八歲	女滿十五歲
荷蘭	男滿十八歲	女滿十六歲
瑞士	男滿十八歲	女滿十六歲
日本	男滿十七歲	女滿十五歲

以上所列、各國不同。以成婚之年齡、須視國民身體發育之遲早而定。而身體發育之遲早、又與一國之土地氣候、大有關係。彼此不能強同也。然則吾國成婚年齡當如何。試徵諸古、杜氏通典太古男五十而娶、女三十而嫁。中古男三十而室、女二十而嫁。是爲古初婚嫁之年齡。惟三代以前、紀載未備、立法真意、語焉不詳。降及

有周制乃大備。周禮媒氏掌萬民之判。凡男女自成名以上、皆書年月日焉。令男三十而娶、女二十而嫁。鄭康成註曰、二三者、天地相承覆之數也。高愈註曰、男娶以三十、女嫁以二十者、陽貴老陰貴少也。白虎通曰、男三十而娶、女二十而嫁何。陽數奇、陰數偶也。男長女幼者何。陽道舒、陰道促、男三十筋骨堅強、任爲人父。女二十肌膚充盈、任爲人母。合爲五十應大衍之數。生萬物也。是其所以取此三十二之數、實由陰陽大衍之理而出。而非毫無根據。但所謂三十二者、乃結婚年齡之最高限制。非結婚年齡之最低限制。孔子家語、哀公問於孔子曰、男子十六精通。女子十四血化。是則可以生子矣。而禮、男子三十而有室、女子二十而有夫也。豈不晚哉。孔子曰、夫禮言其極耳。不是過也。男二十而冠、有爲人父之端。女十五而許嫁、有適人之道。大戴禮男八歲而亂、十六精通、然後施行。女七歲而亂、十四然後化成。由此觀之、男十六可娶。女十四可嫁。二十三、言其極耳。自時以後、法制變遷。管仲治齊、令男子二十得娶妻。女子十五得嫁。漢惠帝六年、令女子十五以上至三十不嫁者、處罰金。唐貞觀元年、令男子二十、女子十五以上、許其婚嫁。開元二十二年、令男子十五、女子十三以上、得爲嫁娶。宋嘉定六年、改爲男子十六以上至三十。女子十四以上至二十。乃可成婚。朱子家禮因之。明洪武元年、令民間嫁娶、均依朱子家禮。大清通禮、仍從明制。律例定爲男子十六歲爲丁。女子十四歲爲口。雖未明示爲成婚年齡。然直接爲成年之規定。故自宋以來、男子十六以上、女子十四以上、得爲婚嫁。幾爲通例。草案採各國法例、定爲男子十八、女子十六、得以成婚。實與舊制不同。現行法因之。修正案改爲男年十七、女

年十五較合於宋明之舊。要之成婚年齡失之過低，不足以達防止早婚之目的。反之失於過高，則姦通之事隨之發生，反足以害善良之風俗。故各國無不慎重規定，以期適合於國民發育之程度。若夫天子與諸侯成婚之年齡，又稍不同。杜氏通典曰：三十二而嫁娶者，周官云掌萬民之判，卽衆庶之禮也。故下云：於是時也，奔者不禁。服經爲夫姊妹服長殤，士大夫之禮也。左傳十五而生子，國君之禮也。位有貴賤之異，婚得無尊卑之殊乎。是卿士大夫之子，十五六歲之後，得爲嫁娶。天子諸侯之子，年十五以前，已得爲嫁娶也。此與今日各國皇室之成婚年齡，與普通之成婚年齡不同者，隱相符合。現行法爲普通規定，故不復擬議及之。再昔日俄國民法，有滿八十歲以上，不得成婚之規定。然老年尙欲成婚，事所鮮見。法律不必爲之防。又如男女間年齡之差違，但使當事人願意結婚，亦不爲婚姻之障礙。老夫夫妻，老妻士夫，要不生如何之限制也。

(乙) 未成年人結婚，須經法定代理人之同意。現行法第九百八十一條。草案第一千三百三十八條。結婚須由父母允許。修正案第十三條。結婚應得父母之同意。但男滿三十歲，女滿二十五歲者，不在此限。

按婚姻之結合，當基於男女之自由意思。草案第一千三百四十一條。當事人無結婚之意思，所爲之婚姻爲無效。現行法無明文。但第九百七十二條。婚約應由男女當事人自行訂定。婚約且如此。結婚自不待言。惟未成年入結婚，不能無所限制。吾國習慣，子女結婚，恆由尊長或父母爲之主。卽所謂主婚人也。主婚之制，始於周。春秋莊公元年，單伯送王姬。註曰：王將嫁女於齊。既命魯爲主婚，故單伯送女。不稱使也。天子嫁女於諸侯。

使同姓諸侯主之。不親婚。尊卑不敵。公羊傳。天子嫁女於諸侯。必使諸侯同姓者主之。諸侯嫁女於大夫。必使大夫同姓者主之。是爲婚姻設立主婚人之原始。至於一般士庶人之婚姻。設立主婚人之習慣。未諗始於何時。然唐律已有婚姻由於主婚之明文。明清律例亦同。清律男女婚姻條附例。尤爲明晰。其文曰。嫁娶皆由祖父母、父母主婚。祖父母、父母俱無者。從餘親主婚。其夫亡攜女適人者。其女從母主婚。輯註曰。餘親。當儘伯叔父母、姑、兄、姊、外祖父母。如無。則從餘親尊長。其卑幼不得爲尊長主婚也。由此觀之。關於結婚之男女兩方。不得有自由之意思。俱須從父母祖父母或餘親爲之主。不僅如各國民法。僅須得父母之允許也。且不但此也。己之定婚。與尊長之定婚。如有衝突時。仍當從尊長之所定。大清律例。男女婚姻律。若卑幼或仕宦或買賣在外。其祖父母、父母、及伯叔父母、姑、兄、姊、（自卑幼出外之後）爲定婚。而卑幼（不知）自娶妻已成婚者。仍舊爲婚。（尊長所定之女。聽其別嫁。）未成婚者。從尊長所定。（自定者從其別嫁。）違者杖八十。（仍改正。）註若祖父尊長出外。卑幼在家。兩有聘定。亦依此斷。是除卑幼所定已成婚者外。餘俱當改從尊長所定也。法律之重主婚如此。故有嫁娶違律者。亦歸主婚人之責任。大清律例嫁娶違律條曰。凡嫁娶違律。若由（男女之）祖父母、父母、伯叔父母、姑、兄、姊、及外祖父母主婚者。違律之罪。獨坐主婚。（男女不坐）餘親主婚者。（餘親。謂期親卑幼。及大功以下尊長卑幼主婚者。）事由主婚。主婚爲首。男女爲從。（得減一等。）事由男女。男女爲首。主婚爲從。得減一等。至死者。（除事由男女。自當依律論死。）主婚人並減一等。（主婚人雖係爲首。

罪不入於死、故並減一等。男女已科從罪、至死亦是滿流。不得於主婚人流罪再減。蓋婚姻以主婚人之意思爲主。故嫁娶違律、獨坐主婚。惟餘親主婚、始因婚事所由、分別首從。由此觀之、吾國婚姻、固以主婚人之意思爲本。而不以當事人之意思爲本也。惟其他各條、亦未嘗無置重本人意思之規定。清律、居喪嫁娶條、其夫喪服滿、（妻妾）果願守志。而女之祖父母、父母、及夫家之祖父母、父母、強嫁之者、杖八十。期親加一等。大功以下、又加一等。婦人及娶者、俱不坐。未成婚者、追歸前夫之家。聽從守志。追還財禮。已成婚者、給與完聚。財禮入官。又嫁娶違律條、其男女被主婚人威逼、事不由己。若男年二十以下、及在室之女、亦獨坐主婚。曰強嫁、則應從嫁者之意思可知。曰事不由己、則應有由己者可知。是婚姻未嘗不重本人之意思也。近日各國法制、以婚姻自由爲原則。必男女雙方、皆有自由之意思。而爲其諾。乃生結婚之效力。卽所謂共諾婚是也。惟於婚姻知識之未完全者、限於若干年齡以內、須經父母或監護人或親屬會之允許。乃得爲之。爲其諾婚之一附隨條件。草案採共諾婚之制、而有違反當事人之意思婚姻無效之規定。於此又有結婚須經父母允許之規定。仍各國立法之意也。但僅以父母允許爲條件、而無其他之例外。未免過嚴。現行法限於未成年時、須法定代理人之同意、亦無其他之例外。且僅以未成年爲限、又覺稍寬。於此有應研究者二。（一）年齡問題。德民嫡子在二十一歲以前、對於結婚須得父之允許。私生子須得母之允許。瑞民未成年人（瑞士二十歲爲成年）限於得父母或監護人之同意時、得爲婚姻。法民未滿二十五歲之男、未滿二十一歲之女、締結婚約時、須得

父母之允許。日民男滿三十歲、女滿二十五歲、爲婚姻時、不必得父母之同意。是德瑞二國、男女成年之後、欲爲婚姻、得不經父母之允許。法日二國、則年齡之限制稍高。而男女又各有區別。徵之吾國往事、舜年三十、不告而娶、懼無後也。大清律例、男年二十以內、及在室之女、嫁娶違律、獨坐主婚。由此言之、三十以後、得絕對的、不必經父母允許。二十以後、亦得相對的從本人之意思。故修正案採日民之例、定爲男滿三十歲、女滿二十五歲者、不必經父母之允許。得以結婚。又法民男女既達毋庸允許之年齡以後、尙非絕對的、不必允許。男子三十歲之前、女子二十五歲之前、須經二次之請求。至三十歲以後、亦須經一次之請求。始得結婚。日德民法均無之。又法民關於允許之手續、尙有詳細之規定。他國民法亦無之。父母所在不明、或已死亡、或不能表示意思者、修正案仿日民之規定、應得監護人或親屬會之同意。現行法無之。父母之一方、有上述之情形時、日民規定、爲僅得他一方之同意爲已足。現行法修正案均無之。似亦不無疎漏。(二) 嫡母繼母不允許問題。現行法無明文規定。草案、修正案、均仿日民之制、經親屬會之同意、得爲結婚。以各國民法攷之、允許之權、本不一致。法民則父母異議時、以父之允許爲已足。瑞民則以僅有一方之同意爲已足。日民則僅要父之同意。草案之規定、要父母雙方之同意。惟嫡母繼母有異議時、得不要母之允許。經親屬會之同意。修正案亦同。若父母意見不同時、究應如何。現行法、草案、修正案、均無規定。似不如仿日民之例、父母異議時、以父之允許爲已足。

(內)須無不得結婚之關係。現行法第九百八十三條。(1)直系血親及直系姻親。(2)旁系血親及旁系姻親之輩分不同者。但旁系血親在八親等之外、旁系姻親在五親等之外者、不在此限。(3)旁系血親之輩分相同、而在八親等以內者。但表兄弟姊妹、不在此限。(4)前項姻親結婚之限制、於姻親關係消滅後、亦適用之。草案第一千三百三十三條、同宗者不得結婚。第一千三百三十四條、在本律規定之親屬範圍內、不得結婚。但外親或妻親中之旁系親、其輩分同者、不在此限。前項規定、於第一千三百二十二條、親屬關係解銷時適用之。在本律規定之親屬範圍外、而有切近之尊卑輩分、或為同母異父者、亦不得結婚。修正案第十八條、左列各款不得結婚。(1)四親等內宗親、及宗親之妻。雖因離婚或再醮終止親屬關係時、亦同。(2)三親等內之姻親、而有尊卑之輩分者。(3)同母異父者。(4)養子、及其配偶、或其直系卑親屬及其配偶、雖與養親或其尊親屬間、因歸宗終止親屬關係時亦同。

按現行法草案修正案、有種種不同之點。(1)草案有同姓為婚之限制、現行法修正案均無之。大清律例、凡同姓為婚者、各杖六十。離異註同姓、非同宗也。今之宗傳雖別、始之淵源或同。故禮不娶同姓。違者各杖六十。離異。古代婚姻、以同姓為嫌。禮記曲禮曰、娶妻不取同姓。故買妾不知其姓、則卜之。鄭注為其近於禽獸也。邵氏淵曰、所以重宗也。大傳曰、其庶姓別於上、而戚單於下。婚姻可以通乎、繫之以姓、而弗別、綴之以食、而弗殊。雖百世而婚姻不通者、周道然也。鄭注、姓、正姓。始祖為正姓。高祖為庶姓。正義曰、其庶姓別於上者、此作記之。

人、以般人五世以後、可以通婚。故將般法以問於周。左傳、男女同姓、其生不蕃。杜註蕃息也。孔疏、違禮而娶、故其生子、不能蕃息昌盛也。又昭元年內官不及同姓、其生不殖。美先盡矣、則相生疾。杜註、殖、長也。同姓之相與先美矣。美極則盡。盡則生疾。孔疏、同姓相與先美。今既爲夫妻、又相寵愛、美之至極、在先盡矣。乃相厭患而生疾病。非直美極惡生疾病而已。又美極驕寵、更生妬害也。劉炫云、違禮而娶、則人神不佑。故所生不長也。晉文姬出而霸諸侯。同姓未必皆不殖。此以禮法爲言勸助人耳。又云、人之本心、自然有愛。愛之所及、先及近親。同姓、是親之近者。其愛之美必深。是同姓之相與、先自美矣。若使又爲夫妻、則相愛之美猶極。極則美先盡矣。美盡必有惡。故美盡必生疾。此爲防維致此意耳。晉語、異姓則異德。異德則異類。異類雖近、男女相及、以生民也。同姓則同德。同德則同心。同心則同志。同志雖遠、男女不相及、畏黷敬也。黷則生怨。怨亂毓災。災毓滅性。是故娶妻避其同姓、畏亂災也。此同姓不通婚之見於經傳者。其說亦甚詳矣。北史魏文帝紀詔曰、夏殷不嫌一族之婚。周氏始絕同姓之娶。斯皆教爲時設。政因事改者也。是殷之五世爲限、亦同於夏。殆上古之禁令皆然。至周法始定爲百世不通。視古爲密。然亦指受姓之同出於一祖者而言。其非同出一祖者、自不在範圍之內。唐律諸同姓爲婚者、各徒二年。疏議曰、同宗共姓、皆不得爲婚。違者各徒二年。然古者受姓命代、因彰德功。邑居官爵、事非一緒。其有祖宗遷易、年代寢遠、流源木本、罕能推詳。至如魯衛、文王之昭。凡蔣、周公之胤。初雖同族、後各分封。並傳國姓、以爲宗本。若與姬姓爲婚者、不在禁例。又如近代以來、或蒙賜姓。譜牒仍在、昭穆可知。今

姓之與本支、並不合共爲婚媾。其有複姓之類、一字或同、受氏既殊、元非禁例。是唐律之同姓、專指同宗共姓者而言。其姓同而宗不同者、卽同出一源、亦所不禁。雖亦本之周道、然已稍寬。明律改爲凡同姓爲婚者、各杖六十。雖異。而於娶親屬妻妾一條、增其文曰、凡娶同宗無服之親、各杖一百。是區同宗與同姓爲二。而同姓指同姓不宗者言。在古之時、凡同宗者、無不同祖。同祖故同姓。既同姓、未有不出於一祖者。故但言同姓、其限制甚分明也。明律區同姓同宗爲二。於是不同祖者、亦曰同姓。而同姓之義晦矣。竊考古之言姓者、本於五帝。見於春秋者得二十二。如媯婁子姬風、嬴己任之類是也。諸侯賜卿大夫以氏、公之子曰公子、公子之子曰公孫、公孫之子、以王父字爲氏。左傳曰、天子建德、因生以賜姓。胙之士而命之氏。是姓與氏有別也。戰國以下、以氏爲姓。司馬遷史記、姓與氏混而爲一。自是之後、姓氏不分。然同姓之義、說經者尙能辨之。爾雅釋親、族兄弟之子、相謂爲親。同姓、註同姓之親、無服屬。白虎通、姓者、一本之稱也。詩、杖杜、傳、同姓、同祖也。禮記大傳、疏、姓者、生也。以此爲祖、令之相生。雖下及百世、而此姓不改。可知稱同姓、未有不同出於一祖者。自姓氏不分、於是有氏同而姓本不同者。如同一王氏也。瑯琊太原二望、同出周靈王太子晉。京兆一望、出魏信陵君。皆姬姓。王莽自云舜後、則爲媯姓。同一孔氏也。孔子、子姓。鄭孔叔、姬姓。陳孔甯、媯姓。衛孔達、媯姓。同一顏氏也。郝之顏、曹姓。魯之顏、姬姓。後來金之完顏、去完爲顏、又非古之顏氏。凡此之類、其氏雖同、而其祖不同。謂之同姓、名實殊乖。新莽以姚媯陳田王五姓爲宗室。且禁元城、勿與四姓爲婚。而已娶王訢之女。魏東萊王基爲子納王沈女。皆不

以爲嫌。蓋知此也。且自元魏改代北之姓，凡三字二字者，並爲一字。遂與中原古姓相亂。明洪武時，禁用胡姓。呼延爲呼，乞伏爲乞。由是中國自有之複姓，如公孫、叔孫、十孫、王孫之類，亦去一字而爲孫。公羊、公乘之類，亦去一字而爲公。母邱、毋將之類，亦去一字而爲毋。司徒、司空之類，亦去一字而爲司。其本姓遂亡。其中尙有未改者，視其本宗，轉同異姓。氏族之紊，莫甚於此。如奚之爲稽，郜之爲倪，棘之爲棗，以避仇難而改。莊之爲嚴，慶之爲賀，以避國諱而改。氏之爲是，以避嘲而改。更有異姓之後，如陳矯本劉氏子，出嗣舅氏。吳朱然本姓施，以姊子爲朱後。以及漢唐之賜姓，五季之義兒，若此之類，所關者雖不過一人一家，而日久之後，氏族混淆，莫知其祖之所自出。其本非同出一祖者，亦以同姓論。於法於理，殊非允協。而同姓不得爲婚之律，遂致徒成具文。無裨實際。元魏帝室十姓，百世不通婚。其中如胡周奚車等，與中原舊姓相同，而實非一本，並無明禁。此其立法尙合古制。唐人亦明乎同姓之義，故疏議以同宗其姓爲限。明律亦承唐舊，乃區同宗於同姓之外。罪名視唐爲輕。範圍視唐爲廣。大非唐律之本意。此由未明乎同姓之義故也。夫同姓之義，曰一本。曰同祖。其不通婚也，曰重宗。曰畏災亂。經傳既詳言之，其同姓而不同祖，既非一本，則與此義有合與否，不待智者而後明。使不求其理之安否，法之當否，而存之於律之中。豈律之善者，清承明律，沿而未改，而二百年罕見引用。或曰：同姓者，重在同宗。如非同宗，當援情定罪，不必拘泥律文。或曰：同姓爲婚，大江以南，罕有犯者。他省卽搢紳不以爲怪。未可概繩以法也。或曰：窮鄉僻壤，娶同姓者，事所恆有。若概繩之以律，離異歸宗，轉失婦人從一而終。

之義。乾隆五十四年、湖南唐化經娶同姓不宗之唐氏爲妻。將其毆傷身死一案。刑部議得愚民不諳例禁。窮鄉僻壤、婚娶同姓不宗婦女者、往往有之。固不得因無知而犯、遂廢違律之成規。尤不得因違律婚娶之輕罪。轉置夫婦名分於不論。該撫略夫妻名分。依凡鬪問擬。援引究覺失當。當將唐化經依毆妻致死律擬絞。在案。是此律之不能實行。舊說舊案、具有明文。舊例定有同姓爲婚、實係明媒正娶者。雖律應離異、有犯仍按服制定擬之條。是同姓爲婚之律、早在存而不論之列。夫律本應離。而例又不論。此法之兩歧者也。法必定於一。然後人知遵守。未有兩歧而可以爲法者。故不如推尋古義、僅以同宗爲限。其受氏殊者、不在禁止之列。此草案規定之所以也。然古人重宗法、故有百世不遷五世則遷之別。今以同宗爲限、而宗法久亡、更以何者爲依據。且世系愈遠、譜牒難稽。既反人情、殊無實益。故修正案以四親等內之宗親爲斷。似較合於實際。現行法僅認血親姻親。不認宗親。故不得通婚之限制。事實上雖與修正案略同。而用語殊費周折。(2)修正案有四親等內宗親之妻一語。草案則包括於同宗不得結婚之內。現行法列於旁系姻親之中。唐律諸嘗爲祖免親之妻而嫁娶者、各杖一百。總麻及舅甥妻徒一年。小功以上以姦論。妾各減二等。離之。大清律例、凡娶同宗無服(姑姪姊妹)之親、及無服親之妻者、(男女)各杖一百。若娶同宗總麻親之妻、及舅甥妻、各杖六十徒一年。小功以上(之妻)各以姦論。(自徒三年至絞斬)其(親之妻)曾被出及已改嫁而娶爲妻妾者、(無服之親不與)各杖八十。若收父祖之妾、及伯叔母者、(不問被出改嫁各斬)若兄亡收嫂弟亡收弟

婦者、（不問被出改嫁俱坐。）各絞。妾（父祖妾不與。）各減（妻）二等。若娶同宗總麻以上姑姪姊妹者、亦各以姦論。（除應死外。）並離異。明律之本文亦同。又大清律例之附例、凡收伯叔兄弟妾者、卽照姦伯叔兄弟妾律、減妻一等。杖一百。流三千里。是同宗之妻、無論有服無服、俱絕對禁止婚姻。與禁止與姑姪姊妹爲婚相同。惟因尊卑親疎之別、刑罰稍示其差異而已。夫無服之親、所包者廣。凡五服之外、譜牒可考、尊卑長幼、名分猶存者、皆是。所謂祖免親也。娶同宗無服之妻、尙須離異。與修正案所定四親等內宗親之妻、範圍之廣狹不同。二者相爲比較、大清律例之規定、爲嚴格的同宗結婚之禁制。蓋同宗無服之姑姪姊妹、旣不得爲婚。則同宗無服伯叔兄弟之妻、當然亦不得爲婚也。然就事實言之、同宗結婚之限制、旣不適於今之社會。同宗無服親之妻、更不得與同宗有服之妻、相提並論也。現行法以宗親之妻、入於姻親之內、以八親等爲限。與修正案實同。日民僅以直系爲限。不得爲婚。範圍爲尤狹矣。（3）現行法於外親妻親、旣有血親姻親之不同。其輩分不同之旁系血親、限於八親等以內、旁系姻親、限於五親等以內。不得爲婚。其輩分相同者、除表兄弟姊妹外、限於三親等以內。不得爲婚。修正案僅限於三親等以內之姻親。而有尊卑之分者、草案則外親限於三親等。妻親限於二親等。範圍又稍不同。且亦以輩分不同者爲限。外親妻親、卽律例所稱之外姻。唐律若外姻有服屬、而尊卑共爲婚姻、以姦論。其父母之姑舅兩姨姊妹、及姨、若堂姨、母之姑、堂姑、己之堂姨、及再從姨、堂外甥女、並不得爲婚姻。違者杖一百。並離之。明律清律皆同。所謂外姻有服之尊屬卑幼、卽外親服圖所列之外

祖父母、母之兄弟姊妹、妻親服圖所列妻父母、是也。（至妻親服圖所列女之子、亦爲有服之外姻。然外親服圖、已有外祖父母兩相比證、已可明瞭。毋庸贅列。）自餘所列父母之姑舅兩姨姊妹以下、皆爲無服之外姻。以無服之外姻、而不得爲婚者、以其名分尙存也。惟以今日之親等言之、則父母之堂姨、母之堂姑、己之再從姨、皆已超於三親等之外。自無禁止爲婚之必要。至於外親妻親之輩分相同、姑舅兩姨姊妹、卽表兄弟姊妹。本係近親。且有血統關係。應在禁止爲婚之列。明清律例、仍沿唐律之舊。娶己姑舅兩姨姊妹者、杖八十。並離異。然清律附例、有聽從民便之語。是律文業已廢止。現行法特設例外。修正案仍之。（4）同母異父之姊妹、雖有血統關係、可包括於現行法血親之中。但殊未明晰。修正案特立一項、列於不得爲婚之列。唐律及明律、娶同母異父之姊妹。俱以姦論。德民及瑞民、父母之一方相同之兄弟姊妹間、不得爲婚。日民認繼父與繼子間、生同一之親屬關係。則其兄弟姊妹、亦當然生不得結婚之結果。蓋同母異父之姊妹、猶姊妹也。其血脉相聯、親誼甚密、自應不得結婚。惟大清律例、尊卑爲婚條之附例、有曰、前夫子女、與後夫子女、苟合成婚者、以娶同母異父姊妹科斷。以前夫子與後夫女成婚、則子之母、乃女之繼母、女之父、乃子之繼父也。以前夫女與後夫子成婚、則子之父、乃女之繼父、女之母、乃子之繼母也。從前以愚民不知禮法、鰥夫再娶、寡婦再嫁、往往有將子女苟合者。故特著其例。然前夫子女與後夫子女、異父同母、究與同母異父不同。示掌云、若從尊長主婚、毋概議離。應援名分不甚有礙例科斷。故草案不在禁止之列。現行法包括於血親之中、殊欠明晰。修正案特爲

標出(5)現行法認養子不認嗣子、而結婚限制、不設養子之規定。修正案特增加爲一條。唐律亦定有養子之稱。名例篇稱期親祖父母條。若養者與親同。疏議謂無兒養同宗之子。此實指爲後者。與今之養子、名詞實異。清律嚴禁收養異姓。勉設義子之例。雖恩養年久、亦許同於子孫。互相依倚。身分實依違未定。然漢儒於養子極端調護。唐杜佑通典六九引故膠東相董仲舒春秋決事、養子事二。一、甲臧匿養子乙。斷曰、甲無子孫、活養乙。雖非所生、誰與易之。詩云、螟蛉有子、蜾蠃負之。春秋之義、父爲子隱。甲宜匿乙而不當坐。二、甲杖生父乙。斷曰、甲生乙不能長育。以乞丙。於義已絕矣。雖杖甲不應坐。重視養子身分。合於今之學說。修正案增設一條。並引申其義於親屬關係解銷以後。亦師漢儒之學也。現行法注重養子。第一千零七十二條、至第一千零八十三條、規定特詳。而此節獨從略。宜從修正案之規定。

(丁) 監護人、與受監護人、不得結婚。 監護人與受監護人、於監護關係存續中、不得結婚。但經受監護人父母之同意者、不在此限。(現行法第九百八十四條、修正案第十九條。)

按此項監護人、指指定或選定者而言。其責任大類古之託孤。地位本高。難保無恃其權勢、對於受監護人抱弱肉強食之志。強迫結婚者。現行法特設本條。加以限制。修正案仍之。惟監護之事項不一。例如甲女在外游學、父母託該地之乙、爲之監護。雙方本係瓜葛。甲父母早有相攸之意。在監護責任未終了前、同意其結婚者、亦情法所可允認。自不當受監護關係之束縛。故設但書之規定。

(戊)有配偶者不得重婚。一夫多妻、一妻多夫、皆爲法律所不許。故既有夫者、不得再有夫。既有妻者、不得再有妻。惟前婚無效或撤銷、或一造死亡時、再行婚嫁者、不在重婚之列。(現行法第九百八十五條、草案第一千三百三十五條、修正案第十六條。)

按一夫一妻、實本於一陰一陽之義。所謂一晝一夜成一日、一男一女成一室。是也。故歷代之法制、皆以一夫一妻制爲本則。唐律諸有妻更娶者、徒一年。女減一等。若欺妄而娶者、徒一年半。女家不坐。各離之。疏曰、一夫一妻、不刊之制。有妻更娶、本不成妻。明律清律亦曰、若有妻更娶妻者、亦杖九十。離異。是爲有妻更娶之禁。唐律諸和娶人妻及嫁之者、各徒二年。妾減二等。各離之。卽夫自嫁者、亦同。明律清律、凡逐婚嫁女、或再招婿者、杖一百。其女不坐。男家知而娶者、同罪。不知者、亦不坐。其女斷付前夫。出居完聚。是爲有夫再嫁之禁。由此觀之、吾國自昔皆取一夫一妻之制、無可疑也。或曰、書堯典、釐降二女於媯汭。嬪於虞。三代以前、似不無一夫數妻之制。然虞舜之二女、非必二妻。學者嘗言之矣。杜氏通典曰、三夫人以下、百二十人、周制也。至舜不告娶、不立正妃也。謂三夫人。尸子曰、堯聞其賢、徵之。草茅之中。妻之以嬪。媵之以娥。(娥本文係英之誤。)是從杜氏之說。謂二女皆非正妻。從尸子之說、則嬪爲妻、而英則媵也。吾國自古以來、自天子以至於庶人、不得有二妻。而妻之外得有妾。禮天子有后、有夫人、有世婦、有嬪。至於其數、則有虞之世、爲三夫人。夏加以爲十二。殷又加以二十七。爲三十九。周則爲一后、三夫人、九嬪、二十七世婦、八十一女御。爲一百二十一。人矣。至於春秋、改周

之文。從殷之質。天子一娶十二女。諸侯一娶九女。大夫三。士二。至於庶人。則以一夫一妻爲本則。然孟子齊人有一妻一妾。則庶人之有妾。亦非特有禁令也。明律限於四十以上無子者。始得蓄妾。清律刪之。不加年齡之限制。故無論何人。於妻之外娶妾者。皆爲法律之所許。近人不察。謂吾國爲採一夫多妻制。而實則一夫不得有數妻。僅一男得有數女而已。故法律雖有不許重婚之規定。然妾非正妻。不生婚姻關係。故有妻而娶妾。與有妾而娶妻者。皆不生重婚之問題。惟納妾之制。爲各國法制之所無。且亦爲社會道德所不許。故現行法不認妾之制度。特以數千年之積習。未能盡除。且無子者之納妾。在今日之社會。尙爲必不可免之事。究應承認妾之地位與否。尙爲將來立法一大問題。若夫兼祧之子。並娶二妻。習俗雖有。法律不承認之。道光元年例案。承祧兩房。各爲娶妻。希冀生孫延嗣。毋庸照有妻更娶。離異。惟禮無二嫡。後娶之妻。應以妾論。是雖不必離異。而仍不得並稱爲妻。於順適人情之中。仍維持一夫一婦之原則。現行法不認妾之制度。遇有此等事項。除撤銷後娶者婚姻外。無他道也。

(己)不得與相姦者結婚。相姦者。卽姦夫姦婦是也。姦婦因與人姦通。致被離婚。改嫁原所不禁。若仍許其與姦夫結婚。是長淫邪之弊也。故法律特加以限制。(現行法第九百八十六條曰。因姦經判決離婚者。或受刑之宣告者。不得與相姦者結婚。草案第一千三百三十七條。修正案第十七條。日民第七百六十八條略同。)按明律和姦刁姦者。姦婦從夫嫁賣。其夫願留者聽。若嫁賣與姦夫者。姦夫。本夫。各杖八十。婦人離異歸宗。財

物入官。清律亦然。輯註此嫁賣指經官後者言之。又用財買休賣休、和娶人妻者、本夫、本婦、及買休人、各杖一百。婦人離異歸宗。財禮入官。若買休人用計逼勒本夫休棄。其夫別無賣休之情者、不坐。買休人及本婦各杖六十。徒一年。婦人除罪收贖。給付本夫。從其嫁賣。妾減一等。媒合人各減犯人罪一等。註其因姦不陳告、而嫁賣與姦夫者、本夫杖一百。姦夫姦婦各盡本法。輯註買休賣休一節、載於縱容抑勒通姦之後。本爲先姦後娶者而設。綜上述各條言之、經官斷後而嫁賣與姦夫者、未經陳告而嫁賣與姦夫者、及私娶人妻者、皆在應當離異之列。與各國民法及現行法等規定不得與相姦者結婚同意。

(庚)非逾法定期間、不得再婚。此蓋爲防止血統之紊亂而設。蓋於婚姻解銷、或撤銷後、若遽許其再婚、則後日所生之子、果爲前婚之子、抑爲後婚之子、易生疑義。草案規定非經過十個月、不得再婚。現行法縮短其期間、爲六個月。但於期間內、因前婚所懷之孕已經分娩者、則雖與人再婚、亦無混亂血統之弊。故特認爲例外。現行法第九百八十七條曰、女子自婚姻關係銷滅後、非逾六個月、不得再行結婚。但於六個月內已分娩者、不在此限。草案第一千三百三十六條、修正案第二十條略同。

按大清律例、對於再婚之限制有二。(一)居喪嫁娶律。凡居夫喪而身自嫁娶者、杖一百。按之服圖、妻爲夫斬衰三年。故夫亡而妻再婚、須俟三年以後也。(二)出妻律。因夫逃亡、三年之內、不告官司、而逃去者、杖八十。擅改嫁者、杖一百。又附例、夫逃亡三年不還者、並聽經官告給執照、別行改嫁。是因夫逃亡而改嫁者、亦須

待至三年也。其餘出妻及判令離異各條，並無被出被離後，應至若干期間，始得再嫁之規定。則無論何時，均得再嫁可知。蓋從前立法之意旨，以婦女之再嫁時期，如或過早，爲失節負義之尤。故必待至三年，始行再婚。乃足以表示不得已而之他之意。近代立法之趣旨，則不然。必經過法定之期間，所以防血統之紊亂。但使血統必不致於紊亂以後，則無論何時，均可再婚。法民德民及瑞民得以再婚之期間，均定爲十個月以後。日民則以從前之習慣，及醫學之經驗，定爲經過六個月以後。草案從乎前者。現行法從乎後者。又德瑞民法，於此再婚之期間，審判官得因婦女之前婚，不得有懷胎之情形時，得縮短或免除之。是此項期間，尙有變通之餘地。現行法採日民之制度，僅於期間之內，業已分娩者，解除再婚之制限。其餘則否。爲嚴格的法律主義。又離婚之妻，與前夫再婚時，各國民法，亦多設免除期間之例外。現行法不設明文。似仍有遵守期間之必要。然以實質言之，則非也。離婚之婦，復歸前夫，爲撤銷離婚之行爲。非再婚之行爲。自得不適用再婚之規定。婚姻之實質要件如上述，而此數者，各國恆有變通之規定。如婚姻年齡。法國得經皇帝之允許，未及齡時爲婚。（法國舊日民法。）德國對於女子，得免除其限制。瑞士則女滿十七歲，男滿十八歲，得爲適齡之宣告。不得結婚之限制。法國於姻親之兄弟姊妹間，伯叔父與姪女，伯叔母與姪男間，有重大之理由，亦得免除其限制。相姦者爲婚。德民有免除之規定。再婚期間。德國亦得免除。瑞士則得縮短其期間。父母允許。德民對於成年之子，父母拒絕允許時，監護裁判所，得代爲允許。凡此種種之例外，皆以濟法之窮也。日民於此數項，僅有

原則而無例外。亦以免爭議之煩。現行法亦然。又大清律例、凡嫁娶違律者、皆於離異之外、附以刑罰之制裁。法民於應受允許、而手續不完全者、亦有罰金禁錮之罰。他國民法、則除刑法別有規定外、民法不附制裁。現行法亦然。此又與舊律不同者也。

(二)形式上要件。現行法第九百八十二條、結婚須有公開之儀式、及二人以上之證人。草案第一千三百三十九條、婚姻從呈報於戶籍吏、而生效力。日民亦同。但增加一項、前項呈報、應由當事人雙方、及二人以上之成年證人、以言詞或署名之書面爲之。修正案第十五條、結婚以公開之儀式行之。皆形式上之要件也。婚姻踐此方式、始生效力。故正式婚姻、與非正式婚姻之別、實在於此。

按婚姻之效力、當於何時發生、爲法律上一大問題。古代婚姻之手續、始納采、次問名、次納吉、次納徵、次請期、次親迎。所謂六禮是也。夫婦之關係何自而始、學說不同。禮、許嫁笄而纓、明有繫也。又納采辭曰、吾子有惠、貺室某室者、婦人之稱。又納徵曰、徵者成也。至是而夫婦可以成也。律例許嫁已報婚書、及有私約而輒悔者、笞五十。雖無婚書、但曾受徵財者、亦是。是以許嫁、定夫妻之關係也。公羊傳曰、女在家稱女、在途稱婦。故往娶稱迎婦。既至稱婦入。是以親迎在途、定夫妻之關係也。戴記、孔子曰、三月而廟見、稱來婦也。又曰、擇日而祭於禰、成婦之義也。凡未祖、未廟見者、皆不成婦。不遷於祖。不耐於皇姑。歸葬於女氏之黨。是以廟見後、定夫妻之關係也。夫以許嫁在途、定夫妻之關係、則太早。以廟見定夫妻之關係、則太遲。故不如以成婚之日、爲夫妻關係確定之日、爲較當。

徵之於禮、曾子問曰、娶女有吉日、或女或壻死、皆齋衰而弔、既葬而除。是未婚之男女、不得有夫妻關係。夫關係確定、則在於成婚以後。夫成婚之日、古無明文。或婦至日即成婚。或三日成婚。或三月成婚。學說不一。禮、合壻後御衿、婦席在西、媵衿良席在東、皆有枕北上。則當夕成婚之說也。賈服禮註云、禮婦至不成婚、無問舅姑在否、必俟三月祭祖廟後、始配之。故春秋譏先配後祖、爲非禮。又春秋季文子如宋致女、服虔註云、禮三月成婚。故二月伯姬歸宋。而四月致女。致成婚也。則三月成婚之說也。朱子家禮、三日廟見。主人以婦見於祠堂。且曰、入門不見舅姑、三日而始廟見者、以未成婦也。則三日廟見成婚之說也。夫三月而廟見、爲古諸侯之禮。蓋婦人非祭不入廟。三月者、四時之祭也。婦之來歸、有未歷三月、卽值時祭者、言三月廟見者、從其至遲者以爲斷也。三代以來士大夫不必皆有宗廟。則廟見亦無俟乎時。宋儒之三日廟見、卽援三月之制、而變通者。泊乎晚近、則祠堂之立、尙不能遍於士大夫。故不能不卽日廟見。卽不能不卽日成婚。如世俗之例、娶婦到門、卽謁祖、先而行合壻交拜之禮。皆卽日成婚之證。至如滿洲之俗、新婦入門後、卽入室登炕、次日始行祭祖、謁尊長、猶先配後祖之遺也。夫以繼體之關係言、則成婚之義、自當在祭祖之後。而以夫妻之關係言、則成婦之義、自當在成婚以後。大清律例、定婚之後、而悔婚者、大抵仍從前婚。又過門守節者、亦有旌獎。是認定婚爲有成婚之效力。然其間究有不同。未婚之夫死、而女他適、不生再醮問題。已受聘未娶之女、與夫親屬犯姦、仍依凡論。亦不生親屬之關係。是未成婚者、不完全發生婚姻之效力。無可疑也。各國關於婚姻之制度、雖因宗教之儀節、或地方之習慣、而不同。而法律之

規定、莫不在於成婚以後。且必經一定之方式、始發生夫妻之效力。法國須於男女住所之邑廳、爲二次之公告。瑞民則於公開之結婚場所、以證人二人之立會、行結婚式。身分管理吏、交付以婚姻證書。德民婚姻之締結、須在主務戶籍吏之前。日民亦以婚姻須呈報於戶籍吏、而生效力。是皆踐履婚姻之方式、而發生婚姻之效力。而其踐履婚姻之方式、必在於成婚之日。故以事實言之、與吾國成婚成婦之義、殆復相同。草案之規定、採日民之制、以呈報於戶籍吏爲主。而無日民第二項之規定。現行法祇須有公開之儀式及證人。修正案略去證人。吾國法律、改革方始。人民知識未周。法律手續、卽難完備。假使事實上既已成婚、而未經呈報之程序。於此時間以內、發生他項之問題。認爲婚姻無效、則與習慣相違。認爲婚姻成立、又與法律不合。與承嗣須因呈報、而生效力之困難、殆亦相等。故不如現行法之規定、婚姻之效力、應發生於事實上有成婚儀式之日。而如何儀式、均可不拘。卽須證人、亦不限其資格。庶習慣與法律、不相牴觸、而得乎情理之平。至各國民法、於戶籍吏之管轄、及責任、結婚之儀式、證人之立會、呈報之條件、規定綦詳。現行法採簡括主義、故均不爲規定。

第三節 婚姻之無效及撤銷

第一款 婚姻之無效

婚姻爲法律行爲之一。但係身分上之行爲、故不得適用無意思表示爲無效、總則中之規定。特別規定無效之條件

如左。(現行法第九百八十八條、修正案第二十一條、草案第一千三百四十一條、日民第七百七十八條。)

(一)不備具第九百八十二條之方式者。即無公開之儀式、及二人以上之證人者。此爲違反婚姻形式之要件。

按違反婚姻形式之要件者、其婚姻爲無效。然儀制既無一定、公開之程度、究屬如何、亦無一定之標準。證人雖須二人以上、又無法定之資格。則雖有本條之規定、而解釋上極有伸縮之餘地。則婚姻因不具備此項條件、而歸於無效者、當屬甚少。修正案與現行法、規定略同。草案依日民之規定、未呈報於戶籍吏者、即生無效之結果。但日民之規定、呈報須當事人雙方及成年人證人二人以上、以口頭或曾經署名之書面爲之。草案無此規定。德民婚姻之呈報、不得有條件及期限附。草案亦無此規定。

(二)違反第九百八十三條所定親屬結婚之限制者。此爲違反婚姻實質之要件。

按婚姻實質之要件、前已詳言。違反其他各條、均爲可得撤銷之婚姻。惟於違反親屬結婚之限制、認爲無效。所以重倫紀也。草案及日民、亦僅認爲可得撤銷、似有未當。再日民第七百七十八條第一項、因人之錯誤、或其他事由、當事人間無結婚之意思者、爲無效。現行法不採用之。外國立法例、尙有規定二男結婚、或二女結婚、爲無效者、此爲事實所鮮有。草案現行法修正案均不採用之。

第二款 婚姻之撤銷

婚姻之撤銷、即將已成立之婚姻、撤銷其效力之謂。故婚姻之撤銷、必經法院之判決、而非如婚姻之無效、爲法律上

之所當然也。茲分爲二項言之。

按婚姻之無效，不必以訴權定之。且認婚姻爲自初不成立，無論何人得主張之。惟有時發生爭議之場合，利害關係人得提起婚姻無效之訴。然其審判之結果，不過認定爲無效而止。非以此訴，請求創設的無效宣言。亦非以此判決，使其婚姻爲無效。反之婚姻之撤銷，若非法律上指定之人之請求，不得爲撤銷之宣言。且除利害關係人以外，亦不得爲撤銷之請求。既經撤銷以後，撤銷之效力，亦不溯及既往。此婚姻無效與撤銷之異點也。

第一目 絕對的撤銷

婚姻撤銷之原因，恆基於公益上之理由。現行法第九百八十九條以下，至第九百九十七條。草案第一千三百四十二條以下，至第一千三百四十八條。修正案第二十二條、第二十三條。日民第七百八十條，至第七百八十六條。皆是。茲按現行法之規定言之。

(甲)不適齡之場合。是因婚姻年齡所生之結果也。此請求權行使之人，及期間。現行法於九百八十九條規定之。即結婚不適年齡者，當事人或其法定代理人，得向法院請求撤銷之。但當事人已達法定年齡，或已懷胎者，不得請求撤銷。草案第一千三百四十三條、第一千三百四十六條、第一千三百四十七條。修正案第二十條。日民第七百八十一條，略同。

按婚姻不適於年齡，各國法律，皆認爲可得撤銷。惟請求權行使之期間，各有不同。法民德民皆以六個月爲限。日

民分爲二者。(1)不適齡人以外之撤銷權、至達於成齡、而消滅。(2)不適齡人之撤銷權、至達於成齡後、經過三月之時間、而消滅。但已爲追認時、不在此限。法民亦有三項之限制。(子)男女之一方、雙方達於成年、經過六個月後、不得請求撤銷。(丑)女雖未達婚姻年齡、婚姻後六個月中、既已懷胎、不得請求撤銷。(寅)允許婚姻之父母、及其尊屬親、不得請求撤銷。是日民法民、均有變通之例外也。現行法與日民略同。未及齡以外之人、行使撤銷權、至達於成齡、或已懷胎、而消滅。未及齡人、其行使撤銷權、並未與以猶豫期間。則未及齡人之自身、初時既受行爲能力之限制、至及齡時、而撤銷權即行消滅。曾不留思考之餘地。亦與不能行使撤銷權無異。此則立法之疎也。至如女已懷胎、則婚姻關係、已甚密切。允婚父母及其尊屬親、既允許之於前、自不當撤銷之於後。法民之限制、亦事理之當然。現行法之規定、似較草案爲優。當事人以外之有撤銷權人、現行法限於其法定代理人。日民兼及於戶主親屬及檢察官。草案略同。修正案爲父母、範圍廣狹、亦各不同。似以修正案爲當。

(乙)監護人與受監護人之婚姻。現行法第九百九十一條、結婚違反第九百八十四條之規定者、受監護人或其最近親屬、得向法院請求撤銷之。但結婚已逾一年者、不得請求撤銷。修正案第二十二條第六項略同。

按監護人與受監護人婚姻之限制、草案及日民均無其規定。故亦無撤銷問題。現行法行使此項撤銷權人、爲受監護人與最近親屬。修正案改爲二親等內親屬。似較明晰。

(丙)重婚之場合。不得重婚、爲關於公益之規定。故重婚得以請求撤銷。現行法第九百九十二條、結婚違反第九

百八十五條之規定者，利害關係人，得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷。

按重婚之場合，日民第七百八十條，對於撤銷權行使之期間，不設時效。故不得以強迫，或期間經過，為救濟之途。瑞民則以配偶者之他方，以善意而結婚，且前婚嗣後解銷時，不得請求無效之宣告。（瑞民認重婚為無效。）蓋俱認重婚為絕對的，可得撤銷。雖瑞民設有例外，而實則重婚之要素，既已消滅，撤銷權亦隨之消滅。並非故寬其限制也。草案第一千三百四十六條，定為六個月以內，行使撤銷權。實反於保護之原則。現行法刪之，仍從日民之規定。修正案亦同。其行使撤銷權人，日民為各當事人，其戶主親屬或檢察官。又當事人之配偶，或前配偶。但檢察官於當事人一方死亡後，不得請求撤銷。草案略同。現行法僅以利害關係人一語括之。修正案略同。

（丁）相姦者間之婚姻。前配偶得向法院請求撤銷之。但結婚已逾一年者，不得請求撤銷。現行法第九百九十三條，修正案第二十二條第二項同。日民有撤銷權人，亦係當事人，其戶主、親屬，或檢察官。但檢察官於當事人一方死亡後，不得請求撤銷。草案無戶主，亦無但書之限制。

按大清律例，相姦者之婚姻，皆為絕對的禁止。日民則列於可得撤銷。現行法亦然。請求撤銷權人，限於當事人。請求期間，為一年。與日民稍異。德民相姦者間之婚姻，以無效為原則，惟官廳得免除之。既被免除，看做自初為有效。現行法不採用之。

（戊）禁制期間內再婚之場合。現行法第九百九十四條，結婚違反第九百八十七條之規定者，前夫或其直系血

親、得向法院請求撤銷之。但自前婚姻消滅後、已逾六個月、或已在再婚後懷胎者、不得請求撤銷。

按現行法本條之行使撤銷權者、亦僅限於前夫、或其直系血親、與草案及日民不同。其撤銷期限、採德國法制、以六個月爲限。兼採日本法制、以再婚後已懷胎者、不得請求撤銷。修正案大概略同。瑞民對於此項制限、凡法定、或審判官所定、再婚禁止之期間經過前、而爲再婚者、若有理由時、不得爲無效之宣告。是雖禁制期間內之再婚、但有理由、不得宣告其無效。現行法不採用之。

以上所述、爲絕對的、可得撤銷之婚姻。夫此五者、皆反於公之秩序、及善良風俗。從總則之規定、當直認之爲無效。然現行法僅認爲可得撤銷。且各因其場合、而設爲例外。則以身分之關係、苟或無效、不獨爲各當事人畢生之誤、且爲其子女之不利。至瑞民婚姻之無效、自審判官已爲無效宣告以後、始生效力。又婚姻雖有無效之理由、在無效之判決以前、爲有效之婚姻。又婚姻之無效、既經宣告之場合、不問父母之善意惡意、其子皆視爲嫡出子。皆與普通所認爲無效者不同。法民則均認爲可得撤銷。而撤銷之規定、亦與普通之撤銷有異。婚姻雖有撤銷之言、而以善意結婚者、夫妻及其子、仍因其婚姻、生民法上之效力。此其規定、皆較現行法爲寬也。

第二目 關係的撤銷

婚姻撤銷之原因、基於私益上之理由者、是爲關係的撤銷。關係的撤銷、惟因其婚姻有利害關係之人、得撤銷之。且其撤銷權、恆因期間經過、或追認、而消滅。茲分述之如左。

(甲)未得有允許權人同意之場合。草案第一千三百四十四條、惟有允許權之父母、得以撤銷、現行法第九百九十一條、惟法定代理人、得以撤銷。修正案第二十二條第二項、惟同意權人、得以撤銷。日民略同。行使撤銷權之期間、現行法從有允許權人、知有婚姻時起、六個月爲限。或成婚已逾一年、或已懷胎者、其撤銷權消滅。

按未得有允許權人之同意、其婚姻可以撤銷。所以保護有允許權利、亦即以防未成年入逸軌之行爲。行使權利之期間、日民草案、修正案、大概相同。均以知有婚姻時起、六個月以內行使之爲原則。法民限於一年以內。而有二個之例外。(一)六個月以內、有允許權人、已爲追認時。(二)成婚已逾二年時。蓋追認爲事後之同意。成婚已逾二年、則於公益上有使其婚姻繼續之必要也。現行法於(二)之一項、縮短爲一年。於此尙有應須研究者。

(1)被詐欺或脅迫之同意、可否撤銷也。日民第七百八十三條、認爲可得撤銷。且於第七百八十四條第一項規定爲有允許權人、自發見詐欺或免除脅迫以後、經過六個月時、則撤銷權消滅。按法定代理人對結婚之未成年人所爲同意、似屬一種通常意思表示、現行法雖未就此有所規定、解釋上、應即準用民法第九十二條第一項前段之規定。(2)婚姻之當事人、既達毋庸允許之年齡以後、撤銷權應否消滅也。瑞民第一百二十八條第二項、有此規定。當事人既得毋庸允許而結婚。則雖行使撤銷權、亦不發生效力。現行法無此項規定。(3)妻已懷胎後、可不行使撤銷權也。瑞民有此規定、以期婚姻關係之確定、不致影響於公益。草案僅有成婚二年後、不得撤銷之限制。現行法加入此項。

(乙) 婚姻有瑕疵之場合。此可分爲三。

(1) 當事人之一方、於結婚時、不能人道而不能治者。得向法院請求撤銷。但自知悉其不能治之時起、已逾三年者、不得請求撤銷。現行法第九百九十五條。草案修正案無此規定。

按婚姻爲男女雙方之結合、若不能人道、而不能治者、則缺婚姻之要素。當然可以撤銷。惟其不能人道、且不能治、須由醫師之確實證明。故必經法院、始能得正確之結果。本條限於當事人之一方、得向法院請求撤銷。至知其不能治已逾三年者、則當事之雙方、業經同意、自不必再保留其撤銷權。以免糾紛。昔時內監得允結婚。石女亦得允其出嫁。但使當事人同意、國家固無庸干涉也。日民及草案修正案、均不爲此項規定。自可適用詐欺之規定。

(2) 當事人之一方、於結婚時、係在無意識或精神錯亂中者。得於常態回復後、六個月內、向法院請求撤銷之。現行法第九百九十六條。修正案第二十三條第一項。草案、日民、無此項規定。

按婚姻以當事人意思爲主。若在無意識、或精神錯亂中、既無正確之意思。即不能爲正確之意思表示。故於常態回復後、得向法院請求撤銷。但其期間、限以六個月。若在六個月內、不行使撤銷權。即與追認無異。自不得行使撤銷權。日民不爲此條之規定。已有第七百七十八條第一項、即因人之錯誤、及其他之事由、當事人間無結婚之意思、其婚姻爲無效之規定。故不復認爲可得撤銷之行爲。草案亦同。

(3) 因被詐欺或被脅迫而結婚者。得於發見詐欺或脅迫終止後六個月內，向法院請求撤銷之。現行法第九百九十七條、修正案第二十三條第二項、草案第一千三百四十五條、又第一千三百四十八條第二項、日民第七百八十五條。但其期間為三個月。且於已為追認時，消滅撤銷權。

按詐欺者、為故意表示虛構之事實使人陷於錯誤。因其錯誤所生之結果也。脅迫者、故意通知不正之害惡、使人生畏怖之心、因其畏怖之結果、所為之或行為也。以廣義言之、凡婚姻之行為、無不含有詐欺與脅迫之性質。故法民對於詐欺、不以為撤銷之原因。蓋以美則揄揚、醜則僞飾、為婚姻之常態。若以詐欺為撤銷之原因、則婚姻之可得撤銷者、甚多也。瑞民則加此條件。(一)關於詐欺者、其條件有二。(1)須由於相對人、或與相對人通謀之第三人、關於相對人之名譽狀態、故意為欺罔、因之為結婚之決意時。(2)隱蔽足以及於配偶者一方、或其子孫、健康之重大疾病時。(二)關於脅迫者、配偶者之一方、對於自己、或其近親之生命健康名譽、以急迫重大之危害、相脅迫、而為結婚之承諾時。此其規定、較之他國為詳。日民則僅為概括之規定。吾國律例、關於詐欺脅迫、亦俱定有專條。其關於詐欺者、唐律戶婚門則曰、諸許嫁女、已報婚書、及有私約、(約謂先知夫身老幼殘疾養庶之類)而輒悔者、杖六十。又諸為婚、女家妄冒者、徒一年。男家妄冒者、加一等。未成立者、依本約。已成者、離之。清律戶律婚姻門、凡男女定婚之初、若有殘廢或疾病老幼庶出過房、(同宗)乞養(異姓)者、務要兩家明白通知、各從所願。(不願即止。願者同媒妁)寫立婚書、依禮聘嫁。若許嫁、已報婚書、及有私約(謂

先已知夫身殘疾老幼庶養之類。而輒悔者（女家主婚人）答五十。雖無婚書，但曾受聘財者，亦是。又若爲婚而女家冒妄者（主婚人）杖八十。（謂如女有殘疾，卻令姊妹妄冒相見，後卻以殘疾女成婚之類。）追還財禮。男家冒妄者，加一等。（謂如與親男定婚，卻與義男成婚。又如男有殘疾，卻令弟兄妄冒相見，後卻以殘疾男成婚之類。）不追財禮。未成婚者，仍依原定。（妄冒相見之無疾兄弟姊妹及親生子爲婚。如妄冒相見男女先已聘許他人，或已經配有室家者，不在仍依原定之限。）已成婚者，離異。明律本文亦同。其關於脅迫者，唐律戶婚門，諸違律爲婚，雖有媒聘而恐喝娶者，加本罪一等。強娶者，又加一等。被強者，只依未成之法。清律戶律婚姻門，凡豪（強）勢（力）之人，強奪良家妻女，姦占爲妻妾者，絞。（監候）婦女給親。（婦歸夫，女歸親）配與子孫弟姪家人者，罪（歸所主）亦如之。（所配之男女不坐）仍離異給親。明律之本文亦同。是則我國關於詐欺脅迫之規定，較之各國尤詳也。前清法律館編訂草案，上採前代之舊律，旁參各國之通例，以爲列舉之規定，不免疎漏之虞。尙不如概括之爲當。至於何者爲詐欺，何者爲脅迫，則讓之事實問題。第三人之行使詐欺或脅迫，應否撤銷，亦歸於將來之解釋。而其撤銷權之行使，則惟限於當事人。以受詐欺或脅迫之利益者，僅爲當事人也。現行法之規定，亦如此。其撤銷權行使之期間，草案現行法，均定爲從發見詐欺或脅迫時起，六個月內，不行使撤銷權時，其撤銷權即銷滅。此與德日民法之規定略同。瑞民法民於經過期間，亦係六個月。惟瑞民對於一切婚姻之撤銷，均有五個年後，罹於時效之規定。法民對於錯誤或脅迫之場合，有六個月繼續同居，

不得撤銷之規定。皆其例外。現行法不採用之。

以上三項，均可依總則有瑕疵行爲之規定，得以撤銷。本條規定，似非必要。惟婚姻之撤銷，本以列舉原因爲原則。且撤銷之期限，不得與普通之撤銷相同。故特分條列舉之。

第三款 無效及撤銷之效力

婚姻之無效，爲婚姻之不成立。其結果與未結婚無異。婚姻之撤銷則不同。既被撤銷之婚姻，因判決之確定，始生效力。不能溯及既往。換言之，卽爾後雖不能發生婚姻之效力，而已生之效果，法律仍尊重之。恰如有效之婚姻，與因離婚而解除者無異。現行法第九百九十八條、婚姻撤銷之效力，不追溯既往。草案第一千三百四十九條、修正案第二十四條、日民第七百八十七條，均同。

按婚姻無效，爲婚姻之不成立。日民之規定如是。草案從之。現行法亦從之。故解釋上應生如下之結果。（一）無效婚姻中所生之子，非嫡生子。（二）結婚之雙方，無相互承繼之權。（三）夫妻之財產契約，不生效力。反之，日民之規定，則不然。婚姻之無效，自爲無效宣告之後，始生效力。（第一百三十條。）不問父母之善意惡意，其子皆視爲嫡生子。（第一百三十三條。）以善意結婚之妻，保有因結婚所得之身分。此其規定，與日民迥然不同。至如婚姻之撤銷，現行法草案，均採日民之法制。而與德民不同。德民第一千三百四十三條，婚姻被撤銷時，其婚姻看做自初爲無效。故已被撤銷，卽與日民之無效，生同一之結果。現行法於無效，既採絕對的解釋。故於撤銷，採相對

的解釋。所以示實質之不同。不僅手續之差異也。

撤銷之效力，既不溯於既往。故夫妻之財產契約，在於婚姻中爲繼續者。至於撤銷以後，則於不當利得之財產，負返還之義務。草案第一千三百四十九條第二項，當事人於成婚時，不知存有撤銷之原因。其因婚姻而得之利益，惟以現存者爲限，須歸還相對人。若知存有撤銷之原因，須歸還所得利益之全部。如彼造善意者，並須任損害賠償之責。日民第七百八十七條，修正案第二十五條略同。現行法第九百九十九條，當事人之一方，因結婚無效，或被撤銷，而受有損害者，得向他方請求賠償。但他方有過失者，不在此限。前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額。但以受害人無過失者，爲限。前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。

按夫妻之財產關係，雖因夫妻之財產契約而不同。然至於婚姻撤銷以後，則必分離獨立，而爲二人之財產。於此場合，仍依不溯既往之原則，使財產關係，不生複雜之虞。對於不當利得之財產，區別當事人之善意惡意，使各負返還之責。其區別如下：（一）當事人於成婚時，不知存有撤銷之原因者，其償還因婚姻所得之利益，僅以現存者爲限。例如夫贈與妻以財產，僅就所贈與財產現存之一部，或全部，償還之。（二）當事人於成婚時，知存有撤銷之原因者，須歸還所得利益之全部。仍如前例。妻對於贈與之財產，無論已否消費，均須以全部償還。（三）當事人於成婚時，知撤銷之原因，而彼造善意者，並須任損害賠償之責。仍如前例。除以全部償還外，並對於財產之損害，及其身上之損害，均須賠償之。草案之規定，頗爲明晰而平允。現行法之規定，有應商榷者。請求爲訴訟行

爲之一。本條所揭情形、有附帶於撤銷之訴者。有單獨進行者。似均在已行起訴之列。但本條第三項但書、以依契約承諾與起訴並列、似請求不必爲訴訟行爲、亦得向他之一方、徑行請求。他之一方、亦得以契約承諾、解釋上不無疑義。修正案僅爲概括之規定、因撤銷結婚而受損害者、得向對方請求賠償。但他方無過失者、不在此限。以賠償二字、包括一切損害。以他方無過失一語、包括一切善意惡意。並刪除現行法第三項之限制。似較明瞭。

第四節 婚姻之效力

婚姻者、使未婚之男子、取得夫之身分。未婚之女子、取得妻之身分。因此身分之取得、遂生種種之權利義務。茲就法律所規定言之。

按婚姻之效力、卽由婚姻關係所生之權利義務也。此等之權利義務、我國但讓諸禮教。三從之道、所天之義、以順爲正之訓、皆與各國民法、妻有服從夫之義務相符。法民瑞民夫妻間應以誠實相扶助。夫須保護其妻。妻須順從其夫。皆明定於條文之內。此皆禮教所當然。毋庸別爲辭贅。大清律例所規定、僅有二端。(1)夫妻間及夫妻相互親屬間之服制。(2)爲夫妻相犯、及夫妻相互親屬間相犯之刑名。大抵尊夫而抑妻、以明名分綱常之重。揆之今日男女平權之義、殊不相合。惟此爲刑律問題、姑不具論。茲所論者、僅爲夫妻間關於身分上之權利義務而已。

再各國民法、有以妻之能力、規定於總則之中。現行法妻之能力無限制。故總則不爲規定。此節所規定者、不過夫妻關於身分上權利義務之一部分而已。

(一)冠姓之義務。妻以其本姓、冠以夫姓。贅夫以其本姓、冠以妻姓。但當事人另有訂定者、不在此限。現行法第一千條、日民第七百八十八條。草案修正案均無此規定。

按古者娶妻以重宗嗣、而奉蘋蘩。妻入於夫之家、當然從夫之姓。惟妻家之姓、仍並保存。如齊姜、文姜、仲子之類是也。三代以後、禮教日繁。女子不出閨門、鮮通姓氏。刺柬所書、僅曰某某氏而已。然猶以夫家之姓、冠於妻姓之前。故明清律例、草案修正案、均以爲無規定之必要。日民亦僅訂爲妻因結婚而入於家。贅夫及婿養子入於妻之家。既入其家、卽從其姓。自不待言。現行法特爲明白之規定。而又加以但書爲例外。雖係尊重個人之自由。頗不免無的放矢之誚。

(二)同居之義務。夫妻若不同居、則婚姻之目的不能達。故夫妻有同居之義務。但有不能同居正當理由者、不在此限。現行法第一千零零一條。修正案第二十六條同。草案第一千三百五十條。日民第七百八十九條。夫須使妻同居。妻負與夫同居之義務。草案尙有同居事務、應由何人決定之規定。卽第一千三百五十一條。關於同居之事務、由夫決定。與現行法不同。

按夫妻本爲一體。故應爲共同之生活。瑞民及德民俱明定配偶人有共同生活之義務。夫爲共同生活之首長。又

爲其代表。故夫妻當互負同居之義務。法民無共同生活之規定。而有妻應與夫同居。且須隨行於夫所欲居之地之規定。日民又加夫須使妻同居之規定。草案參酌法日之制度、而爲雙方互有權利義務之規定。夫之一方、若有違背此義務之情事時、得以提起強制執行之訴。且得以認爲惡意之遺棄、請求離婚。至於同居之事務、由夫決定之。實根源於德民、夫有決定共同生活及住址之權、而出者。現行法以男女平等爲原則。故採瑞民德民之規定。夫妻互負同居之義務。但有正當理由、致不能同居者、自不能視爲違背義務、而爲離婚之請求。

夫妻雖互負同居之義務。然住所之選擇、則屬於夫。現行法第一千零二條、妻以夫之住所爲住所。啓夫以妻之住所爲住所。修正案第二十七條亦同。此與草案第一千三百五十一條、雖包括之範圍不同。而用意則一。既須同居、家務即須歸於一。自以夫決定爲較便。現行法縱欲採絕對的男女平等主義、亦不得不爲此規定也。

(三) 日常家務之代理。日常家務、爲家庭所必有。故以夫妻相互代理爲便利。現行法第一千零三條第一項。但此項代理權、如有濫用時、他之一方、得限制之。惟不得以限制爲理由、與善意之第三人對抗。修正案第二十八條(一)(二)項略同。草案第一千三百五十五條之規定、則稍有異。以妻於尋常家事、視爲夫之代理人。妻之代理權、夫得限制之。但不得與善意之第三人對抗。日民規定於總則編中。

按現行法之規定、以夫妻相互有代理權、爲適於男女平等之原則。草案之規定、則根據於瑞民德民及日民。而其間又各不同。德民之規定、以妻於其家政之職權內、代夫管理事務。且有代理之權利。夫不得限制或排除妻之權

利。若濫用夫權、而爲排除或限制時、監護審判廳、得由妻之申請、撤銷其限制或排除。是德民對於妻之代理權、不得限制或排除也。瑞民之規定略同。妻對於日常家事、代表與夫之共同生活。如濫用代表權、或不行使權利時、夫得剝奪其代表權之全部或一部。但須依管轄官廳公示。對於善意之第三人、始生效力。代表權之剝奪或限制、證明其爲不當時、審判官得依妻之申請、而撤銷之。如剝奪用公示方法、其撤銷亦須公示。是代表之剝奪或限制、如認爲不當、亦得撤銷。且剝奪及撤銷之手續、規定尤詳也。日民之規定、與草案相同。惟係規定於法定財產制中。而日民之法定財產制、以夫妻分產爲原則。其因婚姻所生之費用、歸夫負擔。故以理論言之、當歸於夫之管理。而事實言之、則以妻管理爲便利。故法律規定、妻有代理之權。吾國習慣、夫妻財產本爲共通。原無此等規定之必要。現行法對於夫妻財產、設有種種制度。然數年以來、適用之者尙希。此條之規定如何、尙不生重大之影響。

第五節 夫妻財產制

吾國習慣、夫妻之訂立財產契約者、甚少。然交通頻繁、禮俗漸變、夫妻於成婚前訂立財產契約者、不能保其必無。草案僅規定其大綱。日民僅規定通則及法定財產制。現行法仿瑞民德民之規定、益爲詳晰。修正案雖仍分節日、改從簡略。

按夫妻財產制、各國皆列爲一章。吾國習慣、與他國不同。視夫妻財產、當然合爲一體。不生法律問題。故草案不爲

特別規定。僅附於婚姻效力之中。日民亦僅有法定財產制。而於夫妻財產契約。並無特別限制。現行法反之。取詳密主義。修正案折中於二者之間。其理由云。夫妻本係一體。如因財產嚴分爾我。則房閨間之恩誼。未有不被金錢之魔力所銷鑠者。況普通社會。法律之奧義。未能盡人而知。如配偶間各延顧問。以爲對待。雙方感情。操縱於第三人之手。其不被裂而致離異者。幾希。故改從簡易。以期減少離婚事件云云。實則流弊尙不止此。不肖律師。乘法律之間隙。教唆以啓訟端。狡狴之夫妻。亦得勾結爲奸。以欺罔良善。有夫妻財產制。而無夫妻財產登記。無夫妻財產目錄。偏而不全。轉不如簡當之爲愈也。

第一款 通則

(一) 夫妻財產之準則。 夫妻得於結婚前、或結婚後、以契約就本法所訂之約定財產制中、選擇其一、爲其夫妻財產制。(現行法第一千零零四條、修正案第二十九條、草案第一千三百五十七條、第一項、日民第七百九十三條) 夫妻未以契約訂立夫妻財產制者、除本法另有規定外、以法定財產制、爲其夫妻財產制。(現行法第一千零零五條、修正案第二十九條第二項)

按夫妻財產制、大別之有六。(一) 共同制。一部或全部爲共同者。(二) 所得共同制。僅以婚姻成立所得爲共同者。(三) 無共同制。亦稱聯合制。夫妻雖各有財產、而收益及管理、委之於夫。(四) 別產制。夫妻各有財產、各自管理。(五) 嫁資制。妻之財產、分爲嫁資、與非嫁資。嫁資。由夫管理、及收益。非嫁資。妻自管理之。但若未明言爲

非嫁資、即皆爲嫁資。(六)無嫁資制。此與前項相反。即未明言爲嫁資者、皆爲非嫁資。各國各因其國情、而異其規定。草案以吾國夫妻財產、向不分斷。故於夫妻財產制、規定至爲簡略。即夫妻於成婚前、關於財產、有特別契約者、從其契約。前項契約、於呈報婚姻時、登記之。其契約僅限於結婚以前。且必須呈報登記。又第一千三百五十八條規定。妻於成婚時所有之財產、及成婚後所得之財產、爲其特有財產。但就其財產、夫有管理使用及收益之權。夫管理妻之財產、顯有足生損害之虞者、審判廳因妻之請求、得命其自行管理。妻雖有特有財產、而管理之權、仍屬於夫。自非有足生損害之虞、經法院之判定時、不得自行管理。此蓋以共同制爲主、而以聯合制爲輔也。日民自第七百九十三條、至第八百零七條、規定夫妻財產制、項目綦詳。考其大旨、仍與草案無大差異。現行法則於通則以外、第二款爲法定財產制。第三款爲約定財產制。而約定財產制之下、又分三日。即(一)共同財產制。(二)統一財產制。(三)分別財產制。夫妻之財產、未訂契約者、即從法定財產制。其訂立契約者、必限於所列之三種。但其訂立契約、不僅限於結婚以前。即結婚後、亦得爲之。大抵採瑞民之制度。修正案於夫妻約定財產制、除本法有特別規定外、完全從雙方協訂之契約。以省煩瑣。

(二)夫妻財產契約之訂立、變更、或廢止。夫妻得以訂立財產契約。既如前述。夫妻於婚姻關係存續中、亦得以契約廢止其財產契約。或改用他種約定財產制。現行法第一千零十二條、修正案第三十條第二項、日民第七百九十六條第一項爲相反之規定。即夫妻之財產關係、於呈報婚姻後、不得變更也。但現行法之規定、亦有如左之限

制。

(甲)應以書面爲之。現行法第一千零零七條。

(乙)當事人如爲未成年人、或爲禁治產人時、應得法定代理人之同意。現行法第一千零零六條。

(寅)非經登記、不得以之對抗第三人。登記另以法律定之。現行法第一千零零八條、修正案第三十條第一項。他國有採用公證人訂立契約之制度。現行法不採用之。日民第七百九十四條、夫妻訂立與法定財產制相異之契約時、若非於婚姻呈報以前爲登記、不得以之對抗於夫妻之繼承人、及第三者。現行法亦不採用之。

(三)改用分別財產制之場合。

(甲)夫妻之一方、受破產之宣告時。當然成爲分別財產制。現行法第一千零零九條。

(乙)有左列情形之一時、法院因夫妻一方之請求、應宣告改用分別財產制。現行法第一千零一十條。修正案第三十三條。

(子)夫妻之一方、依法應給付家庭生活費用、而不給付時。

(丑)夫或妻之財產、不足清償其債務、或夫妻之總財產、不足清償總債務時。修正案刪除此項。

(寅)夫妻之一方、爲財產上之處分、依法應得他方之同意、而他方無正當理由、拒絕同意時。

(丙)債權人對於夫妻之一方之財產，已爲扣押，而未得受清償時，法院因債權人之申請，得宣告改用分別財產制。現行法第一千零一十一條。

(四)特有財產。法定之特有財產如左。

(甲)專供夫或妻個人使用之物。

(乙)夫或妻職業上必需之物。

(丙)夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明爲其特有財產者。

(丁)妻因勞力所得之報酬。

現行法第一千零十三條、修正案第三十六條。以此四項，專屬於妻，而不及於夫。雖似與男女平等之意不符，而較合於實際。

法定之特有財產以外，仍得爲約定之特有財產。現行法第一千零一十四條、夫妻得以契約訂定以一定之財產，爲特有財產。

法定之特有財產，及約定之特有財產，均適用分別財產制之規定。現行法第一千零一十五條。

第二款 法定財產制

現行法採聯合財產制，爲法定財產制。第一千零一十六條之規定曰：結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中

夫妻所取得之財產，爲其聯合財產。但依第一千零一十三條規定，妻之特有財產，不在其內。

按本條規定夫妻財產之原則，但書限於法定之特有財產，不屬於聯合財產。其約定之特有財產，包含於聯合財產之內與否，從其約定。法律不爲干涉也。

於此有當注意者三。

(一)聯合財產之所有權。現行法第一千零一十七條。

(甲)聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中，因繼承或其他無償取得之財產，爲妻之原有財產。保有其所有權。

(乙)聯合財產中，夫之原有財產，及不屬於妻之原有財產之部分，爲夫所有。

(丙)由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫。

修正案第三十五條、第三十七條，大旨相同。惟其不同者有三。(一)不規定妻之原有財產，保有其所有權。僅規定夫之原有財產。妻僅有特有財產，而無原有財產。似以財產之所有權，專屬於夫。(二)原有財產，妻經夫許可，有使用及收益之權。是妻對於夫，原有財產，經夫許可，亦得使用及收益。(三)妻之特有財產，亦併合於夫之原有財產。由夫收其孳息。但因必要之情形，妻得取回之。蓋既欲提高女權。又欲兼顧事實及習慣。故爲此折中調停之規定。

(二)聯合財產之管理。聯合財產、由夫管理。其管理費用、由夫負擔。現行法第一千零一十八條、妻對於聯合財產、於第一千零零三條、(即日常家務)所定代理權限內、得處分之。現行法第一千零二十一條、修正案第三十一條、略同。但加一第二項曰、前項之管理、得因必要情形、停止委託。自行管理。不計對方管理之善否也。

(三)夫對於妻原有財產之權利義務。現行法第一千零一十九條。

(甲)夫對於妻原有財產之權利。

(子)有使用收益之權。

(丑)得妻之同意時、有處分之權。但為管理上所必要之處分、不在此限。現行法第一千零二十條第一項。修正

案第三十二條第一項。

前項同意之欠缺、不得對抗第三人。但第三、已知、或可得而知其欠缺、或依情形可認為該財產屬於妻者、不在此限。現行法第一千零二十條第二項。修正案第三十二條第二項。

(乙)夫對於妻原有財產之義務。即因妻之請求、有隨時報告其狀況之義務。現行法第一千零二十二條。

(四)債務之負擔。

(甲)由夫負擔清償者。現行法第一千零二十三條。

(子)夫於結婚前所負之債務。

(丑) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

(寅) 妻因第一千零零三條所定代理行為而生之債務。

(乙) 由妻負擔者。

(子) 就其財產之全部負擔清償之責者。現行法第一千零二十四條。

(1) 妻於結婚前所負之債務。

(2) 妻因職務或業務所生之債務。

(3) 妻因繼承財產所負之債務。

(4) 妻因侵權行為所生之債務。

(丑) 僅就其特有財產負擔清償之責者。現行法第一千零二十五條。

(1) 妻就其特定財產設定之債務。

(2) 妻逾越第一千零零三條代理權限之行為所生之債務。

(五) 家庭生活費用之負擔。家庭生活費用，由夫負擔。夫無支付能力時，由妻就其財產之全部負擔之。現行法第一千零二十四條。修正案第九十六條第一款。既明定配偶互負扶養之義務。第三十四條第一項規定結婚後夫負擔生活費用。第二項規定前項之規定，不妨礙第九十六條第一項第一款之適用。較為包括。日民第七

百九十八條略同。但書妻爲女戶主時，由妻負擔之。與吾國情形不同。故修正案亦不採用之。

(六) 補償請求權。

(甲) 妻之原有財產所負債務，而以夫之財產清償。或夫之債務，而以妻之原有財產清償者，夫或妻有補償請求權。但在聯合財產關係消滅前，不得請求補償。現行法第一千零二十七條。但於此有一例外。即妻之特有財產所負債務，而以聯合財產清償。或聯合財產所負債務，而以妻之特有財產清償者。雖於婚姻關係存續中，亦得爲補償之請求。現行法第一千零二十七條第二項。

(乙) 妻死亡時，妻之原有財產，歸屬於妻之繼承人。如有短少，夫應補償之。但以其短少，係因可歸責於夫之事由而生者，爲限。現行法第一千零二十八條。

(丙) 夫死亡時，妻取回其原有財產。如有短少，並得向夫之繼承人請求補償。現行法第一千零二十九條。

(丁) 聯合財產之分割。除另有規定外，妻取回其原有財產。如有短少，由夫或其繼承人負擔。但其短少係可歸責於妻之事由而生者，不在此限。現行法第一千零三十條。

第三款 約定財產制

現行法既採夫妻約定財產制。且又以法定範圍、任約定之選擇。於自由之中，加以限制。亦折中之主義也。與修正案第三十八條僅爲概括之規定者不同。其分目如下。

第一目 共同財產制

夫妻之財產及所得、除特有財產外、合併爲共同財產、屬於夫妻公同共有。現行法第一千零三十一條。

(一) 共有財產之處分。共同財產、夫妻之一方、不得處分其應有部分。現行法第一千零三十一條第二項。夫妻之一方、對於共同財產爲處分時、應得他方之同意。但爲管理上必要之處分、不在此限。現行法第一千零三十三條。前項同意之欠缺、不得對抗第三人。但第三人已知、或可得而知其欠缺、或依情形可認爲該財產屬於共同財產者、不在此限。現行法同條第二項。

(二) 共同財產之管理。由夫管理。其管理費用、由共同財產負擔。現行法第一千零三十二條。

(三) 債務之清償

(甲) 左列債務、由夫個人、並就共同財產負清償之責。現行法第一千零三十四條。

(子) 夫於結婚前所負之債務。

(丑) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

(寅) 妻因第一千零零三條所定代理行爲所生之債務。

(卯) 除前款規定外、妻於婚姻關係存續中、以共同財產爲負擔之債務。

(乙) 左列債務、由妻個人、並就共同財產負清償之責。現行法第一千零三十五條。

(子)妻於結婚前所負之債務。

(丑)妻因職務或營業所負之債務。

(寅)妻因繼承財產所負之債務。

(卯)妻因侵權行為所生之債務。

(丙)左列債務，由妻僅就其特有財產負清償之責。

(子)妻就其特有財產設定之債務。

(丑)妻逾越第一千零零三條代理權限之行為，所生之債務。

共同財產所負之債務，而以共同財產清償者，夫妻間不生補償請求權。現行法第一千零三十八條。

共同財產之債務，而以特有財產清償，或特有財產之債務，而以共同財產清償者，有補償請求權。雖於婚姻關係存

續中，亦得請求。現行法同條第二項。

(四)家庭生活之負擔。家庭生活費用，於共同財產不足負擔時，妻個人亦應負責。現行法第一千零三十七條。

(五)夫妻一方死亡時。共同財產之半數，歸屬於死亡者之繼承人。其他半數，歸屬於生存之他方。但其數額另有

約定者，從其約定。現行法第一千零三十九條第一項第二項。

第一項情形，如該生存之他方，依法不得為繼承人時，其對於共同財產，得請求之數額，不得超過於離婚時所應

得之數額。 現行法同條第三項。

(六) 共同財產關係消滅時。 除法律另有規定、或契約另有訂定外、夫妻各得共同財產之半數。 現行法第一千零四十條。

(七) 僅以所得爲限之共同財產。 夫妻得以契約訂定、僅以所得爲限、爲共同財產。 婚姻關係存續中、夫妻因勞力所得財產、及原有財產之孳息、爲前項之所得。 適用關於共同財產之規定。 現行法第一千零四十一條第一項第二項。

結婚時及婚姻關係存續中、屬於夫妻之原有財產、適用關於法定財產制之規定。 現行法同條第二項。

第二目 統一財產制

夫妻得以契約訂定將妻之財產、除特有財產外、估定價額、移轉其所有權於夫。 而取得該估定價額之返還請求權。 現行法第一千零四十二條。

統一財產、除前條規定外、準用關於法定財產制之規定。 現行法第一千零四十三條。

第三目 分別財產制

分別財產、夫妻各保有其財產之所有權、管理權、及使用收益權。 現行法第一千零四十四條。 但妻以其財產之管理權、付與於夫者、推定夫有以該財產之收益、供家庭生活費之權。 前項管理權、妻得隨時取回。 取回權不得拋棄。

現行法第一千零四十五條。

分別財產制、夫妻各負擔其債務。現行法第一千零四十六條、第一千零四十七條之規定如左。

(一) 由夫負擔清償之責之債務。

(甲) 夫於結婚前所負之債務。

(乙) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

(丙) 妻因第一千零零三條所定代理行為、而生之債務。

(二) 由妻負擔清償之責之債務。

(甲) 妻於結婚前所負之債務。

(乙) 妻於婚姻關係存續中所負之債務。

在分別財產制中、家庭生活之負擔、仍歸於夫。惟夫得請求妻對於家庭生活費用、為相當之負擔。現行法第一千

零四十八條。如夫無支付能力時、由妻負擔。現行法第一千零四十七條。

按夫妻財產制、各國不同。法民分為法律上之財產共通制、契約上之財產共通制、嫁資分括制三者。契約上之財產共通制、得以契約除去之。而採分離制。是以共通制為原則。嫁資分括制為例外。德民則於法定財產制之外、亦認契約上之夫妻財產制。但有種種之限制。(一) 不得指定現已廢止之法律、及外國法律、以定財產關係。(二)

夫於結婚之時、或結婚後爲財產契約者、於其締約之時、在外國雖有住址、仍不得指其住址之夫妻財產制、以定財產關係。(三)夫妻之財產契約、苟採一般之財產共通制、或取得物共通制、或動產共通制、俱須從法律所定之範圍。瑞民則以財產聯合制爲原則、而以財產契約爲例外。但財產契約、限於法律之所定。日民關於夫妻財產制之規定、較爲簡賅。(甲)法律僅規定法定財產制、而於夫妻之財產契約、一任當事人之自由。(乙)法定財產制、亦僅約舉大綱、不爲詳密之規定。(丙)所採之制度、約似合併制、而不列合併制之名稱。茲略舉如下。第一、夫妻各以婚姻之當時所有之財產、及婚姻中於自己之名所得之財產、爲其特有財產。第二、夫有管理妻之財產之權。惟重大之管理行爲、(如借財讓渡財產、以財產供擔保、爲超於法定期間之借貸借、)要得妻之同意。第三、夫負擔自婚姻所生之一切費用。但妻爲戶主時、歸妻負擔之。第四、夫或女戶主得從其用法、對於配偶者之財產、有使用或收益之權利。第五、付於日常之家事、視妻爲夫代理。夫雖得否認其代理權之一部、或全部、而不得以之對抗於善意之第三人。以上五者、爲日民法定財產制之大旨。綜而言之、夫妻各有其特有財產、而其管理使用收益之權、歸之於夫是也。吾國習慣、以夫妻之關係、爲人倫之大本。純任之道德之範圍、不以法律干涉之。故付於夫妻間之財產關係、法制上亦無直接之規定。惟以事實徵之、(一)夫妻間之財產關係、以契約訂定者、殆無其例。間有以關於財產之或事項爲口頭契約者、然不生法律之效力。(二)婚姻中共同生活之費用、多由夫負擔之。但夫妻有互相扶助之義務。夫無資力時、妻當以其私有財產負擔之。(三)妻當服從於夫。故對外以無行爲能

力爲原則。然付於財產關係、非絕對的無能力。惟於限制之範圍內、有取得所有及負債之能力而已。詳言之、又可分爲三。(甲)財產取得之能力。妻得夫之許可、爲夫之代理人時、不僅得爲財產之取得、並得以自己之名義、取得財產。卽因親屬或他人之贈與、及以自己之名義取得財產、固事實所常見也。(乙)財產所有之能力。妻當服從於夫、以不有財產爲本則。然法律曾無禁止妻有財產之明文。且如嫁資、或妻以自己之名義所取得之財產、卽爲妻之特有財產。亦爲法律之所許。(丙)負債之能力。妻得對於他人爲負債。但事實上恆由夫、或其他近親等、爲其保證人。單純之債務極稀。至妻之債務、如因日常家事而生、或因夫之營業而生、大抵歸於夫之負擔。反之、妻以其特別財產、經營商業、及因其財產所需之費用、而生之債務、多仍由妻負擔之。此普通之習慣、非有明文規定、而以今日之法律眼光觀之、大概如此。家庭嗃嗃、婦子嘻嘻、此毋我詐、彼毋我虞、此所以稱琴瑟之和鳴、室家之至樂也。

現行法於夫妻財產制、規定如彼其詳。曰法定制、曰約定制、先示以夫妻之財產宜有分畫。曰原有財產、曰特有財產、再示以夫妻之財產、各應保留。曰財產屬於何人、應由何人管理、家務應由何人代理、費用應由何人負擔、更示以權利義務之明白界限。曰某種債務、應由何人清償、某種權利、不得任意拋棄、某種損失、得以請求補償、某項情形、得以請求分割、更示以保護權利之徑途。在立法者、原欲爲夫妻財產、樹明確之標準、以防止紛爭。而不知適足以啓紛爭之漸。吾國國民、涵濡禮教、相習相忘、曾不知夫妻財產爲何物。同心一體、以期家室之維持。故有棄綺羅

而共挽鹿車，拔簪珥以助成夫志者矣。若夫箕箒之爭，貨財之辨，咸視爲薄物細故，由親屬間自行了之。鮮有涉訟於公庭者。今姑置禮教不論，今日盛倡自由婚姻，以純潔愛情爲主。愛情純潔，卽一切私欲，不得攙入其間。乃以平居無事之時，卽以種種權利義務之思想，各執以相繩。一室之間，各有其所有。各持其簿籍，斤斤以較錙銖。意見稍有，不諧，卽可執法律以相責難。同牀異夢，愛情更復何有。昔管仲姬調趙松雪學士之水泥詞，爲世之言愛情者所稱誦。試問此中能著一毫爾我之見，金錢之想否。今日蔑視禮教，盛言愛情，而法律所規定，適足爲愛情之障。此不能不謂爲思想矛盾之一端。本編對於現行法，對於夫妻財產制各條，不爲瑣瑣之評論。誠以所應慎重考慮者，在於大體之是非。不在於條文之得失也。修正取簡易主義，減爲十條。然尙嫌太密，尙不如草案之尤爲簡賅也。

第六節 離婚

第一款 總論

婚姻爲男女生存之結合。當以偕老爲本義。苟不相和諧以後，而無救濟之途。則家庭之間，轉滋苦痛。故各國法制，多不採禁止離婚主義。而有別居或離婚之制。惟離婚之中，又有自由離婚、限制離婚、強制離婚之不同。現行法既認離婚制度，而又加以條件。卽限制之離婚也。茲分爲兩類離婚、判決離婚二者言之。

按婦人之義，從一而終。故一與之齊，終身不改。離異之說，非君子所忍言。然必以不相和諧者，強之唱隨。則家庭之

怨深、而夫婦之道苦矣。在西歷一千八百八十四年以前、法國及葡萄牙義大利諸國、屬於加特力教者、間有禁止離婚之制度。今已爲各國法制所不取。而採自由離婚主義。蓋文化未開之社會、婚姻之觀念、以婦女爲男子之隸屬。得自由出去其妻。然男女之權利、不得其平。夫妻輕於離異、亦足以壞社會和平之基礎。此開明諸國、所以不取斯制也。方今各國所行之制度、實爲別居與限制離婚二者。所謂別居者、非婚姻之解消、惟以審判衙門之宣告、免除由婚姻所生共同生活之義務而已。故別居與離婚不同。(一)妻之能力限制、雖別居仍然存在。離婚則不然。(二)別居中其妻所生之子、以仍爲婚姻所生之子爲原則。離婚之場合、則除懷胎在於離婚以前者外、皆與前夫無關係。(三)別居之妻子、苟有姦通之行爲、得爲離婚之原因。且構成刑法上之有夫姦罪。離婚則不然。(四)別居後夫妻互相扶養之義務、仍然存在。離婚則已消滅。(五)別居後、夫妻仍有互相繼承之權。離婚則否。要之別居之制、爲禁止離婚之遺意。故各國法制、有僅認別居、而不認離婚者。有兼認離婚與別居者。惟別居之制、雖足以緩夫妻間之衝突、而得其調和。然調和苟或不能、則衝突或且滋甚。其弊殆與禁止離婚相等。此現行法所以不採別居制、而採限制離婚制也。吾國離婚之制、自古有之。錢大昕之昏義曰、父子兄弟、以天合者也。夫婦、以人合者也。以天合者、無所逃於天地之間。以人合者、可制以去就之義。故儒者之教、認七出之原因。孔子家語曰、七出者、一曰、不順父母。二曰、無子者。三曰、淫僻者。四曰、嫉妬者。五曰、惡疾者。六曰、多口舌者。七曰、竊盜者。雖七出之外、尙有三不去之義。一、曾爲夫之父母服三年之喪者。二、先貧賤而後富貴者。三、離婚後妻無所歸者。然其爲限制離婚則一

也。本斯禮制，故三代以降，上自摺紳，下至士庶，恆不以離婚爲恥。孔子三世出妻。漢世皇后多有係再醮者。宋范文正之母，陸放翁之妻，王雱之妻，均曾再適。散見史冊，數見不鮮。有宋以後，理學盛昌。程朱學說，人所共守。抑人情而矜言節義。離婚之事，遂漸稀少。然大清律例，仍列七出不去之條。風尚雖已潛移。法律未嘗禁止。然此皆自夫方面所發生之離婚。若自妻方面言之，實不得有離婚之請求權。朱買臣之妻，因家貧而改適。蘇子卿之妻，因年久而去帷。皆爲名教所不取。不獨禮治如此。法律亦然。大清律例若（夫無願離之情）妻輒背夫在逃者，杖一百。從夫嫁賣。（其妻）因逃而改嫁者，絞。其夫（棄妻）逃亡三年之內，不告官司而逃去者，杖八十。擅自改嫁者，杖一百。妾各減二等。註曰：婦人義當從夫。夫可出妻，妻不得自絕於夫。若背棄其夫而逃走出外者，杖一百。從夫嫁賣。由此言之，妻固無請求離異之權也。惟夫有義絕之狀，妻得請求離異。大清律例，其夫毆妻非折傷勿論。至折傷以上，減凡人二等。先行審問，夫婦如願離異者，斷罪離異。不願離異者，驗罪收贖。是夫毆妻至折傷以上，妻得請求離異也。但其可以離異與否，仍須夫之同意。其得絕對的請求離異者，卽過期五年不娶，夫逃亡至三年不歸之場合是也。大清律例，出妻條之附例曰：期約已至，五年無故不娶，及夫逃亡三年不還者，並聽經官告給執照，別行改嫁。亦不追財禮。是爲明示妻得請求離婚之規定。蓋吾國法律以夫得任意離婚爲原則，而妻得以請求離婚爲例外。實出於尊夫卑妻之習尚。非今日男女平權時代，所可行。故現行法雖探限制離婚主義，而男女之請求權，則一。亦今日各國之通例。至於強制離婚，大抵因違反於社會之公秩序，及善良風俗而設。各國法制，皆認爲無效，或可得撤銷。

而不列入離婚之規定。大清律例中所用離異或兩離之字樣，多爲強制的離婚。然亦皆屬於無效或可得撤銷之事項。而非離婚之事項。惟戶律婚姻出妻條，若犯義絕應離而不離者，杖八十。是真強制的離婚。義絕者，唐令曾舉其條件曰：義絕，謂毆妻祖父母、父母，及殺妻外祖父母、伯叔父母、兄弟、姊妹，若夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姊妹，自相殺，及妻毆罵夫之祖父母、父母，殺夫外祖父母、伯叔父母、兄弟、姊妹及與夫之總麻以上親，若妻姦及欲害夫者，雖會赦皆爲義絕。妻雖未入門，亦從此令。明清律例未有明文。惟註解中有曰：義絕者，謂於夫婦之恩情禮義，乖離違礙，其義已絕也。律中未曾備詳其事，而散見於各條之中。其所指爲義絕者，亦復不同。有於法應離不許復合者，如所云離異歸宗，仍兩離之之類。卽本條應離不離亦是也。有其事可離，猶許復合者，如所云願留者聽，願離者聽之類。卽本條從夫嫁賣是也。是義絕各有不同。其義絕應離而不離者，不過爲其規定之一種。而何謂義絕，仍無明確之解釋。且以習慣言之，雖有義絕之情形，苟當事人不爲離婚之請求，國家亦不爲干涉。是雖有強制離婚之條文，而無強制離婚之事實也。草案及現行法於離婚不分款目。修正案仿日民之例，分爲二款。一曰協議離婚。一曰裁判離婚。茲因詮釋之便，特從之。

第二款 協議離婚

協議離婚，卽現行法所謂兩願離婚也。法律所以許兩願離婚者，以婚姻之成立，由於共諾。故亦得以共諾解除之。而兩願離婚之原因，亦非毫無限制者。故必有如左之條件。

按各國法制、有僅認判決離婚、而不認兩願離婚者、但中國律例、於戶律婚姻出妻章、明載有夫妻不相和諧、而兩願離異者、不坐之條。且其註有曰、其情不治、其恩已離、不可復合。是兩願離婚、爲從前法律所許可。且現在法制、採用允許婚制度。若結婚之後、兩願離異、則從前之允許、卽已取消、當然解除婚姻之效力。此法律認許兩願離婚之所以也。草案第一千三百五十九條、夫妻不相和諧、而兩願離婚者、得行離婚。現行法第一千零四十九條、夫妻兩願離婚者、得自行離婚、修正案第三十九條、夫妻得依協議、而爲離婚。

各國法例、兩願離婚、恆不問其原因如何。但使果出於雙方之協議、皆發生離婚之效力。草案沿大清律例之舊、以不相和諧、爲兩願離婚之原因。夫兩願離婚、由於不相和諧者、固居多數、然亦有夫妻並無惡感、而亦不得不出於離婚之一途者。如家貧不能扶養、或遠出難以遽歸、迫而離婚、實出於情勢所不得已。此以道德言之、彼雖願離、而此則當守、不當在兩願離婚之列。惟衡以普通之人情、則事實既有所難合、卽法律應聽其兩離。不致有夫妻道苦之憂。而於承認離婚之旨、亦能貫徹。况乎家庭之變、人所難言。恆有事處困難、不願明言、而但出於兩願離婚之情迹、以掩蔽之者。此而不許其離婚、既不足以維男女之情。轉足以增家庭之禍。現行法及修正案、均依各國法制、於兩願離婚、不加以不相和諧之條件、似較適當。但於此有二個之例外。

(一) 未成年、應得法定代理人之同意。法律雖許兩願離婚、然男女苟未達於若干年齡、遽許其任意離婚、則智慮未周、恐有濫行離婚之弊。故草案第一千三百六十條、限於男未滿三十歲、女未滿二十五歲者、須經父母

允許。現行法第一千零四十九條、以未成年人應得法定代理人之同意。修正案第三十九條、未滿二十五歲時、須經有允許權人之同意。

按此條之意旨、與結婚應得父母允許、或法定代理人之同意、規定相同。惟有應研究者、即年齡之問題。草案於結婚之須得允許、既不爲年齡之限制。離婚之須得允許、則限於男年三十歲、女年二十五歲以下。蓋第一千三百三十八條、爲沿襲舊慣。本條又沿襲日民結婚須得父母允許之年齡也。夫結婚須得父母允許、不加年齡之限制、未免與婚姻自由之旨不符。至若離婚須得允許之年齡、男女不同。男高而女下。夫結婚須得允許、男子之年齡、較高於女子者、以男子娶妻之得失、與家庭之利害、最有關係。故其須得父母允許、較女子尤爲重要也。若夫離婚之場合、男女雙方之利害、大抵相同。且以社會之習慣言之、女子離婚之受害、或甚於男子。是女子須得允許之年齡、當較男子爲高也。現行法未成人之結婚、須得法定代理人之同意。離婚亦同。固甚平允。然二十歲爲成年、離婚之事、關係終身、且尤關於家庭之利害。初成年人血氣方剛、閱歷尙淺、似以有父母或法定代理人之允許爲宜。修正案改爲男女未滿二十歲時、須得有允許權人之允許。似較適當。所謂有允許權人之允許、以有允許權人、固不止於父母也。此又用語之當注意者。

(二)應以書面爲之。並應有二人以上之簽名。現行法第一千零五十條、是爲兩願離婚之形式要件。婚姻之成立、須有儀式。且有證人。離婚自應用同一之手續。草案以呈報戶籍吏、爲結婚要件。故離婚亦同。修正案於結婚

時、不列證人。於離婚又未規定應有之形式。未免過略。

按吾國舊日習慣、男子之出妻、僅須有一紙之離婚書。日本亦有三行半之俗諺。在今日男女平權時代、自不適用。現行法之規定、兩願離婚、須以書面爲之。且應有二人以上證人之簽名。結婚之時、須有公開儀式、二人以上證人之簽名、離婚時自不能復行公開儀式、惟須有書面、且有二人以上證人之簽名。較之結婚、尤爲慎重。以離婚之關係尤多也。日民之規定、婚姻以呈報於戶籍吏、而生效力。其呈報之時、須有當事人雙方以二人以上之成年證人。以口頭或以署名之書面爲之、離婚時亦同。第八百一十一條、草案略同。現行法不採用呈報之規定、而於書面、仍須有二人以上證人之簽名。證人且應簽名、則當事人必須簽名、自不待論。證人雖未明言必須成年以上之人、然未成年、無完全行爲能力、其不能爲離婚之證人可知。瑞民德民、均無兩願離婚之規定。瑞民於離婚之外、有請求別居之規定。亦慎重婚姻之意也。

(三)兩願離婚後、關於子女之監護。現行法第一千零五十一條、兩願離婚後、子女之監護、由夫任之。但另有約定者、從其約定。修正案第四十條、日民第八百一十二條、略同。

按子女之監護、本係父母共同之責任。但在於離婚之後、父母既已分離、子女應歸何人監護、遂成重大問題。蓋子女之監護、有時以父爲宜、亦有時以母爲宜。各因其情形而異。兩願離婚、原本於當事人之意思而成立、故子女之監護、亦仍任諸當事人之意思。法律之規定、不過於當事人未表示意思時適用之而已。草案第一千三百

六十六條、加未及五歲者、母代任之一語。然究不足以補事實上之缺憾。所云監護、僅以行使監護權爲範圍。其他之親權、於此不生影響。日民第八百一十二條第三項曰、前二項之規定、於監護之範圍外、父母之權利義務、不生變更。日民父母之權利義務、均規定於親權一章之中。現行法無親權之名詞。而自第一千零八十四條至第一千零九十條、規定父母之權利義務、亦頗明晰。故雖離婚之後、子女不受其父或母之監護者、仍未始不能行使其父母之權利義務。若以契約取消其父母之權利義務、或竟斷絕其親子之關係者、當然非法律所許可。然既離婚之父母、而仍各保有對於子女之權利義務。則人情有所難堪。事實亦增紛擾。吾國舊慣、尊重男系。父母若有離婚、子女多仍從父。對於母即無親子權利義務之可言。然禮喪服齊衰杖期章、出妻之子爲母。又云出妻之子爲父後者、則爲出母無服。傳曰、與尊者爲一體、不敢服其私親也。檀弓子思之母死、期而猶哭。是雖出母、而母子之義、未嘗斷絕也。大清律例出母齊衰杖期。輯注曰、出母、雖爲父所絕、而子無絕母之義。故服杖期。與現行法父母雖離婚、而子女對於父母之權利義務、仍然存在之說、相合。特律例僅對於出母言之、而不及離婚之父。且僅言服制、而不及其他之權利義務、則時代習慣之不同也。至檀弓所載子上之母死而不喪。門人問諸子思曰、昔者子之先君子、喪出母乎。曰然。子之不使白也喪之、何也。子思曰、昔者吾先君子無所失道。道降則從而降。道污則從而污。伋則安能、爲伋也妻者、是爲白也母。不爲伋也妻者、是不爲白也母。故孔氏之不喪出母、自子思始也。是不喪出母自子思始、非聖人法也。離婚本家庭之變。子女處此、殊爲兩難。法律不過規定其大綱、其餘

亦聽其善爲自處而已矣。

第三款 呈訴離婚

呈訴離婚、亦曰判決離婚。有法律所定之原因、雖非夫妻兩願亦得以請求裁判強制離婚之謂也。所謂法定之原因、卽夫妻之一方、違反因婚姻所生之義務、而不能達共同生活之目的、則得以國家機關之權力、解除其夫妻之關係。以謀國家社會之安寧。且判決離婚之權利、男女平等。夫可以請求者、妻亦可以請求。不如從前之重男而輕女也。特判決離婚、係反於一方之意思、而爲根本之解消。稍一不慎、流弊滋大。故法律於其原因訴權、特爲嚴密之規定。

第一目 判決離婚之原因

夫妻之一方、以他方有左列情形之一者爲限、得向法院請求離婚。現行法第一千零五十二條。草案第一千三百六十二條。修正案第四十一條。日民第八百一十三條。

按此與婚姻之撤銷、雖同經裁判之程序、而宗旨迥異。撤銷者、當事人間、除因姦經判決離婚或受刑之宣告者、不得與相姦者結婚外、無脫離之意思。於法律上相對的不認其有關係也。本款在結婚以後、發生離婚原因。夫妻之一方、得請求裁判、而爲離婚。故與婚姻之撤銷不同。法定離婚之原因、有二種之學說。一爲法民所採用。卽得爲離婚原因者、以夫妻之一方、對於他方、有重大過失爲限。其非本於一方之過失者、不得爲離婚之原因。如夫妻之直系尊屬、虐待一方、及生死不明等、是一爲德民所採用。夫妻過失之有無、在所不問。凡實際上限於不能共同生活

之狀況，即得爲離婚之原因。現行法及草案修正案日民，均採第二主義。現行法之規定，其原因有十。

(一)重婚者。婚姻之性質，以一夫一妻爲前提。重婚者，違反婚姻之性質，且屬違法之行爲。故刑法既科以罪。民法又許其撤銷。然重婚之婚姻雖已撤銷，而前婚依然繼續。前夫、前妻，對於前婚願否繼續，自應許其自由。故認爲呈訴原因之一。

按重婚得由配偶者請求撤銷。又得據以爲離婚之理由。然若先已離婚，則不得再行行使撤銷重婚之請求權。現行法第九百九十二條規定，在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷。較之日民第七百八十條第二項，對於違反第七百六十六條至第七百六十八條規定之婚姻，當事人之配偶，或前配偶，亦得請求撤銷。較爲明晰。且合理論。再依刑法第二百三十七條之規定，重婚者已被處刑時，似可即援引本條第十款，因犯不名譽之罪被處徒刑者，請求離婚。毋庸更有此項之規定。然關於重婚，有時利害關係人不爲起訴。或雖起訴，而因大赦或減刑之結果，不被處刑。則本條第十款，不得適用。故仍須本款之規定。或謂重婚多發生於姦通之場合，則適用本條第二款之規定，亦可請求離婚。無須本款之規定。然姦通與否，尙待調查。此僅須有重婚之事實，即可爲離婚之原因。其事較便。且重婚在未撤銷以前，後之婚姻，亦不能不視爲配偶者。而不能竟以姦通論。故仍須本款之適用。

(二)與人通姦者。既成婚姻以後，夫妻各應負貞潔之義務。與人通姦，即違反其義務。故許爲呈訴原因之一。按草案仿日民之規定，僅以妻與人通姦，夫得請求離婚。夫與人通姦，僅限於因姦受刑外，不爲離婚原因。以吾國

法律上、雖不許有妾、而事實不然。固不能以貞潔責夫。且以血統關係、故視妻之與人通姦爲重。現行法採歐美最新主義。男女平等。不設夫妻之差異。現在事實上娶妾者、仍復甚多。儻若援本款以請求離婚。恐事實上必增無窮之紛擾。此亦立法者不容不再爲研究者也。

妻與人姦通、並構成刑法上有夫姦之罪。在民法上則認爲請求離婚原因之一。不問其刑事、曾否起訴。曾否處刑。皆得爲離婚之請求。

對於前二項之情事、有請求權之一方、於事前同意、或事後宥恕、或知悉後已逾六個月、或自其情事發生已逾二年者、不得請求離婚。（現行法第一千零五十三條、草案第一千三百六十三條、修正案第四十二條第二款、日民第八百十四條。）本條係規定離婚訴權之消滅。離婚訴權之消滅、時效、各國法制、有依普通消滅時效者、有特別規定者。然夫妻情意、與常人不同。易於宥恕。故草案現行法修正案日民、均採第二主義。特爲縮短訴權消滅之期間。惟草案僅規定同意在前者、不得提起離婚之訴。日民同意不分前後。並於第二項加以宥恕之規定。均較現行法之規定爲略。修正案大旨相同。僅以二年之時效、改爲一年。謂重婚及與人姦通、在刑法得沐減輕或免除之寬典。而民法上於情事發生後、二年後、仍得請求離婚、時限未免過長。故特改爲一年。亦折中之辦法也。

（三）夫妻之一方、受他方不堪同居之虐待者。夫妻有同居之義務。若受他方不能同居之虐待。自得認爲呈訴原因之一。

按草案及日民、關於此項、並以受重大之侮辱、亦得請求離婚。惟何爲虐待、何爲侮辱、均係事實問題。且常因時勢身分習慣而變通。殊難斷定。祇得一任諸裁判官之決定。現行法及修正案、均刪去侮辱之條件。以侮辱問題、更難決定也。

(四)妻對於夫之直系尊親屬爲虐待、或受夫之直系尊親屬之虐待、致不堪爲共同生活者。前者非對於配偶者自身之行爲。後者非配偶者自身之行爲。然皆足以使夫妻間生活之不安。致難副同居之目的。故認爲呈訴原因之一。

按草案及日民、分此項爲二。殊無必要。修正案與現行法同。

(五)夫妻之一方、以惡意遺棄他方、在繼續狀態中者。夫妻有互相扶持之義務。又有同居之義務。若一方無故遺棄他方、自屬違背義務。故得認爲呈訴原因之一。

按遺棄須係惡意。若出於不得已之事由、致若有遺棄之狀態時、自不得適用本款之規定。草案修正案日民略同。但刪去在繼續狀態中一語。實則遺棄狀態、若已回復、即不得謂之遺棄。現行法仿瑞民之規定。增加此句。似嫌稍贅。

(六)夫妻之一方、意圖殺害他方者。夫妻以情相聯、以義相合。若至於意圖殺害。則直同仇敵。自不得復爲夫妻。自得認爲呈訴原因之一。

按本款之規定，草案修正案均同。日民不列此款。以遺棄虐待，尚可請求離婚。則意圖殺害，情形尤重。且謀害在刑法尚應科罪。其得請求離婚，自不待言。吾國夙重倫常，夫妻間意存謀害，尤為家庭之變。大清律例，凡妻毆夫者，杖一百。夫欲離者聽。折傷以上均各加重。夫毆妻，則非折傷勿論。折傷以上減凡人二等。願離異者，斷罪離異。不願離異者，驗罪收贖。雖夫妻罪名之輕重不同，而其可以離異則一。現行法本於男女平等之原則，而亦不反乎大清律例之精神。故特加此款，以期明晰。瑞民以加危害，或欲加危害，與虐待侮辱，併為一條。

(七) 有不治之惡疾者。

(八) 有重大不治之精神病者。

按草案及日民，均不列此二款。修正案第四十一條，併為一款。曰發見結婚前，有不治之惡疾，或隱疾，或精神病者。且釋之曰二款同屬疾病，無區分之必要。自以節併為宜。惡疾見唐律，妻無七出條。疏議雖未予以確定之解釋。當然指癩病、梅毒及其他有傳染性之病症言。又修正案第二十三條之理由，聲明今法九九五條之不能入道，不屬撤銷婚姻。可構成離婚原因。不能入道，多數屬於天然性。乃隱疾，非惡疾。應於惡疾下加或隱疾三字，以資援引。基於本款之疾病，應設時期之界限。緣在結婚前，此等重大疾病，應披露而不披露。知情之一方，已干舊律妄冒之嫌。婚姻事項，關係終身，可以執為離婚條件。如在結婚後，則患者之一方，出於不幸。對方且負看護或療養責任。而反促成離婚。母乃太忍。況梅毒及不能入道，在結婚後，容有不能專責之一方者。牀第醜行，令表曝於公開之法庭。亦

屬有傷風化。茲擬於本條冠以發見於結婚前一語。庶以明責任之有在也云云。按此二款之歸併，自以修正案爲有理由。加入隱疾一語，亦使裁判上得有根據。且以結婚前爲限，尤與人心世道有關。均不得不謂爲勝於現行法之規定。惟其理由所云，不能人道，容有不能專責之一方者，似覺過於深刻。轉易啓矯誣之漸。似可刪除。

(九)生死不明，已逾三年者。生死不明，已逾三年，雖尙未至失蹤宣告之期間，亦未能證明有無遺棄之事實，然其未能履行互助之義務，同居之義務，已可斷言。故得認爲呈訴原因之一。

按大清律例，戶律婚姻門，出妻條，經夫逃亡三年不還者，並聽經管官告給執照，別行改嫁。但逃亡不還，與生死不明，範圍之廣狹不同。逃亡必有事故。生死不明，則不必有何事故也。其與遺棄不同者，遺棄不必生死不明。此則不論有無遺棄之意思，但以生死不明爲斷也。日本舊慣，以生死不明二年，即可離婚。新民法改爲三年。草案，現行法，修正案，均從之。既與舊律相符，且亦慎重離婚之意也。

(十)被處三年以上之刑，或因犯不名譽之罪，被處徒刑者。被處三年以上之刑，及犯不名譽之罪而被處刑，非特爲家門之玷。於妻之名譽，亦受損害。故得認爲呈訴原因之一。

按草案僅有夫因姦非罪被處刑者，得以請求離婚之規定。現行法男女平等，凡與人姦通者，俱得請求離婚。而不加以處刑與否之區別。修正案改爲犯對財產罪被處徒刑者。其理由云，現行法以是否名譽，爲徒刑長短之別。而牽及於刑法之全部。是凡羈禁囹圄者，其配偶之一方，俱享有離婚之權利矣。中國社會，基於家庭制度。家庭而發

生離婚事項，焉得謂與社會絕無影響。茲擬專以對財產罪爲限。此亦據古制七出之第五竊盜，而擴充於雙方。以縮離婚之範圍。一以示待遇之平等。然何者爲財產罪，究屬不甚明瞭。似不如日民第八百十三條第四款，配偶者，因偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺取財、消費受寄財物贓物之罪，或刑法第一百七十五條，破壞官之封印，而盜取或毀壞其物件，第二百六十條，開設賭場圖利，或招結博徒，被處輕罪以上之刑，或因其他之罪，被處重禁錮三年以上之刑者，列舉罪名，較爲明晰。

關於此款及第六款，現行法第一千零五十四條，規定爲有請求之一方，自知悉後，已逾一年，或自其情事發生後，已逾五年者，不得請求離婚。此亦離婚訴權消滅之規定。草案自知悉事實後，規定六個月。日民規定爲一年。自其情事發生起，則皆規定爲十年。修正案謂第六款，意圖殺害，屬於唐律之義絕，不應設請求權消滅之時效。第九款，五年之時效，亦涉過長。故改爲已逾二年。夫妻之間，易於宥恕。縮爲二年，似較適當。

判決離婚後，關於子女之監護，較之兩願離婚，尤爲困難。以兩願離婚，夫妻尙得協定契約，而法律不過補充之規定。若呈訴離婚，卽無從容協議之餘地。且判決離婚，原因較重，則影響於子女者尤深。故不得不更有補充之辦法。現行法第一千零五十五條，判決離婚者，關於子女之監護，適用第一千零五十一條之規定。但法院得爲其子女之利益，酌定監護人。草案第一千三百六十七條，修正案第四十三條，日民第八百十九條均同。

第二目 判決離婚之效力

夫妻之一方、因判決離婚、而受有損害者、得向有過失之他方、請求賠償。（現行法第一千零五十六條第一項、草案第一千零六十九條。）此限於受害者、得向有過失之他方、有損害賠償請求權。若他方無過失、自不得請求賠償。草案限於應責於夫者、夫應暫給妻以生計相當之賠償。而無妻對於夫之賠償。以社會上、妻多仰給於夫。而夫仰給於妻者、蓋寡。現行法取男女平等主義。但以有過失與無過失、為限、無論何方、均有損害賠償請求權。修正案仿日民之例、於此不為規定。自當適用普通損害賠償之規定。

前項情形、雖非財產上之損害、受害人亦得請求賠償相當之金額。但以受害人無過失為限。（現行法同條第二項。）所謂非財產上之損害、如身體上之損害、名譽上之損害、職業上之損害等、皆屬之。本項云、受害人無過失。與上項所云、向有過失之他方、意似相同。其微有不同者、即向有過失之他方云者、已方未必全無過失。而第二項則須受害者、無過失也。

前項請求權、不得讓與或繼承。但已依契約承諾、或已起訴者、不在此限。（現行法同條第三項。）非財產上之損害、均係完全個人之損害、故其請求權、不得讓與或繼承。但已依契約承諾、或已起訴、則已有一定之金額、而成為財產之請求權。故又不妨為讓與或繼承之目的。

本條與第九百九十條之規定相同。以結婚之無效、或被撤銷、與判決離婚之場合、雖原因不同。而事態則一。故請求損害賠償、付以同一之權利。惟第一項文字稍異而已。

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。（現行法第一千零五十七條。）此於損害賠償以外、於生活困難時、尚須給與相當之贍養費。仿日民第一百五十二條之規定、所以恤窮困也。若夫已再娶、妻已再婚、則扶養另有負義務之人、自可毋庸給與。瑞民於第一百五十三條、明定之。現行法、雖無明文、自從其例。

第四款 離婚後夫妻之財產

夫妻離婚時、無論其原用何種夫妻財產制、各取回其固有財產。如有短少、由夫負擔。但其短少係由非可歸責於夫之事由而生者、不在此限。（現行法第一千零五十八條。草案第一千三百六十八條。第一千三百六十九條。）修正案、及日民、均無此規定。

按吾國舊日習慣、夫妻之財產、俱係共同、無分彼此。故不幸而至於離婚、亦僅能發生賠償或贍養問題。而夫妻之財產、除奩資外、殊難分晰。現行法既採夫妻各有其特有財產制度、故無論兩願離婚、或判決離婚、其固有財產、自應各歸其所有。無論離婚之過失在於何方也。在婚姻繼續中、妻之財產、由夫管理。故至離婚而分割財產時、若有不足、由夫負擔。亦事理之當然。若因可歸責於妻之事由、及因他人或不可抗力之事由、而致損失者、則不能責之於夫。故又加以但書之例外。此其舉證之責任、當由於夫。自不待言。修正案及日民不爲此規定者、以夫妻財產制度、既非習慣所有、即從今法、而登記制度、亦未完全。辦理殊多窒礙。故在兩願離婚時、從其約定。在判決離婚時、亦

惟附帶於離婚之訴、任諸審判衙門自由決定而已。

第三章 父母子女

本章定父母子女之身分、及其關係。草案日民及修正案、均稱爲親子。在草案及日民均以子對女而言。子不包括女子。日民第八百六十二條第三項、特列養子女。與其他各條、僅言養子不同。卽其明證。修正案引唐律名例篇稱期親父母條、稱子者、男女同。謂本賤括男女。大清律例亦同唐律。故改用親子。仍包括男女。毋庸詞費。

草案依日民之例、本章規定親權。列之於第一節。實則日民之規定親權、以從前習慣、戶主對於家屬之權較大。父母對於子女、幾無何等之權力。其後依時代之進步、欲縮小戶主權。故規定親權、以資改革。且日本當日、父權較重、而母幾於無權。故以親權包括父與母。僅以父先於母、示其差異。我國習慣、父母對於子女、本各有應盡之道。所謂父兮生我、母兮鞠我、拊我畜我、長我育我、顧我覆我、出入腹我、欲報之德、昊天罔極者、是也。故父慈子孝、爲倫理之當然。無待法律之規定。更有何權利義務之可言。言權利義務者、人情之薄、世道之衰也。然現行法之不定親權、並非能反之於厚。蓋謂親對於子、不得特有其權力。猶之夫對於妻、不得有夫權。夫夫對於妻、謂不得有特權。雖反於夫爲妻綱之義。而夫妻齊體、說尙可通。若謂父母對於子女、不應有特別之權力。則視父母子女爲平等、實有悖於倫常。較之言親權

者、薄而又薄矣。大清律例、凡鬪毆殺傷竊盜犯姦等項、尊親屬對於卑親屬、均有加重或減輕之例。若子孫違反教令、而祖父母父母非理毆殺者、杖一百。故殺者、杖六十、徒一年。祖父母父母、至於故殺子孫、亦可謂人倫之變。然罪止杖六十、徒一年。未免過於重視綱常、輕蔑人命。此係刑法問題、茲不具論。就民法言之、重視親權者、固非。蔑視親權者、亦非也。夫父母之於子女、教之撫之、衣之食之、憂其疾病、憫其困乏、無所不竭其心力。寧復計較資財。而爲子女者、受父母之覆育、漸以成立。曾無絲毫之報稱。偶因父母之庇廕、由繼承或贈與、稍有所得。遽與父母區分、彼此算及錙銖。於情固有不安。於理亦殊不合。此古人所以有子弟無私財、無私貨、不敢私假、不敢私與之訓。大清律例、亦有凡祖父母父母在、子孫別立戶籍、分異財產者、杖一百。若居父母喪、而兄弟別立戶籍、分異財產者、杖八十之條。又有凡同居卑幼、不由尊長、私擅用本家財物者、分別笞杖之條。皆所以重人倫、維綱紀也。今雖不能企於古、而又何庸張之威而助其饒。現行法既不立親權名目、而於本章之末、規定父母之權利義務。於子女之特有財產、限制甚嚴。揆之禮教與人情、似均未合。修正案親權一章、於親子之後。對於現行法稍有修正。於實質仍大概相同。此則邊流所極、未可強挽者也。

第一節 通則

(一) 姓氏之規定。子女從父姓。(現行法第一千零五十九條第一項。)贅夫之子女從母姓。但另有約定者、從其

約定。(同條第二項。)

按本條之規定、草案修正案日民均無之。第一項、蓋仿瑞民第二百七十條之規定、而刪去其獲得公民權之一語者也。吾國夙重家族、而以姓爲一家之標幟。故子從父姓、系統相承、已成千古不易之定則。似無待於法律之規定。瑞民尙有父母命名權之規定、亦與此同。至女承父姓、僅能及一身而止。女子之子女、又當從其父姓、無能取得生母之姓。此亦吾國重男輕女之一大原因也。贅夫云者、自女子本身言之也。俗所謂坐產招夫。若自其父母言之、則謂之贅婿。鄉僻之家、恆因有女而無子、而又不願承嗣或乞養他人之子以爲子。於是爲女擇婿、即使入於其家、同居共度。有令婿卽改從其姓者。有令婿之子女從其姓者。亦有不使從其姓、而僅於所生子女中、擇一繼承從其姓者。各因意思而不同。此所謂有約定者、從其約定是也。現行法所稱之贅夫、與日民之名詞相同。而實質稍異。日民係因有女戶主、而有贅夫之規定。故除別有約定外、贅夫卽爲其家之戶主。此之贅夫、與日民之婿養子相似。須有永久同居之目的者也。臨時招贅之贅婿、自不能以此爲例。

(二)住所之規定。未成年之子女、以其父母之住所爲住所。(現行法第一千零六十條第一項。)贅夫之子女、以其母之住所爲住所。(現行法同條第二項。)

按大清律例、父母在子孫不得別立戶籍。卽居父母喪、兄弟尙不得別立戶籍。與本條之規定、適相反。蓋未成年之子女、既未成立。教養撫育、均恃父母。不以父母之住所爲住所、又將何歸。雖間有父母因特別之原因、以其子女寄

居於他人者。然亦出於其父母之意思。非未成年之子女。能與父母分居也。大清律例之規定。意從其厚。凡祖父母父母在。無論如何。子孫不得分居。卽父母死尙限於喪內。不得分居。使不孝之子孫。終不得置父母於不顧。現行法則謀子孫自身之便利。僅限於未成年之子女。以其父母之住所爲住所。成年以後。則一任其自由。分大家爲小家庭。自子女之方面言之。羽毛豐滿。可以高飛。固足以自適其適。而爲父母者。漸已衰老。轉有無人侍養之虞。此於風俗人心。未免益臻於薄。在今日社會變遷。生活困難時代。固不宜拘於大清律例之舊。使子孫受其束縛。不能發展其各有之性能。然亦不必特爲規定。使不肖不孝者有所藉口。以遺棄父母。此條似可從刪。或曰。然則古人父子異宮之說。非歟。曰。所謂宮者。室也。異宮而同居。非異居也。十年出就外傅。居宿於外。專學業。辨內外。非異居也。子孫與父母異居者。薄也。非厚也。時勢遷流。固有所不得已。而不當以法律助其長也。第二項之規定。與前條第二項相一貫。自不待言。但現行法既爲此詳密之規定。則再醮之妻之子女。如從其母。而入於夫家。當從其繼父之姓。抑當從其生父之姓。似應亦有明文。而轉無之。則蓋本所無。遂致無抄襲也。

此二條之規定。草案及日民均無之。修正案亦從刪略。

第二節 婚生子女

婚生子女者。謂由婚姻關係受胎而生之子女。(現行法第一千零六十一條。)

按婚生子女之名詞，係由德民瑞民演繹而來。其意義即曰正名爲妻所生之子女。故或亦譯爲嫡子。或嫡出子。然現行法既不認有妾，故無庶子。無庶則無嫡。且有嫡子，亦無嫡女。故不得已而譯爲婚生子女。此等名詞，頗似不倫。子女本應由於婚生。毋待冠之以爲名詞也。且婚生子女，與非婚生子女，對舉，則似凡人皆可。有非婚生子女。猶之昔時，凡人俱可有嫡子。亦可有庶子也。昔之嫡子、庶子，不過因生母名分地位之不同，而生差異。從前習慣，已頗輕視庶子。若稱之非婚生子女，換言之，即曰民所謂私生子。必更見輕於家庭，見輕於社會矣。且妾之制度，爲昔日所公認。故有妾不足爲賢者之病。有庶子更不足爲賢者之病。非婚生子女，非由姘度，即係姦通。賢者有此，即爲白圭之玷。故不特非婚生子女之不名譽也。即其父或母，而認知有非婚生子女，已足以貽一世之羞。此在風俗不同之國家，容或不以爲病。在吾國而有此，殊恐利一而害十。即認知者少，而不認知者多也。縱謂斯言爲不信。一國社會，而多非婚生子女，與其謂爲進化，毋寧謂爲退化也。故知法律不認妾之地位者，特掩耳盜鈴之舉。非真能達一夫一妻與夫夫妻平等之制也。各國皆然。豈獨吾國。且不但此也。人欲橫流，將來婚姻制度，究竟如何，殊不可知。非婚生子女，或將舉國皆是。甚且至無父母子女之名詞，亦未可知也。

本條定婚生子女之解釋。而婚姻關係受胎而生，究竟以何爲斷。當從下列之規定。

(一) 受胎期間之推定。從子女出生日，回溯第一百八十一日起，至第三百零二日止，爲受胎期間。(現行法第一千零二十六條。草案第一千三百八十二條。日民第八百二十條第二項。修正案第四十五條。)能證明受胎回溯

在前項第三百零二日以前者，以其期間爲受胎期間。（現行法草案均同條第二項。）

按本條係規定受胎期間，以受胎不可知。受胎之時期，可推而定。所謂受胎時期者，以胎兒在母腹中最短之日數，與最長之日數，兩相比較，而卽以其差數爲受胎時期也。吾國日者，推測星命，自出生之日，上溯三百日，謂之胎元，亦卽此意。然彼則徒馳理想，此則須求根據。醫言胎兒在母腹中，有經過一百八十日而卽生者，有經過三百日而始生者。其最短期，與最長期，相去之百餘日。卽爲受胎時期。法律上規定受胎時期，卽以此爲根據。但各國規定不同。羅馬法以婚姻成立之日起，於六個月後，卽七個月一日起，婚姻解銷之日起，十個月，所生之子，爲嫡子。每一個月，以三十日計算之。法國拿破崙時，最短期爲一百八十六日，最長期爲二百八十六日。其後改最短期爲一百八十日，最長期爲三百日。德民從出生日前一百八十一日，至三百二日止，以其間一百二十二日，爲受胎期間。日民自婚姻成立之日，二百日後，從婚姻解銷或撤銷之日起，三百日內，爲受胎期間。現行法及草案修正案均採德民之制度。但此受胎期間，係由法律之推定。假如事實上有可證明其不然時，則不能不承認其事實。故有第二項之規定。

所謂受胎期間，與推定不同者，如結婚後，不滿一百八十一日而生之子，經醫生檢查，其胎兒發育之程度，在母腹中實不滿一百八十一日。婚姻撤銷後，逾三百二日而生之子，經醫生檢查，胎兒發育之程度，在母腹中實已逾三百二日者，則法律之推定，自因事實之反證，而歸無效。草案規定以其時爲受胎時期。現行法祇於最長期特設例

外。而於最短期曾未之及。未免稍疏。修正案雖於此條受胎期間，加一第二項。而細按其文義，實與現行法第一千零六十三條之第二項相符。列之於此，似未適合。

於此又有一問題，即女子自婚姻關係消滅後，尙未經過六個月之再婚禁止期間，即行再婚。而其分娩，在再婚後一百八十一日以外，前婚關係消滅後三百二十日以內者，則受胎期間之推定，因之發生重複。即得推定爲後夫之子，同時亦得推定爲前夫之子。究應如何解決。法例有二：（甲）德民以其子生於前婚消滅後二百七十日以內，視爲前夫之子。生於其後者，視爲後夫之子。（乙）日民規定，由法院審查事實，而判定之。現行法無明文。苟有此種事件，當酌採日民之規定。

（二）婚生子女之推定。妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女，爲婚生子女。（現行法第一千零六十三條第一項。草案第一千三百八十一條。修正案第四十四條第一項。日民第八百二十條。）前項推定，如夫能證明於受胎期間內，未與妻同居者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內爲之。（現行法同條第二項。草案第一千三百八十三條。至第一千三百八十五條。修正案第四十五條第二項。日民第八百二十二條。至第八百二十六條。）

按本條第一項，係規定婚生子女之身分而設。妻所生之子女，爲婚生子女。本無疑義。在草案修正案及日民，均認爲嫡子者也。吾國夙重禮教，女子以有貞操爲當然。若謂女子未必有貞操，即爲輕視其人格，侮辱滋甚。故歷代法

律、絕不爲此逆億之規定。如有未嫁而失其貞操、或已嫁而與人通姦者、有事實之證明、得以退婚、或離婚、卽爲已足。其在此期間內所生之子女、亦視其各人之意思、而爲歸宿。鮮有以之涉訟於公庭者。世風不古、女子之貞操、漸不能視爲當然。於是是否婚生子女問題、因之以起。現行法不爲認定、而曰推定。推定者、似應如此、而未必如此之辭也。以正式成婚之夫妻、在婚姻存續中所生之子女、而僅云推定爲婚生子女、其致疑於女性之貞操者、如此其深。未免有傷忠厚。本條推定一句、似宜刪除。

婚生子女、與非婚生子女、身分迥然不同。故法律不能不先規定何者爲婚生子女。然在婚姻關係存續中、所生之子女、亦未必皆爲婚生子女。德民日民均採概括主義。卽本夫苟能說明非婚生事實、以反證與法律之推定相異者、均得爲否認之原因。現行法限於夫能證明於法定受胎期間內、未與妻同居者、其實未同居之外、尙有可以證明非其所生之事實。現行法不爲規定。修正案亦同。似屬疎漏。此項否認權、宜早確定。以確定子女之身分。故有但書之規定。修正案改爲半年。自更妥適。草案於前項規定之外、尙有承認後不得撤銷之規定。日民尙有對於未成年否認期間之規定。現行法及修正案、不採用之。

(三) 視爲婚生子女者。此有三種之場合。

(甲) 非婚生子女、其生父與生母結婚者。現行法第一千零六十四條。修正案第四十四條第二項第一款、受胎或出生在前、而後結婚者。第二款、有第二十二條第一款第二款及第五款之撤銷權撤滅、在結婚存續中受

胎者。

按視爲婚生子女、亦可謂爲非婚生子女之擬正。吾國習慣、向來卑視非婚生子女、卽外國法例、如法民日民對於私生子亦頗歧視。雖有認知之規定、然卽經認知、亦未卽視同婚生子女。現行法力主革新、故特加寬大、而有視同婚生子女之規定。

修正案第四十四條、其理由略云、本條第一項婚姻存續中受胎所生之子、爲嫡子。所以定嫡子之身分。此外復有兩種事項、可類推其所生之子、亦同於嫡子者。（子）舊習慣所指爲先姦後娶者。考周禮地官媒氏職、中春之月、令會男女、奔者不禁。注重天時權許之也。疏既是娶女之月、若有父母不娶不嫁之者、自相奔就、亦不禁之。以當禮乃爲配。鄭云權許之、非正禮也。奔屬之淫佚、而仍繫於媒氏之所掌。亦予男女間以相對的自由。而承認其婚姻也。又大清律例比引條律、男女定婚、未曾過門、私下通姦、依子孫違犯教令律、杖一百。並未照通常姦案斷離。立法宗旨、隱符媒氏。（丑）法律上撤銷之請求權、隨時效銷滅者。卽第二十二條、第二十三條列舉之各款是。從禮教主張、殊難爲之左袒。然各款情形、輕重不同。如第一款爲未達結婚年齡。此款之本無父母者、原無問題。若果有父母、亦應稍負放任之責。第二款爲未得同意權人之同意。不過行爲稍涉專擅。如舜之不告而娶。歷史且贊許之矣。第五款爲監護人。依後之第六章所規定、監護人之種類不一。本案已於第十五條理由聲明其爲指定或選定者、雙方因一時權宜、而結婚。復因時效而消滅撤銷權。自應曲予原情。以上兩款、大致屬於撤

銷事項之情節較輕者。不能因一眚而掩其全。特設第二項定其子之身分云云。在修正案之規定。係採列舉主義。故第二項分別爲兩款。臚列其事實。而於撤銷權銷滅。在結婚存續中受胎者。視同婚生子女。僅限於第二十二條第一款第二款第五款之情事。實則其他各款。雖情節較重。然假使有撤銷權人。不行使其撤銷權。其婚姻仍繼續存在。其所生子女。亦不得不視同婚生子女。固不得以其父母之行爲。而有所歧視也。且不但此也。即無效之婚姻。若其本身及一切有關係之人。相爲容隱。不爲舉發。則在此婚姻關係存續中所生之子女。是否亦可取得婚生子女之身分。各國法例不一。修正案俱以之爲私生子。固屬不無理由。然苟或婚姻並未判決撤銷。或宣告無效。而其子女獨認爲私生子。未免不平。故與其採列舉主義。不如仍如現行法取概括主義爲較當也。

(乙)認領者。此又可分爲二。

(子)任意認領。非婚生子女。經生父認領者。視爲婚生子女。其經生父撫育者。視爲認領。(現行法第一千零六十五條第一項。修正案第四十八條第二項。第五十四條。)非婚生子女。與其生母之關係。視爲婚生子女。無須認領。(現行法同條第二項。)

按認領有二。一爲任意認領。一爲強制認領。本條即任意認領之規定也。現行法所謂非婚生子女。實包括妾所生之子。卽庶子。及由苟合而生之子而言。修正案以庶子與私生子分爲二目。其第四十六條規定庶子。曰母與父確有永久同居之契約。或事實在同居關係中受胎者。爲庶子。庶子之身分。與嫡子同。且釋之曰。庶子。

卽妾之子也。社會蓄妾之風甚盛。且一子雙祧分娶子婦者，正名定分，亦變相之妾。故不能不明定其所生子之身分。古代嫡庶長幼，分別甚嚴。唐律戶婚篇，爲婚女家妄冒條，疏議婚姻之道，必有行媒。男女嫡庶長幼，當時理有契約。是婚約並須註明其身分。明清律例仍沿其舊。但事勢推移，嫡庶界限，不甚重視。故從血統及平等上主張，認之爲嫡子云云。而於第四十八條，則規定私生子曰：因左列各款所生之子，爲私生子。（1）父母之雙方，具備撤銷結婚之條件，在婚姻存續中受胎者。但第四十四條第二項第二款所揭者，不在此限。（2）因苟合者。又第二項私生子經父認領後，以親生子論。夫法律上既不認有妾，而欲認有庶子，其勢不順。故規定不得不涉於牽強。雖修正案有第十一條之規定，因契約或其他類似者，發生同居之關係者，視爲家屬。謂已包括妾在家屬之中。然究屬不甚明瞭。唐律疏義明云：同居謂同財共居，不限籍之異同。雖無服者亦是。是僅指通常之人，必須共住者而言。非今法所謂夫妻有同居義務之同居也。第十一條之根本，既不正確。故本條文義，更不能不謂爲費解。況欲以雙祧分娶者，亦列於本條之內。尤嫌枝節。雙祧分娶者，從習慣言，應謂爲妻。從法律言，則爲重婚。應被撤銷也。故修正案之認庶子，固屬甚當。而條文之規定，仍屬強爲牽合。草案第一千三百七十八條，非妻所生之子爲庶子。雖亦不詞。然以第一千四百零三條，由苟合或無效之婚姻所生之子，爲私生子。參合觀之，則其爲妾所生，殆無疑義。雖無妾之名詞，而妾之身分，猶隱然在其中也。現行法既不認妾。又不認庶子。概以非婚生子女括之。自屬一刀兩斷之辦法。然社會上已漸泯嫡庶之歧視。庶子之地位，

與嫡子同。而私生子，卽非婚生子女，仍爲社會所鄙視。今列之於同一地位之中。其能否相安於家庭，殆非今日立法者之所顧矣。

認領之法例，各國不同。有以私生子須經父母之認領，始生親子之關係者。（日民）有以私生子對於其母之親子關係，不待認領而定。惟對於其父之親子關係，有須其父認領後始定者。（德民）現行法採用德國法例，故有本條之規定。然此大抵指由苟合而生之子女。父母之身分不明。有時不能認定爲何人之子者而言。若妾之身分，法律上雖不承認。而社會及家庭，久已公認。假令其所生之子，猶待認領。寧非滑稽。現行法之立法者，或亦知其不然，故有本條後半之規定。經生父撫育者，視爲認領。妾之子女，其經生父撫育，自不待言。卽苟合而生之子女，如外室姘度之類，其所生之子女，亦可毋庸經認領之手續，自較便利。

認領爲確定父子關係之身分意思表示，必須十分明確。各國法例，均視爲要式行爲。法民德民，須有公正證書。草案仿日民之例，認領須呈報於戶籍吏，以防後日之爭端。現行法不採斯制。一經生父撫育，卽視爲認領。不待其他方式。

非婚生子女，父得認領。但非婚生子女，或其生母得否認之。現行法第一千零六十六條。草案第一千四百零七條。修正案第五十條第五十一條。非婚生子女，本非名譽之名稱。且亦有本非生父，而妄冒認領者。故不得不予其本人及其生母以撤銷認領之權。草案及修正案，均以認領非婚生子女，於第三人之權利，不無影響。

故利害關係人、亦予請求撤銷認領之權。修正案又於子之本身、加一成年人之限制。以未成人無行為能力。可由其母、或其他法定代理人、行使其請求權。又日民之規定、胎兒之子之認領、須其母之承諾。於認領之規定、益爲詳密。應否採用、殊堪研究。

(丑)強制認領。亦曰請求認領。非婚生子女、經生父認領者、視爲婚生子女。然有實係所生、而不爲認領者。則子女之身分永不確定。於其權利及名義、所損實多。故限於有左列情事之一者、非婚生子女之生母、或其他法定代理人、得請求其生父認領。(1)受胎期間、生父與生母有同居之事實者。(2)由生父所存之文書、可證明其爲生父者。(3)生母爲生父強姦、或誘略成姦者。(4)生母因生父濫用權勢成姦者。前項請求權、自子女出生後、五年間不行使而消滅。現行法第一千零四十七條、爲強制認領之規定。草案第一千四百零八條、不採列舉之規定。僅曰得據事實、請求其父認領。修正案第五十三條亦同。

按子女之認父、各國法例不一。奧西葡諸國之法典、許其尋認。法意荷諸國之法典、除一二例外、不許尋認。前者以女子不嫁而私通、比其有子、恆指有名譽或豪富之人、爲其子女之父。攀誣污衊、流弊滋多。後者以爲法律若不許認父、恐未足以保護良善。反使狡猾淫蕩之人、得以自適。且被遺棄之母、及其子女、無所倚恃、陷於困乏。甚至有致死其子女者。弊害更多。故草案採折中主義。予子女以認父之權。但限於有確實證據、始得請求。修正案第五十三條、亦同。俱不採現行法之列舉主義。修正案且謂如現行法本條之第三四兩款、俱係犯

罪行爲性質略同。婦女猝遭強暴，已屬人生不幸。而反據以爲法律上之主張點。未免置節操於何地。不如渾括其詞，改用事實二字。不惟維持風紀，亦且可免挂漏。修正案之主張如此。然究不如明認妾之制度，明認庶子制度，以減少非婚生子女，爲根本之解決也。

於此尙有一限制，卽生母於受胎期間內，曾與他人通姦，或爲放蕩之生活者，不適用前條之規定。現行法第一千零六十八條。修正案以爲受胎期間，與他人通姦，係屬於法院判斷之範圍。毋庸特設規定。放蕩生活，僅係通姦初步。檢證頗難。二者俱未可卽執以爲消滅請求權之理由。故此條擬從刪除。

(寅)認領之效力。非婚生子女認領之效力，溯及於出生時。但第三人已得之權利，不因此而受影響。(現行法第一千零六十九條。草案第一千四百零六條。修正案第五十二條。日民第八百三十二條。)

按人無無父無母者，故父母子女之關係，自出生以來，卽已發生。惟或有在一時期之間，未公知其關係。既經認領，不外於法律上，表明其關係而已。卽如認領既死亡之子，亦溯及於生前有親子關係。死亡者之直系卑屬，卽與認領者，生祖孫關係。胎兒本無人格。然經認知以後，待至出生，取得人格，亦卽發生親子之效力。故認領之效果，溯及於子女出生之時。但不得有害於第三人之權利。草案之理由，略謂假如其生父已將己之財產，分與於在家之二子。其後認領之子，不得追溯既往，請求均分。日本學者之解釋，以爲戶主隱居，以其女爲繼承人。其後卽有認領之子，亦不得追溯既往，而請求回復繼承權。故或者云，現行法於贈與，至繼承開始時，

取歸還主義。無草案所云之關係。吾國無家督繼承制度。現行法又不採宗祧繼承。亦無日民繼承之關係。此條似不必要。惟關於第三人之權利。此外並非無有。即如認領未成年之子、已結婚、或已定立婚約、其認領之生父、亦不得追溯既往、而行使其同意之權。故亦不妨仍草案之舊。

生父認領非婚生子女後、不得撤銷。（現行法第一千零七十條。草案第一千四百零四條後半。修正案第四十九條。日民第八百三十三條。）認領爲確定身分之一種重大行爲。若輕於認領、後日又得撤銷。則不獨關於被認領人之權利。抑且第三人實蒙其影響。故法律不許撤銷。但認領亦一種之意思表示。總則中所規定意思表示無效及撤銷之規定、於認領亦不得不許其適用。假如認領之意思欠缺、或其意思表示有瑕疵、自仍不免爲無效或撤銷。

第三節 遺囑指定之繼承人

依第一千一百四十三條之規定、指定繼承人者。即無直系血親卑親屬、得以遺囑就其財產之全部或一部、指定繼承人者。其繼承人與被繼承人之關係、除法律另有規定外、與婚生子女同。（現行法第一千零七十一條。）

按此條之規定、似即指習慣上之嗣子。以承嗣即繼承也。但現行法限於以遺囑指定之繼承人。與向來習慣、生前即已承嗣。及死亡後家人爲之立嗣者。均不相合。且遺囑指定之繼承人、並無一切之限制。亦與向來立嗣、須以同

宗之近支及行輩相當者，不合。故與其謂爲承嗣，無寧謂爲養子之一種例外也。養子必由生前收養。此不過可由遺囑指定而已。夫承嗣制度，起於大宗不絕之義。所謂爲人後，執後，後大宗也。其後衍而爲宗祧繼承。凡成年之人，死而無子者，必爲之立後。以奉其祀而守其家。國家之襲廕等事，因而與之生聯屬之關係。世風不古，乃有藉承嗣以爭遺產者。然承嗣之名義，固爲社會所重視。不宜因噎而廢食也。大清律例戶律立嫡子違法條，規定甚嚴。草案因之編纂爲十三條。修正案刪之爲八條。茲略述之於下。(甲)嗣子限於宗親四親等內之男系卑屬。宗親四親等內無應嗣之人。或因特別情形，不能入嗣者。由女系之直系卑屬，或旁系二親等內之親屬所生之子入嗣者，亦同。(乙)入嗣依親等之順序定之。但因賢能或恩誼者，聽嗣方之選擇。(丙)左列各款，應保留其順序。以嗣子論。(子)爲死亡之子立嗣者。(丑)立嗣而應溯及死亡之父者。其理由云：本條定位之立嗣法，分爲二款。子爲原有子而死亡者。大清律例立嫡子違法條，約分四種。(天)子故婦能孀守者。(地)未婚媳以女身守志者。(元)子成立已婚，而故婦未孀守者。(黃)未娶而出兵陣亡者。俱應爲其子立後。不能聽其缺失。(丑)爲立孫而應連帶其死亡之子者。例如嗣方之甲，向未生子。而本宗之乙有子。丙等多人，均早死亡。今議立丙之子丁。雖以孫承祖。而甲無出。與第一款之事例不同。依譜例之習慣，必須以已死之丙繫屬其世系。凡此均與順序發生疑義。故宜明文規定，以資徵引。(丁)擇立嗣子，得左列各款同意後，以協議行之。(天)已成年，爲本人。(地)未成年者，爲法定代理人，或親屬會議。(戊)有左列各款情形之一者，聽令嗣子歸宗。(天)嗣方後生子者。(地)本宗先有子而後

無子者。(元)雙方俱無子、由入嗣之人自擇者。(黃)嗣方雖無子、願遣還本宗者。其理由云、按唐律戶婚篇、養子捨去條、若自生子、及本生無子欲還者、聽之。疏議即兩家並皆無子、去住亦任其情。若養處自生子、及雖無子不欲留、欲遣還本生者、任其所養父母。故本酌條定爲四款云。(己)嗣子有左列各款情形之一者、嗣方得向法院請求歸宗。(天)不孝者。(地)行爲浮浪玷及家門者。嗣子受嗣方不堪同居之虐待者。亦同。如未成年人、由本宗之法定代理人、或親屬會行之。前二項之請求權、如逾事實發生六個月不行使者、請求權消滅。其理由云、按大清律例立嫡子違法條之例、嗣子不得於所後之親、聽其告官別立。本條即本此意。(庚)前二條之歸宗、於第三人已得之權利、不受影響。(辛)同源最近親等之大宗小宗間、僅有一子、依第五十五條。(即立嗣應由四親等內男系卑屬條)並無入嗣之人者、得以一子兼祧之。立嗣之規定、大約如此。雖未盡臻於完善、而尙適合於人情。錄存全文、以備參考。

日民以遺囑指定之繼承人、無視同子女之規定。故與遺囑養子不同。遺囑養子固亦同於嗣子。而遺囑指定之繼承人、則僅繼承其財產而已。

第四節 收養子女

第一款 收養子女之意義

凡收養他人之子女爲子女時、其收養者、爲養父、或養母、被收養者、爲養子、或養女。（現行法第一千零七十二條。）按養子之制、自古有之。其所以與嗣子異者、卽不問是否同姓、亦不問是否承嗣宗祧、均使之發生親子之關係也。此與義子不同。卽俗所謂乾兒。義子、古卽有之。唐陸廣微吳地記、餘杭有夫差義子墳十八所。五代時、此風尤甚。李克用王建均收義子、以爲爪牙。歷代宦官、於養子之外、亦多兼收義子。養子以充似續。義子則僅爲權勢之聯絡而已。故歷代法律、僅有養子之規定、而無義子之規定。唐律戶婚篇、養子捨去條、其遺棄小兒年三歲以下、雖異姓聽收養。卽從其姓。疏議小兒三歲以下、本生父母遺棄、若不聽收養、卽性命將絕。故雖異姓、仍聽收養。卽從其姓。如是父母遺失、於後來識認、合還本生失兒之家。量酬哺乳之值。明律因之。大清律例立嫡子違法條、亦同。刑律人命門、毆父母祖父母條例、義子過房在十五歲以下、恩義未久、或十六歲以上、曾分有財產、配有家室。若於義父母、及義父之祖父母、父母、有犯毆傷、侵盜、恐嚇、詐欺、誣告、等情、卽同子孫、取問如律。此義子卽養子、非僅名義之義子也。云十五歲以下、十六歲以上、卽不僅限於三歲也。故乞養異姓義子、以亂宗族。雖爲法律所不許。然事實若有收養、則仍以子孫同論。以毆傷父母、祖父母、論罪既同於子孫。則其他關係、亦不得不與子孫同論也。外國法律、亦認養子制度。紀元前二一五零年、巴比倫王漢莫那比之法典、卽承認養子制度。羅馬繼之。近世如德法瑞意比等國、無不遠承羅馬之緒。英國向無此制。至一九二六年始公布養子法。美國各州中、邇來亦多採用養子制度。俄國本行養子制度。自革命後廢止之。一九二六年又復恢復已廢之養子制度。現行法修正案、均採養子之規定。列之於父母

子女章中。

第二款 收養子女之限制

收養亦法律行為之一。但以其關係較大，故非如普通之法律行為，僅由當事人合意而成立。法律上特加以限制如左。

(一) 年齡之限制。收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上。(現行法第一千零七十三條。)

按吾國舊慣，立嗣祇須尊卑輩分相當。大清律例所謂昭穆相當是也。年齡長幼，可不必計。故有以長姪而嗣幼叔者。然此在立嗣則可。以本有血統關係尊卑之分也。若收養異姓之人以爲子，而年齒不相當，則殊不合於事理。羅馬法及近代之瑞奧意西班牙等國，均定爲養親須較養子長十八歲。英國爲二十歲。德國爲十五歲。日民僅規定年長者，不得爲養子。現行法定爲二十歲。以成年爲標準也。再德民法民對於養親年齡，均須在五十歲以上。且無子者。日民未達於成年者，不得養子。現行法無此項之規定。似應補入。修正案第六十三條第一項，養子限於十六歲以下。係根據於大清律例。僅列養子年齡之限制，而不列養子與養親間年齡之限制，似覺稍疎。

現行法之收養，本包含立嗣而言。於宗親之內，擇立嗣子，自應有行輩之限制。故學者或曰：於此應增一第二項，依前項規定外，收養八親等內之血親，或五親等內之姻親，爲養子女者，須其尊卑輩分相當。此說似不無理由。蓋若無此種之限制，則無論血親姻親，尊屬卑屬，均可爲養子。殊不合於禮教及人情也。

(二)有配偶者行爲之限制。有配偶者、收養子女時、應與其配偶共同爲之。(現行法第一千零七十四條、修正案第六十四條。)

按因收養行爲、卽生親子關係。苟夫妻各別爲之、必致被收養者、於配偶之一方爲子女。而他方不承認之。不但不合於養子制度之精神。且足滋家庭之紛擾。故德瑞法意比、均認夫妻以共同行爲、收養子女。惟非強制的、僅須得他方之同意。現行法仿日民之例、須配偶共同爲之。

日民於此尙有一例外、卽配偶之一方、以他方之子爲養子時、以得他方之同意爲已足。不須共同爲之。蓋此時之養子、本係配偶者、他方之子也。現行法無此項規定。修正案第六十三條第二項、妻攜帶過門、以永久同居爲目的者、爲養子。且引明律三父八母圖、朱文公家禮、謂三父、一爲同居繼父。二不同居繼父。三隨繼母嫁者。一三兩種、俱以永久同居爲目的。卽今之養子云云。而此項養子、不受第六十四條、配偶間收養子者、應得對方同意之限制。與日民略同。

(三)養親之限制。現行法第一千零七十五條、除前條規定外、一人不得同時爲二人之養子女。

按舊律立嗣必限同宗。昭穆相當內、數房僅有一子。則兼祧以濟其窮。故恆有一子兼祧數房者。是養親人數、並無限制。現行法之養子、既不限於同宗。則一子自不得同時認數人之養父母。以免使家庭之關係、過於複雜、易啓爭端。所謂除前條規定外、卽養父養母係屬配偶、雖係二人、仍係一人、不與本條相抵觸也。

(四)有配偶者、被收養時之限制。現行法第一千零七十六條、有配偶者被收養時、應得配偶之同意。

按日民有配偶者被收養時、亦須夫妻共同爲之。此頗有夫妻而兼兄妹之嫌。似不適合。德民則由夫妻單獨爲之。僅以他方之同意爲已足。現行法從之。日民對於未滿十五歲爲他人之養子者、在家之父母、得代之爲承諾。繼父母或嫡母代爲承諾者、須得親屬會之同意。以未成年爲他人之養子、法律在所不禁。且事實上尤多。未成年意思能力未完全、故父母得代其承諾。至繼父母嫡母對於非其所生之子、或不爲善良之注意。於其承諾時、須得親屬會之同意。以期慎重。現行法不爲規定。似屬稍疎。

第三款 收養子女之效力

現行法所規定者有二。

(一)養子女與養父母之關係、除法律另有規定外、與婚生子女同。現行法第一千零七十七條。

按大清律例、戶律立嫡子違法條、其乞養異姓養子、以亂宗祧者、杖六十。若以子與異姓人爲嗣者、罪同。其子歸宗。其遺棄小兒年三歲以下、雖異姓、仍聽收養。卽從其姓。又本條例載、若養男女婿、爲所後之親喜悅者、聽其相爲依倚。不許繼子並本生父母用計逼逐。仍酌分給財產云云。是舊律不得以養子爲嗣子。而非不認養子。再證以前述之刑律人命門毆父母祖父母各條例、是養子之對於養親、及其尊親屬、均與親生子孫無異。現行法視養子同於嗣子、自較舊律、爲更進一層。德民收養之效力、不及於養親之親屬。與此稍異。至養子之直系血親卑

親屬、是否與養親發生親屬關係、現行法無明文規定。或謂養子之直系血親卑親屬、生於收養關係成立後者、應與養親發生親屬關係。其生於收養關係成立前、而與養親同居者、亦然。惟生於收養關係成立前、而未與養親同居者、則與養親應不生何等親屬關係。愚謂不然。現行法明言養子女與養父母之關係、與婚生子女同。子之子當然爲孫。子之媳當然爲孫媳。其他亦可類及。更何待於明文。且前述之修正案、關於立嗣之規定、尙有因立嗣而溯及死亡之父者。以孫承祖。而親屬關係尙溯及於死亡之父。則安在不當下及於子若孫也。現行法無明文。殊非疎略。至養子女之其他親屬、與養父母及其親屬、不生親屬關係。自不待言。此指收養之子女而言。承嗣者自復不同。

(二) 養子女從收養者之姓。現行法第一千零七十八條。

按人類以姓氏爲一種之符號。得姓受氏、各有所由。子孫綿延、自重其氏族。漢之許史金張、六朝之王謝、唐之崔盧。皆一時所豔稱。其後譜牒之學衰微。冒姓賜姓改姓者、不知凡幾。而姓氏乃益臻於複雜。然人生必有姓。子女必傳父之姓。固洎今未之改也。嗣子限於同宗。姓氏自無問題。若收養他人子女以爲己之子女、則必有其原有之姓。若用其原有之姓、則父子異姓、非惟不足以承其系統、亦不足以生其親愛之情。且有時亦有不知其姓者。故舊律許養子從養父之姓。現行法從之。各國法例、德民須從養親之姓。限於收養契約、無反對規定時、得以本姓結合於新姓。俄國則從養親之姓。如得養子承諾、並得附以養親之名。固皆各因其習慣而然也。

茲有當注意者、未有配偶之男女收養子女時、被收養者各從其收養者之姓。有配偶而共同收養、則被收養者、應從養父之姓。蓋子女從父姓、現行法第一千零五十九條第一項、所明定也。若養父係養母之贅夫、則應從養母之姓。但另有約定者、從其約定。現行法第一千零五十九條第二項、規定固如此也。

第四款 收養子女之方式

收養子女、於養親與養子女之間、所關至大。故為一種重要之法律行為。其意思表示、必須明確。必要一定之方式。各國法例、皆須以書面為之。且必經國家機關之允許。現行法僅定為須以書面為之。但自幼撫養為子女者、不在此限。（現行法第一千零七十九條）以收養僅屬於一家之關係。故不加以國家之干涉。至自幼撫養者、事實即可證明、毋庸更為手續也。

日民以養子緣組、與婚姻用同一之手續。故俱以呈報於戶籍吏為要件。草案第一千三百九十六條、關於嗣子之規定亦同。修正案第五十八條、擇立嗣子、以協議行之。其理由曰、立嗣屬於人事最重要者、非苟簡可以從事。凡族長暨三黨行輩之較尊者、俱應蒞場。於入嗣文書、公同簽名蓋印。協議之先、並應得對方親屬之同意。第六十九條、關於養子、亦準用本條之規定。其言甚當。但條文僅云協議、與理由所述、詳略迥殊。似欠明晰。尙應加以研究。

第五款 收養關係之終止

收養關係之終止者、以人為的方法、解除父母子女間、因養收關係成立所生一切效力之謂也。日民謂之離緣。修正

案謂之歸宗。其與收養關係，因有瑕疵而撤銷者，不同。即與養父母養子女死亡之自然原因，而解消一部分之效力者，亦異。

收養關係，可否終止，各國法例亦不一。有採禁止主義者。法民、義民。有採許可主義者。德民、瑞民。吾國舊慣，嗣子養子，均可歸宗。大清律例戶律立嫡子違法條，若養同宗之人爲子，所養父母無子，所有子而捨去者，杖一百。發付所養父母收管。若所養父母有親生子，及本生父母無子欲還者，聽。又例載凡乞養異姓義子，有情願歸宗者，不許將分得財產攜回本宗。草案修正案均因之。嗣子得歸宗。養子得停止收養關係。現行法不列嗣子。故祇有終止收養關係，而無歸宗之規定。實則歸宗亦包括於終止收養關係之中也。

收養關係之終止，得分爲二。

(一) 同意之終止。現行法第一千零八十條第一項，養父母與養子女之關係，得由雙方同意終止之。

按收養關係之中止，影響於當事人之利害甚大。故必經當事人之雙方同意，始得爲之。所謂雙方者，一方爲養父母，一方爲養子女。其養父與養母之間，亦須有雙方之同意，自不待言。但養子女若爲未成年者，依普通之規定，須得法定代理人之同意或允許。而於此場合，法定代理人即爲其養父母，自難適用。故日民之規定，養子未滿二十五歲時，其離緣須有代養子爲承諾之權利者，即養子之本生父母，與養親之協議爲之。現行法無此規定，似應補入。再養親如死亡時，養子方面，有時仍有終止收養關係之必要。日民規定養親亡後，養子仍欲離緣，苟經戶主之

同意、仍得爲之。現行法無此規定。且推而論之、養子女如死亡時、養親方面、或養子女之本生父母方面、認爲有終止收養關係之必要時、亦得許其終止。此二者似應補入。即養父母或養子女死亡時、如有應行終止收養關係之情形、得由死亡者之直系尊屬、或其本生父母之協議、經親屬會之同意行之。

收養關係之成立、須以書面爲之。故其終止、亦須以書面爲之。（現行法第一千零八十條第二項。）

(二)判決之終止。現行法第一千零八十一條、養父養母子女之一方、有左列各款情形之一者、法院因他方之請求、得宣告終止收養關係。

(1)對於他方爲虐待或重大侮辱時。

按此與判決離婚之原因略同。離婚須有不堪同居之虐待。此則因親子非如夫妻有同居之義務、故不加不堪同居之條件。惟其虐待、亦必有重大之情形。若尋常之責備、必不能謂之虐待。故何謂虐待、何謂重大侮辱、當一任諸審判衙門之自由決定。

(2)惡意遺棄他方時。

按此亦與判決離婚之原因相同。但夫妻之惡意遺棄、係指違反同居之義務而言。此則指違反扶養義務而言也。

(3)養子女被處二年以上之徒刑時。

按養子女被處刑至二年以上，則其行爲實屬有玷家聲。故得請求收養終止。日民爲被處重禁錮一年以上。

(4) 所養子女有浪費財產之情事時。

按此乃違反收養之目的。故亦得請求終止收養。日民以養子有玷瀆門第、傾蕩家產之重大過失者，爲終止收養條件之一。修正案採用之。現行法刪去玷瀆門第一語。以門第非其所重也。

(5) 養子女生死不明，已逾三年時。

按生死不明，已至三年之久。縱使仍在，而音問缺如，感情已失。故得爲終止收養關係之原因。

(6) 有其他重大事由時。

按日民完全採列舉主義。故於以上五項外，尚有(甲)受養親之直系尊屬、虐待或重大侮辱者。(乙)養子逃亡三年以上未復歸者。(丙)他方對於自己之直系尊屬爲虐待或加以重大侮辱者。(丁)成立婿養子之收養關係後，離婚者。或養子與家女結婚後，離婚或撤銷婚姻者。除丁之一項，係日本之特殊情形外。甲丙兩項，似可包於(1)項之中。乙項似可包於(5)項之中。現行法猶慮或有疎略，故又採例示的列舉主義，以有其他重要事由一語，包括列舉條款所未盡。但何謂重大事由，未免解釋困難耳。

按以上六項，但有其一，即得爲收養關係終止之原因。亦猶之法律上所認許之離婚條件也。以此原因，請求法院判決終止收養關係。若法院認其原因爲不足時，當然予以駁斥。然親子間之感情，必因之而益增破毀。法律

上雖未能終止收養關係，事實上或益增糾紛，亦猶離婚之條件，雖未具，而既已請求離異，即鮮有復合之時。覆水難收，破鏡難完，勢所必至也。故古人之教，必先以禮爲之本。於夫妻之道，首以從一而終爲義。且曰：夫者扶也。妻者齊也。夫妻有互相扶持之義。在法律雖有七出之條，而尤嚴三不去之辨。皆所以使妻能敬從其夫。夫能愛護其妻，不致輕言離異。一言離異，則感情破裂，而法律或爲之窮。親子亦然。名分一定，則終身不改。雖有橫逆，祇能隱忍受之。親生之子女，如是。收養之子女，亦無不如是。故舊律嗣子之歸宗，恆由於嗣父母有子，而本生父母無子，始有此不得已之舉。其因他種事由，則必多方遷就，以期漸卽於相安。曾無遽行請求終止收養關係者。晚近以來，人心漓薄，世界各國，又各以平等自由之說，互相鼓吹，風俗旣因之而移，法律自不得不因之而變。故法律之列舉離婚條件，非防止社會間之離婚事件，實啓之也。法律之列舉終止收養關係條件，非防止社會上之收養關係終止事件，亦啓之也。而第六項之例示條件，尤足以啓無限之爭端。蓋所謂重大事由，究何所指。意見偶乖，感情偶失，則薄物細故，當事人均可認爲重大事由，而爲終止收養關係之請求。迨經駁斥，而感情已毀矣。故禮教之用，無形而收效實廣。法律之用，有形而收效轉微。舊律對於民事不爲詳晰之規定，其意固有在也。再日民及修正案，對於此項請求權，均有時效之規定。現行法無之，亦密中之疎也。

收養關係輕判決終止時，無過失之一方，因而陷於生活困難者，得請求他方給與相當之金額。現行法第一千零八十二條。

按本條爲調劑因收養關係判決上之終止、而使無過失之一方、陷於生活困難者而設。且使受辱待侮辱或遺棄等等之事情者、不致因生活關係、而隱忍不敢請求。自係甚當。但此於（一）（二）兩項之事情、或可適用。若（三）項之事情、已不易言。（四）（五）兩項則既已浪費、必鮮財力。生死不明、何從賠償。殆皆等於空設。

第六款 收養關係終止之效力

收養關係終止之效力者、即終止因收養關係成立所生之一切效果、而回復其原有身分之謂也。故養子女自收養關係終止時、回復其本姓。及其與本生父母之關係。但第三人已取得之權利、不因此而受影響。（現行法第一千零八十三條）

按收養關係、既已終止、則與收養者、斷絕親子關係。自當回復其本姓。並回復其與本生父母之關係。即養子所生之子女、亦當從其父母。與養親脫離親屬關係。日民關於養子直系卑屬、與養親及其血族間之親屬關係、非僅因收養關係終止、即當然消滅。須與養子共離養親之家時、始歸消滅。以其重在家族。養子之直系卑屬、既爲家族之一員。故不能僅因養親之離緣、遂消滅其家族之關係。我國舊習、雖亦以家爲重。然當時之嗣子、多出於本宗。故嗣子歸宗、仍不脫離其宗族關係。則嗣子之直系卑屬、僅有時生親疎關係之不同、而仍不失爲家族之一員。非如純粹養異姓之人之子、以爲己子者、一經脫離、即非復本家之人也。現行法既不注重家族。更無仿日民規定之必要。惟現行法之養子、係兼包嗣子及養子而言。嗣子之關係、既如上述。自可不論。若純粹之養子、有時係收養道傍遺

棄之小兒。並不知其姓名、及其所生之父母。迨至終止收養關係時、將何從回復其本姓。何從回復其與本生父母之關係。養子女與養父母之間、是否即完全如漠路之人、無復絲毫之名分。此俱成事實上或法律上之問題。而非僅養子之直系卑屬、是否與養親脫離親屬關係之一問題也。

第五節 父母之權利義務

關於此節、在瑞民與日民均謂之親權。日民且特列爲一章。草案列之於親子之第一節。現行法規規定於父母子女之後、未列專目。修正案仿日民之例、亦另爲一章。其理由以爲親權屬於權利義務、應與監護及親屬會同視。而不知日民之用意、固不僅如此也。親權夫權、實自禮教中三綱而出。所謂父爲子綱。夫爲妻綱。有權而後能持其綱。二者實相表裏也。現行法既採男女平等主義。廢止夫權。於父母子女、亦持此義、而廢止親權。但事實上幼小之子女、教育保護、及管理懲戒、不能無人。故不得不有父母對於未成年子女權利義務之規定。此與瑞民日民草案修正案、事雖同而義實異。且權利義務、本係對待之名詞。權利不能釋之爲義務。義務不能釋之爲權利。界限本極明瞭。惟現行法所謂父母對於未成年子女之權利義務、則殊不易分晰。蓋謂之爲權利可。謂之爲義務亦可也。故僅以權利義務四字包括之。各條之中、有時忽用權利義務。有時忽用權利。有時忽用義務。實則皆無絕對之標準。蓋立法之用語。至此而益窮。夫親權二字、既根據於禮教及舊慣、且又爲各國法例之所同。乃立法者不欲相沿、創此法例。致增周折。再家族制

盛行時代、家長權與親權、恆有抵觸之虞。日本之戶主權、卽有時超越於親權。訂定新民法時、頗多討論。吾國家族制度、久已寢微。現行法尤不贊同家族主義。雖有家之規定、而家長除管理家務外、實無何等之權力。故親權之規定、更無何等衝突。而諱言親權、實所未喻。茲姑就現行法分釋之。

(一) 父母對於未成年之子女、有保護及教養之權利義務。(現行法第一千零八十四條。草案第一千三百七十條、第一千三百七十一條。修正案第六十六條。)對於未成年子女之權利義務。除法律另有規定外、由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使、意思不一致時、由父行使之。父母之一方、不能行使權利時、由他方行使之。父母不能共同負擔義務時、由有能力者負擔之。(現行法第一千零八十九條。)

按父母對於未成年之子女、有關於身體上及財產上之權利義務。本條蓋仿德民之例、先就身體上爲總括之規定。至父與母何人、應先行使親權。前例亦不一。羅馬法視親權爲父權。法民從之。近世思想進步、以父母均應同有親權。各國民法、多採用之。惟日民以子服在其家之父之親權。父不明、或死亡、或已離去其家、或不能行使親權時、由在家之母行之。草案修正案均仿其例。現行法仿瑞民之例、以父母並列、無分先後。然父母意思或不一致時、則有關於子女之利害甚大。故有第一千零八十九條之規定。以濟其窮。特現行法不採親權之用語、故文字多生周折。轉不如日民及草案修正案爲直截明瞭也。

(二) 父母得於必要範圍內、懲戒其子女。(現行法第一千零八十五條。日民第八百八十二條。草案第一千三百七

十四條。修正案第七十三條。）

按懲戒卽父母對於子女、施以身體或精神上之制裁。昔人認爲當然之權力。近人則謂懲戒爲國家之權。特以監督之便利、乃賦與一部分、予其父母耳。懲戒之範圍、各國不同。法民行親權人懲戒其子、須經審判衙門之允許。送入懲戒所。英國法制、則行親權人得自懲戒其子、而無送入懲戒所之權。德民日民兩者、兼而有之。草案修正案均從其例。現行法僅規定得懲戒其子女。似與英國法制相同。但並無不得送入懲戒所之規定、則仍同於日德民法及草案修正案之旨。特詳略稍異耳。至於行使懲戒權之要件、現行法僅定於必要範圍內、當由隨時認定之。草案修正案對於嫡母繼母行使親權時、並加以監護人或親屬會同意之限制。外國之立法例、更有父再娶者、對於前妻之子、不得有懲戒權。現行法均無其規定。或謂現行法之所謂母、均指生母。其嫡母繼母祇認爲姻親。故無對於子女之一切權義。或謂現行法所以無草案修正同樣之規定者、以已包括於第一千零九十條限制之中。故不爲詳細之規定。二者當以後說爲尙有理由。

(三) 父母爲其未成年之子女之法定代理人。(現行法第一千零八十二條。)

按無行爲能力人、及限制行爲能力人、如有法律行爲、須由法定代理人爲之。或得其同意。(現行法第七十六條至第七十九條。)此項法定代理人、自以父母任之爲適當。但其法律行爲、有關於財產者、有關於身分者、日民採列舉主義、以願服兵役。(日民第八百八十一條。)自營職業。(日民第八百八十三條。)須得父母之同意。或許

可。而於行親權之母、代未成年之子、爲（一）營業、（二）借貸或爲保證、（三）以喪失關於不動產或重要動產之權利爲目的之行爲、（四）爲關於不動產或重要動產之和解、或重要契約、（五）拋棄繼承、（六）拒絕贈與、或遺贈之行爲、或同意於子之爲此數行爲時、應得親屬會之同意。（日民第八百八十六條）加以限制。自極明瞭。現行法僅爲概括之規定。似無論身分上及財產上之關係、法定代理人、均有同意之權。但未成年人之訂立婚姻、（現行法第九百七十四條）結婚、（第九百八十一條）應得法定代理人之同意。亦係列舉主義。則法律所未經明定者、應否得法定代理人之同意、尙屬問題。卽如未成年人認領非婚生子女、亦屬法律行爲之一。是否須得法定代理人之允許。日民第八百二十八條、明定爲無須得法定代理人之同意。現行法無此規定。則應否得其同意、自不無解釋之餘地。至若關於財產之關係、父母有代爲管理之權。固日民草案修正案及現行法之所同也。日民及草案父母對於子、尙有指定居所之權。現行法無之。以未成年之子女、以父母之住所爲住所。已見於第一千零六十條。更無規定之必要。

（四）父母對於未成年之子女財產之管理。

（甲）未成年子女、因繼承贈與、或其他無償取得財產、爲其特有財產。（現行法第一千零八十七條。）

按此條規定未成年子女之財產。禮、子弟無私財、無私貨、無私器、不敢私假、不敢私與。大清律例、戶律別籍異財門、凡祖父母父母在、子孫別立戶籍、分異財產者、杖一百。若居父母喪、而兄弟別立戶籍、分異財產者、杖八十、又卑幼

私擅用財門、凡同居卑幼、不由尊長、私擅用本家財物者、十兩笞二十。每十兩加一等。罪止杖一百。是不但未成年之子女、不得有私財、卽已成年之子女、亦不得別立戶籍、分異財產。並不得擅動家財也。邇來社會進步、純採個人獨立主義。雖胎兒亦得爲權利主體。故關於繼承贈與或其他無償取得、皆可爲未成年子女之特有財產。故現行法有本條之規定。或謂父母管理未成年子女之財產、各國法例、均以父母管理使用收益之權所能及爲原則。而以特舉數種財產、歸子女自行管理使用收益爲例外。法民、德民、日民、蘇俄婚姻親屬及監護法、皆然。現行法以未成年子女自行管理使用收益其財產爲原則。列舉數種財產、歸諸父母管理使用收益爲例外。以爲權衡輕重、失於允當。實則未成年之子女、除現行法所列舉之數種財產外、能取得之財產、更有幾何。故寧謂此條實爲原則也。修正案第七十條、以未成年人之特有財產、及未成年人妻之財產、行親權人有管理權。而於有關係之第三人、及妻、表示不願行親權人管理、得指定或請求法院選定管理人爲例外。又第七十一條、規定未成年人繼承父或母之財產時、由行親權人生存之一方管理之。以繼承財產、列於特有財產之外。而特有財產、究屬爲何、殊欠明晰。且其理由謂繼承財產、加入特有財產、似以父母之立場作對者、語意亦不甚分曉。似不如現行法較爲了當。

(乙)子女之特有財產、由父管理。父不能管理時、由母管理。(現行法第一千零八十八條第一項、)父母對於子女之特有財產、有使用收益之權。但非爲子女之利益、不得處分之。(同條第二項、)

按父母對於未成年子女之財產、有管理之權。亦父先而母後。現行法雖係採父母平等主義、而事實上終不能無

所輕重。所謂管理者普通之意義，僅有保存行爲、利用行爲、及改良行爲，而不包括處分行爲。然日本學說及判例，均謂包括處分行爲在內。現行法明白規定之，以免解釋上之誤會。

以上各項，均爲父母對於未成年子女權利義務之規定。若父母濫用其權利時，不能無所救正。亦可分爲二款。

(甲)其最近尊親屬、或親屬會議、得糾正之。(現行法第一千零九十條前段。)

(乙)糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部。(現行法第一千零九十條後段。修正案第七十五條。日民第八百九十六條、第八百九十七條。)

按父母對於未成年子女，濫用其權力。日民分爲二條。(1)爲濫用親權。(2)管理失當、危及財產。現行法以濫用權利包括之。修正案亦同。僅增加有危險之虞一語。但現行法於糾正之程序，則分爲二。(子)爲最近尊親屬、或親屬會議之糾正。(丑)爲請求法院宣告停止其權利。日民及修正案，均無(子)項之規定。未免太驟。修正案又有前項之原因終止時，法院得因依次行親權人或監護人或親屬會之請求，撤銷停止親權之規定。日民略同。現行法無之。父母之與子女，有血系之關係。在刑法上有犯，尚有宥恕免刑減刑之例。民法上於濫用權利之情形時，至於請求法院宣告停止，行使權利。爲子女制裁父母，在情理已覺難安。若濫用權利之情形消滅，尙不予以回復原狀。更非事理之平。現行法不爲規定。自係疎略。

再草案及修正案尙有因特別情形停止親權之規定。(一)男爲人之嗣子或養子者，以應歸嗣父母或養父母

行使親權。(二)女出嫁者。以出嫁從夫。故應停止親權。(三)母因離婚或再醮者。以父母之感情已滅。故得停止親權。現行法無此規定。亦嫌稍疎。

第四章 監護

監護之制。始於羅馬。羅馬初制。家長死亡。在家長權下之子。各獨立而爲家長。惟女子及十四歲以下之男子。須服從監護權。其後十五歲以上至二十五歲以下之男子。亦須服從財產管理權。大抵家長死亡。對於未成年之子女。恆以遺囑指定監護人。是爲遺囑監護人。未指定者。以血族關係最近者爲監護人。是爲法定監護人。如無此二項監護人。由法院選定者。是爲選定監護人。監護人之職務。大別爲二。一爲財產之管理。二爲能力之補助。

吾國舊律。雖無監護之名。而唐以後。律目動以祖父母並稱。是對於直系卑屬。不啻行兩級制之監護權。現行法對於父母既廢止親權名義。而父母以外之尊長。對於未成年之卑屬。如須有監督保護之必要時。則予以監護權。仍舊律之精神也。

第一節 未成年人之監護

第一款 監護人之設立委託及指定

第一目 監護人之設立

未成年人、無父母、或父母均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時、應置監護人。但未成年人已結婚者、不在此限。（現行法第一千零九十一條。）

按現行法對於未成年人之置監護、以無父母、或父母均不能行使負擔權利義務、爲原則。日民及草案略同。修正案以爲現行法之中、恆有以父母與監護人相對待者。如九八四條之但書、經受監護人父母之同意者。又如二零九零條、父母濫用其對於子女之權利時、其最近親屬或親屬會議得糾正之。是對於未成年人之監護、並非必以無父母或父母均不能行使負擔權利義務爲條件。故於第七十六條、特改爲行親權人、得爲未成年人置監護人。殊不知有行親權人時、更置監護人、卽生二重之監護。權限殊多抵觸。惟因特別事項、得委託他人行使監護權。第九八四條之所謂監護人、卽受委託代行監護之監護人也。其第一零九零條僅云最近親屬或親屬會議、不能卽認爲默示之監護人。修正案未免誤會。自仍以現行法爲適當。

依現行法第十三條之規定、未成年人已結婚者、有行爲能力、既有行爲能力、卽不須更置監護人。此本條但書規定之所以也。

第二目 監護人之委託

父母對其未成年之子女，得因特定事項，於一定限期內，委託他人行使監護之職務。（現行法第一千零九十二條）
按在現行法此為特別委任之監護人，與修正案第七十六條同意。

第三目 監護人之指定

後死之父或母，得以遺囑指定監護人。（現行法第一千零九十三條）

按此即古人所謂託孤者是。修正案草案日民均略同，但日民此條但書，加一無管理權者之例外，即無管理權者，得不指定監護人。並於第二項規定在行親權之父之生前，母豫行辭去財產之管理者，父得依前項之規定，指定監護人。修正案無管理權例外之規定，而於第二項亦同。防母之能力或知識，或有不足，得以指定監護人，為之救濟也。

第二款 監護人之順序

父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務，或父母死亡而無遺囑指定監護人時，依左列順序，定其監護人。（一）與未成年同居之祖父母。（二）家長。（三）不與未成年同居之祖父母。（四）伯父或叔父。（五）由親屬會議選定一人。（現行法第一千零九十四條）

按監護人之設立，有遺囑監護人，有法定監護人，有選定監護人，其先後次序，各國不同。德日民皆以遺囑監護人為先。法定監護人次之。選定監護人又次之。現行法仿其例。草案反之，以遺囑監護人置於法定監護人之後。且

法定監護人、祖父先於祖母。與現行法以祖父母列爲一款、而分同居與不同居者、不同。更無伯父叔父一款之規定。其大旨以爲吾國之習慣、父母亡而祖父父母尙在、或父母亡而爲家長之伯叔尙在、則其未成年之子、未有不由祖父母或家長監護者。設使以遺囑監護人、置於法定監護人之先。則遺囑所指定之人、或有較祖父母家長爲疎者。以疎間親、甚非人情。云云。殊不知人情之愛其子女、莫甚於父母。若父母以遺囑指定較祖父母家長或伯叔疎遠之人、爲監護人時、必以其能力信用、較勝於親近之人。古之託孤寄命、並不必皆近親也。必以法定監護人爲先、而以遺囑監護人爲後、實更反於人情。且以伯叔包括於家長之內、亦殊非是。家長或爲較伯叔更疎遠之尊長、事所常有。不能謂家長卽伯叔。修正案則以遺囑指定監護人另爲一條。不列於法定順序之內。與德民日民現行法略同。其法定順序、(一)祖父或祖母。加一或字、以免有二人監護之嫌。且不分同居不同居、似亦較合。(二)同居之伯父或叔父。亦加一或字、而限於同居者、得在家長之前。亦甚允當。故本條之規定、當以修正案爲最宜。依前條規定爲監護人者、非有正當理由、不得辭其職務。(現行法第一千零九十五條。)

按監護之義務、乃法律上之強制負擔、不得任意辭退。惟有正當之理由、可特許其免除。各國民法、往往列舉其可免除之理由。如日民第九百零七條、監護人除婦女外、非有左列之理由、不得辭去其任務。(一)爲軍人而服現役。(二)在被監護人住所之市或郡以外之地、從事於公務。(三)應先於自己爲監護人者、有本條或次條所列之理由、而其事由消滅。(四)對於禁治產人、已爲十年以上之監護。但配偶直系血族及戶主、不在此限。(五)

其他正當之事由。草案不列舉條件，僅泛稱正當之事由，已漸簡賅。惟尚有婦女或年逾六十之二個例外。現行法概從刪略。更歸明簡。修正案並刪去本條之規定，則負擔監護之義務與否，一任諸監護人之自由。非所以重視監護之制度也。

第三款 不得爲監護人者

未成年人及禁治產人，不得爲監護人。（現行法第一千零九十六條。）

按監護制度，所以輔助未成年人能力之不足。若未成年人禁治產人，則自身之能力，尙待輔助，又安能輔助他人。故不得爲監護人，自屬當然之理。日民於此二者之外，不得爲監護人者，尙有準禁治產人。準禁治產制度，現行法所不採。自不列入。此外尙有（3）剝奪公權人，及停止公權人（4）法院所罷免之法定代理人，或保佐人（5）破產人（6）對於被監護人爲訴訟或曾爲訴訟之人，及其配偶並直系血族（7）行踪不明者（8）法院認爲有不利於監護任務之事跡，不正之行爲，或顯著之行跡不檢者。草案略同，而刪除（4）（7）兩項。修正案更刪去（5）（8）兩項。僅較現行法增多（3）（6）兩項。蓋日民之規定，凡信用或能力不足者，均在不能爲監護人之列。現行法僅列未成年人及禁治產人，不免過簡。修正案雖較現行法增加兩項，而仍未列破產人及法院所罷免之法定代理人或保佐人，仍嫌稍疎。似以草案爲當。

第四款 監護人之權利義務

(一) 概括之規定。可分爲二。

(甲) 除另有規定外，監護人於保護增進受護監人利益之範圍內，行使負擔父母對於未成年子女之權利義務。但由父母暫時委託者，以所委託之職務爲限。(現行法第一千零九十七條。)

按監護之職務，大別有三。(一) 爲對於受監護人身體上之職務。(二) 爲對於財產上之職務。(三) 爲代表其法律行爲之職務。本條之規定，卽爲監護人對於受監護人身體上之職務也。父母對於未成年子女之權利義務，卽第一千零八十四條、第一千零八十五條等等所規定之保護教養懲戒等項之權利義務。特監護之性質，與親權不同耳。日民於教育居所懲戒等事，均須得親屬會之同意。德民無之。草案現行法均採德制。修正案第八十條監護人除特別規定外，對於未成年所負之責任如左。(一) 屬於權限者。(甲) 於親權之行使時，爲同意。(乙) 於無人行使，或雖有人而不能行使時，爲代理。(二) 屬於事務者。(甲) 於年度終了，爲學業或事業經歷之報告。(乙) 於管理財產，與親族會爲適應事實之協議。(一) 之(甲) 與現行法之規定不同。前已說明。(一) 之(乙) 及(二) 之(甲) (乙) 均與現行法下列各條，較爲簡括。蓋採進一步之概括主義也。

(乙) 監護人爲受監護人之法定代理人。(現行法第一千零九十八條。)

按本條爲監護人對於受監護人一切法律行爲之職務。日民及草案，均云代表受監護人財產上之法律行爲之職務。而不云代理。云財產上之法律行爲，而不包含一切之法律行爲。修正案第八十條(一) 之(乙) 雖

亦云代理、而加以於無人行使、或雖有人而不能行使之條件。詞意轉晦。似均不如現行法規定爲法定代理人、較爲直截了當。

(二) 列舉之規定。

(甲) 開具財產清冊之義務。 監護開始時、監護人對於受監護人之財產、應會同親屬會議所指定之人、開具財產清冊。(現行法第一千零九十九條。)

按以下各條、均爲監護人對於受監護人財產上之職務。日民關於此節之規定、極爲詳密。草案從簡。修正案更簡而又簡。其理由以爲管理財產之契約、不如委諸臨時、以協議行之、庶免罅漏。夫家庭之事物萬端。豈能一一規定於法律。況使一家之尊長、充任監護、而臚舉其應盡之義務、如公署之辦事規章。於情亦有未安。故昔日法律、於一切民法上之事件、俱委之公親調處。近代採用歐洲法系、規定求詳。然究之亦未能列舉無遺。偶然臚列數端、既未必足以解紛、徒令狡狴者有所藉口。修正案採概括之規定、實本於舊律之精神也。

(乙) 管理財產之義務。 分述如左。

- (子) 受監護人之財產、由監護人管理。其管理費用、由受監護人之財產負擔。(現行法第一千一百條第二項。)
- (丑) 監護人管理受監護人之財產、應與處理自己事務、爲同一之注意。(現行法第一千一百條第二項。)
- (寅) 監護人對於受監護人之財產、非爲受監護人之利益、不得使用及處分。爲不動產之處分時、並應得親屬

會議之允許。(現行法第一千一百零一條。)

(卯) 監護人不得受讓受監護人之財產。(現行法第一千一百零二條。)

(辰) 監護人應將受監護人之財產狀況、向親屬會議、每年至少詳細報告一次。(現行法第一千一百零三條。)

(巳) 監護人得請求報酬。其數額由親屬會議、按其勞力、及受監護人財產收入之狀況、酌定之。(現行法第一千一百零四條。)

按以上各條、均為監護人管理受監護人財產之權利義務。德民及日民、於此均列舉十餘條、規定綦詳。草案第一千四百二十二條、併為五項。與現行法略有出入。修正案第八十條併為三項、簡而又簡矣。

於此有一例外、即第一千零九十九條、及第一千一百零一條、至第一千一百零四條之規定、於與未成人同居之祖父母、為監護人時、不適用之。(現行法第一千一百零五條。)

以與未成人同居之祖父母、為監護人時、可毋庸受此嚴格之拘束。然不與同居之祖父母為監護人時、其對於受監護人親疎之分、則一。僅以同居不同居之故、待遇懸殊。似亦未甚平允。

第五款 監護人之監督

監護人有左列情形之一時、親屬會議得撤退之。(一) 違反法定義務時。(二) 無支付能力時。(三) 由親屬會議選定之監護人、違反親屬會議之指示時。(現行法第一千一百零七條。)

按監護職務、於未成年及禁治產人之利害、關係至重。法律固應有縝密之規定。各國法例、對於完成監護職務所設置之機關有三。(一)監護人。爲執行機關。(二)監督監護人。爲監察機關。(三)親屬會議。爲議事機關。三者備、而監護制度完密。然羅馬法不設監督監護人。僅於幼者與監護人間之利害衝突時、特設管財人。日本舊民法從之。法民德民、則以監督監護人、爲必要機關。日本新民法從之。草案從日新民。現行法無此規定。監護人多係受監護人之尊長。於此而不置信。又設監督監護人。實非所以重視監護人也。惟監護人發生不稱職之情事時、亦不能無所補救。現行法列舉各款、得由親屬會議撤退其監護。監護人對於親屬會議撤退之決議、如有不服、得依第一千一百三十七條之規定、於三個月內、向法院聲訴。皆所以濟法律之窮。修正案均不爲規定。則本於舊慣之極端尊重監護人也。

本條第二款所列之支付能力、即指有無財力而言。監護人既係尊長、但問其能稱監護之職與否、不應問其財力之如何。且若監護人無財力、而受監護人有財力、則以親屬之關係而論、或尚有相當之扶養義務。又何必以其無支付能力、而撤退其監護。況在第一千零九十六條、並無無支付能力人不得爲監護人之限制。乃於既被任爲監護人以後、反以其無支付能力、撤退其監護。殊無理由。若就職以後、而後加以撤退。更屬無謂。此款似應刪除。

第六款 監護之終止

草案對於監護之終止、列舉其事項。第一千四百二十八條、遇左列情形、監護終止。(一)第一千四百一十條之條

件解銷時。卽未成人無行親權人、或行親權人不得行其親權時、須置監護人。此項條件解銷。(二)受監護人死亡時。(三)受監護人受死亡之宣告時。又第一千四百二十九條、遇左列情形時、監護人之職務終止。(一)監護人死亡時。(二)監護人遇第一千四百十六條第二款、至第六款之原因、而喪失資格時。(三)經親屬會議撤退時。(四)依第一千四百十五條而辭職時。日民及現行法修正案、均不爲此項之規定。以此係各條所規定之當然結果。無待辭費也。現行法所規定之監護終止、僅就終止後結束事務而言。茲分述之如下。

(一)清算財產及移交財產。監護人於監護關係終止時、應卽會同親屬會議所指定之人、爲財產之清算。並將財產移交於新監護人。如受監護人已成年時、交還於受監護人。如受監護人死亡時、交還於其繼承人。(現行法第一千一百零七條第一項。親屬會議對於前項清算之結果、未爲承認前、監護人不得免其責任。(同條第二項)監護人死亡時、前條清算、由其承繼人爲之。(現行法第一千一百零八條。)

按日民對於清算期間、爲二個月。但親屬會得延長之。修正案則對於事實複雜者、得延長期間至二個月。現行法不爲期間之規定。則期間之長短、應視事實之如何、由親屬會議議定之。日民對於財產之清算、會同監護監督人爲之。草案亦同。現行法既不設監護監督人、故以會同親屬會議所指定之人、爲財產之清算。親屬會議所指定之人、卽臨時之監護監督人也。修正案以會同原行親權人、或親屬會結束職務。自較簡賅。

(二)損害之賠償。監護人對於受監護人財產所致之損害、其賠償請求權、自親屬會議對於清算結果拒絕承認

之時起、二年間不行使、而消滅。(現行法第一千一百零九條。)

按日民第九百四十條第二項、監護人對於受監護人應負賠償之責者、僅限於監護人爲自己而消費受監護人之金錢者、自其消費之時起、應附以利息。如更有損害、應負賠償之責。草案無規定。現行法則於監護人對於受監護人財產所致之損害、親屬會議於清算結果、拒絕承認者、監護人均負賠償之責。範圍較廣。修正案亦不爲規定。而概以親屬會議、爲適應事實之協議包括之。家庭之間、本當以情理爲先、法律爲後。若事事均以法律相衡、欲強紛爭、恐轉啓紛爭之漸。況乎爲監護人者、多係至近之尊長。無論爲自己與非爲自己、卽有損害於受監護人之財產利益、亦應不加求索。詎可援據法律、動輒爲損害賠償之請求。現行法純以保護個人權利爲目的。故於夫妻間、則有財產之種種制度。於父母子女間、則有種種義務之規定。於監護人與受監護人間、則有層層之監督。又有種種之賠償。一家之中、猜疑防範、無所不至。融融洩洩、幾於無有。以此而言法治。似非法治之精神。修正案以簡馭繁。似較適當。再普通賠償請求權之消滅時效爲十五年。現行法對於此項請求權、減爲二年。亦知家庭之事、固不得與普通並論也。然較之修正案、已爲蛇足。

第二節 禁治產人之監護

草案稱爲成年人之監護。現行法及修正案、均稱爲禁治產人之監護。以成年人之置監護、惟受禁治產宣告時始有

之。故不如徑稱禁治產人之監護，較爲明顯。（現行法第一千一百一十條。）修正案第八十五條。日民於監護章中，不以未成年禁治產人分節。惟於第九百條監護之開始，分此二項。以下即散見於各條。與草案現行法修正案之立法體例不同。

第一款 禁治產人監護人之順序

禁治產人之監護人，依左列順序定之。（一）配偶。（二）父母。（三）與禁治產人同居之祖父母。（四）家長。（五）後死之父或母，以遺囑指定之人。（六）不能依前項規定，定其監護人時，由法院徵求親屬會議之意見，選定之。（現行法第一千一百一十一條。）

按此與未成年人監護人之順序不同。（一）則父母列於監護人。（二）則未成年人之監護人，以後死之父或母以遺囑指定之監護居先。此則法定順序，列於家長之後。（三）則法定順序，以配偶居父母之先。（四）則不列不與同居之祖父及伯父或叔父。（五）則不僅由親屬會議選定監護人，並須由法院徵求親屬會議之意見選定之。皆以禁治產之監護人，務在保護其身體。故特加以重視。實則未成年之監護人，亦何嘗不須保護其身體。且更有教育之關係。實無區別之必要。惟（一）（二）兩項，情事稍殊耳。

第二款 禁治產人監護人之職務

（一）特別之職務。監護人爲受監護人之利益，應按受監護人之財產狀況，護養療治其身體。（現行法第一千一

百一十二條。監護人如將受監護人送入精神病醫院、或監禁於私宅者、應得親屬會議之同意。但父母或與禁治產人同居之祖父母為監護人時、不在此限。（同條第二項。）

按禁治產人之疾病、係屬精神喪失、自應速為量力治療。故有第一項之規定。然精神病之重大者、勢必貽害於他人。大清律例戲殺、誤殺、過失殺傷人條之條例、瘋病之人、如家有嚴密房屋、可以鎖鑰的、當親屬、可以管束（中略）令地方官親發鎖鑰、嚴行封鋼。如親屬鎖禁不嚴、致有傷人者、將親屬照例、嚴加治罪云云。當時對於精神病之人、尚有如此之嚴密辦法。現在社會進步、法律上既有監護人之規定、且事實上精神病院、亦所在有之。故有第二項之規定。惟以送入精神病院、或禁鋼於私宅、干涉個人之自由者較大。故應由親屬會議、予以同意。至父母或同居之祖父母、與禁治產人、情分較親。故又特設例外、毋須親屬會議之同意。但配偶為監護人時、其情分或較父母祖父母為尤親。而例外不及之者。殆以佳耦固然。若為怨耦、則或有下井投石之事。故不得與父母祖父母相提並論。然假使果為怨耦、則不可以任監護人。又何待送入醫院或監禁時、始特加以慎重。且父母祖父母憎惡其子孫者、亦所恆有。又將何以防之。故法律祇能定其大綱。若愈求密、即愈見其疎矣。日民關於此條、不設第二項但書之例外。草案並不設第二項。修正案與現行法略同。似以日民為當。

（二）普通之職務。禁治產人之監護、除本節有規定外、準用關於未成年監護之規定。（現行法第一千一百一十三條、）第一千零九十九條、及第一千一百一十三條、第一千一百零四條之規定、於父母為監護人時、亦不適用

之（同條第二項。）

按此條爲包括禁治產人之監護人，對於受監護人一切身體上教育上行爲上財產上應有之權利義務。故總括言之，準用關於未成年人監護之規定。第二項所謂父母爲監護人時，亦不適用之者，以未成年人須無父母，或父母均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時，始置監護人，而禁治產人之監護，則父母亦在其列。故特設此項，以明父母與同居之祖父母均不適用此數條之規定。實則父母對於禁治產人，亦可行使親權，以看護療養禁治產人之身體。何必置爲監護人，轉多曲折。

第五章 扶養

扶養本人類自然之天性。不但親屬間相互之扶養，爲人情道德所當然。即社會上之鰥孤寡獨，苟非天性之至薄者，無不有量爲扶養之同情。然此非法律上之所謂扶養也。法律上之所謂扶養者，斟酌於至少之限度，使天性涼薄者，亦不能委應受扶養之人於不顧，而自適其適。唐律鬪訟篇，子孫違犯教令條，並附及供養有闕。疏議禮云，七十貳膳，八十常珍之類。家道堪供而闕者，故戶婚篇，養子捨去條，科以二年徒刑。此對於尊親屬言之也。若對於配偶、兄弟姊妹、及卑屬，雖無明文，而同條於異姓小兒，並聽收養，疏義謂不聽收養，卽性命將絕云云。以是推之，則親屬之引而近

者、如有遺棄行為亦應受應為而不為之罰。今法於扶養一項、特列明文。刑法第二十五章、規定遺棄罪三條、一為普通遺棄。^{三九}一為依法令或契約之遺棄。^{四二九}一為尊親屬之遺棄。^{五二九}民法則規定於本章。即規定應受扶養之範圍、及如何擔負扶養之義務也。此外之如何扶養、則一任諸禮教及人情。非謂法律規定以外、即更無扶養之義務也。日民草案修正案均列此章於親屬會議之後。現行法列之於前、似稍失當。

第一節 應受扶養之人

左列親屬互負扶養之義務。(一)直系血親相互間。(二)夫妻之一方、與他方之父母同居者、其相互間。(三)兄弟姊妹相互間。(四)家長家屬相互間。(現行法第一千一百一十四條。)

按本條既云互負扶養義務、而各項又云相互間、語複宜刪。再以實質而論、草案云、直系宗親、自係包括舅姑子媳。現行法祇云血親、則舅姑與媳、媳與舅姑、不在其間。僅在於夫妻之一方、與他方之父母同居者之內、且尙限於同居者。與吾國舊慣不合。夫妻互負扶養義務、日民及草案、均列之夫妻之效力一節之中。現行法在夫妻效力中、既未列入、此節又無明白之規定。亦嫌疎漏。修正案改為(一)配偶。(二)直系血親屬。(三)(四)與現行法同。以為列配偶為第一款、即認夫妻合為一體。妻對於夫之尊親屬、與夫對於妻之尊親屬、地位彼此從同。則無論其為母黨妻黨、皆可推及、以期合於舊慣。然以法律之術語言之、欲以直系血親屬一語、包括妻黨母黨之尊親屬、

未免費解。似不如於第二款、徑用夫或妻之直系血親屬、較無疑問。然於繼子對於繼母、繼子之妻對於夫之繼母、扶養義務之問題、仍有未盡。總之吾國舊慣、以宗親爲重。繼母與子媳、既爲吾宗內之一人。卽不問其有無血統、俱應以至親骨肉視之。而非他國之僅重視血親者比。現行法既廢棄宗親、而云血親。則無論如何委曲求全、終有所扞格難通也。

第二節 扶養之順序

第一款 履行義務之順序

負扶養義務者、有數人時、應依左列順序、定其履行義務之人。(一)直系血親卑親屬。(二)直系血親尊親屬。(三)家長。(四)兄弟姊妹。(五)家屬。(六)子婦女婿。(七)夫妻之父母。(現行法第一千一百一十五條第一項。)同係直系親尊屬、或直系卑親屬、以親等近者爲先。負扶養義務者、有數人、而其親等同一時、應各依其經濟能力、分擔義務。(同條第二項。)

按本條規定履行義務之順序、日民首列配偶、並於家長之下、列前條第二項所列之人。卽第九百四十五條第二項、所列夫婦之一方、與在其家之他方、直系尊屬、亦卽現行法所云夫妻之父母也。但日民所謂他方直系尊屬、不僅云父母。其父母之尊屬、亦包含之。草案規定之順序、又不同。(一)直系卑屬。(二)夫或妻。(三)家長。(四)

直系尊屬。(五)兄弟姊妹。(六)家屬。(七)夫之父母及婿。以直系卑屬列於夫或妻之先。以子孫孝養父母祖父母爲人情天理所當然也。以妻之父母及婿列於最末。以妻親之關係較宗親爲疎也。舅姑於子媳、子婿於舅姑、已列入直系宗親之內。故此僅言妻之父母及婿也。但以直系尊屬列於家長之後、以家屬列於兄弟姊妹之後、似亦未允。修正案之順序、即以第九十六條所規定互負扶養義務之順序、爲先後之順序。即(一)配偶。(二)直系血親屬。(三)兄弟姊妹。(四)家長家屬。除直系血親屬一語、未甚妥協、前文已詳外。其順序之先後、取相互主義。即彼此之親屬相同、即用同一之順位也。似較合理。

第二款 受扶養權利之順序

受扶養權利者、有數人、而負扶養義務者之經濟能力、不足扶養其全體時、依左列順序、定其受扶養之人。(一)直系血親尊親屬。(二)直系血親卑親屬。(三)家屬。(四)兄弟姊妹。(五)家長。(六)夫妻之父母。(七)子婦女婿。(現行法第一千一百一十六條第一項。)同係直系尊親屬、或同係直系卑親屬者、以親等近者爲先。(同條第二項。)受扶養權利者有數人、而親等同一時、應按其所需要之狀況、酌爲扶養。(同條第三項。)

按本條規定、受扶養義務之順序、日民第一、直系尊屬。第二、直系卑屬。第三、配偶。第四、第九百四十五條第二項所列之人。(見前)第五、兄弟姊妹。第六、前五款以外之家族。草案則以夫或妻列於直系卑屬之前、而直系卑屬下、即列家長或家屬。以兄弟姊妹次之。妻之父母及婿又次之。現行法不列配偶、而以家屬列於兄弟姊妹之前。家長

列於夫妻之父母子婦女婿之前。修正案以應受扶養之順序，即照應受扶養之人之順序。即（一）配偶。（二）直系血親屬。（三）兄弟姊妹。（四）家長家屬。綜四者而論之，日民之規定，與吾國舊慣，頗相適合。草案以夫妻列於直系卑屬之前，似非人情。以兄弟姊妹，列於家長家屬之下，恐不免親疎倒置。至現行法以夫妻之父母子婦女婿列於最末，則不獨有乖於人情，而子婦舅姑，均在應受扶養之末位，更大悖於禮教。古之孝婦慈姑，均不知置於何等。法律所以維風俗、正紀綱，乃從而引之於薄，則不至於非孝無親不止。此則大可哀也。故將來修正親族法，似仍宜採用宗親制度。若必僅認血親，則窒礙良多，固不止此扶養之一端已也。若萬不得已，則修正案尙較近於人情。可以酌採。

第三款 扶養之限度及程度方法

此可分爲三項言之。

（一）扶養之限度。此又可分爲二。

（甲）受扶養權利者之限度。受扶養權利者，以不能維持生活，而無謀生能力者爲限。（現行法第一千一百一十七條第一項。）前項無謀生能力之限制，於直系血親尊屬，不適用之。（同條第二項。）

按本條定普通之扶養限度。日民以不能依自己之資產或勞務，而爲生活者，爲限。並附以不能依自己之資產，受教育時，亦同之條件。自係爲謀普及國民教育而設。似可採用。現行法本條第二項，對於直系血親尊屬，不加

以無謀生能力之限制、尙係參酌禮教維持舊慣之用心。日民及草案修正案、俱無此項之規定、似嫌缺略。但日民對於兄弟姊妹間之扶養義務、係以僅於受扶養之必要、非因應受扶養人之過失而生時存在、則其範圍甚狹。亦未適於吾國之國情。草案對於家長家屬兄弟姊妹妻之父母及婿三項、僅有消極之限制。即各人因過失、致不能自存者、無受扶養之權利。意在於警懲頑惰、似尙可採。

(乙) 負擔扶養義務之限度。因負擔扶養義務、而不能維持自己之生活者、免除其義務、(現行法第一千一百一十八條。)

按日民及修正案、均無本條之規定。惟草案有之。以普通之情形而論、己身不能生活、安能責以扶養他人。然吾國禮教、對於直系尊屬、即宜自甘凍餒、而謀菽水以養其親。若先謀己身之衣食、而置父母於不顧、則親戚閭里、必唾棄、而以爲不足與齒矣。且不但此也。解衣推食、昔人所稱。故不但直系尊屬、宜力盡其扶養之情。即宗族姻婭、以逮於鄉黨朋友、無不應量力以爲扶助。論者以爲互相扶助、即互相倚賴。徒使有能力者、增無窮之累。而怠惰者成坐食之風。個人之累既增。即國家亦受其弊。殊不知有力者能分其惠。即無能者可以相安。不均不平之患、或已消弭於無形。吾國數千年社會之相繫相維、實賴於此。特法律之用、期於必行。若範圍太廣、人或有所難能。故大清律例、僅於子孫違反教令條、規定凡子孫違反祖父母父母教令、及奉養有闕者、杖一百。僅就奉養直系尊屬而言。其餘一讓之禮教範圍之內。現代法律扶養義務、規定較寬。然本條則規定不能維持自己之生活

者、免除其義務。夫如何爲能維持自己之生活。如何爲不能維持自己之生活。界限本極難明。勢必訴諸法律。由裁判官之自由心證。乃能定之。以應盡之扶養義務。而待法律以爲解決。已失家庭和睦之感情。況以直系尊屬、而與子孫爭朝夕之奉。則菽水又豈能甘。故本條之規定。適祇爲天性涼薄者、啓藉口之端。而非所以厚風俗也。

(二) 扶養之程度。 扶養之程度、應接受扶養權利者之需要、與負扶養義務者之經濟能力及身分、定之。現行法第一千一百一十九條、日民第九百六子條、草案第一千四百五十七條、修正案第九十九條、均同。

按本條爲規定扶養程度之標準。統籌兼顧、不使一方困難也。

(三) 扶養之方法。 扶養之方法、由當事人協議定之。不能協議時、由親屬會議定之。(現行法第一千一百二十條) 按本條爲規定扶養之方法。日民與草案、均規定爲負扶養義務人定之。但日民規定較詳。卽扶養義務人、應依其選擇、迎養或攜養。扶養權利人、或不迎養攜養、而付以生活之資料。草案現行法修正案、均無此項規定。扶養方法、原不僅此。舉一漏百、殊可不必。至方法之選擇、現行法修正案、由當事人以協議定之。似亦較日民及草案爲妥。不能協議時、日民及草案修正案均規定爲請求於審判衙門定之。現行法歸於親屬會議。家族事務、仍由家族中人決之。似較適合。毋庸法院之干涉也。

前二項之扶養程度及方法、雖已決定。但當事人得因情事之變更、請求變更之。(現行法第一千一百二十條) 因受扶養權利人之需要、與負扶養義務人之能力、與夫扶養之方法、恆因情事而不同。故不得不許以請求變更。

日民及修正案、關於此項、均明白規定爲因審判衙門所判決而定者。現行法雖僅概括言之。但當事人如能協議、自可毋庸請求於決定之機關。本條承上文言之、自係請求於親屬會議也。草案無此項之規定。

第六章 家

第一節 總論

親屬法須因現在社會之狀況而爲規定。既未可採舊日之純粹家族主義。亦未可採現代歐美之完全個人主義。故各國民法、均有家之規定。範圍各不相同。卽其權利義務、亦因之而異。草案家制、別爲一章、列之卷首。現行法僅稱曰家。列之於第六章。以微示不加重視之意。其得其失、分見各節之中。茲不贅。

第一款 家之範圍

現行法所稱之家、謂以永久共同生活爲目的、而同居之親屬團體。（現行法第一千一百二十二條。）

按民法之所謂家、與事實上之所謂家、意義不同。事實上之家、卽土木磚石所構成之建築物、及住居於此建築物之人、集合之名稱也。大清律例工律河防門、有毀壞人家之規定。是卽事實上之家。民法上之家、則爲家長家屬及家產之集合。夫家之集合、應否規定於民法、爲近來學者一大爭論之點。而所謂家族主義、及個人主義、卽由此而

生。實則法律當因現在社會之狀況而爲規定。無所謂家族主義。亦無所謂個人主義也。因此論斷。故現在法律上所應規定之家。不但與古代之家制。不得相同。卽與大清律例所有之家制。亦不得不異。何謂與古代之家制。不得相同也。古代既以宗法統其宗。故凡屬一大宗之系統者。爲一本支之家。凡屬一小宗之系統者。爲一支支之家。其由家而生之關係。一則主持祭祀也。傳曰。支子不祭。祭必告於宗子。而宗子實爲一家之長。故祭祀以家長爲之。爲原則。二則管理財產也。禮。內則。子弟無私財。無私貨。不敢私假。不敢私與。蓋子弟不得私有其財產。而當總攝於一家。故一切之所有。皆爲家財。三曰。教育子弟也。禮曰。古之教者。家有塾。黨有庠。州有序。國有學。一家之子弟。必由一家督率而董教之。故子弟有不率教者。卽爲父兄之責。四曰。計家受田也。周禮大司徒以造都鄙制其地域。而封溝之。以其室數制之。不易之地。家百畝。一易之地。家二百畝。再易之地。家三百畝。孟子曰。方里爲井。井九百畝。其中爲公田。八家皆私百畝。同養公田。蓋計家而受田。八口之家。授田百畝。家長之外。則爲餘夫。僅得受田二十五畝。而附於本家之內。不得自爲一家也。五曰。負擔賦役也。周禮小司徒乃均土地。以稽人民。而周知其數。上地家七人。可任也。中地家六人。可任也。下地家五人。可任也。者家二人。凡起徒役。毋過家一人。以其餘爲羨。惟田與追胥竭作。載師凡民無職事者。出夫家之征。註。家出士徒車輦給徭役。春秋魯哀公作田賦。杜預註曰。邱賦之法。因其田財。通出馬一匹。牛三頭。今欲別其田及家財。各自爲賦。故名田賦。古者賦役。皆對於家而徵賦之。力役則視其家可任之人。邱賦則視其田及家財。卽所謂田賦者。田爲一家之所有。對於田而徵收。仍爲對於家而徵

收也。就此言之、古代之家、實爲對於國家之重要組織。內之則主其祭祀、治其財產、教其子弟、有家長無限之權力、外之則受有田畝、供給賦役、負一家完全之責任。家之重要如此。在今日言之、除所謂祭祀爲私家之關係、受田爲過去之制度、無足深論外、而財產當由於個人、教育當聽諸國家、賦役尤當與國家相直接、皆不宜以家之權力、介於其間。致爲國家發達生存之障礙。此所謂不得採用古代之家制者、此也。何謂與大清律例所有之家制、亦不得不異也。近古之世、上距三代、固已遠矣。然家之制度、猶有存者。大清律例之所規定是也。律例所載屬於家之規定者、約有數端。一戶律戶役脫漏戶口條、曰、凡戶全不附籍、有賦役者、家長杖一百。是一家之人、皆應附屬於戶籍、若有脫漏、則家長之責也。一戶役隱蔽差役條、凡豪民令子孫弟姪跟隨官員、隱蔽差役者、家長杖一百。是一家之男丁、皆應供應差役。若令其跟隨官員、爲隱蔽之行爲、亦惟家長是問也。一欺抗田糧條、輯註曰、一戶人口、家長爲主。若言家長者、卑幼無立戶之義。隱瞞詭寄、非家長所犯、而誰能主之。是田糧亦以家長爲主。若有欺隱、則罪坐之也。一戶律別籍異財條、輯註曰、家政統於家長。一戶人口、家長爲主。立戶有禁。擅用示罰。故所有錢財、家長專之也。夫家長對於國家、既附有附籍應役納糧之義務。故對於一家之人、卽享有教訓約束其財之權利。家長介於國家與個人之間、實隱然自有其權力。而國家亦樂以權力予之、使之自治於家之內、而成效於國之外。昔陳文恭弘謀之撫江西、令將境內祠堂及族長姓名、造冊具報。通省大半皆有祠堂之戶。每祠亦皆有族長房長、專司一族之事。官給牌照、假以事權。專司化導約束之事。將應管之事、一一列入。如族衆某房有不孝不弟習匪打降等事、房長當卽

化導。化導不遵，告知族長。於祠中當衆勸戒。如有逞強不率，許其報告懲處。至於口角爭鬪，買賣田墳，族長房長，秉公處斷。即爲勸釋。如與外姓爭鬪者，兩造族長房長，秉公會議，應勸釋者，勸釋。如經官司，兩造族長房長當堂公言。偏袒者分別罰戒。族內有孝弟節義之善事，亦許報官請獎。族長房長事故，公舉報官承替。然以今日言之，調查戶籍，徵收賦稅，皆國家對於個人行之。於家長無與。故別籍異財之禁，已成具文。而教訓約束之權，亦難及於子弟。是昔日之家制，已漸消滅。更無可以恢復之理由。此所謂不得採用大清律例之家制者，此也。日本及瑞士民法又不同。日本之家，以戶主統轄一家之家族。爲共同生活之團體。家爲社會組織之基礎。一國之民，不爲家長，卽爲家屬。不屬於此家，卽屬於彼家。故有創立一家，分家，廢絕家，再興家，諸規定。家長之權力，不僅及於家產，並及於家屬之身分行爲。如設定住址，剝奪家籍，婚姻養子之同意，去家，人家，分家，再興家之同意，庶子，私生子，入家之同意，皆是。蓋日本之所謂家，爲繼續系統者。與吾國古代大宗小宗之意，大略相同。故有家督相續，遺產相續之分。爲國家發達之障礙。爲日人之所常言。吾國自不應更行採用。此所謂不得採用日民之家制者，此也。瑞士之家制，則不然。家長之目的，僅爲家族之共同生活。（瑞民第三百三十一條）對於各當事人之利益，皆當公平而斟酌之。（瑞民第三百三十二條）而對於家族之所有物保管，當與自己之物，有同一之注意。（瑞民第三百三十三條）對於家族中未成年人，禁治產人，精神耗弱人，精神病人，所惹起之損害，並負注意之義務。（瑞民第三百三十三條）而對於家產，則於家長之外，別以共有中之一人，爲其首長。故家長對於一家之事項，有一定之範圍。家產非家長

之所司也。現行法不稱家制，僅曰家。其中之規定，大抵採瑞民制度，以共同生活者爲家，而加永久二字，以示與暫行同居者不同。故家之最小範圍，一夫一妻，或一子一女，卽爲民法上之家。與戶籍法上之戶主，殆無以異。但擴而大之，亦可云。凡屬親屬團體，有共同永久之生活，亦得爲一家。卽一族而有公共之財產者，亦得爲一家。較之草案第一千三百二十條之規定，凡隸於一戶籍者，爲一家。用語雖同，而廣狹有別。修正案第六條，則合併現行法及草案而爲折中之規定者也。

草案及修正案，既均以戶籍爲家之範圍，則戶籍之規定，不可不明。戶籍法上之一戶，指住居現在之戶而言。卽大清律例所謂人戶以籍爲定。舊日戶口編查規則，所謂以現住戶口爲準是也。往古之人口，必隸於某戶。而某戶必隸於某籍。所謂籍者，記載戶口之簡書也。故戶有軍民驛竈醫卜工樂諸色之分。籍亦有正副原本寄之別。又人丁之編審，賦役之徵收，皆惟戶籍是賴。脫漏戶籍，罪及家長。戶律戶役，脫漏戶口律，凡一家戶不附籍，若有出賦役者，家長杖一百。若無賦役者，杖八十。唯附籍有賦照賦無賦照丁當差詐冒戶籍，罪及官司。（戶役人口以籍爲定。律凡軍民驛竈醫卜工樂諸色人戶，並以原報冊籍爲定。若詐軍作民冒匠免避，已重就人輕者，杖八十。其官司安准脫免，及變亂改革爲民改民爲匠版籍者，罪同。軍民人等各改正當差若詐稱各衛軍人，不當軍民差役者，杖一百。發邊遠充軍。）別籍異財，尤爲大禁。（別籍異財門，曰諸祖父母父母在，而子孫別籍異財者，徒三年。若祖父母父母令別籍，及以子孫妄繼人後者，徒三年。子孫不坐。諸居父母喪生子及兄弟別籍異財者，徒一年。）是人人皆有戶籍，而父母在及居喪中，尤不

得別籍也。然與今之家則有異。蓋昔之戶籍，以戶役爲重。今之家，以共同生活爲重。其目的既已不同。故一則廢與成立，任其自由。一則脫漏詐冒，懸爲厲禁。此其不同者一也。至若戶口調查，大抵基於從前保甲制度。戶部則例規定，凡州縣城鄉，十戶立一牌頭。十牌立一保長。戶給印牌一張。書寫姓名丁數。出則註明所往。入則稽其所來。其客店亦令各立一簿，每夜宿客姓名幾人。行李牲口幾何。作何生理。往來何處。逐一登記明白。至寺觀亦分給印牌。上寫僧道口數姓名。稽查出入。又曰，十戶爲牌。立牌長。十牌爲甲。立甲長。十甲爲保。立保長。此其大概也。保甲既廢，警察代興。於是有戶口編查之制。從前所公布縣治戶口編查規則，警察廳戶口調查規則，皆以現住戶口爲準。但編查時，戶內人口，適往他處者，須註明其所往地及事由。是但計現住之戶數也。此與今之家又有異。蓋戶口之制，僅求知一戶之爲若干口，而不問其是否爲家屬。（規則有曰，戶內有多數非家屬人雜居者，是其明證。）今之家，則一家之內，必爲其家屬。此其不同者又一也。由此觀之，今之所謂家，與昔之所謂戶不同。亦與今之所謂戶有異。誠以彼之所謂戶，或以督賦役，或以察奸宄，用意雖殊，而以周知天下之民數則一。若今之所謂家，則以永久共同生活爲目的同居之親屬團體。雖對於地方，亦必報明戶籍，而意義實有不同。修正案第二章第二節，按語謂唐律戶婚篇，脫戶條，脫戶者，家長徒二年。是從公之一方言，爲戶。從私之一方言，爲家。民法本屬私法。且本章之家，爲私法上最狹範圍。故依唐律仍稱家長，家與戶之區別，可以知矣。

第二節 家之組織

家置家長。(現行法第一千一百三十三條第一項。)同家之人、除家長外、均爲家屬。(同條第二項。)雖非親屬、而以永久共同生活爲目的、同居一家者、視爲家屬。(同條第三項。)

(一)家長。家長者、一家之長、實卽司此公共家務之人也。與戶主略同、而與族長有異。但有時戶長卽戶主或族長。(甲)家長之資格。既有家長、應以何人充任、法律應有規定。草案第一千三百二十四條。家長以一家中最尊長爲之。第一千三百二十五條。最尊長者、於不能或不願管家政時、由次長者代理之。第一千三百二十六條。一家中尊輩尙未成年時、由成年之卑輩代理之。現行法第一千一百二十四條。家長由親屬團體中推定之。無推定時、以家中之最尊輩爲之。尊輩同者、以年長爲之。最尊或最長者、不能或不願管理家務時、由其指定家屬一人代理之。第一千一百二十五條。家務由家長管理。但家長得以家務之一部、委託家屬處理。修正案第七條。家長以一家中之最尊長者推定之。第八條。家長處理家之事務。家長不能或不願爲前項之處理時、得委託家屬中之一人代理之。

按家長應由一家中最尊長者爲之。顧名思義、當然如此。草案之規定、最合理論。現行法以由親屬團體推定爲先。無推定時、始以家中最尊輩爲之。此實啓蔑視尊長家庭紛爭之漸。殊非法律所以止爭之意。修正案取折中

辦法、家長由一家中之最尊長者推定。最尊長者、必僅有一人。又須經推定之手續。語殊矛盾。草案規定代理之順序、亦極合於舊慣。現行法文字較詳。然於尊卑之尚未成年者、尙較草案之規定爲疎。且最後乃出於指定。以卑幼而管理尊長、或亦有所不免。殊不甚當。再修正案以代理爲全部的代理。實則家長委託爲一部的代理、亦無不可。現行法修正案、各舉其一、皆有所偏。似不如並舉之爲愈。

(乙)家長之責任。家務由家長管理。家長管理家務、應注意於家屬全體之利益。(現行法第一千一百二十六條。)

按民法上之家、與戶籍法上之戶、相似而不同。草案及修正案牽合之爲一。殊多窒礙。似當以現行法爲優。蓋民法上之家、小之卽一夫一妻、及其一二子女、卽成一家。然此種之家、其家長之責任、實已包括於夫妻、及父母子女各章所規定權利義務之中。其所不包含者、僅同居之親屬、或一二使用人而已。固無俟此章之規定。然推而廣之、則凡屬親屬團體、有永久共同生活爲目的、而同居者、亦爲一家。換言之、卽一族之人、有公共之財產、以備公共之用途。或聚族而居。或有公共祠宇、以供子孫之共同集合。有公共財產、以供子孫之共同使用。似亦可爲民法上之家。夫家族制度、爲現行法所不採。此章之規定、在立法者、似非如上述之解釋。然就法文言之、固不得不謂爲已包含舊日之家族制度也。蓋此既不限於同一戶籍、而僅限於同居。然同一宗祠、同一村鎮、聚處。其公共之財產、又未分晰。卽可釋之爲同居。與舊日之家族制度、有公共之財產、舉族中之尊長以管理之者、又何以

異。換言之，即以一家之尊屬管理一家之公產是也。何謂公產，約言之，即祭田也。義莊也。祠堂之公積金也。凡此數者，皆爲一家公共之財產，所以濟宗族間婚嫁喪葬教育諸費之窮也。蓋自三代以下，宗法制度，既已消滅，無世祿世爵，以爲宗子之世守。而敬宗合族之道，於是乎弛。有仁人君子者出，不忍使同一祖先之支系，浸疎漫遠，以至漠視如路人。而思有以維繫之，使得以相救而相恤。故自宋范文正公守鄉郡，創立義田，以贍宗族。垂數百年，而猶食其德。後之開風興起者，至今未已。廬江章氏，崑山顧氏，吳縣陶氏，長州陸氏，皆其著焉者也。夫家族之互相維，不如個人之能自立。固已。然社會有窮民焉。國家之力，既不足以相周，生計之艱，又迫於無賴，苟無族黨以周其乏，則困無復之，更足以滋社會國家之隱患。此義莊祭田祠產之制度，雖僅爲任睦族淵之誼，而實以消弭社會之憂。歷代以來，義門義里之旌，職以是故。現代民法，鑒於時勢，不能不趨於個人主義。對於此等制度，毋庸特爲獎殖。然其前此之已存者，及將來之繼續發生者，在法律上不能不有如何之保護。換言之，即家產之集合，及家產之歸於何人管理，及應如何管理，不能不有明白之規定。此家之一章所由起也。所謂家長者，即管理家產之人。所謂家屬者，即對於家產應受家長處分之人。而非如往昔之家長，代表一家之行爲者也。此家長與戶主相似而不同者也。草案第一千三百三十條，家屬以自己之名義，所得之財產，爲其特有財產。特有財產，即對於公產而言。其意義更爲明顯。現行法雖僅云管理家務，應注意於家屬之利益。其所云家務，亦必爲公共之財產無疑。不云公產，僅云家務，特避免家族制度之形迹耳。此或亦立法者之苦心也。家制之主旨，既如上述，請

更言家長。家長者，卽同宗內公共財產之人。換言之，卽瑞士民法所謂共有關係之首長也。瑞民第三百三十五條，因家族教育費、婚嫁費、扶養費之支辦，及類似之行爲，從人格法繼承法之規定，而設定家財團，得與家相合，而爲一定之財產。又第三百三十六條曰：數人之親族，以繼承財產之全部，或一部，保持爲共有財產。或釀集財產，而爲共有。得與家相合，而爲一定之財產。第三百四十一條曰：共有者，得以其一人，爲共有關係之首長。首長關於共有事項之範圍內，有代理權。爲一切經濟的活動。是共有財產，由共有中之一人，以管理之。家財團之管理，雖未明白規定。而既屬於一章之內，則適用共有家產管理之規定可知。彼之家財團，及共有財產，卽草案所謂家產也。家長者，卽共有關係之首長也。共有關係之首長之權力，僅及於公共事項之範圍內，有代理權。以指揮其經濟的活動。若其處理財產，瑞民第三百三十九條，負擔責任者，瑞民第三百四十二條，皆仍屬於各共有者。其權力之範圍，蓋如此。其所以與戶主不同者，蓋戶籍法上之所謂戶，指現住之戶而言。故凡人必隸於一戶。每戶必有一戶主。戶主之所主者，不僅親屬以內之人。凡住居一戶者，皆屬之。戶口調查規則第十一條第十項曰：戶內人戶，對於戶主之稱謂關係，第十七條，戶內雜居多數非家屬人者，其明證也。草案第一千三百二十三條，附考之說曰：或謂家長之名，宜易以戶主者。按吾國對於家屬之名，例稱家長。不用戶主字樣。現律戶役脫漏戶口條，凡一家曰戶，全不附籍者，則家長處十等罰。隱蔽差役者，亦如之。脫漏戶口之輯註曰：脫戶免差，獨坐家長。又欺隱田糧輯註曰：一戶人口，家長爲主。所有田糧，家長主之。是吾國向來用語，凡指統攝家政者，均用家長。

不用戶主之明證。今民法所規定者，是家，不是戶。故統攝家政者，仍應定名為家長云云。其於戶主與家長之辨，言之甚詳。且謂民法所規定者，是家，不是戶一語，尤為能知戶與家之別。故戶籍法上之戶主，自戶主。而民法親屬編之家長，自家長。不可混為一談也。若大清律例之所謂家主，（刑律奴婢毆家長條下附例）為奴婢對於家長之名稱。與家長範圍之廣狹不同，更無論矣。其與族長不同者，同宗之親族，有九族三族之分。故古來於同宗之間，恆設族長。而以選擇族中有德望之尊長任之。律例，戶律戶役立嫡子違法門，其附例中有曰，婦人夫亡無子守志者，合承夫分。須憑族長，擇昭穆相當人之繼嗣。又戶部則例，凡聚族而居，丁口衆多者，推擇族中有品望者一人，立為族正。該族良莠，責令察舉。又福建省例，如族內遇有雀角爭論，一應細微事故，即令該族正隨事誠諭處釋。毋使架詞涉訟。若有作奸犯科，一切重大事發，應責令該族正副據實稟報云云。所謂族正族副者，皆族長也。族長之權力，為擇立承繼人，察舉族中之良莠，誠諭和解族中之爭論，皆為家政之關係，而與管理家產無關。又如房長為一房之長，其權力亦與族長略同，皆非現行法之所謂家長也。至如婚姻，則有主婚人，喪禮則有護喪人，皆為一家之尊長者。然此皆儀制關係，無法律上之權義關係。（主婚人在婚姻事項，自有其權義關係，又當別論。）不得與家長相提並論也。

家長以一家之最尊長者為之。所謂一家者，即與此家產有關係之同宗，而非普通之同宗，亦非現住之一戶也。所謂最尊長者，即最尊而又最長者也。律例戶律戶役舉幼擯用私財輯註曰，父輩曰尊，而祖輩同，子輩曰卑，而

孫輩同。兄輩曰長。弟輩曰幼。稱曰尊長。則輩尊而年幼者。或年長而輩卑者。皆不得爲尊長可知。但尊長爲對於卑幼之詞。在宗族繁衍之家。尊長恆不僅一人。而家長則僅以一人爲限。故家長必爲一家之最尊長者。律例刑律鬪毆門。奴婢毆家長條。輯註曰。不言家長之父母祖父母者。蓋家統一尊。祖在則祖爲家長。父在則父爲家長。要卽此義。在宗族制度時代。則以嫡系爲重。故合族全統於宗子。在家族制度時代。則以年輩爲重。故家政統攝於尊長也。雖然。尊長爲包括男女之通稱。而女子之最尊長者。是否得以充任家長。亦一問題也。考諸唐律戶婚門。有云諸脫戶者。家長徒三年。女戶又減三等。疏云。若戶內並無男夫。直以女人爲戶。而脫者。又減三等。是一戶皆爲女子。仍得認爲一戶。而其家長當爲其最尊長之女子。無容疑也。明律清律無此項規定。惟戶律戶役門。卑幼擅用私財條。附例曰。戶絕財產。果無同宗應繼之人。所有親女承受。無女者。聽地方官詳明上司。酌撥充公。是親女得承受財產。而不得繼其戶。更不得繼而爲家長也。夫往昔之家長。承繼宗祧。與現行法之家長。管理家務。權限雖有不同。而以中國女學。尙未十分發達。女子有統治一家之能力者。較少。故法律上不認女子之得爲家長。亦屬理論之當然。此現行法雖未明言限於最尊長之男子。而法律上之解釋。固如此也。

家長之資格。既如上述。若家長有不能統攝家政。或不願統攝家政時。則如何。各國於此。有二種之制度。一曰靜養。卽日民所謂隱居也。靜養者。於年老不能料理家政時。退處於寬閒之地位。不復以家事攪心。而讓於他之次尊長者。充任家長。二曰代理。代理者。於家長年老不能或不願統攝家政時。以次尊長者。代理家政。而家長之資

格，仍屬於最尊長者。此二者制度之得失，日本學者言之甚詳。其說曰：隱居之制度，使能力尚健之人民，耽於優游，而為隱居。致精神日歸於頹廢。國家之進步，將不免受其影響。且對於債權人，尙有利用隱居，以圖脫免之弊。自不如代理制度為適當。惟日本沿襲古代封建之遺制，故仍採用隱居之制。而加以限制。日民第七百五十二條之規定曰：戶主若非具備左揭之條件，不得隱居。（一）滿六十年以上者。（二）有完全能力之家督相續人，為相續之單純承認者，是也。夫日本之戶主，與現行法之家長，雖性質不同。然靜養制度，不如代理制度，則亦不可不歸於同一之理論。且靜養制度，靜養後之最尊長者，當退處於家屬地位，亦與中國之習慣不合。此現行法所以不取靜養制度，而取代理制度也。

（二）家屬。同家之人，除家長外，均為家屬。（現行法第一千一百二十三條第二項。）雖非親屬，而以永久共同生活為目的，同居一家者，視為家屬。（同條第三項。）

按草案第一千三百二十八條，與家長同一戶籍之親屬，為家屬。第一千三百二十九條，異居之親屬，欲入戶籍者，須經家長允許。修正案第九條第十條第一項略同。均以同一戶籍為條件。現行法，家不涉及戶籍。故於此條，亦不涉及戶籍。自屬當然。修正案於非親屬而視為家屬者，特列之於第十一條第一款。因契約者。第二款。其他類似者。並引唐律名例篇，同居相為隱條，疏義云：同居謂同財共居不限籍之異同。雖無服者亦是。細釋其義，分為二類。實則現行法所謂雖非親屬，而以永久共同生活為目的，同居一家者，即足以賅之。似不必另立一條，轉嫌詞費。

(三)家之分離。家之分離有二。

(甲)家屬請求分離。家屬已成年、或雖未成年、而已結婚者、得請求由家分離。(現行法第一千一百二十七條)。
(乙)家長令其分離。家長對於已成年、或雖未成年、而已結婚之家屬、得令其由家分離。但以有正當之理由爲限。(現行法第一千一百二十八條)。

按古代以家族爲重。故獎勵同居。而不許分居。唐律名例篇、祖父母父母在、而子孫別籍異財者、徒三年。祖父母父母令別籍者、徒二年。是子孫不得請求離家。父母亦不得令其離家也。大清律例、因襲明律、別籍異財門例云、祖父母父母在者、子孫不許分財異居。其父母令分拆者聽。對於尊親屬、已賦以令其離家之權。草案第一千三百二十三條第二項、父母在、欲別立戶籍者、須經父母允許。僅云父母、而不云祖父母、似嫌稍略。至僅云欲別立戶籍、自可從類推解釋。凡可否分離、均須由父母爲主也。現行法分立兩條、固屬詳明。惟僅云請求、不云允許、則家長無不允許之權可知。至家長令其分離、以有正當理由爲限。則家屬尙可拒絕分離。故分離與否、與其謂爲家長之權力、無寧謂爲須從家屬之意思也。舊律及草案尊重祖父母父母之意思、以維持一家團結之意旨、迥不相同。修正案第六條第二項、改爲原隸一戶籍、經尊親屬允許析出者、亦同。所謂亦同者、卽同於前項、亦得自稱爲一家也。尊親屬包含祖父母父母在內。自勝於草案之僅列父母。但尊親屬亦包含伯叔父母及伯叔父母之上之旁系尊親屬。如旁系之尊親屬、而任家長。家屬欲請求離家、亦須受允許之限制。未免過苛。似不如尊親

屬之上、再加直系二字、似較適合。

第七章 親屬會議

吾國習慣、家庭中遇有重要事項、則邀同族中及親戚會議處理。故官廳對於民事訴訟、恆批令由公親調處、以期解決。但此僅爲習慣上之事實、而非法律上之制度。歐美各國及日本民法、均有親屬會議之規定。雖其詳略不同、寬嚴各異。然其爲法律之規定則一。草案師其意而規定親屬會。現行法稱爲親屬會議。修正案仍稱爲親屬會。列之於親權監護之後、扶養之前。以親屬會爲處理家庭事務之最高機關。宜與親權監護相次也。

(一)親屬會議之召集。依法之規定、應開親屬會議時、由當事人法定代理人、或其他利害關係人、召集之。(現行法第一千一百二十九條。)

按日民第九百四十四條親屬會召集之權、屬於審判衙門。故檢察官亦得請求召集。草案從之。現行法不採法院干涉主義。故召集之權、僅屬於本條所列諸人。修正案第八十七條、列舉當事人之配偶、及行親權人、或監護人、似屬較詳。然實已包括於法定代理人之中。惟修正案同條第二項、法院於訴訟進行中、因必要之情形、得召集親屬會。予法院以召集之權。以補本條所不及。似較適當。

(二)親屬會議之組織。親屬會議以會員五人組織之。(現行法第一千一百三十條。)

按日民親屬會員定爲三人以上。草案則定爲三人以上。七人以下。現行法規定爲五人。修正案規定爲三人以上。五人以下。實則家族有大小。親屬有多寡。如有應爲親屬會員之人數較多。而格於法定員數。不得參與於會議。殊非人情。似以日民之僅定最少限度者爲適。

(三)親屬會員之順序及指定。親屬會議會員。應就未成年。人。禁治產人。或被繼承人之左列親屬與順序定之。

(一)直系血親尊親屬。(二)三親等內旁系血親尊親屬。(三)四親等內之同輩血親。(現行法第一千一百三十一條第一項。)前項同一順序之人。以親等近者爲先。親等同者。以父系之親屬爲先。同系而親等同者。以年長者爲先。(同條第二項。)無前條規定之親屬。或親屬不足法定人數時。法院得因有召集權人之聲請。於其他親屬中指定之。(現行法第一千一百三十一條。)

按日民親屬會員。由法院自親屬或其他與本人或其家有關係者之中選定之。得指定監護人之人。並得以遺囑選定親屬會員。草案則得以指定監護人之人。以遺囑選定爲原則。而以法院選定爲例外。現行法則以按照法定順序爲原則。而以法院指定爲例外。修正案第八十九條。於三親等內之宗親外。配置以二親等內之姻親。以符三黨並重之義。於習慣人情。似尙適合。且又增設第九十條。父或母。得於三親等內之宗親。二親等內之姻親以內。指定親屬會員。亦較合於實際。

(四)不得爲親屬會議會員者。監護人、未成年人、禁治產人、不得爲親屬會議會員。(現行法第一千一百三十三條)

按日民第九百零八條之規定、不得爲監護人者、亦不得爲親屬會員。而監護監督人、保佐人、亦不得爲親屬會員。草案略同。現行法監護人之限制、較日民及草案爲寬。前已略言。茲不再述。且現行法不採監護監督人及保佐人制度、自亦無其限制。修正案關於此條、僅云準用第七十八條之規定。第七十八條、即不得爲監護人之限制。現行法本條之限制、均從刪略。以親屬會原所以監督監護人者、監護人當然不得爲親屬會員。本條規定似嫌稍贅。至禁治產人未成人之限制、已見於第七十八條之中。修正案準用第若干條之規定、亦較簡明。

(五)親屬會員之任務。依法應爲親屬會議會員之人、非有正當理由、不得辭其職務。(現行法第一千一百四十三條)

按本條爲免除親屬會員之義務而設。親屬會員之義務、亦如監護人爲應盡之義務、非有正當之理由、不得免除。何謂正當理由、日民第九百四十六條、首舉一端、即居住於遠隔之地者。其下即加以概括之規定。修正案不列此條。所謂依法爲應親屬會議會員者、即指依第一千一百三十一條所定依順序應爲親屬會議會員之人。至第一千一百三十二條、法院所指定之親屬會議會員、是否不包含於依法二字之內。雖無正當理由、可以任意辭職。亦係可以研究之一問題。

(六)親屬會議之開會與決議。親屬會議，非有三人以上之出席，不得開會。非有出席過半數之同意，不得為議決。

(現行法第一千一百三十五條。)親屬會議之會員，於所議事件，有個人利害關係者，不得加入決議。(現行法第一千一百三十六條。)

按此二條為規定親屬會議決議之方法而設。日民草案修正案大略均同。純採會議制度，以昭慎重。惟日民草案修正案，俱係出席會員過半數。現行法出席須三人以上，決議須出席會員過半數。用語稍有不同。按之實際則一。然此限於三人或五人組織之場合。若會員修正為至少三人，而不加以最多數之限制，則自以現行法之用語為當。

(七)不服親屬會議決議之聲訴。第一千一百二十九條所定有召集權之人，對於親屬會議之決議，有不服者，得於三個月內，向法院聲訴。(現行法第一千一百三十七條。)

按本條為救濟親屬會議決議之未當而設。日民草案修正案均略同。惟現行法聲請期間，均為一個月。得為聲請之人，即得為請求召集之人。惟日民及草案，均加會員一項。修正案以聲明不服，屬於有召集權人。第二項加親屬會，不能為決議時，會員得請求法院裁判之。以理論之，聲明不服，會員亦當有其權利。於不能決議時，有召集權人，亦得請求法院，庶足以資救濟。

以上為現行法，關於親屬會議之規定。此外日民尚有通知本人及其他有關係人之規定。草案修正案均無之。親屬

會繼續期間之規定。親屬會員出缺時，由法院補選之規定。草案略同。修正案均無之。惟修正案有親屬會會員職務之規定。（一）同意權。（二）監察權。（三）請求權。（四）調解權。（五）證明權。列舉大要，以期簡賅。似亦可供參酌。

第八章 結論

予輯斯編既竟，乃作而歎曰：甚矣今日禮教與法律之不相容也。言法律者，嗤禮教爲迂疎。爲束縛自由。爲退化而不適於用。言禮教者，反唇以相譏，殆猶甚焉。夫禮教之範圍廣，而法律之範圍狹。故法常域於禮之中。而禮恆存於法之外。中外言法學者，無不首論及之。而吾國數千年社會之相繫相維，所賴於法律之用者小，而所賴於禮教之用者實大。（且不但此也，各國侈言普及教育，謂吾國民之不識字者，十而七八。爲知識文化之落伍。國家之敗，實由於茲。而不知吾國國民，大都涵濡於舊日禮教之中。父詔其子，兄勉其弟，親戚朋友相督相勗。凡耳目之所濡染，無不出於忠孝節義禮讓廉恥之一途。此勝於讀修身教科書數冊者，殆萬萬也。勝於以宗教思想維繫人心者，又萬萬也。故國民雖不識字，雖不知書，而是非所在，萬衆一心。平時視爲散沙者，有時或堅如鐵石。此何以故，則禮教之相繫相維，有以致此。故不獨法律之範圍狹，而禮教之範圍廣。卽教育之作用，僅其迹，而禮教之作用，乃其神也。今言法者，必摧殘禮

教、何歟。近數十年來、斷斷於禮教法律之爭、竟愈趨而愈遠。其故何歟。毋亦言法治者、未明乎禮教之精意、而言禮教者、未達乎法治之精神歟。抑或求所以融會而溝通之、未得其道歟。蓋嘗反復思之、一國有一國之禮教、卽一國有一國之法律。不必苟異、亦不可強同。時代之變遷、亦然。甲國之制度、不必同於乙國。丙時之制度、不必同於丁時。語曰、殷因於夏禮、所損益可知也。周因於殷禮、所損益可知也。惟其能損益、所以能因。惟其能因、所以知損益。今之立法、宜先取乎因、以求其損益、而不必一筆抹殺、使與國情民情、均鑿柄而不相入也。易曰、革之必以其漸。知乎易乃可與言立法。

現行親屬法之得失、前論已詳。茲就其犖犖大者、或因或革而爲之損益。一曰宗親血親問題。主宗親者、以宗族爲重。主血親者、以血統爲重。二者各有其理由。而血親之最不適於人情者、則繼母對於繼子爲姻親。子媳對於舅姑爲姻親。伯母叔母對於姪輩皆爲姻親也。茲爲溝通其意、而損益之。於第一千條以前、增加一條曰、凡妻於夫之家、夫之血親關係、妻視之亦同。其第九百六十九條、刪去血親之配偶五字。第九百七十條第一項、完全刪除。蓋夫妻爲一體、妻入於夫之家、卽視夫之血親、如己之血親。既合於學者之理論。而種種窒礙、均可完全消滅。二曰夫妻財產制度問題。夫妻係屬一體、本不生財產問題。必區而爲二、轉滋紛擾。現在潮流所趨、夫妻間之權利對峙思想、固難遏止。但法律似不宜再加誘導。茲爲溝通其意、而損益之、將現行法夫妻財產制一章、完全刪除。依草案第一千三百五十七條、第一千三百五十八條之規定。而於第一千三百五十七條修正之曰、夫妻得於結婚前或結婚後、訂定財產契約。第二

項曰、前項契約之訂定、變更、廢止、須登記之。以無契約爲原則。而以有契約爲例外。而契約不爲之限制、庶可稍免爭端。三曰、庶子問題。妾之地位、不見容於法律、已成積非成是之論。茲爲溝通其意而損益之。現行法第一千零六十四條之下、增加一條。文曰、非婚生子女、其母入於夫之家、經妻之許可者、曰庶子。與婚生子女同。第一千零六十五條加以修正曰、非婚生子女、其母未入於夫之家、未經妻之許可者、曰私生子。私生子經認領後、與婚生子女同。第二項仍舊。既默認妾之地位、而使庶子與私生子名義、有所不同也。四曰、嗣子養子問題。吾國夙重嗣子、而不重養子。現行法承認養子而不承認嗣子。以輕視宗祧繼承、因而及於嗣子也。茲爲溝通其意而損益之。於第一千零七十一條之下、增加一條曰、凡收養同宗之子女爲子女者、爲嗣子女。收養他人之子女爲子女者、爲養子女。嗣子女養子女對於嗣父母養父母之親屬關係、與婚生子女同。以嗣子女與養子女相提並論、與現行法立法之趣旨、並不相悖。似較合於舊慣。五曰、家之問題。現行法絕非贊同舊日之家族制度。而公共保有家產、以維持共同生活之家、瑞典卽有其例。現行法取則瑞民、似宜並採其制。茲爲溝通其意而損益之。於第一千一百二十二條、加一第二項曰、雖非同居、而有公共集合之區域、及公共之家產者、亦視之爲家。以舊日聚族而居之家、與最小新式之家、同受法律上之保護。既非提倡家族制度、亦與個人主義、不相違反。似於新舊均可兼通。

以上五者、如能得其解決、則親屬法之問題、思已過半。而其餘親權問題、扶養順序問題、監護順序問題、離婚條件問題、均不難迎刃而解。合新舊禮教法律之思想。一爐而冶之。俾數千年深入民間一貫之倫理、不致因而破壞。而又與

近代文明國家之法律、不相背馳。此乃爲偉大之立法事業。與抄撮東西各國之成文法律、以自了其立法之功課者、正自不同。若夫專恣理論、力主革新、不察民情、不求實際、則曷如謂男女有絕對的自由、而不談婚姻。同居爲偶然之集合、焉有所謂家制。個人屬於國家、生而由國家教育、亦無父母子女。個人無所有權、奚有財產制。其他所謂親屬、所謂監護、所謂扶養、更不必言。親屬法之全部、俱可拉雜而摧燒之。謂之大同社會也可。謂之共產社會也可。謂之野蠻社會亦無不可。則非吾之所敢知矣。

中華民國三十六年六月出版

親屬法通論

定價國幣七元

外加運費匯費

編著者 陳宗蕃

發行人 李煜瀛

出版者 世界書局

發行所 世界書局

* 翻 不 所 版 *
* 印 准 有 權 *

上海图书馆藏书



A541 212 0008 8878B

