

書叢義釋律法行現

義釋屬親法民

著 昌 右 黃

刊 重 後 戰

版 出 社 譯 編 學 法 海 上

行 發 局 書 記 新 堂 文 會

現行法律釋義叢書

民法親屬釋義

黃右昌著

中華民國三十五年十一月(新)一版

民法親屬釋義

全書
一册

著作人

上海法學編譯社
黃右昌

發行人

上海河南中路三二五號
王秋泉

印刷所

上海河南中路三二五號
會文堂新記書局

總發行所

上海河南中路三馬首

會文堂新記書局

分發行所

北平琉璃廠

會文堂新記書局

有著作權

民法親屬釋義目錄

第一章 通則	一
第二章 婚姻	一八
第一節 婚約	一八
第二節 結婚	三一
第三節 婚姻之普通效力	五一
第四節 夫妻財產制	五五
第一款 通則	六一
第二款 法定財產制	七五
第三款 約定財產制	九三
第一目 共同財產制	九三

民法親屬釋義

第二目 統一財產制.....一〇七

第三目 分別財產制.....一〇九

第五節 離婚.....一一四

第三章 父母子女.....一四四

第四章 監護.....一九〇

第一節 未成年人之監護.....一九一

第二節 禁治產人之監護.....二一一

第五章 扶養.....二一七

第六章 家.....二三一

第七章 親屬會議.....二四七

民法親屬編施行法.....二六一

民法親屬釋義

黃右昌著

第一章 通則

第一解 本章之總說明

第一 大旨

親屬法者；規定私人的身分關係及共同生活的團體法和經濟法也。易曰：有婚姻，然後有夫婦，有夫婦然後有父子。必也婚姻之道立，而後家族團體之繁殖可期，秩序可保。而維繫於夫婦父子之間者，則屬親屬的身分關係，故各國法律，多以親屬關係，列於家屬編全編之首，以爲婚姻關係，父母子女關係，以及其他親屬法上之一切關係適用之通則。本法亦然。我國舊律，子女不得私有財產，一切需求，均仰給於家，本法則明定特有財產之範圍，以助長子女經濟之獨立。（本法第一〇八七條）至關於親屬間之扶養關係，我國舊律，

極爲模稜，本法則明定親屬相互間扶養之範圍及程度，（本法第一一四條以下）而於獎勵親屬互助中，仍寓助長個人經濟獨立之意。又本法雖取家屬主義，而以家爲永久共同生活爲目的而同居之親屬團體。故曰：親屬法者，規定私人的身分關係及共同生活的團體法和經濟法也。【註一】【註二】【註三】【註四】

【註一】親屬法於十九年十二月三日立法院第一百二十次會議通過。同年十二月二十六日國民政府公布。二十年五月五日施行。

【註二】我國有親屬無親族之稱，親族二字，來自日本，日本親族法之稱，又譯自英 *Law of Family* 法 *Loi de la famille* 或 *Droit domestique* 德 *Familienrecht* 諸國之文字，而諸國親族法之文字，則又發源於拉丁 *Familia* 之文字也。考日本親族法中之親族，不專指同宗之族，即異姓之配偶者及姻族，均包在內。然中國律例中，凡親族兩字、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，爲專指同宗親族之用語可知，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）親屬指爲容隱律，實包大功以上親及外祖

父母，外孫，妻之父母，女嬀，與小功以下及無服親之等而言。(二)親屬相盜律，各居親屬，不分同性異姓，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，爰總麻之服，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，此本編稱爲親屬法之理由也。然考之唐律，并無親屬二字，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：諸盜總麻小功親財物者，減凡人一等。大功減二等，期親減三等。次節又有諸同居卑幼，將人盜己家財產者，以私輒用財物論，其目亦僅曰，盜總麻小功財物也。再如親屬相姦律，唐律僅有姦總麻親，及妻，姦從祖母姑，姦父祖妾三條。第一條之規定曰。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。第二條之規定曰。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。

第一章 通則

強者絞。第三條之規定曰：諸姦父祖姦伯叔母姑、姊妹，子孫之婦，兄弟之妻者絞。卽姦父祖所幸婢，減二等。均無親屬之名詞也。然則親屬二字，用於律例，實始明律，非古義也。

【註三】

親屬法之編別，大陸法制，又與英美法制不同，歐洲大陸法制，恆以親屬法規定民法之中，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，失蹤等之法規爲民法之通則，編入總則編中，而親屬法則爲特定權義關係之法規，宜獨立爲編。此其所持之理由也。最近之瑞士民法，則以人格法爲第一編，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，其理由，以人類生存於社會，親子夫婦等之關係，自然存在，非如物權債權等項之財產關係，必俟人爲而始發生，故親屬繼承之順位，宜先於財產關係之法規也。本法以總則爲第一編，債爲第二編，物權爲第三編，親屬爲第四編，繼承爲第五編，蓋採德國法系之編制也。至若英美兩國，本無民法法典，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間關係之法規，與親屬家屬關係之法規。併而爲一，名

曰人事法。再就大陸法系中德日瑞士之民法而比較之，日民法章次，與我民法大抵相同，其不同者，則日民於親子之下，復增親權一章，其所持之理由，謂親子爲父子間之相互關係。而親權則爲親對於子之特別關係。實則親權，卽由親子間之效力所生也，然則以親權另爲一章，不如本編之與親子合而爲一也。至於德民之規定，則迥不相同：第一章，爲民事上之婚姻，凡定婚，結婚，婚姻之無效撤銷，婚姻之效力，夫婦財產制皆屬之。第二章，爲親屬扶養義務，親權，嫡出子，私生子之地位皆屬之。第三章爲監護，未成年之監護，成年之監督，保佐人，親屬會皆屬之。既無通則之規定，亦無家制之規定，其親屬與扶養義務，二者均歸納於各章之中。瑞士民法，則第二章爲親子，而以家制列於其後，親屬會僅爲監護機關之一，此又其不同之點也。

【註四】團體法與經濟法之意義，於此處暫置勿論，但其詳細內容，可參照民國二十年八月中華法學雜誌第二卷第八號拙編現代法律的分類之我見。

本章規定親屬分類，以及親系，親等，種種問題。而於親屬之範圍，則付闕如。蓋以親屬範圍之廣狹，因事而異，如於通則中特設規定，似與以本法爲團體法之旨不合，故讓諸各種情形，分別規定之。

親屬以及直系旁系之區別如何？親等之計算如何？爲民法親屬編全編適用之通則，故本法以之列於編首。第九六七條：規定直系血親及旁系血親之定義。第九六八條：規定直系血親之親等計算法。第九六九條規定姻親之定義。第九七〇條：規定姻親之親系，及親等之計算法。第九七一條：規定姻親關係消滅之原因。

第二 內容

本章之內容，有應說明者二：

一 我國舊律，尙分宗親外親及妻親，此種分類，係以男系爲主，頗與男女平等之原則不符。故本法做各國通例，以血統關係及婚姻關係，爲親屬分類之標準，卽凡有血統關係之親屬，概稱血親，無復宗親外親之區別。依此規定，則父之父母，固爲血親，母之父母，亦爲血親，叔伯，兄弟，及子之子孫，固爲血親，姑姊妹，及女之子孫，亦爲血親。其次由婚姻關係而生之親屬，概稱姻親。細別之其類有三：（一）血親之配偶：爲兄弟之妻，伯叔父之妻，伯叔祖父之妻，姪之妻，姪孫之妻，推而至於堂兄弟之妻，堂伯叔父之妻，

堂姪之妻，以及再從兄弟之妻皆是。(二) 配偶之血親：就夫言之，如妻之父母，妻之祖父母，妻之兄弟，妻之兄弟之子，妻之伯叔父，妻之堂兄弟，以及妻之姊妹，妻之姊妹之子，妻之姑之子，皆屬之。(三) 配偶之血親之配偶：就夫言之：如妻兄弟之妻，妻兄弟之子之妻，妻之伯叔母，妻之堂兄弟之妻，以及妻之姊妹之夫，妻之姊妹之子之妻，妻之姑之夫，妻之姑之子之妻，皆屬之。反是就妻言之，亦可類推。至關於親等之計算，則舍歷次草案之寺院法計算法，而採各國通行之羅馬法計算法。

二 本案第九六七條：規定血親之親系，第九六八條：規定血親之親等。而於第九七〇條，則規定姻親之親系及親等。即(一) 血親之配偶，從其配偶之親系及親等。例如己身與兄弟為血親，兄弟之妻，與兄弟為配偶，己身與兄弟之妻之親屬及親等，則從己身與兄弟之親系及親等定之。己身與兄弟為旁系親，與兄弟之妻，亦為旁系親，己身與兄弟為二等，與兄弟之妻，亦為二等。(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。依第一款類推自明，無待例示。

第二解 本章之逐條說明

第九百六十七條 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

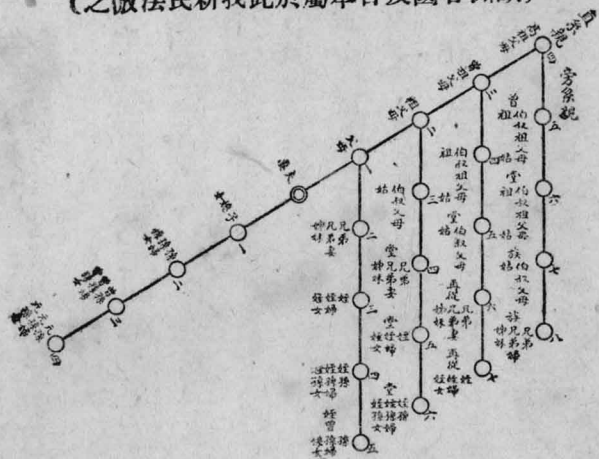
本條規定直系血親及旁系血親之意義。親屬關係，除夫妻而外，皆有世系之連絡，是爲親系。世系連絡之關係，有由尊卑方面觀察，區別爲尊親屬及卑親屬者。有由男女方面觀察，區別爲男系親屬及女系親屬者。本法倣多數立法例，惟設直系親屬與旁系親屬之區別。本條則明定何者謂之直系血親，及旁系血親。所謂直系血親，乃己身所從出，或從己身所出之血親，如父母祖父母曾祖父母，及高祖父母，卽爲己身所從出之血親，子，孫，曾孫，及元孫，卽爲從己身所出之血親。皆屬直系連絡之血親，卽本條所稱之直系血親也。至旁系血親，則指非直系血親而與己身出於同源之血親者而言，如兄弟雖非己身之直系血親，然與己出於同源之父母，堂兄弟雖非己身之直系血親，然與己身出於同源之祖父母，推而至於再從兄弟，族兄弟，亦復如是，凡此皆屬旁系連絡之血親，卽本條所稱之旁系血親也。

第九百六十八條 血親親等之計算直系血親從己身上下數以一世爲一親等

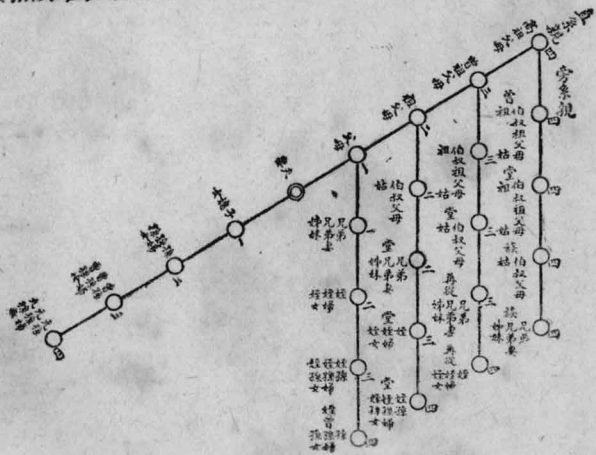
旁系血親從己身數至同源之直系血親再由同源之直系血親數至與之計算親等之血親以其總世數爲親等之數

本條規定血親之親等計算法。查計算親等之方法，分羅馬法與寺院法兩種，羅馬法之計算方法，直系親屬從己身上下數，以一世爲一親等，旁系親屬，從己身上數至同源之直系親屬，再由同源之直系親屬，下數至與之計算親等之親屬，以其總世數爲親等之數。寺院法之計算方法，直系親屬與羅馬法同，旁系親屬則否，蓋從己身數至同源之直系親屬，再從與之計算親等之親屬，數至同源之直系親屬，世數同者，以其一方之世數定之，世數不同者，以其多者定之。世界各國，用羅馬法者居多，羅馬法之計算，依血統之遠近，定親等之多寡，合於情理，寺院法源於歐西宗教遺規，其計算親等，不盡依親疏以爲標準，例如兩系世數不同，從其多者定親等之多寡，則世數較少之系，往往不分尊卑而同一親等，於

圖一第 羅馬計法親屬圖
 (之做法民新我此於屬本日及國各洲歐)



圖二第 寺院計法親屬圖
 (然亦國英此於屬法刑行現及案草次二第次一第我)



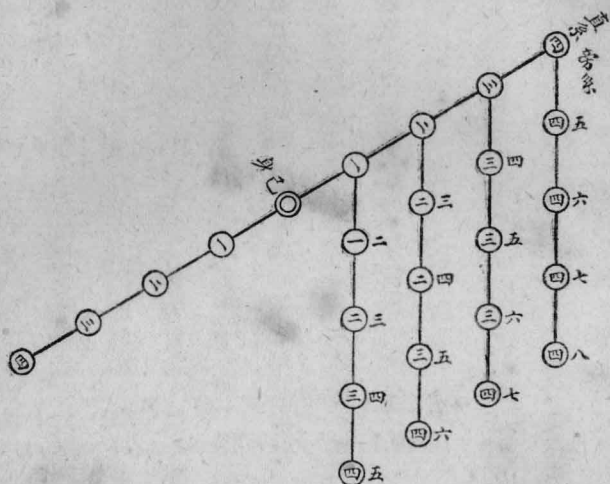
民法親屬釋義
 理不合。試爲圖以明之：

較比之圖兩 圖三第

在字目數則系旁。同法院寺與法馬羅，算計之系直)

(算計之法馬羅爲者外○，算計之法院寺爲，者內○)

第一章 通則



據上圖而觀之，直系親之計算，寺院法與羅馬法相同。至計算旁系親，則兩者大異，蓋羅馬從己身或妻，數至同源之祖若父，合算雙方（指己身之一方與旁系親之一方）以定親等。寺院法則從己身或妻，數至同源之祖若父，並從所指之親屬，（傍系親中之人）數至同源之祖若父，其世數相同，即用一方之世數，世數不相同，從其多者以定親等。（參照第一次草案一千三百一十八條第二次草案一千零五十九條及

刑法第十三條)例如族兄弟與己身，其同源始祖，爲高祖父母，己身至高祖父母，與族兄弟至高祖父母，均係四世，無論依何方計算，均是四親等，所謂世數相同，即用一方之世數也。若指定爲族伯叔父母者，其同源始祖，雖亦爲高祖父母，然由己身至高祖爲四等親，由族伯叔父母至高祖爲三等親，雙方世數，既不相同，此時依己身一方之數計算，亦定爲四等親，(餘照此標準類推)所謂世數不相同，從其多者以定親等也。兩相比較，自以依羅馬法之計算爲合理，我國前清民律草案，以及最近各種草案，因寺院法之計算方法，與昔日之本宗九族五服正服圖昭合，故均以寺院法計算親等。今親屬分類，既從根本改革，分爲血親及姻親，已與服制圖不生關係，故本法依中央政治會議原則，採用羅馬法之親等計算法。

第九百六十九條 稱姻親者謂血親之配偶配偶之血親及配偶之血親之配偶

本條規定姻親之意義。我國數千年來，均重男系，故分親屬爲宗親外親及妻親三類。由男

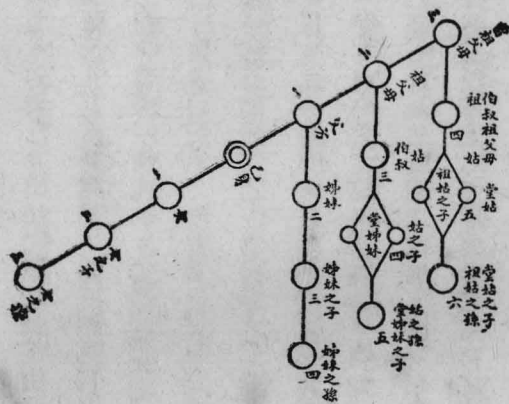
原书缺页

原书缺页

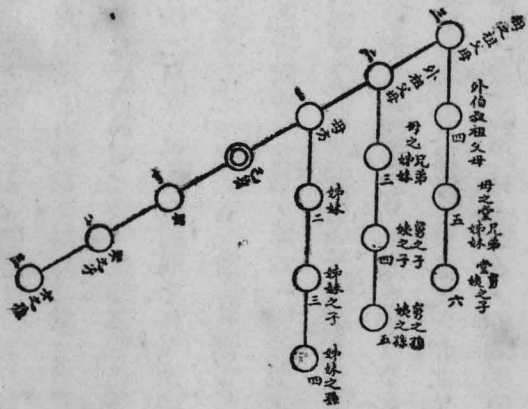
是己身與舅，爲三親等之旁系血親，其配偶卽舅之妻，從舅之親系親等，亦爲三親等之旁系姻親。甥與己身出於同源之母，由己身數至母爲一世，由母數至甥爲二世，合算雙方，共爲三世。是己身與甥，爲三親等內之旁系血親，其配偶卽甥之妻，從甥之親系親等，亦爲三親等之旁系姻親也。（參照第四圖）（二）配偶之血親，從其與配偶之親系及親等，例如己身與妻爲配偶，妻與妻之父母爲血親，己身與妻之父母之親系及親等，則從妻與妻父母之親系及親等定之，妻與妻之父母爲直系親，己身與妻之父母，亦爲一直系親，妻與妻之父母，爲一親等，己身與妻之父母，亦爲一親等。（參照第五圖）（三）配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系及親等，例如己身與妻爲配偶，妻與妻之兄弟爲血親，妻與妻之兄弟之妻，爲妻之血親之配偶，己身與妻之兄弟之親之親系及親等，則從妻與妻之兄弟之妻之親系及親等定之，妻與妻之兄弟之妻爲旁系親，己身與妻之兄弟之妻，亦爲旁系親，妻與妻之兄弟之妻，爲二親等，己身與妻之兄弟之妻，亦爲二親等，餘則依此類推。（參照第六圖）

民法親屬釋義

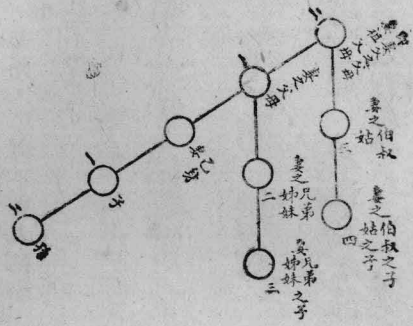
第四圖之一(由己身以觀父之方面)



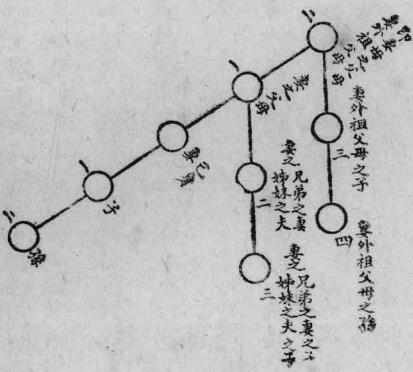
第四圖之二(由己身以觀母之方面)



第五圖(由己身以觀妻之父方)



第六圖(由己身以觀妻之母方)



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

本條規定姻親關係之消滅姻親關係，係由婚姻關係而生，乃法律上擬制之親屬。故各國法

律，多明定姻親關係，因離婚而消滅，本法亦然。惟姻親關係，是否因婚姻當事人一方面之死亡而消滅，各國法律，不盡相同，本法則不以其爲當然消滅姻親關係之原因。但夫死妻再與人結婚，妻死贅夫再與人結婚者，則屬例外，此徵諸我國習慣，亦屬如是，依此解釋，夫死，妻再不與人結婚，及妻死而夫非贅夫，縱再與人結婚。其姻親關係，並不消滅，是不待言。

第二章 婚姻

第一節 婚約

第三解 本章及本節之總說明

第一 大旨

親屬關係，造端乎夫婦，而婚姻則爲夫婦關係之所由始，故本法做一般立法通例，以婚姻

次於通則之後。惟本法所謂婚姻，包含婚約及結婚而言。婚姻爲共同生活之團體，而婚約則屬此種團體之豫約。但在外國法律，有因婚姻豫約不無束縛婚姻自由之嫌，遂不設婚約之規定者，本法既明定婚約無請求強迫履行之效力，所謂束縛婚姻自由，殆無其事。矧在我國舊律及習慣，均有定婚之規定及事實，自應明定法律，俾資適用。本法於結婚之外，特設關於婚約之規定者，蓋以此也。

我國舊律及習慣，均極重視婚約，故本法特設關於婚約之規定。第九七二條：規定訂定婚約之自由。第九七三條：規定訂定婚約之年齡。第九七四條：規定法定代理人，對於未成人訂婚姻之同意權。第九七五條：規定婚約之效力。第九七六條：規定解除婚約之原因及方法。第九七七條及第九七八條：規定違反婚約時財產上之損害賠償。第九七九條：規定違反婚約時精神上之損害賠償。

第二 內容

本節之規定，有應說明者三：

我國婚姻，素以祖父母之命爲重，此就舊律婚姻條例所載，至爲顯然，依此規定，不但與共同生活之團體，應由當事人共同自由決定之原理不符，且有祖父母父母包辦子女婚姻之嫌。故本法第九七三條：首揭婚約，應由男女當事人自行訂定，以確立訂婚自由之原則。但乳臭鬢齡，智慮未周，輕於然諾，後悔堪虞，故本法復於第九七三條，特設訂婚年齡之規定，並於第九七四條，予法定代理人以訂婚之同意權以杜其弊。

我國舊律，關於婚約之效力，至爲強大，卽凡女子與人訂婚而再許他人者，無論已未成婚，及後定娶者知情與否？其女概歸前夫，徵之實際，窒礙實大，故本法明定婚約不得請求強迫履行，至關於解除婚約之原因，亦極寬大，除第九七六條第一項第一款至第八款之法定原因外，凡有其他重大事由者，皆得爲解除婚約之原因。

婚約之效力，既已薄弱，而解除婚約之原因，又復寬大，則婚約當事人，難免有因此而受損害之虞，故本法嚴定損害賠償責任以資救濟，卽依第九七六條解除婚約之規定，解除婚約時，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。又婚約當事人之

一方，無第九七六條之理由而違反婚約者，對於他方因此所受之財產上之損害，及非財產上之損害，均應負賠償之責，於寬大之中，仍寓限制之意。

第四解 本節之逐條說明

第九百七十二條 婚約應由男女當事人自行訂定

本條規定訂定婚約之自由。查我國婚姻，素以祖父母父母之命爲重，據舊律婚姻條例載：嫁娶皆由祖父母父母主婚，祖父母父母俱無者，從餘親主婚，依此規定，實有包辦子女婚姻之嫌。故本法特於本節首揭婚約應由男女當事人自行訂定之旨，藉以確立訂婚自由之原則，本條規定，係屬強制的性質，如婚約而非男女當事人自行訂定，依據民法原理，應屬無效。（參照本法第七一條）【註六至註十二】

【註六】 父母爲未成年子女所定之婚約，苟其子女成年後，有一方不同意時，許其訴請解約。參考法條：民法九七二條。二十一年一月二日上午第一二號解除婚約判決要旨。

【註七】 父母代子女所訂之婚約，子女成年後，如已表示同意，即應對於子女本人，發生拘束效力。二十一年三月

二日上字第三九五號婚約涉訟判決要旨。

【註八】 婚姻當事人，於其未成年時，父母爲其訂立之婚約，苟有一造不願履行，依法即難強制。十九年上字三八七號請求履行婚約涉訟判決要旨。同年上字一十一號同旨。同年上字一六五七號解除婚約涉訟同旨。同年上字二二四七號同旨。二十年上字三八七號同旨。

【註九】 親屬法施行前，父母本於舊律之主婚權作用，爲其幼小子女訂立婚約，依婚姻自由之原則，其子女之一造，如成年後，不願履行該婚約者，固得訴請解除，而在締約當事人，究不容其無故翻異。二十年上字一三七七號解除婚約及返還聘物涉訟判決要旨。

【註十】 父母代訂之婚約，已經本人承認，卽爲有效。十九年上字二二四〇號解除婚約涉訟判決要旨。二十年上字七八三號同旨。

【註十一】 新民法施行前所訂之婚約，亦得適用新法判斷。二十年上字第二三三一號請求確認婚約涉訟判決要旨。同年上字第一二五九號同旨。參考法條民法九七二條，民法親屬編施行法第四條。

【註十二】 婚約之履行否，應視婚約之是否合法。十九年上字第三五號判決要旨。

原书缺页

原书缺页

原书缺页

原书缺页

冒可以解除婚約。本法則從個人幸福及社會公益着眼，縱使重大不治之病 及花柳病或
他惡疾，於婚約訂定前，即已存在，且爲他方當事人所明知，亦得解除婚約，於訂定婚約
後，成爲殘廢，其得解除婚約，更不待言。(七) 婚約訂定後，與人通姦者。舊律，男女
雙方有犯姦盜，得爲解除婚約之原因，本法亦然。所謂與人通姦，與犯姦非罪有別，即凡
與異性爲性的交接之行爲，即屬通姦，是否成罪？在所不問，但與人通姦，以在訂婚後者
爲限，如在訂婚以前，自不互負貞操之義務。(八) 婚約訂定後，受徒刑之宣告者；婚約
當事人之一方，因作奸犯科，有受徒刑之宣告，則其有玷聲譽，無可諱言，故本法以其爲
解除婚約之原因。〔註十四〕惟刑罰種類甚多，本法則以受徒刑之宣告者爲限，已否執行？在
所不問，至若受徒刑宣告，在訂婚以前者，是於訂婚之初，已不計較及此，自不得據爲解
除婚約之原因。(九) 有其他重大事由者。本條所舉解除婚約之原因，不過一種例示規定
，如有其他重大事由，亦得解除婚約，所謂其他重大事由，例如以老冒幼，或以幼冒老是
。解除婚約，乃法律行爲之一，依據一般通則，固應對於他方當事人，以意思表示爲之。

(參照本法第二五八條第一項)然於解除婚約時，如婚約當事人之一方，生死不明，已滿一年之類，在事實上已不能向他方爲解除之意思表示，若亦令其以意思表示爲之，實不可能，故本條第二項，定爲例外，無須爲解除婚約之意思表示，即自得爲解除時起，不受婚約之拘束，所謂得爲解除時，如本條第一項第三款其一年期滿，即屬得爲解除之時期是。

【註十四】一方受徒刑之宣告，他方得請求解約。二十年上字第一二六〇號請求解除婚約訴訟判決要旨。參攷法條：民法九七三條，九七六條第一項第八款，民法親屬編施行法第四條。

第九百七十七條 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

本條規定解除婚約之損害賠償。依據前條規定，婚約當事人之一方，如有法定情形之一，他方固得解除婚約，但他方當事人，常有因解除婚約而受損害者，故除依解除契約之通則，由雙方當事人，互負回復原狀之義務外(參照本法第二五九條)特於本條明定得請求賠償其因解除契約所受之損害，以資保護。惟依本條規定請求賠償損害，以自己無過失，而他

方有過失者爲限，如自己有過失，他方無過失，或雙方均有過失，其不能請求損害賠償；
自不待言。又本條所謂損害，專指財產上之損害而言。此與第九七八條及九九九條，比較
觀察，即可瞭然。

第九百七十八條 婚姻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受之損害應負賠償之責

本條規定違反婚約，財產上之損害賠償。查婚約，依據第九七五條之規定，既不得強迫履
行，如婚約當事人之一方，無第九七六條之理由而違反婚約，則他方當事人免發生損害
，故本條明定對於他方因此所受之損害，應負賠償之責，所謂無第九七六條之理由而違反
婚約，例如某男藉口某女貌醜，或不善交際，而拒絕履行婚約，或延宕其履行是。又本條
所謂損害賠償，係專指違反婚約之損害賠償，如因婚約無效，或被撤銷，則依據一般通則
，應由有過失之一方。對於無過失之一方，負回復原狀，或損害賠償之責。（參照本法總
則第一一三條及第一一四條）事屬當然，無待明定。

第九百七十九條 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以受害人無過失者爲限

前項請求權不得讓與繼承但已依契約承諾或已起訴者不在此限

本條規定違反婚約，精神上之損害賠償，查婚約雖與普通契約無異，而無強大之效力，然男女當事人一經定婚，其爲未來之配偶，已無可疑。乃婚約當事人之一方，無第九七六條之理由而違反婚約，則他方當事人之精神上。常因此發生重大之損害，故本案第一項規定，前條情形，縱非財產上之損害，無過失之受害人，亦得請求賠償相當之金額。此種規定，與瑞士民法及德國民法，殆屬一致。（參照瑞士民法第九三條德國民法第二三〇〇條）本法所以於財產上之損害賠償外，復認精神上之損害賠償者，蓋本法不認婚姻預約有強大之效力，不能不嚴定損害賠償以爲無故悔婚之取締也，惟此損害賠償，係爲慰藉受害人精神上之損害而設，其請求權，原則上自不得讓與或繼承，（本條第二項）但在外國法律，有絕對禁止讓與者，（參照瑞士民法第九三條第二項）本條則於一定條件之下，許其讓與或繼承

，以期與本法第一九五條之規定，前後一貫。

第二節 結婚

第五解 本節之總說明

本節包含婚姻之實質要件，形式要件，及婚姻之無效及撤銷諸端。析言之：第九八〇條：規定結婚之最低年齡。第九八一條：規定法定代理人對於未成年人結婚之同意權。第九八二條：規定結婚之形式。第九八三條：規定親屬結婚之限制。第九八四條：規定監護人與受監護人結婚之限制。第九八五條：規定重婚之禁止。第九八六條：規定相姦者結婚之禁止。第九八七條：規定再婚之期限。第九八八條：規定婚姻無效之原因。第九八九條：規定違反結婚年齡婚姻之撤銷。第九九〇條：規定違反結婚同意規定的婚姻之撤銷。第九九一條：規定違反監護人與受監護人限制結婚規定的結婚之撤銷。第九九二條：規定違反重婚禁止規定的婚姻之撤銷。第九九三條：規定違反相姦者結婚禁止規定的婚姻之撤銷。第

九九四條：規定違反再婚期限規定的婚姻之撤銷。九九五條：規定婚姻當事人之一方，不能人道時婚姻之撤銷。九九六條：規定結婚當事人於結婚之際，精神不健全時婚姻之撤銷。九九七條：規定結婚被詐欺或脅迫之撤銷。九九八條：規定結婚撤銷之無遯及力，為總則第一百一十四條之例外。九九九條：規定婚姻無效或被撤銷之損害賠償。

第六解 本節之逐條說明

第九百八十條 男未滿十八歲女未滿十六歲者不得結婚

本條規定結婚之最低年齡。查各國所定結婚最低年齡，因種族氣候以及習慣風尚之異，頗不一致，故男子最高有至二十一歲者，最低有十四歲者。女子最高至十八歲者，最低有十二歲者。而男子結婚之年，稍為高於女子，則為大多數國之通例。惟奧國定為男女一律十四歲，最近蘇俄民法亦有男女一律十八歲，始許為婚姻登記之規定。夫男女身體之發達，有遲早之別，乃出於生理之自然，無取乎強以人力而劑之平。故本條折衷各國制度，定男十八歲，女十六歲，為結婚年齡。惟本條所規定者，乃男女結婚年齡之最低限度。換言之

：卽不達此限度者，絕對禁止其結婚，所以杜早結婚之流弊，而躋我中華民族於健康之域者也。

茲爲便於檢閱計，列舉各國最近結婚之法定年齡如左：

國別	男子	女子
羅馬法	十四歲	十二歲
寺院法	十四歲	十二歲
英吉利	十四歲	十二歲
西班牙	十四歲	十二歲
希臘	十四歲	十二歲
奧大利	十四歲	十四歲
日本	十七歲	十五歲
普魯士	十八歲	十四歲

第二章 婚姻

民法親屬釋義

法蘭西	十八歲	十五歲
義大利	十八歲	十五歲
俄羅斯	十八歲	十五歲
比利時	十八歲	十五歲
荷蘭	十八歲	十五歲
匈牙利	十八歲	十五歲
葡萄牙	十八歲	十五歲
羅馬尼亞	十八歲	十五歲
布加利亞	十九歲	十七歲
瑞士	二十歲	十八歲
瑞典(舊法)	二十歲	十八歲
挪威(舊法)	二十歲	十六歲

挪威(新法)

二十歲

十八歲

德意志

二十一歲

十六歲

瑞典(新法)

二十一歲

十八歲

丹麥

二十一歲

十八歲

第九百八十一條 未成年人結婚應得法定代理人之同意

本條規定結婚之同意年齡。查男女婚嫁，關係當事人之利害者至大，應由當事人自行決定，自不待言。然如當事人尙未成年。即遽許其自由結婚，則血氣未定，易爲感情所驅使，始謀不臧，後患無窮。故本法爲保護男女青年之將來幸福，及促其慎重起見，而以同意結婚之權，畀諸法定代理人。願在外國法律，有法定代理人如無正當理由而不同意，則許當事人請求親屬會議決定者，此種辦法，徒滋糾紛，爲本法所不採。至本法以是否成年？爲結婚同意年齡之標準者，因一屆成年。卽有行爲能力，結婚係共同生活之行爲，自可自由爲之，已無須法定代理人同意之必要。

第九百八十二條 結婚應有公開之儀式及二人以上之證人

本條規定結婚之形式要件。查結婚之形式要件，各國法律不同，有採事實婚主義者，有採形式婚主義者，前者有絕對與相對的之別，後者有宗教婚與法律婚之殊。其主義之紛歧如此，得失如何？實難遽言。至在我國習慣。則男女成婚，必須舉行一定之儀節，謂之婚禮。前大理院判例，亦即以舉行相當禮式之日，作為婚姻成立之日，蓋採事實婚主義者也。惟我國習俗，關於結婚典禮，極為隆重，繁文縟節，無補實際，故本法規定結婚，應有公開之儀式，及二人以上之證人，即一面明示結婚為一種要式行為，應具備一定之形式，以期社會之周知，一面明示結婚以有公開之儀式及二人以上之證人為已足，嚴格的儀式主義，則為本法所不採。

第九百八十三條 與左列親屬不得結婚

- 一 直系血親及直系姻親
- 二 旁系血親及旁系姻親之輩分不相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

三 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
前項姻親結婚之限制於姻親關係消滅後亦適用之

本條規定親屬結婚之限制。查直系血親之禁止結婚，中外一律，即直系姻親，雖有例外，（蘇俄與美國數州）而亦以禁止者爲多，至旁系血親與旁系姻親，各國禁止範圍不一，較我國甚爲狹小，按我國舊律凡屬宗親皆在禁止之列，幾無範圍之可言，而對於外親妻親，則較宗親爲狹，懸殊已甚，故中央政治會議所定原則，斟酌損益於中外法制之間，除依照我國舊律及一般立法通例，直系血親及直系姻親，不得結婚而外，（本條第一項第二款）對於我國向不禁止者，仍不禁止，例如本條第一項第三款但書表兄弟姊妹是也。（此點於本法採用血親之旨，全相衝突。）對於我國禁止過廣者，縮小其範圍，例如同項第二款，旁系血親及旁系姻親輩分不相同者，從前不問遠近，均禁止之，茲則加以但書之限制，即旁系血親，在八親等之外，旁系姻親，在五親等之外者，仍許結婚，蓋取解放之意也。至旁系

血親，所以擴張至於八親等者，因我國禮制及習慣。五世以內，不許結婚。依羅馬法計算，八親等適與舊制五世相當，故取之也。〔註十五〕若夫姻親關係消滅以後，我國歷代法律，均禁止其結婚。如現行律娶親屬妻妾律文，載其曾被出，及已改嫁，而娶爲妻妾者，各處罰。本條第二項之設，亦卽此意。（參照本法第九七一條）

〔註十五〕 父系旁系血親，雖在八親等之外，然與同高祖以上之族姊妹結婚，卽不在禁例。近世不立宗法，但使有譜系可尋，皆得敘爲同宗，然以吾國禮教習慣律例言之，不獨同宗不得爲婚，卽同姓爲婚，亦所不許。曲禮曰娶妻不娶同姓。唐律載諸同姓爲婚者各徒二年，總麻以上以姦論。元明清律，均禁同姓爲婚。唯吾國氏族，極爲紊亂，可不必禁止同姓，但同宗結婚，極爲罕見，似仍以維持禁止同宗結婚爲宜也。至表兄弟姊妹結婚，在宗族主義時代，專重男系，尙屬可行。今本法既採血統主義，男女一致，父之兄弟之子女，不能結婚，父之姊妹之子女，母舅之子女，及兩姨之子女，仍准結婚，實與其所採之主義，自行矛盾也。

第九百八十四條 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

本條規定監護人與受監護人結婚之限制。查設定監護人之原因有二：一爲未成年人之監護，一爲禁治產人之監護，凡此皆所以保護受監護人之利益也。如在監護關係存續中，監護人與受監護人，可以結婚，則受監護人，難免不爲監護人之意思所左右。故本法特設禁止規定，以限制之，但如已經受監護人之父母之同意，則流弊較少，故本法做巴西及西班牙之立法例。認爲例外，即縱在監護關係存續中，亦可結婚，所謂同意，不以生前行爲爲限，死後行爲亦是。至若監護關係消滅，則與常人無異，自無禁止結婚之理由。即在監護關係存續中，先爲訂婚，而於監護關係消滅後，再爲結婚，亦無不可，此與姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，仍應適用者，固有別也。

第九百八十五條 有配偶者不得重婚

本條規定重婚之禁止。查並偶匹敵，我國舊律，懸爲厲禁。新舊刑法，亦定有重婚罪名。（參照新刑法第二五四條）其重視一夫一妻制，有如此者。故本法特設禁止重婚之規定，以期貫徹，即已有夫者，固不得重有夫，已有妻者，亦不得重有妻。否則謂之重婚即在本法

禁止之列。惟前婚因無效，撤銷，離婚，或一方死亡而解銷者。其再行婚嫁，謂之再婚，自不受本條之限制。

第九百八十六條 因姦經判決離婚或受刑之宣告者不得與相姦者結婚

本條規定相姦者結婚之禁止。查因姦判決離婚，再為婚嫁，原所不禁，然若許其與相姦者結婚，則對於善良風俗，影響極大，故本法特設禁止結婚之規定。至因姦受刑之宣告者，於處刑當時，雖未判決離婚，然在將來未始無結婚之可能，（如嗣後因他故離婚，或因一方死亡致婚姻關係消滅時是。）故本法為維持風化起見，亦一併禁止。惟本條所謂離婚，以判決離婚者為限，若屬兩願離婚，縱與相姦者結婚，亦所不禁。又在我國舊律，亦有禁止先姦後娶之條，但律意以姦婦為限，頗嫌狹隘。本條祇云不得與相姦者結婚，則無復男女歧視之差別。

第九百八十七條 女子自婚姻關係消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

本條規定再婚之期限。查女子爲婚姻關係消滅後，若違許其再婚，則日後所生之子女，究屬前夫？抑屬後夫？難免不生疑義。故爲防止血統之混亂起見，特於本條明定，非逾六個月不得再結婚。但於六個月內，因前婚所懷之孕，已經分娩，卽於六個月內，再與人結婚，亦無混亂血統之弊。故特設但書規定認爲例外。至所謂逾六個月，指滿足六個月而言。外國法律，關於再婚之期限，有定爲十個月者，有定爲四個月者，前者失之過長，後者失之過短。本案則折衷二者之間，定爲六個月。此在生理學上，懷孕六個月者，不難診察而知，當無復混亂血統之流弊矣。

第九百八十八條 結婚有左列情形之一者無效

一 不具備第九百八十二條之方式者

二 違反第九百八十三條所定親屬結婚之限制者

本條規定婚姻無效之原因。查各國法律，關於結婚無效之原因，範圍廣狹，頗不一致。本法則以下列情形爲限：（一）不具備第九百八十二條所定之方式者，依據本法第七三條規定，

法律行爲，不依法定方式者無效，婚姻儀式，爲要式的法律行爲之一，如不具備本法第九八二條所定方式，應屬無效，是爲當然，本款之設，係屬一種注意規定。(二) 違反第九八三條所定親屬結婚之限制者，依據本法第七一條規定，法律行爲，違反強制或禁止之規定者，無效，親屬結婚之限制，係屬一種強制的禁止規定，如有違反，應屬無效，是爲當然，本款之設，亦屬一種注意規定。至本法關於結婚無效之原因，以此兩者爲限者，蓋婚姻爲男女永久共同生活之結合，既經結婚，非出於萬不得已，不得作爲無效。惟此所謂無效，乃法律上當然無效之謂。外國之宣告無效制度，爲本法所不取。至婚姻既屬無效，當事人因不生夫婦之權利義務，卽其所生之子女，亦爲非婚生之子女，不得以婚生子女目之也。(參照本法第一〇六六條)

第九百八十九條 結婚違反第九百八十條之規定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該條所定年齡或已懷胎者不得請求撤銷

本條規定違反結婚最低年齡之婚姻之撤銷。查男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚，已爲本法第九八零條所明定。如違反此種規定。即構成婚姻撤銷之原因。故本條明定，當事人或其法定代理人，得向法院請求撤銷。本條所謂當事人，或其法定代理人，有時指一方而言，有時則兼指雙方言之，蓋違反結婚年齡，有時爲一方，有時爲雙方故也。但違反結婚之年齡之一方或雙方當事人，已達結婚年齡，或雖未達結婚年齡，而已懷胎者，則不得請求撤銷，以免影響於婚姻之安全，婚姻之撤銷，與普通法律行爲之撤銷不同：（一）普通法律行爲之撤銷，以意思表示爲已足，婚姻之撤銷，則須請求法院爲之。（二）普通法律行爲之撤銷，遡及既往發生效力，婚姻之撤銷，則惟向將來發生，無遡及既往效力。（參照本法第九九八條）良以普通法律行爲，僅及於財產問題，婚姻則兼及於身分關係，故婚姻之撤銷，既不應許其率爾爲之，亦不應許其有遡及之效力也。〔註十六〕

〔註十六〕民法親屬編施行前，固無結婚年齡之規定。但未達十六歲之未成年人，就其父母代訂之婚約，限於達十六歲後表示同意時，始受拘束。未達十六歲之人，既無訂婚之能力，則其無結婚之能力，尤不待言。故未

達十六歲而從父母之命結婚者，除於達十六歲後無異議而繼續同居外，雖在民法親屬編施行前，亦應許該當事人請求撤銷。二十一年三月十日上字四六三號婚姻訴訟判決要旨。

第九百九十條 結婚違反第九百八十一條之規定者法定代理人得向法院請求撤銷之但自知悉其事實之日起已逾六個月或結婚後已逾一年或已懷胎者不得請求撤銷

本條規定違反結婚同意年齡之婚姻之撤銷。查未成年人之結婚，應得法定代理人之同意，已爲本法第九八一條所明定。如違反此種規定，不惟有妨害法定代理人利益之虞，且恐有踰越妨閑之憂，故本法予以同意權者，亦即予以撤銷請求權。但有三種例外：(一) 自知悉其事實之日起，已逾六個月者，不得請求撤銷。(二) 結婚後，已逾一年者，不問同意權人，知其結婚與否？不得請求撤銷。(三) 縱未逾六個月，或已逾一年，如已懷胎者，不得請求撤銷。凡此所以維持其婚姻關係者，即所以保護社會之公益也。

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

本條規定違反監護人與受監護人禁止結婚規定的婚姻之撤銷。查監護人與受監護人，在監護關係存續中，原則上不得結婚，已爲本法第九百八十四條所明定。如違反此種規定，即構成婚姻撤銷之原因。故本條明定：受監護人或其最近親屬，得向法院請求撤銷。本人有撤銷請求權者，蓋監護人與受監護人禁止結婚之限制，係爲保護受監護人而設故也。受監護人之最近親屬，有撤銷請求權者，因最近親屬通常與受監護人之利害關係，較爲密切故也。至所謂最近親屬，指與受監護人親等最近之親屬而言，其爲血親姻親，在所不問。但婚姻關係，不宜久不確定，如監護人與受監護人結婚已逾一年，則不許其請求撤銷，以重公益。

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

本條規定違反重婚規定的婚姻之撤銷。查有配偶者不得重爲婚姻，已爲本法第九八五條所

明定。如違反此種規定，即構成婚姻撤銷之原因。故本條明定：利害關係人得向法院請求撤銷。所謂利害關係人，例如現為婚姻之配偶，及前為婚姻之配偶是，外國法律，有予檢察官以撤銷請求權者，為本案所不採。至若前婚姻關係，業已消滅，則重為之婚姻，縱屬不法，亦不得請求撤銷。蓋如必強其撤銷，則不但重婚當事人之身分及財產，發生重大變更，即子女之保護養育，亦將大受影響，於此自不能不遷就事實，以維公益。

第九百九十三條 結婚違反第九百八十六條之規定者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

本條規定違反相姦者結婚規定的婚姻之撤銷。查因姦經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚，已為本法第九八六條所明定。如違反此種規定，即構成婚姻撤銷之原因。故本條明定：前配偶得向法院請求撤銷。惟前配偶有此撤銷請求權者，蓋相姦者禁止結婚之規定，雖為保護善良風化而設，然有切近之利害關係者，則惟前配偶也。但婚姻關係，不宜久不確定，如相姦者結婚，已逾一年，則不許其請求撤銷，以重公益。

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關係消滅後已滿六個月或已在再婚後懷胎者不得請求撤銷

本條規定違反再婚期限的婚姻之撤銷。查女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再行結婚，已爲本法第九八七條所明定。如違反此種規定，即構成婚姻撤銷之原因。故本條明定：前夫或其直系血親，得向法院請求撤銷。前夫及其直系血親，所以有此撤銷請求權者，蓋再婚期限，係爲防止血統之混亂而設，前夫及其直系血親，皆有密切之利害關係故也。但若自前婚姻關係消滅之日起，已滿六個月，則可無混亂血統之危險。又雖未滿六個月，若女子再婚後，已經懷胎，且其懷胎係在再婚以後，則其非前夫之子女已甚顯然。均認爲得請求撤銷之例外。

第九百九十五條 當事人之一方於結婚時不能人道而不能治者他方得向法院請求撤銷之但自知悉其不能治之時起已逾三年者不得請求撤銷

本條規定婚姻當事人之一方不能人道的婚姻之撤銷。婚姻之目的，固非完全在於性交，然如婚姻當事人之一方不能人道，則共同生活之目的，不可得而達，此輒近各國法律所以不能人道爲撤銷婚姻之原因者也。本法亦做此立法例，特設本條之規定。但不能人道，以不能治愈者爲限，如能治愈，則縱屬一時的不能人道，亦不得以爲請求撤銷之理由。又其不能人道，以在結婚時存在者爲限，如結婚以後，始屬不能人道，有時他方當事人，亦應負責，故本法不以其爲請求撤銷之原因。至此撤銷請求權，如久不行使，亦殊有害於婚姻之安全，故本法特設三年之除權期限，以限制之。

第九百九十六條 當事人之一方於結婚時係在精神錯亂中者得於常態恢復後六個月內向法院請求撤銷之

本條規定結婚當時精神錯亂的婚姻之撤銷，結婚爲永久共同生活之團體，自應由結婚當事人以健全之意思爲之。本法既有第七五條後段規定，於此又特別規定者，以婚姻爲法律事實，非普通之法律行爲可比，一旦無效，則影響甚大。故本法特設本條，以之爲請求撤銷

之原因。是爲總則無效之例外。至所謂精神錯亂，以在結婚當時有此現象者爲限，且其請求撤銷，須於常態恢復後六個月內爲之。蓋如精神之錯亂，非於結婚之際存在，則其對於結婚之行爲，固屬以健全之意思爲之，縱事後精神，陷於病態，亦不得據以爲請求撤銷之理由。至其請求撤銷權，必須於六個月內迅速行使者，亦所以維持婚姻之安全也。（參照瑞士民法第一三三條德國民法第一三二五條）

第九百九十七條 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

本條規定被詐欺或被脅迫而結婚之撤銷，查詐欺結婚，可否撤銷？各國法律不同。法國不以詐欺爲撤銷婚姻之原因，德國則認詐欺爲可以撤銷婚姻之原因。夫結婚既被詐欺，則被詐欺人，即無自由決定婚姻之意思，故本法倣德國立法例，予被詐欺人以請求撤銷權。（德國民法第一三三四條）所謂詐欺，即以詐術使人陷於錯誤而爲結婚之謂。關於被脅迫而爲婚姻者，英法德日諸國，均認爲撤銷婚姻之原因，本法亦然。所謂脅迫，指婚姻當事人

之一方，以加害生命身體自由名譽財產之事，威嚇他方當事人而言。至惟被詐欺或被脅迫人，有此撤銷請求者，蓋被詐欺脅迫與否？惟被詐欺脅迫人知之較悉故也。又其撤銷，本法亦做各國立法通例，明定其須於發見詐欺或終止脅迫後六個月內爲之，俾免影響婚姻之安全。

第九百九十八條 結婚撤銷之效力不溯及既往

本條規定婚姻撤銷之效力。查普通法律行爲之撤銷，其被撤銷之行爲，自始即作爲無效。（參照民法第一一四條）然婚姻爲永久共同生活之團體，既成立之婚姻，一旦從而撤銷，並使其效力溯及既往，則在婚姻中所生之子女，忽變爲非婚姻所生之子女，甚非所以保護當事人及其子女之利益，故普通法律行爲，撤銷之效力，雖溯及既往，而婚姻撤銷之效力，則不溯及既往，祇及於將來，即自婚姻撤銷之日起，始發生撤銷之效力。關於此點，外國法律，非無全部或一部溯及既往者，（全部溯及如英國及德國是，一部溯及，如法國及瑞士是。）然皆爲本法所不取也。【註十七】

【註十七】有撤銷原因之婚姻，曾經追認者，不得於追認之後，復請撤銷。二十一年二月十七日上字二九六號離婚
訴訟判決要旨。

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無過失者不在此限

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為限

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

本條規定結婚無效或撤銷之損害賠償。本條之立法趣旨，與第九七七條第九七八條第九七九條同。茲不贅。

第三節 婚姻之普通效力

第七解 本節之總說明

第一 大旨

婚姻之效力；有屬於普通效力者，有屬於夫妻財產關係者。本節規定婚姻之普通效力。第一千零條；規定夫妻之姓氏。第一千零零一條規定夫妻同居之義務。第一千零零二條規定夫妻之住所。第一千零零三條：規定夫妻相互間之代理權。

第二 內容

婚姻成立，共同生活，於焉發軔，而同居即為共同生活之要件，必男女聯袂接席，彼此合作，始能達婚姻之目的。故本法規定夫妻互負同居之義務。

夫妻之姓氏，除當事人另有訂定外，妻以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓。此係照中央政治會議原則而為之規定，衡以理論，殊有未當也。

關於夫妻之住所，如無明文解決，難免不生疑義。故本案特設法定住所之規定以爲適用之準則。

第八解 本節之逐條說明

第一千條 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

本條規定夫妻之姓。查未婚男女，各自有其本姓，一旦結婚，將仍各用本姓乎？抑夫從妻姓，妻從夫姓乎？抑於此二者之外，夫妻均以協定之姓爲姓乎？如仍各用本姓，則不足以表示婚姻之關係。如夫從妻姓妻從夫姓，則有所偏，如於二者之外，以協定之姓爲姓，則姓氏雜亂，莫可究詰。爲顧全習慣及維持平允起見，以妻以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓爲較合。所謂冠以夫姓，於妻之本姓，並不相妨。且贅夫冠以妻姓，亦可略示男女平等之意。惟此係就原則而言，如夫妻另有協定，即妻不必冠以夫姓，或贅夫不必冠以妻姓，則屬例外。【註十八】

【註十八】參照三五法學社第一卷第一號王用賓著妻冠夫姓問題。

第一千零零一條 夫妻互負同居之義務但有不能同居之正當理由者不在此限

本條規定夫妻同居之義務。所謂互負同居義務者，即妻有與夫同居之義務，夫亦有與妻同居之義務也。但因求學經商等正當理由，遠適遐方，不能同居者，則屬互負同居義務之例外。【註十九】【註二十】

【註十九】 婚姻關係，確已成立，即應負同居之義務。參考法條：民法一零零一條。二十一年一月二十一日上字一五號同居涉訟判決要旨。

【註二十】 夫妻除有不能同居之正當理由外，應互負同居之義務。參考法條：民法第一零零一條。二十一年五月十二日上字第一零零二號請求同居涉訟判決要旨。

第一千零零二條 妻以夫之住所爲住所 贅夫以妻之住所爲住所

本條規定夫妻之住所。夫妻互負同居之義務，固矣。然如對於住所問題，不設明文解決，則夫將以妻之住所爲住所？抑妻將以夫之住所爲住所？不無爭議。故本條明定妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所。蓋在普通婚姻，乃妻入於夫家，如係招贅，則夫入於妻家，此徵諸習慣，亦無不如此也。

第一千零零三條 夫妻於日常家務互爲代理人

夫妻之一方濫用前項代理權時他方得限制之但不得對抗善意第三人

本條規定夫妻之代理權。夫妻關於日常家務，如必躬自爲之，而於維持共同生活之必要上，甚爲不便。故本條規定夫妻互爲代理人。但爲保護彼此之獨立，其相互代理權，僅以日常家務爲限。至日常家務以外之法律行爲，仍各有其單獨動作之自由，非夫對於妻，或妻對於夫，當然有代理權。至於夫妻之一方，濫用代理權，則他方當事人，不必經過法院，得爲矯正或撤銷，以限制之。惟不得以限制爲理由。對抗善意第三人。（第三人如爲惡意，或有過失，仍得與之對抗）濫用，指逾越權限而言，如根本無此權限。則屬擅用而非濫用也。

第四節 夫妻財產制 *Matrimonial property Regime*

第九解 本節之總說明

各國民法；關於夫妻財產制，規定甚詳。德國民法計二百零一條即一千三百六十三條，乃至一千五百六十三條是也。法國民法，計一百八十三條，即一千三百九十九條，乃至一千五百八十一條是也。瑞士民法計七十四條，即一百七十八條乃至二百五十一條是也。唯日本民法，僅十五條，即七百九十三條，乃至八百零七條是也。我國第一次草案，僅有一千三百五十七條及一千三百五十八條之規定。時至今日，已不敷用。第二次草案，增為十三條，即第一千一百三十四條乃至一千一百四十六條是也。我國舊律，向無此種規定，配偶之間，亦未有訂立財產契約者。近年以來，人民之法律思想，逐漸發達，且女子已享有財產繼承權，如關於夫妻之財產關係而無適當規定，於適用上亦殊不便。故本法依中央政治會議原則，特設夫妻財產之規定，計三款，都四十五條。即一千零四條乃至一千零八條是也。夫妻財產制分法定財產制與約定財產制。聯合財產制為法定財產制。共同財產制。統一財產制，及分別財產制，為約定財產制。夫妻得於數種約定財產制中，擇用其一，以為夫妻財產制。如無約定，則適用法定財產之聯合財產制。詳細情形，於各條中述之。

茲將各國立法例，分述於左：

第一 德國民法

德國民法之夫婦財產制 *Heiliches Güterrecht* 規定於第四編親屬法第六節。即第一千三百六十三條，至第一千五百六十三條所規定是也。第一款爲法定財產制 *Gesetzliches Güterrecht* 其中分爲四項：第一項，通則。 *Allgemeine Vorschriften* 規定夫管理妻之財產之標準及權限，以及妻特有財產 *Vorbehaltsgut* 之範圍。第二項管理及收益， *Verwaltung und Nutzniessung* 規定夫有占有，管理，收益，處分妻之嫁資 (*Eingebrachtes Gut*) 之權限。第三項債務擔保， (*Schuldenhaftung*) 規定夫之債權人，不得對於嫁資，請求清償，及妻之債權人，除民法有特別規定外。得不問妻之管理及收益，就嫁資請求清償。第四項規定管理及收益之終止。 *Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung* 第五項爲別產制， *Gütertrennung* 凡夫無管理收益之權。及依法律之規定。管理收益終止者，卽行別產制，並規定夫負擔婚姻之費用，此法定財產制之大略也。第二款爲契約財產制。 *Vertragmässig*

iges Güterrecht 其中分爲四項：第一項通則，Allgemeine Vorschriften 卽夫妻得以契約，(Ehevertrag) 規定其財產上之關係，結婚後，亦得廢除或變更之，且不得指定現已廢止之法律，及外國法律，以定財產關係。又此契約，須兩造出席於法院，或公證人前訂立之。

第二項爲一般財產共通制，Allgemeine Gütergemeinschaft 卽夫之財產，妻之財產，因此制度而成爲夫婦之共通財產，(Gesamtgut) 在此制度之存續期間取得之財產，亦爲共通財產，唯妻之特有產除外。第三項爲取得物共通制。(Errungenschaftsgemeinschaft) 夫或妻於此制度之存續期間中，所取得之物，爲夫妻之共通財產，其規定多準用一般財產共通制。第四項爲動產共通制。(Fahrnisgemeinschaft) 動產及取得之共通，以法律無特別之規定爲限，準用一般財產共通制之規定。第三款爲財產冊，Güterchtsregister 其登記須於夫住所地之初級法院爲之。此契約財產制之大略也。

第二 法國民法

法國民法之夫妻財產制；規定於第五卷婚約及夫婦雙方之權，Du contrat de mariage et

des droits respectifs des époux 卽第一千三百八十七條至第一千五百七十七條是也，大致有三：一爲法律上財產共通制，De la communauté légale 凡共通財產之利得及債務，與因債務所生之訴訟，共通財產之支配及證書，共通財產之解除，及因解除而生之條件，共通財產解除後之承受人及必要條件，共通財產利得之分派，及債務之分攤，共通財產承受之拒絕，及拒絕之效果等屬之。二爲契約上財產共通制，De la communauté conventio et letdes conventions qui Peuvent modifier ou même exclure la communauté légale 由此制度所生之財產契約，可更改或除去法律上之財產共通制，唯結婚後，不得更改。三爲嫁資管理制，(Du régime dotal) 規定夫有支配嫁資之權，及不能變賣嫁資中之不動產，與嫁資之返還，及嫁資外妻之財產 Des biens paraphernaux 等事。

第三 瑞士民法

瑞士民法。夫婦財產制，於第一百七十八條至二百五十一條規定之。大致以財產併合制(Ötiterverbindung) 爲原則，(妻之特有產除外) 財產契約制爲例外。但財產契約，限於法律

之所定，其法律之所定者；爲財產共通制，(Gütergemeinschaft) 及財產分離制 (Gütertrennung) 此種財產契約，不拘結婚前或結婚後，均得爲之。惟結婚後所締結之夫婦財產契約，不得變更從前對於第三人之責任。

第四 日本民法

日本民法之夫婦財產制，於第七百九十三條至第八百零七條規定之。其第一款之規定：夫婦不於婚姻之呈報前，爲財產契約時，則依法定財產制，且締結財產契約時，非於婚姻之呈報前登記之，不得對抗夫婦之承繼人及第三者，呈報之後，不得變更，夫婦之一方，管理他方財產，管理失當，危及財產時，其他一方，得請求法院。自行管理。其係共有財產，並得請求分析。因此情形，或契約結果，變更管理者，或分析共有財產時，非登記之，不得對抗夫婦之承繼人，及第三者。外國人爲異於夫之本國法定財產制之契約者，婚姻之後，取得日本國籍，或定住所於日本時，非於一年以內，登記其契約，則在日本，不得以之對抗夫婦之承繼人，及第三者。此日民契約財產制之大略也。第二款之規定：夫負擔自

婚姻所生之一切費用，（妻爲戶主時妻負擔之）夫或女戶主，於配偶者之財產，有從其用法而爲使用收益之權，並得由其孳息內，償還債務之利息。至於妻之財產，則定爲歸夫管理，法院因夫之請求，使夫對於其財產之管理及返還，供相當之擔保，夫不能管理時，始由妻自行管理。夫管理妻之財產，或妻爲夫之代理時，須與爲自己同一之注意。至於夫爲妻借財，讓與妻之財產，或以妻之財產供擔保者，須得妻之承諾。（但以管理之目的而處分孳息時不在此限）日常家事，妻視爲夫之代理人，夫得否認其代理權之全部或一部，但不得以之對抗善意之第三人。妻或贅夫自婚姻前所有之財產，及婚姻中，以自己之名義所得之財產，爲其特有財產。屬於夫，抑屬於婦不分明之財產，推定爲夫或女戶主之財產。此日民法定財產制之大略也。

第一款 通則

第十解 本款之總說明

第一 大旨

本案所謂夫妻財產制，分法定財產制，及約定財產制，均於本節第二款以下，設有詳細之規定。而以共同適用之事項，規定於本款，是爲通則。第一〇〇四條：規定約定財產制之選擇。第一〇〇五條：規定夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，適用法定財產制。第一〇〇六條：規定法定代理人，對於夫妻，以契約訂立變更或廢止夫妻財產制之同意權。第一〇〇七條：規定夫妻財產契約之方式。第一〇〇八條：規定夫妻財產契約，對於第三人之效力。第一〇〇九條：規定法定之分別財產制。第一〇一〇條及第一〇一一條：規定判定之分別財產制。第一〇一二條：規定夫妻廢止其財產契約，及改用他種約定財產制之自由，第一〇一三條：規定法定特有財產。第一〇一四條：規定約定特有財產。第一〇一五條：規定關於特有財產適用之條文。

第二 內容

夫妻財產契約，如由夫妻間自由訂定。則漫無標準，第三人與之交易，殊感困難，在社會

上甚覺不便。故本法雖明定夫妻得於結婚前，或結婚後，以契約就本法所定之約定財產制中，選擇其一，爲其夫妻財產制。然如未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，則以法定財產制，爲其夫妻財產制，換言之，即夫之與妻，必於法定財產制之聯合財產制，與約定財產制之共同財產制統一財產制及分別財產制中，任以其一爲夫妻財產關係之準據。以期保護交易之安全，並定明夫妻財產制契約之訂立變更或廢止，應以書面爲之，且非經登記後，不得以之對抗第三人。

夫妻以契約選定約定財產制者，於其婚姻關係存續中，是否可以契約廢止或變更，各國法律不同，本法則明定其得以契約廢止其財產契約，或改用他種約定財產制，惟須以書面爲之，且非經登記後，不得以之對抗第三人。關於登記，另有夫妻財產契約登記法。

夫妻財產制，原爲維持夫妻間之共同生活而設之制度，如夫妻任何一方，已受破產之宣告，或有其他法定原因，則夫妻財產制之維持，已不可能，故本法特設當然分別財產制，及判定分別財產制之規定，即前者一有法定原因，其夫妻財產制，即當然成爲分別財產制，

後者則由法院因夫妻一方或債權人之請求，宣告改用分別財產制，但仍以法定原因爲限俾免流弊。（參照本法第一〇〇九條至第一〇一一條）

各國法律，關於組成夫妻財產制之財產，原有限制，其組成夫妻財產制之財產，謂之夫妻財產，其未組成夫妻財產制之財產，謂之特有財產，特有財產，有以法定特有財產爲限者，有於法定特有財產外，兼許夫妻得以契約訂定以一定之財產，爲特有財產者。本法則做後之立法例，分設法定特有財產，及約定特有財產之規定。所謂法定特有財產，以下列財產爲限：（一）專供夫妻個人使用之物。（二）夫或妻職業上必須之物。（三）夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明爲其特有財產者。（四）妻因勞力所得之報酬。無論其爲法定特有財產，及約定特有財產，皆適用關於分別財產之規定，俾資準據。

第十一解 本款之逐條說明

第一千零零四條 夫妻得於結婚前或結婚後以契約就本法所定之約定財產制中選擇其一爲其夫妻財產制

本條規定約定財產制之選擇。查夫妻財產關係，是否許結婚當事人自由訂定？各國法律不同，有於法定財產制外，不許有夫妻財產契約者，如墨西哥及蘇俄是。有於法定財產制外，許有夫妻財產契約者，如法國比國德國奧國波蘭捷克荷蘭義大利羅馬尼亞瑞士土耳其葡萄牙西班牙日本及南美諸州是。本法採多數立法例，於法定財產制外，結婚當事人，不問於結婚前或結婚後，均有訂立夫妻財產契約之自由。但其自由，各國法律，有無限制者，如法國比國荷蘭挪威波蘭捷克西班牙葡萄牙日本及南美諸州是。有有限制者，如德國瑞士及土耳其是。本法則採後之立法例，即夫妻得以契約，於本法所定之約定財產制中，選擇其一，爲其夫妻財產制。所謂約定財產制，指共同財產制，統一財產制，及分別財產制三者而言。至本法所以限制必於約定財產制中，選擇其一者，蓋夫妻財產契約，若由夫妻間自由訂定，則第三人與之交易，殊感困難，在社會上甚覺不便也。

第一千零零五條 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

本條規定夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，適用法定財產制。以我國婚姻習慣而論，就中關於財產部分，鮮有訂立契約，考之各國，對於此點，雖許有契約之自由，然實際上訂立契約者，仍居少數。逆料我國將來，訂立契約者，亦不甚多。故本法爲使夫妻財產得一適當解決計，特於本條明定，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。所謂法定財產制，指聯合財產制而言。所謂另有規定。以本法爲限，如第一〇〇九條，第一〇一〇條，及第一〇一一條規定之情形是。

第一千零零六條 夫妻財產制契約之訂立變更或廢止當事人如爲未成年 人或爲禁治產人時應得其法定代理人之同意

本法規定法定代理人，對於夫妻以契約訂立變更或廢止夫妻財產制之同意權。夫妻財產制契約之訂立變更或廢止，當事人須有辨別能力。故本條明定，當事人如爲禁治產人，關於夫妻財產制契約之訂立變更或廢止，應得法定代理人之同意。至若未成年，原有法定代理人，但如一旦結婚，則有行爲能力，（參照本法總則第十三條第三項）其爲法律行爲，以

無須法定代理人同意之必要。惟本法所定結婚年齡，並不甚高，且未達結婚年齡之結婚，又非根本無效，故爲避免流弊起見，當事人如爲未成年人，縱已結婚，關於夫妻財產制契約之訂立變更或廢止，亦應得法定代理人之同意。

第一千零零七條 夫妻財產制契約之訂立變更或廢止應以書面爲之

本法規定夫妻財產制契約之方式。夫妻財產制契約，對於夫妻間財產上之權利義務，關係極大，故本條規定，夫妻財產制契約之訂立變更或廢止，應以書面爲之，以昭鄭重，而免爭議。關於此點，須參照民法第三條及第七三條之規定。

第一千零零八條 夫妻財產制契約之訂立變更或廢止非經登記不得以之

對抗第三人

前項登記另以法律定之

本條規定夫妻財產制契約，對於第三人之效力。夫妻財產制契約，與普通契約無異，其對於第三人，非當然有對抗之效力。然若絕對不許對抗，則夫妻財產制契約之效力，未免薄

弱，故本法採登記對抗主義，而於本條規定，夫妻財產制契約之訂立變更或廢止，非經登記後，不得以之對抗第三人，如未爲登記，則此契約惟於訂約當事人間爲有效，即第三人得因一己之便利，主張其曾爲契約之訂立變更或廢止，而訂約當事人，則無論第三人之爲善意惡意，均不得有所主張。關於夫妻財產制契約之登記，外國法律，有以之規定於民法法典中者，本法以其具有程序法之性質，故明定其另以法律定之。

第一千零零九條 夫妻之一方受破產宣告時其夫妻財產制當然成爲分別財產制

本條規定法律上之分別財產制。夫妻財產制，原爲維持夫妻間之共同生活而設之制度，如夫妻任何一方，已受破產之宣告，則夫妻財產制之維持，已不可能，故本條明定其夫妻財產制，當然成爲分別財產制。所謂夫妻財產制，固兼指法定財產制，及約定財產制而言。然若原爲約定財產制中之分別財產制，則已無成爲分別財產制之必要。至何時成爲分別財產制，自應以受破產宣告之時，爲其起點。

第一千零一十條 有左列各款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

- 一 夫妻之一方依法應給付家庭生活費用而不給付時
- 二 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
- 三 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

本條規定裁判上之分別財產制。本條與前條異者，前條爲法律上之分別財產制。即一有法定原因，不待請求宣告，即當然成爲分別財產制。本條則須請求法院宣告，始改用分別財產制。其得請求宣告改用分別財產制之情形有三：（一）夫妻之一方，依法應給付家庭生活費用而不給付時。家庭生活費用，依據本法，原則上應由夫給付，但妻有時亦負給付家庭生活費用之義務，應給付而不給付，即爲裁判上改用分別財產制之原因。（二）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。所謂夫妻之總財產，指

組成夫妻財產制之財產總額而言，特有財產，不包含在內。(三) 夫妻之一方，爲財產上之處分，應得他方之同意，而他方無正當理由，拒絕同意時。拒絕同意，以無正當理由者爲限，無正當理由，拒絕同意，卽不當拒絕同意之謂。凡此種種，皆已顯露不能維持夫妻財產制之破綻，故本條規定，一有此種情形，法院因夫妻一方之請求，不能不宣告改用分別財產制。至改用分別財產制之時期，應自法院宣告之時爲始。

第一千零一十一條 債權人對於夫妻一方之財產已爲扣押而未得受清償時法院因債權人之聲請得宣告改用分別財產制

本條規定裁判上之分別財產制，在於保護債權人之利益。蓋債權人之對於夫妻一方，未組成夫妻財產制之財產，已爲扣押，仍不足以受充分之清償，如不許其聲請法院，宣告改用分別財產制，則債權人之債權，不免因此受損，故本條規定，法院因債權人之聲請，得宣告改用分別財產制。但與前條不同者，前條一經夫妻一方之請求，法院卽應爲改用分別財產制之宣告，本條則債權人縱爲聲請，法院宣告改用分別財產制與否？尚有職權裁量之自

由。至改用分別財產制之時期，應自法院宣告之時爲始，則與前條無異。

第一千零一十二條 夫妻於婚姻關係存續中得以契約廢止其財產契約或改用他種約定財產制

本條規定夫妻廢止財產契約，或改用他種約定財產制之自由，夫妻財產制，無論其爲法定制或約定制，是否一經實行，雙方當事人，卽不能自由變更，各國法律不同：有在婚姻關係存續中，不得以契約變更者，如法國比國荷蘭波蘭義大利羅馬尼亞西班牙葡萄牙日本及南美諸州是。有在婚姻關係存續中，得以契約變更者，如德國奧國捷克斯拉夫巨哥斯拉夫及巴拿馬等國是。有於一定條件之下，得以契約變更者，如瑞士及土耳其等國是。本法則大體採用第二種立法例，卽夫妻以契約選定財產制者，於婚姻關係存續中，得以契約廢止其財產契約，或改用他種約定財產制。廢止其財產契約，乃根本使其財產契約，歸於消滅，而不另行以契約選定他種約定財產制之謂。於此情形，應以法定財產制，爲其夫妻財產制。（參照本法第一〇〇五條）

第一千零一十三條 左列財產爲特有財產

- 一 專供夫或妻個人使用之物
- 二 夫或妻職業上必需之物
- 三 夫或妻所受之贈物經贈與人聲明爲其特有財產者
- 四 妻因勞力所得之報酬

本條規定法定特有財產。各國法律，關於組成夫妻財產制之財產，原有限制，其組成夫妻財產制之財產，謂之夫妻財產。其未組成夫妻財產制之財產，謂之特有財產。特有財產，有屬於法定者，有屬於約定者，本條則屬法定特有財產之規定。其範圍如次：(一) 供夫或妻個人使用之物，如夫或妻日常所服之衣履是。(註二十一)(二) 夫或妻職業上必需之物，如夫爲律師所用之法律書籍，妻爲教師所用之參考課本是。(三) 夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明爲其特有財產者。所謂贈物，不問爲其生前贈與之物，死後贈與之物，皆是。但在外國法律，有明定此項贈與，須在特留財產之外者，關於此點，繼承法上已有相當

之規定，茲不涉及。（參照本法第一一八七條）（四）妻因勞力所得之報酬。如妻因工作所得之工資是。所謂因勞力所得之報酬，指一切有償取得而言。如屬無償取得，則不包含在內。（參照本法第一〇一七條第一項）

【註三十一】（一）離婚之婦，無論由何原因，其嫁奩既為專供其個人使用之物，屬其特有財產，當然聽其攜去。

（二）夫家致送聘財，在習慣上僅為定婚之一要件，殊無因離婚之故而概請返還之理。（三）夫婦無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦宜給付相當養贍費之義務，但其數額之核定，應予斟酌養贍義務人之資力及養贍權利人之需要以為標準。（四）夫婦離婚後關於子女之監護，雙方未有約定者，該子女在原則，固應由夫即該子女之父任其監護之責。但該子女如果確因年幼而有不能離母，或其父尙有遺棄之情形，法院亦得為該子女利益計，酌定其母即離婚之妻，為該子女之監護人。參考法條民法第一〇一三條第一款同法第一〇五七條第一〇五五條第一〇五一條。二十一年二月十二日上午字第二三三號離婚滲訟判決要旨。

第一千零一十四條 夫妻得以契約訂定以一定之財產為特有財產

本條規定約定特有財產。各國法律，於法定特有財產外，是否尙認約定財產，頗不相同。本法則倣德國及瑞士立法例，於法定財產制外，復認約定財產制。（德國民法第一三六八條瑞士民法第一九〇條）本法所以認約定財產制者，蓋夫妻雙方財產之多寡，非必相同，除以契約選定分別財產制，爲夫妻財產制外，無論以法定財產制爲夫妻財產制，抑以共同財產制或統一財產制爲夫妻財產制，未必卽屬相當。故本法許其得以契約訂定，以一定之財產，爲特有財產，以期允洽。

第一千零一十五條 前二條所定之特有財產適用關於分別財產制之規定

本條規定特有財產之效力。關於特有財產之效力，各國法律，多明定其適用分別財產制之規定，（德民法第一三七一條瑞士民法第一九二條）本法從之。既適用分別財產制之規定，則夫妻對於其特有財產，各保有其所有權，管理權，及使用收益權。妻以其特有財產之管理權，付與於夫者，推定夫有以該財產之收益，供家庭生活費用之用，夫並得請求妻對於家庭生活費用，爲相當之負擔。（參照本法第一〇四四條以下）

第二款 法定財產制 *Statutory Regimes, Du régimes légal des biens*

第十二解 本款之總說明

第一 大旨

中央政治會議原則，以聯合財產制爲法定財產制。第一〇一六條規定聯合財產之意義。第一〇一七條規定妻之原有財產等。第一〇一八條規定夫對聯合財產之管理權。第一〇一九條規定夫對於妻之原有財產之使用收益權。第一〇二〇條，規定夫對於妻之原有財產之處分權。第一〇二一條規定：妻對於聯合財產之處分權。第一〇二二條：規定妻之利益之保全。第一〇二三條：規定夫對於債方之責任。第一〇二四條及第一〇二五條：規定妻對於債方之責任。第一〇二六條：規定妻對於家庭生活費用之責任。第一〇二七條：規定夫妻間之補償請求權。第一〇二八條：規定妻死亡時，妻之原有財產之歸屬。第一〇二九條：規定夫死亡時，妻對於原有財產之取回。第一〇三〇條：規定聯合財產之分割。

第二 內容

本款內容。有應說明者五：

一 所謂聯合財產，指結婚時，屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中夫妻所取得之財產而言。但妻之法定特有財產，不在其內。此為各國之所同，本法從之。聯合財產制之特質，在以妻之原有財產，附屬於夫之財產，而妻對於原有財產，仍保留其所有權，故本案特揭襲原有財產之範圍，即聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，由妻保有其所有權，而夫之原有財產，及不屬於妻之原有財產之部分，其所有權，則屬於夫。

二 在聯合財產制之下，妻於其原有財產，雖保有其所有權，然係將其財產集中於夫一方，故聯合財產，由夫管理，夫對妻之原有財產，且有使用收益之權，但對於妻之原有財產之處分，則須得妻之同意為之，以杜專擅。此外關於妻之原有財產，夫因妻之請求，有隨時報告其狀況之義務。

三 在聯合之財產制之下所生之債務，有應由夫清償者，有應由妻清償者，而於後者之中，有應由妻就其財產之全部負清償之責者，有應由妻就其特有財產負清償之責者，本法亦做一般立法通例，特為分別規定，俾資適用。妻之原有財產所負債務，而以夫之財產清償，夫之債務而以妻之原有財產清償，或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，並明認其有補償請求權。

四 妻之原有財產，已組成聯合財產，由夫管理使用及收益，且其孳息之所有權，又屬於夫，故家庭費用，自應由夫負擔，必於夫無支付能力時，始由妻就其財產之全部負擔之。

五 聯合財產制解除之際，妻之原有財產歸屬如何？本法設有明文解決：（一）妻死亡時，妻之原有財產，歸屬於妻之繼承人，如有短少，由夫負補償之責。（二）夫死亡時，妻取回其原有財產，如有短少得向夫之繼承人，請求補償。（三）除上述兩種情形外，其他關於聯合財產之分割，原則上由妻取回其原有財產，如有短少，由夫或其繼承人負補償之責。但無論何種情形，如聯合財產而有剩餘，則妻不得請求分派，蓋聯合財產之最大原理

，即妻之原有財產，不因組入夫妻財產，有所增減也。

第十三條 本款之逐條說明

第一千零一十六條 結婚時屬於夫妻之財產及婚姻關係存續中夫妻所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

本條規定聯合財產之意義。查以聯合財產制爲法定財產制者；爲法國瑞士（瑞民一九四條兼以所得共同制包含於中）日本及美國之各州，此種制度，以妻之財產，除特有者外，集中於夫之一方，但仍各別保有其所有權，既便於維持共同之生活，復足以保護雙方之權利，折衷得當，於我國情形，甚爲適合。故本法依中央政治會議原則，以聯合財產制爲法定財產制，而於本條規定聯合財產制之意義，即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，但妻依第一〇一三條規定之特有財產，不在聯合財產之內。第一〇一三條規定之特有財產，即法定特有財產。本法以妻之法定特有財產爲限，

認爲聯合財產之例外者，蓋於聯合財產制。如許妻得以契約以一定財產，爲其特有財產，（即約定特有財產參照本法第一〇一四條）恐於夫有所不利故也。

第一千零一十七條 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
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
由妻之原有財產所生之孳息其所有權歸屬於夫

本條規定妻之原有財產。查聯合財產制之特質，在以妻之原有財產，附屬於夫之財產，而妻對於原有財產，仍保有其所有權，與約定財產制中之共同財產制，以夫妻之財產及所得，合併爲共同財產者不同。（參照本法第一〇三一條第一項）惟何者爲妻之原有財產？各國法律，不盡相同，有僅就妻之財產區分爲原有財產及特有財產，而不明示原有財產之範圍者，有認妻於結婚時所有之財產。及婚姻關係存續中無償取得之財產，爲妻之原有財產，及就聯合財產，除去妻之原有財產外，皆屬於夫之所有者，前者如法德等國是。後者如瑞

士是。本法則做瑞士立法例，（參照瑞士民法第一九五條）而於本條規定，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中依繼承或其他方法無償取得之財產，為其原有財產，由妻保有其所有權，且明定聯合財產中夫之原有財產，及不屬於妻之原有財產之部分，其所有皆屬於夫。至由妻之原有財產所生之孳息，本法亦做瑞士民法。以其所有權歸屬於夫，蓋家庭生活費用，原則上由夫負擔，（參照本法第一〇二三條第二款）不如此不足以資調劑也。本條所謂孳息，指法定孳息及天然孳息而言。至應以孳息可得收取之時，或與原物分離之時，為其所有權歸屬之期，事屬當然，無待明文規定也。（參照本法第六九條第七〇條）

第一千零一十八條 聯合財產由夫管理其管理費用由夫負擔

本條規定夫對於聯合財產之管理權。查聯合財產制之特色，雖妻對於其原有財產，仍保有其所有權，原將其財產集中於夫之一方，由夫管理之。此在以聯合財產制，為法定財產制之各國，莫不如是。本法亦然，聯合財產，既由夫管理，其管理費用，自應由夫負擔。至管理方法，外國法律，有明定其須與自己之事務為同一之注意者。（參照日本民法第八〇

五條）本法不設規定，解釋上自屬相同。

第一千零一十九條 夫對於妻之原有財產有使用收益之權

本條規定夫對於妻之原有財產之使用收益權。在以聯合財產制爲法定財產制之各國，皆許夫對於妻之原有財產，有使用收益權。惟其範圍有廣狹之差，有認爲普通用益權，完全適用關於用益權之規定者，有認爲特種權利，與普通用益權不同在原則上不適用關於用益權之規定者，本法則做瑞士民法，而採第一種立法例。至使用收益之責任如何？各國法律，亦不一致，日本民法規定，使用收益，須依其用法爲之。（日本民法第七九九條第一項）瑞士民法，則明定其應與普通用益權人負同一之責。（瑞士民法第二〇一條第一項）本法對於此點，雖不設明文規定。然在解釋上，夫自應依照一般原則，以善良管理人之注意，使用收益妻之原有財產焉。（參照本法第四三二條）

第一千零二十條 夫對於妻之原有財產爲處分時應得妻之同意但爲管理上所必要之處分不在此限

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為該財產屬於妻者不在此限

本條規定夫對於妻之原有財產之處分權。夫對於妻之原有財產，雖得管理使用及收益，然不能謂其不經同意，即當然有處分權。此為以聯合財產制為法定財產制之各國，大體之所同。但在日本民法，夫為妻借財，讓與妻之財產，以之供擔保或超過第六〇二條之期間，為其租賃，須得妻之承諾，惟以管理之目的，處分孳息，則無須得妻承諾之必要。（日本民法第八〇二條）瑞士民法，妻之現金，與其他代替物，及未經劃歸於妻之無記名證券，皆屬於夫，夫可自由處分，惟妻對於其價值有補償請求權。（瑞士民法第二〇一條第三項）而德國民法，對於此點，則以為家用之目的起見，方屬於夫為條件，夫可自由處分，無須得妻之同意。本法原則上，夫處分妻之原有財產，應得妻之同意。但為管理上所必要之處分，則為例外。所謂管理上所必要之處分，指管理權範圍內之處分而言。本法以其認為例外者，蓋所以期日常生活之便利也。如應經妻之同意，而未得其同意，在夫處分行為，固

屬無效，而原則上亦不能以之對抗一般之第三人。但第三人已知，或可得而知其欠缺，或依情形，可認為該財產屬於妻者，則屬例外。已知，即明知之謂，可得而知，即應知而不知之謂。至依情形可認該財產屬於妻，則其夫無處分之權，甚為顯然，此時第三人係屬惡意，亦無加以保護之必要也。

第一千零二十一條 妻對於聯合財產於第一千零零三條所定代理權限內得處分之

本條規定妻對於聯合財產之處分權。夫妻於日常家務，原可互為代理人。（本法第一〇〇三條）妻對於代理權之範圍內，對於聯合財產，自屬有權處分，惟在聯合財產制，既以聯合財產之處分權，屬之於夫，誠恐有所誤會，故本法特設注意規定，明定妻對於聯合財產，於第一〇〇三條所定代理權限內，得處分之。

第一千零二十二條 關於妻之原有財產夫因妻之請求有隨時報告其狀況之義務

本條規定之利益之保全。在聯合財產制，聯合財產，原係由夫管理，（參照本法第一〇一八條）所謂聯合財產，包含妻之原有財產在內。如夫管理不當，妻即不免發生損害，故各國法律，多設妻之利益保全之規定。有規定妻於夫之不動產上，有法律上之抵押權者，如我第二次草案一千一百四十四條第二項及法國民法是。有規定妻於夫之不動產上，有契約上之抵押權者，如荷蘭及西班牙民法是。有選命其提供擔保者，如日本民法是。本法則大體做瑞士民法，明定關於妻之原有財產，夫因妻之請求，有隨時報告其狀況之義務。但夫因妻之請求，提供擔保一層，則為本法所不採。（參照瑞士民法第二〇五條）

第一千零二十三條 左列債務由夫負清償之責

- 一 夫於結婚前所負之債務
- 二 夫於婚姻關係存續中所負之債務
- 三 妻因第一千零零三條所定代理行為而生之債務

本條規定夫對於債務之責任。在聯合財產制之下，所生之債務，有應由夫清償者，有應由

妻清償者，本法亦做一般通例，分別規定之。其應由夫負清償之債務如下：（一）夫於結婚前所負之債務。夫於結婚前所負之債務，與妻無涉，故應由夫自行清償。（二）夫於婚姻關係存續中所負之債務。妻以其原有財產與夫之財產，組成聯合財產以後，聯合財產之管理使用及收益，既均由夫爲之。（參照本法第一〇一九條第一〇二〇條）即婚姻關係存續中所負之債務，自應由夫負清償之責。婚姻關係存續中所負之債務，包含由家庭生活費用所負之債務在內。（三）妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務。妻在第一〇〇三條代理權範圍內所爲之行爲，不啻爲夫爲之，故因此所生之債務，由夫負清償之責。但在聯合財產制，就聯合財產中，除去妻之原有財產，其所有權皆屬於夫。（參照本法第一〇一七條第二項）故本條祇云由夫負清償之責，而不明示其爲何種之財產。（參照本法第一〇二四條第一〇二五條）

第一千零二十四條 左列債務由妻就其財產之全部負清償之責

一 妻於結婚前所負之債務

二 妻因職務或業務所生之債務

三 妻因繼承財產所負之債務

四 妻因侵權行為所生之債務

本條規定妻對於債務之責任。妻對於債務之責任，有應就其財產之全部負清償之責者，有僅就其特有財產負清償之責者，前者於本條規定之，所謂財產之全部，兼指妻之原有財產及特有財產而言。（參照本法第一〇一七條第一〇二三條及第一〇一四條）妻應以其財產全部負清償責任之債務如下：（一）妻於結婚前所負之債務，妻於結婚前所負之債務，與夫無涉，故應由妻就其財產全部自行清償。（二）妻因職務或業務所生之債務，妻有完全之行為能力，原可從事一定之職業或業務，但妻因勞力所得之報酬，為其特有財產，（參照本法第一〇一三條第四款）故因此所生之債務，自應由妻就其財產全部負清償之責。（三）妻因繼承財產所負之債務。妻於婚姻關係存續中，依繼承所得之財產，為其原有財產，妻對於原有財產，仍保有其所有權，（參照本法第一〇一七條）故因繼承財產所負之債務，

自應由妻就其財產全部清償之。(四) 妻因侵權行爲所生之債務，所謂侵權行爲，包含民法上之損害行爲，及刑法上之犯罪行爲，凡足以構成損害賠償者，皆屬之。

第一千零二十五條 左列債務由妻僅就其特有財產負清償之責

一 妻就其特有財產設定之債務

二 妻逾越第一千零零二條代理權限之行爲所生之債務

本條亦係規定妻對於債務之責任。但與前條不同者，前條係以財產之全部，爲其負責之範圍。本條則以妻之特有財產爲限。妻僅就其特有財產負清償責任之債務如下：(一) 妻就其特有財產設定之債務，妻之特有財產，並不組入於聯合財產，而自保有其完全之所有權，故就其特有財產設定之債務，自應以其特有財產清償之。(二) 妻逾越第一千零零三條代理權限之行爲所生之債務。妻於第一〇〇三條代理權之範圍內，原有代理其夫爲一切行爲之權，然如逾越範圍，則與無權代理無異。(參照本法第一〇〇條)故因此所生之債務，應由妻之特有財產清償之。與妻於代理權範圍內所生之債務，應由夫負清償之責者，不同。

(參照本法第一〇二三條第三款)

第一千零二十六條 家庭生活費用夫無支付能力時由妻就其財產之全部負擔之

本條規定於家庭生活費用之責任。妻之原有財產，已組成聯合財產，由夫管理使用及收益，且其孳息之所有權，亦屬於夫，（參照本法第一〇一六條第一〇一七條第二項第一〇一八條及第一〇一九條）故本法第一〇二三條第二款規定，夫於婚姻關係存續中所負之債務，由夫負責償之責。此項債務，即包含由家庭生活費用所負債務在內。（參照第一〇二三條說明）由家庭生活費用所負之債務，既由夫負責償之責，則家庭生活費用，應由夫負擔，自不待言，但如夫無支付能力，則家庭組織，行將解體，故本法規定由妻就其財產全部負擔之。此在人情，實所應爾。所謂就其財產全部負擔者。指妻應行負擔家庭生活費用之範圍而言。妻之負擔家庭生活費用，既屬例外，自必夫先為負擔，如有不足，始由妻補充之。

第一千零二十七條 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

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

本條規定補償請求權。某種債務，應由夫負清償之責，某種債務，應由妻就其全部財產負清償之責，或應由妻僅就其特有財產負清償之責，本法規定甚詳，不容牽混。（本法第一〇二三條至第一〇二五條）顧有無相通，即在常人亦常有之，矧屬夫婦，更所不免。故妻之原有財產所負之債務，而以夫之財產清償，或夫之債務，而以妻之原有財產清償，均無不可。惟夫妻之一方，不因同財共居，而對於他方喪失其補償請求權。但行使補償請求權之時期，則有限制，蓋夫之財產，與妻之原有財產，皆爲組成聯合財產之成分，如得隨時請求補償，則聯合財產，立兆分裂，殊非所以維持夫妻共同生活之利益。故在聯合財產關

係消滅前，不得請求補償。但補償請求權，於移用財產時，即已發生，不過惟於此時，始得行使耳。第此係就夫之財產與妻之原有財產之移用關係而言，若夫妻之特有財產，與夫妻間之聯合財產，則權有專屬，縱使彼此暫時移用，亦得即時請求補償，以清責任。故妻之特有財產所負之債務，而以聯合財產清償，或聯合財產所負之債務，而以妻之特有財產清償者，縱在婚姻關係存續中，亦得爲補償之請求。所謂妻之特有財產所負之債務，即本法第一〇二五條，妻應以特有財產負清償責任之債務是。所謂聯合財產所負之債務，則指本法第一〇二三條，應由夫負清償責任之債務而言。

第一千零二十八條 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

本條規定妻死亡時，其原有財產之歸屬。妻雖將其原有財產，組成聯合財產，然仍保有其所有權。（參照本法第一〇一七條）故妻如死亡，則聯合財產，應行解散，而以妻之原有財產，歸屬於妻之繼承人。所謂妻之繼承人，夫亦包含在內。（參照本法第一一四四條）夫之

繼承法上之請求權，不因此而受妨害，自屬當然。妻之原有財產，如有短少，並應由夫補償，以期無損於妻之繼承人之利益。但其負責範圍，以可歸責於夫之事由而生者爲限。至應否歸責於夫？則依夫之管理妻之原有財產，是否無忝於與自己事務爲同一之注意決之。

（參照本法第一〇一八條說明）

第一千零二十九條 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

本條規定夫死亡時，妻對於原有財產之取回。本條與前條規定之旨趣相同。惟前條係妻死亡時，妻之原有財產，歸屬於妻之繼承人。本條係夫死亡時，妻取回其原有財產，如有短少，並得向夫之繼承人，請求清償。但有注意者二：（一）妻之原有財產之短少，應以因可歸責於夫之事由而生者爲限，本條雖不設明文，解釋上自應如此。（二）妻在法律上，亦得爲夫之繼承人，（參照本法第一一四四條）其短少部分，得因混同而消滅，是爲當然。此與前條夫爲妻之繼承人時。其補償請求權，因混同而消滅者同。

第一千零三十條 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由可歸責於妻之事由而生者不在此限

本條規定聯合財產之分割。妻對於原有財產，既仍保有其所有權，故聯合財產，縱非因夫或妻之死亡而分割，其原有財產，亦應由妻自行取回，此爲各國法律之所同，在瑞士民法，如有剩餘，以其三分之一，歸屬於夫及其繼承人。（瑞士民法第二一四條第一項）德國民法，則無分配剩餘之規定。聯合財產之最大原理，即妻之原有財產，不因組入夫妻財產而增減。衡諸事理，自以德國民法爲是。故本法不設分配剩餘之規定。但法律另有規定者，則屬例外。所謂法律另有規定，如本法第一〇二八條第一〇二九條及第一〇五八條之規定是。妻之原有財產，如有短少，則由夫或其繼承人負補償之責。但其短少，如因可歸責於妻之事由而生，則無使夫或其繼承人負賠償責任之理由。故本條特設但書規定，以限制之

第三款 約定財產制 Contractual Regimes

第一目 共同財產制 Community of property

第十四解 本款及本目之總說明

第一 大旨

中央政治會議原則，以共同財產制，統一財產制，及分別財產制，爲約定財產制。本目則屬共同財產制之規定。第一〇三一條，規定一般共同財產之意義。第一〇三二條，規定夫對於共同財產之管理權。第一〇三三條，規定共同財產之處分，第一〇三四條，規定夫對於債務之責任。第一〇三五條，及第一〇三六條，規定妻對於債務之責任。第一〇三七條，規定對家庭生活費用之負擔。第一〇三八條，規定夫妻間之補償請求權。第一〇三九條，規定夫妻之一方死亡時，共同財產之分割。第一〇四〇條，規定共同財產關係消滅時共同財產之分割。第一〇四一條，規定所得共同權。

第二 內容

本目規定之內容，有應說明者五：

(一) 夫妻之財產及所得合併而成之財產，謂之共同財產，其所有權屬於夫妻之共同共有，管理權則屬於夫，此為各國法律之所同，本法從之。所謂夫妻之財產，指夫妻現有及將來取得之一切動產不動產而言。所謂夫妻之所得，凡精神上及勞力上之所得，皆屬之。但在外國法律，有對於不動產，設有特別條件者，亦有對於妻之勞力所得，定為例外者，本法則明定特有財產，為共同財產之例外，不因不動產與勞力所得而設何種之差別。

(二) 在共同財產制之下所生之債務，與聯合財產制同，有應由夫負擔者，有應由妻負擔者，而於兩者之中，由妻個人，並就共同財產負擔清償之責任，亦有應由妻僅就其特有財產負擔清償之責者，本法亦做一般立法通例，特為分別規定，共同財產與特有財產，既判然有別，則共同財產之債務，而以特有財產清償，或特有財產之債務，而以共同財產清償，自應認其有補償請求權，本法特設第一〇三八條之規定以明示之。

(三) 關於家庭生活費用之負擔，因聯合財產，與共同財產而不同，在聯合財產制，原則上由夫負擔，在共同財產制，原則上由共同財產負擔，蓋一則係以妻之原有財產，附屬於夫之財產，一則係以夫妻之財產及所得，組成共同財產故也。但家庭生活費用，於共同財產，不足負擔時，妻個人亦應負責。此與聯合財產制，又屬相似也。

(四) 依照一般公同共有之法則，公同共有關係消滅時，公同共有物之分割，應按照其應有部分爲之，本法所規定者，則爲一般法則之例外，即夫妻之一方死亡時，關於共同財產之分割，原則上採平等分割主義。以共同財產之半數，歸屬於死亡者之繼承人，其他半數，歸屬於生存之他方，共同財產關係消滅時亦同。

(五) 徵之一般法律，共同財產制，原有一般共同制，動產及所得共同制，與夫所得共同制之三種。本案則惟設一般共同制與所得共同制之規定。在所得共同制之下，於婚姻關係存續中，夫妻所得者，皆爲共同財產，其雙方現有之動產與不動產，及將來無償取得之一切財產，皆不在共同財產範圍之內，此制在法定制之蘇俄西班牙，及南美諸國，及約定制

之德國法國瑞士土耳其等國，大都皆然，本法從之。

第十五解 本款第一目共同財產制之逐條說明

第一千零三十一條 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

共同財產夫妻之一方不得處分其應有部分

本條規定一般共同財產之意義。夫妻之財產及所得合併而成之財產，謂之共同財產。其所
有權屬於夫妻之公同共有，爲各國法律之所同。所謂夫妻之財產，指夫妻現有及將來取得
之一切動產不動產而言。所謂夫妻之所得，凡精神上及勞力上之所得皆屬之。但在外國法
律，有對於不動產，設有特別條件者，如芬蘭是。亦有對於妻之勞力之所得，定爲例外者
，如瑞士是。本法則明定特有財產，爲共同財產之例外，不因不動產與勞力所得而設何種
之差別，所謂特有財產，兼指法定特有財產，及約定特有財產而言。本法第一〇一三條及
第一〇一四條，已明定之。至公同共有之共有人，不得自由處分其應有部分，此就公同共

有之理論言之，是爲當然。（參照本法第八一九條）本法特設注意規定，俾免權利之濫用。

第一千零三十二條 共同財產由夫管理其管理費用由共同財產負擔

本條規定夫對於共同財產之管理權。共同財產制之特質，在以一定之財產，爲夫妻共同財產，關於共同財產之管理權，用益權，原則上屬之於夫，多數國之法律，大都如此，本法亦然。但本法祇云共同財產，由夫管理，而於用益權，不設明文規定，解釋上自屬於夫，共同財產之管理權，雖屬於夫，然其管理純在保持雙方之利益，故其管理費用，由共同財產負擔。（參照本法第八二三條第一項）此與聯合財產之由夫管理，由夫負擔費用者，固不同也。（參照本法第一〇一八條）共同財產之管理權，固專屬於夫，妻於第一〇〇三條代理權之範圍內，代爲管理，自無不可。

第一千零三十三條 夫妻之一方對於共同財產爲處分時應得他方之同意
但爲管理上所必要之處分不在此限

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

情形可認為該財產屬於共同財產者不在此限

本條規定共同財產之處分，關於共同財產之處分，依多數國法律，原則上屬之於夫。但有限制，有關於不動產之處分。須得妻之同意者，（葡萄牙及芬蘭須由雙方共同處分）有關於無償之處分，須得妻之同意者，而此限制，有不分動產不動產均適用者，如德國民法第一四四六條之規定是。有分別動產與不動產而為規定者，如法國民法第一四二二條之規定是。瑞士民法，則以屬於純粹管理事項，為夫或妻處分權之限制，在此範圍外，則須由雙方共同處分，或一方得他方之同意。本法則做瑞士立法例，而於本條規定，妻之一方，對於共同財產，為處分時，除為管理上所必要者外，應得他方之同意。（參照本法第八二六條）其餘則與第一〇二〇條規定之旨趣同。

第一千零三十四條 左列債務由夫個人並就共同財產負清償之責

一 夫於結婚前所負之債務

二 夫於婚姻關係存續中所負之債務

三 妻因第一千零零三條所定代理行爲而生之債務

四 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

本條規定夫對於債務之責任。在共同財產制之下，所生之債務，與聯合財產制同。有應由夫負擔者，有應由妻負擔者，本法亦做一般立法例，分別規定之：（一）夫於結婚前所負之債務。夫妻共同生活，自結婚之時爲始，夫於結婚前所負之債務，與妻無涉，故應由夫負擔之責。但在外國法律，有夫妻雙方於結婚前所負之債務，均應由夫清償者，（瑞士民法第二一九條第一款）本法以其不合條理，不採用之。（二）夫於婚姻關係存續中所負之債務。在共同財產制之下，共同財產之管理使用及收益，原則上均歸屬於夫，故夫於婚姻關係存續中所負之債務，應由夫負擔之責，所謂婚姻關係存續中之債務，包含家庭生活費用在內。（三）妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務，妻在第一〇〇三條代理權範圍內所爲之行爲，不啻爲夫爲之，故因此所生之債務，應由夫負擔之責。（四）妻於婚姻關係存續中，以共同財產爲負擔之債務，所謂妻以共同財產爲負擔之債務，指除前

款妻因第一〇〇三條所定代理行為而生之債務以外，舉凡妻以共同財產為負擔之債務皆屬之。共同財產之管理使用收益，既屬於夫，故妻就共同財產所負之債務，應由夫負清償之責。本條之立法旨趣，與本法第一〇二三條，大約相同。惟該條係由夫之財產負清償之責，本條係由夫個人之財產，並就共同財產負清償之責。

第一千零三十五條 左列債務由妻個人並就共同財產負清償之責

- 一 妻於結婚前所負之債務
- 二 妻因職務或營業所生之債務
- 三 妻因繼承財產所負之債務
- 四 妻因侵權行為所生之債務

本條規定妻對於債務之責任。妻對於債務之責任，有應由妻個人並就共同財產負清償之責者，有應由妻僅就其特有財產負清償之責者，前者於本條規定之，其應負清償責任之債務如下：(一) 妻於結婚前所負之債務。夫妻共同生活自結婚之時為始，妻於結婚前所負之

債務，與夫無涉，故應由妻負清償之責。(二) 妻因職務或營業所生之債務。妻因勞力所得之報酬，乃妻之特有財產，(參照本法第一〇一三條第四款)故因此所生之債務，應由妻負擔。(三) 妻因繼承財產所負之債務。妻因繼承而得之財產，雖常組入於共同財產，然因開始繼承所負之債務，乃為妻之利益而生，故應由妻負清償之責。(四) 妻因侵權行為所生之債務。此種債務，應由妻負責，尤屬當然。以上各款之債務，均由妻應行負責之行為而生，理應由妻就其個人之財產，負清償之責任。但本法所以並列共同財產於清償之位者，蓋所以保護第三人之利益也。

第一千零三十六條 左列債務由妻僅就其特有財產負清償之責

一 妻就其特有財產所負擔之債務

二 妻逾越第一千零零三條代理權限之行為所生之債務

本條亦係規定妻對於債務之責任。但與第一〇三五條不同者，該條係以妻之個人及共同財產為負責之範圍，本條則以妻之特有財產為限。其應負清償責任之債務如下：(一) 妻就

其特有財產上所負擔之債務。妻之特有財產，並不組入於共同財產，而完全由妻保有，故就其特有財產所負擔之債務，應由妻僅就其特有財產清償之。(二) 妻逾越第一〇〇三條代理權限之行爲所生之債務。妻在第一〇〇三條所定代理權之範圍內，對於日常家務，原有代理其夫爲一切行爲之權限，然如逾越範圍，則與無代理權無異，(參照本法第一〇〇條) 故應由妻就其特有財產清償之。此與妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務，由夫負清償之責者，不可同日而語者也。(參照本法第一〇三四條第三款)

第一千零二十七條 家庭生活費用於共同財產不足負擔時妻個人亦應負責

本條規定妻對於家庭生活費用之負擔。關於家庭生活費用之負擔，因聯合財產制與共同財產制而不同。在聯合財產制，原則上由夫負擔。在共同財產制，原則上由共同財產負擔。蓋一則以妻之原有財產，附屬於夫之財產，一則係以夫妻之財產及所得組成共同財產故也。但家庭生活費用，於共同財產不足負擔時，妻個人亦應負責，此與聯合財產制，殆屬相

似。(參照本法第一〇二六條)良以家庭生活費用，乃夫妻經營共同生活必要而不可缺之費用，如共同財產不足負擔，其妻完全不負責任，則共同生活之團體，立卽渙散，非所宜也。

第一千零二十八條 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

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

本條規定補償請求權。共同財產制與聯合財產制異者，聯合財產制，在以妻之原有財產組入於夫之財產，而仍保有其所有權。反之共同財產制，則以夫妻之財產及所得，併合爲共同財產，而別無所謂妻之原有財產。換言之；卽在前者，夫妻之財產，顯有區別。後者，則夫妻之財產，組入爲一體，混而不分。故在聯合財產制，妻之原有財產所負之債務，而以夫之財產清償，或夫之債務，而以妻之原有財產清償者，夫或妻仍有補償請求權。(參照本法第一〇二七條第一項)反之，在共同財產制，共同財產所負之債務，而以共同財產

清償者，則夫妻之間，不發生補償請求之問題。至若共同財產之債務，而以特有財產清償，或特有財產之債務，而以共同財產清償，則不但不因夫妻之同財共居，喪失其補償請求權，且縱於婚姻關係存續中，亦得請求。關於此點，與聯合財產制之規定同。（參照本法第一〇二七條第二項）蓋夫妻之特有財產，仍各保有其所有權，（參照本法第一〇一五條）與共同財產之屬於夫妻公有者，（參照本法第一〇三一條第一項）固根本有所不同也。

第一千零三十九條 夫妻之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

前項財產之分割其數額另有約定者從其約定

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

本條規定夫妻一方死亡時，共同財產之分割。〔註二十二〕依照一般公同共有之法則，公同共有關係消滅時，公同共有物之分割，應按其應有部分為之。本條所規定者，則為一般法則

之例外。即夫妻之一方死亡時，關於共同財產之分割，原則上採平等分割主義，以共同財產之半數，歸屬於死亡者之繼承人。其他半數，歸屬於生存之他方。本法所以採平等主義者，蓋夫妻之共同生活，應以情義爲重，且既各將其財產，及所得合併爲共同生活財產，經過相當之歲月，一旦解體，猶必斤斤於財產之多寡，殊非所宜。故本法捨應有部分主義，而採平等分割主義。但如以此爲強行規定，則適用上不無窒礙，故例外仍許其以契約訂定分割方法，以期穩便。惟應注意者，（一）夫妻之一方，依法得爲他方之繼承人。（參照本法第一一四四條）本條所謂以共同財產之半數，屬於死亡者之繼承人，在解釋上，自不妨礙生存者繼承法上之權利。（二）所謂其他之半數，歸屬於生存之他方，以生存之他方，依法非不得爲繼承人者爲限。（參照本法第一一四五條）否則情義既乖，即無復予以半數之理由。故本法明定其對於共同財產得請求之數額，不得超過離婚時所得之數額，以限制之。所謂離婚所得之數額，即本法第一〇五八條所規定之數額是。

【註二十二】共同財產制，依民法一〇三九條之規定，即係夫妻共同財產，因一方之死亡而分割，就共同財產中，

除其半數，歸屬於生存之他方，方爲死亡者之遺產。按此遺產，依法繼承。在親屬繼承兩編法理上本屬一貫，適用上並無差異。二十一年司法院統一解釋法令會議議決同年七月十五日院字第七八零號指令。

第一千零四十條 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

本條規定共同財產關係廢止時，共同財產之分割。本條與前條規定之旨趣相同，惟一則因夫妻一方之死亡發生，一則因共同關係之消滅發生，共同財產之分割，既非因夫妻一方之死亡發生，自無所謂歸屬於繼承人之問題，且無所謂生存之一方，更無所謂依法不得爲繼承人。

第一千零四十一條 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之財產及原有財產之孳息爲前項之所得適用關於共同財產制之規定

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

本條規定所得共同制。在所得共同制之下，於婚姻關係存續中，夫妻所得者，皆為共同財產，其雙方現有之動產與不動產，及將來無償取得之一切財產，皆不在共同財產範圍之內，凡以此制為法定制之蘇俄西班牙及南美諸國，及以此制為約定制之德國法國瑞士土耳其等國，均皆相同，本法從之。本條第一項規定，夫妻得以契約訂定，僅以所得為限，為共同財產。同條第二項則明示所得之範圍。本條之所得，與第一〇三一條之所得，頗不相同。本條所謂所得，以勞力所得者為限。第一〇三一條，則無償取得亦是。又本條所謂所得，包含孳息在內。第一〇三一條則否。至共同財產之管理用益權及處分權，適用一般共同制之規定，關於夫妻之原有財產，（除瑞士外其他各國惟限於妻）適用聯合財產制之規定各國法律，大抵相同。本法亦於本條明示其旨。

第二目 統一財產制 *Unity of property Regimes*

第十六解 本目之總說明

統一財產制之大旨及內容，甚爲簡單，即妻之財產，除特有財產外，均移轉於夫，妻則祇有估定價額之返還請求權，以此制爲約定財產制者，爲瑞士。（瑞民一九九條）本法依中央政治會議原則，以此爲約定財產制之一。於第一〇四一條。規定統一財產制之意義。第一〇四三條，規定準用於法定財產制之規定。

第十七解 本款第二目統一財產制之逐條說明

第一千零四十二條 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

本條規定，有應注意者三：（一）在統一財產制，妻之財產，除特有財產外，其所有權均移轉於夫，反之在聯合財產制，妻雖以其原有財產，附屬於夫之財產，然仍保有其所有權。（參照本法第一〇一七條第一項）（二）所謂特有財產，兼指法定特有財產，及約定特有財產而言。（參照本法第一〇一三條第一〇一四條）妻之特有財產，不組入於統一財產，與妻之特有財產，不組入於聯合財產，殆屬相同。（參照本法第一〇一六條）（三）在統一財

產制，於組成統一財產以前，須就妻之財產，估定價額，而於解散統一財產以後，妻亦惟就其估定價額，請求返還。與法定財產制，於解散聯合財產時，須返還妻之原有財產，（參照本法第一〇三〇條）及共同財產制，於解散共同財產時，各分割其共同財產之半額者，均不相同。（參照本法第一〇三九條第一〇四〇條）

第一千零四十三條 統一財產除前條規定外準用關於法定財產制之規定
本條規定統一財產準用法定財產制之規定。其理至顯，無待說明。

第二目 分別財產制 *Separation of property Regimes*

第十八解 本目之總說明

第一 大旨

分別財產制云者，即夫妻對於其財產，各保有其所有權管理權及使用收益權之制度也。第一〇四四條，規定分別財產制之意義。第一〇四五條，規定夫以妻之財產之收入供家庭生活費用之推定。第一〇四六條，規定夫於債務之責任，第一〇四七條規定妻對於債務之責

任，第一〇四八條，規定夫對於妻請求負擔家庭生活費用之權利。

第二 內容

(一) 在分別財產制之下，夫妻之財產，既各保有其所有權及使用收益權，則關於夫妻之債務，自係各別負責清償之責，本法特為明定，俾便適從。

(二) 在分別財產制之下，家庭生活費用，仍係由夫負擔。但夫對於妻有請求負擔家庭生活費用之權。妻以其財產之管理權，付與於夫者，並推定夫有以該財產之收益，供家庭生活費用之權，以期責任之均衡。

第十九解 本款第三目分別財產制逐條說明

第一千零四十四條 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

本條規定分別財產制之意義。各種夫妻財產制，其最簡單者，為分別財產制。在此制度之下，夫妻對於現有財產，及將來所得之財產，各自獨立，各別保有其所有權管理權及使用

收益權。Ownership and management of and the right to use and to collect ruins 夫妻相互間及對於第三人之關係，殆與未結婚者無異，在以此制爲法定制之奧國，捷克斯拉夫，匈牙利，羅馬尼亞，義大利，希臘，土耳其，英國，及美國各州，及以此制爲約定制之法國，德國，瑞典，瑞士諸國皆同。故本法亦設本條，明示分別財產之所有權管理權及用益權之歸屬。

第一千零四十五條 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用之權

前項管理權妻得隨時取回取回權不得拋棄

本條規定夫以妻之財產之收入，供家庭生活費用之推定，在分別財產制之下，夫妻之財產，固各保有其管理權，然關於家庭生活費用，夫得請求妻爲相當之負擔。（參照本法第一〇四八條）設妻以其財產全部或一部之管理權，付託於夫，則不妨推定夫有以其財產之收入，供家庭生活費用之權，以免另向妻爲負擔家庭生活費用之請求。但有注意者三：（一）

既屬推定，則妻自得舉出反證，以推翻之。(二) 以財產之收入，供家庭生活費用，非謂以其全部，供家庭生活費用之用也，蓋夫惟得請求妻對家庭生活費用為相當之負擔，如有剩餘，自得請求返還，於婚姻關係消滅後，並得請求清算。(三) 為避免流弊起見，妻得隨時取回其管理權，並明定取回權 *The right to take back* 不得拋棄，以限制之。

第一千零四十六條 左列債務由夫負清償之責

一 夫於結婚前所負之債務

二 夫於婚姻關係存續中所負之債務

三 妻因第一千零零三條所定代理行為而生之債務

本條規定夫對於債務之責任。本條與本法第一〇二三條規定之旨趣同，立法理由，詳該條說明，茲不贅。

第一千零四十七條 左列債務由妻負清償之責

一 妻於結婚前所負之債務

二 妻於婚姻關係存續中所負之債務

夫妻因家庭生活費用所負之債務如夫無支付能力時由妻負擔

本條規定妻對於債務之責任。妻對於下列債務負清償之責：(一) 妻於結婚前所負之債務。夫妻共同生活，自結婚為始，妻在結婚前所負之債務，與夫無涉，故由妻負清償之責。(二) 妻於婚姻關係存續中所負之債務。在分別財產制，夫妻對於現有財產，及將來所得之財產，各自獨立，保有其所有權，故妻於婚姻關係存續中所負之債務，應由妻自行清償。(三) 家庭生活費用，乃夫妻經營共同生活而生，因此所負之債務，如夫有支付能力，固應由夫負擔，如夫無支付能力，則非由妻負擔不可。蓋不如此，不足以維持夫妻之共同生活，且第三人，亦不免受不測之損害也。

第一千零四十八條 夫得請求妻對於生活費用為相當之負擔

本條規定夫對於妻請求負擔家庭生活費用之權。在分別財產制，夫妻雖各保有其財產之所由，然在各國法律，關於家庭生活費用，原則上則由夫妻共同負擔。否則夫妻共同生活

之目的，不可得而達。故本條明定，夫得請求妻對於家庭生活費用為相當之負擔。所謂相當之負擔，尚有一定之限度，非必全部家庭生活費用，皆可請求其妻負擔，夫之此種請求權，並不因夫之有無支付能力而受影響。換言之；即夫縱有支付能力，亦得請求妻為相當之負擔也。至關於妻之出資，夫無補償之義務，事屬當然，無待明定。

第五節 離婚

第二十解 本節之總說明

第一 大旨

(一) 過渡時代之離婚現象

我國自新文化運動以來，平權，解放，自由戀愛諸說，風靡一時，青年男女，為思潮所鼓動，離婚之案，層見疊出。在此潮流之中，為時代所犧牲者，殆不知凡幾！蓋社會之基礎，在於夫婦，社會之健全與否？視夫婦之關係為轉移，離婚豈僅影響於夫婦而已哉！現在

中國新舊過渡時代之離婚問題，約有數端，分列於左：

(1) 從前婚姻，由父母主持，女子又少受教育，因之婚姻多不美滿，青年男子，受新思潮之衝動，醉心自由戀愛，感覺舊式婚姻之不滿意，急思離婚，以享理想的婚姻之幸福。依照法律，須有法定離婚原因，始得離婚，而其配偶者，又無失德可以藉口，於是故加虐待，或惡意遺棄，使之難堪，以謀達到目的，甚或捏造事實，呈訴離婚，每致可憐無告之婦女，蒙極大痛苦，誠可悲也。

(2) 名節觀念，深入人心，舊式婦女，以離婚為奇恥大辱，再醮為不名節，一旦離棄，憂憤抑鬱，甚至自殺者，此種婦女，無辜犧牲，非特有傷人道，亦道德法律所難容，今日離婚案中，頗多此類不幸，實亦大可注意之問題也。

(3) 近世主自由戀愛者，稍不如意，輒行離婚，以致離合無常，生活不定，男子有因離婚而不能再娶，女子有因離婚而不能再嫁，為人生幸福着想，此事固堪注意，而從法律上觀察，離婚之原因及手續，大有研究之必要也。

(4) 幼年訂婚，爲我國之陋習，民間至今尙難革除，子女長成，常以家計懸殊，或男女不相愛悅，發生悔婚涉訟情事。幼年訂婚，在法律上固難認爲有效，而在鄉間習慣，每每誤於不知，如解除婚約，其財禮如何處置及損害賠償等等，亦成爲法律上之問題也；

(二) 關於離婚之法律上主義

離婚主義分爲四點，列舉如左：

(1) 自由離婚主義 自由離婚主義者，卽許以當事人之意思自由離婚之謂也。此種自由離婚，可分爲二：其一，由夫婦一造之意思，提出離婚，卽可離異，所謂片面離婚是也，其二，則須兩造同意，始得離婚，所謂兩願離婚是也。自由離婚主義，首倡於猶太，近則盛行於蘇俄，在猶太觀念，以爲結婚與離婚，出於夫婦之志願，絕對自由，法律不能干涉，故主自由離婚，而在今之蘇俄，則以戀愛爲結婚之基礎，夫婦之離合，視戀愛爲轉移，主張絕對的自由離婚，祇須一造提出離婚，卽行成立，可稱爲絕對的片面自由離婚制；至於兩願離婚，則我國及日本，奧大利，比利時，丹麥，挪威等國均行之。

(2) 禁止離婚主義 禁止離婚主義者，禁止一切離婚。自由離婚，固所不許，即呈訴離婚，亦不認許，至萬不得已時，祇可別居 *A mensa et thoro* 不能離婚也。此種禁止離婚主義，發源於天主教各國，以爲人之婚姻，神聖不可侵犯，並律之以「婚姻爲上帝所撮合，下民不可破壞」之信條，認離婚爲違背教義之萬惡行爲，須絕對禁止，至若萬不得已時，則許別居以補救之。一千八百八十四年以前之法國，及屬於天主教之葡萄牙，義大利等國，均行禁止離婚主義，現在採行之者，已不多觀矣。

(3) 呈訴離婚主義 呈訴離婚主義，一名折衷離婚主義，又名限制離婚主義，即折衷自由離婚與禁止離婚兩主義，當事人須依法律規定，呈請法院待其宣告，始得離婚，現在文明各國多採行之，蓋以流弊較少故也。採此主義者，就中又分爲二：(一) 有既認裁判離婚。復認兩願離婚者，如法國（但兩願離婚，亦有限制：一、夫二十五歲以下妻二十一歲以下不許。二、非結婚二年以後不許。三、結婚已滿二十年或妻已至四十五歲以上者不許。四、非得父母或尊親屬之允許者不許。）日本，挪威，及丹麥等國是。(二) 有於裁判

離婚以外，不認兩願離婚者，如英國，德國，瑞士，及荷蘭等國是。本法則斟酌我國舊律及各國現行法制，於兩願離婚以外，仍許裁判離婚。但採列舉規定，以杜濫用。

(4) 別居與離婚不同，別居者，非解銷婚姻，乃以法院宣告，免除由婚姻而生之同居義務也。故別居與離婚不同：(一) 妻之身分，雖別居仍然存在，離婚則否。(二) 別居中，其妻所生之子，以仍爲婚姻中所生之子爲原則。離婚則除懷胎在於離婚以前者外，皆與前夫無關。(三) 別居之妻，苟有通姦之所爲。得爲離婚之原因，且構成刑法上之有夫姦罪，離婚則否。(四) 別居後，夫妻互相扶養之義務，仍然存在，而離婚則已消滅。(五) 別居後，夫妻仍有相互承受財產之權，離婚則否，要之別居之制，爲禁止離婚之遺意，故各國法制，有認此制度，使呈訴離婚並存者，如英國，德國，法國，瑞士是。有全不認此制度者，如瑞典，日本是。惟別居之制，雖足以緩夫婦間之衝突，而得其調和，然調和苟或不能，則衝突或且滋甚，家庭之怨深，而夫婦之道苦！其弊殆與禁止離婚相等。此本法所以不採也。

(三) 反對離婚論與自由離婚論

反對離婚者，約有四點，分論於左：

(1) 根據宗教思想 此項反對離婚論，出於信奉宗教各國。教義宣言，婚姻絕對不可解銷，離婚非特違反教義，且大違一般教民之心理。信教各國人民，教民實佔多數，為遵守教義迎合多數人民心理起見，應禁止離婚。十八世紀以前，此項主張，在歐西各國頗佔勢力，近已不能成立矣。

(2) 根據道德觀念，此派認婚姻為人倫之大本，苟許離婚，則易長蔑視婚姻之風，有傷夫婦之和睦，此項主張，雖有部分理由，然非健全之論也。

(3) 維持社會秩序 持此論者，以為婚姻乃形成社會基礎要素之一。離婚直接破壞婚姻，間接足以擾亂社會秩序；苟使離婚簡易，則夫婦離合無常，人心浮動，公共之道德墮落，社會之現象不安，此項主張，理正辭嚴，頗有可取，惟僅足反對自由離婚，不能攻破限制離婚主張之陣線也。

(4) 保護子女利益，夫婦有撫育子女之義務，離婚則夫婦之一造，解除此項義務，弱子幼女，或入他人之手，或受繼父母之虐待，於子女利益，大有損害，此種主張，亦切事理，然不足為反對離婚之充分理由也。

近世主張自由離婚者，以戀愛為婚姻之基礎，夫婦離合，視此轉移。其立論要點：認婚姻為兩性間依自由意志所結合之共同生活，以戀愛為基礎。不能不離婚時之離婚，與不能不結婚時之結婚，同一自然，離婚並非為離婚而離婚，乃為完成結婚而離婚，夫婦間有違反結婚目的情事發生，而無補救時，離婚而外，別無他法以完成結婚，加本特 *Carpen-ter Mary* 主張戀愛為肉體情感與心靈上一切人心之複合體。愛倫凱 *Ellen Kay* 以為性的戀愛，係靈肉一致，人格與肉體上戀愛之最高典型，惟道德知識，皆在平行線上之男女間，始能成立。並謂「若無戀愛以作相互間婚姻之基礎，雖經法律手續，亦屬不道德」。故主張夫婦間失去戀愛，即應離婚。且必絕對自由也，此項自由離婚主張。偏重個人主義，並未計及一般，然戀愛果為夫婦惟一之要素否耶？世間夫婦果能始終戀愛否耶？夫婦間之戀

愛，一時或欠圓滿，而夫婦關係，尚予維持，即可認為不合理否耶？使夫婦之一造，不愛他造，即可離婚，若他造仍維持其愛情，不欲離婚時，則此種離婚，究為正當否耶？持戀愛無上主義者，殆僅注視一方，而於相手方，未嘗顧及，即退一步言，夫婦之離合，縱以戀愛為轉移，任何情形，均可認為正當，而於其子女，亦曾加以考慮否耶？夫婦之間，固可以戀愛決其離合，其子女教養之費，誰為負之，不可不計也。勞農俄國，有以子女歸國家教養之規劃，然以國家教養子女，即認片意自由離婚為合理，亦未盡然。國家教養子女，是否可能？置子女於不顧，一任夫婦之戀愛為進退，是否合理？此均不可不深思熟慮者也。社會組織，苟澈底改變，則無論矣。不然，感情衝動之行爲，在社會生活必要上，均須受相當之限制，蓋吾人既為社會一份子，必受此種限制，乃不得已之事實也。依據社會化規則，於是道德，法律，經濟等等，相應生焉。在今日社會狀態之下，俄國之極端自由離婚制，斷乎其不可也。【註二十三】

【註二十三】，查第二次全國代表大會議決案：雖有結婚離婚自由之規定，細繹議案，不過謂婚姻事件，須尊重兩造

當事人之意思，並非謂當事人一造，可以任意離合，而置相對人之利害關係於不顧。十七年一月十八日上字第一〇號離婚訴訟判決要旨。同年一月十四日上字第四七號同旨十九年上字四八〇號同旨。

離婚之弊如左：

- (一) 促成輕視婚姻之傾向。(二) 易啓破壞夫婦圓滿之端。(三) 釀成家庭之不幸。(四) 足以擾亂社會秩序。(五) 夫婦一造拋棄教養子女之責，釀成子女不幸。(六) 破壞嚴格一夫一婦制。總此六點觀之，離婚之害，實非淺尠，顧離婚雖屬惡害，而事實上萬難避免，若絕對禁止離婚，直與強制婚姻無異，理論所不容，事實所難能也。夫婦共同生活，既不能圓滿，僅有形式上夫婦關係毋甯離婚之爲愈，蓋夫婦互相憎惡，無愛情之可言，則婚姻之目的已失，勉強維持夫婦關係，於理亦未盡洽。故離婚之害雖大，而各國仍予容許，即採禁止離婚主義之國，亦不能不設別居制度以濟其窮焉。

(四) 我國舊離婚法之缺點

我國古時，僅有七出之條，並無離婚之語，七出者何；指無子，淫佚，不事舅姑，多言，

竊盜，妬忌，惡疾，而言。七出之外，尚有三不去之理，三不去者何；（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。有此三者不得輒絕，唯犯姦不在此限。輯註曰夫婦之倫，聯之以恩，合之以義，持之以禮，三者備而後正始之道無媿，七出者，禮應去之也，三不去者，禮應留之也，義絕必離，姑息不可也，恩絕聽離，強合不能也，不應離而離，卽悖於禮，應離而不離，則害於義，其違律一也。又曰七出，乃禮可以出者，非謂必應出也，與義絕不同。清律之規定，皆模倣古制而來也。本此制度，故三代以降，上自薦紳，下至士庶，恆不以出妻爲恥，孔子三出其妻，匡章出妻屏子，皆散見於經籍，有宋以後，理學修明，濂洛關閩，崇尚節義，出妻之事，遂以尠聞，然歷來律例，仍別七出三不去之條，則風尚雖已潛移，而法律未嘗禁止也。雖然；所謂出妻之舉，皆自夫方面所發生者，若自妻方面而言之，實不得有求去之權，買臣之見棄於妻，子卿之生妻去帷，皆爲名教之所鄙。不獨禮制如此，卽法律亦然：清律：若夫無願離之情，妻輒背夫在逃者，杖一百，從夫嫁賣，其妻因逃而輒自改嫁者，絞監候，其因夫棄妻

逃亡，三年之內，不告官司而逃去者，杖八十，擅改嫁者，杖一百，妾減二等。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，妻得請求離婚。清律：其夫毆妻，非折傷勿論，至折傷以上，減凡人二等，先行審詢，夫婦如願離異者，斷罪離異，不願離異者，論罪收贖。是夫毆妻至折傷以上，妻始得請求離異也。但其可以離異與否？仍須夫之同意，其得絕對的請求離異者，即逾期五年，無過不娶，及夫逃亡，三年不還之情形是也，清律出妻條之附例曰：期約已至五年，無過不娶，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。輯註：夫逃亡者，謂或因犯罪，或遭兵亂，或值凶荒等事，若爲別事，如出外貿易訪親之類，不得謂之逃亡，雖年遠不歸，不在此限。又曰：本夫逃亡不回，其妻無所依倚，夫之生死不知，歸期無望，必令終守，則非人情所堪，許令改嫁，則非法令所宜，特於此微示其意曰：三年之內，則三年之外不同矣。曰不告官司而逃去，則其告官司，必有所處之矣，曰擅改嫁，則當有非擅改嫁之法矣。此例所以設

逃亡三年不還，准許告官改嫁也。由此言之：除上所舉原因外，妻無請求離婚之權。蓋吾國舊法，以夫得請求離婚爲原則，而以妻得請求離婚爲例外，實出於尊夫卑妻之習，非今日所可行，故本法雖探限制離婚主義，而男女之請求權則一，亦今日各國之通例也。

我國民法第一次草案，認妻與人通奸者，夫可提起離婚之訴。而夫與人通奸，則非因姦非罪被處刑者，不能成爲離婚原因，男女之間，殊欠平允，關於此點，第二次草案，卽已改正。然學者仍多聚訟。及至近代，多主採平等原則，德法瑞士各國離婚法，均已規定夫犯通奸，妻得提出離婚，而日本近亦有改正傾向。我國黨綱上對內政策：亦明載確認男女平等之原則。故本法改正此點，以適合黨綱，而除去男女之不平等。無論夫或妻與人通姦，對方均可提出離婚，實爲我國法律之大進步。

蓄妾可否提出離婚？民法上並無此項規定，唯審查意見書說明中。已主妾制亟宜廢止，並謂法律上不容承認其存在，則納妾之成爲離婚原因，亦當然之解釋也。【註二十四】

【註二十四】民法親屬編無妾之規定，至民法親屬編施行後，自不得以納妾爲締結契約之目的，如有此類行爲，卽

屬與人通姦，其妻自得依民法第一千零五十二條第二款請求離婚。如妻不爲離婚之請求，僅請別居，自可認爲民法第一千零一條但書所稱之正當理由。惟在民法親屬編施行前，業經成立之納妾契約，或在該編施行後，得妻之明認或默認，而爲納妾之行爲，其妻即不得據爲離婚之請求。但因此而不能同居之正當理由，仍得請求別居。至妻別居後之生活費用，即家庭生活費用，若妻無財產，或有財產而無民法第一千零二十六條第一千零三十七條第一千零四十七條第二項第一千零四十八條之情形，均應由夫支付之。倘按時支付而有空虛時，妻得就夫之財產收益中，請求指定其一部，以充支付。二十一年司法院統一解釋法令會議議決同年六月院字第七七〇號指令。

第二 內容

夫妻者，以人合者也。情感既離，自無不許其離婚之理，故本法特設離婚之規定。第一〇四九條：規定兩願離婚。第一〇五〇條：規定兩願離婚之要件。第一〇五一條：規定兩願離婚後子女之監護。第一〇五二條：規定裁判離婚。第一〇五三條及第一〇五四條：規定裁判離婚之限制。第一〇五五條：規定裁判離婚後子女之監護。第一〇五六條：規定裁判

離婚之損害賠償。第一〇五七條：規定裁判離婚之贍養費。第一〇五八條：規定夫妻離婚時夫妻財產之分割。

本節規定之內容，有應說明者三：

(一) 關於兩願離婚者

各國法律，有祇認裁判離婚，不認兩願離婚者，但在我國，自唐律以來，即有夫妻不相和諧而兩願離異者不坐之文，故本案特設兩願離婚之規定。惟所謂兩願者，必須夫妻雙方之同意，若一方欲離婚，他方不欲離婚，縱不和諧，亦不許離，此則理之當然，毋庸疑義者也。兩願離婚，須以書面爲之，並須有二人以上之證人以期確實。

離婚以後，夫妻既各異處，關於子女之監護，究應誰屬？各國法律不同，有由當事人自由協定者，有由夫任監護之責者，有由妻任監護之責者，本案則參酌我國舊律及習慣，明定兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之，但另有約定者。則從其約定。

(二) 關於呈訴離婚者

第二章 婚姻

夫妻一方，要求離婚，他方不表同意，因而請求法院判決者，謂之呈訴離婚。其離婚原因，各國法律，類多列舉規定，但所列原因，有對妻獨苛者，本法則根據男女平等原則，所定離婚原因，於夫妻雙方，同樣適用，而以夫或妻對於他方之過失行爲，及使婚姻目的不能貫徹，或難於貫徹之事實，爲構成離婚之原因。

就兩願離婚而論：兩願離婚後，關於子女之監護，除另有約定外，由夫任之，此在裁判離婚，亦可適用。但裁判離婚，與兩願離婚異者，一則以雙方自由意思而定，一則法院有干涉之權，故法院不妨爲其子女之利益，酌定監護人。

夫妻之一方，因裁判離婚而受有損害者，不問其爲財產上之損害，非財產上之損害，得向有過失之一方，請求賠償，與婚約之解除，及婚姻無效及被撤銷之情形同。但有例外，即夫妻無過失之一方，因裁判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，蓋如聽其放任，勢將釀成重大之社會問題，矧既一度結婚，縱使勞燕分飛，而觀其流離失所，亦當觸動前情，故本法特設無過失損害賠償之例外。

(三) 關於夫妻財產者

夫妻財產制，原爲維持夫妻之共同生活而設，既已離婚，則共同生活團體，業已解體，不問其原用之制度如何？自應許其各別收回其固有財產，以期無損於雙方之利益。故本法特設明文解決，俾免疑義。

第二十一解 本節之逐條說明

第一千零四十九條 夫妻兩願離婚者得自行離婚但未成年人應得法定代理人之同意

本條規定兩願離婚及其同意年齡。各國法律，有祇認裁判離婚，不認兩願離婚者，既如前所述矣。顧我國自唐律以後，卽有夫妻不相和諧，而兩願離異者不坐之文，是兩願離婚，向爲我國律例所明認。但所謂兩願者，必須夫妻雙方之同意，若一方欲離，一方不欲離，縱不和諧，亦不許離，所以然者，以結婚既本於雙方之情願，若離婚時，許以一方徑情行之，適足以長澆薄之風，而夫婦之道苦，非法律不得已之意也。故除裁判離婚外，其爲離

婚非兩願不可。且當事人爲未成年人時，須經法定代理人之同意，以免貽誤。蓋當事人合意離婚之自由，固應尊重，然使青年氣盛，偶因細故，輒相背異，則事後追悔，嗟無及矣。願當事人已達成年，（參照本法第十二條）即無須經法定代理人之同意者，蓋以離婚，爲解除婚姻之法律事實，當事人一達成年，即可有效爲之，無須得法定代理人之同意。且結婚如已達成年，亦無得法定代理人同意之必要，（參照本法第九八一條第一項）其在離婚，亦應如是。此本法所以以未滿二十歲，爲離婚同意年齡也。

第一千零五十五條 兩願離婚應以書面爲之並應有二人以上證人之簽名

本條規定兩願離婚之方式。關於兩願離婚，有以呈報戶籍吏而生效力者，有不規定何種之方式者，前者如日本是。後者如蘇俄是。本法關於結婚，既不因登記而生效力，而於離婚，亦無採登記要件主義之必要。至全不規定何種方式，則過於輕率，朝反目而夕離婚，衡之事理，殊非允洽。故本法爲促當事人之慎重，及使其關係明確起見，特於本條規定，兩願離婚，應以書面爲之，並應有二人以上證人之簽名。如不遵守法定方式，則依照一般通

則，其離婚應屬無效。（參照本法總則第七三條）

第一千零五十一條 兩願離婚後關於子女之監護由夫任之但另有約定者從其約定

本條規定兩願離婚後子女之監護。離婚以後，最難解決者，爲子女之處置。夫夫妻關係，固因離婚而消滅，但親子關係，則不因此受何種之影響。惟離婚以後，夫妻既各異處，關於子女之監護，究應誰屬？各國法律，不盡相同，有由當事人自由協定者，有由夫任監護之責者，有由妻任監護之責者。本法則參酌我國舊律及習慣，而於本條規定，兩願離婚後，關於子女之監護，原則上由夫任之。但既屬兩願離婚，凡事均可從容計議，若關於監護其子女之事，另有約定者，則從其約定，所謂另有約定，如雙方訂明，未達一定年齡之子女，其監護之責，由母任之是。

第一千零五十二條 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

- 一 重婚者
- 二 與人通姦者
- 三 夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者
- 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
- 五 夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者
- 六 夫妻之一方意圖殺害他方者
- 七 有不治之惡疾者
- 八 有重大不治之精神病者
- 九 生死不明已逾三年者
- 十 被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者

本條規定呈訴離婚之原因。夫妻之一方要求離婚，而他方不表同意，因而請求法院判決者

，謂之呈訴離婚。其原因如下：(一) 重婚者。一夫一妻，爲文明各國之通例，卽在我國舊律，並耦匹敵，亦懸爲厲禁，故本法一面以重婚爲婚姻撤銷之原因，(參照本法第九八五條及第九九二條) 一面許他方得向法院提起離婚之訴。(二) 與人通姦者。夫妻齊體，應互負貞操之義務，此在倫理上既屬無可否認，卽徵諸各國立法例，亦大率如是。故本法以與人通姦，爲請求離婚之原因，對於男女，不設差別，所謂與人通姦，卽與異性爲婚姻以外之交接是。其構成刑法上之犯罪與否？在所不問。(三) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者。夫妻之倫，聯之以恩，合之以義，持之以禮，三者備，而後正始之道無媿。今如一方對於他方面出於虐待，則恩義已乖，強合不能。故本法以其爲請求離婚之原因，所謂虐待，毆打固是。他如抑勒通姦，賣妻爲娼，對人誣稱其妻與人通姦等重大恥辱，亦均可認爲虐待。惟須至不堪同居之程度，至其程度之認定，則權在法院也。(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。歐西各國，家庭組織，多屬狹小，子女一旦結婚，卽自行組織家庭，其在我國，則不如是。習慣上仍

多同居，而孝敬翁姑之義務，又爲吾國禮教天倫之當然，故本法以妻之虐待夫之直系尊親屬爲請求離婚之原因。反之妻與夫之直系尊親屬，苟有不合，爲尊輩者，自有訓誡之權。然如出於虐待，固屬子婦之不幸，而家庭幸福，亦終不可得而期，故本法以其爲請求離婚之原因。但虐待，須至不堪爲共同生活之程度，所謂共同生活，與同居不同，後者指夫婦間共同生活而言，前者則泛指家屬間之共同生活言之，至是否已至不堪爲共同生活之程度，自應由法院決定。(五) 夫妻之一方，以惡意遺棄他方，在繼續狀態中者。既屬夫妻，彼此即互負扶養之義務，若一方無故遺棄他方，則先自軼於情理，雖復信誓旦旦，亦無能責人堅守而不渝。故本法以其爲請求離婚之原因。但所謂遺棄，須出於惡意，例如其夫在外經商，積有餘費，而不肯寄款回家，坐令其妻凍餒，又如夫臥病在床，妻絕然棄置而不爲調護之類皆是。且其惡意遺棄，以在繼續狀態中者爲限，如前經一度遺棄，現已平復如初，即不在請求離婚之限。(六) 夫妻之一方，意圖殺害他方者。夫妻以恩相聯，以義相合，若忍而至於意圖謀害，則談笑之中，伏有戈矛，衽席之間，直同仇敵，不可一朝居矣。

。故本法以其爲請求離婚之原因。所謂意圖謀害，以有謀害之意圖爲已足，不以確有殺害之事實爲必要。如果有殺害之實據，並應負刑事上之責任。(七) 有不治之惡疾者。夫妻之一方，染有花柳病，及其他之惡疾，不僅妨害婚姻之目的。抑且危及對方及其子女之健康，故本法爲使其斷絕性交機會起見，特以之爲請求離婚之原因。但以惡疾已至不治之程度者爲限，否則尙可治療，縱因暫時不堪同居，亦不在請求離婚之列。(八) 有重大不治之精神病者。精神病足以使婚姻關係，不能繼續，並足以遺傳於子孫，爲個人及種族計，應以其爲請求離婚之原因。但精神病在現時科學上，並無確定之標準，一時的或部分的喪失常態，爲普通恆有之病象，若漫無限制，亦非所宜，故本法以重大不治，爲此項離婚之限度。(九) 生死不明已逾三年者。夫妻之一方，長期遠離，揆諸婚姻之義，已屬不合，矧復音塵斷絕，視同路人，則情誼久乖，勢難責他方以獨守，法許離婚，自屬當然。惟生死之所以不明，必其離家以後，久無音信，若出外已逾三年，而音信常通，則其生死可得而悉，請求離婚，自所不許。(十) 被處三年以上之徒刑，或因犯不名譽之罪，被處徒刑

者。陷罹刑網，聲名玷污，已難匹耦，兼之囚繫囹圄，期限過久，在男子有室家無主之憂，在女子有生計艱匱之虞。故本法以其爲請求離婚之原因。但其被處徒刑，須在三年以上，如處刑不滿三年，或僅爲罰金拘役，固不得率爾離婚者也。凡此十端，皆請求離婚之原因。但有注意者四：(一) 本法除兩願離婚者外，裁判離婚，以此十端爲限，此外則不得據爲離婚之原因。(二) 得向法院請求離婚者，以無過失之他方爲限，對於離婚原因，應可歸責之一方，則無請求離婚之權。(三) 夫妻之一方，有法定原因，他方固有請求離婚之權，然如夫妻情感素篤，不爲請求，自聽其便。(四) 請求離婚之原因，縱已具備，尙有待於法院之判斷者，如第三款至第九款之情形是。此外第一款第二款及第十款，則一有法定原因，即可離婚，法院無代爲決定之權。〔註二十五至三十一〕

【註二十五】(一)，民法親屬編施行前所發生之事實，而依民法親屬編之規定，得爲離婚者，依民法親屬編施行法第七條之規定，得請求離婚，(一)，法院依法製成之筆錄，爲公文書之一種，非有確據證明，其記載爲不足憑信，不容空言指爲錯誤。參考法條：民法親屬編施行法第七條。二十一年六月三十日上字第一四四〇

號離婚涉訟判決要旨。

【註二十六】(一)，夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者，得向法院請求離婚。其事實發生在民法親屬編施行前者，依民法親屬編施行法第七條之規定，亦得請求離婚。所謂不堪同居之虐待云者，即其虐待之情形，達於不堪同居之情形爲已足，若慣行毆打致不堪同居，亦可認爲不堪同居之虐待，但不以毆打成傷爲限。(二)，夫妻對於家庭生活費用，除有特種情形外，原應由夫支付。參考法條：民法第一〇五二條三款。民法親屬編施行法第七條。二十一年四月十八日上字第七九七號離婚涉訟判決要旨。

【註二十七】妻受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者，雖得訴請離婚，但所謂虐待，必其事實在一一般客觀上，足以認爲確有不能共同生活之情形者，方得准許離婚。參考法條：民法第一〇五二條四款。二十一年四月二十三日上字第七六二號離婚涉訟判決要旨。

【註二十八】夫妻之一方，以惡意遺棄他方在繼續狀態中者，依民法一〇五二條五款之規定，固可據以訴請離婚。但所謂惡意遺棄，基於夫妻互負扶養之義務，自係指一方有負擔家庭生活費用之資力與義務，而故意不肯支付，因而他方不能維持相當生活者而言。參考法條：民法第一〇五二條第五款。二十一年二月十三日上

字二五九號離婚涉訟判決要旨。

【註二十九】 夫妻之一方，於同居之訴判決確定後，仍不履行同居義務者，若無其他情形，尙不能指爲合於民法第一千零五十二條第五款之規定。二十一年司法院統一解釋法令會議議決。同年六月七日院字第七五〇號指令。

【註三十】 夫妻之一方，有患不治之惡疾，及重大不治精神病者，他方固得據以爲請求離異之原因，惟所謂惡疾者，以不治爲要件，所謂精神病者，以重大而又不治爲要件。參考法條：民法第一〇五二條一項七款八款。二十一年五月十六日上字第一〇二〇號離婚涉訟判決要旨。

【註三十一】 夫妻之一方，生死不明，已逾三年者，得請求離婚。參考法條：民法一〇五二條第九款。二十一年一月十四日上字一四七號婚姻涉訟判決要旨。

第一千零五十三條 對於前條第一款第二款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後已逾二年者不得請求離婚

本條規定請求離婚之限制。夫妻之一方，如爲重婚及與人通姦，他方固得向法院請求離婚，然若他方事前，已有同意，或事後已有宥恕，則其重婚犯姦，自不能歸咎於一人。故本法剝奪其離婚請求權，即使無故縱及宥恕情事，然於知悉其爲重婚及與人通姦以後，亦應亟早請求離婚，俾資救濟。故本法爲維持室家和平，及婚姻安定起見，特設較短之消滅時效，即知悉後，已逾六個月，或雖不知悉，自其情事發生後已逾二年者，均喪失其離婚請求權。

第一千零五十四條 對於第一千零五十二條第六款及第十款之情事有請求權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

本條亦係規定離婚請求權之限制。查各國法制，關於離婚請求權之消滅。有依照普通時效者，有另設特別規定者，夫妻間之恩義，本非尋常可比，一方即有不法行爲，地方明知而曲恕之者有之，或雖非明知，然經過數年以後，和睦如初者有之。故本法分別情形，規定

其請求權之消滅期間：即除重婚及與人通姦，其請求權依照前條定其消滅期間外，如夫妻之一方，意圖殺害他方，或被處三年以上之徒刑，或因不名譽之罪被處徒刑者，本法亦縮短其請求權之消滅期間，即有請求權之一方，自知悉後已逾一年，或自其情事發生後已逾五年者，不得爲離婚之請求。

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

本條規定判決離婚後子女之監護。就兩願離婚而論，兩願離婚後，關於子女之監護，除另有約定外，由夫任之。（本法第一〇五一條）此在判決離婚，亦可適用，但判決離婚，與兩願離婚異者，一則以雙方自由意思而定，一則法院有干涉之權。惟在判決離婚，受訴法院，既有准駁之權，則離婚後關於子女之監護，法院爲保護子女之利益計，自得酌定其監護人。

第一千零五十六條 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

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承繼但已依契約承諾或已起訴者不在此限

本條規定判決離婚之損害賠償。本條規定之旨趣，與第九七七條，及九九九條同，說明見前，茲不贅。至於兩願離婚，關於賠償及撫慰問題，當事人自當協議解決，故本法不設規定。

第一千零五十七條 夫妻無過失之一方因判決離婚而陷於生活困難者他方縱無過失亦應給與相當之贍養費

本條規定判決離婚之贍養費。依據前條規定，夫妻之一方，因判決離婚，受有損害者，其請求賠償，惟向有過失之他方爲之，其非財產上之損害，請求給與撫慰金時，亦惟以受害人無過失者爲限，本法之探過失損害賠償主義，至爲顯然，此在各國法律，亦大略相同。

顧輓近以還，無過失損害賠償主義之說，頗爲昌明，況在夫妻，尤屬必要，故瑞士民法，原則採過失損害賠償主義，例外採無過失損害賠償主義。蘇俄民法，則純採無過失損害賠償主義。惟對於贍養費用及期間，設有一定之限制，本法則斟酌我國現狀，及國家經濟，原則上採過失損害賠償主義，但若無過失之一方，因判決離婚而生活陷於困難者，如聽其放任，勢將釀成重大之社會問題，故本法規定他方縱無過失，亦應給相當之贍養費。惟本條以判決離婚者爲限，如係兩願離婚，則由當事人之協議決之。至何者謂之相當，法院有自由酌量之權。【註三十二】

【註三十二】 夫妻之一方，於離婚後，實有陷於生活困難之情形，他方縱無過失，亦不能不負給與相當贍養費之責。參考法條：民法一〇五七條。二十一年三月四日上午四二二號扶養滲訟判決要旨。

第一千零五十八條 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

本條規定離婚時夫妻財產之分割。夫妻財產，有因夫妻一方之死亡而分割者，有因夫妻財產制之解除而分割者，有因夫妻之離婚而分割者，關於前二者，本法已於各種夫妻財產制中，設有明文規定。（參照本法第一〇二八條，第一〇二九條，第一〇三〇條，第一〇三九條，第一〇四〇條，及第一〇四三條）本條則規定離婚時夫妻財產之分割。夫妻財產之採分別財產制者，無論矣。此外有以妻之原有財產，附屬於夫之財產者，如聯合財產制是。有以夫妻之財產及所得，合併爲共同財產者，如共同財產制是。有以妻之財產，除保留者外，估定價額，移轉所有權於夫者，如統一財產制是。夫妻財產制，原爲維持夫妻之共同生活團體而設，今者既已離婚，則共同生活團體，業已解體，不問其原用之制度如何，自應許其各別取回其固有財產，以期無損於雙方之利益。本條所謂離婚，兼指兩願離婚及判決離婚而言。至固有財產，則與妻之原有財產不同，不可不辨，無論其爲聯合財產制，共同財產制，及統一財產制，財產之管理權，使用權，及收益權，多屬於夫，故妻之財產，如有短少，應由夫負賠償之責，但其短少，如係由非可歸責於夫之事由而生，則屬例外。

，至其事由，非應歸責於夫，應由夫負舉證之責，此證據法上當然之原則也。

第三章 父母子女

第二十二解 本章之總說明

第一 大旨

我國舊律，所謂父母子女，名目繁多，幾難卒辨，然究其實際，多屬服制之準情，而非親子之繫屬，訂入法典，殊無必要，故本法參酌各國法制，於父母祇設父母生父母及養父母之別，於子女則惟設婚生子女非婚生子女及養子女未成年子女之別。舉凡元典章所稱之三父八母，及徐乾學讀禮通考所稱之五父十三母等名稱，皆爲本法所不採。

我國舊律及歷次草案，稱妻所生之子爲嫡子，非妻所生之子爲庶子，此外復有嗣子及私生子之別，嗣子者，法律所擬制之子，用以繼承宗祧者也。私生子則指由苟合或無效之婚姻所生之子而言，既承認子有嫡庶之分，則不啻間接承認妾制之存在，時至今日，納妾惡制

，應即根本廢除，已屬無可否認，故本案因否認妾制，即間接否認庶子之名稱。（嫡子係對庶子而言，既無所謂庶，自無所謂嫡）至私生子之稱謂，顧名思義，殊欠允當，故本案亦摒而不用。本案則以是否由婚姻所生爲主旨，而於第一〇六一條規定由婚姻關係受胎而生之子女爲婚生子女。反是則爲非婚生子女。非婚生子女，因生父母結婚，或經生父認領，則視爲婚生子女以增進其地位。（本法第一〇六四條及第一〇六五條）若夫嗣子原屬宗祧繼承之遺制，我民法繼承編，對於宗祧繼承，既不設規定，自無復嗣子之可言，故本案祇有養子而無嗣子。（本法第一〇七二條以下）

歷次民法草案，關於親權之行使，均以父爲先，必父不能行使親權時，始由母行使之。本法則無親權之名稱，且以共同行使爲原則。（本法第一〇八九條）又歷次民法草案，於一定限度內，仍承認夫權之存在，本法則無夫權之明文。

子女出生之登記，參照戶籍法五十一條至六十一條。非婚生子女之認領，參照戶籍法六十二條至六十六條。養子女之登記，參照戶籍法六十七條至六十九條。

法國民法三百七十一條，規定爲子者，不問如何年齡，須孝敬父母。瑞士民法二百五十七條，規定子對父母，負服從及孝敬之義務。總理民族主義第六講：亦以孝字爲中國之特長。我民法親屬編，無有規定，亦大缺點！若以此爲道德上之事，在法律上，無拘束力，卽不宜以明文規定以裝飾門面。則二百一十九條之規定，又將何以自解耶？

第二 內容

易曰有夫婦然後有父子。婚姻之律定，而後父子之關係，從此起。故本案於婚姻以後，特設關於父母子女之規定。第一〇五九條：規定子女之姓。第一〇六〇條：規定未成年子女之住所。第一〇六一條：規定婚生子女之意義。第一〇六二條：規定受胎之時期。第一〇六三條：規定婚生子女之推定。第一〇六四條：規定婚生子女之擬制。第一〇六五條：規定非婚生子女與生父母之關係。第一〇六六條：規定非婚生子女或其生母對於生父認領之否認。第一〇六七條：規定認領之請求。第一〇六八條：規定請求認領之限制。第一〇六九條：規定認領效力之溯及。第一〇七〇條：規定認領撤銷之禁止。第一〇七一條：規

定指定繼承人與被繼承人之身分關係。第一〇七二條：規定養父母及養子女之名稱。第一〇七三條：規定收養者之年齡。第一〇七四條：規定有配偶者收養子女之共同。第一〇七五條：規定一人不得爲二人之養子。第一〇七六條：規定配偶之收養同意權。第一〇七七條：規定養子女與養父母之關係。第一〇七八條：規定養子女之姓。第一〇七九條：規定收養之方式。第一〇八〇條：規定收養關係之同意終止。第一〇八一條：規定收養關係之請求終止。第一〇八二條：規定收養關係終止時，給與相當金額之請求。第一〇八三條：規定收養關係終止之效力。第一〇八四條：規定父母保護及教養其子女之權義。第一〇八五條：規定父母對於其子女之懲戒權。第一〇八六條：規定父母對於未成年子女之法定代理權。第一〇八七條：規定未成年子女之特有財產。第一〇八八條：規定父母對於子女特有財產之管理權。第一〇八九條：規定父母對於未成年子女行使權利及負擔義務之準則。第一〇九〇條：規定父母濫用其對於子女之權利之糾正。

第二十三解 本章之逐條說明

第一千零五十九條 子女從父姓

贅夫之子女從母姓但另有約定者從其約定

本條規定子女之姓。何謂姓？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，於是有氏同而姓不同者，如同一王氏也，瑯琊太原，出周靈王太子晉，京兆出魏信陵君，皆姬姓。王莽自云舜後，則爲媯姓。同一孔氏也，孔子子姓，而鄭孔叔姬姓，陳孔甯媯姓，衛孔達媯姓。同一顏氏也，邾顏之裔曹姓，而魯之顏氏，則爲姬姓，後來金之完顏，去完爲顏，則又非古之顏氏。凡此之類，其氏雖同，而其祖不同，謂之同姓者，殊乖名實。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，如公孫叔孫士孫王孫之類，亦去一字而爲孫，公羊公沙公乘之類，亦去一字而爲公，毋邱毋將之類，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。此其中間，尙有改

之未盡，視其本宗，轉同異姓，氏族之紊，莫甚於此；如譚之爲覃，郤之爲浩，棘之爲棗，以避仇而改。籍之爲席，莊之爲嚴，慶之爲賀，以避諱而改，氏之爲是，以避嘲而改，更有異姓爲後者：如三國志馬忠傳，忠少養外家，姓狐名篤。王平傳，平字子均，本養外家何氏。吳朱然傳，然本姓施。以姊子爲朱後。魏氏春秋，陳矯，本劉氏子，出嗣舅氏，晉書陳騫傳，騫父矯，魏司徒，本廣陵劉氏，爲外祖陳氏所養，因而改焉。賈充傳，充無嗣，及薨，充婦郭槐，輒以外孫韓謐，爲黎民（充子三歲死）子，奉充後。魏書高崇傳，崇本姓高，繼外祖沮渠牧犍後，改姓沮渠。舊唐書李叔明傳，叔明本姓鮮于氏，少孤，養子於外族，遂冒姓焉。宋史葉夢鼎傳，本陳待聘之子，七歲，後於母族。元史王鶚傳，鶚無子，以瑁周鐸子之綱承其祀。明史陳泰傳，泰幼從外家曹姓，既貴乃復故。王得仁傳，得仁本謝姓，父避仇外家，因冒王氏。夏良勝傳，徐鼈，本高氏子，少孤，依舅京師，冒姓徐，從其業爲醫。若此類者，不可勝道。可知我國自有姓以來，雖概從父姓，惟亦間有因養子等關係而姓他姓者。故中央政治會議原則，以子女之姓，別無完善辦法，仍依我國舊

慣，原則上概從父姓。但贅夫之子女，除另有約定外，則從母姓，以示平等。所謂贅夫，即日民法所謂入夫婚姻是。

第一千零六十條 未成年之子女以其父之住所爲住所

贅夫之子女以其母之住所爲住所

本條規定未成年子女之住所。子女尙未成年，使其自行設定住所，其子而賢，尙有曹無適從之慮。子而不肖，更難免流於比匪之傷。故本法第二一條規定：無行爲能力人及限制行爲能力人，以法定代理人之住所爲住所。而父母爲其未成年子女之法定代理人，又爲本法第一〇八六條所明定。是未成年之子女，應以其父母住所爲住所，解釋上蓋屬當然。惟依第一〇〇二條規定，妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所，蓋在通常婚姻，妻入夫家所生之子女，固應以父之住所爲住所，反之如爲入贅婚姻，則屬夫入妻家，此時爲其子女之父，已以爲其子女之母之妻的住所爲住所，則爲之子女者，應以母之住所爲住所，又屬當然。本法特爲分別規定，以杜爭議。戶籍法第四條規定：子女除別有本籍者外，以

父母之本籍爲本籍，妻以夫之本籍爲本籍，贅夫以妻之本籍爲本籍。所謂本籍，又以住所爲標準，其立法之意，與本條同。

第一千零六十一條 稱婚生子女者謂由婚姻關係受胎而生之子女

本條規定婚生子女之意義。我國關於嫡庶之辨，自來甚嚴：清律嫡庶子男，分析家財田產，不問妻妾所生，只以子數均分，姦生子依子，量與半分。所謂嫡庶，一以妻妾所出爲衡。卽凡妻所出者爲嫡子，凡妾所出者爲庶子，所謂姦生子，卽非婚生子也。時至今日，既無所謂妾，卽無所謂庶，故本法廢止嫡子庶子之區別，而於本條規定，由婚姻關係受胎而生之子女，爲婚生子女，所謂婚生子女，與外國法律之親生子女同，亦卽我國舊律之所謂嫡子也。至所謂婚姻，指結婚而言，如僅有婚約，尙不得以婚姻目之。

第一千零六十二條 從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止爲受胎期間

能證明受胎回溯在前項第三百零二日以前者以其期間爲受胎期間

本條規定受胎期間。受胎證明，極爲困難，故各國法律，多設受胎期間 *Empfängniszeit* 之規定，以受胎不可測而知，而受胎之期間，則可推而定。所謂受胎期間者，據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，爲受胎期間也，據醫學家言：胎兒之在母腹中，最短期有經過一百八十日而卽生者，最長期有經過三百日而始生者，其最短期與最長期之百餘日，卽爲受胎期間。蓋欲知何時受胎，從胎兒出生之日，回溯至一百八十一日起，以至三百餘日爲止，總不外此百餘日受胎也。然欲定一定期間，則各國法律，互有不同：羅馬法，以婚姻成立之日起，於六個月後。婚姻解銷之日起，於十個月內，所生子女，爲婚生子女，每一月以三十日計算之。法國於拿破崙編纂民法時，定懷胎時期，【註三十三】最短期爲一百八十六日，其最長期爲三百八十六日，後編纂民法者，改最短期爲一百八十日，改最長期，爲三百日，蓋欲使人易於取得婚生子女之身分也，故法國民法，從出生日，回溯至一百八十日起，至三百日止，以其間之一百二十一日間，爲受胎期間。（法民三百十二條三百十三條）德國民法，從出生日前一百八十一日至三百二日止，

即以其間之一百二十一日間，爲受胎期間。（德民一千五百九十二條）日本民法，從婚姻成立之日起二百日後，從婚姻解銷或撤銷之日起，三百日內，（日民八百二十條）是日本民法以一百一日，爲受胎期間。各國之規定，既如此其不齊，本法則採取德制，定受胎期間爲一百二十一日，以最長之時期爲準，實於事實爲宜，而其計算之法，從子女出生日，回溯第一百八十一日起，至第三百零二日止，即以其間之一百二十一日，爲受胎時期，此期間內，有一日在婚姻有效中，而又經其夫與之同居者，其所生之子女，則推定其爲婚生之子女。（參照本法第一〇六三條）然法律如此推定，不過舉最普通之例爲標準，如有能證明回溯在第三百零二日以前受胎者，則不妨以其實際受胎之期間，爲法定受胎之期間，其所生之子女，亦爲婚生之子女。所謂能證明受胎回溯在三百零二日以前，如逾三百零二日而生之子女。經醫生檢查胎兒發育之程度，在母腹中，實已逾三百零二日之類是。

【註三十三】 懷胎時期與受胎期間不同，受胎期間，指在母腹中最長時期與最短時期之兩差數而言。懷胎時期，是由受胎時起，分娩時止而言。故懷胎時期，或有長至三百餘日，或短至一百八十日之差，而受胎期間，總

不外此百餘日。

第一千零六十三條 妻之受胎係在婚姻關係存續中推定其所生子女為婚

生子女

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為之

本條規定婚生子女之推定及否認。我國素重血統，必其子女，實為一己之骨肉，而後夫妻相輯睦，即戚族亦無間言。然必如何而信為一己之骨肉？則必依受胎期間以為定。如出生雖在結婚後，而受胎實在結婚前，或受胎雖在婚姻關係存續中，而此時期內，夫並未與妻同居，或受胎與出生，均在婚姻關係消滅以後，此等子女之所從來，實不能無疑？由法律嚴正解釋之，雖亦為妻之所生，然不得以之為婚生之子女。故本法為期血統之明確，而於本條第一項明定，必妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，始推定其所生子女，為婚生子女。然此不過法律之推定而已。若其事實有與推定相異者，不可不與其夫以否認之權。所謂

與推定相異之事實，指夫於受胎期間內，並未與妻同居者而言，蓋既未與之同居，其無從性交，自屬當然，以之爲有極力之反證，甚爲適當。但有應注意者四：(一) 否認權之行使，須以訴訟爲之。蓋一經否認，則婚生子女，卽喪失其婚生之身分，故其事實是否與法律相反，必有待於審判官之判斷。(二) 否認權之行使，應於知悉子女出生之日起一年內爲之。蓋經過長時期之後，則證據湮滅，判定困難，故本法特設短期時效之規定，庶親子關係，不至久不確定。法國民法，區分此期間爲數種：凡夫在出生地者，於出生後一個月；不在出生地者，其歸來後二個月；婦對於夫，將出生隱蔽者，從明知之後二個月，經過此時期，則否認權消滅。(法民三百十六條)夫否認權，以數月之時期而卽行消滅，未免失諸過短，故本法定爲一年，其一年之時期，不從子之出生時起算，從夫知悉其子之出生時起算。惟夫於法定期間內死亡者，繼承權被侵害之人，自夫死亡之日起，應於六個月內，提起訴訟。(民訴法五四九條)(三) 本法所用同居二字，應從狹義解釋，廣義之同居，指共同生活而言，卽德民法所謂 *Lebensgemeinschaft* 是也。婚生子女之推定，不能以受胎

期間內廣義之同居解釋之。須有如德民法所謂同寢 *Berwahrung* 之事實，（德民一千五百九十一條）或法民法所謂交接 *Reunion* 之事實。（法民三百一十三條）日本民法八百二十條規定妻於婚姻中所懷胎之子，推定爲夫之子，曰婚姻中，明與廣義之同居有別也。（四）

否認權 *Kampferrecht* 者，推翻婚生子女身分之訴權也。按法律之原則，惟夫得行使之，以其子女之果爲嫡出與否？非夫自己無由知之也。但夫未行使此權利而死亡者，則繼承權被侵害之人，得提起否認之訴。 *Berichtigungs* 又夫於提起否認之訴後死亡者，此等人亦得承受其訴訟。（民訴法五四九條）否認之訴之相對人爲子女，故此種訴訟之管轄，專屬子女之普通審判籍所在地之第一審法院，或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院。雖外國法律，有以其子女及其母爲相對人者，有以其子女或其法定代理人爲相對人者，然否認之訴，爲推翻其爲自己所出之推定，有受此推翻之影響者，非他人，卽其子女是也。故應專以其子女爲相對人，民事訴訟法：規定否認子女之訴，子女於判決確定前死亡者，其訴視爲終結，亦以否認權之客體欠缺故也。（民訴法五五一條）

第一千零六十四條 非婚生子女其生父與生母結婚者視爲婚生子女

本條規定婚生子女之準正，*Legitimatio per subaequus matrimonium; Legitimation d' unnaoh folgende Ehe* 夫婚生子女，與非婚生子女，蓋自出生時而已定，而法律特許其變更者，良以情欲之感，男女或有時而不及防，迨至居然生子，或由悔生悟，急欲修蓋前愆，遂本其好合之私情，而就婚姻之正道，在父母謂之補過，在子女不妨正名，故本條明定，非婚生子女之生父母結婚者，該子女即取得婚生子女之身分。（參照瑞士民法第二五八條德國民法第一七一九條）此種婚姻準正制度，濫觴羅馬，據君士但丁 *Constantine* 帝制定法律，父對於結婚以前所生之子，後日與其母結婚，則取得家父權，自紀元三百三十五年，至四百七十六年，實行一百四十一年。至五百二十九年，優斯體尼亞魯士 *Justinianus* 帝復行君士但丁帝之規則。然考究其立法之理由，因此等父母，結婚以後所生之子，可爲婚生子而完全繼承，其以前同母所生之子，則作爲非婚生子而毫無權利，甯得其平，此所以有因婚姻而準正之規定也。吾國習慣，亦與羅馬法制相同，如令尹子文，卽因婚姻而準

正者也。法國民法之規定，一爲因婚姻而準正（法民三百三十一條至三百三十三條）一爲認非婚生子爲己子。（法民三百三十四條至三百四十二條）而非婚生之子，如已死亡，若有利於其卑屬之親，亦得認爲婚生之子。（法民三百三十二條）日本民法八百三十六條一項二項之規定，與本法一千零六十四條相同。唯日民同條三項。有死亡之子準用之規定，本法無之，是其不同之點也。外國法律，尙有採宣告準正制度 *Ehelichkeits-klärung* 者，（參照瑞士民法第二六〇條德國民法第一七二三條）夫以親子身分關係，而由法院干涉，殊覺不便，故本法不採用之。

第一千零六十五條 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

非婚生子女與其生母之關係視爲婚生子女無須認領

本條規定非婚生子女與生父及生母之關係。各國法律，對於非婚生子女與生父之關係，多設認領之規定，本法亦然，蓋不如此，則難免不生流弊，例如與某女私者，計有甲乙丙三

人，或因甲貧而乙富，則必誣攀爲乙之子，若丙爲名譽之人，又將轉攀爲丙之子，受誣攀者，未必卽造因之人，而造因者，反得逍遙於事外，故本條第一項明定；非婚生子女，必經生父認領，始取得婚生子女之身分，但非婚生子女，現經生父撫育者。其親子關係，甚爲顯然，則無須經過認領之程序，故本法明定其視爲認領，俾其當然取得婚生子女之身分焉。至如非婚生子女與生母之親子關係，各國法律，不甚相同，有非婚生子女須經其母之認領，始與其生母生親子關係者，如日本民法及法國民法是。有不待認領，惟因出生卽與其生母生親子關係者，如德國民法及瑞士民法是。兩種立法例，以後者較爲合理，故本條第二項規定：非婚生子女與其生母之關係，視爲婚生子女，無須認領，蓋非婚生子女之於生母，由懷胎迄於分娩，事實顯然，不待認領，而已知其爲己之子女故也。

第一千零六十六條 非婚生子女或其生母對於生父之認領得否認之

本條規定非婚生子女或其生母，對於生父認領之否認。非婚生子女之認領，第由其生父之一方意思表示，卽生效力，若非真正非婚生子女之父，而故將他人之子認爲己子，則非特

毀損非婚生子女及其生母之名譽，且恐藉端詐索，其弊不可勝防。故本法予非婚生子女及其生母以否認權。但在外國法律，有許利害關係人，亦得否認認領者，（日本民法第八三四條）此種規定，爲本法所不採，蓋非婚生子女，究屬何人所出？惟非婚生子女之生母，知之最悉，無論何人，均無任意置喙之餘地故也。

第一千零六十七條 有左列情形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

- 一 受胎期間生父與生母有同居之事實者
- 二 由生父所作之文書可證明其爲生父者
- 三 生母爲生父強姦或略誘成姦者
- 四 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

本條規定請求認領。請求認領，卽外國法律之尋覓父系 *La recherche de la paternité*，闕

於尋覓父系，各國法律不同，其不許尋覓父系者，以爲寡廉鮮恥之女子，與人姦通，一旦有子，恆指最富或最有地位者以爲其子之父，立法者有鑒於此，故不許尋覓父系。反之其許尋覓父系者，以爲漁色之徒，引誘良家女子，比至有孕，棄而不顧，於是女或因之終身不能適人，其子且有被殺於母者，法律一方面有墮胎罪，一方面又不許覓父，豈非陷於絕境，故許其尋覓父系。本法卽折衷二者之間，既予以尋覓之權，而復限之以事實，其事實如下：(一) 受胎期間，生父與生母有同居之事實者。於此情形，其血統關係，甚爲顯然，故本法以其爲認領之事實。(二) 由生父所作之文書，可證明其爲生父者。此時證據確鑿，許其請求認領，亦無流弊。(三) 生母爲生父強姦，或略誘成姦者。強姦及略誘成姦，在現行刑法，均設有處罰規定，因此所生之子女，如任其飄泊失所。殊非允洽。故本法以其爲請求認領之事實。(四) 生母因生父濫用權勢成姦者。所謂濫用權勢成姦，如監獄官吏與女犯姦通之類是。此種情形，原可包括於本條第三款之內，但有不同者，一則並無命令服從關係，一則有命令服從關係，一則以強姦及略誘爲限，一則縱屬和姦及和誘成姦

，亦在請求認領之列。惟請求認領，係屬例外辦法，故本法縮短其請求權之行使期間。至有此請求權者，則屬非婚生子女之生母，或其他法定代理人，而非婚生子女無之。蓋認領請求權，自子女出生後，如逾五年，即不得行使，因彼時非婚生子女，猶在襁褓，故不能不以認領請求權，畀諸生母或其他法定代理人。

第一千零六十八條 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

本條規定請求認領之限制。有前條情形之一者，非婚生子女之生母或其法定代理人，固可請求生父之認領，然如生母於受胎期間內，曾與他人通姦，或爲放蕩之生活，則不但生母有相當之過失，且認定子女究爲何人所出？亦屬困難，故特設本條規定，剝奪其認領請求權。（參照瑞士民法第三一五條）

第一千零六十九條 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

本條規定認領之效力溯及於出生時。查非婚生子女，必經生父認領，始取得婚生子女之身分。（參照本法第一〇六五條）然認領非必即於出生時爲之，或有爲時甚久，始行認領者，而此出生以後，未經認領以前，苟效力不爲溯及，則親子間之關係，不免虛懸而無着。故本條規定，非婚生子女之認領，有溯及於出生時之效力。但絕對守此原則，有因此害及第三人已得之權利者，例如認領以前，爲認領者，因年老而爲子析爨，將其所有財產，已分配於其婚生子甲乙二人，財產既爲甲乙二人所得，非婚生子，不得因後之認領，溯及既往，取甲乙二人已得之財產而再分之，若此際溯認領之效力於出生，非婚生子亦可與於分財之數，則甲乙二人之權利，不能確定享有，其結果將使社會之安甯幸福，有不能維持者，此但書所以有不能害及第三人已得權利之規定也。

第一千零七十條 生父認領非婚生子女後不得撤銷其認領

本條規定認領撤銷之禁止。非婚生子女之認領，卽表示非婚生子女爲自己所生之子女之意。非婚生子女，固須經生父認領，始視爲婚生子女，（參照本法第一〇六五條）但一經認領

，則非婚生子女之身分，即屬確定，如許其任意撤銷，則於非婚生子女之身分，大有妨礙，故爲本法所不許。此與通常法律行爲，當事人可以任意撤銷者不同。

第一千零七十一條 依第一千一百四十三條之規定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

本條規定繼承人與被繼承人之身分關係。我民法繼承編，分繼承人爲二：一爲法定繼承人，一爲指定繼承人。所謂指定繼承人，指被繼承人，無直系血親卑親屬，以遺囑就其財產之全部或一部指定之繼承人而言。（參照繼承法第一一四三條）指定繼承人，既非法定繼承人，有一定之身分可比，（參照繼承法第一一三八條）故本條明定，除法律另有規定外，與婚生子女同。以確定指定繼承人與被繼承人之身分關係焉。所謂法律另有規定者，如第一千一百四十二條第一千一百七十六條第二項等是。

第一千零七十二條 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

本條規定養父養母及養子養女之名稱。我國舊律，關於擬制之子有二：一曰嗣子，清律稱曰繼子，（茲擬對於繼父繼母稱曰繼子）即法律擬制之子也。嗣子與嗣父母，本無親子關係，經法律擬制，始與親生子，生同一之關係，且不獨與嗣父母生親子關係，即與嗣父母之親屬關係亦然，如對於嗣父母之父母，即生祖父母與孫之關係，對於嗣父母之兄弟姊妹，即生伯叔與姪之關係等是也。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，自出生時起，而嗣子則從承嗣之日起而已。嗣子以承繼宗祧之資格而承繼財產，而承繼宗祧者，視所嗣父母，究當有如何之關係，此一問題也？傳曰：爲人後者爲之子，不敢復顧私親，故爲人後，對於所後之人，當然生親子關係，而先儒學說，斷斷不同，宋之濮議，明之興獻議，廟堂之上，幾成聚訟，蓋厚於所後，則薄於所生，厚所生之親，又乖立後之義，爲人後者爲之子，固有難以兩全者，雖然；亦酌乎情理之平耳。夫專重所後，而對於本生之父，當降稱伯叔者，（宋王珪司馬光等說）其說固非，而專重所生，對於所後之親，稱爲伯叔者，（明張聰桂萼說）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，而不後於所嗣，則奚用立嗣爲，況雖爲人後，而對於所生，仍得以本生父母稱，（宋歐陽修曾鞏說）曾非視爲路人也，禮：爲人後者，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。由此言之，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，旣以嗣父爲父，又以生父爲父，於義實有未安。曰，是不然：夫謂家無二上者，不得有二尊也，若夫嗣父與生父並存，而教養監護之權，獨歸於所後，是權義之關係，已定於一，爭議無自而開，蓋恩莫重於所生，而義莫重於所繼也。至於嗣子之子孫，對於本生親屬，則不得復論其本生之關係，而當僅論所後之宗支，觀舊律毆祖父母父母各條，可以知也。今觀中央政治會議原則，祇云宗祧繼承，毋庸規定，而說明中又有選立嗣子，原屬當事人之自由，毋庸加以禁止之表示，則嗣子名稱，亦爲法之所許。況子女從父姓。已爲本法所明定，則依民法第一條之規定，及總理民族主義第五講，由宗族團體合成國族團體以抵抗外國之精神，吾國人保留此民族主義之宗祧繼承，絕對非如

外界所云宗法社會之思想。不過繼承遺產，不以此爲前提耳。（見審查意見書第二點）二曰養子，詩曰：螟蛉有子，蜾蠃負之。揚子法言曰：螟蛉之子殪，而逢蜾蠃，視之曰；類我類我，久則肖之。故養子亦曰螟蛉子。後漢書順帝紀曰；初令中官得以養子爲後，襲封爵。此養子之見於經籍者也。其見於律例者；則有乞養收養之別；清律立嫡子違法條例第三；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，其收養三歲以下遺棄之小兒，仍依律卽從其姓，但不得以無子，遂立爲嗣，仍酌分給財產，俱不必勒令歸宗，如希圖貲財，冒認歸宗者，照律治罪。輯註：箋釋謂四歲以上，不報官收養，以收留迷失子女論，非也，遺棄者；父母捨置以去，聽其死生不顧，三歲以下，尙不能言語飲食，無人收養，必致填於溝壑，許令收養者，重在全其生也，與收留迷失之義，大相懸絕，但四歲以上，或能自言其姓氏里居，應當報官追查，若遂收養，亦無大過，豈可照收留迷失論，假如收養四五歲小兒，卽科以杖徒重罪乎？遺棄必是小兒，然亦有不止三歲者，迷失必非小兒，然亦或有小兒者，總之遺棄與迷失不同，收養與收留亦異，收養遺棄，意在哀其

死，收留迷失，意在利其人。輯註又云：收養遺棄小兒，雖許即從其姓，而註謂不得爲嗣者，蓋收養遺棄，與乞養異姓相等，皆可以爲義男者，養育之恩同也，皆不可以繼嗣者，宗族之派不容亂也。全纂：收養三歲之義男成人後，生父告認，不准斷還，蓋自幼不顧嬰兒之生死，恩義已絕也。若四歲以上，生父告認，則准給領回，若年已四歲，不必乳哺，已能行動，若非遺棄，乃係走失，則養父母，應遂官招領，否則問以收留迷失子女之罪。由此觀之；無論乞養收養，雖素相依倚，恩誼周摯，只酌分給財產，不許爲嗣。是養子之對於財產，顯與嗣子有別也。吾人雖主張嗣子之存在，然仍與養子一律，否則即於法律有抵觸也。關於養子制度，就其沿革言之：古代之重嗣子，所以崇祀祖先也，苟或無子，則爲不孝，故婚姻之目的，即以有子爲前提，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。婦女生子者加以獎勵，無子者附以制裁，羅馬帝政初期，及越王勾踐十年生聚之法也。古代視子之重也如此。然子之可得與否？非人所必也，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，今日尚有存焉。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也，而印度今日，仍或存之。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，此高加索民族之所行也。然羅馬共和時代，則不用此種曖昧之方法，而以正當之方法救濟之，卽養子之制度是也，其法有二：一曰亞諾嘎格 *Adoptio*。卽以自權人（卽家長）爲養子，須於國民會訊問，經其決議後，再經僧侶之承諾，自權人非有兄弟，決不能得其承諾。一曰亞多普格 *Adoptio*。卽以他權人（卽家屬）爲養子，得併用曼兮拔格 *Mancipatio* 方式，及奴隸解放之方法。依十二標法：家長三度賣其男子，則喪失家長權，故收受養子者，欲使養子脫生父之家長權，則生父不可不依三度買賣，養父不可不依執杖解放之形式而爲之，但女子及孫。僅行一度買賣程序，卽爲終了。此羅馬法養子大概也。（註）現在德義比俄西瑞法美，無不認養子者，其稍有不同者，則英吉利也。普通法中，殆不認養子之制度，近世條例，乃有養子規定。以法院之命令爲要件，

然普通多不行之，且有時養子能受其生家之世襲遺產，而於養家財產，反不能承襲者。故英國養子，非繼承制度，乃教育他人子而自立於父之地位 *Standing in loco parentis* 者也。綜觀以上所述；養子制度之變遷，約有四級，一曰繼承祭祀制度，養子目的，以存續祖先之祭祖為主，故有子而能繼續宗嗣時，即不得為養子。二曰繼承家長權制度，家屬制度發達，家長有代表一家而參與公務之權，家長若無子，或有子而死亡時，則為養子以繼續其家長之權義。三曰繼承遺產制度，個人獨立時代，以個人為構成國家之單位，各有特有財產，苟或無子，得豫為養子以繼續其財產，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，遂超然於繼承問題以外。以上四者之制度，雖不可絕對區分，大略不外乎此。然則吾國今日之養子，果屬於何種之範圍乎。以吾國現狀言之，繼承家長權制度，已歸湮沒，而繼承祭祀制度，一採放任主義，則所謂養子者，實合繼承宗祧之嗣子與保護收養之養子而為一鑪也。至若民間惡習，尚有養媳，養媳者，撫他人之女，以為己之子婦者也。舅姑對於養媳，既非所生，恆加虐

待，且子未壯而養媳，既於人情有乖，尤與法理不符，此種弊俗，天然淘汰，自在嚴行禁止之列，至於用養女名義以撫育者，家庭間之地位，亦不可以不明，故本法以明文定之，使養女與養親之間，有明確之關係，庶免無益之爭也。日本民法，於此有二種制度，一曰婿養子，即以女婿爲養子也。（日民八三九條）二曰入夫婚姻，即女戶主之招夫是也，女戶主因入夫婚姻，或入夫離婚，爲開始家督繼承之原因。（日民九六四條）我親屬法無婿養子之規定，假令以女婿爲養子時，除贅夫適用一千條，一千零零二條，一千零五十九條外，雖婿養子，亦與普通養子無別也。

第一千零七十三條 收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上

本條規定收養者長於被收養者之年齡。收養者爲父，被收養者爲子？收養者之年齡，應長於被收養者，是爲當然。惟究應長至若干歲？則各國法律不同。有祇云不得以年長者爲養子者。（日民第八三八條）有規定養親應長於養子十八歲者。（瑞民第二六四條二項德民第一七四四條）本法則斟酌一般情形，明定收養者（養親）之年齡，應長於被收養者（養子）二

十歲以上，至收養者之年齡，外國法律有定爲二十歲者，（日民第八三七條）有定爲四十歲以上者，（瑞民第二六四條）有定爲五十歲以上者，（法民第三四三條德民第一七四四條）本法聽其自由，不設年齡限制，蓋養親應長養子二十歲以上，事實上無未成年入爲養親之事也。

第一千零七十四條 有配偶者收養子女時應與其配偶共同爲之

本條規定有配偶者收養子女之共同。無配偶者之收養子女，固可依一己之意思爲之。反之如有配偶，則因被收養者，例須入於收養者之家，與收養者之配偶，經營共同生活，故各國法律，多予收養者之配偶以同意權。（瑞士民法第二六六條第一項德國民法第一七四六條第一項）如收養者之配偶，不爲同意，則家庭和平，無由保持，故本法參酌我國習慣及養子制度之本旨，於本條明定有配偶者收養子女時，應與其配偶共同爲之，以杜斯弊。（日本民法第八四一條第一項）此與歐洲各國配偶之一方，得各別收養子女，惟須得他方之同意者，固有別也。

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

本條規定一人不得爲二人之養子女。養子女與養父母之關係，雖屬擬制的親子關係，但在法律上與天然的親子關係無異。（參照本法第一〇七七條）故外國法律，有明定非兩配偶不得共同以一人爲養子者，（瑞士民法第二六六條第二項德國民法第一七四九條第一項）此就親子之關係言之，是爲當然。故本法亦明定除前條規定外，一人不得爲二人之養子女。但有謂養子女與養父母，既屬擬制的親子關係，養父母一旦死亡，則收養關係，即行解銷者，此種觀念，爲本法所排斥。蓋養子女與養父母，既屬親子關係，固未聞有父母死亡，而其子女即脫離其親子之關係者，其在擬制的親子關係，何獨不然，否則淺薄者流，似將以此爲作僞之護符矣。

甲不得同時爲乙丙二人之養子（二人一後），已如上所述矣。反之甲同時立乙丙爲養子（一人二後），在舊律無禁止及容許之明文。然徵之先儒學說，亦謂一人二後，不合於理。禮記射義曰：孔子射於矍相之圃，蓋觀者如堵牆，射至於司馬，使子路執弓矢，出延射曰：

覆軍之將，亡國之大夫，與（音義與音預）爲人後者，不入，其餘皆入。（注與猶奇也，後人者一人而已，既有爲者而往奇之，是貪財也。疏謂有人無後既立後訖，此人復往奇之，是配合之外，更有奇也。）秦蕙田案曰：一人二後，情事亦有不同，其爭奪承繼以兩立爲解紛者，其爲貪利喪行，不待言矣。亦有富貴之家，已雖無子，而樂見子孫之蕃盛，此其意亦無大惡，然於情理有不可者，蓋我既無子，而兄弟以子後之，此存亡繼絕之大德，非常破格之義舉，聖人之所甚重也，今乃一之不足，而至於再，於彼於此，可以唯吾所欲立，其視己之衣食資財爲甚重，而視人之以子後己爲甚輕，於情於理，其可安乎？又有貧富不均，誼敦手足，見兄弟之多男，而多取之，以紓其累者，此尤近於美意。然不思兄弟之子，猶子。兄弟貧窘，而我獨豐盈，飲之食之，教之誨之，皆伯叔父分中之事也，何必斤斤焉，使舍其父而父我，然後可以施其撫育，何其隘而私乎？且彼兄弟之子，並無干求爭奪之心，而自兩後並立之後，旁觀之人，皆以爲與爲人後而鄙夷之，是愛之，適以害之也，既不以禮自處，又不以禮處人，亦何所取意而爲之也哉！

第一千零七十六條 有配偶者被收養時應得其配偶之同意

本條規定配偶之收養同意權。被收養者如無配偶，固可以一己之意思決之。反之如有配偶，則因一被收養，即須與配偶同入於收養者之家，經營共同生活，如事先未得配偶之同意，則事後嘖有煩言，恐所不免。故各國法律，多予被收養者之配偶以同意權，（瑞士民法第二六六條第一項德國民法第一七四六條第一項）本法從之。

第一千零七十七條 養子女與養父母之關係除法律另有規定外與婚生子女同

本條規定養子女與養父母之關係。養子女與養父母乃擬制的親子關係，故外國法律，有明定養子女自收養之日起，取得養父母之婚生子女之身分者。（德國民法第一七五七條第一項日本民法第八六〇條）本法亦明定養子女與養父母之關係，與婚生子女同，但法律另有規定者，則屬例外，所謂另有規定，如養子女關於財產繼承，其應繼分爲婚生子女二分之一，（繼承法第一一四二條第二項）即其一例。【註三十四】

【註三十四】族譜載有異姓不得亂宗之例者，係以當時法律，不認收養異姓之子與養父母間有親子關係爲前提。自民法施行後，依該法一〇七七條之規定：養子與養父母之關係，除法律另有規定外，與婚生子同。婚生子既屬入譜，法律上視同婚生子之養子，自不得更援譜例，拒絕入譜。唯養子法律上之地位，於另有規定時，亦非與婚生子全然同一。故養子入譜，應依其譜例之本旨，載明養子字樣，以別於真正之養子。參考法

條民法一〇七七條 二十一年一月十四日上字五七號登譜涉訟判決要旨。

第一千零七十八條 養子女從收養者之姓

六條規定養子女之姓。依照前條規定，養子女與養父母之關係，原則上與婚生子女同，而子女應從父姓，已爲本法第一〇五九條所明定，則養子女應從收養者之姓，似屬當然。但在我國舊律，有收養異姓子女，雖依律從收養者之姓，但不得以無子遂立爲後之限制，故本法特於本條明定養子女從收養者之姓，以杜爭議。所謂從收養者之姓，又因情形而異，即養子女係無配偶之人，單獨爲收養者，則從收養者之姓，反之係夫妻共同而爲收養者，則原則上又應以養父之姓，爲養子女之姓氏焉。

第一千零七十九條 收養子女應以書面爲之但自幼撫養爲子女者不在此限

本條規定收養之方式。收養他人之子女，以爲自己之子女，其關係極重。故在外國法律，有須呈報於戶籍吏，始生效力者。（日本民法第八四七條）有須以公正證書，經養親住所在地管轄官署之許可爲之，且須登記於出生登記簿者。（瑞士民法第二六七條第一項）有須經高等法院之核准者，（法民法三五三條至三五九條）本法關於收養，雖須聲請登記，（戶籍法六十七條至六十九條）然不以爲要件，唯期關係之明確起見，於本條規定，收養子女，應由當事人以書面爲之。其不依此規定者，依據一般通則，應屬無效。（參照本法第七三條）但有自幼撫養爲子女者，其收養關係，已極顯明，縱不另立書面，亦屬無礙，故本法但書，作爲例外。抑更有言者；吾國宗祧繼承之立繼形式，多以書據爲之，即習慣上所謂繼書（一稱嗣關）是也。繼書在舊法上，並無以此爲承繼成立之要件，前大理院判例，已明認之〔註三五〕但自本法施行後，此判例已不適用矣。

【註三十五】參照前大理院判例民國五年上字九九〇號六年上字第七九〇號九年八月統字一三七六號。

第一千零八十條 養父母與養子女之關係得由雙方同意終止之

前項終止應以書面爲之

本條規定收養關係之同意終止。收養者與被收養者，雖因收養而生父母子女之關係，然其關係究屬擬制而生，一旦情感乖離，或兩不心願，自無不許其協議終止之理由。故本法規定養父母與養子女之關係，得由雙方同意終止，但須以書面爲之，以昭確實。此與收養子女應以書面爲之，（參照本案第一〇七九條）立法趣旨，殆屬一貫。但收養關係之解除，惟向將來發生效力，故本法不曰解銷，而曰終止。（瑞士民法第二六九條第三項）至養父母死亡後，養子女欲終止收養關係，外國法律，有不設何種規定者，有明定其須得家長之同意者。本法則採前之立法例，解釋上自不許其以養子女一方之意思，隨意終止收養關係焉。

第一千零八十一條 養父母養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其收養關係

- 一 對於他方爲虐待或重大侮辱時
- 二 惡意遺棄他方時
- 三 養子女被處二年以上之徒刑時
- 四 養子女有浪費財產之情事時
- 五 養子女生死不明已逾三年時
- 六 有其他重大事由時

本條規定收養關係之請求終止。其原因如下：（一）對於他方爲虐待，或重大侮辱時。一方對於他方，既有虐待，或重大侮辱，則親愛之意已離，必欲勉強維持，非惟無益，徒增苦累，故本法以其爲請求終止收養關係之原因。虐待對身體言，侮辱對名譽言。（二）惡意遺棄他方時。（三）養子女被處二年以上之徒刑時，以上兩款，與本法第一〇五二條第五款及第十款之立法旨趣大略相同，茲不贅。（四）養子女有浪費財產之情事時。養子女如浪費無度，則養父母之必要生活，行將陷於困難，故本法以其爲養父母請求終止收養關

係之原因，但所浪費之財產，專指家產言之，不包含養子女之特有財產在內。（參照本法第一〇八七條）（五）養子女生死不明，已逾三年時。本款與本法第一〇五二條第九款之立法趣旨略同，茲不贅。（六）有其他重大事由時。養子女與養父母，既屬擬制的親子關係，其請求終止收養關係之原因，自應力持寬大，俾其有隨時可以請求終止之餘地。故本法採例示規定，凡有其他重大事由，皆可為請求終止之原因。惟應注意者：（一）終止收養關係，須請求法院，以宣告為之，非如前條之可以同意終止。（二）應否宣告終止？法院有自由酌量之權。〔註三十六〕

〔註三十六〕 立嗣行為，一經成立，除繼子不得於所後之親時，得告官別立外，非可任意撤回。二十一年一月二十八日法律一八二號繼承訴訟判決要旨。

第一千零八十二條 收養關係經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

本條規定收養關係終止時，給與相當金額之請求。養父母與養子女相為依倚，在共同生活

上，實有不可分離之關係。一旦終止其收養關係，在養父母固屬扶持無人，在養子女亦將頓失依靠。故本法爲維持人道計，如收養關係終止時，無過失之一方，因而陷於生活困難者，他方即負有給與相當金額之義務，至生活是否陷於困難？乃事實問題。應依具體情事決之，例如養父母縱因與養子女終止收養關係而慰藉無人，然如尚有其他親屬能爲扶養，或尚可獨立自營生計，即不能謂其生活陷於困難，所謂給與相當金額，乃一種慰撫性質，初非損害賠償可比，其給與之程度，不外由法院斟酌當事人雙方之必要生活及財產狀況定之。

第一千零八十三條 養子女自收養關係終止時起回復其本姓並回復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

本條規定收養關係終止之效力。養子女因被人收養，既改從養父母之姓，並與本生父母脫離親子關係，一旦終止收養，將從新取得其本姓及與本生父母之關係乎？抑當然回復其本性及與本生父母之關係乎？此在事實上不無疑問。本法則以當然回復其自然狀態爲合理。

故於本條明定，養子女自收養關係終止時起，不待履行何種程序，即當然回復其本姓，並回復其與本生父母之關係，但在未終止收養關係以前，第三人已取得之權利，常有因養子女回復其與本生父母之關係而被侵害者，故本法特設但書規定，以保護第三人既得之權利，而免實際上之弊害。（參照本法第一〇六九條之說明）

第一千零八十四條 父母對於未成年之子女有保護及教養之權利義務

本條規定父母保護及教養其子女之權義。未成年之子女，尙未至於成立，保護及教養之責，應由爲之父母者任之，此爲各國之所同，本法亦設本條以明示其意。所謂保護，其範圍甚廣，保護其子女之利益，固爲保護，即排除其子女之不利益，亦爲保護。如慮其子女流於不肖，禁止與損友往來，或指定其居所等是。所謂教養，包含教育及扶養二者而言，父母對於未成年之子女，有扶養之義務固矣，至若教育，非僅令子女入學，即使之學習職業，亦教育也，當今之世，凡人均以卓然自立，不依賴他人爲尙，然非有相當知識與職業。雖欲自立，勢必有所不能，故各國法律於保護及扶養以外，多課父母以教育其子女之義務。

。至保護教養之時期，外國法律，有不設年齡之限制者，其權義過廣，殊為本法所不取。
。（瑞士民法第二七五條第二項日本民法第八七九條）又第一次及第二次草案設有親權一節，（第四章第一節）本法以法律進化之過程，由權利本位，移於義務本位，又由義務本位，移於社會本位，故保護教養，作為權利也可，作為義務也可，本法特就權利義務雙方規定之，總之不外乎人在社會上應盡之責任也。〔註三十七〕

【註三十七】（一），婚姻關係成立後，苟無法律上可認為其關係為已消滅之原因，其婚姻關係，自應存在，故夫於結婚後，出家為僧，縱依僧之教律，不得有妻，而其夫妻關係，若無法律上可認為已消滅之原因，自應仍認其存在。（二），父母子女間之權利義務，自民法親屬編施行之日起，應依民法親屬編之規定，父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。至於與未成年人同居之祖父母，則惟於未成年人之父母，不能行使負擔其權利義務時，或未成年父母死亡，而無遺囑指定監護人時，始得依法定順序，定其為監護人，若夫妻兩願離婚，則關於子女之監護。於兩造未有約定時，固應由夫任之。倘約定不諧，致生爭執，或由判決離婚者，法院自得為其子女之利益，酌定監護人。參考法條：民法親屬編施行法第十三條，民法第一

第三章 父母子女

○八四條，第一〇九四條，第一〇五一條，第一〇五五條。二十一年五月十九日上字第一〇九三號離婚港
訟判決要旨。

第一千零八十五條 父母得於必要範圍內懲戒其子女

本條規定父母對於子女之懲戒權。按父母對於子女之懲戒，各國法律，不盡相同：法國民法，父母無擅自懲戒其子女之權，須呈請法院，經其允許後，送入懲戒所懲戒之。（法國民法第三七五條至三八三條）瑞士民法，父母於子女之教育上，得用必要之懲戒手段，但無須送入懲戒所懲戒之。（瑞士民法第二七八條）德國民法，日本民法，則取折衷主義，既認父母有懲戒其子女之權，又可呈請法院為相當之援助。（德國民法第一六三一條第二項）日本民法第八八二條統觀各國法律，雖懲戒子女之方法不同，然概認父母對於其子女有懲戒權，良以父母既有保護及教養子女之責，若使不克率教，則感化之力俱窮，自非懲戒，不足以達其用，故本法做瑞士立法例，於本條明定，父母於必要範圍內有懲戒其子女之權，無庸送入懲戒所，以致傷及廉恥，而為不良少年所同化，至所謂必要範圍，自有一定

之分際，爲之父母者，苟非別有用心，決不至任情縱性，對於子女橫加敲扑，或致危及其生命也。

第一千零八十六條 父母爲其未成年子女之法定代理人

本條規定父母對於未成年子女之法定代理權。查本法第十三條規定，未滿七歲之未成年人無行爲能力。滿七歲以上之未成年人。有限制行爲能力，又第七十六條及第七十七條規定，無行爲能力人，由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示。限制行爲能力人爲意思表示，及受意思表示，應得法定代理人之允許。其他有法定代理人之處，不一而足，夫對於無行爲能力人及限制行爲能力人，究以何人爲其法定代理人？較爲適當，此在學理上，固不無爭議，然在各國法律，未有不以其父母爲未成年人之法定代理人者，本法從之。良以天倫之親，莫親於父母子女，且父母之於子女，提攜保護，無所不用其極，以之爲法定代理人，實爲至當，惟依本法第十三條第三項規定，未成年人已結婚者有行爲能力，已結婚之未成年人，既有行爲能力，其爲意思表示或受意思表示，固無須法定代理人之同意，

然法定代理人之法定代理權，並不因之而喪失也。

第一千零八十七條 未成年子女因繼承贈與其他無償取得之財產爲其特有財產

本條規定未成年子女之特有財產。禮記內則云：子婦無私貨，無私蓄，無私器，不敢私假，不敢私與。由此以言，我國家產之屬於家所共有，而不許子女之私有者，固矣。但自輓近以還，子女雖在一家共同生活之下，或爲親屬遺產之繼承，或有對之爲財物之遺贈及贈與者，皆屬法所不禁，此時爲之子女者，固不能與父母爭，而爲之父母者，若必盡收爲己有，揆之法理，亦有未平，故各國法律多認其子女之特有財產，本法亦然。但所謂特有財產，惟限於因繼承贈與其他無償取得之財產。（參照本法總則第七七條但書）如因勞力或其他有償取得之財產，則應歸諸父母，以維持其一家之共同生活，關於此點，外國法律，有設明文規定者，（瑞士民法第二九五條）本法雖無規定，解釋上固應如此也。

第一千零八十八條 子女之特有財產由父管理父不能管理時由母管理

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

本條規定父母對於子女特有財產之管理權。依照前條規定，未成年子女，得有特有財產，固矣，惟其子女既未成年，初無管理財產之能力。外國法律，有規定其由父母共同管理者，（瑞士民法第二九一條）有規定由父或母管理者，（日本民法第八八四條）有規定於父以外，母亦有管理子女財產之權利及義務者。（德國民法第一六二七條第一六八四條）本法則做德國立法例，明定子女之特有財產，由父管理，父不能管理時，由母管理。所謂父不能管理，如父已死亡，或縱未死亡，然因遠在他方，事實上不能執行管理上之義務是。至父母對於子女之特有財產，有無使用收益及處分之權？各國法律，不盡相同（瑞士民法第二九二條以下德國民法第一六三八條以下日本民法第八八六條以下）本法則明定父母對於子女之特有財產，有使用收益之權，惟對於特有財產之處分，則非爲子女之利益，不得爲之，俾免權利之濫用。而至害及子女之利益。所謂爲子女利益之處分，例如其特有財產，爲公債或其他有價證券，於證券價額高漲之際，而爲出賣是。其於證券價額低落之際，爲子女

之利益而出賣者，亦然。

第一千零八十九條 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

本條規定父母對於未成年子女行使權利及負擔義務之準則。關於此點，各國法律，頗不相同，且多從行使權利方面着眼，如法國民法，父在婚姻關係存續中，單獨行使親權，父死後始由母行使。德國民法亦同。（法國民法第三七三條德國民法第一六八四條）瑞士民法，在婚姻關係存續中，父母共同行使親權，但父母不一致時，仍從父之意思，（瑞士民法第二七四條）本法則參酌各國立法先例，而於本條規定，對於未成年子女之權利義務，原則上由父母共同行使或負擔之，但法律另有規定者，則屬例外。所謂法律另有規定：如本法第一〇八八條，子女之特有財產，由父管理，父不能管理時，由母管理，即其一例。其

不能共同行使權利，或共同負擔義務者，則分別規定以資解決。即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，不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。此在事實上實不能不如此者也。所謂能力，不僅指經濟能力而言，即實際上能否勝任亦是。

第一千零九十條 父母濫用其對於子女之權利時其最近尊親屬或親屬會議得糾正之糾正無效時得請求法院宣告停止其權利之全部或一部

本條規定父母濫用其對於子女之權利之糾正。依照本法規定，父母對於未成年子女，有保護及教育之權利，懲戒之權利，為法定代理人之權利，管理使用收益及處分其特有財產之權利。（本法第一〇八四條以下）父母之於子女，義屬至親，固不虞其濫用，然如一旦濫用，則對於子女之利益，所關極大，故外國法律，有許親屬會議之監督者，（如日本）有許監護機關之干涉者，（如瑞士及德國）本法以為選許國家以權力干涉，殊為失當，故於本條規定，由其最近尊親屬，或親屬會議，先為糾正，所謂最近尊親屬，如祖父母之於未成年子

女是，蓋除父母而外，骨肉之親，固未有逾於祖父母者也。所謂最近尊親屬，自不限於直系或旁系，亦不限於血親及姻親，惟其親等最近斯可耳。如糾正無效，則許其請求法院，宣告停止其權利之全部或一部。蓋如糾正無效，而不仰賴於公力之救濟，則糾正云云，直等虛設，此亦不得已之辦法也。

第四章 監護

第二十四解 本章之總說明

近世諸國監護規則，濫觴羅馬，固矣。然在民法中，應位置何處？學者議論不一：德國善火達 *Puehta* 謂宜編入債權法。溫第賒底 *Windscheid* 謂宜半列債權法中。半列親屬法中。然羅馬古代，監護法則，爲主屬於親屬部分，優帝法典。所以列於人法之中也。羅馬監護制度，有二種類：一爲監護人 *Tutela*，一爲財產管理人 *Cura*，卽保佐人是也。應付監護人者，爲未成年人及婦女。應付保佐人者，爲未成年人，心神錯亂人，破產人，及遺腹

子等。羅馬監護制度，普及於全世界，故歐美各國，對於未成年人，或雖已成年，而精神不完全者，保護極爲周至，而法律上亦各設監護制度，扶植幼弱，俾免意外。我國舊律，關於老幼孤寡之收養，雖有明文規定，而用意僅在於慈善，社會上雖有託孤之習慣，而範圍多限於親屬，且權利義務，亦不分明，易生弊端。故本法根據我國習慣，參考西制，並斟酌社會現狀，而設監護制度。但在外國法律，所謂監護，包含未成年人之監護，禁治產人之監護，及準禁治產人之監護。本法則祇設未成年人之監護，與禁治產人之監護。蓋我國民法，已無所謂準禁治產人，自不同於他國民法而有所謂準禁治產人之監護也。又在外國法律有於監護人以外另設監督監護人者，亦有由監護法院，任監督監護之責者，本法以其程序紛煩，未便採用，矧在人事問題，逕由法院干涉，尤爲不便，故均爲本法所不採。

第一節 未成年人之監護

第二十五解 本章第一節之總說明

第一 大旨

本節爲未成年人之監護。第一〇九一條，規定監護人之設置。第一〇九二條，規定委託監護人。第一〇九三條，規定遺囑監護人。第一〇九四條，規定法定監護人。第一〇九五條，規定監護人辭任之限制。第一〇九六條，規定不得爲監護人之限制。第一〇九七條，規定監護人一般之職務。第一〇九八條，規定監護人對於受監護人之法定代理權。第一〇九九條，規定監護人開具財產清冊之義務。第一一〇〇條，規定監護人關於財產上之權義。第一一〇一條，規定監護人使用收益及處分受監護人財產之限制，第一一〇二條，規定監護人受讓監護人財產之禁止。第一一〇三條，規定監護人報告財產狀況之義務。第一一〇四條，規定監護人之報酬。第一一〇五條，規定與未成年人同居祖父母爲監護人時之例外。第一一〇六條，規定監護人之撤退。第一一〇七條，規定監護人於監護關係終止時，清算及移交財產之義務。第一一〇八條，規定監護人之繼承人，對於清算之責任。第一一〇九條，規定損害賠償請求權之特別消滅時效。

第二 內容

本節規定之內容，有應說明者五：

(一) 對於未成年人，必於何種情形之下，始設置監護人，各國法律不同，本案則從一般立法例，以下列情形爲限：(1) 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，應設置監護人，但已結婚者，不在此限，蓋已結婚之未成年人，依據本法總則第十三條第三項，已有行爲能力，可以自爲意思表示，或自受意思表示，即無設置監護人之必要故也。(2) 父母對於其未成年之子女，得因特定事項，於一定期限內，委託他人行使監護之職務。(3) 後死之父或母，得以遺囑指定監護人，遺囑指定之監護人，與未成年人之親疎如何？以及性別如何？在所不問。

(二) 未成年之父母，如不能行使監護權利，及負擔監護義務，而又無遺囑指定監護人時，各國法律，多設法定監護人以濟其窮，本案從之。其順位如下：(1) 與未成年人同居之祖父母，(2) 家長，(3) 不與未成年人同居之祖父母，(4) 伯父或叔父，(5)

由親屬會議選定之人。親屬會議所選定之監護人，謂之選定監護人，各國多以之置於法定監護人之後，本案亦以爲第五順位，必無法定監護人時，始由親屬會議選定，蓋所以別親疎也。

(三) 本案仿一般立法通例規定，(1) 監護人於監護開始時，對於受監護人之財產，應令同親屬會議所指定之人，開具財產清冊以備考核。(2) 監護人對於受監護人之財產，雖有管理之權，但使用收益及處分，則有一定之限制。(3) 監護人不得受讓受監護人之財產。(4) 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。惟此限制，對於未成年人同居祖父母爲監護人時，則因誼屬祖孫，流弊較少，視爲例外。

(四) 監護人乃爲監護受監護人之身體及財產而設，故本法明定，非有一定原因，不得無故撤退。所謂一定原因：即(1) 違反法定義務時，所謂違反義務，不僅專指義務而言，即濫用權限，亦包含在內。(2) 無支付能力時。(3) 由親屬會議選定之監護人，違反親屬會議之指示時。

(五) 監護人保護一監護人之財產，原因監護關係而生。監護關係，一旦終止，則監護人即喪失其管理權，自應爲財產之清算，並分別爲財產之移交或交還，監護人如已死亡，清算責任，由其繼承人任之。親屬會議，對於清算之結果，未爲承認前，監護人不得免其責任，監護人對於受監護人財產所致之損害，應負賠償之責，設二年之短期消滅時效以限制之。

第二十六解 本節之逐條說明

第一千零九十一條 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

本條規定監護人之設置。各國法律，均因父母子女間之利害休戚，最爲關切，故父母對於子女，無論其成年與否？於其行爲能力不完全時。均有保護之義務，此時自無設置監護人之必要，惟未成年人無父母，或雖有父母，均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時，始設置監護人。以承其乏，所謂均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務，如父

母之一方，業已死亡，其生存之一方，或不知其所在，或已受禁治產之宣告。或事實上不能行使親權是。但監護人之設置，係為保護未成年人之利益而設，如未成年人業已結婚，則依據總則第十三條第三項已有行為能力，可以自為意思表示，或自受意思表示，即無設置監護人之必要。故本條特設但書規定，以明示之。至已結婚之未成年人而有父母者，其父母仍得行使親權也。

第一千零九十二條 父母對其未成年之子女得因特定事項於一定期限內委託他人行使監護之職務

本條規定委託監護人。父母為未成年人子女之當然監護人。固矣。然有時因特定事項，以委託他人行使監護職務，較為便利者，例如父母居住南京，而子女則留學北平，此時與其自為監護，不如委託北平之友人，就近行使監護職務。較為周洽。故本法許其得於一定期限內，由未成年子女之父母，委託他人，行使監護之職務，所謂他人，是否親屬；在所不問。但其委託行使監護職務，以一定期限為限，如屬長期的無期監護，則與本條法意相背。

第一千零九十三條 後死之父或母得以遺囑指定監護人

本條規定遺囑監護人。依據第一〇九一條規定，父母爲未成年子女之當然監護人，父母於不能爲監護人時，以遺囑指定監護人。自無不可。但所謂父母得以遺囑指定監護人者，非謂父母同時得以遺囑指定監護人，乃謂父如先死，其後死之母，得以遺囑指定監護人，母如先死，其後死之父，得以遺囑指定監護人，卽外國法律所謂對於未成年人，最後行使親權之人，得以遺囑指定監護人者是也，（日本民法第九〇一條第一項）但在事實上，其先死之父或母，非無以遺囑指定監護人者，依法解釋，應屬無效。至遺囑指定之監護人，與未成年之親疏如何？以及性別如何？在所不問。

第一千零九十四條 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 不與未成年人同居之祖父母

四 伯父或叔父

五 由親屬會議選定之人

本條規定法定監護人。父母對於未成年之子女。爲當然之監護人，無論矣。父母除其自身以外，得因特定事項，委託他人行使監護職務，是爲委託監護人。並得以遺囑指定監護人，是爲遺囑監護人。（參照本法第一〇九二條第一〇九三條）如己身已不能行使監護權利，及負擔監護義務，而又無遺囑指定監護人，則各國法律，多設法定監護人，以濟其窮。本法從之，其順位如下：（一）與未成年人同居之祖父母。依我國習慣，如父母死亡。而祖父母尚在，且屬同居，其未成年之子女，未有不由祖父母監護者，故本法以與成年人同居之祖父母，爲第一順位。（二）家長。家長固不若與未成年人同居祖父母之親切，然如父母死亡，而有家長，以之職司監護，實屬允當，故本法以家長爲第二順位，（三）不與未

成年人同居之祖父母。祖父母如非與未成年人同居，以之爲法定監護人，固屬不甚相宜，然如既無家長，可資委託，此時自以不與未成年人同居之祖父母，較爲相當，故本法以之爲第三順位。(四) 伯父與叔父。所謂伯父或叔父，專指父系之伯父或叔父，其與未成年子女之關係，已不若祖父母及家長之切，故本法以其爲第四順位，(五) 由親屬會議選定之人。親屬會議所選定之監護人，謂之選定監護人，各國多以之置於法定監護人之後，本法亦以爲第五順位。必無法定監護人時，始由親屬會議，選定監護人。蓋所以別親疏也。惟應注意者；本法係以遺囑監護人，置於法定監護人之先，若就親疏立論，其所指定之人。非無疏於祖父母家長及伯叔父者，但天倫之親，莫親於父母子女，其以遺囑指定之人，當較祖父母等爲宜，以之置於法定監護人之前，亦屬無疑。

第一千零九十五條 依前條規定爲監護人者非有正當理由不得辭其職務
本條規定監護人辭任之限制。前條法定監護人及選定監護人之義務，乃法律上之強制負擔，故各國法律，多不許其隨意辭任。惟在各國，於免除監護辭任，往往有臚列其條件者，

(瑞士民法第三八三條德國民法第一七八六條日本民法第九〇七條)然法律苟有限制，揆諸情事，既難免掛漏，卽施之實用，亦每患拘牽，故本法祇渾言正當理由，以資賅括。所謂正當理由，乃具體的事實問題，有在職務開始之初，卽已存在者，亦有於職務繼續之際，隨後發生者，皆得據以辭任，是不待言。惟不得辭任之監護人，以前條之法定監護人及選定監護人爲限，如屬委託或遺囑監護人則不在此例。蓋委託監護人，縱不就任，則父母俱在，不難另爲委託，遺囑監護人，縱已辭職，尚有法定監護人，可爲補充故也。

第一千零九十六條 未成年人及禁治產人不得爲監護人

本條規定不得爲監護人之限制。監護人之設置，原在未成年人無父母，或父母均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時爲之。(參照本法第一〇九一條)其責任繁重，自非有完全之能力者，不克勝任，未成年人及禁治產人，皆屬無能力人，己身尚在親權及監護之下，自無轉得監護他人之理由。故本法明定其不能爲監護人，以示限制。關於此點，外國法律，多採列舉規定。(瑞士民法第三八四條德國民法第一七八一條日本民法第九〇八條)

本法以其過於煩瑣，且於實際上亦無必要，故屏而不採。

第一千零九十七條 除另有規定外，監護人於保護增進受監護人利益之範圍內，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，以所委託之職務為限。

本條規定監護人一般之職務。監護之職務，得大別為三：一為對於受監護人身體之職務。二為對於財產上之職務。三為代理其為法律行為之職務。監護乃親權之延長，對於未成年子女之保護教養懲戒及代理，乃行親權者之權利及義務，（參照本法第一〇八四條至第一〇八六條）監護人亦得有之，蓋屬當然，是即所謂監護人對於受監護人身體上之職務，及代理其為法律行為之職務也。惟監護之性質，究與親權不同，外國民法，有須得親屬會之同意者，亦有不設限制者，前者如日本民法是。後者如德國民法是。本法則折衷二者之間，而於本條規定，監護人除另有規定外，惟於保護增進受監護人利益之範圍內，有行使父母對於未成年子女之權利及負擔父母對於未成年子女之義務。所謂另有規定，如本法第一

千一百一十二條之規定是，其由父母就特定事項，暫時委託者，其行使負擔父母對於未成年子女之權義，惟以所受委託之職務為限，又屬當然。

第一千零九十八條 監護人為受監護人之法定代理人

本條規定監護人之法定代理權。父母為未成年子女之法定代理人，而未成年人無父母，或父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務時，則設置監護人。（參照本法第一〇八六條及第一〇九一條）依此解釋，監護人為受監護人之法定代理人，是為當然，本條之設，殊無必要也。

第一千零九十九條 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

本條規定監護人開具財產清冊之義務。依據本法第一一〇七條第一項規定，監護人於監護關係終止時，應即會同親屬會議所指定之人，為財產之清算及移交，準是以言，為證明其財產管理之數額，以便事後為正確之清算及移交起見，於監護開始時，實有開具財產清冊

，以爲憑證之必要。故本法明定，監護人對於受監護人之財產，有會同親屬會議所指定之人，開具財產清冊之義務，其必須會同親屬會議所指定之人爲之者，蓋所以期公正也。開具清冊，祇須於監護開始時爲之，期限如何？則屬事實問題，本法不爲限定。至在外國法律，監護人對於受監護人之財產，有設極詳之規定者，本法以其過於煩雜，不爲採用。但其詳細之點，由親屬會議臨時酌定，自無不可。

第一千一百條 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

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

本條規定監護人，關於財產上之職務。監護乃親權之延長，故受監護人之財產，應由監護人管理，其立法趣旨與第一〇八八條相同。(一) 本條所謂財產，不僅受監護人之特有財產，即非特有財產，即由勞力或其他有償取得之財產，亦包含之。(二) 管理財產之費用，由受監護人之財產負擔，父母管理未成年子女之特有財產亦然，惟本法均不設明文規定

。此則明示，以免疑義。(三) 父母管理未成年子女之特有財產，其注意程度如何？本法不設規定。此則明定其應與處理自己事務為同一之注意。所謂與處理自己事務為同一之注意，即惟就具體的輕過失，負其責任。

第一千一百零一條 監護人對於受監護人之財產非為受監護人之利益不得使用或處分為不動產之處分時並應得親屬會議之允許

本條規定監護人使用收益及處分受監護人財產之限制。法律之設置監護人，本與以行親權者之權利義務，然除法定監護人中與未成年人同居之祖父母外，其餘之法定監護人，與夫由遺囑所指定之監護人，及由親屬會議所選定之監護人，其情誼未必甚親，則關於受監護人之財產，未便強以重大之負擔。故在外國法律，有區別其為動產不動產，而加以一定之限制者。有不問其為動產不動產，凡屬重大關係之處分，須得親屬會議之允許者。本法則置重於受監護人之利益，而兼採二者之長。即監護人之使用收益或處分受監護人之財產，非為受監護人之利益，不得為之。如屬不動產之處分，除非為受監護人之利益不得為之外

，並須得親屬會議之允許。此與第一〇八八條第二項父母使用收益及處分未成年子女之財產，大同小異。蓋因彼此之身分關係，不盡相同，故限制有寬嚴之差。其必限於不動產之處分，始設須得親屬會議允許之限制者，蓋不動產之價值，通常較動產爲高故也。如未得親屬會議之允許而逕爲處分，其處分行爲，應爲無效，倘有損害，並應由監護人負賠償之責，且得爲撤退監護之原因。（參照第一一〇六條第一款）

第一千一百零二條 監護人不得受讓受監護人之財產

本條規定監護人受讓受監護人財產之禁止。受監護人之財產，監護人實管理之，如許其得爲受讓，不無流弊，故本法明定其不得受讓，以示限制。但在外國法律，有經親屬會議之允許，亦可受讓者。（日本民法第九二一條）殊爲本法所不採。本條所謂財產，包含動產不動產而言，代理人原則上，不得爲本人與自己之法律行爲，已爲本法總則第一百〇六條所明定，本條之設，蓋一種注意的規定也。

第一千一百零三條 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

本條規定監護人報告財產狀況之義務。受監護人之財產，既由監護人保管，其財產狀況如何？如監護人不為報告，則縱有私曲之行爲，親屬會議，亦無從糾正，殊有害於受監護人之利益，且如監護人，對於財產狀況，不為報告，馴至爲時過久，證據滅失，難於自爲辯護者，亦恐不免。故本法特做各國通例，而於本條明定，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。所謂每年至少報告一次，即每年不可不報告一次之謂。如每三個月或每六個月報告一次，自無不可，至其報告須向親屬會議爲之者，蓋未成年，無辨別其報告之能力，故以監督之權，歸之親屬會議也。

第一千一百零四條 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益之狀況酌定之

本條規定監護人之報酬。各國法律，對於監護人，有原則上給與報酬者。有原則上不給與報酬者。有以不給與報酬爲原則，而例外得由法院酌定者。監護人之職務，固負一種強制

之負擔，似不應給與報酬，然縱屬強制負擔，而給與報酬，亦非所禁。故本法倣德日民法，明定監護人有請求報酬之權利。但與德日民法不同者，德日民法，非監護人當然有報酬請求權，即一則由監護法院，酌量情形，給與報酬。一則得由親屬會議，酌量情形，給與報酬。（德國民法第一八三六條日本民法第九二五條）如不爲給與，則監護人固無權請求其必須給與報酬也。至報酬數額如何？如漫無標準，殊非所宜，而德日民法，祇云相當之報酬，頗嫌含混，故本法明定，其數額由親屬會議按監護人之勞力，及受監護人財產收益之狀況，酌量決定，以杜爭議。

第一千一百零五條 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年人同居之祖父母爲監護人時不適用之

本條規定與未成年人同居祖父母，爲監護人時之例外。監護人以經理受監護人之財產一事，最爲繁重，故本法第一〇九九條及第一一〇一條至第一一〇四條，皆爲防範監護人而設之規定，若祖父母爲監護人，則誼屬祖孫，且係與受監護人同居，固無所用其防範，亦自

無請求報酬之可言，故本法認為例外。

第一千一百零六條 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

本條規定監護人之撤退。監護人乃為監護受監護人之身體及財產而設，故本法明定，非有一定原因，不得無故撤退。所謂一定原因：即（一）違反法定義務時。依據本法第一〇九七條規定，監護人於保護增進受監護人利益之範圍內，有負擔父母對於未成年子女之義務，如監護人違反此種義務，則監護之目的，不可得而達，故本法以其為撤退監護人之原因。惟本條所謂違反義務，不僅專指義務而言，即濫用權限，亦包含在內。（二）無支付能力時。監護人於監護關係終止之際，須將受監護人之財產交還，且在監護關係存續中，負有教養受監護人之義務，如監護人已無支付能力，則受監護人之利益，失所保障，故本法

以其爲撤退監護人之原因。(三) 由親屬會議指定之監護人，違反親屬會議之指示時。所謂違反親屬會議之指示，例如親屬會議命其將受監護人之財產，存入銀行，而監護人以其之經營投機事業。既違反親屬會議之指示，則與選定監護人之本旨不符。故本法以其爲撤退監護人之原因。惟應注意者二：(一) 有撤退監護人之權者，惟親屬會議。監護人原非皆由親屬會議所選定，不問其爲遺囑監護人，法定監護人，選定監護人，皆得由親屬會議撤退者，蓋未成年人之行爲能力，尙未完全，不能不以監督監護之權，畀之親屬會議也。惟本法予親屬會議以撤退之權，故採列舉規定，以防濫用。(二) 本條所規定者，爲法定撤退之原因。如未成年人已達於成年，或已死亡，或受死亡之宣告，則無設置監護人之必要，其監護關係，自然歸於終止，是爲當然。

第一千一百零七條 監護人於監護關係終止時應即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

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

本條規定監護人於監護關係終止時，清算及移交財產之義務。監護人之保護受監護人之財產，原由監護關係而生，監護關係，一旦終止，則監護人即喪失其管理權，自應爲財產之清算，並分別爲財產之移交或交還，其於財產之清算，須會同親屬會議所指定之人爲之者，與本法第一〇九九條規定之趣旨相同，蓋所以期計算之正確也。惟監護關係終止之原因不一：如尙有新監護人，爲未成年人之監護時，應移交其財產於新監護人，如受監護人業已成年，則應交還於受監護人，如受監護人業已死亡，則應交還於其繼承人，本法特爲明示，以資準據，監護人之爲財產之清算，既須會同親屬會議所指定之人爲之，故本法爲期絕對之正確起見，復予親屬會議以對於清算結果而爲承認之權，此本條第二項所以規定監護人於親屬會議未就清算之結果爲承認以前，不得免其責任者也。

第一千一百零八條 監護人死亡時前條清算由其繼承人爲之

本條規定監護人之繼承人，對於清算之責任。因繼承人爲監護人之遺產繼承人，故清算責

任，當然由其繼承人爲之。

第一千一百零九條 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

本條規定損害賠償請求權之特別消滅時效。監護人對於受監護人之財產，原有管理使用收益及處分之權，但有一定之限制，如因逾越範圍，及其他故意或過失之情形，致使受監護人之財產，發生損害，衡諸一般法理，應爲賠償，是爲當然。惟此損害賠償請求權，如隨時可以行使，則監護人之責任，未免過重。故本法特設特別消滅時效之規定，卽其請求權，自親屬會議對於清算結果拒絕承認之時，二年間不行使而消滅。

第二節 禁治產人之監護

第二十七條 本節之總說明

第一 大旨

第四章 監護

關於禁治產人之監護，外國法律，有稱爲成年人之監護者，第不如禁治產人監護之明瞭，故本法改稱禁治產人之監護。第一一〇條，規定監護人之設置。第一一一條，規定監護人之順位。第一一二條，規定監護人療養受監護人身體之義務。第一一三條規定未成年人監護規定之準用。

第二 內容

本節規定之內容，有應說明者二：

- 一 凡受禁治產宣告之人，必係居恆心神喪失，或精神耗弱，不能處理自己之事務，而其身體財產，全賴他人爲之保護管理，與未成年人同，故各國法律，皆爲設置監護人，本法亦然。惟何者得爲監護人？各國法律，不盡相同，本法則設有一定之順序：(1) 配偶。(2) 父母。(3) 與禁治產人同居之祖父母。(4) 家長。(5) 後死之父或母以遺囑指定之人，而以法院徵求親屬會議意見所選定之監護人殿其後。
- 二 未成年人之監護，與禁治產人之監護，雖受監護之人，一爲未成年人，一爲禁治產人

，但其爲監護則一，故本法明定禁治產人之監護，除本節有規定外，準用關於未成年人監護之規定。

第二十八解 本節之逐條說明

第一千一百一十條 禁治產人應置監護人

本條規定對於禁治產人之設置監護人，心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己事務，因本人配偶或最近親屬二人之聲請，由法院宣告禁治產者，謂之禁治產人，（參照本法總則第十四條）凡受禁治產之宣告者，係必居恆心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己之事務，而其身體財產，全賴他人爲之保護管理，與未成年人同，故各國法律，皆爲設置監護人，本法亦然。惟本條所謂禁治產人，係專指成年人而言，未成年人，非無心神喪失，及精神耗弱者，然已包含於未成年人監護之內矣。

第一千一百一十一條 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

不能依前項規定其監護人時由法院徵求親屬會議之意見選定之

本條規定監護人之順位，即（一）配偶，夫妻為共同生活之最密切團體，其關係與一般不同。且人而至於心神喪失或精神耗弱，則平日受病之源，及療治之法，惟夫若妻知之較悉，體貼較至，故本法以配偶為第一順位之監護人，（二）父母，情誼之親，莫親於父母，故本法以父母為第二順位之監護人。外國法律，有以父母為當然之監護人者，為本法所不採。（三）與禁治產人同居之祖父每。（四）家長。此與本法第一〇九四條第一款及第二款之立法趣旨同。茲不贅。（五）後死之父或母，以遺囑指定之人，其與被監護人之親疏如何？及性別如何？在所不問。但與未成年人之監護，有所不同，蓋一則以遺囑監護人之

順位，置於法定監護人之前。一則以其置於法定監護人之後。(六) 由法院徵求親屬會議之意見所選定之人。法院之選定監護人，必在不能依(一)至(五)款之規定指定監護人時，始能爲之，且須徵求親屬會議之意見。其與第一〇九四條第五款不同者，一則由親屬會議選定，一則由法院選定，不過事先須徵求親屬會議之意見。又徵求意見，與徵求同意不同，親屬會議之意見，法院縱不採納，亦非違法。

第一千一百一十二條 監護人爲受監護人之利益應接受監護人之財產狀況護養療治其身體

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爲監護人時不在此限

本條規定監護人療養受監護人身體之義務。禁治產人之監護人，對於受監護人之財產，有管理權，與未成人之監護人同，惟對於身體則有異。蓋受監護人爲心神喪失或精神耗弱之人，其重要之任務，在於護養療治其身體，故本法做一般通例，明定監護人爲受監護人

之利益，而有按照受監護人之財產狀況，護養療治其身體之義務。所謂按照受監護人之財產狀況而為護養療治者蓋一以受監護人之財產為準，非必超越受監護人之財產範圍而責監護人為之負擔也。如將受監護人送入精神病院或監禁於私宅，則對於受監護人之身體自由，束縛過甚，故本法明定，非得親屬會議之同意，不得為之。（日本民法第九九二條）關於此點，外國法律，有不設何種之限制者（瑞士民法第四〇六條）其權限過廣，為本法所不採，但此限制，惟適用於對於配偶家長為監護人時，以及指定監護人選定監護人。如為之監護人者，係屬禁治產人之父母，或與禁治產人同居之祖父母，則誼屬天倫，流弊較少，故本法特設但書規定，認為例外。

第一千一百一十三條 禁治產人之監護除本節有規定外準用關於未成年
人監護之規定

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
父母為監護人時亦不適用之

本條規定未成年人監護規定之準用。未成年人之監護，與禁治產人之監護，雖受監護之人，一爲未成年人，一爲禁治產人，但其爲監護則一。故本法明定，禁治產人之監護，除本節有規定外，準用關於未成年人監護之規定。但據本法第一一〇五條規定，第一〇九九條及第一一〇一條至第一一〇四條等限制之規定，惟於未成年人同居之祖父母爲監護人時，不在適用之列，而於禁治產人之父母爲監護人時，以情度之，似不能獨爲除外。故本法明定，第一〇九九條及第一一〇一條至第一一〇四條之規定，於父母爲監護人時，亦不適用，以期一貫。

第五章 扶養

第二十八解 本章之總說明

第一 大旨

扶養 *Support* *unterstützung* *aliment* 者，法律特定對於不能存活，無力求教育之人，而與

以生活之資，教育之費也。其受人之扶養者，爲扶養權利人。其與人以扶養者，爲扶養義務人。至生活之資，非特衣食住而已，卽衰病醫藥之需，均包在內。教育之費，非特義務教育而已，推而上之，苟爲相當之教育，亦包在內。抑此扶養制度，本屬道德上之事，法律何爲而爲此規定也哉？三代以上，宗法盛行，都邑之士，則知尊禰，學士大夫，則知尊祖，尊祖故敬宗，敬宗斯收族，吉凶有以相及，有無有以相通，尊卑有分而不亂，親疏有別而不紊，貴賤有繁而不間，故常棣行葦之美作於上，耄劬箕帚之刺泯於下，則當日民德之敦厚，可想見也。三代以降，宗法廢墜，宗子無世守罔替之爵祿，士夫亦無敬宗收族之思想。於是仁人君子，不忍觀同一血統之支系，浸疎浸遠，秦越肥瘠，而思有以提倡之，維繫之，故蘇軾之勸親睦，卽殷殷然以立小宗爲重，范文正公守鄉郡，實行創設義田以贍宗族，清秦蕙田亦以建宗祠，置公產，以爲喪紀飲食課讀之費，小宗有故，則大宗爲之經紀，大宗有故，則各小宗合爲之襄贊，以尊祖敬宗之大義，動其孝弟敦睦之天良爲言。此扶養制度之由來已久也。惟此所謂扶養者，乃道德上之善舉，非法律上之義務，蓋繆寡孤

獨衰病乘除以及意外變故，亦人生處境不可免之事，甯身死而不受，此惟志行高潔者能之，非可概望於常人。又對於合族之窮人，皆抱施濟之念者，惟敬宗收族之君子，有此規畫志願，亦非可望於一般之人。故全然不受他人之施濟，與欲舉親屬而悉施濟者，此社會上道德之事，非法律上之義務也。法律所定者，在此處於應受救助之勢，在彼係屬應為救助之人，而其資力又居於可為救助之地，法律始命以相當之義務也。夫法律命令世人不害他人為原則，不命令世人利益於他人，今扶養之義務，是命令利益於他人，故屬例外之事，既屬例外之事，則其範圍宜縮少，若其範圍過於擴充，則人人皆仰給於他人，非特養成依賴心，而一國怠惰之風，且因此而潛滋，故德國法國英國之制度，扶養之義務，以配偶者直系血族，及一親等之直系姻族相互之間為止。義大利民法，始擴充至於兄弟姊妹間也。中國與日本，均行家屬主義，家長對於家屬，亦負扶養之義務，是以扶養之範圍論，東洋實較西洋為廣，西洋扶養之義務，多於民法婚姻章中規定之，然亦有以之列入民法家屬的共同生活之下者，（瑞士民法第二二八條至三三〇條）夫扶養義務，不僅夫妻間有之，家屬

間有之，即夫妻及家屬以外之親屬間，亦互負扶養之義務，故本法做德國民法及日本民法，（德國民法第一五九一條至第一六一五條日本民法第九五四條至第九六三條）特設專章，以之殿於監護之後。

本章爲扶養義務之規定。第一一一四條規定扶養義務之範圍。第一一一五條，規定扶養義務人之順序。第一一一六條，規定受扶養義務人之順序。第一一一七條，規定受扶養權利者之限制。第一一一八條規定扶養義務之免除。第一一一九條，規定扶養之程度，第一一二〇條，規定扶養之方法。第一一二一條，規定扶養程度及方法之變更。

第二 內容

本章規定之內容，有應說明者四：

（一）關於扶養義務之範圍，各國法律不同，已如上述。本案之扶養義務範圍：（一）直系血親相互間，如父母之於子女，子女之於父母是。其親等如何：則無限制。（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

(二) 負扶養義務者，如祇有一人，自無順序之可言，如有數人，則應規定何人？應先履行此義務。又受扶養權利者，如有數人，而負扶養義務者之經濟能力，不足扶養其全體時，應先由何人享受扶養之權利，均屬疑問？故本法特設明文以解決之。關於前者，以下列順序，定其履行義務之人。即(1) 直系血親卑親屬。(2) 直系血親尊親屬。(3) 家長。(4) 兄弟姊妹。(5) 家屬。(6) 子婦女婿。(7) 夫妻之父母。關於後者，則依下列順序，定其受扶養之人。即(1) 直系血親尊親屬。(2) 直系血親卑親屬。(3) 家屬。(4) 兄弟姊妹。(5) 家長。(6) 夫妻之父母。(7) 子婦女婿。

(三) 人貴自立，若不得已而受他人之扶養，亦必以一定情形為限，所謂一定情形，即不能維持生活，而無謀生能力是。本法特設明文以限制之。蓋不如是，適足以養成依賴之惡習，非所以獎勵個人生活之獨立也。在法律上負有扶養之義務者，於受扶養之權利人，不能維持生活時，固須負扶養之責，然如負扶養義務者，因負擔扶養義務，即不能維持生活

，勢非輾轉要求他人之扶養不可，於實際上甚爲不便。故本法明定因負擔扶養義務，而不能維持自己生活者，免除其義務。

(四) 生活之需要，因人而殊，關於扶養之程度，自不可不立一定之標準。其標準維何？即按照受扶養權利之需要，與負扶養義務者之經濟能力及身分定之是也。至關於扶養之法，本法則讓諸當事人協議定之，如協議不諧，則予親屬會議以決定之權。

第二十九條 本章之逐條說明

第一千一百一十四條 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

本條規定扶養義務之範圍。關於扶養義務之範圍，各國法律不同，英國及德國，以配偶直

系血親，及一親等內之姻親爲止。義大利民法，始擴充至於兄弟姊妹間。日本民法，家長對於家屬，亦負扶養義務，其範圍較西洋爲寬，本法則大體做日本民法，其扶養義務之範圍：(一) 直系血親相互間。如父母之於子女，子女之於父母是。其親等如何？則無限制。但以直系爲限。旁系血親，則除兄弟姊妹外，不在互負扶養義務之列。(參照第一一四條第三款)(二) 夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間。夫妻之一方，與他方之父母，係屬姻親關係，似無互負扶養義務之必要，但如與同居，則無聽其凍餒之理，故本法明定其互負扶養之義務。(日本民法第九五五條第一項第五款)(三) 兄弟姊妹間。兄弟姊妹，外國法律，鮮有認爲互負扶養義務者，本法則以其休戚相關，且共同生活之程度，最爲親切，故亦明認其互負扶養之義務。(日本民法第九五五條第一項第六款)(四) 家長家屬相互間。本法既有所謂家，則家長與家屬間，自應互負扶養之義務。至我國舊制之妾，則解釋上包含於家屬範圍之內。(參照本法第一一三條第三項)但應注意者，(一) 扶養係彼此相互之義務，故曰互負。(二) 夫妻間之扶養義務，已於夫妻財產制規定之，故

本條從略。

第一千一百一十五條 負扶養義務者有數人時應依左列順序定其履行義務之人

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 子婦女壻
- 七 夫妻之父母

同係直系尊親屬或直系卑親屬者以親等近者爲先
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

本條規定扶養義務之順序。互負扶養義務者如祇有一人，自無順序之可言，如有數人，則應規定何人應先履行此義務？此卽扶養義務之順序所由規定也。本法所定順序如下：(一)

直系血親卑親屬。直系血親卑親屬，應孝養直系血親尊親屬，故本法以其列諸第一位。

(二) 直系血親卑親屬。例如父母之扶養子女，實義之無可辭者，故本法以其置諸第二位。

(三) 家長。既爲一家之長，凡家屬之不能維持生活，而無勞動能力者，自無坐視之理，故本法以其置諸第三位。(四) 兄弟姊妹。兄弟姊妹，爲旁系血親之二等親，其情甚親，則其誼不薄，故本法以其置諸第四位。(五) 家屬。家長既應扶養家屬，則家屬亦應扶養家長，故本法以其置諸第五位。(六) 子婦女婿。(七) 夫妻之父母，皆姻親中之直系親屬，其恩義亦屬不薄，故本法以其殿於血親之後。然法文所定扶養之順序，原指分位不同者而言，若同一分位中，負扶養義務者有數人時，則應以親等近者爲先，例如父母對於子女爲直系血親尊親屬，祖父母對於孫子女，亦爲直系血親尊親屬，此時對於祖父母之扶養，應以父母爲先，蓋父母對於祖父母爲一等親，孫子女對於祖父母爲二等親，而以父母

對於祖父母之親等爲近故也。直系血親卑親屬有數人時，亦同。至負扶養義務者有數人，而其親等同一，有謂應按其人數平均分擔者，本法以其頗欠公平，故明定各依其經濟能力比例負擔，例如甲有乙丙丁三子，若甲年需扶養費千元，而乙丙祇各有二千元之資力，惟丁有六千元之資力，按資力分擔，則丁每年應分擔六百元，乙丙二人每人每年應分擔二百元是。

第一千一百一十六條 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 子婦女壻

同係直系尊親屬或直系卑親屬者以親等近者爲先

受扶養權利者有數人而其親等同一時應按其需要之狀況酌爲扶養

本條規定受扶養人之順序。受扶養權利者有數人，而負扶養義務之經濟能力，若悉能扶養之，自無先後順序之可言。惟其經濟能力，不足扶養其全體，斯不能不規定何人應先享此權利。首直系血親尊親屬，次直系血親卑親屬，次家屬，次兄弟姊妹，次家長，次夫妻之父母，次子婦女壻，其理由與第一一五條對照自明。若同一直系血親尊親屬，或直系血親卑親屬，而親等有異者，亦以親等近者爲先，如父母先於祖父母，子先於孫是。又受扶養權利者有數人，而其親等同一時，則按其需要之狀況，酌爲扶養，例如甲某生有二子，長子甲每年需扶養費六千元，次子丙每年需扶養費洋四千元，則甲有受六千元之權利，丙只有受四千元之權利是。

第一千一百一十七條 受扶養權利者以不能維持生活而無謀生能力者爲限

前項無謀生能力之限制於直系血親尊親屬不適用之

本條規定受扶養權利之限制。人貴自立，若不得已而受他人之扶養，亦必以一定情形爲限，所謂一定情形，卽不能維持生活，而無謀生能力是。苟能維持生活，固無須受人扶養，卽不能維持生活，然如尚有謀生能力，亦無受人扶養之必要，否則適足以養成依賴之惡習，非所以獎進個人生活之獨立也，但受扶養權利者，如爲直系血親尊親屬，則祇以不能維持生活爲已足，其有無謀生能力，在所不問，蓋敬老卹貧，爲總理手訂之遺教，亦爲我國以禮爲國之遺風，矧在一己之直系血親尊親屬，苟屬不能自存，爲直系血親卑親屬者，詎能坐視其凍餒乎？

第一千一百一十八條 因負擔扶養義務而不能維持自己生活者免除其義務

本條規定扶養義務之免除，在法律上負有扶養之義務者，於受扶養之權利人，不能維持生活時，固須負扶養之責，然如負扶養義務者，因負擔扶養義務，即不能維持生活，則此負扶養義務者，勢非輾轉要求他人之扶養不可，此在實際上，甚為不便。故本法明定，免除其義務，由此可見惟有扶養之經濟能力者，始能盡扶養之義務也。

第一千一百一十九條 扶養之程度應按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

本條規定扶養之程度。生活之需要，因人而殊，關於扶養之程度，自不可不立一定之標準，其標準維何？即按照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，是也。例如受扶養權利者，每月需百元，而負此義務者，每月祇能負擔五十元，則每月與以五十元為已足。又如受扶養者，每月祇需五十元，而負此義務者，即月出百元，亦非甚難，此時亦祇須給與五十元是。關於此點，各國法律大抵相同，惟對於負扶養義務之身分如何？不加規定。本法則倣日本立法例，負扶養義務者之身分，亦在考慮之列。（日本民法

第九六〇條

第一千一百二十條 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

本條規定扶養之方法。扶養之方法不一：有僅給以日常費用者，有爲節省與便利起見，同居共爨者，亦有用其他之方法者，究竟採用何法？應由負扶養義務人，與受扶養權利人協議定之，以期妥洽，如協議不諧，則以親屬會議決定爲宜。外國法律，有法院得因扶養權利者之請求，定扶養之方法者，（日本民法第九六一條）此等事項，不應以國家權力干涉，故爲本法所不採。

第一千一百二十一條 扶養之程度及方法當事人得因情事之變更請求變更之

本條規定扶養程度及方法之變更。扶養之義務有以契約定之者，有以判決定之者，其在前者，因其契約所根據之情事變更，扶養義務應隨之變更，是爲當然。其在後者，因其判決

所根據之情事變更，扶養義務亦應變更，亦不待言。惟在外國法律，有惟對於後者，特設許可變更之規定者，本法則渾言扶養之程度及方法，當事人得因情事之變更，請求變更。至扶養之程度及方法，係由契約定之，抑由判決定之，則非所問。本法所謂當事人，兼指受扶養權利人及負扶養義務人之雙方而言，換言之，即不但受扶養權利人。得因情事之變更，請求變更，負扶養義務人，亦得因情事之變更，請求變更，蓋所以期扶養之程度及方法，與實際情事相合，並兼顧雙方當事人之利益也。

第六章 家

第三十解 本章之總說明

第一 大旨

一 家制應存在與否？

家制應存在於法律上與否？為近日一大問題。而以歷史上及事實上觀察之，有不得不認家

之存在者，蓋社會組織，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，家族制度，最爲詳明，卽所謂宗法是也。秦漢以降，宗法制度，浸以廢弛，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，占最強之勢力，蓋由宗族制而成爲家屬制矣。家屬制度之得失，爲近日法學者爭論之點，主持者曰：家屬主義者，吾國立國之精神也，大學言治國，必以齊家爲本，孟子亦云天下之本在國，國之本在家，家之本在身。故國者家之集團也，家者個人之集團也，家制破壞，則社會之組織，必生變更，公德未立，私德已墮，大則爲犯上作亂之漸，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，第以個人爲本位，個人與國家直接，故人人皆有重國愛國之思想，且無家族之可以互相倚賴，故人人皆有獨立不羈之性質，歐洲之所以富強，吾國之所以貧弱，實原於此。雖然；平情論之，一國之社會組織，皆數千年之習慣使然，安有所謂一定之主義，中國由宗族制，降而爲家屬制，乃國家之法制，學者之理論，事實之變遷，互

相推嬪而後有此，夫豈一日之故。卽以歐洲之情勢言之，其所謂個人主義者，亦非極端之趨向，如扶養義務，親屬集合，皆爲一種之家屬制，特範圍之廣狹，稍有不同而已。然則謂歐美爲採個人主義，而絕無家屬主義者，非也。謂歐美之所以富強，由於個人主義，而吾國之所以貧弱，由於家屬主義者，尤非也。夫立論必貴持平，苟專唱高調，則影響於社會匪淺，吾國家屬制度，固不必特爲扶植，然數千年根柢之深固，社會人心之趨向，必欲矯而正之，其勢有所不能，況乎家庭之間，雍和肅穆，亦足使風俗人心。去薄崇厚，又安有必須矯正之理由。故本法依中央政治會議原則，承認家制之存在，並設專章規定之。惟在民法上規定家制者，惟日本及瑞士數國。日本置重於家長之權利，瑞士則置重於家長之義務，其根本精神，頗不相侔。本法以爲承認家制存在之目的，原在維持全家之共同生活，故家之爲家，應以家族之共同生活爲本位，而不應以家長權爲本位，關於此點，與瑞士民法，頗屬相近。惟本法關於夫妻之關係，及父母子女之關係，規定甚詳，故惟於本章提示家制之綱領焉。

二 家之意義

國者，羣家而成之集團也。家者羣個人而成之集團也。其以個人爲國之單位者，曰個人制度。其以家爲國之單位者，曰家屬制度。採個人制度之國。其法律之規定，有住所而無家，有親屬而無家屬。有遺產繼承。而無宗祧繼承，有公證出生婚姻死亡等之身分證書，而無公證家之成立之戶籍。反乎此者，則爲家屬制度。歐西諸國，基於尊信基督教之觀念，以個人爲權利義務之主體，當然有在法律上享權利負義務之資格，雖事實上，有數人之親屬，共同生活於一家之內，法律上亦不認之爲家也。我國向行家屬制度，近雖歐化東漸，而家之存在，依然不替，蓋以家爲親屬關係之中樞也，數千年於茲矣。家庭上父慈子孝，夫和婦順，兄友弟恭，和親康樂之風，遍於國民全體，至收家齊國治之良果，雖謂由於禮教之功，然實以一家之組織，爲其基礎焉。此種風習，非一旦所能盡改，故家屬制度之衰頹與否：他日雖未可知，今固有不許驟爲變更者。考古學者之言，則謂家屬制度，發源於印度，西漸而入希臘以達於羅馬，後復東漸而入中國朝鮮以達於日本焉，此說確否姑勿論

。要之中國今日社會之實際情形，一身以外，人人無不各有家之觀念存在，稽諸歷史之陳蹟，亦歷代無不有調查戶口及編查戶籍之舉，是中國爲家屬制度發達之國，益屬毫無疑義。雖前清光宣以還，次第輸入東西各國之文物制度，個人主義之法制，不無逐漸施行之觀，然獨於親屬上之關係，不得不依然認家之存在者，實以其於社會組織，有莫大之關係故也。惟有應注意者：現在所規定之家制，與古代之家制，不可強同。與從前律例所有之家制，亦不相類。何謂與古代之家制，不得強同也，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，禮內則云：子弟無私財，無私器，無私貨，不敢私假，不敢私與，蓋子弟不得私有財產，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，蓋一家之子弟，必有一家督率而董教之，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：凡造都鄙，

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：方里而井，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，受田百畝，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，可任也者家三人，中地家六人，可任也者二家五人，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，夫稅者百畝之稅，家稅出土徒車輦，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。蓋古者之賦役，皆對於家而徵賦之，故力役則視其家可任之人，田賦雖視其田及家財而分別徵收之，然田爲一家之所有，對於田而徵收，仍爲對於家而徵收也。就以上觀之：古代之家，實爲對於國家重要組織，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，則除祭祀爲私家之關係，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，賦役尤當與國家直接，皆不宜以家之權力，介於其間，致爲國家發達之障礙，此所謂不得採用古代之家制者此也。何謂與從前律例所有之家制，亦不相類也。現行律民事部，爲從前繼續有效之法律，考其所載，屬於家之規定，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。(二) 戶律隱蔽差役條：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。(三) 欺隱田糧條，輯註曰：一戶人口，家長爲主，律不明言家長者，以卑幼無立戶之義，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，則罰坐之。(四) 戶律別籍異財條，輯註曰：家政統於家長，蓋一家人口，家長爲主，立戶有禁，擅用示罰，故所有錢財，家長專之也。綜觀從前家制，注重於家長之權利，而今日之家制，則家長之權利義務並重，所謂與從前家制。亦不相類者此也。

三 家之性質

普通以人居住之家屋爲家，又建築學上，以木石煉瓦造之家屋爲家，此等有形家屋，雖不妨稱之爲家，然於法律上家之性質，實不足以表現之。蓋法律上所謂家者，非指有形之家屋，亦非指家長權所行之範圍，乃指以永久共同生活而同居之親屬團體也。人之始生，便爲家族團體之一員，與父母兄弟，營共同生活，及年長入校，與同學營共同生活，（羣育）後來爲農；爲工；爲商；或爲宗教團體的一員；或爲市鄉鎮公民，在在須和他人，保持一種共同生活之關係，此由人與人的關係造成之家族；學校；工會；村落；宗教團體；國家等之總和，普通稱爲「社會」，所謂人爲社會的動物，卽指此而言。所以本法之家，非權利本位，非義務本位，而以社會爲本位也。

四 家籍

船舶之有船籍，與國民之有國籍，皆以明其所屬也。至探家屬制度之國，其國民於國籍外，證明家籍，非有戶籍不可，關於此點，可參照民國二十年十二月十二日公布之戶籍法。

第二 內容

個人主義與家屬主義之在今日，孰得孰失？固不無研究之餘地，但在我國家族制度，爲數千年來社會組織之基礎，一旦根本推翻，誠難窒礙難行，已如上述。故本法依中央政治會議原則，特設關於家制之規定，第一一二條：規定家之意義。第一一三條：規定家長及家屬。第一一四條：規定家長之資格。第一一五條，規定家務之管理。第一一六條：規定管理家務之限制。第一一七條：規定家屬由家分離之請求。第一一八條：規定家長令家屬由家分離之權利。

第三十一解 本章之逐條說明

第一千一百二十二條 稱家者謂以永久共同之生活爲目的而同居之親屬團體

本條規定家之意義。何者謂之家？有採形式主義者，有採實質主義者，前者如日本民法是，凡隸屬於同一戶籍者，卽謂之家。（日本民法第七三二條）後者如瑞士民法是，惟經營共

同生活之親屬團體，始謂之家，隸屬於同一戶籍與否，在所不問。（瑞士民法第三三一一條）以隸屬於同一戶籍者謂之家，此在戶籍法上或有必要，然在民法上，則應着眼於共同生活之一點。故本法不採形式主義，而採實質主義。即以永久共同生活為目的，而同居之親屬團體，謂之家，本條所謂永久，指有以永久共同生活為目的而同居之意思（心素）。及有以永久共同生活為目的而同居之事實（體素）。（本法總則第二一條參照）二者缺一，即不能謂之家。又同居一家經營共同生活者，原則上以親屬為限。（第一一二三條第三項設有例外）家之為家，則指由多數親屬組成之團體而言，家之組成之一員，自不能以家目之。

第一千一百二十三條 家置家長

同家之人除家長外均為家屬

雖非親屬而以永久共同生活為目的同居一家者視為親屬

本條規定家長及家屬。據前條規定，本法之所謂家，係從家之實際組織上着眼，所謂家之實際組織者，即家係由家長及家屬組織而成，凡屬於一家者，除家長外，均為家屬。故本

法規定，家置家長，同家之人，除家長外，均爲家屬。家屬與親屬不同，凡爲家屬者，必爲親屬，而爲親屬者，未必卽爲家屬。親屬兼指血親及姻親而言，家屬，固專指同居一家經營永久共同生活之親屬而言。然亦有非親屬，而以永久共同生活爲目的同居一家者，例如本法施行以前，依舊制之所謂妾是。妾與家長，既非配偶，自非所謂親屬，然其係以永久共同生活爲目的，同居一家，則屬無可諱言，故本法以其視爲家屬，以期穩便，所謂視爲家屬，卽擬制的家屬是也。〔註三十八〕擬制的家屬，不僅妾之一種，他如後妻之前夫所生之子，隨母改嫁，而與母之後夫同居者，（卽舊律所謂同居繼父）如係以永久共同生活爲目的，亦擬制之家屬也。又所謂親屬，非必與家長有親屬關係，卽與家長之家屬有親屬關係亦是。至徒弟及使用人，瑞士民法，亦視爲家屬，（瑞民三三二條）然自法理言之，徒弟及使用人與僱用人，純屬僱傭關係，應否認爲家屬？則視是否以永久共同生活爲目的而同居一家以爲斷。

〔註三十八〕（一），男女同居已久，縱不能謂已發生夫婦之關係，而其有以永久共同生活爲目的而同居一家之事實

，固極明瞭，第二審及第一審因認爲已發生家屬之關係。不爲無據。(二)，子女受胎之期間，應從該子女出生日，回溯至第一百八十一日起至第三百零二日止，於受胎期間，生父與生母有同居之事實者，得請求生父認領，依民法親屬編施行法第八條對於施行前受胎之子女，亦適用之。參考法條：民法第一一三條三項，一〇六二條一項，一〇六七條一項一款，民法親屬編施行法第八條。二十一年一月二十九日上午一

○七號確認親子及家屬身分涉訟判決要旨。

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者爲之尊輩同者以年長者爲之

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

本條規定家長之資格。本法關於家制之規定，純從實際組織上着眼，卽家之爲家，乃多數親屬以永久共同生活爲目的所組成之集團。換言之，卽家之爲家，純爲維持永久共同生活之目的而存在，如無此目的，則無組織此種同居集團之必要。故關於管理家務之家長，究以何人任之？則純視組成此家的集團之各員自由意思以爲定。故本條規定，家長由親屬團

體中推定之，卽所以期適合於家的集團之實際組織也。其被指定者之性別如何？尊卑如何？長幼如何？均所不問。但無推定，或推定不諧，則管理家務者，不可無人，故本條明定其以家中之最尊輩者爲之，尊輩對卑屬言，舊律卑幼私擅用財條輯註有曰：父輩曰尊，而祖輩同，子輩曰卑，而孫輩同，是所謂尊屬者，蓋純就親屬之身分以立論者也。第一家之中，尊輩不止一人，例如父母對於子女爲尊輩，若祖父母在，則祖父母爲尊輩之尊輩，此時之家長，則應以祖父母爲之。同一最尊輩，而有數人者，則以年長者爲之。例如祖父母爲一家之最尊輩，而祖父母俱在，如祖父之年齡，長於祖母，則以祖父爲之，反之如祖母之年齡，長於祖父，則以祖母爲之，如祖父母年齡相同，則此時之家長，由祖父母共同爲之，或單獨爲之，均無不可，夫一家之中，有尊輩在，固應以尊輩充家長之任，然有尊輩尙未成年，而卑輩已成年者，此時如以未成年之尊輩爲家長，於實際上終多不便，故本法設一變例，而以次尊輩之年長者爲之，例如同家之中，有三四歲之叔輩，二三十歲之姪輩，其三四歲之叔輩，爲最尊長，二三十歲之姪輩，爲次尊長之年長者，此時則以二三十歲

之姪輩爲家長。但在最尊或最長者，不能管理家務，或不願管理家務時，外國法律，有採隱居制度者，一旦隱居，則另以他人爲之家長，而已則居於家屬之地位（日本民法第七二五條以下）此種辦法，與我國習慣不合，故本法採家長代理制。但代理家長，須由此不能或不願管理家務之最尊或最長者，於家屬中指定一人爲之。而爲此家長之代理者，不過假家長之名，代爲管理一家之事務，并非已身自爲家長也。

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

本條規定家務之管理。家長爲一家之主宰，故本法以管理家務之權，屬之家長，所謂家政統於一尊者是也。但家長對於家務，如事必躬親，亦殊不便，故家長不妨以家務之一部，委託家屬處理，例如家長不精於出納，以家屬之一員，當家庭會計之任是。惟既屬委託處理，而管理家務之權，仍屬之家長也。（參照本法債編第五二八條以下）

第一千一百二十六條 家長管理家務應注意於家屬全體之利益

本條規定管理家務之注意。據前條規定，家務應由家長管理，然如任情爲之，置家屬全體利益於不顧，則與組織家庭之本旨，顯不相容，故本條明定，家長管理家務，應注意於家屬全體之利益，（瑞士民法第三三二條）此即所謂置重於家長之義務者也。

第一千一百二十七條 家屬已成年或雖未成年而已結婚者得請求由家分離

本條規定家屬由家分離之請求。我國舊律，祖父母父母在，別籍異財者有罰。其限制分家，頗爲嚴格，不知家之爲家，固由情誼所團結。然其最大目的，則在維持家屬全體之利益。故本法規定，家屬已成年者，得請求由家分離，縱未成年而已結婚者，亦得請求由家分離，蓋家屬既已成年，則有完全之行為能力，縱未成年而已結婚者，亦有完全之行為能力（參照本法總則第十二條第十三條）既有完全之行為能力，卽由家分離，獨立經營生計，亦無大礙，且爲獎進個人生活之獨立，尤屬必要。

第一千一百二十八條 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理由時爲限

本條規定家長令家屬由家分離之權利。家屬已達成年，或雖未成年而已結婚，自願異居者，固不能強之使同。（參照前條）反之其願同居者，自亦不能強之使異。然如絕對貫徹此旨，不但家長之負擔過重，且爲獎進個人之獨立生活，亦非所宜。故本法規定，家長對於已成年之家屬，或未成年而已結婚之家屬，有命其由家分離之權利。但令其分離，以有正當理由時爲限。所謂正當理由，例如已成年之家屬，足以自謀生計，或家屬衆多，食指浩繁，以家長一人之力，難於支持，不能不令已成年之家屬，由家分離，以顧全其他家屬之利益是。〔註三十九註四十〕

〔註三十九〕 家長令妾脫離關係，須有正當理由，與妾之對於家長，得自由離異者不同。參考法條：民法第一一七條，第一一七八條。二十一年六月六日上字第一〇九七號脫離關係判決要旨。

〔註四十〕 爲人妾者不願爲妾時，准其自由離異，係基於男女平等原則，俾向處不平等地位之女子，得脫離繼續爲妾之拘束。至若家長欲與其妾脫離關係，則仍須有正當理由，方能准許。參考法條：民法第一一二七條，

第一二二八條。二十一年六月六日上字第一〇九八號脫離關係判決要旨。

第七章 親屬會議

第三十二解 本章之總說明

第一 大旨

羅馬古代，卽有親屬會議 *Concilium domi* 之制度，其目的爲防家長或大之濫用權力而設。迨歐洲諸國，繼受羅馬法時，以親屬會議，*Familierrat, conseil de famille, Family Conference* 列於民法，而其作用更廣矣。吾國自古迄今，法律上雖無親屬會之名稱，形式上實有此種制度之存在。周禮大宗伯以飲食之禮，親宗族兄弟，所謂飲食之禮，卽親屬會之濫觴也。飲食之禮，厥有二種：一曰族燕，二曰族飮，前者於平常無事之時，會聚親族，開飲酒之讌，以相團樂而敦睦誼也。後者當親族間，重大事件發生，招親族而開會議，鄭重以圖救濟也。陳氏禮書之說曰：古者合族之禮，方其平居無事，則有燕以申好，及

其有大疑謀，則有飫以圖事云。秦蕙田五禮通考之說曰：飲食之禮有二：一曰族燕，又王世子所稱者是也。族燕族食，皆燕也，而亦有不同，平居無事，則爲燕以申好，大傳所謂合族以食，大戴記，季冬咸國爲酒以合三族，是族燕也。又因祭而燕，楚茨，諸父兄弟，備言燕私，中庸，燕毛所以序齒，是亦族燕也。一曰族飫，因國事而飫，與燕不同。則燕與飫，二者正自有別也。依前哲之所記，族燕又有時燕與祭燕二種，時燕者，指無事之時而會燕也，祭燕者，指祭祀之時而會燕也。而飫燕亦有定期與臨時二種，國語周語，飫以顯物，燕以合好，故歲飫不倦，時燕不淫云。陳氏解曰，飫以國事，非必歲爲之也，國語言歲飫時燕，蓋明其疏數之異而已，意謂時燕者，族燕之本則，歲飫者，族飫之本則，而時燕可包祭燕，族飫亦有定期與臨時二種也。要而言之。族燕不分時燕與祭燕，其主要目的，在圖親族間之懇親，蓋一種親睦會也。飫燕之目的不同，鄭氏詩箋曰，私者圖非常之事，若議大疑於堂，則有燕禮焉，國語周語曰，夫王公諸侯之有飫也，將以講事成章，建大德，昭大物也。可知飫燕爲一種合議體制度，而以審慎協定重大事件，爲主要目的者也。

。總之族燕飫燕，爲一種飲食禮，一以圖宗族之和平，一以議重大之事件，并無基於法律觀念以解決權義旨趣，存乎其間，故其形式，雖與親屬會相似，究之一爲禮制之關係，一爲法律之制度也。法律上之親屬會者，謂就監護人，及其他法律所規定應行會議之事件，因當事人法定代理人，或其他利害關係人之召集而成立之決議機關也。吾國習慣，本古飲食之禮，遇有重要事件，則邀同族中及親屬會議處理，然非法律上之制度也，親屬會之所會議，多係重大之事，一任習慣，流弊必多，故歐洲諸國現行之法律，若德法義葡西諸國法律，皆設親屬會之規定，日本民法亦然。但各國民法，凡親屬會之招集組織決議等事，均認審判官之干涉居多，夫親屬會議，使審判官干涉，與吾國現行之習慣不合，故本法於決議一層，不取審判官干涉主義。又各國法律，祇限於未成人之監護，及禁治產人之監護，採用親屬會議制度，本法則不如是之狹。卽親屬會議，不但對於監護，有其適用，他如父母濫用其對於子女權利時，亦有由親屬會議糾正之必要，（本法第一〇九〇條）此本法以親屬會議爲獨立之一章也。

第二 內容

在國家司法機關，對於親屬法上之一切事項，尙難一一干涉以前，親屬會議之容許，實爲必要，故本法做一般立法通例，特設親屬會議之規定。第一一二九條：規定親屬會議之召集。第一一三〇條：規定親屬會議之人數。第一一三一條：規定親屬會議會員之選定。第一一三二條：規定親屬會議會員之指定。第一一三三條：規定親屬會議會員之限制。第一一三四條：規定親屬會議會員辭任之限制。第一一三五條：規定親屬會議之開會及決議。第一一三六條：規定加入決議之限制。第一一三七條：規定不服親屬會議決議之起訴。

第三十三解 本章之逐條說明

第一千一百二十九條 依本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

本條規定親屬會議之召集。我國習慣，遇有家庭事件，多由親屬處理，但召集親屬之原因，殊無一定。〔註四十二〕本法則明定依本法之規定，應開親屬會議時，始得召集親屬會議。

所謂本法之規定，即第一〇九〇條，第一〇九九條，第一一〇一條，第一一〇三條，第一一〇四條，第一一〇六條，第一一〇七條，第一一〇九條，第一一一一條，第一一二一條，第一一二〇條，第一一四九條，第一一七四條，第一一七七條，第一一八三條，第一一九七條，第一二一一條，至第一二二三條，及第一二一八條之規定是。其召集權人，則爲（一）當事人。即需召集親屬會議之未成年人，受監護人，及被繼承人是。（二）法定代理人。法定代理人與未成年子女受監護人及被繼承人之關係最切，故法定代理人，亦有召集親屬會議之權，未成年人及禁治產人之已設置監護者，此時之監護人，即爲受監護人之法定代理人。（三）其他利害關係人。利害關係人，包含甚廣，舉凡直接間接與親屬會議之舉措有利害關係之人，皆屬之。例如監護人將受監護人送入精神病醫院，應得親屬會議之同意。（參照本法第一一二條）若監護人不爲召集親屬會議，則受監護人之配偶，爲其利害關係人，即有召集親屬會議之權。但在外國法律，有以召集親屬會議之權，畀之檢察官，並須呈請法院，爲之召集者，（日本民法第九九四條）本法以其干涉過甚，屏而不採。

【註四十一】被承繼人亡故無子而又無守志之婦及直系尊屬者，應由親族會議，按照法定位次，擇立繼嗣，必親族故意不為擇立，始能由有承繼權人訴請法院，以判決代親族會議之決議，若在未經親族會議以前，法院不能遽以判決，代為擇立。二十一年一月二十七日上字一七〇號承繼訴訟判決要旨。

第一千一百三十條 親屬會議以會員五人組織之

本條規定組織親屬會議之人數。關於親屬會議之人數，各國法律不同，有設限制者，有不設限制者，而設限制之中，有祇定其數為幾人，而不定多數者，如日本民法是。除會長之外，至少須二人，至多須六人者，如德國民法是。有除會長之外，以六人為限者，如法國民法是。夫集親屬而成會，過少固流於偏私，過多亦易涉紛歧，故本法斟酌損益，以五人為組織親屬會議之會員。【註四十二】

【註四十二】親族會議之組織，必由各族長房長或多數族人推出總代表與被承繼人較為切近之人。公會會議，取決多數，於法始能有效。二十一年一月九日上字第三五號承繼訴訟判決要旨。

第一千一百三十一條 親屬會議之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

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

本條規定親屬會議會員之選定。關於親屬會議會員之選定，有須說明者三點：（一）親屬會議之會員，以未成年人禁治產人或被繼承人之親屬爲限。何人得爲親屬會議之會員？各國法律不同，有惟設消極的資格之限制者，如德國民法是。有不但親屬，即與本人或其家有關係之人，亦得爲親屬會議之會員者，如日本民法是。本法則惟以親屬爲限，且須爲未成年人，禁治產人，及被繼承人之親屬。蓋其他之人，與未成年人禁治產人及被繼承人利害關係較淺，痛癢自難相關，以之爲親屬會議之會員，殊無實益。（二）親屬會議之會員

，就上述親屬中，依下列順序定之：(甲) 直系血親尊親屬，如未成年人禁治產人及被繼承人之父母祖父母及外祖父母是。(以上類推)直系血親尊親屬，與未成年人禁治產人及被繼承人關係較切，故以之置於第一順序。(乙) 三親等內旁系血親尊親屬。如未成年人禁治產人及被繼承人之伯叔父姑舅父及姨是。此等之人，與未成年人禁治產人及被繼承人之關係，不如直系血親尊親屬之切，故本法以之置於第二順序。(丙) 四親等內之同輩血親。如未成年人禁治產人及被繼承人之兄弟姊妹堂兄弟姊妹是。此等之人，與未成年人禁治產人及被繼承人之關係，又不如第一順序及第二順序之切，故以之置於第三順序。(三) 選定親屬會議會員之順序如此，然於同一順序之中，有不祇一人者，此時應以親等近者爲先。例如未成年人禁治產人及被繼承人之父母祖父母外祖父母同一順序，然父母之親等，較祖父母外祖父母爲近，其選定親屬會議之會員，應以父母爲先。亦有親等相同，而有父母兩系者，此時即以父系之親屬爲先，例如祖父母外祖父母與未成年人禁治產人及被繼承人同一親等，但祖父母爲父系之親屬，其選定親屬會議之會員，應以祖父母爲先，亦有同

系，而親等同者，則以年長者爲先，例如伯叔父，與未成年人禁治產人及被繼承人同一父系，且同屬三等親，但伯父之年齡，較長於叔父，此時則伯父先於叔父爲親屬會議之會員。

第一千一百三十二條 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

本條規定親屬會議會員之指定。親屬會議，固應由有召集權之人，就法定親屬中，依一定順序，選定五人組織之。（參照本法第一二九條至第一三二條）然如未成年人禁治產人及被繼承人族薄戚單，或竟無第一三二條所定之親屬，即縱有第一三二條所定之親屬，或則離隔篤遠，或則尙未成年，而不足會員五人法定人數，此時則不能不以指定之權，畀諸法院，惟法院尙非以職權干涉，必因有召集權人之聲請，始能爲指定權之發動。且其指定，須就本法第一三一條所定親屬以外之親屬中爲之，良以會名親屬，自以從親屬選出爲宜故也。至會員出缺時，外國法律，有須呈法院補選者，（日本民法第九五〇條）本

法未設明文規定，但在解釋上，仍應由有召集權之人，就第一一三一條所定之親屬中，自為補選，必無可補選之人，始由法院依其聲請，於其他親屬中指定補選之。

第一千一百三十三條 監護人未成人及禁治產人不得為親屬會議會員

本條規定親屬會議會員資格之限制。據本法規定，凡第一一三一條所定之親屬，皆得為親屬會議之選定會員，第一一三二條所定之親屬，皆得為親屬會議之指定會員，但亦有不能概論者，蓋法律對於親屬會議會員之資格，有二種之限制：一則因會議之事件，常與其人有關，法律遂限制之，不許其為會員者，如監護人是。一則因其人之年事智能，難勝親屬會議會員之任，法律亦限制之，不許其為會員者，如未成人及禁治產人是。（參照本法第一〇九六條）

第一千一百三十四條 依法應為親屬會議會員之人非有正當理由不得辭其職務

本條規定親屬會議會員辭任之限制。親屬會議會員之義務，亦如監護職務，具有強制之性

質，（參照本法第一〇九五條）故若一經選定或指定，即不得隨意辭任。然使始終不許辭任，亦非人情所宜，故苟有正当理由，則屬例外，所謂正当理由，如身罹疾病，或遠隔他方，及職務繁劇之類是。但應較監護人之辭任為嚴格，蓋親屬會議不過會議而已，非如監護人之為常設的保護機關故也。

第一千一百三十五條 親屬會議非有三人以上之出席不得開會非有出席會員過半數之同意不得為決議

本條規定親屬會議之開會及決議。親屬會議乃最後之決定機關，故本法對於親屬會議之開會及決議，限制頗嚴，即親屬會議，非有三人以上之出席，不得開會，非有出席會員過半數之同意，不得決議，所謂出席會員過半數之同意，即出席會員為三人時，須二人以上之同意，出席會員為四人或五人時，須三人以上之同意是。但在通常法人之決議，有許以書面為之者，（參照本法總則第五三條）書面決議。係屬一種例外的變通辦法，為本法所不採，且非當然適用於親屬會議之決議。

第一千一百三十六條 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

本條規定加入決議之限制。監護人不得爲親屬會議之會員，固矣。（參照本法第一一三三條）此外之爲會員者，縱非監護人，然如所議之事，與其人有利害關係，則亦不得與於決議之數，例如親屬會議決議，將受監護人之不動產出賣，（參照本法第一一〇一條）如此會員之一人，即爲不動產之買受人，則不得加入決議，以杜流弊。

第一千一百三十七條 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

本條規定不服親屬會議決議之起訴。聚集會員多人而爲決議，雖大體不致偏私，然亦未必盡合於事理，故本法明定對於親屬會議之決議，如有不服，得自決議之日起，三個月內，向法院起訴。其得提起不服之訴者。爲本法第一一二九條所定有召集權之當事人法定代理人及其他利害關係人。若夫親屬會議之會員，自身既已參加決議，即不得事後再持異議，

徒資糾紛。至親屬會議之組織開會及決議爲不合法，則根本卽屬無效，縱不於三個月內向法院起訴，亦不能因期間之經過，變無效爲有效也。

民法親屬釋義

民法親屬釋義完

1170

民法親屬編施行法

民國二十年一月二十四日國民政府公布同年五月五日施行

第一條 關於親屬之事件。在民法親屬編施行前發生者。除本施行法有特別規定外。不適用民法親屬編之規定。

第二條 民法親屬編施行前。依民法親屬編之規定消滅時效業已完成。或其時效期間尚有殘餘不足一年者。得於施行之日起一年內行使請求權。但自其時效完成後。至民法親屬編施行時。已逾民法親屬編所定時效期間二分之一者。不在此限。

第三條 前條之規定。於民法親屬編所定無時效性質之法定期間準用之。但其法定期間不滿一年者。如在施行時尙未屆滿。其期間自施行之日起算。

第四條 民法親屬編關於婚約之規定。除第九百七十三條外。於民法親屬編施行前所訂之婚約亦適用之。

第五條 民法第九百八十七條所規定之再婚期間。雖其婚姻關係在民法親屬編施行前消滅者

。亦自婚姻關係消滅時起算。

第六條 民法親屬編施行前已結婚者除得適用民法第一千零零四條之規定外。並得以民法親屬編所定之法定財產制爲其約定財產制。

第七條 民法親屬編施行前所發生之事實。而依民法親屬編之規定得爲離婚之原因者。得請求離婚。但已逾民法第一千零五十三條或第一千零五十四條所定之期間者。不在此限。

第八條 民法親屬編關於婚生子女之推定及否認。於施行前受胎之子女亦適用之。

第九條 民法親屬編施行前所立之嗣子女。與其所後父母之關係。與婚生子女同。

第十條 非婚生子女在民法親屬編施行前出生者。自施行之日起適用民法親屬編關於非婚生子女之規定。

第十一條 收養關係雖在民法親屬編施行前發生者。自施行之日起有民法親屬編所定之效力。

第十二條 民法親屬編施行前所發生之事實。而依民法親屬編之規定得爲終止收養關係之原

因者。得請求宣告終止收養關係。

第十三條 父母子女間之權利義務。自民法親屬編施行之日起。依民法親屬編之規定。

第十四條 民法親屬編施行前所設置之監護人。其權利義務自施行之日起適用民法親屬編之規定。

第十五條 本施行法自民法親屬編施行之日施行。