

584.4
684

宗惟恭著

民法親屬要義

上海法學書局出版



584.4
684



3 0600 9609 0

民法親屬要義目次

緒論

一	親屬之語義·····	一
二	親屬法之概念·····	二
三	親屬法之性質·····	三
四	親屬法之效力·····	六
五	親屬法之編制·····	一〇
六	我國修纂親屬法之沿革·····	二二

本論

第一章	通則·····	一七
第一節	親屬之類別·····	一七

民法親屬要義 目錄

第二節 親屬之範圍	一一一
第三節 親系	一一二
第四節 親等	一一四
第五節 親屬關係之發生及其消滅	一一九
第一款 血親關係之發生及其消滅	一二九
第二款 姻親關係之發生及其消滅	一三一
第二章 婚姻	一三五
第一節 概說	一三五
第一款 婚姻制度之沿革	一三五
第二款 婚姻之意義	一三七
第三款 婚姻之性質	一三九
第四款 婚姻之立法主義	一四一

第二節	婚姻之預約	四二
第一款	婚約之性質	四二
第二款	婚姻之效力	四三
第三款	婚約之要件	四五
第四款	婚約之解除	四六
第五款	婚約之賠償	五一
第三節	婚姻之成立	五三
第一款	結婚之要件	五三
第二款	婚姻之無效及撤消	六一
第四節	婚姻之普通效力	七〇
第一款	家屬關係	七一
第二款	親屬關係	七一
第三款	權義關係	七二

第五節 夫妻財產制	七七
第一款 總說	七七
第一目 夫妻財產制之意義	七七
第二目 夫妻財產制之主義	七九
第三目 夫妻財產制之種類	八四
第四目 夫妻財產制之適用	八七
第五目 夫妻之特有財產	八九
第二款 法定財產制	九〇
第三款 約定財產制	九六
第一目 共同財產制	九六
第二目 統一財產制	一〇一
第三目 分別財產制	一〇二
第六節 離婚	一〇四

第一款離婚之意義	一〇四
第二款離婚之立法主義	一〇五
第三款兩願(協議)離婚	一〇八
第一目兩願離婚之意義	一〇八
第二目兩願離婚之要件	一〇八
第四款呈訴(裁判)離婚	一一〇
第一目呈訴離婚之意義	一一〇
第二目呈訴離婚之要件	一一一
第三目呈訴離婚之原因	一一三
第四目離婚訴權之消滅	一一九
第五款離婚之效果	一二一
第三章 父母子女	一二七

第一節 總說	一二七
第二節 子女之姓氏	一二七
第三節 子女之住所	一二八
第四節 婚生子女	一二八
第一款 婚生子女之意義	一二八
第二款 婚生子女之推定	一二九
第三款 婚生子女之否認	一三〇
第五節 非婚生子女	一三一
第一款 非婚生子女之意義	一三一
第二款 非婚生子女之認領	一三三
第一目 認領之種類	一三四
第二目 認領之否認	一三五
第三目 認領之效力	一三六

第六節	指定繼承人	一三七
第七節	養子女	一三八
第一款	養子女之意義	一三八
第二款	收養關係成立之要件	一三八
第三款	收養關係成立之效果	一四〇
第四款	收養關係之終止	一四一
第五款	收養關係終止之效果	一四三
第八節	父母之權利義務	一四四
第一款	權利義務之類別	一四五
第二款	權利義務之行使與負擔	一四八
第三款	父母權利濫用之停止	一四八
第四章	監護	一五一

第一節 監護之意義	一五一
第二節 未成年人之監護	一五二
第一款 監護之開始	一五二
第二款 監護人之類別	一五四
第三款 監護人之資格	一五六
第四款 監護人之職務	一五六
第五款 監護人之辭退與撤退	一六〇
第六款 監護之終止	一六一
第七款 監護責任之免除	一六二
第三節 禁治產人之任護	一六三
第五章 扶養	一六七
第一節 扶養之性質	一六七

第二節	扶養之範圍	一六七
第三節	扶養之順序	一六九
第一款	扶養義務者之順序	一六九
第二款	扶養權利者之順序	一七〇
第四節	扶養要件	一七二
第五節	扶養之程度	一七三
第六節	扶養之方法	一七三
第七節	扶養義務之停止及消滅	一七四

第六章 家……………一七七

第一節	家屬制度與個人制度	一七七
第二節	家之意義	一七九
第三節	家長與家屬	一七九

第四節	家長之職務	一八一
第五節	家屬之分離	一八一
第七章	親屬會	一八三
第一節	親屬會之性質	一八三
第二節	親屬會之招集	一八三
第三節	親屬會之組織	一八六
第四節	親屬會之決議	一八八
第五節	親屬會之終了	一八九

弁言

民國十一年余供職浙江杭縣地方審判廳。兼任浙江私立法政專門學校教授。是謂主講法學之始。自民十四入政界。服務江蘇財政廳者凡三載。迨國民政府成立。乃在上海吳縣兩區域執行律師職務。是時滬上法校林立。各校當局。知余曾主講法學。爭相羅致。於是以律務餘晷。重爲馮婦。持志，復旦，大夏，中公，暨上海法政等校均經濫竽講席。而所授之課以民法親屬繼承兩編爲最多。惟以時間關係講稿總不能完篇。今秋因法學書局丐稿頗亟。乃勉將舊日所編親屬法講義。重爲整理補充。聊以塞責。時促事繁。紕謬必多。而於詞句之修鍊。尤未經意。尙希海內宏達。有所糾正。以匡不逮。幸孰甚焉。

中華民國二十三年秋九月上元宗惟恭識於癡泉書室

民法親屬要義

民法親屬要義

緒論

宗惟恭編



一 親屬之語義

日本民法第四編曰親族。我國民律草案則曰親屬。現行民法沿用不改。夫親族與親屬之意義。實有不同。考我國舊律。稱親族者。爲專指同宗族之親而言。如清現行刑律戶役門立嫡子違法條例曰。『無子立嗣。若應繼之人。平日先有嫌隙。則於昭穆相當親族內。擇賢擇愛。聽從其便』。必同宗始有昭穆之可言。異姓當然無所謂昭穆。足見例文所謂親族者。乃專指同宗族之親而言無疑。至親屬之意義則較廣。如明律妻與夫親屬相毆條文下註。『親屬兼指本宗外姻二種』。所謂本宗。卽五服內之宗親。雖夫婦亦包涵在內。所謂外姻。則統指母黨及妻黨之親而言。清律親屬相盜條文下註。『各居親屬。不分同姓異姓。自期親，大功，小功，緦麻以至無

服之親皆是』。是舊律所謂親屬二字。實用爲各種親之通稱。現行民法關於親屬之類別。既分爲血親與姻親二種。於此欲求一概括之名詞。徵諸上述親族與親屬之語義。自當應用親屬二字。始足包涵親屬之全體。於以知日本民法欲以親族之名稱。統指同宗血族，異姓配偶，及姻族之不當矣。故本法第四編定名曰親屬。而不曰親族也。

二 親屬法之概念

親屬法者。規定親屬間暨家屬間之身分。及本此關係而生之諸種權利義務之法規也。

我國社會組織向以家爲單位。以助長人類間利害共同之思想。故除親屬團體之關係外。復有家長與家屬之特殊身分存在。此家屬關係之所以構成親屬法之一部也。

歐美學者。有分親屬爲純正親屬法暨親屬財產法二種。略謂親屬法者。爲規定親屬間身分之法律。故祇宜單純規定親屬間之身法而不應列入關

於權利義務之法條。顧如子女特有財產及夫妻財產制等。皆因親屬之身分關係而發生之財產上之問題也。故此種主張。徒偏理論。而不合於實際。此本親屬間身分關係而生之財產關係之所以亦構成親屬法之一部也。

抑更有進者。監護制度。爲親屬間之一種特殊關係。學者亦有主張不應規定於親屬法者。但近代各國立法例。則皆視監護制度爲親權之延長。仍與親屬身分有連鎖之關係。故亦加訂於親屬法中焉。

人類或可終身不發生財產上之關係。但斷無一人能不發生身分上之關係者。所謂無父母則無己身。無夫婦則無子孫。故自呱呱墮地。卽日處於親屬關係之中。而親屬法規之適用。乃須臾不可離矣。此親屬法之所以占民法中最重要之一部。不能與債編，物權編相提並論者也。

三 親屬法之性質

(甲)親屬法之普通性質

(1)親屬法爲私法 關於國家或公團體生活之法律爲公法。關於私人

或私團體生活之法律爲私法。夫親屬間之關係。當然爲私人生活之一端。惟有時須藉國家機關之公力以達其目的。但其本質。終爲私法無疑。

(2)親屬法爲實體法 凡規定權利義務之實體者。曰實體法。規定實行此權利義務之方法者。曰手續法。親屬法係規定親屬間暨家屬間權利義務之實體。故曰實體法。

(3)親屬法爲普通法 凡適用於國民全體暨一切領土之法律曰普通法。適用於特殊人民，或特別區域之法律曰特別法。親屬法適用之範圍。原則上自及國民全體及一切領土。故曰普通法。

(乙)親屬法之特別性質

(1)親屬法上之法律行爲爲要式行爲。例如結婚須有公開之儀式（本法第九八二條）收養子女應以書面爲之（本法第一〇七九條）與近代私法上之法律行爲趨重於當事人之意思而忽於形式者。大異其

趣。

(2) 親屬法上之法律行為概為單純行為。不適用普通法律行為契約自由之原則。故親屬法上之權利義務。其發生，變更，或消滅。均有法定之要件。絕對不得附以條件或期限也。

(3) 親屬法雖為私法而具有強行性。普通私法於個人間之關係。悉任個人意思之自由。所謂任許法是也。但親屬法上親屬間之關係，家屬間之關係，監護關係等。其影響無一不及於社會公共之秩序。故不許以個人意思左右之。而惟法定之強制是從。

(4) 親屬法上之權利。非僅保護權利者之私益。有出於公益之必要。及保護權利者與相對人雙方之利益為目的者居多。例如父母對於未成年子女之婚姻同意權，監護權等。就表面言雖為權利。而實際具有義務性質者也。

(5) 親屬法權利義務之發生，變更，或消滅之法律行為。均以本人自

行決定其意思爲原則。非若其他私法上之法律行爲。得任意委託代理人爲之也。

(6)親屬法之規定較民法其他部分採取社會固有之習慣爲多。民法中之債編，物權以及商事法規等。專在保護個人之私益。因國際交通之便利。莫不有萬國共通性質之傾向。但親屬間之關係。其影響皆直接於本國之社會。故近代通例。國異其制。鮮仿外法者也。

四 親屬法之效力

(甲)關於時之效力

凡新舊法律過渡時代。其新法之效力如何。必立法條。以資遵循。親屬法施行法中規定。以不溯既往爲原則。試析述之。

(一)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。不適用親屬法之規定。(施行法第一條)例如在親屬法

施行前發生之夫妻關係。不能因新法之施行而取銷其妾之身分也。又不及結婚年齡之婚姻。不能因新法施行。而請求撤銷其婚姻也。

(二)有例外之特別規定。有溯及效力者。再分別言之。

(1)民法親屬編。關於婚約之規定。除第九七三條外。於民法親屬編施行前所訂之婚約。亦適用之。(施行法第四條)

(2)民法親屬編施行前所發生之事實。而依民法親屬編之規定。得為離婚之原因者。得請求離婚(施行法第七條)

(3)民法親屬編施行前所發生之事實。而依民法親屬編之規定。得為終止收養關係之原因。得請求宣告終止收養關係。(施行法第十二條)

(乙)關於地之效力

親屬法較其他私法採取本國社會固有之習慣為多。故種族差異。風俗

習慣較諸內地迥然不同之特別區域。如西藏蒙古等處至今尙援用前清之理藩院則例。而不適用現行民法親屬編之規定。是親屬法爲普通法之例外情形之一。

(丙)關於人之效力

親屬法雖爲適用於全國人民之普通法。但其效力。祇能及於本國人民。而不能及於寄居本國之外國人民。蓋親屬法一以本國固有之習慣爲主。自難強制風俗人情迥然不同之外國人遵守。故近代國際通例。關於親屬事件。概以屬人主義爲原則。適用當事人各該本國法。而不適用駐在地國家之法律也。茲將民國七年八月五日公布之法律適用條例中關於親屬法適用之規定。臚列於下。

(1) 婚姻成立之要件。依當事人各該本國法。(第九條)

(2) 婚姻之效力。依夫之本國法。(第十條)

(3) 夫妻財產制。依婚姻成立時夫之本國法。(同條二項)

(4) 離婚依其事實發生時夫之本國法及中國法均認其事實爲爲離婚原因者。得宣告之。(第十一條)

(5) 子之身分。依出生時其母之夫之本國法。如其夫於子出生前已死時。依其最後所屬國之法律。(十二條)

(6) 私生子認領之成立要件。依認領者與被認領者各該本國法。認領之效力依認領者之本國法(十三條)

(7) 養子成立之要件。依當事人各該本國法。養子之效力。依父母之本國法(第十四條)

(8) 父母與子之法律關係。依父之本國法。無父者。依母之本國法。(第十五條)

(9) 扶養之義務。依扶養義務者之本國法。但扶養權者之請求。爲中國法所不許者。不在此限(第十六條)

(10) 前八條以外之親屬關係。及因其關係所生之權利義務。依當事人

之本國法(第十七條)

(11) 監護依監護人之本國法。但在中國有住所或居所之外國人。有下列情形之一者。其監護依中國法。(A) 依其本國法有須置監護人之原因。而無人行監護事務者。(B) 在中國受禁治產之宣告者。

(第十八條)

但須注意外國法律若有違背我國公共秩序或善良風俗之情形。仍得適用我國法律。此法律適用條例第一條之規定也。

五 親屬法之編制

親屬之觀念。各國不同。故其編制之方式。亦各異其趣。要言之。其方式有二。

(甲) 法典式

(1) 羅馬式 第一編人事法。第二編財產法。第三編訴訟法。法國民法即依此式編制而分爲人事編。財產及所有權種類編。財產權取

得方法編。所謂人事法者。即規定人民之身分，能力，家長，家屬，以及婚姻等事件。餘如荷蘭，比利時，意大利，西班牙，葡萄牙等民法。暨日本舊民法。亦皆採此式。

(2) 德國式 德國式的編制法。又可分爲兩種(A) 索遜式。分民法爲五編。第一編總則。第二編物權。第三編債權。第四編親屬。第五繼承(B) 拜英式。亦分民法爲五編。第一編總則。第二編債權。第三編。物權。第四編親屬。第五編繼承。日本新民法取索遜式。我國新民法取拜英式。

(3) 瑞士式 瑞士民法分爲四編。第一編人格法。第二編親屬法。第三編繼承法。第四編物權法。至於債。另有債務單行法。蓋以爲親屬關係。爲人類有生以來所當然存在者。非若物權及債務。必俟有財產之關係。方始適用。故人格法後即先繼之以親屬法云。

(乙) 特別法式

(1) 英美之人事法(一名家庭法)。即規定親屬關係暨主僕關係之單行特別法也。

(2) 蘇俄於一九一八年。將一九一七年陸續公布之關於親屬各法規。彙集成編。名曰婚姻親子監護法。最近復於一九二六年修正。公布施行。仍為單行之特別法。而不列入民法法典中焉。

六 我國修纂親屬法之沿革

我國古代無所謂民法。及唐太宗貞觀時。始將戶役，婚姻，錢債，田土等列入法律之中。經宋元明清四朝。無所更改。清光緒三十四年。修訂法律大臣沈家本等。將大清律例重加編訂。至宣統二年奏准頒行。名曰大清現行刑律。其中婚姻門暨戶役門中立嫡子違法條例。實與親屬法規類似。迨民國元年暫行新刑律施行。現行刑律中之關於刑事部分者。雖失去效力。但民事部分除與國體抵觸者外。仍繼續有效。至民法法典之修纂。可分四時期說明之。

(1) 清光緒三十三年修纂之民律草案 前三編總則，債權，物權，爲日人松岡義正起草。後二編親屬，繼承，爲朱獻文高种陳籙三人起草。至宣統三年全部告成。未及頒布而清社已屋。是謂第一次民律草案。

(2) 民國十四年修纂之民律草案 起草總則編者。爲余榮昌。起草債權編者。爲應時梁敬錚。起草物權編者。爲黃右昌。起草親屬，繼承兩編者爲高种。但仍未正式公布施行。是謂第二次民律草案。

(3) 民國十七年法制局修纂之親屬法繼承法草案 是編之起草者爲燕樹棠氏。其內容爲廢除家屬制度及宗祧繼承之規定。而於親屬分爲(1)四親等內之血親。(2)夫妻。(3)三親等內之姻親。不復有宗親，外親，妻親等區別。是可謂我國革命化的立法之始。惜與國情尙有鑿柄之處。故亦未公布施行。

(4) 民國十九年公布之新民法親屬編 初國民政府立法院於十七年一月開始起草民法。迨十八年五月二十三日公布總則編。十月十日施行。同年十一月二十二日公布債編。同年同月三十日公布物權編。於十九年五月五日同時施行。至親屬繼承兩編則於十九年十二月二十六日同時公布。於二十年五月五日同時施行。此謂我國第一次民法法典告成之始。親屬法之內容共分七章。計一百七十一條。(自第九百六十七條起至第一千二百二十七條止)其優點大略如下。(A)親屬之類別。不分爲宗親，外親，及妻親，而分爲血親。及姻親(B)男女平等。如親權之行使父母共同之。離婚條件男女相等。不認夫權之存在(C)夫妻財產制。規定爲約定制及法定制。約定制中又分爲統一制，共同制，分別制，如無約定。卽適用法定聯合制。(D)將嫡子。庶子。姦生子等名稱全行廢除。祇認有婚姻關係所生之子女。曰婚生子女。無婚姻關係所生之

子女。曰非婚生子女。又不設宗祧繼承之制。故祇有養子女及指定繼承人。而無嗣子。(E)家屬制度之認定。不重家長之權利。而重家屬全體之利益。一掃父爲子綱。夫爲妻綱之陳腐舊說。他若增進種族之健康獎勵親屬之互助等。不勝殫述。其詳俟諸本論

民法親屬要義

本論

第一章 通則

第一節 親屬之類別

考外國法制對於親屬有分類者。有不分類者。但親屬之情誼。有由血統而生者。有由婚姻而來者。親疏既異。自以區別分類爲是。茲就我國舊律及現行民法所規定者。分別言之。

(甲) 舊律上親屬之類別

(一) 宗親 宗親者。即同一祖先所出之男系血統。及其血統之親之妻而言。

(1) 血統上之宗親 如高、曾、祖、父、子、孫、曾、玄等是。

(2) 擬制上之宗親 如嗣子與嗣父母，繼子與繼父母，庶子與嫡母，

宗親之婦對於夫之宗親，及宗親之婦之相互間皆是。

(二) 外親 外親者。女系血統之親屬也。如母之血統，祖母之血統，姑

之血統，祖姑之血統，姊妹之血統，女及孫女之血統等皆是。

(三)妻親 妻親者。專指夫對於妻之親屬之關係而言。至妻對於夫之宗親外親。視同宗親外親。無所謂夫親也。故妻親者。乃片面之名詞。非相對之稱謂也。

(乙)現行民法上親屬之類別

舊律之分類。重男系而輕女系。父母之於子女其情愛初無二致也。乃對於父之父母爲宗親服齊衰期年。對於母之父母則爲外親。僅服小功。外曾祖父母以上且無服焉。又如夫之宗親外親。即爲妻之宗親外親。而妻之親屬。則不問其爲宗親與外親。悉僅爲夫之妻親。且宗親範圍及於四世。妻親則僅以二世爲止。男女間之不平等。孰逾於此。故現行民法廢棄舊律之分類。仿照多數國之立法例。以血統及婚姻兩種事實爲標準。分親屬爲血親及姻親兩類。實爲允當。茲分別說明之。

(一)血親 血親者。指凡有血統關係者而言。不分男女之所出一故父系

之祖父母、曾祖父母、高祖父母等固爲血親。卽母系之外祖父母、外曾祖父母、外高祖父母等亦血親也。伯、叔、姑、兄弟、姊妹、及其子女，固爲血親。母舅，姨母及其子女，亦血親也。子之子孫，固爲血親。女之子孫，亦血親也。

(1) 天然血親 卽因血統關係。於出生時。卽天然取得血親之身分。如上述之各種血親是。至非婚生子女（包括庶子及姦生子而言）倘出生後其生父生母已經結婚者。或經生父認領或撫育者。亦取得天然血親之身分。否則僅對於其生母有血親關係，對於其生父則不發親屬關係也。（本法第一〇六一條第一〇六四條第一〇六五條參照）

(2) 法定血親（擬制血親） 卽本無血統之關係。因法律所規定。而與天然血親取同一之身分也。例如養子女與養父母之關係。及指定繼承人與被繼承人之關係。皆是。（本法第一〇七七條第一〇七

一條參照)

(二)姻親 姻親者。即因婚姻關係而生之親屬關係也。依現行民法第九六九條之規定有左列之三類。

(1)血親之配偶 就父系之血親言。如伯叔母、姑夫、伯叔祖母、祖姑夫、嫂、弟婦、姊妹夫、姪婦、姪女婿等。就母系之血親言。如舅母、姨夫、舅祖母、祖姨夫，以及母舅之媳及壻等。凡與己身有血親關係者之配偶皆是。

(2)配偶之血親 就夫言之。凡妻之父母、兄弟、姊妹、子女、及其他一切之血親是。就妻言之。如夫之父母、兄弟、姊妹、子女、及其他一切之血親是。

(3)配偶之血親之配偶 就夫言之。凡妻之兄嫂、弟婦、姊丈、妹壻及其他一切血親之配偶皆是。就妻言之。凡夫之兄嫂、弟婦、姊丈、妹壻及其他一切血親之配偶皆是。

第二節 親屬之範圍

親屬之範圍者。即於親屬假設一範圍。在此範圍之內者。法律上視爲親屬。在範圍以外者。雖事實上名爲親屬。而法律上不承認其爲親屬也。有積極與消極二說。試述於下。

(一)積極說 凡出於血統關係之親屬。由父母追溯而上。由子女順推而下。雖無窮盡。莫不有親屬關係。但支派遼遠。情誼究疏。法律上之所以視爲親屬者因其有一定之權利義務也。此類遠親。試問在實際上有何權利義務之可言。實際上既無權利義務之可言。則法律自更無列入親屬範圍以內之必要。如羅馬、西班牙、比利時、日本等國。皆以六親等爲範圍。意大利以十親等爲範圍。法蘭西以十二親等爲範圍。我國第一次及第二次民律草案亦規定宗親以四親等爲限，外親以三親等爲限，妻親以二親等爲限。(現行刑法亦然)前法制局親屬法草案則以四親等爲血親之範圍。三親等爲姻親之範圍。

(二)消極說 凡出於血統關係之親屬。支派雖遠。情誼雖疏。究難謂爲非親屬。直系然。旁系亦然。血親固然。姻親亦何獨不然。且夫法律上之所以欲定親屬之範圍者。實因親屬相互間。有時發生一種法律關係。不得不規定一範圍以示限制耳。顧各種法律關係。情形焉得雷同。如關於親屬間結婚之限制。親屬間之扶養義務及繼承權利。刑事上之親屬加重及免刑等。爲適用便利計。自以分別規定於各法條中爲宜。實無此概括規定之必要。故德意志民法獨不設親屬範圍之規定。我現行民法從之。

第三節 親系

親系者。聯絡血親或姻親間之系統也。茲分別說明之。

(一)直系親與旁系親

(1)血親 直系血親者。謂已身所從出。或從已身所出之血親。(本法第九六七條一項) 如上溯本身所從出之父母、祖父母、外祖父

母以及祖父母與外祖父母以上之祖父母等。下推本身所出之子女、孫男女、外孫男女以及孫男女與外孫男女以下之孫男女等均是。

旁系血親者。謂非直系血親。而與已身出於同源之血親。(本法第九六七條二項)例如伯叔父伯叔祖父，舅父、舅祖、姑母、姨母、兄弟姊妹、姪男女，姪孫男女等。皆與已身之血統關係。同出一源。而分支旁衍者也。

(2) 姻親 姻親系之計算。依本法第九七〇條之規定。均以配偶者為標準。茲分述之。

(A) 血親之配偶從其配偶之親系。例如子女直系血親也。而子婦，女婿即直系姻親也。伯叔父旁系血親也。伯叔母即旁系姻親也。

(B) 配偶之血親從其與配偶之親系。例如妻之父母為妻之直系血親。即夫之直系姻親也。夫之兄弟姊妹為夫之旁系血親。即妻之旁系

姻親也。

(一) 配偶之血親之配偶從其與配偶之親系。例如夫前妻之子之妻爲夫之直系姻親也。亦卽妻之直系姻親。妻兄弟之妻。妻之旁系姻親也。亦卽夫之旁系姻親。

(二) 尊親屬，卑親屬及同等親

凡系統在己身之上。如自父母溯而上數爲尊親屬。凡系統在己身之下。如自子女推而下數爲卑親屬。至與己身同輩者。曰同等親。蓋同等親祇有長幼之序。而無尊卑之可言也。直系然。旁系亦然。血親然。姻親亦然。

第四節 親等

親等者。所以計算親屬關係之遠近也。其計算方法有二。分述於左。

(一) 寺院法計算法 寺院法計算法。於直系血親。從己身上下數以一世爲一親等。故世代三數與親等之數適合。例如父母子女間爲一世。

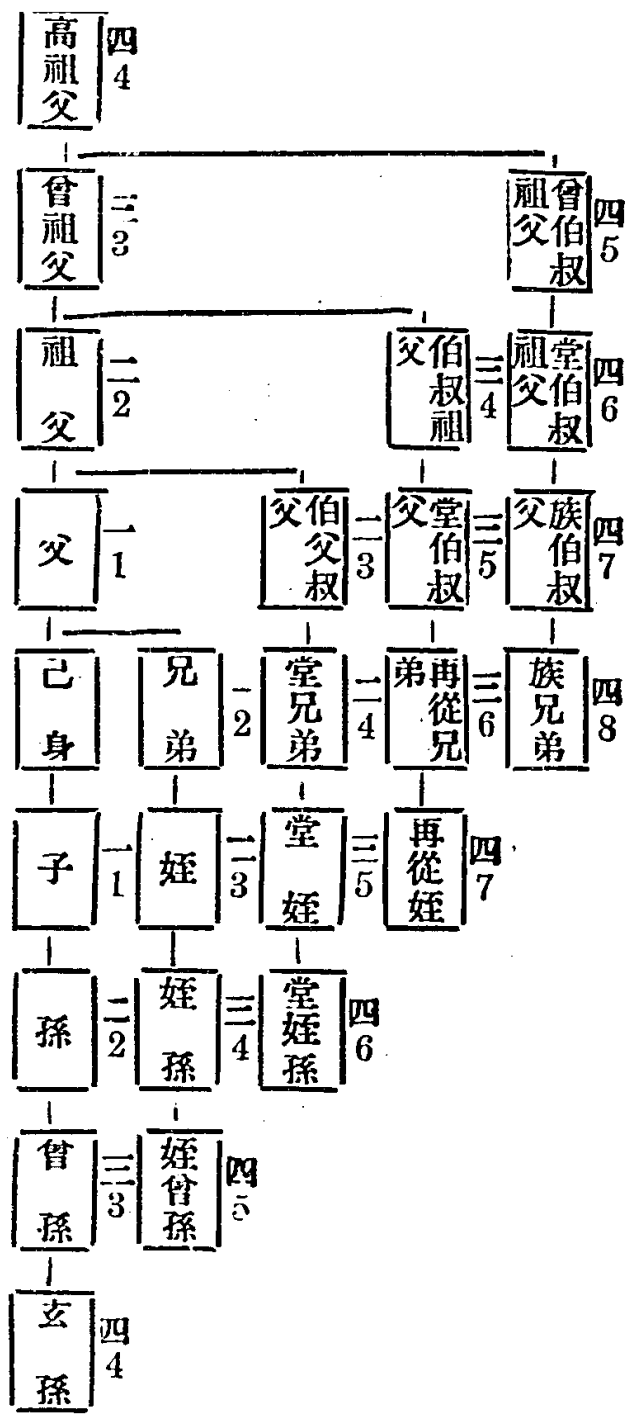
則爲一親等。祖父母與孫男女間爲二世。則爲二親等。以上或以下。均準此而推算之。於旁系姻親。則從己身數至同源之直系親屬。再從同源之直系親屬。數至與之計算親等之親屬。世數相同者。以其一方定之。世數不同者。以其多者定之。例如計算伯叔之親等。則先從己身上數至與伯叔同源之祖父母爲二親等。再從同源之祖父母下數至伯叔爲一親等。雙方世數不同。於是從其多者而定。則爲二親等之旁系親矣。又如計算兄弟姊妹間之親等。先從己身上數至同源之父母爲一親等。再從同源之父母下數至兄弟姊妹亦爲一親等。雙方世數相同。以其一方之數定之。故爲一親等之旁系親矣。此法爲歐洲中世紀之教會法規。英吉利至今猶沿用之。我國第一次及第二次民律草案，前法制局親屬法草案，現行刑法第十三條。亦均採用此種計算方法。

(二)羅馬法計算法 羅馬法計算法於直系親屬間。其計算方式。悉與寺

院法同。至旁系親屬間之計算方式則迥異。乃從己身數至同源之直系親屬。再由同源之直系親屬數至與之計算親等之親屬。以其總世數爲親等之數。例計如算伯叔之親等。則先從己身上數至與伯叔同源之祖父母爲二親等。再從同源之祖父母下數至伯叔爲一親等。二親等與一親等相加。則伯叔爲三親等之旁系親矣。又如計算兄弟姊妹間之親等。先從己身上數至同源之父母爲一親等。再從同源之父母下數至兄弟姊妹亦爲一親等。一親等與一親等相加。則兄弟姊妹間爲二親等之旁系親矣。此種計算方式。完全以血統之遠近爲標準。較近人情。故近世各國。大都從之。我現行民法亦從之。（本法第九六八條）

茲將兩計算法。就男系親爲例。繪圖如左。以示明顯。

圖中我國數字爲寺院法計算法羅馬數字爲羅馬法計算法



以上二種計算方法。自以羅馬法爲優。今試以己身對父母及對兄弟姊妹之關係而言。如按羅馬法計算。則父母爲一親等。兄弟姊妹爲二親等。若按寺院法計算。則皆爲親等。又己身對伯叔，堂兄弟姊妹，及堂伯叔等再從兄弟姊妹關係。由羅馬法計算。爲三親等，四親等，五親等，六等親。若由寺院法計算。則伯叔與堂兄弟姊妹均爲二親等，堂伯叔與再從兄

弟姊妹均爲三親等。夫親等之規定。原在辨別親屬之近疏。伯叔與己身之親屬關係。自較堂兄弟爲近。再從兄弟姊妹與己身之親屬關係。自較堂伯叔爲遠。乃寺院法不問遠近。前者咸列入二親等。後者咸列入三親等。其不合乎尊卑之倫序。莫此爲甚。顧我民律草案及現行刑法寧舍多數國之立法例。而獨仿英制採用寺院法計算式者。其故安在。蓋我國昔日宗親五等服制圖。直系親止於高祖父母。旁系親止於族兄弟姊妹。若採羅馬法計算式。則直系親以四親等爲限。而旁系親須以八親等爲限。殊欠正確。似不如採用寺院法計算式。旁系親亦限於四親等而包括無遺也。但現行民法於親屬之類別。既已從根本上改革。仿照各國立法例。分爲血親與姻親二大類。且不設親屬之範圍。與昔日之服制圖。已不生牽連關係。故特改用羅馬法計算式。以期合乎尊卑之倫序。而順應世界之潮流焉。

至姻親親等之計算法。依本法第九七〇條之規定分爲三項說明之。

(1) 血親之配偶從其配偶之親等。例如子女一等血親也。子婦，女婿

爲子女之配偶。己身與子婦，女婿之親等。卽從己身與子女之親等定之。故爲一等姻親。

(2) 配偶之血親從其與配偶之親等。例如妻之父母。妻之一等血親也。己身與妻之父母之親等卽從妻與其父母之親等定之。故爲一等姻親。

(3) 配偶之血親之配偶從其與配偶之親等。例如妻之兄弟。妻之二等血親也。妻之兄弟之妻。妻之二等姻親也。己身與妻之兄弟之妻之親等。卽從其妻之兄弟之妻與妻之親等定之。故亦爲二等姻親。

第五節 親屬關係之發生及其消滅

第一款 血親關係之發生及其消滅

(一) 血親關係之發生

(甲) 天然血親關係之發生 其發生之原因有四。

(1) 出生 例如婚生子女之於父母。非婚生子女之於生母是。(本法第一〇六五條二項)

(2) 認領

(3) 撫育 以上例如非婚生子女之於生父。(本法第一〇六二條一項)
(4) 生父與生母結婚 例如非婚生子女之於生父。(本法第一〇六四條)

(乙) 法定血親關係之發生

(1) 收養 例如養子女之於養父母。(本法一〇七七條)

(2) 指定 例如指定繼承人之於被繼承人。(本法第一〇七一條及第一一四三條)

(二) 血親關係之消滅

(甲) 天然血親關係之消滅 凡天然血親所生之親屬關係。如婚生子女之於父母。非婚子女之於生母。或經生父之認領或撫育或與生母結婚者。

除死亡（自然死亡及法定死亡）外。絕對不得以其他方法消滅其關係也。蓋天然血親之關係。始於出生。終於死亡。乃造物自然之作用。縱世俗父母對於不肖子女有訂立脫離契據。或登報聲明斷絕關係者。但在法律上。總難認其有效力也。

（乙）法定血親關係之消滅

（1）收養關係得由雙方同意終止或法院因一方之請求而宣告終止。（本法第一〇八〇條，第一〇八一條）其法定血親之關係。自終止時起自告消滅。（本法第一〇八三條）

（2）指定關係之指定繼承人。其指定須限於被繼承人之遺囑。（本法第一一四三條）而遺囑效力之發生。又在立遺囑人死亡之後。（本法第一一九九條）則他人自不得藉口其他情形。而變更立遺囑人之意思。使其已指定之繼承人。復歸於無效。故此種法定血親。似亦在不得消滅之列也。

第二款 姻親關係之發生及其消滅

(一) 姻親關係之發生 姻親關係因合法正式之婚姻而成立。若非合法正式之婚姻。雖事實上爲一男一女之同居。要亦不能發生姻親關係也。

(二) 姻親關係之消滅 姻親關係消滅之原因有三。

(1) 離婚 凡合法正式結合之婚姻。一經離婚。其姻親關係即歸消滅。至於其離婚之爲兩願離婚。或判決離婚。則非所問也。

(2) 婚姻之撤銷 婚姻之撤銷者。即於結婚時。有瑕疵之存在。經法院之宣告撤銷者。(本法第九八九條至第九九七條)自撤銷時起。自應消滅其姻親關係。

(3) 再婚 再婚之得爲消滅姻親關係之原因者。限於左列二種情形。

(A) 夫死妻再婚 妻因婚姻而入於夫家。爲夫家家屬之一員。今夫死而妻再嫁。則又重入後夫之家。爲後夫之家屬。其與前夫之恩義

。自告斷絕。消滅其姻親關係。宜也。

(B)妻死贅夫再婚 贅夫者。夫入於妻家。爲妻家家屬之一員。今妻死而再娶或再入贅他家。其與前妻家之恩義。當然斷絕。故亦消滅其姻親關係也。

此外如妻死而夫再娶。或夫死而妻不再嫁。或妻死而贅夫不再娶者。則其姻親關係依然存在。不得視爲消滅也(本法第九七一條)

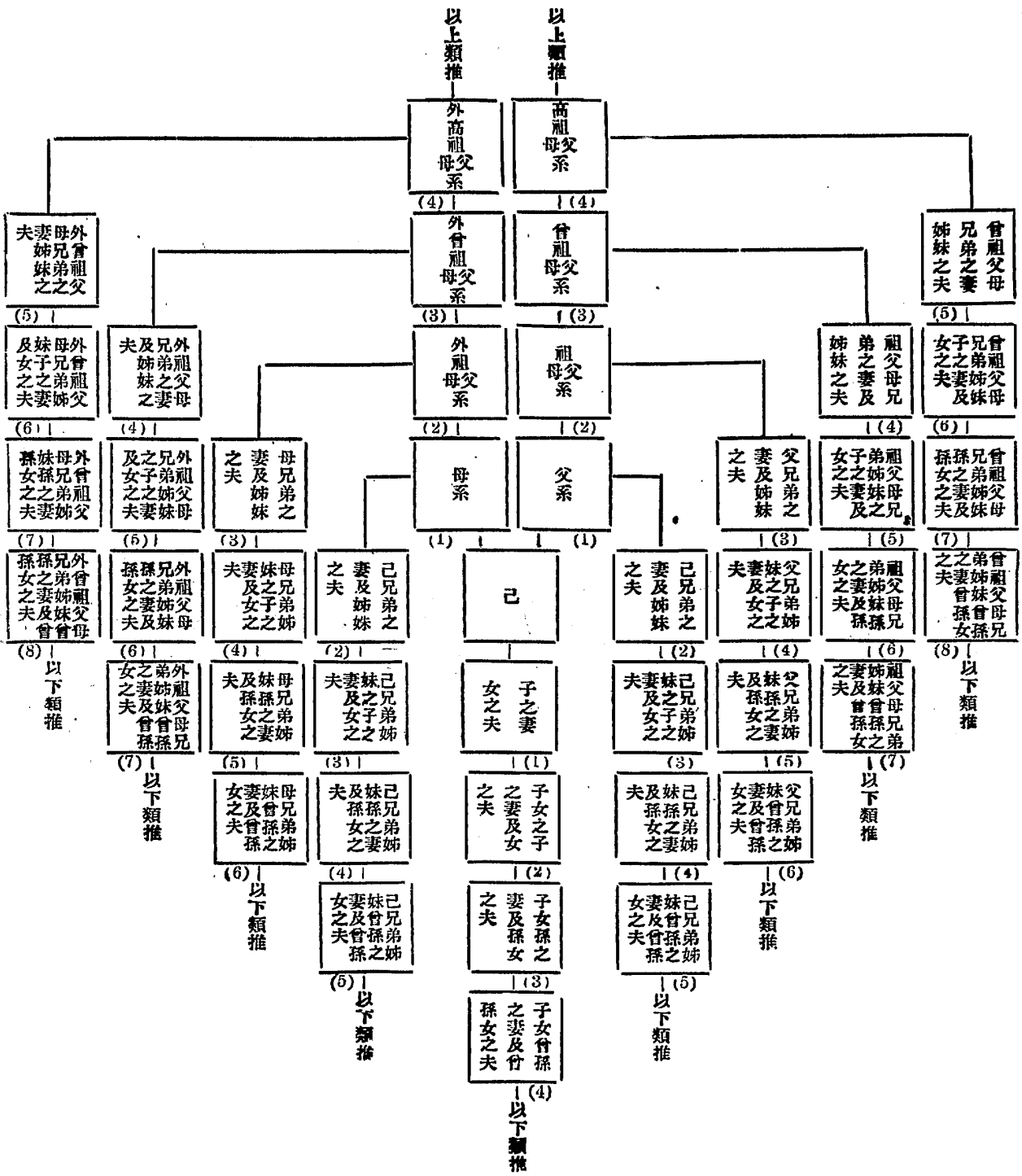
本章研究問題

- 一，舊律之名分親及恩義親在現行民法上之地位如何
- 二，配偶是否親屬之一種
- 三，半血緣兄弟姊妹是否旁系血親
- 四，血親之配偶之血親不列入姻親之內有無窒礙
- 五，現行民法不採階級親等制而採世數親等制其故安在
- 六，舊律之贅壻與現行民法之贅夫其地位是否相同
- 七，配偶之一方死亡時其姻親關係是否消滅

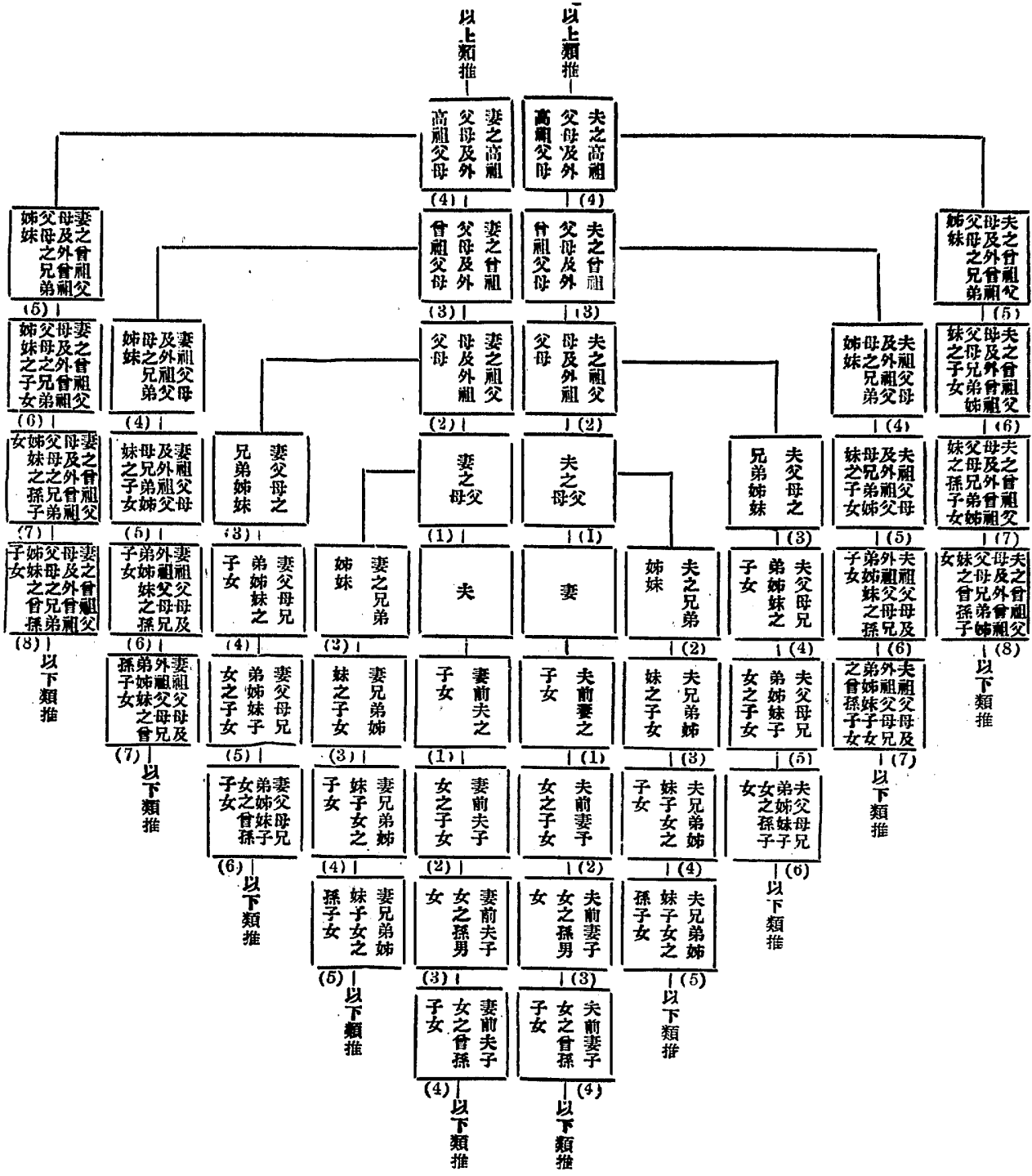
民法親屬要義

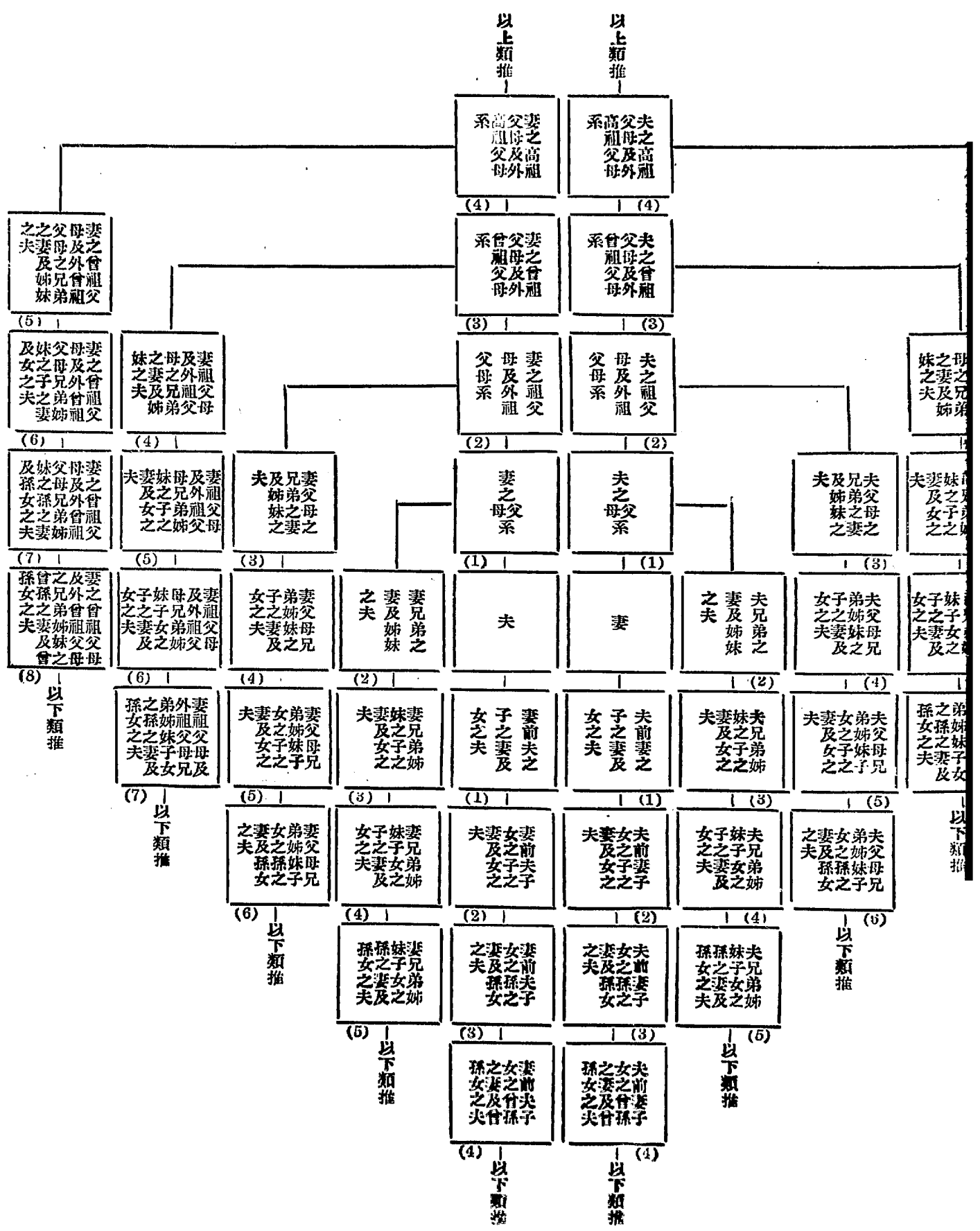
附血親及姻親圖

姻親圖一 血親之配偶



姻親圖一 配偶之血親





第二章 婚姻

第一節 概說

周易曰「有天地然後有萬物。有萬物然後有男女。有男女然後有夫婦。有夫婦然後有父子君臣。」中庸曰「君子之道。造端乎夫婦。」故夫婦者。人倫之始。親屬之源也。吾國婚姻制度。發達至早。通鑑曰「伏羲之時。制嫁娶。以儷皮爲禮。正姓氏。通媒妁。降及三代。創定六禮。婚制燦備。顧咸注重於禮儀。而忽於法規。秦漢以後。戶婚之條。見於律例。亦僅爲刑法之一部。而於婚姻之要件。夫妻間之權義。僉疏略而無系統之規定。故現行民法於親屬編之首。卽詳設婚姻之法條也。

第一款 婚姻制度之沿革

統觀古今中外。婚姻制度之沿革。約可分爲六時代。分述於下。

(一) 掠奪婚時代 掠奪婚者。卽專用暴力掠奪他人婦女據爲己妻之謂也。

此制度在部落時代爲最盛。我國相沿親迎之禮必以黃昏者。實卽淵源

於古代與黃昏時乘婦女歸家之不備而劫奪之也。第此可以力掠去者。彼亦可以力刦回。彼此擾攘。有害於社會之秩序者至大。故買賣婚遂接踵而起。

(二)買賣婚時代 買賣婚者。以金錢財帛爲婦女之代價。因而娶得其婦女之謂也。夫以婦女爲買賣之目的。實爲公理人道所不容。故贈與婚繼之而起。

(三)贈與婚時代 贈與婚者。在昔宗法社會。尊重父權之時。子女完全居其支配之下。父於其女。視同貨物。可以爲贈與之目的。例如孔子以其女妻公冶長。以其兄之女妻南容是也。

(四)聘娶婚時代 聘娶婚者。實爲買賣婚之變相。蓋因以婦女爲買賣之目的。乃背乎人道。於是遂易金錢買賣爲禮物聘娶。婦女之父母。以得人之禮物。即以女妻之。是婦女婚姻大事。悉操於父母之手。男女當事人絕無參加意思之餘地。迨民智漸開而合意婚以起。

(五)合意婚時代 合意婚者。以男女雙方之同情爲主所締結之婚姻也。然關於婚姻之成立及效力。均由法律規定。不許兩造任意爲之。故更進而爲自由婚。

(六)自由婚時代 自由婚者。即凡關於婚姻之事。悉由男女兩造自由之意思決之。絕不受國家或其他任何權力所干涉者也。

嘗考泰西各國。在今日大半已由合意婚時代而進於自由婚時代矣。至於我國。關於婚姻制度。殊少進步。時迄今日。仍不脫聘娶婚之狀態。其蔑視人格。貽害社會。實非淺鮮。本法有見於此。關於婚姻之規定。一以平等自由爲原則。僅於保護公共利益及個人幸福之必要範圍內。酌設相當之限制而已。

第二款 婚姻之意義

婚姻者。法律上所承認之一男一女因合意而以共同生活爲目的之終身結合也。茲就此定義。再分析詳言之。

(一) 婚姻必經法律所承認之男女結合如不具備法定要件。雖事實上業已同居。祇認其爲苟合。在法律上不發生婚姻之效力也。

(二) 婚姻止限於一男一女之結合。土耳其之一夫多妻。西藏之一妻多夫。均爲野蠻風俗。爲近代立法例所不取。我國在事實上。或藉口宗祧關係。或依仗特殊地位。廣置姬妾。但在法律上僅視爲私通關係。無婚姻根據之可言。否則並偶匹配。在民事方面固足構成離婚之原因。在刑事方面且可成立重婚之罪名。

(三) 婚姻必基於男女雙方之合意。吾國昔時習俗。婚姻必由父母，祖父母，或其他尊長主之。此種包辦式婚姻制度。實違背共同生活團體應由共同當事人自由決定之原理。蓋此種本身關係之結合。焉容他人越俎代謀。故爲現代文明諸國所不採。惟例外有時須得有允許權者之同意耳。

(四) 婚姻者以共同生活爲目的之終身結合，禮記曰「昏禮者。將以合二姓

之好。上以事宗廟。而下以繼後世也。」蓋男女之結合。在於彼此扶持。相共甘苦。希望白頭偕老永期以終身者也。故附加期限或條件之婚姻。不成其爲婚姻也。惟此終身結合。必限於生存之時。是以配偶一方死亡者。他方不妨再婚。而望門守寡。抱牌成婚等。又非法律上之婚姻也。

第三款 婚姻之性質

婚姻須基於男女雙方之合意固矣。惟此種合意。是否有普通民事契約之性質。則爲學者間爭論之焦點。茲先臚列積極消極兩說。而後評斷其得失焉。

(甲)積極說 主張婚姻爲民事契約者。淵源於法蘭西一七九二年憲法第二章第七條「法律認婚姻爲民事契約」日儒奧田、岡村、和田等均主之，大意謂民事契約之意義。包括甚廣。凡當事人間雙方之合意。皆可認爲契約。婚姻之結合。既必基於男女雙方之合意表示。且須

依照法定要件而成立。則何異乎普通之契約行爲也。

(乙)消極說 日儒牧野，穗積，柳川，等。皆主張婚姻非契約。蓋民事契約之範圍。係以財產關係爲目的。身分關係。不在其內。例如法，奧等國。契約之規定。僅載於債編內。而不列入於總則中。則其不認婚姻爲契約也明矣。

右二說。應以後說爲當。茲將婚姻與普通民事契約不同之點。析述於左。以資證明。

(一)普通訂立契約之時。對於身體上障礙。除意思能力，有欠缺外。絕不生若何問題。但婚姻之結合時。如一方之身體上先有不具之情形。其婚姻即不成立。此婚姻與普通民事契約不同者一。

(二)普通訂立契約。雙方同意得附任何條件或期限。婚姻之結合。絕對不許加以條件或限以時期。此婚姻與普通民事契約不同者二。

(三)普通訂立契約。並無人數之限制。甲既與乙訂契約。同時復得與丙丁

再訂同一之契約。婚姻則不然。若同時與二人以上結婚。則將構成重婚罪矣。此婚姻與普通民事契約不同者三。

(四)普通契約。權利義務。往往因以創設。但夫妻間之權利義務。爲法律所預定。苟爲適法之婚姻。即當然發生法定之權利義務。初不待創設而生也。此婚姻與普通民事契約不同者四。

由此觀之。彼主張婚姻爲普通民事契約說者。亦膠柱鼓瑟之見耳。不足爲信讞也。

第四款 婚姻之立法主義

婚姻之立法主義。大別爲二即事實婚與形式婚是也。析述如下。

(甲)事實婚主義 即以社會習慣爲準。認定婚姻關係之存在。而予以法律上之效力者也。

(乙)形式婚主義 即不問社會習慣之如何。非具備法定之方式。法律上不承認其爲婚姻也。

此種主義又可細別爲左之三類。

(1) 宗教婚主義 卽依宗教之儀式而結婚者。始生法律上之效力。十七世紀以前歐洲諸國。均採此主義。

(2) 法律婚主義 卽結婚者須在國家機關履行婚姻登記之手續。始生法律上效力。德，法，日，瑞士等國。卽採此主義。

(3) 單純形式婚主義 我現行民法第九八二條規定曰『結婚應有公開之儀式及二人以上之證人。』既無庸履行宗教儀式。又不必經過登記手續。故學者間名謂單純的形式婚主義焉。

第二節 婚姻之預約

第一款 婚約之性質

婚約者。男女雙方以將來彼此願意締結婚姻之意思表示也。關於婚約之行爲。學說有三。試說明之。

(一) 獨立契約說 此說認雙方一經訂立婚約後。卽發生未婚夫婦之身分。

不得變更。不得違約。尤不得再與他人訂結婚約。蓋認婚約有絕對之拘束力且有排他性也。

(二) 婚姻手段說 此說僅認婚約爲結婚之手段。並非必經之階級。故婚約絕不生若何之拘束力。更無排他性之可言。

(三) 婚姻階級說 此說雖不認婚約爲獨立契約。但認爲結婚所必經之階級。故雖無拘束力及排他性。但違約者須負賠償之責。

以上第一說與第二說。背道而馳。各走極端。咸感過猶不及之誚。第三說則得乎中庸之道。故我現行民法關於婚約之規定。卽宗此說。婚姻預約後之男女。並不發生身分關係。亦乏排他効力。僅因婚約而生將來結婚之要約而已。

第二款 婚約之効力

婚約之効力者。卽訂立婚約後。是否即發生強制結婚之効力之謂也。關於此問題。各國立法例不一。茲縷述之。

(一)根本不認婚約爲有效者。法，意，西，葡民法及蘇俄親屬法是也。

(二)雖認婚約爲有效。但不得強迫履行。對於違約者。僅得爲賠償之請求。英，美，德，日，及我現行民法是也。(本法第九七五條)

(三)雖認婚約爲有效。但不得強迫履行。對於違約者。亦僅限於無重大事由或應行負責之事由時。始負賠償之責。瑞士民法是也。

綜觀各國婚約制度。均不發生拘束當事人之効力。而強制其必履行結婚者。其故安在。蓋近代對於婚約。莫不認爲婚姻之階級。僅爲將來結婚之預備。不能即以爲已發生夫婦之關係。矧法律於成婚以後之夫婦。尙可因事離異。則於未成婚前。因不同意。而解除婚約。尤無置喙之餘地。抑尤有進者。設卽交付人身。強制履行。其結果亦徒促違約者之逃亡。不特無實益之可言。轉足以助成相對人之犯罪行爲。此前大理院所以有婚姻案件。不能強制執行。執行衙門除傳喚勸導外。別無執行方法之第七二三號之解釋也。

第三款 婚約之要件

(一)婚約應由男女當事人自行訂定。在現代婚姻自由制度之下。男女之婚約。自無再如舊律之規定。須由父母或尊長代行訂立之理。故本法於婚姻章首條即揭明此旨(本法第九七二條)。若違反此種規定。其婚約即屬根本無效。惟未成年人智慮未周。若亦許其自行訂定婚約。則轉足以貽誤於將來。此本法所以又有例外規定。未成年人訂定婚約。應得法定代理人之同意。俾多一番之考慮。免至子女有非偶之怨。(本法第九七四條)其未得法定代理人之同意。而竟貿然自訂婚約者。則法定代理人自得依照本法總則編之規定。訴請法院撤銷其婚約。使不生效力。至於訂婚之方式。在我國舊律。則以具備婚書或聘禮為必要。現行民法則僅以男女當事人之合意為已足。曾否寫立婚書或交換飾物。皆在所不問。蓋採非要式行為也。

(二)定婚須受最低年齡之限制。婚約訂立。既以男女當事人雙方合意為前

提。則其必須有意思能力。庶不致債事。此近代各國關於定婚最低年齡之所由設也。我國舊律對於割襟指腹爲婚。本有禁止明文。現行民法則更作進一步之規定。凡男未滿十七歲。女未滿十五歲者。不得訂定婚約。（本法第九七二條）緣幼男少女。血氣未定。惑於一時之情感。必貽後悔於無窮也。

第四款 婚約之解除

（一）解除婚約之原因

現行民法關於解除婚約之原因。均列舉規定於第九七六條中。分述於左。

（1）婚約訂定後再與他人訂定婚約或結婚者 我國舊律。認婚約有創設一定身分之效力。故定婚後再與他人定婚或結婚者。俱不生効力。仍當歸於前夫。現行民法既認婚約無排他性。不得強迫履行。故對於一方之無誠意履行婚約者。僅足據爲解約之原因及請求

損害之賠償。而不得訴請撤銷其婚約或婚姻也。惟須注意者。本款之規定。係指男女當事人本身之行爲而言。若一方之尊長。代爲另訂婚約者。則依照本法第九七二條。當然無效。殊不生解約之問題。

(2) 故違結婚期約者 前清現行律婚姻門載『期約已至五年。無故不要。聽其經官告給執照。別行改嫁。不追財禮』。現行民法亦師此意。而爲本款之規定。惟無年限之限制耳。於此有應注意者二。(A) 所謂期約者。係指自己所預約之結婚時期。或對他方所預約之結婚時期已有同意之表示而言。(B) 所謂故違者。係指毫無正當理由。意圖毀約者而言。蓋婚約僅爲婚姻之階級。其目的仍在結婚。今於業經預約之結婚時期。故意延不履行。則其無結婚之誠意可知。他方自得據爲解約之原因並得請求損害賠償也。

(3) 生死不明已滿一年者 本法總則編第八條雖規定失蹤人失蹤滿十

年後。法院得因利害關係人之聲請。爲死亡之宣告。失蹤人爲遭遇特別災難者。得於失蹤滿三年後爲死亡之宣告。但此期限過長。未免使他方長期株守。青春坐老。故生死不明滿足一年者。即可據以爲解約之原因。惟所謂生死不明者。以下列二種情形爲限。(A)必一去不返。杳如黃鶴。音信全無。不知存亡者。(B)離家背井。雖通音信。但一次或數次後即戛然中止。消息仍無者。至計算一年期限之方法。於(A)種情形時。則自離家之日起算。於(B)種情形時。則以最後信札發出之翌日起算。

(4)有重大不治之病者。婚姻之結合。相期終生。今一方疾病。已乏回生之術。若仍責他方履行婚約。則此相期終生之目的何由而達。此本款之所以規定爲解約之理由也。惟須限於不治之病。更須限於重大不治之病。故病雖不治而屬輕微之症。或雖係重大之病。而尙未至不治之程度。皆不得爲解約之原因也。然則何種之病

始爲重大。病至如何程度始爲不治。按照前大理院解釋所謂重大疾病。須依現在醫術。其程度達於不易治療。而於生活上有妨礙者。但事實之認定。仍不得不藉醫師之負責鑑定也。至下列第五款之花柳病及其他惡疾。第六款之殘廢。不能包涵在內。自不待言。

(5) 有花柳病及其他惡疾者 婚姻之目的。雖不盡在性交。但使患梅毒，淋症等花柳病之人。或患麻瘋等惡疾之人。與他方結婚。實有病菌蕃殖。遺傳嗣續之慮。侵害種族之健康。實非淺鮮。他方自得據以爲解除婚約之理由也。

(6) 婚約訂定後成爲殘廢者 前清現行律婚姻門載「凡男女定婚之前。若有殘疾。務要兩家明白通知。各從所願」等語。此就訂婚前而言。前大理院四年第二三五七號判例已擴張其解釋。認當事人在訂婚後殘廢者。若不通知他方。爲所甘願。亦許解除婚約。現

行民法亦本此意旨規定得爲解除婚約之原因。至何謂殘廢。則依照前大理院四年統字第二一二號解釋謂指人之五官四肢陰陽之機能。有一失其作用者而言。與此等人結婚。則共同生活之目的不能達矣。

(7) 婚約訂定後與人通姦者 前清現行律婚姻門載『未成婚男女。犯姦盜者。男子有犯。聽女別嫁。女子有犯。聽男別娶』。我國爲素重禮教之邦。故男女之負貞操。義務。昉於訂婚之時。而非始於結婚之日。現行民法師舊律之意。而更作進一步之規定。不以犯姦爲限。凡訂婚後與人通姦者。他方即得據爲解約之理由。蓋旣於訂婚以後。與第三者有通姦之行爲。則其已屬違反互負貞操之義務。正不必以犯罪處刑爲前提也。惟須注意者。此通姦之行爲。必限於訂婚以後。故訂婚以前。雖有通姦行爲。而於訂婚後未繼續其行爲者。不得爲解約之原因也。何也。貞操之義務負於

訂婚之時。而非負於訂婚之前也。

(8) 婚約訂定後受徒刑之宣告者。男女於訂婚以後。作奸犯科。有玷聲譽。凡潔身自好。羞與爲伍者。自得據爲解約之理由。惟本款之規定有二要點(A)限於徒刑之宣告。故宣告爲拘役或罰金。當然不在其列。(B)以徒刑之宣告爲已足。至其是否緩刑或易科罰金均非所問。

(9) 有其他重大事由者。現行民法對於解除婚姻之原因。係採例示的列舉主義。故除上述八款情形外。如尙有其他重大事由者。亦得解除婚約。所以免掛一漏萬也。至何謂重大事由。法文既未規定。自應任法院之自由認定。但如舊律所謂『義絕』『妄冒』等情。其應包涵在本款之內。自不待言。

(二) 解除婚約之方法

解除權行使之方法。依照法律原理。自應向他方爲意思之表示

。但若有前項第三款情事發生時。則事實上勢不能向他方爲意思之表示。則無須爲意思表示。自得爲解除婚約時起。不受婚約之拘束。○（本法第九七六條第二項）蓋貫徹解約自由之旨趣也。

第五款 婚約之賠償

（一）解除婚約之賠償

解除婚約之賠償者。即婚約當事人之一方。如因他方有本法第九七六條第一項解約原因之一。而請求解約致受損害者。得向有過失之相對人請求賠償。（本法第九七七條）以資調劑。惟有應注意之點二。（A）所謂損害者。係專指財產上之積極的或消極的損害而言。（B）限於請求人之無過失而相對人之有過失者。始得爲賠償之請求。故如雙方無過失或雙方有過失者。均不生賠償之問題。

(二) 違反婚約之賠償

違反婚約者。即無故不履行婚約之謂。本法第九七五條之規定。雖不得強迫其履行。然他方當事人因此所受之損害。自不得不向相對人請求賠償。(本法第九七八條)而是種違反婚約之情形。自較有法定原因而解除婚約者。尤爲可惡。故不以財產上之損害爲限。雖精神上之損害亦得請求賠償相當之金額。(本法第九七九條第一項)惟此種賠償專爲慰藉被害人本身而設。故除已依契約承諾或已起訴者外。不得讓與或繼承。(本法第九七九條第二項)

第三節 婚姻之成立

第一款 結婚之要件

結婚之要件者。即婚姻成立之要件也。婚姻成立之要件有二。即實質上之要件及形式上之要件是也。實質上之要件者。即結婚者雙方所不可不

備之要件也。形式上之要件者。即所以成立婚姻之方式之要件也。詳述於左。

(一) 實質上之要件

(1) 須本於當事人之合意 近代各國立法例均以自由婚姻為原則。故婚姻之成立。必以此為先決之要件。至所謂合意者。即(A)雙方俱有結婚之意思。(B)雙方各為正式之表示。(C)意思表示須出於雙方之自由。若在無意識或精神錯亂中之表示。或被詐欺或脅迫而結婚者。雖合其他法定要件。亦得為撤銷婚姻之原因也。

(2) 須達一定之結婚年齡 訂婚最低年齡為男十七歲女十五歲。故結婚年齡定為男十八歲女十六歲以資銜接。(本法第九八〇條)至結婚年齡之所以必設最低限度之規定者。乃防早婚之弊也。夫早婚之弊。約有四端。一直接有害男女當事人自身之健康。二所生之子女其身體間接亦必柔弱。三不能盡保護教養子女之責。四影響

於國家民族之健康及智識。惟亦不宜過高。過高則又足使曠夫怨女之增加。其結果必至私通盛行。反非社會之福。考各國關於結婚年齡之規定。最低者爲英吉利，西班牙，希臘等國。男十四歲女十二歲。最高者爲瑞典，丹麥二國。男二十一歲女十八歲。我第一次民律草案定爲男十八歲女十六歲，前法制局親屬法草案同。第二次民律草案則定爲男十六歲女十五歲。現行民法之規定仍根據於第一次民律草案也。至結婚年齡男子恆高於女子者。因男子身體之發育較女子爲遲也。（奧國男女一律十四歲。蘇俄男女一律十八歲。是爲例外）。

（3）未成年人結婚須得法定代理人之同意 本法總則編第十二條規定二十歲爲成年。而結婚最低年齡則爲男十八歲女十六歲。以此等未成年之十八歲男子及十六歲女子。若許其自由結婚。則智慮不周。血氣未定。必爲一時的感情所驅使。易釀後患於無窮。故現

行民法爲謀青年男女之終生幸福起見。昇未成年人之法定代理人以結婚同意權。以示慎重。(本法第九八一條)

(四)須不違反近親結婚之限制 關於近親結婚之限制。其觀念有二卽

(A)倫序觀念。如我國舊律宗親間絕對禁止結婚。至外親及妻親則僅輩分不同者。予以限制。而無親屬關係。却有切近之尊卑輩分可稽者。亦限制之。(B)優生觀念。今之研究優生學者。咸謂血統相近者之結婚。最易遺傳劣點於子嗣。故近代各國關於限制親屬間結婚之標準。祇以血統之是否相近爲前提。不問其輩分之尊卑也。我現行民法亦略師其意。而爲左列之規定焉。

(甲) 直系血親及直系姻親

(乙) 八親等以內之旁系血親。但表兄弟姊妹不在此限。

(丙) 五親等以內輩分不同之旁系姻親。(本法第九八三條第一項)

甲項規定。各國所同。自無間言。乙項規定。於遺傳劣點之原理則有

未合。蓋就血統之遠近言。伯叔之子女。爲四親等之旁系血親。而姑舅兩姨之子女。亦爲四親等之旁系血親。既屬同等之血親。而何以於伯叔之子女間。則禁止其結婚。於姑舅兩姨之子女間。則又許其結婚。此誠百思不得其解者也。丙項規定。亦昧於科學原理。舊律於此種親屬間所以禁止結婚者。乃根據於倫序觀念耳。近代各國除法蘭西外實乏其例。於以知現行民法關於限制親屬結婚之規定。實非純粹的優生觀念。而仍屢以倫序觀念也。

關於姻親結婚之限制。不僅限於生前。卽姻親關係消滅後亦適用之。以示澈底。(本法第九八三條二項)惟養父母與養子女之收養關係終止後。是否亦仍禁止結婚。則法無明文。勢將成一問題矣。

(5)須不在監護關係存續中 現行民法規定未成年人及禁治產人。皆須爲之設定監護。以期保護受監護人之利益。若許此兩者結婚。則難免監護人不利其監護之地位。對於受監護人有利之行為

。故在監護關係消滅後。即不禁止之。不特此也。若受監護人之父母認爲無礙於受監護人之利益。而同意其結婚者。則亦不在禁止之列。(本法第九八四條)至同意云者。不以生前行爲爲限。即死因行爲(遺囑)亦屬之。

(6)須非重婚 婚姻爲一男一女之結合。並偶匹配。法所不許。故本法第九八五條規定有配偶者不得重婚。所謂重婚者。不以先後舉行兩次結婚儀式爲限。即同時與二人以上結婚亦屬之。違反者且須受刑法上之制裁焉。惟前婚姻已因無效或撤銷而消滅者。或因一造之死亡再行嫁娶者。則不生重婚之問題矣。

(7)須非相姦者結婚 我國舊律。於相姦結婚。自來懸爲厲禁。所以防止助長淫邪之風也。現行民法。亦特設禁止之規定。茲分析言之。(A)因姦經判決離婚。不得與相姦者結婚。故協議離婚。不在禁止之列。(B)因姦受刑之宣告者。不得與相姦者結婚。此專

指犯奸而言。其情節較爲重大。故當時雖未判決離婚。而事後因他故而離婚。或配偶之一方死亡者。仍不許其與姦夫結婚。以期貫徹立法之意旨。（本法第九八六條）

（8）須逾再婚禁止期限 我國舊律規定妻妾改嫁。必經三年法定喪服之期限。否則處罰。蓋完全基於倫理之觀念。與近代立法意旨專爲防止血統紊亂而設者。固迥然不同也。爲人妻者。於前夫婚姻關係消滅後。若即時再嫁後夫。則其於日後所生之子女。究屬前夫。抑屬後夫。易起爭執。故各國立法例。關於女子之再婚期限均有一定之規定。現行民法仿日、奧之制。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。（本法第九八七條）蓋懷孕已達六個月。必大腹膨脹。一望而知。若於六個月內已分娩者。則其受胎。必由前夫。血胤關係已明。自不必再受此期間之限制矣。惟（A）前夫受死亡宣告後之再婚

。(B)因前夫不能人道而撤銷婚姻後之再婚。(C)因前夫二年生死不明而離婚者之再婚。(D)因前夫處六個月以上之徒刑而離婚者之再婚等情。皆絕對不致有紊亂血統之虞者。而本法不列入但書規定之中。謂非立法者之疏漏。其可得乎。

(9)須能達性交之目的 婚姻之道。固不全在性慾。然共同生活必以性交爲前提。亦無所諱。德國民法且規定性交不能及拒絕性交爲違反婚姻之義務焉。(德民第一五六條之解釋)我現行民法第九九五條則規定謂「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。」所謂不能人道者。卽單純指生殖器管有所障礙。致不能達性交之目的而言。如天閹石女之類是。與舊律因生育不能得爲離異之原因者。(清律婦人無子。爲七出之一)其觀念迥乎不同。此不可不辨明也。尤須注意者。此種不能性交之障礙。以不能治療爲限。且其原因係存在於結婚之當時者

爲必要也。

(二)形式上之要件

婚姻必經法律之承認。故雖具備實質上各要件。而尙缺乏形式上之要件者。則其婚姻在法律上仍不能發生效力也。然則何謂形式上之要件。即結婚必須舉行公開之儀式及二人以上之證人（本法第九八二條）二者缺一。即非法律上所承認之婚姻也。公開之儀式云者。即其儀式有不特定之人可以周知之謂。至世俗之浮文繁節。皆非必要。證人之資格如何。雖無明文。但其必達於成年而有行爲能力之人。則可斷言。至其人之是否爲証婚人或介紹人。則非所問。

第二款 婚姻之無效及撤銷

婚姻之無效與婚姻之撤銷不同。茲分數點說明之。

(一)婚姻之無效者。即此婚姻在事實上雖已成立。但法律上視爲根本無效

。與未結婚同。婚姻之撤銷者。乃其婚姻於成立時有瑕疵存在。得依法撤銷使之回復原狀。非根本無效也。

(二) 婚姻之無效。不待以訴主張。蓋當然無效也。婚姻之撤銷則必有請求權人出而以訴主張。經法院之宣告。始得撤銷。

(三) 婚姻之無效。乃當然無效。其婚姻自始即無發生效力之可言。婚姻之撤銷其效力則不溯及既往。在撤銷後婚姻雖屬不發生效力。但在未經撤銷以前之婚姻。固絕對仍有效力之存在也。

(四) 凡違反形式上要件。及實質上要件之重大情形者。則為無效之婚姻。凡違反實質上要件之較輕微者。則為得撤銷之婚姻。

婚姻之無效及婚姻之撤銷之區別既明。當進而言其原因及效果矣。

(甲) 婚姻之無效

(子) 無效之原因

(1) 不具備法定方式者 此即違反形式上之要件。結婚無公開之儀式

及二人以上之証人。(本法第九八八條一欸)蓋婚姻爲要式行爲。今違反有強行性之法定方式。自應使之根本無效也。

(2)違反親屬結婚之限制者 此卽違反實質上之要件之較爲重大者。近親結婚。不特有害種族之健康。且爲違背公共秩序及善良風俗之行爲。有使國民道德日趨卑劣之弊。故亦應使之根本無效。

(丑)無效之效果

(1)無效婚姻。在法律上卽根本不認其存在。故男女當事人間不發生夫妻之權利義務。其身分上及財產上之關係。與未曾結婚無異。至所生子女。僅得以非婚生子女視之。且與男女一方之血親。亦不發生姻親關係也。

(2)無效婚姻當事人之一方有過失時。對於他方所受物質上，貞操上，名譽上，精神上之損害。均須負賠償責任。惟非財產上之損害賠償之請求權。除已依契約承諾或已起訴者外。不得讓與或繼承

(本法第九九九條)

(乙) 婚姻之撤銷

(子) 撤銷之原因

(1) 違反結婚年齡者 即違反本法第九八〇條之規定。男未滿十八歲女未滿十六歲而結婚。當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之。若雙方違反結婚年齡者。即雙方法定代理人均得請求撤銷。若一方違反結婚年齡者。則對方之當事人亦得請求撤銷之。但未屆結婚年齡之當事人。迨請求撤銷時已達結婚年齡。或雖未屆結婚年齡之女子已懷胎者。則不得請求撤銷。所以保障婚姻之安全也。(本法第九八九條)

(2) 違反法定代理人同意之規定者。即違反本法第九八一條之規定。未成年人未得法定代理人同意而結婚。其法定代理人。得向法院請求撤銷之。但(A)自知悉其事之日起。已逾六個月。(B)雖未

知悉而結婚後已逾一年者。(○)雖六個月內已知悉其事。或結婚未滿一年。而已懷胎者。亦不得請求撤銷。(本法九九〇條)

(3)違反監護人與受監護人結婚之限制者 即違反本法第九八四條之規定。監護人與受監護人於監護關係存續中。未得受監護人父母之同意。而逕自結婚之謂。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。蓋受監護人之利益固不可不保護。而夫妻之身分關係久不確定。亦非所宜也。(本法九九一條)

(4)違反重婚之禁止者 即違反本法第九八五條之規定。已有配偶而重行結婚是。重婚人之前配偶。或重婚之相對人。或雙方當事人之法定代理人等有利害關係之人。均得向法院請求撤銷之。蓋以其有害公益也。但前婚姻關係消滅後。例如妻已因夫之重婚而與之離婚。則不得請求撤銷矣。

(5) 違反相姦者結婚者。即違反本法第九八六條之規定。因姦經判決離婚或受刑之宣告而仍與相姦者結婚是。其利害關係最切之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。亦所以示夫妻身分關係之不可久不確定也。(本法第九九三條)

(6) 違反再婚期限者。即違反本法第九八六條之規定。女子於婚姻關係消滅後未逾六個月。且未分娩。而再行結婚。其前夫或其直系血親。得向法院請求撤銷之。但(A)自前婚姻關係消滅後已滿六個月。(B)確實在再婚後懷胎者。則不得請求撤銷。蓋已無混亂血胤之可能也。(本法第九九四條)

(7) 違反婚姻之目的。共同生活為婚姻目的之一。而性交又為共同生活之前提。故男女當事人之一方。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。蓋事隔三年之久。則其早經淡忘可知。故特

設除權期以限制之。

(8) 違反男女當事人之合意者 所謂違反男女當事人合意之情形有二。

(A) 當事人之一方於結婚時。係在無意識或精神錯亂中者。夫結婚時既在無意識或精神錯亂之中。則其結婚行為之欠缺本人健全之意思表示。不言而喻。故得於常態回復後六個月內。向法院請求撤銷之。若逾此六個月之期間。而不請求者。則不啻已有之表示。甘與爲偶。自無庸再行請求矣。至結婚當時因以健全之意思表示爲之。而事後陷於精神錯亂者。則其撤銷權之不得行使。尤不待言。(本法第九九六條)

(B) 因被詐欺或被脅迫而結婚者 何謂詐欺。卽以詐術欺罔他人使陷於錯誤之謂。何謂脅迫。卽以加害生命身體自由名譽財產等事以要挾他人之謂。此種因被詐欺或被脅迫而結婚之違反本人

由意思可知。故得於發見詐欺或脅迫終止後六個月內。向法院求撤銷之。但有須注意者四點。(A)因詐欺而陷於錯誤之現象以當事人本身或性質之錯誤為限。若財產或門第之錯誤不與焉。

(B)詐欺行為必出於男女當事人或其法定代理人。若由於其他第三人所為者。以相對人明知其事實或可得而知者為限。始得撤銷之。(本法第九二條參照)(C)行使脅迫者。暨被要挾者。均不以男女當事人為限。雖第三者亦包涵之。至撤銷請求權以發見詐欺或脅迫終止後六個月內為限者。亦無非求婚關係之早日確定以期安全耳。(本法第九九七條)

(丑)撤銷之效果

(1)婚姻撤銷之效力如何。近代立法例有三。試分別言之

(A)溯及主義 即婚姻一經撤銷。視其婚姻為自始無效。蓋撤銷之效力溯及既往也。英德採之。

(A)溯及主義 卽婚姻一經撤銷。視其婚姻爲自始無效。蓋撤銷之效力溯及既往也。英德採之。

(B)不溯及主義 卽婚姻之撤銷。其效力僅及於撤銷以後。而不溯及既往也。瑞士及日本採之。

(C)折衷主義 卽婚姻撤銷之效力。視當事人意思之善惡而定。如一方善意。一方惡意。則於善意者一方不溯及既往。於惡意者一方。則溯及既往。如雙方善意。則雙方不溯及既往。如雙方惡意。則雙方溯及既往。法國採之。

我現行民法則採不溯及主義。以保護當事人及其子女之利益。故撤銷前之夫妻身分。家屬關係等。依然存在。其所生之子女。亦仍爲婚生子女也。

(2)婚姻撤銷當事人之一方有過失時。對於他方所受物質上。貞操上。名譽上。精神上之損害。均須負賠償之責。惟非財產上之損害

賠償之請求權。除已依契約承諾或已起訴者外。不得讓與或繼承。
。（本法第九九九條）

第四節 婚姻之普通效力

因婚姻關係而生之效力有二。一爲身分上之效力。二爲財產上之效力。前者規定於本節之中。後規定者於下節夫妻財產制之中。

各國立法例。關於婚姻效力之主義。約言之有左例二種。

（一）夫妻同體主義

（二）夫妻別體主義

夫妻同體主義者。法律上視妻之人格爲夫權所吸收。絕對須受夫之庇護。無財產所有之能力。並無法律行爲之能力也。英國普通法及我國第一次第二次民律草案均採之。

夫妻別體主義者。法律上認夫妻各保有其獨立之人格。以示男女平等之謂。羅馬法及我國現行民法採之。

第一款 家屬關係

妻因婚姻入於夫家。爲夫家之家屬。服從夫家之家長權。贅夫因婚姻入於妻家。爲妻家之家屬。服從妻家之家長權。是乃當然之結果。法律正不必有明文以規定之也。

第二款 親屬關係

(一) 婚姻之當事人間發生之親屬關係 夫妻之視爲親屬與否。各國立法例不一。如日本民法第七二五條。列配偶爲親屬之第二類。我國第一次第二次民律草案。前法制局親屬法草案及現行刑法亦然。至德意志。瑞士。則不規定配偶爲親屬。現行民法從之。

(二) 婚姻當事人與第三人間發生之親屬關係

(2) 夫妻與所生子女間。發生血親關係。(本法第九六七條及一〇六一條)

(3) 夫妻之一方與他方之血親及其血親之配偶間發生姻親關係(本法

第九六九條

第三款 權義關係

(一) 姓氏

關於夫妻之姓氏。我國舊例。女子出嫁。向稱某門某氏。非逕從夫家之姓也。當現行民法制定之初。關於本問題。中央政治會議先決各點審查意見書。曾假定下列六項辦法而研究其得失。

- (1) 夫妻均以協定之姓（夫姓妻姓或三姓）為姓子女亦從之
- (2) 夫妻各用姓子女併用父母之姓
- (3) 夫妻各用本姓子女從父姓女從母姓
- (4) 妻從夫姓子女從父姓
- (5) 夫從妻姓子女從母姓
- (6) 妻冠夫姓子女從父姓

『第一第二第三三項。與男女平等之旨相符。此其長也。然用第一項

辦法。夫妻既有擇姓之自由。而子女結婚。亦復有此自由。則其結果恐有代易其姓之弊。則姓之所以爲姓者僅矣。此其短也。如用第二項辦法。在子女併用兩姓。原無不可。然子女之子女。卽有二以上之字爲姓。每遞下一世。卽增其字數。世無窮。而姓之字數增多亦無窮。扞格難行。此其短也。如用第三項辦法。則兄弟姊妹間各異其姓。未免奇異。此其短也。第四項辦法。妻不存本姓。專從夫姓。似有所偏。第五項辦法之偏。亦相等。均不足取。第六項辦法妻得保存本姓。而夫亦不致易姓。在實際上亦較爲易行。至子女之姓。因另無完善之辦法。故擬仍從父姓。惟此係就妻嫁入夫家時而言。若夫入贅妻家時。則夫冠妻姓。所生子女。亦從母姓。略示男女平等之意。故現行民法第一千條規定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。又於第一千〇五十九條規定子女從夫姓。贅夫之子女。從母姓。但另有約定者。從其約定。

(二)同居

各國立法例。關於夫妻之同居問題。有兩種主張。卽一。妻負與夫同居之義務。二。夫妻互負同居之義務。法。日。民法從前例。德。瑞。民法從後例。前者有違男女平等之原則。故我現行民法從德，瑞立法例而定爲夫妻互負同居之義務焉。（本法第一〇〇一條）

夫妻既互負同居之義務矣。然則夫應入妻之住所同居乎。抑妻應入夫之住所同居耶。亦爲一問題。故現行民法又規定爲妻以夫之住所爲住所。贅夫以妻之住所爲住所。（本法第一〇〇二條）故妻不願入夫之住所或夫拒絕妻入其住所。及贅夫不願入妻之住所。或妻拒絕贅夫入其住所。皆爲違反同居之義務也。

雖然夫妻之一方。如有不能同居之正當理由。而拒絕同居者。自亦爲法所許也。（本法第一〇〇一條）至何爲不能同居之正當理由。就歷來之判解觀之不外乎下列諸種情形。

（1）漂泊無一定之住所（前大理院七年上字第八六三號判例）

(2) 納妾(司法院二十一年第七七〇號解釋)此外如經商遠地。遊學異城。服役軍隊。身入囹圄等亦皆得爲正當之理由也。

但須注意者。雖無正當理由。而違反同居之義務者。他方亦僅能拒絕扶養。或科以遺棄之責。呈訴離婚。別無強制執行之方法也。

(三) 扶養

扶養義務者。配偶之一方。供給不能維持生活而無謀生能力之他方以所需必要費用之義務也。夫妻以營共同生活爲目的。故其相互間自應負扶養義務而無疑。各國民法於此大都皆有明文規定。我現行民法雖無正面之規定。但第一千〇五十二條第五款固規文爲夫妻之一方。以惡意遺棄他方在續繼狀態中者。得爲呈訴離婚之原因。其足以推定夫妻間應互負扶養之義務。至爲明顯也。

(四) 節操

我國舊例。關於節操之義務。獨嚴於妻而寬於夫。雖因混亂血胤關係而

設。但究屬有違男女平等原則。故現行民法從多數國之立法例。於本法第一千〇五十二條第一款規定重婚者。第二款復規定與人通奸者。皆得爲呈訴離離之原因。其承認夫妻雙方應互負貞操之義務。固不待正面之規定而知矣。

(五)代理

代理者。關於日常家務之代理也。夫妻間既以共同生活爲目的。若事必躬親。則不便孰芷。故於日常家務各國皆規定有互相代理之權。現行民法亦然。(本法第一〇〇三條一項)至何者爲日常家務。則須依夫妻之身分。地位。財產。及各地之風俗習慣而定。殊難下抽象之說明也。

雖然此種互相代理權係爲夫妻間之便宜而設。若一方濫用此種代理權。他方仍得限制之。但不得對抗善意之第三人耳。(本法第一〇〇三條二項)至濫用代理權之情形如何。可分兩點言之。

(1)質的濫用 卽性質上不屬於日常家務範圍內之事。而擅行代理之謂也。

(2)量的濫用 卽代理之行爲。雖屬於日常家務之範圍。但其購入之量數或價額。與對方之身分。地位。財產等程度不能相容之謂。

夫代理權之質的濫用。質言之卽無權代理之行爲。此種行爲。除對方予以追認外。其根本無效。自不待言。至代理權之量的濫用。則對方當視其標的物之性質如何。而予以全部或一部之限制。惟不得因此連帶侵害及不知情之第三者之利益。本法第一〇〇三條第二項之規定蓋指此耳。

第五節 夫妻財產制

第一款 總說

第一目 夫妻財產制之意義

夫妻財產制者。爲夫妻間財產關係之制度也。卽夫妻之財產。因婚姻契約而發生之各種權利義務之關係。換言之，卽就婚姻關係存續中。關於夫妻間財產上之關係，爲發生一定之效果所設之制度也。茲復就積極消極兩方面言之。

(一)自積極方面言之。

(1)夫妻財產制者。乃以財產關係爲內容之制度也。蓋每種制度之存在。必須有其爲內容之事實。而此則以關於財產上之一切權利義務關係爲內容者也。

(2)夫妻財產制者。乃夫妻間財產關係之制度也。蓋此種財產關係。因婚姻成立而發生。專屬於夫妻之間。舉凡關係夫妻各自固有之財產。因婚姻關係成立後。其所有權究應發生若何之變動。其在婚姻關係存續中所取得之財產。究應歸諸何人。就其管理使用或收益。究應如何規定。夫妻所負之債務。究應如何清償。及其共同生活之費用。究應如何負擔等均屬之。

(二)自消極方面言之。

(1)夫妻間關於財產之普通關係。不屬於夫妻財產制也。所謂普通關係。即不固婚姻而由雙方訂立之通常契約所發生之關係也。此種

通通常契約。在法律允許範圍內。夫妻間雖相互訂立。既不以夫妻資格而爲之。自與通常人相互間契約之訂立。無以異也。

(2) 夫妻間或與子女間屬於個人本身權利義務之關係。不屬於夫妻財產制也。例如妻隨夫住所之義務。養育子女之義務等是。

(3) 與子母女間之財產關係。不屬於夫妻財產制也。此種關係。就其性質而言。屬於親權範圍之內。

第二目 夫妻財產制之主義

夫妻財產制之規定。各因風俗習尚之不同而異。故各國學者對夫妻財產制之究應採何種方式。其主張亦不同焉。

(一) 關於夫妻財產制契約訂立之方法方面者。則以夫妻財產契約訂立之應否自由。於當事人雙方固有重大關係。即影響及於社會者。亦復不淺。故有以爲男女之智識經驗。恆不相等。若任其自由訂約。則難保無偏於情感之作用。且既無一定之標準。則第三人對之爲法律行爲。亦

必有莫大之困難。甚且蒙其損害。而主張應加限制者。亦有以各人在社會上。習慣上。及經濟上所處之地位。各有不同。若不問當事人之意思如何。而強以一定不易之制度。恐有扞格難行之處。且亦未必與當事人之地位適相符合。而主張應聽當事人自由訂立者。總觀現時各國之立法例。則約有四派。

(1) 限制主義 此派主張以夫妻財產關係重大。不應任當事人自由選擇。應由法律規定一種制度。除此制外。不許當事人自由為約定者也。如蘇俄墨西哥是。

(2) 限制自由主義 此種主張以法律規定之制度為法定財產制。此外再立數種制度。令當事人得自由在此中選擇。為約定財產制。如不自為約定。則即以法定制為其適用。如德意志瑞士土耳其等是。(本法第一〇〇四條及第一〇〇五條)

(3) 自由主義 此種主張法律不為規定財產制。夫妻間之財產關係。

悉任當事人之自由者也。如我國舊律是。

(4) 折衷主義 此種主張在法律規定財產制數種。任當事人自由選擇。苟當事人不悅於此。另訂他種夫妻財產契約者。則亦法所不禁。如德比等國是。

上述四種主義。各因其特殊環境而生。然自今日之立法趨勢觀之。自由主義似太寬泛。因法律既不明定財產制。一任當事人之自由。則當事人不願契約之束縛而不爲訂立。自非法所不許。然夫妻財產制之效力。常影響及於他人。設有危險。害莫大焉。故自由主義已不爲現代各國所採取。然限制主義則又以限制過嚴。置當事人之意思於不顧。亦非所宜。折衷主義則富有彈性。較能適合國情。蓋習慣之懸殊。思想之差異。固非可以數種制度。束縛當事人之意思者也。至限制自由主義則爲吾國現行法所採取。此制明定財產制之種類。於此範圍內。爲自由選擇決定。非法律所定者。則屬無效。此種制度於尊重當

事人意思之外。復寓有限制之意。似較合於今日之社會。尤其於初次施行之我國。蓋以一方既能使社會得安寧之保障。他方當事人亦有自由選擇之機會。兩受裨益也。

(二)關於夫妻財產制契約訂立之時期方面者。亦有二派主張。

(1)限制主義 使此派主張夫妻財產制契約之訂立。僅限於結婚前方能爲之。其理由蓋謂婚姻當事人若於結婚之後。始訂立夫妻財產契約。則難免不迫於威壓。或溺於情愛。以致不能基於相互之利益。而以完全之自由爲意思爲訂立也。法蘭西意大利日本等採之。

(2)自由主義 此派主張夫妻財產制契約之訂立。應不限於婚前或婚後，均得爲之。蓋以夫妻財產契約訂立之必要。實爲婚後之夫妻。而結婚前，則尙無財產上之關係，反不如婚後之爲切要也。德意志。志瑞士等採之。

(三)關於夫妻財產制契約訂立之變更方面者。則爲結婚以後。已採用某種

夫妻財產制。然一經實行。是否即屬確定。雙方均不得自由變更之間題。各國之立法例。亦不一致。約分三派。

(1) 限制主義 採此說者。以夫妻財產制之效力。常有及於第三人之處。若許任意變更。恐發生損害。故雙方一經訂定實行，於婚姻關係存續中即不能自由變更。採此說有法蘭西比利時意大利日本等國。

(2) 自由主義 採此說者以夫妻財產制之訂立。當以當事人之意思爲依歸。如舊訂制度不宜適用。則自應許其變更。改訂他種適宜之制度。故主張於婚姻關係存續中。得自由以契約爲夫妻財產制度變更之訂定。德奧等國採之。

(3) 限制自由主義 此說折衷於上述兩說之間。以當事人之意思固應尊重，然亦不宜過於放任。故主張夫妻財產制之契約。於婚姻關係存續中。以得自由變更爲原則。但須附以條件。如須經監督官

署之許可。或向主管官廳爲登記等。以示限制。而防侵害第三人之利益。採此說者爲瑞士土耳其等。現行民法亦然。（本法第一〇〇七條第一〇〇八條第一〇一二條）

第三目 夫妻財產制之種類

夫妻財產制之規定。因所有權管理權用益權處分權以及負擔債務及生活費用之關係各觀念而有區別。茲就現有各國制度言之。約有六種。

（一）統一財產制 此制之內容極爲簡單。除特有財產外。均估定價格而移轉其所有權於夫。妻僅取得返還原估價格之請求權而已。惟此種請求權得要求夫方提出保證並有優先求償權。以此制偏重夫權。有此規定。則或可使妻方稍有保障也。瑞士採爲約定制。現行民法亦然。

（二）共同財產制 此制之特質。爲認定一種財產。以作夫妻之共同財產。此外仍各得獨立享有財產。關於共同財產之管理權。用益權。處分權。在原則上屬於夫方。至此種共同關係消滅時。仍得分析之。

此制因共同財產之範圍大小不同。故復可分爲三種。

(1) 一般共同制 此係純粹之共同財產制。即係除特有部分外舉夫妻財產之全部而共有之。挪威芬蘭荷蘭葡萄牙採爲法定制德意志瑞士土耳其採爲約定制。現行民法亦然。

(2) 動產及所得共同制 此係就夫妻各自之動產。及婚姻關係存續中之所得而共有之。不動產則不在此範圍之內。法比等國採爲法定制。德意志瑞士土耳其則以爲約定制。

(3) 所得共同制 此制共有之範圍甚狹。即僅以婚姻關係存續中夫妻之所得爲夫妻間之共同財產。而一切動產不動產均不與焉。蘇俄西班牙等國採此爲法定制。德。法。瑞士土耳其則採爲約定制。現行民法亦然。

(三) 聯合財產制 在此制度之下。夫對於妻之財產。除妻特有者外。有管理權用益權。且於特定範圍內有處分權。某處分權之範圍。較之共同

財產制稍狹。惟妻對於其原有財產。仍保存其所有權。故夫妻間對聯合財產並無所謂共有關係者也。法比等國採爲約定制。德日瑞士則採爲法定制現行民法從之。

(四) 匿產制 此制以妻之財產爲担任家用起見。特指定一部分爲匿產。由夫管理。與妻之其他財產截然分離。然其所有權則仍屬於妻。夫不得據爲所有而任意加以處分者也。現僅南美諸國採爲法定制。法國採爲約定制

(五) 分別財產制 各制中最簡單者。卽屬分別財產制。蓋採此制者所夫妻對於本人之財產。各別享有其所有權管理權及用益權。所有家用在原則上亦由雙方平均負擔。殆與未婚無異者也。英美奧捷克匈牙利意大利羅馬尼亞希臘土耳其均以爲法定制。法德瑞士瑞典則採爲約定制。現行民法亦然。

(六) 婚權財產制 此爲瑞典新婚姻法之規定。尙屬初創。其內容爲夫妻各

享有財產。惟分爲兩種。一曰婚權財產。一曰保留財產。雙方於結婚時或結婚後之一切財產。除保留者外。皆爲婚權財產。保留財產則夫妻各別有處分權。不受任何限制。唯婚權財產則所有權與管理權雖各自保存。但受有他方婚權之限制。故其處分或用益。須取得他方之同意。至婚姻解除或改用他種財產制時，雙方婚權財產始合併而爲清算。其所餘部分。雙方教其繼承人仍得收回也。

第四目 夫妻財產制之適用

現行民法關於夫妻財產之規定分法定及約定二制。以聯合財產制爲法定制。以共同財產制。統一財產制。分別財產制爲約定制焉。就本法第一〇〇五條規定夫妻未以契約訂定夫妻財產制者。除本法另有規定外。以法定財產制爲其夫妻財產制。依此規定。則適用時之先法定制而後約定制可知。但若有特別情事發生時。則又例外之規定。試說明之。

(一)法律上之分別財產制 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。以夫妻既各有其財產。其所有權自屬各別。一方受有破產之宣告。他方自不應因之而受累。故不問其平日所採爲何種財產制。一至一方受有破產之宣告時。即當然成爲分別財產制。各不相關。且此項財產制度之變更。爲法律上之規定。無須再經法院宣告者也。

(2) 裁判上之分別財產制 法院因當事人之聲請。任裁判確定而宣告改用分別財產制者。其情形復有二種。

(1) 因夫妻一方之請求而發生者 夫妻之一方遇有(A)夫妻之一方依法應給付家庭生活費用而不爲給付時。(B)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。(C)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。則因原有財產制必已不能保護一方之財產或自由。爲謀夫妻間各自有其財產。不至相累。則夫妻之一方。可請求法院

。宣告改用分別財產制。

(3) 因債權人之聲請而發生者。債權人對於夫妻一方之財產。已為扣押，然因不辨夫妻財產之誰屬。而尙未受清償時。則債權人爲防止執行時發生糾葛。得於執行前請求法院宣告改用分別財產制。蓋不如此。則不足以保護債權人之利益也。

第五目 夫妻之特有財產

夫妻特有財產者。其財產爲個人所獨有。不問其夫妻間所訂爲何種財產制。此項財產。皆不屬於他人。卽其管理使用及收益之權。除有委任外。亦非他人所得干預者也。但其自願放棄其特有之權利者。則又非法所禁矣。特有財產之種類有二分別述之。

(一) 法定特有財產 法定特有財產者。不經自己約定。而法律上認爲係特有財產者也。計共四種

(1) 專供夫或妻個人使用之物

(2) 夫或妻職業上必需之物

(3) 夫或妻所受之贈物。經贈與人聲明爲其特有財產者

(4) 妻因勞力所得之報酬

(二) 約定特有財產 約定特有財產者。除法定者外。夫妻間復以契約訂定以一定之財產爲特有財產者也。因夫妻關係本極親密。其財產之關係爲如何。自應許其自由也。特與第三人之利益。恐亦有妨害耳。

第二款 法定財產制

法定財產制者。爲夫妻間未訂財產契約時所通用之制度也。本法規定採聯合財產制。其內容因襲瑞士制度。茲列述其要點如左。

(一) 聯合財產之範圍 本法規定聯合財產之範圍極廣。凡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。皆在其內。即依法約定爲夫妻之特有財產者。亦不能除外。唯妻之法定特有財產不在其內耳。(本法第一〇一六條)

(二)聯合財產之所有權 聯合財產制中。夫妻雙方之財產。雖聯合爲一。而其所有權則各自獨立。妻對其原有財產仍保持其所有權。所謂妻之原有財產者。卽聯合財產中。妻于結婚時所有之財產。及結婚關係存續中。因繼承其他無償取得之財產也。至屬於夫之所有者。則爲(A)聯合財產中夫之原有財產。(B)不屬於妻之原有財產之部分。(C)由妻之原有財產所生之孳息。蓋採此制度。則家庭生活費用原則上須由夫妻負擔。故除妻之原有財產外。其所有權均屬於夫。亦所以資調劑也。(本法第一〇一七條)

(三)聯合財產之管理 聯合財產爲夫妻雙方財產所聯合組成。故其管理之權應屬何人。頗難解決。本法以妻之知識經驗均不及夫。因定爲由夫管理。惟夫妻之間。似不應有所軒輊。若一歸之于夫。則未免有專重夫權忽視妻之能力之嫌。殊背男女平等之旨。抑又有進者。夫如因法律上或事實上之原因。不能管理或管理失當致有損害妻之財產之危險

時。應如何救濟。本法未曾注意。僅規定夫有因妻之請求。隨時報告其原有財產狀況之義務。（本法第一〇二二條）則不過與妻以阻止管理失當之機會耳。至管理之費用。則因夫對妻之原有財產亦有使用收益之權。自應由夫負擔矣。（本法第一〇一八條）

（四）聯合財產之處分 夫對於妻之財產。在聯合財產制下。僅有使用及收益之權。而無處分權。以妻對其原有財產仍保有其所有權也。但于管理上有必要時。亦得自由處分。否則應得妻之同意。始能有效。但此僅屬夫妻間之關係。其對外則雖欠缺同意。亦不得對抗第三人。除該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。而猶與之交易者。則其為惡意。已屬顯然。自無再加保護之必要也。（本法第一〇二〇條）

聯合財產之處分權。若僅屬於夫一人。則事實上必多不便。故本法復定妻于聯合財產在日常家務之代理權限內。亦得加以處分。蓋日常

家務多爲瑣屑事項。如必一一由夫辦理。反多不便也。

(五)家庭生活費用之負擔 夫妻有互相扶養之義務。且亦各應有獨立之生活能力。男子固不應倚賴女子。女子亦不應倚賴男子。方合男女平等之精神。但既採聯合財產制。以妻之原有財產歸入于聯合財產之中。由夫使用收益。則一切日常家用。自不應再由妻負擔。蓋聯合財產既非夫一人所有。則妻實已盡其責矣。故本法規定家庭生活費用。以由夫負擔爲原則。但如夫實無力支付時。則妻爲維持共同生活起見。亦應就其財產之全部。負其責任也。(本法第一〇二六條)

(六)債務清償之責任 夫妻之財產。在聯合財產制之下。各有其所有權。故其債務仍應各自分別負其責任。其應由夫負清償之責。與妻絕對不涉者。計有三種。其一爲夫於結婚前所負之債務。其二爲夫于婚姻關係存續中所負之債務。其三爲妻因日常家務之代理行爲所生之債務。(本法第一〇二三條)其應由妻負清償之責者。則復因債務性質之不

同而異其清償之方法。有須由妻之全部財產負清償之責者。計共四種。卽（A）妻于結婚前所負之債務。（B）妻因職業或營業所生之債務。（C）妻因繼承財產所負之債務。（D）妻因侵權行爲所生之債務。有僅就妻之特有財產負清償之責者。則（A）如妻就其特有財產所復定之債務。（B）妻逾越日常家務代理權之行爲所生之債務也。（本法第一〇二四條第一〇二五條）

夫妻對於債務應分別負責清償。既如上述。然有無相通。親朋常有。况屬夫妻。故本法復定妻之原有財產所償之債務而以夫之財產爲清償。或夫之債務而以妻之原有財產爲清償者。夫或妻有補償請求權。但此項補償請求權之行使。若漫無限制。則聯合財產復有分裂之虞。且于夫妻之共同生活。亦殊不利。故在聯合財產關係消滅前。不得請求補償。以爲限制。惟妻之特有財產所負之債務。而以聯合財產爲清償。或聯合財產所負之債務。而以妻之特有財產爲清償者。則因妻之

特有財產係在聯合財產範圍之外。彼此如有移用。應即時歸還。故本法規定，許於婚姻關係存續中。亦得爲補償之請求也。（本法第一〇二七條）

（七）聯合財產之解散 聯合財產制爲夫妻財產制之一種。其成立由于夫妻共同生活之關係。復爲夫妻之一方有死亡時。則共同生活之關係終止。夫妻財產制應歸消滅而聯合財產自亦應予解散。至解散之辦法。則妻死亡時。妻之原有財產歸屬於妻之繼承人。如有因可歸責于夫之事由而短少者。夫并應負補償之責。如夫死亡時。則妻取回其原有財產。如有短少。並得向夫之繼承人請求補償。

聯合財產除夫或妻一方之死亡而解散外。亦有因離婚或改訂他種財產制者。則聯合財產之分割。在所不免。在此情形下。除離婚者另有一千五十八條之規定外。妻取回其原有財產。如有短少。應由夫或其繼承人負擔補償。但其短少係因可歸責于妻之事由而生。則不在此限

耳。(本法第一〇二八條)

第三款 約定財產制

約定財產制者。夫妻以契約訂定其在婚姻中相互間之財產關係之制度也。但此項契約訂定之選擇。本法亦有限制。計規定共同財產制。統一財產制。及分別財產制三種。凡自由訂立夫妻財產制契約者。得于三者中任擇其一焉。茲分別說明各制之內容於左。

第一目 共同財產制

共同財產制爲夫妻各自之財產合併。而爲夫妻所公有之制度也。復因共同財產範圍之廣狹。而有一般共同制。動產所得共同制。及所得共同制之別。本法則以一般共同制爲原則。然亦許訂定所約共同制爲例外也。

(一)共同財產之範圍 本法規定共同財產之範圍爲夫妻之財產及所得。除特有財產外。合併爲共同財產。屬于夫妻雙方公同共有。依此規定。則夫妻雙方于婚前之所存。以及婚後之所設。除特有財產外。均應併

入而成爲共有之財產。惟所謂特有財產。則不但法定者在內。卽自由約定者亦包括在內者也。（本法第一〇三一條一項）

（二）共同財產之管理及處分 共同財產雖爲夫妻所共同共有。而其管理權則屬之于夫。然既係共同共有。則似應適用關於共同共有物之規定。由共有人共同管理。否則仍有重男輕女之稱也。至管理之費用。則因爲共同之利益。應就共同財產支付之。（本法第一〇三二條）

共同財產既爲共有之性質。故夫妻之一方雖對其應有部分亦不得任意處分。但得有他方之同意。或爲管理上所必要時。則又不在此限若非管理上之必要。而夫妻之一方。未得他方之同意。逕行處分共同財產時。則其處分行爲自屬無效。但不得以之對抗第三人。惟第三人已知或可得而知其爲欠缺同意。或依其情形。可認爲該財產係屬於共同財產。而猶不加注意者。則以顯有惡意可知。不在此限自不待言。（本法第一〇三一條二項第一〇三三條）

(三)家庭生活費用之負擔 共同財產之性質。爲夫妻之共有物。故採此制者。其家庭生活費用。不似聯合財產制之由夫方單獨負責。而應由共同財產爲支付者也。然此不過就原則上言之耳。若共同財產不足負擔時。妻爲維持共同生活起見。亦應負相當責任也。(本法第一〇三七條)

(四)債務清償之責任 夫妻既取共同財產制。則夫妻所負之一切債務。亦似應共同負責。但夫妻既得有特有財產。不入于共同財產之列。則夫妻間仍有不盡爲共財者。因是夫妻所負之債務。亦應視其債之所由發生。而分別負其清償之責。本法規定由夫個人並就共同財產負清償之責者。計有四種。即(A)夫於結婚前所負之債務。(B)夫于婚姻關係存續中所負之債務。(C)妻因日常家務之代理行爲所生之債務。(D)除代理行爲所生之債務外。妻于婚姻關係存續中以共同財產爲負擔之債務。(本法第一〇三四條)其應由妻個人並就共同財產負清償之責

者。則有(A)妻于結婚前所負之債務。(B)妻因職業或營業所生之債務。(C)妻因繼承財產所負之債務。(D)妻因侵權行為所生之債務四種。(本法第一〇三五條)尚有妻就其特有財產所設定之債務。(E)妻逾越日常家務代理權限之外之行為所生之債務。則因其債務發生之原因。不涉于共同關係。故僅許以妻之特有財產負清償之責也。(本法第一〇三六條)

共同財產爲夫妻所共同公有。其於夫妻間之關係。實無分彼此。故如共同財產負有債務。而即以共同財產爲清償者。爲理所應得。夫妻間自無補償請求之可言。然夫妻之特有財產。並未加入共同財產之內。其所有權尙屬各別。設有以特有財產爲共同財產之債務之清償。或以共同財產爲特有財產之債務之清償者。則以特有財產與共同財產判然有別。不容混淆。自應有補償之請求。且雖于婚姻關係存續中亦得爲之也。(本法第一〇三八條)

(五)共同財產之解散 夫妻之共同生活。本以情義相投而結合。更以採共同財產制爲尤然。故本法規定夫妻之一方有死亡時。其共同財產之分割。原則上採均等主義。即共同財產之半數歸屬於死亡者之繼承人。其他半數歸屬於生存之他方。但生存之一方。依法不得爲繼承人時。則因情義已乖。自不得再依上項規定。僅得依離婚時所應得之數額。爲取回固有財產之請求而已。至共同財產之分割。雙方於生前已有數額上之約定者。則爲尊重當事人之意思。自當從其約定。(本法第一〇三九條)

共同財產關係之解散。亦有由于變更夫妻財產制離婚或其他法定原因者。在此種情形之下。其分割之方法。除法律另有規定或契約另有訂定外。應依上述之原則。夫妻各得其共同財產之半。所謂另有規定。即指離婚者及改用特別財產制者而言。至契約另有規定者。則又爲尊重當事人之意思也。(本法第一〇四〇條)

(六)所得共同財產制之準用 本法規定共同財產制在原則上爲一般共同財產制。但亦許當事人僅以所得爲限。訂立以所得共同財產制爲夫妻財產制之契約。所得之範圍。則以婚姻關係存續中。夫妻雙方因勞力所得之財產。及原有財產之孳息爲限。此項共同財產關係。準用關於共同財產制之規定。至結婚時及婚姻關係存續中屬于妻之原有財產。不在共同財產範圍之內者。則適用關於法定財產制上規定。所以示區別也。(本法第一〇四一條)

第二目 統一財產制

統一財產制爲夫妻以契約訂定後妻之財產。除特有部份外。估定價額。移其所有權于夫之制度也。在此制度之下。妻之財產。完全併入于夫之財產。妻僅取得對夫請求返還其估定價額之權利而已。此制過于偏重夫權。殊有違男女平等之旨。但以近于我國固有之習慣。故仍採屬約定財產制之一。任當事人之自由採擇也。(本法第一〇四二條)

在統一財產制下。夫既取得妻之財產之所有權。則其夫妻間之財產關係。實有類于聯合財產制。故本法規定除夫妻財之組合之方法不同外。凡統一財產之管理處分收益使用。以及日常家務之代理。債務清償之責任。補償權之請求。財產制之解散。均準用關於法定財產制之規定。（本法第一〇四三條）

第三目 分別財產制

分別財產制者。夫妻之財產各自分離獨立。既得男女平等之原則。且亦極爲簡單。最合採爲夫妻財產制。但情愛因之薄弱。於共同生活之原則。似有所不合。故現行民法僅列爲約定制之一。而不定爲法定制也。茲說明其內容於下。

（一）分別財產制之範圍 本法規定分別財產。夫妻各保有其財產之所有權管理權使用權及收益權。故夫妻之各自財產。實全部爲特有財產之性質。各不相涉者也。但妻以其財產上之管理權。委付于夫者。則因其

性質類于聯合財產制中之妻之原有財產。而推定夫有以該財產之收益供家庭生活費用之權。但爲保護妻之權利。避免發生危險起見。復許妻得隨時取回該項管理權。且不許擅自放棄。蓋如許其拋棄。則已等于聯合財產。而失其爲分別財產制之精神矣。（本法第一〇四四條第一〇四五條）

（二）家庭生活費用之負擔 在分別財產制之下。夫妻既各保有其財產。則對於家庭間之共同生活之費用。自亦應各自負擔。不能倚賴任何一方。現行法民規定家庭生活之費用。以由夫負擔爲原則。但夫得請求妻爲相當之分担。妻不得拒絕。以符權義均等之旨。（本法第一。四七條二項第一。四八條）

（三）債務清償之責任 夫妻間財產關係既完全分別。則其所負之債務。自亦應各自負擔。不相牽連。凡（A）夫於結婚前所負之債務。（B）夫于婚姻關係在續中所負之債務。（C）妻于日常家務之代理權限內之行爲

所生之債務等三項。均應由夫負清償之責。（本法第一〇四六條）若（A）妻于結婚前所負之債務。（B）妻于婚姻關係存續中所負之債務。則均應由妻負清償之責。至妻因家庭生活費用所負之債務。如夫無支付能力。亦應負其責任者也。（本法第一〇四七條）

第六節 離婚

第一款 離婚之意義

離婚者。以人爲之方法。使已成立之婚姻歸於消滅之謂也。然則離婚與婚姻之撤銷其區別如何。試縷述之。

（一）婚姻之撤銷者。乃消滅有瑕疵之婚姻。離婚者。乃消滅完全無缺點之婚姻。其不同一。

（二）婚姻之撤銷。其原因存在於結婚之當時。且限於法律。所規定之範圍。離婚之原因。發生於婚姻成立以後。除呈訴離婚外。悉憑當事人之自由。不受法律之拘束。其不同二。

(三) 離婚姻請求者 必限於有夫妻之身分者。其他任何人皆不得越俎代謀。婚姻之撤銷。則雖婚姻當事以外之人。有時亦得請求之。其不同三。

(四) 離婚於夫妻之一方死亡後。即不得再行請求。婚姻之撤銷。雖婚姻當事人一方之死亡後。有撤銷權者仍得請求撤銷也。其不同四。

(五) 離婚呈訴離婚及兩願離婚之別。除呈訴離婚必經法院之宣告外。其兩願離婚得任憑當事人之協議定之。婚姻之撤銷則非經呈請法院宣告不生効力。其不同五。

第二款 離婚之立法主義

(一) 禁止離婚主義

此主義其立論有根據於宗教思想者。有根據於道德觀念者。有根據於保護子女之利益者。十九世紀之初。歐洲各國。皆宗之。

(二) 別居主義

此主義即因離婚之禁止而發生。蓋離婚既爲法所不許。則欲免除共同

生活之方法。惟有使夫妻別居之一途耳。此主義又可別爲二。

(1) 終身別居主義 卽夫妻間無期限之別居。使其永遠免除共同生活之謂也

(2) 有期別居主義 卽夫妻間定一別居之期限。期限屆滿後。或回復其共同生活之原狀。或逕離婚之謂也。

意大利、西班牙、葡萄牙等國咸祇認別居度而不認離婚制度者。至德、法、英、美、比、荷等國則皆並認兩制度之存在。我國昔日大理院之判例（民三上字第四六〇號）亦認兩制度之並存。現行民法則不認別居制之存在。蓋從日本之立法例耳。

(三) 限制離婚主義

此主義卽婚姻當事人。須按法律之規定。呈請法院。依勝訴之判決始得離婚之謂也。可別爲二。

(1) 有因裁判離婚主義 卽離婚者。必合法定原因。且須經過裁判手

續。

(2) 純粹裁判離婚主義 卽離婚者。不問其有無法定原因。皆須經過裁判之手續。

除英，美採後之主義外。大多數國家。均採前主義與協議離婚並存焉。

(四) 自由離婚主義

此主義。卽許當事人以意思自由離婚之謂也。又可別爲左列三種。

(1) 片面離婚主義 由婚姻當事人之一方。提出離婚之意思時。卽得離婚。昔日之猶太及近時之蘇俄宗之。

(2) 專權(夫權)離婚主義 僅因夫方一面之意思。強制離異其妻者。曰專權離婚。我國舊律之七出。卽採此說。此乃古代男女不平等之現象。近時各國。無有行之者矣。

(3) 協義離婚主義 卽必須婚姻當事人雙方之合意。始得離婚之謂也

。故一名兩願離婚主義。近時多數國家。均並認協議離婚制度與有因裁判離婚制度焉。我現行民法亦然。

第三款 兩願(協議)離婚

第一目 兩願離婚之意義

兩願協議離婚者。即出於婚姻當事人間雙方意思合致之自由消滅其婚姻關係之謂也。夫既以婚姻當事人雙方之合意行之。故其離婚之原因何在。法所不問。亦不須經過法院裁判之程序。我國舊律婚姻門出妻條載「夫妻不相和諧。而兩願離異者。不坐。」註曰「其情不洽。其恩已離不可復合。」足徵兩願離婚之爲我國法律所許。不自今日始也。

第二目 兩願離婚之要件

兩願離婚雖以婚姻當事人間之合意爲前提。但若過於放任。亦足發生弊竇。故仍須遵守法定之要件。要件維何。可分爲實質上與形式上兩方面述之。

(一) 實質上之要件

(1) 當事人須有夫妻之身分 兩願離婚既必以婚姻當事人之合意行之。所謂婚姻當事人者，即指有正式夫妻身分存在之人而言。故在事實上雖似爲夫妻。但其婚姻在法律上爲不生效力者。不得兩願離婚也。此外如婚姻當事人以外之任何第三者。其不得代爲表示離婚之意思。尤不待言。

(2) 當事人間須有一致而無瑕疵之意思 兩願者。雙方合意之謂。故其離婚之成立。須有互相一致之表示。且其表示須無瑕疵之存在。如當事人之一方欠缺合意表示。或雖有表示。而出於心神喪失中。或係受詐欺或脅迫而始表示者。則其離婚之得撤銷。自不待言。(本法第一〇四九條前段)

(3) 未成年之當事人須得法定代理人之同意 此爲總則第十三條第三項之例外規定。蓋青年氣盛。判斷薄弱。往往不顧輕重。逞一時

之忿怒。輕率從事。事過景遷。後悔莫及。故必使其得法定代理人之同意。以便考慮。而免貽誤。（本法第一〇四九條但書）

（二）形式上之要件

（1）須有證書及證人 離婚爲人生不幸之大事。故必循一定之方式。使離婚關係確定於本法手續之下。以昭慎重。此現行民法第一〇五〇條所以規定兩願離婚應以書面爲之。並應有二人以上證人之簽名也。

（2）呈報 日本民法協議離婚因呈報於戶籍戶而生効力。奧大利民法須雙方親到法院或牧師前爲合意之表示。但我國戶籍因未舉辦。而習慣上均視離婚爲可恥之事。於女方尤甚。若強其呈報。自故揚其醜也。故不設此規定。

第四款 呈訴（裁判）離婚

第一目 呈訴離婚之意義

呈訴（裁判）離婚者。即婚姻當事人之一方。依法定離婚原因。呈訴法院。經法院之判決確定。而強制消滅其婚姻關係之謂也。蓋婚姻當事人之一方如有重大過失或罪惡。以致他方不能繼續達共同生活之目的。而又不能得離婚之合意。若強使忍受。未免有背人道。故各國大都於兩願離婚外。復認呈訴離婚之制度。以濟其窮。

第二目 呈訴離婚之要件

呈訴離婚之要件。亦得分實質上及形式上兩方面言之。

（一）實質上之要件

（1）呈訴離婚之當事人必有夫妻身分之存在 此點之理由。與兩願離婚同。故妾及姘度關係者。皆無離婚之訴權也。

（2）呈訴離婚之當事人專屬於夫或妻離婚之意思既不能雙方合意。已屬夫妻間至不幸之事。故呈訴之權。法律必限定其專屬於夫妻之一方。此處任何第三者皆不得越俎代謀。以杜流弊。故夫妻之一

方死亡後其繼承人不得代被繼承人提起離婚之訴。又夫妻之一方於呈訴離婚判決確定前死亡者。其訴訟即視爲終結（民訴法第五四五條前段）惟夫妻之一方爲禁治產人時。則應由其監護人代爲訴訟。如監護人即爲其配偶者。則應由親屬會議另選訴訟代理人代爲訴訟。（民訴法第五三七條一項）以保護受監護人之利益。

（3）呈訴離婚必依法定原因 離婚之結果。直接妨礙家庭之幸福。間接影響社會之秩序。而於呈訴離婚爲尤甚。故各國立法例。莫不嚴密規定離婚之原因。以示鄭重。我現行民法亦然。（本法第一〇五二條）

（二）形式上之要件

呈訴離婚乃由於婚姻當事人一方之請求。他方既乏離婚合意之表示。則其是非曲直。殊有審究之必要。故非經法院依法調查。判決確定後。不

能發生消滅婚姻之效力也。

第三目 呈訴離婚之原因

(一) 規定原因之標準

呈訴離婚必須具備法定之原因固矣。但規定此種原因之標準如何。立法主義有二。試析述之。

(1) 有責主義 此主義以夫妻之一方違反婚姻之義務爲必要。故重婚通姦，虐待，遺棄，意圖殺害，及被處徒刑等情形。始足以構成離婚之原因。(本法第一〇五二條第一款至第六款第十款)

(2) 目的主義 此主義不問夫妻之一方有無責任。倘一方有不能達婚姻之目的時。即可爲離婚之請求。故惡疾，精神病等。亦足構成離婚之原因。(本法第一〇五二條第七款第八款)

(二) 規定原因之方法

關於規定離婚之方法。各國立法例不一。試再說明於下。

(1) 概括主義 蘇俄親屬法第十八條規定曰「兩配偶於生存前。其婚姻得以雙方之同意。或一方之希望而解銷之。」即採概括主義也。

(2) 例示主義 凡除法律所定之重大離婚原因外。如有其他紊亂婚姻關係之事實時。亦得呈訴離婚。德，瑞民法採之。

(3) 列舉主義 凡問離婚之原因。皆一一列舉之而着於篇。適合其規定者得為離婚之請求。反之不適合其規定者。則不得為離婚之請求。日本及我現行民法皆採此主義。日本民法第八一三條及（本法第一〇五二條）

(三) 我現行民法規定離婚之原因

(1) 重婚 本法第九八五條規定「有配偶者不得重婚。故配偶之一方若於結婚之當時違反重婚之規定者。得據為撤銷婚姻之原因。若於結婚以後復犯重婚者。則得提起離婚之訴。（本法第一〇五二條一款）而與刑事問題不生牽連之關係也。

(2) 與人通姦 夫妻齊體。自應互負貞操之義。故妻與人通姦。夫因得據爲離婚之原因。卽夫與人通姦。妻亦得據爲離婚之原因也。我國舊律犯姦爲七出之一。專指妻方而言。顯違男女平等之原則。故爲本法所不採。至現行民法之所謂與人通姦者。係指與異姓爲正式合法婚姻以外之性交而言。凡納妾宿娼皆已涵之。非專指姦度也。且僅限於通姦。是否構成刑法之姦非罪。則在所不問。

(本法第一〇五二條二款)

(3) 不堪同居之虐待 何謂虐待。如肆行毆打，抑勒通姦，賣妻爲娼，重大侮辱等皆是。但須注意者。其虐待程度必至不堪同居之情形。始得呈訴。然則究至如何情形。方達不堪同居之程度。乃事實問題。一任法院之自由認定耳。(本法第一〇五二條三款)

(4) 妻與夫之直系尊親屬相互間有虐待行爲致不堪爲共同生活 我國舊律『不事舅姑』爲七出之一。現行民法復引申其意。舅姑之於

子婦如有虐待情形。亦得爲呈訴離婚之原因。藉維家庭之幸福。蓋現行民法既仍認家屬之制度。此種規定。自不可少。至所謂共同生活者。乃指家屬間之共同生活而言。與夫妻間之同居生活有別。惟至如何情形。始達不堪共同生活之程度。則亦當由法院就具體事實而決定之。（本法第一〇五二條四款）

（5）惡意遺棄 夫妻間既以共同生活爲目的。其必須互同居及扶養之義務。自不待言。故一方若違反此種義務而遺棄他方者。他方得據爲呈訴離婚之原因。惟須注意者。其遺棄之程度。一限於惡意。再限於繼續狀態中。何謂惡意。惡意者乃企圖行爲結果之發生而非行爲結果之預見也。何謂繼續狀態。卽非一度之遺棄而現已回復原狀者。至時期之限制。則爲我民法所不採。（本法第一〇五二條五款）

（6）意圖殺害他方 夫妻之間。以恩義聯合。今一方竟至意圖殺害他

方。則床第之間。直同仇寇。尙有何恩義之可言，自難乎其爲夫婦矣。故亦認爲呈訴離婚原因之一。至所謂意圖殺害他方者。指有殺害之預謀而言。不以確有殺害之實據爲必要也。（本法第一〇五二條六款）

（7）有不治之惡疾 何謂惡疾。已說明於解除婚約原因中。茲不復贅。但此則更以不治爲要件。蓋已結婚後之離異。其限制似不得不嚴於未結婚之解約也。至所謂不治者。係指現在醫術上已認爲無治療之方法而言。舊認爲妻方七出原因之一。男女軒輊。於現行民法意有不合。（本法第一〇五二條七款）

（8）有重大不治之精神病 精神病之發生。不特妨害婚姻之目的。抑且危及子女之健康。故各國有根本禁止結婚之規定。此現行民法所以亦列入爲呈訴離婚原因之一。惟精神病在現代科學上尙無一定之標準。一時的或部分的神經錯亂。爲普通常有之狀態。若漫

無限制。似非所宜。故又以重大不治爲限制焉。（本法第一〇五二條八款）

（生死不明已逾三年 我國舊律。『夫逃亡三年不還。聽經告官給照。別行改嫁。』又臨訴民間習慣。貧寒之家。娶妻後遠出謀生。有至數年不歸生死者。得經女之父母。與其翁姑協商。具呈到縣。請示批准後。卽令其女改嫁。惟一則僅限於夫方之出亡。一則僅限於貧寒之家。未免均失之過狹。現行民法則仿各國立法例。凡配偶之一方。不問爲夫爲妻。其生死不明已逾三年之久者。他方卽得據爲呈訴離婚之原因。蓋夫婦之結合。以永久共同生活爲目的。今長期背離。音塵斷絕。尙有何恩義之足云。他方因之請求離婚。亦情理之當然也。（本法第一〇五二條九款）

（10）被處徒刑 被處徒刑之得爲呈訴離婚之原因者。限於兩種情形。其一被處三年以上之徒刑。至所犯之罪名如何。在所不問。其二

因犯不名譽之罪而處徒刑者。至其刑期之久暫。在所不問。兩者有一。即合離異之條件。蓋身罹刑網。不但有玷聲譽。且足使男無家室之憂。女乏生計之虞。強令望守。殊背人情。此現行民法之所以亦視爲呈訴離婚之原因焉（本法第一〇五二條十款）

第四目 離婚訴權之消滅

離婚訴權之消滅者。即雖合呈訴離婚之條件。但因特別情形發生而解除其呈訴權之謂也。

（甲）離婚訴權消滅之由於自然的事實者例如配偶之一方死亡是。

（乙）離婚訴權消滅之由於法律所定之原因者

此種情形。復析爲三。

（一）事前同意 即指縱容或不防止他方之行爲而言。至其表示之爲明示或默示。在所不同。但以下列兩種事實爲限。

（1）重婚之同意

(2) 與人通姦之同意

(二) 事後宥恕 即對於他方之行爲。業經原諒。不予追究之謂。惟因懾於權威。暫時隱忍者。自不在其列。亦以下列兩種事實爲限。

(1) 重婚之宥恕

(2) 與人通奸之宥恕

(三) 期限之經過 離婚請求權之行使。各國立法例。咸有除斥期之規定。所以維持家庭之幸福而安寧社會之秩序也。現行民法對於除斥期之規定。以下四種情形爲限。

(1) 對於重婚之情事。有請求權之一方。於知悉其事之時起。已逾六個月。或自其情事發生已逾二年者。不得請求離婚。

(2) 對於與人通奸之情事。有請求權之一方。於知悉其事之時起。已逾六個月。或自其情事發生已逾二年者。不得請求離婚。

(3) 對於夫妻之一方意圖殺害他方之情事。有請求權之一方。於知悉

其事之時起已逾一年。或自其情事發生後已逾五年者。不得請求離婚。

(4) 對於被處三年以上之徒刑或犯不名譽之罪致處徒刑之情事。有請求權之一方。於知悉其事之時起已逾一年。或自其情事發生之後已逾五年者。不得請求離婚。

第四款 離婚之效果

離婚者。乃配偶間由婚姻而生之身分上財產上以及其他一切效力使其消滅於將來之謂也。茲分數部說明之。

(一) 關於身分者

(1) 夫妻關係之消滅因婚姻關係而取得之一切權利及應負之一切義務。均歸解除。回復其未結婚以前之原狀。男方再娶。女方再嫁。咸不受拘束。

(2) 親屬關係之消滅

(A) 血親關係並不因離婚而受影響。如配偶離婚後。對於其所生子女之血親關係。不得消滅也。

(B) 姻親關係則因離婚而完全消滅。惟關於禁止結婚之限制。不因此而失效。

(本法第九七一條九八二條參照)

(3) 家屬關係之消滅 凡以永久共同生活為目的同居一家者。視為家屬。(本法第一二二條三項)今既因離婚而妻離去夫家或贅夫離去妻家。自不能再營共同生活。則其家屬關係之應歸消滅。自不待言。

(二) 關於財產者

(1) 雙方固有財產之取回 配偶間既已離婚。則其因夫妻身分而發生之一切財產關係。自當完全消滅。因不問其原用何種財產制。亦不問其為兩願離婚或呈訴離婚也。至所謂固有財產。與原有財產

有別。如用聯合財產制者。則指原有財產而言。如用共同財產制者。則指其加入共同財產之財產而言。如用統一財產制者。則指其所估定之價格而言。惟須注意者。妻之固有財產如有短少。除其短少之事由。非可歸責於夫者外。均應由夫負擔賠償之責。但夫之固有財產。如有短少。妻絕對不負其責。蓋除分別財產制外。舉凡財產上管理，使用，收益，之權。悉屬諸夫。責無旁貸。亦理所當然也。（本法第一〇五八條）

（2）損害賠償之請求 兩願離婚乃出自配偶雙方之協議。自無損失之足云。惟配偶之一方因他方之有過失而呈訴離婚者。則其所受物質之損失。自應許其請求賠償。（本法第一〇五六條一項）此限於他方之有過失者而言。至受害人之有無過失不問也。若受害人確係並無過失。則雖非財產上之損失。亦得請求賠償相當之金額。（本法第一〇五六條二項）但此項請求權。除已依契約承諾或已

起訴者外。絕對不得讓與或繼承也。（本法第一〇五六條三項）

（3）贍養費之給與 賠償問題。自以賠償人之有過失為原則。所謂過失賠償主義是也。但配偶間因判決離婚而陷於生活困難者。若一任其自然。勢將釀成極重大之社會問題。殊非國家之福。故現行民法又例外規定他方縱無過失。亦應給與相當之贍養費。以資慰藉云。（本法第一〇五七條）

（三）關於子女者

子女對於父母之血親關係。固不因父母之離婚而消滅。但父母離婚各自別居。則其對於子女之監護責任。究應誰屬。法律不得不以明文規定。以杜糾紛。

（1）兩願離婚時子女之監護 原則上由夫任之。但另有約定者。則從其約定。（本法第一〇五一條）

（2）判決離婚時子女之監護 原則上仍適用兩願離婚之規定。但法院

得爲其子女之利益計。酌定監護人。（本法第一〇五五條）

最後尙須聲明者。不問其爲兩願離婚或呈訴離婚。亦不問其爲約定或酌定。僅爲單純的監護問題。此外父母之權利義務固絕不受何等影響。故離婚以後。雖歸母監護之女。其嫁資仍應由父支給。（前大理院五年上字第四〇九號判例參照）

本章研究問題

- 一、婚姻之性質如何
- 二、婚約何故不得強迫履行
- 三、婚約既不得強迫履行而訴請解約者仍以合於法定之原因爲限其故安在
- 四、無法定原因而解除婚約者對於非財產上之損害受害人亦得請求賠償 而獨於有法定原因解約時不予受害人以此種請求權其理由安在
- 五、解除婚約時其受害人對於損害賠償請求權之消滅時效如何
- 六、禁治產人結婚應否得法定代理人之同意
- 七、現行民法對於限制親屬結婚之規定有無缺點

- 八、婚姻之無效或撤銷現行民法所規定之標準如何
- 九、婚姻撤銷之效力如何
- 十、現行民法對於夫妻間之扶養義務無明文規定其故安在
- 十一、何謂夫妻財產制其名稱是否得當
- 十二、特有財產原有財產及固有財產之區別如何
- 十三、禁止離婚主義之根據安在
- 十四、規定呈訴離婚原因之標準及方法如何
- 十五、離婚之效果如何

第三章 父母子女

第一節 總說

易經曰『有夫婦然後有父子』故現行民法先之以規定。婚姻。繼之以規定父母子女。我國舊律對於父母子女之名稱。甚爲複雜。父有三父及五父之稱。母有八母及十三母之說。子則復有嫡子。庶子。姦生子。嗣子。義子。養子之別。其分類標準。悉以宗法爲前提。近代法律思想進步。宗祧繼承。及納妾制度。已無存在之餘地。故現行民法之規定。於父母僅有生父母。本生父母。養父母之別。於子女亦祇有婚生子女及非婚生子女之差。蓋完全以血統或準血統爲依歸。絕不羈雜其他觀念者也。

第二節 子女之姓氏

我國數千年以來之舊例。子女均從父性。衡以近代思想。雖不合男女平等之旨。顧乏較優之辦法。乃不得不勉從向例。仍規定子女從父姓。贅

父之子女。則應從母姓。但若父母間另有約定者。則亦從其約定。以示鄭重當事人之自由意思也。（本法第一〇五九條）

第三節 子女之住所

子女之住所云者。乃專指未成年子女之住所而言。至成年子女之住所自得自由設定。固毋庸法律爲之規定也。子女既從父性。則當然應以父之住所爲住所。贅夫之子女改從母性。亦當然以母之住所爲住所。（本法第一〇六〇條）但須注意者。若父母不能行使負擔對於未成年子女之權利義務而置監護人時。則自應以監護人之住所爲住所。又因父母離婚而未成年子女由母監護時。則應以母之住所爲住所。此乃當然之解釋固不必明文爲之規定也。

第四節 婚生子女

第一款 婚生子女之意義

婚生子女者。謂由適法婚姻之男女。在婚姻有效時期中所生之子女也

。(本法第一〇六一條) 其要件有三。

(一) 父母須有合法婚姻之事實 故妾所生之子女不得爲婚生子女。

(二) 須在婚姻有效時間中所受之胎 故在未爲合法婚姻以前所受之胎。縱子女之產生在合法結婚以後所生之子女。亦非當然的婚生子女也。

(三) 須爲母之夫之子 故雖婚姻關係繼續中所受之胎。但得諸夫以外之第三人者。仍非婚生子女也。

第二款 婚生子女之推定

前述婚生子女之第一要件雖易證明 得第二及第三要件。欲求調查明確。在事實上實感困難。故本法又設有左列二項推定之規定焉。

(一) 妻之受胎時期。在婚姻有效中。并受胎時期內夫曾與妻同居者。推定爲婚生子女。(本法第一〇六三條)

(二) 從子女出生日回溯第一百八十一日起。至第三日〇二日止。爲受胎時期。倘結婚未滿一百八十一日。而所生子女確能證明其受胎在結婚以

後者。又離婚已滿三百〇二日。而所生子女確能證明其受胎實在離婚以前者。則又以其期間爲受胎時期。(本法第一〇六二條)倘無事實之證明卽不能視爲在婚姻中由其夫受胎所生之子女也

受胎時期之推定。各國規定不同。茲臚舉如左。

羅馬法 一百八十日後 三百日內

法國民法 一百八十日後 三百日內

瑞士民法 一百八十日後 三百日內

日本民法 二百日後 三百日內

德國民法 一百八十一日後 三百〇二日內

本法係採取德國制。蓋因各國法律雖各有推定受胎時之規定。亦嘗有相異之事實。故採時期之最長者。

第三項 婚生子女之否認

如前述推定爲婚生子女者。苟確有相異之事實。足以證明法律之推定

爲不當時。夫亦得主張其子女非自己所生者。此法律所以有否認訴權之規定也。（本法第一〇六三條一項）否認訴權之行使。與其子之身分上有重大關係。故必依訴訟程序爲之。其事實究與法律推定相反與否。須經法院之判決。俟確定後。始能發生效力。而非以夫一方意思表示爲已足也。

否認訴權之主體。原則上祇屬於夫。至妻與其子女及第三者。均無之。何則。妻而主張其子女非夫之子女。則與自己毫無利益。且有表暴姦通事實之嫌。子女而主張非其父之子女。是暴露其母之醜行。而有害於倫紀也。第三者若有此訴權。恐徒構造事實。壞亂風俗。而害及夫妻子女之利益也。惟夫已亡故。而否認訴權尙未消滅之時。繼承權被侵害之人。得訴請確認。自不待言。（民訴法第五四九條一項）

否認訴權之客體。卽行使否認訴權者之對造人。卽其子女是也。但夫自己爲其子女之法定代理人時。自得向法院聲請選任特別代理人

否認訴權之行使。有一定之限制。否則經時久遠。證據湮滅。而判定

實屬爲難。且婚生子女之身分不能確定。非獨關係於一家之秩序。且影響於社會之公益。故有左之原因時。否認訴權卽行消滅。

(一)經過法定期間時 自夫知其子之由生時起於一年內不提起否認之訴其訴權消滅(本法第一〇六三條二項)而繼承權被侵害之人。自父死亡之日六個月內不提起否認之稱。其訴權亦歸消滅(民許法第五四九條二項)

(二)已承認爲婚生子女時 已承認爲婚生子女。是已拋棄其否認訴權。故法不許其爲否認。然承認亦法律行爲。苟因詐欺及強迫而爲承認者。自不在不得撤銷之列也。

第五節 非婚生子女

第一款 非婚生子女之意義

非婚生子女者。謂由苟合或無效之婚姻所生之子女也。凡昔日所稱之庶子及奸生子皆屬之。其父母間既無正式夫妻之身分。則其子女似亦無關

係之可言。然此不正當之苟合。乃其父母之罪過處。因此將無辜之子女。亦不認其有血親關係。而擯諸通常法律保護之外。殊非尊重人道之意義。故近代各國皆有私生子認領之制度焉。

有區別。非婚子女爲三種者。卽(1)普通私生子女。(2)犯姦私生子女。(3)亂倫私生子女。對於普通私生子女可以認領。而對於犯姦或亂倫私生子女不得認領。現行民法則一視同仁。無歧視之待遇。以昭公允。

第二款 非婚生子女之認領

我國舊律注重正式婚姻。設非正式婚姻所生之子女。不特名之曰姦生子女。且永遠不得以親生子論。旣不能繼承宗祧。又不能與其他諸子。均分遺產。蓋鄙視之也。雖然姦生子之所生非正。實咎在父母。若不予以認領。則待遇不公。有失尊重人權之道。故現行民法規定非婚生子女對與其生母之關係。因有不能否認之分娩事實。故其母子關係。從出生始。卽當然成立。母須認領(本法第一〇六五條二項)至與生父之關係。非經

認領不能發生。但生父與生母結婚。則其父已生夫婦之關係。而子女之於其父。亦當準視為婚生子女矣。（本法第一〇六四條）

第一目 認領之種類

認領之種類有二。分述如左。

（一）任意認領即其父自行認領其非婚生子女為自己之子女也。

有認領權者。限於有父之身分之一人。瑞士民法有父死亡或繼續無能力時。祖父母亦為認領之規定。本法不許之。蓋因子之究為己出與否。惟父及母得知之耳。故其父雖未成年。若既為認領。即生效力。又雖為禁治產人。若於心神回復中所為之認領。亦生效力也。

其經生父認領之非婚生子女因應視為婚生子女。即雖未經生父認領而經生父撫育者。亦視為認領。以示保護非婚生子女之利益（本法第一〇六五條一項）

（二）強制認領即其父不為任意之認領。非婚生子女之生母或其他法定代理

人。得因呈訴而請求其父之認領也。認領爲父之任意行爲。倘父不爲認領。則非婚生子女。實際上雖有親子女關係。而法律上終不能取得嬌生子女之身分。故法律許非婚生子女及其法定代理人。限於有左列情形之一。得於子女出生後五年間。向法院請求認領也。（本法第一

○六七條

(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

但生母於受胎時期內。曾與他人通姦。或爲放蕩之生活者。雖有前述情狀。亦不得請求認領以防止血胤之混亂也。（本法第一〇六八條）

第二目 認領之否認

生父之認領非婚生子女。固屬單獨行爲。毋須經生母或非婚生子女之

同意。卽生效力。但若非真正之生父。冒認他人之子女。以爲自己之子女。則其生母或非婚生子女。自得否認其認領。以全其生母之利益。且也卽在事實上確爲生父。而該非婚生子女或其生母。不欲受生父之認領。自願給養者。亦未始不可否認認領也。（本法第一〇六六條）

第三目 認領之效力

非婚生子女。經生父認領後。卽視爲婚生子女固矣。至其效力如何。就現行民法之規定。析述於左。

（一）認領之效力溯及於出生時 卽認領之時期。縱在非婚生子女出生後數年或數十年。但一旦認領之後。其父子關係之存在。而溯及於出生之時。不僅限於將來也。（本法第一〇六九條前段）

（二）不得因認領而害及第三者之權利 認領之效力雖溯及於出生之時。但不得因此而侵害及第三者已得之權利。俾免發生無限之糾紛。（本法

第一〇六九條但書）

(三)一經認領不得撤銷認領爲確定身分之行爲。影響於子女之權義者至大。故一經合法認領後。其婚生子女之身分。卽屬確定。自不得任意撤銷。(本法第一〇七〇條)至因受詐欺或強迫而認領者。當然爲例外之情形也。

第六節 指定繼承人

指定繼承人者。卽無直系血親卑親屬之人。得以遺囑就其財產之全部或一部。指定其繼承人之謂也。本法第一一四三條此指定繼承人與被繼承人之關係如何。法律上自不可無明白之規定。故本法第一〇七一條明定爲指定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。就其性質言之。實與我國向日之立嗣無異。第我國向日之立嗣其嗣子及所嗣人均限於男子。此則無性別之限制。一不同也。擇立嗣子。雖所嗣人生前亦可爲之。此制限以遺囑。必被繼承人死後始發生效力。二不同也。嗣子他人可以代立者則爲被繼承人生前來曾指定死亡後。無論何人。要皆不得代爲

指定。三不同也。嗣子必限於同宗。此則是否親屬均非所問。四不同也。嗣子每只爲一人。此則無人數之限制。五不同也。嗣子在原則上繼承遺產之全部，此則繼承遺產全部或一部。悉任被繼承人意思之自由。六不同也。

第七節 養子女

第一款 養子女之意義

我國舊律所規定擬制之親子有二。一曰嗣子。一曰義子。嗣子限於同姓。以繼承宗祧爲主。義子則不限於同姓。以娛所後之親之晚景爲主。夫義子固屬收自他姓。而嗣子亦非出自己統。其性質實屬類似。強加區別。殊乏意味。故現行民法。凡於生前收養他人之子女以爲自己之子女者。其收養者。稱爲養父母。其被收養者。概稱爲養子女焉。

第二款 收養關係成立之要件

收養關係之成立。影響於當事人之身分者至大。故除當事人之合意外。尚須具備左列各要件焉。

(一) 實質上之要件

(1) 年齡須有一定之差數 收養者之年齡。應長於被收養者二十歲以上。養父養母。在形式須有爲父母之資格。故與養子之年齡。至少須有二十歲之差數。至英國法。至少須差二十一歲。蘇俄民法。則毫無限制。我民法爲於權衡適中之規定也。(本法第一〇七三條)

(2) 輩分須相當 凡旁系血親在八親等以由旁系姻親在五親等以內。輩分不相同者。不得爲養子女。以免淆亂倫紀。(二一年院字第七六一號解釋)

(3) 須與配偶共同爲之 蓋爲父之子者。不可不爲母之子。否則單獨爲之。將生歧異之結果。非所以維持家室和平之道也。(本法第一〇七四條)

(4) 一人不得同時爲二人以上之養子女 養親之收養子女。固毫無多

寡之限制。而出爲養子女者。此方之關係未終止。卽不得更爲他方之養子女。蓋爲免權利義務之發生重複之糾紛也。（本法第一

〇七五條）

（5）須得被收養者配偶之同意 配偶之一方。爲他人之養子女。入於收養者之家。以誤共同之生活。若事先不徵求對方之同意。則事後必多爭執矣。此本法第一〇七六條之所由設也。

（二）形式上之要件

收養子女。應以書面爲之。收養子女。當然爲要式行爲。不有書面證明。其關係或未能明確。但自幼撫養者。有撫養之事實爲據。則又不在其限。（本法第一〇七九條）

第三款 收養關係成立之效果

（一）入養親之家 既被收養爲他人之養子女。則自應入養親之家爲養親家屬之一矣。而與本生父母之家脫離。一切權義亦因之喪失。惟與本生

父母及其他之血親關係則依然存在耳

(二)從收養者之姓 養子女既入於養父母之家。則當然應從收養者之父之姓。不能從本生父之姓也。(本法第一〇七八條)

(三)取得養親婚生子女之身分 養子女與婚生子女同。養子女與養父母。乃擬制之血親關係。各國法律。關於養子女之身分上地位。多與婚生子女同等。惟財產上之地位。或有不同。現行民法。亦認養子女取得養父母之婚生子女之身分。至於財產上之地位。則另依繼承法之規定也。(本法第一〇七七條)

第四款 收養關係之終止

收養者與被收養者。雖因收養之故。發生與婚生子女同一之關係。然其關係。究由擬制而發生。一旦情意乖離。自無不可終止其關係之理。故法律上有同意終止及請求終止之規定也。

(一)同意終止 同意終止。不問其原因如何。亦不必經過法院宣告之形式

。只須以書面爲之。惟所謂同意者。必須雙方之允洽。若僅一方表示終止之意思時。不發生終止之效力。（本法第一〇八〇條）

（二）請求終止。請求終止須向法院爲之。且須有法定之情形。列舉之如左。（本法第一〇八一條）

（1）對於他方爲虐待或重大侮辱時。虐待對身體言。侮辱對聲譽言。如何程度始爲重大。一任法院自由認定。

（2）惡意遺棄他方時。養親與養子女間。應有扶養之義務。一旦惡意遺棄。自應離緣。且不必限於繼續狀態中。以示與離婚有別。

（3）養子女被處二年以上之徒刑時以被處二年以上之徒刑爲限。所犯罪名。在所不同。且僅對養子女言。不涉及養親。

（4）養子女有浪費財產之情事時浪費財產。足使生活陷於困難自應終止收養。此亦就養子女一方面而言。

（5）養子女生死不明已逾三年時收養子女。原爲娛老。長期背離。有

子若無。終止收養。自屬當然。

(6) 有其他重大事由時 此爲概括之規定。蓋慮以上列舉規定有所遺漏。故以此爲補充耳。

有上述情形之一者，法院因一方之請求，即得宣告終止其此養關係。

第五款 收養關係終止之效果

(一) 請求慰藉 養父母與養子女。在共同生活上。多有不可離之關係。一旦因終止關係。而有生活困難之情形。在人情上實所難堪。彼無過失之一方。對於有過失之一方。自得請求給與相當之金額。(本法第一

〇八二條)

(二) 回復身分 養子女關係終止後。對於本生父母。應與未出養以前之地位相同。自仍回復其本姓。倘尙未成年。自仍受本生父母親權之管束。惟本生父母之財產。已爲其所生之子女分割在前者。養子女雖回復

關係。不能再請求重行分割焉，（本法第一〇八三條）

第八節 父母之權利義務

歐美各國法律。皆有親權之規定。其制實淵源於羅馬。最古之羅馬法。承認無限制之家長權。其後法律隨社會生活。漸次變更。家長權亦隨之而受限制。一變而為父權，再變而為親權。父權由父一人行使之。親權則母亦得行使之矣。其實所謂親權。乃父母對於子女之權利義務之集合。試就親權之目的觀之。不外乎下列三種。

- （一）為保護社會之利益，如人民未受教育者多。必妨害社會之發達是。
- （二）為保護子女私益，如子女之能力不充足。必不能維持自己之生活是。
- （三）為保護父母之利益。即子女之賢不肖。與父母之利益，間接亦受重大之影響是。

如上所述以親權為親之利益一點而言。則為一種權利。以親權為社會利益及子女之利益為二點而言。則又為一種義務。與其渾稱之曰親權。自

不如權利義務兩名並用。較爲清晰。是以本法內關於父母之權利義務之如何均明白舉示。親權之名詞。實無採用之必要也。

第一款 權利義務之類別

父母對於未成年子女權義務。大別爲二。試述如左。

(一)對於子女身體上之權利義務，

(1)保護及教養 保護云者。所以期子女身體之安全也。教養云者。所以求子女智識之發達也。表裏相用。不得偏廢。至保護及教養之目的，有宜用積極之方法者。如教育其子女。授以相當之職業是。有宜用消極之方法者。如防止子女之不肖。禁止其與損友往來。並限制其浪費是。(本法第一〇八四條)

(2)懲戒 就懲戒言之。惟國家有此權力。此爲法治國之通例。然父母既有保護養育其子之責任。若不予以懲戒權。倘其子女習染過深。欲矯正之。其目的或不易達。不懲戒權之所由設也。但各國

民法。不盡相同。如法國民法、父母無擅自懲戒其子女之權。必須呈請法院。經其允許後。始得送入懲戒所。英國民法。則規定父母有親自懲戒其子女之權。無送入懲戒所之權。德國民法。採折衷主義。既認父母有懲戒其子女之權。又可呈請法院爲相當之援助。日本民法。亦大略相同。我國第一次草案第一三七四條。父母可親自懲戒其子。又可呈請法院送入懲戒所懲戒之。係採取德制。第二次章案第一一六六條。及前法制局草案第五一條。父母於必要範圍內。雖得親自懲戒其子。而無呈請法院送入懲戒所之權。蓋採取英制也。現行民法亦然。誠以子女對於父母。苟有強暴行爲。構成刑法上之犯罪。自有相當之制裁。若未至於強暴程度。儘可自由懲戒。何必使法院之干涉乎。又懲戒亦非漫無限制。必須在必要之範圍以內。如對於不受教訓之子女。鞭扑可。監禁亦可。但若傷及肢體。則出乎必要範圍以外。則非法律所許。

矣。(本法第一〇八五條)

(二)對於子女財產上之權利義務

(1)管理權 管理權者。謂對於子女之財產。父或母得代為經理之之謂也。蓋近世權利思想發達。均認家屬得有特有財產。凡子女以自己名義。因繼承贈與或其他無償取得之財產。即為子女之特有財產。子女未成年。初無管理之能力。自應由父或母管理之。至所謂管理者。凡圖財產上利益之保存利用改良等之行爲皆包涵之。(本法第一〇八八條項)

(2)使用收益權 子女之特有財產。既由父母管理。則管理之費用。必由父母支出。故父母對於子女之特有財產得有使用收益之權。亦屬理所當然。但父母雖有使用收益之權。但除為子女之利益計外。要不得無故處分也。(本法第一〇八八條第二項)

(3)代理權代理權者。謂關於子女財產上之法律行爲。由父或母為之

代表之謂也。蓋父母既爲未成年子女之法定代理人。則凡子女財產上之一切行爲。父母自均有代表之權也。（本法第一〇八六條）

第二款 權利義務之行使與負擔

對於未成年子女之權利及義務。應由父母共同行使或負擔。抑應由父或母單獨行使或負擔。各國法律。不盡相同。如法國民法。卽認親權爲專屬於父之權力。惟近代之法律思想。根據男女平等之觀念。咸以父母同爲子女之天然保護者。多規定父母共同行使或負擔之者。但此爲原則。例如有因父生死不明或不能行使或不能負擔時，則由母行使或負擔之。現行民法亦規定以共同行使或負擔爲原則。惟權利之共同行使。萬一意見衝突。勢必無所適從。故又規定爲意見不一致時。則由父行使之。又或一方不能行使時。則由他方行使之。至於義務之負擔。若不能共同。亦自應由有能力之他方負擔之。（本法第一〇八九條）

第三款 父母權利濫用之停止

父母之得行使親權。法律原爲保護未成年子女之利益而設。今父母若逾越法定範圍。濫用此權。則有危及未成年子女之可慮。保護云乎哉。此各國法律所以均有親權停止之規定。以資救濟。現行民法亦規定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。所謂最近親屬者。固不論其爲直系親或旁系親。亦不問其爲血親抑姻親。祇限親等之最近輩分之最尊者。皆得起而糾正。蓋家庭事務。不必遽受法院之干涉。以傷情感。但糾正無效時。自得由其尊親屬或親屬會議請求法院酌量情形。宣告停止其權利之全部或一部也。（本法第一〇九〇條）

本章研究問題

- 一，現行民法祇有婚生子女及非婚生子女之別而無庶子姦生子之分其故安在
- 二，婚生子女之受胎期間如何確定
- 三，受胎期間在未婚以前產生子女在已婚以後是否爲當然之婚生子女
- 四，否認婚生子女之原因安在

- 五，非婚生子女本人能否請求生父認領
- 六，死亡之子女得認領否
- 七，收養關係之發生及其終止之效果如何
- 八，何謂親權其基礎觀念如何
- 九，未成年人認領非婚生子女應否得法定代理人之同意
- 十，濫用親權之救濟如何

第四章 監護

第一節 監護之意義

我國古代。無監護之制。其幼年喪失父母者。家有尊長。則教護之責。尊長任之。否則或撫養於同族。或付託于戚友。於是有託孤之名。與各國所謂監護者。大略相同。然此僅爲道德上之行爲。而非法律上之權義也。

然則監護之意義何如乎。夫監護者。爲保護無父母之未成年人。及禁治產人之身體財產所設立之私法上之制度也。各國監護制度。仿自羅馬。羅馬初制。凡家長死後。在家長權下之子。各獨立而爲家長。在家長之位者。若爲幼年或心神喪失。或其他事由不能行使家長權時。置監護人使之行使其家長權。男子達十五歲時。則自行其家長權。故此時代之監護。實僅保護家長利益而設。非若現今爲保護一般無能力之人之機關。降及近

代。個人思想發達。認個人皆有獨立之權利義務。於是監護性質。亦一變而爲保護一般無能力者之身體財產及爲代表之制度矣。但被保護者服從親權時。無設監護之必要。故監護制度。實爲不服從親權以後之設置。故學者間又稱爲親權之延長云。

故監護職務。不外乎三種。卽(1)未成年人及禁治產人身體之保護。(2)未成年人及禁治產人財產之管理。(3)未成年人及禁治產人能力之補充是已。外國立法例尙有準禁治產人之監護及監督監護人之設。我國民法根本不認準禁治產人。自無所謂準禁治產人之監護。至監督監護人之權限。則付諸親屬會議。故對於監護人之區別。僅分爲未成年人之監護。與成年人之監護兩種。

第二節 未成年人之監護

第一款 監護之開始

監護之開始。監護職務發生之時期也。其原因有二。

(一) 未成年人無父母時。所謂無父母之情形有左列之六種。

(1) 父母俱死亡。

(2) 父亡而母再嫁。

(3) 子女出養而養父母俱死亡。

(4) 子女出養而養父死亡養母再嫁。

(5) 非婚生子女之無父認領。而其母死亡。

(6) 非婚生子女無父認領而其母出嫁。

(二) 有父母而不能保護教養其未成年子女時。所謂有父母而不能保護教養之情形有左列之四種。

(1) 父母俱已失縱

(2) 父母俱宣告禁治產

(3) 父母俱受徒刑之宣告

(4) 父母因濫用親權而宣告停止行使

但未成年人已結婚者。大都生理發育已經完全。其智識已經發達。依據民法總則第十三條第三項。爲有行爲能力。自無設置監護人之必要矣。（本法第一〇九一條）

第二款 監護人之類別

（一）委任監護人。父母對於未成年之子女。得因特定事項。於一定期間內。委託他人行使監護之職務。例如父母遠出經商。或赴他國游歷。及其他事實上不能保護教養其子女。而委託他人就特定事項。於有限期間內監護其子女是也。（本法第一〇九二條）

（二）指定監護人。父或母一造先死亡。應由生存之一造。保護教養其子女。不應許先亡之一造。以遺囑指定監護人。至若父或母一造先死。而後死之一造。自得以遺囑指定監護人。遺囑指定之監護人。與未成年人之親疏如何。在所不問。只以其有利益於未成年人爲主也。（本法第一〇九三條）

(三)法定監護人。法定監護人者。限於無指定監護人時。即由法律規定之監護人。以行使監護之職務也。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。

依我國舊習慣。應列祖父母家長於遺囑指定監護人之先。然監護人之地位。無異父母之地位。學者每稱之為親權之延長。故究由何人監護為最適宜。自應以被監護人父母之意思為準。故本法仿各國通例。於無指定監護人時。始適用法定監護人也。(本法第一〇九四條)

(四)選定監護人。無指定及法定監護人時。由親屬會議。選相當之人充之。德國於此。係由監護法院選定監護人。我國無監護法院之設立，且家庭之事。亦以不由官廳干涉為宜。故本法仿日本之例。予親屬會議

以選定之權也。（本法第一〇九四條第五款）

第三款 監護人之資格

凡行爲能力完全之人。無論是否親屬。亦不分性別。皆得爲監護人。我第一次民律草案。規定破產人。褫奪公權人。對於被監護人現爲訴訟或曾爲訴訟人。或其直系親屬及其配偶。或法院認爲不勝監護之任之人。均不得爲監護人。推其用意。非無相當理由。然考其實際。在指定或選任監護人時。關於上述諸人。當然無被指定或選任之理。在法定監護人時。此項人等。雖不無充監護人之機會。但監護失職或有不正當行爲時。自有親屬會議爲之監督。隨時可以糾正或撤退之。若無失職或不正當行爲。縱係上述諸人。但無害於被監護人之利益。却無禁止其爲被監護人之必要。故現行民法僅規定未成年及禁治產人。不得爲監護人。（本法第一〇九六條）

第四款 監護人之職務

未成年人監護人之地位。即父母之地位。除由父母暫時委托。只以所委托之職務爲限外。其他指定。法定或選定之監護人。就其職務概括言之。凡在保護增進受監護人利益之範圍內。有行使負擔父母對於未成年子女之權利義務。(本法第一〇九七條)且即以之爲受監護人之法定代理人。等於父母爲其未成年子女之法定代理人也。(本法第一〇九八條)至未成年人監護人之職務亦可別之爲二。其一對於身體上之職務。其二對於財產上之職務。試分別言之。

(一)對於身體上之職務

(1)保護教養之權利義務

(2)于必要範圍內得施以懲戒

(二)對於財產上之職務

受監護人之財產。歸監護人管理。又關於其財產上之法律行爲由監護人爲之代表。此與父母管理其子女之財產相同。但有下列諸異點。

(1) 監護開始時。應會同親屬會議所指定之人。開具受監護人之財產清冊。此目的有二。一則監護人證明其管理財產之額數。以便於監護終了之時。照點交代。二則監護人查知被監護人財產之多寡。以便預定其應受教養之程度而為支出之預算。倘監護人對於受監護人有債權債務。亦可註明於此清冊上以供查考也。(本法第一〇九九條)

(2) 管理費用由受監護人之財產負擔。監護人雖管理受監護人之財產。而非若為父母者。除管理權外。並有為自己利益而使用收益之權。故管理費用。當然由受監護人之財產支出之。(本法第一一〇〇條一項)

(3) 監護人管理受監護人之財產。應與處理自己事務為同一之注意。監護人於管理上之注意。只須與處理自己事務相同。不必與良善管理人之注意相同也。(本法第一一〇一條一項)

(4) 監護人非爲受監護人之利益。不得使用或處分其財產。又爲不動產之處分。並應得親屬會議之允許。此蓋恐其使用或處分有損及受監護人利益也。(本法第一一〇一條)

(5) 監護人不得受讓受監護人之財產。既曰不得受讓。則雖經親屬會議之允許。亦不得爲之。(本法第一一〇二條)

(6) 受監護人之財產狀況。每年至少須向親屬會議詳細報告一次。俾免監護人之作弊。經報告後。則親屬會議。得以隨時查核。而監護人亦得藉此以減輕責任。若隨時而請求報告。則親屬會議。亦有此要求之權。(本法第一一〇三條)

(7) 監護人得請求親屬會議。按其勞力及受監護人之財力酌定報酬。監護人之職務。在法律上雖強制其負擔。但亦無禁止報酬之理。故本法律特予監護人以請求報酬之權。惟其數額。則須由親屬會議酌定之耳。(本法第一一〇四條)

以上之限制。皆爲防範監護人損害受監護人之財產而設。但若同居之祖父母爲監護人時。其關係之密切。不亞於父母。固無所用其防範。亦無報酬可言。故前述(1)(4)(5)(6)(7)等項規定。於同居之祖父母爲監護人時不適用之。(本法第一一〇五條)

第五款 監護人之辭職與撤退

(一) 監護人之辭職 監護人之職務。爲法律上之強制義務。故除有正當理由者外。不得辭職。蓋所以保護未成年子女之利益也。惟何者爲正當之理由。現行民法不採列舉之規定。一任法院之自由認定耳。惟僅限於法定及選定監護人。而不及其他監護人。而對於違背者。別無制裁之方。殊覺未當。(本法第一〇九五條)

(二) 監護人之撤退 監護人若不勝監護之職。其監督之機關即親屬會議。當然有撤退之權。至撤退之原因。則有左列三種之情形可言。

(1) 違反法定義務時 不但違反義務。而濫用權限。亦應包括在內。

(2) 無支付能力時 監護人對於受監護人之財產。倘因故意或過失致發生損害之時。應負賠償責任。(本法第一一〇九)。蓋監護人如無支付能力。一旦有損害于受監護人財產之時。在親屬會議方面。即無從行使其請求賠償之權。自當構成撤退之原因。

(3) 由親屬會議選定之監護人。違反親屬會議之指示時。選定之監護人。除應遵守法定之義務外。有時亦應依照親屬會議所指示之標準的。以行使其職務。若無故違反。親屬會議亦得于糾正無效之後。而議決撤退之。

除上列三原因外。親屬會議。對於監護人。概不得無故輕予撤退也。

(本法第一一〇六條)

第六款 監護之終止

凡未成年人之監護人遇左列情形而終止其監護之職務。

(一) 絕對終止原因

(1) 設置監護之原因免除時 如受監護人已成年或結婚時 監護人應即會同親屬會議所指定之人。為財產之清算。將該財產交還於受監護人。(本法第一一〇七)。

(2) 受算監護人不存在時 應照前述之清算辦法。當將該財產交還於受監護人之繼承人。(本法第一一〇七條)

(二) 相對消滅之原因

(1) 監護人不存在或受禁治產宣告時。清算與移交事務。由監護人之繼承人為之。(本法第一一〇八條)

(2) 監護人經撤退或辭職時 此時由監護人於財產清算後移交與新監護人。(本法一一〇七條)

第七款 監護責任之免除

監護人將所管理之財產。經清算報告後。其責任似可以免除。但雖經清算。而親屬會議未經承認以前。監護人仍不能免其責任。但監護人於財

產上所受之損失。親屬會議及受監護人或其繼承人。雖有請求賠償之權。然於清算結果拒絕承認之時起。二年間不行使。即歸於消滅。（本法一一〇九條）

第二節 禁治產人之監護

何謂禁治產人。即民法總則第十四條所規定。對於心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之人也。禁治產人。為全無行為能力人。且其身體須療養調治。故應設置監護人。（本法第一一一〇條）

（一）監護之開始 凡罹精神病之人。當然請求法院為禁治產之宣告。於法院宣告禁治產時。即為禁治產監護之開始。

（二）監護人之順位。依左列定之。

（甲）法定監護人

（1）配偶 夫婦為共同之生活。情誼密切。非他人可比。而禁治產人之身體。須療養調治。尤以配偶人之監護為適宜。故特列為第一

位。

(2) 父母 父母對於未成年之子女。本有護養之權義。故無配偶者。自應以父母爲監護人。較爲適宜。

(3) 同居之祖父母 祖父母以同居者爲限。而不及不同居者。此與未成年之監護人不同之點。

(4) 家長 此與未成年人之監護人同。

(5) 後死之父或母以遺囑指定之人 此與未成年之監護人同而後其順序。

(乙) 選定監護人 不能依前列規定。定其監護人時。卽由法院徵求親屬會議之意見選定之。(本法一一二一條)

(三) 監護之事務 禁治產人之監護。亦有對身體上事務及對財產上事務之差別。其對身體上監護。與未成年人之監護不同。未成年人之監護。係以保護及教養爲目的。而禁治產人之監護。則以療養及調治爲目的。

也。至療養調治之標準。法律上又有左之規定。

(1) 監護人應接受監護人之財產狀況。而爲其身體之療養調治。

(2) 如將監護人送入精神病醫院或監禁私宅。應得親屬會議之同意。

此因受監護人之自由。必至不得已時。始可加以拘束。監護人不能擅專也。但父母或與禁治產人同居之祖父母爲監護人。則不在此限。(本法第一一二二條)

(四) 準用未成年人監護之規定 禁治產人之監護。與未成年人之監護。雖受監護之人有所不同。而其爲監護則一。故於禁治產人之監護。不必再設詳細之規定。惟於其不能準用者如法定監護人之順序及關於療養調治等事項另行規定而已。(本法第一一二三條)

本章研究問題

一，監護之性質如何

二，現行民法對於監護人辭職之規定有無缺點

三，現行民法對於監護人消極資格之規定僅限於未成年人及禁治產人比較民草所規定者之得失如何

四，監護人之無支付能力者足構成撤退之原因限於就職之後抑並就職前亦包含之

五，監護人清算財產之費用應由何人負擔

六，監護人應否給予報酬

第五章 扶養

第一節 扶養之性質

扶養者。乃特定身分之人，對於特定身分之人。有與以必要之衣食住及教育醫藥等費用之義務也。其受人之扶養者。稱扶養權利人。其予人以扶養者。稱扶養義務人。

夫扶養義務。本由親屬間相互救助急迫之觀念而生。凡艱難相救貧苦相助似爲道德上之義務。而非法律所能規定者。然一委之于道德。設不履行此義務者。將何法以處之。故不如定之於法律。俾可強制其履行。此現行民法所以有扶養義務之規定也。扶養義務專爲公益而設。其權利專屬於特定人之一身。既不得自由處分。亦不得預行拋棄。

第二節 扶養之範圍

扶養之範圍。各國立法例頗不一致。有以配偶，直系血親，及一親等

之直系姻親爲限者。如英，德，法是。有擴充至兄弟姊妹間者。如意大利是。日本則家長與家屬。亦互負扶養之義務。其範圍較歐美各國爲廣。現行民法所規定者。亦略同日本法。茲析述於左。

(一)直系血親相互間 卽直系血親卑親屬固應扶養直系血親尊親屬。而直系血親尊親屬亦應扶養直系血親卑親屬也。天然血親然。法定血親亦然。

(二)夫妻之一方與他方之父母同居者。其相互間 此卽子婦之於舅姑。女婿之於岳父母之應負相互扶養之義務。惟須限於雙方同居者爲限。蓋不屬同居。則無相爲依倚之情況也。

(三)兄弟姊妹相互間 兄弟姊妹爲旁系血親中之最近者。使其互負扶養之義務。亦屬當然 且不以全血緣之兄弟姊妹爲限。卽半血緣之兄弟姊妹亦包涵之。又不以天然血親爲限。卽法定血親亦包涵之。

(四)家長家屬相互間 旣屬同居一家。自應休戚相關。甘苦與共。使之互

負扶養義務。亦不爲過。（本法第一一四條）

第三節 扶養之順序

第一款 扶養義務者之順序

負扶養義務者。如有數人時。則究應何人首先履行此義務乎。其順序如左。

（一）直系血親卑親屬 子孫對於父母祖父母。理應首盡孝養之道。故冠列之。

（二）直系血親尊親屬 父母教養子女。亦屬義不容辭。故列次位。

（三）家長 既爲一家之長。則對於家屬之生活困難者。萬無坐視之理。故列第三。

（四）兄弟姊妹 兄弟姊妹爲旁系血親中之最近者。手足之情。不爲不重。故列第四。

（五）家屬 既爲家屬之一員。其對於家長亦應盡扶養之義務。故列第五。

(六)子婦女壻 子婦及女壻皆姻親之情誼較密者。故列第六。

(七)夫妻之父母 夫妻之父母。亦姻親之較近者。故殿於末。

於同一順序之中。負扶養義務者。有數人時 其應履行扶養義務之人。則以親等近者爲先。如在第一順序。則子應先孫盡扶養之責。在第二順序中。則父母應先祖父母盡扶養之責是也。至同一親等之扶養義務者有數人時。則應各依其經濟能力。分担義務。如父母有子女三人。而其父母年需三千元之扶養費。若三子女之經濟能力相等者。則各分担一千元。若經濟能力不相等者。則按其能力比例分担之。(本法第一一五條)

第二款 扶養權利者之順序

受扶養權利者有數人而負扶養義務者之經濟能力不能悉爲扶養時。則應何人先受扶養。現行民法又規定其順序如左。

(一)直系血親尊親屬

(二)直系血親卑親屬

(三)家屬

(四)兄弟姊妹

(五)家長

(六)夫妻之父母

(七)子婦女婿

此爲前款之對照的規定。蓋前款負扶養義務者之第一順序爲直系血親卑親屬。則本款受扶養權利者之第一順序當然直系血親屬尊親屬也。

若同一順序者有數人而親等不同時。則就其親等近者先受扶養。例如父母之先於祖父母。子之先於孫是也。

至同一順序中數人之親等相同時。則應按其需要之狀況酌爲扶養。例如父之需要爲每月一百元。母之需要爲每月五十元。則父有每月受一百元扶養之權利。而母則每月僅有受五十元扶養之權利。不必從同也。(本法第一一六條)

第四節 扶養要件

扶養要件者。即受扶養權利者所應具備之要件也。質言之凡不合於此要件。則不得受扶養之權利焉。要件維何。厥爲兩端。

(一)不能維持生活者。如自己之資財足以維持生活。自無恃乎他人扶養之理。且與扶養之本旨違背。故必須不能維持自己生活之人。始能受此權利。惟其所以不能維持自己之生活之原因何在。則非所問。

(二)無謀生能力者。若雖不維持生活而尙有謀生能力者。亦不得受扶養之權利。否則適足養成人之依賴心及怠惰心。殊非社會政策之所宜。故必其人之資財既不足以維持自己之生活。而其能力又不足以謀生。始得受扶養之權利焉。

我現行民法對於上述兩要件原則雖採兼備主義。但亦有例外。如直系卑親屬之應扶養直系尊親屬則不受此限。蓋子孫之對於父母。就我國固有之習慣而言。理應盡孝養之道也。(本法第一一七條)

第五節 扶養之程度

扶養之程度若何。自不可漫無標準。是應第一就受扶養權利者之需要。第二就負扶養義務者之經濟能力，及身分定之。例如扶養權利者。平素之需要。較通常爲高。而扶養義務者。只能照通常而爲供給。卽俱以通常之費用可也。又或扶養義務者。雖力量有餘。而扶養權利者。得些微之供給。已足敷生活之用。卽予以些微之供給可也。此係就扶養權利者方面而言之，若扶養義務者。在社會上之身分甚高。則對於扶養權利者。亦當從優給予。又或彼此在親屬關係上有密切之身分。則義務者雖資力不甚寬裕。而對於權利者亦當十分盡力。總之扶養程度之如何。要就各方面之情形統籌兼顧。而後始能定其標準。且程度之加減。至應當變更之時。亦得請求變更也。（本法第一一九條）

第六節 扶養之方法

扶養方法。原無一定。且得變更。茲分爲兩點說明之。

(一)扶養方法之協定，扶養方法。種種不同。或邀請同居。給以食用。或任令異居。畀以津貼，或提存躉款。使支利息。或撥給田地。俾取租金。以及其他一切方法。皆得由當事人以協議定之。不能協議時。由親屬會議決定之。(本法第一二一〇條)

(二)扶養方法之變更，扶養方法。無論由當事人協議所定。或由親屬會議決定。在當事人一方。均得因其情事變更而請求變更之。並無何種之限制也。所謂因其情事變更云者。例如始則本以同居爲便。邀請同居。給以食用。繼而發生他故。又感同居爲不便。而有不能同居情形是也。也所謂請求變更云者。例如按照上例。得以要求代以其他扶養方法。而代現在同居給養方法是也。總之扶養方法。應以雙方相安爲準。並無一定者也。(本法第一二二一條)

第七節 扶養義務之停止及消滅

扶養義務之停止者。乃義務者因受特別之障礙而停止於一時之謂。扶

養義務之消滅者。則因義務者受天然之支配而消滅於永久之謂。其情形固自不同也。茲分述之。

(一) 扶養義務之停止 負扶養義務者。於經濟方面苟自己尙不能維持生活。則焉有餘力以助人。法律不責人以難能。自應暫時停止扶養義務。俟他日經濟能力回復時。再繼續履行此義務也。

(二) 扶養義務之消滅 受負養權利者或負扶養義務者。一方之死亡。則扶養義務即隨之而消滅。蓋此種權利義務專屬於當事人之本身。雙方皆不得繼承者也。惟受扶養權利者死亡後之喪葬費。依照習慣負扶養義務者。尙須代爲負擔。學者間認此爲扶養義務之例外云。

本章研究問題

- 一，扶養制度存在之理由安在
- 二，夫妻相互間之扶養義務現行民法不列入扶養章中其故安在
- 三，扶養之要件如何

- 四，扶養能力之證明責任應歸何方
- 五，扶養義務之停止及消滅其區別如何

第六章 家

第一節 家屬制度與個人制度

家屬制度與個人制度。爲親屬法上相反之兩種制度。採家屬制度者。認家爲社會之基礎。卽以家爲社會之單位也。採個人制度者。不認家爲社會之基礎。而以個人爲社會之單位也。家屬制度。有家長爲一家之主宰。對於家屬有統率之權。個人制度。於家之範圍。僅爲父母及未成年子女所組合之生活團體。法律上無家之規定。更無所謂家長。故僅有親屬而無家屬。此兩種制度。孰得孰失。頗有研究之餘地。就歐美各國言之。已趨向個人制度。其小家庭之組織。係以夫婦關係爲本位。然有時受經濟之壓迫。各從事於社會之工作。夫婦關係。因之漸疏。而子女養育。復不暇顧及。親子關係。亦因之日薄。益以個人主義，趨於極端。莫不希望過自由獨立之生活。而離婚之盛行。其勢更莫能阻遏。卽此小家庭之組織。亦日漸

崩解。就社會之根本言之。實有不勝其隱憂者。是個人制度之在今日。已成爲末日矣。我國家屬制度。行之數千年。實爲社會組織之基礎。亦卽國民道德養成之胚胎。若一旦廢除之而社會的國家的設備，如教育慈善警察裁判等機關。倘未臻於完善。其影響于社會之安甯者。實非淺鮮。且我國家屬制度，本與純粹的家族制度不同。家長名詞。考之大清律例。其在私法上僅適用於妾及傭人之間。如妾爲家長服圖輯注，『妻則稱夫，妾則稱家長，』又雇工人毆家長條，『凡僱工人毆家長及家長之尊親若外祖父母者，徒三年』是也。至其對於家屬。則直稱祖父母或尊長。而無家長之名。如別籍異財條『祖父母母父在，子孫別立戶籍分異財產者杖一百。』又卑幼私擅用財條，『凡同居卑幼。不由尊長。私擅用本家財物者。十兩笞二十。』是也。可知我國之家制。一以倫常爲本。對外雖嚴其家長之稱。對內則明其尊長之誼。因之尊長對於家屬生計教育職業之籌畫。及未成年無能力人之保護。一切皆負全責。蓋幾幾乎只有義務而無權利。此實人

倫道德涵濡已深之結果。此種家制之特色。自應力爲保存。是故以家長權爲本位之家族制度。固有唾棄之必要。而以家屬利益爲本位之家屬制度。自未可立予廢除。是以本法特設有家之規定也。

第二節 家之意義

家之意義如何。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。後者如瑞士民法是。惟經營共同生活之親屬團體。始謂之爲家。其隸屬於同一戶籍與否。在所不問。蓋以隸屬於同一戶籍者爲一家。此在戶籍法上或有必要。而在民法上則應注重於共同生活之一點。故本法不採形式主義。而採實質主義。是以家之云者。卽以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體之謂也。（本法第一一二二條）故雖聚族而居同屋異炊者。固不得稱爲家。卽臨時以共同生活爲目的而同者居。亦不得稱爲家也。

第三節 家長與家屬

家必有家長。家長者。即居於家屬團體首長之地位者是也。同家之人。除家長以外。均爲家屬。又家屬與親屬異。雖非親屬。而以永久共同生活爲目的同居於一家者。亦得爲家屬。故家屬不以親屬爲限也。（本法第一一三條）

家長由何人任之。依前民律草案之規定。苟居一家中最尊長之地位。不問其爲直系與否。均取得家長之身分。但雖屬尊輩。尙未成年。不適於管理家政之時。即由成年之卑輩代理之。又雖屬最尊或最長，因事實上之障礙。不能管理家政或不願管理之時。則由次尊長者代理之。然事實上每扞格而不能行。是以現行民法則注重于組織家之團體各員之自由意思。規定爲應由親屬團體互相推定。推定之輩分性別。均無限制。限於無推定時。始由家中之最尊輩者任之。尊輩相同者有數人時。即以年長者任之。而最尊或最長者。不能或不願管理家務。亦非必由次尊次長者代理。可以由最尊或最長者。酌斟家屬中有能力相當者。指定一人爲之代理。庶幾乎於

實際上較爲有利焉。（本法第一二二四條）

第四節 家長之職務

家長之職務。除有時應爲未成年人或禁治產人之監護人外。厥以管理家務爲範圍。而家務之管理。不得以家長之權利或家屬個人之利益爲主。要以家屬全體之利益爲主。此爲家長應注意之要點也。（本法第一二六條）

家務雖由家長管理。但一切事務。必家長親自爲之。亦有不勝其煩，而爲勢所不能行者。是以家長得以家務之一部。委託家屬處理。而責任仍由家長負之。（本法第一二二五條）

第五節 家屬之分離

我國舊律。祖父母父母在者。子孫雖不得分財異居。但父母許令分析者聽。是則爲家屬者。並非與家不可分離。現行民法謀所以縮小家屬之範圍。以祛除大家屬制之弊害。故規定得分離之原因有左列二種。

(一)家屬請求分離 凡家屬已成年。或雖未成年而已結婚者。均得請求由家分離。自立一家。且毋庸附若何之理由也。(本法第一二二七條)

(二)學長命令分離 凡已成年或雖未成年而已結婚之家屬。家長得令其由家分離，自成一家。但以有正當理由時爲限。蓋防家長之圖減輕義務。濫使無謀生能力之家屬。離去其家也。(本法第一二二八條)

本章研究問題

- 一，家屬制度與個人制度之得失如何
- 二，家之意義如何
- 三，何謂家屬
- 四，家長之身分如何取得
- 五，家屬之分離有無限制

第七章 親屬會

第一節 親屬會之性質

親屬會者。謂就監護或其他法定事項。使爲公平處理之機關。而由會員數人組織之合議團體也。

親屬會之制。創自羅馬。現代歐州各國法律。若德，法，意，西，葡，比等國民法，均設有親屬會之規定。日本民法亦然。我國昔日之習慣。亦每有因重要事件之發生。而招集同族及親戚會議處理者。惟招集組織及議決之方法。一任諸習慣之自然。常致生少數擅斷之弊。故本法從多數立法例。特以此制規定於親屬編中。

第二節 親屬會之招集

親屬會之招集者。卽應開親屬會議之原因成就時。對於組織之會員。邀其出席之謂也。茲分召集之原因及召集之人數兩方面言之。（本法第一

一一九條

(一)召集之原因

- (1)糾正父母濫用對於子女之權利。(本法第一〇九〇條)
- (2)選定未成人之監護人。(本法第一〇九四條)
- (3)指定會同監護人開具財產清冊之人。(本法第一〇九九條)
- (4)關於監護人處分受監護人之不動產之允許。(本法第一一〇一條)
- (5)查核監護人報告財產之狀況。(本法第一一〇三條)
- (6)酌定監護人之報酬。(本法第一一〇四條)
- (7)撤退選定監護人。(本法第一一〇六條)
- (8)指定清算受監護人財產之人及承認其清算。(本法第一一〇七條)
- (9)選定禁治產人之監護人。(本法第一一一一條)
- (10)關於監護人將受監護人送入精神病醫院。或監禁於私宅之同意。

(本法第一一一二條)

- (11) 議定扶養之方法。(本法第一二二〇條)
 - (12) 受繼承人拋棄繼承權之書面。(本法第一一七四條)
 - (13) 選定遺產管理人。(本法第一一七七條)
 - (14) 將繼承開始及選定管理人之事由呈報法院。(本法第一一七八條)
 - (15) 關於遺產管理人變賣遺產之同意。(本法第一一七九條)
 - (16) 請求遺產管理人報告或說明遺產之狀況。(本法第一一八〇條)
 - (17) 酌定遺產管理人之報酬。(本法第一一八三條)
 - (18) 認定口授遺發之真偽。(本法第一一九七條)
 - (19) 選定遺囑執行人。(本法第一二一一條)
 - (20) 遺囑之提示。(本法第一二一二條)
 - (21) 遺囑之開視。(本法第一二一三條)
 - (22) 改選遺囑執行人。(本法第一二一八條)
- (二) 召集之人

現行民法於召集親屬會議之權不予諸法院。而予諸左列各人。

(1)當事人 即要求會議事件之本人。雖未成年及禁治產人亦有此權。

(2)法定代理人 即當事人之法定代理人也。

(3)利害關係人 凡直接或間接於會議之舉有利害關係之人俱屬之。

第三節 親屬會之組織

親屬會會員之人數如何。各國立法例不一。有規定一定之人數者。如法，意，是。有只限制最少之數。達於限制之多數。則並無限制者。如日本是。有規定最少數並最多數者。如德國是。現行民法則規定爲五人。蓋過少則易流於偏私。過多則又恐意見之紛歧也（本法第一二二〇條）

至親屬會議會員之資格如何，各國立法例亦不一致。有僅設消極資格之限制者。如德國是。有不限於親屬。舉凡與本人或其家屬相關切者。亦得爲會員。如日本是。現行民法，則以未成年人禁治產人或被繼承人之血

親爲限。並設一定之順序如左。

(1) 直系血親尊血屬

(2) 三親等內旁系血親尊親屬

(3) 四親等內之同卑血親

若爲同一順序之人。則以親等近者爲先。親等同。則以父系之親屬爲先。同系而親等同。則以年長者爲先。俾免親屬中無謂之爭。(本法第一一三二條)

倘無前列之親屬。或雖有而不足法定人數時。又不得不以其他之親屬充之。但其他親屬。範圍廣泛。指定之權。歸之何人。現行民法則規定爲由有招集權之人。聲請法院爲之指定。以昭公允。(本法第一一三二條)

會員之積極資格已如上述。茲再言其消極之資格。如未成年人。禁治產人。固皆不得爲親屬會議之會員。卽監護人，於親屬會議事項。常有密切關係。茲亦應除斥不得爲會員也。(本法第一一三三條)

親屬會會員所任職務。是有公職之性質。與監護人之職務略同。非有正當理由。亦不得輕易辭職也。但僅限於法定親屬會員。而不及指定親屬會員。似有未當。（本法第一一三四條）

第四節 親屬會之決議

關於親屬會之決議。得分決議之方法。及決議之救濟。兩項述之。

（一）決議之方法

現行民法爲力避官署干預親屬間之事起見。故關於整理議事之方法。

一任親屬會自由酌定。至議決方法。開議時。必預有三人以上之出席。又非有出席會員過半數之同意。不得爲議決。違反此規定時。其議決爲無效。（本法第一一三五條）

至會議事件。有關涉會員個人之利害者。不得加入議決之數。違反此規定。參與表決時。其表決爲無效。但其無效。僅以利害關係之會員爲限。非全體無效也。且非並陳述而禁止之。故雖不得參與表決。若仍到會陳

述。自亦爲法所許。（本法第一一三六條）

（二）決議之救濟

親屬會議爲不當之表決時。法律上不可無救濟之方。故本法許有召集權之人。於三個月內。得向法院提起不服之訴。此時則以全體之會員或表決之會員爲被告焉。（本法第一一三七條）

親屬會議。亦有意見紛歧，始終不能表決。甚或有始終不能開議之時。救濟之法如何。前大理院判例。有得訴之法院。籍裁判以代其表決者。本法雖無此規定。但至無法解決之時。亦自可請求法院以裁判代之耳。

第五節 親屬會之終了

親屬會終了之時期如何。現行民法雖無規定。但按其性質得分爲臨時親屬會議及常設親屬會議二種。

（一）臨時親屬會議 臨時親屬會議者。卽其會議事件。限於一時。例如因糾正父母濫用對於子女之權利所成立之親屬會議。無繼續之性質。俟

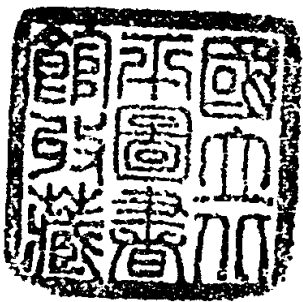
其事件議決之時。即為親屬會終了之時也。

(二)常設親屬會議 常設親屬會議者。即其會議事件。有必須繼續之性質者。例如因未成年人或禁治產人之監護所設立之親屬會。非至監護原因終止時。其職務不能終了也

本章研究問題

- 一，設立親屬會之目的安在
- 二，親屬會員以親屬為限有無缺點
- 三，現行民法關於親屬會員辭職之限制其規定有無軒輊情形
- 四，親屬會議議決之方法如何

民法親屬要義終



民國二十三年九月出版



民法親屬要義

全書
一册

定價大洋一元

著者 宗惟恭

印刷者 上海法學書局

發行者 上海法學書局

總發行所 上海法學書局

上海三馬路
雲南路東首

